



جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبة:
فاطمة الزهراء قمولة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. سلخ محمد الأمين	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
د. عمار زعبي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
د. عادل عميرات	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016



﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا

أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ

﴿ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا

سورة النساء الآية (29)

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

أبي الغالي وإلى النور الذي يضيء طريقتي

في الدنيا أُمِّي الغالية

وإلى أخواتي العزيزات وأخوتي الأعزاء

إلى أستاذي وقُدوتي في هذا المسار العلمي

عمار زعبي

إلى من جمعني بهم الأقدار وكانوا صحبتي

الأخيار صديقاتي العزيزات.

فاطمة الزهراء قنوت

شكر وعرفان

بعد الحمد لله وشكره جلّ وعلا

أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي

الفاضل الدكتور عمار زعبي

الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث، حيث قدم

لي كل النصح والإرشاد طيلة فترة الإعداد فله مني كل الشكر

والتقدير.

كما أتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة على قبولهم

مراجعة هذا العمل وتصويبه.

مقدمة

الإنسان اجتماعي بطبعه لا يمكنه العيش بمفرده مما يجعله يقدم على إبرام عدة عقود من أجل العيش في هذا المجتمع ولا شك أن احتياجه لهذه العقود أصبح ضروريا وجزء لا يتجزأ من حياته اليومية، مع كثرة تعاملاته أصبح الإنسان في وضعية الطرف الضعيف، معرض للعديد من المخاطر لهذا سعت التشريعات المختلفة إلى حمايته، فظهر لدينا المفهوم القانوني للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية في مواجهة المهني.

والمستهلك هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبرم عقودا مختلفة من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو حاجاته العائلية، لتوفير ما يحتاجه من سلع وخدمات لإشباع حاجاته الضرورية والكمالية، دون أن يكون لديه نية المضاربة بهذه الأشياء عن طريق إعادة تسويقها كما هو الحال بالنسبة للمهني دون أن تتوفر له القدرة لمعالجة هذه الأشياء وإصلاحها.

ويجد المستهلك نفسه ضعيفا أمام المهني الذي يعتبر الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية، بحيث يسعى إلى إبرام عقود فيها شروط تعسفية والذي سعى المشرع لحمايته منها وتبرز هذه الحماية على المستوى الدولي في ميثاق حماية المستهلك الذي احتضنته الأمم المتحدة، أما المشرع الجزائري فقد جسد هذه الحماية من خلال إصداره لعدة نصوص قانونية وتنظيمية خاصة بحماية المستهلك، كما تم وضع أجهزة وآليات تعمل على توفير هذه الحماية كالقضاء ولجنة الشروط التعسفية.

ومهما ساهمت هذه الأجهزة من حماية المستهلك من هذه الشروط إلا أن جلّ العقود الاستهلاكية، كالبيع والقرض والتأمين لم تسلم من اكتساح هذه الشروط فلا يمر يوم دون أن يبرم شخص ما عددا من العقود، ومع اتساع المعاملات في مجال العقد تتزايد انتشار الشروط التعسفية فيها، حيث يمكن للمهني النيل من المستهلك بسهولة، وذلك بسبب التسهيلات في القروض والبيوع والخدمات... الخ، وكذا الضغوط التي تمارس في بعض أشكال العقود، وهذه العقود التي تطلق على أي عقد مسمى أو غير مسمى وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكا أو مهني.

وقد عرفت المادة 1 من المرسوم 06-306 المعدل والمتمم العقد الاستهلاكي "هو كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذه الأخيرة إحداث تغيير حقيقي فيه".

ولم يستقر الوضع بشأن موضوع الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك خاصة أنها تتضمن إشكالية الشرط التعسفي الذي يعتبر أنه شرط يفرضه المهني على المستهلك، مستخدما نفوذه الاقتصادية بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة وتؤدي إلى إخلال الظاهر بالتوازن العقدي.

انطلاقا مما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية:

• إلى أي مدى يمكن حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ؟

ولمعالجة هذا الموضوع ارتأيت ضرورة الاعتماد على المنهج التحليلي لدراسة الموضوع وذلك من خلال تحليلنا لمختلف النصوص القانونية والتنظيمية، وأيضا المنهج المقارن أحيانا كضرورة للمقارنة التشريع الجزائري مع غيره من التشريعات التي تستهدف إلى تطبيق القواعد الحمائية على عقود الاستهلاك وخاصة التشريعين المصري والفرنسي.

هناك عدة أسباب دفعتني للخوض في هذا الموضوع تتمثل في:

- الأسباب الذاتية: الرغبة في خوض دراسة هذا الموضوع.
- الأسباب الموضوعية: ضعف ثقافة التقاضي عند المستهلكين الذين كثيرا ما يعتقدون بالزامية ومشروعية تلك الشروط التعسفية مكثفين بالإذعان لها.

أهمية وأهداف اختيار الموضوع:

أحاول الوقوف على الكيفية التي اعتمدها المشرع الجزائري في تأسيس منظومة قانونية خاصة لمكافحة الشروط التعسفية من خلال القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي 06-306 الذي حدد بهما قائمة باسم الشروط التعسفية.

أهم الصعوبات التي واجهت دراسة هذا الموضوع

هي قلة المراجع التي تطرقت لهذا الموضوع، في حيث نجد الكثير منها اقتصر على تناول بعضا من جوانب هذه المسألة على مستوى التشريع الوطني، عكس التشريعات المقارنة، بالإضافة إلى ندرة الأحكام القضائية الوطنية التي تعنى بحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك إن لم نقل أنها منعدمة، و ذلك في حدود اطلاعنا.

بخصوص الدراسات السابقة:

فإن حماية المستهلك من الشروط التعسفية تناولتها:

*الأستاذة عزيزي جميلة، حماية لمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري
مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية،
جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2003/2002.

*الأستاذ مولود بغداددي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة
لنيل شهادة الماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر،
السنة الجامعية: 2015/2014.

*الأستاذ محمد الأمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)،
مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالفايد،
تلمسان، السنة الجامعية، 2008/2007.

لمعالجة هذا الموضوع يمكن تقسيم الدراسة إلى فصلين:

الفصل الأول كان بعنوان الإطار النظري لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وقسمناه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول ماهية الشروط التعسفية لمعرفة أهم هذه الشروط والمبدأ الذي يقوم عليه حيث تعرضنا فيه على أهم المفاهيم للشروط التعسفية من حيث التعريف والتصرفات المشابهة له إضافة إلى المعايير المعتمدة لتحديد صفة التعسف، ثم خصص المبحث الثاني عن المجالات التي تتأسس عليها الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، حيث تناولنا فيه عقد الإذعان مفهومه وطبيعته القانونية وتناولنا الشروط الجزائية لحماية المستهلك من هذه الشروط التعسفية.

أما الفصل الثاني فهو بعنوان الإطار التطبيقي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك و قسمناه إلى مبحثين خصصنا المبحث الأول إلى مهام لجنة الشروط

التعسفية، حيث تناولنا فيه إلى مهام هذه اللجنة في التشريع الجزائري أولاً وفي التشريع الفرنسي ثانياً، أما في المبحث الثاني بينا دور القضاء في حماية المستهلك من هذه الشروط، تناولنا فيه رقابة القاضي على الشروط التعسفية من بينها اعتراف للقاضي بالسلطة التعديل وإجراءات في رفع الدعوى القضائية، وخصصنا الجزء الأخير بالجزاءات الشرط التعسفي من حيث الجزاء المدني والجزاء الجزائي.

وفي الأخير أنهيت البحث بخاتمة ضمت أهم النتائج التي توصلت إليها مقدمين بعض الاقتراحات التي رأيت أنها تثري هذا الموضوع.

الفصل الأول

الإطار النظري لحماية المستهلك من الشروط

التعسفية في عقود الاستهلاك

تمهيد

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

وهذه الشروط غالبا ما تكون تعسفية محررة مسبقا، كالعقود النموذجية فالمستهلك يذعن لها ويقبل بها نظرا لحاجته إليها، مما يؤدي إلى اختلال توازن العقد، لذا تعتبر شروط غير متوازنة باعتبارها توفر ميزة فاحشة للمهنيين على حساب المستهلك.

ولهذا ارتئيت أن أقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص المبحث الأول إلى ماهية الشروط التعسفية والمبحث الثاني إلى مجالات الشروط التعسفية.

المبحث الأول

ماهية الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

إن المستهلك الذي يقتني السلع أو الخدمات يكون في الغالب هو المستعمل المباشر لها بمعنى آخر هو المستفيد منها بالمقارنة مع من قد يعقبه في الاستفاة من هذه السلع أو الخدمات التي تعاقد عليها، وتعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل التزام المستهلك في العقود الاستهلاكية، لذا نتطرق في هذا المبحث لمفهوم الشروط التعسفية (المطلب الأول)، ومعايير الشرط التعسفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

ثار خلاف حول التعاريف المتعلقة بالشرط التعسفي، والتصرفات المشابهة له (الفرع الأول) لذا يتوجب عرض الصور المختلفة للشرط التعسفي (الفرع الثاني) أما عناصر الشروط التعسفية سنتناولها في (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له

حظي موضوع الشرط التعسفي باهتمام كبير لذلك سنتناول تعريف الشرط التعسفي (أولاً)، ثم تمييزه عن المصطلحات المشابهة له (ثانياً).

- أولاً: تعريف الشرط التعسفي

أقدم الفقه على محاولة تعريف الشرط التعسفي (1) وهو ما ذهب إليه المشرع أيضاً (2).

1- التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

أوردت تعاريف عديدة للشرط التعسفي منها ما اعتمد على أطراف العقد ومنها ما اعتمد على مصدر الشرط وعرف على أنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهنيين أو على المستهلك من قبل المهني¹ نتيجة التعسف من استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة".

ومن الفقه من عرف الشرط التعسفي على أنه: "الشرط الذي يأتي متناقضاً مع النظام العام والمتعلق بحماية المستهلك ومخلاً بالثقة التي وضعها أحد أطراف العقد بطرف آخر"².

¹ المهني: هو الشخص سواء كان طبيعياً أو معنوي، الذي يمارس نشاطه بصفة اعتيادية، ويتمتع بالتفوق التقني والقانوني، يؤهله لصياغة العقد بشكل غير متوازن لمصلحته على حساب المتعاقد معه.

² هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، بيروت، ص 185.

وفي فرنسا اعتبر الفقه أنه من قبيل التعسف: "الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح له ميزة فاحشة عن الطرف الآخر أو هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه إفراغ الالتزام الأساسي للعقد بالنسبة للمحترف من أي محتوى أو مضمون"¹.

وفي مقابل الفقه الغربي فإن جانب من الفقه العربي وبالتحديد الجزائري أقدم على تعريف الشرط التعسفي بأنه: "ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي أعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو بقدر وقت إبرام العقد أو بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة"². وهناك من يعرفه بأنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني، نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"³.

فرغم اختلاف التعاريف الفقهية باختلاف المعيار المعتمد الذي تستند عليه في ذلك ومنه يمكن القول أن الشرط التعسفي هو ذلك الذي من شأنه أحداث اختلاف بالتوازن العقدي نتيجة تفوق الطرف على حساب الطرف الآخر⁴.

¹ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 402، 403.

² محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بالقائد، تلمسان، السنة الجامعية 2007/2008، ص 100.

³ عمار زعبي، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2012/2013، ص 118.

⁴ منال بوروح، ضمانات حماية المستهلك في ظل القانون 09-03 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2014/2015، ص 26.

2- التعريف القانوني للشروط التعسفية:

عرفت نص المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر 10 جانفي 1978 والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين، الشرط التعسفي بأنه: "الشرط الذي يتم فرضه على المستهلك بطريق التعسف فاستعمال السلطة الاقتصادية من جانب المهني وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة، وقد أوردت تلك المادة عدة شروط ونصت عليه صراحة، وهي شروط تتعلق بتحديد الثمن، ودفء الثمن وجوهر الشيء وتسليم الشيء، حدود المسؤوليات والضمان شروط تنفيذ العقد، شروط فسخ وإبطال أو تجديد العقد"، كما نص القانون الفرنسي الصادر في الأول من فيفري 1995 بشأن حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية على أنه: "تعتبر شروطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات أطراف في العقد¹.

أما التوجه الأوربي رقم 93/13 الصادر في 1993/4/5 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، فقد عرف في المادة 01/03 الشرط التعسفي بأنه: "الشرط في العقود المبرمة مع المستهلكين"².

أما المشرع الجزائري فقد عرف الشرط التعسفي من خلال المادة 5/03 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الشرط التعسفي بأنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"³.

و نجد أن المشرع لم يدقق في تحديد صفة أطراف العقد وبالتالي لم يقصر مفهوم الشرط التعسفي على عقود الاستهلاك، وإنما مد مفهومه إلى عقود المهنيين وذلك مخالفا للمشرع

¹ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية دراسة مقارنة، دار الجامعية، بدون طبعة الإسكندرية 2007، ص193، 194.

² نصيرة(عنان) خلوي، حماية مستهلك عبر الانترنت، دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص32.

³ قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 27/06/2004 المعدلة والمتممة بالقانون 10-06 المؤرخة في 15/08/2010 الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 2010/8/18.

الفرنسي الذي حصر تطبيق الشروط التعسفية على العقود المبرمة بين المحترف وغير المحترف¹.

أما المشرع المصري واللبناني ذهبا إلى استبعاد الشرط التعسفي إلا أن المشرع الأردني في مشروع حماية المستهلك لسنة 2006 لم يذهب إلى ما ذهبت التشريعات السابقة حيث لم يحدد بشكل صريح موقفه من الشروط التعسفية².

أما المشرع الألماني في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية أصدر بتاريخ 9 ديسمبر 1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود والذي بدأ بالعمل به في 01 أبريل 1977، وقد تبنى النظام التشريعي حيث وضع قائمة بالشروط الباطلة .

كما اعترف في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد إلى مبدأ حسن النية بموجب المادة 09 من القانون المذكور، وعرفت المادة 01 من نفس القانون الشروط العامة المخلة بالتوازن العقدي، بأنها: "تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المتعامل مع المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مدمجة في نصوصه، دون اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"³.

من خلال هذا التعريف للشرط التعسفي نستنتج أنه أحدث خلل في التوازن العقدي وتتحقق هذه الشروط ليطم إدراجها في عقود مبرمة من طرف ضعيف وطرف قوي اعتاد على وضعها من قبل هذا الأخير لا تقبل التفاوض على مضمونها، يكون الهدف من إدراجها أحداث اختلال في التوازن بين الحقوق والتزامات أطراف العقد، فالمشرع كرس حماية المستهلك المتضرر من الشروط التعسفية التي تقوم على أساس موضوعي أكثر منه شخصي فوق المشرع بذلك كونه لم يربط مفهوم الشرط التعسفي بمسائل ذاتية قد يتعذر اثباتها بالنظر للمركز الذي يتواجد فيه أطراف العلاقة الاستهلاكية⁴.

¹ مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2015/2014، ص43.

² عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، طبعة 1، 2014، ص128.

³ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص100.

⁴ منال بوروح، مرجع السابق، ص25.

ثانياً: تمييز الشروط التعسفية عن المصطلحات المشابهة لها

ثار خلاف كبير حول الفرق بين التصرف المجحف، والتصرف التعسف، وقيل بأن التصرف التعسفي، هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته وعلى العكس، فإن التصرف المجحف لا يحول الفعل أو الحق عن وظيفته الاجتماعية العادية، ولكنه تعريف غير مقبول.

ويميز البعض الآخرين التعسف والتجاوز، على أساس أن التعسف ذات صفة خاطئة فالمالك على سبيل المثال له أن يفعل في ملكه ما يشاء دون قصد الإضرار بالغير، وإما قد قصد ذلك فإنه يكون متعسفاً، لذا يوجد فكرة الإجحاد والإنكار في جزاء التعسف في استعمال الحق، وعلى العكس فإن التجاوز عبارة على أن الشخص في استعماله واستغلاله لحقه يتجاوز الحد المألوف فيحدث ضرر للغير لذا يعتبر التعسف أكثر شخصية، أما التجاوز فأكثر موضوعية، ولكن في بعض الأحيان يكون التجاوز تعسفاً، وفي أحيان أخرى يكون التعسف تجاوزاً لأنه يضاف في كلا الحالتين شيء آخر على الممارسة العادية للحق¹.

وهناك رأي آخر يفسر فكرة الاختلاف بين التعسف والإجحاف، فالبند التعسفي هو ذلك التصرف الذي يترتب عليه تحويل الحق عن وظيفته وعلى العكس فإن الإجحاف هو لا يحول الحق عن وظيفته الاجتماعية العادية ولكن فعل غير مقبول².

يتميز الشرط التعسفي على عقود الإذعان والتي تعتبر عقود حقيقية قائمة بذاتها، توافق إرادتي الطرفين يهيمن الطرف الأقوى اقتصادياً على شروط العقد، دون أن تكون فرصة للطرف الضعيف أن يعدل شرطاً من الشروط .

أما الشرط التعسفي فهو شرط وارد في العقد المراد إبرامه يغطي في مضمونه جميع المسائل المتعلقة به، أو يقتصر على بعض منها أي أنه لا يعتبر عقداً حقيقياً قائماً بذاته³.

¹ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 95، 96.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، بيروت، 2007، ص 453.

³ عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص 121.

الفرع الثاني: صور الشروط التعسفية

يعتبر تعدد وتنوع الوسائل والطرق المستخدمة في تحديد الشروط التعسفية من أهم النتائج الايجابية المترتبة على التعامل المباشر مع الشروط التعسفية،¹ لذلك اختلفت التشريعات حول التقسيمات، هناك من قسمها حسب الشروط التعسفية بذاتها أو بحكم استعمالها (أولاً)، وهناك من قسمها كل تشريع حسب تقسيمه (ثانياً).

أولاً: الشروط التعسفية بذاتها أو بحكم استعمالها

بالنسبة للنوع الأول الشروط التعسفية بذاتها تظهر حالة التعسف فيها في مرحلة تكوين العقد أي عند ادخالها في العقد، مثل الشرط الذي يدرجه رب العمل في النظام الداخلي للمؤسسة، أو يفرض بمقتضاه غرامات مالية باهظة على العامل الذي يرتكب خطأ أثناء تأديته للعمل، أو بمناسبة العمل حتى ولو كان الخطأ المرتكب بسيطاً فيعد مثل هذا الشرط تعسفياً، لأن هذه الغرامات لا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه العامل، ومبرر التدخل في استعمال الحق وقواعد العرف والعدالة والإنصاف.²

بالنسبة للنوع الثاني من الشروط التعسفية فصفة التعسف لا تظهر فيه عند إدراجه بالعقد ولكنها تظهر في تنفيذ العقد وفيه يعفى المنتج من مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية، وطبقاً لنص المادة الثانية من المرسوم الصادر في 1978/03/24 فإن عقود البيع المبرمة بين البائعين المحترفين والمستهلكين، يجب أن لا تحتوي على الشروط التي يكون موضوعها أو هدفها الاعفاء أو الانقاص من التعويض المستحق للمستهلكين في حالة تخلف المستهلك عن الوفاء بأحد التزاماته.³

ثانياً: التقسيمات الأخرى للشروط التعسفية

نتطرق إلى تقسيم الشروط التعسفية من خلال التشريع الألماني (1)، ثم تقسيماتها في التشريع الفرنسي (2).

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي: عقود الاذعان عقود الاستهلاك، دار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص136.

² هانية محمد علي فقيه، مرجع سابق، ص188.

³ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص197.

1- تقسيم الشروط التعسفية في التشريع الألماني:

قسم المشرع الألماني الشروط التعسفية الباطلة إلى قسمين على أساس قابليتها للتقويم أم لا، أي أنه حاول التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون أي دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي فيما يخص بعض الشروط المسماة (الشروط السوداء) وما بين سلطة رقابية للقضاء على طائفة من الشروط المسماة (شروط رمادية).

أ- القائمة السوداء: يشمل القسم الأول وهو القائمة السوداء 8 أصناف من الشروط الممنوعة وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المهني وخصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبررا أو في تعديله، أخذ في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف ومبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد، وبفسخه وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إن لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة¹.

ب- القائمة الرمادية: يشمل 10 أصناف من الشروط التعسفية الباطلة والتي لم يعط القانون امكانية لتقويمها وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفي ثمنها من خلال مدة 4 أشهر باستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير².

2 - تقسيم الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي:

إذا كان الواقع العملي يؤكد أن الوضع في القانون الفرنسي يعكس علاقة تناغم وتكامل ويبد وذلك جليا إذ علمنا مدى اهتمام المشرع والقضاء والحكومة بالتوصيات الصادرة

¹ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومه، طبعة 2، الجزائر، 2010، ص 20 .

² -----، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة) في القانون الفرنسي دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص 236.

من لجنة الشروط التعسفية، حين تناول هذه الجهات الاستفادة من توصيات اللجنة بشكل يجعل هذه التوصيات تتمتع بقيمة قانونية كبيرة¹.

أ- منع الشروط التعسفية بموجب مرسوم:

أجازت المادة 132-2/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي اصدار الحكومة لمرسوم بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية تحديد أنواع من الشروط واعتبارها شروطا تعسفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معا بوصف هذه الشروط التعسفية الغير مشروعة يجوز ابطالها لمخالفتها لنص قانوني، ومنذ بدء العمل بنظام المراسيم في عام 1978 والذي نص على 3 أنواع من الشروط التعسفية لم يلبث مجلس الدولة وأن ألغى واحدا منها، مما جعل الكثير من الفقهاء يحكم على هذا النظام يشبه الفاشل.

ب- إيراد قانون الاستهلاك لملحق بقائمة محددة بالشروط التعسفية:

في عام 1995 أضاف المشرع الفرنسي ملحق بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية إذا توافرت فيها العناصر الثلاثة السابقة وهي قائمة مستوحاة من التعلية الأوربية عام 1993، وقد جاءت شاحبة على حد تعبير الأستاذ CoLois- AuLog، أنها من جهة تفتقر للقوة الالزامية التي تتميز بها المراسيم وأنها من جهة أخرى تحمل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي للشروط².

ج- التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية:

أنشئت هذه اللجنة في 10 جانفي 1978 الذي ترتب عليه ميلاد هذا الجهاز الاستشاري المختص بإصدار توصيات بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية التي يدرجها التجار في عقود الاستهلاك³.

ويوجد بين يدي هذه اللجنة جميع نماذج الاتفاقيات والعقود التي اعتاد المحترفون عرضها، على غير المحترفين والمستهلكون، ويجوز أن يرفع الأمر إليها إما من الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين وإما من المحترفين كما يجوز لها ذلك من تلقاء نفسها، وبناء على ذلك يجوز لها أن توصي بحذف أو تعديل

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص136.

² محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص141-143.

³ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص145.

الشروط التي تمثل طابعا تعسفيا، غير أنه ليس لهذه التوصيات أية قوة إلزامية رغم نشرها وإن كانت تشكل ضغطا نفسيا على المحترفين الذين لا يتعرضون لأية عقوبة كانت في حالة مخالفتهم لها¹.

ويبدو أن المشرع الجزائري اتبع نفس الأسلوب حين ذهب في نص المادة 29 من القانون 04-02 إلى ذكر 8 أنواع من الشروط التي اعتبرها تعسفية وذلك في العقد بين المستهلك والبائع، مما يوحي أن المشرع خرج عن خطابه العام في النصوص السابقة من نفس القانون والتي كان يذهب فيها إلى بسط الحماية من الشروط التعسفية إلى المحترفين بينما قصرها هنا على العقود التي يكون أطرافها المستهلك والبائع².

ويمكن القول أن المشرع الجزائري أخذ بمنهج المشرع الألماني بوضعه للقائمة السوداء.

الفرع الثالث: عناصر الشروط التعسفية

حماية المستهلك من الشروط التعسفية يقتضي أن يتعلق الأمر باتفاق أو اتفاقية بين البائع والمستهلك تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة أو أن يكون الشرط مكتوب أو أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد أو أن يكون أحد الأطراف العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا أو أن يكون المجال عقد استهلاك، وبالتالي يمكننا دراسة أو تقسيمها حسب التشريع الجزائري و الفرنسي.

أولا: عناصر الشروط التعسفية حسب التشريع الجزائري

تتجلى عناصر الشرط التعسفي حسب ما ذهب إليه المشرع الجزائري فيما يلي:

1- اتفاق أو اتفاقية بين البائع والمستهلك يهدف بيع سلعة أو تأدية خدمة:

إن تعريف العقد بأنه اتفاق هو أمر درج عليه المشرع الجزائري، ويقصد بالاتفاق توافق إرادتين فأكثر وهو يستلزم وجود شخصيين على الأقل مستقلين عن بعضهما³.

وهما المهني والمستهلك هنا، تمييز العقد عن التصرف بإرادة منفردة والاتفاق يستلزم تباين مصالح أطرافه، وهذا التباين لا يعني وجود نزاع بل يكفي أن يكون مبدئيا، لتحقيق

¹ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 31.

² نفسه، ص 98.

³ محمد عماد الدين عياض، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسة دراسة على ضوء قانون 02/04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع الحقوق، قانون خاص، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006، ص 153.

مصلحة أحد الأطراف مغايرا لمصلحة الطرف الآخر، وهو أمر محقق بلا شك في علاقة المستهلك بالمهني.

وعموما فإن هذا العنصر يعكس لنا مفهوم عقد الاستهلاك باعتباره عقد (اتفاق أو اتفاقية) بين المهني والمستهلك يقتني بموجب هذا الأخير سلعا من البيع أو يستفيد من خدمات عرضت، وبذلك فإن العنصر الأول من عناصر الشروط التعسفية فهو ضرورة أن يتعلق الأمر بعقد الاستهلاك¹.

2- أن يكون الشرط مكتوب:

ويستخلص هذا الشرط صراحة من قوله (حرر مسبقا) وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهه، فإن المقصود هنا ليس جميع عقود الإذعان، بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة، وأكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهه.

والمقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب شراء الفاتورة، سند ضمان.

3- أن يكون أمر طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا:

أثارت مسألة الحماية من الشروط التعسفية إشكالا يتمثل في وجوب قصر هذه الحماية على بعض الأشخاص أم يجب أن يستفيد منها أي شخص يمكن أن يتضرر من الشرط التعسفي؟ وبالتالي اختلفت التشريعات حول ذلك فيوجد اتجاهات مضيقة وأخرى موسعة، فالاتجاهات الموسعة كالقانون الألماني الذي يذهب بموجب قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد إلى عدم قصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلكين². أما القانون الانجليزي لم يذهب إلى حماية المستهلكين فقط، كما لم يقصر الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان.

وفي مقابل التشريعات الموسعة في مجال حماية الشروط التعسفية من حيث الأشخاص هناك تشريعات ضيقة من هذا المجال كالمشرع الأوروبي لم يتوان في سن تعليمية خاصة في

¹ محمد عماد الدين عياض، مرجع سابق، ص 153، 154.

² محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 86، 87.

1993/4/5 تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، مما يجعل هذه الحماية تتصرف للمستهلكين فقط.

أما موقف المشرع الجزائري فقد جاء موافقا للاتجاه الأول عند إصداره للقانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي رأى أن يضع فيه نظاما عاما للحماية من الشروط التعسفية يهتم بحماية المستهلك والعون الاقتصادي على حد سواء من تعسف العون الاقتصادي¹.

4- أن يكون الشرط سبب في الاختلال الظاهر لتوازن العقد

وفقا لنص المادة 5/2 من القانون 02-04 فإن المعيار الشرط التعسفي يتمثل في الاختلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق والتزامات طرفي العقد، وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والذي نقله بدوره عن التعلية الأوروبية لسنة 1993².

وأخيرا فإن الشروط المعتبرة تعسفا هي تلك الشروط التي يكون موضوعها أو حتى نتيجتها أن تخلق-على حساب المستهلك عدم توازن بين الحقوق والتزامات أطراف العقد³.

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي حسب التشريع الفرنسي

من خلال مراجعة وفحص النصوص السابقة تسمح بالقول أن الاعتبار شرط ما تعسفا ضرورة توافر ثلاثة عناصر هي:

1- أن يكون مجال الشرط عقد الاستهلاك: يجب أن يتعلق الأمر بشرط أدرج في العقود المبرمة بين المحترفين و المستهلكين وفي نماذج الاتفاقات التي اعتاد المحترفون عرضها على المستهلكين.

وبالتالي قد أثار قانون 1978 مشكلة تحديد مفهوم كل من المحترف والمستهلك، فمفهوم المحترف واجهه الكثير من الصعوبات بوصفه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتصرف في إطار اعتيادي ومنظم لنشاطات الانتاج والتوزيع أو أداء الخدمات، ولكن أكبر

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 87-89.

² أحمد بورزوق، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، شريعة وقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/2014، ص 84.

³ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 104.

عقبة واجهها الفقه هي تحديد لمفهوم المستهلك أو غير المحترف وبالتالي جاءت 3 اتجاهات الموسع وضيق ولكن الأرجح هو الوسيط الذي يرى بأن المستهلك الذي ينبغي أن يستفيد من القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية ويحصل على مال أو خدمة لغير الاستعمال المهني¹.

2- أن يكون الشرط مكتوب: إن النظام الذي جاء به قانون الاستهلاك يطبق على جميع الشروط التعاقدية مادامت مكتوبة، بغض النظر عن الركييزة التي تظهر عليها فقد تظهر مثلا في: وصلات طلب الشراء والفواتير أو وصلات الضمان.

ويتضح من نصوص قانون الاستهلاك، ان النظام المأخوذ به وضع أساسا للشروط التي تتضمنها الشروط العامة المعدة سلفا، والتي لا تكون موضوع تفاوض وبالتالي فإذا كان هناك شرط محلا لمفاوضة، فإنه نادرا ما يقضي باعتباره تعسفيا².

3- أن يكون الشرط سبب في الاختلال الظاهر لتوازن العقد:

إن المادة 132- 5/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي تذهب للقول أن الطابع التعسفي للشرط يقدر بالاستناد وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وكذا بالنسبة لشروط الأخرى للعقد، وإذا تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامه، فإن ذلك يتم استنادا للمعيار الشخصي مع الاخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظروف إبرام العقد وبالتالي نستند إلى طريقة مجردة إذا كان أو وقع التقدير على الطابع التعسفي وللشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين³.

المطلب الثاني: معايير الشروط التعسفية

إن المعايير المعتمدة لتحديد صفة التعسف تطورت بتطور المفهوم التشريعي للشرط التعسفي فإذا كان المشرع الفرنسي تبنى حسب قانون رقم 23/78 الصادر في 10-01-1978 توفر عنصرين حتى يكون الشرط تعسفيا، وهما تعسف المهني في استغلال النفوذ الاقتصادي وحصوله من جراء ذلك على ميزة فاحشة فإنه تخلى في القانون رقم 96/95

¹ محمد بودالي، مرجع سابق، ص 23، 24.

² محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 103، 104.

³ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 240، 241.

الصادر في 01-02-1995 عن عنصر تعسف النفوذ الاقتصادي لفائدة معيار آخر وهو أن يؤدي الشرط المدرج في العقد إلى عدم توازن شاسع بين حقوق والتزامات الطرفين¹. وتتمثل هذه المعايير في التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (الفرع الأول)، معيار الميزة الفاحشة أو الميزة المفرطة (الفرع الثاني) ومعيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

اتسم هذا المعيار بالغموض وعدم الثقة ذلك أن المحترف يستخدم قوته الاقتصادية من أجل الحصول على الميزة المفرطة²، وبالتالي جاءت عدة تشريعات منها الفرنسي والجزائري، فالتشريع الفرنسي حسب قانون 1978 انه قد تم التخلي عن هذا المعيار لكن عبر عنه المشعر بمعيار آخر وهو عدم التوازن الظاهر ولكن سبب العدول هو عدم ملائمته للتعريف الموضوع من قبل التوجيه الأوربي، الذي يورد هذا المعيار في تعريفه للشرط التعسفي³.

بالنسبة للدول أو التشريعات العربية والتشريع الجزائري، فالتشريعات العربية التي تصدت للشروط التعسفية التي ترد في العقود الإذعان الحرية المطلقة للقاضي للنظر في طبيعة الشرط التعسفي محل النزاع، دون أن تقيده بأي ضابط سوى ضرورة مراعاته لمقتضيات العدالة أما المشعر الجزائري تولى تعريف الشرط التعسفي في القانون 04-02 لسنة 2004 المتعلق بالممارسات التجارية بموجب المادة الثالثة في فقرتها الخامسة بقولها: "شرط التعسفي كل شرط أو بند بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، وبالتالي من خلال التعريف يمكننا معرفة المعيار المعتمد منه وهو معيار التفوق الاقتصادي لفرض الشرط التعسفي معتمدين في ذلك على ما أورده المشعر الفرنسي⁴.

وأمام هذا الغموض حاول الفقه البحث عن المقومات والعناصر التي تكشف القوة الاقتصادية للمحترف، فذهب رأي أول إلى أن المؤشر على السلطة أو القوة الاقتصادية

¹ مولود بغدادي، مرجع سابق، ص 45.

² محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 128، 2007.

³ أحمد رباعي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرضه الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 05، الجزائر، شلف، ص 356.

⁴ أحمد رباعي، مرجع سابق، ص 357-359.

لمحترف يتجلى منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم وهو كاف لاعتبار هذا الشرط باطلاً، وذهب رأي ثاني إن التعسف يأتي من الوضع المسيطر، والذي ينجر بدوره من حصول المهني على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها، لان التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق المنافسة يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة وذهب رأي ثالث إلى التشكيك في جدوى هذا المعيار، على أساس السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح للمهني من فرض الشروط التعسفية على المستهلك.

من أهم الانتقادات التي يمكن توجيهها إلى معيار إساءة استعمال النفوذ الاقتصادية تكمن في كونه لا يتناسب مع منهجية التعامل المباشر مع الشروط التعسفية، وما تقتضيه هذه المنهجية من التركيز على العناصر الداخلية لهذه الشروط، لذلك وجدت العديد من التشريعات ضالتها المنشودة في فكرة التوازن العقدي كوسيلة موضوعية يمكن الاستناد لها عند وضع تعريف محدد للشروط التعسفية¹.

الفرع الثاني: الميزة الفاحشة التي تحمل عليها المهني

قد يثور أن الميزة الفاحشة التي حصل عليها المهني بمناسبة التعاقد، تتعلق بالثمن أو أنها ذات طابع مالي ولكن يبدو أن الحقيقة غير ذلك، يعتبر أن الميزة الفاحشة التي تكون نتيجة أعمال الشروط التعسفية، يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي في مجال الحقوق والتزامات ظرفيه، وبهذا يقترب من الغبن لكن الاختلاف يظهر بينهما في المحل الذي يقع عليه التعسف².

حيث ينصب الغبن على الثمن بينما ينصب في الشروط التعسفية على شروط العقد، فإذا تعلق الميزة الفاحشة بالشرط المعني بمبلغ الثمن في العقد، فهنا تكون الميزة ذات طابع مالي بشكل مباشر، وهناك شروط تعسفية تتعلق بجوهر الشيء أو التسليم أو عبء المخاطر وشروط التنفيذ إذن ليس ذات طابع مالي بشكل مباشر بالضرورة في جميع الأحوال³. ذهب المشرع الفرنسي إلى تحديد الطابع التعسفي للشرط من خلال ما يحصل عليه المهني من نتيجة، فلا يعتبر الشرط تعسفياً إلا إذا منح هذا الأخير ميزة فاحشة غير أنه لم يحدد رقماً

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 110.

² سارة قنطرة، المسؤولية المدنية للمنتج وأثرها في حماية المستهلك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2016/2017، ص 63.

³ سارة قنطرة، مرجع سابق، ص 63.

معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معيناً، ولذا فإن هذا المعيار لا يصلح بمفرده كمعيار لتحديد وصف الشرط التعسفي نظرا لعدم وضوحه، وعدم تحديده برقم معين¹، أما في القانون الجزائري فتسمح القائمة المدرجة في المادة 29 بالقول بأن هناك اقتراض للطابع التعسفي للشروط الثمانية، وبالنتيجة فإن المتعاقد المضرور يعفى من إثبات الطابع التعسفي للشرط إذا كان من قبيل الشروط المحددة في المادة 29، أما إذا تعلق بشروط أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في المادة السابقة، فإن المتعاقد المضرور يقع عليه إثبات الطابع التعسفي للشرط وفق للقاعدة الثبوتية البينة على من أدعى².

الفرع الثالث: معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والمهني

ذهب المشرع الفرنسي إلى تحديد الطابع التعسفي للشرط من خلال ما يحصل عليه المهني من نتيجة، فلا يعتبر الشرط التعسفي إلا إذا منح هذا الأخير ميزة فاحشة، غير أنه لم يحدد رقم معيناً تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدا معيناً، ولذلك فإن هذا المعيار لا يصلح بمفرده كمعيار لتحديد وصف الشرط التعسفي نظرا لعدم وضوحه، وعدم تحديده رقم معين³.

ولتأكيد هذا الاختلاف بين فكرة عدم التوازن الظاهر، وفكرة الغبن حرص المشرع الفرنسي إلى إضافة الفقرة 7 إلى المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي نصت على إن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة.

¹ فضيلة سويلم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل الماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011، ص 91.

² أحمد بورزوق، مرجع سابق، ص 78.

³ فضيلة سويلم، مرجع سابق، ص 92.

المبحث الثاني

مجالات الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك

إذا كانت أغلب العقود تتم شفاهة فإن العقود المهمة بالنسبة للمستهلك التي تستدعي دفع مبالغ مالية معتبرة من طرفه وتهم مستقبله تكون في الغالب في الدول المتطورة في شكل عقود نموذجية محررة من طرف المحترف أو من طرف منظمة ينتمي لها ذلك المهني، تشمل هذه العقود جملة من الشروط المحررة مسبقا من طرف المحترف ليوافق عليها المستهلك أو الأصح ينضم إليها¹.

نص القانون المدني الجزائري المادة 110 إلى 112 على الشروط التعسفية ولكنه ربطهما دوما بعقد الإذعان (المطلب الأول) حماية المستهلك من الشروط الجزائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان وطبيعته القانونية

سنتطرق في هذا العنصر إلى مختلف التعاريف الواردة بشأن عقود الإذعان وكذا إلى تبيان خصائصه وصوره وتشمل كذلك إلى طبيعته القانونية التي اختلف الفقهاء حول طبيعتها.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

عقود الإذعان هي صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على استخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة فيه وبالتالي سنتطرق (أولا) إلى التعريف والخصائص و(ثانيا) إلى صورته.

أولا: تعريف عقد الإذعان وخصائصه

سنتطرق إلى تعريف عقد الإذعان (1)، ثم خصائصه (2).

1- تعريف عقد الإذعان: يعرف عقد الإذعان على أنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة، يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة

¹ مريم بوحظيش، ابتسام عمار، حماية المستهلك في الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون أعمال، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تخصص قانون أعمال (النظام القانوني للاستثمار)، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2016/2015، ص42.

أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار قانوني، أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها أي أن المتعاقد الذي يرغب الدخول في العقد، يذعن للشروط الموضوعية فيه بصورة مسبقة فله إما القبول أو الرفض¹.

2- خصائص عقد الإذعان: يتميز عقد الإذعان عن غيره من العقود المعتادة بعدة مميزات أهمها:

- أ- **شمول وعموم الإيجاب والاستمرارية:** فالإيجاب في عقد الإذعان إيجاب عام يوجه الى الجمهور وباب القبول مفتوح بصفة مستمرة.
- ب- **حتمية الإيجاب** فيتوجب على محتكر الخدمة أو السلعة أن يقدم الخدمة لمن يطلبها من الجمهور ويجب أن ينشر هذا الإيجاب بحيث يكون في وسع الجمهور أن يطلع عليها .
- ج- **القبول عقد الإذعان** فهو مجرد تسليم بشرط الموجب وإذعان لإرادته.
- د- **تفاوت القوة الاقتصادية بين الموجب والمقبل:**

ثانياً: صور عقد الإذعان

عقود الإذعان بمفهومها الواسع لا تقتصر على العقود المكتوبة فقط، وإنما يلحق وصف الإذعان في العقود التي تتم شفاهة، فمن خلال هذا الكلام يتوجب علينا شرح المقصود بالعقود النموذجية وعقود التجارة الالكترونية والعديد من الصور الأخرى².

1- عقود النموذجية:

ينبغي عدم الخلط بين عقود النموذجية وعقود الإذعان، فالعقد النموذجي ليس بالضرورة أن يكون من عقود الإذعان إلا أنه يمكن اعتباره وسيلة من وسائل إبرام عقود الإذعان لاسيما من المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، وبالتالي يعرف العقد النموذجي بأنه مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة، وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلاً، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد

2- العقد التجاري الالكتروني (عقد التجارة الالكترونية): العقد الالكتروني مجاله التجارة الالكترونية وهي كافة الأنشطة التجارية للمنتجات والخدمات التي تتم باستخدام تكنولوجيا

¹ هانية محمد علي فقيه، مرجع سابق، ص14.

² مريم بوحظيش، إبتسام عمارة، مرجع سابق، ص57.

المعلومات وعبر شركة اتصال دولية، وباستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات لتنفيذ عمليات التجارية، سواء تمت بين الأفراد والهيئات أو تمت على المستوى المحلي أو الدولي. وكأثر للواقع الإلكتروني لا يتمكن المستهلك من مناقشة شروط العقد وبحثها بحرية بحيث يكون في مركز متساوي مع المهني (المحترف) الذي ينفرد بتحديد شروط العقد استناداً إلى تفاوت مركز الاقتصادي والمعلوماتي بدرجات تنبئ عن تفاوت ملموس وشاسع بينه وبين هذا المستهلك والإيجاب الصادر بخصوص التجارة الإلكترونية يتضمن شروط العقد ككل ولا يخول المستهلك إلا القبول المذعن إذا ما أراد أن يتم العقد¹.

3- عقود الاشتراك في الخدمات العامة: وذلك كالاشتراك في شركات المياه والكهرباء والهاتف والشبكة العالمية (الانترنت)، أما عن كيفية الانعقاد تعرض شركة مقدمة الخدمة سواء كانت عامة أو خاصة الخدمة (الإيجاب) للجمهور بشروط تخفف مسؤوليتها-للشركة- وتشدّد المسؤولية على القابل، بحيث لا تقبل مساومة في السعر أو مناقشة من الشروط ولا يكون من القابل إلا أن يوقع دون أدنى مناقشة².

4- الإذعان في عقود التأمين: من خلال التعريفات التي تعرضنا عليها فإنه من البديهي اعتبار عقد التأمين من عقود الإذعان بالتسمية للمستأمن، فهو الطرف الذي لا يملك مناقشة الشروط التي يملئها المؤمن وترد مطبوعة بالوثيقة، ومعرضة على الناس كافة، فالتأمين عقد لا يتم إلا بتوافق الإيجاب والقبول إلا أن المستأمن ليس بوسعه المساومة أو المفاوضة وكل ما له قبول الشروط النمطية التي يملئها المؤمن أو رفضها، ويترتب على اعتبار التأمين من عقود الإذعان توفير حماية واسعة للمستهلك المستأمن من تعسف المؤمن³.

5- العقود الحصرية: إن العقود الحصرية أو الوكالة الحصرية لا تكون غالباً في نفسها من عقود الإذعان حيث يكون عقد الإذعان بعد ذلك بين صاحب امتياز العقد الحصري والمتعاقدين معه ومن أمثلتها: العقود مع المستشفيات التي تحتكر أجهزة خاصة، وعقود السلع التي تستوردها الدولة أو تصنعها وتمنع غيرها من استيرادها أو تصنيعها، أو أعطت الدولة وكالة لجهة معينة لاستيراد سلعة تمنع غير الوكيل من استيرادها، أو الوكالة التي

¹ مريم بوحظيش، إبتسام عمارة، مرجع سابق، ص 57-59.

² منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة، جامعة الإسلامية غزة 2008/1429 ص 67.

³ مريم بوحظيش، إبتسام عمارة، مرجع سابق، ص 60.

تعطيها شركة كبيرة لها في بلد، تعطيه امتيازاً لا يستورد إنتاجها ويسوقه في بلد غيره فيكون احتكاراً للسلعة¹.

6- **عقد النقل:** عقد النقل هو عقد يلتزم بمقتضاه شخص مقابل فإن ينقل شخصاً أو بضاعة من مكان لآخر وله 3 أنواع (النقل البري والبحري والجوي).

7- **عقد العمل:** تعد عقود العمل من عقود الإذعان وذلك لأسباب الآتية:

- يكون عقد العمل على نمط واحد لجميع العاملين بمثابة إيجاب ينقاد إليه الطرف الآخر.
- كما أن الوظيفة في الحكومة أو المؤسسات العامة تحكمها لوائح عامة، تسري على جميع العاملين دون أي اعتراض من أحدهم.
- عدم التكافؤ من الناحية المالية والاقتصادية عند التعاقد، بحيث ينقاد العامل طالب العمل في الحكومة أو المؤسسات العامة أو الشركات إلى العقد وقبول جميع شروط صاحب العمل دون اعتراض وإلا تعرض للبطالة.

8- **العقود التي تجريها البنوك:** تتبع البنوك من حيث الموضوع أسلوباً واضحاً في النماذج المصرفية كالعقود وغيرها من حيث الشكل والموضوع بحيث تكون العلاقة واضحة بين أطراف التعامل بعيدة عن اللبس والغموض وتصاغ بطريقة يسهل تفسير شروطها وتوضح ما يصبو إليه أطرافها في تعاملهم بطريقة قانونية مبنية على النظم التجارية والأعراف أما من حيث الشكل فلها شكل خاص تتبعه كافة المصارف ذات آثار خاصة كالتعامل بالأوراق التجارية وغيرها وتعتمد كافة البنوك من كافة نماذجها على أسلوب موحد قد يصفها البعض بأنها عقود إذعان رغم توضيحها لحقوق وواجبات كل من البنك وعملائه².

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

وقد كانت الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سبباً في اختلاف الفقهاء حول طبيعة العقد، فذهب الرأي الأول إلى إنكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان (النظرية الغير التعاقدية أو اللائحية (أولاً) أو ذهب الرأي الثاني إلى تصرفات الإذعان تعتبر عقداً بالمفهوم القانوني ومن ثم تخضع لما تخضع له من أحكام النظرية التعاقدية (ثانياً)³.

¹ منال جهاد أحمد خله، مرجع سابق، ص 74.

² مريم بوحظيش، إبتسام عمارة، مرجع سابق، ص 63.

³ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 13.

أولاً: إنكار الصفة التعاقدية لعقد الإذعان (النظرية الغير تعاقدية أو اللائحية)

ذهب الفريق الأول وكما هو معلوم هو عبارة عن توافق إرادتين عن حرية واختيار أما عقود الإذعان فهي ليست عقوداً حقيقية لأن القبول فيها مجرد إذعان ورضوخ¹. ومن أنصار هذا الفريق على رأسهم الأستاذ سالي وتبعه في ذلك فقهاء القانون العام ينكرون أن عقد الإذعان ذو طبيعة أو صبغة تعاقدية، وبالتالي فإن عقد الإذعان أقرب إلا أن يكون قانونياً أو تنظيمياً يشبه قرارات السلطة العليا ولهذا فعقد الإذعان يبقى ملزم، ولكن ليس في كل الشروط ويحق للقاضي التدخل لإبطال الشروط التعسفية ومنافياً لعدالة العقد².

ثانياً: النظرية التعاقدية لعقد الإذعان

أما غالبية الفقهاء فقد أخذت بالنظرية التعاقدية لهذا العقد على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية، وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن فإنه لا يبلغ حد الإكراه، الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده.

وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي وصحيح، استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة³.

المطلب الثاني: حماية المستهلك من الشروط الجزائية

يعتبر الشرط الجزائي من أهم الشروط التي قد تتضمن تعسف غالباً ما يستخدم المهنيون الشرط الجزائي، نظراً لما يتمتعون به من نفوذ اقتصادي، وذلك بغية الحصول على مزايا فاحشة بفرض تعويض اتفاقي فاحش على المستهلكين وبالتالي فالقاضي هو من يقوم بتقدير التعويض على الإخلال بالمسؤولية إذ لم يكن ذلك محدد بموجب قانون، كما أن الأطراف لهم الحرية في الاتفاق على مقدار التعويض للدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخر في تنفيذ التزامه وذلك للحد من السلطة التقديرية للقاضي⁴.

¹ رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، بيروت، 2016 ص 202.

² يسمينة مندي آسيا، النظام العام والعقود، مكملة لشهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2008/2009، ص 29.

³ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 14، 15.

⁴ مريم بوحظيش، إبتسام عمارة، مرجع سابق، ص 67.

وبالتالي سنتناول ماهية الشرط الجزائي (الفرع الأول)، ودور القاضي في مراجعة الشرط الجزائي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية الشرط الجزائي

نتطرق إلى التعريف الفقهي والقانوني (أولاً)، وإلى الأغراض والشروط إعمال الشرط التعسفي (ثانياً).

أولاً: التعريف الفقهي والقانوني للشرط الجزائي

عرف المشرع الفرنسي في نص المادة (1226) من القانون المدني الفرنسي الشرط الجزائي على أنه (ذلك الذي بموجبه يحدد الفريقان المتعاقدان بذاتهما وبصورة جازمة مقدار الأضرار المتوجبة الأداء في حال عدم التنفيذ)، وكذلك في نص المادة (1229) بأنه "تعويض الدائن عن الأضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي"، وقد انتقد التعريف الأول بأنه عام وناقص واقتصر في حالة عدم التنفيذ، وانتقد التعريف الثاني بأنه قصر التعويض على حالة وقوع الضرر وهذا يخالف المادة (1152) مدني فرنسي¹.

أما المشرع المصري تناول الشرط الجزائي في المادة 223 من القانون المدني المصري بقوله "يجوز للمتعاقدين أن يحدد مقدماً التعويض بالنص عليه بالعقد، أوفي اتفاق لاحق".

فالشرط الجزائي بالنسبة للمشرع المصري في جوهره ليس إلا مجرد تقدير اتفاقي وللتعويض الواجب أداءه، فلا يعتبر بذاته مصدر لوجوب هذا التعويض بل الموجب للتعويض قد يكون العقد أو العمل غير مشروع وحتى يستحق التعويض فلا بد من توافر الشروط اللازمة للحكم بالتعويض وهي الخطأ أو الضرر أو الإضرار²، وأجاز القانون المدني الجزائري بموجب المادة 183 مبدئياً للمتعاقدين أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، وفي الاتفاق لاحق والذي اصطلح على تسميته بالشرط الجزائي وهو التزام تابع، لا التزام أصلي.

¹ محمد بن عمر العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصول، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، 1465/1426هـ، ص 13، 14.

² سلمة بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص 117، 118.

وعليه فإن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض وهي الخطأ والضرر والإعذار، حيث نصت المادة 1/184 قانون المدني الجزائري صراحة على وجوب وقوع الضرر الاستحقاق الشرط الجزائي.

ولما كان إيراد الشرط الجزائي يؤدي إلى افتراض وقوع الضرر، فإن الدائن يعفى من إثباته ويقع على المدين إذا دعى أن الدائن لم يلحقه أي ضرر أن يثبت ذلك خلافا للقواعد العامة¹.

بالإضافة إلى التعريف القانوني جاء الفقه بمجموعة تعاريف للشرط الجزائي فقد عرفه بعض الفقه العربي بأنه: "اتفاق يقدر فيه المتعاقدان سلفا التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو تأخر في تنفيذه".

وفي مقابل الفقه العربي فإن بعض الفقهاء الغربيين عرفوه "بأنه ذلك الشرط الذي يفرض على الشخص ضرورة أداء مبلغ أو شيء كجزاء لعدم قيامه بتنفيذ التزامه أو لتأخره في تنفيذه ويستخلص من هذا التعريف أن الفقه مجمع على أن الشرط الجزائي ما هو إلا تعويض وهذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام الشرط الجزائي في الباب الخاص بالتنفيذ بطرق التعويض²، كما يستنتج أيضا من هذه التعاريف أن الشرط الجزائي يكون مقررا لعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التأخر في التنفيذ أو يكون التنفيذ معيبا"³.

ثانيا: الأغراض والشروط أعمال الشرط التعسفي

بالنسبة للأغراض التي يستهدفها المتعاقدان من الشرط الجزائي يقصد المتعاقدان عادة بالشرط الجزائي تجنب تحكم القضاء وتدخل أهل الخبرة في تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن إذا أخل المدين بالتزامه على أن هذا الغرض قلما أن يتحقق إذ سيكون دائما لأحد الطرفين مصلحة في المنازعة في مقدار التعويض المتفق عليه ويقصد به التحايل على أحكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير.

أما شروط أعمال الشرط الجزائي لما كان المقصود بالتعويض الاتفاقي أن كل محل التعويض القضائي فإنه يتعين لأعمال الشرط الجزائي توافر شروط استحقاق التعويض وهي

¹ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 64، 65.

² محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 66.

³ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 119.

الخطأ والضرر وعلاقة السببية وأخيرا الاعذار في الحالات التي يكون فيها واجبا (223-225) مدني 266 و 267 موجبات¹.

الفرع الثاني: دور القاضي في مراجعة الشرط الجزائي

هل المعايير التي اعتمدها القاضي للقول بأن القيمة التي وقع فيها المتعاقد الضعيف (المستهلك) فاحشة أم أنها معقولة؟²

وبالتالي سنعالج معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي (أولا)، ثم حالة التنفيذ الجزئي (ثانيا).

أولا: معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي

للقاضي أن يستهدي في تقرير ما إذا كانت العقوبة المسلطة على الطرف الضعيف فاحشة بإحدى المعيارين:

1- المعيار الموضوعي: يلجأ القاضي ووفقا لهذا المعيار إلى المقارنة بين الضرر الحاصل فعلا والجزاء المنصوص عليه في العقد في تقدير الصفة الفاحشة جدا والتي لا يمكن أن تقدر إلا من خلال المقارنة بين الضرر الفعلي اللاحق بالدائن ومبلغ التعويض المنصوص عليه، فالضرر الحقيقي هو بمثابة المؤشر الذي يجب أخذه في الاعتبار.

فالصفة الفاحشة تتنافى مع قواعد العدالة والمعني بها هو المستهلك بالدرجة الأولى كونه في موقف الضعيف المضطر وبالرجوع إلى نص للمادة 184 القانون المدني الجزائري يبدو أنه أخذ بالمعيار الموضوعي ككونه المادة المذكورة تمنح للقاضي سلطة تخفيض قيمة الشرط الجزائي إذ أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه أو أن الدائن لم يصبه أي ضرر³.

2- المعيار الشخصي: يقصد به الرجوع إلى الظروف الشخصية والصعوبات التي يتحملها المدين بالتنفيذ للالتزام الرئيسي كما له أن يلجأ إلى سوء نية الأطراف، وهناك اتجاه قضائي فرنسي، يعتد بوضع المدين وظروفه إضافة إلى مبادئ العلاقة العقدية والعادات.

¹ أنور سلطان، المبادئ القانوني العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص361.

² سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص122.

³ مولود بغدادي، مرجع سابق، ص 94.

المادة 185 القانون المدني الجزائري: "إذ جاوز الضرر قيمة التعويض فلا يجوز للدائن ان يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا تبين المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيماً"¹.

ثانياً: حالة التنفيذ الجزئي

قد ينفذ المستهلك جزء من التزامه الأصلي اتجاه المهني، ورغم ذلك يجبر على دفع قيمة الشرط الجزائي كاملة وهذا ما يتنافى مع العدالة تكمن في تخفيض قيمة الشرط بقدر ما ينفذ من التزام المستهلك، وهذا ما دفع المشرعين إلى محاولة توفير بعض الحماية لهذا المتعاقد الضعيف، ففي حالة عدم التنفيذ الجزئي للالتزام فإن القاضي يملك طبقاً للقانون أن يقوم بإجراء تخفيض للمبلغ في حدود ما تم تنفيذه.

وفي الأخير يمكن القول أن الحماية المقرر للمستهلك في حالة عدم تنفيذ الجزئي للالتزام تبدو ذات أهمية كبيرة لأنها تعد بمثابة ردع ضد تعسف المهني الذي قد يجبر الدين على التنفيذ الكامل للشرط، والمستهلك جدير بالحماية في حالة التنفيذ الجزئي².

¹ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص124.

² محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص128.

ملخص الفصل الأول:

من خلال الفصل عرضنا مجمل التعريفات التي وردت بخصوص الشروط التعسفية سواء كانت فقهية أو قضائية لتحديد مفهوم الشروط التعسفية. فيعتبر الشرط التعسفي في مجال الاستهلاك، إذا أحدث اختلال بالتوازن العقدي لأن المستهلك هو الطرف الضعيف تنقصه الدراية والخبرة ما يسمح للمتدخل باعتباره الطرف الأقوى أن يفرض ما يشاء من شروط مجحفة وقاسية على الطرف الآخر الذي يقبل ويذعن لها نظرا لحاجته الماسة إليها.

ولذلك عرضنا كيف عالج المشرع الجزائري الشروط التعسفية من خلال قائمتين الأولى من خلال المادة 29 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والقائمة الثانية من خلال المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

ونص المشرع الجزائري على مختلف الشروط التي تتضمن تعسفا في شتى المجالات، في القواعد التقليدية وكان لعقود الإذعان النصيب الأوفر منها، إلا أنه لم ينشر لا من قريب و لا من بعيد لفكرة الاحتكار سواء في نص المادة 700 من الأمر 58/75 والمتضمن قانون المدني أو في تعريفه لعقد الإذعان في المادة 4/03 من القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية ما دل على أنه أخذ بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان.

فهناك نوع آخر من هذه الشروط يؤدي إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية ولكن تقصر فيها هذه الصفة عند تنفيذ العقد، ومثل هذا الشرط هو عادي، لاكن الإفراط فيه يؤدي إلى الاختلال العقد، ما يتطلب التدخل من أجل الحد من هذا الإفراط ومن أهم هذه الشروط هي الشروط الجزائية.

الفصل الثاني

الإطار التطبيقي لحماية المستهلك من الشروط

التعسفية في عقود الاستهلاك

تمهيد:

في إطار البحث عن توازن العقدي المفقود من جراء أعمال الشروط التعسفية في نماذج العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين وضمانا لحماية مصالح الطرف الضعيف وأمام عجز الوسائل المتاحة لذلك وكذا تقصير العديد من الجهات في توفير الضمان رأى المشرع ضرورة وجود رقابة إدارية وقضائية لاتخاذ إجراء وقائي لمنع ظهور الشروط التعسفية وانتشارها دون الانتظار لوجود نص قانوني يقضي ببطلانها، أو صدور حكم قضائي بذلك.

لقد ارتأيت تقسيم الفصل الى مبحثين، يتناول (المبحث الأول) دور لجنة الشروط التعسفية في حماية المستهلك، أما (المبحث الثاني) نتطرق الى دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

المبحث الأول

دور لجنة الشروط التعسفية في حماية المستهلك

لقد حاول المشرع من خلال القواعد العامة والخاصة توفير الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، غير أن هذه القواعد لم توفر الحماية الكافية لمكافحة الشروط التعسفية ما دفع بالمشرع إلى وضع أجهزة إدارية منها لجنة الشروط التعسفية من أجل الحد من التعسف بعض المهنيين وهذا ما سنحاول تبياناه حيث نتطرق إلى مهام لجنة الشروط التعسفية (المطلب الأول) وتوصيات هذه اللجنة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مهام لجنة الشروط التعسفية

من خلال نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المؤرخ في 2006/09/10 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والشروط التي تعتبر تعسفية، والمادة 1-4/132 من القانون الفرنسي يمكننا التعرف على مهام اللجنة في التشريع الجزائري (الفرع الأول)، ثم في التشريع الفرنسي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مهام لجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري

يمكن استخلاص أهم المهام التي تتكلف بها اللجنة كالاتي:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والشروط ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية.
- يمكن ان تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين¹.
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها²، وزيادة على هذه المهام يوجد مهام أخرى من بينها:

¹ سفيان سولم، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد الرابع، الجزائر، جوان، 2016، ص135.

² المرسوم التنفيذي 306-06 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية جريدة رسمية العدد 56 المؤرخة في 11 سبتمبر 2006 المعدل والمتمم بالقانون 44-08 المؤرخ في 23/02/2008 جريدة رسمية العدد 7 المؤرخة في 10/02/2008.

- تقديم المشورة حيث يمكن لجميع الجهات التي تهتم بالشروط التعسفية سواء الحكومية ممثل في وزارة التجارة أو القضاء تستطيع هذه الجهات الاستعانة باللجنة لإبداء رأيها الاستشاري حول هذه الشروط التعسفية.

- نشر تقرير سنوي عن نشاطها حيث أنها تقوم بنشرها خلال عام والتقرير هذا ينشر في صورة تقرير يتضمن الآراء التي قدمتها مختلف الجهات والتوصيات التي أصدرتها في مجال الشروط التعسفية واقتراحاتها في هذا المجال، مع إصداره بطريقة منظمة ومفهرسة كل عام¹.

الفرع الثاني: مهام لجنة الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي

بالنسبة لمهام اللجنة الشروط التعسفية حسب المشرع الفرنسي فهي:

- إبداء الرأي حول مشروعات النصوص التشريعية المتعلقة بالشروط التعسفية:

يتم طلب استشارة لجنة الشروط التعسفية فيما يتعلق بمشروعات النصوص الخاصة بالشروط التعسفية وطلب الاستشارة إلزامي وفقا للفقرة الثانية من المادة 1-132، أما لطلب استشارة لجنة في مشروعات القوانين المتعلقة بالشروط التعسفية المقدمة من الحكومة فهو اختياري.

- إصدار توصيات إلى الجهات المختصة سواء إلى جمعيات المحترفين أو إلى المشرع نفسه بإلغاء الشروط التي تبدو تعسفية أو تعديلها حسب المادة 4-132 وتقوم بأداء هذه المهمة نتيجة دورها الرقابي المناط بها في فحص نماذج العقود التي ينسج على منوالها عقود الاستهلاك وهذه التوصيات لها قوة إلزامية².

- تقديم المشورة بناء على طلب القضاء: فإذا تعلق الأمر بدعوى حول نزاع يتعلق في اعتبار أحد الشروط التعاقدية تعسفا أم لا في عقود الاستهلاك، يستطيع قاضي الموضوع أن يستعين بلجنة الشروط التعسفية، فيطلب رأيها حول الشرط المتنازع عليه باعتبار أن اللجنة خبيرة بمسألة الشروط التعسفية وله أن يترك للجنة مدة كافية لإبداء رأيها فيما لا يتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ إبلاغها بذلك، وله في حالة الاستعجال ان يحدد مدة أقل من ذلك المادة 6-136.

¹ سفيان سولم، مرجع سابق، ص 135.

² أيمن سعيد سليم، الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 90.

- نشر تقرير سنوي عن نشاطها: وفقا لنص المادة 5-132 فهي تقوم بعمل تقرير سنوي عن نشاطها العام، ولها ان تقترح، إذ اقتضى الحال ذلك، التعديلات التشريعية واللائحية التي تراها مناسبة ويتم نشر التقرير في العادة وهذا التقرير يتضمن ملخصا لمجمل الطلبات والمشاكل التي استقبلتها، والأعمال التي قامت بها، والآراء التي أرسلتها إلى الوزير المختص، أو إلى الجمعيات المحترفين، وهذا التقرير ينشر للكافة، ويصدر بطريقة منظمة ومفهرسة كل عام¹.

المطلب الثاني: توصيات لجنة الشروط التعسفية

تتعقد لجنة مقاومة الشروط التعسفية بصورة دورية من أجل بحث وتحليل الشروط المجحفة والتي يجبر على قبولها المستهلك كطرف ضعيف وبالتالي سنتناول أهم التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية (الفرع الأول)، ثم القيمة القانونية لهذه التوصيات (الفرع الثاني)².

الفرع الأول: أهم التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية

تتمثل أهم التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية فيما يلي:

أولاً: يجوز لهذه اللجنة أن توصي بحذف أو تعديل الشروط التي يمكن ان تكون تعسفية كما لا يمكنها ان تصدر أوامر أو اتخاذ عقوبات في حق المخالفين، ويعتبر قصر سلطاتها على هذا النحو رأي شديد بالنظر إلى أن المشرع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع الشروط، كما ان هذا الاتجاه يتطابق تقاليد وقوانين فرنسا التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة الإدارية لا تتوفر على نفس الضمانات³، وبناء على ذلك يجوز لها أن توصي بحذف أو تعديل الشروط التي تمثل طابعا تعسفيا، غير أنه ليس لهذه التوصيات أية قوة إلزامية رغم نشرها وإن كان تشكل ضغطا نفسيا على المحترفين، والذين لا يتعرضون به عقوبة كانت في حالة مخالفتهم لها⁴.

¹ أحمد بورزوق، مرجع سابق، ص 301، 302.

² إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 146.

³ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 31.

⁴ _____، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 243.

وقد يتجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها لجنة منذ نشأتها وفي عام 1999 الخمسين توصية تتضمن كل واحدة منها العديد من الشروط، هذا أو يسمح الاطلاع عليها بتقسيمها إلى طائفتين، واحدة عامة، وأخرى خاصة بقطاعات معينة، ورغم عدم إلزاميتها، فإن المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هذا لتقدير الطابع التعسفي لشروط معين، كما كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة وعموماً فإن توصيات لجنة الشروط التعسفية ليس مولدة لقواعد، يفتح تجاهها طريق الطعن بالنقض¹.

كذلك فإن الوزير المسؤول عن الاستهلاك يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللجنة من تلقاء نفسها أو بطلب من اللجنة ذاتها، وإن هذه التوصيات لا يمكن ان تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، و تعد اللجنة كل سنة تقريراً عن نشاطها و تعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة وينشر هذا التقرير².

ويوجد من كرس في سنة 2000 تقريباً خمسين توصية تتضمن كل واحدة منها العديد من الشروط، منها ما هو عام ومنها ما هو خاص بقطاعات معينة، وتنتشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنهم ان تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق وسيلة ملائمة على ان تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة (المادة 12 من المرسوم)³.

ثانياً: أهمية دور لجنة الشروط التعسفية في تحقيق التوازن التعاقدية

بالنظر للتوصيات الصادرة في هذه اللجنة يتضح أنها تجنح نحو تحقيق نوع من التوازن في الحقوق والالتزامات التي يربتها عقد الاستهلاك في مواجهة التاجر و المستهلك، وبذلك تلعب اللجنة مقاومة الشروط التعسفية دوراً هاماً في توحيد قانون الشروط التعسفية وفي مقاومة الشروط التعسفية وفي تطوير المبادئ التي تتضمنها العقود النموذجية التي يعرضها

¹ محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص 243، 244.

² سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 153.

³ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 129، 130.

المهنيون على المستهلكين، وكذلك قيام هذه اللجنة بمهامها تتيح لأصحاب الشأن بان يضعوا بأنفسهم القواعد القانونية التي تطبق عليهم في المستقبل¹.

الفرع الثاني: القيمة القانونية لهذه التوصيات

يرى البعض أنها تمثل وسيلة ضغط معنوي على المهنيين فوجودها يشكل حائط صد قوي لصالح طائفة المستهلكين، الأمر الذي يجعل المهنيين يعزفون عن تضمين العقود الاستهلاكية تلك الشروط، ونجد انه بالرغم من ان البعض قلل من أهمية دور لجنة الشروط التعسفية في محاربة الشروط التعسفية لافتقادها لعنصر الجبر والإلزام اللازم لتفعيل توصياتها إلا أن جانب آخر من الفقه يتزعمه الفقيه الكبير جاستان الذي يرى ان توصيات اللجنة وآرائها أسهمت بدور كبير في مساعدة القضاء الفرنسي على الفصل في النزاعات المتعلقة ببحث مدى توفر الشروط في العقود².

لكن هنا اشدت الخلاف حول إلزامية التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية وذلك نبعت منها آراء فقهاء فهناك من يرى أن هذا الدور لا يعكس سوى صورة أدبية أو قيمة أدبية لتوصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية التي لا تتسم بأي طابع إلزامي يفرض على المهنية احترامها عن طريق عنصر الإلزام ولا تتمتع بأي دور تشريعي أو قضائي³.

يتفق أصحاب الرأي السابق على أن توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية لا تتمتع بأي قوة ملزمة كما ذكرنا، إلا أنه رغم وجاهته قد أغفل العديد من الأسباب التي تجعلنا القول بأن لجنة محاربة الشروط التعسفية تتمتع بقيمة قانونية كبيرة، فمن الواقع العملي نجد أن المستهلك يتمسك دائما أمام القضاء بالتوصيات الصادرة من لجنة محاربة الشروط التعسفية. ومن ناحية أخرى تستخدم من هذه التوصيات كمرشد للقضاء في التعرف على الشروط التعسفية في المنازعات التي يفصل فيها⁴.

¹ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 147، 148.

² مولود بغدادى، مرجع سابق، ص 123.

³ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 149.

⁴ نفسه، ص 149، 150.

وفقا للنصوص المنظمة للجنة الشروط التعسفية السابقة فإن هذه اللجنة لها مهام عديدة وتصدر توصيات متنوعة تتعلق بالشروط التعسفية في عقد الاستهلاك¹.
 وخلاصة لذلك إن توصيات لجنة محاربة الشروط التعسفية لها قيمة قانونية كبيرة، طالما أن المستهلكين يطالبون غالبا بتطبيقها أمام القضاء الذي أصبح يهتم ببحث توصياتها والوقوف على آخر آرائها الأمر الذي يضفي عليها أهمية عملية واضحة².
 ولا شك أن هذه التوصيات والمهام التي تقوم بها اللجنة تتمثل في توضيح فكرة هذه الشروط والعمل على محاربتها، رغم أنها توصيات غير ملزمة وبالتالي لا تعتبر قواعد قانونية عامة ومجردة، وكذلك فهي ليست قرارات إدارية ملزمة وضعتها سلطة عامة في حدود اختصاصها، ولكن لا يمكن إنكار الدور الذي تلعبه كجهة يمكن الرجوع إليها للاسترشاد بها في معرفة الخاصية التعسفية للشروط في عقود الاستهلاك³، فالتوصيات الصادرة منها والتي لا يتم تطبيقها بمرسوم صادر من مجلس الدولة، لا تكون عديمة الأثر أو الغالبة القانونية، ففي الواقع يتمسك المستهلكون في دعواهم القضائية بالتوصيات الصادرة من اللجنة المذكورة، كما قد يكون لهذه التوصيات اثرا في اختيار القاضي للحل الذي يطبقه على النزاع⁴.

وفي الأخير وجب أن ننوه بإنشاء هذه اللجنة من طرف المشرع الجزائري والذي يشكل إضافة كبيرة ميزة القانون الجزائري في هذا المجال لما تشكله من ضمانات إضافية لحماية المستهلك⁵.

¹ سفيان سوالم، مرجع سابق، ص 135.

² إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 152.

³ سفيان سوالم، مرجع سابق، ص 135.

⁴ إبراهيم عبد العزيز داود، مرجع سابق، ص 152.

⁵ سفيان سوالم، مرجع سابق، ص 135.

المبحث الثاني: دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

في عقد الاستهلاك

أعطى المشرع لجنة البنود التعسفية الحق في التدخل لحماية المستهلك غير انه لتحقيق الهدف المرجو من هذه الهيئة لابد من تدخل القضاء لضمان تنفيذ ذلك وبالتالي المشرع فسح للقضاء سلطة واسعة بل إنه ذهب إلى أبعد من ذلك نص على جزاء الشروط التعسفية وبالتالي قسمنا بحثنا هذا إلى مطلبين تناولنا رقابة القضاء على الشروط التعسفية (المطلب الأول) ثم جزاءات الشرط التعسفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: رقابة القضاء على الشروط التعسفية

قد ينطوي العقد على شروط ذات طابع تعسفي إلا أن المشرع لم يصدر بشأنها أي قانون أو مرسوم تنفيذي، وذلك نظرا لكثرة العقود التي يبرمها الفرد في حياته اليومية¹، ما يجعل الأمر بالغ الأهمية خصوصا في ظل تعاضم الانتهاكات المرتبطة بحقوق المستهلك من جهة وعجز الجهود الفردية عن إنفاذ القوانين الحمائية المتعلقة بحماية هذه الحقوق من جهة أخرى² خاصة إذا كانت هذه العقود في شكل عقود نموذجية محددة سلفا من إحدى المتعاقدين، وبالتالي ما على المشرع إلا أن منح للقاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط التعسفية (الفرع الأول)، ثم الإجراءات المتبعة في رفع الدعوى القضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اعتراف للقاضي بسلطة تعديل الشروط التعسفية

يمكن للقاضي أعمال سلطته في التدخل لكن السؤال المطروح حول دور القضاء العادي إذا ما عرضت عليه منازعات حول تلك الشروط السابقة بأنواعها من الاعتراف القاضي لسلطة تعديل شروط العقد بمرحلتين:³ المرحلة الأولى اتسمت بالتردد والخوف من تحكم القاضي من على منصة القضاء (أولا) أما المرحلة الثانية فتتمثل في الاعتراف الصريح من قبل محكمة النقض في البداية، وانتهاء الاعتراف التشريعي الصريح (ثانيا).

¹ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص160.

² فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، بيروت، 2012، ص103.

³ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص161.

أولاً: مرحلة الجدل الفقهي والتردد القضائي حول رقابة القاضي على شروط العقد

ثار جدل في صفوف الفقه حول امتلاك القاضي لسلطة الرقابة على شروط العقد منعدمها (1) كما أن القضاء نفسه رفض الحكم على الشرط بأنه تعسفي لم يرد به مرسوم تطبيقي يعتبره كذلك (2)¹.

1- الجدل الفقهي:

ثار جدل فقهي وقضائي حول امتلاك القاضي الرقابة على شروط العقد، فانقسم الفقه إلى فريقين فريق يرفض دور القاضي في الرقابة على شروط العقد (أ) أما اتجاه آخر يرى ان القاضي يمكنه أن يبادر بإبطال مفعول الشروط التعسفية (ب).

أ- **الاتجاه الفقهي الرفض:** لأن المشرع قد منح الإدارة وحدها الحق في تقرير ما إذا كان الشرط يحمل طابع تعسف أم لا، ويرى هذا الاتجاه أن القاضي وإن كان دوره من منظور الدستور هو إقامة العدالة بين الأفراد، إلا أن هذا الدور مستبعد كثيراً في مجال شروط العقد، إذ أن استناده على اعتبار الشرط أنه تعسفي ولم يصدر به مرسوم يعتبره كذلك غير كافي وبالتالي يكون حكمه غير مؤسس².

ب- **الاتجاه الفقهي المؤيد:** يرى هذا الاتجاه أن القاضي يمكنه أن يبادر باتصال مفعول الشروط التعسفية، فيها ولو لم يصدر مرسوم تطبيقي يعتبرها كذلك، فيرى البعض انه حتى ولو لم يعترف المشرع للقاضي بهذه السلطة، والتي كان منصوص عليها بموجب المشروع المبدئي، إلا أنه لا يمكن الاستغناء عن دور القاضي في هذا الصدد بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات، ويضيف انه ما دام ان القاضي يمكنه التدخل في صدد الشرط الجزائي فلا مبرر من منعه من التدخل في صدد شروط تعسفية أخرى³.

ويرى البعض الآخر أنه على الرغم من قانون 10 جانفي 1978⁴، لم يعطي للقاضي سلطة الرقابة على الشروط العقد في غياب مرسوم تطبيقي، لكن هذا القانون لم يمنعه

¹ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص142.

² سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص161.

³ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص143.

⁴ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص30.

صراحة من النطق ببطلان شرط تعسفي بالاستناد إلى النصوص العامة من القانون المدني¹.

2- التردد القضائي:

وقد تضاربت أحكام القضاء في هذه المرحلة حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بها مرسوم تطبيقي فانقسم القضاء إلى اتجاه يأخذ بالتفسير الضيق ويرفض إبطال الشروط محل النزاع والتي لم يرد بها مرسوم تطبيقي (أ)، وهناك اتجاه آخر بالتفسير الموسع لإعطاء القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية الصادرة بموجب اتجاه مرسوم تطبيقي (ب)².

أ- **الاتجاه الضيق:** هذا الاتجاه يأخذ بالتفسير الضيق لنصوص قانون 10 جانفي 1978 ويرفض إبطال الشروط محل النزاع والتي لم يرد بها مرسوم تطبيقي يعلن أنها تعسفية، ففي قرار صادر من محكمة استئناف باريس في 22 ماي 1986 وذهبت المحكمة إلا أن قانون 10 جانفي حول الحماية للمستهلكين من الشروط التعسفية ومرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق له، لا يحتملان سوى التفسير الضيق، ومن ناحية أخرى فإن هذا القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية (الحكومة) فقط، بالتقدير للصفة التعسفية تمثل تلك الشروط.

ب- **اتجاه التفسير الموسع:** ثمة اتجاه قضائي فتح الباب قليلا لنصوص القانون 1978 لإعطاء القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية، تلك الشروط التي لم تكن محلا لمرسوم تطبيقي تمثل هذا الاتجاه في قرار 16 جوان 1978، الصادر عن محكمة النقض الفرنسية، هذا القرار علق عليه البعض³، بأنه بارقة أمل في المقاومة للشروط التعسفية⁴.

تتلخص وقائع القضية في بيع أثاث حيث أن المشتري، كان قد وقع على طلب بضاعة (سند) وكان هذا السند يشير بحروف مطبوعة بطريقة واضحة في وجه السند إلى مدة التسليم هي شهران، ثم يشير بحروف صغيرة على أن ذلك "منصوص عليه بصفة إرشادية"، وفي ظهر السند كان مدرجا من بين شروط أخرى عديدة، مادة مفادها "أن تواريخ التسليم التي تلتزم باحترامها دائما، ليست مغطاة إلا على سبيل الإرشاد (الدلالة) وأن يكون واضحا أن

¹ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص143.

² سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص161،162.

³ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص144.

⁴ أحمد محمد الرفاعي، حماية المدينة للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص246.

التأخير في التسليم لا يمكن أن يشكل سببا لتقسيم الطلب الحالي، ولا يعطي الحق في التعويضات"¹.

إلا أن المشتري سيكون بوسعه طلب الإلغاء لطلبه والاسترداد بدون فوائد أخرى غير تلك المنصوص عليها بالقانون، للمبالغ المدفوعة في حالة عدم تسليم للبضاعة خلال 90 يوما من الأعدار".

وبعد الانتظار 04 أشهر، ولعدم تسليم، أعذر المستهلك البائع بالتسليم وبعد مضي شهر و8 أيام أخرى عرض البائع التسليم، لكن المشتري رفض وطلب الإبطال للعقد متذعرا بالتأخير الكبير في التسليم، وذلك لمدة 5 أشهر و 8 أيام بعد توقيع الطلب².

عرض النزاع أمام محكمة مونبلييه التي أصدرت حكمها في 25 سبتمبر 1984 برفض طلب المستهلك مسببة ذلك بأن الشرط محل النزاع لم يكن تعسفيا.

لكن محكمة النقض في قرارها بتاريخ 16 جويلية 1987، نقضت القرار السابق ذهبت انه بالنظر لمادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، حول الحماية والإعلام للمستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية والمواد من 2- 3 مرسوم 24 مارس 1978 الصادر بالتطبيق لهذه المادة حيث أنه ينتج عن المادة الأولى أنها تعتبر محرمة، ومعتبرة كأن لم تكن (باطلة)، الشروط المتعلقة خاصة، بالتسليم للشيء وبالشروط الفسخ للاتفاق، بينما أنها تبدو مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر ميزة فاحشة وينتج عن المادة الثانية أنه يكون تعسفيا الشرط الذي من شأن موضوعه، أو أثره إنقاص حق غير المهني في التعويض، في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت.

"وذهبت المحكمة أيضا إلى أن الشرط محل النزاع تعسفي، لأنه يمنح البائع المعفي ميزة فاحشة، خاصة تركه له رخصة التقدير لمدة التسليم، ومخصص له الحق في التعويض الوارد بالمادة 1610 من القانون المدني لصالح المشتري غير المهني، في حالة عدم وفاء البائع بالتزامه الأساسي بالتسليم في الوقت المتفق عليه"³، وصرحت بأن مثل هذا الشرط

¹ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص144.

² أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص247، 246.

³ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص145.

يجب أن يعد غير مكتوب، ولهذا نقضت قرار الاستئناف لمخالفته للنصوص المعنية، ورغم المحكمة اعتبرت هذا العقد مقاولاً، طبقت عليه المادة 02 من المرسوم 24 مارس 1978 الخاصة بالبيع فقط، وهذا ليفسر اتجاه المحكمة إلى إعطاء القاضي سلطة بحث الصفة التعسفية للشروط رغم كونه ليس على أي مرسوم تطبيقي¹.

نستخلص من هذا القرار أن الشروط التي تلغى أو تنقص حق غير المهني أو المستهلك في طلب التعويض في حالة عدم قيام المتدخل بأحد التزاماته أياً كانت تعتبر تعسفية، هذا الحظر يطبق تماماً على شرط الإعفاء من المسؤولية، وهذا يعني أن المحكمة تفسر القانون بطريقة مرنة بعكس القرارات السابقة على هذا القرار.

وهذا القرار رغم أنه يعلن صراحة أن قضاة الموضوع يمكنهم إبطال الشروط التعسفية الواردة في نزاعات معروضة أمامهم والتي لم يصدر بشأنها مرسوم تطبيقي إلا أن هذا القرار قد أعطى القضاة هذه السلطة بلغة مفهومة ضمناً بالإضافة إلى أن هذا القرار مثل النواة الأولى للاعتراف الصريح للقاضي الفرنسي بتلك السلطة².

ثانياً: مرحلة الاعتراف الصريح بسلطة القاضي في رقابة شروط العقد:

في هذه المرحلة حاز القاضي الفرنسي على اعتراف صريح يعطيه سلطة واسعة في رقابة شروط العقد على أن هذا الاعتراف الصريح جاء في البداية من طرف محكمة النقض (أ) وبعد ذلك تجسد هذا الاعتراف تشريعياً، فاعترف المشرع أخيراً مقولة أن القاضي هو القاضي الطبيعي للمنازعات بصدد الشروط التعسفية (ب).

أ- الاعتراف الصريح من قبل محكمة النقض:

أتى الاعتراف الصريح من قبل محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في الرقابة على شروط العقد جميعها، حتى ولو لم تكن موضوع مرسوم تطبيقي، يحرمها. في قرارها الصادر في 14 ماي 1991، حيث تعلق الأمر بشرط الإعفاء من المسؤولية وارد في عقد الوديعة، بمقتضاه يستبعد المهني مسؤوليته في حالة فقد أفلام أودعها لديه أحد العملاء لإعادة طبعها على الورق³.

¹ أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 247.

² سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 162.

³ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 146.

حيث كان ذلك ماثلا في موقف المحكمة وهذا ما يستشف من عدة مؤشرات منها اعتمادها على عناصر الشرط التعسفي المنصوص عليها بهذا القانون، ثم توقيعها جزاء على الشرط باعتباره غير مكتوب وهذا ما ينص عليه القانون السابق، وهذه التطورات القضائية دفعت المشرع إلى منح القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد¹.

وأخيرا فإن هذه التطورات القضائية دفعت المشرع إلى منح القاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، تلك الشروط التي لم تحرم بمرسوم، وهو ما نتطرق له في العنصر الموالي.

ب- الاعتراف التشريعي الصريح:

ففي عام 1991 أضاف المشرع الفرنسي مادة جديدة برقم 09 إلى النصوص الحماية من الشروط التعسفية التي جاء بها قانون 10 جانفي 1978 نصت هذه المادة "انه بمناسبة نزاع معروض على القاضي، فإنه يستطيع الحكم باعتباره غير مكتوب الشرط المعلق بالخاصية المحددة أو قابلية التحديد بالثمن وكذلك بدفعة، بحقيقة الشيء أو بتسليمه، بعبء المخاطر، بنطاق المسؤوليات والضمانات، بشروط تنفيذ، بالفسخ أو بالإلغاء أو التجديد للاتفاقات حينما يبدو هذا الشرط مفروضا²، على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر، والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"³.

يستفاد من هذا النص أن المشرع أعطى القاضي سلطة اعتبار الشرط باطلا، وذلك بأن أعطاه سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط بالاستناد على معايير الشرط التعسفي علما أن الاستناد إلى هذه المعايير كان بموجب قانون 10 جانفي 1978 قاصر على الحكومة⁴ على أن هذا النص وسع كثيرا من مجال سلطة القاضي في الرقابة على الشروط العقد لكن لم يعطه السلطة المطلقة في سبيل ذلك، إذ هو مقيد بالحالات المذكورة في النص وهذه الحالات رغم أنها تبدو كافية، إلا أنها لا تشمل جميع الحالات التي تكون محلا للشروط التعسفية.

¹ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص163.

² محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص147.

³ الشريف بجموي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، تمناست، جوان، 2014، ص100.

⁴ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص147.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا التوجه الجديد للمشرع الفرنسي، قد تجسد أيضا بموجب قانون استهلاك الفرنسي 1995، حيث أصبح القضاء يستند في بحثه عن الطابع التعسفي للشرط بالاستثناء إلى التعريف الذي أورده المادة 1-132 من قانون الاستهلاك في فقرتها الأولى. هذا التعريف تضمن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات الطرفين كمؤشر على الشرط تعسفي، وكما سبق الذكر هذا المعيار هو نفسه معيار الميزة الفاحشة على أن سلطته بموجب قانون الاستهلاك لسنة 1995 تتسع لتشمل جميع مجالات التعسف في عقود الاستهلاك.

وبالإضافة إلى استناد القاضي إلى نص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك لتقدير الطابع التعسفي للشرط أصبح يملك أيضا طلب رأي لجنة الشروط التعسفية ان الشرط محل النزاع المطروح عليه، وذلك بموجب المرسوم الصادر في 10 مارس 1993 الذي أسند للجنة الشروط التعسفية مهمة استشارية لدى القضاء، وإن كان غير ملزم بها¹.

وإعلان الشرط التعسفي من قبل قضاء الموضوع بالاستناد على التعريف التعسفي الوارد بنص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك يخضع لرقابة محكمة النقض مما يؤدي إلى التوحيد لمعايير التقدير، وبالتالي إلى استقرار المعاملات².

أما بالنسبة للقاضي الجزائري فإنه في المادة 110 من قانون المدني الجزائري على أنه "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"³.

¹ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 50.

² محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 148.

³ الأمر 75-78 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المؤرخ في 26/09/1975 جريدة رسمية رقم 78 المؤرخة في 30/09/1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/2007 جريدة رسمية رقم 31 مؤرخة في 13 ماي 2007.

يتضح من خلال هذا النص أن المستهلك باعتباره الطرف المذعن إذ دخل في علاقة تعاقدية مع طرف أقوى منه ثم تبين له أن العقد يتضمن شرطاً تعسفياً أمكنه اللجوء إلى القضاء بهدف حماية حقوقه المقابلة لحقوق الطرف الآخر¹.

كما تركز هذه المادة على "العدالة" كمعيار على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها، ولم يرسم له أنماطاً معينة يتم على أساسها التعديل أو الإعفاء بل ترك له سلطة التقدير، ورغم غموض هذا المبدأ إلا أن هذا لا يمنع من القول بأنه مبدأ أخلاقي، يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد على النحو يقيم التوازن فيما بينهم فلا يحصل الفرد إلا على ما يستحقه وبالتالي فهذا الإحساس هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشرط أو الإعفاء المذعن منه².

هذا باعتباره تقدير أن القاضي وفق مقتضيات العدالة من مسائل الواقع، فإنها لا تخضع لرقابة النقض.

هذا وحق الطرف المذعن أو المستهلك في اللجوء إلى القضاء، وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، حق يتعلق بالنظام العام، ولا تقتصر الحماية عند حد تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، بل تتعداها إلى أبعد من ذلك. بالنظر إلى منح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية على غرار بعض التشريعات الأوروبية يرى بعض فقهاء العرب أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفياً ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به فإن له شرطاً تعسفياً في عقد الإذعان، فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو في ذلك غير مقيد بحق معين سواء ما تقتضيه العدالة³.

ولم تكلف نفسها القوانين التي أخذت ينص المادة 110 ولا الفقهاء العرب بمهمة تعريف أو تحديد معنى الشرط التعسفي أو على الأقل بيان معياره.

¹ عبد العزيز زردازي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، عنابة، جوان 2004، ص 267.

² سعاد نويري، الحماية الخاصة لرضا المستهلك التأمين، الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون، 2014، الإمارات، ص 58، 59.

³ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 76.

وقد حاول البعض القول بأنه ذلك: "الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة¹ وهذا التعريف في نظر البعض لم يأت بجديد من جهة أولى، وأنه أشبه ممن يفسر الماء بالماء من جهة ثانية"².

وخلاصة القول بالإضافة إلى نص المادة 110 من قانون المدني الذي يعطيه سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعطاء الطرف المذعن منه فإن تعريف الشرط التعسفي الوارد بالقانون 04-02 السابق يعزز من هذه السلطة الممنوحة له، وذلك تحت رقابة المحكمة العليا دون الرجوع إلى القائمة الواردة بالقانون 04-02 بموجب المادة 29 منه والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06-306 في المادة 05 ليستهدي به³.

وإن اعتراف القاضي بسلطة إبطال الشرط التعسفي، يمثل تقدم هام في مجال الحماية للمستهلك، إذ من شأنه ان يؤدي إلى إعادة التوازن للعملية العقدية وتقريب الشقة البعيدة الناجمة عن عدم المساواة الاقتصادية بين أطراف العملية العقدية، فهذه أدعى إلى الثبات والاستقرار القانوني والاجتماعي الذي هو مهدد بما بقي عدم توازن عقدي بين الأطراف.

ورغم اعتراف القاضي بسلطة تعديل لكن الواقع أثبت أن المستهلكين قد يتقاعسون عن رفع الدعوى بطلب البطلان الشرط التعسفي، نظرا لما قد يتكبده المستهلكين من نفقات بسبب مصروفات الدعوى المرتفعة في الوقت الذي يتكون فيه السلعة أو الخدمة محل الدعوى زهيدة القيمة، إضافة إلى طول إجراءات التقاضي، لذلك اعترف المشرع الفرنسي والجزائري بوجود جهات أخرى تتمثل في الدفاع عن المستهلك يهدف رفع دعوى نيابة على المستهلكين⁴.

الفرع الثاني: إجراءات رفع الدعوى القضائية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

إذا كانت الإدارة تتمتع بصلاحيات متابعة مخالفات قانون حماية المستهلك وديا عن طريق تبني المشرع لغرامة الصلح كطريقة لعقاب المتدخل دون اللجوء إلى القضاء، فإن

¹ محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 77.

² عامرقاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن، دار الثقافة، عمان، 2002، ص 38.

³ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 164.

⁴ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص 148، 149.

هناك مخالفات لا يمكن اعتماد غرامة الصلح فيها، بل يمنح القانون اختصاص متابعتها للقضاء¹.

سنحاول معرفة رفع الدعاوى أمام القضاء المدني لحماية المستهلك (أولاً)، ثم تحريك الدعوى العمومية (ثانياً).

أولاً: رفع الدعاوى أمام القضاء المدني لحماية المستهلك

تُعد المنازعة الاستهلاكية نتاج العمل التجاري المختلط في معظمه لأنه يعد كذلك عندما يجتمع في العلاقة التعاقدية الواحدة مركزين قانونيين مختلفين أحدهما مركز قانوني تجاري بالنظر إلى كون العمل تجاري بالنسبة إليه، وهو ما يصدق على الصانع الموزع البائع والطرف الآخر دون المركز المدني بالنظر إلى كون العمل بالنسبة إليه مدني وهو المستهلك² لتحديد أطراف دعوى التعويض بالمدعي والمدعى عليه.

1- المدعى: هو المضرور أي المستهلك أو الغير وهو في الأصل صاحب الحق في طلب التعويض فإذا يكن أهلاً لرفع الدعوى فنائبه القانوني ينوب عليه³.

وقد وسع المشرع الجزائري من دور الجمعيات حماية المستهلك عند تمكينها من وصف المضرور والتأسيس كطرف مدني في دعوى التعويض⁴، من خلال المادة 23 من القانون 03-09 التي أكدت دعوى التمثيل المشترك أو دعوى للدفاع عن مصالح جماعية بقوله: "عندما يتعرض المستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها المتدخل وذات أصل مشترك يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني"⁵ وهو ما أكد عليه المشرع الجزائري أيضاً خلال نص المادة 65 من القانون 02-04 المعدل والمتمم ونصت المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية "يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة بكل من أصابهم شخصياً ضرر مباشر تسبب

¹ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 165.

² الحاج بن علي محمد، أهمية القسم التجاري لنظر المنازعة الاستهلاكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09-08، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 9، الشلف، الجزائر، 2013، ص 64.

³ علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 1، 2008، ص 65.

⁴ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 166.

⁵ القانون 03/09 الصادر بتاريخ 2009/2/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية، العدد 15 المؤرخة في 2009/3/8.

عن جريمة، ولا يترتب على التنازل عن الدعوى المدنية إيقاف أو إجراء مباشرة الدعوى العمومية، وذلك مع مراعاة الحالات المشار إليها في الفقرة 3 من المادة 106¹.

2- المدعى عليه: الأصل أن المسؤول هو الملتزم بالتعويض وفي هذه الحالة هو المهني فإن كان شخصا طبيعيا رفعت ضده الدعوى مباشرة وإن كان شخصا معنويا ترفع ضد ممثله القانوني، وإن تعدد المسؤولين في المسؤولية الناشئة عن اختلال التعاقد كانوا متضامنين في رفع دعوى التعويض ويكونوا كذلك في الحالات التالية:

- إذا كان المنتج متكون من عهدة أجزاء وكانت المسؤولية في مواجهة أكثر من واحد منهم.

- إذا اختل أكثر من متدخل بالتزاماته المرتبطة بالسلامة.

- إذا كان الاختلال بالالتزام بالسلامة بشكل سلوكا إجرامي معاقب عليه جزائيا طبقا للنصوص ذات صلة².

وهنا يثور السؤال التالي: هل أن المهنيين في حالة تعددهم خارج إطار الحالات السابق الإشارة إليها من مسؤولية بالتضامن؟³

بالرجوع إلى المادة 12 من القانون 89-02 الملغي فإنها تنص على "...ويكون للمتابع الحق في إتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم، كل حسب مسؤولية الخاصة وفي حدود دفعه"⁴، بمعنى أنه لا يكون... في حالة توافر شروط المسؤولية عن التزام المطابقة أو الضمان والتجربة، أن تتمسك بالضمان في مواجهتهم ويتابع كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله، غير أنه يكون له مباشرة الحق في مواجهة كل متدخل في عملية عرض المنتج لاستهلاك، وإذا مات المسؤول عن التعويض أنتقل دين التعويض إلى تركته.

¹ الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن الإجراءات الجزائية الجزائي المتمم بالأمر رقم 11-02 المؤرخ في 23 فبراير سنة 2011 الجريدة الرسمية المؤرخة في 12 فيفري 2011.

² على فتاك، مرجع سابق، ص 503.

³ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 167.

⁴ قانون رقم 89-02 المؤرخ في 27/02/1989 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الملغي بموجب قانون رقم 09-03.

ثانيا: تحريك الدعوى العمومية

تمثل الدعوى القضائية أداة قانونية بيد القاضي الجزائي لتوقيع العقاب على المخالف ولم يرد النص في قانون حماية المستهلك على إجراء أن خاصة يتوجب على المستهلك إتباعها لمتابعة المتدخل وهذا يدل على انه يجب إتباع القواعد الإجرائية العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، إلا أنها تكتسي نوع من الخصوصية¹، فمتى ارتكب المتدخل الخطأ المتمثل في مخالفة أحكام قانون حماية المستهلك واختل التوازن العقد بإيجاز المشرع تحريك الدعوى العمومية لتوقيع العقاب على المخالف للقانون وتحريك الدعوى قد يكون من النيابة العامة وقد يكون من المستهلك أو من جمعية حماية المستهلك.

1- دور النيابة العامة في حماية المستهلك:

إن النيابة العامة هي هيئة عمومية قضائية نص عليها قانون الإجراءات الجزائية ويعد أعضاؤها قضاة يمثلون المجتمع من أجل تطبيق القانون².

واتصال النيابة العامة لا يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة لبعض الأفراد فقط بل أنها تعمل على حماية المصالح العامة وحماية الشرعية في المجتمع وهي تتميز بخاصية التدرج وعدم القابلية للانقسام فهي جهاز متكامل بمعنى أنه لكل عضو من الأعضاء النيابة أن يحل محل أي عضو آخر ليكمل مهامه وهي مستقلة تماما عن قضاة الحكم، وإلى جانب النيابة يوجد قاضي الحكم الذي ينظر في النزاعات الناتجة عن الأضرار بالمستهلك نتيجة الممارسات المنافسة للتجارة والذي ينظر دائما إلى المستهلك بأنه الضحية أو الطرف المتضرر من العقد المبرم مع المتدخل الذي يتميز بالتفوق في شتى المجالات عن المستهلك الضعيف³.

2- حق المستهلك في اللجوء إلى القضاء:

يحق لكل شخص في المجتمع اللجوء إلى القضاء قصد الحصول على حقوقه أو المطالبة بحمايتها وذلك بشرط أن تكون لهذا الشخص الصفة والمصلحة في ذلك، حيث

¹ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 167، 168.

² زوبير أرزقي، حماية المستهلك في المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 185.

³ نفسه، ص 190.

تنص المادة 13 فقرة 1 من القانون 08-09 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون¹. يكون ذلك بعريضة مكتوبة ومؤرخة².

المطلب الثاني: جزاءات الشرط التعسفي

يعتبر الكثير من الفقهاء على أن الجزاء هو صمام الأمان لأي نظام قانوني، فهو الذي يحفظ للأنظمة القانونية بقاءها وهو الذي يصون ديمومتها واستمراريتها، بغض النظر عن كونه مدنيا أو جزائيا، لذلك نجد جل التشريعات التي عالجت موضوع الشروط التعسفية رصدت لها تبعا جملة من العقوبات ردعا منها لأي محترف تسول له نفسه تضمين العقود التي يتولى تحريرها شروط ذات طابع تعسفي.

إذا كانت جل التشريعات منها التشريع الفرنسي والألماني، قد رصدت ضمن نظام القائمة جزاءات مدنية وجزائية، فإن المشرع الجزائري اكتفى بالجزاء الجزائي، متجاهلا ذكر الجزاء المدني، الأمر يدفعنا للتساؤل عن إمكانية أن يكون المشرع بهذا الفعل قد أحال هذا الأمر إلى القواعد العامة المنظمة لعقود الإذعان، متقاديا أسلوب التكرار في القواعد الخاصة³ ولهذا سنتناول في الفرع الأول (الجزاء المدني) أما الفرع الثاني (الجزاء الجزائي).

الفرع الأول: الجزاء المدني المقرر للشروط التعسفية

لقد كان القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي 06-306 خاليتين من ترتيب الجزاء المدني في سنة 1993 وبصدور قانون الاستهلاكي الفرنسي أعاد المشرع الفرنسي النص في المادة 132-6/1 على اعتبار أن الشروط التعسفية كان لم تكن، فنص المادة على بقاء شروط العقد سارية باستثناء الشروط التي حكم باعتبارها تعسفية، إذا كان يمكن أن يستمر العقد دون الشروط السابقة⁴.

وقد جاء المشرع الفرنسي بقانون 28 جانفي 2005 المسمى قانون Loloi chatel وعدل القانون السابق في الكتاب الرابع منه تحت عنوان أحكام مختلفة بأن أضاف إلى القائمة

¹ قانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25/02/2008 يتضمن بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية العدد 21 مؤرخة في 23 افريل 2008.

² زوبير أرزقي، مرجع سابق، ص 190.

³ مولود بغدادي، مرجع سابق، ص 116، 115.

⁴ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 178.

البيانية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، الشرط الذي يلزم المستهلك على قبول نظام بديل لتسوية النزاعات¹.

وعلى صعيد التشريعات العربية الحديثة الخاصة بحماية المستهلك²، نجد ان المشرع المصري نص في المادة 10 قانون حماية المستهلك المصري "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستندا غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إذا كان من الشأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته الواردة بهذا القانون"³.

من خلال هذه المادة تبين لنا أن المشرع المصري اعتبر كل شرط بصيغة الطرف القوي في عقد الاستهلاك والذي بمقتضاه يعني به نفسه من أي التزام يعد شرطا باطلا ولكن العقد يبقى قائما ببقية الشروط، وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع اللبناني من خلال نصه المادة 26 من قانون حماية المستهلك حين اعتبر أن "البند التعسفي باطل بطلانا مطلقا على أن تتبع أحكام العقد الأخرى كافة مفاعيلها"⁴.

وعلى نقيض من ذلك فإن المشرع الجزائري لم ينص في القانون 04-02 على ترتيب الجزاء المدني عن إبرام الشروط التعسفية في أي عقد من العقود الاستهلاكية⁵. ويرى البعض أن هذا النقص يرجع إلى سهو المشرع وهو نقص كبير ينبغي استكماله وذلك بالنص صراحة على البطلان الشرط التعسفي وبقاء العقد صحيحا إذا كان بالإمكان استمراره دون تلك الشروط⁶.

غير أن هناك جانب من الفقه يرى بأن هذا التفسير يتعارض مع نص مادة 29 من القانون 04-02 والذي تحدد بعض أنواع الشروط التعسفية والتي لا يكون إزائها للقاضي أي سلطة تقديرية بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من القانون المدني الجزائري بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو الإعفاء الطرف المدني من الخضوع للشرط التعسفي، بالإضافة إلى ذلك فإن سلطة القاضي جوازية وليست

¹ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص30.

² سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص179.

³ القانون رقم 06-67 الصادر في 2006 الخاص بحماية المستهلك المصري.

⁴ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص178.

⁵ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص100.

⁶ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص152.

وجوبية فيجوز للقاضي ألا يستعمل هذه الرخصة المخولة له من لمشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان¹.

ومن هنا تبين أن هذا النظام المنصوص عليه في القانون 02-04 لا يتماشى مع القواعد العامة وصحيح أن المشرع الجزائري نص صراحة على طبيعة بطلان الشرط التعسفي غير أنه بالرجوع إلى أحكام الضمان فإن أي شرط مخالف لذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا.

تبين أيضا أن المشرع الجزائري كالمشرع المصري اعتبر مسؤولية المدني من النظام العام والذي يعتبر باطلا كل اتفاق على خلافه.

قد يثور الإشكال حول طبيعته البطلان هل أن الشرط التعسفي هو بطلان مطلق أم بطلان نسبي؟ يمكن القول أن أهمية التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان الجزائي للشرط التعسفي يكمن في أنه إذا كان البطلان النسبي فهنا يكون للمستهلك وحده أن يطالب بإبطال الشرط أما إذا كان البطلان مطلقا فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلك وكذا المحترفين الإذعاء العام وكل شخص طبيعي، معنوي ذو مصلحة أن يرفع الدعوى أمام القضاء ضد كل متدخل يضمن العقد شروط تعسفية.

إن المستهلك كثير ما يمتنع عن رفع الدعوى إما لطول الوقت الذي تستغرقه، وإما لكثرة المصاريف، في حين تكون قيمة السلعة أو الخدمة محل التعاقد تافهة على عكس الجمعيات التي لا تؤثر فيها مثل هذه الأمور².

الفرع الثاني: الجزاء الجزائي المقرر للشروط التعسفية

رتب المشرع جزاء الجزائي على فرضه، الشروط التعسفية وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 38 من القانون 02-04 وقوله "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 50.000 دج إلى 5.000.000 دج".

¹ محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 102

² سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 181، 180.

ولعل المشرع الجزائري أخذ على نظيره الفرنسي هذا الجزاء الجنائي حيث يعاقب المرسوم 464-78 المؤرخ في 1978/03/24 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعييب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدى على ضمانها¹. ومن جهة أخرى أعطى المشرع للسلطة التنظيمية إمكانية التدخل من خلال إصدار قرارات وزارية وإدارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود والتدخل لمنع العمل في مختلف أنواع العقود لبعض الشروط التي تعتبر تعسفية².

وهو نفس الاتجاه أخذ به لمشرع الفرنسي حين منح للحكومة السلطة في إصدار مراسيم لتحديد أنواع الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية وذلك بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية. ويجوز رفع الدعاوى³ أمام الجهات الجزائية⁴ من أجل فرض الجزاء والعقاب على المتدخل إما من طرف المستهلك⁵، أو جمعية حماية المستهلك⁶، أو الجمعيات المهنية أو النيابة العامة وكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة في ذلك كما يجوز لهذه الأطراف إضافة إلى طلب توقيع الجزاء على المتدخل ان تتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عما لحقهم من أضرار.

يتضح من خلال ما سبق أن النصوص التي جاءت بها التشريعات السابقة تهدف إلى حماية المستهلك بإبطال الشرط الذي يعتبر مثقلا لكاهله والإبقاء على العقد رغم مخالفته في جزء منه للقواعد المتعلقة بالنظام العام حتى لا يقع الضرر على الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان لعقد بأكمله، وعليه فإن البطلان الجزئي يعد وسيلة قانونية يحقق نوعا من

¹ محمد أمين سي الطيب، مرجع سابق، ص152.

² محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص101.

³ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص182.

⁴ حليلة بن شعاعة، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2012/2013، ص18.

⁵ سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص182.

⁶ رزيقة بلعوي، سامية بوكاسي، حماية المستهلك من المنتجات المققدة دراسة حالة الهيئات الرقابية في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، تخصص تسويق، قسم العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلم التسيير، جامعة آكلي محند اولحاج، البويرة، 2014/2015، ص71.

الاستقرار في الروابط العقدية، في مجال الاستهلاك حيث أن يحكم ببطان العقد بأكملة يترتب عليه تفويض الحماية لا تكريسها خاصة¹.

¹ - سلمة بن سعدي، مرجع سابق، ص 182.

ملخص الفصل الثاني:

من خلال دراسة هذا الفصل وضحنا دور كل من اللجنة والقضاء في حماية المستهلك من شروط التعسفية في عقد الاستهلاك فكان دور اللجنة بسط رقابتها على الشروط التي يتضمنها العقد بمنع فرضه أي شرط تعسفي على المستهلك، ومن أهم التوصيات التي تقوم بها لجنة الشروط التعسفية أنها تعمل على إعمال علاقة تعاقدية متوازنة بين المهني والمستهلك.

ويوجد قواعد خاصة للرقابة على الشرط التعسفي، تتمثل في الرقابة القضائية سواء أكانت من طرف القاضي الذي يبسط رقابته ويستخدم صلاحياته، في الرقابة على المراسيم الحكومية وعلى شروط التي تحررها المرافق العمومية، أو كانت رقابة القاضي العادية، إذا أمر بسلطة تعديل الشروط مر بمرحلتين: مرحلة التبريد والجدل ومرحلة الاعتراف الصريح وبالتالي، لا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين، وبعد تأكد القاضي من أن الشرط التعسفي يؤثر في التوازن العقدي له أن يقرر الجزاء المناسب ليقرر هذا الشرط الذي يكون مدنيا أو جزائيا أو يقضي بهما معا.

الخاتمة

من خلال ما سبق دراسته في موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك يمكننا استخلاص مجموعة من النتائج:

1- تعددت واختلقت تعاريف الشروط التعسفية بين الفقه والقانون، ومن خلالها استنتجنا أنها مجرد إخلال في التوازن العقدي وتحقق هذه الشروط إن لم يتم إدراجها في عقود مبرمة من طرف ضعيف وطرف قوي اعتاد على وضعها من قبل هذا الأخير وبالتالي لا تقبل التفاوض على مضمونها.

2- تعددت أنواع وعناصر هذه الشروط التعسفية المحددة على سبيل المثال ومن شأنها التوسع لبسط حماية أكبر للمستهلكين، وبالتالي فما أغفله المشرع أدركته لجنة الشروط التعسفية.

3- لحماية المستهلك من الشروط التعسفية معايير للكشف عن الطابع التعسفي للشروط وبالتالي نص المشرع على أهم هذه المعايير التي يتحدد بها صفة التعسف حيث أن المشرع الفرنسي لم ينقل عن المرسوم الأوربي سوى معيار عدم التوازن الظاهر بين طرفي العقدين وبين الحقوق والواجبات ولم ينقله نقل حرفي.

4- فيما يخص مجالات الشرط التعسفي لعقد الإذعان فهذا الأخير إذا تعلق بضرورة احتكار الطرف المذعن إليه للسلع والخدمات الضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا، لأن ضعف المستهلك وعدم التوازن العقدي والتكافؤ في الالتزامات العقدية لا ينشأ من الاحتكار القانوني أو الفعلي وإنما من عدم مقدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد وعدم خبرته في النواحي الاقتصادية والفنية والقانونية، مما يجب عليه تبني الاتجاه الواسع في تحديد مفهوم عقد الإذعان.

5- وجود قواعد قانونية لحماية المستهلك من شروط جزائية مبالغ فيها تؤدي إلى اختلال توازن عقود الاستهلاك على حساب المستهلك.

6- تناولنا في هذه الدراسة أيضا دور كل من اللجنة والقضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، فمهام لجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري تختلف عما هو في التشريع الفرنسي.

- 7- لكن الرقابة القضائية لا تكون فعالة إلا إذا اتصل القاضي بالدعوى التي يرفعها المستهلك هذا الأخير ونتيجة لتقاعسه عن رفع دعواه ضد المهني لأسباب عديدة.
- 8- بعد اتصال القضاء بالدعوى سواء عن طريق رفعها من طرف المستهلك أو من طرف المهني فإن القاضي يملك إذا رأى أن الشرط محل النزاع تعسفيا أصاب العقد باختلال، ظاهر أن يعتبره كأن لم يكن ان يبطل مفعوله ليتمكن من إعادة التوازن إلى العقد.
- بعد عرضنا لمختلف النتائج المتوصل لها يمكننا طرح بعض المقترحات المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، و منها:
- 1- جعل العقوبة التي سلطها المشرع في حالة إدراج الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، عقوبة مالية يعني أنها تخدم المتدخل الأقوى اقتصاديا وماديا، أكثر مما تخدم المستهلك الضعيف أو تجبر الضرر الذي وقع فيه.
- 2- المبادرة في وضع قانون خاص لحماية المستهلك من لشروط التعسفية.
- 3- ضرورة إنشاء آليات وقنوات للاتصال لفحص السياسات الاستهلاكية عبر الانترنت ولمعرفة مدى تلبيتها لحاجات المستهلك ومدى رضاه عنها.

قائمة المراجع

أولاً: النصوص القانونية

1 - النصوص القانونية الوطنية:

أ- القوانين:

1- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966 يتضمن الإجراءات الجزائية الجزائري المتمم بالأمر رقم 11-02 المؤرخ في 23 فبراير سنة 2011 الجريدة الرسمية المؤرخة في 12 فيفري 2011.

2- الأمر 75-78 المتعلق بالقانون المدني الجزائري المؤرخ في 26/09/1975 جريدة رسمية رقم 78 المؤرخة في 30/09/1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13/2007 جريدة رسمية رقم 31 مؤرخة في 13 ماي 2007.

3- قانون رقم 89-02 المؤرخ في 27/02/1989 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الملغي بموجب قانون رقم 09-03.

4- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23/6/2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 27/6/2004 المعدلة والمتممة بالقانون 10-06 المؤرخة 15/8/2010 جريدة رسمية رقم 46 المؤرخة في 18/8/2010.

5- قانون رقم 08-09 الصادر بتاريخ 25/02/2008 يتضمن بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية العدد 21 مؤرخة في 23 افريل 2008.

6- القانون 03/09 الصادر بتاريخ 25/2/2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جريدة رسمية رقم 15 المؤرخة في 8/3/2009.

ب- المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10-09-2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية الجريدة

الرسمية رقم 56 المؤرخة في 11/9/2006 المعدل والمتمم بالقانون 08-44 المؤرخ في 23/2/2008 رقم 7 المؤرخة في 10/2/2008.

-التشريعات الأجنبية:

- 1- القانون المدني الفرنسي.
- 2- القانون المدني المصري.
- 3- قانون حماية المستهلك الفرنسي.

ثانيا: الكتب

- 1- إبراهيم عبد المنعم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، بيروت، 2007.
- 2- إبراهيم خالد ممدوح، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الجامعية، الاسكندرية، 2007.
- 3- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، طبعة 2، الجزائر، 2010.
- 4- _____، حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة) في القانون الفرنسي دراسة معمقة في القانون الجزائري دار الكتاب الحديث الجزائر، 2006.
- 5- _____، مكافحة الشروط التعسفية في العقود (دراسة مقارنة)، الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 6- داود إبراهيم عبد العزيز، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي: عقود الاذعان عقود الاستهلاك، دار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- 7- حوى فانتن حسين، الوجيز في قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، بيروت، لبنان، 2012.

- 8-الحجازي رمزي بيد الله، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الالكتروني(دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1، بيروت، 2016 .
- 9-سلطان أنور، المبادئ القانوني العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 10- سليم أيمن سعيد، الشروط التعسفية في العقود(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
- 11- عبد الباقي عمر محمد، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- 13- فتاك علي، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي ،مصر، طبعة 1، 2008.
- 14- القيسي عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة) في القانون المدني والمقارن، دار الثقافة، عمان، 2002.
- 15- الرفاعي أحمد محمد، حماية المدينة للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994.
- 16- ذيب محمد عبد الله، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني(دراسة مقارنة)، دار الثقافة، طبعة 1، 2014.

ثالثا: الرسائل الجامعية

- 1- أرزقي زوبير، حماية المستهلك في المنافسة الحرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير قانون المسؤولية المهنية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011.
- 2- بوحظيش مريم، إبتسام عمارة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في قانون أعمال، تخصص قانون أعمال (النظام القانوني للاستثمار)، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي1945، قالمة، 2016/2015.

- 3- بوروح منال، ضمانات حماية المستهلك في ظل القانون 09-03 المتعلقة بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
- 4- بورزوق أحمد، الشروط التعسفية في عقد المعاوضة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في العلوم الاسلامية، شريعة وقانون، قسم العلوم الاسلامية، كلية العلوم الانسانية والاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2013.
- 5- بلعوي رزيقة، بوكاسي سامية، حماية المستهلك من المنتجات المقلدة دراسة حالة الهيئات الرقابية في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في العلوم الاقتصادية، تخصص تسويق، قسم العلوم التجارية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلم التسيير، جامعة ألكلي محند اولحاج، البويرة، 2015/2014.
- 6- بن سعدي سلمة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/2013.
- 7- بن شعاعة حليلة، الحماية الجزائية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص القانون العام للأعمال، قسم حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2013/2012.
- 8- بغداداي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2015/2014.
- 9- زعبي عمار، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2013/2012.

- 10- مندي آسيا يسمينه، القانون العام والعقود، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسئولية كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، 2009/2008.
- 11- سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011/2010.
- 12- سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2008 /2007.
- 13- سعد اليمني محمد بن عمر بن عبد العزيز، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، دراسة فقهية مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الدراسات الإسلامية، تخصص فقه وأصول قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، 1426 /1465 هـ.
- 14- عياض محمد عماد الدين، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارس دراسة على ضوء قانون 02/04، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع الحقوق، قانون خاص، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2006.
- 15- قرني سمير، الإذعان في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قسم الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، الشارقة 2008/1429.
- 16- قنطرة سارة، المسؤولية المدنية للمنتج وأثرها في حماية المستهلك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قانون خاص، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق في العلوم السياسية جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2017/2016.
- 17- خلوي نصيرة(عنان)، حماية مستهلك عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

18- خلة منال جهاد أحمد، أحكام عقود الإذعان في الفقه الاسلامي، إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماستر، قسم الفقه المقارن، كلية الشريعة، جامعة الاسلامية غزه 2008/1429.

رابعاً: المقالات

1- بحماوي شرف، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد الثاني، تمناست، جوان، 2014.

2- زردازي عبد العزيز، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 38، عنابة، جوان 2004.

3- محمد الحاج بن علي، أهمية القسم التجاري لنظر المنازعة الاستهلاكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والادارية 09-08، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 9، الشلف، الجزائر، 2013.

4- سولم سفيان، الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد الرابع، الجزائر، جوان، 2016.

5- رباعي احمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، عدد 05، الجزائر، شلف، بدون تاريخ.

خامساً: الملتقيات

1- سعاد نويري، الحماية الخاصة لرضا المستهلك التامين، الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، المؤتمر السنوي الثاني والعشرون، الإمارات، 2014.

الفهرس

الصفحة

المحتويات

الإهداء

شكر و عرفان

أ/د	مقدمة
06	الفصل الأول: الإطار النظري للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
07	المبحث الأول: ماهية الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
07	المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية
07	الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له
11	الفرع الثاني: صور الشروط التعسفية
15	الفرع الثالث: عناصر الشروط التعسفية
18	المطلب الثاني: معايير الشروط التعسفية
19	الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
20	الفرع الثاني: الميزة الفاحشة التي تحمل عليها المهني
21	الفرع الثالث: معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات المستهلك والمهني
22	المبحث الثاني: مجالات الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك
22	المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان وطبيعته القانونية
22	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان
25	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
26	المطلب الثاني: حماية المستهلك من الشروط الجزائية
27	الفرع الأول: ماهية الشرط الجزائي
29	الفرع الثاني: دور القاضي في مراجعة الشرط الجزائي
33	الفصل الثاني: الإطار التطبيقي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
34	المبحث الأول: دور لجنة الشروط التعسفية في حماية المستهلك
34	المطلب الأول: مهام لجنة الشروط التعسفية
34	الفرع الأول: مهام لجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري
35	الفرع الثاني: مهام لجنة الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي

36	المطلب الثاني: توصيات لجنة الشروط التعسفية
36	الفرع الأول: أهم التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية
38	الفرع الثاني: القيمة القانونية لهذه التوصيات
40	المبحث الثاني: دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك
40	المطلب الأول: رقابة القضاء على الشروط التعسفية
40	الفرع الأول: اعتراف للقاضي بسلطة تعديل الشروط التعسفية
48	الفرع الثاني: إجراءات رفع الدعوى القضائية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية
52	المطلب الثاني: جزاءات الشرط التعسفي
52	الفرع الأول: الجزاء المدني المقرر للشروط التعسفية
54	الفرع الثاني: الجزاء الجزائي المقرر للشروط التعسفية
58	الخاتمة
60	قائمة المراجع
66	الفهرس