

جامعة مولود معمري- تيزي وزو-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون
فرع : قانون العقود

تحت إشراف الأستاذة:

أ / حسان نادية

من إعداد الطالب:

معوش رضا

تاريخ المناقشة :

لجنة المناقشة

(د)-أمازوز لطيفة، أستاذة محاضرة (أ) ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... رئيسة.
أ - حسان نادية، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... مشرفة و مقررة.
(د)- كسال سامية ، أستاذ محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو..... ممتحنة .

السنة الجامعية 2015/2014

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿... رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ

وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَمْكَلَ حَالِمًا تَرَضَاهُ وَأَذِيتِي بِرَحْمَتِكَ

فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

سورة النمل الآية 19

إهداء

إلى نور الهداية ومعلم البشرية-المبرعوه رحمة للعالمين
سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

إلى الوالدين الكريمين اللذين قال الله سبحانه وتعالى فيهما
بعد بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿وَإِخْوَنٌ لِّمَا جَنَاحَ الذَّالِّ مِنَ الرَّحْمَةِ وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنَاهُمَا كَمَا رَحِمْتَ رَبِّيَ خَيْرًا﴾
سورة الإسراء الآية 24

إلى الإخوة والأخوات

إلى كل الأمل والأقارب و الأصدقاء
إلى كل من من شجعني في كل لحظة أحسست
فيها بالفشل ولو باهتمام أو بدعاء
إلى كل المدافعين عن القضايا العادلة

إلى كل الأساتذة الذين تعلمت على أيديهم، إقراراً بفضلهم
و عرفاناً بجميل صنيعهم

إلى الجميع أهدي لهم هذا العمل المتواضع

رضا

كلمة شكر وتقدير

بعد أن وفقني الله سبحانه وتعالى لإتمام هذا البحث المتواضع، لا يسعني في هذا المقام إلا أن أتوجه إليه بالحمد والشكر على ما رزقني من فضل ونعمة، وعلى ما أمدني به من صبر وقوة لإتمام هذا العمل المتواضع.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذتي الفاضلة "حسان نادية"

على ما قدمته لي من نصائح وتوجيهات، وعلى تكديها عناء الإشراف والتوجيه،

فاللهم اجزها عني خير الجزاء

إلى جميع أستاذتي الأفاضل للسنة النظرية للماجستير، إلى كل موظفي الإدارة و المكتبة

وكل أسرة كلية الحقوق بجامعة تيزي وزو

وإلى كل من قدّم لي يد العون لإتمام هذا العمل المتواضع

رضا

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية:

ج ر : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

ص : الصفحة.

ص ص : من الصفحة إلى الصفحة.

د س ن : دون سنة نشر.

د ب ن : دون بلد نشر.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

JORF : Journal Officiel de la République Française.

LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

Op. cit : (Opere Citato), Une locution latine qui signifie « Ouvrage Précédemment Citée ».

P : Page.

p p : De la page à la page.

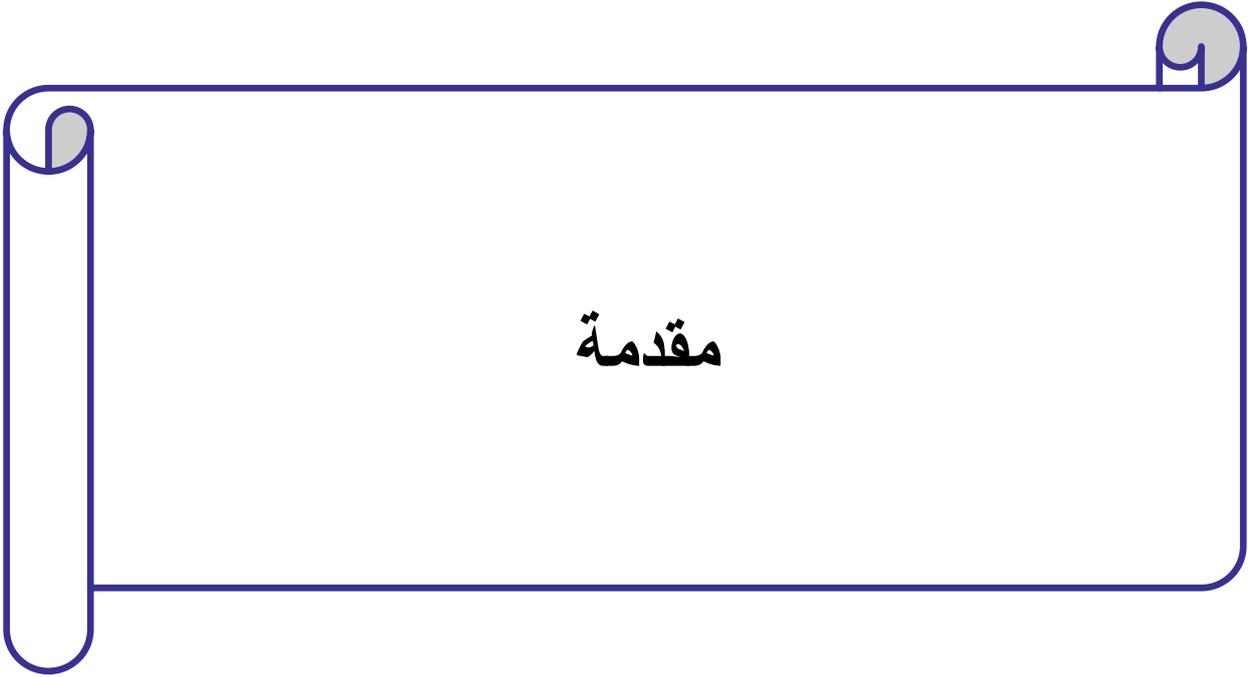
EUD : Edition Universitaire de Dijon.

N° : Numéro

T : Tome.

Ibid : Ibidem. Une locution latine qui signifie «Au même endroit »

S/D : Sous la Direction.



مقدمة

إن الأصل في التعاقد هو الحرية الكاملة والمطلقة التي يتمتع بها طرفا الرابطة العقدية تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة¹ وهو ما يترتب عنه أيضاً التزامهما بتنفيذ مقتضيات العقد وفقاً لما تم الإتفاق عليه استجابة لمبدأ القوة الملزمة للعقد ولكن يحدث أن تختفي حرية التعاقد في العديد من العقود نتيجة تطور صيغها وتقوية نزعة الاستهلاك لدى الأفراد، ناهيك عما أفرزه التطور الصناعي والتكنولوجي من آثار على كافة المستويات وفي مختلف المجالات.

شجع هذا التطور التكنولوجي الذي يعرفه العالم اليوم على انتشار السلع والخدمات المعروضة للاستهلاك على نطاق جد واسع كما أنه كان سبباً مباشراً في إقصاء بعض المفاهيم التقليدية التي كانت سائدة كالبائع العادي الذي ظهرت إلى جانبه الشركات الانتاجية الكبرى.

كان لهذه المستجدات الأثر الواضح على مركز المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في المعادلة الاقتصادية نظراً لعدم إلمامه ونقص خبرته بخصوص نوعية السلع والخدمات محل المعاملات التي يتعاقد بشأنها، خصوصاً مع اتساع حلقة المشاركين في عملية عرض السلع والخدمات للاستهلاك (بائعين، موزعين، مستوردين.. الخ)، وهو "ما قرّم من دوره كضابط للسوق"².

ساهمت كل هذه المعطيات في تشكيل مفارقة في علاقات الاستهلاك تتجسد في وجود طرفين متباينين من الناحية الاقتصادية من جهة، ومن جهة ثانية بالنظر إلى المعرفة

1_ وهو ما كرسه التقنين المدني المصري في المادة 147، والتقنين المدني الجزائري في المادة 106، وعلى هذا نص المشرع الفرنسي أيضاً في المادة 2/1134 من القانون المدني الفرنسي.

2_ ZENNAKI Dalila, *La discrimination entre agents économiques en droit algérien*, In, S/D de Saintourens (Bernard) et ZENNAKI (Dalila), **contrats de distribution, droit français, droit algérien, droit communautaire**, Presses universitaires de Bordeaux, Pesecc, Bordeaux, 2011, p 17.

الفنية والتي تتضح صورتها من خلال ظهور نوع جديد من عدم التوازن العقدي أطلق عليه " اختلال التوازن المعرفي"¹.

فأطراف عقد الاستهلاك هما أولاً : مقدم الخدمة أو السلعة الذي يتميز بعلو مركزه بحكم معرفته الفنية والتقنية للسلعة أو الخدمة التي يقدمها. والثاني : هو مقتني السلعة أو المستفيد من الخدمة (المستهلك أو غير المهني) الذي يعد طرفاً ضعيفاً بحكم الواقع والمنطق والحاجة "بالرغم من أنه المحرك الرئيسي والأساسي للحالة الاقتصادية في أية منظومة"². ولما كانت معظم الحاجات الشخصية والعائلية للمستهلك المرتبطة بحياته اليومية عادة ما تتم في صورة عقود أطلق عليها تسمية " عقود الاستهلاك " نسبة إلى الطرف الضعيف فيها وهو المستهلك، فإن أغلب هذه العقود يطغى عليها طابع التعسف نتيجة الكثافة والتنوع الذي يشهده سوق الاستهلاك حالياً بفعل اغراقه بكميات هائلة من السلع والخدمات بالغة التعقيد والخطورة.

اتضح بمرور الوقت أن أغلب العقود التي يتعامل بها الأفراد ويوقعونها فيما بينهم أو مع المؤسسات العامة كالبريد والمواصلات والمياه والكهرباء والبنوك وشركات التأمين... إلخ تتم في صورة عقود نموذجية معدة مسبقاً دون امكانية التفاوض المسبق ولا حتى امكانية الاطلاع على بنودها، وذلك " استجابة لمتطلبات الحد من إطلاق العمل بمبدأ سلطان الإرادة العقدية ولزوم الاستثناء من قاعدة الحرية التعاقدية القاضية بأن العقد شريعة المتعاقدين"³.

1- عدنان ابراهيم سحنان، "حق المستهلك في الحصول على الحقائق (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات)" **مجلة المفكر**، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص 11.

2- الهيثم عمر سليم، "حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للإذعان، (دراسة مقارنة)"، **مجلة الحقوق**، المجلد العاشر، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة البحرين، 2013، ص 176.

3- نزيه كمال حماد، "عقود الإذعان في الفقه الإسلامي"، **مجلة العدل**، العدد 24، الرياض، 2004، ص 02، نقلاً عن الموقع التالي: http://adl.moj.gov.sa/topic_d_d.aspx?ID=24&IDd=391

سمح هذا الوضع بظهور ظاهرة الشروط التعسفية التي غالبا ما تكون غامضة ومحررة بصورة عامة ومجردة وذلك راجع إلى اعدادها من طرف المحترف منفردا مستعينا في ذلك بمجموعة من الخبراء والفنيين في مجال العقود، دون مشاركة المستهلك الذي يتحدد دوره في قبول شروط العقد برمتها دون أي تحفظ أو رفضها كلية.

يعتبر عقد الاستهلاك - نظرا لخصوصية أطرافه ومحلّه - المجال الملائم الذي يسمح للمهني بفرض سلطانه على المستهلك منذ الوهلة الأولى، والذي يتجسد من خلال التحرير المسبق لبنود العقد وعدم قدرة المستهلك في إحداث أي تغيير فيه وهو ما يسمح له بالتبعية بتضمين العقد ما شاء من الشروط التعسفية مادام أنه على يقين بحاجة المستهلك الماسة للسلعة أو الخدمة محل التعاقد.

يتخذ التعسف في مجال العقود صورا عديدة لا يمكن حصرها، كالتعسف في استعمال حق الحبس أو لجوء المتعاقد لحيلة التعسف للتخلص من خسارة فادحة متوقعة وإدراج شروط تعسفية كالشرط الجزائي المبالغ فيه وشروط تحديد المسؤولية والضمان والتخلص من علاقة عقدية دون سبب جدي والفسخ التعسفي والإنهاء التعسفي للعقد....الخ.

يظهر ضعف المستهلك تجاه المحترف في مجال عقود الاستهلاك بداية من المرحلة الأولى لإبرام العقد، وذلك نتيجة تجاهل أو عدم تفعيل مبدأ الالتزام بالإعلام بالرغم من كونه الالتزام الوحيد الذي يستهدف حماية الفرد ليس بوصفه متعاقدا كما هو معروف في القواعد العامة، وإنما بوصفه مستعملا للمنتوج بطريقة تكفل له الحماية الجسدية والأمن الصحي.

فمن الوهلة الأولى عند عرض العقد جاهزا على المستهلك ينتابه احساس بالطمأنينة وكأن ذلك في صالحه، لكن وبمجرد إبرام العقد بالتوقيع عليه وقبوله كلية بدون أية مناقشة لشكله أو مضمونه يبدأ العقد بإنتاج آثاره القانونية، عندها سيتضح للمستهلك حجم الخطورة التي يتعرض لها جراء هذا الإقبال العشوائي على إبرام العقد بهذا الشكل.

كما أن نشوب نزاع بين المستهلك والمحترف يعتبر منجرًا حقيقيًا في علاقات الاستهلاك وبمثابة فرصة للمستهلك من أجل تشخيص المزايا التي يتمتع بها المهني في مواجهته من جهة، والوقوف على حجم المخاطر والمصالح التي حُرِمَ منها هو الآخر من جهة أخرى.

من هذا المنطلق برزت فكرة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية بصفة عامة وذلك عن طريق العمل على إعادة التوازن إلى العلاقات العقدية بما يحول دون إلحاق الضرر بالمستهلكين¹، وهو ما دفع التشريعات مدعمة باجتهاد القضاء إلى مضاعفة الإصلاحات من أجل تحقيق توازن العقد الذي غالبًا ما تشويه لا مساواة فعلية وحقيقية².

كل هذه العوامل كانت وراء قيام حركة حماية المستهلك من الشروط التعسفية وذلك نتيجة الظلم والتعسف الذي كان يمارس من قبل طبقة المنتجين والتجار ووسطائهم خلال الثورة الصناعية واستخدام طرق الإنتاج المستمر والسريع في " الوقت الذي ابتعد فيه جهاز الانتاج والمستثمرون عن التمسك بأية ضوابط أخلاقية أو تعاليم دينية من شأنها الدعوة الى العدل والانصاف"³

في ظل هذه المعطيات والظروف تكونت قناعة الدول والأفراد بضرورة إفراد حماية خاصة للمستهلك من الشروط التعسفية في مجال عقود الاستهلاك، فكانت البداية بفضل جهود المحامي والأستاذ الجامعي الأمريكي رالف نادر (**Ralph Nader**) الذي ترأس حركة المدافعين عن حقوق المستهلك التي نددت آنذاك بعقود الإذعان ومحاربة الشروط التعسفية الواردة فيها والتي وُصِفَت بالشروط أو البنود الشنيعة *les clauses odieuses*.

1 _ أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع، بيروت، 2010، ص 22.

2 _ (LITTY) OLIVIER, *inégalité des parties et durée des contrats, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, L.G.D.J, Paris, 1999, p 115.

3_ محمد محمد أبو سيدر أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004، ص 13.

وقد أَلَّفَ رالف نادر **Ralph Nader** كتابا سنة 1965 بعنوان " لا يوجد أمن في السرعة" طالب من خلاله شركة جنرال موتورز GENERAL MOTORS بضرورة سحب سيارة كورفر Corvaire من السوق مع إلزامها بتعويض الأشخاص الذين اقتنوها، "وقد ربح عدة قضايا ضد أكبر شركات صناعة السيارات في أمريكا، والأموال المدفوعة كتعويض عن الضرر استعمله لتمويل رجال القضاء الاقتصاديين وكل العاملين على حماية المستهلك"¹. امتدت تداعيات هذه الحملة من أمريكا إلى فرنسا فكانت من بين الأسباب التي دفعت المشرع الفرنسي إلى سن القانون المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك بالمنتجات والخدمات الذي تضمن في الفصل الرابع منه - المواد 35 إلى 38 - قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية².

وقد كان القانون 78-23 المشار إليه أعلاه محل العديد من التعديلات بموجب عدة مراسيم³ خلال الفترة الممتدة ما بين 1978 إلى غاية 1995، و تعتبر سنة 1995 تاريخا حاسما في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية إذ ألغى المشرع الفرنسي أحكام المواد 35 وما يليها من القانون 78-23 وأدمجها ضمن نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/95 المؤرخ في 01 فيفري 1995⁴، و هو القانون الساري المفعول إلى يومنا هذا.

أما في الجزائر فعرف موضوع حماية المستهلك بصفة عامة أول وجود له على الصعيد التشريعي سنة 1989 بموجب القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية

1_ مندي آسيا نسيم، النظام العام والعقود، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، ص 25.

2_ loi n° 78/23 du 10 janvier 1978 dite SCRINVER sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF du 11 janvier 1978, P 301, consultable sur le site suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>

- décret n° 93/34 du 10 mars 1993, relatif à la Commission des clauses abusives, consultable sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr>

4_ loi n° 95-96 du 01 février 1995, concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, modifiée par Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n°0064 du 16 mars 2016, consultable sur : www.legifrance.gouv.fr.

المستهلك¹ والذي تم إلغائه سنة 2009 بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش²

أما بخصوص حماية المستهلك بصفة خاصة من الشروط التعسفية في مجال العقود فقد برزت المحاولات الأولى للتصدي لهذه الظاهرة في القانون المدني الجزائري³ من خلال نظرية عيوب الإرادة وبعض أحكام عقد البيع المتعلقة بالضمان والعيوب الخفية وعقود الإذعان... إلخ.

غير أن هذه المسألة لم تحظ بالعناية اللازمة إلا منذ سنة 2004 بصور القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أين خصص المشرع الجزائري الفصل الخامس منه لمعالجة الشروط التعسفية و ذلك بعنوان "الممارسات التعاقدية التعسفية" و ذلك في المواد 29 و 30 منه⁴.

لكن بالرغم من سعي كل هذه القوانين المشار إليها أعلاه في حماية المستهلك بصفة عامة، إلا أن الواقع العملي أثبت محدوديتها في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية مما دفع المشرع الجزائري اقتداءا بنظيره الفرنسي سنة 2006 إلى إصدار المرسوم التنفيذي

1_ قانون 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06، الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1989 (الملغى).

2_ قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

3_ أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، الصادرة بتاريخ 16 فيفري 1985، معدل ومتمم.

4_ قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، الصادرة بتاريخ 27 جويلية 2004، معدل ومتمم بموجب القانون 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010 .

رقم 06-306¹ الذي يعتبر بمثابة المرجعية الحقيقية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في مجال عقود الاستهلاك.

تكمن أهمية الدراسة الحالية في الوقوف على مدى نجاعة القواعد التي خص بها المشرع حماية المستهلك من الشروط التعسفية في مجال عقود الاستهلاك وذلك ما لا يتأتى دون البحث عن طبيعة العلاقة بين القانون 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 وهي علاقة تكاملية أو تنظيمية ومعرفة مدى ملاءمة نصوص قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية مع الواقع.

إن الاشكالات العملية والنظرية التي يواجهها المستهلك في مجال العقود التي يبرمها والتي غالبا ما تتعكس سلبا على مصالحه المالية أو تكون سببا مباشرا أو غير مباشر لجره الى متابعات قضائية، إضافة إختلاف وجهة نظر الفقه في آليات مكافحة هذه الظاهرة هي مجمل العوامل التي دفعتنا للبحث عن دور المشرع في خلق التوازن العقدي بين المستهلك والمهني؟

إن معرفة مدى نجاعة النصوص القانونية في ضمان حماية للمستهلك من الشروط التعسفية لا يتأتى إلا من خلال دراسة هذه الظاهرة بالنقد والتحليل والوصف والمقارنة كلما اقتضى الأمر ذلك مع بعض التشريعات المقارنة خاصة التشريع الفرنسي الذي يعتبر رائدا في هذا المجال.

فالحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية تتعدد صورها بحسب المراحل التي يستغرقها تكوين العقد، بداية من محاولة محاربة هذه الظاهرة قبل وقوعها بهدف تجنب المنازعة إطلاقا في بنود العقد وهو ما سنتطرق اليه بعنوان الوقاية من الشروط التعسفية (الفصل الأول).

1_ مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56، الصادرة في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر عدد 07 الصادرة في 10 فيفري 2008.

غير أنه لما ثبت عمليا أن المنازعة بخصوص مضمون العقد وشروطه أمر لا مفر منه بحكم أن التعاقد عموما يتحكم فيه عنصر نفسي وهو إرادة الأطراف التي تخضع بدورها وتتأثر هي الأخرى بظروف قد تجعل المنازعة بخصوص العقد حتمية قائمة وهو ما يستدعي من باب الاحتياط التصدي لهذه الظاهرة بعد وقوعها وهو ما سنقوم بدراسته تحت عنوان الرقابة على الشروط التعسفية (الفصل الثاني).



الفصل الأول
الوقاية من الشروط التعسفية

إن اختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك مفترض منذ الوهلة الأولى وذلك بالنظر إلى مركز كلا طرفي العقد، الذي يكرس ليس فقط بوجود متعاقد محترف على قدر من القوة الاقتصادية فحسب، وإنما توفره على العديد من الأدوات والآليات القانونية التي تساعد على تكريس عدم المساواة بين أطراف العقد¹.

يكتسي الإعلان طابعا إعلاميا في مجال عقود الاستهلاك بالنظر إلى مساهمته في التعريف بالسلع والخدمات إلا أن تأثيره في أحداث اختلال في توازن العقد ظاهر من خلال عملية الترويج والدعاية للسلع والخدمات والتي ينتج عنها تصوير للأشياء على غير حقيقتها، حيث عبّر عنه بعض الفقه بالقول على " أنه يعتبر بمثابة آفة العصر التي تضر بالعين وتنشوه الطبيعة وتغيّر الحقيقة"².

لذلك اعتُبرت مرحلة إبرام العقد من المراحل الحساسة والخطيرة بالنظر إلى أهمية العقود ذاتها التي يبرمها المستهلكون لكونها الآلية الفعلية لقضاء حاجياتهم اليومية الضرورية، وهو ما يستدعي الحفاظ عليها وتقادي إبطالها أو إلغائها لأن في ذلك ضرر مفترض وأكد يمس المستهلك في استقرار حياته اليومية على أقل تقدير.

هذه الأهمية تقضي التصدي لظاهرة التعسف الذي قد يتضمنه العقد من خلال فلسفة تحفظية وقائية وذلك عن طريق تدخل قواعد قانون الاستهلاك من أجل إعادة التوازن للعقد حتى " ولو كان ذلك على حساب بعض المبادئ العامة"³.

تستهدف الوقاية من الشروط التعسفية تقوية مركز المستهلك تجاه المهني بالقدر الذي يجعله يقدم على إبرام العقد والتوقيع عليه دون أية مخاوف أو تردد، عكس ما هو عليه

1_ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، (دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر)، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010، ص 09.

2_ CHENDEB (Rabih), *le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, (droit français, libanais et égyptien)*, LGDJ, Paris, 2010, p 32.

3 _ PIEDELIEVERE (Stéphane), *droit de la consommation*, éd Economica, Paris, 2010, p 341.

الأمر في الحماية التقليدية التي لا تظهر إلا في تاريخ لاحق على الواقعة، أو التصرف القانوني تحت شكل الجزاء القضائي للمسؤولية أو البطلان¹ ورغبة منا في الوقوف على المحاولات التي تهدف إلى ضمان حماية قبلية للمستهلك من الشروط التعسفية سوف نسلط الضوء أولاً على تصدي القانون لهذه الظاهرة من خلال الضبط القانوني المسبق للشروط التعسفية (مبحث أول)، ثم ننتقل بعد ذلك إلى البحث عن مدى مساهمة بعض المبادئ القانونية في حماية المستهلك في الفترة السابقة لإبرام العقد (مبحث ثاني).

1_ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدر الجامعية، د ب ن، 2003، ص 24.

المبحث الأول
الضبط القانوني المسبق للشروط التعسفية
(الحماية المباشرة)

تعتبر عملية الاستهلاك بمثابة عقود يكون محلها إستهلاك سلعة أو الإنتفاع من خدمة، وعلى خلفية ذلك تم استعمال مصطلح عقد الاستهلاك في نطاق العقود المدنية وكأنها طائفة قائمة بذاتها من العقود لها خصوصياتها وأحكام خاصة تخضع لها، والصحيح أنّ هذه العبارة، أي عقد الاستهلاك تطلق على أيّ عقد، سواءً كان عقد مسمى أو غير مسمى، وذلك بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلكاً أو غير مهني، والطرف الآخر مهني¹.

على هذا الأساس وبالنظر إلى أهمية هذا العقد فقد أفرده المشرع في المادة 03 من القانون 02-04 بتعريف يختلف عن تعريف العقد الوارد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري²، على أنه "كل إتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه"³

يبدو من هذا التعريف أن المشرع الجزائري قد احتفظ بخاصية الإذعان المعروفة في إطار القانون المدني كإحدى مظاهر تفوق المهني على المستهلك إلى جانب التحرير المسبق لبنود العقد وعدم قدرة المستهلك - الطرف الضعيف - في إجراء أي تغيير في بنود العقد كمعايير لتحديد عقد الاستهلاك له خصوصياته التي تميزه عن العقود المعروفة في إطار القواعد العامة.

إن ما يتمتع به المهني في مواجهة المستهلك من امتيازات في الفترة السابقة لإبرام العقد بحسب التعريف الوارد أعلاه يستوجب بالضرورة التصدي لها في حينها حفاظاً على العقد ذاته من الزوال لكونه يتعلق بحاجة أو خدمة ضرورية بالنسبة للمستهلك.

1_ سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 14.

2_ جاء في نص هذه المادة ما يأتي: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

3_ أنظر الفقرة 04 من المادة 03 من القانون 02-04، مرجع سابق، كذلك الفقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مرجع سابق.

عابن المشرع الجزائري هذه الظاهرة وحاول التصدي لها من خلال نصوص القانون 02-04 والمرسوم التنفيذي 306-06 أين قام باعتماد قوائم للشروط التعسفية (مطلب أول)، وفي حالة عدم ورود إحدى شروط العقد ضمن هذه القوائم فقد حدّد المعايير التي يمكن من خلالها تقدير الطابع التعسفي لهذه الشروط (مطلب ثاني).

المطلب الأول

اعتماد نظام القوائم القانونية

لقد حدد المشرع الجزائري بموجب القانون 02-04 والمرسوم التنفيذي رقم 306-06 قائمتين للشروط التي تعتبر تعسفية وذلك اقتداءً بنظيره الفرنسي¹، ويعتبر هذا الأسلوب كأحد الطرق المتبعة في تعريف وتحديد الشروط التعسفية لكونه يمثل ضماناً فعّالة لاستقرار معاملات المستهلك فضلاً عن التيسير على القاضي الذي يفصل في النزاع².

هذا الأسلوب المعتمد لتنظيم الشروط التعسفية يسمح بفرض رقابة مسبقة على مضمون العقد للتأكد من الطابع التعسفي للشروط الواردة فيه والذي يتحدد بمجرد الإطلاع على القوائم الواردة في القانون أو المرسوم والبحث عما إذا كان الشرط المتنازع حوله وارد فيها أم لا؟

الملاحظ على هذه القوائم أنها تحتوي على العديد من الشروط التي عالجه المشرع بالنظر إلى مراحل إبرام العقد، فمنها ما يتعلق بتكوينه (فرع أول)، ومنها المنصبة حول تنفيذه (فرع ثاني)، وأخرى تتعلق بإنهاء العقد (فرع ثالث).

1_ قام المشرع الفرنسي في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود والتي تكون محلاً للشروط التعسفية في مخالفتها، وذلك بموجب المادة 35 من القانون رقم 23-78، وبعد صدور القانون 95-96 تم إيراد ملحق بقانون الاستهلاك في المادة L1-132 يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية *Une liste explicative et non exhaustive* للشروط التي ينظر إليها على أنها تعسفية متى توافرت فيها شروط الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون 23-78 المتعلقة بحماية وإعلام المستهلكين بالمنتجات والخدمات .

2_ مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 169.

الفرع الأول

الشروط المتعلقة بتكوين العقد

قد يغتتم المحترف حالة الضعف المعرفي التي يتواجد فيها المستهلك أو يستغل حاجة الماسة للسلعة أو الخدمة المزمع التعاقد بخصوصها ليقوم بإدراج شروط تسمح له بالحصول على مزايا أو تفرض على المستهلك التزامات غير مبررة وذلك قبل إبرام العقد أو التوقيع عليه.

هذه الأفضلية التي يتمتع بها المهني في هذه الفترة عبّر عنها المشرع الجزائري في الفقرتين 01 و 02 من المادة 29 من القانون 04-02 والتي تتمحور حول حقوق والتزامات الطرفين والتي تتجسد في صورة عدم التماثل بين حقوق والتزامات الطرفين (أولا)، أو في الحرية الممنوحة للمهني في تنفيذ التزاماته (ثانيا).

أولا

عدم التماثل في الحقوق والالتزامات

لقد جاء في الفقرة الأولى من نص المادة 29 من القانون 04-02 ما يلي:
 "أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك".

تشكل هذه الصورة سببا في وجود خلل تعاقدية ذلك أنه وفي كل مرة يمنح البند حقوقا للمهني (العون الإقتصادي) دون منحها للمستهلك، أو في كل مرة يفرض التزامات على المستهلك دون الإقرار بها للمهني.

ومثال ذلك إدراج بند في العقد ينتج عنه إقبال مسؤولية المستهلك وذلك بالنص على أن يلتزم هذا الأخير بدفع مبلغ جزافي بعنوان الضرر اللاحق بالمهني أو أن يكون التعويض عبارة عن فوائد تأخيرية¹ دون أن يظهر هذا الشرط في الإلتزامات الخاصة بالمهني. إن صياغة هذه الفقرة توحى إلى أن التماثل بين حقوق والتزامات الطرفين هو المعيار لتحديد مدى تعسف الشرط المدرج في العقد، غير أن هذا المصطلح (تماثل) يعتبر معيارا غير واضح، عام ومجرد لا يمكن بواسطته قياس معدل التماثل بين حقوق والتزامات الطرفين.

ثانيا

حرية المهني في تنفيذ التزاماته.

لقد جاء في الفقرة الثانية من نص المادة 29 من القانون 04-02 ما يلي:
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

إن مضمون هذه الفقرة يتجسد من خلال ما قد يفرضه المهني على المستهلك من التزامات يتعين عليه الوفاء بها بمجرد التوقيع على العقد، وتتعلق عموما بثمن المبيع، تسليم المبيع وكيفيات الدفع...إلخ.

مثال ذلك أن يفرض البائع على المشتري دفع ثمن المبيع كاملا ومسبقا بمجرد إبرام العقد دون أن يحدد أو يتفقا على موعد تسليم المبيع إطلاقا، أو أن يتفقا على أن يكون ذلك مقترضا بشرط واقف يتعلق بحالة السوق مثلا أو مقترضا بمدى توافر السلعة محل التعاقد، في

1 _ TROCHU Michel & TREMORIN Yannick & BERCHON Pierre, **La protection des consommateurs contre les clauses abusives, étude de la législation française du 10-1-1978**, Revue de droit et pratique de commerce internationale, Tome 7, n° 01, éd MASSON, Paris, 1981, p 73.

حين يحتفظ هو بأفضلية تسليم المبيع في أي وقت يراه مناسباً مما يظهر الطابع التسلطي والتحكمي الذي يمارسه المهني في هذه الحالة¹.

هذه الممارسات التعسفية يكثر العمل بها من طرف وكالات بيع السيارات والتي تشترط على عملاءها دفع غالبية الثمن، في حين تحتفظ لنفسها بأحقية التسليم النهائي للسيارات بحسب وفرة المنتج بالرغم من منحها الزبون وثيقة ثبوتية تؤكد من خلالها توفر المنتج في تاريخ محدد.

الفرع الثاني

الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد

ينتقل الطرفان المتعاقدان بعد إبرامهما لعقد الاستهلاك إلى مرحلة أخرى من مراحل العقد وهي مرحلة تنفيذه، حيث يلتزم فيها الطرفان بالوفاء بالالتزامات الواقعة على عاتقهما²، فهذه المرحلة تعتبر من أهم مراحل العقد لكونها سوف تخرج العقد من قالبه النظري إلى حيز التنفيذ وتكريسه ميدانياً.

لذات الأهمية، وبما أن العقد يقوم مقام القانون بين المتعاقدين³ فإن المهني يسعى إلى تضمين العقد شروط تتعلق بتنفيذ العقد تتمحور حسب أحكام الفقرتين 04 و 05 من القانون 02-04 وكذا أحكام الفقرتين 02 و 03 من المرسوم التنفيذي 06-306 حول تقليص العناصر الأساسية للعقد (أولاً)، وتفرد المهني بأفضلية تفسير بنود العقد (ثانياً).

1_ كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص 65.

2_ أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، مرجع سابق، ص 255.

3_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (نظرية الالتزام بوجه عام)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن، ص 629.

أولاً : تقليص المهني لعناصر العقد الأساسية

تعتبر عناصر أساسية للعقد تلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات والضمان والخدمة ما بعد البيع¹.

كما أكدت المادة 03 من المرسوم التنفيذي 06-306 على أن العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم تتعلق أساساً بما يلي:

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات
- الأسعار والتعريفات
- كفيات الدفع، شروط التسليم وأجاله
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم
- كفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات
- شروط تعديل البنود التعاقدية
- شروط تسوية النزاعات
- إجراءات فسخ العقد.

1- أكد المشرع على حظر المساس بالعناصر الأساسية للعقد في العديد من المناسبات بداية على سبيل المثال من سنة 1989 بموجب المادة 07 من القانون 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06، الصادرة في 08 فيفري 1989 (ملغى)، والتي نصت على أن: "الضمان المنصوص عليه في المادة 06 من هذا القانون حق للمستهلك دون مصاريف قضائية، وكل شرط مخالف لذلك يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً".

- كذلك ما جاء في المادة 10 من المرسوم التنفيذي 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر عدد 40، الصادرة في 19 سبتمبر 1990، والتي نصت: "يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله"، لمزيد من التفصيل، راجع، جردود الباقوت، عقد البيع وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 65 وما يليها.

- كما أكد المشرع حرصه على حماية المستهلك من المساس بالعناصر الأساسية للعقد التي يبرمها بموجب المواد 02، 03، 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مرجع سابق.

ومثال الشروط التي تسمح للمهني بتعديل عناصر العقد الأساسية بحسب الصور الواردة في المواد المذكورة آنفاً الشرط الذي يضعه المورد في العقد ليرفع بمقتضاه السعر خلال الفترة ما بين الطلبية والتسليم¹.

غير أنه ما يؤخذ على المشرع هو أنه اكتفى بسرد عناصر العقد الأساسية فقط، بمفهوم المخالفة فإن العناصر التي لا تعتبر أساسية لا يسري عليها حكم التعسف ولا يشملها الحظر، كما أنه لم يحدد المعيار المعتمد لتحديد ما إذا كان العنصر أساسياً من عدمه، فما هو ثانوي بالنسبة للمستهلك يعتبر أساسياً بالنسبة للعون الإقتصادي والعكس صحيح.

لذلك فإنه يعتبر تعسفياً كل بند في العقد يقر للمهني إمكانية إعفائه من الضمان، أو الإعلام المسبق، أو اشتراطه تحديد ثمن المبيع من جانبه بصفة انفرادية، واحتفاظه بحق تعديل مواصفات المبيع دون تخفيض الثمن، وإعفاء نفسه كلياً أو جزئياً من ضمان العيوب الخفية أو عن التأخير في التسليم... إلخ².

ثانياً: تفرد المهني بصلاحيته تفسير العقد

قد يحصل وأن يتعذر على الأطراف تنفيذ العقد، أي تنفيذ التزاماتهم وذلك بسبب ما يعتريه من غموض يحول دون تنفيذه، حيث يتجه كل واحد من المتعاقدين إلى فهم يخالف ما وصل إليه الطرف الآخر ويدعي اختلاف التعبير لما اتجهت إليه إرادته³.

بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أنها تقضي بعدم جواز تفسير عبارات العقد متى كانت واضحة وفقاً لنص المادة 111 من القانون المدني الجزائري، وما التفسير إلا استثناء عن هذا الأصل متى كانت العبارات غامضة، والأمر حينها متروك لتقدير القاضي وليس من صلاحيات أي من المتعاقدين.

1_ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص 50.

2_ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص 48.

3_ عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 01.

لكن وإعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين¹ قد يلجأ المهني إلى تضمين العقد شرطاً مفاده الانفراد بصلاحيته أو امتياز تفسير بنود العقد، هذا التفسير كما جاء في المادة 29 من القانون 04-02 في فقرتها 05 كان بصفة عامة ولم يخضعه المشرع لأية حدود أو ضوابط مما يجعلنا حسب مفهوم ذات المادة نسلم بأنه ينصب إما على حرمان المستهلك من ظرف القوة القاهرة كأحد الضمانات التقليدية التي أقرها المشرع لحماية المدين وفقاً للقواعد العامة (01) أو ينصب على الشروط المرتبطة بالمسؤولية (02).

1- الشروط المتعلقة بالقوة القاهرة

تتحقق حالة القوة القاهرة عندما يصبح تنفيذ العقد مستحيلًا لسبب أو لآخر، هذه الظاهرة يطلق عليها أيضاً مصطلح الحادث المفاجئ، ويتخذ الحادث هذه الصورة عندما يكون غير متوقع ولا يمكن مقاومته وسببه أجنبي من شأنه أن يؤدي إلى انقضاء الالتزام بدون تعويض لكون استحالة التنفيذ مردها سبب أجنبي، مثال ذلك هلاك الشيء محل الالتزام أو صيرورة العمل الذي التزم به المدين مستحيلًا².

نص المشرع الجزائري على حالة القوة القاهرة بموجب نص المادة 176 من القانون المدني الجزائري وذلك من خلال استعماله لعبارة " ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه "

هذا ما يميز ظرف القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة التي اعتمدها المشرع في مجال حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية والتي أحاط بموجبها المستهلك بحماية خاصة بموجب المادة 107 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري، وذلك في حالة

1_ نص عليها المشرع في المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي جاءت كما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

2_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (الإثبات . آثار الالتزام)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص 760.

ثبوت تعرض العقد إلى اضطراب في توازنه، أي اضطراب اقتصادي للعقد حدث بعد إبرامه، وقبل تمام تنفيذه فأصبح أحد المتعاقدين يحمل التزاما مرهقا¹.

فقوام نظرية الظروف الطارئة هو اختلال التوازن الاقتصادي للعقد في مرحلة تنفيذه بحيث يصبح فيه التزام المدين سيلحق به خسارة فادحة غير متوقعة إذا تم تنفيذه رغم عدم استحالة ذلك التنفيذ²، كما أن العدول عن العقد بسبب هذا الارهاق لن يرتب إلا ضرر بسيط للدائن³.

من أجل ذلك حرص المشرع في هذا السياق على حماية المستهلك من كل مناورة من طرف المهني تهدف إلى إسقاط حقه أو حرمانه من الظروف القاهرة التي قد تتزامن وتنفيذ العقد

هذا ما أكدت عليه الفقرة 04 من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 التي اعتبرت تعسفا الشرط الذي يحرم المستهلك من أحقيته في فسخ العقد بسبب القوة القاهرة إلا بمقابل تعويض.

2- الشروط المتعلقة بالمسؤولية

ترتبط المسؤولية بما إذا كان الشخص المراد مساءلته قد أدخل بالتزام قائم أو سابق، والمسؤولية ينبغي لقيامها توافر شرطين، الأول وجود فعل إيجابي أو ترك للفعل، والثاني أن يؤدي هذا الفعل أو الترك إلى ضرر⁴، غير أنه وفي إطار العقود يمكن أن يلجأ المهني إلى التنصل من مسؤوليته بموجب بنود تظهر بصراحة في العقد.

1_ نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 168.

2_ علاق عبد القادر، القوة الملزمة للعقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 80.

3_ حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 46.

4_ ضيف الله بن تركي بن مشعان بن شيليوح العطاوي، المسؤولية المدنية عن مخالفة عقود الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2013، ص 10.

فالمهني وبسوء نية منه يسعى إلى التوصل من مسؤولياته الناجمة عن احتمال عدم تنفيذه للالتزامات أو تنفيذها على خلاف ما تم الاتفاق عليه، وذلك إما عن طريق إعفاء نفسه كلية من احدى الالتزامات وإما في صورة تشديد مسؤولية المستهلك، ومثال ذلك عقود التأمين التي تتضمن اشتراط سقوط الحق في الضمان عند التأخر في الإبلاغ عن الحادث، أو عند التأخر في تقديم المستندات التي تبين أن التأخر كان لعذر ما¹.

كما أن نطاق هذا الحظر للشروط التعسفية المتعلقة بالمسؤولية يمتد أيضا بحسب مقتضيات المادة 5 فقرة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 إلى الحالة التي يتخلى فيها المهني عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك إذا ما رفض تنفيذ التزاماته كلياً أو جزئياً أو نفذها بشكل غير صحيح.

هذا ونظرا للارتباط الوثيق بين المسؤولية والتعويض فقد يلجأ المهني الى التوصل من مسؤوليته بطريقة غير مباشرة من خلال تحميل المستهلك أعباء مالية غير مبررة ، وهذا ما تصدت له المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 فقراتها 08، 09، 11 والتي اعتبرت الشروط الآتية تعسفية:

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

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.

- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

1_ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014، ص 190.

الفرع الثالث

الشروط المتعلقة بإنهاء العقد

ينقضي العقد بتنفيذ الالتزامات التي ينشأها وهي النهاية الطبيعية له، ولكن قد يزول قبل تنفيذه¹، ولما كان الحفاظ على العقد يعتبر الغاية المنشودة للمستهلك لارتباطه بحاجة أو خدمة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها، فإن تحقيق هذه الغاية صعب التحقق عمليا تماشيا مع مبدأ منع الالتزامات المؤبدة *La prohibition des engagements perpétuels*² لذلك ومن باب الاحتياط فقد اهتم المشرع بمسألة إنهاء العقد من خلال نصوص المواد 29 من القانون 02-04 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306، ويظهر ذلك من خلال منع تقييد حق المستهلك في فسخ العقد (أولا)، إضافة إلى حظر تهديد المهني للمستهلك بقطع العلاقة التعاقدية (ثانيا).

أولا: تقييد حق المستهلك في فسخ العقد

لقد خول القانون للطرف الدائن الحق في التحلل من العقد عند عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه المقابل، ذلك حماية له من المخاطر والأضرار التي قد تصيبه من جراء عدم التنفيذ³.

هذا المبدأ عام يسري على كلا طرفي العقد، كما يعتبر الفسخ احدي الآليات التي تسمح لأحد المتعاقدين التحرر من العقد الذي يقوم على فكرة الالتزامات المتقابلة⁴ وهذا ما نصت عليه المادة 119 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: " **في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره**

1_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مرجع سابق ص 689.

2_ Olivier Litty, *Inégalité des parties et durée du contrat d'adhésion, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris, 1999, p 19.

3_ حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مرجع سابق، ص 02.

4_ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 698.

المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك".

لذلك وتماشيا مع الأحكام العامة فقد عزز المشرع موقفه من تقييد سلطة المهني لحق المستهلك في فسخ العقد وذلك بموجب الفقرة 06 من المادة 29 من القانون 02-04 التي أضفى من خلالها الطابع التعسفي على الشرط الذي يرفض بموجبه حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو (المهني) بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته و ذلك بنصها على ما يلي :

" رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة إلتزامات "

من خلال صياغة النص المذكور أعلاه يتجلى بوضوح أن المشرع استوجب لقيام التعسف وفقا لهذه الصورة أن يكون مضمون الشرط هو رفض حق المستهلك في طلب الفسخ، وعبرة "الرفض" التي جاءت بها المادة وردت بمفهومها الواسع، فهي تشمل الرفض المقيد (المشروط) والرفض القطعي.

ويدخل في دائرة الرفض المشروط أو المقيد ذلك الشرط الذي يقضي بتقييد حق المستهلك في طلب الفسخ خلال مدة معينة فقط، أو العكس بأن يقتصر حق فسخ العقد بالنسبة للمستهلك على فترة محددة فقط¹.

ثانيا: تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية

نصت الفقرة الثامنة من المادة 29 من القانون 02-04 على أنه يعتبر تعسفا **"تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة"**.

إن ورود مثل هذا الشرط في عقد ما يعتبر من قبيل الإكراه¹ الذي يكون في صورة الضغط غير المشروع الممارس من طرف المهني على المستهلك بوسائل مختلفة فيولد في

1_ ابراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2013، ص 151.

نفسه رهبة أو خوفاً² تدفعه إلى التفكير في إنهاء العقد رغم حاجته الماسة للخدمة أو السلعة محل التعاقد، أو التخلي عن حقوقه الثابتة بموجب العقد وذلك بفعل الشروط التجارية الجديدة التي يفرضها المهني والتي لم يتضمنها العقد.

غالباً ما تكون هذه الشروط التجارية لاحقة لإبرام العقد والتي تكون ترجمة مباشرة لاحتكار المهني للسلعة أو الخدمة محل التعاقد والتي ينعكس أثرها على المستهلك باعتباره الحلقة الضعيفة في السلسلة الاقتصادية، وفي علاقته القانونية مع مقدمي السلع أو الخدمات، لتعرضه لتهديدات متعددة أبرزها الاحتكار والممارسات الاحتكارية الأخرى المشابهة كالمنافسة غير المشروعة والإغراق³.

كما يمتد تهديد المهني للمستهلك بقطع العلاقة التعاقدية إلى درجة حرمان المستهلك من حقه في اللجوء إلى القضاء بالرغم من كفالة هذا الحق بالنسبة للمستهلك بموجب الدستور⁴ وهذا ما كرسه المشرع من خلال الفقرة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 التي جاء فيها: "النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده".

المطلب الثاني

معايير تحديد الشروط التعسفية

لقد ذكرنا فيما سبق بأن الشروط التعسفية كما وردت في صلب النصوص التشريعية التي اعتمدت أسلوب القوائم لتحديدها لم تكن على سبيل الحصر، ما يعني أنه بالإمكان أن ترد في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين بعض الشروط التي يتوافر فيها طابع التعسف بالرغم من عدم ورودها في هذه القوائم القانونية المنظمة للشروط التعسفية.

1- كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مرجع سابق ص 66.

2- فيلاي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موقم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص 185.

3- الهيثم عمر سليم حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للاذعان، مرجع سابق، ص 181.

4- تنص المادة 151 من دستور 28 نوفمبر 1996 على ما يلي: "الحق في الدفاع معترف به".

فظهر الشرط التعسفي بالنسبة للطرف الضعيف يكون إما عند إبرام العقد، وقد لا يُكتشف وجوده إلا عند التطبيق¹، الأمر الذي يطرح إشكالية التصدي للشرط المطعون في تعسفه في حالة ما إذا ثبت عدم إدراجه ضمن القوائم التشريعية.

لذلك ومن باب تفعيل الحماية وتفاذي أي فراغ قانوني يمنح فرصة تغليب المهني لمركزه القوي على حساب المستهلك من خلال التمسك بعدم ورود الشرط المطعون في طابعه التعسفي ضمن القوائم القانونية فقد عمدت مختلف التشريعات² على غرار التشريع الجزائري إلى إقرار معايير من أجل الوقوف على مدى كون الشرط تعسفيا من عدمه وذلك ما يستتفى بمناسبة تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 والتي استعمل من خلالها المشرع عبارة " .. الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد" .

باعتبار أن الميزة الفاحشة تعتبر نتيجة للتعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المهني، فإن دراستنا في هذا الخصوص سوف تقتصر على هذا المعيار الذي

1_ أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان (دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقهاء الإسلامي)، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2013، ص 95.

2_ يعتبر المشرع الفرنسي السباق إلى التصدي لهذا الإشكال من خلال نص المادة 35 من القانون 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالمنتجات والخدمات التي اعتمد من خلالها المشرع الفرنسي على معيار مزدوج جمع فيه بين التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والتي ينتج عنها تمتع المهني على حساب المستهلك بميزة فاحشة « lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif »

- غير أن المشرع الفرنسي قد غير موقفه بمناسبة تعديل قانون الاستهلاك سنة 1995 بموجب القانون 95-96 المؤرخ في 01/02/1995 المتعلق بالشروط التعسفية وتقديم العقود المنظمة لمختلف النشاطات ذات الطابع الاقتصادي والتجاري وذلك بموجب المادة L132_1 منه والتي جاء فيها ما يلي : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »,... Voir loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JORF, n° 28 du 02/02/1995, consultable sur : www.legifrance.gouv.fr.

يعتبر معيارا ذاتيا يتعلق بصفة المهني (الفرع الأول)، ثم نليه بمعيار موضوعي لا يتعلق بصفة أشخاص العقد وإنما يرتبط بتوازن العقد ذاته (الفرع الثاني).

الفرع الأول

معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

انطلاقا من الارتباط الوثيق بين فكرة القوة والمجتمع¹ فإن عنصر القوة امتد أثره الى معاملات الأفراد فيما بينهم وذلك في صورة مغايرة للقوة المستعملة في مجالات أخرى والتي غالبا ما تكون مباشرة اعتمادا على وسائل ظاهرة.

ففي مجال العقد لا تكفي المزايا المفرطة التي يحصل عليها المهني بموجب العقد الذي يبرمه مع المستهلك، وإنما يُشترط أن يكون ذلك ناشئا عن تعسفه في استعمال نفوذه الاقتصادي وذلك بأن يسيء استعمال مركزه الاقتصادي المتفوق ليفرض على المستهلك شروطا تخل بتوازن العقد²

إن تحديد الشيء يرتكز أساسا على اشتماله للعناصر المكونة له، وبالتالي فإن الأمر لا يختلف بالنسبة لفكرة التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال العقود، أين يستدعي الأمر (أولا) الوقوف على مضمون هذا المعيار من أجل الوصول الى تقييمه ومدى مساهمته في محاربة الشروط العقدية التعسفية (ثانيا).

أولا

مضمون التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

إن أصل التعسف في استعمال القوة الاقتصادية في مجال العقود مفترض حتى قبل نشوء العلاقة العقدية ولا حتى في ظل غيابها إطلاقا³، فالقوة الاقتصادية هي ظاهرة سابقة على نشوء العلاقات العقدية بين الأفراد بدليل أن التعسف في وضعية الهيمنة على السوق

1 _ Jean Pascal GHAZAL, **La puissance économique en droit des obligations**, thèse pour l'obtention du doctorat, faculté de droit GRENOBLE 02, Université PIERRE MENDES, France, 1996, p 219.

2 _ حسين عبد الله عبد الرضا، إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، مجلة العلوم القانونية، المجلد 26، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2011، ص 219.

3 _ Jean Pascal GHAZAL, **la puissance économique en droit des obligations**, , op, cit p 178.

واستغلالها بما يؤدي الى الإضرار بالمنافسين والمستهلكين وبالاقتصاد بشكل عام¹ هو محل حظر بموجب أحكام قانون المنافسة²

فوضعية التعسف في استعمال القوة الاقتصادية معروفة إذن في ظل قانون المنافسة قبل أن تلقي بظلالها إلى العقود الخاصة التي تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، وتُترجم في هذا الخصوص من خلال بعض المناورات التي يلجأ إليها الأعوان الاقتصاديون في سبيل احتكار السوق وذلك عن طريق مثلا عرض سلع ومنتجات لا تتوافق أسعارها مع قيمتها الحقيقية أو مع سعر التكلفة.

في ذات السياق غالبا ما يلجأ العون الاقتصادي إلى تحمل عجز مالي مؤقت بهدف إقصاء جميع المنافسين له في السوق، وهو ما يمكنه من إعادة الأسعار إلى وضعها الطبيعي بمجرد إحساسه بتفرده بوضعية الهيمنة الكلية أو شبه الكلية على السوق.

إن وضعية الهيمنة على السوق على النحو الذي وضحناه في مجال قانون المنافسة ستمتد آثاره لا محالة إلى العلاقات التي تربط العون الاقتصادي المحنك مع المستهلك بصفته الضعيف اقتصاديا ذلك أن الإذعان هو وليد الممارسات الاحتكارية³ فالمستهلك غالبا ما يجد نفسه في ظروف تتعلق إما بحالة السوق أو بمركزه المالي مضطرا إلى التعاقد، فالظروف التي تنشأ فيها العملية الاستهلاكية غالبا ما تكون لمصلحة المحترف الذي يستغل الضعف الاقتصادي للمستهلك وذلك من أجل فرض تعسفه.

تجدر الإشارة إلى أنه وبالرغم من العلاقة الوطيدة بين الاحتكار أو وضعية الهيمنة في ظل قانون المنافسة والتعسف في استعمال القوة الاقتصادية في نطاق الالتزامات

1_ كـتـو مـحـمـد الشـرـيـف، قـانـون المـنـافـسـة و المـمـارـسـات التـجـارـيـة و فـقـا لـأ مـر 03-03 و القـانـون 04-04، مـنـشـورـات بـغـدـادـي، الجـزـائر ، د س ن ، ص 43.

2_ أنظر المادة 07 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 ، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003، معدل ومتمم.

3_ الهيثم عمر سليم ، حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للإذعان، مرجع سابق، ص 188.

التعاقدية، فالتمييز بينهما أمر في غاية الأهمية إذ أن النفوذ الاقتصادي في مجال العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين ليس بالضرورة مرادفا للقوة اللوجستكية والمالية .
 إن ما يعزز هذا الطرح هو أنه بمقدور المهني البسيط (ميكانكي مثلا) استخدام نفوذه في حين لا يستطيع المهني في مشروع اقتصادي كبير أن يفرض شروطه، لذلك لا يمكن الاستناد إلى وضع المهني في السوق لتقدير النفوذ الاقتصادي على أساسه.
 لكن النظر إلى القوة الاقتصادية للمهني بهذه السلبية على إطلاقها أمر يجافي العدالة، ذلك أنه من المنطق والعدل وضع حدود فاصلة بين مشروعية الاستفادة من القوة الاقتصادية وبين التعسف في استعمالها وذلك عن طريق وضع معيار واضح للوقوف على الاستعمال العادي والاستعمال التعسفي لها بهدف حماية العلاقات القانونية والمبادلات الاقتصادية¹

ومن بين مظاهر القوة الاقتصادية للمحترف تفرده بتحرير شروط العقد والذي يتخذ غالبا صورة نماذج أو مطويات تحتوي على شروط العقد المزمع إبرامه والذي يكون خلاصة لخبرة فنية وقانونية وربما خبرة عملية ذات سوابق²، وبالتالي فإن القوة المقصودة هي السيطرة الفنية لا الاقتصادية³

كما يظهر التفوق الاقتصادي للمحترف من خلال عدم قدرة المستهلك على مناقشة بنود العقد بالرغم من أنه المحرك الأساسي لعملية الاستهلاك، أين تنحصر مهمته فقط في مجرد التوقيع على العقد وذلك على فرض تمكينه من الاطلاع على بنوده، إضافة إلى الميزة الفاحشة *l'avantage excessive* التي تكون في صورة الأفضلية أو المنفعة أو الفائدة

1 _ Jean Pascal GHAZAL, *la puissance économique en droit des obligations*, op cit, p 627.

2 _ رباحي احمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008، ص 350.

3 _ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص 143.

المفرطة التي يتمتع بها المهني والتي تشكل قرينة على التعسف في استعمال القوة الاقتصادية¹.

ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري سواء في القانون 04-02 أو المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لم يعتمد صراحة معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وإنما أشار إليه بطريقة ضمنية من خلال بعض مظاهره المتمثلة في التحرير الأحادي المسبق لشروط العقد وعدم قدرة المستهلك إحداث تغيير حقيقي فيه وذلك بمناسبة تعريف العقد في المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02.

ثانيا

تقييم معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

بالرغم من مساهمة هذا المعيار في محاربة اختلال التوازن العقدي من خلال الكشف عن الهوة الاقتصادية بين المهني والمستهلك وما لها من أثر على هذا الأخير، إلا أنه لم يسلم من الانتقادات نظرا لغموضه وعدم دقته الذي يعود بالدرجة الأولى إلى صعوبة تحديد حصة المهني في السوق وعدم بيان الحدود المرسومة له.

فالقوة الاقتصادية ليست ملازمة للمشروعات الكبرى، "فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة مادام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروعا وطنيا"²، ضف إلى ذلك أن الإعتماد على هذا المعيار غير مبرر أصلا باعتبار أن التفاوت الاقتصادي بين الأطراف المتعاقدة مفترض مبدئيا والشرط التعسفي لا يمكن افتراض وجوده إلا بافتراض أن أحد طرفي العلاقة التعاقدية قد استعمل تفوقه مهما كان شكله لإدراج هذا الشرط³

1_ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 144.

2_ بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق ص 93.

3_ رباحي احمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 360.

إن الاعتماد على هذا المعيار لتحديد الطابع التعسفي يطرح إشكالا آخر يتعلق بالأساس الذي يقوم عليه خصوصا وأن الفقه قد أجمع على أنه معيار ذاتي (شخصي) يرتبط بصفة المهني ومركزه، فما المقصود من التعسف؟ هل هو تعسف الموقف أم تعسف في استعمال الحق؟.

لقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن التعسف المقصود هو تعسف الموقف والذي يسمح لأحد أطراف العقد بفرض شروطه على الطرف الآخر وهو التعسف الذي يقترب من التدليس في مفهومه وفقا للقواعد العامة.

هذا ما يعني أن التعسف في الموقف كما صورته أنصار هذا الرأي يطلق على سلوك المتعاقد الذي يتم من خلاله استخدام وسائل غير أمينة مستغلا الوضع الذي يكون فيه المتعاقد العادي أو المستهلك، بمعنى آخر أنه ممارسة لسلطة واقع وليست ممارسة لحق شخصي¹، وذلك ما يظهر من خلال التحرير الأحادي للعقد أو ما يسمى بالعقود النموذجية التي أصبحت ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها.

في مقابل ذلك يُرجع جانب آخر من الفقه فكرة التعسف في استعمال النفوذ الإقتصادي إلى فكرة التعسف في استعمال الحق المعروفة في إطار القواعد العامة² تأسيسا على أحكام المسؤولية التقصيرية باعتبار أن التعسف في نظرهم يشكل خطأ يستوجب التعويض، هذا الأخير يتخذ شكلا آخر في مجال الشروط التعسفية إذ أنه ليس بمقابل مالي، وإنما يكون بإزالة سبب الضرر ألا وهو الشرط التعسفي بحد ذاته³

1_ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 142.

2_ كانت هذه الفكرة منصوص عليها في أحكام المادة 41 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه: "يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال الآتية:- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،-إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة غير مشروعة بالنسبة للضرر الناشئ للغير،- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

- وقد كانت ذات المادة محل تعديل سنة 2005 أين تم إدراجها ضمن أحكام المادة 124 مكرر من القانون المدني الجديد والمتعلقة بالمسؤولية التقصيرية، أنظر القانون 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، يعدل ويتم الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر عدد 44، الصادرة في 26 جويلية 2005.

3_ نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، مرجع سابق، ص 245.

إن ما يؤكد عدم جدوى وفعالية هذا المعيار لتحديد الطابع التعسفي للشروط التي يحتمل أن ترد في العقود هو أن المشرع بمناسبة تعريفه للعقد بموجب المادة 03 فقرة 04 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية قد حصر ذلك في مجال عقود الإذعان دون العقود التفاوضية أو عقود المساومة .

هذا الإتجاه مبرر على خلفية التسليم بالتفوق الاقتصادي المفترض مسبقا بين أطراف العقد مما يجعل من التعسف في استعمال القوة الاقتصادية لا يعكس الاختلال الحقيقي للعقد وبالتالي فلا يعتبر مؤشرا واضحا للتعسف العقدي.

بالمقابل يمكن للضعف المعرفي والاقتصادي أو المالي للمستهلك أن يكون بمثابة بديل ممتاز لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية لتقدير الطابع التعسفي لشروط العقد، إذ غالبا ما يستغل المهني وضعية المستهلك الهشة بالنظر إلى تواجده في ضائقة مالية أو حاجته الماسة للسلعة أو الخدمة والتي تتزامن مع ظروف ينعدم فيها الخيار، الأمر الذي يجعله يرضخ لسلطة المهني مما يسمح لهذا الأخير بفرض ما يشاء من الشروط على المستهلك دون أن تكون له أي صلاحية في تغييرها أو تعديلها.

الفرع الثاني

معيار الاخلال الظاهر بالتوازن العقدي

Le desequilibre apparent

تعتبر عقود الاستهلاك في الغالب عقودا نموذجية *des contrats standardisés* محررة مسبقا وبصفة انفرادية من طرف المحترفين والتي تخضع لاذعان المستهلكين دون أن تكون لهؤلاء أية إمكانية لتعديلها¹، وهذا راجع إلى عدة معطيات تتمثل خصوصا في القوة الإقتصادية والخبرة التقنية والفنية للمهني، وكذا طريقة إبرام العقد التي ينعدم فيها التفاوض المسبق.

1_ Yves Picos & H el ene DAVO, *droit de la consommation*, 2^{ me}  d, Sirey, Paris, 2010, p 163.

هذا الواقع جعل من الاعتماد على معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية محل العديد من الانتقادات بالنظر إلى أنه لا يعدو أن يكون إلا تحصيل لحاصل، كما أنه لا يتناسب مع التعامل المباشر مع الشروط التعسفية وما تقتضيه هذه المنهجية من ضرورة التركيز على العناصر الداخلية لهذه الشروط¹.

لذلك كان من الضروري توجيه الحماية إلى المضمون العقدي بهدف الابتعاد قدر الإمكان عن حصر الحماية على أسس ذاتية تتعلق خصوصا بصفة المتعاقدين نظرا لثبوت قصور ذلك في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك من الشروط التعسفية.

تماشيا مع هذا الوضع وجدت العديد من التشريعات ضالتها المنشودة في فكرة إختلال التوازن العقدي كأسلوب موضوعي يمكن الاستناد عليه لتحديد الطابع التعسفي للشروط التي يمكن إدراجها في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين.

يعتبر هذا المعيار الوسيلة القانونية الثانية التي يركز عليها القاضي لإقرار مدى تعسف شرط من شروط العقد المتنازع بشأنه وهو ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 التي جاء فيها أن الشرط التعسفي هو " 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"

إن القراءة البسيطة لهذه المادة تمكنا من الوقوف على مدى نجاعة هذا الأسلوب في تحديد الطابع التعسفي للشروط العقدية نظرا لشساعة مفهوم اختلال التوازن العقدي مما يستوجب التعريف بهذا المعيار (أولا) وبيان الأسس المعتمد عليها لتقديره (ثانيا).

أولا: تعريف معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي

لقد ظهرت فكرة التوازن العقدي أو العدالة العقدية كما يسميها بعض الفقهاء إلى الوجود كنتيجة لثورة التجديد التي هبت على النظرية العامة للعقد وما صاحبها من اندلاع

1- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الإستهلاك)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014، ص 110.

الحرب ضد مبدأ سلطان الإرادة¹، هذا الأخير كان يعتبر المبدأ العام في العلاقات العقدية أو هو بمثابة قانون العقد .

إن غاية القانون في نطاق عقود الاستهلاك والشروط التعسفية هو تحقيق المساواة الفعلية لا المساواة القانونية المكرسة في القانون المدني²، غير أن مضمون العقد يلحقه إختلال في توازنه جراء ترجيح الكفة من حيث الالتزامات والحقوق لمصلحة المهني على حساب المستهلك.

وبالنظر إلى صعوبة تحديد المقصود باختلال التوازن العقدي كمعيار لتحديد الشروط التعسفية العقدية فقد حاول الفقه إلى جانب التشريع إحاطته بالدراسة من أجل إزالة الغموض الذي يكتنفه من جهة ورسم حدود له من جهة ثانية.

تاريخياً يعود أول ظهور لفكرة إختلال التوازن العقدي على الصعيد التشريعي إلى التوجيه الأوروبي لسنة 1993³ في المادة 03 فقرة 01 منه والتي جاء فيها أن الشرط التعسفي هو " ذلك الشرط في العقد الذي لم يكن محل مناقشة شخصية، عندما يكون مخالفاً لمقتضيات حسن النية، ويرتب ضرراً للمستهلك يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد بين أطرافه".

تأثر المشرع الفرنسي في نفس السياق بما جاءت به التعلية الأوروبية المذكورة آنفاً وذلك بموجب المادة 132 فقرة 01 من القانون 95-96 والتي هجر بموجبها معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية الذي اعتمده سابقاً بموجب المادة 35 من القانون 78-23 واستبقى كما يراه بعض الفقه على معيار الميزة الفاحشة ولكن في ثوب جديد عبّر عنه

1_ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية، 2014 ، ص 07.
2_ عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 453.

3 _Directive 93/13/CCE du conseil, du 05 Avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus les consommateurs, J.O N° L 95/29 du 21/04/1993 pp. 29-34, Consultable sur le site suivant :

http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.1993.095.01.0029.01.ENG

المشرع الفرنسي بعدم التوازن الظاهر *Déséquilibre significatif* بين حقوق والتزامات الأطراف¹.

حاول الفقه بدوره إعطاء تعريف للمعنى المقصود بالإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، وهو ما أدى إلى تعدد المفاهيم واختلافها نتيجة اختلاف الأساس الذي يعتمد عليه كل إتجاه. فالرأي الأول ينظر إلى الإختلال الظاهر لتوازن العقد على أسس أخلاقية معتمدين في ذلك على مبدأ حسن النية الذي يحافظ على نزاهة العلاقة التعاقدية ويضمن احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف المقابل²

هذا ما يشكل حسبهم مؤشرا حاسما للحكم وتقرير الخلل الذي قد يلحق العقد بالنظر إلى الخطأ الذي يرتكبه المهني بفضل تعسفه في استعمال قوته للتفاوض على نحو يبرز من خلاله ملامح سوء نيته، أو من خلال أية تصرفات سلبية أخرى كحالة السكوت العمدي³ كأن يكتم بائع قطع غيار السيارات على المشتري بأن القطع المراد إقتناءها ليست أصلية بالرغم من علمه المسبق بذلك.

جانبا آخر من الفقه يعرف معيار الإختلال الظاهر بتوازن العقد بناء على أسس اقتصادية بحتة، فالإختلال بحسب رأيهم لا يتحقق إلا إذا أصاب العقد في شقه المالي فقط دون الجوانب الأخرى، بمفهوم المخالفة فإن التقليل من واجبات المهني أو الإنتقاص من حقوق المستهلك ليس من شأنه المساس بتوازن العقد.

1_ رباحي احمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مرجع سابق، 365.

2- فياض محمود، مدى إنترام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشرعية والقانون، العدد 54، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص 233.

3- يعتبر هذا التصرف من جانب المهني تدليسا بمفهوم المادة 86 من القانون المدني الجزائري التي تنص "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة"

هذه النظرة تتوافق بشكل بعيد مع نظرية الغبن المعروفة وفقا للقواعد العامة والقائمة على أساس التفاوت المادي بين قيمة التزامات المتعاقدين وليس بحالتهم النفسية وبالتالي فإنه عيب في العقد لا في الرضا¹

فضّل جانب آخر من الفقه الجمع بين الأساسين السابقين لتعريف الإختلال الظاهر بالتوازن العقدي وذلك بالقول بأنه له بعد قانوني واقتصادي في آن واحد، وذلك نظرا لارتباط التوازن الاقتصادي للعقد بتوازنه القانوني ارتباط السبب بالنتيجة، فالتوازن القانوني ما هو إلا تعبير عن التوازن الاقتصادي للعقد، واختلال التوازن" ما هو إلا نتيجة اقتصادية تأخذ إحدى صورتين، إما تحقيق المتعسف لأرباح إقتصادية أو تفاديه لخسارة² وهو ما يمكن التعبير عنه بوجود عدم تناسب Une disproportion في مضمون العقد³

ثانيا: أسس تقدير الاخلال الظاهر بتوازن العقد

إن صياغة المشرع الجزائري لنص المادة 03 فقرة 05 من القانون 04-02 تكشف عن المنهجية الجديدة لمحاربة الشروط التعسفية التي تتميز بالتعامل المباشر معها بناء على نظرة خاصة⁴ تركز على عوامل موضوعية ترتبط بمضمون العقد لا على صفة أطرافه. تتعلق هذه العوامل الموضوعية عموما بالظروف التي صاحبت إبرام العقد والوضعية المالية للمتعاقدين، غير أن الوقوف على الطابع التعسفي للشروط العقدية مسألة غاية التعقيد، خصوصا وأن المشرع الجزائري أغفل التطرق إليها سواء في القانون 04-02 أو في المرسوم التنفيذي 06-306 بخلاف نظيره الفرنسي الذي نص على كيفية تقدير الطابع

1- فيلاي علي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مرجع سابق، ص 198.

2_ عنتر بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013، ص 26.

3 _Claire- Marie PEGLION-ZIKA, La notion de clause abusive au sens de l'article L-132-1 du code de consommation, Thèse pour le doctorat en droit privé, université Panthéon-Assas, 2013 , p 245.

4_ إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية(دراسة تحليلية مقارنة على ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الإستهلاك)، مرجع سابق، ص 152.

التعسفي للشروط العقدية وذلك بموجب المادة L-132-1-1-05 من قانون الاستهلاك الفرنسي¹

إلا أنه وباستقراء تعريف المشرع الجزائري للشروط التعسفي في المادة 03 فقرة 05 من القانون 02-04 المذكورة آنفا، يمكن استخلاص الأسس التي يمكن بواسطتها الوقوف على الطابع التعسفي للشروط العقدية بالرغم من أن ذلك قد جاء بصفة غير مباشرة وذلك من خلال عبارة... " بالنظر إلى الشرط بصفة منفردة، أو في إطار كلي للعقد سواء كان مشتركا أو مع شرط أو عدة شروط".

توحي هذا العبارة إلى أن أسس تقدير الطابع التعسفي لشروط العقد يكون بالموازنة بين كل الشروط العقدية (01)، إلا أن هذه القاعدة لا يمكن التسليم بها على إطلاقها إذ أنه من الممكن أين يكون الجانب المالي للعقد فيصلا حقيقيا للبت في مدى تعسفية الشروط الواردة في العقد (02).

1-الموازنة بين الشروط التعاقدية

أثارت فكرة الاختلال بالتوازن العقدي الكثير من التساؤلات عند تقدير الطابع التعسفي للشروط العقدية، فهل يؤخذ بعين الاعتبار فقط مقتضيات الشرط أم يجب وصفها في إطار المجموع التعاقدية؟.

فنظام القوائم القانونية وبالرغم من مساهمته في ضبط الشروط التعسفية باعتباره صمام الأمان بالنسبة للمستهلك سواء أمام القضاء أو في مواجهة المهني الذي سيكون مرغما على احترام هذه القوائم قبل إقدامه على صياغة العقود التي ينفرد هو بتحريرها، إلا أن ورود شرط في العقد ضمن قائمة قانونية لا يعني بالضرورة وجود إختلال في توازن

1 _ l'article L-132-1 alinéa 05 du code de la consommation français stipule ce qui suit :

« Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement de l'autre ».

العقد، بحيث أنه من الممكن أن يكون هناك شرط آخر يعطي للمتعاقد الثاني مزايا تعيد له توازنه المفقود.

يستلزم إذن لإقرار إختلال توازن العقد أن يصل إلى درجة متقدمة من الضرر الذي قد يصيب المتعاقد الآخر¹ وهو الموقف الذي إتخذه المشرع الجزائري للشرط التعسفي أراد من خلاله التأكيد على عدم كفاية ورود الشروط التعسفية ضمن القوائم القانونية لتحديد الاختلال بتوازن العقد.

تترجم هذه الآلية في تقدير الاختلال الظاهر بتوازن العقد العدالة العقدية التي تقوم على مبدأ أن ما هو عقدي فهو عادل² وذلك من خلال النظر إلى شروط العقد ككل متكامل، إذ أنه يمكن الحكم على شرط ما بأنه تعسفي إذا ما نُظِر إليه منعزلا عن باقي الشروط، في حين لا يكون كذلك إذا نظر إليه مرتبطا معها.

مثال ذلك الشرط الذي يلقي إلتزاما على عاتق المستهلك دون المهني يعتبر قاسيا من حيث المبدأ، لكن يمكن تبريره عندما يكون الثمن المشتراط من قبل البائع زهيدا³ مادام أن العنصر الجوهرية في العقد وهو الثمن في صالح المستهلك.

ما يلاحظ في التشريع الجزائري هو إغفاله لمسألة جوهرية تفتن إليها المشرع الفرنسي في المادة L-132-5 من قانون الإستهلاك والمتعلقة بتقدير الاختلال العقدي للعقود المرتبطة بالشروط، وذلك عندما يكون تكوين أو تنفيذ هذه العقود غير مستقل قانونا عن عقد آخر وهي العقود المعروفة في مجال الأعمال كالعقود المبرمة بين الشركات الضخمة لصناعة السيارات والأعوان المعتمدين للبيع، الذين يبرمون بدورهم عقود عمل سواء مع

1_Claire- Marie PEGLION-ZIKA, **La notion de clause abusive au sens de l'article L-132-1 du code de consommation**, op. cit, p 369.

2 _« Toute justice est contractuelle, qui dit organisme dit fraternité, qui dit contractuel dit juste », voir, ALFRED Fouillée, **La science social contemporaine**, 2^{ème} éd, librairie HACHETTE, Paris, 1985, p 410.

3_ عنصري بوزار شهناز، **التعسف في العقود**، مرجع سابق، ص 27.

موظفيها، أو عقود بيع مع الزبائن، يمكن استنباط بعض الشروط التي قد تتضمنها بالنظر الى ارتباط تكوينها وتنفيذها بالعقد الأولي المبرم مع الشركة المنتجة والعون المعتمد.

كما أن المشرع الفرنسي وبموجب النص المذكور سابقا قد استعان بالقواعد العامة في القانون المدني الفرنسي في مواده 1156 إلى 1664 المتعلقة بتفسير العقد وذلك من خلال عبارة " **دون المساس بالقواعد التفسيرية المنصوص عليها في القانون المدني في مواده 1165 إلى 1663 و 1664 يقدر الطابع التعسفي إلخ¹.**

يعني ذلك أن المشرع الفرنسي قد منح القاضي الفاصل في الطابع التعسفي للشروط العقدية سلطات واسعة من أجل الوقوف على توازن العقد من عدمه جمع فيه بين القواعد الخاصة وعززها بالقواعد التفسيرية المنصوص عليها في القانون المدني وذلك بهدف توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف وهو المستهلك.

لم يساير المشرع الجزائري هذا المنهج بالرغم من وجود أحكام تتعلق بالقواعد التفسيرية في المواد 111، 112 من القانون المدني الجزائري التي منحت القاضي سلطات واسعة لتفسير بنود العقد في حالة وجود مبرر لتأويله عن طريق البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين استعانة بظروف التعامل واحتراما بمبدأ حسن النية والعرف الجاري في المعاملات، مستهدفا بالدرجة الأولى حماية الطرف الضعيف (المستهلك) من خلال تفسير الشك لمصلحته.

2- الجانب المالي للعقد: *L'aspect financier du contrat*

يشكل الثمن إحدى العناصر الموضوعية لعقد الاستهلاك ما ينتج عنه استحالة الإقرار بانعقاد العقد في حالة عدم تحديد ثمنه² فالجانب المالي مسألة جد هامة في مجال

¹ - voir l'article L-132-1 qui stipule : « Sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. ».

² - CHENDEB Rabih, *Le régime juridique du contrat de consommation*, op cit, p 321.

العقود باعتبارها الهدف الذي يرمي غالبا المتعاقدين إلى ضمانه، وبالتالي فإن إختلال التوازن المالي للعقد يعني إختلال في توازن العقد بصفة عامة.

هذا ما يجعل الاعتماد على الجانب المالي للعقد عنصرا جوهريا لتحديد إختلال العقد من عدمه، لأن التفاوت في المزايا المالية يعتبر نوعا من الإكراه الاقتصادي الذي لا يمس المتعاقد إلا في نطاق المال ولا أثر له في صحة الرضا¹

بناء على ذلك لا يمكن الإقرار باختلال توازن العقد في ظل عدم وجود إختلال في الآداءات المالية لطرفي العقد، ذلك أن الجوانب الأخرى في العقد كحقوق والتزامات المتعاقدين بخصوص كفيات الدفع أو تسليم المبيع، طرق التعويض وآليات فض النزاع...إلخ، لا يرمي من وراءها الأطراف سوى الحصول إما على فائدة مالية أو التوصل من دفع تعويض مالي.

ترتبط فكرة التوازن المالي للعقد بمفهوم الغبن المعروفة في القواعد العامة الذي تتجسد في عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، أو أنه الضرر الذي يلحق أحد أطراف العقد نتيجة عدم التعادل بين الآداءات المتبادلة² كما أنه يرتبط بفكرة الاستغلال لمساهمته في تشكيل عنصره المادي في حالة وجود عدم تعادل في الآداءات، كأن يكون الثمن في عقد البيع عبارة عن إيراد مرتب مدى الحياة، إلا أن احتمالات الخسارة أكبر بكثير من احتمالات الكسب كمن يشتري عقارا من شيخ هرم لقاء إيراد زهيد³

1_ خوتة بختة، بن كرويدم غانية، مفهوم إختلال التوازن العقدي من خلال الشروط التعسفية، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يومي 12 و 13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 02.

2_ خليفة كرفة محمد، إعادة التوازن المالي للعقد، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يومي 12 و 13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 03.

3_ خليفة كرفة محمد، إعادة التوازن المالي للعقد، مرجع نفسه، ص 03.

ما يعزز هذا الطرح أن المشرع من خلال ضبطه للشروط التعسفية عن طريق القوائم القانونية قد ركّز على صيانة مضمون العقد في شقه المالي وذلك بحظر أي حرمان للمستهلك في حقه في التعويض والذي غالبا ما يكون مبلغا من المال.

من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 في فقراتها 03، 04، 08، 09 و 10 التي يبرز من خلالها أهمية الجانب المالي للعقد كأساس لتقدير الاختلال الظاهر بتوازن العقد من خلال حظر الشروط التالية:

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب بغرض التنفيذ الإلزامي دون أن يمنحه نفس الحق.

المبحث الثاني
تفعيل دور بعض المبادئ القانونية
(الحماية غير المباشرة)

رغم نجاعة أسلوب الضبط القانوني المسبق للشروط التعسفية في تحقيق قدر من الأمان القانوني للمستهلك في إطار حمايته من الشروط التعسفية، إلا أن الاعتماد على هذه الآلية بمفردها أمر لا يستساغ نظرا لتعقيد هذه الظاهرة وتعدد صورها وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى تلقيبها "بالمعضلة التشريعية"¹.

يمكن للمهني بفضل حنكته وخبرته التهرب حتى من النصوص القانونية وذلك من خلال تحرير عقود بشروط عقدية تتماشى والنصوص القانونية، إلا أنها تحمل في طياتها طابعا تعسفيا يصعب إكتشافه حتى من طرف القاضي وذلك من خلال التقنيات المستعملة في صياغة العقود النموذجية² التي تكون في الغالب من طرف فرق عمل متخصصة من الخبراء الذين يملكون تقنيات ومهارات جد عالية في هذا الميدان.

لذلك أصبح من الضروري البحث عن ضمانات جديدة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية عن طريق تقاضي المنازعة أصلا في العقود التي يبرمها المستهلك، والعمل على الحفاظ عليها وتقاضي إبطالها أو إلغائها لأن في ذلك ضرر مفترض وأكد يمس المستهلك. فنظام القوائم القانونية هو أسلوب مباشر للحماية يهدف إلى مواجهة ظاهرة التعسف في العقود، لا يمكن اللجوء إليه إلا بعد ثبوت وجود منازعة في العقد المتنازع حول مدى تعسف شروطه، مما لا يتماشى مع فلسفة حماية المستهلك التي تهدف إلى الحفاظ على العقد ذاته لارتباطه الوثيق باستقرار الحياة اليومية للمستهلك.

كل هذه المعطيات تقتضي التصدي لظاهرة التعسف الذي قد يتضمنه العقد من خلال فلسفة تحفظية وقائية تستهدف بالدرجة الأولى تقوية مركز المستهلك تجاه المهني بالقدر الذي يجعله يقدم على إبرام العقد والتوقيع عليه دون أية مخاوف أو تردد، عكس ما

1_ رباحي احمد، الأساليب التشريعية المعتمدة في تحديد الشروط التعسفية ودورها في إعادة التوازن العقدي، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يومي 12 و 13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص01 (غير منشور).

2_ لمزيد من التفصيل حول العقود النموذجية، راجع حديم ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000-2001.

هو عليه الأمر في الحماية اللاحقة التي لا تظهر إلا في تاريخ لاحق على الواقعة، أو التصرف القانوني تحت شكل الجزاء القضائي للمسؤولية أو البطلان¹.

إن السبيل إلى تحقيق ذلك يكون من خلال إعتقاد أسلوب جديد غير مباشر للحماية من خلال التركيز على تعزيز رضا المستهلك من خلال تقوية الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد (المطلب الأول)، ثم نرجع بعد ذلك على تدخل الدولة عن طريق القواعد المتعلقة بفكرة النظام العام (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تقوية مبدأ الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد

Le renforcement de l'obligation précontractuelle d'information

"يشكل الإشهار مصدرا لإعلام المستهلكين ، كما أنه يعتبر بمثابة آفة العصر تضر العين، تشوه الطبيعة وتغير الحقيقة كما عبّر عن ذلك بعض الفقهاء " ² ، وبالرغم من مساهمته في بعض الأحيان في تقديم بعض المعلومات، إلا أن ذلك يبقى نسبيا باعتبار أن هذه الوسيلة في الغالب الأعم تركز على تنشيط الطلب على المنتج وخلق زبائن جدد³. لذلك وبالنظر إلى البعد الذي تعرفه هذه الظاهرة اليوم من انتشار واسع بحيث أصبحت فيه الجرائد وواجهات المحلات الكبرى لا تخلو من لوحات اشهارية ومعلقات، والبرامج التلفزيونية تتخللها ومضات اشهارية بين الحين والآخر تستعمل فيها أحدث التقنيات المعمول بها في هذا المجال فإن هذا الواقع دفع إلى ضرورة التفكير في تفعيل حماية المستهلك وذلك عن طريق ضمان حقه في الحصول على المعلومات الصحيحة والدقيقة المتعلقة بالمنتج أو الخدمة وجعل ذلك من بين حقوقه الأساسية.

1_ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص 24.

2 _ voir, CHENDEB (Rabih), *le régime juridique du contrat de consommation*, op, cit, P 32.

3 _ شهيدة قادة، *إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام*، "الراشدية" مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة معسكر، 2010، ص 327.

لهذه الأسباب كان الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد على وجه الخصوص من بين أهم الالتزامات الملقاة على عاتق المهني، وبالمقابل يعتبر من بين الحقوق الجوهرية للمستهلك¹، هذا ما يؤكد الأهمية البالغة التي أولاها المشرع لهذا الالتزام في سبيل المساهمة في تحقيق أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف وهو المستهلك، الأمر الذي يستدعي دراسة مفهومه (الفرع الأول)، ثم تحديد مضمونه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد

يعتبر إعلام المستهلك ضرورة عملية وقانونية في آن واحد²، كما يعتبر المهني دائنا به تجاه المستهلك، وقد أثبتت العديد من الدراسات أن هذا الالتزام يكون في مرحلتين، مرحلة سابقة لإبرام العقد يسمى فيها بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام، ومرحلة تنفيذ العقد يسمى خلالها بالالتزام العقدي بالإعلام.

لكن ما يهمنا في صدد دراسة حماية المستهلك من الشروط التعسفية هو الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام لارتباطه الوثيق برضا المستهلك الذي يشكل ركنا من أركان العقد، وهو ما يستلزم أولا التعرض لتأطير القانون لهذا المبدأ (أولا)، من أجل الوقوف على الشروط التي يجب توافرها لقيامه (ثانيا).

1_ نصت على هذا الإلتزام المادة 17 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق، والمادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306، مرجع سابق.

- كما أن المادة 02 من المرسوم التنفيذي 06-306 نصت على ما يلي: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع.

2_ GUY (Raymond), *droit de la consommation*, 2ème éd, Lexis Nexis Litec, Paris, 2011, p 209.

أولاً: التأطير القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد.

إن الهدف من فرض الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة لإبرام العقد هو الحصول على رضا واضح للمستهلك وذلك بالقدر الذي لا يترك فيه المهني المستهلك جاهلاً بالعناصر الهامة التي يعتمد عليها لاتخاذ قراره قبل التوقيع على العقد.

هذا ما يستدعي من المدين بهذا الالتزام (المهني) القيام بتصرف إيجابي وذلك بأن يقوم بتقديم معلومات وبيانات جوهرية ذات صلة بالعقد المزمع إبرامه إلى الطرف الآخر ليكون هذا الأخير على بينة من أمره قبل دخوله في العقد¹.

من أجل ذلك فقد برزت العديد من الدراسات الفقهية والجهود التشريعية التي حاولت ضبط تعريف لهذا المبدأ (1) وذلك بغرض الوصول إلى إعطائه تكييفاً قانونياً على غرار باقي الالتزامات المنبثقة عن العلاقة العقدية (2).

1 - تعريف مبدأ الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد:

تبنى المشرع الفرنسي الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام وأفرد له نصاً خاصاً في الكتاب الأول من تقنين الاستهلاك الفرنسي²، بينما اتجه المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي 13-378³ المحدد لشروط وكيفيات إعلام المستهلك بصفة عامة بكافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالسلع و الخدمات ، غير انه في مجال الشروط التعسفية فإن هذا الإلتزام حصره المشرع في مجال الخدمات فقط ، وهذا يرجع في الأساس إلى صعوبة وضع

1- أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد ، مرجع سابق، ص 39.

2 - 1111-1: « **Avant** que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : 1) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, compte tenu du support de communication utilisé et du bien ou service concerné ; 2) Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 113-3 et L. 113-3-1 , etc... » , voir code de la consommation français version consolidée au code du 03/10/2014, Edition du 05/10/2014, consultable sur le site suivant : <http://codes.droit.org/cod/consommation.pdf>.

3- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، الصادرة في 18 نوفمبر 2013.

حدود فاصلة بينه وبين الالتزام بالإعلام التعاقدى بالرغم مما قد توحىه التسمية الخاصة بكل منهما من فروق¹.

بالرجوع إلى المادة 17 من القانون 03-09 نجد أن المشرع أورد نصا عاما يلقي على عاتق المهني التزاما باعلام المستهلك، لكن لم يبرز من خلاله الفترة التي يطبق فيها، في حين أنه باستقراء المادة 08 من المرسوم التنفيذي 02-04 سوف تتضح بعض مظاهر الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام من خلال استعمال عبارة " قبل اختتام عملية البيع"² التي تدل دلالة واضحة على أن هذا الإلتزام يجد تطبيقه في الفترة السابقة لإبرام العقد.

حاول الفقه على ضوء هذه النصوص القانونية إيضاح مدلول هذا الإلتزام وصياغة تعريف له على أنه " الإلتزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق لإبرامه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والتي يجهلها الدائن ويتعذر الحصول عليها من غير المدين وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه حين إقباله على التعاقد"³.

كما عرّفه بعض الفقهاء على أنه " التزم سابق على التعاقد، يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متتور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد

1_ حدوش كريمة، الإلتزام بالإعلام في إطار القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011-2012، ص 10.
2_ هناك من يرى بأن هذه العبارة المستعملة من طرف المشرع الجزائري غامضة فهل يقصد قبل تطابق الإيجاب والقبول، أو قبل تنفيذ الإلتزام المترتبة عن عقد البيع ؟ ومع ذلك إذا ما اعتبرنا أن الإلتزام بالإعلام العقدي يهدف أساسا إلى حماية إرادة المستهلك وتبصيره فإن وقت هذا الإلتزام يجب أن يكون سابقا لتطابق الإيجاب والقبول اللذان ينبرم بهما العقد، لذا كان يستحسن لو استعمل المشرع عبارة أكثر دقة من " قبل اختتام عملية البيع " مثل "قبل إبرام العقد " أو "قبل التعاقد"، وهي العبارات التي يستعملها الفقه غالبا عند تعريف هذا الإلتزام، لمزيد من التفصيل/ أنظر أحمد خديجي، حماية المستهلك من خلال الإلتزام بالإعلام العقدي، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة 2014، ص 24.

3_ حدوش كريمة، "الإلتزام بالإعلام على ضوء القانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش"، مرجع سابق، ص 09.

ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يعلم ببيانات معينة، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر، الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات¹ من خلال ذلك يتضح بأن الالتزام بالإعلام يتخذ في هذا المقام مظهراً إيجابياً وذلك لأن الوفاء به يؤدي إلى السماح للمستهلك بالبداية في إبرام العقد وهو على علم بحقيقة التعاقد والبيانات التفصيلية المتعلقة بأركانه وشروطه ومدى ملائمتها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد².

2- التكييف القانوني للالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد

تزداد أهمية الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية وذلك كون الإعلام في هذا الخصوص لا يتعلق بمواصفات السلعة أو الخدمة محل التعاقد بين الحرفي والمستهلك، وإنما ينصب على شروط العقد بحد ذاتها قبل أن يبدأ العقد في إنتاج آثاره القانونية.

لذلك ذهب العديد من شراح القانون المدني إلى اعتباره التزاماً مستقلاً عن العقد³ بالنظر إلى أن الوفاء به يتم قبل انعقاد العقد، لكن هذا الطرح لم يكن محل خلاف فقهي وإنما الخلاف انصب حول تكييف هذا الالتزام على ضوء مقتضيات حماية المستهلك وتصنيفه عما إذا كان التزاماً ببذل عناية أم أنه التزام بتحقيق نتيجة.

ظهرت في هذا الخصوص ثلاثة اتجاهات حاولت تحديد طبيعة هذا الالتزام:

– ذهب الرأي الأول إلى اعتباره التزاماً ببذل عناية بحكم أن المدين (المهني) يلتزم بأن يقدم للدائن (المستهلك) كافة المعلومات المتعلقة بشروط العقد إضافة إلى توضيح كل خبايا السلعة

1_ أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في إطار العقد، مرجع سابق، ص 28.

2_ عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 367.

3_ خديجي أحمد، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، مرجع سابق، ص 23.

أو الخدمة محل التعاقد وغيرها من المعلومات الجوهرية للعقد دون أي ضمان من جانبه في تحقق النتيجة المرجوة.

هذا ما يعني أن المهني يعتبر في نظرهم قد وفى بالتزامه ما قبل التعاقد بالإعلام بمجرد إحاطة المستهلك علما بجميع المعلومات المتعلقة بالعقد، ما يترتب عنه بالتبعية أنه في حالة عدم جدوى ذلك لا يكون مسؤولا بأي حال من الأحوال، تأسيسا على أنه لا يستطيع إجبار الدائن على العمل وفقا للمعلومات التي قدمها وما يؤكد ذلك هو أن النتيجة المطلوبة من الالتزام احتمالية وليست مؤكدة الوقوع¹

- اعتبر الاتجاه الثاني أن الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة وبالتالي فإنه في حالة عدم تحقق النتيجة وهي ضمان سلامة رضا المستهلك، أو بصيغة أخرى إحاطة المتعاقد الآخر بكل ما ينتظره من العقد سواء عند إبرامه أو عند تنفيذه² فإن المهني يعتبر قد ارتكب خطأ عقديا في مرحلة التفاوض على أساسه يخضع لأحكام المسؤولية العقدية نظرا لاتساع الدائرة العقدية لتشمل الأخطاء السابقة على التعاقد³.

- اتخذ الإتجاه الثالث موقفا وسطا بخصوص التكييف القانوني للالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام وذلك من خلال تجزئته إلى شقين : الأول يلتزم فيه المدين (المهني) بتحقيق نتيجة تتمثل في إيصال المعلومات والبيانات التي يجهلها المستهلك بناء على مبرر مشروع، أو بصيغة أخرى فهو التزام سلبي يتمثل في الامتناع عن كتمان الحقيقة.

بينما يشكل الشق الثاني منه التزام إيجابي يجبر المهني على إتخاذ كل الوسائل والأسباب المناسبة التي تضمن استيعاب الدائن لكل معطيات وشروط العقد بالقدر الذي يجعله يقدم على إبرام العقد أو التوقيع عليه بكل طمأنينة وثقة .

1_ خديجي أحمد ، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي، مرجع سابق، ص 26.

2_ نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، مرجع سابق، ص 261.

3_ أمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، مرجع سابق، ص 71.

بالرغم من أهمية هذه المحاولات الفقهية في المساهمة في تحديد التكيف القانوني للالتزام بالاعلام إلا أنها تبقى مجرد آراء فقهية غير ملزمة، على فرض الاستئناس بها من طرف القاضي .

فالتكيف القانوني لأي التزام في مجال العقود يتحدد بالنظر إلى الجزاء التشريعي في حالة مخالفته، بناء على ذلك فالمشرع الجزائري وبالرجوع إلى كافة القوانين المتعلقة بالمستهلك سوف يتبين عدم تقرير الجزاء المدني¹ في حالة مخالفة المهني لالتزامه بالاعلام قبل إبرام العقد، مما يعني أن نية المشرع قد اتجهت الى اعتباره التزاما ببذل عناية.

في المقابل فإن المشرع الفرنسي وإلى جانب الجزاء الجزائي المنصوص عليه في المادة L-111-6² فقد قرر جزاء مدنيا على مخالفة الالتزام بالاعلام ما قبل التعاقد من خلال المادة L-111-4 التي نصت على أنه في حالة النزاع حول تنفيذ هذا الالتزام من عدمه فإن المهني أو المحترف ملزم بإثبات أنه وفى بالتزامه. هذا ما يوحي بأن نية المشرع الفرنسي قد اتجهت إلى اعتبار الالتزام بالاعلام ما قبل التعاقد التزمًا بتحقيق نتيجة مادام أنه أعفى المستهلك من الإثبات في حالة نشوب نزاع بخصوصه، وهو ما تعززه المادة L-111-7 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التي اعتبرت كل النصوص القانونية بما في

1_ تجدر الإشارة إلى أن المشرع اعتبر عدم الاعلام بشروط البيع مخالفة جزائية بموجب نص المادة 32 من القانون 02-04 التي جاءت كما يلي: "يعتبر عدم الاعلام بشروط البيع مخالفة لأحكام المادتين 08 و 09 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج)، إلى مائة ألف دينار (100.000 دج)"، إلا أن هذا النص لا يف بالغرض بالنسبة للمستهلك ذلك أن هذا الجزاء لن يساهم في الإبقاء على الرابطة العقدية باعتبارها تتعلق بحاجة أو خدمة ضرورية للمستهلك وهي الأولوية بالنسبة له، ضف إلى ذلك فالدعوى العمومية لن تمكن المستهلك (الضحية) إلا بالمطالبة بتعويض عن طريق الدعوى المدنية بالتبعية والذي غالبا ما يكون ضئيلا مقارنة بالضرر اللاحق به، والقيمة المالية للعقد.

2_ جاء في نص هذه المادة ما يلي :

« Tout manquement aux articles L. 111-1 à L. 111-3 et à l'article L. 111-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 141-1-2 ».

ذلك تلك المتعلقة بالالتزام بالإعلام من النظام العام وبالتالي فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

ثانياً: شروط قيام الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد

يعتبر الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام التزاماً قانونياً يجد مجاله في مبدأ حسن النية قبل وأثناء التعاقد، كما يستمد وجوده من مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحث على التزام جانب الصدق والأمانة في المعاملات¹

إلا أن كل ذلك لا يضمن الحماية اللازمة للمستهلك خصوصاً مع المشاهد التي نعيشها في حياتنا اليومية من انتصار لسلطان المادة وطغيانها على غيرها من مقومات الحياة²

كما أنه من بين الحوافز التي ساعدت على تقرير الالتزام بالإعلام كمبدأ جوهري في العلاقات التعاقدية هو ثبوت وجود عدم تكافؤ معرفي بين المستهلك والمهني، غالباً ما يكون فيه المحترف مُلمّاً بتفاصيل العقد وشروطه بحكم أنه هو الذي قام بصياغته منفرداً دون مشاركة الطرف الآخر.

هذا ما جعل المستهلك في مركز ضعف يعجز فيه عن حماية حقوقه، نتيجة امتلاك المحترف لمعلومات وبيانات ذات تأثير كبير على رضائه في حين يجهلها هو، مما دفع الفقه والقضاء إلى التصدي لذلك من خلال فرض نظام وقائي يشترط قرينتين لقيام الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد تتمثل في افتراض العلم في جانب المهني (1)، وافتراض الجهل في جانب المستهلك (2).

1_ حدوش كريمة، الإلتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرجع سابق، ص 09.

2_ السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، مرجع سابق، ص 59.

1- إفتراض العلم في جانب المهني

إن المركز القوي للمهني على المستوى الاقتصادي والفني تجعله يتمتع بامتيازات عديدة في مواجهة المستهلك بدءاً من تفرده بتحرير بنود العقد وهو ما يسمح له بطريقة آلية بالتصيص على ما شاء من الشروط التي تضمن له الحصول على فائدة مؤكدة بمجرد تنفيذ العقد.

إضافة إلى ذلك فانعدام التكافؤ المعرفي بين المهني والمستهلك قد ساعد في تعميق فجوة اختلال توازن العقد خصوصاً أن تحقيق قدر من المساواة المعرفية بين طرفي العقد يعتبر بمثابة كلمة السر التي تفتح طريق التوازن العقدي¹.

لكن هذا الامتياز المعرفي في جانب المهني لا يؤخذ على إطلاقه إذ أنه بالقدر الذي يساهم في منحه امتيازات فإنه بالمقابل يعتبر ظرفاً أو عاملاً لا يسمح له بالتوصل من التزامه بالإعلام بحجة أنه لا يعلم بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد.

فمستلزمات حماية المستهلك احتوت هذا الوضع عن طريق عدم قبول ادعاء المحترف جهله للمعلومات والبيانات الجوهرية ذات الصلة بالعقد في مواجهة المستهلك، وهذا ما يدل على أن علم المحترف بالمعلومات والبيانات الجوهرية مفترض².

كما أن افتراض العلم في جانب المهني بالمعلومات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه يمتد إلى ضرورة علمه بمدى تأثير هذه المعلومات على رضا المستهلك عند اقدمه على التعاقد، بمعنى آخر أن المهني بناءً على المعلومات التي يملكها عن السلعة أو الخدمة من جهة، ومعرفته الجيدة لوضع المستهلك وقلة خبرته من جهة أخرى يستطيع أن يتخذ موقفاً سلبياً تجاه المستهلك من خلال عدم تنبيهه لإحدى شروط العقد الجوهرية التي تحرمه من الاستفادة من الضمان والخدمة ما بعد البيع مثلاً .

1_ ابراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، مرجع سابق، ص 09.

2_ آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، مرجع سابق، ص 101.

إن المقصود بتأثير المعلومات التي يدلي بها المهني للمستهلك والتي تنعكس على تكوين رضائه، هو تلك المعلومات التي يتوقف عليها إتخاذ المستهلك لقراره في قبول التعاقد من عدمه، بصيغة أخرى فإن قرار المستهلك في إبرام العقد متوقف وجودا وعدما على المعلومات التي سيدلي بها المهني والتي يكون مفترضا به العلم بها.

يمكن قياس علم المهني بشروط وتفاصيل العقد وتأثيره على رضا المستهلك بما هو معروف في إطار القواعد التقليدية للقانون المدني بالغلط الجوهري الذي يخفي من خلاله البائع على المشتري بعض تفاصيل العقد التي تعتبر دافعا رئيسيا للتعاقد¹

يتحقق الغلط الجوهري بحسب القواعد العامة إذا بلغ درجة من الجسامة بحيث يمتنع فيه المتعاقد الآخر عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط²، كما أن افتراض العلم في جانب المهني تبرره احتمال لجوء هذا الأخير إلى التدليس الذي يكون نتاج إيهام المتعاقد الآخر (المستهلك) بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد³، أو قد يكون في صورة السكوت التدليسي *La réticence dolosive* الذي يعتبر سببا من أسباب تطور مفهوم الالتزام بالإعلام⁴

إن التسليم بضرورة علم المهني ببيانات العقد ومشتملاته يعززه على الصعيد التشريعي موقف المشرع الفرنسي من خلال المادة 04/111 من تقنين الاستهلاك التي ألفت على المهني عبء إثبات وفاءه بالتزامه بالإعلام ما قبل التعاقد، بمفهوم المخالفة أن

1_ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، المرجع السابق، ص 289.

2_ أنظر المادة 82 من القانون المدني الجزائري التي تنص "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

3_ صامت آمنة، التدليس كسبب لاختلال التوازن العقدي، مداخلة لمقابلة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يومي 12 و 13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 01 (غير منشور).

4 _PIEDELIEVRE Stéphane, *droit de la consommation*, op cit, p 341.

المستهلك معفى من الإثبات ما دام أن مسؤولية المدين (المهني) قائمة إلى غاية قيامه بإثبات العكس.

غير أن مثل هذا النص لا نجد له أثرا في جميع التشريعات الجزائرية المتعلقة بحماية المستهلك مما يفرغ هذا الالتزام من محتواه ويجعله في حكم العدم، بالرغم من إمكانية الاستعانة بالقواعد العامة في مجال إثباته وذلك من خلال نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

2- افتراض الجهل في جانب المستهلك

ترتبط فكرة افتراض الجهل في جانب المستهلك بمعايير تحديد اختلال توازن العقد الذي أشرنا إليه آنفا والتي اتجه جانب من الفقه إلى اعتباره بديلا موضوعيا يمكن الاعتماد عليه إلى جانب التعسف في استعمال القوة الاقتصادية والميزة الفاحشة لتحديد مدى اختلال توازن العقد.

إن الدليل على ذلك هو أن النفوذ الاقتصادي لم يعد قادرا على الإلمام بكل مظاهر وأسباب الضعف التي تصيب المستهلك، لأن مظاهر وصور الضعف قد تعددت وأصبحت تشمل حالات أخرى، مثل الضعف المعرفي الناجم عن جهل المستهلك أو نقص خبرته¹، وهو ما كان من بين الانتقادات الموجهة لنظرية عقد الإذعان لحصرها على مظهر واحد فقط من مظاهر الضعف التي قد تصيب المستهلك وهو الضعف الاقتصادي.

فجهل المستهلك لبند العقد ناتج عن عدم إحساسه بضرورة الاستعلام عنها إلا نادرا عندما يواجه صعوبات في تنفيذ العقد، حتى أنه وإن حدث وأحس بضرورة الاستعلام فإنه لن يكون في مقدوره تحقيق ذلك نتيجة سرعة ومرونة المعاملات العقدية، إضافة إلى أن

1_ ابراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 130.

معلومات وشروط العقد غالبا ما تكون في شكل مطويات، نشرات إيضاحية أو ملاحق تابعة للعقد الأصلي لا يتمكن المستهلك من الإطلاع عليها إلا بعد إبرام العقد النهائي¹.

لذلك لا يكفي قيام الالتزام بالإعلام علم المحترف بالبيانات والمعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد وإنما يجب أن يكون المستهلك جاهلا هذه المعلومات جهلا مشروعا ومبررا²، لذلك فإنه متى ثبت عدم جهل المستهلك لشروط العقد ومضمونه تنتفي مسؤولية المهني بالرغم من عدم سعيه لإعلام المستهلك، هذا ما يؤكد بأن واجب المهني متوقف على مدى توفر المعلومات المتعلقة بالعقد وشروطه في جانب المستهلك.

إن اشتراط مشروعية جهل المستهلك للمعلومات والبيانات العقدية في الفترة السابقة لإبرام العقد أمر منطقي تحقيقا للعدالة العقدية، ذلك أنه لا يستساغ التماذي في حماية الطرف الضعيف لأن في ذلك خطر يهدد توازن العقد، يترتب عنه أن المستهلك يكون عليه واجب الإستملاع عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقد الذي ينوي إبرامه إلا إذا أثبت هذا الأخير استحالة ذلك.

ترجع استحالة استعلام المستهلك إلى احتمالين، الأول تكون فيه الاستحالة موضوعية تتعلق بالشيء محل التعاقد كتواجده في حيازة البائع في عقد البيع بشكل لا يستطيع المستهلك معرفة خصائصه الأساسية وأوصافه المادية مثال ذلك أيضا تواجد عقد العمل لدى رب العمل بالقدر الذي يستحيل على العامل الاطلاع على بنوده.

في حين أن الاحتمال الثاني يعود إلى ظروف ذاتية أو شخصية تتعلق بالمستهلك تبرر عدم قدرته في الحصول على هذه المعلومات دون أن يكون لإرادة المتعاقد الآخر (المهني) تأثير في ذلك كحالة إطلاع العامل بحسب المثال السابق على عقد العمل دون أن يستوعب شروطه التعسفية نظرا لمحدودية مستواه التعليمي.

1_ TROCHU Michel & TREMORIN & Yannick, BECHERON Pierre, **La protection des consommateurs contre les clauses abusives, étude de la législation française du 10/01/1978**, op cit p 51.

2_ آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، مرجع سابق، ص 103.

الأبعد من ذلك فإن مشروعية جهل المستهلك الذي يعتبر الدائن بالالتزام بالإعلام يمكن أن تقوم على أساس ثقة هذا الأخير تجاه المتعاقد الآخر المدين بهذا الإلتزام، هذا الاعتقاد المشروع يعني أن المستهلك الذي يتواجد في حالة ضعف لا يملك المؤهلات اللازمة التي تسمح له بالقراءة الواضحة والسليمة لبنود العقد بالقدر الذي يضمن له الحفاظ على مصالحه التعاقدية¹

الفرع الثاني

مضمون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد

سبقت الإشارة إلى أن الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد يستلزم من المدين به كقاعدة عامة القيام بتصرف إيجابي يتمثل في تقديم البيانات الجوهرية ذات الصلة بالعقد المزمع إبرامه إلى الطرف الآخر، ليكون الأخير على بينة من أمره قبل الإعلان النهائي عن قبوله بالعقد.

غير أن التسليم بهذه القاعدة العامة بصفة مطلقة سوف يؤدي إلى إرهاق المدين بالإلتزام ما قبل التعاقد نظرا لصعوبة حصر جميع الوقائع والظروف التي تدخل في نطاق العقد خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار عدم تنظيم المشرع الجزائري للإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد بموجب نص صريح في بعض العقود ذات الأهمية كالقروض البنكية وعقود التأمين والخدمات.... إلخ².

من هذا المنطلق تبرز أهمية البحث عن مضمون هذا الإلتزام من خلال التطرق إلى محله (أولا)، وهو ما سيفسح المجال للوقوف على مظاهره (ثانيا).

1 _RHISLAIN Tabi Tabi, **les nouveaux instruments de gestion de processus contractuel**, thèse de doctorat en droit, faculté de droit, université de LAVAL, QUEBEC, 2011, p 81.

2 _عكس المشرع الفرنسي الذي استثنى بعض العقود والمعاملات من تطبيق أحكام المادة 111 فقرة 02 من تقنين الاستهلاك الفرنسي سيما تلك المنظمة بموجب القانون النقدي والمالي *Code monétaire et financier*، العقود المبرمة من طرف المؤسسات الخاضعة لقانون التأمينات، التعاقدات والإتحادات الخاضعة لقانون التعاقدات، التعاقدات وشركات الإدخار الخاضعة لقوانين الضمان الاجتماعي.

أولاً: محل الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد.

إن دراسة محتوى الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد بما يحتويه من معلومات تساعد المستهلك على اتخاذ قراره عن بيئة يظل له أهمية خاصة باعتباره العامل الحاسم في تحديد قرار التعاقد، وعليه فكلما كانت المعلومات ملائمة ومفيدة للمستهلك كلما كان النظام الحمائي للمستهلك يتمتع بمظاهر الصحة والقوة¹

لذلك فإنه وفي إطار تفعيل دور الالتزام ما قبل التعاقد في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية فإنه لا يكفي قيام المهني أو المحترف بتزويد المستهلك بكافة بيانات وشروط العقد (2)، وإنما يمتد إلى أبعد من ذلك ليشمل موقفه السلبي المتمثل في امتناعه عن كتمان كل ما من شأنه الإسهام في تنوير المستهلك بخصوص العقد المراد إبرامه (1).

1- الامتناع عن الكتمان

ببداية سبعينيات القرن الماضي بدأ القضاء في فرنسا يبني تصورا جديدا لفكرة حسن النية مختلف تماما لتلك النظرة الضيقة التي حبسه فيها أنصار النظرية التقليدية للعقد، وقد شكّل هذا التصور منعطفا هاما في دور حسن النية، حيث تركز كمبدأ حقيقي وأساسي لتنفيذ العقود، بل أيضا كقاعدة لتكوين العقد وتفسيره².

إعمالا لهذا المبدأ يكون على عاتق المهني التزام سلبي يتمثل في الامتناع عن كتمان كل ما من شأنه أن يساعد المستهلك في تكوين قناعته في إبرام العقد، ذلك أن التزام الصمت من جانب المهني وتكتمه المعلومات التي يجهلها الدائن في الالتزام بالإعلام والتي لو علم بها لما أقدم على التعاقد أو تعاقد بشروط مختلفة يعتبر أحد الطرق الاحتياطية التي تكون الركن المادي في التدليس الذي يصيب الرضا³.

1_ إبراهيم عبد العزيز داود، عدم التوازن المعرفي في العقود، مرجع سابق، ص 56.

2_ درماش عزوز، التوازن العقدي، مرجع سابق، ص 237.

3_ عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 376.

لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص هو أنه يشترط لاعتبار الكتمان صورة من صور التدليس أن يكون له تأثير على رضا المتعاقد الآخر (المستهلك)، وذلك بأن يجره ذلك إلى التعاقد، بمعنى آخر أن يستخدمه المهني بقصد تضليل الطرف المخدوع أو المدلس عليه، فإن لم يكن القصد من ذلك هو التضليل، فإن الغلط الذي عاب إرادة الشخص، لا يؤثر لا من بعيد ولا من قريب على العقد، كأن تُرَوِّج إحدى الشركات عن مصنوعاتٍ وذلك بإخفاء جميع مزاياها الحسنة عليها وبأنها تمتلك أفضل السلع، فإن لم تكن تقصد التضليل من وراء ذلك فإن موقف هذه الشركة لا يمكن اعتباره طريقة من طرق الاحتيال¹.

بالرغم من هذه العلاقة الوطيدة بين الكتمان كسبب من أسباب الإخلال بالالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد والتدليس الذي قد يكون سببا من أسباب بطلان العقد بحسب مقتضيات المادة 86 من القانون المدني الجزائري، إلا أن الالتزام بالإعلام في الفترة السابقة لإبرام العقد يبقى محتفظا بأصالته واستقلاله عن نظرية عيوب الرضا.

تجد هذه الاستقلالية ما يبررها من الناحية القانونية ذلك أنه وفقا للقواعد العامة يُشترط في الكتمان أو السكوت توفر سوء النية في جانب المُدلس وهي العمد أو التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع²، في حين أنه وفي إطار قواعد حماية المستهلك عامة وحمايته من الشروط التعسفية على الوجه الخصوص فإنه يتم الاستغناء عن الركن المعنوي في نظرية التدليس³

تقوم مسؤولية المهني بمجرد ثبوت عدم إحاطته المستهلك بمعلومات كان يعلمها هو باعتباره محرر العقد، ويجعلها في ذات الوقت المستهلك وهو ما يسمح لهذا الأخير المطالبة بإبطال العقد والمطالبة بالتعويض حتى وإن كان ذلك إهمالا، دون الحاجة إلى إثبات سوء

1_ قدارة خليل أحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 57.

2_ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، مرجع سابق، ص 325.

3_ عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 376.

نية المهني وهي التضليل أو الإضرار بالمستهلك¹ وذلك في إطار توسيع نطاق المسؤولية لتشمل الخطأ السلبي²

هذا ما يعني أن الكتمان كصورة للتدليس وفقا للقواعد العامة وكصورة للإخلال بالالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام في إطار حماية المستهلك من الشروط التعسفية يختلفان بخصوص إعفاء المستهلك من إثبات سوء نية المهني، إلا أنهما يشتركان في حق كليهما في المطالبة بإبطال العقد.

2-الإدلاء بالبيانات والمعلومات

إضافة إلى حظر كتمان المهني الحقائق والمعلومات العقدية عن المستهلك، فقد يفرض القانون على المهني القيام بالتزام إيجابي بالإعلام يتمثل في الإفضاء إلى المستهلك ببيانات إضافية تتعلق بالالتزامات المتبادلة بين الطرفين وذلك لتمكين المستهلك من معرفة مضمون علاقته بالمحترف وجوانبها القانونية³.

غير أنه وفي إطار دراسة حماية المستهلك من الشروط التعسفية فإن المظهر الإيجابي للمهني بخصوص الإعلام يتجسد إضافة إلى تعريف المستهلك بشخصية المهني وخصائص السلعة وسعرها وإحاطته علما بشروط عقد الاستهلاك المزمع إبرامه، من حيث مراحل تنفيذه وأسلوب التسليم وما يرد في العقد من ضمانات، وما إذا كانت هناك خدمة ما بعد البيع ستقدم له من عدمه وكذلك مدة العقد⁴.

1_ فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 54.

2_ أنظر، صبايجي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مداخلة لمقابلة بمناسبة الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، المنظم يومي 07 و 08 ماي 2014، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص ص، 07،08 (غير منشور).

3_ أمانح رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، مرجع سابق، ص 83.

4_ مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 116.

يتضح من خلال المادة 08 من القانون رقم 04-02 أن المشرع الجزائري على اعتمد هذا الالتزام، كما أكدت المادة 09 من نفس القانون على أنه "يجب أن تتضمن شروط البيع¹ إجباريا في العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين كصفات الدفع، وعند الاقتضاء، الحسوم والتخفيضات والمسترجعات".

تزداد أهمية إيداء المهني للمستهلك ببيانات العقد وشروطه مسبقا في إطار عقود الخدمات التي تتسم بتعقيدها باعتبار أنها قد تحتوي على أكثر من عقد(عقد الفندقة مثلا)، أو إذا تعلق محل العقد بسلعة أو خدمة حديثة العرض في الأسواق²، كعقد التزويد بخدمة الكهرباء والأنترنت، العقود الالكترونية.

كما أثبت الواقع أن بيان شروط التعاقد يحقق للمستهلك فوائد عديدة، إذ تختلف آلية تنفيذ عقد الاستهلاك بحسب محل العقد، فتسليم سيارة لا يتم بذات الطريقة التي تسلم بها سلعة غذائية أو تقدم بها خدمة ما، وهذا ما يعني أن الإيداء بها للمستهلك أمر جوهري ومؤثر في إرادته التعاقدية.

بالإضافة إلى ذلك فإنه من واجب المهني القيام بكل المساعي والجهود في سبيل نقل كل المعلومات للمستهلك والذي يتخذ صورا أخرى في نطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية ذلك أن دور المهني لا يقتصر فقط على إمداد المستهلك ببعض المعلومات المتعلقة بشخصه أو في تقديمه لبعض البيانات المتعلقة بالعقد، كالثمن وطرق الدفع...إلخ، وإنما يمتد إلى أبعد من ذلك ليشمل التزامه بشرح مضمون العقد بكل تفاصيله، وترجمة بعض ألفاظه، تحديد مسؤوليات الأطراف وطرق حل النزاع...إلخ، وهو ما يجري به العمل على مستوى شركات التأمين أين يكون فيها انضمام مستهلكي التأمين دون معرفة كاملة

1_ ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري في العديد من مواد القانون 04-02 قد استعمل مصطلح "البائع" و "البيع" مثال ذلك المواد 07، 08، 09، 10 منه، وهو ما يوحي بأن عقود الاستهلاك هي مرادفة لعقود البيع، هذا بالرغم من أنه أثناء تعريفه للعون الاقتصادي بموجب المادة 03 فقرة 01 نجد أنه قد وسّع من مفهومه ليشمل المنتج والتاجر والحرفي ومقدم الخدمات.

2_ عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 377.

بمضمونها وبما تحتويه من شروط بسبب اقتصار حريتهم على اختيار المؤمن فحسب¹ دون أن يكون لهم امكانية الاطلاع على بنود العقد أو فحصها من أجل استيعاب مضمونها بالقدر الذي يسمح لهم بالتوقيع على وثيقة التامين عن قناعة تامة.

ثانيا : مظاهر تفعيل مبدأ الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد

إن تحقيق الهدف من الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام هو الحصول على رضا واضح ومستنير على أساسه يُقدّم المستهلك على إبرام العقد وهو في كامل يقينه مُلمًا بجميع شروط العقد دون تخوف أو تردد.

لكن أثبت الواقع أن رضا أطراف العقد وبالرغم من استحالة الاستغناء عنه لتكوين العقد إلا أنه لا يعتبر كافياً²، بدليل أن المنازعة على شروط العقد غالباً ما تكون في وقت لاحق لإبرام العقد.

هذه المنازعات تعود بالدرجة الأولى لارتباط الرضا بعوامل ذاتية تتعلق بالمتعاقدين والتي ترتبط بدورها بالظروف المحيطة بالعلاقة التعاقدية مما يجعلها متغيرة، وهو ما يجعل الاكتفاء بمحل الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقد القائم في شقه السلبي على الامتناع عن الكتمان والايجابي المتمثل في الإدلاء بالمعلومات في ضمان حماية مثلى للمستهلك أمر مستبعد، ذلك أن إرادة المتعاقدين تقوم فقط على مبدأ حسن النية القائم هو الآخر على حالة معنوية ومجردة وهي الاعتقاد³.

هذا ما شجع البحث عن بديل حقيقي وفعال يجسد ضمان حماية رضا المستهلك وذلك من خلال إرساء نظام جديد تظهر ملامحه من خلال منح المستهلك مدة للتفكير (1)

1_ نويري سعاد ، حماية رضا المستهلك التأمين- دراسة مقارنة-، مداخلة لمقابلة بمناسبة المؤتمر السنوي الثاني والعشرون حول الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، المنظم يومي 13 و14 ماي 2014، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 50.

2_ BENCHENEB Ali, *le droit algérien des contrats, Données Fondamentales*, EUD, Dijon, 2011, p 77.

3_ ARTHAUDE Claude, *De la bonne foi et ses effets en matière civile*, Thèse pour le doctorat, faculté de droit de Paris, 1874, p 01.

تسمح له بفحص مضمون العقد، إضافة إلى الرجوع لتبني تقنيات الشكليات من خلال فرض التزام آخر على عاتق المستهلك يتمثل في ضرورة تزويد المستهلك بالوثيقة التعاقدية (2) *La remise d'un document contractuel*

1- منح المستهلك مدة للتفكير

جسد القانون الجزائري تبني نظام جديد لتفعيل الالتزام بالاعلام ما قبل التعاقد في سبيل تحقيق حماية أوسع للمستهلك بصفة عامة، وحمايته من الشروط التعسفية بصفة خاصة من خلال فرض التزام ثانوي جديد على عاتق المهني يتمثل في ضرورة تمكين المستهلك من مدة للتفكير *Un délai de réflexion* وذلك بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306 والتي جاء فيها ما يلي: " **يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكافة الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد.**"

نفس الالتزام أكدته المادة 20 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والتي جاء فيها ما يلي " **... يجب أن تستجيب عروض القرض للإستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعته ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده، ويحرر عقد ذلك**"¹.

إن صياغة هذه المواد يكشف بوضوح نجاح المشرع في الجمع بين الحفاظ على نزاهة وشفافية الممارسات التجارية الذي يمثل هدفا من أهداف قانون المنافسة من جهة،

1_ تجدر الإشارة إلى أن مخالفة المهني لأحكام المادة 20 من القانون 09-03 تترتب عنها مسؤولية جزائية وهذا ما نصت عليه المادة 81 من نفس القانون بنصها على ما يلي: " **مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، يعاقب بغرامة مالية من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليون دينار (1.000.000 دج)، كل من يخالف الالتزامات المتعلقة بعرض القروض للإستهلاك المنصوص عليها في المادة 20 من هذا القانون.**"

والحفاظ على أمن وصحة المعاملات التعاقدية بين الخواص¹ والذي يعتبر هدفا من أهداف قانون حماية المستهلك.

لكن ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يحدد المدة الممنوحة للمستهلك للتفكير وفحص بنود العقد، بخلاف المشرع الفرنسي الذي حدد هذا الأجل في بعض العقود، كما في عقد المراسلة إذ حُدِّت مدة التفكير فيه ب: 07 أيام فيما يخص العقود المبرمة عن بعد

les contrats à distance و 30 يوم بالنسبة للقرض العقاري *Le crédit immobilier*.²

إن عدم تحديد المشرع الجزائري صراحة للمدة الممنوحة للمستهلك من أجل التفكير لاتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه يفهم منه أن المشرع ترك هذه المسألة لاتفاق الأطراف وفقا لطبيعة العقد إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

يتمتع المستهلك في المدة الفاصلة بين المفاوضات والتوقيع النهائي على العقد بالعديد من المزايا بدءا من استغلاله هذه المدة للاطلاع على بنود العقد وفحصها، كما يمكنه أيضا تقدير ودراسة احتمالات مدى نجاح العقد بالنظر الى امكانياته المادية، كما يمكنه الإستعانة بغيره من أجل الاستعلام وشرح بنود العقد الغامضة، والأبعد من ذلك امكانية مقارنة نموذج العقد الذي يريد إبرامه مع عقود أخرى خصوصا إذا كانت تشترك في صفة المتعاقد الآخر (المهني) كعقود القرض والتأمين .

غير أن أهمية الفارق الزمني الممنوح للمستهلك من أجل التفكير تتعاضد أهميته بالنظر إلى تقاديه من جهة للتعاقد المباشر، إلى جانب أحقيته في الرجوع عن العقد حتى بعد التوقيع عليه، كما أن المهني لا يمكنه تنفيذ العقد إلا بعد فوات أجل مدة التفكير وذلك بهدف السماح للمستهلك لاتخاذ قراره في أحسن الظروف.³

1 _ TROCHU Michel & TREMORIN Yannick & BECHERON Pierre, **La protection des consommateurs contre les clauses abusives, étude de la législation française du 10/01/1978**, op. cit, p 41.

2 _ Safia BENZEMOUR, **La remise en cause des principes du droit commun par le droit de la consommation**, op cit, p 17.

3 _ Mohamed LACHACHI, **L'équilibre du contrat de consommation (étude comparé)**, mémoire présenté et soutenu pour l'obtention du diplôme de magister en droit privé, spécialité agents économiques/ consommateurs, faculté de droit, université d'Oran, 2013, p 63.

2- تقديم الوثيقة التعاقدية:

يلزم القانون المحترفين في بعض الحالات باقتراح التعاقد بنماذج عقدية مكتوبة تشتمل على معلومات محددة تتوجه إلى إعلام المستهلكين عن التزامات الأطراف المختلفة للعقد¹ ويؤيد هذا الالتزام إلتزام آخر يلقي على عاتق المهني يتمثل في واجب اعلام من يتعاقد معه بشروط العقد عن طريق تزويده بنسخة من العقود التي يقترحها متضمنة نصوص الحماية وقواعد الضمان المقررة لمصلحة المستهلك².

كما أنه ونتيجة للتطور العلمي والتكنولوجي وما صاحبه من ظهور عقود جديدة في غاية السرعة والتعقيد فقد اتخذ الإلتزام ما قبل التعاقد صورة حديثة تتمثل في تقديم وثيقة الإعلام ما قبل التعاقد التي تهدف إلى تشكيل تصور واضح ومستدير للمنافع والإلتزامات المقرر التعاقد عليها³.

1_ فالعقد النموذجي عبارة عن عقد مكتوب ويمكن الرجوع اليه عند النزاع ولا يكلف القاضي عناء كبيرا سواء في إثبات العقد ذاته، عندما يتعلق الأمر بعقود تكون الكتابة فيها ركنا في العقد كإيجار السفينة، وعقد الشركة، أو في تنفيذها إذا تبين كيفيات التنفيذ في العقد، لمزيد من التفصيل حول العقود النموذجية: راجع: لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ص ص، 103، 105.

- ومثال العقود النموذجية بقوة القانون ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 21 من المرسوم التشريعي لسنة 1993 المتعلق بالنشاط العقاري، أنظر المرسوم التشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، الصادرة في 03 مارس 1993.

- كما أن المشرع الجزائري أكد سنة 1994 على ضرورة إخضاع العقود المبرمة بين المؤجرين والمستأجرين إلى قالب نموذجي وذلك بموجب المادة الأولى من المرسوم 94-96 والتي جاء فيها ما يلي: " يصادق على نموذج عقد الإيجار الملحق بهذا المرسوم والمنصوص عليه في أحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في أول مارس 1993 "

2_عدنان ابراهيم سخنان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات)، مرجع سابق، ص 30.

3_ ساسان رشيد ، المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقد، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 39، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2014، ص 161.

لا يجب الخلط بين الوثيقة التعاقدية *Le document contractuel* وبين الشكلية التي تعتبر ركنا من أركان العقد في بعض العقود¹، فالشكلية أو الرسمية المنصوص عليها في القواعد العامة تكون في الفترة اللاحقة لإبرام العقد استكمالا لباقي أركان العقد. كما أنه يجب الإشارة في هذا السياق أن الوثيقة التعاقدية ليست بتلك الصورة الواردة في الفقرة 04 من المادة 03 من القانون 02-04 التي تنص على أنه: "**يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا.....**".

تكمن أهمية التمييز في هذا الخصوص في أن هذه الآليات تعتبر وسيلة لإثبات إبرام العقد بينما الوثيقة التعاقدية لا تعتبر كذلك وإنما هي وسيلة حمائية تستهدف تمكين المستهلك من فحص بنود العقد قبل التوقيع عليه بصفة نهائية، وبالتالي فهي وسيلة تساهم في تكوين العقد لا في إثباته.

فالوثيقة التعاقدية هي نتاج لتطور مفهوم الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام والذي يعتبر تقنية جديدة في ظل قوانين الاستهلاك، اصطلاح بعض الفقه بتسميته بالشكلية الإخبارية أو الإعلامية *Le Formalisme Informatif* الذي يهدف بالأولوية إلى الحفاظ على رضا المستهلك من جهة كما أنه يحقق الأمن القانوني للمهني من جهة أخرى².

تبنى المشرع الجزائري بطريقة غير مباشرة وضمنية هذه التقنية الجديدة بموجب المادة 20 من القانون 03-09 أين استعمل المشرع عبارتي "**مدة الالتزام**" "**يحرر عقد بذلك**"، فالربط بين العبارتين يمكن من خلاله أن نستنتج بأن المدة الممنوحة لطالب قرض

1_ وهي العقود التي يشترط لانعقادها إضافة الى ركن التراضي احترام شكلية معينة، وتعد هذه الشكلية ركنا من أركان العقد، بحيث يمنع إغفالها قيام العقد، وهذا ما قرره المشرع مثلا في المواد 418، 883 ، 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري، **لمزيد من التفصيل** ، فيلالي علي ، **الالتزامات**، مرجع سابق، ص ص، 65، 66.

2_ Nablou Cyril, *Droit de la consommation*, lextenso editions, Paris , 2012 , p 121.

الاستهلاك يجب أن تكون بالموازاة مع وثيقة تعاقدية تسمح له بالإطلاع على بنود العقد خصوصا كميّات الدفع، وقيمة القرض، والمسؤولية المحتملة جراء عدم التسديد... إلخ. لكن ما يأخذ على المشرع الجزائري هو أنه وبالرغم فعالية هذا الآلية الجديدة في ضمان حماية المستهلك من الشروط التعسفية إلا أنه حصر تطبيقها في نطاق جد محدود وهو عقد القرض الاستهلاكي بالرغم من وجود العديد من العقود الاستهلاكية التي لا تقل أهمية عنه كالتأمينات بمختلف أنواعها، والعقود الواردة على العقار كعقد البيع والبيع على التصاميم.... إلخ.

في حين أن المشرع الفرنسي قد وسّع بصراحة من دائرة إعمال هذه التقنية لتشمل جميع العقود بدون أي استثناء وذلك بموجب المادة L134-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي جاء فيها على أنه " يلتزم البائع المحترف أو مقدم الخدمة بأن يقدم لكل شخص مهتم إذا طلب منه ذلك نسخة من العقود التي يقترحها عادة ".

كما يلاحظ أيضا في هذا الصدد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة جوهرية وهي الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام، عكس المشرع الفرنسي الذي رتب جزاء الغرامة المقررة بالنسبة للمخالفات من الدرجة الخامسة حسب مقتضيات المادة L134-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي¹.

المطلب الثاني

تدخل فكرة النظام العام

لقد أشرنا فيما سبق إلى الدور الذي لعبه الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقد في تقوية رضا المستهلك في سبيل ضمان إقباله على التعاقد وفقا لرؤية واضحة لمضمون العقد بالقدر الذي يستطيع من خلاله تقدير احتمالات نجاح مشروعه التعاقدية المستقبلي من عدمه.

1_ BENZEMOUR Safia, La remise en cause des principes du droit commun par le droit de la consommation, op cit, p 32.

غير أن التدخل المباشر للدولة في نشاطات الانتاج والتوزيع وما أفرزه من ظهور ما يسمى بالتعاقد الإجباري دفع إلى ضرورة البحث عن ضمان آخر للمستهلك من الشروط التعسفية التي تهدد مصالحه العقدية، وذلك عن طريق تقادي التركيز على المعايير الذاتية في الحماية لعدم ثباتها ونجاعتها.

هذا ما حفّز التشريعات على اعتناق فكرة النظام العام كأسلوب موضوعي للحماية من الشروط التعسفية باعتباره قيّداً على سلطة الإرادة ولتكريسه لفكرة سمو المصالح العامة على المصالح الخاصة¹.

تبرز مكانة فكرة النظام العام كآلية موضوعية للحماية من الشروط التعسفية من خلال تغيير مفهوم الفكرة في حد ذاتها (فرع أول)، وهو ما كان له تأثير في مجال العقود (فرع ثاني).

الفرع الأول

تغيير مفهوم النظام العام

تعد الإرادة أساس التعاقد، فالفرد له كامل الحرية في أن يتعاقد أو يمتنع عن التعاقد، وفي أن يختار من يريد أن يتعاقد معه، وفي تحديد مضمون العقد، غير أنه ونتيجة للتحويلات التي عرفها العالم اليوم فقد أُصيبت النظرية التقليدية بانتكاسة اصطلاح على تسميتها بـ: "أزمة العقد" والتي أدت إلى تراجع مبدأ الرضائية، حماية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وهو المستهلك باعتباره الحلقة الأساسية في الميدان الاقتصادي.

استناداً إلى ذلك فلا تكفي الإرادة لإبرام العقد بل هي ركن يضاف إلى باقي الأركان، كما أنه يشترط في العقد أن تكون شروطه مشروعة، لأن الشرط غير المشروع يعتبر في

1 _ ZENNAKI Dalila, **Quelques approches de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun**, " *Etudes Juridiques* ", Revue semestrielle n° 08, faculté de droit, université Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, 2011, p 15.

نظر القانون كأنه غير موجود كالشرط الذي يستحيل تنفيذه¹، وبمعنى آخر ألا تتعارض شروط العقد مع المصلحة العامة للمجتمع.

فالمبدأ القائل بأن العقد قانون المتعاقدين لم يكرس إلا المساواة القانونية، إذ أن العدالة التعاقدية لم يحققها، فهذا التفاوت نتجت عنه مراكز غير متكافئة في العقد، ما ولد ضعف أحد الطرفين مقارنة بالقوة التي يتمتع بها الطرف الآخر، فهناك حاجة إلى حماية مصلحة أحد الطرفين عن طريق نظام حمائي جديد، هذا ما يدفعنا للبحث عن النظرة التقليدية للنظام العام(أولا)، وهو ما سيسمح لنا بالوقوف على تطور هذه الفكرة نتيجة التطورات الاجتماعية والإقتصادية (ثانيا).

أولا: المفهوم التقليدي للنظام العام

ينظر إلى النظام العام وفقا للقواعد العامة نظرة شاملة تجمع بين العديد من المفاهيم، إذ غالبا ما تُربط بفكرتي المصلحة العامة والآداب العامة إلى درجة صعوبة التمييز بينها². كما ينفرد النظام العام التقليدي بتحديد التصرفات غير المقبولة بين الأفراد، التي عليهم واجب احترامها، بما أنها قواعد أمر لا يجوز مخالفتها³.

فالنظام العام في مفهومه التقليدي يستهدف بالدرجة الأولى الحفاظ على مبدأ الحرية التعاقدية عن طريق بيان التصرفات التي لا يجب إبرامها⁴، بصيغة أخرى فإنه لا يمكن اعتبار شرط في العقد مخالف للنظام العام إلا بموجب نص تشريعي صريح.

1 _ WAGNER Albert, *De la nullité de la clause illicite*, thèse pour le doctorat, faculté de droit, université de Paris, 1900, p 72.

2_ إن هذا الفكرة أكدها المشرع الجزائري الذي غالبا ما استعمل عبارتي " النظام العام"، و " الآداب العامة " مترادفتين وذلك في بعض مواد القانون المدني الجزائري كالمواد 24، 96 و204، في حين استعمل في مواد آخر كالمواد 161 و344 عبارة " نظام العام" منفردة، وهو ما أثار جدلا فقهيًا بخصوص التمييز بينهما، لمزيد من التفصيل، راجع ، فيلالي علي ، *الإلتزامات*، مرجع سابق، ص ص 267، 290.

3_ بلميهوب عبد الناصر، *النظام العام في القانون الخاص*، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، المنظم يومي 07 و 08 ماي 2014، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 04 (غير منشور).

4_ بلميهوب عبد الناصر، *النظام العام في القانون الخاص*، مرجع سابق، ص 04.

فباستقراء أحكام المادتين 93 و 97 من القانون المدني الجزائري سوف يتبين بأن
المشرع هو الوحيد الذي يمكنه تحديد مضمون فكرة النظام العام وهذا من خلال الإضفاء
الصريح للصفة الآمرة التي تمنع المتعاقدين من إبرام عقد مخالف للنظام العام¹.

لكن ما يلاحظ على نصوص القانون المدني الجزائري هو أن المشرع في الغالب ما
لا يصرح بالصفة الآمرة للمواد القانونية التي تنظم مسائل قد تكون محلا لمخالفة النظام العام
مما يجعل الاستناد إلى هذه النصوص أمرا مستحيلا.

لذلك فإن مهمة التصدي لهذا الإشكال سوف يكون على عاتق القاضي بموجب
سلطته التقديرية الذي يكون عليه أن يقيّم مدى أهمية القاعدة القانونية مقارنة بالمصلحة
العامة، وعلى ضوء ذلك ومتى ثبت له أن القاعدة القانونية المعروضة عليه تتعلق بمصلحة
عامة أمكن له التصدي ببطلان العقد بالرغم من أن القانون لم يمنع صراحة إبرامه.

بالمقابل من ذلك يمكن للقاضي تكييف العقد على أنه عقد صحيح ومنتج لجميع آثاره
القانونية بالرغم من أن مضمونه حتى وإن كان مشروعا فإنه لا يتماشى مع المصلحة العامة
للجماعة كعقود التأمين التي لا تضمن للمؤمنين لهم التعويض الذي يتناسب مع الأخطار
التي قد يتعرضون لها.

فتدخل القاضي هو نتيجة لإغفال المشرع تكييف القاعدة القانونية الواردة في النص
بحيث أنها لا تتضمن ترخيصا ولا منعا من الإتفاق على من يخالفها، كما هو الأمر في
المادة 112 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يُؤَوَّلُ الشك في مصلحة
المدين... غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا
بمصلحة الطرف المدعى"².

اكتفى المشرع من خلال هذه الصياغة سوى بذكر الحكم القانوني دون الإشارة إلى
إمكانية أو عدم إمكانية مخالفته، لذا يتولى القاضي تكييف مثل هذه النصوص معتمدا في

1 _ ZENNAKI Dalila, *Quelques approches de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun*, op cit, p 16.

2_ نفس الأمر ينطبق على مواد أخرى في القانون المدني الجزائري كالمواد 40، 121 و 124

تقديره على الغرض من الحكم، فإذا تبين له أنه يتعلق بمصلحة عامة كيّفه على أنه من النظام العام ولا يمكن حينئذ مخالفته¹.

تجدر الإشارة إلى أن القاضي وهو بصدد أعمال سلطته التقديرية بخصوص تقدير مدى ارتباط القاعدة القانونية المنظمة لمسألة عقدية مع النظام العام من عدمه لا يخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة واقع لا مسألة قانون، هذا الواقع يستتبطه القاضي وفقا للظروف التي جرت فيها العملية التعاقدية.

على هذا الأساس اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار المفهوم التقليدي لفكرة النظام العام مفهوم قضائي أكثر منه تشريعي وحجتهم في ذلك هو أن النصوص التي تمنع صراحة إبرام أي عقد أو إدراج أي شرط تكون نادرة²، وهذا تماشيا مع القاعدة الفقهية المعروفة التي مفادها أن الأصل في الأشياء الإباحة.

ثانيا: تطور مفهوم فكرة النظام العام

إن التطور الحاصل في المجتمع اليوم نتج عنه تحول في دور الدولة من دور الحارس للقيم في المجتمع إلى دور المتدخل في المجال الإقتصادي والاجتماعي، فأخذ مفهوم الطرف الضعيف اهتماما كبيرا خلافا لما هو مقرر في الشريعة العامة أين كان محصورا فقط في إطار عقود الإذعان³.

كثف هذا الإنتقال عن فلسفة حمائية جديدة تتسم بأبعادها الاجتماعية والاقتصادية تستهدف بالأولوية إعادة التوازن للعقد، تتميز بإيجابيتها انطلاقا من عدم اكتفائها بحظر بعض التصرفات على الأطراف المتعاقدة وإنما تُركز على أبعد من ذلك عن طريق إلزام الأطراف المتعاقدة للقيام بالتزامات إيجابية.

1 _ نقلا عن، فيلالي علي ، الالتزامات ، مرجع سابق، ص 272.

2 _ ZENNAKI Dalila, **Quelques approches de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun**, op cit, p 16.

3 _ نساخ بولقان فاطمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، المنظم يومي 07 و 08 ماي 2014، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص 04 (غير منشور).

إن الهدف من ذلك هو تعزيز حماية الأطراف المتعاقدة الضعيفة (العامل، المؤمن له، المستأجر، المستهلك،... إلخ) ، في مواجهة الأطراف التي تتمتع بمركز اقتصادي قوي (رب العمل، البنوك، البائع، شركات التأمين... إلخ) ويتجسد ذلك مثلا من خلال التحديد التشريعي للحد الأدنى للأجور (SNMG)¹ ، أو بإلزام الأطراف المتعاقدة في عقد الإيجار بعدم تجاوز حد أقصى كثرمن لبدل الإيجار².

لذلك اصطلح على تسمية هذا النمط الجديد بالنظام العام الاقتصادي الحمائي *L'ordre public économique de protection* من زاوية أنه يهدف إلى ضمان حماية المستهلك من الشروط التعاقدية التعسفية بطريقتين مختلفتين:

- إما عن طريق ضبط العلاقة التعاقدية بالشكل الذي يسمح بمنع أي تعسف من جانب المتعاقد الآخر.

- أو عن طريق فرض التزامات إضافية على عاتق المتعاقد الآخر³.

يظهر جليا من خلال ما سبق أن معايير العدالة بحسب المفهوم الجديد للنظام العام ليست نفسها بحسب المفهوم الكلاسيكي، إذ تقوم على البديل أو العوض وفقا للمفهوم الأول مما يعني أنها مساواة اقتصادية تهدف إلى تقيادي أن يلحق أي طرف من أطراف العقد غبن⁴، في حين أن أساسها هو القانون وفقا للمفهوم التقليدي وبالتالي فهي عدالة قانونية بحكم رضا الأطراف المتعاقد.

إن مفهوم النظام العام الحمائي الاجتماعي يقدم مفهوم الحماية ، فهو تلك القواعد التي تهدف من خلالها حماية فئة معينة في المجتمع ، وفي إطار العلاقة العقدية يراد بها

1_ أنظر المرسوم الرئاسي رقم 03-467 المؤرخ في 02 ديسمبر سنة 2003، المحدد للأجر الوطني الأدنى المضمون، ج ر عدد76، الصادرة بتاريخ 2003/12/09

2_ مندي آسيا، النظام العام والعقود، مرجع سابق، ص 08.

3 _ BENZEMOUR Safia, *La remise en cause des principes du droit commun par le droit de la consommation*, op cit, p 14.

4_ بلميهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 12.

الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، ويتأكد هذا المفهوم بشكل جلي بما يسمى بالتشريعات الحمائية العمالية والتشريع الخاص بحماية المستهلك¹.

الفرع الثاني

تأثر العقد بفكرة النظام العام.

مما لا شك فيه أن سبب وجود النظام العام هو تحقيق المصلحة العامة، إلا أن متطلبات العصر الحالي قد مددت من أهداف النظام العام لتشمل المعاملات الخاصة بالأفراد والذي أصبح بمرور الوقت بمثابة الضابط للنشاط التعاقد *Le régulateur de l'activité contractuelle*²

يظهر ذلك جليا من خلال الرقابة التي تفرضها فكرة النظام العام على مضمون العقد وفحص مشروعيتها، لذلك فقد قرّر المشرع البطلان كجزاء على مخالفة محل أو سبب الالتزام للنظام العام، وهو ما استقرت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها³.

تتعدد صور تأثير النظام العام على العلاقات العقدية بداية من تقييد حرية الإرادة وإحاطتها بالعديد من الضمانات كنظرية عيوب الرضا (إكراه، غلط وتدليس)، عقود الإذعان والالتزام بالإعلام، إلا أن أهم معالم تأثير النظام العام في مجال العلاقات الفردية تبرز من خلال الاستثناء بجواز مخالفة القواعد الآمرة (أولا)، ومن خلال تنظيم القانون لبعض العقود (ثانيا).

أولا: جواز مخالفة القواعد الآمرة

تنقسم القواعد القانونية المنظمة للعلاقات العقدية إلى نوعين:

1_ نساخ بولقان فاطمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، مرجع سابق، ص 09.
2_ Nicolas BORGA, *L'ordre public et les suretés conventionnelles*, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit, université MOULIN-Lyon 03-, 2007, p 12.

3_ القرار المؤرخ في 12/04/1987 ملف رقم 43098، القرار المؤرخ في 26/01/1987 ملف رقم 44571، أنظر، لعور أحمد & صقر نبيل، موسوعة الفكر القانوني، القانون المدني- نصا وتطبيقا- تطبيقا لأحدث التعديلات بالقانون 05-07، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص ص 44، 45.

- قواعد مكملة الغرض من تقريرها هو تنظيم العلاقات العقدية في حالة إغفال المتعاقدين تنظيمها، وغالبا ما يتم صياغتها باستعمال مصطلحات "يجوز" أو "يمكن" ، للدلالة على امكانية مخالفتها.

- قواعد أمرة يتم صياغتها إما بصيغة الوجوب والإلزام ويستعمل في تحريرها عبارات "يجب" أو "يلتزم" أو بصيغة المنع والحظر وذلك باستعمال عبارات "يُمنع" أو "لا يجوز"، للدلالة على عدم جواز مخالفتها.

ففي ظل ثبوت عدم كفاية الآليات التعاقدية الكلاسيكية في ضمان حماية المستهلكين فقد تدخل المشرع من أجل تعزيز هذه الحماية عن طريق نظام عام أكثر صرامة تجاه المهنيين¹، مجسدا ذلك عن طريق منح المتعاقدين إمكانية مخالفة القواعد القانونية الآمرة التي تنظم العلاقات التعاقدية الخاصة بهم.

تعود أسباب تراجع المشرع عن جزاء تقرير البطلان في حالة مخالفة القواعد الآمرة في إطار العلاقات الإستهلاكية وعلاقات العمل بالخصوص إلى رغبته في ضمان حماية مثلى للطرف الضعيف، وهي الغاية التي لن تتحقق من خلال التقرير ببطلان العقد في حد ذاته، إذ أن مصلحة الطرف الضعيف تتحقق من خلال الإبقاء على العقد لتعلقه بحاجة أو خدمة تعتبر من الضروريات التي لا يمكن له الاستغناء عنها للسير الحسن لحياته اليومية. غير أن هذا الإستثناء التشريعي غير مطلق وإنما حصره المشرع وأطره ضمن معطيات وظروف حصرية تتمثل في أنه يجب أن تكون المخالفة للقاعدة الآمرة تخدم مصلحة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وتتحقق هذه الحالة إما في صورة الزيادة المالية أو في صورة امتياز أو أفضلية غير مادية للمستهلك كتمديد أجل الضمان، أو تمكينه من مدة إضافية للدفع...إلخ.

1 _ ZENNAKI Dalila, Quelques approches de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun, op cit, p 20.

ما يعزز هذا الاستثناء هو أن القاضي ملزم بإثارة كل ما يتعلق بالنظام العام بالمفهوم التقليدي من تلقاء نفسه، لأنه مخول لحماية الأسس والمصالح العليا للمجتمع، غير أن هذا الحكم لا يسري على مخالفة القواعد الآمرة في ظل المفهوم الجديد لفكرة النظام العام القائمة على أساس حماية الطرف الضعيف، إذ يتعين على القاضي التقيد بمصلحة الطرف الجدير بالحماية، بمعنى أنه لا يجوز للقاضي إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسه عكس قواعد النظام العام التقليدي¹.

تماشيا مع هذا الطرح فإن القاضي المطروح عليه النزاع لا يجب عليه إثارة مسألة مخالفة المتعاقدين للنظام العام إلا إذا ثبت له أن القاعدة التي تمت مخالفتها تحقق مصلحة المهني أكثر مما تفيد المستهلك، وإذا لم تتوفر هذه الحالة يكون القاضي قد خالف القانون لكونه قد حكم بأكثر مما طلب منه²

لذلك فإن الجزاء المترتب عن مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي أو الاجتماعي هو البطلان النسبي وليس البطلان المطلق، وهو ما اعتمده المشرع الجزائري من خلال نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي : " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

ثانيا: تنظيم القانون لبعض العقود

نتج عن التدخل القضائي المستمر في مجال العقود بمناسبة النزاعات العديدة التي تثار بشأنها عدم استقرار العلاقات العقدية خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار ما يتمتع به

1- بلميهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مرجع سابق، ص 12.

2- تعتبر هذه الحالة وجها من أوجه الطعن بالنقض التي يمكن للأطراف التمسك بها بمناسبة الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، أنظر المادة 358 فقرة 16 من القانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 21 أبريل 2008.

القضاة من سلطات واسعة في هذا الخصوص، وهو ما ساهم في تعطيل السير الحسن للحياة اليومية للمستهلك أو الطرف الضعيف.

دفع هذا الوضع المشرع إلى ان يأخذ على عاتقه تنظيم بعض العقود ذات الأهمية، لذلك سوف نركز في دراستنا هذه على عقدي العمل (1) والتأمين (2) باعتبارهما الأكثر شيوعا.

1- عقد العمل :

لا ينظر إلى علاقة العمل على أنها مجرد علاقة تعاقدية تحكمها إرادة المتعاقدين وإنما ينظر إليها على أنها علاقة اقتصادية تخدم مصلحة عامة¹ نظرا لما يثيره هذا النوع من العقود من مشاكل فقد عملت التشريعات العمالية الحديثة على وضع قواعد قانونية تقف إلى جانب العامل كونه الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية² وهو ما تبناه المشرع الجزائري وذلك بتنظيمه لعلاقات العمل بصفة عامة بموجب القانون 90-11³.

غير أن معالم ظهور النظام العام الحمائي في إطار علاقات العمل كان بداية من سنة 1975 بموجب الأمر 31-75 المتعلق بالشروط العامة لعلاقة العمل في القطاع الخاص⁴ في المادة 172 منه التي نصت على أنه: "يعد باطلا وعديم الأثر كل تنازل من العامل عن كل أجر أو جزء منه"

1- مندي آسيا، النظام العام والعقد، مرجع سابق، ص 06.

2- مريني حنان ، النظام العام الإقتصادي وتأثيره في العلاقات العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2004، ص 34.

3- قانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 والمتعلق بعلاقات العمل، ج ر عدد 17 ، الصادرة بتاريخ 25 أبريل 1990.

4_ أمر رقم 31-75 المؤرخ في 19 أبريل 1975، المتعلق بالشروط العامة لعلاقة العمل في القطاع الخاص، ج ر عدد 39 الصادرة بتاريخ 16 ماي 1975

لقد أورد المشرع الجزائري نصا عاما بموجب المادة 136 من القانون المشار إليه آنفا مفاده ما يلي : **"يكون باطلا وعديم الأثر كل بند في عقد العمل مخالف للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وتحل محله أحكام هذا القانون بقوة القانون"**.

من خلال هذا النصوص، يمكن ملاحظة أنه متى تضمن عقد العمل المبرم بين العامل وصاحب العمل أو المستخدم شروطا أو أحكاما تخالف قاعدة آمرة من قواعد قانون العمل، فإن هذا الشرط يقع باطلا وعديم الأثر وتحل محله القاعدة القانونية التي وقع الشرط مخالفا لها.

الأمثلة على ذلك عديدة، كأن يتفق الطرفين المتعاقدين على منح العامل أجرا يقل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون¹ أو التنازل عن الراحة القانونية أو الزيادة في المدة القانونية للعمل أو الاتفاق على التسريح دون اتباع الإجراءات التي نص عليها القانون.

كما أن عدم احترام خاصية الحمائية والذي أسس لمفهوم النظام العام الاجتماعي يؤدي الى تقرير مجموعة من الأحكام الجزائية التي يقرها قانون العمل والتي أقرها المشرع من المواد من 138 إلى 155 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل السابق ذكره.

المثال على ذلك أيضا تحديد القانون لمدة العمل بـ: 40 ساعة في الأسبوع وذلك بموجب المادة 02 من الأمر 97-03 المؤرخ في 11 جانفي 1997² ، فأبي اتفاق بين المستخدم والعامل يكون مضمونه اشتغال هذا الأخير لمدة تزيد عن 40 ساعة في الأسبوع يعتبر باطلا، ويصح البند ليتماشى مع القاعدة القانونية.

1_ يعتبر هذا الشرط أو الاتفاق مخالفة صريحة لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 06-395 المؤرخ في 12 نوفمبر 2006 المحدد للأجر الوطني الأدنى المضمون، ج ر عدد 72، الصادرة بتاريخ 15 نوفمبر 2006.

2- أمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 جانفي 1997، المتعلق بالمدة القانونية للعمل، ج ر عدد 3 الصادرة بتاريخ 12 جانفي 1997.

2- عقد التأمين

تميّزت العلاقات التعاقدية الحديثة بالسرعة والمرونة إلى أن أصبح معه التعاقد التقليدي عاجزا عن مسايرتها، وبلغ هذا التطور ذروته بعدما أصبح التعاقد إجباريا وذلك بموجب تنظيم قانوني تضعه السلطة العامة حامية المصالح العامة والفردية¹، وهو ما اصطلح بتسميته بالتعاقد الجبري أو المفروض.

تظهر ملامح التعاقد المفروض غالبا في مجال التأمينات بصفة عامة والتأمين على السيارات على الخصوص، ذلك ان هذا النمط من التأمين يفرض على الفرد بمجرد امتلاكه لسيارة او مركبة وهذا ما أكدت عليه المادة 01 من الأمر 74-15 والمتعلق بالزامية التأمين على السيارات² التي تنص على: "كل مالك مركبة ملزم باكتتاب عقد تأمين يغطي الأضرار التي تسببها المركبة للغير، وذلك قبل إطلاقها للسير".

أكد المشرع على نفس المسألة بموجب المادة 118 من القانون 80-07 المتعلق بالتأمينات على ما يلي :

" كل شخص خاضع لالزامية التأمين على السيارات".

هذا ما يعني أن المالك لسيارة أو لمركبة لا يملك الخيار في التأمين أو عدمه مادام أن هذه المسألة قد تم الفصل فيها بموجب القانون، وبالتالي فهي مسألة تخرج عن الإطار الضيق لإرادة المتعاقدين.

كان القانون المدني سابقا إلى تنظيم عقد التأمين وذلك في المواد 622 وما يليها منه أين أفرد المشرع حماية خاصة لمستهلك التأمين من ذلك مثلا ما جاء في المادة 622 التي قرّرت البطلان كجزاء على تضمن عقد التأمين لأحد الشروط الآتية:

1- مندي آسيا، النظام العام والعقود، مرجع سابق، ص 32.

2- الأمر رقم 75-14 المؤرخ في 30 جانفي 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 1974، معدل ومتمم.

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

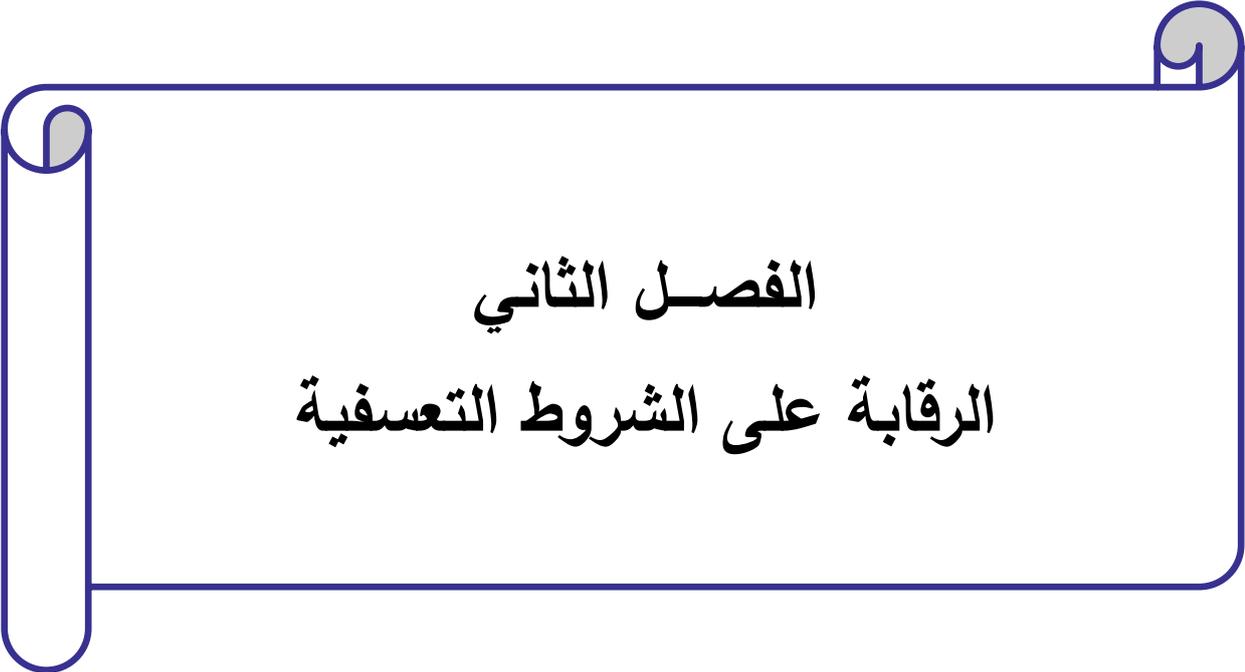
2- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذ تبيّن من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

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

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

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

كما أوردت المادة 625 من القانون المدني الجزائري نصا عاما يمنح من خلاله سلطة تقديرية للقاضي للموازنة والتأكد من مدى تعسفية الشرط الوارد في عقد التأمين من عدمه بحيث نصت على ما يلي: "يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل إلا أن يكون في مصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد".



الفصل الثاني
الرقابة على الشروط التعسفية

إن التفاوت الذي تشهده المعاملات الحديثة تعددت مظاهره، بطريقة أصبح من الصعب حصرها وذلك لعدة اعتبارات ترجع في كثير منها إلى غزارة وسرعة الانتاج وما صاحبه من دعاية تجارية، الأمر الذي أثر سلبا على إرادة المستهلك وحرية الاختيار، هذا الأخير افتقد بمرور الوقت عنصر المفاضلة بين المنتجات.

فالانتاج المكثف للسلع والخدمات كان وراء ظهور العقود النموذجية والتي وإن كانت أكثر من ضرورية لكونها تعتبر بمثابة دعامة وآلية فعّالة بالنسبة للمؤسسات والشركات التجارية من حيث ضمان سرعة وأمن معاملاتها، إلا أنها وبالمقابل شكلت خطرا حقيقيا على المستهلك أو الشخص العادي الذي ينظر إليها على أنها مجرد تقنية خاصة في العقد يكفي التوقيع عليها ليلتزم بما ورد فيها¹

وتكمن الخطورة في كون أن إبرام العقد بهذا الشكل من شأنه إحداث لا توازن صارخ بين أطرافه والذي تنعكس آثاره سلبا على المستهلك الذي يجد نفسه تحت رحمة المهني الذي استغل ضعفه المعرفي أو حاجته الماسة للخدمة أو السلعة ليرغمه على الرضوخ للالتزامات لم يشارك في صنعها.

ترتيبا لما سبق، وبالرغم من المحاولات العديدة في سبيل الحلول دون المنازعة إطلاقا في العقد الذي يكون فيه أحد طرفيه ضعيفا مقارنة مع الطرف الآخر وذلك عن طريق فلسفة وقائية بالشكل الذي تطرقنا إليه في الفصل الأول من هذه الدراسة، إلا أن كل ذلك لا يمنع من وجود حالات تضعنا أمام حقيقة لا يمكن تجاهلها وهي ضرورة التصدي لهذه الظاهرة بعد وقوعها.

ما يعزز هذه الحقيقة هو ثبوت قصور ومحدودية القواعد التقليدية في تحقيق هذا المسعى في ظل الظروف الاقتصادية التي تحيط بعملية الاستهلاك، ناهيك عن أن هذه

¹ - حدود ليلي، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، مرجع سابق، ص 02 .

المبادئ العامة قد وضعت في ظل المذهب الفردي¹، الشيء الذي يعني أن تحديث هذه المبادئ أمر لا مفر منه لتتلاءم أكثر مع هذه المستجدات الحاصلة.

ولمواجهة هذه المخاطر ومسايرة هذه المستجدات فإن البحث عن بديل للقواعد التقليدية في حماية المستهلك من الشروط التعسفية أمرا لا مناص منه ولا يقبل الجدل، هذا ما دفع المشرع الجزائري إلى التدخل لإرساء قواعد جديدة بموجب قوانين خاصة في قوانين الاستهلاك تستهدف بالدرجة الأولى حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف الأجدر بالحماية.

لذلك فقد اعتمد المشرع على سياسة جديدة لمكافحة الشروط التعسفية العقدية تتميز بطابعها الرقابي، وذلك باستحداث أجهزة أو لجان متخصصة يظهر دورها الرقابي في الفترة السابقة على إبرام عقد الاستهلاك (المبحث الأول)، كما أن مظاهر هذه السياسة الجديدة تظهر في الفترة اللاحقة لإبرام العقد في صورة الرقابة القضائية (المبحث الثاني).

¹ - محمدي سليمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص 63.

المبحث الأول
الرقابة السابقة لإبرام عقد الإستهلاك

إلى جانب ما للتعامل المباشر مع الشروط التعسفية من فوائد على كافة المستويات وهو ما يتماشى وهدف المشرع وهو ابتكار الوسائل الوقائية¹ حفاظا على عقد الإستهلاك بحد ذاته غير أن نسبة احتمال المنازعة في العقد المبرم بين المهني والمستهلك بخصوص الشروط الواردة فيه مرتفعة جدا بالنظر إلى تعدد هذه العقود من جهة وتعقيدها من جهة أخرى.

انطلاقا من هذه الحقيقة، ويهدف التخفيف على القضاء عمد المشرع إلى استحداث تقنيات جديدة لمحاربة الشروط التعسفية في العقود، وذلك عن طريق تنصيب أجهزة إدارية تابعة للوزارة المختصة وذلك في صورة لجنة الشروط التعسفية (المطلب الأول)، كما أن المشرع لم يغفل إشراك المجتمع المدني في محاربة هذه الظاهرة وذلك بالصلاحيات التي منحها لجمعيات حماية المستهلك (المطلب الثاني).

المطلب الأول

لجنة الشروط التعسفية

في ظل القواعد المعاصرة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والتي غالبا ما تؤدي إلى غياب التوازن العقدي فقد تعددت طرق الرقابة على شروط العقد، إذ ظهرت آليات حديثة تتجسد في إنشاء لجنة الشروط التعسفية التي تتعدد أدوارها في إطار حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

غير أن الدور البارز لهذه اللجنة يظهر في الفترة السابقة لإبرام العقود وذلك من خلال مراقبة نماذج العقود المعدة أثناء الممارسات التعاقدية وذلك بغرض إبداء رأيها حول طبيعة هذه الشروط.

1_ إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 160.

ولدت الأهمية التي تحظى بها لجنة الشروط التعسفية باعتبارها تقنية جديدة لمحاربة الشروط التعسفية في العقود الرغبة في معرفة تأطيرها القانوني من خلال دراسة مفهومها (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك تبيان دورها في محاربة الشروط التعسفية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم لجنة الشروط التعسفية

جسدّ المشرع الجزائري توجهه في اعتناق الأسلوب الإداري في معالجة ظاهرة الشروط التعسفية في الفصل الثاني من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي جاء بعنوان "البنود التي تعتبر تعسفية" وذلك بموجب المواد 05 إلى 17 منه.

لكن ما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع الجزائري قد سبق له في سنة 2004 بمناسبة صدور القانون رقم 04-02 وأن لّمح إلى منع تضمين العقود بمختلف أنواعها الشروط التي تعتبر تعسفية عن طريق التنظيم.

إن الملفت للانتباه هو أن المشرع سواء في القانون رقم 04-02 أو المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لم يحدد تعريفاً للجنة الشروط التعسفية بالقدر الذي يسمح لنا بتحديد طبيعتها، وهو ما يجعلنا في مقام الملزمين بتعريف هذه اللجنة (أولاً)، وإبراز تشكيلتها (ثانياً).

أولاً: التعريف بلجنة الشروط التعسفية

أنشئت لجنة الشروط التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة وهذا بمقتضى نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مما يعني أن هذه اللجنة تابعة لوزارة التجارة وتعمل تحت وصايتها.

تاريخياً يعود أول وجود قانوني لهذه اللجنة إلى القانون الفرنسي سنة 1978 بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك بالسلع والخدمات وذلك في المواد

36 إلى 38 وهي المواد نفسها التي أُدرجت في المواد 132 فقرة 02 و 05 من قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1995.

كما أن المشرع الفرنسي وبمناسبة الإصلاح الذي قام به سنة 2010 بموجب القانون 2010/737 المؤرخ في 01 جانفي 2010 ألق هذه اللجنة بأجهزة المعهد الوطني للإستهلاك *Institut National de Consommation*¹.

وفي ظل غياب تعريف لهذه اللجنة ضمن جميع النصوص القانونية التي أشرنا إليها سابقا يمكن القول أنها عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع لدعم حماية مصالح المستهلكين من اعتداء المهنيين والذين يرتبطون مع بعضهم البعض بواسطة عقود استهلاك يغلب عليها الطابع الإذعاني².

تجدر الإشارة إلى أنه من بين دوافع استحداث هذه اللجنة هو رغبة المشرع في تقادي قدر الإمكان تدخل القضاء في منازعات الاستهلاك وما ينجر عنه من تكاليف باهضة وطول الإجراءات وتعقيدها في إتجاه جديد يقوم على الحفاظ على مصلحة المستهلك بالدرجة الأولى من خلال الحفاظ على العقد الذي يكون طرفا فيه.

تتمثل عموما مهام هذه اللجنة في فحص نماذج العقود التي لم تبرم بعد، وهي في الغالب العقود النموذجية التي تحتوي شروطا عامة، أو فحص شروط العقود التي تم إبرامها وتم عرضها عليها بمناسبة نزاع قائم بين المهني والمستهلك حول احدى الشروط التي يطعن في تعسفها.

1_ Claire- Marie PEGLION-ZIKA, *La notion de clause abusive au sens de l'article L-132-1 du code de consommation*, op cit, p 284.

2_ حملاحي جمال، دور أجهزة الدولة في حماية المستهلك على ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005 - 2006، ص 40.

إن ما يصدر عن اللجنة بمناسبة مراقبتها للشروط العقدية التعسفية لا يشكل قرارات بالمعنى التام والدقيق للمصطلح وإنما لا يعدو أن يكون مجرد توصيات بحذف أو تعديل الشروط التي ترى أنها تعسفية، وتتميز بعموميتها في غالب الأحيان.

ثانيا: تشكيلة لجنة البنود التعسفية

نصت المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والمتممة بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي 08-44 على أن :

" لجنة الشروط التعسفية تتشكل من خمسة (05) أعضاء دائمين وخمسة (05) أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (02) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.

- ممثلان (02) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

- ممثلان (02) عن مجلس المنافسة.

- متعاملان اقتصاديان (02) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

- ممثلان (02) عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الاعمال والعقود.

يمكن للجنة الإستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها "

إن الفقرة الأخيرة من المادة 08 السالفة الذكر تفتح الباب على مصريه للجنة الشروط التعسفية من أجل اتخاذ ما تراه مناسبا من مساعي في سبيل الحصول على ما يفيدها من معلومات وهو ما سيمكنها من بسط رقابتها على العقود المعروضة عليها للفحص وإبداء رأيها في هذا الخصوص.

من خلال هذه التشكيلة نجد أن لجنة البنود التعسفية تضم أعضاء إداريين وأعضاء يمثلون الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين، ليكون المشرع بذلك قد مثل جميع الأطراف المعنية بتشكيلة لجنة الشروط التعسفية تمثيلا عادلا يكفل حسن أداءها لدورها في مواجهة الشروط التعسفية¹

كما تكشف تشكيلة لجنة الشروط التعسفية عن رغبة المشرع في معالجة الشروط التعسفية التي يحتمل ورودها في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين على أساس الحوار والتشاور لا الإكراه².

الفرع الثاني

تقييم دور لجنة الشروط التعسفية

تعتبر لجنة الشروط التعسفية أسلوبا إداريا لمعالجة التعسف في نطاق العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تعود الحكمة من استحداثها إلى الرغبة في الحد من المنازعات العقدية التي قد تطرح على القضاء.

غير أنه لا يمكن التسليم بفاعلية دور هذه اللجنة دون الخوض في اختصاصاتها (أولا) والقوة القانونية لما يصدر عنها من توصيات وآراء (ثانيا).

أولا: إختصاصات لجنة الشروط التعسفية

تتعدد الطرق التي تعتمد عليها اللجنة من أجل مباشرة مهامها بداية من الأفضلية الممنوحة لها لمباشرة مهامها من تلقاء نفسها بحسب ما هو وارد في المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 و التي تنص : " يمكن للجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة ومن طرف كل إدارة و كل جمعية مهنية و كل جمعية حماية المستهلكين أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك ".

1_ سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مرجع سابق، ص 127.

2_ Claire- Marie PEGLION-ZIKA, La notion de la clause abusive au sens de l'article L-132-1 du code de consommation, op cit, p 284.

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري يستهدف عدم حصر صلاحية إخطار لجنة الشروط التعسفية على بعض الأجهزة المهتمة بحماية المستهلك فقط وإنما اتجهت نيته إلى أبعد من ذلك بتوسيع صلاحية الإخطار إلى جميع الهيئات والإدارات والجمعيات المهنية وأكد ذلك من خلال استعماله لعبارة "كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك".

يستشف من هذا النص أن المشرع من وراء ذلك يهدف إلى إحاطة المستهلك بأكبر قدر من الحماية من الشروط التعسفية التي يمكن أن يكون ضحية لها، وذلك عن طريق الاستفادة من خبرة و مؤهلات هذه الهيئات التي ستلعب دورا إيجابيا مقارنة بالمستهلك العادي الذي لا تتوفر فيه هذه المؤهلات.

هذا بخصوص آليات إخطار لجنة الشروط التعسفية، أما عن دورها في مجال الحماية من الشروط التعسفية فبالرغم من تنويه الفقه بالدور الوقائي الذي تؤديه في إعلام وتوعية المستهلكين والمهنيين على حد سواء حول الشروط الباطلة لمخالفتها لنصوص القانون¹، غير أن دورها لا ينحصر في هذا الخصوص فقط و إنما يمتد إلى البحث عن العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي وهو ما أشارت إليه المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306².

ثانيا: القيمة القانونية للتوصيات والآراء الصادرة عن لجنة الشروط التعسفية

أصدرت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا أكثر من 73 توصية منذ 1978 إلى غاية 2013، "يمكن تصنيفها إلى نوعين، الأولى تكتسي طابعا عاما *Un caractère général*

1_ سي يوسف زاهية حورية، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008، ص 206.

2_ تتمتع لجنة الشروط التعسفية وفقا لأحكام قانون الاستهلاك الفرنسي بصلاحية إبداء الرأي والمشورة في مشاريع المراسيم والقرارات التي تستهدف حظر أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية، وهذا ما لا نجده في القانون الجزائري حتى بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 08-44، وهذا الاتجاه مبرر باعتبار أنه لا يوجد في القانون الجزائري أي أثر للرقابة على المراسيم التشريعية والتنفيذية المتعلقة بالشروط التعسفية سواء من الهيئات الإدارية أو القضائية.

تستهدف شرط أو نوع من الشروط مهما كانت صفة المهنيين الذين قاموا بتحريرها، والثانية ذات طابع قطاعي *Un caractère sectoriel* موجّهة لقطاع مهني معين¹.

تتمتع اللجنة وفقا لأحكام قانون الاستهلاك الفرنسي بالعديد من الصلاحيات التي تشكل ضغطا معنويا على المحترفين كما أنها تعتبر آلية قانونية في يد القاضي لتسيب أحكامه القاضية بتعديل شروط العقد أو إلغائها خصوصا أنه في فرنسا يمكن للجنة أن تبدي رأيها حتى أثناء سير الخصومة².

من هذا المنطلق فإنه يبدو أن مهمة لجنة الشروط التعسفية إدارية محضة، لا هي قضائية ولا هي تشريعية³، فالآراء والتوصيات الصادرة عنها لا تشكل قواعد قانونية إذ أن إغفالها لا يشكل وجها للطعن، ولا هي بالقواعد التي يمكن فرضها على المهنيين الخواص أو السلطات العمومية، ولا هي بالقرارات الإدارية التي يمكن أن تكون محلا للإلغاء بسبب تجاوز السلطة⁴.

بالرغم من ذلك فقد أجمع الفقه في فرنسا على أن التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية لا تتمتع بأية قوة إلزامية، إلا أن وزنها وتأثيرها على المهنيين وعلى الجهات القضائية لا يمكن تجاهله بدليل أن القضاء في فرنسا غالبا ما يستند في تسيب قراراته على آراء هذه اللجنة.

1 _ Claire- Marie PEGLION-ZIKA, *La notion de la clause abusive au sens de l'article L-132-1 du code de consommation*, op cit, p 291.

2_ تنص المادة 534 فقرة 04 من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل سنة 2014 على أنه يمكن أن تُخطر اللجنة لإبداء رأيها بمناسبة إثارة الطابع التعسفي لشرط تعاقدى أثناء سير الدعوى، أين يطلب القاضي المختص من اللجنة لكي تبدي بواسطة أمر غير قابل للطعن بخصوص الطابع التعسفي لهذه الشروط، غير أن هذا الرأي لا يلزم القاضي .

- يجب على اللجنة أن تبدي رأيها في غضون 03 أشهر كحد أقصى من تاريخ إخطارها، ويعفى القاضي خلالها من إتخاذ أي قرار بخصوص موضوع النزاع إلى غاية تلقيه رأي اللجنة، أو إلى غاية فوات مدة 03 أشهر المذكورة أعلاه، إلا في حالة التدابير الاستعجالية والتحفّضية، - أنظر في هذا الخصوص الموقع الالكتروني الآتي :

www.google.com/?gws_rd=ssl#q=code+de+consommation+français+consolid%C3%A9+en+2010

3_ سي يوسف زاهية حورية، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 206.

4 _ GUY Raymond, *Droit de la consommation*, op cit, p 233.

تجد آراء وتوصيات اللجنة قوتها القانونية بطريقة ضمنية وغير مباشرة من خلال آلية النشر التي أشارت إليها المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 التي نصت على ما يلي: **تنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة** .

إلى جانب ذلك فإن آراء اللجنة وتوصياتها تعتبر بمثابة دعامة ومرجعية بالنسبة للجهات المختصة بحماية المستهلك وذلك من خلال التقارير التي تُعدها والتي تُبلّغ إلى الوزير المكلف بالتجارة حسب ما جاء في المادة 12 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 .

تشكل لجنة الشروط التعسفية بفضل آراءها المنشورة والتي تبلغ إلى الوزارة الوصية درعاً واقياً لتفادي المنازعات أمام القضاء لأن مصير العقود المعروضة أمامه هو الإلغاء لا محالة كما أنها تساهم في تعزيز المنظومة القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية عن طريق التوصيات والتقارير السنوية التي قد تكون دافعا لإحداث " تعديلات تشريعية وتنظيمية قد تدفع إلى صياغة قواعد قانونية أخرى لدرأ تضمين العقود شروطا تعسفية"¹.

غير أن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا السياق هو أن الواقع العملي يثبت الغياب المطلق لنشاط هذه اللجنة سواء في شقه الإداري المتعلق بالتقارير السنوية المقدمة للوزارة أو في شقه المتعلق بتتوير الجهات القضائية، فعلى سبيل المثال يخلو إجتهد الجهات القضائية العليا في الجزائر (مجلس الدولة والمحكمة العليا) من أي اعتماد لها في الأحكام والقرارات الصادرة عنها على توصيات لجنة الشروط التعسفية.

1- عنصري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مرجع سابق، ص 67.

المطلب الثاني

جمعيات حماية المستهلك

كشفت الواقع العملي عجز الأجهزة الإدارية المكلفة بحماية المستهلك بصفة عامة والمتخصصة في حمايته من الشروط التعسفية عن الإلمام والسيطرة على هذه الظاهرة نظرا لتعقيدها وانتشارها الواسع في آن واحد.

شكل هذا العجز دافعا مباشرا من أجل محاولة الإعتماد على جمعيات الحماية والدفاع عن المستهلكين والتي تعتبر منظمات حديثة النشأة وليدة القرن العشرين مهّدت لظهورها العديد من الظروف والأسباب التي ساهمت في انتشارها عبر العديد من الدول بما في ذلك الجزائر.

تتمتع هذه الجمعيات بصلاحيات مخولة لها قانونا والمتمثلة أساسا في الدور التحسيس والإعلامي الذي يستهدف خلق وعي وثقافة استهلاكية لدى المستهلكين. تقتضي المكانة التي تحظى بها جمعيات حماية المستهلك في محاربة الشروط العقدية التعسفية الإلمام بكل الجوانب القانونية المرتبطة بها وذلك من خلال محاولة تسليط الضوء على التأطير القانوني لها (الفرع الأول)، ثم بعد ذلك استظهار الدور الذي تؤديه في مجال محاربة الشروط التعسفية من خلال الدعاوى التي تكون طرفا فيها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الإطار القانوني لجمعيات حماية المستهلك

يجد النشاط الجمعي في الجزائر أساسه القانوني في الدستور وذلك في الفصل الرابع منه الوارد بعنوان « الحقوق والحريات » وبالتحديد في نصوص المواد 33 و 34 منه¹ كما

1_ جاء في نص المادة 39 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 ، الصادرة في 07 مارس 2016 و المتضمن التعديل الدستوري ما يلي :

"الدفاع الفردي أو عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية، مضمون".
كما نصت المادة 54 منه على أن: "حق إنشاء الجمعيات مضمون، تُشجع الدولة ازدهار الحركة الجمعوية".

أنه وعلى الصعيد التشريعي وفي ظل القانون رقم 89-02 فقد أشار المشرع إليها مكتفياً بإبراز دورها فقط¹.

وفي سنة 1990 وبمناسبة صدور القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات² أصبحت جمعيات حماية المستهلك تخضع لهذا القانون سواء من حيث الإنشاء أو من حيث النشاط و استمر الحال كذلك إلى غاية صدور القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش إذ خصّص المشرع لجمعيات حماية المستهلك فصلاً مستقلاً لها وذلك في الفصل السابع من الباب الثاني منه.

هذه هي إذن أهم النصوص القانونية التي أطرت النشاط الجمعي في الجزائر على العموم، وفي مجال حماية المستهلك على وجه الخصوص، لكن ونظراً لأهمية هذه الآلية في مواجهة الشروط التعسفية يقتضي الأمر الخوض بعمق في تفاصيلها وذلك عن طريق التعريف بها (أولاً)، ودراسة الإجراءات المتبعة في تأسيسها (ثانياً)

أولاً

تعريف جمعيات حماية المستهلك

تعددت التعاريف الواردة في شأن جمعيات حماية المستهلك، من بينها تلك التي تضمنتها النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك (1)، ومنها التي كانت محل نقاش بين الفقهاء (2).

1- التعريف القانوني لجمعيات حماية المستهلك

بالعودة إلى مختلف النصوص القانونية نجد أن أول تعريف تناول تعريف جمعيات حماية المستهلك هو القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات وذلك في المادة 02 منه والتي نصّت على أنها: " تمثل الجمعية إتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها، ويجتمع في إطارها

1_ أنظر المادة 23 من القانون 89-02 (الملغى).

2_ قانون رقم 90-31 مؤرخ في 04 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 53، الصادرة في 05 ديسمبر 1990 (الملغى).

أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية ولغرض غير مُربح، كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والعلمي والديني والتربوي والرياضي على الخصوص ويجب أن يُحدّد هدف الجمعية بدقة وأن تكون تسميتها مطابق له".

يُشترط من خلال هذا النص في الجمعية أن يكون الغرض منها غير نفعي (غير تجاري) *Un But Non Lucratif*، بمعنى أن لا تهدف إلى تحقيق الربح، إلى جانب ذلك يجب أن يتطابق هدف الجمعية والتسمية التي أُطلقت عليها.

تعتبر جمعية حماية المستهلك بمفهوم المادة 21 من القانون 03-09: " كل جمعية منشأة طبقاً للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله".

يَجْمَع هذا التعريف بين أحد أهم الشروط التي يجب توافرها في الجمعية، الأول وهو الجانب القانوني بمعنى أن يكون إنشاء الجمعية مطابقاً للقانون، غير أن التركيز كان منصباً على الشرط الثاني المتمثل في الهدف من إنشائها والذي وسّع المشرع من نطاقه من الإعلام والتوعية والتوجيه إلى تمثيل المستهلك قصد ضمان الحفاظ على سلامته والدفاع عن مصالحه جماعياً ومجاناً لدى الهيئات والإدارات الرسمية والمحترفين والتقاضى بهدف الحفاظ على حقوقه¹.

وفي سنة 2012 وبمناسبة صدور القانون رقم 12-06² عرّف المشرع الجزائري الجمعية بموجب المادة الثانية على أنها: " تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محددة أو غير محددة ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعاً لغرض غير مربح من أجل مراقبة الأنشطة وتشجيعها لا سيما في

1_ فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، مرجع سابق، ص 119.

2_ قانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 02 الصادرة في 15 جانفي 2012.

المجال المهني والإجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري
...".

يلاحظ من خلال هذا التعريف رغبة المشرع في التوسيع من مجال نشاط الجمعيات ليمتد إلى العمل الخيري والمحافظة على البيئة والنشاطات المرتبطة بحقوق الإنسان والنشاطات التربوية والعلمية والدينية.

2- التعريف الفقهي لجمعيات حماية المستهلك:

لقد تناول الفقهاء في مختلف كتاباتهم تعريف جمعيات حماية المستهلك وارتكزت معظمها على الغرض الذي أنشأت من أجله هذه الجمعيات، فيرى البعض بأنها " حركة منظمة من المواطنين والهيئات الحكومية تهدف إلى زيادة حقوق المشتركين ونفوذهم وتأثيرهم على بائعي المنتجات"¹.

ركّز رأي آخر من الفقه على الجانب العقدي للإتفاق الذي يجمع الأعضاء المؤسسين للجمعية وذلك بالقول بأنها " الإتفاق الذي يضع أكثر من إثنين من الأفراد بصفة دائمة معرفتهم أو نشاطهم في خدمة هدف غير تحقيق الربح، أو بأنها تشكيلات إجتماعية فاعلة ومنظمة تسعى على أسس تطوعية غير ربحية لتحقيق أهداف عامة لمجموعة تعتمد أساليب الحكم الرشيد ضمن أُطرٍ قانونية تضمن الشفافية وحرية التشكيل"².

كما أنه هناك من يعتبر الجمعية بمثابة الفضاء الأساسي والملجأ الرئيسي الذي يمكن الأفراد من طرح قضاياهم وانشغالهم، فهي تلعب دور الوسيط الذي يملأ المجال العام بين الأفراد ومؤسسات السلطة العامة³

1_ المصطفى سامر، دور جمعية حماية المستهلك في خلق الوعي لدى المستهلكين، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 103.

2_ بن ناصر بوطيب، النظام القانوني للجمعيات في الجزائر- قراءة نقدية في ضوء القانون 12-06، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص 254.

3_ بلحشر نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر -دور وفعالية-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2013، ص 48.

ولعل كل هذه التعاريف لا تختلف كثيرا من حيث المبدأ الذي تقوم عليه الجمعيات ألا وهو تحقيق منفعة عامة وهو ما أكدته المادة 21 من القانون رقم 09-03 وكنتيجة لهذه الصفة بإمكانها الإستفادة من المساعدة القضائية وهذا ما جاء في نص المادة 22 من القانون ذاته التي تنص على أنه : **"...يمكن أن تستفيد جمعيات حماية المستهلكين المعترف لها بالمنفعة العمومية من المساعدة القضائية"**.

إضافة إلى ذلك يجب أن يكون موضوع الجمعية مرتبطا بحماية المستهلك وذلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، وبالتالي فهي تعمل على تحقيق نوع من التوازن بين مصالح المستهلك ومصالح المحترف عن طريق إعطاء وزن لقضايا المستهلكين في المجتمع المدني وذلك بانتقاد بعض المنتجات والدعوة إلى المقاطعة والإضراب¹.

ثانيا : تأسيس جمعيات حماية المستهلك.

تهدف جمعيات حماية المستهلكين إلى الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين، ولذات الغرض فهي تتمتع بالعديد من الوسائل القضائية وشبه القضائية التي تشكل في نفس الوقت قرائن لتحمل مسؤولياتها في حالة ثبوت إرتكابها لأخطاء ألحقت أضرارا بالغير². غير أن إضفاء الطابع الشرعي لنشاط جمعيات المستهلكين واكتسابها لصفة التقاضي والتمثيل لا يتأتى دون حصولها على الإعتماد الرسمي وفقا للقانون، وبالرجوع إلى القانون الجزائري سوف نلاحظ بأنه لم يفرّد جمعيات حماية المستهلك بنصوص قانونية خاصة لتأسيسها، مما يعني أن نية المشرع قد إتجهت إلى إخضاعها إلى الأحكام العامة لتأسيس الجمعيات الواردة في القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات³.

1 _ Nablou Cyril, *Droit de la consommation*, op. cit, p 32.

2 _ RAYMOND Guy, *Droit de la consommation – 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000*, éd du Juris-classeur, 2000, p 25.

3 - قانون رقم 06/12 المؤرخ في 12 جانفي 2012، متعلق بالجمعيات، مرجع سابق.

تخضع جمعية حماية المستهلكين إلى مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في الأعضاء المكونين لها(1)، كما أنه يجب أن يحترم أثناء ذلك العديد من الإجراءات التي استوجبها القانون(2).

1- الشروط الواجب توافرها في أعضاء جمعيات حماية المستهلك

تكتسي هذه الشروط طابعا موضوعيا لارتباطها بالهدف الذي ترمي الجمعية إلى تحقيقه والذي يجب أن لا يكون مخالفا للثوابت والقيم الوطنية والنظام العام والآداب العامة، وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها¹.

غير أن الملفت للانتباه هو أن المشرع لم يقرر الجزاء المترتب في حالة ثبوت مخالفة هذا النص² بعكس ما كان عليه الحال في المادة 05 فقرة 01 من القانون رقم 90-31 الملغى إذ قرّر البطلان بقوة القانون إذا كان الهدف من تأسيس الجمعية يخالف النظام التأسيسي القائم أو النظام العام أو القوانين والتنظيمات المعمول بها .

يشترط القانون إضافة إلى ذلك مجموعة من الشروط في الأشخاص الراغبين في الانخراط في الجمعية نصّت عليها المادة 04 من القانون 12-06 التي نصت على ما يلي: **" يجب على الأشخاص الطبيعيين الذين بإمكانهم تأسيس جمعية وإدارتها وتسييرها أن يكونوا:**

- **بالغين سن 18 فما فوق.**
- **من جنسية جزائرية.**
- **متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية.**

1_ هذا ما نصت عليه المادة 02 فقرة 04 من القانون 12-06 ، المؤرخ في 12 جانفي 2012، المرجع نفسه.
2_ لذلك فإن التعامل مع هذا السهو من قبل المشرع الجزائري يقتضي بالضرورة الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

- غير محكوم عليهم بجناية و/أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يُرد اعتبارهم بالنبذة للأعضاء المسيّرين".

ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري بموجب هذه المادة قد حذف الشرط الوارد في المادة 04 من القانون رقم 90-31 (الملغى) والمتعلق بضرورة أن لا يكون سلوك أعضاء الجمعية مخالفا لمصالح كفاح التحرير الوطني واستحدث حالة أخرى بصيغة جديدة تتمثل في أن لا يكون الأعضاء محكوم عليهم بجريمة تتنافى ونشاط الجمعية، وبناء على ذلك فلا يعقل أن يكون عضوا في جمعية حماية المستهلك من ثبت اعتياده على ارتكابه جرائم ماسة بأمن وسلامة المستهلكين.

إن الجديد في القانون رقم 12-06 هو الاعتراف الصريح للمشرع بصلاحيته الأشخاص المعنوية في تكوين الجمعيات وهو ما يفهم من خلال نص المادة 02 من القانون 12-06 التي أكدت على جواز الجمع أثناء تكوين الجمعية بين الأشخاص المعنويين والطبيعيين.

كما عدّدت المادة 05 من القانون رقم 12-06 الشروط التي أن تتوفر في الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص والمتمثلة فيما يلي:

- أن يكونوا مؤسسين طبقا للقانون الجزائري.
 - أن يكونوا ناشطين عند تأسيس الجمعية.
 - غير ممنوعين من ممارسة نشاطهم.
- كما فرضت المادة شرطا جوهريا وهو ضرورة أن تكون الجمعية مُمَثَلَةً من طرف شخص طبيعي يختار خصيصا لهذا الغرض.

2-إجراءات تأسيس جمعيات حماية المستهلك

فضلا عن الشروط الموضوعية المشار إليها أعلاه فإن تأسيس الجمعية يخضع لجملة من الإجراءات القانونية الواردة في القانون رقم 06-12 والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

- عقد جمعية تأسيسية من طرف الأعضاء المؤسسين¹، والتي ينبثق عنها المصادقة على القانون الأساسي للجمعية وتعيين الأعضاء القياديين المسيرين لها²، ويختتم ذلك بمحضر يحرره المحضر القضائي ضمن الاختصاصات المخولة له قانونا³.
- إيداع التصريح التأسيسي للجمعية وفقا للمادة 07 من القانون رقم 06-12 وذلك أمام المصالح المختصة⁴ مرفقا بملف إداري كامل يتكون من الوثائق الواردة في المادة 12⁵

1_ حددت المادة 06 فقرة 12 من القانون 06-12 عدد الأعضاء المؤسسين للجمعية بحسب طبيعة ونوع الجمعية وذلك كما يلي: عشرة (10) أعضاء بالنسبة للجمعيات البلدية، خمسة عشر (15) عضوا بالنسبة للجمعيات الولائية، منبثقين عن بلديتين على الأقل، واحد وعشرون (21) عضوا بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات، منبثقين عن ثلاث (03) ولايات على الأقل، خمسة وعشرون (25) عضوا بالنسبة للجمعيات الوطنية، منبثقين عن اثنتي عشر (12) ولاية على الأقل.

2_ استعمل المشرع الجزائري في المادة 06 فقرة 02 من القانون رقم 06-12 عبارة "مسؤولي الهيئات التنفيذية" للدلالة على الأعضاء المسيرين للجمعية.

3_ تعتبر الأعمال القضائية المهمة الأساسية للمحضرين القضائيين إلا أن القانون سمح لهؤلاء القيام ببعض المهام غير القضائية كحضور المسابقات والجمعيات العامة للشركات والمنظمات المهنية والجمعيات بمختلف أنواعها، أنظر القانون 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

4_ تتمثل المصالح المختصة في تسلّم التصريح التأسيسي للجمعيات كما هو وارد في المادتين 07 و 09 من القانون 06-12 في كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للجمعيات البلدية، الولاية بالنسبة للجمعيات الولائية، الوزارة المكلفة بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية أو ما بين الولايات.

5_ تتمثل هذه الوثائق فيما يلي :

- طلب تسجيل الجمعية موقع من طرف رئيس الجمعية أو ممثله المؤهل قانونا،
- قائمة بأسماء الأعضاء المؤسسين و الهيئات التنفيذية و حالتهم المدنية ووظائفهم وعناوين إقامتهم وتوقعاتهم ،
- المستخرج رقم 3 من صحيفة السوابق القضائية لكل عضو من الأعضاء المؤسسين،
- نسختان (2) مطابقتان للأصل من القانون الأساسي،
- محضر الجمعية العامة التأسيسية محرر من قبل محضر قضائي،
- الوثائق الثبوتية لعنوان المقر .

من القانون ذاته وذلك مقابل وصل استلام تقدمها الإدارة المعنية مباشرة إلى رئيس الجمعية أو ممثلها المؤهل قانونا.

تقوم الإدارة المختصة مباشرة بعد تلقيها التصريح التأسيسي للجمعية بدراسة الملف والتأكد من مدى مطابقته للقانون وحددت المادة 08 فقرة 02 من القانون رقم 06-12 آجالا لذلك يتعين على الإدارة خلالها البت في قرارها:

- إما تمكين الجمعية من وصل تسجيل بقيمة اعتماد *Accusé d'enregistrement à valeur d'agrément*

- إما إتخاذ قرار بالرفض وهو ما يسمح في هذه الحالة للجمعية باللجوء إلى القضاء وبالتحديد إلى المحكمة الإدارية¹ المختصة إقليميا لرفع دعوى الإلغاء.

إن اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل الفصل في مسألة قرار رفض تسليم وصل التسجيل لا يخرج عن إحتمالين:

- الأول صدور قرار لصالح الجمعية، يمكنها من الحصول على تسجيل طبقا لأحكام المادة 10 فقرة 02 من القانون رقم 06-12، وهو ما يمنح الحق للإدارة في استئناف الحكم القاضي بقبول طلب الجمعية في الحصول على وصل تسليم التسجيل وفقا للفقرة 02 من المادة المذكورة آنفا.

- أما الإحتمال الثاني هو صدور حكم لفائدة الإدارة يقضي برفض طلب الجمعية الرامي إلى الحصول على وصل تسجيل وهو ما يجعلها محقة قانونا في تشكيل استئناف أمام مجلس الدولة وفقا لأحكام القانون رقم 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.

1_ " نجد أن المشرع الجزائري قد استعمل عبارة المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في حين أن الدعاوى المرفوعة من قبل الجمعيات بين الولايات تكون من اختصاص مجلس الدولة لأنها ترفع ضد وزير الداخلية وذلك عملا بأحكام المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " ، أنظر، بلحش نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر - دور وفعالية-، مرجع سابق، ص 67.

الفرع الثاني

الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك في مجال الشروط

التعسفية.

يتكبد المستهلك مصاريف باهضة نتيجة طول إجراءات الدعوى وتعقيدها وهو الأمر الذي يدفعه في غالب الأحيان إلى العزوف عن متابعة المهني لذلك كانت جمعيات حماية المستهلك بما تملكه من إمكانيات مادية إلى جانب ما لأعضائها من معرفة وخبرة في مجال الإستهلاك والذي يعتبر بمثابة صمام الأمان الذي يكفل للمستهلك حماية اللازمة من الشروط العقدية التعسفية.

تتجسد هذه الغاية من خلال الاعتراف لهذه الجمعيات برفع دعاوى قضائية نيابة عن المستهلكين بموجب دعوى مستقلة لحذف الشروط التعسفية (أولاً)، مع إمكانية تدخلها في الدعاوى الفردية للمستهلك الرامية إلى إلغاء الشروط التعسفية (ثانياً).

أولاً: رفع دعوى حذف الشروط التعسفية

تعتبر دعوى حذف الشروط التعسفية دعوى عامة وجماعية ترفع من طرف جمعية حماية المستهلك في نزاع اصطلح البعض على تسميته بالنزاع الجمعي *Litige Associatif*¹ للمطالبة بحذف الشروط المدرجة في العقود والتي ثبت التعامل بها، كما تمتد آثارها إلى نماذج العقود والإتفاقيات التي تشكل قاعدة لمشاريع عقود مستقبلية.

كما تستهدف عادة هذه الدعوى الشروط العامة *Les conditions générales* المعمول بها في العديد من المجالات كتلك المحررة من طرف شركات بيع السيارات ومتعاملي الهاتف النقال...إلخ

تأتي هذه الدعوى من منطلق أنه لا يكفي لتحقيق حماية فعّالة للمستهلك من الشروط التعسفية تقرير الطابع التعسفي لهذه الشروط وإنما يجب أن لا تدرج مثل هذه الشروط في

1 _ Nablouk Cyril, *Droit de la consommation*, op. cit, p 44.

العقود أصلا لأن ذلك من شأنه تفتير المستهلك على أقل تقدير من إبرام عقد بخصوص سلعة أو خدمة ضرورية بالنسبة إليه.

ابْتُكِرت هذه الدعوى من أجل سد نقائص الأسلوب العلاجي لمواجهة الشروط التعسفية¹ والمشرع الجزائري سواء في القانون رقم 03-09 أو القانون رقم 02-04 لم يفصح صراحة عن اعتماده هذه الآلية في محاربة الشروط التعسفية.

خلافًا لذلك فقد منح المشرع الفرنسي جمعيات حماية المستهلك بموجب نص المادة 421 فقرة 06 من قانون الإستهلاك الفرنسي صلاحية مباشرة الدعوى للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود المفروضة من قبل المهنيين على المستهلكين².

تجد دعوى حذف الشروط التعسفية في القانون الجزائري أساسها القانوني في أحكام المادة 65 من القانون رقم 02-04 التي نصّت على ما يلي: " **دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة هذا القانون كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم.** "

استعمل المشرع في المادة 65 المذكورة أعلاه عبارة " أمام العدالة " وهي عبارة واسعة وفضفاضة لا يفهم منها هل المشرع قصد بها أن دعوى حذف الشروط التعسفية ترفع أمام القسم المدني باعتبار أن موضوع النزاع يتعلق بشروط العقد؟، أم أنه يجب أن ترفع

1_ عنصري بوزار شهناز، **التعسف في العقود**، مرجع سابق، ص 68.

2_ هذه الدعوى متاحة فقط لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا ليس فقط للمطالبة بالبطالان القانوني للشروط التعسفية في العقود التي سبق إبرامها، ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود التي عادة ما تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود مستقبلية، ومنه فإنه يمكن للقاضي عند لزوم الأمر بحذف كل شرط غير مشروع أو تعسفي يدرج ضمن كل عقد أو نموذج عقد مقترح أو موجه للمستهلك تحت غرامة تهديدية طبقا للفقرة 02 من المادة 421.

أمام القسم التجاري بحكم أن الأعمال التي يقوم بها كل من المستهلك والمهني تعتبر أعمالاً تجارية بحسب الشكل وفقاً لأحكام القانون التجاري.

تحقق هذه الآلية العديد من النتائج الإيجابية على الصعيد العملي ذلك أنه في حالة الحكم بحذف شروط تعسفية واردة في أحد العقود فإن آثار ذلك الحكم سوف تمتد إلى جميع العقود الأخرى حتى ولم يكن المهني الذي حرّرها طرفاً في النزاع وحتى لو لم يشملها ذلك الحكم في منطوقه.

هذا ما دفع المشرع الفرنسي في مشروع قانون 11 أكتوبر 2011 إلى الترخيص لجمعيات حماية المستهلك والسلطات الإدارية المكلفة بالمنافسة والإستهلاك أن تتقدم أمام القضاء للمطالبة بالتصريح باعتبار كل الشروط الواردة في العقود المتشابهة على أنها غير مكتوبة ¹ *Non écrite*

ثانياً: التدخل في دعوى إلغاء الشروط التعسفية

تختلف دعوى إلغاء الشروط التعسفية عن دعوى الحذف من خلال كونها دعوى فردية تجمع بين المستهلك والمهني، ضف إلى ذلك فإنها تتعلق بشروط تعسفية لعقد ساري المفعول وأنتج آثاره القانونية وغالبا ما تكون المنازعة في هذا الخصوص في فترة تنفيذ العقد. كما يمكن للقاضي بمناسبة الفصل في نزاع جماعي إثارة الطابع التعسفي لشروط من الشروط من تلقاء نفسه بالرغم من عدم إثارة هذه المسألة من طرف المستهلك نفسه²، غير أن تدخل جمعيات حماية المستهلك في الدعوى الفردية التي يباشرها المستهلك يكون وفقاً لشروط موضوعية منها أن يكون الضرر مشتركاً وعماماً وهي العوامل التي تمنح صفة التقاضي للجمعية.

1 _ Nablou Cyril, *Droit de la consommation*, op. cit, p 45.

2 _ Nablou Cyril, *Droit de la consommation*, op. cit, p 44.

يترتب عن دعوى إلغاء الشروط التعسفية إبطال الشرط أو الشروط المتنازع فيها فقط دون المساس بشروط العقد الأخرى التي تبقى منتجة لآثارها في مواجهة المستهلك والمهني على حد سواء، وهذا ما أكدت عليه المادة 8-132-L من قانون الإستهلاك الفرنسي¹.

ما يلاحظ في القانون الجزائري سواء في القانون رقم 04-02 أو في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 هو غياب أي نص لمعالجة موقف القضاء وتعامله في الحالة التي تتدخل فيها الجمعية إلى جانب المستهلك في الدعوى الرامية إلى إبطال الشروط التعسفية.

مما يستدعي الإستعانة بالقواعد العامة وبالضبط الإستناد إلى أحكام المادة 104 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: **"إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله"**.

1 _ L'article 132-1 alinéa 08 stipule que : « le contrat sera maintenu, s'il peut subsister sans les clauses abusives »

المبحث الثاني

الرقابة اللاحقة على إبرام عقد الإستهلاك

قد يتبادر للأذهان لأول مرة أن القضاء ليس له دور في معالجة الشروط التعسفية في ظل وجود قواعد تشريعية تُقر بأن العقد يحل مقام القانون وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، خصوصا لو أخذنا بعين الاعتبار كل الوسائل القانونية الوقائية التي تم رصدها للحلول دون المنازعة إطلاقا في بنود العقد لتعلقها بسلعة أو خدمة يستحيل استغناء المستهلك عنها.

غير أنه ولما ثبتت محدودية هذه الوسائل والآليات الوقائية بات لزاما الاعتراف للقاضي للتدخل لتحقيق التوازن العقدي بين الالتزامات المتقابلة في الالتزام العقدي ومنع الضرر بأحد أطرافه والعمل على تصحيح العقد مما شابه من شروط تعسفية¹ وهذا ما سنتم دراسته من خلال عرض آليات تدخل القاضي وفقا للقواعد التقليدية العامة (مطلب أول)، ومحاولة إبراز ما جاءت به القوانين الخاصة من حلول جديدة في هذا الخصوص (مطلب ثاني).

المطلب الأول

الرقابة على الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة

يعتبر القانون المدني سبّاقا لمعاينة ظاهرة الشروط التعسفية ومحاولة توفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية وذلك نظرا لمظاهر الإجحاف والتعسف التي كانت وما تزال تتولد عن مشكل اختلال التوازن الناتج عن استغلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية لضعف وجهل الطرف الآخر.

تبرز مظاهر إرادة المشرع في ظل القانون المدني في إحاطة الطرف الضعيف بقدر من الضمانات القانونية في السلطات الممنوحة للقاضي خاصة تلك المتعلقة بتفسير بنود

1_ فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد (دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 27.

العقد (فرع أول)، كما عُرِّزَ ذلك بدور إيجابي للقاضي يسمح له بإعادة التوازن للعقد (فرع ثاني).

الفرع الأول

سلطة القاضي في تفسير العقد

الأصل في العقد أنه وسيلة للتعبير عن إرادة أطرافه وتنظيم العلاقة القانونية التي اتفقا عليها، فإذا حصل خلاف حول مقصوده من خلال العبارات التي تضمنها خصوصا إذا حاول كل طرف فرض مفاهيمه الخاصة¹ وجب على الطرف الذي يطعن في محتوى العقد نظرا لطابعه التعسفي اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإزالة الغموض الذي يكتفه وذلك عن طريق تفسيره وهي الحالة التي سماها المشرع الجزائري بتأويل العقد².

فتفسير العقد يجب أن يكون أمام القاضي المعروض عليه النزاع لذلك اصطلح على تسميته بالتفسير القضائي الذي يقوم به القاضي في مجلس القضاء عندما يطرح النزاع عليه من طرف المتعاقدين أين يقوم القاضي بعملية البحث عن النية المشتركة للمتعاقد³.

يجب على القاضي قبل مباشرة مهمته في تفسير بنود العقد المعروض عليه التأكد من مسألة أولية وهي مدى وضوح العبارات الواردة فيه وذلك ما سيسمح له بتقدير سلطاته التي تكون واسعة في حالة ما إذا كانت عبارات النص غامضة (أولا)، في حين تنقلص سلطته التقديرية في حالة ما إذا تبين له وضوح العبارات المستعملة في صياغة العقد المتنازع حول طابعه التعسفي (ثانيا).

1_ بركات كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 299.

2_ دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008، ص 07.

3_ عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 17.

أولاً: حالة غموض عبارات العقد

قد يحدث أن يقوم المهني بحكم تفردته بتحرير بنود العقد بصياغة ألفاظه وعباراته بطريقة غامضة، "ويعتبر النص غامضاً عندما يتضمن من الكلمات ما يحتمل عدة تأويلات أو كانت من الإبهام ما يجعل الفكرة المعبر عنها غير واضحة المعالم مما أوجد الإلتباس حول ما أراده الفراء من استعمالها، أو كانت الكلمات من المتداولة عرفاً، ولكن لا معنى قانوني لها ومحدد"¹.

بإمكان المهني أيضاً خصوصاً في العقود التي لم ينظم المشرع النموذج الخاص بها أن يحرر العقد باستعمال أساليب تقنية في التحرير عن طريق إدراج ألفاظ في غاية التعقيد لا يفهمها إلا الخبراء والمتخصصون، كما قد يلجأ إلى أسلوب آخر عن طريق صياغة بنود العقد بشكل مزدحم وبحجم صغير، أو بإضافة ملاحظات على هامش العقد بلغة مغايرة للغة التي حُرر بها المتن مما يصعب قراءتها أو التنبه إليها.

أمام هذا الوضع يبرز دور القاضي في تفسير بنود العقد وذلك دون التقيد بعبارات النص و دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ وهو المبدأ الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 111 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: " إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

يستعين القاضي في هذه الحالة بالعديد من المعطيات والظروف في عملية التفسير، منها ما هو داخلي مرتبط بالعقد ذاته كالأمانة والثقة وحسن النية والشروط المألوفة وطبيعة التعامل، ومنها ما هو خارج عن نطاق العقد يتعلق بعوامل موضوعية كالعرف الجاري في المعاملات وطريقة تنفيذ العقد.

1_ نقلا عن ، هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 213.

لذلك خرجت غالبية التشريعات على غرار التشريع الجزائري عن المبدأ العام في الإثبات ألا وهو تفسير الشك لمصلحة المدين معتمدين أسلوباً حائياً جديداً يستهدف الطرف المذعن في علاقات الاستهلاك وعقود الإذعان على الخصوص عن طريق تبني قاعدة جديدة في الإثبات وهي تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أم مديناً وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 112 من القانون المدني الجزائري¹ التي جاءت كما يلي:

" يؤول الشك في مصلحة المدين

غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف

المذعن".

يذهب الفقه الحديث في فرنسا حالياً إلى تبني منهج جديد في تفسير بنود العقد في حالة غموض العبارات التي تضمنها والتي تكون موضوع منازعة أمام القاضي في محاولة منه لتعزيز مركز الطرف الضعيف وذلك بتفسير بنود العقد ضد الطرف المحرر للعقد².

ثانياً: حالة وضوح عبارات العقد

يقصد بوضوح عبارات العقد التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة وهي تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين³، والأصل في

1_ تقابلها المادة 133 فقرة 02 من قانون الإستهلاك الفرنسي التي استعمل فيها المشرع الفرنسي صياغة أخرى مخالفة للصياغة الواردة في المادة 112 من القانون المدني الجزائري وذلك بالإشارة إلى أن تفسير العقد يجب أن يكون لفائدة "المستهلك أو غير المهني" بدلاً من عبارة "الطرف المذعن".

- L'article 133-2 « Les clauses des contrats proposées par les professionnels aux consommateurs ou aux non professionnels doivent être présentés et rédigés de façon clair et compréhensible, Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non professionnel » .

2_ تسمى هذه القاعدة بقاعدة « Contra Proferentem » أو « Interprétation contre le rédacteur » أنظر

- Cyril Nablou, Droit de consommation, op cit, pp 124, 125. voir aussi, GHESTIN Jacques, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », In SD de GHESTIN Jacques, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe (Acte de la table ronde du 12 décembre 1990), LGDJ, Paris, 1991, p 86.

3_ عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 37.

شروط العقد أن تكون واضحة فلا يجوز للقاضي مبدئياً تفسيرها إطلاقاً، " فالشرط الواضح لا يُفسَّر وإنما يُطبَّق"¹.

كرّس المشرع الجزائري عدم جواز تفسير عبارات العقد الواضحة بموجب المادة 111 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها أو تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

لكن بالرغم من التسليم بعدم جواز امتداد سلطة القاضي لتفسير بنود العقد في حالة وضوح عباراته، إلا أن ذلك يمكن أن يكون محل استثناء في حدود جد ضيقة اصطلاح على تسميته بالتفسير الضيق وفيه يجتهد القاضي بتحديد مضمون العقد بشكل لا يؤدي إلى الخروج عن القواعد العامة كلما أمكنه ذلك، متقيداً بالبنود التي وردت بالعقد وبها يشير إلى مضمونها من خلال العبارات التي صيغت بها².

تكمن الحكمة من تقييد سلطة القاضي في تفسير بنود العقد في حالة ثبوت وضوح العبارات المستعملة في تحريره في أن عبارات العقد تمثل تعبيراً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وبحكم ذلك فإن القاضي لا يمكنه أن يتدخل في هذه الإرادة، بل يجب عليه أن يأخذ بما ورد في العقد من عبارات دون أن ينحرف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الآخر بحجة التفسير³.

تجدر الإشارة إلى أن القاضي وهو بصدد تفسير بنود العقد يكون تحت رقابة المحكمة العليا التي استقر قضاؤها على عدم جواز تدخل القاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة، بخلاف ما هو عليه الحال في حالة ثبوت غموض بنود العقد⁴.

1_ هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 212.

2_ بركات كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 299.

3_ دالي بشير، مبدأ تأويل العقد، مرجع سابق، ص 10.

4_ من بين هذه القرارات، القرار المؤرخ في 16/06/1991 تحت رقم 80816، والقرار المؤرخ في 23/07/1997 ملف رقم 149300، لمزيد من التفصيل، أنظر، لعور أحمد & صقر نبيل، موسوعة الفكر القانوني، مرجع سابق، ص ص 54، 55.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي

يقتصر دور القاضي على النحو الذي تمت دراسته أعلاه في تفسير عبارات العقد فقط ولا غير، هذا ما يعني أن دور القاضي في هذه الحالة هو دور تقريبي كاشف لإرادة المتعاقدين، إلا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي لحق مبدأ سلطان الإرادة نتيجة لظهور فكر قانوني يهدف إلى حماية الطرف الضعيف، فقد حاول تعزيز سلطات القاضي عن طريق منحه سلطة التدخل المباشر والفعلي في العقد.

تتجسد غاية المشرع في الإبتعاد عن النظرة السلبية لدور القاضي في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية من خلال تمكينه إعادة التوازن العقد المفقود وهو ما سيخرجه من دوره السلبي المتمثل في تفسير العقد وتطبيق القانون على الواقعة المطروحة عليه إلى سلطته في تعديل بنود العقد لمصلحة أحد المتعاقدين دون إرادة الطرف الآخر.

تتجلى مظاهر تبني المشرع الجزائري سياسة توسيع سلطات القاضي في مجال الشروط التعسفية في تنظيمه لعقود الإذعان (أولاً)، وتصديه لظاهرة الشروط الجزائية (ثانياً).

أولاً: تنظيم عقود الإذعان

عُرِفَت ظاهرة التّعسف في مجال العقود تزامناً مع ظاهرة الإذعان لأول مرة في السّاحة القانونية على يد الفقيه الفرنسي ريمون ساليبي *Raymond Saleilles*، هذا الأخير استعمل هذه العبارة لتمييز بعض أنواع العقود عن باقي العقود الأخرى المنبثقة أو التي كانت نتاج إرادة مشتركة، وهي في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة، تملّي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقاً كل من يرغب في قبول قانون العقد¹.

عبر عن ذلك ريمون ساليبي *Raymond Saleilles* بالتأكيد على أن هذا النوع من العقود لا يمكن أن يكون محل تفسير عن طريق البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين،

1 _ لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، مرجع سابق، ص 48.

وإنما يكون بناء على قانون، وبالتالي فإن تفسيرها يجب أن يكون موضوع سلطة بديلة للقاضي ليتماشى تفسيرها مع ما يفرضه مبدأ حسن النية¹.

اكتفى المشرع الجزائري في القانون المدني بإعطاء الخصائص التي يتميز بها عقد الإذعان والطريقة التي يتم فيها التعبير عن الإرادة دون أن يخصّه بتعريف محدد وذلك بموجب أحكام المادة 70 من القانون المدني الجزائري التي تنص:

" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "

لكن وفي مقابل ذلك خوّل المشرع الجزائري للقاضي صلاحية التدخل الإيجابي بإعادة التوازن للعقد في حالة ثبوت طابعه التعسفي وذلك إما عن طريق التقليل من التزامات المستهلك أو الزيادة في التزامات المهني، وقد يتخذ صورة اصطلاح على تسميتها بالتفسير التكميلي للعقد الذي يتمثل في إضافة التزامات ثانوية تقتضيها العدالة كإضافة العقد بشرط الالتزام بضمان السلامة في عقود النقل والعمل².

تظهر معالم اعتماد المشرع الجزائري منح السلطة التقديرية للقاضي للتدخل لتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تنص:

" 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 إتفاق على ذلك "

1_ SALEILLES (Raymond), *De la déclaration de la volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique*, Paris, 1901, pp. 229, 230 .

2_ أنس محمد عبد الغفّار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 200.

يتدخل القاضي من أجل هذا التعديل استثناء عن الأصل الذي يقرر الحرية في التعاقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة المقرر ضمن المادة 106 من القانون المدني وهو استثناء أملت الظروف الإقتصادية.

يشترط القانون على القاضي من أجل أن يتمكن من أعمال سلطته في التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية أن يكون بصدد عقد إذعان محرر مسبق دون مشاركة المستهلك، وأن يتضمن شروط تعسفية، ولما تتضح له الرؤية بخصوص ذلك جاز له أن يعدل العقد أو يعفي الطرف الضعيف منه وهو ما يعتبر خروجاً عن قاعدة عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين.

غير أن تدخل القاضي في هذه الصورة يستلزم منه الإبقاء على الشروط في حدود تعديلها بالوسيلة التي يراها ملائمة والتي تتمثل فيما يلي:

- قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي يؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار مما يجعلها شروطاً جوهرية في العقد فيصيب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد المذعن.

- كما يتخذ التعديل صورة الإنقاص من التزامات المتعاقدين بحيث يتحقق من وراء ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة وهو التوازن بين الآداءات المتبادلة في العقد.

- كما يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاته بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص بحسب الحالة بما من شأنه إزالة الغبن، والقاضي هنا يتقيد بالشروط أو القيود المطلوبة قانوناً للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه

بالتعديل في هذه الحالة لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال وإنما يستند إلى الطعن بتعسف الشرط الوارد في العقد.

ثانياً: محاربة الشرط الجزائي

يحق للمتعاقدين تضمين عقودهم ما شاءوا من الشروط على أن لا تكون هذه الأخيرة مخالفة للنظام والآداب العامة، ومخافة احتمال عدم تنفيذ أحد طرفي العقد يستطيع الطرف الآخر من باب الاحتياط اشتراط مبلغ مالي بعنوان التعويض يدفعه الطرف الآخر في حالة عدم تنفيذه لالتزامه وهو ما اصطلح الفقه على تسميته بالشرط الجزائي *La Clause Pénale*.

لم يعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي عكس نظيره الفرنسي¹ مما جعل الفقهاء يتكفلون بهذه المهمة وفي هذا الخصوص فقد أجمعوا أن الشرط الجزائي هو إتفاق المتعاقدين مقدما على مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، إذا لم يتم بتنفيذ التزامه، أو تأخر في التنفيذ².

يشكل الشرط الجزائي ضماناً حقيقية بالنسبة للدائن على أساس أنه يكفل له تعويضاً مناسباً للأضرار التي تلحق به في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، كما تشكل بالمقابل ضغطاً مباشراً على المدين لدفعه على الوفاء بكل التزاماته العقدية من أجل تفادي دفع مبلغ التعويض.

على الرغم مما لهذا الشرط من فائدة لكلا المتعاقدين باعتباره يحقق الغاية التي يروجها كلاهما من التعاقد، إلا أن الحرية المتروكة لهما في تحديد مبلغ التعويض قد تتجاوز

1_ عرّف المشرع الفرنسي الشرط الجزائي بموجب المادة 1126 من القانون المدني الفرنسي على أنه: " الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضماناً لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ "

« La clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à donner quelque chose en cas d'inexécution ».

2_ بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011/2012، ص 352.

حدود المعقول، وهو ما دفع المشرع الجزائري إلى تنظيم أحكام الشرط الجزائي بموجب المواد 183 إلى 185 من القانون المدني الجزائري.

قيّد المشرع الجزائري حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد قيمة التعويض الإتفاقي وذلك بإعطاء القاضي سلطة مراجعة الشرط وإبطاله في حالة المغالاة فيه حماية للطرف المضروب، كما يظهر حرص المشرع في تأطير أعمال هذا الشرط عن طريق إشتراط أن يكون التعويض المتفق عليه متناسبا مع الضرر اللاحق بالدائن وعلى القاضي أن يُعمل هذا الشرط ما لم يثبت المدين خلاف ذلك.

نصّت المادة 184 من القانون المدني الجزائري في هذا الخصوص على أنه: " لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحق إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر" استنادا إلى ذات المادة فإنه متى تبيّن إدراج المهني لشرط جزائي ثم ظهر أنه تعسفي بسبب المغالاة في تقديره أو لعدم وجود مبرر لإدراجه أصلا في العقد، فإنه يحق لصاحب المصلحة اللجوء إلى القضاء للمطالبة إما بخفضه إلى الحد المعقول أو إلغائه كلية. تظهر ملامح تدخل القاضي بخصوص الشرط الجزائي الوارد في العقد من خلال صلاحيته في تخفيض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا فيه أو أن الالتزام الأصلي قد نفّذ في جزء منه وهذا ما نصّت عليه الفقرة 02 من المادة 184 من القانون المدني الجزائري.

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

المطلب الثاني

الرقابة وفقا للقواعد الخاصة في قانون الإستهلاك

في ظل قصور مقتضيات القواعد العامة عن توفير الحماية المدنية الكافية في مواجهة الشروط التعسفية ظهرت الحاجة إلى وجود نصوص قانونية خاصة تهدف إلى صيانة المضمون العقدي، والحلول دون المساس بمصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

في هذا السياق فقد قرّر المشرع الجزائري وسائل جديدة لمحاربة الشروط التعسفية وذلك بضبط الجزاء المدني المترتب عن إدراج هذه الشروط في العقود بعيدا عن السلطات الجوازية التقليدية الممنوحة للقاضي في نطاق عقود الإذعان (فرع أول)، إضافة إلى ذلك فقد قرر في القانون رقم 04-02 عقوبات جزائية على المخالفين للنصوص القانونية المنظمة للشروط التعسفية (فرع ثاني).

الفرع الأول

الجزاء المدني

يحرص المشرع دائما على أن تكون الجزاءات العقدية ملائمة، فلا تبلغ من الشدة ما يضر بالطرف المدعن، كما يتدخل القانون للحيلولة دون تعرض الطرف المدعن لجزاءات عقدية مفرطة¹.

من هذا المنطلق حاول المشرع الجزائري قدر الإمكان تحديد الوسائل والآليات القانونية التي تمكن القاضي من البت في الطابع التعسفي لشروط العقد المعروض عليه بمناسبة نزاع قضائي بين المهني والمستهلك مستهدفا بالأولوية تقادي إبطال العقد وذلك من خلال منحه صلاحية التدخل التلقائي في حالة ثبوت بطلان شروط العقد بقوة القانون (أولا)،

1_ أنس محمد عبد الغفار ، آليات مواجهة الشؤوط التعسفية في عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 173.

إضافة إلى منحه السلطة التقديرية للتصريح بالطابع التعسفي لشروط العقد متى ثبت عدم ورودها في القوائم التشريعية (ثانياً).

أولاً: الشروط المحظورة بقوة القانون (القائمة السوداء).

لم يصرح المشرع الجزائري لا في القانون رقم 04-02 ولا في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 عن الجزاء المترتب عن تضمين العقد شروطاً تعسفية من شأنها الإضرار بمصالح المستهلك¹، لكن باستقراء هذه النصوص خصوصاً المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 سوف يتجلى بوضوح بأن الشروط الواردة فيها هي شروط باطلة بقوة القانون².

تُفهم نية المشرع في اعتبار الشروط الواردة في القوائم التشريعية شروطاً تعسفية بقوة القانون من خلال استعماله لمصطلح " المنع " الوارد في المادة 30 من القانون رقم 04-02 التي تنص على ما يلي:

" بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية " .

يعتبر هذا الجزاء من بين النتائج المترتبة عن الضبط القانوني المسبق للشروط التعسفية والتي اصطلح على تسميتها بالقوائم السوداء *Les listes noires* والتي لا يملك القاضي إزاءها أية سلطة تقديرية لتقرير بطلانها بغض النظر عن حسن أو سوء نية الطرف

1_ اعتبر المشرع الفرنسي بموجب المادة 132 الفقرة 06 من قانون الإستهلاك الفرنسي الشروط التعسفية التي تم إدراجها في العقد وكأنها غير مكتوبة *Non écrite* .

2_ اعتبر الأستاذ محمد بودالي عدم إشارة المشرع للجزاء المدني للشروط التعسفية هفوة ونقص ينبغي تداركه واستكمال ذلك بالنص على بطلان الشروط التعسفية صراحة وبقاء العقد صحيحاً إن أمكن له البقاء دون هذه الشروط، أنظر، بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 103 .

القوي، وهو من دون شك نظام موضوعي ينظر إلى الشرط و لا ينظر إلى شخصية أو نفسية المتعاقدين¹.

فبمجرد أن يطلع القاضي ويراقب ما إذا كانت هذه الشروط الواردة ضمن القائمتين الواردتين في المادة 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ليس له إلا التصريح ببطولتها فيمنع العمل بها دون النظر إلى الشروط الأخرى على أساس أنها شروط يفترض طابعها التعسفي، فهي تعسفية بقوة القانون² تجدر الإشارة إلى أن الشروط الواردة في القوائم السوداء تعتبر من النظام العام وعليه فإن القاضي ملزم بالتصريح ببطولتها مع بقاء العقد صحيحا أو تعديل العقد أو الحكم بتعديل الشروط التعسفية متى رأى إمكانية لذلك³، ويكون القاضي أثناءها خاضعا لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن المسألة التي فصل فيها هي مسألة قانونية بحتة ولا تتعلق بالوقائع.

ثانيا: الشروط الخاضعة لتقدير القاضي (القائمة الرمادية).

قد يحدث وأن ينشب نزاع بين المهني والمستهلك بخصوص الطابع التعسفي لشرط واحد أو أكثر من شروط العقد التي لم يأت ذكرها ضمن القوائم القانونية الواردة في المادتين 29 من القانون رقم 04-02 والمادة 05 من المرسوم رقم 06-306، وهي الحالة التي لا تُجيز للقاضي إثارة الطابع التعسفي للشرط إلا إذا دفع بذلك المستهلك باعتباره الطرف المضرور صاحب المصلحة

يرجع تقييد سلطة القاضي في إثارة الطابع التعسفي للشروط التي لم يرد ذكرها في القوائم القانونية إلى المصطلحات التي استعملها المشرع الجزائري في صياغة المواد المتعلقة

1_ العيطاوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 167.

2_ عنصري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مرجع سابق، ص 72.

3_ العيطاوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 165.

بقوائم الشروط التعسفية أين استعمل مصطلح " لا سيما" وهو ما يدل دلالة قاطعة على أن الشروط التي أتى ذكرها مسبقا في القوائم كانت على سبيل المثال لا الحصر.

يستعين القاضي لتقدير الطابع التعسفي بالمعايير التي سبق الإشارة إليها في الفصل الأول¹ من هذه الدراسة بالعديد من المعايير كالاختلال الظاهر بتوازن العقد وفقا للتعريف الواردة في المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 وهو ما يتطلب من القاضي مراعاة بنود العقد في شموليتها والظروف المحيطة بزمن إبرام العقد والشروط التي يتطلبها عقد آخر مرتبط بالعقد محل النزاع².

إن المسألة الجوهرية التي تجدر إليها الإشارة في هذا المقام هو أن التمييز بين الشروط الباطلة بقوة القانون وتلك التي يخضع تقديرها لسلطة القاضي أمر في بالغ الأهمية ذلك أن الأولى باطلة بطلانا مطلقا وهذا البطلان يلزم القاضي والمهني على حد سواء، كما أن حق المطالبة بالبطلان مقرر لأطراف العقد إضافة إلى الغير وعلى هذا الأساس يحق لجمعيات حماية المستهلك في حالة معابنتها لأحد الشروط التعسفية الواردة سواء في عقد منفرد أو في احدي العقود النموذجية وتبين ذكره ضمن القوائم القانونية المسبقة أن تطالب أمام القضاء بإلغائها.

في حين أن الشروط التي لم يرد ذكرها في القوائم القانونية وثار نزاع بشأن طابعها التعسفي فإن حق المطالبة بإلغائها أو تعديلها يبقى حقا خالصا للقاضي من أجل إثارة الطابع التعسفي في حالة عرض النزاع أمامه، إضافة إلى المستهلك المضرور ، مما يعين أن هذا البطلان بطلان نسبي وهو ما يتماشى ومصلحة المستهلك نظرا لكونه يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة محل التعاقد بعكس

1_ تتمثل هذه المعايير في التعسف في استعمال القوة الإقتصادية و معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي، و التي سبق التطرق إليهما بالتفصيل في الفصل الأول في الصفحة 24 إلى 37 .

2_ صباحي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 06.

البطلان المطلق الذي تتعكس آثاره سلبا على هذا الأخير ويؤدي إلى حرمانه من السلعة أو الخدمة محل العقد الباطل¹.

الفرع الثاني

الجزاء الجزائي

إضافة إلى الجزاء المدني المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في العقود والذي يتخذ صورة تعديل الشروط التعسفية وإعفاء الطرف المذعن منها والتعويض إن كان هناك ضرر يبرره، فإن هدف المشرع في استرجاع التوازن العقدي يقتضي التوسيع في سلطة القاضي لتمتد إلى تخويله سلطة توقيع الجزاء من أجل رفع الغبن والاستغلال غير المشروع الواقع على المستهلك من قبل المتدخلين في السوق²

على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 02-04 بأي نص باستثناء الإشارة إلى المطالبة بالتعويض، فإن المشرع تولى بالنص على الجزاء العقابي المقرر ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق القانون رقم 02-04 وذلك بتقرير عقوبات ذات طابع عام (أولا)، وأخرى قررها المشرع في حالة العود في صورة عقوبات تبعية (ثانيا).

أولا: العقوبات العامة.

متى ثبت توفر الشرط التعسفي في العقد المبرم بين المهني والمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية أمكن الانتقال إلى مرحلة ثانية وهي البحث عما إذا كانت هذه الممارسة تشكل جريمة من جرائم الممارسات التجارية الخاصة بإدراج شروط

1_ سي الطيب محمد الأمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، مرجع سابق، ص 152.

2_ صبايحي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مرجع سابق، ص 09.

تعسفية في العقود بمفهوم القانون رقم 04-02 وذلك إعمالاً لمبدأ الشرعية المنصوص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات¹ التي جاء فيها ما يلي:

" لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير قانون "

بالرجوع إلى نص المادة 38 من القانون رقم 04-02 فإنها اعتبرت ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية كل فعل أو مناورة من جانب المهني يكون مخالفاً لأحكام المواد 26، 27، 28، 29 من ذات القانون، كما نصّت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على أنه: " تتم المراقبة والمعائنة وكذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقاً لأحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه "

اكتفى المشرع الجزائري بموجب المادة المذكورة آنفاً بتسليط عقوبات ذات طابع مالي والمتمثلة في الغرامة التي تتراوح قيمتها بين 50.000 دج (خمسون ألف دينار جزائري) إلى 5.000.000 دج (خمسة ملايين دينار جزائري)²، دون النص على العقوبات السالبة للحرية المتمثلة في الحبس.

تُكَيَّف الجرائم المتعلقة بإدراج شروط تعسفية في العقود والمشار إليها في نص المادة 38³ المذكورة أعلاه على أنها جنح وفقاً لأحكام المادة 05 من قانون العقوبات وذلك بالنظر إلى مبلغ الغرامة الذي يتعدى مبلغ 2000 دج الذي اعتمده المشرع الجزائري كحد أدنى.

1_ أمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 جوان 1966 يتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 49، الصادرة في 11 جوان 1966، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 14-01 المؤرخ في 04 فيفري 2014، ج ر عدد 07، الصادرة بتاريخ 16 فيفري 2014.

2_ " ولعل المشرع الجزائري أخذ عن نظيره الفرنسي هذا الجزء الجزائري حيث كان يعاقب مرسوم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعبء الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها، أنظر، بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، مرجع سابق، ص 101.

3_ جاء في نص المادة 38 من القانون رقم 04-02 ما يلي: " تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة و ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، و يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000) "

تعكس أحكام المادة 38 من القانون رقم 04-02 فشل المشرع في إحتواء أزمة الشروط التعسفية المحتمل ورودها في العقود المبرمة بين المستهلكين ذلك أنه وبالرغم من أن الحد الأقصى للغرامة المحدد في ذات المادة بـ: 5.000.000 دج يعتبر الأكبر مقارنة مع الغرامة المسلطة على مخالفة بقية الممارسات إلا أنه يعتبرا زهيدا مقارنة بحجم النشاط والعائدات التي يحصل عليها المتدخلون الذين يكونون غالبا شركات تجارية تتوفر على كل وسائل تحقيق الربح من يد عاملة و رأس مال ووسائل إنتاج.

هذا ما يشجع المتدخلين على التعمد في تضمين العقود المبرمة مع المستهلكين شروطا تعسفية خصوصا تلك المتضمنة الشروط العامة للتعاقد الواردة غالبا في عقود نموذجية مطبوعة أمام إدراكهم المسبق بأن الجزاء المنجر عن ذلك لا يعدو أن يكون عقوبة مالية ضئيلة مقارنة بحجم الأرباح التي يحصلون عليها.

هذا ما يعني أنه من الأهمية بمكان اللجوء إلى إدراج العقوبة السالبة للحرية إلى جانب العقوبة المالية لأن ذلك من شأنه تحقيق الهدف من إقرار النصوص الجزائية وهو الردع من باب أن المخالفين فبالإضافة إلى تقييد حريتهم فإنهم سوف يضيعون فرصة ممارسة نشاطهم التجاري الذي يعتبر مصدر العيش الذي تقعات منه عائلاتهم.

ثانيا

العقوبات الإستثنائية

إلى جانب الغرامة المالية التي تعتبر كقاعدة عامة العقوبة الأصلية بخصوص الجرائم المتعلقة بالشروط التعسفية فقد حاول المشرع الجزائري إقرار عقوبات تبعية في حالة العود¹ وذلك في الفصل الثاني من القانون رقم 04-02 الذي جاء بعنوان " عقوبات أخرى"،

1_ ورد تعريف حالة العود في المادة 47 فقرة 02 من القانون رقم 04-02 كما يلي : " يعتبر في حالة العود، في مفهوم هذا القانون، كل عون إقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة ."

وتعتبر استثنائية لأن المشرع لم يقررها إلا إذا تعلق الأمر بحالة العود عكس الغرامة التي اعتبرناها أصلية لأنها تنقرر في جميع الأحوال و غير مرتبطة بالعود¹.

جاء النص على العقوبات الاستثنائية في القانون رقم 04-02 وذلك بموجب المادة 47 منه التي عالجت مسألة العود أين قرّرت إجراء الغلق الإداري الذي يمكن اللجوء إليه نظرا لما سببته أو يمكن أن تسببه المؤسسة أو المحل التجاري من إدراج للشروط التعسفية تجاه زبائنها.

فكلما ثبت للأعوان المؤهلين لمتابعة المخالفات المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 ظرف العود في جانب المهني وجب عليهم إتخاذ الإجراءات الوقائية لدرأ ذلك أمام الجهات المختصة إقليميا والمتمثلة في الوالي بصفته سلطة ضبط إداري وذلك بناء على اقتراح من المدير المكلف بالتجارة².

إن صياغة المادة 47 المذكورة أعلاه جاءت عامة لاستعمال المشرع لعبارة " حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون"، وهو ما يوحي إلى رغبة المشرع الجزائري التوسيع من دائرة اللجوء إلى آلية الغلق الإداري لتشمل المناورات المنصوص عليها في المادة 29 من ذات القانون على الأعوان الاقتصاديين الذي يحررون عقودا بشروط تعسفية.

إلى جانب إجراء الغلق الإداري للمحلات التجارية فقد اعتمد المشرع الجزائري وسائل استثنائية أخرى لمعاقبة المهنيين المعتادين على تضمين العقود التي يبرمونها مع المستهلكين شروطا يطغى عليها الطابع التعسفي، فأقر المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري وذلك من خلال نص المادة 47 فقرتها الثالثة من القانون رقم 10-06 والتي جاء فيها: " في حالة العود تضاعف العقوبة ويمكن للقاضي أن يمنع العون الإقتصادي المحكوم عليه من

1_ العيطاوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مرجع سابق، ص 170 .

2_ كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، مرجع سابق، ص 134.

ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 02 أعلاه بصفة مؤقتة وهذا لمدة لا تزيد عن 10 سنوات " مما يعني أن هذا النص قابل للتطبيق في مجال الحماية من الشروط التعسفية.

وقع المشرع الجزائري في تناقض صارخ لما أضاف في الفقرة الثالثة من المادة 47 من القانون رقم 02-04 عقوبة سالبة للحرية تتراوح من 03 أشهر إلى سنة ، ويكون بذلك قد جعل المبدأ العام استثناء ذلك أن عقوبة الحبس تعتبر وفقا لقانون العقوبات عقوبة أصلية في حين جعلها المشرع في المادة 47 من القانون رقم 02-04 التي سبق ذكرها استثناء إلى جانب عقوبات أخرى يغلب عليها الطابع الإداري كالغلق والشطب من السجل التجاري، مما يعني أن إعادة النظر في هذا التناقض أمر لا بد منه.

خاتمة

تعتبر العقود بمثابة الآلية المباشرة التي تمكن المستهلك من قضاء حاجياته اليومية، من هنا يبدو الارتباط وثيقا بينهما، وبالمقابل تعتبر العقود مناخا مناسباً للمهني لفرض نفوذه وسيطرته الفنية والاقتصادية على المستهلك الذي يتعاقد معه ويتجسد ذلك من خلال اغتنامه فرصة التعاقد مع المستهلك لتضمين العقد المبرم بينهما شروطا تعسفية تخدم مصالحه بالدرجة الأولى

من هذا المنطلق احتلت ظاهرة الشروط التعسفية حجر الزاوية في مختلف الدراسات الفقهية خصوصا في مجال القانون الخاص بصفة عامة والعقود بصفة خاصة ، كما كانت ولا تزال محل العديد من المحاولات التشريعية من أجل التصدي لها وإحاطة المستهلك بأكبر قدر من الحماية في هذا الخصوص.

من خلال هذه الدراسة تم الوقوف على العديد من الملاحظات أبرزها أن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك تجعل منها عقود إذعان بالنظر إلى أن محتوى العقد يحدد مسبقا من طرف المهني أو المتدخل ولا يكون للمستهلك إلا الموافقة عليه دون أي مفاوضة أو مناقشة وهو ما سيؤدي بطبيعة الحال إلى الإخلال بتوازن العقد.

وبمناسبة البحث في هذا المجال تبين أن المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية قد حاول تفادي القصور الذي كان يشوب القواعد العامة التي حصرت مجال الحماية المقررة للطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية في عقود الإذعان وعيوب الإرادة من غلط وإكراه وتدليس.

لذلك تغيرت نظرة المشرع إلى ظاهرة الشروط التعسفية العقدية على أنها ظاهرة يجب مقاومتها قبل إنعقاد العقد وفقا لفلسفة وقائية عن طريق تفادي المنازعة أصلا في العقد وشروطه لكون محلها حاجة أو خدمة ضرورية بالنسبة للمستهلك، ولا يتكرس ذلك إلا

بتنظيم موضوع الشروط التعسفية وضبطه مسبقا من الناحية القانونية وهو ما قام به المشرع الجزائري بموجب المادتين 29 من القانون 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 .

إلى جانب ذلك وفي مجال الوقاية من الشروط التعسفية فقد عمل المشرع على تفعيل دور بعض المبادئ القانونية، كمبدأ الالتزام ما قبل التعاقدى بالإعلام الذي يستهدف رضا المستهلك بالدرجة الأولى كسبيل وقائي جد فعال بالنظر إلى أن إمام المستهلك بمضمون العقد المستقبلي المزمع إبرامه مع المهني من شأنه تعزيز مركز المستهلك وهو ما سيمنح له فرصة المناقشة والتفاوض السليم حول بنود العقد، وهذا ما يستدعي من المشرع تدعيم هذا الإلتزام وذلك من خلال فرضه واعتباره قاعدة من قواعد النظام العام لا يجوز مخالفتها من جهة خصوصا في العقود ذات الأهمية كالقروض البنكية وبيع السيارات... إلخ، وتنظيم الصور الحديثة لهذا الإلتزام والتي تتخذ طابعا شكليا وإعلاميا أو ما اصطلح عليه بالشكلية الإعلامية أو الإخبارية *Le formalisme Informatif*¹ من جهة أخرى.

في هذا السياق تتدخل قواعد النظام العام كصورة من صور الوقاية من الشروط التعسفية نظرا لاستهدافها لمضمون العقد لا لصفة المتعاقدين، الشيء الذي سيسهم لا محالة في تحصين مضمون العقد من خلال منع كل أشكال التعسف الظاهر وهو ما ترتب عنه إتجاه المشرع لتنظيم بعض العقود كعقد التأمين والعمل والإيجار.... إلخ.

وأمام ثبوت استحالة بقاء العقد المبرمة بين المهنيين والمستهلكين سليمة وصحيحة بدون المنازعة فإن هدف الحماية من الشروط التعسفية يستدعي التصدي لهذه الواقعة من خلال أسلوب رقابي علاجي يسري بالنظر إلى مراحل العقد المبرم بين المهني والمستهلك.

1_ تحقق هذه الآلية العديد من الإيجابيات ، فهي تمثل حماية تحفظية لرضا المستهلك، كما أنها في ذات الوقت تعتبر بمثابة حماية قانونية بالنسبة للمهني

Voir, Nablou Cyril, *Droit de la consommation*, op. cit, pp 121, 122.

ففي الفترة السابقة لإبرام العقد تظهر رقابة لجنة الشروط التعسفية كجهاز إداري تابع للوزارة وبالرغم من كل الضمانات والصلاحيات التي تتمتع بها خصوصا في الرقابة المسبقة للعقود النموذجية التي تتضمن الشروط العامة للتعاقد والكشف عن الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها، غير أن الواقع العملي أثبت أن نشاط هذه اللجنة على الصعيدين الإداري والقضائي على حد سواء قد بقي حبيس النصوص القانونية المنظمة لها، وذلك راجع لعدم إمكانية المهتمين والممارسين والمهنيين والباحثين في مجال الشروط التعسفية من الإطلاع على توصياتها وآراءها بالرغم من أن القانون منح لها إمكانية نشرها بكل الوسائل اللازمة.

كما أن العمل القضائي في الجزائر لم يرق بعد إلى درجة الاعتماد على توصيات هذه اللجنة للفصل في المنازعات المتعلقة بالشروط التعسفية عكس ما هو عليه الحال في فرنسا فإضافة إلى إمكانية الإطلاع على توصيات وآراء اللجنة المنشورة على الموقع الإلكتروني الخاص بها، فإن القضاء في فرنسا قد درج على تبني توصيات لجنة الشروط التعسفية في العديد من الأحكام والقرارات القضائية.

زيادة على دور لجنة الشروط التعسفية لا يمكن تجاهل ما للمجتمع المدني ممثلا في جمعيات حماية المستهلك من وزن في محاربة الشروط التعسفية العقدية وذلك من خلال الضغط المعنوي الذي قد تمارسه على المهنيين، ناهيك عن السلطات الممنوحة لها في سبيل اللجوء إلى القضاء بدعاوى من أجل المطالبة بحذف الشروط التعسفية للعقود التي لم يتم إبرامها، أو التدخل في الدعوى الفردية للمستهلك من أجل المطالبة بإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية.

ولما كانت المنازعة بين المهني والمستهلك حول بنود العقد تحتمل اللجوء إلى القضاء باعتباره محطة نهائية للفصل في الطابع التعسفي للعقود المبرمة بينهما، فقد ركّز المشرع على الرقابة القضائية للفصل في النزاعات المتعلقة بالشروط التعسفية سواء في نصوص

القانون المدني أو في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، والتي يستمد منها القاضي العديد من الصلاحيات من أجل إعادة التوازن للعقد مسترشداً في ذلك بالقوائم السوداء الواردة في المادتين 29 من القانون 04-02 و المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، ناهيك عن سلطاته التقليدية المرصودة له بموجب أحكام المواد 110، 111، 112 من القانون المدني الجزائري.

هذه حوصلة لأهم مظاهر الحماية التي رصدتها المشرع الجزائري للمستهلك في مجال الشروط التعسفية والتي وإن حققت بداية من سنة 2004 قدراً من الفعالية إلا أن ذلك لا يعتبر كافياً بالنظر إلى ما تعرفه هذه الظاهرة من إنتشار هائل في ظل التطور الذي يعرفه السوق حالياً بفعل غزارة الإنتاج وتنوعه، خصوصاً مع الشلل الذي أصاب أهم الأجهزة التي رُصدت لمحاربة الشروط التعسفية التي تبقى مجرد واجهة بالرغم من الإمكانيات المالية التي خصصت لإنشاءها، ناهيك عن الركود الذي تعيشه جمعيات حماية المستهلك في كافة المجالات بدليل غياب أي أثر لها على مستوى أجهزة العدالة من أجل المطالبة بإبطال العقود المتضمنة شروطاً تعسفية.

لذلك بات من الضروري مضاعفة الجهود على كافة المستويات من أجل ضمان حماية المستهلك من الشروط التعسفية وذلك إما عن طريق رد الاعتبار للجنة الشروط التعسفية كجهاز تقني له علاقة مباشرة سواء مع المهنيين بحد ذاتهم أو مع الجهات القضائية التي تفصل في منازعات الإستهلاك، وإمدادها بكافة الوسائل القانونية واللوجيستية التي تسمح لها بالخروج بموضوع مكافحة الشروط التعسفية من الجانب النظري إلى الجانب العملي والتطبيقي، وهو ما سيجعلها تحتل مركز الريادة كمرجعية للقاضي أثناء فصله في العقود المعروضة عليه بخصوص الشروط التعسفية.

كما أن تفعيل الحماية يقتضي إيجاد جو من التناسق بين لجنة الشروط التعسفية وجمعيات حماية المستهلك باعتبارها همزة وصل بين المستهلك ولجنة الشروط التعسفية، كما

أن توجد هذه الجمعيات ميدانيا واحتكاكها بالمستهلكين يمكنها من معاينة المخالفات المتعلقة بالشروط التعسفية وهو ما يمكنها من التنسيق مع اللجنة من أجل وضع حد لها من جهة، كما يمكنها من إخطار السلطات المختصة سواء مديريات التجارة المختصة أو النيابة العامة لاتخاذ الإجراءات القانونية المناسبة في هذا الخصوص.

وبهدف إثراء هذه الموضوع ارتأينا تقديم بعض الإقتراحات علها تسهم في إعطاء إضافة للحماية من الشروط التعسفية وذلك كما يلي:

- التصدي بإقرار جزاء مدني للعقود المتضمنة شروطا تعسفية خصوصا إذا أخذنا بعين الإعتبار إزدواجية الحلول القانونية التي رصدها المشرع في يد القاضي والمتمثلة في نظام القوائم والسلطة التقديرية الممنوحة له مما قد يؤدي إلى صدور أحكام قضائية متناقضة.
- التصييص على العقوبة السالبة للحرية كعقوبة أصلية بدلا من الغرامة نظرا لفعاليتها في ردع المخالفين عكس الغرامة المالية التي ورغم وصول حدها الأقصى إلى 5.000.000 دج إلا أنها تبقى ضئيلة مقارنة بحجم الأرباح التي يتحصل عليها الأعوان الإقتصاديون.
- إخضاع رقابة العقود النموذجية إلى الرقابة القضائية المسبقة وذلك بالنص على ضرورة إخضاع العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين للمصادقة عليها من طرف المحاكم المختصة إقليميا على الشكل المعمول به في علاقات العمل فيما يتعلق بضرورة إيداع النظام الداخلي والاتفاقات الجماعية للعمل.
- إعتقاد نظام الرقابة اللامركزية وذلك باستحداث لجان وفروع محلية تابعة للوزارة الوصية تكلف بالسهر على رقابة العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين على المستوى المحلي والكشف عنة البنود التعسفية.

...تم بعون الله وحفظه ..

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية:

1. الكتب:

- 1- إبراهيم عبد العزيز داود، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الإستهلاك)، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- 2- _____، عدم التوازن المعرفي في العقود، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2014.
- 3- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية، د ب ن، 2003.
- 4- آمانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد: دراسة تحليلية مقارنة ، الطبعة الأولى ، شركة المطبوعات للنشر والتوزيع ، بيروت، 2010.
- 5- أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان: دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2013.
- 6- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2010.
- 7- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (نظرية الالتزام بوجه عام)، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د س ن.
- 8- _____، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (الإثبات . آثار الالتزام)، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
- 9- عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

- 10- فانتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.
- 11- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد: دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 12- فيلالي علي، الالتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 13- قدارة خليل أحمد حسن، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول (مصادر الالتزام)، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
- 14- كتو محمد الشريف، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-04، منشورات بغدادي، الجزائر، د س ن.
- 15- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.س.ن.
- 16- لعور أحمد و صقر نبيل، موسوعة الفكر القانوني، القانون المدني- نسا وتطبيقا- تطبيقا لأحدث التعديلات بالقانون 07-05، دار الهدى، الجزائر، 2007.
- 17- محمد محمد أبو سيدر أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 2004.
- 18- مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
- 19- هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2014.

II. الرسائل والمذكرات الجامعية :

أ/ رسائل الدكتوراه:

- 1- درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2013 - 2014.
- 2- نساخ فاطمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012 - 2013.

ب/ مذكرات الماجستير:

- 1- ابراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2012 - 2013.
- 2- بلحشر نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر - دور وفعالية-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع التنظيم الإقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2012 - 2013.
- 3- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001 - 2002.
- 4- حدوش كريمة، الإلتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2011 - 2012.
- 5- حدوم ليلى، العقود النموذجية طبقا لأحكام القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع عقود ومسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2000 - 2001.

- 6- حملجي جمال، دور أجهزة الدولة في حماية المستهلك على ضوء التشريع الجزائري والفرنسي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، 2005 - 2006.
- 7- حمو حسينة، انحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 - 2012 .
- 8- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك - دراسة مقارنة -، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007 - 2008.
- 9- ضيف الله بن تركي بن مشعان بن شليوح العطاوي، المسؤولية المدنية عن مخالفة عقود الإذعان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2013.
- 10- عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
- 11- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد و حدودها : دراسة مقارنة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007 - 2008.
- 12- عنصري بوزار شهناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2012 - 2013.
- 13- كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011.

14- مريني حنان ، النظام العام الإقتصادي وتأثيره في العلاقات العقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2003 - 2004.

15- مندي آسيا نسيم، النظام العام والعقود، مذكرة من أجل نيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008 - 2009.

III. المقالات:

1-المصطفى سامر، " دور جمعية حماية المستهلك في خلق الوعي لدى المستهلكين"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص ص 95 إلى 119.

2- الهيثم عمر سليم، "حماية المستهلك من الممارسات الاحتكارية المؤدية للإذعان : دراسة مقارنة" ، مجلد الحقوق، المجلد العاشر، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة البحرين، 2013، ص ص 175 إلى 163.

3- بن ناصر بوطيب، " النظام القانوني للجمعيات في الجزائر: قراءة نقدية في ضوء القانون 06-12" ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص ص 253 إلى 266.

4-حسين عبد الله عبد الرضا، " إختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية – دراسة مقارنة -"، مجلة العلوم القانونية، المجلد 26، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 2011. ص ص 204 إلى 285.

5-خديجي أحمد، " حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام العقدي " ، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الحادي عشر، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص ص 19 إلى 29.

- 6- رباحي احمد، " أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن "، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، العدد الخامس، كلية الحقوق، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2008، ص ص 343 إلى 386.
- 7- ساسان رشيد ، " المسؤولية عن الإعلام ما قبل التعاقدى "، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 39، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 2014، ص ص 159 إلى 173.
- 8- سي يوسف زاهية حورية ، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية : دراسة مقارنة "، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية، العدد 18، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008، ص ص 187 إلى 215.
- 9- عدنان ابراهيم سحنان، " حق المستهلك في الحصول على الحقائق (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات) "، مجلة المفكر، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص ص، 11 إلى 39.
- 10- فياض محمود ، " مدى إلتزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد "، مجلة الشريعة والقانون، العدد 54، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2013، ص ص 223 إلى 264.
- 11- قادة شهيدة ، " إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام "، " الراشدية" مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة معسكر، 2010، ص ص 322 إلى 343.
- 12- محمدي سليمان، " حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم "، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الإقتصادية والسياسية، العدد الثاني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010، ص ص، 61 إلى 101.

13- نزيه كمال حماد، " عقود الإذعان في الفقه الإسلامي "، مجلة العدل، العدد 24 الرياض، 2004، ص 78 إلى 58 ، نقلا عن الموقع التالي:
http://adl.moj.gov.sa/topic_d_d.aspx?ID=24&IDd=391

IV. المداخلات:

1- بلميهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، المنظم يومي 07 و 08 ماي 2014، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص ص 01 إلى 14 (غير منشور).

2- خوتة بختة، بن كرويدم غانية، مفهوم اختلال التوازن العقدي من خلال الشروط التعسفية، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يومي 12 و 13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص ص 01 إلى 11 (غير منشور).

3- خليفة كرفة محمد، إعادة التوازن المالي للعقد، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يومي 12 و 13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص ص 01 إلى 09 (غير منشور).

4- رباحي احمد، الأساليب التشريعية المعتمدة في تحديد الشروط التعسفية ودورها في إعادة التوازن العقدي، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يومي 12 و 13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص ص 01 إلى 21 (غير منشور).

5-سعاد نويري، حماية رضا مستهلك التأمين- دراسة مقارنة-، مداخلة ملقاة بمناسبة المؤتمر السنوي الثاني والعشرون حول الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، المنظم يومي 13 و 14 ماي 2014، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية، ص ص 50 إلى 79.

6-صباحي ربيعة، تطور دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، المنظم يومي 07 و 08 ماي 2014، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص ص، 01 إلى 14(غير منشور).

7-نساخ بولقان فاطمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة والتشريعات الخاصة، مداخلة ملقاة بمناسبة الملتقى الدولي حول التحول في فكرة النظام العام من النظام العام إلى الأنظمة العامة، المنظم يومي 07 و 08 ماي 2014، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، ص ص 01 إلى 21 (غير منشور).

V. النصوص القانونية:

أ / الدستور:

01- دستور 1996 الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 96-438، مؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتضمن تعديل الدستور، ج ر عدد 76 الصادرة في 08 ديسمبر 1996، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03 مؤرخ في 10 أبريل 2002، ج ر عدد 25 الصادر في 14 أبريل 2002، و القانون رقم 08-19 مؤرخ في 15 نوفمبر 2008، ج ر عدد 63 الصادر في 16 نوفمبر 2008 و القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، ج ر عدد 14 الصادرة في 07 مارس 2016.

ب /النصوص التشريعية :

01-الأمر رقم 75-14 المؤرخ في 30 جانفي 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، معدل ومتمم، ج ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 19 فيفري 1975.

02-أمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر عدد 78، الصادرة بتاريخ 16 فيفري 1975، معدل ومتمم.

03- مرسوم تشريعي رقم 93-03 مؤرخ في 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري، ج ر عدد 14، الصادرة في 03 مارس 1993.

04- قانون رقم 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989، يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر عدد 06، الصادرة بتاريخ 08 فيفري 1989 (الملغى).

05- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة معدل ومتمم، ج ر عدد 43، الصادرة في 20 جويلية 2003.

06- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جويلية 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، الصادرة بتاريخ 27 جويلية 2004، معدل ومتمم بموجب القانون 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010.

07- القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006.

08- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 21 أفريل 2008.

09- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

- 10- قانون رقم 90-31 مؤرخ في 04 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات، ج ر عدد 53،
الصادرة في 05 ديسمبر 1990 (الملغى)،
11- قانون رقم 12-06 المؤرخ في 12 جانفي 2012 ، المتعلق بالجمعيات، ج ر عدد
02 الصادرة في 15 جانفي 2012.

ج /النصوص التنظيمية:

- 1- مرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتوجات
والخدمات، ج ر عدد 40، الصادرة في 19 سبتمبر 1990
2- المرسوم الرئاسي رقم 03-467 المؤرخ في 02 ديسمبر سنة 2003، المحدد للأجر
الوطني الأدنى المضمون، ج ر عدد 76، الصادرة بتاريخ 09 ديسمبر 2003.
3- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية
للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر عدد 56،
الصادرة في 11 سبتمبر 2006، معدل ومتم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44
المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر عدد 07 الصادرة في 10 فيفري 2008.
4- مرسوم تنفيذي رقم رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 يحدد الشروط
والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، الصادرة في 18 نوفمبر 2013.

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية:

I. Ouvrage :

- 1- ALFRED (Fouillée), *La science sociale contemporaine*, 2^{ème} éd,
librairie HACHETTE, Paris, 1985
2- BENCHENEB (Ali), *Droit algérien des contrats : Données
Fondamentales*, EUD, Dijon, 2011

- 3- CHENDEB (Rabih), *Le régime juridique du contrat de consommation*, étude comparative, (droit français, libanais et égyptien), LGDJ, Paris, 2010.
- 4- _Nablot (Cyril), *Droit de la consommation*, lextenso editions, Paris , 2012
- 5- GUY (Raymond), *Droit de la consommation – 10 ans de jurisprudence commentée 1990-2000*, éd du Juris-classeur,2000.
- 6- _____, *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd, Lexis Nexis Litec, Paris, 2011.
- 7- OLIVIER (Litty), *Inégalité des parties et durée des contrats, étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, Paris, 1999.
- 8- PIEDELIEVERE (Stéphane), *droit de la consommation*, éd **Economica**, Paris, 2010
- 9- YVES (Picos), DAVO (Hélène), *Droit de la consommation*, 2^{ème} éd, Sirey, Paris, 2010.
- 10- S/D
de SAINTOURENS Bernard et ZENNAKI Dalila ZENNAKI (Dalila), *les contrats de distribution, droit français, droit algérien, droit communautaire*, Presses universitaires de Bordeaux, Pessac, Bordeaux, 2011.

II. Thèses de Doctorat :

- 1- ARTHAUDE (Claude), **De la bonne foi et ses effets en matière civile**, Thèse pour le doctorat, faculté de droit, Paris, 1874.
- 2- BORGA (Nicolas), **L'ordre public et les suretés conventionnelles**, thèse pour le doctorat en droit, faculté de droit, université MOULIN-Lyon 03-, 2007.
- 3- GHAZAL (Jean Pascal), **La puissance économique en droit des obligations**, thèse pour l'obtention du doctorat, faculté de droit GRENOBLE 02, Université PIERRE MENDES, France, 1996.

- 4- RHISLAIN Tabi Tabi, **Les nouveaux instruments de gestion de processus contractuel**, thèse de doctorat en droit, faculté de droit, université de LAVAL, QUEBEC, 2011
- 5- WAGNER (Albert), **De la nullité de la clause illicite**, thèse pour le doctorat, faculté de droit, université de Paris, 1900.

III. Mémoire de Magister :

- 1- BENZEMOUR (Safia), **La remise en cause des principes du droit commun par le droit de la consommation (étude comparative)**, faculté de droit, université d'Oran, 2013.
- 2- LACHACHI (Mohamed), **L'équilibre du contrat de consommation (étude comparative)**, mémoire présenté et soutenu pour l'obtention du diplôme de magister en droit privé, spécialité agents économiques/ consommateurs faculté de droit, université d'Oran, 2013

IV. Articles

- 1- TROCHU (Michel), TREMORIN (Yannick), BERCHON (Pierre), **La protection des consommateurs contre les clauses abusives, étude de la législation française du 10-1-1978**, Revue de droit et pratique de commerce internationale, Tome 07, n° 01, éd MASSON, Paris, 1981, p p 37,76.
- 2- ZENNAKI (Dalila), **Quelques approches de l'ordre public contractuel en droit de la consommation et en droit commun**, " Etude Juridique ", Revue semestrielle n° 08, faculté de droit, université Abou Bekr Belkaid, Tlemcen, 2011, pp 15,26.

IV. Lois :

- 1- loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 dite SCRINVER sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, JORF du 11 janvier 1978, consultable sur le site suivant : <http://www.legifrance.gouv.fr>

- 2- Décret exécutif n° 78-464 du 23 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi 78-23 du 10 janvier 1978.
- 3- loi n° 88-14 du 05 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs
- 4- décret n° 93 -34 du 10 mars 1993, relatif à la Commission des clauses abusives, consultable sur le site : <http://www.legifrance.gouv.fr>.
- 5- - loi n° 95-96 du 01 février 1995, concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial

فهرس

01.....	مقدمة
08.....	الفصل الأول : الوقاية من الشروط التعسفية
10.....	المبحث الأول: الضبط القانوني المسبق للشروط التعسفية
11.....	المطلب الأول: اعتماد نظام القوائم القانونية
12.....	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بتكوين العقد
12.....	أولاً: عدم التماثل في الحقوق والالتزامات
13.....	ثانياً: حرية المهني في تنفيذ التزاماته
14.....	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد
15.....	أولاً: تقليص المهني لعناصر العقد الأساسية
16.....	ثانياً: تفرد المهني بصلاحيه تفسير العقد
17.....	1- الشروط المتعلقة بالقوة القاهرة
18.....	2- الشروط المتعلقة بالمسؤولية
20.....	الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بإنهاء العقد
20.....	أولاً: تقييد حق المستهلك في فسخ العقد
22.....	ثانياً: تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية
23.....	المطلب الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية
25.....	الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
25.....	أولاً: مضمون التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
28.....	ثانياً: تقييم معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية
30.....	الفرع الثاني: معيار الاخلال الظاهر بالتوازن العقدي
31.....	أولاً : تعريف معيار الاخلال الظاهر بالتوازن العقدي
34.....	ثانياً : أسس تقدير الاخلال الظاهر بالتوازن العقدي
35.....	1- الموازنة بين الشروط التعاقدية

- 37.....2- الجانب المالي للعقد.....
- 40...المبحث الثاني: تفعيل دور بعض المبادئ القانونية(الحماية غير المباشرة).....
- 41.....المطلب الأول: تقوية مبدأ الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 42.....الفرع الأول: مفهوم الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 43.....أولاً: التأطير القانوني للإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 43.....1-تعريف مبدأ الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 45.....2-التكييف القانوني للإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 48.....ثانياً: شروط قيام الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 49.....1-افتراض العلم في جانب المهني.....
- 51.....2- افتراض الجهل في جانب المستهلك.....
- 53.....الفرع الثاني: مضمون الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 54.....أولاً: محل الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 54.....1-الامتناع عن الكتمان.....
- 56.....2-الإدلاء بالبيانات والمعلومات.....
- 58.....ثانياً: مظاهر تفعيل مبدأ الإلتزام بالإعلام ما قبل التعاقدى.....
- 59.....1-منح المستهلك مدة للتفكير.....
- 61.....2- تقديم الوثيقة التعاقدية.....
- 63.....المطلب الثاني: تدخل فكرة النظام العام.....
- 64.....الفرع الأول: تغيّر مفهوم النظام العام.....
- 65.....أولاً: المفهوم التقليدي للنظام العام.....
- 67.....ثانياً: تطور مفهوم فكرة النظام العام.....
- 69.....الفرع الثاني: تأثير العقد بفكرة النظام العام.....
- 69.....أولاً: جواز مخالفة القواعد الآمرة.....
- 71.....ثانياً: تنظيم القانون لبعض العقود.....
- 72.....1-عقد العمل.....

74.....2- عقد التأمين.

76.....الفصل الثاني: الرقابة على الشروط التعسفية

78.....المبحث الأول: الرقابة السابقة لإبرام عقد الإستهلاك

78.....المطلب الأول: لجنة الشروط التعسفية.

79.....الفرع الأول: مفهوم لجنة الشروط التعسفية.

79.....أولاً: التعريف بلجنة الشروط التعسفية.

81.....ثانياً: تشكيلة لجنة الشروط التعسفية.

82.....الفرع الثاني: تقييم دور لجنة الشروط التعسفية.

82.....أولاً: اختصاصات لجنة الشروط التعسفية.

84.....ثانياً: القيمة القانونية للتوصيات و الآراء الصادرة عن لجنة الشروط التعسفية.

86.....المطلب الثاني: جمعيات حماية المستهلك

86.....الفرع الأول: الإطار القانوني لجمعيات حماية المستهلك.

87.....أولاً: تعريف جمعيات حماية المستهلك.

87.....1- التعريف القانوني لجمعيات حماية المستهلك.

89.....2- التعريف الفقهي لجمعيات حماية المستهلك.

90.....ثانياً: تأسيس جمعيات حماية المستهلك.

91.....1- الشروط الواجب توافرها في أعضاء جمعيات حماية المستهلك.

93.....2- إجراءات تأسيس جمعيات حماية المستهلك.

95.....الفرع الثاني: الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية.

95.....أولاً: رفع دعوى حذف الشروط التعسفية.

97.....ثانياً: التدخل في دعوى إلغاء الشروط التعسفية.

99.....المبحث الثاني: الرقابة اللاحقة على إبرام عقد الإستهلاك

99.....	المطلب الأول: الرقابة على الشروط التعسفية وفقا للقواعد العامة.
100.....	الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير العقد.
101.....	أولا: حالة غموض عبارات العقد.
102.....	ثانيا: حالة وضوح عبارات العقد.
104.....	الفرع الثاني: سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي.
104.....	أولا: تنظيم عقود الإذعان.
107.....	ثانيا: محاربة الشرط الجزائي.
109.....	المطلب الثاني: الرقابة وفقا للقواعد الخاصة في قانون الإستهلاك.
109.....	الفرع الأول: الجزاء المدني.
110.....	أولا: الشروط المحظورة بقوة القانون(القائمة السوداء).
111.....	ثانيا: الشروط الخاضعة لتقدير القاضي(القائمة الرمادية).
113.....	الفرع الثاني: الجزاء الجزائي.
113.....	أولا: العقوبات العامة.
115.....	ثانيا: العقوبات الإستثنائية.
118.....	خاتمة.
124.....	قائمة مراجع المذكرة.
134.....	فهرس.

ملخص

يعتبر موضوع الشروط التعسفية العقدية ظاهرة جد معقدة بحكم تطور صيغ تحرير العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين التي أصبحت تتسم بالتعسف الناتج عن تقوّد الطرف القوي اقتصاديا ومعرفيا بتحريرها.

تهدف هذه الدراسة إلى البحث عن مظاهر الحماية التي أرساها المشرع الجزائري من خلال القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية

بيّنت الدراسة الحالية مواطن الحماية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية من خلال أسلوب وقائي يهدف إلى تفادي المنازعة إطلاقا في بنود العقد، إضافة إلى أسلوب علاجي يتصدى لهذه الظاهرة بعد وقوعها.

Résumé :

On considère le sujet des clauses contractuelles abusives comme un phénomène assez complexe vu l'évolution des modèles de rédaction des contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Ces contrats se caractérisent désormais par l'abus découlant du privilège accordé à la partie, économiquement et intellectuellement hégémonique, qui garde l'exclusivité de leur rédaction.

Cette étude tâche de rendre compte des différents aspects de la protection instaurés par le législateur algérien à travers la loi 04-02 relative aux règles appliquées sur les pratiques commerciales ainsi qu'à travers le décret exécutif n° 06-306 fixant les éléments essentiels des contrats conclus entre agents économiques, consommateurs et les clauses considérées comme abusives.

L'étude a mis la lumière sur les aspects de protection du consommateur contre les clauses abusives à travers un régime protectif visant l'évitement absolu des litiges dans les clauses contractuelles. A cela s'ajoute un régime traitant ce phénomène après sa survenue.