وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم حقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر
في الحقوق
تخصص: قانون الأعمال
الموضوع:

الشروط التعسفية في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية

إعداد الطلبة:
- بداوي سميحة
- صدراتي مروى

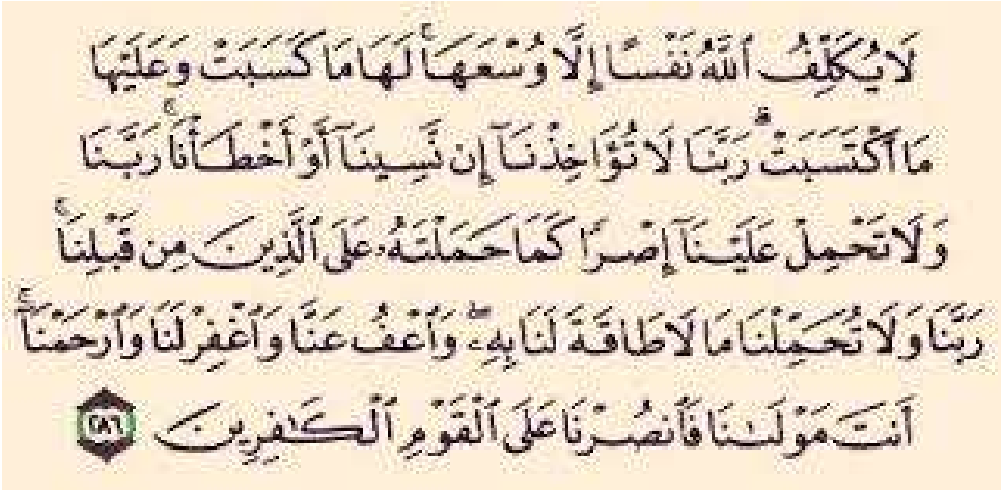
تحت إشراف:
الدكتور: لخضر رفاف

لجنة المناقشة

(اللقب و الإسم)	(الرتبة)	(الصفة)
عبد المؤمن سي حمدي	أستاذ مساعد "ب"	رئيسا
لخضر رفاف	أستاذ محاضر "أ"	مشرفا
مريم بلقسام	أستاذ مساعد "أ"	ممتحنا

السنة الجامعية: 2019-2020

بسم الله الرحمان الرحيم


لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا
مَا ٱكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَآ إِن نَّسِينَآ أَوْ أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا
وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَآ إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ
رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِۦ ۖ وَٱعْفُ عَنَّا وَٱغْفِرْ لَنَا وَٱرْحَمْنَآ ۚ
أَنتَ مَوْلَىٰنَا فَٱنصُرْنَا عَلَى ٱلْقَوْمِ ٱلْكَٰفِرِينَ ﴿٢٨٦﴾

شكر وتقدير

شكر منا إلى من مد لنا يد العون في إنجاز هذا العمل.

وشكر خالص وامتنان للدكتور "**رفاف لخضر**" لقبوله الإشراف على عملنا، ولما كان منه من حسن تقديم للنصائح و التوجيهات طيلة مدة إنجازه

كما نخص بالشكر **أعضاء اللجنة** الموقرة لقبولهم مناقشة وتقييم هذا العمل، وعلى ما سيقدمونه من ملاحظات قيمة لإثرائه

وأخيرا نوجه شكرنا إلى كل القائمين على **كلية الحقوق والعلوم السياسية** بجامعة برج بوعريريج وإلى جميع الأساتذة دون استثناء

الإهداء

إلى أعز وأقرب الناس إلى قلبي

" أمي و أبي "

حفظهما الله وأطال في عمرهما

إلى أخواتي و إخوتي

إلى كل من ساندني في إنجاز هذا العمل المتواضع

إلى رفيقتي وصديقتي وأختي **مروى**

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي

سميحة

إلى أغلى ما في الوجود

أمي الغالية

حفظها الله وأدامها فوق رؤوسنا

إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة و الهناء

والدي العزيز

إلى كل أفراد عائلتي

أخواتي و إخوتي

إلى كل من ساندني في مشواري الدراسي

إلى رفيقتي وصديقتي وأختي

سميحة

إلى أعز إنسان على قلبي

خطيبي

إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي

مروى

مقدمة

يشهد عالمنا في السنوات الأخيرة تطورا مستمر مسبوق في حجم التجارة المحلية و الدولية وزيادة في حركة رؤوس الأموال بين مختلف الدول في ظل سيطرة الاقتصاد الحر الليبرالي وتسارع وتيرة التطور الصناعي و التكنولوجي.

كل هذه الأسباب أدت إلى إحداث تغير فوري في جوانب الحياة الاقتصادية و الاجتماعية وما صاحبه من تغير في وسائل الإنتاج و التوزيع و التسويق، أدى بدوره إلى التأثير على أنماط التعاقد بفعل التوسع في الاستهلاك، فقد كان يعتبر مجرد كماليات لا يقبل عليها سوى فئة محدودة من شرائح المجتمع لتصبح اليوم في ظل تلك التغيرات الجديدة من الضروريات الأساسية وذلك استجابة لمتطلبات الفترة الراهنة من تعدد السلع و تنوع الخدمات.

وهذا ما جعل الحياة المعاصرة تعرف تعقيدا كبيرا في المعاملات ومن أهم هذه المعاملات العقد الذي هو أداة تبادل على المساومة و المفاوضات وتفترض مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، طالما أن العقد هو شريعة المتعاقدين وخاضع لمبدأ حرية التعاقد، وبالتالي يعود إليهما تنظيم علاقتهما القانونية كما يشاءان بشرط مراعاة النظام العام و الآداب العامة، إلا أنه يسبب أثار تغير العوامل الاقتصادية و الظروف الاجتماعية اتضح من خلالها إنهيار مظاهر هذه المساواة وخلق نوع من التفاوت بين الأطراف المتعاقدة لتزايد النشاط الاجتماعي.

إلا أنه واستغلالا لهذه المستجدات قد يعمد بذعن المتعاملين أو المهندسين بالسلع و الخدمات في إطار الممارسات التجارية التي يقومون بها إلى إبرام العقود وتكون معدة مسبقا وبشكل منفرد تحمل شروطا لم تتم المناقشة بشأنها من جانب الطرف الأخر الذي يكون في مركز الضعف وذلك راجع إلى ما تتمتع به من سلطة احتكارية، وما يكون لهذا الأخير إلا الإذعان لتلك العقود دون مناقشة بنودها مما يؤدي إلى غياب التوازن العقدي، ولا يبقى للمساواة مركز بين مراكز العلاقات التعاقدية التعسفية إلا مجرد وجود نظري و خطاء شرعي للمتعاقدين، وهذا ما يفسر التفاوت الاقتصادي بين فئة المهنيين وغير المهنيين أي المستهلكين.

فالمهنيين بما يتمتعون به من قوة ونفوذ اقتصاديين وكفاءة مهنية أمام فئة المستهلكين غير المهنيين وبحكم مركزهم المالي اعتادو فرض شروط تعسفية على الذين يرغبون في الحصول على سلع وخدمات فورية والذين أطلق عليه وصف الطرف الضعيف في العلاقة الاقتصادية بحكم حاجته الضرورية للسلع و الخدمات التي لا يمكن الاستغناء عنها ومركز الضعف القانوني يكون من خلال جهله وغياب ثقافته ودون وعي منه بمدى ملاءمة السلع والخدمات لاحتياجاته

وأمام افتقاد المستهلك إلى الخبرة القانونية و الفنية التي تمكنه من استعاب تلك الشروط المدرجة في العقد من جهة واستغلال هذا الوضع من جهة أخرى، أعطى للمحترف قدرة على إدراج شروط في عقد تكون مجحفة في مواجهة المستهلك مما يجعل مجال هذه العقود مجالا خصبا لنمو عقد الإذعان وعقود الاستهلاك خاصة، ويقصد بعقد الإذعان بمفهوم المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصادية و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وكذا المادة 04 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا بين أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر ولا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه "، من خلال هذه المادة فإن الاتفاق الذي يرد فيه شرط لا يقبل المناقشة يعد تعسفيا ومن شأن هذه التعسف أن يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

وإزاء هذا الوضع كان من ضروري حماية الطرف الضعيف و الالتزام بحماية حقوقه أمرا ضروريا ومؤكدا وذلك بتدخل المشرع بموجب نصوص قانونية تعمل على تحقيق نوع من التوازن العقدي حتى لا نقول المساواة التعاقدية لأن الوصول إلى هذه الأخيرة قد يتعذر تحقيقه حتى بالنسبة لعقود المساومة.

وقد عرفت عديد التشريعات تقنيات قانونية لمعالجة التوازن العقدي لهذا بادرت أغلب الدول الصناعية التي تنتهج سياسة الاقتصاد المفتوح إلى سن قوانين خاصة تتضمن محاولة حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية.

ومن بين هذه التشريعات التي حاولت احتواء أزمة اختلال التوازن العقدي الذي تحدثه الشروط التعسفية المفروضة على المستهلكين من طرف المهنيين نجد المشرع الفرنسي فقد أورد نصوص كفيلة لمعالجة الشروط التعسفية الي قد تتضمنها العقود الاستهلاكية على كل الممارسات التجارية، فأصدرت قانون رقم 78-23[1] المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك بمنتوجات و الخدمات حيث تضمن هذا القانون في الفص الرابع منه حماية المستهلك من الشروط التعسفية من المواد 35 إلى 38 بالإضافة إلى قانون رقم 95-96[2] المؤرخ في 01 فيفري 1995 وهو يعتبر آخر نص عالج فيه المشرع الفرنسي الشروط التعسفية و الذي ألغى بموجب القانون رقم 78-23 وحدث ضمن معالجة الشروط التعسفية في المادة L132_1 من قانون الاستهلاك الفرنسي أين تبنى من خلال معيار جديد لتقدير الشرط التعسفي ليتمثل في معيار الاختلال الظاهر بين الحقوق والتزامات المحترف و المستهلك ووضع من خلاله مفهوم الشروط التعسفية[3].

والمشرع الجزائري لم يغفل عن الاهتمام بهذه المسألة في مواجهة الشروط التعسفية، وإن لم يكن هناك مفهوم واضح للشرط التعسفي في القواعد العامة حيث أن المشرع الجزائري قد عالج عقود **الإذعان** وما قد يتضمنه من شروط تعسفية منذ سنة 1975 عبر نصوص القانون المدني الجزائري[4]، ومن ذلك المادة 110 منه والتي جاءت بحكم عام يسري على كل عقد ولو أنه لم يقم بتحديد أطراف العقد الذي يبرم بين المحترف و المستهلك إلا أن هذه الشروط التعسفية في القانون المدني تظهر في وقت لاحق عن إبرام العقد.

---

[1] - la loi n 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et **l' information des consommation de produit et de service**

[2] - la loi n 95-96 du 1 février 1995, **modifiant et complétant de code de la consommation**

3- بودالي محمد، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري**، دراسة مقارنة مع قوانين ألمانيا وفرنسا والجزائر،الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر 2010، ص 10

4- **الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني**، المعددل و المتمم، (ج،ر،ج،ج،ع 75 لسنة1975)

ونظرا لقصور القواعد على معالجة الشروط التعسفية فقد اتخذت عدة نصوص خاصة كرست فيها اهتمامها في مواجهة الشروط التعسفية من خلال إصدار قانون المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وعلى اعتبار هذه الأخيرة محل دراستنا في القانون رقم 04-02[5] الذي يهدف إلى ضمان حماية المستهلك و إعلامه وكذا تحديد قواعد ومبادئ واضحة وحرصا على نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وهؤلاء المستهلكين .

ومنه فإن موضوع الشروط التعسفية يثير إشكالا خاصة وهي متعلقة بالقانون رقم 04-02 ويمكن إجمال هذه الإشكاليات فيا يلي :

- **إلى أي مدى يمكن اعتبار المفهوم الذي جاء به القانون رقم 04-02 للشروط التعسفية يتوافق مع النظام الذي انتهجته لتحديد الشروط؟**
- **ما مدى تمتع المستهلك بالحماية في ظل المعالجة التي جاء بها هذا القانون، وهل تشكل هذه المعالجة شيئ جديد أم أنها تبقى تابعة للقواعد العامة؟**

أسباب ودوافع اختيار الموضوع

منها ماهو ذاتي ومنها ماهو موضوعي:

أ- أسباب ودوافع شخصية

- اختيارنا لهذا الموضوع لم يكن محضى مصادفة بل كان على وعي تام بأهمية الشروط التعسفية المدرجة في العقود
- وما يدعم أيضا اختيارنا لهذا الموضوع كونه يدخل في مجال تخصصنا "إدارة الأعمال"

ب- أسباب ودوافع الموضوعية

- سلطة الأعوان الاقتصاديين في فرض شروط تعسفية على المستهلكين الي تكون سببا في اختلال التوازن العقدي أثناء الممارسات التجارية

5- **القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،** (ج،ر،ج،ج،ع 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان سنة 2004)، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت سنة 2010، عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت سنة 2010.

- المبادرة لحماية الطرف الضعيف من هذه الشروط في ظل القواعد المقررة بنصوص جديدة والتي تعتبر هي الأخرى أكثر حداثة مما يجعل الموضوع مثيرا للفضول لمعرفة مفهوم هذه الشروط و سبل الوقاية منها

أهمية الموضوع

تتجلى أهمية البحث في كونه يعالج موضوعا مهما ليتسم بالحداثة حيث يسلط الضوء على الكشف عن المركز الذي يكون فيه الطرف الضعيف " المستهلك" في مواجهة العون الاقتصادي ذو سلطة في سن بنود العقد وإبراز الحماية القانونية المقررة له في مواجهته و الإسهام في جديد الحديث عن هذا الموضوع نظرا لما له أهمية بالغة في الحياة الاستهلاكية لتجاوز بعض الثغرات التي تصادف المستهلك في ممارسات التجارية .

الدراسات السابقة

نذكر منها:

- دراسة العضباوي راضية بعنوان " معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية"، وهي عبارة عن مذكرة لنيل شهادة الماجستير، نوقشت بجامعة الجزائر 2011-2012
- دراسة كيموش نوال، بعنوان " حماية المستهلك في الممارسات التجارية" وهي عبارة عن مذكرة لنيل شهادة الماجستير، نوقشت في الجزائر ، 2010.2011

صعوبات البحث

- صعوبة التمكن من الحصول عللى مراجع في ظل جائحة كورونا التي بدورها أدت إلى الحجر الصحي
- عدم القدرة على التواصل بيننا نحن الزملاء و المشرف إلا عبر الأنترنت أي بتواصل عن بعد
- نقص المادة العلمية

منهج البحث

دراسة موضوعنا يحتاج إلى تفصيل و تدقيق بغية الوصول إلى تحليل أكثر دقة يهدف إلى توضيح الشروط التعسفية وماهية الحماية المقررة لمواجهتها التي انتهجها المشرع الجزائري

وهذا لا يتم إلى بإتباع **المنهج التحليلي** كمنهج أصلي لمعالجة هذه الإشكالية القائمة على تتبع النصوص وتفكيكها من أجل معرفة الصائب منها وما ليس كذلك مع إعمال **المنهج الوصفي** في المواطن التي تستلزم إعماله، بالإضافة إلى **المنهج المقارن** كلما دعت الضرورة إلى ذلك بإعتبار أن القانون الجزائري يشترك في مواقف عديدة مع القانون الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي له

خطة البحث

بتوفيق من الله ولكي نتمكن من تحقيق أهداف الدراسة و الإجابة على الإشكالية البحث قمنا بتقسيم بحثنا إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: ماهية الشروط التعسفية وقسمناه إلى مبحثين، **المبحث الأول** مفهوم الشروط التعسفية و **المبحث الثاني** مجال تطبيق الشروط التعسفية

أما **الفصل الثاني** : فخصصناه لدراسة الحماية المقررة في القواعد المدنية و الجزائية لمواجهة الشروط التعسفية

لنختم هذا البحث بخاتمة تتضمن تلخيصا لإبراز النتائج التي توصلنا إليها، وعرضنا للمقترحات التي نجدها مناسبة لحل التساؤلات التي أثيرت في هذا البحث

الفصل الأول

ماهية الشروط التعسفية

الفصل الأول

ماهية الشروط التعسفية

في ظل المتغيرات الاقتصادية و الاجتماعية وما نجم عنها من تركز قوى الإنتاج بشكل احتكاري بيد عدد محدد من الأشخاص منهم المهنيون فتبعا لمركزهم الاقتصادي أثناء ممارستهم التجارية باحتكار السلع و الخدمات، بإضافة إلى التقدم و التعقيد في الطابع الفني للسلع و الخدمات، جعل المستهلك يجهل حتى كيفية استعمالها و المحافظة عليها وإدراك مخاطرها، بإضافة إلى ظهور صيغ تعاقدية جديدة لم تكن معروفة من قبل كالعقود النموذجية.

كل هذه العوامل أدى إلى ظهور اختلال في التوازن بين العلاقة العقدية التي تربط المتدخل بالمستهلك، بحيث أصبحت العقود تبرم دون أي مساومة أو مفاوضة وإنما بإمضاء وثيقة معدة سابقا، بحيث ينفرد الطرف القوي وهو المتدخل بصياغتها بعيدا عن الرقابة وهذا ما نتج عنه شروط تعسفية على الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية ألا وهو المستهلك

وعلى هذا ورغبة المشرع الجزائري في حماية المستهلك من تعسف المهني أو العون الاقتصادي فقد أورد قوانين باتت محل اهتمام الكثير من القوانين الخاصة وليس أول ذلك القانون لرقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وهو ما جاء به النص على الشروط التعسفية، ومن هذا صار لازما البحث عن مفهوم الشروط التعسفية ضمن (**المبحث الأول**)، من هذا الفصل، وحتى يكون للشروط التعسفية مفهوما واضحا يجدر بنا البحث في مجال تطبيقها ضمن (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

مفهوم الشروط التعسفية

في إطار العلاقات التعاقدية القائمة على الاستهلاك بين المستهلك والمهني، أصبحت الممارسات التجارية التي تمارس ضمنها توصف بأنها تعسفية تكون مدرجة في عقود نموذجية يتم فيها إدراج كل الشروط التي تخدم مصلحة المهني أو العون الاقتصادي ولو كانت هذه الشروط التعسفية، والتي تؤدي إلى ترتيب التزامات عقدية على المستهلك، ولا يمكن بوسع هذا الخير سوى الإذعان لها، مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

الأمر الذي يستلزم بداية تحديد تعريف الشروط التعسفية وحتى يتضمن لنا الوقوف على مفهوم حقيقي للشروط التعسفية يجدر بنا البحث عن معايير تحديد التعسف نظرا لتفاقم ظاهرة استغلال الطرف القوي لحاجة وجهل الطرف الضعيف بإدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة بينهما

انطلاقا مما تقدم سيتم الحديث عن تعريف الشروط التعسفية في **(المطلب الأول)**، ومعايير تحديد الشروط التعسفية في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

تعريف الشروط التعسفية

لفظة التعسف و الشروط التعسفية من الألفاظ التي كثيرا من الأحيان من الناحية الاصطلاحية أين نجد بعض الفقه يعرف لفظة التعسف بأنها إساءة الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير[1]، وعرفها البعض بأنها الاستعمال السيئ، ومنه من عرفها أيضا بأنها: مناقصة قصد الشارع في تصرف مأخوذ فيه شرعا بحسب الأصل[2].

---

[1]-voir.G.Giaume **,la protection du consommateur contre les clauses abusives, thèse doctorat université de nice,avril**,1989,p18

[2]– مصطفى السباعي، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، جامعة دمشق، الطبعة السابعة ،سوريا2007،ص272.

ومعنى ذلك أن يمارس الشخص فعلا مشروعا في الأصل بمقتضى حق شرعي ثبت له بعوض، أو بغير عوض أو بمقتضى إباحة مأخوذون فيها شرعا على وجه يلحق بغيره الأضرار ويخالف حكمة مشروعة "[3]

أما من الناحية اللغوية فقد كتب العرب قديما وحديثا في عدة معاجم عن التعسف، فقد جاء على لسان صاحب قاموس " لسان العرب " مانصه [4]: التعسف مأخوذ من الفعل عسف، والعسف: السير بغير هداية، والأخذ على الطريق، ويقال: إعتسف الطريق إعتسافا إذا قطعه دون صوب توخاه فأصابه"، ومن معانيه: الظلم والإشراف على الهلاك، فيقال عسف فلانا عسفا ظلمه.

وخلاصة ما توصل إليه اللغويين أن المقصود " بالتعسف " هو الظلم والجور، وإذا كان الشرط التعسفي يصعب تعريفه، فإن ذلك يعود إلى الخلاف الفقهي الذي ثار حول حقيقة وجود ما يعرف " بالتعسف " فيرى جانب من الفقه أن فكرة التعسف لا أصل لها في حد ذاتها، ومنه فإما نتصرف في إطار الحق وإما نتصرف بدون حق، وعليه يمكن اعتبار وجود التعسف كحق، غير أن هناك جانب آخر من يؤيد فكرة وجود فكرة التعسف، ويدافع عن كيانها القانوني، وتأصيلها النظري بالإضافة إلى تطبيقها القانوني.[1]

ومن خلال هذا فقد تعددت وتنوعت تعار يف الشروط التعسفية وذلك تبعا لإختلاف زوايا النظر إليها ولهذا سنتناول فيما يلي التعاريف المختلفة للشروط التعسفية على ضوء نصوص القانون في التعريف التشريعي (**الفرع الثاني**)، لننهي دراسة هذا المطلب بآراء الفقه في التعريف الفقهي (**الفرع الثالث**) وقبل التفصيل في ذلك ارتأينا التطرق إلى تحديد مفهوم الممارسات التعاقدية ضمن (**الفرع الأول**).

---

[3]– فتحي الدر يني، **النظريات الفقهية**، جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، سوريا 1996، ص 129–131.

[4]– جمال الدين بن مكرم – **لسان العرب** – الجزء التاسع، درا الفكر، الطبعة السادسة، لبنان،1997 ص 245 .

[1]- راضية العطياوي، **معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04–02 المتعلق بالممارسات التجارية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 210–2011 ، ص 14.

الفرع الأول: تعريف الممارسات التعاقدية

نص القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التعاقدية في الفصل الخامس منه، والتي اعتبرها ممارسات تعاقدية تعسفية اِتصفت بالطابع التعسفي بتضمينها شروطا تعسفية فقد نصت المادة الثالثة في فقرتها الرابعة من هذا القانون على ما يلي: "**عقد:** كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، و يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبيه أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا ".

ومن خلال هذا التعريف نستخلص أنه، لكي نكون أمام ممارسة تعاقدية تعسفية ينبغي أن تتوافر الشروط والعناصر التالية:

1- أن يوجد عقد إذعان.

2- أن يكون العقد مكتوبا.

3- أن يكون محل العقد سلعة أو تأدية خدمة.

4- عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد.

أولا : وجود عقد إذعان

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الإذعان في القانون المدني رقم 75-58[1] باستثناء بعض الإشارات التي لا تكفي أن تعطي مفهوما متكاملا، والتي اكتفت بتبيان بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره وهذا ما من خلال نص المادة 110 من القانون المدني والتي تنص على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية...."، وقد عرف عقد الإذعان بأنه:" العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيها يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلياً

[1]- **القانون المدني رقم 75-58.المعدل بموجب القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني**، ج،ر،ج،ج،ع44

و تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"، غير أنه و بصدور قانون رقم 04-02 فإنه أورد تعريفا لعقد الإذعان ضمن الفقرة الرابعة من نص المادة الثالثة السالفة الذكر، وذلك باستعماله عبارة " مع إذعان الطرف الأخر" بحيث لا يمكنه مناقشة شروط العقد، وهي خاصية من خصائص[2]

عقود الإذعان أين يكون القبول مجرد التسليم بشروط مقررة يصفها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، كما قام المشرع الجزائري بتكرار هذا التعريف بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1] الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية وذلك في المادة الأولى الفقرة الثانية منه بأنه: " يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3، الحالة 4 من القانون رقم04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة

أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر، بحيث لايمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ".

نستخلص من هذه التعاريف أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم المباشر والدقيق والواسع لعقد الإذعان، إذ أنه يخالف بذلك التعريف التقليدي الذي يتحدد بموجبه في نطاق محدد وضيق خصائص محددة أو كما يقول البعض[2]: " إن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحدد الخصائص الآتية:

1- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين.

2- احتكار الموجب لهذه السلع احتكارا قانونيا أو فعليا أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محددة النطاق.

---

[2]- سليمة أحمد يحياوي،**آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال جامعة الجزائر، كلية الحقوق -1- بن عكنون 2010-2011 ص 58 .

[1]- **المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية المبرمة أن بين الأعوان الاقتصادي والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية**، ج،ر،ج،ج،ع 56.

[2] -عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام**، المجلد الأول العقد ، الجزء الأول الطبعة الثالثة، درا النهضة العربية،القاهرة،1981،ص 293-294 .

3- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة، وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة.

وإذا كانت هذه الخصائص هي الخصائص التي يتميز بها عقد الإذعان في المفهوم التقليدي، إلا أنه

وبتبني المشرع الجزائري للمفهوم الموسع لعقد الإذعان فإنه قد تدارك ذلك، بحيث لا يمكن أن نتحدث عن احتكار قانوني أو فعلي نحدد فيه السلع والخدمات التي تعتبر من الضروريات بالنسبة للجميع، فتغير مؤشر الاحتياجات الضرورية يتغير من شخص لآخر.

غير أنه وما يلاحظ على شكل العقد، أنه قد حصره في عقود الإذعان دون عقود المساومة، ومنه يمكن طرح الإشكال التالي: إذا كانت عقود الإذعان هي المجال الخصب لإعمال الشروط التعسفية، فإن بعض عقود المساومة هي الأخرى قد تعتبر من الشروط التعسفية ما لا يختلف كثيرا عن عقود الإذعان، فهل يسري عليها حكم نفس القانون ، ألا يمكن اعتبار بعض الشروط التي تتضمنها بأنها شروط تعسفية .

إذا كان المبدأ العام في العلاقة التعاقدية يقوم على المساومة بين أطرافها، فإنه ينبغي على المشرع الجزائري تطبيق نصوص القانون رقم 04-02 على عقود المساومة على حسب بعض الفقه[1] مما يؤدي بالضرورة إلى توسيع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية، وإذا كان عقد الإذعان فعلا يشكل المجال الخصب لهذه الشروط، فإنه لا يترتب عن ذلك وجود شروط تعسفية، لأن هناك العديد من عقود الإذعان لا تتضمن اشتراطاتها أي تعسف، وكل هذا من أجل تحقيق الغاية من مكافحة الشروط التعسفية وهو القضاء على الاختلال التعاقدي، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي، فإنه لم يحصر الشروط التعسفية في نطاق عقود الإذعان، ومنه فإن منع هذه الشروط لا يتعلق بنوع معين من الشروط الواردة في عقود معينة، بل استبعاد هذه الشروط التعسفية يشمل كافة أنواع العقود التي يتم إبرامها بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين فيما كانت طبيعتها (عقد بيع مقاولة ، إيجار...)،

[1]- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا، ألمانيا ومصر، الطبعة الثانية، درا هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2010 ص 82.

أو محلها (عقار، منقول،..)، شكلها(عقد محرر بصفة منفردة من طرف المحترف، أو عقد تم التفاوض بشأنه...)[1] .

ثانيا: أن يكون العقد مكتوبا

يستخلص هذا الشرط صراحة من عبارة " حرر مسبقا " المنصوص عليها في المادة الثالثة الفقرة الرابعة من قانون رقم 04-02، حيث اعترف فيها المشرع أن عقد الإذعان الذي يكون مجالا للشروط التعسفية يجب أن يكون مكتوبا أو محرر مسبقا.

ولا يقصد بالكتابة هنا الكتابة الرسمية، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المهني، وهذا ما تؤكده المادة الثالثة في فقرتها الرابعة بالنص على ما يلي:

" يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو أي سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا " ومنه فإنه يكفي وجود نص مكتوب من قبل شخص معين[2] .

وهذا ما اشترطه أيضا المشرع الفرنسي ضمنيا في نص المادة L132-1 عندما نص على الجزاء المدني للشروط التعسفية " تعد كأنها غير مكتوبة ".[3]

ثالثا : أن يكون محل العقد بيع سلعة أو تأدية خدمة

نصت المادة 03 الفقرة الرابعة من قانون 04-02 بأن العقد هو: " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة "، إذن ومن خلال ما أوردته هذه الفقرة يشترط أن يكون محل العقد إما سلعة

وإما خدمة وهي كالتالي:

---

[1] – سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق، ص 59.

[2] –محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 86.

[3] –voir: Jeans calais -Auloy- Fr.steinmetz.**droit de la consmmation.précis Dalloz** . 5ene ed 1986.p 167-168.

1- السلعة

بالرجوع إلى نص المادة الثالثة السابق ذكرها ، نجد أن المشرع الجزائري استعمل لفظة " سلعة " بالرغم من أنه جرت العادة على استعمال مصطلح منتوج، وإذا كان المنتوج في مفهومه الواسع يشمل السلعة أو الخدمة، وفي مفهومه الضيق يشمل السلعة فقط ، فأي المفهومين تبنى المشرع الجزائري ؟

سنحاول في بداية الأمر إعطاء بعض التعاريف التي جاءت بتعريف المنتوج ومدى اختلافه عن السلعة فيما يلي:

عرفت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-266[1] المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات المنتوج بأنه: " كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة "، كما عرفته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 [2] المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه: " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية "، ومن خلال هذين التعريفين نلاحظ أن المشرع الجزائري جاء بتعريف واسع للمنتوج الذي يشمل الخدمة والمنقول المادي، إذ يمكن لهذا الأخير أن يكون جديدا أو مستعملا، كما يمكنه أن يكون شيء يؤكل مثل الغذاء أو ذات طابع صناعي كالأجهزة المنزلية[3]، وبحصر المنتوج في المنقول المادي وحده في التعريفات التي أوردها المشرع فإنه بذلك يستبعد العقار من نطاق الأحكام

الخاصة بحماية المستهلك عامة وبحماية من الشروط التعسفية الواردة في العقود التي يكون محلها عقار بصفة خاصة، وعلى هذا نجد من يؤيد رأي المشرع ويرى بأن التعامل في

---

(1) -**المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266، المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات** ج،ر،ج،ج،ع 40.

(2) -**المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق برقابة النوعية وقمع الغش** ج،ر،ج،ج،ع 05 الصادرة بتاريخ 1990/01/31

(3) -كالم حبيبة، **حماية المستهلك**، مذكرة ماجستير فرع العقود، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005 ص 17.

العقار يخضع لأحكام خاصة، من وجوب إفراغه في شكل رسمي وكذا شهره في السجل العقاري وهي حماية كافية للتعامل فيه[1] .

وهناك رأي آخر اعتبر العقار منتوجا قابلا للاستهلاك يخضع المتعاقد العادي أو المستهلك فيه للحماية الخاصة التي يقررها القانون ومنحه الحماية التي يوفرها القانون رقم 04-02 من الشروط التعسفية التي ترد في عقود البيع أو الإيجار، وذلك بالنظر إلى الأهمية التي يحتلها المسكن في حياة الناس ببيع المسكن أو إيجاره، وهذه العملية أصبح يشرف عليها محترفون يتفوقون فيها على المتعاقد

أو المستهلك ويبدوا هذا الأخير في وضعية الجاهل الضعيف الذي يحتاج إلى الحماية [2]، وكذلك نجد المادة الثانية من القانون رقم 89-02[3] المتعلق بحماية المستهلك، تعرف السلعة بأنها: " كل منتوج سواء كالشيء المادي أو خدمة أيا كانت طبيعته " وهذا التعريف يضيق من مفهوم المنتوج إذ يعتبره خدمة في بعض الأحيان، وهو بذلك يتناقض مع باقي المواد من القانون نفسه أين نجد المشرع في حالة نص المادة الثالثة منه يستعمل مصطلح " المنتوج أو الخدمة " أي أنه يميز بين المصطلحين[4].

ومن هذا فإن المشرع الجزائري يتبنى مرة المفهوم الواسع للمنتوج ، ومرة أخرى يتبنى المفهوم الضيق.

وعلى إثر هذا الخلاف حول المقصود " بالسلع " و " المنتوج " فإن القانون رقم 09-03[1] المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش حسم الأمر نهائيا في المادة الثالثة منه ، حيث عرفت فقرتها العاشرة المنتوج بأنه: " كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل

---

[1] – د. بختة موالك، **الحماية الجنائية للمستهلك في القانون الجزائري**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزء 37 رقم 02 سنة 1999، الجزائر 2001، ص33.

[2] – محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 81.

[3] – **القانون رقم 89-02 المؤرخ في فبراير 1998، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى** .

[4] – محمد بودالي، نفس المرجع ، ص 82.

[1] –**القانون رقم 09-03 ، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، ج،ر،ج،ج،ع 15 8 مارس 2009.

بمقابل أو مجانا "، وبالتالي فإن المشرع هنا تبنى المفهوم الواسع للمنتوج، وقد عرفت فقرتها السابع عشر السلعة بأنها: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا ".

كما يمكن أن تعرف السلعة بأنها: " كل ما هو مادي قابل للتداول والاستهلاك وقد تكون هذه السلع استهلاكية ، كالسلع الزراعية والحيوانية ، وقد تكون سلعا منتجة كالمواد نصف المصنعة التي تستخرج من المواد الأولية كما قد تكون سلعا ذات طابع صناعي وتجاري كالتركيبات والتجهيزات "[2] .

ومنه فإن المشرع الجزائري قصد من وراء مصطلح " السلعة " المفهوم العام والذي يشتمل حتى العقار باعتبار أن المعاملات فيه لا تخلوا من الشروط التعسفية .

2- الخدمة

الخدمة هي: " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة " هكذا عرفتها المادة الثالثة في فقرتها السادسة عشر من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وهو نفس التعريف الوارد في المادة الثانية الفقرة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 90- 39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش والتي نصت على:" الخدمة كل مجهود يقدم ما عادا تسليم

المنتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له ".

ومفهوم الخدمة حسب البعض مفهوم غير مألوف في نصوص القانون، وقد أصبح رائج الاستعمال في القانون الاقتصادي، ويشمل جميع الأداءت القابلة للتقدير نقدا، ويستوي أن تكون الخدمة مادية كالإصلاح أو الغسيل أو ذات طبيعة مالية كالتأمين أو ذات طبيعة ذهنية (فكرية) كالعلاج أو الاستشارات القانونية .

هذا وفي الأخير فإن محل العقد يكون سلعة أو خدمة و هناك[1] من يعتمد على التمييز التقليدي مابين السلع والخدمات وذلك استنادا إلى الخصائص المادية واللامادية لكل

---

[2] –أرزيل الكاهنة ، **اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة الخاصة بالسلع والخدمات والمنظومة القانونية الجزائرية المجلة النقدية للقانون**، والعلوم السياسية ، كلية جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، عدد2 ، الجزائر2009 ص 190.

[1]– أأرزيل الكاهنة، المرجع سابق، ص 202.

منهما، فالسلع تعرف على أنها أشياء مادية أو ملموسة منظورة وقابلة للتخزين ، وعلى العكس تتميز الخدمات بأن ليس لها كيان مادي ملموس وغير منظورة وغير قابلة للتخزين ، لذا يجب أن يتزامن إنتاجها مع استهلاكها .

رابعا : عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغير حقيقي في العقد

يقصد بعدم هذا الشرط بأن بنود العقد لا يمكن مناقشتها، فالموجب الذي يقوم بإعداد العقد يضع شروطا، لا يقبل التفاوض بشأنها وعادة ما تكون هذه البنود أو الشروط تعسفية مجحفة في حق الطرف الضعيف تؤدي بالإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العلاقة التعاقدية، وهو الذي سيكون محل دراستنا إن شاء الله في المطلب الثاني بصدد التطرق لتحديد معايير الشرط التعسفي .

الفرع الثاني: تعريف الشروط التعسفية

إن تحديد مفهوم الشروط التعسفية يعد ذات أهمية بالغة من أجل تحديد نطاقها ومجالاتها في عقود الاستهلاك، لذا يتوجب عرض بعض التعاريف التشريعية (أولا)، وبعض أراء الفقه في التعريف الفقهي (ثانيا) .

أولا : التعريف التشريعي للشروط التعسفية

لم يعرف المشرع الجزائري الشروط التعسفية ضمن القواعد العامة إلا استثناءا لبعض النصوص والأحكام العامة المتضمنة فكرة الشروط التعسفية من بعيد، والتي ربطتها بعقود الإذعان دون أن تحدد هذه الشروط، وذلك من خلال نص المادة 110 من القانون المدني التي تنص على أنه: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية... "، كذلك نص المادة السابعة من نفس القانون جاءت بنصها على: " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "، ومنه فإن المشرع الجزائري لم يعرف الشرط التعسفي ضمن القواعد العامة وإنما قصر النص على الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإذعان و التي من شأنها إرهاق الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ولا يمكنه سوى التسليم بها دون مناقشتها .

غير أنه وبصدور القانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية إنه عرف الشرط التعسفي في المادة الثالثة منه في فقرتها الخامسة على أنه: " **الشرط التعسفي:** كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروطا أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ".

ومن خلال هذا التعريف نستنتج أن المشرع الجزائري لم يقصر مفهوم الشرط التعسفي على عقود الإذعان فقط بل يمتد ليشمل حتى عقود الإستهلاك .

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فإنه عرف الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين بأنه: " الشرط الذي يتم فرضه على المستهلك بطريق التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية من جانب المهني، أو المحترف وتمنح من هذا الأخير ميزة فاحشة "[1].

كما عرفه المرسوم التنفيذي رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978، ضمن مادته الأولى بأن الشرط التعسفي ذلك: " الشرط الذي يكون موضوعه أو أثره إذعان غير المحترف أو المستهلك لشروط عقدية لم يتضمنها المحرر الذي وقع عليه ".

مثل هذا التعريف يؤدي إلى القول بعدم تعسفية الشروط التي يكون موضوعها أو أثرها إذعان المستهلك لشروط لم يتضمنها العقد المبرم بين الطرفين ، وتراضى عليها تحت أي ظرف كان، وأن الاكتفاء بإلغاء وإبطال الشروط التي لم ترد ضمن العقود المبرمة بين أطراف عقد الاستهلاك أثناء الممارسة التجارية اكتفاء بلا شيء، وهو ما استدعى تدخل المشرع الفرنسي من جديد بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 المعدل لقانون الاستهلاك الصادر في 26 جويلية 1993 بتعريف جديد للشروط التعسفية في المادة L1-132 والتي نصت على: " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تعتبر تعسفية تلك الشروط التي يكون موضوعها أو أثرها إحداث اختلال

[1]– راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 17-18.

ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وهذا إضرارا بغير المحترف أو بالمستهلك، وبعبارة أخرى فإن الشرط يكون تعسفيا لمجرد ما يسمى بالتوازن العقدي[1] .

وما يلاحظ على صياغة هذه المادة أنها تختلف عن الصياغة السابقة لنص المادة 35 من قانون 78-23 وإن كان هذا الاختلاف يقتصر على الشكل فقط دون الموضوع حيث كان المعيار آنذاك يعتبر الشروط تعسفية متى فرضت على المستهلك عن طريق التعسف في الهيمنة الاقتصادية لأحد المتعاقدين وما يترتب له من ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة [2] (وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني) .

ومن خلال التعاريف التي جاء بها المشرع الفرنسي نجد أنها تتفق جميعا على أن الشرط التعسفي يكون مدرجا في عقد مبرم بين المهني والمستهلك أو غير المهني.

ثانيا : التعريف الفقهي للشروط التعسفية

تعددت تعاريف الفقه في تعريف الشروط التعسفية، وعلى هذا سنورد بعض تعاريف الفقه ومن ذلك:

تعريف الفقه العراقي للشرط التعسفي وذلك بعد اعترافه بصعوبة هذه المهمة بقوله: " أنه ذلك الجائز الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، ويضيف إلى هذه الصفة نسبة تختلف من عقد لأخر وذلك المختلفة، وينتهي القول أن أمر تقدير الطابع التعسفي لشرط ما يعود إلى محكمة الموضوع" [3] .

غير أن هناك من عرفه بالإسناد إلى أطراف العلاقة العقدية بأنه: " الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف في استعمال هذا

---

[1] –عبد الباسط جمعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد،** (بدون رقم طبعة)، دار النهضة العربية القاهرة، 1990، ص 262.

[2] –محمد بودالي، المرجع السابق، ص 26.

[3] –قاسم أحمد القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك**، دراسة مقارنة في القانون المدني والقانون المقارن،الطبعة الأولى، دار العلمية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2002، ص 38.

الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة "[1]، وهو نفس التعريف الذي اكتفى به بعض الفقهاء بتعريفهم للشرط التعسفي من حيث مصدره، ومفاد هذا التعريف أن الشرط التعسفي هو ذلك: " الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع التعسف[2]، إلا أن هذا التعريف يستند إلى القانون الفرنسي 1978، والذي يشترط لاعتبار الطابع التعسفي أن يكون الشرط نتيجة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهو الأمر الذي لم يعد مطروحا في ظل القانون رقم 95-96، ومن التعاريف الفقهية التي استندت على هذا الأخير لتعريف الشرط التعسفي: " البند في العقد والذي يؤدي إلى اختلال توازنه اشترطه طرفه القوي بماله من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشة له على حساب الطرف الأخر دون مقتضى "[3]، وهذا التعريف اشتمل على كل عناصر الشرط التعسفي إذ جعل للشرط التعسفي مظهرا مضمونه الاختلال الظاهر الذي يكون بسبب القوة والنفوذ الاقتصادي، وكل ذلك بسبب الحصول على ميزة فاحشة أو مفرطة على حساب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. بينما هناك جانب آخر من الفقه من يعرفه بالنظر إلى طريقة فرضه ومضمون هذا أن الشرط التعسفي هو ذلك: " الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة عن الطرف الأخر "[4] .

بالرجوع إلى الفقه الجزائري نجده هو الأخر تصدى لمهمة شرح وتحليل النصوص المنظمة لحماية المستهلك عموما والشروط التعسفية خصوصا، فمنهم من ردد التعريف الذي جاءت على ذكره الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 دون أن يضيف إليه جديدا يذكره، ومنهم من أعطى تعريفا حاول من خلاله جمع كل العناصر المكونة له ومفاد هذا التعريف للشرط التعسفي هو: " ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي أعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين،

---

[1] –السيد محمد السيد عمران، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، دراسة مقارنة، منشأة المعارف(بدون رقم الطبعة) الإسكندرية، 2003 ، ص 49.

[2] –راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 24.

[3] –عمر محمد عبد الباقي، **نظرية العقد و الإرادة المنفردة** ، دراسة مقارنة ،الإسكندرية، ص403.

[4]– أنظر: د. سعيد سعد عبد السلام ، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان (دون رقم الطبعة) دار النهضة العربية القاهرة 1998، ص 50.

ويقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه، وحالة طرفية وفقا لما تقضي به العدالة "[1] .

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه متأثر بنص المادة 110 من التقنين المدني الجزائري، إذ أن هذا التعريف جاء بمعيار العدالة لتقدير الطابع التعسفي وهو نفس المعيار الذي جاءت به المادة عندما يقوم القاضي بتقديره " وفقا لما تقتضي به العدالة "، وكذلك فإن هذا التعريف تبنى معيار الميزة الفاحشة ومنه فإن هذا التعريف تبنى معيارين في نفس الوقت لتقدير الصفة التعسفية للشرط.

ومن خلال التعاريف السابقة يتضح أن الشرط التعسفي يعني الإشتراط المفروض بواسطة المحترف في المراحل المختلفة للعلاقة العقدية بهدف الحصول على وضع مميز يترتب عليه الإضرار بالمستهلك بسبب عدم التوازن الواضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة الفنية والاقتصادية[2]، وعلى هذا فإنه يجب وجود معايير لتحديد الشروط التعسفية في العقد، وهو محل دراستنا في المطلب التالي:

المطلب الثاني

معايير تحديد الشروط التعسفية

إن إنفراد الموجب بتحديد مضمون العقد ووضع شروطه لا يعد تعسفا، لكن التعسف يمكن في الآثار الناتجة عن التطبيق، و الشرط التعسفي هو الشرط المعيب الذي يخل بالتوازن العقدي و يلقى على المذعن التزامات باهضة، هذا الوضع أراد المشرع محاربته

---

[1] –راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 26.

[2] –خالد ممدوح إبراهيم، **حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية**، دراسة مقارنة، (بدون رقم الطبعة)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 195.

في عقود الإذعان ، ولقد جاءت المادة 110 من القانون المدني التي تمكن القاضي من إعادة التوازن لعقود الإذعان متى تضمنت شروط تعسفية، لكن هذه المادة لا تحتوي على أي معيار، وبالرجوع إلى التعريف القانوني الذي تضمنته المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 ونصوص القانون الفرنسي يتضح من مفهوم هذه التعريفات مجتمعة أن الاشتراط المفروض بواسطة المحترف في مختلف مراحل العلاقة العقدية للحصول على وضع مميز من شأنه الإخلال بين حقوق والتزامات طرفي العقد،وباعتبار أن المشرع الفرنسي له و أن أصدر قانون 78-23، والذي عالج فيه موضوع الشروط التعسفية معتمدا في ذلك على معيار مزدوج مضمونه أن يكون التعسف من جهة ناتجا عن التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، ومن جهة ثانية أن يسمح للمحترف بالحصول على مزايا مجحفة، وهو المعيار الذي سنتولى بحثه في **(الفرع الأول)**، كما أن فهم هذا المعيار يساعد على فهم معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ، وهو ما سنتولى بحثه في **(الفرع الثاني)** من هذا المطلب.

الفرع الأول : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة المفرطة

اختلف تعريف الشروط التعسفية من قبل المشرع الفرنسي في كل من المادة 35 من القانون رقم 78-23 والمادة L1-132 من القانون رقم 95-96، ومن المؤكد أن لهذا الاختلاف أثر في تحديد معايير الشروط التعسفية، وهذا ما يتم دراسته كما يلي :

بالرجوع إلى نص المادة 35 من قانون 78-23 السابقة الذكر، فإن المشرع الفرنسي قد جمع بين معيار القوة الاقتصادية ومعيار الميزة المفرطة التي يمنحها هذا الشرط للمحترف، فيكون الشرط تعسفيا عندما تكون الميزة المفرطة الممنوحة للمهني نتيجة التعسف في استعمال سلطته الاقتصادية[1]، ومنه حتى يعتبر الشرط تعسفيا طبقا لهذه المادة يجب أن يكون هذا الشرط مفروض على المستهلكين أو غير المحترفين بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي، لكن هذا المعيار تعرض للنقد فالمعيار غامض جدا فإذا كان صاحب فرض الشرط أي المحترف ذا سلطة و نفوذ، ومنه فإن الطابع التعسفي يكون على أساس القوة الاقتصادية لحجم المشروع الذي سيدخله المهني، وبالنظر إلى الوسائل التي

[1] –السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 33.

يملكها في ممارسته نشاطه وكذا صحة المشروع في السوق، إلا أنه يعاب عليه بأن حجم المشروع ليس عنصرا حاسما بالضرورة فضخامة المشروع لا تعني بالضرورة القوة، فثمة حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكن أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر، بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته، كما أنه يصعب تحديد حصة المهني في السوق، لذا يعتبر معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية معيار غامض وغير دقيق[2]

ومن هذا فإن كان المشرع الفرنسي قد إعتمد على معيار التعسف في إستعمال القوة الاقتصادية لتحديد الطابع التعسفي، فإن هذا المعيار بمضمونه طرح التساؤل التالي :

ما المقصود بالتعسف ؟ هل هو تعسف الموقف أم تعسف الحق ؟

لقد ذهب بعض الفقه إلى القول أن " التعسف " المقصود هو " تعسف الموقف "، والذي يسمح لأحد أطراف العقد بفرض شروطه على الطرف الآخر وهو التعسف الذي يقترب من التدليس من خلال المفهوم العام للأمانة، بمعنى أن تعسف الموقف يطلق على سلوك المتعاقد الذي يتم من خلاله استخدام وسائل غير أمنية واستغلاله للوضع الذي يكون فيه الطرف الآخر المتعاقد العادي أو المستهلك فيؤدي بهذا الأخير لإبرام تصرف قانوني مما ينتج حصول المتعاقد أو المحترف على ميزة فاحشة [1] .

غير أن هناك جانب من الفقه من يرجع فكرة التعسف إلى التعسف في إستعمال الحق وذلك حسب ما هو معروف في القواعد العامة، ومرد هذا الرأي ما رآه النواب في البرلمان الفرنسي وهو بصدد مناقشة قانون 78-23 والذي يمنح للمحترف عند انفراده بوضع شروط العقد أن يتجاوز حدوده التعاقدية مما يؤدي بالإضرار بالمستهلك، لأن هذا التجاوز لا يعني

---

[2] -سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق، ص 64.

[1] -سي الطيب محمد أمين، **الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**- دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، ، جامعة أبو بكر بلقايد ،كلية الحقوق، تلمسان، 2007- 2008، ص 111.

سوى التعسف في إستعمال الحق الذي يعني الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية[2]، ويبدو ذلك منطقيا في ضوء ما تشهده المعاملات في الوقت الحاضر من تفوق المهني اقتصاديا وعمليا بالمقارنة مع المستهلك، وهو الأمر الذي يتضح معه مظاهر استغلال الأول لحاجة الثاني للسلعة أو الخدمة والذي ليس بإمكانه سوى قبول التعاقد أو رفضه دون مناقشة بنود أو شروط العقد، غير أن هذا الرأي منتقد ومن هذا ينبغي معرفة مدى نجاعة المشرع الفرنسي في تبني هذا المعيار، فيرى جانب من الفقه أن المشرع الفرنسي لم يتحدث عن فرض حقيقي للتعسف في استعمال القوة الاقتصادية، بل هو مجرد فرض ظاهري لذلك التعسف معتمدين في ذلك أن معيار القوة الاقتصادية ما هو إلا قوة تقنية، حيث غالبا ما يكون المحترف قويا تقنيا أكثر منه اقتصاديا، وأن التفوق الذي يسمح له بفرض شروط تعسفية أثناء ممارسته التعاقدية هو في الغالب تقني، وذلك لأنه منفرد على تحرير العقود ويدرك تماما حجم الحقوق والالتزامات التي يمكن أن يستفيد منها في إطار الممارسات المعمول بها في إطار مهنته، وبالتالي فإنه يمتلك تنظيما محترفا قادرا على صياغة وتفصيل العقود[3] ، ومنه فإن العبرة

ليست القدرة الاقتصادية فحسب، وقد كان هذا حجة لشركات التأمين الفرنسية التي طالبت بإلغاء المادة الأولى من المرسوم التنفيذي الصادر في 24 مارس 1978 معتبرة أن الشروط الواردة في عقد التأمين لم تكن مفروضة عن طريق تعسف التفوق الاقتصادي، وهي غير قابلة لأن تكون محل مراقبة طبقا لنص المادة 35 من قانون1978 [1].

كما يرى جانب من الفقه [2] إلى حد التشكيك في جدوى هذا المعيار على أساس أن السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح للمحترف بفرض الشروط التعسفية على المستهلك، وقد انتهى هذا الرأي إلى عدم جدوى معيار القوة الاقتصادية، إضافة إلى هذا المعيار ومن خلال وضع المشرع الفرنسي تعريف للتعسف الذي يؤدي إلى حصول المهني على ميزة

---

[2] –رياحي أحمد، مقال بعنوان:" **أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري**، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5 الجزائر، (دون سنة) ،ص 350.

[3] –راضية العطياوي ، المرجع السابق ، ص 35.

[1] –رياحي أحمد، المرجع السابق، ص 354.

[2] –محمد بودالي، المرجع السابق، ص 93.

فاحشة من النتيجة، فهذه النتيجة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية، بحيث لا يعتبر الشرط تعسفيا إلا إذا منح هذا الأخير ميزة فاحشة، وما يلاحظ على فكرة الميزة المفرطة أنها تقترب من فكرة الغبن في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعلاقة العقدية فيؤدي إلى عدم تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، غير أن هذا المعيار هو الأخر يتصف بعدم الوضوح والغموض، وذلك أن المشرع الفرنسي لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معينا[3].

وقد ثار التساؤل فيما يخص تقدير الميزة المفرطة ووجوب النظر إلى جميع الشروط التعسفية أم لكل شرط على حدى، والراجح هو وجوب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي لأن الشرط إذا نظرنا إليه بصفة منفردة يمكن أن يكون تعسفيا لكن قد يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد، كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي تقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك.

وفي خلاصة القول نجد أن المشرع الفرنسي قد وضع معيارين لتحديد الشروط التعسفية وهما معياران مرتبطان ارتباط السبب بالنتيجة، فالميزة المفرطة تفترض التعسف في إستعمال القوة الاقتصادية[1].

وهنا يجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد عدل عن موقفه هذا، وذلك من خلال استبعاده لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة المفرطة وتبنيه لمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات بين أطراف العقد كمعيار لتقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط العقدية، وهو ما سندرسه في النقطة الموالية.

الفرع الثاني: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي

---

[3] –محمد بودالي، نفس المرجع، ص 94.

[1] –. محمد بودالي، نفس المرجع، ص 95.

ذكرنا سابقا أن المشرع الفرنسي استعاض عن معيار الميزة المجحفة والتعسف في إستعمال الحق بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، والذي أستمده من خلال تبنيه للتعليمة الأوروبية، وذلك من خلال نص المادة 132-1 L من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تنص على: " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية الشروط التي يكون هدفها أو موضوعها خلق اختلال ظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد وذلك إضرار بغير المحترف أو المستهلك "، إن صياغة هذه المادة كانت بموجب قانون 95-96 المؤرخ في 1 فيفري 1995، والتي توحي بكل وضوح بأن تكييف الشروط التعسفية في ظل قانون الاستهلاك صار يخضع لمعيار مضمونه التوازن العقدي.

كما تسمح قراءة الفقرة الخامسة من المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 بأن المشرع الجزائري هو الآخر قد تبنى المعيار نفسه الإختلال الظاهر، حيث نص على:

"**شرط تعسفي:** كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد وعدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ".

وقد اعتبر بعض الفقه أن معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون 95-96، وكذا المشرع الجزائري ضمن القانون 04-02 هو في الحقيقة معيار الميزة المجحفة الناتج عن استغلال القوة الاقتصادية، وأن التعريف الجديد بمعياره الحالي هو ذاته التعريف القديم بمعياره السابق و إن اختلفت الألفاظ والمصطلحات[1]، وذلك أن أثر الشرط التعسفي يؤدي إلى حصول أحد المتعاقدين على ميزة فاحشة مقارنة بالمتعاقد الآخر، وتتجسد هذه الميزة بطبيعة الحال في عدم التوازن بين الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد.

(1) - voir:J.callais-Auloy-et F.**steinmetz.droit de la consommation** 5éme. Op.cit. p 203.

وعلى هذا فقد طرحت العديد من المفاهيم لتحديد المقصود بالاختلال الظاهر بعضها يختلف عن البعض، الأولى ذات توجه معنوي، والثانية ذات طابع اقتصادي تقترب من فكرة الغبن، غير أن هذه الفكرة تختلف عن معيار عدم التوازن الظاهر من عدة جوانب[2].

وما تجدر الإشارة إليه هو أن فكرة " الإخلال الظاهر بالتوازن " تثير التساؤل عند تقدير الطابع التعسفي للشروط، فهل يؤخذ بعين الإعتبار فقط مقتضيات الشرط، أم يجب وصفها في إطار المجموع التعاقدي .

نجد أن المشرع الفرنسي في المادة L 132-1 في الفقرة الخامسة من قانون الإستهلاك تنص على: " يقدر الطابع التعسفي للشروط بالرجوع إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه وكذا جميع شروط العقد الأخرى، وكذلك يقدر أيضا بالنظر إلى الشروط التي تضمنها عقد آخر لما يكون تكوين أو تنفيذ هذين العقدين متوقفا قانونيا لأحدهما بالآخر "، ومنه فإن المشرع الفرنسي قد أسند معيار تقدير الطابع التعسفي للشرط إلى وقت إبرام العقد، وإلى جميع الظروف التي تحيط بتكوينه إلى غاية تنفيذه، غير أن هذه المراحل أو الظروف المتعلقة بتكوين العقد تعد من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود حين توليه عملية تفسيرها وذلك دون حاجة إلى نص [1] .

في حين نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة الثالثة في فقرتها الخامسة من القانون رقم 04-02 والتي نصت في تعريفها للشرط التعسفي قد حدد كيفية تقدير الإخلال الظاهر بالتوازن بالنظر إما للشرط بصفة منفردة، أو في إطار كلي للعقد سواء كان مشتركا مع شرط أو عدة شروط أخرى، وإن كان النظر للشرط بصفة منفردة يتماشى مع نظام القوائم المتعلقة بالشروط التعسفية التي أصدرها المشرع الجزائري ضمن المادة 29 من القانون 04-02، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[2]، ومنه فإن هذه القوائم والتي تتضمن في مجملها شروط تعسفية بصفة مطلقة، فإن هذا لا يتماشى مع فكرة الإخلال

---

[2] -محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 97.

[1] -أحمد رياحي، المرجع السابق، ص 361.

[2] -سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق،ص 65 – 66 .

الظاهر بالتوازن، إذ لا يمكن إعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أنه يمنح أحد أطراف العقد مزايا معينة، بحيث أنه من الممكن أن يكون هناك شرط أخر يعطي للمتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن للعقد، أو بالأحرى ما الحل لو أن عقدا تضمن شرطا من الشروط المدرجة في القوائم إضافة إلى عدد من الشروط الأخرى التي لا تعتبر تعسفية، والتي من شأنها إعادة التوازن المختل بفعل الشرط الأول، وعليه فإن المشرع بتبنيه هذا المعيار لتوفير حماية أكثر للمستهلك، إلا أنه يبدوا صعب الفهم وغير دقيق، وبالتالي يكون من الصعب وضع لوائح مسبقة للشروط التعسفية لأن بعض الشروط قد لا يسهل تقرير الإختلال فيها لانعدام تقدير المزايا التي يمكن أن يحصل عليها كل طرف حتى وإن صرح بطابعها التعسفي، إلا أنها لا ترتب إخلال بالتوازن العقدي، وكل هذا سيتم تفصيله في المبحث التالي أثناء دراسة مجال تطبيق الشروط التعسفية .

المبحث الثاني

مجال تطبيق الشروط التعسفية

إن مجال الشرط التعسفي يختلف حسب التعريفات التي تبنتها التشريعات القانونية، فمنها من ترك مجالها مفتوحا لتشمل كل العقود ومنها أقتصر مجالها في صنف محدد من العقود، أما المشرع الجزائري فيقصر مجال الشروط التعسفية على كل العقود الواردة على بيع سلع و الخدمات أي على عقود الاستهلاك لكونها عقود إذعان.

ومما قدم سابقا فإن الوقوف على معايير تحديد الشرط التعسفي لا يكفي لوحدها لجعل هذه الشروط قابلة للتطبيق فليس كل شرط تعسفي يؤدي إلى اعمال نصوص حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بل الأمر مقترن بوجود ضوابط، يتمثل ضابط منها في وجود هذا الشرط ضمن عقد مبرم بين المستهلك و محترف تتوافر فيم صفات معينة، ومن ذلك فإن نطاق تطبيق الشروط التعسفية يرتبط أولا بصفة المتعاقدين، هذا ما يستلزم في بداية تحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص ضمن (المطلب الأول)

يضاف إلى ذلك أن المشرع لم يكتفي بهذا القيد لتحديد نطاق الشروط التعسفية ويبقى نظام القوائم المحددة لشروط التعسفية سواء تلك التي جاء بها قانون رقم 02/04 المتعلق

بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أو المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التعسفية، وهذا ما يستدعي البحث على نطاق تطبيق لشروط التعسفية من حيث الموضوع " المادي"، ضمن (المطلب الثاني)

المطلب الأول

مجال تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص

المشرع الجزائري واضح في تحديد الأشخاص الذي يطبق فيهم الشروط التعسفية، كل من المستهلك و العون الاقتصادي أي " المهني"، فتنص المادة الأولى من القانون رقم 04-02 على أنه" يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء و المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعماله "، ومنه فإن حكم هذه المادة جاءت عاما يسري على العلاقات التي تكون بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم وبين علاقة هؤلاء بالمستهلك، وقد تم تخصيص هذا الحكم بنص المادة 29 في فقرتها الأولى من نفس القانون، والتي نصت على: " تعتبر بنودا وشروط تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع ولا سيما البنود والشروط التي تمنع هذه الأخيرة .... "،حيث اكتفى المشرع في نص المادة بالإشارة إلى العقود التي يكون طرفيها المستهلك و البائع، وبهذا يتحدد النطاق الشخصي لتطبيق الشروط التعسفية، ولما كانت المفاهيم المطروحة لكل واحد منها ليست محل إجماع فقهي ولا حتى تشريعي استلزم بحيث كل طرفي العلاقة التعاقدية ضمن فرع مستقل.

الفرع الأول: مفهوم المستهلك

يعتبر المستهلك الطرف الأساسي في العلاقة التعاقدية، لذلك ينبغي ضرورة تحديد مفهومه، فإذا كان مصطلح المستهلك وإلى عهد قريب من صميم المصطلحات الاقتصادية، حيث أنه قديم العهد بالنسبة للفكر الاقتصادي حديث العهد بالنسبة للفكر القانوني، إذ يعتبر في نظر الأول عن الأخر عملية من

العمليات الاقتصادية بعد الإنتاج و التوزيع[1] .

أولا : التعريف الاقتصادي للمستهلك

على اعتبار أن الحماية الاستهلاكية هي عملية اقتصادية تقوم على شراء واستئجار للحصول على خدمة أو حاجة مهما كان نوعها، ويحتاجها الإنسان في حياته اليومية سواء على المدى القصير

أو البعيد، ويرمي الفرد من ذلك أن يشبع أو يحصل على ما يفكر بأنه ضروري له أو كمالي لحياته من دون أن تكون لديه نية التفكير في الحصول على أرباح[1]، وعلى هذا فقد عرَف المستهلك من وجهة نظر علم الاقتصاد بأنه: " الهدف الذي يسعى إليه منتج السلعة أو مقدم الخدمة، والذي تستقر عنده السلعة

أو يتلقى الخدمة أو هو محط أنظار جميع من يعمل في مجال التسويق [2]، فهذا التعريف يجعل من المستهلك كل شخص يسعى المنتج أو مقدم الخدمة لاستدراجه شراء أو تلقي الخدمة.

نلاحظ أن هذا التعريف لا يتلاءم مطلقا مع ما تسعى إليه القاعدة القانونية من حماية المستهلك فالمعيار المستعمل في تعريف المستهلك معيار غير دقيق وغير مجدي لإستحقاق الشخص الحماية من الناحية القانونية، لأنه معيار عام يمكن لأي كان أن يكون مستهلكا، غير أن القانون يحمي فقط من كان بحاجة للحماية بسبب وضعه في تعاقده.

وهناك من عرَفه من علماء الاقتصاد بأنه: " هو الذي يستعمل السلع والخدمات ليسد بها حاجاته ورغباته، وليس بهدف تصنيع السلع التي اشتراها، وهو الفرد الذي يمارس حق التملك والاستخدام للسلع

---

[1]– بخته موالك، المرجع السابق، ص 29–30.

[1] –رابح غسان، **قانون حماية المستهلك**، المبادئ، الوسائل، والملاحقة مع دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية الطبعة الأولى، بيروت، 2006، ص 19.

[2] –أيمن علي عمر، **قراءات في سلوك المستهلك**، (بدون رقم الطبعة)، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2006 ص15.

والخدمات المعروضة للبيع أو للتأدية في المؤسسات التسويقية "[1].

ويقسم أهل الاقتصاد المستهلك بحسب طبيعة الاستهلاك أو الاستخدام إلى نوعين[2]:

مستهلك نهائي ومستهلك صناعي.

- **المستهلك النهائي:** هو من يقتني أو يشتري السلع بغرض الاستخدام الشخصي لها، أي لا يعيد تصنيعها أو إدخالها في استخدام آخر غير الاستخدام الشخصي لها، ويلاحظ أن هذا النوع من المستهلكين هو النوع الذي يعتبره القانون يستحق الحماية، ويلاحظ أيضا أن المستهلك هنا يحدد وفقا لمعيار الغاية من الاقتناء والتي يجب أن تتمثل في إشباع الحاجات الشخصية، وإن كان هذا المعيار مجدي ولكنه غير كاف.
- **المستهلك الصناعي:** فهو من يعيد استخدام السلعة أو أحد الأجزاء الصناعية التي تم تصنيعها في مؤسسة أخرى أو في مؤسسته ثم يعتبرها أحد مداخلات تصنيع سلع أخرى بإضافة مكونات أخرى أو أجزاء أخرى للحصول على منتج أخر يتم بيعه لتحقيق الربح، فهذا المستهلك هنا لا يشتري السلع لإشباع حاجاته الشخصية وإنما لحاجة مؤسسته أو مشروعه، وهذا النوع يعتبره القانون ليس أهلا للحماية فلا يمكن اعتباره مستهلكا بل محترفا له من القوة والخبرة ما يؤهله لحماية نفسه[3].

إلا أنه وإن كان مفهوم المستهلك لدى الاقتصاديين يحضى بهذا الإجماع، فإنه يمثل موضوع خلاف لدى رجال القانون، ومنه فما هو المفهوم القانوني للمستهلك ؟

---

[1]– محمد بودالي، **الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات**، دراسة مقارنة،(بدون رقم الطبعة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 26.

[2]– أيمن علي عمر، المرجع السابق، ص 15.

[3]– طحطاح علال،أ.يعقر الطاهر،مقال بعنوان:" **مفهوم المستهلك**"، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05-06 ديسمبر، 2012، ص 2-3.

ثانيا : التعريف القانوني للمستهلك

نشير بداية أن تحديد مفهوم المستهلك ليس بالأمر اليسير، لا سيما وأن المشرع الجزائري نجده يعرف المستهلك في قانون الممارسات التجارية تعريفا يختلف صياغة عن تعريف المستهلك في قانون حماية المستهلك.

1- تعريف المستهلك في قانون حماية المستهلك

لقد تجاذبت حول مفهوم المستهلك مجموعتين من الآراء الفقهية: أولها يتبنى مفهوما واسعا للمستهلك في حين تتبنى المجموعة الثانية مفهوما ضيقا، وقد اختلفت القوانين بالنظر إلى تأثرها بإحدى المجموعتين:

فالمفهوم الموسع للمستهلك: مقتضاه تعريف المستهلك بأنه: " كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو في أغراضه المهنية حينما يقوم بإبرام عقود تخدم مهنته، كما هو الحال بالنسبة للطبيب مثلا حين يشتري المعدات الطبية لعيادته، أو التاجر عندما يشتري تجهيزات لمؤسسته، فهذا الرأي يجعل المستهلك يشمل كل من يطلب منتوجا أو خدمة سواء اتجهت نيته إلى استخدامه في مجال شخصي أو في مجال مهني، ذلك أن المهني إذا تعامل خارج تخصصه فإنه سوف يجد نفسه في مركز ضعيف لأنه يكون في حكم الجاهل للأمور، مثل الطبيب الذي يتصرف خارج الميدان الطبي "، إذ أن هذا المفهوم يعتبر المستهلك لكل شخص بغض النظر عن تعاقده لغرض مهني

أو شخصي من منطلق أن المهني أيضا يعتبر مستهلكا عندما يتعاقد خارج تخصصه، فالمعيار المستنبط من هذا المفهوم هو معيار الخبرة الفنية والتقنية المتعلقة بحمل المتعاقد، بحيث كلما افتقدت لدى كلما افتقدت لدى أحد الأطراف الذي كان بحاجة إلى حماية[1]، وقد أخذ بهذا الإتجاه القضاء الفرنسي ويتجلى ذلك في بعض قراراته حيث مدد في مجال الحماية إلى المحترفين الذين يتعاقدون خارج إطارهم المهني محاولة تبرير موقفها بإضفاء صفة المستهلك على المهني المتعاقد خارج اختصاصه بالإعتماد على روح القانون، وعلى فكرة العدالة

[1]– طحطاح علال، أ.يعقر الطاهر، المرجع السابق، ص 8.

التعاقدية التي تعتبر مصدر الشروط التعسفية وهي وحدها التي يجب أن تؤخذ كمعيار لتطبيق الحماية وليس فقط الصفة المجردة للمستهلك أو المحترف، لأن الشرط التعسفي هو مستقل عن صفة المتعاقد المفروض عليه هذا الشرط الذي يجد مصدره بالأساس الإختلال الكبير في التوازن، بالإضافة إلى كون الحماية المقررة ضد الشروط التعسفية في الضعف الفكري التقني أو الاقتصادي الذي يوجد فيه المستهلك وقت إبرام العقد، فيكون من غير اللائق إعتبار الشروط التعسفية صحيحة بالنسبة للمحترفين عندما يكون بإمكانهم إثبات أنهم كانوا موجودين في نفس الحالة التي يوجد عليها أي مستهلك عادي من حيث الجهل وعدم التجربة [2] .

غير أن هذا الإتجاه الموسع لمفهوم المستهلك قد يؤدي إلى نتائج عكسية ذلك أن القانون يحاول الموازنة بين المصالح والأشخاص بالنظر إلى مراكزهم، ويغلب مصلحة أحدهم على الأخر، وهذه هي فلسفة قانون حماية المستهلك الذي يريد تغليب مصلحة شخص يسمى المستهلك على مصلحة شخص متعاقد يسمى المهني، لكن هذا الإتجاه قد يجعل المتعاقدين على قدم المساواة، كما هو شأن القواعد العامة مما يجعل حدود قانون الإستهلاك غير دقيقة وعديم الجدوى، فمثلا لو أبرم شخصان ولصالح مهنتهما عقد مقايضة لسلعة مقابل سلعة، فإن كلاهما يعتبر مستهلكا وفق هذا الإتجاه، وهذا يشكل إخلال كبير في العلاقة ذلك أن القوانين الرامية إلى حماية المستهلك تجد تطبيقها على أحد طرفي العلاقة التعاقدية مستهلكا والأخر مهني، فهي تقوم أساسا على تغليب حماية أحد الأطراف على حماية الطرف الأخر، كما يعتبر مستهلكا حسب هذا الإتجاه كل شخص طبيعي أو معنوي يتحصل أو يستعمل منتجات أو خدمات إذا كان في وضعية الجاهل[1]، فهذا التعريف من شأنه أن يوسع من دائرة الأشخاص الذين يمكنهم الإستفادة من قواعد حماية المستهلك.

وفي مقابل المفهوم الموسع للمستهلك فقد أورد الفقه تعريفا أخر للمستهلك يضيق من مفهومه، والذي يجعل المستهلك: " كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته

[2]– سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق، ص 56.

[1] vior :Didier Ferrière ,op.cit. , p , 14

الشخصية والعائلية ويخرج من ذلك كل من يبرم التصرفات لأغرض المهنة أو الحرفة التي يمتهنها أو يحترفها " [2].

ومنه فإن هذا التعريف يقتصر وصف المستهلك على كل من تكون غايته من إقتناء السلعة أو الخدمة غاية شخصية غير مرتبطة بنشاطه المهني، أما إذا اتجهت غايته إلى الإقتناء لأغراض مهنية فإنه يستبعد من وصف المستهلك.

غير أن هناك من عرَف المستهلك بأنه:" كل مقتن بشكل غير مهني لمنتوج إستهلاكي موجه لاستعماله الشخصي[3]، وهناك من عرَفه: " كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية وعلى ذلك لا ينتسب صفة المستهلك وفقا لهذا المفهوم لمن يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه "[4] .

ومنه فإن المعيار الذي اعتمده أنصار هذا الإتجاه هو معيار الغرض من التصرف، غير أن تطبيق هذا المعيار يؤدي إلى عدة إشكالات، فعلى فرض أن الشخص الذي يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج: الأول مهني والآخر غير مهني، مثل كأن يقتني الوكيل العقاري سيارة يستعملها في تنقلاته الخاصة مع عائلته إلى جانب إستعمالها في جولاته المهنية، وكذلك بالنسبة للشخص الذي يتصرف لغرض مهني لكن يكون خارج مجال تخصصه، ألا يمكن إعتباره مستهلكا ؟

وعلى اختلاف إعطاء تعريف المستهلك بين موسع لنطاق الحماية ليشمل جميع الأشخاص من الشروط التعسفية، وبين مضيق لا يتعدى المستهلك بمفهومه العادي، وبين هذا وذاك نجد المشرع الجزائري قد عرَف المستهلك في نص المادة الثانية في الفقرة التاسعة من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه: "...**المستهلك:** كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص أخر أو حيوان ليتكفل به ".

---

[2]– رابح غسان، المرجع السابق، ص 19.

[3] - G.cornu, la protection du consommateur, travaux de l'association Henri Capitant 1973, p 136.

[4]– السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 21.

ومن خلال تعريف هذه المادة نجد أن هناك من يرى بأن المشرع الجزائري في تناقض، وذلك بأنه أخذ بالمفهوم الموسع من خلال نطاق الحماية من مجال تطبيق الشروط التعسفية إلى المستهلك الوسيطي الذي يسعى لتحقيق حاجات نشاطه ومهنته، لنجده في نهاية الفقرة يأخذ بالمفهوم الضيق من خلال الإشارة إلى المستهلك النهائي الذي يتصرف لسد حاجاته الشخصية لا المهنية [1].

غير أنه وما يلاحظ على نص المادة أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، وذلك أنه قيد التعريف بشرط " سد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به "، ومنه فإن الغرض من الاستهلاك هو سد الحاجات الشخصية أو العائلية والتي تضم حاجات الحيوان أيضا وهذه الأخيرة تعد أغراضا غير مهنية، كذلك هو الأمر بالنسبة لمصطلح " الاستعمال الوسيطي " فهنا لم يقصد به الأشخاص الخاضعين لقانون الاستهلاك، وإنما يشير إلى إمكانية أن تكون المنتجات أو الخدمات معدة للاستعمال الوسيطي مع العلم أن هذا الأخير هو استعمال سلعة لتصنيع سلعة أخرى أو تحول الشيء من شكل إلى شكل آخر ليستهلك، وعلى هذا فإن المشرع من خلال هذا نجده قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، كما عرفت المادة الثالثة الفقرة الأولى من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المستهلك بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية، أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به ".

2- تعريف المستهلك في قانون الممارسات التجارية

عرف قانون الممارسات التجارية رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المستهلك في المادة الثالثة ضمن الفقرة الثانية أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات ومجردة من كل طابع مهني "، ويتضح من خلال هذا التعريف أنه لا ينطبق صياغة مع تعريف قانون حماية المستهلك بما قد يوحي بأن المستهلك الذي يستحق الحماية المقررة ضد الشروط التعسفية في قانون حماية المستهلك ليس نفسه الذي يستحق الحماية في قانون الممارسات التجارية.

[1] - Mohamed Kahloula et G, Mekamecha, la protection du consommateur en droit Algérien collection pédagogique, série étude et recherches, 1995, p11.

ولعلنا نكتفي بهذا الصدد بالتعريف الذي تضمنه القانون رقم 04-02 لإستخلاص العناصر الأساسية المميزة للمستهلك وهي كالتالي:

أ- المستهلك شخص طبيعي أو معنوي:

تتفق غالبية التشريعات إلى إصباغ صفة المستهلك على الأشخاص الطبيعيين الذين يتصرفون لغايات غير مهنية، إلا أنها تختلف حول إصباغ هذه الصفة على الأشخاص المعنويين وعلى المهنيين الذين يتصرفون خارج إطار تخصصهم، ومنه نتساءل: كيف يمكن لشخص معنوي أن يتعاقد لأجل حاجاته الشخصية أو حاجات حيوان يتكفل به ، ألا يعتبر الشخص المعنوي في أغلب الأحوال محترفا ، وإذا سلمنا بهذا الطرح بداية فإن مثل هذا الشخص يعتبر حينها مستهلكا في حين أنه محترف ومتى نعتبر الشخص المعنوي متعاقد لحاجاته الشخصية .

وهذه التساؤلات دفعت ببعض التشريعات إلى استبعاد الأشخاص الإعتبارية من نطاق الحماية مثل التشريع الفرنسي الذي نص على إستبعاد الأشخاص المعنوية من نطاق تطبيق الإستهلاك، وذلك طبقا لقانون الإستهلاك 1993 ولو تعاقد لأشخاص شخصية أو عائلية[1].

هذا على خلاف المشرع الجزائري أين أدرج الأشخاص المعنوية ضمن فئة المستهلكين و أكد ذلك ضمن المادة الثالثة من قانون 90-39 المتعلق برقابة النوعية وقمع الغش السابق تناوله، فعبارة " كل شخص " تدل على عدم التمييز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فهم على حد سواء مستهلكين مادام اقتنائهم يكون بهدف الإستعمال النهائي[2]، وقد تضمن قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تعريف المستهلك بصفته شخصا معنويا.

---

[1]-voir: J.calais-Auloy-l'influence de droit de la consommation sur le droit civil des contrats RTD****1994, p 239.

[2]- عبد الرحمان بن جيلالي،أ مديحة بناجي،مقال بعنوان" **الأسس القانونية لتحديد مفهوم المستهلك**"، دراسة مقارنة، مداخلة حول الملتقى الوطني، تحت عنوان المنافسة وحماية المستهلك بين الشريعة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05-06 ديسمبر 2006، ص 11.

ب- فعل الاقتناء:

توحي القراءة الأولية للتعريف التي جاء بها المشرع الجزائري، أن هناك نوعا واحدا من المستهلكين وهو المقتني فقط، ومنه استبعد المستعمل الذي لا يمكنه الإستفادة من الحماية ضد الشروط التعسفية وهو المقتني فقط والمستعمل الذي لا يمكنه الإستفادة من الحماية ضد الشروط التعسفية رغم تسليم أغلبية القوانين المقارنة بدخول المستعمل في مفهوم المستهلك بحكم أنه يمثل الشريحة الكبرى من المستهلكين وإذا كان من المقرر أنه من يقتني سلعة هو غالبا من يستعملها إلا أنه لا شيئ يمنع من أن يتم إستعمال هذه السلعة من قبل الغير سواء كان أحد أفراد أسرة المقتني أو جماعته التي ينتمي إليها وهم الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المقتني والمحترف.

ولذلك وحسب البعض[1] يجب تدارك هذا النقص الوارد في تعريف المستهلك حتى يتحدد مجال تطبيق قانون رقم 04-02 من حيث الأشخاص بشكل واضح فيشمل المقتني والمستعمل على حد سواء.

ج- محل الاستهلاك :

أشارت المادة الثالثة من قانون رقم 04-02 أثناء تعريفها للمستهلك إلى أن محل تعاقد المستهلك هو السلع والخدمات على إطلاقها، وبالتالي فلا تمييز بين السلع القابلة للإستهلاك الفوري مثل: المواد الغذائية أو المنتجات الصيدلانية، وبين السلع المعمرة مثل: الأجهزة المنزلية[2]، وهذا ما تناولناه سابقا.

د- الغرض من التعاقد :

نصت العبارة الأخيرة من نص الفقرة الثالثة من قانون رقم 04-02 على: "... ومجردة من كل طابع مهني "، ومنه يعتبر مستهلكا في مفهوم هذه المادة كل مقتني سلعة أو خدمة لأغراض غير مهنية ولو تم استعمال تلك السلعة بعد تحويلها عن طبيعتها التي تم اقتناؤها،

---

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

(2) – راظية العطياوي، المرجع السابق، ص66.

وتشمل الأغراض غير مهنية الأغراض الشخصية أو العائلية أو لحاجة حيوان ما، ويعد هذا كمعيار للتمييز بين المهني والمستهلك.

الفرع الثاني : مفهوم المحترف أو المهني أو العون الاقتصادي

نصت المادة الأولى من قانون رقم 04-02 على: " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية، والتي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك "، وعليه يمكن طرح التساؤل التالي: هل يقتصر تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المحترف والذي سماه المشرع الجزائري بالعون الاقتصادي والمستهلك فقط ، أم أنه يمتد ليشمل العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم . أو بعبارة أخرى متى يعتبر العون الاقتصادي مستهلكا ومتى يعتبر كطرف ثاني من أطراف عقد الإستهلاك .

أولا : تعريف العون الاقتصادي.

إذا كان قانون حماية المستهلك يمنح الحماية في مواجهة المهني (المحترف)، وقانون الممارسات التجارية يمنح هذه الحماية في مواجهة العون الاقتصادي إلا أنه كل منهما يمثل الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية، كما أنه يمكن أن نجد في نفس الوقت أشخاص يكونون محترفون وأعوان اقتصاديين كالتاجر الذي يعتبر عونا اقتصاديا وفي نفس الوقت مهنيا، وعلى هذا ينبغي الوقوف على تعريف كل واحد منها، فقد عرف الدكتور " جمال نكاس " المهنيون في العملية الاستهلاكية على أنهم " جماعة المحترفين من المنتجين والبائعين وغيرهم الذين يقومون بإنتاج السلع الاستهلاكية وتسويقها بشكل دوري أشخاص طبيعيين كانوا أو أشخاص معنويين و أيا كان انتماؤهم إلى القانون الخاص: الأفراد الشركات...

أم القانون العام: الدولة ومؤسساتها "[1].

وبالرجوع إلى نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، فقد عرفت المهني بأنه: " كل منتج أوصانع أو وسيط أو

[1]– جمال نكاس، مقال بعنوان:" **حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي**، مجلة الحقوق، العدد 2 سنة 1989، ص 48.

حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو خدمة للإستهلاك " .

يستنتج من هذا التعريف القانوني للمهني أن كل شخص سواء كان تجاري أو صناعي أو حرفي أو فلاحي معني بالأمر مادام يهدف إلى تقديم أموال أو خدمات للمستهلكين، ومن ثمة لا داعي للتمييز بين النظام القانوني فقد يكون مؤسسة فردية أو شركة، وتكييف المهني يشمل كذلك الأشخاص المعنويين للقانون العام كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي و التجاري، بما أن هذه الأشخاص تتدخل في التجارة و الصناعة وتعرض منتوجات و خدمات في إطار نشاطها المعتاد[2].

وإذا كان هذا المرسوم استعمل لفظة المهني وبالرجوع إلى القانون رقم 04-02 فقد عرف العون الاقتصادي في المادة الثالثة في الفقرة الثانية على أنه: " **عون اقتصادي:** كل منتج وتاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق غاية التي تأسس من أجلها "، وقبل هذا فإنه تجدر الإشارة إلى أن أول نص تضمن لفظة العون الاقتصادي بذاتها هو الأمر رقم 95-06[3] المتعلق بالمنافسة، إذ جاء ضمن مادته الثالثة بتعريف مضمونه" يقصد بالعون الاقتصادي في مفهوم هذا الأمر: " كل شخص طبيعي أو معنوي مهما تكن صفته يمارس نشاطات أو يقوم بأعمال منصوص عليها في المادة 02 أعلاه والمقصود بتلك النشاطات هي نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات".

لكن بالرجوع إلى نص المادة 29 من هذا القانونرقم04-02 فإنها استعملت لفظة " البائع " بدل العون الاقتصادي، و السؤال الذي يطرح نفسه هل يقتصر تطبيق الشروط التعسفية على عقد بيع فقط مادام أن المشرع اشترط صفة البائع في المتعاقد مع المستهلك ؟ أم يمكن أن يمتد تطبيقها إلى عقود أخرى والتي تعتبر هي الأخرى مجالا خصبا للشروط التعسفية ؟

---

(2) –voir:Mohamed Kahloula et G.Mkamcha.op, cite, p.10.

(3) –**الأمررقم95-06، المؤرخ في 25 يناير سنة 1995،المتعلق بالمنافسة**، ج،ر،ج،ج،ع 09، 1995

وعلى هذا ينبغي على المشرع الجزائري ضبط المصطلحات مما يخدم الهدف المقصود منه، إلا أنه وباستعماله لمصطلح " البائع " إلا أن المقصود من ذلك هو العون الاقتصادي وذلك أن المشرع في نص المادة الأولى من القانون رقم 04-02 جاء عاما، بحيث تسري على جميع العقود بغض النظر عن صفة أطرافها التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و المستهلكين، كما أن مصطلح البائع الذي نص عليه المشرع للدلالة على العون الاقتصادي اختفت بصورة شبه نهائية ضمن نصوص القانون 04-02 باستثناء بعض النصوص القليلة وهو ما يدل دلالة قاطعة على أن العبارة التي كان يقصدها المشرع هي عبارة العون الاقتصادي و التي تتسع لتشمل السلعة أو المنتوج و مؤدي الخدمة [1].

إلى جانب هذا فإن القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، استعمل مصطلح المتدخل بدل العون الاقتصادي و ذلك من خلال نص المادة الثالثة ضمن الفقرة الثامنة منه، التي نصت على: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات الاستهلاكية"، وتبعا لهذه التعاريف نجد أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "المحترف ثم "العون الاقتصادي" ليصل في النهاية إلى الحديث عن المتدخل للدلالة على مسمى واحد و هو المهني."

ومن خلال هذه التعاريف وعلى خلاف المستهلك فإن المهني هو ذلك الشخص الذي يتعاقد في مباشرة مهنته أو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاطه المهني من أجل سد حاجاته المهنية، فهو الذي يشتري البضائع من أجل إعادة بيعها، وهو الذي يشتري مجموعة الآلات والأدوات اللازمة لتسيير مشروعه، بحيث يقوم بتقديم القروض للمستهلكين، ومنه فإن كل نشاط أو تعاقد يرتبط دائما بالنشاط المهني أو التجاري فهو على عكس المستهلك الذي يرتبط نشاطه دائما بالإستعمال الشخصي للسلعة أو الخدمة[1].

---

[1]– راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 79.

[1]– خالد عبد الفتاح محمد خليل، **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**، كلية الحقوق جامعة حلوان(دون رقم الطبعة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص37

ومن هنا تجدر الإشارة إلى أنه تم توسيع مجال تطبيق الممارسات التجارية إلى فئات أخرى من الأعوان الاقتصاديين، وذلك بموجب القانون رقم 10-06[2] وهم: الأعوان الاقتصاديين الذين ينشطون في قطاعات الإنتاج و التوزيع الفلاحين أي الفلاحون ومربوا المواشي و الوكلاء و وسطاء بيع المواشي وبائعوا اللحوم بالجملة و كذلك الأعوان العاملون في قطاع الصيد البحري وفي استراد السلع لإعادة بيعها على حالها[3] .

أولا: مدى اعتبار المرافق العامة مهنية

غالبا ما تقوم المرافق العامة بمزاولة نشاط مثل نشاط الأفراد الذي يقوم على أساس التعاقد بين المستهلكين، وذلك بتقديم المشروعات لخدمات مختلفة مما يؤدي بها هي الأخرى إلى وضع شروط مجحفة في حق المتعاقد باعتباره في مركز قوي، وبالتالي يكون لها طابع مهني وما يؤكد الطابع المهني لهذه المرافق هو توفرها على كل مقومات وصفات المهني من تفوق اقتصادي وتقني وقانوني.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال تعريفه للعون الاقتصادي في المادة الثالثة في الفقرة الثانية فإنها قد أضفت صفة العون الاقتصادي أو المهني على كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية سواء كان خاصا أو عاما.

ثانيا: مدى اعتبار العون الاقتصادي مستهلكا

لنا أن نتساءل: هل يمكن اعتبار العون الاقتصادي مستهلكا، وهل يمكنه الاستفادة من الحماية المقررة للمستهلك العادي من الشروط التعسفية ؟

بالرجوع إلى التعاريف السابقة من خلال القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والقانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أين وضع هذا الأخير نظاما عاما في مواجهة الشروط التعسفية يهتم بحماية المستهلك من

---

[2]– **القانون رقم 10-06 المؤرخ في 13 أوت 2010 يعدل ويتم القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، ج،ر،ج،ج،ع 46 ،2010

[3]– شريف كتو، مقال بعنوان:" **حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة**"، **مجلة الإدارة**، عدد23 الجزائر 2002ص31.

تعسف العون الاقتصادي باعتباره الطرف القوي في العلاقة العقدية. ويتجلى ذلك من خلال نص المادة الأولى من هذا القانون الذي يهدف إلى تحديد قواعد و مبادئ وشفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، ومن خلال التعاريف السابقة فإن المشرع الجزائري ضيق من مفهوم المستهلك وقيده لسد حاجاته الشخصية والعائلية كما جرده من أي طابع مهني[1] وبالتالي لا يمكن اعتباره مستهلكا رغم أنه يبرم عقودا محلها أشياء تخرج عن مجال اختصاصه، وبالرجوع إلى نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 فإنها تنص صراحة على أن مجال تطبيق الشروط التعسفية قاصر على العقود المبرمة بين المستهلك والبائع دون أن تمتد إلى العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم.

ومن خلال هذا وفي إطار قانون الممارسات التجارية فإنه لا يمكن حماية العون الاقتصادي من الشروط التعسفية باعتباره دائما الطرف القوي في العلاقة العقدية، غير أنه يمكن أن يستفيد منها في القواعد العامة على اعتباره متعاقد طبقا لقواعد القانون المدني.

المطلب الثاني

مجال تطبيق الشروط التعسفية من حيث الموضوع

اتجه المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 في المادة 295 إلى تبني قائمة من الشروط التعاقدية والتي اعتبرها تعسفية و ليس للمستهلك إلا إثبات أن الشرط وارد ضمن القائمة المرفعة بالإضافة فإن قوانين حماية المستهلك من الشروط التعسفية تضمنت أيضا قوائم تحدد الشروط التي تعتبر أنها تعسفية وذلك من اجل إعادة نوع من التوازن للعلاقة التعاقدية التي تربط بين المستهلك والعون الاقتصادي، وقد نص المرسوم التنفيذي رقم 06-306 سابق ذكر في نص المادة 5 على البنود التعسفية التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي الواردة في المادة ، وعلى هذا خصصنا (الفرع الأول) لبحث الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون رقم 04-02، بينما (الفرع الثاني) خصصناه للبحث عن قائمة الشروط التعسفية التي أوجدها المرسوم التنفيذي رقم 06-306 تضمنت هاتين القائمتين ما

[1]- راضية العطياوي، المرجع السابق، ص78- 79 .

يقارب 20 شرطا تعسفيا شملت "**انعقاد أثار و انحلال العقد**"، أي أنها استوعبت كل مراحل العقد.

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

قبل التطرق لموقف المشرع الجزائري من إدراج نظام القوائم علينا أن نعرج على المشرع الألماني والفرنسي باعتبارهما تجربتين رائدتين في هذا المجال، وذلك حسب التسلسل التاريخي، فكان المشرع الألماني أول الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية حيث تضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء حيث تعتبر الشروط الواردة بها باطلة بقوة القانون، ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، والثانية قائمة رمادية والتي أعطى بصددها للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها حسب إذا ما كانت تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون، وقد نص المشرع الألماني على بطلان الشرط دون العقد، ومنه يبقى العقد صحيحا على الرغم من بطلان شرط أو أكثر من هذه الشروط ، وقد تضمنت القائمة السوداء ثمانية أصناف من الشروط بإطالة أجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر، أو في تعديله آخذا بعين الاعتبار مصالحه دون الاعتبار بعدم قبول المستهلك لذلك، وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[1] **أما** القائمة الرمادية فتشمل عشرة أصناف من الشروط التعسفية نصت عليها المادة 11 من القانون الألماني وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتوجات والخدمات التي لم تتسلم أو يوفى بثمنها في خلال مدة أربعة عشر، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفع المنتوج أو الخدمة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد قام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود، والتي تكون محلا للشروط التعسفية في مخالفتها، وذلك بموجب المادة 35 من القانون رقم 78-23 حيث تتعلق هذه العناصر بتكوين العقد وبالشروط المتعلقة بالخاصية

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

المحددة أو قابلية التحديد للثمن ومدتها وشروط الفسخ المتعلقة بعبء المخاطر ونطاق المسؤوليات والضمانات وشروط التنفيذ والفسخ [1].

هذا وتجدر الإشارة على أن هذه القائمة وردت على سبيل الحصر، وما يؤكد كذلك القرار الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في 23 ديسمبر 1981، وقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 78-464 قائمة تضمنت ثلاثة شروط تعسفية:

- منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية مثل: اللاحقة أو الشروط العامة للبيع وغيرها، والتي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها، وقد ألغى هذا الشرط على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا تظهر أو لا توجد في التعداد الحصري للمادة 35.
- منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إنقاص الضمان القانوني، أو تلك التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم، ويقتصر المنع نصا على الشروط الواردة في عقد البيع فقط، وبالتي لا يشمل المنع هذه الشروط إذا تعلقت بعقود أداء الخدمات.

منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق تعديل من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها بشموله لجميع العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، غير أن هناك من يرى بأن نظام المراسيم هو نظام شبه فاشل[2]، وذلك لعدم نجاحه في حصر الشروط التعسفية معظمها وبعد صدور القانون رقم 95-96 تم إيراد ملحق بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط لا يمكن اعتبرها تعسفية إذا توفرت فيها العناصر الثلاثة السابقة الذكر للشرط التعسفي، وقد نصت الفقرة الثالثة من المادة 132-L1 من قانون الاستهلاك على: " يتضمن ملحق هذا القانون قائمة بيانية وغير حصرية للشروط التي ينظر إليها على أنها تعسفية متى توافرت فيها شروط الفقرة الأولى من

[1] -سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص 123.

[2]-voir:Jeans. Calais-Auloy-Farank, Steinmetz, op, cit; p170.

المادة 35، وفي حال نزاع حول عقد يتضمن مثل هذا النوع من الشروط فإن المدعي غير معفى من تقديم الدليل على الطابع التعسفي لهذا الشرط "[1] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه هو الآخر نص على الشروط التعسفية في القانون رقم 04-02 ضمن الفصل الخامس منه تحت عنوان " الممارسات التعاقدية التعسفية " والمتضمن للمادتين 29 و 30 وإذا كانت المادة 29 قد نصت على قائمة تتضمن بعض الشروط التعسفية فإن المادة 30 هي الأخرى نجدها قد وعدت بإمكانية تحديد العناصر الأساسية لبعض العقود ومنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في العقود عن طريق التنظيم، ومنه سنتناول قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن المادة 29 من القانون نفسه والتي قد يمارسها المهني فينتج عنها اختلال في التوازن العقدي، ويظهر من خلالها المستهلك كطرف ضعيف ليس بيده سوى الخضوع أو الرفض الكامل للتعاقد، وقد وردت هذه الشروط على سبيل المثال لا الحصر، وذلك باستعمال عبارة " لاسيما " التي تفيد إمكانية وجود شروط أخرى غير منصوص عليها في المادة وتتمثل الشروط الواردة في نص المادة 29 فيما يلي: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

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

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

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

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية.

التجارية للشروط التعاقدية

[1] -سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص 123.

5- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها

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

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة

8- تهديد المستهلك بقطع علاقة تعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة"

وعلى ذكر هذه الشروط نجد أن بعضها يتعلق بتكوين العقد والبعض الآخر بتنفيذه، وبعضها المتبقي بإخلال العقد و هي كالتالي :

أولا: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

نصت المادة 29 على شرطين تعسفين يتعلقان بتكوين العقد الأول ضمن الفقرة الثانية والثاني ضمن الفقرة الثالثة.

1- وجود اختلال في الإلتزامات المتقابلة أو استفادة العون الاقتصادي من حقوق ليس للمستهلك ما يقابله

بالرجوع إلى الفقرة الثانية" أخذ حقوق. و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات مماثلة معترف بها المستهلك" نجدها تعتبر المستهلك طرفا ضعيفا في مصلحته ولا يمكن للمستهلك سوى أن يوافق عليها[1].

وبالتالي فإن هذا الشرط يكون السبب في الخلل التعاقدي، وذلك أنه كل مرة يمنح البند حقوق للمهني (العون الاقتصادي) دون منحها للمستهلك، أو في كل مرة يفرض التزامات على المستهلك دون الإقرار بها للمهني، وبالتالي فهي شروط تعسفية ((2)، غير أن هذه الفقرة تجعل الشرط تعسفيا لمجرد غياب التماثل بين الحقوق والامتيازات المتقابلة لكنها لم تبين المعيار الذي يمكن اعتماده لقياس معدل التماثل بين الحقوق والامتيازات المتقابلة لطرفي العلاقة العقدية.

---

(1)- كيموش نوال، **حماية المستهلك في الممارسات التجارية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، الجزائر 2010ص63

(2) - دليل المستهلك، وزارة التجارة،الجزائر، نوفمبر،2011 ص 81.

2- فرض التزامات على المستهلك

بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من نص المادة فإنها تعتبر فرض الالتزامات حق مقرر للعون الاقتصادي في العقود التي يبرمها بحيث يتم تقديرها بمحض إرادته.

ثانيا: الشروط التعسفية المتعلقة بتنفيذ العقد

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

1-احتفاظ العون الاقتصادي بصلاحية تعديل عناصر العقد

وهو ما أشارت إليه الفقرة الرابعة من المادة 29 على امتلاك حق تعديل العناصر الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة دون موافقة المستهلك"، فقد يعمد العون الاقتصادي إلى استخدام سلطته و نفوذه الاقتصادي إلى التفرد بتعديل عناصر العقد كتعديل الثمن مثلا أو تعديل محل العقد دون موافقة المستهلك التعسفي أين يعفى المستهلك من إثباته، وما عليه إلا إثبات وجود هذا الشرط في العقد[1] .

غير أن هذا النص اكتفى بالإشارة إلى عناصر العقد الأساسية فقط بمفهوم المخالفة، فإن العناصر الغير أساسية لا يسري عليها الحكم، ومنه لا يعتبر تعديلها تعسفا، كذلك فإن المادة لم تحدد العناصر الأساسية للعقد، فما هو ثانوي بالنسبة للمستهلك يعتبر أساسي بالنسبة للعون الاقتصادي والعكس.

2- انفراد العون الاقتصادي بتفسير العقد

تنص الفقرة الخامسة على: " التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية ".

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

[1] -السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 52.

صلاحيات أحد المتعاقدين(وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني) والرجوع إلى نص المادة 119 من القانون المدني فإنها تنص في العقد الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد إنذار المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا قضى الحال ذلك، ومنه فإن هذا الشرط ممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه، ومنه هناك تعارض في فكرة تقابل الإلتزامات في العقود الملزمة لجانبين[1].

ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد

لقد تضمنت المادة الإشارة إلى شرطين تعسفين يتعلقان بإنحلال العقد، ضمن الفقرة السابعة والتاسعة.

1- رفض حق المستهلك في فسخ العقد

فبالرجوع إلى نص الفقرة السابعة فإنها تنص على رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل بإلتزام أو عدة التزامات في ذمته، غير أن ما يفهم من سياق الكلام أن الضمير هو يعود على العون الاقتصادي حيث أن حق الفسخ الذي تتحدث عنه الفقرة يترتب على إخلال العون الاقتصادي بالتزام أو عدة التزامات في ذمته[2] .

2- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية

نصت الفقرة التاسعة على: " تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع

لشروط تجارية جديدة غير متكافئة ". إن هذا الشرط يعد من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى بطلان العقد ومنه إذا كانت تلك الشروط التجارية الجديدة لا تخدم مصلحة المستهلك أليس من حقه رفضها، وبالتالي أين هي حرية التعاقد.

---

[1]- كيموش نوال، المرجع السابق، ص 64.

[2] -راضية العيطاوي، المرجع السابق، ص 115.

وإلى جانب هذه الشروط التعسفية الثمانية التي جاءت على ذكرها المادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 هو الآخر جاء بقائمة تتضمن إثني عشر شرطا تعسفيا واردة ضمن المادة الخامسة منه، وتعتبر القائمة المرفقة بهذا المرسوم التنفيذي محور الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني: الشروط اتعسفية الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306

تطبيقا لنص المادة 30من القانون 04-02 صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي تضمنت مادته الخامسة في الفصل الثاني تحت عنوان " البنود التي تعتبر تعسفية " التي جاء فيها: " تعتبر تعسفية

التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي :

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه
- الإحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض

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

- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد

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

- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك

- الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصارف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق
- يعفى نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته "

وهذه الشروط مثلها مثل الشروط الواردة في القانون رقم 04-02 فبعضها يتعلق بتكوين العقد وبعضها الآخر يتعلق بآثار العقد وبعضها الآخر بانحلال العقد.

أولا: الشروط التعسفية المتعلقة بتكوين العقد

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

1- تقليص عناصر العقد الأساسية

تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة على: " تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 أعلاه "[1]، بالإظافة إلى الفقرة الثالثة التي تمنح حق تعديل العقد بصفة منفردة باستثناء أن هذه الفقرة الأخيرة فإنها قيدت ذلك بشرط التعويض وهو نفس الشرط الذي نصت علية الفقرة الرابعة من المادة 29.

2- فرض بنود لم يعلم بها المستهلك قبل التعاقد

تنص الفقرة السابعة من المادة الخامسة على: " فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد " و عليه فإن نص المادة جاء عاما ليشمل حتى الشروط التي لم يطلع عليها المستهلك، أو تلك

التي لم يستطع فهمها رغم إطلاعه عليها مادام أن المقصود من هذا الشرط هوحماية رضا المستهلك،[1]، كما هو الأمر في حالة الإحالة إلى بنود محددة في نص أخر ولا علم

[1]- المادة الثانية، المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السابق الإشارة إليه.

[1] -راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 119.

للمستهلك بها مثل: عقد إيجار عقار الذي يطبق على المؤجر موانع الظلم لعقد تأمين مبرم بين المؤجر و شركة تأمينه[2] .

ثانيا : الشروط التعسفية المتعلقة بأثار العقد

أشارت المادة الخامسة إلى ثمانية شروط تتعلق بأثار العقد وذلك ضمن الفقرات التالية:

الخامسة و الثامنة، التاسعة، العاشرة، الحادية عشر، الثانية عشر، الثالثة عشر وهي:[3]

1- تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته اتجاه المستهلك

بالرجوع إلى الفقرة الخامسة فإنها تعتبر الشرط تعسفيا إذا تخلى العون الاقتصادي عن مسؤوليته الناتجة عن عدم تنفيذ المستهلك لواجباته أو بالأحرى التزاماته.

2- احتفاظ العون الاقتصادي بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك

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

3- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك

تنص الفقرة التاسعة على: " تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من قبل المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي يقوم بتنفيذ واجباته ".

و بالرجوع إلى نص المادة 183من القانون المدني فإنها تنص على: "يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181 "، ومنه فإن هذا الشرط صحيح طبقا للقواعد

---

[2] -دليل المستهلك، المرجع السابق، ص 82.

[3] - راضية العطياوي، مرجع سابق، ص 120 وما يليها.

العامة شريطة أن يعترف للمستهلك بنفس الميزة المعترف بها للعون الاقتصادي، ومنه متى تم إعفاء هذا الأخير من الشرط فإنه يعتبر تعسفيا .

4-فرض واجبات جديدة غير مبررة للمستهلك

تنص المادة العاشرة على أنه: " فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك ".

هذا الشرط يتنافى مع مقتضيات القاعدة العامة التي تنص بعدم تحميل شخص التزامات لم تتجه إرادته إلى التحمل بها[1] .

5- إلزام المستهلك بدفع تعويض مصاريف وأتعاب التنفيذ

بالرجوع الفقرة الحادية عشر و الثانية عشر و الفقرة الثالثة عشر، فإنها تلزم المستهلك بدفع تعويض للعون الاقتصادي نتيجة التنفيذ للعقد دون أن يستفيد المستهلك لهذا الحق، ويعود إدراج هذه المواد في حكم واحد إلى أن المستهلك في الفقرة الأولى يقوم بإعفاء نفسه من الواجبات الملقاة على عاتقه ليحملها على عاتق المستهلك مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، ومنه فإن المشرع في الفقرة الثالثة عشر لم يحدد مبررات قيام المسؤولية لأن هناك التزامات تقع في الأصل على عاتق العون الاقتصادي بقوة القانون مثل:

نفقات خدمة ما بعد البيع، فهنا لا يمكن للمستهلك أن يتحمل المسؤولية، ومنه فإن أي شرط في صالح العون الاقتصادي مقابل الإضرار بالمستهلك فإنه يعد شرطا تعسفيا.

ثالثا: الشروط التعسفية المتعلقة بانحلال العقد

تضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 فقرة واحدة تتعلق بانحلال العقد في المادة الرابعة من المادة الخامسة والتي تنص على: " عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض "، وطبقا لهذا الشرط فإنه لا يسمح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد الذي قيده بدفع تعويض، وهذا عكس الشرط الوارد دون مقابل في حالة إذا ما أخل العون الاقتصادي بالتزامه، ومنه فإن هذا الشرط منافي للقواعد العامة التي تجعل العقد منفسخا متى وقعت قوة قاهرة تجعل تنفيذه مستحيلا إذ تنص المادة 21 من القانون

[1]- راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 123.

المدني على: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام سبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون ".

رابعا: الشروط التعسفية المتعلق بممارسة الحقوق القضائية

تنص الفقرة السادسة على اعتبار الشرط تعسفيا كل شرط يقوم من خلاله العون الاقتصادي بـ: " النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى آية وسيلة طعن ضده إن حق القاضي كما هو مخول للعون الاقتصادي، فإن المستهلك هو الآخر يتمتع بهذا الحق، ومنه لايمكن إجباره على التنازل عنه.

وما يلاحظ على نص المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 أن المشرع الجزائري اعتمد على نفس المصطلح " واجبات " وإن كان من الأفضل استعمال مصطلح " الالتزامات " والتي تتفق ولغة القانون.

وخلاصة القول في هذا المطلب أن المشرع الجزائري اتبع أسلوب المشرع الألماني في شقه الأول من خلال القانون رقم 04-02 ضمن مادته 29 التي نصت على ثمانية شروط اعتبرتها تعسفية، وكذلك المرسوم رقم 06-306 الذي تضمن هو الآخر اثني عشرة شرطا تعسفيا دون اعتماده الشق الثاني أين ترك المجال مفتوحا للجهات القضائية، وعلى هذا يكون قد أخذ من القانون الألماني فكرة القائمة السوداء ومن القانون الفرنسي عدم حصر هذه الشروط فيما هو مذكور في القانون.

ومن خلال هذه الدراسة ومتى ثبت الطابع التعسفي للشرط فإن المشرع الجزائري قد أوجد حماية مقررة في مواجهة الشروط التعسفية، وهو ما سنتناوله في الفصل الثاني من هذا البحث.

الفصل الثاني

الحماية القانونية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية

الفصل الثاني

الحماية القانونية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية

يعتبر موضوع الحماية للشروط التعسفية من الموضوعات الخاصة في ظل التشريعات الجديدة التي تهدف إلى البحث عن العدالة التعاقدية وخلق التوازن العقدي، وذلك باستبعاد تلك الشروط التي من شأنها خلق اختلال في التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية، وفي سبيل تحقيق ذلك ظهرت الحاجة إلى إيجاد نوع من الحماية والتي يمكن تعريفها بوجه عام على أنها: " حفظ حقوق المستهلك وضمان حصوله على تلك الحقوق من قبل المهنيين في كافة المجالات سواء كانوا تاجرا أو صانعا أو مقدمي خدمات أو شركات وذلك في إطار التعامل التسويقي الذي يكون محله سلة أو خدمة "[1].

وحماية المستهلك عند Laurence هي تلك: " المجهودات التي تبذل لوضع المشتري على قدم المساواة مع البائع، فالمستهلكون يرغبون في معرفة ما الذي يشترونه وما الذي يأكلونه، وما هي مدة صلاحية المنتوج للاستعمال وما إذا كان المنتوج آمنا في استخدامه للمستهلك وغير ضار بالبيئة فضلا على أن المستهلكين لا يريدون أن يخدعوا و أن يغرر بهم "[2] .

ويرى الأستاذ علي فيلالي أن الحماية تتم بطريقتين[3]:

1- تنظيم العلاقة العقدية: حتى يتجنب المتعاقد الضعيف كل تعسف من قبل المتعاقد معه،وضع المشرع قانونا أساسيا يدير العلاقة العقدية المعينة حيث يتناول بنوع من التفصيل والدقة التي تحكم هذه العلاقة

---

[1]–ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 33

[2] – يسرى دعيس، مقال بعنوان" **جمعيات حماية المستهلك**"، سلسلة المعارف الاقتصادية والإدارية،الطبعة الثامنة، الإسكندرية 1997، ص 8.

[3]– علي فيلالي، **النظرية العامة للعقد**،(بدون رقم الطبعة)، مطبعة الكاهنة، الجزائر، 1997، ص 224-225.

2- واجبات المتعاقد: قد يكتفي المشرع أحيانا بفرض واجبات على المتعاقد من أجل تحقيق المساواة بين الطرفين، كما قد يتدخل لحماية الطرف الضعيف بواسطة الأحكام التي يوجب إتباعها كالقواعد التي تحكم الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

وعلى هذا فإن المشرع الجزائري مثله مثل باقي التشريعات الأخرى فقد ساير هذا التطور في مجال الحماية، وذلك بإصدار سلسلة من القوانين والمراسيم التنفيذية هدفها بالدرجة الأولى حماية المتعاقد الضعيف، وتتجلى هذه الحماية سواء في الحماية المدنية (**المبحث الأول)**، الإضافة إلى الحماية الجزائية و التي شدد من خلالها المسؤولية و فرضه رقابة على الشروط التعسفية، والتي تتمثل في الرقابة الإدارية (**المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الحماية المدنية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية

في بادئ الأمر نقول أن المشرع الجزائري قد حاول دائما الوقوف إلى جانب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، سواء كان ذلك في نصوصه الخاصة أو العامة، أين تضمنت هذه الأخيرة محاولات وإن لم نقل أنها تعتبر المحاولات الأولى التي تضمنتها القواعد العامة، فالطرف الضعيف في ظل هذه القواعد كان يتمتع ببعض الحماية وإن كانت ناقصة إلى حد ما، فقد احتوت على مجموعة من المبادئ التي يمكن بموجبها إلغاء الشروط التعسفية وإعادة التوازن العقدي وذلك ما سنتناوله في **(المطلب الأول)**.

غير أن هذه القواعد طرحت إشكالا بمعنى عدم كفايتها بتوفير الحماية اللازمة من جميع أنواع تلك الشروط التعسفية، مما أدى إلى وضع نصوص قانونية خاصة تهدف إلى توفير حماية ناجحة للطرف الضعيف من تلك الشروط، وذلك نظرا لتزايد استغلال العون الاقتصادي جهل الطرف الضعيف بإدراج شروط تعسفية في العقود المبرمة بينهما، ومنه ظهور محاولات تسعى إلى تحديث الحماية لتتلاءم مع المستجدات الاقتصادية وذلك ما سيتم تناوله في **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الحماية المدنية المقررة ضمن القواعد العامة

في ظل محاولة المشرع الجزائري توفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وذلك نظرا لمظاهر الإجحاف والتعسف ، والتي كانت ومازالت تتولد عن مشكل اختلال التوازن الناتج عن استغلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية لضعف وجهل الطرف الآخر، فإنه بذلك خصص هذه الحماية ضمن القواعد العامة التي تهدف إلى إعادة نوع من التوازن العقدي من خلال توفير حماية مباشرة لنوع من العقود تتمثل في عقود الإذعان في حالة تضمنها شروط تعسفية، وحماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية في ظل القواعد العامة لا تخرج عن صورتين:

- **الصورة الأولى:** تتمثل في سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية (**الفرع الأول**).
- **الصورة الثانية:** تتمثل في سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

كتب الأستاذ عبد الرزاق السنهوري بصدد عقود الإذعان ما نصه: " إن العلاج الناجح لا يكون بإنكار هذه الطبيعة لتلك العقود، إنما هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي ويكون ذلك بإحدى الوسيلتين أو بهما معا:

- الأولى وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.
- الثانية وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم الإذعان "[1]، وهو الحق الذي خوله المشرع الجزائري للقاضي في تعديل عقود الإذعان المتضمنة للشروط التعسفية، حيث يتدخل القاضي من أجل هذا التعديل استثناءا من الأصل الذي يقرر الحرية في التعاقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة المقرر ضمن المادة 106 من القانون المدني وهو استثناء أملته الظروف الإقتصادية التي أدت إلى اختلال ظاهر بين مراكز طرفي العلاقة أثناء الممارسات

[1]– عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني للعقد**، المرجع السابق، ص 295.

التجارية [2]، وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 110 من التقنين المدني على مايلي: " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك "، ، ومنه حتى يتسنى للقاضي إعمال سلطته الإستثنائية في تعديل عقد الإذعان يجب توافر شرطين يتمثلان في:

- وجود عقد إذعان: وهو ما سبق الإشارة إليه.
- تضمن عقد الإذعان شروط تعسفية: بعد التأكد من أن العقد تم بطريق الإذعان، يتدخل القاضي في مرحلة ثانية وهي البحث في جوهر الدعوى المتمثل في مدى توفر الشروط التعسفية لعقد الإذعان ، فإذا تأكد لديه ذلك جاز للقاضي أن يعدل العقد أو يعفي الطرف المذعن منه وهو استثناء على القاعدة الأصلية التي تقضي بأنه لا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون[1] باعتبار أن العقود تكون لازمة، بمعنى عدم إمكان إنفراد أحد المتعاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الأخر[2] .

وعلى هذا فإن المشرع الجزائري ورغبة منه في حماية الطرف الضعيف من تعسف الطرف الأول سمح للقاضي بالتدخل لمواجهة الشروط التعسفية التي تم إدراجها في عقود الإذعان.

غير أن تدخل القاضي في هذه الصورة ينبغي عليه أن يبقى على هذه الشروط ولا يتناولها إلا بالتعديل بالوسيلة التي يراها ملائمة والتي تتمثل في[3] :

- فقد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي يؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار مما يجعلها شروطا جوهرية في العقد فيصيب الإعفاء منها دون المساس بالعملية

---

[2]– راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 164.

[1]–محمد صبري السعدي ، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات العقد والإدارة المنفردة**، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار الهدى ، الجزائر، 2004، ص 132.

[2]– إبراهيم سيد أحمد، **الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية**، الطبعة الثالثة، الإسكندرية 2007 ص 101.

[3]–حميد بن شنيتي، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، الجزائر 1996، ص 46-47.

التعاقدية ، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد المذعن.

- كما قد يتعلق التعديل بالإنقاص، بحيث يتحقق من ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة وهو التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد.
- وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالته بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص بحسب الحالة بما من شأنه إزالة الغبن، والقاضي هناك يتقيد بالشروط أو القيود المطلوبة قانونا للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الإستغلال وإنما يستند إلى الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد.
- كما أن الشرط موضوع الطعن قد يود في صورة شرط جزائري مبالغ في تقديره، وهنا تنصب سلطة القاضي في تعديله أو على إعفاء المذعن منه على أساس إعتباره شرطا تعسفيا.

ووفقا لتحقيق الحماية للطرف الضعيف فإن القاضي يستند إلى عموم نص المادة 110 في تعديل العقد وشموله أين يشكل ذلك أداة قوية في يده يحمى بها الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، كما يملك القاضي في هذه الحالة حق التقدير إذا ما كان ذلك الشرط تعسفيا أو لا ، وإن تم الكشف على ذلك فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف، غير أن المشرع لم يحدد أو يرسم للقاضي حدودا في ذلك إلا بما تقتضيه العدالة[1]، وهو ما سيتم تبيانه في حين دراسة المعيار المعتمد لتقدير الطابع التعسفي للشرط ضمن القواعد العامة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

تعتبر هذه الصورة من التدخل أشد جرأة من الصورة الأولى وسلاحا بالغ الخطورة في يد القضاء إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعطله فيعفى الطرف المذعن منه مخالفا بذلك القاعدة المشهورة " العقد شريعة المتعاقدين ".

---

[1]– فؤاد محمود عوض، **دور القاضي في تعديل العقد**، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانوني (بدون رقم الطبعة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 278.

والقاضي يلجأ إلى استخدام سلطة في الإلغاء حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد، ولن يتحقق العدل إلا بإزالة الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه، وهذا الشرط يكون من نوع الشروط المألوفة في العقد وهي التي يتكرر ذكرها بصورة دائمة، فتدرج أحيانا على سبيل المحاكاة والتقليد فقط دون أن تتعلق بها نية الطرفين [2] .

وهناك جانب من الفقه[3] يرى بأن إعطاء سلطة إعادة النظر في شروط العقد على أساس نظام خاص بعقود الإذعان طريقة لها أخطار تكون مخفية وتنطوي على عدم حكمة، لأن ذلك يهدم توازن العقد ويحدث الإضطراب في العلاقات الإقتصادية بسلطة تحكيمية.

وهناك جانب أخر من الفقه[1] من ينتقد هذا الرأي وذلك أن توازن العقد قد اختل بتدخل القاضي أين يكمن دور هذا الأخير في إعادة هذا التوازن إلى وضعه الطبيعي برفع التعسف عنه، وأما عن سلامة العلاقات الإقتصادية فلا ننسى أنها تقوم أيضا على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة وأنه يجب رد المتعاقدين إليه إذا انحرف عنها، وأما عن التحكم فإن رقابة محكمة النقض عن طريق كفاية الأسباب من شأنها أن تضع حدا لأي تعسف يحدث، لكن لقيام القاضي بممارسة سلطة تعديل أو إلغاء شرط تعسفي وارد في عقد الإذعان لابد من معيار يستند عليه هذا الأخير لتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا، وإذا قرر بأن الشرط تعسفي هل يخضع لرقابة محكمة النقض(المحكمة العليا) أم لا .

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه سبق القول بأن المشرع الجزائري تضمن معيارا جديدا يستهدي به القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في العقد يعتبر تعسفيا أم لا، وهو معيار الإخلال الظاهر بتوازن الإلتزامات، لكن في ظل القواعد العامة التقليدية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية فإن المعيار الذي يتم على أساسه تقدير الطابع التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منها هو معيار العدالة، والذي يعطي للقاضي دورا محوريا في هذا

---

[2] –حميد بن شنيتي، المرجع السابق، ص 47.

[3] –عبد المنعم فرح الصدة، **عقود الإذعان**، (بدون رقم الطبعة)، القاهرة 1996، ص 407–408.

[1]– عبد الحكيم فودة، **تفسير العقد في القانون المصري و المقارن**، (بدون رقم الطبعة)، منشأة المعارف لإسكندرية، 2002، ص33

الصدد، حيث يتدخل القاضي لاستبعاد أو تعديل الشروط غير المعقولة عن طريق مراقبة القاضي لمضمون الشرط ومداه من الناحية الموضوعية، وعلى هذا فإن القاضي يقدر عدم قبول المستهلك للشرط التعسفي من جانبين[2]: الأول هو محله من حيث الوضوح والتحذير من عدمه والثاني هو أثره الذي يكون في الغالب غير واضح كليا غير أن هذا المعيار يؤدي إلى تضارب الأحكام القضائية، وذلك لاختلاف العدالة من قاض لآخر وهو ما يهدد استقرار المعاملات، وبالتالي فإن هذا المعيار غامض وغير محدد وواضح المعالم.

إلا أن هناك جانب من الفقه[1] يرى أن رغم غموض هذا المعيار إلا أن هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على نحو يقيم التوازن فيما بينهم ويبعدهم عن التعسف وهذا الأساس الطبيعي هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشرط أو إعفاء المذعن منه.

وفي إطار هذا المعيار لتقدير الطابع التعسفي من طرف القاضي، فهناك من يرى بأنها تبقى خاضعة لرقابة المحكمة العليا التي تبسط رقابتها على تقدير المحاكم للطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقد وذلك بوصفها مسألة قانون وليست مسألة واقع متوخيه من وراء ذلك توحيد معايير التقدير للأمن القانوني واستقرار المعاملات، وهو ما اعتبره بعض الفقه بالموقف الصائب[2].

لكن ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه لم يقيد القاضي بمعايير معينة يعتمد عليها عند النظر فيما إذا كان الشرط التعسفي أم لا إلا بما تقضي به العدالة، وبالتالي فله السلطة في تقدير ذلك لأن النظر في هذه المسألة هي مسألة وقائع مادية لا رقابة فيها على القاضي في الموضوع من طرف المحكمة العليا إنما القاضي ملزم في ذلك بتسبيب الحكم وهنا يكون خاضع لرقابة هذه المحكمة.

---

[2]– أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**، دراسة مقارنة، (بدون رقم الطبعة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 192-193.

[1]– عبد الحكيم فودة ، المرجع السابق، ص 439.

[2]– محمد بودالي، المرجع السابق ،ص 60.

غير أن هناك بعض الشروط التعسفية جاءت محددة ضمن قوائم على سبيل المثال، نص عليها القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 فإن سلطة القاضي في تقدير الشرط التعسفي بشأن تلك الشروط المنصوص عليها تخضع لقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون تنظر في مدى تطبيق القانون من طرف قضاة الموضوع[3].

ووفقا لسياق نصوص القانون في تقدير سلطة القاضي أثناء تعديل الشروط التعسفية فله سلطة جوازية وليست وجوبية . فيجوز لقاضي الموضوع أن يستعمل الرخصة المخولة له من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقود الإذعان[1]، كما أنه لا يجوز له التصدي لتعديل تلك الشروط أو الإعفاء منها وإنما يكون ذلك بطلب من الطرف المذعن أو المستهلك عملا بمبدأ حياد القاضي المدني، في حين يرى بعض الفقه[2] بضرورة الإعتراف للقاضي بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء للشروط التعسفية من تلقاء نفسه بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية.

وإمعانا من المشرع الجزائري في الحماية ضد الشروط التعسفية فقد قرر بطلان كل اتفاق يخالف حكم المادة 110 من التقنين المدني، وتبعا لذلك فإنه يقع باطلا كل اتفاق يهدف إلى سلب القاضي السلطة المخولة له في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، ذلك أن المشرع قد تنبه إلى ما قد يلجأ إليه الأعوان الاقتصاديين من تضمين عقودهم لشرط يستبعدون من خلاله المستهلك في اللجوء إلى القضاء وطلب التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، وعلى هذا جعل المشرع هذا الاتفاق يقع باطلا وهو يتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفته طبقا نص المادة110 تحت عبارة " يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " وذلك أن إجازة مثل هذا الإتفاق يفرغ الحماية القانونية للطرف القوي على أن يجعله من شروط العقد ولا تنعدم الحماية القانونية الممنوحة للطرف الضعيف في الواقع.

---

[3] -سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق، ص 37.

[1] -محمد بودالي، المرجع السابق، ص 102.

[2] -محمد بودالي، نفس المرجع، ص 76.

وعلى هذا التأسيس وإن كان صالح لمواجهة الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة فإن ذلك غير موجود بالنسبة للشروط التعسفية التي جاء على ذكرها المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 ومرسومه التنفيذي رقم 06-306 وذلك أن رغبة المشرع اتجهت إلى تبني نظام القوائم لتنفيذ الشروط التعسفية، بالإضافة إلى الحماية المباشرة التي توافرت للطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان بموجب المادة 110 من القانون المدني السالفة الذكر، فقد تدخل المشرع بهدف إصباغ الحماية على الطرف المذعن في مواجهة الشروط التعسفية والتي يحيط الشك بحقيقة المقصود بها، وهو ما جاء في نص المادة 112-2 من التقنين المدني على أنه: " لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف الضعيف "، وإذا كان تفسير الشك لمصلحة المدين أمر طبيعي متفق مع القاعدة العامة إلا أن تفسيره لمصلحة الطرف المذعن هو الاستثناء الذي يعد خروجا من القاعدة العامة، وقد عرف التفسير على أنه: " تأويل العقد وهو أن يصل القاضي غلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة"[1]، وهناك من عرف التفسير بمعناه " تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للعاقدين ومن ثم فإنه يجب على القاضي الذي عرض عليه النزاع التأكد من توفر شروط العقد وصحته القانونية ثم البحث في مضمون العقد الذي يجب تنفيذه [2]، ومنه فإن تفسير العقد وفق نص المادة 111-112 من القانون المدني الجزائري لا يخرج عن الحالات التالية:

- حالة وضوح عبارة النص وهنا لا يجوز الإنحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طرق التفسير أو التأويل
- حالة غموض عبارة النص، وهنا يتعين اللجوء إلى التفسير مع الإسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والأمانة والثقة وعرف التعامل.

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 307.

[2]- بلحاج العربي، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة**، ط السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص 238.

- وأخيرا الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين وهنا يتعين تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة.

وفي عقد الإذعان الذي ينفرد فيه المتعاقد القوي أو المحترف بوضع شروط العقد وإملاء إرادته على الطرف الضعيف، وحيث يورد شروطا تحتمل أكثر من معنى فإن هذا الإبهام قد يكون مرجعه إيراد المحترف لشرط خاص غامض وناقص[1] .

وعلى هذا فإنه في حالة ما إذا كان العقد يكتنفه الغموض فإنه يمكن للقاضي تفسير ذلك في مصلحة الطرف المذعن دائما سواء أكان دائنا أو مدينا، وكل ذلك من أجل ضمان حماية فعالة للطرف المذعن.

وخلاصة القول في هذا المطلب أن السلطات الواسعة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي فيما يخص حماية المذعن من الشروط التعسفية وإن كانت كافية إلى حد ما لحماية المستهلك في عقود الإذعان، إلا أن هذا الأخير يكون عرضة لتعسف العون الاقتصادي ليس فقط في عقود الإذعان وإنما يمتد ليشمل التعسف في جميع عقود الاستهلاك، وعلى هذا وجب على المشرع توفير الحماية الكافية التي تؤدي إلى إبطال الشروط التعسفية من كافة العقود التي يكون فيها المتعاقد في حالة ضعف، وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

المطلب الثاني

الحماية المدنية المقررة ضمن القواعد الخاصة

في ظل قصور مقتضيات القواعد العامة عن توفير الحماية المدنية الكافية في مواجهة الشروط التعسفية ظهرت الحاجة إلى وجود نصوص قانونية خاصة، تتكفل بتنفيذ توجيهات عامة تشارك فيها الدولة بمختلف مؤسساتها من خلال توفير الهياكل الأساسية المنوط بها وضع سياسة حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية وتنفيذها.

وفي هذا الصدد لم تكن الجزائر منعزلة عن الاهتمام بهذه المسألة، فقد اتخذت العديد من المواقف كرست فيها اهتمامها بالمتعاقد الذي يشعر بالضعف في مواجهة العون

[1]– محمد بودالي، المرجع السابق، ص 61.

الاقتصادي في إطار العلاقة التعاقدية التي تربط بينهم والسعي إلى الحماية، وهذا الأمر يظهر على الخصوص من خلال تبيان لمجموعة من النصوص القانونية التي تهدف إلى تحقيق هذه الحماية، أين تم وضع أجهزة تعمل على توفيرها من خلال الأسس القانونية التي تسعى لإنشاء الهيئات التي تسهر وتحرص على تحقيقها، حيث أن هذه الهيئات تلعب دورا فعالا في مواجهة الشروط التعسفية، لذلك نجد أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ حرية إنشاء الجمعيات في مختلف الميادين والمجالات[1]، حيث تمثلت هذه الأخيرة في رقابة قضاء بناءا على الدعوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلكين، وما عليه إلا إبطال الشروط التي تعتبر تعسفية في حق المستهلكين أو غير المهنيين، وذلك بعد التثبت من طابعها التعسفي، وهو ما يأتي بالتفصيل في **(الفرع الثاني)**، بالإضافة إلى الدور المنوط لهذه الأخيرة لا يكفي لضمان حماية فعالة في مواجهة تلك الشروط التعسفية بل لابد من وجود رقابة إدارية عن طريق إنشاء لجنة البنود التعسفية، وهو المحور الذي سيكون محل دراستنا في الوهلة الأولى من هذا المبحث ضمن **(الفرع الأول)** .

الفرع الأول: رقابة لجنة البنود التعسفية

في ظل القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والتي تؤدي إلى غياب التوازن العقدي، تعددت طرق الرقابة على شروط العقد، فقد ظهرت طرق حديثة تتجسد في إنشاء لجنة البنود التعسفية التي تقوم على نماذج العقود المعدة أثناء الممارسات التعاقدية وذلك من أجل إبداء رأيها حول طبيعة هذه الشروط.

بالرجوع إلى نص المادة 30 من القانون رقم 04-02، والتي تنص على حماية المستهلك عن طريق التنظيم تم إنشاء لجنة البنود التعسفية، وذلك بمقتضى نص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، والتي تنص على: " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب نص اللجنة ".

[1]- المادة 41 والمادة 43 **من دستور1996 المؤرخ في 28 نوفمبر 1996** ج،ر،ج،ج،ع 76.

وفي غياب تعريف لهذه اللجنة ضمن هذا المرسوم يمكن تعريفها بأنها: " عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي يدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للإعتداء من جانب المهنيين والذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع الإذعان "[1]، وبالتالي فإن لجنة البنود التعسفية هي عبارة عن هيئة ذات طابع استشاري، أو هي عبارة عن تنظيم قانوني أوجدها المشرع الفرنسي بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط وقد تم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995، وهو الحل الذي تجنب فيه المشرع الفرنسي إسناد مهمة استبعاد الشروط التعسفية التي تحتويها عقود الاستهلاك إلى أسلوب التشاور على أسلوب الإدارة بعدما كانت هذه المهمة من اختصاص المحاكم[1] .

وعلى هذا سنتناول دراسة تشكيلة اللجنة التي جاءت تعكس الغاية من إنشائها (أولا)، ولها في سبيل ذلك عدة مهام أو صلاحيات (ثانيا).

أولا: تشكيل لجنة البنود التعسفية

نصت المادة الثامنة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المعدلة و المتممة بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 [(2)]على أن لجنة البنود التعسفية تتشكل من أعضاء ذوي الخبرة و كفاءة في المجال، حيث تتكون من خمسة(5) أعضاء دائمين و خمسة (5) أعضاء مستخلفين، موزعين كما يلي:

- ممثلان (2) عن وزير التجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.
- ممثلان (2) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة و الصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال و العقود.

---

[1]-voir.G. paisant. « de l'efficacitè de la lutte contre les clauses abusives D , s , 1986 , chrono P 299. نقلا عن سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق ص 85.

[1] –محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 31.

[2]– **المرسوم التنفيذي رقم08-44 المؤرخ في 3 فيفري 2008**، ج،ر،ج،ج،ع 7 الصادرة بتاريخ10 فيفري

- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال و العقود.

و من خلال هذه التشكيلة نجد أن لجنة البنود التعسفية تضم عناصر إدارية و عناصر ممثلة للأعوان الاقتصاديين و المستهلكين، ليكون المشرع قد مثل جميع الأطراف المعنية بتشكيلة لجنة الشروط التعسفية وذلك حتى تضطلع هذه الأخيرة على أحسن وجه في مواجهة الشروط التعسفية[1].

وقد نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنه يتم تعيين أعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء و المؤسسات المعنية.

وعلى تشكيلة لجنة البنود التعسفية نتطرق إلى صلاحياتها أو اختصاصاتها في النقطة الموالية :

ثانيا: اختصاصات لجنة البنود التعسفية

يتمثل دور اللجنة في القانون الفرنسي في التعريف بنماذج الاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم من غير المهنيين أو المستهلكين[2]، كما أنه في حالة إذا ما وجدت اللجنة شروط تعسفية تقوم هذه الأخيرة بإصدار توصيات إما بإلغاء أو تعديل الشروط التي تتمثل فيها خاصية تعسفية((3)، وذلك وفقا لمعيار الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات المتعاقدين وهو الاختلال الناتج عن الشرط التعسفي وذلك طبقا لنص المادة L1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ويرى البعض[4]بأن قصر سلطات اللجنة على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار نص الشروط.

---

[1]-سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص 127.

[2] -محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، المرجع السابق، ص 31.

[3] -أحمد محمد الرفاعي، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، دار النهضة العربية القاهرة،1994، ص 234.

[4] -محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 31.

غير أن ما يمكن الإشارة إليه هو أن في حالة دراسة اللجنة لنماذج العقود المعروضة على المستهلكين فإنها تقوم بدراسة نظام الشروط المدرجة في العقود وطريقة صياغتها وطباعتها، وذلك حتى يتمكن المستهلك من إجراء مقارنة أفضل للالتزامات المتبادلة وتحقيق نوع من التوازن العقدي في شروط العقد[1]، إذا كانت هذه هي اختصاصات لجنة القانون الفرنسي، فما هي اختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري ؟

تكلف لجنة البنود التعسفية بعدة مهام نصت عليها المادة السابقة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 كالتالي:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.
- يمكن أن تقوم بكل دراسة أي خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين.
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

وما يلاحظ على هذه الاختصاصات التي جاءت بها المادة فإنها شبيهة باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي أين تقوم اللجنة أثناء قيامها بهذه الاختصاصات بإخطار إما من نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك، غير أن المشرع الجزائري لم ينص على ما يجب أن توصى به اللجنة في حالة وجود الشرط التعسفي في العقود كأن تصدر توصيات تتضمن إلغاء تلك الشروط أو تعديلها، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي، فما هو الإجراء الواجب أتباعه من قبل اللجنة في هذه الحالة ؟

نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنه: " يمكن أن تنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، كما يمكنها أن تعد أو تنشر المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة بالإضافة إلى قيامها بإعداد تقرير

[1] –أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 135.

نشاط كل سنة، حيث يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة أين يمكن أن ينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة.

وفي الأخير نلاحظ أن لجنة البنود التعسفية رغم الدور الذي تقوم به في مجال مكافحة الشروط التعسفية وتوفير الحماية للمستهلكين من نفوذ العون الاقتصادي فإنها تؤدي دورا هاما سواء كان دورا أساسيا من خلال التوصيات التي تصدرها أو استشاريا من خلال الآراء التي تبديها بصدد مشاريع المراسيم الصادرة من السلطة التنفيذية بخصوص الشروط التعسفية، إلا أن هذه التوصيات ليست لها صفة إلزامية مما يجعل دور هذه اللجنة محددا في مواجهة الشروط التعسفية.

ومنه فإن لجنة البنود التعسفية لم تنجح بما أصدرته من توصيات في إقناع وحث المحترفين على حذف وإزالة الشروط المعتبرة بأنها تعسفية من نماذج عقودهم، إلا أن هذا ورغم التزامها فإن توصيات وآراء هذه اللجنة يمكن أن تكون دليلا للمحاكم في الاسترشاد عليها لتقدير الطابع التعسفي لشرط معين

وفي الأخير نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري تقوم به اللجنة، أو بالأحرى فإن هذه الأخيرة لم تبد أي مبادرة لمباشرة مهامها رغم توفر الإطار القانوني لها.

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلكين في مواجهة الشروط التعسفية

إن مشاركة الجمعيات في حماية المستهلك والدفاع عنه إلى جانب الهيئات الرسمية أصبح ضرورة_لاغنى عنها لأن حجم المشكلة وطبيعتها أكبر من تواجهها الدولة بمفردها ، وعلى هذا ظهرت حماية المستهلكين من أجل القيام بالمهام المنوط بها، وذلك من خلال ممارستها مختلف الصلاحيات المخولة لها قانونا والمتمثلة أساسا في الدور التحسيسي والإعلامي اللذان يهدفان إلى خلق وعي وثقافة استهلاكية لدى المستهلكين، وإذا كان هذا الدور وقائيا فقد عهد لهذه الجمعيات دورا آخر يتمثل في تمثيل المستهلكين. وتبرر هذه الأدوار من خلال الأساليب المتبعة من طرف جمعيات حماية المستهلكين في مواجهة الشروط التعسفية (ثانيا)، ولكن قبل الإشارة إلى ذلك سنحاول تسليط الضوء على إعطاء تعريف قانوني لها (أولا).

أولا: الاعتراف القانوني لجمعيات حماية المستهلكين.

إن الاعتراف القانوني لجمعيات حماية المستهلك كان بموجب القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، غير أن هذا القانون لم يحدد سوى الدور الذي تقوم به الجمعيات فقط، وبصدور القانون رقم 90-31[1]، فإن جمعية حماية المستهلكين تنشأ وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون أين نجد القانون رقم 09-03[2] المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش هو الآخر ينص على جمعيات حماية المستهلكين في الفصل السابع منه أين أعطى لها المشرع إمكانية الاعتراف لها بصفة المنفعة العمومية من خلال نص المادة 21 منه، ومن خلال هذه القوانين سنقتصر أولا على إعطاء تعريف لجمعيات حماية المستهلك.

1- تعريف جمعيات حماية المستهلكين

بالرجوع إلى القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات نجده عرف جمعية حماية المستهلكين في نص المادة الثانية منه على أنها: " تمثل الجمعية اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها، ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي ولغرض غير مربح كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والرياضي على الخصوص ويجب أن يحدد هدف الجمعية بدقة وأن تكون تسميتها مطابقة له "، ومن خلال هذا حتى يعترف بالجمعية يجب أن تكون ذات طابع غير مربح ، وأن يكون موضوعها " حماية المستهلك "أين نجد القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يعرف أربع (4) جمعيات في نص المادة 21 منه على أنها: هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله ".

وما يلاحظ هنا على أن هذه المادة لم تورد تعريفا للجمعية وإنما اكتفت بذكر الدور الذي تقوم به من خلال إعلام المستهلك و تحسيسه و هو ما يتم دراسته لاحقا.

---

[1]-**القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات** المؤرخ في 24 ديسمبر 1990، الجريدة الرسمية العدد 53 بتاريخ 5 ديسمبر 1990.

[2]-**القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،** (سبق ذكره).

وبصدور القانون رقم 12-06[1] المتعلق بالجمعيات فإن جمعيات حماية المستهلكين تخضع إلى أحكام هذا القانون أين نجد نص المادة الثانية منه تعرف الجمعية على أنها: " تجمع أشخاص طبيعيين

أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعا لغرض غير مربح من أجل مراقبة الأنشطة وتشجيعها لا سيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني..."، وما يلاحظ على نص هذه المادة أن هذا التعريف ينطبق والتعريف الوارد في المادة الثانية من القانون رقم 90-31 المذكور سابقا من حيث التأسيس والتنظيم وفق أحكام هذا القانون.

ومن خلال إستقراء هذه القوانين فإنه لا يوجد تعريف قانوني خاص بجمعية حماية المستهلكين، غير أن هناك جانب من الفقه[1] من عرفها بأنها: " إحدى المنظمات الغير حكومية تقوم على ضرورة إيجاد دور إيجابي للفرد يقوم به بنفسه والآخرين ضد كل عمليات الغش التجاري والتدليس والمخادعة أو كل ما يؤثر على صحته وسلامته ".

وبالرجوع إلى قائمة جمعيات حماية المستهلكين الملحقة بدليل المستهلك الجزائري نجد ثلاث وثلاثون (33) جمعية لحماية المستهلك موزعة عبر مختلف ولايات الوطن[2] أين نجد ثلاث (3) جمعيات ذات طابع وطني متمثلة في:

- الإتحاد الوطني لحماية المستهلكين.
- الجمعية الجزائرية لحماية مستهلكي التأمين.
- الجمعية الجزائرية لترقية وحماية المستهلك لولاية البليدة.

ومن خلال هذه التعاريف نستخلص جملة من العناصر المميزة للجمعية والمتمثلة فيما يلي:

---

[1]القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، المؤرخ في جانفي، 2012 الجريدة الرسمية عدد رقم 02 الصادرة بتاريخ 15 جانفي 2012.

[1]– يسرى دعبيس، المرجع السابق، ص 39.

[2]– **قائمة جمعيات حماية المستهلك في الجزائر المحددة في دليل المستهلك الجزائر** 2001 ملحق رقم 4، ص 231.

الجمعية عبارة عن عقد: نص المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 90-31 عن الجمعية واعتبرها اتفاقية، كما استعمل مصطلح " الاتفاق والعقد " واعتبرهما لفظين مترادفين وذلك على خلاف القانون رقم 12-06 الذي اعتبر المشرع من خلاله الجمعية أنها تجمع أشخاص تربطهم علاقة تعاقدية، وعلى هذه الأسباب فهي تخضع للقواعد العامة المطبقة في هذا المجال وللمبادئ التي تحكم العقود خاصة مبدأ سلطان الإدارة والحرية التعاقدية، وهذا الأمر يتأكد من خلال نص المادة السادسة من القانون رقم12-06 والتي نصت على:" تؤسس الجمعية بحرية من قبل أعضائها المؤسسين ....."[1].

تتكون الجمعية من أشخاص طبيعيين أو معنويين: من خلال نص المادة الثانية من القانون رقم90-31، فإنه يمكن للجمعية أن تتكون من أشخاص طبيعيين أو معنويين على حد سواء، وقد حددت المادة الخامسة من القانون رقم 12-06 الشروط الواجب توفرها في الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص مما يدل على أن الشخص المعنوي الذي يمكن أن تتكون منه الجمعية هو الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص دون العام.

- الغير غير مربح: حتى يعترف بها كجمعية لحماية المستهلكين يجب أن تكون ذات طابع غير ربحي، وأن يكون موضوعها حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، وبالتالي فهي تعمل على تحقيق نوع من التوازن بين مصالح المستهلك ومصالح المحترف.
- صفة المنفعة العمومية: بالرجوع إلى نص المادة 21 من القانون رقم 09-03 فإنها قد اعترفت للجمعية

بصفة المنفعة العمومية وكنتيجة لهذه الصفة بإمكانها الحصول على المساعدة القضائية وهذا ما نصت عليه المادة 21 من نفس القانون على أنه: " يمكن أ ن تستفيد جمعيات حماية المستهلكين المعترف لها بالمنفعة العمومية من المساعدة القضائية "، ومنه فإن تمكين

[1] -بن لحرش نوال، **جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر**. دور وفعالية، مذكرة لنير شهادة الماجستير،جامعة قسنطينة-1- 2012-2013 ، ص 47.

جمعية حماية المستهلكين من حق الحصول على صفة المنفعة العمومية يؤدي بها إلى تحقيق المنفعة العامة من خلال الأعمال والنشاطات التي تقوم بها[1].

وبناءا على هذه الشروط تحصل جمعيات حماية المستهلكين على الإعتماد من السلطات العامة مما يجعلها تكتسب الحق في الإدعاء أمام القضاء والدفاع عن المصالح الفردية والجماعية للمستهلكين وتحقيق هذه الأخيرة يكون باتباع عدة أساليب من طرف الجمعية لمحاربة الشروط التعسفية، والتي تتمثل فيما يلي:

ثانيا: الأساليب المتبعة من طرف جمعية حماية المستهلكين

تقوم جمعية حماية المستهلكين بعدة صلاحيات تمكنها من تحقيق الأهداف التي وجدت من أجلها وكل ذلك باتباع عدة أساليب من أجل الضغط على المهنيين من منع إدراج الشروط التعسفية في ممارستهم التعاقدية مع المستهلك، وذلك من خلال إتباع الأساليب التالية في تحسيس وإعلام المستهلك، بالإضافة إلى تمثيل المستهلكين أمام القضاء في رفع الدعاوى لإلغاء الشروط التعسفية.

1- تحسيس وإعلام المستهلكين

تعمل الجمعيات على توعية المستهلك وتحسيسه بأخطار الممارسات التعاقدية التي تهدد سلامته وصحته وتعويضه بحقوقه وكيفية الدفاع عنها، بالإضافة إلى توجيهه إلى مختلف الأنماط السلطوية التي يستخدمها المهنيون خاصة الإنفراد بوضع شروط ذات طابع تعسفي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن التعاقدي وفي سبيل تحقيق هذا التوازن تعتمد جمعيات حماية المستهلكين على ما يلي:

أ- **التوعية:** عرفت التوعية بأنها: " قيام جمعيات حماية المستهلكين بطبع بعض الدوريات من الصحف والمجلات و النشرات الأسبوعية والشهرية وتوزيعها عاى المستهلكين المشتركين

[1] – بن لحرش نوال، المرجع السابق، ص 57.

وذلك بالمعلومات اللازمة لكل سلعة أو خدمة مفروضة والأسواق المحلية لتبصيرهم بأجودها " [1].

وهناك من عرفها بتعريف آخر وإن كان يمثل نفس التعرف السابق بأنها: " قيام جمعيات حماية المستهلك بطبع بعض الدوريات من الصحف أو المجلات أو النشرات الأسبوعية أو الشهرية وتوزيعها على المستهلكين بهدف إمدادهم بالبيانات والمعلومات عن خصائص السلع والخدمات المفروضة في السوق المحلي وتحصيرهم بأحسن وأجود المعروضات" [2].

وعلى هذا فإن الدور الذي تمارسه الجمعيات فإنه لا يخاطب المستهلكين فقط بل يمتد أيضا إلى الأعوان الإقتصاديين وأصحاب القرار حول أهمية الإجراءات الواجب عليهم اتخاذها لحماية المستهلك" ((3) وكل هذا من أجل خلق التوازن العقدي بين المهني والمستهلك أين تجعل المستهلك على دراية بكل شروط أو بنود العقد أثناء ممارسة العلاقات التجارية.

ب- **الدعاية المضادة:** من أجل ضمان وعي كاف للمستهلك ومدى قدرته على مواجهة العون الإقتصادي تقوم جمعيات حماية المستهلكين إلى جانب دورها التحسيسي والتوجيهي دورا في إعلام

المستهلك والذي من شأنه أن يخلق التوازن المفقود أصلا في العلاقة بين المستهلكين والأعوان الإقتصاديين، وذلك من خلال الدعاية المضادة أو المقابلة والتي يقصد بها: " قيام جمعيات حماية المستهلك بنشر وتوزيع المنتجات والخدمات المعروضة بالسوق المحلية مكتوبة في الصحف والمطبوعات والمجلات، أو مسموعة عن طريق الإذاعة (الراديو)، أو مرئية عن طريق التلفزيون [1].

---

[1]- أحمد محمد خلف، **الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإسكندرية 2008، ص 609.

[2] – عبد الباسط جمعي ،**حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك**، ص 39.

[3] – علي بولحية بن بوخميس، **القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري**، (بدون رقم الطبعة)، دار الهدى للطباعة والنشر و التوزيع ، الجزائر،2000 ، ص 224.

[1] –أحمد محمد محمود خلف المرجع نفسه، ص 609.

وبالرجوع إلى القانون رقم 89-02 الملغى في نص المادة 23 منه فإنها تعطي للجمعية هذا الحق من خلال نصها على: "...أن تقوم بدراسة وإجراء خبرات مرتبطة بالاستهلاك على نفقتها وتحت مسؤوليتها وبإمكانها أن تنشر ذلك حسب نفس الشروط " غير أن القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش خصص لها فصل، إلا أنه لم ينص على حق الجمعيات بإجراء الخبرات ونشرها غير أنه وفي مقابل ذلك نص على حق الجمعيات في ممارسة دورها في إعلام المستهلك وهذا الأمر يمكن القول بأنه من حق جمعيات حماية المستهلكين القيام بهذا الإجراء.

ج- **المقاطعة:** إلى جانب دور جمعيات حماية المستهلكين في التوعية والدعاية المضادة فإنها تقوم أيضا بالامتناع عن الشراء أو مقاطعة منتوج أو خدمة ما، فتعرف المقاطعة بأنها: " تعليمة موجهة للمستهلكين لأجل حثهم على مقاطعة شراء منتوج أو مجموعة من منتوجات شركة ما أو استعمال خدمة شركة ما"

هذا وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري لم ينص على منح هذا الحق إلى جمعيات حماية المستهلكين، وفي غياب النص عليها فإن الأصل أن إجراء المقاطعة مشروع مادام أنه لا وجود لنص يمنعه، غير أنه لا بد أن يتخذ هذا الإجراء وفق الشروط التالية: [2]

- أن يتخذ إجراء المقاطعة كوسيلة أخيرة بعد اتخاذ كل القرارات التي من شأنها حماية المستهلك.
- أن يكون أمر المقاطعة سبب مبرر ومؤسس.

ولما كانت المقاطعة وسيلة تهديدية في جمعيات حماية المستهلكين على المهنيين حيث أننا سنجد في في المسألة رأيان: أحدهما يطالب باستبعاد هذا الإجراء ويؤيد الإعتراف برفض المقاطعة، وعلى عكس هذا الرأي نجد رأي آخر يطالب بمنح إجراء أي مقاطعة كونه قد يلحق خسائر بالمؤسسات وقد تؤدي إلى إفلاس المشروع، إذ أن قيام مستهلك ما بمقاطعة منتوج معين لا يترتب عليه أية مسؤولية اتجاهه، وهذا عكس قيام الجمعيات بإصدار تعليمات تأمر فيها مجموعة ما المستهلكين بمقاطعة منتوج أو خدمة ما من شأنه ترتيب

[2] -سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق،ص74.

مسؤوليتها إذا أساءت أو أخطأت في استعمال هذا الإجراء، وعلى هذا فقد حسم الأمر في فرنسا أين وقع اختلافا قضائيا حول هذه المسألة بأخذ حل وسط، حيث أن الأمر بإجراء المقاطعة لا يعد تصرفا خاطئا من طرف الجمعية لكن بإمكانه أن يصبح كذلك إذا استعمل بصفة تعسفية[1] .

أخيرا ومما سبق بيانه نخلص إلى القول إلى وجود ترابط بين الدور التحسيسي والتوجيهي والإعلامي لحماية المستهلكين في اطار ممارساتهم التجارية.

2- تمثيل المستهلكين

إن الدور أو الصلاحيات القانونية الممنوحة لجمعيات حماية المستهلكين لا يتوقف عند حد تحسيس وإعلام المستهلك فقط، حيث يمكن لها تمثيل هذا الأخير أمام الجهات القضائية التي تعد جهازا مكملا فيما يتعلق بمهمة تحقيق الحماية والدفاع عن المستهلك أثناء الممارسة التعاقدية، وإذا كان الأصل أن يكون رافع الدعوى بمعرفة شخص لا يدعى أنه صاحب الحق، وإنما يحل محل هذا الأخير لمباشرة حقوقه، وذلك لوجود رابطة بين مصالح صاحب المدعى به ومصالحه الخاصة[1]، بالإضافة إلى أنه قد يتقاعس المستهلك عن رفع دعاوى إبطال الشروط التعسفية سواء بسبب المركز الاقتصادي والتقني الذي يجعل المهني في موقع قوي في مواصلة السير في الدعوى أو بسبب طول إجراءات التقاضي وهو الأمر

الذي يجعله يتردد في رفع الدعوى، وعلى هذا فإن مختلف التشريعات منحت الحق لجمعيات حماية المستهلكين من مباشرة رفع هذه الدعاوى نيابة عن المستهلكين. وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي فقد تردد في بداية الأمر عن قبول الدعاوى المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلكين حيث قضى برفض الدعوى التي رفعتها إحدى هذه الجمعيات لتعويض الأضرار التي أصابت أحد أعضائه[2] .

---

[1]-voir. Jean calais ,op.cit , p 484.

[1] –السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 227.

[2]– أحمد محمد محمود خلف، المرجع السابق، ص 137.

وبصدر القانون رقم 88-14[3] المتعلق بدعاوى جمعيات حماية المستهلكين، حيث منح المشرع الفرنسي لهذه الجمعيات الحق في طلب إلغاء الشروط التعسفية المدرجة في عقود الإستهلاك من طرف الأعوان الإقتصاديين وذلك بمباشرة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بالنسبة للأفعال التي تلحق ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين وذلك من خلال نص المادة الأولى من القانون أعلاه((4).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه هو الآخر أعطى بموجب المادة 23 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني وكذلك نص المادة 65-2 من القانون رقم 04-02 من خلال هذا سنحاول تبيان نوع الدعاوى الممارسة للدفاع عن مصالح المستهلكين في مجال حمايتهم من الشروط التعسفية، وذلك بعد التطرق إلى معرفة الشروط الواجب توافرها لرفع الدعوى:

أ_ شروط رفع الدعوى لمواجهة الشروط التعسفية

حتى تتمكن جمعيات حماية المستهلكين من ممارسة حقها في اللجوء إلى القضاء يجب أن تتوفر على شروط تتمثل فيما يلي:

- **تأسيس الجمعية قانونا**

بالرجوع إلى القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، فإنه أوجد مجموعة من الشروط التي يجب توافرها حتى تعتبر جمعيات حماية المستهلكين مؤسسة قانونا ومنها يحق لها مباشرة الصلاحيات المخول لها قانونا، وتتمثل هذه الشروط في:

_ الشروط الموضوعية: نصت المادة 4 من القانون رقم 12-06 على جملة من الشروط الواجب توافرها في أعضاء أو الأشخاص الطبيعيين الذين بإمكانهم تأسيس الجمعية

(3) –voir:la loi N88-14 du 5 Janvier 1988 relative aux actions en justise des assistions agréés de consommateurs et a l information des consommateurs JO.RFID

(4) –سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص 149.

ودراستها، وهو ما نصت عليه المادة 5 من نفس القانون على الشروط الواجب توافرها عند الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص[1].

_ الشروط الشكلية: إضافة إلى الشروط الموضوعية فإنه يخضع تأسيس جمعيات المستهلكين إلى ضرورة إتباع مجموعة من الإجراءات، والتي يمكن حصرها في نص المادة الثامنة[2] .

- **أن تكون للجمعية الصفة**

نص القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات على إعطاء الصفة لهذه الأخيرة في رفع الدعاوى للدفاع عن المصلحة الجماعية أو الفردية للمستهلكين، وذلك من خلال نص المادة السابعة منه، كما نصت المادة 23 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: " يمكن للجمعية أن تتأسس كطرف مدني " كما أكدت المادة 65 من القانون رقم 04-02 أن الجمعية تجد أساسها القانوني في هذا النص لتمثيل المستهلكين أمام القضاء.

وعلى هذا وبتوافر الشروط التأسيسية لجمعيات حماية المستهلكين، فإنه لها الحق في ممارسة حقها في اللجوء إلى القضاء ورفع الدعوى من أجل إلغاء الشروط أو البنود التعسفية.

ب- تمثيل المستهلكين أمام الجهات القضائية بإلغاء الشروط التعسفية

يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني باسم مستهلك أو عدة مستهلكين ألحقتهم أضرار فردية تسبب فيها المتدخل وذات أصل مشترك[1]، ومنه إذا تضمن العقد شروط تعسفية أثناء ممارسة المستهلك العلاقة التعاقدية مع المهني يمكن للجمعية مباشرة رفع الدعوى والمعالجة بإلغاء الشروط التعسفية قضائيا " كل شرط ترى المحاكم أنه

---

[1]- أنظر: المادة 04-05 من القانون **رقم 12-06** المتعلق بالجمعيات، السابق الإشارة إليه.

[2]- أنظر: القانون **رقم12-06** ، سبق ذكره، لا سيما المادة الثامنة منه.

[1]- انظر: دليل المستهلك، المرجع السابق، ص 25.

تعسفيا سواء صدر بمرسوم تنفيذي أو لم يصدر به مرسوم طالما يعطي ميزة فاحشة المهني باستخدام تعسف النفوذ الإقتصادي من شأنه الإخلال بتوازن العقد اخلالا ظاهرا[2].

ومن خلال المادة 6-421 من قانون الإستهلاك الفرنسي بإمكان جمعيات حماية المستهلكين من مباشرة الدعوى للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود المفروضة من قبل المهنيين على المستهلكين، غير أن هذه الدعوى متاحة فقط لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا أمام محاكم المدنيين ليس للمطالبة بالبطلان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها، ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود التي عادة ما تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم في المستقبل بين المحترفين والمستهلكين، ومنه فإنه يمكن للقاضي عند لزوم الأمر بحذف كل شرط غير مشروع أو تعسفي يدرج ضمن كل عقد أو نموذج عقد مقترح أو موجه للمستهلك تحت غرامة تهديدية طبقا للفقرة الثانية من المادة 2-421 هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن نص المادة 6-421 يسمح كذلك لجمعيات حماية المستهلكين برفع دعوى أصلية للمطالبة بحذف الشروط التعسفية المدرجة ضمن العقود النموذجية، غير أن هذا النص كان محل جدل حيث يرى بعض الفقه [1] أن النص قاصر على رقابة نماذج العقود المقترحة من قبل المحترف دون أن يسمح له بمد ممارسة دعوى الحذف والإلغاء إلى نماذج العقود المقترحة من قبل عدد من المحترفين أو من جمعيات مهنية تضم عددا منهم.

وعلى هذا دعى المشرع الفرنسي إلى تعديل نص المادة 6-421 من قانون الاستهلاك بموجب المادة الرابعة من القانون رقم 95-96 أين أصبح جائزا لجمعيات حماية المستهلكين الحق في رفع نفس الدعوى ضد المنظمات المهنية التي درجت على وضع شروط عامة موحدة تستعمل من قبل المهنيين أو المحترفين من أعضائها في عقودهم مع المستهلكين، ومنه يمكن لجمعيات حماية المستهلكين ممارسة الدعوى أمام القضاء للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين.

---

[2]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 236.

[1] -محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري** المرجع السابق، ص33- 34.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه هو الآخر منح بموجب القانون رقم 04-02 الحق لجمعيات حماية المستهلكين في رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون إقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون وذلك من خلال نص المادة 65 من نفس القانون التي جاء النص فيها: " دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون إقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم ".

ومن خلال هذا النص وبتوافر الشروط السابقة الذكر، فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلكين رفع دعوى أمام العدالة في مواجهة الشروط التعسفية، غير أن المشرع لم يحدد نوع الدعاوى التي يمكن رفعها من قبل هذه الجمعيات، حيث اكتفى بذكر عبارة " رفع دعوى "، ومنه فإن النص جاء عاما مما يسمح القول بأن المجال مفتوح لهذه الجمعيات في رفع أي نوع من الدعاوى بما فيها تلك المتعلقة بالإنضمام إلى دعاوى مرفوعة مسبقا من قبل المستهلك[1].

كما أن نص الفقرة الثانية من نفس المادة لم تبين نوع الضرر و المعايير الذي سيتم التعويض على أساسه، ومنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة إلا انه في إطار توفير هذه الحماية هناك من يؤسس قيام مسؤولية العون الإقتصادي باعتباره محترف في نشاطه على أساس عقدي يربط هذا الأخير بالطرف الآخر(المستهلك)، والمسؤولية العقدية هنا هي نتيجة لإخلال بالتزام إرادي معين فرضه العقد

غير أن هناك من يؤسس المسؤولية على أساس تقصيري باعتبارها إخلال بواجب عام فرضه القانون وهو عدم الإضرار بالغير دون تحديد فئة معينة تقوم بإبرام العقد[1]، كذلك يمكن اعتبار المسؤولية التقصيرية كأصل عام في الحصول على التعويض وذلك بنصها في المادة 124 من القانون المدني الجزائري على: " كل خطأ أيا كان يرتكبه المرء ويسبب

[1]- سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق،ض77

[1]- أجبالي وعمر، **المسؤولية الجنائية للأعوان الاقتصاديين**، الطبعة الثالثة .الجزائر. 2008، ص 87.

ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه التعويض"، ومن هذا فإن المسؤولية التي يعتمد عليها لتقدير التعويض هي المسؤولية التقصيرية والمتمثلة في مسؤولية الشخص عن الفعل الذي يصدر منه نفسه، وهي تقوم على أركانها الثلاثة الخطأ الواجب الإثبات، لكن يجب أن يؤدي هذا الخطأ إلى الإضرار بالغير أي لابد أن يكون الضرر قد نشأ عن الخطأ نفسه ومنه إثبات رابطة العلاقة السببية، بحيث تكون العلاقة محققة بين الفعل الضار والضرر وأن تكون مباشرة أي أن تكون ناشئة عن الفعل الضار مباشرة لا عن أضرار متعاقبة.

ومن خلال توافر أركان المسؤولية عن العمل الشخصي من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما يلتزم المسؤول من هذا الضرر بالتعويض، فالتعويض إذن هو أثر المسؤولية التقصيرية وللقاضي سلطة تقديرية في تقديره وفقا لنص المادة 132 من القانون المدني الجزائري[2].

وعلى إثر هذا نتطرق في هذا الصدد للمسؤولية حسب أحكام وقواعد القانون رقم 04-02 لتعويض الضرر في حالة إثبات الطابع التعسفي للشرط في العقد أثناء الممارسات التجارية، بحيث تقوم هذه المسؤولية على أساس إخلال أحد أطراف العلاقة الاستهلاكية (العون الاقتصادي) بالتزام قانوني يؤدي إلى إلحاق الأضرار بالمجتمع أو الفرد، فالخطأ الواجب الإثبات في هذه الحالة هو إخلال المدين بالتزامه القانوني الناشئ من تلك الممارسات التجارية التي تؤدي إلى الإخلال بين أطراف العقد، وقد أدرج المشرع الجزائري ضمن هذا القانون في نص المادة 29 والمادة 05 من مرسومه التنفيذي رقم 06-306 السابقين الذكر جملة من الشروط يفترض أنها تعسفية بقوة القانون، ومنه إعفاء المستهلك من الإثبات نظرا لقيام قرينة لصالحه بثبوت الطابع التعسفي وما على المدعى عليه إلا إثبات عكس هذه القرينة، إلا أن نظام هذه القوائم جاء على سبيل المثال إذ من الممكن وجود شروط تعسفية خارج هذا القوائم عند إعمال معيار الشرط التعسفي، ومنه يكون هنا العكس بحيث يلزم المتعاقد المضرور من إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا للقاعدة الثبوتية "البينة على من ادعى "، أما بالنسبة لإثبات الضرر فيشترط أن يكون نتيجة طبيعية

[2]– بلحاج العربي، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة. الجزائر 2008، ص 218.

لعدم الوفاء بالالتزام أو الإخلال به مما أدى إلى وقوع أذى أصاب المتعاقد من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة [1].

وبإثبات ركن الخطأ والضرر يجب إثبات العلاقة السببية بينهما التي تكون محققة ومباشرة، وما على المدعى عليه إلا أن يثبت عكس ذلك بأن الخطأ لم يكن منتجا في إحداث الضرر، وعلى إثبات هذه الأركان يمكن للقاضي تقدير التعويض حسب نص المادة 132-182 من القانون المدني الجزائري.

ومن خلال هذا فإن المشرع الجزائري لم ينص صراحة ضمن القانون رقم 04-02 على الجزاء المدني الذي يوفر الحماية في مواجهة الشروط التعسفية مما يمكن القول لدى البعض [2] أن هذا النقصان الذي شاب هذا القانون من حيث عدم إشارته إلى الجزاء المدني يرجع إلى سهو واضعيه، وهو نص ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على بطلان الشروط التعسفية وبقاء العقد صحيحا، إذا أمكن له أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة.

وأمام هذا النص فإنه يمكن للقاضي التدخل بموجب نصوص عامة تسري على جميع أنواع العقود بما

فيها عقود الإذعان، إذ من غير المعقول أن يجد القاضي نسفه أمام نص قانوني لا يقرر جزاءا معينا في مسألة معروضة عليه خاصة إذا علمنا أنه لا بطلان إلا بنص قانوني.

غير أن هذا التوجه لم يحبذه البعض معتبرا أنه من غير الممكن تطبيق القواعد العامة على موضوع الشروط التعسفية وهوما سيتم دراسته في النقطة الموالية:

---

[1] -بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 143.

[2] -محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 103.

_ عيب عدم ملائمة الجزاء المقررة ضمن القواعد العامة والنصوص الخاصة

يذهب بعض الفقه[1] إلى القول بأن النظام المنصوص عليه في القانون رقم 04-02 غير ملائم مع النظام الذي تقترحه القواعد العامة، واستند في ذلك بما نصه: " قد يقول قائل أن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة في القانون المدني وخاصة نص المادة 110.

إلا أن هذا التفسير يتعارض مع إيراد المادة 29 من القانون لقائمة سوداء بالشروط التعسفية، بحيث لا يملك القاضي سلطة تقديرية، بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من القانون المدني بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع للشروط التعسفية أو الإعفاء منها.

بالإضافة كذلك إلى أن بطلان الشروط التعسفية في القواعد العامة يمكن أن يؤسس على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، غير أن مثل هذا التأسيس فإنه لا يمكن أن ينطبق على الشروط التعسفية التي جاء على ذكرها المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 ومرسومه التنفيذي رقم 06-306 وذلك أن المشرع اتجهت نيته في تحديده لنظام القوائم التي تعتبر تعسفية دون النظر عن حسن أو سوء نية الطرف القوي، وهو من دون شك نظام موضوعي ينظر إلى الشرط لا إلى شخصية أونية المتعاقدين[1].

ولكن لماذا لا يمكن تطبيق القواعد العامة على موضوع الشروط التعسفية من حيث الجزاء خصوصا إذا علمنا أنه:

1- ليس بالضرورة عند سن نصوص خاصة يؤدي إلى استبعاد تطبيق النصوص العامة، وعلى هذا فإنه من الممكن أن يسري الجزاء المدني المقرر ضمن القواعد العامة فيما يتعلق بالشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان على عقود الإستهلاك التي تتم بطريق الإذعان وتتضمن شروطا تعسفية.

---

[1] -محمد بودالي،**الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 102.

[1]- راضية العطياوي، مساعد عبد الله المطيري، **الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري والكويتي**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق 2002، ص 368.

2- أن نص المادة 110 من التقنين المدني جاء عاما يسري على جميع عقود الإذعان، وبالتالي ألا يمكن اعتبار عدم مناقشة المستهلك للعون الإقتصادي عقد إذعان بمفهومه الحديث.

3- إن تطبيق نص المادة 110 من التقنين يؤدي عند البعض إلى نفس النتيجة وهي بطلان الشروط التعسفية وبقاء العقد صحيحا.

وأمام كل هذا فإن مسألة تطبيق الأحكام الواردة ضمن التقنين المدني فيما يتعلق الجزاء المدني على الشروط التعسفية يعتبر من الحتمية بما كان، غير أنه لا يعني الموافقة على صياغة النصوص التي جاء بها القانون رقم 04-02 فيما يتعلق بالجزاء، وإنما من باب الحلول الظرفية سد الثغرات وجعل النصوص المنظمة للشروط التعسفية نصوصا مكتفية بذاتها وإن كانت أقل دقة من حيث معالجة هذه الشروط.

إذا كانت الجمعية تمارس الدعاوى لحماية المستهلكين، فهل لها أن تتأسس كطرف مدني في الدعوى للدفاع عن المصالح المشتركة لأعضاء الجمعية.

اختلف الفقه حول الدعاوى التي ترفع من طرف الجمعية دفاعا عن المصلحة المشتركة لأعضاء الجمعية أو الغرض الذي أنشأت من أجله، فقد اختلف بشأنها الفقه والقضاء أين يتردد القضاء في الإعتراف للجمعية بصفة تلك الدعاوى، باعتبار أن ذلك يمس بسلطة القضاء وخاصة النيابة العامة والتي يخول لها القانون هذه الصفة، وبالتالي لا يجوز للجمعيات عموما أن تمارس هذا الحق في الدفاع عن المصالح المشتركة لأعضائها أو عن الأغراض التي أنشأت من أجلها.

بينما يرى جانب من القفه عكس ذلك وحيث أنه: " يؤكد على ضرورة الإعتراف للجمعيات بأن ترفع الدعاوى دفاعا عن المصالح التي قامت من أجلها أو دفاعا عن المصالح المشتركة لأعضائها وأن القول بغير ذلك يعني عدم تحقيق الهدف المرجو من الجمعية "[1].

[1]- أحمد السعيد الزقرد، **الحماية المدنية من الدعاية الجارية الكاذبة والمظللة**،(بدون رقم الطبعة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 271.

وإزاء التعارض بين الفقه والقضاء بصدد صفة الجمعية في رفع الدعاوى للدفاع عن المصالح الجماعية أين ذهب البعض إلى وجوب منح الجمعية صفة رفع الدعوى إذا كانت تمثل مهنة معينة أوتدافع عن مصلحة مشتركة، لأنه من المستصاغ أن تقبل الدعوى لأن أرباب المهنة اجتمعوا في صورة نقابة وترفض الدعوى لأنهم اجتمعوا في صورة جمعية في حين أن الهدف من إنشاء الجمعية واحد[2].

وفي الأخير وما يمكن القول بشأن جمعيات حماية المستهلكين، فإنه إذا كانت هذه الجمعيات مكرسة من الناحية القانونية ضمن نصوص القوانين فإن الواقع يكشف لنا عكس ذلك فيما يخص جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر والتي تكون منعدمة، وما هي إلا مجرد جهاز تابع للدولة وهذا الأمر من شأنه أن يفقدها القدرة على القيام بدورها على أكمل وجه ممكن.

المبحث الثاني

الحماية الجزائية والإدارية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية

بالرغم من توافر الحماية المدنية في مواجهة الشروط التعسفية بوجود مجموعة قواعد قانونية تهدف لحماية الطرف الضعيف في المعاملات التجارية، غير أن هذه القواعد تحتاج إلى سند من الإجراءات والأحكام الجزائية الردعية لحماية هذا الأخير من الأضرار التي تلحقه في تعاملاته المختلفة مع الأعوان الإقتصاديين من خلال المركز القوي الذي يشعر به هؤلاء، الأمر الذي استدعى اللجوء إلى عقوبات جزائية لمواجهة هذه الممارسات في (**المطلب الأول**)، بالإضافة إلى هذا فقد سعى المشرع الجزائري إلى وضع أجهزة إدارية من أجل مراقبة وردع الممارسات التجارية التعسفية، والتي ستكون محل دراستنا في (**المطلب الثاني**) من هذا المبحث.

[2] –السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 230.

المطلب الأول

الحماية الجزائية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية

على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 بأي نص باستثناء الإشارة إلى المطالبة بالتعويض، فإن المشرع تولى النص على الجزاء العقابي المقرر ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق القانون، وهذا ضمن نص المادة 38 من ذات القانون.

وعلى هذا كان **(الفرع الأول)** لبحث الجزاءات الجنائية المقررة للشروط التعسفية وقد تولى المشرع الجزائري أحكاما خاصة بالعقوبة تعين علينا البحث ضمن **(الفرع الثاني)** من هذا المطلب عن إجراءات المتابعة القانونية وكيف تتم، وماهي الجهات المخول لها القيام بهذه الإجراءات لتطبيق الجزاء عليها.

الفرع الأول: الجزاء الجزائي

القانون يحمي الطرف الضعيف أو المستهلك بجزاءات يمكن أن تكون جزاءات جزائية، كما يمكن أن تكون جزاءات غير جزائية، والتي يمكن لهذه الأخيرة أن تكون بدورها جزاءات مدنية كما سبقت الإشارة إليها، وبما أن الأمر هنا يتعلق بالحماية الجزائية فإننا سنتناول في هذا الفرع الجزاءات المقررة في حالة إدراج شروط تعسفية ولكن قبل التفصيل في ذلك نتطرق إلى:

أولا: أركان الجريمة

متى ثبت توفر الشرط التعسفي الأولي في العقد المبرم بين العون الإقتصادي والمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة أمكن الإنتقال إلى المرحلة التالية، وهي البحث عن توفر أركان الجريمة في جرائم الممارسات التجارية خاصة المتعلقة بإدراج الشروط التعسفية في العقود وفق القانون رقم 04-02:

1- الركن الشرعي: يشير الركن الشرعي إلى النص القانوني بسبب أن القانون الإجراءات الجزائية محكوم بقاعدة " "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص "، وبالرجوع إلى نص المادة 38 من القانون رقم 04-02 فإنها تنص على: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 28 و 29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)، ومن خلال نص المادة فإنها اعتبرت كل ممارسة تجارية تعسفية جريمة يعاقب عليها، وقد نصت المادة 29 من هذا القانون على الشروط التعسفية السابقة الذكر.

2- الركن المادي: ويعني أن يقوم الجاني فعلا بغض النظر عن النتيجة هل هي محققة أم لا، وكما سبقت الإشارة إلى نص المادة 38 فإنه يقوم الركن المادي هنا متى توفرت الشروط التعسفية في العقد سواء كانت منصوص عليها في القانون أو لا، فمتى أدى ذلك الشرط إلى إحداث اختلال في التوازن العقدي، أي أنه لا يشترط أن يكون التعسف في الشرط ذاته بل يكفي أن يكون من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، ومنه لقيام الركن المادي ينبغي توفر:

- أن يكون هناك شرط وهذا الشرط يكون محدد مسبقا من طرف العون الإقتصادي، بحيث لم تتم المناقشة بشأنه، أي أن الشرط يكون تعسفي وهو أهم عنصر في الركن المادي.
- أن يقع التعسف على إحدى العناصر الواردة في العقد، والذي يؤدي بدوره إلى الإختلال في التوازن العقدي.

3- الركن المعنوي:الأصل في جميع الجرائم أنها تقع عمدية، فيلتزم لها ابتداء توفر القصد الجنائي العام فالأصل في القصد أن يكون عاما ما لم يوجد نص مباشر يتطلب القصد الخاص[1]، لأن عناصر القصد العام و المتمثلة في العلم والإرادة لا يرتبطان بالنتيجة ولا يشترط تحققهما، حيث تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة وهي إدراج شروط تعسفية مع العلم بأن ليس له الحق في إدراج تلك الشروط ، ومنه يجب أن يكون القصد الجنائي هنا

[1]- باسم شهاب، **مبادئ القسم العام لقانون العقوبات**،(بدون رقم الطبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية وهران الجزائر 2007، ص 121.

باتجاه إرادة الجاني إلى إرتكاب التعسف وإقامة الدليل على علمه به أي أنه يعلم كل العلم بما يقوم به من تغيير لبنود العقد أثناء ممارساته التجارية.

ومن خلال توفر هذه الأركان فإنه يمكن تحديد المسؤول عن الأضرار التي لحقت الطرف الضعيف من تلك الشروط، وبثبوت هذه الأركان يتولى القاضي ردع هذه الأخيرة بفرض جزاءات منصوص عليها قانونا، وهي محور دراستنا في النقطة الموالية من هذا المطلب.

ثانيا: تقدير العقوبة

نص المشرع الجزائري على الجزاءات المقررة لكل مخالفة منصوص عليها في القانون رقم 04-02 ووضع لكل ممارسة غير مشروعة العقوبة المناسبة لها، فقد نص على عقوبة أصلية كجزاء يقع على العون الاقتصادي في حال إدراجه شروط تعسفية في العقود المبرمة مع الطرف الآخر متمثلة في الغرامة الجنائية، حيث نصت المادة 38 من هذا القانون على: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)، كما نصت المادة

17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنه: " تتم العقوبات المترتبة على مخالفة أحكام المادة 05 من هذا القانون، والتي تضمنت النص على الشروط التعسفية طبقا للقانون 04-02 ".

وتبعا لذلك فقد اكتفى المشرع الجزائري بالغرامة كعقوبة أصلية، ولعله أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الإلتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها[1]

وما يلاحظ على العقوبات الأصلية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية أن المشرع اكتفى بالغرامة والتي جعل حدها الأقصى والمقدر بخمسة ملايين دينار جزائري (5.000.000 دج) الأكبر بالنظر إلى الغرامة المسلطة على مخالفة بقية الممارسات، إلا

[1]– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 100.

أنه قد وجد إلى جانب هذا هناك جزاءات أخرى كعقوبة حجز البضائع طبقا لنص المادة 39 في حالة مخالفة أحكام القانون 10 و 13 و 14 و 20 و 22 و 23 و 24 و 25 و 26 و 27 (2 و 7) و 38 من هذا القانون، كما منح المشرع للقاضي إمكانية الحكم بمصادرة السلع المحجوزة في حالة مخالفة أحكام القانون السابقة من هذا القانون، وهو الأمر الذي لم يعتمده بالنسبة لمخالفة أحكام هذا القانون المتعلقة بالشروط التعسفية [1].

الفرع الثاني: معاينة المخالفات

إن كشف المخالفات المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 ومعاينتها بواسطة الأعوان المذكورين في نص المادة 49 من هذا القانون، يتم حسب الأوضاع والشروط المحددة قانونا[2].

وبالرجوع إلى نص المادة 49 نجدها تنص على: " في إطار تطبيق هذا القانون يؤهل للقيام بالتحقيقات ومعاينة ومخالفات أحكامه الموظفون الآتي ذكرهم:

- ضابط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة.
- التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة .
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.
- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصف 14 على الأقل لهذا الغرض ".

كما نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على تخويل هؤلاء مهمة متابعة مخالفات المادة 05 منه والتي جاءت على ذكر الشروط التعسفية، إذ نصت المادة 17 على: " تتم المراقبة والمعاينة وكذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقا لأحكام القانون رقم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام

---

[1] –راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 170.

[2] –.محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 145.

1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه "، ولهؤلاء الموظفين في سبيل القيام بمهامه جملة من الصلاحيات منها[1]:

- الإطلاع على الوثائق والمستندات الإدارية والتجارية والمالية والمحاسبية وكذا آلية وسيلة مغناطيسية معلوماتية دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني طبقا لنص المادة 50 من القانون رقم 04-02.
- الدخول للمخازن والمحلات التجارية والمكاتب والملحقات وتفتيش المحلات السكنية وذلك طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل والمرسل إليه أو الناقل متى مارسوا مهامهم خلال نقل البضائع طبقا للفقرة الثانية من المادة 52.

ولكن وما تجدر الإشارة إليه، أنه في حالة معاينة المخالفات يكون الأمر سهلا بالنسبة للشروط التعسفية التي جاءت على ذكرها المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، فإن الأمر غير ذلك في الحالة التي يكون فيها إدراج شروط تعسفية غير مدرجة ضمن هاتين القائمتين، والتي بإمكانها أن تؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي، ومنه فإن الأمر هنا مرهون بمدى كفاءة الموظفين الموكلة لهم مهام معاينة مخالفات القانون رقم 04-02 ومدى قدرتهم على اكتشاف الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود.

المطلب الثاني

الحماية الإدارية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية

إلى جانب الحماية الجزائية التي كرسها المشرع الجزائري من خلال الجزاءات المفروضة على الأعوان الاقتصاديين في حالة إدراج شروط تعسفية، هناك حماية إدارية تمارسها سلطات إدارية من طرف أعوان مكلفين حددهم القانون، وذلك من أجل اتخاذ إجراءات إدارية تتمثل على العموم في الغلق الإداري للمؤسسة **(الفرع الأول)** وإجراء المصالحة لإعادة

[1]- محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 127.

التوازن العقدي أثناء متابعة ومعاينة المخالفات التي عهد إليها الموظفين الإداريين القادرين على مواجهة الشروط التعسفية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الغلق الإداري للمحل التجاري

يعتبر الغلق الإداري إجراء يمكن اللجوء إليه نظرا لما سببته أو يمكن أن تسببه المؤسسة أو المحل التجاري من إدراج شروط تعسفية، الأمر الذي يؤدي إلى اتخاذ الإجراءات الوقائية إلى درء ذلك من طرف الجهات المختصة إقليميا والمتمثلة في الوالي بصفته سلطة ضبط إداري وذلك بناءا على اقتراح من المدير المكلف بالتجارة[1].

وبالرجوع إلى القانون رقم 10-06[2] نجد أنه نص في الفقرة الأولى من المادة 47 منه على: " تتخذ إجراءات الغلق الإدارية المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه وفق الشروط نفسها في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون "، ومن خلال نص هذه المادة فإنه يمكن إجراء غلق المحل التجاري في حالة العود وذلك بأن يقوم العون الإقتصادي بمخالفة جديدة رغم صدور عقوبة في حقه خلال سنتين، وهوما جاء في الفقرة الثانية من المادة 47 بنصها على: " يعتبر في حالة عود في مفهوم هذا القانون قيام العون الإقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط، وما يلاحظ على نص المادة 47 والمادة 46 من هذا القانون على أن:

المادة 46 جاءت بنصها على عقوبة الغلق الإداري للمحلات التجارية في حالة مخالفة أحكام المواد 4 و 5 و 6 و 7 و 8 و 9 و 10 و 11 و 12 و 13 و 14 و 20 و 22 و 22 مكرر و 23 و 24 و 25 و 26 و 27 و 28 و 53 من هذا القانون دون أن تشير إلى تطبيق العقوبة في حالة وجود شروط تعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وهذا على عكس نص المادة 47 فإنها جاءت عامة تتعلق بمخالفة جميع أحكام هذا القانون ولو تعلق الأمر بغير الأحوال المنصوص عليها في

---

[1]- محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 125.

[2]- القانون رقم 10-06 المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 8 رمضان عام 1431 الموافق ل 18 أوت سنة 2010، الجريدة الرسمية، العدد 46، ص 13.

المادة 46، ومنه فإن غلق المحل التجاري يسري أيضا في حالة وجود شروط تعسفية أثناء قيام الأعوان الإقتصاديين بالممارسات التجارية.

- تتخذ إجراءات الغلق الإدارية في حالة العود طبقا لنص المادة 47 إما إجراءات الغلق المنصوص عليها في المادة 46 فإنها غير مقيدة بهذا الشرط فتطبيقها تلقائي.

بالإضافة إلى هذه الحماية فقد نص المشرع كذلك على عقوبة المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري لتوفير حماية أكثر في مواجهة الشروط التعسفية، وذلك من خلال نص المادة 47 في فقرتها الثالثة من القانون رقم 10-06 والتي جاء فيها: " في حالة العود تضاعف العقوبة ويمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 02 أعلاه بصفة مؤقتة وهذا لمدة لا تزيد عن عشر (10) سنوات، ومنه فإنه يمكن أن يسري نص المادة 47 على توفير الحماية في مواجهة الشروط التعسفية

الفرع الثاني: إجراء المصالحة

الأصل أنه تثبت المخالفات بمحاضر تبلغ إلى المدير الولائي والذي يقوم بدوره بإرسالها إلى وكيل الجمهورية إلا أن هناك استثناء على هذا الأصل يتمثل في إجراء المصالحة وذلك بتوفير شروطها (أولا) و إذا توافرت هذه الشروط وتمت الموافقة عليها فإنها تكون لها أثار(ثانيا).

أولا: شروط إجراء المصالحة

نصت المادة 55 من القانون رقم 04-02 على: " تطبقا لأحكام هذا القانون تثبت المخالفات للقواعد المنصوص عليها في هذا القانون في محاضر تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة الذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا مع مراعاة الأحكام الواردة في المادة 30 من هذا القانون ".

وبالرجوع إلى نص المادة 60 فإنها تتحقق المصالحة إذا توفرت فيها بعض الشروط وهي:

- إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 1.000.000 مليون دج: وتبعا لذلك فإنه متى تقررت العقوبة للعون الإقتصادي هذه الغرامة، فإنه بإمكانه الحصول على مصالحة مع المدير الولائي المكلف بالتجارة ولما كانت مخالفة النصوص المنظمة للشروط التعسفية متضمنة لهذا المبلغ فإنه يمكن الحصول على هذا الإجراء على اعتبار أن العقوبة المقررة للشروط التعسفية تتراوح بين خمسين ألف دينار (50.000 دج) وخمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)[1].
- إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 3.000.000 ملايين دينار، ومنه لا يمكن أن تكون هناك مصالحة إذا كانت الغرامة المقررة قانونا تزيد عن ثلاثة ملايين دينار.

إلا أن هناك أحوال مستثناة من إجراء المصالحة نصت عليها المادة 60 في فقرتها الرابعة، والتي تجيز إجراء المصالحة في حالة إذا ما كانت قيمة الغرامة تفوق 3.000.000 ملايين دينار والتي تركت سلطة تقدير العقوبة للموظفين السابقين ذكرهم في نص المادة 49 من القانون رقم 04-02.

كذلك هو الأمر في حالة إذا ما تعلق الأمر بحالة العود فقد نصت المادة 62 على أنه في حالة العود حسب مفهوم المادة 47، فإن مرتكب المخالفة لا يستفيد من المصالحة ويرسل الملف مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية.

ثانيا: أثار المصالحة

في حالة موافقة الأشخاص المتابعين على المصالحة فإنهم يستفيدون من تخفيض 20 في المائة من مبلغ الغرامة المحتسبة، وتنتهي المصالحة بالمتابعات القضائية نص المادة 62 الفقرة الرابعة[1]، ومن خلال هذا فإن جميع المتابعات القضائية تنتهي متى تم الإتفاق على المصالحة بين العون الإقتصادي والوزير المكلف بالتجارة أو المدير الولائي المكلف بالتجارة.

---

[1]- راضية العطياوي، المرجع السابق، ص 175.

[1]- محمد الشريف كتو، المرجع السابق، ص 131.

ومن خلال هذا فإن إجراء المصالحة التي تقوم به الهيئات الإدارية تكون بهذا قد وفرت حماية للطرف الضعيف في مواجهة الشروط التعسفية من خلال الهيئات التي تقوم بهذا التصالح حول العقوبة، و إن كان بالإمكان تطبيقها على بقية العقوبات المقررة على بقية الممارسات التجارية التي تناولها المشرع الجزائري بالتنظيم ضمن القانون رقم 04-02.

ومن خلال ما تمت دراسته في هذا المطلب وباعتبار الغلق الإداري وإجراء المصالحة كحماية إدارية في مواجهة الشروط التعسفية، إلا أنه وما يلاحظ على القانون رقم 04-02، فإنه قد تناول إجراءات أخرى تسري على الممارسات التجارية ضمن هذا القانون كالمصادرة والحجز لكنه قيدها بمخالفة بعض أحكام المواد المذكورة في القانون دون أن يسري حكمها على نص المادة الثالثة والتاسع والعشرون من هذا القانون، ومنه لا يمكن تطبيقها على العون الإقتصادي في حالة إدراجه شروطا تعسفية، وهذا على خلاف إجراءات الغلق الإداري والمصالحة التي يتم إجراءها في حالة مخالفة جميع أحكام القانون رقم 04-02 ولو تعلق الأمر بغير الأحوال المنصوص عليها في بعض المواد، وعلى هذا فإن هذه الإجراءات تسري على الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية.

ومن هذا فإن المشرع الجزائري نجده قد نص على جزاءات مقررة في مواجهة المهني في حالة إدراجه للشروط التعسفية أثناء ممارساته التجارية .

الخاتمة

وما يمكن قوله في خاتمة هذا البحث المتواضع من خلال الدراسة السابقة يتوجب علينا أن نتعرض لأهم ما جاء فيها مع إبراز النتائج المتوصل إليها، فكانت نقطة البداية تتضمن وجود طائفة من العقود إصطلح عليها حديثا تسميتها " بعقود الإستهلاك "، حيث أن نطاق هذه الأخيرة يتحدد عن طريق الأخذ بعين الإعتبار لصفة أطرافها، إذ أنها عقود يتم إبرامها بين أطراف تتفاوت في المراكز بين المركز القوي للمهني والذي يقوم بتقديم السلعة أو الخدمة لصالح المستهلك والذي يكون في مركز الضعف والجهل للشروط التي يفرضها المهني عليه .

وما لاحظناه تقريبا أن هذه الشروط المحددة مسبقا تجعل عقد الإستهلاك قريبا عقد إذعان، إذ يحدد محتوى العقد مسبقا من طرف المهني أو المتدخل ولا يكون على المستهلك سوى الموافقة لمضمون العقد دون أن يكون له إمكانية التفاوض بشأن شروط العقد مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.

وعلى إثر معالجة الشروط التعسفية في هذه الدراسة فإن المشرع الجزائري قد أعاد تنظيم عقد الإذعان بنصوص خاصة، وذلك في القانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث أعطى تعريفا للشرط التعسفي على أنه: "كل بند أو شرط منفصل أو متصل عن بنود أو شروط أخرى من شأنه أن يؤدي إلى الاختلال الظاهر في التوازن بين التزامات أطراف العقد، وهو التعريف الذي يحدد لنا المعيار المعتمد لتحديد الطابع التعسفي للشرط، وهذا المعيار تبناه المشرع الفرنسي وإن

كان يعتبر ترديدا لمعيار الميزة المفرطة بعدما كان يعتمد على معيار التعسفي في استعمال القوة الاقتصادية.

إذا كان معيار الاختلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد معيار تقدير الطابع التعسفي فما هي قيمة وجود نظام القوائم التي تبناه المشرع الجزائري ضمن المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمتضمنة لثمانية شروط اعتبرها تعسفية، وكذلك بالنسبة للشروط الواردة في نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والذي جاء هو الآخر بـ اثني عشرة شرطا تعسفيا، ومنه فإن تعريف الشرط التعسفي وتحديد المعيار لا يتطابق مع نظام القوائم للشروط التعسفية بحكم أن تقدير الطابع التعسفي في بعض بنود هذه القوائم قد يكون أصعب مما نتصور.

كذلك هو الأمر بالنسبة للقيمة القانونية للقائمتين للشروط التعسفية ، حيث أن المشرع الجزائري اعتبر الشروط الواردة فيها تعسفية بقوة القانون وبصفة مطلقة حيث أن هذا المتعاقد أو المستهلك يعفي نفسه من عبء إثبات الطابع التعسفي لهذه الشروط وهو ما لا يتطابق أيضا مع معيار الإخلال الظاهر بين التزامات طرفي العقد المتقابلة من أجل اعتبار الشرط تعسفيا،غير أنه ملزم بإثباته في حالة عدم وجود الشروط المدرجة ضمن القوائم متى أدى ذلك إلى اختلال في التوازن العقدي، وفي سبيل تحديد مجال تطبيق الشروط التعسفية اختلف التشريعات من تشريع لأخر خاصة من حيث الأشخاص، أين وجد هناك اختلاف فقهي في تعريف المستهلكين اتجاه موسع وآخر مضيق، ليكون

المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم الضيق من خلال نصوصه رغم عدم وجود دقة في المصطلحات، فنجده يستعمل مصطلح عون اقتصادي ومرة أخرى يستعمل مصطلح المتدخل ثم بائع،(لنقول أنه في هذا المجال اختصر مجال التطبيق على عقود البيع فقط متجاهلا عقد أداء الخدمات) وكل هذه المصطلحات تدل على معنى واحد وهو المهني.

ولأجل توفير الحماية الكافية في مواجهة الشروط التعسفية، ظهرت عدة طرق في سبيل ذلك سواء كانت مقررة ضمن قوانين خاصة، والتي تتمثل في الحماية القانونية من خلال إنشاء هيئات تقوم بتحديد الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود أو تمارس حقها بالمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية من خلال الدعاوى التي ترفعها الجمعيات، غير أن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المدني المترتب في حالة إدراج شروط تعسفية، فهل يعتبر ذلك سهوا أم أنه تكامل القوانين الخاصة بحماية المستهلك مع أحكام القانون المدني في مواجهة الشروط التعسفية، حيث أن هذا الأخير هو الآخر لم يبخل بإعطاء القضاء دورا هاما في تطوير الحماية ضد الشروط التعسفية من خلال السلطة التقديرية الممنوحة له في نص المادة 110 من القانون الجزائري والتي تبقي على هذه السلطة حتى خارج مجال نظام القوائم للشروط التعسفية متى رأيت أن العقد يشتمل على شروط تتسم بالطابع التعسفي، بالإضافة إلى الرقابة الإدارية التي تتمثل في لجنة البنود التعسفية والتي تختص بدراسة الشروط المدرجة في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا، أو مباشرة مهام أخرى تدخل في نطاق

اختصاصها طبقا للمادة 7 ذات المرسوم، لكن أين هي هذه اللجنة رغم توفر الإطار القانوني لها وأين هم رجالها فهل هم رجال خفاء، ومنه كم سيسعنا من الوقت لنرى أول توصياتها ؟.

ولتفادي بعض النقائص التي صاحبت معالجة المشرع الجزائري للشروط التعسفية ضمن القانون رقم 04-02 نورد بعض التوصيات والتي من شأنها قد تؤدي إلى إعادة نوع من التوازن العقدي في العلاقات التعاقدية ما بين المحترفين والمستهلكين واستبعاد الشروط التعسفية وتتمثل في:

1. إذا كان هناك الأخذ بمعيار الاختلال الظاهر بين حقوق وواجبات الأطراف لتقدير الطابع التعسفي يشكل تناقض مع إيراد قوائم الشروط التعسفية المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306، فإنه يمكن الإكتفاء بأحدهما سواء بقوائم الشروط التعسفية أو بمعيار الإختلال الظاهر كأداة لتقدير الطابع التعسفي مع إضفاء طابع توضيحي وبياني للشروط التعسفية المدرجة في العقد.

2. عدم انتظار إدراج الشروط التعسفية في العقد ثم محاربتها، وأنما يجب اتخاذ إجراء إيجابي وقائي قبل إبرام العقد، كان يتم تحديد مسبق لمحتوى العق عن طريق التفاوض بين المهني والمستهلك وإن كان يصعب تطبيقها.

3. توحيد المصطلحات والمفاهيم وذلك لتفادي التعارض الذي قد يحصل بينها، والذي يؤدي إلى التأثير على الحكم الموضوعي في العلاقات التعاقدية ومن أمثلة المصطلحات المتعارضة نجد: تعريف كل من المستهلك والعون الاقتصادي بصدد القوانين التي أصدرها أين وجدت هناك تعاريف بصيغ مختلفة.

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية

أولا: الكتب

- **الكتب العامة:**

1. السنهوري عبد الرزاق، **الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام**، الجزء الأول، المجلد الأول، دار النهضة العربية. القاهرة، 1981 .
2. السعيدي محمد صبري، **شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للإلتزامات**، العقد والإدارة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
3. العربي بلحاج، **النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري**، التصرف القانوني للعقد والإرادة المنفردة، الجزء الثاني، الطبعة الخامسة، الجزائر 2008.
4. عوض محمد فؤاد، **دور القاضي في تعديل العقد**، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانوني، (بدون رقم الطبعة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
5. فيلا لي علي، **النظرية العامة للعقد**، طبعة الكاهنة، الجزائر، 1997.
6. شهاب باسم، **مبادئ القسم العام لقانون العقوبات**، (دون رقم الطبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية وهران، الجزائر، 2007.
7. عبيس يسرى،**جمعيات حماية المستهلك**، الطبعة الثامنة، سلسلة المعارف الاقتصادية والإدارية، الإسكندرية، 1997.
8. عبد الفتاح عبد الباقي، **دروس في مصادر الإلتزام**، مكتبة النهضة القاهرة، بدون تاريخ.
9. الدريني فتحي، **النظريات الفقهية**، جامعة دمشق، الطبعة الرابعة، سوريا 1996

- **الكتب الخاصة:**

1 . القيسي عامر أحمد قاسم، **الحماية القانونية للمستهلك**، دراسة مقارنة في القانون المدني والقانون المقارن،(بدون رقم الطبعة)، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان 2002.

2. السيد محمد السيد عمران، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، دراسة مقارنة، (بدون رقم الطبعة) منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.

3. الزقرد أحمد السعيد، **الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة والمضللة**، (بدون رقم الطبعة)، دار الجامعية الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.

4. الرفاعي محمد أحمد محمد، **الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي**، دار النهضة العربية، (دون رقم الطبعة)، 1994.

5. أيمن علي عمر، **قراءات في سلوك المستهلك**،(بدون رقم الطبعة)، الدار الجامعية، الإسكندرية 2005.

6. إبراهيم السيد أحمد، **الوقاية التشريعية و القضائية من الغش في المعاملات المدنية**، الطبعة الثانية، الإسكندرية، 2007.

7. بولحية علي بن بوخميس، **القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنه في التشريع الجزائري**، (بدون رقم الطبعة)، دار الهدى الطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2000.

8. بدر أسامة أحمد، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

9. بودالي محمد، **الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات**، دراسة مقارنة، (بدون رقم الطبعة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر 2005.

10. بودالي محمد، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري**، دراسة مقارنة مع قوانين ألمانيا وفرنسا والجزائر،الطبعة الثانية، دار هومه للطباعة والنشر، الجزائر 2010.

11. جمعي عبد الباسط، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقد على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة .1990

12 جبالي وعمر، **المسؤولية الجنائية للأعوان الإقتصاديين**، الطبعة الثالثة، الجزائر 2008.

13. خلف أحمد محمد، **الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة**، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى الإسكندرية، 2008.

14. خالد عبد الفتاح خليل، **حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص**، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.

15. سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان**، دار النهضة العربية، القاهرة 1998.

16. غسان رابح، **قانون حماية المستهلك الجديد**، المبادئ الوسائل والملاحقة، دراسة مقارنة منشورات نزين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2006.

17. فوده عبد الحكيم، **تفسير العقد في القانون المصري والمقارن**، منشأة المعارف، الإسكندرية 2002.

18 فرج الصدة عبد المنجم، **عقود الإذعان**، القاهرة، 1946.

19 ممدوح إبراهيم خالد، **حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية**، دراسة مقارنة، (بدون رقم الطبعة) الإسكندرية، 2007.

ثانيا: المعاجم و القواميس

1- ابن مكرم بن منظور جمال الدين، **لسان العرب**، الجزء التاسع، دار الفكر، الطبعة السادسة، لبنان 1997.

2 – السباعي مصطفى، **شرح قانون الأحوال الشخصية**، جامعة دمشق، الطبعة السابعة.سوريا،2007

3- الفيروز أبادي مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**، ضبط وتوثيق يوسف الشيح محمد البقاعي، دار العار، الطبعة الأولى، لبنان 2003.

ثالثا: الرسائل و المذكرات الجامعية

- **رسائل دكتوراه**

1. بن شنيتي حميد، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 1996.

- **أطروحات الماجستير**

1. العطياوي راضية، **معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر.2011-2012 .

2. أحمد يحياوي سليمة، **آلية حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، الجزائر-1-، 2010-2011 .

3. بن لحرش نوال، **جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر** ،دور و فعالية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ، فرع التنظيم الإقتصادي، جامعة قسنطينة-1-، 2012-2013.

4. سي الطيب محمد أمين، **الشروط التعسفية في العقود الإستهلاك**، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ،الجزائر،2007-2008 .

5. كالم حبيبة، **حماية المستهلك**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم الإدارية ، الجزائر،2005 .

6. كيموش نوال، **حماية المستهلك في الممارسات التجارية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق ، الجزائر ،2010-2011.

رابعا: المجلات والملتقيات

1- أرزيل الكاهنة، مقال بعنوان: "**اتفاقيات المنظمة العالمية للتجارة الخاصة بالسلع والخدمات والمنظومة القانونية الجزائرية المحلية النقدية**"، للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد2، الجزائر 2009.

2- بن جيلالي عبد الرحمان،أ. بن ناجي مديحة، مقال بعنوان:" **الأسس القانونية لتحديد مفهوم المستهلك**"، دراسة مقارنة، مداخلة للملتقى الوطني حول، المنافسة و حماية المستهلك بين الشريعة و القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05،06 ديسمبر،2012 .

3. دليل المستهلك الجزائري، وزارة التجارة، الجزائر، نوفمبر 2011

4 رباحي أحمد، مقال بعنوان:" **أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن**"، مجلة إقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 5، الجزائر.

5. طحطاح علال، أ. يعقر الطاهر، مقال بعنوان مفهوم: "**المستهلك مداخلة للملتقى الوطني حول المنافسة و حماية المستهلك بين الشريعة والقانون**"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05،06 ديسمبر،2012 .

6. كتو محمد شريف، مقال بعنوان:" **حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة**"، مجلة الإدارة، عدد 23، الجزائر 2002.

7. موالك بختة، مقال بعنوان:" **الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، الجزء 37، العدد 02، 1999.

8. نكاس جمال، مقال بعنوان:" **حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي**"، مجلة الحقوق، العدد 2، 1989.

خامسا: النصوص القانونية

- **النصوص الأساسية**

1. دستور 28 نوفمبر سنة 1996 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 20-03 المؤرخ في 10 أفريل سنة2002 و القانون رقم 19-08 المؤرخ في 15 نوفمبر سنة 2008 .

- **النصوص التشريعية**

1. **الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني،** المعددل و المتمم، (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 75 لسنة1975)

2. **القانون رقم89-02 المؤرخ 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك،** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 06 السنة 1989 (الملغى)).

3. **القانون رقم 90- 31 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات،** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 53 الصادر بتاريخ 5 ديسمبر سنة 1990).

4. **الأمر 95-06 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالمنافسة،** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 09 الصادرة في 22 فيفري 1995).

5. **القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان سنة 2004)، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت سنة 2010، عدد 46 الصادرة بتاريخ 18 أوت سنة 2010.

6.**القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 15 الصادرة بتاريخ 8 مارس سنة 2009).

7. **القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي سنة 2012 المتعلق بالجمعيات** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 02 الصادرة بتاريخ 15 جانفي سنة 2012).

8. **القانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي سنة 2012 المتعلق بالجمعيات** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 02 الصادرة بتاريخ 15 جانفي سنة 2012)

- **النصوص التنظيمية**

1. **المرسوم التنفيذي رقم 90-39، المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش،** (الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 05 السنة 1990).

2.**المرسوم التنفيذي رقم 90-226، الصادر بالتطبيق للقانون 02-89، المؤرخ في 27 فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.**

3. **المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006، للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية**(الجريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية عدد 56)،المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فيفري سنة 2008 الجريدة الرسمية عدد 07الصادرة بتاريخ10فيفري 2008 .

I. باللغة الفرنسية

- **Overages**

1- DIDIER FERRIER, **la protection des consommateurs, édition, Dalloz**, 1996.

2- G.cornu, **la protection de consommateur travaux de l'association hère** Capita nt, 1973.

3- Mohamed kahloula et G.mkamcha, la **protection du consommation en algérien collection pédagogique série étude et recherches**,1995.

- **Mémoires**

1- Gaume(c).**la protection du consommateur contre les clauses abusives**, thèse doctorat, université de Nice, avril.1989.

- **En droit français**

1-la loi n 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et **l' information des consommation de produit et de service.**

2- la loi n 95-96 du 1 février 1995, **modifiant et complétant de code de la consommation.**

الفهرس

العنوان	رقم الصفحة
مقدمة	05
الفصل الأول: ماهية الشروط التعسفية	07
المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية	08
المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية	08
الفرع الأول: تعريف الممارسات التعاقدية	10
الفرع الثاني: تعريف الشروط التعسفية	17
المطلب الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية	22
الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية و الميزة المفرطة	22
الفرع الثاني: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي	26
المبحث الثاني: مجال تطبيق الشروط التعسفية	28
المطلب الأول: مجال تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص	29
الفرع الأول: مفهوم المستهلك	29
الفرع الثاني: مفهوم المهني أو المحترف أو العون الإقتصادي	38
المطلب الثاني: مجال تطبيق الشروط التعسفية من حيث الموضوع	42
الفرع الأول: قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن القانون رقم 04-02	43
الفرع الثاني : قائمة الشروط التعسفية الواردة ضمن المرسوم التنفيذي رقم 06-306	49
الفصل الثاني: الحماية القانونية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية	54
المبحث الأول: الحماية المدنية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية	55
المطلب الأول: الحماية المدنية المقررة ضمن القواعد العامة	56
الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد	56
الفرع الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية	58
المطلب الثاني: الحماية المدنية المقررة ضمن القواعد الخاصة	63
الفرع الأول: رقابة لجنة البنود التعسفية	64
الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلكين في مواجهة الشروط التعسفية	68
المبحث الثاني: الحماية الجزائية والإدارية المقررة في مواجهة الشروط التعسفية	84
المطلب الأول: الحماية الجزائية	85
الفرع الأول: الجزاء الجزائي	85
الفرع الثاني: معاينة المخالفات	88

المطلب الثاني: الحماية الإدارية	**89**
الفرع الأول: غلق الإداري للمحل التجاري	**90**
الفرع الثاني: إجراء المصالحة	**91**
خاتمة	**94**
قائمة المراجع	**99**
الفهرس	**109**

ملخص

قصر المشرع الجزائري نطاق الشروط التعسفية سواء في القانون المدني أو قانون الممارسات التجارية، بطائفة عقود الإذعان (عقد الاستهلاك) إن المشرع لم يحدد المعيار الذي يتم من خلاله تحديد ما إذا كان الشرط تعسفي أم لا في قانون المدني و ترك هذه المهمة إلى سلطة القاضي التقديرية بعيدا عن رقابة المحكمة العليا، وعلى خلاف القانون المدني فقد حدد المشرع الجزائري المعيار الذي يجب على القاضي الوقوف عليه لتحديد مدى إحتواء الشروط لصفة التعسف في القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات تجارية ويخضع ذلك لرقابة المحكمة العليا

وقد وضع المشرع الجزائري ترسانة قانونية لحماية المستهلك ومواجهة الشروط التعسفية و اتبع أسلوبين:

أسلوب تنظيمي كان ذلك عن طريق إنشاء لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين العوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية وكذا بموجب المادة 30 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، أسلوب قضائي حيث منح المشرع للقاضي سلطة تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية

Résumé

Le législateur algérien a restreint la portée des conditions arbitraires, que ce soit en droit civil ou en droit des pratiques commerciales, à l'éventail des contrats de conformité (contrat de consommation). Le législateur n'a pas précisé la norme par laquelle déterminer si la condition était arbitraire ou non en droit civil et a laissé cette tâche au pouvoir discrétionnaire du juge. En dehors du contrôle de la Cour suprême, et contrairement au droit civil, le législateur algérien a défini le critère sur lequel le juge doit se tenir pour déterminer dans quelle mesure les conditions contiennent la caractéristique de l'arbitraire dans la loi n ° 04-02 relative aux pratiques commerciales, et ceci est soumis au contrôle de la Cour suprême.

Le législateur algérien a développé un arsenal juridique pour protéger les consommateurs et faire face à des conditions arbitraires, et il suit deux méthodes:

La méthode d'organisation a été la création du Comité des clauses arbitraires en vertu du décret exécutif n ° 06-306 relatif à la définition des éléments de base des contrats conclus entre agents économiques et consommateurs et des clauses jugées arbitraires, ainsi qu'en vertu de l'article 30 de la loi 02-04 sur les pratiques commerciales. Le législateur accorde au juge le pouvoir de modifier ou d'exempter les conditions arbitraires