جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

الميدان : الحقوق والعلوم السياسية
الفرع: الحقوق
التخصص: قانون أعمال

رقم: .....

إعداد الطالب (ة):
زميط أمينة
سايحي كنزة

يوم: 29/06/2022

دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

لجنة المناقشة:

بودوح شهيناز ماجدة	أستاذ محاضر أ	جامعة بسكرة	رئيسا
قرفي ياسين	أستاذ محاضر ب	جامعة بسكرة	مشرفا ومقررا
بنشوري الصالح	أستاذ مساعد قسم أ	جامعة بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية : 2021 - 2022

بسْمِ اللهِ الرحمن الرحيم

﴿... رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾

سورة النمل الآية 19

شكر وعرفان

إعترافا بالفضل والجميل ، نتقدم لكل من مدى لنا يد العون في سبيل إتمام هذه المذكرة ويسعدنا أن نسجل شكرنا وعرفاننا بالجميل إلى الأستاذ الفاضل "**قرفي ياسين**" الذي سعدنا بإشرافه على هذا العمل المتواضع.

فقد منحنا الكثير من وقته وكان لرحابة صدره وسمو خلقه وأسلوبه المميز وروحه الطيبة في متابعة المذكرة لها أثر كبير في إتمام هذا العمل، فنسأل الله العلي القدير أن يجازيه خير الجزاء، وأن يكتب صنيعه في ميزان حسناته.

كما نتقدم بالشكر والإمتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل وتصويبه.

إهداء

الحمد والشكر أولا وأخيرا لله الذي وفقني وأعانني...

إلى روح **أبي** الطاهرة ...

إلى من أرضعتني الحب والحنان **أمي** أطال الله في عمرها ...

إلى إخوتي كل واحد بإسمه " **وليد – محمد – عبد القادر** " حفظهم الله.

إلى الأستاذ الفاضل "**قرفي ياسين**" الذي ساعدنا في انجاز هذا العمل ، فنشكره على جميل صبره ووافر جهده ... نسأل الله أن يجعله فخرا لأهل العلم والمعرفة....

إلى كل أساتذة كلية الحقوق بسكرة

إلى كل من سخرهم الله لي عونا وسندا أهدي هذا العمل المتواضع.

سايحي كنزة

إهـداء

جميل أن يضع الإنسان هدفا في حياته والأجمل أن يثمر هذا الهدف

فبعد توفيق من الله عز وجل لإتمام هذا البحث المتواضع، لا يسعني إلا أن أتوجه إليه بالحمد والشكر على ما رزقني من فضل ونعمة، وعلى ما أمدني به من صبر وقوة لإتمام هذا العمل.

الحمد لله أنا اليوم أجني ثمار جهدي وأهديها إلى

أماني قدوتي وفخري، من جعل مني أميرته الصغيرة، صدقا ممتنة لتربيتك ولن أكسر ثقتك مهما حييت.

والدي الغالي حفظه الله

لا يوجد كلام يمكن أن يعبر عن حبي وشكري لها، إلى بسمة حياتي، تلك الناعمة الشامخة التي علمتني معنى الصمود و الإصرار، فإستمديت منها قوتي واعتزازي بذاتي

عذرا على كل تقصير مني، أمي الحبيبة أطال الله في عمرها

إلى سندي، أخي الوحيد **محمد أمين**، ممتنة على كل مواقفك الرائعة معي

اللهم أسعده ويسر أموره

إلى الورود التي تحيط بي سارة، كريمة، نسرين وصغيرتي المدللة سمية

إن شاء الله القادم من أيامكن كله فرح

إلى من تمنيت أن يشاركاني فرحة تخرجي، إلى روح جدي وجدتي **رحمهما الله**

إلى كل الأساتذة الذين تعلمت على أيديهم، إقرارا بفضلهم وعرفانا بجميل صنعهم وأخص بالذكر أستاذي الفاضل **قرفي ياسين**، الذي استقبل بكل رحابة صدر العديد من تساؤلاتي فكان يناقش ويقترح دون فرض آراء، فعلا تركت لي بصمة جميلة خلال مسيرتي التعليمية **شكرا لك من القلب** ، وشكري موصول إلى كافة زملاء الدراسة والعمل

إلى كل طالب وباحث كل في مجال تخصصه، أهدي هذا العمل سائلة المولى عز وجل أن يجعله نفعا يستفيد منه الجميع، كما أرجو أن يفتح آفاقا مستقبلية للمزيد من الدراسات في هذا المجال.

زميـط أمينـة

مقدمـــة

يشهد العالم اليوم تحولا كبيرا في شتى المجالات، ومن جملة هذه التحولات زيادة معدل الطلب على السلع والخدمات، ممّا أدى بصورة آلية إلى تغيير حقيقي في أنماط الممارسات التجارية التي يلجأ إليها الأعوان الاقتصاديون في علاقاتهم التعاقدية مع طائفة المستهلكين وذلك باعتبار العون الاقتصادي والمستهلك من أهم الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية وقد عرّف القانون رقم04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية العون الاقتصادي على أنّه: "**كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها**"، كما عرّف المستهلك أيضا على أنّه: "**كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني**".

غالبا ما يتعرض المستهلك من أجل الحصول على حاجاته من السلع والخدمات المقدمة له من طرف المتدخل، لتأثير هذا الأخير في إرادته عن طريق استغلال مركزه التعاقدي القوي نظرا لما يتمتع به من قوة اقتصادية ومالية وخبرة مقارنة بالمستهلك الذي يكون في مركز ضعف نتيجة لعدم تمتعه بالخبرة اللازمة، فالمتدخلين باعتبارهم يتمتعون بالقوة والنفوذ الاقتصاديين، فقد دأبوا على إدراج شروط في العقود تعتبر مجحفة بالنسبة للمستهلك الذي لا تتوفر له الحرية في مناقشتها.

ولعلّ من أبرز ما استعمله المتدخلون سلاحا ضد طائفة المستهلكين، هو فرضهم لجملة من الشروط التعسفية في العلاقة التعاقدية التي تجمعهم بالمستهلكين، من خلال ما يقدمونه لهم من سلع وخدمات لا غنى لهم عنها، ما هزّ بشكل كبير العلاقة التعاقدية من حيث توازنها فالطابع الذي يميز العلاقة التي تربط المتدخل بالمستهلك هو عدم المساواة، وهي الصفة التي لا طالما لازمت الروابط الإنسانية منذ القدم، فالحياة قائمة على الإنتاج والاستهلاك بالمعنى المطلق، وهذه العلاقة وإن بدت تكاملية فهي لا تخلو من صراع تحكمه أطماع المتدخل ورغبته في الاستحواذ وتحقيق المكاسب، على أساس أنّه يتمتع بقوة اقتصادية واختصاص مهني يجعلانه ينفرد بصياغة بنود العقد.

وتأسيسا على ذلك يرضخ المستهلك لشروط المتدخل كونه بحاجة ماسة لتلبية متطلباته الاستهلاكية، فعدم تمتعه بذات الخبرة والنفوذ الاقتصاديين، يجعله مجبرا بقبول تلك الشروط

دون قدرته على مناقشتها، ممّا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، لذلك تعتبر هذه الشروط تعسفية بالنظر إلى أنّها توفر مزايا للمتدخل على حساب المستهلك الضعيف.

حيث أضحت اليوم تلك الشروط التعسفية والمجحفة ظاهرة عالمية، ونتيجة لذلك فقد تضافرت جهود مختلف التشريعات لمكافحتها والحد منها، والمشرع الجزائري مثله مثل باقي التشريعات الأخرى سارع باستحداث منظومة قانونية لمواجهة الشروط التعسفية بإصدار جملة من القوانين والمراسيم التنفيذية بهذا الخصوص، حيث جاء بالقانون رقم 03/09 المؤرخ في 23فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والذي تم بموجبه إلغاء أحكام القانون رقم 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، والقانون رقم 02/04 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وخاصة المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في10سبتمبر 2006 الّذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، بالإضافة إلى ما جاءت به القواعد العامة للقانون المدني، حيث نجد بعض المبادئ العامة التي حاولت توفير حماية للمستهلك نتيجة اختلال التوازن العقدي من نظرية السبب والغبن والاستغلال ومبدأ حسن النية، إلاّ أنها تبقى قاصرة عن توفير الحماية المرجوة للمستهلك.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري كان واقفا دائما رفقة المستهلك الضعيف في العلاقة التعاقدية سواء في نصوصه الخاصة أو من خلال القانون المدني، وذلك كون أطراف العلاقة التعاقدية على مرتبة المساواة، وذلك حتى في زمن اعتناقه لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين في المادة 106 قانون مدني والتي تعد أحد نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة.

والحماية المقصودة في هذا الجانب هي الحماية القضائية، ويتجلى دورها في إيجاد الحل المناسب بمعنى تدخل سلطة القاضي بخصوص نزاع مطروح أمامه، ومن هنا تظهر فكرة الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية بصورة واضحة ودقيقة، حيث منح المشرع الجزائري للمستهلك إمكانية اللجوء إلى القضاء متى توفرت العناصر والأسباب المؤدية إلى الإضرار به جراء التعاملات الاقتصادية التي يبرمها في مجال الاستهلاك، لذلك يلعب القضاء دورا بارزا في مواجهة الشروط التعسفية، فقد كانت أحكام القانون المدني المحطة الأولى في

مواجهة الشروط التعسفية بموجب المادة 110 منه، التي تمنح للقاضي سلطة مواجهة هذه الشروط بالتعديل أو الإعفاء، بالإضافة إلى ترتيب الجزاءات المدنية والجزائية.

كما تتمتع الأجهزة القضائية بقدر من السلطات من خلال تدخلاتها في عمليات البحث والتحري، ومن خلال تمتعها بسلطة توقيع العقاب على المخالفين، وذلك بمتابعة العون الاقتصادي في الحياة الاقتصادية أمام المحاكم وفرض الجزاء كوسيلة لردع وقمع المخالفات والجرائم الاقتصادية.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع سبب اختيار هذا الموضوع أنّ مسألة حماية المستهلك أصبحت قضية حياتية ترتبط باليوم والغد والمستقبل، لذلك لابّد من دعمها أمام انعدام الثقافة الاستهلاكية لدى المواطن بالإضافة إلى ذلك فالغرض من توفير الحماية للمستهلك هو إعادة التوازن العقدي المبرم بين المتدخل مقدم السلعة أو الخدمة الّذي يعرف كطرف متفوق اقتصاديا وبين المستهلك الضعيف وجهله بأبعاد هذه العلاقة الاستهلاكية.

والسبب الذاتي كون موضوع حماية المستهلك من المواضيع الهامة التي ترتبط ارتباطا كبيرا بالواقع والجدير بالاهتمام.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية دراسة هذا الموضوع كونه يعد من أهم المواضيع، فإنّ موضوع حماية المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية، قد أصبح اليوم يتمتع بأهمية بالغة نظرا لما يحتاجه هذا الشخص من حماية لعدّة أسباب، منها ضعف ثقافته الاستهلاكية والتي كثيرا ما يعتقد بإلزامية ومشروعية تلك الشروط التعسفية مكتفي بالإذعان لها، لذلك أصبح من الضروري المساهمة في تفعيل هذه الحماية على المستوى الوطني، كما أنّه موضوع متجدد وذو طبيعة مرنة تسمح له باتخاذ عدة أشكال.

على غرار حساسيته من جهة أنه ميزان لكفاءة أجهزة القضاء لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية.

الهدف من الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تسليط الضوء على دور القضاء في الحماية من الشروط التي تنطوي على تعسف الطرف القوي إزاء المستهلك الضعيف في مجال العلاقة الاستهلاكية والوقوف على الكيفية التي اعتمدها المشرع الجزائري في تأسيس منظومة قانونية خاصة بمكافحة الشروط التعسفية، وكذا توعية المستهلك من هذه الشروط حتى لا يقع فريسة التحايل الذي يقوم به المتدخل بالنظر إلى قلة خبرته.

وفي سياق هذا البحث الذي يتمحور حول دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية يمكن طرح الإشكالية التالية:

ما مدى نجاعة الجهات القضائية كآلية لضمان حماية فعالة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية؟

المنهج المعتمد:

وفي سبيل البحث عن الإجابة لهذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي لتبيان ماهية الشروط التعسفية، والمنهج التحليلي الذي يعتمد على دراسة وتحليل مختلف النصوص القانونية وذلك بناءا على ما جاء به القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306، وكذا القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مع الاعتماد على المنهج المقارن في بعض المواضع من المذكرة.

صعوبات الدراسة:

تتجلى صعوبات الدراسة في قلة المراجع المتخصصة، إضافة إلى ضيق الوقت وطبيعة الموضوع المعالج وتشعبه في عدة عناصر، مما يعيق الإلمام به كليا.

الدراسات السابقة:

من أهم المراجع التي تم الإعتماد عليها خلال هذه الدراسة:

- محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري -دراسة مقانة-** دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

- خالد معاشو، **دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، رسالة ماجستير تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي45، قالمة، السنة الجامعية 2016/2015.

– أحمد بورزق ، **الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك،** مجلـة الأسـتاذ الباحـث للدراسـات القانونيـة والسياسـية، المسـيلة، المجلـد06 ، العـدد01 جوان2021.

وللإجابـة عـن هـذه الإشـكالية ارتأينـا تقسـيم خطـة الدراسـة إلـى مبحـث تمهيـدي وفصـلين حيث تناولنا في المبحث التمهيدي ماهية الشروط التعسفية، لنتطرق في الفصل الأول إلى دور القضـاء المدني فـي حمايـة المستهلك من الشروط التعسفية من خـلال مبحثين، حيث تضـمن المبحث الأول المبادئ والقواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية، أما المبحث الثاني فكان بعنوان صلاحيات القاضي المدني في مواجهة الشروط التعسفية.

أما الفصل الثاني فقد تناولنا فيه دور القضاء الجزائي في حماية المستهلك من الشروط التعسـفية، إذ قسـم هـو الآخـر إلـى مبحثـين: حيـث عنـون المبحـث الأول بـإجراءات المتابعـة القضــائية، ليكــون المبحــث الثــاني بعنــوان الجــزاءات الجنائيــة المرصــودة لمواجهــة الشــروط التعسفية.

مبحث تمهيدي

ماهية الشروط التعسفية

مبحث تمهيدي: ماهية الشروط التعسفية

يعتبر موضوع الشروط التعسفية من المواضيع البالغة الأهمية، نظرا للدور الذي تلعبه تواجد مثل هذه الشروط في اختلال توازن العلاقة الاستهلاكية، نتيجة التفاوت المحسوس في المراكز القانونية بين المتدخل الاقتصادي والمستهلك أو بعبارة أوضح بين الطرف القوي اقتصاديا من جهة، والّذي يتمتع بقدرة تقنية وفنية كبيرة تجعله ينفرد بفرض شروط تعسفية على عديم الخبرة والدراية، وهو الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية من جهة أخرى، وتعتبر شروط مجحفة تنال من رضاه وهي أهم ما يثقل التزام المستهلك، وللتفصيل أكثر نتناول مفهوم الشرط التعسفي وتحديد عناصره في (المطلب الأول)، ثم ذكر أنواع الشروط التعسفية في (المطلب الثاني)، وصولا إلى تبيان معايير تقديره ومجال تطبيقه في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي وتحديد عناصره

حظي موضوع الشروط التعسفية باهتمام كبير من جانب التشريع والفقه، والحديث عن مفهوم الشرط التعسفي يقودنا إلى ذكر العديد من التعريفات التي أولت اهتمام بهذا الشرط ورغم تناوله من طرف طائفة تشريعات عديدة ومتنوعة إلاّ أنّه لم يعطى تعريفا محددا له، وعليه سنحاول من خلال هذا المطلب تسليط الضوء على تعريف الشرط التعسفي (الفرع الأول)، ثم نتطرّق إلى تبيان عناصره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

اكتسى تعريف الشرط التعسفي أهمية بالغة في الوسط القانوني، ويتضح هذا جليا من خلال تطرّق معظم التشريعات إلى تعريفه (أولا)، وكذا غزارة التعاريف التي أوردها الفقهاء (ثانيا)، وصولا إلى التعريف القضائي للشرط التعسفي (ثالثا).

أولا- التعريف التشريعي للشرط التعسفي

لم تتطرق أغلب التشريعات إلى تعريف الشروط التعسفية في القانون المدني، إذ غالبا ما نجد تعريفا لها في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، ومن بين التشريعات التي كان لها السبق في تعريفه نجد التشريع الألماني، وكذا التشريع الفرنسي، بالإضافة إلى القانون الكيبيكي والقانون المصري، إلى جانب تعريف المشرع الجزائري.

تعد ألمانيا من أوائل الدول التي سارعت إلى إصدار قانون مكافحة الشروط التعسفية منذ سنة 1976، وقد عرّف القانون الألماني الشرط التعسفي وهو بصدد الحديث عن الشروط العامة في العقد بموجب المادة 09 من قانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن والّذي بدأ العمل به في01 أفريل1977،على أنّه:"**يعتبر الشرط تعسفيا وباطلا، إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك، بشكل مفرط ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات القانونية لنص المادة 242 من القانون المدني. وهو يكون تعسفيا على الأخص إذا كان مخالفا أو غير متوافق مع الفكرة الأساسية للتنظيم**

القانوني أو محددا للحقوق والالتزامات الناشئة عن طبيعة العقد وتؤدي إلى جعل موضوع العقد أمرا غير ممكن"[1].

وقد عرّف التوجيه الأوروبي الشروط التعسفية في التعليمة رقم 93-13 الصادرة في05أفريل سنة 1993 بنصها على أنّه:"**يعتبر شرط لم يكن محلا للتفاوض فرديا شرطا تعسفيا، إذا كان ينشئ عدم توازن كبير على حساب المستهلك بالرغم من مبدأ حسن النية بين حقوق والتزامات الأطراف الناشئة من العقد**"[2].

كما قدّم المشرع الفرنسي تعريفا للشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم78-23 الصادر في10جانفي1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين بالسلع والخدمات على أنّه:"**ذلك الشرط الذي يفرض على غير المهنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال السلطة الاقتصادية للطرف الآخر مانحة لهذا الأخير ميزة متجاوزة أو مفرطة**".

ثم أعاد المشرع الفرنسي تعريفه أيضا بموجب القانون رقم**95-96** الصادر في01 جانفي 1995 المعدّل لقانون الاستهلاك، حيث نصت المادة L.132-1 على أنّه:"**في العقود المبرمة ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها أضرار بغير المحترفين أو المستهلكين نتيجة عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد**"[3].

أما القانون الكيبيكي فقد عرّفه في المادة 1437 من القانون المدني بأنّه: "**كل شرط يضر المستهلك أو المذعن بشكل مفرط فاحش وغير معقول... ويعتبر تعسفيا بالأخص، الشرط الذي يستبعد التزامات أساسية مترتبة عن القواعد التي تحكم العقد عادة، فغيّر منها ذلك الشرط** "[4].

---

[1]- محمد خليفة كرفة، "**التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2019/2018، ص69.

[2]- نبيل نويس وآخرون، "**مكافحة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي في التشريع الجزائري**"، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة بريكة، العدد04، ديسمبر 2019، ص274.

[3]- أحمد خديجي، "**قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري**"، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية، 2016/2015، ص142.

[4]- نور الهدى كرميش، "**الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**"، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة الجزائر، المجلد17، العدد01، 2020، ص155.

كما عرّفه المشرع المصري في المادة 10 من قانون حماية المستهلك على أنّه: " **كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند وغير ذلك يتعلق بالتعاقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته الواردة بهذا القانون**"[1].

أما المشرع الجزائري فقد عرّف الشرط التعسفي بموجب القانون رقم 04-02[2] المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت المادة 3 الفقرة5 على أنّه : «**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**».

نجد بأن المشرع الجزائري سار في نفس مسار المشرع الفرنسي، فالمهم في الشرط التعسفي هو الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد، فهو المعيار المعتمد عليه لاعتبار الشرط تعسفي على مستوى التوجيه الأوروبي[3].

كما ورد في المادة 29 من القانون المذكور أعلاه الحالات التي يمكن اعتبارها وضعيات تعسفية، والتي وردت على سبيل المثال، طالما أن المادة 30 من ذات القانون قد أحالت على تنظيم لاحق لتحديد الشروط التعسفية، بل إعطاء الفرصة للقاضي المطروح أمامه النزاع تقدير وضعيته المهنية والتعسف، وهذا ما يتوافق مع ما جاء في نص المادة 110من القانون المدني[4]، وقد تم تحديد هذه الحالات بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 06-306[5] الّذي يحدد

---

(1)– سلمة بن سعيدي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**"، رسالة ماجستير في العلوم القانونية تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2014/2013 ص60.

(2)– القانون رقم **04-02** المؤرخ في 23جوان2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010 **يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، الجريدة الرسمية، العدد46، المؤرخة في 18 أوت 2010.

(3)– محمد خليفة كرفة، المرجع السابق، ص71.

(4)– أنيسة بسكري، "**مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك"–دراسة مقارنة–**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، المجلد05، العدد02، 2021، ص28.

(5)– المرسوم التنفيذي رقم **06-306** المؤرخ في 10سبتمبر2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في03 فيفري2008، **يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية**، الجريدة الرسمية، العدد07، المؤرخة في 10 فيفري 2008.

العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفي في المادة 05 منه.

ثانيا- التعريف الفقهي للشرط التعسفي

لقد أحيط تعريف الشروط التعسفية باهتمام كبير من طرف الفقهاء، واختلفت وتعدّدت التعاريف حسب تعدد زوايا رؤية كل فقه؛ فهناك جانب من الفقه استند إلى تعريف الشروط التعسفية بالنظر إلى أطراف العلاقة العقدية، وهناك جانب آخر من الفقه قدّم تعريفا بالنظر إلى مصدر فرض هذا الشرط التعسفي، وجانب آخر ركز في تعريفه بالنظر إلى الآثار المترتبة على العلاقة العقدية وتوازنها.

أ- من حيث أطراف العلاقة العقدية

يعتمد جانب من الفقه في تعريف الشرط التعسفي بالنظر إلى أطراف العلاقة العقدية وهما المهني وغير المهني (المستهلك)، حيث عرّف بأنّه:"**الشرط الذي يفرض على غير المهني، المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لسلطته بفضل الحصول على ميزة مجحفة**" [1].

كما عرّفه في هذا السياق **أحمد محمد الرفيعي** بأنّه: " **كل شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة أو بما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي...**"[2].

وانطلاقا من هذا التعريف فإنّ الشرط التعسفي يكمن في التفاوت الكبير في المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية.

---

[1]- عبد الرزاق الوافي، جمال غريسي، "**الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها كآلية لحماية المستهلك في ضوء القانون 04-02**"، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، جامعة إليزي، المجلد06، العدد خاص، 2021، ص301.

[2]- مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، رسالة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014، ص37.

ب- من حيث مصدر فرض الشرط التعسفي

فقد عرّفه جانب من الفقه على أنّه:"**الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف ذو النفوذ الاقتصادي القوي، والّذي يخوله ميزة فاحشة على الطرف الآخر**"[1].

كما تم تعريفه أيضا بأنّه: " **كل شرط محرر مسبقا وبشكل منفرد من طرف المهني بعقد إذعان مبرم بينه وبين المستهلك، ويسبب لفائدة المهني عدم توازن مفرط في حقوق والتزامات الطرفين**".

فهذا التعريف الفقهي يصف الشرط التعسفي كونه محرر مسبقا من طرف واحد، بواسطة المهني الّذي يستعمل نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، ممّا يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي جراء هذا الشرط المحرر مسبقا، والذي يقتصر دور المستهلك فيه على قبول أو رفض الانضمام إلى العقد مطلقا.

ج- من حيث النظر إلى أثره على العلاقة العقدية وتوازنها

وهو ما أرادت بعض التعاريف إظهاره على أنّه: "**شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح يحدث خللا بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك، ويظهر في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المهني عن الطرف الآخر**"[2].

كما عرّف أيضا بأنّه:"**كل شرط في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك المترتبة على عقد الاستهلاك، وتتمثل في مكافأة هذا المهني بميزة فاحشة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد الآخر وهو المستهلك**".

وهناك جانب آخر من الفقه عرّفه بأنّه: "**ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو**

---

[1]- عبد الرؤوف ساكو، "**تحقيق التوازن العقدي إزاء الشروط التعسفية**"، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2018/2017، ص6.

[2]- مولود بغدادي، المرجع السابق، ص38.

يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقا لما تقتضي به العدالة التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي"[1].

ونجد في هذا التعريف ما يتطابق مع نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري التي تقر للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي بقولها: "**إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة** "[2].

ورغم اختلاف التعاريف باختلاف النظرة الفقهية لكل فقه، فيمكن القول أن الشرط التعسفي من شأنه إحداث اختلال في التوازن العقدي نتيجة تفوق طرف على حساب طرف آخر[3].

ثالثا- التعريف القضائي للشرط التعسفي

للقضاء دور كبير في تعريف الشرط التعسفي بحيث تضمنت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها تعريفا للشرط التعسفي، فقد ذهبت إلى أنّه:"**ذلك الشرط الذي من شأن وجوده أو أثر إلغائه أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت**".

وقد عرّفته محكمة النقض المصرية بأنّه:"**الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام**"[4].

غير أنّه وبالرجوع إلى القضاء الجزائري لا نجد ما يمكن من خلاله استخلاص موقفه حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي، ولعلّ السبب في ذلك راجع إلى كون المشرع الجزائري تطرّق إلى تحديد هذه المفاهيم ولم يترك المجال للقضاء[5].

---

[1]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص ص57-58.

[2]- الأمر رقم **58/75** المؤرخ في 26سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20جوان2005 **المتضمن القانون المدني**، الجريدة الرسمية، العدد44، المؤرخة في26جوان 2005.

[3]- عبد الرزاق الوافي، جمال غريسي، المرجع السابق، ص302.

[4]-عبد العزيز زردازي، "**مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك**"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد الرابع، أفريل2017، ص77.

[5]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص58.

الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي

تختلف العناصر التي يتضمنها الشرط التعسفي حسب اختلاف كل تعريف، فمن خلال التعريف السابق للشرط التعسفي والذي جاء به المشرع الجزائري في القانون رقم 04-02 المعدل والمتمّم المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في مادته الثالثة، نستخلص العناصر التي يتضمنها الشرط التعسفي، وهي أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان (أولا)، وأن يكون مكتوبا(ثانيا)، وأن يؤدي إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد (ثالثا).

أولا- أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان

عرّفت المادة3 الفقرة 4 من القانون رقم 04-02 عقد الإذعان على أنّه: «**كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه**»[1]، وبهذا خرج المشرع الجزائري عن المفهوم التقليدي للعقد المنصوص عليه في القانون المدني[2]، وهو ما يتفق مع المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 التي نصت على أنّه: «**يقصد بالعقد في مفهوم المادة03 من القانون رقم04-02 كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه**»[3].

وقد جرت العادة أن المشرع الجزائري، كان دائم على استعمال مصطلح«منتوج» بدلا من مصطلح سلعة، ويبدو أن مفهوم المنتوج أعم من مفهوم السلعة، والدليل على ذلك نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266[4]، والتي عرّفت المنتوج على أنّه: "**كل ما يقتضيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة**".

---

[1]- القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2]- محمد اليمين بلفروم، "**الرقابة الإدارية على الممارسات التعسفية في التشريع الجزائري**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسة، جامعة المسيلة، المجلد06، العدد01، جوان2021، ص1405.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم **90-266** المؤرخ في 15 سبتمبر1990، **المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات**، الجريدة الرسمية العدد40، المؤرخة في19سبتمبر1990.

كما أنّ المادة 2 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90[1] عرّفت المنتوج من جهتها بأنّه: "**كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات**".

وبناءا على ذلك يمكن القول أن السلعة تقتصر على المنقولات المادية سواء تلك التي تستهلك من أول استعمال لها كالغذاء، أو تلك التي تستهلك بعد مرور فترة من الزمن وهي السلع المعمرة كالسيارات والأجهزة المنزلية وغيرها[2].

ثانيا- أن يكون العقد مكتوبا

يعتبر عقد الإذعان مجالا رحبا للشروط التعسفية، وهو نوعان عقود إذعان: مكتوبة وعقود إذعان غير مكتوبة، وحتى نكون بصدد شرط تعسفي لابّد من وجود عقد مكتوب ومحدّد مسبقا، ولا يقصد بالكتابة أن تكون رسمية، وإنّما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في وثائق مختلفة سواء في شكل فاتورة، طلب شراء، سند ضمان أو وصل التسليم وغيرها[3].

وهو ما يتضح جليا من خلال المادة 3 الفقرة 4 السابقة الذكر التي نصت على أنّه:"...**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**"، وهذا الذكر جاء على سبيل المثال لا الحصر، فقد أوجب المشرع الجزائري في عقود الإذعان التي تكون مجالا للشروط التعسفية أن تكون محرر مسبقا، ممّا يستخلص أن الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري تقتصر على الشروط المكتوبة مسبقا دون تلك التي لم تكتب[4].

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم **90-39** المؤرخ في 30جانفي1990، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم01-315 المؤرخ في 16أكتوبر2001، **المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش**، الجريدة الرسمية، العدد61، المؤرخة في21أكتوبر2001.

[2]- محمد بودالي، "**الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة**،" دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2007، ص81.

[3]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص65.

[4]-محمد اليمين بلفروم، المرجع السابق، ص ص1405-1406.

ثالثا- أن يتسبب الشرط في الاختلال الظاهر لتوازن العقد

من خلال التعريف الذي أورده المشرع الجزائري للشرط التعسفي في المادة 3 الفقرة 5 من القانون رقم04-02، والّذي أكد فيه أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون من شأنه إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، وبالتالي نستنتج أنّ المشرع أخذ بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد لاعتبار شرط تعاقدي ما تعسفيا، متأثرا لما ذهب إليه المشرع الفرنسي عندما أخذ بنفس المعيار في المادة 132 الفقرة 1 من قانون الاستهلاك، والّذي نقله هذا الأخير عن التعليمة الأوروبية لسنة 1993، علما أن القانون الفرنسي كان يتبنى معياران آخران وفقا لقانون 10جانفي1978، وهما معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية ومعيار الميزة الفاحشة[1].

المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية

نص المشرع الجزائري في المادة 29 من القانون رقم 04-02 على أنواع الشروط التعسفية المبرمة بين المتدخل والمستهلك، وهي واردة على سبيل المثال لا الحصر، وهذا وإن دل على شيء قد يدل على توفير حماية أكبر للمستهلك، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الشروط التعسفية إلى شروط من شأنها تحقيق النفع للمهني (الفرع الأول)، وشروط تلحق ضرر بالمستهلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشروط التعسفية التي من شأنها تحقيق النفع للمهني

تعمل الشروط التعسفية التي تحقق نفع للمهني على تخفيف التزامات المهني، كما تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له، كاشتراط المهني على المستهلك الوفاء بالثمن ودفعه في تواريخ محددة كالعقود الخاصة بالأدوات الكهربائية المنزلية كجهاز التبريد، الثلاجة، المدفأة... وغيرها حيث يدرج في هذه العقود شرط مفاده أنّه على المستفيد الدفع في تواريخ محددة، وإذا لم يقم المستهلك بالدفع في إحدى هذه التواريخ دون إقامة دليل يعتبر العقد مفسوخا، وما دفع من

---

[1]- حنان مسكين، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري**"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، العدد التاسع، ديسمبر2017، ص ص56-57.

أقساط للمهني بمثابة تعويض له عن استعمال المبيع من قبل المستهلك، فمثل هذه الشروط تجعل المستهلك تحت قبضة المهني لذا يمكن أن يحكم عليها أنّها تعسفية.

السماح للمهني بإنهاء المدة المحدّدة للعقد دون إخطار سابق للمستهلك وداخل أجل معلوم، باستثناء في حالة وجود أسباب خطيرة.

الشروط التي تؤدي إلى إعفاء المهني أو الطرف القوي في العلاقة من الالتزامات التعاقدية أو الضمانات القانونية (كضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية)، كما هو الحال في العقود التي تتضمنها مكاتب السيارات وفي عقود بيع البطاريات، والشروط التي تؤدي إلى الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة التخلف عن الوفاء بالالتزامات التعاقدية، كما هو الحال في العقود التي تنظمها مكاتب السفر والسياحة[1].

الشروط المتعلقة بماهية محل العقد، عادة ما يحتفظ المهني لنفسه بحق تحديد ذلك المحل بإرادته المنفردة مع إمكانية تسليم شيء غير مطابق للمواصفات أو الاستخدامات المتفق عليها من ذلك مثلا: الشرط الذي يرد في عقد بيع أثاث منزلي وينص على أن الأشكال والأحجام المتعلقة بالأثاث والمطبوعة في الكتالوجات ليست ملزمة، وللبائع أن يدخل تعديلات على التصميمات من حيث الحجم أو الشكل بالزيادة أو النقصان دون أن يكون ذلك مرتبا لأي منشأ أو لأي التزام[2].

الفرع الثاني: الشروط التي تلحق ضرر بالمستهلك

ويتحقق هذا الضرر الذي يلحق بالمستهلك جراء شروط تعمل إحداهما على تثقيل التزامات المستهلك، ومثال ذلك: الشروط المتعلقة بعبء المخاطر، واشتراط الناقل على الشاحن (المستهلك) أن يتحمل وحده تبعة المخاطر من لحظة الشحن حتى ميناء

---

(1)– وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، "**الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية**"، مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2013/2012، ص ص30–31.

(2)– العيد بورنان، "**الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة**"، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2020/2019، ص128.

الوصول، رغم أن نظرية المخاطر في القانون المدني تلقى بالمسؤولية على الهلاك محل العقد على المدين الملتزم بتنفيذ العقد.

وشروط أخرى تؤدي إلى حرمان المستهلك من بعض الحقوق الممنوحة له، كالشروط المتعلقة بالخاصية المحددة للثمن، فإنّ هناك من الشروط ما توضع من أجل ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمتدخل رغم أنّه محل التزام المستهلك، بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من جانب الطرف الآخر[1].

الشروط المتعلقة بموعد تسليم المبيع، إذا رجعنا إلى ما جرى عليه العمل في إبرام عقود البيع، نجد أن الشروط التعاقدية التي تتكرّر في مجال بيع السلع النمطية تّتجه إلى وضع تواريخ تقريبية من شأنها استبعاد المسؤولية عن التأخير في تسليم المبيع ومن ذلك مثلا: الشرط الذي يرد في عقود بيع السيارات وينص على أنّه: "**بسبب تغيير الظروف التي تؤثر على الإنتاج فإن عملية التسليم المحددة في العقد ليست ملزمة وإنّما هي مهلة إرشادية**"[2].

المطلب الثالث: معايير الشرط التعسفي ومجال تطبيقه

أدّت التطورات التشريعية التي مست مفهوم الشرط التعسفي إلى تعدّد معايير تقديره، بعد أن كان القاضي يعتمد في إصدار حكمه على معيار تقليدي وتقدير ما إذا كان الشرط المدرج في عقد الإذعان تعسفيا أم لا، وهو معيار العدالة، إلاّ أن هذا الأخير لم يعد يتماشى مع التطور التشريعي للشرط التعسفي، ممّا أدى إلى ظهور معايير أخرى يتحدّد وفقها الطابع التعسفي للشرط، وعليه نتطرّق إلى تحديد معايير الشرط التعسفي (الفرع الأول)، ثم تبيان مجال تطبيقه (الفرع الثاني).

---

[1]– وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، المرجع السابق، ص31.

[2]– منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**"، مذكرة ماستر، فرع قانون عام، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، السنة الجامعية 2020/2019، ص36.

الفرع الأول: معايير الشرط التعسفي

أدت القواعد المستحدثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية إلى ظهور عدة معايير والتي يتحدد وفقها الطابع التعسفي للشرط، ومن أهمها معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (أولا)، ثم معيار الميزة المفرطة (ثانيا)، ومعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد (ثالثا)، وصولا إلى موقف المشرع الجزائري لتحديد الشرط التعسفي (رابعا).

أولا- معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

حتى يكون الشرط تعسفيا اشترط المشرع الفرنسي أن يكون هذا الشرط مفروضا على المستهلكين، بسبب تعسف المحترف في استخدام نفوذه الاقتصادي.

لكن هذا المعيار تعرض للانتقاد، لأنّه غامض جدا، فصحيح أنّه لفرض شرط فاحش يجب أن يكون النفوذ، لكن النفوذ ليس مرادفا للقوة، فهناك حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك، لأنّه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية[1].

كما أنّ المحترف في فرض شروطه على الطرف الضعيف يستند إلى قوته في السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها اقتصادية، نظرا لكونه معتاد على إبرام العقود وعلى دراية تامة بما يترتب عنها من حقوق والتزامات، كما أنّه يملك من الوسائل ما يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، الأمر الّذي يساعده على إملاء شروط يراها مناسبة لمصلحته على حساب الطرف الآخر، لذلك يعتبر معيار القوة الاقتصادية غير ذي جدوى، وقد أخذ على المشرع الفرنسي اختياره لهذا المعيار[2].

---

[1]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص ص67-68.

[2]- نجاة عبيد، "**سلطة القاضي في تعديل العقد**"، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015، ص67.

ثانيا- معيار الميزة المفرطة

الميزة المفرطة والمتجاوزة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد، هو عنصر موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمهني كيفما كان نوع هذه المزايا، ويعرّفها الفقيه"GIAME" على أنّها المقابل المغالى فيه، وذلك بواسطة شرط أو عدّة شروط تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري، فلكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا، فإنّه يجب أن يكون معروضا بواسطة استعمال النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة، على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة مفرطة من جهة أخرى لصالح المتدخل[1].

وتجدر الإشارة أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بمناسبة التعاقد لا تتعلق بالطابع المالي فقط، إضافة إلى الشروط المتعلقة بثمن وشرط التقسيط، فإنّ الشرط التعسفي قد يرد على نظام تنفيذ الالتزامات التعاقدية وكيفية فسخ العقد أو تجديده، كما يمكن أن يرد على نظام تسليم الشيء محل العقد وغير ذلك، كما أنّه يعطي مزايا لأحد أطراف العقد إذ أنّه من الممكن أن يكون أحد الشروط موجها لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن للعقد في مجمله[2].

تجدر الإشارة إلى أن المعيار الثاني(الميزة المفرطة)، يعتبر نتيجة للمعيار الأول (تعسف القوة الاقتصادية)، ذلك أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها المتعاقد المحترف هي نتيجة القوة الاقتصادية التي يتمتع بها.

وما يؤخذ على هذا المعيار نظرته المادية، فبالرغم من وجود الكثير من الشروط ذات الطابع المالي إلاّ أن هناك شروط أخرى ترد في العقد ليس لها طابع مالي، لأنّها مؤثرة في العقد كالشروط المتعلقة بزمان ومكان تسليم المنتوج[3].

---

[1]- العيد بورنان، مرجع سابق، ص123.

[2]- وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، مرجع سابق، ص28.

[3]- نجاة عبيد، المرجع السابق، ص68.

ثالثا- معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد

ظهر هذا المعيار بعد صدور التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وقد أخذ به المشرع الفرنسي في تعديل سنة 1995، ويتحقق الشرط التعسفي عندما يؤدي إلى الإخلال بين التزامات وحقوق أطراف العلاقة العقدية، والعبرة بكامل الشروط فقد نجد شرطا يمنح الميزة للعون الاقتصادي، وشرط آخر للمستهلك ممّا يحقق التوازن العقدي[1].

غير أنّه يرى بعض الفقهاء أن هذا العنصر لم يحدث أي تغيير من حيث الموضوع، بمعنى أن العنصر الجديد ليس إلاّ ترديدا لمعيار الميزة المفرطة، والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية، إلا أنّه وجه انتقاد لهذا الرأي على أساس أن الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد يختلف عن الغبن في عدة جوانب:

- عدم التحديد عدم التكافئ بحد معين، هذا عكس الغبن الذي يتحقق إذا بلغ خمس.
- عنصر الإخلال الظاهر لا يقتصر على الثمن فقط، بل يمتد لمختلف الشروط التي يتضمنها العقد.
- إن هذا العنصر لا يقتصر على مزايا مالية فقط، وإنّما يشمل على مزايا غير مالية.

وفضلا عن ذلك، فإنّ هذا النظام الذي استمّد من التعليمة الأوروبية وضع لمكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد، وليس من أجل ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة، وهذا ما دفع المشرع الفرنسي إلى إضافة الفقرة 07 إلى المادة132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي نصت على أنّ تقدير الطابع التعسفي لا يقع على تحريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل سعر المال المبيع أو الخدمة المقدمة[2].

رابعا- موقف المشرع الجزائري لتحديد الشرط التعسفي

لقد تبنى المشرع الجزائري موقف المشرع الفرنسي وأخذ بمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد في تعريفه للشرط التعسفي في نص المادة 3 الفقرة 5 من

---

[1]- محمد اليمين بلفروم، مرجع سابق، 1405.

[2]- وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، مرجع سابق، ص29.

القانون رقم04-02 والتي نصت على أنّه: "**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**"[1].

فهذه المادة حددت المعيار الذي يمكن من خلاله التعرف على الشرط التعسفي، وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات المتعاقدين، وهو نفس المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الحالي بعدما كان يأخذ بمعيار التفوق والميزة الفاحشة في قانون 1978[2] .

الفرع الثاني: مجال تطبيق الشرط التعسفي

ينحصر مجال تطبيق الشروط التعسفية في العقود التي تتسم بالطابع التعسفي، ويتضح ذلك صراحة من خلال موقف المشرع الجزائري، والّذي اعتبره في نص المادة3 الفقرة 4 من القانون رقم 04-02 عقد يبرم بطريقة الإذعان، وللتفصيل أكثر سنتطرق إلى تعريفه (أولا)، ثم تبيان خصائصه(ثانيا)، وكذا تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان (ثالثا)، لنصل في الأخير إلى موقف المشرع الجزائري (رابعا).

أولا- تعريف عقد الإذعان

لم يتفق الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، ويتضح هذا من خلال التعريف الذي جاء به كل من الفقه العربي والفرنسي على وجه التحديد، ويعرّفه الفقيه ساليهSaleilles الذي يجمع الفقهاء أنّه صاحب أول فكرة للإذعان بأنّه:"**محض تغليب لإرادة واحدة تعترف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة، وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد لا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد**"[3].

---

[1]- نجاة عبيد، المرجع السابق، ص71.

[2]- الشريف يحياوي، "**سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية**،" مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة تامنغست، العدد الثاني، جوان2014، ص107.

[3]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص41.

كما يعرّفه الفقيه "**جور برليوز**" بأنّه: "**العقد الذي يتم تحديد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا، بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية**"[1].

وعرّفه الأستاذ خليل أحمد حسن قدادة على أنّه: "**العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة سلفا يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، على أن يكون موضوع العقد محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنه**".

وعرفه الأستاذ علي فيلالي على أنّه: "**عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلاّ رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي**"[2].

ولعلّ أبرز تعريف فقهي يمكن اعتماده هو الذي يصف هذا العقد، بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدي الذي يضعه الموجب، ولا يقبل المناقشة.

وتسمى عقود الإذعان عند الفرنسيين بعقود الانضمام، لأن من يقبل العقد ينظم إليه دون مناقشة هذا بالنسبة للفقه، أما بالنسبة للتشريع فمعظم التشريعات العربية قد تعرضت لعقد الإذعان ولكن دون إعطاء تعريف محدد لهذه العقود، بل أوردت كيفية حصول القبول فيها[3] وهذا ما جاءت به المادة 70 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنّه: "**يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر الموجب ولا يقبل المناقشة فيها**"[4].

ثانيا- خصائص عقد الإذعان:

يتميز عقد الإذعان بعدة خصائص تميزه عن بقية العقود، وهي:

---

[1]- أحمد خليل، "**دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني**"، مذكرة ماستر، تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2016/2015، ص28.

[2]- نجاة عبيد، مرجع سابق، ص ص52-53.

[3]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص42.

[4]- الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

– أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة تعد من الضروريات الأساسية ليس بالنسبة للفرد فقط ولكن بالنسبة للجمهور، فالاحتكار لا يكون إلا بشأن سلعة أو خدمة لا يمكن لهؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم دون أن يلحقهم أذى ومشقة.

– يجب أن يكون أحد طرفي العقد في موضع اقتصادي خوله احتكارا قانونيا أو فعليا يعطيه القوة الاقتصادية بصورة واضحة مقارنة مع المتعاقد الآخر، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة بينه وبين غيره في تقديم السلعة أو الخدمة محدودة النطاق بسبب تفوقه الاقتصادي.

– فالطرف القوي أي الموجب يضع وحده شروط العقد سلفا، ولا يقبل المناقشة فيها فإمّا أن يقبلها المتعاقد الآخر برمتها أو يرفضها ككل، وهو غالبا ما يضع شروطا تخدم مصلحته.

– عمومية الإيجاب، أي أن الإيجاب في عقد الإذعان يكون موجه إلى الجمهور عامة أو فريق منه تتوفر فيه صفات معينة وليس عرضا موجها إلى شخص معين بذاته، وأن ينشر هذا الإيجاب بحيث يكون في وسع الجمهور الاطلاع عليه وبشروط مماثلة على الدوام.

ويكون القاضي أمام عقد إذعان إذا توافرت في العقد محل النزاع جميع الخصائص السابقة، فإن لم تتوافر مجتمعة لا يعتبر هذا العقد عقد إذعان[1].

ثالثا– الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، فاعتبرها البعض مركز قانوني منظم (النظرية الغير تعاقدية أو اللائحية)، ورأى البعض الآخر أنها عقود كسائر العقود الأخرى (النظرية التعاقدية) تتم بتطابق إرادتي طرفيها.

أ– النظرية الغير تعاقدية أو اللائحية:

يتزعم هذه النظرية فقهاء القانون العام، وقد أنكروا إعطاء وصف العقد على عقد الإذعان ورأوا أنّه عبارة عن مركز قانوني منظم تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب، فتكون بمثابة قانون أو لائحة ممّا يبعد وصف العقد عنه، لما يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه، وكذا حرية إبرامه، ذلك أن الضرورات الاجتماعية تمنح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة

[1]– نجاة عبيد، مرجع سابق، ص ص54–56.

التنظيم، فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم[1]، فهو يجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة، فتلك الإرادة المنفردة في عقود الإذعان هي مصدر الرابطة أو العلاقة القانونية[2].

ب- **النظرية التعاقدية:**

يبدو أن الاتجاه الآخر القائل بعقدية عقد الإذعان هو الّذي انتصر أخيرا، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد، حتى وإن لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية، وأنّه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن، فإنّه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده، وبالتالي فإنّ القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي وصحيح، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة[3].

رابعا- موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان

أما المشرع الجزائري فقد كان موقفه حاسما حول تحديد طبيعة عقد الإذعان، إذ أضفى عليه الصفة العقدية من خلال نص المادة 70 من القانون المدني السابق ذكرها، والتي أقرت حصول القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة وضعها المتعاقد الآخر، ولا يقبل مناقشتها.

ونرى في هذا الصدد أن عقد الإذعان هو عقد مثل باقي العقود يقوم على الإيجاب والقبول، غير أنّ ما يميزه عن بقية العقود الأخرى هو حاجة المتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة ضرورية ليس بالمقدور الاستغناء عنها، لذلك يجد الطرف المذعن نفسه مضطرا لقبول الإيجاب، فرضاءه في الحقيقة موجود ولكنه مفروض عليه.

فالمشرع الجزائري استعمل عبارة "**شروط مقررة**" لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه وقد يتعسف في ذلك، واستعمل مصطلح "**التسليم**" لإبراز ضعف الطرف المذعن[4].

---

(1)- جيلالي بن عيسى، أمين بن قردي، "**عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن**"، المجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، جامعة إليزي، المجلد01، العدد01، ديسمبر2019، ص5.

(2)- منال بوبصلة، ريحان بن ساولة ، مرجع سابق، ص ص46-47.

(3)- محمد بودالي، مرجع سابق، ص ص15-16.

(4)- نجاة عبيد، مرجع سابق، ص ص57-58.

خلاصة المبحث التمهيدي:

بعد البحث في ماهية الشروط التعسفية في إطار هذا المبحث، الّذي تم من خلاله التعرض إلى مجمل التعريفات التي وردت بخصوص الشرط التعسفي سواء كانت تشريعية أو فقهية أو قضائية، لتحديد مفهوم الشروط التعسفية، وهي تلك الشروط التي يضعها الطرف القوي ذو النفوذ الاقتصادي على الطرف الضعيف ويذعن لها ويقبلها دون مناقشتها تلبية لحاجياته الماسة، وميّزنا في أنواعها بين الشروط التي من شأنها تحقيق نفع للمهني والشروط التي تلحق ضرر بالمستهلك، كما بينا أهم معايير تحديدها والانتقادات التي وجهت إليها، وبيّنا موقف المشرع الجزائري إثر تبنيه لمعيار الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد إضافة إلى حصر مجال الشرط التعسفي في عقود الإذعان نتيجة لتسليم القابل بالشروط التي يضعها الموجب وقبولها دون مناقشتها.

الفصل الأول

دور القضاء المدني في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

الفصل الأول: دور القضاء المدني في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

يعتبر القانون المدني سباقا لمعالجة الشروط التعسفية في المادة 110محاولة منه في توفير حماية فعالة للمستهلك من العلاقة التعاقدية الناتجة عن استغلال العون الاقتصادي لجهل وضعف الطرف الآخر، ومن أجل مقاومة ظاهرة التعسف عمل المشرع الجزائري على تكريس آليات عديدة للحد من الشروط التعسفية انطلاقا من القواعد العامة المقرّرة في القانون المدني والتي تتضمن مجموعة من المبادئ القانونية، كما منح للقضاء إمكانية التدخل في الرابطة العقدية لحماية المستهلك عند تعاقده مع الطرف القوي، ويظهر ذلك جليا في الصلاحيات المنوطة للقاضي المدني التي خوله إياها القانون المدني الجزائري في المواد 110و112، وعليه سنحاول من خلال هذا الفصل تسليط الضوء على الدور المهم الذي يمكن أن تلعبه المبادئ والقواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية (المبحث الأول)، لنتطرّق بعدها إلى صلاحيات القاضي المدني في مواجهة الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: المبادئ والقواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية

نظرا للتفاوت الاقتصادي والمعرفي الذي يطبع أطراف العلاقة التعاقدية، والّذي مكن الطرف القوي اقتصاديا بفرض شروط تعسفية مجحفة في حق الطرف الضعيف، والتي تتنافى مع مصلحته، أضحى من الضروري البحث عن حماية هذا الأخير من مظاهر التعسف والإجحاف التي يتعرض لها نتيجة لعدم درايته وخبرته للقوانين،وعليه ارتأينا الرجوع إلى أحكام القانون المدني للبحث عن التقنيات الكفيلة لمقاومة الشروط التعسفية إذ نجده قد تضمن مجموعة من المبادئ القانونية والقواعد التقليدية التي يمكن أن يساهم إعمالها في الحد من الشروط التعسفية، وهذا ما سنحاول تبيانه من خلال التطرّق إلى المبادئ القانونية في (المطلب الأول)، ثم نتناول القواعد التقليدية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ القانونية

بالرجوع إلى التشريع الجزائري عموما، فإنّنا لا نصادف فيه مبدأ عام يضمن بشكل مباشر توازن العقد إلاّ أن القواعد العامة في القانون المدني تضمنت مجموعة من المبادئ القانونية التي يمكن أن يساهم إعمالها في محاربة الشروط التعسفية، وهذا ما سنحاول تسليط الضوء عليه من خلال هذا المطلب، بالتطرّق إلى دور المبادئ القانونية في مقاومة الشروط التعسفية على ضوء القانون المدني، والمتمثلة أساسا في مبدأ استقلالية سلطان الإرادة (الفرع الأول) ومبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مبدأ استقلالية سلطان الإرادة

لمواجهة الشروط التعسفية أضحى البحث عن الحماية أو بعبارة أخرى البحث عن فكرة التوازن وعدم التعسف في ظل القواعد العامة في القانون المدني أمرا إلزاميا، حيث نجد مبدأ سلطان الإرادة أو ما يعرف بمبدأ الحرية العقدية من أهم المبادئ المستقر عليه في نطاق المعاملات التعاقدية، وعليه سنحاول من خلال هذا الفرع التطرّق إلى المقصود بمبدأ استقلالية سلطان الإرادة (أولا)، وبعد ذلك تبيان دور هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي (ثانيا).

أولا- المقصود بمبدأ استقلالية سلطان الإرادة

يرتكز هذا المبدأ في جوهره على أنّ الإرادة هي أساس العقد وجوهره، إذ لها الحرية في إبرام ما تشاء من عقود، وكذا تحديد الآثار القانونية التي تنجر عنها من حقوق والتزامات، كما لها السلطة وحدها في تعديل هذه الآثار أو إلغائها، وهذا ما يعرف بمبدأ الحرية العقدية.

وفي ظل هذا المبدأ فإن دور التنظيم القانوني في العملية التعاقدية لا يغدو سوى أن يكون مكمل لإرادة الأطراف المتعاقدة في حالة عدم حصول اتفاق بينهم على بعض بنود العقد أو شروطه، وأما القواعد الآمرة فلا تأتي إلاّ على سبيل الاستثناء في نطاق حماية النظام العام والآداب العامة[1].

وقد تلازم هذا المبدأ مع ظهور النظام الرأسمالي، لما يرى أنصاره من أن الإرادة هي أساس القانون وأساس العقد، ومنه اعتبار الفرد هو المحور الذي يرتكز عليه القانون، كما أن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار بإبرام ما يشاؤون من العقود، وتضمينها ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وهو شريعتهم، فتتولد عنهم حرية إبرام العقود، وبالتالي التسليم بمبدأ الرضائية، والّذي يعني تحرير التعبير عن الإرادة من كل قيد، وعليه لا يمكن للقاضي ولا للقانون التدخل في الحياة التعاقدية للأفراد مادام مبدأ سلطان الإرادة واستقلالها بذاتها يحكم تكوين العقد وتنفيذه معا، إلاّ أن التمسك بهذا المبدأ وإعماله في إبرام العقود أكد عن عدم قدرته على حماية الطرف الضعيف في العقد، أضف إلى ذلك أنه قيد كثيرا من دور القاضي لإعادة التوازن العقدي، ليظهر للعيان أن الأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ لا تسمح بتحقيق التوازن بين أداءات الأطراف منها[2].

ثانيا- دور مبدأ استقلالية سلطان الإرادة في تحقيق التوازن العقدي

ويقضي مبدأ سلطان الإرادة بأن إرادة الفرد وحدها تكفي لإبرام العقد وتحديد الآثار القانونية المترتبة عليه من حقوق والتزامات، ولا يحد من حريته في ذلك سوى اعتبارات النظام العام

---

[1]- صونية شرقي، "**حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية**"، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2018/2017، ص51.

[2]- مولود بغدادي، مرجع سابق، ص68.

والآداب العامة، فالإرادة هي جوهر الالتزام التعاقدي وأساسه وهي في الوقت نفسه الضمانة الكافية لتحقيق توازن العدالة العقدية على اعتبار أن إرادة الإنسان لا يمكن أن تنشئ إلاّ بما يحقق ويخدم مصلحته، ومن ثما فالالتزامات المتولدة عن تلك الإرادة أيا كان موضوعها ومهما كان أثرها لا يمكن أن تكون إلاّ منصفة وعادية في حقه[1]؛ والعقد الناتج عن توافق إرادتين حرتين يستمد قوته من هذه الإرادة وليس من إقرار القانون لها[2].

وفي الأخير ومن خلال الوقوف على مبدأ الحرية العقدية، يتضح قصور هذا المبدأ وعدم نجاعته وفعاليته في توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقد في مواجهة الشروط التعسفية التي تنال من عدالة التعاقد، وتجعل العقد غير متوازن لمصلحة الطرف القوي فيه نتيجة انفراده بصياغة بنود التعاقد دون أن تكون للمستهلك فرصة مناقشة هذه الشروط، والّذي يجد نفسه وبدافع حاجته الماسة لمحل التعاقد مجبرا على القبول بهذه الشروط التعسفية[3].

يرسخ هذا المبدأ في الواقع قانون الأقوى اقتصاديا وتقنيا، ولا يوفر الحماية اللازمة للطرف الضعيف، ممّا يجعل من هذا المبدأ يكون قاصرا عن تحقيق التوازن العقدي المنشود، ويساعد أيضا في انتشار الشروط التعسفية في العقود، لذا سعت أغلب التشريعات إلى الحد من تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه ووضعه في حدود معينة لا يجوز تخطيها[4].

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية

يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ القانونية المستقر عليها في مجال المعاملات العقدية التي تتسم بالطابع الأخلاقي إلى جانب أحكام القانون المدني، ويمكن للقاضي الاعتماد عليها لتوفير البعض من الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، وإن كانت في حدود ضيقة سواءا للمستهلك أو غيره من المتعاقدين الضعفاء، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال التطرّق إلى

---

(1)– صونية شرقي، المرجع السابق، ص51.

(2)– مولود بغدادي، جغلول زغدود، "**أثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على المبادئ والنظريات العامة للتعاقد**"، مجلة معارف، جامعة البويرة، المجلد16، العدد01، جوان2021، ص206.

(3)– صونية شرقي، المرجع السابق، ص ص51–52.

(4) – مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص70.

تعريفه (أولا)، ثم إبراز دوره في مواجهة الشروط التعسفية (ثانيا)، وصولا إلى كيفية تطبيق مبدأ حسن النية للحد من الشروط التعسفية (ثالثا).

أولا- تعريف مبدأ حسن النية

بالرجوع إلى القانون نجده خلى من النص على تعريف مبدأ حسن النية، وهو الأمر ذاته بالنسبة إلى أغلب القوانين المقارنة، إذ اكتفى المشرع بالإشارة عليه من خلال نص المادة107 الفقرة1 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنّه:"**يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية**"[1]؛ وهذا ما دفعنا بالرجوع إلى الفقه لإيجاد تعريف له.

حيث عرّف على أنّه: "**التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة اللتين أنشئ من أجلهما، والتزم بهما كل من طرفي العقد، بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق حقه بأمانة**"[2].

ويقصد به النية الصادقة الخالية من الغدر والخداع، وهو القصد السوي أو الصراحة فالنية الحسنة تصد سوء النية والغش وأي رغبة في الإضرار بالغير، وهذا المبدأ بصفة عامة له مفهوم واسع يعبر عن كل إحساس بالأمانة واستقامة الضمير.

وبمعنى آخر هو الابتعاد عن تعمد الإضرار والغش والتعسف اتجاه الطرف الآخر، وعدم الإهمال والتقصير في أداء الواجب اتجاهه، وأيضا الاستقامة والصراحة والتعاون في تنفيذ العقد[3].

ويعود مبدأ حسن النية إلى عهد القانون الروماني، إذ كان الشخص يلزم بالوفاء بما تعهد به، ولا يمكنه الإخلال بالثقة والأمانة، وإلاّ اعتبر مرتكبا لعمل يدخل في نطاق الغش والخديعة وقد ابتدع "**الريتور**" جزاء لمن أخل بذلك، فمنح الدائن دعوى تؤسس على حسن النية (العادات التي تسود بين الناس الشرفاء)، وعرف هذا النوع من الدعاوى بدعاوى حسن النية

---

(1)- الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

(2)- أحمد بورزق، "**الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد06، العدد01، جوان2021، ص573.

(3)- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص106.

وإذا كان هذا المبدأ لا يشمل كافة العقود في القانون الروماني، أين قسمت العقود إلى عقود القانون الضيق والتي تنفذ حرفيا وعقود حسن النية؛ فإنّه في القانون الحديث مبدأ حسن النية يسود تنفيذ العقود جميعا بما في ذلك عقود الاستهلاك[1].

ومن أهم مظاهر حسن النية على الصعيد القانوني هي الأمانة في إبرام العقود وفي تنفيذها، والتعاون بين المتعاقدين حتى يصلا بعقدهما إلى أفضل نتيجة وأحسن غاية كان قد توخاها معاً عند إقدامهما على التعاقد، إلى جانب الثقة المشروعة بحيث يكون المتعاقدين على قدر من النقاء والنزاهة والشرف بما يضفي على المعاملة التعاقدية ثقة متبادلة، إضافة إلى ضرورة انتقاء ما يعرف بالتعسف في استعمال الحق الذي قد يمارسه أحد المتعاقدين، ومن ثما الخروج بالحق عن حدود حسن النية[2].

وبالتالي إذا تعامل المتعاقد بما يخالف حسن النية كأن تكون أفعاله صادرة عن سوء نيته، سواء كانت سلبية مثل امتناع البائع عن إعلام المشتري بعيوب المبيع الخفية، وإمّا تكون إيجابية مثل إدراج شرط تعسفي في العقد المبرم بين المتدخل الاقتصادي والمستهلك، بحيث يسعى المتدخل الاقتصادي من خلال هذا الشرط إلى الحصول على ميزة فاحشة، وبالنتيجة إلحاق ضرر بالمستهلك[3].

ويعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تسري على جميع العقود، والتي أخذها المشرع الجزائري بعين الاعتبار عند وضعه للقواعد القانونية، وأدخلها كعنصر أخلاقي في القانون الوضعي بهدف تحقيق التكامل بين القانون من جهة والأخلاق من جهة ثانية، وقد يعمل هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على شروط العقد، ويسمى في هذه الحالة بمبدأ حسن النية قبل التعاقد، كما يعمل هذا المبدأ على مراعاة التوازن العقدي لحقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية أثناء تنفيذ شروط وبنود العقد، ويسمى في هذه الحالة بمبدأ حسن النية التنفيذي[4].

---

[1]– العيد بورنان، مرجع سابق، ص170.

[2]– خالد معاشو، "**دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**"، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 45، قالمة، السنة الجامعية 2016/2015، ص102.

[3]– العيد بورنان، مرجع سابق، ص171.

[4]– أحمد بورزق، المرجع السابق، ص ص573–574.

ثانيا- دور مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية

استخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الاستهلاك، من خلال النص على أهميته في التعامل مع ظاهرة اختلال التوازن العقدي، على نحو يضمن تمثيل مصالح طرفي العقد وضمان التوازن العقدي فيما بينهما، لذا جاءت المادة03 من التوجيه الأوروبي رقم: 13 لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، لتقضي ببطلان الشرط التعسفي متى خالف هذا الشرط مبدأ حسن النية، وذلك عن طريق خلق حالة عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد[1].

وجاءت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي نصت في الفقرة 2 منها على أنّه: "**يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية**"، وكذا المادة 242 من القانون المدني الألماني التي نصت على أنّه: " **يكون المدين ملزما بتقديم الخدمة كما يفرضه ذلك حسن النية، بالنظر إلى العادات المعترف بها في مجال الأعمال**"[2].

فجاءت المادة 242 من القانون المدني الألماني، والتي نصت على مبدأ حسن النية بوصفه مبدأ عام بشرط أن لا يؤدي إعماله إلى المساس باستقرار المعاملات، حيث نجد المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود الأشد وقعا، وذلك عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء نيته، كما منحت المادة 10 من قانون 9ديسمبر1976 والمتعلق بالشروط العامة للعقود سلطة تقديرية واسعة للقضاء في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي، والعمل على تحقيقه لما تكون بصدد الفصل في منازعات قضائية يتعلق موضوعها بمكافحة تلك الشروط المدرجة في العقد، وفي ذات السياق نصت المادة 09 من نفس القانون على تحديد معنى الشروط العامة بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية.

---

[1]- أحمد بورزق، المرجع السابق، ص ص574-575.

[2]- سليمة أحمد يحياوي، "**آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**"، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011/2010، ص25.

في حين نصت المادة221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنّه:" **إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا حسن النية والإنصاف والعرف**".

وهناك من يرى أن هذا النص وإن كان يندرج تحت عنوان آثار العقد، إلاّ أن تطبيق مبدأ حسن النية الّذي كرسه لا يقتصر على مرحلة التنفيذ والتفسير فقط، بل يتعدى ذلك إلى مرحلة إنشاء العقد، لأن المشرع نص صراحة على أن العقود يجب أن تفهم comprises وفقا لحسن النية، ومن المنطقي أن العقود تفهم عند إنشائها وتكوينها.

وبالتالي وحسب التحليل المذكور أعلاه للمادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني والذي نؤيده فإن مبدأ حسن النية كآلية عامة يسمح للقاضي بإحاطة المستهلك بنوع من الحماية من الشروط التعسفية التي قد يحتويها عقد الاستهلاك من خلال إعادة التوازن له، والّذي أصبح مختلا بفعلها طالما أن إدراجها في العقد من طرف المحترف أثناء مرحلة التكوين كان وبدون شك بسوء نية، وأن سوء نية المحترف في ذلك تستخلص من قصده في الحصول على ميزة غير مبررة بدون مقابل[1].

هذا بالنسبة للتشريعات، أما بالنسبة للقضاء فنظرا لخلوه من القرارات التي استعانت بمبدأ حسن النية لإعادة التوازن العقدي، سنحاول الاستعانة بما جاءت به القرارات الفرنسية في هذا الشأن، والتي اعتمدت على مبدأ حسن النية لتقرير بطلان الشرط التعسفي إذ نجد قرار 6 ديسمبر 1986 الصادر عن الغرفة المدنية الأولى، وتتعلق وقائع هذه القضية بالسيدة M^{ME} FORILLIERE التي سجلت ابنتها في المدرسة الدولية للمضيفات الجويات، وهي مؤسسة تعليم خاصة وسجلت الطالبة لمدة 9 أشهر، وكانت استمارة التسجيل تتضمن شرطا واحدا ودقيقا يقضي بضرورة أداء مبلغ التسجيل السنوي دفعة واحدة، في حين جرت العادة في هذا المجال على أن يتم دفع هذا المبلغ بصفة دورية كل 03 أشهر.

حيث أن الطالبة FORILLIERE لم تحضر لمتابعة دراستها إلاّ حصتين خلال شهر أكتوبر وسبتمبر، فطالبتها المدرسة بأداء مبلغ التسجيل السنوي المتفق عليه، معتمدة في ذلك

[1]– العيد بورنان، مرجع سابق، ص ص172–173.

على مقتضيات العقد الواضحة التي تلزمها بذلك، في حين أن السيدة M^ME FORILLIERE تمسكت بأنّ هذا الشرط تعسفي، لأنّه يخرج عن العادة المتبعة في هذا المجال، والتي تقضي بالأداء الدوري لمبلغ التسجيل كل 03 أشهر.

وقد لوحظ بأن العادة هي دفع مبلغ التسجيل كل 03 أشهر، وعليه يعد تعسفيا الشرط الّذي يلزم بدفع مبلغ التسجيل سنويا، فحكمت محكمة باريس لفائدة السيدة M^ME FORILLIERE معتبرة أن الشرط الذي يخرج عن العادة المعمول بها في هذا المجال يعتبر تعسفيا وباطلا[1].

ثالثا– كيفية تطبيق مبدأ حسن النية للحد من الشروط التعسفية

يعتبر مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات أسمى ما في القواعد الأخلاقية من حيث مضمونه، فتنفيذ الالتزامات كلها بحسن نية يعني أنّه يجب على كل متعاقد تجنب الإضرار بمصلحة المتعاقد الآخر سواء عن طريق إيقاعه في غلط أو استغلال أو تدليس أو ممارسة سلطة الإكراه عليه، كما أن حسن النية يستوجب توفر عدة عناصر:

– انتقاء التعسف في استعمال الحق، وهذا المظهر يكون كنتيجة للنوايا الحسنة والصادقة بعدم الخروج بالحق إلى مظهره التعسفي؛ يقصد هنا النية الصادقة الخالية من الغدر.

– الخداع أو القصد السوي أو الصراحة، فالنية الحسنة تحد سوء النية والغش والرغبة في الإضرار بالغير، فهذا يعبر عن كل إحساس بالصدق واستقامة الضمير ويرسي روابط الثقة بين الأطراف المتعاقدة[2].

- **موقف المشرع الجزائري من مبدأ حسن النية كآلية للحماية**

نص المشرع الجزائري على مبدأ حسن النية في **المادة** 107 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري، والتي تقضي بتطبيق العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ويرى الأستاذ عبد الرزاق السنهوري أن في ذلك اعتراف للقاضي عندما يلزم المتعاقدين بتنفيذ العقد بأن يستوجب منهما تنفيذه بشكل يتفق مع ما يوجبه من حسن النية، فضلا عن استخلاص نهيه بمفهوم

---

[1]– سليمة أحمد يحياوي، المرجع السابق، ص ص26–27.

[2] – كنزة بوكلوة، فضة بوطرنيخ، "**مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود**"، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، السنة الجامعية 2018/2017، ص ص75–76.

المخالفة عن الغش في تنفيذ العقد، وذلك أنّ المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء محدد لعدم مراعاة مبدأ حسن النية.

ومن أجل إعادة التوازن العقدي لصالح الطرف الضعيف، نجد أن إدراج المهني لشرط تعسفي في عقد الاستهلاك ناتج عن سوء نيته، وهو ما يؤدي إلى القول بعدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي في القانون الجزائري[1].

المطلب الثاني: القواعد التقليدية

في إطار البحث عن الأحكام القانونية التي يستند عليها القاضي من أجل منح المستهلك حماية من الشروط التعسفية، نجد هناك تقنيات قانونية وردت ضمن الشريعة العامة يمكن للقاضي إعمالها من أجل تحقيق بعض الحماية للمستهلك، وذلك بإبطال الشروط التي تحمل في طياتها الطابع التعسفي، سنحاول من خلال هذا المطلب تسليط الضوء على الدور الذي يمكن أن تلعبه النظريات العامة في التعاقد في ضوء القانون المدني، والمتمثلة أساسا في نظرية السبب (الفرع الأول)، ونظرية الغبن والاستغلال (الفرع الثاني)، وأخيرا نظرية التعسف في استعمال الحق (الفرع الثالث).

الفرع الأول: نظرية السبب

تعد نظرية السبب من أعقد النظريات وأكثرها غموضا، نظرا للجدال الذي ثار بين الفقهاء بتحديد المفهوم القانوني للسبب، وعلى أساس ذلك ظهرت نظريتان لتحديد الماهية القانونية للسبب، وفيما يلي سنتناول البحث في مسألة الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب (أولا)، ثم موقف التشريعات عند الأخذ بنظرية السبب (ثانيا)، وكذا الاستناد إلى فكرة غياب السبب لإلغاء الشروط التعاقدية التي تتسم بالطابع التعسفي (ثالثا).

أولا- الاستناد التشريعي على إحدى نظريتي السبب

إنّ نظرية السبب وإن كانت من المسائل الشائعة والمعرفة ومن أكثرها تعرضا للدراسة والبحث إلاّ أنّها من المسائل الأكثر تعقيدا، ولعلّ مرد ذلك هو التنازع الفقهي الذي ثار حول السبب كأحد أركان العقد، وذلك أن هذا الأخير تحكمه نظريتين، **الأولى تقليدية** وهي نظرية

---

[1]- مولود بغدادي، جغلول زغدود، "**أثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على المبادئ والنظريات العامة للتعاقد**"، مرجع سابق، ص211.

موضوعية تجعل السبب في العقود التبادلية هو التزام كل من المتعاقدين، فكل التزام من أحد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر، والسبب في عقود التبرع وهو نية التبرع في حد ذاتها أي نية تسديد الجميل إلى المتبرع له، في حين يكمن السبب في العقود الملزمة لجانب واحد في تسليم المحل.

ولمّا كانت النظرية التقليدية تعتبر سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين إنّما هو محل الالتزام المقابل، فإنّ عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، ممّا يؤدي إلى بطلان العقد.

إنّ أهم نقد وجه للنظرية التقليدية يكمن في أنّها أخلطت بين السبب والمحل، إذ يقول Planyol أن العقد يحتوي على ركنين فقط، هما التراضي والمحل إلى جانب الشكلية في بعض العقود، وبالتالي كيف يمكن أن نكون بصدد ركن السبب في حين أن السبب والمحل ينشأ في وقت واحد.

ونتيجة للانتقادات التي طالت النظرية التقليدية ظهرت **النظرية الحديثة للسبب** التي ابتدعها الفقهاء الكنسيين في القرون الوسطى، والّتي ترى بأنّ السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد، والذي يختلف باختلاف العقود وباختلاف الأشخاص ويعتبر خارجا عن العقد[1].

ثانيا– موقف التشريعات من الأخذ بنظرية السبب

لقد تباينت التشريعات من حيث الميل لإحدى النظريات التي تحكم ركن السبب–**النظرية التقليدية والنظرية الحديثة**–، وهو ما يتيح الفصل في إمكان أو عدم إمكان إعمال فكرة غياب السبب لإلغاء بعض الشروط التعسفية في كل من هذه التشريعات، وذلك حسب النظرية التي أخذت بها.

نصت المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي على أنّه: "**الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع**".

يعد هذا النص أثرا من آثار الأخذ بالنظرية التقليدية في السبب، والتي كانت تشترط في السبب وجوب أن يكون صحيحا ومشروعا علاوة على اشتراطها أن يكون موجودا، ويعني هذا الشرط الأخير أنّ كل التزام يجب أن يكون له سبب، وأنّ كل التزام لا يكون له سبب، يكون

[1]– خالد معاشو، مرجع سابق، ص76.

التزاما غير قائم ولا أثر له، وأن قيام السبب يستمر في وجوده من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه[1].

فالسبب عند المشتري هو امتلاك السلعة أو الحصول على الخدمة، أما السبب عند البائع هو الحصول على ثمن السلعة أو الخدمة، فالسبب بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام، وهذه النظرية التي يتزعمها الفقيه الفرنسي "**كابيتان**" Capitant تشترط لقيام السبب أن يكون موجود وإلاَّ كان العقد منعدما، وأن يكون صحيحا غير صوري وألاّ يخالف النظام العام والآداب العامة.

وأصحاب هذه النظرية يميزون بين السبب وهو الغرض المباشر، وبين الباعث الذي يتمثل في الأسباب الشخصية البعيدة المبررة للسبب ذاته، والغرض المباشر هو الحصول على التنفيذ المقابل للالتزام (تقديم الثمن بقصد الحصول على التنفيذ المقابل المتمثل في السلعة أو الخدمة).

وعليه فعدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب ما يؤدي إلى بطلان العقد[2].

خالف المشرع الجزائري المشرع الفرنسي حينما تبنى النظرية الحديثة في السبب، باعتباره الغرض أو الغاية غير المباشرة التي يريد المتعاقد الوصول إليها من وراء التعاقد، وبهذا يصبح السبب في نظرها الباعث إلى التعاقد.

فبالرجوع إلى نص المادة 97 من القانون المدني الجزائري نجده لا يشترط في السبب إلاّ شرطا واحدا، وهو أن يكون مشروعا حيث نصت على أنّه: "**إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلا**"[3].

ويرى الأستاذ علي سليمان أن المادة97 المذكورة أعلاه أسندت السبب إلى العقد، ثم عادت المادة 98 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري لتسند السبب إلى الالتزام، لنجدها في

---

[1]– مولود بغدادي،"**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص83.

[2]– سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص101.

[3]– الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

المادة 98 الفقرة 2 أعادت إسناد السبب إلى العقد[1]، ويدّل هذا أن المشرع الجزائري أخذ بفكرة ازدواجية السبب، وهذا ما يفسر أنّه أخذ بالنظرية التقليدية والحديثة[2].

ثالثا- الاستناد إلى فكرة غياب السبب لإلغاء الشروط التعسفية

إنّ إمكانية استناد القاضي على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية يحتاج إلى اجتهاد فاصل بإمكانية ذلك أي بالتسليم بفكرة انعدام السبب.

أ/ موقف القضاء:

لم يناقش القضاء الجزائري هذه المسألة عكس القضاء الفرنسي، إذ ظهر اتجاه قضائي مدعما بجانب من الفقه طور بشكل كبير وظيفة السبب، بأن وسع مجال سبب الالتزام بتضمينه السبب الدافع الداخل في المجال التعاقدي، فأصبح يعتمد على غياب السبب لإبطال الشروط المفرطة التي من شأنها الحصول على ميزة مفرطة لمحرر الشرط[3].

ونذكر بهذا الصدد القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 19ديسمبر 1990، والذي قرّرت فيه محكمة النقض بطلان الشرط الذي يتم إدراجه في عقود التأمين، والّذي يقضي بأن الضمان لا يشمل إلا المطالبات التي توصل بها الشركة من خلال مرحلة سريان وثيقة التأمين، فبالنسبة لمحكمة النقض وبناء على نص المادة 1131 قانون مدني فرنسي والتي جاء فيها: " **يكون للأقساط التي يتم دفعها عن المرحلة الممتدة بين ترتيب عقد التأمين لأثاره وانتهائه مقابل هام وهو ضمان الأخطار التي تجد مصدرها في الواقعة التي تحدث خلال هذه المرحلة**"، وينتج عن ذلك أن الشرط الوارد في الوثيقة، والّذي يقضي بأن الضرر لا يكون مشمولا بالضمان إلاّ إذا كانت مطالبة المتضرر قد تمت خلال مرحلة سريان العقد، يحرم المؤمن له من الاستفادة من التأمين، ويخلق هذا الشرط مزية غير مشروعة مجردة من السبب لفائدة المؤمن الذي يكون قد حصل على أقساط بدون مقابل، وبالتالي اعتبار هذا الشرط كأن لم يكن[4].

---

[1]- مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص84.

[2]- سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص12.

[3]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص ص102-103.

[4]- مولود بغدادي،"**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص85.

كما نجد القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22 أكتوبر 1996 والذي تتلخص وقائعه فيما يلي:

سلمت شركة Banchereau في مناسبتين إلى شركة Chronopost المتخصصة في النقل السريع، طرودا تتضمن الرغبة في المشاركة في المزاد، إلتزمت Chronopost بإيصالها قبل ظهيرة اليوم الموالي من إرسالها، إلاّ أنّها لم تف بالتزامها وبناء عليه طالبت شركة Banchereau بتعويضها عن الأضرار الحاصلة لها من جراء هذا التأخير، ولدفع هذه الدعوى تمسكت Chronopost بشرط وارد في العقد يقضي بتحديد التعويض عن التأخير في استرجاع الزبون ثمن النقل الذي دفعه، وهو ما سار عليه قضاة الموضوع لمحكمةRennes (الغرفة الأولى، حكم30جوان1993)، غير أن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية نقضت القرار على أساس أن Chronopost قد أخلت بالتزامها الأساسي، والمتمثل في السرعة والثقة في أداء خدماتها، وهو ما يميزها عن الخدمات التي يقدمها قطاع البريد التقليدي، ويبرّر لها حصولها على ثمن مرتفع، وعليه فإن الشرط بتحديد المسؤولية الوارد في العقد يجب اعتباره غير مكتوب، ولا يحتج به في حالة التأخير، لأنّه يجرد الالتزام الأصلي من السبب، فسبب التزام الزبون بدفع ثمن يفوق الثمن العادي لنقل الطرود يجد سببه في التزام الناقل بإيصال الطرد بسرعة في أجل قصير سبق للناقل نفسه أن حدده برضاه، وبالتالي فالشرط الذي يقلص من التزام هذا الأخير في حالة التأخير، ويجعله محددا في استرجاع الزبون لثمن النقل، يفرغ الالتزام الأصلي من محتواه ويجعله بدون سبب، لذا اعتبرته المحكمة كأن لم يكن[1].

وبذلك اعتمد القضاء الفرنسي فكرة الغياب الكلي أو الجزئي للسبب في الحالات التي يكون فيها الشرط في عقد من العقود ليس له مقابل، وذلك بهدف معالجة عدم التوازن الذي يطبع العديد من العلاقات التعاقدية[2].

ب/ موقف الفقه من قبول نظريات السبب

يرى بعض الفقهاء عند تطرقهم لفكرة انعدام السبب أن غيابه لا يكون موجود في الغالب في العلاقات بين المحترفين والمستهلكين، إنّما الموجود هو عدم التساوي في التزامات المتبادلة

---

[1]– سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص ص15–16.

[2]– مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص85.

والقضاء لا يستلزم القول بوجود السبب أن تكون الالتزامات متوازنة، وعليه لا يمكن بطلان العقد غير المتوازن على أساس المادة 98 من القانون المدني الجزائري، فحتى يكون هناك غياب للسبب يجب أن يكون هناك انعدام حقيقي للمقابل[1].

الفرع الثاني: نظرية الغبن والاستغلال

تعتبر قاعدتي الغبن والاستغلال إحدى القواعد التقليدية التي جاء بها القانون المدني الجزائري، باعتبارها من الآليات التي كرّسها المشرع الجزائري لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وعليه نتناول مفهوم الغبن والاستغلال (أولا)، ثم نتطرّق للبحث في الاستناد التشريعي على إحدى النظريتين (ثانيا)، وكذا إبراز كيفية تطبيق نظرية الغبن والاستغلال في مواجهة الشروط التعسفية (ثالثا).

أولا- مفهوم الغبن والاستغلال

الغبن في اللغة هو النقص، ويقصد به اصطلاحا كون أحد العوضين في عقد المعاوضة غير متعادل مع الآخر، أي حالة عدم التعادل في الالتزامات المتقابلة التي يرتبها العقد، وبعبارة أخرى عدم التعادل بين ما يبذله المتعاقد وما يأخذه، وقد ينظر إليه من الناحية المادية، وهو ما يعرف بالغبن، وقد ينظر إليه من الناحية النفسية فيسمى استغلال[2].

والغبن في الفقه الإسلامي نوعان يسير وفاحش، **فالغبن اليسير** هو ما دخل تحت تقويم المقومين أي ما يتناوله تقدير الخبراء، وذلك في حدود عشرة في المائة مثلا، كشراء شيء بمائة ثم يقدره الخبير بخمسة وتسعون مثلا، وأما **الغبن الفاحش** فهو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين، أو تقدير الخبراء العارفين بأسعار الأشياء، كما هو الحال بالنسبة للغبن في بيع العقار الذي حدّدته بعض تشريعات الدول العربية، ومنها التشريع الجزائري بالغبن الذي يزيد عن الخمس[3].

---

[1]- مولود بغدادي، جغلول زغدود،"**أثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على المبادئ والنظريات العامة للتعاقد**"، مرجع سابق، ص ص221-222.

[2]- خالد معاشو، مرجع سابق، ص85.

[3]- العيد بورنان، مرجع سابق، ص162.

بينما الاستغلال فهو أمر نفسي إذ ينتهز أحد المتعاقدين حالة الضعف النفسي الموجود لدى المتعاقد الآخر، للحصول على مغانم صارخة تؤدي إلى عدم التعادل الشاسع بين الأداءات في العقد، إذا فالاستغلال هو عيب في الإرادة يتكون من عنصرين مادي ومعنوي وبالتالي فهو لا يقاس فقط بالتفاوت المادي بين أداءات المتعاقدين، بل يؤخذ في قياسه باعتبارات نفسية وشخصية للمتعاقد، وقيمة الشيء محل العقد بالنسبة إليه.

وفي كل من الغبن والاستغلال، فإنّ التفاوت المادي أو الاختلال المالي للعقد يظهر خلال تكوين العقد، حيث يمكن أن يتبين للطرف المغبون أو المستغل حجم الضرر الواقع له في بداية العملية التعاقدية، كما أن حجم الضرر يتم قياسه من طرف القاضي على أساس قيمة الشيء عند التعاقد وليس بعده، ولو بفترة وجيزة طبقا للمادتين 358و732 من القانون المدني الجزائري حيث جاء فيهما صراحة أن العبرة في تقدير حجم الضرر المادي يكون بقيمة الشيء وقت التعاقد[1].

ثانيا- الاستناد التشريعي على نظريتي الغبن والاستغلال

إن الاستغلال أمر نفسي بينما يعد الغبن مظهرا ماديا له، لذا فقد نصت المادة 129 من القانون المدني المصري على أنّه: "**إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد**"[2].

وقد تناول المشرع الجزائري نظرية الغبن في المادة 90 الفقرة 1 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب المادة 26 من القانون رقم 10/05[3] المعدل والمتمم للقانون المدني نصت على أنّه: "**إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل**

---

[1]- فاطمة الزهراء مصدق، عبد الحفيظ بقة، "**حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد**"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، المجلد06، العدد02،2021، ص337.

[2]- خالد معاشو، مرجع سابق، ص86.

[3]- القانون رقم **10/05** المؤرخ في 20جوان2005، الجريدة الرسمية، العدد44، المؤرخة في26جوان 2005.

عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ".

واستنادا لنص المادة السابقة يتولى القاضي رفع الغبن والاستغلال عن المتعاقد الذي تعرض لغبن بعدم توازن التزاماته مع التزامات نظيره واستغلال حالته النفسية، ويكون ذلك بإنقاص التزامات الطرف المغبون والمستغل أو بإبطال العقد، وهي مكنة قانونية تجيز للقضاء التدخل في الروابط العقدية للحد من إرادة المتعاقدين، فقد منحه المشرع بموجب النص المذكور أعلاه سلطات واسعة في هذا الخصوص عملا على تحقيق التعادل بين الأداءات بالشكل الذي يحفظ للعقد عدالته واتزانه[1].

لقد أخذ كل من المشرع المصري والجزائري بالنظرية المادية للغبن، وذلك توافقا مع المشرع الفرنسي الذي أخذ بنفس النظرية بموجب المادة 1118 من القانون المدني، وهذه النظرية يعني الغبن في نظرها عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد بحيث تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معين، غير أن هذه النظرية لم يأخذ بها المشرعين المصري والجزائري في القانون المدني على إطلاقها، وإنّما حصرا تأثير الغبن وفقها على عقود معينة وحالات محددة على سبيل الحصر، وإن كانت في أغلبها لا تهم أحوال المستهلكين[2]؛ وهذه الحالات هي: حق البائع في طلب تكملة الثمن إذا أثبت أن العقار بيع بغبن يزيد عن الخمس، علما أنَّها ميزة خص بها المشرع البائع دون المشتري ونص عليها في المادة 358 من القانون المدني الجزائري، وهذه الميزة فيها إجحاف للمشتري لأنّه قد يكون مغبونا أيضا بالثمن، وحق الشريك في نقض القسمة الاتفاقية إذا أثبت أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، وهو ما نصت عليه المادة 732 من القانون المدني الجزائري[3].

وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافقا مع المشرع الألماني، وتأسيسا على مبدأ الثقة المشروعة في المعاملات، فقد أسسا كل من المشرع الجزائري والمصري أحكام الغبن كأحد عيوب الإرادة، ومن جهة أخرى فقد جعلا من النظرية الشخصية سببا من أسباب إبطال

---

(1)– أحمد بورزق، مرجع سابق، ص577.

(2)– خالد معاشو، مرجع سابق، ص87.

(3)– سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص112.

العقود[1]، إذ أن هذه النظرية لا تعتد بتقدير الشيء بقيمته المادية، بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف المتعاقد، وحسب هذه النظرية يجب عدم الاكتفاء بالاختلال في الآداءات المتقابلة وحده، وإنّما يجب أن يأتي ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر، ويكون الجزاء في هذه الحالة في القانون الألماني هو البطلان المطلق، على اعتبار الغبن عملا غير مشروعا ومخالفا للآداب، أما في القانون الجزائري وكذا في القانون المدني المصري يكون للقاضي السلطة التقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات الطرف المغبون، والتي يكون في أغلبها بناءا على طلب المضرور.

ويكمن سبب تأثر المشرع الجزائري والمصري بالمشرع الألماني باعتناقهما للنظرية الشخصية في الغبن هو تجنب القصور التشريعي الموجود في القانون الفرنسي.

إذ أن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي تقييم الشروط التي يمليها أحد المتعاقدين –المحترف– على الآخر (المستهلك)، وإن لم نتمكن من قياس القيمة المالية لهذه الشروط على الآداء المالي للعقد بشكل مباشر، فهذه الشروط تؤثر بالضرورة على التوازن المالي للعقد ولو بطريق غير مباشر، وعلى المستهلك الذي يدفع الغبن، أن يثبت العنصر النفسي بشقيه:

الشق الأول: قيام الضعف النفسي من طيش بين أو هوى جامح.

الشق الثاني: قيام الطرف الآخر وهو المحترف باستغلال هذا الضعف، بدفع المستهلك إلى إبرام عقد الاستهلاك يقر بمصلحته، بأن يفرض فيه شروطا تعسفية تؤدي إلى اختلال توازن العقد حيث يكون هذا الاختلال في صالح المحترف[2].

كما أن **نظرية الاستغلال** يرى أصحابها بأن تقييم الأشياء لا يكون بمعيار موضوعي وإنّما يقاس بمعيار شخصي وفقا لظروف كل حالة على حدا إضافة إلى كون الاختلاف بين الأداءات أي اختلال القيمة يصل إلى حد باهض.

وقد تعهد المشرع بحماية الطرف المغبون من الغش بالنظر إلى حالة ضعفه، فقضى إمّا ببطلان العقد وإما بتدخل القاضي لحمايته، وحلول إرادة المشرع محل إرادة الطرف المتعاقد

---

[1]– خالد معاشو، مرجع سابق، ص87.

[2]– مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص ص81–82.

سواء كان من خلال التدخل المباشر أو عن طريق القضاء، وهو أمر يعكس عدم رضاه عن المعاملات التي يشوبها قدر من المبالغة إلى الحد الذي ينال من توازن العقد وعدالته، فكانت واجهته لأسباب هذا الاختلال بهدف حماية الطرف الضعيف أمرا مفروضا وهو ما نصت عليه المادة 227 من القانون المدني المصري[1].

ثالثا- كيفية تطبيق نظرية الغبن في مواجهة الشروط التعسفية

من خلال ما سبق بيانه، يتضح جليا أن مفهوم الغبن الناتج عن الاستغلال يتلاءم تماما مع موضوع الشروط التعسفية، كون أن هذه الأخيرة تنطلق أساسا من مبدأ عدم التوازن الظاهر أو البين بين حقوق والتزامات طرفي عقد الاستهلاك[2]، مادام وجود الشروط التعسفية في العقد يؤدي بالتحديد إلى التفاوت في الالتزامات المتبادلة، مما يعني بأن العقد الذي يتضمن شروطا تعسفية هو عقد به غبن، وممّا لا شك فيه أن المشرع باعتناقه للنظرية الشخصية التي تقوم على الغبن الاستغلالي قد تجنب القصور التشريعي في فرنسا التي اعتنق المشرع فيها النظرية المادية للغبن، والتي تعتبر غير فعالة لأنّها تلعب دورا جد ضيقا لحصرها في حالات خاصة حسب المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي، غير أنّه كان يستوجب على المشرع الجزائري عدم حصر حالات الضعف في الطيش البين والهوى الجامح، لأنّ من شأن ذلك تضييق نطاق تطبيق نظرية الغبن الاستغلالي في مجال الشروط التعسفية على استغلال المستهلك في طيشه البين أو هواه الجامح، في حين نجد أن في مجال العلاقة بين المستهلكين و المتدخلين غالبا ما يسعى المحترفون أو المتدخلون إلى استغلال ليس فقط الطيش والهوى، وإنّما أيضا استغلال حاجة أو ضعف أو عدم تجربة هؤلاء المستهلكين، فيفرضون عليهم عقودا مثقلة بشروط تعسفية[3].

إذن فالقاضي يعتمد على نظرية الغبن الناتج عن الاستغلال من أجل التدخل وإعمال سلطته في إعادة التوازن العقدي الّذي أصبح مختل بفعل أحد الشروط التعسفية، وذلك إما بإبطال العقد كليا أو الإنقاص من التزامات المستهلك، وذلك بإبطال الشروط التي أدت إلى وجود تفاوت بين التزامات الطرفين.

---

[1]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص113.

[2]- خالد معاشو، مرجع سابق، ص88.

[3]- سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص ص21-22.

وعلى المستهلك الذي يؤسس دعواه الرامية إلى إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية على أحكام الغبن الناتج عن الاستغلال المنصوص عليها بالمادة 90 من القانون المدني، أن يثبت عنصريه المادي والنفسي[1].

الفرع الثالث: نظرية التعسف في استعمال الحق

حاول بعض الفقه في إطار البحث عن حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وذلك بالرجوع إلى نظرية "**التعسف في استعمال الحق**" من خلال الاعتداد بالميزة المفرطة التي يحصل عليها أحد المتعاقدين من تعاقده مع الطرف الآخر، حيث يتعسف الطرف القوي في استغلال نفوذه الاقتصادي وخبرته الفنية، وذلك بإدراج بعض الشروط التي من شأنها تحقيق مصلحته بالدرجة الأولى، وهو ما ذهب إليه بعض الفقه على أساس أن المتعاقد القوي يبحث عن ميزة مفرطة والتعسف غالبا ما يصاحبه نفوذ اقتصادي[2]، فالميزة المجحفة التي تمثل نتيجة الشرط التعسفي وهدفه تتمثل في ذلك التفاوت الشاسع بين الضرر الذي يلحق الغير وبين المنفعة التي تعود على صاحب الغير، دون أن تقترن بغاية غير مشروعة.

ومثال ذلك أن يورد رب العمل في لائحة المؤسسة بندا مفاده أن العامل يجب أن يكون أمام المؤسسة ساعة على الأقل قبل أوقات العمل صباح كل يوم، أو إذا كانت المصالح التي يرمي الطرف القوي إلى تحقيقها من إدراج هذا الشرط قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع الأضرار التي تصيب الطرف الآخر بسببها، من ذلك اشتراط المؤمن أن يقدم للمستأمن في عقد التأمين ضد العجز عن العمل شهادة بعجزه عن العمل صادرة عن كبير أطباء الطب الشرعي في العاصمة، في الوقت الذي يمكن الاكتفاء بشهادة أي طبيب شرعي في المكان الذي يقطن به المستأمن[3].

ويرى البعض أن نظرية "**التعسف في استعمال الحق**" نظرية تتسم بثرائها ومرونتها، وهي تعتبر أداة طبيعية لا يتردد القاضي في اللجوء إليها إذا أعجزته النصوص عن إعادة التوازن المفقود بين الحقوق المتعارضة، وهو الأمر الذي جعل (POICOD) (DAVO) يعتبران أن فكرة

---

[1]– خالد معاشو، مرجع سابق، ص88.

[2]– صونية شرقي، مرجع سابق، ص58.

[3]– يسين سعدون، "**البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة شلف، المجلد 05، العدد01، 2019، ص95.

"التعسف في استعمال الحق" من الأفكار الأكثر توافقا مع مضمون حماية المتعاقد من الشروط التعاقدية المؤدية إلى الاختلال الفادح وعدم التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود.

ويتضح لنا من خلال ما سبق ذكره قصور النظرية العامة للعقد في توفير الحماية الكافية للمستهلك كونها تحمي المستهلك كمتعاقد لا كمستهلك[1].

[1] – صونية شرقي، مرجع سابق، ص59.

المبحث الثاني: صلاحيات القاضي المدني في مواجهة الشروط التعسفية

إنّ قصور المبادئ القانونية والقواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية جعلت التشريعات المقارنة محل مشكلة قانونية لابد من تجاوزها، وحل الإشكالات التي يواجهها العقد من تعسّف واستغلال الطرف المتعاقد سواءا كان مدين أو دائن هذا بصفة عامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للمتعاقدين ومصدر لكل العقود التي تبرم بشكل سليم و صحيح إلا أنّه في عقود الاستهلاك فإن الشروط التعسفية تطغى بشكل مفرط ومتفاوت من قبل المهني المحترف للحصول على فوائد تخدم مصالحه الشخصية والعملية، وعلى هذا الأساس خولت كل التشريعات القانونية سلطة مباشرة للقاضي في التدخل سواءا بالتعديل أو التفسير أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذ تلك للشروط التعسفية التي تجعل العقد غير متوازن.

وعليه سنتناول في هذا المبحث سلطة القاضي المدني في ظل القواعد العامة (المطلب الأول)، إضافة إلى سلطة القاضي المدني في ظل القواعد الخاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: سلطة القاضي المدني في ظل القواعد العامة

وفقا للقواعد العامة فإن دور القاضي بالنسبة إلى العقود يقتصر على مجرد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها إلا أنه وخروجا على هذه القاعدة وبحجة توفير الحماية للطرف المذعن في عقود الإذعان، اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي بموجب المادة 110 قانون مدني جزائري تتيح له تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد وتعديلها إذا تبين له أنها تعسفية بغية إعادة التوازن بين المتعاقدين.

لذلك يعتبر القانون المدني سباقا لمعاينة ظاهرة الشروط التعسفية ومحاولة توفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهذا نظرا لمظاهر الإجحاف والتعسف الناتجة عن استغلال أحد طرفي العلاقة التعاقدية لضعف وجهل الطرف الآخر، حيث تبرز مظاهر إرادة المشرع في ظل القانون المدني في إحاطة الطرف الضعيف بقدر من الضمانات القانونية وذلك من خلال السلطات الممنوحة للقاضي.

لذا سنعالج هذا المطلب من خلال سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية في (الفرع الأول)، كذلك سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من تنفيذ تلك الشروط التعسفية في (الفرع الثاني)، إلى جانب جزاءي البطلان والتعويض في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

بداية التفسير هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها القاضي بسبب ما اعترض العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين مستعينا بالبنود الأصلية للعقد وما جاء فيه، وهذه العملية الذهنية تنقسم إلى شقين: شق مادي وآخر معنوي، فالأول ينحصر في البحث عن التغييرات المدونة في العقد بصيغة الشرط والهدف من وضعه، فهنا يقوم القاضي المفسر بتقريب أجزاء الشرط من بعضها أو تقريب الشرط من الشرط الذي يليه أو يسبقه أو حتى تقريب التصرف من تصرف سابق أو لاحق عليه أو معاصر لتحريره، كما يستعين في هذه العملية ببعض المعايير الموضوعية كالعرف الجاري في المعاملات وما يستخلصه من أقوال الشهود وقرائن الحال، أما الشق الثاني فإنَه يأتي نتيجة الشق المادي فهو مجموعة من الأفكار التي تستقر لدى القاضي من حصيلة بحثه السابق في نية أطراف العقد[1].

وعلى هذا الأساس، فإن أطراف العقد لابد أن يكونوا أكثر حذرا ومسلحين بإرادة أقوى لحماية عقودهم عن طريق تحصينها منعا للتأويل والتفسير قصد درء التدخل اللاحق للقاضي، ويظهر هذا جليا في تفادي العبارات غير الدقيقة وغير الواضحة في العقد، إلا أن سلطة القاضي تقيدها مجموعة من المبادئ منها احترام إرادة الأطراف والبحث عن نيتهم لأن تفسير العقد لا يعني تقديم دليل مناقض أو مخالف لمضمون العقد، وإنما يقوم على تأكيده كما إنه ليس من شأن التفسير إضافة شيء لا يرغب فيه الأطراف ولا إلغاء شيء انصرفت إليه نيتهم[2].

وبما أن عقود الإذعان هي المجال الخصب للشروط التعسفية سنتطرق إلى تفسير هذه العقود **التي** يختلف تفسيرها حسب عبارات العقد ومضمونه، فمن بين أهم السلطات التي يتمتع بها القاضي هي سلطته في تفسير شروط العقد الغامضة، لأن الشروط التعسفية عادة ما تكون

---

[1]– علي مصبح صالح الحيصة، "**سلطة القاضي في تعديل عقد مضمون الإذعان**"، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2011، ص 59.

[2] – رشيد بردان، نجية بوراس، "**القاضي وتفسير العقد**"، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، جامعة سيدي بلعباس،المجلد7، العدد 01، 2018، ص 19.

غامضة وغير محددة[1]، وبمراجعة نص المادتين 111و 112 من القانون المدني الجزائري يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين حالات ثلاث وهي:

أولا: حالة وضوح عبارة النص

المقصود بهذه الحالة التطابق الكلي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة من خلال احتواء العقد على عبارات تكشف لنا جليا الإرادة الحقيقية للطرفين، وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل[2].

فمتى كانت شروط العقد واضحة وصريحة فإنه يتعين على القاضي الالتزام بهذه المعاني الظاهرة دون انحراف إلى غيرها من الاحتمالات كتفسير النصوص القانونية، غير أنه إذا كانت القاعدة العامة تمنع من تحريف العبارات الواضحة والمحددة ولو كانت تعسفية فإن هناك حالات استثنائية يمكن الخروج بها عن القاعدة السابقة، ويتعلق الأمر بالحالات التي ينشأ فيها تناقض بين العبارات الواضحة للعقد والإرادة الحقيقية للمتعاقدين فهنا القاضي وجب عليه البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[3]، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة 111 من القانون المدني الجزائري.

كما يجب التنويه إلى أن القاضي وهو بصدد تفسير بنود العقد يخضع لرقابة المحكمة العليا التي أصدرت حكما صريحا يقضي بعدم جواز تدخل القاضي في تفسير عبارات العقد الواضحة، الأمر المختلف كليا في حالة ثبوت غموض بنود العقد .

ثانيا: حالة غموض عبارة النص

قد يحدث أن يقوم المهني بحكم تفرده بتحرير بنود العقد بصياغة ألفاظه وعباراته بطريقة غامضة، ويعتبر النص غامضا عندما يتضمن من الكلمات ما يحتمل عدة تأويلات أو كان من الإبهام ما يجعل الفكرة المعبر عنها غير واضحة المعالم أو كانت من المتداولة عرفا ولكن لا معنى قانوني محدد لها، كذلك بإمكان المهني خصوصا في العقود التي لم ينظم لها المشرع نموذجا خاصا بها تحرير العقد باستعمال أساليب تقنية عن طريق إدراج ألفاظ في غاية التعقيد

---

(1) – الصالح حمليل، محفوظ ملوك، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية**"، جامعة أدرار، ص7.

(2) – محمد بودالي، مرجع سابق، ص61.

(3) – الصالح حمليل، محفوظ ملوك ، المرجع السابق ، ص8.

لا يفهمها إلا الخبراء والمتخصصون، كما قد يلجأ إلى أسلوب آخر عن طريق صياغة بنود العقد بشكل مزدحم وبحجم صغير أو بإضافة ملاحظات على هامش العقد بلغة مغايرة للغة التي حرر بها المتن مما يصعب قراءتها أو التنبه إليها[1].

وتجب الإشارة إلى أن هذا الغموض الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائما كما أنه ليس وليد رعونة واضعه وهو المحترف، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمدا لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات تحت غطاء من الغموض، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد، وفي حالة النزاع حولها فإن القانون اعترف للقضاء بسلطة تفسير الشروط الغامضة أو المبهمة وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 111 السابقة الذكر بقولها: "...**إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ** "[2].

وبالتالي يتعين على القاضي الاستعانة في هذه الحالة بالعديد من المعطيات والظروف في عملية التفسير منها ما هو داخلي مرتبط بالعقد ذاته كالأمانة والثقة وحسن النية والشروط المألوفة وطبيعة التعامل، ومنها ما هو خارج عن نطاق العقد يتعلق بعوامل موضوعية كالعرف الجاري في المعاملات وطريقة تنفيذ العقد التي يمكن تناولها بشيء من التفصيل[3].

1 . العوامل الداخلية

بالنسبة للعوامل الداخلية فإن القاضي يستند إلى ذاتية العقد من خلال طبيعة التعامل بين الأطراف والعبارات التي جاءت فيه، حيث يفسر الشروط التعسفية حسب ما تضمنه العقد ونوع المشارطة فيه كذلك يستند إلى مدى ثقة المتعاقد فهي حق له بالإضافة إلى مدى الأمانة التي يكتسيها المتعاقد أيضا كونها واجبة عليه، كما يبحث إذا كان هناك لبس أو خطأ عند التعبير عن الإرادة وكيف كانت مرحلة الإيجاب والقبول وهذا للأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد وبنوده، إضافة إلى ما تم ذكره فإن القاضي لا يمكن أن يفصل كل عبارة على حدى لأن

---

(1) – رضا معوش، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية**"، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2015/2014، ص101.

(2) – الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

(3) – رضا معوش، المرجع السابق، ص 101 .

عبارات العقد كلها تفسر بعضها البعض فقد تكون عبارة مطلقة تحددها عبارة لاحقة أو سابقة، أو عبارة يتقرر فيها الأصل ثم يرد في الأخرى الاستثناء.

2 . العوامل الخارجية

أما العوامل الخارجية تتمثل في العرف الجاري في المعاملات، فالشرط يفسر طبقا لما يقتضيه العرف الجاري في تلك التصرفات كون المتعاقدين لم ينصا صراحة على استبعاد العرف أو الاتفاق على مخالفته، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية فإذا تنازع العرف العام مع العرف الخاص يتم تطبيق العرف الخاص بشرط أن يكون العرف مستقراً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

وتتبادر إلى أذهاننا إشكالية حول أهمية الألفاظ الواردة في الشروط التعسفية في مساعدة القاضي على تفسيرها، فإذا كانت هذه الألفاظ واضحة المعنى وليس فيها أيّ لبس أو غموض بالنسبة للقاضي فهنا ليس له الحق في رفض طلب التفسير أو تجنب الحكم بحجة الوضوح[1]، لأن المتعاقد هنا لجأ إلى طريق القضاء للحصول على تفسير وشرح كامل لفهم معطيات الشروط التعسفية التي وضعها المهني قصدا فمستوى المستهلك يتطلب البساطة والسهولة في فهم كل مبتغيات العقد.

ثالثا: حالة الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين

وهنا يتعين تفسير الشك في مصلحة المدين على أساس أن الأصل في الإنسان براءة ذمته حيث تعتبر هذه القاعدة من القواعد الآمرة التي يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بحكمها، وإذا خالفها يكون قد أخطأ في تطبيق القانون الأمر الموجب لإلغاء حكمه.

وفي عقد الإذعان ينفرد المتعاقد القوي أو المحترف بوضع شروط العقد وإملاء إرادته على الطرف الضعيف، حيث يورد شروطا تحتمل أكثر من معنى، وبالتالي هذا الإبهام قد يكون مرجعه إيراد المحترف لشرط خاص غامض وناقص، كما هو الحال مثلا بالنسبة لوصل الضمان الذي لا يبين الإلتزامات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان الاتفاقي، هل هو إصلاح المنتوج المبيع أم استبداله أم رده [2]؟

---

[1] – برهان خليل زريق، "**نظرية تفسير العقد في القانونين المدني و الإداري**"، مطبعة الإرشاد اللاذقية، سوريا، ص40.

[2] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص61.

وقد يكون مرجعه إلى التناقض بين الشروط المختلفة في نفس العقد، كما هو الحال مثلا بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل حول الشرط الذي يمكن الاعتداد به بهذا الخصوص.

وفي ظل عقود الإذعان، تغيب الإرادة المشتركة للمتعاقدين بسبب انفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، لذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 112 على أنه: "...**لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن، ولو كان دائنا**"[1]،فيعتبر هذا النص استثناءا على القواعد العامة التي وضعت في تفسير العقود فالأصل أن الشك يفسر في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد[2].

كذلك في عقد الإذعان فإن الغموض يؤدي إلى تفسير هذه العبارات، وهذه الشروط الغامضة بما يحقق مصلحة المذعن، سواء كان مدينا أو دائنا فالموضوع يفسر لمصلحته في جميع الأحوال حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر القوي في الرابطة العقدية لكونه مدينا في هذا الشرط الغامض.

وبالرغم من أن المشرع الجزائري حذا حذو المشرع المصري، هذا الأخير الذي سبق بهذا النص المشرع الفرنسي إلا أنه لم ينتبه إلى أن الحماية التي يوفرها مثل هذا النص محدودة وقاصرة فمن ناحية نجد أن المشرع المصري قد جعل التفسير مفيدا للطرف المذعن في الحالات التي يكون فيها النص غامض، مع أن غموض النص أو وضوحه لم يكن ليؤثر في شيء إذ أن المذعن كان سيقبل بالعقد بغض النظر عن مدى إجحاف شروطه وبغض النظر عن وضوح هذا الإجحاف أو غموضه وإلا فما معنى الإذعان.

ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع المصري قد اقتصر في هذه الحالة على توفير تلك الحماية المحدودة لمن يتوفر فيه وصف الإذعان دون غيره من المتعاقدين، ويعني ذلك أن الطرف الضعيف على أمره في عقود المساومة أو ذلك الطرف الذي لا يتمكن من فهم شروط

---

[1] – الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

[2] – محمد بودالي، المرجع السابق، ص63.

العقد أو مناقشتها بسبب غموضها لعدم تخصصه أو لقلة كفاءته لن يتمتع بأي حماية قانونية في مواجهة الشروط التعسفية طالما أنه الدائن في العقد أو بموجب الشرط[1].

أما بالرجوع إلى القانون الفرنسي نجده حافلا بنصوص أكثر وضوحا في مجال تفسير العقود للمستهلك، فإضافة إلى نص المادة 1162من القانون المدني الفرنسي التي تقابلها المادة 112 من القانون المدني الجزائري، هناك أيضا نص المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي نجدها قد أقرت على البائع الالتزام بالإيضاح une obligation de clarté حيث أضافت أن كل تصرف مبهم أو غامض يفسر ضد البائع وهو في الغالب الأعم من يكتب العقد.

يضاف إلى ذلك الفقرة الثانية من نص المادة 133 من قانون حماية المستهلك الفرنسي التي تقضي بأن شروط العقد المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين أو غير المحترفين، يجب أن تقدم وتكتب بشكل واضح ومفهوم وأنها تفسر في حالة الشك بالمعنى الأصلح للمستهلك أو غير المحترف[2] .

الفرع الثاني: سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من تنفيذ الشروط التعسفية

يلعب القضاء دورا أساسيا في تحديد الشروط التعسفية في مجال العقود حيث تردد القضاء الفرنسي وتضاربت أحكامه حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بها أي مرسوم تطبيقي إلا أنه بعد حصول جدل كبير حول الاعتراف بسلطة القاضي في الرقابة على جميع شروط العقد سنة1991 من خلال القانون رقم 78/10 المتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، والذي تضمن بأن الشرط سواء كان مكتوب أو غير مكتوب وإذا فرض على غير مهني أو مستهلك عن طريق تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر يمنحه من خلاله ميزة فاحشة، فبموجب هذا النص أعطى المشرع الفرنسي سلطة فعالة للقاضي بالبحث في ذاتية العقد إلا أن هذه السلطة محصورة في الحالات المنصوص عليها في القانون السابق ذكره[3] .

---

[1]– أحمد بورزق، مرجع سابق، ص579.

[2] – محمد بودالي، المرجع السابق، ص63.

[3]– عمارة عسالي، "**التوازن العقدي عند نشأة العقد**"، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014، ص200.

أولا: سلطة القاضي في التعديل

إعمالا بالفقرة الأولى من نص المادة 110 التي تقضي بما يلي: " **إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان يتضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها،...**"[1].

فمن خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن إحدى السلطات الاستثنائية للقاضي تتمثل في تعديل شروط العقد وفقا لسلطته التقديرية، ويقصد بها ذلك النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الوقائع والقواعد القانونية التي يقدر أنها تحكم النزاع المطروح عليه.

ولا يمكن للقاضي أن يعدل شروط العقد من تلقاء نفسه بل بناءا على طلب المستهلك المذعن وهذا تطبيقا لمبدأ حياد القاضي[2]، ويقصد بسلطة التعديل إبقاء الشرط كما هو مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها القاضي ملائمة.

حيث يعد هذا الجزاء الذي يلحق بالشرط التعسفي سلاحا أقل خطرا يطبقه القاضي بالاستناد إلى نص المادة السابقة الذكر فهذا التدخل من جانب القاضي يعد استثناء من مبدأ سلطان الإرادة المقرر في المادة 106 من التقنين المدني، وهذا الاستثناء أملته الظروف الاقتصادية التي أدت إلى الاختلال الظاهر بين مراكز طرفي العلاقة التعاقدية بعدما أصبح أحدهما عالما بكل التفاصيل، أما الثاني جاهلا حتى بالعموميات لذا أجاز المشرع للمستهلك بموجب المادة 110 من التقنين المدني اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية في عقد من عقود الإذعان على نحو ما تقضي به العدالة[3].

---

[1] – الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

[2] – ويقصد بهذا المبدأ أن القاضي لا يخضع لأي سلطة تملي عليه ما يجب فعله وإنما يخضع للقانون حسب ما يمليه عليه ضميره واقتناعه الشخصي، إضافة أن يكون رأيه القضائي بعيدا عن كل مؤثرات الخوف والرهبة سواء كانت من جانب الدولة أو من جانب الخصوم أنفسهم أو من جانب أفراد المجتمع فهو عمود السلطة القضائية مستقل ويمارس عمله في إطار القانون الذي يحميه من كل أشكال الضغوطات والتدخلات. انظر: فاطمة بالطيب "**حياد القاضي في ظل مبدأ استقلالية القضاء (دراسة فقهية قانونية)**"، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، العدد الرابع عشر، ص289.

[3] – محمد خليفة كرفة، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 06، العدد01، 2021، ص 276.

وتتعدد أوجه التعسف بحسب ما يضمنه الطرف المذعن من بنود و شروط تعسفية في العقد نذكر منها[1] :

1- عندما تكون الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، أو في القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، ممّا يجعله شرطا جوهريا في العقد يصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الضرر عن المستهلك.

2- عندما تكون الشروط متعلقة بوسائل التنفيذ أو مدته، فهنا يكون التعديل إما بالزيادة أو النقصان لإزالة الشرط التعسفي قصد التوازن بين الالتزامات المتقابلة. ومثال ذلك:

- أن يقضي عقد توزيع الكهرباء بحق شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها فهنا يتدخل القاضي بتعديل شرط المدة من خلال زيادة أسبوع بعد إشعار المستهلك في حالة عدم الدفع يقطع التيار.

3- ويمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن، أو حالة من حالاته بما معناه قيام القاضي بالإنقاص أو بالزيادة حسب الحالة وهذا لإزالة الغبن.

وتجدر الإشارة أن تعديل العقد يقصد به تحقيق المصلحة العامة وهذا تحقيقا للمقتضيات السياسية الاقتصادية، فمثلا يتدخل القاضي لخفض الالتزامات المالية المتفق عليها ليس لأن الأسعار قد انخفضت وإنما يراد بها إعادة التوازن بين الالتزامات ومجارية سياسة الانكماش[2].

وفي هذا السياق جاء القانون رقم 04-02 من قانون الممارسات التجارية بقائمة تسهل مهمة القاضي في تقدير الشروط التعسفية وذلك في المادة 29 منه.

كما ذكر المرسوم التنفيذي 06-306 [3] اثني عشر شرطا تعسفيا في المادة الخامسة

---

[1] – محمد بوكماش، "**سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**"، أطروحة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2012/2011، ص165.

[2] – على مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص50.

[3] – المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المعدل والمتمم، **المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية**، السالف الذكر.

منه، وهي شروط فصل المشرع الجزائري في طابعها التعسفي وللقاضي الحكم بتعديلها متى أمكن له ذلك، وفيما عدا هذه الشروط يبقى للقاضي مطلق الصلاحية في تقدير الطابع التعسفي لأي شرط آخر بمراعاة الفقرتين 05و07 من المادة 03 من القانون 04-02 والمتعلقتين بضرورة ورود الشرط ضمن عقد من عقود الإذعان، وأن من شأن ذلك الشرط أن يؤدي إلى إخلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد، ولكن لا يجوز للقاضي أن يتصدى لذلك من تلقاء نفسه لتعديل الشروط التعسفية الواردة بالعقد إلاّ بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك[1].

ويتم توقيع جزاء التعديل حتى ولو كان الشرط واضحا ذلك أنه لا علاقة لغموض العبارات بالتعديل، وإنما الأمر يتعلق بما يعتريها من تعسف، إذ أن وضوح الشرط لا يحول دون إمكانية تعديله، فالطرف المذعن لم يكن في إمكانه تفادي الشرط التعسفي رغم وضوحه.

كذلك يرى بعض الفقهاء ضرورة الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من تنفيذ الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوروبية لأن من شأن ذلك أن يساهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية، كما يرى بعض الفقهاء العرب أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا معقب لمحكمة النقض على تقديره، مادامت عبارة العقد تحتمل المعنى الذي أخذ به، فإذا عن له شرطا تعسفيا في عقد إذعان فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فله أن يلغيه وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة [2] .

ثانيا: سلطة القاضي في الإعفاء

إنّ سلطة الإعفاء الممنوحة للقاضي تخرج عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على التفسير ويعّد هذا قيدا من القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، حيث يهدف القاضي بناءا على دعوى المستهلك حمايته من الشروط التعسفية الواردة في العقد خاصة إذا كانت مفروضة من الشركات الاحتكارية والمؤسسات الاقتصادية المحترفة.

---

[1] – مولود بغدادي،"**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**" مرجع سابق، ص89.

[2] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص59.

فبالنسبة للتشريع المصري اعتبر سلطة الإعفاء هي إبعاد المستهلك عن تنفيذ الشروط التعسفية، واستبعادها من العقد، فهو أصاب جوهر التعسف في عقود الإذعان ذلك أن الطرف المذعن لا يستطيع رفض أو مناقشة الشروط التي وضعها الطرف الآخر فسلطة الإلغاء تتمثل في رقابة قاضي الموضوع على الشروط التعسفية، فهذه السلطة سلاح قوي في مواجهتها فلو كان الشرط متمثلا في شرط من شروط إعفاء الطرف المتعاقد من المسؤولية جاز للقاضي إلغاءه ليخضع بعدها إلى القواعد العامة، حيث أقرّ جانب من الفقه أنّ هذه الرقابة هي أشد جرأة من رقابة التعديل وبالتالي تعدّ تحطيما لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[1].

ويعد هذا الجزاء وسيلة احتياطية للحماية من الشروط التعسفية في العقود التي تم إبرامها وفقا لنص المادة 110 من القانون المدني ذلك أن القاضي لا يجوز له الحكم بإعفاء الطرف المذعن منه مباشرة، بمعنى أنه لا يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء إلا حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف أو الإنقاص من الالتزام المقابل لا يعد الوسيلة الملائمة لرفع التعسف الذي اتسم به الشرط وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد وأن العدالة لا تتحقق إلا بإعفاء الطرف المذعن من هذا الشرط.

فالمشرع الفرنسي لم ينص على هذا الجزاء إلا حديثا في القانون المدني بمناسبة تعديل هذا الأخير سنة 2016، وذلك من خلال المادة 1171 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه: "**في عقد الإذعان يعتبر غير مكتوب كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بين حقوق والتزامات الأطراف ولا عبرة في تقدير هذا الإخلال الجسيم بموضوع العقد الرئيسي، ولا بمدى ملائمة الأداء المقابل** ".

هذا الجزاء هو مطابق تماما من حيث أثره لجزاء الشرط التعسفي في صورة إعفاء الطرف المذعن منه الوارد في المادة 110 من القانون المدني الجزائري إلا أنه جاء بصياغة أخرى تفترض بأن الشرط التعسفي كأنه غير مكتوب في العقد أي باطل ولا يرتب أي أثر قانوني وهي صياغة مطابقة تماما لتلك الواردة في المادة 1131من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تقرر بطلان الشرط التعسفي الوارد في عقد الاستهلاك، بينما يتميز هذا الجزاء عن ما يقابله في نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري أي إعفاء الطرف المذعن من تنفيذ الشرطا

[1] – علي مصبح صالح الحيصة، المرجع السابق، ص52.

لتعسفي من حيث كونه أصلي يهدف إلى مكافحة الشرط التعسفي دون مراعاة إمكانية تعديله أولا كما هو معروف لتطبيق جزاء الإعفاء من الشرط التعسفي وفقا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري[1].

ومن أمثلة هذه الشروط:

- الشرط الذي يرمي إلى استبعاد ضمان الاستحقاق في عقد البيع إذا كان هذا الضمان ناشئا عن استحقاق نشأ من فعل البائع، والجزاء في هذه الحالة انعدام أثر الشرط مع بقاء البائع مسؤولا عن الاستحقاق، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 391 من القانون المدني على: "**يبقى البائع مسئولا عن كل نزع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان، ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك**"[2] .

- الشرط الذي يرمي إلى إسقاط أو إنقاص ضمان العيوب الخفية من على عاتق البائع إذا كان البائع عالما بها، وتعمد إخفائها عن المشتري غشا منه حيث تنص المادة 310 من القانون المدني الجزائري على أنه: "**يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان وأن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه** ".

- شرط الإعفاء من المسؤولية المترتب على العمل غير المشروع، ورد النص على هذا الشرط في المادة 591 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:" **يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة**"[3].

ويعد إبطال مفعول الشرط التعسفي عن طريق إعفاء الطرف المذعن من تنفيذه في عقود الإذعان الأقرب إلى الصواب، ولو من الناحية العملية لتعذر إعادة تحرير العقد خاليا من هذا الشرط حيث يرى جانب من الفقه أن هذا الجزاء أساسه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود فهذا المبدأ يستند إليه القاضي عند الحكم بإعفاء الطرف المذعن من تنفيذ الشروط التعسفي ة، وأن

---

[1] – محمد خليفة كرفة، **الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك"**، مرجع سابق، ص 277.

[2] – الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

[3]– الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

ما يوجبه حسن النية وشرف التعامل بشأن عقد الإذعان يعتبر من وسائل الواقع التي تخضع لمحكمة الموضوع ويتجسد حسن النية في أمور عديدة نذكر منها على سبيل المثال انتفاء الخطأ العمدي وانتفاء الغش كذلك انتفاء التعسف في استعمال الحق[1].

فهذه السلطة مخولة للقاضي من خلال نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري فهي سلطة جوازيه حيث يمكن للقاضي أن يعفي المستهلك من تنفيذ ذلك الشرط التعسفي كون أن التزامه له عبئ ثقيل مقابل التزامات الطرف الآخر، إلاّ أنه في حالة حكم القاضي بالإعفاء أو الإلغاء لابد أن يعطي تسبيبا كافيا وكاملا لأن الاعتبارات التي استند إليها لابد أن تكون مقنعة للمتعاقدين وإلا يصبح الحكم قابل للنقض أمام المحكمة العليا.

ثالثا: دور القاضي في تعديل الشرط الجزائي التعسفي

الشروط الجزائية هي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر فيها هذه الصفة عند التطبيق[2].

فغالبا ما يستخدم المتدخل الاقتصادي الشرط الجزائي نظرا لما يتمتع به من نفوذ اقتصادي وذلك بغية الحصول على مزايا فاحشة، بفرض تعويض اتفاقي فاحش على المستهلك نظرا لعدم المساواة الاقتصادية بين هذين الفريقين، وعليه أقرت التشريعات للقاضي فيما إذا كان التقدير الاتفاقي للتعويض فاحشا أم لا[3].

فالشرط الجزائي هو اتفاق سابق وتابع على مقدار التعويض الذي يستحقه أحد الطرفين المتعاقدين عند عدم تنفيذ أحدهما لالتزامه أو تأخره فيه، فهو تعويض اتفاقي ترك الحرية لأطراف العقد في الاتفاق، ويعرف أيضا أنه ذلك الشرط الوارد في العقد والذي يقدر بموجبه المتعاقدان مسبقا وبطريقة جزافية التعويض المستحق في حالة إخلال أحدهما بتنفيذ التزامه التعاقدي، فهو بمثابة تقدير اتفاقي للتعويض ويكون القصد منه غالبا استبعاد سلطة

---

(1) – محمد خليفة كرفة، **الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك"**، المرجع السابق، ص 278.

(2) – عبد الله مولاي، مباركة حسنية، مرجع سابق، ص ص 63-64.

(3) – عبد الله مولاي، مباركة حسنية، المرجع نفسه، ص 65.

القاضي في تقدير التعويض والتخلص من عبئ إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض.

كما أنه ليس من الضروري أن يكون محل الشرط الجزائي مالي، وإنما يمكن أن يكون محله أداء عمل أو الامتناع عن عمل، كما قد يكون مقررا لعدم التنفيذ أو للتأخير في التنفيذ فهو يحمل صفة تعويضية، وبالتالي يعتبر إما وسيلة ردع باعتبار أن المبلغ المالي يمكن أن يكون أعلى من قيمة الضرر الحاصل، وإما شرط إعفاء من المسؤولية حينما يكون المبلغ المالي المشترط أقل من الضرر[1].

إن الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك يأخذ منحنى آخر مغاير على المبادئ العامة كون أن المهني عندما يضع بنود العقد فإن الشرط الجزائي يخدم مصلحته دون النظر الى وضعية المستهلك، وقد نص المشرع الجزائري على الشرط الجزائي في المادتين 184 و185 من القانون المدني الذي بيّن فيهما أهم أوجه التحكم في العقد، وللقاضي السلطة التقديرية في مواجهة صور الشروط الجزائية التعسفية.

حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة 184 على أنه: "**يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير كان مفرطا او أن الالتزام الأصلي قد نفذ جزءا منه**"[2]

من خلال هذه المادة يجوز للقاضي تخفيض مبلغ التعويض في موضعين:

الأول عندما يفرط المهني في زيادة قيمة التعويض التي تحقق له فائدة مالية مباشرة وفعّالة أمام عدم خبرة المستهلك بالمعلومات والبيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد، حيث يكون تفاوت كبير بين الضرر والتعويض فهنا القاضي يخفض مقدار التعويض لإعادة التوازن بين جسامة الضرر وقيمة التعويض.

أما الثاني عندما يضع المهني الشرط الجزائي على كل الالتزامات المنصوص عليها في العقد في حالة مخالفتها وهذا الشرط غير منطقي يتعارض مع مصلحة المستهلك خاصة إذا كانت أحد الالتزامات قابلة للانقسام، لذا في هذه الحالة يتدخل القاضي بسلطة مخولة له قانونا في تخفيض هذا الشرط بناءا على مبررات قانونية وفحص نوعية التنفيذ ومدى سلامته، لكن

---

[1] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص64.

[2] – الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

لابد على المستهلك أن يثبت أنه قد قام فعلا بتنفيذ التزامه الأصلي ولو بصورة جزئية[1].

أيضا يستطيع أن يتدخل القاضي لزيادة الشرط الجزائي حينما يكون الضرر أكبر من قيمة الشرط ويتضح هذا من خلال المادة 185 التي تنص 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 غشا، أو خطأ جسيما**"[2].

وخلاصة هذه المادة الأصل أنّ الدائن لا يمكن أن يطالب المدين إلا بقيمة الشرط الجزائي، وهنا القاضي يحكم بقيمة هذا الشرط حتى ولو كانت تقل عن الضرر الذي أصاب الدائن، إلاّ أنّه اذا لحق الدائن ضرر نتيجة غش أو خطأ جسيم كتعمده بعدم تنفيذ اِلتزامه فهنا القاضي يقوم بزيادة قيمة الشرط الذي يتعادل مع نسبة الضرر، وفي هذ الحالة لابد على الدائن أن يثبت ذلك الغش أو الخطأ الجسيم[3].

عرفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الجسيم أنه الخطأ الذي يقع بدرجة غير يسيرة ولا يشترط أن يكون متعمدا، حيث يتفرع منه أركان أساسية ليكتمل المفهوم الصحيح وهي[4]:

- أن يكون فعل ايجابي أو سلبي يؤدي إلى الإضرار بالغير.
- أن يكون هناك إخلال وانحراف كبير للهدف الأساسي الذي من أجله وجد التعاقد.
- أن يكون نتيجة قلة احتراز أو إهمال.
- أن يذهب في قوامه إلى إخلال في الالتزام دون نية لخرقه، إذ يمثل حالة اللامبالاة اتجاه التنفيذ دون إرادة فعلية للإخلال.

أما فيما يخص مقدار أو نسبة المغالاة التي تجيز للقاضي تعديل الشرط الجزائي فلم يوضحها لا المشرع الفرنسي ولا المشرع الجزائري، وإنما أورد معيارا عاما لها، تاركا تقدير هذه المغالاة إلى قاضي الموضوع والذي يلتزم ببحث وبيان دقة وجه المغالاة أو البخس في الشرط

---

(1) – إيمان بوشارب، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**"، رسالة ماجيستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي،السنة الجامعية 2012/2011، ص 159.

(2) – الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

(3) – محمد بوكماش، مرجع سابق، ص 340.

(4) – محمد عيسى العماوي، "**أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية ، في ظل أحكام القانون المدني الأردني**"، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الثاني 2014، ص 13.

مقارنة بالضرر اللاحق فعلا بالدائن، كل ذلك تحت رقابة محكمة النقض، ويذهب القضاء الفرنسي الى أن تقدير طابع المغالاة في الشرط الجزائي يتم استنادا إلى وقت إصدار الحكم لا وقت استحقاق الشرط [1].

أما فيما يخص معايير تقدير القيمة الفاحشة للشرط الجزائي بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد تم استخلاصها من نص المادة 184 من القانون المدني الجزائري بحيث لا يملك القاضي مطلق الحرية من أجل التدخل لتعديل الجزاء المتفق عليه فتدخله هذا يتوقف على توافر شرط أساسي يكمن في أن يكون الشرط الجزائي مبالغا فيه إلى درجة كبيرة أو تافها فعندما تكون العقوبة فاحشة، فهذا يعني أنها مفروضة بشكل تعسفي من جانب الطرف القوي، الأمر الذي يلزم تدخل القاضي للحد من التعسف بغية إعادة التوازن للعملية العقدية من خلال تخفيض العقوبة الفاحشة جدا إذا كانت لا تتناسب مع الضرر، ونتيجة لما سبق اتجه الفقه والقضاء إلى وضع معيارين بارزين لتقدير هذه العقوبة الفاحشة يتمثلان في:

- المعيار الموضوعي
- المعيار الشخصي

بالنسبة للمعيار الموضوعي، فهو يتبنى فكرة الضرر الحقيقي في تقدير كون قيمة الشرط الجزائي فاحشة أم لا بمعنى لجوء القاضي من أجل التقدير إلى معايير موضوعية تستند إلى المقارنة ما بين الضرر الفعلي اللاحق بالدائن ومبلغ التعويض المنصوص عليه فالضرر الحقيقي هنا بمثابة المؤشر الذي يجب أخذه بعين الاعتبار، كما أن الصفة الفاحشة جدا لقيمة الشرط الجزائي هي الزيادة التي تتنافى وقواعد العدالة، فالتساؤل الذي يطرح هنا عن موقف القضاء من هذا المعيار الذي نجده قد طبق المعيار الموضوعي من خلال اعتداده بقيمة الضرر ومقداره في تقدير الصفة الفاحشة للجزاء.

أما بالنسبة للمعيار الشخصي يتضح لنا جليا من خلال هذا المعيار لجوء القاضي إلى الظروف الشخصية والصعوبات التي يتحملها المدين في تنفيذه للالتزام الرئيسي من أجل تقدير

[1] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص ص 66-67.

الصفة الفاحشة جدا للشرط الجزائي، كذلك يجوز له أن يلجأ إلى سوء نية الأطراف الواضحة من خلال نص المادة 184 من القانون المدني السابق الذكر.

فإعطاء القاضي سلطة مراجعة الشرط الجزائي يمثل سبيلا ناجعا لمحاولة إعادة التوازن للعملية العقدية خاصة إذا كان أحد أطراف هذه العملية مستهلكا ضعيفا مضطرا للحصول على السلعة أو الخدمة وجاهلا بمخاطر الشرط الجزائي هذا، وبالرغم من أن هناك وإلى حد ما مساسا بمبدأ الحرية العقدية لكن ما يضعف هذه الفكرة أن أطراف العلاقة العقدية ليسوا على قدم المساواة الأمر الذي لا يمكن الجزم معه بوجود حرية عقدية بالمعنى الحقيقي والدقيق للكلمة[1].

إلا أن بعض الفقه يرى بأن المشرع الجزائري بتوقفه عند حد الاعتراف للقاضي بمراجعة الشرط الجزائي في حالة المغالاة فيه، كذلك لم يخوله ممارسة هذه السلطة من تلقاء نفسه، فهو يكون بهذا قد جعل هذه الحماية ناقصة ويرى أيضا أن إعمال نص المادة 184 من القانون المدني السابق الذكر يتطلب رفع دعوى مع ما سيتكبده المستهلك من مصاريف من أجل ذلك الأمر الذي يدفعه إلى تناسي المطالبة بمراجعة الشرط الجزائي أمام القضاء.

والجدير بالذكر أن نطاق سلطة القاضي اتجاه الشرط الجزائي تشمل جميع العقود من حيث المبدأ خاصة عقود البيع بالائتمان وعقود البيع الإيجاري[2] .

الفرع الثالث: جزاءي البطلان والتعويض

بعد ما تناولنا سلطات القاضي المخولة له بموجب القانون عند وضع الشروط التعسفية، لابد من التطرق إلى الشروط الباطلة بقوة القانون، إضافة إلى الشروط الواقعة في دائرة التعسف وما يترتب عليهما، ثم سنتحدث عن التعويض.

أولا: جزاء البطلان

في هذا الصدد سيتم ذكر الشروط التعسفية الواقعة في دائرة البطلان، إضافة الى الشروط الواقعة في دائرة التعسف.

---

[1] –عبد الله مولاي، مباركة حسنية، مرجع سابق، ص67.

[2] –عبد الله مولاي، مباركة حسنية، المرجع نفسه، ص ص 66–67.

1- بطلان الشرط التعسفي والعقد:

هناك شروطا تعسفية تبلغ حدا من الجسامة، فتؤثر على جوهر العقد لدرجة أن القواعد العامة للقانون المدني تجعلها سببا لبطلان العقد بأكمله، وذلك أن العقد الذي يلحق البطلان أحد شروطه فإن هذا الأخير سيمتد إلى كامل العقد ومن جملة هذه الشروط:

أن يكون الشرط التعاقدي غير المشروع جوهريا بطبيعته في العقد.

✓أن يكون هناك اتصال بين مجمل الاشتراطات العقدية، بحيث يصبح من المستحيل الفصل بينها دون المساس بالعقد، فلا يبطل العقد إلا إذا كان غير قابل للانقسام، ويكون المشرع بذلك قد استمر في تفضيل إعادة التوازن في العقد بدلا من بطلانه، أو يرجع البطلان إلى إرادة أطراف العقد.

✓الشرط الإرادي المحض المنصوص عليه في المادة 641 من القانون المدني الجزائري فهو ذلك الشرط الذي يتوقف على محض إرادة الشخص، ولا يتطلب منه سوى مجرد التعبير عن الإرادة، فيكون وجود الالتزام إذا كان الشرط واقفا، كما لو التزم شخص بأن يهب متى شاء فإن هذا الشرط يعتبر تعسفيا إذا فرضه المدين على الدائن وجزاءه هو بطلان الشرط والعقد معا.

✓إذا كان العقد يحتوي على شرط عدم قابليته للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في جميع شروطه.

✓إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي اعتبر تعسفيا كان له تأثير في تحديد رضاه.

وبجب التنويه إلى أنه بغية تعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة بإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله[1].

2- بطلان الشروط الأخرى الواقعة في دائرة التعسف:

إذا تفحصنا بعض القوانين لوجدنا حتى وإن كانت لم تصف شرطا معينا بأنه شرط تعسفي فإن المشرع قرر بطلانها على أساس ما يكتنفها من طابع عدم التوازن البين، والذي يبرر

---

[1] – محمد خليفة كرفة، **الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك"**، مرجع سابق، ص 278.

الحكم ببطلانها، مع بقاء العقد قائما وصحيحا، ويرجع بطلان هذه الشروط في الأساس إلى قاعدة مستمدة من فكرة النظام العام الرامية إلى حماية أحد المتعاقدين[1] .

ولقد نصت القواعد العامة للقانون المدني والتجاري على عدة شروط تعسفية خاصة وردت في نصوص قانونية متفرقة من بين جملة هذه الشروط:

أ . الشرط الرامي إلى إسقاط أو إنقاص الضمان القانوني للعيب الخفي من قبل البائع

إن المشرع الجزائري يجيز هذه الشروط كمبدأ عام بموجب المادة 1/384 من القانون المدني الجزائري، غير أنه يعتبر هذه الشروط باطلة إذا تعمد البائع إخفاء العيب في الشيء المبيع طبقا للمادة 384 الفقرة 2من القانون المدني الجزائري السابق الذكر[2]، علما أن المشرع الفرنسي قد اعتبر الشرط الذي يرمي إلى إنقاص أو إسقاط ضمان البائع المحترف للعيب في الشيء المبيع غير مكتوب وبالتالي باطلا وفقا لنص المادة 1643[3] .

ب . شرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل التجاري

مما لا شك فيه أن عقد النقل يعتبر من أبرز عقود الاستهلاك لأن محله تقديم خدمة النقل إلى المستهلك، إضافة إلى ذلك يعتبر عقد النقل من عقود الإذعان التي غالبا ما تحرر شروطها بصفة منفردة من طرف المتدخل الاقتصادي أو الناقل، أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد حملت المادة 47 من القانون التجاري الجزائري الناقل المسؤولية عن الأشياء المراد نقلها سواء عن فقدها الكلي أو الجزئي أو تلفها أو التأخر في تسليمها، ومن جهة أخرى نصت المادة 3/52 من نفس القانون على بطلان كل شرط يرمي إلى إعفاء الناقل إعفاء كليا من مسؤوليته عن الفقدان الكلي أو الجزئي للأشياء المنقولة أو تلفها [4]، غير أن الشروط المحددة للمسؤولية تبقى جائزة من حيث المبدأ في التشريع الجزائري[5]، و بالتالي فإذا وجد في عقد نقل الأشياء

---

[1] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص 68.

[2] – عبد الله مولاي، مباركة حسنية، مرجع سابق، ص76.

[3] – محمد بودالي، المرجع السابق، ص 69.

[4]– الأمر رقم 75–59 المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 15–20، المؤرخ في 18 ربيع الأول 1437، الموافق ل 30 ديسمبر 2015، **المتضمن القانون التجاري**، الجريدة الرسمية، عدد 71، سنة 2015.

[5] – عبد الله مولاي، مباركة حسنية، المرجع السابق، ص 76.

شرط يقضي بإعفاء الناقل من المسؤولية عن الضياع أو التلف فيعتبر شرطا باطلا مع بقاء العقد صحيحا[1] .

ج. بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها

يمكن تعريف الشرط المعفي أو المحدد للمسؤولية بأنه: "**الشرط الذي يقصد به قيام أحد الأطراف باستبعاد أو تحديد التزاماته في إطار مسؤوليته التعاقدية أو التقصيرية** "، وتعد شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية من الظواهر المستخدمة بشكل واسع النطاق خاصة في إطار العقود النموذجية حيث يستعمل المتدخلون الاقتصاديون هذه الشروط للتملص من التزاماتهم أو التخلص من دعاوى التعويض التي قد ترفع ضدهم، وتستخدم شروط الإعفاء عادة في مثل هذه العلاقات التعاقدية عندما تكون مخاطر العقد متفاوتة بالنسبة لأحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر ويمكن أن تظهر هذه المخاطر على سبيل المثال من طبيعة الصفقة أو حجم رأس المال المدفوع للخدمة المقدمة، فإذا نفذ العقد في مثل هذه الحالات بشكل غير مناسب، فيمكن المطالبة بتعويض الأضرار التي لا يمكن للمضرور أن يتحملها[2] .

نصت المادة 1/178-2 من القانون المدني السابق الذكر على ما يلي :"**يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، و كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي، إلا ما ينشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه**"[3]، والأصل وفقا لنص هذه المادة هو جواز هذه الشروط في مجال المسؤولية العقدية وبطلانها في مجال المسؤولية التقصيرية كما أنها نصت على بطلان كل شرط بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي على أساس أن أحكام المسؤولية التقصيرية هي من النظام العام حيث يشمل هذا البطلان كل شرط إعفاء من المسؤولية التقصيرية سواء تعلق بأضرار مادية أو بدنية وسواء ترتبت هذه المسؤولية عن فعل شخصي أو عن فعل الغير، وسواء أكان الخطأ جسيما أو يسيرا أو عمدا .

---

[1] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص 70.

[2] – عبد الله مولاي، مباركة حسنية، مرجع سابق، ص 75.

[3] – الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

أما في مجال المسؤولية العقدية، فالأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعدها، كل ذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب العامة، وبمفهوم المخالفة لنص المادة 2/178 من القانون المدني الجزائري فإن هذا الجواز ينصب على الأخطاء الشخصية اليسيرة فقط [1].

أما إذا كان الشرط يرمي إلى الإعفاء نتيجة للغش وما يلحق به من خطأ جسيم فيعتبر باطلا ويبرر هذا الحكم بأنه لو اجزنا ذلك لكان الالتزام التعاقدي معلقا على شرط إرادي محض، وهو أمر يتعارض ونص المادة 205 من القانون المدني المقابلة لنص المادة 1174 من القانون المدني الفرنسي.

نستنتج من كل ما سبق أنه حتى وإن أمكن إبطال شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية في حالة الغش أو الخطأ الجسيم بموجب المادة 2/178 فإن ذلك يستوجب الإثبات من قبل المستهلك، وهو أمر ليس باليسير، حتى وإن أمكن لنا الاستعانة بنص المادة 110 من القانون المدني لمطالبة القضاء بتعديلها إذا وردت ضمن عقد من عقود الإذعان، فقد ثبت عجز هذه المادة عن حماية المستهلكين من مخاطر الشروط التعسفية لذلك وجب النص على بطلانها صراحة باعتبارها شرطا تعسفيا[2].

د. بطلان الشروط التعسفية الواردة في وثيقة التأمين

لاعتبار عقد ما عقد استهلاك، يجب أن يكون أحد طرفيه مدينا بتقديم سلعة أو خدمة إلى المستهلك الذي يعتبر الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، ولما كان عقد التأمين عقدا يبرم في كثير من الأحيان بين شركة التأمين المدينة بتقديم خدمة التأمين، وبين شخص يحمل وصف المستهلك فإن هذا العقد يمكن اعتباره من أهم عقود الاستهلاك لأن هدف المستهلك من إبرامه هو الحصول على خدمة التأمين[3].

ففي ظل هذه العقود لم يكتف المشرع بالحماية العامة المنصوص عليها في المادتين 110 و 112 من القانون المدني الجزائري، والتي يشارك فيها عقد التأمين سائر عقود الإذعان بل خصه بنصوص أبعد في حماية المؤمن له، والذي وصفه أحدهم باليتيم الذي هو في أمس

---

[1] – رضا معوش، مرجع سابق، ص 111.

[2]– محمد بودالي ، مرجع سابق، ص 74.

[3] –عبد الله مولاي، مباركة حسنية، مرجع سابق، ص70.

الحاجة إلى حماية فقد نصت المادة 622 من القانون السابق الذكر على بطلان طائفة من الشروط التي ترد في وثيقة التأمين نذكر منها على سبيل المثال :

✓ الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو النظم إلا إذا انطوت هذه المخالفة على جناية أو جنحة عمدية، ويبرر هذا البطلان على أساس أن غالبية حوادث السيارات مثلا تنجم عن مخالفة القوانين والنظم [1] .

✓ الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو في تقديم المستندات إذا تبين من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول فهذا الشرط أبطله المشرع في حالة وروده في وثيقة التأمين، ويبطل هذا الشرط أيا كانت الصورة التي يرد عليها، ويعد هذا الشرط باطلا في جميع الحالات لأنه ينطوي على التعسف فإذا اشترط المؤمن في التأمين من السرقة مثلا أن المال المؤمن له يجب أن يبلغ الشرطة أو النيابة فور وقوع الحادث، وإلا تعرض حقه في مبلغ التأمين إذا لم يفعل ذلك للسقوط، فهذا الشرط يعد شرطا تعسفيا، وقد أبطله المشرع لأنه ينطوي على التعسف ويؤدي إلى إهدار حقوق المؤمن له دون مبرر، وقد اشترط المشرع لبطلان هذا الشرط أن يكون التأخر في الإبلاغ عن واقعة السرقة للسلطات المختصة لعذر مقبول، وفي هذه الحالة يجب تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية، فيكون من حق المؤمن مطالبة المؤمن له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب هذا التأخير في الإبلاغ، والمؤمن هو الذي يتحمل عبء إثبات ما وقع عليه من ضرر ومدى هذا الضرر، ويكون من حق المؤمن له نفي ذلك بإثبات أن المؤمن لم يصب بأي ضرر من جراء التأخير في إبلاغ السلطات، وفي هذه الحالة التي يبطل فيها شرط السقوط يكون من حق المؤمن له المطالبة بمبلغ التأمين[2].

✓ شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة [3].

---

[1] – محمد بودالي ، مرجع سابق، ص 75.

[2]– أحمد عبد الرحمان فايز، "**الشروط التعسفية في وثائق التأمين ، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص**"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص ص 72-73.

[3] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص 76.

✓ كل شرط تعسفي آخر يتبين أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمن منه وفي هذه الفقرة الأخيرة يكون المشرع قد فتح الباب أمام القاضي ليتمكن من إبطال أي شرط تعسفي آخر غير عادي ذي أثر على وقوع الحادث المؤمن منه[1] .

إنّ الشروط السابقة تعتبر باطلة بقوة القانون، فإذا أراد المستهلك استبعاد شرطا منها فما عليه إلاّ التمسك بالنص الذي يحظرها حتى يتسنى للقضاء الحكم ببطلانها، وكأننا بصدد قائمة سوداء بالشروط التعسفية افترض القانون فيها الطابع التعسفي افتراضا لا يقبل إثبات العكس[2].

هـ . بطلان الشروط المخالفة للأحكام الآمرة المتعلقة ببعض العقود :

✓ كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض بين الأفراد حيث قررت المادة 454 من القانون المدني الجزائري وجوب أن يكون القرض بدون فائدة ويقع باطلا كل شرط يخالف ذلك.

✓ بالنسبة لعقد التأمين حيث نجد المادة 625 تقرر بطلان كل شرط يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين، إلاّ أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد.

✓ إلزام المشرع في المادة 21 من المرسوم رقم 03/93 [3]على تجسيد العلاقات الإيجارية في عقد الإيجار، طبقا لنموذج عقد الإيجار الذي بينه المرسوم التنفيذي رقم 69/94[4] مع معاقبة المؤجر في حالة عدم كتابة العقد، وإن كانت لم تحدد ماهي العقوبة الجزائية المفروضة لهذه المخالفة، إضافة إلى منح محتل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من معاينة المخالفة إذا كان حائزا لوصل إيجار.

---

[1] – عبد الله مولاي، مباركة حسنية، مرجع سابق، ص72.

[2] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص77.

[3] – المرسوم التشريعي رقم 93/ 03، المؤرخ في 7 رمضان عام 1413، الموافق لأول مارس سنة 1993، **يتعلق بالنشاط العقاري**، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 9 رمضان عام 1413، سنة 1993 .

[4] – المرسوم التنفيذي رقم 69/94، المؤرخ في 7 شوال عام 1414، الموافق ل 19 مارس سنة 1994، **يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93/ 03 والتعلق بالنشاط العقاري**، الجريدة الرسمية، العدد 17، الصادرة في 18 شوال عام 1414.

ولاشك أن الرغبة في حماية المتعاقد الضعيف، هو الذي قاد إلى تدخل المشرع بالتنظيم المسبق للالتزامات الناشئة عن بعض العقود كما هو الحال في عقد التأمين وعقد الإيجار، ممّا يؤدي إلى بطلان الشروط المخالفة له حتى ولو كانت ناشئة عن اتفاق بين إرادتي الطرفين الأمر الذي جعلها تقترب مما أسماه البعض بالتصرف الشرطيL'acte-condition .

إن تحديد مضمون العقد بموجب نصوص آمرة لا يولد بالضرورة مزايا فقط للمستهلكين ولكن بالتأكيد يجعل العقد أكثر توازنا فيما لو ترك بناؤه كليا لإرادة المتعاقد القوي، فهو توازن مفروض حيك بالتوفيق بين نصوص مختلفة بعضها يخدم مصالح المستهلك وبعضها الآخر لا يخدمها، وهذه الأخيرة تفرض على المستهلك حتى ولو لم يقبلها بل حتى ولو لم يعلم بها.

ويجب الاعتراف بداهة أن تدخل القاضي لتعديل الشروط التعسفية لا يمكنه أن يطال النصوص التشريعية أو التنظيمية لعقد من العقود حتى ولو تضمنت أحكاما في غير فائدة المستهلكين، بل هو في ظل القانون الجزائري لا يمكن أن يطال عقودا أخرى من غير عقود الإذعان وبموجب طلب محدد[1].

ثانيا- جزاء التعويض

يجوز للطرف الضعيف الذي لحقه ضرر جراء الشرط التعسفي أن يرفع دعوى قضائية من أجل الحصول على حكم قضائي بتعويضه، لكن عليه أن يثبت أن هذا الضرر يحمل فعلا شروط الضرر القابل للتعويض، كما عليه أن يثبت العلاقة السببية بين الضرر والشرط التعسفي أيضا، كما يجوز لجمعيات حماية المستهلكين المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق المستهلكين[2].

1- حق المستهلك في طلب التعويض عن التعسف الذي وقع فيه

لم تخلو نصوص القانون الجزائري من الأحكام التي تقضي بتقدير التعويض، حيث تم منح القاضي سلطة تقديرية للتعويض إذا لم يكن مقدرا في العقد أو في القانون، ولقد أكدت نصوص القانون المدني الجزائري على ذلك خاصة في المادة 173 التي نصت على أنه:

---

[1] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص ص 77، 78.

[2] – خولة عواد، "**حماية المتعاقد من الشروط التعسفية**"، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2014/2013 ،ص 82.

"**يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 128 و 182 مكرر، مع مراعاة الظروف الملابسة فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية ، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير**".

أما المادة 132 من القانون المدني الجزائري، فقد نصت على ما يلي: "**يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف**"، كما نصت المادة 177 من القانون المدني الجزائري أيضا على أنه: " **يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر أو زاد فيه**"[3].

فأساس التعويض في مفهوم القانون المدني هو المسؤولية المدنية التي تنقسم بدورها إلى نوعين مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فالأولى تعوض عن الضرر المتوقع دون الضرر غير المتوقع إلا عند وجود خطأ قصدي أو تغرير من المدين، وهنا التغرير ليس عيبا للرضا وإنما هو عدم تنفيذ الالتزامات، أما الثانية فهي الضرر المتوقع والغير المتوقع[4].

ومن هذا المنطلق، لا بد من ذكر الأساس الذي تعتمد عليه قواعد المسؤولية العقدية وكذا المسؤولية التقصيرية لتعويض المستهلك عن الشروط التعسفية.

فبالنسبة لقواعد المسؤولية العقدية يكون أساس الضرر اللاحق بالمستهلك جراء تنفيذه للشرط التعسفي هو العقد الذي يربطه بالمهني، وبالرغم من ذلك فإن المستهلك الذي تضرر من هذا الشرط لا يمكن أن يؤسس دعواه على أساس قواعد هذه المسؤولية، لأن المهني عند وضعه لبنود العقد قام المستهلك بإمضائه بكامل إرادته، فهنا من الناحية الظاهرية غير مسؤول، وذلك الإمضاء يعد قرينة أمام القاضي المنوط إليه دعوى التعويض، وهذا الأخير لا يحكم بغير ما طُلب منه، لأن الدعوى هنا دعوى تعويض لا إلغاء أو تعديل للشروط التعسفية، لذلك ينظر فقط إلى مدى وجود الإخلال بالالتزام العقدي ومدى توفر ركن الخطأ إضافة لمدى وجود الضرر والعلاقة السببية بينهما، كذلك لابد التنويه أنه ليس كل شرط تعسفي يتعلق بتنفيذ

---

(3) – الأمر رقم 75–58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

(4) – سامي الجبري، "**شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن**"، دار الطباعة للنشر التوزيع، الطبعة الأولى، صفاقس، 2011، ص ص 73 – 74 .

الالتزامات التعاقدية، فقد يتعلق بالمسؤولية نفسها تقليصا أو إعفاءا أو بالجهة التي تنظر في النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد مثلا[1].

أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، فإذا كان الأصل هو استعمال الحق في مجال التصرفات القانونية بكل حرية مع عدم إلحاق الضرر بالغير، فهنا تنفى المسؤولية، أما إذا كان هذا الاستعمال السيء للحق بشكل متعمد ومقصود، فهنا يظهر صاحب الحق متعسفا لاستعماله فيقع عليه تعويض ما لحق المتضرر من ضرر وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية وهذا هو مناط نظرية التعسف في استعمال الحق[2] .

إذن كخلاصة لما سبق ذكره فإن أساس طلب التعويض كدعوى مباشرة أمام القضاء المدني هو المسؤولية المدنية، والمسؤولية المدنية مفادها هو إخلال الشخص بالتزام مشروع يؤدي إلى الحاق الضرر بشخص آخر، لذلك يلزم المخل بجبر الضرر الذي حصل للمضرور عن طريق تعويضه، وتنقسم المسؤولية المدنية بحسب الالتزام المخل به إلى نوعين:

مسؤولية عقدية وتتحقق متى تم الإخلال بالتزام عقدي، إذ تجد مصدرها في العقد.

مسؤولية تقصيرية وتتحقق إذا تم الإخلال بالتزام قانوني[3] .

ويكون التعويض هنا بمقابل وليس عيني، لأن التعويض العيني في مجال جبر الضرر الحاصل للمستهلك لا يتعلق بعدم تنفيذ المدين لالتزامه، بل يتعلق بكونه قد لحق المضرور نتيجة عيب في المنتوج، أما التعويض بمقابل يكون نقديا أو غير نقدي[4] .

كذلك لا بد على القاضي عند تقدير التعويض أن يراعي الظروف الملابسة للمضرور سواءا في ظروفه الشخصية، حالته الجسمية، الصحية، العائلية أو المالية.

---

[1] – إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص 172.

[2] – مريم بوحطيش، ابتسام عمارة، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**"، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، تخصص قانون أعمال (النظام القانوني للاستثمار)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، السنة الجامعية 2016/2015، ص 152.

[3] – منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، مرجع سابق، ص 103.

[4] – جلال غيابة، عابد تواتي، "**آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري**"، مذكرة ماستر، الشعبة حقوق، تخصص قانون عام اقتصادي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2018/ 2019، ص51.

2 – توسيع دائرة حق التقاضي لإعادة التوازن العقدي (جمعيات حماية المستهلك)

إن حاجة المستهلك إلى جمعيات تسهر على حماية مصالحه هي حاجة ملحة، لاسيما أن المستهلك في الوقت الحاضر يقع فريسة للعديد من المغريات وتحيط به الكثير من المخاطر جراء تعامله مع المتدخلين، حيث ترجع نشأة الحركة الجمعوية إلى القرن 19، فتم إنشاء أول جمعية لحماية المستهلك في العالم في أوائل الثلاثينات ثم تطورت الفكرة في الخمسينات وظهرت أول جمعية خاصة بالمستهلكين في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1928 وتسمىResearch Consumer .

مع العلم أن أول قانون لحماية المستهلك صدر في 1973، فكان دورها يتمثل في تنبيه السلطات العمومية إلى بعض الممارسات غير المشروعة التي كان يمارسها المنتخبون والتجار الكبار بعيدا عن القيم الاجتماعية والضوابط الأخلاقية، وتحت تأثير و ضغط الجمعيات على أجهزة الدولة آنذاك صرّح الرئيس الأمريكي السابق جون كينيدي في البيت الأبيض وأمام الكونغرس الأمريكي عن الحقوق الأربعة للمستهلك، وذلك في 15 مارس 1962، وتتمثل في: حقه في الأمان، حقه في المعرفة، حقه في الاختيار، وحقه في الاستماع إلى أرائه، واعتبر بعد ذلك تاريخ 15 مارس 1962 يوما عالميا لحقوق المستهلك، ومن ثم امتد هذا التيار إلى مختلف الدول الغربية، كفرنسا إذ ظهرت فيها عدة جمعيات متعددة الأدوار ومن أهمها الاتحاد الفيدرالي للمستهلكين الذي أنشئ سنة 1951، أما في الجزائر فإن فكرة جمعيات حماية المستهلك حديثة النشأة إذ ترجع إلى سنة 1987 بمقتضى القانون 87-15 المؤرخ في 21 جويلية المتعلق بالجمعيات، بعد ذلك قام المشرع الجزائري بإصدار قانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى محاولا من خلاله إبراز دور جمعيات حماية المستهلك ثم تم إصدار القانون رقم 90-31 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 يتعلق بالجمعيات حيث تضمن أحكام تأسيسها إلا أنه ألغي بموجب القانون رقم 12-06[1] المؤرخ في 12 يناير2012 المتعلق بالجمعيات[2].

---

[1]– القانون رقم 12-06، مؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ، الموافق ل12 يناير سنة 2012، **يتعلق بالجمعيات**، الجريدة الرسمية، العدد 02 الصادرة في 21 صفر عام 1433 هـ، الموافق ل 15 يناير سنة 2012 م.

[2]– حورية سي يوسف زاهية، "**دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك**"، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، العدد 34، ص 286.

بعد 22 سنة من سريانه يعترف هذا القانون بمبدأ حرية تشكيل الجمعيات التي لا تخضع الى إجراء الاعتماد مع مراعاة إجراءان شكليان، وهما التصريح التأسيسي المسبق وتسليم وصل التسجيل طبقا للمادة 7 من القانون رقم 12-06 المذكور آنفا، إلاّ أن جمعيات حماية المستهلك يشترط اعتمادها.

أ - تعريف جمعيات حماية المستهلك

عرّف القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش جمعيات حماية المستهلك، بأنها جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، وتؤسس لأغراض غير سياسية أو تجارية أو اقتصادية حيث تهدف الى توعية المستهلكين وتثقيفهم وإرشادهم وحماية مصالحهم وحقوقهم لدى الجهات الإدارية الوصية، بينما عرفها القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات السابق ذكره على أنها عبارة عن تجمع أشخاص طبيعيين أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محددة أو غير محددة[1].

إن التعريف الذي أراده المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك يظهر أنه يميل إلى الحديث عن أهداف جمعية حماية المستهلك والوسائل التي تستخدمها لتحقيق أهدافها، من إعلام وتوجيه وتحسيس خاصة فيما يخص تحقيق التوازن العقدي ومحاربة الشروط التي تعتبر تعسفية المدرجة من طرف المتدخل.

ب. تأسيس جمعيات حماية المستهلك

يخضع تأسيس جمعية حماية المستهلك إلى شروط موضوعية وأخرى إجرائية:

- **الشروط الموضوعية:**

يجب إنشاء جمعية غير مخالفة للثوابت والقيم الوطنية والنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها، وقد أغفل المشرع الجزائري في القانون 12-06 تحديد الجزاء المترتب عن مخالفة هذه الشروط، ممّا يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالعقد حيث يكون العقد باطلا متى كان السبب أو الغاية أو الهدف من التعاقد غير مشروع. يفهم

[1] - محمد لمين قندوز، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري**"، مذكرة ماستر في العلوم القانونية تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أكلي أولحاج، البويرة، بدون سنة، ص 65.

من المادة 04 والمادة 05 من القانون رقم 12-06 أن الشروط الخاصة بأعضاء الجمعية المؤهلين لتأسيس الجمعية وتسييرها تتجلى في:

بالنسبة للأشخاص الطبيعية: لابد من بلوغهم سن 18 فما فوق بالإضافة إلى أن يكونوا من جنسية جزائرية متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية، غير محكوم عليهم بجناية و/ أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية ولو يرد اعتبارهم بالنسبة للأعضاء المسيرين.

بالنسبة للأشخاص المعنوية: يجب عليهم أولا أن يكون تأسيسهم خاضع للقانون الجزائري، ناشطين عند تأسيس الجمعية وغير ممنوعين من ممارسة نشاطهم، كما يجب على الشخص الطبيعي المفوض لممارسة الشخص المعنوي أن يكون مفوض خصيصا لهذا الغرض.

- **الشروط الإجرائية:**

إضافة إلى الشروط الموضوعية هناك بعض الإجراءات لابد من خوضها حتى تأخذ الجمعية مسلكها الصحيح والسليم لتفعيل دورها في حماية المستهلك، حيث يجتمع أعضاء الجمعية للمصادقة على القانون الأساسي، وذلك بعد مناقشة بنوده وتعيين مسئولي الهيئات القيادية، التي حرص المشرع من خلال القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات على تسميتها بالهيئات التنفيذية ليتم بعدها إثبات ذلك بموجب محضر اجتماع يوقع عليه جميع أعضاء الجمعية العامة، ويكون تحرير المحضر من طرف المحضر القضائي.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري اشترط عدد معين في الأعضاء المؤسسين للجمعية، وذلك من خلال المادة 6 من القانون 12-06 : عشرة أعضاء بالنسبة للجمعيات البلدية، خمسة عشر عضوا بالنسبة للجمعيات الولائية، منبثقتين عن بلديتين على الأقل واحد وعشرون عضو بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات منبثقتين عن ثلاث ولايات على الأقل وخمسة وعشرون عضوا بالنسبة للجمعيات الوطنية منبثقتين عن اثني عشر ولاية على الأقل [1].

ثم بعدها يقوم رئيس الجمعية بتشكيل الملف الإداري و القيام بالإجراءات التالية:

[1] ـ عبد الكريم حليمي، "**دور جمعيات المستهلكين في توعية المستهلك**"، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، 2019/2018، ص 28.

- إيداع تصريح التأسيس لدى السلطات العمومية المتخصصة "الوالي ووزير الداخلية ".
- تسليم وصل تصريح التأسيس من السلطات العمومية المتخصصة خلال 60 يوم على الأكثر من إيداع الملف و بعد دراسة مطابقة القانون.
- القيام بشكليات الإشهار على نفقة الجمعية في جريدة يومية إعلامية واحدة على الأقل ذات توزيع وطني.
- إرفاق تصريح التأسيس بقائمة الأعضاء المؤسسين والقياديين وتوقعاتهم وكافة البيانات المتعلقة بهم، إضافة الى نسختان مطابقتان للأصل من القانون الأساسي للجمعية.

باستكمال هذه الإجراءات تكون الجمعية قد تأسست من الناحية القانونية ويترتب عليها اكتساب الشخصية المعنوية والأهلية الكاملة لمباشرة الدعاوى أمام المحاكم القضائية [1] .

ج- دور جمعية حماية المستهلك في الدفاع عن مصالح المستهلك أمام القضاء المدني

إنّ المشرع الفرنسي لم يعترف بحق لجوء جمعية حماية المستهلك الى القضاء للدفاع عن المصالح المشتركة استنادا إلى مبدأ "النيابة العامة وحدها هي التي تدافع عن المصلحة العامة "حيث ظل كفاح هذه الجمعيات مستمرا إلى غاية 1973 فصدر قانون Royer الذي اعترف بهذا الحق في المادة 46 منه، أما المشرع الجزائري فقد اعترف بحق لجوء جمعيات حماية المستهلك إلى القضاء منذ البداية على خلاف المشرع الفرنسي، ويظهر جليا في قانون حماية المستهلك الملغى رقم 02/89 من خلال المادة 12 التي نصت على حق هذه الجمعيات في رفع دعاوى أمام المحكمة المختصة بشأن الضرر الذي لحق المستهلك وذلك قصد التعويض عن الأضرار المعنوية ، كما أقرت هذا الحق المادة17 من القانون رقم 12-06 فإنه من آثار اكتساب الشخصية المعنوية هو حق الجمعيات في ممارسة كل الحقوق الممنوحة للطرف المدني أمام القضاء بسبب وقائع تمس أهدافها أو المصالح الفردية أو الجماعية لأعضائها[2].

- كما نصت المادة 65 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية على إمكانية الجمعيات (حماية المستهلك) من رفع دعوى أمام القضاء ضد كل عون اقتصادي فحسب المادة 17 من القانون 12-06 التي تقضي بأنه لجمعيات المستهلكين الحق في تمثيل

---

[1] – مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص 131.

[2]– سارة مكي، "**آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري**"، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015، ص 52.

المستهلكين أمام القضاء وتأسس كطرف مدني فيها في حالة تعرض المستهلكين إلى أضرار وهذا ما أكدته المادة 23 التي نصت على :"**عندما يتعرض المستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني** "[1]، وهذا ما يعرف بالدور الدفاعي.

أما فيما يخص الدور الوقائي لهذه الجمعيات فيتجسد من خلال تحسيس المستهلكين إضافة إلى أصحاب القرار بأهمية مشاكل الاستهلاك والمخاطر والممارسات التي تهدد أمنهم وصحتهم، وذلك من خلال الاعتماد على كافة وسائل الإعلام من جرائد ودوريات، فتقوم الجمعية بتقديم النصائح للمستهلكين بتوجيههم نحو منتوج معين أيضا دعوتهم لمقاطعة بعض المنتوجات الأخرى كالمواد الغذائية التي قد تضر بالمستهلك، كذلك هناك أسلوب آخر لردع الممارسات الغير مشروعة لبعض المتدخلين يطلق عليه بالإشهار المضاد هدفه الكشف عن حقيقة السلعة أو الخدمة التي أخلت بحق من حقوق المستهلك من جهة ودعوة المستهلكين إلى عدم اقتناء هذه السلع محل الدعاية المضادة[2].

يتضح من خلال المواد السابق ذكرها، أن المشرع الجزائري أقر صراحة بحق التقاضي للجمعيات وذلك بعد استيفائها للشروط القانونية، بأن تتأسس كطرف مدني في دعوى أصلية أو عن طريق التدخل الإنضمامي في دعوى سبق رفعها من طرف المستهلك بتوفرها على الصفة والمصلحة المشروعة في النزاع[3]، وذلك وفقا لإجراءات التدخل في الخصام المنصوص عليه في المادة 195 والمادة 196 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] .

إنّ الدعوى المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك تكون مقبولة من أجل ضمان احترام النصوص الحمائية مهما كان طابعها، إلاّ أن هاته الجمعيات تصطدم بكثير من العقبات أهمها غلاء تكاليف التقاضي وعدم القدرة على تحمل نفقاتها، لهذا منحت المادة 22 من القانون

---

(1)– القانون رقم 09–03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10–09، المؤرخ في 10 جوان 2018، **المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، الجريدة الرسمية، العدد 35، المؤرخة في 13 جوان 2018.

(2)– وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، مرجع سابق، ص 62.

(3) – مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص 134.

(4)– انظر للمادتين 195 و196 من القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل 25 فبراير سنة 2008، **يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

رقم 09-03 حق الاستفادة من المساعدة القضائية التي نصت على :"...**يمكن أن تستفيد جمعيات حماية المستهلكين المعترف لها بالمنفعة العمومية من المساعدة القضائية**"[1] .

انطلاقا مما سبق، ترفع الدعوى من قبل جمعية حماية المستهلك باسم المستهلك ضد المتدخل الذي ألحق الضرر بهذا الأخير حيث تدافع عن مصالح المستهلك التي يسعى إلى تحقيقها والحصول على التعويض، أو تتدخل في دعوى المستهلك بتأكيد طلباته أو ادعاءاته أو إضافة طلبات تابعة للدعوى.

وتظل سلطة القاضي قائمة في تقدير حدوث الضرر أولا، وفي تحديد قيمة التعويض ثانيا، وبإمكانه أن يستجيب لطلبات الجمعيات كلها أو بعضها بحسب قدرتها على إقناعه بوجاهة ما تطلبه كما أن مطالب الجمعية بالتعويض عن الضرر اللاحق بمجموعة من المستهلكين لعدد غير محدد بعينه يجعل من مسألة تقدير هذا الضرر، وكذا التعويض المقابل له أمر في غاية الصعوبة، لهذا كثيرا ما يميل القاضي إلى الحكم بتعويضات رمزية لا تفي بالغرض المطلوب[2].

د- أنواع دعاوى جمعيات المستهلكين لإعادة التوازن العقدي

يمكن لجمعيات حماية المستهلك في مجال مكافحة الشروط التعسفية القيام برفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية، والتي تأخذ إما شكل دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها بين المستهلك والمحترف، وإما دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود ذلك أن معظم المحترفين يضعون نماذج مسبقة يجري عليها التعاقد تتضمن شروطا تعسفية وتهدد توازن العقد الذي سيبرم لاحقا.

---

[1] – القانون رقم 09-03 المعدل والمتمم، **المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، السالف الذكر.

[2] – سماح سفير، "**الآليات الداخلية لحماية المستهلك في التشريع الجزائري**"، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، السنة الجامعية 2017/2016، ص38.

✓التدخل في دعوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم ابرامها

لم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من الدعاوى، أي دعوى إلغاء الشروط التعسفية بشكل مباشر إلا أنه يمكن استخلاصها من خلال الفقرة الأولى من نص المادة 65 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي مفادها أنه بإمكان جمعيات العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين بمثابة مخالفة لأحكام القانون 04-02، وعليه يحق لهذه الجمعيات رفع أي دعوى بما أن النص جاء عاما والتي من بينها هذه الدعوى[1].

وتختلف دعوى إلغاء الشروط التعسفية عن دعوى الحذف من خلال كونها دعوى فردية تجمع بين المستهلك والمهني، ضف إلى ذلك فإنها تتعلق بشروط تعسفية لعقد ساري المفعول وأنتج آثاره القانونية وغالبا ما تكون المنازعة في هذا الخصوص في فترة تنفيذ العقد، حيث أن تدخل جمعيات حماية المستهلك في الدعوى الفردية التي يباشرها المستهلك يكون وفقا لشروط موضوعية منها أن يكون الضرر مشتركا وعاما وهي العوامل التي تمنح صفة التقاضي للجمعية.

يترتب عن هذه الدعوى إبطال الشروط المتنازع فيها فقط دون المساس بشروط العقد الأخرى التي تبقى منتجة لآثارها في مواجهة المستهلك والمهني على حد السواء وهذا ما أكدت عليه المادة L-132-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي:

L'article 132-1 alinéa 08 stipule que " **le contrat sera maintenu, s'il peut subsister sans les clauses abuisive**" [2]

وما يلاحظ في القانون الجزائري سواءا في القانون رقم 04-02 أو في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 هو غياب أي نص لمعالجة موقف القضاء وتعامله في الحالة التي تتدخل فيها الجمعية إلى جانب المستهلك في الدعوى الرامية إلى إبطال الشروط التعسفية، مما يستدعي الاستعانة بالقواعد العامة وبالضبط الاستناد إلى أحكام المادة 104 من القانون المدني الجزائري[3].

---

[1] – خالد معاشو، مرجع سابق، ص128.

[2] – رضا معوش، مرجع سابق، ص 98.

[3] – رضا معوش، المرجع نفسه، ص 97-98.

✓ **دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود**

إن دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود التي ستبرم بين المستهلكين والمحترفين يمكن استنتاجها مباشرة من خلال نص المادة 30 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تمنع العمل بالشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود، وهذا ما يعبر عنه بالحذف المادي للشرط التعسفي من نماذج العقود الأمر الذي يوفر حماية جد فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية كونها دعوى وقائية.

وعلى خلاف المشرع الجزائري، تناول المشرع الفرنسي النص على هذه الدعوى بشكل مباشر وصريح من خلال قانون 05 جانفي 1988، حيث نص على إمكانية مباشرة دعوى مستقلة تسمى دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية من نماذج العقود والتي تبناها تقنين الاستهلاك لسنة 2016[1].

المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني في ظل القواعد الخاصة

إنّ السلطات الواسعة التي منحها المشرع الجزائري للقاضي فيما يخص حماية المذعن من الشروط التعسفية وإن كانت كافية إلى حد ما لحماية المستهلك في عقود الإذعان، إلاّ أن هذا الأخير يكون عرضة لتعسف العون الاقتصادي ليس فقط في عقود الإذعان، وإنما يمتد ليشمل التعسف جميع عقود الاستهلاك، وعلى هذا وجب على المشرع تدعيم القواعد العامة بقواعد خاصة لتوفير الحماية الكافية التي تؤدي إلى إبطال الشروط التعسفية من كافة العقود التي يكون فيها المتعاقد في حالة ضعف.

لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى بطلان الشروط التعسفية (الفرع الأول)، ثم إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بطلان الشروط التعسفية

في حالة ثبوت شروط تعسفية واردة في عقد الاستهلاك كما يشترط قانون الاستهلاك الفرنسي، أو ثبوتها في عقد استهلاك يتسم بالإذعان كما تشترطه تشريعات الاستهلاك في الجزائر في هذه الحالة جاز للمستهلك ولجمعيات حماية المستهلك المطالبة ببطلان الشرط

[1] – خالد معاشو، المرجع السابق، ص 129.

التعسفي، كما يجوز للقاضي إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه وتوقيع البطلان، الأمر الذي سنبحث عن مدى إقراره في تشريعات الاستهلاك بين كل من فرنسا والجزائر.

أولا: بطلان الشروط التعسفية في العقود المبرمة بموجب تشريعات الاستهلاك في فرنسا

على خلاف المشرع الفرنسي الذي أدرج جزاء بطلان الشروط التعسفية من خلال الفقرة السادسة من المادة ل.132 من قانون الاستهلاك الفرنسي التي تنص على أنه: "**الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة**"، وفي فقرتها الثامنة تنص على أنه: "**العقد يبقى قابلا للتطبيق في كل أحكامه إلا بالنسبة لتلك التي قضى بأنها تعسفية إذا كان العقد من الممكن أن يبقى قائما دون هذه الشروط**"، فمن خلال هاتين الفقرتين يتجلى لنا أن هذا الجزاء يلحق بالشرط لا العقد الأمر الذي يتفق مع مصلحة المستهلك[1].

فمن الناحية العملية يطبق القاضي هذا الجزاء بمناسبة رفع الدعوى من قبل أحد أطراف العقد إما من قبل المحترف للمطالبة بالثمن، وإما من قبل المستهلك للمطالبة بالأداء حيث يقع على هذا الأخير عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط، على أنه يمكن للقاضي إثارة الموضوع من تلقاء نفسه إذ يتعلق الأمر بالنظام العام.

ولقد طبق القضاء الفرنسي هذا الجزاء في العديد من القضايا نذكر منها ما يتعلق بقضية **chronopost**[2]، حيث تتلخص وقائعها في أن إحدى الشركات أرادت المشاركة في مناقصة، فكلفت هذه الشركة بنقل رسالتها إلى المرسل إليه على وجه السرعة، لكن هذه الرسالة وصلت متأخرة إلى المرسل إليه الأمر الذي حرم الشركة من المشاركة في المناقصة فطالبت هذه الشركة من**chronopost** تعويضها عن الضرر الذي لحقها، ولكن**Chronopost** احتجت بوجود بند في العقد يحصر التعويض في ثمن النقل المدفوع فقط ، فبالاستناد إلى المادة 1131 من القانون المدني الفرنسي قضت محكمة النقض الفرنسية بأن شرط الإعفاء من المسؤولية يعتبر غير مكتوب لأنه يناقض التعهد المأخوذ من طرف **chronopost**.

---

(1) – محمد خليفة كرفة،"**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص 279.

(2) –**شركة مختصة بالنقل السريع.**

وعلى غرار المشرع الألماني الذي اعتمد على نظام القائمة لتحديد الشروط التعسفية وتقرير بطلانها، نجد أن التشريع الفرنسي وإلى غاية تاريخ 2009/03/18 قد تضمن ثلاثة قوائم ويرجع هذا التعدد لتعدد مصادرها فهي عبارة عن:

1- **المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة:**

لقد أجازت المادة L 132-1/2[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي لمجلس الدولة إصدار مراسيم بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، من أجل تحديد أنواع الشروط واعتبارها تعسفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معا، فهي شروط باطلة حيث ينصب هذا البطلان على الشرط التعسفي ذاته دون العقد، وهو ما يتفق مع مصلحة المستهلك وهذا النوع من البطلان هو بطلان نسبي.

Art L 212-1/4 « Un décret en Conseil d'état, pris après avis de la commission des clauses abusives , détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa "[2]

ومنذ بدء العمل بنظام المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة، فإنه لم يتم سن سوى مرسوم واحد مؤرخ في 24 مارس 1978، والذي تضمن قائمة تناولت ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية نذكر منها على سبيل المثال منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إنقاص الضمان القانوني.

2- **ملحقة مدونة الاستهلاك:**

أضاف المشرع الفرنسي سنة 1995 ملحقا بقانون الاستهلاك، يتضمن قائمة للشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية مستوحاة من التعليمة الأوروبية لسنة 1993، فهي قائمة توجيهية وغير ملزمة تضم 17 نوعا من الشروط التعسفية نذكر منها:

- التمديد التلقائي للعقد محدد المدة دون الاعتداد بإرادة المستهلك.

---

[1]- وهي المادة L212- 1/4 الحالية في ظل الأمر رقم 2016-301.

[2] - خالد معاشو، مرجع سابق، ص 112.

– النص على إمكانية إنهاء العقد بواسطة المحترف دون إعطاء هذه الخاصية للمستهلك.

– إلزام المستهلك الذي لم ينفذ التزامه بدفع تعويض مبالغ فيه وغير متناسب.

3– توصيات لجنة الشروط التعسفية:

أنشأت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، على أن توضع لدى الوزير المكلف بالاستهلاك، وقد تم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995، بحيث تضم هذه اللجنة 13 عضو فهي تعتبر مجرد هيئة استشارية تنحصر مهامها في إصدار توصيات بحذف أو تعديل الشروط التي تراها تعسفية بمفهوم المادة L212-1 .

ولقد صدر عن لجنة الشروط التعسفية في فرنسا إلى غاية سنة 2008 ثمانية وستون توصية تضمنت كل واحدة منها العديد من الشروط التعسفية يمكن تقسيمها إلى طائفتين:

- الطائفة الأولى هي عبارة عن توصيات عامة تضم شروطا تهم عقود الضمان (التوصية رقم 97-01)، اللجوء إلى القضاء (التوصية رقم 08-03)،....إلخ

- أما الطائفة الثانية فهي خاصة بقطاعات معينة، بحيث تضم شروطا تهم شراء أشياء التأثيث (التوصية رقم 80-05)، تركيب المطابخ (التوصية رقم 82-03)،....إلخ[1].

ورغم عدم إلزامية تلك التوصيات، فإنّ المحاكم في فرنسا لم تتردد في الاستئناس بها لتقدير الطابع التعسفي لشرط تعسفي معين، إضافة إلى أن القضاء في فرنسا غالبا ما يستند في تسبيب أحكامه القاضية بتعديل شروط العقد أو إلغاءها على آراء هذه اللجنة، خصوصا أنه بإمكانها إبداء رأيها حتى أثناء سير الخصومة، كما كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة حيث أصدر المشرع بناء على تلك التوصيات عدة قوانين منها قانون 06 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن، كذلك قانون 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي إلى جانب العديد من القوانين الأخرى.

[1] –خالد معاشو، مرجع سابق، ص ص 114– 116.

وبالرجوع إلى نظام القائمة لتحديد الشروط التعسفية حسب التشريع الفرنسي، فإنه ومنذ صدور المرسوم رقم 2009-302 المؤرخ في 18 مارس 2009 تم اعتماد قائمتان للشروط التعسفية، الأولى رمادية تتضمن شروطا يفترض أنها تعسفية نصت عليها المادة R132-2

Art. R132-2: «Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont présumées abusives au sens des dispositions du premier et des deuxième alinéas de l'article L.132-1, sauf au professionnel a rapporter la preuve contraire, les clauses ayant pour objet ou pour effet de:...»

ويقع على المحترف عبء إثبات أنها ليست تعسفية، على أن يكون ذلك تحت السلطة التقديرية للقاضي، أما القائمة الثانية فهي سوداء تضم شروطا تعسفية باطلة بطلانا مطلقا نصت عليها المادة R132-1، وذلك لخطورتها في تهديد توازن العقد وهي غير قابلة لإثبات العكس من طرف المحترف، وليس للقاضي سلطة في تقدير طابعها التعسفي.

Art. R132-1; « Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L.132-1 et des lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de:...» [1]

ثانيا - بطلان الشروط التعسفية في العقود المبرمة بموجب تشريعات الاستهلاك في الجزائر

نظرا لعدم وجود نص صريح في تشريعات الاستهلاك في الجزائر يقرر جزاء مدنيا عاما ينصب على الشروط التعسفية وارد في العقود التي سبق إبرامها، يتعين تكريس البطلان في هذه التشريعات ثم ضرورة تحديد نطاقه كما تطرقنا إلى تقادم دعوى البطلان.

[1] - خالد معاشو، المرجع السابق، ص 117.

1- تكريس بطلان الشرط التعسفي في تشريعات الاستهلاك:

يتم ذلك من خلال البحث في مدى إقراره في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، كذلك القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

أ- وجود البطلان في ظل قانون الممارسات التجارية 02/04:

اكتفى المشرع الجزائري في ظل القانون 02/04 بالجزاء الجزائي المذكور من خلال نص المادة 38 من نفس القانون حيث فاته تحديد الجزاء المدني المقرر ضد الشروط التعسفية، فمن غير المعقول أن يصادف القاضي مسألة مخالفة للقانون معروضة أمامه دون أن يقرر لها المشرع جزاءا مدنيا خاصة في ظل وجود قاعدة مفادها بأنه لا بطلان إلا بوجود نص قانوني كما أن الأستاذ محمد بودالي اعتبر أن القانون 02/04 يعتريه النقص والقصور فيما يتعلق بالجزاء المدني هذا النقص يجب استكماله من خلال النص صراحة على بطلان الشروط التعسفية مع الإبقاء على العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون تلك الشروط الباطلة[1].

فيرى جانب من الفقه الأخذ بفكرة البطلان النسبي كجزاء للشروط التعسفية بمعنى بطلان الشرط مع بقاء العقد قائما الأمر الذي يتفق مع حكم المادة 104 من القانون المدني حيث نصت على أنه:" **إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال، فهذا الشق هو وحده الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله** "[2]، وهناك من يرفض إبطال الشرط التعسفي تطبيقا لنظرية انتقاص العقد على أساس أنها تمثل جزاء غالبا ما يكون أشد جسامة من بطلان العقد.

ووفقا لبعض الفقه فإن إغفال تحديد الجزاء المدني لا يعني بالضرورة انعدامه، فيمكن استخلاصه ضمنا من نصوص هذا القانون، فبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون 04-02[3] نجد أن المشرع الجزائري يهدف من وراء إصدار هذا القانون إلى حماية المستهلك من جميع أشكال الممارسات الغير نزيهة أو التعسفية، مما يعني أن هذه النصوص من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها لتعلقها بالنظام العام للحماية وكل اتفاق على خلاف ذلك فهو باطل، وما

---

[1] – محمد خليفة كرفة، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص 280.

[2] – الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم ، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

[3] – القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

يؤكد أن القواعد القانونية ذات طبيعة آمرة هو ما رتبه المشرع من عقوبة جزائية لكل مخالفة لها، كذلك بالاعتماد على نص المادة 30 من القانون 04-02 التي تتيح للسلطات التنظيمية إمكانية منع العمل في مختلف أنواع العقود بالشروط التي تعتبر تعسفية فوفقا لهذا الرأي، فإن مخالفة المنع يترتب عليها البطلان وهذا ما جاء في نصها على أنه: " **بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية**"[1].

كذلك باستقرائنا لنصوص القانون رقم 04-02 خصوصا المادة 29 منه نجد أن المشرع الجزائري اتبع نفس أسلوب نظيره الفرنسي المتمثل في إعداد قائمة بالشروط التعسفية، حيث أورد لأول مرة قائمة تتضمن 08 أنواع من الشروط التي اعتبرها تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والعون الاقتصادي، فهي شروط واردة على سبيل المثال لا الحصر، نصت على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما 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 المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون ان يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية بمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة"[2].

---

[1] – القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر

[2] – القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر

إضافة إلى ذلك أضاف المشرع الجزائري قائمة أخرى نموذجية للشروط التعسفية تكمل القائمة الواردة بالمادة 29 السالفة الذكر، حيث تضمنت 12 شرطا تعسفيا لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في القانون 04-02، إذ أنها ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية كما أنها ملزمة للقاضي[1]، وذلك بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، ومن جملة الشروط التي تضمنتها هذه القائمة:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2و3 من ذات المرسوم.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع التعويض.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته [2] .

إذن بالرجوع إلى هاتين القائمتين سوف يتجلى لنا بوضوح بأن الشروط الواردة فيهما هي شروط باطلة بقوة القانون رغم عدم التصريح عن هذا الجزاء من قبل المشرع الجزائري.

بالتالي يعتبر هذا الجزاء من بين النتائج المترتبة عن الضبط القانوني المسبق للشروط التعسفية، والتي اصطلح على تسميتها بالقوائم السوداء les listes noires التي لا يملك القاضي إزائها أية سلطة تقديرية لتقرير بطلانها، فبمجرد أن يطلع القاضي ويراقب ما إذا كانت هذه الشروط الواردة ضمن القائمتين الواردتين في المادة 29 من القانون 04-02 والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ليس له إلا التصريح ببطلانها، ويكون القاضي أثناءها خاضعا لرقابة المحكمة العليا، ذلك أن المسألة التي فصل فيها هي مسألة قانونية بحتة ولا تتعلق بالوقائع[3]، فهي تعتبر من النظام العام على أساس أنها شروط يفترض طابعها التعسفي فهي تعسفية بقوة القانون بما معناه تعتبر شروط محظورة بقوة القانون.

---

[1] – عمر زغودي، "**مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية**"، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، العدد الثاني، 2014، ص 164.

[2] – المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المعدل والمتمم، **المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية،** السالف الذكر.

[3] – رضا معوش، مرجع سابق، ص 111.

وفي هذه الحالة يرى الدكتور محمد بودالي أن المضرور وغالبا ما يكون المستهلك يعفى من إثبات الطابع التعسفي للشرط إذا كان من قبيل الشروط المحددة في المادتين السابق ذكرهما[1].

كذلك ما يترتب على اعتبار أن الشروط الواردة ضمن القائمتين المنصوص عليهما سابقا أنها واردة على سبيل المثال لا الحصر، هو أن القاضي يعتمد للكشف عن الطابع التعسفي لأي شرط خارج عن تلك القائمتين على المعيار المذكور في المادة 03 الفقرة 05 من القانون رقم04-02، وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[2].

أما فيما يخص الشروط الخاضعة لتقدير القاضي ففي حالة نشوب نزاع بين المهني والمستهلك بخصوص الطابع التعسفي لشرط واحد أو أكثر من شروط العقد التي لم تذكر ضمن القوائم القانونية الواردة في المادتين 29 من القانون رقم 02/04 والمادة 5 من المرسوم رقم 06-306، فإن المتعاقد المضرور هو من يقع عليه عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا للقاعدة الثبوتية البينة على من ادعى وهي الحالة التي لا تجيز للقاضي إثارة الطابع التعسفي للشرط إلا إذا دفع بذلك المستهلك باعتباره الطرف المضرور، ويرجع تقييد سلطة القاضي في إثارة الطابع التعسفي للشروط التي لم يرد ذكرها في القوائم القانونية إلى المصطلحات التي استعملها المشرع الجزائري في صياغة المواد المتعلقة بقائمة الشروط التعسفية أين استعمل مصطلح "لاسيما" وهو ما يدل دلالة قاطعة على أن الشروط المذكورة مسبقا في القوائم كانت على سبيل المثال لا الحصر، فحق المطالبة بالبطلان مقرر لأطراف العقد إضافة لجمعيات حماية المستهلك في حالة معاينتها لأحد الشروط التعسفية، فإذا تبين ذكرها ضمن القوائم القانونية المسبقة لها أن تطالب بإلغائها أمام القضاء[3] .

كما أن البعض الآخر من الفقه يرى بأن الفراغ القانوني في هذا الشأن لا يعتبر مانعا من الحكم بالبطلان من طرف القاضي، لأنه حسب الفقه الحديث يجوز القضاء بالبطلان ولو بدون نص إذا كانت المصلحة التي يريد القانون حمايتها جد مهمة تبرر بطلان الشرط التعسفي بدليل نص المادة 65 من نفس القانون.

---

[1] – عمر زغودي، المرجع السابق، ص 163.

[2] – خالد معاشو، مرجع سابق، ص 111.

[3] – رضا معوش، المرجع السابق، ص 112 .

كذلك بالرجوع إلى المادة 30 من القانون رقم 04-02، والتي تنص على حماية المستهلك عن طريق التنظيم تم إنشاء لجنة البنود التعسفية، وذلك بمقتضى نص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 حيث تعتبر هذه اللجنة أسلوبا إداريا لمعالجة التعسف في نطاق العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين فالحكمة من استحداثها تعود إلى الرغبة في الحد من المنازعات العقدية التي قد تطرح على القضاء.

فهي لجنة ذات طابع استشاري توضع لدى الوزير المكلف بالتجارة، تتمثل مهام هذه اللجنة عموما في فحص نماذج العقود التي لم تبرم بعد وهي في الغالب العقود النموذجية التي تحتوي شروطا عامة، أو فحص شروط العقود التي تم إبرامها وتم عرضها عليها بمناسبة نزاع قائم بين المهني والمستهلك حول إحدى الشروط التي يطعن في تعسفها.

كما أن ما يصدر عن اللجنة بمناسبة مراقبتها للشروط العقدية التعسفية لا يعدو أن يكون مجرد توصيات بحذف أو تعديل الشروط التي ترى أنها تعسفية، إلى جانب ذلك فإن آراء اللجنة وتوصياتها تعتبر بمثابة دعامة ومرجعية بالنسبة للجهات المختصة بحماية المستهلك، وذلك من خلال التقارير التي تعدها، والتي تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة حسب ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 مما يعكس الطابع الإداري المحض لهذه اللجنة [1]، بالإضافة إلى ذلك يمكن للقاضي أن يطلب رأي لجنة الشروط التعسفية بشأن الشرط محل النزاع المطروح، وذلك بموجب المرسوم المؤرخ في 10 مارس 1993، الذي أسند لهذه اللجنة مهمة استشارية لدى القضاء، وإن كان غير ملزم بها [2].

فرغم الدور الذي تقوم به في مجال مكافحة الشروط التعسفية وتوفير الحماية للمستهلكين سواء كان دورا أساسيا من خلال التوصيات التي تصدرها أو استشاريا من خلال الآراء التي تبديها بصدد مشاريع المراسيم الصادرة من السلطة التنفيذية بخصوص الشروط التعسفية إلا أن هذه التوصيات ليست لها صفة إلزامية مما يجعل دورها محددا في مواجهة الشروط التعسفية.

غير أن ما ينبغي الإشارة إليه في هذا السياق هو أن الواقع العملي يثبت الغياب المطلق لنشاط هذه اللجنة سواء في شقه الإداري المتعلق بالتقارير السنوية المقدمة للوزارة أو في شقه المتعلق بتنوير الجهات القضائية، فعلى سبيل المثال يخلو اجتهاد الجهات القضائية العليا في

---

[1]- رضا معوش، مرجع سابق، ص 85.

[2] - خولة عواد، مرجع سابق، ص 78.

الجزائر (مجلس الدولة والمحكمة العليا) من أي اعتماد لها في الأحكام والقرارات الصادرة عنها على توصيات لجنة الشروط التعسفية[1]، حيث نجد أن المشرع الجزائري لم ينص على أي دوراستشاري تقوم به اللجنة أو بالأحرى فإن هذه الأخيرة لم تبد أي مبادرة لمباشرة مهامها رغم توفر الإطار القانوني لها[2].

ب – وجود البطلان في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09:

اعتمد المشرع البطلان كجزاء على الشرط التعسفي في ظل القانون 09-03 من خلال نص المادة 13 حيث نصت على ما يلي : " **يستفيد كل مقنن لأي منتوج سواء كان جهاز أو أداة أو آلة 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 بالمنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته، يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية يعتبر باطلا الشرط مخالف لأحكام هذه المادة، تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم**"[3]، إذن فمفاد هذه المادة أن الجزاء الصريح المقرر في نصها يعتبر جزاء خاص يترتب فقط على الشرط التعسفي الذي يعفي المتدخل من ضمان المنتوجات أو يحمله هذا الضمان في مقابل أن يتحمل المستهلك أعباء إضافية، مما يعني أنه خارج هذه الصورة للشرط التعسفي لا يوجد جزاء مدني صريح يحدد مصير الشرط التعسفي في تشريعات الاستهلاك ككل، فبالرغم من أن المشرع يعترف من حيث المبدأ بأن الجزاء المدني المتعلق بمصير الشرط التعسفي هو بطلان الشرط والإبقاء على العقد إلا أنه لم يتدارك في هذا القانون مسألة انعدام جزاء مدني صريح يحدد مصير الشروط التعسفية بكل صورها في قانون الممارسات التجارية.

---

[1] – رضا معوش، المرجع السابق، ص 85.

[2] – سميحة بدراوي، مروى صدراتي، "**الشروط التعسفية في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية**"، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، السنة الجامعية 2019/ 2020، ص 68.

[3] – القانون رقم 09-03، المعدل والمتمم، **المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، السالف الذكر.

2- تحديد نطاقه :

إن الحكم ببطلان الشروط التعسفية يثير عدة إشكالات في تحديد نطاقه وما إذا كان يتوقف على هذه الشروط أم أنه يمتد إلى العقد كله، حيث يمكن فهم نية المشرع من خلال القانون رقم 02/04 إلى البطلان مع إبقاء العقد قائما ونافذا في باقي أجزاءه فجزاء البطلان هنا يكتسي نوعا خاصا بما أنّ العمل بالشروط التعسفية مخالف للنظام العام الحمائي الذي يهدف إلى حماية الطرف الضعيف، فهنا نجد أنّ البطلان النسبي هو الأصح فيكون طلبه من الطرف الذي تقرر لمصلحته[1].

ويؤيد بعض الفقه فكرة البطلان النسبي أو الجزئي في مجال الشروط التعسفية لاعتبارات كبيرة أهمها[2] :

- إنّ الاعتماد على الشرط التعسفي من قبل عدد من المحترفين في عقود موضوعها نفس السلعة أو المنتوج التي يحتاجها المستهلك حتما سيؤدي إلى الحكم ببطلان العقد في كل مرة وتعطيل قضاء مصالح المستهلك، نظرا لعدم استفادته بمحل العقد المتعاقد عليه.
- إنّ القول بالبطلان الجزئي يعد تكريسا لمبدأ الحماية الفعالة للمستهلك.
- إنّ بطلان الشرط التعسفي فقط هو الوسيلة الأكثر فعالية للتثبيط من عزم الطرف القوي على ادراجها في العقد، فمن يدرج هذا الشرط يجب أن يتعرض لخطر رؤية الطرف الآخر بطلب بطلان الشرط وتنفيذ العقد في نفس الوقت.

3- تقادم دعوى البطلان:

أما فيما يخص تقادم دعوى البطلان لوجود شروط تعسفية، فإنه يتم تطبيق نفس أحكام التقادم المنصوص عليها في القانون المدني، ألا وهي خمس (05) سنوات من يوم معرفة أو اكتشاف وجود شروط تعسفية في العقد، وعشر (10) سنوات من يوم إبرام العقد[3].

---

[1] – محمد خليفة كرفة، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص 285.

[2] – محمد خليفة كرفة، المرجع نفسه، ص 286.

[3] – عمر زغودي، مرجع سابق، ص 172.

إذن من خلال كل ما سبق نستطيع القول بأن غياب الجزاء المدني لا يعني استبعاد دور القاضي في الحكم ببطلان الشروط التعسفية وفقا لهذا القانون ومنح هذه السلطة للقاضي الجنائي فقط، بل أن الاختصاص ينعقد للجهتين معا حسب طبيعة الدعوى المرفوعة، ومهما يكن كان من المفروض أن ينص المشرع الجزائري صراحة على الجزاء المدني طالما أنه ينتهج سياسة حمائية للمستهلك كذلك بالنظر إلى تطور التشريع، فكما سبق بيانه اعتمد المشرع الجزاء المدني المتعلق بمصير الشروط التعسفية صراحة في الكثير من المناسبات على غرار نص المادة 110 من القانون المدني وسكت عنه من حيث المبدأ في تشريعات الاستهلاك بالرغم من أنه التشريع الأحدث، ، وبذلك يكون قد رجع خطوة إلى الوراء[1].

كذلك بناءا على ما تم ذكره آنفا، فإن لجمعيات حماية المستهلك الحق في رفع دعوى إبطال الشروط التعسفية في العقود التي تم إبرامها بالرغم من أنها ليست طرفا في عقد الاستهلاك، وهذا ما أكدته المادة 65 من القانون 04-02 حيث نصت على أنه:" **دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم** "[2] .

وبالتالي فالهدف من وضع هذه النصوص حماية الطرف الضعيف وتهذيب مجموع العلاقات العقدية [3].

---

[1] – محمد خليفة كرفة ، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، المرجع السابق، ص 283 .

[2] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[3] – محمد خليفة كرفة، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، المرجع السابق، ص 284.

الفرع الثاني: إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود

إذا كان إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود كجزاء وارد في قانون الاستهلاك الفرنسي بشكل صريح، فإن هذا الجزاء يكتنفه الغموض حول إقراره في تشريعات الاستهلاك في الجزائر وهذا ما سيتم تبيانه.

أولا-إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود بموجب قانون الاستهلاك الفرنسي

إنّ الإلغاء أو الحذف المادي للشروط التعسفية يعد جزاءا جديدا ابتكره المشرع الفرنسي بموجب قانون 1988/1/5 الذي استحدث دعوى حذف الشروط التعسفية، وقد نص عليها في المادة ل. 421 المعدلة بموجب الأمر 741/01 المؤرخ في 23 أوت 2001، فحسب الفقرة الأولى من هذه المادة يجوز لجمعيات حماية المستهلكين رفع دعوى قضائية أمام القضاء المدني لوقف كل التصرفات السيئة المخالفة لتعليمة 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية، وحسب الفقرة الثانية من نفس المادة يمكن للقاضي أن يأمر عند اللزوم تحت طائلة الغرامة بحذف كل شرط تعسفي في كل نموذج عقدي موجه لفئة المستهلكين، ونصت الفقرة 36 من نفس المادة على أنه: "**يجوز لجمعيات حماية المستهلك المرخص لها من السلطات العامة أن ترفع أمام القضاء المدني دعوى إلغاء الشروط التعسفية وأن تطلب إلغاء الشروط المنصوص عليها في نماذج العقود والاتفاقيات المعتادة التي يطرحها المهنيون على المستهلكين وأن تطالب بفرض غرامة تهديدية على المهنيين إذا لزم الأمر وهكذا عندما تعاين جمعية معتمدة للمستهلكين احتواء نماذج العقود على شروط تعسفية يمكنها اختصام المهني الذي تحتوي نماذج عقوده على هذه الشروط، وذلك أمام القضاء المدني بما يعطي ميزة وقائية لهذه الدعوى**"[1].

يتبين من هذا النص أن جمعية حماية المستهلك المعتمدة من السلطات العامة لها أن تباشر دعوى امام المحكمة المدنية، ولكن ليس دعوى البطلان وإنما دعوى الحذف المادي

[1] – مولود بغدادي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص 133.

للشرط التعسفي من نماذج العقود التي ستبرم مستقبلا بين المحترفين والمستهلكين، مما يعني أن هذه الدعوى لها خاصية وقائية وجماعية [1].

ثانيا- الغموض حول إقرار دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود بموجب قانون الاستهلاك الجزائري

يفهم من خلال نص المادة 65 من القانون 02/04 أنها لم تبين طبيعة الدعاوى التي ترفعها جمعية حماية المستهلكين، فقد تكون دعوى تعويض أو دعوى بطلان أو دعوى حذف الشروط التعسفية، كما أن بعض الفقه أنكر الاعتراف بدعوى إلغاء أو حذف الشروط التعسفية في القانون الجزائري بدليل أن المادة 65 أعلاه لم تشر إلى دور القاضي في حذف الشروط التعسفية من العقود قبل إبرامها، فمهما يكن يتعين على المشرع التدخل بنص صريح لإقرار حق جمعيات المستهلك في رفع دعوى الإلغاء تتكرس من خلالها سلطة القاضي في تطبيق الحذف المادي للشروط التعسفية من نماذج العقود بالنظر لما تحققه هذه الدعاوى من مزايا، تتمثل في أن إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود قبل إبرامها الأمر الذي سيتفادى به القضاء كثرة دعاوى البطلان التي من الممكن رفعها من المستهلكين أو الجمعيات، والتي حتى و لو صدر حكم بشأنها فهو لا يسري على كل الشروط التعسفية في كل العقود بسبب نسبية أثر الأحكام القضائية[2].

وتجدر الإشارة أن هذه الدعوى متاحة فقط لجمعية حماية المستهلكين المعتمدة قانونا وهذه النتيجة يقتضيها شرطا الصفة والمصلحة في الدعوى بصفة عامة، إذ لا يسوغ للمستهلك اختصام المحترف من أجل إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود في ظل غياب عقد يربطهما، إلا إذا كان المستهلك في إطار التفاوض من أجل التعاقد مع المحترف بأحد تلك النماذج التي تحتوي على شروط تعسفية، فتكون حينئذ دعواه مبنية على مصلحة محتملة يحميها القانون بموجب المادة 30 من القانون 02/04 [3].

---

[1] – محمد خليفة كرفة، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، المرجع السابق، ص 286.

[2] – محمد خليفة كرفة، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد و تشريعات الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص 287.

[3] –خالد معاشو، مرجع سابق، ص 129.

خلاصة الفصل الأول:

في ختام هذا الفصل نخلص القول بأن القاضي يتدخل بموجب القانون لإعمال سلطته في إعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان بصفة عامة، وهذا ما أقرته التشريعات العامة من خلال تخويله سلطة مباشرة في التدخل سواء بالتعديل أو التفسير أو إعفاء الطرف المذعن من تنفيذ تلك الشروط التعسفية التي تجعل العقد غير متوازن، فبتسليط ضوء الدراسة على العقود التي يبرمها المستهلك، فإنه دائما يخضع للشروط التي يضعها المحترف وفق معايير معينة تخدم مصلحته، لذا كرس القانون بعض الآليات القانونية العامة سواء في ظل القواعد التقليدية وذلك بإبراز دور القواعد العامة المتمثل في الغبن والاستغلال والسبب، إضافة إلى أحكام أخرى تتعلق بمبدأ حسن النية في مكافحة الشروط التعسفية، إلاّ أنها تبقى عاجزة وقاصرة عن توفير الحماية القضائية الفعالة للمستهلك من الشروط التعسفية نظرا لتطور مصدر التعسف التعاقدي في عقود الاستهلاك، كذلك تتضمن القواعد القانونية الحديثة نصوص متفرقة مثل حماية المستهلك بتدخل سلطة القاضي للحد من المغالاة في الشرط الجزائي أو التي تحمي المستهلك من بعض أنواع الشروط التعسفية الجسيمة أو تلك الواقعة في دائرة التعسف مثل الشروط الواردة في وثيقة التأمين وشرط الإعفاء من المسؤولية في عقد النقل التجاري وشرط إسقاط أو إنقاص الضمان ولكن ذلك لم يكن كافيا إلى حد ما، خاصة وأن بعضها يؤدي إلى بطلان العقد برمته نظرا لجسامتها في الوقت الذي يكون من مصلحة المستهلك بطلان الشرط وبقاء العقد.

ونتيجة لعجز الآليات القانونية العامة، فإن كثيرا من الدول سعت من أجل استحداث الآليات القانونية الخاصة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية المتعلقة بنظام القائمة لتحديد الشروط التعسفية وما يترتب على مخالفتها من طرف المحترف وقوعه تحت طائلة الجزاءات المدنية، بالإضافة إلى منح جمعيات حماية المستهلك الحق في اختصام المحترف سوءا بدعوى أصلية أو بالتدخل لمكافحة الشروط التعسفية التي أثقلت المستهلك في أداء التزاماته، هذه الأحكام نرى بأنها فعالة في تكريس الحماية الحقيقية للمستهلك هذا ما صرحت به تشريعات الاستهلاك الفرنسية على عكس التشريعات الجزائرية التي لم توضح بشكل صريح في نصوصها مصير الشروط التعسفية وأثرها على التوازن العقدي، بمعنى أنه لا يوجد جزاء مدني صريح يحدد مصير الشرط التعسفي في تشريعات الاستهلاك الجزائرية ككل، إلا أن هذا الأمر قد يستشف ضمنا عن طريق تدعيم المشرع الجزائري الحماية العامة بحماية خاصة من

الشروط التعسفية في ظل القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والمرسوم التنفيذي رقم 306/06 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين تحديدا المادة الخامسة منه إضافة إلى القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، كذلك عدم وضوح نصوصها فيما يتعلق بتوسيع دائرة الحق في التقاضي لإعادة التوازن العقدي إلى جمعيات المستهلكين خاصة فيما يتعلق بعدم إقرارها الصريح لهذه الأخيرة بالحق في رفع دعوى الحذف المادي للشرط التعسفي من نماذج العقود التي ستبرم مستقبلا بين المهنيين والمستهلكين، والتي تعتبر كإجراء وقائي لحماية المستهلك الذي يتقاعس عن رفع دعاوى إبطال الشروط التعسفية مما انعكس سلبا على فعالية الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري التي يكتنفها الكثير من الغموض والنقص الواجب استكماله.

الفصل الثاني

دور القضاء الجزائي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

الفصل الثاني: دور القضاء الجزائي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

منح المشرع الجزائري الاختصاص الأصيل للعدالة ممثلة في السلطة القضائية لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك، وذلك لقمع وردع مختلف الممارسات التعاقدية ذات الطابع التعسفي التي يمارسها المتدخل على المستهلك الضعيف، فلها سلطة توقيع الجزاء المادي الملموس على المتدخل متى تسبب سلوكه في المساس بالمستهلك في مصالحه المادية أو المعنوية، وتعتبر السلطة القضائية هي السلطة الوحيدة التي لها صلاحية متابعة وقمع المخالفين، متى شكلت سلوكاتهم ممارسة تنتمي إلى نوع الجرائم المعاقب عليها قانونا، والمحاكم الجزائية هي المختصة بالنظر في مثل هذا النوع من الجرائم، وعليه سنقوم بتسليط الضوء من خلال هذا الفصل على إجراءات المتابعة القضائية (المبحث الأول)، ثم نتطرّق إلى الجزاءات الجنائية المرصودة لمواجهة الشروط التعسفية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: إجراءات المتابعة القضائية

لقد أحاط المشرع الجزائري المستهلك بحماية إجرائية من مختلف جرائم الغش والتدليس التي يتعرض لها إثر علاقته التعاقدية مع المتدخل، والتي قد تشكل خطورة على مصالحه المادية أو المعنوية، فأناط بهذا الدور الوقائي أعوان الضبطية القضائية وأعوان آخرين بموجب نصوص خاصة، وفي إطار الحماية الجنائية الإجرائية للمستهلك، فقد أقر له المشرع الحق في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحماية حقوقه إذا وقع عليها اعتداء، وذلك دون الخروج عن المبادئ العامة المتبعة في إجراءات المتابعة والتقاضي المنصوص عليها وفقا لقانون الإجراءات الجزائية الجزائري سواءا من حيث تحريك الدعوى العمومية (المطلب الأول)، أو من حيث الجهة القضائية المختصة (المطلب الثاني)، أو من حيث الإثبات (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تحريك الدعوى العمومية

تمثل الدعوى العمومية أو الدعوى القضائية أداة قانونية بيد القاضي الجزائي لتوقيع العقاب على كل مخالف للقانون، وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك لا نجد هناك إجراءات خاصة يتوجب على المستهلك إتباعها لمتابعة المتدخل قضائيا، لذا يجب إتباع القواعد الإجرائية العامة الواردة في قانون الإجراءات الجزائية، وعليه سنقوم بتسليط الضوء من خلال هذا المطلب على الأطراف المخول لهم بتحريك الدعوى العمومية، فيتم تحريكها من طرف النيابة العامة (الفرع الأول)، وقد يكون من طرف المستهلك المتضرر(الفرع الثاني)، أو من طرف جمعية حماية المستهلك (الفرع الثالث).

الفرع الأول: دور النيابة العامة في تحريك الدعوى العمومية

النيابة العامة هي جهاز قضائي جنائي، أنيط به تحريك الدعوى العمومية ومباشرتها أمام القضاء الجنائي[1]، وذلك بموجب المادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية[2] التي نصت على أنّه: «**تباشر النيابة العامة الدعوى العمومية باسم المجتمع وتطالب بتطبيق القانون، وهي**

---

[1]–عبد الله أوهايبيه، "**شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري" –البحث والتحري–**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص58.

[2]–الأمر رقم **66–155** المؤرخ في8جوان1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 19–10 المؤرخ في11ديسمبر2019، **المتضمن قانون الإجراءات الجزائية**، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة في 18ديسمبر2019.

تمثل أمام كل جهة قضائية، ويحضر ممثلها المرافعات أمام الجهات القضائية المختصة بالحكم. ويتعين أن ينطق بالأحكام في حضوره...».

من خلال استقرائنا لنص المادة يمكن القول بأنّ النيابة العامة هي هيئة عمومية مخول لها حق تحريك ومباشرة الدعوى العمومية أمام القضاء نيابة عن المجتمع، وتعمل على حماية المصالح العامة وحماية الشرعية في المجتمع، وهي تتميز بخاصية التدرج وعدم القابلية للانقسام، كما أنّها جهاز متكامل بمعنى أنّه لكل عضو من أعضاء النيابة أن يحل محل أي عضو آخر ليكمل مهامه، وهي مستقلة تماما عن قضاة الحكم[1].

وتتشكل النيابة العامة من وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة، والنائب العام على مستوى المجلس القضائي[2]؛ وتعتبر النيابة العامة الممثلة في وكيل الجمهورية على مستوى المحكمة، صاحبة الاختصاص الأصيل في سلطة تحريك الدعوى العمومية، فتحريكها هو بداية السير فيها بتقديمها للمحكمة الجزائية المختصة لمتابعة المتدخل على أساس أنها جهة اتهام ومتابعة، وهي المرحلة الأولى من إجراءات الدعوى التي تقوم بها النيابة العامة طبقا للمادة 29 من قانون الإجراءات الجزائية[3].

والجهة المختصة بالنظر في جرائم الممارسات التجارية هي قسم الجنح على مستوى المحكمة، وذلك كون أن كل الجرائم التي جاء بها القانون رقم 04-02 ذات طابع جنحي[4].

ويقوم وكيل الجمهورية بمراقبة أعمال الضبطية القضائية في البحث والتحري عن المخالفات والجنح التي تمس بالمستهلك، كما يقوم بتحريك الدعوى العمومية ضد مرتكبي المخالفات وإحالتهم على المحكمة ليحاكموا وفقا للقانون، وهو الّذي يمثل المجتمع أمام المحاكم

---

(1)-سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص168.

(2)-أنيسة حمادوش، "**حول المتابعة القضائية ضد المنتج عن منتجاته المعيبة**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة تيزي وزو، العدد الحادي عشر، سبتمبر2018، ص239.

(3)-فتيحة حماز، "**الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**" **(دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2018/2017، ص115.

(4)-سفيان بن قري، "**ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02**"، رسالة ماجستير، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2009/2008، ص128.

ويطالب بتطبيق القانون، ويمثل الحق العام على مستوى اختصاص إقليم محكمته، ومن وظيفته تلقي المحاضر الواردة من الشرطة القضائية أو الشكاوى والبلاغات[1] حسب ما تضمنته المادة 36 من قانون الإجراءات الجزائية والتي نصت على أنّه: "**يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي: .... تلقي المحاضر والشكاوى والبلاغات ....**"[2]، وذلك بعد إبلاغه بوقوع الجريمة من طرف ضباط الشرطة القضائية المخول لهم مهمة البحث والتحري عن الجرائم، أو بناءا على إحالة الملف من طرف الأجهزة الإدارية المكلفة بحماية المستهلك (المدير الولائي والوزير المكلفين بالتجارة أو المديريات الجهوية للتجارة)، أو بناءا على شكوى من طرف المستهلك المضرور، أو من طرف جمعيات حماية المستهلك التي تمثله قانونا[3].

كما يشترط لتحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة إرسال محاضر إلى وكيل الجمهورية قام بتحريرها الأعوان المختصون بذلك، والتي تثبت وقوع المخالفات المنصوص عليها في القانون[4]؛ وتحرر المحاضر في ظرف (08) أيام ابتداءا من تاريخ نهاية التحقيق وتكون المحاضر المحررة باطلة إذا لم توقع من طرف الموظفين المؤهلين لذلك[5]، تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة الّذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا، وتكون لها قوة ثبوتية قاطعة إلى غاية إثبات عكس ذلك بالطعن فيها بالتزوير[6]، وذلك استنادا لأحكام المادة 58 من القانون رقم 04-02 حيث نصت على أنّه: "**مع مراعاة أحكام المواد من 214 إلى219 من قانون الإجراءات الجزائية وكذا أحكام المادتين 56و57 من هذا القانون، تكون للمحاضر وتقارير التحقيق حجية قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير**"[7].

---

[1]- الصادق صياد، "**حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**"، رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2014/2013، ص152.

[2]- الأمر رقم 66-155، المعدل والمتمم، **المتضمن قانون الإجراءات الجزائية**، السالف الذكر.

[3]- فتيحة حماز، المرجع السابق، ص ص115-116.

[4]- سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص168.

[5]- المادة 57 من القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[6]- فتيحة حماز، المرجع السابق، ص107.

[7]- القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

وفي حالة اكتفاء وكيل الجمهورية بأدلة الإثبات الواردة في المحاضر المحرر من طرف الأعوان المختصون، فيمكنه إحالة الملف إلى قسم الجنح، وقيامه بالاستدعاء المباشر طبقا لنص المادة 333و334 من قانون الإجراءات الجزائية، كما يمكنه إخطار الجهات القضائية المختصة بمواصلة إجراءات التحقيق، وذلك في حالة عدم اكتفائه بأدلة الإثبات الواردة في الملف للنظر فيها، أو يأمر بحفظها بمقرر يكون قابلا دائما للمراجعة، ويعلم به الشاكي بأقرب الآجال[1].

ويتجلى دور النيابة العامة في مجال حماية المستهلك من خلال جمع الاستدلالات والبحث والتحري عن الجرائم التي من شأنها الإضرار بالمستهلك، وذلك باعتبار السلطة القضائية هي السلطة الوحيدة التي لها صلاحية متابعة وقمع المخالفين متى شكلت سلوكاتهم ممارسة تنتمي إلى نوع الجرائم المعاقب عليها جنائيا، وينظر فيها أمام المحاكم الجزائية[2].

إلى جانب النيابة العامة هناك قاضي الحكم الذي له صلاحية النظر في النزاعات التي تمس بمصلحة المستهلك سواءا في صحته أو في أمنه، وهذا نتيجة الممارسات الغير مشروعة من قبل بعض المتدخلين[3]، حيث ينظر قاضي الحكم دائما إلى المستهلك بأنّه الضحية أو الطرف المتضرر من العقد المبرم مع المتدخل الذي يتميز بالتفوق في شتى المجالات عن المستهلك الضعيف[4]؛ بحيث يجب على قضاة الحكم عند الفصل في الدعوى المرفوعة من قبل المستهلك أن يتعاملوا معه وفق معيار المستهلك الضحية المتوسط الذكاء، وهذا استنادا على معيار الرجل العادي المعروف في القانون المدني.

وبموجب الاختصاص المخول لهم يمكنهم النظر في القضايا المرفوعة من طرف المستهلك أمام المحاكم قصد الفصل فيها سواءا كانوا قضاة من الأقسام التجارية، وذلك متى تم

---

[1]– فتيحة حماز، المرجع السابق، ص ص116–117

[2]– الصادق صياد، المرجع السابق، ص ص152–153.

[3]– منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، مرجع سابق، ص97.

[4]– فاطمة الزهراء قمولة، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**"، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية 2017/2016، ص51.

رفع الدعاوى المتعلقة بالنزاعات التجارية أو ترفع أمام الأقسام المدنية عندما يتعلق الأمر بطلب التعويض أو تنفيذ العقود المبرمة[1].

الفرع الثاني: رفع الدعوى من طرف المستهلك المتضرر

كل شخص له الحق في الخصومة أمام القضاء للدفاع عن حقوقه، عندما يشعر أنّه قد تم الاعتداء على حقه بشرط أن يكون لهذا الشخص الصفة والمصلحة، وهما شرطان أساسيان لممارسة أي دعوى أمام القضاء طبقا للقواعد العامة[2]، وهذا طبقا لما نصت عليه الفقرة 1 من المادة 13 من القانون رقم**08-09** المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد على أنّه: «**لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم يكن له الصفة والمصلحة، قائمة أو محتملة يقرها القانون**»[3]، ويكون ذلك بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو محاميه بعدد من النسخ حسب عدد الأطراف[4].

وترفع الدعوى أصلا من الشخص الذي تم الاعتداء على حقه جنائيا، وهو صاحب الصفة في رفع الدعوى، حيث يقوم هذا الأخير برفع الدعوى للحصول على حقه، ومن هنا فللمستهلك المواطن العادي الحق في رفع وتحريك الإجراءات الجنائية ضد المتهم، وهذه مكنة تمكن الشخص أو المستهلك من تحريك العدالة[5]، وذلك قصد الدفاع عن مصالحه وحمايتها باعتبار الدعوى القضائية الوسيلة الفعالة التي يلجأ إليها المستهلك، ويعد هذا بمثابة إجراء وقائي يسبق وقوع الضرر هدفه وقف الأعمال الغير مشروعة والمنافية للتجارة، وذلك أمام القضاء الاستعجالي[6].

---

(1)- زوبير أرزقي، "**حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة**"، رسالة ماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011/2010، ص188.

(2)- وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، مرجع سابق، ص64.

(3)- القانون رقم**08-09**، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، السالف الذكر.

(4)- المادة 14 من القانون رقم 08-09، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، السالف الذكر.

(5)- عبد الحفيظ بقة، سعيد تباني، "**دور السلطة القضائية في حماية المستهلك**"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد 04، العدد01، 2019، ص140.

(6)- زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص190.

ويمكن للمستهلك المضرور رفع دعوى مباشرة أمام المحكمة الجزائية عن طريق التأسيس مدنيا، كما يمكنه الادعاء مدنيا أمام قاضي التحقيق.

أولا- رفع الدعوى أمام المحكمة الجزائية

أجاز القانون للطرف المتضرر رفع دعوى أمام محكمة الجنح أو المخالفات للمطالبة بالتعويض، وهو ما يعرف بالادعاء المباشر، ويتم ذلك عن طريق إيداع عريضة يعرض فيها بيان الوقائع والضرر الذي لحقه، وتوجه هذه العريضة إلى رئيس المحكمة الذي ينظر في الدعوى العمومية، وتودع لدى أمانة ضبط القسم الجنائي[1]، كما يشترط في الادعاء المباشر الحصول على إذن من طرف النيابة العامة للتكليف المباشر بالحضور[2].

ثانيا- الإدعاء المدني أمام قاضي التحقيق

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، فإنّنا نجد المادة 72 منه تخول للمستهلك المضرور من تصرف المتدخل أن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق، حيث نصت على أنّه: "**يجوز لكل شخص متضرر من جناية أو جنحة أن يدعي مدنيا بأن يتقدم بشكواه أمام قاضي التحقيق المختص**"[3].

حيث يقوم المستهلك بتقديم شكوى إلى قاضي التحقيق تتضمن (اسم الشاكي، وعنوانه اسم المشتكى ضده وعنوانه إذا أمكن، وعرض الوقائع)، ويعلن فيها تأسيسه كطرف مدني ملتمسا إلزام المتهم والمسؤول عن الحقوق المدنية، بدفع مبلغ من المال له، كما يشترط المشرع توافر الشروط الشكلية التالية:

- إيداع الشاكي المضرور لمبلغ من المال (الكفالة) لدى كتابة الضبط، يقدره قاضي التحقيق.
- عرض الشكوى على وكيل الجمهورية خلال خمسة أيام لإبداء رأيه فيها طبقا لنص المادة 73 من قانون الإجراءات الجزائية.

---

(1)- إبراهيم زكري، "**الجرائم الماسة بأمن وسلامة المستهلك**"، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2019/2018، ص37.

(2)- المادة 337مكرر/2 من الأمر رقم 66-**155**، المعدل والمتمم، **المتضمن قانون الإجراءات الجزائية**، السالف الذكر.

(3)- الأمر رقم 66-155، المعدل والمتمم، **المتضمن قانون الإجراءات الجزائية**، السالف الذكر.

- تقديم طلبات وكيل الجمهورية بفتح تحقيق، فلا يجوز لقاضي التحقيق فتح تحقيق بدون طلبات وكيل الجمهورية[1].

ويمكن للمستهلك المضرور تقديم شكوى جراء الممارسات التعاقدية التعسفية التي تتضمنها عقود الاستهلاك أمام النيابة العامة، وأن يقيم المسؤولية المدنية والجزائية للمتدخل، قصد تحريك الدعوى العمومية ضد المتدخل المتعسف في حقه المحمي قانونا، والذي ألحق به ضررا[2] كما يشترط أن تكون الشكوى صريحة في الإخطار عن الجريمة المتعلقة بقانون حماية المستهلك وأن يكون القصد منها هو تحريك الدعوى الجزائية[3].

ولجوء المستهلك إلى القضاء المدني أو الجزائي للمطالبة بحقه هو استثناء عن الأصل وذلك تطبيقا للمادة 2 الفقرة 1 من قانون الإجراءات الجزائية التي نصت على أنّه: "**يتعلق الحق في الدعوى المدنية للمطالبة بتعويض الضرر الناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة لكل من أصابهم شخصيا ضرر مباشر تسبب عن الجريمة**"[4].

الفرع الثالث: رفع الدعوى العمومية من طرف جمعية حماية المستهلك

إذا كان الأصل أن ترفع الدعوى أو تحرك من طرف صاحب الحق نفسه، فإنّه استثناء أناط القانون لهيئات معينة رفع الدعوى لمصلحة جماعية أو مشتركة معينة[5]، وهذا ما جاء به القانون رقم 31/90[6] في الفقرة 2 من المادة 16 التي نصت على أن الجمعية لها الحق في أن تمثل أمام القضاء وتمارس خصوصا أمام المحاكم المختصة حقوق الطرف المدني بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية، وتلحق ضررا بمصالح أعضائها الفردية أو الجماعية.

---

(1)– ويزة لحراري، "**حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة**"، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011/2010، ص122.

(2)– فتيحة حماز، مرجع سابق، ص117.

(3)– سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص ص169–170.

(4)– الأمر رقم 66–155، المعدل والمتمم، **المتضمن قانون الإجراءات الجزائية**، السالف الذكر.

(5)– عبد الحفيظ بقة، سعيد تباني، المرجع السابق، ص141.

(6)– القانون رقم 90–31 المؤرخ في4 ديسمبر1990، **المتعلق بالجمعيات**، الجريدة الرسمية، العدد53، المؤرخة في 5ديسمبر 1990 (ملغى).

ونصت المادة 23 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنّه: "**عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل أو ذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني**"[1].

بشرط أن تكون هناك مخالفة للقانون الجنائي، أي بمعنى آخر لكي يتسنى لجمعيات حماية المستهلك الادعاء مدنيا أمام القضاء الجزائي، يجب أن يكون التصرف الذي أقدم عليه المتدخل يشكل جريمة معاقب عليها جزائيا، وأن يكون الضرر قد مس المصالح المشتركة للمستهلكين وهنا يمكن لجمعية حماية المستهلك أن:

- تطالب بالتعويض بقصد إصلاح الضرر الذي لحق بالمصلحة الجماعية، وذلك باسم الجمعية ولحسابها كشخص معنوي.
- تطالب بوقف التصرفات غير المشروعة التي يقوم بها المتدخل، التي من شأنها إلحاق الضرر بالمصالح المشتركة للمستهلكين[2].

وقد نص المشرع الجزائري على طريقة رفع الدعوى أمام القضاء الجزائي، فهو المختص بالنظر في الدعوى، وهذا ما أكدته المادة 65 من القانون رقم 04-02 بقولها: " **دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.**

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم"[3].

وهناك من فسر الفقرة الأولى من هذه المادة كون المشرع الجزائري قد منح لجمعيات حماية المستهلك صلاحية رفع الدعوى أمام القضاء المدني، على أساس أن النص جاء عاما، إلاّ أنّ طبيعة أحكام القانون رقم 04-02 ذات صبغة جزائية بحتة، ممّا يعني أن النظر في الدعاوى الخاصة بمخالفتها اختصاص أصيل للقضاء الجزائي[4].

---

[1]- القانون رقم 09-03، المعدل والمتمم، **المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، السالف الذكر.

[2]- عبد الحفيظ بقة، أسعيد تباني، مرجع سابق، ص141.

[3]- القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[4]- إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص129.

ولتأكيد ذلك هناك الكثير من الأدلة التي نوردها فيما يلي:

- إن المقصود من رفع "دعوى أمام العدالة" هو الاختصاص القضائي صاحب الاختصاص النوعي في توقيع عقوبة الغرامة.
- إن الفقرة الثانية من المادة 65 من القانون المتعلق بالممارسات التجارية أشارت إلى إمكانية المطالبة بالتعويض أمام القضاء الجنائي في إطار الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى الجزائية، بعدما أشارت الفقرة الأولى من نفس المادة إلى الدعوى الجنائية من خلال عبارة القيام "**برفع دعوى أمام العدالة**" ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة هذا القانون[1].

كما يخول لها القانون الحق في تقديم الشكوى من قبل الأشخاص الطبيعية أو المعنوية وتعتبر الجمعيات من قبيل الأشخاص المعنوية الخاصة، التي يحق لممثلها القانوني بتقديم الشكاوى وفقا لشروط قانونية معينة[2].

المطلب الثاني: الجهة القضائية المختصة

إنّ المشرع الجزائري لم يحدد في القانون رقم89-02 الملغى والذي حل محله القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشب بين المستهلك والمتدخل، وعليه يتوجب علينا الرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية، إذ أن أول مسألة ينظر إليها القاضي عند الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه هي مسألة اختصاصه النوعي ثم اختصاصه الإقليمي إن تم الدفع به، نتناول الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في المنازعة الاستهلاكية (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الجهة القضائية المختصة إقليميا (الفرع الثاني).

---

[1]- محمد خليفة كرفة، "**التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**"، مرجع سابق، ص239.

[2]- ويزة لحراري، المرجع السابق، ص120.

الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في المنازعة الاستهلاكية

يتم توزيع الاختصاص النوعي فيما بين الجهات القضائية وهي: المحاكم، المجالس القضائية، المحكمة العليا على مستوى القضاء العادي، أما على المستوى القضاء الإداري فنجد المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

واستنادا لنص الفقرتين الأولى والثالثة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تعد المحكمة الجهة القضائية ذات الاختصاص العام، وهي تفصل في جميع القضايا خاصة المدنية والبحرية والتجارية والاجتماعية والعقارية وقضايا الأسرة، وذلك وفق الأقسام الموجودة على مستوى المحكمة، كما تصدر المحكمة حكما ابتدائيا قابلا للاستئناف أمام المجلس القضائي، باعتباره درجة ثانية للتقاضي طبقا للمادة 34 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[1].

ويعرف الاختصاص النوعي على أنه صلاحية محكمة أو مجلس قضائي للفصل في نزاع أو دعوى قضائية مطروحة أمامه؛ ويؤول الاختصاص بالنظر في المنازعة الاستهلاكية أصلا إلى المحاكم العادية[2]، وذلك باعتبار المحاكم هي الجهات القضائية الخاصة بالقانون العام وهذا طبقا للمادة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد ينعقد الاختصاص للقضاء العادي أو الإداري للنظر في دعاوى المستهلك[3].

وسواءا ثبت الاختصاص في القضاء العادي أو الإداري فالأمر لا ينفي قيام المسؤولية الجزائية للمتدخل ومنه ثبوت الاختصاص للقضاء الجزائي، حيث ينعقد الاختصاص للمحكمة بالقسم الجزائي بالتبعية للدعوى العمومية، وهو ما جاء في نص المادة 328 من قانون الإجراءات الجزائية، والتي جعلت الاختصاص ينعقد للمحاكم الجزائية بصدد الانتهاكات المعتبرة جنحا أو مخالفات، أما إذا كان الفعل يشكل جناية فهنا ينعقد الاختصاص لمحكمة الجنايات

---

(1)– المادة 32و34 من القانون رقم 08–09، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،** السالف الذكر.

(2)–عادل عميرات، "**المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي"–دراسة في القانون الجزائري**–، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015، ص387.

(3)– عائشة مزاري، "**علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة**"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013/2012، ص231.

بمقر المجلس القضائي الذي يقع في دائرة اختصاصه الفعل المجرم، دون أن يمنع ذلك من انعقاد الاختصاص للمحكمة المدنية باعتبارها صاحبة الاختصاص الأصيل بالنظر في دعاوى التعويض عن أضرار المنتجات المعيبة بأحكام قابلة للاستئناف واستثناءا بحكم ابتدائي نهائي إذا كانت قيمة النزاع لا تتعدى 200.000دج[1]، وذلك استنادا لما جاءت به المادة33 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي نصت على أنّه: "**تفصل المحكمة بحكم في أول وآخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000دج)**"[2].

كما تقتضي القواعد العامة توحد أطراف العلاقة القانونية الواحدة، فإن كان عمل كل من المستهلك والمتدخل مدنيا وقام خلاف بينهما، فالعمل هنا تحكمه القواعد المدنية، وإن كان العمل بينهما تجاري فيخضع لأحكام القانون التجاري، أما إذا اختلف الطرفين كأن يكون التصرف بالنسبة لأحدهما تجاري والآخر كان العمل بالنسبة له مدني، فهنا تتزاحم قواعد كلا القانونين المدني والتجاري[3] .

إنّ القضاء الجنائي هو المختص بالنظر في الدعاوى التي يهدف الطرف المتضرر من خلالها إلى التعويض، وهو ليس اختصاصا إجباريا، فالمضرور له الحرية في اختيار القضاء الذي يرفع أمامه دعواه، إما يرفعها أمام القضاء الجزائي أو القضاء المدني، إذ أنّه ومتى توجه إلى القضاء الجزائي أصبحت الدعوى المدنية تابعة للدعوى الجزائية من الناحية الإجرائية ومن حيث مصيرها، فمن الناحية الإجرائية يحكم الدعوى المدنية نفس القانون الذي يحكم الدعوى الجزائية وهو قانون الإجراءات الجزائية، فمصير الدعوى المدنية متوقف على نتيجة الحكم في الدعوى الجزائية، فإذا حكم القاضي الجزائي ببراءة المتهم من الجريمة، فإنّه يحكم بعدم الاختصاص بالنظر في الدعوى المدنية، ويبقى حق المدعي المدني المضرور محفوظا يقتضي به الذهاب إلى القضاء المدني، وفي حالة ما إذا حكم القاضي بإدانة المتهم فإنّه يقضي

---

[1]– هنية قادري، "**حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد الخاصة**"، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945، قالمة، السنة الجامعية 2016/2015، ص61.

[2]– القانون رقم 08–09، **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، السالف الذكر.

[3]– سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص170.

بتعويض المدعي المدني؛ والقاضي الجزائي ملزم بالفصل في الدعويين وفي حكم واحد إيجابا أو سلبا[1].

ومن الناحية العملية، يرفع المستهلك الدعوى المدنية أمام القضاء الجزائي، وذلك عن طريق تأسيسه كطرف مدني ويكون ذلك بإيداع عريضة ادعاء مدني أمام قاضي التحقيق وفقا لنص المادة 72 من قانون الإجراءات الجزائية.

وإما بإيداع تقرير لدى كتابة ضبط القسم الجزائي قبل الجلسة، كما له أن يتأسس في الجلسة مباشرة، وذلك قبل أن تبدي النيابة العامة طلباتها في الموضوع، وبإمكانه الاستفادة من أحكام الفقرة الأخيرة من المادة337 مكرّر من قانون الإجراءات الجزائية، والتي نصت على تكليف المهني–العون الاقتصادي– مباشرة بوصفه المدعى عليه مدنيا للمثول أمام محكمة الجنح، وذلك بعد حصول المستهلك على ترخيص من النيابة العامة[2].

كما يرجع الاختصاص إلى القضاء الإداري للنظر في النزاع القائم بين المستهلك والعون الاقتصادي عندما يكون ينتمي إلى أشخاص القانون العام، بمعنى الإدارة كالمرافق العمومية التي تقدم الخدمات، كالخدمات الطبية... ويكون التصرف محل الدعوى عادة ناتج عن سوء سير المرفق، وعليه يقوم المستهلك برفع دعواه أمام المحكمة الإدارية للنظر فيها ابتدائيا.

أما الاستئناف يكون أمام مجلس الدولة كدرجة ثانية للتقاضي وذلك استنادا للفقرة 02 من المادة2 من القانون رقم 98–02 الصادر بتاريخ 1998/05/30 المتعلق بالمحاكم الإدارية[3].

الفرع الثاني: الجهة القضائية المختصة إقليميا بالفصل في المنازعة الاستهلاكية

يقصد بالاختصاص المحلي ولاية جهة قضائية (محكمة كانت أو مجلس) للنظر في القضايا التي تقع على الإقليم التابع له؛ وبهذا تتحدد الجهات القضائية المختصة محليا للنظر في النزاع وفقا لقواعد معينة، فلا يجد بذلك المستهلك أي صعوبة في تحديد الجهة المختصة إقليميا للفصل في الدعوى.

---

[1]– إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص ص169–170.

[2]– إيمان بوشارب، المرجع نفسه، ص171.

[3]– عادل عميرات، المرجع السابق، ص388.

وينعقد الاختصاص المحلي إلى المحاكم الجزائية للفصل في قضايا الاستهلاك، إما بمكان ارتكاب الجريمة، وإما بالمكان الذي يقيم فيه المتهم، أو بالمكان الذي تم إلقاء القبض عليه[1]، وذلك استنادا لنص المادة 329 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري التي نصت على أنّه: "**تختص محليا بالنظر في الجنح محكمة مكان ارتكاب الجريمة، أو محل إقامة أحد المتهمين، أو شركائهم، أو محل القبض عليهم، ولو كان القبض لسبب آخر، كما تختص هذه المحكمة كذلك بالنظر في الجنح والمخالفات غير القابلة للتجزئة أو المرتبطة بها وتختص المحكمة التي ارتكبت في دائرتها المخالفة، أو محل إقامة مرتكبها، أو محل القبض عليه**"[2].

أما إذا تعلق الأمر بمتابعة الشخص المعنوي واستنادا لأحكام المادة 65 من قانون الإجراءات الجزائية وما بعدها، فإنه يجب التمييز بين حالتين لتحديد الاختصاص القضائي في حالة متابعة شخص معنوي كالشركات أو المؤسسات[3].

- **<u>الحالة الأولى</u>**: إذا كان الشخص المعنوي متهما بمفرده، فهنا ينعقد الاختصاص المحلي للمحكمة التي وقع الفعل المجرم في دائرة اختصاصها أو المحكمة التي يوجد في دائرتها مركز الشركة، حيث نصت المادة 65 مكرر 1 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية على أنه "**يتحدد الاختصاص المحلي للجهة القضائية بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان وجود المقر الاجتماعي للشخص المعنوي**".

- **<u>الحالة الثانية</u>**: أما إذا كان الشخص المعنوي متهما رفقة أشخاص طبيعية باعتبار أنهم فاعلين أصليين في الجريمة، ففي هذه الحالة تطبق قواعد الاختصاص السابقة الذكر، إضافة إلى ضابطي الاختصاص الخاصين بالأشخاص الطبيعية وهما مكان القبض على المتهم أو محل إقامة هؤلاء الأشخاص، وهو ما نصت عليه المادة 65 مكرر 1 الفقرة الثانية على أنّه:

---

[1]- سعد قويدري، "**<u>الحماية الجزائية للمستهلك</u>**"، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2019/2018، ص50.

[2]- الأمر رقم 66-155، المعدل والمتمم، **<u>المتضمن قانون الإجراءات الجزائية</u>**، السالف الذكر.

[3]- إبراهيم زكري، مرجع سابق، ص40.

"غير أنه إذا تمت متابعة أشخاص طبيعية في الوقت ذاته مع الشخص المعنوي تختص الجهات القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية بمتابعة الشخص المعنوي"[1].

ومفاد ذلك أن الجهة المختصة محليا بالنظر في الدعوى المرفوعة ضد الشخص الطبيعي، تكون مختصة أيضا بالفصل في الدعوى المرفوعة ضد الشخص المعنوي عن نفس الجريمة أو عن جريمة مرتبطة بها[2].

المطلب الثالث: الإثبات

يعتبر الإثبات الأداة الوحيدة التي يعتد بها القانون لتأكيد وجود الواقعة محل النزاع أو عدم وجودها، كما أن القانون لم يتطلب وسائل خاصة لإثبات جرائم الغش والخداع، حيث يجوز إثباته بكافة وسائل الإثبات، ويخضع الإثبات للقواعد العامة والقواعد الخاصة ويقع على عاتق المستهلك تحمل عبء الإثبات في القواعد الخاصة (الفرع الأول)، كما يتحمل المستهلك عبء الإثبات في القواعد العامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحمل المستهلك عبء الإثبات في القواعد الخاصة

يعتبر الإثبات من أصعب عناصر الشرط التعسفي، والتي كثيرا ما يقف حائلا في وجه المستهلك لإثباته والمطالبة القضائية ببطلان الشروط التي يحتويها العقد الذي يربطه بالمتدخل، وقد اتجه المشرع الجزائري لتبني نظام القوائم واعتبار الشروط الواردة فيها تعسفية بقوة القانون، ولا يكون أمام المستهلك سوى إثبات أن الشرط الذي يدعي بأنّه تعسفي في حقه وارد ضمن القائمة السوداء، ليتم تطبيق الجزاء المقرر له قانونا[3]؛ وهنا لابد من التمييز بين حالتين فإذا كان الشرط الذي يدفع بإجحافه وارد ضمن القوائم المدرجة في قانون الممارسات التجارية والمرسوم التطبيقي له، فورود هذا الشرط في العقد قرينة قاطعة على وجود تعسف في العقد[4].

---

[1]– المادة 65 مكرر 1 من الأمر رقم 66-155، المعدل والمتمم، **المتضمن قانون الإجراءات الجزائية**، السالف الذكر.

[2]– إبراهيم زكري، مرجع سابق، ص40.

[3]– فتيحة حماز، مرجع سابق، ص102.

[4]– شهناز عنتري بوزار، "**التعسف في العقود**"، رسالة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013/2012، ص73.

واستثناءا أعفى المشرع الجزائري المستهلك من عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط الوارد في العقد متى كان مدرجا في نص المادة 29 من القانون رقم 04-02 المعدل والمتمم أو المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306[1]، كما نص المشرع في الفقرة 4 من المادة 29 السابقة الذكر على اعتبار شرط انفراد المحترف بقرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية شرطا تعسفيا، ولكن ملاحظة المطابقة للمواصفات إذا لم يستعن بصددها المستهلك بمهني متخصص لن تفيده، ممّا يتطلب أن تتم المعاينة بواسطة خبير كشرط لإعفاء المحترف من العيوب الظاهرة[2].

وكما رأينا سابقا فإن عقد الإذعان المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك والمتضمن شرطا تعسفيا، يجب أن يكون له أثر مكتوب، وقد نصت الفقرة 2 من المادة 3 من القانون رقم 04-02 على أشكال هذا العقد فقد يكون: طلبية، فاتورة، سند ضمان، جدول، وصل تسليم، سند، أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الشروط العامة للبيع، فهذه الأشكال جاءت على سبيل المثال وهي توضح شرط الكتابة لإثبات الشروط التعسفية[3].

أما إذا كان الشرط التعسفي غير وارد في القوائم، فهنا يقع على المستهلك عبء إثبات الشرط التعسفي طبقا للقواعد العامة للإثبات "البينة على من ادعى"، كما أن إثارة الطابع التعسفي يكون من طرف المتضرر عكس القانون الفرنسي، والذي استحدث مؤخرا طبقا للتعديل الجديد سلطة القاضي في إثارة الطابع التعسفي للشروط من تلقاء نفسه، وهذا لتعزيز حماية المستهلكين بموجب المادةL141-43 من قانون المستهلك بموجب القانون رقم 2008-3 المؤرخ في 2008/01/03 حيث نصت المادة "**يجوز للقاضي إثارة أحكام هذا القانون وكل المنازعات المتولدة عن تطبيقه من تلقاء نفسه**"[4].

---

[1]- فتيحة حماز، مرجع سابق، ص103.

[2]- سليمان محمدي، "**حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم**"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، ص69.

[3]-عائشة خوجة، "**مبدأ شفافية الممارسات التجارية في القانون الجزائري**"، مذكرة ماستر في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، السنة الجامعية 2017/2016، ص102.

[4]- شهناز عنتري بوزار، المرجع السابق، ص73.

أما المشرع المغربي فقد أوجد حالات ينقلب فيها عبء الإثبات لصالح المستهلك، وألزم المهني المدعى عليه بالإثبات حسب ما نصت عليه المادة **18** من القانون رقم **08-31**:"**في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطا تعسفيا يجب على المورد الإدلاء بما يفيد الطابع الغير تعسفي للشرط موضوع النزاع**".

هذا ما كرسه أيضا المشرع الفرنسي في المادة132.1 من مدونة الاستهلاك حيث جاء فيها: "**في حالة وجود نزاع حول عقد يتضمن بندا من البنود شروطا تعسفية يجب على المهني أن يثبت الطابع غير التعسفي**".

فما على المستهلك هنا سوى الادعاء بتعسف شرط من الشروط التعاقدية، ويبقى على المهني إثبات عدم تعسفية الشرط[1].

الفرع الثاني: تحمل المستهلك عبء الإثبات في القواعد العامة

أرسى المشرع الجزائري دعائم مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية من خلال الفقرة الأولى من نص المادة **333** من القانون المدني الجزائري المعدلة بمقتضى القانون رقم **05-10**، والتي نصت على أنّه: " **في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك**"[2].

فالعقد الذي يبرمه التاجر مع المستهلك هو عقد تجاري بالنسبة للأول[3]، ومنه فإثبات هذا العقد ضد التاجر يخضع لأحكام المادة 30 من القانون التجاري الجزائري التي جاءت عامة مقرة لحرية الإثبات تضمنت ستة طرق جاءت على سبيل المثال والتي نصت على أنّه: "**يثبت عقد تجاري بـ: سندات رسمية، سندات عرفية، بفاتورة مقبولة، بالرسائل، بدفاتر الطرفين**

---

[1]-يونس لعناني، "**الملزم بالإثبات في قانون الاستهلاك**"، مجلة الممارس للدارسات القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، المغرب، العدد الثالث، أفريل2019، ص ص38-39.

[2]-القانون رقم 05-10، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

[3]-عائشة خوجة، المرجع السابق، ص102.

بالإثبات بالشهود أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوبها"[1]، بدليل أن المادة منحت المحكمة سلطة اعتماد وسائل أخرى بقولها: "**أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوبها**"[2].

من خلال هذه المادة نجد أن الإثبات في المسائل التجارية كمبدأ عام جائز بكافة طرق الإثبات، ويقوم على مبدأ حرية الإثبات خاصة إذا كان المدعى عليه تاجرا، أما بخصوص إثبات الشروط التعسفية عند عرض النزاع على القاضي، فإنّ طبيعة العقد وطبيعة الشرط تفرضان أن يكون الإثبات بالكتابة[3]، فالإثبات المدني مقيد، ولا يجوز إثبات التصرف القانوني الذي تزيد أو تساوي قيمته 100.000 دينار جزائري أو غير محدد القيمة إلاّ بالكتابة، وهذا الاختلاف بين النظامين المدني والتجاري يستفيد منه الطرف المستهلك، إذ يستطيع أن يثبت في مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن، أما الطرف التاجر فلا يستطيع أن يثبت في مواجهة المستهلك كطرف مدني إلا وفقا لأحكام الإثبات المدنية[4].

واستنادا لنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي نصت على شروط العيب التي يضمنها البائع ومن بينها أن يكون العيب قديما، وإن كان الأصل في محل العقد أن يكون سليما من العيوب، فإن مسألة إثبات قدم العيب وتطبيقا للقواعد العامة في الإثبات، فإن البينة على من ادعى، وعليه من يدعي خلاف هذا الأصل تقديم الدليل على ادعائه، ففي عقد البيع يقع على عاتق المشتري إثبات وجود العيب وسببه وقت التسليم، وذلك بكافة وسائل الإثبات غير أنّه عادة ما يلجأ إلى أهل الخبرة لكشف قدم العيب لكونه مسألة فنية خاصة إذا تعلق الأمر بسلع كالسيارات، والآلات الإلكترونية والميكانيكية عموما[5].

وفي حالة إذا كان العيب من الشيوع في المبيع لدرجة يفترض علم المشتري به، فيقع عليه عبء إثبات عدم علمه، فتنقلب القرينة لصالح البائع ويقع عبء الإثبات على المشتري

---

[1]–الأمر رقم 75–59، المعدل والمتمم، **المتضمن القانون التجاري**، السالف الذكر.

[2]–نورة بن بوزيد، "**النظام القانوني للإثبات في المواد التجارية**"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد13، جوان2016، ص160.

[3]–عائشة خوجة، المرجع السابق، ص103.

[4]–سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص177.

[5]–هنية قادري، مرجع سابق، ص ص44–45.

إذ قد يعلم بوجود العيب ولكن يجهل درجة تأثيره في المنفعة المقصودة في المبيع أو من استعماله، ويقع على عاتق المستهلك عبء إثبات وجود العيب رغم كونه الطرف الضعيف في العقد، لكي يتمكن من رفع دعوى الضمان، ويتم الإثبات بكافة طرق الإثبات من قرائن، وشهادة الشهود...إلخ، إلاّ أن الوسيلة المألوفة في إثبات العيوب الخفية في الشيء المبيع هي اعتماد الخبرة[1].

حدد المشرع المغربي شروط ضمان العيب الخفي رغم أنّه لم يتطرق إلى تعريفه، وتطبيقا لنص المادة 549 من قانون الالتزامات والعقود المغربي التي جاءت على أنه: "**يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له...**"؛ فإنّ البائع يلتزم بنقل ملكية الشيء المبيع للمشتري وهو خال من العيوب التي قد تنقص من قيمته أو تجعله غير صالح للاستعمال الذي أعد له، فمتى تمكن المشتري من اكتشاف العيب بالشيء المبيع، فإنّه يحق له رفع دعوى ضمان العيب الخفي على البائع وعندئذ يتوجب على المشتري إثبات العيب، ووفقا لمقتضيات الفصل 554 حيث جاء فيه على أنّه: "**إذا ظهر عيب في المبيع وجب على المشتري أن يعمل فورا على إثبات حالته بواسطة السلطة القضائية أو بواسطة خبراء مختصين بذلك مع حضور الطرف الآخر أو نائبه... فإن لم يقم المشتري بإثبات حالة المبيع على وجه سليم تعين عليه أن يثبت أن العيب كان موجودا فعلا عند تسلمه للمبيع...**".

فإذا اكتشف المشتري وجود عيب بالشيء المبيع، فيقع عليه عبء إثبات هذا العيب والّذي غالبا ما يكون عن طريق إجراء خبرة على الشيء المبيع، وذلك للتأكد من حصول العيب، كون الخبرة تشكل أحد وسائل الإثبات المهمة التي يعتمد عليها المستهلكين، إلاّ أن الكثير منهم يحجمون اللجوء إلى الخبرة نظرا لارتفاع تكلفتها ومصاريفها، فإن كان من السهل أن يكتشف المستهلك وجود عيوب بالشيء المبيع، وذلك متى تعلق الأمر بالمبيعات الاستهلاكية كالملابس والأطعمة وبعض الآلات البسيطة ..... حيث يستعصى عليه اكتشاف عيوبها نظرا لتعقد شكلها الصناعي وضعف خبرته[2].

---

[1]–هنية قادري، المرجع السابق، ص ص46–47.

[2]–يونس لعناني، المرجع السابق، ص43.

المبحث الثاني: الجزاءات الجنائية المرصودة لمواجهة الشروط التعسفية

كأصل عام إضافة إلى الجزاء المدني المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في العقود والذي يتخذ عدة صور كتعديل الشروط التعسفية وإعفاء الطرف المذعن منها إلى جانب تقرير بطلانها والمطالبة بالتعويض إن كان هناك ضرر يبرره إلا أنها غير كافية في حد ذاتها لمكافحة هذه الشروط، فالإلغاء القانوني للشروط المعتبرة تعسفية ليس ردعا ماديا حيث أثبت الواقع العملي أن هذه الشروط الملغاة لا تزال تدرج في عدد هام من العقود التي تعرض على المستهلكين الجاهلين ببطلانها ، وإن كان هذا الجزاء للأسف لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأي نص صريح .

تبعا لذلك يطرح التساؤل حول أهمية الاعتماد على جزاء عقابي يصدر في حق المهنيين المخالفين للأحكام القانونية يكمن في عقوبات جزائية إلى جانب الجزاء المدني المتمثل في إبطال الشرط التعسفي.

والإجابة على هذا التساؤل كانت واضحة من خلال تبنى المشرع الجزائري هذا الاتجاه صراحة بفرضه عقوبة على المهنيين نتيجة اخلالهم بالأحكام الواردة ضمن المواد 26 و 27 و 28 و 29 من القانون 04-02 وذلك في نص المادة 38 منه.

وعليه من أجل رصد الجزاءات الجنائية الخاصة بجريمة الممارسات التعاقدية التعسفية سنتناول أركان هذه الجريمة (كمطلب أول)، كذلك نجد أن المشرع الجزائري قد عهد بمتابعة ومعاينة المخالفات المترتبة عن هذه الجريمة إلى أعوان مؤهلين حددت صفاتهم المادة 49 من القانون السابق الذكر، وعلى هذا سنبحث في مدى قدرة أمثال هؤلاء على مواجهة الشروط التعسفية (كمطلب ثاني) وأخيرا سنتناول تقدير العقوبة (كمطلب ثالث).

المطلب الأول: أركان جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية

متى ثبت توفر الشرط التعسفي الأولي في العقد المبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة أمكن الانتقال إلى المرحلة التالية، وهي البحث عن توفر أركان الجريمة في جرائم الممارسات التجارية خاصة المتعلقة بإدراج الشروط التعسفية في العقود وفق القانون رقم 04-02، وعليه وحسب نص المادة 38 من القانون السابق الذكر فإن إدراج المحترف أحد الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك التي يبرمها مع المستهلكين الواردة في المادة 29 من القانون رقم 04-02، أو تلك الواردة في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، يشكل جنحة معاقب عليها بالغرامة.

وفيما يلي سوف نتطرق إلى الركن الشرعي في (الفرع الأول)، ثم الركن المادي في (الفرع الثاني)، إضافة إلى الركن المعنوي في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الركن الشرعي

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

الفرع الثاني: الركن المادي

يتحقق الركن المادي لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية بقيام الجاني فعلا بهذه الممارسات التعسفية بغض النظر عن النتيجة هل هي محققة أم لا، وكما سبق الإشارة إلى نص المادة 38 فإن الركن المادي يقوم هنا متى توفرت الشروط التعسفية في العقد سواء كانت منصوص عليها في القانون أو لا، بمعنى أن يؤدي ذلك الشرط إلى إحداث اختلال في التوازن

[1]-القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

العقدي، أي أنه لا يشترط أن يكون التعسف في الشرط ذاته بل يكفي أن يكون من شأنه أن يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي، ومنه لقيام الركن المادي ينبغي توفر:

- أن يكون هناك شرط وهذا الشرط يكون محدد مسبقا من طرف العون الاقتصادي بحيث لم تتم المناقشة بشأنه، أي أن الشرط يكون تعسفي وهو أهم عنصر في الركن المادي.
- أن يقع التعسف على إحدى العناصر الواردة في العقد، والذي يؤدي بدوره إلى الاختلال في التوازن العقدي [1] .

الفرع الثالث: الركن المعنوي

لا تكتمل أركان جنحة الممارسات التعاقدية التعسفية إلا بتحقق الركن المعنوي، والذي يتمثل في قصد المحترف في الحصول على امتيازات تعاقدية غير مبررة على حساب المستهلك نتيجة تلك الشروط [2].

فالأصل في جميع الجرائم أنها تقع عمدية، فيلزم لها ابتداء توفر القصد الجنائي العام فالأصل في القصد أن يكون عاما ما لم يوجد نص مباشر يتطلب القصد الخاص، لأن عناصر القصد العام و المتمثلة في العلم والإرادة لا يرتبطان بالنتيجة ولا الخاص يشترط تحققهما، حيث تتجه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة وهي إدراج شروط تعسفية مع العلم بأن ليس له الحق في إدراج تلك الشروط ، ومنه يجب أن يكون القصد الجنائي هنا باتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب التعسف وإقامة الدليل على علمه به أي أنه يعلم كل العلم بما يقوم به من تغيير لبنود العقد أثناء ممارساته التجارية.

فمن خلال توفر هذه الأركان فإنه يمكن تحديد المسئول عن الأضرار التي لحقت الطرف الضعيف من تلك الشروط، وبثبوت هذه الأركان يتولى القاضي ردع هذه الأخيرة بفرض جزاءات منصوص عليها قانونا[3].

---

[1] – سميحة بدراوي، مروى صدراتي، مرجع سابق، ص ص 85-86.

[2] – خالد معاشو، مرجع سابق، ص 121.

[3] – سميحة بدراوي، مروى صدراتي، المرجع السابق، ص ص 86-87.

المطلب الثاني: معاينة المخالفات

تتدخل الإدارة المعنية بحماية مصالح المستهلك والمتمثلة في مصالح وزارة التجارة عن طريق مجموعة من الآليات القانونية تتمثل في البحث والتحري كسبيل قانوني من أجل الكشف عن الممارسات التجارية التي تشكل مخالفات سيما ما تعلق منها بمجال الشروط التعسفية حيث يعتبر البحث والتحري الخطوة الأولى للتحقيق عن طريق التنقل إلى الميدان ومراقبة السوق واقعيا بالبحث عن المخالفات المرتكبة من طرف الأعوان الإقتصاديين ثم معاينتها، أين أسند المشرع الجزائري هذه المهمة سواءا في المرحلة ما قبل التعاقدية أو في المرحلة ما بعد التعاقدية لفئة من الموظفين محددة على سبيل الحصر بموجب القانون رقم 04-02 في المادة 49 منه.

لذلك سنتناول في هذا المطلب الأشخاص المؤهلون للمعاينة والتحقيق في (الفرع الأول) ثم المهام المنوطة بهم في (الفرع الثاني)، كما نجد أن القانون رقم 04-02 السالف ذكره قد ألزم هؤلاء الأعوان المكلفين بالتحقيقات بتحرير محاضر تختم التحقيقات المنجزة من طرفهم الشيء الذي سنتناوله في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأشخاص المؤهلون للمعاينة والتحقيق

لقد حدد القانون رقم 04-02 الأشخاص المؤهلين لمعاينة المخالفات المتعلقة بتطبيق هذا القانون والتحقيق فيها المذكورين في نص المادة 49 منه[1].

فبالرجوع إلى نص هذه المادة نجدها تنص على :" **في إطار تطبيق هذا القانون يؤهل للقيام بالتحقيقات ومعاينة مخالفات أحكامه، الموظفون الآتي ذكرهم:**

- **ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.**
- **المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة، التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.**
- **الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية .**

[1] – أحمد بورزق، مرجع سابق، ص586.

- **أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة، المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض**" [1].

كما تنص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على تخويل هؤلاء مهمة متابعة مخالفات المادة 05 منه و التي جاءت على ذكر الشروط التعسفية، إذ نصت المادة 17 على:" **تتم المراقبة و المعاينة و كذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقاً لأحكام القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جمادى الأول عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 و المذكور أعلاه**" [2].

الفرع الثاني: المهام المنوطة بهم

ولهؤلاء الموظفين في سبيل القيام بمهامهم جملة من الصلاحيات نذكر منها:

- القيام بفحص كل الوثائق والمستندات الإدارية و التجارية و المالية و المحاسبية وكذا أية وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية، دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني، و هذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة 50 من القانون 04-02.
- إمكانية حجز البضائع، و هذا وفقاً لنص المادة 51 من القانون السابق الذكر.
- حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وإلى أي مكان بإستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقاً لأحكام قانون الإجراءات الجزائية، و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 52 من القانون السابق الذكر.
- فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل إليه أو الناقل متى مارسوا مهامهم خلال نقل البضائع طبقاً للفقرة الثانية من المادة 52 من القانون السابق الذكر [3].

غير أن ما يدعو إلى التساؤل من كل هذا هو: هل بإمكان هؤلاء الموظفين في ظل هذه الصلاحيات الكشف عن الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين؟

---

(1) - القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

(2) - المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المعدل والمتمم، **المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية**، السالف الذكر.

(3) – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

قد يبدو الأمر سهلاً بالنسبة للشروط التعسفية التي جاءت على ذكرها المادة 29 من القانون رقم 04-02 أو المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، لكن ما مصير الشروط التعسفية غير المدرجة ضمن هاتين القائمتين، والتي بإمكانها أن تؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي تطبيقاً للفقرة الخامسة من المادة 03 من القانون رقم 04-02.

فإذا كان الأمر متيسراً بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بعدم الإعلام بالأسعار والتعريفات وكذا عدم الإعلام بشروط البيع أو عدم الفوترة والفوترة غير المطابقة، لأن الأمر يتعلق بوقائع مادية بحتة، فإن الأمر لا يعد بهذه البساطة بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بالشروط التعسفية لأن الأمر يتعلق بمسائل قانونية أو تقنية بحتة قد يتعذر على ذوي الاختصاص إكتشافها والتحقق منها.

وإذ لم تكن المخالفات المنصوص عليها في المادة 38، والمتعلقة بالشروط التعسفية محل معاينة من الموظفين المنصوص عليهم في المادة 49، فما مصير الدعوى العمومية التي تعتبر هذه المعاينة أساساً ومنطلقاً لها؟ وإذا أضفنا إلى هذا التساؤل، تساؤل آخر مفاده إحجام المستهلك عن تقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية والتي تعتبر القناة الثانية لتحريك الدعوى العمومية واكتفاءه بالدعوى المدنية فقط؟ [1].

هي أسئلة تبقى من دون شك محلاً للمزيد من النقاش، و الأكيد أن الإجابة عليها مرهونة بمدى كفاءة الموظفين الموكلة لهم مهام معاينة مخالفات القانون رقم 04-02، هذا من جهة ومن جهة ثانية مدى حرص و وعي المستهلك أو على الأقل جمعيات حماية المستهلك و التي قد تملك من بين أعضائها من هو على علم أو دراية بهذه المسائل، إضافة إلى استفادتها من مزايا قد لا يتوافر عليها المستهلك البسيط، و من ذلك مثلاً إمكانية الاستفادة من المساعدة القضائية، و هو الأمر الذي قد يحفزها على المضي قدما في سبيل تكريس ثقافة استهلاكية تتجاوز حدود المطالبة بالتعويض [2].

---

[1] – سميحة بدراوي، مروى صدراتي، مرجع سابق، ص 89.

[2] – راضية العيطاوي، "**معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية**"، رسالة ماجيستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2011/2010، ص 174.

الفرع الثالث: تحرير التقرير أو المحضر

إذا تبين للأعوان المكلفين بالتحقيق وجود أي مخالفة فإن المعاينة تثبت بمحضر، الذي يعتبر بمثابة دليل على إحترامهم إجراءات البحث والمعاينة التي يجب أن يتضمنها المحضر كما يعتبر دليل على احترام الآجال القانونية، فهذه الورقة تثبت شفافية الأعمال الصادرة عن هؤلاء الأعوان لذلك حدد المشرع شكل وآجال تحرير المحضر، فإذا تمت المعاينة وفق الإجراءات المحددة قانونا وتم تحرير المحضر وفق الشروط المطلوبة كان لهذا المحضر حجية قانونية.

فالمحضر هو وثيقة قانونية يحررها ضباط وأعوان الشرطة القضائية أو الموظفون والأعوان المكلفون ببعض مهام الشرطة القضائية طبقا للأشكال التي يحددها القانون والتنظيم يسجلون عليها ما يقومون به من أعمال تندرج في إطار المهام المنوطة بهم.

جاء في المواد 56 و57 من القانون رقم 04-02 جملة من المعلومات التي يجب أن يتضمنها المحضر يمكن تلخيصها فيما يلي:

1. أن تحرر هذه المحاضر من طرف الأشخاص المؤهلين قانونا أي الأعوان المكلفين بالتحقيقات المذكورين في المادة 49.
2. أن تحرر هذه المحاضر دون شطب أو إضافة أو قيد في الهامش
3. أن يتضمن طبيعة المخالفة، تاريخ ومكان وقوعها، أين تمت المراقبة
4. أن يتم إمضاء المحضر من طرف:
   - ✓ الموظفين القائمين بالتحقيق مع توضيح هويتهم وصفتهم
   - ✓ إمضاء مرتكب المخالفة مع توضيح هويته، نشاطه وعنوانه أما في حالة غيابه أو رفضه التوقيع يذكر ذلك في المحضر
5. تسلم نسخة من المحضر لمرتكب المخالفة [1] .

[1] - أحمد مريشة، "**حماية المستهلك في مجال شفافية الممارسات التجارية في ضوء القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم**"، رسالة ماجيستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، بدون سنة، ص 85.

يرفق المحضر بوثائق أخرى تثبت المخالفة كمحضر أخذ العينة الذي يبين إحترام هؤلاء الأعوان إجراءات أخذ العينات لتحليلها، أما إذا تم الحجز فيرفق المحضر بوثيقة أو محضر الحجز [1].

لكن ما يدعوا إلى التساؤل هو: هل أن تخلف شرط أو معلومة من المعلومات السابقة الذكر يستوجب إعادة المحضر بكامله؟

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة 57 من القانون 04-02 نجدها تنص على أنه:" ...**تكون المحاضر المحررة تحت طائلة البطلان إذا لم توقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفة...**" [2].

فهذه المادة تجعل من إمضاء الأعوان شرطا لصحة المحضر فتخلفه يؤدي إلى إبطاله كما أن المشرع حدد آجال تحرير المحضر من أجل ضمان سرعة الإجراءات وذلك بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 57 من القانون السابق الذكر حيث نصت على ما يلي:" **تحرر المحاضر في ظرف ثمانية (8) أيام إبتداءا من تاريخ نهاية التحقيق...**" [3].

المطلب الثالث: تقدير العقوبة

نص المشرع الجزائري على عقوبة أصلية كجزاء يقع على العون الاقتصادي في حال إدراجه لشروط تعسفية في العقود المبرمة مع المستهلك متمثلة في الغرامة وإن تناول غيرها من العقوبات بمناسبة بقية الممارسات التجارية هذا ما جاء في الفصل الثاني من القانون رقم 04-02 الذي يحمل عنوان "عقوبات أخرى"، وتتمثل هذه العقوبات في العقوبات الإدارية التي تشكل نوعا من الحماية الإدارية تمارسها سلطات إدارية منها ماهو استثنائي حسب نص المادة 47 من القانون 04-02 التي تتضمن مجموعة من العقوبات الاستثنائية، ومنها ما يتعلق بالصلح (كغرامة المصالحة) بالإضافة إلى عقوبات تكميلية.

---

[1]- أحمد مريشة، المرجع السابق، ص ص 84-85.

[2] - القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[3] - القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

لذا سنعالج هذا المطلب من خلال تطرقنا إلى الغرامة كعقوبة أصلية لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية في (الفرع الأول)، كذلك العقوبات الإدارية في (الفرع الثاني)، إلى جانب العقوبات التكميلية في (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الغرامة كعقوبة أصلية

لم يتناول المشرع الجزائري لا في إطار قانون الممارسات التجارية، ولا في قانون العقوبات تعريف الغرامة، ولذلك يمكننا الرجوع في ذلك إلى بعض القوانين المقارنة منها القانون المصري حيث عرفها في المادة 22 من قانون العقوبات بأنها:" **إلزام المحكوم عليه بأن يدفع إلى خزينة الحكومة المبلغ المقدر في الحكم الجنائي**" وهي بذلك عقوبة مالية، يراعى عند تقديرها جسامة الفعل المرتكب ودرجة الإثم والمسؤولية حتى تحقق غرض العقوبة في الزجر والردع [1].

حيث نصت المادة 04 من قانون العقوبات على أن:" **العقوبات الأصلية هي تلك التي يجوز الحكم بها دون أن تقترن بها أية عقوبة أخرى.**"[2]

فجريمة الممارسات التعاقدية التعسفية هي جريمة ذات طابع جنحي، اختار لها المشرع عقوبة تعكس هذا التكليف المتمثلة في الغرامة، ففي المادة 38 من القانون 04-02 وصف الغرامة بأنها العقوبة الأصلية لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية[3].

تنص المادة 38 من القانون 04-02 على:" **تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار 50.000 دج إلى خمسة ملايين دينار 5.000.000 دج**"[4].

إذن بالرجوع إلى نص هذه المادة نجدها قد اعتبرت ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية كل فعل أو مناورة من جانب المهني الذي يكون مخالفا لأحكام

---

[1]– أحمد مريشة، المرجع السابق، ص ص 105-106.

[2] – الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-23، المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم بالقانون رقم15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، **المتضمن قانون العقوبات الجزائري**، الجريدة الرسمية، عدد71، المؤرخة في 30 ديسمبر 2015.

[3] – منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، مرجع سابق، ص 99.

[4] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

المواد السابقة الذكر، كما أكدت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 على هذه العقوبات طبقا لأحكام القانون 04-02.

ومنه فإن المتدخل الذي يفرض بنودا تعسفية على المستهلك يعاقب بغرامة تتراوح ما بين 50.000 دج إلى 50.000.000دج بحسب تقدير القاضي، كما تضاعف هذه العقوبة في حالة العود[1].

ولعل المشرع الجزائري أخذ هذا الجزاء عن نظيره الفرنسي حيث كان يعاقب المرسوم 78-464[2] المؤرخ في 24 مارس 1978 بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيب الخفي في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها.

وتبعاً لهذا النص فقد اكتفى المشرع الجزائري بالغرامة كجزاء على مخالفة أحكام الفصل الرابع والخامس المتعلقين بالممارسات التجارية غير النزيهة، والممارسات التعاقدية التعسفية على التوالي.

وتعتبر الغرامة طبقا لقانون الممارسات التجارية من العقوبات الأصلية، وهو نفس التكييف الذي منح لها في المادة الخامسة من قانون العقوبات، أما عن تكييف بقية المخالفات المنصوص عليها في القانون رقم 04-02 فبالاطلاع على الحد الأدنى للغرامات الموقعة نلاحظ أن أقل حد أدنى يوقع في حالة ارتكاب مخالفة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات والمقدرة ب 5000 دج، وبالرجوع إلى المادة الخامسة من قانون العقوبات نجد بأن هذا الحد تكيف من خلاله هذه الممارسات بأنها جنح لنصها بأنه إذا كانت العقوبة الأصلية غرامة تتجاوز 2000 دج فتكيف العقوبة على أساس أنها جنحة، أما ما يقل عن ذلك فيعتبر مخالفة وعليه يمكن القول بأن جميع المخالفات المنصوص عليها في قانون الممارسات التجارية هي جنح، ولقد ميز المشرع بين هذه المخالفات، إذ جعل لكل منها عقوبة خاصة بها، حيث شدد في بعضها العقوبة بالمقارنة مع بعض المخالفات الأخرى وذلك على النحو التالي [3]:

---

[1] – منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، المرجع السابق، ص 100.

[2]- Decret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

[3] – أحمد مريشة، مرجع سابق، ص 106

أولا- بالنسبة لعدم الإعلام بالأسعار والتعريفات

نصت عليها المادة 31 من القانون 04-02:" **يعتبر الإعلام بالأسعار والتعريفات مخالفة لأحكام المواد 4 ، 6 و 7 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة من 5000 دج إلى 100000دج**" [1]، وبالرجوع إلى المادة 61 من الأمر رقم 95-06 [2] الملغى والتي كانت تضمن عقوبة نفس المخالفة، نلاحظ أن المشرع في إطار القانون 04-02 قد خفض العقوبة عما كانت عليه، حيث كانت تتراوح بين 5000دج و 500000دج .

ثانيا- بالنسبة لعدم الإعلام بشروط البيع

نصت عليها المادة 32 من القانون 04-02:" **يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع مخالفة لأحكام المادتين 8 و9 من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من 10000دج إلى 100000دج**"[3]، وتعتبر هذه المادة حديثة حيث لم ينص عليها الأمر رقم 95-06 الملغى وإنما كانت العقوبة على هذه المخالفة مدمجة مع عقوبة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، كما يلاحظ أن المشرع قد رفع الحد الأدنى للغرامة الموقعة في حالة ارتكاب هذه المخالفة بالمقارنة مع سابقتها.

ثالثا- بالنسبة لعدم الفوترة

نصت عليها المادة 33 من القانون 04-02: " **دون المساس بالعقوبات المنصوص عليها في التشريع الجبائي، تعتبر عدم الفوترة مخالفة لأحكام المواد 10، 11 و13 من هذا القانون ويعاقب عليها بغرامة بنسبة 80% من المبلغ الذي كان يجب فوترته مهما بلغت قيمته**"[4].

---

[1] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2] – الأمر رقم 95-06، المؤرخ في 25 جانفي 1995، **يتعلق بالمنافسة**، الجريدة الرسمية، العدد09، الصادر في 25 جانفي 1995. (ملغى)

[3] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[4] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

كما اعتبر المشرع عدم الفوترة تحرير الفاتورة دون ذكر الاسم والعنوان الاجتماعي للبائع أو المشتري، وكذا رقم تعريفه الجبائي والعنوان والكمية، الاسم الدقيق وسعر الوحدة من غير الرسوم للمنتوجات المبيعة أو الخدمات المقدمة.

وما يلاحظ على الغرامة المترتبة على ارتكاب هذه المخالفة، أنها تغيرت كليا حيث كانت تتراوح في إطار الأمر رقم 95-06 الملغى بين 5000 إلى مليون دج، لتصبح مقدرة بـ 80% من المبلغ الذي يجب فوترته مهما بلغت قيمته، وفي هذا تخفيض للعقوبة إذا كان المبلغ صغير القيمة وتشديد لها إذا كان المبلغ كبير القيمة.

رابعا- بالنسبة لتحرير فاتورة غير مطابقة

نصت المادة 34 من القانون 04-02:" **تعتبر فاتورة غير مطابقة، كل مخالفة لأحكام المادة 12 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000دج) إلى خمسين ألف دينار (50.000دج)...**"[1].

ما يلاحظ على هذا النص أنه من جهة يعتبر مستحدثا، حيث جعل المشرع عقوبة تحرير فاتورة غير مطابقة مستقلة عن عقوبة عدم الفوترة، بعد أن كان يعاقب عليها في إطار الأمر رقم 95-06 الملغى بنفس العقوبة وذلك من خلال المادة 62 منه، ومن جهة أخرى فقد رفع المشرع الحد الأدنى للغرامة الموقعة في حالة ارتكاب هذه المخالفة، حيث كان يقدر بـ 5000دج وأصبح يقدر بـ 10 آلاف دج، فيما خفض من الحد الأعلى لها، حيث كان يقدر بمليون دينار جزائري وأصبح يقدر بـ 50 ألف دج.

خامسا- بالنسبة لمعارضة المراقبة

نصت المادة 53 من القانون 04-02 على معاقبة معارضة مهام أعوان التحقيق بنصها:" **تعتبر مخالفة وتوصيف كعارضة للمراقبة كل عرقلة وكل فعل من شأنه منع تأدية مهام التحقيق من طرف الموظفين المذكورين في المادة 49 أعلاه، ويعاقب عليها بالحبس من06 أشهر إلى سنتين، وبغرامة من مائة ألف دج إلى مليون دج أو بإحدى هاتين العقوبتين**"[2].

---

[1] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

وبالرجوع إلى نص المادة 38 من القانون رقم 04-02 نلاحظ اكتفاء المشرع الجزائري بتسليط عقوبة ذات طابع مالي والمتمثلة في الغرامة كجزاء على إدراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين التي تتراوح قيمتها بين 50.000دج إلى 5.000.000دج دون النص على عقوبات أخرى وحجته في ذلك لتعلق الأمر بشروط تعسفية من شأنها أن تؤدي إلى إخلال ظاهر بالتوازن العقدي، فما جدوى المصادرة أو الحجز حينها[1].

فمن وجهة نظره أن الغرامة قد تعتبر آداة ردع حقيقة ولهذا رفع المشرع حدها الأقصى إلى مبلغ يقدر بخمسة ملايين دينار، وهو مبلغ من شأنه حمل الأعوان الاقتصاديين على حذف الشروط التي تعتبر تعسفية، كتلك التي جاءت على ذكرها المادة 29 من القانون رقم 04-02 أو المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، أو حتى تلك التي تأتي بها لجنة الشروط التعسفية تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306[2]

الفرع الثاني: العقوبات الإدارية

إلى جانب الحماية الجزائية التي كرسها المشرع الجزائري من خلال الجزاء المفروض على الأعوان الاقتصاديين في حالة إدراج شروط تعسفية، هناك حماية إدارية تمارسها سلطات إدارية من طرف أعوان مكلفين حددهم القانون.

فالغرامة المالية التي تعتبر كقاعدة عامة العقوبة الأصلية بخصوص الجرائم المتعلقة بالشروط التعسفية والتي بلغت حدها الأقصى، نجد أن المشرع الجزائري وإن قلص من قيمتها بالنسبة لمخالفة بقية الممارسات التجارية إلا أنه أردف جزاءات أخرى إلى جانبها، الأمر الذي لم يعتمده بالنسبة لمخالفة الشروط التعسفية، ويمكن تقسيم هذه العقوبات إلى عقوبات استثنائية مقررة بموجب المادة 47 من القانون 04-02 (أولا) إضافة إلى غرامة المصالحة (ثانيا).

---

[1] – رضا معوش، مرجع سابق، ص 114.

[2] – راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص ص 169-170.

أولا- العقوبات الاستثنائية المقررة بموجب المادة 47

حاول المشرع الجزائري إقرار عقوبات استثنائية في حالة العود، وتعتبر استثنائية لأن المشرع لم يقررها إلا إذا تعلق الأمر بهذه الحالة، حيث جاء النص على هذه العقوبات الاستثنائية في القانون رقم 04-02 بموجب المادة 47 منه وهي كالآتي:

1- غلق المحل التجاري

إضافة إلى الغرامة فقد منح المشرع الجزائري للإدارة جزاء الغلق الإداري للمحلات التجارية، وتعتبر هذه العقوبة استثنائية لأن المشرع لم يقررها إلا إذا تعلق الأمر بحالة العود.

إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 47 من القانون 04-02 على:" **يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون**" [1]، ويختلف هذا الإجراء عن ذلك الذي نصت عليه المادة 46 في أن:

- العقوبة المنصوص عليها في المادة 46 من القانون 04-02 متعلقة بمخالفة أحكام المواد 10 و11 و13 و14 و20 و22 و23 و24 و25 و26 و27 و28 و53 من هذا القانون، في حين أن العقوبة المنصوص عليها في المادة 47 تتعلق بمخالفة جميع أحكام القانون رقم 04-02 و لو تعلق الأمر بغير الأحوال المنصوص عليها في المادة 47.

- العقوبة المنصوص عليها في المادة 46 من القانون 04-02 لا ترتبط بحالة من حالات العود، فتطبيقها تلقائي غير مرتبط بهذا القيد، بخلاف تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة 47 والمرتبطة بحالة من حالات العود [2].

"**ويعد حالة عود في مفهوم هذا القانون، قيام العون الاقتصادي بمخالفة أخرى لها علاقة بنشاطه خلال السنتين (2) التي تلي انقضاء العقوبة السابقة المتعلقة بنفس النشاط**" وهذا طبقاً للفقرة الثانية من المادة 47 من القانون 04-02 المعدلة بموجب المادة 11 من القانون 10-06 [3].

---

[1] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2] – راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص ص 170-171.

[3] – القانون رقم 10-06، المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

وهذا الإجراء المتمثل في الغلق الإداري للمحل التجاري يكون بقرار من الوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح من المدير الولائي للتجارة، هذا ما نصت عليه المادة 46 من القانون 04-02 المعدلة بموجب المادة 10 من القانون 10-06 بقولها: " **يمكن للوالي المختص إقليميا بناء على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة، أن يتخذ بموجب قرار، إجراءات غلق إدارية للمحلات التجارية لمدة أقصاها ستون(60) يوما في حالة مخالفة القواعد المنصوص عليها في أحكام المواد 4 و 5 و6 و7 و8 و9 و10 و 11و 12 و13 و 14 و 20 و 22 و 22 مكرر و 23 و24 و25 و26 و 27 و 28 و 53 من هذا القانون، يكون قرار الغلق قابلا للطعن أمام القضاء، وفي حالة إلغاء قرار الغلق يمكن للعون الاقتصادي المتضرر المطالبة بتعويض الضرر الذي لحقه أمام الجهة القضائية المختصة**"[1].

إذن بالرجوع إلى المادة 46 من القانون 04-02 نجد أن هذه المادة حددت بدقة الهيئة المخولة قانونا بإصدار القرار الإداري المتضمن غلق المحل التجاري، أين اقتصرت هذه السلطة في يد الوالي دون سواه، بالاستناد على اقتراح المدير الولائي للتجارة، حيث أن هذا الأخير يقدم اقتراحه في شكل مراسلة مسببة مرفقة بالمحاضر المثبتة للمخالفة الموقعة ضد العون الاقتصادي المخالف وكمثال على ذلك:

- القرار الولائي رقم 11851[2] الصادر بتاريخ 20 فيفري 2017 المتضمن غلق المحل التجاري التابع للسيد ر.ح صاحب نشاط تجارة بالتجزئة للتغذية العامة ببلدية البويرة وذلك لارتكابه مخالفة عدم الفوترة (شراء دون فاتورة) وهذا بناءا على المحضر رقم 1234 بتاريخ 30 جانفي 2017 وهذا لخرقه المادة 10، 11، 12 من القانون رقم 04-02 وقد تم غلق المحل لمدة ستون يوم ويشمع بالشمع الأحمر.

- القرار الولائي رقم 11911[3] الصادر بتاريخ 2 ماي 2017 المتضمن غلق المحل التجاري التابع للسيد أ.ع صاحب نشاط قاعة ألعاب ببلدية حيزر البويرة وذلك لارتكابه مخالفة معارضة الرقابة (عدم الاستجابة للاستدعاء)، وهذا بناءا على المحضر رقم

---

[1]– القانون رقم 10-06، المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2] – القرار الولائي رقم: 11851 الصادر بتاريخ 20 فيفري 2017، **المتضمن غلق المحل التجاري**.

[3] – القرار الولائي رقم: 11911 الصادر بتاريخ 02 ماي 2017، **المتضمن غلق المحل التجاري**.

1294 بتاريخ 1 أفريل 2017 وهذا لخرقه المادة 53 من القانون رقم 04-02 وقد تم غلق المحل لمدة 15 يوم ويشمع بالشمع الأحمر.

فرغم إعتبار إجراء الاقتراح محطة جوهرية في صحة قرار الغلق إلا أن هذا لا يعني وجوبية الالتزام بالرأي الوارد فيه، كون الهيئة المختصة بإصدار قرار الغلق يمكن لها الامتناع عن اصدار هذا القرار وهذا ما تبرره عبارة "يمكن" حيث أن سلطة الغلق الإداري للمحل التجاري عبارة عن سلطة جوازيه بالنسبة للإدارة ما يجعلها تتمتع بسلطة تقدير الموقف، فالوالي يتمتع بحرية تقدير مدى ممارسته لسلطته إذا توفرت الشروط القانونية لذلك.

فبصدور القرار الإداري المتضمن غلق المحل التجاري في مواجهة العون الاقتصادي المخالف والذي يعتبر بمثابة عقوبة إدارية لا تستهدف الشخص المخالف بل تخص المحل التجاري لذلك فالجزاء هنا جزاء عيني وليس شخصي، فالغاية من الغلق تتمثل في منع العون الاقتصادي المخالف من ممارسة النشاط التجاري خلال مدة الغلق، فهذا القرار شأنه شأن أي قرار إداري يقبل الطعن فيه بالدعاوى التي يمكن أن توجه ضد أي قرار إداري، وهي دعوى فحص المشروعية ودعوى الإلغاء ودعوى التعويض، حيث بالرجوع إلى الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 46 فإنها صريحة بالنص على حق العون الاقتصادي الموجه ضده القرار في الطعن فيه أمام العدالة، وحقه أيضا في المطالبة بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم مشروعية قرار الغلق الصادر ضده في حالة الحكم له بإلغاء هذ القرار من طرف القضاء.

ويتعين على الإدارة تبليغ المخالف بقرار الغلق كون هذا التبليغ يترتب عنه فائدتين، فمن جهة لا تسري آثار قرار الغلق إلا من تاريخ التبليغ ومن جهة أخرى فإن التبليغ هو الذي يحدد بدء آجال الطعن في هذا القرار، وأما من حيث شكل التبليغ فإنه يتم بواسطة الطريق الإداري وذلك بالتسليم الشخصي مع وصل الاستلام كما قد يتم عن طريق البريد مع اشعار بالاستلام وقد يتم كذلك عن طريق المحضر القضائي، وفي حالة عدم وجود العون الاقتصادي المخالف فإن التبليغ يمكن أن يتم عن طريق التعليق.

فإذا ما تم الطعن في قرار الغلق فإن القاضي الإداري يملك سلطة تمحيص أسبابه ليتبين ما إذا كانت تتفق وحكم القانون أم أنها تخالفه، وهكذا فإن جعل قرار الغلق خاضع لرقابة القضاء يعد ضمانة حقيقية للعون الاقتصادي ضد أي تعسف قد يصدر عن الإدارة، ونضرا

لخطورة هذا الإجراء على مصلحة العون الاقتصادي فقد خولت المدة 46 في فقرتها الثانية لهذا الأخير حق الطعن في قرار الوالي أمام الجهة القضائية المختصة[1].

2-المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري

إلى جانب إجراء الغلق الإداري للمحلات التجارية فقد اعتمد المشرع الجزائري وسائل استثنائية أخرى لمعاقبة المهنيين المعتادين على تضمين العقود التي يبرمونها مع المستهلكين شروطا يطغى عليها الطابع التعسفي، فأقر عقوبة المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري التي قد تصل إلى الشطب النهائي من السجل التجاري وهذا متى تعلق الأمر دائما بحالة من حالات العود [2]،هذا ما جاءت به الفقرة الثالثة من نص المادة 47 من القانون 04-02 المعدلة بموجب الفقرة الرابعة من المادة 11 من القانون 10-06:" **في حالة العود تضاعف العقوبة ويمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط مذكور في المادة 02 أعلاه بصفة مؤقتة وهذا لمدة لا تزيد عن 10 سنوات** " [3] حيث جاء موقف المشرع الجزائري متشددا في تعديله لهذه المادة بموجب القانون 10-06 من خلال رفعه للمدة المقررة للمنع المؤقت حتى العشر سنوات وهو ما ينطوي عن خطورة هذه العقوبة، حيث يجدر بالقاضي التفكير مليا قبل النطق بها[4] .

وبالتالي فإنه يمكن أن يسري نص المادة 47 على توفير الحماية في مواجهة الشروط التعسفية[5].

3-عقوبة الحبس

إضافة إلى الغلق الإداري للمحل التجاري والمنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري وكذا إمكانية الحكم بالشطب من السجل التجاري بصفة مؤقتة أو دائمة قد تضاف إلى هذه

---

[1] – أحمد مريشة، مرجع سابق، ص 119.

[2] – رضا معوش، مرجع سابق، ص ص 116-117.

[3]– القانون رقم 10-06، المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[4] – منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، مرجع سابق، ص101.

[5] – سميحة بدراوي، مروى صدراتي، مرجع سابق، ص91.

العقوبات، عقوبة الحبس[1]، وهذا طبقاً للفقرة الرابعة من نص المادة 47 من القانون 04-02 التي تنص:" **فضلا عن ذلك، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنة (01) واحدة**"[2]، وحسب الفقرة الخامسة من المادة 11 من القانون 06/10 نجدها تنص على ما يلي:" **تضاف لهذه العقوبات، زيادة على ذلك، عقوبة الحبس من ثلاثة (3) أشهر الى خمس (5) سنوات**" [3].

ومكنة الحكم بعقوبة الحبس هذه متروكة لتقدير القضاء تبعاً لظروف القضية وملابساتها مع الإشارة إلى أن عقوبة الحبس هذه مرتبطة هي الأخرى بحالات العود مثلما هو منصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 47 من القانون 04-02[4].

من خلال استقرائنا لنصوص القانون 04-02 نجد أن المشرع الجزائري وقع في تناقض صارخ بإضافته في الفقرة الثالثة من المادة 47 من القانون السابق الذكر عقوبة سالبة للحرية فيكون بذلك قد جعل المبدأ العام استثناءا ذلك أن عقوبة الحبس تعتبر وفقا لقانون العقوبات عقوبة أصلية، في حين جعلها المشرع في المادة 47 من القانون 04-02 المعدل والمتمم بالقانون 10-06 استثناءا إلى جانب عقوبات أخرى يغلب عليها الطابع الإداري كالغلق والشطب من السجل التجاري، مما يعني أن إعادة النظر في هذا التناقض أمر لابد منه[5].

ثانيا-غرامة المصالحة

ان حماية المستهلك من الشروط التعسفية تتطلب وجود جهاز فعال ومؤهل لمراقبة المنتجات والخدمات وإثبات المخالفات وقد عمد المشرع الجزائري على إنشاء عدة أجهزة وهيئات للرقابة منها سلطات إدارية وقضائية، فالجزاءات الجنائية المقررة لجريمة التعسف في حق المستهلك في الأصل تكون صادرة عن القضاء وهذا ما أكدته المادة 61 من القانون 04-02.

---

[1] – راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص 171.

[2] –القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[3] – القانون رقم 10-06، المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية** السالف الذكر.

[4] – راضية العيطاوي، المرجع السابق، ص 172.

[5] – رضا معوش، المرجع السابق، ص 117.

غير أنه يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بالمصالحة، وبالتالي فالأصل في الجزاء الجنائي بخصوص هذه الجريمة هو الجزء القضائي كما سبق ذكره، إلا أنه ولامتصاص الضغط الواقع على الجهات القضائية، وأيضا لاختصار الوقت أعطي لإدارة مديرية التجارة أن توقع جزاءا دون اللجوء إلى القضاء، وهو ما يعرف بغرامة المصالحة، لكن إذا تعذر تحقيق هذه المصالحة لابد من اللجوء إلى القضاء لتوقيع الجزاء القضائي[1] .

ولما تولى المشرع الجزائري أحكاما خاصة بالتصالح حول العقوبة، تعين بحثها ضمن هذا الفرع، وما ذاك إلا لبحث تأثير هذا الحكم على موضوع الدراسة، وتبيان فيما إذا كان يتناسبان مع بعضهما، أم أن الأحكام الخاصة بالتصالح حول العقوبة قد يصعب تطبيقها على الشروط التعسفية خصوصا، وإن كان بالإمكان تطبيقها على بقية العقوبات المقررة على الممارسات التجارية الأخرى التي تناولها المشرع الجزائري بالتنظيم ضمن القانون رقم 04-02.

1- إجراء المصالحة

المصالحة وسيلة وضعها القانون تحت تصرف الإدارة، تسمح بالحصول على تعويض مرض عن ضرر ماس بالمصلحة العامة. فهي جزاء ذو طابع إداري.

والدافع المباشر للمصالحة هو تحاشي طرح الخصومة أمام القضاء. وإن كانت المصالحة بصفة عامة ليست بالشيء الدخيل على القانون الجزائري، حيث عرف هذا الطريق البديل لتسوية النزاعات المدنية البحتة ونزاعات الأسرة، وكذا النزاعات الخاصة بالعمل، وغيرها من النزاعات الهامة الأخرى، إلا أنها تبقى مصالحة من نوع خاص ذلك أن الاستفادة منها يلزم المهني – العون الاقتصادي-بدفع مبلغ من المال للإدارة، لذلك يعرف هذا الصلح بغرامة المصالحة.

يمكن تعريف المصالحة أو الصلح بوجه عام بأنها تسوية النزاع بطريقة ودية، والمصالحة في الشريعة تحكمها في القانون الجزائري أحكام الفصل الخامس من الباب السابع في القانون المدني، وقد عرفت المادة 549 من القانون المدني الصلح كالآتي:" **عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما، ويتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن**

[1] – منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، مرجع سابق، ص104.

حقه"[1]، فتطبيق إجراء المصالحة محدود في إدارات معينة ومقيد بنصوص صريحة ويؤدي إلى انقضاء الدعوى العمومية، وذلك طبقا للمادة السادسة الفقرة الأخيرة من قانون الإجراءات الجزائية التي تجبر انقضاء الدعوى العمومية بالمصالحة.

أما القانون رقم 02/04 لم يُعط تعريفا للمصالحة، إلا أنه قد تم تعريفها من خلال المنشور الوزاري المتعلق بكيفيات تطبيق أحكام غرامة المصالحة على أنها: " **طريقة تسوية ودية بالتراضي بين الإدارة المكلفة بمراقبة الممارسات التجارية من جهة والمتعامل الاقتصادي من جهة أخرى، يتم من خلالها إنهاء النزاع الناجم عن مخالفة أحكام القانون رقم 02/04**"[2].

2- شروط إجراء المصالحة

تضمنت المادة 60 من القانون رقم 04-02 الإشارة إلى ثلاث حالات، تختلف عن بعضها باختلاف قيمة الغرامة، وتبعاً لاختلاف هذه القيمة اختلفت آثار كل حالة، فأجاز المشرع المصالحة في الحالتين الأولى والثانية ومنع مثل هذا الإجراء في الحالة الثالثة.

أ- إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 01 مليون دج

نصت الفقرتين الأولى والثانية من المادة 60 من القانون 04-02 على:" **تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية، غير أنه يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين بمصالحة إذا كانت المخالفة المعاينة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون (.000.000. 1دج) استناداً إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين**"[3].

وتبعاً لهذا النص، فإنه متى كانت العقوبة المقررة على العون الاقتصادي غرامة تعادل أو تقل عن مليون دينار (000.000. 1دج) كان بإمكانه الحصول على مصالحة مع المدير الولائي المكلف بالتجارة، و لمّا كانت مخالفة النصوص المنظمة للشروط التعسفية متضمنة لهذا

---

(1) – الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم، **المتضمن القانون المدني**، السالف الذكر.

(2) – أحسن بوسقيعة، "**المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص**"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013 ،ص11.

(3) – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

المبلغ، جاز إذا الحصول على مثل هذا التدبير حتى و لو تفطن الموظفون المؤهلون إلى مثل هذه المخالفات، وهذا على اعتبار أن العقوبة المقررة للشروط التعسفية تتراوح بين خمسين ألف دينار (000 50دج) وخمسة ملايين دينار(5.000.000 دج).

ب- **إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 03 ملايين دينار**

تنص الفقرة الثالثة من المادة 60 من القانون 04-02 على:" **و في حالة ما إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار(000.000 1دج) وتقل عن ثلاثة ملايين دينار (000.000 3دج) يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة استناداً إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة**" [1].

على أن هذه الفقرة تتضمن ملاحظتين:

- ✓ أنَّ الجهة المؤهلة للتصالح مع العون الاقتصادي في هذه الحالة هو الوزير المكلف بالتجارة وليس مدير التجارة الولائي مثلما هو عليه الحال بالنسبة للحالة الأولى من هذا النص.
- ✓ أنَّ النص أشار إلى مبلغ يفوق الواحد مليون دينار ويقل عن ثلاثة ملايين دينار لإمكانية التصالح مع العون الاقتصادي، والذي يفهم منه أن المبلغ إذا كان مساويا لثلاثة مليون دينار، لم يكن بالإمكان إجراء المصالحة طالما أن النص يشترط مبلغ يقل عن ثلاثة مليون [2].

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

كذلك هو الحال في حالة ما إذا تعلق الأمر بحالة العود فقد نصت المادة 62 على:" **في حالة العود حسب مفهوم المادة 47 الفقرة 2 من هذا القانون، لا يستفيد مرتكب المخالفة من**

---

[1]- القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2] -راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص ص 175-176.

المصالحة، ويرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً قصد المتابعات القضائية"[1].

وقد جعل المشرع للعود أثر مزدوج، فهو من جهة يؤثر على حجم العقوبة إذ يضيف لها الغلق الإداري للمحل التجاري، وكذا إمكانية المنع المؤقت من النشاط أو الشطب من السجل وقد يضيف لها عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة أو حسب القانون المعدل 06/10، فإن عقوبة السجن تكون من ثلاثة أشهر الى خمس سنوات، ومن جهة، يعتبر العود حالة من الحالات التي يحرم فيها العون الاقتصادي من إجراء المصالحة كتدبير يحول دون مباشرة الدعوى العمومية[2].

3- آثار المصالحة

تنص الفقرة الخامسة من المادة 61 من القانون 04-02 :" ...**تنهي المصالحة المتابعات القضائية...**"[3]، وبهذا قضى المشرع صراحة بأن جميع المتابعات القضائية تنتهي متى تم الاتفاق على المصالحة بين العون الاقتصادي والوزير المكلف بالتجارة أو المدير الولائي المكلف بالتجارة بحسب الحالة، إذن وقف المتابعات القضائية مرهون بدفع غرامة المصالحة، ففي حالة موافقة العون الاقتصادي المخالف على غرامة المصالحة فإنه يستفيد من تخفيض 20 % من مبلغ الغرامة المحتسبة، وعليه دفع مبلغ الغرامة في أجل (45 يوما) ابتداء من تاريخ الموافقة على المصالحة، أما في حالة عدم الموافقة على المصالحة يرسل محضر اثبات الجريمة إلى وكيل الجمهورية المختص من أجل المتابعات القضائية[4].

وبالرجوع لمفهوم المادة 61 فإن المتابعات القضائية تستمر في الأحوال التي لا يمكن أن تقع فيها المصالحة والمتعلقة أساسا بحالة العود أو إذا كانت الغرامة المحكوم بها تفوق مبلغ ثلاثة ملايين دينار، وهما الحالتان اللتان يمكن فيهما للمستهلك التأسيس كطرف مدني للمطالبة

---

(1) – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

(2) – سميحة بدراوي، مروى صدراتي، مرجع سابق، ص 92.

(3) – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

(4) – أحمد مريشة، مرجع سابق، ص 93.

بالتعويض، وكذا بالنسبة لجمعيات المستهلك، لكن ما مصير حقوق هذا الأخير في الأحوال التي تنتهي فيها المتابعات القضائية بالمصالحة؟

متى وقعت المصالحة أنتجت كل آثارها ومن ضمنها وقف المتابعات القضائية، وبالتالي عدم قدرة الأشخاص المبينين في المادة 65 من القانون 04-02 على ممارسة حق المطالبة القضائية بطريق تبعي خصوصا وأن النص يتحدث عن الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى العمومية، ومادامت الأولى تابعة للثانية، فإنها تنقضي بانقضاء هذه الأخيرة، ولا يقلل من حجم هذا الخطر إلا قلة الحالات التي يمكن أن تقع فيها المصالحة[1].

وفي الأخير يمكن القول أن الواقع العملي يبين عدم فعالية المصالحة في الممارسات التعاقدية ذلك أن الأعوان المؤهلين عادة لا ينتبهون لتفحص نماذج العقود أو شهادات الضمان للكشف عن البنود التعسفية بل يمتد لكافة المخالفات الأخرى، فالأعوان الاقتصاديين المخالفين عادة ما يفضلون اللجوء إلى القضاء بدل دفع غرامة المصالحة وذلك للأسباب التالية:

- امتياز القضاء بطول الإجراءات وإمكانية استعمال الحيل حولها، مما يساعدهم على ربح الوقت من أجل توفير مبلغ الغرامة الذي قد تحكم به المحكمة
- إمكانية الاستفادة من ظروف التخفيف أو من حكم غير نافذ[2].

فجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية لا تقبل نظام غرامة المصالحة طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 60 من القانون 04-02 بقولها:" .... **عندما تكون المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق ثلاثة ملايين دينار (3.000.000دج)، فإن المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص قصد المتابعات القضائية**"[3].

---

[1] – راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص ص 177-178.

[2] – منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، مرجع سابق، ص 108.

[3] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

الفرع الثالث: العقوبات التكميلية

وهي العقوبات التي لا يجوز الحكم بها مستقلة عن عقوبة أصلية، فيما عدا الحالات التي ينص عليها القانون صراحة، وتكون إما اختيارية أو اجبارية هذا ما نصت عليه المادة 04 من قانون العقوبات[1]، وتتمثل العقوبات التكميلية التي نص عليها القانون رقم 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فيما يلي:

أولا. عقوبة نشر الحكم

قرر المشرع عقوبة للعون الاقتصادي وإن لم ترد ضمن الفصل المخصص للعقوبات إلا أنها كذلك، وتتمثل في التشهير به وبما ارتكبه من مخالفات[2].

يعد نشر الحكم الصادر بالإدانة جزءا مكملا للجزء الأصلي، ونادرا ما ينص عليه في القانون العام، إلا أنه يغلب النص عليه في قوانين حماية المستهلك لما لها من أثر فعال في مكافحة جرائم الإضرار بالمستهلك، حيث يصيب المحكوم عليه في شرفه واعتباره، لذلك لا يجوز الحكم به إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة.

والنشر قد يكون بالإعلان على واجهة المنشأة أو في الصحف أو الإذاعة المرئية والمسموعة، وذلك لإعلام المستهلكين والمتعاملين بالجرائم المرتكبة مما يحقق الهدف من وراء هذه العقوبة، والمتمثل في فقدان الثقة في مرتكب الجريمة، وحرمانه أو تقليل حجم مكاسبه المالية في المستقبل نتيجة لعزوف الجمهور عن التعامل معه، ولهذا حرصت التشريعات المقارنة على الأخذ بهذا الجزاء في قوانين حماية المستهلك[3].

فهذه العقوبة تعتبر أمر جوازي من صلاحيات الوالي المختص والقاضي، حيث يكون هذا النشر على حساب مرتكب الجريمة أو المحكوم عليه نهائيا [4]، وهذا طبقا للمادة 48 من القانون 04-02 التي جاء في نصها:" **يمكن للوالي المختص إقليمياً، وكذا القاضي أن يأمرا**

---

[1] – المادة 04 من الأمر رقم 66-156، المعدل والمتمم، **المتضمن قانون العقوبات الجزائري**، السالف الذكر.

[2] – راضية العيطاوي، المرجع السابق، ص 172.

[3] – أحمد مريشة، المرجع السابق، ص 120.

[4] – منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، مرجع سابق، ص 100.

على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائياً، نشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددانها"[1] .

وما يلاحظ أن المشرع لم يحدد المدة التي يتم خلالها نشر القرار، والأمكنة التي يتم فيها ذلك.

ثانيا-عقوبة حجز الأموال والسلع موضوع المخالفات

أردف المشرع الجزائري كذلك بالنسبة لمخالفة بقية الممارسات التجارية عقوبة حجز الأموال والسلع إذ نصت المادة 08 من القانون 10-06 المعدلة لأحكام المادة 39 من القانون 04-02 على عقوبة حجز البضائع في حالة مخالفة أحكام المواد 4 و 5 و 6 و 7 و 8 و 9 و 10 و 11 و 13 و 14 و20 و22 و22 مكـــــرر و23 و24 و25 و26 و27 (2 و 7) و28 من هذا القانون[2].

حيث سمح المشرع للأعوان المكلفين بالتحقيقات ومعاينة مخالفات أحكام القانون السابق الذكر بحجز البضائع موضوع المخالفات المتعلقة بممارسات عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، عدم الفوترة، عدم الإعلام بشروط البيع، كما يمكن لهؤلاء الأعوان أيضا حجز العتاد والتجهيزات التي استعملت في ارتكاب المخالفات المذكورة مع مراعاة حقوق الغير حسن النية، كذلك يجب أن تكون المواد المحجوزة موضوع محضر جرد وفق الإجراءات التي تحدد عن طريق التنظيم ونشير إلى أن الحجز نوعان:

1- الحجز العيني: وهو ذلك الحجز الذي ينصب مباشرة على السلع، حيث يكلف مرتكب المخالفة بحراسة المواد المحجوزة عندما يمتلك محلات للتخزين فتشمع المواد المحجوزة بالشمع الأحمر من طرف الأعوان المؤهلين طبقا لهذا القانون وتوضع تحت حراسة مرتكب المخالفة، وفي حالة عدم امتلاكه لمحلات تخزين يخول الموظفون المؤهلون طبقا لهذا القانون حراسة الحجز إلى إدارة أملاك الدولة.

---

[1] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2]– أنظر نص المادة 08 من القانون رقم 10-06 المعدل والمتمم للقانون رقم 04-02، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

2- الحجز الاعتباري: ينصب فيه الحجز على قيمة السلع التي لا يمكن أن يقدمها مرتكب المخالفة لسبب أو لآخر، وفي هذه الحالة تحدد قيمة المواد المحجوزة على أساس سعر البيع المطبق من طرف المخالف أو بالرجوع إلى سعر السوق، ويدفع المبلغ الناتج عن بيع السلع موضوع الحجز الاعتباري إلى الخزينة العمومية، ويطبق نفس الإجراء في حالة الحجز العيني.

وفي حالة صدور قرار يقضي برفع اليد عن الحجز، تعاد المواد المحجوزة إلى صاحبها وتتحمل الدولة التكاليف المرتبطة بالحجز، وعندما يصدر قرار رفع اليد على سلع تم بيعها أو التنازل عليها مجانا أو اتلافها، يستفيد صاحبها من تعويض قيمة السلع المحجوزة على أساس سعر البيع المطبق من طرف صاحبها أثناء الحجز، كما يمكن لصاحب المواد المحجوزة أن يطالب الدولة بتعويض عن الضرر الذي لحقة عن عملية الحجز هذا ما نصت عليه المادة 45 من القانون 04-02[1].

بالمقابل فإن المشرع الجزائري قد حدد بموجب أحكام القانون رقم 04-02 جملة من المخالفات على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال تستوجب الحجز عند الوقوع فيها وهذا بالرجوع إلى نص المادة 39 التي تفيد بأنه لا يمكن تفعيل الحجز وتوقيعه إلا في حالة معاينة المخالفات التالية:

- المخالفات المنصوص عليها بموجب نصوص المواد 4 و5 و6 و7 من القانون 04-02 وهي مخالفة عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، أين يمكن حجز البضائع موضوع المخالفة المرتكبة.
- المخالفات المنصوص عليها بموجب نص المادة 8 من القانون رقم 04-02 وهي مخالفة عدم الإعلام بشروط البيع.
- المخالفات المنصوص عليها بموجب نص المادة 10 من القانون رقم 04-02 وهي مخالفة التعامل بدون فاتورة بين الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، مخالفة رفض العون الاقتصادي تسليم المستهلك الفاتورة ولا تقوم هذه المخالفة إلا إذا ثبت أن المستهلك قد طالب العون الاقتصادي تسليمه إياها لكنه رفض ذلك وهنا يمكن حجز السلع محل

[1] - القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

- المخالفة المرتكبة، كذلك رفض العون الاقتصادي تسليم المستهلك وصل أو سند مقابل العملية التجارية يبرر المعاملة.
- المخالفات المنصوص عليها بموجب المادة 11 من القانون رقم 04-02 وهي مخالفة عدم تحرير فاتورة اجمالية كل شهر بناء عن مجموع وصلات التسليم المقبولة بدلا من الفاتورة في المعاملات التجارية المتكررة والمنتظمة عند بيع منتوجات لنفس الزبون وكذلك مخالفة عدم حيازة سند تحويل البضائع التي ليست محل معاملات تجارية المبررة لنقلها وتحركها.
- المخالفات المنصوص عليها بموجب نص المادة 13 من القانون رقم 04-02 وهي مخالفة رفض العون الاقتصادي تقديم الفاتورة للموظفين المؤهلين قانونا عند طلبها في ذات السياق فقد نصت المادة 39 من القانون رقم 04-02 على الأشياء التي يمكن أن تكون موضوع الحجز والمتمثلة في البضائع وهنا نشير أن المشرع استعمل مصطلح البضاعة بدل السلعة رغم أنهما يعبران على نفس المدلول ففي جل مواد القانون رقم 04-02 يستعمل مصطلح السلع والخدمات، من جهة أخرى العتاد والتجهيزات المساعدة في ارتكاب المخالفة أين أكدت نفس المادة على جواز حجز الوسائل التي لا ترد عليها المخالفة ولكنها استعملت لإرتكابها كوسيلة النقل التي يستعملها العون الاقتصادي لتحقيق المخالفة فيمكن حجزها باعتبارها وسيلة مساعدة في تنفيذ المخالفة.

كما حفظت المادة 39 من القانون السابق الذكر حقوق الغير حسن النية في حالة الحجز على عتاده وتجهيزاته، ففي هذه الحالة يمكنه المطالبة باستردادها إما بطلب أمام السيد وكيل الجمهورية وإما بطلب أمام المحكمة الجزائية للفصل في المخالفة المرتكبة محل الحجز ويتعين تقديم الطلب قبل أن يصبح حكم المصادرة نهائيا، فإذا أصبح كذلك فإن الغير حسن النية لا يبقى أمامه سوى الرجوع على مرتكب المخالفة بالتعويض استنادا إلى قواعد المسؤولية المدنية[1].

[1]- أحمد مريشة، مرجع سابق، ص ص 113-114.

ثالثا-عقوبة المصادرة

منح المشرع للقاضي إمكانية الحكم بمصادرة السلع المحجوزة هذا ما أكدته الفقرة الأولى من نص المادة 44 من القانون 04-02 بقولها: "**زيادة على العقوبات المالية المنصوص عليها في هذا القانون، يمكن للقاضي أن يحكم بمصادرة السلع المحجوزة في حالة خرق القواعد المنصوص عليها في المواد 10 و11 و12 و19 و21 و 22 و 23 و 24 و 25 و 27 (2 و 7) و 28 من هذا القانون...**"[1] وهو الأمر الذي لم يعتمده بالنسبة لمخالفة أحكام هذا القانون المتعلقة بالشروط التعسفية [2].

وتنصب المصادرة على أشياء تجوز حيازتها، وتكون هذه الأشياء في حوزة المحكوم عليه، حيث تعد عقوبة تكميلية يقضى بها وجوبا في أغلب الأحيان وأحيانا تكون تخييرية يترك الحكم بها للقاضي الذي مكنه القانون رقم 04-02 بموجب المادة السابقة الذكر من مصادرة السلع المحجوزة في حالات معينة ذكرها على سبيل الحصر.

وقد تم تعميم الحكم بالمصادرة على كل المخالفات المنصوص عليها في هذا القانون وذلك بموجب المادة 09 من القانون رقم 10-06 التي تعدل المادة 44 من القانون رقم 04-02، وإذا كانت هذه المصادرة تتعلق بسلع كانت موضوع حجز عيني، فإن هذه المواد تسلم إلى إدارة أملاك الدولة التي تقوم ببيعها وفقا للإجراءات المعمول بها والمحددة في قانون الإجراءات المدنية النصوص المطبقة عليها[3].

---

[1] – القانون رقم 04-02، المعدل والمتمم، **المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، السالف الذكر.

[2] – سميحة بدراوي، مروى صدراتي، مرجع سابق، ص88

[3] – أحمد مريشة، المرجع السابق، ص 111.

خلاصة الفصل الثاني:

ختاما لدراستنا لهذا الفصل نجد أن المشرع الجزائري قد وضع في القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية مجموعة من الضمانات التي تكفل حماية خاصة وفعالة لمصلحة المستهلك، فبما أن إرادته هي المستهدفة من خلال بعض الممارسات التي يلجأ إليها الأعوان الاقتصاديين فقد عمل المشرع على حمايتها من خلال فرض بعض العقوبات الجزائية الردعية تجنبا للأضرار التي تلحقه في تعاملاته المختلفة مع هؤلاء.

أين تدخل المشرع بمنح سلطات واسعة قضائية وإدارية من أجل معاينة ومتابعة المخالفات التي تمس بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

فعلى الرغم من السلطات التي تتمتع بها الإدارة لإيقاف بعض الممارسات والتجاوزات التي يرتكبها العون الإقتصادي كالغلق الإداري للمحلات التجارية إضافة إلى غرامة المصالحة التي تعتبر وسيلة ردعية بإعتبارها تثقل كاهل العون الإقتصادي ماديا إلا أنها لا تتمكن من تحقيق وقاية كافية وفعالة ومن ثم فرض التوازن، لذا كان لزاما للمتابعة القضائية أن تكمل دور الإدارة عن طريق تحريك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة، المستهلك كذلك جمعيات حماية المستهلك، بل أكثر من ذلك فقد منح لهذه السلطات حق فرض عقوبات جزائية تتلخص في فرض غرامات مالية إلى جانب مجموعة من العقوبات الأخرى.

فما يبدو لنا من الوهلة الأولى بالنسبة للعقوبات التي تضمنها هذا القانون أنها شديدة وقاسية إذ نجد أن مبلغ الغرامات المفروضة في حالة ارتكاب المخالفات المنصوص عليها قد رفع حدها الأقصى وأحيانا رفع حديها الأقصى والأدنى معا.

وبرجوعنا لنص المادة 38 من القانون رقم 04-02 نجد أن المشرع وصف الغرامة بأنها العقوبة الأصلية لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية، غير أن أحكام هذه المادة تعكس فشل المشرع في احتواء أزمة الشروط التعسفية ذلك أنه وبالرغم من أن الحد الأقصى للغرامة المحدد في ذات المادة ب 5.000.000دج يعتبر الأكبر مقارنة مع الغرامة المسلطة على مخالفة بقية الممارسات التجارية إلا أنه يعتبر زهيدا مقارنة بحجم النشاط والعائدات التي يحصل عليها المتدخلون الذين يكونون غالبا شركات تجارية تتوفر على كل وسائل تحقيق الربح من يد عاملة

ورأس مال ووسائل إنتاج، هذا ما يشجع المتدخلين على تعمدهم تضمين العقود المبرمة مع المستهلكين شروطا تعسفية.

هذا ما يعني أنه كان من الأجدر اللجوء إلى إدراج العقوبة السالبة للحرية إلى جانب العقوبة المالية لأن ذلك من شأنه تحقيق الهدف من إقرار النصوص الجزائية وهو الردع، فسلب حرية الشخص تعد آداة أقوى لتحقيق الردع، فبالرغم من أن الحماية الجزائية للمستهلك مضمونة من خلال النصوص العامة والخاصة إلا أنها من الناحية الواقعية تظل غير كافية لتوفير الحماية الكاملة للمستهلك رغم الجهود المبذولة من طرف المشرع.

خاتمـة

من خلال دراستنا لموضوع دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية نود الإشارة إلى أن موضوع حماية المستهلك كما سبق التطرق إليه من المواضيع التي لا يستهان بها وجد حساسة ،والتي تناولتها مختلف التشريعات من بينها الجزائر لكن نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أهمل هذا الموضوع لسنوات عديدة ولم يتناوله إلا مؤخرا بانتهاجه لنظام الاقتصاد الحر،وذلك منذ سنة 1989 وهو تاريخ وضع القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ،والذي ألغاه المشرع وأبقى على قواعده التنظيمية إلى حين صدور القانون الجديد سنة 2009.

ونظرا لإنتشار ظاهرة اختلال التوازن العقدي بفعل الشروط التعسفية المفروضة من قبل الطرف القوي في العلاقة التعاقدية عملت معظم التشريعات الوضعية على إعتناق أنظمة قانونية تكافح هذه الشروط من بينها التشريع الجزائري، حيث قام بتكريس بعض الآليات القانونية العامة والتي للأسف أثبتت عجزها و قصورها عن توفير الحماية القضائية الفعالة للمستهلك من الشروط التعسفية نظرا لتطور مصدر التعسف التعاقدي، ونتيجة لذلك تدخل المشرع الجزائري في عدة مناسبات من أجل وضع قواعد خاصة من شأنها إعادة التوازن بين مصلحتي (المستهلك و المهني) وهي مبادرة تستحق الثناء نظرا لإفراده موضوع مواجهة الشروط التعسفية بنصوص خاصة، في ظل القانون رقم 04-02 الذي يعتبر إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك و تعزيز حقوقه الأساسية،حيث أنه سيمكن من تحقيق قفزة نوعية في مجال توطيد أسس حماية المستهلك وترشيد ثقافة الإستهلاك في الجزائر، إلى جانب المرسوم التنفيذي 06-306، فبالرجوع إلى مكانة المستهلك في المجتمع الاقتصادي الذي يعتبر حجر الزاوية و الركيزة الأساسية نجد المجتمعات المتقدمة عموما لم تعد تنظر للمستهلك باعتباره عنصرا هامشيا في المعادلة الاقتصادية، وباتت عملية حماية المستهلك من الشروط التعسفية جزءا مهما في أي مشروع للإصلاح الاقتصادي في مختلف دول العالم حيث حاولنا من خلال هذا البحث دراسة موضوع دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية انطلاقا من فكرة أساسية تكمن في أن القضاء هو الجهة التي يناط بها التدخل لإعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية عند المنازعة القضائية التي تثور بخصوص الطابع التعسفي لشرط تعاقدي ما، وذلك بمنح المستهلك حماية من الشروط التعسفية في العلاقة التعاقدية،

باعتبار أن القضاء هو الجهة التي تمنح حماية مباشرة وفعالة لهذا الأخير من الشرط التعسفي.

وما نستخلصه من خلال ما سبق عرضه أنه رغم محاولة انتهاج المشرع الجزائري سياسة حمائية للمستهلك إلا أن هناك بعض النقائص التي تغاضى عنها خاصة في مجال التوسيع من نطاق الحماية، حيث نجده لم يستجب لتطلعات المستهلكين في توفير حماية كافية وفعالة لهم ويتجلى ذلك من خلال الملاحظات التالية:

أولا/ النتائج:

– ما لاحظناه من خلال دراستنا أن القانون الجزائري منها القانون المدني ،وقانون حماية المستهلك وقمع الغش قد سكت عن تعريف الشروط التعسفية مما أجبرنا إلى العودة إلى التعريفات التي وضعتها القوانين الأخرى، لكن هناك إشارة لتعريف الشروط التعسفية من خلال القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على القواعد التجارية .

– حدد المشرع الجزائري موقفه إزاء المعيار الذي يمكن بموجبه الفصل في مدى تعسف الشرط وإضراره بالطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وهو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

– عدم وجود محاكم خاصة بقضايا حماية المستهلك فهي حاليا تعالج ضمن المخالفات التجارية .

– إن الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك تجعل منها عقود إذعان بالنظر إلى أن محتوى العقد يحدد مسبقا من طرف المهني أو المتدخل ولا يكون للمستهلك إلا الموافقة عليه دون أي مفاوضة أو مناقشة وهو ما سيؤدي بطبيعة الحال إلى الإخلال بتوازن العقد.

– وبالنسبة للقواعد العامة (القانون المدني)،فقد رأينا بأنها تضمنت في نصوص متفرقة عدة أحكام من شأنها منح بعض الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية، بعضها مرتبط بشروط صحة العقد وهي نظريتا السبب و الغبن ،إضافة إلى أحكام أخرى تتعلق بمبدأ حسن النية وأحكام عقد الإذعان ،غير أن أهم الأحكام العامة التي تمنح نوعا من الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية ،هي نظرية عقد الإذعان التي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني، ذلك أن أحكام عقد الإذعان تمنح للقاضي سلطة تعديل الشروط التي

تتسم بالطابع التعسفي أو إعفاء المستهلك منها ،كما تمنحه سلطة تفسير العبارات الغامضة في العقد لصالح المستهلك كجزاء يوقعه القاضي على المحترف بسبب إدراجه في العقد شروطا غامضة.

– يتبين من أحكام النظرية العامة للعقد أن المشرع يغلب مبدأ القوة الملزمة للعقد على مبدأ التوازن العقدي، فهو لا يسمح للقاضي بالتدخل في العقد إلا بناء على إرادة الطرف المذعن،وأن نطاق بطلان الشرط وامتداده إلى العقد ككل يتوقف على إرادة المتعاقدين، كما أن سلطة القاضي في التدخل لتعديل الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه هي جوازية، وهو في الغالب يضحي بمبدأ التوازن العقدي في سبيل تحقيق مبدأ القوة الملزمة للعقد واستقرار المعاملات .

– وإلى جانب الأحكام العامة، يستند القاضي في منح الحماية للمستهلك من التعسف التعاقدي للمحترف إلى أحكام خاصة التي تتضمنها تشريعات الاستهلاك في مجال الشروط التعسفية،والمتمثلة أساسا في الآليات القانونية الجديدة المستحدثة ،نظرا لعجز القواعد العامة عن تحقيق الحماية الفعالة ،وتتمثل تلك الآليات في تحديد مفهوم الشرط التعسفي بالاعتماد على نظام القائمة كتعريف غير مباشر له ،مع وضع جزاءات تصل إلى درجة العقوبات الجزائية ،في حالة عدم تقيد المحترف بنظام القائمة .

– إن المشرع الجزائري قد أغفل النص صراحة على جزاء مدني يحدد مصير الشرط التعسفي إذا ما ثبت وجوده في ظل القواعد الخاصة،وهو ما يجعل الحماية التي قررها المشرع بموجب القانون 04-02 ناقصة.

– اختلاف الجزاء المدني المنصب على الشرط التعسفي في كل من النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك،حيث أن الأول يلتزم القاضي من خلاله بالتدرج في تقريره أي إعطاء الأولوية لتعديل الشرط التعسفي وفي حالة عدم رفع التعسف يعمل القاضي بوسيلة الإعفاء،وهذا ما يدل على أن المشرع يهدف أساسا إلى معالجة الشروط التعسفية حفاظا على إرادة المتعاقدين ،بينما في الثاني ليس أمام القاضي إلا وسيلة بطلان الشرط التعسفي لتحقيق التوازن الاقتصادي لعقد الاستهلاك.

– إلى جانب ذلك وفي مجال الوقاية من الشروط التعسفية فقد عمل المشرع على تفعيل أسلوب رقابي علاجي يسري في فترة سابقة ولاحقة لإبرام العقد وذلك من خلال تفعيل رقابة

لجنة الشروط التعسفية كجهاز إداري تابع للوزارة، فبالرغم من كل الصلاحيات التي تتمتع بها خصوصا في الرقابة المسبقة للعقود النموذجية التي تتضمن الشروط العامة للتعاقد والكشف عن الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها، غير أن الواقع العملي أثبت أن نشاط هذه اللجنة على الصعيدين الإداري والقضائي على حد السواء قد بقي حبيسا للنصوص القانونية المنظمة لها، وبالتالي عدم إمكانية المهتمين والباحثين في مجال الشروط التعسفية من الإطلاع على توصياتها بالرغم من أن القانون منح لها إمكانية نشرها بكل الوسائل اللازمة، كما أن العمل القضائي في الجزائر لم يرق بعد إلى درجة الاعتماد على توصيات هذه اللجنة للفصل في المنازعات المتعلقة بالشروط التعسفية عكس ما هو عليه الحال في فرنسا فإضافة إلى إمكانية الاطلاع على توصيات وآراء اللجنة المنشورة على الموقع الالكتروني الخاص بها، فإن القضاء في فرنسا قد درج على تبني توصيات لجنة الشروط التعسفية في العديد من الأحكام والقرارات القضائية.

– وإلى جانب نظام القائمة ،رأينا أن التشريعات الحديثة في مجال حماية المستهلك قد اتجهت إلى توسيع دائرة الحق في التقاضي لإعادة التوازن العقدي ومكافحة الشروط التعسفية،وذلك بمنح جمعيات المستهلكين الحق في رفع دعوى إلغاء الشروط التعسفية وهو ما يعد في حد ذاته خروجا عن القواعد العامة في مجال شروط رفع الدعوى باعتبار أن الصفة في الدعوى القضائية مرتبطة دائما بالمستهلك دون سواه لكونه صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه،إلا أن التشريعات الحديثة رأت ضرورة توسيع الحق في التقاضي في مجال الشروط التعسفية إلى جمعيات حماية المستهلكين،ولعل مرد ذلك هو تقاعس المستهلك في الالتجاء إلى القضاء لمخاصمة المحترف من جهة ،وإلى طول إجراءات التقاضي وتكاليفها بالمقارنة مع الفائدة المالية التي يحصل عليها المستهلك من عقد الاستهلاك،وإن كان المشرع الجزائري قد منح لجمعيات حماية المستهلكين الحق في التقاضي دفاعا عن حقوق المستهلك غير أن مايعاب عليه هو عدم النص صراحة على منح هذه الجمعيات الصفة في رفع دعوى إعادة التوازن العقدي المختل بفعل الشروط التعسفية.

– كما أننا نستنتج أنه رغم العقوبات المالية التي أقرها المشرع لجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية خصوصا إلى جانب باقي الممارسات التجارية عموما، إلا أنها غير كافية

لوحدها لتكريس حماية فعالة للمستهلك، فبعض الأعوان الاقتصاديين ذوي الرأس المال الكبير لا تمثل لهم هذه الغرامات المالية أي شيء.

هذه حوصلة لأهم مظاهر الحماية التي رصدها المشرع الجزائري للمستهلك في مجال الشروط التعسفية والتي وإن حققت بداية من سنة 2004 قدرا من الفعالية إلا أن ذلك لا يعتبر كافيا بالنظر إلى ما تعرفه هذه الظاهرة من انتشار هائل في ظل التطور الذي يعرفه السوق حاليا بفعل غزارة الإنتاج وتنوعه.

لذلك وبهدف إثراء هذا الموضوع ارتأينا تقديم بعض الاقتراحات التي قد تساهم في إعطاء إضافة للحماية من الشرط التعسفي نذكر منها :

ثانيا/ الاقتراحات

- نقترح على المشرع إدراج نص قانوني، أو مادة قانونية يقوم من خلالها بتعريف الشروط التعسفية سواء في القانون المدني أو قانون حماية المستهلك، وذلك نظرا لسكوته عن تعريف هذه الشروط في كلا القانونين السابقين مما أجبرنا إلى الرجوع للتعريفات التي وضعتها القوانين الأخرى، مع وجود إشارة لتعريفها في ظل القانون رقم 04-02.

- كما نقترح منح القاضي وبنص صريح إمكانية إثارة الطابع التعسفي للشروط الواردة في عقد الاستهلاك تلقائيا،ودون حاجة للتمسك به من طرف المستهلك،لإضفاء فعالية أكثر على الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية،وبالتالي ضرورة إلزامه بالتدخل الإيجابي إزاء الشرط التعسفي.

- التصدي بإقرار جزاء مدني صريح للعقود المتضمنة شروطا تعسفية خصوصا إذا أخذنا بعين الاعتبار ازدواجية الحلول القانونية التي رصدها المشرع في يد القاضي والمتمثلة في نظام القوائم و السلطة التقديرية الممنوحة له مما قد يؤدي إلى صدور أحكام قضائية متناقضة.

- وإلى جانب ذلك نقترح أيضا وضع نصوص قانونية صريحة تمنح لجمعيات حماية المستهلكين الحق في اختصام المحترف أمام القضاء لمكافحة الشروط التعسفية، مع اقتصار ذلك الحق في دعاوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود فقط ،دون دعاوى إلغاء الشروط التعسفية من العقود التي تم إبرامها لتجنب أي تعارض مع الأحكام العامة التي تحكم شروط رفع الدعوى فيما يتعلق بالصفة في التقاضي، لارتباط هذه الأخيرة في دعوى إلغاء الشروط

التعسفية من العقود التي تم إبرامها بشخص المستهلك دون سواه ،طالما أنه صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه.

– ضرورة النص صراحة على دعوى إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود أسوة بقانون الاستهلاك الفرنسي،كإجراء وقائي لحماية المستهلك الذي يتقاعس في رفع دعاوى الإبطال بشأنها،سواء لنقص ثقافته القانونية أو لتفادي الجهد الذي تتطلبه المطالبة القضائية.

– تفعيل دور لجنة الشروط التعسفية كجهاز تقني له علاقة مباشرة سواءا مع المهنيين بحد ذاتهم أو مع الجهات القضائية التي تفصل في منازعات الاستهلاك، وإمدادها بكافة الوسائل القانونية واللوجستية التي تسمح لها بالخروج بموضوع مكافحة الشروط التعسفية من الجانب النظري إلى الجانب العملي والتطبيقي، وهو ما سيجعلها تحتل مركز الريادة كمرجعية للقاضي أثناء فصله في العقود المعروضة عليه بخصوص الشروط التعسفية، إلى جانب ضرورة تفعيل دورها من خلال منحها سلطة إصدار قرارات قابلة للتنفيذ وعدم الاكتفاء بمنحها دورا استشاريا.

– إخضاع العقود النموذجية إلى الرقابة القضائية المسبقة وذلك بالنص على ضرورة إخضاع العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين للمصادقة عليها من طرف المحاكم المختصة إقليميا.

– تأهيل الأعوان المكلفين بالمعاينة والتحقيق في المخالفات على نحو يمكنهم من استيعاب مختلف الجوانب القانونية والفنية للقيام بمهامهم على أكمل وجه.

– تقرير عقوبة سالبة للحرية كعقوبة أصلية بدلا من الغرامة نظرا لفعاليتها في ردع المخالفين عكس الغرامة المالية التي ورغم وصول حدها الأقصى إلى 5.000.000 دج إلا أنها تبقى ضئيلة مقارنة بحجم الأرباح التي يتحصل عليها الأعوان الاقتصاديون.

إشراك جامعات التعليم العالي في دعم البحث العلمي المرتبط برصد وتتبع قضايا المستهل.

– وضع برامج تثقيفية بهدف توعية وإعلام المستهلكين، وذلك من أجل الوصول بهم إلى مستوى عالي من التوعية.

– زيادة الاهتمام بموضوع شفافية الممارسات التجارية من خلال محاربة الجريمة الاقتصادية على وجه الخصوص لما تعكسه من اضطراب، وما تجر إليه من اختلال في بنية التوازن الاقتصادي بصورة مختلفة.

– الخروج بموضوع مكافحة الشروط التعسفية من الجانب النظري إلى الجانب العملي والتطبيقي وذلك لضمان حماية أكثر فعالية للمستهلك على جميع الأصعدة.

ومن خلال كل ما تقدم نخلص إلى القول بأن ظاهرة الشروط التعسفية احتلت حجر الزاوية في مختلف الدراسات الفقهية، وعليه فإنه لا يمكن أن ننفي محاولات المشرع العديدة من أجل التصدي لها وإحاطة المستهلك بأكبر قدر من الحماية في هذا الخصوص، إلا أن الهدف المنشود ما يزال بعيدا نوعا ما فرغم وجود إطار قانوني خاص لمواجهة هذه الشروط مثلما سبق بيانه، لكن تقييم هذه الأحكام موضع التطبيق يبقى مؤجلا في ظل غياب تطبيقات قضائية في الجزائر تسمح بتقدير حقيقي لتدبير منع العمل بالشروط التعسفية، ناهيك عن الشلل الذي أصاب أهم الأجهزة التي رصدت لمحاربة هذه الشروط وبالتالي تبقى مجرد واجهة بالرغم من الإمكانيات المالية التي خصصت لإنشائها وذلك بدليل الغياب المطلق لنشاط لجنة الشروط التعسفية سواءا في الشق الإداري أو القضائي، إضافة إلى غياب أي أثر لجمعيات حماية المستهلك على مستوى أجهزة العدالة، فالنصوص القانونية وحدها لا يمكن أن تفي بالغرض بل يجب تظافر مجهودات الجميع كل من موقعه لأنه في النهاية كلنا مستهلكون.

ويبقى أن نشير إلى أن مسؤولية حماية المستهلك تقع بالدرجة الأولى على المستهلك نفسه، قبل أن تكون الهيئات الإدارية والقضائية مسئولة عن حمايته، فلابد عليه أن يكون واعيا لحقوقه، وبالتالي فإن أقصر طريق لحماية المستهلك هو وعي المستهلك نفسه.

تم بعون الله وحفظه

الملاحـق

الملحق رقم (01):

الجزائرية الجمهورية الديمقراطية الشعبية

وزارة التجارة وترقية الصادرات
مديرية التجارة لولاية بسكرة
مصلحة مراقبة الممارسات التجارية
والمضادة للمنافسة
مكتب مراقبة الممارسات التجارية

بسكرة في: _____

محضر معاينة محل تجاري

في سنة: _____ وفي يوم: _____

من شهر: _____ على الساعة: _____

قمنا نحن الأعوان الموقعون أسفله السادة:

- _____
- _____
- _____

المتميين اداريا بمديرية التجارة لولاية بسكرة _____

قمنا بمعاينة ميدانية للتحقق من الممارسة الفعلية للنشاط التجاري للمحل التجاري المتعلق بالمتعامل الاقتصادي:

_____

الحامل للسجل التجاري رقم: _____

الممارس لنشاط: _____

والكائن بـ: _____

وذلك في اطار متابعة السجلات التجارية للمتعاملين أكبر من 70 سنة.

ومن خلال المعاينة الميدانية و التحريات تبين لنا ما يلي:

_____

_____

_____

الأعوان:

- _____
- _____

الملحق رقم (02):

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

ولاية بسكرة
مديرية التجـــارة
مصلحة المنازعات و الشؤون القانونية

قرار رقم / مؤرخ في يتضمن غلـــق و تشميـــع المحـــل التجـــاري
المستغل ..... من طرف السيد/ ..... في بلدية .....

إن والـي ولاية بسكرة

- بمقتضـــى القانـــون رقـــم 09/84 المؤرخ فـــي 1984/02/04 المتعلـــق بالتنظيـــم الإقليمـــي للبلاد المعـــدل والمتمم
- بمقتضى القانـــون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 يحـدد القواعـــد المطبقـــة على الممارسات التجاريـــة المعدل والمتمم
- بمقتضـــى القانـــون رقـــم 08/04 المؤرخ فـــي 2004/08/14 يتعلـــق بشـــروط ممارســـة الأنشطـــة التجاريـــة المعدل والمتمم
- بمقتضـــى القانـــون رقـــم 10/11 المـــؤرخ فـــي 2011/06/22 المتعلـــق بالبلديـــة المعـــدل و المتمم
- بمقتضـــى القانـــون رقـــم 07/12 المـــؤرخ فـــي 2012/02/21 المتعلـــق بالولايـــة
- بمقتضـــى المرســـوم الرئاســـي المـــؤرخ فـــي 2020/01/25 المتضمن تعيين السيد/ عبد الله أبي نوار واليا لولايـــة بسكـــرة
- بمقتضـــى المرســـوم التنفيذي رقـم 215/94 المؤرخ في 1994/07/23 المحـدد لأجهـزة الإدارة العامـــة فـي الولايـــة و هياكلها
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 09/11 المؤرخ في 2011/01/20 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها
- بنـــاء على محضر أعوان الرقابة رقم .... المؤرخ في ..... المتعلق بمخالفة السيد/ ..... والمتمثلة في عدم القيد في السجل التجاري.

باقتراح السيد/ مدير التجارة لولاية .....

يقـــــرر

المـــادة الأولى: يغلق و يشمع الى غاية تسوية الوضعية المحل التجاري للسيد/ ..... المستغل ..... الكائن ..... بلدية ..... بسبب إرتكابه لمخالفة عدم القيد في السجل التجاري.

المـــــادة 02: يكلف السادة: الأمين العـام للولايـة ، مدير التنفين والشؤون العامة و رئيس أمن الولاية و قائد المجموعة الإقليمية للدرك الوطني و مدير التجارة و رئيس دائرة .....ورئيس المجلس الشعبي لبلدية .....كل فيما يخصه بتنفيذ هـذا القرار الذي سيصدر في نشرة القرارات الادارية للولاية .

صفحـة

الملحق رقم (03):

•الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

•وزارة التجارة

•مديرية التجارة لولاية بسكرة

نموذج (ج ج م)

مرفق رقم ..... تابع للمحضر المؤرخ في .....

ضد السيد (ة) : (اسم ولقب الحائز).....

.....

جدول جرد المنتوجات من عملية الوضع للاستهلاك

المراجع المسجلة على الملصقات (تاريخ الانتاج أو نهاية الصلاحية، رقم الحصة، الخ ...)	تعيين المنتوج (التسمية، التعبأة، الخ.....)	الكميات (العدد،الطول الحجم،الوزن،الخ....)	ثمن بيع الوحدة (دج)	ثمن المجموع (دج)
		الثمن الكلي للمنتوج (ات)		

المعني

الأعوان المحررون

الملحق رقم (04):

الجمهوريه الجزائريه الديمقراطيه الشعبيه

ولاية بسكرة
مديرية التجـــارة
مصلحة المنازعات و الشؤون القانونية

قرار رقم / مؤرخ في يتضمـــن اعـادة فتح المحـل التجـاري
المستغـل ..... مـن طرف السيـد/ ..... في بلديـة .....

إن والـي ولاية بسكرة

- بمقتضـــى القانـــون رقـــم 09/84 المؤرخ فـي 1984/02/04 المتعلـق بالتنظيـم الإقليمي للبلاد المعـدل والمتمم
- بمقتضى القانـون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 يحـدد القواعـد المطبقـة على الممارسات التجاريـة المعدل والمتمم
- بمقتضـى القانـون رقـم 08/04 المؤرخ في 2004/08/14 يتعلـق بشـروط ممارسـة الأنشطـة التجاريـة المعدل والمتمم
- بمقتضـــى القانـــون رقـــم 10/11 المـــؤرخ فـــي 2011/06/22 المتعلـــق بالبلديـــة المعـــدل و المتمم
- بمقتـــضـــى القانـــون رقـــم 07/12 المـــؤرخ فـــي 2012/02/21 المتعلـــــــــق بالـولايـــــــــة
- بمقتضـى المرسـوم الرئاسي المؤرخ فـي 2020/01/25 المتضمـن تعيـن السيـد/ عبد الله أبي نوار واليا لولايـة بسكـرة
- بمقتضـى المرسـوم التنفيذي رقـم 215/94 المؤرخ في 1994/07/23 المحـدد لأجهزة الإدارة العامـة فـي الولايـة و هياكلها
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 09/11 المؤرخ في 2011/01/20 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحياتها وعملها
- بنـاء على القـرار الولائي رقم .... المؤرخ في ..... المتضمـن غلق و تشميـع محـل السيـد/ .....
- بنـاء علـى الطلـب المقـدم مـن طـرف السيـد/ ..... المـؤرخ فـي .....
- بنـاء علـى محضـر المعاينـة المنجـز مـن طـرف أعـوان الرقابـة بتاريـخ .....

باقتراح السيد/ مدير التجارة لولاية بسكرة

يقـــرر

المـادة الأولى: يعاد فتـح المحـل التجاري للسيـد/ ..... المستغـل ..... الكائـن ..... بلدية ..... بعد تسوية الوضعية باستخراج السجل التجاري.

المـادة 02: تلغـى أحكـام القـرار الولائـي رقـم ..... المـؤرخ في ..... المتضمـن غلـق و تشميـع محل السيـد/ .....

المـادة 03: يكلـف السادة: الأمين العام للولاية، مدير التنظيم و الشؤون العامة و رئيس أمن الولاية و قائد المجموعة الاقليمية للدرك الوطني و مدير التجارة و رئيس دائرة ..... و رئيس المجلس الشعبي لبلدية .....كل فيما يخصه بتنفيذ هذا القرار الذي سيصدر في نشرة القرارات الإدارية للولاية.

صفحـة

الملحق رقم (05):

•الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

•وزارة التجارة

•مديرية التجارة لولاية بسكرة

نموذج (م ا)

محضـــــر إتـــــلاف

عام ألفين و ..... و في اليوم ..... من الشهر .....
على الساعة ..... نحن الممضون أسفله .....
.....
قمنا بعملية إتلاف عند السيد : .....
صاحب السجل التجاري رقم .....المؤرخ في .....

رقم	تعيين المنتوج	الكمية	القيمة المالية (دج)	محضر سحب بتاريخ

بعد ثبوت عدم صلاحيتها للاستهلاك طبقا لـ:.....
.....

وقد تم الإتلاف:.....
وقد صرح لنا السيد:.....
.....

المعنـــــــي الأعـــــــوان

الملحق رقم (06):

نظرا لهذه الأحداث تكون مخالفة لنص: المواد 10،11،13 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 2010/08/15 والمعاقب عليها بنص المادة 33 من نفس القانون.

لقد حرر ضده محضرا و حجزنا المنتوجات و الأدوات المختلفة كما يلي:.....

حجزنا للسيد:..... المنتجات المفصلة في المادة(1)

المذكورة أعلاه التي كانت موضوع المخالفة و التي قدرت قيمتها بمبلغ:.....

مكتب الحجز:

نقلت المنتجات المحجوزة الى:.....

أبلغنا السيد:

أننا سنحرر المحضر الحالي: بمصالحنا بمديرية التجارة لولاية بسكرة

يوم:2018/05/22 على الساعة:11:00

أثناء قيامنا بدورية الرقابة و التفتيش المخولة إلينا بصفة رسمية لمراقبة المحلات التجارية على مستوى بلدية بسكرة، توجهنا نحو **شارع الاخوة مناني بسكرة** ، حيث تم ضبط شاحنة تقوم بعملية توزيع ماء قنينة للمحلات التجارية الموجودة بعين المكان فتقدمنا من السائق وبعد التعريف بمهامنا من خلال بطاقة التفويض بالعمل ، طلبنا منه تقديم البطاقة الرمادية فقدمها لنا حيث تحمل رقم **07/0282969** وبعد تفحصها تبين أنها **للسيد/ حبيث أن الشاحنة صنف JMC**طراز**JX1040DL2** رقم التسجيل **00098.211.07** ، ثم استفسرنا عن صاحب حمولة ماء قنينة فصرح لنا السائق أنها للسيد/ مقدما لنا نسخة من السجل التجاري وعليه طلبنا منه تقديم فواتير البيع الخاصة بالمعاملة التجارية المضبوطة فصرح لنا أنه لا يمتلكها و عليه قمنا بجرد البضاعة وتحرير استدعاء رسمي باسم المعني بالأمر السيد / تحت رقم **000605** للإلتحاق بمصالحنا في الأجال المحدد مصحوبا بالوثائق المطلوبة وفي الأجل المحدد لم يحضر المعني بالأمر فاستدعيناه بريديا للسكن تحت رقم**235** والى القاعدة التجارية تحت رقم**236** بتاريخ **2018/05/24**، فحضر **السيد/** حيث صرح لنا أنه لم يحرر فواتير البيع للمعاملة التجارية المضبوطة وعليه أعلمناه بالمخالفة المنسوبة إليه وهي عدم الفوترة،بعدم فواتير البيع- فاعترف بها موقعا على المحضر الرسمي المحرر ضده قابلا بغرامة المصالحة ولكم في الجدول التالي البضاعة محل الجرد و المخالفة :

الرقم	المادة	الكمية	السعر الفردي	السعر الاجمالي
01	ماء قنينة سعة 1.5 ل للقارورة	50 فاردو	135 دج	6750 دج
02	ماء قنينة سعة 0.5 ل للقارورة	15 فاردو	160دج	2400دج

و

عليه تقدر قيمة البضاعة غير المفوترة بـ:**9150** دج أما مبلغ غرامة البضاعة غير المفوترة فهو:**7320**دج

الملحق رقم (07):

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التجـــــارة

مديريـــة التجـــارة

لولاية بسكرة قسم ن ج رقم 5

محضـــر رسمـــي

سنة ألفين وثمانية عشر ـــــ يوم الثانية والعشرون ـــــ من شهر

ماي ـــــ على الساعة 11:00 صباحا ـــــ

بناء على طلب السيد وزير التجـــارة و بتفويض منـــه

نحن الموقعون أسفله : رئيس مكتب المنافسة و التحقيقات الاقتصادية لدى مصالح مديرية

التجارة لولاية بسكرة ـــــ

الحاملون أمجدهذه: شهد لدينا يوم :التاسع من شهر ماي سنة ألفين وثمانية عشر ـــــ

على الساعة :08:45 صباحا ـــــ قد تقدمنا الى المحل التجـــاري ـــــ

الكائن بـ:03 منطقة التجهيزات عمارة أ الطابق الأرضي بسكرة ـــــ

التابع لـ: ـــ للممارس لنشاط تجارة بالجملة للمشروبات غير الكحولية ـــــ

المسير من طرف: ـــــ رقم السجل التجاري:1227218/I/04 ـــــ

الاسم: ـــــ اللقب: ـــــ

تاريخ الميلاد:1980/05/15 ـــــ في:بسكرة ـــــ ولاية: بسكرة ـــــ

ابن: ـــــ و ابن: ـــــ

رقم بطاقة التعريف الوطنية:0711/ 00000973 الصادرة بتاريخ: 1998/07/07 ـــــ

عن دائرة:جمورة ـــــ ولاية: بسكرة ـــــ

العنوان التجاري:03 منطقة التجهيزات عمارة أ الطابق الأرضي بسكرة ـــــ

عنوان الإقامة: بسكرة ـــــ

الحالة العائلية: ـــــ عدد الأولاد: ـــــ

حيث لاحظنا ما هو آت : عـــــدم الفوتـــــرة (انعدام فواتير البيع) ـــــ

كما طلبنا منه الحضور الملزم للمشاركة في تحرير المحضر لإدراج أقواله و التوقيع عليها.

التقدنا الى المكان المذكور في اليوم و الساعة المشار اليها حيث حررنا المحضر الحالي.

بحضور المعني بالأمر ـــــ

الذي صرح بأنه يعترف بالمخالفة المنسوبة إليه كما قبل التوقيع على المحضر الرسمي المحرر ضده والمتضمن مبلغ عدم الفوترة المقدر بـ 9150 د ج قابلا بغرامة المصالحة ـــــ

فرأينا ما جاء بالمحضر على مسامع السيد: ـــــ

(توقيع)

صرح السيد: ـــــ انه ـــــ التوقيع

(لا توقيع)

للأسباب التالية :

مكتب الحجز:

المعني:

الأعوان المحررون للمحضر

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا- قائمة المصادر

أ/ القوانين:

1.القانون رقم 90-31 المؤرخ في 4ديسمبر1990، **المتعلق بالجمعيات**، الجريدة الرسمية، العدد53، المؤرخة في5ديسمبر1990 (ملغى).

2.القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15 أوت 2010، **يحدد القواعد المطبقة علىالممارسات التجارية**، الجريدة الرسمية،العدد46، المؤرخة في 18 أوت 2010.

3.القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25فيفري2008، **يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية**، الجريدة الرسمية، العدد21، المؤرخة في 23أفريل2008.

4.القانون رقم09-03 المؤرخ في 25 فيفري2009، المعدل والمتمم بالقانون رقم 18-09 المؤرخ في 10جوان2018، **المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، الجريدة الرسمية، العدد35، المؤرخة في 13جوان2018.

5.القانون رقم 12-06 المؤرخ في12جانفي2012، **المتعلق بالجمعيات**، الجريدة الرسمية، العدد02، المؤرخة في15جانفي2012.

ب/ الأوامر:

1.الأمر رقم66-155 المؤرخ في8جوان1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم19-10 المؤرخ في11ديسمبر2019، **المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية الجزائري**، الجريدة الرسمية، العدد78، المؤرخة في 18ديسمبر2019.

2.الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08 جوان1966، المعدل والمتمم بالقانون رقم15-19 المؤرخ في 30 ديسمبر 2015، **المتضمن قانون العقوبات الجزائري**، الجريدة الرسمية، عدد71، المؤرخة في 30 ديسمبر 2015.

3.الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20جوان2005، **المتضمن القانون المدني**، الجريدة الرسمية، العدد44، المؤرخة في26 جوان 2005.

4.الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم15-20 المؤرخ في 30ديسمبر2015، **المتضمن القانون التجاري**، الجريدة الرسمية، العدد71، المؤرخة في30ديسمبر2015.

5.الأمر رقم 95-06 المؤرخ في 25 جانفي 1995، **يتعلق بالمنافسة**، الجريدة الرسمية، العدد09، المؤرخة في 22فيفري 1995 (ملغى).

ج/ المراسيم:

مراسيم تشريعية:

1. المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في01 مارس 1993، **يتعلق بالنشاط العقاري**، الجريدة الرسمية، العدد 14، المؤرخة في 03 مارس 1993.

مراسيم تنفيذية:

1.المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30جانفي1990، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم01-315 المؤرخ في16أكتوبر2001،**المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش**، الجريدة الرسمية، العدد61، المؤرخة في21أكتوبر2001.

2.المرسوم التنفيذي رقم90-266المؤرخ في 15 سبتمبر1990، **المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات**، الجريدة الرسمية، العدد40، المؤرخة في 19سبتمبر1990.

3.المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19مارس1994، **يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجارالمنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 والتعلق بالنشاط العقاري**، الجريدة الرسمية، العدد 17، المؤرخة في30مارس1994.

4.المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في10سبتمبر2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في03 فيفري2008،**المحددللعناصرالأساسية للعقود المبرمة**

بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية، العدد07، المؤرخة في 10 فيفري 2008.

5. المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26سبتمبر2013، **يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ**، الجريدة الرسمية، العدد49، المؤرخة في02 أكتوبر2013.

6. Decret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.

د/ **القرارات**

1.القرار الولائي رقم: 11851 الصادر بتاريخ 20 فيفري 2017، **المتضمن غلق المحل التجاري**.

2.القرارالولائي رقم: 11911 الصادر بتاريخ 02 ماي 2017، **المتضمن غلق المحل التجار**

ثانيا- قائمة المراجع

I. الكتب:

أ/ كتب عامة

1. أحسن بوسقيعة، **المصالحة في المواد الجزائية بوجه عام و في المادة الجمركية بوجه خاص**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2013.

2.برهان خليل زريق، **نظرية تفسير العقد في القانونين المدني و الإداري**، مطبعة الإرشاد اللاذقية.

3. سامي الجبري، **شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن**، دار الطباعة للنشر التوزيع، الطبعة الأولى، صفاقس، 2011.

4.عبد الله أوهايبيه، **شرح قانون الإجراءات الجزائية الجزائري -البحث والتحري-**، بدون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

ب/ كتب متخصصة

1. أحمد عبد الرحمان فايز، **الشروط التعسفية في وثائق التأمين**، دراسة في نطاق التأمين البري الخاص، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.

2. محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري –دراسة مقانة–**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

II. الأطروحات والمذكرات الجامعية

أ/ أطروحات الدكتوراه:

1. أحمد خديجي، **قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2016/2015.

2. عادل عميرات، **المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي–دراسة في القانون الجزائري**– ،أطروحة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015.

3. عمارة عسالي، **التوازن العقدي عند نشأة العقد**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2015/2014.

4. العيد بورنان، **الشرط الجزائي في عقود الاستهلاك في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة**، أطروحة دكتوراه في العلوم، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2020/2019.

5. محمد بوكماش، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، أطروحة دكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية2012/2011.

6. محمد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2019/2018.

ب/ المذكرات الجامعية:

ماجستير

1.أحمد مريشة، **حماية المستهلك في مجال شفافية الممارسات التجارية في ضوء القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم**، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، بدون سنة.

2.إيمان بوشارب، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، رسالة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2012/2011.

3.خالد معاشو، **دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 45، قالمة، السنة الجامعية 2016/2015.

4.راضية العطياوي، **معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية**، رسالة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، السنة الجامعية 2011/2010.

5.رضا معوش، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، رسالة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2015/2014.

6. زوبير أرزقي، **حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة**، رسالة ماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011/2010.

7.سفيان بن قري، **ضبط الممارسات التجارية على ضوء القانون رقم 04-02**، رسالة ماجستير، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2009/2008.

8. سلمة بن سعيدي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية2014/2013.

9.سليمة أحمد يحياوي، **آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011/2010.

10. شهناز عنتري بوزار، "**التعسف في العقود**"، رسالة ماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2013/2012.

11. الصادق صياد، **حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش**، رسالة ماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2014/2013.

12. عائشة مزاري، **علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2013/2012.

13. علي مصبح صالح الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل عقد مضمون الإذعان**، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2011.

14. فتيحة حماز، **الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2018/2017.

15. محمد عيسى العماوي، **أثر الخطأ الجسيم على المسؤولية العقدية في ظل أحكام القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، كانون الثاني 2014.

16. مولود بغدادي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**، رسالة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2015/2014.

17. نجاة عبيد، **سلطة القاضي في تعديل العقد**، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2016/2015.

18. هنية قادري، **حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد الخاصة**، رسالة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8ماي45، قالمة، السنة الجامعية2016/2015.

19. ويزة لحراري، **حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة**، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون المسؤولية المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2011/2010.

ماستر:

1. إبراهيم زكري، **الجرائم الماسة بأمن وسلامة المستهلك**، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2019/2018.

2. أحمد خليل، **دور القاضي في تعديل العقد في القانون المدني**، مذكرة ماستر، تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2016/2015.

3.جلال غيابة، عابد تواتي، **آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري**، مذكرة ماستر، تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، السنة الجامعية 2019/2018.

4.خولة عواد، **حماية المتعاقد من الشروط التعسفية**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2014/2013.

5.سارة مكي، **آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2016/2015.

6.سعد قويدري، **الحماية الجزائية للمستهلك**، مذكرة ماستر، تخصص قانون جنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2019/2018.

7.سماح سفير، **الآليات الداخلية لحماية المستهلك في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2017/2016.

8.سميحة بداوي، مروى صدراتي، **الشروط التعسفية في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، السنة الجامعية 2020/2019.

9.صونية شرقي، **حماية المستهلك الإلكتروني من الشروط التعسفية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2018/2017.

10. عائشة خوجة، "**مبدأ شفافية الممارسات التجارية في القانون الجزائري**"، مذكرة ماستر في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور الطاهر مولاي، سعيدة، السنة الجامعية 2017/2016.

11. عبد الرؤوف ساكو، **تحقيق التوازن العقدي إزاء الشروط التعسفية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، السنة الجامعية 2018/2017.

12. عبد الكريم حليمي، **دور جمعيات المستهلكين في توعية المستهلك**، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، السنة الجامعية 2019/2018.

13. فاطمة الزهراء قمولة، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمه لخضر، الوادي، السنة الجامعية 2017/2016.

14. كنزة بوكلوة، فضة بوطرنيخ، **مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود**، مذكرة ماستر، تخصص قانون خاص للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، السنة الجامعية 2018/2017.

15. محمد الأمين قندوز، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري**، مذكرة ماستر في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محند أكلي أولحاج، البويرة، بدون سنة.

16. مريم بوحطيش، ابتسام عمارة، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر في قانون الأعمال، تخصص قانون أعمال (النظام القانوني للاستثمار)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، السنة الجامعية 2016/2015.

17. منال بوبصلة، ريحان بن ساولة، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر، فرع قانون عام، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة بلحاج بوشعيب، عين تموشنت، السنة الجامعية 2020/2019.

18. مولاي عبد الله، حسنية مباركة، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري**، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، السنة الجامعية 2015/2014.

19. هاجر قلوم، أم الخير محجوبي، **الحماية الجنائية لأمن وسلامة المستهلك**، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، السنة الجامعية 2016/2015.

20. وهيبة هشماوي، نجوى حمودة، **الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية**، مذكرة ماستر في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2013/2012.

المجالات العلمية:

1.أحمد بورزق، **الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المسيلة، المجلد06، العدد01، جوان2021.

2.أنيسة بسكري، **مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك –دراسة مقارنة–**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، المجلد05، العدد02، 2021.

3. أنيسة حمادوش، **حول المتابعة القضائية ضد المنتج عن منتجاته المعيبة**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة تيزي وزو، العدد الحادي عشر، سبتمبر2018.

4. جيلالي بن عيسى، أمين بن قردي، **عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمذعن**، المجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، جامعة إليزي، المجلد01، العدد01، ديسمبر2019.

5. حسينة شرون، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02/04 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية**، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، جامعة بسكرة، أفريل2017.

6.حنان مسكين، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة سعيدة، العدد التاسع، ديسمبر2017.

7.حورية سي يوسف زاهية، **دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك**، مجلة الحقيقة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، العدد 34.

8. رشيد بردان، نجية بوراس، **القاضي وتفسير العقد**، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، جامعة سيدي بلعباس، المجلد7، العدد01، 2018.

9. سليمان محمدي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم**، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر.

10. الشريف يحياوي، **سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية**، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، تامنغست، العدد الثاني، جوان2014.

11. الصالح حمليل، محفوظ ملوك، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، جامعة أدرار.

12. عبد الحفيظ بقة، سعيد تباني، **دور السلطة القضائية في حماية المستهلك**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد 04، العدد01، 2019.

13. عبد الرزاق الوافي، جمال غريسي، **الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها كآلية لحماية المستهلك في ضوء القانون 04-02**، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، جامعة إليزي، المجلد06، العدد خاص، 2021.

14. عبد العزيز زردازي، **مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك**، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الرابع، أفريل2017.

15. عمر زغودي، **مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، العدد الثاني، 2014.

16. فاطمة الزهراء مصدق، عبد الحفيظ بقة، **حدود تدخل القاضي المدني لإعادة التوازن المالي للعقد**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، جامعة المسيلة، المجلد6، العدد2، 2021.

17. فاطمة بالطيب، **حياد القاضي في ظل مبدأ استقلالية القضاء (دراسة فقهية قانونية)**، مجلة البحوث العلمية والدراسات الإسلامية كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر1، العدد الرابع عشر.

18. محمد اليمين بلفروم، **الرقابة الإدارية على الممارسات التعسفية في التشريع الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسة، جامعة المسيلة، المجلد06، العدد01، جوان2021.

19. محمد خليفة كرفة، "**الجزاء المدني للشرط التعسفي بين أحكام النظرية العامة للعقد وتشريعات الاستهلاك**"، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 06، العدد01، 2021.

20. مولود بغدادي، جغلول زغدود، **أثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك على المبادئ والنظريات العامة للتعاقد**، مجلة معارف، جامعة البويرة، المجلد 16، العدد1، جوان 2021.

21. نبيل نويس وآخرون، **مكافحة الشروط التعسفية وتحقيق التوازن العقدي في التشريع الجزائري**، مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة بريكة، العدد04، ديسمبر2019.

22. نور الهدى كرميش، **الشروط التعسفية في العقود في التشريع الجزائري**، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة الجزائر، المجلد17، العدد01، 2020.

23. نورة بن بوزيد، **النظام القانوني للإثبات في المواد التجارية**، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الجزائر، عدد13، جوان2016.

24. يسين سعدون، **البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة شلف، المجلد05، العدد01، 2019.

25. يونس لعناني، **الملزم بالإثبات في قانون الاستهلاك**، مجلة الممارس للدارسات القانونية والقضائية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بتطوان، المغرب، العدد الثالث، أفريل2019.

فهرس المحتويات

المحتوى	الصفحة
آية قرآنية	/
شكر وعرفان	/
إهداء	/
مقدمة	أ-هـ
مبحث تمهيدي: ماهية الشروط التعسفية	7
المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي وتحديد عناصره	8
الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي	8
الفرع الثاني: عناصر الشرط التعسفي	14
المطلب الثاني: أنواع الشروط التعسفية	16
الفرع الأول: الشروط التعسفية التي من شأنها تحقيق النفع للمهني	16
الفرع الثاني: شروط تلحق ضرر بالمستهلك	17
المطلب الثالث: معايير الشرط التعسفي ومجال تطبيقه	18
الفرع الأول: معايير الشرط التعسفي	19
الفرع الثاني: مجال تطبيقه	22
خلاصة المبحث التمهيدي	26
الفصل الأول: دور القضاء المدني في حماية المستهلك من الشروط التعسفية	28
المبحث الأول: المبادئ والقواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية	29
المطلب الأول: المبادئ القانونية	29
الفرع الأول: مبدأ استقلالية سلطان الإرادة	29
الفرع الثاني: مبدأ حسن النية	31
المطلب الثاني: القواعد التقليدية	37
الفرع الأول: نظرية السبب	37
الفرع الثاني: نظرية الغبن والاستغلال	42
الفرع الثالث: نظرية التعسف في استعمال الحق	47
المبحث الثاني: صلاحيات القاضي المدني في مواجهة الشروط التعسفية	49

المطلب الأول: سلطة القاضي المدني في ظل القواعد العامة	49
الفرع الأول: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية	50
الفرع الثاني: سلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء من تنفيذ الشروط التعسفية	55
الفرع الثالث: جزاءي البطلان والتعويض	65
المطلب الثاني: سلطة القاضي المدني في ظل القواعد الخاصة	82
الفرع الأول: بطلان الشروط التعسفية	82
الفرع الثاني: إلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود	95
خلاصة الفصل الأول	97
الفصل الثاني: دور القضاء الجزائي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية	100
المبحث الأول: إجراءات المتابعة القضائية	101
المطلب الأول: تحريك الدعوى العمومية	101
الفرع الأول: دور النيابة العامة في تحريك الدعوة العمومية	101
الفرع الثاني: رفع الدعوى من طرف المستهلك المتضرر	105
الفرع الثالث: رفع الدعوى من طرف جمعية حماية المستهلك	107
المطلب الثاني: الجهة القضائية المختصة	109
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة نوعيا بالفصل في المنازعة الاستهلاكية	110
الفرع الثاني: الجهة القضائية المختصة إقليميا بالفصل في المنازعة الاستهلاكية	112
المطلب الثالث: الإثبات	114
الفرع الأول: تحمل المستهلك عبء الإثبات في القواعد الخاصة	114
الفرع الثاني: تحمل المستهلك عبء الإثبات في القواعد العامة	116
المبحث الثاني: الجزاءات الجنائية المرصودة لمواجهة الشروط التعسفية	119
المطلب الأول: أركان جريمة الممارسات التعاقدية التعسفية	120
الفرع الأول: الركن الشرعي	120
الفرع الثاني: الركن المادي	120
الفرع الثالث: الركن المعنوي	121
المطلب الثاني: معاينة المخالفات	122

الفرع الأول: الأشخاص المؤهلون للمعاينة والتحقيق	122
الفرع الثاني: المهام المنوطة بهم	123
الفرع الثالث: تحرير التقرير أو المحضر	125
المطلب الثالث: تقدير العقوبة	126
الفرع الأول: الغرامة كعقوبة أصلية	127
الفرع الثاني: العقوبات الإدارية	131
الفرع الثالث: العقوبات التكميلية	142
خلاصة الفصل الثاني	147
خاتمة	150
الملاحق	158
قائمة المصادر والمراجع	166
فهرس المحتويات	180
ملخص	

ملخص

نستخلص من هذه الدراسة التي قمنا بها حول دور القضاء في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، والتي يحتل فيها القاضي الدور البارز لإعادة التوازن العقدي، وذلك من خلال السلطات الممنوحة له في ظل القواعد العامة التي أثبتت قصورها وعجزها ونتيجة لذلك قام المشرع الجزائري بالبحث عن آليات أخرى أكثر نجاعة للحد من هذه الشروط التعسفية أو التخفيف منها، وذلك من خلال تدعيم الحماية العامة بحماية خاصة في ظل القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، كذلك من بين مظاهر الحماية القيام بإنشاء أجهزة لمحاربة هذه الشروط لكنها تبقى مجرد واجهة رغم الإمكانيات المالية التي خصصت لإنشائها، دون أن ننسى دور القضاء الجزائي في تكريس هذه الحماية من خلال فرض عقوبات جزائية ردعية، إلا أنه في ظل غياب تطبيقات قضائية في الجزائر تسمح بتقدير حقيقي لمنع العمل بالشروط التعسفية، يمكننا القول بأن الحماية القضائية يشوبها النقص مادام موضوع مكافحة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري مازال محصورا في الإطار النظري.

كلمات مفتاحية: حماية المستهلك، شروط تعسفية، آليات، التوازن العقدي، تطبيقات قضائية.

Résumé :

Récapitulons cette étude élaborée dans l'objet de décerner le rôle juridique dans la protection de consommateur contre les termes arbitraire dans laquelle le juge occupe une place prépondérante dans le rétablissement de l'équilibre nodal, grâce a l'autorité qui lui sont conférés, Tant au regard des règles générales qui ont prouvé leurs insuffisance et leur incapacité. En conséquence, le législateur algérien a recherché des mécanismes D'autre sont plus efficaces pour réduire ou atténuer ces Termes arbitraire, en renforçant la protection du public avec une protection spéciale en vertu de la loi n° 04-02 relative aux règles applicables aux pratiques Commerciales aussi, parmi les manifestations de protection figure la mise en place de dispositifs de lutte contre ces affections mais ils ne restent qu'une simple formalité, malgré les contenances économique alloué pour sa mise en œuvre, sans oublier le rôle de la justice pénale la mise en place de cette protection en imposant des sanctions dissuasives, Cependant en l'absence d'application judiciaire en Algérie permettant une réelle appréciation pour prévenir le recours à ces termes arbitraire, nous pouvons dire que la protection judiciaire éprouve des carences tant que la question de la lutte contre les termes arbitraire dans la législation algérienne est confinée au cadre théorique.

Mots clés: termes arbitraire, protection du consommateur, équilibre nodal, mécanisme, application judiciaire .