

# جامعة الحاج لخضر باتنة

## كلية الحقوق والعلوم السياسية

### قسم الحقوق

## حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية  
تخصص: عقود ومسؤولية مدنية

إشراف الأستاذ:  
د. سامي بن حملة

إعداد الطالبة:  
سلمة بن سعدي

لجنة المناقشة :

| الاسم واللقب            | الدرجة العلمية       | الجامعة الأصلية        | الصفة        |
|-------------------------|----------------------|------------------------|--------------|
| أ.د. زرارة صالح الواسعة | أستاذ التعليم العالي | جامعة الحاج لخضر باتنة | رئيسا        |
| د. بن حملة سامي         | أستاذ محاضر. أ.      | جامعة منتوري قسنطينة   | مشرفا ومقررا |
| د. مخلوفي عبد الوهاب    | أستاذ محاضر. أ.      | جامعة الحاج لخضر باتنة | عضوا مناقشا  |
| أ.د. مباركي دليلة       | أستاذ التعليم العالي | جامعة الحاج لخضر باتنة | عضوا مناقشا  |

2014 - 2013

# شكر و عرفان

يقول المولى عز وجل: " لَإِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ".

الشكر و الحمد لله وحده الذي أمدني بيد العون لإنجاز بحثي هذا

ولايسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل للدكتور الفاضل " بن حملة

سامي" الذي تفضل بقبول الإشراف على هذا البحث والتقدير لتوجيهاته

وملاحظاته القيمة .

كما لا يفوتني أيضا أن أتوجه بخالص الت شكرات إلى لجنة المناقشة على

تفضلهم بمناقشة هذا البحث ، وإلى كل من مد لي يد العون سواء من

قريب أو من بعيد.

# إهداء

- إلى أمي وأبي أطال الله في عمريهما .
- إلى إخوتي وأخواتي الأعزاء .
- إلى كل زملائي وزميلاتي .

سلمة بن سعيد

مقدمة

الإنسان بطبعه اجتماعي لا يمكنه العيش بمفرده ولا بمعزل عن المجتمع ما يجعله يقدم على إبرام عدة روابط وعلاقات إنسانية من أجل العيش في هذا المجتمع ، ولا شك أن حاجته لهذه العقود أصبح ضروريا وجزء لا يتجزأ من حياته اليومية، من أكل ولباس وتنقل وعلاج...الخ، إذ أن هذا الأخير أصبح بحاجة إلى الحماية باعتباره الأضعف في العقد سواء كانت دولته تتبع النظام الحر أو الموجه مقارنة بالمتدخل الذي يتفوق عليه اقتصاديا وفنيا بل إن الأمر يتعدى ذلك إلى درجة أنه يمكن القول بأن عنصر المفاوضة ينعدم تماما.

فالأصل حرية التعاقد، فلا يجوز التدخل لتعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين لكن سرعان ما تأثر هذا المبدأ نتيجة للتطور المستمر الذي يشهده العالم في كل من المجال العلمي والصناعي والتكنولوجي، الشيء الذي ساعد في ترويج أنماط وقيم استهلاكية عن طريق الدعاية المستهدفة ما أدى إلى زيادة إشكاليات الاستهلاك، فما كان عبارة عن كماليات فيما مضى أصبح اليوم من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها ( كالهاتف والانترنت...الخ)، فضلا عن التغيرات التي شهدتها الدول استجابة للمتطلبات الراهنة مع الأخذ بعين الاعتبار نوع السوق والسلعة والخدمة المقدمة وأساليب التسويق التي تطرح في الأغلب على شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من طرف المتدخل بصفة عامة . وأصبحت هذه العقود تحمل شروطا محررة مسبقا، تلك الشروط التي قد ترد بطريق الإحالة لوثائق تتكون من عدة نسخ مما يصعب الاطلاع عليها، وإما أن تكون معلقة بمكان إبرام العقد والمستهلك يذعن لها ويقبل بها نظرا لحاجته إليها، ما يؤدي إلى اختلال توازن العقد لذا تعتبر شروط غير متوازنة باعتبارها توفر ميزة فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك أو غير المهني.

وهذا لايعني أن فكرة حماية المستهلك فكرة حديثة حيث أن فكرة الحماية كانت معروفة في عهد روما القديمة ،فقد كان قانون حمورابي يعاقب بالإعدام من يخدع في الكيل والميزان أو يستوفي الثمن أكثر مما هو مستحق وفي مصر القديمة كان المطفف في الميزان يعاقب

بقطع اليد الواحدة أو اليدين معا، وفي روما كان الغش في الأغذية والغلال من أعظم الجرائم ولخطورتها كان القانون يقبل على سبيل الإستثناء التبليغ ضد سيده.

غير أن هذه الروابط والعلاقات الإنسانية في معظمها تميزت منذ القدم بكونها غير متوازنة ولعل السبب الرئيسي في هذا الاختلال هو ما يملكه أحد أطراف العلاقة من قوة سواء أكانت قوة اقتصادية، سياسية، أو علمية...الخ .

والطرف القوي كان ولا يزال يمارس أشكال هذه القوة والسلطة واتخذوا لها اسم الشرط هذا الشرط الذي أصبحت معظم التصرفات تتضمنه في شكل عقود نموذجية محررة مسبقا سواء كانت عقود خدمات أو عقود المنتجات: كعقد شراء السلع، عقد النقل، عقد القرض عقد التأمين ....الخ، ما يدفع الطرف الضعيف إلى التعاقد دون أن يعيرها اهتمام لأسباب مختلفة لكنها تتضمن في طياتها آثار مالية وقانونية خطيرة ، الأمر الذي دفع التشريعات إلى التدخل لحماية الطرف الضعيف من قوة الطرف المهني على الصعيدين الدولي والداخلي.

إن أهمية هذه الحماية يعكسها على المستوى الدولي ميثاق حماية المستهلك الذي إحتفظته الجمعية العامة للأمم المتحدة، كما أن المشرع الفرنسي قد تصدى هو الآخر منذ البداية لبيان مسؤولية المحترف عن منتجاته وصياغة قواعدها وترسيخ مبادئها من خلال ربط مسؤولية المنتج بالقواعد التقليدية للمسؤولية، فيطبق أحكام المسؤولية العقدية إذا ألحق المنتج ضررا بالمشتري ويطبق أحكام المسؤولية التقصيرية إذا لحق ضررا بالغير ونص بعد ذلك على قواعد خاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية رغم أنه لم يتناول ذلك في نصوص صريحة بل أشار إليها في العديد من المناسبات كالقانون المؤرخ في 10/01/1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالبيع.

ولم تكن الجزائر منعزلة عن الاهتمام بمواجهة الشروط التعسفية، فالمشرع الجزائري لم يتوقف عند نصوص القواعد العامة كالقانون المدني، بل أصدر نصوص قانونية وتنظيمية خاصة بحماية المستهلك، والتي تهدف إلى الحفاظ على مصلحة المستهلك وتحسين ظروف معيشتة، كما تم وضع الأجهزة التي تعمل على توفير هذه الحماية، والهيآت التي تسهر

وتحرص على تحقيقها كالمجلس الوطني لحماية المستهلكين، وجمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية.

أما عن أهمية الموضوع وسبب اختياره ، فإن موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك يظهر على مستويين نظري والآخر عملي.

فعلى المستوى النظري : تتمثل هذه الأهمية في فحص وتحليل النصوص القانونية لمحاولة الوصول إلى مدى استيعاب المشرع لهذا الموضوع من أجل وضع حلول وآليات تحد من تعسف الطرف القوي .

أما على المستوى العملي: رغم أن ظهور فكرة حماية المستهلك منذ وقت طويل وعناية المجتمعات القديمة بمعالجة هذه الفكرة فتم إصدار العديد من التشريعات لتأمين وجودها إلا أن المستهلك بمفرده لا يستطيع الوصول إلى تلك الحماية.

لم يستقر الوضع بشأن موضوع الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك خاصة أنه يتضمن إشكالية تحديد الشرط التعسفي التي لا تزال إلى يومنا هذا موضوع نقاش وهو من الأسباب والدوافع القوية التي أثارت رغبتنا في تناول هذا المجال كموضوع بحثنا ، فضلا عن ندرة الدراسات والبحوث المتعلقة به، فأغلبية من تطرق لهذا الموضوع إتجه إلى دراسة حماية المستهلك من جانب الحماية الجنائية من الغش والخداع والتدليس، غير أنه بالنسبة لهذا الموضوع بالذات والمتعلق بالحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لم تكن فيه دراسات معمقة، خاصة وأن حياة الفرد في المجتمع أصبحت عبارة عن تعاقدات في شتى المجالات تترتب عليه إشكالات تحتاج إلى متابعة هذه التصرفات وتدخل أحيانا من جهات أخرى لإنقاذ الضغوط على الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي.

وفي ظل التطورات السريعة الحاصلة على وسائل الإتصال وكيفية إبرام العقود خاصة بتدخل الانترنت وكثرة الصفقات التجارية المبرمة عبرها واقتحامها كافة المؤسسات والشركات التجارية بالإضافة إلى التفوق الاقتصادي والعلمي والسياسي الذي يزيد في حدة عدم التكافؤ بين المتعاقدين.

تعد حماية المستهلك ترجمة فعلية للمفهوم المعاصر لحقوق الإنسان فهي الهدف الذي يرجى تحقيقه رغم كل الظروف المحيطة به، كما أن الحرية لم تعد حبر على ورق بل إن جميع الشعوب تنادي بها.

وتحقيقاً لأهداف هذه الدراسة حاولنا الإحاطة بنطاق عقود الاستهلاك ومتى تستوجب حماية الطرف الضعيف عند الإختلال التعاقدى الذي في الأغلب يكون مرده إلى شروط واردة في العقد تتسم بالتعسف والآليات التي من خلالها يمكن إعادة التوازن للعقد . على اعتبار أن المستهلك هو أحد أطراف العلاقة التعاقدية التي تفرض عليه أحيانا شروطا تعسفية ينبغي عليه قبولها دون مناقشتها ما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي إنطلاقاً من هذا الطرح نتلخص مشكلة البحث الأساسية في :

**إلى أي مدى يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية في علاقاته التعاقدية ؟.**

وهذه الإشكالية تثار حولها عدة تساؤلات فرعية ولعل أهمها: ماهو نطاق حماية المستهلك حتى نكون بصدد تطبيق القواعد الحمائية ؟ ومن هنا يثار التساؤل حول هذه القواعد هل تشمل المستهلك فقط باعتباره الطرف الضعيف في العقد أم أنها تتعدى ذلك لتشمل جميع الأطراف؟ وعلى أي أساس يمكن القول بأن الشرط تعسفي وأنه سبب الإخلال؟ ثم ماهي الآليات التي من خلالها يمكن حماية المستهلك؟ وما هو دور الهيئات الإدارية والجمعيات و القضاء في حماية المستهلك من مثل هذه الشروط ؟ وما طبيعة الجزاء الذي يمكن توقيعه على محرره أم لا ؟.

ولمعالجة هذا الموضوع إرتأينا ضرورة الإعتماد على المنهج التحليلي لدراسة الموضوع، وذلك من خلال تحليلنا لمختلف النصوص القانونية والتنظيمية، وأيضا المنهج المقارن أحيانا كضرورة للمقارنة بين التشريع الجزائري وغيره من التشريعات التي تهدف إلى تطبيق القواعد الحمائية على عقود الاستهلاك وخاصة التشريعين المصري والفرنسي.

وللإجابة على هذه التساؤلات اعتمدنا على خطة ثنائية متكونة من فصلين :

الفصل الأول : ندرس فيه نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها حيث نتناول في المبحث الأول نطاق العقود الذي يتمثل في أطراف العلاقة التعاقدية المتمثلة في المستهلك والمتدخل، ثم طبيعة هذه العلاقة التعاقدية ثم نتناول الشرط التعسفي كسبب لإختلال العلاقة التعاقدية في المبحث الثاني وذلك بتحديد ماهيته وعناصره ثم نبين معايير وأنواعه.

أما عن الفصل الثاني: فقد حاولنا من خلاله تبيان الآليات التي من خلالها يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية، معتمدين في ذلك على مبحثين، المبحث الأول خصصناه لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وفي المبحث الثاني تناولنا دور الجمعيات والهيئات الإدارية والقضائية في إعادة التوازن العقدي إذ ركزنا على دور جمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية في تحقيق الحماية للمستهلك ثم على الرقابة القضائية ودور كل من القاضي في التدخل للحد من الشروط التي يرى أنها ذات طابع تعسفي، وأخيرا آثار المنازعة الاستهلاكية خاصة الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العقد ، لنختم بحثنا بحوصلة لأهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها .

# الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها.

**تقديم وتقسيم :**

يدخل المستهلك كطرف في علاقة تعاقدية مع المتدخل في سبيل الحصول على البضائع والخدمات ويتبين أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة لأن المتدخل يتميز بالخبرة والإختصاص والمال الأمر الذي جعله في مركز أقوى يمكنه من إملاء الشروط على المستهلك.

فكرة عدم التوازن في العلاقة بين الحرفي والمستهلك موجودة منذ أقدم العصور لأن هناك قواعد في القانون الروماني هدفها حماية المستهلك بالنظر إلى مركزه الضعيف ومع ذلك لم تظهر فكرة وجود حرفي في مواجهة المستهلك ، إذ أن القواعد في صورتها التعسفية آنذاك كانت كافية لمعالجة عدم التوازن في العلاقة التعاقدية وعندما ظهر التطور الاقتصادي الكبير في القرن التاسع عشر أصبح المستهلك موضوع المنافسة الحرة بين المشاريع المختلفة ما أدى إلى مضاعفة البضاعة المعروضة مع تحسين نوعها وإنخفاض قيمتها ، ومن ثمة لا ضرورة مع هذه المنافسة للبحث عن قواعد حماية المستهلك .

غير أن مركز المستهلك أصبح من المشاكل الملحة بازدياد عرض البضاعة في السوق ما وسع في الفجوة بين المستهلك والحرفي فتجلت أكثر فكرة الحماية مما كانت عليه من قبل ، إذ لم تعد ضرورة الحماية مقتصرة فقط على مواجهة سوء نية المتدخل وإنما إتسعت لتشمل حماية المستهلك في مواجهة تعسف المتدخل في إستغلال مركزه الإقتصادي القوي، ولهذا ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول لنطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بينما نتناول اختلال التوازن العقدي في المبحث الثاني .

**المبحث الأول:: نطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية:**

قد توحى عقود الاستهلاك بوجود عدة عقود مستقلة بذاتها توجد إلى جانب عقود أخرى هذه العقود التي تتميز عن غيرها بالنظر إلى طبيعتها وإلى أطرافها. ولا يتأتى لنا فهم معنى عقود الاستهلاك إلا بعد محاولة ضبط مفهوم أطرافها خاصة أنه ثار جدل كبير بشأن وضع هذه التعاريف سواء على المستوى الفقهي أو القضائي . لذا سنتناول هذا المبحث في مطلبين: أطراف العلاقة التعاقدية ثم تحديد طبيعة هذه العلاقة التعاقدية.

**المطلب الأول : أطراف العلاقة التعاقدية :**

ثار جدل كبير بين الفقهاء حول تحديد مفهوم كل من المستهلك والمتدخل، خاصة وأن مفهوم المستهلك لم يحظى باهتمام كبير من طرف الفقه إلا مع بداية حركة الدفاع عن المستهلكين وتبلور فكرة حماية المستهلكين التي إنطلقت في الولايات المتحدة الأمريكية وانتقلت بعد ذلك إلى أوروبا لتصبح اليوم ظاهرة منتشرة في الكثير من الدول ، كما اختلف الفقه حول تعريف المتدخل باختلاف المعايير التي اعتمدها لتحديد مفهومه. ولهذا قسمنا هذا المطلب إلى قسمين نتناول أولاً مفهوم المستهلك أو غير المهني ثم نتناول مفهوم المتدخل ثانياً.

**الفرع الأول : مفهوم المستهلك وغير المهني :**

تكمن أهمية تحديد مفهوم المستهلك أو غير المهني في تحديد الشخص الذي يستفيد من قواعد الحماية الخاصة التي تتضمنها تشريعات حماية المستهلكين عموماً أي تحديد نطاق هذه الحماية من حيث الأشخاص.

ومع أن مفهومه موحد لدى الاقتصاديين، لكن يوجد خلاف على المستوى القانوني، ما دفع البعض إلى القول بأن مفهوم المستهلك غير محدد خصوصاً في مسألة مدى إمكانية استفادة المهني الذي يتعامل في غير مجال مهنته من القواعد الحمائية الخاصة بالمستهلك

في الوقت الذي لا تشمله هذه الحماية الخاصة ولهذا ارتأينا أن نتناول دراسة المستهلك أولاً ثم الطرف غير المهني ثانياً .

### أولاً: مفهوم المستهلك :

إن المتتبع لكلمة الإستهلاك يجد أنها مشتقة من الفعل هلك بمعنى النفاذ والتغيير والتبديل<sup>1</sup>.

واستهلك بمعنى : إستنفذ أو أفنى أو هلك أو إلتهم أو أكل، والاسم مستهلك جاء من استهلك وهو الاستهلاك ومعناه الاستنفاد أو الإسراف أو التبديد أو الإهلاك واسم الصفة هو مستهلك ويعني القابلية للفناء. واسم الفاعل من استهلك مستهلك بضم الميم وكسر اللام والذي يعيننا في هذا المقام هو تحديد معنى المستهلك الذي يقصد به " الشخص الذي يقوم بعملية الإستهلاك فهو الفاعل الذي يستهلك الشيء"<sup>2</sup>.

ويعرف رجال الإقتصاد المستهلك بأنه : " الشخص الذي يشتري أو لديه القدرة لشراء السلع والخدمات المعروضة للبيع بهدف إشباع الحاجات والرغبات الشخصية أو العائلية"<sup>3</sup>.

### 1/ التعريف الفقهي للمستهلك :

لقد حاول الفقه إيجاد تعريف موحد للمستهلك واتفقوا على أن المستهلك هو الشخص الذي يقتني ويستعمل منتجات بهدف إشباع حاجات شخصية وعائلية، ولكن يختلفون حول ما إذا كان المهني نفسه يدخل في هذا التعريف إذا طلب أو استعمل هذه المنتجات لأغراضه المهنية .

وقد برز اتجاهين من الفقه: اتجاه يميل إلى توسيع مفهوم المستهلك، واتجاه آخر ضيق من مفهوم المستهلك ، غير أن ذلك لم يمنع الفقهاء من محاولة وضع تعريف وسط للمستهلك .

<sup>1</sup> / عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية ،مصر، ط 1، 2008 ص32.

<sup>2</sup> / السيد خليل هيكال : نحو القانون الإداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،القاهرة، مصر ،1999 ط 2، ص7.

<sup>3</sup> / عنابي بن عيسى: سلوك المستهلك، ج 1، عوامل التأثير البيئية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ب د، ط 2، ص 16.

**أ/ المفهوم الموسع للمستهلك :**

ظهر هذا الاتجاه مع ظهور الدعوة إلى حماية المستهلك وتجسد في ذلك نداء الرئيس الأمريكي "كندي" بالكنغرس الأمريكي سنة 1962 بقوله : أن المستهلكين هم نحن جميعا. فيعتبر المستهلك وفقا لهذا الاتجاه : كل شخص يتعاقد بغرض الإستهلاك<sup>1</sup>. ويعرفه البعض بصفة أكثر شمولاً بأنه: كل شخص يتعاقد بهدف الإستهلاك أي بمعنى استعمال واستخدام مال أو خدمة<sup>2</sup>.

فوفقا لهذا التعريف يعتبر مستهلكا المهني الذي يتصرف خارج مجال إختصاصه المهني فهو كل شخص يتعاقد بهدف الإستهلاك أي بهدف إستعمال واستخدام مال أو خدمة فمثلا: من اشترى سيارة لاستخدامه الشخصي أو يستعملها في مهنته يعتبر مستهلكا لأن السيارة تستهلك في كلتا الحالتين عن طريق الاستعمال، غير أنه لا يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة من أجل بيعها . ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي اتجه إلى تمديد قانون الإستهلاك ليشمل بالحماية الأشخاص الذين يتصرفون بغرض مهني ولكن خارج إختصاصهم المهني<sup>3</sup>.

بل إن البعض ذهب إلى المناداة بتوسيع دائرة الإستفادة من قواعد الحماية لتشمل جميع المتعاقدين " الأضعف إقتصاديا " على أساس أن قرينة الضعف التي يبنى على أساسها مفهوم المستهلك هي قرينة بسيطة الأمر الذي يحتم دراسة كل حالة على حدى لتحديد من هو المستهلك ، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 1978/01/10 المتعلق بالشروط التعسفية التي قضت أن نصوص هذا القانون المتعلقة بالشروط التعسفية تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> / محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن ، دار الكتاب ، الجزائر ، 2007 ص 22.

<sup>2</sup> / الياقوت جرعود : عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية جامعة الجزائر 2010-2011 ص 20.

<sup>3</sup> / محمد بودالي : مرجع سابق ص 22 .

<sup>4</sup> / الياقوت جرعود ، مرجع سابق ص 20 .

ويستتبط الفقه من هذه المادة أن المشرع الفرنسي حين استعمل مصطلح (غير المهني) مع الإبقاء على مصطلح المستهلك فإنه بذلك يقصد إمتداد الحماية إلى من تؤهله مهنته وتخصصه للوقوف في مواجهة المهني الذي يبرم معه عقد من عقود الإستهلاك .

غير أن الإعتداد بالمؤهلات الخاصة لكل مستهلك يقودنا إلى نزاعات لا نهاية لها ويقلل من فعالية قانون الإستهلاك .

**ب/ المفهوم الضيق للمستهلك :**

المستهلك هو الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع وأن المستهلك هو شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الخاص يقتتي أو يستعمل أموالا أو خدمات لغرض غير مهني أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية<sup>1</sup>. فالمعيار الذي إعتمد عليه هذا الإتجاه هو معيار الغرض من التصرف والذي بحسبه يمكن التمييز بين المحترف والمستهلك ، وبناء على ذلك لا يمكن اعتبار الشخص الذي يقتتي مالا أو خدمة لغرض مزدوج من المستهلكين كالوكيل العقاري الذي يشتري سيارة من أجل عمله وفي نفس الوقت لنقل أسرته وهو ما يسمى بالاستعمال المختلط ومن بين الحجج التي استدلو بها نذكر :

- لأن المحترف حتى وإن تصرف خارج إختصاصه يكون أكثر تحفزا من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص وبالتالي يحسن الدفاع عن نفسه .
- كما أنه لمعرفة ما إذا كان المحترف يتصرف داخل إختصاصه أم لا فإن ذلك يتطلب البحث في كل الحالات حالة بحالة وهذا أمر لا يخلو من الغرر والتدليس .
- إن التصور الضيق من شأنه أن يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني المنشود الذي لا يتحقق في ظل تبني مفهوم واسع ، وحتى إن وجد محترف في وضعية ضعف فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد خاصة لا بقواعد القانون الإستهلاكي.

<sup>1</sup> / محمد بودالي ، مرجع سابق، ص 23 .

كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه: كل شخص يتعاقد لغرض الحصول على ما يلزم إستهلاكه النهائي الذي يشبع حاجاته الخاصة ويدخل في معنى الحاجة الخاصة تلك المخصصة لإشباع حاجة شخصية أو عائلية أو منزلية<sup>1</sup>.

ويذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تأييد هذا الإتجاه المضيق لمفهوم المستهلك ويعرفه بأنه: ذلك المشتري أو الزبون الذي يمكن إفتراض أنه ذكي وعاقل قادر على أن يكسب أو يحمي حقوقه في مواجهة البائع الذي يقابله .

لقد ساق أنصار هذا الإتجاه عدة حجج من أجل إبعاد المتدخل من الحماية، منها أن المتدخل الذي يتصرف من أجل الحاجات المهنية سيكون أكثر تحفظا من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص، وبالتالي سيحسن الدفاع عن نفسه وإذا صادف وجود محترف في وضعية ضعف فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد عامة لا بقواعد قانون الإستهلاك مثل: عقود القرض الاستهلاكي والقرض العقاري وبصفة عامة كل الإتفاقيات المنظمة للعلاقات المالية بين المهنيين والمستهلكين .

كثيرا ما نقع في الخلط بين مفهوم المستهلك المتعاقد ومفهوم المستهلك المستفيد لذا حاولنا التفرقة بينهما؛ فالمستهلك المتعاقد كما ورد في المادة 25 من مشروع إتفاقية لاهي 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض بيوع المستهلكين بأنه: الشخص الذي يشتري بضائع أساسا لغرض استخدام شخصي أو عائلي أو منزلي<sup>2</sup>

والمستهلك المتعاقد يستوي أن يكون مستهلكا تقليديا أو الكترونيا والفرق بينهما يكمن فقط في نوع الوسيط (السوق).

فالمستهلك التقليدي يلتقي بالطرف المهني في مجلس عقد واحد ويسري على العقد أحكام التعاقد بين الحاضرين.

<sup>1</sup> / طرح البحور علي حسن : عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ،دار الفكر الجامعي ، مصر ، ط 1 ، 2007 ، ص 140.

2/(Aux fins de la présente convention , la personne qui achete des marchandises principalement pour un usage personel ,familial, ou domistique est appelée le consommateur) .

منقول عن طرح البحور علي حسن : مرجع نفسه ، ص 131

في حين المستهلك الإلكتروني: هو الشخص الذي يحصل على حاجياته الضرورية أو المتعلقة بنشاطه المهني من خلال أحد وسائل الاتصال، فالمستهلك الإلكتروني لا يلتقي بالطرف المهني إلا من خلال وسط الكتروني والعقد المبرم بينهما يسري عليه أحكام التعاقد بين غائبين<sup>1</sup>.

والمستهلك المتعاقد سواء كان تقليدياً أو إلكترونياً يعتبر المستهلك الأول والمباشر في الاستفادة من السلع والخدمات التي تعاقد عليها ويطلق عليه اسم المستهلك المستفيد أي المستفيد من السلعة أو الخدمة دون أن يتكبد مشقة الحصول عليها.

والمستهلك المتعاقد يستفيد من الحماية من الشروط التعسفية في العقد، وقد تمتد إلى مرحلة ما قبل التعاقد غير أن هذا المستهلك المستفيد قد يتحول إلى مستهلك مضروب إذا ما تعرض لحادث وهو بصدد استخدامه للسلعة التي اقتناها، فالمستهلك النهائي هو الذي يقتني أو يستعمل منتج أو خدمة لأغراض شخصية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فهو بذلك يشبع حاجة غير تجارية<sup>2</sup>.

### ج/ الاتجاه الوسط لتعريف المستهلك:

هناك إتجاه فقهي حاول التوفيق بين الاتجاهين السابقين وعرفه بأنه: ذلك الشخص الذي يبرم عقود مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع ومواد وخدمات وأغذية وأدوية لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية الآنية والمستقبلية دون أن تكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها ودون أن تتوافر له القدرة الفنية لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها.

فهذا التعريف قد أضفى الحماية على الشخص سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني خدمات ومنتجات لأجل إشباع حاجاته الضرورية والحاجيات الواردة في التعريف قد تكون شخصية كما قد تكون مهنية، فقضية الاستعمال المختلط أثارت مشكلاً

<sup>1</sup> / عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 1 مصادر الإلتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، ط 3 ، 1998، ص 253.

<sup>2</sup> / علي بولحية بن بوخميس : القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2000 ، ص 16.

كبيراً في الأوساط القانونية، فمثلاً شخص يشتري سيارة للاستعمال المهني وفي نفس الوقت لنقل عائلته فهنا هل يعتبر المقتني للمنتج مستهلكاً أم لا؟ لقد حاول مجلس الاتحاد الأوروبي من خلال تقريره في 20/1/2005 الإجابة عن هذا التساؤل بقوله: أن كل شخص يتعاقد ويستخدم السلعة لأغراض مهنته لا يستفيد من القواعد الحمائية إلا إذا كان هذا الاستخدام المهني هامشي أو قليل بالنظر إلى الاستخدام الشخصي.<sup>1</sup>

وقد حدد التعريف الهدف الذي يصبوا إليه المستهلك من خلال إقتناء ما هو بحاجة إليه والمتمثل في عدم المضاربة وإعادة تسويقه، علاوة على أن هذا التعريف يدرج شرط لاكتساب وصف المستهلك وهو ألا تتوفر لديه القدرة الفنية لمعالجة وإصلاح ماتم اقتناؤه.

### 2/ التعريف القضائي للمستهلك:

لم يتوقف الخلاف الفقهي حول المستهلك عند هذا الحد بل تحول إلى جدل قضائي وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني المفهوم الضيق على أساس أن المستهلك وحده الذي يبرم عقد الاستهلاك من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية ويجوز له أن يستفيد من الحماية القانونية التي يبقى نطاقها محدوداً.<sup>2</sup>

فالقضاء الفرنسي في بداية الأمر أخذ في عين الاعتبار الغرض من التعاقد على السلعة أو الخدمة فعرفه بأنه: الفرد الذي يصبح طرفاً في عقد يتعلق بالتزود بالسلع والخدمات لاشباع حاجاته الشخصية.<sup>3</sup>

ففي أحد قراراتها الصادرة عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في: 28/04/1987 قامت بتمديد تطبيق النصوص الحمائية ضد الشروط التعسفية إلى شركة تمارس نشاطها كوكالة عقارية بمناسبة انشاء جهاز الإنذار في الأماكن التي تأجرها.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> / Claire-Marie Pegliom\_Zika : la notion de clause abusive au sens de l'article L131-1 du code de la consommation ,these de doctorat en droit privé, université panthéon –assas- 2013 ,p61.

<sup>2</sup> /محمد بودالي : مرجع سابق ،ص 26 .

<sup>3</sup> / عمر محمد عبد الباقي : مرجع سابق ص 24 .

<sup>4</sup> / أسامة أحمد بدر : ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2011، ص 65 .

فبهذا القرار نجد أن القضاء الفرنسي قد وضع المستهلك والمهني الذي يتعاقد خارج إطار تخصصاته المهنية أثناء ممارسة مهنة في كفة واحدة، على أساس أن هذا الأخير في نفس مركز المستهلك ( عدم العلم) ويجب إيفادته بالأحكام الحمائية، فإتبع الإتجاه الموسع مفهوم المستهلك و أدخل المهني الذي لا يعلم بخصائص السلعة أو الخدمة المقتناة في طائفة المستهلكين وتبنى بذلك مصلحة المهني غير المتخصص<sup>1</sup>، وهو ما يجسده القرار لسنة 1993 في قضية تتلخص وقائعها أنه بعد التعاقد بين أحد التجار وشركة بقصد تركيب جهاز إنذار بمتجره ولدى التعاقد سدد التاجر مبلغ العربون إلا أنه وبعد أن أعاد التفكير قرر الرجوع في التعاقد وبلغ قراره للشركة المعنية في المهلة المحددة لذلك ، إلا أن هذه الأخيرة رفضت الاستجابة لطلبه ودفعت بأن هذا الأخير (التاجر) قد تعاقد بصفته صاحب مهنة ومن ثم لا يجوز له التمسك بحق الرجوع في التعاقد المنصوص عليه قانونا.

إلا أن محكمة النقض رفضت نقض حكم دائرة الاستئناف تأسيسا على أن العقد الرئيسي موضوع النزاع يتعلق بتركيب جهاز إنذار ولا علاقة له بالاختصاص المهني للتاجر والذي يكون في نفس وضعية أي مستهلك آخر<sup>2</sup>.

غير أن محكمة النقض الفرنسية أصبحت تصدر قراراتها على أنه لا يستفيد من قواعد الحماية من يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني وبالرجوع إلى القضاء الجزائري لا نجد أي قرار تطرق من خلاله إلى تعريف المستهلك وربما يرجع السبب في ذلك إلى أن المشرع الجزائري قام بوضع تعريف واضح للمستهلك في القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 06-10 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>3</sup>، والقانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> / أحمد محمد الرفاعي : الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة، مصر ، 1994 ص 28 .  
<sup>2</sup> / نوال بن لحرش : جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر ، دور وفعالية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، 2012/2013 ص 19.

<sup>3</sup> / قانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/6/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر. رقم 41 المؤرخة في

2004/6/27 ، المعدل والمتمم بالقانون 06-10 المؤرخ في 2010/8/15 ج.ر. رقم 46 المؤرخة في 2010/8/18.

<sup>4</sup> / القانون رقم 03/09 الصادر بتاريخ 2009/2/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر. رقم 15 المؤرخة في 2009/3/8

### 3/ التعريف القانوني للمستهلك :

أصبح موضوع حماية المستهلكين محلا لتنظيم قانوني مكثف في بعض الدول التي أدركت أهميته وقد ورد تعريف المستهلك في العديد من التشريعات سواء تلك المتعلقة بحماية المستهلك في إطار القانون الداخلي أو التي وضعت قواعد لحماية المستهلك في علاقاته التعاقدية الدولية فضلا عما ورد بهذا الصدد من الإتفاقيات الدولية والتوجيهات التشريعية ذات الصلة .

فعلى صعيد التشريعات الحديثة لبعض الدول الخاصة بحماية المستهلك نورد بعض التعريفات منها :

فقد عرفه المشرع المصري بموجب القرار رقم 886 الصادر عن وزارة التجارة والصناعة المصرية سنة 2006 الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية وقانون حماية المستهلك الصادر بموجب القانون رقم 67 سنة 2006 في الباب الأول من الفصل الثاني في المادة 1 منه على أنه : "كل شخص يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"<sup>1</sup>.

كما عرفه المشرع الأوروبي في التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر عن مجلس الجماعات الاقتصادية الأوروبية بتاريخ 2 أبريل 1993 في المادة 2 فقرة ب بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف في عقود لغايات لا تندرج في إطار نشاطه المهني"<sup>2</sup>.

أما بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجده جاء بعدة تعاريف متعاقبة للمستهلك فقد عرفه في القرار الوزاري الفرنسي الصادر في 14/1/1972 الخاص بتنظيم الإعلان عن أسعار السلع بأنه: "من يقوم بإستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من يعولهم، وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو إستخدامها في نطاق نشاطه المهني"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>/أميرة حسن الرفاعي : المحاكم الاقتصادية ، قوانين الاستثمار ،قوانين حماية المستهلك ،المكتب العربي الحديث ، مصر، 2009 ، ص 442،428 .

<sup>2</sup> /عمر محمد عبد الباقي : مرجع سابق ص 22 .

<sup>3</sup> /عبد الفتاح بيومي حجازي : مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي، مصر ط1 ، 2005، ص19 .

فالملاحظ أن المشرع الفرنسي يعتبر المستهلك هو الشخص الطبيعي دون المعنوي لكن سرعان ماغير رأيه فنجد أنه أحال تعريف المستهلك إلى قانون 2 ماي 2013 وأصبح التعريف يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني المنتج من أجل حاجاته الشخصية وليست المهنية.<sup>1</sup>

غير أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي حرص منذ البداية على إعطاء تعريف للمستهلك وأول ما تم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش وذلك في إطار تحديد وتوضيح المفاهيم والمصطلحات الواردة في القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، حيث نصت المادة 2 الفقرة 9 منه على ما يلي: "المستهلك هو كل شخص يقتني بئمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للإستعمال الوسيطى أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به " .

فمن خلال هذا التعريف نجد أن المشرع الجزائري قد وسع من نطاق الحماية عندما إعتبر المستهلك الوسيطى من بين الأشخاص الخاضعين لقانون الإستهلاك ومن جهة أخرى فهو يقع في تناقض، ففي الوقت الذي يشير فيه إلى إمكانية كون المنتوجات أو الخدمات معدة للإستعمال الوسيطى مع العلم أن الإستعمال الوسيطى هو استعمال سلعة لتصنيع سلعة أخرى ليعود في نهاية الفقرة ويبين أن الغرض من الإستهلاك هو سد الحاجات الشخصية أو العائلية .

وتداركا منه للتناقض الموجود بالتعريف قام بإعطاء تعريف آخر للمستهلك من خلال القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 بإعطاء تعريف آخر للمستهلك تبنى من خلاله المفهوم الضيق بقوله في الفقرة 3 من المادة 2: "المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "، هذا وبصدور القانون رقم 09-03 عرف المشرع المستهلك في الفقرة 1 من المادة 3 منه أنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة

---

<sup>1</sup> / Claire-marie pegliom \_zika : op.cit ,p61.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

للاستهلاك النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

يتضح من التعريف أن القانون لم يفرض شكل معين لقيام العلاقة الاستهلاكية بل جعلها تنشأ لمجرد إقتناء المنتج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك من طرف المستهلك وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وفر الوسائل والإمكانيات المادية لضمان حد معين من الحماية للمستهلك من تعسف المتدخل سواء أكان منتجا أو حرفيا أو موزعا أو تاجرا أو مستوردا أو صانعا أو وسيطا .... الخ .

من خلال التعاريف نستنتج أن المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يبرم عقودا مختلفة من شراء وإيجار وغيرها من أجل توفير ما يحتاج إليه من سلع و مواد وخدمات وأغذية وأدوية لاشباع حاجاته الضرورية والكمالية والحالة والمستقبلية دون أن يكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها كما هو الحال بالنسبة للمنتج أو المزارع ودون أن تتوفر له القدرة النفسية لمعالجة هذه الأشياء واصلاحها.

والشخص يكون طبيعي أو معنوي كالجمعيات ذات الأغراض غير المهنية حتى أن القضاء الفرنسي ذهب إلى أبعد من هذا حين اعتبر الحزب السياسي مستهلكا في أحد قراراته<sup>1</sup> .

وتشمل السلع الأموال المنقولة سواء كانت قابلة للاستهلاك مرة واحدة للمواد الغذائية والطبية أو كانت ذات استعمال متكرر كالسيارة و الأجهزة المنزلية أو كانت أموال عقارية كتملك منزل أو ايجاره، كما يشمل الخدمات بأنواعها مادية كانت أو معنوية إضافة على أنه يستهلك المنتج أو الخدمة لاشباع حاجاته وأحاجات من يعولهم من عائلته أو حيوان يتكفل به.

<sup>1</sup> / مشار إليه في محمد بودالي ( 1991 . j.s.p.e1.r . Paris jellet 1991 ) .

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

ولا يعتبر الشخص مستهلكاً إلا في حدود المعاملات المرتبطة بحاجات استهلاكه الشخصي أو العائلي أو المنزلي وتتقي عنه هذه الصفة إذا ما اختلطت هذه الحاجة الخاصة بحاجة مهنية حتى وإن كانت هذه الأخيرة ذات صلة بتخصصه الأصلي، وهناك عدة صور وأنواع يظهر عليها المستهلك وهي:

\_المستهلك الفرد: الذي يقوم بالبحث عن السلعة أو الخدمة لشرائها من أجل استخدامه الخاص أو العائلي.

\_المستهلك الصناعي: الذي يضم كافة المؤسسات العامة والخاصة حيث تقوم هذه المؤسسات بالبحث وشراء السلع والمواد والمعدات التي تمكنها من تنفيذ أهدافها من أجل إنتاج وتسويق سلع نهائية لكل من المستهلك النهائي والصناعي .

\_المستهلك الخدماتي : هو من يقوم بشراء مختلف الأدوات والمعدات التي تمكن مؤسسة من تقديم خدماتها لكل من المستهلك الفرد أو المؤسسات التي تحتاجها .<sup>1</sup>

كما يمكن تقسيم المستهلكين إلى ثلاث أنواع وهي:

\_المستهلك النهائي: هو الذي يشتري السلع بغرض استخدامها أو استهلاكها إما بنفسه أو لاستعمال أفراد أسرته.

\_المستهلك الوسيط: هذا النوع من المستهلكين يقوم بشراء السلع بغرض إعادة بيعها لتحقيق الربح.

\_المشتري الصناعي: سواء كانت منظمات خاصة أو عامة حيث يقوم بشراء السلع تامة الصنع أو لمادة خام أو نصف مصنعة بغرض استخدامها في إنتاج أو تقديم خدمة معينة بغض النظر عن تحقيق الربح.<sup>2</sup>

<sup>1</sup>/ محمد ابراهيم عبيدات : سلوك المستهلك ، مدخل استراتيجي ، دار وائل للنشر ، الأردن ، ط4 ، 2004 ، ص 16.  
<sup>2</sup> / نجاح ميديني : آليات حماية المستهلك في الاقتصاد الإسلامي ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي ، جامعة باتنة ، الجزائر ، 2007، 2008، ص 17.

والجدير بالذكر أنه يوجد إختلاف بين المشتري والمستهلك حيث أن المشتري يتخذ قرار الشراء وينفذه لكن قد ينتفع من السلعة أو لا ينتفع وقد يستفيد من الخدمة وقد لا يستفيد فمصطلح المستهلك أعم وأشمل من المشتري.

إذا تفحصنا التعريف الذي استعمله المشرع وخص به المستهلك فقط نجد العيب والتقصير يجب تداوله حتى يستفيد كل الأطراف من قواعد الحماية المقررة للمستهلك على حد سواء.

### **ثانيا : مفهوم غير المهني:**

لقد ثار جدل في الأوساط القانونية حول مصطلح "غير المهني"، وهناك من قال أن له صفة مزدوجة لا هو مهني ولا مستهلك،<sup>1</sup> وقد حاول الفقه والقضاء حل هذه المشكلة.

### **1/ المفهوم الفقهي لغير المهني:**

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى رأيين، الرأي الأول يعتبر غير المهني مستهلكا أما الرأي الثاني فيعتبره طائفة قائمة بذاتها .

### **الرأي الأول : يعتبر غير المهني مستهلكا :**

يرى أنصار هذا الرأي وهو رأي يضيق من نطاق الحماية من حيث الأشخاص، أن تعبير غير المهني هو نفسه تعبير المستهلك، إذ أن المهنيين الذين يتصرفون في نطاق غرض مهني ولكنه غير داخل في مجال اختصاصهم ، كالتاجر الذي يركب جهازا للانداز لمحله ليس مستهلكا رغم أنه يبرم عقودا محلها أشياء تخرج عن مجال اختصاصه وبالتالي فرغم كونه ضعيف في مواجهة المحترفين الذين يتعاقدون معهم، إلا أنه ليس بالضرورة شخصا أعزل لا يستطيع الدفاع عن نفسه<sup>2</sup>.

فهذا الرأي يدعمه أنصاره بحجة أن المستهلك يكون دون سلاح، بوصفه يوجد في وضعية ضعف في مواجهة المحترف الذي باستطاعته إملاء شروطه، إذ أن المستهلك هو

---

<sup>1</sup> / Claire-marie pegliom \_zika : op.cit , p 74.

<sup>2</sup>/Calais –auly : droit de la consommation - Précis Dalloz 3ème,1992 .p 7.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

شخص عادي في مواجهة المحترف الذي هو بالضرورة شخص متبصر<sup>1</sup>. ومصطلح غير المهني ما هو إلا تعبيراً مرادفاً لمصطلح المستهلك.

### الرأي الثاني: غير المهني طائفة قائمة بذاتها:

هذا الرأي مفاده أن مصطلح غير المهني يعني أنه ليس مهنيًا من نفس تخصص الطرف الآخر في العقد هذا الرأي يوسع من مفهوم غير المهني على أساس الاختصاص أو عدم الاختصاص لغير المهني أي ذلك الذي يتصرف بعيداً عن أعمال مهنته، حتى لو كان ذلك للانتاج وليس للاستهلاك .

وبالتالي هذا الرأي يدخل في وصف غير المهني ذلك المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه، ويعتبره مثل المستهلك العادي الأجنبي الذي لا يعرف تفاصيل السلعة أو الخدمة. أما المهني فهو الشخص الذي يبرم تصرف قانوني ليس فقط في مجال تخصصه وإنما أيضاً لتلبية حاجات مشروعه ، إذن فغير المهني هو شكل مختلف عن تسمية المستهلك حسب هذا الرأي.

### 2/ المفهوم القضائي لغير المهني:

في البداية اتجه القضاء الفرنسي، إلى تشبيه غير المهني بالمستهلك، وذلك من خلال قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 أبريل 1982<sup>2</sup>، فقد تبنت محكمة النقض الفرنسية المفهوم الموسع للمستهلك حيث يشمل المهني الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه وهو ما يسمى "غير المهني"، لكن في 15 أبريل 1986 عدلت محكمة النقض

<sup>1</sup> / محمد بودالي : مرجع سابق ، ص 124 .

<sup>2</sup> / محمد أمين سي الطيب : الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون خاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر

2008/2007 ، ص 22 .

حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن حيث أن أحد المزارعين قام بإبرام عقد مع أحد بيوت الخبرة، لكنه تلقى بعد ذلك عروضاً أخرى تقدم له مزايا أكثر، مما جعله يعدل عن العقد الذي أبرمه مع الشركة الأولى، مستنداً في ذلك على أنه يستعمل رخصة العدول التي ينص عليها قانون 22 ديسمبر 1972 الخاص بالبيع بالمنزل في مادته الثالثة والتي تعطيه الحق في العدول في خلال 07 أيام (وهي مهلة للتفكير). لكن الشركة رفضت ذلك ودفعت بأن هذا النص لا ينطبق على المزارع بحجة أن هذا القانون لا يحمي سوى المستهلك، وأن المزارع كان يتصرف في نطاق مهنته، وبالتالي فلا يعد مستهلكاً. تم رفض هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف، ولما طعننت الشركة في القرار بالنقض أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف ، وقالت أن العقد المتنازع حوله والذي كان يتعلق بتقدير كارثة تخرج من نطاق اختصاص المهني المزارع، وبالتالي فهو مستهلك يستفيد من نصوص قانون 22 ديسمبر 1972 ، ويستفيد من رخصة العدول .

الفرنسية عن اجتهادها المذكور، حيث أنها رفضت إفادة شركة تأمين من نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاصة بالشروط التعسفية بحجة أن الشركة كانت قد تعاقدت بصفتها المهنية، ففي هذا القرار الأخير ضيقت من مفهوم المستهلك وذلك برفضها تشبيه غير المهني بالمستهلك<sup>1</sup>.

نستخلص مما سبق أن القضاء في فرنسا كرس مفهوما جديدا لغير المهني فهو لا يعتبر محترفا ولا يعتبر مستهلكا ومنذ سنة 1995 أصبحت محكمة النقض الفرنسية تستعمل في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكا وبالتالي لا يستفيد من قواعد الحماية، كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني.

ويتبنى محكمة النقض الفرنسية للمفهوم الموسع للمستهلك على النحو السابق بيانه ذهب أنصار المفهوم الضيق للمستهلك إلى أن ذلك أدى إلى "تفجير مفهوم المستهلك" والذي أصبح يتغير مع تغير نصوص الحماية ، فمفهوم المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية ليس هو ذاته بالنسبة للمواضيع الأخرى التي يتضمنها قانون الاستهلاك<sup>2</sup>، وهو ما جعل القانون الفرنسي في حاجة إلى مفهوم موحد للمستهلك تجتمع حوله نصوص الحماية المختلفة، ويؤدي إلى تحقيق التناسق بينها.

### **الفرع الثاني: مفهوم المتدخل:**

إذا كان المستهلك أحد أطراف العلاقة التعاقدية يتعاقد من أجل اشباع حاجاته الشخصية أو العائلية فإن هدف المتدخل من وراء التعاقد هو الحصول على الربح ولذلك يعمل على تكريس جميع ما يملك من امكانيات من أجل تحقيق أكبر قدر من الربح على حساب المستهلك وهو الشيء الذي يجعل هذا الأخير طرفا ضعيفا في مواجهة المهني الذي يضع في عقده ما يشاء من الشروط المجحفة فيجد المستهلك نفسه مضطرا للتعاقد من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة التي يرغب في الحصول عليها .

<sup>1</sup> / محمد أمين سي الطيب : المرجع السابق ص 23 .  
<sup>2</sup> / محمد بودالي : نفس المرجع ص 65 و 66.

وسنحاول تعريف المتدخل<sup>1</sup> في التشريع والفقهاء أولا ثم نبين صورته ثانيا.

**أولا : تعريف المتدخل :**

يبرم المستهلك بمناسبة عمليات الاستهلاك عدة عقود مع المهني ، بإعتباره مقدم المنتج (سلعة أو خدمة) وهو الطرف الثاني في هذه العقود التي تسمى عقود الاستهلاك فالنسبة للمستهلك قد يعتبر المنتج أو الموزع بائعا بالمفهوم المتداول في القانون المدني عندما يتعلق الأمر بشراء السلع ، كما قد يكون المحل تقديم خدمة وليس سلعة يتعامل المستهلك بمناسبة العلاقة الاستهلاكية مع المنتج والتاجر والصانع والموزع والمستورد... الخ والمتدخل مصطلح جديد في نصوص حماية المستهلك لذا سنتطرق إلى تعريفه الفقهي ثم القانوني.

**1/ التعريف الفقهي للمتدخل:**

اختلف الفقهاء حول تعريف المتدخل باختلاف المعايير التي إعتدوا عليها فهناك من يعرفه بأنه : كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد لمباشرة نشاط مهني ما سواء أكان هذا النشاط صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو حرا أو زراعي أو غير ذلك.<sup>2</sup> أو هو كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يعرض أموالا أو خدمات لممارسة نشاط اعتيادي.<sup>3</sup>

فالمتدخل هو الشخص الذي يعمل لحاجاته المهنية كتأجير محل تجاري ، كشراء سلعة لإعادة بيعها، فالهدف الذي يسعى إليه هو الذي يسمح بتصنيف صاحبه إما بين المهنيين أو المستهلكين وكلمة مهنة مستعملة في قانون المستهلك لتعيين كل نشاط منظم لغرض إنتاج أو توزيع أو أداء خدمة.

<sup>1</sup> /المشرع الجزائري كان يعبر عن المدين بالالتزام بلفظ المحترف ولكن بصور القانون 03-09 جاء المشرع بإسم جمع من خلاله السابقة المصطلحات السابقة وهو المتدخل l'intervenant .

<sup>2</sup> / Calais-auloly : op.cit.p5

<sup>3</sup> / Claire-marie pegliom \_zika : op. sit ,p24.

وهناك من يعرفه بأنه: كل شخص طبيعي أو معنوي ينتج أو يصنع أو يبين أو يقيم أشياء متطورة أيا كانت طبيعتها المعدة لاستعمال الغير".<sup>1</sup>

في حين يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام والذي يظهر في العقد كمهني محترف، فهو الشخص الذي يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني سواء كان هذا النشاط تجاريا أو صناعيا أو زراعيا فيمتلك مكانا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه أو يشتري البضائع بقصد إعادة بيعها".<sup>2</sup>

كما يعرف بأنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد لمباشرة نشاط مهني بصفة معتادة سواء كان هذا النشاط صناعيا أو تجاريا".<sup>3</sup>

وهناك من يعرفه بأنه: "ذلك الشخص الذي يتمتع بعناصر من الأفضلية أو التفوق وهي القدرة التقنية بحيث يكون على دراية تامة بما يقدمه من منتجات وخدمات والمقدرة الاقتصادية والقانونية بالتفوق على المستهلك".<sup>4</sup>

من خلال التعريفات السابقة يتبين لنا أن الفقه يعتمد في تعريفه للمتدخل على مصطلحي المهني أو المحترف ويعتمد على معايير لتحديد مفهومه وهي: -مقياس الاحتراف والريح - و مقياس القوة كما سنرى .

#### **أ/ مقياس الاحتراف لتحديد مفهوم المتدخل:**

الاحتراف هو ممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار وبصفة منتظمة ومستمرة واتخاذها مهنة للحصول على مورد للرزق، ويقتضي الاحتراف أن يقع العمل بصفة دورية ومستمرة بحيث يأخذ شكل الإعتياد.<sup>5</sup>

يعتبر الاحتراف بهذا المعنى في القانون التجاري شرطا لاكتساب وصف التاجر لكن في نطاق علاقات الاستهلاك أي في العلاقة ما بين المستهلك والمهني فإن الشخص قد لا

<sup>1</sup> / زاهية حورية سي يوسف : المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومة ، الجزائر ، ص 24.

<sup>2</sup> / مصطفى أحمد أبو عمرو : موجز أحكام قانون حماية المستهلك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط1 ، 2011، ص41.

<sup>3</sup> / نوال شعباني : التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ، تخصص مسؤولية مهنية ، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2012 ص 15.

<sup>4</sup> / نوال شعباني : مرجع سابق، ص 15 .

<sup>5</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق ، ص28.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

يعتبر تاجرا بمفهوم القانون التجاري، لكنه يعتبر مهنيا في مواجهة المستهلك، أي لا يشترط هنا توافر شروط اكتساب صفة التاجر، التي هي أن يقوم الشخص بالأعمال التجارية على سبيل الاحتراف وبصفة معتادة بل يكفي أن يعتاد الشخص القيام بالعمل المتعلق بمهنته والاعتقاد يختلف عن الاحتراف ، بل هو في مرتبة أدنى منه لا يكفي لإضفاء الصفة التجارية على من يعتاد القيام بالأعمال التجارية.

إن اعتياد القيام بعمل معين يكون في الغالب مصدرا للكسب ووسيلة للربح ولا يتوافر شرط الانتظام والاستمرار، ويمكن أن نعطي مثال عن ذلك كمن يحترف مهنة الطب أو الهندسة أو الزراعة أو المحاماة، ويقوم بالإضافة إلى ذلك بعمل تجاري من وقت لآخر. وغالبا ما يستتر هؤلاء خلف أشخاص آخرين لأن القانون يحضر عليهم ذلك، فإذا قام الطبيب أو المحامي بعمليات بيع أو شراء فإنه لا يكتسب وصف التاجر رغم أنه قام بها بقصد الربح، إلا أنه إذا ما تعاقد مع المستهلك في نطاق حرفته المدنية تلك فإنه يعتبر مهنيا ومسؤولا في مواجهة المستهلك ولا خلاف في ذلك.

ما يهمنا في هذه الدراسة هو توافر علاقة بين طرف قوي وآخر ضعيف يفرض فيها الطرف القوي نفوذه وتأثيره في تعامله وتعاقده مع المستهلك و محلها سلعا أو خدمات وليس اتباع أو مراعاة الالتزامات القانونية التي يفرضها القانون التجاري الذي يشترط في التاجر أن يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له<sup>1</sup>.

### ب/ معيار الربح لتحديد مفهوم المتدخل:

يعتبر معيار الربح هاما في صدد القانون التجاري في شأن تحديد مفهوم التاجر وهو ما يساعد في تحديد مفهوم المهني أو المتدخل في تعاقد مع المستهلك، هذا من حيث المبدأ، لكن يبدو أن لجنة تنقيح قانون الاستهلاك، وبعد بعض التردد أصبحت لا تفضل الأخذ بمعيار الربح لتحديد المهني كون أنه ينبغي النظر إلى الحالات التي لا يكون هدفها

<sup>1</sup>/المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر 59-75 المؤرخ في 1975/9/26 المعدل والمتمم بالقانون 02-05 المؤرخ في 2005/2/6 ج.ر.رقم 11 المؤرخة في 2005/2/9 .

الربح كما هو الحال بالنسبة للتعاونيات والتي لها أنشطة اقتصادية وتقوم بأنشطة خيرية. هؤلاء الأشخاص ليس لديهم هدف الربح، إلا أنها يجب مع ذلك أن تكون داخلة في طائفة المهنيين، لأن الطرق التي يستخدمها لا تختلف من حيث الأساس عن الطرق المستخدمة من جانب الشركات التجارية<sup>1</sup>.

### **ج/ معيار القوة التقنية والاقتصادية لتحديد مفهوم المتدخل:**

يعرف البعض المهني بالاعتماد على عنصر القوة من الناحية التقنية و الاقتصادية والمعرفية فالمهني المحترف هو: "ذلك الشخص الذي يتمتع بعناصر من الأفضلية والتفوق وهي المقدرة التقنية بحيث يكون على دراية تامة بما يقدمه من منتجات وخدمات والمقدرة الاقتصادية والقانونية بالتفوق على المستهلك".

ونلاحظ أن هذا التعريف ركز على العلاقة بين المهني والمستهلك من الناحية الاقتصادية أكثر من اهتمامه بالناحية القانونية التي تهتمنا في تطبيق القانون .

### **2/ المفهوم القانوني للمتدخل:**

عرف المشرع الجزائري المتدخل في أكثر من مناسبة وسنحاول التطرق إلى كل مفهوم على حدى بدءا بالقواعد العامة ثم المفاهيم التي جاء بها المشرع في القواعد الخاصة .

فقد تناول المشرع المتدخل في القانون المدني في إطار الحديث عن المسؤولية المدنية للمنتج في المادة 140 مكرر القانون المدني الجزائري<sup>2</sup> بقوله: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

وقد أشار إليه المشرع في القانون التجاري في المادة الأولى منه بقوله: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة له".

<sup>1</sup> /فعلى سبيل المثال نذكر ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في صدد نزاع بين شركة الكهرباء الفرنسية وبين أحد المشتركين، حيث ورد في حثيات الحكم : أنه ليس من شك في أن العلاقة بين شركة الكهرباء الفرنسية E.D.F. والمشاركين هو من طبيعة عقدية، وليس من شك في أن التمويل بالطاقة الكهربائية له خاصية البيع، إضافة إلى ذلك فإن شركة الكهرباء الفرنسية تمثل كل خصائص المهني وبصفة خاصة التفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري بينما المشتركين المتعاملين معها يمثلون هم كل خصائص المستهلك

<sup>2</sup> /القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/9/26 ج.ر. رقم 78 المؤرخة في 1975/9/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 2007/13 ج.ر. رقم 31 مؤرخة في 13 ماي 2007 .

أما في ظل القواعد الخاصة فقد تناوله المشرع في القانون 89-02 الملغى بموجب القانون 04-02 المعدل والمتمم المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 3 منه بأنه : " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها " .

فالمتدخل حسب نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي السابق 90-266<sup>1</sup> المتعلق بضمان المنتجات يعرفه بأنه : " هو منتج أو صانع وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك " .

أما المتدخل في قانون المنافسة فقد اتخذ له اسم المؤسسة فعرفه المشرع في المادة 3 من الأمر 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 08-12<sup>2</sup> بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت صفته يمارس بصفة دائمة نشاطات الانتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الإستيراد " يتماشى هذا التعريف مع ما جاء في قانون حماية المستهلك كون العون الاقتصادي شخص طبيعي أو معنوي ينشط في الانتاج والتوزيع أو تقديم الخدمات بصفة عامة ، ويقصد المشرع بعبارة "مهما كانت صفته " أي مهما كان الشكل الذي يتخذه شخص فردا أو مؤسسة أو شركة مهما كان شكلها .

وعرفه في المادة 3 فقرة 7 من القانون 09-03 بأنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك " .

<sup>1</sup>/ المرسوم التنفيذي 266/90 الصادر في 15/9/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 10/5/1999 وقد ألغى هذا المرسوم بموجب المرسوم 327-13 المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ المؤرخ في 26/9/2013 جريدة رسمية عدد 49 المؤرخة في 2/10/2013.

<sup>2</sup> / الأمر 03/03 المؤرخ في 19/7/2003 المتعلق بالمنافسة ج.ر. رقم 43 مؤرخة في 20/7/2003 المعدل والمتمم بالقانون 08-10 المؤرخ في 25/6/2008 ج.ر. رقم 36 المؤرخة في 2/7/2008 والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15/8/2010 ج.ر. رقم 46 مؤرخة في 18/8/2010.

**ثانيا: صور المتدخل :**

أراد المشرع بسط المزيد من الحماية للمستهلك ، ليتمكن المستهلك الضحية فعلا ودائما من الوصول إلى المسؤول المعني، وذلك بأن جعل مسؤولية المتدخل غير المنتج احتياطية فقد عدت المادة 2 من المرسوم التنفيذي السابق رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات بعض المتدخلين في عملية عرض المنتج للاستهلاك وهم الذين قصدهم في المادة 3 فقرة 7 من القانون 09-03 والمتمثلين في: المنتج أو الصانع الوسيط، التاجر المستورد، الموزع وهناك بعض المتدخلين أيضا تطرقت إليهم تشريعات أخرى مثل: الحرفي المزود، المعني، المجهز و المركب.

**1/ المنتج:** عرفه المشرع الجزائري في الأمر رقم 76 - 65 في المادة 1 فقرة 3 بأنه: "كل مستغل لمنتجات طبيعية وكل زارع أو صانع ماهر أو صناعي " .

غير أن النصوص الخاصة بالاستهلاك تجنبت تعريفه مكتفية بتعريف الانتاج في المادة 2 فقرة 5 من المرسوم 90-39 بأنه: " جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي والمحصول الفلاحي والجنبي، والصيد البحري وذبح المواشي وصنع منتج ما وتحويله وتوضيحه ومن ذلك خزنه في أثناء صنعه وقبل أول تسويق له".

**افلمنتج حسب البعض:** هو كل ممتن للتعامل في المواد التي تقتضى منه جهدا واهتماما خاصين فيكون له دور في تهيئتها وتنشئتها أو صنعها وتوضيحها ومن ذلك خزنها في أثناء صنعها وقبل أول تسويق لها .<sup>1</sup>

وعرفه بعض الفقه بأنه : كل من يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح،<sup>2</sup> لكن بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجده وسع من مفهوم المنتج والمسؤولية وجعلها تشمل مراحل الانتاج والتوزيع، حيث يشمل المتدخل كل محترف أو صانع منتج في شكله النهائي، أو منتج المادة الأولية، أو منتج جزء من الأجزاء

<sup>1</sup> / علي فتاك : تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان سلامة المنتج ،دار الفكر الجامعي ، مصر، ط1 ، 2008 ص414 .  
<sup>2</sup> / فتيحة حدوش : ضمان سلامة المستهلك من المنتجات الخطرة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة بومرداس، الجزائر، 2010/2009 ص 15 .

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

التي يتركب منها المنتج أكل من يقدم نفسه أنه منتج سواء بوضع تسمية على المنتج أو خلاصة أو أي علامة تميزه.<sup>1</sup>

وهذا خلافا لما جاء به المشرع الجزائري الذي جعل المسؤولية تقع فقط على المنتج النهائي (المادة 140 مكرر قانون مدني جزائري) والسبب في ذلك يعود إلى أن المنتج النهائي هو الوحيد الذي يعرفه المضرور باعتباره بائع السلعة أو مقدم الخدمة، والمنتج بهذا قد يكون منتجا حقيقيا سواء كان صانع المنتج النهائي أو منتج المادة الأولية أو صانع الجزء المركب في منتج مركب أو شبه المنتج وقد يتعدد المنتجين :

أ/المنتج الحقيقي: هو كل من صنع منتجات نهائية أو منتج مادة أولية أو يصنع الجزء المركب في منتج مركب .

فصانع المنتج النهائي : هو المتسبب الأصلي في عملية الانتاج وعليه تقع غالبية الالتزامات المتعلقة بسلامة مستخدمي المنتج كالالتزام بالإشراف والرقابة على صناعة المنتجات وتحقيقها والالتزام بالنصيحة والتحذير وهو في نهاية المطاف المعروف للمضرورين لأن المنتج يحمل اسمه ومن ثم يكون مسؤولا عما يسببه من ضرر للغير .

أما منتج المادة الأولية فيقصد أولا بالمادة الأولية : المواد الزراعية أو ما يتم صيده أو تربيته من طيور وحيوانات مادامت هذه المادة لم تخضع لعملية تحويل صناعي فمنتج هذه المواد يكون مسؤولا عن عيوبها التي تضر بالمستهلك كتصدير لحم بقر مصاب بمرض.

أما صانع الجزء المركب في منتج مركب ففي ظل التقدم الصناعي الحالي وتقسيم العمل الدولي قد تكون بعض الأجزاء الداخلة في تركيب منتج ما من صناعة منتج آخر فلا يجب أن يؤخذ في الحسبان فقط المنتج النهائي للسلعة، إذ يجب أن يعتبر كل جزء مركب

<sup>1</sup> / فتحة حدوش : مرجع سابق ص 15 .

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

من مركبات المنتج النهائي على أنه يشكل بذاته منتوجا وبالتالي يطبق على صانعه ذات القواعد المطبقة على صانع المنتج النهائي<sup>1</sup>.

ب/ تعدد المنتجين: في حالة تعدد المنتجين للسلعة الواحدة يثور التساؤل من يتم الرجوع عليه؟

بالرجوع إلى أحكام القانون الجزائري لا نجد هذا التمييز بين المنتجين غير أن الهدف من التمييز بينهم هو تحمل المسؤولية عن الضرر الذي قد يلحق بالمستهلك من جراء المنتج بالتضامن بينهم، وهو ما قضت به المادة 126 من القانون المدني الجزائري: "إذا تعدد المسؤولون عن العمل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض" وإذا كان السبب أجنبي ولا دخل للمنتج فيه تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في المادة 127 قانون مدني جزائري.

ج/ شبه المنتج: هو شخص يقدم نفسه كمنتج للسلعة بوضع اسمه وعلاماته الصناعية أو أي علامة مميزة أخرى ينسب المنتج به إليه، بينهما هو في الحقيقة خلاف ذلك وحفاظا على الوضع الظاهر و حماية المتعامل حسن النية فإنه يعامل معاملة المنتج الحقيقي لأنه يتماشى مع الأهمية التي أولاها المشرع لفكرة اطلاق السلعة في التداول واعتبارها أحد الشروط الهامة لقيام المسؤولية<sup>2</sup>.

2/ **الصانع**: ميز المشرع بين الصانع والمنتج ذلك أن الصانع يغير المادة الأولية أما المنتج فقد يكون انتاجه مادة أولية زراعية.

ويقصد بالصناعة تحويل المواد الأولية إلى سلع تامة الصنع أو سلع نصف مصنعة لقضاء حاجة الفرد المستهلك.

وعرفه البعض : بأنه الشخص الذي ينجز بحكم حرفته أو صناعته أعمالا متكررة تستوجب

<sup>1</sup> / علي فتاك : مرجع سابق ، ص 415 .  
<sup>2</sup> / نفس المرجع ، ص 416 .

توفير معارف تقنية تتطابق ومعطيات العلم.<sup>1</sup>

وعرفوه أيضا بأنه : ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بإنشاء أشياء مماثلة تتطلب مهارات فنية تتطابق ومعطيات العلم، التي تكون في متناول يديه حقيقة أو ظاهريا بواسطة غيره والذي يفترض فيه أنه قد حاز ولو بدرجات متفاوتة ثقة اقرانه في كفاءته .<sup>2</sup>

**3/ الوسيط:** المشرع الجزائري لم يعرفه غير أن المحكمة العليا ذهبت إلى تعريف السمسار بأنه: كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مكافئة أو ميزة من أي نوع كانت عند تحضير أو تفاوض أو إبرام أو تنفيذ صفقة<sup>3</sup>.

فالوسيط كل من يباشر على سبيل الاحتراف التوسط في تصريف منتجات غيره إما على سبيل الوكالة أو السمسرة أو الإنابة .

**4/ الحرفي:** هو كل شخص مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرف، يمارس نشاطا تقليديا يثبت تأهिला يتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحميل مسؤوليته<sup>4</sup>.

وقد يكون شخص طبيعي ممثلا في الحرفي وقد يكون شخص معنوي كتنوعية الصناعة التقليدية والحرف أو مقولة الصناعة التقليدية والحرف، ويعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذ مهنة معتادة .

**5/ المستورد:** هو كل شخص يتولى مباشرة عمليات جلب المنتج من خارج القطر على سبيل الاحتراف.

فالمشرع الجزائري لم يعرف المستورد بل اعتبر الإستيراد يدخل ضمن عمليات التسويق التي عرفها بأنها: (( مجموع العمليات التي تتمثل في خزن كل المنتجات بالجملة ونصف

<sup>1</sup> / علي فتاك : مرجع سابق ، ص 418.

<sup>2</sup> / عبد الرزاق بلنوار : المهني و المستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية ، دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي ، مجلة شمال إفريقيا ، جامعة بشار ، الجزائر ، ص 288.

<sup>3</sup> / قضية مؤرخة : في 30/12/1990 المجلة القضائية صادرة عن وزارة العدل الجزائرية عدد 1/1992 ص 75.

<sup>4</sup> / علي فتاك : مرجع سابق ، ص 419 .

الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجانا ومنها الاستيراد والتصدير وتقديم خدمات ((.

وقد نظم المشرع الجزائري عمليات الاستيراد والتصدير في الأمر رقم 03-104<sup>1</sup> المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها ونص في المادة 2 منه بقوله: "لا تتجز عمليات استيراد المنتجات وتصديرها بحرية ..... عمليات استيراد وتصدير المنتجات التي تخل بالأمن وبالنظام العام وبالأخلاق".

**6/ الموزع :** هو كل شخص يباشر على سبيل الاحتراف عملية نقل السلعة من يد منتجها أو صانعها أو مستوردها الأول إلى يد الباعة بالجملة أو نصف الجملة<sup>2</sup>.

وقد يقتصر دوره على توزيع المنتجات ذات الصنع المحلي وقد يمتد إلى توزيع المنتجات الأجنبية التي أدخلها بنفسه إلى أرض الوطن أو تلك التي يقوم المستوردون بادخالها كما يمكن للمنتج أو الصانع أن يتولى بنفسه عملية توزيع المنتجات التي يقوم بصنعها ونتاجها<sup>3</sup>.

**7/المجهاز أو المركب:** هو الشخص الذي يمتحن تركيب وتثبيت بعض المنتجات التي يقتنيها المستهلك من البائع نظرا لكونها تمتاز بدرجة عالية من التعقيد أو الخطورة يصعب فيها على المستهلك العادي أن يثبتها ويضعها قيد الاستخدام كأجهزة التبريد وأجهزة التدفئة والمركب أو الجهاز بما لديه من كفاءة تقنية وخبرة فنية وبحكم تخصصه يجعل دوره في العلاقة الاستهلاكية لا يقل أهمية عن دور المنتج أو البائع الوسيط<sup>4</sup>.

**8/ المورد:** عرفته المادة 1 من قانون 06-67 المتعلق بحماية المستهلك المصري بأنة: كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو انتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تدخل أو الاتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو المتعاقد معه عليها بأية طريقة من الطرق.

<sup>1</sup> / الأمر رقم 04-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها.

<sup>2</sup> /علي فتاك : مرجع سابق، ص 421.

<sup>3</sup> / عبد الرزاق بلنوار : مرجع سابق ، ص 229.

<sup>4</sup> / نفس المرجع ص 280 .

**9/المزود:** عرفته المادة 1 من القانون 67-06 المتعلق بحماية المستهلك المصري: الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا يتمثل بتوزيع أو تداول أو تصنيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات.

وعرفته المادة 1 من القانون 67-06 المتعلق بحماية المستهلك المصري: كل من يقدم الخدمة أو يصنع السلعة أو يوزعها أو يتاجر بها أو يبيعها أو يصدرها أو يستوردها أو يتدخل في انتاجها أو تداولها وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك أو التعامل أو التعاقد معه عليها بأي طريقة من الطرق.

**10/ المعلن:** عرفته المادة 1 من القانون 67-06 المتعلق بحماية المستهلك المصري: كل مزود يقوم بإعلان منتجاته بمختلف وسائل الدعاية والإعلان.

**11/ المصنع:** عرفته المادة 1 من القانون 67-06 المتعلق بحماية المستهلك المصري: الشخص الذي يقوم بتحويل أو تجميع المواد الأولية أو الوسيطة إلى مواد قابلة للاستهلاك.

**المطلب الثاني : طبيعة العلاقة التعاقدية :**

حماية المستهلك من الشروط التعسفية في العلاقة التعاقدية لا ينحصر مجالها في عقود الإذعان فحسب وإنما يمتد إلى كل العقود مهما كانت طبيعتها : سواء كانت عقود خدمات أو عقود منتجات ومهما يكن محلها منقول أو عقار، وغالبا ما تظهر في عقود نموذجية محررة مسبقا من أحد الطرفين ذو المركز القوي وسنبين ماهية عقود الاستهلاك ثم نبين مظاهر التعسف في عقود الاستهلاك.

**الفرع الأول : ماهية عقود الاستهلاك :**

لا يعني مصطلح عقود الاستهلاك أنها طائفة من العقود مستقلة بذاتها، توجد إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود، والمشرع الجزائري وسع من مفهوم العلاقات التعاقدية وطبيعتها ومحلها، وهذا ما سنحاول تبياناه بالتطرق إلى تعريف عقود الاستهلاك، ثم الصور التي ترد عليها هذه العقود .

**أولاً : تعريف عقود الاستهلاك :**

إن عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أي عقد، سواء كان عقد مسمى أو غير مسمى وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكاً أو غير مهني ، والطرف الآخر المتدخل .  
بمفهوم المخالفة فإنها لا تعتبر عقود استهلاك تلك العقود التي يكون كل أطرافها من التجار أو المهنيين ، فعقد البيع مثلاً تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان المتعاقد مع البائع وهو المشتري له صفة المستهلك، وأيضاً عقد القرض يكون عقد استهلاك إذا توافرت في المقترض صفة المستهلك، أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فلا تنطبق عليها صفة عقود الاستهلاك.

وأيضاً فإن العقود التي يكون كلا من طرفيها مستهلكين لا تعد من عقود الاستهلاك فمثلاً إذا تم إبرام عقد بيع بين مستهلكين بناء على إعلانات صغيرة بين الأفراد فلا يعد هذا العقد عقد استهلاك ، لأن مثل هذه الحالة لا يكون فيها أحد طرفي العقد قويا والطرف الآخر مستهلكاً ضعيفاً، إذ أن الحماية المقررة في عقود الاستهلاك هي حماية تستوجبها صفة الضعف الملازمة للمستهلك بالمقارنة مع المهني<sup>1</sup>.

وعرفت المادة 3 من قانون 04-02 والمادة 1 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم بالمرسوم 08-44<sup>2</sup> العقد الاستهلاكي بأنه: كل اتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة إحداث تغيير حقيقي فيه .

وهو ما يؤكد المشرع المغربي في المادة 15 من القانون حماية المستهلك الذي يقضي بتحديد تدابير الحماية عن الطرف المستهلك بقوله : تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد وتطبق كذلك بوجه خاص فيما يتعلق بسندات الطلب والفاتورات و أذن

<sup>1</sup> / خالد عبد الفتاح محمد خليل :حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ،دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر ، 2009 ، ص 21.

<sup>2</sup> /المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10-09-2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج.ر. رقم 56 المؤرخة في 11/09/2006 المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 2008/2/3 ج.ر. رقم 7 المؤرخة في 2008/2/10.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

الضمان أو القوائم أو أذن التسليم أو الأوراق أو التذاكر المتضمنة شروطا متفاوضة في شأنها بحرية أو غير متفاوض بشأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا<sup>1</sup>.

ويتميز عقد الاستهلاك كغيره من العقود بعدة مميزات منها :

- أنه عقد رضائي : بمعنى أنه ينعقد بموجب تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، فلا يشترط المشرع الجزائري في عقد الاستهلاك شكلا معيناً فقد يتم شفاهة.

- أنه من عقود المدة : بمجرد تبادل الإرادتين يلتزم عارض السلعة بتقييم المنتج أو الخدمة في مدة محددة وذلك لضمان كل عيب خفي لا يظهر في عملية البيع حسب طبيعة المنتج .

- الأصل أنه من عقود المعاوضة: غير أنه بالرجوع إلى أحكام القانون 04-02 والقانون 09-03 نجد أنه قد يكون عقد الاستهلاك بدون عوض.

- أنه يرد على منتج أو خدمة: فلا يتصور وجود عقد استهلاك بدون منتج أو خدمة.

### ثانيا :صور العلاقات التعاقدية :

تنص الفقرة 2 من المادة 3 من قانون 04-02 بقولها : " يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً".

فحسب المادة 10 من قانون 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 أوجب المشرع أن تكون كل عملية بيع للسلع أو تأدية خدمات مصحوبة بفاتورة أو أي وثيقة تقوم مقامها فيلتزم البائع بتقديمها ويلزم على المشتري أن يطلبها لأن هذه الوثيقة هي التي تبرر المعاملة التجارية .

<sup>1</sup> / أمانج رحيم أحمد : حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، لبنان ، ط1، 2011، ص 213.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

من خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري قد حدد أنواع العلاقات التعاقدية وأشكالها فالعقد الاستهلاكي قد يكون على شكل فاتورة أو سند أو وصل تسليم أو فاتورة إجمالية أو أي وثيقة أخرى .

### 1/ التعامل بالفاتورة :

الفاتورة هي وثيقة تتضمن كافة الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468<sup>1</sup> الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، فقد درجت الشركات أو الجهات المسؤولة بصياغة هذه الفواتير في نماذج واضحة ومحددة تشير صراحة إلى طبيعة العقد وشروطه وحقوق والتزامات كل طرف منه ، وتكون محررة بعبارات واضحة وصريحة لا تدعو للالتباس .

و البيانات الواجب توافرها في الفاتورة سواء المتعلقة بالمتدخل أو المستهلك منصوص عليها في المادة 3 من المرسوم 05-468<sup>2</sup>، هذا ولا بد أن تتوافر شروط في الفاتورة في حد ذاتها نصت عليها المادة 4 من نفس المرسوم وهي ضرورة أن تكون الفاتورة موقعة بختم ندي للبائع مع توقيعه إلا إذا كانت محررة إلكترونيا فتطبق أحكام المادة 11 التي تستثني الفاتورة الإلكترونية من التوقيع والختم وارسالها عن طريق النقل الإلكتروني الذي يتمثل في

<sup>1</sup> / المرسوم المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 2005/12/10 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك ج.ر. رقم 80 المؤرخة في 2005/12/11.

<sup>2</sup> / المادة 3 من المرسوم المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 2005 تنص على جملة البيانات الواجب توافرها وهي:

:/ البيانات المتعلقة بالبائع (المتدخل):

\_\_ اسم الشخص الطبيعي ولقبه \_\_ تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري \_\_ العنوان ورقما الهاتف والفاكس وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء \_\_ الشكل القانوني للعون الاقتصادي وطبيعة النشاط \_\_ رأس المال الشركة عند الاقتضاء \_\_ رقم السجل التجاري \_\_ رقم التعريف الإحصائي \_\_ طريقة الدفع وتاريخ تسديد الفاتورة \_\_ تاريخ تحرير الفاتورة ورقم تسلسلها \_\_ تسمية السلع المباعة وكميتها و/ أو تأدية الخدمات المنجزة \_\_ سعر الوحدة دون الرسوم للسلع المباعة و/ أو تأدية الخدمات المنجزة \_\_ السعر الإجمالي دون احتساب الرسوم للسلع المباعة و/ أو تأدية الخدمات المنجزة \_\_ طبيعة الرسوم و/ أو الحقوق و/ أو المساهمات ونسبها المستحقة ، حسب طبيعة السلع المباعة و/ أو تأدية الخدمات المنجزة ، ولا يذكر الرسم على القيمة المضافة إذا كان المشتري معفى منه \_\_ السعر الإجمالي مع احتساب كل الرسوم محررا بالأرقام والأحرف .

ب/ البيانات المتعلقة بالمشتري (المستهلك):

\_\_ اسم الشخص الطبيعي ولقبه \_\_ تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري \_\_ الشكل القانوني وطبيعة النشاط \_\_ العنوان ورقما الهاتف والفاكس وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء \_\_ رقم السجل التجاري \_\_ رقم التعريف الإحصائي \_\_ يجب أن تحتوي الفاتورة على اسم المشتري ولقبه وعنوانه إذا كان مستهلكا.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها .

نظام ارسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو لأكثر بتبادل الفواتير عن بعد .

ويجب أن تحدد في الفاتورة التكاليف وزيادات السعر والفوائد وكل التكاليف المضافة على أن تكون واضحة ولا تحتوي على أي لطخة أو شطب أو حشو(المادة 10 من المرسوم).

وتعتبر الفاتورة قانونية إذا حررت في دفتر الفاتورات الذي يسمى بدفتر الأورمات والذي يضم سلسلة متواصلة من الفواتير ويمكن أن ينجز بواسطة الإعلام الآلي .

والفاتورة تعد من أهم وسائل الإثبات المنصوص عليها في المادة 30 من القانون التجاري الجزائري بقوله " يثبت كل عقد تجاري .... بفاتورة مقبولة "، فيقدمها صاحبها للإحتجاج بها وهو مانص عليه المشرع في المادة 266 من قانون الجمارك فهو يشترط تقديم فواتير الشراء أو سندات التسليم أو أي وثيقة أخرى تثبت حيازة البضائع بصفة مشروعة حيث يشترط قانون الجمارك تبرير حركتها عبر التراب الوطني .

### 2/ التعامل بسند التحويل:

في حالة ما إذا قام العون الاقتصادي بنقل سلعة من مكان إلى مكان إما من أجل التحويل أو التخزين أو التعبئة أو التسويق بدون أن تتم عملية تجارية فإن المشرع ألزمه أن يحرر سند يبرر حركة هذه السلعة وهذا ما جاءت به المادة 12 من المرسوم 05-468 على أن يقدمه إذا طلب منه ذلك من طرف ضباط الشرطة القضائية وأعوان الرقابة .

ويشترط في تحرير هذا السند أن يكون مؤرخ و مرقم بالسلع أثناء تحويلها ولا بد أن يتضمن جملة من البيانات<sup>1</sup>، ولعل أهم السندات التي جاء بها المشرع هي التي نص عليها في القانون التجاري وتتمثل في: سند الخزن ، سند النقل ، عقد تحويل الفاتورة .

<sup>1</sup> / منصوص عليها في المادة 13 من المرسوم 05-468 هي: \_ الاسم واللقب والتسمية أو العنوان التجاري \_ العنوان ورقما الهاتف والفاكس وكذا العنوان الإلكتروني عند الإقتضاء \_ رقم السجل التجاري \_ طبيعة السلع المحولة وكميتها \_ عنوان المكان الذي حولت منه السلع والمكان الذي حولت إليه \_ توقيع العون الاقتصادي وختمه الندي \_ اسم ولقب المسلم أو الناقل وكل الوثائق التي تثبت صفته .

أ/ **التعامل بعقد تحويل الفاتورة:** هناك مجموعة من التعاريف من بينها التعريف الذي جاءت به الغرفة الوطنية للمستشارين الماليين بفرنسا فعرفته على أنه : تحويل الحقوق من مالكيها للوسيط الذي يتحمل مهمة تحصيلها وضمان الوفاء النهائي في حالة اعسار المدين مقابل عمليات هذا التدخل<sup>1</sup> .

وعرفه جانب من الفقه بأنه الالتزام الواقع على عاتق أحد هذه المؤسسات المتخصصة بتعجيل قيمة فواتير عميلها على مدينه مقابل انتقال ملكية هذه الحقوق لها وتعهدها بعدم الرجوع على العميل في حالة إخفاقها في استيفاء هذه الحقوق ومساعدته في مجموعة كبيرة من الخدمات الإدارية<sup>2</sup> .

في حين نجد أن المشرع الجزائري قد نص عليه في المرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 5 أفريل 1993 المنظم لشروط وأحكام هذا العقد وكذا المرسوم التنفيذي رقم 95-331 المؤرخ في 25 أكتوبر 1995 المتعلق بشروط تأهيل الشركات التي تمارس عقد تحويل الفاتورة.

وقد تعرض المشرع لمفهوم عقد تحويل الفاتورة في المادة 543 مكرر 14 قانون تجاري جائري بقوله: "عقد تحل بمقتضاه شركة متخصصة تسمى (وسيط) محل زبونها المسمى المنتمي عندما تسدد فوراً لهذا الأخير المبلغ التام لأجل محدد ناتج عن العقد وتتكفل بتبعية عدم التسديد وذلك مقابل أجر".

ب/ **التعامل بسند الخزن :** هو سند مصرفي يقوم بتحريره تاجر يعطي ضماناً لتوقيعه على بضاعة مودعة بأحد المخازن العمومية، والمخزن العمومي هو عبارة عن منشأة تهيء بناء أو مكاناً فسيحاً لإيداع البضائع ، ويقوم بدور المودع لديه لأنه يقدم خدمات للمودعين تتمثل في حفظ وصيانة البضائع المودعة لديه<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> / ميلاد عبد الحفيظ : النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، أطروحة دكتوراء في العلوم القانونية ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2011-2012 ، ص 26.

<sup>2</sup> / هشام فضلي : عقد شراء الحقوق التجارية ، دار النهضة العربية القاهرة، مصر ، 1997 ، ص 5.

<sup>3</sup> / علي البارودي : القانون التجاري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر ، 1975 ، ص 309 .

ويسلم المخزن العام للتاجر إيصالاً مزدوجاً أي يتكون من جزأين الأول يسمى إيصالاً وهو: إيصال أو سند إيداع والثاني يسمى سند الخزن أو كما يطلق عليه سند الرهن وهذه السندات تحمل معاً البضاعة التي أودعها التاجر في المخزن العام<sup>1</sup>.

وعرفته المادة 543 مكرر قانون تجاري جزائري بأنه: "إستمارة ضمان ملحقة بوصل البضائع المودعة بمخازن عامة"، ويخضع سند الخزن للتداول بالطرق التجارية ومنها التظهير وهو مانصت عليه الفقرة 2 من المادة 543 قانون تجاري جزائري بقولها: "سند الخزن هو سند قابل للتظهير بنفس شروط السندات التجارية الأخرى". كما تنص نفس المادة على أنه يمكن لحائز السند في أي وقت أن يفصل سند الخزن ويحوله بإذن الحامل وتشكل البضاعة المودعة حينئذ ضمان تسديد المبلغ المقترض عند الاستحقاق .

### **ج/ التعامل بسند النقل :**

هو سند يصدر من الناقل فيعلن بيان ومقادير البضاعة التي استلمها من المرسل والتزامه بتسليمها للمرسل إليه في الميعاد والمكان المحددين ويمتاز سند النقل على تذكرة النقل ببساطته وإتفاقه مع منطق الإثبات فعقد النقل بصورته الحديثة لا يتضمن إلا البيانات الجوهرية<sup>2</sup>، ويعد سند النقل سنداً للتعاملات التجارية تثبت ملكية بضاعة معينة ويخضع للتداول عن طريق التظهير .

من خلال ما سبق يمكن القول بأن كل من سندي الخزن والنقل هما أوراق تجارية تتميز عن عقد تحويل الفاتورة الذي له طابع خاص وليس ورقة تجارية .

### **3/ التعامل بوصل التسليم والفاتورة الإجمالية :**

يحرر العون الإقتصادي فاتورة أو سند أثناء قيامه بالعمليات التجارية من أول عملية إنتاج إلى غاية آخر عملية، وقد تتكرر العمليات التجارية مع نفس الزبون وهنا المشرع أجاز له في المادة 14 من المرسوم 468-05 أن يقوم بتحرير وصل تسليم بدل الفاتورة في مثل

<sup>1</sup> / ميلاد عبد الحفيظ : مرجع سابق ، ص 32.

<sup>2</sup> / ميلاد عبد الحفيظ : مرجع سابق ، ص 33.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها .

هذه العمليات ثم تحرر فاتورة إجمالية خلال شهر واحد تجمع فيها جميع هذه الوصولات ثم تقيد مباشرة بعد إنقضاء المدة الشهرية (المادة 15 من المرسوم السابق)، ويختص العون الإقتصادي برخصة استعمال هذا الوصل بموجب مقرر من الإدارة المكلفة بالتجارة .

وتنص المادة 15 من المرسوم السابق على أن وصل التسليم يجب أن يتضمن زيادة على رقم وتاريخ المقرر الذي يرخص باستعمال الوصل كل من : الاسم واللقب ورقم بطاقة تعريف المسلم أو الناقل وكذا البيانات اللازمة في كل من البائع والمشتري والفاتورة كما أن الفاتورة الإجمالية لا بد أن تكون متضمنة لأرقام وتواريخ وصولات التسليم المحررة.

ألزم المشرع على البائع أو العون الإقتصادي تحرير فاتورة أو سند أو أي وثيقة أخرى أثناء القيام بعملية تجارية لتبريرها وعند خرق ذلك يعاقب المخالف لأحكام هذا المرسوم بالعقوبات المنصوص عليها في المادتين 33 و34 من القانون 04-02 وهي:

\* في حالة عدم الفاتورة يعاقب بغرامة قيمتها 80٪ من المبلغ الذي يجب فوترته مهما بلغت قيمته .

\* وفي حالة عدم تطابق الفاتورة يعاقب بغرامة من 10.000 دج إلى غاية 50.000 دج .

### 4/ التعامل بأي وثيقة أخرى:

يأخذ عقد الاستهلاك عدة صور، وقد عددها المشرع الجزائري على سبيل المثال لا الحصر كالفاتورة أو السند أو وصل الاستيلاء أو الفاتورة الإجمالية أو أي وثيقة أخرى سواء كانت هذه الوثيقة عبارة عن طلبية أو سند الضمان أو عبارة عن جدول أو قسيمة الشراء، ومعظم هذه الوثائق تحمل نفس البيانات بأطراف العقد ومحلّه، وهو مانص عليه المشرع الجزائري في المرسوم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ في المادة 6 منه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> /تنص المادة 6 من المرسوم 13-327 على البيانات التي يجب أن يضمنها المتدخل في شهادة الضمان وهي : -اسم أو اسم شركة الضامن وعنوانه ورقم سجله التجاري وكذا العنوان الإلكتروني عند الإقتضاء ، اسم ولقب المقتني ، رقم وتاريخ الفاتورة أو تذكرة أو صندوق أو قسيمة الشراء و/أو كل وثيقة مماثلة ، طبيعة السلعة المضمونة ، ولا سيما نوعها وعلامتها ورقمها التسلي ، سعر السلعة المضمونة ، مدة الضمان ، اسم وعنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان عند الإقتضاء.

**الفرع الثاني :مظاهر التعسف في عقود الاستهلاك :**

نظرا للتقدم التكنولوجي والإقتصادي الذي عرفه العالم في العقود الأخيرة كتوحيد نماذج وأنماط السلع والمنتجات وتعقد صناعاتها والتوزيع بالجملة في أماكن متفرقة ، ويتم تحرير بعض العقود بصفة مسبقة بالكامل بواسطة أحد المتعاقدين وهذا ما يسمى بالعقود النمطية أو النموذجية وهي غالبا ما تحتوي على طابع الإذعان، غير أن هذا لا يعني أن جميع عقود الاستهلاك هي عقود إذعان، لذا حاولنا في هذا الفرع أن نبين متى يوصف عقد الاستهلاك بأنه عقد إذعان ثم نبين خصائصه.

**أولا : عقود الاستهلاك كعقود إذعان :**

نتناول مفهوم عقد الإذعان ثم طبيعته مع إعطاء أمثلة لبعض العقود التي تحمل طابع الإذعان.

**1/ تعريف عقد الإذعان:**

من الصعب القول بوجود تعريف واحد لعقد الإذعان يكون دقيقا نظرا لوجود التفاوت بين الأطراف في كل مكان وفي أي وقت، ومن هذا المنطق يمكن القول بأنه: العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها ويكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل إحتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق .

ويعرفه الفقيه ساليه: Saleilles الذي يجمع الفقهاء أنه صاحب أول فكرة للإذعان بأن عقد الإذعان: هو محض تغليب لإرادة واحدة تعترف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد .

و يلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بالإرادة المنفردة وبطريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد.

وعرفه الفقه بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو بمرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محددة النطاق في شأنها<sup>1</sup>، فالأصل يتم إجراء التعاقد بحرية النقاش والمساومة بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة في أن يجعل الآخر يبتغي أفضل الشروط بالنسبة إليه، وهناك نوع من العقود يشذ عن هذه القاعدة فلا تكون هناك مساومة أو نقاش في شروطها ، وإنما يصنع أحد الطرفين هذه الشروط، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا أين يقبلها جملة أو يرفضها جملة بحيث إن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة الحقة والرضا السليم، أما بالرجوع إلى الأستاذ السنهوري فلا نجده عرف عقد الإذعان وإنما تطرق إلى القبول في عقد الإذعان بقوله: قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة بل هو في موقفه من الموجب ولا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه.<sup>2</sup>

و لعل أبرز تعريف فقهي يمكن اعتماده هو الذي يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدية الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه كما يذكر الموضوع الذي يرد عليه الانعقاد (سلع أو مرفق ضروري).

وعقد الإذعان يطلق عليه الفرنسيين تسمية عقود الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة<sup>3</sup>. هذا هو وضع الإذعان في الفقه أما بالنسبة للتشريع فإن معظم التشريعات العربية قد تعرضت إلى عقد الإذعان ولكن دون أن تتعرض إلى تعريف محدد لهذه الفئة من العقود بل أوردت كيفية حصول القبول فيها، فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

<sup>1</sup> / عبد المنعم فرج الصدة : عقود الإذعان ، القاهرة ، مصر ، 1946 ، ص 120 .

<sup>2</sup> / عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق ، ص 244 .

<sup>3</sup> / لشعب محفوظ بن حامد : عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1990 ، ص 27 .

ولما كان المشرع المصري هو السباق في وضع نصوص خاصة بعقد الإذعان فإن ذلك أدى إلى نقاشات حادة فاقترح مستشاري محكمة النقض المصرية أن تصاغ المادة 100 قانون مدني مصري: "عقد الإذعان هو الذي يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر غير القابلة للمناقشة".

وقد سارت معظم التشريعات العربية على هذا النهج المصري فأوردت أحكاما خاصة بالقبول في عقد الإذعان دون أن تعرفه هذا وقد نص المشرع اللبناني في المادة 172فقرة1 على أنه "وعندما يقتصر أحد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني أو الفعلي أن يناقش فيما يتضمنه يسمى العقد آنذاك عقد موافقة كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية أو عقد الضمان<sup>1</sup>.

وأطلق عليه المشرع اللبناني اسم عقد الموافقة لأن دور الطرف المقابل لا يتعدى كونه موافقة على مشروع نظامي غير قابل للمناقشة.

من خلال التعريفات السابقة يمكن القول أن عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يضع فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروط محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة، انطلاقا من هذا التعريف يتبين لنا أن عقد الإذعان يتميز عن غيره من العقود بعدة مميزات وخصائص وهي:

- أنه يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من ضروريات المستهلك.
- احتكار الطرف القوي لهذه السلع أو الخدمات احتكارا قانونيا أو فعليا.
- عمومية الإيجاب: أي أن الإيجاب في عقد الإذعان ليس موجه فقط إلى شخص معين بل هو موجه إلى الجمهور عامة أو إلى طائفة من هذا الجمهور تتوافر فيها صفات معينة بشكل دائم وموحد.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> / لشعب محفوظ بن حامد : نفس المرجع ، ص 29.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص 73.

- إن الإيجاب في هذه العقود من عمل الطرف القوي وحده الذي يصنع الشروط ولا يقبل مناقشتها فلا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة<sup>1</sup>، وهو غالبا يضع الشروط حسب ما تخدم مصلحته وهو ما عبرت عنه المادة 70 قانون مدني جزائري بقولها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها".

## **2/ طبيعة عقد الإذعان:**

إن عقود الإذعان كما في عقود شركات التأمين والنقل، وعقود المرور، وشركات الغاز والمياه ومصالح البريد وغيرها، هي كبقية العقود متكونة من إيجاب ورضا الطرفين إلا أن القبول يتميز بأنه مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب وسمي هذا العقد بالفرنسية "عقد الانضمام" حيث أن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه ، إلا أن الأستاذ السنهوري أثر تسميته في العربية " عقد الإذعان" لما يشعر به في هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول.

وبتميز الإيجاب في عقود الإذعان بأنه معروض بشكل مستمر على كافة الناس بمعنى أن يكون ملزما بالنسبة للموجب لمدة أطول بكثير من المدة التي يلزم فيها الإيجاب في العقود المعتادة.

أما فيما يخص طبيعة عقود الإذعان فقد انقسم الفقهاء في تحديد طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين: فيرى بعض الفقهاء أنها ليست عقودا حقيقية، وقد أنكر جانب من الفقه الصبغة التعاقدية على عقود الإذعان، إذ أن العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار أما في عقد الإذعان فالقبول مجرد إذعان ورضوخ دون مناقشة لبنوده.

فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانونا أخذت به الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ذات المركز العقدي الأقوى، لذا لا بد من الإعتماد على مقتضياته العدالة وحسن النية في تطبيقه.

<sup>1</sup> / محمد كامل مرسي : العقود المسماة ، ج 1، 1992 ، مصر، ص 27.

فالمذعن في عقد الإذعان لا يستطيع إلا أن ينزل إلى حكم شركات الإحتكار فالرابطة القانونية بين المذعن والمحتكر قد خلقتها إرادة المحتكر لوحدها وهذه الإرادة المنفردة للمحتكر هي بمثابة قانون يضعه الأقوى وما على الأطراف إلا إتباعها شأنها شأن القانون.

ويرى غالبية الفقهاء أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بموافقة إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد عن عقد حقيقي، ولا يمكن للقاضي تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الطرف الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي ويكون ذلك بإحدى الوسيلتين:

- وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.
- وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان.

### **ثانيا خصائص عقود الاستهلاك :**

انطلاقا من تعريف عقد العقد الاستهلاك يمكن القول بأنه لابد من توافر مجموعة من الخصائص تتعلق بشخص المستهلك، وبمحل الاستهلاك، وبالهدف من التعاقد.

#### **1/: فيما يتعلق بالشخص المستهلك:**

المستهلك هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يحصل على خدمة أو يستعمل سلعة وعليه فالمستهلك يشمل أيضا الأشخاص المعنوية ولكن التابعة فقط للقانون الخاص، والتي لا تؤدي نشاطا مهنيا فجمعيات حماية المستهلك نفسها يمكن اعتبارها مستهلكا<sup>1</sup>.

من خلال التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري يبين أن هناك نوع واحد من المستهلكين هو المقتني للمنتوج أو الخدمة، أما المستعمل فلا يشملته التعريف فالمستهلك الذي هو غالبا من يستعمل المال أو الخدمة، لكن كثيرا ما يتم استعمال هذا المال أو الخدمة

<sup>1</sup> / فهيمة ناصري : جمعيات حماية المستهلك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر 2004/2003 ص 44.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

من قبل الغير، ذلك أن عقد الاستهلاك لا يقتصر على أطرافه فقط وإنما يشمل أيضا الأشخاص الذين هم في كفالة المقتني والذي ينبغي اعتبارهم مستهلكين، وبالتالي فالمستهمل أيضا يعد مستهلكا وهو مشمول بقواعد الحماية وفقا لم تم تحديده من خلال القانون .

من خلال ما سبق يمكن القول أنه إذا كان المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الموسع للمستهلك واعتبر المستهلك الوسيط مشمولاً بقواعد الحماية فإنه عاد و تبنى المفهوم الضيق من خلال قواعد القانون حماية المستهلك وقمع الغش والقانون للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

إن مفهوم المستهلك يطرح اشكالا كبيرا حول مامدى اعتبار المنتفعين من المرافق العامة مستهلكين، وبمعنى آخر هل يستفيد المنتفعين من المرافق العامة من القواعد الحماية لقانون الاستهلاك؟.

**يمثل المرفق العام:** نشاط المصلحة العامة الذي يقوم به شخص من القانون العام بصفة مباشرة عن طريق المؤسسات العمومية أو غير مباشرة عن طريق التسيير المفوض<sup>1</sup>. وتنقسم المرافق العامة: إلى مرافق عامة تجارية و صناعية، ومرافق عامة إدارية.

### أ/ المرافق العامة الصناعية والتجارية:

ظهرت بعد قرار bac d'eloka الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية 1921 الذي تم فيه التمييز بين المرافق العامة الإدارية والصناعية والتجارية وأخضع هذه الأخيرة للقانون الخاص وينظر في نزاعاتها القضاء العادي بحكم أنهم في مركز المتعاقد وتهدف الى تحقيق الربح كما أن المشرع الجزائري من خلال المادتين 800 و 801 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري<sup>2</sup>، أخرجها من دائرة القضاء الإداري فهذه المرافق يمكن اعتبارهم منتفعين وبالتالي مستهلكين بإمكانهم الاستفادة من القواعد الحمائية لقانون المستهلك، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم في كون علاقة المرافق العامة مع المتعاملين معها أصبحت تجارية بحتة

<sup>1</sup> / نوال بن لحرش : مرجع سابق ، ص 22 .

<sup>2</sup> / قانون الاجراءات المدنية الجزائري رقم 09-08 الصادر بتاريخ 2008/2/25 .

وذلك بعد ظهور المنافسة الحرة، وقد قضى الإعلان الصادر عن المؤتمر العالمي رقم 16 للمنظمة الدولية للمستهلكين أن التغيرات في كيفية تسيير وتنظيم المرافق العامة الصناعية والتجارية كمرفق الماء والكهرباء و الغاز والاتصالات والوسائل التكنولوجية المستعملة في ذلك لها تأثير مباشر على الأسعار والنوعية، وفعالية هذه الخدمات وهذا الأمر سينعكس على الحقوق الأساسية للمستهلك<sup>1</sup>.

#### **ب/ المرافق العامة الإدارية:**

إذا سلمنا بأنها تخضع للقانون العام وتهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، دون السعي إلى تحقيق الربح فإن المستفيدين من خدمات المرفق العام هم في مركز تنظيمي وليس تعاقدية ولا يمكن اعتبارهم مستهلكين، غير أن المنتفعين من المرافق العامة في أغلب الأحيان يجدون أنفسهم في حالة ضعف مقابل القوة وامتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة لذا هم بحاجة إلى الحماية مثلهم مثل المستهلكين.

وقد نظم المشرع الجزائري بموجب المرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 1988/07/04 العلاقة بين الإدارة والمواطن ، وعلى هذا الأساس يمكن القول أن المستفيدين من المرافق العامة الإدارية المسيرة من قبل الشخص العام هم وضعية تنظيمية للقانون العام، أما المستفيدين من المرافق العامة الإدارية المسيرة من قبل أشخاص من القانون الخاص فهم في وضعية من القانون الخاص<sup>2</sup>، ويعتبرون مستهلكين بإمكانهم الاستفادة من قواعد قانون الاستهلاك لأنها وإن كانت تؤدي منفعة عامة فهي تهدف إلى تحقيق الربح كالمؤسسات الاستشفائية والمدارس التعليمية الخاصة.

لابد من توافر صفة المستهلك في عقد الاستهلاك على أن تتنفي صفة المستهلك عن المتعاقد الآخر حتى نتمكن من تطبيق النصوص القانونية التي تحمي المستهلك كطرف

---

<sup>1</sup> / نوال بن لحرش : مرجع سابق ، ص 28 .  
<sup>2</sup> / نوال بن لحرش : مرجع سابق ، ص 25 .

ضعيف في مواجهة الطرف القوي و هو المتدخل حيث أن هذا التفاوت هو الذي يجعل من المستهلك طرفا مذعنا وجديرا بالحماية.

## **2/ فيما يتعلق بمحل الاستهلاك:**

يدخل في هذا النطاق تعاقد المستهلك على المنتج هذه الكلمة التي تشمل السلع والخدمات وتشمل السلع كل ما تستخدم لتلبية حاجات المستهلك في إطار غير مهني ولا يعني كون هذه السلع استهلاكية أنها ستخدم لمدة واحدة ، فلا فرق بين السلع القابلة للاستهلاك الفوري كالمواد الغذائية أو المنتجات الصيدلانية وبين السلع الدائمة الاستهلاك كالسيارات والأثاث والأجهزة المنزلية التي تستهلك بصفة متكررة، أما الخدمات فهي تشمل كل الخدمات التي تقدم للمستهلك مقابل أدائه لمبلغ نقدي وقد تكون هذه الخدمة ذات طبيعة مادية كالخدمات التي يؤديها أصحاب الفنادق وقد تكون خدمات ذات طبيعة ثقافية كالاستشارات القانونية أو ذات طبيعة مالية كعقد التأمين وعقد القرض.

وقد اختلفت التشريعات حول تعريف المنتج بصفة عامة والسلعة والخدمة بصفة خاصة وسنحاول التطرق إلى بعض التعاريف التي أوردتها بعض التشريعات في هذا الشأن: لقد استلهمت التشريعات المقارنة الحلول التي استقرت في المعاهدات والاتفاقيات الدولية لاسيما في تحديد فكرة المنتج حيث بدا ذلك واضحا في القانون الفرنسي ونفس الإتجاه اتبعه المشرع المصري الذي جاء بقواعد خاصة في هذا الشأن وهو ما سنوضحه من خلال مايلي :

فرغم أن التعليمات الأوربية سنة 1985 متعلقة بفعل المنتجات المعيبة تدخل في إطار الاتفاقيات الدولية إلا أننا ارتأينا دراستها ضمن القوانين المقارنة بإعتبارها المصدر التاريخي الذي تم نقل محتواه إلى مختلف التشريعات الداخلية كدول الاتحاد الأوربي بما في ذلك المشرع الفرنسي<sup>1</sup>، فعرفته المادة 2 من التعليمات الأوربية 1985 " كل مال منقول حتى وإن كان مرتبطا بعقار فيما عدا المواد الأولية الزراعية ومواد الصيد".

<sup>1</sup> / قادة شهيدة :المسؤولية المدنية للمنتج ،دار الجامعة الجديدة ،مصر ،ط1، 2006 ، ص 11، 12 .

إلا أنه من خلال هذا التعريف نجد أن لفظ المنتج يدل على المال المنقول المطروح للتداول واستبعد من هذا التعريف المواد الزراعية ومواد الصيد.

إن المشرع الفرنسي لم يستعمل مصطلح المنتج من قبل صدور قانون 98-389 المتعلق بفعل المنتجات المعيبة ، بحيث استعمل مصطلح الأشياء الجامدة والأشياء الحية وهو ما جاء به في المادتين 1385 قانون مدني فرنسي التي تضمنت مسؤولية حارس الحيوان<sup>1</sup> والمادة 1386 قانون مدني فرنسي التي تضمنت مسؤولية حارس البناء<sup>2</sup> .

لكن بعد صدور القانون رقم 389/98 المؤرخ في 1998 والمتضمن المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة والذي تضمنه القانون الفرنسي في الكتاب الثالث منه، سلك المشرع الفرنسي في تحديد مفهوم المنتج منهجا مخالفا للقانون التقليدي الذي كان سائدا في إطار تقسيم الأموال قبل صدور القانون<sup>3</sup> حيث عرف المنتج بأنه كل مال منقول حتى وإن ارتبط بعقار ويسري هذا الحكم على منتجات الأرض وتربية المواشي والصيد البحري ويعتبر الكهرياء منتوجا.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي سلك نهج التعليلة الأوربية فكليهما يعتبر المنتج مالا منقولا واستبعدوا العقار من المنتجات وذلك لسبب واضح هو وجود قوانين وأحكام خاصة بمسؤولية البناء.

عرفه المشرع التونسي في القانون 117/92 المؤرخ في 1992/12/7 المتعلق بحماية المستهلك في الفصل الثاني:

**المنتج :** "هو كل منتج صناعي أو فلاحي أو حرفي بما في ذلك:

- العناصر التي تتكون منها مثل العناصر الأولية والمواد والمكونات والسلع نصف المصنعة.

<sup>1/</sup> art 1385 code civil francais : (le propriétaire d'un animal , ou celui qui s'en sert , pendant qu'il est à son usage , est responsable du dommage que l'animal a causé , soit que l'animal fût sous sa garde , soit qu'il fût égaré ou échappé ).

<sup>2/</sup> art 1386 code civil francais : (le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage cause par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction .

<sup>3</sup> / محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، المرجع السابق، مرجع سابق ص 20 .

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

- المنقولات الملتصقة بعقارات بصفة طبيعية أو بمقتضى القانون.
- المنتجات التي أعيد تكييفها أو أي منتج آخر لا يسلم جديداً.
- كل الخدمات مهما كان نوعها".

أما المشرع الجزائري فعرّفها في القانون 09-03 من خلال المادة 3 منه:

**المنتج:** كل سلع أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا.

**الخدمة:** كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى وإن كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة.

**السلعة:** كل شيء عادي قابل للتنازل عنه مقابل أو مجانا.

من خلال التعريفات السابقة نجد أن المشرع الجزائري على خلاف باقي التشريعات التي تعتبر المنتج هو السلعة دون الخدمة فإنه يطلق كلمة منتج على السلعة والخدمة معا. فالمتدخل يكون ملزما بتسليم منتج خال من كل عيب أو قصور في التصنيع من شأنه أن يعرض الأشخاص والأموال للخطر وهو يسأل عن ذلك في مواجهة المتسبب حقا فكل منتج يكون مسؤولا عن الأضرار الناشئة عن منتجاته في مواجهة سائر الضحايا من تعرض منهم مباشرة للضرر أم بالتبعية.

والمنتج يكون معيبا متى اتسم بخطورة تتجاوز ما يمكن افتراضه على المستهلك الشرط بدون هذه الخطورة نتيجة مخاطر التطور العلمي، وعليه لا بد من تحديد مفهوم كل من حالة العلم ومخاطر التطور العلمي، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية أن المسؤولية الناتجة عن عيب في سلامة المنتج يستفيد منها كل مضرور سواء كان متعاقد مع المنتج أو البائع أو المهني أو مع الغير.<sup>1</sup>

من خلال ما سبق يمكن القول بأن مفهوم المنتج هو مفهوم واسع يفتقر إلى ضوابط محددة حتى وإن أخرجت العقارات والبنائيات الضخمة من معنى المنتج فهو يحتاج إلى

<sup>1</sup> / محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، ج2 ، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1990، ص 9.

تدقيق أكثر وقد حاول المشرع الجزائري تحقيقه من خلال تعديله للقانون المدني باستحداثه للمسؤولية المدنية للمنتج.<sup>1</sup>

وإذا كانت السلعة شيء مادي ملموس فإن الخدمة عبارة عن منفعة مدركة بالحواس قائمة بذاتها أو متصلة بشيء مادي قابلة للتداول ،لا يترتب عليها ملكية وهي في الغالب غير محسوسة ، فمتى كانت الجوانب المحسوسة هي الغالبة في العرض فإن ذلك يعني أنها خدمة وليست سلعة والعكس صحيح.<sup>2</sup>

### **ج/ فيما يتعلق بالهدف من التعاقد:**

يهدف المستهلك لاستهلاك السلعة متى كانت قابلة للاستهلاك الفوري أو المتكرر وعليه لا يعتبر مستهلكا من يقوم بالتعاقد على سلعة بهدف إعادة بيعها لأنه يعد عملا تجاريا الهدف منه تحقيق الربح وليس الاستهلاك وهو ما نصت عليه المادة 2 من القانون التجاري الجزائري بقولها: " يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع :

- \* كل شراء للعقارات لإعادة بيعها.
- \* كل مقالة لتأجير المنقولات أو العقارات.
- \* كل مقالة للإنتاج أو التحويل أو الإصلاح.
- \* كل مقالة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض.
- \* كل مقالة للتوريد أو الخدمات.
- \* كل مقالة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقالع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى.
- \* كل مقالة لإستغلال النقل أو الإنتقال.
- \* كل مقالة لأشغال الملاحي العمومية أو الانتاج الفكري.
- \* كل مقالة للتأمين.

<sup>1</sup> /محمد حاج بن علي : مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجاته المعيبة ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، جامعة الشلف ، الجزائر ، ص46 .

<sup>2</sup> / علي فلاح الزعبي : مبادئ وأساليب التسويق ، دار صفاء للنشر والتوزيع، الأردن ، ط1 ، 2010 ، ص329.

- \* كل مقاوله لإشغال المخازن العمومية.
  - \* كل مقاوله لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة .
  - \* كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة.
  - \* كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية.
  - \* كل مقاوله لصنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن الملاحه البحرية.
  - \* كل شراء وبيع لعتاد أو مؤمن للسفن.
  - \* كل تأجير أو افتراض أو فرض بحري بالمغامرة.
  - \* كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجار البحرية.
  - \* كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم .
  - \* كل الرحلات البحرية".
- فإذا كان الغرض من حيازة السلعة أو استعمالها أن ينتهي دورها بهذا الاستعمال فهي سلعة استهلاكية ويكون هذا الشخص مستهلكا.
- أما إذا كان الهدف هو إدخالها في عملية أخرى تتعلق بالتجارة أو الزراعة أو الصناعة حتى وإن كانت في الأخير ستصل إلى يد المستهلك فهي تعتبر سلعة استهلاكية ومن ثم الشخص الذي يستخدمها في هذه المرحلة لا يكون مستهلكا.
- كما أن المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/3/1 المعدل والمتمم للقانون التجاري أضاف ثلاث أنواع من الأعمال التجارية بحسب الموضوع وهي :
- \* كل نشاطات الإقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها .
  - \* كل النشاطات التوسيطية في الميدان العقاري لا سيما بيع الأملاك العقارية وتأجيرها .
  - \* كل نشاطات الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير .
- أما الأمر 96-27 المؤرخ في 1996/12/9 فقد أضاف هو الآخر ستة أنواع وهي:
- \* كل مقاوله لصنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحه البحرية .
  - \* كل شراء وبيع لعتاد أو مؤن السفن .

\* كل تأجير أو إقتراض أو قرض بحري بالمغامرة .

\* كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية .

\* كل الإتفاقيات والإتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإبحارهم .

وإذا نظرنا إلى الخصائص الثلاث لعقود الإذعان يمكن أن تعتبر من عقود الإذعان العقود التالية :

- عقود شركات الكهرباء والغاز والمياه ومصالح البريد والهاتف إذا كانت منحصرة في جهة واحدة وتملي شروطها بدون مناقشة وتخفف من مسؤوليتها وتشدد من مسؤولية المتعاقد.
- عقود شركات التأمين إذا كانت منحصرة بين الدولة ومؤسساتها وكانت ضرورية .
- العقود مع المستشفيات التي تجهز الأجهزة المهمة للعمليات الكبرى التي يحتاجها المريض عندها.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن العقد الإستهلاكي هو ذلك العقد المبرم بين المتدخل من جهة والمستهلك أو غير المهني من جهة أخرى، والملاحظ أن المشرع الجزائري وسع من مفهوم المتدخل ليشمل جميع صوره كما وسع من مفهوم المستهلك وغير المهني وذلك من أجل بسط نصوص قانون حماية المستهلك لتشمل جميع الفئات .

**المبحث الثاني : سبب الإختلال العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك :**

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

هذه الشروط غالبا ما تكون تعسفية وتكون في شكل عقود نموذجية محررة مسبقا من قبل الطرف القوي وهي نوعين: إما أنها تبدو على حقيقتها منذ الوهلة الأولى أو أنها تبدو عادية غير أنه بمجرد البدء في تنفيذ العقد يظهر جليا بأنها شروط تعسفية وما على المتعاقد الضعيف إلا قبولها والإذعان لها ،وقد حاول كل من الفقه و القضاء والتشريع تحديد هذه الشروط ولو على سبيل المثال حماية لهذا الطرف الضعيف من قوة ونفوذ المتدخل الذي في الأغلب يكون عبارة عن شركات عملاقة .

و سنتطرق لماهية الشرط التعسفي ثم معايير وأنواع الشرط التعسفي.

**المطلب الأول : ماهية الشرط التعسفي كسبب للإختلال التعاقدية :**

يعتبر المستهلك دوما أضعف طرف في العلاقة التعاقدية بصفة عامة، لذا فإن اعتبارات العدالة تقضي إعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان حتى يكون للمستهلك التمسك في بطلانها، والعلة في ذلك ترجع إلى أن هذه العقود يصعب التفاوض بشأنها وبالتالي فإن أي شرط تعسفي يستطيع المستهلك المطالبة ببطلانه متى أثبت الصفة التعسفية للشرط لأنه يمثل إعتداء على مصالحه وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل التزام المستهلك في العقود الإستهلاكية بإعتبارها شروطا مجحفة تنال من رضاه لذا سنتناول مفهوم الشرط التعسفي وطبيعته أولا ثم نتناول عناصر الشرط التعسفي .

## الفرع الأول : مفهوم الشرط التعسفي :

قبل التطرق إلى تبيان مفهوم الشرط التعسفي لابد من ضبط بعض المصطلحات المشابهة له كالتصرف المجحف و التصرف التعسفي، فهناك من عرف التصرف التعسفي بأنه : ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته في حين التصرف المجحف: لا يحول الفعل أو الحق عن تحقيق وظيفته الاجتماعية غير أنه تصرف غير مقبول<sup>1</sup>.

ويميز البعض بين التعسف و التجاوز على أساس أن التعسف ذا صفة خطئية فمثلا المالك يفعل ما يشاء في ملكه دون قصد الاضرار بالغير، أما إذا قصد ذلك يكون تعسف في استعمال حقه، أما التجاوز عبارة على أن الشخص في استعماله واستغلاله لحقه يتجاوز الحد المألوف فيحدث ضرر للغير (الجيران) ولكن أحيانا يكون التجاوز تعسفا وأحيانا يكون التعسف تجاوزا<sup>2</sup>.

وسنحاول التطرق إلى التعريف الفقهي والقضائي للشرط التعسفي مع تحديد طبيعته.

### أولاً: تعريف الشرط التعسفي :

قبل التطرق إلى التعريف القانوني للشرط التعسفي لابد من معرفة المعنى اللغوي لكل من الشرط و التعسف.

فالشرط لغة هو الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، وفي الاصطلاح هو اقتران العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف أو هوالتزامات اضافية منجزة على أصل مقتضى العقد يلتزم بها العاقد في ضمن عقده بارادته<sup>3</sup>.

فالشرط هو أمر زائد عن أصل العقد ومن هنا لابد من التفرقة بين الشرط المقترن بالعقد والعقد المعلق على شرط، فالأول منعقد أما الثاني فهو معلق لا ينعقد إلا بتحقيق الشرط، وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود التزام أو زواله فإذا

<sup>1</sup> / السيد محمد السيد عمران : حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر ، ص32.

<sup>2</sup> / السيد محمد السيد عمران : نفس المرجع ، نفس الصفحة.

<sup>3</sup> / أحمد مفلح خوالدة : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1 ، 2011 ، ص150.

كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوعه كان الشرط واقفاً أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلاً وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخاً<sup>1</sup>.

ويعني التعسف لغة استخدام الشيء، وفي الاصطلاح القانوني يعني الاستخدام الفاحش. فالشرط التعسفي: هو المحرر مسبقاً من جانب الطرف القوي ويمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر<sup>2</sup>.

### **1/ التعريف الفقهي للشرط التعسفي:**

لقد حرمت الشريعة الإسلامية عدة عقود من شأنها إلحاق ضرر بأحد الأطراف ولعل أهم عقد يظهر فيه الإختلال التعاقدية هو عقد البيع بشرط فقد يرى البائع أن آثار البيع غير وافية بحاجته وغرضه فيضيف شرطاً جديداً يعدل من آثار العقد بما يتفق ومصلحته<sup>3</sup>، غير أن هذا الشرط قد يكون فاسداً ويلحق ضرراً بالغير .

والشرط الفاسد: هو ما كان شرطاً لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد به الشرع والعرف وكان لأحد المتعاقدين منفعة فيه<sup>4</sup>،

فعرف البعض الشروط التعسفية بأنها: الشروط التي يوردها المحترف عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المحترف (عديم الخبرة) ويهدف من خلالها إلى ترتيب الالتزامات العقدية على النحو الذي تتحقق معه أكبر مصلحة له ولو كان على حساب الطرف الآخر<sup>5</sup>.

وهناك اتجاه آخر يعرفه بقوله في عقد مبرم بين مهني ومستهلك محرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني، يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط بالنظر للميزة القاصرة على المهني، يؤدي إلى عدم توازن في حقوق والتزامات الأطراف<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> / محمد حسين منصور : الشرط للصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007، ص 15.

<sup>2</sup> / نوال كيموش : مرجع سابق ص 61.

<sup>3</sup> / رمضان علي السيد الشرنباوي : حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2004 ، ص 201.

<sup>4</sup> / نفس المرجع ، ص 202 .

<sup>5</sup> / سميح جان صفير : دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، المجلة القانونية 7 ، 2001 ، ص 15.

<sup>6</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق ص 96.

و في مقابل ذلك عرفه الفقه الجزائري بأنه: ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقدته مع المستهلك والذي يؤدي اعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي.

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

فالفقه الجزائري اعتمد على معيارين في آن واحد لتحديد الصفة التعسفية للشرط الأول هو معيار الميزة الفاحشة ومعيار العدالة غير أن هذا الأخير غير واضح وغامض لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر و هو ما قد يؤدي إلى تضارب الأحكام بين الفقهاء بصدد نفس الشرط.

وعرفه البعض بأنه: الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة ما يؤدي إلى احداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أو كانت أثرا من آثاره<sup>1</sup>.

هناك من يعرف الشرط التعسفي بالنظر إلى أطراف العلاقة العقدية ومصدره بأنه: الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير للسلطة الاقتصادية بغرض الحصول على الميزة المجحفة<sup>2</sup>، فهو الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر.

<sup>1</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ،ص 215.  
<sup>2</sup> / السيد محمد السيد عمران : مرجع سابق ،ص 32.

وهناك من يعرف الشرط التعسفي بالنظر إلى طريقة فرضه بأنه : كل شرط يدرج في العقد أو ملحقاته ويترتب عليه الاضرار بمصالح وحقوق المستهلك التي يحميها القانون ويترتب عليه عدم التوازن العقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية.<sup>1</sup>

وجانب آخر يعرفه بالنظر إلى أثره على العلاقة العقدية وتوازنها بأنه: كل شرط في العقد يترتب عليه عدم التوازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك المترتبة على عقد الاستهلاك ، وتتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة فاحشة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر و هو المستهلك.<sup>2</sup>

#### **ب/ التعريف القضائي للشرط التعسفي:**

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

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

غير أنه بالرجوع إلى القضاء الجزائري لانجد ما يمكن من خلاله استخلاص موقفه حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري تطرق إلى تحديد هذه المفاهيم ولم يترك المجال للقضاء .

<sup>1</sup> / مصطفى أحمد أبو عمرو : مرجع سابق ، ص 171 .

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ص 215.

ج/ التعريف القانوني للشروط التعسفي :

عرف المشرع الفرنسي في البداية الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 23/78 الصادر في 10/1/1978 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين للسلع والخدمات بأنه : في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرمة، محددة أو منظمة .... الشروط المتعلقة ب .... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف استعمال النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة<sup>1</sup>.

ثم اتبع المشرع الفرنسي هذا القانون بالمرسوم الصادر في 24 مارس 1978 في المادة الأولى من أجل تطبيق القانون السابق<sup>2</sup> (1978/1/10). والذي إعتبر فيه أن الشرط التعسفي: كل شرط يكون محله أو أثره يؤكد إدعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه وكذلك الشرط الذي محله أو أثره يلغي أو ينقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أيا كانت. وعرف الشرط التعسفي بأنه كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للأضرار بالمستهلك من خلال ايجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين طبقا لنموذج معد كليا أو جزئيا من جانب المهني ويخضع له المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية للتعديل له<sup>3</sup>.

وبصدور القانون رقم 95- 96 الصادر بتاريخ 1/02/1995 الخاص بقانون الاستهلاك أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في المادة 1-132 التي تقضي بأنه في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرار بغير المحترفين أو المستهلك عدم توازن

<sup>1</sup> / خالد عبد الفتاح محمد خليل : مرجع سابق ،ص 26.

<sup>2</sup> / غير أن المشرع ألغى هذه المادة في 3/12/1980 وكان سبب الإلغاء هو تجاوز الحكومة لسلطاتها .

<sup>3</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق ص 99.

ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد<sup>1</sup>.

و يعتبر المشرع الألماني الأسبق في مجال الحماية من الشروط التعسفية وذلك بموجب المادة 9 من القانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن والذي بدأ العمل به في 1/4/1977 والتي تعتبر الشروط العامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشرط بطريقة غير معقولة ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية<sup>2</sup>، فالمشرع الألماني على خلاف غيره من التشريعات قد حدد الشروط التعسفية الباطلة ضمن قائمتين كما سنرى لاحقا وأعطى للقاضي في نفس المادة السلطة التقديرية لتحديد الطابع التعسفي للشرط من عدمه.

فالمشرع الألماني لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين بل يمد الحماية إلى المهنيين أنفسهم كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الازدعان مع استثناء المفاوضة والمساومة وقد اشترط القانون للاعتداد بها اعلام الطرف الآخر بها خاصة المستهلك<sup>3</sup>.

كما عرفه المشرع المصري في المادة 10 قانون حماية المستهلك : "كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند وغير ذلك يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط اعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته الواردة بهذا القانون".

والمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية قام بتعريف الشرط التعسفي في المادة: 3 فقرة 5 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 بأنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

<sup>1</sup> / أسامة أحمد بدر : مرجع سابق ص 32.

<sup>2</sup> / قادة شهيدة : مرجع سابق ص 287.

<sup>3</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 18.

فالمشرع الجزائري لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين بل يمد الحماية إلى المهنيين أنفسهم كما أنها لا تقتصر على عقود الإذعان فقط بل تشمل جميع العقود، وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري بهذا الصدد أزال الكثير من التساؤلات التي أثيرت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية والمعايير الواجب توافرها حتى يوصف الشرط بأنه تعسفي.

**ثانيا: طبيعة الشرط التعسفي:**

إن حصر الشروط التعسفية التي قد ترد في العقود بشكل مطلق ونهائي يعد أمرا صعبا لأن الحرية التعاقدية تسمح دائما بممارسة المزيد من التحايل هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن لكل نوع من العقود ظروفه وخصائصه التي قد تؤدي إلى تغيير الشروط التعسفية التي يلجأ إليها المحترفون أيا كانت صفتهم: بائع، منتج، صانع، مستورد موزع.... حسب نوع العقد .

- إن الشرط التعسفي هو الأمر الزائد عن مقتضى العقد والذي يغير من آثاره وليس الشرط الذي يرتب التزاما هو في الأصل من مقتضى العقد لأن مثل هذا الإلتزام لا يحتاج إلى شرط.

- الشرط التعسفي لا يرد على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان فقط بل إنه يرد على كل عقد يخلل توازنه وتفتقد العدالة فيه بين طرفيه.

- الشرط التعسفي هو من وضع احد المتعاقدين فقط ، أما الآخر فليس له سوى الخضوع لهذا الشرط سواء كانت المناقشة غير متاحة اطلاقا كما هو في عقد الإذعان أو أنها تكون متاحة لكنها مجرد فرض نظري وهمي غير أنها لا تتحقق لأن الطرف الضعيف يكون مجبرا على عدم الالتفات إلى الشروط التي فرضت عليه.

- الشرط التعسفي قد يكون كتابيا وقد يكون شفاهيا.

- يعود سبب فرض الشروط التعسفية إلى تعسف أحد المتعاقدين في استعمال تفوقه سواء الاقتصادي أو الفني أو الثقافي أو القانوني أو الاجتماعي .

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

- يترك الشرط التعسفي أثرا على العلاقة التعاقدية وهو حدوث اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الطرفين.

- ألا يكون هذا الشرط متعلقا بتحديد المهني للمحل ولا بملائمة الثمن الخاص بالبيع أو المقابل المالي المقدر لقاء الخدمة المقدمة.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الشرط التعسفي هو شرط غير عادل إذا لم تتم مناقشته بشكل فردي وفي الأغلب تتحقق هذه الحالة في العقود التي يتم تحريرها مسبقا بحيث لا يكون بوسع المستهلك التأثير على مضمون شروطها<sup>1</sup>، ولهذا يشترط في العقود المكتوبة أن تكون بلغة واضحة وصريحة تشترط الوضوح ليتيح للمستهلك الفرصة لتفحص جميع بنود العقد قبل إنعقاده<sup>2</sup> .

### الفرع الثاني :عناصر الشروط التعسفية :

لتحديد الشروط التعسفية لابد من توافرها على جملة من العناصر والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين وهي: عناصر تتعلق بالعقد الإستهلاكي في حد ذاته، وعناصر تتعلق بالمتعاقد وهي الصفة الإلزامية التي تتوافر في أحد طرفيه بمعنى أن يكون أحد طرفيه مستهلكا أو عونا إقتصاديا .

أولاً- عناصر متعلقة بالعقد الإستهلاكي : والتي تتمثل في ما يلي :

#### 1/ أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة :

إن مجال الشرط التعسفي هو عقد الإذعان و المشرع الجزائري لم يكتف بالأخذ بالمعنى الكلاسيكي للعقد الذي يعرفه في المادة 54 قانون مدني جزائري بأنه :« كل إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما»، بل إنه ذهب إلى أبعد من ذلك و تبني مفهوم حديث للعقد في المادة

<sup>1</sup> /نسرين محاسنة : التزام البائع بالتسليم والمطابقة ، دار الثقافة ، الأردن ، ط 1 ، 2011 ، ص 116 .

<sup>2</sup> / نفس المرجع ، ص 118 .

03 من القانون 02-04 المعدل والمتمم بأنه: "العقد كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه.

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

و قد كرر المشرع الجزائري هذا التعريف في المادة 1 من القانون 06-306 المعدل والمتمم بالقانون 08-44 بقوله: « يقصد بالعقد في مفهوم المادة 03 من القانون 02-04 كل إتفاق أو إتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه ».

وبالرجوع الى مختلف النصوص القانونية التي تنظم هذا النوع نجد أنها تنص على كلمة منتج بدلا من سلعة، و العلة في ذلك هي أن كلمة منتج أعم و أشمل في حين أن السلعة تشمل فقط المنقولات المادية سواء أكانت تهلك بإستعمالها لأول مرة كالمواد الغذائية أو سلع معمرة كالسيارات .

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 22 من المرسوم التنفيذي 266/90 السابق و التي عرفت المنتج بأنه « كل ما يقنتيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة ». غير أن المشرع الجزائري في المادة 2 من المرسوم التنفيذي السابق رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش عرفت المنتج « كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات ».

والملاحظ أن هذ المادة تناولت المنقول المادي دون الخدمة لكن المشرع الجزائري تدارك هذا التقصير في القانون 09-03 ووسع من تعريف المنتج بأنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

من خلال هذا التعريف السابق نجد أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن العقار بصفة عامة غير أن البعض يميل إلى الرأي الذي يعتبرها منتوجا أو سلعة قابلة للاستهلاك ويخضع فيها المتعاقد العادي أو المستهلك للحماية الخاصة التي تقررها القوانين الحمائية<sup>1</sup> وذلك للأهمية البالغة التي يحظى بها العقار في يومنا هذا سواء تعلق الأمر ببيعه أو إيجاره، ونظرا لأن من يشرف على مثل هذه التصرفات لابد أن يكون محترفا و مختصا وهو ما يجعل المتعاقد العادي أو المستهلك في مركز ضعيف .

إضافة إلى السلعة قد يكون موضوع العقد المتضمن شرطا تعسفيا و التي عرفها المشرع في المادة 03 من القانون 09-03 : "كل عمل مقدم غير تسليم السلعة و لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة " .

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع أخرج بصريح العبارة الالتزام بتسليم المنتج من مفهوم الخدمة بإعتباره إلتزاما يقع على عاتق المحترف أو البائع في عقد البيع و هو ما تتفق عليه المادة 364 قانون مدني جزائري بقوله: " يلتزم البائع بتسليم الشيء في عقد البيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع " .

فالمشرع إعتبر هذا الإستثناء الوحيد في ذمة البائع إلتزاما و ليس تقديم خدمة فالمشرع الجزائري ضيق من نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية و حصرها في عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة على عكس المشرع الفرنسي الذي ذهب إلى أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها مما جعل هذه النصوص تسري على جميع العقود كعقد البيع أو الايجار أو التأمين، وأيا كان محلها عقارا أو منقولا وسواء كانت تنصب على السلع أو الخدمات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 81.  
<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 81.

**2/ أن يكون العقد مكتوباً:**

يعتبر عقد الإذعان مجالا رحبا للشروط التعسفية وهو نوعان عقود: إذعان مكتوبة وعقود إذعان شفاهية، و حتى نكون بصدد شرط تعسفي لا بد من وجود عقد مكتوب ومحدد مسبقا ولا يقصد بالكتابة أن تكون رسمية<sup>1</sup>، و إنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في وثائق مختلفة سواء في شكل فاتورة أو طلب شراء أو سند ضمان أو وصل التسليم وغيرها<sup>2</sup>. وهو ما نصت عليه المادة 35 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 "العقد كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد الأطراف ... ويمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة كشروط البيع العامة المقررة سلفا ".

فمن خلال هذه المادة نجد أن المشرع إشتراط في العقد الاستهلاكي الذي يظهر في صورة عقد إذعان أن يكون محرر مسبقا من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر وإرغامه على التعاقد بما يحويه من شروط تعسفية كما أن هذا العقد تتعدد أشكاله فقد يرد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى .

**3/ أن يؤدي الشرط إلى إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد :**

بالنظر إلى التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة 3 من القانون 04\_02 المعدل والمتمم والذي أكد فيه أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون من شأنه إحداث إختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرطها تعسفيا متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة 132 -1 قانون الاستهلاك والذي نقله هذا الأخير عن التعليلة الأوروبية لسنة

<sup>1</sup> / الكتابة الرسمية هي التي يحررها موظف عومي مختص حسب المادة 324 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، 118.

1993 علما أن القانون الفرنسي كان يتبنى معيار آخر وفقا لقانون 1978/01/10 وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن معايير الشرط التعسفي و التطورات التي مرت بها.

### **ثانيا / عناصر متعلقة بالمتعاقد في حد ذاته :**

تثير مشكلة الحماية من الشروط التعسفية إشكالية تتمثل نطاق هذه الحماية المقررة وقد اختلفت التشريعات في الإجابة على هذه الإشكالية بين موسع لنطاق الحماية يشمل جميع الأشخاص و بين مضيق لا يتعدى المستهلك بمعناه الحرفي.

فالاتجاه الأول ضيق من نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، على رأسهم المشرع الفرنسي الذي أفرد للمستهلكين حماية خاصة من الشروط التعسفية<sup>1</sup>.

والاتجاه الثاني يرى أن الحماية لا تقتصر فقط على المستهلك و إنما تمتد إلى كل طرف في عقد الإذعان الذي لم يتمكن من مناقشة مضمون العقد بشكل حر سواء كان مستهلكا أم لا؟

أما المشرع الجزائري فقد تبنى المفهوم الموسع لعقود الإذعان ووسع دائرة الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص لتشمل المهنيين والمستهلكين على حد سواء<sup>2</sup>.

و هذا ما يمكن استخلاصه من خلال المادة 01 من القانون 04-02 المعدل والمتمم حيث نصت على أنه: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه " .

---

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، 88.

<sup>2</sup> / المادة 2 من القانون 03-09 .

**المطلب الثاني :معايير وأنواع الشروط التعسفية :**

لتحديد الطابع التعسفي للشروط لا بد من توافر هذا الشرط على معايير تجعل العلاقة التعاقدية غير المتوازنة بين أطرافها ، طرف قوي يستأثر بجميع مميزات القوة وطرف ضعيف مذعن فلطالما حاول رجال الفقه والقانون الإعتماد على معايير موحدة من أجل ضبط كل الشروط التي تعتبر تعسفية وتستدعي التدخل من أجل حماية المستهلك كما أن الطابع التعسفي للشروط يحدد بالرجوع إلى جميع الظروف المحيطة بإبرام العقد وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد ، ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين ببعضهما البعض من الوجهة القانونية<sup>1</sup>، وسنتناول هذه المعايير أولاً ثم نبين أنواع الشروط التعسفية.

**الفرع الأول: معايير الشرط التعسفي :**

تظم قواعد القانون المدني معياراً تقليدياً يعتمد عليه القاضي في إصدار حكمه وتقدير ما إذا كان الشرط المدرج في عقد إذعان تعسفياً أم لا، وهو معيار العدالة، لكن القواعد المستحدثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، أدت إلى ظهور عدة معايير يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط، تتمثل هذه المعايير في: معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية، ومعيار الميزة المفرطة، ومعيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات .

**أولاً/ معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية :**

حتى يكون الشرط تعسفياً اشترط المشرع الفرنسي أن يكون هذا الشرط مفروض على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي<sup>2</sup>. لكن هذا المعيار تعرض للانتقاد لكنه غامض جداً ، فصحيح أنه لفرض شرط فاحش يجب أن يكون النفوذ، لكن النفوذ ليس مرادفاً للقوة فهناك حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن

<sup>1</sup> / أميرة حسن الرافعي : مرجع سابق 594.

<sup>2</sup> / عامر قاسم احمد القيسي : مرجع سابق ،ص 140.

يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية<sup>1</sup>.

إذن هذا المعيار بغموضه طرح تساؤلين ، الأول هو ما المقصود بالتعسف ؟ أما التساؤل الثاني فهو حول ضرورة هذا المعيار و مدى نجاح المشرع في إختياره ؟

فعن التساؤل الأول : حاول فريقين الإجابة عنه ؛ فذهب الاتجاه الأول: إلى أن أول ما تطرق في الذهن هو الاعتقاد بأن ثمة عيبا في الرضا قد حدث، ألا وهو ما يلحق بالإرادة في عنصرها الاختياري، و بمعنى أكثر وضوحا أن المقصود هو تعسف الموقف الذي يسمح لأحد الأطراف بفرض شروطه على الطرف الآخر ذلك التعسف الذي يقترب من التدليس بمعنى أن تعسف الموقف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية ، يطلق على سلوك المتعاقد الذي من خلال استخدامه لوسائل غير أمينة و الاستغلال لوضع الضعف للطرف الآخر ، قد أدى بهذا الأخير لإبرام تصرف قانوني و الذي يحصل منه هذا المتعاقد على ميزة فاحشة.<sup>2</sup>

أما الاتجاه الثاني: فذهب إلى أن المقصود بالتعسف هنا هو التعسف في استخدام الحق المعروف في القواعد العامة، و هو ما يظهر من المناقشات البرلمانية الفرنسية حيث قال أحد النواب أن مشروع هذا القانون يحرم على المهني الذي يملئ شروطه تجاوز هذه السلطة إضرارا بالمستهلك ، و بالنظر إلى ذلك و تحليله فإن ذلك لا يعني سوى التعريف التقليدي للتعسف في استخدام الحق الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية وهذا يثير مسألة ما إذا كان التحرير المنفرد للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة حق شخصي أم لا ويرى البعض أن التحرير المنفرد للعقود النموذجية هي اليوم بمثابة ضرورة لا غنى عنها، وأنه ليس واضحا أن هذا التحرير المنفرد أمر مشروع، و إنما هو يمثل ممارسة سلطة وليس حق شخص، وعلى هذا فإنه يبدو من الصعب في هذه الظروف

<sup>1</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 218.

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 216 وما يليها .

النظر لتحريم الشروط التعسفية على أنه مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في استعمال الحق إذن فالاستناد إلى مفهوم تعسف الحق أمر منتقد<sup>1</sup>.

أما التساؤل الثاني ، فإنه يبدو لأول وهلة ومن الناحية النظرية أنه لا ضرورة لاستلزام اقتران التعسف الواضح في الشرط بمعيار اقتصادي وهو تعسف النفوذ الاقتصادي، غير أنه من المؤكد أن خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بهذه الشروط وإلا فإن البديل هو أن تكون هذه الشروط قد فرضت عليه فرضا وبسهولة إثبات الخضوع إذ يسيطر على هذه الأنواع من العقود خصوصا و إنه يتم طباعتها و إعدادها مسبقا لينظم إليها المستهلكون بغض النظر عما يستشعرونه فيها من تعسف أو عدم توازن<sup>2</sup>.

غير أن هذا المعيار مبهم وغير واضح لأنه لا يشير إلى أي شيء يمكن الاستناد إليه حتى تكشف النفوذ الاقتصادي، و نتساءل عما إذا كان من الضروري اعتبار ذلك بمثابة شرط، أي اعتبار هذا المعيار ضروري للكشف عن الطبيعة التعسفية للشرط؟

أمام عدم تضمن المعيار مايمكن بواسطته تحسس تعسف النفوذ الاقتصادي فإن الفقه حاول اقتراح عدة مؤشرات، حيث يرى أن من هذه الدلائل أنه ابتداء من اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم في اتفاق ما فإن هذا المؤشر البسيط يكفي لاعتباره غير فعال، أي اعتبار الشرط باطلا .

ومن المؤشرات أيضا التي يمكن الاستناد إليها، هي وضع المهني في السوق، ليس من خلال حصته في السوق لأن ذلك صعب تحديده، وإنما يجب أولا تحديد مفهوم السوق وذلك عن طريق استخلاص طبيعة السوق و محله وما إذا كان يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير وضع المهني في السوق المحلي فقط أم على مستوى الدولة، ثم بعد ذلك تقدير وضع المشروع الذي يملكه المهني في هذه السوق بل وحتى استخلاص التأثير الذي يمكن أن يمارسه في السوق<sup>3</sup> .

<sup>1</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 217

<sup>2</sup> / عيد الياسط جميعي : مرجع سابق ص270.

<sup>3</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 219.

هذا الوضع الاقتصادي للمهني يتميز في الواقع بتفوق المهني، بعيدا عن حالات الاحتكار ذلك أن المتدخل في إبرامه عادة للاتفاقات التي تدخل في مهنته، يتعرف على مؤشرات مختلفة ومخاطر متكررة كثيرا، كما لديه الخبرة في التصرفات التي تدخل في نطاق مهنته ، هذا التفوق التقني هو بالضرورة فقط ما يملكه كل متدخل.

و لتوضيح مفهوم الوضع الاقتصادي للمتدخل فإنه لابد من الرجوع إلى المادة 3 من القانون 03-03 المعدل والمتمم بالقانون 12-08 المتعلق بالمنافسة<sup>1</sup> لمقارنة ذلك بتعسف النفوذ الاقتصادي المسيطر فيها، على أن مفهوم الوضع المسيطر أو الهيمنة لم يحض بتعريف واضح، والتشريعات لم تعرفه أيضا ولكن حسب السلطات القضائية للاتحاد الأوروبي فالوضع المسيطر أو الهيمنة في قانون المنافسة هي: "القوة الاقتصادية المحوزة من طرف مؤسسة و التي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق وانتهاج سلوك يتسم بقدر كاف من الاستقلال إزاء منافسيها و عملائها و أخيرا إزاء المستهلكين".

إن الوضع المسيطر حسب مجلس المنافسة الفرنسي، يتميز بواقع أن سلطة تنتزع تكاليف من السوق و تلزم المتنافسين على أن يوفقوا أوضاعهم وفق تصرفها الخاص أو أنه المشروع الذي يؤدي بالسلطة(التي يملكها هذا المشروع من واقع نفوذه الاقتصادي) إلى تبني تصرفات مستقلة إزاء منافسيه(عملائه والمستهلكين)، والوضع المسيطر يسمح للمستفيد منه لإبطال تأثير نفوذ خصومه و يؤدي إلى جعلهم مجبرين على الخضوع له.

أما من ناحية التعسف فإنه يقوم ابتداء من الوضع المسيطر وبواسطة الحصول على شروط ملائمة له بشكل مبالغ فيه وأن الوضع المسيطر، يوجد للوهلة الأولى وعلى هذا فمفهوم التعسف و النفوذ الاقتصادي في قانون المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> /المادة 3 من القانون 03-03 تعرف وضعية الهيمنة بأنها "الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنى من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو ممونيها " <sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 219 وما يليها .

و بالإضافة إلى ما سبق فإن وضع المستهلك نفسه ، يصلح كمؤشر يستشف من خلاله تقدير النفوذ و ذلك أن المهنيين يستغلون وضع المستهلك الذي له خيارات متعددة فهو إما يتعاقد أو يرفض ذلك ، على أنه في الغالب غير قادر على مناقشة شروط العقد وبالتالي فهو في مركز ضعف إذ أن المهني يفرض عليه شروط العقد من منطلق نفوذه و تفوقه في التقنية و المستهلك في وضعه هذا في أشد الحاجة إلى السلعة أو الخدمة ويبرم العقد إبراما مقترنا قبوله باستغلال حاجته الماسة للمنتوج .

وكذلك يمكن الاستدلال على تعسف النفوذ الاقتصادي، من خلال ما سبق قوله في صدد تعريف الشرط التعسفي من وجود عدم توازن في العملية العقدية، ومن خلال غياب حسن النية وكون موضوع الشرط أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات المهني وإضافة إلى ذلك فإن تعسف النفوذ الاقتصادي يؤدي إلى حصول المهني على ميزة فاحشة .

### ثانيا/ معيار الميزة المفرطة:

لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا فإنه يجب أن يكون مفروضا بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة، على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل، لذلك يبدو من الوهلة الأولى أن هذا المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول أي أن الميزة الفاحشة هي النتيجة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية، و يعتبر مرتبطا به بعلاقة سببية .

غير أن هذا المعيار أثار عدة إشكالات قانونية و عملية من طرف الفقه هذا لأنه معيار غامض لم يتضمن ما يستشف من خلاله عن طبيعة الميزة أهى ذات طابع مالي فقط أو أكثر من ذلك ؟ فضلا عن ذلك هناك إشكال يتعلق بكيفية تقدير الميزة هل ينظر بموجبه للشرط منعزلا أم أنه يجب النظر للعقد برمته؟ .

فعن الإشكال الأول وهو معيار الميزة المفرطة غير محدودة الكمية، ذلك لأن المشرع لم يحدد رقما معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

العقود إذ بلغ حدا معيناً وهو الخمس ، فهذا المعيار غير محدد برقم معين وهو ما يجزئنا للقول بأن الميزة الفاحشة ليست محددة الكمية إطلاقاً.

و جدير بالذكر أن هذا الإشكال هو كون الميزة الفاحشة غير محدودة الكمية يستلزم عدم توازن ظاهر، و قد حل معيار الميزة الفاحشة محل معيار عدم التوازن الظاهر، و هذه الصيغة قد استبعدت لأنها كانت تثير بطريقة فاحشة مسألة الغبن، أما الميزة الفاحشة فهي لا تثير مسألة الغبن وإنما تقترب منها ذلك أن المعيار اشتمل على عنصر موضوعي أي الميزة المفرطة، وعنصر شخصي أي الخشية الناتجة عن تعسف النفوذ الاقتصادي<sup>1</sup>.

إذن الميزة الفاحشة التي تؤدي إلى تعسف النفوذ الاقتصادي من المتدخل لها نفس معنى الغبن تقريباً، ولكن هناك اختلاف بين الفكرتين أي فكرة الغبن وفكرة الميزة الفاحشة وهذا الاختلاف يكون محل التعسف الذي هو في الغبن ينصب على الثمن بينما الميزة الفاحشة تنصب على شروط التبعية تتعلق بتنفيذ العقد بصفة خاصة، إذ أن هذه الشروط لا تنصب على الثمن فقط و إنما تتعدى ذلك إلى الشروط التي ليست ذات طابع مالي فهذه الفكرة الأخيرة أثارت بدورها إشكالات في البداية وذلك كون معيار الميزة الفاحشة ينصب على عدم توازن بين الالتزامات المتولدة عن العقد نتيجة لغياب المقابل بين الأداءات لكن ماهي طبيعة عدم التوازن؟

يرى البعض أنه من الطبيعي أن تكون هذه الميزة ذات طابع مالي و هي تكون كذلك حينما يتعلق الشرط المعني بمبلغ الثمن أو كيفية دفع الثمن لكن ليس من الضروري أن تكون ذات طابع مالي فالشروط التي عددها المشرع الفرنسي والتي تتعلق بجوهر الشيء أو التسليم أو عبء المخاطر أو شروط التنفيذ ..... الخ ، وهي بالتالي ليست ذات طابع مالي، إذا فالميزة ليست ذات طابع مالي بالضرورة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> / زبيدي بن قويدر: حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، الجزائر ، 2006 ، ص 95.

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 222.

أما الاشكال الثاني الذي طرحه معيار الميزة الفاحشة فهو الاشكال المتعلق بكيفية تقدير الميزة ، وهل يجب النظر للشرط الذي أعطى ميزة فاحشة للمهني منعزلا عن غيره من الشروط التي يتضمنها عقد استهلاك ، أم أنه يجب النظر إلى شروط العقد في مجموعها ؟ لا يمكن القول بأن الشرط تعسفيا لمجرد يمنح بعض المزايا للمهني، إذ أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهة لإعطاء المستهلك من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله.<sup>1</sup>

لهذا يسلم البعض<sup>2</sup> بأنه يجب النظر في تقدير عدم التوازن إلى مجموع شروط العقد أي وجوب النظر إلى جميع الشروط المدرجة في العقد الواحد لتقدير عدم التوازن العقدي لأن الشرط بمفرده قد يبدو تعسفيا إلا أنه يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شرط آخر يتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك .

فبالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه تدارك النقص وأخذ بهذه الفكرة حيث ذهب إلى أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالاستناد إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه و كذلك بالنسبة للشروط الأخرى للعقد .

و يقدر أيضا بالنظر لشروط قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هاذين العقدين يخضع فيها أحد العقدين إلى قانون آخر كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع.

ذهب المشرع الجزائري بدوره إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه و هو منفرد، بل ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد وهو ما نص عليه في المادة 3 فقرة 5 من قانون 02-04 المعدل والمتمم بقوله : " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد " .

<sup>1</sup>/ عامر قاسم أحمد القيسي : مرجع سابق ، ص 140 .  
<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 222.

هذا الحل يبدو معقولا من الناحية النظرية ، إلا أنه يواجه صعوبات عملية ، فكيف يتم حساب التوازن بين التزامات من طبيعة مختلفة ؟ فهل يتوازن العقد الذي ورد به تقييد مسؤولية المتدخل لأنه يعطي المستهلك الحق في الفسخ بارادته المنفردة ؟ و إلى أي مدى يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات ؟<sup>1</sup>.

حاول البعض الإجابة على هذا الاشكال بأنه رغم ذلك يبقى العقد كاملا منصوح فيه على شروط عديدة، ولتقدير الصفة التعسفية لشروط ما فإنه يبدو من الضروري الأخذ بعين الاعتبار الأداءات المتبادلة في مجموعها من أجل التحقق من عدم التوازن العقدي و يكون الشرط تعسفيا إذ كان يؤدي إلى عدم التوازن في مباديء العقد، فهذه المسألة تتوقف على حكمة القاضي وبالتالي نستنتج مما سبق أن الميزة الفاحشة هي مقابلا مفرطا فيه مفروضة بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري.<sup>2</sup>

هذه هي المعايير التي وضعها المشرع الفرنسي لتحديد ما إذا كان الشرط يعد تعسفيا أم أنه غير تعسفي، وهما معيارين مرتبطين ببعضهما، ويمكن من خلالها إعادة التوازن بالمضمون العقدي.

غير أن المشرع الفرنسي تبنى معيارا جديدا هذا الأخير أخذ به حتى المشرع الجزائري.

### **ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات :**

ظهر في البداية معيار عدم التوازن الظاهر بين الالتزامات ، الذي استبعد وحل محله معيار الميزة الفاحشة ، و لكن هذا الوضع لم يدم إذ أن المشرع الفرنسي عاد فاخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن، إلا أن البعض رأى في هذا الصدد أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة ، أي أن مفهوم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع ، على أن الاختلاف يكمن فقط في التسمية .

<sup>1</sup> / عامر القيسي أحمد القيسي : مرجع سابق ، ص 140.

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 223.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري اخذ بهذه المعايير الجديدة ويظهر ذلك من خلال نص المادة 3 الفقرة 5 من قانون 02\_04 المعدل والمتمم بقوله: "كل بند أو شرط... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين وواجبات أطراف العقد".

و لما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة ، فإن ما سبق قوله بشأن معيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بالالتزامات سواء في القانون الفرنسي أو القانون الجزائري، إضافة إلى ذلك فإن ما يتعلق بالإشكال الذي طرحه معيار الميزة المفرطة بشأن اقترابه من فكرة الغبن هو نفس الإشكال طرح بالنسبة لمعيار الإخلال الظاهر، إذ أن هذا الأخير لا يعدو أن يكون مجرد تبني لفكرة الغبن المجرد أي النظرية المادية للغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة<sup>1</sup>.

#### **الفرع الثاني : أنواع الشروط التعسفية :**

قد يظهر التعسف من خلال الألفاظ الموجودة في العقد، وقد لا يظهر ذلك إلا بعد أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بشروطه حينها يقع تحت ضغط و إذعان الطرف الآخر ورغم الجهود المبذولة لحصص أنواع الشروط التعسفية، إلا أنه لحد الآن هذه الشروط محددة على سبيل المثال ويبقى الاجتهاد حول تحديدها مستمر، فكل مرة يتم منع بعض الأنواع سواء بموجب القانون أو المراسيم أو من طرف لجنة الشروط التعسفية.

#### **أولا / الشروط التعسفية المحددة بموجب القوانين :**

قد يثور تساؤل حول تحديد نطاق تطبيق الأحكام الخاصة بمواجهة الشروط التعسفية وهل تطبق على جميع العقود أم تنطبق فقط على عقد الإذعان ؟.

إن معظم التشريعات تحدد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر وهي الشروط التي يترتب عليها عدم التوازن العقدي، فمثلا المشرع المغربي حدد بعض الشروط التي تكون تعسفية على سبيل المثال لا الحصر وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي والجزائري

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 133.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها .

على عكس المشرع الألماني الذي حدد هذه الشروط ضمن قائمتين على أساس مدى قابليتها للتقييم وللسلطة التقديرية للقاضي<sup>1</sup>:

أ/ القائمة السوداء: وهي الشروط التي تبطل بقوة القانون دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي وهذه الشروط الثمانية محددة في المادة 10<sup>2</sup> بقوله :

- إطالة أجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف.
  - أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.
  - حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله آخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك.
  - الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه.
  - الحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار وجود مصلحة مشروعة.<sup>3</sup>
- ب / القائمة الرمادية : فنصت عليها المادة 11 من نفس القانون وتتعلق بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها خلال مدة 4 أشهر.
- استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس.
- حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي .
- الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي .

<sup>1</sup> / أميرة حسن الرافعي : مرجع سابق ، ص 595 .

<sup>2</sup> / القانون الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد الصادر في 1976/12/9 والذي بدأ العمل به في 1977 .

<sup>3</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار هومة ، الجزائر ، 2007 ، ص 21 .

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها .

– الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه واستبعاد أو تحديد من المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير<sup>1</sup> ولعل أهم هذه الشروط هو شرط الضمان.

أما المشرع الفرنسي خالف المشرع الألماني وإختار نظاما أكثر تعقيدا تميز بتعدد مصادر وقوائم الشروط التعسفية باختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر، حيث أن المصدر الأول لمنع الشروط التعسفية هو ما قد تصدره الحكومة من مراسيم في هذا المجال والمصدر الثاني هو التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية، والمصدر الثالث هو ما نص عليه قانون الاستهلاك منذ 1995 من قائمة محددة لهذه الشروط ، حيث أضاف المشرع الفرنسي ملحقا يتضمن قائمة لشروط غير حصرية يمكن اعتبارها تعسفية وهي تضم 17 نوع وقد عدل المشرع الفرنسي هذا القانون بإصداره لقانون la loi ch tel الصادر في 2005/01/28 بإضافة شرط يلزم المستهلك على قبول عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات والشروط هي:

– استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.

– استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم، الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.

– النص على التزام المستهلك بشكل نهائي وتعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.

– إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجع عن إبرام العقد أو تنفيذه دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة في حالة تراجع المحترف نفسه.

– فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضا مبالغا فيه وغير مناسب.

– إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.

<sup>1</sup> / محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص 27.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها .

- إجازة المحترف بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول باستثناء حالة السبب الجسيم.
  - التمديد التلقائي لعقد محدد المدة.
  - الإثبات القاطع لأذعان المستهلك لشروط لايعلم بها قبل إبرام العقد.
  - إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور بالعقد.
  - إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة .
  - النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.
  - منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.
  - تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه.
  - التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
  - النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.
  - استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعوى القضائية وطرق الطعن<sup>1</sup>.
- وبالرجوع إلى أحكام المسؤولية المدنية المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني الجزائري من المواد 124 إلى 140 من القانون المدني الجزائري ، فإنه كل اتفاق يهدف إلى إعفاء المسؤول عن الحاق الضرر بالغير سواء كان هذا الفعل ارتكبه الشخص في حد ذاته أو أحد آخر يكون مسؤولا عنه، ويقع باطلا ولا يمكن إدراجه ضمن العقد لاحتوائه على الطابع التعسفي الذي يجعل أحد الطرفين في مركز أقوى من الطرف الآخر .
- كما نص المشرع الجزائري عن بعض الشروط التي تعد تعسفية في عقود التأمين في المادة 622 قانون مدني جزائري فيكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، 29،30.

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمدية.

وهذا الشرط تعززه المادة 124 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه كل من ألحق ضرر بالغير يلزم بدفع تعويض عن هذا الضرر أيا كان نوع الفعل، فكل شخص لحق به الضرر الذي قام بالتأمين ضده يستحق التعويض سواء كان ظالما أو مظلوما في حدود الأقساط التي كان يدفعها ولا يسقط حقه في ذلك.

- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

إذ الأصل أن المؤمن يبلغ شركة التأمين المؤمن لديها عن الحادث الذي وقع له خلال 7 أيام من الحادث وإلا سقط حقه، غير أنه إذا قدم سبب جدي وقوى بشأن تأخره عن التبليغ استحق التعويض ولا يمكن للطرف المتعاقد وضع شرط سقوط التعويض في مثل هذه الحالة.

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

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

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

هذا وقد ذكر المشرع الجزائري بعض أنواع الشروط على سبيل المثال لا الحصر في بعض القوانين الخاصة كالقانون 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 في المادة 29 منه، إذ تنص على ما يلي : تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

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

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها .

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 المنتج 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 منتج أو آجال تنفيذ خدمة.

8/ تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة، وهذا تماشيا مع المادة 106 قانون مدني جزائري التي تنص: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إلغائه إلا باتفاق الطرفين" .

والمرجع الجزائري بهذا يكون اعتمد على تحديد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر خاصة وأنه وضع لجنة الشروط التعسفية المختصة بالنظر في مدى اعتبار الشرط ذو طابع تعسفي من عدمه بالإضافة إلى الشروط المحددة بموجب المراسيم.

### ثانيا: الشروط التعسفية المحددة بموجب المراسيم الحكومية:

بالرجوع إلى المادة 1-135 من القانون الفرنسي 1978/01/10 يبين أنها تجيز للحكومة إصدار مراسيم لتحديد أنواع من الشروط واعتبارها شروطا تعسفية و ذلك بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معا بوصف هذه الشروط تعسفية يجوز إبطالها لمخالفتها لنص قانوني.

لكن الحكومة الفرنسية ومنذ أن بدأ العمل بنظام المراسيم سنة 1978 فإنها لم تصدر سوى مرسوم واحد لا غير، وهو المرسوم رقم 464/78 المؤرخ في 1978/3/24 و الصادر من أجل تطبيق المادة 35 من القانون 1978/01/10 و الذي نص على ثلاث أنواع من

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها .

الشروط التعسفية، فكان أول نوع جاء به المشرع الفرنسي هو منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية مثل اللائحة أو الشروط العامة للبيع و غيرها و التي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها ، غير أن هذا النوع من الشروط المحظورة ما لبث مجلس الدولة الفرنسي أن ألغاه على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا تظهر أو توجد في التعداد الحصري للمادة 35 من قانون 1978<sup>1</sup>.

ويتعلق النوع الأول بتحريم الشرط الذي يكون محله أو أثره يلغي أو يخفض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت ، ومنع هذا النوع من الشروط ساهم في تعديل نصوص القانون المدني فبعد أن كانت قواعد المسؤولية والضمان لا تتعلق بالنظام العام، و بالإمكان الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية حتى عن طريق الاتفاق أصبحت تعد من النظام العام .

وتحديد الشروط التعسفية المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها يكون مجاله عقود البيع لا غير وبالتالي لا يشمل المنع هذه الشروط إذا تعلقت بعقود أداء الخدمات، غير أن نطاق الحماية يمتد أيضا إلى العقد المختلط<sup>2</sup> وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية أي أنه لو كان العقد في جانب منه يعتبر عقد بيع فإن المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك من الشرط التعسفي<sup>3</sup>.

لكن هذا الاستثناء الخاص لم يقتصر على الحماية من الشرط المحدد للمسؤولية حيث قام المشرع الفرنسي بإيراد قائمة محددة للشروط التعسفية بموجب المادة 132 -1 من قانون الاستهلاك الفرنسي في 1995 ومن بين الشروط الواردة في القائمة هو شرط تحديد المسؤولية إذ أصبح يطبق على جميع العقود ولا يختص به عقد البيع فقط .

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 27، 28.

<sup>2</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق، ص 131.

<sup>3</sup> / cass-civ.6juin 1990.Bull.civ.1990.n 145. P.104

حيث اعتبرت عقد المقاولة في نفس الوقت عقد بيع و ذلك في قرار 1989/01/25 و هو ما أكدته محكمة النقض في 16 يونيو 1990 حين قررت تطبيق المرسوم السابق على العقد متى كان يمثل حتى و لو بصفة جزئية خاصية البيع، منقول عن سي الطيب محمد أمين.

أما النوع الثاني من الشروط التي منعها هو: الشرط أيا كان محله أو أثره الذي يحتفظ فيه المهني بحق تعديل صفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة الواردة بالإرادة المنفردة هذا الشرط يتعلق بمحض إرادة أحد المتعاقدين و هو المدين في هذه الحالة بتقديم سلعة أو خدمة ، فالمادة 3 تبطل الشرط و تبقى على العقد لأن ذلك يخدم مصلحة المستهلك الذي يحتاج الى السلعة و الخدمة على عكس القواعد العامة التقليدية التي تبطل العقد لاقتترانه بشرط إرادي محض متوقف على محض إرادة المدين و هو المتدخل وهذا الشرط على عكس سابقه إذ لا يقتصر على عقد البيع فقط إنما يشمل جميع العقود.

ويتعلق النوع الثالث من الشروط التي منعها بالضمان، فالمتدخل ملزم بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته و بضمان العيوب الخفية للسلعة أو الخدمة المقدمة للمشتري حيث حضر هذا الشرط يتفق مع ما كان يذهب إليه القضاء الفرنسي الذي كان يوسع من فكرة الضمان الواجب على المهني عن طريق افتراض سوء نيته وافتراض علمه بعيوب الشيء المبيع و ذلك في ظل القواعد العامة .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فهو الآخر أخذ بنظام منع الشروط التعسفية بموجب المراسيم التي تصدرها الحكومة، في هذا الصدد نصت المادة 30 من قانون 04-02 المعدل والمتمم على أنه: " بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " .

نستنتج من المادة 30 أن المشرع الجزائري منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، وذلك عن طريق محورين، المحور الأول وهو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشروط التي تعتبرها تعسفية، لكن هذا المحور الثاني، لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الاستهلاك ، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشروط التعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم

أو بين المهنيين والمستهلكين ويتضح ذلك من عبارة "...منع العمل في مختلف أنواع العقود..." الواردة في المادة 30 السابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان(المادة 03 من قانون 02-04).

و ذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي تحصر نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك وتطبيقا لنص المادة 30 من قانون 02-04 المعدل والمتمم صدر المرسوم التنفيذي رقم 306-06 المعدل والمتمم (المادة الأولى من المرسوم).

حيث جاء في المادة 5 من هذا المرسوم أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1/ تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 فقرة 03 من نفس المرسوم .  
فالمادة 02 نصت على أنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك: العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

على أن المادة 03 وردت في المرسوم 306-06 لتحدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، و التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من عبارة " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي". إذن فإيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطا تعسفيا.

وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي:

- خصوصيات السلع و /أو الخدمات و طبيعتها.

- الأسعار والتعريفات.

- كيفيات الدفع.

- شرط التسليم و آجاله.
  - كفيات الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات.
  - شروط تعديل البنود التعاقدية.
  - شروط تسوية النزاعات.
  - إجراءات فسخ العقد.
- 2/ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك.
- 3/ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض .
- 4/ التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته .
- 5/ النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده .
- 6/ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- 7/ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- 8/ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته .
- 9/ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك .
- 10/ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق .
- 11/ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته .
- 12/ يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته .
- ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم يبدو أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال ، ويظهر ذلك من عبارة " تعتبر تعسفية البنود التي

## الفصل الأول: نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية واختلال التوازن فيها .

يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي " ،إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال .

إلا أنه و بالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 المعدل والمتمم يمكن القول أنه حتى وإن كانت القائمة المحددة للشروط المعتبرة تعسفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 المعدل والمتمم تبدو حصرية، إلا أن المادة 30 من قانون 04-02 تعطي الحكومة حق إصدار مراسيم تحدد قوائم جديدة للشروط التعسفية ،وبالتالي نستنتج أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر .

يلاحظ أن دور الحكومة لم يعد فعالا مادام أنه يجوز للقاضي الجزائري الاستناد على تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 03 الفقرة 05 من قانون 04-02 المعدل والمتمم لينعت شرطا بأنه تعسفيا رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 04-02 المعدل والمتمم، ورغم ذكره أيضا من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم و ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الذي يقوم به قضاة الموضوع.

### ثالثا :التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية:

هو حل تجب فيه المشرع القضاء وأוכלها مهمة استبعاد الشروط التي تراها تعسفية فيجوز أن يرفع إليها الأمر من جهة تعد طرفا مكونا لها، إما محترفين أو مستهلكين وإما من الوزير المكلف بالاستهلاك أو من تلقاء نفسها ويجوز لها أن تقوم بحذف أو تعديل الشرط الذي يعد تعسفيا وتعد قيمة هذه التوصيات في كونها تشكل ضغطا على المحترفين رغم أنها لا تعرضهم لأي عقوبة على مخالفتهم وقد قسمت الشروط التعسفية على قسمين: شروط عامة ، وأخرى خاصة بقطاعات معينة.

وعموما فإن توصيات لجنة الشروط التعسفية ليست مولدة لقواعد ولكن جهلها يؤدي إلى الوصول للطعن بالنقض وهو ما ينشط القضاء لتحديد الطابع التعسفي للشروط وسنتناول هذا الجهاز كعنصر مستقل بذاته في الفصل الثاني.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن الفقهاء اختلفوا في تعريف الشروط التعسفية باختلاف المعايير التي تم إعتمادها فهناك تعريف مبني على أطراف العلاقة التعاقدية وآخر مبني على مصدر فرض الشروط التعسفية وتعريف ثالث ركز على أثر الشروط التعسفية على العلاقة التعاقدية.

## خلاصة الفصل الأول :

تناولنا في الفصل الأول الفرد الذي يبرم عدة عقود في اليوم الواحد، هذه العقود التي يطلق عليها تسمية عقود الاستهلاك و يقصد بها كل عقد يبرمه المستهلكين والمهنيين أو غير المهنيين من أجل الحصول على سلعة أو خدمة ويكون الغرض منه تحقيق أكبر قدر ممكن لفائدة المهني حتى لو كان ذلك على حساب الطرف الآخر، من هذا المنطلق يمكن لنا تحديد نطاق هذه العقود بصفة أطرافها وما يتميز به كل طرف من ضعف وحاجة أو قوة ونفوذ .

وهذه العقود تتميز عن غيرها من العقود بعدم التوازن العقدي لأنها تبرم بين طرف متفوق اقتصاديا وفنيا وبين مستهلك ضعيف تنقصه الدراية والخبرة ما يسمح للمتدخل بإعتباره الطرف الأقوى أن يفرض ما يشاء من شروط مجحفة وقاسية على الطرف الآخر الذي يقبل بها ويدعن لها نظرا لحاجته الماسة إليها .

ويعتبر عدم التوازن العقدي ظاهرة طبيعية استفحلت خاصة مع التطور الصناعي حيث انقلبت الموازين وتنوعت السوق بين العادية والالكترونية ودخلت سلع وخدمات لم تكن من قبل، كل هذا يحتاج إلى سرعة ابرام التصرفات القانونية مما أدى إلى ظهور العقود النموذجية المحررة مسبقا من طرف المتدخل الذي يضمنها ما يشاء من شروط تخل بالتوازن العقدي وهو ما استوجب ضرورة التدخل لحماية المستهلك من مثل هذا التعاقد، لذا جاء المشرع بعدة آليات للقيام بهذا الدور .

حيث أن معظم التشريعات حاولت ضبط مفهوم الشرط التعسفي ومعاييره والعناصر التي من خلالها يمكن القول بأنه شرط غير عادل ومجحف ، كما حددت معظم الشروط التي تعتبر تعسفية وما أغفله القانون أو المراسيم فإن لجنة البنود التعسفية حاولت إدراكه.

الفصل الثاني: آليات حماية

المستهلك من الشروط

التعسفية.

### تقديم وتقسيم :

عرفت المادة 54 من القانون المدني الجزائري العقد: بأنه كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين نحو شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ،على أن يكون ملزم للجانبين متى تبادل المتعاقدين الالتزام بعضهما بعض غير أنه يحدث أحيانا وأن يبرم أحد الطرفين العقد دون أن يكون لديه الخيار في مناقشة شروط العقد ويجبر على التعاقد والإذعان للعقد بما يحويه من شروط أو يعرض نهائيا عن التعاقد، وهذا ما نجد له مجالا خصباً في العقود النموذجية التي يكون فيها للمهني صاحب القوة والنفوذ أن يضمن عقده ما يشاء من الشروط وعلى المستهلك قبولها ، غير أنه ولحماية هذا المذعن فإنه اتفقت معظم التشريعات على وضع آليات تهدف من خلالها إلى إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين سواء كانت هذه الآليات منصوص عليها في القواعد العامة التي تضمنها القانون المدني أو إضافتها في قوانين خاصة بحماية المستهلك من تعسف المتدخل أو تمثلت هذه الآليات في تفعيل الرقابة القضائية التي تسمح للقاضي الإداري أو العادي بالتدخل للحد من مثل هذه الشروط وإبطالها، وهذا لا يمنع من فرض جزاء على محررها، وهذا ما سنتطرق إليه في مبحثين .

المبحث الأول : مظاهر حماية المستهلك في عقود الاستهلاك.

المبحث الثاني:نتناول فيه الإطار المؤسساتي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

### المبحث الأول: مظاهر حماية المستهلك في عقود الاستهلاك:

لطالما كانت القواعد العامة التقليدية هي مصدر حماية المستهلك لاحتوائها نصوص متفرقة وغير متجانسة لوسائل وقواعد لحماية المتعاقد الضعيف مما قد يدرجه الطرف الأكثر قوة من شروط تنقل كاهله وتكون السبب في اختلال العلاقة التعاقدية. وهذه القواعد جاءت لحماية الطرف الضعيف بصفة عامة سواء كان مهني أو غير مهني كما لاحظنا في الفصل الأول وذلك لكون المحترف في أغلب الحالات له القدرة والدراية الكافية ليحمي نفسه من الشروط التعسفية حتى لو كان الأضعف اقتصاديا وذلك بأن يتجنب إدراجها في العقود التي يكون طرفا فيها في حين أن المستهلك دائما يقع ضحية هذه الشروط.

وحماية المستهلك في ظل المبادئ التقليدية كانت منذ القدم ( العصور الرومانية البدائية) ولهذا سنتطرق إلى الأساس القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ثم نبين مجالات الشروط التعسفية التي تستوجب التدخل من أجل حماية المستهلك منها.

### المطلب الأول: الأساس القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية:

الحماية هي تلك الآليات المتوفرة في القواعد العامة والتي تسمح بتعطيل أنواع من الشروط غير المحددة سلفا والتي قد تقع تحت طائلة النص المعتمد عليه<sup>1</sup>.

وقد اعتمد المشرع الجزائري على المادة 110 من القانون المدني، إذ يعطي للقاضي صلاحية التدخل من أجل تعديل أو الإلغاء من بعض الشروط الواردة في العقد والتي يرى أنها تخل بالعلاقة التعاقدية وهذا خروجاً عن القاعدة العامة فهو استثناء من الأصل ، ويجد مجالا خصبا خاصة في عقود الإذعان، إضافة على أن هناك آليات أخرى وتقنيات يمكن من خلالها توفير بعض الحماية للطرف الضعيف من الشروط التعسفية وهي نظريتي السبب ومبدأ حسن النية ونظريتي الغبن والاستغلال كما سنرى.

<sup>1</sup> / سي الطيب محمد أمين : مرجع سابق ، ص 32.

**الفرع الأول: حماية المستهلك في عقود الإذعان من الشروط التعسفية :**

حاول المشرع الجزائري أن يتجنب العيوب التي لحقت بمبدأ سلطان الإرادة وعمد إلى حماية الطرف المذعن في عقد الإذعان، حيث منح للقاضي سلطة واسعة في تعديل الشروط التي تدعن أحد طرفي العلاقة التعاقدية وتنقل كاهله أو إعفائه منها. ولتوضيح أحكام حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية ارتأينا أن نتناول حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية أولاً، ثم نتناول تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائماً أو مديناً.

**أولاً : حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية :**

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

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

**أ/- شروط استفادة الطرف المذعن من الحماية:**

حتى تتقرر الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية لابد من توافر ثلاث شروط وهي:- أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم وصحيح.  
- أن يتضمن العقد شرطاً أو عدة شروط تعسفية.  
- أن يكون المذعن في موقف ضعيف.

**الشرط الأول: وجود عقد قائم وصحيح:**

لبسط الرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في عقد الإذعان لابد أن يكون هناك عقد قائم ، يتوافر على عنصر التراضي من إيجاب وقبول وأن يكون صحيحا خالي من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط والتدليس والاستغلال والإكراه التي قد تشوب هذا العقد وأن يكون له محل موجود أو قابل للوجود ومشروع، وبالإضافة إلى سبب العقد الذي يشترط فيه المشروعية وعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة .

**الشرط الثاني: تضمن العقد شرط أو عدة شروط تعسفية:**

بعد قيام عقد صحيح خال من كل عيب من شأنه إبطاله لابد أن يتضمن شرط أو عدة شروط تعد تعسفية، تتطلب بسط الرقابة عليها بهدف إعادة التوازن للعقد أو على الأقل لإزالة التفاوت الكبير فيه، وإذا لم يكن العقد متضمن لأي شرط تعسفي فلا محل لمراجعة القاضي.

**الشرط الثالث: الضعف الإرادي للمتعاقد المذعن:**

ما يميز عقد الإذعان هو ضعف الطرف المذعن في مواجهة المتدخل أو المهني الذي لا يوجد أمامه سوى الإذعان والرضوخ لشروط مفروضة عليه لأنه لو كانت هذه الشروط نتيجة مفاوضات بين الطرفين فإن المادة 106 من القانون المدني الجزائري هي التي تنفذ أحكامها باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما حتى وإن كانت شروط تعسفية فما دام ثم التفاوض بشأنها وقبولها فلا تطبق عليه الحماية، ذلك أن الحماية مقررة للطرف الضعيف المذعن على قبول شروط العقد دون المفاوضة حولها ومناقشتها فإن رغب قبل وأبرم العقد وإلا ينصرف نهائيا عن العقد، فإن قبل وأبرم العقد تدخل القاضي لحماية الإرادة الضعيفة للمتعاقدين إما بالتعديل أو الإغفاء منها.

**ب / إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها :**

إن أهم ما جاء به المشرع لحماية الطرف الضعيف من الشروط التي يملئها الطرف المذعن هو المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 149 من القانون المدني المصري، وهذا تدخل خطير، ويرى الفقه أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها

حماية الطرف المذعن هو ما جاء به في المادة 149 من القانون المدني المصري، وهذا حكم خطير خص به المشرع عقود الإذعان وخول بمقتضاه للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية، بل إستبعادها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن ذلك، في حين أنه وفقاً للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي في العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال القانون فيها<sup>1</sup>، وبالتالي سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان في ظل القواعد التقليدية لا تخرج عن احتمالين، إما الإغفاء من الشرط التعسفي و إما تعديله وهذا الاحتمال الأخير لا يعني عدم وضوح الشرط التعسفي إذ أن هذه الصفة ليست الأساس في هذه الشروط، بل الأمر يتعلق بما شابها من تعسف إذ أن وضوح الشرط ودقته لا يمنع من تعديله فلم يكن في وسع الطرف المذعن أن يفعل شيئاً رغم هذا الوضوح وهذه الدقة فالغموض ليس بشرط حتى يتوجب تدخل القاضي.

فحالة الوضوح هي التي تبرر تطبيق حكم هذه المادة إذ أن الشرط الغامض يفسره القاضي عند الشك لصالح الطرف المذعن، وهو ما نص عليه المشرع في المادة 112فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والمادة 151 من القانون المدني المصري، أما الشرط الواضح فلا دور للقاضي فيه و تقف هذه المادة عاجزة أمامه ولا يجوز له الانحراف عنها والمعنى الواضح للعبارة هو ذلك المعنى الذي جرت العادة عليه في فهم اللفظ ولا يلتفت القاضي إلى إدعاء أحد المتعاقدين بأنه كان يقصد بعبارته معنى مخالف<sup>2</sup>.

أما عن رقابة الإلغاء فهي أشد من رقابة التعديل و سلاح بالغ الخطورة في يد القضاء إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله فيعفي الطرف المذعن منه مخالفاً بذلك أهم مبدأ و هو العقد شريعة المتعاقدين.

ويرى البعض أن الهدف من تدخل القاضي هو إعادة التوازن إلى العقد المختل لإعادته إلى وضعه الطبيعي بدفع التعسف عنه، وأما عن سلامة العلاقات الاقتصادية فهي تقوم

<sup>1</sup> / لعشّب محفوظ بن حامد : مرجع سابق، ص 156.

<sup>2</sup> / أحمد شوقي محمد عبد الرحمان : تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 24.

أيضا على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة، وأنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرف عنها، وأما عن التحكم فإن رقابة محكمة النقض عن طريق كفاية الأسباب من شأنها أن تضع حد لأي ظرف قد يحدث<sup>1</sup>، وحتى يتمكن القاضي من التدخل للإعفاء من الشروط التي يراها تعسفية أو تعديلها لا بد من وجود معيار يستند إليه لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا من عدمه و أيضا أن تكون الطبيعة القانونية لهذه السلطة من النظام العام.

### ج/ معيار تقدير الطابع التعسفي للشرط :

أعطت المادة 110 من القانون المدني الجزائري للقاضي السلطة في تقدير الطابع التعسفي للشرط من عدمه اعتمادا على معيار العدالة الذي على أساسه يقوم بالتعديل أو الإعفاء من الشرط التعسفي، غير أن معيار العدالة مشوب بالغموض وغير واضح المعالم وغير محدد و ذلك لاختلاف الإحساس من شخص لآخر، وبالتالي من قاضي لآخر و قد يتغير بتغير الأزمنة والأمكنة وهو ما يؤدي إلى تضارب أحكام القضاة بخصوص نفس الشرط، بل إن الاختلاف قد يقع حتى بين قاضيين يمارسان مهامهما في نفس المحكمة وهذا ما سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات ورغم الغموض الذي يشوب هذا المعيار إلا أنه يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن بينهم.

فللقاضي كل الحق في تقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا دور لمحكمة النقض في تقديره لأن ذلك من مسائل الواقع، فإذا تبين له أن الشرط تعسفي في عقد الإذعان كان له أن يعدله إذا كان هذا التعديل من شأنه إزالة أثر التعسف و قد يلغيه نهائيا من العقد وهو في ذلك غير مقيد لحد معين سوى ما تقتضيه العدالة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> / محمد امين سي الطيب : مرجع سابق، ص 43.

<sup>2</sup> / عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، مجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1988، ص 250.

د/ الطبيعة القانونية لسلطة القاضي في تعديل أو استبعاد الشرط التعسفي :

حتى يضمن المشرع الحماية الفعالة للطرف الضعيف نص على المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي يفهم منها أنه لا يجوز الاتفاق على سلب القاضي سلطة التعديل أو الإعفاء من بعض الشروط التي يرى أنها ذات طابع تعسفي .

فالمشرع أعطى للقاضي السلطة في التدخل لتعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه لكن الإشكالية التي تثور حول هذه المادة هي: هل أن القاضي متى طلب منه الخصوم التعديل أو الإعفاء يستجيب أم أن له السلطة التقديرية في تحديد الطابع التعسفي من عدمه؟

أوضح النص المذكور سابقاً أن سلطة التعديل أو الإعفاء جوازيه وليست وجوبية وعليه فرغم وجود الشرط التعسفي إلا أنه للقاضي أن يمتنع عن استخدام هذه السلطة الممنوحة له إذ ترجع المسألة إلى تقديره و مدى قناعته باستخدام هذه الرخصة من عدمها مع التأكيد أن القاضي لا يمكنه التدخل من تلقاء نفسه وإنما يتأتى ذلك بناء على طلب الطرف المدعن عملاً بمبدأ حياد القاضي.

ويرى جانب من الفقه أنه لتوفير الحماية أكثر أضاف المشرع جملة: " يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، فلا يجوز الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو الإعفاء من الشروط التي يراها تعسفية، ذلك أنه لو كان من الجائز مثل هذا الاتفاق لما تأخر المتدخل في جعله من شروط العقد ولانعدمت الحماية القانونية المتوفرة للطرف المدعن.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> /عبد المعنم البدرابي: النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة في قانون الموجبات و العقود اللبناني و القانون المدني المصري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر بيروت ، 1968 ، ص 119 .

ثانيا : تفسير الشك لصالح الطرف المذعن :

يقصد بالتفسير: تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما إعتري العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به.<sup>1</sup>

الأصل أن الشك يفسر لصالح المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في العقود ضارا بمصلحة الطرف المذعن، وذلك لأن الطرف الآخر هو الذي يملئ شروط العقد فيجب أن يتحمل نتائج غموضها.<sup>2</sup>

وعليه إذا كان المدين هو المذعن فسر الشك لمصلحته، وإذا كان الدائن هو المذعن فسر الشك لمصلحته، فالطرف المذعن هو الطرف الضعيف الذي ينبغي حمايته تحقيقا لإقامة التوازن بين المتعاقدين في العلاقات التعاقدية سواء كان دائنا أو مدينا .

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 112 من القانون المدني الجزائري بقوله: "...غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار لمصلحة الطرف المذعن".

و تقابله المادة 151 من القانون المدني المصري التي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين بقولها "... ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا لمصلحة الطرف المذعن".

فالأصل أن تفسير الشك يكون لمصلحة المدين المذعن، أما تفسيره لمصلحة الدائن المذعن فذلك هو الاستثناء الذي يعد خروجاً على القاعدة، و باستقراء المادتين 111 و 112 من القانون المدني الجزائري يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين حالات ثلاث وهي:

<sup>1</sup> / خالد عبد حسين الحديثي : تكميل العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط1 ، 2012 ، ص 58.  
<sup>2</sup> / توفيق فرج : النظرية العامة للإلتزام ، ج2 نظرية العقد ، دار المطبوعات الجامية ، 1993، ص 228.

- حالة وضوح عبارة النص وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل.

- حالة غموض عبارة النص وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل و الأمانة والثقة وعرف التعامل و حسن النية.

- حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين وهنا يتعين تفسير الشك لمصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذم.

وفي عقود الإذعان ينفرد المتعاقد القوي بوضع شروط العقد و إملائها على إرادة الطرف الضعيف فقد يرد بالعقد شروط تحمل أكثر من معنى واحد، وهذا الإبهام يكون مرده إما إيراد المتدخل شرط خاص غامض وناقص كما هو الحال بالنسبة لوصل الضمان الذي لا يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان الاتفاقي هل يتمثل في إصلاح البيع أو استبداله أو رده<sup>1</sup>، وقد يكون مرده إلى التناقض بين الشروط المختلفة في نفس العقد كما هو الحال بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين و تنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر يغطيه التأمين ما يؤدي على التساؤل عن أي شرط يعتد به منهما؟ وغالبا ما يكون هذا الإبهام متعمدا من طرف المتدخل ذو المركز القوي.

وقد ذهب الفقه إلى تبرير موقف المشرع في تفسير الغموض لمصلحة الطرف المذعن بأنه قد أخذ المقصر بخطئه و حمله المسؤولية في صياغة شروط العقد باعتباره هو المتسبب في الغموض أو ما يحيط بشروط التعاقد من شك<sup>2</sup>، بل إنه ذهب إلى أبعد من ذلك و حمله المسؤولية وألزم بالتعويض عن الضرر الذي يصيب المذعن من جراء هذه الشروط.

<sup>1</sup> / محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 61.

<sup>2</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي: مرجع سابق، ص 40.

أعطى المشرع للقاضي في حالة النزاع سلطة تقدير الشروط الغامضة أو المبهمة من خلال المادة 111 من القانون المدني الجزائري بقوله: "إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث في النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ".

فهذه المادة تضع بين يدي القاضي وسائل يعتمد عليها للكشف عن إبهام عبارة العقد بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدین في أعماق الإرادة الباطنة إذا تعذر عليه التعرف عليها من الإرادة الظاهرة، وتتمثل هذه الوسائل في طبيعة التعامل، والعرف الجاري في المعاملات وهي في مجملها قواعد ليست ملزمة، وإنما يستأنس بها القاضي، و منها ما استخلصه الفقه من نصوص القانون الفرنسي، مثال: إذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثراً قانونياً (المادة 1157 من القانون المدني الفرنسي)، أيضاً عبارات العقد تفسر بعضها البعض (المادة 1161 من القانون المدني الفرنسي) وأن تخصيص حالة ما بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (المادة 1164 من القانون المدني الفرنسي).

ويضاف إليها ما اكتشفته المحاكم ذاتها من وسائل مثل تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة و تغليب الشروط المكتوبة بخط اليد على الشروط المطبوعة.<sup>1</sup>

و إذا كان الفقه في مصر يرى أن محكمة النقض تبسط رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة عن طريق رقابة أسباب الحكم<sup>2</sup>، فإن تفسير العقود في فرنسا تبقى مسألة واقع تملك بشأنه محكمة الموضوع سلطة تامة إلا إذا أدى تفسيرها إلى تغيير طبيعة شرط واضح ومحدد.<sup>3</sup>

المشرع الفرنسي رغم أنه لم ينص صراحة على عقد الإذعان كما نص المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري والمشرع المصري في المادة 149 من القانون المدني المصري الذي يعطي للقاضي حق تعديل شروط العقد أو إعفاء المذعن منها إلا أنه أورد نصوص أكثر وضوحاً في مجال تفسير العقود لصالح الطرف المذعن

<sup>1</sup> / أمانج رحيم أحمد : مرجع سابق، ص 231.

<sup>2</sup> / عيد الزراق السنهوري: مرجع سابق ، ص 673.

<sup>3</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 63.

(المستهلك ) على وجه الخصوص في المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل نص المادة 151 من القانون المدني المصري والمادة 112 من القانون المدني الجزائري وهناك نص المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي التي يلتزم البائع بمقتضاها بأن يوضح إلتزامات المشتري إذا تبين وجود غموض أو إبهام في العقد لأنه على يقين بالشيء المبيع و بالتالي يكون عليه أن يوضح كل ما يتعلق به<sup>1</sup>، و يضاف إلى ذلك أن شروط العقد المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين يجب أن تقدم وتكتب بشكل واضح ومفهوم وأنها تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصلح للمستهلك<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق يمكننا أن نسلم بعدم معقولية تفسير الشك في الشروط الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة المدين بشرط عدم الأضرار بالمذعن فذلك يتنافى مع مقاصد المشرع التي تثبت و ترسخ مفاهيم حماية الطرف المذعن<sup>3</sup>، رغم أن السلطات الواسعة الممنوحة للقاضي في التدخل لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية، وإن كانت كافية إلى حد ما لحماية المستهلك في عقد الإذعان، إلا أنه معرض لتعسف الطرف القوي في أي عقد استهلاكي قد لا يتبعه وصف الإذعان، مما جعل العقد يدعو إلى ضرورة الاقتداء بالتشريعات الغربية عند منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لإجراء التعديل أو لإلغاء الشروط التعسفية في جميع عقود الاستهلاك.

<sup>1</sup> / عبد الحكم فودة : تفسير العقد في القانون المصري المقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر، 2002، ص 313.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 63.

<sup>3</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي : مرجع سابق، ص 40.

الفرع الثاني: بعض الوسائل القانونية المتاحة لتحقيق التوازن العقدي:

بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني لا نجد نص خاص فيه ينظم التوازن العقدي إلا أنه توجد مجموعة من التقنيات التي من خلالها يمكن إستبعاد كل شرط يخل بالتوازن العقدي والتي نذكر منها: نظرية السبب ومبدأ حسن النية، وعيوب الإرادة.

أولاً/ نظرية السبب ومبدأ حسن النية :

1/ نظرية السبب :

لقيام أي عقد سواء كان عقد مساومة أو عقد إذعان لابد من توافره على أركان أساسية وهي الرضاء، المحل، السبب بالإضافة إلى ركن المدة والشكلية في بعض العقود، وبعد السبب من أهم الأركان والذي يشترط فيه المشرع أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة .

و غياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط يمكن أن يستفيد منه أي طرف سواء كان مهني أو مستهلك أو غير مهني، وبما أن المستهلك هو أحد أطراف العلاقة التعاقدية فإنه يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من بعض الشروط التعسفية. وعليه سنحاول معرفة موقف المشرع الجزائري فيما إذا كان بإمكان القاضي عند غياب السبب لإبطال بعض الشروط ذات الطابع التعسفي .

وقد ظهر بعد ذلك في فرنسا اتجاه قضائي يستند على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية وهو ما لقي تأييد من جانب الفقه ومعارضة من جانب آخر كما سنرى.

أ/ موقف المشرع من إبطال الشروط التعسفية عند غياب السبب:

نصت المادة 98 من القانون المدني الجزائري: " كل التزام مفترض أن له سبب مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك.....".

و تنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

وقد تنازع مفهوم السبب نظريتين ( تقليدية و حديثة) التي من خلالها استندت التشريعات إلى إمكان أو عدم إمكان إعمال فكرة غياب السبب لإلغاء بعض الشروط التعسفية .

وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي، إلا أن الالتزام لا ينتج أي أثر من آثاره إذا لم يكن مبنيا على سبب أو كان مبنيا على سبب غير صحيح أو على سبب غير مشروع.<sup>1</sup>

والمشرع الفرنسي أخذ بالنظرية التقليدية التي تعرف السبب بأنه: النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذه التزامه<sup>2</sup>، فالسبب عند المشتري هو امتلاك السلعة أو الحصول على الخدمة، أما السبب عند البائع هو الحصول على ثمن السلعة أو الخدمة فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام وهذه النظرية التي يتزعمها الفقيه الفرنسي "كابيتان" Capitant تشترط لقيام السبب أن يكون موجود و إلا كان العقد منعما وأن يكون صحيحا غير صوري وألا يخالف النظام العام والآداب العامة.

وأصحاب هذه النظرية يميزون بين السبب وهو الغرض المباشر وبين الباعث الذي يتمثل في الأسباب الشخصية البعيدة المبررة للسبب ذاته<sup>3</sup>، و الغرض المباشر هو الحصول على التنفيذ المقابل للالتزام ( تقديم الثمن بقصد الحصول على التنفيذ المقابل المتمثل في السلعة أو الخدمة).

وعليه فعدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب ما يؤدي إلى بطلان العقد وفي مقابل النظرية التقليدية توجد النظرية الحديثة التي تنظر إلى السبب باعتباره الغرض أو الغاية المباشرة التي يريد المتعاقد الوصول إليها من وراء تعاقد، وبهذا يصبح السبب في نظرها هو الباعث الدافع للتعاقد.

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 53.  
<sup>2</sup> / علي فيلاي : الإلتزامات :الفعل المستحق للتعويض ،موقف للنشر ، الجزائر ، ط2، 2010 ، ص 190.  
<sup>3</sup> / علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص 195.

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة في المادة 97 من القانون المدني الجزائري حيث أسند السبب إلى العقد، غير أنه تراجع عن ذلك في المادة 98 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري وأسند السبب إلى الالتزام ثم عاد مرة أخرى في المادة 98 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري وأسند السبب إلى العقد.

والسبب حسب هذه النظرية: هو الباعث للتعاقد ويتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد فهي المبررات التي كانت وراء عزم وتصميم المتعاقدين على انجاز العملية العقدية<sup>1</sup>.

وتختلف هذه الدوافع باختلاف الأشخاص ولا يعتد إلا بالباعث الرئيسي الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد<sup>2</sup>، ومفهوم السبب يشترط سبب واحد هو المشروعية فقط وهي كفيلة بمراقبة السبب.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالنظرية الحديثة لوحدها بل تأثر بالقانون الفرنسي أيضا وهو ما يجعلنا نقول أنه أخذ بازدواجية السبب (النظرية التقليدية والحديثة) وهو نفس القول بالنسبة للتشريع المصري من خلال المادة 136 قانون مدني مصري التي تنص : (( إذا لم يكن الالتزام سبب....)).

إن فالقول بالنسبة للقانون المدني الجزائري بخصوص إستناد القاضي على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية يحتاج إلى اجتهاد من القضاء للتسليم بفكرة إنعدام السبب.

#### ب/ موقف القضاء:

القضاء الجزائري لم يناقش هذه المسألة على العكس في فرنسا إذ ظهر إتجاه قضائي مدعما بجانب من الفقه طور بشكل كبير وظيفة السبب، بأن وسع مجال سبب الالتزام بتضمينه السبب الدافع الداخل في المجال التعاقدي، فأصبح يعتمد على غياب السبب

<sup>1</sup> / علي فيلاي ، مرجع سابق ، ص 198.

<sup>2</sup> / محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع والمقايضة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية ، دار الهدى ، الجزائر 2008 ، ص 234.

لإبطال الشروط المفرطة التي من شأنها الحصول على ميزة مفرطة لمحرر الشرط.

وقد جرى قبول هذا الحل أولا في مادة التأمين، حيث قررت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup> وتراجعا منها عن اجتهادها السابق بأن الشرط الوارد في عقود التأمين والذي يشترط ألا تكون مضمونة "إلا المطالب الحاصلة خلال مدة صلاحية وثيقة التأمين" هو شرط تعسفي باطل، وفي قرار آخر استتجت الغرفة التجارية لمحكمة النقض<sup>2</sup> أنه يقتضي أن يعتبر شرط عقد التأمين الذي بمقتضاه يكون ضمان الأضرار ساريا بعد فسخ عقد التأمين مقابل دفع أقساط لاحقه في بعض الحالات غير مكتوب أي شرط تعسفي باطل، لأن قسط إضافي كهذا هو في الواقع مجرد من أي مقابل، وبالتالي مجرد من السبب. وتوالت القرارات المماثلة في القضاء الفرنسي، والتي تستند على غياب السبب لإبطال الشروط التعسفية على أن أهم قرار على الإطلاق، والذي أثار جدلا فقهيًا، هو القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض<sup>3</sup>، والذي عرف بقرار Chronopost، ففي هذا القرار استندت الغرفة التجارية على غياب السبب كأساس لإلغاء الشرط المبالغ فيه. إلا أن القضاء سرعان ما لاحظ أن إبطال العقد برمته لا يخدم لا المتعاقد المتضرر من الشرط ولا العقد في حد ذاته باعتبار أن إبطال العقد برمته قد يمس باستقرار المعاملات ونتيجة لذلك ذهب قضاة النقض وهم بصدد قضية Chronopost إلى أن الأمر المتعلق بغياب جزئي فقط للسبب، وذلك من خلال قيامهم بمقارنة دقيقة بين الالتزامات المتقابلة في القضية أسفرت على أن عدم الالتزام باحترام الأجل المتفق عليه لإيصال الطرد، هو غياب جزئي

<sup>1</sup> - / Cass.civ., 1ère ch., 19 desembre, 1990.

منقول عن محمد أمين سي الطيب .

<sup>2</sup> / Cass.com.28 mai 1993.

منقول عن محمد أمين سي الطيب .

<sup>3</sup> / Cass.com., 22 oct.1996.

حيث تتلخص وقائع القضية في تكفل شركة النقل السريع Chronopost، بنقل طرود تتضمن عرضا مقدما من شركة Bancheureau للمشاركة في مناقصة لتوريد اللحوم، وعلى مرتين تصل الطرود متأخرة، الأمر الذي حرم الشركة من دخول المناقصة فرفعت هذه الأخيرة دعوى تطالب فيها بالتعويض، فعارضت Chronopost، مشيرة إلى أن هناك شرط في العقد يحدد مبلغ التعويض عن التأخير في حدود مصاريف النقل المدفوعة من الزبون فقط، لكن محكمة النقض وبناءا على المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي قررت أن الشرط المحدد للمسؤولية الذي يناقض التزاما أساسيا بإيصال الطرود بسرعة فائقة، يعتبر غير مكتوب، أي اعتبرته شرطا تعسفيا باطلا، وعليه فإن الغرفة التجارية لمحكمة النقض، استندت على غياب السبب من أجل إبطال الشرط التعسفي الذي فرضته الشركة وهو الشرط المحدد لمسؤوليتها عن التأخير، والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، فقل الطرود بحد ذاته لا يمكن اعتباره أساسيا في نظر زبائن Chronopost، وإنما السرعة والفعالية هما اللذان يشكلان الخاصية المميزة للشركة، والتي لولاها لما أقدم الزبون على التعاقد.

منقول عن محمد أمين سي الطيب .

للسبب، مفضلين بذلك بطلانا جزئيا للعقد، وذلك بإلغاء الشرط التعسفي المدرج فيه وحده وترك العقد قائما، وإلغاء الشرط لم يكن نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بالسرعة المطلوبة والدقة في الآجال، وإنما لمخالفته المبدئية للرغبة المشروعة التي كان ينتظرها المدين، وهذه الرغبة موجودة منذ تكوين العقد<sup>1</sup>، إلا أن هذا الاتجاه الجديد لقضاة النقض، واجه انتقاد كما حظي ببعض التأييد:

فعن الانتقادات التي واجهها القرار، أن الحل الذي ذهب إليه قضاة النقض كان غير ملائم وكان الأجدر بالقضاة الاستعانة بوسائل أخرى، تؤدي إلى نفس النتيجة، كالخطأ الجسيم أو الإخلال البسيط بالالتزام أساسي ، أو فسخ العقد لعدم التنفيذ، أو إعادة تكييف الشرط، كشرط جزائي مبالغ فيه .<sup>2</sup>

ج/ موقف الفقه :

يرى البعض أن هذه التقنية تؤدي إلى إبطال بعض الشروط وليس إزالة عدم التوازن العقدي برمته، فضلا عن إعمال فكرة انعدام السبب وفقا للمعنى الموروث من النظرية التقليدية للسبب يؤدي إلى بطلان العقد برمته، وهو أمر يناقض مصلحة المستهلك، والذي من مصلحته إبطال الشرط والإبقاء على العقد .<sup>3</sup>

وذهب اتجاه آخر من الفقه منتقدا القرار، أن نظرية السبب لا تسمح للقاضي بمراقبة مدى التكافؤ بين الأداءات المتقابلة وإقامة توازن حقيقي في العقد، لأنه لا يوجد عوض حقيقي كاف ليكون للالتزام سبب، وهذا ما هو محقق في قضية الحال، فالعوض موجود التعادل المتفق عليه كذلك، والتمن المقترح من شركة النقل، وإن كان يفوق ثمن البريد العادي إلا أنه لا يعتبر ثمنا فاحشا، وفي السياق يقول جانب من الفقه المنتقد أنه لا يجوز لنا القول بأن المتعاقد قد التزم دون سبب أو لسبب غير كاف، لأن مسؤولية شركة البريد تقتصر على إرجاع ثمن النقل فتحديد المسؤولية لا يعفي الدائن من التزامه و الدليل على ذلك هو لو أن

<sup>1</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق ، ص 53.

<sup>2</sup> / درماس بن عزوز : نظرية السبب بين الإتجاه التقليدي والاتجاه الحديث ،مذكرة ماجستير في القانون الخاص ،جامعة تلمسان ، الجزائر 2006 ص 87.

<sup>3</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ،ص 56.

شركة النقل ارتكبت خطأ على درجة معينة من الخطورة لغش أو خطأ جسيم لأصبحت مسؤولة دون أن تولي اعتبار للشرط المحدد للمسؤولية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للاتجاه الفقهي الذي أيد التوجيه الجديد لقضاة النقض بخصوص القرار نفسه ذهب إلى أن قرار Chronopost ، قد أخرج السبب من النطاق الذي حصره فيه الفقه التقليدي فلم يعد السبب مجرد وسيلة لتحقيق تعادل موضوعي للعقد بغض النظر عن التفاوت الذي يمكن أن يضمنه، وإنما أصبح أداة لموازنة حقيقية للعقد ببعدها الشخصي فالالتزام الأساسي الذي تحمله الناقل المتمثل في دقة وانتظام المواعيد شكل جوهر النية التجارية والهيكل الاشهاري للناقل ومن جهة أخرى الدافع الحاسم الذي ترك إرادة الزبون ويتبين أن القرار كان موفقاً لأنه سيسمح بمكافحة ممارسات تعمل على منح وعود مدعمة بحملات اشهارية واسعة، وفي نفس الوقت إدراج شروط تعسفية بالإسناد على غياب السبب.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري والتشريع المصري، وكما سبق القول فإن الأمر يحتاج إلى اجتهاد قضائي يفتح باب الحماية من الشروط التعسفية بالإسناد على غياب السبب المقابل للالتزام وذلك بغرض إبطال الشروط التعسفية التي لا تقع تحت طائلة المادة 149 من القانون المدني المصري المقابل لنص 110 من القانون المدني الجزائري، والخاصة بتعديل أو إعفاء المذعن من الشرط التعسفي المدرج في عقد الإذعان.

وتبني هذا الحل من طرف القضاء المصري والقضاء الجزائري يعزز تلك الحماية المقررة في القواعد العامة، خاصة وأن هذه الطريقة مناسبة جداً لإلغاء شروط تحديد المسؤولية إذا علمنا أن المشرع الجزائري على الأقل يجيزها من حيث المبدأ<sup>2</sup>، بقوله في المادة 178قرة 1 من القانون المدني: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجيء أو القوة القاهرة".

<sup>1</sup> / درماس بن عزوز ، نفس المرجع ، ص 89.

<sup>2</sup> / محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 56.

ب / مبدأ حسن النية:

يعتبر مبدأ حسن النية آلية عامة يمكن إعمالها وإن كان ذلك في حدود ضيقة لتوفير بعض الحماية من الشروط التعسفية سواء للمستهلك أو غيره من المتعاقدين الضعفاء، لهذا سنحاول إلقاء نظرة وجيزة على هذا المبدأ من حيث تعريفه ثم ما مدى إمكانية الاعتماد عليه في تحقيق الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية.

1/تعريف مبدأ حسن النية:

يقصد به النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، وهو القصد السوي أو الصراحة فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير وهذا المبدأ بصفه عامة ذو مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.<sup>1</sup>

أو هو الابتعاد عن تعمد الإضرار والغش والتعسف تجاه الطرف الآخر وعدم الإهمال والتقصير في أداء الواجب تجاهه وأيضا الاستقامة والصراحة والتعاون في تنفيذ العقد.<sup>2</sup>

وعليه فإن أفعال المتعاقد بما يخالف حسن النية، أي أفعاله الصادرة عن سوء نيته إما أن تكون سلبية، كامتناع البائع عن إعلام المشتري بعيوب البيع الخفية وإما تكون إيجابية كإدراج شرط تعسفي في العقد المبرم بين المتدخل والمستهلك يسعى من خلاله المتدخل إلى الحصول على ميزة فاحشة وبالنتيجة إلحاق ضرر بالمستهلك.

وهنا يثور السؤال التالي: إلى أي مدى يمكن أن يعتمد القاضي على مبدأ حسن النية لإبطال الشروط التعسفية المدرجة في العقد لسوء نية المتدخل؟.

قضت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أن العقد ينفذ بحسن النية ويؤكد على أن الحماية تكون أثناء تنفيذ العقد، وهناك رأيين متعارضين في هذا الصدد رغم أن الفقه لم يولي اهتماما كبيرا لمبدأ حسن النية كآلية لإعادة التوازن إلى العقد، فالرأي الأول يذهب إلى أن مبدأ حسن النية يراعي فقط عند تكوين العقد أو انعقاده ، وأنه من الخطورة بما كان

<sup>1</sup> / عبد الحكم فودة : مرجع سابق ، ص 153-154.

<sup>2</sup> / خالد عبد حسين الحديثي : مرجع سابق ، ص 93.

ترك شروط العقد لمحض تقدير القاضي، على أن الرأي الثاني يرى أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يظم العقود جميعا سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها.

وقد إعتد المشرع الألماني على هذا المبدأ في المادة 242 من القانون المدني بشرط ألا يؤدي أعماله إلى المساس باستقرار المعاملات، وكذلك المادة 10 من القانون المتعلق بالشروط العامة للعقد الصادر في 1976/12/9 فهي منحت للقاضي سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي كما نصت المادة 9 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة بوصفها شروطا مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخل مبدأ حسن النية<sup>1</sup>.

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 107 من القانون المدني الجزائري: "على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية".

وفي ذلك اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوحيه حسن النية، فضلا عن استخلاص نهيه عن الغش في تنفيذ العقد. و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد ويرجع ذلك إلى انعدام الاجتهاد القضائي في هذا المجال، رغم الاعتراف بقاعدة حسن النية ودورها غير أن دورها ضعيف ولا يمكن الاعتماد عليها وحدها في إعادة التوازن العقدي.

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،مرجع سابق، ص 52.

## ثانيا: نظرية عيوب الإرادة:

تعد نظرية عيوب الإدارة من بين أهم الوسائل التي تخدم حماية المستهلك بصورة عامة ولهذا سنحاول معرفة كل عيب على حدى و مدى تحقيقه لحماية فعالة للمستهلك.

**1/ الإكراه:** هو ضغط تتأثر به إرادة الفرد فيدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه نص عليه المشرع في المادة 88 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>.

أو هو إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ويشوب الإكراه الإرادة في حريتها واختيارها، فهو يحدث رهبة بينة أو خوفا في نفس الشخص يدفعه إلى القبول للتعاقد والأصل أن الإكراه يقيد الرضا ولا يعدمه.<sup>2</sup>

وحتى يترتب بطلان العقد لابد من توافر عنصرين وهما الرهبة البينة التي تتحقق بوجود خطر جسيم ومحدد وأن يكون المهدد هو المتعاقد نفسه أو أحد أقاربه دون الغير فيتصور صدور إكراه من أحد المتعاقدين على الآخر، إما على الثمن أو شروط أخرى يفرضها مقدم السلع والخدمات، وما على الطرف الضعيف إلا قبول التعاقد وإلا سيحرم من إشباع حاجياته.

غير أن الفقه يرى أن مجرد الإضطراد لا يصلح أن يكون سببا للطعن في العقد بالإكراه<sup>3</sup>، وعلى هذا الأساس لا نرى ما يوجد في نظرية الإكراه ما يخدم حماية المستهلك فعليا.

**2- الغلط:** هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها<sup>4</sup>، وهو نوعان: إما غلط مانع وله ثلاث صور: إما يقع حول طبيعة العقد أو محل العقد أو سبب العقد وحكمه البطلان المطلق، والغلط المعيب الذي يترتب عليه البطلان النسبي.

وقد عالج المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري وأطلق عليه الغلط الجوهرى الذي يشترط فيه أن يكون غلط جسيم وأن يكون غلط مؤثر.

<sup>1</sup> / علي فيلاي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم لنشر ، الجزائر ، 2001، ص 135.

<sup>2</sup> / خالد عبد حسين الحديثي : مرجع سابق ، ص 22.

<sup>3</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي : مرجع سابق ، ص 19.

<sup>4</sup> / علي فيلاي : النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق ، ص 108.

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

\_ أن يكون مما لا يمكن التسامح فيه ولا يقع فيه الشخص المعتاد.

\_ أن يكون الغلط قد وقع على صفة جوهرية في الشيء محل التعامل.

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

مما لا شك فيه أن المستهلك لا يرغب في التمسك في عيب الغلط حتى لا يحرم من السلعة أو الخدمة محل التعامل، فبالرغم من نجاح هذه النظرية غير أنها لا تخدم حماية المستهلك .

**3/التدليس:** هو استعمال حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد<sup>1</sup>، ويتكون من عنصرين: عنصر مادي يتمثل في الوسائل المستعملة لتضليل المتعاقد وحثه على التعاقد، وعنصر معنوي وهو نية التضليل والخداع عند المدلس، وتناوله المشرع الجزائري في المادة 86 و 87 من القانون المدني الجزائري، و يشترط فيه أن يكون مؤثرا وصادرا من المدلس أو من ينوبه حتى تقوم آثاره ويترتب عليه البطلان ولا يعتد بالتدليس الصادر عن الغير.

والتدليس خلافا لباقي العيوب لا يشترط لإبطال العقد إثباته من طرف المدلس عليه (المستهلك) رغم كونه أكثر العيوب تحقيقا للحماية إلا أنه لا يحققها إلا في حالات استثنائية فالقضاء لا يحكم بالتدليس نتيجة الكتمان إلا استنادا على تخلف المدلس عن واجبه بالإعلام وهذا الواجب يخضع لتقدير القاضي ولا يوجد نص يرتب هذا الواجب.

<sup>1</sup> / علي فيلاي : النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق، ص 124.

وبما أن التدليس يخضع للسلطة التقديرية للقاضي فإنه لا يؤدي إلى استقرار المعاملات كما أنه لا يتعدى أحد المتعاقدين على الآخر بوسائل تدليسية، وهذا يعني في حد ذاته عدم كفاية هذه الوسيلة المنظمة لمعالجة أوضاع استثنائية في مواجهة عدم التوازن في العقود.

#### 4/ الاستغلال والغبن:

اهتمت المشرع بمواجهة حالات انعدام التعادل المادي في العقود وهي الحالات التي تعكس عدم التعادل بين قوى الإدراك وغياب التكافؤ الاقتصادي بين طرفي العقد، وقد عرف عدم التعادل الناشئ عن العقد بالغبن والذي يتسع مجاله أو يضيق بحسب المذهب الذي يعتنقه النظام القانوني وبحسب الأساس الذي يقوم عليه.<sup>1</sup>

#### تعريف الاستغلال وعناصره:

لغة هو الانتفاع من الغير بدون وجه حق.

واصطلاحاً: هو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض أو من غير عوض.<sup>2</sup> وهو إستغلال حاجة الغير أو خفته أو عدم تجربته ليحصل لنفسه أو لغيره في مقابل شيء يؤديه على منافع تزيد على قيمة ذلك الشيء بحيث يتبين من الظروف<sup>3</sup>، وللاستغلال عنصرين:

عنصر مادي: إما يتمثل في التفاوت بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه، وإما يكون التفاوت بين حظ الربح والخسارة اللذين يتحملهما كل متعاقد، وإما انعدام العوض أصلاً.

العنصر النفسي: و له مظهران:

1- الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون.

2- استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف.

<sup>1</sup> / عبد الرزاق أحمد السنهوري : مرجع سابق ، ص 291.

<sup>2</sup> / علي فيلاي : النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق ، ص 151.

<sup>3</sup> / خالد حسين الحديثي : مرجع سابق ، ص 24.

و الضعف النفسي: نص عليه المشرع في المادة 90 من القانون المدني الجزائري ويتمثل في حالتين هما الطيش البين والهوى الجامح.

و يترتب عليه جملة من الآثار تتمثل في: إبطال العقد، أو الإنقاص من التزاماته كما سنرى لاحقا بنوع ما من التفصيل.

أ/ **تعريف الغبن ومميزاته:** يتمثل الغبن في التفاوت المادي الموجود بين التزامات المتعاقدين، فالغبن عيب قائم بذاته وهو عيب في العقد ولا دخل للاعتبارات الشخصية والحالات النفسية للمتعاقدين<sup>1</sup>.

- إن الغبن يقتصر على بعض العقود المتعلقة بالعقار وهي: عقد البيع والمقايضة والقسمة وهذا ما لم يوجد نص خاص يقر تطبيق الغبن على حالات أخرى.

- الغبن يعتد به فقط لفائدة البائع أو المتقاسم دون المشتري.

- العبرة هي بقيمة العقار وقت إبرام العقد وفي حالة النزاع يستعين القاضي بخبير.

والاستغلال أمر نفسي يعد الغبن هو المظهر المادي له، فقد نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري: "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 أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيش بين أو هوى جامح جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد".

و تنص المادة 169 من القانون المدني المصري: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه

<sup>1</sup> / علي فيلاي : النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق ، ص 164.

طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد".<sup>1</sup>

ف نجد أن كلا من المشرعين المصري والجزائري اتبعا نهج القانون الفرنسي الذي اعتمد على النظرية المادية في الغبن حسب المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي والذي يعني عدم التوازن في الأداءات المقابلة في العقد بحيث تصل درجة الاختلال إلى رقم معين.

غير أن المشرع الجزائري لم يأخذ بها على إطلاقها وإنما حصر تأثير الغبن على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر لا تهم في أغلبها أحوال المستهلكين وهذه الحالات هي: حق البائع في طلب تكملة الثمن إذا أثبت أن العقار بيع بغبن يزيد عن الخمس، علما أنها ميزة خص بها المشرع البائع دون المشتري ونص عليه في المادة 358 من القانون المدني الجزائري وهذه الميزة فيها إجحاف للمشتري لأنه قد يكون مغبونا أيضا بالثمن، و حق الشريك في نقض القسمة الاتفاقية إذا أثبت أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس وهو ما نص عليه في المادة 732 من القانون المدني الجزائري.

غير أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتأسيسا على مبدأ التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات فإنه أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية، والتي جعل منها سببا من أسباب إبطال العقود وهي نظرية لا تعتد عند تقدير الشيء بقيمته المادية، بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف التعاقد، فلا يكتفي بالاختلال في الأداءات المقابلة وإنما لابد أن يكون ذلك نتيجة لاستغلال طيش أو عوز أو عدم خبرة الطرف الضعيف، فللقاضي الخيار بين إبطال العقد وإنقاص التزامات الطرف المغبون الذي يكون في الأغلب مستهلكا.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي : مرجع سابق ، ص 29.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 49.

اعتنق المشرع الجزائري النظرية الشخصية على عكس المشرع الفرنسي الذي أخذ بالنظرية المادية للغبن في حدود ضيقة ولا شك أن السلطة التقديرية للقاضي عند تقرير الغبن هي أكثر إطلاقاً منها في النظرية الموضوعية.<sup>1</sup>

إنّ فعدم التعادل بين الالتزامات المتبادلة في العقد في القانون المدني الجزائري والمصري يتسع لكل عروض الاستغلال حتى ولو كان الأمر يتعلق بتقديم أداء مقابل أداء آخر لايساويه في القيمة وإنما يتعلق بشروط مجحفة يفرضها أحدهما على الآخر.<sup>2</sup>

فتقدير قيمة الأداءات المقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقسيم الشروط التي يملئها أحد المتعاقدين (المتدخل) على الآخر (المستهلك) فحتى وإن لم نتمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشروط على الأداء المالي للعقد بشكل مباشر، فإن هذه الشروط تؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد ولو بطريقة غير مباشرة، كما أن نظرية الاستغلال يرى أصحابها بأن تقييم الأشياء لا يكون بمقياس موضوعي وإنما يقاس بمقياس شخصي وفقاً لظروف كل حالة على حدى إضافة إلى كون الاختلاف بين الأداءات أي اختلال القيمة يصل إلى حد باهض.<sup>3</sup>

وقد تعهد المشرع بحماية الطرف المغبون من الغش بالنظر إلى حالة ضعفه، ففضى إما ببطلان العقد وإما بتدخل القاضي لحمايته وحلول إرادة المشرع محل إرادة الطرف المتعاقد سواء كان من خلال التدخل المباشر أو عن طريق القضاء، وهو أمر يعكس عدم رضاه عن المعاملات التي يشوبها قدر من المبالغة إلى الحد الذي ينال من توازن العقد وعدالته، فكانت مواجهته لأسباب هذا الاختلال بهدف حماية الطرف الضعيف أمراً مفروضاً وهو ما نصت عليه المادة 227 من القانون المدني المصري.

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 50.

<sup>2</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي : مرجع سابق ، ص 30.

<sup>3</sup> / وهو ما اعتمدته كل من المشرع المصري والفرنسي والجزائري في الحالات التالية:- حالة بيع العقار بغبن يزيد عن 5/1 ثمنه الحقيقي المواد ( 358 قانون مدني جزائري - 425 قانون مدني مصري - 1676 قانون مدني). - في القسمة الاتفاقية إذا زاد مقدار الغبن عن 5/1 قيمة الشيء محل القسمة المواد: ( 732 قانون مدني جزائري - 845 قانون مدني مصري - 877 قانون مدني فرنسي). - فرنسي إذا أجر الوقف بالغبن الفاحش وجب على المستأجر تكملة الأجر إلى المثل وإلا فسخ العقد ( 632 قانون مدني مصري). - عقد الشركة إذا تضمن شرطاً مقتضاه عدم مساهمة أحد الشركاء في أرباح الشركة أو خسائرها المواد: ( 515 قانون مدني مصري - 1854 قانون مدني فرنسي).

ب/ إثبات الغبن:

على المستهلك الذي يدفع بالغبن أن يثبت أنه وقع فعلا في الغبن الفاحش وهو ما نصت عليه المادة 90 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا كانت الالتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا.... و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا.... قد استغل فيه طيشا بنيا أو هوى جامحا"، ولتقدير هذا الاختلال وعدم التعادل في العقود هناك سبيلين: أولهما: استدلال المشرع على جسامه الغبن بالقياس الحسابي أو رقم معين<sup>1</sup>، كمثال عن القياس الحسابي: إذا بيع العقار بغبن يزيد عن خمس ثمنه الحقيقي. و كمثال عن الرقم المعين: في الفوائد الاتفاقية لا يجوز الاتفاق على سعر الفوائد يتجاوز رقم معين مثلا في مصر لا تتجاوز 7%.

ففي مثل هذه الحالات يتحقق القاضي من وجود الغبن من خلال إجراء عملية حسابية بسيطة حيث يقوم بتحديد الفارق بين قيمة الشيء في العقد وقيمه في السوق وقت التعاقد. فمتى وصل الفارق بين القيمتين إلى تلك النسبة تحقق وجود الغبن. ثانيا: السلطة التقديرية للقاضي في تقدير عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه بموجب العقد كالتعويض الاتفاقي<sup>2</sup>.

من خلال كل ما سبق يمكن القول أن إدراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الناتج عن إرادة المستهلك الضعيفة وحاجته إلى اقتناء هذه السلع والخدمات يسمح بتطبيق نظرية الاستغلال ذات الطابع المالي والتي قد تخل بتوازن العقد، غير أن الفقه يرى بأن تعميم هذه النظرية وحدها غير كافية لإعادة التوازن بل إن من شأنها أن يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات واهتزاز الأمن القانوني<sup>3</sup>، بالإضافة إلى أن هذه الوسيلة لا يمكن أن تحمي المستهلك في جميع الحالات بإبطال الشروط المخلة بتوازن العقد، إذ أنها تصطدم بالحقائق الآتية:

<sup>1</sup> / عمر عبد الباقي : مرجع سابق ، ص 490.  
<sup>2</sup> / عمر عبد الباقي : مرجع سابق ، ص 491.  
<sup>3</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق ، ص 61.

1/ لا يستفيد الطرف المغبون من الحماية إذا قدر القاضي أن عدم التعادل بين الالتزامات ليس جسيماً، لأن المشرع يشترط أن يكون عدم التعادل جسيماً، خاصة أن المحترفين في الوقت الراهن يعتمدون على كسب ميزات مالية ضئيلة في كل عقد يبرمونه مع المستهلك على أن العدد الكبير من عقود الاستهلاك التي يبرمها المحترف في اليوم الواحد هو الذي يوفر له ميزة فاحشة.

2/ من ناحية أخرى، فإن النص القانوني وحتى في النطاق الضيق لتطبيقه يتطلب إثبات استغلال الطرف الأقوى لعيب أو ضعف في إرادة المستهلك المغبون، وهو الشيء الذي لا يمكن لهذا الأخير القيام به في أغلب الأحوال<sup>1</sup>، بالإضافة إلى المصاريف التي تطلبها دعوى البطلان أو الإبطال أو دعوى الإنقاص، مما يؤدي إلى إرهاق كاهل المستهلك في إتباع هذا الطريق.

3/ ومن ناحية ثالثة، فليس الطيش أو الهوى ، دليل في حد ذاته على وجود الضعف النفسي يضاف إلى ذلك أن هذه الأوصاف قد تم تحديدها بتعابير محددة اتفق عليها وهذا يعني أكثر أن المشرع حصر أسباب الدفع بهذا العيب في أضيق نطاق ممكن.<sup>2</sup>

4/ بالإضافة إلى أن عيب الغبن قد يوفر حماية محدودة جداً تقتصر على بعض الشروط ذات الطابع المالي فقط، دون الأنواع الأخرى من الشروط التعسفية.

<sup>1</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي : مرجع سابق، ص 31  
<sup>2</sup> / عامر قاسم أحمد القيسي : مرجع سابق، ص 32.

### المطلب الثاني: مجالات حماية المستهلك من الشروط التعسفية:

إذا كان الأساس القانوني للحماية العامة للمستهلك تتمثل في مواجهة الشروط التعسفية المدرجة في العقود الاستهلاكية، والتي ظهرت مع عقد الإذعان ونظرية السبب ومبدأ حسن النية وعيوب الإرادة، فإن شروط تجد مجالا خصبا ليفرض المتدخل شروطه، هذه الشروط التي لا تخرج عن نوعين: الشروط التي تتضمن تعسفا وشروط أخرى تعسفية في ذاتها الحماية الخاصة يقصد بها مواجهة شروط معينة، فكلما توفرت في العقد وجب التصدي لها وحماية المستهلك منها.

### الفرع الأول: حماية المستهلك من الشروط المتضمنة تعسفا:

إن الشروط المتضمنة تعسفا في العقد هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر فيها هذه الصفة عند تنفيذ العقد، إذ أن مثل هذه الشروط عادية غير أن الإفراط فيها يؤدي إلى اختلال العقد، ما يتطلب التدخل من أجل الحد من هذا الإفراط ومن أهم هذه الشروط الشرط الجزائي والشرط الإرادي.

### أولا: حماية المستهلك من الشروط الجزائية:

الأصل أن القاضي هو من يقوم بتقدير التعويض عن الإخلال بالمسؤولية إذا لم يكن ذلك محدد بموجب القانون، كالتعويض عن حوادث المرور، غير أن الأطراف قد يتفقان على مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين بالتزامه أو تأخر في تنفيذ التزامه<sup>1</sup>، وذلك للحد من السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي، ويتم ذلك بالاتفاق مقدما بينهم على تحديد مبلغ مالي يدفعه المدين في حالة الإخلال بالتزامه أو تأخر في تنفيذه وهو ما يسمى بالشرط الجزائي.

و سنحاول تعريف الشرط الجزائي أولا ثم دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي.

<sup>1</sup> / إبراهيم سيد أحمد : الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، ط1 2003 ، ص 53.

## 1/ ماهية الشرط الجزائي:

نتطرق لبعض النصوص القانونية التي من خلالها يمكن تعريف الشرط الجزائي مع تبيان بعض التعاريف الفقهية له.

فقد عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي بأنه الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ<sup>1</sup>.

وتنص المادة 1229 من القانون المدني الفرنسي بأن الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي، ولا يمكنه أن يطالب في نفس الوقت بأصل الجزاء ما لم يكن الشرط مقرر لمجرد التأخير<sup>2</sup>.

نلاحظ أن التعريف الأول الوارد بالمادة 1226 من القانون المدني الفرنسي نجد أنه يتحدث عن عدم التنفيذ فقط دون أن يتطرق إلى التأخير في التنفيذ، أما التعريف الثاني الوارد بالمادة 1229 من القانون المدني الفرنسي فإنها اعتبرت الشرط الجزائي عبارة عن جزاء لعدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ 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<sup>3</sup>.

والمشرع المصري تناول الشرط الجزائي في المادة 223 من القانون المدني المصري بقوله: "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق" فالشرط الجزائي بالنسبة للمشرع المصري في جوهره ليس إلا مجرد تقدير اتفاقي للتعويض الواجب أدائه، فلا يعتبر بذاته مصدر لوجوب هذا التعويض، بل الموجب للتعويض قد يكون العقد أو العمل غير المشروع وحتى يستحق التعويض فلا بد من توافر

<sup>1</sup>/ ART1226: C.C.F.(( la clause pénale est celle par laquelle une personne.pour assurer l'exécution d'une convention.s'engage à quelque chose en cas d'inexécution)).

<sup>2</sup>/ ART 1229 C.C.F. :(( La clause pénale est la compensation des dommages et intérêt que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale il ne peut demander en meme temps le principal et la peine.à moins du'elle n'ait été stipulé pour le simple retard)).

<sup>3</sup>/ ART: 1152 /1 .C.C.F.(( Lorsque la convention porte que celui qui monquera de l'exécution payera une certaine somme à titre de dommage intérêt il ne peut être alloué à l' autre partir une somme plus forte in moindre)).

الشروط اللازمة للحكم بالتعويض وهي الخطأ (الذي يأخذ إحدى الصور التالية: عدم التنفيذ الكلي، عدم التنفيذ الجزئي، التنفيذ المعيب، التنفيذ المتأخر)، الضرر (لابد أن يكون مباشر أو محققا)، الإعذار.<sup>1</sup>

والشرط الجزائي هو التزام تابع للالتزام الأصلي إذ هو يتمثل في الجزاء الذي يلحق بالدائن نتيجة الإخلال بالالتزام الأصلي<sup>2</sup> فإذا سقط هذا الأخير سقط معه الشرط الجزائي ولا يتحقق التعويض الاتفاقي إلا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر.<sup>3</sup> وتناولته المشرع الجزائري في المواد 183 وما بعدها من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد أو في اتفاق لاحق".

وتنص المادة 184 من القانون المدني الجزائري: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر. ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

باستقراء المادة 184 من القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري اشترط لاستحقاق الشرط الجزائي وقوع الضرر والخطأ والإعذار ( جاءت المادة 183 من القانون المدني الجزائري بالإحالة إلى المواد: 176<sup>4</sup> التي تنص على التنفيذ عن طريق التعويض والمادة 179<sup>5</sup> وما بعدها من القانون المدني الجزائري تنص على الإعذار وحالاته).

وهي نفس شروط التعويض فلا يقوم الشرط الجزائي إلا بقيام الضرر وعلى المدين إثبات أن الضرر لم يلحق بالدائن حتى يعفى من التعويض، غير أنه جاءت الفقرة الموالية

<sup>1</sup> / إبراهيم سيد أحمد : مرجع سابق ، ص 59.

<sup>2</sup> / طلال المهتار : البند الجزائي في القانون المدني ، أطروحة الدكتوراء الجامعية ، جامعة باريس للحقوق والإقتصاد والعلوم الاجتماعية 1984 ، ص 49.

<sup>3</sup> / إبراهيم سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص 65 .

<sup>4</sup> / المادة 176 ق.م.ج (( إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يذله فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

<sup>5</sup> / المادة 180 ق م ج (( لا يستحق التعويض إلا بعد اعذار المدين ما لم يوجد نص يخالف ذلك))  
المادة 181 تنص الحالات التي لا يكون فيها الأعذار.

ونصت على أنه حتى وإن لم يقع الضرر يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ الشرط الجزائي وهذا ليس تناقضا مع المشرع فالعبرة ليست في تحقق الضرر الذي يلحق بالدائن وإنما تتمثل في عدم تنفيذ المتعاقد التزامه أو تأخره في التنفيذ فالضرر هنا افتراضي حتى وإن لم يقع فعلا وجب التعويض و للقاضي السلطة التقديرية في تقديره.

ولقد عرف الفقه الشرط الجزائي بتعاريف مختلفة نذكر منها ما يلي: أنه اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه.<sup>1</sup> وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه تقدير اتفاقي للتعويض، وعلى وجه التفضيل مبلغ جزائي يقدر به الطرفان مقدما التعويض المستحق عن الضرر الذي يلحق أحدهما نتيجة خطأ يقترفه الآخر.<sup>2</sup>

يعاب على هذا التعريف أن الشرط الجزائي ليس من الضروري أن يكون محله ماليا كما أورده التعريف، وإنما يمكن أن يكون محله أداء أو امتناعا عن عمل.<sup>3</sup> من خلال ما سبق يمكن القول أن الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان (مسبقا وبطريقة جزائية) التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية، 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.

ويستخلص من هذه التعاريف المختلفة للشرط الجزائي أن الفقه أجمع على أن الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض، وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام الشرط الجزائي في الباب الخاص بالتنفيذ بطريق التعويض، كما يستنتج أيضا من هذه التعاريف أن الشرط الجزائي يكون مقررا لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ أو يكون التنفيذ معيبا

<sup>1</sup> / أنور سلطان : أحكام الالتزام، دار النهضة للطباعة، بيروت، 1980، ص 71.  
<sup>2</sup> / محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية، ج 2، مطبعة جامعة القاهرة ، مصر ، 1990، ص 188.  
<sup>3</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق، ص 274.

وعادة ما يحصر الفقهاء نطاق البند الجزائي في موضوع المسؤولية التعاقدية، غير أن اتجاهها آخر من الفقه يسلم بأن البند الجزائي قد يمكن اشتراطه لتحقيق تنفيذ التزام قصري.<sup>1</sup> ويستنتج أيضا أن الشرط الجزائي يتضمن خاصيتين: الأولى عمل شيء، والثانية أنه يكون ضمانا لتنفيذ الاتفاق، وأن جوهره كونه تهديدا وليس من الضروري أن يكون محله ماليا كما سبق القول آنفا، فقد يكون محله أداء أو امتناعا عن عمل<sup>2</sup>. إذن فالشرط الجزائي يحمل صفة تعويضية، وهو كذلك إما وسيلة ردع باعتبار أن المبلغ المالي يمكن أن يكون أعلى من قيمة الضرر الحاصل، وإما شرط إعفاء من المسؤولية حينما يكون المبلغ المالي المشترك أقل من الضرر.

### 2- دور القاضي في مراجعة الشرط الجزائي:

لم يكن المشرع الفرنسي يسمح للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي، فقد كان يعيق مبدأ عدم جواز المساس بالشرط الجزائي أي عدم جواز تخفيضه حيث قضى في المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي على أنه عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه يلزم بدفع مبلغ على سبيل التعويض، ولا يسمح للطرف الآخر طلب زيادة أو نقص<sup>3</sup>. أي أن كل من أخل بالتنفيذ يدفع مبلغ على سبيل التعويض ولا يمكن مطالبة الطرف الآخر بالأكثر ولا أقل من المبلغ المتفق عليه عملا بمبدأ سلطان الإرادة التي تجعل من الاتفاق المبرم قانونا ذو قوة قانونية.

غير أن المشرع الفرنسي لاحظ التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة فيه خاصة في مجال القروض، فتدخل حماية للمتعاقد الضعيف بموجب القانون رقم 75-579 المؤرخ في 9/7/1975 معترفا فيه للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي استثناء من مبدأ سلطان الإرادة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> / طلال المهتار : مرجع سابق، ص 57.

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق، ص 274.

3/ ART: 1152 /1 .C.C.F(( Lorsque la conrention porte que celui qui monquera de l'exécution payera une certaine somme à titre de dommage intérêt il ne peut être alloué à l' autre partir une somme plus forte in moindre)).

<sup>4</sup> / محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 65.

حيث أضاف فقرة ثانية للمادة 1152 قانون مدني فرنسي التي تقضي بأنه عندما يتضمن الاتفاق أن من يقصر في تنفيذ التزامه يدفع مبلغا على سبيل التعويض لا يسمح للطرف الآخر أن يطلب زيادة أو نقص ، غير أنه يجوز للقاضي تخفيض أو زيادة المبلغ المتفق إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك<sup>1</sup>.

إن فسلطة القاضي كانت مقيدة غير أن المشرع الفرنسي تدارك الأمر وقام بتوسيع سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي، وأجاز له التدخل لمراجعة الشرط من تلقاء نفسه إذا كانت العقوبة المشترطة فاحشة إلى حد كبير، أو فاحشة بحسب الظاهر أو تكون العقوبة تافهة، فيستطيع القاضي التدخل في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي للشرط على أن يطلب منه الخصوم ذلك فيكون بناء على دعوى مرفوعة يطلب فيها المدين أو غيره التعديل،<sup>2</sup> ثم أزال التقييد نهائيا عن سلطة القاضي وأصبح بإمكانه التدخل لمراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه متى كانت العقوبة فاحشة جدا أو تافهة و دون أن يطلب الخصوم منه ذلك<sup>3</sup> غير أن المشرع المصري أعطى منذ البداية للقاضي سلطة إجراء الرقابة على تطبيق الشرط الجزائي وذلك كوسيلة لمقاومة التعسف الذي يباشر على الطرف الضعيف.<sup>4</sup> فوفقا للقانون المصري يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه حسب المادة 224 فقرة 2 من القانون المدني المصري التي تنص على: "أن تقدير التعويض كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه".<sup>5</sup>

أما المشرع الجزائري فقد منح هو الآخر للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي على أن يكون له ذلك في حالتين : إذا نفذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، أو إذا أثبت

<sup>1</sup> / ART.1152§ 2.C.C.F : (Néanmoins le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue. Si elle est manifestement excessive ou derisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite)

<sup>2</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق، ص 69.

<sup>3</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 66.

<sup>4</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 276.

<sup>5</sup> / إبراهيم السيد أحمد: مرجع سابق ، ص 67.

المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة (المادة 184 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري) كما أجاز له بمقتضى المادة 185 من القانون المدني الجزائري أن يزيد قيمة الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.

غير أن بعض الفقه<sup>1</sup> يرى بأن القانون الجزائري بتوقف عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي في حالة المغالاة فيه ولم يزد على ذلك ضرورة ممارسة القاضي لهذه المراجعة من تلقاء نفسه، فقد جعل هذه الحماية ناقصة، ويرى أيضاً أن إعمال نص المادة 184 السابقة يتطلب رفع دعوى مع ما سيتكبده المستهلك من مصاريف من أجل ذلك، وهو ما يدفعه إلى التراجع عن المطالبة بمراجعة الشرط الجزائي أمام القضاء.

والجدير بالذكر أن نطاق سلطة القاضي تجاه الشرط الجزائي تشمل جميع العقود من حيث المبدأ، فسلطة المراجعة لا تقتصر على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان لكن الواقع يثبت أنها على وجه الخصوص لحماية المتعاقدين الأكثر ضعفاً، ومن بينهم المستهلكين الذين يباشر القاضي سلطة المراجعة لصالحهم،<sup>2</sup> معنى ذلك أن القاضي يستطيع التدخل لتعديل أو زيادة الجزاء المنصوص عليه من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الأطراف، متى كان هذا الجزاء فاحشاً إلى حد كبير أو كان تافهاً، وسواء ورد ذلك في عقد أي عقد من عقود الإذعان بما فيها العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين .

لكن السؤال المطروح، ما هي المعايير التي يعتمد عليها القاضي للقول بأن القيمة التي وقع فيها المتعاقد الضعيف (المستهلك) فاحشة أم أنها معقولة ؟.

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 66.

<sup>2</sup> / J- Calais – Auloy: Droit de la consommation, op.cit ,p 136

## 2- / معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي :

حتى يتدخل القاض في تعديل الجزاء المتفق عليه لابد أن يكون الشرط الجزائي مبالغ فيه إلى درجة كبيرة أو تافها، غير أن المشرع لم يحدد متى يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه ومتى يكون تافها، لهذا السبب تدخل الفقه والقضاء إلى محاولة وضع معايير لتقدير القيمة الفاحشة.

## 2-أ-أ- / المعيار الموضوعي لتقدير القيمة الفاحشة:

يعتمد أصحاب هذا المعيار على الأخذ بفكرة الضرر الفعلي أو الحقيقي في تقدير ما إذا كانت قيمة الشرط الجزائي فاحشة أم لا، أي أن القاضي يلجأ إلى معايير موضوعية تستند على المقارنة ما بين الضرر الحاصل فعلا والجزاء المنصوص عليه في العقد في تقدير الصفة الفاحشة التي لا يمكن أن تقدر إلا من خلال المقارنة بين الضرر اللاحق ومبلغ التعويض المنصوص عليه مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمتعاقد. إلا أن هذا المعيار لم يسلم من النقد فقد ظهر في فرنسا اتجاه فقهي يرى بأن فلسفة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي تتوقف عند ضرورة تحديده بمبلغ يفوق الضرر على أساس أن المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لإبطاله كليا لأن قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر يعني إلغاءه للشرط الجزائي وإحلال التعويض محله.

## 2-أ-ب- / المعيار الشخصي لتقدير القيمة الفاحشة :

يقصد به الرجوع إلى الظروف الشخصية و الصعوبات التي يتحملها المدين في التنفيذ للالتزام الرئيسي كما له أن يلجأ إلى سوء نية الأطراف، و هناك اتجاه قضائي فرنسي يعتد بوضع المدين و ظروفه إضافة إلى مبادئ العلاقات العقدية و العادات. وقاضي الموضوع له سلطة تقديرية في تبيان ما إذا كان الجزاء فاحشا أم لا لكنه مقيد بتسبب حكمه الذي اعتبر فيه الشرط الجزائي فاحش.

تتص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما".

وتتص المادة 187 من القانون المدني الجزائري على: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الإتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

باستقراء المادتين 185 و 187 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على تقدير قيمة التعويض وذلك بناء على الغش، أو الخطأ الجسيم، أو سوء النية، وهي حالات تخص ظروف المتعاقد الشخصية، غير أن المتمعن في المادة 184 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، ويكون باطلا كل إتفاق يخالف ذلك"، فالمتمعن في هذه المادة يجد أنها تأخذ بالمعيار الموضوعي والتي أقرت بدورها للقاضي أن تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه أو أن الدائن لم يصبه أي ضرر.

وهو نفس الموقف الذي إتخذه المشرع المصري من خلال المادة 244 من القانون المدني المصري على أن يجوز للقاضي أن يخفض التعويض إذا أثبت المدين دون التقدير كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو أنه لا يكون التعويض مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر.

## 2 - ب - حالة التنفيذ الجزئي:

حاول المشرع الجزائري كغيره التدخل لحماية المتعاقد الضعيف في حالة ما إذا قام بتنفيذ جزء من التزامه اتجاه المتدخل الذي يجبره على دفع قيمة الشرط الجزائي كاملا، ومنح القاضي السلطة التقديرية للتدخل من أجل تخفيض المبلغ إلى حدود ما تم تنفيذه.

فمثلا ينص المشرع الفرنسي في المادة 1231 من القانون المدني الفرنسي<sup>1</sup> على أنه إذا كان الالتزام قد نفذ في جزء منه فيجوز للقاضي من تلقاء نفسه تخفيض الجزاء المتفق عليه، وذلك بما عاد على الدائن بفائدة من هذا التنفيذ الجزئي ودون الإخلال بالمادة 1152 من القانون المدني الفرنسي و يعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.

فطبقا لنص المادة 1231 من القانون المدني الفرنسي فإن القاضي يتدخل لتخفيض قيمة الشرط الجزائي مع الأخذ بعين الاعتبار الفائدة التي عادت على الدائن، ولا يعتبر مجرد البدء في التنفيذ الجزئي سبب لتخفيض المبلغ إذا لم يتحصل الدائن من وراء هذا التنفيذ الجزئي على أي فائدة .

وتظهر أهمية التخفيض الجزئي للعقوبة المشروطة خاصة في حالات البيع بالإيجار والبيع بالتقسيط، حيث أن الشرط الذي ينص على أنه في حالة عدم الدفع للإيجار أو القسط فإن العقد سيكون مفسوخا بقوة القانون و أن السلعة المؤجرة أو المبيعة سترد للدائن كجزاء على الفسخ و عليه فإنه مع تزايد استخدام الشرط الجزائي في هذا النوع من العقود وحاجة المستهلك إليها للتزود بالسلع والأدوات التي يحتاجها وبالتالي تعد مجالا للظلم والتعسف الذي يقع على المستهلك.

---

<sup>1</sup> / AR T.1231C.C.F:(( lorsque l'engagement a été exécuté en partie la peine convenue peut même d'office être déminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier sans préjudice de l'application de l'article 1152 toute stipulation contraire sera réputée non écrite )) .

أما بالرجوع إلى المشرع المصري في المادة 224 من القانون المدني المصري والمشرع الجزائري في المادة 184 من القانون المدني الجزائري فإنه يجوز تخفيض التعويض إذا كان التقدير مبالغاً فيه أو كان الالتزام قد نفذ جزء منه وعلى المدين إثبات ذلك .

إلا أنه يجدر القول بأنه ليس كل التزام قابل للانقسام بسبب القانون أو الاتفاق فهناك حالات لا يقبل فيها التنفيذ الجزئي ولا يستفيد منها الدائن، وبالتالي لا يتأثر الشرط الجزئي بالتنفيذ الجزئي، فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن تحديد قابلية الالتزام للتنفيذ الجزئي هي مسألة واقع يستقل بها قاضي الموضوع<sup>1</sup>.

يرى بعض الفقهاء أن المشرع الفرنسي عند نصه في المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي قد وفر الوسيلة الوقائية الكفيلة لمحو آثار التعسف من المغالاة في الشروط الجزائية خاصة أنه منح حق المراجعة للقاضي من تلقاء نفسه و اعتبرها كأنها غير مكتوبة، وبالتالي باطلة<sup>2</sup>، فقد كان أكثر توفيقاً من المشرع الجزائري الذي لا يقر للقاضي هذه السلطة من تلقاء نفسه إلا بناء على دعوى يقوم بها الطرف الضعيف (المادة 184 من القانون المدني الجزائري) وما يكلفه ذلك من مصاريف و أتعاب قد يجعله يعدل عن المطالبة بمراجعة الشروط الجزائية .

وعليه فإن الحماية المقررة للمستهلك في حالة عدم التنفيذ الجزئي للالتزام تبدو ذات أهمية كبيرة لأنها تعد بمثابة ردع ضد تعسف المتدخل الذي يجبر المستهلك على التنفيذ الكامل للشرط كما أن المستهلك جدير بالحماية في حالة التنفيذ الجزئي إذ يعد التنفيذ الجزئي دليل على حسن نية المستهلك في تنفيذ العقد .

<sup>1</sup> -/ cass .civ .3eme ch .. 5 mars 1970

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 68. - منقول محمد أمين سي الطيب ص 74.

## 2-ج/ حدود سلطة القاضي :

إعتمد المشرع الفرنسي على مبدأ عام وهو سلطة القاضي في تقدير الضرر اللاحق بالدائن إذا تبين له أن الضرر فاحش إلى حد كبير، إلا أن محكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup> بدوائرها المجتمعة أكدت على أن سلطة القاضي في تقديره للصفة الفاحشة وبالتالي تخفيضه للمبلغ المتفق عليه مقيدة بالسبب، أي أن قاضي الموضوع ملزم بإظهار الأسباب التي على أساسها بنى حكمه و قرر أن المبلغ المتفق عليه فاحش جدا .

وفي حالة المراجعة القضائية فقضاة الموضوع عليهم أن يحددوا ما إذا كان مبلغ التعويض مبالغ فيه أو تافه القيمة، و على العكس من ذلك فلا يلتزم القاضي بتسبب حكمه بأسباب خاصة عندما يرفض تقدير الجزاء المنصوص عليه، إذ أن الأصل هو ألا يتدخل القاضي في اتفاق الأطراف و إذا ما تدخل فعليه أن يسبب قراره،<sup>2</sup> حيث يتدخل القاضي في تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما:

- إذا كان التقدير مبالغا فيه إلى درجة كبيرة.

- إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ جزء منه.

أما بخصوص زيادة الشرط الجزئي، فإنه لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه زيادة التعويض لمصلحة الدائن إذا جاوز قيمة التعويض الاتفاقي إلا في حالتين هما:

- ارتكاب المدين غشا.

- ارتكاب المدين خطأ جسيم.

حيث يقع عبء الإثبات على المدين و هنا يثور التساؤل لماذا المشرع الجزائري نص على قبول التخفيض لمصلحة المدين إذا اثبت عدم وقوع الضرر أو المبالغة فيه ولم يقبل زيادة التعويض لمصلحة الدائن إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي إلا في حالتين هما: الغش والخطأ الجسيم؟.

<sup>1</sup> / 20 jan 1978 D 1978 .I.R ...p 229 . note Vaeseur et cass .com7 nov 1978 . Bull .civ 1978 . n 225.

- منقول عن محمد أمين سي الطيب ص 75.

<sup>2</sup> / براهيم السيد أحمد : مرجع سابق، ص 75- 76

يرى الفقه<sup>1</sup> أنه عندما يتعاقد الدائن فإنه على علم مسبق بالضرر الذي يمكن أن يلحقه من عدم تنفيذ المدين للالتزام فإذا عينه بصورة نهائية فليس له أن يطلب أكثر من ذلك. غير أن هناك من يرى بأنه لا بد من منح القاضي سلطة تقديرية من أجل تحقيق التوازن بين المتعاقدين بخصوص الشرط الجزائي تحقيقا لمبدأ المساواة بينهما. فبالرغم من سلطة القاضي في التدخل من أجل مراجعة الشرط الجزائي، إلا أنها سلطة مقيدة إما بتسبيب حكمه الذي على أساسه قرر التعويض أو الأخذ بعين الاعتبار ظروف المتعاقدين وسوء نيتهم أو في حالة الغش الجسيم الذي يقع على المدين عبء إثباته، إضافة إلى الشرط الذي وضعه المشرع الجزائي وهو ضرورة رفع دعوى من قبل المستهلك، فهو بذلك قد وفر نوع من الحماية للطرف الضعيف ووضع وسيلة للحد من تعسف المتدخل في العقود.

### ثانيا : حماية المستهلك من الشروط الإرادية :

قد يكون العقد مبني على شروط متوقفة على محض إرادة الطرف الأقوى في العقد هذه الشروط التي تشكل خطر على المستهلك، إذ يتطلب أحيانا التدخل من المشرع لحمايته من هذه الشروط ، ولتوضيح فكرة الشرط الإرادي و مدى خطورته على المستهلك يجب علينا توضيح مفهوم الشرط الإرادي وأنواعه، ثم نوضح صورة بارزة للشرط الإرادي، وهي خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المهني .

#### 1/ مفهوم الشرط الإرادي:

الشرط الإرادي هو: ذلك الشرط الذي يجعل التنفيذ للاتفاق متوقفا على حدث ما والذي يكون بوسع أحد الأطراف تحقيق هذا الحدث أو عدم تحقيقه، وهو مانصت عليه المادة 1170 من القانون المدني الفرنسي<sup>2</sup>، و كذلك أي التزام يكون قد تم التعاقد عليه تحت شرط

<sup>1</sup> / بسام سعيد جبر جبر: ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراضي تنفيذ العقود .دراسة مقارنة.جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص123.

<sup>2</sup>/art 1170 c.c.f : ( la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher ).

إرادي من جانب ذلك الذي يلتزم يكون باطلا وهو مانصت عليه المادة 1174 من القانون المدني افرنسي<sup>1</sup> بعبارة أخرى لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 205 من القانون المدني الجزائري بقوله : " لا يكون الإلتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الإلتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم" (وتقابلته بنفس الصياغة المادة 267 من القانون المدني المصري).

إذن فالشرط الإرادي يعتبر باطلا لكن البطلان يكون مقتصرًا على الالتزامات الخاضعة لمحض إرادة المدين، بينما الالتزامات الخاضعة لإرادة الدائن رغم وصفها بأنها إرادية إلا أنها لا تعتبر باطلة.<sup>2</sup>

## 2/ أنواع الشروط الإرادية :

يجب التمييز بين الشرط الإرادي البسيط و الشرط الإرادي المحض .

### أ/- الشرط الإرادي البسيط :

عرف جانب من الفقه الشرط الإرادي البسيط بأنه: ذلك الشرط الذي يتعلق بإرادة أحد طرفي الالتزام دون أن تكون هذه الإرادة مطلقة بل تنقيد بإرادة أخرى غير معينة، أو بظروف اقتصادية أو اجتماعية أو ملابسات أخرى.<sup>3</sup>

ومثال الشرط الإرادي البسيط الذي لا يلحقه البطلان، هو ما قرره الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية<sup>4</sup> في عقد البيع، عندما يورد البائع شرطا مفاده أن لهذا الأخير الحق في فسخ عقد البيع في حالة تقاعس المشتري عن دفع رسوم الماء والكهرباء والتدفئة ومرور 30 يوم على إعداره بالتنفيذ وإذا وجد البائع أنه في مصلحته، فالشرط ليس معلقا على

<sup>1</sup> / art 1174 c.c.f; ( toute bligation est nulle lorsque a été contracté sous une codition potestative de la parte de celui qui s'oblige ).

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص ، 286.

<sup>3</sup> / محمود جمال الدين زكي : دروس النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1991، ص 437.

<sup>4</sup> / cass . civ.25 nov . 1986 . JCP 1987\_ 1 \_éd...p .405

منقول عن محمد أمين سي الطيب ، ص 79.

محض إرادة البائع وإنما يتوقف على إرادة البائع وعنصر آخر هو عدم التنفيذ من طرف المشتري فضلا عن عنصر الأعدار.

و في قرار آخر صادر عن محكمة استئناف باريس<sup>1</sup> التي اعتبرت أن الشرط الوارد في عقد الإيجار المتعلق بالزيادة في الإيجار بنسبة 20% من مبلغ الإيجار في حالة تشغيل المصعد، لا يعتبر شرط إرادي محض و إنما هو شرط إرادي بسيط، نظرا لوجود عنصر آخر إلى جانب إرادة المؤجرين و هو قرار مجموع الشركاء في العقار، وبالتالي فإن الشرط مشروع ولا يقع تحت طائلة المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي.

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

### ب - الشرط الإرادي المحض :

الشرط الإرادي المحض هو الشرط الذي يتوقف بموجبه تحقق الالتزام على محض إرادة المدين أو الدائن<sup>2</sup>، فإذا تعلق بمحض إرادة الدائن كان شرطا صحيحا وكان الالتزام قائما معلقا على إرادة الدائن إن شاء تقاضى المدين الشيء الذي ألزمه به وإن شاء أحله منه أما إذا كان وجود الالتزام معلق على محض إرادة المدين إن شاء حقق الشرط وإن شاء جعله يتخلف ومن هنا يكون الشرط مستحيل الوقوع بمشيئة المدين أيضا ومن ثم يكون هذا الشرط باطلا<sup>3</sup>، وهو في الغالب الملتزم بتقديم سلعة أو خدمة لصالح المستهلك.

فالشرط الإرادي المحض من جانب المدين يؤدي إلى إفناء فكرة الالتزام ذاتها حيث أنه يوجد تناقض بين القول بأني ألتزم فيها لو أردت في هذه الحالة لا يوجد التزام إطلاقا وبالتالي فإن الالتزام الآخر يجب أن يبطل أيضا لعدم وجود السبب حتى لا يكون الطرف

<sup>1/</sup> paris 12 mai \_ 1989 .D/1989 \_2\_ somm.commentées .p. 400 Ph .bihr

منقول عن محمد أمين سي الطيب ، 79.

<sup>2</sup> - المواد 267 قانون مدني مصري ، 205 قانون مدني جزائري ، 1170 قانون مدني فرنسي.

<sup>3</sup> / عبد الرزاق أحمد السنهاوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 3، الأوصاف والحوالة والإنقضاء ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، ط3، 1998 ، ص 20 .

ملتزما بعقد تافه ، فما يبطل البطلان هو أن الالتزام الخاضع لإعلان إرادة من قبل المدين أي حالة الشرط الإرادي المحض يعتبر منعدا أي غير موجود، فمعيار وصف الشرط بأنه إرادي محض هو أننا نكون بصدد تسلط من جانب إرادة واضع الشرط.<sup>1</sup>

إذن فإن ما يؤدي لبطلان الشرط هو كونه ناتجا عن تقدير تحكمي من جانب المدين وذلك كما في صدد شرط إرادي محض يلتزم بمقتضاه المؤجر بالتحديد للإيجار إذا ما قام المستأجر بإتمام الأعمال ، و بشرط أن تخضع هذه الأعمال لموافقة المؤجر حسب تقديره.

و في قرار صادر عن محكمة استئناف باريس التي عبرت عن موقفها من شرط إرادي محض أدرجه أحد المهنيين ضمن الشروط العامة للبيع و الذي أراد به تحديد الاختصاص القضائي، فجاء فيه أن المشتري يقبل أي محكمة سواء أكان ذلك في إنجلترا أم في أي مكان آخر سوف يحدده البائع وفقا لإرادته و ذلك لحل الخلاف الذي ينجم عن العقد، أي أنه في الحالة التي يكون فيها البائع هو المدعى عليه فإنه سيكون بإمكانه أن يفرض على المدعي الجهة القضائية المختصة سواء في إنجلترا (حيث مقر البائع ) أم في بلد آخر يسمح هذا الشرط بالخداع و التحايل على قواعد الاختصاص، فقررت محكمة الاستئناف أنه ينبغي استبعاد هذا الشرط، باعتبار أنه يترك للمدعي الاختيار مستقبلا وبدون تحديد الجهة القضائية المختصة.<sup>2</sup>

### 3/ خضوع تحديد الثمن لمحض إرادة المتدخل:

المعروف أن الثمن يمثل شرط أساسي من شروط صحة عقد البيع، وهو المحل الرئيسي للالتزام المشتري غير أنه يجب على أطراف العقد أن يحددا قيمته، ويجوز للأطراف أن يضمنا العقد العناصر الأساسية لتحديد الثمن، أو أن يتفقا على ترك التحديد في اتفاق لاحق على أن يتم ذلك فعلا، واستقر الفقه منذ مدة طويلة على أنه ليس من الضروري أن يكون الثمن محددا في ذاته بطريقة مطلقة و أنه يكفي لإبرام عقد البيع أن يكون الثمن قابلا

<sup>1</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 288، 289.

<sup>2</sup> / paris . 5juillet 1989 J.D.I.. 1990 \_1\_p . 151 . note A.huet

منقول عن محمد أمين سي الطيب ، ص 80.

للتحديد بمقتضى شروط العقد من خلال علاقته مع عناصر لا تعتمد على إرادة أحد أطراف العلاقة التعاقدية، حيث يدرج بائع سيارات في عقد البيع شرطا مفاده أن ثمن البيع يجب أن يكون تعريفه المصنع المعمول بها يوم التسليم، مع العلم أن هناك شرطا آخر مفاده أن يوم التسليم المدون وارد على سبيل الإرشاد وليس على سبيل القطع، غير أن محكمة النقض صرحت أن يوم التوقيع على طلب البضاعة لم يكن محددا ولا قابلا للتحديد استقلا لا عن إرادة الأطراف.<sup>1</sup>

والقاعدة في تحديد الثمن ألا يكون خاضعا لإرادة أحد الأطراف، فيجب أن يكون التعيين النهائي للثمن مستقلا عن إرادة طرفي العقد، بمفهوم المخالفة فإن تقدير الثمن لا يتوقف على إرادة أحد أطراف العقد، ما يعني عدم وجود تراضي وتطابق الإيجاب والقبول على هذا العنصر الأساسي، ويكون بطلان العقد إما على أساس عدم التحديد للثمن، وإما على أساس وجود شرط إرادي محض.

ففي هذه الحالة يمكن أن يقترب البطلان لعدة عدم تحديد الثمن بسبب القصد منه من البطلان لعدة الغبن أو النظام العام للحماية، حيث يتعلق الأمر بمحاولة إيجاد توازن عقدي فيما يتعلق بالثمن، أي بقيمة الشيء المبيع هذا التوازن الذي يخشى أن يختل بسبب السلطة المنوطة لأحد الطرفين بواسطة العقد.

وتظهر أهمية هذه المسألة في تأثير الثمن على إرادة الأطراف، ذلك أن القواعد العامة تقضي بضرورة علم المتعاقد بشروط العقد، حيث يتوقف على مقداره قبوله التعاقد من عدمه وفقا لمقدرته. ففي البيع ما بين المهني والمستهلك نجد عدم التوازن واضحا وظاهرا في عملية التفاوض حول الثمن، بل إن هذا التوازن منعدم لانعدام المفاوضة.<sup>2</sup>

<sup>1/</sup> Cass, civ, 20 mai 1981. Bull.civ , 1981-1-n,179,p,146

منقول عن محمد أمين سي الطيب ص 81.  
<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق، ص 296.

### الفرع الثاني: حماية المستهلك من الشروط التعسفية ذاتها:

إذا كانت الشروط المتضمنة تعسفا هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد بل تظهر عند تنفيذها، فإن الشروط التعسفية بذاتها يظهر فيها التعسف منذ إدراجها في العقد إلى غاية تنفيذ العقد.

وبالرجوع إلى قواعد القانون المدني نجد أنها نصت على عدة شروط تعسفية تدور في مجملها إما حول المسؤولية وإما حول الضمان كما سنرى بنوع من التفصيل .

#### أولاً: شروط تحديد المسؤولية أو الإعفاء منها:

تقوم المسؤولية العقدية بمجرد إخلال أحد أطراف العقد بالتزامه التعاقدى ونص المشرع الجزائري في المادة 176 من القانون المدني الجزائري بقوله: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

في حين تقوم المسؤولية التقصيرية إذا كان الإخلال بالنص القانوني وقد نص المشرع الجزائري في المادة 124 من القانون المدني الجزائري على المسؤولية التقصيرية بقوله: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بدفع التعويض".

وإن هذين النوعين من المسؤولية المدنية قد يحدث وأن يكونا موضوعا لاتفاق مسبق بين الدائن والمدين يقضي بتعديل أحكامهما إما بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء، والسؤال المطروح هو ما مدى صحة هذا الاتفاق؟.

فيقصد بالاتفاق على تشديد المسؤولية: الاتفاق الذي يقضي باعتبار المدين مسؤولا في الحالات التي من المفروض ألا يفسر كذلك إذ يكون معفى منها<sup>1</sup>، وهي الحالات المنصوص عليها في المادة 178 من القانون المدني الجزائري المتمثلة في: "القوة القاهرة

<sup>1</sup> / أعراب بلقاسم: شرط الإعفاء من المسؤولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير علوم قانونية، جامعة باتنة، الجزائر ص.

السبب المفاجئ، الخطأ الصادر من المضرور، وخطأ الغير"، فيعتبر هذا الاتفاق صحيحاً سواء تعلق بالمسؤولية التقصيرية أو العقدية دون تفرقة بينهما.

وإذا كان يرمي إلى التخفيف من أحكام المسؤولية العقدية فهو اتفاق صحيح من الناحية القانونية كذلك المشرع الجزائري قد أجاز الشرط الجزائي.

أما إذا كان الاتفاق على تخفيف المسؤولية التقصيرية فهو اتفاق غير جائز، ذلك أن الاتفاق على التخفيف من المسؤولية التقصيرية يقترب بشكل كبير من شرط الإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل الإجرامي<sup>1</sup>، والذي أبطله المشرع بموجب نص المادة 178 من القانون المدني الجزائري بقوله: "... ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

ويقصد بالاتفاق على الإعفاء من المسؤولية: الاتفاق المبرم مسبقاً بين الدائن والمدين قبل حدوث الضرر ويقضي بعدم مساءلة المدين في حالة حدوث الضرر.<sup>2</sup>

كما يمكن تعريف الشرط المعفى أو المحدد للمسؤولية بأنه: "الشرط الذي يقصد به قيام أحد الأطراف باستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية"<sup>3</sup>

وتعد شروط الإعفاء أو التحديد من المسؤولية ذات نطاق واسع في إطار العقود النموذجية وعقود الاستهلاك بحيث يلجأ المتدخل إلى استعمال هذه الشروط للتملص من التزاماتهم أو من أجل التخلص من دعاوى التعويض التي ترفع ضدهم.

وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد صحة الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية في النطاق العقدي، ولا يمكن أن نجد أي تبرير لصحة تلك الاتفاقات المعدلة في المسؤولية العقدية، إلا بالقول بعدم ارتباط أحكام هذه المسؤولية كأصل عام بفكرة النظام العام واعتبارها صنيعة العقد وتتويجا لمبدأ سلطان الإرادة.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> / دمانة محمد : شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإدارة والقانون – مجلة – دفاتر السياسة والقانون – العدد5- جوان 2011- جامعة ورقلة ، الجزائر ، ص، 241 .

<sup>2</sup> / دمانة محمد: نفس المرجع ، ص 241.

<sup>3</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق ، ص 85.

<sup>4</sup> / قادة شهيدة : مرجع سابق ، 264.

وقد أثار هذا الموضوع جدل فقهي، فبينما يرى البعض أن أحكام هذه المسؤولية تتعلق بالنظام العام فلا يجوز استبعادها بواسطة الاتفاق يرى البعض الآخر أنها لا علاقة لها بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على استبعادها، ونفس الموقف اتخذته التشريع والقضاء اللذين وقفا مترددين حوله، ففي بعض الحالات يجيزان الشرط مع إعطاء أثر محدود له وفي بعضها الآخر يبطلانه، والجدير بالملاحظة أن التشريعات نصت في قواعدها العامة على شرط الإعفاء من المسؤولية وأوضحت الحالات التي يصح فيها هذا الشرط والحالات التي لا يصح فيها هذا الشرط.<sup>1</sup>

يوجد شبه اتفاق فقهي وقضائي بل تشريعي على صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية كمبدأ عام، إذ أن هناك اختلاف حول الحالات التي يعتبر فيها صحيحا والحالات التي يعتبر فيها باطلا، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فهناك من اعتبره باطلا كالمشرع الجزائري.

ولبيان هذا الاختلاف سنحاول تبين أحكام شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية أولا ثم أحكام شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية.

#### 1/ شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية :

يرى أغلبية الفقه صحة شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، وأهم مبدأ ارتكز عليه هو الحرية التعاقدية، فالالتزامات الطرفين منشؤها العقد، وبالتالي يجوز استبعادها أو استبدالها بالتزامات أخرى أو التخفيف منها لأن العقد شريعة المتعاقدين وهو ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري والمادة 147 من القانون المدني المصري<sup>2</sup> والمادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، فإذا اتفق الناقل مع الشاحن على إعفاء نفسه من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بضائع هذا الأخير فإن هذا الشرط يعفيه من التزامه بالمحافظة على هذه البضاعة إذا ما فقدت أو تلفت ذلك فقدانها أو تلفها كان من رضا صاحبها وصاحب

<sup>1</sup> دمانة محمد : مرجع سابق ، ص 242

<sup>2</sup> دمانة محمد : مرجع سابق ، ص 243

الشيء له مطلق التصرف فيما يملك فلا يوجد أي خداع من قبل الناقل إذا ما اشترط إعفاء من المسؤولية، أما الطرف المعارض فيرى أن الاستناد إلى الحرية التعاقدية لتبرير شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها لا يصلح بالنسبة إلى باقي العقود لأن المتعاقدين لا يقفان على قدر من المساواة لمناقشة بنود العقد.

فمثلا في العقود النموذجية التي تنص على مثل هذه الشروط في عقد النقل فإن الطرف القوي يضع ما يراه مناسبا من الشروط، فإن شاء المتعاقد معه قبل الشروط وأذعن لها وأبرم العقد وإما يمضي إلى حال سبيله، وهنا يصطدم بنفس الشروط مع متعاقد آخر. هناك عقود فيها عنصر الإذعان، بحيث أن الطرف القوي يفرض شروطه على الطرف الضعيف وهناك عقود تحتوي على شرط الإعفاء من المسؤولية، فهي ليست بعقود إذعان، إذ أن مسألة الإذعان متروكة لسلطة القاضي التقديرية فيلجأ إلى القضاء استنادا إلى نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري ويبطل بمقتضاها الشرط إذا كان تعسفيا ولا يتدرع بالحرية التعاقدية.

وقد نصت المادة 178 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما قد ينشأ عن غشه أو خطئه الجسيم كما أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص تابعين له، هذا وقد ميز المشرع الجزائري بين الأخطاء الشخصية وأخطاء الغير.

فبالنسبة للأخطاء الشخصية في المادة 124 من القانون المدني الجزائري كل من ارتكب فعل وألحق ضرر بالغير يلتزم بدفع التعويض للمضرور، حيث يتمثل هذا الفعل في عدم تنفيذ المدين لما التزم به وهو ما يعرف بالمسؤولية العقدية، والمدين يبقى مسؤولا حتى يثبت أن الضرر نشأ عن سبب لا يد له فيه كالحادث الفجائي، القوة القاهرة، خطأ المضرور، خطأ الغير.

وانطلاقاً من المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي تجيز شرط الإعفاء من المسؤولية في الأخطاء الشخصية اليسيرة وعن سائر أخطاء التابعين كاستثناء يمكن للقاضي إبطال الشرط إذا رأى أن العقد المبرم قد تم عن طريق الإذعان.

وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع المصري في المادة 217 من القانون المدني المصري، غير أن المشرع الفرنسي لم يكن بهذا الوضوح ولم يعط حلاً نهائياً واكتفى بحلول جزئية وقد رأى البعض أنها حلول في أغلبها مجزأة ومختلفة في القضايا المعروضة عليه<sup>1</sup> وقد ظلت محكمة النقض الفرنسية طيلة القرن 19 تبطل شرط الإعفاء من المسؤولية بطلاناً مطلقاً ولم تعترف له بأي أثر، غير أن هذا الأمر لم يستمر على هذا الحال، فقد ظهر اتجاه آخر لها أوائل الخمسينيات من هذا القرن وأصبحت تعطي للشرط أثره الكامل إذ جعلته يعفي المستفيد منه من مسؤولية عن سائر أخطائه باستثناء أخطائه العمدية أو الجسيمة.

وتثير مسألة صحة شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها عدة إشكالات نذكر منها:

- هل يكفي مجرد القبول للشرط أم يجب العلم بكل تفاصيله وبكل ما يمكن أن يترتب عنه؟ وقد جاء في حكم لمحكمة كولمار بشأن مسؤولية الموثقين بأنه لكي يكون الشرط الذي يضعه الموثق منتجاً لكل آثاره يجب أن يكون الموقع على التصريح (تصريح الإعفاء) قد أوضحت له الأبعاد الحقيقية لما يمكن أن ينتج عنه من أضرار وقد أرجعت ذلك إلى كون العبارات القانونية غير مألوفة لديه مما يجعله في جهل تام عن كل ما يترتب عن الشرط من آثار.<sup>2</sup>

- ويثور تساؤل حول ما إذا كان مجرد إعلام المدين بالشرط يكفي أم لا بد أن يقبل به فعلاً؟ إن إبلاغ المدين لا يكفي لوحده إلا إذا كان على علم به وقد قبله فعلاً وأن إثبات علمه بذلك لا بد منه.<sup>3</sup>

- هل يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية بعد تكوين العقد؟

<sup>1</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 27.

<sup>2</sup> / دمانة محمد : مرجع سابق ، ص 244.

<sup>3</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 30.

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بعدم جواز إبلاغه بعد تكوين العقد لاعتبار أن الشرط هو أحد بنود العقد لا بد أن يكون مصاحبا لتكوينه وليس بعد الانعقاد، غير أن هناك جانب من الفقه نقد ذلك وقال أن إبلاغ المدين بالشرط بعد تكوين العقد كاف لترتيب آثاره إذا كان هناك رضا بشأنه بين المتعاقدين لأنهما أحرار في تعديل شروط العقد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة<sup>1</sup>، حيث يعتبر شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها جائزا متى كان الخطأ يسير إلا في حالتين يكاد يكون الاتفاق بشأنها هو إبطال الشرط المعفى أو المحدد لمسؤوليته وهما: الخطأ الجسيم و حالة الغش.

فالغش: هو الخطأ العمدى الذي يتمثل في انصراف الإرادة إلى ارتكاب الفعل أو الترك غير المشروع فضلا عن انصرافهما إلى إحداث ضرر<sup>2</sup> ولا بد من توافر ثلاث عناصر:

-انصراف الإرادة إلى ارتكاب فعل ضار.

-أن يكون الفعل غير مشروع.

-أن يكون بهدف إلحاق الضرر بالغير.

وهذا الأخير هو الفاصل بين المسؤوليةين إذ أن المسؤولية العقدية يكفي لقيامها أن يكون الفعل متوقع الحصول على عكس المسؤولية التقصيرية.

ليس المشرع الجزائري الوحيد الذي يحكم ببطان شرط الإعفاء من المسؤولية عن الشروط التعسفية في حالة الغش، بل هناك تشريعات كثيرة قد سلكت هذا السبيل وأبطلت الشرط الرامي إلى الإعفاء عن الأخطاء الشخصية الجسيمة، منها المشرع المصري في المادة 217 من القانون المدني المصري<sup>3</sup>، والمشرع الفرنسي لم يورد نص صريح يتبين من خلاله موقفه من هذه المسألة، فقد اكتفى بحلول جزئية والباقي تركه للقضاء، وقد علل الفقه

<sup>1</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص31.

<sup>2</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 32.

<sup>3</sup> / دمانة محمد : مرجع سابق ، ص 245.

ذلك بقوله أن جواز الإعفاء من المسؤولية عن الغش معناه تشجيع المدين عن الإخلال بالتزامه دون خشية الجزاء وهذا مخالف للنظام العام.<sup>1</sup>

أما القضاء الفرنسي فقد علل حكمه ببطلان الشرط الرامي للإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية في حالة الغش بقوله: أن الحكم بصحة الشرط يعني تعليق الالتزام على شرط إرادي محض والذي منعه المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي كما أنه يفتح الباب لمخالفة النظام العام الأمر الذي يؤدي إلى التشجيع على سوء النية.<sup>2</sup>

أما الخطأ الجسيم: فقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بمعيار ذاتي يتمثل في الاعتداد بالظروف الخفية لمرتكب الخطأ. فالمدين يكون مرتكب لخطأ جسيم إذا خالف عنايته المعتادة، لكن هذا المعيار يصطدم بالمعيار الموضوعي الذي يعتبر ما هو جسيم بالنسبة لشخص قد يكون يسير بالنسبة للمدين والعكس وهو ما دفع إلى ظهور المعيار المجرد هو معيار الرجل المعتاد الموجود في نفس الظروف.<sup>3</sup>

وهناك بعض الأخطاء الموصوفة تعتبر جسيمة كالأخطاء المهنية و الأخطاء المكسبة والأخطاء الجنائية، فيعتبر الفقه الخطأ المهني جسيما وبالتالي كل اتفاق يرمي إلى الإعفاء منه يقع باطلا. كذلك الأخطاء المكسبة تعتبر جسيمة لكونها ترجع على صاحبها بالفائدة. والأخطاء الجنائية هي أخطاء عمدية جسيمة. فهي كلها باطلة وهو ما تناوله المشرع الجزائري والمشرع المصري والمشرع الفرنسي الايطالي للالتزامات والعقود في المادة 105 منه على عكس المشرع الألماني الذي يحرم فقط شرط الإعفاء في حالة الخطأ العمد بمفهوم المخالفة هو يحيز هذا الشرط في حالة الخطأ الجسيم.<sup>4</sup>

ولقد حاول الفقه في فرنسا إعطاء وصف الغش للخطأ الجسيم، والواقع أن الخطأ الجسيم مهما بلغت درجة جسامته فإنه يبقى دائما خطأ مجرد من إرادة إحداث الضرر

<sup>1</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 36.

<sup>2</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 37

<sup>3</sup> / دمانة محمد : مرجع سابق ، ص 245.

<sup>4</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 42.

وبالتالي فكل محاولة ترمي إلى المساواة بينهما هي محاولة فاشلة<sup>1</sup>. وحسن ما فعل القضاء الفرنسي ولم يعامل الغش معاملة الخطأ الجسيم في مجال الاتفاق على تحديد المسؤولية في عقود النقل بواسطة السكك الحديدية إذ أنه أجاز هذا الشرط في الخطأ الجسيم<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للخطأ الشخصي اليسير فيرى الفقه أنه لا يوجد ما يدعو إلى إبعاد الشرط في هذه الحالة إن كانت الظروف المحيطة تدل على وجوده على عكس المشرع الجزائري الذي أقر صراحة على إجازة هذا الشرط إلا في حالة الأضرار الجسمانية لأنها تدخل في النظام العام بمقتضى المادة 65 من القانون التجاري الجزائري إذ أبطل كل شرط من شأنه إعفاء الناقل من مسؤوليته عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافرين والمادة 71 من نفس القانون التي تبطل أيضا الشرط إذا كان يرمي إلى إعفاء الوكيل بالعمولة من مسؤوليته عن الأضرار البدنية الحاصلة للمسافر ويعتبر هذين النصين استثناء من المادة 178 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي تنص : "ويجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم"، فهي تجيز الإعفاء من المسؤولية في حالة الخطأ البسيط أما المشرع المصري لم يورد نص صريح على ذلك وعليه تطبق القواعد العامة التي تجيز الشرط في حالة الخطأ اليسير، أما عن خطأ الغير فإنه يجوز للمدين الاشتراط على إعفائه من المسؤولية العقدية دون التقصيرية عن فعل الغير لكن بتوافر شروط هي:

\* أن يكون بين المسؤول والمضرور عقد صحيح.

\* أن يكون المسؤول قد عهد إلى الغير بتنفيذ هذا العقد.

\* أن يكون هذا الغير مكلف بالتنفيذ قانونا أو اتفاقا.

\* أن يصدر الخطأ من الغير.

<sup>1</sup> / دمانة محمد : مرجع سابق ، ص 245.

<sup>2</sup> / دمانة محمد : المرجع السابق ، ص 246.

ولما كان عبء الإثبات يقع على عاتق المدين عسيرا فقد رفع المشرع الفرنسي ذلك عن كاهله إذ حل المشكلة من أساسها بإبطال شرط إعفاء الناقل من المسؤولية سواء ورد الشرط في تذكرة النقل أو التعريفية أو في أي مكان آخر<sup>1</sup>.

## 2/ شرط الإعفاء من المسؤولية التقصيرية:

يقضي المشرع الجزائري في المادة 178 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 217 فقرة 3 من القانون المدني المصري ببطلان كل شرط يرمي إلى الإعفاء من المسؤولية التقصيرية ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن الفعل الإجرامي، سواء تعلق الأمر بخطأ جسيم أو يسير أو عمدي أو تعلق بالضرر المادي أو الجسدي أو كان فعل شخصي أو صادر عن الغير، وقد نص المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

بمفهوم المخالفة لهذه المادة نستنتج أن المشرع قد ضمن بطلان أي شرط محدد لمسؤولية المنتج عن الضرر الذي يسببه منتوجه المعيب.

في حين نجد أن المشرع اللبناني على خلاف باقي التشريعات فقد ميز بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي التي تترتب فيها المسؤولية التقصيرية عن المتسبب قصداً أو عن خطأ فادح، فكل اتفاق يرمي إلى الإعفاء منها يكون باطلاً بغض النظر عن نوع الضرر سواء أكان قد لحق بالمضرور في جسده أو ماله<sup>2</sup>.

الحالة الثانية: وهي الحالة التي تترتب فيها المسؤولية التقصيرية في خطأ بسيط وفي هذه الحالة ميز بين الضرر الواقع على النفس والضرر الواقع على المال.

<sup>1</sup> / عيد الحكم فودة : مرجع سابق ، ص 426.  
<sup>2</sup> / أعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 68.

فالنسبة للمسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر الواقع عن النفس فإنه يقع باطلا كل اتفاق يرمي إلى الإغفاء من المسؤولية، كما نصت المادة 139 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بأن حياة الإنسان وسلامة شخصيته هما فوق كل اتفاق.

\_ أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية الناشئة عن الضرر الواقع عن المال فقد حكم بصحة كل اتفاق يرمي إلى الإغفاء منها في حدود الخطأ البسيط فقط ، أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد نص في جل أحكامه بإبطال الشرط المعفي أو المحدد وهي أحكام آمرة وكل اتفاق يرمي إلى تعديلها يكون باطلا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قضية تتعلق بالنقل المجاني بأن الاتفاق الذي يرمي إلى الإغفاء من المسؤولية التقصيرية المترتبة في النقل المجاني يكون باطلا لتعلقها بالنظام العام.<sup>1</sup>

وهناك أحكام نادرة جدا قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بجواز الإغفاء من المسؤولية حيث قضت بصحة الاتفاق المبرم بين صاحب الامتياز على منجم وأصحاب الأراضي والمباني المجاورة والذي يعفي بمقتضاه صاحب المنجم من أي مسؤولية عن الأضرار التي ستصيب أرضهم ومبانيهم، وعملت ذلك على أساس أن الاتفاق المبرم بين الطرفين ليس من النظام العام<sup>2</sup> خاصة وأن مرتكب الفعل الضار معروف سلفا، ونوع الضرر والمضروور أيضا معروف سلفا، ولعله الأمر الذي دفع بالتشريعات إلى إبطال هذا النوع من الشروط في المسؤولية التقصيرية دون العقدية.

### ثانيا: شرط انقاص وإسقاط الضمان :

يعد الالتزام بالضمان التزاما لصيقا بعقد البيع، فهو وسيلة لصالح المستهلك كونه يلزم البائع بتسليم مبيع خال من العيوب التي قد تنقص من صلاحية الانتفاع به على نحو يخالف الغرض الأساسي من التعاقد.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 71.

<sup>2</sup> / إعراب بلقاسم : مرجع سابق ، ص 72 .

<sup>3</sup> / مامش نادية : مسؤولية المنتج دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير علوم قانونية تخصص قانون اعمال، جامعة تيزي وزو، الجزائر ، 2012 ، ص 8.

وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها في القانون المصري المادة 447 فقرة 1 من القانون المدني المصري على أنه "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل البيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، أو إذا كان بالمبيع ما ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ما هو مذكور بعقد البيع أو ما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها ، غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو أنه أخفاها غشا منه".

يتضح أن المشرع الجزائري قد ألحق بالعيب الخفي حالة ما إذا تخلف في المبيع الصفة أو الصفات التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم إلى المشتري، فيكون لهذا الأخير الرجوع على البائع في هذه الحالة على أساس أحكام الضمان.<sup>1</sup>

وقد نص المشرع الجزائري في القانون 09-03 على إبطال كل شرط من شأنه إسقاط الضمان بقوله في المادة 13 منه: "يستفيد كل منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات.

ويجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج أو استبداله أو ارجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة عل نفقته.

يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية . ويعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة ."

وكل ضمان آخر مقدم من طرف المتدخل لا يلغي الإستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 السابقة .

<sup>1</sup> / محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3 ، 1990 ص 152.

ويقصد بالضمان الإضافي في المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13-327 : كل إلتزام تعاقدى محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله القانوني لفائدة المستهلك دون زيادة في التكلفة".

وقد عرف المشرع الفرنسي العيب في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي بقوله<sup>1</sup> أن البائع يلتزم بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال المقرر له أو التي تنقص من صلاحيته لهذا الاستعمال لدرجة أن المشتري لم يكن ليشتريه أو لم يكن ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم بهذا العيب .

وحتى يتسنى الرجوع على المسؤول عن ضمان العيب الخفي لابد من توافر عدة شروط وهي:

\_ أن يكون العيب قديما، فالعيب الذي يلحق المنتج بعد تسلمه من طرف المستهلك فلا ضمان له من طرف البائع كالعيب الذي مس السلعة لأنه لم يحفظها المستهلك في الأماكن الملائمة، فلا ضمان للمستهلك لأن العيب وقع بعد التسليم.

\_ ألا يكون المستهلك على علم بالعيب لأن علمه بهذا العيب يعني موافقته على شراء لمبيع بحالة المعيبة.<sup>2</sup>

\_ أن يكون مؤثرا وجسيما فهو حسب المادة 379 من القانون المدني الجزائري هو العيب الذي ينقص من قيمة الشيء أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، كيفما هو مذكور في العقد أو لما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، وهذا ما يعبر عنه المشرع الفرنسي بقوله "يكون العيب مؤثرا إذا بلغ حدا من الجسامة يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي أعد له أو قلل من هذا الاستعمال بدرجة لو علمها المشتري لإمتنع عن التعاقد أصلا أو تعاقد بثمن أقل".<sup>3</sup>

<sup>1</sup> / ARTn 1643 c c f : « IL est tenu des vices cachés, quand mémé il ne les aurait pas cornus à moins que dans ce cas, il n'ait etrpulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie »

<sup>2</sup> / مامش نادية : مرجع سابق ، ص 9.  
<sup>3</sup> / المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي

\_أما شرط الخفاء في العيب يتجلى في حالة عدم تمكن المستهلك من اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، غير أنه يحدث أن يحصل المستهلك المضرور على التعويض في حالة العيب الظاهر في حالتين:

\* حالة ما إذا أثبت المستهلك أن البائع أكد له خلو المبيع من العيب.

\* حالة ما إذا أثبت المستهلك أن البائع تعمد إخفاء العيب غشا منه.<sup>1</sup>

بالرجوع إلى المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي فإنها تجيز للبائع الذي يجهل وجود عيب خفي في الشيء المبيع أن يدرج شرطاً في عقده مع المشتري، يسقط به أو ينقص من ضمانه لصالح هذا الأخير.

وبمفهوم المخالفة لهذا الحكم فإنه إذا كان البائع يعلم بوجود العيب الخفي وقت البيع فإن شرطه الذي يقضي بإسقاط أو إنقاص الضمان يعتبر باطلاً ولا ينتج أي أثر.<sup>2</sup>

وقد إعتبر المشرع الفرنسي الشرط الذي يرمي على إنقاص أو إسقاط ضمان البائع المحترف للعيب في الشيء المبيع غير مكتوب وبالتالي باطلاً وفقاً لنص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي واستناداً لما كرسه القضاء الفرنسي منذ الخمسينات من تشبيه البائع المحترف ببيع النية نتيجة لما يفترض فيه من علمه بالشيء المبيع وبعيوبه.<sup>3</sup>

وهذا البطلان وجد بعد ذلك سنداً تشريعياً في القانون الفرنسي جعله أكثر رسوخاً في صدد عقود البيع المبرمة مع المستهلكين والذي يتمثل في القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك وتحديد المادة 1/35 منه<sup>4</sup> غير أن القضاء الفرنسي بادر بالحكم ببطلان مثل هذه الشروط التي تؤدي إلى إنقاص الضمان القانوني أو التخفيف منه لمصلحة البائع المحترف في مواجهة المشتري غير المحترف، فنجده كرس هذا المبدأ القضائي في عقود البيع التي يتم إبرامها بين المحترفين من ناحية وغير المحترفين أو المستهلكين من ناحية أخرى ويحظر تضمين هذه العقود أي شرط من الشروط التي من شأنها استبعاد أو انتقاص الحق في

<sup>1</sup> / محمد حسنين : مرجع سابق ، ص 154 .

<sup>2</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي : مرجع سابق ، ص 66 .

<sup>3</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 69 .

<sup>4</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق، ص 88 .

التعويض المقرر لمصلحة غير المحترف أو المستهلك في حالة تخلف أو امتناع المحترف عن أي من التزاماته التعاقدية ، إذ تعد هذه الشروط من قبيل الشروط التعسفية وفقا لما ورد في نص الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون 1978/01/10 الخاص بتنظيم حماية المستهلكين بشأن السلع والخدمات.<sup>1</sup>

أما بالنسبة للمشرع الجزائري كمبدأ عام نص على جواز إنقاص الضمان أو إسقاطه بموجب نص المادة 384 من القانون المدني الجزائري، غير أنه نص على بطلان شرط إنقاص أو إسقاط الضمان إذا كان البائع عالما بعيب في المبيع وتعتمد إخفائه عن المشتري غشا منه، وهو بمثابة اشتراط منه لعدم مسؤوليته عن الغش وهو أمر غير مشروع.

إذا كان المشرع الجزائري في القواعد التقليدية إتبع نهج المشرع الفرنسي ونص على إبطال أو إسقاط شروط ضمان العيوب الخفية التي يشترط فيها أن يكون العيب قديما ومؤثرا وجسيما وخفيا وألا يعلم به المستهلك، فإنه في القواعد الخاصة نص على ضمان العيب ولم يشترط أن يكون خفيا واكتفى بالقول في المادة 4 من المرسوم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ بقوله: "في 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"، كما أنه وضع تعريف للضمان في المادة 3 من نفس المرسوم بقوله: "الضمان: المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع(...)" وتغطي العيوب الموجودة أثناء إقتناء السلعة أو تقديم الخدمة"، وقد ميز المشرع بين الضمان العادي والضمان الإضافي إذ عرفه بأنه كل إلزام تعاقدى محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك دون زيادة في التهلكة".

وتسري مدة الضمان من يوم تقديم الخدمة أو تسليم السلعة ويتجسد هذا في شهادة الضمان التي تقدم للمستهلك بقوة القانون ولا تقل مدة الضمان عن 6 أشهر أما بالنسبة

<sup>1</sup> / زاهية حورية سي يوسف : مرجع سابق ، ص 104.

للمنتوجات المستعملة فلا تقل المدة عن ثلاثة أشهر<sup>1</sup>، ويجب أن يقوم المتدخل بإصلاح العيب في الآجال المتعارف عليها مهنيا حسب طبيعة السلعة، كمل يمكن للمستهلك إختيار منهى مؤهل يقوم بإصلاح هذا العيب على حساب المتدخل<sup>2</sup>، الذي يتحمل جميع المصاريف المتعلقة بخدمات التسليم والنقل والتركيب الضرورية لإصلاح السلعة أو إستبدالها (وهو ما جاءت به المادة 19 من نفس المرسوم)، ونصت المادة 15 على أنه إذا تعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة فيجب عليه إستبدالها أو رد ثمنها في أجل 30 يوم من تاريخ التصريح بالعيب.

وخلاصة القول أن القواعد التقليدية قد وفرت بعض الحماية من الشروط التعسفية وإن كانت هذه الحماية غير كافية، وتميزت بالنقص خاصة في التشريع الذي لم يعطي للقاضي دور كبير في الرقابة على شروط العقد، وذلك خلافا للتشريعات التي أعطت القاضي سلطة إبطال أو تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، إلا أنها تبنت مفهوما ضيقا لعقود الإذعان، وذلك لأنها تشترط عنصر الاحتكار في هذه العقود مما يجعل من الشروط التعسفية محصورة في أضيق الحدود، وتضمن القواعد العامة لنصوص متفرقة تحمي المستهلك من بعض أنواع الشروط التعسفية لم يكن كافيا إلى حد ما خاصة وأن بعضها يؤدي إلى بطلان العقد برمته في الوقت الذي يكون من مصلحة المستهلك بطلان الشرط والإبقاء على العقد.

نتيجة لما سبق فإن كثيرا من الدول تصدت لهذه الشروط التعسفية، وذلك بتحديث الحماية بموجب قواعد معاصرة، هذه الأخيرة هي أكثر فعالية وأكثر جدية من القواعد التقليدية.

<sup>1</sup> /المادة 5- 16 – 17 من المرسوم التنفيذي 13-327.  
<sup>2</sup> /المادة 13 من نفس المرسوم.

### المبحث الثاني: الإطار المؤسسي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية:

لقد حاول المشرع من خلال القواعد العامة والخاصة توفير الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية ، غير أن هذه القواعد لم توفر الحماية الكافية لمكافحة الشروط التعسفية ما دفع المشرع إلى وضع أجهزة إدارية وقضائية بالإضافة إلى جمعيات حماية المستهلكين من أجل الحد من تعسف بعض المهنيين وهذا ما سنحاول تبيانته حيث نتطرق إلى دور جمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية في المطلب الأول ثم دور الهيئات القضائية في توفير الحماية للمستهلك في المطلب الثاني.

#### المطلب الأول : دور لجنة البنود التعسفية والجمعيات في حماية المستهلك :

تقوم لجنة البنود وجمعيات حماية المستهلك بدور كبير في بسط رقابتها على الشروط التي يتضمنها العقد لمنع فرضه أي شرط تعسفي على المستهلك، ولقد تعددت تعاريف الرقابة باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى الرقابة فقد عرفت بأنها: ذلك النظام الذي يتم من ورائه عملية المتابعة المستمرة لمختلف الأنشطة والظروف المحيطة بهدف منع حدوث انحرافات أو اكتشافها والعمل على تصحيحها تفاديا لتكرارها في المستقبل<sup>1</sup>. وهي خضوع الشيء لرقابة هيئة أو جهاز يحدده القانون وذلك للقيام بالتحري والكشف عن الحقائق المحددة قانونا<sup>2</sup>، ولعل أهم جهازين وضعهما المشرع ليكفل حق المتعاقد الضعيف من تعسف المتدخل هما لجنة البنود التعسفية وجمعيات حماية المستهلك كما سنرى.

#### الفرع الأول: دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية:

نتناول في هذا الفرع لجنة البنود التعسفية ودورها في التدخل لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث نقوم بتعريف اللجنة مع تحديد اختصاصاتها المنصوص عليها قانونا لكن قبل ذلك لا بد من التطرق كيفية نشأتها.

<sup>1</sup> / حدوش فتيحة : مرجع سابق ، ص 40.

<sup>2</sup> / علي بولحية بن بوخميس : مرجع سابق ، ص 68.

أولاً: التعريف بلجنة البنود التعسفية:

أنشأ المشرع الجزائري لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

أما في فرنسا فقد تأسست هذه اللجنة بتاريخ: 1978/1/10 ، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995<sup>1</sup> المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية وهو حل تجنب فيه المشرع تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشروط التي يراها تعسفية وجعلها من مهام هذه اللجنة وهي لا تقابل مجلس المنافسة نظراً لأنها لا تملك ما يملكه المجلس من صلاحيات فهي بمثابة جهاز استشاري فقط، فالمشرع رخص للحكومة استشارة لجنة الشروط التعسفية.

إتبع المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي وأنشأ لجنة البنود التعسفية فنص عليها في المادة 6 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم وعرفها بأنها: لجنة ذات طابع استشاري تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة يترأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة وهذه اللجنة تقوم بإعداد نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة.

حسب المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06-306 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 08-44 فإن لجنة الشروط التعسفية قبل التعديل كانت تتكون من الأعضاء التالية:

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة ويجب أن يكون مختصاً في الممارسات التجارية وهو رئيس اللجنة، وممثل عن وزير العدل ويكون مختصاً في قانون العقود، وعضو من مجلس المنافسة، و2 من المتعاملين الاقتصاديين يكونان عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال و العقود، 2 من الممثلين لجمعية حماية المستهلكين ذات طابع وطني ويكونان مختصين في قانون الأعمال والعقود، كما أنه يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بإمكانه أن يفيداً في أعمالها .

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 30.

- غير أن المشرع عدل هذه المادة ووسع في عدد أعضاء اللجنة حيث تنص المادة 8 من المرسوم 08-44 المعدل والمتمم للمرسوم 06-306 على أنه : " تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي :
- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية .
  - ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام مختصان في قانون العقود .
  - ممثلان عن مجلس المنافسة .
  - متعاملان إقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود .
  - ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
  - يمكن اللجنة الإستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها".
- تحدد هذه القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة وباقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية ويتم تعيين الأعضاء لمدة 3 سنوات قابلة للتجديد، وتنتهي عهدهم بنفس الطريقة التي عينوا بها.
- وعلى الأطراف الحضور الدائم لاجتماعات اللجنة وفي حالة الانقطاع النهائي لأحد الأطراف يتم استبداله بنفس الأشكال و يتابع العضو الجديد مهام العضو المستخلف إلى غاية انتهاء العهدة.
- تتعقد اللجنة انعقادا صحيحا بحضور نصف الأعضاء على الأقل ومع ذلك يمكن اللجنة أن تجتمع بعد 8 أيام بصفة صحيحة بعد استدعاء ثان حتى وإن لم يكن قد بلغ النصاب وتداول مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، وتتخذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.
- يتم تبليغ الأعضاء بحضور الاجتماع بواسطة إستدعاءات فردية إلى الأعضاء مع تحديد تاريخ الاجتماع و توقيته ومكانه وجدول أعماله قبل انعقاد الاجتماع بـ 15 يوم على الأقل غير أنه في الدورات الاستثنائية يمكن تقليص المدة إلى 8 أيام .

وتتص المادة 11 من نفس المرسوم على أنه " يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية لحماية المستهلك أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك".

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية باستدعاء من رئيسها كما يمكنها الاجتماع لدورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف الأعضاء على الأقل.

لا يجوز لأي عضو من أعضاء اللجنة أن يشارك في أي مداولة يكون له مصلحة مباشرة له أو لأقاربه إلى غاية الدرجة الرابعة ،و عند انتهاء المداولات تحرر في محاضر مرقمة ومرتبة وموقعة من طرف الرئيس وجميع الأعضاء.

أما في القانون الفرنسي فإن لجنة البنود التعسفية تتكون من 13 عضو وهو :

- قاضيين أحدهما رئيس والآخر نائبا له.  
- شخصين مؤهلين في المجال القانوني وتقنيات العقود، يتم اختيارهم بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك.

- أشخاص من ممثلي المحترفين.

- أشخاص من ممثلي المستهلكين.

- محافظ الحكومة التي أسندت إلى المدير العام للمنافسة والاستهلاك.<sup>1</sup>

و تعتبر لجنة الشروط التعسفية حلا تجنب فيه المشرع الفرنسي تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشروط التعسفية، مفضلا أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه.<sup>2</sup>

من خلال تشكيلة لجنة البنود التعسفية سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي فإننا نلاحظ أن اللجنة تضم عناصر قضائية وعناصر إدارية ومستشارين في مجال القانون أو في مجال العقود وعناصر تمثل المستهلكين والمهنيين فالمشرع مثل جميع الفئات المعنية

<sup>1</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق، ص 127.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 30.

لمشكلة الشروط التعسفية في هذه اللجنة وذلك حتى تقوم بمهامها بأحسن وجه وهذا يعكس وجه نظر المشرع في مقاومة الشرط التعسفي عن طريق أهل الخبرة والاختصاص وتمثيل كل الأطراف المعنية فضلا على أن هذه التشكيلة تمثل ضمانا للجدية لا لمجرد التشاور.

### ثانيا: اختصاصات لجنة البنود التعسفية:

تقوم لجنة الشروط التعسفية ذات الرأي الاستشاري بمراجعة العقد النموذجي المطروح في السوق على غير المحترفين كما تبين الشروط التي يجب تعديلها أو حظرها بوصفها تعسفية ويقوم الوزير المكلف بذلك بنشر هذا التقرير.<sup>1</sup>

يتمثل دور اللجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، وأنها مسؤولة عن البحث عما إذا كانت تلك المحررات تتضمن شروطا تحمل في طياتها خاصية تعسفية.

كما أن اللجنة توصي إما بالإلغاء أو التعديل للشروط التي تتمثل فيها خاصية تعسفية فاللجنة تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين وتبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسفا فإنها تصدر توصيات إما بالإلغاء لتلك الشروط وإما تعديلها<sup>2</sup>، وهي في بحثها تقوم به وفقا للمعيار الذي وضعته المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهو معيار الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات المتعاقدين، ذلك الاختلال الناتج عن الشرط التعسفي، والذي ذكرنا أنه مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني نتيجة تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه.

وتقوم هذه اللجنة بعملها إما بناء على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما بطلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشروط كما أنها تستطيع أن تقوم بعملها من تلقاء نفسها.

<sup>1</sup> / عامر القاسم أحمد القيسي : مرجع سابق ، ص 125.

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 234.

كذلك فإن الوزير المسؤول عن الاستهلاك يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللجنة من تلقاء نفسه أو بطلب من اللجنة ذاتها، وأن هذه التوصيات لا يمكن أن تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، وتعد اللجنة كل سنة تقريراً عن نشاطها وتعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة وينشر هذا التقرير.<sup>1</sup>

لكن هذه اللجنة ذات طابع إداري وليس لها أي سلطة قضائية، أي أن توصياتها ليست لها أي صفة إلزامية، فهي لا يمكنها إصدار أوامر أو اتخاذ عقوبات في حق المخالفين ويعتبر قصر سلطاتها على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع الشروط، كما أن هذا الاتجاه يتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات.<sup>2</sup>

لكن توصيات لجنة الشروط التعسفية وإن لم يكن لها قوة إلزامية، إلا أنها تشكل ضغطاً نفسياً على المتدخل، لذا فإن دورها يمكن اعتباره دوراً تحريضياً بحتاً ، وذلك بخلاف المراسيم التي تمنع الشروط التعسفية وهو ما سنراه لاحقاً، بالإضافة إلى أنه لا يمكن أن تكون توصياتها فعالة إلا إذا وجدت دعاية واسعة<sup>3</sup>، ورغم أن هذه التوصيات غير ملزمة إلا أن ذلك لم يمنع المحاكم في الاسترشاد بها لتقدير الطابع التعسفي لشروط معين<sup>4</sup>.

والجدير بالذكر أن اللجنة في دراستها لنماذج العقود المعروضة على المستهلكين فإنها تدرس نظام الشروط وطريقة صياغتها وطريقة طباعتها حتى يتمكن المستهلك من إجراء مقارنة أفضل للالتزامات المتبادلة وهي مسألة مهمة، ولا يجب الاستهانة بطريقة صياغة تلك الشروط الخاصة بالضمان وغيرها لتأثيرها على تنويع رضا المستهلك، وفي ذلك تحقيق لنوع من التوازن العقدي في شروط العقد.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 235.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 31.

<sup>3</sup> -/ Calais – Auloy : Droit de la consommation .op.cit, p, 142.

<sup>4</sup> -/ Civ. 1 er ch., 10 Février 1998 .

منقول عن محمد أمين سي الطيب .

<sup>5</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق ، ص 235.

أما بالنسبة لاختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حد كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث 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، كما تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، فتتص المادة 07 من مرسوم 06-306 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 08-44 على أنه : "تكلف اللجنة لاسيما بالمهام التالية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الإقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.

- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلك .
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال إختصاصها .

وحتى تقوم لجنة البنود التعسفية بمهامها فإنها كما تنص المادة 11 من مرسوم 06-306 المعدل والمتمم: "تخطر إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك".

وتقوم اللجنة بنشر آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة. على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها ، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة وهو ما جاءت به المادة 12 مرسوم 06-306 المعدل والمتمم، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري لجنة البنود التعسفية لدى القضاء، على عكس المشرع الفرنسي.

### الفرع الثاني: دور الجمعيات في حماية المستهلك من الشروط التعسفية:

إذا كانت الإدارة تتمتع بصلاحيات متابعة مخالقات قانون حماية المستهلك عن طريق فرض غرامة الصلح المنصوص عليها لعقاب المهني دون اللجوء إلى القضاء .

غير أن هناك بعض المخالفات التي لا يمكن الإعتماد فيها على عقاب المهنيين بفرض غرامة الصلح عليهم ، بل إن القانون منح إختصاص متابعتهم للقضاء الذي يعد صاحب الإختصاص في متابعة جميع مخالفات القانون التي تشكل فعلا مجرما، تنتظر فيها المحاكم الجزائية في إطار الدعوى الجزائية وللمتضرر أن يتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض أو أن يرفع دعوى أمام القسم المدني مباشرة، كما يمكن لجمعية حماية المستهلك بإعتبارها ممثلة للمستهلك أن تقوم مقامه وتطلب التعويض أو توقيع الجزاء .

### أولاً: التعريف بجمعيات حماية المستهلك :

إن جمعيات الحماية والدفاع عن المستهلكين تهدف أساسا إلى تمثيل المستهلك قصد ضمان الحفاظ على سلامته والدفاع عن مصالحه وهي عبارة عن منظمات حديثة النشأة فهي وليدة القرن العشرين حيث مهدت لظهورها العديد من الظروف و الأسباب التي ساهمت على انتشارها عبر العديد من الدول بما في ذلك الجزائر التي عرفت هي الأخرى ظهور هذه التنظيمات.

وتعد الجمعيات من أبرز المؤسسات التي تنشط في المجتمع المدني والتي تعتبر الحق في تكوينها من بين حقوق الإنسان العامة والواجب العمل على احترامها وكفالتها للكافة.

فحسب بعض الفقهاء فإن الجمعية هي عبارة عن مبادرة تطوعية غير حكومية تهدف إلى إحداث تغيير في مجال معين.<sup>1</sup>

### 1- تعريف جمعية حماية المستهلك:

هناك من يعرف الجمعية على أساس أنها عقد وهناك من يعرفها باعتبارها شخص معنوي.

<sup>1</sup> / نوال بن لحرش : مرجع سابق ، ص 10.

أ/ تعريف الجمعية باعتبارها عقد:

المشرع الجزائري في القانون الملغى رقم 90-31<sup>1</sup> في المادة 2 منه اعتبرها : " تمثل الجمعية اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدية، ولغرض غير مريح، كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة أو غير محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص، ويجب أن يحدد هدف الجمعية بدقة وأن تكون تسميتها مطابقة له " .

وهو تعريف يختلف تماما عن التعريف الذي جاء به المشرع في قانون 06-12<sup>2</sup> المتعلق بالجمعيات<sup>2</sup> في المادة 2 بقوله : " الجمعية هي تجمع أشخاص يتفقون لمدة محددة أو غير محددة على جعل معارفهم وأعمالهم المشتركة فيما بينهم قصد تحقيق هدف معين لا يدر ربحا ويخضع هذا الاتفاق لأحكام القانون وكذا القوانين والأنظمة الجاري العمل بها وكذلك قانونها الأساسي النموذجي المحدد عن طريق التنظيم ويجب أن يعين هدف الجمعية دون غموض ويكون اسمها مطابقا لها".

فالجمعية عقد وهو ما يتضح من خلال عبارة "اتفاقية" وعلى أساس تعاقدية وبما أنها عقد فإن إنشاؤها يخضع لمبدأ حرية التعاقد والذي تنشأ عنه القوة الملزمة للعقد أساسها مبدأ سلطان الإرادة وهذا الأمر يتأكد من خلال نص المادة 6 من القانون 06-12 حيث جاء فيها مايلي: "تؤسس الجمعية بحرية من قبل أعضائها المؤسسين" ومعنى ذلك أن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يترتبها العقد وبالتحديد محل العقد وهدفه وأثاره وأيضا تسير الجمعية.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد المادة 54 منه عرفت العقد بأنه : "كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" و إن كان

<sup>1</sup> / المرسوم 31-90 المؤرخ في 1990/12/4 الخاص بالجمعيات الملغى بموجب القانون رقم 06-12.

<sup>2</sup> / القانون رقم 06-12 الصادر بتاريخ 2012/1/12 المتعلق بالجمعيات ج.ر. رقم 2 المؤرخة في 2012/1/15.

هذا التعريف يتضمن الالتزام والعقد معا فإن التعريف الأكثر دقة للعقد هو الذي جاء به الفقه فعرفه بأنه : " توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني أو هو تطابق إرادتين أو أكثر على انشاء التزام أو نقله أو تعديله".<sup>1</sup>

وتتكون جمعية حماية المستهلك عن الأقل من 15 عضو وهذا ما نستخلصه من المادة 6 من قانون 31-90 التي تنص على أنه: " تتكون الجمعية إثر جمعية عامة تأسيسية تجمع 15 عضو مؤسسا على الأقل " على عكس المشرع الفرنسي الذي لا يشترط عددا معيناً لاستثناء جمعية بل يكفي أن يتفق على الأقل شخصان على انشاء جمعية فيصبح لها وجود قانوني ويعتد بانعقادها، وربما كانت غاية المشرع وراء ذلك هي تشجيع الحركة الجمعية ودعم أكبر لمبدأ حرية انشاء الجمعيات.<sup>2</sup>

وبما أن الجمعية عقد فإنه طبقاً للقواعد العامة يشترط لقيام أي عقد توافر الأركان الثلاث التالية: الرضا، المحل، السبب، بالإضافة إلى ركني المدة والشكلية في بعض العقود.

### ب/ تعريف الجمعية باعتبارها شخص معنوي:

نجد المشرع الجزائري تدارك الغموض الموجود في التشريعات السابقة وعرفها في القانون 06-12 المتعلق بالجمعيات بأن: الشخص المعنوي بصفة عامة هو شخص قانوني تكون له شخصية مستقلة عن الأشخاص الطبيعيين المكونين له، وينشأ الشخص المعنوي عادة عن تجمع أموال كما هو بالنسبة للمؤسسات.

وجمعية حماية المستهلك على الرغم من إنها ذات طبيعة خاصة وتنشأ على أساس تعاقدية بين أعضائها إلا أن ذلك لا يمنع من اكتسابها الشخصية المستقلة عن أعضائها بل إن منحها الشخصية المعنوية القانونية هو ضروري لتحقيق الهدف الذي وجد من أجله هذا العقد.

<sup>1</sup> / العربي بلحاج : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج1، التصرف القانوني : العقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1992، ص 424.  
<sup>2</sup> / فهمية ناصري : مرجع سابق ، ص 24.

لا تهدف الجمعية إلى تحقيق الربح فحسب المادة 29 فقرة 9 من القانون 09-03 التي عرفت جمعية حماية المستهلك بأنها " كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال اعلامه و تحسيسه وتوجيهه و تمثيله".

#### ثانيا: دور دعاوى الجمعيات في حماية المستهلك:

تفاديا لتقاعس المستهلكين عن رفع دعاوى إبطال الشروط التعسفية، بسبب نفقاتها الباهظة في كثير من الأحيان بالنسبة للسلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها، أو بسبب طول إجراءات التقاضي، فإن التشريعات ذهبت إلى حل المشكلة عن طريق منح جمعيات المستهلكين حق رفع هذه الدعاوى نيابة عن المستهلكين.

والشروط المعنية هنا هي كل شرط ترى المحاكم أنه تعسفي سواء صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالا ظاهرا.<sup>1</sup>

ويمكن للجمعية أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختص، وإن لم يوجد فأمام قاضي التحقيق أو أمام الجهة القضائية المختصة لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين".<sup>2</sup>

فأهمية هذه الدعوى تكمن في أنها تعطي للجمعية حق التدخل في الدعوى وتمنح القاضي إمكانية رقابة خاصة التعسف في الشروط العقدية، إضافة إلى ذلك أنها تؤدي إلى تحسين وضع المستهلك الذي يرفع دعوى أمام القضاء، فالدعاوى الفردية مقيدة ولا تشجع المستهلك على متابعة المهني أمام المحاكم نظرا للنفوذ الاقتصادي لهذا الأخير والمصاريف القضائية وطول وتعدد الإجراءات، كل ذلك يمنعه من رفع الدعوى هذا من ناحية، وأن تعدد الدعاوى الفردية يمكن أن يشكل محلا لأحكام قضائية متناقضة ويؤخر كذلك إقامة قضاء مستقر من ناحية أخرى .

<sup>1</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق، ص 263.

<sup>2</sup> / أحمد محمد الرفاعي : مرجع سابق، ص 264.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه اتبع خطى المشرع الفرنسي وأعطى هو الآخر لجمعية حماية المستهلك والجمعيات المهنية وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذو مصلحة الحق في رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 02-04 المعدل والمتمم بقولها: "دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية<sup>1</sup>، يمكن جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون ، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

وبذلك يكون المشرع قد تبنى مفهوم أكثر توسعا عندما مكن الجمعيات من رفع هذه الدعاوى أمام المحاكم الجزائية حتى ولو لم يلحق ضرر بالمستهلكين و الهدف من ذلك هو ألا يفلت المخالف لأحكام قانون حماية المستهلك من الجزاء.<sup>2</sup>

فجمعيات حماية المستهلك إضافة إلى دورها في مجال التحسيس، الإعلام والتوعية وتمثيل المستهلك والدفاع عن مصالحه، فيحق لها القيام بأي تصرف يمكن أن يقوم به المستهلك نفسه مثال:

- أن تقوم بدراسات وإجراء خبرات مرتبطة بالاستهلاك على نفقتها ومسئوليتها وعلى هذا الأساس يمكننا تفعيل الرقابة القضائية وذلك من خلال ممارستها حق البحث والتحري حول الجرائم والمخالفات التي يحكمها قانون حماية المستهلك في بعض المنتجات لعدم توفر المقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية للمنتج، وفي القانون الفرنسي تملك الجمعيات الصفة للالتجاء إلى المحاكم المدنية لإصدار أوامر بإلغاء الشروط التعسفية، مع تدعيم الأمر بصور غرامة تهديدية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - تنص المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري : " يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنائية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر ....."

<sup>2</sup> / علي بولحية بن بوخميس : مرجع سابق ، ص 67.

<sup>3</sup> / قادة شهيدة : مرجع سابق، ص 276.

في حين أن المشرع الجزائري لم يكتف بمنح جمعيات حماية المستهلك حق رفع الدعوى جبرا للضرر الذي أصاب المستهلك أمام القضاء المدني نتيجة خطأ مدني بل أجاز رفع الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة على أساس الخطأ الجنائي.<sup>1</sup>

غير أنه في الواقع نجد أن جمعيات حماية المستهلكين لم تلعب دور فعال في التحسيس والتوعية ولا في الدفاع عن مصالح المستهلكين، فلم تبلغ بعد الهدف المحدد لها خاصة بتنوع السوق بالمنتجات المحلية والأجنبية المستوردة وظهور الغش والتقليد في المنتجات وانعدام مطابقتها للمواصفات والمقاييس القانونية والتنظيمية.<sup>2</sup>

### المطلب الثاني : دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية:

أعطى المشرع لجمعيات حماية المستهلك ولجنة البنود التعسفية الحق في التدخل لحماية المستهلك، غير أنه لتحقيق الهدف المرجو من هذه الهيآت لابد من تدخل القضاء لضمان تنفيذ ذلك، حيث منح المشرع للقاضي سلطات واسعة في التدخل من أجل تعديل أو إلغاء كل شرط يرى أنه يضر بأحد أطراف العلاقة، بل إنه ذهب إلى أبعد من ذلك عندما نص على جزاء هذه الشروط التعسفية وهو ما سنتناوله بنوع من التفصيل حيث نتناول أولا الإعراف للقاضي بسلطة تعديل الشروط التعسفية ثم نتناول الجزاء المقرر للشرط التعسفي.

### الفرع الأول : رقابة القضاء على الشروط التعسفية :

قد ينطوي العقد على شروط ذات طابع تعسفي، إلا أن المشرع لم يصدر بشأنها أي قانون أو مرسوم تنفيذي، وذلك نظرا لكثرة العقود التي يبرمها الفرد في حياته اليومية، خاصة إذا كانت هذه العقود في شكل عقود نموذجية محددة سلفا من أحد المتعاقدين، فما كان على المشرع إلا منح القاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط التعسفية، وقد مر الإعراف للقاضي بهذه السلطة بمرحلتين كما سنرى ثم نبين الإجراءات المتبعة في رفع الدعوى القضائية.

<sup>1</sup> / علي بولحية بن بوخميس : مرجع سابق، ص 67.

<sup>2</sup> / علي بولحية بن بوخميس: مرجع سابق، ص 68.

### أولاً : الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل الشروط التعسفية :

فبالنسبة لهذه الشروط يمكن للقاضي إعمال سلطته في التدخل لكن الشؤال المطروح حول دور القضاء العادي إذا ما عرضت عليه منازعات حول تلك الشروط السابقة بأنواعها مر الإعراف للقاضي بسلطة تعديل شروط العقد بمرحلتين :

#### 1/ مرحلة الجدل والتردد حول رقابة القاضي على شروط العقد:

ثار جدل فقهي وقضائي حول امتلاك القاضي لسلطة الرقابة على شروط العقد، فانقسم الفقه إلى فريقين فريق يرفض دور القاضي في الرقابة على شروط العقد لأن المشرع قد منح الإدارة وحدها الحق في تقرير ما إذا كان الشرط يحمل طابع التعسف أم لا، ويرى هذا الإتجاه أن القاضي و إن كان دوره من منظور الدستور هو إقامة العدالة بين الأفراد، إلا أن هذا الدور مستبعد كثيرا في مجال شروط العقد، إذ أن استتاده على اعتبار الشرط أنه تعسفيا ولم يصدر به مرسوم يعتبره كذلك غير كاف وبالتالي يكون حكمه غير مؤسس.<sup>1</sup>

ويرى اتجاه آخر أن القاضي يمكنه أن يبادر بإبطال مفعول الشروط التعسفية، حتى ولو لم يصدر مرسوم تطبيقي يعتبرها كذلك، فيرى البعض أنه حتى إذا لم يعترف المشرع للقاضي بهذه السلطة ، إلا أنه لا يمكن الاستغناء عن دور القاضي في هذا الصدد بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات، ويضيف أنه ما دام أن القاضي يمكنه التدخل في صدد الشرط الجزائي، فلا مبرر من منعه من التدخل في صدد الشروط التعسفية الأخرى.<sup>2</sup>

وقد تضاربت أحكام القضاء في هذه المرحلة حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي فانقسم القضاء إلى إتجاه يأخذ بالتفسير الضيق و يرفض إبطال الشروط محل النزاع و التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي يعلن أنها تعسفية<sup>3</sup>، وهناك اتجاه قضائي أخذ

<sup>1</sup> / محمد أمين سي الطيب ، مرجع سابق ، ص142.

<sup>2</sup> / محمد أمين سي الطيب ، مرجع سابق ، ص 143.

<sup>3</sup> / ففي قرار صادر عن محكمة استئناف باريس في 22 ماي 1986 ، ذهبت المحكمة إلى أن قانون 10 جانفي حول الحماية للمستهلكين من الشروط التعسفية، و مرسوم 24 مارس 1978 ، الصادر بالتطبيق له لا يحتملان سوى التفسير الضيق، ومن ناحية أخرى فإن هذا القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية ( الحكومة) فقط، بالتقدير للصفة التعسفية لمثل تلك الشروط والتحديد للعقود التي يحضر إدراجها فيها والتنظيم لتلك الشروط، وفي حكم آخر في 20 مارس 1980 حيث رفضت محكمة Aix-en-Provence إبطال الشرط رغم أن هذا الشرط كان ينطوي على نوعين

بالتفسير الموسع لإعطاء القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية الصادرة بموجب مرسوم تطبيقي<sup>1</sup>.

نستخلص من هذا القرار أن الشروط التي تلغي أو تنقص حق غير المهني أو المستهلك في طلب التعويض في حالة عدم قيام المتدخل بأحد التزاماته أيا كانت تعتبر تعسفية، هذا الحظر يطبق تماما على شرط الإعفاء من المسؤولية، وهذا يعني أن المحكمة تفسر القانون بطريقة مرنة بعكس القرارات السابقة على هذا القرار.

وهذا القرار رغم أنه لم يعلن صراحة أن قضاة الموضوع يمكنهم إبطال الشروط التعسفية الواردة في نزاعات معروضة أمامهم والتي لم يصدر بشأنها مرسوم تطبيقي ، إلا أن هذا القرار قد أعطى القضاة هذه السلطة بلغة مفهومة ضمنية، بالإضافة إلى أن هذا القرار مثل النواة الأولى للاعتراف الصريح للقاضي الفرنسي بتلك السلطة.

---

من الشروط التعسفية ، الأول أنه كان ينص على مدة إيجار طويلة هي 15 عاما لآلة تليفون، والآخر أنه كان ينطوي على صيغة لمراجعة الإيجار، وهي صعبة وغير مفهومة بالنسبة للمستهلك، ورفضت اعتباره تعسفيا بحجة أنه لم يكن محل مرسوم تطبيقي.

<sup>1</sup> / تمثل هذا الاتجاه في قرار 16 يونيو 1978، الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، وتتلخص وقائع القضية في بيع أثاث حيث أن المشتري كان قد وقع على طلب بضاعة (سند)، وكان هذا السند يشير بحروف مطبوعة بطريقة واضحة في وجه السند إلى مدة للتسليم و هي شهران، ثم يشير بحروف صغيرة على أن ذلك "منصوص عليه بصفة إرشادية"، وفي ظهر السند كان مدرجا من بين شروط أخرى عديدة : مادة مفادها "أن تواريخ التسليم التي نلتزم باحترامها دائما ، ليست معطاة إلا على سبيل الإرشاد ، والتي يكون واضحا أن التأخير في التسليم لا يمكن أن يشكل سببا للفسخ للطلب الحالي؟، ولا يعطي الحق في التعويضات . إلا أن المشتري سيكون بوسعه طلب الإلغاء لطلبه و الاسترداد بدون فوائد أخرى غير تلك المنصوص عليها بالقانون، للمبالغ المدفوعة في حالة عدم التسليم للبضاعة في خلال 90 يوما من الإصدار". و بعد انتظار 04 أشهر ، ولعدم التسليم أعذر المستهلك البائع بالتسليم، وبعد مضي شهر و 8 أيام أخرى عرض البائع التسليم ، لكن المشتري رفض، وطلب إبطال العقد متذرا بالتأخير الكبير في التسليم، وذلك لمدة 05 شهور و ثمانية أيام بعد توقيع الطلب.

عرض النزاع أمام محكمة مونبلييه، التي أصدرت حكمها في 25 سبتمبر 1984 برفض طلب المستهلك مسببة ذلك بأن الشرط محل النزاع لم يكن تعسفيا. لكن محكمة النقض في قرارها بتاريخ 16 جويلية 1987، نقضت القرار السابق، وذهبت إلى القول بأنه و بالنظر للمادة 35 من قانون 10 جانفي 1987، حول الحماية والاعلام للمستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية و المواد 2 و 3 من مرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق لهذه المادة : حيث أنه ينتج عن المادة الأولى أنها تعتبر محرمة ، ومعتبرة كأن لم تكن (أي باطلة) الشروط المتعلقة خاصة، بالتسليم للشيء و بشروط الفسخ للاتفاق حينما تبدوا أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر و تمنح هذا الأخير ميزة فاحشة، وينتج عن المادة الثانية أنه يكون تعسفيا الشرط الذي من شأن موضوعه، أو أثره انقاص حق غير المهني في التعويض ، في حالة عدم وفاة المهني بأحد التزاماته أيا كانت .

ذهبت المحكمة أيضا إلى أن الشرط محل النزاع تعسفي، لأنه يمنح البائع المهني ميزة فاحشة، خاصة ترك له رخصة التقدير لمدة التسليم، ومخصصا له الحق في التعويض الوارد بالمادة 1610 من التقنين المدني الفرنسي لصالح المشتري غير المهني، في حالة عدم وفاة البائع بالتزامه الأساسي بالتسليم في الوقت المتفق عليه.

و صرحت المحكمة بأن مثل هذا الشرط يجب أن يعد غير مكتوب، ولهذا نقضت قرار الاستئناف لمخالفته للنصوص المعنية، ورغم أن المحكمة اعتبرت هذا العقد مقاولا طبقت عليه المادة 02 من مرسوم 24 مارس 1978 الخاصة بالبيع فقط، وهذا يفسر اتجاه المحكمة إلى إعطاء القاضي سلطة بحث الصفة التعسفية للشرط رغم كونه ليس محل أي مرسوم تطبيقي.

منقول عن أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ص 247.

## 2/ مرحلة الاعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابة شروط العقد:

في هذه المرحلة حاز القاضي الفرنسي على اعتراف صريح يعطيه سلطة واسعة في رقابة شروط العقد، على أن هذا الاعتراف الصريح جاء في البداية من طرف محكمة النقض وبعد ذلك تجسد هذا الاعتراف تشريعيا، فاعترف المشرع أخيرا بدور القاضي في الشروط التعسفية.

فقد جاء الاعتراف الصريح من قبل محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد جميعها حتى ولو لم تكن موضوع مرسوم تطبيقي يحرمها وذلك في قرارها الصادر في 14 ماي 1991<sup>1</sup>، حيث كان ذلك ماثلا في موقف المحكمة وهذا ما يستشف من عدة مؤشرات منها إعتماؤها على عناصر الشرط التعسفي المنصوص عليها بهذا القانون، ثم توقيعها جزاء على الشرط باعتباره غير مكتوب وهذا ما ينص عليه القانون السابق، وهذه التطورات القضائية دفعت المشرع إلى منح القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد.

وقد أضاف المشرع الفرنسي مادة جديدة إلى نصوص الحماية من الشروط التعسفية التي جاء بها قانون 10 جانفي 1978، نصت هذه المادة "أنه بمناسبة نزاع معروض على القاضي، فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب الشرط المتعلق بالخاصية المحددة أو قابلية التحديد للثمن وكذلك بدفعه بحقيقة الشيء أو بتسليمه وبعبء المخاطر وب نطاق المسؤوليات والضمانات، وبشروط التنفيذ، وبالإلغاء أو التجديد للاتفاقيات حينما يبدو أن هذا الشرط مفروض على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر في العقد و يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> / حيث تعلق الأمر بشرط إعفاء من المسؤولية وارد في عقد وديعة، بمقتضاه يستعيد المهني مسؤوليته في حالة فقد أفلام Diapositive أودعها لديه أحد العملاء لإعادة طبعها على الورق، وقد اعتبرته محكمة الموضوع تعسفيا و بالتالي لا يحتج به على العميل حسن النية فرفضت محكمة النقض طعن المودع لديه ، وذهبت إلى أن محكمة الموضوع بينت أن الشرط المدرج في نشرة الإيداع والذي كان يعفي المهني من كل مسؤولية عن فقد الصور، وأن الحكم المطعون عليه قد استنتج أن مثل هذا الشرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه و قد قررت المحكمة أن هذا الشرط يتضمن صفة تعسفية ويجب أن يعد غير مكتوب Non-écrite، أي كأن لم يكن وهو ما يؤدي إلى القول بأن قانون 10 جانفي 1978.

<sup>2</sup> / محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 147.

فالمشرع أعطى القاضي سلطة اعتبار الشرط باطلا وذلك بالاستناد على معايير الشرط التعسفي ،على أن هذا النص وسع كثيرا من مجال سلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد لكن لم يعطه السلطة المطلقة في سبيل ذلك، إذ هو مقيد بالحالات المذكورة في النص ، وهذه الحالات رغم أنها تبدو كافية إلا أنها لا تشمل جميع الحالات التي تكون محلا للشروط التعسفية.

و بالإضافة إلى استناد القاضي إلى نص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك لتقدير الطابع التعسفي للشرط، أصبح يملك أيضا طلب رأي لجنة الشروط التعسفية بشأن الشرط محل النزاع المطروح عليه، و ذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993، الذي أسند للجنة الشروط التعسفية مهمة استشارية لدى القضاء، و إن كان غير ملزم بها.<sup>1</sup>

وإعلان الشرط أنه تعسفيا من قبل قضاء الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>2</sup> مما يؤدي إلى التوحيد لمعايير التقدير، و بالتالي إلى استقرار المعاملات.

أما بالنسبة للقاضي الجزائري، فبالإضافة إلى نص المادة 110 من القانون المدني الذي يعطيه سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المذعن منه فإن تعريف الشرط التعسفي الوارد بالقانون 04-02 السابق يعزز من هذه السلطة الممنوحة له، وذلك تحت رقابة المحكمة العليا دون الرجوع إلى القائمة الواردة بالقانون 04-02 بموجب المادة 29 منه والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06-306 في المادة 05 ليستهدي به.

### ثانيا : إجراءات رفع الدعوى القضائية :

زادت البحوث القانونية الحديثة حول تطوير الإجراءات القانونية التي تخدم قضية حماية المستهلك في المنازعات التي يكون المستهلك طرفا فيها ضد المتدخل سواء كان منتجا، صانعا، موزعا، ناقلا، مستوردا..... الخ، أو أي صورة كان عليها المتدخل.

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 50.

<sup>2</sup> / حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الطابع التعسفي لشرط ما مسألة قانونية تخضع لرقابتها:

civ.1<sup>er</sup> ch, 6 janvier 1994 : D.1994 , Som, 209, obs Delebeque (PH).

منقول عن محمد أمين سي الطيب ، ص 148.

ففي مثل هذه المنازعات يكون المستهلك في كفة و الطرف الآخر أي المتدخل يكون في كفة أخرى وغالبا ما يكون المستهلك هو الدائن أو المضرور غير أن هذا لا يعني أنه لا يمكن أن يكون في مركز المدين كما سنرى.

وعليه ارتأينا أن نتطرق إلى الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات الاستهلاكية ثم إلى كيفية رفع الدعوى القضائية، لنتناول في الأخير كيفية إثبات الشرط التعسفي المؤدي إلى الاختلال التعاقدى.

### 1/ رفع الدعوى :

إذا كانت الإدارة تتمتع بصلاحيات متابعة مخالفات قانون حماية المستهلك وديا عن طريق تبني المشرع لغرامة الصلح كطريقة لعقاب المتدخل دون اللجوء إلى القضاء، فإن هناك مخالفات لا يمكن اعتماد غرامة الصلح فيها، بل يمنح القانون اختصاص متابعتها للقضاء، وهو أصلا صاحب الاختصاص في متابعة جميع مخالفات القانون التي تشكل فعلا مجرما تنتظر فيها المحاكم الجزائية، ويمنح القانون للمتضرر من الجريمة أن يتأسس كطرف مدني في الدعوى الجزائية للمطالبة بتعويضه عما لحقه من أضرار، سواء كان هذا التدخل من المستهلك المضرور أو من جمعيات حماية المستهلك، وإذا لم يمارس هذا الحق كان له أن يتابع المتدخل أمام القضاء المدني بمباشرة دعوى مدنية لإبطال إما الشرط التعسفي فقط وإما العقد في حد ذاته مع إمكانية المطالبة بالتعويض كما سيأتي بيانه.

### أ/ رفع الدعوى أمام القضاء المدني لحماية المستهلك:

تعد المنازعة الاستهلاكية نتاجا عن العمل التجاري المختلط في معظمه لأنه يعد كذلك عندما يجتمع في العلاقة التعاقدية الواحدة مركزين قانونيين مختلفين أحدهما مركز قانوني تجاري في بالنظر إلى كون العمل تجاري بالنسبة إليه، وهو ما يصدق على الصانع الموزع

البائع والطرف الآخر ذو المركز المدني بالنظر إلى كون العمل بالنسبة إليه مدني وهو المستهلك<sup>1</sup>. لتحديد أطراف دعوى التعويض بالمدني والمدعى عليه.

أ-1/ المدعي: هو المضرور أي المستهلك أو الغير وهو في الأصل صاحب الحق في طلب التعويض فإذا لم كن أهلا لرفع الدعوى ناب عنه نائبه القانوني.<sup>2</sup>

والمشروع الجزائري وسع من دور جمعيات حماية المستهلكين عند تمكينها من وصف المضرور والتأسيس كطرف مدني في دعوى التعويض من خلال المادة 23 من القانون 03-09 التي أكدت دعوى التمثيل المشترك أو دعوى للدفاع عن مصالح جماعية بقوله: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها المتدخل وذات أصل مشترك يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني"، وهو ما أكد عليه المشروع الجزائري أيضا من خلال نص المادة 65 من القانون 02-04 المعدل والمتمم بقولها: "دون المساس بأحكام 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

واستوجب المشروع أن تتعلق الدعوى بأضرار لحقت بالمصالح المشتركة للمستهلكين كما يؤول التعويض إلى جمعيات حماية المستهلكين باعتبارها أشخاص معنوية تتمتع بالشخصية القانونية مما يجعل لها ذمة مالية.

يلاحظ أنه على الرغم من الاعتراف القانوني لجمعيات حماية المستهلكين بالحق في التقاضي في إطار تشريع الاستهلاك بوجه عام، إلا أن أي منها لم يبادر إلى استعمال هذا الحق.

<sup>1</sup> / حاج بن علي محمد : أهمية القسم التجاري لنظر المنازعة الاستهلاكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية 08-09، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 9 سنة ، جامعة الشلف، الجزائر ،2013، ص 64.  
<sup>2</sup> / علي فتاك : مرجع سابق ، ص 65.

غير أنه في فرنسا في الوقت الحاضر ذهب التفكير إلى اقتراح تقرير دعوى جماعية تباشر بمبادرة من الجمعية تمثل المستهلكين، ولكن تنتهي بصدر حكم قضائي يستفيد منه مباشرة المستهلك المضرور، مع ملاحظة أن القانون الأمريكي كان الأسبق في منح هذا الحق لمجموعات المستهلكين غير المنظمين الذين تربطهم وحدة السلعة التي سببت الضرر فيما يعرف بـ <sup>1</sup>. The class action

أ-2- المدعى عليه: الأصل أن المسؤول هو الملتزم بالتعويض والمسؤول في هذه الحالة هو المتدخل، فإن كان شخصا طبيعيا رفعت ضده الدعوى مباشرة و إن كان شخص معنوي ترفع الدعوى ضد ممثله القانوني.

وإذا تعدد المسؤولين عن المسؤولية الناشئة عن الاختلال التعاقدى كانوا متضامنين في رفع دعوى التعويض ويكونون كذلك في الحالات التالية:

- إذا كان المنتج متكون من عدة أجزاء وقامت المسؤولية في مواجهة أكثر من واحد منهم.
- إذا أختل أكثر من متدخل بالتزاماته المرتبطة بالسلامة.
- إذا كان الإخلال بالالتزام بالسلامة يشكل سلوكا جرميا معاقب عليه جزائيا طبقا للنصوص ذات الصلة.<sup>2</sup>

وهنا يثور السؤال التالي: هل أن المتدخلين في حال تعددهم خارج إطار الحالات السابق الإشارة إليها مسؤولين بالتضامن؟.

بالرجوع إلى المادة 12 من القانون 89-02 الملغى فإنها تنص على: "... ويكون للمتابع الحق في إتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم ، كل حسب مسؤولية الخاصة وفي حدود فعله" بمعنى أنه لا يكون لمضرور في حالة توافر شروط المسؤولية عن التزام المطابقة أو الضمان و التجربة، أن تتمسك بالضمان في مواجهتهم ويتابع كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله، غير أنه يكون له مباشرة الحق في مواجهة كل متدخل

<sup>1</sup> / علي فتاك : مرجع سابق ، ص 503.

<sup>2</sup> / علي فتاك : مرجع سابق ، ص 504.

في عملية عرض المنتج للاستهلاك، وإذا مات المسؤول عن التعويض انتقل دين التعويض إلى تركته.

### ب- تحريك الدعوى العمومية:

تمثل الدعوى الجزائية أداة قانونية بيد القاضي الجزائي لتوقيع العقاب على المخالف ولم يرد النص في قانون حماية المستهلك على إجراءات خاصة يتوجب على المستهلك إتباعها لمتابعة المتدخل وهذا يدل على أنه يجب إتباع القواعد الإجرائية العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية إلا أنها تكتسي نوع من الخصوصية،<sup>1</sup> فمتى ارتكب المتدخل خطأ المتمثل في مخالفة أحكام قانون حماية المستهلك واختل التوازن العقدي أجاز المشرع تحريك الدعوى العمومية لتوقيع العقاب على المخالف للقانون وتحريك الدعوى قد يكون من النيابة العامة وقد يكون من المستهلك أو من جمعية حماية المستهلك.

### ب-1/ دور النيابة العامة في حماية المستهلك:

النيابة العامة هي هيئة عمومية قضائية نص عليها قانون الإجراءات الجزائية ويعد أعضاؤها قضاة يمثلون المجتمع من أجل تطبيق القانون.<sup>2</sup>

واتصال النيابة العامة لا يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة لبعض الأفراد فقط بل أنها تعمل على حماية المصالح العامة وحماية الشرعية في المجتمع وهي تتميز بخاصية التدرج وعدم القابلية للانقسام فهي جهاز متكامل بمعنى أنه لكل عضو من الأعضاء النيابة أن يحل محل أي عضو آخر ليكمل مهامه وهي مستقلة تماما عن قضاة الحكم.

فلوكيل الجمهورية أن يقوم بتحريك الدعوى والتصرف في المحاضر وجمع الاستدلالات كما أنه يشرف على مراقبة أعمال الضبطية القضائية وتلقي المحاضر والشكاوى باتخاذ الإجراءات اللازمة للبحث والتحري.

<sup>1</sup> / ويزة لحراري ( شالح) : حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك و قمع الغش وقانون المنافسة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير - قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2010، 2011، ص 118.

<sup>2</sup> / زبير أرزقي : حماية المستهلك من المنافسة الحرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير - قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو ، الجزائر ، سنة 2011، ص 185.

يقل دور النيابة العامة في تحريك الدعوى في حالة اختلال التوازن العقدي إذ يشترط لتحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة أن يرسل إلى وكيل الجمهورية محاضر قام بتحريرها الأعوان المختصون بذلك والتي تثبت وقوع المخالفات المنصوص عليها في القانون.

و إلى جانب النيابة يوجد قاض الحكم الذي ينظر في النزاعات الناتجة عن الأضرار بالمستهلك نتيجة الممارسات المنافسة للتجارة والذي ينظر دائما إلى المستهلك بأنه الضحية أو الطرف المضرور من العقد المبرم مع المتدخل الذي يتميز بالتفوق في شتى المجالات عن المستهلك الضعيف.

### ب-2/ حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء:

يحق لكل شخص في المجتمع اللجوء إلى القضاء قصد الحصول على حقوقه أو المطالبة بحمايتها وذلك بشرط أن تكون لهذا الشخص الصفة و المصلحة في ذلك، حيث تنص المادة 13 فقرة 1 من القانون 08-09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون" ويكون ذلك بعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة ، ولما كان المستهلك فردا من أفراد المجتمع فإنه يحق له اللجوء إلى القضاء لحماية مصالحه المادية والاقتصادية فضلا عن طلب التعويض عما أصابه من ضرر ناتج عن تصرفات المتدخل المجحفة<sup>1</sup>، ويجوز للمستهلك اللجوء إلى القضاء المدني أو الجزائي للمطالبة بحقه و هو استثناء عن الأصل وذلك تطبيقا للمادة 2 فقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائرية التي تنص " يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جنائية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة" أما إذا كانت الوقائع لا تشكل جريمة فإنه يتعين على المستهلك رفع الدعوى أمام القسم المدني للمطالبة بالتعويض الذي لحقه، ويجوز

<sup>1</sup> / زبير أرزقي : مرجع سابق، ص 190.

للمستهلك أن يرفع دعوى قضائية بصفة منفردة للدفاع عن مصالحه وحمايتها كما يجوز رفع دعوى جماعية في شكل جمعيات التي أنشأت لغرض الدفاع عن مصالح المستهلك.<sup>1</sup>

والمستهلك قد يقدم شكواه مباشرة إلى وكيل الجمهورية أو إلى أعوان الضبط القضائي ويشترط أن تكون الشكوى صريحة في الأخطار عن الجريمة المتعلقة بقانون حماية المستهلك وأن يكون القصد منها هو تحريك الدعوى الجزائية .

و يجوز للجمعيات أن تمثل المستهلك وترفع دعوى وذلك بتقديم شكوى من طرف ممثلي القانوني وفقا لشروط قانونية معينة خاصة إذا اعترف لهذه الجمعيات بالمنفعة العامة.<sup>2</sup>

## **2/ الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعة الاستهلاكية:**

تقتضي القواعد العامة إذا توحّد أطراف العلاقة القانونية الواحدة فإن كان عمل كل طرف منهما مدني وقام خلاف بينهما، فالعمل تحكمه القواعد المدنية وإذا كان العمل بينهما تجاري يخضع لأحكام القانون التجاري، أما إذا اختلف الطرفين بأن كان أحدهما مدني والآخر كان العمل بالنسبة له تجاري فهنا تتزاحم قواعد كلا من القانونين المدني والتجاري كما سنرى ، لكن قبل تحديد الجهة القضائية المختصة بين القضاء التجاري والمدني في نظر المنازعة الاستهلاكية فلا بد من تحديد الجهة المختصة في حالة ما اعتبرنا الفعل الموجب للتعويض جريمة.

إن القضاء الجنائي هو المختص طبقا للمادة 328 من قانون الاجراءات الجزائية الجزائي والتي تنص على: "تختص المحكمة بالنظر في الجناح والمخالفات وتعد جناحا إذا كانت مدة الحبس التي من شهرين وغرامة مالية أكثر من 20.000 دج وتعد مخالفات تلك الجرائم التي يعاقب عليها القانون بالحبس بأقل من شهرين أو بغرامة من مالية تقدر بـ 20.000 دج (المادة 5 من قانون العقوبات) التي يقع الفعل المجرم في دائرة اختصاصه.

<sup>1</sup> / زبير أرزقي : مرجع سابق، ص 190.

<sup>2</sup> / ويزه لحراري ( شالح) : مرجع سابق، ص 120

وتختص طبقا للمادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري إقليمي في نظر الدعوى العمومية المحكمة محل الجريمة أو محل إقامة المتهم أو محل القبض على المتهم. وفي حالة ارتباط الدعوى المدنية بالدعوى العمومية، و فيما يتعلق بدراستنا فإن الطلب في دعوى التعويض عن الضرر الناشئ فعل مجرم باعتباره جنائية أو جنحة أو مخالفة فقد قررت المحكمة العليا بجواز دفع هذا الطلب أم الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار.<sup>1</sup>

#### أ/ الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في المنازعة الاستهلاكية:

وعموما يؤول الاختصاص عند النظر في المنازعة الاستهلاكية أما القضاء المدني أو القضاء التجاري وهنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: عندما يكون المدعي هو شخص التاجر ومن ثم الشخص المدعى عليه هو الشخص المدني.

الحالة الثانية: عندما يكون المدعي هو الشخص المدني والمدعى عليه هو التاجر.

#### أ-1/ الجهة القضائية المختصة نوعيا فيما لو كان المدعي شخص المتدخل:

الأصل أن القضاء العادي هو صاحب الاختصاص في النظر في المنازعات الاستهلاكية ولا يقتصر فقط في الدعاوى التي تجمع بين المستهلك والمتدخل أيا كانت صورته بل ينظر أيضا في دعاوى التعويض والإلغاء.

إلا أنه يجب التمييز بين الدول التي تأخذ بنظام استقلالية القضاء العادي عن التجاري كفرنسا والدول التي تبنت النظام القضائي الموحد كالجزائر وهو ما نستخلصه من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتشكل من أقسام".

أما في الدول التي تعتمد قضاء تجاري مستقل عن القضاء المدني فقد أفرد المشرع الفرنسي المنازعات التجارية بمحاكم خاصة تختص بحسب الطبيعة التجارية لعمل المدعى

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا رقم 71216 مؤرخ في 1992/03/02 المجلة القضائية ، عدد 3 سنة 1993 ص 40.

عليه، ومن ثم لا يجوز إذا كان المدعي هو المتدخل والمدعى عليه هو المستهلك رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية وإنما تكون المحاكم المدنية وحدها المختصة بنظرها.<sup>1</sup>

أما بالنسبة إلى الجزائر التي تتبع نظام القضاء الموحد فإن المشرع استحدث بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد في التنظيم القضائي قسما تجاريا من صلاحياته النظر في المنازعات التجارية والبحرية وبتشكيلة جماعية حسب المادة 531 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والمادة 535 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وعليه إذا كان المدعي هو الطرف التاجر المتدخل والمدعي هو الطرف المدني المستهلك فالقسم المدني هو المختص بنظر منازعة الاستهلاك في هذه الحالة وليس القسم التجاري وحتى لو رفع دعواه خطأ أمام القسم التجاري فإنه في الدول التي تتبع النظام القضائي الموحد تقوم بإحالة الملف أمام القسم المختص كالجزائر.

#### أ/ 2- الجهة القضائية المختصة نوعيا فيما لو كان المدعي شخص المستهلك:

إذا كان العمل تجاريا بالنسبة للمدعى عليه فالأصل أن يؤول الاختصاص للمحكمة التجارية غير أنه بالنسبة للمدعي أي المستهلك ونظرا لموقفه الضعيف فإن القضاء استقر على أنه للمدعي الخيار في رفع دعواه أمام المحكمة المدنية أو التجارية هذا بالنسبة للتنظيم القضائي في فرنسا.

أما في الجزائر فإن المشرع قضى المادة 45 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فإنه: "يعد لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة إلا إذا تم بين تاجر" فالمشرع لم يجز الاختيار بين القسم المدني والتجاري في الاختصاص الإقليمي ويقاس عليها الاختصاص النوعي الذي يعد من النظام العام أي أن الطرف المدني يرفع دعواه أمام القسم التجاري تطبيقا للمادة 531 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري فتطبيقا للقواعد العامة تطبق أحكام القانون التجاري على من

<sup>1</sup> / حاج بن علي محمد : مرجع سابق، ص 66.

تعتبر العمل بالنسبة له تجاريا، و تطبق القواعد المدنية على من يعتبر العمل بالنسبة له مدنيا.

فالمشرع الجزائري اعتبر الشرط الذي يعدل قواعد الاختصاص شرطا لاغيا ومن قبل الشروط التعسفية.<sup>1</sup>

من خلال هذا العرض يمكن القول أن الدول التي تتبنى نظام تجاري مستقل مخير بين التقيد بالقاعدة العامة وبين الاستفادة من أحكام القضاء التجاري .

أما في الجزائر فليس للمستهلك أن يختار بين القسمين المدني و التجاري وإنما يتقيد بالقضاء التجاري حتى يستفيد من أحكام القانون التجاري و مميزاته وبساطة إجراءاته.

### ب / الجهة القضائية المختصة إقليميا:

نادرا ما نجد قواعد قانونية تحدد المحكمة المختصة بالفصل في منازعات الاستهلاك لكن بالرجوع إلى أحكام اتفاقية بروكسل للاختصاص القضائي وتنفيذا لأحكام في المواد المدنية والتجارية لعام 1968 تمنح هذه الاتفاقية الاختصاص بالفصل في عقود المستهلكين لمحكمة موطن المدعى عليه، ويمكن التسليم بخضوع المنازعات الناشئة عن علاقات المستهلكين لولاية قضاء الدولة التي يوجد بها موطن المستهلك أو محل إقامته المعتاد ومع ذلك تختلف طبيعة هذا الاختصاص بحسب ما إذا كان المستهلك يحتل مركز المدعي أو المدعي عليه.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> / حاج بن علي محمد: مرجع سابق، ص 67.  
<sup>2</sup> / طرح البجور علي حسن : مرجع سابق ، ص 178.

ب/1-الجهة القضائية المختصة إقليميا لو كان المدعي هو المستهلك :

في هذا النوع من الدعاوى والتي يكون فيها المستهلك مدعيا يؤول الاختصاص لمحكمة الموطن أو محل الإقامة المعتاد ويتسم الاختصاص بالطابع الاختياري والمقصود أن المستهلك يكون له الخيار بين رفع دعواه أمام محكمة موطنه أو أمام محكمة موطن المدعى عليه.

وتنص المادة 14 من اتفاقية بروكسل على أنه: " تعرض الدعوى المرفوعة من المستهلك على المتعاقد الآخر سواء على محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن بها المستهلك أو محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن بها المتعاقد الآخر".

ويعتبر هذا الاختصاص استثناء من القاعدة العامة التي أقرتها الاتفاقية في المادتين 2 و5 والتي تقر اختصاص محكمة موطن المدعى عليه ومحكمة تنفيذ الالتزام.

ب/2- الجهة القضائية المختصة إقليميا لو كان المدعى عليه شخص المستهلك:

والمقصود هنا هو الدعاوى التي يرفعها المتدخل على المستهلك وتخضع هذه الدعاوى وجوبا لولاية محكمة موطن المستهلك فاختصاصها في هذه الحالة يحمل الطبيعة الآمرة وهو ما نصت عليه المادة 2/14 من اتفاقية بروكسل بقولها: "الدعوى المرفوعة من المتعاقد الآخر ضد المستهلك لا تعرض إلا أمام محاكم الدولة المتعاقدة التي يتوطن بها المستهلك".

فتطبق القاعدة الأساسية المتمثلة في موطن المدعى عليه وهي قاعدة عالمية، وعليه فالعبرة بموطن المدعى عليه تكون أثناء رفع الدعوى وليس أثناء إبرام العقد أو قيام النزاع فضلا عن ذلك فإن المادة 3/15 من اتفاقية بروكسل تجيز على سبيل الاستثناء الاتفاق على الخضوع لمحكمة الموطن المشترك لكل من المستهلك والمهني وقت التعاقد<sup>1</sup>، وهذا الاستثناء يؤكد الأصل وهو أن العبرة بموطن المستهلك تكون وقت رفع الدعوى.

<sup>1</sup> / طرح البحور علي حسن : مرجع سابق، ص 185.

وإذا تفحصنا القانون الجزائري لا نجد أي قاعدة تطبق على العقود الدولية التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، لذا فإن المسألة تخضع لنفس الأحكام العامة التي يخضع لها عقد البيع الدولي.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى المواد 18 وما بعدها من القانون المدني الجزائري المتعلقة بقواعد الإسناد فإن القانون الواجب التطبيق يخضع لإرادة المتعاقدين وفي حال عدم الاتفاق يتحدد القانون الواجب وفقا لقانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد . لكن رغم ذلك إلا أن المادة 24 من القانون المدني الجزائري استبعدت القانون الأجنبي إذا كان من النظام العام والآداب العامة، وإذا كان القانون الأجنبي المختار فيه إضرار بالمستهلك من طرف المحترف كسماحه بوجود شروط تعسفية أو الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي يسببها المنتج فهنا يعتبر مخالفا للنظام العام الجزائري على إعتبار أن قواعد حماية المستهلك هي قواعد ضابطة ومن النظام العام .<sup>2</sup>

هذا بشأن الاختصاص في القضاء الدولي، أما بالنسبة للقانون فقد نظم الاختصاص الإقليمي ضمن عدة نصوص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، بحيث نصت المادة 37 منه على أن: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

فالمشرع الجزائري استثنى بعض المسائل من تطبيق القاعدة العامة أي موطن المدعى عليه إلى تحديد جهات قضائية مختصة إقليميا حسب الأحوال ومن ضمنها حالة المنازعات التجارية وفي حال ارتباط المستهلك المضرور مع المحترف المسؤول في علاقة تعاقدية، إذ

<sup>1</sup> / سفيان شبة : حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة ،مجلة دفاتر السياسة والقانون ، سيدي بلعباس الجزائر ، 2011، ص 231.  
<sup>2</sup> / نفس المرجع ، ص 232.

نصت الفقرة الرابعة من المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على:  
"ترفع الدعاوى المتعلقة بالمواد المبينة أدناه أمام الجهة القضائية الآتية:

- في المواد التجارية، غير الإفلاس والتسوية القضائية أمام الجهة القضائية التي وقع في دائرة اختصاصها الوعد أو تسليم البضاعة أو أمام الجهة القضائية التي يجب أن يتم الوفاء في دائرة اختصاصها وفي الدعاوى المرفوعة ضد الشركة، أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحد فروعها".

من خلال نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نجد أن رفع المستهلك لدعواه أمام القسم التجاري يمكنه من اختيار أكثر من جهة قضائية مختصة إقليميا، فله أن يرفع دعواه أمام الجهة القضائية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان إبرام العقد، أو المكان الذي تم الاتفاق على تنفيذ العقد بالتسليم أو الوفاء بدائرتها، وتعد الجهة القضائية الأخيرة أي مكان تسليم الشيء أو أداء الخدمة، هي الجهة القضائية الأكثر ملائمة لتحقيق مصلحة المستهلك، لارتباطه عمليا بالمكان الذي يقطن فيه، فيسهل عليه التداعي أمام الجهة الأقرب منه، ومن ثم تقادي مصاريف ونفقات هو في غنى عنها خاصة أنه يطمح في الحصول على تعويض عادل من المسؤول التاجر.

ويجب التأكيد أنه حينما يكون المضرور من الغير أي لا تجمععه والمسؤول عن الضرر علاقة تعاقدية، فالاختصاص في هذه الحالة ينعقد للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الفعل الضار تطبيقا للفقرة الثانية من نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد.

وإذا تعلق الأمر بضرر ناتج عن فعل مؤسسة أجنبية مركز أعمالها في الخارج، فإن الاختصاص ينعقد للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها فرع هذه المؤسسة الموجودة بالجزائر باعتباره مركزا لها في نظر المشرع الجزائري تطبيقا لنص المادة 50 من القانون المدني الجزائري.

### 3/ الإثبات:

أرسى المشرع الجزائري دعائم مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري المعدلة بمقتضى قانون رقم 05-10 المؤرخ في 26 يونيو 2005، والتي نصت على أنه، "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

كما أكد المشرع الجزائري في نفس السياق على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية من خلال المادة 30 من القانون التجاري التي نصت على أن " يثبت العقد التجاري ب :

-بسندات رسمية.

-بسندات عرفية.

-بفاتورة مقبولة.

-بالرسائل .

-بدفاتر الطرفين.

-بالإثبات بالشهود أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوبها".

من هذين النصين: نجد أن الإثبات في المسائل التجارية كمبدأ عام جائز بكافة طرق الإثبات، ويقوم على مبدأ حرية الإثبات في حين أن الإثبات المدني مقيد، فلا يجوز إثبات التصرف القانوني الذي تزيد أو تساوي قيمته على 100.000 دينار جزائري أو غير محدد القيمة إلا بالكتابة، وهذا الاختلاف بين النظامين التجاري والمدني يستفيد منه الطرف المستهلك إذ يستطيع أن يثبت في مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن، أما الطرف التاجر فلا يستطيع أن يثبت في مواجهة المستهلك كطرف مدني إلا وفقا لأحكام الإثبات المدنية، وهو تحصيل حاصل ما دام الجهة القضائية المختصة نوعيا في هذه الحالة هي المحكمة المدنية في فرنسا أو القسم المدني في الجزائر، أي إتباع وسائل

الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر و وسائل الإثبات المدنية بالنسبة لغير التاجر بحسب الطبيعة التجارية لعمل المدعى عليه.

### الفرع الثاني: جزاءات الشرط التعسفي :

منح المشرع للقاضي سلطات واسعة في التدخل لمحاربة كل شرط تعسفي تضمنه العقد وذلك بفرض الجزاء المناسب عند الفصل في الدعاوى المرفوعة أمامه، والجزاء ينقسم إلى قسمين جزاء مدني و جزاء جزائي.

### أولاً- الجزاء المدني المقرر للشروط التعسفية :

عقد الاستهلاك كغيره من العقود يتكون من عدة شروط، قد يكون أحد هذه الشروط يتصف بالتعسف وهنا يثور التساؤل: هل أن بطلان الشرط التعسفي يؤدي إلى بطلان العقد أم أن البطلان يقتصر على الشرط لوحده دون العقد ؟.

- رأينا فيما سبق أن المشرع الفرنسي نص على اعتبار الشروط التعسفية بمثابة الشرط غير المكتوب على أساس أنه باطل بطلان جزئي، أي بطلان الشرط لا بطلان العقد، وذلك من خلال المادة 35 من قانون 1979/01/10 الفرنسي المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين للسلع و الخدمات من الشروط التي تنص على أن الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة<sup>1</sup>.

وفي سنة 1993 وبصدور القانون الاستهلاكي الفرنسي أعاد المشرع الفرنسي النص في المادة : 132 - 6/1 على اعتبار أن الشروط التعسفية كأن لم تكن وجرى الاتفاق على اعتبار أن كلمة *réputées non écrites* تعني باطلة<sup>2</sup>، فنصت المادة على بقاء بنود العقد سارية باستثناء الشروط التي حكم باعتبارها تعسفية، إذا كان يمكن أن يستمر العقد دون الشروط السابقة .

<sup>1</sup> / ART 35 : ( de telle clauses abusives stipulées en contradiction avec les disposition qui précèdent sont réputées non écrites) .

<sup>2</sup> / ART 132-1/6: ( le contrat restera applicable dans toute ses dispositions autres que celles juges abusives s'il peut subsister dans les dites clauses).

وقد جاء المشرع الفرنسي بقانون 28 جانفي 2005 المسمى قانون la loi chatel وعدل القانون السابق في الكتاب الرابع منه تحت عنوان أحكام مختلفة وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التي يمكن إعتبارها تعسفية، الشرط الذي يلزم المستهلك على قبول نظام بديل لتسوية النزاعات.<sup>1</sup>

وعلى صعيد التشريعات العربية الحديثة الخاصة بحماية المستهلك نجد أن المشرع المصري نص في المادة 10 منه بقوله: "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".

من خلال هذه المادة تبين لنا أن المشرع المصري اعتبر كل شرط يصيغه الطرف القوي في عقد الاستهلاك والذي بمقتضاه يعفى به نفسه من أي التزام يعد شرطاً باطلاً ولكن العقد يبقى قائماً ببقية الشروط ، وهو نفس الموقف اتخذته المشرع اللبناني من خلال نصه في المادة 26 من قانون حماية المستهلك حين اعتبر أن : " البنود التعسفية باطلة بطلاناً مطلقاً على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة مفاعليها".

أما بالرجوع إلى المشرع العراقي فإنه ميز بين حالتين:

- فإن كان الشرط قد أخل بالتوازن العقدي ألغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط مخالف للقانون أو النظام العام والآداب العامة.

- أما إذا كان الشرط هو الدافع و الباعث للتعاقد بطل العقد برمته.<sup>2</sup>

وعلى النقيض من ذلك فإن المشرع الجزائري لم ينص في القانون 04-02 على ترتيب الجزاء المدني عن إبرام الشروط التعسفية في أي عقد من العقود الاستهلاكية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 30 .

<sup>2</sup> / أمانج رحيم أحمد : مرجع سابق ، ص 247.

<sup>3</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق، ص 100.

ويرى البعض أن هذا النقصان يرجع إلى سهو المشرع وهو نقص كبير ينبغي استكمالته وذلك بالنص صراحة على بطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا كان بالإمكان إستمراره دون تلك الشروط<sup>1</sup>.

لعل المشرع الجزائري كان يقصد من وراء هذا الغموض أن يطبق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني خاصة عند استقراءنا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على : "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

غير أن هناك جانب من الفقه يرى بأن هذا التفسير يتعارض مع نص المادة 29 من القانون 04-02 والتي تحدد بعض أنواع الشروط التعسفية والتي لا يكون إزاءها للقاضي أي سلطة تقديرية بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من القانون المدني الجزائري بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع للشرط التعسفي، بالإضافة إلى ذلك فإن سلطة القاضي جوازية وليست وجوبية فيجوز للقاضي ألا يستعمل هذه الرخصة المخولة له من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان.

وهناك من يقول بوجوب تطبيق نظرية انتقاص العقد، ويرد عليهم بأن هذه النظرية التي تقوم على انتقاص العقد تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد وبالتالي هذا التعديل ليس العقد بأكمله، كما أن فكرة انتقاص العقد تمثل جزءا غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان<sup>2</sup>.

ومن هنا تبين أن هذا النظام المنصوص عليه في القانون 04-02 لا يتماشى مع القواعد العامة فصحيح أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على طبيعة بطلان الشرط

<sup>1</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق ، ص 152.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، مرجع سابق ص 102.

التعسفي غير أنه بالرجوع إلى أحكام الضمان فإن كل شرط مخالف لذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا.

تبين أيضا أن المشرع الجزائري كالمشرع المصري اعتبر مسؤولية المهني من النظام العام والذي يعتبر باطلا كل اتفاق على خلافه.

قد يثور الإشكال حول ما طبيعة بطلان الشرط التعسفي هل هو بطلان مطلق أو بطلان نسبي؟.

يمكن القول أن أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان الجزئي للشرط التعسفي تكمن في أنه إذا كان البطلان نسبي فهنا يكون للمستهلك وحده أن يطالب بإبطال الشرط أما إذا كان بطلانا مطلقا فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك وكذا المحترفين والادعاء العام وكل شخص طبيعي أو معنوي ذو مصلحة أن يرفع الدعوى أمام القضاء ضد كل متدخل يضمن العقد شروطا تعسفية<sup>1</sup>.

إن كلا من المشرعين المصري والفرنسي كما رأينا لم ينصا صراحة على أن بطلان الشرط المدرج في العقد الاستهلاكي هو بطلان مطلق أو نسبي، على عكس المشرع اللبناني الذي نص على ذلك صراحة واعتبر بطلان الشرط التعسفي بطلان مطلق .

إن المستهلك كثيرا ما يمتنع عن رفع الدعوى إما لطول الوقت الذي تستغرقه، وإما لكثرة المصاريف، في حين تكون قيمة السلعة أو الخدمة محل التعاقد تافهة على عكس الجمعيات التي لا تؤثر فيها مثل هذه الأمور.

---

<sup>1</sup> / أمانج رحيم أحمد: مرجع سابق، ص 250.

ثانيا/ الجزاء الجزائي المقرر للشروط التعسفية:

رتب المشرع جزاء جزائي على فرض الشروط لتعسفية وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 38 من القانون 04-02 بقوله : " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج ."

ولعل المشرع الجزائري أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 1978/3/24 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدى على ضمانها<sup>1</sup>، ومن جهة أخرى أعطى المشرع للسلطة التنظيمية إمكانية التدخل من خلال مايلي:

-إما عن طريق إصدار قرارات وزارية وإدارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود.

-التدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود لبعض الشروط التي تعتبر تعسفية<sup>2</sup>.

و هو نفس الاتجاه أخذ به المشرع الفرنسي حين منح للحكومة السلطة في إصدار مراسيم لتحديد أنواع الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية وذلك بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

ويجوز رفع الدعاوى أمام الجهات الجزائية من أجل فرض الجزاء و العقاب على المتدخل إما من طرف المستهلك أو جمعية حماية المستهلك أو الجمعيات المهنية أو النيابة العامة وكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة في ذلك كما يجوز لهذه الأطراف إضافة إلى طلب توقيع الجزاء على المتدخل أن تتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عما لحقهم من أضرار.

<sup>1</sup> / محمد أمين سي الطيب : مرجع سابق، ص 152.

<sup>2</sup> / محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 101.

يتضح من خلال ماسبق أن النصوص التي جاءت بها التشريعات السابقة تهدف إلى حماية المستهلك بإبطال الشرط الذي يعتبر مثقلا لكاهله و الإبقاء على العقد رغم مخالفته في جزء منه للقواعد المتعلقة بالنظام العام حتى لا يقع الضرر على الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان العقد بأكمله، وعليه فإن البطلان الجزئي يعد وسيلة قانونية تحقق نوعا من الاستقرار في الروابط العقدية في مجال الاستهلاك حيث أن الحكم ببطلان العقد بأكمله يترتب عليه تفويت الحماية لا تكريسها، خاصة وأن المشرع نص بصريح العبارة على معاقبة كل من أدرج شرط يتضمن تعسفا.

### خلاصة الفصل الثاني :

في حين بينا في هذا الفصل الآليات التي من خلالها يمكن إعادة التوازن للعقد فالقواعد التقليدية جاءت بالعديد من الآليات للتخفيف من حدة الشروط التعسفية حماية للمستهلك ومن بينها استبعاد الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان ووضع تقنيات قانونية لتحقيق التوازن بين الطرفين ( نظرية السبب ، ومبدأ حسن النية ، ونظرية الغبن والاستغلال) إضافة إلى إبطال كل شرط من شأنه إثقال كاهل المتعاقد الضعيف كالشرط الجزائي والإرادي وشروط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها و إنقاص الضمان أو إسقاطه غير أن هذه القواعد لم تحقق دور بارز في تفعيل الحماية وتميزت بالقصور والنقص تارة وبالغموض والإيهام تارة أخرى ما أدى إلى استحداث قواعد خاصة للرقابة على الشروط التعسفية المتمثلة في الرقابة القضائية سواء كانت من طرف القاضي الإداري الذي يبسط رقابته ويستخدم صلاحياته في الرقابة على المراسيم الحكومية وعلى الشروط التي تحررها المرافق العمومية أو كانت رقابة القاضي العادي الذي مر الاعتراف له بسلطة التدخل لتعديل لشروط أو إلغائها بمرحلتين: مرحلة التردد والجدل ومرحلة الاعتراف الصريح له بالتدخل إذا كان الشرط غير عادل، وهذا استثناء عن القاعدة العامة التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين غير أن القاضي لا يستخدم سلطة التعديل أو الإلغاء إلا بناء على طلب الطرفين، ما يرتب على ذلك عدة آثار نذكر منها من هو مقدم الطلب، وما لجمعية حماية المستهلكين من دور بارز في تمثيل المستهلك أمام الجهات القضائية ومن هي الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعة الاستهلاكية إقليميا ونوعيا .

وبعد تأكد القاضي من أن الشرط تعسفي وأثر في توازن العقد له أن يقرر الجزاء المناسب لمحرر هذا الشرط الذي يكون إما جزائيا أو مدنيا ، وقد يقضي بهما معا .

الخاتمة

من خلال ما سبق يمكن استخلاص مجموعة من النتائج والنقائص مع إبداء بعض الاقتراحات لإزالة هذه النقائص أما النتائج فنذكر منها مايلي :

\_ أوضحت العقود التي تتفاوت فيها المراكز بين المتعاقدين منتشرة كثيرا ، إذ بات من المألوف فرض الطرف المتمتع بالقوة التعاقدية، شروطه المحررة سلفاً والتي لا يملك إزاءها المتعاقد الآخر من الناحية العملية فرصة المناقشة أو تعديل مضمونها هذا من جهة ومن جهة أخرى، أصبحت هذه العقود في الوقت ذاته سبباً للإجحاف بحق الطرف الأقل خبرة وذلك لتضمينها شروطاً تحد من حقوقه أو ضماناته أو تزيد من أعباءه والتزاماته أو بالعكس تزيد من حقوق واضعها وتوفر له السبل الكفيلة في الزيادة من ضماناته أو الحد من نطاق التزاماته التي يفرضها العقد المبرم بينهما.

\_ إن إلزام الطرف الضعيف بالشروط التي يفرضها الطرف القوي يستوجب علمه بها لأن بغير ذلك لا يمكن القول إن إرادة المتعاقد قد انصرفت إلى الأخذ بها وعدها جزءاً من مضمون العقد، إلا أن مسألة العلم بالشروط الأحادية التحرير لا تكون ميسرة في كل الأحوال، فإذا كان يفترض علم المتعاقد بها متى ما كانت هذه الشروط واضحة بمضمونها وغير مسيئة إلى مركز المتعاقد بآثارها وواردة في وثيقة العقد الأصلية ذاتها، فإن هذا العلم يعتبر كأن لم يكن إذا كانت هذه الشروط مصاغة بطريقة يصعب فهمها وإدراك مضمونها فهنا يقوم دور القاضي في استخلاص مدى انصراف إرادة المتعاقد إلى الالتزام بها من عدمه أما إذا كانت هذه الشروط منصوص عليها في وثائق أخرى فلا يمكن أيضاً القول أن علم المتعاقد بها قد تحقق إلا إذا تضمن العقد ما يفيد إحالة إليها صراحة في العقد ذاته مع بيان ماهية الوثيقة الواردة فيها هذه الشروط بحيث تتحقق فرصة الاطلاع عليها، إلا أنه قد تكون الإحالة ضمنية في حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين أو كانت طبيعة هذه المعاملة أو العرف تقضي باعتماد هذه الشروط.

\_ لا يسعنا القول أن حماية المستهلك تتحقق باستبعاد أو إبطال الشروط غير أن هذه الحماية في بعض الأحيان لا تتحقق إلا بإعمال هذه الشروط وخاصة في نطاق العقود التي

يحتّم فيها المستهلك على التعاقد، إذ يلجأ المنتج أو البائع إلى جذب المستهلك بشروطه التي تمس عناصر العقد ويكون لها الأثر المباشر على رضاه ، كسعر المبيع أو مواصفاته والضمانات المقدمة من قبله...الخ فهذه الشروط لا يمكن أن تعدّ إلا جزءاً من مضمون العقد ولا يصحّ لواضع هذه الشروط أن يحتج فيما بعد ، لأنه لم يقصد الالتزام بما ورد فيها من شروط وإنما كانت غايته منها الإعلان أو الترويج طالما أنها تضمنت ما يساهم في تحديد مضمون العقد وكان لها أثر في رضا المتلقي هذا من جهة ومنعاً للتضليل بالمستهلك والتغريب به بأية وسيلة كانت من جهة أخرى وذلك ما حرصت عليه القوانين الخاصة بالمستهلك وحمايته.

\_ قصور المفهوم التقليدي لعقد الإذعان عن مواكبة وتلبية مستجدات التطور العلمي والتكنولوجي في إطار الإنتاج المتدفق للسلع والخدمات، والذي فرض التعاقد وفق شروط لا يقبل الموجب فيها مناقشة أو مفاوضة. ما يستلزم استبعاد التشدد في تحديد مفهوم عقد الإذعان ولاسيما ما يتعلق بضرورة احتكار الطرف المذعن إليه للسلع والخدمات الضرورية احتكاراً قانونية أو فعلياً، لأن ضعف المستهلك وعدم التوازن العقدي والتكافؤ في الالتزامات العقدية، لا ينشأ من الاحتكار القانوني أو الفعلي وإنما من عدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد وقلة خبرته في النواحي الاقتصادية والفنية والقانونية وتفق المنتج أو المذعن إليه في مجال التعاقد، وتمكنه من فرض الشروط المختلفة التي غالباً ما تكون تعسفية، مما يتوجب عليه تبني الاتجاه الواسع في تحديد مفهوم عقد الإذعان بأنه: عقد يقوم أحد أطرافه بتنظيمه مسبقاً ينضم إليه الطرف الآخر دون مناقشة شروطه، بغية شمول المستهلك بالحماية التشريعية للطرف المذعن في نطاق عقود الإذعان، ولاسيما ما يتعلق بالإعفاء من الشروط التعسفية لمصلحة المستهلك وفقاً لما تقضي به العدالة، وتفسير الشروط الغامضة بما لا تكون ضاراً بمصلحة المستهلك ولو كان دائماً.

\_ تعددت أنواع الشروط التعسفية المحددة على سبيل المثال ومن شأنها التوسع لبسط حماية أكبر للمستهلكين فما أغفله المشرع قد أدركته الحكومة في مراسيمها وما أغفلته الحكومة تداركته لجنة الشروط التعسفية.

\_ وسع المشرع في قانون حماية المستهلك في مفهوم المدين بالالتزام بإدخال طائفة الأشخاص المعنوية ضمن طائفة المستهلكين وهو ما أثار عدة إشكالات حيث تبنى هذا المفهوم الضيق عدم تمديد الحماية إلى المهنيين الذين يقتنون السلع والخدمات لا لحاجاتهم الشخصية وإنما لحاجاتهم المهنية ولكن خارج مجال اختصاصهم فهنا المشرع وقع في تناقض إذ ينص على أن المنتج يستعمل لأغراض شخصية وهذا ينطبق على الشخص الطبيعي لا الشخص المعنوي .

\_ نص المشرع على الحماية من المنتج سواء كان خطير أو لا وفي غياب تعريف دقيق للمنتج نلاحظ إقصاء العقار من المنتج رغم ما له من أهمية في حياتنا اليومية .

\_ لم يكن قانون حماية المستهلك هو القانون الوحيد الذي يهدف إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية بل هناك عدة قوانين ومراسيم تهدف إلى تحقيق ذلك .

\_ أكد المشرع اهتمامه بحماية المستهلك من خلال الدور الذي أعطاه لجمعيات حماية المستهلك في التدخل خاصة لتمثيل المستهلك أمام الجهات القضائية لاقتضاء حقه والمطالبة بالتعويض، غير أنه لم يدعمها بالوسائل القانونية اللازمة لضمان نجاعة دورها.

ومن خلال البحث الذي أجريناه لاحظنا عدة نقائص نذكر منها :

\_ بالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أنه جاء بعدة أحكام وقرارات قضائية في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، وهذا على خلاف القضاء الجزائري، حيث نجد أن القرارات والأحكام في هذا الخصوص نادرة جدا وتكاد تكون منعدمة ، رغم أن فكرة الشروط التعسفية والحماية منها لم تكن جديدة ولعل السبب في ذلك يرجع إلى :

\* ضعف ثقافة التقاضي عند المستهلك الذي كثيرا ما يعتقد إلزامية ومشروعية تلك الشروط مكتفين بالإذعان لها فقط .

\* إن المتدخل بصفة عامة والمهني بصفة خاصة أثناء فترة العمل بالنظام الاشتراكي في الجزائر كان من المرافق العمومية يفرض مايشاء من الشروط دون أن تكون لأحد الجراءة في الوقوف أمامه ومقاضاته .

\* صحيح أن الشروط التعسفية كانت معروفة في القواعد العامة للقانون المدني منذ زمن غير أن المشرع الجزائري لم يضع تشريعا خاصا بحماية المستهلك من الشروط التعسفية ظهر في 27 يونيو 2004 بموجب القانون 04-02 المطبق على الممارسات التجارية فهو قانون حديث جدا مقارنة مع أول قانون فرنسي خاص بالشروط التعسفية وهو قانون 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية.

\_ تتطلب حماية المستهلك تكاثف الجهود بين الدولة في مجال تدعيم الرقابة على الشروط التعسفية وإعلام المستهلك وبين المستهلك الذي يسعى إلى فهم ثقافة الاستهلاك شبه الغائبة لديه.

\_ إن جعل العقوبة التي سلطها المشرع في حالة إدراج شروط تعسفية في عقد استهلاكي عقوبة مالية يعني أنها تخدم المتدخل الأقوى اقتصاديا وماديا أكثر مما تخدم المستهلك الضعيف أو تجبر الضرر الذي وقع فيه.

إن النقائص التي لاحظناها يمكن إزالتها من خلال:

\_ تدعيم جمعيات حماية المستهلك وهذا عن طريق رفع الدعم المالي المخصص لها الذي يسمح بالإقبال على إنشائها وتسهيل شروط استعمال حقها في التقاضي لصالح المتضررين من الشروط التعسفية.

\_ إعادة صياغة الجزاءات المقررة على المتدخل بما يتناسب مع القانون في توفير حماية جدية وفعالة للمستهلك وإعادة النظر في طبيعة العقوبة وهذا بإدراج المزيد من العقوبات البدنية ورفع قيمة الغرامات لردع المتدخل أكثر.

\_ المبادرة إلى وضع قانون حماية المستهلك واحد وهذا بجمع كل النصوص الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء في القواعد العامة أو الخاصة المستحدثة وهذا لتسهيل الاطلاع على قواعده .

\_ صحيح أن القواعد المعمول بها في مجال الانترنت تهدف إلى حماية المستهلك إلا أن مخاوفه تزداد ما يدفعه إلى الحد من هذه التعاملات ، غير أنه على المشرع مواكبة التطور الحاصل على مستوى آليات الاستهلاك وترويج المستوردين بالسلع الاستهلاكية في الفضاء الرقمي وذلك بإنشاء آليات وقنوات للاتصال لفحص السياسات الاستهلاكية عبر الانترنت ولمعرفة مدى تلبيتها لحاجات المستهلك ومدى رضاه عنها.

\_ على المشرع تشجيع دور الدولة والجمعيات التي تستهدف حماية المستهلكين والنقابات في تحرير عقود نموذجية متوازنة بدلا من ترك أحد الأطراف يستغل بتحرير العقود التي ينظم إليها جمهور المتعاملين .

\_ لتوفير حماية أكثر للمتعاقد الأقل قدرة وخبرة اعتماد نظام القوائم السوداء الذي استقرت عليه معظم التشريعات وذلك لحصر جميع الشروط التي تعتبر تعسفية سواء كان ذلك في قانون حماية المستهلك في حد ذاته أو في لوائح تنظيمية ، ويمكن إسناد شرط بعدم إبراد هذه الشروط أصلا وإما أن ورودها يصبح قرينة على اعتبارها تعسفية، وفي هذه الحالة يكون عبء الإثبات على عاتق المتدخل الذي يقوم بتحرير العقد فعليه أن يثبت عكس هذه القرينة وعدم توفر وصف التعسف في هذه الشروط .

إذن مما سبق نصل إلى القول بأن النظام القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أصبح قريبا من التكامل، فأصبح في متناول القاضي قواعد قانونية دقيقة، حديثة وخاصة ومكملة للقواعد العامة، وهذا القرب من التكامل يبدو واضحا من الناحية النظرية أما من الناحية العملية فالزمن كفيل بتوعية المستهلك من الإذعان لتلك الشروط والإعتقاد بمشروعيتها وإنما عليهم التصدي لها بجميع الوسائل القانونية المتاحة لهم بصفة فردية أو جماعية .

# قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع المعتمدة :

أولا/ باللغة العربية

1/المصادر المعتمدة : (الأوامر والقوانين والمراسيم) :

أ/ الأوامر والقوانين والمراسيم الجزائرية:

1- الأمر 58-75 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المؤرخ في 26/9/1975 ج.ر. رقم 78 المؤرخة في 30/9/1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/13/2007 ج.ر. رقم 31 مؤرخة في 13 ماي 2007 .

2- الأمر 59-75 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري المؤرخ في 26/9/1975 المعدل والمتمم بالقانون 02-05 المؤرخ في 6/2/2005 ج.ر. رقم 11 المؤرخة في 9/2/2005 .

3- الأمر 155-66 المتعلق بالقانون الاجراءات الجزائية الجزائري المؤرخ في 8/7/1966 المعدل والمتمم .

4- الأمر 03/03 المؤرخ في 19/7/2003 المتعلق بالمنافسة ج.ر. رقم 43 مؤرخة في 20/7/2003 المعدل والمتمم بالقانون 10-08 المؤرخ في 25/6/2008 ج.ر. رقم 36 المؤرخة في 2/7/2008 والقانون رقم 10-05 المؤرخ في 15/8/2010 ج.ر. رقم 46 مؤرخة في 18/8/2010.

5- الأمر رقم 03-04 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها.

6- قانون الاجراءات المدنية الجزائري رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25/2/2008 .

7- قانون 89-02 المؤرخ في 7/2/1989 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الملغى بموجب القانون رقم 09-03.

- 8- قانون رقم 02-04 المؤرخ في 2004/6/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ج.ر. رقم 41 المؤرخة في 2004/6/27 ، المعدل والمتمم بالقانون 06-10 المؤرخ في 2010/8/15 ج.ر. رقم 46 المؤرخة في 2010/8/18 .
- 9- القانون رقم 03/09 الصادر بتاريخ 2009/2/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ج.ر. رقم 15 المؤرخة في 2009/3/8 .
- 10- القانون رقم 06-12 الصادر بتاريخ 2012/1/12 المتعلق بالجمعيات ج.ر. رقم 2 المؤرخة في 2012/1/15.
- 11- المرسوم التنفيذي 266/90 الصادر في 1990/9/15 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 1999/5/10 الملغى بالمرسوم التنفيذي 327-13.
- 12- المرسوم 31-90 المؤرخ في 1990/12/4 الخاص بالجمعيات الملغى بموجب القانون رقم 06-12.
- 13- المرسوم التنفيذي 331-95 شروط تأهيل الشركات التي تمارس عقد تحويل الفاتورة.
- 14- المرسوم التنفيذي رقم 468-05 المؤرخ في 2005/12/10 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك ج.ر. رقم 80 المؤرخة في 2005/12/11 .
- 15- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006-09-10 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج.ر. رقم 56 المؤرخة في 2006/9/11 المعدل والمتمم بالقانون 44-08 المؤرخ في 2008/2/3 ج.ر. رقم 7 المؤرخة في 2008/2/10.
- 16- المرسوم التنفيذي رقم 327-13 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ ج.ر. رقم 49 المؤرخة في 2 أكتوبر 2013.

ب/ القوانين المصرية :

-القانون المدني المصري الصادر في: 1948/7/29 .

-القانون رقم 67-06 الصادر في 2006 الخاص بحماية المستهلك المصري.

2/ المراجع المعتمدة :

أ/ الكتب المعتمدة :

1/ إبراهيم سيد أحمد : الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي  
المكتب الجامعي الحديث ، مصر ، ط1 ، 2003.

2/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان : تفسير العقد ومضمون الإلتزام العقدي وفقا لقواعد  
الإثبات ، منشأة المعارف ، مصر ، ط1 ، 2003 .

3/ أحمد مفلح خوالدة : شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة  
للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1 ، 2011 .

4/ أحمد محمد الرفاعي : الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ،دار النهضة  
مصر ، بدون طبعة، 1994 .

5/ أسامة أحمد بدر : ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة دار  
الجامعة الجديدة ، مصر، بدون طبعة ، 2011 .

6/ أمانج رحيم أحمد : حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون  
المدني ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر ، لبنان ، ط1، 2011.

7/أميرة حسن الرفاعي: المحاكم الاقتصادية، قوانين الاستثمار، قوانين حماية  
المستهلك،المكتب العربي الحديث ، مصر، بدون طبعة ،2009.

8/ أنور سلطان : أحكام الإلتزام، دار النهضة للطباعة، بيروت، بدون طبعة 1980.

9/ توفيق فرج: النظرية العامة للإلتزام ،ج2 نظرية العقد، دار المطبوعات الجامعية بدون  
طبعة ،1993.

- 10/ خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون طبعة، 2009 .
- 11/ خالد عبد حسين الحديثي: تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ط1، 2012.
- 12/ رمضان علي السيد الشرنباوي: حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون طبعة، 2004.
- 13/ زاهية حورية سي يوسف : المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومة ، الجزائر بدون طبعة 2007 .
- 14/ السيد خليل هيكل : نحو القانون الاداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر، ط 2 ، 1999.
- 15/ السيد محمد السيد عمران : حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف بالاسكندرية. بدون طبعة، ودون سنة.
- 16/ طرح البحور علي حسن : عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، ط 1 ، 2007 .
- 17/ لشعب محفوظ بن حامد : عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر، بدون طبعة ، 1990.
- 18/ عبد الحكم فودة : تفسير العقد في القانون المصري المقارن ، منشأة المعارف بالإسكندرية مصر، بدون طبعة ، 2002.
- 19/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الأول الجزء الأول، مصادر الإلتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 3 ، 1998.
- 20/ عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الثالث الأوصاف والحوالة والإنقضاء : منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ، ط 3 ، 1998.

- 21/ عبد الفتاح بيومي حجازي : مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية ،دار الفكر الجامعي ، مصر ، ط1 ، 2005.
- 22/ عبد المعنم البدرابي: النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني والقانون المدني المصري ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، لبنان بدون طبعة، 1968.
- 23/ عبد المنعم فرج الصدة : عقود الإذعان ، القاهرة ، مصر ، بدون طبعة 1946.
- 24/ العربي بلحاج : النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ج1، التصرف القانوني:العقد والإرادة المنفردة ،ديوان المطبوعات الجامعية. الجزائر، بدون طبعة ، 1992.
- 25/ عمر محمد عبد الباقي : الحماية العقدية للمستهلك ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ، منشأة المعارف ، مصر ، ط 1 ، 2008.
- 26/ عنابي بن عيسى : سلوك المستهلك ، ج 1 ،عوامل التأثير البيئية ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، ط 2، دون سنة.
- 27/علي البارودي: القانون التجاري، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، بدون طبعة، 1975.
- 28/ علي بولحية بن بو خميس : القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى ، الجزائر، بدون طبعة ، 2000 .
- 29/ علي فتاك : تأثير المنافسة على الإلتزام بضمان سلامة المنتج ،دار الفكر الجامعي مصر ، ط1 ، 2008 .
- 30/ علي فلاح الزعبي : مبادئ واساليب التسويق ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، الأردن ط1 ، 2010 .
- 31/ علي فيلالي : الإلتزامات الفعل المستحق للتعويض ، موفم للنشر، الجزائر، ط 2 2010.

- 32/ علي فيلاي : الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم لنشر ، الجزائر ، بدون طبعة 2001 .
- 33/ قادة شهيدة : المسؤولية المدنية للمنتج ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، ط1 ، 2006.
- 34/ محمد ابراهيم عبيدات : سلوك المستهلك ، مدخل استراتيجي ، دار وائل للنشر الأردن ط4 ، 2004 .
- 35/ محمد بودالي : حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب، الجزائر، بدون طبعة ، 2007.
- 36/ محمد بودالي : الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، دار هومة ، الجزائر ، بدون طبعة ، 2007 .
- 37/ محمد حسنين : عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، ط 3 ، 1990.
- 38/ محمد حسين منصور : الشرط للصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، بدون طبعة ، 2007.
- 39/ محمد صبري السعدي : الواضح في شرح القانون المدني ، عقد البيع والمقايضة ، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى ، الجزائر ، بدون طبعة ، 2008.
- 40/ محمد كامل مرسي : العقود المسماة ، ج 1 ، مصر ، بدون طبعة ، 1992 .
- 41/ محمود جمال الدين زكي : مشكلات المسؤولية المدنية ، ج2 ، مطبعة جامعة القاهرة مصر ، بدون طبعة ، 1990.
- 42/ محمود جمال الدين زكي : دروس النظرية العامة للالتزامات، مطبعة جامعة القاهرة مصر،، بدون طبعة 1991.
- 43/ مصطفى أحمد أبو عمرو : موجز أحكام قانون حماية المستهلك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط1 ، 2011.

44/ نسرين سلامة محاسنة: إلتزام البائع بالتسليم والمطابقة ، دار الثقافة، الأردن ، ط 1  
2011.

45/ هشام فضلي : عقد شراء الحقوق التجارية ، دار النهضة العربية القاهرة ،مصر  
1997.

ب/ الرسائل و المذكرات والمقالات المعتمدة:

ب/1- الرسائل المعتمدة:

1/ ميلاد عبد الحفيظ : النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، أطروحة دكتوراء في العلوم  
القانونية ، جامعة تلمسان ، 2011-2012 .

2/ طلال المهتار : البند الجزائي في القانون المدني ، أطروحة الدكتوراء الجامعية ، جامعة  
باريس للحقوق والإقتصاد والعلوم الاجتماعية ، 1984 .

ب/2- المذكرات المعتمدة :

1/ أعراب بلقاسم: شرط الإعفاء من المسؤولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير علوم قانونية  
جامعة الجزائر، 1987.

2/ درماس بن عزوز : نظرية السبب بين الإتجاه التقليدي والاتجاه الحديث ، مذكرة ماجستير  
في القانون الخاص ، جامعة تلمسان ، 2006.

3/ زبير أرزقي : حماية المستهلك من المنافسة الحرة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في  
العلوم القانونية ، تخصص مسؤولية مهنية ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2011.

4/ زبيري بن قويدر: حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون  
02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير  
في القانون الخاص ، جامعة تلمسان 2006 .

- 5/ فتيحة حدوش : ضمان سلامة المستهلك من المنتجات الخطرة في القانون الجزائري  
مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة بومرداس  
2010/2009 .
- 6/ فهيمة ناصري : جمعيات حماية المستهلك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون  
تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر 2004/2003.
- 7/ مامش نادية: مسؤولية المنتج دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ،مذكرة لنيل شهادة  
الماجستير علوم قانونية تخصص قانون اعمال، جامعة تيزي وزو، 2012.
- 8/ محمد أمين سي الطيب : الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ،مذكرة لنيل شهادة  
الماجستير ، قانون خاص ،جامعة تلمسان ، 2008/2007.
- 9/ نجاح ميدني : آليات حماية المستهلك في الإقتصاد الإسلامي ،مذكرة لنيل شهادة  
الماجستير في الإقتصاد الإسلامي ، جامعة باتنة ، 2008،2007.
- 10/ نوال بن لحرش : جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر دور و فعالية ، مذكرة  
تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،جامعة قسنطينة، 2012، 2013.
- 11/ نوال شعباني : التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية  
المستهلك وقمع الغش ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ،تخصص مسؤولية  
مهنية ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2012.
- 12/ الياقوت جرعود : عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة  
الماجستير في القانون تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر 2011-2010 .
- 13/ ويزة لحراري ( شالح) : حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك و قمع الغش  
وقانون المنافسة مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو  
سنة 2010، 2011.

**ب/3- المقالات المعتمدة :**

- 1/ بسام سعيد جبر جبر : ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراضي تنفيذ العقود .دراسة مقارنة.جامعة الشرق الأوسط ،2011.
- 2/ حاج بن علي محمد : أهمية القسم التجاري لنظر المنازعة الاستهلاكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية 08-09، جامعة الشلف، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 9 سنة 2013.
- 3/ دمانة محمد: شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإدارة والقانون – مجلة – دفاتر السياسة والقانون – العدد5- جوان 2011- جامعة ورقلة.
- 4/ سفيان شبة : حماية المستهلك في عقد البيع الدولي في القانون الجزائري والقوانين المقارنة ،مجلة دفاتر السياسة والقانون ، سيدي بلعباس ، ع 4، 2011 .
- 5/ سميح جان صفير: دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، المجلة القانونية عدد7، 2001 .
- 6/ عبد الرزاق بلنوار: المهني و المستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية ،دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي ، مجلة شمال إفريقيا ، جامعة بشار .
- 7/ محمد حاج بن علي : مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجاته المعيبة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، جامعة الشلف .

**ثانيا :باللغة الفرنسية :**

**1/ المصادر المعتمدة (القوانين):**

- 1/ Code Civil Français Version consolidée du code au 1er septembre 2013. Edition : 1/12/2013.

2/ المراجع المعتمدة :

أ/ الكتب المعتمدة :

1/ CALAIS-AULOY (J.) et STEINMETZ (F.): Droit de la consommation, 5ème édition, Dalloz 2000.

2/ CALAIS-AULOY (J.): Droit de la consommation, Précis Dalloz 3ème, 1992 .

ب/ المذكرات والرسائل :

1/ Claire-marie pegliom \_zika : la notion de clause abusive au sens de l'article L131-1 du code de la consommation ,these de doctorat en droit privé, université panthéon -assas- 2013.

# فهرس المواضيع

**فهرس المواضيع :**

|    |                                                                                      |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | مقدمة :                                                                              |
| 6  | <b>الفصل الأول:</b> نطاق حماية المستهلك في العلاقة التعاقدية وإختلال التوازن فيها    |
| 8  | <b>المبحث الأول :</b> أطراف العلاقة التعاقدية وطبيعتها .....                         |
| 8  | <b>المطلب الأول :</b> أطراف العلاقة التعاقدية .....                                  |
| 8  | <b>الفرع الأول :</b> مفهوم المستهلك وغير المهني.....                                 |
| 9  | <b>أولاً:</b> تعريف المستهلك .....                                                   |
| 20 | <b>ثانياً :</b> تعريف غير المهني . .....                                             |
| 22 | <b>الفرع الثاني :</b> مفهوم المتدخل .....                                            |
| 23 | <b>أولاً:</b> تعريف المتدخل . .....                                                  |
| 28 | <b>ثانياً :</b> صور المتدخل .....                                                    |
| 33 | <b>المطلب الثاني :</b> طبيعة العلاقة التعاقدية .....                                 |
| 33 | <b>الفرع الأول :</b> ماهية عقود الإستهلاك .....                                      |
| 34 | <b>أولاً :</b> تعريف عقود الإستهلاك .....                                            |
| 35 | <b>ثانياً :</b> صور العلاقات التعاقدية .....                                         |
| 41 | <b>الفرع الثاني :</b> مظاهر التعسف في عقود الإستهلاك.....                            |
| 41 | <b>أولاً:</b> عقود الإستهلاك كعقود إذعان.....                                        |
| 45 | <b>ثانياً :</b> خصائص عقود الإستهلاك .....                                           |
| 54 | <b>المبحث الثاني:</b> إختلال التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الإستهلاك. |
| 54 | <b>المطلب الأول :</b> ماهية الشروط التعسفية كسبب للإختلال التعاقدية.....             |
| 55 | <b>الفرع الأول :</b> مفهوم الشروط التعسفية .....                                     |
| 55 | <b>أولاً:</b> تعريف الشروط التعسفية .....                                            |

|    |                                                                               |
|----|-------------------------------------------------------------------------------|
| 61 | <b>ثانياً :</b> طبيعة الشروط التعسفية .....                                   |
| 62 | <b>الفرع الثاني :</b> عناصر الشروط التعسفية .....                             |
| 62 | <b>أولاً :</b> عناصر مرتبطة بالعقد الاستهلاكي .....                           |
| 66 | <b>ثانياً :</b> عناصر مرتبطة بالمتعاقد .....                                  |
| 67 | <b>المطلب الثاني :</b> معايير وأنواع الشروط التعسفية .....                    |
| 67 | <b>الفرع الأول :</b> معايير الشروط التعسفية .....                             |
| 67 | <b>أولاً :</b> معيار التعسف في إستعمال النفوذ الإقتصادي .....                 |
| 71 | <b>ثانياً :</b> معيار الميزة المفرطة .....                                    |
| 74 | <b>ثالثاً :</b> معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات .....                  |
| 75 | <b>الفرع الثاني :</b> أنواع الشروط التعسفية .....                             |
| 75 | <b>أولاً :</b> الشروط المحددة بموجب القوانين والمراسيم .....                  |
| 80 | <b>ثانياً :</b> الشروط المحددة من طرف لجنة البنود التعسفية .....              |
| 85 | <b>ثالثاً :</b> التوصيات التي تصدرها لجنة البنود العسفية .....                |
| 87 | <b>خلاصة الفصل الأول</b> .....                                                |
| 88 | <b>الفصل الثاني :</b> آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية .....           |
| 90 | <b>المبحث الأول :</b> مظاهر حماية المستهلك في عقود الاستهلاك .....            |
| 90 | <b>المطلب الأول :</b> الأساس القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية .... |
| 91 | <b>الفصل الأول :</b> حماية المستهلك في عقد الإذعان من الشروط التعسفية ....    |

|     |                                                                              |
|-----|------------------------------------------------------------------------------|
| 91  | <b>أولاً:</b> حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية .....                 |
| 96  | <b>ثانياً:</b> تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن .....                          |
| 100 | <b>الفرع الثاني:</b> بعض الوسائل القانونية المتاحة لتحقيق التوازن العقدي...  |
| 100 | <b>أولاً:</b> نظرية السبب ومبدأ حسن النية .....                              |
| 108 | <b>ثانياً:</b> نظرية عيوب الإرادة .....                                      |
| 116 | <b>المطلب الثاني:</b> مجالات حماية المستهلك من الشروط التعسفية .....         |
| 116 | <b>الفرع الأول:</b> حماية المستهلك من الشروط التي تتضمن تعسفا .....          |
| 116 | <b>أولاً:</b> حماية المستهلك من الشروط الجزائية .....                        |
| 128 | <b>ثانياً:</b> حماية المستهلك من الشروط الإرادية .....                       |
| 133 | <b>الفرع الثاني:</b> حماية المستهلك من الشروط التعسفية بذاتها .....          |
| 133 | <b>أولاً:</b> شرط الإغفاء من المسؤولية .....                                 |
| 142 | <b>ثانياً:</b> شرط الإنقاص من الضمان أو إسقاطه .....                         |
| 148 | <b>المبحث الثاني:</b> الإطار المؤسسي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ..   |
| 148 | <b>المطلب الأول:</b> دور الجمعيات ولجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك .. |
| 148 | <b>الفرع الأول:</b> دور لجنة البنود التعسفية في مكافحة الشروط التعسفية ..... |
| 149 | <b>أولاً:</b> التعريف بلجنة البنود التعسفية .....                            |
| 152 | <b>ثانياً:</b> اختصاصات لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك .....         |
| 158 | <b>الفرع الثاني:</b> دور الجمعيات في حماية المستهلك .....                    |
| 155 | <b>أولاً:</b> التعريف بجمعيات حماية المستهلك .....                           |
| 158 | <b>ثانياً:</b> دور دعاوى الجمعيات في حماية المستهلك .....                    |
| 160 | <b>المطلب الثاني:</b> دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية .....  |
| 160 | <b>الفرع الأول:</b> رقابة القضاء على الشروط التعسفية .....                   |
| 161 | <b>أولاً:</b> الإعراف للقاضي بسلطة تعديل شروط العقد .....                    |
| 164 | <b>ثانياً:</b> الإجراءات المتبعة في رفع الدعوى القضائية .....                |
| 178 | <b>الفرع الثاني:</b> جزاءات الشروط التعسفية .....                            |

|     |                                                     |
|-----|-----------------------------------------------------|
| 178 | أولاً: الجزاء المدني المقرر للشروط التعسفية.....    |
| 182 | ثانياً : الجزاء الجزائي المقرر للشروط التعسفية..... |
| 184 | خلاصة الفصل الثاني.....                             |
| 185 | الخاتمة.....                                        |
| 191 | قائمة المراجع.....                                  |
| 202 | الفهرس.....                                         |

ملخص المذكرة

## تلخيص البحث :

لطالما حاول المشرع التصدي لمختلف الشروط التي تتضمن تعسفا في شتى المجالات ، وذلك بالنص عليها في القواعد التقليدية ، غير أنه أمام التطورات التي شهدتها السوق اليوم وزيادة إنتاج السلع وتنوع الخدمات ما دفع الطرف القوي مقدم السلعة أو الخدمة إلى تحرير نماذج تضم مثل هذه التصرفات نظرا لكثرة التعاملات وسرعتها في اليوم الواحد، لم تعد هذه القواعد كفيلا بمواجهة الشروط التعسفية التي تضمها هذه العقود ، مادفع المشرع إلى البحث عن وسائل أخرى أكثر نجاعة للحد من مثل هذه الشروط ، سواء عن طريق إنشاء لجنة الشروط التعسفية ، أو جمعيات حماية المستهلك ، أو عن طريق تدخل القاضي في تعديل الشروط التي يراها مجحفة في حق أحد الطرفين رغم مالها من تأثير على أهم مبدأ في التعاقد وهو مبدأ سلطان الإرادة ، وذلك بهدف إعادة التوازن بين الطرفين المتعاقدين ، غير أنه يبقى سؤال مطروح :هل أن هذه الآليات كفيلا فعلا للحد من الشروط التعسفية نهائيا ، أم أنها تبقى مجرد حبر على ورق ؟.

### Résumé de l'Exposé:

Le législateur a aussi longtemps essayé de confronter les conditions qui comportent un abus dans des différents domaines , et cela par les promulguer dans les règles traditionnelles, mais devant le grand développement auquel le marché est subit, et ainsi l'augmentation de la production des marchandises plus la diversité des services ont mené la partie forte, le fournisseur de la marchandise ou le service, à produire des modèles contenant ces comportements ; vu au grand nombre et à la rapidité des transactions pendant un seul jour ;ces règles ont devenu désormais insuffisantes pour confronter les conditions arbitraires que ces actes faire contenir, ce qui a fortement pousser le législateur à chercher ces conditions soit par la création d'une jury des conditions arbitraires, soit des associations qui protègent le consommateur , ou également par l'intervention des juges dans le but de modifier les conditions qui leurs semblent injustes contre les deux parties, malgré l'influence de ces dernières sur le principe du contrat qui se considéré le principe de la volonté pure, afin de rééquilibrer les deux parties contractants.

La question qui se pose : est ce que ces mécanismes sont capables à réduire les conditions arbitraires de manière définitive, ou bien elles vont rester encre sur papier ?