

جامعة ابن خلدون - تيارت-



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون خاص

الموضوع:

الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

إشراف الدكتور:

- عجالى خالد

من إعداد الطالبتين:

- محمودى مليكة

- دمنى حسيبة

أعضاء لجنة المناقشة

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا		د. بلقنيشي حبيب
مشرفا مقررا		د. عجالى خالد
عضوا مناقشا		د. مقني بن عمار

السنة الجامعية: 2016م / 2017م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

بداية الحمد لله على توفيقه لنا حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى اله وصحبه اجمعين
وبعد...

تسابق الكلمات وتتراحم العبارات لتنظم عقد الشكر لكل من أشعل شمعة في دروب عملنا لينير درينا ومن باب الاعتراف بالفضل...

نتقدم بكل معاني الامتنان والشكر إلى الأستاذ الدكتور "عجالي خالد" لقبوله الإشراف على هذا العمل وكذا ملاحظاته وتوجيهاته القيمة في سبيل انجاز هذه المذكرة.

ولا يسعنا في هذا المقام إلا الوقوف تقديرا بالجميل للأستاذة الدكتورة "مكي خالدية" على كل المساعدات التي قدمتها إلينا جزاها الله على خدمة العلم خير جزاء.

نتقدم بتشكراتنا الخالصة إلى الأستاذ الدكتور "بلقنيشي حبيب" بفضلته واحتراما لعلمه وفكره... لك منا كل التقدير والاحترام.

شكر خاص للأستاذ الفاضل الدكتور "محمد سعيد جعفرور" على كل ما قدمه لنا من جهد و نصح و معرفة طيلة انجاز هذا البحث.

إلى الأساتذة الذين كانوا عوننا لنا بالإجابة على مختلف التفسيرات خلال مرحلة إعداد هذه المذكرة (د.مقني بن عمار، د.بن عمارة محمد، د.معمر خالد، د.بلاق محمد، د.حمر العين عبد القادر) فلهم منا

أسمى آيات التقدير والعرفان.

إلى الأساتذة الأفاضل الذين تولوا تدريسنا طيلة خمس سنوات وأعطوا من حصيلة علمهم وفكرهم فجعل الله ذلك في ميزان حسناتهم.

كل من ساعدنا من قريب او من بعيد.

اهداء

بقلم أعياه التعب يتكأ على قطرات حبر مملوءة بالحزن والفرح في آن واحد. حزن يشوبه الفراق بعد التجمع وفرح ليزوغ فجر جديد في حياتي هو يوم تخرجي أتطلع فيه لما هو آت من همسات هذه الحياة. هنا سوف أضع كلمات لكل من ترك بصمة في حياتي... اهدي ثمرات حصادي:

- إلى الشمعة التي تضيء حياتي، إلى من كان دعائها سر نجاحي، إلى رمز الصبر والتضحية... إلى امي الغالية أسأل الله أن يمد في عمرك لثري ثمارا قد حان قطفها بعد طول انتظار.

- إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، إلى من علمني العطاء دون انتظار، إلى من ألبسني ثوب المكارم والأخلاق... إلى أبي الغالي.

- إلى من رافقتني منذ حملنا حقائب صغيرة، إلى من سارت معي الدرب خطوة خطوة، إلى من تطلعت لنجاحي بنضرات الآمل... أختي الغالية محجوبة.

- إلى أخوأي خفضهما الله... جمال، عز الدين.

- إلى مصدر فخري واعتزازي، إلى من جعلته وساما على صدري، إلى سندي الموالي... بن بوعبد الله فريد.

- إلى أول من التقيتها في مساري الجامعي، إلى النفس الراقية، إلى من تطلعت لنجاحي بافتخار.. أختي الغالية مرزوق حمامة.

- إلى كل من جمعني معهم ذكريات صادقة... زميلات وزملاء على وجه الخصوص دفعة قانون خاص.

- إلى كل من في قلبه إيمان بالله ورسوله... وترسخت فيه المثل العليا.

- أخيرا اهدي هذا العمل إلى كل من خطى خطوة للبحث عن العلم والمعرفة.

مليكَة

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

الجريدة الرسمية الجزائرية الديمقراطية الشعبية	ج.ر
جمعيات حماية المستهلكين	ج.ح.م
دون بلد نشر	د.ب.ن
دون دار نشر	د.د.ن
دون سنة نشر	د.س.ن
دون طبعة	د.ط
دينار جزائري	د.ج
طبعة	ط
صفحة	ص
معدل و متمم	م.م
قانون المدني الجزائري	ق.م.ج
قانون التجاري الجزائري	ق.ت.ج
قانون المدني الفرنسي	ق.م.ف
قانون البحري الجزائري	ق.ب.ج
قانون الاستهلاك الفرنسي	ق.إ.ف

ثانياً: باللغة الفرنسية:

Page	P
ouvrage précédemment cité	Op-cit
librairie générale de droit et jurisprudence	L.G.D.J

مُقَدِّمَاتُ

مقدمة:

في عصر تميزه التقنية المتطورة ووسائل الإغراء والدعاية المبهرة، اجتاح العالم الاقتصادي والاجتماعي مجموعة من الممارسات الاقتصادية التي تغطي فيها المادة على حساب القيم والمبادئ وسيلتها منافسة شرسة يمارسها أعوان اقتصاديون ذوو مراكز قوية والذين لا يتوانون عن فرض وإعلاء إرادتهم عند التعاقد، أما غايتهم الوصول إلى "جيب المستهلك" خصوصا إذا تعلق الأمر بسلع وخدمات ضرورية وما يزيد من الأمر خطورة وضع المستهلك التي لا تؤهله قدراته الفنية والخبرائية في مواجهة العون الاقتصادي.

بعد الاستقلال ساد النهج الاشتراكي القائم على الاقتصاد الموجه، لكن إلى غاية نهاية الثمانينات سلكت الجزائر النهج الليبرالي أو الاقتصاد الحر استجابة لمتطلبات الاقتصاد العالمي، وما تفرضه العولمة من إزالة الحواجز والحدود الاقتصادية، فقامت الجزائر بإصدار مجموعة من الإصلاحات القانونية والاقتصادية لتكريس انسحابها من الحقل الاقتصادي لصالح السوق وكذلك بخصوصية الاقتصاد الوطني بفتح المجال للقطاع الخاص لممارسة مختلف النشاطات الاقتصادية وفقا لقواعد السوق، مما أدى إلى تمركز رؤوس الأموال في يد فئة معينة تتمتع بالقوة الاقتصادية والقانونية.

الأصل في إبرام العقود أن تخضع للمفاوضات بين أطرافها حول مضمونها فيفترض أن رضا المتعاقد صحيح والذي يترتب عليه أن أي التزامات ناشئة عن العقد تكون متوازنة بين الأطراف، ومنه لا يمكن أن يكون العقد إلا عادلا، إلا أن هذا الأمر لم يبقى بالسهولة التي تظهر عليه أمام التحولات التي عرفها المجتمع، في حين نجد أن القواعد العامة تقوم على مجموعة من المبادئ والأسس التي يركز عليها قانون العقود، أصبحت هذه القواعد هي التي تزيد التفاوت بين أطراف العلاقة التعاقدية، وذلك بإساءة استخدامها بتضمين العقود بمختلف الشروط من أطراف أصحاب القوة الاقتصادية، والتمسك من قبلهم بالقوة الملزمة للعقد فتحول مبدأ سلطان الإدارة من أداة عدالة إلى أداة مساومة، إلى وسيلة ضغط وظلم. مما يؤدي إلى إثارة الشكوك في مدى صحة رضا المستهلك.

كما أنه بفعل التطورات الاقتصادية الأخيرة، والتي أدت إلى عدة تغيرات لاسيما على مستوى الإنتاج والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات وعليه هيمنة الثورة الصناعية على العالم أمر جعل المجتمع الاستهلاكي أرضا خصبة لنمو عقود الإذعان، والتي في الغالب تطرح في شكل نماذج العقود معدة مسبقا بشكل منفرد من قبل مهنيين، والتي لم تكن تشهدها الساحة الاقتصادية والقانونية في كنف الدولة الحامية،

كما أن مكمن الإجحاف والتعسف في تضمين هاته الأخيرة شروط تعسفية تخدم مصالحهم وتهضم حقوق غيرهم.

تماشياً مع كل هذه التطورات التي تكشف اختلالاً واضحاً في ميزان العلاقة التي تجمع بين المتدخل والمستهلك، سارعت مختلف البلدان إلى الضرورة القصوى لإعادة النظر في العلاقة العقدية التي احتلت مساحة واسعة من الاهتمام والتي تعكسها التحديات الراهنة التي يواجهها المجتمع، صار لزاماً على المنظومة القانونية أن تتدخل لإعادة التوازن العقدي للعلاقة التعاقدية، خصوصاً وقصور القواعد العامة في توفير الحماية الكافية الأمر الذي دفع المشرع إلى التصدي من خلال جملة من النصوص القانونية ودعمها بإصدار كذلك العديد من النصوص التنظيمية ذات الصلة لحماية المستهلكين من مختلف الجوانب بداية من مرحلة التفاوض وصولاً إلى مرحلة تنفيذ العقد في ظل منظومة تشريعية وتنظيمية التي حملتها مولوداً جديداً إلى الساحة القانونية، حيث حاول المشرع من خلالها احتواء كل مظاهر التي يمكن أن تسبب إجحافاً وتعسف في حق المستهلك والذي حمل في طياته قواعد خاصة تتعلق بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك واليات التي يتم بها مكافحتها. كما عمل على دعم ترسانة القوانين تلك بهيات وأجهزة وطنية ومحلية لتفعيل الرقابة اللازمة على مختلف الأصعدة، وكل تلك النصوص التي اهتمت بحماية المستهلك جاءت في وقت كانت تقوي فيه الجزائر توجهها الجديد على خلفية إبرامها لاتفاق الشراكة الأوروبية وعزمها لانضمام للمنظمة العالمية للتجارة ومن ثم دخول العولمة الاقتصادية من أوسع أبوابها.

والأسباب والدوافع التي أثارت رغبتنا في تناول موضوع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك تعود لعدة جوانب منها أن العلاقة الاستهلاكية أصبحت من صميم المواضيع التي تحظى باهتمام الباحثين سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع بالإضافة إلى الإطار الذي تتم فيه هذه العلاقة.

كما أن وجود أحكام الشروط التعسفية بين القواعد العامة والقواعد الخاصة مما شدنا إلى البحث عن الفروقات التي تنطوي عليها من العام إلى الخاص.

والسبب الآخر الذي ساقنا في الخوض في هذا الموضوع هو معرفة مدى تطبيق نصوص حماية المستهلك في الواقع العملي وكذا مدى واقعية الأجهزة التي جسدها المشرع في تفعيل الرقابة والحماية الكافية.

كما تبرز أهمية بحثنا هذا كون أن عقود الاستهلاك هو موضوع المجتمع بأسره باعتبارنا "جميعاً مستهلكين" والذي يعكسه الواقع المعاش، فالحديث عن الاستهلاك هو الحديث عن عملية روتينية تمارسها

جميعا في معاملاتنا اليومية دون وعي منا، وهو ما يعطي الموضوع بعدا واقعيا يضعه في مقدمة المواضيع الحيوية الجديرة بالدراسة لاسيما في ظل مجتمع استهلاكي بالدرجة الأولى.

ومن بين الأهداف المرجوة الوصول إليها تحديد الإطار العام للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك والإحاطة بكافة جوانبه باعتبار موضوع البحث يجمع بين القواعد التقليدية والقواعد الحديثة وذلك بالإمام بجل القوانين والتنظيمات التي تمس هذا الموضوع.

بالإضافة الى تحديد المفاهيم والمصطلحات الجديدة التي فرضتها العلاقة الاستهلاكية.

مع إلقاء الضوء على الأهمية الحساسة التي تقع على عاتق القاضي والعمل في سبيل تحقيق العدالة العقدية فضلا عن الإمام بجل القوانين والتنظيمات التي تمس هذا الموضوع.

إلا أن طريقنا للوصول إلى الأهداف السابقة الذكر لم يكن بالسهل فقد تعرضنا للمجموعة من الصعوبات التي يمكن أن نجملها فيما يلي:

كون أن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك نظمها المشرع في قواعد خاصة بالإضافة إلى ما يقابلها من قواعد العامة مما أدى إلى صعوبة الإحاطة والإمام بها.

تضارب المصطلحات القانونية المستعملة حيث أنه مما لاحظناه على وجه الخصوص في التنظيمات التي جاءت لتنظيم مسألة معينة تأتي بتعريف لمصطلحات دون مراعاة للنصوص القانونية والتنظيمية الأخرى التي سبقتها أو حتى التي صدرت في نفس الآونة، مما أدى إلى تضارب في الأحكام، فهذه المسألة تؤدي إلى صعوبة تحديد نطاق تطبيق النص القانوني أو التنظيمي. كل هذا من الجانب النظري.

أما من الجانب التطبيقي لموضوع البحث فلم نجد أحكاما وقرارات متعلقة بالشروط التعسفية رغم الجهود المبذولة والتي ترجع أسبابها إلى:

ضعف ثقافة التقاضي عند المستهلكين الذين يعتقدون بإلزامية أو مشروعية العقود الاستهلاكية

ترسيخ لدى المستهلك أن الشركات الصناعية، الإنتاجية، والتوزيعية... مازالت في يد الدولة التي كانت تفرض احتكار في ظل النظام الاشتراكي فمن يكن له الجرأة في مقاضاة عدم مشروعية عقودها.

باعتبار ان العلاقة الاستهلاكية أصبحت من اهتمامات الباحثين فلا يمكن ان ندعي بالسبق في دراسة هذا الموضوع الذي تم تناوله من خلال رسائل جامعية مع الإشارة أن مختلف الدراسات تم حصرها في نقطة واحدة هي: "حماية المستهلك من الشروط التعسفية كدراسة مقارنة"، ومن هذه الرسائل:

-إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2003.

- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008.

- سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014.

- ميلود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014-2015.

- مريم بوحظيش، ابتسام عمارة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، رسالة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2015-2016.

وبالرغم أن هذا الموضوع تمت دراسته من قبل، إلا أننا حاولنا جاهدين العمل على عنصر الجودة والتميز هذا البحث عن غيره من الدراسات الأخرى، وبتوفيق من الله وفقنا إلى حد بعيد في تسليط الضوء على أجزاء من البحث لم يسبق التطرق إليها من بينها:

- دراسة بوادر ظهور الشروط التعسفية.
- التطرق إلى الإطار الذي تظهر فيه هذه الشروط.
- دراسة موقف المشرع الجزائري وتحديد فلسفته الموضوعية في خلق القواعد القانونية الحمائية للمستهلك.
- دراسة بعض النماذج التطبيقية لأبرز عقود الاستهلاك رواجاً وانتشاراً والتي تحمل في طياتها شروطاً تعسفية.

انطلاقاً مما سبق ذكره وتحقيقاً لأهداف الدراسة التي حاولنا من خلالها تحديد مضمون الشروط التعسفية ومدى تأثيرها على توازن العلاقة التعاقدية الاستهلاكية الذي في غالب الأحيان ما يفرض أحد أطرافها على الطرف الآخر بنوداً يتعذر عليه فهمها وقد يرضخ لها مدعناً لا مساوماً مما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي. كل هذا يسوقنا إلى طرح الإشكالية التالية:

- ما المقصود بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وما وسائل مواجهتها؟

ومن اجل ضبط إشكالية البحث والتحكم في أبعادها قمنا بطرح تساؤلات فرعية وهي:

ما مضمون فكرة الشروط التعسفية؟ وما مدى تأثيرها على حرية التعاقد في العلاقة الاستهلاكية؟ وكيف تدخلت الإرادة التشريعية في حماية الطرف الضعيف؟ وهل كرسست القواعد الحماية على الصعيد الواقعي؟ وما هي أبرز النماذج التطبيقية لعقود الاستهلاك التي تحمل في طياتها بنودا تعسفية؟

وللإجابة على إشكالية البحث انطلقنا من مجموعة فرضيات على النحو التالي:

- عقد الاستهلاك هو عقد الإذعان.

- للمستهلك الخيار بأن يتمسك بالحماية المقررة في القواعد العامة أو القواعد الخاصة.

- تنصرف الحماية الخاصة من الشروط التعسفية إلى المستهلك المهني.

كما انه و للإجابة على إشكالية البحث والامام بالجوانب الرئيسية للموضوع ارتأينا الاعتماد على منهج رئيسي لدراسة هذا الموضوع وهو المنهج التحليلي الذي رافقنا في مختلف المحاور لموضوع البحث وذلك بتحليل النصوص القانونية والتنظيمية والربط بينها.

بالإضافة إلى مناهج أخرى لم تتبعنا على مسار البحث وإنما اعتمدنا عليها عندما اقتضت علينا طبيعة الدراسة.

فاحتجنا إلى المنهج الوصفي الذي لا سبيل للاستغناء عنه وذلك لمعرفة ماهية الشروط التعسفية، ووصف الهياكل الادارية والمؤسسية المقررة لحماية المستهلك، بالإضافة إلى المنهج المقارن الذي استهدينا من خلاله بالمقارنة والوقوف على نقاط التشابه والاختلاف في القانون الجزائري مع كل من القانون الفرنسي، الألماني، والمصري .

وفي سبيل الاجابة على اشكالية البحث وتحقيق الهدف الرئيسي الذي انطلقنا منه وهو الوصول إلى وضع إطار قانوني للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك متكاملًا في مختلف جوانبه وسعيًا منا لبلوغ هذه الغاية قسمنا موضوع البحث إلى قسمين:

كانت نقطة البداية من اظهار اختلال التوازن العقدي في ظل اقترانه بالشروط التعسفية (الفصل الأول)، والذي قسمناه بدوره إلى مبحثين:

فنتطرقنا في (المبحث الأول) إلى ماهية الشروط التعسفية بداية من بؤادر ظهور هذه الشروط (المطلب الأول) والتي ترجع إلى الأزمة التي أصابت مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول)، وتعسف عقود الإذعان (الفرع الثاني)، بعد ذلك وفي نفس المبحث تناولنا بالشرح والتفصيل مفهوم الشروط التعسفية (المطلب الثاني)، وذلك بتحديد المقصود منها باستعراض مختلف التعريفات الفقهية والتشريعية، بالإضافة إلى تمييزها عن الأنظمة المشابهة لها (الفرع الأول)، مع بيان المعيار الذي تبناه المشرع (الفرع الثاني)، وأنواع هذه الشروط (الفرع الثالث).

أما (المبحث الثاني)، وقفنا فيه على نطاق تطبيق الشروط التعسفية (المطلب الأول)، والتي تظهر في عقود الاستهلاك والذي يتميز بطبيعته الخاصة حيث تناولنا تعريفه وبيان أهم خصائصه التي ينفرد بها وفي مقدمتها أنه يبرم عن طريق الإذعان (الفرع الأول)، مع التطرق إلى نماذج العقود باعتبارها وسيلة حديثة لإبرام عقود الاستهلاك (الفرع الثاني)، لنعرج بعد ذلك إلى مضمون العلاقة التعاقدية الاستهلاكية (المطلب الثاني)، وذلك بتحديد أطرافها المستهلك والآخر المتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك، حيث شهد هذين المصطلحين جدلا فقهيا تشريعيًا لازل قائما لحد الآن، فتطرقنا إليهما بالشرح والتفصيل (الفرع الثاني)، أما من حيث موضوع العلاقة التعاقدية الاستهلاكية التي تتعلق بالمنتج والذي يعتبر بمثابة الركن الثالث في عقد الاستهلاك (الفرع الثاني).

واستكمالًا لأحد المحاور الكبرى لموضوع البحث تطرقنا إلى تحقيق التوازن العقدي في ظل الشروط التعسفية (الفصل الثاني) والذي قسمناه إلى مبحثين :

حيث تطرقنا في (المبحث الأول) إلى طرق تحقيق التوازن العقدي سواء في ظل القواعد العامة (المطلب الأول)، بإعمال مختلف المبادئ التي تقوم عليها الشريعة العامة بداية من مرحلة تكوين العقد (الفرع الأول)، ومرحلة تنفيذه مع تسليط الضوء على دور القاضي في إعادة التوازن العقدي المفقود بفعل الشروط التعسفية (الفرع الثاني)، وبعد ذلك عرجنا إلى القواعد الخاصة لمكافحة الشروط التعسفية (المطلب الثاني)، والتي لا يمكن الاستفادة منها إلا بتوافر مجموعة من الشروط والتي كرسست هذه الحماية القوانين الخاصة والتنظيمات (الفرع الأول)، وصولًا إلى الرقابة الإدارية والمؤسسية (الفرع الثاني).

أما (المبحث الثاني) من هذا الفصل خصصناه لدراسة بعض النماذج التطبيقية للعقود التي تتضمن شروطًا تعسفية، حيث تمت دراسة كل من وثيقة التأمين (المطلب الأول)، من حيث مراحل إصدارها (الفرع الأول)، والرقابة عليها (الفرع الثاني)، أما النموذج الثاني عقد النقل (المطلب الثاني)، تناولنا موضوعه من حيث طبيعته القانونية وخصائص الإيجاب التي ينفرد بها باعتباره عقد إذعان (الفرع الأول)، كما أشرنا إلى

مقدمة

الجانب الحمائي الذي فرضه المشرع عندما يرمي الناقل إلى انقاص أو اعفاء نفسه من المسؤولية (الفرع الثاني).

وختمنا هذه الدراسة باستعراض أهم النتائج المتوصل إليها للنصل إلى إيراد مجموعة من التوصيات والاقتراحات.

الفصل الأول

اختلال التوازن العقدي في ظل الشروط التعسفية

الفصل الأول

اختلال التوازن العقدي في ظل الشروط التعسفية

إن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي ترتبها، بل في جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية، بمعنى ذلك أن كل العقود والتصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة، فالقاعدة النظرية المعروفة في القانون المدني أن الإرادة هي الأصل في إبرام العقود أي أنها تتم بعد مناقشة ومفاوضات بين أطراف العقد حول مضمونه وبالخصوص حول شروط العقد وإذا ما حصل تطابق الإرادتين انعقد العقد.

وإذا ما انعقد العقد فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقرها القانون، فالعقد شريعة المتعاقدين، ومع أواخر الثمانينات عرفت الجزائر تغيرات جذرية في توجهها الاقتصادي حيث تخلت عن النظام الاشتراكي وتبنت النظام الليبرالي القائم على حرية التجارة والصناعة الذي شهد عمليات تصنيع وتوزيع كثيف للسلع الأمر الذي ساعد على تكوين مجال خصب لنمو عقود الاذعان والتي في الغالب تطرح في السوق في شكل نماذج عقود معدة مسبقا بشكل منفرد.

فالعقود سابقة التحرير هي في الغالب عقود غير متوازنة باعتبارها تغلب مصلحة المهنيين على حساب المستهلك أو غير المهني وذلك نظرا لما يتميز به المهنيين من قوة و نفوذ اقتصادي يفرض ما شاءوا من بنود من جانب واحد بدون فسح المجال لمناقشتها من طرف الآخر، وبالتالي إحتل مبدأ مساواة العقد بين اطراف العلاقة التعاقدية.

هكذا أصبحت الشروط التعسفية كسبب من أسباب التي تؤدي الى اختلال التوازن العقدي، ومنه ارتأينا أن نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نخصص (المبحث الأول) لماهية الشروط التعسفية، بينما نتناول نطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية الشرط التعسفي

لقد أفرز الوضع الاقتصادي الجديد القائم على الاستهلاك المكثف ممارسات جديدة ابتدعها المحترفون تبعاً للمركز القوة التي وجدوا فيها، كما أنهم استفادوا من غطاء شرعي تحت مسمى العقد شريعة المتعاقدين ورخصة مقدسة اسمها مبدأ سلطان الإرادة، فأصبحوا يفرضون شروطاً تعسفية تضرب الأسس والمبادئ التي يقوم عليها العقد مما أدى إلى غياب التفاوض العقدي الأمر الذي أصبح معه الإرادة منعدمة، وللوقوف على حقيقة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وتحديد المعايير والأحكام كان لا بد من التطرق أولاً إلى بؤادر ظهور هذه الشروط (المطلب الأول)، ثم سنتعرض بأكثر تفصيلاً إلى مفهوم الشروط التعسفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

بؤادر ظهور الشرط التعسفي

إذا كانت حرية التعاقد هي قوام العقود، وهي التي تقرر قواعد العقد وأصوله وأحكامه، إلا أن إطلاق هذه الحرية تؤدي إلى استبداد أحد أطراف العقد على الطرف الثاني، مما يدل أن الإرادة التعاقدية وإن كانت هي الأصل إلا أنها قد تؤدي إلى إساءة استعمالها، مما سيدفعنا إلى دراسة بؤادر ظهور الشروط التعسفية وذلك من خلال التطرق أولاً إلى الأزمة التي أصابت مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول)، ثم سنتناول تعسف عقود الإذعان (الفرع الثاني) وذلك باعتبارها من الأسباب الرئيسية التي مهدت لهذه الشروط إلى الانتشار.

الفرع الأول

أزمة مبدأ سلطان الإرادة

إن السبب الأول في ظهور الشروط التعسفية في مختلف أنواع العقود المسماة أو غير المسماة راجع إلى إساءة استعمال مبدأ سلطان الإرادة، الذي سيطر على التنظيم القانوني لفترة زمنية معينة الذي أصبح العقد في ظل هذا المبدأ "قانون المتعاقدين"، ومنه كان لا بد من التطرق أولاً إلى مرحلة سيطرة هذا المبدأ على مختلف المعاملات بين الأفراد والنتائج المترتبة على أخذ هذا المبدأ على إطلاقه (أولاً)، ثم سنتناول أسباب

تراجع هذا المبدأ الذي أدى إلى تقييده من قبل التشريعات الوضعية سعياً منها إلى تقليص التفاوت وعدم التوازن بين أطراف العقد (ثانياً)

أولاً: إطلاق مبدأ الإرادة

يرى الفقيه السنهوري أنه: "إذا كان العقد ينبنى أساساً على الإرادة، وما تتمتع به من سلطان فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي يعني أن "الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وتحديد آثارها"¹، فإرادة الإنسان في ظل هذا المبدأ تشرع بذاتها، فإذا التزم فرد ما بإبرام عقد فإنه يلتزم لأنه أراد وبالقدر الذي أراد².

يعد مبدأ سلطان الإرادة من نتائج المذهب الفردي³، الذي يقدر الحرية الفردية والذي يعتبر الفرد محور المجتمع، فالهدف في تنظيم المجتمع في نظر هذا المذهب هو حماية الفرد وتحقيق مصلحته الخاصة، فطالما كان الإنسان حراً، فإن إرادته يجب أن تكون كذلك. بمنأى عن أي تقييد يرد في القانون⁴، فبلغ مبدأ سلطان الإرادة ذروة مجده في القرون الثلاثة الأخيرة، أي ابتداءً من القرن 17م إلى أواخر القرن 19م، وهكذا هيمن هذا المبدأ على العلاقات التعاقدية واعتبر مصدراً للقوة للالتزامات الناشئة عنها، فسلطان الإرادة لا تنحصر فقط في حدود تكوين العقد فحسب، بل تتعداه إلى الآثار التي تترتب عنه⁵. ولقد تم تكريس هذا المبدأ في مجال العقود بصفة مطلقة منذ سيطرة النظام الرأسمالي فلا حدود للإرادة وحرية الأفراد لأنها هي التي تنشأ العقود⁶، وهي السياسة التي نادى بها العلامة آدم سميث والذي يقول بترك الحرية للأفراد في ترتيب علاقاتهم القانونية كما يشاؤون⁷.

¹ - السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، ج1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، د.ط، 1952، ص 141.

² - محمد علي عبده: دور الشكل في العقود "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط 2014، ص 27.

³ - لم تعرف الشرائع القديمة (القانون الروماني، القانون الكنسي) مبدأ سلطان الإرادة، إذ كان يصعب على هذه الشرائع أن تتصور بأن الإرادة يمكن أن تحدث أثر قانوني دون أن تأتي في شكل معين. نقلاً عن أحمد سمير قربي: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، رسالة ماجستير، تخصص الفقه واصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الامارات، 2007-2008، ص 38.

⁴ - بسام مجيد سليمان: موضوعية الإرادة "دراسة تحليلية في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية"، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، ص 05.

⁵ - السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، ج1، المرجع السابق، ص 120.

⁶ - بودالي محمد: مكافحة الشروط التعسفية في العقود "دراسة مقارنة"، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط 1، 2007، ص 07.

⁷ - محمد علي عبده: المرجع السابق، ص 28.

واتباع سياسة "دعه يعمل-دعه يمر- والذي يحمل في طياته دعه يتعاقد"¹، كما أن التمسك بهذا المبدأ على إطلاقه أبان عن عدة نتائج على أساس أن الإرادة لها سلطان ذاتي بقدرتها على إنشاء التصرف القانوني والعقد بوجه عام²، فمبدأ سلطان الإرادة كنظرية عامة تحكم العقد من حيث تكوينه حيث أبان على عدة مبادئ:

-حرية التعاقد: هي أول قاعدة تستخلص من مبدأ سلطان الإرادة فأطراف العقد أحرار في أن ينشئوا ما شاؤوا من العقود وأن يضمنها الشروط التي يرضونها، فكل ما ارتضاه الملتزم يعتبر ديناً في ذمته ومنتجاً لآثاره، فليس له أن يحتج بعدم توازن العقد ما دام قد ارتضى به، فالأصل فيه الحرية واستقلال الإرادة، وبالتالي فإن الالتزامات الناشئة عن إرادة حرة لا يمكن أن تكون إلا عادلة، كما يقول الفقيه فوييه: "من قال عقداً قال عدلاً"³.

ومنه تخضع العقود في تكوينها "إلى مبدأ الرضائية" ومفاده أن المتعاقدين يتمتعان بحرية كاملة فيما يخص الكيفية التي يتم بها التعبير عن إرادتهما قصد إنجاز العقد⁴، ويشمل أيضاً حرية الفرد في عدم التعاقد فلا اجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها⁵.

-تحديد مضمون العقد: فالمتعاقدين الحرية الكاملة في تحديد مضمون العقد وتعيين بنوده وأحكامه، وذلك تجسيدا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين⁽⁶⁾، مع الإشارة بأن المشرع الفرنسي تبني هذه القاعدة في القانون المدني الفرنسي على إطلاقها دون تحديد⁽⁷⁾.

-القوة الملزمة للعقد: وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، فإن العقد الذي يتم تكوينه على نحو صحيح تكون له قوة ملزمة ويستمد قوته من الإرادة بما لها من سلطان ذاتي، فمن ارتبط بعقد التزم بتنفيذ تعهداته مهما كلفه الأمر، فيقوم العقد مقام القانون في تنظيم العلاقات التعاقدية⁸.

¹ - c'est le principe "du laissez faire-laisser passer, que complète implicitement le laisser contracter" Jacques Ghestin: traité de droit civil, 3e édition par Jacques Ghestin; la formation du contrat, paris delta, 1996, L.G.D.J. p28.

² - محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني "العقد والإدارة المنفردة"، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2، 2004، ص 43.

³ - مولود بغدادي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، تخصص حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014-2015، ص 69.

⁴ - فيلاي علي: الالتزامات "النظرية العامة للعقد" موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط 2001، ص 38.

⁵ - محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 45.

⁶ - ظهر هذا المبدأ نتيجة للسيطرة مبدأ سلطان الإدارة والتي تندرج تحته ثلاثة نتائج رئيسية هي: العقد لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة، ولا يمكن للقاضي أن يعدله، ويجب أن ينفذ بحسن نية. نقلا عن فيلاي علي: المرجع السابق، ص 39.

⁷ - جسد القانون المدني الفرنسي في المادة 1134 منه مبدأ سلطان الإدارة على إطلاقه بقولها: "الاتفاقات التي تبرم على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لمريمها".

⁸ - السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، ج1، المرجع السابق، ص 624.

-الأثر النسبي للعقد: أي أن العقد لا ينصرف آثاره إلا للمتعاقدين، فالحقوق والالتزامات التي يرتبها تلحق المتعاقدين دون غيرهما⁽¹⁾.

وهكذا نصل إلى القول بأنه تميزت العلاقات التعاقدية في ظل سيادة المذهب الفردي بطغيان حرية الفرد وتعسفه، فاحتل التوازن بهيمنة المتعاقد القوي على نظيره الطرف الضعيف، وينسب هذا التفاوت أصبحت تفرض شروط تعسفية تزايدت شديداً يوماً بعد يوم استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، وبسبب هذا التفاوت أصبحت تفرض شروط تعسفية تزايدت شدتها يوماً بعد يوم استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما جعل التشريعات التي اعتنقوا هذا المبدأ على إطلاقه إلى جانب الفقه ينادون بالحد من الحرية المطلقة ووضع مجموعة من القيود على هذا المبدأ، لإعادة التوازن القانوني والاقتصادي للعقد، إلا أن هذا التدخل من التشريع والفقه لم يكن تلقائياً، بل كانت بسبب ظهور عدة عوامل أدت إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة.

ثانياً: القيود المفروضة على مبدأ سلطان الإرادة

إن انتصار مبدأ سلطان الإرادة يعود إلى عدة عوامل اقتصادية وهي عوامل أدت إلى انتشار روح الفردية، وقامت الصناعات الكبرى وتأسست الشركات الضخمة، أدى إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية التي أدت بالضرورة إلى انتشار روح الاشتراكية، وقيامها في وجه المذاهب الفردية، وبذلك يكون هذا المبدأ قام على أساس اقتصادي وانكمش متأثراً بعوامل اقتصادية².

أ-أسباب تراجع مبدأ سلطان الإرادة:

إن تطور المجتمع خاصة في المجالين الاقتصادي والاجتماعي، أظهر نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، ويتجلى هذا التراجع في:

1-تطور وظيفة الدولة:

أحاط مبدأ سلطان الإرادة الشك من الناحية القانونية، فوجدوا الاشتراكيون المناخ المناسب للمناداة بتدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف، وتحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين عندما تؤدي الظروف الاجتماعية والاقتصادية إلى اختلاله، وهكذا تسلسل التدخل التشريعي رويداً رويداً على حساب مبدأ سلطان الإرادة،

¹ - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 40.

² - السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، ج 1، المرجع السابق، ص 147.

فتوالت القيود عليه¹، أي أن العقد الذي كان يجسد الإرادة الفردية أصبحت تتدخل فيه ارادة الدولة، فتأثرت نظرية العقد من المهام الجديدة لها، فأصبحت تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه².

2- تدخل المشرع لحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا واقتصاديا: مع ظهور المبادئ الاشتراكية بدأ تراجع هذا المبدأ معتبرا أن مصلحة مجموع هي فوق كل اعتبار، وعندما تتعارض المصلحة الجماعية مع المصلحة الفردية تتقدم الأولى على الثانية، هذه الأفكار كان لها الأثر البالغ في إضعاف مبدأ سلطان الإرادة، لأنها تقيم القانون على أساس التضامن الاجتماعي³، والذي يربط الفرد بالمجتمع والذي يقوم على مبادئ جديدة منها: المصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة، استقرار المعاملات أولى من حماية المتعاقد، المجتمع هو الذي يمنح الحقوق للأفراد ولا حق إلا إذا أسنده القانون، حقوق الأفراد ليست مطلقة بل مقيدة بالغاية أو المصلحة الاجتماعية التي رسمها القانون، مراعاة التفاوت الاقتصادي والثقافي والاجتماعي بين أفراد المجتمع⁴، ومن ذلك ابتداء ظهور العقد الموضوعي الذي يخضع لمقتضيات النظام العام، وإن دور الإرادة الذي أصبح مشكوكا فيه في كثير من العقود قد جعل جانب من الفقه يقول بتسمية "مبدأ موضوعية الإرادة"⁵، بدلا من مبدأ سلطان الإرادة، ويحافظ بذلك على الأساس الإرادي في انشاء الالتزام مع اعطاء هذا الأساس مفهوما نسبيا يخضع للتنظيم الموضوعي للقانون⁶.

ب- تقييد مبدأ سلطان الإرادة:

بدأ هذا المبدأ في أواخر القرن التاسع عشر يعاني من القيود، ومنها ما يمتد إلى أساسه فاهتر بشدة وأدت هذه الهزة إلى ما كاد أن يؤدي به وفيما يلي بيان أهم القيود:

1- القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد: إذا كان منطبق سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في

التعاقد وحرية في عدم التعاقد، إلا أنه وردت القيود الآتية على هذه النتيجة ويتمثل ذلك فيما يلي:

¹ - حمدي محمد اسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.ط 2006، ص 25.

² - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 40.

³ - محمد علي عبده: المرجع السابق، ص 24.

⁴ - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 41، 42.

⁵ - اعترف الفقه المعاصر والقوانين المدنية بهذا المبدأ في إنشاء التصرفات القانونية، وذلك في حدود الإرادة التي يفرضها القانون، حيث تستمد الإرادة إلى المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة، ومعايير العدالة. نقلا عن بسام مجيد سليمان: المرجع السابق، ص 12.

⁶ - المرجع نفسه، ص 13.

1-1- الحد من حرية التعاقد: إذ تجد قيد حظر في النظام العام والآداب¹، فإن الدولة الحديثة وجدت نفسها مضطرة تحت الضرورة الاقتصادية والاجتماعية إلى التدخل في أوجه النشاط الاقتصادي من أجل تحقيق الصالح العام للأفراد وقد ترتب على ذلك فرض كثير من القيود على حرية التجارة والصناعة ومن ثمة تتسع فكرة النظام العام²، في حدود معينة لتشمل عنصر جديد هو النظام العام الاقتصادي الذي يستهدف اشباع حاجات ضرورية أو مصلحة ينتج على عدم اشباعها حدوث اضطرابات معينة...، ويتصل هذا التوسع في مدلول النظام العام للمجموعة من الأهداف الضرورية التي تتعلق بمتطلبات التسعير الجبري وتوفير المواد الغذائية الضرورية وتنظيم عملية التصدير والاستيراد، والتعامل بالعملات الحرة والإتجار فيها... الخ³، فالنظام العام والآداب العامة هما من القيود التي ترد على مبدأ الحرية التعاقدية⁴.

1-2- الحد من حرية عدم التعاقد: إن حرية عدم التعاقد قد قيدت، فظهرت صور العقود الجبرية، التي يجبر الشخص على إبرامها كعقود التأمين الجبري من المسؤولية عن حوادث السيارات⁵.

2- القيود على حرية تحديد آثار العقد: كان من تأثير الأفكار الاشتراكية أن قامت القوانين بتحديد تلك الآثار في بعض العقود بقواعد آمرة ومن ذلك عقد العمل، فقد حددت التزامات وحقوق كل طرفيه وهو العامل ورب العمل تحديدا يكاد يكون شبه كامل.

الأصل أن العقد لا تنصرف آثاره إلا للمتعاقدين في الحقوق والواجبات التي يرتبها حيث أنها تلحق المتعاقدين دون غيرهما، وهذا هو الأثر النسبي للعقد، إلا أنه أصبح التعاقد يباشر بواسطة جماعات فتصرف آثاره إلى أطراف لم يكونوا في العقد كاتفاقات العمل الجماعية⁶.

¹ - محمد صبري السعدي: شرح قانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص 46.

² - يطلق الفقيه "هوريو" على عناصر النظام العام تسمية الثلاثية التقليدية التي تظهر في الأمن العام، الصحة العامة والسكينة العامة. نقلا عن نسيغة فيصل: النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، د.س.ن، ص 172.

³ - محمد عصفور: البوليس والدولة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، مصر، د.ط، 1971، ص 97-98.

⁴ - "l'ordre public et les bonne moeurs limitent aussi de façon traditionnelle la liberté contractuelle", jacques Ghestin, op-cit, p 25.

⁵ - يكون الشخص ملزما تحت طائلة عقوبات مدنية وجزائية بالتأمين على السيارات، وبنظام التعويض عن الأضرار، تطبيقا للأمر رقم: 15-74 المؤرخ في 06 محرم 1394ه الموافق ل 30 يناير سنة 1974 يتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر، العدد 05، المؤرخة في 19 فبراير 1974. المعدل والمتمم بقانون رقم: 31-88 المؤرخ في 19-07-1980، ج ر، عدد 15 مؤرخة في 1988، حيث نصت المادة الأولى الفقرة الأولى منه: "كل مالك مركبة ملزم بالاكتاب في عقد التأمين...".

⁶ - محمد صبري السعدي: شرح قانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 47.

كما ذهبت التشريعات المدنية إلى فرض بعض الشكليات لمراقبة المعاملات لصحة قيام العقد، فإن اتفاق المتعاقدين يقع مجردا من أي أثر لا سيما إذا كان الشكل مفروضا بإرادة المشرع، وانطلاقا من غايات ومصالح العليا للدولة، وعديدة هي القيود التي يعتبر فيها الشكل قيذا على مبدأ الرضائية، وركنا لازما للصحة قيام العقد¹.

وفيما يتعلق بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقود أو لإعفاء أحد طرفي العقد من بعض الشروط، أو لإنهائه بناء على طلبه².

مع الإشارة بأن المشرع الجزائري تأثر بمبدأ سلطان الإرادة لكنه لم يطلق له العنان، حيث أنه تبناه بتحفظ أي أنه استفاد المشرع الجزائري من التطور الذي لحق هذا المبدأ، والقيود التي فرضت عليه وهذا ما نلاحظه من نص المادة 106 من ق م ج³، التي جاء فيها: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون". ومنه أخذ المشرع الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في حدود القانون متأثرا بالمذهب الاشتراكي.

كما أنه سائر المشرع الجزائري التدخل في العقود بسبب الظروف الطارئة، وذلك بإقراره إجازة تعديل الالتزامات التعاقدية من طرف القاضي حسب المادة 107 من ق م ج.

وهكذا حدى أغلب المشرعين من مبدأ سلطان الإرادة، وإن بقي الاعتراف به كأصل أي كمبدأ عام، إلا أنه تحكمه مجموعة من الاستثناءات التي تقيده لعدم الإضرار بالطرف الأكثر ضعفا في العلاقات التعاقدية.

رغم جهد الفقه والتشريع من الحد من التفاوت في العقود بين أطراف العلاقة التعاقدية إلا أنه لم ينجح إلى حد كبير من عرقلة مد حركة التعسف وفرض شروط وإساءة استعمال القوة الاقتصادية من قبل مالكيها، مما أدى إلى ظهور نوع آخر من السيطرة والجور وهي عقود الإذعان مما أدى إلى تعسفها والزيادة في ظهور الشروط التعسفية.

¹ - محمد علي عبده: المرجع السابق، ص 15.

² - محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني، ج 1، المرجع السابق، ص 47.

³ - الامر رقم: 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975 المعدل والمتمم بالقانون:

- القانون رقم: 88-14 المؤرخ في 03/05/1988، ج ر، العدد 18 المؤرخة في 04/05/1988.

- وبقانون رقم: 10-05 المؤرخ في 20/06/2005، ج ر، عدد 44 المؤرخة في 26/06/2005.

- وبقانون رقم: 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، ج ر، عدد 31 المؤرخة في 13/05/2007.

الفرع الثاني

التعسف في عقود الإذعان

تدارك المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني سنة 1975 بعض من ثغرات القانون الفرنسي متماشيا وفكرة العصرية، متفاديا بذلك القصور الذي كشفت عنه التطورات الاقتصادية الحديثة فتبنى حماية الطرف الضعيف بأن صاغ نظرية عقود الإذعان، لذلك حاولنا في هذا الفرع أن نبين مفهوم عقود الإذعان (أولا)، ثم مظاهر اختلال التوازن في عقد الإذعان (ثانيا).

أولا: مفهوم عقد الإذعان

لقد تولى الفقه تعريف عقد الإذعان وتحديد خصائصه في ظل غياب تعريف تشريعي، كما ينبغي الإشارة إلى تكوين هذا العقد.

أ- تعريف عقد الإذعان:

اجمع الفقه على تعريف عقد الإذعان انه هو العقد الذي يسلم فيه القابل بالمحتوى العقد الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، كما يذكر الموضوع الذي يرد عليه الانعقاد(سلف أو مرفق ضروري)¹. هو عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله². حيث نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على " أنه اذا تم العقد بطرق الإذعان، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي طرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

غير أننا نشير هنا إلى السلطة الواسعة التي منحت للقاضي على خلاف المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد، وللقاضي أن يعفي الطرف المذعن من الشروط التعسفية التي تتضمنها عقود الإذعان، وله تقدير ما إذا كان البند تعسفيا فيعدله كلياً أو يلغيه، وهذا وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة من ضرورة حماية الطرف المذعن بوسائل شتى في ظل المبادئ العامة³.

¹ - سلمة بن سعدي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص 42.

² - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 60.

³ - بلحاج العربي: الالتزامات، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1995، ص 250-

وعليه نلاحظ في المادة السابقة أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات العربية لم يتطرق إلى تعريف عقد الإذعان في القواعد العامة بل اورد كيفية حصول القبول فيها.

ب- خصائص عقد الإذعان:

يتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة الى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي¹، كما أن عدم امكانية مناقشة شروط العقد أو عدم جدوى تلك المناقشة تعتبر خاصية ومعيار تمييز بين عقود الإذعان وغيرها من العقود².

ويجدر بنا الإشارة هنا أنه باعتبار عقد الإذعان هو عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل فيها المناقشة، ويكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي وموضوع مناقشة محدودة النطاق لابد من التطرق إلى كل من خصائص الإيجاب والقبول في هذا النوع من العقود.

1- خصائص الإيجاب في عقد الإذعان:

يعد القبول في عقد الإذعان مجرد تسليم بشروط مقررة أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين³، وهذا ما أكدته المادة 100 من التقنين المدني المصري بنصه أن القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها⁴.

كما يشترط أن يكون العرض عاما موجهها إلى الجمهور كله وليس إلى شخص معين بذاته وهو ايجاب دائم على نحو مستمر ويجب أن ينشر بحيث يكون في وسع الجمهور أن يطلع عليه⁵.

فالإيجاب في عقود الإذعان يتصف بالديمومة والعمومية ويكون شاملا لكل شروط العقد ولا يقبل بشأنها مناقشة، وتظهر أهميته في كونه صادر عن مهني متمرس بالحياة العملية ويعرف الالتزامات التي يضعها العقد على عاتقه وعلى عاتق الطرف الآخر فيقتصر على مجرد التسليم بالشروط المقررة دون مناقشة⁶.

¹ - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 60.

² - محمد حسن قاسم: مبادئ القانون "مدخل الى القانون والالتزامات"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط، 1997، ص 20.

³ - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 61.

⁴ - محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 20.

⁵ - محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات "العقد والارادة المنفردة"، ج1، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 1992، ص 130.

⁶ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 59.

وعليه يكون عقد الإذعان نتاج اتفاق إرادتي الطرفين وهولا يكسب قوة ملزمة في مواجهة المذعن إلا ابتداء من اللحظة التي يعبر فيها هذا الأخير عن رضاه بالعقد ويبقى بذلك نموذج العقد المحرر مجرد مشروع عقد ولا تكون له أية قوة ملزمة إلا إذا اقترنت إرادة الطرف المذعن¹.

2- خصائص القبول في عقد الإذعان:

إن القبول في عقد الإذعان هو مجرد التسليم لشروط مقررة والحقيقة إن مجرد التسليم في القانون لا يتميز عن القبول في عقود المساومة، حيث أن التسليم يكون عن طريق الرد الإيجابي بأي وسيلة ويبدو أن المشرع أراد بهذا التعبير إبراز ضعف الطرف المذعن والتفاوت الاقتصادي والاجتماعي بين طرفي عقد الإذعان².

ويلاحظ أن القبول في عقد الإذعان مجرد إذعان بما يمليه الموجب لما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى له عنه، فهو مضطر للقبول فرضاءه موجود لكنه مفروض عليه فهو مجبر على التعاقد لكن هذا الإكراه ليس هو المعروف في عيوب الإرادة بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه بعوامل نفعية³.

وعليه بالرجوع إلى المادة 70 من ق.م.ج بقولها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها". فإن الإيجاب في عقد الإذعان هو من عمل الطرف القوي وحده الذي يصنع الشروط ولا يقبل مناقشتها فلا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة⁴.

ج- طبيعة عقد الإذعان:

لقد حسمت القوانين العربية النزاع في هذه المسألة بانضمامها إلى النظرية العقدية، لأن القابل يملك الحرية التعاقدية، فهو حر الإرادة في إتمام العقد أو رفض إبرامه⁵.

وهكذا استخلص أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقداً، وكذا خطورتها إذا كانت تهدف إلى الوصول إلى إعطاء فعالية قانونية للإرادة المنفردة واعطاء سلطة تنظيمية للمؤسسات الخاصة وذلك خلافاً للإرادة العامة⁶.

¹ - حولة خادم محمد: القوة الملزمة لعقد الإذعان، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، الامارات العربية المتحدة، العدد الأول 2006، ص 374.

² - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 61.

³ - السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، منشورات الحلي الحقوقية، بيروت، د.ط، 1988، ص 229.

⁴ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 44.

⁵ - أحمد سمير قرني: المرجع السابق ص 49-50.

⁶ - لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط، 1990، ص 33.

وعليه يرى غالبية الفقهاء أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بموافقة إرادتين ويخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، ومهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر فإن هذه ظاهرة اقتصادية لا ظاهرة قانونية وعلاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد عن عقد حقيقي بل يكون بإحدى الوسيلتين:
- وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونون على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.
- وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي ليحكم عقود الإذعان¹.

ثانيا: مظاهر اختلال التوازن في عقد الإذعان

نظرا لتباين القوى واختلال التوازن بين أطراف العلاقة التعاقدية في انفراد أحد أطرافها على السلع الضرورية، وكذا سيطرته قانونيا بوضعه بنود العقد ولا يكون أمام الطرف المدعن إلا الخضوع لشروط العقد، كما يجدر بنا الإشارة إلى أن خضوع هذا الأخير لا علاقة له بصور التعسف.

أ- السيطرة على السلع والخدمات الضرورية:

إن سبب اختلال التوازن الاقتصادي بين المحتكر والمدعن هو التفوق الاقتصادي وهذا ما بينته محكمة النقض المصرية حيث اشترطت أن يكون العقد عقد إذعان يجب أن يكون الموجب في وضع اقتصادي احتكاري سواء كان الاحتكار قانونيا أو فعليا بحيث يعطيه الغلبة الاقتصادية بشكل واضح².
وعليه يمكن القول أن التفوق الاقتصادي هذا يمنح للمحتكر السيطرة على تكوين العقد، الأمر الذي جعل الإرادة التشريعية تتدخل لضبط توازن العقد عند اختلاله من خلال المواد 110، 111 و112 من القانون المدني الجزائري.

ب- خضوع المدعن لشروط المحتكر:

إن اختلال التوازن في عقد الإذعان منشأه غياب القدرة على المناقشة فيما يتعلق بشروط هذه العقود³، أي أن هذه الشروط غير قابلة للنقاش ولا يجوز للموجب له ان يقترح أي تعديل كان فله أن يقبل أو يرفض الإيجاب جملة واحدة⁴.

¹ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 45 .

² - نساح فاطمة: مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998، ص 09.

³ - عرعارة عسالي: التوازن عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014-2015، ص 153.

⁴ - فيلاي علي: المرجع السابق، ص 61.

والطرف الموجب هنا متفوق اقتصاديا بدرجة كافية حيث نلاحظ أن القوة الاقتصادية للموجب هي شيء ضروري لأن الطرف القوي في عقد الإذعان غالبا ما يكون محتكرا للسلعة أو الخدمة وغياب مناقشة بنود العقد مما يعطي القوة الملزمة للإيجاب في عقود الإذعان¹.

بينما القبول في عقود الإذعان عبارة عن رضوخ وتسليم لإرادة وشروط الموجب، ويظهر من هذا أن القبول في عقود التراضي يقابله التسليم بشروط الموجب في عقود الإذعان ويمكن تشبيه التسليم والقبول في عقود الإذعان بقبول الوصية من قبل الموصى له.

ولما أصبح عليه الأمر من عدم تحقق مبدأ المساواة الفعلية بين طرفي العقد لأن الطرف القابل يقبل بها لأنه مضطر إلى ذلك، "وهذا خلافا للمبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد"، كان للمشرع التدخل بمنح القاضي سلطة تعديل بنود عقد الإذعان وفقا لما تقتضيه قواعد العدالة².

ج- علاقة خضوع المدعن بصور التعسف:

إن تحرير بنود العقد مسبقا من طرف الموجب لا تعني حالات التعسف ذلك أن تقدير مدى تعسف الشروط الواردة في العقد متروكة للسلطة القاضي، أن الموجب يعتبر متعسفا ومخطئا ومتجاوزا للحق وهو يقوم وفق هذا المعنى بعمل غير مشروع يندرج ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية³، حددت المادة الخامسة من القانون المدني المصري حالات الاستعمال غير المشروع للحق بقولها "يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية⁴، وهي نفس الأحوال ومعايير التعسف التي أوردها، المشرع الجزائري في المادة 124 مكرر من القانون المدني.

1- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

2- إذا كان يومي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.

3- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

وعليه ساهم التطور الاقتصادي والتكنولوجي في تلبية حاجات الأفراد من جهة وخلق نوع من الاجحاف في بعض العقود من جهة أخرى، وعليه خضوع المدعن لهكذا عقود لا يعد إكراها وعليه لا

¹ - حولة حاد محمد: المرجع السابق، ص 373 .

² - نعالج الشروط التعسفية وسلطة القاضي في تعديلها أو الاعفاء منها في الفصل الثاني تفاديا للتكرار ولتتلاءم مع ما سوف نتعرض له .

³ - عرعارة عسالي: المرجع السابق، ص 157.

⁴ - محمد حسن قاسم: المرجع السابق، ص 221.

يعتبر عيب من عيوب الإرادة ، وكذا انعدام المناقشة ليس له علاقة بصور التعسف في استعمال الحق ذلك أن المشرع لم يدرج هاته الصورة (عدم امكانية المناقشة) ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من ق.م.ج.

بعدها تطرقنا في هذا المطلب إلى بؤادر ظهور الشرط التعسفي، حيث كان السبب الاول يعود إلى أنه كانت للإرادة السلطان الأكبر في إبرام العقود وتحديد آثاره، إلا أن المشرع الجزائري في ظل القانون المدني على وجه الخصوص لم يتبنى مبدأ سلطان الإرادة على اطلاقه كما سبق التطرق إليه، بل أخذ في عين الاعتبار القيود التي فرضها المنطق والواقع حفاظا على النظام والمصلحة العامة.

رغم كل هذا الحرص ظهر عقد آخر أدى إلى خلق التفاوت وعدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة وهي عقود الإذعان، فأصبح بموجب هذه الأخير تفرض شروط لمصلحة الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف والذي لا يملك سبيل التفاوض فيها، فحاول المشرع من خلال القانون المدني استيعاب الامر لضبط التوازن العقدي بمنح القاضي التدخل في هذا النوع من العقود كما سبق تفصيله. كل هذا كان في سبيل الحد من التعسف، وفرض شروط تمنح أحد أطراف العقد امتيازاً تفوق الطرف الثاني.

إلا أن القانون المدني في سبيل تحقيق غايته بإقرار الحقوق لأصحابها، اصطدم بمجتمع آخر اطلق عليه "المجتمع الاستهلاكي" فظهرت مصطلحات غريبة على هذا القانون من بينها: المستهلك، المحترف، المتدخل، المهني، الخدمة، المنتج، عقد الاستهلاك...، ومنه لم يستطع القانون المدني توفير حماية للطرف الضعيف، مما استوجب وجود تنظيم خاص للحماية المستهلك ونتيجة لذلك: اعتبرت الشروط التعسفية من أهم المواضيع التي استوجبت تنظيماً خاصاً من المشرع ومنه سنتطرق إلى الاطار الخاص بالشروط التعسفية في القانون الجزائري.

المطلب الثاني

مفهوم الشروط التعسفية

يمثل الشرط التعسفي¹ أحد أسباب اختلال التوازن العقدي في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، والتي تكون في العادة للمصلحة الطرف المتفوق اقتصادياً على حساب الطرف الضعيف وهو

¹ - ظهرت فكرة الشروط التعسفية أولاً في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1962، ثم انتقلت هذه الفكرة إلى أوروبا، حيث بدأت التشريعات المتضمنة مكافحة الشروط التعسفية تظهر منذ السبعينات حيث ظهرت في السويد عام 1971، وبريطانيا في سنة 1973 والدنمارك في 1974 وألمانيا 1976 وفرنسا 1978، وكرست اجتهاداً قضائياً لقانون العام يسمح للقاضي بإبطال أي شرط يبدو تعسفياً. نقلاً عن بودالي محمد،:مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص 233.

المستهلك⁽¹⁾، فلاحظ الباحثون لجوء المحترفين إلى ايراد الشروط التي تخدم مصالحهم في العقود التي يبرموها مع المستهلكين، والتي عرفت تنوعا واتساعا في مداها وانتشار مذهبها في مجتمعات الدول الصناعية التي تعرف انتاجا ضخما، وتوزيعها جماهريا، والتي تعارف على تسميتها قانونا بالشروط التعسفية ومن الطبيعي أن تكتسح هذه الظاهرة أيضا الدول النامية التي تشهد تداولا وتوزيعا لنفس السلع والخدمات دونما رادع أو رقيب⁽²⁾.

وعليه يستوجب علينا دراسة النظام القانوني للشروط التعسفية في القانون الجزائري على وجه الخصوص، وذلك بالتطرق إلى تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول)، ثم بيان المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري للتصريح بالطابع التعسفي للشرط التعاقدية (الفرع الثاني) وأخيرا سنتناول أنواع الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف الشرط التعسفي

تعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يثقل كاهل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، باعتبارها مجحفة تنال من رضائه ويصعب التفاوض بشأنها.

وحتى يتسنى لنا الوقوف على المفهوم الحقيقي للشرط التعسفي يجدر بنا البحث في تعريف الشرط التعسفي (أولا) وتحديد عناصره (ثانيا)، وبعد ذلك تمييزه عن الأنظمة المشابهة له (ثالث).

أولا: المقصود بالشرط التعسفي

لقد تعددت وتنوعت تعاريف الشرط التعسفي بين تعاريف فقهية وتعاريف تشريعية

أ- التعريف الفقهي للشرط التعسفي:

اختلف الفقه في تعريف الشروط التعسفية باختلاف زاوية النظر إليها وبرزت ثلاثة آراء لتعريفه:

¹ - قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2004-2005 ص 267.

² - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، "دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر"، دار هوم، الجزائر، ط 2، 2010، ص 16.

-**الرأي الأول:** ينظر انصار هذا الرأي للشرط من جهة طرف العلاقة الاستهلاكية، ومصدره حيث عرف بأنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير للسلطة الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة محففة"¹.

-**الرأي الثاني:** ينظر انصار هذا الاتجاه للشرط التعسفي من حيث طريقة فرضه، فقد عرف من جانبهم بأنه "الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والذي يخوله ميزة فاحشة على الطرف الآخر"².

-**الرأي الثالث:** ركز أنصار هذا الاتجاه في تعريفهم للشرط التعسفي حول أثره على العلاقة العقدية وتوازنها بأنه "شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمرتبطة على عقد الاستهلاك، تتمثل في مكافأة هذا المهني. يميزه نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك"³.

وهناك من الفقه من حاول الجمع بين هذه الآراء لإعطاء تعريف شامل للشرط التعسفي على أنه "هو ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي أعماله إلى عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الطرفين وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد، وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة"⁴.

ب-التعريف القانوني للشرط التعسفي:⁵

الأصل أن التعريف ليس من المهام المنوطة بالمشرع والذي يفترض منه أن يسطر نقاط للسير والتوجيه أكثر من إيراد تعاريف مقيدة للقاضي فيما بعد، إلا أن المشرع الجزائري أعطى تعريف للشرط التعسفي⁶، بموجب المادة الثالثة الحالة الخامسة من القانون رقم: 02-04 م م⁷: "أنه يقصد في مفهوم هذا القانون بما

¹ - السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد "دراسة مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، د.س.ن، ص 32.

² - سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 1988، ص 50.

³ - عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2004، ص 402.

⁴ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن "دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي"، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د.ط، 2006، ص 261.

⁵ - لم يتعرض القضاء الجزائري لتعريف الشرط التعسفي ولعل السبب في ذلك راجع إلى كون أن المشرع الجزائري تطرق إلى تحديد مفهومه ولم يترك أي مجال للقضاء.

⁶ - زغودي عمر: تعديل أحكام المسؤولية المدنية في العلاقة الاستهلاكية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص القانون الاقتصادي، كلية لحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون تيارت، الجزائر، 2012-2013، ص 43-44.

⁷ - القانون رقم: 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004، ج ر عدد 41 مؤرخة في 27 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 05 رمضان 1431 الموافق ل 15 أوت 2010، ج ر عدد 46 مؤرخة في 18 أوت 2010.

يأتي...- شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

على الرغم من تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي إلا أنه لا يخلو من النقص وعدم الدقة ويظهر ذلك على وجه الخصوص فيما يلي:

- لم يدقق المشرع في تبين صفة أطراف العقد، أي لم يبين مجال تطبيق الشرط التعسفي.
- كما كان غامضا حول مدى قابلية تطبيق هذا النص على العقود المبرمة بين المتدخل والمستهلك، أم يمتد نطاقها أيضا لتلك العقود المبرمة بين المتدخلين فقط¹.

- كما أن المشرع أخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد في تعريفه للشرط التعسفي، وهذا المعيار يعتبر معيار عام يحيل إلى مفهوم عدم التوازن العقدي الذي يعتبر مفهوم واسع، وتم الرد على الانتقادين الأول والثاني تأسيسا على المادة الأولى من قانون رقم 02-04 م م⁽²⁾، بأن المشرع الجزائري وسع الحماية من الشروط التعسفية إلى كل من المستهلك والمستهلك المهني.

ثانيا: عناصر الشرط التعسفي

من التعاريف السابقة الذكر للشروط التعسفية نستخلص أنه لوصف شرط أو بند بأنه تعسفي، ينبغي تتوافر فيه العناصر الآتية:

- أن يكون مجال الشروط التعسفية عقد استهلاك يغلب عليه وصف الإذعان.
- أن يكون العقد مكتوبا.
- أن يؤدي الشرط إلى إحداث إخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.
- أ- أن يكون مجال الشروط التعسفية عقد استهلاك يغلب عليه وصف الإذعان:

لقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني على كيفية رضوخ القابل لشروط المقررة التي يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وهذه الصفة تنطبق على صور كثيرة من صور العقود التي لا يكون فيها

¹ - منال بوروح: ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، تخصص قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 01، الجزائر، 2014-2015، ص 25.

² - نصت المادة الأولى من القانون رقم: 02-04 المعدل والمتمم "هذا القانون يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين...".

تكافؤ أو توازن من الناحية الاقتصادية لأطراف العقد¹. ومنه يمكن القول بأن المشرع الجزائري وسع من دائرة تطبيق عقود الإذعان² إلا أننا نشير هنا بأنه لتطبيق الحماية المقررة في القوانين الخاصة كان لا بد أن تكون الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك يغلب عليها وصف الإذعان، حيث أنه لا يمكن التمسك بالطابع التعسفي لأي شرط وارد في عقد استهلاك يخضع إلى المساومة والمفاوضة بين المستهلك والمهني³.

ب- أن يكون العقد مكتوباً:

اعتبرت المادة الثالثة الحالة الرابعة الفقرة الأولى من قانون رقم: 04-02 م م أن عقد الاستهلاك الذي يكون مجالاً للشروط التعسفية يجب أن يكون محرراً مسبقاً وبالتالي تكون الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري مقتصرة على شرط الكتابة، والمقصود بالكتابة في هذا المقام ليست الكتابة الرسمية، وإنما مجرد إيراد الشروط العامة للمتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المهني⁴، كما هو الحال في وثائق طلب الشراء، الفاتورة سند الضمان، وصل التسليم... الخ⁽⁵⁾.

ج- أن يكون الشرط سبب في اختلال الظاهر للتوازن العقد:

هذا ما أكدته المادة الثالثة في حالتها الخامسة من قانون رقم: 04-02 م م على أن الشرط التعسفي الذي يكون من شأنه إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد⁽⁶⁾.
ومنه لا اعتبار الشرط المدرج في العقد أنه من الشروط التعسفية، هي التي تكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلق على حساب المستهلك أو غير المهني عدم التوازن في الحقوق والتزامات أطراف العقد، وهو معيار نتولى بحثه ضمن الفرع الثاني من هذا المطلب.

¹ -سوالم سفيان: الحماية القانونية من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية العميقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف، سوق اهراس، الجزائر، العدد الرابع جوان 2016، ص 125.

² - يرى الفقيه السنهوري أن عقود الإذعان لا تكون إلا في دائرة معينة تحددها الخصائص التالية:

- تعلق العقد بسلعة أو مرفق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمنتفعين،

- احتكار الموجب لهذه السلعة احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو على الأقل سيطرته عليها تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق،

- صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي المدة غير محدودة. نقلاً عن السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، (مصادر الالتزام)، ج 1، المرجع السابق، ص 293-294.

³ - سنتطرق إلى ماهية عقود الاستهلاك بأكثر تفصيل في البحث الثاني من هذا الفصل عند حديثنا على نطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية.

⁴ - زغودي عمر: تعديل أحكام المسؤولية المدنية في العقود الاستهلاكية، المرجع السابق، ص 46.

⁵ - نصت المادة الثالثة الحالة الرابعة في الفقرة الثانية من القانون 04-02 م م أنه: "يمكن أن يتخذ العقد في شكل طلبية، أو فاتورة، أو سند ضمان، أو جداول، أو وصل تسليم، أو سند، أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن خصوصيات، أو مرجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفاً".

⁶ - زغودي عمر: تعديل أحكام المسؤولية المدنية في العلاقة الاستهلاكية، المرجع السابق، ص 46.

ثالثا: تمييز الشرط التعسفي عن الأنظمة المشابهة

يقترّب الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعتبر هي الأخرى من الشروط التعاقدية، وعلى وجه التحديد يمثل كل من الشرط الجزائي والشرط النموذجي أكثر المفاهيم تداخلا مع مفهوم الشرط التعسفي، ومنه وجب التطرق إلى التمييز بين هذه الأنظمة.

أ- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي:

يقضي قبل تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي تعريف هذا الأخير، أما الشرط التعسفي سبق تعريفه وبيان عناصره

1- تعريف الشرط النموذجي:

هو مجرد صيغة معدة من قبل منظمة مزودة أو شركة وهذه الصيغة مخصصة للعمل بها كنموذج لعقود تبرم مستقبلا، والتي تتعلق بموضوعات قانونية ستبرم عند الحاجة فيما بعد.

كما عرف بأنه: عقود تنطوي على حقيقة التعاقد وتحميل الاطراف فيها إلى نموذج وضعته وأقرته سلطات عامة أو هيئات نظامية مثل التجمعات المهنية والوطنية، وقد ترد الشروط النموذجية أحادية التحرير في الوثيقة المكونة للعقد سواء كان مكونا من ورقة واحدة أو عدة أوراق وقع عليها المتعاقدين¹.

2- أوجه الشبه بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي:

الشرط التعسفي يتفق مع الشرط النموذجي لأن كلا منهما لا يقبلان التفاوض، لأن المستهلك لا يملك سلطة تعديل أي من الشرطين.

3- أوجه الاختلاف بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي:

إن الشرط التعسفي لا يشترط أن يعد مسبقا من قبل منظمة أو هيئة على عكس الشرط النموذجي، وأيضا أن العقد الذي يشمل الشرط النموذجي يمكن أن يكون موجهها للعامة، أما الشرط التعسفي لا يوجه إلى العموم².

¹ - مريم بوحظيش: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2015-2016، ص 21-22.

² - بوشارب إيمان: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2012، ص 133.

كذلك يمكن أن نستنتج أن الشرط النموذجي أخف وطأة على المستهلك، بينما الشرط التعسفي يوضع خلافا للمصلحة المستهلك، وخلافا لمبدأ حسن النية، أما الشرط النموذجي فليس بالضرورة أن يوضع خلافا لهذا المبدأ¹.

ب- تميز الشرط التعسفي عن الشرط الجزائي:

سنقوم بتعريف الشرط الجزائي أولاً ثم نقوم بالتمييز بينه وبين الشرط التعسفي

1- تعريف الشرط الجزائي:²

هو ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدين مسبقاً وبطريقة جزافية التعويض المستحق في حالة اخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدية، فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض ويكون القصد منه غالباً استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض والتخلص من عبئ إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض³.

2- أوجه الشبه بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي:

يتبين لنا أن هناك مقومات مشتركة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي من حيث كونهما شروط تقترن بالعقد ويقيدان حكمه بالتعديل في أثر العقد، وكيفية تنفيذه⁴.

3- أوجه الاختلاف بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي:

يتميز الشرط الجزائي بأنه التزام تابع للالتزام الأصلي⁵، على عكس الشرط التعسفي الذي يعتبر التزاماً أصلياً كما أن سلطة المحكمة في إعادة التوازن العقدي في العقد المقترن بالشرط التعسفي تختلف عن سلطتها في الشرط الجزائي، فإعادة التوازن العقدي يكون وجوبياً على المحكمة في حالة العقد المقترن بالشرط التعسفي طبقاً للقوانين الخاصة بحماية المستهلك، الأمر الذي يختلف عن سلطتها طبقاً للقواعد العامة في

¹ - بوشارب إيمان: المرجع السابق، ص 134.

² - لم يعرف المشرع الجزائري الشرط الجزائي واكتفى بتأكيد شرعيته في المادة 183 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري حيث نصت: "يجوز للمتعاقد أن يحدد مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق...".

³ - السنهوري عبد الرزاق: الوسيط، آثار الالتزام، الإثبات، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 1998، ص 851.

⁴ - إيمان طارق الشكري: أثر الشرح في حكم العقد "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية الحقوق، العراق، 1998، ص 11.

⁵ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 64.

القانون المدني بتعديل العقد المقترن بالشروط الجزائي، حيث تكون سلطتها في التعديل بناء على طالب أحد طرفي العقد¹.

الفرع الثاني

معايير الشرط التعسفي

تبنى أحكام القانون المدني على معيار العدالة كأساس يعتمد عليه القاضي في إصدار حكمه وتقرير ما إذا كان البند الوارد في عقد الإذعان تعسفياً أم لا، أصبح تقليدياً وقاصراً مما أدى إلى ظهور معايير أخرى أكثر حداثة بداية بمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (أولاً)، معيار الميزة المححفة (ثانياً)، معيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات (ثالثاً).

أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

اعتبر المشرع الفرنسي الشرط تعسفياً حسب ما جاء في المادة 35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978² إذ ورد فيها تعتبر الشروط تعسفية التي يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي³.

من خلال هذه المادة يتبين أنه لا بد لاعتبار الشرط تعسفياً توفر عنصر اقتصادي يتمثل في تعسف النفوذ الاقتصادي⁴.

لكن هذا المعيار تعرض للانتقاد لكونه غامض جداً، فصحيح أنه لفرض شرط فاحش يجب أن يكون النفوذ، لكن ليس مرادفاً للقوة فهناك حربي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية⁵.

¹ - إيمان طارق الشكري: المرجع السابق، ص 12.

² - ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن المادة 35 من ق.ا.ف. قد حددت على الأقل أربعة معايير تتضافر من أجل تحديد المقصود بالشروط التعسفية، فحسب هذا الرأي يشترط أولاً: أن يندرج الشرط ضمن عقد مبرم بين محترف ومستهلك، ثانياً: يشترط أن يحصل المحترف من وراء هذا الشرط على فائدة مادية مفرطة ومبالغ فيها، ثالثاً: يجب أن يفرض هذا الشرط على المستهلك، رابعاً: يجب أن يحصل المحترف على الفائدة المفرطة عن طريق التعسف في استخدام قوته الاقتصادية. نقلاً عن ابراهيم عبد العزيز داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك" الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2014، ص 105.

³ - عرعارة عسالي، : المرجع السابق، ص 180.

⁴ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 46.

⁵ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 67.

وعليه فإن غالبية الفقه يرى أن معيار التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي غير دقيق ومبهم، لأنه لا يستند إلى مقومات تحدد هذا التفوق كما أثبتت الممارسات العملية أن قوة المهني تكمن في تفوقه الفني والتقني أكثر مما تكمن في وضعه الاقتصادي¹.

ولتوضيح مفهوم الوضع الاقتصادي للمتدخل فإنه لا بد من الرجوع إلى المادة الثالثة من القانون 03-03 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 08-12 المتعلق بالمنافسة²، لمقارنة ذلك بتعسف النفوذ الاقتصادي المسيطر فيها على أن مفهوم الوضع المسيطر أو الهيمنة لم يحض بتعريف واضح، والتشريعات لم تعرفه أيضا ولكن حسب السلطات القضائية للاتحاد الاوربي فالوضع المسيطر أو المهيمن في قانون المنافسة هي: "القوة الاقتصادية المحوزة من طرف مؤسسة والتي بموجبها تستطيع إعاقة المنافسة الفعلية في السوق وانتهاج سلوك يتسم بقدر كاف من الاستقلال إزاء منافسيها وعملائها واخيرا إزاء المستهلكين"³.

ثانيا: معيار الميزة المفرطة

لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد المستهلك تعسفيا فإنه يجب أن يكون مفروضا بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل لذلك ييدر من المهلة الأولى أن هذا المعيار الثاني يعتبر نتيجة للمعيار الأول أي أن الميزة الفاحشة هي النتيجة لاستخدام النفوذ الاقتصادي بطريقة تعسفية، ويعتبر مرتبطا به بعلاقة سببية⁴.

وقد حل معيار الميزة الفاحشة محل معيار عدم التوازن الظاهر، والذي نص عليه مشروع القانون الفرنسي رقم: 23-78 والمقدر من طرف الحكومة لكن الصياغة التي جاء بها المشروع أثارت مسألة الغبن لذلك اعتبرت غامضة⁵.

وكذلك يمكن الاستدلال على تعسف النفوذ الاقتصادي من خلال ما سبق قوله في صدد تعريف الشرط التعسفي من وجود عدم توازن في العملية العقدية، خلال غياب حسن النية وكون موضوع الشرط

¹ -مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 48.

² -الأمر رقم: 03-03 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر. عدد 43 مؤرخة في 20-07-2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 08-10 المؤرخ في 25-06-2008 ج.ر. عدد 36 مؤرخة في 02-07-2008 والقانون رقم: 10-05 المؤرخ في 15-08-2010 ج.ر. رقم 46 مؤرخة في 18-08-2010.

³ -عرعارة عسالي: المرجع السابق، ص 182.

⁴ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 71.

⁵ - مولود بغدادي : المرجع السابق، ص 49.

أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات المهني وإضافة إلى ذلك تعسف النفوذ الاقتصادي يؤدي إلى حصول المهني على ميزة فاحشة¹.

ثالثا: معيار الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات

ظهر في البداية معيار عدم التوازن الظاهر بين الالتزامات، الذي استبعد وحل محله معيار الميزة الفاحشة، ولكن هذا الوضع لم يدم إذ أن المشرع الفرنسي عاد فأخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن، إلا أن البعض رأى في هذا الصدد أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، أي أن مفهوم معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو نفسه معيار الميزة المفرطة من حيث الموضوع، على أن الاختلاف يكمن فقط في التسمية².

وعمقتى قانون 95-96 تخلى المشرع الفرنسي عن معيار الشرط التعسفي المتمثل في النفوذ الاقتصادي وقد كان يهدف من وراء ذلك محاربة الشروط التعسفية كيفما كانت القوة الاقتصادية للمهني، أما عن كون التعريف الجديد لم يشير إلى معيار الميزة الفاحشة، مرده أن الأمر يتعلق بنفس الفكرة ثم التعبير عنها بمصطلحات مختلفة فالميزة الفاحشة في نهاية الأمر تعني عدم التوازن الشاسع بين أداءات الأطراف المتعاقدة، كما أنها تكون كنتيجة لعدم التوازن القائم بين حقوق والتزامات الطرفين³.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بهذه المعايير الجديدة⁴. ويظهر ذلك من خلال نص المادة الثالثة الفقرة الخامسة من قانون رقم: 04-02 م م بقوله: "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 المشرع الجزائري بتعريفه للشرط التعسفي ما هو إلا استمرار لتصوره في إقامة توازن في العلاقة العقدية وذلك عندما تبني سابقا نظرية الإستغلال وتبني نظرية الإذعان في هذا التصور فهو لم يتبع القانون الفرنسي بل إن المشرع الجزائري كان أكثر جرأة وتبني نظرية الحوادث الطارئة وهذا يؤكد أن المشرع الجزائري في قواعده العامة يأخذ عمليا بفكرة التكافؤ بين الأداءات المتقابلة والتوازن العقدي ككل في العلاقة العقدية، أما المشرع الفرنسي سلم بهذه الفكرة عندما أعاد وأخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن والذي استمده وبضغط من التعليلة الأوروبية لسنة 1993 الخاصة بالشروط التعسفية⁵، وبتعبير أكثر حسما

¹ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 71.

² - المرجع نفسه، ص 74.

³ - مولود بغدادي: المرجع لسابق، ص 52-53.

⁴ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 75.

⁵ - عرعارة عسالي: المرجع السابق، ص 183.

ذهب البعض الى أن المشرع الفرنسي لم يكن موفقا عندما استلزم هذا الشرط، مستنديين في ذلك الى ما دار أثناء الأعمال التحضيرية لقانون 10 يناير 1978 حيث دارت مناقشات واقتراحات بتبني معيار واحد فقط للشرط التعسفي وهو اختلال التوازن بين الحقوق والواجبات المتعلقة بطرفي العقد والمترتبة عليه¹.

ختاما يعتبر الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات يتبنى هدف هو تحقيق التوازن العقدي في بعده الموضوعي²، في نفس الوقت يلقي بظلاله في تحقيق التوازن الذاتي بين أطراف العلاقة العقدية³.

الفرع الثالث

أنواع الشروط التعسفية

في إطار عصرنة قطاع العدالة، وتطور المعاملات الاقتصادية أصبحت معظم الدول تتدخل لحظر بعض الشروط التعسفية وعليه اعتمدت مجموعة من الأساليب لتحديد هاته الأخيرة، الامر الذي أدى إلى ظهور العديد من الانظمة تتضمن شروط محددة بموجب قوائم كما هو الحال في المانيا أو شروط محددة بشكل ملزم عن طريق قوانين ومراسيم كما هو الحال في فرنسا (أولا)، ثم سنتطرق الى موقف المشرع الجزائري (ثانيا).

أولا: الشروط التعسفية في التشريعات المقارنة

استحدثت التشريعات المقارنة لاسيما الغربية منها قوائم تحدد بموجبها الشروط التي تعتبر تعسفية، فكان بذلك التشريع الألماني هو السباق في هذا النظام ليحددوا حدود المشرع الفرنسي لاحقا بنظام التحديد الالزامي للشروط التعسفية .

أ- نظام القائمة لتحديد الشروط التعسفية:

إلى جانب الأسلوب القضائي المتبع للحد من الشروط التعسفية ، والذي بموجبه يترك القانون للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي قبل الحكم بإبطالها، نجد ان هناك أسلوب آخر تنظيمي يترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية، التقدير العملي للشروط التعسفية حالة بحالة⁴.

¹ - ابراهيم عبد العزيز داود: المرجع السابق، ص 107.

² - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 52.

³ - عرعارة عسالي: المرجع السابق، ص 186.

⁴ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 104.

يعتبر نظام القائمة¹، من أهم الأساليب التي يتبناها المشرع عند وضع تقنين خاص بقانون الاستهلاك ويقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في الشروط المدرجة بالقائمة، وهذا الافتراض قد يكون بسيطاً يجوز نفيه وقد يكون قطعياً بحيث لا يجوز دحضه²

كرس المشرع الألماني قانون المتعلق بالحماية من الشروط التعسفية بإقراره قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي أصبح ساري المفعول في 01 أبريل 1977 تضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية الأولى قائمة سوداء حيث تعتبر الشروط الواردة بها باطلة بقوة القانون ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، والثانية رمادية والتي أعطى بصدها للقاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها حسبما إذا كانت تتلاءم أو لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون المذكور³.

1- القائمة السوداء: هذه القائمة شملت ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة ونصت عليها المادة 10 من القانون الألماني⁴ وهي:

- إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف.
- أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.
- حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله آخذاً في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك.
- الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه.
- الحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار وجود مصلحة مشروعة⁵.

2- القائمة الرمادية: شملت هذه القائمة عشرة أصناف أيضاً تم ذكرها في المادة 11 من القانون الألماني، وفيما وضع المشرع قائمة تضم مجموعة من الشروط التي يفترض أنها تعسفية، يشترط ألا يقوم المهني

¹ - يتمثل أسلوب القائمة في إعداد قوائم تتضمن تعداداً للشروط التي تعتبر شروطاً تعسفية، وعلى ذلك تتنوع وتتعدد أشكال نظام القائمة، فهناك نظام القائمة السوداء "La liste noire"، كما ان هناك نظام آخر يسمى بنظام القائمة الرمادية "La liste grise". نقلاً عن ابراهيم عبد العزيز داود:

المرجع السابق، ص 141.

² - المرجع نفسه، ص 141.

³ - عرعارة عسالي: المرجع السابق، ص 188.

⁴ - القانون الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد الصادر في 09-12-1976 والذي بدأ العمل به في 1977.

⁵ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 76.

بإثبات عكس ذلك، أي لا يقيم الدليل على انتفاء الطابع التعسفي عن هذه الشروط المدرجة بالعقد، حتى ولو كانت مما تضمنته القائمة¹. ونصت على مايلي:

"-استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس؛

-حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاطعة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي؛

-الإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي؛

-الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه واستبعاد أو تحديد من المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير"².

وعليه حاول المشرع الألماني التوفيق ما بين البطلان بقوة القانون والتي عبر عنها بالشروط السوداء وما بين سلطة رقابة القاضي على الشروط الواردة ضمن القائمة الرمادية والتي جاز له استبعادها إذا كانت تتلاءم مع المعيار المحدد طبق القانون³.

ب- نظام التحديد الالزامي للشروط التعسفية:

يكون التحديد الالزامي للشروط التعسفية عن طريق مرسوم يصدر من مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، وهذا ما نصت عليه المادة 132 الفقرة الاولى من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وهو ما يقارب ما نصت عليه المادة 35 الفقرة الاولى من قانون 10 جانفي 1978 والتي قضت بأنه يمكن للشروط التعسفية أن تحدد بواسطة مراسيم تصدرها الحكومة بعد التصديق على ذلك من قبل مجلس الدولة⁴، ولجنة الشروط التعسفية⁵.

¹ - ابراهيم عبد العزيز داود: المرجع السابق، ص 143 .

² - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 76-77.

³ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 105

⁴ - مجلس الدولة الفرنسي لم يصدر سوى مرسوم واحد وهو المرسوم رقم: 464 لسنة 1978 الصادر في 24 مارس 1978 ولم ينص هذا المرسوم سوى على خطر ثلاث أنواع من الشروط التعسفية. نقلا عن ابراهيم عبد العزيز داود، المرجع نفسه، ص 138.

⁵ - المرجع نفسه، ص 137.

وعليه المشرع الفرنسي بموجب القانون 78-23 الصادر في 10-01-1978 المتعلق بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية بإيراد قائمة العناصر الأساسية للعقود والتي يكون محلا للشروط التعسفية في حالة مخالفتها وذلك بموجب المادة 35 من القانون السابق الذكر إلا أن هذه القائمة حسب القرار الصادر في مجلس الدولة الفرنسي في 03 ديسمبر 1981 جاءت على سبيل الحصر¹.

كما أضاف المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك لسنة 1995 ملحقاً يتضمن قائمة لشروط غير حصرية يمكن اعتبارها تعسفية وهي تضم 17 نوع وقد عدل المشرع الفرنسي هذا القانون بإصداره قانون "la loi chatel"² الصادر في 28-01-2005 بإضافة شرط يلزم المستهلك على قبول عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات³.

والخلاصة أن سلطة القاضي التقديرية تضيق وتتقلص إزاء الشروط التعسفية التي تم النص عليها في المرسوم الصادر من الحكومة بعد التصديق عليه من مجلس الدولة، حيث أن الدور القاضي كاشفاً كحالة التعسف وليس منشئاً، أما في الحالات أو الشروط الأخرى التي لم تقم الإدارة بالتصدي لها وتحديدها، ويبقى الاختصاص الأصيل والملزم للقاضي باعتباره حصناً يلجأ إليه كل ضعيف في حالة عدم نقل الاختصاص إلى جهات أخرى بنص صريح يقضي بشكل لا يتسرب إليه أدنى شك أن المشرع يفوض هذه الجهة في التصدي والتحديد⁴.

ثانياً: موقف المشرع الجزائري

بالرجوع إلى أحكام المسؤولية المدنية المنصوص عليها في القواعد العامة للقانون المدني الجزائري من المواد 124 إلى 140 مكرر فإنه كل اتفاق يهدف إلى إعفاء المسؤول عن الحاق الضرر بالغير سواء كان هذا الفعل ارتكبه الشخص في حد ذاته أو أحد آخر يكون مسؤولاً عنه ويقع باطلاً ولا يمكن إدراجه ضمن العقد لاحتوائه على الطابع التعسفي الذي يجعل أحد الطرفين في مركز أقوى من الطرف الآخر⁵.

¹ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 105.

² - قانون "chatel" نسبة للنائب في الجمعية الوطنية الذي كلف بالمهمة البرلمانية التي تتعلق بإعلام وتمثيل حماية المستهلكين وقد عدل هذا القانون قانون الاستهلاك الفرنسي ومنه الكتاب 18 تحت عنوان "أحكام مختلفة" وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التي يمكن أن تكون تعسفية الشرط الذي يلزم المستهلك بالقبول بشكل خاص بنظام بديل لتسوية النزاعات. المرجع نفسه، ص 106.

³ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 77.

⁴ - ابراهيم عبد العزيز داود: المرجع السابق، ص 141.

⁵ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 78.

أما المشرع الجزائري فإنه هو الآخر سار على نفس المنهج مع المشرع الفرنسي وقام بإبرام قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية إضافة إلى ذلك نجد أن المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306¹. جاءت بقائمة أخرى للشروط التعسفية لها نفس القوة مع الشروط المنصوص عليها في القانون رقم: 04-02 فهي ملزمة للأطراف العلاقة التعاقدية ويمنع العمل بها في العقود المبرمة بين المستهلكين والاعوان الاقتصاديين أو المستخدمين².

والثابت القانون رقم: 04-02 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 10-06 الخاصة بالشروط التعسفية تحمي حتى المهني من هذه الشروط ويتضح ذلك من المادة الثالثة الحالة الرابعة الفقرة الاولى والفقرة الخامسة من القانون نفسه³.

هذا وقد ذكر المشرع الجزائري بعض أنواع الشروط على سبيل المثال لا الحصر القانون أعلاه في المادة 29 منه، إذ تنص على ما يلي: "تعتبر بنودا أو شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

-أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك؛

-فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد؛

-امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك؛

-التفوق بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية؛

-التزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها؛

-رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته؛

-التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة؛

¹ - مرسوم تنفيذي رقم: 06-306 مؤرخ في 17 شعبان 1427هـ الموافق ل10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر، عدد56 مؤرخة في ل11 سبتمبر 2006. المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 08-44 مؤرخ في 26 محرم 1929 الموافق ل03 فبراير 2008. ج.ر عدد07 المؤرخة في 10 فبراير 2008

² - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 106.

³ - عرعارة عسالي: المرجع السابق، ص 190.

- تمديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة؛

المشرع الجزائري بهذا يكون اعتمد على تحديد الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر؛

خاصة وأنه وضع لجنة البنود التعسفية، المختصة بالنظر في مدى اعتبار الشرط ذو طابع تعسفي من

عدمه بالإضافة إلى الشروط المحددة. بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م¹.

¹ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 80.

المبحث الثاني

نطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية

إن النظام القانوني للشروط التعسفية لا يعمل إلا إذا ظهرت مثل هذه البنود في عقود الاستهلاك، فعادة ما تفرض شروط التعسفية في مثل هذه العقود من قبل المحترف على المستهلك، وعادة ما يقابلها هذا الأخير لأنه يجهل خطورتها وذلك لجهله بالمعلومات الضرورية حول السلع التي يريد أن يقتنيها أو بسبب صعوبة الوصول إلى تلك المعلومات أو لسبب آخر الذي يرجع إلى ما يبذله المحترفون لتظليل المستهلكين¹، كل هذه الأسباب تدفع المستهلك إلى إبرام عقود للاقتنائها حيث قال الأستاذ جلال أمين "أننا نستهلك ونبرم عقود الاستهلاك ونحن جاهلين بقدرتنا على الانتفاع من وراء هذه العقود وكأننا سنعيش أبداً أو سنموت غد"².

ومنه سنتطرق إلى طبيعة العلاقة التعاقدية الاستهلاكية (المطلب الأول)، ثم مضمون هذه العلاقة من حيث الأطراف ومن حيث الموضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

طبيعة العلاقة التعاقدية الاستهلاكية

لا بد أولاً تحديد طبيعة العقود التي يمكن أن تندرج ضمنها الشروط التعسفية فليست كل العقود المبرمة بين المتدخل والمستهلك صالحة أن تستوعب شروطاً يمكن التصريح بالطابع التعسفي لها.

ومنه سنبين مفهوم العقود (الفرع الأول)، ثم سنتطرق إلى موقف المشرع الجزائري بتغليب صفة الإذعان على عقود الاستهلاك (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم عقد الاستهلاك

لقد أدى ولوج مصطلحي الاستهلاك والمستهلك "القاموس القانوني" إلى ظهور مصطلح جديد هو عقد الاستهلاك وهي تسمية لم تألفها القوانين المدنية ولا حتى التجارية فهو مصطلح تزامن ظهوره

¹ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 2011، ص 20.

² - جلال أمين: فلسفة علم الاقتصاد، دار الشروق، د.ب.ن، د.ط، 2008، ص 165.

بالمستجدات التي أفرزها التطور الاقتصادي والاجتماعي والتي اسفرت عن ظهور قانون جديد ينظم أحكام عقد الاستهلاك، وهو ما يعرف بقانون الاستهلاك¹، الأمر الذي يسوقنا إلى دراسة كل من تعريف عقد الاستهلاك بوجه عام (أولاً) وما يتسم به من خصائص تميزه عن باقي العقود الأخرى (ثانياً) يليها التكيف القانوني لتحديد النصوص الواجبة التطبيق (ثالثاً).

أولاً: تعريف عقد الاستهلاك²

عرف الأستاذ أحمد عبد الكريم سلامة عقد الاستهلاك بأنه: "عقد يكون موضوعه توريد أو تقديم أشياء منقولة أو خدمات للفرد وهو المستهلك، وذلك من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي والذي لا صلة له بالنشاط التجاري والمهني"³.

كما تم تعريفه خلال ندوة علمية حول "حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق" بأنه عقد يبرم بين طرفين (المستهلك، المحترف) على سلعة و/أو خدمة للاستعمال الشخصي بمقابل مبلغ معين⁴، ولعل هذا التحديد للعقد الاستهلاك يدمج بين منظورين أحدهما مادي، والآخر قانوني.

حيث ينصرف المفهوم المادي لعقد الاستهلاك إلى فعل الاستهلاك ذاته، والمتمثل في استخدام أو استعمال سلعة أو خدمة معينة، كإرتداء شخص بدلة اشتراها من محل تجاري، أو التمتع بخدمة معينة كخدمة الانترنت عبر تحميل مقاطع موسيقية أو استخدام خدمة الهاتف مثلاً⁵

¹ - يسمى هذا القانون في التشريع الجزائري بقانون "حماية المستهلك وقمع الغش" هو قانون ينظم العلاقة بين المستهلك وكل متدخل في عملية العرض السلع والخدمات فقد تدخلت الدولة بشكل واضح لحماية المستهلكين لكون ان هذا القانون هو الذي يشكل حماية فعالة وذلك لما يتضمنه من فرض توافر مواصفات ومقاييس معينة في كل منتج أو خدمة تعرض للاستهلاك، مع الزامية ضمان العيوب الخفية والتي لا تظهر في المنتج إلا بعد اقتناؤه بالإضافة إلى ذلك أحدث المشرع أجهزة فعالة للرقابة القبليّة والبعدية. نقلا عن علي بوليحة بن بوحيمس: القواعد العامة للحماية للمستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، 2000، ص 17.

² - لم يحضى تعريف عقد الاستهلاك بالاهتمام الكافي من قبل الفقه، وان تطرقت بعض المحاولات إلى تعريفه استنادا لأطراف العقد أو إلى موضوعه.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية وفق مناهج قانون الدولي الخاص، مقال منشور في الدليل الالكتروني للقانون العربي، د.ب.ن. w.w.w.arablawnf.com

⁴ - دراسة بحثية مقدمة إلى الندوة العلمية حول "حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق" التي ينظمها المركز العربي للديوان القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العربي، جامعة الدول العربية، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان، اليوم: 04-01-2014، ص 06.

⁵ - المرجع نفسه، ص 06.

أما المفهوم القانوني لعقد الاستهلاك ينصرف بكونه تصرف قانوني¹، يقوم به شخص بهدف الحصول على منتج لإشباع حاجاته الشخصية².

ومنه هو عقد يبرم بين محترف ومستهلك يسعى من خلاله الطرف الثاني الحصول من الطرف الأول على سلعة أو خدمة لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية وذلك مقابل أداء يقدمه الطرف الثاني إلى الطرف الأول³.

مع الإشارة بأن مصطلح عقود الاستهلاك قد يوحي بوجود طائفة من العقود مستقلة بذاتها توجد إلى جانب طوائف أخرى من العقود، لكن هذا غير صحيح رغم استعمال هذا المصطلح في أوساط القانونية الحديثة، والصحيح أن عقد الاستهلاك يطلق على أي عقد سواء كان مسمى أو غير مسمى بشرط أن يكون أحد طرفيه مستهلك، والطرف الآخر مهني، وبمفهوم المخالفة لا تعد عقود الاستهلاك تلك العقود التي يكون أطرافها من التجار أو المهنيين⁴، حيث وصفت بأنها عقود مهنية خارجة عن دائرة عقود الاستهلاك، لكون أن هذا الأخيرة تم ظهورها بالنظر إلى أطراف العلاقة التعاقدية (المستهلك-المهني)⁵.

ولعل السبب في تمييز مجموعة من العقود وتسميتها بعقود الاستهلاك هو الرغبة في تحقيق الحماية في ظل تنوع السلع والخدمات، وكذلك كون أن أحد طرفي العقد مهنيًا قويًا، والطرف الآخر مستهلكًا ضعيفًا، إذ أن الحماية المقررة في عقود الاستهلاك هي حماية تستوجبها صفة الضعف الملازمة للمستهلك بالمقارنة مع المهني⁶، فإن الطابع الأمر⁷، للقواعد الاستهلاك باعتبارها ذات طابع جزائي تدخل ضمن إطار

¹ - التصرف القانوني هو سبب منشئ للالتزام والذي يكون مصدره إرادة الشخص حيث يترتب التزاما في ذمة هذا الأخير، فمضى اقترنت تلك الإرادة بإرادة أخرى يسمى المصدر عقدا، أما إذا لم يقترن بإرادة أخرى سمي المصدر التزاما بالإرادة المنفردة. نقلا عن علي سليمان: النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1990، ص 07.

² - دراسة بحثية مقدمة إلى الندوة العلمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق، المرجع السابق، ص 07.

³ - ابن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 36.

⁴ - خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الخاص، دار النهضة العربية، د.ب.ن، د.ط، 2002، ص 20.

⁵ - بوشارب إيمان: المرجع السابق، ص 11.

⁶ - خالد عبد الفتاح محمد خليل: المرجع السابق، ص 21.

⁷ - القواعد الأمره هي تسمية فقهية لتلك النصوص التي تأمر بفعل ما، أو تنهي عنه، بحيث لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها مهما كانت مراكزهم القانونية، فالعلاقة بين إرادة الأفراد المخاطبين بأحكامها هي علاقة خضوع كامل. نقلا عن محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى علم القانونية "الوجيز في نظرية القانون"، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، د.ط، 2004، ص 109.

يعرف بالنظام العام الحمائي¹ حيث لم تترك مجالاً للطابع التكميلي الذي يميز القواعد النظرية العامة للعقد، الذي يكرس إرادة المشرع على حساب إرادة أطراف عقد الاستهلاك²

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري فإنه لم يكتفي بالأخذ بالمعنى الكلاسيكي للعقد الذي جاء به في المادة 54 من القانون المدني الجزائري³، بل ذهب إلى تبني مفهوم حديث للعقد في المادة الثالثة الحالة الرابعة في الفقرة الأولى من القانون رقم: 04-02 م م حيث نصت أنه " يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: 4-...- عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."⁴

من خلال النص نستنتج أن المشرع عرف عقد الاستهلاك بأنه اتفاق بين مستهلك ومتدخل، محترف، مهني...، يتعلق موضوعه ببيع سلعة أو تأدية خدمة ويمكن أن نشير في هذا المقام بأن المشرع الجزائري يعاب عليه عند تعريفه لعقد الاستهلاك استعماله لمصطلح البيع، إذ انه حصر عقود الاستهلاك في عقد البيع، وهو الشيء الذي لا يستقيم مع مفهوم عقود الاستهلاك من الناحية القانونية الذي تندرج ضمنه مجموعة من العقود بمختلف أنواعها مسماة أو غير مسماة، متى كانت هذه العقود تنصب على سلع أو خدمات ومتى اكتسب احد أطراف العلاقة الاستهلاكية صفة المستهلك في مواجهة الطرف القوي اقتصادياً وهكذا أخرج المشرع مجموعة من العقود التي شهدت رواجاً في المجتمع عقد الإيجار، عقد القرض الاستهلاكي، عقد التامين ، عقد النقل... الخ.

¹ - النظام العام الحمائي هو عنصر حديث من عناصر النظام العام، حيث يقوم بإيجاد الحلول للمشاكل المعروضة في الواقع المعاش التي تكون وليدة أوضاع اقتصادية، اجتماعية، وثقافية، فيتدخل المشرع لسن قواعد قانونية آمنة حامية للطرف الضعيف، حيث يتميز هذا العنصر بخاصيتين: أنه يحقق العدالة الاجتماعية ويتصل بالواقع . نقلاً عن نسيغة فيصل : المرجع السابق، ص 177.

² - بوشارب إيمان : المرجع السابق، ص 11.

³ - نصت المادة 54 من القانون المدني على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو يفعل أو عدم فعل شيء ما" ويعاب على هذا التعريف الذي تبناه المشرع عن القانون نابليون من جانبين:

- الجانب الأول: نادى الفقه إلى التمييز بين العقد والاتفاق، إذ يروا أن الاتفاق هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله، بينما العقد هو اتفاق إرادتين بغرض إنشاء التزام فقط، ومنه فإن الاتفاق أشمل من العقد إلا أنه في الوقت الحالي أصبح المصطلحين كمرادفين. نقلاً عن محمد سعيد جعفرور: نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، د.ط، 2003، ص 08.

- أما الجانب الثاني: تم الخلط بين تعريف العقد وتعريف الالتزام أي أن المشرع الجزائري عرف العقد بأثره، وهو الالتزام فالعقد رابطة بين إرادتين تنشئ التزام بالقيام بعمل، الامتناع عن العمل، أو إعطاء شيء. نقلاً عن علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 25.

⁴ - هو نفس التعريف التي جاءت به المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 المعدل والمتمم المحدد للعقد المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين التي تعتبر تعسفية.

ثانيا: خصائص عقد الاستهلاك

إن عقد الاستهلاك يتسع لشمول عداد من العقود الخاصة، ذلك أنها تختلف طبيعتها باختلاف صفة أطرفها، وتصبح عقود استهلاك كلما اكتسب أحد طرفيها صفة المستهلك، واكتسب الطرف الآخر صفة المهني، ومنه ينطبق ذلك على عقد البيع، القرض، الإيجار، المقاومة... وكل عقد آخر يكون محله سلعة أو خدمة¹.

ومنه عقد الاستهلاك ينفرد على غيره من العقود بمجموعة من المميزات والخصائص نظرا للطبيعة الخاصة به وهي على النحو التالي:

1- عقد رضائي: يعتبر عقد² الاستهلاك من العقود الرضائية، حيث ينعقد بمجرد توافق إرادتي الطرفين باقتران الإيجاب بالقبول، فلم يشترط المشرع لإبرام عقد الاستهلاك شكلا معينا أو خاصا بل قد يتم شفاهة³. فيكفي أن يكون التراضي صحيحا وخاليا من عيوب الإرادة⁴، مع مشروعية السبب وهذا هو الأصل.

إلا أنه المشرع الجزائري اشترط لإضفاء الحماية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك أن يكون هذا الأخير محررا⁵، والتحرير يفيد الكتابة مما يعني ان المشرع اشترط أن تكون عقود الاستهلاك مكتوبة وذلك لإضفاء الحماية على المستهلك، ومنه أقصى العقود الشفوية كما أن الكتابة التي يتطلبها المشرع ليست الكتابة الرسمية وإنما كتابة عرفية بسيطة.

2- عقد ملزم للجانبين: عقد الاستهلاك عقد تبادلي حيث يرتب التزامات على عاتق كل من المحترف والمستهلك⁶، بحيث يرتب منذ ابرامه التزامات على عاتق كل من طرفيه، فمثلا المحترف يلتزم بتقديم

¹ - آغا جميلة: عقد الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والادارية، كلية الحقوق الجامعية، سيدي بلعباس، الجزائر، عدد خاص، 2006، ص 239.

² - حينما يتبادر العقد إلى اذهاننا نفكر مباشرة في وثيقة مكتوبة وعادة ما تكون معقدة كعقد التأمين إلا أنه ودون إدراك ترم عقود كل يوم عند شراء جريدة، التسوق، الذهاب إلى الطبيب... وبالتالي ليس من الضروري أن يكون العقد مكتوبا، فالعقد موجود بمجرد أن يتفق التاجر، البائع... مع الزبون حول المنتج أو الخدمة، وحول السعر، نقلا عن دليل المستهلك الجزائري: العقد، وزارة التجارة، ماي 2011، ص 85.

³ - علي بوليحة بن بوحيمس: المرجع السابق، ص 21.

⁴ - تشمل عيوب الإرادة كل من: الغلط، التدليس، الإكراه والغبن الناتج عن الاستغلال. وهي العيوب التي تشوب الإرادة وتجعل العقد قابلا للأبطال، حيث نظمها المشرع الجزائري في المواد 81 إلى 91 من القانون المدني في الفصل الثاني المعنون بالعقد، من الباب الاول تحت عنوان مصادر الالتزام.

⁵ - نصت المادة الثالثة الحالة الرابعة، الفقرة الثانية من القانون رقم: 04-02م بأنه: "...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".

⁶ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 54.

منتوج معين بذاته، أو أداء خدمة معينة تتوافر على جميع المواصفات والمقاييس القانونية، ومن جهة أخرى يلتزم المستهلك باستعمال السلعة وفقا لما أعدت له، ووفقا لما تتطلبه شروط السلامة على وجه الخصوص.

3- خصوصية أطراف عقد الاستهلاك: إن أطراف عقد الاستهلاك هما المستهلك، والمتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك، فالأول يمتاز بضعفه وجهله للمعلومات حول السلعة أو الخدمة التي يتعاقد عليها، في المقابل نجد المتدخل في مركز اقتصادي قانوني، معرفي متميز مما يجعله بفرض مجموعة من الشروط التعسفية على المستهلك¹، ومنه لينطبق على العقد وصف عقد الاستهلاك فلا بد من أن تتوفر الصفة في أطراف العقد، وعلى هذا تخرج عن مفهوم عقود الاستهلاك، تلك العقود المبرمة بين المستهلكين فقط، أو بين المهنيين فقط— لكون أن الحماية المقررة في عقود الاستهلاك تقتضيها صفة الضعف الملازمة للمستهلك في مواجهة القوي اقتصاديا².

4- خصوصية محل عقد الاستهلاك: يقصر محل عقد الاستهلاك على السلع والخدمات، مع الإشارة بأن المشرع الجزائري أخرج العقارات، والمنقول المعنوي من دائرة عقود الاستهلاك، ويعود ذلك للخصوصيتها وهكذا حصر المشرع الجزائري محل عقد الاستهلاك في المنتوجات القابلة للاستهلاك³.

5- عقد من عقود المدة: تلعب المدة في عقد الاستهلاك دورا جوهريا وحاسما حيث يلتزم المتدخل سواء كان منتجا أو محترفا أو عوننا اقتصاديا أو أي عارض المنتج عند تقديمه للسلعة أو خدمة أن تتوافر على صلاحية الاستهلاك لمدة معينة من الزمن⁴، حسب طبيعة المنتج مما يؤكد أن المدة في مثل هذه العقود تعتبر ضرورية لقياس مدة العقد وعلى وجه الأخص مدة الضمان⁵.

¹ - ندوة علمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق، المرجع السابق، ص 07.

² - خالد محمد عبد الفتاح خليل : المرجع السابق، ص 20.

³ - ندوة علمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق، المرجع السابق، ص 07.

⁴ - تحدد مدة عقود الاستهلاك قياسيا على مدة الضمان، سواء الضمان القانوني أو الضمان التجاري.

-الضمان القانوني: تحدد مدة الضمان القانوني بـ " 06 أشهر" على الأقل ابتداء من تسليم السلعة، ويمكن أن تصل إلى 24 شهرا بالنسبة للبعض المنتوجات.

-الضمان التجاري: يقترح الضمان التجاري من طرف التاجر، المحترف... مجانا أو في حدود دفع مبلغ إضافي مع الإشارة أن الضمان التجاري يضاف إلى الضمان القانوني، أي أنه لا يجوز التنازل عن الضمان القانوني، كما أنه تفوق مدة الضمان التجاري مدة الضمان القانوني، فمثلا يمكن أن تكون مدة الضمان القانوني(06 أشهر) في حين يكون مدة ضمان التجاري(12 شهر). نقلا عن دليل المستهلك الجزائري : المرجع السابق، ص 126.

⁵ - علي بوليحة بن بوحميس: المرجع السابق، ص 20.

6- عقد من عقود المعاوضة: يقصد بعقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلًا لما يعطيه بمعنى المنتج أو المحترف... يحصل على مقابل لما يقدمه من سلع أو تأدية للخدمة لصالح المستهلك¹.

إلا أنه بالرجوع إلى نص المادة الثانية من القانون رقم: 03-09 م م²، نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط أن يكون عقد بمقابل فيمكن ان يكون العقد تبرعي، ومع ذلك عندما قام المشرع بتعريف عقد الاستهلاك في قانون رقم: 02-04 المعدل والمتمم استعمل مصطلح بيع سلعة، مما يستشف أن العقد في ظل القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية هو عقد معاوضة.

ثالثا: التكييف القانوني للعقد الاستهلاك

يعتبر عقد الاستهلاك الإطار المنظم للمفاعيل القانونية المترتبة عن العملية الاستهلاكية التي تتم بين طرفيه³، فإن تحديد الوصف القانوني لعقد الاستهلاك ضروري للقواعد الواجبة التطبيق والتي تستلزم تفسير إرادة المتعاقدين واعطائهما الوصف القانوني للوقائع المستخلصة والبحث عن النصوص الواجبة التطبيق، وبما ان قواعد حماية المستهلك قواعد امرة تتعلق بالنظام العام لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها⁴، مما أدى إلى ضرورة إيجاد اطار قانوني يحمي الطرف الأكثر ضعف عند عملية اقتناء السلع والخدمات⁵.

وبالتالي يستوجب البحث والتأكد من نية المقتني للمنتوج، إذا ما كانت تتجه للاستهلاك النهائي المباشر أو غير المباشر، أو تنصرف نية المقتني إلى تحقيق ربح عن طريق إعادة بيعه أو تصنيعه، ومنه إذا كان يقصد من وراء الاقتناء الاستهلاك النهائي والمباشر، فالقانون الواجب التطبيق على العلاقة القانونية هو قانون حماية المستهلك— أما إذا كان يهدف من وراء ذلك إلى تحقيق الربح أو إعادة التدوير فيطلق في هذه الحالة القانون المدني، أو القانون التجاري بحسب طبيعة المعاملة⁶.

¹ - علي بوليحة بن بوخميس: المرجع السابق، ص 21.

² - نصت المادة الثانية من قانون رقم: 03-09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009. على أنه: "تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً..."

³ - ندوة علمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق، المرجع السابق، ص 05.

⁴ - علي بوليحة بن بوخميس: المرجع السابق، ص 19.

⁵ - ندوة علمية حول حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق، المرجع السابق، ص 05.

⁶ - علي بوليحة بن بوخميس: المرجع السابق، ص 19.

الفرع الثاني

تحديد طبيعة عقد الاستهلاك الذي يكون مجالاً للحماية من الشروط التعسفية

من الناحية القانونية فإن الأصل في إبرام العقود تتم بعد مناقشات ومفاوضات بين الأطراف المتعاقدة حول مضمون العقد في جو من الحرية الكاملة في المناقشة ومعرفة كل متعاقد لحقوقه و التزاماته وذلك على قدم المساواة بينهما، وإذا ما تبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين انعقد العقد¹، إلا أن العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تكسر هذه القاعدة فهي لا تقوم على التفاوض العقدي بل تحرر مسبقاً وبشكل فردي من طرف المهني ويمكن أن تحمل في طياتها بنوداً تعسفية في أغلب الأحيان، مما دفع المشرع الجزائري إلى تغليب صفة الإذعان على عقود الاستهلاك وذلك لإضفاء الحماية عليها، ومنه سنتطرق إلى مجال تطبيق الحماية من الشروط التعسفية في ظل قانون رقم 02-04 م م (أولاً)، بالإضافة إلى كيفية إبرامها (ثانياً).

أولاً: مجال تطبيق الحماية من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك

لقد تباينت التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في مدى التوسيع من نطاق الحماية من الشروط التعسفية أو التضييق منها، وإن كانت محصورة في عقود الاستهلاك ولقد اختلف المنهج الذي اتبعه المشرع الجزائري في معالجته للشروط التعسفية على المنهج الذي اتبعه المشرع الفرنسي، فهذا الأخير وسع من نطاق الحماية من البنود التعسفية التي تقترن بعقود الاستهلاك مهما كانت طبيعتها²، بخلاف المشرع الجزائري الذي قام بتحديد طبيعة عقد الاستهلاك المقترن بالشروط التعسفية لإضفاء الحماية عليه ومنه سنخرج على موقف المشرع الجزائري مع المقارنة مع التشريع الفرنسي.

أ- تغليب صفة الإذعان على عقود الاستهلاك:

بالرجوع إلى نص المادة 03 الحالة الرابعة الفقرة الأولى السالفة الذكر من قانون رقم: 02-04 م م³، حيث نجد المشرع الجزائري بموجب هذه المادة أنه عرف عقد الاستهلاك الذي يكون مجالاً للشروط التعسفية وأضفى عليه وصف الإذعان⁴.

¹ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 34.

² - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 30.

³ - ينظر تعريف عقد الاستهلاك، ص 41 من هذه المذكرة.

⁴ - لم يورد المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني تعريف لعقد الإذعان (بل أكتفى فقط بالنص على كيفية حصول القبول فيه طبقاً لنص المادة 110 ق م) ولا حتى في ظل القوانين الخاصة بحماية المستهلك، بالرغم أنه هناك عدة كتاب في مقدمتهم (محمد بودالي)، ورسائل جامعية (مولود بغدادي، بن سلمة سعدي، بوشارب إيمان...)، حيث اعتبروا أن المشرع الجزائري عرف عقد الإذعان بموجب المادة الثالثة الحالة الرابعة من قانون رقم: 02-04 م م وذلك باستدلالهم بعبارة "...مع إذعان الطرف الآخر حيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

إلا أننا نرى بأن المشرع قصد تعريف عقد الاستهلاك الذي يكون مجالاً للشروط التعسفية والتي اشترط فيها أن يكون المستهلك مدعناً لهذه الشروط لإضفاء الحماية عليه وإخراج بذلك عقود المساومة من هذه الحماية.

ليستفيد المستهلك من الحماية المقررة في القانون رقم: 04-02 م م، استبعد المشرع عقود المساومة¹، من هذه الحماية بمعنى إذا خضع عقد الاستهلاك المبرم بين مهني ومستهلك إلى مفاوضات التي تسبق بطبيعة الحال إبرام العقد، وحمل هذا العقد في طياته شروطا تعسفية فلا سبيل للمستهلك أن يتمسك بالحماية من هذه الشروط على أساس ان هذا العقد لا يعتبر عقد استهلاك بوصفه عقد إذعان، بل هو عقد مساومة وان كان بإمكان المستهلك التمسك بالحماية المقررة في القواعد العامة.

وهكذا اتخذ المشرع الجزائري موقفا مغايرا عن موقف المشرع الفرنسي في ظل قانون الاستهلاك الفرنسي²، حيث أن هذا الأخير لم يحرص طبيعة العقود التي تطبق عليها النصوص الخاصة بالحماية من الشروط التعسفية من ناحية، إلا أنه حصرها في فئة معينة من العقود من ناحية أخرى، وهي عقود استهلاك وذلك طبقا لنص المادة L.313-1 من ق.ا.ف.³، فوفقا لهذه المادة فإن النصوص المنظمة للشروط التعسفية تطبق على عقود الاستهلاك أيا كانت طريقة إعدادها سواء أتيح للمستهلك مناقشة شروط العقد بحرية او لم يتح له ذلك⁴.

ب- عناصر عقد الاستهلاك الذي يكون مجالا للحماية الخاصة من الشروط التعسفية:

ليس كل عقد استهلاك يشتمل شروط تعسفية يضحى بالحماية الخاصة المقررة في قانون رقم: 04-02 م م والمرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م حيث أنه يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط، وتختلف أحدها تسقط هذه الحماية وهي على النحو التالي:

¹ - عقود المساومة هي تلك العقود التي يتناقش المتعاقدان فيها حول محتوى العقد بكل حرية، بحيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط وبنود، وتكون الإراداتان فيهما غالبا متساويتان ومتكافئتان. نقلا عن علي علي سليمان: المرجع السابق، ص 26.

² - لقد عالج تقنين الاستهلاك الفرنسي موضوع الشروط التعسفية بطريقة مفصلة وادرج القواعد المنظمة لها تحت عنوان ("الشروط التعسفية" - "les clauses abusives") في الفصل الثاني من الجزء الاول من هذا التقنين في المواد 1-132 L وما بعدها، وحرف (L) اختصار لكلمة (réglementation) أي تشريع، وهذا الحرف وضعه المشرع الفرنسي أمام كل مواد التشريع لتمييز هذه المواد عن المواد اللائحية (réglementation) الصادرة في تاريخ 27 مارس 1997، تحت رقم D.n° 97-298، وهي مجموعة من المواد أدرجت في تقنين الاستهلاك تحت عنوان ("الجزء الثاني اللائحية" - "deuxième partie réglementaire") وهذه المواد من نوعين: الاول مراسيم تصدر من مجلس الدولة ("décret en conseil d'état") وتسبق موادها حرف (R) والثاني: مراسيم عادية ("décret simple") وتسبق موادها حرف (D). وقد عالجت اللائحة أيضا موضوع الشروط التعسفية وأوضحت أمورا تنظيمية كثيرة تتعلق بها. نقلا عن أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 03.

³ - تم تعديل هذه المادة بموجب قانون رقم: 2008-176 الصادر بتاريخ: 04-08-2008 وحلت محلها المادة 6-212 بعدما تم صياغة التقنين الاستهلاك الفرنسي بموجب الأمر رقم: 2006-301 حيث نصت المادة L.212-6 "... هذه الأحكام تطبق مهما كان شكل أو حامل العقد، ويكون كذلك بالأخص وصل طلبية فاتورة، وصل ضمان، جدول وصل التسليم، وصل تسليم تذكرة، وصل، تضمن نصوص وبنود تم التفاوض حولها بشكل حر أو مرجعيات لشروط عامة معدة"

⁴ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 31-32.

1- التحرير المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه:

إن طريقة التعاقد الجديدة أصبحت وسيلة مرنة في يد الموجب يستعملها للتضمنين العقد بشروط وبنود تتماشى مع غايته واهدافه التعاقدية وتخدم مصالحه الاقتصادية والربحية، تلك الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي وترهق الطرف الآخر والتي من شأنها أن تؤدي إلى إحداث اختلال في التوازن العقدي، ونظرا للعدم إمكانية التفاوض بشأن تلك الشروط من الطرف الثاني فلا يبقى لهذا الأخير سوى الخيار بقبول العقد أو رفض التعاقد وبالتالي فإرادة المدعن لا تتدخل إلا من أجل إعطاء قيمة قانونية للإرادة الفردية للطرف المنفرد بوضع شروط العقد¹

وهكذا يتم تحديد محتوى العقد كلياً وبشكل مجرد وعام من قبل المهني، ولا يشاركه المستهلك في ذلك إلا بقبول العقد².

مما يؤدي بنا إلى القول بأن عقد الاستهلاك في ظل قانون رقم: 04-02 م م يكتسي طابع تنظيمي بطريقة منفردة من جانب الموجب (المهني المتدخل العون الاقتصادي...) والذي لا يشارك الطرف الثاني في العقد (المستهلك)، في وضع بنود العقد الذي يحمل في طياته شروطاً تعسفية.

2- عدم إمكانية الطرف المدعن إحداث تغيير حقيقي في عقد الاستهلاك:

إن ضعف الطرف المنظم ينتج مبدئياً من ضعف تبنئه وتوقعه وعدم إلمامه بمحتوى العقد فبالنسبة إليه فإن الأمر يتعلق بعملية لم ينكر فيها بصورة خاصة إلا قبل فترة وجيزة من إبرام العقد، فهو يتعاقد في الواقع خاضعاً لموجب ولا يساهم في تحرير العقد إلا بالتوقيع عليه، حيث يؤدي قبول الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك دورين: أحدهما إيجابي وهو إعطاء الحياة للعقد بوضعه موضع التنفيذ وآخر سلبي إذا راعينا ما يتحمله من التزامات وما يعود عليه من حقوق وتلك نتيجة منطقية³.

ومنه يقصد المشرع بعدم إمكانية الطرف المدعن إحداث تغيير حقيقي في العقد، طبقاً لنص المادة الثالثة الحالة الرابعة الفقرة الأولى من قانون رقم: 04-02 م م السالفة الذكر أن شروط ومحتوى العقد لم

¹ - سليمة أحمد بجاوي: آليات حماية المستهلك في التعسف التعاقدية، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010-2011، ص 31.

² - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 58.

³ - مريم بوحظيش: المرجع السابق، ص 48.

يكن موضوع مناقشة وتفاوض قبل العقد، فيحمل هذا العقد في أغلب الأحيان شروطا تعسفية حيث يفرضها المهني لصالحه في مواجهة المستهلك¹.

3- أن يكون موضوع العقد بيع سلعة أو خدمة: سبق القول أن المشرع الجزائري عرف عقد الاستهلاك الذي يكون مجالاً للشروط التعسفية في المادة الثانية من قانون رقم 04-02 م م بأنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة..."²

ومنه لنكون أمام عقد استهلاك لا بد أن يكون موضوعه إما سلع أو خدمات دون سواها، وبالتالي يخرج من محل عقد الاستهلاك العقارات والمنقولات المعنوية³.

4- أن يكون أطراف العقد بين مستهلك و متدخل:

يتحدد نطاق تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالشروط التعسفية في الأساس بالنظر إلى صفة المتعاقدين⁴.

فأي عقد يكون محله سلع أو خدمات ويكون أحد أطرافه يتمتع بقوة اقتصادية والطرف الآخر يتميز بضعفه⁵، يكون أمام عقد استهلاك يستوجب حماية الطرف الضعيف فيه، إلا أن هذه المسألة شأها تاضطراباً من قبل المشرع الجزائري بتحديد صفة الأطراف المتعاقدة، فأحياناً يأخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك ليشمل المهني الذي يتعامل خارج اختصاصه، وأحياناً يتبنى مفهوماً ضيقاً للمستهلك، إلا أنه بالرجوع إلى المادة الأولى من قانون رقم: 04-02 م م⁶ نجد أن المشرع مدى الحماية لكل طرف ضعيف في عقد الاستهلاك سواء كان مستهلك أو مهني خارج تخصصه.

¹ - سلمى أحمد مجاوي: المرجع السابق، ص 32-33.

² - يعاب على المشرع الجزائري عند تعريفه لعقد الاستهلاك استعماله لمصطلح "البيع" إذ أنه حصر عقود الاستهلاك في عقد البيع، وهو الشيء الذي لا يستقيم مع مفهوم عقود الاستهلاك من الناحية القانونية التي تندرج ضمنه مجموعة من العقود بمختلف أنواعها، مسماة أو غير مسماة، متى كانت هذه العقود تنصب على السلع أو الخدمات ومتى اكتسب أحد أطراف العلاقة الاستهلاكية صفة المستهلك في مواجهة طرف قوي اقتصادياً وهكذا أخرج المشرع مجموعة من العقود التي شأها تمازالت تشأها رواجاً في المجتمع: عقد الإيجار، عقد التأمين، عقد القرض... الخ.

³ - لقد تولى المشرع الجزائري بتعريف كل من المستهلك، المتدخل، المهني، العون الاقتصادي... بالإضافة إلى السلع والخدمات في مختلف القوانين التي سنأها المشرع لحماية المستهلك وستتطرق إلى هذه المفاهيم بالتفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

⁴ - حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ط، 1997، ص 79.

⁵ - ينظر خصائص عقد الاستهلاك: ص: 42 من المذكرة من وما بعدها.

⁶ - نصت المادة الأولى من القانون رقم: 04-02 م م على أنه: "يهدف هذا القانون إلى تحديد القواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

5- أن يكون عقد الاستهلاك مكتوباً: أوجب المشرع الجزائري بموجب المادة 10 من القانون رقم: 02-04 م م¹ بأن تكون كل عملية بيع للسلع أو تأدية خدمات مصحوبة بفاتورة أو أي وثيقة تقوم مقامها فيلتزم البائع بتقديمها للمستهلك لكون أن هذه الفاتورة هي التي تبرر المعاملة بينهما، إلا أنه من جانب آخر قد لا يقدمها المهني إلى المستهلك بقصد أو بدون قصد، ففي هذه الحالة كان لا بد إلى المستهلك طلبها.

كما ان المشرع الجزائري عدد أنواع العلاقات التعاقدية وأشكالها لما اشترط إن يكون عقد الاستهلاك الذي يغلب عليه وصف الإذعان محرراً، طبقاً لنص المادة الثالثة الحالة الرابعة الفقرة الثانية من القانون السالف الذكر²، إلا أنه لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية فيمكن أن تكون عرفية على شكل فاتورة أو سند أو وصل تسليم أو فاتورة اجمالية أو أي وثيقة أخرى وهي على النحو التالي:

5-1- التعامل بالفاتورة: تعتبر الوثيقة فاتورة تتضمن كافة الحقوق والإلتزامات المنصوص عليها في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 05-468³، فقد ادرجت الشركات أو الجهات المسؤولة بصياغة هذه الفواتير في نماذج واضحة ومحددة تشير صراحة إلى طبيعة العقد وشروطه وحقوق والتزامات كل طرف منه وتكون محررة بعبارات واضحة لا تدعو للإلتباس⁴.

كما أنه أدرج المشرع مجموعة من البيانات الواجبة توفرها في الفاتورة وهي متعلقة بالمتدخل والمستهلك⁵، بالإضافة إلى شروط أخرى تتعلق بالفاتورة بحد ذاتها طبقاً لنص المادة الرابعة من نفس المرسوم

¹ - نصت المادة 10 من قانون رقم: 02-04 م م على أنه: "يجب أن يكون كل بيع سلع أو تأدية خدمات بين الاعوان الاقتصاديين مصحوبة بفاتورة. يلزم البائع بتسليمها ويلزم المشتري بطلبها منه وتسلم عند البيع أو عند تأدية الخدمة.

يجب ان يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يرر هذه المعاملة، ويجب أن تسلم الفاتورة إذا طلبها الزبون".
² - نصت المادة 03 الحالة الرابعة الفقرة الثانية من القانون السالف الذكر بأنه: "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 سلفاً".

³ - المرسوم التنفيذي رقم: 05-468 المؤرخ في: 08 ذو القعدة 1426هـ الموافق لـ 10-12-2005 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الاجمالية وكيفيات ذلك. ج.ر عدد 80 المؤرخة في: 10-12-2005.

⁴ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 36.

⁵ - نصت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم: 05.468 على جملة من البيانات يجب توافرها وهي:

-أ-البيانات المتعلقة بالبائع (المتدخل):

اسم الشخص الطبيعي ولقبه، تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري، العنوان ورقم الهاتف، والفاكس، وكذا العنوان الالكتروني عند الاقتضاء، الشكل القانوني للوعن الاقتصادي وطبيعة النشاط، رأسمال الشركة عند الاقتضاء رقم السجل التجاري، رقم التعريف الاحصائي، طريقة الدفع وتاريخ تسديد الفاتورة، تاريخ تحرير الفاتورة ورقم تسلسلها، تسمية السلع المباعة وكميتها و/ أو تأدية الخدمات المنجزة، سعر الوحدات دون رسوم للسلع المباعة و/أو تأدية الخدمات المنجزة، السعر الاجمالي دون احتساب الرسوم للسلع المباعة و/ أو تأدية الخدمات المنجزة، طبيعة الرسوم و/أو الحقوق و/أو..

وهي أن تكون الفاتورة موقعة بختم البائع، ويجب أن تحدد الفاتورة التكاليف وزيادات السعر والفوائد وكل التكاليف المضافة على أن تكون واضحة ولا تحتوي على أي لطخة أو شطب أو محو¹.

5-2-التعامل بسند التحويل: في حالة ما اذا قام العون الاقتصادي بنقل سلعة من مكان إلى مكان من أجل التحويل أو التخزين أو التعبئة أو التسويق بدون أن تتم عملية تجارية، فإن المشرع الزم أن يحرر سند يبرر حركة هذه السلعة، ويشترط في تحديد هذا السند تبرير حركة هذه السلعة ويشترط أيضا أن يكون مؤرخ ومرقم بالسلع أثناء تحويلها²، ولعل أهم السندات التي جاء بها المشرع هي التي نص عليها القانون التجاري وتمثل في سند الخزن، سند النقل، عقد التحويل الفاتورة³.

5-3-التعامل بوصل التسليم والفاتورة الإجمالية: يحرر العون الاقتصادي فاتورة أو سند أثناء قيامه بالعمليات التجارية من اول عملية انتاج إلى غاية آخر عملية، وقد تتكرر العمليات التجارية مع نفس الزبون وهنا أجاز المشرع أن يحرر وصل تسليم بدل الفاتورة في مثل هذه العمليات ثم تحرر فاتورة اجمالية خلال شهر واحد تجمع فيها جميع وصولات التسليم ثم يتم تقييدها مباشرة، والعون الاقتصادي برخصة استعمال هذا الوصل بموجب مقرر من الإدارة المكلفة بالتجارة.

5-4- التعامل بأية وثيقة أخرى: بالرجوع إلى نص المادة الثالثة، الحالة الرابعة الفقرة الثانية السالفة الذكر بأنه يمكن أن ينجز العقد بأية وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، ومنه أورد المشرع أشكال العلاقة التعاقدية في عقود الاستهلاك على سبيل المثال لا الحصر.

في الأخير نصل إلى القول بأن هذه الأشكال تعد من أهم وسائل الإثبات حيث يقدمها صاحبها للاحتجاج بها⁴.

...المساهمات ونسبها المستحقة حسب طبيعة السلع المبيعة و/أو تأدية الخدمات المنجزة، ولا يذكر الرسم على القيمة المضافة اذا كان المشتري معفى منه، السعر الاجمالي مع احتساب كل الرسوم محمرا بالأرقام والحروف.

ب-البيانات المتعلقة بالمشتري (المستهلك):

اسم الشخص الطبيعي ولقبه، تسمية الشخص المعنوي أو عنوانه التجاري، الشكل القانوني وطبيعة النشاط، العنوان ورقم الهاتف، والفاكس، وكذا العنوان الالكتروني عند الاقتضاء، رقم السجل التجاري، رقم التعريف الاحصائي، يجب ان تحتوي الفاتورة على اسم المشتري ولقبه وعنوانه إذا كان مستهلكا".

¹ سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 36.

² المرجع نفسه، ص 36.

³ نظمها المشرع الجزائري في القانون التجاري، وخصص لها الباب الثالث المعنون ب"سند الخزن وسند النقل وعقد التحويل الفاتورة" في المواد من 543 مكرر إلى 543 مكرر 18 وذلك تحت كتاب الرابع بعنوان السندات التجارية.

⁴ سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 37.

ثانياً: طرق إبرام عقد الاستهلاك

إن الميزة الأساسية التي ينفرد بها عقد الاستهلاك أنه غالباً ما يبرم في شكل نماذج العقود، حيث شاهد العالم منذ بداية القرن العشرين تحولات في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية فتبعه تغيير جذري في العلاقات التعاقدية، فأصبحت نماذج العقود وسيلة لإبرام العقود بمختلف أنواعها¹.
مما دفعنا لدراسة هذا النوع من العقود كوسيلة لإبرام عقود الاستهلاك ومنه كان لابد منا التطرق إلى تعريف نماذج العقود وبيان كيفية صياغتها.

أ- تعريف نماذج العقود:

نماذج العقود هي عبارة عن صياغة لعقد مستقبلي من قبل أحد أطراف العقد الذي يمتاز بقوة اقتصادية، فنية، قانونية دون موازنة منه لمصالح الطرف الثاني في العقد فهو عقد إذعان بامتياز تظهر فيه سلطة الطرف القوي على الطرف الضعيف².

كما أنه ذهب الفقه إلى تحديد مجموعة من العناصر لنماذج العقود والتي تتمثل في :

- أن يوجه العقد للعام أي لعدد غير محدد من الأشخاص لا لشخص معين بذاته،
- أن يعد العقد مسبقاً من أحد الأطراف الذي يتعين أن يتمتع بمقدرة نافذة على التعاقد،
- يجب أن يقبل الطرف الآخر بمضمون العقد كما ورد من الطرف القوي ولا يحق للطرف الضعيف مناقشة بنود العقد فهو منحير أن يقبل أو أرفض³.

وترجع أسباب انتشار استخدام "نماذج العقود" في المعاملات المالية بين الأفراد إلى حاجة الجميع للتوفير الوقت والجهد عند إبرام وصياغة العقود، فأصبحت مع مرور الوقت تستخدم في مختلف المعاملات القانونية بغض النظر عن التعامل بين المراكز القانونية التي تحكم صياغة العقود⁴.

ونشير هنا بأنه ينبغي عدم الخلط بين مفاهيم كل من نماذج العقود والعقود النموذجية⁵، حيث عرفت هذه الأخيرة من قبل الفقه الفرنسي على وجه الخصوص، فعرفها الفقيه "لوتي" بأنها: "صياغة العقود معينة تتم بواسطة شخص طبيعي أو معنوي بحيث تستخدم عند إبرام عقود مشابهة تنص على نفس موضوع

¹ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 54.

² - المرجع نفسه، ص 60.

³ - أحمد عبد الرحمن الملحم: نماذج من العقود ووسائل مواجهة الشروط المحففة فيها، مجلة الحقوقية الكويتية، الكويت، العدد الأول، 16 مارس 1992، ص 246.

⁴ - أيمن سعد سليم: العقود النموذجية، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2005، ص 15.

⁵ - شاع في أوساط الفقه استخدام مصطلح العقود النموذجية "les contrats types" إلا أن المصطلح الأصح هو: الصياغة النموذجية للعقود، " formule type de contrat ". نقلاً عن أحمد سعد سليم: العقود النموذجية، المرجع السابق، ص 12.

العقود النموذجية" وعرفت أيضا من قبل الفقيه "جستان" بأنها: "عبارة عن نماذج للعقود تعتبر حجة مع الأشخاص الذين يقبلون صياغة العقود على منوالها"¹.

ومنه تعتبر العقود النموذجية أشمل من نماذج العقود، حيث تعتبر هذه الأخيرة نوعا من أنواع العقود النموذجية التي تدخل ضمن أساليب تحرير العقد النموذجي²، ومنه نصل إلى القول بأن نماذج العقود لا تعتبر عقد بالمعنى المتعارف عليه في القانون المدني بتبادل طرفي العقد التعبير عن إرادتين متطابقتين لأحداث أثر قانوني معين، وإنما هي صياغة عقود معينة تعود سلفا من قبل أحد اطراف العقد للتعاقد عليها مستقبلا³.

ب- صياغة نماذج العقود:

غالبا ما يكون محرر نموذج العقد طرف قوي من الناحية الاقتصادية، وعادة ما يكون شخصا مهنيا متمرسا⁴،

يستعمل عدة تقنيات للتحرير مثل هذه العقود فتارة يكتبها بشكل مزدحم ليتعذر قراءتها من قبل المستهلك أو يكتبها في جانب هامشي للوثيقة العقدية، أو يحررها من خلف الورقة حتى لا ينتبه لها الطرف الآخر⁵.

مع الإشارة أن نماذج العقود التي نقصدها في هذا الحديث هي العقود التي يتم تحريرها من طرف الأعدان الاقتصاديين سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين خاضعين للقانون الخاص⁶، وليست العقود النموذجية الصادرة من الإدارة⁷.

مع الإشارة بأنه ليس هناك نصوص خاصة في القانون المدني ولا القانون رقم: 04-02 م تحكم الشروط التعسفية في نماذج العقود، إلا انه باعتبارها وسيلة لإبرام عقود الاستهلاك التي تتصف بعقد الإذعان يمكن تطبيق نص المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م، التي جاءت تحت الفصل الأول

¹ - أحمد سعد سليم: العقود النموذجية، المرجع السابق، ص 12.

² - تحرر العقود النموذجية بعدة أساليب: 1- فتححر من أحد اطراف العقد ويقدمها إلى الطرف الثاني ولهذا الأخير الموافقة عليها أو رفضها فنكون أمام نماذج العقود، 2- وقد يتم تحرير العقد النموذجي باتفاق مشترك بين أطراف العقد حيث تسبقه مرحلة مفاوضات مشتركة أيضا، 3- كما انه يتم تحرير العقد النموذجي بواسطة الغير (إدارة، مؤسسة...) حيث يقوم الاطراف المتعاقدة باتباع هذا النموذج. المرجع نفسه، ص 32.

³ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 54.

⁴ - أيمن سعد سليم: العقود النموذجية، المرجع السابق، ص 34.

⁵ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 54.

⁶ - أيمن سعد سليم: العقود النموذجية، المرجع السابق، ص 19.

⁷ - العقود الإدارية النموذجية تستخدمها الإدارة في إنجاز أعمالها وتخضع لرقابة القضاء الإداري فيما يتعلق بمشروعيتها والتأكد من عدم انحراف الإدارة في استخدام سلطتها كعقود التوريد، عقود الأشغال العامة... نقلا عن سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة" دار الفكر العربي، مصر، ط 5، 1991، ص 508.

المعنون ب: "العناصر الأساسية للعقود" من هذا المرسوم والتي تنص: "تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك والتزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع".

ومنه حتى ولو انفرد العون الاقتصادي بتحرير العقد بما فيها نماذج العقود لا بد ان تشمل العناصر الأساسية¹ التي تؤدي إلى منع العون الاقتصادي وضع شروط تعسفية لاستغلال وضعية ضعف الطرف الثاني في العقد، حيث اعتبر المشرع الجزائري في ظل المرسوم التنفيذي رقم: 306.06 م م في المادة الخامسة الحالة الأولى أن تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين الأولى والثانية من نفس المرسوم بنودا تعبر تعسفية.

هذه الأحكام تطبق على نماذج العقود، حيث يمتد تطبيقها إذا كان العقد مبرما بين عون اقتصادي يتمتع بنفوذ في مختلف المجالات بما فيها المجال الاقتصادي والطرف آخر ألا وهو المستهلك الذي يتميز بجعله وعدم قدرته على الإحاطة بنود العقد، بالإضافة أن ينصب العقد في مضمونه على السلع أو الخدمات.

المطلب الثاني

مضمون العلاقة التعاقدية في عقود الاستهلاك

تغيرت العلاقة التعاقدية بفعل التطور الاقتصادي من علاقة بسيطة إلى علاقة استهلاكية فكان ولا بد أن يتغير الوصف على أطرافها (الفرع الأول) وموضوعها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أطراف العلاقة الاستهلاكية

تقوم العلاقات التعاقدية حتى تلك التي تأخذ وصف الاستهلاكية على إرادة أطراف ينشؤها ويحددون آثارها.

¹ - نصت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم : 306.06 م م على أنه: "تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة الثانية أعلاه بما يأتي: -خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، - كيفية الدفع، - شروط التسليم و/أو الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، - شروط تسوية الالتزامات، - إجراءات فسخ العقد".

أولاً: المستهلك

منذ ظهور مصطلح المستهلك في الحياة القانونية توالى محاولات عدة فقهية قضائية وتشريعية إلى تحديد مقصوده، والتطور الذي شهده الأمر الذي أدى إلى ظهور فئتين إحداهما تبنت المفهوم الموسع للمستهلك، أما الأخرى فاكتفت بالمفهوم الضيق .

أ-الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك:

يهدف أنصار هذا الاتجاه إلى مد مفهوم المستهلك ليشمل المهني الذي يتولى إبرام التصرفات لأغراض مهنته ولكن خارج نطاق تخصصه¹، حيث ساد هذا الاتجاه مع بداية ظهور الدعوة أو حماية المستهلك وتجدد ذلك في نداء الرئيس الأمريكي السابق " كيندي " من أن المستهلكين هم نحن جميعاً².

ووفقاً لهذا المفهوم يعتبر مستهلكاً المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاص المهني وذلك على أساس أن هذا المحترف غير المتخصص يظهر كذلك في الواقع ضعيفاً مثله مثل المستهلك العادي³.

وعليه يهدف أنصار هذا الاتجاه إلى مد مفهوم المستهلك ليشمل المهني الذي يتولى إبرام التصرفات لأغراض مهنته ولكن خارج نطاق تخصصه، ومثال ذلك الطبيب الذي يشتري المعدات الطبية اللازمة لعيادته والتاجر الذي يشتري الأثاث لمباشرة نشاطه⁴.

بل أن البعض ذهب إلى حد المنادة بتوسيع دائرة الإفادة من قواعد الحماية لتشمل جميع المتعاقدين "الأضعف اقتصادياً" على أساس أن قرينة الضعف التي يتحدد بناءاً عليها مفهوم المستهلك هي قرينة بسيطة، الأمر الذي يحتم دراسة كل حالة على حدة لتحديد من هو المستهلك⁵.

ويشترط الفقه من المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10-01-1978 المتعلق بالشروط التعسفية التي قضت أن نصوص هذا القانون المتعلقة بالشروط التعسفية تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أي المستهلكين⁶.

¹ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، نفس المرجع السابق، ص 22.

² - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 10.

³ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، نفس المرجع السابق، ص 22.

⁴ - حسن عبد الباسط جميعي: أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 1996، ص 11.

⁵ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 11.

⁶ - مولود بغداداي: المرجع السابق، ص 13.

وقد استخلص الفقهاء من هذه المادة أن قواعد الحماية تطبق حينما لا يكون للعقد الذي يبرمه المحترف صلة غير مباشرة مع المهنة وان كان في غالب الأحيان يقضي باعتبار هذه الصلة مباشرة¹.

خالف المشرع الجزائري أغلبية التشريعات بتعريفه لمصطلح المستهلك²، معتنقا المفهوم الواسع من خلال المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 90-39³ على أنه "كل شخص يقتني بئمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص أو حيوان متكفل به".

وعليه استعماله عبارة "الاستعمال الوسيط" الامر الذي يتضمن الشخص الذي يقتني أو يستعمل السلع والخدمات لأغراض مهنته والمتمثلة في حاجته الاستثمارية⁴.

ب-الاتجاه الضيق لمفهوم المستهلك

المعيار الذي اعتمد عليه هذا الاتجاه هو معيار الغرض من التصرف والذي بحسبه يمكن التمييز بين المحترف والمستهلك وبناء على ذلك لا يمكن اعتبار الشخص الذي يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج من المستهلكين كالوكيل العقاري الذي يشتري سيارة من اجل عمله وفي نفس الوقت لنقل أسرته وهو ما يسمى بالاستعمال المختلط⁵.

وعليه وفقا لهذا الاتجاه فإن المستهلك هو الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع⁶، ذلك انه إختارت لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك في فرنسا والتي انشئت بموجب المرسوم التنفيذي المؤرخ في 25-08-1989 على أن المستهلك هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري للقانون الخاص والذي يقتني سلع أو خدمات لغرض مشروع⁷.

¹ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 23.

² - إيراد المشرع لتعريف المستهلك جنب الباحثين عناء البحث عن تعريف ملائم وقيد القضاء بتعريفه ذلك وتلك عادة درج عليها مشرعنا في الكثير من القوانين وهو أمر ينبغي أن يقلع عنه باعتبار أن ذلك من مهام الفقه والقضاء

³ - المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 التعلق برقابة الجودة وقمع الغش ج.ر عدد 5 المؤرخة في 31 يناير 1990

⁴ - مولود بغداداي : المرجع السابق، ص 13.

⁵ - حسن عبد الباسط حميمي: المرجع السابق، ص 11.

⁶ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 13.

⁷ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 25.

وبما ان الاعتراف بالمؤهلات الخاصة بكل مستهلك من شأنه أن يثير نزاعات لا نهاية لها ويتزع عن قانون الاستهلاك فعاليته فإن المشرع الجزائري غير موقفه فاعتنق المفهوم الضيق للمستهلك واعد تعريفه¹، في المادة الثالثة من القانون رقم: 04-02 م م الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية كما يلي: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت وبمجردة من كل طابع مهني".

وعليه نستخلص ان المشرع كان حريصا على تحديد مصطلح المستهلك ليجنب بذلك الفقه والقضاء عناء البحث بداية بالمرسوم التنفيذي رقم: 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، متبنيا المفهوم الواسع موسعا من حركة الحماية ثم تتزايد رغبته في حماية فئة معينة من المستهلكين لاسيما الذين يهدفون إلى تحقيق حاجاتهم الشخصية والعائلية ليؤكد على موقفه سنة 2004 من خلال القانون رقم: 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية في المادة الثالثة منه فاعترف بالحماية القانونية للشخص المعنوي إلى جانب الشخص الطبيعي شريطة أن يكون اقتناء السلعة أو الخدمة بمجردة من كل طابع مهني وسار على نفس التوجه من خلال القانون رقم: 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

كما يمكننا أن ندعم هذا الرأي بتدخل المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م والذي من خلاله حدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين وما يعد كبنود تعسفية إذا وردت في العقود بين الأطراف السابقة، كل وهذا يشير إلى أن المشرع كان يهدف إلى حماية الطرف الضعيف والذي يكون طرفا في عقد الإذعان المصطلح عليه بالمستهلك، وعليه إذا تطورت العلاقة التعاقدية بفعل التطور الاقتصادي واصبح اطرافها يرمون عقود ذات طبيعة خاصة تسمى بالعقود الاستهلاكية، أحد أطرافها يسمى المستهلك أما الآخر فأطلق عليه مصطلح المهني.

ثانيا: المتدخل

يعتبر المتدخل كل شخص يقوم بعملية عرض المنتج للاستهلاك وبالتالي هو مفهوم شامل لعدة أشخاص، الامر الذي جعل الفقه يتناول تحديد مفهوم هذا الاخير بالاستناد الى عدة معايير، وكذا توجه المشرع الجزائري بدوره في تحديد ذاتيته.

¹ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 16.

أ- موقف الفقه:

فعلى خلاف المستهلك فإن المحترف¹، هو الشخص الذي يتصرف من أجل حاجات مهنته: كاستتجاره لمحل تجاري لتجارته أو شراءه لسلع بقصد إعادة بيعها².

لقد اختلف الفقهاء حول تعريف المتدخل باختلاف المعايير التي اعتمدوا عليها فهناك من يعرفه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد لمباشرة نشاط مهني ما سواء أكان هذا النشاط صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو حرا أو زراعيا وغير ذلك³.

والمحترف⁴ قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا عاما أو خاصا مثل الشركات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري⁵.

ويرى أيضا بعض الفقه أن المهني هو الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط اعتيادي ومنظم للإنتاج، للتوزيع أو لتقديم الخدمات أو هو الذي يتعاقد في مباشرة مهنته فيعتبر مهنيا الشخص الذي يشتري أشياء لاستعماله دون إعادة بيعها لكن يقوم بذلك لأغراض مهنته كالشركات التي تشتري آليات لمصانعها فتدخل هذه التصرفات في النطاق الاقتصادي للعمليات الانتاج والتوزيع⁶.

وعليه المتدخل هو الشخص الذي يعمل لحاجاته المهنية كتأجير محل تجاري كسواء سلعة لإعادة بيعها، فالهدف الذي يسعى إليه هو الذي يسمح بتصنيف صاحبه اما بين المهنيين أو المستهلكين وكلمة مهنة مستعملة في قانون المستهلك لتعيين كل نشاط منظم لغرض انتاج أو توزيع أو أداء خدمة⁷.

نستنتج من خلال هذه الآراء أنها تتفق كلها على كون المحترف من يقوم بممارسة نشاط عرض المتوجات وخدمات وذلك بصفة اعتيادية.

¹ - كلمة محترف متأتية من حرفة ومعناها في نطاق قانون حماية المستهلك كل نشاط منظم لغرض الانتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات فهي تتضمن مفاهيم المؤسسة أو المشروع، وأهم ما يميز المحترف هو وجوده في وضعية تفوق وضعية المستهلك، بما يحوزه من معارف تقنية ومعلومات، فضلا عن القدرات المالية. نقلا عن محمد بودالي،: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 33.

² - المرجع نفسه، ص 33.

³ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 23.

⁴ - المشرع الجزائري كان يعبر عن المدين بالالتزام بلفظ المحترف ولكن بصور القانون رقم: 09-03 جاء المشرع باسم جمع من خلاله مصطلح المنتج، الصانع، الوسيط، الحرفي، التاجر، المستورد، الموزع. بمصطلح المتدخل.

⁵ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 33.

⁶ - حسن عبد الباسط جميعي: المرجع السابق، ص 13.

⁷ - مولود بغداداي: المرجع السابق، ص 25.

كما يتبين ان الفقه يعتمد في تعريفه للمتدخل على مصطلحي المهني أو المحترف ويعتمد على معايير لتحديد مفهومه وهي: معيار الإحتراف¹ والربح ومعيار القوة².

ب- موقف المشرع الجزائري:

أما المشرع الجزائري فقد عرّف المتدخل في أكثر من مناسبة سواء في ظل الأحكام العامة أو الخاصة، فقد تناول في القانون المدني في إطار الحديث عن المسؤولية المدنية للمنتج في المادة 140 مكرر القانون المدني الجزائري بقوله: "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتج حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

كما أشار إليه في المادة الأولى من أحكام القانون التجاري³ بقوله: يعد تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجارياً ويتخذه مهنة معتادة له".

كل هذا في إطار الاحكام العامة أما في ظل القواعد الخاصة فنجد المشرع تناوله في القانون رقم: 02.89 الملغى بموجب القانون رقم: 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش⁴، في المادة الثالثة منه بأنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطاته في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

وحسب المادة الثانية من الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات⁵، يعرفه بأنه: "كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك".

¹ - الإحتراف هو ممارسة الاعمال التجارية على سبيل التكرار وبصفة منتظمة ومستمرة واتخاذ مهنته للحصول على مورد للرزق، أما معيار القوة فهناك من يعرف المهني بالاعتماد على عنصر القوة من الناحية التقنية والاقتصادية والمعرفية أكثر من اهتمامه بالناحية القانونية. نقلا عن سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 26.

² - المرجع نفسه، ص 27.

³ - الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395ه الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج.ر عدد 77 المؤرخة في 26 سبتمبر 1975، المعدل والتمم بالقانون رقم: 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 ج.ر عدد 10 مؤرخة في 06 فبراير 2005.

⁴ - القانون رقم: 89-02 المؤرخ في أول رجب 1409 الموافق ل 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر العدد 6 المؤرخة في 08 فبراير 1989.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم: 90-26 المؤرخ في 15.09.1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 10.05.1999 وقد ألغى هذا المرسوم بموجب المرسوم رقم: 13-325 المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، المؤرخ في 26.09.2003، ج.ر عدد 49 مؤرخة في 02.10.2013.

وبما ان كلمة محترف متأتية من "حرفة" ومعناها في نطاق قانون حماية المستهلك كل نشاط منظم لغرض الانتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات فهي تتضمن مفاهيم المؤسسة أو المشروع¹، فكذلك الحال في قانون المنافسة الذي اتخذ من المتدخل اسم المؤسسة فعرفه المشرع في المادة الثالثة من الأمر رقم: 03-03 م م، بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي مهما كانت صفته يمارس بصفة دائمة نشاطات الانتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد".

عرفه ايضا في المادة الثالثة فقرة السابعة من القانون رقم: 03-09 م م بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المتوجات للاستهلاك".

وعليه بالرجوع إلى المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 90-266 المتعلق بضمان المتوجات والخدمات نص على بعض المتدخلين في عملية عرض المتوجات للاستهلاك وهم الذين قصدهم في المادة الثالثة من فقره السابعة من قانون رقم: 03-09 م م والمتمثلين في المنتج، الصانع، الوسيط، الحرفي، المستورد، الموزع.

1-المنتج: النصوص الخاصة بالاستهلاك تجنبت تعريف المنتج مكتفية بتعريف الانتاج في المادة الثانية الفقرة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم: 39-90 بأنه: "جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي والحصول الفلاحي والجنّي، والصيد البحري وذبح المواشي وصنع منتج ما وتحويله وتوضييه ومن ذلك خزنه في أثناء صنعه وقبل أول تسويق له".

الا أنه عرفه بعض الفقه بأنه كل من يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على ربح².

2-الصانع: هو الشخص الذي ينجز بحكم حرفته أو صناعته أعمالا متكررة تستوجب توفير معارف تقنية تتطابق ومعطيات العلم³.

3-الوسيط: المشرع الجزائري لم يعرفه غير أن المحكمة العليا ذهبت إلى تعريف السمسار بأنه: "كل شخص طبيعي أو اعتباري يحصل أو يحاول الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على مكافئة أو ميزة من أي نوع كانت عند تحضير أو تفاوض أو ابرام أو تنفيذ صفقة"⁴.

¹ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 33.

² - فتيحة حدوش: ضمان سلامة المستهلك من المتوجات الخطرة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، الجزائر، 2009-2010، ص 15.

³ - علي فتاك: تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2008، ص 418.

⁴ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 31.

4-الحرفي: هو كل شخص مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرف يمارس نشاطا تقليديا يث تأهيدا يتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسييره وتحميل مسؤوليته¹.

5-المستورد: المشرع الجزائري لم يعرف المستورد بل اعتبر الاستيراد يدخل ضمن عمليات التسويق التي عرفها بأنها: مجموع العمليات التي تتمثل في خزن كل المنتوجات بالجملة ونصف الجملة ونقلها وحيازتها وعرضها قصد البيع أو التنازل عنها مجانا ومنها الاستيراد والتصدير وتقديم خدمات².

الفرع الثاني

موضوع العلاقة الاستهلاكية

اقتران العلاقة التعاقدية بالوصف الاستهلاكي يضيف على موضوعها بعضا من الخصوصية التي تجعلها تقتصر فقط على السلع والخدمات، مصطلحات غريبة في المجال القانوني الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يتدخل لتحديدتها.

أولا: السلعة

نصت المادة الثانية الفقرة الاولى من المرسوم التنفيذي رقم: 39-90 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش على تعريف المنتج بأنه: "كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية" كما عرفت المادة الثانية الفقرة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات المنتج بأنه: "كل ما يقتنيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة".

من خلال هذين التعريفين نستطيع ان نتبين مدى اتساع نطاق تطبيق مفهوم المستهلك وقانون حماية المستهلك من حيث الموضوع، فكل الاموال يجوز ان تكون محلا ما دام اقتناءها أو استعمالها لغرض غير مهني³.

كما نجد من المادتين السالفتين الذكر ان المشرع جعل من الاقتناء صفة لصيقة المستهلك ذلك ان المستهلك هو فقط الشخص المقتني للسلع والخدمات وخوضه في ذلك الاستعمال الشخصي لا غير⁴.

¹ - علي فتاك: المرجع السابق، ص 419.

² - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 32.

³ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 27.

⁴ - مولود بغداداي: المرجع السابق، ص 14-15.

كل وهذا نستخلصه من المادة الثانية التي تضمنها المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 بقولها أن المستهلك: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية شخص آخر أو حيوان متكفل به" وكذلك المادة الثانية فقرة الثانية من القانون رقم: 04-02م م بقولها أن المستهلك "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت وبمجردة من كل طابع مهني"

فمن خلال القراءة الاولية للتعريفات التي اوردها المشرع الجزائري تبين أن المستهلك هو المقتني للسلعة أو الخدمة ولا شك أن هذه المنتجات أو الخدمات يوفرها ويقدمها في الغالب محترف¹.

وعليه يشمل المنتج كل المنقولات المادية ولا يقتصر على الأشياء التي تملك بأول استعمال لها كالغذاء وانما تشمل المنتجات التي تملك بمرور الزمن كالسيارات والأجهزة المنزلية.

بالرجوع إلى أحكام المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 التي نجدها تعرف المنتج بأنه: "كل شيء منقول مادي قابل لأن يكون موضوع معاملات تجارية" نستنتج منها ما يلي:

1- استخدام المشرع مصطلح الشيء: بالرجوع إلى الأحكام العامة قد نجد هذا الاخير يشمل العقار أو المنقول وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 683 بقولها: "كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

لكن نص المشرع في المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 بان المنتج كل شيء منقول مادي، نجد أنه استبعد العقار بصريح العبارة "كل شيء منقول"، ومنه لا يأخذ العقار وصف المنتج وعليه لا يجوز أن يكون موضوع معاملة تجارية، وقد يعود سبب ذلك خضوع العقار لاجراءات شكلية مباشرة وغير مباشرة كافية لتنظيمه وحمائته، بالرغم من وجود آراء تنادي بمد الحماية للعقار لاسيما الدكتور محمد بودالي².

2- استبعاد المشرع المنقول المعنوي كونه موضوع معاملة تجارية: بالرجوع إلى أحكام المادة 78 من القانون التجاري: "تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ويشمل المحل التجاري الزاميا عملاءه وشهرته.

¹ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 27.

² - المرجع نفسه، ص 27.

كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري والحق في الإيجار والمعدات والآلات والبضائع وحق الملكية الصناعية"

ومنه يشمل المنقول المعنوي: العملاء، الشهرة، والأموال اللازمة لاستغلال المحل التجاري.

وعليه باستقراء هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري استبعد بصريح العبارة كل من المحل التجاري، والمصنفات الأدبية والفنية واحضاعها لحماية خاصة بموجب أحكام قانونية خاصة.

لكن نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 بتعيينه أن المنتج "كل شيء منقول مادي" وبمفهوم المخالفة استبعاد المشرع للأشياء المنقولة المعنوية يتعارض مع نص المادة 685 الفقرة الثانية القانون المدني التي تنص على أنه يعتبر قابلا للاستهلاك كل شيء يكون جزء من المحل التجاري وهو معد للبيع .

بالرجوع إلى المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 نجد تطرقت إلى تعريف الانتاج بأنه: "...جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي والحصول الفلاحي والجني والصيد البحري وذبح المواشي وصنع منتج ما وتحويله وتوضيبيه بما في ذلك خزنه أثناء نقله وقبل أول تسويق".

وعليه سار المشرع على نفس الوتيرة بإيراده تعريفا لكل من المنتج والانتاج بأن عرف في المادة الثالثة منه الفقرة 10 على أن الانتاج "العمليات التي تتمثل في تربية لمواشي وجمع المحصول والصيد البحري والذبح والمعالجة والتصنيع والتحويل وتوضيب المنتج".

أما المنتج فهو بحسب الفقرة 11 من نفس المادة "كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، في حين نص في المادة 140 مكرر في الفقرة الثانية من قانون مدني "...كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية"

ثانيا: الخدمة

إضافة إلى المنتج قد يقع الاستهلاك على أداء خدمة معينة وعليه أن مفهوم الخدمة مفهوم غير مألوف في القانون المدني وقد أصبح رائج الاستعمال في القانون الاقتصادي¹، وهو يشمل جميع الأداءات القابلة للتقدير نقدا².

¹ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 20.

² - المرجع نفسه: ص 24.

عرفت المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 الخدمة بأنها: "كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو بعمالة" وقد جاء التعريف السابق ركيكا غير محدد كعادة المشرع الجزائري عندما يقحم نفسه في إيراد تعريفات هو في غنى عنها.

أما القانون رقم: 09-03 م م قد عرف الخدمة في المادة الثالثة من الفقرة 17 بأنها " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة".

ويدخل في مفهوم الخدمة كل عمل من شأنه أن يفيد المستهلك ويكون نتاج جهد يبذله المهني سواء كان عملا ماديا كالنقل والتوظيف والاصلاح أو كان عمله ماليا كالتأمين أو فكريا (ذهنيا) كالعلاج الطبي وتقديم الاستشارات القانونية¹.

وقد صرح المشرع بإخراج الالتزام بتسليم المنتج من مفهوم الخدمة وأبقى عليه التزاما مستقلا يقع على عاتق أحد المتعاقدين وهو البائع أو المحترف في عقد البيع. بموجب المادة 364 من القانون المدني الجزائري تحقيقا للتناسق بين التشريعات².

¹ - مولود بغداددي: المرجع السابق، ص 16.

² - علي فتاك: المرجع السابق، ص 463.

خاتمة الفصل الأول:

تطرقنا في بداية هذا الفصل بالبحث عن الأسباب الممهدة لظهور الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، وذلك بداية من الأزمة التي أصابت مبدأ سلطان الإرادة نتيجة الأخذ المطلق به فإذا كان هذا المبدأ هو المبدأ الذي يحكم مختلف العقود، إلا أنه لم يعد المسيطر على التنظيمات الحديثة فقد سعت مختلف القوانين إلى تقيده للتمنع حرق مبدأ المساواة العقدية، إلا أنه كنتيجة للحرية الاقتصادية اكتسح نوع آخر من العقود الساحة القانونية وهو عقد الإذعان حيث ينفرد بموجبه أحد أطراف العلاقة التعاقدية بتحديد بنوده ومضمونه دون أن يكون للطرف الآخر سوى القبول أو الرفض، فسعت الإرادة التشريعية للحد من التفاوت بمنح القاضي سلطة التدخل في قانون المتعاقدين بتعديل أو إلغاء شروط عقد الإذعان حسب ما تقتضيه العدالة.

كل هذا كان بمثابة وضع حواجز أمام كل طرف يريد تغليب مصلحته على مصلحة الطرف الضعيف، إلا أنه بالرغم من الجهود من قبل المشرع والتعديلات التي مست مختلف القوانين وعلى وجه الخصوص القانون المدني لم يستطع المشرع التصدي للتحويلات الجديدة التي عرفها المجتمع خاصة تحوله من مجتمع إنتاجي إلى مجتمع استهلاكي وانفتاح الجزائر على نظام اقتصاد السوق كما سلفنا الذكر.

حيث أصبحت الحواجز رثة لا تتلاءم مع التطورات وعصرنة السلع والخدمات حيث عرفت نتيجة إجحاف وتعسف في مختلف العلاقات التعاقدية مما أدى إلى اختلال التوازن العقدي الذي من أحد أسبابه اقترانه بالشروط التعسفية، مما أدى إلى وجوب إعادة النظر في المنظومة التشريعية بالنظر إلى عجز القواعد العامة على استيعاب كل التغيرات.

بعد ظهور الشروط التعسفية كسبب من الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، أخذ المشرع على عاتقه مجموعة من المفاهيم لتحديد المقصود بالشروط التعسفي في ظل قانون رقم: 04-02 حيث استحدث بموجبه الفصل الخامس من الباب الثالث المعنون بـ "الممارسات التعاقدية التعسفية" حيث قام المشرع بموجبه بتعريف الشرط التعسفي بنية نزع اللبس القائم في مضمونه، كما حدد مجموعة من العناصر التي يقوم عليها لتمييزه عن الأنظمة المشابهة به كما أنه تبني معيار الواجب الاعتماد عليه للتقدير الطابع التعسفي للشروط التعسفية وهو الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي للأطراف.

كما أشرنا إلى أنواع هذه الشروط والتي أوردها المشرع سواء في قانون رقم: 04-02 والتي وردت على سبيل المثال لتمكين القاضي الاسترشاد بها، وأضاف أنواع أخرى بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 06-

306 والتي وردت على سبيل الحصر ليغلق المشرع المجال أمام السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي (مع مقارنة هذه التصنيفات مع التشريعات الغربية).

وتناولنا آخر نقطة في هذا الفصل وهي تحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية، حيث اخذ المشرع على عاتقه تبني تعريف لعقد الاستهلاك وان لم يكن قد خرج عن كونه اتفاق بإرادتين على إحداث أثر قانوني، إلا أنه ينفرد بطبيعته الخاصة، إذ أنه يشمل مختلف العقود إذا كان أحد أطرافه مستهلكا ومحلّه منتوجا، مع اشتراط المشرع أن يكون عقد الاستهلاك مكتوبا وأن يتم عن طريق الإذعان، وهكذا أقصى من نطاق تطبيق الشروط التعسفية كل من العقود الرضائية وعقود المساومة.

بعد ذلك اشرنا إلى أطراف عقد الاستهلاك وهما كل من المستهلك المتدخل، مع الإشارة ان المشرع تارة يوسع من نطاق الحماية ليشمل المستهلك المهني، وتارة أخرى يقلص من حماية لتشمل المستهلكين فقط وهذا ما جاء به قانون رقم: 04-02، أما فيما يخص موضوع العقد الاستهلاكي تقتصر على السلع والخدمات مع إقصاء كل من العقار والمنقولات المعنوية وذلك لكونه افرد المشرع حماية خاصة.

الفصل الثاني

تحقيق التوازن العقدي في ظل الشروط التعسفية

الفصل الثاني

تحقيق التوازن العقدي في ظل الشروط التعسفية

من بين أهداف المنظومة القانونية الذي تسعى إلى تحقيقه هو حماية الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية في مواجهة إجحاف تعسف الطرف الثاني.

إذ أن فكرة الحماية لا تزال محل اهتمام وبحث متواصل من قبل مختلف التشريعات وذلك بما تنجر عنه من إشكالات قانونية ومنازعات قضائية، خاصة في ظل الظواهر التي صاحبت عصر الصناعة وسيطرة الطرف القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف الذي سيرضخ لبنود العقد مهما كان الطابع التعسفي الذي تنطوي عليه ودون أن توفر له حرية المناقشة، وبالتالي اختل مبدأ المساواة العقدية.

ومنه اعتبرت هذه البنود من قبيل الشروط التعسفية التي تؤدي لا محال إلى الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

أمام كل هذا حاولت القواعد العامة⁽¹⁾، احتواء مظاهر الاختلال في التوازن العقدي لحماية الطرف الأكثر ضعفا، إلا أن هذه القواعد اصطدمت، عند تطبيقها بمفاهيم جديدة ومبهما فكان على المشرع الوطني تدارك الأمر وذلك بعصرنة الحماية تماشيا للمعطيات الجديدة التي شاهدها العالم، مما أسفرت عن ظهور تشريعات خاصة⁽²⁾، تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الطرف الضعيف بصفته مستهلكا، ومنه سنتطرق إلى أساليب تحقيق التوازن العقدي، في ظل القواعد العامة والقواعد الخاصة (المبحث الأول)؛ وباعتبار أن عقود الاستهلاك تطلق على أي عقد سواء كان مسمى أو غير مسمى بشرط أن يكون أحد أطرافه مستهلكا والطرف الآخر مهنيا بالإضافة إلى اقتناء السلع للاحتياجات الشخصية أو العائلية، فكان لا بد أن يكون حاتمة بحثنا هو إفراغ كل ما تطرقنا إليه في بعض النماذج التطبيقية للعقود المقترنة بالشروط التعسفية (المبحث الثاني).

¹ - القواعد العامة هي القواعد الواردة في القانون المدني التي تكافح الشروط التعسفية باعتبارها الشريعة العامة التي تحكم المعاملات المالية الخاصة بين الأفراد، فهو القانون الذي يرجع إليه إذا لم يتضمن القانون الخاص حكما للمسألة محل النزاع. نفلا عن أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 103.

² - القواعد الخاصة هي القواعد التي وضعت من أجل حماية فئة معينة وهي فئة المستهلكين من التعسف التعاقدية، التي تصدر من المحترفين في إطار العلاقات التعاقدية المبرمة بينهما والتي يسعى من خلالها المستهلكين اشباع حاجتهم الشخصية. نفلا عن خالد معاشو: دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، الجزائر، 2015-2016، ص 47.

المبحث الأول

أساليب تحقيق التوازن العقدي

لما يكون القاضي بصدد الفصل في منازعة باسرها المستهلك ضد محترف للمطالبة بإعادة التوازن العقدي الذي انتهك عند اقترانه بالشروط التعسفية، فعلى القاضي كمرحلة أولى التحقق من طبيعة العقد الذي نشأ به النزاع بغرض تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك بكون أن قواعد الحماية المقررة في الأحكام العامة مختلفة عن تلك المقررة في القواعد الخاصة، كون أن هذه الأخيرة الاستفادة منها كان لا بد من توفر مجموعة من الشروط انطلاقاً من توافر صفة المتعاقدين، وأن يكون محل عقد الاستهلاك منتجاً، بالإضافة إلى أن يكون عقد الاستهلاك يتصف بالاذعان، ويكون محرراً كل هذا لتقرير حماية المستهلك من الشروط التعسفية لكونها سنت لحمايته لصفة الضعف التي تلازمه، أما في حالة غياب هذه الشروط، فهنا يمكن للطرف المتضرر من مثل هذه البنود الاحتماء بالقواعد العامة خاصة عقود الاستهلاك التي خضعت للمفاوضة. وعلى هذا الأساس سنتطرق إلى كلا من القواعد الحمائية المقررة في كلا من القواعد العامة (المطلب الأول)، والقواعد الخاصة (المطلب الثاني) وذلك لبيان مدى فاعليتها لتحقيق التوازن العقدي.

المطلب الأول

طرق تحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد العامة

تضمنت القواعد العامة نصوصاً متفرقة التي هي عبارة عن مجموعة من القواعد التي تتضمن آليات وضعها المشرع خصيصاً من أجل حماية المتعاقد من الشروط التي تتسم بالطابع التعسفي عندما يكون في مواجهة متعاقد في مركز أقوى من المتعاقد الآخر دون النظر إلى صفة المتعاقدين.

بمعنى أن القواعد العامة تستهدف حماية كل طرف يتحمل التزامات أكثر من الطرف الثاني سواء كان أطراف العقد بين مهنيين فقط، أو بين مستهلكين، أو حتى بين مهني ومستهلك، ومنه أمكن للقاضي الإسناد لإعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية إلى القواعد العامة، سواء تلك الأحكام المقررة أثناء تكوين العقد (الفرع الأول) أو تلك المقررة أثناء تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تحقيق التوازن العقدي أثناء تكوين العقد

من أهم مظاهر الحماية التي يمكن ان يستند إليها المستهلك أثناء تكوين العقد باعتباره متعاقدًا نظرية عيوب الإرادة (أولاً) قاعدة حسن النية (ثانياً) نظرية السبب (ثالثاً) إضافة إلى أحكام أخرى استجمعناها في كل من نظرية العلم الكافي بالمبيع ونظرية العيوب الخفية (رابعاً).

أولاً: عيوب الإرادة

تعد نظرية عيوب الإرادة من بين أهم الوسائل التي تعمل على حماية المستهلك بصورة عامة وبسيطة، ولهذا سنتطرق لكل عيب على حدى ومدى نجاعته في تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك.

أ- الإكراه كوسيلة لمحاربة الشروط التعسفية:

يمكن تعريف الإكراه على أنه تهديد المتعاقد دون حق بخاطر يبعث في نفسه رهبة تحمله على التعاقد، وعليه قد يتعاقد شخص لا حرّاً مختاراً بل بسبب الضغط على إرادته بطريق التهديد الذي يولد في نفسه رهبة وخوفاً، يخاف فيهما على نفسه أو ماله أو شرفه أو نفسه أو مال أو شرف أحد أقاربه⁽¹⁾، فالإكراه⁽²⁾، في حقيقته القانونية ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد وهو لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع أو القهر الواضح فيكون من نتائج ذلك الخوف حمل المكره على الاقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً⁽³⁾.

وعليه لقد أقرّ المشرع الجزائري في المادة 88 من القانون المدني أن الإكراه ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوف يدفعه للتعاقد⁽⁴⁾.

إذا توافرت شروط الإكراه من صدور الرهبة وأن يكون الإكراه دافعاً للتعاقد وذلك اما على الثمن أو شروط أخرى يفرضها مقدم السلع والخدمات وعليه ما على هذا الطرف الضعيف إلا قبول التعاقد لإشباع

¹ - دربال عبد الرزاق: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام" ن دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، د.س.ط، ص27.

² - بحث فقهاء التشريع الاسلامي في مسألة الإكراه أو الضغط منذ زمن طويل وسبقوا القوانين الوضعية الحديثة وذلك انطلاقاً من القران والسنة. قوله تعالى: "لا إكراه في الدين" (الآية 256 من سورة البقرة) وقوله: "من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان" (الآية 106 من سورة النحل) وقوله صلى الله عليه وسلم: "إن الله تجاوز لي عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه" رواه البخاري. نقلاً عن بلحاج العربي: المرجع السابق، ص116.

³ - المرجع نفسه، ص115.

⁴ - فيلاي علي: المرجع السابق، ص134.

حاجاته وكذا ان تكون الوسيلة المستعملة أو الغاية موضوعه بأنها غير مشروع ستكون أمام بطلان العقد⁽¹⁾.

غير أن الفقه يرى أن مجرد الاضطراب لا يصلح أن يكون سببا للطعن في العقد بالإكراه وهذا أساس نظرية الإكراه لا تخدم فعليا المستهلك لاسيما من حيث الحماية الكاملة⁽²⁾.

ب- الغلط كوسيلة لمحاربة الشروط التعسفية:

لقد تطرق المشرع الجزائري لأحكام الغلط في المواد 81 إلى 85 من القانون المدني واعتبره وهم تلقائي يقع في ذهن المتعاقد عند ابرامه للتصرف فيجعله يتصور الشيء الذي تعاقد عليه على غير حقيقته، كما اكتفى بمعالجة الغلط الجوهرى المعيب للرضا فقط وقت ابرام العقد⁽³⁾.

باعتبار العقود الحديثة شديدة التعقيد الأمر الذي يجعل المتعاقد العادي يصعب عليه فهمها، الأمر الذي يساهم في بناء وهم يلقيه المحترف على المستهلك⁽⁴⁾، وعليه يرى الفقه أن نظرية الغلط قاصرة على تحقيق التوازن العقدي الكافي انطلاقا من الجزاء أما إذا أقدم الشخص على التعاقد مدعنا لعدم وجود بديل للسلعة أو الخدمة فلا جدوى من تمسكه بالبطلان⁽⁵⁾.

وعليه بالرغم من نجاعة هذه النظرية في عقود المساومة العادية، إلا أنها لا تخدم حماية المستهلك كون هذا الأخير قد لا تتجه رغبته في التمسك بنظرية الغلط لعيب من عيوب الإرادة حتى لا يجرم من السلعة أو الخدمة محل التعاقد.

ج- التدليس كوسيلة لمحاربة الشروط التعسفية:

من الصعب تصور التدليس دون الاستناد إلى الحيل⁽⁶⁾، وبهذا يمكن تعريفه أنه استعمال حيلة توقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد⁽⁷⁾، أو هو استعمال طرق احتيالية لخدعة أحد المتعاقدين خديعة تدفعه إلى

¹ - علي فيلاي: المرجع السابق، ص 135.

² - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 125.

³ - علي فيلاي: المرجع السابق، ص 109.

⁴ - مولود بغدادى: المرجع السابق، ص 75.

⁵ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 27.

⁶ - محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج 1، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، ط 2، 1993، ص 99.

⁷ - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 109.

التعاقد فهو يثير الغلط في ذهن المتعاقد فيعيب الإرادة من هذا الطريق⁽¹⁾، لقد تناول المشرع الجزائري أحكام التدليس في المادتين 86 و 87 ق.م غير أنه لم يعرفه يقوم التدليس على شروط حتى تقوم آثاره ويترتب عليه ابطال العقد متى أثبتته المدلس عليه (المستهلك) وباعتباره خطأ موجب للمسؤولية من جهة أخرى وعليه يمكن للمدلس عليه المطالبة إما بإبطال العقد أو التعويض.

د- الغبن والاستغلال كوسيلة لمحاربة الشروط التعسفية:

لقد اعتنق المشرع الجزائري النظرية المادية في الغبن⁽²⁾، ولكنه لم يأخذ بها على إطلاقها وإنما حصر تأثير الغبن على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر لا تهم في أغلبها احوال المستهلكين⁽³⁾.

وكذا فكرة تعميم الغبن تصطدم بممانعين هما:

- أنه وسيلة غير مجدية لأن الغبن هو عدم توازن الأداءات المتبادلة وأنه ليس هناك تلازم بين الإذعان وبين عدم تعادل الأداءات أي أنه لا يترتب دائما عدم تعادل بين الأداءات من واقع إذعان احد المتعاقدين لشروط الشيء انفراد الطرف الآخر بوضعها.

- أنه في الدول التي أخذت بالنظرية الشخصية للغبن أو الاستغلال لم تشهد محاكمها أفضية⁽⁴⁾.

إن نظرية الغبن تصطدم بممانعين في عدم تعادل الأداءات:

- ذلك أن فكرة الغبن تتعلق بمحل العقد⁽⁵⁾، أما الإذعان فيتعلق بالإرادة ومن ثم فإنه لا يجوز أن نحمي فكرة متعلقة بالكيف بواسطة فكرة ذات طابع كمي.

¹ - من بين التعريفات الفقهية التي ذكرها محمد صبري السعدي ما يلي: التدليس هو "إيهام الشخص بغير الحقيقية بالالتجاء إلى الخيل والخداع لحمله على التعاقد"، الفقيه السنهوري: التدليس هو "إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد"، علي علي سليمان: هو "استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس وعليه تدفعه إلى التعاقد". نقلا عن محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص 45

² - تعني النظرية المادية في الغبن عدم التعامل أو عدم التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد بحيث تصل درجة الاحتكاك في التعادل الى رقم معين، نقلا عن بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 49.

³ - مولود بغداداي: المرجع السابق، ص 80.

⁴ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 49.

⁵ - المشرع الجزائري (على خلاف المشرع الفرنسي) توافق مع المشرعين الألماني والسويسري وتأسيسا على مبادئ التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات فإنه أسس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية والتي جعل منها مسببا من أسباب ابطال العقود وهي نظرية لا تعدد عند تقدير الشيء بقيمته المادية بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف التعاقد. نقلا عن بودالي محمد: الشرط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 49.

- أنه في الدول التي نصّت قوانينها على نظرية الاستغلال أو النظرية الشخصية للغبن، لم تشهد محاكمها أفضية تتعلق به⁽¹⁾.

ثانيا: قاعدة حسن النية

نصت المادة 107 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وفي ذلك اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأنه يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوجبه حسن النية فضلا عن استخلاص نية بمفهوم المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد⁽²⁾. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد ويرجع ذلك إلى انعدام الاجتهاد القضائي في هذا المجال، رغم الاعتراف بقاعدة حسن النية⁽³⁾، إلا أن دورها ضعيف ولا يمكن الاعتماد عليها وحدها في إعادة التوازن العقدي⁽⁴⁾.

ثالثا: نظرية السبب

يعتبر السبب⁽⁵⁾ ركن لقيام أي عقد، مساومة كان أو إذعان وعليه حتى لا يندم العقد بالإضافة إلى ركن الرضا والمحل ناهيك عن المدة والشكلية والتسليم في بعض العقود اشترط المشرع السبب الذي يجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وهذا ما نص عليه في المادتين 97-98 ق م ومنه تخلف هذا الركن يجعل العقد باطلا بطلانا مطلقاً.

إن اللجوء إلى غياب السبب لتطبيق البطلان على بعض الشروط التعسفية يمكن أن يستفيد منه أي طرف متعاقد قد يكون تضرر من الشرط التعسفي سواء كان مهنياً أو مستهلكاً أي غير مهني وما دام أن

¹ - بودالي محمد : الشرط التعسفي في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص51.

² - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص107.

³ - لم يول الفقه التقليدي اهتمام كبيراً بمبدأ حسن النية ويرى البعض أن مبدأ حسن النية يراعى فقط عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة ترك العقد لمحض تقدير القاضي، بينما يرى آخرون أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يُظل العقود سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها، أو بتنفيذها. نقلاً عن عياض محمد عماد الدين، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية "دراسة على ضوء قانون رقم: 04-02" رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2005-2006، ص85.

⁴ - مريم بوحظيش: المرجع السابق، ص103.

⁵ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص100.

المستهلك أحد هؤلاء يمكن القول أن نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من بعض الشروط التعسفية في العقود بشكل عام وهو في عقود الاستهلاك بشكل خاص⁽¹⁾.

لم يأخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة⁽²⁾ للسبب بل تأثر بالقانون الفرنسي أيضا وهو ما يوجه السياق أنه أخذ بازدواجية السبب (النظرية التقليدية والحديثة) إذن فالقول بالنسبة للقانون المدني الجزائري بخصوص إسناد القاضي على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية يحتاج إلى اجتهاد من القضاء للتسليم بفكرة انعدام السبب⁽³⁾.

يرى بعض الفقهاء عند تطرقهم لفكرة انعدام السبب أن غيابه لا يكون موجود في الغالب بين العلاقات بين المحترفين أو المستهلكين إنما الموجود هو عدم التساوي في الالتزامات المتبادلة والقضاء لا يستلزم القول بوجود السبب أن تكون الالتزامات متوازنة وعليه لا يمكن بطلان العقد غير المتوازن على أساس المادة 98 ق م فحتى يكون هناك غياب للسبب أن يكون هناك انعدام حقيقي للمقابل⁽⁴⁾.

رابعا: نظرية العلم الكافي ونظرية ضمان العيوب الخفية

تجد هتان النظريتان أساسهما في القانون المدني وهي على النحو التالي:

أ- نظرية العلم الكافي بالمبيع:

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى نظرية العلم الكافي بالمبيع⁽⁵⁾، في أحكام المادة 352 من القانون المدني الجزائري ذلك أنه: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

¹ - المشرع الفرنسي أخذ بالنظرية التقليدية التي تعرف السبب بأنه: " النتيجة الأولى التي يتحصل عليها المتعاقد عند تنفيذ التزامه وفي مقابلها النظرية الحديثة التي تنظر إلى السبب باعتباره الغرض أو الغاية المباشرة التي يود المتعاقد الوصول إليها من وراء تعاقدته وبهذا السبب في نظرها هو الباعث الدافع للتعاقد. نقلا عن بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص54.

² - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص84.

³ - المرجع نفسه، ص85.

⁴ - يرجع أساس هذه النظرية إلى أحكام خيار الرؤية في الشريعة، أو ما يسمى "الخيارات العقدية" يعتبر من أهم الوسائل التي صارت تتخذها أحدث التشريعات كوسيلة لحماية المستهلك، ففي فرنسا مثلا شملت هذه الخيارات عقود بيع المنتجات للمستهلكين في منازلهم "vente à domicile" بموجب قانون 22 ديسمبر 1976، وكذا عقود البيع عن بعد "vente à distance" بموجب قانون جانفي 1988 حيث منحت هذه النصوص للمستهلك مدة سبعة أيام لممارسة حقه في الرجوع، قبل أن تدمج أحكامها ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993. نقلا عن عياض محمد عماد الدين: المرجع السابق، ص11.

⁵ - عياض محمد عماد الدين: المرجع السابق، ص11.

وكما أنه يحتفظ حق المشتري في طلب ابطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع إذا ذكر المشتري في العقد أنه عالم بالمبيع¹.

وعليه حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع من شأنه أن يجعل البائع حريصا على إعلام المشتري بالمبيع ما يبرر القول بان النظرية تعد مظهرا تقليديا لما صار يعرف في التشريعات الخاصة بحماية المستهلك بـ: "التزام المحترف بالإعلام أو الإخبار" وهو التزام تبناه المشرع الجزائري في القانون رقم: 04-02 م م.

ب- نظرية ضمان العيوب الخفية:

أصبحت العيوب الخفية تحتل مكانة بارزة في وقت يشهد تقدما تكنولوجيا هائلا تزايد معه الاقبال على مختلف الأدوات والأجهزة المتطورة والمعقدة مما انعكس على أهمية ضمان العيوب الخفية بالنسبة للمستهلك وذلك فإن نظرية العيوب الخفية تعد من أهم الوسائل التقليدية التي تضمنت حصول المستهلك على منتجات صالحة كقيلة بتلبية رغباته الاستهلاكية⁽²⁾.

لقد تناول المشرع الجزائري أحكام العيب الخفي⁽³⁾، في المادة 379 ق.م.ج ذلك أنه: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الضمان التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها"

لكن رغم الحماية التي أرستها نظرية العيوب الخفية إلا أنها ظلت بمفهومها التقليدي قاصرة عن تعويض المستهلك المضرور إضافة إلى المدة القصيرة التي يجب أن ترفع فيها دعوى الضمان وهي سنة من وقت التسليم ولو اكتشف العيب بعد انقضاء هذا الحبل، كما أن نطاق ضمان العيوب الخفية يقتصر على عقد البيع والعقود الناقلة للملكية وكذا العقود المتعلقة بالشيء. بما يتناسب وطبيعتها في حين أن المستهلك بحاجة إلى توسيع نطاق هذا الضمان إلى جميع العقود التي يفصل بموجبها على منتج أو خدمة⁽⁴⁾.

¹ - نصت الفقرة الثانية من المادة 352 من القانون المدني على انه: "...وإذا ذكر في عقد البيع ان المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الاخير في طلب ابطال البيع بدعوى عدم العلم به الا اذا اثبت غش البائع".

² - عياض محمد عماد الدين: المرجع السابق، ص12.

³ - الالتزام بضمان العيب الخفي في المبيع، لا يترتب في كل الأحوال وإنما يتطلب شروط لذلك حرصت كل التشريعات على ضرورة إثبات وجود العيب بالشيء المبيع من طرف المتضرر في النطاق العقدي الذي يسبب الضرر وذلك بتوافر شروط معينة" ان يكون العيب قديما وخفيا" حيث ستكفل هذه الشروط حماية أكبر للمستهلك. نقلا عن حساني علي: ضمان حماية المستهلك نحو نظرية عامة في التشريع الجزائري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2017، ص 135

⁴ - عياض محمد عماد الدين: نفس المرجع، ص11.

الفرع الثاني

تحقيق التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد

انطلاقاً من القواعد العامة، حاول المشرع الجزائري أن يتجنب العيوب التي لحقت مبدأ سلطان الإرادة⁽¹⁾ ومدى الاختلال الخطير الذي مسّ حرية التعاقد، فعمد بذلك إلى حماية الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، وذلك بمنح القاضي سلطة إعادة التوازن العقدي بالاستناد إلى أحكام القانون المدني على وجه الخصوص، وذلك دون تشويه مضمون العقد أو مخالفة القانون، ومن هنا فالقاضي اسناداً إلى أحكام القانون التدخل في قانون المتعاقدين بتفسيره وإن كانت تحكمه ضوابط (أولاً)، كما له أن يعدل أو يعفي الطرف المدعي من الشروط التعسفية في عقود الإذعان (ثانياً)، بالإضافة إلى الحد من الشروط التعسفية التي يستفاد منها أنها تعسفية (ثالثاً).

أولاً: سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد

غالباً ما تحمل العقود التي ينفرد في صياغتها أحد المتعاقدين عبارات غامضة ومبهمة إلا أن هذا ليس وليد صدفة دائماً، وليس أيضاً وليد رعونة واضعه وهو المحترف، إلا أنه في أحيان كثيرة يكون متعمداً، حيث يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والابهام⁽²⁾، وبالتالي اعترف المشرع للقاضي بسلطة تفسير العقود والذي يقصد به إن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁽³⁾ إلا أنه قبل القيام بهذه المهمة كان على القاضي التأكد من توفر شروط انعقاد العقد، وصحته، ثم البحث في مضمون العقد⁽⁴⁾.

ولقد نظم المشرع القواعد التي يجب اتباعها في تفسير العقد في مادتين: 111⁽⁵⁾ و 112⁽⁶⁾ ق.م.ج

والتي تضمنت ثلاث حالات لتفسير العقود وهي كالتالي:

- 1- ينظر أزمة مبدأ سلطان الإرادة، ص 10 من المذكرة وما بعدها.
 - 2- بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود الجزائرية، المرجع السابق، ص 62.
 - 3- محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام" القسم الأول، دار الكتاب الحديث، مصر، د.ط، 2003، ص 299.
 - 4- بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 238.
 - 5- نصت المادة 111 من القانون المدني على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين،
- أمّا إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي في الألفاظ مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"
- 6- نصت المادة 112 من القانون المدني على أنه " يؤول الشك في مصلحة المدين.
- غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى."

أ- حالة وضوح عبارات العقد:

إن وضوح عبارات العقد ليست محلاً لتفسير ولا مجال للتأويل عن معناها الظاهر⁽¹⁾ حيث ينظر في هذه الحالة إلى العقد كوحدة واحدة، ومتكاملة الأحكام، ومتصلة الاجزاء⁽²⁾، وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 111 من ق م السالفة الذكر حيث أن المشرع افترض الإرادة الظاهرة في هذه الحالة هي الإرادة الباطنة المعبرة عن النية المشتركة وهذه قاعدة عامة تقتضيها استقرار المعاملات، ومع ذلك يمكن أن تكون الإرادة الباطنة مخالفة تماماً للإرادة الظاهرة⁽³⁾. خاصة في العقد التي يفتقد فيها الطرف الضعيف معلومات حول الشيء المتعاقد عليه معاني العبارات المستعملة في إبرام العقد في هذه الحالة يمكن العدول عن المعنى الظاهر إلى المعنى المقصود، شريطة أن يبين القاضي أسباب العدول، مع خضوع إلى رقابة المحكمة العليا في تطبيقه للأحكام في تفسير العقود⁽⁴⁾.

ب- حالة غموض عبارات العقد:

إذا كانت عبارات العقد غير واضحة ويكتنفها الغموض⁽⁵⁾ يتعين على القاضي طبقاً للفقرة الثانية من المادة 111 من ق.م أن يلجأ إلى تفسيرها حتى يزيل الغموض ويهتدي إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين⁽⁶⁾.

وقد ذكر المشرع في نفس الفقرة بعض العوامل التي يستطيع القاضي أن يستعين بها في تفسير العبارات الغامضة وهي طبيعة المعاملة، وما ينبغي أن تتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين والعرف الجاري في المعاملات

¹ - محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ج1، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط 2، 1993، ص160.

² - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص239.

³ - محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري "النظرية العامة للالتزام"، المرجع السابق، ص 302-303.

⁴ - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص 241.

⁵ - حاول الفقه حصر بعض حالات غموض العبارات العقد، ونذكر من هذه الحالات ما يلي:

- العبارة المبهمة هي العبارة التي لا تفيد شيئاً فيصعب الاطلاع على إرادة المتعاقدين

- العبارة التي تحمل أكثر من دلالة فهي عبارة غير دقيقة تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين

- العبارة الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة: هذا التعارض بين العبارات الواضحة يرتب غموضاً بخصوص إرادة المتعاقدين.

- تناقض بعض العبارات مع الأحكام الكلية للعقد.

- اغفال المتعاقدين بعض التفاصيل. نقلاً عن فيلاي علي: المرجع السابق، ص310-311.

⁶ - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص241.

مع الإشارة بأن المشرع ذكرها على سبيل المثال لا الحصر⁽¹⁾ فللقاضي ان يلجأ إلى غيرها للكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، كما يخضع هذا التفسير إلى رقابة المحكمة العليا⁽²⁾.

ج- حالة الشك في عبارات العقد:

تقوم حالة الشك كلما تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، حيث تبقى الوسائل المشار إليها آنفا بدون جدوى، كأن يكون عبارات العقد ذات دلالات متعددة، ولا يمكن ترجيح احدهما، فيحدث تردد في اختيار المعنى الذي تحمله العبارة محل التأويل، ويكون القاضي ملزم في الفصل في النزاع⁽³⁾ ولحل كل هذا جاء المشرع بقاعدة تفيد ان الشك يؤول لمصلحة المدين⁽⁴⁾، في الفقرة الأولى من المادة 112 من ق.م.ج فتطبيق هذه القاعدة مع وقوف على عدم امكانية القاضي رفع الشك عن بنود العقد، فحالة الشك تستبعد وجود نية مشتركة للمتعاقدين فاقر القانون مصلحة المدين⁽⁵⁾. والمدين هو المتعاقد الذي يتحمل عبئ الشرط محل التفسير⁽⁶⁾.

بالإضافة إلى كل هذا اورد المشرع اسنادا عن هذه القاعدة في الفقرة الثانية من المادة 112 من ق.م. وذلك عندما يتعلق الأمر بعقد الإذعان، حيث يؤول الشك للمصلحة الطرف المدعى دائما أي سواء كان دائنا أو مدينا، تأسيسا على أنه الطرف الضعيف اقتصاديا، وذلك كون أن الطرف الآخر هو الذي يستقل في تحرير العقد ووضع شروطه، حيث أنه ليس من العدل أن يستفيد من غموض تسبب فيه⁽⁷⁾، بالإضافة أن عقد الإذعان لا يمكن ان يعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

نصل إلى القول بأن القواعد العامة تراعي دائما حماية الطرف الضعيف بغض النظر عن مركزه، إلا أن المشرع خص عقد الإذعان بأحكام خاصة خرج بها عن القواعد العامة في تفسير العقود التي تقضي بتفسير العقد لمصلحة المدين، فالمشرع راعى خصوصية العقد التي يغيب فيها المناقشة، حيث تسمح للقاضي أولا التدخل في قانون المتعاقدين، وثانيا تفسير الشك لمصلحة المدعى سواء كان مدينا أو دائنا.

¹ - محمد علي البدوي: المرجع السابق، ص162.

² - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص242.

³ - علي فيلاي: المرجع السابق، ص315.

⁴ - تستمد هذه القاعدة وجودها من الأصل الثابت وهو براءة للذمة، والتي نص عليها المشرع في نص المادة 323 من القانون المدني " على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه"

⁵ - محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري "النظرية العامة للالتزام"، المرجع السابق، ص312.

⁶ - محمد علي البدوي: المرجع السابق، ص162.

⁷ - بلحاج العربي: المرجع السابق، ص243.

ثانيا: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها

إذا انعقد العقد صحيحا فإنه يلتزم المتعاقدان بالقيام بالالتزامات التي يربتها العقد، ويعبر عن ذلك بالقوة الملزمة للعقد، فعلى كل طرف احترام العقد في حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها كالقانون تماما، ويترتب على هذا المبدأ أنه لا يستطيع احد أطراف العقد بإرادته المنفردة أن ينقضه أو يتحلل من العقد أو تعديله⁽¹⁾ ويسري هذا التحريم في حق القاضي كذلك، فلا يجوز له المساس بمضمون العقد، فهو ملزم باحترام مقتضيات العقد كما تم الاتفاق عليها دون إضافة أو تغيير أو تعديل⁽²⁾. وإن كانت له سلطة تفسير العقود كما سبق بيانه.

إلا أنه خروجاً عن القاعدة العامة، وبمجة توفير الحماية للطرف المدعى اعترف القانون بسلطة إستثنائية للقاضي بموجب المادة 110 من ق.م⁽³⁾، حيث اتاح للقاضي تجاوز البنود التي يتضمنها العقد إذا ثبت أنه يحمل شروط تعسفية بغية إعادة التوازن للعقد⁽⁴⁾، إلا أنه بالرغم من اعتراف المشرع بالسلطة الاستثنائية للقاضي إلا أنه لم يتركها دون قيود، إذ ان هذه السلطة تكون في نطاق عقود الإذعان دون عقود التي خضعت للمساومة.

أ- شروط تدخل القاضي للتعديل البنود التعسفية أو إلغائها:

يتضح من نص المادة 110 من ق.م أن تدخل القاضي في قانون المتعاقدين مرهون بتوافر شرطين:

1- وجود عقد الإذعان⁽⁵⁾: لم تعترف الإرادة التشريعية بتدخل القاضي للأعمال سلطته في تعديل أو إلغاء البنود في مختلف العقود، حيث أنه سمح بها في طائفة معينة من العقود، وهي عقود الإذعان دون سواها.

2- وجود شروط تعسفية: لا بد أن يتضمن العقد شرط أو عدة شروط تعسفية، تتطلب تدخل القاضي بهدف إعادة التوازن العقد أو إزالة التفاوت الكبير فيه، ومنه إذا لم يتضمن العقد أي شرط تعسفي

¹ - محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص322.

² - فيلال علي: المرجع السابق، ص288.

³ - نصت المادة 110 من القانون المدني على ما يلي: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن الشروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المدعى منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا الاتفاق على خلاف ذلك".

⁴ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص58.

⁵ - ينظر تعسف في عقود الإذعان، ص 17 من المذكرة وما بعدها.

فلا محل لتدخل القاضي، فالمبرر الذي ابتغاه القاضي في تعديل أو إلغاء بنود العقد هو وجود طرف قوي الذي يحكم مركزه بفرض شروط تعسفية في العلاقة التعاقدية⁽¹⁾.

نشير بأن المشرع ذكر - الشروط التعسفية- صراحة في القانون المدني في موضعين وعلى وجه التحديد في المادتين 110 و660 ق.م.ج⁽²⁾، إلا أنه لم يحدد معنى الشرط التعسفي ولم يحدد أي معيار يمكن أن يستدل به القاضي للتحديد ملامحه مع مختلف العقود إلا أنه في الوقت الراهن بعدما سن المشرع قانون رقم: 04-02 م م والذي أخذ على عاتقه تعريف الشرط التعسفي وتبنى معيارا لتحديده⁽³⁾.

فهل يمكن القول بأن قاضي الموضوع بصدد تدخله في عقود الإذعان المقترنة بالشرط التعسفي ملزم بتطبيق أحكام قانون رقم: 04-02 م م وأنه يمكن الاستعانة به على سبيل الاستئناس أو تجاهلها؟

ب- تدخل القاضي في العقد بالتعديل أو الإلغاء:

كما أن تعديل الشرط التعسفي الذي يتضمنه عقد الإذعان والإعفاء منه لا يجوز أن يتصدى له القاضي من تلقاء نفسه⁽⁴⁾، وإنما لا يأتي له في ذلك إلا بناء على طلب الطرف المدعن (المستهلك) عملاً بمبدأ حياد القاضي⁽⁵⁾.

ومن جهة أخرى فقد نصت المادة 110 من ق.م السابق الذكر جاء بمعيار يسترشد به القاضي عند أعمال سلطته التقديرية في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي، وهو معيار العدالة⁽⁶⁾. وإن انتقد من قبل الفقه بأنه معيار مطلق وغامض لاختلاف الاحساس به من شخص لآخر، بل إنه قد يتغير باختلاف الأزمنة

¹ - خالد معاشو: المرجع السابق ص95.

² - نصت المادة 660 الفقرة الخامسة من القانون المدني على أنه: "...كل شرط تعسفي آخر يبين أنه لم يكن لمخالفته اثر وقوع الحادث المؤمن منه"

³ - ينظر مفهوم الشرط التعسفي، ص 18 من المذكرة وما بعدها

⁴ - الأصل أن القاضي لا يسوغ له التدخل من تلقاء نفسه لمراجعة العقد من خلال المساس بشروط تعديلها لمصلحة أحد الطرفين أو إعفائه منها نهائياً، ولو وقف على عدم التوازن العقدي في إطار نظره في دعوى تنصب أساساً حول تنفيذ ذلك العقد غير التوازن من حيث الحقوق والالتزامات، طالما أن القاضي ملزم بمبدأ الحياد الإجرائي، الذي يقضي عدم جواز القضاء بما لم يطالبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبه الخصوم باعتباره من المبادئ العامة التي تحكم العمل القضائي المكرس دستورياً، وضمن مدونات أخلاقيات مهنة القضاء إلى جانب النصوص الإجرائية المدنية منها والجزائية التي أوردت نصوصاً قانونية صريحة تلزم القاضي دائماً بالتنفيذ لهذا المبدأ ومن ثمة فلا خروج على هذا المبدأ إلا بنص خاص. نقلاً عن خالد معاشو: المرجع السابق، ص93.

⁵ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص59.

⁶ - العدالة هي الانصاف والعدل كما يتصور الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي، بتحكيم الضمير والمنطق وطبيعة الأشياء التي تستمد من القانون الطبيعي التي يكمن دورها في تحقيق العدالة العقدية. نقلاً عن علي فيلاي: المرجع السابق، ص 284-285.

والأمكنة⁽¹⁾، وإن كان مصطلح العدالة يمنح القاضي سلطة تقديرية واسعة بين تعديل أو إعفاء من الشرط التعسفي في عقود الإذعان وفقاً لما تقتضيه العدالة، وهذا ما سنبينه في ما يلي:

1- تعديل القاضي للشروط التعسفية: يقصد بالتعديل رد هذه البنود إلى المستوى المطلوب في الأحوال العادية عن طريق التخفيف والتلطيف من وطأتهما على المستهلك⁽²⁾. أي أن تعديل الشرط يعني الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف فيه⁽³⁾.

وتدخل القاضي من أجل تعديل الشرط التعسفي يكون بالوسيلة التي يراها مناسبة، كأن يتعلق التعديل بالانقاص وذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الغرض الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة وهو التوازن بين الأدعاء المتبادلة في العقد⁽⁴⁾.

2- إلغاء القاضي للشروط التعسفية: يكون للقاضي إعفاء الطرف المدعى من الشرط التعسفي نهائياً، ومنه يعتبر الشرط لاغياً كأنه لم يكن⁽⁵⁾. ويعتبر إعفاء الطرف المدعى من الشرط التعسفي سلاحاً بالغ الخطورة في يد القاضي، فمتى تبين له الطابع التعسفي للشرط له إلغاءه مخالفاً لذلك أهم مبدأ يحكم الالتزامات التعاقدية.

وإن كان القاضي يلجأ إلى الإعفاء من الشرط بعد أن يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزامات المقابلة ليس هو الوسيلة المجدية فيلجأ إلى إعفاء الشرط كلية⁽⁶⁾.

تدعيماً لحماية الطرف الضعيف نص المشرع ببطالان كل اتفاق يهدف إلى حرمان الطرف المدعى من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل أو إعفاء شرط التعسفي، لأن من شأن ذلك تشجيع الطرف القوي على إدراج ما شاء من شروط وتفريغ الحماية القانونية من محتواها⁽⁷⁾.

ثالثاً: الحد من الشروط التي يستفاد ضمناً أنها تعسفية

هناك مجموعة من الشروط الإرادية التي تخضع إلى المناقشة والمفاوضة بين أطراف العقد، إلا أنها تصبح تعسفية بالنسبة إلى أحد أطراف العقد وقت تنفيذها، وذلك إما لتغير الظروف أو إنه كان الطرف الذي

¹ - سوام سفيان: المرجع السابق، ص 126.

² - بوشارب إيمان: المرجع السابق، ص 154.

³ - سعاد نويري: الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين "دراسة مقارنة"، مداخلة مقدمة في المؤتمر السنوي الثاني والعشرون بعنوان "الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبسة، الجزائر، يومي 13، 14 ماي 2014، ص 49.

⁴ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 88-89.

⁵ - بوشارب إيمان: المرجع السابق، ص 155.

⁶ - خالد معاشو: المرجع السابق، ص 96.

⁷ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 91.

ألزم بها جاهلا بماهية الشرط، خاصة في العقود التي يكون أحد أطرافها مهني محترف يتميز بقوته الاقتصادية والفنية ومن أمثلة هذه الشروط الشرط الجزائي، إنقاص الضمان أو الزيادة فيه.

أ- الشرط الجزائي التعسفي:

إن البحث عن طبيعة الشرط الجزائي⁽¹⁾. ينطوي على أهميته فبناء على ذلك تكتمل صورته، حيث ذهب الفقيه السنهوري إلى القول بأن طبيعة الشرط الجزائي⁽²⁾، تبدأ اتفاقية تعويضية، وتنتهي بكونها اتفاقية تهديدية هادفة إلى استخدام التهديد بالاتفاق من أجل تعويض عن ضرر تحقق. بمعنى أنها تبدأ ثنائية لتنتهي ثلاثية⁽³⁾.

أجاز المشرع بموجب المادة 183 ق.م.ج⁽⁴⁾ مبدئيا للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو اتفاق لاحق في حالة الإخلال بالالتزام، إلا أنه في ظل المادة 183 سابقة الذكر وضعت بين يدي المتعاقد وسيلة تسمح له باستغلال قوته الاقتصادية من أجل اشتراط مبالغ مفرطة كجزاء لعدم تنفيذ المتعاقد الآخر للالتزاماته، وكنتيجة لطابعه الجزائي، فإن الشرط الجزائي سيستحق ولو لم يتناسب مع حجم الضرر الذي أصاب المتعاقد بل ولو لم يترتب على عدم تنفيذ الضرر⁽⁵⁾.

ومنه كان لا بد من اقرار سلطة القاضي في التدخل في مغالاة الشروط الجزائية والذي يستهدي في تقديره بالصفة الفاحشة للشرط الجزائي، خاصة بأن المشرع تبين بموجب المادة 184 ق.م.ج⁽⁶⁾ المعيار الموضوعي الذي يأخذ به القاضي بمقارنة الضرر الحاصل فعلا والجزاء المنصوص عليه في العقد مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالعقد، ومنه تتضح من نص المادة 184 ق.م.ج ان تدخل القاضي يكون إما:

¹ - ينظر تعريف الشرط الجزائي، ص 28 من المذكرة.

² - اختلف القانونيين في تحديد طبيعة الشرط الجزائي بين قائل: إنه عقوبة، وآخر أنه تهديد، والثالث أنه تعويض، وثمة من قال أنه عقد تأمين، ومن وصفه أنه مجرد اتفاق وثمة أقوال أخرى تكاد تدور بين أنه عقوبة أو أنه تعويض. نقلا عن محمد صبري السعدي: أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص 80.

³ - إذ كونها صادرة عن سلطان الإرادة الحرة في اسناد العقود والشروط تسمح لها بأن تكون اتفاقية وكونها مقصد تعويض بداية ونهاية يسمح لها بوصفها تعويضية، ويكون الجانب المخل واقعا يجب تهديدها مع نزوغ نفسي عنده للتخلص من آثارها الذي يسمح بوصفها بانها تهديدية، غير أنه يلابسها في نهاية المطاف وصف العقوبة إذا تم الالتزام بها، وإن كانت تنطوي عليها الطابع التعويضي. نقلا عن عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية عامة بوجه عام (مصادر الالتزام)، ج 1، المرجع السابق، ص 865.

⁴ - نصت المادة 183 من القانون المدني على أنه: "يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد او في اتفاق لاحق ويطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 - 181".

⁵ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 64.

⁶ - نصت المادة 184 من القانون المدني على أنه: "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا ثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، ويكون باطلا كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين أعلاه".

1- الإعفاء من شرط الجزائي في حالة لم يكن هناك ضرر، لكون أن التعويض الاتفاقي لا يستحق إلا إذا كان هناك خطأ، ضرر، علاقة سببية، بالإضافة إلى الاعذار.

2- الانقاص من قيمة التعويض المتفق عليه، الذي يقف على إثبات المدين بأن الشرط الجزائي كاف فيه مبالغة

3- الزيادة في الشرط الجزائي وذلك طبقاً لنص المادة من 185 ق.م.ج.⁽¹⁾. في حالة أن الضرر جاوز قيمة التعويض المتفق عليه، إلا أن ذلك موقوف على أن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً، إلا أن هذه الحماية المقررة من الشرط الجزائي التعسفي ليست من النظام العام فلا يسمح للقاضي التدخل إلا بدعوى مرفوعة بطلب من المتضرر يدخل بموجبها القاضي للحد من تعسف الشرط الجزائي إلا أن المشرع الفرنسي تدارك ذلك بموجب تعديل.

بل أبعد من ذلك بالرجوع إلى قانون الاستهلاك الفرنسي وبالتحديد في المادة 1-132-L اعتبر الشرط الجزائي شرط تعسفياً وفي حالة إدراجه في العقد يعتبر غير مكتوب مما أدى إلى توفير أفضل حماية للمستهلك⁽²⁾.

نصل إلى القول أن المشرع أقر سلطة القاضي في التدخل في مثل هذه الشروط لكونه راعى صفة الضعف الذي تكون من خلاله أحد أطراف العقد في مركز المضطر إلى التعاقد، أو مركز جهل بما ينتظره مستقبلاً.

ب- شرط إنقاص الضمان أو إسقاطه:

لا شك أن الضمان يعد من أبرز الالتزامات التي رتبها المشرع على عاتق البائع في نص المادة 379 ق.م.ج.⁽³⁾ والتي أدرجها ضمن أحكام العقود المتعلقة بالملكية (عقد البيع).

¹ - نصت المادة 185 من القانون المدني على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً".

² - بوحظيش مريم، المرجع السابق، ص 158.

³ - نصت المادة 379 من القانون المدني على أنه: "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور يفقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها...".

فالضمان هو إلزام البائع بمقتضى عقد بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة ويتمثل هذا الضمان في وجوب امتناعه عن التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع ودفع تعرض الغير هذا من جهة، والتزامه أيضا بضمان العيوب الخفية الذي يستلزمه طبيعة الأشياء⁽¹⁾.

وحرصا من المشرع على استقرار المعاملات اشترط القيام البائع بضمان العيوب توافر شروط معينة في العيب⁽²⁾ وهي: أن يكون مؤثر، خفيا، قديما، غير معلوم لدى المشتري، وهذه الشروط تنصرف إلى العيب بمعنى الآفة الطارئة⁽³⁾.

على الرغم من أهمية هذا الالتزام إلا أن المشرع نص على إمكانية الاتفاق على إسقاط الضمان أو الانقاص منه في ظل المادة 384 ق.م.ج⁽⁴⁾. إلا أنه في ذات الوقت نص على بطلان الشرط، إذا كان البائع عالما بالعيب في المبيع وتعمد إخفاءه غشا منه، وهو بمثابة اشتراطه للعدم مسؤولية عن الغش، وهو أمر غير مشروع⁽⁵⁾. إلا أن الأمر الذي يحدد عليه أن المشرع تناول أحكام الضمان بصفة خاصة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش في الباب الثاني من الفصل الرابع تحت عنوان "الزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع" وقد كان صريحا في هذا القانون بإبطال كل شرط من شأنه إسقاط

الضمان طبقا لنص المادة 13 منه⁽⁶⁾. ومنه إذا تم الاتفاق على إسقاط الضمان أو الإعفاء منه حتى ولو لم يكن هناك غش من قبل المنتج أو عدم علمه فيعتبر الشرط كأن لم يكن .

والحكمة من ذلك ان الالتزام بضمان العيوب الخفية هو بمثابة سلاح في يد المستهلك للدفاع عن نفسه ضد كل متدخل.

¹ - حساني علي: المرجع السابق، ص95.

² - ينظر: الملحق رقم 01.

³ - بن عمارة محمد: قصور قواعد ضمان العيوب الخفية في المنتجات الصناعية، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد الأول مارس 2015، ص137.

⁴ - نصت المادة 384 من القانون المدني على أنه "يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيديا في الضمان وأن ينقص منه وأن يسقط هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

⁵ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص69.

⁶ - نصت المادة 13 من قانون رقم: 09-03 المعدل والمتمم على أنه: " يستفيد كل مقتني لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو لآلة أو عتاد أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات ،

يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب في المنتج، استبداله، أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته، يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه إعلان دون أعباء إضافية، يعتبر باطلا كل شرط يخالف أحكام هذه المادة".

نخلص إلى القول بأن المشرع نص على الحماية من الشروط التعسفية في القانون المدني على أساس عموميتها، بمعنى أنها لا تطبق على فئة معينة من الأشخاص، حيث أنها تحمي أيضا المحترفين والمهنيين الذين يكونون مركز ضعف مع محترف أو مهني في مركز أكثر قوة، فجاءت الحماية عامة وبمجردة.

المطلب الثاني

الطرق الحديثة لتحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد الخاصة

شلت قواعد الشريعة العامة على خلق الحماية الشاملة للحد من مغالاة الشرط التعسفي أمام الاختلال الحاصل في التوازن بين أطراف العلاقة الاستهلاكية استوجب على المهتمين بحقوق المستهلك سواء على المستوى المحلي أو الدولي تكثيف جهودهم لتحفيز المعنيين بسن التشريعات وفرض الرقابة القانونية اللازمة (الفرع الأول) لحماية المستهلك وتوفير قدر معقول من التوازن العقدي وكذا لتعزيز ثقة المستهلك أكثر وتنوير معارفه عزز المشرع الجزائري النظام الحمائي الاستهلاكي بنظام ذات طابع علاجي وممكن بعضا من الجهات من ممارسة الرقابة الإدارية والمؤسسية (الفرع الثاني) في خلق ايطار أكثر قوة في مكافحة الشروط التعسفية.

الفرع الأول

الرقابة القانونية في مكافحة الشروط التعسفية

لقد تدارك المشرع الجزائري من خلال خلق قواعد خاصة على النقص الذي غطى احكام الشريعة العامة، بان صاغ نصوص قانونية اكثر تحديدا وشمول في سبيل محاربة الشروط التعسفية متأثرا بالنظام الفرنسي والألماني حين قام بإيراد نظام القائمة لمكافحة الشروط التعسفية (أولا) وألحقها بالجزاء المناسب حالة تحقق ذلك (ثانيا).

أولا: القائمة كنظام لمحاربة الشروط التعسفية

يعد نظام القائمة من الأنظمة الراجعة في العالم والتي استعملت كأداة لمكافحة الشروط التعسفية، قد تكون هذه الاخيرة بيانية او حصرية هوما سنتطرق له في كل من القانون رقم: 04-02 م م والمرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م.

أ- القائمة البيانية المنصوص عليها في القانون رقم 04-02:

لقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1/132-3 على قائمة بيانية لا حصرية للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية وهو نفس النهج الذي اتبعه المشرع الأوروبي في التعليمات الأوربية لسنة 1993 وهو ما سبق وقد تطرقنا له في الفصل الأول كذلك. وعليه لم يسلك المشرع الفرنسي مسلك المشرع الألماني الذي أورد قائمتين لتحديد الشروط التعسفية احدهما سوداء والأخرى رمادية⁽¹⁾.

ويبدو أن المشرع الجزائري اتبع نفس الأسلوب الذي فُهمه المشرع الفرنسي والأوروبي، حيث أنه نص في المادة 29 من القانون رقم: 04-02 م م على ثمانية أنواع من الشروط² التي اعتبرها تعسفية وذلك في العقود بين المستهلك والبائع وبالتالي جعل من القائمة⁽³⁾ تلك قصرها على العقود التي يكون أطرافها المستهلك والبائع⁽⁴⁾.

ويتضح أيضا من عبارة "لاسيما" الواردة في المادة 29 من نفس القانون أن هذه القائمة البيانية غير حصرية وهو توجه سليم من طرف المشرع الجزائري إذ أن عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يوفر حماية أفضل للمستهلك وذلك يفسح المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية استنادا إلى نص المادة الثالثة الحالة الخامسة من نفس القانون⁽⁵⁾.

كما يلاحظ من هذه القائمة انها تتضمن العديد من الشروط، فهناك شروط تتعلق بحقوق والتزامات الطرفين⁽⁶⁾، وشروط خاصة بالتعديل الانفرادي⁽⁷⁾ لعناصر العقد الأساسية⁽⁸⁾ وشروط تتعلق بتفسير العقد

1 - محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 97.

2 - ينظر أنواع الشروط التعسفية، ص 32 من المذكرة وما بعدها.

3 - لقد انتقد أسلوب اعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية على أساسا أنها أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة ابطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية كما أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية بأنها لم تذكر بالقائمة القانونية الواردة على سبيل الحصر، كما أنه يفرض على السلطات العامة أن تحصر دوما على اتمام قائمة الشروط التعسفية من وقت لآخر إلا أنه ورغم عيوبه السابقة فإنه يوصف بأنه يحقق ميزة الأمن القانوني للمحترفين. نقلا عن بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

4 - المرجع نفسه، ص 98.

5 - سي الطيب محمد أمين: المرجع السابق، ص 125.

6 - ينظر: الملحق رقم 02.

7 - ينظر: الملحق رقم 03.

8 - تحديد العناصر الأساسية للعقد والمسائل الجوهرية كتحديد الثمن وخصائص المنتج أو الخدمة، الحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بإعلام المسبق ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع. وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م .

وشروطه، وشروط تتعلق بالزام المستهلك بتنفيذ التزامه دون أن يقابلها تنفيذ مماثل من المحترف وشروط تتعلق برفض الاعتراف بحق المستهلك في الفسخ وشروط تتعلق بالانفراد بتعديل آجال التسليم، وأخيرا شروط يكون من شأنها التهديد بقطع العلاقة التعاقدية. بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط جديدة غير متكافئة⁽¹⁾.

وعليه يمكن القول أن المشرع أخذ بمنهج المشرع الألماني بوضعه قائمة سوداء تتألف من ثمانية انواع من الشروط التعسفية مجنبا تحكم القضاء مضيضا نطاق الحماية من حيث الأشخاص، كما أنه لما اورد تعريف لشروط التعسفي كان يرمي ببسط سلطة القضاء في التدخل لتلك الشروط التي لم يذكرها في المادة 29 كل ذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع⁽²⁾.

ب- القائمة المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 06-306:

لقد جاء في المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم : 06-306 م م بأنه تعتبر بنودا تعسفية التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة الثانية فقرة الخامسة من نفس المرسوم⁽³⁾.

حيث عدّدت المادة الثالثة من نفس المرسوم العناصر بما يلي:

- خصوصيات السلع أو الخدمات وطبيعتها،
- الأسعار والتعريفات،
- كفاءات الدفع،
- شرط التسليم وآجاله،
- كفاءات الضمان ومطابقتها للسلع و/أو الخدمات،
- شروط تعديل البنود التعاقدية،
- شروط تسوية النزاعات،

¹ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 107.

² - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 99.

³ - نصت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم : 06-306 م م على أنه "تعتبر عناصر أساسية تلك التي 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".

- إجراءات فسخ العقد،

2- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك،

3- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويضي،

4- التخلي على مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،

5- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أي وسيلة طعن ضده،

6- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،

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

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

9- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،

10- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بفرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،

11/ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،

12/ يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤولياته".

ويظهر من المادة الخامسة الفقرة الأولى من نفس المرسوم التي نصت على انه: "تعتبر شروط تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي... " يظهر ان القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال وأنها تعتبر قائمة سوداء ذلك أنها سلبت القاضي سلطة التقديرية بشأن الطابع التعسفي للشروط المتضمنة في العقد⁽¹⁾.

¹ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 85.

كما جاء المشرع بوسائل جديدة لاستبعاد الشروط التعسفية من نماذج العقود وذلك بالنص صراحة على تحديد الشروط التعسفية من خلال⁽¹⁾:

-تشكيل لجنة خاصة للبنود التعسفية توكل لها مهام محاربة الشروط التعسفية في العقود بين المهني والمستهلك.

-تفعيل دور الجمعيات والاعتراف بها بالصفة القانونية لتمثيل المستهلك ودعم مركزه أمام أجهزة القضاء.

ثانيا: جزاء الشروط التعسفية

لقد رتب المشرع عن إدراج احد الشروط التعسفية المنصوص عليها سواء في القواعد العامة أو في القواعد الخاصة بالممارسات التجارية التي يكون احد أطرافها مستهلكا نوعان من الجزاءات جزاء مدني، وجزاء جنائي .

أ- الجزاء المدني المقرر حالة إعمال الشروط التعسفية:

إن القانون رقم: 04-02 م م لم ينص صراحة على مصير الشروط التعسفية التي أوردها وهو ما يثير التساؤل بشأن مصيرها هل هو البطلان على غرار المشرع الفرنسي ام يفهم من هذا السكوت أن المشرع أراد الاحالة على الأحكام العامة في القانون المدني الذي يقضي بإمكانية تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها⁽²⁾.

لعل المشرع الجزائري كان يقصد من وراء هذا الغموض ان يطبق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني. خاصة عند استقراء المادة 110 من نفس القانون، غير أن هناك جانب من الفقه يرى بان هذا التفسير يتعارض مع نص المادة 29 من القانون 04-02 م م والتي كما سبق وان تطرقنا اليها والتي لا تكون إزاءها للقاضي أي سلطة تقديرية، بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 بسلطة تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو اعفاء الطرف المدعن من الخضوع للشرط التعسفي بالإضافة لذلك فإن سلطة القاضي جوازية وليست وجوبية⁽³⁾.

¹ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص135.

² - عياض محمد عماد الدين: المرجع السابق، ص174.

³ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص180.

كذلك قد يقول قائل آخر بوجوب تطبيق نظرية انتقاص العقد⁽¹⁾ في هاته الحالة. ويرد على ذلك أن بعض الفقه انتقد النظرية السابقة على أساس أنها تسمح للقاضي بإجراء تعديل لاحد شروط العقد وبالتالي للعقد ذاته، كما ان فكرة انتقاص العقد تمثل جزءا غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان⁽²⁾.

وكذلك تجد مسألة ترك الجزاء الشروط التعسفية للأحكام العامة أنه بالرجوع إلى الأمر رقم: 03-03 المتعلق بالمنافسة نجد أن المشرع قد نص في المادة 13 على بطلان كل التزام أو اتفاقية أو شرط يتعلق باحدى الممارسات المحظورة، وكذا على الرغم من نصه في المادة 11 على حظر هذه الممارسات ومعاقبته عليها لم يفته تأكيد بطلانها في المادة 13 والتي فيها لم يصرح بخطور الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من القانون رقم 02-04 م م ولا يبطلانها⁽³⁾.

ومن هنا يبدو أن هناك نقصان يرجع إلى سهو واضعيه وهو نقص ينبغي استكمالاه وذلك بالنص على بطلان الشروط التعسفية صراحة وبقاء العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة⁽⁴⁾. كما قد يتبين أن هذا النظام المنصوص عليه في القانون رقم: 02-04 م م لا يتماشى مع القواعد العامة فصحيح أن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على طبيعة بطلان الشرط التعسفي غير أنه بالرجوع إلى أحكام الضمان فإن كل شرط مخالف وبذلك يكون باطلا⁽⁵⁾.

كما أنه وردت عبارة في نهاية المادة 30 من القانون رقم: 02-04 م م⁶، حيث يستشف منها بطلان الشروط التعسفية، فاستعمال عبارة "المنع" في هذه المادة يفيد أن العمل بالشروط التعسفية في العقود أمر ممنوع قانونا وهو ما يقتضي بطلانها، ومع ذلك فإن هذا المنع ورد بصفة محتشمة وفي سياق الإحالة على التنظيم وليس من صلب القانون رقم: 02-04 م م بل أن المادة 30 نصت على إمكانية منع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية وكان المنع لا يشمل جميع الشروط التعسفية⁽⁷⁾.

¹ - لقد نص المشرع الجزائري على نظرية إنقاص العقد في المادة 104 بنصه "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ل يتم بدون هذا الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

² - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

³ - عياض محمد عماد الدين: المرجع السابق، ص 175.

⁴ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 103.

⁵ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 181.

⁶ - نصت الفقرة الأخيرة من المادة 30 من القانون رقم: 02-04 م م على انه: "...بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

⁷ - عياض محمد عماد الدين: المرجع السابق، ص 176.

ب-الجزاء الجنائي حالة إعمال الشروط التعسفية:

لقد أخذ المشرع الجزائري على نظيره الفرنسي الجزاء الجزائي، حيث كان يعاقب مرسوم رقم: 78-764⁽¹⁾ بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمائها⁽²⁾.

وعليه على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن قانون رقم: 04-02 م م فإنه تولى النص على الجزاء الجنائي المقرر ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق القانون، وهذا ضمن نص المادة 38 من ذات القانون، وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م .

1-الغرامة الجنائية كعقوبة أصلية طبقا لنص المادة 38 من القانون رقم: 04-02 م م:

نصت المادة 38 من القانون رقم: 04-02 على انه "تقدير ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26-27-28-29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار إلى خمسة ملايين دينار". كما عاهد بمتابعة المخالفات إلى الموظفين الإداريين والتي حددت صفتهم المادة 49 من نفس القانون⁽³⁾.

كما نصت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م على أنه: "تمت العقوبات المترتبة أحكام المادة خامسة من هذا القانون والتي تتضمن النص على الشروط التعسفية طبقا للقانون 04-02".

بالرجوع إلى المادة 38 من القانون 04-02 م م، نجد أن المشرع الجزائري اكتفى بالغرامة كجزء جنائي وحيد من مخالفة أحكام الفصل الرابع المتعلق بالممارسات التجارية غير التزيهة، والفصل الخامس المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية إلى جانب مخالفة أحكام الفصل الأول المتعلق بالأسعار والتعريفات وشروط البيع من الباب الثاني المتعلق بشفافية الممارسات التجارية، إذ تنص المادة 31 من القانون رقم 04-02 م م على: "يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات مخالفة لأحكام المواد 4 و6 و7 من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف دينار (5000دج) إلى مائة ألف دينار (100.000دج)"

¹ - حيث كان المرسوم رقم: 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 المتعلق بالشروط التعسفية تنص المادة 40 الفقرة الثانية بـ3000 إلى 6000 فرنك فرنسي "كل مهني يورد عند إبرام العقد مع غير المهني أو المستهلك، شرطا مخالفا لأحكام الفقرة السابقة". نقلا عن زغودي عمر: مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، عمار ثلجي الأغواط، العدد الثاني 2014، ص176.

² - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص101.

³ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص117.

وتنص المادة 32 على: "يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع مخالفة لأحكام المادتين الثامنة والتاسعة من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000دج) إلى مائة ألف دينار (100.000دج)".

مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وإن قلص قيمة الغرامة بالنسبة لمخالفة بقية الممارسات التجارية إلا أنه أورد جزاءات أخرى على جانبها الأمر الذي لم يتعمده بالنسبة لمخالفة الشروط التعسفية إذ نصت المادة الثامنة من القانون رقم: 10-06 م م حجز البضائع بالنسبة لمخالفة أحكام المواد (4-5-6-7-8-9-10-11-12-13-14 و 20-22-23-24-25-26-27 و 28) من هذا القانون⁽¹⁾، كما منح المشرع للقاضي إمكانية الحكم بمصادرة السلع المحجوزة في حالة مخالفة أحكام المواد السابقة من هذا القانون وهذا طبقاً لنص المادة التاسعة من القانون رقم: 10-06 .

2-العقوبات الاستثنائية المقررة بموجب المادة 11 من القانون رقم:10-06 المعدلة لأحكام المادة 47 من قانون 04-02: أضاف المشرع عقوبات بموجب التعديل وهي:

1-2 غلق المحل التجاري: إضافة إلى الغرامة فقد جاء القانون رقم: 10-06 بعقوبة ثانية على إدراج الشروط التعسفية ممثلة في غلق المحل التجاري إذا تعلق الأمر بحالة العدول⁽²⁾ لكل مخالفة لأحكام هذا القانون.

المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري: فتكون هذه العقوبة من العقوبات التي تحقق الردع الخاص كما لها تأثير على سمعة التاجر وفي ذلك تحقيق لقاعدة الجزاء من جنس العمل⁽³⁾.

نصت على هاته العقوبة المادة 11 الفقرة الثالثة من قانون رقم: 10-06.

2-2عقوبة الحبس: إضافة إلى الغلق الإداري للمحل التجاري والمنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري وكذا إمكانية الحكم بالشطب من السجل التجاري قد تضاف إلى هذه العقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمسة سنوات وفقاً للمادة 11 الفقرة الرابعة من القانون رقم: 10-06.

¹ - يجدر بنا الإشارة هنا أنه تطرق المشرع الجزائري إلى تعديل أحكام المواد (10-22-22 مكرر، 23، 26) بموجب القانون رقم: 10-06 المعدل للقانون رقم: 04-02، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² - لقد نصت المادة 11 الفقرة الثانية المعدل لأحكام المادة 47 انه: "يعد حالة عود في مفهوم هذا القانون قيام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط".

³ - فاطمة بحري: الحماية الجنائية للمستهلك "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ط1، 2015، ص279.

الفرع الثاني

الرقابة الإدارية والمؤسسية للمحاربة الشروط التعسفية

لقد استحدثت المشرع لجنة البنود التعسفية⁽¹⁾، التي تضطلع بمكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، كلجنة إدارية متخصصة (أولا)، بالإضافة إلى بروز دور جمعيات حماية المستهلكين تدعيما ومساندة لمختلف الأجهزة المتخصصة بما فيها التمثيل القانوني للمتضرر امام القضاء (ثانيا).

أولا: دور لجنة البنود التعسفية في مكافحة الشروط التعسفية

تمت الرقابة الإدارية عن طريق هيئة تدعى بلجنة البنود التعسفية التي تضطلع بمجموعة من المهام لمكافحة الشروط التعسفية وسنبين قبل ذلك الطبيعة القانونية لهذه اللجنة.

أ- الطبيعة القانونية لجنة البنود التعسفية:

لقد تم تحديد طبيعة اللجنة في نص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م⁽²⁾ حيث أنه من خلال النص يتضح أن لجنة البنود التعسفية هي جهاز إداري استشاري على اعتبار أنها تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة مما يعني أنها جهاز تابع لوزارة التجارة لا تتمتع بالاستقلالية فالبرغم أنها تنشط في المجال الاقتصادي إلا أن هذه التبعية تنفي اعتبارها سلطة من سلطات الإدارية المستقلة⁽³⁾. وكرست هذه التبعية المادة الثامنة من المرسوم السابق الذكر⁽⁴⁾ التي نصت على تشكيلة اللجنة التي نجدها تشمل كافة

¹ - لقد أنشئت لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م، ولقد كان القانون الفرنسي سباقا في إنشاء هذه اللجنة بموجب قانون الاستهلاك رقم: 94-314 الصادر في أبريل سنة 1994. نقلا عن سولام سفيان: المرجع السابق، ص 134.

² - نصت المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م على أنه: "نشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة...".

³ - سلطات الإدارية المستقلة: هي عبارة عن هيئات مستقلة عن الحكومة، استخلفت السلطة التنفيذية في جملة من المجالات بعد انسحاب الدولة من تسيير شؤون الاقتصادية والمالية، مهمتها ضبط النشاط الاقتصادي تسييرا رقابة وتحقيق للتوازن، فمثلا الصلاحيات التي كانت تؤول الوزير التجارة سابقا استحوذ عليها مجلس المنافسة باعتباره هيئة ضبط مستقلة، تتمتع بسلطات قمعية تسمح لها بالقيام بمهام ضبط السوق على أحسن وجه، بعدما كان الاختصاص القمعي يؤول للقاضي الجزائري. نقلا عن عليان بوزيان: مقارنة (مؤسسات الحسبة بالهيئات الإدارية المستقلة) "دراسة تأصيلية فقهية قانونية مقارنة" جامعة محمد الخامس بالرباط، منشورات مجلة الحقوق R.D سلسلة معارف القانونية والقضائية، دار النشر والمعرفة، الرباط، المغرب، عدد 24 ط 2015، ص 194.

⁴ - عدلت المادة الثامنة بالمادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم: 08-44 الذي عمل المرسوم التنفيذي 06-306 حيث نصت "تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم: ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسيا، -ممثل (1) عن وزير العدل، مختص في قانون العقود، -عضو (1) من مجلس المنافسة، - متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الاعمال والعقود، ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الاعمال والعقود، يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدتها في أعمالها".

أصناف المتعاملين من أصحاب الشأن من رجال الأعمال، ورجال الإدارة والمهنيين والمستهلكين مما يوحي عن الدور الذي تلعبه هذه اللجنة في اجتماعاتها العادية الاستثنائية⁽¹⁾ ومكافحة الشروط التعسفية⁽²⁾.

ب- مهام لجنة البنود التعسفية:

يتضح من نص المادة السابعة⁽³⁾ والثانية عشر⁽⁴⁾ من المرسوم رقم: 06-306 م م بأنها تضطلع بالمهام

التالية:

1- البحث والتحري: حيث تقوم اللجنة بمهمة البحث على نماذج العقود التي يعرضها المهنيين على المستهلكين، وكذا رقابة العقود المبرمة بينهم وإن خضعت للتفاوض إذ ما كانت ينطوي عليه الطابع التعسفي، وتحمل بنودا مختلفة خاصة تلك البنود المذكورة في القانون رقم 04-02 م م حيث تضطلع اللجنة بأداء هذه المهمة نتيجة الدور الرقابي المناط بها في فحص كل العقود⁽⁵⁾.

2- تقديم توصيات: إذا ثبت للجنة أن هناك عقود تحمل بنودا تؤدي إلى الاختلال الظاهر في الالتزامات من أطراف العلاقة الاستهلاكية، تقوم بإصدار توصية أو عدة توصيات تبلغ إلى الوزير التجارة أو المؤسسات المعنية، ونشير هنا بان المشرع الجزائري لم ينص على ما يجب أن توصى به اللجنة حيث ترك

¹ - تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل (3 أشهر) في دورة عادية، كما يمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو يطلب من نصف أعضائها على الأقل ولا يعقد الاجتماع صحيحا في الحالتين إلا بعد إرسال استدعاءات فردية من الرئيس إلى الأعضاء، تحدد فيها تاريخ بدقة باليوم والساعة إضافة إلى مكانه، وجدول الأعمال المقررة لذلك الاجتماع على أن ترسل هذه الاستدعاءات قبل (15 يوما) على الأقل من التاريخ المحدد للاجتماع كأصل عام، ويقصد إلى (8 أيام) في حالة الدورات الاستثنائية. وتتخذ قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات الحاضرين وفي حالة التعادل يرجح صوت الرئيس. مضمون المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م.

² - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص 121.

³ - نصت المادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م "تكلف اللجنة لاسيما بالمهام الآتية:

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

⁴ - نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم: 06-306 م م "تنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة عن ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة والمتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة.

تقوم كل سنة بإعداد تقرير نشاط يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة".

⁵ - سوا لم سفيان: المرجع السابق، ص 135.

لها تقدير ذلك⁽¹⁾. على عكس المشرع الفرنسي الذي نص بصريح العبارة بان اللجنة توصي إما بإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية التي ينعكس عليها الطابع أو خاصية التعسف⁽²⁾.

وسواء في القانون الجزائري أو القانون الفرنسي تفقد هذه التوصيات عنصر الجبر والالزام اللازمة لتفعيلها مما أدى إلى التقليل من أهميتها ودورها في تفعيل حماية المستهلك في محاربة الشروط التعسفية. ورغم ذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي على رأسهم "الفقيه جاستان" على أن اللجنة تمثل وسيلة ضغط معنوي على المهنيين الذي يجعل هؤلاء يعزفون عن تضمين العقود الاستهلاكية بمثل الشرط وأضاف "جاستان" أنها أسهمت بدور كبير في مساعدة القضاء الفرنسي على الفصل في النزاعات المتعلقة بالبحث في مدى توفر الشروط التعسفية في العقود⁽³⁾.

3- دور الإعلامي: تقوم اللجنة بالدور الإعلامي والتحسيس، وذلك من خلال نشر كل ما توصل إليه من نتائج التحري والبحث، وذلك بتحسيس أصحاب القرار حول مجمل البنود التي يطغى عليها الطابع التعسفي، وذلك بتحذير المستهلك المتعاقد من التعاقد مع المخترف بان لا يقع فريسة لمثل هذه العقود. بالقيام بنشر توصيات والتقارير بمختلف وسائل الاعلام المتاحة⁽⁴⁾. حيث تقوم بدور التحريض بالدعاية الواسعة التي تقوم بها عن طريق النشر⁽⁵⁾.

وفي الأخير يلاحظ من خلال عمومية العبارة المستعملة في المادة السابعة الفقرة الثالثة من نفس المرسوم "مباشرة أي عمل يدخل في اختصاصها" فقد يكون المشرع وسع من صلاحياتها في التدخل لمحاربة الشروط التعسفية.

من كل ما سبق ذكره هذه اللجنة تعتبر لجنة ذات طابع اداري غير مستقلة تنشط في المجال الاقتصادي حيث مكنها المشرع مجموعة من الصلاحيات التي تمكنها من مكافحة الشروط التعسفية، وما يأخذ على المشرع أنه لم يضيف على توصيات اللجنة الطابع الإلزامي خاصة الجهات المعنية، بالإضافة أنه لم يعطها

¹ - يرى الدكتور بودالي محمد، بأن المشرع فعل عين الصواب عندما قصر سلطتها على مجرد تقديم التوصيات دون نقل سلطة اقرار تعديل أو استبعاد الشروط التعسفية من القضاء إلى اللجنة البنود التعسفية لكون أن هذه الأخيرة لا يمكنها في أي حال من الأحوال توفير نفس الضمانات التي يوفرها الجهاز القضائي. نقلا عن محمد بودالي: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص31.

² - بوحظيش مرهم: المرجع السابق، ص142.

³ - مولود بغدادي: المرجع السابق، ص123.

⁴ - تقوم لجنة البنود التعسفية الفرنسية كل سنة منذ انشائها بنشر تقرير عن أعمالها فقد تجاوز عدد التوصيات التي أصدرتها (50 توصية) تتضمن كل واحدة منها العديد من الشروط التعسفية، فمنها ما هو ذات طابع عام ومنها ما هو ذات طابع خاص بقطاعات معينة. نقلا عن سي الطيب محمد امين: المرجع السابق، ص129.

⁵ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص153.

سلطات قمعية بإصدار الأوامر، واتخاذ عقوبات في حق المخالفين لكونها تعتبر متخصصة في مجال البنود التعسفية لتكون أكثر فاعلية مما يجعلها أكثر دراية بالوضع من أي جهة أخرى.

كل هذا من الناحية النظرية حيث حاول المشرع أن يؤسس إطارا تنظيميا تسير عليه لجنة البنود التعسفية إلا أنه من الناحية العملية فهي إلى يومنا هذا لم ترى النور حيث ما زالت حبر على ورق. وأمام غياب الرقابة الإدارية كان لا بد من البحث على جهة أخرى يمكن ان تقوم بالحد من الشروط التعسفية.

ثانيا: دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة من الشروط التعسفية

أمام انسحاب الدولة رويدا من المجال الاقتصادي، وغياب لجنة البنود التعسفية كجهاز إداري مختص أدى إلى غياب الحماية الفعالة للمستهلك، فظهرت حركات للجمعيات الحماية المستهلك تحت تسميات مختلفة⁽¹⁾. وإن كان الغرض مشترك، ولبيان الدور الذي تلعبه الجمعيات كان لا بد التطرق أولا إلى النظام القانوني الذي تسير عليه.

أ- النظام القانوني للجمعيات حماية المستهلكين:

للقوف على مفهوم واضح لجمعيات حماية المستهلكين ينبغي التعرض إلى الإطار القانوني الذي ينظم هذه الجمعيات في المنظومة التشريعية.

1- الإطار القانوني للجمعيات حماية المستهلكين:

يعد تأسيس الجمعيات من ضمن الحقوق التي كرّستها مختلف الدساتير الجزائرية، المتعاقبة بداية من أول دستور بعد الاستقلال 1963⁽²⁾، حيث نصت بموجبه المادة 19 على أنه: "تضمن الجمهورية حرية الصحافة ووسائل الاعلام المختلفة وحرية تكوين الجمعيات وحرية التعبير وحرية الاجتماع".

وكرس هذا الحق أيضا دستور 1976⁽³⁾، في نص المادة 50 منه والتي نصت: "حرية انشاء الجمعيات معترف بها ويمارس في إطار القانون". وبعد الانفتاح السياسي الذي شهدته الجزائر في ظل دستور

¹ - جمعية حماية وتوجيه المستهلك وبيئته "APOCE" الجزائر، جمعية حماية المستهلك "APOC" تيزي وزو، "الجمعية الولائية للدفاع والترقية المستهلك"، تبارت، "جمعية الدفاع والإعلام المستهلك" بجاية، "جمعية الصخرة السوداء" لحماية المستهلك "يومرداس"، جمعيات "أنغار" لحماية المستهلك "تمراست"، "جمعية الدفاع عن المستهلك" البويرة. شوهد يوم: 01-03-2017 الساعة 38: 15 www.minicommerce.gov.dz

² - دستور 1963 المؤرخ في 08 ديسمبر 1963 ج.ر عدد 64 المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

³ - دستور 1976 المؤرخ 19 جوان 1976 ج.ر عدد 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

1989⁽¹⁾، أصبح حق تأسيس الجمعيات من أهم الحقوق الدستورية وتم تكريسها بمادتين: مادة 32 التي نصت على أنه "الدفاع الفردي او عن طريق الجمعية عن الحقوق الأساسية للإنسان وعن الحريات الفردية والجماعية مضمون" وأضافت المادة 39 منه: "حريات التعبير وانشاء الجمعيات مضمون" وقد احتفظ دستور 1996⁽²⁾ بنفس مضمون المادتين السابقتين الذكر مع تغيير ترتيب الأرقام فتقابلها في ظل دستور 1996 مادتين (33-41) على التوالي⁽³⁾.

يعتبر أول قانون خاص نظم الجمعيات بصفة عامة هو قانون رقم 90-31⁽⁴⁾. الملغى بموجب قانون رقم 06-12⁽⁵⁾.

ولكن ما أن أعلنت الدولة عن رغبتها في التحرير الاقتصادي حتى بدأت في التفكير في الإطار القانوني الحمائي الذي بإمكانه جعل صحة وسلامة المستهلك في مأمن من ما تدخره له المنتجات من مخاطر واضرار وهذا حتى قبل بداية دسترة فكرة "اقتصاد السوق" على اعتباره مطلب اجتماعي وصحي للمرافقة الواقع الجديد المحفوف بكثير من المخاطر⁽⁶⁾. نص المشرع على حق تأسيس جمعيات المستهلك من خلال اول قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وتم إلغائه بموجب قانون رقم 09-03 م م والذي أفرد المشرع بموجبه الفصل السابع من الباب الثاني المعنون ب"الجمعيات حماية المستهلك" في المواد (21-23-22).

¹ - دستور 1996 المؤرخ في 23 فيفري 1989 ج.ر عدد 09 المؤرخ في 01 مارس 1989.

² - دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في 27 رجب 1417 الموافق لـ 07 ديسمبر 1996 المتعلق بنص الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 08-357 المؤرخ في 08 نوفمبر 2008، ج.ر عدد 62 المؤرخة في 09 نوفمبر 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتعلق بمشروع تعديل دستور ج.ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016 .

³ - وذلك باعتباره دستورا جديدا، إلا أنه في ظل التعديل الذي مسّ دستور 1996 (كان يتضمن 182 مادة) في الآونة الأخيرة (2016)، فباعتباره تعديلا كان ينبغي ان يحافظ على ترتيب المواد بالرغم من الاضافات العديدة التي مسته، (اصبح يتضمن بعد التعديل 218 مادة)، إلا أن الترتيب مختلف المواد تقريبا تغيرت بما فيها المواد التي كرسست حق تأسيس الجمعيات، فكانت في ظل دستور 1996 في المواد (33-41) أمام ظل تعديل دستور 2016 أصبحت المواد (39-48) دون أي تغيير في مضمونها.

⁴ - قانون رقم: 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق لـ 04 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات ج.ر عدد 53 مؤرخ في 05 ديسمبر 1990.

⁵ - قانون رقم: 12-06 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ الموافق لـ 12 يونيو 2012 يتعلق بالجمعيات ج.ر عدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012.

⁶ - قادة شهيدة: حماية المستهلك في الجزائر بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها، دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 10، 2013 ص17.

2- تعريف جمعيات حماية المستهلكين:

جمعيات حماية المستهلكين هي هيئات تطوعية غير حكومية يؤسسها نشطاء من أفراد المجتمع المدني باختلاف ثقافتهم واختصاصهم، لا تهدف إلى الربح، وإنما هي تهدف للحماية حقوق المستهلك من الممارسات المخلة بحقوقه وضمان الدفاع عنها عن طريق تنويره وتوعيته لما له من حقوق وواجبات ورفع الدعاوى القانونية ضد جشع التجار والمحتكرين⁽¹⁾.

كما أعطى دليل المستهلك الجزائري تعريفا وظيفيا للجمعيات حماية المستهلك بوصفها هياكل وسيطية تتمركز بين الفاعلين الثلاثة في السوق، المستهلكون الفردي الذين تدافع عنهم وتمثلهم أمام المهنيين والسلطات العمومية. وبالنظر لصفاتها التمثيلية فهي: "صوت المستهلك الذين لا يملكون الوسائل للتعبير بصفة مباشرة"⁽²⁾.

كما أن المشرع عرف هذه الجمعيات في المادة 21 في الفقرة الأولى من قانون رقم: 03-09 م م لها "جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله". وإذا كان يلاحظ من هذه المادة أنها ركزت على المهام التي تضطلع بها هذه الجمعيات مما يحيلنا إلى تعريف الذي جاء به قانون المتعلق بالجمعيات رقم: 06-12.

حيث عرّف الجمعية على أنها تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدية لمدة محدودة أو غير محدودة، ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم وسائلهم تطوعا ولغرض غير مريح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها لا سيما في المجال المهني، الاجتماعي، العلمي، الديني، التربوي، الثقافي، الرياضي، البيئي، الخيري والانساني... ويجب أن يندرج موضوع نشاطها وأهدافها ضمن الصالح العام وأن لا يكون مخالف للثوابت والقيم الوطنية والنظام والآداب العام وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها⁽³⁾.

ب- التمثيل الجمعي وتسيير وصول المستهلك إلى القضاء:

سبق الإشارة أن جمعيات حماية المستهلكين لا تهدف إلى الربح، وإنما هدفها اجتماعي يتجلى في تفعيل الحماية المنصوص عليها في القوانين المكفولة على وجه الخصوص لمجموعة من المستهلكين على أرض الواقع،

¹ - بحثة دنان: دور جمعيات المستهلك، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني الرابع حول حماية المستهلك "تشريعات وواقع"، المركز الجامعي طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، يومي 22-23 أبريل 2008، ص1.

² - محمد عبيدي: حركة حماية المستهلك في ظل اقتصاد السوق، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني الخامس بعنوان "الحماية القانونية للمستهلك"، جامعة المدية، الجزائر، يومي 16-17-2005، ص07.

³ - مضمون المادة 02 من القانون رقم: 06-12 المتعلق بالجمعيات .

ومن ثم فإن هذه الجمعيات تسعى جاهدة وطبقا لنص المادة 21 من قانون رقم: 09-03 م م السالفة الذكر إلى إعلام وتحسيس المستهلك من جهة وإلى توجيهه وتمثيله في حالة المساس بالمصلحة المادية أو المعنوية من جهة أخرى⁽¹⁾.

ومنه لجمعيات حماية المستهلك دورين احدهما إعلامي والثاني دفاعي:

1- الدور الإعلامي: تقوم جمعيات حماية المستهلكين بدور وقائي الهدف منه منع وقوع الضرر على المستهلك وهو إجراء احترازي يتخذ عدة أشكال، أهمها التحسيس بهدف خلق وعي وثقافة استهلاكية⁽²⁾. وبهذا للجمعيات حماية المستهلكين توعية المستهلكين خاصة فيما يخص عدم خضوعهم إلى عقود التي تتسم بالطابع الاذعان، أو إلى تحمل في طياتها بنود تعسفية وتوعيتهم بقدرتهم على عدم تنفيذ هذه العقود متى كان هناك ضرر.

وفي هذا الإطار تقوم هذه الجمعيات في سبيل تحقيق هذا الدور التحسيسية الإعلامي بطبع دوريات في الصحف والمجلات أو النشرات الأسبوعية أو الشهرية وتوزيعها على المستهلكين، أو التواصل معهم عن طريق الإذاعة والتلفزيون أو الانترنت بالإضافة إلى عقد الندوات وإلقاء المحاضرات⁽³⁾.

2- الدور الدفاعي: يقصد بالتدخل الدفاعي الذي تلعبه جمعية حماية المستهلك هو ذلك الإجراء الذي تباشره أمام الجهات القضائية في حال الأضرار⁽⁴⁾ بحماية المستهلكين⁽⁵⁾. حيث اعترف المشرع لها بهذا الدور لما منح لها الصفة تمثيل المستهلك أمام الجهات القضائية سواء:

2-1- الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين:

تعد فكرة المصالح الجماعية المشتركة غير واضحة فقد أثارت صعوبة في تحديدها لأنها تقع على حدود المصالح الفردية التي يتولاها الفرد المتضرر حمايتها بنفسه، وبين المصالح العامة التي تهم المجتمع والتي تتولى

¹-فاطمة بحري: المرجع السابق، ص215.

²-الصادق صياد: حماية المستهلك في ظل القانون الجديد، رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014، المرجع السابق، ص136.

³-بختة دندان: المرجع السابق، ص40.

⁴- اشترط المشرع في ظل القانون رقم: 89-02 الملغى أن يكون تدخل جمعيات حماية المستهلكين أمام الجهات القضائية للمطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي ألحق بالمستهلكين وذلك تطبيقا للنص المادة 12 منه. حيث وجدت ج.ح.م في ظله صعوبة إثبات الضرر المعنوي أمام القضاء مما أدى إلا تقاعسها في أداء دورها، إلا أنه بصدر قانون رقم: 09-03 الذي ألغى القانون 89-02، حيث تبين مفهومها موسعا عندما مكن ج.ح.م. من طالب التعويض سواء عن الضرر المادي أو المعنوي.

⁵-زويبر أرزقي: حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة ماجستير، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص210.

حماتها النيابة العامة، ويمكن أن تعرف المصالح الجماعية للمستهلكين بأنها مجموعة الحقوق والامتيازات المخولة للمستهلك بموجب القوانين والتنظيمات خاصة⁽¹⁾.

2-2 - الدفاع عن المصالح الفردية للمستهلكين:

أكدت المادة 23 من قانون رقم: 09-03 م بان جمعيات حماية المستهلك في حال تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك كان لها أن تتأسس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض من جراء الضرر الذي لحق بالمستهلك⁽²⁾.

2-3- التدخل في الدعاوى المرفوعة من قبل المستهلكين:

يحق لـ ج.ح.م التدخل والدفاع عن المصالح التي يسعى إلى تحقيقها رافع الدعوى وهو المستهلك، سواء بتأكيد ادعاءاته أو باضافة طلبات، فالجمل مفتوح أمام الجمعية بتدعيم الطلب الأولي الذي طلب به المدعي أمام القضاء⁽³⁾ كالإعفاء من الشروط التعسفية التي تحملها عقود التي خضع إليها المستهلكين.

بالرجوع إلى المادة 21 و 23 من قانون رقم: 09-03 م الذي منح بموجبها المشرع الحق التمثيلي لجمعية حماية المستهلك رغم ذلك لا يوجد نص صريح تستند إليه هذه الأخيرة في مطالبتها الشروط التعسفية في العقود، وذلك على عكس المشرع الفرنسي الذي كان صريحا في هذا المجال عندما نص في المادة L-421-6 من ق.إ.ف⁽⁴⁾، وإن كان يتحدد نطاق هذه الدعوى على عقود الاستهلاك النموذجية التي يعدها المحترفون⁽⁵⁾.

¹ - كريم تعويلت: حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك من الممارسات التجارية في القانون الجزائري، مداخلة مقدمة في الأيام دراسية حول "التعديلات المستحدثة في ظل المنظومة القانونية الوطنية"، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، أكتوبر 2015، ص15.

² - الصادق صياد: المرجع السابق، ص149.

³ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص688.

⁴ - أضيفت هذه المادة بمقتضى المرسوم رقم: 2001-741 الصادر في 23 أغسطس 2001 تحت عنوان دعوى حذف شروط التعسفية كحق لكافة جمعيات حماية المستهلك، والتي نصت "يجوز للجمعيات حماية المستهلك المرخص لها من السلطات العامة أن ترفع أمام القضاء المدني دعوى الغاء الشروط التعسفية وان يطالب بإلغاء الشروط المنصوص عليها في نماذج العقود والاتفاقيات المصادرة التي يطرحها المهنيون على المستهلكين وأن تطالب بفرض غرامة تهددية على مهنيين إذا أُلزم الأمر وهكذا عندما تعين جمعية معتمدة للمستهلكين احتواء نماذج العقود على شروط التعسفية وذلك امام القضاء المدني..."

⁵ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 168-169.

إلا أنه باستقراء المادة 65 من القانون رقم : 02-04 م م⁽¹⁾ فيمكن القول أن مطالبة جمعية حماية المستهلك من إلغاء الشروط التعسفية تجسد أساسه في هذا النص، ما دام أن إدراج البنود التعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين تكون مخالفة لأحكام القانون 02-04 م م ومنه لها الصفة للرفع هذه الدعوى خاصة في مطالبة بالتعويض للمستهلك.

وهكذا نجد جمعيات حماية المستهلكين أكثر فاعلية على أرض الواقع مقارنة باللجنة البنود التعسفية بالإضافة إلى الإشارة إلى جهود وزارة المالية في تسريع التدعيمات المالية⁽²⁾. وذلك لتحفيز الجمعيات في سبيل الوصول إلى حماية فعالة.

¹ - نصت المادة 65 من قانون رقم: 02-04 م م على أنه " دون المساس بأحكام المادة الثانية من قانون الاجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، للقيام برفع دعوى امام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة احكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

² - نصت المادة 22 من قانون رقم: 03-09 م م "...يمكن ان تستفيد جمعيات حماية المستهلكين المعترف بها بالمنفعة العمومية من المساعدة القضائية".

المبحث الثاني

دراسة نماذج لبعض العقود التي تتضمن شروط تعسفية

توصلنا إلى أنه كان لابد من أن ندرس بعض نماذج العقود ذات الشروط الجاهزة المعدة مسبقا ونهائيا بميزة تعسفية من طرف المحترف تخدم مصلحته على حساب المستهلكين الذي لا يملك الخضوع لها أمام حاجته أو جهله، أو ضعف مستواه التفاوضي، وتنوع عقود الاستهلاك باختلاف الغرض والهدف الذي يرجوه المستهلك منها، إلا أنه يبقى دائما الحلقة الأضعف في مختلف هذه العقود.

ولقد رأينا أن نخص بدراسة كل من وثيقة التأمين وعقد النقل لكونهما يعرفان انتشارا في الواقع المعاش، فالأول يهدف إلى تقديم الضمان والأمان للفرد والمجتمع والمؤسسات ضد الأضرار والمخاطر التي تصيب الشخص في نفسه أو ممتلكاته.

أما الثاني يعتبر شريان الحياة الاقتصادية وعصبه تداول السلع والخدمات، ومنه سندرس كلا من الشروط التعسفية في وثيقة التأمين (المطلب الأول)، وعقد النقل (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الشروط التعسفية في وثيقة التأمين

يعتبر عقد التأمين من عقود الإذعان بالنظر لما تتمتع به شركات التأمين من قوة اقتصادية وفنية وتقنية تمكنها لا محالة من فرض نماذج العقود التي تنفرد بإعداد شروطه وتفصيلاته، ثم عرضها على المستهلكين، ولا ترضى فيها تعديلا أو مناقشة، حيث أن الراغب في التأمين تقتصر حريته في اختيار المؤمن فحسب، أما الخيارات الأخرى التي تتضمن قبول شرط دون الآخر تتضاءل إلى مجرد قبول العقد كما هو أو رفضه جملة، دون أن تلعب الإرادة التعاقدية أي دور في تحديد محتوى العلاقة التأمينية.

مما يجعل وثائق التأمين مجالا خصبا لظهور الشروط التعسفية، خاصة أن التأمين أصبح ضرورة ملحة أمام الأشخاص من مخاطر تهددهم، بل أصبح ملزما بقوة القانون في بعض المخاطر، كل هذا دفع المشرع بعدم الاكتفاء بالحماية المقررة في القواعد العامة (خاصة سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وتفسير الشك لمصلحة المدعى دائما أو مدينا)، بل أفرد فصلا كاملا في القانون المدني تحت عنوان عقد التأمين.

ولم تكتفي الإرادة التشريعية بذلك، بل قامت بسن قانون خاص بالتأمينات⁽¹⁾، وذلك للوقوف أمام إجحاف شركات التأمين في حق المستهلكين.

ومنه لبيان الشروط التعسفية في وثيقة التأمين سنتطرق أولاً للمقصود بهذه الوثيقة (الفرع الأول)، ثم الرقابة عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وثيقة التأمين

إن عقد التأمين من العقود التي تنفرد شركات التأمين بإعدادها وصياغتها، بينما ينحصر دور المؤمن لهم على قبول التعاقد والتوقيع على نماذج العقود التي يطرحها المؤمن، ولقد رأى المشرع ضرورة الوقوف في وجه محاولات المؤمن باستغلال عدم خبرة طالب خدمة التأمين، وعدم درايته بأساليب الصياغة القانونية على وجه الخصوص المصطلحات المستعملة، حيث أن شركات التأمين تعتمد إلى تضمين وثيقة التأمين بالشروط التعسفية أو البنود الغامضة، أو ترك بعض المسائل دون تنظيم الأمر الذي يضر بمصلحة المؤمن له أو الغير المضروب⁽²⁾، فقام المشرع بفرض بعض البنود التي يجب أن تحتويها وثيقة التأمين، ومنه سنتطرق إلى تعريف هذه الوثيقة (أولاً)، ثم نتناول بالشرح مراحل إعدادها (ثانياً) والبنود اللازم توافرها (ثالثاً).

أولاً: مراحل إصدار وثيقة التأمين

قبل التطرق إلى وثيقة التأمين والبيانات التي ألزم المشرع بتوافرها في وثيقة التأمين للضمان الحد الأدنى من الحماية للمؤمن له، كان لا بد من التطرق أولاً إلى مراحل إصدار وثيقة التأمين لكون أن هذه الأخيرة تعتبر الناتج على كل الأعمال التحضيرية التي سبقتها.

ومنه يتم إصدار وثيقة التأمين على عدة مراحل متتابعة، تبدأ بطلب التأمين، ثم مذكرة التغطية المؤقتة والتي يلجأ إليها في أحوال معينة، والتي ينظر إليها كوسيلة إثبات وليست مرحلة من مراحل إصدار وثيقة التأمين، وتعتبر أيضاً معالجة إستثنائية تتطلبها ظروف إصدار وثيقة التأمين⁽³⁾.

¹ - الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415هـ الموافق لـ 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد 13 المؤرخة في 07 شوال 1415هـ الموافق لـ 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006، ج.ر، عدد 15 المؤرخة في 12 صفر 1427هـ الموافق لـ 12 مارس 2006.

² - سعاد نويري: المرجع السابق، ص 68.

³ - أحمد أبو سعود: عقد التأمين بين النظرية والتطبيق "دراسة تحليلية شاملة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، د.س.ن، ص 159.

أ- طلب التأمين:

كل شخص يريد التأمين لابد أن يتقدم "بطلب التأمين" للمؤمن، كما قد يكون باقتراح من المؤمن وطلب التأمين: هو ورقة مطبوعة يعدها المؤمن مسبقا لهذا الغرض، وتحتوي على عدد من الأسئلة يقوم المؤمن له بالإجابة عليها، ولذلك سميت "باقتراح التأمين" وعلى ضوء الإجابات المقدمة يمكن للمؤمن من دراسة الموضوع والبت فيه⁽¹⁾، فإن طلب التأمين يعد وسيلة من وسائل التعرف على الخطر المطلوب التأمين منه⁽²⁾، وعلى أساسه يقوم المؤمن بقبول التأمين على الخطر أو الرفض⁽³⁾.

يطرح طلب التأمين إشكالية حول مدى قوته الإلزامية بين أطرافه، خاصة من حيث الآثار القانونية.

لا يمكن القول بأن طلب التأمين يلزم المؤمن، لأنه لم يصدر إيجاب حتى يجوز القول بأن طالب التأمين يعتبر قبولاً لهذا الإيجاب، فطلب التأمين بالنسبة إليه هو مجرد وسيلة إعلام يسترشد بها المؤمن لتقدير القسط الذي يلتزم بدفعه المؤمن له، ومبلغ التأمين الذي يلتزم هو بدفعه عن تحقق الخطر أيضا فيما يخص المؤمن له، يعتبر طلب التأمين وسيلة استعلام عن القسط الذي يقدره المؤمن لإبرام عقد التأمين وليس إيجابا تاما منه، وله بعد وصول رد المؤمن أن يعدل عنه دون أن يكون ملزما بشيء نحوه⁽⁴⁾.

وبالرجوع لنص المادة الثامنة من قانون التأمينات⁽⁵⁾، يتضح أن طالب التأمين لا يترتب عنه أي التزامات ما بين الطرفين إلا بعد قبول المؤمن له هذا الطالب⁽⁶⁾، فيعتبر ملزما له⁽⁷⁾، وتتم إثبات الإلزام بوثيقة التأمين، أو مذكرة تغطية التأمين أو أي مستند مكتوب وقعه المؤمن.

¹ - رملة مصطفى: الأحكام العامة لعقد التأمين، رسالة ماستر، تخصص قانون الضمان الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2014-2015، ص 25.

² - أحمد أبو سعود: المرجع السابق، ص 163.

³ - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 26.

⁴ - المرجع نفسه، ص 26.

⁵ - نصت المادة الثامنة الفقرة الأولى من قانون التأمينات المعدل والمتمم على أنه: "لا يترتب على طلب التأمين التزام المؤمن له والمؤمن إلا بعد قبوله، ويمكن إثبات التزام الطرفين إما بوثيقة التأمين وإما بمذكرة تغطية التأمين أو بأي مستند مكتوب وقعه المؤمن...".

⁶ - حميدة جميلة: الوجيز في عقد التأمين، دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات، دار الخلدونية، الجزائر، ط 1، 2012، ص 55-65.

⁷ - يثير طلب التأمين مسألة هامة وهي معرفة متى يكون الموجب ومتى يكون القابل، فإذا أحاب المؤمن له على الأسئلة الواردة في طلب التأمين فإن المؤمن سيقدر على هذا الأساس مقدار القسط ومبلغ التأمين، وقد لا يوافق المؤمن له على الشروط التي يضعها المؤمن ومنه لا يكون ملزما لإبرام العقد لأنه لم يصدر منه إيجاب يلزمه بعدم العدول عنه، أما في حالة موافقة المؤمن له على الخضوع لتلك الشروط، ففي هذه يعتبر ذلك قبولاً لإيجاب المؤمن بعد أن حدد شروط العقد، مرة ثانية (مقدار القسط، مبلغ التعويض، ويمكن أن يحمل شروطاً أخرى)، وفي هذه الحالة يتم تطابق ارادتهما التي تمكنهما من تحرير وثيقة التأمين مباشرة أو اللجوء إلى مذكرة تغطية التأمين.

ب- مذكرة تغطية التأمين:

قد يستغرق النظر في قبول طلب التأمين والرد عليه وقت، بالإضافة أنه في حالة قبول طلب التأمين من قبل المؤمن، فإن تحرير وثيقة التأمين وتوقيعها قد يتطلب أيضا فترة زمنية— فلا شك أن طالب التأمين قد يتعرض خلال هذه المدة للخطر الذي يريد أن يؤمن نفسه منه مما يؤدي إلى أن يتحمل آثاره وحده إذ تحققت خلال هذه الفترة⁽¹⁾، ومنه يمكن للمؤمن له الحصول على مذكرة تغطية التأمين مما يحصل المؤمن ملتزما بالضمان الفوري التي تثبت اتفاقا أوليا بين الطرفين⁽²⁾، وهذا ما يتضح من خلال الفقرة الأولى من المادة الثامنة من قانون التأمينات والتي نصت: "...ويمكن إثبات إلزام الطرفين إما بوثيقة التأمين، وإما بمذكرة لتغطية التأمين...".

وبالتالي تثبت هذه المذكرة وجود العقد، وإذا حررت وثيقة التأمين النهائية يسري العقد من تاريخ الاستحقاق، وليس من تاريخ التوقيع على وثيقة التأمين، ولم يضع المشرع شكلا خاصا بمذكرة التغطية، ولم يلزم المؤمن تقديمها، ومنه يكون على المؤمن له طلبها⁽³⁾.

ج- إصدار وثيقة التأمين:

تعتبر وثيقة التأمين المستند المتوج لكافة الأعمال التمهيديّة بين طرفي العلاقة الاستهلاكية⁽⁴⁾، فهي المحرر الذي يدون فيه عقد التأمين، بعد أن يتم الاتفاق على العملية التأمينية⁽⁵⁾، وبالتالي وثيقة التأمين هي الورقة النهائية التي ينتهي إليها الطرفان ويكون في شكل محرر عرفي ومحرر رسمي، وهي تختلف في نموذجها باختلاف وضع الشيء موضوع التأمين والغرض من العملية التأمينية وما تقوم بحمايته من الأخطار⁽⁶⁾، حيث أنه نجد:

¹ - أحمد أبو سعود: المرجع السابق، ص 168.

² - طبائية سليمة: دور محاسبة شركات التأمين في اتخاذ القرارات وفق معايير الإبلاغ المالي الدولية دراسة حالة "الشركات الجزائرية للتأمين"، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة سطيف 1، الجزائر، 2013-2014، ص 24.

³ - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 47.

⁴ - أحمد أبو سعود: المرجع السابق، ص 173.

⁵ - طبائية سليمة: المرجع السابق، ص 24.

⁶ - إبراهيم أبو النجا: التأمين في القانون الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1992، ص 180.

1. وثائق التأمين الفردية: هي تلك الوثيقة التي تصدر لصالح شخص محدد، وتغطي خطراً يهدد شخصاً محدداً كوثيقة التأمين على الحياة، أو أنها تغطي خطر يهدد الشيء موضوع التأمين كالتأمين ضد حريق المنزل⁽¹⁾.

2. وثائق التأمين المركبة: هي وثيقة تأمين تغطي عدداً معيناً من الأخطار بدلاً من خطر واحد، كالتأمين الشامل على السيارات، والتي لا تكفي بالتأمين ضد الخطر الواحد، وإنما تغطي عدة أخطار تتعرض لها السيارة (خطر السرقة، خطر التصادم، المسؤولية المدنية لصاحب السيارة...)، حيث تعد هذه الوثيقة بمثابة تأمين اقتصادية⁽²⁾.

3. وثائق التأمين الجماعية: هي وثيقة تأمين تغطي مجموعة من الأفراد تجمعهم ظروف متجانسة، كوثيقة التأمين الصحي⁽³⁾.

وتنطوي وثيقة التأمين من الناحية القانونية على أهمية بالغة، لكون أن عقد التأمين من العقود الرضائية⁽⁴⁾، التي يكفي لانعقادها تقابل إرادتين متطابقتين على إبرام العقد، ومن لم يستلزم المشرع شكلاً معيناً لانعقاده، وعليه تعتبر وثيقة التأمين وسيلة لإثبات العقد وليس ضرورة لانعقاده، ومنه يتم إثبات عقد التأمين بوثيقة التأمين أي بالكتابة وفقاً لأحكام قانون الإثبات⁽⁵⁾.

وتجدر الإشارة أن وثيقة التأمين المشار إليها في قانون التأمينات سمي "بالوثيقة البسيطة"، لأن الخطر فيها معين ولا يمكن استبداله بخطر آخر، فنجد أن بعض التأمينات الإلزامية تفرض وجود وثيقة أخرى بجانب وثيقة التأمين وتدعى "شهادة التأمين"⁽⁶⁾، وهذا ما أشير إليه بالأمر رقم: 15-74 م م المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض على الأضرار⁽⁷⁾.

¹ - حميدة جميلة: المرجع السابق، ص 55.

² - المرجع نفسه، ص 56.

³ - طبائبية سليمة: المرجع السابق، ص 23.

⁴ - نصت المادة 619 من القانون المدني على أنه: "التأمين عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراد أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

⁵ - أحمد أبوسعود: المرجع السابق، ص 184.

⁶ - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 50.

⁷ - الأمر رقم: 15-74 المؤرخ في 30 يناير 1974 المعدل والمتمم بالقانون رقم 88-31 المؤرخ في 19 يونيو 1988 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار.

ثانيا: البيانات الإلزامية لوثيقة التأمين

باستقراء المادة السابعة من قانون التأمينات⁽¹⁾، نجد أن المشرع اشترط أن تكون وثيقة التأمين مكتوبة، ولم يبين نوع الكتابة إذا كانت في محرر رسمي، أو محرر عرفي، ولم يحدد الوسيلة والصياغة واللغة التي تكتب بها الوثيقة، إلا أنها غالبا ما تكون في شكل نماذج العقود التي تكون فيه البيانات مطبوعة، مع ذلك اشترط المشرع أن تكون الكتابة بحروف واضحة وألزم زيادة على ذلك أن تكون الوثيقة موقعة من الطرفين المكتبتين، أضاف المشرع في نفس المادة مجموعة من البيانات التي اعتبرها إجبارية في وثيقة التأمين، وذلك حرصا منه على عدم إبقاء بعض المسائل دون تنظيم، الأمر الذي يضر بمصلحة المؤمن لهم بالدرجة الأولى، وهذه البيانات كالتالي:

أ- اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما:

حيث يتم بيان أطراف العقد المؤمن والمؤمن له، وهذه هي الصورة البسيطة لانعقاد العقد، لكن عمليا تبرم وثيقة التأمين بتدخل أطراف أخرى إلى جانب الطرفين الأصليين وهم وسطاء التأمين⁽²⁾.

1- المؤمن: يتمثل المؤمن في شركة التأمين التي تتعهد بدفع مبلغ إلى المؤمن له في حالة وقوع خطر⁽³⁾، مع الإشارة بأنه تتحدد صفة المؤمن طبقا للغرض من العملية التأمينية، والتكوين الرأسمالي المدار، وأسلوب الاكتتاب في التأمين، وطبيعة العلاقة بين المؤمن والمؤمن له، والإطار العام للعملية التأمينية⁽⁴⁾ فنذكر اسمه ومقر أعماله الرئيسية.

2- المؤمن له: إما أن يكون المؤمن له المستفيد من التغطية التأمينية الواردة في الوثيقة، أو أن يكون هناك مستفيد آخر، وهو المشترط للصالحة فيعد المستحق للتعويض عن حدوث الخطر المؤمن منه⁽⁵⁾.

¹ نصت المادة السابعة من قانون التأمينات على أنه: "يجر عقد التأمين كتابيا وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجباريا زيادة على توقيع الطرفين المكتبتين على البيانات التالية: اسم كل من الطرفين المتعاقدين وعنوانهما، الشيء أو الشخص المؤمن عليه، طبيعة المخاطر المضمونة، تاريخ الاكتتاب، تاريخ سريان العقد ومدته، مبلغ الضمان، مبلغ قسط أو اشتراك التأمين".

² - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 48.

³ - طبائبية سليمة: المرجع السابق، ص 09.

⁴ - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 48.

⁵ - أحمد أبو سعود: المرجع السابق، ص 105.

3- وسطاء التأمين⁽¹⁾: الأصل أن يتعاقد المؤمن مباشرة مع المؤمن له، لكن يجوز لشركة التأمين أن تتخذ عنها أشخاص مؤهلين إبرام العقود يعرفون بوسطاء التأمين، تتصل بواسطتهم بغرض كجلب أكبر عدد ممكن من العملاء والحصول على طلبات التأمين⁽²⁾.

ب- الشيء أو الشخص المؤمن عليه:

ينطوي تحديد الشيء أو الشخص المؤمن عليه أهمية، حيث يتم تحديده من حيث طبيعته ونوعه.

ج- طبيعة المخاطر المضمونة:

يعرف الخطر التأميني أنه حادث احتمالي، الذي يرجع تحققه إلى إرادة أحد الطرفين ولا يستطيع معرفة نتائجه⁽³⁾، والذي يؤدي وقوعه إلى تعريض الأشخاص والممتلكات إلى خسائر⁽⁴⁾، ومنه كان لابد تحديد المؤمن إذا كان: حريق، سرقة، تلف مزروعات، الموت... إلخ.

ح- تاريخ الاكتاب وتاريخ سريان العقد ومدته:

الأصل أن يبدأ سريان العقد من يوم التوقيع على مذكرة تغطية التأمين إن وجدت، لكن يجوز لطرفي الاتفاق على تاريخ آخر باليوم، الشهر، السنة، والساعة، فإذا تحقق الخطر قبل هذا التاريخ، فلا يكون المؤمن مسؤولاً عن التعويض، أما المدة تعتبر الإطار الزمني لعقد التأمين للاستفادة من التغطية التي في مضمونها التي تحتوي على بداية العقد ونهايته⁽⁵⁾.

¹ - خصص المشرع الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الثالث "لوسطاء التأمين" من المادة 252 إلى المادة 268 تاركاً المجال للتنظيم في عدة مجالات.

² - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 43.

³ - أشهر شراح وفقهاء التأمين من بينهم (بلانبول، روبيار، بيكار، ويسون) وضع مجموعة من الشروط "للخطر التأميني" باعتباره عصب العملية التأمينية وأهم عنصر من عناصر التأمين، حيث أجمعوا أن للخطر التأميني ثلاثة شروط هي: أن يكون حادث محتمل الوقوع، غير متعلق بتحقيقه على محض إرادة أيا من طرفي وثيقة التأمين خصوصاً المؤمن له، أن يكون الخطر مشروعاً ولا يخالف القانون العام والآداب العامة. نقلاً عن أحمد أبو سعود: المرجع السابق، ص 117، 118.

⁴ - طبائبية سليمة: المرجع السابق، ص 17.

⁵ - أحمد أبو سعود: المرجع السابق، ص 143.

خ- مبلغ الضمان:

هو مبلغ التعويض الذي يلزم المؤمن بدفعه للمؤمن عند تحقق الخطر، وعادة ما يحدد في العقد الحد الأقصى لمبلغ التعويض، والذي يتحكم فيه حسامة الخطر⁽¹⁾ ويأخذ التعويض كأصل في صورة نقدية متمثلة في أداء مبالغ من المال يعادل قيمة الضرر، ومن الجائز أن يكون الأداء عينيا ويتمثل في إعادة الشيء المؤمن إلى حالته السابقة لوقوع الحادث⁽²⁾.

د- مبلغ القسط أو اشتراك التأمين:

هو المقابل المالي الذي يدفعه المؤمن له للمؤمن لتغطية الخطر المؤمن منه⁽³⁾ ويجب أن يكون القسط متناسبا مع ما دفعه المؤمن له مع مقدار الخطر الذي يكون احتمال حدوثه، ويتكون القسط من عدة عناصر أساسية يحددها المؤمن ويراعي مدى كفايتها لمواجهة أعباء الكوارث المتحققة خلال فترة التغطية المتمثلة في القسط الصافي، علاوة القسط، القسط التجاري⁽⁴⁾.

ومنه تعتبر هذه البيانات التفصيلية الإلزامية في وثيقة التأمين، وذلك لكونها تحدد إطار العملية التأمينية، مع الإشارة بأنه لا يمنع إيراد بيانات أخرى في وثيقة التأمين، بالإضافة إلى البيانات السابق ذكرها على أن لا تقل عن البيانات المذكورة من طرف المشرع.

الفرع الثاني

الحماية الخاصة من الشروط التعسفية في وثيقة التأمين

يتضح من حكم نص المادة 625 من ق م ج⁽⁵⁾ أن حماية المؤمن له باعتباره مستهلكا من عقد التأمين هي الغاية التي يبتغيها المشرع، وذلك لأن عقد التأمين من أبرز عقود الإذعان.

حيث تضع شركة التأمين شروطها بطريقة منفردة دون الدخول في مفاوضات مع الزبون، وهذا ما جعلها مجالا رحبا للظهور الشروط التعسفية.

¹ - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 65.

² - أحمد أبو سعود: المرجع السابق، ص 127.

³ - رملة مصطفى: المرجع السابق، ص 62.

⁴ - طبائبية سليمة: المرجع السابق، ص 19.

⁵ - نصت المادة 625 من القانون المدني على أنه: "يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في الفصل، إلا أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد".

مع الإشارة أن المشرع لم يكتف بالحماية المقررة في كل من القواعد العامة (خاصة سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، وتفسير الشك لمصلحة المدعى دائما أو مدينا)، كما أنه لم يكتفي بالحماية المقررة بالقواعد الخاصة (قانون رقم 04.02 المعدل والمتمم) بل أفرد حماية خاصة من الشروط التعسفية التي قد ترد في وثيقة التأمين سواء من حيث الرقابة (أولا)، أو من حيث حظر هذه الشروط من تضمينها في وثيقة التأمين (ثانيا).

أولا: الرقابة على وثيقة التأمين

لم يخص قطاع التأمين باهتمام كبير من قبل الدولة إلا بعد الانفتاح الاقتصادي على الأسواق الدولية، حيث أدركت الدولة أهمية نشاط التأمين على الاقتصاد الوطني، إذ تم فتح المجال أمام الخواص والأجانب، وأمام حيوية وتطور هذا النشاط في آن واحد تولدت الحاجة إلى تدخل المشرع لتنظيم مختلف عمليات التأمين وبسط الرقابة عليه⁽¹⁾، وهو ما تم بالفعل سواء في قانون التأمينات قبل التعديل، أو في التعديل الأخير 2006، الذي بموجبه تم تأسيس لجنة خاصة تشرف على التأمينات⁽²⁾، ومنه كان لا بد من التطرق إلى الدور الرقابي لهذه اللجنة على وثائق التأمينات التي تعدها شركات التأمين، بالإضافة إلى سلطاتها في توقيع الجزاءات.

أ- سلطة لجنة الإشراف على التأمينات في رقابة وثائق التأمين:

تضطلع لجنة الإشراف على التأمينات في مراقبة⁽³⁾ مشروعية عمليات التأمين، وذلك بأن تكون عمليات التأمين غير مخالفة للنصوص القانونية التشريعية والتنظيمية المعمول بها⁽⁴⁾.

¹ - إن لجنة الإشراف على التأمينات هي هيئة الرقابة نشاط التأمين في الجزائر، حلت محل الوزير المكلف بالمالية، الذي كان يمارس نفس الوظيفة بموجب المادة 209 قبل التعديل قانون التأمينات، حيث نصت على أنه: "تمارس إدارة الرقابة مراقبة الدولة لنشاط التأمين... ويقصد بإدارة الرقابة الوزير المكلف بالمالية الذي تنصرف بواسطة الهيكل المكلف بالتأمينات".

² - نشأت لجنة الإشراف على التأمينات بموجب تعديل الأمر رقم: 75-07 المتعلق بالتأمينات، حيث نصت المادة 209 المعدلة بالقانون رقم: 06-04 على أنه: "تنشأ لجنة الإشراف على التأمينات كإدارة رقابة بواسطة الهيكل المكلف بالتأمين لدى وزارة المالية"، حيث يتضح من النص أن هذه اللجنة هي هيئة إدارية بمعنى أن لها مواصفات الإدارة، إذ تنتمي إلى السلطة التنفيذية، وهي تمثل الدولة، وعليه فقراراتها بمثابة قرارات إدارية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، حيث تحدث مراكز قانونية سواء بالتعديل، الإنشاء أو الإلغاء. نقلا عن أوديع نادية: "صلاحيات الضبط في مجال التأمين" لجنة الإشراف على التأمين"، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23 - 24 ماي 2007، ص 130، 131.

³ - أعطى المشرع من خلال نصوص قانون التأمينات المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 اختصاصات واسعة، فجندها تمارس اختصاصات رقابية قبلية سابقة على ممارسة النشاط التأميني، ورقابة بعدية التي تمارسها بواسطة محافظين، مراقبين، محلفين، وكذا محافظو حسابات ومفتشي التأمين. نقلا عن سعد الله أمال: التأمين الرقابة على قطاع في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جماعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، العدد 15، جوان 2016، ص 605.

⁴ - أوديع نادية: المرجع السابق، ص 133.

إلا أننا نشير هنا أننا سنخصص الحديث حول مراقبة هذه اللجنة على وثائق التأمين دون الاختصاصات الأخرى لكونها لا تدخل في سياق بحثنا. ومنه تقوم لجنة الإشراف على التأمينات:

1. مراقبة وثائق التأمين: تطبيقاً لنص المادة 227 من الأمر رقم: 95-07 م م، تخضع الشروط العامة لوثيقة التأمين أو أي وثيقة أخرى تقوم مقامها لتأشير إدارة الرقابة، وهي اللجنة المكلفة بالإشراف على التأمينات والتي لها مهلة 45 يوماً من يوم طلب الرد، وإذا لم ترد هذه في الأجل تعتبر التأشيرة مكتسبة⁽¹⁾، أي أن شركات التأمين تعرضها على الجمهور، مع الإشارة أنها تخضع الوثائق إلى الرقابة البعدية من اللجنة التي تعتبر رقابة دائمة ومستمرة، وقد حاول المشرع من خلالها منحها سلطات واسعة من أجل القيام بوظائفها على أحسن شكل والتي تصون مصالح المؤمن لهم من الشروط التعسفية التي تحملها الوثائق التأمينية⁽²⁾.

مع الإشارة بأن المشرع لم يتعرض لحالة رفض اللجنة الإشراف على التأمينات لمنح التأشيرة، فهل هذا القرار قابل للطعن أمام القضاء أم لا، ويفهم من هذا السكوت عدم قابلية قرار الرفض للطعن، لكن طالما لم يمنع المشرع ذلك بنص صريح يعني أنه يمكن خضوعه للرقابة القضائية أمام مجلس الدولة⁽³⁾.

وباعتبار أن من أعضاء هذه اللجنة هناك عضوين من جمعيات حماية المستهلكين، حيث أنه درجة لجنة الإشراف على التأمينات والتنسيق مع الجمعيات لقيام هذه الأخيرة بحملة وثائق التأمين للرفع من درجة الوعي التأميني، فلها دور مباشر في توجيه شركات التأمين الى حسن صياغة عقود التأمين وتطوير عروضها التأمينية، وكذا اتخاذ القرارات السلمية للحد من الشروط التعسفية⁽⁴⁾.

2. مراقبة التعريفات: تتأكد اللجنة أن شركات التأمين تطبق تعريفات التأمين الإلزامية التي حددها اللجنة، كما تبلغ هذه الأخيرة مشاريع التعريفات التأمينية الاختيارية التي يمكن لها أن تعدلها. فكل اتفاق يبرمه المؤمن مع المؤمن له يتعلق بالتعريفات والشروط العامة والخاصة للعقود يتعين تبليغه مسبقاً قبل وضعه حيز التنفيذ، وهذا الإجراء إجباري تحت طائلة البطلان⁽⁵⁾، فهي بذلك تمارس الرقابة على أرض الواقع للاطلاع عن كثب على مختلف الوثائق التأمينية، لكون أن شركات التأمين تنفرد بصياغتها باعتبار أن عقود

¹ - مضمون المادة 227 من قانون التأمينات.

² - سعد الله أمال: المرجع السابق، ص 606.

³ - أوديع نادية: المرجع السابق، ص 143.

⁴ - سعد الله أمال: المرجع السابق، ص 609.

⁵ - جابت أمال: دور لجنة الإشراف على التأمينات في اكتشاف المخالفات "سلطة الرقابة للجنة الإشراف على التأمينات"، مداخلة مقدمة في المنتدى الوطني حول "سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23-24 ماي 2007، ص 139.

التأمين هي عقود إجبارية، بالإضافة أن هناك عقود تأمين إجبارية⁽¹⁾ بحيث على الفرد التعاقد عليها، وليست له الحرية اختيار الشركة التي يتعاقد معها، فتنتمي حرته عند اختياره.

ومنه فإن الرقابة التي تضطلع بها لجنة الإشراف على التأمينات تهدف إلى حماية مصالح المؤمن لهم والمستفيدين من عقود التأمين بالسهر على شرعيته، والحد من تعسف شركات التأمين⁽²⁾.

ب- السلطات القمعية للجنة الإشراف على التأمينات للحد من الشروط التعسفية في وثيقة التأمين:

إذا أسفرت نتائج التحقيق والمراقبة عن تصرفات مخالفة للنصوص التشريعية والتنظيمية المنظمة لمجال التأمين أو أن مصالح المؤمن لهم في خطر، يمكن للجنة الإشراف على التأمينات أن تتخذ تدابير ملائمة لتصحيح وضعية المخالفة، وإذا استحقت هذه المخالفات عقوبات⁽³⁾، فلجنة الإشراف على التأمينات منحت سلطة توقيع عقوبات إدارية⁽⁴⁾ ضد الشركات المخالفة، باعتبارها هيئة إدارية مستقلة⁽⁵⁾.

ومنه لها أن تقوم بتسليط عقوبات مالية، والتي تحصل لفائدة الخزينة العمومية إثر انتهاك الشركات للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في مجال التأمين ويتم تقدير الغرامة بطريقتين:

1. تحديد مباشر للغرامة مع تحديد نوع المخالفة⁽⁶⁾: وأمثلة ذلك:

¹ - فرض المشرع عدة تأمينات إجبارية وهي: التأمين من حوادث السيارات، التأمين من المسؤولية المهنية، التأمين من أخطار الكوارث الطبيعية، وأما التأمين متعدد الأخطار على السكن فهو غير إجباري بحكم القانون، لكن ملزم في عقود الإيجار. نقلا عن دليل المستهلك الجزائري: التأمينات، المرجع السابق، ص 32.

² - إريزيل الكاهنة: دور لجنة الإشراف على التأمينات وضبط سوق التأمين، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني حول سلطات "الضبط الاقتصادي المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي"، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23-24 ماي 2007، ص 121.

³ - جابت آمال: المرجع السابق، ص 148.

⁴ - تعرف العقوبات الإدارية على أنهما: تلك الجزاءات الإدارية العامة التي تصدر في شكل قرارات إدارية فردية ذات طبيعة عقابية، جزاء مخالفة التزامات قانونية، أو قرارات إدارية توقعها سلطات إدارية مستقلة بشكل تام أو نسبي، وذلك بمناسبة مباشرتها لنشاطها وفق الشكل والإجراءات المقررة قانونا غايتها ضبط أداء الأنشطة الفردية بما يحقق المصلحة العامة. نقلا عن عماد صوالحية: الجزاءات الإدارية في غير مجال العقود والتأديب الوضعي في القانون الجزائري، د.د.ن، الجزائر، ط1، 2016، ص 20.

⁵ - تعتبر لجنة الإشراف على التأمينات سلطة إدارية مستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، إلا أنه يثور تساؤل حول استقلاليتها التامة، فمن جهة منحها المشرع صلاحيات وسلطات منها مراقبة ومتابعة تطوير السوق مع سلطة إصدار القرارات الفردية، إلا أن المشرع من جهة أخرى احتفظ ببعض السلطات للوزارة المالية لمراقبة الالتحاق بالمهنة، منح الاعتماد وسحبه... التي تعود للوزير المكلف بالتجارة. نقلا عن أوديع نادية: المرجع السابق، ص 131.

⁶ - جابت آمال: المرجع السابق، ص 142.

- دفع غرامة مقدرة بـ: 5.000.000 دج لكل عقد مبرم بصورة مخالفة لأحكام المادة 69 مكرر 1 من قانون التأمينات، مع استرجاع مبلغ الأقساط المدفوعة.

- دفع غرامة مقدرة بـ: 1.000.000 دج عند عدم تبليغ لجنة الإشراف على التأمينات بمشاريع التعريفات الاختيارية قبل تطبيقها.

- غرامة مقدرة بـ: 1.000.000 دج في حالة عدم حصول شركات التأمين على تأشير للوثائق التأمينية.

2. تحديد الغرامة بمعيار الأعمال: بحيث ترتبط قيمة الغرامة برقم أعمال الشركة، والمثال على ذلك:

يفرض على شركات التأمين أو إعادة التأمين أو فروع شركات التأمين الأجنبية عند مخالفتها لتسعيرة التأمينات الإجبارية دفع غرامة لا تتعدى 1% من رقم الأعمال للسنة المقفلة أو الماضية للفرع المعني بالمخالفة⁽¹⁾.

مع الإشارة بأن هذه الغرامات تقدم إلى الخزينة العمومية، غير أن المشرع في هذا الصدد جعل طريقة تحصيلها تتم حسب ما تقوم به إدارة الضرائب، أي جعل هذه الغرامات تتشابه مع الضريبة مباشرة، أي يتم دفعها بموجب إعدار يوجه للشركات التأمينية⁽²⁾.

نصل إلى القول أن هذه اللجنة وجدت بعد تعديل قانون التأمينات، لأنه كانت هناك ضرورة حتمية لتفعيل الدور الرقابي في قطاع التأمين خاصة بتوفير أكبر حماية للمتعاقد الذي يكون في مركز ضعف.

ثانيا: حظر الشروط التعسفية في وثيقة التأمين

على عكس القواعد العامة في العقود التي تقوم على مبدأ حرية التعاقد، وما يترتب على ذلك من جواز مخالفتها، نجد المشرع قد أضفى على النصوص المنظمة لعقد التأمين الطبيعة الآمرة، حيث أنه لا يمكن تضمين العقد ما يخالف أو يخرج عن أحكام الإرادة التشريعية.

حيث أنه إذا كان يجوز للطرفين أن يضمنا عقد التأمين من الشروط التي يتفق عليها، فإنه يجب أن تكون هذه الشروط في حدود المبادئ القانونية العامة، فلا تصطدم بنص أمر، وإلا كانت هذه الشروط

¹ - حابت آمال: المرجع السابق، ص 142.

² - إرزيل الكاهنة: المرجع السابق، ص 127.

باطلة ولا يمكن بذلك الادعاء بموافقة المؤمن له على هذه الشروط باعتباره تنازل من جانبه، لأنه في هذه الحالة يعد تنازلاً عن النص القانوني الذي يقرر الحماية، وهو لا يجوز لتعلقه بالنظام العام⁽¹⁾.

حيث تولى المشرع تحديد الشروط التعسفية التي تمنع على شركات التأمين إدراجها في وثيقة التأمين، واعتبر هذه الشروط باطلة وذلك في نص المادة 622 ق م⁽²⁾، هذا النص يعتبر قائمة سوداء من الشروط التعسفية، حيث أن الشروط الأربعة الأولى إذا ذكرت في وثيقة التأمين يجب اعتبارها تعسفية⁽³⁾، وسنقوم بشرح كل شرط على حدى:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية: درجت شركات التأمين أن تنص في وثائقها، ولاسيما في وثيقة التأمين الإجبارية من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات، شرطا مقتضاه سقوط حق المستأمن⁽⁴⁾ في الحصول على مبلغ التأمين بعد وقوع الكارثة، وذلك إذا كان سبب وقوعها مخالفة القوانين واللوائح أيا كان حجم هذه المخالفة، أو أن تحدد في وثائقها بعض أنواع المخالفات التي إذا وقعت يسقط حق المستأمن، مثل مخالفة إشارة المرور، وتجاوز السرعة المذكورة، أو السير في الاتجاه العكسي⁽⁵⁾.

ومنه إذا تم إدراج هذا الشرط يعتبر جزاء يؤدي إلى حرمان المؤمن له من الضمان نتيجة إخلاله لبعض الالتزامات الناشئة عن العقد، ويتميز بذلك السقوط عن البطلان، حيث أنه يرد البطلان على العقد ذاته أو

¹ - سعد نويري: المرجع السابق، ص 64، 65.

² - نصت المادة 622 من القانون المدني على أنه: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق جنائية أو جنحة عمدية،
- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان بعذر مقبول،
- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط،
- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة،
- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه".

³ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 109.

⁴ - السقوط هو ضياع الحق على سبيل العقوبة، وفي مجال التأمين هو وسيلة أو الدفع يستطيع المؤمن بمقتضاه أن يرفض تنفيذ تعهده بالضمان رغم تحقق الخطر المؤمن منه، بسبب عدم تنفيذ المؤمن له لإحدى التزاماته بصرف النظر عن الضرر الواقع للمؤمن له وعن مقداره. نقلا عن بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 75.

⁵ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 109.

يعدمه ويعطل كل آثاره، بينما لا يمس السقوط العقد بل ينصب على أحد آثاره وهو الضمان الناتج عن تحقق الخطر المؤمن منه⁽¹⁾.

ومنه قد انتبه المشرع إلى خطورة هذا الشرط، ووجد أنه شرط تعسفي من شأنه أن يجرم المستأمن من مبلغ التأمين في معظم الحالات، ذلك أن الكارثة لا تقع عادة إلا نتيجة مخالفة إشارات المرور وهذه التجاوزات ما هي إلا مخالفات توقع عليها عادة عقوبة الغرامة، ولا ينطوي على خطورة إجرامية للمستأمن، بل هي ناتجة عادة عن رعونة، لذلك نص المشرع على بطلان هذا الشرط، ولكنه استثناء من هذه القاعدة، وحتى لا يشجع المستأمن على ارتكاب الجرائم الخطيرة، مثل الجنائيات وإن كانت عمدية أو غير عمدية، أو الجنح العمدية، فقد قضى المشرع بصحة الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح إذا انطوت هذه المخالفة على جنائية، أو جنحة عمدية⁽²⁾.

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو تقديم المستند إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول: هذا الشرط أبطله المشرع في حالة وروده في وثيقة التأمين، ويطل هذا الشرط أيا كانت الصورة التي يرد عليها، أي سواء ورد ضمن الشروط العامة المطبوعة أو في صورة اتفاق خاص أو وضع بشكل ظاهر وواضح⁽³⁾، فهذا الشرط يعد باطلا لأنه ينطوي على التعسف.

وقد اشترط المشرع لبطلان هذا الشرط أن يكون التأخر في الإبلاغ عن واقعة السرقة للسلطات المختصة للعذر المقبول⁽⁴⁾.

أما سقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في تقديم مستندات للمؤمن، فإن هذا الشرط يبطل أيضا إذا كان هذا التأخر لعذر مقبول لأنه ليس من العدل أن يجرم المؤمن له من حقه في التعويض. وفي هذه الحالة لا بد من المؤمن له أن يثبت سبب التأخر، ومن قبيل الأعذار المقبولة القوة الظاهرة، الحادث المفاجئ، فقدان الذاكرة بصورة مؤقتة...، حيث يقع عليه إثبات مثل هذه الأعذار حتى لا يجرم من التأمين إذا أحل بالتزامه، وله أن يثبت بكافة طرق الإثبات، لأن الإثبات ينصب على واقعة مادية⁽⁵⁾.

¹ - سعاد نويري: المرجع السابق، ص 68.

² - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 110.

³ - فايز أحمد عبد الرحمن: الشروط التعسفية في وثائق التأمين "دراسة في نطاق التأمين البري الخاص"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2006، ص 72.

⁴ - المرجع السابق، ص 73.

⁵ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 110.

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط: سقوط حق المستأمن في التأمين يخالف القواعد العامة التي تحكم إحلال المدين بالقيام بالتزامه، لذلك اعتبر المشرع الشرط المطبوع الذي يقضي بهذا السقوط إذا كان غير واضح يعتبر تعسفيا لأنه مخالف للأصل، وبالتالي يعتبر استثناء، والإستثناء يجب أن ينص عليه صراحة كما لا يجوز التوسع في تفسيره ولا القياس عليه⁽¹⁾.

لعل هذا ما دفع المشرع الفرنسي لاعتبار الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له في التعويض صحيحا بتحديد عدة أساليب التي تكفل إظهار الوثيقة وترك المؤمن له يختار من بينها، كأن يكتب الشرط بحروف أكثر ظهورا أو أكبر حجما، أو يكتب بمداد مختلف اللون، أو يوضع تحته خط، أو أن يوقع عليه المؤمن له بصفة خاصة⁽²⁾.

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة: إن شرط التحكيم هو ذلك الشرط الذي يتفق بموجبه المتعاقدان على طرح نزاعهما المحتملة على محكم ليفصل فيه بحكم ملزم لهم⁽³⁾.

ولقد أولى المشرع شرط التحكيم أهمية خاصة لما يترتب عليه من إخراج الاختصاص بالفصل في النزاع المتعلق بالعقد من سلطة القضاء، وذلك باعتباره شرطا مهددا للتوازن العقدي في ظل خضوع المؤمن له الذي يمكن أن يكون المؤمن قد فرضه عليه دون رضاه⁽⁴⁾.

إلا أن هذا الحكم خاص بعقد التأمين لا ينطبق على غيره من العقود، حيث أبطل المشرع هذا الشرط باعتباره شرطا تعسفيا إذا لم يرد في اتفاق خاص، أو في ملحق الوثيقة منفصلا عن الشروط المطبوعة⁽⁵⁾.

- كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه: لقد فتح المشرع بموجب هذه الفقرة الباب أمام القاضي ليتمكن من إبطال أي شرط تعسفي آخر⁽⁶⁾.

¹ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 111.

² - سعد نويري: المرجع السابق، ص 71.

³ - بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 76.

⁴ - سعد نويري: المرجع السابق، ص 86.

⁵ - أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 111.

⁶ - سي الطيب محمد أمين: المرجع السابق، ص 85.

إن الشروط السابقة الذكر تعتبر باطلة، وإذا أراد المستهلك استبعاد شرط منها، فما عليه إلا التمسك بالنص الذي يحظرها، حتى يتسنى للقضاء الحكم ببطلانها، حيث أن المشرع افترض فيها الطابع التعسفي افتراضاً لا يقبل إثبات العكس⁽¹⁾.

المطلب الثاني

الشروط التعسفية في عقد النقل

نتيجة للتطور التكنولوجي لاسيما في مجال المواصلات وزيادة رغبة المستهلكين في التنقل من مكان إلى آخر، أدى ذلك إلى انتشار نوع من عقود وهي عقود النقل (الفرع الأول)، إلا أن هذه الأخيرة ينطوي عليها الطابع التعسفي لانفراد الناقل بوضع شروطه، فكان لابد من توفير الحماية الشاملة لحماية الطرف الآخر المستفيد من هذه الخدمة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

عقد النقل

إن طغيان الطابع الاستهلاكي على عقد النقل وخصوصيته من الجانب الموضوعي يجعله ينفرد بطبيعة قانونية خاصة (أولاً)، لاسيما من حيث الإيجاب الدائم الموجه لجماعة المستهلكين (ثانياً)، الأمر الذي يستوقفنا إلى تحديد طبيعة مسؤولية الناقل (ثالثاً).

أولاً: الطبيعة القانونية لعقد النقل:

يعتبر عقد النقل من أبرز عقود الاستهلاك، ذلك أنه يقدم خدمة للمستهلك، وهي خدمة النقل، كما أن من عقود الإذعان كون المهني أو الناقل غالباً ما يحرر شروط بصفة منفردة مواجهها بذلك المستهلك.

1. عقد النقل البحري: لقد عرفت المادة 738 من القانون البحري الجزائري⁽²⁾ عقد النقل البحري بأنه: "يتعهد الناقل بموجبه نقل البضائع عن طريق البحر بإيصال بضاعة معينة من ميناء إلى ميناء آخر، ويتعهد الشاحن بدفع المكافأة له والمسماة أجر الحمولة".

¹-بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 77.

²- القانون رقم: 10-04 المؤرخ في 15 أوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم: 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

ومن التعاريف الفقهية المتداولة عادة ما تركز على التزامات الأطراف أي العناصر الأساسية وعلى الطبيعة القانونية⁽¹⁾، ومن بين هاته التعاريف نجد عقد النقل ذلك الاتفاق الذي يتجه فيه الناقل الحر في بنقل بضائع أو أشخاص معينة بمقابل ومدة معينة⁽²⁾.

كما يتضمن المادة 739 من ق.ب.ج: "يبدأ عقد النقل البحري بمجرد ما يأخذ الناقل البضاعة على عاتقه وينتهي بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه"⁽³⁾.

ومن خلال كل التعاريف يتبين أن عقد النقل البحري عقد إذعان، ذلك أنه أصبحت خطوط الملاحة البحرية المنتظمة تحتكره اليوم كبرى شركات تضمن وثائق الشحن التي تصدرها في شروط مطبوعة لا يقوى الشاحنون على مناقشتها، مما جعل هذا العقد من قبيل عقود الإذعان⁽⁴⁾، التي تجعل الشاحن مضطرا لقبول هذه الشروط، الأمر الذي حمل التشريعات الحديثة على التدخل لحماية الطرف الضعيف ذو الحاجة في العقد من وطأة الشروط الجائرة التي يفرضها الناقل وخاصة ما يتعلق منها بإعفائه من المسؤولية، بإبرام معاهدة بروكسل سنة 1924⁽⁵⁾ المتعلقة بتوحيد بعض أحكام النقل بسندات الشحن، وبالتالي تعتبر نصوص هذه الاتفاقية آمرة تتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها⁽⁶⁾.

ذلك أنه يلخص من نص المادة الأولى فقرة "ب" من المعاهدة، وكذا المادة الخامسة الفقرة الثانية أن أحكام المعاهدة لا تنطبق إلا على النقل البحري بوثيقة الشحن دون سندات إيجار السفينة، ومن ثم يكون للأطراف مطلق الحرية في تدوين ما يشاءون من شروط واتفاقات في سندات الإيجار⁽⁷⁾.

¹ - لقد عرفت المادة 443 من مدونة التجارة المغربية عقد النقل على أنه: "الذي يتعهد بمقتضاه الناقل بنقل بضاعة أو شخص من نقطة لأخرى وذلك مقابل أجره".

² - بسعيد مراد: عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة الدكتوراه، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 19.

³ - أما المشرع الفرنسي فعرفه في المادة 15 من قانون 18-06-1966 بأنه عقد يلتزم بمقتضاه الناقل بنقل البضائع بالبحر مقابل أجر، كما يأخذ عقد النقل البحري نصيبه في معظم دول العالم المهتمة بالتجارة البحرية بين عضوية معاهدة بروكسل 1924 و/أو بروتوكولاتها 1968-1978 وبين اتفاقية هامبورغ 1978. نقلا عن بسعيد مراد، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - ذهب معظم علماء القانون إلى أن عقد النقل البحري يعد عقد إذعان، بينما يذهب فريق آخر إلى أنه لا يعد عقد إذعان إلا أن الدول تختلف فمن كانت المنافسة ظاهرة مفتوحة أمام الجميع فلا يمكن أن يوصف بذلك وإذا كانت المنافسة معدومة أو محدودة فإن العقد يكون عقد إذعان. نقلا عن مريم بوحظيش: المرجع السابق، ص 62.

⁵ - معاهدة بروكسل الخاصة بتحديد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة في 1924/08/25 والتي انضمت إليها الجزائر في 1964/04/03 جريدة رسمية رقم 1964/28 وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 71/64 المؤرخ في مارس 1964 دخلت حيز التنفيذ في 02 جوان 1991

⁶ - لعشب محفوظ بن حامد: المرجع السابق، ص 131.

⁷ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 19.

وعليه في عقد النقل البحري ليس في إمكان الشاحن أن يناقش الشروط⁽¹⁾ التي يفرضها الناقل على خلاف القواعد العامة ويكون مضطرا الى التعاقد نظرا لما يتمتع به الناقلون من احتكار فعلي، فضلا عن تماثل الشروط ووثائق الشحن التي يجري إعدادها سلفا وفق عقود نموذجية مطبوعة⁽²⁾، وعليه شركات الملاحة في أغلب الأحيان تعد نماذج مطبوعة⁽³⁾ تضع عليها شعار الشركة وبيانات تحديد عناصر العقد، أما ظهر وثيقة الشحن يتضمن شروطا دائما ما تكون مطبوعة بحروف صغيرة تجعل قراءتها بالعين المجردة أمرا ليس بالسهل⁽⁴⁾.

ذلك أنه ليس للشاحن⁽⁵⁾ أي سلطة من أجل التفاوض وتفادي مثل هذه الشروط التي أصبحت شروط عامة أو على الأقل مناقشة الشروط الرئيسية، بحيث لا يكون له إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها، وهو بذلك يدعن أي يرضخ لمشيئة الطرف القوي باعتبار أن المسألة تتعلق بخدمة أساسية لا غنى عنها⁽⁶⁾.

كما أن عقد التأمين البحري يعتبر كذلك من قبيل العقود التي تبرم بعيدة عن كل مناقشة، ذلك أن في الغالب ما تحرر شركات التأمين ووثائق الضمان بشروطها المختلفة بشكل مسبق بحيث لا يبقى أمام المنظم إلا الاستسلام لشروطها⁽⁷⁾.

2. عقد النقل البري: إن عقد النقل بالسكك الحديدية أو عن طريق الحافلات يعتبر شكلا من أشكال عقد الإذعان وذلك لتحديد سعر التذاكر من طرف واحد هو الجهة الناقلة⁽⁸⁾.

¹ - الشاحن لا يناقش شروط العقد خاصة في مواجهة القوة الاقتصادية الكبيرة للناقل وهذا ما يفسره فكرة عدم التوازن بين طرفي العقد (الشاحن والناقل).

² - سي الطيب محمد أمين: المرجع السابق، ص 89.

³ - كل شركات النقل تصدر عقودا مطبوعة "Imprime" تحتوي على شروط متشابهة ولا تتميز إلا بلون الوزن، المدونة عليه أو الصيغة التي تكتب بها. دمانة محمد: شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، العدد 5 جوان 2011، ص 243.

⁴ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 24.

⁵ - مصطلح الشاحن "Schipper" يعني كلا من الشخص الذي يسلم البضاعة ومن أجل الشحن والشخص الذي يرم العقد مع الناقل ويشار إليه برمز (Fob)، كما يشار إلى وقت التسليم (Exw)، مكان التسليم، (Deq) (Des) (Cif) (Cer)، (Fas) (Fob) وهاته المصطلحات التقنية يقصد باستعمالها حصرا في نقل البضاعة بحرا والتي يتعذر على المستهلك معرفتها.

⁶ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 24.

⁷ - لعشب محفوظ بن حامد: المرجع السابق، ص 133.

⁸ - عقد النقل هذا يرتب على الناقل الالتزام بضمان السلامة بينما يرى آخرون بأن العقد لا يتم لكون الناقل يلتزم بتحقيق غاية، وهذا القول مبالغ فيه لأنه حتى وإن كانت التذاكر لا تؤخذ إلا داخل الحافلات فإن مجرد وقوف الحافلة بنبي عن وجود أماكن مخصصة للركاب وعليه تكون المسؤولية. المرجع نفسه، ص 130.

يرى الدكتور عبد المنعم فرج الصدة: "أن من اشترى تذكرة للسفر بالسكة الحديدية أو بالباخرة بالشروط التي كان يمكنه أن يعرفها لو كلف نفسه ذلك، فهو يتقيد بالشروط الموجودة في تذكرة السفر وكذلك بشروط التعريف الملتصقة أو الموضوعية في متناول الجمهور والتي تشير إليها تذكرة السفر".

فإذا كان النقل عن طريق السيارات الخاصة، فالذي يظهر أن هذه الخدمة لا تحتوي على عنصر الاحتكار نظرا للمنافسة المفتوحة للجميع، أما إذا كان عن طريق الحافلات، فالآراء تختلف ما إن كانت خدمة النقل الجماعي ضرورية أو حاجية، فهنا يكون عقد النقل عقد إذعان وإلا فلا. وكذلك بالنسبة لخدمة النقل عن طريق القطارات⁽¹⁾.

وعليه يذهب أغلبية الفقهاء الفرنسيين إلى أنه من غير الممكن إخراج تذاكر السفر من عقد الإذعان مادامت أسعارها ذات صفة آمرة ومحددة بإرادة منفردة، إلا أنه القضاء المصري ذهب على اعتبار أن الشروط الواردة في تذكرة الشحن يجب أن تطبق بوصفها شريعة المتعاقدين متى خلت مما يتعارض مع النظام العام⁽²⁾.

ثانيا: الإيجاب في عقد النقل

كما سبق وأن تناولنا في أحكام الفصل الأول مفهوم الإيجاب يختلف اختلافا بينا عن الإيجاب في عقود المساومة، وتتضح حتمية الإيجاب البات في عقد الإذعان بصورة أكثر جلاء من غيرها في حالة الاحتكار القانوني، ذلك لأن المحتكر في هذه الحالة يقدم السلعة أو يؤدي الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور بناء على عقد الالتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة.

ويتمثل الإيجاب في عقد النقل البحري بصفة أساسية في شهر الرسوم ومجموعة النصوص التنظيمية التي تضمن شروط النقل بما فيها الأسعار والخدمات المقدمة من قبل الناقل، ويصبح الرضا متطابقا في الوقت الذي يبدي فيه الشاحن قبوله بهذه الشروط⁽³⁾.

لكن رغم المخاطر في مثل هذه العقود لكونها انتقاصا واضحا من حرية التعاقد، فقد اعتبرها المشرع الجزائري عقودا حقيقية وأن التفاوت في مركز الطرفين هو تفاوت اقتصادي لا قانوني⁽⁴⁾.

¹ - مريم بوحظيش: المرجع السابق، ص 62.

² - لعشب محفوظ بن حامد: نفس المرجع السابق، ص 130.

³ - المرجع نفسه، ص 128.

⁴ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 24.

وعلى كل حال فإن الطرف المدعى هو مضطر إلى القبول⁽¹⁾ لحاجته للخدمة محل التعاقد والتسليم بالشروط المقررة التي وضعها الموجب والتي لا تقبل المناقشة فيها⁽²⁾.

إذن فالإيجاب الذي يتم في عقود النقل هو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر ويكون ملزماً لمدة أطول من العقود العادية وهو إيجاب يجب أن ينشر بحيث يكون في وسع الجمهور أن يطلع عليه.

لذلك يقول الدكتور القرشي: "إن هذه القواعد تطبق على عقد النقل ولكنها كثيراً ما تعدلت بسبب صفة إيجاب الناقلين العامة والدائمة، إن طبيعة الإيجاب هذه أدت ببعض الكتاب إلى إنكار القول بتمثل الحرية القانونية في قبول هذه العقود"⁽³⁾.

ثالثاً: أساس مسؤولية الناقل

تقوم المسؤولية إذا حدث إحلال بأحد الالتزامات سواء كانت عقدية أو قانونية، إلا أن أساسها يختلف من مسؤولية لأخرى، ومن عقد لآخر لهذا سنتطرق إلى تبيان مسؤولية كل من الناقل الجوي والبحري والبري.

أ- أساس مسؤولية الناقل البحري:

التشريعات اللاتينية (فرنسا والدول التي تأخذ بنظامها القانوني) مسؤولية الناقل مسؤولية تعاقدية تقوم على قرينة الإحلال بالالتزام بتحقيق نتيجة، تفرق الأنظمة الأنجلوسكسونية بين مسؤولية الناقل العام ومسؤولية الناقل الخاص فتقوم الأولى على الخطأ المفترض والثانية على الخطأ الواجب الإثبات⁽⁴⁾.

إما حالات الإعفاء من مسؤولية الناقل فقد نص القانون البحري الجزائري على ست حالات من حالات الإعفاء الواردة في معاهدة بروكسل، أما القانون الفرنسي سنة 1966 فحدد تسعة حالات فقط لإعفاء الناقل من المسؤولية (المادة 27 فقرة "L" من قانون 1966)⁽⁵⁾.

¹ - ينظر التعسف في عقود الإذعان، ص 11 من المذكرة وما بعدها.

² - رغم صفة الإذعان التي تطغى على عقد النقل البحري، إلا أنه كغيره من العقود التي يتم إبرامها بمجرد تلاقي الإرادتين وتطابقهما وعدم المساواة هذه هي التي تجعل العقد مشكوكاً فيه، ولكنه الإجحاف المحتمل الذي قد ينشأ عنها، ذلك الإجحاف الذي على المشرع الحيلولة دون حدوثه عن طريق تقييد الحرية التعاقدية إذا كان من شأنها أن تؤدي إلى استغلال الأقوياء للضعفاء.

³ - لعشب محفوظ بن حامد: المرجع السابق، ص 129.

⁴ - دمانة محمد: دفع المسؤولية المدنية للناقل، رسالة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2010-2011، ص 75.

⁵ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 275.

ب- أساس مسؤولية الناقل البري:

نصت المادة 478 من القانون التجاري: "يعد الناقل مسؤولاً من وقت تسليمه الأشياء المراد نقلها عن ضياعها الكلي أو الجزئي أو تلف الأشياء التي يقوم بنقلها أو التأخر في تسليمها ولا يمكن إعفاء الناقل من المسؤولية الكلية أو الجزئية من جراء عدم تنفيذه التزاماته أو الإخلال أو التأخير فيها إلا بإثبات (القوة القاهرة، عيب خاص بالشيء أو الخطأ المنسوب للناقل أو المرسل إليه)" وهذا ما تضمنته أحكام المادة 48 من نفس القانون.

ج. أساس مسؤولية الناقل الجوي:

لم تكن اتفاقية "وارسو"⁽¹⁾ ومن بعدها "مونتريال"⁽²⁾ واضحة في مسألة مسؤولية الناقل الجوي عن تعويض الأضرار الأدبية الناتجة عن التأخير في النقل والأضرار النفسية التي تلحق الركاب، مما أدى إلى تضارب الإرادة الفقهية والقضائية بشأنها، إلا أنه سنة 1999 أخذت اتفاقية مونتريال بنظام مزدوج لمسؤولية الناقل الجوي الدولي عن الأضرار التي تحدث للركاب فقسمتها إلى قسمين، حيث أقامت مسؤولية الناقل الجوي على مجموعة من الأسس القانونية وبالتالي منحت الناقل طرقاً متعددة يدفع بها مسؤوليته⁽³⁾.

كما أخذت اتفاقية وارسو وتعديلاتها بمبدأ محدودية التعويض بحيث لا يلتزم الناقل بأكثر منه وكفلت للمضرورين الحصول على حقوقهم عن طريق تعويض الأضرار اللاحقة بهم وإلزام الدول الأطراف أن تطلب من ناقلها إجراء تأمين بقدر كاف لتغطية مسؤوليتهم حال قيامها.

الفرع الثاني

الحماية من الشروط التعسفية في عقد النقل

كما سبق وأن تطرقنا لطغيان الجانب التعسفي على عقد النقل يجعله بالضرورة يحتاج إلى حماية خاصة سواء كانت تشريعية أو قانونية، وحتى إبداء دور الفقه في ذلك، وذلك من كل الشروط التي يمكن أن

¹ - الاتفاقية الدولية المتممة لاتفاقية وارسو سنة 1929 لأجل توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي المنفذ من قبل شخص آخر غير الناقل المتعاقدان، الموقع عليها بجواد الآخر في 18 سبتمبر 1961 المصادق عليها من طرف الجزائر بمقتضى الأمر رقم: 65-267 المؤرخ في 25 أكتوبر 1965، ج.ر. رقم 104 سنة 1965.

² - اتفاقية مونتريال الموقع عليها في 04 ماي 1966 بين شركات الطيران الجوية وشركة الخطوط الجوية الجزائرية طرف في هذا الاتفاق.

³ - دمانة محمد: دفع المسؤولية المدنية للناقل، المرجع السابق، ص 77.

يضعها المتعسف كإعفاء أو تحديد المسؤولية (أولاً)، وبالتالي تحديد مصيرها ما إن كانت باطلة مطلقاً أو صحيحة (ثانياً).

أولاً: الشروط المعفية أو المحددة لمسؤولية الناقل

تعد شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية من الظواهر المستخدمة خاصة في عقود الاستهلاك والعقود النموذجية، حيث يستعمل المهنيون هذه الشروط للتخلص من التزاماتهم أو التخلص من دعوى التعويض التي قد توضع ضدهم⁽¹⁾.

فيمكن تعريف الشرط المعفي أو المحدد للمسؤولية بأنه: "الشرط الذي يقصد به قيام أحد الأطراف باستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية"⁽²⁾، قد يرمي الشرط الاتفاقي إلى الإعفاء من المسؤولية مطلقاً، وقد يرمي إلى التخفيف منها فقط بالاتفاق على إنقاص من التعويض ليقتصر على تعويض بعض الأضرار فقط دون الآخر⁽³⁾، وكالاتفاق على تقصير الأجل القانوني الذي ترفع خلاله دعوى المسؤولية، والأصل أن هذه الاتفاقات هي باطلة إذا وقعت بعد تحققه وتعتبر في هذه الحالة من قبيل الصلح أو التنازل الجائزين⁽⁴⁾.

وفي إطار حماية المستهلك، فصل كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري في الخلاف والجدل الفقهي والقضائي الذي ثار بشأن جواز أو عدم جواز الشروط المعفية أو المخففة من المسؤولية واستغنى عن التفرقة بين الأخطاء اليسيرة والأخطاء العمدية أو الجسيمة⁽⁵⁾، وذلك بالنص على أنها شروط تعسفية إذا وردت في عقد الاستهلاك⁽⁶⁾.

¹ - سي الطيب محمد أمين: المرجع السابق، ص 85.

² - هذه القاعدة سرعان ما بدأت تضيق وتستغرقها الاستثناءات حينما تبدى للعيان الأثر السلبي الذي ينتج عن تطبيقها على حماية المستهلك، مما أدى إلى الانتقال من مبدأ حرية تعديل أحكام المسؤولية إلى عدم مشروعيتها، نقلاً عن: قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 260.

³ - يترتب على توافر شروط المسؤولية العقدية أن ينشأ للدائن المضرور حق في التعويض وهذا بعد أن يكون الدائن قد أعذر المدين بوجوب تنفيذ التزامه كما تقتضي بذلك المادة 179 ق م ج إلا أن يعفيه القانون من الإعذار ذاته وفق ما قرره المادة 181 ق م ج.

⁴ - بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 270.

⁵ - فيما يتعلق بالخطأ الجسيم فقد اتجهت بعض المحاكم الفرنسية إلى الأخذ بمعيار ذاتي يتمثل في الاعتداد بالظروف الخفية لمرتكب الخطأ، فالمدن يكون مرتكباً لخطأ جسيم إذا خالف عناية المعتادة، لكن هذا المعيار قد يصطدم بالمعيار الموضوعي وهو ما دفع إلى ظهور المعيار المجرد هو معيار الرجل المعتاد الموجود في نفس الظروف. نقلاً عن قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 155.

⁶ - دمانة محمد: المسؤولية المدنية للناقل، المرجع السابق، ص 87.

ولقد تبلورت لدى الفقه الفرنسي فكرة أن الخطأ الواقع من المضرور لا يمكن يعفي المدعى عليه⁽¹⁾، إلا إذا كان السبب الوحيد والمباشر للحادث المطالب التعويض عنه وفي غير هذه الفرضية فإن العمل جار، على توزيع عبء التعويض بين المدعي والمدعى عليه بحسب إسهام كل منهما في حدوث الضرر⁽²⁾.

وعليه يرى أغلبية الفقه أن التزامات الطرفين منشؤها العقود وبالتالي يجوز استبدالها واستبعادها بالتزامات أخرى أو التخفيف منها لأن العقد شريعة المتعاقدين وهو ما نصت عليه المادة 106 ق م ج والمادة 1134 ق.م.ف⁽³⁾، فاتفق الشاحن على إعفاء نفسه من المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بضائع هذا الأخير فإن هذا الشرط يعفيه من التزامه بالمحافظة على هذه البضاعة إذا ما فقدت أو تلفت، وهاته الأخيرة تكون برضا صاحبها وصاحب الشيء له مطلق التصرف فيما يملك، فلا يوجد أي خداع من قبل الناقل إذ ما اشترط إعفائه من المسؤولية أما الطرف المعارض فيرى أن الاستناد إلى الحرية التعاقدية لتبرير شرط الإعفاء من المسؤولية أو تحديدها لا يصلح بالنسبة إلى باقي العقود، لأن المتعاقدين لا يتفقان على قدر من المساواة لمناقشة بنود العقد⁽⁴⁾.

ورغم صحة الاتفاقات المعدلة للمسؤولية في القانون الجزائري المادة 178 مدني إلا أن هذا لا يسري على الأضرار الجسمانية لمخالفة النظام العام⁽⁵⁾.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر ق م على أنه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في نتوجه...". مما يفهم منه بمفهوم المخالفة إن المشرع قصد ضمنا بطلان أي شرط محدد لمسؤولية المهني عن الضرر الذي يسببه منتوجه المعيب.

فقد يحدث عملا، أن يتفق أطراف عقد النقل البحري على خلاف القواعد والأحكام الخاصة بمسؤولية الناقل، بل الغالب أن يشترط الناقل الذي يمثل عادة شركات ملاحية كبرى إعفائه من المسؤولية

¹ - بدأ الفقه في فرنسا يبحث عن مخرج جديد يبرز فيه رفضه لشرط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الجسيمة فقال أن الخطأ الجسيم يساوي الغش من ثمة فيجب أن نطبق عليه ما طبقناه على الغش من أحكام ومعنى ذلك أن مرتكب الخطأ يقتنع دائما بقناع الغباء من جانب يعترف بخطئه ومن جانب آخر يدعي حسن النية، الأمر الذي يؤدي إلى عدم التطبيق النهائي بحكم الغش. نقلا عن دمانة محمد: شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، المرجع السابق، ص 245.

² - قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 256.

³ - سلمة بن سعدي: المرجع السابق، ص 135.

⁴ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 277.

⁵ - قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 287.

كلية أو التخفيف منها أو تحديدها بمبلغ معين⁽¹⁾، ويلجأ الناقل إلى ذلك بالنص مقدما على هذه الشروط في وثيقة الشحن، بحيث يجد المتعاقد نفسه مضطرا إلى قبولها لكن النظام القانوني للنقل البحري للبضائع يبطل كأصل عام الشروط الاتفاقية التي تستهدف إعفاء الناقل البحري من المسؤولية أو التخفيف منها مقابل تقرير حد أقصى لمسؤولية الناقل⁽²⁾.

وحجة القضاء الفرنسي في ذلك أن الناقل لم يعد فردا يقبل النقاش حول شروط العقد، بل غالبا ما يكون طرفا قويا يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لعملية النقل، يفرض شروطه التعسفية على الأفراد الذين عليهم أن يدعوا لها⁽³⁾.

لقد حملت المادة 47 ق ت ج الناقل مسؤولية عن الأشياء المراد نقلها، عن فقدها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخير في تسليمها، كما نصت المادة 52 الفقرة الثالثة من نفس القانون على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل كليا من مسؤوليته عن فقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها، فيرى أن الشروط المحددة للمسؤولية تبقى جائزة وبالتالي فإذا وجد في عقد نقل الأشياء شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضياع أو التلف فيعتبر باطلا دون أثر ويبقى العقد⁽⁴⁾.

لكن مادام أن مشرعنا أجاز الشرط الرامي إلى إعفاء المدين من المسؤولية التعاقدية الناجمة عن سائر أخطاء تابعيه بما فيها الغش أو الخطأ الجسيم⁽⁵⁾. على من يقع عبء إثبات ذلك؟

ولما كان عبء الإثبات على عاتق الطرف المدعى عسيرا، ولن يفلح في القيام به فقد رفع المشرع الفرنسي ذلك عن كاهله بإصدار "قانون Rapier" في 17 مارس 1905 الذي حل المشكلة من أساسها بإبطال شرط إعفاء الناقل من المسؤولية سواء ورد الشرط في تذكرة النقل أو في التعريفة أو في أي مكان آخر⁽⁶⁾ ولوقت طويل فإن الأثر الوحيد الذي رتبته القضاء عن الشرط الصحيح ليس أثرا كاملا يتمثل في

¹ - ذلك أن شروط الإعفاء تؤدي إلى إضعاف ضمانات المصاريف عند تقديمها الاعتمادات المستندية التي يقدمها المصرف للبائع مصدر البضاعة. بموجب وثائقها ومستنداتها التي تكون تحت يده ووجود شرط الإعفاء في وثائق الشحن يعطل هذه الضمانة من الناحية العملية وهذا ما أدى إلى حماية الشاحن باعتباره الطرف الضعيف في معاهدة بروكسل. نقلا عن لعشب محفوظ بن حامد: المرجع السابق، ص 132.

² - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 268.

³ - سي الطيب محمد أمين: المرجع السابق، ص 88.

⁴ - مريم بوحظيش: المرجع السابق، ص 81.

⁵ - نشير إلى أن نوع المسؤولية عن الغير التي يجوز الإعفاء منها هنا، هي المسؤولية عن أعمال الغير لا المسؤولية العقدية، ولا يوجد نص صريح في المسؤولية العقدية عن الإعفاء عن عمل الغير على غرار المسؤولية التقصيرية، لكن هناك من يرى أن مبدأ المسؤولية العقدية عن عمل الغير يستخلص ضمنا من نص المادة 178 في فقرتها الثانية من القانون مدني.

⁶ - سي الطيب محمد أمين: المرجع السابق، ص 89.

إعفاء المستفيد منه وإنما يتمثل فقط فيما سمي بقلب عبء الإثبات، فبعد أن كان المدين هو الذي يقع عليه عبء إثبات أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب لا يد له فيه انتقل عبء الإثبات على عاتق الدائن نتيجة أعمال شرط الإعفاء من المسؤولية⁽¹⁾.

خلاصة القول أنه حتى وإن أمكن إبطال شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم فإن ذلك ولا شك يستوجب الإثبات من قبل المستهلك وهو أمر ليس باليسير لذا الاستعانة بنص المادة 110 من القانون المدني لمطالبة القضاء بتعديلها، إذا وردت ضمن عقد من عقود الإذعان، فقد رأينا سابقا عجز هذه المادة عن حماية المستهلكين من مخاطر الشروط التعسفية، لذلك لم يبقى أمامنا إلا النص على بطلانها صراحة باعتبارها شرطا تعسفيا⁽²⁾.

ولما تضمنته كل من أحكام معاهدة سندات الشحن لسنة 1924 ووق ب ج⁽³⁾ من توفير مزيد من الحماية للشاحنين بالقضاء على شروط الإعفاء من المسؤولية في سندات الشحن، وتحديدًا للالتزامات الناقل وكذا النص على بطلان كل شرط أو اتفاق يتضمن إعفاء أو تخفيفا لمسؤولية الناقل عند مخالفة هذه الالتزامات وذلك يجعل الشروط إما باطلة بطلانا مطلقا أو اعتبارها صحيحة.

ثانيا: مصير إدراج شرط الإعفاء أو تحديد المسؤولية

قد يعفي الناقل الحرفي وهو يتعاقد مع المستهلك نفسه من المسؤولية أو يقوم بتحديدتها بموجب ادراج شرط من الشروط المعفية، الأمر الذي يستوجب تسليط الضوء على مدى صحتها أو بطلانها .

أ - الشروط الباطلة بطلانا مطلقا:

وفقا لأحكام القانون البحري الجزائري كأصل عام يقع باطلا أي شرط في عقد النقل مفاده إعفاء الناقل البحري من المسؤولية أو التخفيف منها، نصت المادة 811: "يعد باطلا وعدم المفعول كل شرط تعاقدى يكون هدفه أو أثره المباشر أو غير المباشر ما يلي:

1- إبعاد أو تحديد المسؤولية الخاصة للناقل والناجمة عن المواد 770 و 773 و 780 و 802 و 803 و 804 من هذا الكتاب.

¹ -بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 73.

² -بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 273.

³ -هاته الأحكام لم تقتصر على تحديد التزامات الناقل، بل عنت أيضا بفرض التزامات محددة على عاتق الشاحن تقابل ما فرضته على الناقل من التزامات.

2- تحديد المسؤولية بمبلغ يقل عن المبلغ الذي حدد في المادة 805 أعلاه وما عدا في حالة ما جاء في المادة 808.

3- منح الناقل الاستفادة من التأمين على البضائع".

تطبيقاً لهذا النص فالشروط الآتية تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً:

-الشرط الخاص بإعفاء الناقل من وضع السفينة في حالة صالحة للملاحة مع تزويدها بالتسليح والتجهيز والتموين بشكل مناسب وتنظيف وترتيب جميع أقسامها التي توضع فيها البضائع وجعلها بصفة جيدة لاستقبال البضائع ونقلها وحفظها¹.

-الشرط الخاص بإعفاء الناقل من العناية التامة على تحميل البضاعة وصيانتها ونقلها وحراستها (المادة 773 من القانون البحري الشرط الخاص بإعفاء الناقل من عمليات إنزال البضائع بعد وصول السفينة إلى وجهتها وبالعناية التي تم تحميلها².

-الشرط الخاص بإعفاء الناقل من المسؤولية خلال الرحلة البحرية أي منذ تكفله بها حتى تسليمها إلى المرسل إليه³.

-الشرط الخاص بإعفاء الناقل من المسؤولية عن أخطائه الشخصية أو عن الأخطاء التجارية للربان لتابعي ومستخدمي الناقل.

-شرط تحديد مسؤولية الناقل بمبلغ يقل عن الحد القانوني المقرر في المادة 805 باستثناء الدائن الأجنبي الذي تكون الدولة وضعت له حدود مسؤوليته بمبلغ يقل عن المبلغ المنصوص عليه⁴.

-شرط التنازل إلى الناقل عن منفعة التأمين على البضائع الذي عقده الشاحن لأنه يسمح للناقل بتغطية مسؤوليته عن أخطائه على نفقة الشاحن، أي بفصل أقساط التأمين التي دفعها الشاحن.

-الشرط الذي يزيد الناقل بمقتضاه في مسؤولياته والتزاماته، كما لو اشترط أنه يضمن الأخطاء في الملاحة فهو شرط باطل⁵.

¹ -مضمون المادة 770 من القانون البحري.

² - مضمون المادة 780 من القانون البحري.

³ - مضمون المادة 802 من القانون البحري.

⁴ - مضمون المادة 805 من القانون البحري.

⁵ - مضمون المادة 803 من القانون البحري.

فكل هذه الشروط الباطلة تستشف من المادة 811 من القانون البحري، كما يمكن ملاحظة شروط أخرى في مواد متفرقة مثلما نصت المادة 742 من القانون البحري على أنه تعتبر باطلة كل الشروط التعاقدية الناصة على تكاليف زائدة بالنسبة لمن أرسلت إليه البضاعة عن الشروط المبينة في المادة 790 وهي قيام المرسل إليه بتبليغ الناقل في ميناء التحميل بحصول أضرار قبل أو وقت تسليم البضاعة وإذا لم تكن الخسائر ظاهرة فتبلغ عنها خلال 3 أيام من استلام البضائع⁽¹⁾.

وتحديد مسؤولية الناقل البحري للبضائع والأشخاص⁽²⁾ تكون فقط بتحديد الحد الأعلى لمبلغ التعويض الذي يلتزم به الناقل إذا ما ترتبت المسؤولية، ولا يجوز التزامه بأكثر من ذلك ولو كانت الأضرار التي تعرض لها الشاحن أكثر من الحد المطبق، والتحديد هذا روعيت فيه مصالح الناقل وذلك يبعد إزامه بأكثر من الحد الأقصى الذي يتضمنه مبلغ التحديد، كما روعي فيه جانب آخر حماية الشاحن من عدم إدراج الناقل شروط الإعفاء من المسؤولية وكذلك بشكل التحديد القانوني الحد الأدنى لما يمكن الاتفاق عليه⁽³⁾.

ب- الشروط الصحيحة:

نصت المادة 812 على أنه: "خلافًا للمادة السابقة يرخص بكل الشروط المتعلقة بتحديد المسؤولية أو التعويض كما يلي:

1- عن المدة الواقعة بين استلام البضاعة من قبل الناقل لنقلها لغاية البدء بتحميلها على متن السفينة وحتى نهاية تفرغها ولغاية تسليمها.

¹ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 270.

² - يجب الإشارة إلى أن قواعد هامبورغ لسنة 1978 تقتصر على تنظيم مسؤولية الناقل البحري فقط تتضمن كذلك أحكاماً خاصة بمسؤولية الشاحن قبل الناقل البحري وخاصة في حالة شحن بضائع خطيرة وهذا هو منهج المشرع الدولي في شأن الشروط المعدلة لأحكام مسؤولية الناقل البحري، ذلك أن قواعد هامبورغ لا تبطل هذه الشروط وإنما تبطل بوجه عام جميع الاتفاقات المخالفة لأحكامها، مما يصحغ عليها طابع القواعد الآمرة، وذلك نص المادة 23 فقرة الأولى من المعاهدة على أن كل شرط يرد في عقد النقل أو في سند الشحن أو أي وثيقة أخرى لعقد النقل البحري يكون مخالفاً بشكل مباشر أو غير مباشر لأحكام هذه الاتفاقية يعتبر باطلاً ولاغياً في حدود مخالفته لها، لكن البطلان لا يؤثر على صحة الشروط الأخرى الواردة في العقد والصفة التي يتضمنها مثال ذلك الاتفاق على افتراض خطأ الناقل في حالة حدوث الضرورة في حالة الحريق بحيث ينتقل إلى عبء نص المسؤولية . المرجع نفسه، ص 270.

³ - دمانة محمد: المسؤولية المدنية للناقل، المرجع السابق، ص 78

³ - استبعدت اتفاقية بروكسل لعام 1924 وكذا اتفاقية هامبورغ لعام 1978 من نطاق تطبيقها الحيوانات الحية وذلك للمخاطر التي تترتب عن نقل هذه الأخيرة بحكم طبيعتها. المرجع نفسه، ص 67.

2- في نقل الحيوانات ونقل البضائع على سطح السفينة⁽¹⁾.

وعلى هذا النحو أجاز المشرع للناقل اشتراط إعفائه أو تحديد مسؤوليته عن الخسائر أو الأضرار التي تلحق بالبضاعة وذلك خلال المدة الممتدة بين استلام الناقل للبضاعة من الشاحن إلى غاية البدء في تحميلها، كما يمكن اشتراط الإعفاء خلال الفترة الممتدة بين التفريغ ووضع البضاعة على الرصيف أو إلى غاية تسليمها إلى صاحب الحق فيها، غير أنه لا يجوز إعفائه أو تحديد مسؤوليته في حالة نقل الحيوانات أو نقل البضائع على سطح السفينة، وذلك بعكس بعض التشريعات الأخرى التي اعتبرت هذه الحالات أي نقل الحيوانات أو نقل البضائع على سطح السفينة من أسباب الإعفاء القانون من المسؤولية أي بحكم القانون⁽²⁾.

¹ - بسعيد مراد: المرجع السابق، ص 270.

² - دمانة محمد: المسؤولية المدنية للناقل، المرجع السابق، ص 68.

خاتمة الفصل الثاني:

سبق القول أن نتيجة لاقتران الشروط التعسفية لعقود الاستهلاك يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي وتفاوت التزامات وحقوق أطراف العقد فكان لا بد التطرق بعد هذا إلى وسائل مكافحة هذه الشروط سواء في القواعد العامة أو القواعد الخاصة.

مع الإشارة أن الأصل أن تتم الحماية من الشروط التعسفية بقانون رقم 04-02 لكونه جاء بأحكام خاصة، إلا أنه للاستفادة من الحماية المقررة من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لا بد من توافر مجموعة من الشروط بأن يكون عقد استهلاكي انعقد عن طريق الإذعان وأن يكون مكتوبا وأحد أطرافه مستهلك ومحله منتوجا، ففي حالة تخلف شرط كخضوع عقد الاستهلاك للمفاوضة، فلا مجال للتمسك بهذه الحماية، وإن كان له أن يتمسك بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني سواء تلك المقررة لحماية الطرف الضعيف أثناء تكوين العقد بالاستناد إلى عيوب الإرادة، قاعدة حسن النية، نظرية السبب، نظرية العلم الكافي بالمبيع، وضمان العيوب الخفية. كما أنه يمكن للمستهلك الرجوع على القواعد التي تكفل الحماية أثناء تنفيذ العقد والتي تظهر فيه سلطة القاضي في إعادة التوازن العقدي وفقا للأحكام العامة وذلك بتفسير عبارات العقد، التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية في عقود الإذعان. وأشرنا أن المشرع في ظل القواعد العامة لا يعني تطبيقها على فئة معينة من الأشخاص حيث جاءت الحماية عامة وبمجردة.

أما بالرجوع إلى القواعد الخاصة فقد حاول المشرع تكريس الحماية للحد من الشروط التعسفية، وذلك بتفعيل الرقابة بداية من الرقابة القانونية التي حدد بموجها مجموعة من البنود التعسفية والتي تعتبر باطلة بمجرد إدراجها في العقد، كما أنه رتب جزاءا جنائيا يوقع على كل متدخل يدرج هذه الشروط في العقود.

كما أنه نجد أن المشرع كرس من جهة أخرى رقابة إدارية والتي تضطلع بها لجنة البنود التعسفية كلجنة إدارية متخصصة، حيث مكنها المشرع بمجموع من المهام لتكريس هذه الرقابة، وذلك بالبحث والتحري وتقديم التوصيات مع الدور الإعلامي الذي تقوم به، وأشرنا أيضا غياب الجانب القمعي لهذه اللجنة بإصدار عقوبات إدارية على المخالفات التي تعاينها، مما يؤدي إلى عدم وصولها على الغاية التي وجددت من أجلها وهي ردع المتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك من إدراج بنود في العقد تحمل في طياتها طابع تعسفي.

مما ساقنا للبحث عن جهة أخرى تنشط واقعيا وهي جمعيات حماية المستهلكين والتي أعطتها المشرع صفة في تمثيل المستهلك أمام القضاء سواء للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين أو الدفاع عن المصالح الفردية أو حتى التدخل في الدعاوى المرفوعة من قبل المستهلكين.

لنصل إلى آخر نقطة أثرتها في هذا الفصل وهي دراسة بعض نماذج العقود التي تحمل في طياتها شروط تعسفية، بداية من وثيقة التأمين (النموذج الأول) باعتبارها تعرف انتشاراً خاصة أمام إجبارية تأمين بعض الحوادث، فقام المشرع بموجب قانون التأمينات بالنص على مجموع من البيانات اللازمة توفرها في وثيقة التأمين لضمان الحد الأدنى من الحماية للمؤمن له، كما أشرنا على الرقابة على وثيقة التأمين وذلك من طرف لجنة الإشراف على التأمينات باعتبارها هيئة ضبط اقتصادي مستقلة مع معاينة المخالفات وإصدار عقوبات إدارية للحد منها، لنجد من جهة أخرى بأن المشرع الجزائري أفرد نص خاص في القانون المدني نص فيها على بطلان مجموعة من الشروط في وثيقة التأمين بطلانا مطلقا، وهكذا وفر الحماية الشاملة للمؤمن له من وثيقة التأمين التي تحمل في طياتها شروط تعسفية.

أما (النموذج الثاني) الذي تطرقنا إليه هو عقد النقل، فقمنا ببيان الطبيعة الخاصة لهذا العقد وعلى وجه الخصوص كيفية إصدار الإيجاب فيه، كما نص المشرع الجزائري على مصير إدراج شروط الإعفاء أو الانقاص من المسؤولية في عقد النقل، وذلك إما باعتبارها شوطا باطلا أو اعتبارها شروط صحيحة وذلك بموجب قانون النقل.

حاشية

من الصعب الوصول إلى خاتمة في موضوع يكشف كل يوم عن اشكاليات جديدة نبحت لها عن اجابات.

لكن في نهاية هذا البحث يمكن أن نصل إلى القول بأنه تم رصد في هذه الدراسة بداية بوادر ظهور الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك والآثار السلبية التي خلفها الأخذ المطلق لمبدأ سلطان الإرادة وأهمها اختلال التوازن العقدي بين أطراف العقد وكيف أدت الحرية الاقتصادية إلى شيوع عقود الإذعان والعمل بها نتيجة القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد المتعاقدين دون الآخر.

ممارسة المتدخل ببعض التلاعبات واحتكاره للمنتجات في خضم اعتماد بعض المؤسسات أو الشركات فن الدعاية والتي تؤثر على المستهلكين وجذب انتباههم ودفعهم إلى ابرام عقود تتضمن جملة من الشروط التعسفية كل ذلك لخدمة مصالحهم ولو حساب حقوق المستهلكين.

بعد ظهور الشروط التعسفية وإحداثها خللا في توازن العلاقة الاستهلاكية صار لزاما على مشرنا تحديد مفهوم هذا الأخير وتميزه عن الأنظمة المشابهة له، وتحديد معاييره ليأخذ في الأخير بمعيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات.

كما أنه لم يقف عند هذا الحد بل راح باحثا مفصلا عن الإطار القانوني لهذه الشروط التعسفية محددًا بذلك نطاق تطبيقها بداية من الولوج في أحكام عقد الاستهلاك والسيطرة على بعض المصطلحات التي باتت تتجاوز المدارك والمفاهيم التي ألفناها في الأحكام والقواعد العامة.

وعليه صار لزاما على مشرنا والتشريعات الأخرى كذلك ان تتفاعل مع الظواهر السوسيوولوجية محاولين خلق مصالح متقابلة بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، بل كان لا بد منها ان تنص على جملة من القوانين النشطة التي تتكامل وآليات الرقابة مع تقنيات الوقاية والاصلاح والتعويض.

فنتيجة لسيطرة الشروط التعسفية واقتراها بعقود الاستهلاك والتي تؤدي لا محال الى التفاوت في التزامات وحقوق أطراف العقد، كان من المناسب التطرق بعد ذلك إلى وسائل مكافحة هاته الشروط ومحاولة الخروج بفكرة إلى أي مدى توفقت القواعد العامة والخاصة في توفير الحماية اللازمة.

لنتوصل إلى عجز المبادئ (مبدأ حسن النية) وكذا النظريات العامة في التعاقد (نظرية السبب- نظرية عيوب الإرادة -نظريتي الغبن والاستغلال، نظرية العيوب الخفية، نظرية العلم الكافي بالمبيع) في توفير الحماية اللازمة.

منح القاضي سلطة في إعادة التوازن العقدي للعقد وذلك بموجب عقد الإذعان في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي(م110) كما أعطي سلطة تعديل الشرط الجزائي إذا كان مفرط (م2/184) طبقا للإحكام القانون المدني.

لم يكتفي المشرع الجزائري بالنصوص التي تضمنتها أحكام القانون المدني وذلك تماشيا مع التطورات الاقتصادية الهائلة، وعليه تفتن من أن هذه الحرية قد تضر بالمستهلك، فأصدر القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة للحماية للمستهلك الملغى بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ودعم هذا التوجه الجديد في الحماية بإصدار العديد من النصوص التنظيمية ذات الصلة.

لكن من أبرز القفزات النوعية للمشرع اصداره لقانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والذي حمل في طياته أحكام خاصة بالشروط التعسفية حيث حدد مجموعة من الشروط التعسفية في المادة 29 والتي لا مجال للقاضي في الاجتهاد بشأنها، بالإضافة إلى شروط أخرى في المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية والذي تضمن هو الآخر قائمة باثني عشر شرط تعسفا على سبيل الحصر.

كما نجد أن المشرع الجزائري كرس من جهة أخرى رقابة إدارية والتي تضطلع بها لجنة البنود التعسفية من خلال مجموع من المهام بداية من البحث والتحري وتقديم التوصيات وصولا إلى دورها الإعلامي، كما انه لتسيير للمستهلك الوصول إلى سلك القضاء أعطى المشرع للجمعيات حماية المستهلكين الصفة لتمثيلهم أمام القضاء.

نصل بعد ذلك إلى آخر نقطة أثرتها في بحثنا بدراسة بعض من نماذج العقود التي تحمل في طياتها شروطا تعسفية، فنتطرقنا إلى وثيقة التأمين باعتبارها تعرف انتشارا في الحياة الواقعية، مروراً بمراحل اصدارها، وكيف تفتن المشرع بان نص على الحماية المقررة من الشروط التعسفية الواردة فيها بحيث منح للجنة الإشراف على التأمينات باعتبارها هيئة ضبط مستقلة رقابة الشروط ومعاينة المخالفات مع اصدار عقوبات

خاتمة

إدارية كما أفرد المشرع في القانون المدني جزاء البطلان المطلق لمجموعة الشروط التعسفية الواردة في هذه الوثيقة.

كما تطرقنا إلى عقد النقل باعتباره شريان الحياة ومن أبرز عقود الاستهلاك التي يغلب عليها طابع الاذعان، والذي غالبا ما تحرر شروطه بصفة منفردة من طرف المهني أو الناقل مسلطين الضوء على تدخل المشرع في ترتيب جزاء المناسب لشروط الذي يرمي إلى اعفاء الناقل والأشخاص من المسؤولية في عقد النقل.

ويمكن صياغة أهم النتائج التي تم التوصل إليها في النقاط التالية:

- لم يورد المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني تعريفا لعقد الاذعان بل اكتفى فقط بالنص على كيفية حصول القبول فيه ، ولا حتى في ظل القوانين الخاصة ، بالرغم من أن هناك عدة كتاب وباحثين جزائريين اعتبروا أن المشرع الجزائري عرف بموجب المادة الثالثة الحالة الرابعة من قانون 04-02 وذلك باستدلالهم بعبارة "... مع اذعان الطرف الآخر حيث لا يمكن هذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه ". الا أننا نرى أن المشرع قصد تعريف عقد الاستهلاك الذي يكون مجالا للشروط التعسفية والتي اشترط فيها أن يكون المستهلك مدعنا لاضفاء الحماية عليه وأخرج بذلك عقود المساومة من هذه الحماية .

- عرف المشرع الجزائري عقد الاستهلاك واستعمال مصطلح "البيع"، وهكذا حصر عقود الاستهلاك في عقد البيع، وهو الشيء الذي لا يستقيم مع مفهوم عقود الاستهلاك من الناحية القانونية التي تندرج ضمنه مجموعة من العقود بمختلف أنواعها، مسماة أو غير مسماة، متى كانت هذه العقود تنصب على السلع أو الخدمات ومتى اكتسب احد أطراف العلاقة الاستهلاكية صفة المستهلك في مواجهة طرف قوي اقتصاديا وهكذا أخرج المشرع مجموعة من العقود التي شاهدت وما زالت تشهد رواجا في المجتمع عقد الإيجار، عقد التأمين، عقد القرض الاستهلاكي... الخ.

-عدم إمكانية القواعد العامة على استيعاب مختلف جوانب الضعف التي يعانيتها المستهلك فسعى المشرع لإعادة التوازن العقدي، حيث ضحى ببعض مبادئ الشريعة العامة، أولها القوة الملزمة للعقد، حيث أنه أصبحت الإرادة التشريعية تشارك بل تطغى في بعض الأحيان على إرادة الأطراف في تكوين العقد، وتحديد مضمونه ومن جانب ثاني سمح للقاضي التدخل في العقد اما بتعديل أو إلغاء الشروط التي ينطوي عليها الطابع التعسفي.

-لا يعتبر عقد الاستهلاك بالضرورة عقد إذعان إذ أنه يمكن ان يخضع أثناء ابرامه إلى المناقشة والمساومة بين طرفيه وهذا هو الأصل، إلا أن المشرع اشترط للاستفادة من الحماية المنصوص عليها في قانون رقم: 04-02-02 يجب ان يتم عقد الاستهلاك بطريق الإذعان.

-حصر المشرع الحماية من الشروط التعسفية لعقود الاستهلاك لفئة معينة وهي المستهلكين دون المستهلكين المهنيين، الا انه توجد قراءة أخرى للمادة الأولى من القانون رقم 04-02 التي قضت بالاستفادة من أحكام هذا القانون لكل العلاقات التي تبرم بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين أو بين الأعوان فيما بينهم للمد نطاق الحماية لهم .

-بالرغم من وجود ضمانات للحماية من الشروط التعسفية على مختلف المستويات الأخرى هناك حلقة ضعف هو عدم تفعيل الدور الرقابي الذي تضطلع به لجنة البنود التعسفية بالإضافة إلى الغياب الكلي للمجتمعات المدنية في توعية وتحسيس المستهلكين بجل البنود التعسفية.

-غياب الجزاء في ظل أحكام قانون رقم 04-02 رغم أنه تولى تنظيم الشروط التعسفية في العقود من مختلف جوانبه دون التطرق إلى جزاء أعمال الشروط المنصوص عليها بموجب هذا القانون.

-لقد سعينا إلى تطبيق كل ما سبقت دراسته نظريا إلى التزول إلى أرض الواقع لنجد ما يمكن أن يؤكد الحماية المقررة للفئة الأكثر ضعفا من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك إلا أننا اصطدنا بالواقع العملي الذي استوقفنا لوهلة من التفكير في الزخم التشريعي التنظيمي، المؤسساتي للحد من الشروط التعسفية قبل هذا التنوع لم نجد له تطبيقا على أرض الواقع فحاولنا جاهدين أن نفكك معضلة هذا اللغز فتوصلنا إلى أنه إذا كان تنوع النصوص القانونية يعد نعمة للتصدي لأي شكل قد يعرض على سلك القضاء أو الأجهزة الإدارية إلا أنه من ناحية أخرى تعتبر معضلة خطيرة أصبحت فيها جل هذه التنظيمات حبيسة الأوراق أمام الحاجة الماسة لها من قبل فئة المستهلكين في مختلف مراحل العملية الاستهلاكية، فما قيمة منظومة تشريعية وتنظيمية كاملة في غياب آليات تنفيذها؟

-لقد شد انتباهنا عند قيامنا بالبحث على مستوى أرشيف المحاكم على الأحكام الصادرة بشأن الشروط التعسفية في مجال الاستهلاك، والتي لم نجد لها أثرا رغم ما تشهده الساحة الواقعية من تدمرات التي يديها المستهلكين ضد الموزعين أو البائعين المهنيين فقمنا بطرح مجموعة من الأسئلة على القضاء والمحامين حول مصير هذه التدمرات والتي لم تعرف طريقا للقضاء حيث حطينا بمجموعة من الإجابات عن ذلك . الا أن الأمر الغريب أنه وإن وجدت هذه الطلبات طريقا للقضاء فبعض القضاة لازالوا يتشبثون بمضمون القواعد

خاتمة

العامة للحماية من الشروط التعسفية دون الالتفات بالمرّة للأحكام الخاصة مما أدى إلى تساؤلنا حول الأساس القانوني الذي تبني عليه أحكامهم وذلك في ظل عدم درايتهم بالوفاد الجديد للساحة القانونية، فهل يعذر القاضي بجهله للقانون؟

من هذه النتائج توصلنا إلى التوصيات التالية:

- تكريس آليات لتجسيد المنظومة القانونية على أرض الواقع.

- العمل على تفعيل الدور التمثيلي للجمعيات لحماية المستهلكين وإعطائهم الصفة في رفع الدعوى أمام القضاء ليس فقط للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين فحسب، بل من أجل الحصول على حكم قضائي يستفيد منه مباشرة المستهلك المضور من البنود التعسفية.

- تنسيق الجهود بين الهيئات العمومية والمؤسسات ذات الصلة بحماية المستهلكين، بالبحث عن أوجه الإجحاف و التعسف والتي تهم حقوق المستهلك.

- العمل على نشر أحكام القضاة الصادرة في المجال الاستهلاك.

- العناية بالدور الإعلامي والتحسيس من قبل الجمعيات حماية المستهلكين بشأن تكريس ثقافة استهلاكية متوازنة.

وآخر ما نختتم به بحثنا تقديم مجموعة من الاقتراحات والتي تأمل أخذها بعين الاعتبار:

- العمل على تكوين تخصصي للقضاة خاصة في ظل الفرع الذي اكتسح مجال القانون في الآونة الأخيرة وتناثر أحكامه في نصوص تشريعية وأخرى تنظيمية والتي يصعب الالمام بها.

- تفعيل الرقابة الإدارية خاصة لجنة البنود التعسفية وذلك بتحويلها سلطات قمعية في مواجهة المخالفات التي تعانها، باعتبارها لجنة متخصصة في مجال إبرام العقود ومنه منحها شخصية قانونية مستقلة كسلطة ضبط اقتصادي.

- توسيع نطاق الحماية من الشروط التعسفية لتشمل عقود الاستهلاك التي تخضع للمفاوضة والمساومة لتوفير حماية أوسع للمستهلك.

خاتمة

- ضرورة تدخل المشرع الجزائري في تحديد الجزاء المترتب عن العمل بإحدى الشروط الواردة في قانون رقم 02-04، و المرسوم التنفيذي رقم 06-306، ذلك أن القاضي سيجد كل شيء في القانون 02-04 إلا الجزاء.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع لا يمكن ان ندعي بأننا غطينا جميع جوانبه فتبقى امكانية البحث في بعض أجزائه قائمة لتكون انطلاقة لبحوث لاحقة ضمن إشكاليات وتساؤلات مختلفة، لاسيما دور الإرادة التشريعية في تحديد مضمون قانون المتعاقدين للحد من اختلال التوازن العقدي؟.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولاً: الاتفاقيات الدولية والنصوص القانونية

أ- الاتفاقيات الدولية

1- الاتفاقية الدولية لأجل توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي الموقعة في وارسو في 12 أكتوبر 1929 والمعدلة ببروتوكول الموقع بلاهاي في 28 سبتمبر 1995 المصادق عليها من طرف الجزائر بمقتضى المرسوم رقم: 64-74 المؤرخ في 02 مارس 1964 الجريدة الرسمية رقم 26، سنة 1964.

2- الاتفاقية الدولية المتممة لاتفاقية وارسو سنة 1929 لأجل توحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي المنفذ من قبل شخص آخر غير الناقل المتعاقدان، الموقع عليها بجواد الآخر في 18 سبتمبر 1961 المصادق عليها من طرف الجزائر بمقتضى الأمر رقم: 65-267 المؤرخ في 25 أكتوبر 1965، ج.ر رقم 104 سنة 1965.

3- معاهدة بروكسل الخاصة بتحديد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن الموقعة في 25/08/1924 والتي انضمت إليها الجزائر في 03/04/1964 جريدة رسمية رقم 1964/28 وصادقت عليه الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 64/71 المؤرخ في مارس 1964 دخلت حيز التنفيذ في 02 جوان 1991.

ب- النصوص التشريعية

1- الدستور

1- دستور 1963 المؤرخ في 08 ديسمبر 1963 ج.ر عدد 64 المؤرخة في 10 سبتمبر 1963.

2- دستور 1976 المؤرخ 19 جوان 1976 ج.ر عدد 94 المؤرخة في 24 نوفمبر 1976.

3- دستور 1996 المؤرخ في 23 فيفري 1989 ج.ر عدد 09 المؤرخ في 01 مارس 1989.

4- دستور 1996 الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 96-438 المؤرخ في 27 رجب 1417 الموافق لـ 07 ديسمبر 1996 المتعلق بنص الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر عدد 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 08-357 المؤرخ في 08 نوفمبر 2008، ج.ر عدد 62 المؤرخة في 09 نوفمبر 2008 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتعلق بمشروع تعديل دستور ج.ر عدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016.

2-الأوامر

- 1- الأمر رقم: 74-15 المؤرخ في 06 محرم 1394هـ الموافق ل 30 يناير سنة 1974 يتعلق بالزامية التأمين على السيارات وبنظام التعويض عن الأضرار، ج ر، العدد 05، المؤرخة في 19 فبراير 1974. المعدل والمتمم بقانون رقم: 88-31 المؤرخ في 19-07-1980، ج ر، عدد 15 مؤرخة في 1988.
- 2- الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975 المعدل والمتمم بالقانون:
-القانون رقم: 88-14 المؤرخ في 03/05/1988، ج ر، العدد 18 المؤرخة في 04/05/1988.
-وبقانون رقم: 10-05 المؤرخ في 20/06/2005، ج ر، عدد 44 المؤرخة في 26/06/2005.
-وبقانون رقم: 05-07 المؤرخ في 13/05/2007، ج ر، عدد 31 المؤرخة في 13/05/2007.
- 3- الأمر رقم: 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج.ر عدد 77 المؤرخة في 26 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 ج.ر عدد 10 مؤرخة في 06 فبراير 2005.
- 4- الأمر رقم: 95-07 المؤرخ في 23 شعبان 1415هـ الموافق لـ 25 يناير 1995 يتعلق بالتأمينات، ج.ر، عدد 13 المؤرخة في 07 شوال 1415هـ الموافق لـ 08 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 06-04 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق لـ 20 فبراير 2006، ج.ر، عدد 15 المؤرخة في 12 صفر 1427هـ الموافق لـ 12 مارس 2006.
- 5- الأمر رقم: 03-03 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر، عدد 43 مؤرخة في 20-07-2003 المعدل والمتمم بالقانون رقم: 08-10 المؤرخ في 25-06-2008 ج.ر. عدد 36 مؤرخة في 02-07-2008 والقانون رقم: 10-05 المؤرخ في 15-8-2010 ج.ر. رقم 46 مؤرخة في 18-08-2010.

3-القوانين

- 1- القانون رقم: 89-02 المؤرخ في أول رجب 1409 الموافق ل 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر العدد 6 المؤرخة في 08 فبراير 1989.
- 2- القانون رقم: 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق لـ 04 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات ج.ر عدد 53 مؤرخ في 05 ديسمبر 1990.

قائمة المصادر والمراجع

3- القانون رقم: 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الاول عام 1425هـ الموافق ل 23 يونيو 2004، ج ر عدد 41 مؤرخة في 27 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 05 رمضان 1431هـ الموافق ل 15 اوت 2010، ج ر عدد 46 مؤرخة في 18 أوت 2010.

4- القانون رقم: 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر عدد 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

5- القانون رقم: 10-04 المؤرخ في 15 اوت 2010 المعدل والمتمم للأمر رقم: 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 والمتضمن القانون البحري، ج.ر عدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

6- القانون رقم: 12-06 المؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ الموافق لـ 12 يونيو 2012 يتعلق بالجمعيات ج.ر عدد 02 المؤرخة في 15 يناير 2012.

4- المراسيم التنفيذية

1- المرسوم التنفيذي رقم: 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ج.ر عدد 5 المؤرخة في 31 يناير 1990.

2- المرسوم التنفيذي رقم: 90-266 المؤرخ في 15.09.1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، المعدل بالقرار الوزاري المؤرخ في 10.05.1999 وقد ألغى هذا المرسوم بموجب المرسوم رقم: 13-325 المتعلق بشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، المؤرخ في 26.09.2003، ج.ر عدد 49 مؤرخة في 02.10.2013.

3- المرسوم التنفيذي رقم: 05-468 المؤرخ في: 08 ذو القعدة 1426هـ الموافق ل 10-12-2005 الذي يحدد شروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الاحمالية وكيفيات ذلك. ج.ر عدد 80 المؤرخة في: 10-12-2005.

4- المرسوم تنفيذي رقم: 06-306 مؤرخ في 17 شعبان 1427هـ الموافق ل 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر، عدد 56 مؤرخة في ل 11 سبتمبر 2006. المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 08-44 مؤرخ في 26 محرم 1929 الموافق ل 03 فبراير 2008. ج.ر عدد 07 المؤرخة في 10 فبراير 2008

ثانيا: قائمة الكتب

1- قائمة الكتب باللغة العربية

- المراجع العامة

- 1- إبراهيم أبو النجا: التأمين في القانون الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 1992.
- 2- أحمد أبو سعود: عقد التأمين بين النظرية والتطبيق "دراسة تحليلية شاملة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، د.س.ن.
- 3- أيمن سعد سليم: العقود النموذجية، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 2005.
- 4- بودالي محمد: حماية المستهلك في القانون المقارن "دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي"، دار الكتاب الحديث، الجزائر، د.ط، 2006.
- 5- جلال أمين: فلسفة علم الاقتصاد، دار الشروق، د.ب.ن، د.ط، 2008.
- 6- حساني علي: ضمان حماية المستهلك نحو نظرية عامة في التشريع الجزائري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2017.
- 7- حمدي محمد اسماعيل سلطح: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2006.
- 8- حميدة جميلة: الوجيز في عقد التأمين، دراسة على ضوء التشريع الجزائري الجديد للتأمينات، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2012.
- 9- خالد عبد الفتاح محمد خليل: حماية المستهلك في القانون الخاص، دار النهضة العربية، د.ب.ن، د.ط، 2002.
- 10- دربال عبد الرزاق: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، "مصادر الالتزام" دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، د.س.ط.
- 11- سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 1988.
- 12- سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، مصر، ط5، 1991.

- 13-** السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط 1988.
- 14-** السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، د.ط1952.
- 15-** السنهوري عبد الرزاق: الوسيط "آثار الالتزام" الإثبات، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ط، 1998.
- 16-** السيد محمد السيد عمران: حماية المستهلك أثناء تكوين العقد "دراسة مقارنة"، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط، د.س.ن.
- 17-** علي بوليحة بن بوخميس: القواعد العامة للحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د.ط، 2000.
- 18-** علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، د.ط، 1990.
- 19-** علي فتاك: تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1، 2008.
- 20-** عماد صوالحية: الجزاءات الإدارية في غير مجال العقود والتأديب الوضعي في القانون الجزائري، د.د.ن، الجزائر، ط1، 2016.
- 21-** عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ط ، 2004.
- 22-** فاطمة بحري: الحماية الجنائية للمستهلك " دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،مصر ،ط1، 2015.
- 23-** فيلاي علي: الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، د.ط، 2001.
- 24-** لعشب محفوظ بن حامد: عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ن د.ط، 1990.
- 25-** محمد حسن قاسم: مبادئ القانون "مدخل إلى القانون والالتزامات"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، د.ط، 1997.

قائمة المصادر والمراجع

- 26- محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى علم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، بوزريعة، الجزائر، د.ط، 2004.
- 27- محمد سعيد جعفرور: نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، د.ط، 2003.
- 28- محمد صبري السعدي: القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام" القسم الأول، دار الكتاب الحديث، مصر، د.ط، 2003.
- 29- محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات "العقد والإرادة المنفردة"، ج1، دار الهدى، الجزائر، د.ط، 1992.
- 30- محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني "العقد والإدارة المنفردة"، ج1، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ط 2، 2004.
- 31- محمد عصفور: البوليس والدولة، مطبعة الاستقلال الكبرى، القاهرة، مصر، د.ط، 1971.
- 32- محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام" ج1، منشورات الجامعة المفتوحة، مصر، ط2، 1993.
- 33- محمد علي البدوي: النظرية العامة للالتزام "مصادر الالتزام"، ج1، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، ط 2، 1993.
- 34- محمد علي عبده: دور الشكل في العقود "دراسة مقارنة"، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، د.ط، 2014.
- المراجع المتخصصة
- 1- أيمن سعد سليم: الشروط التعسفية في العقود "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.ط، 2011.
- 2- إبراهيم عبد العزيز داود: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية "دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك" الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2014.
- 3- بودالي محمد: مكافحة الشروط التعسفية في العقود "دراسة مقارنة"، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط1، 2007.
- 4- بودالي محمد: الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، "دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر"، دار هومه، الجزائر، ط 2، 2010.

5- حمد الله محمد حمد الله: حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية "دراسة مقارنة"، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د.ط، 1997.

6- فايز أحمد عبد الرحمن: الشروط التعسفية في وثائق التأمين "دراسة في نطاق التأمين البري الخاص"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، د.ط، 2006.

ب- قائمة الكتب باللغة الفرنسية

1- Jacques Ghestin : Traité de droit civil, 3e edition par Jacques Ghestin; la formation du contrant, paris delta, 1996, L.G.D.J.

ثالثا: الرسائل الجامعية

2- قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2004-2005.

3- بسعيد مراد: عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة الدكتوراه، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012.

4- طبائية سليمة: دور محاسبة شركات التأمين في اتخاذ القرارات وفق معايير الإبلاغ المالي الدولية دراسة حالة "الشركات الجزائرية للتأمين"، رسالة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير، جامعة سطيف 1، الجزائر، 2013-2014.

5- عرعارة عسالي: التوازن عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014-2015.

6- نساخ فاطمة: مفهوم الإذعان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1998.

7- إيمان طارق الشكري: أثر الشرح في حكم العقد "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية الحقوق، العراق، 1998.

8- عياض محمد عماد الدين، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية "دراسة على ضوء قانون رقم: 02-04" رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2005-2006.

9- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص قانون الخاص، كلية الحقوق جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008.

- 10-** أحمد سمير قرني: عقود الإذعان في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي"، رسالة ماجستير، تخصص الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات، 2007-2008.
- 11-** سليمة أحمد يجياوي: آليات حماية المستهلك في التعسف التعاقدية، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر، 2010-2011.
- 12-** زويبر أرزقي: حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، رسالة ماجستير، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
- 13-** بوشارب إيمان: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قلمة، الجزائر، 2012.
- 14-** زغودي عمر: تعديل أحكام المسؤولية المدنية في العلاقة الاستهلاكية "دراسة مقارنة"، رسالة ماجستير، تخصص القانون الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2012-2013.
- 15-** سلمة بن سعدي: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014.
- 16-** الصادق صياد: حماية المستهلك في ظل القانون الجديد، رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2014.
- 17-** مولود بغدادية: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، تخصص حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2014-2015.
- 18-** منال بوروح: ضمانات حماية المستهلك في ظل قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رسالة ماجستير، تخصص قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، الجزائر، 2014-2015.
- 19-** خالد معاشو: دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قلمة، الجزائر، 2015-2016.

- 20- رملة مصطفى: الأحكام العامة لعقد التأمين، رسالة ماجستير، تخصص قانون الضمان الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، الجزائر، 2014-2015.
- 21- مريم بوحظيش: حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قلمة، الجزائر، 2015-2016.
- 22- بسام مجيد سليمان: موضوعية الإرادة "دراسة تحليلية في ضوء إدارة المخاطر والتشريعات القانونية"، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق.

رابعاً: المقالات

- 1- أحمد عبد الرحمن الملحم: نماذج من العقود ووسائل مواجهة الشروط المحففة فيها، مجلة الحقوقية الكويتية، الكويت، العدد الأول، 16 مارس 1992.
- 2- آغا جميلة: عقد الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق الجامعية، سيدي بلعباس، الجزائر، عدد خاص، 2006.
- 3- بن عمارة محمد: قصور قواعد ضمان العيوب الخفية في المنتجات الصناعية، مجلة البحوث العلمية في الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، العدد الأول مارس 2015.
- 4- خولة خادم محمد: القوة الملزمة لعقد الإذعان، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، الامارات العربية المتحدة، العدد الأول 2006.
- 5- دمانة محمد: شرط الإعفاء من المسؤولية بين مقتضيات سلطان الإرادة وسلطان القانون، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قاصدي مرباح، العدد 05 جوان 2011.
- 6- زغودي عمر: مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عمار تليجي الأغواط، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الثاني، 2014.
- 7- سعد الله آمال: التأمين الرقابة على قطاع في التشريع الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جماعة طاهري محمد، بشار، الجزائر، العدد 15 جوان 2016.
- 8- سولم سفيان: الحماية القانونية من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الشريف، سوق اهراس، الجزائر، العدد الرابع جوان 2016.

- 9- شهيدة قادة: حماية المستهلك في الجزائر بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها، دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 10، 2013.
- 10- عليان بوزيان: مقارنة (مؤسسات الحسبة بالهيئات الإدارية المستقلة) "دراسة تأصيلية فقهية قانونية مقارنة" جامعة محمد الخامس بالرباط، منشورات مجلة الحقوق، R.D سلسلة معارف القانونية والقضائية، دار النشر والمعرفة، الرباط، المغرب، عدد 24 ط 2015.
- 11- نسيغة فيصل: النظام العام، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، د.س.ن.

خامسا: المداخلات

- 1- إرزيل الكاهنة: دور لجنة الإشراف على التأمينات وضبط سوق التأمين، مداخلة مقدمة في المنتدى الوطني حول سلطات الضبط الاقتصادي المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23-24 ماي 2007.
- 2- أوديع نادية: صلاحيات الضبط في مجال التأمين "لجنة الإشراف على التأمين"، مداخلة مقدمة في المنتدى الوطني حول سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23 - 24 ماي 2007.
- 3- بختة دندان: دور جمعيات المستهلك، مداخلة مقدمة للملتقى الوطني الرابع حول حماية المستهلك "تشريعات وواقع"، المركز الجامعي طاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، يومي 22-23 أبريل 2008.
- 4- جابت آمال: دور لجنة الإشراف على التأمينات في اكتشاف المخالفات "سلطة الرقابة للجنة الإشراف على التأمينات"، مداخلة مقدمة في المنتدى الوطني حول: سلطات الضبط المستقلة في المجال الاقتصادي والمالي، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، يومي 23-24 ماي 2007.
- 5- دراسة بحثية مقدمة إلى الندوة العلمية حول "حماية المستهلك العربي بين الواقع وآليات التطبيق" التي ينظمها المركز العربي للديوان القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العربي، جامعة الدول العربية، جامعة بيروت العربية، بيروت، لبنان، اليوم: 04-01-2014.
- 6- سعاد نويري: الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين "دراسة مقارنة"، مداخلة مقدمة في المؤتمر السنوي الثاني والعشرون بعنوان "الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبسة، الجزائر، يومي 13، 14 ماي 2014.

قائمة المصادر والمراجع

7- محمد عبيدي: حركة حماية المستهلك في ظل اقتصاد السوق، مداخلة مقدمة في الملتقى الوطني الخامس بعنوان الحماية القانونية للمستهلك، جامعة المدية، الجزائر، يومي 16-17-2005.

سادسا: المواقع الالكترونية:

1- دليل المستهلك الجزائري، موقع وزارة التجارة.

www.minicommerce.gov.dz.

2- أحمد عبد الكريم سلامة: حماية المستهلك في العقود الدولية وفق مناهج قانون الدولي الخاص، مقال منشور في الدليل الالكتروني للقانون العربي، د.ب.ن. w.w.w.arablawinf.com

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

كلمة شكر

إهداء

مقدمة أ

الفصل الأول:

اختلال التوازن العقدي في ظل الشروط التعسفية

- المبحث الأول: ماهية الشرط التعسفي 10
- المطلب الأول: بواذر ظهور الشرط التعسفي 10
- الفرع الأول: أزمة مبدأ سلطان الإرادة 10
- أولاً: إطلاق مبدأ الارادة 11
- ثانياً: القيود المفروضة على مبدأ سلطان الإرادة 13
- الفرع الثاني: التعسف في عقود الإذعان 17
- أولاً: مفهوم عقد الإذعان 17
- ثانياً: مظاهر اختلال التوازن في عقد الإذعان 20
- المطلب الثاني: مفهوم الشروط التعسفية 22
- الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي 23
- أولاً: المقصود بالشرط التعسفي 25
- ثانياً: عناصر الشرط التعسفي 27
- ثالثاً: تميز الشرط التعسفي عن الأنظمة المشابهة 27
- الفرع الثاني: معايير الشرط التعسفي 29
- أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية 29
- ثانياً: معيار الميزة المفرطة 30
- ثالثاً: معيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات 31

32	الفرع الثالث: أنواع الشروط التعسفية
32	أولاً: الشروط التعسفية في التشريعات المقارنة
35	ثانياً: موقف المشرع الجزائري
38	المبحث الثاني: نطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية
38	المطلب الأول: طبيعة العلاقة التعاقدية الاستهلاكية
38	الفرع الأول: مفهوم عقد الاستهلاك
39	أولاً: تعريف عقد الاستهلاك
42	ثانياً: خصائص عقد الاستهلاك
44	ثالثاً: التكيف القانوني للعقد الاستهلاكي
	الفرع الثاني: تحديد طبيعة عقد الاستهلاك الذي يكون مجالاً للحماية من الشروط التعسفية
45
45	أولاً: مجال تطبيق الحماية من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك
51	ثانياً: طرق إبرام عقد الاستهلاك
53	المطلب الثاني: مضمون العلاقة التعاقدية في عقود الاستهلاك
53	الفرع الأول: أطراف العلاقة الاستهلاكية
54	أولاً: المستهلك
56	ثانياً: المتدخل
60	الفرع الثاني: موضوع العلاقة الاستهلاكية
60	أولاً: السلعة
62	ثانياً: الخدمة
64	خاتمة الفصل الأول

الفصل الثاني

تحقيق التوازن العقدي في ظل الشروط التعسفية

- المبحث الأول: أساليب تحقيق التوازن العقدي 68
- المطلب الأول: طرق تحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد العامة 68
- الفرع الأول: تحقيق التوازن العقدي أثناء تكوين العقد 69
- أولاً: عيوب الإرادة 69
- ثانياً: قاعدة حسن النية 72
- ثالثاً: نظرية السبب 72
- رابعاً: نظرية العلم الكافي ونظرية ضمان العيوب الخفية 73
- الفرع الثاني: تحقيق التوازن العقدي أثناء تنفيذ العقد 75
- أولاً: سلطة القاضي في تفسير عبارات العقد 75
- ثانياً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها 78
- ثالثاً: الحد من الشروط التي يستفاد ضمناً أنها تعسفية 80
- المطلب الثاني: الطرق الحديثة لتحقيق التوازن العقدي في ظل القواعد الخاصة 84
- الفرع الأول: الرقابة القانونية في مكافحة الشروط التعسفية 84
- أولاً: القائمة كنظام لمحاربة الشروط التعسفية 84
- ثانياً: جزاء الشروط التعسفية 88
- الفرع الثاني: الرقابة الإدارية والمؤسسية للمحاربة الشروط التعسفية 92
- أولاً: دور لجنة البنود التعسفية في مكافحة الشروط التعسفية 92
- ثانياً: دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية 95
- المبحث الثاني: دراسة نماذج لبعض العقود التي تتضمن شروط تعسفية 101
- المطلب الأول: الشروط التعسفية في وثيقة التأمين 101
- الفرع الثاني: وثيقة التأمين 102
- أولاً: مراحل إصدار وثيقة التأمين 102

106.....	ثانيا: البيانات الإلزامية لوثيقة التأمين
108.....	الفرع الثاني: الحماية الخاصة من الشروط التعسفية في وثيقة التأمين
109.....	أولا: الرقابة على وثيقة التأمين
112.....	ثانيا: حظر الشروط التعسفية في وثيقة التأمين
116.....	المطلب الثاني: الشروط التعسفية في عقد النقل
116.....	الفرع الأول: عقد النقل
116.....	أولا: الطبيعة القانونية لعقد النقل
119.....	ثانيا: الإيجاب في عقد النقل
120.....	ثالثا: أساس مسؤولية الناقل
121.....	الفرع الثاني: الحماية من الشروط التعسفية في عقد النقل
122.....	أولا: الشروط المعفية أو المحددة لمسؤولية الناقل
125.....	ثانيا: مصير إدراج شرط الإعفاء أو تحديد المسؤولية
129.....	خاتمة الفصل الثاني
132.....	خاتمة
	ملاحق
139.....	قائمة المصادر والمراجع

ملخص:

تعتبر الشروط التعسفية من بين الأسباب التي تؤدي إلى اختلاف التوازن العقدي، وذلك لانفراد المتدخل بتحرير نماذج العقود بتضمينها بمختلف البنود دون أن يكون للمستهلك قبولها كما هي أو رفضها. وتماشيا مع مختلف التطورات الاقتصادية التي تكشف الاختلال الواضح في ميزان العلاقة التعاقدية الاستهلاكية.

أصبح لازما من الإرادة التشريعية التدخل بداية من تحديد معالم الشروط التعسفية وصولا إلى تفعيل الحماية من مختلف الجوانب وذلك من مرحلة التفاوض إلى مرحلة تنفيذ العقد في ظل منظومة تشريعية وتنظيمية خاصة، وذلك أمام عدم إمكانية القواعد العامة على استيعاب كل التغيرات التي يشهدها العالم الاقتصادي من ممارسات تعسفية.

الكلمات المفتاحية: الشروط التعسفية، عقد الاستهلاك، المستهلك، المتدخل، الحماية، نماذج العقود.

Résumé :

En matière de droit de la consommation une clause est considérée comme abusive quand elle instaure un déséquilibre contractuel. un engagement ferme du consommateur est prévu alors que l'exécution des prestations de l'intervenante est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté, en outre restreindre l'obligation pour le consommateur de respecter ou refuser les engagements.

Avec les différents développements économiques qui révèlent clairement le déséquilibre de la relation du consommateur contractuel, il est obligatoire que la volonté législative intervienne en désignant les clauses abusives assurant la protection de tous les cotés à partir de l'étape de la revendication jusqu'à l'étape de l'exécution de l'acte.

Quand au système législatif et réglementaire il assume tous les changements devant l'incapacité des règles générales, qui ont lieu dans le monde économique des pratiques abusives.

Mot clé : les clauses abusives, le contrat de consommation, le consommateur, l'intervenante, la protection, les contrats types.