الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف–المسيلة

كلية: الحقوق والعلوم السياسية **ميدان: الحقوق والعلوم السياسية**

قسم: الحقوق **تخصص: قانون أعمال**

رقم:

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

تحت عنوان:

خصوصية الشرط التعسفي ومدى تأثيره على العقد الاستهلاكي

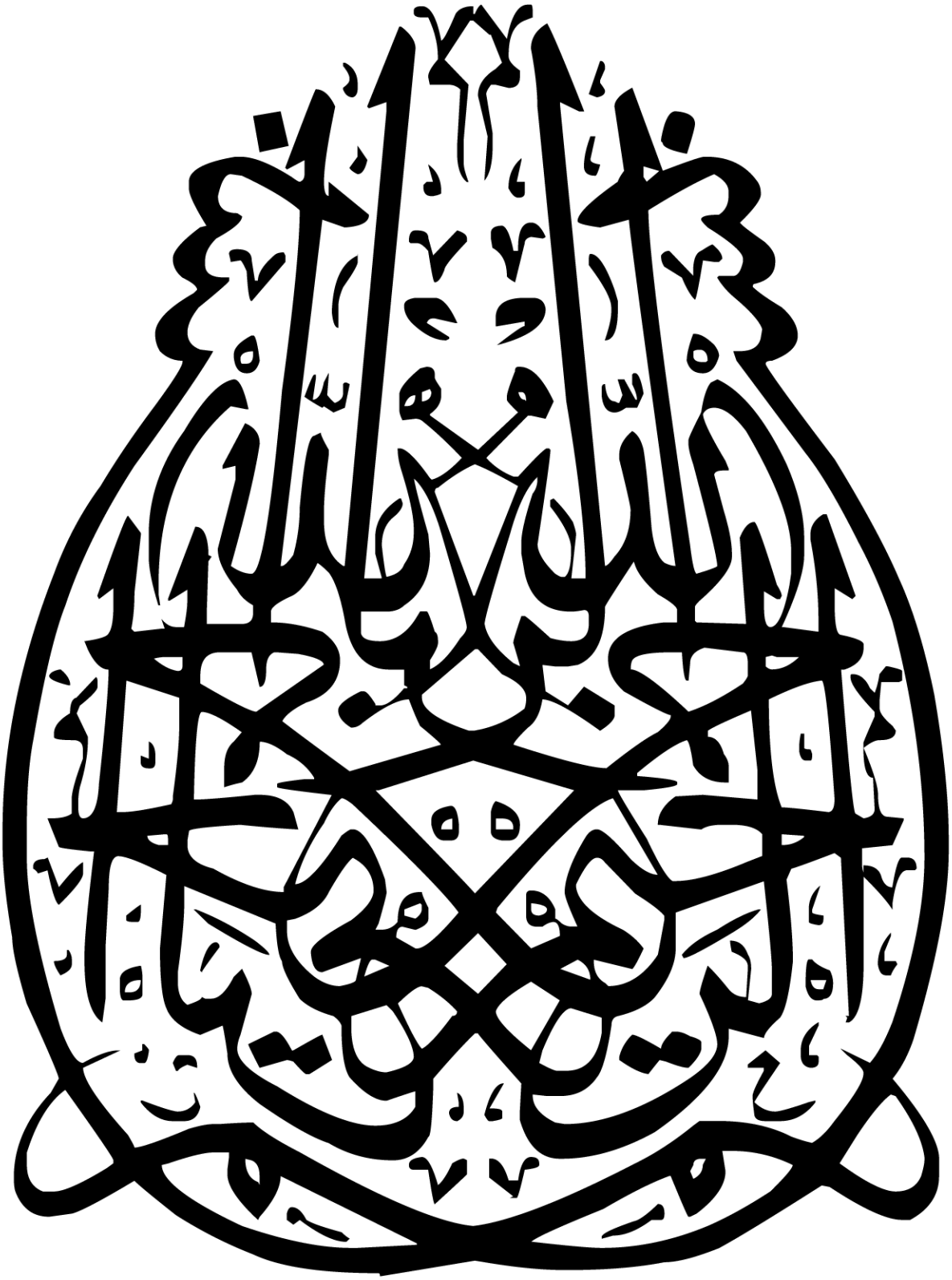
من إعداد الطلبة :

- **لمونس الطاهر**
- **مشتة مخلوف**

لجنة المناقشة:

.....	جامعة محمد بوضياف–المسيلة	رئيسا
أ. د خضري حمـــزة	جامعة محمد بوضياف–المسيلة	مشرفا ومقررا
.....	جامعة محمد بوضياف–المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020



* ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): ..مرنيز لطاهر.. الصفة: طالب، أستاذ، باحث .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم..200835132.. والصادرة بتاريخ..2016/12/14.....

المسجل(ة) بكلية / معهد ..الحقوق.. قسم ..العلوم القانونية والادارية.....

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: ..خصوصية الشرط التعسفي وصدى تأثيره على العقد الاستهلاكي.....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: ..2021-06-09..

توقيع المعني (ة)

*ملحق بالقرار رقم ....1082.... المؤرخ في ..... 27 ديسمبر 2020

الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية ومكافحتها

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

مؤسسة التعليم العالي والبحث العلمي: جامعة محمد بوضياف المسيلة - كلية الحقوق والعلوم السياسية

نموذج التصريح الشرفي

الخاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز بحث

أنا الممضي أسفله،

السيد(ة): عبدت مخلوف ..... الصفة: طالب، أستاذ، باحث .....

الحامل(ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم 340512019175 والصادرة بتاريخ 2019/10/31

المسجل(ة) بكلية / معهد الحقوق قسم العلوم القانونية والإدارية

والمكلف(ة) بإنجاز أعمال بحث (مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)،

عنوانها: خصوصية الشرط المقصي وحدي تأثيره على العقد الإداري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه .

التاريخ: 2021/06/09

توقيع المعني (ة)

شكر وتقدير

اللهم لك الحمد كله ولك الشكر كله على أن وفّقتني إلى هذه المحطات التي ما كنت لأصل لها لولا توفيق منك وعزم وصبر على إنجاز هذا العمل فلك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضى ومن باب من لا يشكر الناس لا يشكر الله أتقدم بجزيل الشكر و التقدير

لأستاذي : **خضري حمزة**

على إشرافه المتميز ودعمه المتواصل و نصائحه القيّمة، تقديرا لجهده المبذول ولما أولاني به من حسن المعاملة و التوجيه والعون ، فله جميل الشكر أعجز عن الوفاء به.

كما لا أنسى أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى كل من أمدني بيد العون لإنجاز هذا العمل ولو بالكلمة الطيبة والدّعاء.

شكرا جزيلا من الصميم

إهداء

إذا كان الإهداء يعبر ولو بجزء من الوفاء، فالإهداء إلى التي على بساط الأوجاع ولدتني وبأيدي الآلام ربتني وبعيون التعب رعتني وبصدر المشقات حملتني، إلى من كان دعاءها سر نجاحي:

جنتي أمي الغالية.

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، إلى الذي أحمل اسمه بكل افتخار إلى قدوتي في الحياة **والدي**

حفظه الله.

إلى أول شمعة أنارت بيتنا إلى **ابنتي "ولاء نور اليقين"**

إلى زوجتي الدكتورة **"بن سيعيدي سلمة"**

إلى الأعزاء الأهل والأقارب.

إلى كل الأصدقاء والزملاء التي جمعتني بهم الحياة

مقدمة

مقدمة :

الأصل أن الإنسان حر فيبرم العقد ويضمنه ما يريد من شروط ، وإذا تم العقد لا يجوز التدخل لتعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين لكن سرعان ما تأثر هذا المبدأ نتيجة للتطور المستمر الذي يشهده العالم في شتى المجالات ، والذي ساعد في ترويج أنماط وقيم استهلاكية عن طريق الدعاية المستهدفة ما أدى إلى زيادة إشكاليات الاستهلاك .

وأصبحت هذه العقود تحمل شروطا محررة مسبقا ، تلك الشروط التي قد ترد بطريق الإحالة لوثائق تتكون من عدة نسخ مما يصعب الاطلاع عليها ، وإما أن تكون معلقة بمكان إبرام العقد والمستهلك يذعن لها ويقبل بها نظرا لحاجته إليها ، ما يخل بتوازن العقد لذا تعتبر شروط غير عادلة باعتبارها توفر ميزة فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك أو غير المهني . وفكرة حماية المستهلك من الشروط التعسفية ليست بفكرة حديثة حيث أن فكرة الحماية كانت معروفة في عهد روما القديمة ،فقد كان قانون حمورابي يعاقب بالإعدام من يخدع في الكيل والميزان وفي مصر القديمة كان المطفف في الميزان يعاقب بقطع اليد الواحدة أو اليدين معا ، وفي روما كان الغش في الأغذية والغلال من أعظم الجرائم أما بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية فقد نصت في كثير من المواقف على نصوص تهدف إلى حماية المستهلك ، غير أن هذه الروابط والعلاقات الإنسانية في معظمها تميزت منذ القدم بكونها غير متوازنة ولعل السبب الرئيسي في هذا الاختلال هو ما يملكه أحد أطراف العلاقة من قوة سواء أكانت قوة اقتصادية سياسية أو علمية ...الخ .

أهمية هذه الدراسة:

إن أهمية هذه الحماية يعكسها على المستوى الدولي ميثاق حماية المستهلك الذي احتضنته الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها رقم 248/39 المؤرخ في 1985 المتضمن الحقوق الثمانية الأساسية للمستهلك ، كما أن المشرع الفرنسي قد تصدى هو الآخر في نصوص صريحة ضمن القانون المؤرخ في :1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالبيع والخدمات ، كما أن ألمانيا حاربت هذا النوع من الشروط التعسفية فأصدرت القانون الألماني المؤرخ في :09 /1976/02 ،المتعلق بالشروط العامة للعقد.

و الجزائر لم تكن منعزلة عن الاهتمام بمواجهة الشروط التعسفية ،والمشرع الجزائري لم يتوقف عند عقد الإذعان فقط بل أصدر القانون رقم 04-02 **المتعلق بالممارسات التجارية** المعدل والمتمم بالقانون 06/10 والقانون 03/09 المتعلق **بحماية المستهلك وقمع الغش** . وغيرها من النصوص القانونية والتنظيمية التي تهدف إلى الحفاظ على مصلحة المستهلك وتحسين ظروف معيشته.ووضع الأجهزة التي تعمل على توفير الحماية، والأسس القانونية لإنشاء الهيآت التي تسهر على تحقيقها .

أما عن أهمية الموضوع وسبب اختياره : موضوع الشروط التعسفية يظهر على مستويين:

فعلى المستوى النظري : تتمثل هذه الأهمية في فحص وتحليل النصوص القانونية لمحاولة الوصول إلى مدى استيعاب المشرع لهذا الموضوع من أجل وضع حلول وآليات تحد من تعسف الطرف القوي وتحارب كل شرط تعسفي من شانه الإخلال بالتوازن العقدي.

أما على المستوى العملي : رغم أن ظهور فكرة حماية المستهلك منذ وقت طويل وعناية المجتمعات القديمة بمعالجة هذه الفكرة فتم إصدار العديد من التشريعات لتأمين وجودها إلا أن المستهلك بمفرده لا يستطيع الوصول إلى تلك الحماية كما أن موضوع الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك لا تزال إلى يومنا هذا موضوع نقاش ولعل هذا يعتبر أهم الأسباب والدوافع القوية التي أثارت رغبتنا في تناول هذا المجال كموضوع بحثنا ، فضلا عن ندرة الدراسات والبحوث المتعلقة بهذا الموضوع.

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

إشكالـــية البـحث :

على اعتبار أن أحد أطراف العلاقة التعاقدية يفرض أحيانا شروطا تعسفية ينبغي على الطرف الآخر قبولها دون مناقشتها ما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي ، انطلاقا من هذا الطرح تثور مشكلة البحث الأساسية في :**إلى أي مدى يمكن حماية المستهلك من مثل هذه الشروط التعسفية في علاقاته التعاقدية أثناء عدم التوازن العقدي ؟.**

المنهج المتبع في الدراسة:

ارتأينا ضرورة الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي لدراسة الموضوع ،وذلك من خلال تحليلنا لمختلف النصوص القانونية والتنظيمية والتعليق عليها من حين لآخر ،بالإضافة إلى

المنهج المقارن أحيانا كضرورة للمقارنة بين التشريع الجزائري وغيره من التشريعات التي تهدف إلى تبيان بيعة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ومكافحتها وخاصة التشريع الفرنسي. وللإجابة على هذه التساؤلات اعتمدنا على خطة ثنائية متكونة من فصلين :

الفصل الأول : ندرس فيه نطاق العلاقة التعاقدية حيث نبدأ بنطاق العقود الذي يتمثل في أطراف العلاقة التعاقدية المتمثلة في المستهلك وغير المهني و الطرف الآخر وهو المتدخل، ثم طبيعة هذه العلاقة التعاقدية

أما عن الفصل الثاني :فقد حاولنا من خلاله أن نتناول الشرط التعسفي كسبب لاختلال العلاقة التعاقدية ، إذ لا بد لنا من تحديد ماهيته وعناصره ثم نبين معاييره و أنواعه.تبيان الآليات التي من خلالها يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية وإعادة التوازن للعقد خاصة الجزاء المترتب على إدراج الشروط التعسفية في العقد ، لنختم بحثنا بحوصلة لأهم النتائج والاقتراحات التي توصلنا إليها .

الفصل الأول:

خصوصية العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمتدخل:

يدخل المستهلك كطرف في علاقة تعاقدية مع الحرفي في سبيل الحصول على البضائع والخدمات ويتبين أن هذه العلاقة لا تكون متوازنة عادة لأن الحرفي يتميز بالخبرة والاختصاص ورأس المال الأمر الذي يجعله في مركز أقوى يمكنه من إملاء الشروط على المستهلك .

لم تعد ضرورة الحماية مقتصرة فقط على مواجهة سوء نية الحرفي وإنما اتسعت لتشمل حماية المستهلك في مواجهة تعسف الحرفي في استغلال مركزه الاقتصادي القوي ،وهذا ما جعل لموضوع حماية المستهلك أهمية قصوى تستدعي البحث .ولهذا ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص المبحث الأول لماهية العقد الاستهلاكي في حين نتناول خصائص وأركان هذا العقد في المبحث الثاني.

المبحث الأول : ماهية العقد الاستهلاكي:

إن مصطلح عقود الاستهلاك قد يوحي بوجود طائفة من العقود مستقلة بذاتها، توجد إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود ، لكن هذا غير صحيح و المشرع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي وسع من مفهوم العلاقات التعاقدية وطبيعتها ومحلها ، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول: تعريف وطبيعة العقد الاستهلاكي .

نتناول في ها المطلب تعريف العقد الاستهلاكي في الفرع الأول سواء على المستوى التشريعي أو الفقهي أو القضائي في حين نتناول في الفرع الثاني طبيعة هذه الخاصة.

الفرع الأول : تعريف العقد الاستهلاكي:

إن عبارة عقد الاستهلاك تطلق على أي عقد، سواء كان عقد مسمى أو غير مسمى، وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكا أو غير مهني ، والطرف الآخر المتدخل .

بمفهوم المخالفة فإنها لا تعد عقود استهلاك ، تلك العقود التي يكون كل أطرافها من التجار أو المهنيين ، فعقد البيع مثلا تنطبق عليه صفة عقد الاستهلاك إذا كان المتعاقد مع البائع وهو المشتري له صفة المستهلك، وأيضا عقد القرض يكون عقد استهلاك اذا توافرت في المقترض صفة المستهلك، أما إذا كان أطراف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فلا تنطبق عليها صفة عقود الاستهلاك[1].

وعرفت المادة 03 من قانون 04-02 والمادة 01 من القانون 06-306 العقد الاستهلاكي بأنه : كل أتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة إحداث تغيير حقيقي فيه .

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

[1] /خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009 ،ص 20.

الضمان أو القوائم أو أذون التسليم أو الأوراق أو التذاكر المتضمنة شروطا متفاوضة في شأنها بحرية أو غير متفاوض بشأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا[1].

الفرع الثاني : طبيعة العقد الاستهلاكي :

نظرا للتقدم التكنولوجي والاقتصادي الذي عرفه العالم في العقود الأخيرة كتوحيد نماذج وأنماط السلع والمنتجات ، وتعقد صناعتها والتوزيع بالجملة في أماكن متفرقة ، لهذا يتم تحرير بعض العقود بصفة مسبقة بالكامل بواسطة أحد المتعاقدين وهذا ما يسمى بالعقود النمطية أو عقود الإذعان.وسنتناول في هذا الفرع مظاهر التعسف في عقود الإذعان أولا ثم خصائص عقد الإذعان ثانيا .

أولا : مظاهر التعسف في عقود الاستهلاك :

سنتطرق أولا لعقد الإذعان ، ثم سنوضح مظاهر التعسف في العقود الاستهلاكية .

-**مفهوم عقد الإذعان:** إن عقود الإذعان كما في عقود شركات التأمين والنقل، وعقود المرور، وشركات الغاز والمياه ومصالح البريد وغيرها هي كبقية العقود متكونة من إيجاب ورضا الطرفين، إلا أن القبول يتميز بأنه مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب وسمي هذا العقد بالفرنسية " عقد الانضمام" حيث أن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه .

أما فيما يخص طبيعة عقود الإذعان فقد ذكر السنهوري انقسام الفقهاء في طبيعة عقود الإذعان إلى مذهبين رئيسيين: **أولهما** : يرى أنها ليست عقودا حقيقية وقد أنكر جانب من

[1]/ أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 213.

الفقه الصبغة التعاقدية على عقود الإذعان ، إذ أن العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار أما هنا فالقبول مجرد إذعان ورضوخ ودون مناقشة لبنوده ،فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانونا أخذت الأشخاص سواء الطبيعية أو المعنوية ذات المركز العقدي الأقوى بإتباعه فتفسيره لا بد من الاعتماد على مقتضياته العدالة وحسن النية في تطبيقه .

ثانيهما : يرى غالبية فقهاء القانون المدني أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بموافقة إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد عن عقد حقيقي ، إن لعقد الإذعان مميزات تجعله لا يختلف عن بقية العقود التي لا إشكال في صفتها العقدية وهي:

– أكثر العقود فيها إذعان من أحدهما للآخر، إذا كان أحدهما أو كلاهما مضطرا للتعاقد.

– إن عقود الإذعان تحتوي على ضرر أقل من العقود الأخرى التي يضطر إليها أحد الأطراف لأن الإيجاب في عقود الإذعان يكون عاما للجميع بصورة واحدة فقلما نجد في العقد غلط أو تدليس .

– أن المحتكر في عقود الإذعان ليس له غلبة على غيره لأنه هو أيضا خاضع للظروف الاقتصادية المحيطة به، فهي تضطره وتملي عليه شروط العقد وليس هو الذي يملي شروط العقد على الطرف الآخر حقيقة .

2/ أمثلة عن التعسف في العقود الاستهلاكية:

باعتبار العقود الاستهلاكية مجالا رحبا لوجود الشروط التعسفية بالتالي فهي تنعكس سلبا على المستهلك ، فإذا نظرنا إلى الخصائص الثلاث لعقود الإذعان تمكنا أن تعتبر من عقود الإذعان ما يلي:

1-عقود شركات الكهرباء والغاز والمياه ومصالح البريد والهاتف إذا كانت منحصرة في جهة واحدة، وتملي شروطها بدون مناقشة وتخفف من مسؤوليتها وتشدد من مسؤولية المتعاقد.

2- عقود النقل بوسائله المختلفة من سكك حديدية وكهربائية وبواخر و سيارات وطائرات وغير ذلك .

3-عقود شركات التأمين إذا كانت منحصرة بين الدولة ومؤسساتها وكانت ضرورية .

4- العقود مع المستشفيات التي تحصر الأجهزة المهمة للعمليات الكبرى التي يحتاجها المريض عندها.

5- عقود المرور في الطرق العامة للسيارات التي باعتها الدولة لشركة أو مؤسسة مع حاجة الناس إلى هذا الطريق المهم ولا يوجد بديل لهم عنه.

6- عقود الإيجار التعسفية التي تضعها وزارة الأوقاف لأوقافها التي أوجدت حق التقدم لشخص حقيقي أو حقوقي .

المطلب الثاني : صور العلاقات التعاقدية :

نصت الفقرة 02 من المادة 03 من قانون 04-02 على انه : " يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا ". كما أن المادة 10 من قانون 10-06 أوجبت أن تكون كل عملية بيع للسلع أو تأدية خدمات مصحوبة بفاتورة أو أي وثيقة تقوم مقامها ، فيلتزم البائع بتقدمها ويلزم على المشتري أن يطلبها لأن هذه الوثيقة هي التي تبرر المعاملة التجارية .

الفرع الأول: تعريف الفاتورة : هي وثيقة تتضمن كافة الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 2005/12/10 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، فقد درجت الشركات أو الجهات المسؤولة بصياغة هذه الفواتير في نماذج واضحة ومحددة تشير صراحة إلى طبيعة العقد وشروطه وحقوق والتزامات كل طرف منه ، وتكون محررة بعبارات واضحة وصريحة لا تدعو للالتباس و البيانات الواجب توافرها في الفاتورة منصوص عليها في المادة 03 من المرسوم 05-468 ، ولا بد أن تتوافر شروط في الفاتورة في حد ذاتها نصت عليها المادة 04 من نفس المرسوم وهي ضرورة أن تكون الفاتورة موقعة بختم ندي للبائع مع توقيعه إلا إذا كانت محررة إلكترونيا فتطبق أحكام المادة 11 التي تستثني الفاتورة الإلكترونية من التوقيع والختم وإرسالها عن طريق النقل الالكتروني الذي يتمثل في نظام

إرسال الفواتير المتضمن مجموع التجهيزات والأنظمة المعلوماتية التي تسمح لشخص أو أكثر بتبادل الفواتير عن بعد.

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

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

الفرع الثاني : سند التحويل :

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

ويشترط في تحرير هذا السند أن يكون مؤرخ و مرقم بالسلع أثناء تحويلها ولابد أن يتضمن جملة من البيانات منصوص عليها في المادة 13 من المرسوم السابق .

وأهم السندات التي جاء بها المشرع هي التي نص عليها في القانون التجاري وتتمثل في :

أ/ عقد تحويل الفاتورة : هو تحويل الحقوق من مالكها للوسيط الذي يتحمل مهمة تحصيلها وضمان الوفاء النهائي في حالة إعسار المدين مقابل عمولات هذا التدخل[1] .

[1]/ ميلاد عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة تلمسان ، 2011-2012 ، ص 26.

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

ب/ سند الخزن : هو سند مصرفي يقوم بتحريره تاجر يعطي ضمانا لتوقيعه على بضاعة مودعة بأحد المخازن العمومية والمخزن العمومي هو عبارة عن منشأة تهيئ بناء أو مكانا فسيحا لإيداع البضائع ، ويقوم بدور المودع لديه لأنه يقدم خدمات للمودعين تتمثل في حفظ وصيانة البضائع المودعة لديه [1].

وعرفته المادة 543 مكرر ق.ت.ج بأنه :" استمارة ضمان ملحقة بوصل البضائع المودعة بمخازن عامة "، ويخضع سند الخزن للتداول بالطرق التجارية ومنها التظهير وهو ما نصت عليه المادة 543 مكرر2 /4 ق.ت.ج بقولها :" سند الخزن هو سند قابل للتظهير بنفس شروط السندات التجارية الأخرى ".

ج/ سند النقل : هو سند يصدر من الناقل فيعلن بيان ومقادير البضاعة التي استلمها من المرسل والتزامه بتسليمها للمرسل إليه في الميعاد والمكان المحددين ويمتاز سند النقل على تذكرة النقل ببساطته واتفاقه مع منطق الإثبات فيعقد النقل بصورته الحديثة ، فهو لا يتضمن إلا البيانات الجوهرية[2].

[1]/ علي البارودي ، القانون التجاري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1975 ، ص 309 .

[2] / ميلاد عبد الحفيظ ، المرجع السابق ، ص 33.

الفرع الثالث : وصل التسليم والفاتورة الإجمالية :

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

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

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

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

المبحث الثاني: أركان وخصائص العقد الاستهلاكي

إن مصطلح عقود الاستهلاك قد يوحي بوجود طائفة من العقود مستقلة بذاتها ، هذه العقود التي تتميز عن غيرها بالنظر إلى أطرافها ولا يتأتى لنا فهم معنى عقود الاستهلاك بشكل واضح إلا بالقيام بتعريف أطرافها وخصائص هذا النوع من العقود الخاصة ، ويتم تناول هذا المبحث في مطلبين : المطلب الأول نتطرق فيه إلى تحديد أركان العلاقة التعاقدية في حين نخصص المطلب الثاني إلى تحديد خصائص هذه العلاقة التعاقدية .

المطلب الأول : أطراف العلاقة التعاقدية :

يعد مصطلح الاستهلاك من المصطلحات الاقتصادية ، فالاستهلاك هو أحد العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات ، والمستهلك هو من يقوم بهذه العملية . غير أنه في المجال القانوني يختلف مدلول المستهلك عنه في المجال الاقتصادي لأن القانون لا يهتم بفعل الاستهلاك في حد ذاته وإنما يهتم بالتصرف القانوني الذي يأتيه الشخص بإرادته بهدف إشباع احتياجاته الذاتية والعائلية من السلع والخدمات ولهذا قسمنا هذا المطلب إلى قسمين نتناول في الفرع الأول : مفهوم المستهلك أو غير المهني وفي الفرع الثاني نتناول المتدخل .

الفرع الأول : تعريف المستهلك :

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

أولا : مفهوم المستهلك :

مفهوم المستهلك لغة :إن المتتبع لكلمة الاستهلاك يجد أنها مشتقة من الفعل هلك بمعنى النفاذ والتغيير والتبديل [1].

واستهلك بمعنى : استنفذ أو أفنى أو هلك أو التهم أو أكل ويعبر عن هذه المعاني كلها [2] والاسم مستهلك من استهلك هو استهلاك ومعناه الاستنفاذ أو الإسراف أو التبديد أو الإهلاك واسم الصفة هو مستهلك ويعني القابلية للفناء.واسم الفاعل من استهلك مستهلك بضم الميم وكسر اللام والذي يعنينا في هذا المقام هو تحديد معنى المستهلك الذي يقصد به " الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك فهو الفاعل الذي يستهلك الشيء ".

[1] /عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،منشأة المعارف، ط 1 ،2008 ، ص32.

[2] /السيد خليل هيكل، نحو القانون الإداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،1999، ط 2، ص7.

1/ التعريف الفقهي للمستهلك :

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

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

أ/ المفهوم الموسع للمستهلك :

ظهر هذا الاتجاه وتجسد في ذلك نداء الرئيس الأمريكي "كندي" بقوله : أن المستهلكين هم نحن جميعا ، فيعتبر المستهلك وفقا لهذا الاتجاه: "كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك" [1].

ويعرفه البعض بصفة أكثر شمولا ويرون أن المستهلك هو : " كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أي بمعنى استعمال واستخدام مال أو خدمة "[2].

فوفقا لهذا التعريف يعتبر مستهلكا المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه المهني فهو كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أي بهدف استعمال أو استخدام مال أو خدمة فمثلا: من اشترى سيارة لإستخدامه الشخصي أو يستعملها في مهنته يعتبر مستهلكا لأن

[1] /محمد بودالي ،حماية المستهلك في القانون المقارن ،دار الكتاب ،2007 ص 22.

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

السيارة تستهلك في كلتا الحالتين عن طريق الاستعمال ، غير أنه لا يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة من أجل بيعها . ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي أتجه إلى تمديد قانون الاستهلاك ليشمل بالحماية الأشخاص الذين يتصرفون بغرض مهني ولكن خارج اختصاصهم المهني [1].

بل إن البعض ذهب إلى المناداة بتوسيع دائرة الاستفادة من قواعد الحماية لتشمل جميع المتعاقدين " الأضعف اقتصاديا " على أساس أن قرينة الضعف التي على أساسها يبنى مفهوم المستهلك هي قرينة بسيطة الأمر الذي يحتم دراسة كل حالة على حدا لتحديد من هو المستهلك ، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 1978/01/10 المتعلق بالشروط التعسفية التي جاء فيها ما يلي:"نصوص هذا القانون المتعلقة بالشروط التعسفية تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين"[2].

ب/ المفهوم الضيق :

المستهلك هو الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع وأن المستهلك هو شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الخاص يقتني أو يستعمل أموالا أو خدمات لغرض غير مهني أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية[3].

[1] / محمد بودالي ، المرجع السابق ص 22 .

[2] / الياقوت جرعود ، المرجع السابق ص 20 .

[3] / محمد بودالي المرجع السابق، ص 23 .

فالمعيار الذي اعتمد عليه هذا الاتجاه هو معيار الغرض من التصرف والذي بحسبه يمكن التمييز بين المحترف والمستهلك ، وبناء على ذلك لا يمكن اعتبار الشخص الذي يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج من المستهلكين كالوكيل العقاري الذي يشتري سيارة من أجل عمله وفي نفس الوقت لنقل أسرته وهو ما يسمى بالاستعمال المختلط كما عرفته الدكتورة علي حسن طرح البحور :" هو كل شخص يتعاقد لغرض الحصول على ما يلزم استهلاكه النهائي الذي يشبع حاجاته الخاصة ويدخل في معنى الحاجة الخاصة تلك المخصصة لإشباع حاجة شخصية أو عائلية أو منزلية[1]، ويذهب غالبية الفقه الفرنسي إلى تأييد هذا الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك من بينهم الفقيه الذي عرفه بأنه : ذلك المشتري أو الزبون الذي يمكن افتراض أنه ذكي وعاقل قادر على أن يكسب ويحمي حقوقه في مواجهة البائع الذي يقابله. ويعتبره البعض:" الشخص الطبيعي الذي يقتني أو يستعمل مالا أو خدمة لغرض غير مهني وساق أنصار هذا الاتجاه عدة حجج من أجل إبعاد المحترف من الحماية منها أن المحترف الذي يتصرف من أجل الحاجات المهنية سيكون أكثر تحفزا من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص وبالتالي سيحسن الدفاع عن نفسه وإذا صادف وجود محترف في وضعية ضعف فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد خاصة لا بقواعد قانون الاستهلاك .

[1] / طرح البحور علي حسن ،عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ،دار الفكر الجامعي ، ط 1 ، 2007 ،ص 140.

فالمستهلك التقليدي يلتقي بالمهني في مجلس عقد واحد ويسري على العقد أحكام التعاقد بين الحاضرين[1]، في حين المستهلك الالكتروني هو الذي يحصل على حاجياته الضرورية أو المتعلقة بنشاطه المهني من خلال أحد وسائل الاتصال فهو لا يلتقي بالطرف المهني إلا من خلال وسط الكتروني والعقد المبرم بينهما يسري عليه أحكام التعاقد بين غائبين،[2]ويستفيد من الحماية من الشروط التعسفية في العقد وقد تمتد إلى مرحلة ما قبل التعاقد غير أن هذا المستهلك المستفيد قد يتحول إلى مستهلك مضرور إذا ما تعرض لحادث وهو بصدد استخدامه للسلعة المشتراة فالمستهلك النهائي هو الذي يقتني أو يستعمل منتج أو خدمة لأغراض شخصية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة فهو بذلك يشبع حاجة غير تجارية[3].

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

[1] / عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 1 مصادر الإلتزام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط 3 ، 1998. /ص63 .

[2] / عبد الرزاق أحمد السنهوري المرجع السابق ،ص 81.

[3] /علي بولحية بن بوخميس ، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى،2000 ،ص 16.

فهذا التعريف قد أضفى الحماية على الشخص سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني خدمات ومنتجات لأجل إشباع حاجاته الضرورية والحاجيات الواردة في التعريف قد تكون شخصية كما قد تكون مهنية فقضية الاستعمال المختلط أثارت مشكلا كبيرا في الأوساط القانونية فمثلا شخص يشتري سيارة للاستعمال المهني وفي نفس الوقت لنقل عائلته فهنا هل يعتبر المقتني للمنتج مستهلكا أم لا؟ قرر مجلس الإتحاد الأوربي من خلال تقريره في 2005/1/20 أن كل شخص يتعاقد ويستخدم السلعة لأغراض مهنته لا يستفيد من القواعد الحمائية إلا إذا كان هذا الاستخدام المهني هامشي أو قليل بالنظر إلى الاستخدام الشخصي.[1]

2/ التعريف القضائي للمستهلك : القضاء الفرنسي في البداية أخذ بالغرض من التعاقد فعرفه بأنه الفرد الذي يصبح طرفا في عقد يتعلق بالتزود بالسلع والخدمات لإشباع حاجاته الشخصية[2]، ففي أحد قراراتها الصادرة عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 28 /1987/04 تم قبول مد تطبيق النصوص الحمائية ضد الشروط التعسفية إلى شركة تمارس نشاطها كوكالة عقارية بمناسبة إنشاء جهاز الإنذار في الأماكن التي تأجرها[3].

[1]/ Claire-marie pegliom _zika, la notion de clause abusive au sens de l'article L131-1 du code de la consommation ,these de doctorat en droit privé, université panthéon –assas- 2013 ,p61.

[2] / عمر محمد عبد الباقي ، المرجع السابق ص 24 .

[3] / اسامة أحمد بدر ،ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ،2011 ص 65 .

فبهذا القرار نجد أن القضاء الفرنسي قد وضع المستهلك والمهني الذي يتعاقد خارج إطار تخصصاته المهنية أثناء ممارسة مهنية في كفة واحدة، على أساس أن هذا الأخير في نفس مركز المستهلك (عدم العلم) ويجب إفادته بالأحكام الحمائية ، فنهج الاتجاه الموسع مفهوم المستهلك و أدخل المهني الذي لا يعلم خصائص السلعة أو الخدمة المقتناة في طائفة المستهلكين وتبنى بذلك مصلحة المهني غير المتخصص [1]، وهو ما يجسده القرار لسنة 1993 في قضية تتلخص وقائعها أنه بعد التعاقد بين أحد التجار وشركة بقصد تركيب جهاز إنذار بمتجره ولدى التعاقد سدد التاجر مبلغ العربون إلا أنه وبعد أن أعاد التفكير قرر الرجوع في التعاقد وبلغ قراره للشركة المعنية في المهلة المحددة لذلك ، إلا أن هذه الأخيرة رفضت الاستجابة لطلبه ودفعت بأن هذا الأخير (التاجر) قد تعاقد بصفة صاحب مهنة ومن ثم لا يجوز له التمسك بحق الرجوع في التعاقد المنصوص عليه قانونا، إلا أن محكمة النقض رفضت بنقض حكم دائرة الاستئناف تأسيسا على أن العقد الرئيسي موضوع النزاع يتعلق بتركيب جهاز إنذار ولا علاقة له بالاختصاص المهني للتاجر والذي يكون في نفس وضعية أي مستهلك آخر[2].

غير أنه ومنذ 1995 أصبحت محكمة النقض الفرنسية تصدر قراراتها على أنه لا تستفيد من قواعد الحماية من يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني وبالرجوع إلى القضاء

[1]/ أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ،دار النهضة ،1994 ص 28 .

[2]/ نوال بن لحرش جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر ،دور وفعالية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،جامعة قسنطينة ،2013/2012 ص 19.

الجزائري لا نجد أي قرار تطرق من خلاله إلى تعريف المستهلك وربما يرجع السبب في ذلك إلى أن المشرع الجزائري قام بوضع تعريف شامل للمستهلك في القانونين 09- 03 المتعلق بالممارسات التجارية والقانون 04- 02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

3/ التعريف القانوني للمستهلك : فعرفته وزارة التجارة والصناعة المصرية بموجب القرار رقم 886 الصادر سنة 2006 الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية وقانون حماية المستهلك الصادر بموجب القانون رقم 67 سنة 2006 في الباب الأول من الفصل الثاني في المادة 01 منه على أنه : "كل شخص يقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"[1]، كما عرفه التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر عن مجلس الجماعات الاقتصادية الأوروبية بتاريخ 2 افريل 1993 في المادة 02/ بأنه : " كل شخص طبيعي يتصرف في عقود لغايات لا تندرج في إطار نشاطه المهني ".[2]

أما بالرجوع إلى المشرع الفرنسي نجد بأنه جاء بعدة تعاريف للمستهلك وهي :

[1] /أميرة حسن الرافعي ،المحاكم الاقتصادية ، قوانين الاستثمار ،قوانين حماية المستهلك ،المكتب العربي الحديث ،2009 ،ص 428،442

[2] /عمر محمد عبد الباقي ،المرجع السابق ص 22 .

_ عرفه في القرار الوزاري الفرنسي الصادر في 1972/1/14 الخاص بتنظيم الإعلان عن أسعار السلع :" من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من يعولهم وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق نشاطه المهني " .[1]

_ وبالرجوع إلى المادة 1649 ق.م.ف نجده يعرف المستهلك بأنه :" كل شخص طبيعي يتعاقد من أجل غرض لا يدخل ضمن نشاطاته المهنية والتجارية " ، فالملاحظ يجد أن المشرع الفرنسي يعتبر المستهلك هو الشخص الطبيعي دون المعنوي لكن سرعان ما غير رأيه فنجده أحال تعريف المستهلك إلى مشروع القانون 02 ماي 2013 وأصبح التعريف يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني المنتج من أجل حاجاته الشخصية وليست المهنية.[2]

غير أن المشرع الجزائري على خلاف المشرع الفرنسي حرص منذ البداية على إعطاء تعريف للمستهلك وأول ما تم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش وذلك في إطار تحديد وتوضيح المفاهيم والمصطلحات الواردة في القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، حيث نصت المادة 02 الفقرة 09 منه على ما يلي : " المستهلك هو كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتجا أو خدمة معدين

[1] /عبد الفتاح بيومي حجازي ،مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية ،دار الفكر الجامعي ،ط1 ،2005، ص19 .

[2]/ Claire-marie pegliom _zika, op.cit ,p61.

للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به ".

وتداركا منه للتناقض الموجود بالتعريف قام بإعطاء تعريف آخر للمستهلك من خلال القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 2010/8/15 بإعطاء تعريف آخر للمستهلك تبنى من خلاله المفهوم الضيق بقوله في المادة 02 فقرة 03 :" المستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "، هذا وبصدور القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 2009/02/25 عرف المشرع المستهلك في المادة 03 فقرة 01 منه على أنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستهلاك النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

ثانيا : مفهوم غير المهني :

ثار جدال في الأوساط القانونية حول مصطلح "غير المهني" ، وهناك من قال أن له صفة مزدوجة لا هو مهني ولا مستهلك [1]وقد حاول الفقه والقضاء حل هذه المشكلة .

[1] / Claire-marie pegliom _zika, op.cit , p 74.

1/ التعريف الفقهي لغير المهني :

الرأي الأول : يعتبر غير المهني مستهلكا :

يرى أنصار هذا الرأي ، وهو رأي يضيق من نطاق الحماية من حيث الأشخاص، أن تعبير غير المهني هو نفسه تعبير المستهلك ، إذ أن المهنيين الذين يتصرفون في نطاق غرض مهني، ولكنه غير داخل في مجال اختصاصهم ، كالتاجر الذي يركب جهاز للإنذار لمحله، ليسو مستهلكين، رغم أنهم يبرمون عقودا محلها أشياء تخرج عن مجال اختصاصهم وبالتالي فرغم كونهم ضعفاء في مواجهة المحترفين الذين يتعاقدون معهم ، إلا أنهم "ليسوا بالضرورة أشخاصا عزل لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم"[1].

فهذا الرأي يدعمه أنصاره بحجة أن المستهلك "يكون دون سلاح ، بوصفه يوجد في وضعية ضعف في مواجهة المحترف الذي باستطاعته إملاء شروطه ، إذ أن المستهلك هو شخص عادي في مواجهة المحترف الذي هو بالضرورة شخص متبصر"[2]. وما غير المهني إلا تعبيرا مرادفا لتعبير المستهلك.

الرأي الثاني: غير المهني طائفة قائمة بذاتها :

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

[1]/Précis Dalloz 3ème,1992 n 9et 10 p 7Calais –auloly –droit de la consommation –

[2]/ محمد بودالي المرجع السابق ص 124.

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

2/ المفهوم القضائي لغير المهني :

في البداية اتجه القضاء الفرنسي، إلى تشبيه غير المهني بالمستهلك، وذلك من خلال قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 أفريل 1982[1]، لكن في 15 أفريل 1986، عدلت محكمة النقض الفرنسية عن اجتهادها المذكور، حيث أنها رفضت إفادة شركة تأمين من نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاصة بالشروط التعسفية ، بحجة أن الشركة كانت قد تعاقدت بصفتها المهنية ، ففي هذا القرار الأخيـر ضيقت من مفهـوم المستهلك ، وذلك برفضها تشبيه غير المهني بالمستهلك[2]، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا، حيث عادت محكمة النقض الفرنسية إلى اتجاهها الأول ، وذلك بموجب قرار صادر لها ، أكد أن محكمة النقض تعتبر غير المهني مستهلكا، وذلك في 28 أفريل 1987 الصادر عن الدائرة المدنية

[1]/ محمد أمين سي الطيب ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون خاص ،جامعة تلمسان 2008/2007 ص 22.

[2]/ محمد أمين سي الطيب ، المرجع السابق ص 23 .

الأولى ، والتي اعتبرت أن الوكالة العقارية رغم أنها شخص مهني إلا أنها فيما يتعلق بنظام الإنذار تعتبر شخصا غير مهني ، لأنها غير متخصصة في مجال نظام الإنذار.

وبتبني محكمة النقض الفرنسية للمفهوم الموسع للمستهلك على النحو السابق بيانه ، ذهب أنصار المفهوم الضيق للمستهلك ، إلى أن ذلك أدى إلى "تفجير مفهوم المستهلك" ، والذي أصبح يتغير مع تغير نصوص الحماية ، فمفهوم المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية ليس هو ذاته بالنسبة للمواضيع الأخرى التي يتضمنها قانون الاستهلاك . مما جعل القانون الفرنسي في حاجة إلى مفهوم موحد للمستهلك تجتمع حوله نصوص الحماية المختلفة، ويؤدي إلى تحقيق التناسق بينها.[1]

الفرع الثـاني : المــتدخل :

أولا : مفهوم المتدخل : المشرع الجزائري كان يعبر عن المدين بالالتزام بلفظ المحترف ولكن بصدور القانون 09-03 جاء المشرع باسم جمع من خلاله المصطلحات السابقة وهو المتدخل وهو مصطلح جديد في نصوص حماية المستهلك لذا سنرى تعريفه الفقهي ثم القانوني.

1/ التعريف الفقهي للمتدخل :

هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد لمباشرة نشاط مهني ما سواء أكان هذا النشاط صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو حرا أو زراعي أو غير ذلك،[2]فالمهني هو الشخص الذي

[1] / محمد بودالي ، نفس المرجع ص 65 ،66.

[2]/Calais-auloly –droit de consommation- précité .n. 7p5

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

ويعرفه الفقيه الايطالي" **كريزا فولي**" :" هو كل شخص طبيعي أو معنوي ينتج أو يصنع أو يبين أو يقيم أشياء متطورة أيا كانت طبيعتها المعدة لاستعمال الغير".[1]

فهو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني بصفة معتادة سواء كان هذا النشاط صناعيا أو تجاريا ".[2]

يعتمد الفقه في تعريفه للمتدخل على مصطلحي المهني أو المحترف ويعتمد على معايير لتحديد مفهومه وهي : –معيار الاحتراف والربح – و معيار القوة.

فالحرفة أو المهنة : كل نشاط منظم لغرض الإنتاج أو التوزيع أو أداء خدمات فهي تتضمن مفاهيم المؤسسة أو المشروع .

أ/ معيار الاحتراف لتحديد مفهوم المتدخل :

هو ممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار وبصفة منتظمة ومستمرة واتخاذها مهنة للحصول على مورد للرزق، ويقتضي الاحتراف أن يقع العمل بصفة دورية ومستمرة بحيث يأخذ شكل الاعتياد[3]، ويعتبر الاحتراف بهذا المعني في القانون التجاري ، شرطا لاكتساب

[1]/زاهية حورية سي يوسف ، المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومة ،ص 24.

[2]/نوال شعباني ، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ،تخصص مسؤولية مهنية ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2012 ص 15.

[3]/ محمد أمين سي الطيب ، المرجع السابق ،ص28.

وصف التاجر ، لكن في نطاق علاقات الاستهلاك، أي في العلاقة ما بين المستهلك والمهني ، فإن الشخص قد لا يعتبر تاجرا بمفهوم القانون التجاري، لكنه يعتبر مهنيا في مواجهة المستهلك، أي لا يشترط هنا توافر شروط اكتساب صفة التاجر، التي هي أن يقوم الشخص بالأعمال التجارية على سبيل الاحتراف وبصفة معتادة بل يكفي لاعتياد الشخص مهنيا أن يعتاد القيام بالعمل المتعلق بمهنته ، والاعتياد يختلف عن الاحتراف ، بل هو في مرتبة أدنى منه لا يكفي لإضفاء الصفة التجارية على من يعتاد القيام بالأعمال التجارية وما يهمنا في هذه الدراسة هو توافر علاقة بين طرف قوي وآخر ضعيف يفرض فيها الطرف القوي نفوذه وتأثيره في تعامله وتعاقده مع الآخر الذي هو المستهلك وكان محلها سلعا أو خدمات وليس إتباع أو مراعاة الالتزامات القانونية التي يفرضها القانون التجاري.

ب/ معيار الربح لتحديد مفهوم المهني :

يعتبر معيار الربح هاما من المعايير الأساسية التي اعتمد عليها القانون التجاري في شأن تحديد مفهوم التاجر، وهو ما يساعد في تحديد مفهوم المهني أو المتدخل في تعاقده مع المستهلك ، هذا من حيث المبدأ ، لكن يبدو أن لجنة تنقيح قانون الاستهلاك ، وبعد بعض التردد أصبحت لا تفضل الأخذ بمعيار الربح لتحديد المهني كون أنه ينبغي النظر إلى الحالات التي لا يكون هدفها الربح كما هو الحال بالنسبة للتعاونيات والتي لها أنشطة اقتصادية وتقوم بأنشطة خيرية. هؤلاء الأشخاص ليس لديهم هدف الربح ، إلا أنها يجب مع ذلك أن تكون داخلة في طائفة المهنيين ، فعلى سبيل المثال نذكر ما ذهب إليه القضاء

الفرنسي في صدد نزاع بين شركة الكهرباء الفرنسية وبين أحد المشتركين ، حيث ورد في حيثيات الحكم : أنه ليس من شك في أن العلاقة بين شركة الكهرباء الفرنسية E.D.F والمشتركين هو من طبيعة عقدية ، وليس من شك في أن التمويل بالطاقة الكهربائية له خاصية البيع ، إضافة إلى ذلك فإن شركة الكهرباء الفرنسية تمثل كل خصائص المهني وبصفة خاصة التفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري بينما المشتركين المتعاملين معها يمثلون هم كل خصائص المستهلك.

ج/ معيار القوة التقنية والاقتصادية :

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

2/ المفهوم القانوني للمتدخل:

تعريف المشرع الجزائري للمتدخل : وعرفه في قانون حماية المستهلك وقمع الغش في المادة 09 من القانون 09-03 بأنه :" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك ".

والمتدخل قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا بالمؤسسة كما هو منصوص عليه في المادة 02 من القانون 09-03 بأنه : "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية

عرض". فالمتدخل هو حسب نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات يعرفه بأنه :"هو منتج أو صانع وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك".

أما المتدخل في قانون المنافسة رقم 08-12 فهو يأخذ اسما آخر هو المؤسسة وهذا ما نصت عليه المادة 03 منه والتي عرفتها بأنها :"كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت صفته يمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات".

يتماشى هذا التعريف مع ما جاء في قانون حماية المستهلك كون العون الاقتصادي شخص طبيعي أو معنوي ينشط في الإنتاج والتوزيع أو تقديم الخدمات بصفة عامة يقصد المشرع بعبارة "مهما كانت صفته "أي مهما كان الشكل الذي يتخذه شخص فردا أو مؤسسة أو شركة مهما كان شكلها ، ويسمى المتدخل في القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية : عون اقتصادي وعرفته المادة 03 في فقرتها 01 : بان "العون الاقتصادي : كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

ثانيا: صـــور المتــدخل :

أراد المشرع بسط المزيد من الحماية للمستهلك ، ليمكن المستهلك الضحية فعلا ودائما من الوصول إلى المسؤول المعني ، وذلك بأن جعل مسؤولية المتدخل غير المنتج احتياطية.

وعددت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات المعدل بعض المتدخلين في عملية عرض المنتوج للاستهلاك وهم الذين قصدهم في المادة 03 فقرة 07 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش والمتمثلين في : المنتج أو الصانع ، الوسيط ،التاجر، المستورد ، الموزع وهناك بعض المتدخلين أيضا تطرقت إليهم تشريعات أخرى مثل : الحرفي ، المزود ، المعني ، المجهز و المركب ، والعبرة في تحديد المتدخلين هي التمكن من قيام المسؤولية المدنية لمقدم السلعة أو الخدمة وذلك بالرجوع إلى المسؤول الفعلي كما نصت عليه المادة : 126 من القانون المدني الجزائري . أما إذا تعدد المسؤولون كانوا متضامنين فيما بينهم .

و المتدخل يأخذ عدة تسميات منها : المنتج و شبه المنـتج و الصانـــع والوسـيط والحرفي والتاجر والمستورد و الموزع والمجهز أو المركب والمورد والمزود والمعلن: والمصنع وغيرها.

المطلب الثاني : خصائص عقود الاستهلاك :

1/: فيما يتعلق بالشخص المستهلك :

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

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

فإذا كان المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الموسع للمستهلك واعتبر المستهلك الوسيطي مشمولا بقواعد الحماية فإنه عاد و تبنى المفهوم الضيق من خلال قواعد القانون حماية المستهلك وقمع الغش والقانون للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

لابد من توافر صفة المستهلك في عقد الاستهلاك على أن تنتفي صفة المستهلك عن المتعاقد الآخر حتى نتمكن من تطبيق النصوص القانونية التي تحمي المستهلك كطرف ضعيف في مواجهة الطرف القوي و هو المتدخل حيث أن هذا التفاوت هو الذي يجعل من المستهلك طرفا مذعنا وجديرا بالحماية.

2/ فيما يتعلق بمحل الاستهلاك :

يدخل في هذا النطاق تعاقد المستهلك على المنتوج هذه الكلمة التي تشمل السلع والخدمات وتشمل السلع كل ما تستخدم لتلبية حاجات المستهلك في إطار غير مهني ولا يعني كون هذه السلع استهلاكية أنها ستخدم لمدة واحدة ، فلا فرق بين السلع القابلة للاستهلاك الفوري مثل المواد الغذائية أو المنتجات الصيدلانية وبين السلع الدائمة الاستهلاك كالسيارات والأثاث ، الأجهزة المنزلية التي تستهلك بصفة متكررة.

أما الخدمات فهي تشمل كل الخدمات التي تقدم للمستهلك مقابل أدائه لمبلغ نقدي وقد تكون هذه الخدمة ذات طبيعة مادية كالخدمات التي يؤديها أصحاب الفنادق وقد تكون خدمات ذات طبيعة ثقافية كالاستشارات القانونية أو ذات طبيعة مالية كعقد التأمين وعقد القرض.

فعرفته المادة 02 من التعليمة الأوربية 1985 " كل مال منقول حتى وان كان مرتبطا بعقار فيما عدا المواد الأولية الزراعية ومواد الصيد" وبعد صدور القانون رقم 389/98 المؤرخ في 1998 والمتضمن المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة والذي تضمنه القانون الفرنسي في تحديد مفهوم المنتوج منهجا مخالفا للقانون التقليدي الذي كان سائدا[1]، حيث أوردت المادة 3/1386 تعرف المنتوج بقولها : يعد منتوجا كل مال منقول حتى وان ارتبط بعقار ويسري هذا الحكم على منتوجات الأرض وتربية المواشي والصيد البحري ويعتبر الكهرباء منتوجا.

أما المشرع الجزائري فعرفها في القانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من خلال المادة 35 منه عرف المنتوج كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا.

الخدمة : كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى وان كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة والسلعة : كل شيء عادي قابل للتنازل عنه مقابل أو مجانا.

المشرع الجزائري على خلاف التشريعات التي تعتبر المتنوج هو السلعة دون الخدمة فإنه يطلق كلمة منتوج على السلعة والخدمة معا "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا" .

من خلال ما سبق يمكن القول بأن المنتوج هو مفهوم واسع يفتقر إلى ضوابط محددة حتى وإن أخرجت العقارات والبنايات الضخمة من معنى المنتوج فهو يحتاج إلى تدقيق أكثر وقد

[1]/ محمد بودالي، المرجع السابق ص 20 .

حاول المشرع الجزائري تحقيقه من خلال تعديله للقانون المدني باستحداثه للمسؤولية المدنية للمنتج [1]، وإذا كانت السلعة شيء مادي ملموس فإن الخدمة : عبارة عن منفعة مدركة بالحواس قائمة بذاتها أو متأصلة بشيء مادي قابلة للتداول ،لا يترتب عليها ملكية وهي في الغالب غير محسوسة ، فمتى كانت الجوانب المحسوسة هي الغالبة في العرض فإن ذلك يعني أنها خدمة وليست سلعة والعكس صحيح .[2]

ج/ **فيما يتعلق بالهدف من التعاقد :** يهدف المستهلك إلى استهلاك السلعة متى كانت قابلة للاستهلاك الفوري أو المتكرر وعليه لا يعتبر مستهلكا من يقوم بالتعاقد على سلعة بهدف إعادة بيعها لأنه يعد عملا تجاريا الهدف منه تحقيق الربح وليس الاستهلاك وهو ما نصت عليه المادة 02 من القانون التجاري الجزائري[3].

[1] /محمد حاج بن علي مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجاته المعيبة ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، جامعة الشلف ،ص46 .

[2] / علي فلاح الزعبي ، مبادئ وأساليب التسويق ، دار صفاء للنشر والتوزيع ، ط1 ،2010 ، ص329.

[3] / المادة 2 من القانون التجاري الجزائري بقولها: ((يعد عملا تجاريا بحسب الموضوع:*كل شراء للعقارات لإعادة بيعها*كل مقاولة لتأجير المنقولات أو العقارات*كل مقاولة للإنتاج او التحويل أو الإصلاح*كل مقاولة للبناء أو الحفر أو لتمهيد الأرض*كل مقاولة للتوريد أو الخدمات*كل مقاولة لاستغلال المناجم أو المناجم السطحية أو مقلع الحجارة أو منتجات الأرض الأخرى*كل مقاولة لاستغلال النقل أو الانتقال*كل مقاولة لأشغال الملاحي العمومية أو الإنتاج الفكري*كل مقاولة للتأمين*كل مقاولة لأشغال المخازن العمومية* كل مقاولة لبيع السلع الجديدة بالمزاد العلني بالجملة أو الأشياء المستعملة بالتجزئة*كل عملية مصرفية أو عملية صرف أو سمسرة أو خاصة بالعمولة*كل عملية توسط لشراء وبيع العقارات أو المحلات التجارية والقيم العقارية*كل مقاولة لصنع أو شراء أو بيع وإعادة بيع السفن الملاحة البحرية*كل شراء وبيع لعتاد أو مؤمن للسفن*كل تأجير أو افتراض أو فرض بحري بالمغامرة.

فإذا كان الغرض من حيازة السلعة أو استعمالها أن ينتهي دورها بهذا الاستعمال فهي سلعة استهلاكية ويكون هذا الشخص مستهلكا أما إذا كان الهدف هو إدخالها في عملية أخرى تتعلق بالتجارة أو الزراعة أو الصناعة حتى وإن كانت في الأخير ستصل إلى يد المستهلك فهي تعتبر سلعة استهلاكية و من ثم الشخص الذي يستخدمها في هذه المرحلة لا يكون مستهلكا.كما أن المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1993/03/01 المعدل والمتمم للقانون التجاري أضاف ثلاث أنواع من الأعمال التجارية بحسب الموضوع ،[1]أما الأمر 96-27 المؤرخ في 1996/12/09 فقد أضاف هو الآخر ستة أنواع[2].

من خلال ما سبق يمكن القول أن هذه العقود التي يطلق عليها تسمية عقود الاستهلاك و يقصد بها كل عقد يبرمه المستهلكين والمهنيين أو غير المهنيين من أجل الحصول على سلعة أو خدمة ويكون الغرض منه تحقيق أكبر قدر ممكن لفائدة المهني حتى لو كان ذلك

---

*كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجار البحرية*كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإيجارهم *كل الرحلات البحرية)).

[1] / وهي :* كل نشاطات الاقتناء والتهيئة لأوعية عقارية قصد بيعها أو تأجيرها * كل النشاطات التوسطية في الميدان العقاري لا سيام بيع الأملاك العقارية وتأجيرها * كل نشاطات الإدارة والتسيير العقاري لحساب الغير .

[2] / وهي :* كل مقاولة لصنع أو شراء أو بيع أو إعادة بيع السفن للملاحة البحرية *كل شراء وبيع لعتاد أو مؤن السفن * كل تأجير أو اقتراض أو قرض بحري بالمغامرة * كل عقود التأمين والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية * كل الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بأجور الطاقم وإبحارهم .

على حساب الطرف الآخر ، من هذا المنطلق يمكن لنا تحديد نطاق هذه العقود بصفة أطرافها وما يتميز به كل طرف من ضعف وحاجة أو قوة ونفوذ وهذه العقود تتميز عن غيرها من العقود بعدم التوازن العقدي ،وحاولنا تبيان ذلك في هذه الدراسة حيث تناولنا نطاق عقود الاستهلاك الذي يتحدد بصفة أحد طرفيه (مستهلك ، مهني ، أو غير مهني) سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية، ثم تحديد مفهوم هذه العقود الاستهلاكية وتبيان الأشكال التي ترد عليها غالبا والتي لها طبيعة خاصة تميزها عن العقود الأخرى سواء عقود المساومة أو الإذعان.

الفصل الثاني :

اختلال التوازن العقدي بسبب الشروط التعسفية:

يقوم العقد على التراضي الصحيح الخالي من عيوب الإرادة حتى يتحقق الهدف من التعاقد المتمثل في تبادل الالتزامات ،غير أنه قد يعتري العقد بعض العوارض التي تشوب أركانه فيختل التوازن فيها فيتحول من عقد مساومة إلى عقد إذعان فما يجعله يقع في نفس الشروط مع أي متعاقد آخر هذه الشروط التي غالبا ما تحتوي الطابع التعسفي وتكون في شكل عقود نموذجية محررة مسبقا من قبل الطرف القوي، وقد حاول كل من الفقه و القضاء والتشريع تحديد هذه الشروط ولو على سبيل المثال حماية لهذا الطرف الضعيف من قوة ونفوذ الطرف المقابل الذي في الأغلب يكون عبارة عن شركات عملاقة ، وقد حاولنا في هذا الفصل معرفة مدى تأثير ها النوع من الشروط في العقود مع محاولة تبيان الآليات التي من خلالها يمكن محاربتها وإعادة التوازن العقدي وذلك من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول: نتناول فيه تأثير الشرط التعسفي في توازن العقد الاستهلاكي أما المبحث الثاني خصصناه لآليات مكافحة الشروط التعسفية.

المبحث الأول : خصوصية الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك :

المستهلك هو أضعف طرف في العلاقة التعاقدية بصفة عامة ، لذا فإن اعتبارات العدالة تقضي اعتبار هذه العقود بمثابة عقود إذعان حتى يكون للمستهلك الحق في إبطالها وبالتالي فإن أي شرط يستطيع المستهلك المطالبة بإبطاله متى أثبت الصفة التعسفية لهذا الشرط، لأنه يمثل اعتداء على مصالحه وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل التزام المستهلك في العقود الاستهلاكية باعتبارها شروطا مجحفة تنال من رضاه لذا سنتناول في هذا المطلب فرعين : الفرع الأول : نخصصه لماهية الشرط التعسفي ، والفرع الثاني : معايير وأنواع الشرط التعسفي

المطلب الأول : ماهية الشرط التعسفي :

لتعريف الشرط التعسفي لابد من تمييزه عن التصرفات المشابهة له فقد ثار خلاف فقهي حول الفرق بين **التصرف المجحف** و **التصرف التعسفي** وهناك من عرف التصرف التعسفي بأنه : ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته في حين التصرف المجحف: لا يحول الفعل أو الحق عن تحقيق وظيفته الاجتماعية غير أنه تصرف غير مقبول[1].

ويميز البعض بين **التعسف** و **التجاوز** على أساس أن التعسف ذا صفة خطئيه فمثلا المالك يفعل ما يشاء في ملكه دون قصد الإضرار بالغير أما إذا قصد ذلك يكون تعسف في استعمال حقه، أما التجاوز عبارة على أن الشخص في استعماله واستغلاله لحقه يتجاوز

[1]/السيد محمد السيد عمران ،حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ،منشاة المعارف بالإسكندرية ،ص32.

الحد المألوف فيحدث ضرر للغير (الجيران) ولكن أحيانا يكون التجاوز تعسفا وأحيانا يكون التعسف تجاوزا[1].

الفرع الأول : مفهوم الشرط التعسفي :

أولا: تعريف الشرط التعسفي : الشرط في اللغة إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه واصطلاحا : اقتران العقد بالتزام أحد طرفيه بأمر زائد عن أصل التصرف أو هو التزامات إضافية منجزة على أصل مقتضى العقد يلتزم بها العاقد في ضمن عقده بإرادته[2].

والشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه وجود التزام أو زواله ، فإذا كان وجود الالتزام هو المترتب على وقوعه كان الشرط واقفا أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلا وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط كان الشرط فاسخا[3].

أما التعسف لغة: هو استخدام الشيء وفي الاصطلاح القانوني : يعني الاستخدام الفاحش .

فالشرط التعسفي:هو المحرر مسبقا من جانب القوي ويمنح له ميزة فاحشة عن الآخر[4].

أ / التعريف الفقهي للشرط التعسفي: عرف جانب من الفقه الغربي الشرط التعسفي بأنه يعتبر تعسفيا : الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، فتعريفه إذن شيء غير محدد ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، الشروط الجزائية وشروط إسناد

[1]/السيد محمد السيد عمران ، نفس المرجع ، ص 32.

[2]/ أحمد مفلح خوالدة ،شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ،2011 ، ص150.

[3]/محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة سنة 2007، ص 15.

[4]/ نوال كيموش ، المرجع السابق ص 61.

الاختصاص وعرفه الفقه أيضا بأنه : الشروط التي يوردها المحترف عادة في العقود التي يبرمها مع الطرف غير المحترف (عديم الخبرة) ويهدف من خلالها إلى ترتيب الالتزامات العقدية على النحو الذي تتحقق معه اكبر مصلحة له ولو كان ذلك على حساب الطرف الآخر[1].والفقه الجزائري اعتبر بأنه : ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يؤدي أعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي.

وهذا التعريف متأثر بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي بقوله إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة...

فالفقه الجزائري اعتمد على معيارين في آن واحد لتحديد الصفة التعسفية للشرط الأول هو معيار الميزة الفاحشة ومعيار العدالة غير أن هذا الأخير غير واضح وغامض لاختلاف مفهوم العدالة من شخص لآخر ومن قاضي لآخر و هو ما قد يؤدي إلى تضارب الأحكام بين الفقهاء بصدد نفس الشرط. وعرفه **الدكتور : أحمد محمد الرفاعي** : الشرط التعسفي:هو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة ما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط

[1]/ سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، المجلة القانونية 7 ، 2001 ، ص 15.

المحرر مسبقا من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثرا من آثاره[1].

نلاحظ اختلاف الفقهاء في تعريف الشروط التعسفية حسب المعايير التي يتم اعتمادها فهناك تعريف مبني على أطراف العلاقة التعاقدية وآخر مبني على مصدر فرض الشروط التعسفية وثالث ركز على أثر الشروط التعسفية على العلاقة التعاقدية.

ب/ التعريف القضائي للشرط التعسفي: تطبيقا للنصوص السابقة رقم 35 من القانون 23/78 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك والمادة 132 من القانون 95-96 المتعلق بقانون الاستهلاك الفرنسيين ، فإن محكمة النقض الفرنسية تعتبر أنه من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين مهني ومستهلك ويمثل هذا العقد ولو جزئيا – خاصية البيع فإنه يخضع للمادة 02 من المرسوم 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرما باعتباره تعسفيا في مفهوم المادة 35 السابقة الشرط الذي من شأن محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت. فمحكمة النقض تتبنى المفهوم الذي يتبناه المشرع للشرط التعسفي وقالت أن الشرط يعتبر تعسفيا إذا كان يتضمن تصرفا غير مشروع يعدل المبادئ العامة بشكل غير متوافق مع الاحترام الواجب لحسن النية هذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة العميل والبنك.

ج/ التعريف القانوني للشروط التعسفي :عرف المشرع الفرنسي في البداية الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 23/78 الصادر في 1978/1/10 المتعلق بحماية وإعلام

[1]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق ،ص 215.

المستهلكين للسلع والخدمات بأنه : في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محررة، محددة أو منظمة .... الشروط المتعلقة بـ .... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف استعمال النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة[1]، ثم اتبع المشرع الفرنسي هذا القانون بالمرسوم الصادر في 24 مارس 1978 في المادة الأولى من أجل تطبيق القانون السابق[2] (1978/01/10). والذي أعتبر فيه أن الشرط التعسفي: هو الشرط الذي محله أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه ، ونصت المادة 02 من نفس المرسوم: وكذلك الشرط الذي محله أو أثره يلغي أو ينقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أيا كانت، وتجدر الإشارة إلى أن الأعمال التحضيرية للقانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات المذكورة آنفا كانت قد تضمنت تعريفا للشرط التعسفي جاء فيه: الشرط التعسفي هو كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للأضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين طبقا لنموذج معد كليا أو جزئيا من جانب المهني ويخضع له المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية للتعديل له[3].

[1]/ خالد عبد الفتاح محمد خليل ، المرجع السابق ،ص 26.

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

[3]/ محمد أمين سي الطيب ، المرجع السابق ص 99.

وبصدور القانون رقم 95- 96 الصادر بتاريخ 1995/02/01 الخاص بقانون الاستهلاك أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في المادة 132 فقرة 01 التي نصت على انه: في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرار بغير المحترفين أو المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1].

و يعتبر المشرع الألماني الأسبق في مجال الحماية من الشروط التعسفية وذلك بموجب المادة 09 من القانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن والذي بدأ العمل به في 1977/04/01 والتي نصت على انه : تعتبر الشروط العامة لاغيه حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشرط بطريقة غير معقولة ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية[2]، فالمشرع الألماني على خلاف غيره من التشريعات فقد حدد الشروط التعسفية الباطلة ضمن قائمتين وأعطى للقاضي في نفس المادة السلطة التقديرية لتحديد الطابع التعسفي للشرط من عدمه كما انه لا يقصر الحماية من الشروط التعسفية على فئة المستهلكين بل يمد الحماية إلى المهنيين نفسهم كما أنها ليست مقبولة إلا بالنسبة لعقود الإذعان مع استثناء المفاوضة والمساومة وقد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام الطرف الآخر بها خاصة المستهلك[3].

[1]/ أسامة أحمد بدر ، المرجع السابق ص 32.

[2]/ قادة شهيدة ، المرجع السابق ص 287.

[3]/ محمد بودالي ، المرجع السابق ، ص 18.

والمشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية قام بتعريف الشرط التعسفي في المادة : 03 فقرة 05 من القانون 04-02 المعدل بالقانون 10-06 المتعلق بالممارسات التجارية بأنه :كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد، وهذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري بهذا الصدد أزال الكثير من التساؤلات التي أبديت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية والمعايير الواجب توافرها حتى يوصف الشرط بأنه تعسفي.

الفرع الثاني :عناصر الشروط التعسفية :

أولا- عناصر متعلقة بالعقد الاستهلاكي :

1/ أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة :بالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية التي تنظم هذا الموضوع نجد أنها نصت على كلمة منتج بدلا من سلعة و العلة في ذلك هي أن كلمة منتج أعم و أشمل في حين أن السلعة تشمل فقط المنقولات المادية سواء أكانت تهلك باستعمالها لأول مرة كالمواد الغذائية أو سلع معمرة كالسيارات ، و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 22 من المرسوم التنفيذي 266/90 [1]و التي عرفت المنتج بأنه « كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة » كما نلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 02 من المرسوم التنفيذي السابق رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش

[1]/ المرسوم التنفيذي 266/90 الصادر في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 1999/5/10.

عرفت المنتج « كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات » صحيح أن كلمة منتج تشمل السلعة أو الخدمة لكن المشرع الجزائري تدارك هذا التقصير في المرسوم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ووسع من تعريف المنتج بأنه : « كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا »

من خلال هذا التعريف السابق نجد أن المشرع الجزائري لم يتحدث عن العقار بصفة عامة.

2/ أن يكون العقد مكتوبا: يعتبر عقد الإذعان هو مجال للشروط التعسفية وهو نوعان عقود إذعان مكتوبة و عقود إذعان شفاهة و حتى تكون بصدد شرط تعسفي لا بد من وجود عقد مكتوب و محدد مسبقا ،كما نصت عليه المادة 35 من القانون 04-02 المعدل بالقانون 10-06 ، فمن خلال المادة نجد أن المشرع اشترط في العقد الاستهلاكي الذي يظهر في صورة عقد إذعان أن يكون محرر مسبقا من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر و إرغامه على التعاقد بما يحويه من شروط تعسفية كما أن هذا العقد تتعدد أشكاله فقد يرد على شكل طلبية فاتورة سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى .

3 / أن يؤدي الشرط إلى إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد :بالنظر إلى التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة 03 من القانون 04_02 المعدل والمتمم نستنتج أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرطها تعسفيا متأثرا بما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار بموجب المادة 132 فقرة 01 من قانون الاستهلاك و الذي نقله هدا الأخير عن التعليمة

الأوربية لسنة 1993 علما أن القانون الفرنسي كان يتبنى معيار آخر وفقا لقانون 1978/01/10 .

ثانيا / عناصر متعلقة بالمتعاقد في حد ذاته :تثير مشكلة الحماية من الشروط إشكالية تتمثل في ما هو نطاق هذه الحماية المقررة هل تشمل المستهلك فقط أم تشمل جميع أطراف العقد بما فيها المستهلك والمتدخل معا ؟

اختلفت نظرة التشريعات في الإجابة على هذه الإشكالية بين موسع لنطاق الحماية يشمل جميع الأشخاص و بين مضيق لا يتعدى المستهلك بمعناه الحرفي .

الاتجاه الأول : يرى أن الحماية لا تقتصر فقط على المستهلك و إنما تمتد إلى كل طرف في عقد الإذعان الذي لم يتسنى له مناقشة مضمون العقد بشكل حر يستوي أن يكون مستهلكا أو غيره وهو ما ذهب إليه المشرع الألماني بموجب القانون1996/12/09 المتعلق بالشروط العامة للعقد[1]، غير أن المشرع الانجليزي وسع من نطاق الحماية إلى أبعد من ذلك و أجاز للقاضي إبعاد الشروط غير الشريفة من أي عقد كان.[2]

الاتجاه الثاني : ضيق من نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص كالمشرع الفرنسي الذي أفرد للمستهلكين حماية خاصة من الشروط التعسفية بموجب القانون 78/ 23 المؤرخ في 01/10/ 1978 وهو ما ذهب إليه المشرع الأوروبي الذي أصدر تعليمة تم إدخالها فيما بعد في القانون الفرنسي بموجب القانون 1995/02/01 حيث عدل

[1]/ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،المرجع السابق ،87

[2]/ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،نفس المرجع ،88.

نصوص القانون الاستهلاكي المتعلق بالشروط التعسفية والذي قصر الحماية على المستهلكين فقط[1]. في حين تبنى المشرع الجزائري المفهوم الموسع لعقود الإذعان ووسع دائرة الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص لتشمل المهنيين والمستهلكين على حد سواء[2] وهذا الدليل يمكن استخلاصه من خلال المادة 01 من القانون 04-02 المعدل بالقانون 10_06[3] .

المطلب الثاني :معايير وأنواع الشروط التعسفية :

اختلف الفقهاء في تعريف الشروط التعسفية حسب المعايير التي يتم اعتمادها فهناك تعريف مبني على أطراف العلاقة التعاقدية وآخر مبني على مصدر فرض الشروط التعسفية وثالث ركز على أثر الشروط التعسفية على العلاقة التعاقدية وهو ما سنتناوله في هذا المطلب.

الفرع الأول :معايير الشرط التعسفي :

أولا/ معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية : ليكون الشرط تعسفيا اشترطت المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 جانفي 1978 المذكور سابقا أن يكون هذا الشرط مفروض من المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه

[1]/ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،نفس المرجع ،88.

[2]/ محمد أمين سي الطيب ،المرجع السابق ص107.

[3] / حيث نصت على انه " يهدف هذا القانون الى تحديد قواعد و مباديء شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الاعوان الاقتصاديين وبين المستهلكين و كذا حماية المستهلك و إعلامه ".

الاقتصادي[1]، لكن هذا المعيار تعرض للانتقاد نظرا لغموضه إذن هذا المعيار بغموضه يطرح التساؤل حول ضرورة هذا المعيار و حول مدى نجاح المشرع في اختياره .

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

و لتوضيــح مفهوم الوضع الاقتصادي للمهني فإنه من المناسب اللجوء إلى قانون المنافسة المشروعة لمقارنة ذلك بتعسف النفوذ الاقتصادي المسيطر فيها ، على أن مفهوم الوضع المسيطر أو الهيمنة لم يحض بتعريف واضح ، و التشريعات لم تعرفه أيضا و لكن حسب السلطات القضائية للاتحاد الأوربي ، فالوضع المسيطر أو الهيمنة في قانون المنافسة هي : " القوة الاقتصادية المحجوزة من طرف مؤسسة و التي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق و انتهاج سلوك يتسم بقـدر كاف من الاستقلال إزاء منافسيها و عملائها و أخيرا إزاء المستهلكين ".

[1] / عامر قاسم احمد القيسي ، مرجع سابق ،ص 140.

[2]/ عبد الباسط جميعي ، المرجع السابق ص270.

ثانيا/ معيار الميزة الفاحشة: حسب المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 ، الفرنسي ، فإنه لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا فانه يجب أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى لصالح المهني، لذلك يبدو من الوهلة الأولى أن هذا المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول و يعتبر مرتبطا به بعلاقة سببية كما قال البعض إن المشروع قد أعطى تعريفا للتعسف مخصصا إياه بمقدار نتيجته ، حيث أن الشرط لم يكن تعسفيا إلا انه أعطى ميزة فاحشة.[1]

و جدير بالذكر أن هذا الإشكال ، هو كون الميزة الفاحشة غير محدودة الكمية ، يستلزم عدم توازن ظاهر ، و قد حل معيار الميزة الفاحشة محل معيار عدم التوازن الظاهر هذا ، و هذه الصيغة قد استبعدت لأنها كانت تثير بطريقة فاحشة مسالة الغبن ، أما الميزة الفاحشة فهي لا تثير مسالة الغبن و إنما تقترب منها ذلك أن نص المادة 35 اشتمل على عنصر موضوعي أي الميزة الفاحشة ، و عنصر شخصي أي الخشية الناتجة عن تعسف النفوذ الاقتصادي ، وكما هو معروف فإن القواعد العامة التي تعاقب على الغبن تتطلب توفير هاذين العنصرين[2] ، ويرى البعض انه من الطبيعي أن تكون هذه الميزة ذات طابع مالي و هي تكون كذلك حينما يتعلق الشرط المعني بمبلغ الثمن أو نماذج الدفع للثمن لكن ليس من الضروري أن تكون ذات طابع مالي فالشروط التي عددتها المادة 35 ، و التي تتعلق بجوهر الشيء أو التسليم أو عبء المخاطر أو شروط التنفيذ ..... الخ ، وهي بالتالي

[1]/ أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 220 وما يليها .

[2]/زبيري بن قويدر، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، جامعة تلمسان 2006 ، ص 95.

ليست ذات طابع مالي ، إذا فالميزة ليست ذات طابع مالي بالضرورة[1]. وتدارك المشرع النقص و أخذ بهذه الفكرة في المادة 132 فقرة 01 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، حيث هذه المادة تذهب إلى أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالاستناد إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه و كذلك بالنسبة للشروط الأخرى للعقد ويقدر أيضا بالنظر لشروط قد يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هاذين العقدين يخضع فيها احد العقدين إلى قانون آخر كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع أما المشرع الجزائري بدوره ذهب إلى أن الشرط التعسفي لا ينظر إليه و هو منفرد ، بل هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى أي ينظر إليه بالنسبة لمجموع شروط العقد " المادة 3 فقرة 5 من قانون 04-02 السابق " ،هذان هما المعياران اللذان وضعهما المشرع الفرنسي في قانون 10 جانفي1978 ، المذكـور سابقا لتحديد ما إذا كان الشرط يعد تعسفيا أم لا وهما معياران مرتبطان ببعضهما ارتباط السبب بالنتيجة و يمكن من خلالها إعادة التوازن بالمضمون العقدي.[2] غير أن المشرع الفرنسي بموجب قانون الاستهلاك لسنة 1995 تبنى معيارا جديدا هذا الأخير أخذ به حتى المشرع الجزائري وهو المعيار الموالي .

ثالثا : معيار الإخـــلال الظاهر بتوازن الالتزامـــات :أن المشروع المقدم من الحكومة الفرنسية ، و الذي يتعلق بمشروع قانون 10 جانفي 1978 تضمن معيار عدم التوازن

[1]/ أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص222.

[2]/ أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص 223.

الظاهر بين الالتزامات ، الذي استبعد وحل محله معيار الميزة الفاحشة ، و لكن هذا الوضع لم يدم ، إذ أن المشرع الفرنســي عاد فاخذ بالمعيار الذي كان قد ورد في المشروع المقدم من الحكومة هو معيار الإخلال الظاهر بالتــوازن و الذي استمد من خلاله تبنيه للتعليمة الأوربية لسنة 1993 الخاصة بالشروط التعسفية ، فنص على هذا المعيار في المادة 132 من قانون الاستهلاك الفرنسي إلا أن البعض رأى في هذا الصدد أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة[1] ، أي أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع ، على أن الاختلاف يكمن فقط في التسمية ، ونلاحظ أن المشرع الجزائري اخذ بهذه المعايير الجديدة ويظهر ذلك من خلال نص المادة 03 فقرة 05 من قانون 04_02 السابق .فهذه المادة تعتبر لكي يكون الشرط تعسفيا يجب أن يكون من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين وواجبات أطراف العقد.

الفرع الثاني : أنواع الشروط التعسفية :

أولا / الشروط التعسفية المحددة بموجب القوانين :

إن معظم التشريعات تحدد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر وهي الشروط التي يكون الغرض منها أو 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

/2Calais-auloly et f.steinmetz. droit de la consommation 5eme edition dalloz

والجزائري على عكس المشرع الألماني الذي حدد هذه الشروط ضمن قائمتين على أساس مدى قابليتها للتقييم وللسلطة التقديرية للقاضي.[1]

بالنسبة للمشرع الألماني : أعتمد على نوعين من الشروط حددهما بموجب القائمتين السوداء والرمادية :**أ/ القائمة السوداء : dause dites noires**: وهي الشروط التي تبطل بقوة القانون دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي وهذه الشروط الثمانية محددة في المادة 10 بقوله[2]:- إطالة أجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف- اجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه- حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله آخذا 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 موجود مصلحة مشروعة[3]

ب / القائمة الرمادية : dause dates grises: أما القسم الثاني فنصت عليه المادة 11 من نفس القانون وتتعلق بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها خلال مدة 4 أشهر .

- استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس_ حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي

[1]/ أميرة حسن الرافعي ، المرجع السابق ،ص 595 .

[2]/ القانون الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد الصادر في 1976/12/9 والذي بدأ العمل به في 1977.

[3]/ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ،دار هومة ،2007، ص 21.

من النزاع أو ثابت في سند نهائي الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد– الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه واستبعاد أو تحديد من المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[1] ولعل أهم هذه الشروط هو شرط الضمان.

بالنسبة للمشرع الفرنسي: المشرع الفرنسي خالف المشرع الألماني اختار نظاما أكثر تعقيد تميز بتعدد مصادر وقوائم الشروط التعسفية باختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر من هذه المصادر ، حيث أن المصدر الأول لمنع الشروط التعسفية هو ما قد تصدره الحكومة من مراسيم في هذا المجال والمصدر الثاني هو التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية. والمصدر الثالث هو ما نص عليه قانون الاستهلاك منذ 1995 من قائمة محددة لهذه الشروط ، حيث أضاف المشرع الفرنسي ملحقا يتضمن قائمة لشروط غير حصرية يمكن اعتبارها تعسفية وهي تضم 17 نوع وقد عدل المشرع الفرنسي هذا القانون بإصداره لقانون la loi châtel الصادر في 2005/01/28 بإضافة شرط يلزم المستهلك على قبول شروط من خلال نظام بديل لتسوية النزاعات هي:–استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بإضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.

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

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

[1]/ نفس المرجع ،ص 27.

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

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

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

– إجازة المحترف بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق باستثناء حالة السبب الجسيم.

– التمديد التلقائي لعقد محدد المدة.

– الإثبات القاطع لاذعان المستهلك لشروط لا يعلم بها قبل إبرام العقد.

– إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور بالعقد.

– إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة .

– النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم.

– منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.

– تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه.

– التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.

– النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك.

– استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن[1].

بالنسبة للمشرع الجزائري: بالرجوع إلى أحكام المسؤولية المدنية المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني من المواد 124 إلى 140 ق.م.ج. ، فإنه كل اتفاق يهدف إلى إعفاء المسؤول عن اتجاه الضرر بالغير سواء كان هذا الفعل ارتكبه الشخص في حد ذاته أو أحد آخر يكون مسؤولا عنه يقع باطلا ولا يمكن إدراجه ضمن العقد لاحتوائه على الطابع التعسفي الذي يجعل أحد الطرفين في مركز أقوى من الطرف الآخر، كما نص المشرع الجزائري عن بعض الشروط التي تعد تعسفية في عقود التأمين في المادة 622 من القانون المدني التي نصت على انه : يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:– الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جناية أو جنحة عمديه.

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

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

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

– كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته اثر في وقوع الحادث المؤمن منه.

[1]/ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،المرجع السابق ،30،29.

هذا وقد ذكر المشرع الجزائري بعض أنواع الشروط على سبيل المثال لا الحصر في بعض القوانين الخاصة كالقانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون 10-06 في المادة 29 منه .

المادة 29: تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

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

2/ فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3/ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

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

5/ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6/ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا اخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته .

7/ التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو أجال تنفيذ خدمة.

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

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

ثانيا: رقابة الحكومة على الشروط التعسفية بموجب المراسيم :

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

لكن الحكومة الفرنسية ومنذ أن بدأ العمل بنظام المراسيم سنة 1978 فإنها لم تصدر مرسوم سوى واحد لا غير و هو المرسوم رقم 464/78 المؤرخ في 1978/03/24 و الصادر من أجل تطبيق المادة 35 من القانون 1978/01/10 و الذي نص على ثلاث أنواع من الشروط التعسفية وكان أول نوع جاء به المشرع الفرنسي هو منع الشروط التي نصت على إذعان المستهلك لاشتراكات تعاقدية مثل اللائحة أو الشروط العامة للبيع و غيرها و التي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها غير أن هذا النوع من الشروط المحظورة ما لبث مجلس الدولة الفرنسي أن ألغاه على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا تظهر أو توجد في التعداد الحصري للمادة 35 من قانون 1978[1]:

[1]/ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،المرجع السابق ص27، 28.

النوع الأول : يتعلق بتحريم الشرط الذي يكون محله أو أثره يلغي أو يخفض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت ، ومنع هذا النوع من الشروط ساهم في تعديل نصوص القانون المدني فبعد أن كانت قواعد المسؤولية و الضمان لا تتعلقان بالنظام العام و كان بالإمكان الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية حتى عن طريق الاتفاق أصبحت تعد من النظام العام بعد صدور المرسوم 24 مارس 1978، وتحديد الشروط التعسفية المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها يكون مجاله عقود البيع لا غير و بالتالي لا يشمل المنع هذه الشروط إذا تعلقت بعقود أداء الخدمات غير أن نطاق الحماية يمتد أيضا إلى العقد المختلط الذي يتضمن خاصية البيع أيضا بالاستناد إلى نص المادة 02 من المرسوم السابق[1]، إذ أن محكمة النقض الفرنسية اعتبرت عقد المقاولة في نفس الوقت عقد بيع و ذلك في قرار 1989/01/25 و هو ما أكدته محكمة النقض في 16 يونيو 1990 حين قررت تطبيق المرسوم السابق على العقد متى كان يمثل حتى و لو بصفة جزئية خاصية البيع، أي أنه لو كان العقد في جانب منه يعتبر عقد بيع فإن المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك من الشرط التعسفي [2].لكن هذا الاستثناء الخاص لم يقتصر على الحماية من الشرط المحدد للمسؤولية ، حيث قام المشرع الفرنسي بإيراد قائمة محددة للشروط التعسفية بموجب المادة

[1]/محمد أمين سي الطيب ،المرجع السابق، ص 131.

[2]/ cass-civ .6juin 1990.Bull.civ.1990.n 145. P.104

منقول عن سي الطيب محمد أمين .

132 -1 من قانون الاستهلاك الفرنسي في 1995 ومن بين الشروط الواردة في القائمة هو شرط تحديد المسؤولية إذ أصبح يطبق على جميع العقود ولا يختص به عقد البيع فقط .

النوع الثاني : من الشروط التي منعها مرسوم 1978/03/24 هو : الشرط أيا كان محله أو أثره الذي يحتفظ فيه المهني بحق تعديل صفات الشيء الواجب تسليمه أو الخدمة الواردة بالإرادة المنفردة هذا الشرط يتعلق بمحض إرادة أحد المتعاقدين و هو المدين في هذه الحالة بتقديم سلعة أو خدمة ، فالمادة 03 تبطل الشرط و تبقي على العقد لأن ذلك يخدم مصلحة المستهلك الذي يحتاج إلى السلعة و الخدمة على عكس القواعد العامة التقليدية التي تبطل العقد لاقترانه بشرط إرادي محض متوقف على محض إرادة المدين و هو المتدخل .

و هذا الشرط على عكس سابقه إذ لا يقتصر على عقد البيع فقط إنما يشمل جميع العقود ويرى البعض أن المشرع الفرنسي أحسن صنعا في منع البائع أو المنتج أو المورد أو المحتـرف بشكل عام من حق تعديل الشيء محل العقد أو الخدمة بنفسه و ذلك عن طريق إيراد شرط في العقد يجعل التزامه معلق على محض إرادته.

النوع الثالث من الشروط التي منعها مرسوم 24 مارس 1978 التعليق بالضمان فالمتدخل ملزم بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته و بضمان العيوب الخفية للسلعة أو الخدمة المؤداة للمشتري حيث حضر هذا الشرط يتفق مع ما كان يذهب إليه القضاء الفرنسي ، الذي كان يوسع من فكرة الضمان الواجب على المهني عن طريق افتراض سوء نيته وافتراض علمه بعيوب الشيء المبيع و ذلك في ظل القواعد العامة .

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

نستنتج من المادة 30 أن المشرع الجزائري منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه ، و ذلك عن طريق محورين ، المحور الأول و هو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين ، أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشروط التي تعتبرها تعسفية ، لكن هذا المحور الثاني ، لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الاستهلاك ، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشروط التعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم ، أو بين هؤلاء و المستهلكين و يتضح ذلك من عبارة " ... منع العمل في مختلف أنواع العقود ..." الواردة في المادة 30 السابقة ، و ذلك بشرط أن تكون عقود إذعان (المادة 03 الحالة 04 فقرة 01 من قانون 04-02) و ذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون ، و التي تحصر نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع و المستهلك وبالفعل و تطبيقا لنص المادة 30 من قانون 04-02 السابق ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ، الذي يهدف إلى تحديد العناصر

الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية (المادة الأولى من المرسوم)وجاء في المادة 05 من هذا المرسوم أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي :

1/ تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 03/02 من نفس المرسوم ، فالمادة 02 نصت على أنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي و المستهلك :و العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة و شفافية العمليات التجارية و أمن و مطابقة السلع و/أو الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع ، على أن المادة 03 وردت في المرسوم 06-306 لتحدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم ، و التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر و يظهر ذلك من عبارة " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي"، إذن فإيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطا تعسفيا وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي :

- خصوصيات السلع و /أو الخدمات و طبيعتها - الأسعار والتعريفات - كيفيات الدفع - شرط التسليم و آجاله - كيفيات الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات- شروط تعديل البنود التعاقدية- شروط تسوية النزاعات- إجراءات فسخ العقد .

2/ الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة ، بدون تعويض المستهلك.

3/ عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض .

4/ التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته .

5/ النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخليه عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده.

6/ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

7/ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

8/ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته .

9/ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك .

10/ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق .

11/ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته .

12/ يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته .

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 ،الوارد في المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02 لينعت شرطا بأنه تعسفيا رغم عدم ذكره في

القائمة الواردة في القانون 04-02 السابق ، ورغم ذكره أيضا من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 السابق و ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على تطبيق القانون الذي يقوم به قضاة الموضوع.

المبحث الثاني : آليات مكافحة الشروط التعسفية:

الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين غير أنه يحدث أحيانا وأن يبرم أحد الطرفين العقد دون أن يكون لديه الخيار في مناقشة شروط العقد ويجبر على التعاقد والإذعان للعقد بما يحويه من شروط أو يعرض نهائيا عن التعاقد وهذا ما نجد له مجالا خصبا في العقود النموذجية التي يكون فيها المهني صاحب القوة والنفوذ أن يضمن عقده ما يشاء من الشروط وعلى المستهلك قبولها ، غير أنه ولحماية هذا المذعن فإنه اتفقت معظم التشريعات على وضع آليات تهدف من خلالها إلى إعادة التوازن العقدي بين المتعاقدين ، سواء كانت هذه الآليات منصوص عليها في القواعد العامة أو الخاصة.

المطلب الأول : الحماية العامة من الشروط التعسفية :

المقصود بالحماية العامة: تلك الآليات المتوفرة في القواعد العامة والتي تسمح بتعطيل أنواع من الشروط غير المحددة سلفا والتي قد تقع تحت طائلة النص المعتمد عليه، نقسم هذا المطلب إلى فرعين, الأول نتناول فيه ماهية عقود الإذعان وحماية المستهلك فيها ونتناول في الفرع الثاني جزاءات الشروط التعسفية.

الفرع الأول: ماهية عقد الإذعان وحماية المستهلك المذعن فيها:

1/ مفهوم عقد الإذعان: هو الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها ويكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي وموضع منافسة محدودة النطاق.[1]وعقد الإذعان يطلق عليه الفرنسيين تسمية عقود الانضمام لان من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة[2]. أما معظم التشريعات العربية قد تعرضت إلى عقد الإذعان ولكن دون أن تتعرض إلى تعريف محدد له بل أوردت كيفية حصول القبول فيها [3]فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".[4]

2/ حماية المستهلك المذعن من الشروط التعسفية :إذا كان دور القاضي في القواعد العامة يتمثل في مجرد التفسير بغية إعمال حكم القانون عليها . إلا أنه وخروجا عن هذه القاعدة أعطاه المشرع سلطة استثنائية إذا كان بصدد عقد إذعان من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين وهو ما نص عليه في المادة 110 من القانون المدني الجزائري "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية – جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على

[1] / منصور حاتم محسن / إيمان طارق مكي ،القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير ، مقال من الانترنيت ،يوم 2013/12/26 ص 398 .

[2]/– لشعب محفوظ بن حامد ،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ،1990 ،ص 27.

[3] /–لشعب محفوظ بن حامد ، نفس المرجع ، ص 28.

[4]/– وهو نفس السياق الذي جاءت به المادة 100 ق.م مصري و 101 ق.م سوري .

خلاف وذلك" فالمشرع ولحماية الطرف المذعن أقر للقاضي سلطة تقديرية في إلغاء أو تعديل أي شرط يرى أنه من شأنه إلحاق ضرر بالمتعاقد المذعن ،وحتى تتقرر الحماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية لابد من توافر ثلاث شروط وهي: أن يتعلق الأمر بوجود عقد قائم صحيح وأن يتضمن العقد شرطا أو عدة شروط تعسفية وأن يكون المذعن في موقف ضعيف.

ثانيا :إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها :

إن أهم ما جاء به المشرع لحماية الطرف الضعيف من الشروط التي يمليها الطرف المذعن هو المادة 110 ق.م.ج التي تقابلها المادة 149 ق.م.م و هذا تدخل خطير من طرف المشرع خص به عقود الإذعان و خول للقاضي سلطة التدخل من أجل تعديل أو إلغاء الشرط الذي يرى أنه تعسفي ومن شأنه إلحاق الضرر بأحد طرفي العلاقة ومن ثم إخلال التوازن التعاقدي ويقول الدكتور **عبد الفتاح عبد الباقي:**"على أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المذعن هو ما جاء به في المادة 149 من القانون المدني المصري و هذا حكم خطير خص به المشرع عقود الإذعان و خول بمقتضاه للقاضي سلطة إجراء التعديل في شروطها التعسفية بل استبعادها إذا اقتضت مصلحة الطرف المذعن هذا الأمر و ذلك في حين أنه وفقا للقاعدة العامة يقتصر دور القاضي في العقود على مجرد تفسيرها بغية أعمال القانون فيها".[1] أما عن رقابة الإلغاء فهي أشد جرأة من رقابة التعديل و سلاح بالغ الخطورة في يد القضاء إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه

[1] / – لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 156.

تعسفي أن يعطله فيعفى الطرف المذعن منه مخالفا بذلك أهم مبدأ و هو العقد شريعة المتعاقدين. و يرى البعض أن تدخل القاضي الهدف منه هو إعادة التوازن إلى العقد المختل لإعادته إلى وضعه الطبيعي بدفع التعسف عنه و أما عن سلامة العلاقات الاقتصادية فلا يجب أن ننسى أن هذه العلاقات تقوم أيضا على مبادئ أخلاقية من حسن النية و العدالة و أنه يجب رد المتعاقدين إليها إذا انحرف عنها و **أما عن التحكم فإن** رقابة محكمة النقض عن طريق كفاية الأسباب من شأنها أن تضع حد لأي ظرف قد يحدث[1] ، وحتى يتمكن القاضي من التدخل لإلغاء الشروط التي يراها تعسفية أو تعديلها لا بد من و جود معيار يستند إليه لتحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا من عدمه و أيضا أن تكون الطبيعة القانونية لهذه السلطة من النظام العام إذ لا يجوز الاتفاق على سلب القاضي مثل هذه السلطة.

ثالثا : تفسير الشك لصالح الطرف المذعن :يقصد بالتفسير تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما أعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفية مستندا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبط به.[2]فالأصل أن الشك يفسر لصالح المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في العقود ضارا بمصلحة الطرف المذعن وذلك لان الطرف الآخر هو الذي يملي شروط العقد فيجب

[1] / محمد أمين سي الطيب – المرجع السابق، ص 43.

[2] /خالد عبد حسين الحديثي تكميل العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط1, 2012 ، ص 58.

أن يتحمل نتائج غموضها[1]. فالأصل أن تفسير الشك يكون لمصلحة المدين المذعن أما تفسيره لمصلحة الدائن المذعـن فذلك هو الاستثناء الذي يعد خروجا على القاعدة .

و باستقراء المادتين 111 و 112 ق.م ج تبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين حالات ثلاث وهي :

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

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

3) – حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين و هنا يتعين تفسير الشك لمصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.

الفرع الثاني: جزاءات الشرط التعسفي :

المشرع الفرنسي نص على اعتبار الشروط التعسفية بمثابة الشرط غير المكتوب على أساس أنه باطل بطلان جزئي أي بطلان الشرط لا بطلان العقد وذلك من خلال المادة 35 من قانون 1979/01/10 الفرنسي المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين للسلع و الخدمات من الشروط التي نصت على أنه : ... الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص السابقة تعتبر غير مكتوبة، وفي سنة 1993 وبصدور القانون الاستهلاكي أعاد المشرع الفرنسي النص في المادة : 132 -6/1 على اعتبار أن الشروط التعسفية كأن لم

[1] / توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام ،ج2 نظرية العقد ، دار المطبوعات الجامعية ،1993، ص 228.

تكن وجرى الاتفاق على اعتبار أن كلمة réputeés non écrites تعني باطلة [1]فنصت المادة على بقاء بنود العقد سارية باستثناء الشروط التي حكم باعتبارها تعسفية، إذا كان يمكن أن يستمر العقد دون الشروط السابقة وهو ما اعتبر الفقهاء تطبيقا لنظرية إنقاص العقد[2]،غير أن المشرع الجزائري لم ينص في القانون على ترتيب الجزاء المدني عن إبرام الشروط التعسفية في العقود الاستهلاكية[3]، ولعله يقصد من وراء هذا الغموض أن يطبق القواعد العامة المعروفة .

ويترتب الجزاء الجزائي على فرض الشروط لتعسفية و هو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 38 من القانون 09-03 بقوله : تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 50.000دج إلى 5.000.000دج .

[1]/- أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق، ص 246.

[2]/محمد بودالي ،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ،المرجع السابق ص100.

[3]/- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 100.

المطلب الثاني : دور الهيآت الإدارية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية :

نتطرق إلى دور الهيآت الإدارية وهي لجنة البنود التعسفية في الفرع الأول ونتناول في الفرع الثاني جمعيات حماية المستهلك .

الفرع الأول: دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية:

تأسست هذه اللجنة في 1978/01/10 ، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح[1]1995 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية فهي بمثابة جهاز استشاري فقط، فالمشرع رخص للحكومة استشارة لجنة الشروط التعسفية. نص المشرع الفرنسي في المادة 132 وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي وتتشكل اللجنة في القانون الفرنسي من 13 عضو وهو: قاضيين أحدهما رئيس والآخر نائبا له. وشخصين مؤهلين في المجال القانوني وتقنيات العقود، يتم اختيارهم بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك و أشخاص من ممثلي المحترفين و أشخاص من ممثلي المستهلكين و محافظ الحكومة التي أسندت إلى المدير العام للمنافسة والاستهلاك،[2]و تعتبر لجنة الشروط التعسفية حلا تجنب فيه المشرع الفرنسي تكليف القضاء بمهمة استبعاد الشروط التعسفية، مفضلا أسلوب التشاور على أسلوب الإكراه[3].

[1]/– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 30.

[2]/– محمد أمين سي الطيب ، المرجع السابق، ص 127.

[3] /– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، المرجع السابق ص 30

والمشرع الجزائري اتبع المشرع الفرنسي وأنشأ لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1] في المادة 65 وعرفها بأنها لجنة ذات طابع استشاري تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة يترأسها ممثل الوزير الكلف بالتجارة وهذه اللجنة تقوم بإعداد نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة.

وحسب المادة 85 من المرسوم التنفيذي 06-306 فإن لجنة الشروط التعسفية تتكون من الأعضاء التالية:- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة ويجب أن يكون مختصا في الممارسات التجارية و هو رئيس اللجنة- ممثل عن وزير العدل ويكون مختصا في قانون العقود_ عضو من مجلس المنافسة_ 2 من المتعاملين الاقتصاديين يكونان عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال و العقود- 2 من الممثلين لجمعية حماية المستهلكين ذات طابع وطني ويكونان مختصين في قانون الأعمال والعقود.

كما أنه يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بإمكانه أن يفيدها في أعمالها، وتحدد هذه القائمة لأعضاء اللجنة بقرار من وزير التجارة و باقتراح الوزراء والمؤسسات المعنية، ويتم تعيين الأعضاء لمدة 03 سنوات قابلة للتجديد وتنتهي عهدتهم بنفس الطريقة التي عينوا بها.[2]

[1] /- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 56 ص 16 وما بعدها. المرسوم 06-306 االذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الصادر في 11 سبتمبر 2006 المعدل بـ 08، 44.

[2] /- المادة 9 من المرسوم 06-306 المعدل بـ 08، 44.

ب /- اختصاصات لجنة الشروط التعسفية: تقوم لجنة الشروط التعسفية ذات الرأي الاستشاري بمراجعة العقد النموذجي المطروح في السوق على غير المحترفين كما تبين الشروط التي يجب تعديلها أو حظرها بوصفها تعسفية ويقوم الوزير المكلف بذلك بنشر هذا التقرير.[1]يتمثل دور اللجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، وأنها مسؤولة عن البحث عما إذا كانت تلك المحررات تتضمن شروطا تحمل في طياتها خاصية تعسفية، كما أن اللجنة توصي إما بالإلغاء أو التعديل للشروط التي تتمثل فيها خاصية تعسفية، إذن فاللجنة تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين، وتبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسفا فإنها تصدر توصيات، إما بالإلغاء لتلك الشروط وإما تعديلها [2]، وهي في بحثها ذلك تقوم به وفقا للمعيار الذي وضعته المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، السابقة الذكر، وهو معيار الاختلال ولجنة الشروط التعسفية أصبحت في سنة 1993 تملك دور استشاري لدى القضاء الفرنسي، وذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993، وإن كان غير ملزم برأيها الاستشاري حول الشروط محل النزاع ، وتقوم هذه اللجنة بعملها، إما بناء على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما بطلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، وإما بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشروط، كما أنها تستطيع أن تقوم بعملها من تلقاء نفسها، لكن توصيات لجنة الشروط

[1]/- **عامر القاسم أحمد القيسي** ، المرجع السابق ،ص 125.

[2]/- **أحمد محمد الرفاعي**، المرجع السابق ، ص 234.

التعسفية وإن لم يكن لها قوة إلزامية، إلا أنها تشكل ضغطا نفسيا على المحترفين، لذا فإن دورها يمكن اعتباره دورا تحريضيا بحتا ، وذلك بخلاف المراسيم التي تمنع الشروط التعسفية وبالفعل تقوم اللجنة كل سنة منذ إنشائها بنشر تقرير عن أعمالها ، "فقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها حتى عام 1999 الخمسين توصية، تتضمن كل واحدة منها العديد من الشروط، منها ما هو ذات طابع عام[1]، ومنها ما هو خاص بقطاعات معينة[2]،إلا أنه رغم عدم إلزامه بهذه التوصيات، فإن المحاكم لم تتردد في الاسترشاد بها لتقدير الطابع التعسفي[3]، ولها الفضل في دفع المشرع إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة،[4] وتوصيات لجنة الشروط التعسفية ليست مولدة لقواعد يفتح تجاهلها طريق الطعن بالنقض[5]، أما بالنسبة لاختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حد كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي (المادة 07 من

[1] / و أهمها تلك المتعلقة بعقود الضمان (رقم 79-01) ، الطعون القضائية (رقم 08- 03) ، آجال التسليم (رقم 80-06) ،....

[2] / وهي أكثر عددا أهمها تلك المتعلقة بشراء أشياء التأثيث (رقم 80- 05) ، تركيب المطابخ (رقم 82- 03) ، النقل البري للأشخاص (رقم 84- 02) شراء سيارة (رقم 85-04) ، الإيجار مع خيار الشراء (رقم 86- 01)، عقد بناء مسكن فردي (رقم 91- 03) بطاقات الوفاء (رقم 94- 02) إيجار

[3] –/Civ. 1 er ch., 10 Février 1998 : R.T.D, civ, 1998, p, 674, obs, Mestre(J)

منقول عن محمد أمين سي الطيب .

[4]/– حيث أصدر المشرع الفرنسي عدة.تشريعات مستهديا بتوصيات اللجنة منها: القانون المؤرخ في 23 جوان 1989 المتعلق بوكالات الزواج، وقانون 6 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن، وقانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الأخطار للمساكن، وقانون 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي، وأخيرا قانون 18 جويلية 1992 التعلق بآجال التسليم والذي أصبح يشكل حاليا المادة 114- 1 من قانون الاستهلاك

[5]/– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 32.

مرسوم 06- 306 السابق[1] المعدل بالمرسوم رقم 08- 44 المؤرخ في 2008) وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها، تخطر إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك (المادة 11 من المرسوم) ،وتنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها ويبلغ إلى الوزير لتجارة، وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة (المادة 12 من المرسوم).

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك وجزاء الشرط التعسفي:

أولا: التعريف بجمعيات حماية المستهلك :

الجمعية هي : اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي ولغرض غير مربح كما يشتركون في تسخير معارفهم و وسائلهم لمدة محددة أو غير محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص، ويجب أن يحدد هدف الجمعية بدقة وأن تكون تسميتها مطابقة له.

وهو تعريف يختلف تماما عن التعريف الذي جاء به المشرع في قانون 12-06 المتعلق بالجمعيات في المادة 02 بقوله :" الجمعية هي تجمع أشخاص يتفقون لمدة محددة أو غير

[1]/الجريدة الرسمية العدد ،56 ،ص 18 وما يليها .

محددة على جعل معارفهم وأعمالهم المشتركة فيما بينهم قصد تحقيق هدف معين لا يدر ربحا ويخضع هذا الاتفاق لأحكام القانون وكذا القوانين والأنظمة الجاري العمل بها وكذلك قانونها الأساسي النموذجي المحدد عن طريق التنظيم ويجب أن يعين هدف الجمعية دون غموض ويكون اسمها مطابقا لها" وجمعية حماية المستهلك على الرغم من إنها ذات طبيعة خاصة وتنشأ على أساس تعاقدي بين أعضائها إلا أن ذلك لا يمنع من اكتسابها الشخصية المستقلة عن أعضائها بل إن منحها الشخصية المعنوية القانونية هو ضروري لتحقيق الهدف الذي وجد من أجله هذا العقد، وهدف الجمعية ليس تحقيق الربح بل هو حسب المادة 9/29 من القانون 09-03 التي عرفت جمعية حماية المستهلك بأنها " كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه و تحسيسه وتوجيهه و تمثيله".

ثانيا: دور دعاوى جمعيات حماية المستهلكين في الحماية من الشروط التعسفية:

فبمقتضى القانون 05 جانفي 1988 والمتعلق بدعاوى جمعيات المستهلكين ، أعطى المشرع الفرنسي لجمعيات حماية المستهلكين الحق في طلب الإلغاء للشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك من طرف المهنيين، وذلك بمباشرة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بالنسبة للأفعال التي تلحـق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعيـة للمستهلكين.

وتستطيع الجمعيات أن تطلب من القضاء المدني الأمر عند الاقتضاء بالقوة، الإلغاء لشروط تعسفية في نماذج الاتفاقات المعروضة عادة من جانب المهنيين على المستهلكين (المادة 06 من القانون السابق) والشروط المعنية هنا هي كل شرط ترى المحاكم أنه تعسفي

سواء صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالا ظاهرا.[1]

بالنسبة المشرع الجزائري فإنه اتبع خطى المشرع الفرنسي وأعطى هو الآخر لجمعية حماية المستهلك والجمعيات المهنية وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة الحق في رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02 بقولها " دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية [2]،يمكن جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم" وبذلك يكون المشرع قد تبنى مفهوم أكثر توسعا عندما مكن الجمعيات من رفع هذه الدعوى أمام المحاكم الجزائية حتى ولو لم يلحق ضرر بالمستهلكين و الهدف من ذلك هو ألا يفلت المخالف لأحكام قانون حماية المستهلك من الجزاء.[3]فجمعيات حماية المستهلك إضافة إلى دورها في مجال التحسيس، الإعلام والتوعية وتمثيل المستهلك والدفاع عن مصالحه فيحق لها القيام بأي تصرف يمكن أن يقوم به المستهلك نفسه.

[1]/ أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 263.

[2] /- المادة 2 ق إ ج ج إ:"يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر ....."

[3] /- علي بولحية بن بوخميس ، المرجع السابق، ص 67.

من خلال ما سبق يمكن القول بأن عدم التوازن العقدي ظاهرة طبيعية استفحلت خاصة مع ظهور الصناعية في العصر الحديث التي قلبت الموازين وتنوعت الأسواق بين العادية والالكترونية ودخلت سلع وخدمات لم تكن من قبل ،كل هذا يحتاج إلى سرعة التعامل مما أدى إلى ظهور العقود النموذجية المحررة مسبقا من طرف المهني الذي يضمنها ما يشاء من شروط وهو ما استوجب ضرورة التدخل لحماية المستهلك من مثل هذا التعاقد لذا جاء المشرع بعدة آليات للقيام بهذا الدور .

في حين بين الآليات التي من خلالها يمكن إعادة التوازن للعقد ، فصحيح أن القواعد التقليدية جاءت بالعديد من الآليات للتخفيف من حدة الشروط التعسفية حماية للمستهلك ومن بينها استبعاد الشروط التعسفية الواردة في عقد الإذعان ووضع تقنيات قانونية لتحقيق التوازن بين الطرفين إضافة إلى إبطال كل شرط من شأنه إثقال كاهل المتعاقد الضعيف ، غير أن هذه القواعد لا تحقق دور بارز في تفعيل الحماية إلا إذا اقترنت بالجزاء بالإضافة إلى الدور الايجابي للهيأت الإدارية.

الخاتمة

الخاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول بان تحديد نطاق هذه العقود بصفة أطرافها وما يتميز به كل طرف من ضعف وحاجة أو قوة ونفوذ وهذه العقود تتميز عن غيرها من العقود بعدم التوازن العقدي لأنها تبرم بين مهني متفوق اقتصاديا وفنيا ، وبين مستهلك ضعيف تنقصه الدراية والخبرة ما يسمح للطرف الأقوى أن يفرض ما يشاء من شروط مجحفة وقاسية على الطرف الآخر الذي يقبل بها ويذعن لها نظرا لحاجته الماسة إليها .

وعدم التوازن العقدي يعتبر ظاهرة طبيعية استفحلت خاصة مع ظهور الصناعة في العصر الحديث التي قلبت الموازين وتنوعت الأسواق بين العادية والالكترونية ودخلت سلع وخدمات لم تكن من قبل ،كل هذا يحتاج إلى سرعة التعامل مما أدى إلى ظهور العقود النموذجية المحررة مسبقا من طرف المهني الذي يضمنها ما يشاء من شروط وهو ما استوجب ضرورة التدخل لحماية المستهلك من مثل هذا التعاقد لذا جاء المشرع بعدة آليات للقيام بهذا الدور .

من خلال ما سبق نلاحظ جملة من النتائج والنقائص مع إبداء بعض الاقتراحات لإزالة هذه النقائص نذكر من النتائج ما يلي :

_ أضحت العقود التي تتفاوت فيها المراكز بين المتعاقدين منتشرة كثيرا ، إذ بات من المألوف فرض الطرف المتمتع بالقوة التعاقدية، شروطه المحررة سلفاً والتي لا يملك إزاءها المتعاقد الأخر من الناحية العملية فرصة المناقشة أو تعديل مضمونها هذا من جهة ومن

جهة أخرى، أصبحت هذه العقود في الوقت ذاته سبباً للإجحاف بحق الطرف الأقل خبرة وذلك لتضمينها شروطاً تحد من حقوقه أو تزيد من أعباءه والتزاماته .

_ إن إلزام الطرف الضعيف بالشروط التي يفرضها الطرف القوي يستوجب علمه بها لأنه بغير ذلك لا يمكن القول أن إرادة المتعاقد قد انصرفت إلى الأخذ بها وعدها جزءاً من مضمون العقد، إلا أن مسألة العلم بالشروط الأحادية التحرير لا تكون ميسرة في كل الأحوال، فإذا كان يفترض علم المتعاقد بها متى ما كانت هذه الشروط واضحة بمضمونها وغير مسيئة إلى مركز المتعاقد بآثارها وواردة في وثيقة العقد الأصلية ذاتها، فان هذا العلم يعتبر كأن لم يكن إذا كانت هذه الشروط مصاغة بطريقة يصعب فهمها وإدراك مضمونها، فهنا يقوم دور القاضي في استخلاص مدى انصراف إرادة المتعاقد إلى الالتزام بها من عدمه ،أما إذا كانت هذه الشروط منصوص عليها في وثائق أخرى فلا يمكن أيضا القول أن علم المتعاقد بها قد تحقق إلا إذا تضمن العقد ما يفيد إحالة إليها صراحة في العقد ذاته مع بيان ماهية الوثيقة الواردة فيها هذه الشروط بحيث تتحقق فرصة الاطلاع عليها، إلا أنه قد تكون الإحالة ضمنية في حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين أو كانت طبيعة هذه المعاملة أو العرف تقضي باعتماد هذه الشروط، ويعتبر تعدد الشروط التعسفية المحددة على سبيل المثال ومن شأنها التوسع لبسط حماية أكبر للمستهلكين فما أغفله المشرع قد أدركته الحكومة في مراسيمها وما أغفلته الحكومة تداركته لجنة الشروط التعسفية.

_ وسع المشرع في قانون حماية المستهلك من نطاق المدين بالالتزام بإدخال طائفة الأشخاص المعنوية ضمن طائفة المستهلكين كما أكد المشرع اهتمامه بحماية المستهلك من خلال الدور الذي أعطاه لجمعيات حماية المستهلك في التدخل خاصة لتمثيل المستهلك أمام الجهات القضائية لاقتضاء حقه والمطالبة بالتعويض ، غير أنه لم يدعمها بالوسائل القانونية اللازمة لضمان نجاعة دورها .

من خلال بحث الذي أجريناه لاحظنا عدة نقائص نذكر منها :_ بالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أنه جاء بعد ة أحكام وقرارات قضائية في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، وهذا على خلاف القضاء الجزائري ، حيث نجد أن القرارات والأحكام في هذا الخصوص نادرة جدا وتكاد تكون منعدمة ، رغم أن فكرة الشروط التعسفية والحماية منها لم تكن جديدة ولعل السبب في ذلك يرجع إلى ضعف ثقافة التقاضي عند المستهلك الذي كثيرا ما يعتقد إلزامية ومشروعية تلك الشروط مكتفين بالإذعان لها فقط والشروط التعسفية وان كانت معروفة في القواعد العامة للقانون المدني منذ زمن ، غير أن المشرع الجزائري لم يضع تشريعا خاصا بحماية المستهلك من الشروط التعسفية ظهر في 27يونيو 2004 بموجب القانون 04_02 المطبق على الممارسات التجارية فهو قانون حديث جدا مقارنة مع أول قانون فرنسي خاص بالشروط التعسفية وهو قانون 78_23 المؤرخ في 10جانفي 1978المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، والعقوبة التي سلطها المشرع في حالة إدراج شروط تعسفية في عقد استهلاكي هي عقوبة مالية يعني

أنها تخدم المتدخل الأقوى اقتصاديا وماديا أكثر مما تخدم المستهلك الضعيف أو تجبر الضرر الذي وقع فيه .

إن النقائص التي لاحظناها يمكن إزالتها من خلال تدعيم جمعيات حماية المستهلك وهذا عن طريق رفع الدعم المالي المخصص لها الذي يسمح بالإقبال على إنشائها وتسهيل شروط استعمال حقها في التقاضي لصالح المتضررين من الشروط التعسفية ،بالإضافة إلى صياغة الجزاءات المقررة على المتدخل بما يتناسب مع القانون في توفير حماية جدية للمستهلك وإعادة النظر في طبيعة العقوبة وهذا بإدراج عقوبات بدنية ورفع الغرامات لردع المتدخل.

_ المبادرة إلى وضع تقنين استهلاك واحد وهذا بجمع كل النصوص الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء في القواعد العامة أو الخاصة المستحدثة وهذا لتسهيل الاطلاع على قواعده .

قائمة المصادر والمراجع

❖ باللغة العربية :

القوانين والمراسيم :

1/ القانون المدني الجزائري.

2/ القانون التجاري الجزائري

3/ قانون التأمينات الجزائري.

4/ قانون 04-02 المعدل بالقانون 10-06 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

5/ القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

6/المرسوم التنفيذي 266/90 الصادر في 1990/9/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 1999/5/10.

7/ المرسوم التنفيذي رقم 05-468 المؤرخ في 2005/12/10 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفياتها .

8/ المرسوم التنفيذي رقم 06- 306 المؤرخ في 10-09-2006 المعدل والمتمم .

الكتب :

9/ أحمد مفلح خوالدة ،شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط1 ،2011.

10/ أحمد محمد الرفاعي ، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ،دار النهضة ،1994 ص 28 .

11/ أسامة أحمد بدر ،ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة ،2011 .

12/ أمانج رحيم أحمد ، حماية المستهلك في نطاق العقد دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني ، شركة المطبوعات للتوزيع والنشرط1، 2011.

13/ أميرة حسن الرافعي ،المحاكم الاقتصادية ، قوانين الاستثمار ،قوانين حماية المستهلك ،المكتب العربي الحديث ،2009.

14/ توفيق فرج، النظرية العامة للالتزام ،ج2 نظرية العقد ، دار المطبوعات الجامعية ،1993.

15/ خالد عبد الفتاح محمد خليل ، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2009 .

16/ خالد عبد حسين الحديثي ، تكميل العقد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، ط1, 2012

17/ زاهية حورية سي يوسف ، المسؤولية المدنية للمنتج ، دار هومة

18/ السيد خليل هيكل ، نحو القانون الإداري الاستهلاكي في سبيل حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ،1999، ط 2.

19/السيد محمد السيد عمران ،حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، دراسة مقارنة ،منشاة المعارف بالإسكندرية.

20/ سميح جان صفير، دور التشريع المقارن في مواجهة الشروط التعسفية ، المجلة القانونية 7 ، 2001.

21/ طرح البحور علي حسن ،عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني ،دار الفكر الجامعي ، ط 1 ، 2007 .

22/ لشعب محفوظ بن حامد ،عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب ،1990.

23/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد 1 مصادر الالتزام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،ط 3 ، 1998.

24/ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،المجلد 3، الأوصاف والحوالة والانقضاء ،منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ،ط3، 1998.

25/ عبد الفتاح بيومي حجازي ،مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية ،دار الفكر الجامعي ،ط 1،2005.

26/ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك ،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،منشأة المعارف، ط 1 ،2008.

27/ علي البارودي ، القانون التجاري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 1975

28/ علي بولحية بن بوخميس ، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى،2000.

29/ علي فلاح الزعبي، مبادئ وأساليب التسويق، دار صفاء للنشر والتوزيع، ط1،2010 .

30/ فهيمة ناصري ، جمعيات حماية المستهلك ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص عقود ومسؤولية ، جامعة الجزائر 2004/2003.

31/ قادة شهيدة ،المسؤولية المدنية للمنتج ،دار هومة ،2007 ..

32/ محمد بودالي ،حماية المستهلك في القانون المقارن ،دار الكتاب ،2007.

33/ محمد بودالي ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ،دار هومة ،2007.

34/ محمد حسين منصور ، الشرط الصريح الفاسخ ، دار الجامعة الجديدة سنة 2007.

35/ ميلاد عبد الحفيظ ، النظام القانوني لتحويل الفاتورة ، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية ، جامعة تلمسان ، 2011-2012 .

36/ محمد أمين سي الطيب ، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، قانون خاص ،جامعة تلمسان ، 2008/2007.

37/ نوال بن لحرش ، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر دور و فعالية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،جامعة قسنطينة، 2012، 2013.

38/ نوال شعباني ، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية ،تخصص مسؤولية مهنية ، جامعة تيزي وزو ، سنة 2012.

39/ منصور حاتم محسن / إيمان طارق مكي ،القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير ، مقال من الانترنيت ،يوم 2013/12/26 .

40/ محمد حاج بن علي ،مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجاته المعيبة ، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية ، جامعة الشلف .

❖ **باللغة الفرنسية :**

41/ القانون المدني الفرنسي

42/ قانون حماية المستهلكين

43/ Calais-auloy (j) et f.steinmetz(f), droit de la consommation 5éme édition . dalloz 2000 .

44/ Calais –auloy(j) .droit de la consommation .Précis Dalloz 3ème,1992

These:

45/Claire-marie pegliom _zika, la notion de clause abusive au sens de l'article L131-1 du code de la consommation ,these de doctorat en droit privé, université panthéon –assas- 2013.

فهرس الموضوعات	الصفحة
شكر وعرفان	
الإهداء	
مقدمة :	أ
الفصل الأول : خصوصية العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمتدخل	
المبحث الأول : ماهية العقد الاستهلاكي	**6**
المطلب الأول : مفهوم العقد الاستهلاكي	**6**
الفرع الأول : تعريف العقد الاستهلاكي	**7**
الفرع الثاني : طبيعة العقد الاستهلاكي	**8**
المطلب الثاني : صور العلاقات التعاقدية	**11**
الفرع الأول : تعريف الفاتورة	**11**
الفرع الثاني : سند التحويل	**12**
الفرع الثالث : وصل التسليم والفاتورة الإجمالية	**14**
المبحث الثاني : أركان وخصائص العقد الاستهلاكي	**15**
المطلب الأول : أطراف العلاقة التعاقدية:	**15**
الفرع الأول : المستهلك	**16**
الفرع الثاني : غير المهني	**25**
الفرع الثـاني : المـتدخل	**28**
المطلب الثاني : خصائص عقود الاستهلاك	**33**
الفرع الأول : فيما يتعلق بالشخص المستهلك	**33**
الفرع الثاني : فيما يتعلق بمحل الاستهلاك	**34**
الفرع الثالث : فيما يتعلق بالهدف من التعاقد	**36**

الفصل الثاني : اختلال التوازن العقدي بسبب الشروط التعسفية	
المبحث الأول : خصوصية الشرط التعسفي في العقد الاستهلاكي	**40**
المطلب الأول : ماهية الشرط التعسفي	**40**
الفرع الأول : مفهوم الشرط التعسفي	**41**
الفرع الثاني :عناصر الشروط التعسفية	**46**
المطلب الثاني :معايير وأنواع الشروط التعسفية	**49**
الفرع الأول :معايير الشرط التعسفي	**49**
الفرع الثاني : أنواع الشروط التعسفية	**53**
المبحث الثاني : آليات مكافحة الشروط التعسفية	**65**
المطلب الأول : الوسائل القانونية لكافة الشروط التعسفية	**65**
الفرع الأول : حماية المستهلك من عقود الإذعان	**66**
الفرع الثاني : جزاءات الشرط التعسفي	**69**
المطلب الثاني : دور الهيآت الإدارية في حماية المستهلك	**71**
الفرع الأول : دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك	**71**
الفرع الثاني : دور جمعيات حماية المستهلك	**75**
الخاتمة	**79**
قائمة المصادر والمراجع	**84**
فهرس الموضوعات	

ملخص:

يتوقف تحديد نطاق عقود الاستهلاك وطبيعة الشروط التي تتضمنها على صفة أطراف العلاقة التعاقدية وما يتميز به كل طرف من ضعف وحاجة أو قوة ونفوذ ما يجعلها تتصف بعدم التوازن العقدي الذي استفحل خاصة مع ظهور الحركة الصناعية وتنوع السوق بين العادية والالكترونية وضرورة السرعة في إبرام الصفقات ما ساهم في بروز العقود النموذجية المحررة مسبقا من الطرف المسيطر على العقد بشروط تعسفية تثقل كاهل المتعاقد الضعيف وهو ما استوجب ضرورة التدخل لحمايته من مثل هذه التعاقدات لذا جاء المشرع بعدة آليات غير أن هذه الحماية لا تتحقق إلا إذا اقترنت بالجزاء.

الكلمات المفتاحية: خصوصية –الشرط التعسفي –العقد – العقد الاستهلاكي.

Abstract:

The determination of the consumptive contracts domain and the nature of conditions that are included in relies on the manner of the contractors and on what each side of the contract is caracterized by from power and need to weakness and to influence so that it created the non balance of the contract which has been exacerbated espacially within the appearance of the industrial movement and the diversity of the market between ordinary and electronic and the necessity of speed in making deals which contributed to the spread of the typical contracts pre-edited by the dominating side with abusive conditions which harm the weak side of the two contactors, therefor we should interfere to protect him against such contracts and that is why the legislator enacted a lot of means but this protection is not achieved unless there is penalty.

Keywords: Privacy - Arbitrary Condition - Contract - Consumer Contract.