

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة محمد بوضياف - المسيلة

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية  
فرع: الحقوق  
تخصص: قانون أعمال



كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق  
رقم: .....

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد الطالب: ساكو عبد الرؤوف

تحت عنوان

تحقيق التوازن العقدي إزاء الشروط التعسفية

رئيسا  
مشرفا ومقررا  
مناقشا

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة  
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

لجنة المناقشة:  
- بوقرة لعمرية  
- بقة عبد الحفيظ  
- ميرة وليد

السنة الجامعية: 2018/2017



# إهداء

إلى كل من أضاء بعلمه عقل غيره

أو هدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه

فأظهر بسماحته تواضع العلماء

وبرحابته سماحة العارفين

ومنه نهدى هذا العمل المتواضع والبسيط إلى أعز الناس بعد الله ورسوله ألا وهما  
الوالدين الكريمين اللذين لم يبخلنا علينا بشيء يوماً و كانا دائمى الدعاء لنا فنقول فيهما

كما قال فيهما العزيز الجليل الخبير العليم بكل علم سليم :

(واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا )

وإلى كل من علمنا الصبر والنجاح

إلى كل من نفتقدهم في مواجهة الصعاب

وإلى كل من إختوتني وأصدقائي

وإلى كل من علمني حرفاً وإلى كل من ساهم من قريب أو بعيد و إلى كل من تميز  
بالوفاء والعطاء .





## كلمة شكر وتقدير

الحمد لله تعالى على نعمه وأفضاله، والشكر الجزيل له على توفيقه وتسميله لي إنجاز هذا العمل المتواضع، والصلاة والسلام على من جاء بشري ورحمة للعالمين.

والشكر الجزيل للأستاذ "بقة عبد الحفيظ" على تفضله بقبول الإشراف على هذا البحث، والتقدير لتوجيهاته وملاحظاته القيمة.

والشكر الجزيل أيضا للسادة الأساتذة المناقشين على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

والشكر والتقدير أخيرا، لكل من قدم لي يد العون بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، من أجل إتمام هذا البحث.



## مقدمة :

الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة، باعتبار أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة، فينعقد العقد بعد المفاوضات والنقاشات حول مضمونه وبعد تطابق الإرادتين بين أطرافه.

ولا يمكن نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب أقرها القانون، وهذا ما تضمنته المادة 106 من القانون المدني الجزائري بقولها « العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون ».

تعتبر الإرادة كفيلا لحماية المتعاقد في حالة تكافؤ المراكز القانونية للمتعاقدين، لكن قد يكون هناك اختلال في التوازن العقدي في حالة عدم التكافؤ الذي يفرض فيه الطرف القوي في العلاقة التعاقدية شروطا على الطرف الآخر، وهذه الشروط قد تكون تعسفية في حقه.

ففي ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة، وفي ظل الممارسات الاحتكارية في ظل الاقتصاد الحر، انتشرت العقود النموذجية، حيث ينفرد العون الاقتصادي بصياغتها بعيدا عن الرقابة، فيقوم بوضع شروط تعسفية مجحفة لتحقيق مصالحه، غير مهتم بالأضرار التي قد تقع على الطرف الآخر، مما يؤدي إلى عدم التوازن العقدي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أصبح المستهلك يقدم على إشباع حاجاته اليومية دون أدنى تفكير أو روية، فالسرعة الفائقة في التعامل في حياتنا اليومية جعل التوقيع على العقود يتم تلقائيا وآليا دون أي فحص أو دراسة لبود العقد وشروطه، ولذلك فإن هذا الإقبال الذي يتسم بعدم التفحص وعدم التبصر جعل الطرف القوي يستفيد من هذا الموقف بتضمين العقود بعض الشروط التعسفية.

وإلى جانب القانون المدني استحدثت المشرع الجزائري منظومة قانونية خاصة لمكافحة الشروط التعسفية، من خلال القانون 04-02<sup>1</sup> المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات

(1) قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (جريدة رسمية عدد 41 مؤرخة في 27 جوان 2004)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 (جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 18 أوت 2010).

التجارية، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>2</sup> الذي حدد بهما قائمة باسم الشروط التعسفية.

### موضوع الدراسة :

تطرقت في دراستي إلى كيفية تحقيق التوازن العقدي إزاء الشروط التعسفية.

### أسباب اختيار الموضوع :

### الدوافع الذاتية :

- الرغبة في دراسة ومعرفة كيفية تحقيق التوازن العقدي إزاء الشروط التعسفية، وخاصة في ظل التحولات الاقتصادية السريعة وكثرة العقود فيها.
- ارتباط هذا الموضوع بتخصص قانون الأعمال.

### الدوافع الموضوعية :

- نقص المراجع الجزائرية التي اعتنت بدراسة هذا الموضوع.

### أهمية دراسة الموضوع :

تكمن أهمية الدراسة لهذا البحث في الوقوف على مدى نجاعة القواعد التي خص لها المشرع، من أجل الحماية من الشروط التعسفية، وبالنسبة لتحقيق التوازن العقدي إزاء هذه الشروط لم تكن فيه دراسات معمقة خاصة وأن حياة الفرد في المجتمع أصبحت عبارة عن تعاقدات في شتى المجالات، تترتب عليه إشكالات تحتاج إلى متابعتها من جهات مختصة لإنقاص الضغط على الطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي.

### هدف الموضوع :

نههدف من خلال هذا البحث المتواضع إلى تحديد العقود التي تعتبر تعسفية، وإبراز الرقابة المفروضة عليها في سبيل حماية الطرف الضعيف فيها.

---

(2) المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (جريدة رسمية رقم 56 المؤرخة في 11 سبتمبر 2006) المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 (جريدة رسمية رقم 07 المؤرخة في 10 فيفري 2008).

إشكالية الدراسة :

إلى أي مدى تمكن المشرع الجزائري من تحقيق التوازن العقدي إزاء الشروط التعسفية، من خلال النصوص القانونية والآليات الوقائية والردعية؟

منهج الدراسة :

للبحث في هذه الإشكالية كانت دراستي معتمدة على منهج تحليلي وذلك من خلال تحليل مواد التشريع المنظمة لهذا العقد.

صعوبات الدراسة :

بالرغم من قلة المراجع المتخصصة في مجال الدراسة إضافة إلى ضيق الوقت وطبيعة الموضوع المعالج، وتشعبه في عدة عناصر، مما يعيق الإلمام به كليا.

خطة الدراسة :

وقد قسمت خطة دراسة هذا الموضوع إلى فصلين حيث يتناول الفصل الأول الشروط التعسفية كسبب للإختلال التوازن العقدي، والذي قمنا بتقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول تطرقنا فيه إلى ماهية الشروط التعسفية والمبحث الثاني تطرقنا إلى تحقيق التوازن العقدي في عقد الإذعان وفي الشرط الجزائي والغرامة التهديدية. في حين تناولنا في الفصل الثاني الرقابة المقررة على الشروط التعسفية وقسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول تناولنا فيه الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية بينما في المبحث الثاني الرقابة القضائية على الشروط التعسفية.

## الفصل الأول

### الشروط التعسفية كسبب للإختلال التوازن العقدي

يتم تحقيق التوازن العقدي، عندما تكون المراكز القانونية لأطراف العقد متكافئة عند إبرام العقد، غير أنه يمكن أن يكون المركز القانوني لأحد المتعاقدين غير متكافئ مع مركز المتعاقد الآخر، وهذا يؤدي إلى نشوء طائفة من الشروط التعاقدية التي تثقل كاهل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهي ما تسمى بالشروط التعسفية.

من خلال هذا الفصل سنحاول التطرق إلى ماهية الشروط التعسفية كخطوة أولى ( المبحث الأول )، ثم إلى تحقيق التوازن العقدي في عقد الإذعان وفي الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ( المبحث الثاني ).

## المبحث الأول : ماهية الشروط التعسفية

المعروف أن العقود تقوم على مبدأ الحرية التعاقدية، بحيث يجوز للمتعاقدين أن يضمنا تعاقدتهما في أي شرط يرتضيانه طالما أن الشرط غير ممنوع قانونا سواء هذا المنع بنص خاص أو عام وذلك بعدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة، وحرصا كل منهم على تحقيق مصالحه دون أن يؤدي ذلك إلى اختلال في التوازن العقدي.

إلا أنه في ظل التفاوت المحسوس في مراكز أطراف العلاقة التعاقدية والظروف الاجتماعية والمتغيرات الاقتصادية، وما نشأ عنها من تنوع في الخدمات والسلع والمنتجات، وتعدد أساليب التسوق المعاصرة وطرق الدعاية المختلفة أدي إلى خلق مناخ غير ملائم لإبرام العقود والتصرفات وجعل الطرف القوي ينفرد بوضع مجموعة من الشروط، غير مهتم بالأضرار التي قد تلحق بالطرف الأخر في العلاقة وهذا ما يسمى بالشروط التعسفية، وعليه سنتناول هذا المبحث في مطلبين نتطرق إلى مفهوم الشروط التعسفية (المطلب الأول) وإلى أنواع الشروط التعسفية ومعاييرها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

إن تنظيم الشروط التعسفية باعتراف الفقه الغربي يعد تنظيم حديث ظهر بعد ظهور الاصطلاح نفسه، فالشرط التعسفي اصطلاح معروف في القوانين الغربية وفي القانون المصري وأيضا في القانون الجزائري الذي نظمه في قوانين خاصة، وذلك لما له من آثار على الإنسان بصفة عامة، من هذا المنطلق سنحاول التطرق في (الفرع الأول) إلى تعريف الشروط التعسفية وفي (الفرع الثاني) سنتناول تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة أما بالنسبة (للفرع الثالث) فسننتقل إلى عناصر الشروط التعسفية.

### الفرع الأول : تعريف الشروط التعسفية

إن الشروط التعسفية من الموضوعات التي توسع مجال تعريفها من ناحية الفقه والتشريع، لذلك سنتعرض إلى تعريفها على أساس الفقه (أولا) وعلى ضوء التشريعات (ثانيا).

#### أولا : تعريف الفقه للشرط التعسفي

تعددت تعريفات الفقه للشروط التعسفية واختلفت، بتعدد واختلاف زاوية الرؤية للشرط التعسفي، فجاءت تعريفات معتمدة على أطراف العلاقة التعاقدية، وأخرى مبنية على مصدر فرض الشروط التعسفية، وثالثة ركزت على أثر الشروط التعسفية على العلاقة العقدية، وعلى ذلك

سنحاول إيراد جملة من التعريفات باعتبار الرؤى السابقة، فمن حيث أطراف العلاقة العقدية فيه ومصدره فعرف بأنه « الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة»، ومن حيث طريقة فرضه فقد عرف بأنه « الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الآخر»، أما من حيث أثره على العلاقة العقدية وتوازنها فقد جاء في تعريفه ما يلي « شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح - ممقوت- بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا المهني، بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك»<sup>1</sup>.

كما أن الفقه الجزائري أقدم على تعريف الشرط التعسفي بأنه: « ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة».

يلاحظ على هذا التعريف أنه متأثر بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>، إذ أن هذه المادة قررت أن القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط، يقوم بذلك "وفقا لما تقضي به العدالة"<sup>3</sup> فالفقه الجزائري اعتمد على معيارين في آن واحد لتحديد الصفة التعسفية للشرط الأول هو معيار الميزة الفاحشة ومعيار العدالة غير أن هذا الأخير واضح وغامض لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر وهو ما قد يؤدي إلى تضارب الأحكام بين الفقهاء بصدد نفس الشرط<sup>4</sup>.

(1) أحمد رياحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد5، ص 346-347.

(2) المادة 110 قانون مدني جزائري: « إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة...».

(3) محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص 97.

(4) سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة باتنة، 2013-2014، ص57.

## ثانياً: تعريف التشريعات للشرط التعسفي

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

كما عرفه المشرع المصري في المادة 10 من قانون حماية المستهلك « كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك، يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته الواردة بهذا القانون ». والمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية قام بتعريف الشرط التعسفي في المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بأنه: « 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 ».

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 إتخذه المشرع الجزائري أزال الكثير من التساؤلات التي أثارت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية والمعايير الواجب توافرها حتى يوصف الشرط بأنه تعسفي<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني : تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة

يقترّب مفهوم الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن شروط تعاقدية، وعلى وجه التحديد يمثل كل من الشرط غير المشروع والشرط النموذجي أكثر المفاهيم

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

(2) سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 60، 61.

تداخلا مع مفهوم الشرط التعسفي، لذلك يجب التمييز بينه وبين الشرط غير المشروع، وبين الشرط النموذجي من جهة أخرى من أجل الخروج بمفهوم دقيق للشرط التعسفي.

### أولا : تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع

يفتضي تمييز الشرط التعسفي عن الشرط غير المشروع تحديد مفهوم هذا الأخير أولا لاستنباط الفروقات بينه وبين الشرط التعسفي.

**1- مفهوم الشرط غير المشروع:** الشرط غير المشروع، هو الشرط التعاقدى المخالف لقواعد القانون الآمرة، التي تكفل احترام النظام والآداب العامين، لذلك فإن جزاء وجود مثل هذا الشرط هو البطلان الذي يأخذ وجهين :

إما أن يكون مطلقا وإما نسبيا، ويمثل الأول الأثر الأصلي للبطلان، ذلك أنه يبطل العقد برمته بما في ذلك الشرط غير مشروع، ولعل ابرز مثال على بطلان العقد لوجود شرط غير مشروع هو بطلان عقد الشركة بوجود الشرط الذي مفاده اتفاق الشركاء على أن لا يساهم أحدهم بالخسارة فيما يستفيد من الأرباح المحصلة، أو أن يحرم أحدهم من الأرباح فيما يساهم بالخسارة، ومثل هذا الشرط عادة ما يدرجه الشريك ذو المركز القوي في الشركة، لذلك فقد درج الفقه على تسميته بشرط الأسد، وهو ما تناولته المادة 426 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري التي تقول « إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في الخسارة كان عقد الشركة باطلا ».

وتقرير البطلان لوجود مثل هذا الشرط أمر طبيعي، باعتبار المساهمة في الأرباح والخسائر ركن من أركان عقد الشركة<sup>1</sup>.

أما الثاني - البطلان النسبي - فيقتصر على بطلان الشرط غير المشروع فقط دون العقد الذي يبقى قائما، ما يعرف في القواعد العامة بنظرية انقضاء العقد Réduction du contrat والتي جاء النص عليها في المادة 104 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

(1) عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000، ص 161.

(2) المادة 104 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري : " إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يساهم في أرباح الشركة ولا في الخسارة كان عقد الشركة باطلا ".

كما أن النص جاء على بطلان مثل هذا الشرط تقريراً للمبدأ العام المنصوص عليه في المادة 178 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup> والتي وإن أجازت الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية عموماً فإنها تبطل كل شرط ينشأ عن غش المدين وخطئه الجسيم<sup>2</sup>. كذلك نص المادة 52 فقرة 03 من القانون التجاري الجزائري، فيما يخص مسؤولية الناقل في عقد نقل الأشياء<sup>3</sup>.

**2- الفرق بين الشرط الغير مشروع والشرط التعسفي:** يظهر الفرق بين الشرط غير المشروع والشرط التعسفي من عدة نواحي

**(أ) من الناحية الاصطلاحية**

ميز المشرع الجزائري في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بين مصطلحي غير المشروع والتعسفي، فقد عبر عن البنود أو الشروط التعسفية بالممارسات التعاقدية التعسفية ( Pratiques contractuelles abusives ) حينما استخدمها كعنوان للفصل الخامس المتعلق بأحكام البنود التعسفية، فيما عرف مفهوم غير الشرعي بصورة غير مباشرة حينما عنون الفصل الأول من الباب الثالث بالممارسات التجارية غير الشرعية ( Pratiques commerciales illicites )، فلو كان يرمي لمفهوم واحد لما خصص لكل منهما فصلاً مستقلاً<sup>4</sup>

**(ب) من الناحية القانونية**

تحتل الاتفاقيات في المجال العقدي مركزاً مهماً من الناحية القانونية، فهي تسمو على القواعد المكتملة، مهما كانت أهميتها، فكل العقود مبنية على الاتفاق الذي يترجم في بنود

(1) المادة 178 من القانون المدني الجزائري: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أي مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم".

(2) مريم بوحظيش، ابتسام عمارة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قلمة، 2015-2016، ص 15.

(3) المادة 52 فقرة 03 من القانون التجاري الجزائري: الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج.ر.ع 101 مؤرخة 19 ديسمبر 1975 المعدل والمتمم تنص على "يكون باطلاً كل اشتراط من شأنه أن يعفي الناقل كلياً من مسؤوليته عن فقدان الكلي أو الجزئي أو التلف".

(4) إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون العقود المدنية، جامعة أم البواقي، 2011-2012، ص 58.

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

أما الشروط التعسفية فإن مجالها هو عقود الاستهلاك باعتبارها عقود تتميز بعدم التوازن في المراكز القانونية، ولا يمكن أن تمتد للعقود التي تتسم بالتوازن، إذ يكمن مناط التعسف في ذلك الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف الذي يحدثه وجود مثل هذه البنود كونها تخدم مصالح المهنيين وتتعسف في حق المستهلكين، بالرغم من أنها تبدو في الظاهر بنوداً اتفاقية محظى لأن المهني غالباً ما يلزم المستهلك بأن يكتب عبارة قرأت العقد ووافقت عليه، وإضافة إلى الإمضاء، وبالتالي فالشرط التعسفي ليس الشرط الذي يخالف النصوص الآمرة كما يجسده مفهوم الشرط غير المشروع، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الاتفاقي للعقد.

### ج) من ناحية تعامل القضاء

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

وقد وضحت الفرق بين الشرطين، محكمة استئناف Grenoble، الغرفة المدنية الأولى، في قضية بين ufc بصفتها مستأنفة و association cl vacances مستأنفة عليها في قرارها الصادر في 15 جانفي 2008، والذي يتمحور موضوعه حول إلغاء الشروط التعسفية وغير المشروعة جبراً للضرر العام الذي أصاب المستهلكين في عقود تأجير المنازل النموذجية الصادرة عن association cl vacances، حيث جاء في حيثيات القرار أن الشرط غير المشروع هو الشرط الذي يعارض حكماً من النظام العام، وعليه فإن البند الذي يقضي بأن مبادرة المالك (المؤجر) بالعدول عن العلاقة العقدية لا ينجر عنه رد العربون الذي قدمه المستهلك (المستأجر)، هو بند مخالف للقواعد العامة التي تقضي بأنه، إذا عدل من قبض العربون أو مثله وفقاً للمادة 1590 من القانون المدني الفرنسي والمادة 114 فقرة 01 من قانون الاستهلاك، وهاته الأحكام من النظام العام، أما بالنسبة للبند الذي لا يمكن المستأجر من أن يحضر أشخاص زائدين عن العدد المذكور في العقد إلى البيت، إلا بعد أخذ رأي المؤجر فقد اعتبرته

المحكمة شرطا تعسفيا، ذلك أن المؤلف في عقود الإيجار أن المستأجر يدفع بدل إيجار المحل ككل بصرف النظر عن ما يسعه من أماكن مقارنة بعدد الأشخاص والذي يبقى عمل الفنادق<sup>1</sup>.

### ثانيا : تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي

لتمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي يجب علينا التطرق إلى تعريف الشرط النموذجي، ثم تبيين أوجه الشبه والاختلاف بينهما.

**1- تعريف الشرط النموذجي:** يقتضي تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي، بتعريف الشرط النموذجي لأن الشرط التعسفي سبق تعريفه في الفرع الأول، ثم التمييز بين الشرطين، فالعقد النموذجي هو عقد معد من قبل احد المتعاقدين، ويتضمن شروط العقد المعروضة على المتعاقد الآخر في حال الرغبة في الدخول في العقد دون أن يكون لهذا المتعاقد الحق في المساومة أو الاختيار، ويقدم هذا العقد في شكل مطبوع فيه شروط وفراغات يملؤها طرفيه حتى يصبح خاصا بهم، وحاليا نظرا للحاجة الماسة لسرعة المعاملات شاعت العقود النموذجية بشكل كبير، حيث أخذت شروط العقود النموذجية تحل محل القواعد القانونية المكتملة<sup>2</sup>.

ويعرف أيضا بأنه مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزورة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد، وعرف أيضا بأنه عقود تتطوي على حقيقة التعاقد، وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة، أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية<sup>3</sup>.

**2- أوجه الشبه بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي:** الشرط التعسفي يتفق مع الشرط النموذجي، أن كلا الشرطين لا يقبلان التفاوض، لأن المستهلك لا يملك سلطة تعديل أي من الشرطين، فهما لا يقبلان التفاوض.

**3- أوجه الاختلاف بين الشرط النموذجي والشرط التعسفي:** فإن الشرط التعسفي لا يشترط أن يعد مسبقا من قبل منظمة أو هيئة على عكس الشرط النموذجي، وأيضا أن العقد الذي

(1) مريم بوحظيش، ابتسام عمارة، المرجع السابق، ص 25، 24.

(2) أسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 01، 2008-2009، ص 27.

(3) نصيرة خلوي عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، 2013، ص 37.

يشمل الشرط النموذجي يمكن أن يكون موجها للعامة، وأن الشرط التعسفي قد لا يوجه إلى العموم.

كذلك يمكن أن يستنتج أن الشرط النموذجي أخف وطأة على المستهلك، بينما الشرط التعسفي يوضع دائما خلافا لمصلحة المستهلك، وخلافا لمبدأ حسن النية، أما الشرط النموذجي فليس بالضرورة أن يوضع خلافا لمبدأ حسن النية.

أضف إلى ذلك أن الشرط التعسفي يعطي لطرف على حساب طرف آخر بغض النظر عن المساواة والتعادل فيما بين الأطراف، وإن كان في الإطار التطبيقي يظهر أن استخدام الشروط النموذجية يكون من الطرف ذي المركز الاقتصادي القوي<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث : عناصر الشروط التعسفية

يمكن تقسيم عناصر الشرط التعسفي إلى قسمين: عناصر تتعلق بالعقد الاستهلاكي وعناصر تتعلق بالمتعاقد بوصفه مستهلكا أو عونا اقتصاديا.

**أولا : عناصر تتعلق بالعقد الاستهلاكي وتتمثل فيما يلي:**

**1- أن يوجد عقد (إذعان) محله بيع سلعة أو تأدية خدمة:** إن مجال الشرط التعسفي هو عقد الإذعان والمشرع الجزائري لم يكتف بالأخذ بالمعنى الكلاسيكي للعقد الوارد في نص المادة 54<sup>2</sup> من القانون المدني، بل تبنى مفهوم حديث للعقد في المادة 03 من القانون 04-02 السالف الذكر، كما كرر المشرع الجزائري هذا التعريف في المادة 01 من المرسوم 06-306 السالف الذكر.

وبالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية التي تنظم هذا النوع نجد أنها تنص على كلمة منتج بدلا من سلعة، وذلك لأن كلمة منتج أعم وأشمل في حين أن السلعة تشمل فقط المنقولات المادية سواء كانت تهلك باستعمالها لأول مرة كالمواد الغذائية أو سلع معمرة

(1) مريم بوحظيش، ابتسام عمارة، المرجع السابق، ص22.

(2) المادة 54 قانون مدني جزائري: « كل اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ».

كالسيارات، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-266<sup>1</sup> الذي عرفت المنتج بأنه: « كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة ». وأيضاً ما نصت عليه المادة 03 من القانون 09-03<sup>2</sup> ووسعت من تعريف المنتج بأنه: « كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجاناً ».

والملاحظ أن المشرع لم يتحدث عن العقار بصفة عامة غير أن البعض يميل إلى اعتباره منتوجاً أو سلعة قابلة للاستهلاك يخضع فيها المستهلك أو المتعاقد العادي للحماية الخاصة التي تقرها القوانين الحمائية، نظراً لأن من يشرف على مثل هذه التصرفات لا بد أن يكون محترفاً ومختصاً وهو ما يجعل المتعاقد العادي أو المستهلك في مركز ضعيف.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ضيق من نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية وحصرها في عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة على عكس المشرع الفرنسي الذي ذهب إلى أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أياً كان شكلها أو سندها، مما جعل هذه النصوص تسري على جميع العقود كعقد البيع أو الإيجار أو التأمين، وأياً كان محلها عقاراً أو منقولاً وسواء كانت تنصب على السلع أو الخدمات<sup>3</sup>.

**2- أن يكون الشرط مكتوباً:** اشترط المشرع الجزائري التحرير المسبق أي الكتابة، فلكي يطبق النظام الذي جاء به قانون حماية الممارسات التجارية على جميع الشروط التعاقدية المكتوبة ويتضح ذلك عند تعريف عقد الإذعان ولأول مرة في المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة و تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ». وأكد المشرع الجزائري أن يكون مجال الشرط عقد الإذعان وأيضاً مكتوب إذا كرر ما سبق في المرسوم التنفيذي 06 - 306 كما جاء في المادة الأولى الفقرة الثانية من بأنه

(1) المرسوم التنفيذي 90-266 الصادر في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية عدد 40، المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 10/05/1999، وقد الغي هذا المرسوم بموجب المرسوم 13-327 المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ المؤرخ في 26/09/2013، الجريدة الرسمية عدد 49، المؤرخة في 02/10/2013.

(2) القانون رقم 09-03 الصادر بتاريخ 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 08/03/2009.

(3) سلمة بن سعيدي، المرجع السابق، ص 62، 64.

« يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 03 الفقرة 04 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004، « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي» ولهذا المشرع الجزائري تبني المفهوم الواسع لعقد الإذعان كما أن الحماية من الشروط التعسفية تقتصر على الشروط المكتوبة مسبقا دون تلك التي لم تكتب، وتجدر الإشارة أن المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان أي العقود المبرمة شفاهة بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو جزء منها مكتوب مسبقا مما يجعلها تتعلق بعملية مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهة، وبطبيعة الحال فإن الكتابة المقصودة ليست الكتابة الرسمية بل مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق الرسمية التي تصدر سواء عن المحترف أو العون الاقتصادي مثل الفاتورة، سند الضمان، وصل تسليم، وهذا ما ورد في المادة 03 الحالة 04 الفقرة 02 من قانون 02-04 بنصها « يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا<sup>1</sup>».

**3- أن يؤدي الشرط إلى إخلال ظاهر لتوازن العقد:** بالنظر إلى التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة 03 من القانون 02-04 المعدل والمتمم والذي أكد فيه أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون من شأنه إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرط ما تعسفيا، متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة 1-132 قانون الاستهلاك والذي نقله هذا الأخير عن التعليمات الأوروبية لسنة 1993 علما أن القانون الفرنسي كان يتبنى معيارا آخر وفقا لقانون 1978/01/10 وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن معايير الشرط التعسفي والتطورات التي مرت بها<sup>2</sup>.

### ثانيا : عناصر متعلقة بالمتعاقد في حد ذاته

(1) عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 178، 179 .

(2) عبد الرؤوف زيوش، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مداخلة مقدمة في إطار يوم دراسي حول الحماية القانونية للمستهلك، جامعة التكوين المتواصل، تيزي وزو، 12 مارس 2016، ص 11 .

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

فالإتجاه الأول ضيق نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، على رأسهم المشرع الفرنسي الذي أفرد للمستهلك حماية خاصة من الشروط التعسفية. والاتجاه الثاني يرى أن الحماية لا تقتصر فقط على المستهلك، وإنما 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.

وهذا ما يمكن استخلاصه من خلال المادة 01 من القانون 04-02 المعدل والمتمم حيث نصت على أنه: « يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه »<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : أنواع الشروط التعسفية ومعاييرها

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 وإذعان 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 جنة الشروط التعسفية، ولذلك سنتطرق إلى أنواع الشروط التعسفية كفرع أول، ومعايير الشروط التعسفية في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول : أنواع الشروط التعسفية

لتحديد أنواع الشروط التعسفية يجب التطرق للشروط التعسفية المحددة بموجب القوانين (أولا)، والشروط التعسفية المحددة بموجب المراسيم الحكومية (ثانيا)، وأخيرا إلى التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية (ثالثا).

(1) سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 66.

### أولاً : 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 اخذ به المشرع الفرنسي والجزائري على عكس المشرع الألماني الذي حدد هذه الشروط ضمن قائمتين على أساس مدى قابليتها للتقييم وللسلطة التقديرية للقاضي<sup>1</sup> :

**1- 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 أخذا 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>.

**2- 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.

(1) أميرة حسن الرافي، المحاكم الاقتصادية، قوانين الاستثمار، قوانين حماية المستهلك، المكتب العربي الحديث، مصر، بدون طبعة، ص 595 .

(2) القانون الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد الصادر في 1976/12/09 والذي بدأ العمل به في 1977 .

(3) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2007، ص 21 .

- 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.
- الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه واستبعاد أو تحديد من المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير<sup>1</sup>.

### ثانيا : الشروط التعسفية المحددة بموجب المراسيم الحكومية

بالرجوع إلى المادة 135-01 من القانون الفرنسي 1978/01/10 يبين أنها تجيز للحكومة إصدار مراسيم لتحديد أنواع من الشروط واعتبارها شروطا تعسفية وذلك 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 بدأت العمل بنظام المراسيم سنة 1978 فإنها لم تصدر سوى مرسوما واحدا لا غير، وهو المرسوم رقم 464/78 المؤرخ في 1978/03/24 والصادر من أجل تطبيق المادة 35 من القانون 1978/01/10 والذي نص على ثلاثة أنواع من 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 وغيرها والتي 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.

ومنع هذا النوع من الشروط ساهم في تعديل نصوص القانون المدني فبعد أن كانت قواعد المسؤولية والضمان لا تتعلق بالنظام العام، وبالإمكان الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية حتى عن طريق الاتفاق أصبحت تعد من النظام العام.

يلاحظ أن دور الحكومة لم يعد فعالا ما دام أنه يجوز للقاضي الجزائري الاستناد على تعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 03 الفقرة 05 من قانون 02-04 المعدل والمتمم، شرطا بأنه تعسفا رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 02-04 المعدل والمتمم، ورغم

(1) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 28.

ذكره أيضا من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم وذلك تحت رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الذي يقوم به قضاة الموضوع<sup>1</sup>.

### ثالثا: التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية

هو حل اوجب فيه المشرع القضاء وأوكله مهمة استبعاد الشروط التي يراها تعسفية من جهتها أو بناءا على طلب من جهة المحترفين أو المستهلكين، أو بناءا على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، أو من تلقاء نفسها، ويجوز له من خلال ذلك أن يقوم بتعديل أو حذف الشرط الذي يعد تعسفيا.

### الفرع الثاني : معايير الشروط التعسفية

تضمنت قواعد القانون المدني معيارا تقليديا يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في عقد إذعان تعسفيا أم لا، وهو معيار العادلة لكن هذا المعيار يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية، لاختلاف الشعور بالعدالة من قاض لآخر وهو ما يهدد استقرار المعاملات، لكن القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، أدت إلى ظهور عدة معايير يتحدد وفقها كون الشرط المدرج في عقد استهلاك أو عقد إذعان تعسفيا من عدمه<sup>2</sup>، وتتمثل هذه المعايير في

### أولا : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

يجب الاعتراف أن هذا المعيار إتسم بالغموض وعدم الدقة ذلك أن المحترف يستخدم قوته الاقتصادية من أجل الحصول على الميزة المفرطة، غير أن القوة الاقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى والقوية إقتصاديا، فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة، ما دام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروعا وطنيا، وأمام هذا الغموض حاول الفقه البحث عن المقومات والعناصر التي تكشف عن القوة الاقتصادية للمحترف، فذهب رأي أول إلى أن المؤشر على السلطة أو القوة الاقتصادية للمحترف يتجلى منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم، وهو كاف لاعتبار هذا الشرط باطلا، وذهب رأي ثاني إلى أن التعسف يأتي من الوضع المسيطر، والذي ينجر بدوره من حصول المحترف على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها، لان التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق المنافسة

(1) حامد محمد حامد أبو علي، المرجع السابق، ص46،47.

(2) محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص109.

يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة، وذهب رأي ثالث إلى التشكيك في جدوى هذا المعيار، على أساس أن السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح للمحترف من فرض الشروط التعسفية على المستهلك، وانتهى هذا الرأي إلى عدم جدوى معيار القوة الاقتصادية أخذاً على المشرع الفرنسي اختيار هذا المعيار<sup>1</sup>.

### ثانياً : معيار الميزة المفرطة

حسب المادة 35 السابقة من قانون 10 جانفي 1978 الفرنسي، فإنه لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفياً، يجب أن يكون مفروضاً 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، ويعتبر مرتبطاً به بعلاقة سببية<sup>2</sup>.

وتقترب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن كما هي معرفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وإن كانا يختلفان من حيث محل التعسف، حيث ينصب في الغبن على الثمن، إما في الشروط التعسفية فينصب التعسف على الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد.

وقد ثار التساؤل حول وجوب أن تكون الميزة المفرطة ذات طابع مالي فقط، وتم ملاحظة أن الكثير منها ذات طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بالأسعار وكيفيات دفعها، كما أنها لا تخلو من شروط أخرى ليست ذات طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بالتسليم وشروط المنتج وتجديد العقد، كما ثار تساؤل آخر فيما يخص كيفية تقدير الميزة المفرطة ووجوب النظر إلى جميع الشروط التعسفية أم كل شرط على حدى، والراجح هو وجوب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير دعم التوازن العقدي، لأن الشرط إذا نظرنا إليه بصفة منفردة قد يبدو تعسفياً، إلا أنه يكون مبرراً إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد كما هو الحال بالنسبة

(1) محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2007، ص128، 129.

(2) سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص71.

لشروط تحديد مسؤولية المحترف الذي تقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك<sup>1</sup>.

هذه هي المعايير التي وضعها المشرع الفرنسي لتحديد ما إذا كان تعسفا أم أنه غير تعسفي، وهما معيارين مرتبطين ببعضهما، ويمكن من خلالهما إعادة التوازن للمضمون العقدي، غير أن المشرع الفرنسي تبنى معيارا جديدا هذا الأخير أخذ به المشرع الجزائري أيضا.

**ثالثا : معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات**

بالرجوع إلى نص المادة 03 الفقرة 05 من قانون 04-02 المعدل والمتمم نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتمد معيارا واحدا للتعسف، وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين، وهنا يستشف أنه أخذ بالمعيار الذي اعتمده المشرع الفرنسي في المادة 132<sup>2</sup> من قانون الاستهلاك، بعد أن كان يعتمد في القانون الصادر في 10/01/1978 على معيار النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة، وهذا ما تضمنته المادة 35 منه، إلا أنها قد اعتبرت معايير ذات طابع عام، لذلك تمت عملية إصلاح قادت إلى إجراء تعديل على هذا التعريف والمتضمن في المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي، وأصبح الشروط التعسفية تلك التي تهدف إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الطرفين في العقد<sup>3</sup>.

ولما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة، فإن ما سبق قوله شأن 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 لفكر الغبن المجرد، أي النظرية المادية للغبن من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة<sup>4</sup>.

(1) محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 94، 95.

(2) Art.132/1 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Art.132 de Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

(3) نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،

جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 62.

(4) سلمة بن سعيدي، المرجع السابق، ص 75.

## المبحث الثاني: تحقيق التوازن العقدي في عقد الإذعان وفي الشرط الجزائي والغرامة التهديدية

شهد العالم وخصوصا منذ بداية القرن العشرين عدة تحولات في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية منها، فتبعه تغيير جذري في العلاقات التعاقدية، حيث ظهرت عقود جديدة ومتنوعة يتمتع فيها احد أطراف العلاقة التعاقدية بتفوق اقتصادي وخبرة فنية كبيرة في مجال اختصاصه تمكنه من فرض شروط التعاقد على الطرف الآخر الضعيف، ومن بين هذه العقود نجد عقود الإذعان والتي سنتطرق لها في (المطلب الأول)، و أيضا في الشرط الجزائي والغرامة التهديدية باعتبارها تعسفية في (المطلب الثاني).

### المطلب الأول : تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان

نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولية للمستهلك، بحيث استطاعت تلك الوحدات الإنتاجية القوية نتيجة لسلطتها الاحتكارية أن تملئ إرادتها وشروطها المعدة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكو مناقشة هذه الشروط ، فليس أمامهم سوى الإذعان للطرف المحنكر، والاستسلام لشروطه<sup>1</sup>، ومن هذا المنطلق سنحاول التطرق لمضمون عقد الإذعان ( الفرع الأول ) والى دور القاضي في حماية الطرف المذعن ( الفرع الثاني )

### الفرع الأول: مضمون عقد الإذعان

لمعرفة مضمون عقد الإذعان ينبغي التطرق لتعريف عقد الإذعان (أولا)، ثم لخصائص عقد الإذعان (ثانيا)، ثم للطبيعة القانونية لعقد الإذعان (ثالثا).

### أولا : تعريف عقد الإذعان

على غرار أغلب التشريعات المقارنة، فإن القانون المدني الجزائري، جاء خاليا من أي تعريف لعقد الإذعان باستثناء بعض الإشارات التي لا تكفي لان تعطي مفهوما متكاملًا، بل اكتفى بالنص على كيفية القبول فيها، هذا ما فعله المشرع الجزائري في نص المادة 70 من

(1) محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990،

القانون المدني الجزائري، مما أدى بتكفل الفقه بمهمة تعريفه، ولم يكن هناك تعريف واحد لعقد الإذعان<sup>1</sup>، بحيث يجمع الفقهاء على أن "سالي" هو صاحب أول فكرة للإذعان يرى أن « عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد ».

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

وقد عرف " جورج برليوز " عقد الإذعان بأنه « عقد حدد محتواه التعاقدى كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد ».

وبهذا التعريف لا يكون برليوز قد خرج عن تعريف صاحب فكرة الإذعان الأستاذ "سالي" إلا فيما يخص توضيحه بان المحتوى التعاقدى قد يكون تحديده جزئيا<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للتعريف الذي أورده دكتور عبد المنعم فرج الصده لعقد الإذعان باعتباره ذلك « العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها<sup>3</sup> ».

ويرى فقهاء القانون المدني الفرنسي « أنه توجد عقود هي في الحقيقة أعدت مسبقا، وموجهة إلى الجمهور حسب شكل موحد ول يمكن قبولها إلا جملة ، مع استحالة مناقشة أي شرط من شروطها »، أما الأستاذ الدكتور السنهوري فلم يتطرق إلا للقبول في عقود الإذعان فيقول « قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في

(1) لامية قاسية، ليدية سماعيلي، اختلال توازن التزامات المتعاقدين، مذكرة ماستر، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم

السياسية، قسم الحقوق، بجاية، 2014-2015، ص16.

(2) محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 23.

(3) محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص72.

حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان<sup>1</sup> .»

### ثانيا : خصائص عقد الإذعان

بالرغم من الجدل حول تعريف عقد الإذعان إلا أن هناك تحديد الخصائص التي تميز هذا العقد عن غيرها من العقود، فيتبين مما تقدم أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص الآتية :

- أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلبا لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محددة النطاق بالنسبة إليه بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحا، مستمرا مع المتعاقد معه<sup>2</sup>، ويتكسر التفوق الاقتصادي في نقطتين :

تمتع الموجب باحتكار قانوني : مثلما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف والشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني، فهي الوحيدة التي يمكن تقديمها دون أي مناقشة.

تمتع الموجب باحتكار فعلي : مثل ما هو الحال في منطقة لا توجد بها الشركة تأمين واحدة<sup>3</sup>.

- عقود الإذعان عقود دائمة، ولمدة غير قصيرة.

- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرفق من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين، حيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها في حياتهم، ومن أمثلتها التعاقد مع شركات الماء والكهرباء والغاز.

- أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور عامة وفق شروط مقررة سلفا، ولا يقبل نقاشا فيها والغالب ما تكون الشروط من مصلحة الموجب.

(1) محفوظ بن حامد لعشب، المرجع السابق، ص 25.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام -،

ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص 245.

(3) علي مصبح صالح الحيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 26.

- يتميز عقد الإذعان بأن القبول فيه نوع من الرضوخ والتسليم بالشروط التي يعرضها الطرف القوي، ذلك يعود لحاجة المتعاقد لإبرام عقد على شيء لا استغناء عنه، هذا ما قضت به المادة 70 من ق.م.ج.

- عقد الإذعان عقد ملزم لجانبين وهو من عقود المعاوضات، حيث يلتزم طرف بتقديم السلعة أو الخدمة في مقابل التزام الطرف الآخر بأداء المقابل كعقد التأمين<sup>1</sup>.

### ثالثا : الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

كانت الطريقة التي يتم اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببا في اختلاف الفقهاء حول طبيعة هذا العقد، فذهب الرأي الأول إلى إنكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان (النظرية غير التعاقدية أو اللائحية)، وذهب الرأي الثاني إلى أن تصرفات الإذعان تعتبر عقدا بالمفهوم القانوني ومن ثم تخضع لما يخضع له من أحكام.

**1- النظرية غير التعاقدية أو اللائحية:** حيث ذهب بعض فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد على (عقد الإذعان) ورأوا أنه عبارة عن مركز قانوني منظم، تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه، لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه، وكذا حرية إبرامه، ذلك أن الضرورات الاجتماعية تبرر أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم، فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم، ومن ثم وجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة، وقد ترسخ الاعتقاد لدى المستهلك وهو يتلقى هذه العقود المعدة سلفا، أنه لا تمييز بين النصوص التشريعية أو التنظيمية وبين الوثائق التعاقدية التي يصدرها المحترفون، من حيث كونها تفرض عليه فرضا.

**2- النظرية التعاقدية:** ويبدو أن الاتجاه الآخر القائل بعقدية عقد الإذعان هو الذي انتصر أخيرا، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد، ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية، وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن، فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده، وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي وصحيح، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، ولا يخلو هذا الرأي من المبالغة والتصنع، مما أدى إلى وضع قواعد خاصة به، تراعي

(1) لامية قاسة، ليدية سماعيلي، المرجع السابق، ص 18.

عند انعقاده وتنفيذه وتفسيره بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة من حيث اعتبار القبول فيه أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ومن حيث تفسير الشك الذي يكتنف عباراته كمصلحة العاقد المذعن دائنا كان أم مدينا<sup>1</sup>.

وإذا عدنا إلى العقد الإلكتروني نجده يعرف بأنه: « العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة ومنها شبكة الإنترنت بهدف إتمام العقد ».

فالعقود الإلكترونية تكتسب هذه الصفة من الطريقة الإلكترونية في الإبرام، بحيث ينشأ العقد في مجلس عقد افتراضي دون الحاجة إلى الالتقاء الفعلي للأطراف تتم خلاله عملية الإيجاب والقبول بطريقة كتابية أو طريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة.

ففي الحالات التي يكون فيها على المستهلك قبول الشروط المعروضة عليه دون إمكانية مناقشتها فإنه يكون بذلك طرفاً ضعيفاً في هذه العلاقة، فهو مضطر للتعاقد وبحاجة إلى السلعة أو الخدمة المعروضة عليه، وهو في هذا النوع من العقود يقبل أو يرفض العرض أو الإيجاب الذي يتلقاه عبر الشبكات، فيكون قبوله عبارة عن التسليم بالشروط التي وضعها الطرف الآخر من دون أن تكون له فرصة أو إمكانية مناقشتها.

كما أن هذا النوع من التعاقد تتوفر فيه الشروط المطلوبة في عقد الإذعان المذكورة أعلاه، واعتبار العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان فيه حماية للطرف الضعيف والذي عادة ما يكون المستهلك الذي لا يمكنه التفاوض بشأن شروط العقد، ولا المعانية المادية الملموسة للسلعة.

وأمام الجشع الذي تتميز به الشركات التي تقدم عروضاً للمستهلكين وأمام القوة والنفوذ الذي تتمتع به في بعض الحالات والوضع الاحتكاري الذي تمارسه، فإن المستهلك يجد نفسه - مجبراً - على إبرام العقد والخضوع للشروط الموضوعية مسبقاً والمفروضة عليه دون مناقشة.

وهنا وجب حماية المستهلك باعتبار أن قبوله تم في عقد من عقود الإذعان بهدف التخفيف من الأضرار التي قد تلحق به<sup>2</sup>، إذ أن القواعد العامة في المعاملات المدنية خاصة

(1) محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 15، 14.

(2) عبد العزيز زردازي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38-

جوان 2014، ص 266.

فيما يتعلق بعقود الإذعان، تحمي الطرف المذعن، هذه القواعد عينها حين تطبق على المستهلك في العقود الإلكترونية تحقق له حماية كاملة، سواء تعلق الأمر بتفسير شروط العقد، أو ما غمض منه وكذلك فيما يتعلق بإبطال ورفع الشروط الجائرة عن ذلك المستهلك<sup>1</sup>، وبالرغم من إنكار البعض الصفة العقدية للعلاقة التي تم عن طريق الإذعان واعتبارها مركزا قانونيا منظما، فإنه لا يمكن إنكار الصفة العقدية على العقد الإلكتروني والذي يتم بين طرفين يكون أحدهما أقوى من الآخر، خاصة من الناحية المالية والاقتصادية والوضعية الاحتكارية التي يمارسها على السلعة أو الخدمة المطلوبة من قبل المستهلكين.

فالضرورة الماسة التي تدفع المستهلك إلى التعاقد وخضوعه للشروط التي وضعها المذعن بصفة مسبقة بحيث لا يمكن مناقشتها لا تنقص من الطبيعة التعاقدية لهذه العلاقة، وذلك على أساس حرية المستهلك الكاملة في القبول أو الرفض كما في العقود العادية .

غير أنه يجب التوسع في مفهوم الإذعان حسب ما نصت عليه المادة 70 من القانون المدني الجزائري، وهذا ما يحصل فعلا في العقود الإلكترونية دون حاجة أن تكون السلع أو الخدمة من الضرورات بالنسبة للمستهلك، بل يكفي حسب طريقة إبرام العقد الإلكتروني أن تكون شروط العقد موضوعة مسبقا ومعدة من قبل الطرف الأقوى لا تكون للمستهلك فرصة مناقشتها وإبداء الرأي بشأنها ليعد العقد من قبيل عقود الإذعان<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : دور القاضي في حماية الطرف المذعن

وفقا للقواعد العامة فإن دور القاضي يقتصر بالنسبة إلى العقود على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها.

إلا أنه وخروجا على هذه القاعدة، وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان، اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري، تتيح له تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد، وتعديلها إذا تبين له أنها تعسفية، بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين، حيث نصت المادة السابقة الذكر على انه « إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه

(1) العيد حداد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، مداخلة بالملتقى الدولي الأول حول التنظيم القانوني

للانترنت والجريمة المنظمة، كلية الحقوق، جامعة الجلفة 27- 29 أبريل 2009، ص 08.

(2) عبد العزيز زردازي، المرجع السابق، ص 267.

الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»<sup>1</sup>.

#### أولا : سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي

يجوز للطرف المذعن بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية الواردة في العقد، فتعديل الشرط الوارد في عقود الإذعان يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف فيه، فعلى سبيل المثال في عقد العمل إذا كان الشرط الوارد في لائحة المصنع يوقع غرامات مالية باهظة على العمال لأخطاء بسيطة، كان للقاضي إذا ما تأكد أنه شرط تعسفي أن يعدله لتخفيض الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ، ووفقا للنص السابق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان، لا يجوز أن يلجأ لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لا يتأتى له ذلك إلا بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك<sup>2</sup>.

#### ثانيا : سلطة القاضي في إلغاء الشرط التعسفي

أما سلطة الإلغاء فتعني : أن القاضي إذا ما ارتأى أن الشروط الواردة في العقد هي شروط تعسفية، أن مجرد تعديله بتخفيف الالتزام الذي يفرضه على عاتق الطرف المذعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له، فإنه يستطيع أن يعطل هذا الشرط بإعفاء الطرف المذعن منه لا من تنفيذه، مخالفا بذلك قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين "، كما لو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعدة العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع.

ومثال ذلك أيضا، عقد توزيع الكهرباء، فإذا تضمن العقد شرطا مفاده حق الشركة بقطع التيار الكهربائي نهائيا في أي وقت دون بيان الأسباب، حتى لو درج المستهلك على دفع فواتيره دوريا دون تأخير في هذه الحالة، قد تقرر المحكمة إلغاء هذا الشرط التعسفي وليس مجرد تعديله فحسب<sup>3</sup>.

(1) محمد بودلي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 74،75.

(2) لامية قاس، ليدية سماعيلي، المرجع السابق، ص 21.

(3) محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، أطروحة دكتوراه تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة باتنة، 2012، ص 166.

**المطلب الثاني : تحقيق التوازن العقدي في الشرط الجزائي وفي الغرامة التهديدية**

الشرط الجزائي والغرامة التهديدية هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكن تظهر فيها هذه الصفة عند التطبيق، ومن هذا المنطلق سنتطرق لكيفية تحقيق التوازن العقدي في الشرط الجزائي كفرع أول، وفي الفرع الثاني نتناول كيفية تحقيق التوازن العقدي في الغرامة التهديدية.

**الفرع الأول : تحقيق التوازن العقدي في الشرط الجزائي**

من أجل تحقيق التوازن العقدي في الشرط الجزائي، علينا التطرق إلى تعريف الشرط الجزائي أولاً وإلى دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي ثانياً.

**أولاً : تعريف الشرط الجزائي**

أجاز القانون المدني الجزائري بموجب المادة 183 مبدئياً، « للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق... » والذي أصطلح على تسميته بالشرط الجزائي، ويتميز بأنه التزام تابع لا التزام أصلي.

ويعرف بأنه ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان - مسبقاً وبطريقة جزافية - التعويض المستحق في حالة إخلال احدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية، فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض، ويكون القصد منه غالباً استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، والتخلص من عبء إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض<sup>1</sup>.

وأيضاً عرفه المشرع الفرنسي في نص المادة 1226 من القانون المدني الفرنسي على انه الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ<sup>2</sup>.

وكذلك المادة 1229 من نفس القانون والتي تنص على أن الشرط الجزائي هو تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من إجراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي ولا يمكنه أن يطلب في نفس الوقت بأصل الجزاء ما لم يكن الشرط مقرر لمجرد التأخير<sup>3</sup>.

(1) محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 83.

(2) ART1226 C.C.F « La clause pénale est c'elle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

(3) ART1229 C.C.F « La clause pénal est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale Ils ne peut demander en même tempe le principale et la peine à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard ».

## ثانيا : دور القاضي في مواجهة الشرط الجزائي

نجم عن تطبيق مبادئ حرية التعاقد انتشار ظاهرة التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة وخاصة في مجال القروض، وقد أدت هذه الظاهرة لتدخل المشرع الفرنسي لحماية المتعاقد الضعيف بموجب قانون 09 جويلية 1975، معترفا للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي استثناء من مبدأ سلطان الإرادة إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه.

هذا وقد ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أنه: "يعد تعسفا ذلك الشرط الجزائي الذي اشترط فيه المؤجر تعويضه بمبلغ يساوي أكثر من خمسة أضعاف القيمة الايجارية عن الفترة التي يستمر فيها المستأجر في شغل العين بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد"، وبناء عليه خفض الحكم قيمة التعويض إلى ما يقارب القيمة التأجيرية المتفق عليها في العقد<sup>1</sup>.

كما أن المادة 184 من القانون المدني الجزائري في هذا الخصوص على أنه « لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر » استنادا إلى ذات المادة فإنه متى تبين إدراج المهني لشرط جزائي ثم ظهر أنه تعسفي بسبب المغالاة في تقديره أو لعدم وجود مبرر لإدراجه أصلا في العقد، فإنه يحق لصاحب المصلحة اللجوء إلى القضاء للمطالبة إما بخفضه إلى الحد المعقول أو إلغائه كليا.

تظهر ملامح تدخل القاضي بخصوص الشرط الجزائي الوارد في العقد من خلال صلاحيته في تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه وهذا ما نصت عليه الفقرة 02 من المادة 184 من القانون المدني الجزائري.

إضافة إلى ذلك وطبقا لأحكام المادة 185 من القانون المدني الجزائري فإنه لا يجوز للدائن في حالة ما إذا تبين له بأن مقدار التعويض الوارد في العقد جاوز الضرر الذي أصابه جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت ارتكاب المدين لغش أو خطأ جسيم<sup>2</sup>.

(1) درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013-2014، ص 231.

(2) رضا معوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014-2015، ص 108.

### الفرع الثاني : تحقيق التوازن العقدي في الغرامة التهديدية

إن النصوص القانونية ذات الصلة بالغرامة التهديدية في القانون المدني أو قانون الإجراءات المدنية، أو حتى القانون الجديد المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، لم تضع تعريفا للغرامة التهديدية، وإنما اكتفت بتحديد شروط الحكم بها والجهة القضائية المختصة بذلك، ومن هذا المنطلق سنحاول التطرق للتعريف الفقهي للغرامة التهديدية أولا، وشروط الحكم بالغرامة التهديدية ثانيا، والى دور القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية ثالثا.

#### أولا : تعريف الغرامة التهديدية

عرفها الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بقوله: أن القضاء يلزم المدين بتنفيذ التزامه عينا خلال مدة معينة، فإذا تأخر في التنفيذ كان ملزما بدفع غرامة تهديدية عن هذا لتأخير، مبلغا معيناً عن كل يوم أو أسبوع أو شهر أو أية وحدة أخرى من الزمن، أو عن كل مرة يأتي فيها عملاً يخل بالتزامه وذلك إلى أن يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائياً عن الإخلال بالالتزام، ثم يرجع إلى القضاء فيما تراكم على المدين من الغرامات التهديدية ويجوز للقاضي أن يخفض هذه الغرامات أو يمحوها بتاتا<sup>1</sup>.

كما عرفها بعض الفقه القانوني بأنها : وسيلة غير مباشرة للقسر، وتنتج عن الحكم على المدين بدفع مبالغ نقدية مرتفعة ومتعاطمة لا تتناسب البتة والضرر الذي يسببه المدين إلى دائنه في الالتزام، وأن هذه المبالغ بوصفها محددة بمدة زمنية، تبقى واجبة الأداء حتى التنفيذ العيني وتكون بطلب من الدائن.

ويعرفها جانب آخر من الفقه القانوني بأنها : مبلغ مالي يحكم به القاضي على سبيل التهديد عن كل فترة زمنية كيوم أو أسبوع أو شهر، بقصد إجبار ودفع المدين على تنفيذ حكم القضاء بالتنفيذ العيني<sup>2</sup>.

#### ثانيا : شروط الحكم بالغرامة التهديدية

يشترط للحكم بالغرامة التهديدية شرطان أساسيان

(1) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ط 02، الإثبات - آثار الالتزام، دار النشر العربية، القاهرة، 1968، ص 807.

(2) بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورها في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 49، 50.

1- أن يكون التنفيذ العيني لا يزال ممكنا: أن الغرض من الغرامة التهديدية هو الوصول إلى حمل المدين على تنفيذ الالتزام عينا، لذلك يشترط أن يكون تنفيذ هذا الالتزام مازال في حيز الإمكان، ويجب أن يكون هناك التزام على المدين، لذلك لا يجوز اللجوء إلى الغرامة التهديدية لإجبار الخصم بالحضور إلى المحكمة<sup>1</sup>، إذ لا يوجد التزام على الخصم بالحضور.

2- أن يكون تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم، إلا إذا قام به المدين نفسه: وهذا الشرط يحدد مجال الالتجاء إلى الغرامة التهديدية، فإذا كان التنفيذ العيني جبرا على المدين ممكنا بدون تدخله، لم يجبر اللجوء إلى الغرامة التهديدية، بل يجب الحكم مباشرة بالتنفيذ العيني، فنظام الغرامة التهديدية مقصور على تلك الحالات التي يكون محل الالتزام عملا يقتضي صدوره من المدين شخصيا، كالالتزام بعمل فني، والالتزام بتقديم حساب أو مستندات، والتزام شركات المرافق العامة المحكرة لها بتقديم خدماتها إلى الجمهور.

ويمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية إذا كان محل الالتزام امتناعا عن عمل من المدين بصفة مستمرة، كما لو تعهد ممثل بعده التمثيل في فرقة أخرى، فإذا أخل بالتزامه، أمكن اللجوء إلى الغرامة التهديدية لكفه على الامتناع عن الاستمرار في المخالفة في المستقبل<sup>2</sup>.

### ثالثا : دور القضاء في الحكم بالغرامة التهديدية

إن سلطة القاضي عند توقيع الغرامة التهديدية سلطة واسعة وغير مقيدة إلا بمدى توافر شروط الحكم بها، ذلك أن المشرع الجزائري لم يرسم للقاضي خلال هذه المرحلة حدودا تقيد سلطته في الحكم بها إلا ما ينص عليه من شروط الحكم بها .

فالغرامة التهديدية لها طابع قضائي بحت في النظام القانوني الجزائري، فهي وسيلة من وسائل التنفيذ العيني الجبري، كما أن المشرع الجزائري أعطى لجميع الجهات القضائية

(1) عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2012-2013، ص 09.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010، ص 42.

اختصاص الفصل فيها سواء كانت جهة فاصلة في موضوع النزاع، أو كانت جهة فاصلة في القضايا الاستعجالية، تنتمي للقضاء العادي أو إلى القضاء الإداري<sup>1</sup>.

كما يجوز للقاضي إعادة النظر في قيمة الغرامة ورفعها إذا اتضح أنها لم تكن كافية لتهديد المدين والضغط عليه، وذلك بنص المادة 174 فقرة 02 من القانون المدني أنه " وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا لذلك "، ويجوز أيضا للقاضي إنقاص مبلغ الغرامة متى قام المدين بالتنفيذ وطلب ذلك، ومتى تم الوفاء قامت المحكمة بتصنيفتها "Liquidation définitive"، ولا تلتزم المحكمة أثناء التصفية بالتقدير الذي قدرته ابتداء للغرامة التهديدية لاختلاف الأساسين، لأن أساس التهديد هو قوة مقاومة المدين وأساس التعويض هو الضرر، ومن جهة أخرى فإذا أصر المدين على عدم التنفيذ متعنتا فإن القاضي لا يراعي مقدار الضرر الذي أصاب الدائن فقط، بل يراعي أيضا مقدار التعنت الذي بدا من المدين<sup>2</sup>، وذلك من خلال نص المادة 175 من القانون المدني " إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدا من المدين ".

(1) يوسف لوني، تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق الغرامة التهديدية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 18-05-2015، ص 145.

(2) عبد الحفيظ بقة، المرجع السابق، ص 11.

## الفصل الثاني

### الرقابة المقررة في مواجهة الشروط التعسفية

في ظل المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة نجد أن آلة الإنتاج قد ركزت في أيدي عدد محدود من المنتجين، الأمر الذي صاحبه انتشار العديد من العقود النموذجية والذي أدى تبعاً لذلك إلى انفراد أحد المتعاقدين بصياغة العقد، بعيداً عن أي نوع من الرقابة، مما أتاح له فرض شروط مجحفة على الطرف الآخر، وهي في انتشار مستمر، ولذلك اعتمد المشرع في سبيل الحماية من هذه الشروط سياسة حتمية جديدة تتمثل في الرقابة على الشروط التعسفية. من هذا المنطلق سنتطرق إلى سبل الرقابة على الشروط التعسفية بدراسة الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية في ( المبحث الأول ) والى الرقابة القضائية على الشروط التعسفية في ( المبحث الثاني ).

## المبحث الأول: الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية

تعددت طرق الرقابة على الشروط التعسفية وخاصة في ظل القواعد المعاصرة، وهذه الطرق تتمثل في الرقابة القانونية وذلك عن طريق إيراد قوائم محددة للشروط التعسفية ملحقة بالقوانين الحمائية من تلك الشروط، ونجد الرقابة الإدارية التي تتمثل في الرقابة التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية، التي تقوم بالاطلاع على نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين أو غير المهنيين، وذلك من أجل إبداء رأيها حول طبيعة الشروط المدرجة في هذه العقود، هل هي تعسفية أم لا؟ وأيضا هناك رقابة إدارية تباشرها الحكومة من خلال إصدارها مراسيم بتحريم أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية.

سنحاول التطرق في هذا المبحث إلى الرقابة القانونية على الشروط التعسفية

(المطلب الأول)، والرقابة الإدارية على الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الرقابة القانونية على الشروط التعسفية

معظم التشريعات حددت رقابة قانونية على الشروط التعسفية وذلك من أجل تنظيم وحماية المستهلك من الشروط المجحفة التي تقع في حقه .  
سنتطرق في هذا المطلب إلى الرقابة القانونية في مختلف التشريعات في الفرع الأول، وإلى قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون 04-02 في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: الرقابة القانونية في مختلف التشريعات

يقصد بالرقابة القانونية القوائم الموضوعية بموجب النصوص القانونية لحماية المستهلك والتي تهدف إلى تحديد الشروط التي تعتبر تعسفية، التي تسمح بفرض الرقابة عليها وعلى غرار المشرع الألماني بموجب القانون الصادر في 09/12/1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، إضافة إلى المشرع الفرنسي الذي قام بالأمر ذاته بموجب المادة 35 من قانون 10/01/1978 السالف الذكر والتي جاءت على سبيل الحصر، ثم بموجب القانون 95-96 عن طريق إيراد ملحق بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية.

#### الفرع الثاني: قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون رقم 04-02

المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى وضع قائمة بموجب المادة 29 من القانون 04-02 السالف الذكر، وهي قائمة بيانية غير حصرية، وهو ما يوفر حماية أفضل

للمستهلك بفسح المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة على أنها تعسفية، وقد عدت المادة السالفة الذكر الشروط التعسفية بقولها « تعتبر بنوداً أو شروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذه الأخيرة<sup>1</sup> ».

لقد نصت المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية في مضمونها على ثمانية شروط اعتبرتها تعسفية إلا أن هذه الشروط حسب استقراء ألفاظ المادة نجد أنها جاءت على سبيل المثال لا الحصر، بعبارة "لاسيما" والتي تفيد وجود شروط أخرى غير منصوص عليها ضمنها كما أنها جاءت ملزمة للمهنيين وغير المهنيين في علاقتهم مع المستهلكين واستقصاء للفظ "البائع" الذي ورد في نص المادة 29 فالمشرع لم يحدد المقصود من البائع، ونكتشف أيضاً من المادة أن هذه الشروط المتضمنة في المادة 29 ملزمة للقاضي فلا يكون له بالتالي سلطة تقديرية بشأن طابعها التعسفي<sup>2</sup>.

وعلى ذكر هذه الشروط نجد أن بعضها يتعلق بتكوين العقد والبعض الآخر بتنفيذه،

وبعضها المتبقي بإخلال العقد و هي كالتالي:

#### أولاً : الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

نصت المادة 29 على شرطين تعسفيين يتعلقان بتكوين العقد الأول ضمن الفقرة

الثانية، والثاني ضمن الفقرة الثالثة.

**1- وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة أو استفادة العون الاقتصادي من حقوق ليس للمستهلك ما يقابله:** نصت الفقرة الثانية من المادة 29 من القانون 04-02 «أخذ حقوق و / أو امتيازات لا تقابلها حقوق و / أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك»، فأراد المشرع من خلال إبطال هذا الشرط القضاء على القانون الذي ينشئ مبدأ الحرية التعاقدية، وذلك بفرض تماثل الحصول على الحقوق والامتيازات بالنسبة للمستهلك فهو لا يسمح للمحترف الحصول على مزايا على حساب المستهلك، إلا أنه وإن كانت نية المشرع إعادة للتوازن المفقود إلا

(1) حسينة شرون، حملوي نجاه، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ببسكرة، العدد الرابع، 2017/03/16، ص 60.

(2) مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 107.

أنه بالمقابل يطرح إشكالا في قياس معدل التماثل<sup>1</sup>، بين الحقوق والامتيازات المتقابلة التي لم يبين فيها معيار يمكن اعتماده لقياسها.

**2- فرض التزامات على المستهلك:** بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من نص المادة فإنها تعتبر فرض الالتزامات حق مقرر للعون الاقتصادي في العقود التي يبرمها بحيث يتم تقديرها بمحض إرادته<sup>2</sup>.

### ثانيا : الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد

تضمنت المادة 29 من القانون رقم 04-02 الإشارة إلى أربعة شروط تعسفية تتعلق بتنفيذ العقد وهي:

**1- احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحيته تحديد عناصر العقد:** ومنه نصت المادة 29 في الفقرة الرابعة على «امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك».

فاعتبار المشرع الشرط الذي مضمونه السماح للمهني بتعديل عناصر العقد، شرطا تعسفيا يعفي المستهلك من إثبات طابعه التعسفي ويكتفي من جانبه وجود مثل هذا الشرط في العقد، كما نجد أن الحكم الوارد في هذه الفقرة يتوافق إلى حد ما والقواعد العامة التي تمنع أي تعديل انفرادي للعقد أو حتى نقضه طبقا لأحكام المادة 106 من القانون المدني «العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»<sup>3</sup>.

**2- انفراد العون الاقتصادي بتفسير العقد:** تنص الفقرة الخامسة على: «التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية».

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد بأنها تنص على أنه لا يمكن تفسير عبارات العقد متى كانت واضحة وفقا لنص المادة 111 من القانون المدني، وما التفسير إلا استثناء عن هذا الأصل متى كانت العبارات غامضة والأمر حينها متروك لتقدير القاضي وليس من صلاحيات

(1) راضية العطيوي، الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010-2011، ص 109.

(2) نورة علي ماحين، الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماستر، جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014، ص 40.

(3) مولود بغدادي، المرجع السابق، ص 108.

أحد المتعاقدين) وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المبحث الثاني) والرجوع إلى نص المادة 119 من القانون المدني فإنها تنص «في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك»، ومنه فإن هذا الشرط ممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، ومنه هناك تعارض في فكرة تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين<sup>1</sup>.

**3- إعفاء العون الاقتصادي نفسه من تنفيذ التزاماته:** تضمنته الفقرة السادسة من المادة 29 «إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها».

وفيه نجد هذا الشرط منافي لفكرة تقابل الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين و بالتالي كل شرط مضمونه إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته مهما كانت الظروف والأحوال مع امتناع المهني عن تنفيذ ما التزم به فيعتبر بالتالي شرط تعسفي مخالف للعدالة ومخالف أيضا للقوة الملزمة للعقد.

**4- انفراد العون الاقتصادي بتغيير الآجال:** تنص الفقرة الثامنة من المادة 29 من القانون 02-04 على «التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة»، وهو مقابل تماما لما جاء في الفقرة الثالثة من نفس المادة 29 المتعلق بحق تعديل العناصر الأساسية للعقد وهو شرط بإطلاق كلا الفقرتين<sup>2</sup>.

### ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد

تضمنت المادة الإشارة إلى شرطين تعسفيين يتعلقان بانحلال العقد، ضمن الفقرة السابعة والتاسعة.

**1- حرمان المستهلك من حق الفسخ:** فبالرجوع إلى نص الفقرة السابعة فإنها تنص على « رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو عدة التزامات في ذمته»، غير أن ما يفهم من سياق الكلام أن الضمير هو يعود على العون الاقتصادي حيث أن حق الفسخ

(1) نوال كيموش، المرجع السابق، ص 64.

(2) مولود بغدادي، المرجع السابق، ص 109.

الذي تتحدث عنه الفقرة يترتب على إخلال العون الاقتصادي بالتزام أو عدة التزامات في ذمته<sup>1</sup>.

2- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية: نص الفقرة التاسعة من المادة 29 على «تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة».

### المطلب الثاني : الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

تنقسم هذه الرقابة إلى رقابة لجنة الشروط التعسفية ورقابة الحكومة عن طريق تحديد الشروط التعسفية بموجب مراسيم.

#### الفرع الأول : رقابة لجنة الشروط التعسفية

أنشأت هذه اللجنة الإدارية في فرنسا بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية لدى الوزير المكلف بالاستهلاك وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1998، والمشروع الجزائري هو الآخر أنشأ لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، فنص في الفصل الثالث من المرسوم رقم 06-306 على تنصيب لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة، وهي ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص "اللجنة"<sup>2</sup>.

ونصت المادة 08 المعدلة بالمرسوم 08-44<sup>3</sup> على تشكيلة اللجنة حيث تتكون من 05 أعضاء دائمين و 05 أعضاء مستخلفين :

(02) ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة، (02) ممثلان عن وزير العدل، (02) ممثلان من مجلس المنافسة، (02) متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة (02) ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين.

أما عن اختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حد كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث تبحث في كل العقود المطبقة من

(1) راضية العطاوي، المرجع السابق، ص 115.

(2) المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06-306، المرجع السابق.

(3) المرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 03 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين المادة 07 من المرسوم 06-306 السابق.

وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها فإنها تخطر إما من تلقاء نفسها أو من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك المادة 11 من المرسوم.

وتنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق وسيلة ملائمة، على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة، المادة 12 من المرسوم.

وأخيرا فإن المشرع لم ينص على أي دور استشاري للجنة التعسفية لدى القضاء على غرار المشرع الفرنسي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم

سعيًا من المشرع لتطبيق مضمون المادة 30 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بنصه «بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية»، وإلى جانب الشروط الثمانية الواردة في المادة 29 من القانون 04-02 فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي تضمن هو الآخر قائمة باثني عشر شرطا تعسفيا، وقد سار المشرع الجزائري في هذا الشأن على نهج المشرع الفرنسي الذي خول للسلطة التنفيذية إمكانية إصدار مراسيم<sup>2</sup>.

### أولا: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

تضمنت المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الإشارة إلى شرطين يتعلقان بتكوين العقد واردين ضمن الفقرتين الثانية و السابعة وهما.

(1) محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 126، 130.

(2) محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي -، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 250.

**1- تقليص عناصر العقد الأساسية:** تنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 على أنه «تعتبر تعسفية البنود التي يقوم خلالها العون الاقتصادي بما يأتي : تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 أعلاه»، فيعتبر تعسفا كل شرط مضمونه الإنقاص من العناصر الأساسية والمتعلقة بما جاءت به المادة الثالثة من المرسوم. تنص المادة الثالثة «تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي:

- خصوصيات السلع و/ أو الخدمات وطبيعتها.
- الأسعار والتعريفات.
- كفاءات الدفع.
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع و / أو التسليم.
- كفاءات الضمان ومطابقة السلع و / أو الخدمات.
- شروط تعديل البنود التعاقدية.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد»<sup>1</sup>.

## 2- فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد

تنص الفقرة السابعة من المادة الخامسة على : «فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد»، وعليه فإن نص المادة جاء عاما ليشمل حتى الشروط التي لم يطلع عليها المستهلك، أو تلك التي لم يستطع فهمها رغم إطلاعه عليها مادام أن المقصود من هذا الشرط هو حماية رضا المستهلك كما هو الأمر في حالة الإحالة إلى بنود محددة في نص آخر ولا علم للمستهلك بها مثل: عقد إيجار عقار الذي يطبق على المؤجر موانع الظلم لعقد تأمين مبرم بين المؤجر و شركة تأمينه.

## ثانيا : الشروط التعسفية المتعلقة بآثار العقد

تضمنت المادة الخامسة ثمانية شروط تتعلق بآثار العقد وذلك ضمن الفقرات التالية: الخامسة و الثامنة، التاسعة، العاشرة، الحادية عشر، الثانية عشر، الثالثة عشر وهي

(1) مولود بغداد، المرجع السابق، ص 112.

1- تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته اتجاه المستهلك: بالرجوع إلى الفقرة الخامسة فإنها تعتبر الشرط تعسفياً إذا تخلى العون الاقتصادي عن مسؤوليته الناتجة عن عدم تنفيذ المستهلك لواجباته أو بالأحرى التزاماته.

2- احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك: تعتبر الفقرة الثامنة الشرط تعسفي الذي يؤدي إلى اختلال التوازن، وذلك بالسماح للعون الاقتصادي بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك دون منح هذا الأخير هذه الميزة، كما أنه في حالة إذا ما تخلى العون الاقتصادي عن تنفيذ التزاماته فإنه لا يعرض للمستهلك عن الأضرار التي لحقت به.

3- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك: تنص الفقرة التاسعة على: «تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته».

وبالرجوع إلى نص المادة 183 من القانون المدني فإنها تنص على: «يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181»، ومنه فإن هذا الشرط صحيح طبقاً للقواعد العامة شريطة أن يعترف للمستهلك بنفس الميزة المعترف بها للعون الاقتصادي، ومنه متى تم إعفاء هذا الأخير من الشرط فإنه يعتبر تعسفياً<sup>1</sup>.

4- فرض واجبات جديدة غير مبررة للمستهلك: تنص الفقرة العاشرة على: «فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك»، هذا الشرط يتنافى مع مقتضيات القاعدة العامة التي تنص بعدم تحميل شخص التزامات لم تتجه إرادته إلى التحمل بها<sup>2</sup>.

5- إلزام المستهلك بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ: تضمنت الفقرة الحادية عشر ما يلي «الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق»، تحمل هذه الفقرة في مضمونها صحة الشرط كمبدأ عام لو استقام من خلال العقد شريعة المتعاقدين وبأن تتقابل فيه الالتزامات، بالمعنى

(1) نورة علي ماحين، المرجع السابق، ص 44، 45.

(2) راضية العطيوي، المرجع السابق، ص 123.

المخالف يكون الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على التعويض إذا كان نفس الشرط واقعا على عاتق البائع.

أما بالنسبة للفقرة الثانية عشر فإن العون الاقتصادي يتخلص من تبعات ممارسة نشاطه، وفي هذا ربح محض له وخسارة محضة للمستهلك، وبالنسبة للشرط الوارد في الفقرة 13 فإنه يتضمن هو الآخر ربحا مطلقا للعون الاقتصادي وخسارة مطلقة للمستهلك، كما يمكن القول أن نص الفقرتين الثانية عشر والثالثة عشر يتضمن إحداهما الآخر، ذلك انه إذا أعفى العون الاقتصادي نفسه من الالتزامات المترتبة على نشاطه طبقا للفقرة الثانية عشر، فإن هذا يعني بالضرورة تحمل المستهلك لتلك الالتزامات<sup>1</sup>.

### ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد

تضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 بانحلال العقد في الفقرة الرابعة من المادة الخامسة والتي تنص على : «عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض»، وطبقا لهذا الشرط فإنه لا يسمح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد الذي قيده بدفع تعويض، وهذا عكس الشرط الوارد دون مقابل في حالة إذا ما أخل العون الاقتصادي بالتزامه، ومنه فإن هذا الشرط منافي للقواعد العامة التي تجعل العقد منفسخا متى وقعت قوة قاهرة تجعل تنفيذه مستحيلا إذ تنص المادة 121 من القانون المدني على : «في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون»<sup>2</sup>.

### رابعا: الشروط التعسفية المتعلقة بممارسة الحقوق القضائية

تنص الفقرة السادسة «النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده»، الظاهر من هذه الفقرة أن المشرع صبغ الطابع التعسفي لأي شرط يكون مضمونه حرمان المستهلك من استعمال حق الطعن، هذا الحق المشروع الذي

(1) بكرة لعور، ضمانات المستهلك المتعاقد وفقا لقانون الممارسات التجارية الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بيسكرة، العدد الرابع، 2017/03/16، ص 145، 146.

(2) نورة علي ماحين، المرجع السابق، ص 46.

لا يمكن الاتفاق على خلافه، إلا انه ما يعاب على هذه الفقرة استخدام مصطلح حق الطعن ولم يستخدم النطاق الأوسع بالقول حق التقاضي لتكون بذلك المادة أكثر دقة وشمولية<sup>1</sup>.

وإذا افترضنا أن الحكومة لم تصدر في المستقبل أي قائمة أخرى، فإن هذا الأمر لم يطرح أي إشكال مادام أنه يجوز للقاضي الجزائري الاستناد على تعريف الشرط التعسفي، الواردة في المادة 03 الفقرة 05 من قانون 04-02، لينعت شرطاً بأنه تعسفياً رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 04-02، ورغم عدم ذكره أيضاً من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم، وذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع.

تلك هي الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية، وهناك رقابة أخرى أكثر جرأة وأكثر فعالية، وهي رقابة القضاء.

(1) بدرة لعور، المرجع السابق، ص 144.

## المبحث الثاني : الرقابة القضائية على الشروط التعسفية

يعتبر القضاء كآلية أو وسيلة تحمي المستهلك أو غير المهني من الشروط التعسفية وذلك من خلال رقابته على المراسيم التي تصدرها الحكومة، الصادرة بشأن الشروط التعسفية المخولة لها بموجب المادة 35 الفقرة الأولى من قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلك، ونظرا لاعتماد المشرع الفرنسي لازدواجية القضاء ( القضاء الإداري ، القضاء المدني ) فإنه أعطى صلاحية الرقابة على مشروعية الشروط التعسفية لهذين النوعين من القضاء، وأيضا مشاركة الجمعيات في حماية المستهلك والدفاع عنه إلى جانب الهيئات الرسمية أصبح ضرورة لاغنى عنها لأن حجم المشكلة وطبيعتها أكبر من تواجهها الدولة بمفردها، وعلى هذا ظهرت حماية المستهلكين من أجل القيام بالمهام المنوط بها، وذلك من خلال ممارستها مختلف الصلاحيات المخولة لها قانونا والمتمثلة أساسا في الدور التحسيبي والإعلامي اللذان يهدفان إلى خلق وعي وثقافة استهلاكية لدى المستهلكين، وإذا كان هذا الدور وقائيا فقد عهد لهذه الجمعيات دورا آخر يتمثل في تمثيل المستهلكين. وتبرر هذه الأدوار من خلال الأساليب المتبعة من طرف جمعيات حماية المستهلكين في مواجهة الشروط التعسفية، وعليه سوف نتطرق إلى رقابة القضاء الإداري والمدني على الشروط التعسفية كمطلب أول، أما بالنسبة للمطلب الثاني سنتطرق لدور جمعيات حماية المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية.

### المطلب الأول : رقابة القضاء الإداري والمدني على الشروط التعسفية

تنقسم الرقابة القضائية إلى رقابة القضاء الإداري، وإلى رقابة القضاء المدني وفي هذا الصدد سنعالج رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية في ( الفرع الأول )، وإلى رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية في ( الفرع الثاني ).

#### الفرع الأول : رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية

يملك القضاء الإداري سلطة رقابية على مدى مطابقة المراسيم التي تورد قوائم محددة للشروط التعسفية والتي تصدرها الحكومة طبقا للقانون الذي خول لها هذه السلطة، ومن جهة أخرى أيضا يملك القضاء الإداري أن يقرر الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقود المبرمة بين المرافق العامة الصناعية والتجارية وبين المستهلكين المرتفقين<sup>1</sup>.

(1) محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 136.

**أولاً : الرقابة على المراسيم الحكومية المحددة للشروط التعسفية**

يباشر مجلس الدولة الرقابة على الشروط التي اعتبرتها الحكومة تعسفية، بموجب مراسيم أصدرها في هذا الصدد على أساس تجاوز السلطة، حيث كان المرسوم رقم 78-464<sup>1</sup> محل طعن أمام مجلس الدولة لإلغاء المادة الأولى منه، حيث أصدر مجلس الدولة قراراً يقضي بإلغاء تلك المادة، مستندا في ذلك إلى أنه ليس مصرحاً للحكومة استخدام السلطات التي تستمدّها من المادة 35 فقرة 01 من قانون 1978، إلا من أجل منع أو تحديد وتنظيم الشروط المتعلقة بالعناصر العقدية فقط، والمحددة على سبيل الحصر.

صرح مفوض الحكومة الفرنسي بأن القاضي الإداري يجب عليه التحقق من الظروف التي أدخل فيها الشرط التعسفي، وبذلك يستطيع القاضي الإداري البحث عن الخاصية التعسفية للشروط في العقود المعروضة عليه والمبرمة بين المهنيين الذين يرتبطون بالمؤسسات الصناعية والتجارية، مثل أصحاب الامتياز وبين المستهلكين المرتفقين<sup>2</sup>.

**ثانياً : الرقابة على شروط عقود المرافق العامة الصناعية والتجارية**

إذا كان يستخلص من نصوص قانون الاستهلاك أنها لا تسري إلا على الشروط ذات الطبيعة التعاقدية، أي عقود القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يمنع من وجود شروط في بعض عقود المرفق العام أو العقود الإدارية أصبحت مفروضة بموجب قانون أو لائحة، كما هو الحال بالنسبة لعقد الاستغلال في مجال توزيع مياه الشرب، وشروط هذه العقود تكون في حالات كثيرة تعسفية في حق المرتفقين، إلا أنها لم تكن تقع تحت طائلة قوانين حماية المستهلك، وهو ما ناضلت من أجله جمعيات حماية المستهلك في فرنسا، وأمام هذا السكوت التشريعي، ظهر جانب من الفقه يعتقد بأن الشروط الواردة في مثل تلك العقود يصح أن تقع تحت طائلة قانون الاستهلاك، ويجوز للمحاكم الإدارية التصدي لها وذلك بدليل قرار مجلس الدولة الذي ألغيت بموجبه المادة الأولى من مرسوم 24 مارس، وأنه إذا كان قرار القضاء الإداري الذي ترجع له السلطة في القول ما إذا كان في العقد الذي يربط الخدمة العامة الصناعية أو التجارية والعميل

(<sup>1</sup>) Le décret n° 78-464 de 24 mars 1978 sur l'application de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. « De la protection des consommateur contre les clauses abusives ».

(<sup>2</sup>) فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017-2018، ص 83، 84.

لهذه الخدمة، يوجد نقص في التشريع حول الشروط التعسفية، أي يمكن للقاضي الإداري أن يعرض السكوت التشريعي حول هذه الشروط ويحكم ببطان شروط عقود المرفق العام التي تحمل طابعا تعسفيا<sup>1</sup>.

يبين من حيثيات حكم مجلس الدولة ورأي مفوض الحكومة أنه يكون للمحاكم البحث عن توافر الخاصية التعسفية في العقود المعروضة عليها والتي تكون بين المهنيين الذين يرتبطون بالخدمة العامة الصناعية أو التجارية وبين المستهلكين المتعاملين معهم، وكذلك فإن مجلس الدولة في بحثه حول مدى صحة المراسيم الصادرة للتطبيق للقانون، وبحث في مدى اعتبار الشرط تعسفيا، أي يبحث عن استخدام النفوذ الاقتصادي في إعطاء ميزة فاحشة للمهني، فإن ذلك يمثل رقابة أيضا لتلك الشروط.

وينتضح من ذلك أن القاضي الإداري يمنح نفسه سلطة مزدوجة في الرقابة فهو يتحقق أولا مما إذا كانت النصوص التنظيمية ( المراسيم ) الصادرة، تعتبر داخلة في حدود الصلاحية التي منحها قانون 1978 للحكومة أم لا، وثانيا فهو يتحقق أيضا مما إذا كان الشرط الذي حرمته الحكومة بمرسوم، يدخل في إطار التعريف الذي أعطته المادة 35 من هذا القانون، أي ما إذا كان الشرط مفروضا من قبل المهني على غير المهني أو المستهلك باستخدام تعسف النفوذ الاقتصادي ويعطي ميزة فاحشة للمهني<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية

رقابة القضاء المدني تتمحور حول دور القضاء العادي إذا ما عرضت عليه منازعات، في أعمال سلطته في التدخل فيها، وهنا مر الاعتراف للقاضي بسلطة تعديل شروط العقد بمرحلتين.

#### أولا : 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 لان المشرع قد منح الإدارة وحدها الحق في تقرير ما إذا كان الشرط يحمل طابع التعسف أم لا،

(1) محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 138، 139.

(2) عبد القادر سعدي، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، 2015-2016، ص 87.

ويرى هذا الاتجاه أن القاضي وان كان دوره من منظور الدستور هو إقامة العدالة بين الأفراد، إلا أن هذا الدور مستبعد كثيرا في مجال شروط العقد، إذ إن استناده على اعتبار الشرط انه تعسفا ولم يصدر به مرسوم يعتبره كذلك غير كاف وبالتالي يكون حكمه غير مؤسس.

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.

وقد تضاربت أحكام القضاء في هذه المرحلة حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي فانقسم القضاء إلى اتجاه يأخذ بالتفسير الضيق ويرفض إبطال الشروط محل النزاع والتي لم يرد بها مرسوم تطبيقي يعلن أنها تعسفية، وهناك اتجاه قضائي أخذ بالتفسير الموسع لإعطاء القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية الصادرة بموجب مرسوم تطبيقي.

نستخلص من هذا القرار أن الشروط التي تلغى 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 إعفاء 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 ضمنا<sup>1</sup>.

### ثانيا : مرحلة الاعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابة شروط العقد

حاز القاضي في بداية الأمر على الاعتراف الصريح من طرف محكمة النقض، وبعد ذلك تجسد هذا الاعتراف عن طريق التشريع، وذلك باعتراف المشرع أخيرا بدور القاضي في مواكبة الشروط التعسفية.

(1) سلمة بن سعدي، المرجع السابق، ص 161، 162.

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، في قرارها الصادر في 14 ماي 1991، حيث تعلق الأمر بشرط إعفاء من المسؤولية واردة في عقد وديعة، بمقتضاه يستبعد المهني مسؤوليته في حالة فقد أفلام Diapositive أودعها لديه أحد العملاء لإعادة طبعها على الورق، وقد اعتبرته محكمة الموضوع تعسفا وبالتالي لا يحتج به على العميل حسن النية، رفضت محكمة النقض طعن المودع لديه، وذهبت إلى أن محكمة الموضوع أبانت أن الشرط المدرج في نشرة الإيداع، الذي كان يعفي المعمل من كل مسؤولية عن فقد الصور، وأن الحكم المطعون عليه قد استنتج أن مثل هذا الشرط يمنح ميزة فاحشة للمودع لديه الذي من واقع وضعه الاقتصادي، كان في وضع مكنه من فرضه على العميل، وقد قررت المحكمة أن هذا الشرط يتضمن صفة تعسفية ويجب أن يعد غير مكتوب Non-écrite، أي كان لم يكن، وهو ما يؤدي إلى القول بأن قانون 10 جانفي 1978 كان ماثلا في ذهن المحكمة وهذا ما يستشف من مؤشرات تتمثل في: أولا استشهادها بعناصر الشرط التعسفي المنصوص عليها بهذا القانون، ثم توقيعها جزاء على الشرط باعتباره غير مكتوب، وهذا ما ينص عليه القانون السابق<sup>1</sup>، لذلك دفعت المشرع إلى منح القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد.

أضاف المشرع الفرنسي في عام 1991 مادة جديدة إلى نصوص الحماية من الشروط التعسفية التي جاء بها قانون 10 جانفي 1978، نصت هذه المادة على " 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 بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط التنفيذ، بالفسخ، بالإلغاء أو التجديد للاتفاقات، حينما يبدو أن هذا الشرط مفروضا على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطر الأخر في العقد ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة ".

يستفاد من هذا النص أن المشرع أعطى القاضي سلطة اعتبار الشرط باطلا، وذلك بأن أعطاه سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد على معايير الشرط التعسفي<sup>2</sup>.

(1) محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 146، 147.

(2) المرجع نفسه، ص 147.

ذهبت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرارها الشهير المؤرخ في 26 ماي 1993 إلى انه يجوز للقاضي واستنادا إلى نص المادة 132-01 L من قانون الاستهلاك، وفي غياب أي مرسوم أن يبسط رقابته بشكل مباشر أو غير مباشر على الشروط التعسفية، وذلك باستبعاد تطبيقها.

قبل أن يقرر هذا الاجتهاد تشريعيا بنقل التعليلة الأوروبية لسنة 1993 إلى القانون الفرنسي لسنة 1995، حيث أصبح القضاء يستند في بحثه عن الطابع التعسفي للشرط إلى التعريف الذي أورده المادة 132-01 L من قانون الاستهلاك في فقرتها الأولى.

أما بخصوص القاضي الجزائري، فإضافة إلى نص المادة 110 من القانون المدني الذي يعطيه سلطة تعديل الشرط التعسفي، أو إعفاء الطرف المذعن منه فإن تعريف الشرط التعسفي الوارد بالقانون 02-04 السابق، يعزز من هذه السلطة الممنوحة له، وتحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع، وذلك فضلا عن روعه إلى القائمة الواردة بالقانون 02-04 بموجب المادة 29 منه، والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06-306 في المادة 05 والتي تطرقنا لهما سابقا، وذلك ليستهدي بها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : دور جمعيات حماية المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية

وضع قانون حماية المستهلك لضمان احترام حقوق المستهلك خاصة تلك المتعلقة بتوفير المعرفة والمعلومات الضرورية التي تجعل من المستهلك أقوى في علاقته بالمهني الذي يعتبر الطرف الأقوى في عقد الاستهلاك لقوة مركزه الاقتصادي والمعرفي في مجال السلع والخدمات التي يقدمها هذا الأخير، لذلك فقد أعطى القانون للمستهلك الحق بإنشاء جمعيات ترعى وتدافع عن مصالح وحقوق المستهلكين<sup>2</sup>، كما تقوم هذه الجمعيات أو جمعيات حماية المستهلك بالعمل المباشر على حماية مصالح المستهلكين في مواجهة أصحاب المشروعات والمهنيين الذين يعرضون مصالح المستهلكين للخطر، وتقوم الجمعيات المذكورة بهذا الدور أما لعدم كفاية أو عدم فعالية رجال الإدارة في تحقيق الحماية المنشودة، أو لوجود عيوب أو نقص في القوانين

(1) عبد القادر سعدي، المرجع السابق، ص 89، 90.

(2) فانت حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد - الكترونيا، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص 46.

واللوائح التي تحمي مصالح المستهلك، أو بسبب طول إجراءات التقاضي وكثرة نفقات إقامة الدعاوى القضائية، التي يرفعها المستهلك العادي<sup>1</sup>.

### الفرع الأول : تعريف جمعيات حماية المستهلك

عرفت جمعيات حماية المستهلكين بموجب المادة 02 من القانون 12-06<sup>2</sup> المتعلق بالجمعيات على أنها: « تجمع أشخاص طبيعيين و/ أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة ».

أما القانون رقم 03-09، فقد عرف جمعيات حماية المستهلك «... هي كل جمعية منشأة طبقاً للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله »<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني : الدور الوقائي والعلاجي لجمعيات حماية المستهلك من البنود التعسفية

يتمحور دور جمعيات حماية المستهلك في :

#### أولاً : الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك من البنود التعسفية

يقصد بذلك الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على صحة وأمن وسلامة المستهلك من الممارسات التي تشكل خطراً عليه، في ظل غياب الوعي الاستهلاكي لدى جمهور المستهلكين، إذ تسعى الجمعيات إلى الارتقاء بالمستوى الاستهلاكي بما يتناسب مع مقتضيات الحياة وتعريف المستهلكين بحقوقهم، ولها الضغط على المهنيين لأجل التوقف عن إدراج شروط تعسفية في ممارساتهم التعاقدية مع المستهلكين، ولها في سبيل ذلك أسلوب التوعية والدعاية المضادة وكذا أسلوب المقاطعة<sup>4</sup>.

(1) أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014، ص 281.

(2) قانون رقم 06-12 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية عدد 02، الصادرة في 15 جانفي 2012.

(3) وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013، ص 61.

(4) عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بيسكرة، العدد الرابع، 2017/03/16، ص 114.

ثانيا : الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك من البنود التعسفية

فحسب المادة 17 من قانون 06-12 على أن لجمعيات حماية المستهلكين الحق في تمثيل المستهلكين أمام القضاء وتأسس كطرف مدني فيها في حالة تعرض المستهلكين لأضرار وهذا ما أكدته المادة 23 من قانون 09-03.

فمن خلال ما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد أنواع الدعاوى التي يمكن رفعها من طرف جمعيات حماية المستهلك، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على توسيع نطاق الدعاوى التي يمكن رفعها من قبل جمعيات حماية المستهلكين ولم يحصرها في دعوى مدنية فقط، إذ يمكن لها أن ترفعها أمام أية جهة قضائية<sup>1</sup>.

(1) وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، المرجع السابق، ص 62.

## خاتمة:

في ختام هذه الدراسة يمكن أن نقول أنه و بالإضافة إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني التي تضمنت نصوصا يمكن أن تساهم في محاربة عدم التوازن العقدي، استحدثت المشرع الجزائري نظاما خاصا للحماية من الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية، وخاصة لحماية المستهلك من هذه الشروط التعسفية، وذلك بموجب القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديون والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم.

تناولت في بداية هذه الدراسة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي فيها، ففي ما يتعلق بمفهوم الشروط التعسفية، فعرضنا تحديدها من خلال المفاهيم الفقهية والتشريعية، والتي استوجبت أيضا من خلال هذه المفاهيم تمييز هذه الشروط عن بعض الأنظمة المشابهة، وتحديد العناصر المكونة لها.

ثم تطرقنا إلى أنواع الشروط التعسفية ومعاييرها وذلك من أجل إعطاء صورة واضحة ودقيقة لهذه الشروط.

أما بالنسبة لدراسة بعض العقود التي تعتبر تعسفية فتطرقنا إلى عقود الإذعان لكونها تحتوي على شروط تعسفية وأيضا الشرط الجزائي والغرامة التهديدية في حالة المبالغة فيها. ولأجل توفير الحماية الكافية في مواجهة الشروط التعسفية، ظهرت عدة طرق في سبيل ذلك سواء كانت مقررّة ضمن قوانين خاصة، والتي تتمثل في الرقابة القانونية والإدارية وذلك من خلال إيراد قوائم محددة للشروط التي توصف بالتعسفية.

إضافة إلى هذه الوسائل الحمائية نجد آلية القضاء، والتي لها الحق في الرقابة على الشروط التعسفية بموجب التشريع، وتنقسم هذه الرقابة إلى رقابة القضاء الإداري والتي تتمثل في مراقبة مجلس الدولة لمدى مطابقة المراسيم الصادرة عن الحكومة للقانون، بالإضافة إلى رقابة القضاء المدني.

وأیضا تطرقنا إلى جمعيات حماية المستهلك، وذلك لما لها من أهمية كبيرة في تفعيل الرقابة القضائية على الشروط التعسفية.

ومن خلال هذه الدراسة نقف على جملة من التوصيات أهمها :

- إن العقوبة المقررة في حالة إدراج الشروط التعسفية لا تحقق الردع و عليه يجب إعادة النظر فيها.
- عدم حصر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وعقود الإذعان فقط بل جعلها تشمل جميع العقود التي تفتقد التوازن والعدالة بين الأطراف.
- عدم انتظار إدراج الشروط التعسفية في العقد ثم محاربتها، وإنما يجب اتخاذ إجراء إيجابي وقائي قبل إبرام العقد، كأن يتم تحديد مسبق لمحتوى العقد عن طريق التفاوض بين المهني والمستهلك وإن كان يصعب تطبيقها.
- تفعيل سلطة القاضي أكثر في تعديل العقود.
- 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.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

1. أميرة حسن الرفاعي، المحاكم الاقتصادية، قوانين الاستثمار، قوانين حماية المستهلك، المكتب العربي الحديث، مصر، بدون طبعة.
2. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام -، طبعة 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
3. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ط 02، الإثبات - آثار الالتزام، دار النشر العربية، القاهرة، 1968.
4. عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2000.
5. فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الإشارة إلى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد - الكترونيا، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2012.
6. محفوظ بن حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
7. محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2007.
8. محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن - دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي -، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006.
9. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2007.

10. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2010.

### ثانيا: الرسائل والمذكرات العلمية

#### • الدكتوراه

1. أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014.
2. درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2013-2014.
3. عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 01، كلية الحقوق، 2014-2015.
4. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية والعلوم الإنسانية، جامعة باتنة، 2012.

#### • الماجستير

1. آسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر 01، 2008-2009.
2. إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون العقود المدنية، جامعة أم البواقي، 2011-2012.
3. بسام سعيد جبر جبر، ضوابط التفرقة بين الشرط الجزائي والغرامة التهديدية ودورهما في منع تراخي تنفيذ العقود، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.

4. راضية العطاوي، الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010-2011.
5. رضا معوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2014-2015.
6. سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة باتنة، 2013-2014.
7. علي مصبح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011.
8. فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك - دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017-2018.
9. محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة تلمسان، 2007-2008.
10. مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، جامعة بن عكنون الجزائر، كلية الحقوق، 2014-2015.
11. نصيرة خلوي عنان، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، 2013.
12. نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2010-2011.
13. يوسف لوني، تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق الغرامة التهديدية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 18-05-2015.

• الماستر

1. عبد القادر سعدي، آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سعيدة، 2015-2016.
2. لامية قاسة، ليدية سماعيلي، اختلال توازن التزامات المتعاقدين، مذكرة ماستر، جامعة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، بجاية ، 2014-2015.
3. مريم بوحظيش، ابتسام عمارة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قالمة، 2015-2016.
4. نورة علي ماحين، الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماستر، جامعة خميس مليانة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2013-2014.
5. وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012-2013.

ثالثا: المقالات

1. أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد5.
2. بدرة لعور، ضمانات المستهلك المتعاقد وفقا لقانون الممارسات التجارية الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ببسكرة، العدد الرابع، 2017/03/16.
3. حسينة شرور، حملاوي نجاة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ببسكرة، العدد الرابع، 2017/03/16.

4. عبد العزيز زردازي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38- جوان 2014.
5. عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بيسكرة، العدد الرابع، 2017/03/16.

#### رابعاً: المداخلات

1. عبد الرؤوف زيوش، مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مداخلة مقدمة في إطار يوم دراسي حول الحماية القانونية للمستهلك، جامعة التكوين المتواصل، تيزي وزو، 12 مارس 2016.
2. العيد حداد، الحماية المدنية والجنائية للمستهلك عبر شبكة الانترنت، مداخلة بالملتقى الدولي الأول حول التنظيم القانوني للانترنت والجريمة المنظمة، كلية الحقوق، جامعة الجلفة 27- 29 أبريل 2009.

#### خامساً: المحاضرات

1. عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2012-2013.

#### سادساً: القوانين والمراسيم

1. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون 80-07 المؤرخ في 09 أوت 1980، والقانون 83-01 المؤرخ في 23 جانفي 1983، والقانون 84-21 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984، والقانون 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988، والقانون 89-01 المؤرخ في 07 فيفري 1989، والقانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية عدد 44.

2. الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 78، المعدل والمتمم بالقانون 05-02، المؤرخ في 09 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 11.
3. قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (جريدة رسمية عدد 41 مؤرخة في 27 جوان 2004)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 (جريدة رسمية عدد 46 مؤرخة في 18 أوت 2010).
4. القانون رقم 09-03 الصادر بتاريخ 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 2009/03/08.
5. قانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية عدد 02، الصادرة في 15 جانفي 2012.
6. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (جريدة رسمية رقم 56 المؤرخة في 11 سبتمبر 2006) المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008 (جريدة رسمية رقم 07 المؤرخة في 10 فيفري 2008).
7. المرسوم التنفيذي 90-266 الصادر في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، الجريدة الرسمية عدد 40، المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 10/05/1999، وقد الغي هذا المرسوم بموجب المرسوم 13-327 المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ المؤرخ في 26/09/2013، الجريدة الرسمية عدد 49، المؤرخة في 2013/10/02.
8. المرسوم التنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 03 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

القوانين الأجنبية

- 1- القانون الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد الصادر في 1976/12/09، والذي بدأ العمل به في 1977.
- 2- القانون 67-06 الصادر في 2006 الخاص بحماية المستهلك المصري.

القوانين باللغة الفرنسية

1. Code civil français version consolidée du code au 1<sup>er</sup> septembre 2013  
Edition: 01/12/2013.
2. Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.
3. Loi n. 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.
4. Le décret n° 78-464 de 24 mars 1978 sur l'application de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services. « De la protection des consommateur contre les clauses abusives .

فهرس المحتويات

شكر وتقدير

3-1.....	مقدمة
	<b>الفصل الأول: الشروط التعسفية كسبب للإختلال التوازن العقدي</b>
5.....	المبحث الأول: ماهية الشروط التعسفية
5.....	المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية
5.....	الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية
7.....	الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة
12.....	الفرع الثالث: عناصر الشروط التعسفية
15.....	المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية ومعاييرها
15.....	الفرع الأول: أنواع الشروط التعسفية
18.....	الفرع الثاني: معايير الشروط التعسفية
21.....	المبحث الثاني: تحقيق التوازن العقدي في عقد الإذعان وفي الشرط الجزائي والغرامة التهديدية
21.....	المطلب الأول: تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان
21.....	الفرع الأول: مضمون عقد الإذعان
26.....	الفرع الثاني: دور القاضي في حماية الطرف المذعن
28.....	المطلب الثاني: تحقيق التوازن العقدي في الشرط الجزائي وفي الغرامة التهديدية
28.....	الفرع الأول: تحقيق التوازن العقدي في الشرط الجزائي
30.....	الفرع الثاني: تحقيق التوازن العقدي في الغرامة التهديدية
	<b>الفصل الثاني: الرقابة المقررة في مواجهة الشروط التعسفية</b>
34.....	المبحث الأول: الرقابة القانونية و الإدارية على الشروط التعسفية
34.....	المطلب الأول: الرقابة القانونية على الشروط التعسفية
34.....	الفرع الأول: الرقابة القانونية على الشروط التعسفية في مختلف التشريعات
34.....	الفرع الثاني: قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون 02-04
38.....	المطلب الثاني: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية
38.....	الفرع الأول: رقابة لجنة الشروط التعسفية

39.....	الفرع الثاني: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم
44.....	المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية
44.....	المطلب الأول: رقابة القضاء الإداري و المدني على الشروط التعسفية
44.....	الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية
46.....	الفرع الثاني: رقابة القضاء المدني على الشروط التعسفية
49.....	المطلب الثاني : دور جمعيات حماية المستهلكين في تفعيل الرقابة القضائية
50.....	الفرع الأول: تعريف جمعيات حماية المستهلك
50.....	الفرع الثاني: الدور الوقائي والعلاجي لجمعيات حماية المستهلك من البنود التعسفية
52.....	خاتمة
54.....	قائمة المصادر والمراجع

## ملخص :

يعتبر موضوع الشروط التعسفية العقدية ظاهرة جد معقدة بحكم تطور صيغ تحرير العقود بين طرفي العقد، والتي أصبحت تتسم بالتعسف الناتج عن تفرد الطرف القوي اقتصاديا ومعرفيا بتحريرها.

تهدف هذه الدراسة إلى البحث عن إمكانية تحقيق التوازن العقدي إزاء الشروط التعسفية، من خلال التصدي لمختلف الشروط التي تتضمن تعسفا في شتى المجالات، وإلى خلق قواعد كفيلة بمواجهتها، كتفعيل الرقابة عليها سواء عن طريق إنشاء لجنة الشروط التعسفية، أو جمعيات حماية المستهلك، أو عن طريق تدخل القاضي في تعديل الشروط التي يراها مجحفة.

## Résumé :

Les conditions contractuelles arbitraires sont des phénomènes très complexes en raison des formules de libération des contrats entre les parties au contrat, qui sont devenues extrémistes à cause de la singularité du partie fort économiquement et bien informée pour les libéraliser.

Cette étude a pour but d'analyser la possibilité d'atteindre un équilibre contractuel des conditions arbitraires, En arrêtant les conditions arbitrairement tolérées dans tous les domaines et la création des règles pour les affronter comme l'activation du contrôle en créant un comité des conditions arbitraires, ou une association de protection du consommateur ou par l'intervention d'un juge dans les conditions injuste.