

العنوان:	الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية
المصدر:	مجلة الحقوق والحريات
الناشر:	جامعة محمد خيضر بسكرة - كلية الحقوق والعلوم السياسية - مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة
المؤلف الرئيسي:	مزغيش، عبير
مؤلفين آخرين:	بن الصيف، محمد عدنان(م. مشارك)
المجلد/العدد:	ع4
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2017
الشهر:	أفريل
الصفحات:	118 - 91
DOI:	10.37136/1998-000-004-005
رقم MD:	968808
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	EcoLink, IslamicInfo
مواضيع:	المستهلك، العون الاقتصادي، عقود الاستهلاك، الشروط التعسفية، عقود الاستهلاك التعسفية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/968808

للإستشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب
الإستشهاد المطلوب:

إسلوب APA

مزغيش، عبير، و بن الضيف، محمد عدنان. (2017). الضوابط الحمائية
المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية. مجلة
الحقوق والحريات، ع4، 91 - 118. مسترجع من
<http://search.mandumah.com/Record/968808>

إسلوب MLA

مزغيش، عبير، و محمد عدنان بن الضيف. "الضوابط الحمائية المصوبة
لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية." مجلة الحقوق
والحريات ع4 (2017): 91 - 118. مسترجع من
<http://search.mandumah.com/Record/968808>

الضوابط الدوائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية

تاريخ القبول النهائي: 16 مارس 2017

تاريخ استلام المقال: 09 فيفري 2017

الدكتور محمد عدنان بن ضيف

الدكتورة عبير مزغيش

أستاذ محاضر "ب"

أستاذة محاضرة "ب"

bendiff.adnane@gmail.com

mezghiche.abir@gmail.com

جامعة محمد خيضر بسكرة - الجزائر

الملتقى الدولي السابع عشر حول: "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة"

المنعقد يومي 10/11 أفريل 2017

من طرف مخبر الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة

ومخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع

قسم الحقوق - كلية الحقوق والعلوم السياسية -

جامعة محمد خيضر - بسكرة -

الملخص:

تتميز عقود الاستهلاك التعسفية بالتفاوت في مراكز طرفي العلاقة التعاقدية، الذي أتاح فرصة انفراد المحترفين بصياغة العقد، وفرض شروط مجحفة وتعسفية على الطرف المتعاقد معها ألا وهو المستهلك، وعلى ضوء هذه المستجدات وانطلاقاً من ضرورات حماية المستهلكين، عمل كل من الفقه والقضاء والتشريع، على مواجهة الشروط التعسفية التي تضمنتها العلاقات التعاقدية المعاصرة، وعلى وجه الخصوص في مجال عقود الاستهلاك، وذلك بهدف الحد مما يترتب عليها من آثار ضارة بالمستهلك، على اعتبار أنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ومحاولة لإعادة التوازن العقدي الحقيقي، بين حقوق العاقدین والتزاماتهم والذي اختل بسبب وجود هذه الشروط. وعليه نطرح الاشكالية التالية: فيما تتجلى الآليات القانونية التي كرسها المشرع الجزائري لقمع الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك؟ وما مدى فعاليتها ونجاحاتها في إعادة التوازن العقدي بين العون الاقتصادي والمستهلك؟ وللإجابة على هذه الاشكالية نقترح التقسيم التالي: المحور الأول الذي خصصناه للتعسف في عقود الاستهلاك واختلال التوازن العقدي، أما المحور الثاني فتناولنا فيه آليات مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك وإعادة التوازن العقدي.

الكلمات المفتاحية: مستهلك، عون اقتصادي، عقد استهلاك، شروط تعسفية، التوازن العقدي.

Summary:

Featuring consumption decades arbitrary unequal between the parties to the contractual relationship, leading to a private professional drafting the contract, and the imposition of unfair and arbitrary conditions of the contracting party with them, namely the consumer, and in the light of these developments and based on the imperatives of protecting consumers, the work of the judiciary and legislation, on the face of arbitrary conditions included contemporary contractual relations, in particular in the field of consumer contracts, in order to limit the damage the consumer, on the grounds that the weak in the contractual relationship party, and try to restore the balance between the rights of the two contracting parties and obligations which disturbed due to the presence of these conditions.

key words: Consumer, professional, holding consumption, arbitrary conditions, balance lumpy.

مقدمة:

يقوم العقد في القانون المدني الجزائري كأصل عام على مبدأ هام هو مبدأ سلطان الارادة، الذي يقضي بأن أساس العقد هو الارادة المشتركة لطرفيه، فهذه الارادة هي التي تنشؤه في ذاته وهي التي تحدد آثاره، ثم يأتي القانون بعد ذلك فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الارادة المشتركة، ومن أهم النتائج المتمخضة عن هذا المبدأ، هي مبدأ الحرية التعاقدية، الذي يتيح للأشخاص حرية التعاقد وحرية وضع أي شرط يتفقون عليه، وإذا ما انعقد العقد، فإنه يصبح ملزماً لطرفيه احتراماً لإرادتهما، لأن العقد شريعة المتعاقدين.

وفي ظل المستجدات والمتغيرات الاقتصادية والعلمية والتكنولوجية الحديثة، أين امتدت هذه التطورات الى العلاقات التعاقدية، وأحدثت اختلالاً في توازنها العقدي، بسبب ما يملكه أحد طرفيها من قوة وخبرة ومعرفة، في مواجهة الطرف الآخر الذي يفتقر الى هذه المقومات والذي ظهر خصوصاً في عقود الاستهلاك بين المهني والمستهلك، فظهرت الحاجة الملحة لحماية هذا الأخير وإعادة التوازن العقدي.

المحور الأول: التعسف في عقود الاستهلاك واختلال التوازن العقدي

إذا كان قانون حماية المستهلك هو قانون حديث النشأة، فإن محاولات حماية المستهلك، من سطوة وجشع المهني المحترف، وانتهاكه لحقوق المتعاملين معه على ما يقدمه من سلع وخدمات، هو أمر قديم، قدم تبادل المعاملات المالية بين الأفراد. ان التعسف في عقود الاستهلاك، يظهر جلياً اختلال التوازن العقدي بين المهني والمستهلك، وسنحاول من خلال هذا المحور تبين مفهوم عقد الاستهلاك، مع ابراز حالات التعسف فيه.

أولاً - مفهوم عقد الاستهلاك:

إن إدراك مفهوم عقد الاستهلاك، يستلزم ادراج تعريف له، مع تبين اطرافه و محله و كذا تبين مواضع تمييزه وخصائصه، والاذعان فيه مع ابراز العناصر الأساسية التي تخفف من الإذعان و التعسف في عقود الاستهلاك.

1- تعريف عقد الاستهلاك:

يعرف عقد الاستهلاك على أنه: "عقد يبرم بين طرفين يسمى الأول المستهلك ويسمى الثاني المهني بموجبه يتلقى الأول من الثاني منتوجاً أو خدمة لفرض غير مهني

مقابل من معلوم¹ كما يعرف على أنه: "تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات لفرد هو المستهلك، وذلك من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي والذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني".²

كما يعرف على أنه: "العقد الذي يبرم بوسيلة اليكترونية أو تقليدية بين المهني و المستهلك بشأن سلع أو خدمات يقدمها الثاني للأول لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية" والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الاستهلاك، وفي المقابل عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20-5-1997 عقد الاستهلاك الالكتروني بأنه: "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الاطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحد أو أكثر من وسائل الاتصال الالكتروني حتى اتمام التعاقد"³

2- خصائص عقد الاستهلاك:

يتميز عقد الاستهلاك بجملة من الخصائص نوردتها فيما يلي:⁴

- ان الأطراف في عقد الاستهلاك هي التي تضيف عليه هذه الصفة وتعطيه خاصيته التي تميزه عن غيره من العقود.

- أن محل التعاقد في عقود الاستهلاك يتمثل في سلعة أو خدمة ضرورية لإشباع حاجات المستهلك الشخصية أو العائلية والتي لا علاقة لها بنشاطه المهني ك شراء مواد غذائية واستئجار مسكن أو الحصول على خدمة معينة كالانترنت، العلاج الطبي أو التأمين... الخ.

- انعدام التوازن العقدي في العلاقة التي تربط المستهلك بالمهني، بسبب عدم التوازن المعرفي والقانوني والاقتصادي بين طرفيه، أين تعتري المستهلك حالة ضعف معرفي وفني واقتصادي في مواجهة ذلك المهني الذي يتمتع بالقدرة الاقتصادية والقانونية

¹ - ب. موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية، الجزء 37، عدد 2، الجزائر، 1999، ص: 29.

² - فائق حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الاشارة الى حماية المستهلك المتعاقد من بعد الكترونيا، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص: 21.

³ - مصطفى احمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص: 10.

⁴ - أنظر في ذلك: ب، موالك، المرجع السابق، ص: 29 مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص: 13، 14. فائق حسين حوى، المرجع السابق، ص: 22، 24.

والفنية، كما أنه يحيط علماً بالبيانات والمعلومات الجوهرية التي من شأنها التأثير في قرار التعاقد أو مضمونه، ومن ذلك برزت علة تنظيم عقود الاستهلاك، ووجود تشريع خاص بحماية المستهلك.

- ان كيفية انعقاد عقد الاستهلاك هي في كثير من الأحيان تنعقد بألية عقود الادعان.

3- أطراف عقد الاستهلاك:

يتميز عقد الاستهلاك بوجود طرفين له وهما:

1.3- المستهلك:

ان ادراج تعريف واضح للمستهلك، يستلزم المرور بتعريفه اللغوي والفقه والقانوني.

1.1.3- التعريف اللغوي للمستهلك:

المستهلك لغة هو من استهلك المال أو الشيء، أي من أنفق المال أو الشيء أو أنقذه¹. فاستهلك مأخوذة من فعل هلك ومن ثم فان لفظ استهلك يأتي بمعنى الانفاق والنفاذ².

2.1.3- التعريف الفقهي للمستهلك:

انقسم الفقه على نفسه بشأن اعطاء تعريف جامع مانع للمستهلك الى اتجاه ضيق في مفهوم المستهلك واتجاه موسع لمفهومه.

2.1.3. أ- الاتجاه الواسع في تحديد مفهوم المستهلك:

يتجه فريق من الفقهاء الى التوسع في تحديد مفهوم المستهلك، بأن يشمل كل شخص يبرم تصرفاً قانونياً من أجل استخدام سلعة أو خدمة لأغراضه الشخصية أو لأغراضه المهنية خارج نطاق تخصصه، لكن لخدمة مشروعه الحرفي أو الانتاجي.

ويهدف هذا الاتجاه الى تمديد نطاق الحماية القانونية الخاصة بالمستهلك، الى المهني الذي يبرم تصرفات قانونية خارجة عن نطاق تخصصه، ولكنها مكرسة لخدمة مهنته، كالطبيب الذي يشتري المعدات الطبية اللازمة لعيادته³.

¹ - المنجد في اللغة والاعلام، منشورات دار الشرق، الطبعة 17، بيروت، ص: 71

² - مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز بادي، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، لبنان، 2003، ص: 237.

³ - امانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 2010، ص ص: 32، 31.

ووفقا لهذا الاتجاه يعد مستهلكا كل شخص يتعاقد لغرض الاستهلاك¹، ذلك أن المهني اذا تعامل خارج تخصصه سيجد نفسه في مركز ضعف، لأنه يكون في حكم الجاهل للأمر².

2.1.3.ب- الاتجاه الضيق في تحديد مفهوم المستهلك:

طبقا لهذا الاتجاه فالمستهلك هو كل شخص يتعاقد بهدف تلبية واشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية فقط³، حيث يستبعد من وصف المستهلك كل من يقوم، باقتناء منتوجات أو خدمات لأغراضه المهنية، فيخرج المهني من نطاق المستهلك لأن مهنته تؤهله وتمكنه من مواجهة من يكون في مركزه.

2.1.3.ج: أثر الخلاف الفقهي وانعكاس مفهوم البنود التفسيرية في ميلاد مفهوم

غير المهني:

لقد ثار جدل فقهي وقضائي في فرنسا حول مصطلح جديد هو "غير المهني" ومدى اعتباره مستهلكا من عدمه. وسبب الجدل هو نص المادة 35 من القانون الفرنسي رقم 78-23 الصادر في 10 يناير 1978، والذي جمع بين المستهلك العادي وغير المهني في جانب واحد والمهني في جانب آخر حيث جاء فيها:

تعتبر شروطا تعسفية وفقا للمادة 35 الشروط التي يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة⁴ فمن جهة الفقه الفرنسي رأى جانب منه أن تعبير "غير المهني" هو نفسه تعبير المستهلك، لأن المهني الذي يتصرف في نطاق غرض مهني، ولكنه خارج عن نطاق اختصاصه لا يعد مستهلكا، فرغم ضعفه في مواجهة المحترف الذي يتعاقد معه إلا أن هذا النوع من المهنيين ليسوا بالضرورة أشخاصا عزلا لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم⁵.

¹ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006، ص: 22.

² - د. موالك، المرجع السابق، ص: 31.

³ - عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص: 29.

⁴ - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص: 33، 32.

⁵ - محمد أمين سي الطيب، الشروط التفسيرية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، فرع قانون خاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص: 22، 21.

في حين يرى الجانب الآخر من الفقه، مستنبطاً من صياغة نص المادة 35 دائماً¹، أن المشرع الفرنسي حينما استخدم "غير المهني" مع الإبقاء على مصطلح المستهلك، قصد بذلك امتداد الحماية القانونية الخاصة الى المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه لخدمة مهنته أو مشروعه الانتاجي أو حرفته²، وبالتالي يعتبر انصار هذا الرأي أن غير المهني هي طائفة قائمة بذاتها، فهو ليس مهنياً من نفس تخصص الطرف الآخر في عقد الاستهلاك، وأساس التمييز بينهما هو الاختصاص أو عدم الاختصاص لغير المهني أي ذلك الذي يتصرف بعيداً عن أعمال مهنته، حتى ولو كان ذلك للإنتاج وليس للاستهلاك³.

أما من جهة القضاء الفرنسي، فقد اتجه في البداية الى تشبيه "غير المهني" بالمستهلك، وذلك من خلال قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 أفريل 1982، حيث أن أحد المزارعين قام بإبرام عقد مع أحد بيوت الخبرة، لكنه تلقى بعد ذلك عروضاً أخرى تقدم له مزايا أكثر، مما جعله يعدل عن العقد الذي أبرمه مع الشركة الأولى، مستنداً في ذلك الى أنه يستعمل رخصة العدول التي ينص عليها قانون 22 ديسمبر 1972 الخاص بالبيع بالمنزل في مادته الثالثة والتي تعطيه الحق في العدول في خلال 07 أيام كمهلة للتفكير. غير أن الشركة رفضت ذلك ودفعت بأن هذا النص لا يطبق على المزارع بحجة أن هذا القانون لا يحمي سوى المستهلك، وأن المزارع كان يتصرف في نطاق مهنته، وبالتالي فلا يعد مستهلكاً⁴.

رفض هذا الدفع أمام محكمة الاستئناف، ولما طعنَت الشركة في القرار بالنقض أيدت محكمة النقض القرار، وبذلك تكون المحكمة قد تبنت مفهوماً موسعاً للمستهلك والذي يشمل المهني الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه ألا وهو "غير المهني".

غير أنه وفي 15 أفريل 1986، عدلت محكمة النقض الفرنسية عن اجتهادها المذكور، أين رفضت افاداً شركة تأمين من نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاصة بالشروط التعسفية، بحجة أن الشركة كانت قد تعاقدت بصفقتها المهنية.

¹ (J.P) GRIDEL, Remarques de principes sur l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives

² - أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص:33

³ - (p).GODE, protection des consommateurs, clauses abusives, R.T.D. civ, paris, 1978, p :744.

⁴ - محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص:22، 23.

وبذلك رفضت في هذا القرار تشبيهه غير المهني بالمستهلك. إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا حيث عادت محكمة النقض الفرنسية الى اتجاهها الأول، وذلك بموجب قرار صادر لها، اعتبر أن المستهلك هو غير المهني وذلك في 28 أفريل 1987، والتي اعتبرت أن الوكالة العقارية رغم أنها شخصا مهنيا، إلا أنها فيما يتعلق بنظام الانذار تعتبر شخصا غير مهني، لأنها غير متخصصة في مجال نظام الانذار وبالتالي فالوكالة العقارية عند ابرامها لعقد تركيب جهاز الانذار كانت في نفس الحالة من الجهل مثلها مثل أي مستهلك آخر، وعليه تستفيد من أحكام قانون 10 جانفي 1978¹.

وبالتالي كرس القضاء الفرنسي مفهوما جديدا للمستهلك هو "المحترف-المستهلك" أو ما يعرف بغير المهني. ومنذ سنة 1995 أصبحت محكمة النقض الفرنسية تستعمل في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكا وبالتالي لا يستفيد من قواعد الحماية، كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني. وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على هذا المعيار في القانون الفرنسي الصادر في 31-12-1989 المنظم للسعي التجاري والذي تم ادراجه في المادة 121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، ثم وسعت استعماله بخصوص القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية وكذا تلك المتعلقة بالانتماء الاستهلاكي والعقاري. ان تبني محكمة النقض الفرنسية للمفهوم الموسع للمستهلك وامتداد الحماية لغير المهني، دفع بأنصار المفهوم المضيق للمستهلك الى "تجذر مفهوم المستهلك"، والذي أصبح يتغير مع تغير نصوص الحماية، فمفهوم المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية ليس هو ذاته بالنسبة للمواضيع الأخرى التي يتضمنها قانون الاستهلاك، مما جعل القانون الفرنسي في حاجة الى مفهوم موحد للمستهلك تجتمع حوله نصوص الحماية المختلفة، ويؤدي الى تحقيق التناسق بينها².

3.1.3-التعريف القانوني للمستهلك:

لقد تولى المشرع الجزائري اعطاء تعريف للمستهلك في النصوص التالية:

¹ - المرجع نفسه، ص. ص: 24.23.

² - محمد بودالي. الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص. ص: 64، 66.

- المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش¹ المعدل والمتمم.

- المادة 03 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية² المعدل والمتمم على أنه: "مستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجرده من كل طابع مهني"
- المادة 03 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش³ على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به". ويبدو جليا من خلال استقراء هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري قد تبنى المفهوم المضيق للمستهلك.

2.3: المهني:

يعتبر المهني الطرف الثاني في عقد الاستهلاك، وسنتولى ادراج تعريفه اللغوي والفقه والقانوني.

1.2.3. التعريف اللغوي للمهني:

المهني لغة هو صاحب المهنة أو صاحب الحرفة⁴.

2.2.3. التعريف الفقهي للمهني:

أعطيت تعاريف كثيرة له حيث عرف على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي خاص أو عام والذي يظهر في العقد كمهني محترف فهو الشخص الذي يعمل من أجل حاجات نشاطه المهني، سواء كان هذا النشاط تجاري أم صناعي أم زراعي، فيمتلك مكانا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه أو يشتري البضائع بقصد اعادة بيعها"⁵.

¹ - جريدة رسمية عدد 05 لسنة 1990.

² - جريدة رسمية عدد 41 لسنة 2004.

³ - جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2009.

⁴ - المنجد في اللغة والاعلام، المرجع السابق، ص128.

⁵ - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص:41

كما يعرف على أنه: "الذي يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف بهدف الحصول على الربح. وقد تكون الحرفة صناعية أو تجارية أو زراعية أو فنية أو مهنة حرة وقد يكون المهني شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا خاضعا للقانون الخاص أو للقانون العام"¹.

3.2.3- التعريف القانوني للمهني:

على غرار تعريف المشرع الجزائري للمستهلك تولى كذلك ادراج تعريف للمهني أو المحترف أو العون الاقتصادي وهو في كل هذه الحالات الطرف الثاني الذي يتعاقد مع المستهلك وذلك في النصوص التالية:

- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات² على أنه: "المحترف: كل منتج أو صانع أو وسيط أو حري في أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن اطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك"

- المادة 03 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على أنه: "عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حري في أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

ثانيا - الإذعان في عقد الاستهلاك:

ان الإذعان في عقود الاستهلاك التعسفية واضح وجلي، لذا نسعى الى ابراز اثره على العلاقات العقدية، مع ادراج تعريف للإذعان في عقد الاستهلاك وكذا الحلول المعطاة لتفادي الإذعان في عقود الاستهلاك.

1- أثر عقد الإذعان على العلاقات العقدية:

ان تحولات المجتمع في أواخر القرن 19 قد أنشأت ظواهر جديدة حدثت من مبدأ سلطان الإرادة، وأنقصت من ارادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، وبذلك تولد عقد الإذعان، هذا الأخير الذي نشأ نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث، الذي اتجه نحو أسلوب الانتاج الكبير، وما استتبع ذلك من قيام شركات ضخمة ومؤسسات تتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو خدمة تعتبر من الضرورات الأولية للمستهلك، بحيث استطاعت

¹ - ب. موالك، المرجع السابق، ص: 32.

² - جريدة رسمية عدد 05 لسنة 1990.

تلك الوحدات الانتاجية القوية نتيجة لسلطاتها الاحتكارية، أن تملّي ارادتها وشروطها المعدّة مسبقا على الراغبين في التعاقد معها، دون أن يملكوها مناقشة هذه الشروط، فليس أمامهم سوى الأذعان للطرف المحتكر والاستسلام لشروطه¹.

وبعبارة أخرى فإن الحرية الاقتصادية، أدت الى الحد من حرية التعاقد، فكان من بين نتائجها عقد الاذعان، غير أن اجتهاد الفقه خلال النصف الاول من القرن العشرين، ومن أجل ايجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف، وتوجيه القضاء الى تلك الحلول، قد انعكس على التشريع. وعندئذ تحول الضعف التعاقدي الذي يعانيه الفرد، الى ضعف تعاقدي متولد عن التدخلات التشريعية من أجل حماية الطرف الضعيف. وقد نادى الفقه أيضا بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق اقامة التوازن العقدي وباستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الارادة على عقد الاذعان، وصاحبها الفقيه ساليي Salleilles في فرنسا.

ان عدم المساواة الصارخة تلك بين المتعاقدين حولت طبيعة ودور العقد، فبدل أن يكون وسيلة للتفاوض والتشاور الذي يحقق مصلحة المتعاقدين، أضحي نظاما قانونيا تملّيه ارادة منفردة ترغب في تحقيق مصالح أنانية، كما أصبح وسيلة لتسيير المنشآت الاقتصادية، بإنشاء التزامات تعاقدية متنوعة ومن هنا كان عقدا مفروضا بعوامل اقتصادية².

2- عقد الاستهلاك باعتباره عقد اذعان:

لقد تطرق القانون 04-02 في المادة 1/3 منه الى هذا النوع من الاذعان في عقود الاستهلاك، والتي بموجبها يعتبر كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع اذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير أن يحدث تغييرا حقيقيا فيه.

3- تفادي الإذعان بتضمين عقد الاستهلاك عناصر أساسية فيه:

حتى يتحاشى المشرع الإذعان في عقود الاستهلاك، ولعدم المساس بالحقوق الجوهرية للمستهلك، كفل حمايته من الاعتداء عليها، بضرورة ادراج جملة من العناصر واعتبارها أساسية في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، وأكد على ضرورة

¹ - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص: 09

² - المرجع نفسه، ص: 15

احترامها وذلك بموجب المادتين 2، 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية¹ المعدل والمتمم.

وتتعلق هذه العناصر بحقوق جوهرية للمستهلك، بالإعلام المسبق له ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع، وذلك من خلال تبين خصوصيات السلع و/أو طبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع وكذا شروط التسليم وأجله، مع تبين عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم بالإضافة توضيح كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، وشروط تعديل البنود التعاقدية وشروط تسوية النزاعات وإجراءات فسخ العقد.

ولتجنب الإذعان والتعسف في عقود الاستهلاك أكدت المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، أنه يتعين على العون الاقتصادي ضرورة إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملأمة وبالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدد كافية لفحص العقد وإبرامه.

ثالثا - مضمون البند التعسفي في عقود الاستهلاك:

يوصف عقد الاستهلاك الذي يبرم بين المستهلك من جهة والعون الاقتصادي من جهة أخرى بأنه تعسفي، إذا ما اشتمل على بنود أو شروط تعسفية، من خلالها يستغل العون الاقتصادي حالة الضعف المعرفي والاقتصادي والقانوني والفني التي تعترى المستهلك، مما يؤدي الى اختلال التوازن العقدي.

1- تعريف البند التعسفي:

لإدراك معنى البند التعسفي، يتعين إعطاء تعريفه اللغوي والاصطلاحي والقانوني.

1.1. التعريف اللغوي للبند التعسفي:

البند في اللغة هو اسم وجمعه بنود، وهي كلمة فارسية معربة وتعني فقره أو مادة في القوانين والاتفاقيات، فنقول بنود معاهدة أو عقد أو ميزانية².

¹ - جريدة رسمية عدد 56 لسنة 2006.

² يوم الزيارة 26.12.2016 على الساعة 14:52 www.almaany.com

أما **التعسف**: تعسف في يتعسف، تعسف، فهو متعسف والمفعول متعسف فيه. ونقول تعسف في الأمر: ظلم وجار واستبد وشخص متعسف في قراراته¹، وبالتالي يقصد بالبند التعسفي لغة هو الشرط الذي فيه ظلم وجور.

2.1. التعريف الاصطلاحي للبند التعسفي:

لقد تعددت التعاريف المعطاة للبند التعسفي بتعدد المعايير المعتمدة في ذلك، فعرف على أنه: "الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بفرض الحصول على ميزة مجحفة"²، كما عرف أنه: "شرط يفرضه المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة وبما يؤدي إلى أحداث خلل في التوازن العقدي من جراء هذا الشرط المحرر مسبقاً من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض، وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلقة بموضوع العقد أم كانت أثراً من أثاره"³.

وعلى العموم فالبند التعسفي من حيث المصدر هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوعه، ومن حيث الطبيعة هو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل عليه من شرف ونزاهة وحسن نية، والذي يتنافى أيضاً مع روح العدالة والحق، أما من حيث الآثار فهو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته، لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه⁴.

3.1. التعريف القانوني للبند التعسفي:

عرف المشرع الفرنسي في المادة 1/132 من القانون رقم 95-96 لسنة 1995 أن البند التعسفي هو: "تعتبر شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو

¹ تعسف /dictionary/ www.maaajim.com

يوم الزيارة 30.12.2016 على الساعة 23:37.

² - محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية، لبنان، 2003، ص: 49.

³ - خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، 2007، ص: 195.

⁴ - أمال بوهنتالة، البند التعسفي كسبب لاختلال التوازن العقدي، يوم دراسي حول البنود التعسفية في العقود المبرمة بين المتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، يوم 14 أفريل 2016.

المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من أثارها أحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الاطراف في العقد"¹.

أما على الصعيد الأوروبي فقد عرّف التوجيه التشريعي الأوروبي رقم 13 الصادر في 15 أفريل 1993 في المادة 1/03 أن البند التعسفي هو: "الشرط الذي يرد في العقد، وينطوي على تفاوت جلي خلافا لما يقضي به حسن النية وضد مصلحة المستهلك بين حقوق طرفيه والتزاماتهما على حساب المستهلك".

ولقد حذا المشرع الجزائري حذو التشريعات التي أعطت تعريفا للبند التعسفي، وكان ذلك في ظل القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم في المادة 03 منه على أنه: "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".

والملاحظ أن هذا التعريف قد جاء عاما، ينطق على كل الحالات خارج قانون الاستهلاك، فلم يعكس الهدف من تقرير الحماية من الشروط التعسفية وهو المستهلك، كما أنه لم يحدد أطراف العقد بدقة وهما المستهلك والمهني، كما فعل نظيره الفرنسي.

ورغم ذلك يتعين تبيين موقف المشرع الجزائري بصدد تعريفه للبند التعسفي، لأنه أزال الكثير من التساؤلات التي أبدت بشأن تحديد طبيعة الشروط التي تستوجب الحماية، والمعايير اللازمة توافرها كي يوصف الشرط بأنه تعسفي.

2- تمييز البند التعسفي عن غيره من المفاهيم المشابهة له:

قد يختلط في الذهن مفهوم البند التعسفي مع بعض المفاهيم المشابهة له كالشرط الجزائي والشرط غير المشروع والشرط النموذجي.

1.2. تمييز البند التعسفي عن الشرط الجزائي:

الشرط الجزائي هو اتفاق يحدد بموجبه الطرفان مقدما المبلغ الذي يجب على المدين دفعه، إذا لم ينفذ التزامه أو عقده بعد ميعاده². ويشترك كل من الشرط التعسفي

¹ - أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، العدد 05، جانفي 2008، الجزائر، ص 345.

² - منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2015، ص: 163.

والشرط الجزائي، في كونهما شرطان يقتربان بالعقد، وهما من قبيل الشروط التقييدية، التي تقيد حكم العقد المقتربة به. كما أن مضمون كليهما يؤدي الى اختلال توازن العقد، مما يتطلب اعادة تنظيمه حتى تتحقق العدالة التعاقدية للعقد، غير أن تدخل القاضي يكون وجوبيا لإعادة التوازن العقدي في العقد الذي يحمل شرطا تعسفيا، وتكون أمام تصحيح للعقد، أما بمناسبة الشرط الجزائي، اين تنحصر سلطة القاضي في تعديل قيمة الشرط الجزائي وفقا للحالات التي ينص عليها القانون، فعندها تكون أمام تعديل للعقد¹.

2.2. تمييز البند التعسفي عن الشرط غير المشروع:

الشرط غير المشروع هو الشرط التعاقدى المخالف لقواعد القانون الامرء والتي تكفل احترام النظام والأداب العامين، لقد ميز القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم بين المصطلحين غير مشروع وتعسفي، فعبر عن الأولى بالممارسات التجارية غير المشروعة وذلك في الفصل الأول من الباب الثالث منه، في حين عبر عن الثاني بالممارسات التعاقدية التعسفية وذلك في الفصل الخامس منه.

ان البنود التعاقدية تكون صحيحة مادامت غير مخالفة للنظام العام وللقواعد القانونية الامرء والا كانت شروطا غير مشروعة، في حين أن البنود التعسفية يكون مجالها عقود الاستهلاك، ولا تمتد الى العقود التي تتسم بالتوازن العقدي، وبالتالي لا يخالف الشرط التعسفي النصوص الامرء، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الاتفاقي للعقد².

3.3. تمييز البند التعسفي عن الشرط النموذجي:

الشرط النموذجي هو ذلك البند المعد مسبقا من قبل أحد أطراف العقد لاستعمال عام ومتكرر، بصورة غير قابلة للتفاوض.

ان التداخل بين الشرط التعسفي والشرط النموذجي واضح، اذ يعبر الأول عن وصف للثاني، غير أن الشرط النموذجي قد يتسم بالتوازن، وهنا يكون الشرط النموذجي العادي بمفهومه الايجابي، غير أنه قد يظهر باللون التعسفي، وهنا يكون شرطا نموذجيا تعسفيا بمفهومه السلبي، ويتميز الشرط التعسفي بتموقعه في عقود الاستهلاك، استغلالا

¹ - منصور حاتم محسن، مرجع سابق، ص: 169.176.

² - ايمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قطب جامعة 8 ماي 1945 قالمة، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2011-2012، ص: 59.58.

لمركز المستهلك الضعيف، أما الشرط النموذجي فمجاله غير محدود لا من حيث الأشخاص ولا العقود، كذلك التي يبرمها المهني حين يتعامل مع باقي المهنيين¹.

3- تحديد الطابع التعسفي للبنود:

ان تحديد الطابع التعسفي للبنود، لا يتأتى الا بضبط المعايير المعتمدة في ذلك، والتي تتمايز بين الفقه والتشريع الفرنسي والجزائري.

1.3- تحديد الطابع التعسفي للبنود في التشريع والفقه الفرنسي:

طبقا لما جاء في المادة 35 من القانون رقم 78-23 الفرنسي، فان وجود الشرط التعسفي في إطار العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، يتحقق من خلال معيارين، أما الأول فهو معيار اقتصادي يتجلى في استخدام المهني لنفوده الاقتصادي، أما ثانيهما فهو معيار قانوني يتعلق بالأثر المترتب على المعيار الأول وهو الميزة الفاحشة أو المفردة، التي يحصل عليها المهني على حساب المستهلك، وهذان المعياران متلازمان ومرتبطان ببعضهما البعض، ارتباط السبب بالنتيجة².

2.3- تحديد الطابع التعسفي للبنود في التشريع والفقه الجزائري:

طبقا لنص المادة 5/5 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم، فان معيار تحقق تعسفية بند أو شرط ما في عقود الاستهلاك، يتجلى في الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 95-96 لسنة 1995، وهو المعيار نفسه الذي جاء في التوجيه الأوروبي رقم 93/13 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، هذا الأخير الذي كان له الأثر البالغ على النظام القانوني الفرنسي، والذي تجلى في تخلي هذا الأخير عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 78-23 وهي معياري استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفردة، لصالح المعيار الجديد الذي جاء به التوجيه الأوروبي وهو عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد³.

¹ - ايمان بوشارب، مرجع سابق، ص.ص: 60، 61.

² - أمانج رحيم أحمد، المرجع نفسه، ص.ص: 208، 209.

³ - ايمان بوشارب، المرجع السابق، ص.ص: 67، 68.

ان هذا المعيار يعد أمثل معيار يمكن الاستناد اليه في اطار الشروط التعسفية، ذلك أنه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين حتى ولو لم تكن لديهم قوة اقتصادية، كما أنه يتجنب الانتقادات الموجهة لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، غير أن ذلك المعيار يطرح صعوبة تقنية هامة تتعلق بكيفية تقديره، إذ اكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة 3/5 من القانون 04-02 دائما، أنها تتم¹ اما بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعه، وتتحقق تعسفية الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة، مما يجعل الإخلال ظاهرا في الحقوق والالتزامات العقدية بين أطراف العقد، والذي يظهر خصوصا في تلك البنود التي جاء النص على اعتبارها تعسفية صراحة في القانون، إلا أن هذه الحالة تمثل الاستثناء، فالقاضي في غير هذه الحالات، يتمتع في البنود بأكملها للتحقق من الإخلال الظاهر، وهو ما يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي، فيما سكت عن باقي الاعتبارات الأخرى والتي أهمها ما يخص وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط.

وقد اعتبر البعض أن مثل هذا السكوت لا ينقص من المسألة شيئا، باعتبار أن مثل هذه الأمور من المسلمات التي يعتمد عليها القضاء في تعامله مع جميع العقود، في حين ذهب البعض الآخر وهو الرأي الراجح، الى أن المشرع الجزائري قد اعتمد توجهها محتشما وناقصا في مسألة تقدير الطابع التعسفي، لأن القول بأن الأمر متروك للقضاء، يفتح المجال لتناقض الأحكام، اذا ما أخذ بعين الاعتبار حداثة الظاهرة التي تحتاج في مراحلها الأولى لاهتمام قانوني أكثر جدية، بخلاف المشرع الفرنسي الذي كان أكثر دقة في تقدير الطابع التعسفي للشرط، سواء من حيث وقت هذا التقدير، الذي يكون في كل الأحوال عند لحظة اتمام التعاقد لا لحظة تكوين العقد، ولا وقت تطبيق الشرط المتنازع فيه.

أو من حيث كلفيته والتي تتحدد بالنظر للشروط الأخرى في العقد نفسه، أو تلك الموجودة في عقد آخر مرتبط قانونيا بالأول، ذلك أنه قد يمنح بند معين ميزة للمهني على حساب المستهلك أو غير المهني، فيما يعدل بند آخر المسألة، بأن يمنح ميزة لهذا الأخير على حساب الأول وهو ما سيعيد التوازن العقدي.

¹ - المرجع نفسه، ص.ص: 68.67.

المحور الثاني: آليات مكافحة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك وإعادة التوازن العقدي

لقد تم الاعتماد على جملة من الآليات والضوابط لإعادة التوازن في عقود الاستهلاك، ولراقبة ومحاربة الشروط التعسفية التي قد توضع.

أولا - الاعتماد على نظام القائمة:

يعد الاعتماد على نظام القائمة، احدى أبرز واهم الآليات المتبعة لمحاربة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك، ومنهج اتبع في ألمانيا وفرنسا وسارت على هذا النسق الجزائر.

1- الاعتماد على نظام القائمة في بعض التشريعات المقارنة:

وذلك بالتطرق للتجربة الألمانية والتجربة الفرنسية، في مجال الاعتماد على نظام القائمة لمحاربة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك.

1.1- الاعتماد على نظام القائمة في ألمانيا:

تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوروبية التي سارعت الى اصدار قانون في هذا المجال، حيث أصدرت بتاريخ 9-12-1976 القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي بدأ العمل به في أول أفريل 1977، ولقد قسم المشرع الألماني البنود التعسفية الباطلة الى قسمين على أساس مدى قابليتها للتقويم من عدمه الى فئتين هما¹:

الفئة الأولى: القائمة السوداء: وتشمل ثمانية أصناف من الشروط الممنوعة ولقد نصت عليها المادة 10 من القانون الألماني الصادر في 1976. وتعلق على وجه الخصوص بإطالة أجل التسليم أو تنفيذ التزام المحترف، ونصه على أجل اضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في أبطال العقد دون أساس مادي مبرر أو في تعديله، أخذا في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك، وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه، وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول، اذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة، وتكون دائما باطلة بقوة القانون.

¹ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.ص: 20، 19.

الفئة الثانية: القائمة الرمادية: فهي تشمل عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة، ونصت عليها المادة 11 وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات و الخدمات التي لم تسلم أو يوفى ثمنها في خلال مدة أربعة أشهر، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتج أو الخدمة أو حقه في استبعاده أو تحديد الحق في الحبس، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء الى المقاصة في دين له عليه، خال من النزاع أو ثابت في سند نهائي، والاعضاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم واستبعاد أو تحديد حق التعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير.

ان هذا النوع من الشروط أجاز للقاضي استبعادها، اذا كانت تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون.

2.1- الاعتماد على نظام القائمة في القانون الفرنسي.

يعتمد النظام الفرنسي في مكافحة البنود والشروط التعسفية على القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والمسمى بقانون scrivenor حيث خصص الفصل IV منه للشروط التعسفية، وبعد 10 سنوات تم القانون السابق بقانون 5 جانفي 1988، الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وتم ادماج القانونين السابقين في قانون الاستهلاك لعام 1993.

لم يسلك المشرع الفرنسي مسلك المشرع الألماني في وضع قائمتين تضم الشروط التعسفية، وإنما أختار نظاما أكثر تعقيدا يتميز بتعدد مصادر قوائم الشروط التعسفية وباختلاف الالتزام القانوني لكل مصدر من هذه المصادر، حيث أن المصدر الأول لمنع الشروط التعسفية هو ما قد تصدره الحكومة من مراسيم في هذا المجال، بالإضافة الى المصدر الثاني التوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية، أما المصدر الثالث فهو ما نص عليه قانون الاستهلاك منذ 1995، وبالتالي عزز المشرع الفرنسي الحماية بالإضافة الى القائمة التي تم ايرادها في ملحق قانون الاستهلاك، وهو يتضمن قائمة ببنائية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية، مستوحاة من التعليلة الاوروبية لعام 1993، وهي تضم سبعة عشرة نوعا من الشروط نذكر منها¹:

¹ - محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، المرجع السابق، ص.ص: 30، 28.

- استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسيمة، نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.
 - استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.
 - النص على التزام المستهلك بشكل نهائي وتعليق تنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.
 - إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجع عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة في حالة تراجع المحترف نفسه.
 - فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضا مبالغيا فيه وغير متناسب.
 - إجازة المحترف بإنهاء العقد بصفة تقديرية وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك... وغيرها من البنود والشروط الأخرى.
- وأخيرا أصدر المشرع الفرنسي قانون 28 جانفي 2005 المسمى قانون La loi chatel والذي عدل قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، وذلك بأن أضاف الى القائمة البيانية للشروط التي يمكن عدها تعسفية، الشرط الذي يلزم المستهلك على قبول وبشكل خاص، عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات.

2- الاعتماد على نظام القائمة في التشريع الجزائري:

لقد اعتمد المشرع الجزائري هو الآخر على نظام القائمة، وذلك في كل من القانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم.

1.2. الاعتماد على نظام القائمة في ظل القانون 02-04

طبقا للمادة 29 من القانون 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم، فانه 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 المنتج المسلم أو الخدمة دون موافقة المستهلك.
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدد شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
- الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد اذا أخل هو بالالتزام أو عدد التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير اجال تسليم منتج أو اجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديد غير متكافئة.

2.2. الاعتماد على نظام القائمة في ظل المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

- طبقا لنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتهم، أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:
- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2.3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء الى أية وسيلة طعن ضده.

- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما اذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون اعطائه الحق في التعويض، في حالة ما اذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضاً يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات اضافية غير مبررة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق اجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- أن يعفي العون الاقتصادي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- تحميل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

3- الجزء المقرر لضمان تفعيل نظام القائمة:

يعتبر الجزء صمام الأمان لأي نظام قانوني، فهو الذي يحفظ للأنظمة القانونية بقاءها، وهو الذي يصون ديمومتها واستمراريتها، بغض النظر عن كونه مدنياً أو جزائياً، لذلك رصدت جل التشريعات التي عالجت موضوع الشروط التعسفية جملة من العقوبات¹، وفي حين رصد كل من التشريع الألماني و الفرنسي جزاءات مدنية وتجارية، اكتفى المشرع الجزائري بالجزاء الجزائي وذلك بموجب المادة 38 من القانون 04-02، والمتمثل في فرض غرامة مالية على كل عون اقتصادي يضمن عقود المبرمة مع المستهلك شروطاً تعسفية، تقدر بخمسين ألف دينار وقد تصل الى خمسة ملايين دينار.

ثانياً - لجنة البنود التعسفية:

في إطار البحث عن التوازن العقدي المفقود من جراء أعمال الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلكين والمحترفين، رأى المشرع ضرورة وجود رقابة إدارية كإجراء وقائي لمنع واثقاء ابرام عقود استهلاكية تعسفية، وتمثل ذلك في ميلاد لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 وذلك في الفصل الثالث منه، حيث تولى تحديد تشكيلتها وكذا اجتماعاتها ومهامها في المواد 6 الى 16 منه.

1- تشكيلة لجنة البنود التعسفية:

تنشأ هذه اللجنة لدى الوزير المكلف بالتجارة وهي ذات طابع استشاري، ويرأسها ممثل الوزير المكلف بالتجارة وهي تتكون حسب المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 06-

¹ - مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرو ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014، 2015، ص: 115.

306 المعدلة و المتممة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-144 المؤرخ في 03-02-2008

من 05 اعضاء دائمين و 05 اعضاء مستخلفين يتوزعون كالآتي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.
 - ممثلان عن وزير العدل حافظ الاختصاص في قانون العقود.
 - ممثلان عن مجلس المنافسة.
 - متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
 - ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- كما يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيد بها في اعمالها، على أن تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية، ويعينون لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد وتنتهي عهدهم بالأشكال نفسها.

2- مهام لجنة البنود التعسفية:

تتجلى مهامها حسب المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 في البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تتولى صياغة توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما انها تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، بالإضافة الى مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها.

3- اجتماعات ومداولات لجنة البنود التعسفية:

تجتمع اللجنة مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر في دورة عادية باستدعاء من رئيسها، كما يمكنها الاجتماع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها أو بطلب من نصف اعضائها على الأقل، وتصح جلساتها بحضور نصف اعضائها على الأقل، مع صحة مداولاتها في حالة عدم اكتمال النصاب القانوني لعدد الأعضاء الحاضرين، وذلك بعد استدعاء ثان بعد 8 أيام من الاستدعاء الأول، كما تأخذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين، مع ترجيح صوت الرئيس عند تعادل الأصوات.

ثالثا - دور جمعيات حماية المستهلك ايزاء البنود التعسفية:

بهدف حماية المستهلك من وقوعه تحت وطأة البنود التعسفية في العقود التي يبرمها مع العون الاقتصادي، كرس المشرع الجزائري مبدأ حرية انشاء جمعيات تنادي بحماية حقوق المستهلك من كل ضيم يقع عليه.

1- الدور الوقائي لجمعيات حماية المستهلك من البنود التعسفية:

يقصد بذلك الدور الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على صحة وأمن وسلامة المستهلك من الممارسات التي تشكل خطرا عليه، في ظل غياب الوعي الاستهلاكي لدى جمهور المستهلكين، اذ تسعى الجمعيات الى الارتقاء بالمستوى الاستهلاكي، بما يتناسب مع مقتضيات الحياء وتعريف المستهلكين بحقوقهم، ولها الضغط على المهنيين لأجل التوقف عن ادراج شروط تعسفية في ممارساتهم التعاقدية مع المستهلكين، ولها في سبيل ذلك أسلوب التوعية والدعاية المضادة وكذا أسلوب المقاطعة¹.

2- الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك من البنود التعسفية:

ويتجلى ذلك في حق الجمعيات في اللجوء الى القضاء وتأسيس طرفا مدنيا طبقا لأحكام المادة 23 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ويمكنها مباشرة دعوى الغاء الشروط التعسفية، طبقا لنص المادة 65 من القانون 02-04 على أساس أن ادراج شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين يكون مخالفا لإحكام القانون 02-04، وعليه تثبت المادة 65 من القانون 02-04 الصفة لجمعية حماية المستهلك، برفع دعوى لإلغاء الشروط التعسفية².

رابعا - القضاء والحكومة:

يلعب كل من القضاء والحكومة دورا هاما في مكافحة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلك.

1- دور القضاء في حماية المستهلك من البنود التعسفية:

طبقا لنص المادة 110 من القانون المدني، فانه اذا ابرم المستهلك عقدا مع العون الاقتصادي، واحتوى بنودا تعسفية، جاز للقاضي بعد طلب من المستهلك أن يعدل هذه

¹ - مولود بغدادى، المرجع السابق، ص:125.

² - المرجع نفسه، ص:132.

الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

2- دور الحكومة في حماية المستهلك من البنود التعسفية:

يمكن للحكومة أن تكفل الحماية اللازمة للمستهلك في مواجهة العقود المبرمة مع أعوان اقتصاديين يضمنون عقودهم بنودا تعسفية، ويكمن ذلك في حق الحكومة في اصدار مراسيم تضمن هذه الحماية.

خاتمة:

لما كانت عقود الاستهلاك هي تلك العقود المبرمة بين طرفين يسمى الاول مهني والثاني مستهلكا، ونظرا للخصوصية التي تحيط بهذا النوع من العقود، مما أضافت عليه طابعا خاصا ميزه عن غيره من العقود، تجلّى خصوصا في انعدام التوازن العقدي بين طرفيه، الذي من شأنه تضمين بنود وشروط تعسفية، يفرضها المهني أو العون الاقتصادي على المستهلك.

وبعد الانتهاء من اعداد هذه الورقة البحثية تم التوصل الى: أن المشرع الجزائري وأمام عجز القواعد العامة في كفالة الحماية اللازمة للمستهلك في مواجهة البنود التعسفية، عززها المشرع بقواعد خاصة، حيث سعى الى مكافحة هذه البنود في عقود الاستهلاك، سواء من خلال نظام القائمة المدرج في كل من القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم وكذا المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم.

بالإضافة الى انشاء لجنة البنود التعسفية التي تعتبر رقابة ردعية ووقائية لتجنب الوقوع في هذه البنود، كما كفل حق جمعيات حماية المستهلك في توعية وتحسيس المستهلك بحقوقه وعدم خضوعه للشروط التعسفية، وعزز ذلك بكفالة حق القضاء في ابطال هذه الشروط.

وفي الأخير نوصي بتفعيل هذه الحماية من خلال:

- تنصيب لجنة البنود التعسفية الذي لم يتحقق ليومنا هذا، نظرا لدورها الفعال في هذا المجال.
- اصدار المزيد من المراسيم التنفيذية التي تحد من تعسف الأعوان الاقتصاديين في العقود المبرمة مع المستهلكين.

- التشجيع على تفعيل الأيام الدراسية والملتقيات العلمية لتوعية المستهلك بحقوقه، ودق ناقوس الخطر أمام البنود التعسفية في عقود الاستهلاك.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

I - القواميس:

1. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز بادي، القاموس المحيط، ضبط وتوثيق يوسف الشيخ محمد البقاعي، دار الفكر، لبنان، 2003.
2. المنجد في اللغة والاعلام، منشورات دار الشرق، الطبعة 17، بيروت.

II - القوانين:

1. القانون رقم 02-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41 لسنة 2004.
2. القانون رقم 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15 لسنة 2009.
3. قانون رقم 06-10 مؤرخ 15 غشت سنة 2010 يعدل ويتم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 46 لسنة 2010.
4. المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 05 لسنة 1990.
5. المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، جريدة رسمية عدد 05 لسنة 1990.
6. المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56 لسنة 2006.
7. مرسوم تنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 3 فبراير سنة 2008، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية

للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 07 لسنة 2008.

ثانيا: قائمة المراجع

I - الكتب:

1. امانج رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة تحليلية مقارنة، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 2010.
2. خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، 2007.
3. عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2012.
4. فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، دراسة في أحكام القانون اللبناني مع الاشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد الكترونيا، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
5. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
6. محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص الخاصة بحماية المستهلك، الدار الجامعية، لبنان، 2003.
7. محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2005.
8. ----، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006.
9. ----، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007.
10. مصطفى احمد أبو عمرو، موجز أحكام قانون حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
11. (J.P) GRIDEL, Remarques de principes sur l'article 35 de la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abus.

22.(p).GODE, protection des consommateurs, clauses abusives, R.T.D. civ, paris,1978.

II - الرسائل:

1. ايمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرو ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قطب جامعة 8 ماي 1945 قالة، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، 2011-2012.
2. محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، فرع قانون خاص كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008.
3. مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرو ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015، 2014.

III - المجلات والأيام الدراسية:

1. أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال افريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، العدد 05، جانفي 2008، الجزائر.
2. ب. موالك، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزء 37، عدد2، الجزائر، 1999.
3. منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة السابعة، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2015.
4. أمال بوهنتالة، البنود التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي، يوم دراسي حول البنود التعسفية في العقود المبرمة بين المتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، يوم 14 أفريل 2016.

IV - مواقع الانترنت:

1. يوم الزيارة 26.12.2016 على الساعة 14:52 www.almaany.com.
2. يوم الزيارة 30.12.2016 على الساعة 23:37 www.maajim.com/dictionary/.