الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف
كلية الحقوق و العلوم السياسية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص

الموسومة بـ :

حماية المتعاقد من الشروط التعسفية على ضوء القانون الجزائري و القانون المقارن

من إعداد وتقديم الطالب:
- بورياش جيلالي

تحت إشراف:
- د. رباحي أحمد

أعضاء لجنة المناقشة

- د. حاج بن علي محمد	رئيسا
- د. رباحي أحمد	مشرفا ومقررا
- أ. سكيل رقية	مناقشا

السنة الجامعية : 2014 – 2015

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾

صدق الله العظيم

الأية 152 من سورة الأنعام

عن أبي هُريرةَ رَضيَ اللهُ عنهُ أنَّ رَسُولَ اللهِ صَلى اللهُ عليه وسَلَّمَ قال:

« وَ مَنْ سَلَكَ طَرِيقاً يَلْتَمِسُ فِيهِ عِلْماً سَهَّلَ اللهُ لهُ طَرِيقاً بِهِ إلى الجَنَّةِ »

رواه مسلم

إهـــــــداء

أهدي هذا العمل المتواضع :

إلى **روح الوالدين الكريمين**، برّا بهما واعترافا بفضلهما، تغمدهما الله بواسع رحمته وأسكنهما في عليائه وألحقهما بالنبيئين والصديقين والشهداء والصالحين وحسن أولئك رفيقا.

إلى كل أفراد عائلتي الكبيرة دون استثناء.

إلى كل أفراد أسرتي الصغيرة و خاصة أبنائي: وليد، سلمى، فارس وإسراء.

إلى كل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بالشلف

إلى كل زملائي في الدراسة و العمل بدون استثناء.

إلى كـــــل هـــــؤلاء أهـــــدي عملـــي هـــــذا

كلمة شكر و عرفان

الحمد كله والشكر كله لله رب العالمين الذي أعانني بواسع رحمته، وجزيل عطائه، فأشكره على نعمته وأحمده، وأسأله الهداية والغفران. أميـــن.

اعترافا بالفضل، أتوجه بالشكر الجزيل والخير العميم إلى أستاذي المحترم **"رباحي أحمد"**، الذي أشرف على هذا العمل وتصحيحه طوال فترة البحث، كونه لم يبخل علي بتوجيهاته ونصائحه بالرغم من انشغالاته العلمية والإدارية حتى أتممت هذا العمل المتواضع الذي هو بين أيديكم فله الخير والشكر والعرفان كله.

كما لا يفوتني أن أشيد بمن جادت علي بتوجيهاتها وانتقاداتها البناءة حتى أخر لحظة من إعداد هذا العمل، الأستاذة الكريمة "**سكيل رقية**" التي أكن لها خالص التقدير والاحترام.

والشكر موصول إلى أخي وصديقي، الذي تابع معي مراحل إعداد هذا البحث، الأستاذ المحترم " **لعشاشي محمد**" أثابه الله خيرا وأسكنه فيمن عنده، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

1- قائمة المختصرات باللغة العربية :

ق.م ..... القانون المدني.

ج ..... جـزء.

ص..... صفحة.

د.ج..... دينار جزائري.

ط ..... طبعــة.

2- قائمة المختصرات باللغة الفرنسية :

Art. (s) ..... Article (s).
B.O.C.C.R.F……Bulletin officiel de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes.
Bull. civ. ..... Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de Cassation française.
C.A.....Cour d'Appel.
C. A. A. .....Cour d'Appel Administrative.
Cass. Civ. .....Cassation civile.
Cass. Com. .....Cassation commerciale.
C.c.f. .....Code civil français.
C.consom.f. .....Code de consommation français.
C.E. .....Conseil d'Etat.
C.C.E. ..... Conseil des communautés européennes.
Chron. , Chr..... Chronique.
Civ. ..... Civil.
C.J.C.E.....Cour de justice des communautés européennes.
Coll. .....Collection.
Com. .....Commercial (e).
Consom. ……Consommation.
Contr., conc., consom.…Contrats, concurrence, consommation.
D. ……Recueil Dalloz.
Déc.. ……...Décret
D.G.C.C.R.F. …….Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.
Dir. ……Directive.

Doc. ……....Doctrine.
Dr. …….. Droit.
éd. …… .édition.
Encyc. D…….Encyclopédie Dalloz.
Gaz. Pal. ……Gazette du Palais.
Ibid ……Idem (Ibidem)
J.C.P. …….Juris-classeur périodique.
J.C.P. éd. E. ……...Juris-classeur périodique édition Entreprise.
J.C.P. éd. G. …… Juris-classeur périodique édition Générale.
J.O. ……...Journal officiel.
J.O.C.E. ……..Journal officiel des communautés européennes.
J.O.R.A. ……..Journal officiel de la République Française.
JP …….Jurisprudence.
L. ……. Loi.
L.G.D.J. ……..Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
Mél. ……Mélange.
modi. …….. modifié.
n° (s) …… numéro (s).
Obs. ……Observation.
Op. cit. ……option citée.
p. …….Page.
Préc. ……précité (e)
Préf. ……Préface.
Rec. …….. ..Recueil.
R.F.D.A. …….Revue française de droit administratif.
R.T.D. civ. ……Revue trimestrielle de droit civil.
R.T.D. com ...…… Revue trimestrielle de droit commerciale.
S. ……..……Sirey.
s. …… …….suivant (e) (s)
Som…… …….Sommaire.
Somm. Comm…..……Sommaire commentée.
t. ……...tome.
T. ……. Tribunal.
T. A. ……Tribunal Administratif.
T.G.I. ……Tribunal de Grande Instance.
Vol. ……...Volume.

مقدمـــة

مقدمـــة:

يعد تزايد إنتاج السلع وتقديم الخدمات المعروضة للاستهلاك الناشئ عن التقدم العلمي والتكنولوجي في مختلف مجالات حياة المجتمع المعاصر، من أهم الدوافع التي أدت إلى تطور مذهل في العلاقات الاستهلاكية؛ حيث أصبح كل فرد منا وبقصد تلبية احتياجاته من السلع الخدمات مستهلكا في مختلف جوانب حياته، وهو في سبيل ذلك مضطر إلى إنشاء العديد من العلاقات التعاقدية مع المهنيين والتي يكون أغلبها غير متوازن؛ على اعتبار أنها تبرم مع مهني يتميز بالقوة الاقتصادية، والقدرة المالية، والمعرفة الفنية في مجال التعاقد.

ومما لا شك فيه، أن ظاهرة عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة ليست بالحديثة؛ بل هي قديمة قدم العلاقات التعاقدية، وقد حظيت باهتمام كبار الفقهاء والمفكرين من خلال أبحاثهم ودراساتهم في هذا المجال، كما أن التشريعات من جانبها أولت عناية خاصة بها، وتعدت في سبيل مواجهتها على بعض المفاهيم والمبادئ والقواعد المسلم بها في مجال التعاقد، كقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقاعدة القوة الملزمة للعقد، وغيرهما من القواعد الأخرى التي تحكم نظرية العقد.

ولقد بات مسلما لدى الباحثين أن ظاهرة عدم المساواة في العلاقات التعاقدية قد بلغت أوجها مع ظهور وانتشار المذهب الفردي، الذي حمل لواء مبدأ سلطان الإرادة، وجعله الحاكم في العقود، بل وفي كل الالتزامات والنظم القانونية، وأصبحت الإرادة في ظله هي وحدها التي تملك القدرة على إنشاء العقد، وهي التي تملك أيضاً تحديد آثاره دون قيد، ويرجع أساس هذا التصوير في نظر الفقهاء إلى أن هذا المذهب قد اعتبر الفرد محور المجتمع، وقدم مصلحته الخاصة على المصلحة العامة، ولم يجعل من الدولة سوى مجرد حارس له ولمصالحه.

ومعلوم أن واضعي القانون المدني لم يتحرَّوا تحقيق المساواة في العلاقات العقدية بالنظر إلى مراكز الأشخاص من حيث صفتهم كمستهلكين أو مهنيين؛ بل وجَّهوا النصوص القانونية لتحقّق التوزان في كل العلاقات وبالنسبة لكل متعاقد، فقد حمَوا البائع مثلا كما حموا المشتري، ولم ينظروا في ذلك إلى مركز المتعاقد من حيث القوة والضعف، وإنما نظروا إلى مركزه القانوني من حيث علاقة الدائنية، في حين أن الواقع العملي كشف في كثير من الأحوال أن طرفي العلاقة التعاقدية ليسوا دائما على قدر من المساواة، وأن أغلب المعاملات بينهم يميّزها وجود طرفين؛ أحدهما قوي يملي شروطه، والآخر ضعيف لا يملك سوى الخضوع لها في سبيل تلبية حاجاته وإشباع رغباته، وهذا الذي دفع الكثير إلى المناداة بضرورة إيجاد آليات جديدة تكفل حماية الطرف الضعيف، فضلا عن الضمانات التي تقدمها القواعد العامة للعقود التي لم تعد في نظرهم قادرة على مواجهة الأشكال الحديثة للتعاقد.

إن تطور عمليات التصنيع والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات، نتيجة الثورة الصناعية التي شهدها القرن التاسع عشر، غيَّر الكثير في نمط التعاقد، وأدى بصورة مباشرة إلى اتساع المعاملات المالية، وجعلها مجالا خصبا لنمو العقود النموذجية، المعدّة سلفا وبإرادة منفردة للمهنيين مقدمي هذه السلع والخدمات.

وفي ظل هذه الظروف، وبالنظر إلى طابع السرعة والحركية الذي يتسم به النظام الاقتصادي عموما والمعاملات التجارية على وجه الخصوص، أصبح المهنيون يعدون نماذجاً للعقود، تتضمن شروطا موحَّدة، محرَّرَة مسبقا ومعدَّة بطريقة تجعل من المهني مستعدّا لمواجهة جميع الاحتمالات، حيث تُدرَجُ هذه الشروط في العقود المنْصَبَّة على السلع والخدمات نفسها دون الاعتداد بمركز المتعاقد معه في هذه العلاقة، فقد ترِدُ هذه الشروط بطريق الإحالة لوثائق متعدِّدة النسخ، مما يحول دون الاطلاع عليها[1]، وقد تكون

[1]– و مثال ذلك، بطاقة التعبئة الخاصة بخدمة الانترنت، و في الجهة الخلفية تحيل المستفيد من هذه الخدمة إلى الرابط الإلكتروني من أجل الإطلاع على بنود العقد، التي تتضمن حقوق المستفيد والتزاماته، وهو ما لا يتيسر عند الكثيرين من مستعملي خدمة الأنترنت.

معلنة في مكان إبرام العقد[1]، وما على هذا الأخير إلا التوقيع عليها، دون مشاركته في إعدادها أو التعديل من شروطها، أو التفاوض بشأنها.

وقد يظهر في الوهلة الأولى أن هذه العقود –التي لا غنى عنها في نظام الإنتاج والتوزيع بالجملة– تقدم من المزايا ما يحقق لغير المهني أو المستهلك السرعة في الحصول على السلع والخدمات، والسلامة في المعاملات التي تقتضيها الحرية التعاقدية، إلا أن الحقيقة خلاف ذلك؛ حيث أن هذه العقود النموذجية تمس بالعدالة العقدية التي ينبغي أن تجمع بين المهني والمستهلك، على اعتبار أن انتشارها يؤدي إلى إذعان المستهلك لشروط العقد دون أن تكون له دراية بمضمونه، وهو الأمر الذي قد يمس بجوهر فكرة الائتمان والثقة المفترضان بالمهني.

وبالنظر إلى الإنتاج والتوزيع بالجملة للسلع والمنتجات وتعقد وتشابك سلسلة التوزيع مع السرعة التي تتم بها هذه العمليات، ونظرا لما يتمتع به المهنيون من قوة ونفوذ اقتصادي؛ سواء كانوا صناعا، أم موزعين، أم بائعين بالجملة، أم بالتجزئة، فإنهم دأبوا على تضمين عقودهم شروطاً تعسفية وَضعُوها مسبقا وبإرادةٍ منفردة –كما أسلفنا بيانَه– تعتبر في جوهرها مجحفة في حق الطرف الآخر الذي لم تكن له الحرية في مناقشتها أو التفاوض بشأنها.

يستمد موضوع حماية المتعاقد من الشروط التعسفية أهميته من خلال ضرورة تحقيق توازن العلاقة التعاقدية لمصلحة الطرف الضعيف؛ فالحق في الحصول على الحماية اللازمة في مواجهة الشروط التعسفية صار من الحقوق الأساسية لهذا الأخير، ذلك أن عدم مناقشة بنود العقد تحول دون تحقيق مبدأ المساواة العقدية الذي يقتضي حرية اختيار بنود العقد والمساهمة في تحديد الالتزامات المتقابلة لطرفي العقد.

[1]– كما هو الحال بالنسبة لعقود خدمات الفندقة، بحيث يقوم المستفيد من هذه الخدمة بإبرام العقد الذي يتضمن الإحالة إلى وثيقة معلنة على الجدار بجانب مدخل الغرفة، دون أن يطلع على مضمون هذه الشروط أثناء إبرام العقد.

ويقرر الفقه أن تضمين العقد بالشروط التعسفية يجد سببه في غياب التوازن في العلاقة التعاقدية التي تربط بين الطرفين عموما، وبين المستهلك والمهني على وجه الخصوص؛ إذ لا شك أن المهني الذي يملك قوة اقتصادية ومالية وفنية وقانونية، تمكّنه من بسط هيمنته على السوق، واحتكار السلع أو الخدمات، أو السيطرة عليها وجعل المنافسة فيها محدودة، له القدرة على تضمين عقوده المُعَدَّة سلفا، شروطا تتضح بالتعسف ليعرضها على طرفٍ ضعيف غير قادرٍ على التفطن لها فضلا عن مواجهتها؛ إما لكثرتها، وإما لاستحالة الإحاطة بأحكامها، وإما لتعقُّد صِيَغِها، أو لصعوبة استيعاب مضمونها.

وفي ظل هذه الظروف، حاولت بعض التشريعات احتواء مشكلة اختلال التوازن العقدي الذي تحدثه الشروط التعسفية، وذلك بموجب قواعد خاصة، فضلا عن القواعد العامة للعقود، بهدف توفير حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهو التوجُّه الذي تبنّاه المشرع الجزائري في نصوصهِ؛ حيث سعى إلى وضع قواعد حمائية حديثة تتناسب ومستجدات وسائل التعاقد، ومعتمِدة على معايير تكشف عن صفة التعسف فيها، ومتبنية لطرقٍ حديثة للرقابة عليها، وهو ما عجزت عن تحقيقه –إلى حد ما– القواعد العامة في هذا المجال.

ونظرا للأهمية التي يكتسيها هذا الموضوع، قمنا ببحث وتحليل النصوص القانونية التي وضعها المشرع الجزائري وكذا التشريعات الحديثة، من أجل الوصول إلى نتيجة أعمق وأدق عن فكرة الشروط التعسفية، ومن جانب آخر، فقد تعرضنا بالدراسة لأهم الأحكام والقرارات القضائية الصادرة بهذا الخصوص، والتي كانت في أغلبها متعلقة باجتهادات القضاء الفرنسي، مقارنة بالقضاء الجزائري؛ وذلك يرجع إلى الاعتقاد الراسخ لدى المستهلك الجزائري بمشروعية وإلزامية الشروط التعسفية، بسبب ضعف ثقافته في هذا المجال، كما أن انتشار المرافق الصناعية والتجارية التابعة للدولة وفرض احتكار وطني للسلع والخدمات في فترة العمل بالنظام الاشتراكي، أكسب تلك الشروط المدرجة في العقود المبرمة خلال هذه الفترة، الطابع القانوني مع بقاء الاعتقاد بإلزاميتها، وهذا كله أدى إلى ندرة القرارات والأحكام القضائية الخاصة بالشروط التعسفية.

و تبعا لما سبق يبدو ملحا أن نطرح الإشكال الآتي: **ما مضمون فكرة الشروط التعسفية لدى المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة، وما هي الوسائل المقررة للحماية منها؟**

و تدعيما لهذا الإشكال تستدعي الدراسة الإجابة عن بعض التساؤلات الفرعية التي واجهتها أغلب التشريعات المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية، وهي:

- من هم الأشخاص المعنيون بالحماية القانونية من الشروط التعسفية؟ وهل تسري قواعد الحماية على المستهلك فقط، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، أم يمكن أن تمتد إلى كل متعاقد ضعيف دون الاعتداد بصفته؟
- ما هي المعايير التي اعتمدتها التشريعات للكشف عن الطابع التعسفي للشروط العقدية؟
- ما هي الوسائل الحديثة التي قررها القانون للحماية من الشروط التعسفية، وما مدى فعاليتها؟

وللإجابة على التساؤل المطروح، ارتأينا أن نتناول هذا الموضوع بالبحث والدراسة، معتمدين في ذلك على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، باعتباره المنهج العلمي المناسب لدواعي المقارنة بين أحكام التشريع الجزائري الحديثة، والتشريعات المقارنة، وكسبيل لبحث مضمون فكره الحماية من الشروط التعسفية من جهة، ولبيان وسائل الرقابة التي قررها القانون على هذه الشروط من جهة أخرى.

وقد ارتأينا معالجة هذا الموضوع من خلال فصلين؛ الفصل الأول سنتناول في دراسة مضمون فكرة الشروط التعسفية، وذلك بالتعرض للمجال الشخصي والموضوعي لها وفق القانون الجزائري والقانون المقارن، كما سنبين معايير الكشف عن الطابع التعسفي للشرط، أما في الفصل الثاني سوف نتطرق إلى دراسة الوسائل التي قررها القانون للرقابة على هذه الشروط والحد منها، بهدف تحقيق حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

الفصل الأول

النطاق الشخصي و الموضوعي لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية

من أجل تحديد النطاق الشخصي لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية، يستوجب بداية تحديد الشخص المستفيد من هذه الحماية، غير أن ذلك يثير التساؤل في مدى تطبيق القواعد القانونية الحمائية، بمعنى هل يستفيد من هذه القواعد كل متعاقد ضعيف يقع ضحية شروط تنضح بالتعسف يمليها عليه المتعاقد معه، أم تقتصر فقط على المستهلك باعتباره على العموم الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية. لذلك كان لزاما أن نبحث عن مفهوم المستهلك الذي يعد جديرا بالحماية القانونية، ثم نتطرق إلى مفهوم المهني باعتباره الطرف الثاني في العلاقة التعاقدية مع غيره من المهنيين وكذا مع المستهلكين، وهو ما سنتناوله بالبحث والدراسة في **المبحث الأول**.

ومن أجل تحديد النطاق الموضوعي لتطبيق قواعد الحماية من الشروط التعسفية، يستوجب منا التطرق إلى المجال العقدي لهذه الشروط، حيث يطرح التساؤل حول مدى إمكانية إعمال قواعد حمائية في مواجهة الشروط التعسفية في كل العقود مهما كان نوعها، أم يجب أن تقتصر هذه الحماية على عقود معينة فقط؟ ثم ما المقصود بالشرط التعسفي الذي تقررت هذه الأحكام القانونية لمكافحته؟ ذلك هو محل دراستنا في **المبحث الثاني**.

المبحث الأول: النطاق الشخصي للحماية من الشروط التعسفية

مما لا شك فيه أن الهدف من مواجهة الشروط التعسفية هو حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بموجب قواعد قانونية تضمن له حماية فعالة من تلك الشروط المجحفة في حقه والتي يمليها عليه الطرف القوي في هذه العلاقة[1]، ولأجل ذلك ينبغي تحديد مفهوم كل من المستهلك والمهني باعتبارهما معنيان بهذه القواعد لمواجهة الشروط التعسفية في العقد.

[1]- **فاروق العربي**، ¤ دور التشريعات في إقامة التوازن بين المستهلك والتاجرη، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص.2. (ص.171 من الملف الكامل) منشورة على الرابط الإلكتروني: http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/1998-med/1.pdf

المطلب الأول : مفهـــوم المستهلك

حظي مفهوم المستهلك بإجماع علماء الاقتصاد، حيث عرفوه بأنه : " *الشخص الذي يستعمل السلع والخدمات ليفي بحاجاته ورغباته، و ليس بهدف تصنيع السلع الأخرى التي اشتراها* "[1]، وعلى النقيض من ذلك، فإن مفهوم المستهلك في المجال القانوني قد أثير بصدده جدلا فقهيا واسعا، أدى إلى صعوبة في تحديد مضمونه[2]، كون أن معظم التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك لم تتعرض لتعريفه، الأمر الذي دفع بالكثير من الفقهاء إلى محاولة تعريفه وفق معطيات و ظروف مختلفة وهو ما أدى إلى حدوث شرخ كبير بينهم، حيث اتجه جانب منهم إلى تبني التعريف الضيق، بينما ذهب آخرون إلى تبني المفهوم الموسع له[3].

يتنازع تحديد المقصود بالمستهلك إتجاهين رئيسيين[4]، أحدهما يعتد بالهدف أو الغاية من التصرف، مما يفيد التضييق من مجال مفهوم المستهلك، أما الإتجاه الآخر، فهو يعتد بصفة الشخص كطرف ضعيف في مواجهة طرف أقوى منه، دون اعتبار للغاية من تصرفه. وعليه فإن هذا الإتجاه يوسع من نطاق مفهوم المستهلك لتشمل الحماية كل متعاقد يتضرر من الشروط التعسفية حتى و لو كان مهنيا[5].

---

[1]– **بـودالي محمـد**، مـدى خضـوع المرافـق العامـة ومرتفقيهـا لقـانون حمايـة المسـتهلك، الإدارة، العـدد 24، 2000، ص.33.

[2]– **لحراري (شالح) ويزة**، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة : 29 فيفري 2012، الهامش رقم: 1، ص.14.

[3]– **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، جامعة وهران، 2008، ص.313.

[4]– **صنور فاطمة الزهراء**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا – ألمانيا – مصر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2006–2007، ص.19.

[5]– وهو ما تبناه المشرع الألماني حينما أصدر القانون المؤرخ في 9 ديسمبر 1976.

الفرع الأول : المفهوم الضيق للمستهلك

يعتبر الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك هو الاتجاه السائد في كل من التشريع والفقه والقضاء[1]، ويقصد بالمستهلك حسب هذا المفهوم :"*كل شخص يتعاقد بقصد إشباع احتياجاته غير المهنية من السلع أو الخدمات*"، وهذا المفهوم أخذت به أغلب التشريعات، ويعد هذا التعريف مقيد لفكرة المستهلك في نظر غالبية الفقه، فضلا عن تميزه بالبساطة والدقة القانونية مما يوفره من حماية للمستهلك[2].

وهذا التعريف القانوني جاء مطابقا للتعريف المقترح من طرف لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك الفرنسي[3] التي عرفت المستهلك أنه: "*الشخص الطبيعي أو المعنوي للقانون الخاص الذي يقتني أو يستعمل مال أو خدمة لغرض غير مهني*"[4]، مع العلم أن هذا التعريف لم يتم تبنيه من قبل المشرع الفرنسي، و نتيجة لذلك صدر قانون الاستهلاك في 1993 خاليا من تعريف المستهلك، مما أدى إلى وجود عدة مفاهيم للمستهلك في نصوصه، و بالنظر إلى الأحكام القانونية المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية الواردة بموجب القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[5]، فإن المشرع الجزائري قد تبنى موقف أغلب التشريعات التي أخذت بالمفهوم الضيق للمستهلك، حيث عرف المستهلك على أنه: "*كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا مقدمة للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني*".

---

[1] – **حسن عبد الباسط جميعي**، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص.11.

[2]– **أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 77.

[3]– **بودالي محمد**، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص.5.

[4]- **J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE**, *Droit de la consommation*, Dalloz, 8ème édi. Paris, 2010, p.9: «est un consommateur celui qui se procure ou qui utilise pour un usage non-professionnel».

[5]– القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 يونيو 2004 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 09 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 27 يونيو 2004، ص. 04 .

يستخلص من هذا التعريف أن هناك شروط قانونية يستلزم توافرها في المتعاقد حتى يكتسب وصف المستهلك وهي:

أولا : الشروط اللازمة لاكتساب صفة المستهلك حسب المفهوم الضيق:

1- اشتراط أن يكون الشخص طبيعيا أو معنويا :غالبا ما يكون المستهلك شخصا طبيعيا، ذلك أن اقتناء السلع أو الخدمات لهدف غير مهني يقتضي وجود احتياجات شخصية باعتبارها أساس إحتياجات الشخص الطبيعي[1]، وبالتالي لا يتصور حسب هذا المفهوم أن يكون الشخص المعنوي مستهلكا، وهو ما يفسر موقف التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية، التي استبعدت صراحة الشخص المعنوي من تعريف المستهلك، وهذا بنصها على أنه : "*طبقا للعقود المتعلقة بهذه التوجيهة، يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطه المهني*"[2]، وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة العدل الأوروبية[3] والتي لم تعترف بدورها بوصف المستهلك للشخص المعنوي[4].

وعلى النقيض من ذلك فإن جانباً من الفقه الفرنسي يعتبر أن مفهوم المستهلك يسري على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فطالما أن النص القانوني[5] لا يستبعد صراحة الشخص المعنوي من مجال تطبيقه، فلا مانع من امتداد هذا الوصف إلى بعض الأشخاص المعنويين للقانون الخاص الذين لديهم نشاط غير مهني، وهو ما أيدته العديد من أحكام القضاء الفرنسي[6].

---

[1]- **بودالي محمد**، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.45.

[2] - Art. 02 du la Dir. C.E.E. n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, J.O.C.E. 21 avril 1993, n° L. 95-29, p. 29 : « b) consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle».

[3] - C.J.C.E., 22 novembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 397, J.C.P. 2002, II, 10047, note **PAISANT** : « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b, de la directive n° 93/13/C.E.E. du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques.»

[4]- **كجار (سي يوسف) زاهية حورية** ، المسؤولية المدنية للمنتج – دراسة مقارنة – أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، 2006، ص. 30.

[5] -Art. L.132-1 al. 1 c. consom. Fr.

[6] -T.G.I. Paris 07 septembre 1999, Dalloz, 1999, n° 44, p. 89 ; Cass. Civ. 1re, 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I , n° 59, Dalloz, 1999, I. R., p. 82 ; Cass. Civ. 1re , 5 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 78, p. 60, J.C.P. 2002, n° 31, p. 1459, note **G. PAISANT**.

أما موقف المشرع الجزائري من ذلك فإنه يتجلى بوضوح من خلال مضمون التعريف القانوني الوارد في أحكام القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[1] الذي يضفي صفة المستهلك على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فلا مجال إذن للتمييز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي طالما أن هذا الأخير لا يمارس نشاطاً مهنياً، وهو بذلك يشبه المستهلك تماما، خاصة وأن طبيعة نشاطه تستبعده من المجال المهني.

2- إشتراط أن يقتني هذا الشخص أو أن يستعمل سلعة أو خدمة : يتبين من القراءة الأولية لتعريف المستهلك، أن المشرع الجزائري قد ركز على عملية الاقتناء في تحديد مفهوم المستهلك، وأخرج المستعمل من هذه الدائرة مما يفيد أنه لا يستفيد من الحماية القانونية لمواجهة الشروط التعسفية، ومن هذه القراءة يظهر أن هناك نوعا واحدا من المستهلكين معني بهذه الحماية ألا وهو المقتني للسلعة أو الخدمة فقط بالرغم من تسليم جميع القوانين المقارنة على دخول المستعمل في دائرة المستهلكين بوصفه يمثل أكبر شريحة منهم[2].

لكن و بإستقراء مضمون النص العربي للمادة الثالثة في فقرتها الثانية من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يلاحظ أن المشرع أسقط عبارة يستعمل الواردة في النص الفرنسي[3]، ومن ثم يمكن القول إن التعريف القانوني

---

[1]- المادة 03 فقرة 02 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 11 ربيع الأول 1430 الموافق لـ 08 مارس 2009، ص. 12.

[2]- **يوسف جيلالي**، مبدأ الحيطة و مبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية و العلاقات الدولية، جامعة وهران – السانيا- ، السنة الجامعية 2005 – 2006، ص.6.

[3]- Art. 3 al. 2 de la Loi n° 04 - 02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales : « consommateur : toute personne physique ou morale qui acquiert ou **utilise**, à des fins excluant tout caractère professionnel, des biens ou des services mis en vente ou offerts.»

يشمل كذلك الشخص المستعمل للسلع أو الخدمات، و بناء عليه فإن هناك نوعين من المستهلكين أحدهما مستهلكا مقتنيا للسلعة أو الخدمة و آخر مستعملا لها[1].

3- وجوب أن ينصب عقد الاستهلاك على السلع أو الخدمات : يتضح اتساع نطاق مفهوم المستهلك من خلال تعريف المشرع لمصطلحي السلع والخدمات، لأن عقد الاستهلاك يرتبط دائما بالحصول على السلع أو الخدمات التي يلتزم المهني بأدائها للمستهلك،[2] ومن ثم تبرز أهمية هذين المصطلحين في تحديد مفهوم المستهلك.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن المقصود بالسلع هو تلك التي يتم استخدامها من طرف المستهلك في إطار هدف غير مهني[3]، أما التشريع الجزائري و وفقا للقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإنه لم يتعرض لتعريف السلع، بل أوردها في المادة الثالثة من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

إضافة إلى السلع، يمتد الاستهلاك أيضا إلى أداء الخدمات[4]، وعلى هذا الأساس يمكن أن يتضمن عقد الإستهلاك شروطا تعسفية من خلال أداء الخدمة بصرف النظر عن طبيعتها ما دامت تمثل عملا يمكن تقديره نقدا.

إن المشرع الجزائري وعلى غرار نظيره الفرنسي أورد في المادة الثالثة من القانون رقم 09-03 أعلاه، تعريفا للخدمة على أنها : "*كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى و لو كان هذا التسليم تابع أو مدعما للخدمة المقدمة*"، و عليه فإن الخدمة تعتبر من بين موضوعات العقد، وبهذا فهي تختلف تماما عن الجهد المبذول في تسليم السلعة، الذي يدخل في الالتزام بالتسليم المترتب على عاتق المهني.

---

[1]-**LACHACHI Mohamed**, L'équilibre du contrat de consommation (Etude comparative), mémoire présenté et soutenu pour l'obtention du diplôme de Magister en droit privé, spécialité : relations agents économiques/consommateurs, université d'Oran, faculté de droit, 19 mars 2013, P.5.

[2]- **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص. 19.

[3] - **J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE**, *Droit de la consommation*, op. cit., n°10, p.9: «est un consommateur celui qui se procure ou qui utilise pour un usage non-professionnel»..

[4]- **بن داود إبراهيم**، سلسلة الإصدارات القانونية، قانون حماية المستهلك وفق أحكام القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، دار الكتاب الحديث، دراية، الجزائر، 2013، ص. 34.

4- اشتراط تحقيق هدف ذو طابع غير مهني: بالنظر إلى المادة الثالثة للقانون رقم 04-02 المتعلق بالشروط المطبقة على المعاملات التجارية، يعد الهدف المجرد من الطابع المهني الوارد في تعريف المستهلك هو ما يميز بين المستهلك والمهني، وبناء على ذلك يعد مستهلكا ، كل من يقتني أو يستعمل السلعة أو الخدمة لهدف غير مهني[1].

لقد أخذ التعريف القانوني للمستهلك بعين الاعتبار الغرض من التعاقد لأجل الحصول على السلعة أو الخدمة، و بذلك يلاحظ أن الهدف من إبرام العقد هو الحصول على السلعة أو الخدمة، إذ يعدان أهم عنصرين محددين لمفهوم المستهلك[2].

ثانيا : أساس الأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك

إن معيار الغرض غير المهني هو أساس الأخذ بالاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك[3]، وعليه فإن المستهلك الجدير بالحماية القانونية تبعا لذلك هو الشخص الذي يتعاقد بغرض الاستهلاك النهائي دون أن يرتبط بأي نشاط مهني، وهو ما يسمى بالمستهلك النهائي[4].

و بالرغم من أهمية معيار الغرض غير المهني في التفرقة بين المستهلك والمهني، إلا أن هناك حالات قد أثارت إشكالا و تتمثل في ما يلي :

---

[1]- **غسان رباح** ، قانون حماية المستهلك الجديد (المبادئ، الوسائل و الملاحقة) – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت،لبنان، 2006، ص.17.

[2]- **طحطاح علال و يعقر الطاهر**، مداخلة بعنوان: مفهوم المستهلك، الملتقى الوطني حول المنافسة و حماية المستهلك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05-06 ديسمبر 2012 ، ص.9.

[3] - Art. 02 du la Dir. C.E.E. n° 93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, J.O.C.E. 21 avril 1993, n° L. 95-29, p. 29 : « b) consommateur : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui **n'entrent pas** dans le cadre de son activité professionnelle».

[4] – **قموح عبد القادر**، محاضرات في قانون الاستهلاك، تخصص قانون أعمال، منشورة على الرابط الإلكتروني: http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1515-topic تم تحميله بتاريخ : 24-03-2015 على الساعة 22:35.

1- حالة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني أو يستعمل سلع أو خدمات لغرض مزدوج:

يقصد بالغرض المزدوج، الاستعمال المختلط[1]، حيث يكون للشخص صفتين معا، صفة المهني و صفة المستهلك، الأمر الذي يقتضي تحديد مركز هذا الشخص، ذلك أن اعتباره مستهلكا، يعني استفادته من الحماية المقررة للمستهلك، أما في حالة اعتباره مهنيا فإنه سيحرم من هذه الحماية[2].

تبعا لمعيار الغرض غير المهني، لا يعتبر الشخص مستهلكا ولا يستفيد من قواعد الحماية القانونية، إلا في حدود المعاملات المرتبطة بحاجات استهلاكه النهائي الخاص، وتنتفي عنه هذه الصفة إذا ما اختلطت هذه الحاجات بحاجاته المهنية.

2 – التعاقد خارج مجال الاختصاص

يرى جانب من الفقه بأن يستبعد الشخص الذي يتصرف لحاجات مهنته من مجال تطبيق القواعد الحمائية، حتى ولو كان التصرف خارج مجال تخصصه[3]، و يبررون ذلك بأن المهني الذي يتصرف خارج مجال تخصصه يحوز على أكبر قدر من الخبرة والدراية مقارنة مع الشخص العادي.

وتجدر الإشارة إلى أن الاتحاد الأوروبي أولى اهتماما بالغا بموضوع الحماية من الشروط التعسفية، وذلك في محاولة وضع إطار عام للدول الأوروبية من أجل توفير حماية قانونية للمستهلك في مجال الشروط التعسفية، لذا قام المشرع الأوروبي بسن توجيهة أوروبية تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[4]، تضمنت التعريف بالمستهلك متبنية المفهوم الضيق له، و اشترطت أن يكون تصرف الشخص في

[1]– **بودالي محمد**، مدى خضوع المرافق العامة و مرتفقيها لقانون حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 38.

[2]– **عبد الحميد الديسطي عبد الحميد**، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج –دراسة مقارنة– دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص.ص. 29؛30.

[3]– **بودالي محمد**، المرجع و الموضع نفسه.

[4]- Directive C.C.E. n°93-13, 05 avril 1993, clauses abusives, J.O.C.E.21 avril 1993, n°L.95,p.29.

إطار غير مهني، وبذلك جعلت الحماية من هذه الشروط تتصرف إلى المستهلك فقط، واستثنت المهني صراحة منها[1].

لما كانت الاستفادة من القواعد المقررة لحماية المستهلك قصرا على الشخص الذي يحوز صفة المستهلك، اشترط المشرع الجزائري في المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أن يكون هذا الشخص بذاته طرفا في العقد في مواجهة المهني، مهما كانت طبيعة شخص المستهلك، شخصا طبيعيا كان أو معنويا، بحيث لا يستفيد من تطبيق القواعد الخاصة بالمستهلك أي شخص آخر تحت أي صفة، خاصة وأن في نص المادة الثالثة في فقرتها الثانية من نفس القانون، رفض المشرع تمديد الحماية القانونية للمستهلك إلى العون الاقتصادي، لاعتباره مستبعدا من مجال الحماية، و لكونه خاضعا لأحكام أخرى[2].

الفرع الثاني : المفهوم الموسع للمستهلك

أجمع الفقهاء على أن الشخص الجدير بالحماية هو المستهلك النهائي لهدف غير مهني، إلا أن هناك جانب من الفقه والقضاء الفرنسي بصفة خاصة يميل إلى إمكانية التوسيع من مجال الحماية القانونية المقررة للمستهلك من الشروط التعسفية، وذلك بناء على أن هناك فئات أخرى من المتعاقدين، لا تستهلك على النحو المذكور سابقا – وفقا للمفهوم الضيق–، ولكن تشترك مع المستهلك في نفس العلة ألا وهي حالة الضعف مهما كان نوعه[3].

تبعا لذلك، أخذت بعض التشريعات الأجنبية بالمفهوم الواسع للمستهلك، كالمشرع الألماني الذي اتجه بموجب القانون المتعلق بالشروط العامة في العقود إلى عدم قصر الحماية القانونية من الشروط التعسفية على المستهلك فقط، وإنما مدد في نطاقها لتشمل كل طرف في العقد لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حر، سواء كان مستهلكاً أم

[1]– **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، المرجع السابق، ص.33.

[2]– **رباحي أحمد**، المرجع السابق، ص.310.

[3]– **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2007، ص.ص. 19؛20.

غير ذلك[1]، وهو ما يتفق مع موقف القانون الانجليزي[2]، كما تم اعتماد التعريف الموسع لمصطلح المستهلك من طرف جانب من التطبيقات القضائية، حيث ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى تبني ما أقرته الأحكام القضائية في الأخذ بهذا المفهوم الواسع[3].

يرى البعض أن توسيع مفهوم المستهلك إلى أشخاص آخرين يمكنهم الاستفادة من الحماية القانونية المقررة للمستهلك، لا يعني أنهم حتما مستهلكين بل يمكن تشبيههم بذلك[4]، ويعتبر الخلاف حول اكتساب بعض الأشخاص لوصف المستهلك، مصدر الصعوبة التي يجدها الفقه والقضاء الفرنسي في تحديد مفهوم المستهلك، ومن أهم الحالات التي أثارت الجدل، حالة المهني الذي يتصرف خارج نطاق إختصاصه، وكذلك حالة المنتفعين أو المستفيدين من خدمات المرافق العامة.

أولا : توسيع مفهوم المستهلك إلى المهني الذي يتعامل خارج نطاق إختصاصه

إهتم الفقه والقضاء الفرنسي بوجه خاص بمسألة التوسيع من نطاق تطبيق حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية من حيث الأشخاص[5]، وذلك بسبب اقتران مصطلح غير المهني بلفظ المستهلك في النص القانوني، الذي يقضي بأنه : " *تعتبر شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المهني و غير المهني أو المستهلك ...*" [6]، ونظرا لغياب تعريف قانوني للمستهلك انقسم كل من الفقه والقضاء بشأن تصنيف غير المهني، الأمر الذي فسح المجال لمختلف التفسيرات فيما يتعلق بمصطلح غير المهني، فهل يعد هذا الأخير مستهلكا وبالتالي يستفيد من الحماية القانونية، أم يعتبر مهنيا فيستبعد من مجال تطبيق الأحكام القانونية لهذه الحماية من الشروط التعسفية؟

---

[1]– القانون الصادر في 9 ديسمبر 1976 الذي بدأ العمل به في 1 أفريل 1977.

[2]– قانون الشروط التعاقدية غير العادلة (U.C.T.A. : Unfair Contracts Terms Act) الصادر في 1977.

[3]– **عاطف عبد الحميد حسن**، حماية المستهلك، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص.26.

[4]- **J. GHESTIN**, *Rapport introductif,* in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p. 10.

[5] - **J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ**, *Droit de la consommation*, Dalloz, 5eme édition, n° 12, p. 10.

[6] -Art. L.132-1 al. 1 c. consom. fr.

لقد عرف المفهوم الموسع لاصطلاح المستهلك تطورا ملحوظا نتيجة للاجتهاد القضائي، لاسيما وأن محكمة النقض الفرنسية لم تتبع نفس الموقف في تحديدها لمفهوم المستهلك أو غير المهني، حيث اعتمدت في بداية الأمر على معيار الاختصاص المهني –الشخصي–، ثم في مرحلة ثانية إستندت على معيار العلاقة المباشرة–الموضوعي–[1].

1- معيار الاختصاص المهني:

يسمح معيار الاختصاص المهني بتوسيع نطاق الحماية القانونية من الشروط التعسفية إلى المهني الذي يتصرف خارج مجال تخصصه المعتاد[2]، وعلى هذا الأساس أيدت بعض الأحكام القضائية الفرنسية الصادرة في مجال الشروط التعسفية تمسكها بمعيار الاختصاص المهني، مما جعل الاجتهاد القضائي الفرنسي يكرس مفهوماً جديداً للمستهلك ألا وهو: المهني المستهلك[3].

يرى جانب من الفقه الفرنسي الذي يميل إلى بسط الحماية المقررة للمستهلك لتشمل المهني الذي يتصرف خارج مجال تخصصه[4]، وذلك على أساس أنه قد يجد نفسه في مواجهة متعاقد آخر متخصص، وبالتالي يكون في وضعية ضعف تشبه وضعية المستهلك العادي الجدير بالحماية القانونية، أي بمفهوم المخالفة إذا تصرف المهني في مجال تعامله، فلا يمكن وصفه بأنه غير المهني الشبيه بالمستهلك[5].

---

[1] - **N. SAUPHANOR**, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, L.G.D.J., 2000, n° 392, p. 245.

[2] – **عبد الحميد الديسطي عبد الحميد**، المرجع السابق، ص.33.

[3] - **A. SINAY-CYTERMANN**, *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, n° 36, p. 260 et 261 : « le professionnel-consommateur est celui qui n'accomplit pas un acte de la profession, même s'il contracte à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle, il n'agit pas pour les besoins de cette dernière à des fins lucratives.»

[4] - **D. MAZEAUD**, *Le juge face aux clauses abusives*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, 1993, P.U.M.A., p. 23 : « le critère qui conduit le juge à assimiler le professionnel au consommateur ne réside ni dans la finalité de l'acte, ni dans le lien objectif existant entre l'acte et la spécialité professionnelle, mais bien dans la compétence du professionnel quant à l'activité contractuelle qui a donné lieu à la clause.»

[5] - **A. SINAY-CYTERMANN**, op. cit., n° 33, p. 260 : «le professionnel contractant en dehors de sa compétence est ignorant, c'est un profane risquant de se trouver dans une situation d'infériorité comparable à celle d'un consommateur.»

و على العكس من ذلك، يرى آخرون أن الحماية المقررة للمستهلك لا تشمل المهني نظرا لتعاقده في مجال نشاطه الذي غالبا ما يكون مجرد من غرض الاستهلاك، لأن مبررات هذه الحماية لا تتوافر في حقه بسبب تمتعه بالخبرة والمعرفة في مجال معاملاته وسلطته الاقتصادية، وبذلك يعتبر معيار الاختصاص المهني الذي يوسع من نطاق مفهوم المستهلك بصفة عامة غير متفق مع الغاية التي تم من أجلها وضعت نصوص قانونية خاصة بحماية المستهلك، والتي تتمثل أساسا في العمل على إعادة التوازن للعلاقة العقدية التي تربط المهني بالمستهلك بغية توفير الحماية للطرف الضعيف فيها، عن طريق الحد من آثار الاختلال الناجم عن عدم تساوي مراكز الأطراف المتعاقدة[1].

إن المفهوم الموسع للمستهلك الذي يعكس إمكانية اعتبار المهني المتعاقد في غير تخصصه مستهلكا، يؤدي إلى جعل مصطلح المستهلك من المصطلحات التي يصعب تحديدها، الأمر الذي دفع ببعض الفقه إلى وصفه بأنه مفهوم غير محدد ويستحيل تعريفه، نظرا لصعوبة التمييز بين المستهلك والمهني، وكذا صعوبة تحديد الهدف المقصود من الاقتناء[2].

علاوة على ذلك، فإن توسيع مفهوم المستهلك ليشمل هذا المهني يضفي على حدود قانون الاستهلاك طبيعة غير محددة[3]، لأن معرفة ما إذا كان المهني يتصرف داخل مجال تخصصه أم لا، يتطلب البحث في كل الحالات. حالة بحالة وهو أمر صعب، إضافة إلى أن نتيجة هذا البحث غير مضمونة، مع العلم أنه يجب على المتعاقدين معرفة القانون الواجب التطبيق على علاقاتهم العقدية مسبقا دعما لاستقرارها، وبذلك يظهر المفهوم الضيق للمستهلك أكثر دقة ويحقق حماية قانونية مقارنة بالمفهوم الواسع.

---

[1]– **أحمد محمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، مصر، 1994، ص. 31.

[2] - **J. BEAUCHARD**, *Droit de la distribution et de la consommation*, P.U.F., 1996, p. 37.

[3] - **A. SINAY-CYTERMANN**, op. cit. n° 35, p. 261 : « ces controverses quant à la catégorie de professionnels-consommateurs trahissent à notre avis les imperfections d'une conception large du consommateur protégé : cette conception large rend imprécises les frontières du droit de la consommation.»

2- معيار العلاقة المباشرة بين النشاط المهني و موضوع العقد

قضت محكمة النقض الفرنسية في مرحلة ثانية، أنه لا يمكن للمهني أن يستفيد من الحماية في مواجهة الشروط التعسفية إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع ممارسة نشاطه المهني متبنية في ذلك معيار العلاقة المباشرة بين موضوع العقد والنشاط المهني، وهكذا أصبحت تضمن في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكا، كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني[1]. وتبعا لذلك، يمكن القول أن صفة المهني لم تعد تمثل في حد ذاتها سبباً لاستبعاد الاستفادة من مجال الحماية القانونية، ولا معيار الاختصاص المهني الذي استند عليه الاجتهاد القضائي سابقا.

لقد أكدت محكمة النقض بموجب العديد من القرارات الصادرة عنها في السنوات الأخيرة تمسكها بمعيار العلاقة المباشرة، مستبعدة بذلك من نظام الحماية من الشروط التعسفية تلك العقود التي لها علاقة مباشرة مع النشاط المهني الممارس من طرف المهني المتعاقد، وهكذا أصبحت محكمة النقض ترفض تطبيق الحماية القانونية على المهني الذي يبرم العقود التي يكون لها علاقة مباشرة مع نشاطه المهني[2].

طبقا لمعيار العلاقة غير المباشرة استخلص الفقه بمفهوم المخالفة، أن المهني يشبَّه بالمستهلك ويستفيد من الحماية القانونية، ليس فقط عندما يتعاقد خارج نطاق تخصصه المهني، وإنما ينبغي إضافة إلى ذلك أن لا يكون لموضوع العقد علاقة مباشرة مع النشاط المهني الممارس، وبالتالي فإن المهني يدخل في مجال تطبيق قواعد الحماية المقررة للمستهلك، عندما يبرم عقداً ليس له علاقة مباشرة مع نشاطه المهني، وقد استقت محكمة النقض هذا المعيار من التشريع المتعلق بالسعي التجاري[3]، ثم وسعت استعماله بخصوص القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية وقد كرسته صراحة في أحكامها الصادرة منذ 1995.

---

[1]- **أسامة أحمد بدر**، المرجع السابق، ص. 70.

[2]- Cass. Civ. 1re , 27 septembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 347, p. 287.

[3]- القانون المنظم للسعي التجاري الصادر في 31 ديسمبر 1989، المادة L.122-22-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

بناء على ما سبق، نستنتج أن مجرد التصرف في إطار النشاط المهني لا يكفي لاستبعاد تطبيق النصوص القانونية الحمائية، وبذلك فقد أصبحت محكمة النقض تميز بين ما إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع النشاط المهني من عدمه، بدلا من البحث عن المستهلك المستعمل للسلع و الخدمات أو الاستناد على مجال نشاطه وتخصصه.

بالرغم من أن هذا المعيار قد يقود في جانب من تطبيقاته إلى تحديد إطار للاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك، إلا أنه لا يصلح لأن يكون ضابطاً يحكم مفهوم المستهلك، وذلك لأنه لا يعتد بعدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين، فهو لا يهتم لوجود مركز قانوني قوي أو ضعيف، وإنما يرتكز فقط على مجرد وجود صلة تربط بين العقد الذي يبرم والمهنة التي تمارس[1]، أي أنه يعد معيار يخدم بالدرجة الأولى المهني؛ حيث يتمكن القضاء بمقتضاه من بسط الحماية القانونية على المهني، وفق شروط هذا المعيار.

وما يمكن قوله في هذا الصدد، أنه إذا كان النقد الذي وجه لمعيار العلاقة المباشرة والمعتمد حاليا من قبل محكمة النقض الفرنسية يقوم على فكرة أن الغاية الحقيقية من تقرير الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، تكمن في الضعف الاقتصادي والتقني والعلمي الذي يعاني منه المستهلك، فإنه لا مانع إذن من مد هذه الحماية لتشمل المهني الذي يعاني من نفس الضعف في مواجهة مهني آخر يفرض عليه شروطاً تعسفية تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين هذين الطرفين.

ثانيا: مدى اعتبار مستعملي المرافق العامة مستهلكين:

نظرا لمرونة فكرة المرفق العام، فإن البعض يرى بأن هذه الفكرة تقوم على الجانب العضوي أو الشكلي، غير أن فريقاً أخر يرى بأنها تقوم على الجانب الموضوعي أو المادي، في حين يرى فريق ثالث بأن فكرة المرفق العام تقوم على الجانبين معا، على اعتبار أن المرفق العام هو كل مشروع أو نشاط يمارسه شخص من أشخاص القانون العام، يخضع لنظام قانوني غير مألوف في القانون العادي المطبق على الأفراد، يهدف

[1]– **أسامة أحمد بدر**، المرجع السابق، ص. 73.

إلى تحقيق المصلحة العامة[1]، مما يثير التساؤل حول مدى اعتبار مستعمل المرافق العامة مستهلكا و المرفق العام مهنيا؟

1 – الأشخاص المستفيدون من خدمات المرافق العامة التجارية و الصناعية:

أصبحت المرافق العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري منذ القرار الشهير في قضية " Bac d'eloka "[2] الصادر عن محكمة التنازع الفرنسية، تخضع في علاقاتها مع المستفيدين للقانون الخاص، أي لاختصاص القضاء العادي، وعليه، يمكن تصنيف هذه المرافق ضمن قائمة المهنيين، كما يمكن للمستفيدين من خدماتها اكتساب صفة المستهلك[3]، طالما أنهم يقومون باقتناء السلع أو الخدمات لسد حاجاتهم الشخصية أو العائلية.

إن المنتفع أو المستفيد في علاقته مع هذه المرافق ليس في مركز تنظيمي، وإنما هو في مركز تعاقدي ناشئ عن تطابق إرادتين، غير أن هذا التطابق يبقى صوريا، ويخفي في حقيقته صورة إذعان المنتفع للشروط التي تضعها هذه المرافق من جانب واحد فقط، خاصة إذا كانت احتكارية كمؤسسة سونلغاز والجزائرية للمياه ومصالح البريد، حيث يجبر المنتفعون إلى التعامل معها، مما يؤدي إلى استمرار تبعية المنتفع للمرفق العام.

وفي ظل سياسة حرية السوق الحرة واتساع دائرة المنافسة، لم يعد المرفق العام يقدم أداء عاما، وإنما خدمة أو سلعة بصفة فردية، وهكذا تحول هذا المرفق الاقتصادي إلى محترف حقيقي يسعى إلى إرضاء المنتفع بشكل أساسي قبل أن يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، وتبعا لذلك تحول المنتفع من هذه المرافق الاقتصادية إلى مستهلك.

---

[1] – **مروان محي الدين القطب**، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص.ص. 26؛27.

[2] - Arrêt Bac d'eloka, Trib. Confi. 22 janvier 1921, Dalloz, 1921, 3, 1. (Clauses exorbitantes du droit commun) .

[3]- **G. ECKERT**, *Note de jurisprudence administrative*, Revue du droit public, n° 5, L.G.D.J., 2001, p. 1495.

2 : الأشخاص المستفيدين من خدمات المرافق العامة الإدارية

تكتسي فكرة اكتساب المرافق العامة الإدارية وصف المهني بعض الغموض على اعتبار أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح المادي، وإنما تحقيق المنفعة العامة، مما يفيد أنه لا مجال لتطبيق قانون حماية المستهلك على هذه المرافق، باعتبار أن مرتفقيها ليسوا بمستهلكين، لكن يوجد هناك نوع من المرافق العامة الإدارية التي تقدم خدمات بمبالغ مالية مثل المستشفيات ومكتب تسيير المياه بالبلدية ومصالح البريد، وعليه فإن المستفيدين غير المهنيين لهذه المرافق هم بالتأكيد من المستهلكين[1] إذ يمكنهم أن يثيروا قواعد قانون الاستهلاك و كذا القواعد الحمائية الأخرى في مواجهة الشروط التعسفية. و هو ما اخذ به القانون الفرنسي وكذا في القانون المعمول به في الاتحاد الأوروبي الذي يتجه إلى توسيع قواعد قانون الاستهلاك إلى مفهوم المرفق العام.

المطلب الثاني: مفهـــوم المهنـــي.

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم المهني من خلال بيان شروط اكتساب صفة المهني وكذا المعايير المعتمدة لتحديد مفهومه، على اعتبار أن الغموض الذي يكتنف مفهوم المستهلك لا يتبدد إلا بمقارنته مع المهني الذي يعتبر الطرف المقابل له في العلاقة التعاقدية.

ولكي يتضح مفهوم المهني أكثر، لا بد من البحث في مدى اكتساب المرافق العامة التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة لصفة المهني مما يعني إمكانية تطبيق قواعد القانون الخاص بشأنها، وكذا في مدى اعتبار أن المرافق العامة ذات الطابع الإداري التي تخضع في تسييرها إلى القانون العام تتصف بوصف المهني.

[1]– **ليندة عبد الله**، مداخلة بعنوان: المستهلك والمهني، مفهومان متباينان، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية– المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008. ص. 33.

الفرع الأول : شروط اكتساب صفة المهني و معيار تحديده.

عرف المشرع الجزائري المهني من خلال المادة 03 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية معبرا عنه بمصطلح العون الاقتصادي بأنه :¤ *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* n، لذلك يستوجب منا تحديد عناصر هذا التعريف، وكذلك المعيار الذي على أساسه تم تحديد مفهوم المهني.

أولا : شروط اكتساب صفة المهني.

تضمن التعريف السالف ذكره أنه لإكتساب الشخص صفة المهني يستوجب أن تتوفر فيه الشروط القانونية التالية[1]:

1- اكتساب الشخص لصفة المنتج أو التاجر أو الحرفي أو مقدم الخدمات:

من خلال التعريف السابق، يلاحظ أنه جاء ذكر أصناف الأعوان الاقتصاديين على سبيل المثال لا الحصر، و يتضح ذلك من خلال عبارة " أيا كانت صفته القانونية"، مما يتناسب و نهج الاقتصاد الحر الذي قد ينتج عنه أصناف جديدة من الأعوان الاقتصاديين الذين لا يستطيع المشرع حصرهم جميعا لاختلاف طبيعة أنشطتهم.

كما يلاحظ من هذا التعريف أنه لا يقتصر على التاجر الذي يتعامل مباشرة مع المستهلك، وإنما يمتد ليشمل كل شخص يمارس نشاطا مهنيا مهما كان نوعه، وعليه يدخل في تعداد المهنيين كل من المنتج والصانع والتاجر والحرفي والموزع والمحترف والمقاول، ومقدم الخدمات دون التفريق بينهم، ويعود هذا التعداد أساسا إلى اعتبار أن هذا العون الاقتصادي يعد بمثابة كل من يتدخل في إطار عملية وضع السلعة أو الخدمة للاستهلاك، والخدمة هنا لا يقصد بها العرض في السوق فقط، وإنما جميع المراحل التي

[1]- **بودالي محمد**، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص.68.

تمر بها بدءا من مرحلة الإنتاج إلى العرض النهائي ويدخل في ذلك كل من عمليات الإنتاج و التوزيع وكذا تقديم الخدمات[1].

2- ممارسة النشاط المهني في إطاره المهني العادي:

يرى البعض أن ممارسة النشاط المهني يعد عنصرا أساسيا في تحديد مفهوم المهني، على أن يتم ذلك في إطار المهنة المعتادة، أي طبقا للشروط التي تقتضيها كل مهنة، سواء كان تاجرا أم حرفيا أم منتجا، أم مقدم خدمات[2].

و يرى البعض الآخر أن النشاط المهني هو نشاط منظم يهدف إلى تحقيق الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات، وبالتالي يشمل مفهوم المشروع والاستغلال الاقتصادي أو المؤسسة الاقتصادية[3]، مما يفيد أن المهني وعلى خلاف المستهلك هو ذلك الشخص الذي يتصرف لأغراض مهنته، ويدخل في هذا الإطار شراء سلع بقصد إعادة بيعها واستئجار قاعدة تجارية لممارسة التجارة، لذلك عرف بعض الفقهاء المهني بأنه: ¤ *الشخص الذي يتصرف من أجل احتياجاته المهنية*n[4]، ويلاحظ من مضمون هذا التعريف أنه يعتمد على الطبيعة المهنية للنشاط الذي يمارسه الشخص.

3- أن يهدف إلى تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها:

لقد عبر المشرّع الجزائري عن المهني بعدة مصطلحات، فمرّة أطلق عليه مصطلح "المحترف" بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-266[5]، ومرّة عبر عنه بمصطلح "المهني"

---

[1]- **عبد الله ذيب عبد الله محمود**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص.19.

[2]- **عمورة عمار**،**شرح القانون التجاري الجزائري**- الأعمال التجاري – **التاجر** – الشركات التجارية، طبعة جديدة ومنقحة و مزيدة، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص. 87.

[3]- **عامر قاسم احمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2002، ص. 11.

[4] - **J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ**, op. cit., n° 7, p. 7.

[5]- المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، المؤرخ في 25 صفر 1411 الموافق لـ 15 سبتمبر 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 40، الصادرة بتاريخ 29 صفر 1411 الموافق لـ 19 سبتمبر 1990، ص. 04.

في القرار المؤرخ في 1994/05/10[1]، كما أطلق عليه مصطلح " العون الاقتصادي"[2] بموجب القانون رقم 04-02، في حين عبر عنه بمصطلح "المتدخل" بموجب القانون رقم 09-03 [3]، إلا أن السائد فيها هو مصطلحي" المحترف" و"المهني"، وبالتالي فإن هذه الصفة لا تنصرف إلى الشخص الطبيعي فحسب، بل تسري كذلك على الشخص المعنوي المقدم للسلعة أو الخدمة، باعتبار أنه وفقا للمركز القانوني للمهني لا يمكن التفرقة بين ما إذا كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وعليه فإن مفهوم المهني يشمل أيضا الشركات التي تمارس أنشطة مهنية، صناعية أو تجارية أو حرفية بهدف تحقيق الربح .

ثانيا: معايير التمييز بين المهني و المستهلك:

يرى البعض أن المهني هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني على سبيل الاحتراف بصفة معتادة، بهدف تحقيق الربح[4]، ويتضح من خلال ذلك أنه للتمييز بين المهني والمستهلك لا بد من التعرض للمعايير الأتية:

1- معيـار الاحتــراف

إن المقصود بالاحتراف هو توجيه النشاط الإنساني بصفة منتظمة ومستمرة لممارسة نشاط معين، بحيث تتخذ ممارسة هذا النشاط كوسيلة لكسب عيش صاحبه وإشباع حاجاته[5]، وبالتالي فإن الاحتراف يقوم على عنصرين هامين هما الانتظام والاستمرار ليأخذ بذلك شكل الاعتياد.

---

[1]- المادة 07 و 08 من القرار المؤرخ في 29 ذي القعدة 1414 الموافق لـ 10 مايو 1994 المتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 35، الصادرة بتاريخ 25 ذي الحجة 1414 الموافق لـ 05 يونيو 1994، ص. 26.

[2]- المادة 03 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف ذكره.

[3]- المادة 03 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش السالف ذكره، راجع أيضا، **فاتن حسين حوى**، الوجيز في قانون حماية المستهلك، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص.38.

[4]- **جرعود الياقوت**، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن عكنون، الجزائر 2001-2002، ص.27.

[5]- **فرحة زراوي صالح**، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، الطبعة الثانية، إبن خلدون، الجزائر، 2003، رقم : 107، ص.165.

يعتبر الاحتراف بهذا المعنى في القانون التجاري شرطا لاكتساب وصف التاجر، لكن في نطاق العلاقة ما بين المستهلك والمهني، فإن الشخص قد لا يعتبر تاجرا بمفهوم القانون التجاري، لكنه يعتبر مهنيا في مواجهة المستهلك، أي لا يشترط هنا توافر شروط اكتساب صفة التاجر، التي تتمثل في قيام الشخص بالأعمال التجارية على سبيل الامتهان وبصفة معتادة، بل هو في مرتبة أدنى من ذلك[1].

بناء على ما سبق، يتضح أن الاعتماد على معيار الاحتراف لا يكفي لتحديد مفهوم المهني الذي يشمل علاوة على التاجر، الحرفي والموزع والمنتج ومقدم الخدمات وحتى أصحاب المهن الحرة.

2 – معيار تحقيق الربح :

يرجح بعض الفقهاء ضرورة توسيع مفهوم المهنة ليشمل بعض النشاطات التي بالرغم من أن لها طابع معتاد و منظم، إلا أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح، كالتعاونيات وبعض الجمعيات التي تقدم سلعاً و خدمات، في حين نجد أنها بالموازاة مع ذلك تقوم بأنشطة خيرية، وبالتالي فهي تعتبر في مركز قوة في علاقاتها مع زبائنها المستهلكين، مما يبرر تطبيق القواعد الحمائية بشأنها[2]، ولهذا السبب لم يتم إدراج الهدف المادي أو الربح في التعريف الفقهي للمهني.

وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بصدد نزاع بين شركة الكهرباء وبين أحد المشتركين، حيث ورد في حيثيات الحكم أنه ليس من شك في أن العلاقة بين شركة الكهرباء E.D.F والمشتركين هو من طبيعة عقدية، وليس من شك في أن التزويد بالطاقة الكهربائية له خاصية البيع، وبالنظر إلى روح النصوص القانونية، فإن شركة الكهرباء

[1] – **صنور فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص.36.

[2] - **J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ**, op. cit., n° 4, p. 4. : « Généralement, la profession est exercée pour retirer un profit : son but est lucratif. Mais il faut, à notre avis, élargir la notion à certaines activités qui, tout en ayant un caractère habituel et organisé, n'ont pas pour but de réaliser un bénéfice : notamment les coopératives, les mutuelles, voire certaines associations qui fournissent des biens ou des services. Ces organismes sont, dans leurs relations avec leurs clients consommateurs, dans une position de force qui justifie, nous semble-t-il, l'application du droit de la consommation »

الفرنسية تحوز على كل خصائص المهني وبصفة خاصة التفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري، بينما المشتركون المتعاملون معها يمثلون المستهلك بكل خصائصه[1].

3 – معيار الاعتياد في ممارسة النشاط المهني.

من خلال التعريف القانوني السابق، نلاحظ أنه يعد ممارسة النشاط المهني بصفة اعتيادية من بين العناصر الجوهرية التي تحدد صفة المهني، وذلك من خلال تكرار القيام بهذا النشاط، وتبعا لذلك فإنه يكفي لاعتبار الشخص مهنيا أن يعتاد القيام بالنشاط المتعلق بمهنته، مهما كان نوع هذا النشاط الممارس، سواء كان تجارياً أم حرفياً أم صناعياً، أم تقديم خدمات.

يعد عنصر ممارسة النشاط المهني، أهم مبررات تطبيق قواعد الحماية من الشروط التعسفية المقررة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ذلك أن المستهلك يتعاقد في إطار النشاط الشخصي، ويسعى من وراء تعاقده إلى إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، أما المهني فهو يتعاقد في إطار أنشطة مهنية، وهدفه في الغالب من وراء ذلك هو الحصول على الربح، ولذلك يعمل على تكريس كل إمكانياته من أجل تحقيق أكبر قدر من الربح على حساب المستهلك، نتيجة لذلك يجد هذا الأخير نفسه كطرف ضعيف في مواجهة المهني، الذي يُضمِّن عقده ما يشاء من الشروط التعسفية المجحفة في حق المستهلك، الذي يكون مضطرا للتعاقد لإشباع رغباته، ومن هنا تظهر أهمية توفير حماية للمستهلك بهدف إعادة التوازن العقدي بينه و بين المهني[2].

الفرع الثاني : مدى خضوع المرافق العامة لوصف المهني.

يثار التساؤل في هذا الصدد بشأن المرافق العامة وإلى أي مدى يمكن أن تتصف بوصف المهني، إذ يميز المشرع الجزائري بين المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي وبين الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري التي تخضع في تسييرها وتنظيمها إلى القانون العام.

---

[1]– **جرعود الياقوت**، المرجع السابق، ص. 29.

[2]– **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، المرجع السابق، ص. 37.

أولا : بالنسبة للمرافق العامة الاقتصادية

تجدر الإشارة إلى أن المرافق الاقتصادية تبقى مرافق عامة، وبالتالي تخضع للقانون العام للمرافق العامة من حيث مساواة المنتفعين من خدماتها وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى إخضاع هذه المرافق في علاقاتها مع المنتفعين لقواعد القانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي[1].

أما عن المشرع الجزائري فإنه لم يتعرض في تعريفه للمهني إلى إمكانية اكتساب المرافق العامة لهذا الوصف، لكن بالرجوع إلى أحكام القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2] وكذا القانون رقم 88-01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية[3] بالإضافة إلى الأمر رقم 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها[4]، فإنه ينص على إعتبار المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي والمؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص اعتبارية تخضع للقانون التجاري[5]، ومن هنا يستدل على أنها مؤسسات مهنية، مما يسمح بتصنيفها في فئة المهنيين وفق مفهوم قواعد الحماية من الشروط التعسفية[6].

وتبعا لذلك، فإن مصطلح المهني لا يقتصر على أشخاص القانون الخاص كالشركات التجارية فقط، بل يشمل كذلك بعض أشخاص القانون العام، كالمؤسسات

---

[1]- **صنور فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص.39.

[2]- المادة 802 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الأول 1429 الموافق لـ 23 أفريل 2008، ص. 76.

[3]- المادة 45 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 22 جمادى الأولى 1408 الموافق لـ 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 2، الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1408 الموافق لـ 13 يناير 1988.ص.37.

[4]- المادة 05 من القانون رقم 01-04 المؤرخ في 01 جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها و خوصصتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 47، الصادرة بتاريخ 03 جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 22 أوت 2001، ص. 11

[5]- **فرحة زراوي صالح**، المرجع السابق، رقم 254، ص. 438.

[6]- **لحراري (شالح) ويزة**، المرجع السابق، ص.21.

العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، التي تمارس نشاطها في مجال التجارة والصناعة، و تقديم السلع و الخدمات في إطار ممارسة نشاطها المعتاد[1].

ثانيا : بالنسبة للمرافق العامة الإدارية

تحدد طبيعة المؤسسات العمومية حسب القانون الجزائري بناء على المعيار العضوي[2]، بحيث إذا كانت هذه المؤسسات تهدف إلى تحقيق الربح فإنها تأخذ الطابع التجاري والصناعي ومثال ذلك معهد باستور بالجزائر[3]، أما إذا كانت ترمي إلى تحقيق المنفعة العامة، فتعد هيئات عمومية ذات طابع إداري، ومثال ذلك الوكالة الوطنية للدم[4].

وإذا كان الأمر قد حسم فيما يتعلق باكتساب المرافق العامة التجارية والصناعية لصفة المهني، فإنه على العكس من ذلك، تعتبر المسألة أكثر صعوبة بالنسبة للمرافق العامة الإدارية الخاضعة للقانون العام[5]، ولا تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إلا استثناء[6].

وفي هذه الحالة ينبغي التمييز بين المرافق العامة الإدارية التي لا تهدف إلى تحقيق الربح، بل يتمثل هدفها في تحقيق المنفعة العامة بدون مقابل، كمرفق العدالة والشرطة والدفاع الوطني والطرق والجامعات وغيرها، وبالتالي لا يمكن وصف المستفيدين من

---

[1] - **M. KAHLOULA et G. MEKAMCHA**, *La protection du consommateur en droit algérien*, 1ère partie, IDARA, vol. 5, n° 2, 1995, p. 14 ; **S. PERDU** op. cit., p. 483.

[2]– **فرحة زراوي صالح**، المرجع السابق، رقم 199، ص. 362.

[3]– المرسوم التنفيذي رقم 94–74 المؤرخ في 18 شوال 1414 الموافق لـ 30 مارس 1994، الذي يحول معهد باستور في الجزائر إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 19 ، الصادرة بتاريخ 29 شوال 1414 الموافق لـ 10 أبريل 1994، ص.05.

[4]– المرسوم التنفيذي رقم 95–108 المؤرخ في 09 ذي القعدة 1415 الموافق لـ 09 أبريل 1995 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد: 21 الصادرة بتاريخ 19 ذي القعدة 1415 الموافق لـ 19 أفريل 1995، ص.7.

[5]– المادة 45 من القانون رقم 88–01 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية المذكور سالفا، على أن أحكامه قد ألغيت بموجب المادة 28 من الأمر رقم 95–25، المؤرخ في 30 ربيع الثاني 1416 الموافق لـ 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد: 55 الصادرة بتاريخ 2 جمادى الأولى 1416 الموافق لـ 27 سبتمبر 1995، ص.10.

[6]– **صنور فاطمة الزهراء**، المرجع السابق، ص.39.

خدماتها بالمستهلكين[1]، لكونهم في مركز تنظيمي تحدده القوانين والنظم بطريقة موضوعية بغض النظر عن شاغله[2]، و بين المرافق العامة الإدارية التي تقدم خدمات بمبالغ مالية حتى و إن كانت رمزية كالمستشفيات، حيث يعتبر المنتفع من خدماتها من المستهلكين، ومن ثم يمكنهم التمسك بقواعد الحماية في مواجهة الشروط التعسفية[3].

لقد إعترفت التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية صراحة للمرفق العام بوصف المهني بقولها أنه : " كل شخص طبيعي أو معنوي الذي ... يتصرف في إطار نشاطه المهني، سواء كان النشاط عاما أو خاصا "[4]، وبذلك يتضح أن المشرع الأوروبي قد وسع من مفهوم المهني ليشمل حتى المرفق العام، مما يعني أن مفهوم المهنة يمتد حتى إلى القطاع العام، كما أيدت لجنة الشروط التعسفية هذا التعريف، وذلك من خلال قيامها بفحص العديد من نماذج العقود المحررة من قبل مؤسسات من القطاع العام وإصدار توصيات بشأنها[5].

وعليه، نستخلص أن مفهوم المهني يتعلق بكل نشاط مهني يمارسه الشخص في إطار مهنته المعتادة سواء كان تجارياً أم صناعياً أم حرفياً أم غير ذلك، طالما أنه يرد على تقديم السلع و الخدمات للمستهلك، و لا يهم إن كان هو ذاته منتج السلعة أو مجرد موزع لها ويستوي أن يتم هذا التقديم من جانب شخص طبيعي أو شخص معنوي (شركات أو مؤسسات)، كما يستوي أن يكون من أشخاص القطاع العام أو القطاع الخاص[6].

---

[1] -**Y. PICOD et H. DAVO**, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Armand Colin, 2005, p. 25.

[2]– **سليمان محمد الطماوي**، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1996 ص. 214.

[3] - **J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ**, op, cit., n° 5, p. 6.

[4] - Art. 2 al. 3 de la Directive européenne n° 93-13 concernant les clauses abusive dans les contrats conclus avec les consommateurs : « Professionnel : toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée».

[5] - Recommandation n°84-02 concernant les contrats de transport terrestres de voyageurs, D.O.C.C., 05 décembre 1984, J.O. édi. 1986, p. 51.

[6]– **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007–2008، ص.28.

المبحث الثاني: النطاق الموضوعي لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية.

طالما أن الشروط التعسفية تجد مجالها الخصب في العقود التي تبرم بين طرفين غير متكافئين، طرف قوي يملك من الوسائل العلمية والقدرة المالية والدراية بنشاطه المهني ما يمكنه أن يملي شروطا تحقق له مزايا على حساب حقوق الطرف الضعيف الذي يفتقر إلى تلك الوسائل التي تخفف من حدة عدم التكافؤ بينهما، مما يستوجب البحث في هذه العقود و تبيان الخصائص التي تميزها عن باقي العقود الأخرى، باعتبارها أهم العقود التي تعتبر موضوعا للحماية القانونية من الشروط التعسفية.

ولعل ما يبرر إعمال القواعد الحمائية في مواجهة الشروط التعسفية؛ هو تعسف الطرف القوي في العلاقة التعاقدية من خلال تضمينه للعقود التي يبرمها طرف آخر بشروطٍ تتصف بالتعسف، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بحقوق هذا الأخير باعتباره الطرف الضعيف في تلك العلاقة، مما يترتب عنه إختلال في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي هذه العلاقة[1]، وهو ما يقودنا إلى التعرض لهذا النوع من الشروط التي تقررت القواعد الحمائية لمواجهتها.

المطلب الأول : مفهوم عقـد الاستهلاك.

يعد تدفق السلع والخدمات في السوق من بين الأسباب الرئيسية التي تدفع بالمستهلك إلى إبرام عقـود تربطه مع مقدم هذه السلع أو الخدمات، أطلق عليها الفقه مصطلح العقود الاستهلاكية، ومن أجل بسط قواعد حمائية في مكافحة الشروط التعسفية التي تتضمنها هذه العقود، ينبغي من وجود عقد يربط بين طرف قوي له من الدراية ما يمكنه من فرض شروط مجحفة في حق طرف ضعيف لا يحوز على تلك القوة والمعرفة، بل هو في أمس الحاجة إلى إشباع رغباته من تلك السلع والخدمات، وللإحاطة بهذا النوع من العقود ينبغي تحديد الطبيعة القانونية لها، على اعتبار أن معظمها يؤدي إلى إخلال في التوازن العقدي بين أطرافها[2].

---

[1]-**LACHACHI Mohamed**, op cit., p. 85.

[2]– **آغا جميلة**، دور الولاية والبلدية في حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد خاص، الجزائر، أفريل 2005، ص.239.

الفرع الأول : تعريف عقد الاستهلاك و بيان خصائصه

تتميز عقود الاستهلاك بوجود تباين في مراكز القوى بين طرفيها، إذ يحوز أحد الطرفين – المهني – على وسائل المعرفة والدراية بالنشاط الذي يمارسه ما يجعله في مركز أقوى من الطرف الأخر – المستهلك – الذي يفتقد إلى مثل هذه الوسائل، مما يؤدي غالبا إلى إستغلال المهني لمركزه القوي، في فرض شروطه التي تحقق مصلحته على حساب حقوق المستهلك، مما يترتب عنه اختلال في التوازن العقدي الأمر الذي يؤدي حتما إلى إعمال القواعد الحمائية المقررة لمصلحة هذا الأخير، وتبعا لتناقض الصفة في طرفي عقد الاستهلاك، فإنه يستلزم التعرض إلى خصائصه التي تميزه عن باقي العقود الأخرى.

أولا : تعريف عقد الاستهلاك

طبقا لنص المادة 03 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف ذكره، فإن العقود التي تجمع بين المستهلك والمهني هي العقود التي يحصل بموجبها المستهلك على السلع أو الخدمات بهدف الاستعمال المجرد من الطابع المهني. يستفاد من ذلك أن عقود الاستهلاك وحدها المعنية بالحماية القانونية المقررة للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية[1]، و وفقا لذلك، فإن المشرع الفرنسي في المادة L132-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي إشترط أنه لتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية لا بد من وجود علاقة عقدية تجمع بين المستهلك والمهني، بالإضافة إلى وجوب تمتع أحد أطراف هذه العلاقة بصفة المستهلك أو غير المهني.

يتضح مما سبق أنه لتطبيق القواعد القانونية المقررة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وجب أن يكون العقد مبرما بين طرفين غير متكافئين في القوة، وهما المستهلك والمهني.

[1]– **بلال نزهة**، الطابع الوقائي والجماعي لقانون الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013، ص.66.

وعلى العكس من ذلك، لم تشترط بعض التشريعات الأوروبية كالقانون الانجليزي المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات[1] والتشريع الألماني المتعلق بالشروط العامة للعقد[2]، وجود علاقة عقدية بين المستهلك والمهني لتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية، بل سمحت بتمديد هذه الحماية لتشمل حتى العقود التي يكون كلا طرفيها مهنيين أو مستهلكين على حد السواء، طالما أنها تتضمن شروطاً تعسفية، باعتبار أن هذه التشريعات تهتم بمكافحة الشروط التعسفية المدرجة في العقود، وليس المتعاقد في حد ذاته، إذ يمكن تطبيق قواعد الحماية على كل متعاقد ضعيف سواء كان مستهلكاً أم مهنيا، مما يفيد أنها ركزت على تنظيم العلاقات العقدية والشروط التعسفية التي تتضمنها.

في حين أن كل من المشرع الجزائري[3] ونظيره الفرنسي اهتما بحماية الطرف الضعيف في عقد الإستهلاك وهو المستهلك، إذ ركزا على توفير الحماية له من الشروط التعسفية، وذلك من خلال وضع قوانين خاصة به، وهو ما كانت تهدف إليه التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية[4].

ويرى البعض[5] أن عقد الاستهلاك هو كل عقد مكتوب يبرم عن طريق الإذعان بين المستهلك والمهني، وبما أن الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية غير المهنية بموجب عقد تقديم السلع والخدمات هو المستهلك، فإن عقد الاستهلاك يعرف على أنه: " ذلك التصرف القانوني الذي يسمح للمستهلك بالحصول على السلعة أو الخدمة بهدف إشباع حاجاته غير المهنية أي الشخصية أو العائلية ".

---

[1]– قانون الشروط التعاقدية غير العادلة (U.C.T.A. : Unfair Contracts Terms Act) الصادر في 1977 السالف ذكره.

[2]– القانون المتعلق بالشروط العامة للعقد المؤرخ في 09 ديسمبر 1976.

[3]– القانون رقم 04–02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و القانون رقم 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، سالفي الذكر.

[4]– التوجيهة الأوروبية رقم 93–13 الصادرة في 05 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في قانون الاستهلاك الفرنسي.

[5] - **H. BRICKS**, *Les clauses abusives*, L.G.D.J., 1982, n° 4, p.3.

ولما كان عقد الاستهلاك في حقيقته يستغرق كل من عقود البيع، الإيجار، التأمين، الوكالة، وغيرها من العقود الأخرى، فهو إذن يخضع للأحكام العامة للعقود من جهة، وكذا الأحكام الخاصة بكل نوع من هذه العقود من جهة أخرى، ومن ضمنها الأحكام الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية[1].

ثانيا: خصائص عقد الاستهلاك.

بالنظر إلى أن عقد الإستهلاك هو عقد يستغرق كما أسلفنا مجموعة من العقود المسماة و غير المسماة التي تبرم بين طرفين غير متكافئين و بالتالي إحداث اختلال في توازن العلاقة العقدية، فهو حتما يختص بجملة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود سواء من حيث أطرافه، أم من حيث موضوعه أم من حيث سبب إبرامه.

1- أطراف عقد الاستهلاك:

تتسم عقود الإستهلاك بعدم تكافؤ أطرافها، مما ينتج عنه اختلال في التوازن العقدي بينها، حيث أن ضرورة الإستهلاك تجعل من المستهلك و من أجل تلبية حاجاته و إشباع رغباته اليومية، يلجأ إلى ضرورة التعاقد مع طرف آخر أكبر منه قوة مالية و أكثر منه دراية و مقدرة فنية .

إن أهم ما يميز عقد الاستهلاك هو صفة أطرافه، بإعتباره عقد يربط بين المستهلك من جهة و المهني من جهة أخرى، و بذلك فإن مفهوم عقد الاستهلاك يتحدد أساسا من خلال تحديد طرفيه[2].

أجمع الفقه والتشريع والقضاء على أن مقدم السلعة أو الخدمة يوصف بالمهني، وهذه الصفة هي التي تضع المستهلك في حالة الضعف باعتباره الطرف المقابل في العلاقة العقدية، وحالة الضعف هذه هي التي تبرر تطبيق قواعد الحماية من الشروط التعسفية.

---

[1] - **J. BEAUCHARD**, op, cit., p. 38.

[2] - **F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, 7ème éd., 1999, n° 69-2°, p. 77 ; **L. RIGAUD**, *Dictionnaire encyclopédique du français des affaires*, la maison du dictionnaire, Paris, 2005-2006, p. 180.

ومن أجل تفعيل القواعد الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فإنه من الضروري أن تتوفر صفة المستهلك في أحد المتعاقدين، إلا أن العقود التي يكون كلا طرفيها مستهلكين لا تعتبر من عقود الاستهلاك، فإذا وجد المستهلك في علاقة تعاقدية متكافئة مع مستهلك آخر، فإن الحماية لا تكون واجبة له بسبب عدم وجود اختلال في التوازن العقدي بين هذين الطرفين[1].

و يخرج من نطاق عقود الاستهلاك أيضا، العقد الذي يكون كلا طرفيه مهنيين، مما يفيد أن العقد أبرم بين طرفين متكافئين في القوة والدراية، وبالتالي استعادة التوازن العقدي بين هذين الطرفين، الأمر الذي يحول دون تمكين أحدهما أو كلاهما من القواعد المقررة للمستهلك في مواجهة الشروط[2]، غير أن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة للعقد وكذا القواعد الخاصة لمكافحة الشروط التعسفية في العقود.

و من أجل تحديد التكييف القانوني لعقد الإستهلاك، فإن صفة أطرافه لا تعد كافية لذلك، مما يستوجب الرجوع إلى موضوع العقد وكذا سبب إبرامه لتحديد تعريف دقيق لعقد الاستهلاك.

2 : محل عقد الاستهلاك:

بالنظر إلى النصوص التشريعية الخاصة بحماية المستهلك بوجه عام، فإنه يمكن لكل السلع أو الخدمات مهما كان نوعها أن تكون موضوعا لعقد الاستهلاك بغض النظر عن مدة استهلاكها، وبالتالي فإن اقتناء السلع المعروضة للبيع أو الاستفادة من الخدمات المعروضة والمجردة من كل طابع مهني، بهدف الاستعمال النهائي – الشخصي أو العائلي–، تصلح لأن تكون موضوعا لعقد الاستهلاك[3].

---

[1]– **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، المرجع السابق، ص. 21.

[2] -Cass. Civ.1re, 24 Janvier 1995, Bull. civ. I, n°54, Dalloz, 1995,J,p.327, note **G.PAISANT** ; Cass. Civ. 1re, 03 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 9, J.C.P. éd. E 1996, II, P. 380, obs. **PH. DELEBECQUE** ; Cass. Civ. 1re, 10 juillet 1996, Dalloz, 1996, I.R., p. 191; Cass. Civ. 1re, 11 décembre 2008, **http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm**

[3]– المادة 03 فقرة 02 من القانون رقم 04–02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و المادة 03 فقرة 02 من القانون رقم 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالفي الذكر.

3- سبب إبرام عقد الاستهلاك:

المقصود بالسبب في عقد الاستهلاك، هو الدافع إلى التعاقد، والمتمثل حصرا في إشباع رغبات المستهلك الشخصية أو العائلية غير المهنية، أي أن ذلك لا يتصل بمهنة الشخص المتعاقد، لذا ينبغي لإكتساب صفة المستهلك المعني بالحماية القانونية من الشروط التعسفية، أن يقتني الشخص المتعاقد السلع أو الخدمات لغرض غير مهني.

وتتميز عقود الاستهلاك بأنها لا تخضع لوصف معين بل إن وصف عقد الاستهلاك يلحق بكل عقد يبرمه المستهلك لتحقيق هدف مجرد من الطابع المهني، سواء كان هذا التعاقد ينصب على عقد بيع أو إيجار أو تأمين أو غيرها، حيث تعتبر كل هذه العقود من قبيل عقود الاستهلاك طالما أبرمت لغرض غير مهني.

من أجل معرفة القواعد اللازمة لحماية المستهلك لا بد من تحديد الوصف القانوني لعقد الاستهلاك، وهو ما يصطلح عليه بالتكييف القانوني للعقد، فهذه القواعد تستوجب تفسير إرادة المتعاقدين وإعطائها الوصف القانوني المناسب، والبحث عما يناسبها من نصوص قانونية تستلزم التطبيق، وبالتالي، البحث والتأكد من نية الشخص المقتني للسلعة أو الخدمة وما إذا كان الاقتناء من أجل الاستهلاك الشخصي النهائي سواء كان مباشراً –شخصياً– أم غير مباشر –عائلي–، فالقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة القانونية هو قانون حماية المستهلك، أما إذا كان الاقتناء لتحقيق أهداف مهنية، فإنه يجب تطبيق القواعد العامة في العقود الواردة في القانون المدني أو القانون التجاري أو قانون المنافسة و ذلك بحسب طبيعة التعامل[1].

[1]– المادة 70 و 110 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب القانون رقم 07–05 المؤرخ في 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ13 مايو 2007، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 31، الصادرة بتاريخ 25 ربيع الثاني 1428 الموافق لـ13 مايو 2007، المعدل والمتمم للأمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، وكذا المادة 07 و 11 من الأمر رقم 03–03 المتعلق بالمنافسة، المؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق لـ19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 43، الصادرة بتاريخ 20 جمادى الأولى 1424 الموافق لـ 20 يوليو 2003، ص. 27.

ثالثا : شكل عقد الاستهلاك

بالنظر إلى التعريف القانوني للعقد الوارد في الفقرة الرابعة من المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، يتضح أن المشرع الجزائري استلزم الكتابة في العقد، و ذلك من خلال عبارة «*حرر مسبقا*»، وبالتالي إذا كان عقد الإذعان يستغرق في مفهومه كل العقود المبرمة شفاهة، فإن ما يعنيه المشرع في هذا التعريف ليس كل عقود الإذعان، وإنما تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقا، والكتابة التي اشترطها المشرع في هذا المقام ليس المقصود بها الكتابة الرسمية وإنما تلك الشروط العامة الواردة في العقد، ومهما كانت الوثائق التي تتضمنها، سواء في شكل طلبية أم فاتورة أم سند ضمان أم جدول أم وصل تسليم أم سند أم أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها[1] و ذلك من أجل تمكين المستهلك من الاطلاع على مضمون العقد ومراجعة شروطه بروية قبل الإقدام على التعاقد.

بالنظر إلى نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي، نجد أن المشرع الفرنسي استعمل مصطلح «contrat prérédigé» للتعبير عن العقود المحرر مسبقا، ثم عدل عن ذلك ليستخدم مصطلح «conditions générales des contrats» وذلك للتعبير عن الشروط العامة في العقود التي يحررها الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، مما يستفاد منه أن المستهلك لا يمكنه مناقشة هذه الشروط وإنما يقوم بالتوقيع على هذا النوع من العقود التي تتصف بالإذعان.

كما أن المستهلك مرغم على قبول الشروط الواردة في العقد الذي وقعه، كما أنه مرغم على قبول الوثائق المنفصلة التي تتضمن شروطا تعسفية بالرغم من عدم التوقيع عليها، ومثال ذلك الإعلانات الموجهة للمستهلكين والتي تم إلصاقها على واجهة المحلات أو بداخلها يتم تحريرها من طرف المهني بغرض فرضها على هؤلاء المستهلكين[2].

[1]- المادة 03 فقرة 05 من القانون رقم 04-02، المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر.

[2]- **J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ**, op. cit., n° 162, p. 171.

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الاستهلاك :

من المعلوم أن المستهلك يحصل على ما يلزمه من سلع و خدمات في إطار علاقة تعاقدية أصلها رضائية، إلا أن هذا الأخير غالبا ما يجد نفسه مرغما على التسليم بشروط يمليها عليه مقدم هذه السلع أو الخدمات دون تمكينه من مناقشتها أو التفاوض بشأنها، وهو ما يصطلح عليه بعقد الإذعان، لذا اعتبرت أغلب التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك أن عقد الاستهلاك هو صورة من صور عقد الإذعان.

و تبعا لذلك، فإن اعتبار عقد الاستهلاك من عقود الإذعان يستدعي تحديد مفهوم هذا العقد، ذلك لأنه بتوافر هذا الوصف في العقد يستلزم إعمال قواعد حمائية خاصة، يستفيد منها المتعاقد المذعن، أما إذا انتفى هذا الوصف فإنه سيحرم من هذه الحماية، حتى و لو تضمن العقد شروطا تعسفية[1].

أولا : المفهوم التقليدي لعقود الإذعان

يرى البعض أن عقد الإذعان هو العقد الذي ينفرد أحد طرفيه بوضع جملة من الشروط المسبقة التي قد تكون تعسفية مما تمكنه من تحقيق مصالح ومزايا على حساب حقوق الطرف المتعاقد معه دون أن تكون لهذا الأخير فرصة مناقشتها أو تعديلها أو التفاوض بشأنها، مما يؤدي إلى عدم تكافؤ مصالح أطراف هذا العقد.

لذلك عرف بعض الفقه عقد الإذعان على أنه : « العقد الذي يسلم فيه المشتري (المستهلك) بشروط مقررة يضعها الموجب (المهني) و لا يقبل المناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية، تكون محل احتكار فعلي أو قانوني، أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها»[2].

تبعا لذلك يمكن عرض خصائص أو مميزات عقد الإذعان كما يلي:

---

[1]– **محمد إبراهيم بنداري**، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 6.

[2]– **عبد المنعم فرج الصدة**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، مصر، 1974، ص. 136.

1 : خصائص عقد الإذعان :

بالرغم من أن ركن الرضا في عقود الإذعان مبني على إيجاب وقبول، مثله مثل بقية العقود الأخرى، إلا أن الإيجاب والقبول فيه يتميزان ببعض الأحكام الخاصة، وذلك نتيجة القوة التي يحوزها أحد طرفي هذا العقد مما يحدث اختلالاً في التوازن العقدي بين هذين الطرفين، وذلك لوجود الطرف الأخر في مركز ضعف، بالنظر إلى افتقاده للقوة الاقتصادية والدراية الكافية بشروط العقد من جهة وحاجته الملحة في الحصول على السلع والخدمات من جهة أخرى[1].

يصدر الإيجاب في عقود الإذعان من قبل شخص قوي اقتصاديا دون مناقشة أو مفاوضة، حيث يتضمن شروطاَ موحدة لكل من يريد التعاقد بصورة دائمة و مستمرة.

ويصدر القبول في عقد الإذعان بالخضوع والتسليم للشروط السابقة التي استقل الطرف القوي (الموجب) بوضعها، وبالتالي فإنه يتلخص في مجرد الإذعان أو الخضوع دون مناقشة أو مفاوضة لتلك الشروط، فالطرف المذعن (القابل) في هذه الحالة لا يملك إلا أن يقبل بكافة شروط العقد أو أن يرفضها كلها، ذلك أن تحريرها يشمل كل من يتعامل بالسلع أو الخدمات[2]، و بذلك فإن الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية يذعن للشروط التي يمليها الطرف القوي، ومن ثم اصطلح على هذه العقود بعقود الإِذعان[3].

أما محل عقد الإذعان فيتمثل في السلع والخدمات التي يكون المستهلك في حاجة إلى إشباع رغباته منها، و تكون خاضعة لاحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيها محدودة النطاق نتيجة ظروف ما أو باتفاق مقدمي هذه السلع و الخدمات فيما بينهم[4].

---

[1]– **محمد عبد الظاهر**، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، س. 22، العدد 2، يونيو 1998، ص. 750.

[2]– **محمد إبراهيم بنداري**، المرجع السابق، ص. 9.

[3]– **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص. 93.

[4]– **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 10.

2- الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

يتميز عقد الإذعان بأن يملي فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الآخر الذي لا يملك سوى رفض العقد برمته أو قبوله كما هو بشروطه التي لا يمكن له مناقشتها، وهنا تبرز سيطرة الطرف الأول على الآخر والناتجة عن الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلع أو الخدمات[1]، مما أدى إلى تباين في أراء الفقهاء بشأن طبيعة هذه العقود، الأمر الذي جعل البعض منهم يعتمدون في تحديد طبيعة عقد الإذعان، النظرية اللائحية، في حين اعتبر البعض الأخر أنه عقد كبقية العقود، يخضع للأحكام القانونية العامة للعقود.

أ- الرأي المنكر للطبيعة العقدية لعقد الإذعان

اعتبر بعض الفقهاء أن عقود الإذعان ليست عقودا حقيقية، وذلك بإنكار الطبيعة العقدية عليها، باعتبار أن العقد حسبهم هو تطابق إرادتين حرتين وسليمتين، أما عقد الإذعان فلا تتوافر فيه هذه الإرادة المتطابقة للطرفين، ولا المساواة العقدية الحقيقية التي يستلزمها العقد، ذلك لعدم إمكانية التفاوض والمناقشة بين طرفيه، وبالتالي فإن ذلك لا يعد إلا تصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد، وهي إرادة الطرف القوي – المحتكر للسلعة أو الخدمة–، الذي يستقل بوضع شروط التعاقد ثم فرضتها على الطرف الضعيف، لذلك فإن إذعان هذا الأخير لا يمكن اعتباره عنصرا أساسيا في إنشاء العقد، فالرابطة القانونية بين المذعن والمحتكِر قد أنشأتها الإرادة المنفردة للمحتكِر دون سواه[2].

تبعا لذلك، عرف بعض الفقه الفرنسي عقد الإذعان على أنه: " محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، و تملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة

[1]- **أحمد شوقي محمد عبد الرحمن**، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية و غير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، رقم 2، ص. 46.

[2]- **لعشب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990 ص. 42.

غير محددة من الأفراد، وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل بقانون العقد" [1].

و من ثم، ينبغي أن يفسر عقد الإذعان كما يفسر القانون أو اللائحة، وقد ترسخ الإعتقاد لدى المستهلك وهو يتلقى هذه العقود المعدة سلفا، أنه لا تمييز بين النصوص التشريعية أو التنظيمية وبين الوثائق التعاقدية التي يصدرها المحترفون، من حيث كونها تفرض عليه فرضاً[2].

ب- الرأي المؤيد للطبيعة العقدية لعقد الإذعان :

بالرغم من تراجع مبدأ المساواة الذي تقوم عليه العقود، إلا أن غالبية كل من الفقه والتشريع أقرت بصحة عقود الإذعان، ذلك أن فقهاء القانون المدني يرون بأن تطابق إرادتي الموجب والقابل في عقد الإذعان يجعلون منه خاضعا للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود الأخرى، على اعتبار أن هذه القواعد لا تلزم طرفي العقد بضرورة مناقشة شروط العقد والتفاوض بشأنها بقدر ما تستوجب اتفاق الطرفين على إِحداث أثر قانوني معين[3].

فمهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن، فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده، ومهما كان ضعف أحد المتعاقدين أمام الآخر، فهذا لا أثر له على طبيعة العقد، لأن هذا الضعف هو ظاهرة اقتصادية لا قانونية، وبالتالي فإن علاج هذه الوضعية، لا يكون بإنكار صفة العقد الذي يعد عقداً

---

[1] - **R. SALEILLES**, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand*, 1901, n° 891, p. 229 : « les contrats d'adhésions dans lesquels il y a une seule volonté agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement son adhésion, de ce qui voulait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi-même. »

[2]– **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 14.

[3] -**J. CARBONNIER**, Droit civil, t.4, Les obligations, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 22ème éd., 2000, n°950, p. 1981 : «Ce qui caractérise le contrat c'est à la fois d'être un accord de volontés et de se voir reconnaître le pouvoir de créer des effets juridiques par le droit objectif. L'accord de volontés reste ainsi le critère du contrat. Il est une procédure spécifique de création d'effets juridiques.»

حقيقياً تم بتطابق إرادتين، وبذلك فهو ينطوي تحت تعريف العقد بأنه :" تبادل تعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد إنشاء التزام أو أكثر"، بل إن هذه العقود تتميز عن العقود المعتادة بكونها موحدة بالنسبة للجميع، لذلك يقل فيها خطر وقوع المتعاقد في الغلط والتدليس، كما تسهل على القاضي رقابة شروطها[1].

تطبيقا لذلك ذهب بعض الفقه[2] إلى القول بأن حماية الطرف المذعن لا يكون من خلال إنكار صفة هذا العقد، بل العلاج الناجع يكمن في العمل على تقوية الطرف الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوي، لذلك فإن أفضل صور هذه الحماية يكون من خلال تدخل تشريعي ينظم عقود الاستهلاك و يضع أسس الحماية المناسبة لها.

ثانيا : المفهوم الحديث لعقود الإذعان

لقد ساهم ظهور المؤسسات الاقتصادية الكبرى الناتجة عن التقدم الصناعي والتطور التكنولوجي في تركيز وسائل إنتاج السلع وتقديم الخدمات في أيدي المهنيين، الأمر الذي أدى إلى اختلال في التوازن بين المراكز القانونية لطرفي العقد، مما نتج عنه انفراد الطرف القوي في العلاقة التعاقدية في تحرير العقد سلفا بتضمينه الشروط التي تحقق له مصالحه على حساب حقوق الطرف الضعيف في هذه العلاقة دون تمكينه من مناقشتها أو التفاوض بشأنها.

ويظهر ضعف المستهلك لتلك الشروط، بأن يتعاقد دون التفكير فيها أو التحضير لها قبل طلبه الحصول على السلع أو الخدمات[3]، وتظهر قوة الطرف المهني في تكرير عملية التعاقد والتي تكسبه من الخبرة والدراية ما يمكنه من وضع شروطه بما يحقق أهدافه، دون السماح للطرف المتعاقد معه بإمكانية التفاوض بشأن شروط التعاقد، مما

---

[1]– **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، رقم 116، ص. 231 .

[2]– **عبد الرزاق السنهوري** ، المرجع نفسه، رقم 117، ص. 232.

[3]– **غمري عز الدين**، حماية الرغبة المشروعة للمستهلك في القانون الجزائري، دراسة مقارنة "المطابقة والضمان"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران – السانيا–، 2004–2005، ص. 8.

يتيح للمهني فرض هذه الشروط التي تتصف بالتعسف، مما يحدث الاختلال في التوازن العقدي حتى في ظل انتشار المنافسة الحرة و مع عدم وجود احتكار قانوني أو فعلي[1].

و هكذا تطورت فكرة عقد الإذعان لتستوعب ضرورات حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخم وشركات توزيع السلع والخدمات القوية التي أصبحت تتعامل من خلال عقود نموذجية وفي غياب أي مفاوضة أو مناقشة عند إعدادها[2]، فعقد الإذعان أصبح المظهر القانوني لمركزية سير مؤسسات الإنتاج و التوزيع وعلاقاتها العقدية[3].

وتبعا لذلك، عرف جانب من الفقه عقد الإذعان على أنه : "عقد محرر مسبقا من قبل أحد طرفيه، وما على المتعاقد الآخر إلا القبول بشروط العقد دون إمكانية حقيقية لمناقشتها"[4]، وبالتالي فإن عقد الإذعان إذن هو عقد يتحدد مضمونه التعاقدي كليا أو جزئيا بشكل مجرد وعام قبل المرحلة التعاقدية، فهو ينعقد بدون مناقشة أو تفاوض مسبق مما يجعل مضمونه يتحدد بالإرادة الفردية للمذعن له، أما إرادة المذعن فلا تتدخل إلا من أجل إضفاء الطابع القانوني لهذه الإرادة الأحادية[5]، مما يفيد أنه إذا تم وضع شروط مسبقة للتعاقد من جانب واحد وعرضها على الجمهور في شكل موحد، ثم تم تسليم

---

[1] -**J. CARBONNIER**, op.cit., n°950, p.1981: «Le contrat d'adhésion n'est pas rigoureusement définissable, mais plusieurs traits s'y retrouvent habituellement : 1° la supériorité économique de l'un des contractant, qui le met *de facto* en mesure de dicter ses conditions à l'autre dans son intérêt exclusif ; 2° le caractère unilatéral des clauses, préparées par les soins du *potentior*, en l'absence de négociation individuelle (c'est un des critères retenus par une directive du conseil de la C.E.E. du 5 avr. 1993), comme un tout qui est à prendre ou à laisser (on y adhère plutôt que l'on n'y consent); 3° l'invariabilité, la rédaction standardisée (c'est un contrat de masse)».

[2] - **J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y. SERINET**, « Traité de droit civil - La formation du contrat » T.1 : Le contrat – Le consentement, 4ème éd., L.G.D.J, (LEXTENSO-EDITIONS), Point Delta, 2014, n°384, p.p.289; 290.

[3] – **حسام الدين كامل الأهواني**، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998، ص. 06.

[4] -**L. RIGAUD**, op. cit., p. 180 ; **J. GHESTIN**, *Rapport introductif*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, op.cit, p. 09 ; **R. CABRILLAC**, Droit des obligations, Dalloz, Coll. Cours, 5ème éd., 2002, n° 43, p. 29 : « Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées.»

[5] -**G. BERLIOZ**, *Le contrat d'adhésion*, 2ème éd., L.G.D.J ., 1976, p. 27 et s. ; LAMY, *Droit de l'entreprise*, éd. Lamy S.A., 2000-2001, n° 4-219, p. 596.

الطرف الآخر بكل هذه الشروط دون إتاحة فرصة مناقشتها أو التفاوض بشأنها، اعتبر هذا العقد من عقود الإذعان.

ونظرا لإذعان الطرف الضعيف– المستهلك– في العقد إلى الشروط العامة التي يحررها المهني مسبقا دون تمكينه من مناقشتها أو تعديلها، عرف المشرع الجزائري العقد الذي يجمع بين المستهلك والمهني –العون الاقتصادي– في المادة 03 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه: « كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق، مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ».

يتضح من خلال مضمون هذا النص، أن المشرع الجزائري قد قدم تعريف لعقد الإذعان، بعدما كان قد اكتفى في القانون المدني ببيان بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره، وهكذا أصبح لازما للاستفادة من الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، وجود عقد إذعان بين المستهلك والمهني.

يستلزم تحديد مفهوم عقد الإذعان، الرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري الذي نص في المادة 70على أنه :"يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "[1].

وتجدر الملاحظة، أن المفهوم الحديث لعقود الإذعان يتماشى مع النصوص القانونية التي أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني، في المادة 70 منه وكذا في المادة 3 من القانون رقم 04-02، اللذان لم يشيرا إلى فكرة الاحتكار أو فكرة ضرورية السلعة أو الخدمة وإنما اشترط لاعتبار العقد أنه عقد إذعان، من جهة، تحرير شروط العقد مسبقا من قبل أحد المتعاقدين وعرضها على المتعاقد الآخر، ومن جهة أخرى، إذعان الطرف الآخر بكل شروط العقد دون إمكانية مناقشتها أو إحداث أي تغيير حقيقي فيها.

[1]– لقد استوحى المشرع الجزائري هذا النص من القانون المدني المصري في مادته 100، و قد اقتبستها العديد من القوانين العربية، كسوريا (المادة 101 من ق. م) ؛ ليبيا (المادة 100 من ق. م) ؛ الكويت (المادة 81 من ق. م) والعراق (المادة 2/167 ق.م.).

من هنا يظهر أن المشرع لم يشترط لصحة العقد المبرم بين المستهلك والمهني، وجود مساواة حقيقية بين المتعاقدين أو مناقشة سابقة على إبرام العقد، لكنه وضع تقنيات تسمح بحماية الطرف الضعيف، تكون أكثر فعالية من تلك التي قررتها قواعد القانون المدني[1].

أما فيما يخص موقف الفقه، فقد اعتبر البعض[2]، أن عقود الاستهلاك التي تجمع بين المستهلك و المهني هي بمثابة عقود إذعان، كونها تعد اتفاقاً من جانب واحد محرر مسبقا من قبل المهني، وما على المستهلك إلا رفضه أو قبوله في مجمله دون مناقشة لشروطه، وبالرغم من أن عقود الاستهلاك هي عقود متنوعة، إلا أنها تشترك في خاصية واحدة وهي اعتبارها من عقود الإذعان.

ثالثا : علاقة عقود الإذعان بالشروط التعسفية

إن تحرير عقد الإذعان من جانب واحد يسمح بإدراج شروط تعسفية، ذلك أن المتدخل يملك من القوة الفنية والقدرة المالية ما يمكنه من توجيه إرادة المستهلك للتعاقد معه من أجل تلبية حاجاته من السلع والخدمات، نتيجة لذلك يجد المستهلك نفسه في مركز ضعف أمام المهني، مما يؤدي لاختلال في توازن العلاقة العقدية بينهما[3].

يتميز المستهلك الطرف الضعيف في عقد الاستهلاك بكونه شخصا عديم الخبرة أو التجربة أو الكفاءة بالمقارنة مع المهني المتعامل معه، ومهما كان وعي المستهلك وتمتعه بخبرات معينة، إلا أنه ملزم بقبول الشروط المتضمنة بالعقد، لأنه لا تتوافر لديه حرية الاختيار و القدرة على المفاوضة والمساومة لمناقشة شروط العقد[4].

---

[1] - LAMY Droit économique, op. cit., n° 4277, p. 1487.

[2] - **H. BRICKS**, op. cit., n° 7, p. 5 ; LAMY, *Droit de l'entreprise*, éd. Lamy S.A., 2000-2001, n° 4-219, p. 596.

[3] – إن ظاهرة عقود الإذعان ليست مقصورة في العلاقة بين المحترفين و المستهلكين، و إنما يمكن أن تتوافر في كل مرة يكون فيها أحد المتعاقدين على قدر من القوة لفرض شروطه المتشابهة على فئة معينة من المتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة لأرباب العمل و العمال، أو الموردين مع الموزعين، و لكنها تظهر أكثر انتشاراً في العلاقات بين المستهلكين و المهنيين.

[4] -**M. FONTAINE**, Rapport de synthèse, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p.614.

تجدر الملاحظة، إلى أن عقد الإذعان وإن كان يشكل في الواقع الميدان الخصب للشروط التعسفية[1]، إلا أن هذا لا يعني تضمنه بالضرورة شروطا تعسفية، فهذه الأخيرة غير محصورة في نطاق هذا العقد، فهناك العديد من عقود الإذعان التي لا تتضمن شروطها أي تعسف، علاوة على ذلك فإن الممارسات التعسفية التي يفرضها المهني على المستهلك، قد تكون إما نتيجة استغلال سلطته الاقتصادية أو لضعف المستهلك، الأمر الذي يقتضي حماية المتعاقد الذي يوجد في وضعية ضعف مهما كانت طبيعة العقد[2].

المطلب الثاني : مفهوم الشروط التعسفية.

مما لا شك فيه أن المهني ملزم بإعلام المستهلك بالشروط العامة للتعاقد و بالحدود المتوقعة للمسؤولية العقدية، وذلك من أجل حماية هذا الأخير من الشروط التعسفية التي قد يضمنها المهني في عقده الذي يتولى تحريره بإرادته المنفردة ودون إشراك الطرف الآخر معه في ذلك أو السماح له بمناقشته أو تعديله، وهكذا تنعكس القوة الاقتصادية والكفاءة المهنية للمهني في قدرته على فرض إرادته وشروطه التعاقدية على المستهلك، التي غالبا ما تكون تعسفية[3].

ولا يمكن إعطاء مفهوم شامل للشرط التعسفي من خلال التعريفات التي تعرض لها كل من التشريع والفقه، وإنما يستوجب تحديد المعايير التي على أساسها يتم تقدير الطبيعة التعسفية للشرط، بغرض توسيع الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لمواجهة هذه الشروط، وتحقيق استقرار العلاقات بين الأطراف المتعاقدة.

---

[1]– ليس بالضرورة أن عقد الإذعان هو معيار لتطبيق الحماية من الشروط التعسفية بل يعد قرينة بسيطة على وجود التعسف، ذلك لأن الطرف القوي الذي ينفرد بتحرير العقد يملك من القوة و الدراية ما يمكنه من التعسف في إملاء الشروط التي تخدم مصالحه على حساب الطرف المتعاقد معه.

[2] - **J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE**, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, n° 22, p. 20 : « même si les clauses ont fait l'objet d'une négociation individuelle, le professionnel peut abuser le consommateur, soit en profitant de sa puissance économique, soit en en profitant de la faiblesse (économique ou d'autre) du consommateur, il convient donc de protéger quelle que soit la forme du contrat, les contractants en position d'infériorité.»

[3] -**J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ**, op. cit., n° 3, p. 4.

الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي

يقصد بالتعسف لغة هو الاستخدام السيء، أما قانونا فيعرف التعسف على أنه الاستخدام الفاحش لميزة قانونية[1] ويعرف جانب من الفقه الشرط التعسفي بأنه الشرط المحرر مسبقا من قبل الطرف القوي لتحقيق ميزة فاحشة على حساب الطرف الأخر مما يحدث اختلالاً في التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد[2].

ولرفع اللبس عن بعض المفاهيم، يستوجب التمييز بين التعسف في إستعمال الحق[3] وتجاوز الحق، حيث يقصد بالتعسف في استعمال الحق، استعمال الشخص لحقه بقصد الإضرار بالغير، أي أن صاحب الحق له أن يستعمل حقه كما يشاء، ولكن دون قصد الإضرار بالغير، فإذا قصد ذلك يكون متعسفا، وعلى العكس من ذلك، فإن التجاوز يقصد به استعمال الشخص لحقه متجاوزا للحد المألوف فيحدث بذلك ضررا للغير، فالتجاوز في هذه الحالة أصبح يتعدى الشخص حدود حقه ليمتد إلى حدود حق الغير[4].

يقصد بالشروط التعسفية طبقا للتشريع الفرنسي[5]: "*تلك الشروط التي يكون هدفها أو أثرها إحداث ضرر لغير المهني أو المستهلك نتيجة الاختلال الظاهر بين التزامات وحقوق أطراف العقد*"، خلافا لذلك، وسعت بعض التشريعات من مفهوم الشرط التعسفي، كالتشريع الألماني الذي يستدل على التعسف من خلال غياب حسن النية، حيث عرف الشروط التعسفية على أنها :" *تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي*

---

[1]– **مزاري عائشة**، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012–2013، ص.66.

[2] - **J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ**, op. cit., n° 175. p. 185 ;

[3]– **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، رقم 517، ص. ص. 416؛ 417.

[4]– **إبراهيم سيد أحمد**، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، ط. 2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص.ص. 39؛40.

[5] - Art. L.132-1 al. 1 c. consom. Fr. modi. par loi n° 95-96 du 01 février 1995 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. ».

يفرضها أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر، أثناء إبرام العقد فيتضرر هذا الأخير بصفة مفرطة، لأنها تخالف مبدأ حسن النية أو الأحكام التنظيمية".

يستفاد من هذا التعريف، أن المشرع الألماني قد تمسك بمبدأ حسن النية في التعاقد، لتقدير الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، حيث ربط تعسف هذا الشرط المحرر مسبقا، وتضرر المتعاقد منه بمخالفته لهذا المبدأ.

لقد عدّل المشرع الفرنسي أحكام المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك متأثرا بما جاء في التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية[1]، التي نصت على أنه:" *يعتبر تعسفياً الشرط غير الخاضع للمفاوضة الفردية خلافا لما يقضي به مبدأ حسن النية، والذي يؤدي إلى يؤدي إلى عدم توازن ظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق وإلتزامات الأطراف الناجمة عن العقد*"[2]، ويلاحظ أنه بالرغم من تبني المشرع الفرنسي لمفهوم الإختلال الظاهر كمعيار لتحديد الشرط التعسفي، غير أنه لم يأخذ بالعنصرين اللذين اشترطتهما هذه التوجيهة، ألا و هما : المفاوضات الفردية و مبدأ حسن النية.

أما المشرع الجزائري فلم يكتف بالوقوف عند المفهوم الكلاسيكي لعقد الإذعان، بل أعطى تعريفا للشرط التعسفي 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 و واجبات أطراف العقد*"[3]، ويستخلص من هذا التعريف أن المشرع قد عرف الشرط التعسفي من

---

[1] - Art. 3 al. 1 Directive C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs : «*Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat*.»

[2] - **J. CALAIS-AULOY**, *Clauses abusives* : *le concept* in Colloque "La Commission des clauses abusives en action : 30ème anniversaire", http://www.clauses-abusives.fr/colloque /index. htm : « la loi française transpose fidèlement la notion de déséquilibre significatif, mais elle ne reprend pas deux éléments de la définition européenne : la négociation individuelle et l'exigence de bonne foi, ce qui conduit à élargir, au moins en théorie, le concept de clause abusive.»

[3] – المادة 3 الفقرة 5 من القانون رقم 04-02

الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المذكور سالفا.

خلال الآثار المترتبة عن تنفيذه، ألا وهي إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

ومنه فإن الشروط التعسفية ترد بصفة خاصة في عقود الإذعان والعقود النموذجية، التي يتولى إعدادها مسبقا أشخاص متخصصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والعلمي، وقد تبدو وفقا للقواعد العامة، شروطا عادية لا تمس بسلامة الرضا، ولكن في حقيقتها مجحفة ترهق المستهلك وتزيد من التزاماته، وإذا كانت التشريعات الحديثة تهدف إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية أو التخفيف من حدتها، فإنها تواجه صعوبة في تحديدها والكشف عن مختلف مظاهـرها.

وللإشارة فإن هناك بعض الشروط التعسفية التي تعد غير مشروعة أي مخالفة للنظام العام، إلا أن الإشكال لا يطرح بالنسبة لهذه الشروط، ذلك أنه للتخلص منها يكفي على المستهلك إثبات طابعها غير الشرعي فقط، وعلى النقيض من ذلك، هناك العديد من الشروط المشروعة التي قد تكون تعسفية، إذا ما رتبت عدم توازن في العقد لصالح أحد الطرفين – المهني–، ومن هنا يظهر أن مسألة الحماية القانونية من الشروط التعسفية هي التي تطرح أكثر صعوبة[1].

تأسيسا على ما سبق، يرى البعض[2] أنه يمكن تعريف الشرط التعسفي على أنه : "الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفا على الطرف الأخر، مما يجعله خاضعا له دون إمكانية حقيقية لتعديله أو مناقشته أو التفاوض بشأنه، ويرجع ذلك إلى عدم التكافؤ بين طرفي العقد من حيث القوة الاقتصادية والقدرة الفنية والمالية التي يحوزها أحد الطرفين، بهدف تحقيق ميزة فاحشة له، على حساب الطرف الآخر دون وجه حق، مما ينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد في مختلف مراحله".

---

[1] - **H. BRICKS**, op. cit., n° 11, p. 09.

[2] – **رباحي أحمد**، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 5، جامعة الشلف، الجزائر، ص.346، مقال منشور على الرابط الإلكتروني : .www.univ-chlef.dz/renaf/Articles.../article_16.pdf

ويستفاد من هذا التعريف أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الزائد عن مقتضى العقد، والذي يغير من أثاره، فيشكل بذلك عبئا على الطرف المذعن دون مقتضى، ولا يمكن اعتبار الشرط الذي يرتب التزاما هو في الأصل من مقتضى العقد شرطا تعسفيا، لأن مثل هذا الالتزام لا يحتاج إلى شرط، لذلك فوروده بالعقد وعدمه سيان[1].

كما أن الشرط التعسفي لا يرد على عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان فقط، بل إنه يرد على كل عقد يختل توازنه، وتصبح العدالة بين طرفيه مفقودة.

إضافة إلى ذلك، فإن الشرط التعسفي هو من وضع أحد المتعاقدين فقط، أما المتعاقد الأخر فليس له سوى الخضوع لهذا الشرط و التسليم به، بمعنى أن الطرف الضعيف يخضع للشرط التعسفي سواء كانت مناقشة غير متاحة إطلاقا كما هو الشأن في عقود الإذعان أو كانت متاحة لكنها مجرد فرض نظري، وهمي، لا يتحقق، لأن الطرف الضعيف يكون مجبرا على عدم الالتفات إلى الشروط التي فرضت عليه، كما لا تهم الطريقة التي يفرض بها الشرط التعسفي، أي أن الشرط يعتبر تعسفيا إن تحققت شروطه سواء كان مكتوبا أو ملفوظا.

نستخلص مما سبق بيانه، أنه لكي يعتبر الشرط تعسفيا يستلزم توافر عنصران هامان، الأول اقتصادي وهو التعسف في استعمال القوة الاقتصادية التي يحوزها المهني، و الثاني قانوني و هو الميزة الفاحشة أو المفرطة التي يحصل عليها هذا المهني بمناسبة التعاقد، حيث يؤدي ذلك إلى الإخلال بالتوازن العقدي بين المهني في مواجهة الطرف المتعاقد معه والذي غالبا ما يكون مستهلكاً.

هذا و يتميز الشرط التعسفي عن عقود الإذعان في أن عقود الإذعان تعتبر عقودا حقيقية قائمة على أساس تطابق إرادتي طرفيها، إلا أن الطرف الأقوى يهيمن على وضع شروط العقد دون إتاحة الفرصة للطرف الضعيف أن يعدل شرطا من شروطه، أما الشرط التعسفي، فهو شرط وارد في العقد المراد إبرامه يغطي في مضمونه جميع المسائل

[1]– يراجع تفصيلا، **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.ص. 26–29.

المتعلقة به، أو يقتصر على بعضها، مما يفيد أنه لا يعتبر عقدا حقيقيا قائما بذاته[1]، مما يستوجب البحث في المعايير التي تحدد الطابع التعسفي لهذا الشرط.

الفرع الثاني : معايير تحديد الطابع التعسفي للشرط

تختلف معايير تحديد الطابع التعسفي للشرط باختلاف التعريفات التي تبنتها التشريعات. فالتشريع الفرنسي مثلا، اعتمد في بداية الأمر على معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة فاحشة، ثم تراجع عن ذلك بتبنيه لمعيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، وهو ذات المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري.

أولا: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة

من خلال استقراء مضمون النص القانوني الفرنسي القديم، الذي يقضي بأنه : "*في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المهني على غير المهني أو على المستهلك، نتيجة التعسف في استخدام التفوق الإقتصادي و تسمح بحصول المهني على ميزات مبالغ فيها*"[2]، نستخلص أنه يوجد عنصران هامان لاعتبار الشرط تعسفيا وهما : تعسف المهني في استعمال القوة الاقتصادية التي تحقق ميزة مفرطة على حساب المستهلك.

1 : التعسف في استعمال القوة الاقتصادية:

من خلال هذا النص يظهر أن المشرع الفرنسي أضفى الطابع التعسفي على الشرط الذي يفرض على المستهلك أو غير المهني من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال هذا الأخير لقوته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة فاحشة، بمعنى أنه يعد الشرط تعسفيا، إذا كانت الميزة المفرطة الممنوحة للمهني ناتجة عن تعسفه في استعمال قوته

[1]– **عبد الله ذيب عبد الله محمود**، المرجع السابق، ص.72.

[2]– المادة 35 فقرة 1 من قانون رقم 78–23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام و حماية المستهلكين، حيث نص المشرع الفرنسي على الشرط التعسفي بالفعل أو التصرف الذي يمنح المحترف ميزة فاحشة.

الاقتصادية، ويتم استخلاص هذا الشرط من الصفة الخاصة بأطراف العقد، لذلك يوصف هذا المعيار بأنه شخصي، حيث أن خضوع المستهلك لضغوط عملية هو الذي يجعله يقبل بمثل هذه الشروط التي غالبا ما تفرض على المستهلك من قبل المهني الذي يسيطر على العقود، لا سيما التي يتم إعدادها مسبقا.

يرى بعض الفقه، أن المقصود بالتعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو تعسف في الموقف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية، تمييزا له عن التعسف في استعمال الحق المعروف في القواعد العامة[1]، والذي يعني تجاوز الغاية الاجتماعية للحقوق الشخصية، و ذلك بالنظر لما يملكه المهني من تفوق اقتصادي وعلمي بالمقارنة مع المستهلك الذي يفتقد لمثل هذا التفوق، الأمر الذي تتضح معه مظاهر استغلال المهني لحاجة المستهلك للسلعة أو الخدمة، وبالتالي إمكانية فرض شروطه عليه، لكونه لا يملك إلا قبول التعاقد أو رفضه، دون أن تتوافر لديه أي إمكانية حقيقية لمناقشة هذه الشروط[2].

يعد معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بدون جدوى من الناحية العملية في نظر بعض الفقه، ذلك أن القوة التي يتمتع بها المهني، غالبا ما تكون نتيجة السيطرة الفنية والتقنية أكثر منها اقتصادية، وأن هذا التفوق الفني هو الذي يمكن المهني من فرض شروطه التعسفية، نظرا لخبرته في إبرام العقود والصفقات، ومعرفته بالالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، وامتلاكه للوسائل التي تمكنه من تحديد إلتزاماته وفرض الشروط التي تحقق مصالحه على حساب الطرف المتعاقد معه، الأمر الذي أدى بالمشرع الفرنسي إلى إلغاء هذا المعيار[3].

و بناء عليه، يعتبر البعض أن هذا المعيار يتسم بالغموض وعدم الدقة، خاصة وأن القوة الاقتصادية للمتدخل تقدر على أساس حجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يمتلكها في ممارسة نشاطه، غير أن القوة الاقتصادية ليست دائما ملازمة للمشروعات

[1] - **J. GHESTIN**, *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal., 1981, 2, doc., p. 379.
[2] - **PH. STOFFEL MUNCK**, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, L.G.D.J., 2000, p. 302.
[3] – **عامر قاسم احمد القيسي**، المرجع السابق. ص. 141.

الكبرى والقوية اقتصاديا، فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة الاقتصادية، فقد يتمتع تاجر صغير باحتكار محلي يجعله يتمتع بقوة اقتصادية تماثل قوة مشروع اقتصادي كبير[1].

2 : حصول المهني على ميزة فاحشة بمناسبة التعاقد .

لقد عرف بعض الفقه الميزة الفاحشة بأنها: *مقابل مغالى فيه مفروض بواسطة شرط أو شروط عديدة مخالفة للقانون المدني أو القانون التجاري*[2].

يعد هذا المعيار موضوعي يتعلق بتوفير مزايا مفرطة للمهني، والتي بدورها تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد، مهما كان نوع هذه المزايا مادام أن النص القانوني لم يشر إلى أي نوع من أنواع المزايا نقدية أو غير نقدية، لذلك يؤكد بعض الفقه[3] بأن معنى الميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني بمناسبة العقد لا تتعلق بثمن السلعة فقط، بل تعني كذلك ما يقع على المستهلك من التزامات، أو عن طريق التخفيف من التزامات المهني، لذلك يجب أن تؤخذ في الاعتبار الميزة التي حصل عليها المهني نتيجة الشرط الوارد بالعقد[4]. وتقترب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يمس بالعدالة العقدية ويؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين[5].

على إثر ذلك ذهب بعض الفقه الفرنسي، إلى اعتبار أن مسألة تقدير الصفة التعسفية للشرط، لا يجوز أن تتعلق بمحل العقد أو موضوعه الأساسي أو الثمن، وإنما

---

[1] - **P. GODE**, *Protection des consommateurs, Clauses abusives*, R.T.D. Civ. 1978, p. 744.

[2] – **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع السابق، ص. 223.

[3] –**أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع نفسه، ص. 222.

[4] – المادة 35 من القانون الفرنسي رقم 78–23 المؤرخ في 10 جانفي 1978، و الجدير بالذكر أن هذه المادة ألغيت و حلت محلها المادة L.132–1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، لكنها أبقت على نفس المعيارين، غير أنه بعد تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 95–96 المؤرخ في 01 فيفري 1995، تم استبدال هذين المعيارين بمعيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الالتزامات بين طرفي العقد.

[5] - **J. GHESTIN**, Traité du droit civil, les obligations, Le contrat, Formation, 1re édi., L.G.D.J., 1980, P. 686.

تتعلق بما يترتب عن هذا الشرط من اختلال التوازن بين الحقوق والالتزامات الواقعة على طرفي العقد، وهو ما يميز أساسا الشرط التعسفي عن الغبن[1].

ومن ناحية أخرى، اتجه جانب آخر من الفقه إلى عدم حصر هذه الميزة المجحفة في هذا المجال الضيق، وإنما ينبغي النظر إليها من حيث الأثر الذي تخلفه في العقد، وهو عدم التوازن بين حقوق و التزامات طرفيه، بهدف تحقيق حماية فعالة للمستهلك[2].

يتفق الفقه الراجح مع موقف المشرع الفرنسي في الفقرة 05 من المادة L132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي قبل التعديل الذي يعتد بكل العقد في تحديد صفة التعسف، وكذا الملابسات المحيطة به، بمعنى آخر وجوب النظر إلى جميع الشروط التعاقدية لتقدير عدم التوازن العقدي، ذلك أنه لا يجب في رأي بعض الفقه تقدير المنفعة أو الميزة التي حصل عليها المهني والوضع المتميز له دون مراعاة مضمون العقد المتضمن للشرط الذي يمنح هذه المنفعة، وغيره من العقود الأخرى المرتبطة بذلك العقد[3].

فالعقد كيان واحد يستلزم النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجملها حتى يتسنى تقدير عدم التوازن في الالتزامات العقدية الناجم عن تمتع أحد الطرفين بمزايا مبالغ فيها[4]، فمن غير المنطقي اعتبار الشرط تعسفيا لمجرد أنه يمنح بعض المزايا لأحد الأطراف، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكنه يكون مبررا إذا تم النظر إليه في ضوء مجموع شروط العقد، إذ يمكن أن يتضمن العقد شرط آخر يعطي المتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن إلى هذا العقد، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المهني، تخفيض ثمن السلعة المعروضة للاستهلاك[5].

---

[1] - **M. BRUSCHI**, *L'amélioration de la protection du consommateur*, LAMY, droit économique, n° 145, nov. 2001, édi. 2002, p. 20.

[2] - **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*, D. 1984, chron, p.158.

[3] - **O. CARMET**, *Réflexions sur les clauses abusive au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. com., 1982, p. 17 et 18 ; **J. P. GRIDEL**, op. cit., p. 152.

[4] -**H. BRICKS**, op. cit., n° 11, p. 10.

[5] -**J. MESTRE**, *Des notions de consommateur*, R.T.D. Civ, 1989, p. 62.

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن معياري الشرط التعسفي، هما في الحقيقة معيارين متحدين ومرتبطين ارتباط السبب بالنتيجة، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المهني هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، فالميزة المفرطة تفترض التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهكذا فإن أحد المعيارين يعد نتيجة طبيعية للمعيار الآخر، كما أن معيار الميزة المفرطة لوحده غير كاف لوصف الشرط بالطابع التعسفي، وإنما يتطلب أن يكون هذا الشرط مفروض على المستهلك بسبب تعسف المهني في استخدام تفوقه و نفوذه الاقتصادي[1].

إزاء كل الانتقادات التي وجهت لهذين المعيارين من قبل الفقه، تدخل المشرع الفرنسي متبنيا بذلك موقف التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية، حيث استبدل هذا المعيار المزدوج أي التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة، بمعيار واحد يتمثل في الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد[2].

ثانيا: معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

من خلال التعريف القانوني للشرط التعسفي الوارد بالمادة 03 من القانون رقم 04-02، يتبين أن المشرع تبنى معيار الإختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد[3]، وبالتالي ينبغي لوصف الشرط على أنه تعسفي، أن يترتب عن وجوده في عقد الإذعان إخلال ظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، مما يعني أن الطابع التعسفي للشرط يرتبط بمدى توافر الخلل بين حقوق والتزامات الطرفين[4]، وبالتالي لا عبرة فيما لو كان المهني حسن أو سيء النية، كما لا يشترط وجود تعسف في إستعمال القوة الاقتصادية، مما يؤدي إلى توسيع قواعد الحماية من الشروط التعسفية[5].

---

[1] -**O. CARMET**, op. cit., p. 16.

[2]- **N. SAUPHANOR**, op. cit., n° 555, p. 359.

[3]– **خلوي (عنان) نصيرة**، الحماية القانونية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2013/09/25، ص.6.

[4]– **سعاد نويري**، مداخلة بعنوان : "الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين"، المؤتمر السنوي 22، الجوانب القانونية للتأمين و اتجاهاته المعاصرة، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 13 و 14 ماي 2014، ص.55.

[5]- **D. BAKOUCHE,** *L'excès en droit civil*, L.G.D.J., 2005, n° 23, p. 23.

يحدث الإختلال في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات طرفي العقد، نتيجة إدراج الشروط التعسفية في العقد، وبالتالي فإن هذه الشروط في حقيقتها إما أن تزيد من حقوق المهني، و في المقابل تحرم المتعاقد معه من حقوقه، وإما أن تخفف من التزامات المهني و في المقابل تثقل من التزامات الطرف الأخر[1].

بالنظر إلى التعريف الذي أورده المشرع الجزائري بشأن الشرط التعسفي، نجد أنه استلهم هذا المعيار من نظيره الفرنسي، الذي استمده بدوره من التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية المذكورة أعلاه[2]، غير أن ما يمكن استخلاصه من تعريفه للشرط التعسفي، عدم أخذ مسألة غياب المفاوضات الفردية لشروط العقد ومبدأ حسن النية الوارد ذكرهما في التوجيهة، إذ اقتصر فقط على معيار الاختلال الظاهر بين حقوق وإلتزامات المتعاقدين المترتب عن إدراج الشروط التعسفية في العقود[3]، غير أن المشرع البلجيكي هو الوحيد الذي إستند على معيار الإختلال التعاقدي قبل إعتناقه للتعليمية الأوروبية، حيث عرف الشرط التعسفي على أنه: "*كل شرط لوحده أو مرتبط بشرط آخر أو شروط أخرى، من شأنه أن ينشأ عدم توازن ظاهر بين حقوق و إلتزامات الأطراف*"[4].

وفقا لهذا المعيار فإن وجود الطابع التعسفي للشرط في عقود الاستهلاك، يتحقق من خلال توافر الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد[5]، إلا أن الواقع يعتبر هذا المعيار عاماً و يصعب تمييزه[6].

---

[1] -**L. RIGAUD**, op. cit., p. 130.

[2]– بموجب القانون رقم 95–96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 الذي نص على إدماج التوجيهة الأوروبية رقم 93–13 الصادرة في 05 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في قانون الاستهلاك الفرنسي، تم تبني معيار الإختلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد.

[3] - **PH. STOFFEL-MUNCK**, op. cit. n° 366, p. 309 : « la qualification de clause abusive est essentiellement objective : le regard se porte sur la clause et non sur le contractant.»

[4]– المادة 31 من القانون البلجيكي الصادر في 14 جويلية 1991.

[5]- Cass. Civ. 1re 13 novembre 1996, Bull. Civ. I, n° 399, Dalloz, 1997, somm., p. 174, obs. **PH**. **DELEBECQUE**; Cass. Civ. 1re, 26 mai 1993, Dalloz,1993, p.568, note **G. PAISANT** ; Cass. Civ. 1re, 7 juillet 1998, Dalloz, 1999, somm., p. 111, obs. **D. MAZEAUD**.

[6]- **J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE**, op. cit., n° 60, p. 53.

ويرى البعض، أن المشرع الفرنسي قد عدَّل من مفهوم الشرط التعسفي تعديلا إصطلاحيا فقط دون التعرض لمضمونه، ذلك أن الإخلال بالتوازن العقدي ما هو إلا نتيجة لتعسف المهني في استعمال قوته الاقتصادية للحصول على ميزة فاحشة[1].

ثالثا : تقدير الطابع التعسفي للشرط

من أجل تحقيق حماية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، سعى المشرع الجزائري إلى توسيع هذه الحماية وذلك باكتفائه بوجود شرط واحد تعسفي من جملة شروط العقد لاعتباره يرتب إخلال بالتوازن العقدي، وبذلك يمكن القول إن وجود شرط واحد قد يكون كافيا للإخلال بالتوازن بين حقوق وإلتزامات طرفي العقد، كما قد توجد عدة شروط مجتمعة من شأنها أن تحقق اختلالا في توازن العقد.

لقد حدد المشرع الفرنسي عدة معايير لمساعدة قاضي الموضوع أثناء تقدير الطبيعة التعسفية للشرط محل النزاع، وإن كان يلاحظ أن هذه المعايير قد تم نقلها مباشرة من مضمون التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[2].

يتم تقدير الطابع التعسفي للشرط بالنظر إلى وقت إبرام العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الملازمة لإبرامه، ولا يمكن إضفاء الطابع التعسفي على الشرط بمعزل عن مضمون العقد برمته، أي يستوجب النظر إلى الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، باعتباره كل لا يتجزأ، وعليه ينبغي النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفيا، والتأكد من وجود اختلال في التوازن العقدي، إذ لا يمكن أن يظهر تعسفه بمجرد قراءته، كما يقدر الطابع التعسفي بالاستناد على شروط واردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ أحد هذين العقدين مرتبط قانونا بإبرام أو تنفيذ العقد الآخر[3].

---

[1]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 129.

[2] -Art. 4 du Directive C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., 21 avril 1993.

[3] - Art. L.132-1 al. 5 c. consom. fr. : « *le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre*. »

الفصل الثاني

وسائل الحماية من الشروط التعسفية في العقد

تختلف وسائل الحماية من الشروط التعسفية باختلاف النظم القانونية التي تؤطر العلاقات العقدية بين الأشخاص، حيث نجد أن البعض منها اعتمدت على أسلوب الحماية التشريعية الوقائية، وذلك بتدخل المشرع في المرحلة التي تسبق إبرام العقد، بهدف حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المهني، وفي ظل اتساع رقعة انتشار هذه الشروط التي تحدِث اختلالاً في التوازن العقدي، أصبح من الضروري تفعيل قواعد الحماية القانونية للحد من إمكانية تضمين هذه العقود بمثل تلك الشروط، غير أن الواقع أثبت أن هذه الحماية لم تعد كفيلة لتحقيق التوازن العقدي المفقود بين الأطراف المتعاقدة – غير المتساوية من حيث مراكز القوة –، الأمر الذي أدى ببعض التشريعات إلى تفعيل قواعد حمائية ليس في مرحلة ما قبل التعاقد فحسب. بل جعلتها تمتد إلى مرحلة ما بعد التعاقد، بغرض تحقيق حماية فعالة من الشروط التعسفية التي تفرض على الطرف الضعيف بمناسبة تعاقده، إذ يتحقق ذلك من خلال السلطة الممنوحة للقاضي لتمكينه من الحد من هذه الشروط بعد إثبات طابعها التعسفي، ذلك هو محل دراستنا في **المبحث الأول**.

وفي مقابل تلك القواعد الحمائية – التشريعية منها و القضائية – قرر المشرع قواعد حمائية أخرى لمواجهة الشروط التعسفية، ويتجلى ذلك من خلال رقابة الأجهزة الإدارية التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية. إذ تقوم هذه الأخيرة بالاطلاع على نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين، بغرض إبداء رأيها حول طبيعة الشروط المدرجة في هذه النماذج و مدى وصفها بالتعسف. إضافة إلى ذلك تباشر الحكومة رقابة إدارية على الشروط التعسفية، من خلال إصدار مراسيم تحدد هذه الشروط. فضلا عن ذلك تلعب جمعيات حماية المستهلكين دورا فعالا في بسط الحماية من الشروط التعسفية التي يضمنها المهني في العقود التي يبرمها مع المستهلك، وهو ما سنتناوله بالبحث والدراسة في **المبحث الثاني**.

المبحث الأول: دور التشريع والقضاء في الحماية من الشروط التعسفية

مما لا شك فيه أن الصورة التقليدية للعقود تقوم على مبدأ التفاوض والمساومة، مما يفيد أن شروط العقد تكون محل مناقشة بإرادة حرة، سليمة، ومستنيرة وعلى قدم المساواة بين طرفي العقد؛ لكن التطور المذهل في الحياة الاقتصادية والتفاوت المحسوس في مركزي طرفي العقد، جعل من المهني ينفرد بإدراج شروطاً في العقد، لا يقبل مناقشتها أو التفاوض بشأنها، مما يجعل المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة، مذعِنا لتلك الشروط التي تقيد من حريته في اختيار المناسب منها، مما يحقق للمهني من المصالح ما يمس بحقوق الطرف المتعاقد معه، وبهدف تحقيق التوازن العقدي المفقود بين طرفي العقد، حاولت أغلب التشريعات الحديثة مواجهة الشروط التعسفية التي يضمنها الطرف القوي في العلاقة العقدية، وذلك من خلال حظر هذه الشروط، باعتبارها السبب الرئيسي في إحداث الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد، ويتم ذلك من خلال تحديد هذه الشروط ضمن قوائم، يمنع من خلالها على المهنيين إدراجها في عقودهم التي يعرضونها بمناسبة التعاقد، وهو ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الأول.

علاوة على ما سبق، فإنه لا يمكن تحقيق حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية عن طريق سن النصوص القانونية دون أن تكون هناك هيئات قضائية تضمن التطبيق الحسن لهذه النصوص، و ذلك بتفعيل القواعد القانونية و توقيع الجزاء على عند مخالفتها، حيث أن الإقرار أو الحكم بأن شرط من شروط العقد يحمل الطابع التعسفي، لا يكفي لتوفير الحماية للطرف المتضرر ما لم يتم إلغاءه أو تعديله من طرف القاضي، مع توقيع الجزاء الجزائي على مرتكبي هذا التجاوزات في تضمين العقود لشروط تحقق مزايا لطرف ما و في المقابل تمس بحقوق الطرف المتعاقد معه، وهو ما سنتناوله بالبحث والدراسة في المطلب الثاني.

المطلب الأول : الحماية التشريعية للمتعاقد من الشروط التعسفية

من أجل ضمان حماية فعالة للمتعاقد في مواجهة الشروط التعسفية التي يُضمِّنها المهني في العقود التي يعرضها بمناسبة التعاقد، لا بد من إعمال قواعد قانونية صارمة، تتحدد من خلالها أهم البيانات الواجب توافرها في هذه العقود، بغرض الحد من تعسف المهني في إدراج ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته على حساب الطرف المتعاقد معه.

ولتدعيم حماية و رضا الطرف الضعيف في العقد – الذي غالبا ما يكون مستهلكا– في مواجهة المهني المتعاقد معه، عمدت أغلب التشريعات إلى تكريس جملة من الالتزامات على عاتق المهنيين، بموجب قواعد قانونية آمرة، تحقق للمستهلك من الحماية ما يحول دون إذعانه لتلك الشروط المجحفة التي يمليها عليه المهني.

الفرع الأول : ضبط عناصر ومضمون العقد للتحديد من الشروط التعسفية.

في ظل توسع دائرة اختلال التوازن العقدي بين طرفي عقود الإذعان بصفة عامة وعقد الاستهلاك بصورة خاصة، تدخلت أغلب التشريعات لمواجهة تعسف المهني في صياغة وإعداد شروط العقد، بأن تصدت إلى مثل هذه التصرفات المجحفة في حق المستهلك، وذلك باعتماد وسائل الضبط المسبق لعناصر ومضمون العقود التي يبرمها المهني مع المستهلك في إطار العقود النموذجية التي يعدها مسبقا.

و التشريع الجزائري كباقي التشريعات الحديثة الأخرى، تضمن قواعد قانونية تهدف إلى تنظيم العلاقات العقدية بين الأشخاص من خلال تحديد الإلتزامات والحقوق المتقابلة في إطار هذه العلاقة، إذ يعد ذلك من بين الوسائل التشريعية الوقائية التي تحقق حماية فعالةً لرضا المتعاقد – الطرف الضعيف–، وكذا حماية مصالحه، مما يحقق التوازن العقدي بين طرفي العقد، و بناء عليه، فإن تنظيم هذه العلاقات يتم إما من طرف المشرع

من خلال تحديده للعناصر الأساسية لهذه العقود، أو عن طريق ضبط مضمون العقد من طرف جمعيات حماية المستهلكين[1].

أولا : تحديد العناصر الأساسية لعقود الاستهلاك

لقد مكن المشرع الجزائري الحكومة من تحديد العناصر الأساسية التي ينبغي أن تدرج في عقود الاستهلاك، بهدف حماية مصلحة المستهلك وضمان حقوقه[2]، وتطبيقا لذلك، صدر مرسوم تنفيذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية[3] وترتبط هذه العناصر الأساسية بالحقوق الأساسية للمستهلك و المتعلقة بالإعلام المسبق له ونزاهة وشفافية المعاملات التجارية ومطابقة محل عقد الاستهلاك و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع[4]، على اعتبار أنه ينبغي أن تتوافق هذه العناصر مع أحكام القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و كذا القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالفي الذكر، و تتعلق هذه العناصر بموجب أحكام المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي06-306 بما يلي :

- خصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها،
- الأسعار و التعريفات،
- كيفيات الدفع،
- شروط التسليم و آجاله،
- عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم،

---

[1]- **J. CALAIS-AULOY**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats, in Droit du marché et droit commun des obligations, R.T.D. Com.*, 1998, p. 248.

[2]- المادة 30 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر والتي تنص على أنه : "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"

[3]- المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 56، الصادرة بتاريخ 18 شعبان 1427 الموافق لـ 11 سبتمبر 2006، ص. 16.

[4]- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر.

- كيفيات الضمان و مطابقة السلع و/ أو الخدمات،
- شروط تعديل البنود التعاقدية،
- شروط تسوية النزاعات،
- إجراءات فسخ العقد،

إن الشروط التعسفية التي يدرجها المهني في عقود الاستهلاك، إنما يهدف من خلالها إلى تحقيق مصالحه على حساب المستهلك، مما يؤدي إلى المساس بحقوقه، وتتجلى مظاهر التعسف الممارس من طرف المهني –العون الاقتصادي–، في وسائل التعاقد و طرق إعلام المستهلك، سواء قبل إبرام العقد أو أثناء ذلك[1].

إن السبب الرئيسي في ضعف المستهلك وعدم قدرته على المناقشة والتفاوض بشأن شروط العقد هو توسع دائرة إنتشار العقود النموذجية، وما تتضمنه من شروط تعسفية تمس بمصلحة المستهلك من جهة، وفي المقابل تعفي المهني من التزاماته الأساسية، مما يُحدث اختلالاً في التوازن العقدي لمصلحة هذا الأخير، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى منح الصفة الآمرة للتنظيم القانوني لعقد الاستهلاك كاستثناء من مبدأ حرية التعاقد، وبالتالي أصبح العقد يستمد إلزاميته من إرادة المشرع لا من إرادة أطرافه، فالنصوص الآمرة هي بمثابة تعبير صريح عن ترجيح المصلحة العامة على الإرادة الفردية[2].

وباعتبار أن عقود الاستهلاك تخضع في الكثير منها إلى قواعد خاصة، تتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فإنها تعتبر كاستثناء من القواعد العامة لتعلقها بالنظام العام للحماية، و من ثم تعتبر هذه القواعد آمرة و لا يجوز بأي حال من الأحوال الاتفاق على مخالفتها.

[1]– **عمر محمد عبد الباقي**، المرجع السابق، ص. 409.

[2] -**M. FONTAINE**, op.cit., n° 26, p. 632 : « Le mode le plus radical, est pour le législateur d'intervenir par une réglementation impérative du contenu (relevant de l'ordre public de protection) qui portant atteinte à la liberté des conventions, fera obstacle à la stipulation de clauses déséquilibrées.»

وما يمكن الإشارة إليه، هو أن تدخل المشرع بقواعده الآمرة من شأنه إضفاء حماية للطرف الضعيف في عقد الاستهلاك، مراعاةً لغياب مشاركة هذا الأخير في إعداد وتحرير شروط العقد من جهة و كذا تحقيق العدالة العقدية الحقيقية بين الأطراف بموجب هذا التدخل الملزم لأطراف العقد من جهة أخرى.

بالنظر إلى مضمون المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، نجد أنه ربط العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين المهني والمستهلك بالحقوق الجوهرية لهذا الأخير[1]، أي أن الهدف من إدراج هذه العناصر هو حماية الطرف الضعيف – الذي غالبا ما يكون المستهلك– في العلاقة التعاقدية و تبعا لذلك فرضها المشرع في شكل قاعدة آمرة، لذلك تعتبر هذه العناصر الأساسية إلزامية في حق العون الاقتصادي، بوصفها وسيلة وقائية تحد من إمكانية إدراجه لشروط تعسفية في العقد، الأمر الذي يؤدي إلى إدخال هذه القاعدة في نطاق النظام العام للقواعد الحمائية.

يرى البعض، أن هذه العناصر الأساسية تهدف إلى إعلام المستهلك بالالتزامات المتقابلة في إطار العلاقات التعاقدية، مما يتيح له الفرصة في إبرام العقد وهو على دراية مسبقة بالالتزامات الملقاة على عاتقه وكذا بالحقوق الممنوحة له، ومن ثم يتبين لنا أن هذه البيانات الإلزامية تهدف إلى إعلام المستهلك فقط، دون أن تمس بحرية التعاقد بين أطراف عقد الاستهلاك[2].

و يتضح من خلال ذلك، أن هذه البيانات تساهم إلى حد كبير في تدعيم رضا المستهلك وحمايته، والتي يتعمَّد المهني في استبعادها عن طريق إعداد وتحرير شروط العقد بإرادته المنفردة، دون إشراك المستهلك معه في ذلك.

[1]– **مزاري عائشة**، المرجع السابق، ص.66.

[2] - **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op.cit., n°58, p.59 : « Les règles qui prévoient des mentions obligatoires ont un simple but d'information et ne touche en rien la liberté contractuelle »

وما يستفاد من أحكام هذا المرسوم[1]، هو أن عدداً كبيراً من المستهلكين يُقبِلون على التعاقد دون قراءة متأنية للعقد، لذلك يستوجب تحسيسهم بأهمية المستندات العقدية التي يوقّعون عليها، ولتفعيل الإعلام المسبق للمستهلكين بالبيانات الإلزامية، يقترح بعض الفقه الفرنسي[2]، إجبار المهنيين على توحيد طريقة عرض وتحرير العقود والوثائق الملحقة بها المقدَّمة بمناسبة التعاقد، لتكون واضحة وغير مبهمة، وبالتالي يتسنى للمتعاقد الذي يحوز على قدرة معرفية بسيطة أن يتعاقد دون أن تتعرض حقوقه للانتهاك .

كما اعتبر جانب من الفقه[3] أن استعمال المشرع لتقنية الشكلية بتحديثها من خلال إضافة البيانات الإلزامية، تقلّص من نطاق تطبيق الخطأ والتدليس، لاسيما في إطار عقود الاستهلاك، وعليه فإن غياب هذه العناصر الأساسية من هذه العقود، يسبب البطلان دون الحاجة إلى إثبات أي عيب في الرضا.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة كنظيره الفرنسي على جزاء بطلان العقد، لكن وباستقراء النص القانوني الذي يقضي بوجوب إدراج هذه البيانات الإلزامية في العقد باعتبارها قاعدة آمرة، فإن مخالفتها يؤدي مباشرة إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، لأنه إذا كان العقد مخالفا للنظام العام التقليدي أو النظام العام الاقتصادي الموجه، يعتبر باطلا بطلانا مطلقا[4]، لأن الأمر يتعلق هنا بحماية المجتمع ضد الممارسات الفردية التي يمكن أن تمس بالمصلحة العامة.

يستفاد من ذلك، أنه يمكن للمستهلك التمسك ببطلان العقد المبرم مع المهني لمخالفته قاعدة قانونية آمرة –غياب البيانات الإلزامية–، طالما لم يسقط هذا الحق

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 06–306 الذي يحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التعسفية، السالف ذكره.

[2] - **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op.cit., n° 167, p. 175 : « Pour améliorer l'information préalable des consommateurs, il faut aller jusqu'à imposer aux professionnels une présentation uniforme des documents contractuels, de façon que ceux-ci soient compréhensible pour des lecteurs profanes. La présentation uniforme de l'offre en outre l'avantage de développer la concurrence, en facilitant la comparaison entre les contrats proposés par des entreprises concurrentes. »

[3] - **PH. MALINVAUD**, op. cit., n° 99, p. 111.

[4] -**J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE**, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op. cit., n° 63, p. 55.

بالتقادم، ذلك أن التقادم يعتبر مسقطاً لكل الالتزامات المتقابلة، وهو ما نصت عليه المادة 320 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه: ¤ *يترتب على التقادم انقضاء الالتزام...*n، وبالتالي؛ فإن انقضاء إلتزام المهني بتضمين العقد البيانات الإلزامية، يؤدي حتما إلى انقضاء حق تمسك المستهلك ببطلان العلاقة التعاقدية التي أبرمها مع المهني.

أما بخصوص مدة التقادم وبالرجوع إلى القواعد العامة للتقادم المنصوص عنها بموجب المادة 101 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بالبطلان النسبي فإنها تقضي بأنه : "*يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات*"، وتبعا لذلك يمكن تطبيق هذه المدة للمطالبة ببطلان العقد لمخالفته قاعدة أمرة[1].

ثانيا : تحديد مضمون عقد الاستهلاك

نظرا لعدم تمكن المستهلك من المناقشة والتفاوض بشأن الشروط التي يمليها المهني بمناسبة التعاقد، فإنه يمكن لجمعيات حماية المستهلكين التفاوض مع المهنيين أو المنظمات المهنية للوصول إلى اتفاق على جملة الشروط التي تحقق توازن العقد. ومن هنا برزت فكرة تحديد مضمون عقود الاستهلاك.

وتجدر الإشارة بهذا الصدد، أن المشرع الجزائري لم يعتمد بعد هذه الوسيلة كما هو الشأن لدى بعض التشريعات الأوروبية، ذلك أن دور جمعيات حماية المستهلكين بقي محدوداً في هذا المجال باعتبار أن هذه الأخيرة تفتقر إلى الخبرة و الفعالية.

يرى بعض الفقه الفرنسي[2] أنه من الضروري العمل بالاتفاقيات الجماعية في مجال الاستهلاك على غرار ما هو معمول به في مجال العمل من خلال الاتفاقيات الجماعية للعمل، وذلك من أجل التخلص من دعوى إلغاء الشروط التعسفية، و هو نفس الموقف الذي اقترحته لجنة إعادة صياغة و تنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي.

[1]- المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، السالف ذكره.

[2] - **L. BIHL**, le droit de la vente, vente immobilière, DALLOZ, 1996, p.754; **D.FERRIER**, op. cit., p. 81.

لقد ظهرت في فرنسا بوادر مثل هذه الاتفاقيات بين منظمات المهنيين والسلطات، كتعهد التجارة الصادر في 27 ديسمبر 1979 الذي نص على حقوق جديدة للمستهلكين في مجال الحماية والإعلام، ثم انتشرت بين المهنيين والمستهلكين في عدة مجالات[1].

كما تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقيات الجماعية للمستهلكين لا تلزم إلا المنظمات المهنية التي وقعت عليها في مواجهة جمعيات حماية المستهلكين الموقعين فقط، وبالتالي فإن المستهلك الفرد لا يمكنه إلزام المهني العضو في تلك المنظمة الموقعة بتنفيذ الإلتزامات التي تعاقدت عليها المنظمة التي ينتمي إليها[2].

لقد نصت لجنة إعادة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة الرابعة والعشرين على أنه يمكن أن تمتد الاتفاقيات الجماعية ذات النطاق الوطني لكافة المهنيين، إذا كانت موقعة من طرف أغلبية المنظمات ذات التمثيل الوطني التي تهدف إلى حماية المستهلكين من جهة، ومن طرف منظمة وطنية أو أكثر ممثلة للمهنيين من جهة أخرى.

أما بخصوص مدى اكتساب هذه الاتفاقيات الجماعية للاستهلاك – سواء المهنيين أو المستهلكين– للصفة الإلزامية، فإنه لإلزام المهنيين بالاتفاقيات الجماعية، يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه يستوجب على المنظمات المهنية أن توقع على هذه الاتفاقيات بوصفها وكيلاً عن المهنيين المنظمين إليها، و يجب أن تتضمن إشتراط لمصلحة الغير لفائدة زبائنهم، بذلك يمكن للمستهلكين إلزام المهنيين بتنفيذ الاتفاقيات الجماعية من خلال رفع دعوى مباشرة ضدهم، لكن الاجتهاد القضائي رفض تأسيس فكرة إلزام المهنيين على وجود نيابة أو اشتراط لمصلحة الغير[3].

---

[1] - **D. FERRIER**, op. cit., p. 80 : «Accords Delmon en 1973 et 1976, dans le domaine de la location immobilière (ses stipulations furent reprises dans la loi du 22 juin 1982 sur le bail); accord entre l'I.N.C. et la chambre syndicale des réparateurs automobiles, en 1976, concernant la vente de véhicules d'occasion ; accord entre organisations de consommateurs et sociétés d'assurance en 1977 dans le domaine de l'assurance (ses stipulations furent reprises par la loi du 7 janvier 1981).»

[2] - **D. FERRIER**, op. cit., p. 81.

[3] -**J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op. cit., n° 196, p. 211 : « … Pour les obliger à le faire, il faudrait soutenir : 1) que l'organisation professionnelle signe l'accord=

وأما من الناحية القانونية فلا يمكن فرض احترام الاتفاقيات الجماعية على المهنيين غير المنظمين للمنظمات المهنية الموقعة على هذه الإتفاقيات[1]، وبالتالي يثار التساؤل حول الأساس القانوني الذي يلتزم بموجبه هؤلاء المهنيين؟

من أجل فرض هذه الاتفاقيات الجماعية بطريقة إلزامية على المهنيين المنظمين إلى المنظمات المهنية المصادقة عليها، ينبغي التدخل بقواعد قانونية خاصة تجعل من هذه الاتفاقيات تمتد إلى كل المهنيين التابعين لقطاع معين، وفقا لما إقترحته لجنة إعادة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة الخامسة والعشرون من مشروع قانونها، على أنه يستفيد من هذه الاتفاقية. كل المستهلكين المنتمين للجمعيات الموقعة عليها وغير المنتمين إليها، بالإضافة إلى ذلك فإن الاتفاقيات الجماعية تأخذ قيمة القانون ليس فقط بالنسبة للموقعين عليها فحسب، بل أيضا للمهنيين الذين ينتمون للمنظمات المصادقة على هذه الاتفاقيات وهذا وفقا لنص المادة التاسعة عشر من نفس مشروع القانون.

الفرع الثاني : نظام القوائم كوسيلة لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية

من أجل حصوله على حاجاته من السلع و الخدمات، غالبا ما يجد المستهلك نفسه خاضعا للشروط التي ينفرد بوضعها المهني، باعتباره يملك من القوة الاقتصادية والقدرة العلمية و الدراية الواسعة بشأن التعاقد، ما يمكّنه من فرض شروطه التعسفية، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى وضع قواعد قانونية حمائية تمنع هذا الأخير من تضمين هذه الشروط التي تمس بحقوق المتعاقد معه أو تزيد من التزاماته، وذلك عن طريق وضع قائمة محددة بالشروط التعسفية غير المشروعة و المحظور على المهني التعامل بها أو إدراجها في عقود الاستهلاك.

= collectif comme mandataire de ses adhérents ; 2) que l'accord comporte une stipulation pour autrui au profit des clients des professionnels. Ainsi, les consommateurs disposeraient d'une action directe contre les professionnels pour obtenir l'exécution de l'accord collectif. Mais, jusqu'à présent, les tribunaux n'acceptent pas ce raisonnement. »

[1] - **M. FONTAINE**, op. cit., n° 24, p. 632.

أولا : نظـــام القائمـــة الســـوداء

إن الطابع التجاري الذي يغلب على جُل العلاقات التعاقدية التي يبرمها المهني، إنما يصبو من خلالها إلى تحقيق الربح وتنمية الثروة، وبالتالي فإنه لا يتوانى في تضمين عقوده جملة من الشروط التي تخدم مصالحه، والواقع أن تحقيق هذه الغاية يبقى أمراً مشروعاً و معقولاً بالنسبة له، طالما أن هذه المعاملات تتسم بالنزاهة والشفافية، لكن في بعض الأحيان، قد يتعمد المهني تضمين العقد بشروط تعسفية تحقق له ميزة فاحشة على حساب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، و هو الأمر الذي سعت التشريعات إلى مكافحته بشتى الوسائل و السبل من أجل تحقيق حماية فعالة لهذا الأخير.

والجدير بالذكر، أن واقع هذه المعاملات التي يقوم بها المهني مع المستهلك، يثبت أن هذا الأخير يُقْدِم على التعاقد دون الإطلاع الدقيق على مضمون العقد أو على الوثائق المرفقة معه، الأمر الذي يحول دون تعرُّفِه على مجال الإلتزامات الملقاة على عاتقه، ومدى خطورتها و الآثار المترتبة عنها، لذلك كان من الضروري وضع حد لهذه الشروط التعسفية ضمن قائمة تحددها، حتى يتسنى للمستهلك التعرف عليها ومن ثم المطالبة بإلغائها أو تعديلها.

من خلال أحكام القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يلاحظ أن المشرع الجزائري وضع قائمة من الشروط التعسفية التي منع المهني من إدراجها في العقود التي يبرمها مع المستهلك[1] باعتبارها تحقق من المزايا و الحقوق ما يمس بمصالح وحقوق هذا الأخير، بل وتزيد من التزاماته، و لبسط الحماية على المستهلك الذي غالبا ما يكون طرفا ضعيفا في علاقته التعاقدية مع المهني، أورد ثمانية شروط ضمن هذه القائمة، اعتبرها تعسفيةً وهي:

[1]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل بمقتضى هذه المادة مصطلح البائع الذي نراه قاصرا للتعبير عن المهني الذي يستغرق كل من مصطلح العون الاقتصادي و المتدخل و البائع و غيرها من المصطلحات التي تعبر عن الأشخاص الذين يبرمون عقودا مع المستهلك، إلا أنه تدارك الأمر من خلال المرسوم التنفيذي رقم 06-306 سالف الذكر حيث استعمل مصطلح العون الاقتصادي بدلا من البائع على اعتبار أن علاقة المستهلك مع البائع تتلخص في عقد البيع لا غير.

1. أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك: إذ يعد تعسفيا كل شرط يمنح المهني حقوق و/أو يفرض التزامات على عاتق المستهلك، مع عدم وجود شرط آخر يعترف لهذا الأخير بحقوق و التزامات مماثلة.
2. فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد: حيث يعتبر الشرط الذي يرتب التزامات فورية و نهائية على المستهلك فقط، تعسفيا، لِما في ذلك من إجحاف في حقه، خاصة و أنه لا يملك إلزام المهني بتنفيذ التزاماته المقابلة، باعتباره طرفا ضعيفا في هذه العلاقة.
3. امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك : يعتبر تعسفيا كل شرط يمنح المهني حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، لكونها تمثل حقوقاً أساسية للمستهلك لا يجوز بأي حال من الأحوال انتهاكها.
4. التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية: يستفاد من ذلك أنه لا يمكن تأويل عبارات العقد إلا إذا كانت غير واضحة، و إذا حدث ذلك، فلا يجوز الانحراف عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات[1]، لذلك يعتبر تعسفيا كل شرط يمنح للمهني حق تفسير شروط العقد بصفة منفردة، لأن ذلك يسمح له بتفسير الشروط وفقا لما يحقق مصالحه على حساب المستهلك.
5. إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها: يعد تعسفيا كل شرط يفرضه المهني على المستهلك بغرض إجباره على تنفيذ التزاماته – وهو أمر مستساغ قانونا–، في حين يترك لنفسه هامش من الحرية في تنفيذ التزاماته.
6. رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته: يمنح القانون حق الفسخ للمتعاقد لمواجهة عدم أو سوء تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته،

[1]– المادة 111 من القانون المدني الجزائري

لذلك فإن رفض حق المستهلك في فسخ العقد عند إخلال المهني بالوفاء بالتزاماته، يمثل في هذه الحالة شرطا تعسفيا.

7. التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة: يجد هذا الحكم مستنده بنص المادة 281 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : ¤ *يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك*n، فإن أطراف العقد يملكون الحرية المطلقة في تحديد أجل تنفيذ الالتزام بالتسليم أو تقديم الخدمة، لكن إذا قام المهني بتحديدها منفردا دون إشراك المستهلك في ذلك، فإن ذلك يعد تعسفا من قِبَله، لأنه يحرم المستهلك من حقه في طلب التنفيذ أو الفسخ، و كذلك حقه في الدفع بعدم التنفيذ.

8. تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة: تظهر هذه الشروط في العقود التي يستمر تنفيذها مدة من الزمن، كعقود توريد الخدمات والسلع، حيث يلجأ المهني إلى إدراج بند في العقد يسمح له بإضافة شروط جديدة خلال مرحلة تنفيذ العقد، مع تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية في حالة رفضها، و الغرض من ذلك كله هو ضمان ما قد يطرأ من ظروف في المستقبل تمس بمصالحه.

تجدر الملاحظة أن هذه الشروط وردت على سبيل المثال لا الحصر، حيث أكد المشرع الجزائري ذلك من خلال أحكام المادة الثلاثون من نفس القانون[1] على أنه وبهدف حماية مصالح وحقوق المستهلك، يُمنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في مجال عقود الاستهلاك.

وتبعا لذلك، يرى البعض أنه لا يمكن حصر جميع الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك، ذلك أن حرية التعاقد تسمح بوجود أنواع غير محدودة من الشروط التي تحقق مصالح المهني على حساب المستهلك، مما يؤدي إلى اتساع مجال الشروط التعسفية التي يمكن أن يدرجها المهنيون بمناسبة التعاقد مع المستهلكين.

[1]- القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

إن قائمة الشروط التي أوردها المشرع الجزائري، إنما جاءت لتوسيع نطاق حماية المستهلك من جميع الشروط التي يتوافر فيها الطابع التعسفي و ليس فقط تلك المحددة بالقائمة، ذلك أنها وردت على سبيل المثال لا الحصر، مما يُمكّن القاضي من اعتبار شرط ما أنه من الشروط التعسفية – بالرغم من عدم وروده ضمن هذه القائمة – استنادا على المعيار العام للشرط التعسفي[1].

لقد تعرَّض أسلوب إعداد قائمة حصرية للشروط تعسفية إلى انتقادات لاذعة، على أساس أنه أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يمنح للقاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية، مما يفيد أنه ضيَّق من المجال الموضوعي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث لا يمكّن القاضي من إبطال بعض الشروط المدرجة في العقد بالرغم من توافرها على الطابع التعسفي، بحجة أنها لم ترد بالقائمة الحصرية[2]، مما يستلزم تحيين هذه القائمة بصفة دورية و مستمرة، تماشيا مع مستجدات الواقع الاقتصادي الذي يجعلها قاصرة في مواجهة بعض الشروط التي يمكن أن تتصف بالتعسف.

ورغم كل ما سبق بيانه، فإن أسلوب القائمة المحددة للشروط التعسفية على سبيل الحصر يوصف في نظر البعض[3] بأنه يحقق ميزة هامة، كونه يوفر الأمن القانوني بالنسبة للمهنيين واستقرار معاملاتهم، إذ يمكّنهم من التعرف على معالم الشروط التعسفية المحظورة قانونا، وبالتالي تجنب إدراجها بمناسبة التعاقد مع المستهلكين.

فضلا عن ذلك، يهدف المشرع الجزائري الذي حذا حذو المشرع الألماني بوضعه لقائمة سوداء تتألف من ثمانية أنواع من الشروط التعسفية، إلى التحديد الحصري للشروط التعسفية والتي يرمي من خلالها إلى تجنب تحكم القضاء في تقدير الصفة التعسفية للشرط، بالرغم من أن ذلك يؤدي إلى التضييق من نطاق تطبيق الحماية، سواء الشخصية منها أو الموضوعية .

---

[1]– و هو معيار الإختلال الظاهر في التوازن بين حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة.

[2]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. ص. 135 ، 136.

[3]– **حمد الله محمد حمد الله**، حماية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك –دراسة مقارنة–، دار الفكر العربي، مصر، 1997، ص. 63.

إن تحديد الشروط المعتبرة تعسفية في قائمة، من شأنه أن يسهل على المستهلك والهيئات التي تمثله كجمعيات حماية المستهلكين معرفة أنواع الشروط التعسفية للمطالبة بإلغائها، كما يسهل على القاضي حل النزاعات القائمة بين المستهلكين والمهنيين بخصوص الشروط المعدة سلفا والمدرجة في عقودهم والتي يدعي المستهلكين بأنها تعسفية، بحيث يكتفي القاضي بالرجوع إلى هذه القائمة للحكم بوجود شرط تعسفي من عدمه.

لكن يمكن أن يقوم العون الاقتصادي بتضمين العقود التي يبرمها مع المستهلك شروطاً أخرى غير محتواة في القائمة، ففي هذه الحالة يلجأ القاضي إلى القاعدة العامة للشرط التعسفي[1] والتي تقضي بأن كل شرط من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد يعتبر تعسفيا، وفي هذه الحالة يقع على المتعاقد المضرور عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا للقاعدة الثبوتية، البينة على من ادعى[2].

ثانيا : نظام القوائم السوداء و الرمادية

لقد تضمنت قوانين الحماية من الشروط التعسفية وفقا لأغلب التشريعات الحديثة[3] قواعد حمائية على شكل قوائم تحدد الشروط التعسفية غير المشروعة والمحظور العمل بها، بهدف الحد من إدراجها في العقود المبرمة بين المستهلك والمهني، و تبعا لذلك سوف نتعرض إلى موقف التشريع الألماني الذي استعمل نظام القوائم السوداء والرمادية المحددة للشروط التعسفية[4].

تضمن القانون الألماني، قائمتين من الشروط التعسفية، قائمة سوداء وأخرى رمادية.

---

[1]– أحكام المادة 3 من القانون رقم 04–02 سالف الذكر، و التي تقابلها المادة L.132–1 الفقرة 1 من قانون الإستهلاك الفرنسي.

[2]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 137.

[3]– مثل ألمانيا و بلجيكا و إسبانيا، و فرنسا مؤخراً.

[4]– تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية، بتاريخ 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، و الذي أصبح ساري المفعول في 01 أفريل 1977.

1-القائمة السوداء:

تعتبر الشروط الواردة في القائمة السوداء[1]، باطلة بقوة القانون دون الاعتراف بأية سلطة تقديرية للقاضي لتقدير طابعها التعسفي، وتشمل هذه القائمة ثمانية أصناف من الشروط التعسفية المحظور العمل بها قانونا[2]، تتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المهني، ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، و حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مبرّر، أو في تعديله، آخذا في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك، وحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه، وحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرّر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة[3].

2-القائمة الرمادية:

إضافة إلى القائمة السوداء التي سبق التعرض إليها، تخضع شروط هذه القائمة للسلطة الرقابية والتقديرية للقضاء، حيث يجوز له استبعادها إذا كانت تتوافق مع المعيار العام للشرط التعسفي الذي حدده القانون الألماني، وتتضمن هذه القائمة عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة[4]، تتعلق أبرزها على وجه الخصوص بحق المهني في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلَّم أو يوفى بثمنها في خلال مدة أربعة أشهر، استبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، حرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي، الإعفاء الكلي أو الجزئي للمهني من المسؤولية

[1]- **J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE,** *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op. cit., n° 56, p. 47 : « l'adoption d'une liste noire est cependant nécessaire. Outre qu'elle vise les abus les plus graves, la liste noire de clauses abusives qui, par le seul fait d'y être inclues, sont réputées non écrites, présente l'avantage de permettre de déceler aisément les clauses de cette nature dans les contrats.»

[2]- المادة 10 من القانون الألماني المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، السالف ذكره.

[3]- **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 21.

[4]- المادة 11 من القانون الألماني المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود المذكور سالفا.

في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه، استبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[1].

ولعل من أهم الشروط التعسفية التي تناولها المشرع الألماني هو ذلك الشرط المتعلق بالضمان، حيث نصت المادة الحادية عشر من القانون المتعلق بالشروط العامة للعقد، على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المعيبة الجديدة بموجب الشروط العامة كما يلي :

- يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كليا أو جزئيا الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المعيب أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المعيبة موّردة من قبل الغير.
- يجوز للبائع أن يفرض على المستهلك ضرورة الرجوع أولا على الغير، خاصة إذا كان حاصلا على ضمان من المنتج، و لكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية.

هذا وينص القانون نفسه صراحة على صحة الشّرط الذي يسمح للمهني بفرض تصليح الشيء المعيب، وبالتالي استبعاد خيار الفسخ أو إنقاص السعر. لكن بشرط أن يتضمن هذا الشرط حق المستهلك في المطالبة بالفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح، كما يستوجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المبيع مثل مصاريف النقل والتنقل واليد العاملة والأدوات الضرورية لإصلاحه[2].

و تعتبر باطلة مختلف الشروط التي يكون الغرض منها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه أو عرقلتها، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تربط بين تصليح الشيء المعيب والوفاء بكامل السعر أو بجزء مبالغ فيه مقارنة بعيوب الشيء، وكما هو الحال أيضا بالنسبة للشرط الذي يفرض أجلا أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان

[1]– **سي الطيب محمد أمين**، المرجع السابق، ص.122.

[2]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 23.

العيوب الخفية، وهو ستة أشهر تسري من وقت التسليم، للإعلان عن وجود العيب، وكذا بالنسبة للشرط المنقص لأجل الضمان القانوني[1].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد قام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود والتي تكون محلا للشروط التعسفية في حالة مخالفتها، وذلك بموجب أحكام المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، تتعلق هذه العناصر بتكوين العقد، وبالشروط المتعلقة بالخاصية المحددة أو قابلية التحديد للثمن و مدتها، وشروط الفسخ أو التجديد، وكذلك تنفيذ العقد والشروط المتعلقة بدفع الثمن، وتلك المتعلقة بجوهر الشيء أو تسليمه، والشروط المتعلقة بتحمل عبء المخاطر، ونطاق المسؤوليات والضمانات، وشروط التنفيذ والفسخ[2].

لكن وبعد أن لاحظت لجنة إعادة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي، مدى صعوبة تحديد وحصر الشروط التعسفية بموجب التنظيم، وهي بصدد إعادة صياغة الأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية، أعدت نظاما آخر أكثر فعالية، مقتضاه؛ تحديد الشروط التعسفية مباشرة داخل نصوص قانون الاستهلاك، ذلك أن مشروع القانون يتضمن قائمة سوداء تحتوي على الشروط التعسفية التي تعتبر باطلة بطبيعتها ومهما كانت الظروف المتعلقة بإبرام العقد، وقائمة أخرى رمادية تشتمل على مجموعة من الشروط التي تتضمن قرينة التعسف، وقد استوحت اللجنة نموذج نظام القوائم المحددة للشروط التعسفية مباشرة من القانون الألماني[3].

فضلا عن ذلك، وضع المشرع نصا عاما يمنح القاضي سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً رغم عدم وروده في أي من القائمتين، وذلك وفقا للمعيار العام المعتمد لتحديد الطابع التعسفي للشرط[4]، والتي يمكن للمهني أن يثبت عكسها.

---

[1]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 23.

[2]– **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع السابق، ص. 225.

[3]– **عامر قاسم احمد القيسي**، المرجع السابق، ص.ص.146؛147.

[4]– تضمنت القائمة السوداء 18 شرطا يعد تعسفيا بطبيعته و في حد ذاته (المادة 105 من المشروع) وقائمة رمادية تتكون من 16 شرط يفترض فيها الطابع التعسفي (المادة 107 من المشروع)، كما نص المشروع على سلطة القاضي في تقدير وصف التعسف للشرط حتى و إن لم يكن وارد في القائمتين (المادة 108 من المشروع).

وفي عام 1995 أضاف المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 95-96 الصادر في 1 فيفري 1995، ملحقا بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية، وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين الصادرة في 1993.

و نظرا لافتقار هذه القائمة للقوة الإلزامية[1] كما هو الشأن بالنسبة للمراسيم الصادرة عن مجلس الدولة، بالإضافة إلى أنها تُحمِّل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي للشروط الواردة بالملحق طبقا لأحكام المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فقد تدخل المشرع وألغى هذه القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك، وذلك بموجب التعديل الوارد بالقانون رقم 2008-776 المؤرخ في 04 أوت 2008[2].

ولدعم بسط وتوفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، منح المشرع الجزائري للقاضي سلطة اعتبار الشروط الواردة في العقود أنها تعسفية، استنادا على تعريف الشرط التعسفي الوارد بموجب أحكام القانون رقم 04-02 والقانون رقم 06-306[3]، وذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع، و هو ما سنتناوله بالدراسة و التحليل في المطلب الثاني.

[1] -**J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, *Droit de la consommation*, op.cit., n° 184, p. 197: « Rappelons qu'aux termes de l'article L 132-1, la liste est « indicative et non exhaustive ». Indicative : elle sert de guide aux professionnels et aux juges, mais elle n'a pas de force obligatoire, de sorte qu'une clause y figurant pourrait, dans une espèce particulière, ne pas être jugée abusive…».

[2] - Art. L.132-1 c.consom. f. modifié par l'article 86 de la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F. n°0181 du 5 août 2008, p. 12471, abroge la liste annexée au code de la consommation.

[3] – المادة 03، الحالة 5، من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و كذا المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر التعسفية، سالفي الذكر

المطلب الثاني : دور الهيئات القضائية في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية

من أجل تحقيق التوازن العقدي في العلاقات بين الأشخاص، وإضافة إلى النصوص القانونية المتضمنة للقواعد الحمائية للطرف الضعيف في هذه العلاقات، كان لا بد من اللجوء إلى وسائل رقابية أخرى، تقوم بتفعيل هذه القواعد عن طريق الهيئات القضائية، بغرض توقيع الجزاء في حالة مخالفتها، حيث أن اعتبار الشرط تعسفي، لا يحقق حماية فعالة للطرف المتضرر ما لم يتم إلغاءه أو تعديله، وتنقسم هذه الهيئات إلى قسمين؛ قضاء إداري منوط برقابة مطابقة المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية للقانون، وقضاء مدني، خوله القانون سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التي تؤدي إلى الاختلال في التوازن بين حقوق و التزامات الاطراف المتعاقدة.

الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري على الشروط التعسفية

منح القانون الفرنسي للقاضي الإداري سلطة الرقابة على المراسيم التي تصدر عن السلطة التنفيذية بشأن الشروط التعسفية ومدى مطابقتها للقانون الذي منحه هذه السلطة، كما منح له السلطة التقديرية في تقدير مدى توافر الطابع التعسفي في الشرط الوارد في العقود التي تبرمها المرافق العامة الصناعية و التجارية مع مرتفقيها.

أولا : الرقابة على المراسيم المحددة للشروط التعسفية

من أجل تحديد الشروط التعسفية المضمّنة في العقود المبرمة ما بين المستهلك والمهني، يقوم مجلس الدولة الفرنسي بمباشرة الرقابة على الشروط التي تعتبرها الحكومة بموجب المراسيم التي تصدرها، شروطا تعسفية، والنَّظر في مدى تجاوزها للنصوص القانونية التي خولتها إصدار هذه المراسيم، و بذلك يمكن لمجلس الدولة أن يبسط رقابته والتحقق من مدى مطابقة هذه المراسيم للنصوص القانونية[1]، التي أعطت للحكومة الحق

[1]– المادة 35 من القانون رقم 78–23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 و التي أصبحت المادة L.132–1 بعد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي سنة 1993.

في حظر، أو تحديد، أو تنظيم الشروط التعسفية في العلاقات التي تقوم بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، وذلك عن طريق مراسيم تصدر بعد مصادقة مجلس الدولة وأخذ رأي لجنة الشروط التعسفية[1].

ولكي يعتبر الشرط تعسفياً، فإنه يجب أن يصدر بشأنه مرسوماً حكومياً بعد أخذ رأي مجلس الدولة ولا يكفي صدور توصية من لجنة الشروط التعسفية باعتباره تعسفيا.

تطبيقاً لنص المادة 35 من القانون رقم 78-23 السالف الذكر، صدر المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978، وقد كانت المادة الاولى منه محل طعن أمام مجلس الدولة الفرنسي[2] حيث أنها كانت تنص على أنه :¤ في العقود المبرمة بين المهنيين من ناحية وغير المهنيين أو المستهلكين من ناحية أخرى، فإنه يكون محظوراً باعتباره تعسفيا في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون المعني[3]، الشرط الذي موضوعه أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات غير مُدرجة في المحرر الذي يوقّعهn و هو ما يعرف بشرط الإحالة[4].

وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة الأولى من المرسوم رقم 78-464 السالف الذكر، كان يحرم الشروط المدرجة بالإحالة في ملاحق أو وثائق أخرى غير مرفقة بالعقد ولم يرها المستهلك الذي يبرم العقد، غير أن عملية الإحالة إلى شروط وملاحق أخرى توجد في العديد من عمليات التوثيق، مما يجعل المهني ملزما بإرفاق هذه الملاحق أو الوثائق بالعقد حتى يطلع عليها الطرف الآخر و إلا كانت هذه الشروط باطلة. و بالتالي فقد لوحظ تزايد عدد كبير في إعداد أجزاء الملاحق التي يحفظها الموثقون، كما تزايد العبء المالي الذي يقع على عاتق العميل، مما أدى بهؤلاء الموثقون، و كذا شركات التأمين والشركات العقارية برفع دعوى إلغاء هذه المادة أمام مجلس الدولة[5].

---

[1]- **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع السابق، ص. 236.

[2] - Conseil d'état du 3 déc. 1981, J.C.P., 1981 -2-19502.

[3]- القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية و إعلام المستهلكين.

[4]- **سي الطيب محمد أمين**، المرجع السابق، ص.137.

[5]- **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع و الموضع نفسه.

تبعا لذلك، أصدر مجلس الدولة الفرنسي قراراً[1] يقضي بإلغاء المادة الأولى من المرسوم رقم 78-464 نفسه، وقد جاء في تسبيب الحكم أنه: ¤ باعتبار أن الحكومة ليس مصرحا لها باستخدام السلطات التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون 1978، إلا من أجل حظر، أو تحديد أو تنظيم فقط الشروط المتعلقة بالعناصر العقدية المعدودة على سبيل الحصر في تلك الفقرة n.

وأضاف القرار أن: ¤ هذه الفقرة، التي لا تكشف في كل الحالات عن التعسف في النفوذ الاقتصادي، كما أنها لا تمنح بالضرورة ميزة فاحشة للمهنيين، ومن هنا فإن هذه النصوص بسبب عموميتها لا تدخل في صلاحيات الحكومة التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون 78-23. و بناءً عليه، فإن المادة الأولى من المرسوم 78-464 محل الطعن فيها تجاوز للسلطةn.

يفهم من ذلك أن الشروط الواردة في الفقرة الأولى من المادة 35 أعلاه، واردة على سبيل الحصر ولا يجوز للحكومة تجاوزها، وإن فعلت ذلك تكون قد تجاوزت سلطتها، وبالتالي فإن القاضي الإداري منوط بالتحقق من وجود أو عدم وجود الميزة الفاحشة نتيجة التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي[2].

نستخلص من موقف مجلس الدولة الفرنسي السابق، أن المحاكم الإدارية منوطة بالبحث في مدى اعتبار الشرط تعسفيا، وذلك بالبحث في مدى حصول المهني على ميزة فاحشة نتيجة استخدامه للنفوذ الاقتصادي، إذ يعد ذلك بمثابة رقابة إضافية تباشرها المحاكم الإدارية بشأن الشروط التعسفية.

أما عن المشرع الجزائري فإنه لم يحصر دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية المحظورة بمقتضى مراسيم تنفيذية فقط، بل تعدى دوره إلى البحث في كل الشروط الواردة في العقود التي تجمع بين المهنيين وبين هؤلاء والمستهلكين على ضوء المعايير التي وضعها المشرع بمناسبة تعريفه للشرط التعسفي كما أسلفنا بيانه.

[1]- قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 3 ديسمبر 1981 سالف الذكر.

[2] - Dalloz, 1981, Juris-P., p.228, note **LAROUMET**.

ثانيا : الرقابة على الشروط الواردة في عقود المرافق العامة التجارية والصناعية

إذا كان يستخلص من القواعد القانونية المقررة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أنها لا تسري إلا على الشروط ذات الطبيعة التعاقدية – عقود القانون الخاص– فإن ذلك لا يمنع من وجود شروط أخرى يتوافر فيها الطابع التعسفي، تكون مُضَمَّنَة في بعض عقود المرافق العامة أو العقود الإدارية، و التي أصبحت إلزامية بموجب قانون أو تنظيم، كما هو الحال بالنسبة لعقد الاستغلال في مجال توزيع مياه الشرب أو الكهرباء[1]، وهو الأمر الذي يُحدث اختلالاً في التوازن بين حقوق و التزامات الأطراف المتعاقدة.

إن مثل تلك الشروط الواردة في العقود المبرمة في إطار تسيير المرفق العام[2]، غالبا ما ينتج عنها عدم التوازن العقدي على حساب المستهلك، و مع ذلك لم يتم إخضاعها لقواعد حماية المستهلك المتعلقة بالشروط التعسفية، و هو مطلب ظلت تنادي به جمعيات حماية المستهلك في فرنسا[3].

---

[1] -**J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op.cit., n°180, p.190 : « Les dispositions du code de la consommation ne sont applicables qu'aux clauses de natures contractuelle. Cette règle n'est pas expressément énoncée, mais elle résulte à l'évidence de l'esprit du système. Or, il existe dans certains contrats des clauses qui sont rendues obligatoires par la loi ou le règlement. C'est notamment le cas des contrats dits de service public : ainsi pour la distribution de l'eau ou de l'électricité. »

[2]– علما أن هذه العقود تكون على شكل صفقات عمومية، والتي عرفتها المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم10–236 المؤرخ في28 شوال1431 الموافق لـ7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 28 شوال 1431، الموافق لـ 7 أكتوبر 2010، ص. 5، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11–98 المؤرخ في26 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 01 مارس 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 01 ربيع الثاني 1432، الموافق لـ 06 مارس 2011، ثم بالمرسوم الرئاسي رقم 11–222 المؤرخ في 14 رجب 1432 الموافق لـ 16 يونيو 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 34، الصادرة بتاريخ 17 رجب 1432، الموافق لـ 19 يونيو 2011، ثم بالمرسوم الرئاسي رقم 12–23 المؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق لـ 18 يناير 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04، الصادرة بتاريخ 02 ربيع الأول 1433، الموافق لـ 26 يناير 2012، ثم بالمرسوم الرئاسي رقم 13–03 المؤرخ في 01 ربيع الأول 1434 الموافق لـ 13 يناير 2013، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، الصادرة بتاريخ 01 ربيع الأول 1434، الموافق لـ 13 يناير 2013، بقولها ¤الصفقات العمومية، عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به. تبرم وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم. قصد إنجاز الأشغال و اقتناء اللوازم و الخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدةn

[3] -**J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ** Ibid, n°180, p.190.

وأمام سكوت المشرع الفرنسي في هذا المجال، تدخل القضاء الذي ذهب في بداية الأمر إلى التفرقة ما بين الشروط الواردة في دفتر الشروط والمتعلقة بعقد الاستغلال لمرفق توزيع المياه الصالحة للشرب التي تعد ذات طابع تنظيمي، بحيث لا يجوز لمحاكم القضاء العادي[1] أن تقضي باعتبارها تعسفيةً وفقا لقواعد حماية المستهلك في مجال الشروط التعسفية[2]، وبين الشروط التعاقدية التي لا تعتبر ذات طابع تنظيمي، بحيث يمكن أن تدخل في مجال تطبيق قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية[3].

وتجدر الإشارة إلى أنه عندما تُوكل الإدارة مهمة تسيير المرفق العام إلى شخص عام أو خاص عن طريق عقد الامتياز مثلا، فإن وضعية المرتفق في هذه الحالة تختلف، حيث أن عقد امتياز المرافق العامة هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة كونه يتضمن شروطاً تعاقدية و أخرى تنظيمية[4].

إن من بين شروط عقد الامتياز، هي تلك الشروط التي تحكم العلاقات ما بين أطراف العقد والتي تتناول في مجملها مدة الامتياز، والامتيازات المالية، وكيفية استرداد المرفق، كيفية تنفيذ أعمال المرفق، وهي شروط ذات طبيعة تعاقدية تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في إطار قواعد القانون الخاص.

كما أن هناك شروط أخرى تحكم العلاقات ما بين صاحب الامتياز والمرتفقين، تختص بتنظيم وتسيير وإدارة المرفق العام، كالرسوم التي يحصل عليها الملتزم وشروط الانتفاع بالمرفق، وهي تمثل التنظيم المفروض من جانب واحد، لذلك فهي تعد ذات طابع تنظيمي[5]، و تظهر أهمية قرار مجلس الدولة الفرنسي[6] في مجال تقدير شرعية الشروط

---

[1] - Cass. Civ. 1ère, 31 mai 1988, D. 1988, somm., p. 406, obs**. J. L. AUBERT**.

[2]– وهذا وفقا لمعنى الشروط التعسفية الوارد بالمادة 35 من قانون رقم 78–23 المؤرخ في 10 جانفي 1978، الخاص بحماية و إعلام المستهلكين، السالف الذكر.

[3] - T.G.I. Paris, 17 janvier 1990, D. 1990, p. 289, obs. **J. GHESTIN**.

[4]- **F.LINDITCH**, *La protection en droit public*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998, p.72 ; p. 83.

[5] - **R. CHAPUS**, *Droit administratif général*, T.1, MONTCHRESTIEN, 15e édi., 2001, n° 723.

[6] - C.E., 11 juillet 2001, **R. Lebon**. ; J.C.P. E. 2001, p. 1260 : « La clause du règlement du service de distribution d'eau qui stipule qu'en cas de dommage résultant de l'existence et du fonctionnement de la partie de l'installation située en partie privative en amont du=

التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية والتجارية، من حيث توسيعه لمفهوم المستهلك، وذلك بتشبيه المرفق العام التجاري والصناعي بالمهني، و تشبيه المرتفق به بالمستهلك[1].

لقد ساهم قرار مجلس الدولة الفرنسي لسنة 2001 في إدماج قانون حماية المستهلك من الشروط التعسفية في مجال اختصاص رقابة القضاء الإداري[2]، و بذلك يمكن القول، إن هذا التوسع في نطاق شرعية الشروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية والتجارية، قد جاء لتصحيح عدم المساواة في المعاملة بالنسبة للمستهلكين المرتفقين، وهي عدم مساواة ناجمة عن تنوع طرق تسيير و إدارة هذه المرافق[3].

علاوة على ذلك، اعترف هذا القرار باختصاص القاضي الإداري بتقدير الطابع التعسفي للشروط التنظيمية، و ذلك بالتطبيق الصريح لنصوص قانون الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية، وهو ما طالب به جانب من الفقه الفرنسي[4].

على إثر هذا القرار توالت أحكام القضاء الإداري[5] التي طبقت القواعد المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية على الشروط الواردة في هذا النوع من العقود، والتي ظلت تفلت من تطبيق هذه القواعد عليها، في غياب اعتراف المشرع الفرنسي الصريح للقاضي الإداري بسلطة رقابتها.

= compteur, la responsabilité du service ne peut être engagée que par une faute de service, est abusive en ce qu'elle peut conduire à faire supporter par un usager les conséquences de dommages qui ne lui seraient pas imputables sans pour autant qu'il lui soit possible d'établir une faute de l'exploitant; une telle clause ... est abusive au sens de l'article L.132-1 du code de la consommation dans sa rédaction issue de la loi du 1er février 1995»

[1]- **G. ECKERT**, *Note de jurisprudence administrative*, Revue du droit public, n° 5, L.G.D.J., 2001, p. 1495.

يراجع في هذا الصدد، **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.ص. 115؛ 116.

[2]- **C. DEFFIGIER**, *Protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics*, R.F.D.A n° 4, Dalloz, 2003, p. 775 ; **J. NENERT** *Les clauses abusives dans les relations entre les services publics et les usagers*, http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr /fonds_documentaire/dgccrf/02_actualite/ateliers_conso/atelier20b.htm: «Le juge administratif réagit ainsi à l'offensive du juge judiciaire qui voulait étendre le contrôle des clauses abusives aux contrats des services publics.»

[3]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع نفسه، ص.ص. 116؛117.

[4] - **N. SAUPHANOR**, op. cit., n° 219, p. 143.

[5] -T.A. Orléans, 20 décembre 2002 ; C.A.A. Nantes, 29 décembre 2005; T.A. Nice, 28 avril 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm; C.E., 16 janvier 2006, Contr., conc., consom. 2006, p.117, note **G. RAYMOND**.

أما فيما يخص القضاء الإداري الجزائري، فقد اتجه جانب من الفقه[1] إلى اعتبار أن النصوص الحالية تسمح بإمكان تدخل المحاكم الإدارية على هدي خطوات القضاء الفرنسي لمكافحة الشروط التعسفية في العقود الإدارية.

الفرع الثاني : رقابة القاضي المدني على الشروط التعسفية

لقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي سلطة تعديل وإلغاء الشرط التعسفي في عقود الإذعان[2]، على عكس المشرع الفرنسي الذي كان يرفض في ظل القواعد العامة أن يعطي للقاضي سلطة الرقابة على شروط العقد، لكن في ظل القواعد التقليدية، كان القاضي الفرنسي يملك سلطة تصحيح الإساءة في استعمال شروط العقد، وذلك استنادا إلى بعض المواد الواردة في القانون المدني[3]، على أن هذه التصحيحات لم تقتصر على عقود الاستهلاك فحسب، بل امتدت لتشمل العقود المبرمة ما بين المهنيين، لكن هذه القواعد لم تكن لتغطّي إلا الجزء الضئيل من أنواع الشروط التعسفية، بل اقتصرت على البعض منها فقط.

وأمام هذا القصور، لجأ قضاة الموضوع إلى أسلوب التفسير المبتكر والذي يفيد أنه يمكن للقاضي الوصول إلى إعفاء المدين من مراعاة الشروط التي لم يكن ليقبلها، لو كان قد علم بها أو كان بمقدوره أن يعلم بها، وهو ما ساعد القضاة على تصحيح الآثار المترتبة عن تنفيذ العقد[4]، بمعنى أن قضاة الموضوع باستخدام سلطتهم المطلقة في التفسير، يقومون بإجراء مقارنة دقيقة بغرض الوصول إلى استبعاد تطبيق الشروط التي

---

[1]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 117.

[2]– نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري بقولها : ¤ إذا تم العقد بطريق الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلكn.

[3]– المواد 1152، 1153، 1226، 1229 و 1231 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالشرط الجزائي، وكذا المادة 1170 و 1174 من نفس القانون المتعلقة بالشرط الإرادي.

[4] **-G. BERLIOZ**, *Le contrat d'adhésion* ; thèse, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 131 : « Pour une interprétation ingénieuse du contrat on pourrait arriver à dispenser le débiteur de l'observation des clauses qu'il n'aurait pas acceptées s'il les avait connus ou avait pu connaître »

تبدو تعسفية في العقد[1]، مع الإشارة إلى أنه لا يقتصر اللجوء إلى التفسير المبتكر على قضاة الموضوع فحسب، بل كان لمحكمة النقض ذاتها أن تلجأ لهذا الأسلوب[2].

وتجدر الإشارة، إلى أن أسلوب التفسير المبتكر لم يحقق حماية فعالة للمتعاقد من الشروط التعسفية وهذا بسبب رقابة المحكمة العليا، التي كانت تستحسن الأمر في بعض الحالات[3]، وترفضه في أغلبها[4] على أساس ما يسمى بتحريف شروط العقد[5].

وبالنظر إلى أن المشرع الفرنسي وبموجب القانون رقم 78-23 أعطى للحكومة كما أسلفنا بيانه، حق حظر، أو تحديد، أو تنظيم الشروط التعسفية بموجب مراسيم[6] تصدرها بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، إلا أن هناك شروطا لم يصدر بشأنها مرسوماً يعتبرها تعسفيةً بالرغم من إصدار لجنة الشروط التعسفية توصية تعتبرها كذلك، وعلى النقيض من ذلك هناك شروطا أخرى تعتبر تعسفية حسب المعايير الواردة بموجب المادة 35 من القانون رقم 78-23، إلا أن لجنة الشروط التعسفية لم تصدر بشأنها توصية[7]، وفي هذه الحالة يثار التساؤل حول نطاق السلطة الممنوحة للقاضي كوسيلة لمكافحة الشروط التعسفية المدرجة في العقود.

أولا : سلطة القاضي المدني في تقدير الطابع التعسفي للشرط

نظرا لاختلاف التشريعات في تناول موضوع الحماية من الشروط التعسفية، تختلف السلطة المخولة للقاضي حسب نظرة كل مشرِّع، ويعتبر إقرار المشرع بالسلطة التقديرية للقاضي في اعتبار الشرط تعسفيا بمثابة خطوة بالغة الأهمية في مكافحة الشروط التعسفية المدرجة في العقود، بغرض المساهمة في إعادة التوازن بين حقوق والتزامات

---

[1]- **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع السابق، ص. 339.

[2] - Cass. Civ. 19 juin 1970, Bull. civ. 1970 -1- n° 436, p.316 ; Cass. Com. 27 fév.1961, Bull. civ. 1961 -3- n° 93.

[3] - **R. RODIERE :** Note sous cass. Civ. 23 oct. 1961 : Dalloz 1962, J.P., p.45.

[4] - Cass. Civ. 22 mai 1991, J.C.P. 1991, 31 juillet 1991, p.276.

[5]- **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع والموضع نفسه.

[6]- المرسوم رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 السالف الذكر.

[7]- **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع نفسه، ص. 341.

الأطراف المتعاقدة، و أن منح هذه السلطة للقاضي يعتبر وسيلة فعالة لمكافحة الشروط التعسفية المُضَمَّنة في العقود، وبالتالي إعادة التوازن المفقود للعقد، الناجم عن عدم المساواة الاقتصادية بين طرفيه[1].

بالنظر إلى القواعد العامة في القانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري منح للقاضي سلطة تعديل الشروط التي ثبت له أنها تعسفية والمدرجة في عقود الإذعان، كما منح له سلطة إعفاء الطرف المذعن من هذه الشروط[2]، غير أنه وباستقراء نصوص القواعد الخاصة التي تنظم علاقة المهنيين فيما بينهم وبين هؤلاء والمستهلكين، فإن المشرع لم يمنح للقاضي سلطة إلغاء شروط العقد التي يقدّر أنها تعسفية، لكن ما يمكن الإشارة إليه هو أنه سلك نفس المنهج الذي سلكه نظيره الفرنسي، وذلك بوضعه قائمة سوداء غير حصرية تتألف من ثمانية شروط تعسفية بطبيعتها[3]، فضلا عن قائمة أخرى تتضمن اثني عشر شرطاً مُعتبراً تعسفياً بموجب مرسوم تنفيذي[4].

يضاف إلى ذلك أن المشرع الجزائري لم يكتف بتحديد الشروط التعسفية بموجب قائمتين فقط بل أورد تعريفا للشرط التعسفي، وهو ما يسمح للقضاء ببسط سلطته على كل الشروط التي يتحقق فيها الطابع التعسفي والتي لم يرد ذكرها في هاتين القائمتين، خاصة وأن الشروط المحددة فيهما لم ترد على سبيل الحصر، كما أن السلطة التقديرية الممنوحة لقضاة الموضوع تُمارَس تحت رقابة المحكمة العليا[5].

و على النقيض من ذلك، عَرَف القضاء الفرنسي في تقدير الصفة التعسفية للشروط محل النزاع مرحلتين أساسيتين، انتقلت فيهما السلطة التقديرية للقاضي من الدور الكاشف إلى الدور المنشئ، حيث تميزت المرحلة الأولى بتقييد المشرع الفرنسي لسلطة القاضي

---

[1]- **أحمد محمد محمد الرفاعي**، المرجع السابق، ص. 257.

[2]- المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

[3]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، السالف الذكر.

[4]- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، السالف الذكر.

[5]- **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص. 137.

في مجال الشروط التعسفية، أما في المرحلة الثانية فقد حاز القاضي على اعتراف صريح يمنحه سلطة واسعة في الرقابة على الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.

1- مرحلة تقييد السلطة القضائية في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم ترد بشأنها مراسيم تنفيذية:

من خلال مضمون المادة 35 من القانون رقم 78-23، نستخلص أن المشرع الفرنسي لم يمنح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، لذلك فقد كانت سلطة القاضي مقيّدة في تقدير الطابع التعسفي للشروط المتنازع بشأنها، حيث اقتصر دوره على إلغاء الشروط التي تم تحديدها بموجب مرسوم صادر عن مجلس الدولة و ذلك بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

لقد ثار جدل بين الفقه و القضاء الفرنسي حول منح قاضي الموضوع سلطة الرقابة على شروط العقد من عدمها في إطار تقدير الطبيعة التعسفية لهذه الشروط، مما أدى إلى انقسام الفقه إلى فريقين، أحدهما يرفض فكرة إعطاء القاضي هذه السلطة على غير تلك الشروط الواردة في المرسوم رقم 78-464، أما الفريق الآخر فيؤيد منح القاضي تلك السلطة، حتى و لو لم يصدر بشأنها مرسوماً.

وتبعا لذلك، تضاربت أحكام القضاء في هذه المرحلة حول إبطال الشروط التعسفية التي لم يرد بشأنها مرسوماً تنفيذياً، بين اتجاه يأخذ بالتفسير الضيق لنص المادة 35 من القانون رقم 78-23 الذي يرفض الحكم ببطلان تلك الشروط، وآخر يميل للأخذ بالتفسير الواسع للنصوص القانونية، دون اشتراط صدور مرسوم تنفيذي لاعتبار الشرط تعسفيا.

اتجه جانب من الفقه الفرنسي[1] إلى التفسير الضيق لنصوص القانون رقم 78-23، الذي يرفض منح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية، على اعتبار أن هذا القانون يحتفظ للسلطة التنفيذية وحدها، حق تقرير ما إذا كان الشرط يحمل الطابع

[1]- **B. STARCK**, *Droit civil, Les obligations*, Litec, 4ème édi., 1989, n° 122, p. 172 ; **PH. MALINVAUD**, op. cit., p. 49. spec. p.57 ; **A. RIEG**, *La lutte contre les clauses abusives des contrats*, op. cit., p. 22 et s.

التعسفي أم لا، وذلك من خلال إصدار مراسيم بهذا الصدد، وهي غير مقيدة في ذلك إلا باحترام المعايير التي جاء بها المشرع[1].

لقد فسر بعض الفقه الفرنسي[2] تقييد سلطة القاضي بمرسوم تنظيمي من خلال تمسك المشرع بنظام القوائم، على أساس أن الشروط المحددة بموجب مرسوم من مجلس الدولة قد صدرت بعد استشارة لجنة مختصة في تقدير الطابع التعسفي للشروط التعاقدية المدرجة في عقود الاستهلاك، أما إذا مُنح القاضي سلطة تقديرية بشأن الشروط غير الواردة في المراسيم، فقد يلغي شرطاً قد يظهر له تعسفياً في حين أنه يشكل نوع من التوازن بالنظر إلى شروط العقد بأكملها[3].

يلاحظ أن تخوف المشرع الفرنسي من تحكم القضاء، أدى إلى تحكم الحكومة، التي بدلا من أن تتدخل تدخلاً إيجابياً، اكتفت بإصدار مرسوم واحد فقط[4]، خاصة وأن نصوص هذا المرسوم لم تأت بالجديد، بدليل أنها لم تكن سوى نقلاً لبعض الحلول التي ابتدعها القضاء من قبل، كما أن البعض الآخر تم إلغاؤه من قبل مجلس الدولة بسبب عيب تجاوز السلطة.

ويستند القضاء المؤيد لهذا الاتجاه إلى التفسير الضيق لنصوص القانون رقم 78-23 لاسيما المادة 35 منه، وذلك من خلال رفضه لإبطال الشروط محل النزاع التي لم يرد بشأنها مرسوماً تنفيذياً يعتبرها تعسفيةً، وفي هذا الصدد، اعتبرت بعض أحكام القضاء الفرنسي[5] أن القانون رقم 78-23 والمرسوم التنفيذي رقم 78-464 الصادر

---

[1]- المادة 35 من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 السالف الذكر.

[2] -**J. MESTRE**, *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives,* in Mél. **FRANÇOIS TERRÉ**, Dalloz, L'avenir du droit, 1998 , p. 679.

[3]- **Y. GUYON**, *Droit des affaires*, t. 1, *Droit commercial général et société*, Economica, 11ème éd., 2001, p. 995.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 78-464 المؤرخ في 24 مارس 1978 السالف الذكر.

[5] - C.A. Aix-en-Provence, 20 mars 1980, D. 1982, p. 131, note **Ph. DELEBECQUE** : « Ne sont pas abusives, ni susceptibles, à ce titre, à être réputes non écrites par application de la loi du 10 janv. 1978 et du décret du 24 mars 1978, les clauses d'un contrat de location d'appareils téléphoniques prévoyant une durée de location de quinze ans et édictant une formule mathématique de révision des prix du loyer avec des indices de références incompréhensibles pour un non-professionnel, dès lors qu'à ce jour, n'ont été déclarées abusives par le décret précité ni les dispositions d'un contrat relative à la location d'un =

تطبيقا له، لا يحتملان سوى التفسير الضيق[1]، خاصة وأن هذا القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية دون سواها، بسلطة تقدير الصفة التعسفية للشرط وتحديد العقود التي يحظر إدراجها فيها، وكذا سلطة تحريم، أو تحديد، أو تنظيم هذه الشروط، فيتقيد قاضي الموضوع المختص بقائمة الشروط التعسفية الواردة في هذا المرسوم التنظيمي، أثناء الكشف عن الطابع التعسفي للشروط المعروضة عليه[2].

ويستفاد مما أسلفنا بيانه، أنه إذا رُفع نزاع بشأن شرط تعسفي محرم بموجب مرسوم، فما على القاضي إلا أن يحكم على هذا الشرط و كأنه لم يكن، متى كان محظورا بموجب مرسوم تنفيذي، دون أن يبحث في مدى استجابته لمضمون نص المادة 35 من القانون 78-23 من حيث المعايير التي نصت عليها.

كما أن المشرع الفرنسي لم يبادر في منح القاضي صراحة سلطة إبطال الشروط التعسفية، التي لم ترد بموجب مرسوم تنفيذي[3]، الأمر الذي أدى إلى ظهور إشكال في حالة غياب صدور مراسيم لتحديد هذا النوع من الشروط، حيث ثار جدل فقهي وقضائي حول ضرورة صدور مراسيم بشأنها و مدى ارتباط القاضي بها.

علاوة على ذلك، إذا عُرضت على القاضي شروطاً لم تتضمنها القائمة الواردة في المرسوم المحدد للشروط التعسفية، فهل يملك هذا الأخير سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط المتنازع فيه وفقا للمعيار العام للشرط التعسفي؟

= bien mobilier pendant une langue durée, ni la révision des prix du loyer de ce bien calculée par référence à un élément extérieur aux parties et ne dépendant pas de celles-ci. » Voir aussi dans ce sens, C.A. Paris 22 mai 1986, D.1986, J.P., p.560, note **Ph. DELEBECQUE**; **G. PAISANT**, *De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la cour de Paris du 22 mai 1986),* D. 1986, Chron., p.299.

يراجع في هذا الصدد **كذلك**، **عاطف عبد الحميد حسن**، المرجع السابق، ص.ص.158-160.

[1] - **Ph. MALINVAUD**, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, LITEC, coll. Droit et gestion, 6ème édi., 1992., n° 124, p. 145.

[2]-**Rabih CHENDEB,** *Le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative (Droit français, libanais et égyptien)* préface de **Hervé LECUYER**, L.G.D.J lextenso-éditions, Edition Alpha, Pais cedex 02, France, 2010, n°881, p.312.

[3]- **بودالي محمد**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 38.

تجدر الإشارة إلى أن القضاء وبعد صدور قانون 1978 المتعلق بالشروط التعسفية، تبنى عدة توجهات في التعامل مع نص المادة 35، فهو من جانب قام بإعمال قواعد حمائية وضعها المشرع، وامتنع في المقابل عن الحكم في جملة من الشروط التي عرضت أمامه و لم يصدر بشأنها مرسوماً تنفيذياً يحظرها، ومن جانب آخر اتجه إلى احترام إرادة المشرع في بعض القرارات التي أصدرها، لكن بشيء من التوسع في الشروط التي جاء بها المرسوم رقم 78-464.

ويرى أنصار هذا الاتجاه[1] أنه يمكن للقاضي أن يبادر بإلغاء الشروط المعتبرة تعسفية وفق المعيار العام للشرط التعسفي، حتى ولو لم يصدر بشأنها مرسوماً تنفيذياً، إذ لا يمكن الاستغناء عن دور القاضي في هذا الصدد بوصفه القاضي الطبيعي للمنازعات، وقد استندوا في موقفهم هذا، على دور القاضي فيما يخص الشرط الجزائي، فمادام بإمكانه التدخل بصدد الشرط الجزائي، فلا مبرر من منعه من التدخل في مجال الشروط التعسفية.

بالرغم من أن المشرع لم يمنح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية في غياب مرسوم تنفيذي، إلا أنه في المقابل لم يمنعه صراحة من إلغاء هذه الشروط، وذلك عملا بنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تستوجب تنفيذ العقود بحسن النية، و كذلك المادة 1135 من القانون نفسه التي تنص على أن الاتفاقات لا تُلزِم فقط بما هو وارد فيها، بل تشمل الملحقات، وفقا لمبادئ العدالة، أو بالتأسيس مباشرة على مفهوم التعسف في استعمال الحق[2].

إن عدم الاعتراف الصريح للمشرع الفرنسي للقاضي بتقدير الطابع التعسفي للشرط، لم يمنع هذا الأخير من تقديره استنادا على نص المادة 35 من قانون رقم 78-23 المذكور آنفا، وذلك حتى في حالة عدم صدور مرسوم يحددها، حيث ظهر اتجاه قضائي[3]

[1]- **G. BERLIOZ**, *Droit de consommation et droit des contrat*s, J.C.P.,1979, I, 2954, n°24; **J. GHESTIN**, *L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français,* op. cit., n° 02, p. 204.

[2] -**A. SINAY-CYTERMANN**, *La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations*, R.T.D. Civ.1985, n°75; **J. GHESTIN**, *L'abus dans les contrats,* op.cit., p.383.

[3] -Cass. Civ. 1re, 16 juillet 1987, D.1988, p. 49, note **J. CALAIS-AULOY** ; C.A. Angers, 16 déc. 1987, D. 1988, chron. P. 254, note **G. PAISANT**; Cass. Civ. 1re, 25 janv. 1988, D.1989, p.253, note **P. MALAURIE**.

استبعد التفسير الضيق لإرادة المشرع، وفتح المجال أمام التفسير الموسع لهذا النص من أجل منح القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية التي لم تكن محلا لمرسوم تنفيذي، الأمر الذي سمح للقضاء الحكم بإلغاء الشروط التي تتصف بالتعسف، دون إشتراط صدور مرسوم تنفيذي بشأنها[1].

2- مرحلة الاعتراف بالسلطة القضائية في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم ترد بشأنها مراسيم تنفيذية:

أمام الركود التشريعي الذي شهده القانون الفرنسي في إصدار مراسيم خاصة بالشروط التعسفية، اتجهت محكمة النقض إلى الاعتراف بمنح قاضي الموضوع سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط، التي لم يصدر بشأنها مرسوماً تنفيذياً، وذلك قبل أن يتم تكريس هذا الاعتراف من قبل المشرع الفرنسي على إثر تعديله لقانون الاستهلاك.

وفي ظل تباطؤ الحكومة في إصدار تلك المراسيم، قرر القضاء الفرنسي الإعلان عن استقلاليته عن السلطة التنفيذية[2]، وذلك من خلال اعتراف محكمة النقض الفرنسية بسلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشروط[3].

لقد تردد القضاء الفرنسي في تقدير الطابع التعسفي للشرط بين الظروف الاقتصادية المحيطة بإبرام العقد، والطبيعة القانونية له، في الفترة ما بين صدور القانون رقم 78-23، إلى صدور القانون رقم 95-96، حيث قضى في بعض الحالات أن القوة الاقتصادية التي يتمتع بها المهني، تسمح له بإعداد وتحرير العقد بإرادته المنفردة مما يُمكِّنُه من تضمينه

---

[1]-**PH. MALINVAUD**, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques,* op.cit., n°124, p.145 ; **J. MESTRE**, *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives,* op. cit., p. 680.

[2]- **M.-L. IZORCHE**, *Clauses abusives* in *Grands arrêts du droit des affaires*, D.1995, n° 30, p.57; Cass. Civ. 1re, 14 mai 1991, R.T.D.civ. 1991, p. 526, obs**. J. MESTRE** ; D. 1991, p. 449, note **J. GHESTIN** ; Cass. Civ. 1re, 26 mai 1993, R.T.D.Civ. 1994, p. 97.

[3]- **H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE**, *Clauses abusives, Interdiction, Pouvoir du juge* in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, *obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 11ème éd., 2000, n° 8, p. 60 ; **A. SINAY-CYTERMANN**, op. cit., n° 10, p.247 : « la Première Chambre a ici levé toute ambigüité quant à sa volonté d'autoriser les juges du fond à annuler les clauses abusives en l'absence de tout décret d'interdiction. La cours de cassation a tenu compte de l'échec de la voie réglementaire. »

شروطاً تَعفِيه من المسؤولية، كما أنها تحقق له مزايا على حساب المتعاقد معه[1]، بينما تَمَسَّك القضاء في حالات أخرى بالطبيعة القانونية للعقد المبرم لتقدير الميزة المفرطة التي يتمتع بها المهني[2].

وفي حالات أخرى طبق القضاء الفرنسي الشروط التعسفية المحددة بموجب مرسوم من مجلس الدولة[3]، والمدرجة ضمن الجانب التنظيمي من قانون الاستهلاك[4]، التي تَعتبِرُ أن شرط الإعفاء أو التقييد من حق المستهلك في الحصول على التعويض في حالة عدم تنفيذ المهني لأحد التزاماته التعاقدية، شرطاً تعسفياً.

يستفاد من أحكام وقرارات الجهات القضائية الفرنسية[5] الصادرة بعد تعديل قانون الاستهلاك سنة 1995، تمسكها بمعيار الاختلال الظاهر في التوازن العقدي، وبذلك لم يعد يستند قاضي الموضوع على القوة الاقتصادية للمهني ولا على الطبيعة القانونية للعقد، لحذف الشروط التعسفية كما كان معمولاً به سابقا في ظل القانون القديم.

لقد مارست محكمة النقض[6] رقابتها حول تحديد الشروط التعسفية من قبل قضاة الموضوع[7]، وإن كانت هذه الرقابة من شأنها أن تؤدي إلى نوع من التوحيد في معايير التقدير، مما قد يساهم في استقرار المعاملات الاستهلاكية التي تربط بين المستهلك والمهني، غير أن ذلك أثار تساؤل بعض الفقه[8] إزاءها، خاصة وأن محكمة النقض قد أسندت مسألة تقدير تجاوز الشرط الجزائي للسلطة التقديرية للقاضي، الذي لا يخضع فيها للرقابة، في حين اعتبرت مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط خاضعة لرقابتها.

---

[1]- Cass. civ. 1re, 6 déc. 1989, D.1990, p. 289; Cass. civ. 1re, 24 fév. 1993, D.1994, p. 6; Cass. civ. 1re , 31 janv. 1995, D.1995. Som., p. 229.

[2] - C.A. Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P. 1992, 21819, note **G. PAISANT**.

[3] - T.G.I. Paris, 21 février 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.html

[4]- Art. R.132-1 c. consom. f. modi. par le Déc. n°2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.

[5]-Cass. Civ. 1re, 19 juin 2001, J.C.P. 2001, édi. E., p.1958; C.A. Grenoble, 04 février 2004, Cass.Civ.3ème,10 juin 2009; http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.html/

[6]-Cass. Civ. 1re , 26 mai 1993 R.T.D.Civ. 1994, p. 97 ; Cass. Civ. 1re , 06 janvier 1994, J.C.P. 1994, II, 22237, note **G. PAISANT** ; Cass. Civ. 1re , 7 juillet 1998, Bull. n° 240 ; Cass. Civ. 1re ,19 juin 2001, Bull. n° 181 ; Cass. Civ. 1re , 26 février 2002, Bull. n° 71.

[7] –C.J.C.E., 27 juin 2000, R.T.D. Civ. 2000, p. 939, obs. **J. RAYNARD**.

[8] - **A. SINAY-CYTERMANN**, op. cit., n° 11, p. 247 : « la Cour de Cassation ne risque -t-elle pas de devenir un troisième degré de juridiction? Et cette surprise se double de la contradiction avec la jurisprudence sur les clauses pénales. »

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية بادرت بالاعتراف صراحة لقضاة الموضوع بسلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط، و ذلك قبل أن يتجسد هذا الاجتهاد القضائي تشريعيا[1] على إثر تبني المشرع الفرنسي للتوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين[2] الصادرة في 1993 وإدماجها في قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب القانون رقم 95-96 السالف ذكره.

ومع هذا التوجه الجديد للقضاء الفرنسي، تراجع المشرع عن موقفه السابق المتعلق بمعايير الشرط التعسفي، وذلك من خلال اعترافه الصريح بالتمرُّد الذي أحدثه القضاء على نص المادة 35 من القانون 78-23، و ذلك من خلال عدم توقفه في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم يصدر بشأنها مرسوم، و هذا بمناسبة إصداره لقانون الاستهلاك الجديد في01 فيفري 1995، بموجب الفقرة الثانية من المادة L132-1 التي أعطى من خلالها السلطة التنفيذية دورا ثانويا غير إلزامي في تحديد الشروط التعسفية، مع العلم أن المشرع الفرنسي منح سلطة الرقابة على الشروط التعسفية للقاضي من قبل صدور هذا القانون، وذلك من خلال نص المادة 09 من القانون رقم 92-60 الصادر في 18 جانفي 1992 المتعلق بدعم حماية المستهلك[3].

نستخلص مما سبق، أن القضاء الفرنسي باستناده في تقدير الطابع التعسفي للشرط إلى عدة وسائل، أدى إلى توسيع قائمة الشروط الملغية، مما يساهم في توفير حماية أكثر فعالية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، في حين أن المشرع الألماني وبموجب المادة الثانية من القانون المتعلق بالشروط العامة للعقود، اعترف صراحة للقاضي بالسلطة التقديرية

---

[1] - Art. 4 du décret n° 93-314 du 10 mars 1993 et l'art. L.132-1 al. 2 avant sa modification par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, J.O.R.F. n°0181 du 5 août 2008, p. 12471, Art. L.421-1 al.2 c. consom. f. et l'art. L.141-4 c. consom. f. issu de la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application.»

[2]– لقد منحت هذه التوجيهة الأوروبية للدول الأعضاء مرونة كبيرة بشأن وسائل مكافحة الشروط التعسفية، حيث أجازت لهذه الدول أن تتخذ كل الوسائل الملائمة والفعالة لمنع وحظر استعمال الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، طبقا للمادة 5 منها.

[3]– **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، المرجع السابق، الهامش رقم 4، ص.373.

للطابع التعسفي للشروط المحظورة بموجب القائمة السوداء والقائمة الرمادية التي أوردها بشأن هذه الشروط وبالتالي الحكم ببطلانها.

ثانيا : إثبات الشروط التعسفية

لم يُلزِم المشرع الجزائري المستهلك صراحة بإثبات الطابع التعسفي للشروط، لكنه تولى تعريف الشرط التعسفي ليسهل بذلك عمل القاضي بموجب الحالة الخامسة من المادة الثالثة من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ليأتي بعد ذلك إلى تعداد ثمانية شروط اعتبرها تعسفية وذلك من خلال المادة 29 من نفس القانون، ليصدر مرسوما تنفيذيا[1] بهذا الخصوص، وهو ما أورده بشأن البنود التي اعتبرها تعسفية، مما يفيد أن المشرع الجزائري قد افترض فيها الطابع التعسفي، مما يعفي المستهلك من إثبات الطابع التعسفي فيها.

تأسيسا على ما سبق، نستخلص أن كل القواعد القانونية التي أوردها المشرع الجزائري، إنما جاءت لتدعم حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يضمنها المهني في إطار علاقته التعاقدية معه، كما أن دور القاضي في ظل هذه القواعد لا يقتصر على إبطال الشروط التي وردت بشأنها مراسيم، بل يتعدى الأمر إلى البحث في كل الشروط المدرجة في العقود المبرمة بينهما، طبقا للمعايير التي وضعها المشرع وهو بصدد تعريف الشرط التعسفي.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فقد كان يلقي على المستهلك عبء إثبات الطابع التعسفي للشروط الواردة في القائمة الملحقة بقانون الاستهلاك الفرنسي، لكن بعد تدخله بموجب التعديل الذي أحدثه على الفقرة الثانية و الثالثة من المادة L.132-1 بالقانون رقم 2008-776 المؤرخ في 04 أوت 2008، و الذي منح بموجبه لمجلس الدولة سلطة إصدار قائمتين من الشروط التعسفية، يلاحظ أنه فرَّق بين نوعين من الشروط، حيث اعتبر أن الطابع التعسفي للشروط الواردة في القائمة السوداء هو بمثابة قرينة قانونية قاطعة، وبالتالي يُعفى المستهلك من إثبات الطابع التعسفي فيها، في حين أن الشروط

[1]- المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر، والتي تضمنت 12 بندا اعتبرته تعسفيا.

المذكورة في القائمة الرمادية فإنه يفترض فيها التعسف، مما يفيد أنها بمثابة قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من قبل المهني، و ذلك بإثبات عدم ترتيبها لاختلال في التوازن بين حقوق و التزامات أطراف العقد.

نتيجة لذلك، أصبح موقف المشرع الفرنسي يتفق مع نظيره الألماني الذي كان سباقا في تبني القائمة السوداء التي لا تلزم المستهلك بتقديم الإثبات للطابع التعسفي للشرط[1].

ثالثا : الجزاء المترتب على الشرط التعسفي

إن القضاء وهو بصدد النظر في الدعاوى الموضوعة أمامه، يملك سلطة توقيع الجزاء المناسب على الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك، إذا ثبت له أنها تتوافر على الطابع التعسفي، ويتنوع الجزاء المترتب على إدراج هذه الشروط، بين جزاء مدني يقضي ببطلانها، وجزاء جزائي يتضمن العقوبات المقررة قانونا على المهني، نتيجة إخلاله بتطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بمكافحة هذه الممارسات التعسفية، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية قرر جزاءً جزائياً، ولم يصرح بتوقيع الجزاء المدني على خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم الجزاء المدني الواجب تقريره على الشرط التعسفي دون أن يتحدث عن أي جزاء جزائي، وفي هذا الإطار يرى جانب من الفقه الفرنسي[2] أن التشريع المتعلق بالشروط التعسفية لا يتلاءم مع العقوبات الجزائية، لكن يمكن تصور هذا النوع من الجزاء بالنسبة للشروط المعتبرة تعسفية والمحددة عن طريق مراسيم مجلس الدولة تطبيقا للنص القانوني[3]، من خلال نص الحكومة في مراسيمها على غرامة تطبق على كل مهني في حالة المخالفة.

---

[1]– **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص. 138.

[2] - **J.P. CHAZAL**, *Les clauses* abusives, Encyc. D., commercial, T. II, 2004, n° 105, p. 18 : « la définition des clauses abusives, de par sa complexité et les incertitudes qui l'affectent, se prêterait mal à des sanctions pénales qui postulent la nécessité pour le législateur de définir des infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire.»

[3]– المادة L.132-1 الفقرة 2 و 3 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

لقد تصدى المشرع الجزائري للشروط التي يدرجها المهني في العقود المبرمة بينه وبين المستهلك، والتي اعتبرتها النصوص القانونية تعسفيةً، سواءٌ بموجب القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، أو تلك التي ورد بشأنها مرسوماً تنفيذياً[2]، إذ يعتبر بطلان الشرط التعسفي أفضل جزاء يمكن توقيعه على هذا النوع من الشروط، بوصفها ممارسات تعسفية مخالفة تماماً لقواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية.

علاوة على ذلك، فإن المشرع الجزائري تصدى في عدة مناسبات أخرى إلى مكافحة الشروط التعسفية التي يُضمِّنها المهني بمناسبة التعاقد، والتي تحقق له مزايا على حساب حقوق الطرف المتعاقد معه، حيث أعطى للقاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي الوارد في عقد الإذعان، كما أنه حكم بالبطلان على جملة من الشروط الواردة بعقود التأمين، أو النقل، أو العمل، إضافة إلى أنه تناول الأحكام المتعلقة بالضمان في عقود الاستهلاك بالتنظيم، حيث نص على اعتبار الشرط الذي يعفي من الضمان باطلا[3].

من خلال النصوص التي سبق بيانها[4]، يتبين أن المشرع الجزائري، أعطى للقاضي حق توقيع الجزاء على النزاعات المعروضة أمامه، سواءٌ بالتعديل، أو البطلان، مما يفيد أنه قرر توقيع الجزاء المدني ضمنيا دون أن يفصح عنه صراحة، إذ يمكن استخلاص ذلك من خلال النصوص القانونية الواردة في القانون رقم04-02، حينما نص في المادة الأولى منه على أن هذا القانون يهدف إلى تحديد قواعد و مبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا حماية المستهلك وإعلامه.

---

[1]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر.

[2]- المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر.

[3]- نصت عنه المادة 13 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المذكور سالفا بقولها :

¤ يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان ... يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية. يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم n.

[4]- المادة 29 من القانون رقم 04-02 و المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، السالفي الذكر.

ويستفاد مما سبق، أن المشرع الجزائري قرر قواعد حمائية للمستهلك من الممارسات التجارية التي تكون غير شفافة أو غير نزيهة أو تعسفية، مما يفيد أن هذه القواعد كلها قواعد آمرة و لا يجوز مخالفتها، بل ويترتب على مخالفتها توقيع عقوبات جزائية[1]، لتعلقها بالنظام العام للحماية، وهذا إن دل على شيء، إنما يدل على وجود الجزاء المدني للشروط التعسفية التي يدرجها المهني في العقود التي يبرمها مع المستهلك، كما أن تعريف الشرط التعسفي الذي جاء به المشرع بموجب الفقرة 5 من المادة 3 من القانون رقم 04-02 لدليل قاطع على أنه أراد منح القاضي المدني كامل السلطة في تقدير طبيعة الشروط التي لم ترد في القائمة السوداء بنص المادة 29 من نفس القانون على اعتبار أنها كما أسلفنا بيانه جاءت على سبيل المثال لا الحصر.

إضافة إلى ذلك، يمكننا أن نستشف الجزاء المدني من خلال التعبير الذي استعمله المشرع الجزائري عن حظر العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية و هو مصطلح "المنع" المترتب عنه البطلان، طبقا لنص المادة 30 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، بالإضافة إلى منع المهنيين من إدراج جملة من الشروط في العقود التي يبرمونها مع المستهلك وهو ما ورد بموجب المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والذي جاء تطبيقا لنص المادة 30 أعلاه.

و بما أن المشرع الجزائري قد منع إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان المبرمة بين المستهلكين والمهنيين، فهذا يعني أن السلطة الممنوحة للقضاة في الحكم ببطلان هذه الشروط، تقتصر فقط على الشروط التعسفية الواردة في العقد دون أن يسري البطلان على العقد بأكمله، و بذلك يظل العقد صحيحا، وهو ما يتفق مع أحكام المادة 104 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه : " إذا كان العقد في شق منه باطل أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبيّن أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال، فيبطل العقد كله".

[1]- نصت عليه المادة 38 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقولها : ¤ تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون و يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)n.

أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد قرر جزاءً مدنيا على الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك وذلك من خلال نصه على ذلك بالمادة L132-1 بقولها: " الشروط التعسفية تعتبر كأنها لم تكن"، وبما أن القاضي هو الوحيد المختص بتكييف الشرط عند نظره في الدعوى، فإنه عندما يحكم بتعسفية الشرط، يقضي مباشرة باعتباره غير مكتوب أي باطل لا يرتب أي أثر، كأنه غير موجود أساسا في العقد[1]، وهو ما يصطلح عليه بالبطلان، لكن المشرع لم يبين ما إذا كان هذا البطلان، بطلانا مطلقا أم بطلانا نسبيا.

لقد اتجه بعض الفقه[2] إلى إعتبار أن البطلان المقصود هنا هو البطلان المطلق، إذ يمثل جزاء فعالا للمستهلك للحد من الشروط التعسفية، باعتباره يتيح الفرصة أمام جمعيات حماية المستهلكين لرفع دعاوى حذف هذه الشروط، ذلك لافتقار المستهلك إلى القدرة المالية التي تمكنه من تحمل نفقات التقاضي، لكن بالمقابل يؤدي هذا البطلان إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلع أو الخدمات محل العقد الباطل.

خلافا لذلك، ذهب البعض الآخر[3] إلى القول بأن البطلان المقرر في النص القانوني هو البطلان النسبي، لأن اعتبار الشرط التعسفي كأن لم يكن، يؤدي إلى بطلان هذا الشرط فقط وليس العقد برُمَّتِه، وبالتالي فإن البطلان الذي يترتب في هذه الحالة يكون نسبيا وليس مطلقا، بحيث لا يجوز التمسك به إلا من جانب المستهلك فقط، لأنه مقرر لمصلحته ولتعلقه بالنظام العام للحماية، وليس بالنظام العام التنظيمي، ويعد هذا الرأي هو الصائب، على أساس أن البطلان النسبي للشروط التعسفية يتلاءم ومصلحة المستهلك، إذ من شأنه أن يؤدي إلى الإبقاء على العقد قائما وبالتالي يمَكّنُه من الاستفادة من السلعة أو الخدمة.

وخلافا لما نص عليه المشرع الجزائري، فإن المشرع الفرنسي قد منع من وجود الشروط التعسفية في جميع أنواع العقود المبرمة بين المهني و غير المهني أو المستهلك، بحيث لا يشترط أن يكون العقد من عقود الإذعان، و بذلك يكون المشرع الفرنسي قد تجنب العديد من

[1]-. **J.BEAUCHARD**, op.cit., p. 350 : « La clause abusive est réputée non écrite. C'est-à-dire qu'elle ne peut recevoir aucun effet et qu'il n'y a pas à en tenir compte. Elle est inexistante. »

[2] **-J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE**, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen*, op. cit., n° 63, p. 55.

[3]- **N. REKIK**, *Les clauses abusives et la protection du consommateur*, Etudes juridiques, n° 7, 2000, p.125.

الصعوبات، كون أن عقود الإذعان تتسم بالغموض وعدم الدقة[1]، وطبقا للفقه الفرنسي فإنه لا يهم قبول المستهلك أو عدم قبوله للشرط التعسفي، فهو باطل طبقا لقواعد النظام العام للحماية الذي يهدف إلى حماية المستهلك.

نستخلص من مضمون الفقرتين 6 و 8 من المادة L132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، أنه يترتب على توافر الصفة التعسفية في الشرط، اعتباره كأنه لم يكن، مع الإبقاء على العقد قائما إذا أمكن أن يبقى بالشروط المتبقية، و من هنا يظهر أن البطلان المترتب على الشرط التعسفي ينصب على الشرط ذاته وليس على كل العقد[2]، مع الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي يهدف من خلال إقرار هذا الجزاء إلى استبعاد الأثر الضار للشرط التعسفي دون المساس بالعقد كله، وهو ما يخدم مصلحة المستهلك الذي يسعى إلى تلبية حاجاته و إشباع رغباته من السلع و الخدمات محل التعاقد.

من خلال ما سبق، يتضح أن بطلان الشرط التعسفي وحده، دون أن يسري هذا البطلان على العقد برمته، يساهم في تحقيق حماية فعالة للمستهلك، سيما أن هذا الأخير لم يُقدِم على إبرام العقد مع المهني لكي يترتب بعد ذلك بطلانه، وإنما بهدف إشباع حاجاته من السلع أو الخدمات المعروضة عليه، ومن ثم فإن بطلان الشرط التعسفي هو أفضل حل للمستهلك من بطلان العقد برُمَّته.

بالرغم من الأهمية البالغة التي يكتسيها الجزاء المدني المتمثل في عقوبة بطلان الشروط التعسفية المدرجة في العقود، إلا أن ذلك لا يعد كافياً في حد ذاته لمكافحة هذه الشروط، فالإلغاء القانوني للشروط المعتبرة تعسفية لا يعد رادعا ماديا، حيث أثبت الواقع

[1]- **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, *Droit de la consommation*, op.cit., n° 179, p.190 : « Dès lors que l'un des contractants est un professionnel et l'autre un non-professionnel ou consommateur, les dispositions sur les clauses abusives s'appliquent à tous les contrats, quelle que soit leur nature … La loi n'exige même pas qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion : cette attitude évite bien des difficultés, car la catégorie des contrats d'adhésion est une nébuleuse dont les contours manquent de précision. »

[2]- LAMY droit économique, op. cit., n° 4323, p. 1501 ; **J. BEAUCHARD**, op. cit., p. 350 : « la clause abusive est réputée non écrite…Cette sanction n'affecte que partiellement le contrat. Seul le consommateur ou non-professionnel peut l'invoquer et le contrat subsiste, amputé de la clause abusive, à condition toutefois qu'il ne perde pas tout sens ou raison d'être sans la clause litigieuse. »

العملي أن هذه الشروط الممنوعة والمعرّضة للإلغاء، لا تزال تُدرج في عدد معتبر من العقود التي تعرض على المستهلكين الذين يجهلون أنها باطلة؛ و بالتالي كان لا بد من توقيع عقوبات جزائية في حق المهنيين المخالفين للقواعد المنصوص عنها بموجب المادة 38 من القانون 04-02.

ويمكن أن تحرك الدعوى العمومية إما من طرف جمعية حماية المستهلكين لتقرير العقوبة الجزائية المقررة ضد المخالفين لأحكام المادة 29 من القانون نفسه وكذا المطالبة بالتعويض، وإما أن تحرك من طرف النيابة العامة لتقرير العقوبة، بناء على المحاضر التي تحال عليها من طرف مديرية التجارة .

المبحث الثاني: دور الأجهزة الإدارية وجمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية

من أجل توفير حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الشروط التعسفية، وسَّعَت الأنظمة القانونية من دائرة الوسائل المحدِّدة لهذه الشروط التي أصبحت تشكل خطرا عليه لتنوع أشكالها، وصعوبة حصرها، ولغموض معيارها، وبقصد تدعيم النصوص الخاصة بهذه الشروط، عمدت التشريعات الحديثة إلى إشراك هيئات إدارية كوسائل أخرى تساعد كل من القضاء وجموع المستهلكين على الكشف عن الطابع التعسفي في الشروط التي يدرجها المهنيون في عقودهم، من خلال الآراء الاستشارية التي تقدمها لجنة الشروط التعسفية وكذا التوصيات التي تصدرها بشأن تلك الشروط، لذلك ينبغي تناول الجانب التنظيمي لهذه اللجنة والمهام المنوطة بها؛ من خلال المطلب الأول.

علاوة على ذلك، لم تقتصر الأنظمة القانونية في مواجهة الشروط التعسفية الاعتماد على لجنة الشروط التعسفية، بل دعمتها بدور جمعيات حماية المستهلكين؛ من خلال تنظيمها وفق إطار قانوني محدَّد والاعتراف لها بالشخصية القانونية، ومن ثم إعطائها الحق سواءٌ في التقاضي نيابةً عن المستهلكين ودفاعاً عن مصلحتهم، أم في المشاركة في التصدي للشروط التعسفية؛ وهو ما سنبحثه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: دور لجنة الشروط التعسفية

ساهمت الأجهزة الإدارية في إطار تدعيم وسائل الحماية من الشروط التعسفية التي يدرجها المهنيون في عقودهم التي يعرضونها على غير المهنيين أو المستهلكين؛ وذلك من خلال الرقابة التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية على نماذج عقود الاستهلاك، وإبداء رأيها في مدى توافر الطبيعة التعسفية في الشروط المدرجة في هذه العقود، ومن أجل دراسة دور هذه الهيئة ينبغي التطرق إلى الشق التنظيمي للجنة الشروط التعسفية، لنتناول بعد ذلك اختصاصات هذه اللجنة والمهام التي أنشئت من أجلها.

الفرع الأول: الجانب التنظيمي للجنة الشروط التعسفية

تختلف لجنة الشروط التعسفية في القانون الجزائري مقارنة مع نظيره الفرنسي من حيث التشكيلة، وكذا من حيث الجهات المختصة بإخطارها.

أولا : تشكيل لجنة الشروط التعسفية حسب التشريع الجزائري

تطبيقا لأحكام القانون المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، فإن المشرع الجزائري قد أصدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306، والذي نص على إنشاء لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنةً للبنود التعسفية[2]، تهتم بدراسة نماذج العقود المعروضة على المستهلكين والمعدة من قبل المهنيين، بالإضافة إلى دراسة نظام إدراج الشروط وطرق صياغتها، والنظر في مدى ملاءمتها لموضوع العقد، مما يمكّن المستهلك من إجراء مقارنة بين الالتزامات والحقوق المتقابلة في العقد بصورة واضحة.

تتكون لجنة البنود التعسفية حسب القانون الجزائري[3] من عشرة (10) أعضاء، منهم (5) خمسة أعضاء دائمين و (5) خمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

---

[1]- المادة 30 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالف الذكر.

[2]- راجع المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر و التي جاء فيها: " تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري ..."

[3]- تم إنشاء لجنة البنود التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور سابقا، مع الإشارة إلى أن المادة الثامنة منه عُدِّلت بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 26 محرم 1429 الموافق لـ 03 فيفري 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 07، الصادرة بتاريخ 03 صفر 1429 الموافق لـ 10 فيفري 2008، ص.17 و يتعلق الأمر بإجراء تعديلات على تشكيلة هذه اللجنة.

- ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية، مع الإشارة إلى أن رئيس اللجنة لا يتم انتخابه، بل يكون معينا، باعتبار أنه يمثل الوزير المكلف بالتجارة[1]، وهذا خلافا للمشرع الفرنسي الذي عهد برئاسة اللجنة للجهة القضائية، أي لقاض من القضاء العادي.
- ممثلان (2) عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود، مما يعني أن المشرع الجزائري قد قلص من التمثيل القضائي بهذه اللجنة، باعتبار أن المشرع الفرنسي أعطى العضوية لثلاثة قضاة، أحدهم بصفته رئيسا للجنة، ويكون من القضاء العادي، وقاضيين بصفة العضوية، ويكونان من القضاء العادي أو الإداري أو من أعضاء مجلس الدولة.
- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة،
- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي لم يشترط كل هذه الشروط في المهنيين، بل اشترط في اللجنة وجود أربعة مهنيين دون قيد، أو شرط.
- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود، مما يفيد أن المشرع الجزائري اشترط في الأشخاص الذين يمثلون هذه الشريحة، أن يتمتعوا بمؤهلات علمية في مجال العقود والأعمال، كما يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر تراه مُفِيداً في أعمالها.

ويتم تعيين أعضاء لجنة البنود التعسفية بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، بناء على اقتراح من الوزراء[2]، على أن تحظر مشاركة كل عضو من أعضاء لجنة البنود التعسفية في المداولات الخاصة بمسائل يكون له فيها مصلحة، أو تجمعه بأحد أطرافها قرابة إلى الدرجة الرابعة، أو يكون ممثلا لأحد الأطراف المعنية، أو قد كان ممثلا سابقا له[3].

---

[1]– الفقرة الثانية من المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 السالف الذكر.

[2]– المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 نفسه والتي نصت على : ¤ تحدد القائمة الإسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، باقتراح من الوزراء و المؤسسات المعنية، يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد وتنهى عهدتهم حسب الأشكال نفسهاn بمعنى أن الاقتراح يتم من طرف وزير العدل بالنسبة لممثلي القضاء مثلا، و رئيس الجمعية الوطنية لحماية المستهلكين بالنسبة لممثلي المستهلكين و هكذا ... .

[3]– المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 نفسه.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري قد حظر طلب انعقاد لجنة الشروط التعسفية لممارسة مهامها من طرف أحد المستهلكين أو المهنيين، في حين منح هذا الحق إلى الوزير المكلف بالتجارة، أو كل إدارة، أو جمعية مهنية، أو جمعية حماية المستهلكين، أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك، كما مكَّن اللجنة أن تخطر من تلقاء نفسها[1]، وفي هذا نجد أن المشرع أراد أن يحُدَّ من طلبات المستهلكين أو المهنيين التي قد تتجاوز طاقة استيعاب اللجنة لها، وهذا إنما يدل على الطابع الإداري الذي يكتسي هذه اللجنة.

ثانيا : تشكيل لجنة الشروط التعسفية حسب التشريع الفرنسي

أنشئت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا نتيجة الانتقادات التي وجهت على مستوى البرلمان لمشروع قانون 1978 الذي عهد مهمة الرقابة على الشروط التعسفية إلى القضاء، لكنه رُفض بعد ذلك، و مُنحت هذه السلطة إلى الحكومة، على أن تساعدها في ذلك لجنة ذات طابع استشاري، سميت بلجنة الشروط التعسفية، تابعة للوزير المكلف بالاستهلاك[2]، تهدف هذه الأخيرة إلى دعم حماية المستهلك في مواجهة تعسف المهني في إطار عقود الاستهلاك[3].

لقد تم إنشاء هذه اللجنة بموجب القانون رقم 78-23 السالف ذكره، وقد تم تنصيب أعضاء هذه اللجنة بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 26 يناير 1978، الذي عُدِّل بالقرار الوزاري المؤرخ في 01 أوت 1978، وتم الإبقاء على هذه اللجنة حتى بعد الإصلاح الذي جاء به المشرع الفرنسي بموجب القانون 95-96 المتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لجملة من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية كما أسلفنا بيانه.

وطبقا لأحكام القانون الفرنسي[4] تتكون هذه اللجنة من 13 عضوا، مشكلة كالتالي:

- قاضي من القضاء العادي، رئيساً،

[1]- المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 السالف الذكر.

[2]- المادة 36 من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 السالف الذكر.

[3]- **G. PAISANT**, *De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives*, D. S., 1986, chron., p. 299 et suiv.

[4] - Art R.534-1 du code de la consommation français, version consolidée du code au 22 décembre 2014, édition : 28-12-2014.

- قاضيان (2) من القضاء العادي أو الإداري أو من أعضاء مجلس الدولة،
- شخصيتان (2) مؤهلتان في مجال القانون أو في مجال العقود، و يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك،
- أربعة (4) ممثلين عن المهنيين،
- أربعة (4) ممثلين عن المستهلكين.

ويمكن للمدير العام للمجلس الوطني للاستهلاك أو ممثله، المشاركة في جلسات لجنة الشروط التعسفية، دون أن يكون له الحق في التصويت على التوصيات أو الآراء.

يلاحظ أن تشكيلة لجنة الشروط التعسفية الفرنسية، تنقسم إلى فئتين؛ الأولى منها تضم رجال قانون، ويتبين ذلك من خلال توكيل مهمة رئاسة هذه اللجنة إلى قاضٍ من القضاء العادي، كما تشتمل على قاضيين من القضاء العادي أو الإداري أو من مجلس الدولة، بالإضافة إلى اشتمالها على شخصيتين مؤهلتين في مجال القانون أو في مجال العقود، أما الفئة الثانية فهي تتضمن أربعة ممثلين عن المهنيين وأربعة ممثلين عن المستهلكين، ويلاحظ أن هذه الفئة هي الأكثر تمثيلا مقارنة بالفئة الأولى، مما يجعل هذه اللجنة تظهر كلجنة تمثيلية أكثر منها حيادية[1].

الفرع الثاني: مهام لجنة الشروط التعسفية

تعتبر لجنة الشروط التعسفية سواء في القانون الجزائري أم في القانون الفرنسي، كهيئة إدارية رقابية، يكمُن دورها في البحث في نماذج العقود والاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، لذلك أسند لها القانون مهام وقائية و أخرى استشارية.

أما من حيث الدور الاستشاري التي تقوم به لجنة الشروط التعسفية، فإنه فضلا عن إصدار التوصيات وتقديم الاقتراحات التي تنشرها في التقارير السنوية، تقوم هذه اللجنة بإبداء الآراء بشأن مشروعات المراسيم التنظيمية، أو القرارات التي تحدد الشروط التعسفية

[1]– **بن حميدة نبهات**، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية (دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أو بكر بلقايد تلمسان، 2006–2007، ص. 135.

الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، كما أنها تساعد الجهات القضائية بآرائها حول تقدير مدى توافر صفة التعسف في الشروط المدرجة في عقود الإستهلاك المتنازع بشأنها، كما أن عدم إمكانية تدخل القضاء في جميع النزاعات القائمة بشأن عقود الاستهلاك وكذا قصور فعالية جمعيات حماية المستهلكين، جعل من هذه اللجنة تلعب دوراً مكملاً وداعماً لحماية مصلحة المستهلك[1].

أولا : الدور الوقائي للجنة الشروط التعسفية

ففي إطار الدور الوقائي الذي تقوم به لجنة الشروط التعسفية، فإنها بعد فحص وتحليل نماذج عقود الاستهلاك والبحث في الشروط التي تم الاعتياد على استعمالها في هذا النوع من العقود، تصدر التوصيات بشأن هذه الشروط، إما بتعديلها، أو بإلغائها، أو ببطلانها[2] إذا ما كانت هذه الأخيرة تتصف بوصف التعسف، مستندة في ذلك إلى المعيار العام للشرط التعسفي الوارد في أحكام النصوص القانونية[3]، كما أنها تقدم الاقتراحات بشأن تعديل الأحكام التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالشروط التعسفية، لتصدر في آخر السنة تقريرا يتضمن كل الأنشطة التي قامت بها خلال السنة.

وفي إطار الإجراءات التي تتبعها اللجنة في إصدار التوصيات وتقديم الاقتراحات، تُعيِّنُ اللجنة مُقرِرا للاطلاع على نماذج العقود المقترحة، بعد ذلك يعِدُّ تقريرا تحليلياً يعرضه على اللجنة لدراسته في اجتماع عام بحضور جميع أعضائها، و في نهاية هذا الاجتماع يُرسل التقرير إلى المختصين في العقود النموذجية لتقديم ملاحظاتهم، ليتم إعداد مشروع توصية من طرف مقرر اللجنة، يتم عرضه مرة أخرى على اللجنة لمناقشته في اجتماع عام لجميع أعضائها، و بناء على ذلك؛ يقوم أعضاء اللجنة بإعداد توصية كاملة

---

[1]– **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، المرجع السابق، ص.ص. 339؛ 340.

[2]- **J. CALAIS AULOY**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, op.cit., p. 247.

[3]– الفقرة 5 من المادة 3 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتي تقابلها الفقرة الأولى من المادة L.132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ترسل إلى الوزير المكلف بالاستهلاك لينشرها في كشف رسمي للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش[1].

للإشارة فإن لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، يكتسيها الطابع الاستشاري، وتختص بالبحث في كل العقود التي قد تتضمن شروطا يتوافر فيها الطابع التعسفي، لتتولى بعد ذلك صياغة وإصدار التوصيات إلى الوزير المكلف بالتجارة باعتباره رئيسا لها والمؤسسات المعنية، من أجل تعديل، أو إلغاء، أو حذف هذه الشروط، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، و يمكنها كذلك مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها[2].

من خلال ما سبق بيانه، نستخلص أنه وبالرغم من أهمية الدور الذي تلعبه هذه اللجنة في مكافحة الشروط التعسفية التي تطال عقود الاستهلاك، إلا أن دورها يبقى استشاريا وتوجيهيا فقط، وأن توصياتها تفتقد لأي قيمة قانونية، فهي بذلك مجرد إرشادات يراد بها الضغط على المهنيين بهدف تفادي إدراج شروط تعسفية في عقودهم المبرمة مع المستهلكين، دون أن يترتب على عاتقهم أي التزام قانوني، ما لم يتم إفراغ هذه التوصيات في نصوص قانونية خاصة، أو تصدر بشأنها مراسيم تنظيمية عن السلطة التنفيذية.

والحقيقة أن هذه التوصيات على الرغم من طبيعتها القانونية غير الملزمة، إلا أن بعض المهنيين قد أخذ بها سواء بصفة انفرادية تلقائية، أم عن طريق جمعياتهم النقابية، وحاولوا عدم تضمين العقود التي يقترحونها على المستهلكين الشروط التي أوصت اللجنة

---

[1]– للإشارة فأنه بعد صدور القانون رقم 2010–737 المؤرخ في 1 جويلية 2010 لم يعد الوزير المكلف بالاستهلاك هو المكلف بنشر توصيات لجنة الشروط التعسفية و هذا طبقا لنص المادة L.534-8 التي نصت على:

Art. L.534-8 c. consom. f. créé par l'art. 62 de la Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, J.O.R.F. n° 151 du 2 juillet 2010 **:** « Les commissions mentionnées aux articles L.534-1 *(commission des clauses abusives)*, L.534-4 *(commission de la sécurité des consommateurs)* et L.534-7 *(commission de la médiation de la consommation)* assurent la diffusion des informations, avis et recommandations qu'elles estiment nécessaire de porter à la connaissance du public. Les informations, avis et recommandations diffusés par la commission mentionnée à l'article L.534-1 *(commission des clauses abusives)* ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles.»

[2]– المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 المذكور سابقا.

بأنها تعسفية، وذلك قبل أن يحكم عليها كذلك، سواء من قبل المشرع أم القضاء، كما أنه تم الرجوع إليها، بمناسبة وجود مفاوضات بين جمعيات المهنيين وجمعيات الدفاع عن المستهلكين[1].

وتجدر الملاحظة أن لجنة الشروط التعسفية في الجزائر ولدت ميتة، ذلك أنه ومنذ تسع (9) سنوات تقريبا، لم تتشكل هذه اللجنة، بل بقيت حبرا على ورق في انتظار تكريس حماية فعالة للمستهلك من الشروط التعسفية، بأن يتم تجسيد أحكام المادة السادسة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور سابقا.

أما بخصوص قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 78-23 بعد التعديل[2]، فإن لجنة الشروط التعسفية موضوعة تحت سلطة الوزير المكلف بالاستهلاك، وهي مكلفة بالمهام التالية :

- تقوم هذه اللجنة بفحص نماذج العقود المقترحة عادة من طرف المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين الذين يتعاقدون معهم[3]، وذلك بالبحث عما إذا كانت تتضمن شروطا ذات طابع تعسفي، و إصدار توصيات بهذا الشأن من أجل حذف، أو تعديل الشروط التي يكون موضوعها أو الأثر الذي يترتب عنها من شأنه أن يؤثر في التوازنات التعاقدية فيما يتعلق بحقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك، وفي هذا الإطار تُصدِر هذه اللجنة تقارير سنوية يتم نشرها بشكل موسع تشمل جميع أنشطتها وأعمالها ومقترحاتها التي تراها مناسبة[4].
- كما تقوم هذه اللجنة بإبداء رأيها حول تقدير الطابع التعسفي للشرط التعاقدي، بطلب من القاضي وذلك بمناسبة الدعوى الموضوعة أمامه.

---

[1]- **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 341.

[2] - Art. L.534-3 du c. consom. f. créé par l'art. 62 de la Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010.

[3] - Art. L.132-1 du c. consom. f.

[4]-. **J.BEAUCHARD**, op.cit., p.351 : « La loi du 10 Janvier 1978 a institué une commission dite des clauses abusives chargée d'étudier les contrats proposés aux consommateurs et d'y relever les clauses estimées abusives … Elle émet des recommandations à l'adresse des professionnels et propose d'éventuelles modifications législatives ou réglementaires au gouvernement…. »

لقد باشرت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا مهامها منذ أول سنة من إنشائها بعد أن تلقت عدة طلبات، وأصدرت عشرات التوصيات المحدِّدة للشروط المعتبرة تعسفية[1]،

[1]– أصدرت لجنة الشروط التعسفية الفرنسية منذ نشأتها سنة 1978 و إلى غاية 03 ديسمبر 2014، خمسة و سبعون (75) توصية تتعلق بعدد كبير من الشروط التعسفية نوردها حسب الترتيب التنازلي كما يأتي:
14-02 : contrats de fourniture de services de réseaux sociaux, 14-01 : contrats de fourniture de gaz et d'électricité 13-01: location non saisonnière de logement meublé, 12-01 : services à la personne, 11-01: syndics de copropriété, 10-02 : prévoyance obsèques, 10-01: soutien scolaire,08-03: transports terrestres collectifs de voyageurs (complétant la recommandation n° 84-02), 08-02: contrats proposés par certains établissements hébergeant des personnes âgées et non habilités à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale, 08-01: fourniture de voyages proposés sur internet, 07-02:contrats de vente mobilière conclue par internet, 07-01: services groupés de l'internet, du téléphone et de la télévision "triple play", 05-03: auto-école (permis B),05-02:conventions de comptes bancaires,05-01:hôtellerie de plein air et locations d'emplacements de résidence mobile, 04-03: prêt immobilier, 04-02: achat de véhicules automobiles de tourisme, 04-01: insectes xylophages, 03-02: agences immobilières, 03-01: accès à l'internet(FAI), 02-03: assurance de protection juridique, 02-02: formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples, 02-01 : vente de listes en matière immobilière, 01-02: durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs, 01-01:distribution d'eau (complémentaire à la n°85-01 du 19 novembre 1982), 00-01: location de locaux à usage d'habitation (complétant la n°80-04), 99-02: radiotéléphones portable (mobiles), 99-01: dépôt-vente, 98-01: abonnement au câble et à la télévision à péage, 97-02 : maintenance de certains équipements d'immeubles, 97-01 : télésurveillance, 96-03 : révélation de succession par les généalogistes, 96-02 : locations de véhicules automobiles, 96-01 : syndics de copropriété, 95-02 : contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs,95-01:abonnement autoroutier,94-05:bons de commande et contrats de garantie des véhicules d'occasion,94-04: locations saisonnières, 94-03: séjours linguistiques, 94-02: contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit, 94-01: clauses dites de consentement implicite, 91-04: location de certains biens mobiliers autres que les véhicules automobiles, 91-03: construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur (complétant la n°81-02), 91-02: contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (dite de synthèse), 91-01: établissements d'enseignement, 90-02: contrats d'assurance dénommés "dommages ouvrages", 90-01: assurance complémentaires à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier ou à un contrat de location avec option d'achat, 89-01: assurance des véhicules automobiles de tourisme, 88-01 : accession à la propriété immobilière, 87-03 : clubs de sport à caractère lucratif, 87-02 : agences matrimoniales, 87-01 : location de coffres forts, 86-02:remontées mécaniques dans les stations de sports d'hiver,86-01: location avec option d'achat ou promesse de vente de biens de consommation, 85-04: contrats d'assurance dénommés "multirisques habitation",85-03:établissements hébergeant des personnes âgées, 85-02: achat de véhicules automobiles de tourisme, 85-01: contrats de distribution de l'eau, 84-03 : contrats d'hôtellerie de plein air, 84-02 : transport terrestre de voyageurs, 84-01 : fourniture de gaz de pétrole liquéfié (GPL) en vrac et de mise à disposition ou de vente de réservoir, 82-04: droit à réparation en cas de perte ou de détérioration des films confiés à des laboratoires photographiques ou cinématographiques,82-03:installation de cuisine,82-02: déménageurs, 82-01: contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et=

تم نشرها بشكل موسع، وفي هذا الصدد كشفت هذه اللجنة عن العديد من الشروط ذات الطابع التعسفي طبقا للمعيار الوارد بالفقرة الأولى من المادة 1-132.L، من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ومن خلال استقرائنا لهذه التوصيات، نستخلص أنها إما أن تكون عامة، تتعلق بالشروط العامة للعقد بغض النظر عن صفة المهني الذي يقوم بتضمينها في عقوده التي يعرضها بمناسبة التعاقد، ومن بين أهم التوصيات العامة التي أصدرتها لجنة الشروط التعسفية الفرنسية، يمكن ذكر التوصية رقم: 79-01، المتعلقة بالشروط التعسفية المدرجة بعقود الضمان، والتوصية رقم 79-02 المتعلقة بشروط تنازل المستهلك عن ممارسة الطعون القضائية، والتوصية رقم: 80-03 المتعلقة بتكوين العقد، والتوصية رقم: 80-06 المتعلقة بآجال التسليم، و التوصية رقم 81-01 المتعلقة بتوازن الالتزامات في حالة عدم تنفيذ العقود والتوصية رقم: 91-02 المتعلقة ببعض الشروط المدرجة في العقود المبرمة ما بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، و التوصية رقم: 94-01 المتعلقة بالشروط المسماة الرضاء الضمني، و التوصية رقم :01-02 المتعلقة بالشروط العامة للعقود الزمنية المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، حيث استندت اللجنة أثناء وضعها على توصيات نشرت سابقا بشأن العقود الزمنية، كما تبنت مضمون التوجيهة الأوروبية رقم 93-13 المؤرخة في 5 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، وتتمثل أهم الشروط التعسفية التي أوصت اللجنة بإلغائها أو تعديلها بمقتضى هذه التوصيات في ما يلي:

- الشرط الذي يجيز للمهني تعديل مدة سريان العقد بإرادته منفردة.
- الاعتراف بصفة مباشرة أو غير مباشرة للمهني بفسخ العقد المحدد المدة بإرادة منفردة، دون مبرر مشروع.

=les commissionnaires de transport, 81-02: construction de maisons individuelles selon un plan établi à l'avance et proposé par le constructeur, 81-01: équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats, 80-06: délai de livraison, 80-05: achat d'objets d'ameublement, 80-04: location de locaux à usage d'habitation, 80-03: formation du contrat, 80-02: contrats de vente immobilière imposant à l'acquéreur la continuation de l'assurance souscrite par le vendeur,80-01: location d'emplacements destinés à l'affichage publicitaire, 79-02: recours en justice,79-01:contrats de garantie, le site internet://www.clauses-abusives.fr/recom/ index.htm

- الشرط الذي يجيز للمحترف وقف أثر العقد غير محدد المدة دون إخطار المستهلك مسبقا، ما لم يتوفر مبرر شرعي يمنع من ممارسة.
- الشرط الذي يلزم المستهلك إذا أراد فسخ العقد غير محدد المدة إخطار المحترف خلال مدة أطول عن تلك المقررة للمستهلك، في حالة الفسخ الصادر عن المحترف.
- الشرط الذي يمنع المستهلك من فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المحترف لالتزاماته التعاقدية.
- الشرط الذي يعتبر أن مدة سريان العقد المحدد المدة تتجدد بصفة ضمنية لأجل مفرط[1].

كما قد تكون هذه التوصيات خاصة، أي أنها تتضمن الشروط التعسفية المتعلقة بنماذج العقود المتعلقة بقطاعات مهنية معينة أو بعقود خاصة، مع الإشارة إلى أن هذا النوع من التوصيات أخذ حصة الأسد من مجمل توصيات هذه اللجنة، ومن ذلك التوصية رقم: 80-02 المتعلقة بالشروط التعسفية المدرجة في بعض عقود البيع العقاري، والتي تفرض على المشتري الاستمرار في التأمين المكتتب من قبل البائع، والتوصية رقم

[1] - Recommandation n° 01-02 sur les clauses relatives à la durée des contrats conclus entre professionnels et consommateurs (BOCCRF du 23/05/2001) : « Recommande : Que soient éliminés des contrats conclus entre professionnels et consommateurs les clauses ayant pour objet ou pour effet :

1. d'imposer une durée initiale minimum du contrat sans en autoriser, eu égard à son économie, la résiliation anticipée par le consommateur pour motifs légitimes ;
2. de permettre au professionnel, pendant le cours de l'exécution du contrat, d'en modifier unilatéralement la durée convenue ;
3. de reconnaître, directement ou indirectement, au professionnel le droit de résilier unilatéralement le contrat à durée déterminée en l'absence de motif légitime ;
4. d'autoriser le professionnel à rompre le contrat à durée indéterminée sans un délai raisonnable de préavis, à moins qu'il n'existe des motifs légitimes pour ce faire ;
5. de soumettre la résiliation, dans les contrats à durée indéterminée, à un délai de préavis plus long pour le consommateur que pour le professionnel ;
6. d'interdire au consommateur de demander la résiliation du contrat en cas de manquement grave ou répété par le professionnel à ses obligations ;
7. de subordonner, en cas de force majeure ou d'inexécution par le professionnel de ses obligations, la résiliation du contrat par le consommateur au paiement d'une indemnité contractuelle au profit du professionnel ;
8. de prévoir la prorogation ou la reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée pour une période excessivement longue ;
9. de contraindre le consommateur, pour éviter la prorogation ou la reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée, à notifier son intention au professionnel à une date trop éloignée de l'arrivée du terme convenu.

80-04 المتعلقة بعقود استئجار المحلات الموجهة للاستعمال السكني، والتوصية رقم 80-05 المتعلقة بعقود شراء أشياء للتأثيث، والتوصية رقم 81-02 المتعلقة بعقود إنشاء المنازل الفردية، حسب تصميم معد مسبقا ومقترح من طرف البنّاء (المقاول)، التوصية رقم 02-03 المتعلقة بعقود التأمين والحماية القانونية، والتوصية رقم 04-03 المعلقة بعقود القرض العقاري، وكذلك التوصية رقم 07-02 المتعلقة بعقود بيع المنقولات المبرمة عن طريق الأنترنت، والتوصية رقم 08-01 المتعلقة بعقود السفر المقترحة عن طريق الانترنت، والتوصية رقم 10-01 المتعلقة بالدروس الخصوصية، والتوصية رقم 14-02 المتعلقة بعقود خدمات الشبكات الاجتماعية، والتوصية رقم 14-02 المتعلقة بعقود التموين بالغاز والكهرباء، في هذا الصدد يلاحظ أن التوصيات الخاصة تغلب على العامة.

علاوة على التوصيات العامة أو الخاصة التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية، فإنها تصدر توصيات مكملة للتوصيات التي سبق وأن أصدرتها، مواكبة للتعديلات القانونية، والتطورات الاقتصادية، والاجتماعية، وحتى التقنية منها، كما هو الشأن بالنسبة للتوصية رقم 91-03 المكملة للتوصية رقم 81-02، المتعلقة بعقود إنشاء المنازل الفردية، حسب تصميم معد مسبقا ومقترح من طرف البنّاء (المقاول) السالف ذكرها، والتوصية رقم 00-01 المكملة للتوصية رقم 80-04 المتعلقة بعقود استئجار المحلات الموجهة للاستعمال السكني، والتوصية رقم 01-01 المكملة للتوصية رقم 85-01، المتعلقة بعقود توزيع المياه، والتوصية رقم 08-02 المتعلقة بالعقود المقترحة من قبل بعض المؤسسات التي تأوي كبار السن الذين ليس لهم الحق في الاستفادة من المساعدة الاجتماعية المكملة للتوصية رقم 85-03 المتعلقة بالعقود المقترحة من قبل مؤسسات إيواء الأشخاص المسنين، والتوصية رقم 08-03 المتعلقة بالنقل البري الجماعي للمسافرين المكملة للتوصية رقم 84-02 المتعلقة بالنقل البري الجماعي للمسافرين.

لا يقتصر عمل اللجنة في إصدار التوصيات فحسب، بل تقوم كذلك بإبداء آرائها بشأن المراسيم والقرارات المتعلقة بالشروط التعسفية، مما يساهم في إضفاء المصداقية على هذه المراسيم والقرارات التي تصدر عن السلطة التنفيذية حمايةً للمستهلك بشكل عام، وحمايته من الشروط التعسفية بشكل خاص.

إن المشرع الجزائري بموجب القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، لم يُلزِم الحكومة قبل إصدارها للمراسيم التنفيذية المتعلقة بالشروط التعسفية بأن تأخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، والدليل على ذلك، أنه لما أصدر المرسوم التنفيذي رقم: 06-306، ضمَّنه قائمةً تحتوي على جملة من الشروط التي اعتبرها تعسفيةً. دون أن ينتظر إلى غاية إنشاء هذه اللجنة ثم الأخذ برأيها بشأن تلك الشروط التي أوردها بالمادة 05 من المرسوم نفسه.

وبالرجوع إلى أحكام المادة السابعة من المرسوم 06-306[1]، نستخلص أنه يمكن للجنة الشروط التعسفية أن تباشر كل عمل يدخل في اختصاصها، وبالتالي يمكن لها أن تبدي رأيها بشأن المراسيم المتعلقة بالشروط التعسفية بعد إخطارها من قبل الجهة المختصة، كما لها أن تقوم بأي عمل آخر يدخل في نطاق اختصاصها.

وعلى خلاف ما سبق بيانه، نجد أن المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك اشترط على مجلس الدولة القيام بإخطار لجنة الشروط التعسفية لأخذ رأيها بشأن كل التعديلات التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بالشروط التعسفية، قبل إصدار أي مرسوم يتعلق بحظر، أو تنظيم، أو تحديد الشروط التعسفية[2]، ويبدو من الناحية العملية أنه كان لهذه اللجنة سبق الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين لتنظيم بعض الشروط العامة لنماذج عقود المهنيين في بعض القطاعات[3].

---

[1]- المادة 07 في فقرتها الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المذكور أعلاه، والتي نصت على أن لجنة البنود التعسفية : ¤ – يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها n.

[2] - Art. L.132-1 al. 2 c. consom. f.: « Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission instituée à l'article L.534-1, détermine une liste de clauses abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse ».

[3]- القانون رقم 89-462 المؤرخ في 06 يوليو 1989 المتعلق بتحسين علاقات الإيجار، المعدل للقانون رقم 86-1290 المؤرخ في 23 ديسمبر 1986، والقانون رقم 89-1014 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالتأمين المتعدد الأخطار للمساكن، والقانون رقم 90-1129 المؤرخ في 19 ديسمبر 1990 المتعلق ببناء مسكن فردي، وكذا القانون المؤرخ في 18 يوليو 1992 المتعلق بآجال التسليم والذي أصبح يشكل حاليا المادة L111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ويدخل في إطار اختصاصات لجنة الشروط التعسفية في الجزائر، إصدار التقارير السنوية التي تحتوي على ملخصات إجمالية عن مجموع التوصيات التي أصدرتها. واستنادا إلى أحكام المادة 12 من المرسوم التنفيذي 06-306 السالف الذكر، فإن هذه اللجنة، تختص بإعداد تقرير مفصل عن الآراء والتوصيات التي تصدرها وكذا الأنشطة التي قامت بها خلال السنة، ثم يبلغ هذا التقرير إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة.

أما في فرنسا، فإن لجنة الشروط التعسفية فتقوم بإعداد تقرير سنوي يتضمن النصوص المتعلقة بالتوصيات التي أصدرتها خلال السنة والآراء الاستشارية التي أبدتها، وكذا عدد الاجتماعات التي عقدتها، بالإضافة إلى الاقتراحات التي تراها مناسبة بشأن الشروط التعسفية[1]، وتعرض اللجنة على الوزير المكلف بالاستهلاك هذا التقرير الذي تقترح فيه التعديلات المتعلقة بالشروط التعسفية، غير أنه وبعد صدور القانون رقم 2010-737 المؤرخ في 01 جويلية 2010، المعدل لقانون القرض الاستهلاكي، أصبح المجلس الوطني للاستهلاك يقوم بإعداد تقرير سنوي لنشاطه يعرض فيه اقتراحات تعديل القوانين من عدة لجان من بينها لجنة الشروط التعسفية ويقدم هذا التقرير إلى رئيس الدولة وكذا البرلمان ثم ينشر في الجريدة الرسمية[2].

[1]- أخر تقرير أصدرته لجنة الشروط التعسفية الفرنسية لسنة 2014، تضمن حوصلة عامة عن مختلف الأنشطة التي قامت بها اللجنة ابتداء من تاريخ 23 يناير 2014 إلى غاية 07 نوفمبر 2014، بالإضافة إلى الملحق الخاص بتعيين الأعضاء الرسميين والأعضاء الإضافيين للجنة البنود التعسفية للفترة الممتدة ما بين 2014 إلى غاية 2017 وذلك بموجب القرار المؤرخ في 08 ديسمبر 2014 المنشور بالنشرة الرسمية للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش بفرنسا n BOCCRF du 19 décembre 2014 ¤

[2]- Art. L.531-2 c. consom. f. créé par l'art. 62 de la Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, J.O.R.F. n° 151 du 2 juillet 2010 : «L'institut national de la consommation établit chaque année un rapport d'activité dans lequel figurent, le cas échéant, les propositions de modifications législatives ou réglementaires proposées par les commissions mentionnées aux articles L.534-1, L.534-4 et L.534-7. Les avis des commissions sont annexes au rapport ainsi que les suites données à ces avis. Ce rapport est présenté au Président de la République et au Parlement. Il est rendu public. »

ثانيا : الدور الاستشاري للجنة الشروط التعسفية

علاوة على الدور الوقائي الذي تقوم به لجنة الشروط التعسفية فإنها تقوم بإبداء الآراء بشأن المراسيم التي تصدرها الحكومة في مجال الشروط التعسفية؛ و هو ما نستشفه من خلال إخطار هذه اللجنة الشروط التعسفية من قبل مندوبة الوزير المكلف بالاقتصاد والمالية الفرنسي، لإبداء رأيها بشأن المرسوم التنفيذي رقم 78-464 المؤرخ 24 مارس 1978، وقد تم عرض المشروع على اللجنة في جلستي 31 يناير و14 فيفري 1978. وبعد تفحصها لمضمون ما جاء في المرسوم، أبدت ما يلي[1]:

أما بالنسبة للحالة الأولى المتعلقة بالشروط التي يكون محلها أو أثرها يحقق إذعان المستهلك لشروط تعاقدية لم ترد بالوثيقة التي وقعها، فقد رأت اللجنة أن كل الشروط التي تتعلق بمفهوم أساسي خاص بالتزام المهني بإعلام المستهلك، فإن القضاء الفرنسي عمل على حظرها في اجتهاداته السابقة على صدور المادة 35 من قانون 1978، كما رأت اللجنة أنه يمكن مقاربة مفهوم تلك الشروط بما جاء في القانون المدني الفرنسي، لاسيما المواد 1162، 1163 و 1602 منه.

كما لاحظت اللجنة أن هذا الحكم متوقع، ذلك أن العقد لا يكون صحيحا إلا إذا كان المستهلك عالما بكل شروطه. وتضيف اللجنة تعقيبا على ذلك أن الحياة العملية تكشف عن تجاوزات بهذا الشأن، خاصة في العقود المتعلقة ببيع العقارات، والإيجار، وغيرهما.

أما بالنسبة للحالة الثانية الخاصة بالشرط الذي يعطي للمهني حق تحديد السعر بإرادة منفردة، فقد رأت اللجنة أنه شرط باطل، ثم أوضحت أن الحياة العملية تعج بمثل هذه الشروط، وبأشكال مختلفة، تشكل في أغلبها بالنسبة للقضاء عقبة ينبغي تجاوزها.

وقد عددت اللجنة جملة من الشروط التي يصادفها عادة القاضي أثناء نظر النزاعات المتعلقة بالاشتراطات، كلها تعبر عن الصعوبات المواجهة عمليا، ومن هذه الشروط:

---

[1]- يراجع تفصيلا، **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. ص. 344 - 348.

– الشرط الذي يعطي للغير حق تحديد الثمن، وذلك في حال ما إذا كان الشيء المبيع يعود تقديره إلى شخص مختص، وتعتبر اللجنة أن هذا الشرط صحيح بالنظر إلى نص المادة 1592 من القانون المدني الفرنسي.

– الشرط الذي يجعل تحديد الثمن يختلف بالنظر إلى معطيات موضوعية (كبيع الأشياء التي يتم صنعها، حيث يختلف الثمن فيها حسب تكاليف المواد أو اليد العاملة)، وهذا الشرط اعتبرته اللجنة أيضا صحيحا، إن لم يكن مخالفا لبعض النصوص الخاصة بالتسعير.

– الشرط الذي يحدد الثمن بالنظر إلى السعر المتداول يوم التسليم، وهذا شرط يعتبر صحيحا، إذا كان وقت التسليم غير متروك لتقدير البائع، و إذا كان سعر السوق لا يتوقف على إرادته.

– الشرط الذي يحدد السعر بالنظر إلى تعريفة البائع يوم التسليم، وهذا الشرط في نظر اللجنة يعتبر باطلا، إذا تم فرض الثمن من قبل البائع.

وبينت اللجنة بهذا الصدد أن القضاء الفرنسي قد درج على الحكم ببطلان الشرط والعقد معا، إذا ترك تحديد الثمن على إرادة أحد المتعاقدين، بخلاف المادة 35 من قانون 1978، التي تقضي ببطلان الشرط فقط، وبقاء العقد صحيحا في باقي أجزائه – مع مراعاة بطبيعة الحال– القواعد العامة القاضية بان العقد يبقى قائما ما دام الشرط لم يكن عنصرا جوهريا فيه، و إلا تم إبطال العقد بأكمله.

أما بالنسبة للحالة الثالثة الخاصة بالشروط التي تعطي للمهني حق الانفراد بتغيير المواصفات المتعلقة بالشيء الواجب تسليمه، أو الخدمة الواجب تأديتها، كالنص على أن خصائص الجهاز المبيع مذكورة في العقد على سبيل البيان والاسترشاد، ولا تلزم البائع بأي حال. فقد رأت اللجنة أنه حتى مع عدم الرجوع إلى الشرط المتعلق بإرادة منفردة، فإن كل شرط يسمح لأي موزع أن يحدد، أو يعدل بصفة انفرادية، وبشكل تحكمي محل التزامه، يجعل من العقد باطلا، والشرط معه لا قيمة له.

ولاحظت اللجنة أن القضاء الفرنسي قد أخذ بعين الاعتبار الظروف الاقتصادية التي تتسم بسرعة التطور التقني، والإنتاج المتتابع، وقدَّر أنه من الطبيعي أن المنتوج الذي يُسلم بعد عدة أشهر من طلبه، تدخل عليه تعديلات من أجل تحسين نوعيته، كما هو الحال في مجال صناعة السيارات، والأجهزة الإلكترونية. وبالتالي اعتبر مبررا تضمين المهنيين عقودهم بشروط تسمح لهم بإجراء التعديلات المناسبة على منتوجهم.

أما بالنسبة للحالة الرابعة، والمتعلقة بشرط الإعفاء أو التحديد من مسؤولية المهني عن الضمانات الناتجة عن العقد، في حالة عدم تنفيذ الالتزامات أو التنفيذ المعيب لها، فقد رأت اللجنة أن هذا الشرط كثير الاستعمال في الحياة العملية من قبل المهنيين، و أن القضاء الفرنسي قام بإلغائه لمخالفته القواعد العامة في القانون المدني.

إضافة إلى كل هذه الآراء التي أبدتها لجنة الشروط التعسفية بخصوص المراسيم التي تصدر عن الحكومة، فإنها مكلفة بتقديم رأي استشاري للقاضي في أجل ثلاثة أشهر من يوم الإخطار، بشأن تقدير الطابع التعسفي للشروط الواردة في العقد محل الدعوى القضائية المعروضة أمامه، ولا يتطرق القاضي لموضوع الدعوى إلا بعد الحصول على هذا الرأي أو بعد انقضاء المدة المحددة بثلاثة أشهر لإبداء الرأي، ولا يمنع قانون الاستهلاك الفرنسي أطراف الدعوى من اتخاذ الإجراءات الاستعجالية، والإجراءات التحفظية الضرورية لذلك[1].

قبل صدور مرسوم 10 مارس 1993، لم يكن من مهام لجنة الشروط التعسفية منذ بدئها في مباشرة أعمالها، مد يد المساعدة للقضاء بطريقة مباشرة، بل إن دورها كان يقتصر على إصدار التوصيات والتقارير السنوية، ومن خلالها يمكن للقاضي أن يفصل في النزاعات المتعلقة ببيان طبيعة الشروط العقدية، لكن مع صدور هذا المرسوم تأكد دور اللجنة بالقيام بمهمة الخبير لدى المحاكم بحيث أدمج هذا الحكم بقانون الاستهلاك

[1] -Art. R.132-6 qui devient l'article R.534-4 créé par l'art.6 du Décret n°2010-1221 du 18 octobre 2010 : « La commission peut être saisie pour avis lorsque à l'occasion d'une instance le caractère abusif d'une clause contractuelle est soulevé. Le juge compétent demande à la commission, par décision non susceptible de recours, son avis sur le caractère abusif de cette clause tel que défini à l'article L.132-1. L'avis ne lie pas le juge. La commission fait connaître son avis dans un délai maximum de trois mois à compter de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à réception de l'avis de la commission ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai de trois mois susmentionné. Toutefois, les mesures urgentes ou conservatoires nécessaires peuvent être prises»

لسنة 1995 في نص المادة R.132-6 ثم تأكد ذلك بعد إصدار القانون رقم 97-298 المؤرخ في 27 مارس 1997 المتعلق بالجانب التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي[1]، والذي أجاز لقاضي الموضوع التماس رأياً استشارياً من لجنة الشروط التعسفية بمناسبة تحديد الطبيعة التعسفية للشروط المتنازع عليها[2]، فأصبحت بذلك تبدي آرائها بشأن القضايا المحالة إليها من قبل القضاء، من أجل تحديد طبيعتها على ضوء النصوص المنظمة للشروط التعسفية، على أن رأيها لا يكون ملزما للقاضي، فهو إما أن يأخذ به أو أن يدعه.

وتجدر الإشارة إلى أنه نظرا لتمتع القضاء بسلطة توقيع الجزاء، فإن الاستعانة بآراء اللجنة يكرس إلزاميتها، وطالما أنها هيئة استشارية تساعد القضاء في مواجهة الشروط التعسفية، فإن له السلطة التقديرية في الاستعانة بالتوصيات التي تصدرها اللجنة دون أن تخضع إلى رقابة محكمة النقض[3]، على اعتبار أن ذلك لا يعد سببا للنقض.

واستجابة لطلب لجنة الشروط التعسفية الفرنسية المتعلق بفتح موقعا إلكترونيا خاصا بها، قام الوزير المكلف بالاستهلاك بفتح موقعا إلكترونيا يسمح للمستهلكين وكذا المهنيين بالاطلاع على توصيات اللجنة وآرائها، ومختلف الاجتهادات والأحكام القضائية المتعلقة بالشروط التعسفية، وقد تضمن هذا الموقع القوانين الأساسية كقانون الإستهلاك الفرنسي والتعليمة الأوروبية لسنة 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، كما احتوى الموقع على التوصيات الصادرة عن اللجنة منذ 1978 إلى يومنا هذا وقد بلغ عددها كما أسلفنا بيانه 75 توصية، بالإضافة إلى فتح نافذة بالموقع نفسه تحتوي على مختلف الآراء الاستشارية والأحكام والقرارات القضائية التي يرتفع عددها باستمرار، وهو ما ساعدنا إلى حد كبير في بحثنا هذا.

---

[1]- Décret n°97-298 du 27 mars 1997 – relatif au code de la consommation (partie réglementaire) publié au Journal Officiel J.O.R.F du 3 avril 1997, Transféré par Décret n°2010-1221 du 18 octobre 2010.

[2] - **J. GHESTIN**, *L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français*, op. cit. n°6, p.208: « la qualification donnée par la commission des clauses abusives servirait alors, non de fondement textuel de l'annulation, mais seulement de révélateur, aidant le juge à mettre en œuvre des dispositions générales de notre droit positif »; **A. RIEG**, *La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française)*, in Mél. **RENÉ RODIERE**, D. 1981, p. 236.

[3] - C.A. Paris, 1 décembre 2005, http://www.clauses-abusives.fr/ juris /index .htm ; Rapport d'activité année 1998, http://www.clauses-abusives.fr/activ/index.htm

المطلب الثاني: دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية

لم تقتصر الأنظمة القانونية في مكافحة الشروط التعسفية على الاعتماد على دور لجنة الشروط التعسفية، باعتبارها هيئة إدارية تساعد كل من الحكومة والهيئات القضائية بتوصياتها واقتراحاتها وآرائها المتعلقة بالشروط التعسفية، بل أعطت لجمعيات حماية المستهلكين دورا للتصدي للشروط التعسفية التي يدرجها المهنيون في عقودهم التي يعرضونها بمناسبة التعاقد.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع، سوف نتطرق إلى تبيان الإطار القانوني الذي ينظم كيفية إنشاء جمعيات حماية المستهلكين وشروط ممارسة نشاطاتها، لنتعرض بعد ذلك لدور هذه الجمعيات في التأسيس كطرف مدني ورفع الدعاوى القضائية لمصلحة المستهلكين.

الفرع الأول: النظام القانوني لجمعيات حماية المستهلك

بمقتضى أحكام المادة 43 من الدستور الجزائري[1]، يعتبر حق تأسيس الجمعيات من الحقوق الأساسية التي يكرسها الدستور، على أن تقوم الدولة بتشجيع ازدهار الحركة الجمعوية التي تنشأ وتمارس نشاطاتها وفقا للشروط والكيفيات التي يحددها القانون[2].

هذا وقد كان أول اعتراف قانوني بجمعيات حماية المستهلكين في الجزائر، بموجب القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، حيث أن المشرع حدد من خلاله الدور الذي تضطلع به هذه الجمعيات، غير أنه وبموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وإلى جانب تحديد دور هذه الجمعيات في حماية

[1]- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 76، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1433 الموافق لـ 08 ديسمبر 1996، ص. 33، المعدل بالقانون رقم 02-03 المؤرخ في 10 أبريل 2002، الجريدة الرسمية رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002، والمعدل بالقانون رقم 08-19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63 المؤرخة في 16 نوفمبر 2008.

[2]- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق لـ 12 يناير 2012، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:02، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1433 الموافق لـ 15 يناير 2012، ص. 33.

المستهلك، أعطاها إمكانية الاعتراف لها بصفة المنفعة العامة[1]، ذلك أن الجمعيات تصنف حسب هدفها، إلى جمعيات ذات منفعة خاصة وأخرى ذات منفعة عامة.

وتكريسا لحرية إنشاء الجمعيات، ظهرت عدة حركات جمعوية في الجزائر تسعى إلى حماية المستهلك وتدافع عن مصالحه، حيث بلغ عددها حسب أخر الإحصائيات الواردة عن وزارة التجارة إلى أكثر من 33 جمعية لحماية المستهلك، معتمدة على المستوى الوطني.

أولا : شروط اعتماد جمعيات حماية المستهلكين

لقد كرس القانون 90-31 المتعلق بالجمعيات الملغى[2]، أحد أهم الحقوق الأساسية، وهي حرية إنشاء الجمعيات، وهذه الحرية تتطلب الالتزام بمجموعة من الإجراءات القانونية المتعلقة بتأسيس و تنظيم الجمعية.

فبالنسبة للمشرع الجزائري، لم ينص على اعتماد جمعيات حماية المستهلكين بموجب نصوص خاصة، وإنما أصدر نصا قانونيا عاما يفرض شروطاً وإجراءات لاعتماد الجمعيات بمختلف أهدافها، وبالتالي يمكن القول إنه من أجل تأسيس جمعية لحماية المستهلكين يستوجب الخضوع إلى الأحكام العامة التي وردت في قانون الجمعيات[3].

1- الشروط الموضوعية لتأسيس الجمعية

من أجل تأسيس جمعية، يشترط القانون أن يكون الهدف منها يندرج ضمن الصالح العام، وأن لا يكون مخالفاً للثوابت والقيم الوطنية، والنظام العام و الآداب العامة، وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها[4]، وفي الإخلال بهذا الالتزام فإن القانون 90-31 الملغى[5] اعتبر الجمعية في هذه الحالة باطلة بقوة القانون، على عكس القانون 06-12

[1]- المادة 21 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، المذكور سابقا.

[2]- المادة 2 من القانون رقم 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1411 الموافق لـ 4 ديسمبر 1990 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 53، الصادرة بتاريخ 18 جمادى الأولى 1411 الموافق لـ 05 ديسمبر 1990، ص. 1686، المتعلق بالجمعيات، الملغى.

[3]- المادة 04 و ما يليها من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، الساري.

[4]- الفقرة 4 من المادة 2 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، نفسه.

[5]- الفقرة 1 من المادة 5 من القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات، الملغى.

الذي أغفل من خلاله المشرع تحديد الجزاء المترتب عن مخالفة هذه الشروط، وهنا يتعين الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالعقد، حيث يكون العقد باطلا إذا كان الهدف من التعاقد مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة[1].

أما عن أعضاء الجمعية، فإن المشرع وبموجب القانون 90-31 الملغى، اشترط أن يكون الشخص الذي يؤسس، أو يدير، أو يسيِّر هذه الجمعية، راشدا[2]، جزائري الجنسية، يتمتع بالحقوق المدنية والسياسية، وأن لا يكون قد سبق له سلوك مخالف لمصالح كفاح التحرير الوطني[3]. غير أنه وبموجب القانون 12-06 الجديد، اكتفى بشرط أن يكون كل شخص يؤسس، أو يدير، أو يسيِّر هذه الجمعية بالغا لسن 18 سنة فما فوق، من جنسية جزائرية، يتمتع بالحقوق المدنية والسياسية، أما عن الشرط الأخير المتعلق بمخالفة مصالح كفاح التحرير الوطني، فقد تم إلغاؤه لعدم ملاءمته مع الوقت الحالي، وقد تم استبداله بشرط أن لا يكون هذا الشخص محكوم عليه بجناية و/أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يردّ اعتبارهم بالنسبة للأعضاء المسيرين[4].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع من خلال القانون 90-31 الملغى، أغفل تحديد الشروط الواجب توافرها في الشخص المعنوي، غير أن القانون 12-06 الساري، حدد مجموع هذه الشروط التي خص بها الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص كما يلي:

- مؤسسين طبقا للقانون الجزائري،
- ناشطين عند تأسيس الجمعية،
- غير ممنوعين من ممارسة نشاطهم.

والشخص المعنوي في هذه الحالة، يجب أن يمثَّل من طرف شخص طبيعي مفوض خصيصا لهذا الغرض[5].

---

[1]- المادة 97 من القانون المدني الجزائري.

[2]- المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

[3]- المادة 4 من القانون رقم 90-31 المتعلق بالجمعيات، الملغى.

[4]- الشرط الرابع في المادة 4 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، الساري.

[5]- المادة 5 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، نفسه.

2- الشروط الإجرائية لتأسيس الجمعية

إلى جانب الشروط الموضوعية التي أسلفنا بيانها، أوجب المشرع اتباع مجموعة من الإجراءات القانونية لتأسيس الجمعية نوردها فيا يلي:

أ- اجتماع الجمعية العامة التأسيسية التي تضم مجموع الأعضاء المؤسسين للجمعية من أجل المصادقة على القانون الأساسي، ليتم بعدها إثبات ذلك بموجب محضر اجتماع يوقع عليه جميع أعضاء الجمعية العامة.

وعلى خلاف ما حدده المشرع في القانون 90-31 من حيث عدد الأعضاء المؤسسين الذي استوجب أن يكون عددهم لا يقل عن 15 عضوا مؤسسا، فإنه وبموجب القانون الساري[1] اشترط أن يكون عدد الأعضاء المؤسسين في الجمعية بحسب المجال الإقليمي الذي تمارس فيه الجمعية نشاطها وذلك وفقا للتقسيم التالي:

- عشرة (10) أعضاء بالنسبة للجمعيات البلدية،
- خمسة عشر(15) عضوا بالنسبة للجمعيات الولائية منبثقين عن بلديتين (2) على الأقل،
- واحد وعشرون (21) عضوا بالنسبة للجمعيات ما بين الولايات منبثقين عن ثلاث (3) ولايات على الأقل،
- خمسة وعشرون (25) عضوا بالنسبة للجمعيات الوطنية، منبثقين عن اثنتي عشرة (12) ولاية على الأقل.

ب- بعد اجتماع الجمعية العامة التأسيسية يتولى رئيس الجمعية أو ممثله قانونا بتشكيل ملف إداري يتكون من الوثائق التالية :

- طلب لتسجيل الجمعية موقع من طرف رئيس الجمعية أو ممثله المؤهل قانونا،
- قائمة بأسماء الأعضاء المؤسسين والهيئات التنفيذية وحالتهم المدنية ووظائفهم وعناوين إقامتهم وتوقيعاتهم،
- المستخرج رقم 3 من صحيفة السوابق العدلية لكل عضو من الأعضاء المؤسسين،

[1]- المادة 6 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، الساري.

- نسختان (2) مطابقتان للأصل من القانون الأساسي،
- محضر الجمعية العامة التأسيسية محرر من قبل محضر قضائي،
- الوثائق الثبوتية لعنوان المقر.

يرفق الملف الإداري بالتصريح التأسيسي للجمعية[1] ويودع لدى السلطات العمومية المختصة[2] كل حسب اختصاصه، بحيث :

- يختص رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للجمعيات البلدية،
- يختص الوالي بالنسبة للجمعيات الولائية،
- يختص الوزير المكلف بالداخلية بالنسبة للجمعيات الوطنية أو ما بين الولايات.

بعد إيداع ملف التأسيس، تسلم الإدارة المعنية وجوبا للجمعية مباشرة وبعد تدقيق حضوري لوثائق الملف وصل إيداع[3] ، بعد ذلك تقوم الإدارة بدراسة مدى مطابقة تأسيس الجمعية لأحكام القانون، ويتعين عليها تسليم وصل تسجيل ذي قيمة اعتماد في أجل محدد حسب الإدارة المختصة أو عند انقضائه، ابتداء من تاريخ إيداع التصريح مفصلة كما يلي:

- ثلاثون (30) يوما بالنسبة للمجلس الشعبي البلدي، فيما يخص الجمعيات البلدية،
- أربعون (40) يوما بالنسبة للولاية، فيما يخص للجمعيات الولائية،
- خمسة وأربعون(45)يوما بالنسبة للوزارة المكلفة بالداخلية، فيما يخص الجمعيات ما بين الولايات،
- ستون (60) بالنسبة الوزارة المكلفة بالداخلية، فيما يخص الجمعيات الوطنية.

مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الواجب توافرها في القانون الأساسي للجمعية[4]، مع وجوب ألا يتضمن هذا القانون لبنود أو إجراءات تمييزية تمس بالحريات الأساسية للأعضاء، فإذا توافرت هذه الشروط والإجراءات، تتأسس الجمعية قانونا وبهذا تكتسب الشخصية القانونية التي تمكنها من مباشرة مهامها.

[1]– المادة 12 من القانون رقم 12–06 المتعلق بالجمعيات، الساري.

[2]– المادة 07 من القانون رقم 12–06 المتعلق بالجمعيات، نفسه.

[3]– المادة 08 من القانون رقم 12–06 المتعلق بالجمعيات، نفسه.

[4]- المادتين 27 و 28 من القانون رقم 12–06 ، المتعلق بالجمعيات، نفسه.

لقد اعترف المشرع الجزائري بنشاط الجمعيات الأجنبية، حيث اشترط عند تأسيسها الحصول على اعتماد يمنحه وزير الداخلية بعد استطلاع رأي وزير الشؤون الخارجية ووزير القطاع المعني[1].

أما المشرع الفرنسي[2] فقد اشترط لضمان فعالية دور جمعيات حماية المستهلكين في الدفاع عن مصالحهم، عدة شروط[3] ينبغي توافرها في هذه الجمعيات حتى يمكنها الادعاء أمام القضاء :

- أن تكون الجمعية موجودة قبل مدة سنة على الأقل، ابتداء من تاريخ قيامها بإجراء التصريح.
- أن تبرر قيامها خلال هذه المدة بأعمال فعلية لمصلحة المستهلكين.
- أن تضم عدد من الأعضاء المشتركين يساوي 10000 عضو على الأقل بالنسبة للجمعيات الوطنية، أما بالنسبة للجمعيات المحلية فالعدد يجب أن يكون كاف مقارنة بالمجال الجغرافي الذي تنشط فيه.
- أن تكون الجمعية مستقلة عن أي نشاط مهني[4].

---

[1]- يراجع تفصيلا المواد من 59 إلى 69 من القانون رقم 12-06 ، المتعلق بالجمعيات، الساري.

[2] -Art. L.411-1 du c. consom. f.

[3] -Art. R411-1 du c. consom. f., Créé par Décret n°97-298 du 27 mars 1997 - art. 1 (V) JORF 3 avril 1997 : « L'agrément des associations de consommateurs prévu au titre Ier du livre IV de la partie Législative du présent code peut être accordé à toute association :1° Qui justifie à la date de la demande d'agrément d'une année d'existence à compter de sa déclaration ;2° Qui, pendant cette année d'existence, justifie d'une activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs, appréciée notamment en fonction de la réalisation et de la diffusion de publications de la tenue de réunions d'information et de permanences ;3° Qui réunit, à la date de la demande d'agrément, un nombre de membres cotisant individuellement :a) Au moins égal à 10 000 pour les associations nationales, cette condition pouvant ne pas être exigée des associations se livrant à des activités de recherche et d'analyse de caractère scientifique ; b) Suffisant, eu égard au cadre territorial de leur activité, pour les associations locales, départementales ou régionales. Lorsque l'association a une structure fédérale ou confédérale, il est tenu compte du nombre total de cotisants des associations la constituant ».

4 -Art. L412-1 du c. consom. f. Créé par Loi 93-949 du 1993-07-26 annexe JORF 27 juillet 1993 « L'agrément ne peut être accordé qu'aux associations indépendantes de toutes formes d'activités professionnelles. Toutefois, les associations émanant de sociétés coopératives de consommation, régies par la loi du 7 mai 1917 ayant pour objet l'organisation du crédit aux sociétés coopératives de consommation et ses textes subséquents, peuvent être agréées si elles satisfont par ailleurs aux conditions qui sont fixées en application de l'article L.411-1 ».

يمنح الترخيص أو الاعتماد القانوني للجمعية[1] لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد من طرف الوزير الفرنسي المكلف بالاستهلاك بالنسبة للجمعيات الوطنية، ومن طرف العمدة بالنسبة للجمعيات المحلية بعد أخذ رأي الوكيل العام للجمهورية، وتلتزم بإعداد تقرير سنوي مفصل حول مختلف النشاطات التي قامت بها هذه الجمعية خلال السنة، يودع لدى الوزير المكلف للاستهلاك، أو السلطات العمومية الجهوية حسب المجال الجغرافي الذي تنشط عبره هذه الجمعية.

تعمل هذه الجمعيات على تمثيل المستهلكين[2] والدفاع عن مصالحهم أمام الهيئات القضائية وكذا الهيئات العمومية الأخرى كالمجلس الوطني الفرنسي للاستهلاك، ولجنة الشروط التعسفية الفرنسية، والمجلس الوطني الفرنسي للقرض واللجنة الفرنسية لسلامة المستهلكين، كما تعمل هذه الجمعيات على حل النزاعات القائمة بين المهنيين والمستهلكين بالطرق الودية، لدفعهم إلى الامتناع عن إدراج شروط تعسفية في عقودهم، وكذا تفادي التشهير بهم، وبنوعية السلع والخدمات التي يقدمونها للمستهلكين، وفي حالة امتناع هؤلاء المهنيين عن ذلك، جاز لهذه الجمعيات اللجوء إلى القضاء.

ثانيا : تنظيم جمعيات حماية المستهلكين

بعد أن حدد المشرع الجزائري الأحكام القانونية الأساسية بين كل الجمعيات بموجب مرسوم[3]، قامت وزارة الداخلية والجماعات المحلية بإعادة صياغة هذه الأحكام بعد صدور قانون الجمعيات لسنة 2012، وعليه يتم تنظيم الجمعية و تسييرها على النحو التالي:

---

[1] - **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op.cit., n°30, p. 23.

[2]- **J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE**, op.cit., n°556, p.687.

[3]– المرسوم رقم 88–16 المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1406 الموافق لـ 2 فبراير 1988، المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 87–15 المؤرخ في 21 يوليو 1987 المتعلق بالجمعيات، ويضبط الأحكام القانونية الأساسية المشتركة بينها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 5، الصادرة بتاريخ 15 جمادى الثانية 1406 الموافق لـ 3 فبراير 1988، ص.178.

1- أجهزة الجمعية

تعتمد الجمعيات في إدارة شؤونها على أجهزة قانونية تتمثل في جهاز المداولة وجهاز الإدارة، وتعتبر الجمعية العامة بمثابة جهاز لمداولة الجمعية، تتكون من جميع الأعضاء الذين تتوفر فيهم شروط التصويت الواردة في القانون الأساسي للجمعية، حيث يتم انتخابها عن طريق أعضاء الجمعية لمدة محددة، ولها صلاحيات واسعة أهمها[1]:

- الإدلاء برأيها فيما يخص جدول و نتائج النشاطات والتقرير المالي والأدبي للجمعية،
- المصادقة على القوانين الأساسية والنظام الداخلي للجمعية بالإضافة إلى تعديلاتها،
- القيام بانتخاب المكتب التنفيذي و كذا تجديده،
- دراسة الطعون المقدمة فيما يخص الانضمام إلى الجمعية،
- تحديد مبلغ الاشتراكات السنوية.

ويسير الجمعية مكتب يسمى بالهيئة التنفيذية أو المكتب التنفيذي، يعد بمثابة جهاز يتولى مجموعة من المهام نذكر على الخصوص ما يلي[2]:

- يضمن تطبيق أحكام القانون الأساسي والنظام الداخلي والسهر على احترامها،
- تنفيذ قرارات الجمعية العامة،
- يسير ممتلكات الجمعية،
- يحدد اختصاصات كل نائب للرئيس ومهام المساعدين،
- يعد مشروع النظام الداخلي،
- يضبط مبلغ صندوق النفقات،
- يقترح تعديلات القانون الأساسي،
- يحدد كيفيات اكتتاب التأمين،
- يدرس عمليات شطب كل عضو في الجمعية يرتكب مخالفة خطيرة ويبت فيها،
- اقتراح للجمعية العامة كل الإجراءات لتحسين عملية تنظيم وتنصيب أجهزة الجمعية.

[1]- المادة 16 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[2]- المادة 26 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

يشرف على المكتب التنفيذي رئيسا[1]، يتم انتخابه من بين أعضاء المكتب، يكمن دوره في تمثيل الجمعية سواء أمام السلطات العمومية أم الجهات القضائية، يساعده في إدارة و تسيير الجمعية طاقم إداري يتكون من:

- كاتب عام[2]، يتولى تسيير الشؤون الإدارية للجمعية، يساعده في ذلك كاتب عام مساعد.
- أمين الخزينة[3]، يكلف بمعونة أمين خزينة مساعد بتسيير أموال الجمعية، وتحصيل الاشتراكات، وإعداد التقارير المالية.
- أعضاء أخرين، ويساهمون في تشكيل اللجان الدائمة[4]، خاصة إذا كان المجال الجغرافي الذي تمارس فيه الجمعية نشاطها أوسع، ومثال ذلك تشكيل لجنة دائمة مكلفة بدراسة المسائل المتعلقة بأهداف الجمعية، المنصوص عنه بموجب المادة 31 من القانون الأساسي للفيدرالية الجزائرية للمستهلكين، بحيث تم إنشاء لجنة تتكفل بدراسة شكاوى المستهلكين في مجال المواد الغذائية والفلاحية، وأخرى تختص بدراسة شكاوى المستهلكين في مجال المواد المنزلية غير الغذائية والمواد الصناعية، ولجنة تتكفل بدراسة شكاوى المستهلكين في مجال الخدمات.

2- موارد الجمعية

تتألف موارد الجمعية[5] من :

- اشتراكات أعضائها، التي تحدد من قبل الجمعية العامة والتي يجب دفعها بصورة دورية ومستمرة، تصب مباشرة في حساب الجمعية[6] باعتبارها المصدر الرئيسي لتمويل الجمعية.
- المداخيل المرتبطة بنشاطاتها الجمعوية وأملاكها، بحيث هناك بعض الجمعيات من تتجه مباشرة إلى القيام بأنشطة لتقديم الخدمات بمقابل حصولها على عوض مالي، مع وجوب خضوعها لقانون المنافسة[7].

---

[1]- المادة 29 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[2]- المادة 30 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[3]- المادة 31 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[4]- المادة 23 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[5]- المادة 34 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[6]- المادة 35 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[7]- المادة 2 من القانون رقم 03-03 المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم، المذكور سابقا.

- مداخيل جمع التبرعات، والهبات النقدية، والعينية، والوصايا، شريطة أن لا تكون مثقلة أو مقيدة بأعباء وشروط، ما لم تكن هذه الأخيرة تتعارض مع الأهداف المسطرة في القوانين الأساسية وأحكام قانون الجمعيات[1]، مع الالتزام بعدم تحصيل أموال صادرة عن تنظيمات ومنظمات غير حكومية أجنبية، ماعدا تلك الناتجة عن علاقات التعاون المؤسسة قانونا، على أن يكون هذا التمويل محل موافقة مسبقة من طرف السلطة المختصة[2].
- الإعانات المحتملة للدولة والجماعات المحلية، على اعتبار أن الدولة تلعب دورا هاما في تدعيم الحركات الجمعوية؛ بحيث تمنح إعانات و مساعدات مادية، سواء كانت مقيدة أو غير مقيدة بشرط، للجمعيات التي تعترف لها السلطة العمومية أن نشاطها ذو صالح عام و/أو منفعة عمومية[3].

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك وأثرها في مكافحة الشروط التعسفية

سوف نتعرض في هذا الجزء من الدراسة إلى الدور الذي لعبته جمعيات حماية المستهلكين في الدفاع عن حقوق المستهلكين في كل من النظام القانوني الجزائري مقارنة مع نظيره الفرنسي (أولا) ثم نأتي إلى تبيان أثر ذلك في مكافحة الشروط التعسفية التي يضمنها المهنيون في عقودهم التي يبرمونها مع المستهلكين (ثانيا).

أولا: تمثيل جمعيات حماية المستهلكين وحقها في التقاضي وفقا للقانون الجزائري

طبقا لأحكام قانون حماية المستهلك و قمع الغش[4]، فإن جمعيات حماية المستهلكين تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، مما يثير التساؤل حول الجهات التي تمارس هذه الجمعيات حق تمثيل المستهلكين أمامها؟

مما لا شك فيه أن مبررات ظهور جمعيات حماية المستهلكين، هو ضعف المستهلك الفرد في الدفاع عن حقوقه والمطالبة بها تجاه المهنيين، ويعود سبب تدخل هذه الجمعيات

[1]– المواد 23، 30 و 32 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات ، المذكور سالفا.

[2]– المادة 36 من القانون الأساسي النموذجي للجمعيات.

[3]– الفقرة الأولى من المادة 34 من القانون رقم 12-06 المتعلق بالجمعيات، نفسه.

[4]– المادة 21 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المذكور سالفا.

للقيام بالدور الحمائي؛ إما لعدم فعالية عمل الإدارة في تحقيق الحماية المرجوة، أو لوجود نقص في القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك، أو لطول وتعقيد إجراءات التقاضي، أو نظرا للتكاليف المادية الباهظة التي ينفقها المستهلك مقارنة مع دخله الضعيف، من أجل رفع دعاوى قضائية أمام المحاكم، الأمر الذي دفع بالمستهلكين إلى التجمع في شكل جمعيات، تمثلهم أمام المستهلكين أنفسهم عند قيامها بتنظيم حملات تحسيسية وتوعوية، بالإضافة إلى الدعاية المضادة، وحثهم على الامتناع عن شراء منتوج معين، أو الامتناع عن التعاقد مع مهني معين، أو الامتناع عن الدفع مثلا[1]، كما أنها تمثلهم أمام المهنيين عند محاولة تسوية النزاعات القائمة بين هؤلاء وبين المستهلكين، بالطرق الودية[2].

علاوة على ذلك، فإن جمعيات حماية المستهلكين تقوم بتمثيل المستهلك أمام السلطات العمومية عند تنبيهها بالتجاوزات والممارسات المرتكبة من قبل بعض المهنيين، وذلك عن طريق تنشيط أعمال إعلامية بهذا الشأن، وإخطار هذه الهيئات بكل الأفعال والمخالفات التي يرتكبونها المهنيون في حق المستهلكين، والتبليغ عن كل منتوج لا يتطابق والمواصفات والمقاييس المحددة قانونا، لما لهذه الجهات من صلاحيات منحها إياها القانون، تمكنها من التدخل لوضع حد لمثل هذه الممارسات، ومن ضمن هذه الهيئات الإدارية، رئيس المجلس الشعبي البلدي[3]، والوالي[4]، و وزير التجارة[5]، ومجلس

---

[1] - **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op.cit., n°563 ;564 ;565 ; p.p.584 ; 585.

[2]– **بن لحرش نوال**، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة –1–، السنة الجامعية 2012–2013، ص.98.

[3]– المادة 123 من القانون رقم 11–10 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:37، الصادرة بتاريخ أول شعبان 1432 الموافق لـ 3 يوليو 2011، ص.4.

[4]– المادة 114 من القانون رقم 12–07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق لـ 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:12، الصادرة بتاريخ 7 ربيع الثاني 1433 الموافق لـ 29 فبراير 2012، ص.5.

[5]– المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 02–454 المؤرخ في 17 شوال 1423 الموافق لـ 21 ديسمبر 2002، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:85، الصادرة بتاريخ 18 شوال 1423 الموافق لـ 22 ديسمبر 2002، ص.12، المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08–266 المؤرخ في 17 شعبان 1429 الموافق لـ 19 أوت 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:48، الصادرة بتاريخ 22 شعبان 1429 الموافق لـ 24 أوت 2008، ص.8.

المنافسة[1]، والمجلس الوطني لحماية المستهلكين[2]، واللجنة الوطنية المدونة الغذائية[3]، والمجلس الوطني للتقييس[4]، واللجنة المهنية المشتركة للحليب[5]، واللجنة المهنية للحبوب التي أنشئت طبقا للقانون الأساسي للديوان المهني للحبوب[6]، بالإضافة إلى دور هذه الجمعيات في تمثيل المستهلك أمام لجنة البنود التعسفية[7].

إضافة إلى تمثيل المستهلكين أمام الهيئات الإدارية كما أسلفنا بيانه، كفل المشرع الجزائري للجمعيات المعتمدة قانونا، حق التقاضي والقيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة، بسبب وقائع لها علاقة بهدف الجمعية ألحقت ضررا بمصالح الجمعية الفردية أو الجماعية لأعضائها[8]، وهو ما أكدته المحكمة العليا[9]، التي رفضت أن ترفع

---

[1]–المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم:11–241 المؤرخ في 08 شعبان 1432 الموافق لـ 10 يوليو 2011، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:39، الصادرة في 11 شعبان 1432 الموافق لـ 13 يوليو 2011، ص.18.

[2]–المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم:92–272 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق لـ 06 يوليو 1992، المحدد لتكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:52، الصادرة في 07 محرم 1413 الموافق لـ 08 يوليو 1992، ص.1415.

[3]–المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم:05–67 المؤرخ في 20 ذي الحجة 1425 الموافق لـ 30 يناير 2005، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية وتحديد مهامها وتنظيمها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:10، الصادرة في 26 ذي الحجة 1425 الموافق لـ 06 فيفري 2005، ص.5.

[4]– المرسوم التنفيذي رقم:05–464 المؤرخ في 04 ذي القعدة 1426 الموافق لـ 06 ديسمبر 2005، المتعلق بنظام التقييس، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:80، الصادرة بتاريخ 9 ذي القعدة 1426 الموافق لـ 11 ديسمبر 2005، ص.3.

[5]–المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم:97–247 المؤرخ في 3 ربيع الأول 1418 الموافق لـ 08 يوليو 1997، المتضمن إنشاء الديوان الوطني المهني للحليب و مشتقاته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46، الصادرة في 04 ربيع الأول 1418 الموافق لـ 09 يوليو 1997، ص.6.

[6]–المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم:97–74 المؤرخ في 15 ذي القعدة 1417 الموافق لـ 23 مارس 1997، المحدد للقانون الأساسي للديوان المهني للحبوب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 20، الصادرة في 29 ذي القعدة 1417 الموافق لـ 06 أبريل 1997، ص.11.

[7]–المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم:06–306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

[8]– المادة 17 من القانون رقم 12–06، المتعلق بالجمعيات، المذكور سالفا.

[9]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 20 ماي 1997، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، العدد:01، لسنة 1997، ص. 66.

الجمعية دعوى مباشرة أمام القضاء المدني وأن تطالب بالتعويض، وبالتالي فإن القضاء وبوجب هذا القرار قد رأى أن دور الجمعية قضائيا يقتصر على التأسيس كطرف مدني في الدعوى العمومية فقط.

غير أن المشرع[1] قد وسع من حق التقاضي لجمعيات حماية المستهلكين إلى التأسيس بصفة أصلية أمام مختلف الجهات القضائية، مما يسمح لها برفع دعاوى بصفة أصلية أمام القضاء المدني، وذلك فضلا عن إمكانية التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على التعويض عما لحق بالمصالح الفردية والجماعية لأعضائها من ضرر.

ونشير في هذا الصدد، بأن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة حق تقاضي جمعيات حماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية بصفة مستقلة، بل إنه اكتفى بنص عام غير كاف في نظر البعض[2] لتدعيم سبل الحماية من هذه الشروط، خاصة أن المشرع لم يتطرق إلى إمكانية مطالبة الجمعيات بإلغاء الشروط التعسفية تفاديا لاحتمال إدراجها من قبل المهنيين مستقبلا في العقود التي تجمعهم مع المستهلكين.

علاوة على ذلك، فإن المشرع الجزائري[3] لم ينص صراحة على حق جمعيات حماية المستهلكين في رفع دعوى حذف الشروط التعسفية، وإنما اكتفى فقط بعبارة " ... القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي ..." وبذلك لم يحدد ما نوع هذه الدعوى، وإن كان يمكن أن يستشف من عبارة " قام بمخالفة أحكام هذا القانون" أنه أجاز لجمعيات حماية المستهلكين رفع دعوى قضائية ضد المهني للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية من العقود التي يبرمها مع المستهلكين، ذلك أن أحكام هذا القانون تهدف أصلا لمكافحة هذه الشروط باعتبارها ممارسات تعسفية غير قانونية ومخالفة لنزاهة وشفافية الممارسات التجارية.

---

[1]– المادة 65 من القانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر.

[2]– **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي و القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 360.

[3]– المادة 65 من القانون رقم 04-02 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نفسه.

بالرغم من هذا الاعتراف، إلا أن الباحث يرى بأن القضاء الجزائري لا زال يفتقر من الناحية العملية إلى الدعاوى الجماعية المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلكين، للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية من نماذج العقود المبرمة ما بين المستهلكين والمهنيين.

ثانيا: تمثيل جمعيات حماية المستهلكين وحقها في التقاضي وفقا للقانون الفرنسي

تردد القضاء الفرنسي بداية الأمر في قبول الدعاوى المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلكين، حيث قضى برفض الدعوى التي رفعتها إحدى هذه الجمعيات لتعويض الأضرار التي أصابت أحد أعضائها، غير أنه قضى في حكم آخر بقبول الدعوى المدنية التبعية التي رفعتها إحدى هذه الجمعيات، نظرا لما أصاب مصالحها الجماعية من أضرار[1].

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا التردد بصدور قانون توجيه التجارة والحرف لسنة 1973 ، الذي سمح بموجب المادة 46 منه لجمعيات حماية المستهلكين، برفع الدعوى المدنية أمام جميع الهيئات القضائية بسبب الفعل الذي يلحق ضررا بالمصلحة المشتركة للمستهلكين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة[2]، على اعتبار أن المستهلكين آنذاك كانوا غالبا ما يتقاعسون عن رفع دعاوى فردية عند إلحاق الضرر بهم، إما تفاديا لمصاريف الدعوى، وإما لطول إجراءات التقاضي، غير أن هذا النص أصبح فيما بعد محل تفسير ضيق من قبل القضاء، حينما أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكما بتاريخ 16 جانفي 1985 فسَّر المادة 46 من قانون سنة 1973، بأن الدعوى المدنية التي ورد النص عليها في هذه المادة، يقصد بها فقط دعوى التعويض عن الضرر الحاصل بسبب جريمة جنائية أي بسبب مخالفة قانون العقوبات[3].

---

[1]– **أحمد محمد محمود خلف**، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008، ص. 137.

2 -Art. 46 de la loi 73-1193 du 27 décembre 1973, J.O.R.F du 30 décembre 1973, rectificatif J.O.R.F du 19 janvier 1974, Abrogé par Loi n°88-14 du 5 janvier 1988 - art. 9 JORF 6 janvier 1988. « Sans préjudice des dispositions de l'article 3 du décret n° 56-149 du 24 janvier 1956, les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs ».

[3]– **أحمد محمد محمود خلف**، المرجع السابق، ص. 138.

لكن وبعد صدور القانون رقم 88-14 الذي ألغى المادة 46 المذكورة أعلاه، تم إعادة تنظيم الدعاوى القضائية التي يمكن لجمعيات حماية المستهلكين مباشرتها، كما أن هذا القانون كرس حكم محكمة النقض الفرنسية لسنة 1985 أعلاه، ذلك أنه و لمباشرة هذه الجمعية للدعوى المدنية، يشترط أن يشكل الاعتداء على المصالح الجماعية للمستهلكين جريمة في مفهوم القانون الجنائي[1].

ومن خلال قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، فرّق المشرع الفرنسي بين نوعين من الدعاوى التي يمكن أن تمارسها جمعيات حماية المستهلكين وهي:

1-الدعاوى التي تمارسها الجمعيات للدفاع عن المصلحة المشتركة للمستهلكين

مكن المشرع الفرنسي جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة من ممارسة حقوق الطرف المدني – وهي ما تسمى بالدعوى المدنية –، بحيث تدافع عن المصلحة المشتركة للمستهلكين، كما يمكنها أن تطالب من خلال الدعوى المدنية باتخاذ الإجراءات التي تهدف إلى تجنب إعادة الفعل الذي أدين بسبب ارتكابه المهني، ويتعلق الأمر بوقف الأعمال غير المشروعة، أو بإلغاء شرط غير قانوني في العقود، أو نماذج العقود المعروضة على المستهلكين[2]، وللقاضي أن يحكم بغرامة تهديدية على المهني، إن تطلب الأمر، وذلك لإرغامه على احترام الحكم و الامتثال لمحتواه.

كما يمكن لجمعيات حماية المستهلكين أن تمارس دعواها أمام الجهات القضائية المدنية للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية التي يدرجها المهنيون في نماذج العقود التي يعرضونها على المستهلكين[3].

1 -Art. 9 de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, Abroge l'article 46 de la loi n°73-1193 du 27 décembre 1973.

2 - **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op.cit., n°556, p.574.: « Action civile des associations de consommateurs ».

3 -Art. L421-6 du c. consom. f.: « Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 et les organismes justifiant de leur inscription sur la liste publiée au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4 de la directive 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs peuvent agir devant la juridiction=

وإذا كان المشرع الفرنسي قد منح بمناسبة الدعوى المدنية لهذه الجمعيات حق المطالبة بوقف الأفعال غير المشروعة أو إلغاء شرط غير قانوني في نماذج العقود المعروضة على المستهلكين بسبب فعل جنائي، فإنه قد خول لها أيضا إمكانية تقديم هذه الطلبات أمام الجهات القضائية المدنية من خلال تدخلها لمساندة الدعوى المرفوعة من قبل مستهلك واحد أو عدة مستهلكين والناتجة عن فعل لا يشكل مخالفة جزائية[1].

2-دعاوى التمثيل المشترك

لقد مكّن المشرع الفرنسي[2]، جمعيات حماية المستهلكين من ممارسة هذه الدعوى أمام جميع الجهات القضائية، ويتم ذلك بموجب وكالة عن مجموعة المستهلكين الذين تعرضوا لأضرار فردية تسبب فيها نفس المهني وذات أصل مشترك، على أن تتم وفق الشروط التالية:

- أن يكون مجموع المستهلكين المتضررين، أشخاص طبيعيين دون سواهم، و أن يكونوا معينين.

=civile pour faire cesser ou interdire tout agissement illicite au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive précitée. Le juge peut à ce titre ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur. Les associations et les organismes mentionnés au premier alinéa peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, y compris les contrats qui ne sont plus proposés, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ».

[1] -Art. L421-6 du c. consom. f.: « Les associations mentionnées à l'article L. 421-1 peuvent intervenir devant les juridictions civiles et demander notamment l'application des mesures prévues à l'article L. 421-2, lorsque la demande initiale a pour objet la réparation d'un préjudice subi par un ou plusieurs consommateurs à raison de faits non constitutifs d'une infraction pénale ».

[2] -Art. L422-1 du c. consom. f.: « Lorsque plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causés par le fait d'un même professionnel, et qui ont une origine commune, toute association agréée et reconnue représentative sur le plan national en application des dispositions du titre Ier peut, si elle a été mandatée par au moins deux des consommateurs concernés, agir en réparation devant toute juridiction au nom de ces consommateurs. Le mandat ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. Il doit être donné par écrit par chaque consommateur. »

- وجود أضرار فردية تسبب فيها نفس المهني وذات أصل مشترك.
- أن تكون الجمعية وطنية و معتمدة.
- أن يتم التوكيل من قبل مستهلكين (2) على الأقل، ذلك أن المستهلكين الممثلين من قبل الجمعية أمام القضاء، هم فقط الذين قدموا وكالة لهذه الجمعية، أما بقية المستهلكين المتضررين، فلهم أن يرفعوا دعاوى فردية؛ على اعتبار أن الجمعية لا يمكنها أن تتصرف بدلا من المستهلكين الغائبين الذين لم يقدموا أي شكوى، مع إمكانها أن تطالب بتوقيع الجزاء المناسب للضرر الذي لحق بمجموع المستهلكين.

وطبقا لأحكام المادة L422-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فإنه يشترط أن يقدم التوكيل كتابيا من طرف المستهلك المضرور، على أن الجمعية التي ترغب في الحصول على أكبر عدد من الوكالات، بإمكانها القيام بدعوى عامة للمتضررين عن طريق الصحافة المكتوبة فقط دون المرئية منها أو المسموعة بغرض عدم التشهير والإساءة إلى سمعة المهني الذي لم تثبت بعد مسؤوليته.

يرى بعض الفقه[1] أنه متى كان هدف جمعية حماية المستهلكين من رفع الدعوى، هو جبر الضرر الفردي، فإن حصولها على التعويضات الناتجة عن كسب الدعوى، لا يعني أنها مخصصة لفائدة الجمعية، وإنما تعود لفائدة المستهلكين المضرورين الذين تم تمثيلهم من طرف الجمعية، أما إذا خسرت الدعوى، فإن المستهلكين الذين أوكلوها لا يستفيدون من شيء كما أنهم سيفقدون حقهم في اللجوء إلى القضاء، أما بخصوص غيرهم من المستهلكين، فيبقى حقهم قائما في ممارسة الدعوى القضائية.

ونتيجة للانتقادات الموجهة لهذا النوع من الدعاوى، التي تحمِّل الجمعية مسؤولية مواجهة المستهلكين الذين أَوكَلوها، وكذا المهنيين الذي تسبَّبوا في إحداث الضرر، تم التفكير في تبني ما يسمى بالدعوى الجماعية، التي لا تشترط أن يكون المستهلكين المتضررين معروفين لدى الجمعية، وبالتالي يمكن لها أن تباشر الدعوى دون حصولها

[1] - **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, op.cit., n°560, p.p.581 et 582.: « L'action a pour objet d'obtenir réparation des préjudices individuels. Si l'association obtient gain de cause, les dommages et intérêts sont alloué, non à l'association, mais aux consommateurs qui lui ont donné mandat. Si l'association perd son procès, ces derniers ne perçoivent rien, et ils ont perdu le droit d'exercer des actions individuelles. »

على وكالة من قبل هؤلاء المستهلكين، ومتى ثبتت مسؤولية المهني عن الضرر، تقوم الجمعية بتبليغ محتوى الحكم إلى المستهلكين المتضررين من أجل المطالبة بتنفيذه[1].

والدعوى الجماعية في فرنسا هي عبارة عن مشروع قانون عرض على مجلس الوزراء بتاريخ 08 نوفمبر 2006 ليتم سحبه في سنة 2007، وآخر اعتراف بنية تبني نص قانوني يتعلق بالدعوى الجماعية كان في سنة2008[2].

[1] - **J. CALAIS-AULOY et F. STREINMETZ**, Ibid. n°561, p. 583.
[2] -Loi n° 93-949, op.cit.

خاتمـــــة

خاتمـــة :

في ختام هذه الدراسة، يتوجب علينا أن نعرض أهم ما جاء فيها، مع إبراز النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها. فالعقود المفترض فيها المساواة بين أطرافها قد تغيرت أنماطها، نتيجة التطورات الاقتصادية والفنية، الأمر الذي أحدث اختلالا في التوازن العقدي بين طرفي العلاقة التعاقدية؛ وذلك من خلال إدراج الطرف القوي في هذه العلاقة لشروطٍ أعدها مسبقا ووضعها بإرادته المنفردة في العقد، ثم فرضها على الطرف الآخر المتعاقد معه، دون أن يترك له أدنى فرصة للمشاركة في إعدادها، أو أي مَكَنَة حقيقية للتفاوض بشأنها؛ سواءٌ كان هذا الأخير مهنياً، أم مستهلكاً.

وللإحاطة بهذا الموضوع كان لزاما علينا تحديد كل من المجال الشخصي والمجال المادي للحماية من الشروط التعسفية المدرجة بالعقود؛ فأما عن المجال الشخصي للحماية فلقد لاحظنا من خلال هذه الدراسة أن أغلب التشريعات الحديثة أخذت بالمفهوم الضيق للمستهلك بتبنيها معيار الغرض غير المهني كأساس للأخذ بهذا الاتجاه، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي وحذا حذوه المشرع الجزائري في ذلك؛ بحيث قصر الحماية من الشروط التعسفية على المستهلك المتعاقد فقط، باعتباره الجدير بهذه الحماية، هذا فضلا عن أنه يتمتع بهذه الصفة وفقا للشروط القانونية المقررة لاكتسابها، في حين نجد أن بعض التشريعات الأخرى تبنت معيار صفة الضعف في شخص المتعاقد، ومكَّنته من الحماية، وهو ما تبناه المشرع الألماني والمشرع الإنجليزي.

وبالرغم من محاولات التشريعات الحديثة في وضع جملة من المعايير التي تكشف عن الطابع التعسفي في الشروط التي يضمنها المهني في عقوده، والتي حققت إلى حد ما حماية للطرف المتضرر من هذه الشروط، غير أنها لم تعُد كافية لتحقيق حماية فعالة أمام التطور المذهل في وسائل التعاقد، وكذا إغراق السوق بالسلع والخدمات التي تدفع بالمستهلك إلى إبرام عقود تربطه مع مقدم هذه السلع أو الخدمات، فيقع ضحية للممارسات التي قد يفرضها عليه الطرف الآخر، دون أن يجد سبيلا للحماية منها.

وأما بالنسبة للمجال المادي للحماية من الشروط التعسفية فلاحظنا أن المشرع الجزائري قد حصره بعقود الإذعان فقط، في حين أن الواقع يكشف أن هذه الشروط يمكن أن تصادفنا في غير هذه العقود، ولا أدل على ذلك ما باتت تتضمنه عقود الاستهلاك من شروط تعسفية، رغم أنها ليست في جميع الأحوال عقود إذعان.

وأمام تطور وسائل إنشاء العلاقات التعاقدية، لجأ المشرع الجزائري إلى وضع عدة آليات للرقابة على الشروط التعسفية المدرجة في العقود؛ حيث اتضح من الدراسة أن المشرع كرس حماية المتعاقد من التعرض لهذه الشروط قبل إبرامه للعقد، وذلك من خلال وضع قائمتين مضمنتين بالمادة 29 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وتضمنت القائمة الأولى ثمانية بنود ذات طابع ملزم أوردها المشرع على سبيل المثال، أما القائمة الثانية فهي أيضا كانت ذا طابع ملزم ومذكورة على سبيل المثال لا الحصر تضمنت اثنتي عشر بندا، هذا فضلا عن إيراد المشرع تعريفا خاصا بالشرط التعسفي بالمادة 03 فقرة 05 من القانون رقم 04-02 السالف الذكر، وهو بذلك يكون قد منح للقاضي السلطة التقديرية في اعتبار الشرط الوارد في العقد تعسفيا وفقا لمعيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف هذا العقد.

وما يمكن ملاحظته بهذا الصدد، أنه بالرغم من الطابع الوقائي الذي يميز هذه النصوص التشريعية، إلا أن العمل بها من طرف الهيئات القضائية بقي محدودا، وهو ما يعكس عدم ظهور آثارها ميدانيا؛ ويبدو ذلك جليا من خلال تعامل القاضي الجزائري مع القضايا المطروحة أمامه بخصوص الشروط التعسفية المدرجة في العقود محل النزاع، بالاعتماد على القواعد العامة بدلا من إعمال وتوظيف القواعد الحديثة في حل هذه النزاعات، ولعل ذلك يعود إلى عزوف المستهلكين على رفع دعاوى بهذا الشأن أمام القضاء، إما لنقص الوعي لديهم، أو لطول إجراءات التقاضي، أو لتكاليفها التي ترهقهم.

وفي إطار الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية، فإن المشرع الجزائري قد أنشأ هيئة إدارية رقابية بموجب المرسوم رقم 06-306 المذكور سابقا، تختص هذه الأخيرة بدراسة الشروط التعسفية التي غالبا ما يدرجها المهني في عقود الاستهلاك، وذلك أسوة بنظيره الفرنسي، الذي أنشأ هيئة إدارية رقابية بموجب المادة 35 من القانون رقم 78-23 السالف الذكر، والتي تدعى بلجنة الشروط التعسفية.

والملاحظ أن لجنة البنود التعسفية في الجزائر لم تقم بأي دور منذ نشأتها؛ لأنه -وللأسف- لم يتم لحد الآن تنصيبها، خلافا لنظيرتها في فرنسا، التي أدت دورا هاما في مجال مكافحة الشروط التعسفية، والتي استطاعت أن تصدر العديد من التوصيات؛ جاء بعضها عاما والآخر خاصا، هذا فضلا عن بعض التوصيات المتممة أو المعدلة للتوصيات التي سبق وأن أصدرتها، بالإضافة إلى إبداء بعض الآراء بشأن المراسيم والقرارات التي تصدرها الحكومة في مجال الشروط التعسفية.

وعليه، نناشد الهيئات الوصية ممثلة في وزارة التجارة بتفعيل الفصل السادس من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المتعلق بإنشاء لجنة البنود التعسفية والعمل على تطبيق المواد من 6 إلى 16 من هذا المرسوم، وذلك بإعطاء هذه اللجنة وجودا عمليا في الميدان، وتحريكها لأجل القيام بالدور المنوط بها.

وتدعيما لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يضمنها المهني في عقوده، منح المشرع الجزائري جمعيات حماية المستهلكين، حق التأسيس كطرف مدني للدفاع عن حقوق المستهلك، أمام ضعف هذا الأخير في الدفاع عن حقوقه بمفرده، نظرا لطول إجراءات التقاضي وتعقيدها من جهة، وكذا التكاليف المرهقة التي يتحملها خلال مدة التقاضي من جهة أخرى، هذا فضلا عن مساهمة هذه الجمعيات في تحسيس وتوعية المستهلكين في مجال التعاقد، إلى جانب دورها في الدعاية المضادة، وحثُّ المستهلكين على الامتناع عن شراء منتوج معين أو التعاقد مع مهني معين، وكذا إمكانية تدخل هذه الجمعيات في تسوية النزاعات القائمة بين المهنيين والمستهلكين بالطرق الودية.

وما يمكن ملاحظته بهذا الصدد، أن جمعيات حماية المستهلكين المعتمدة في الجزائر رغم كثرتها وانتشارها الواسع، إلا أنها محدودة النشاط ولا تقوم بالدور المنوط بها، ولعلَّ ذلك يعود لحاجة هذه الأخيرة إلى الوعي بالدور الأساسي الذي أنشئت من أجله، بالإضافة إلى أن الجهات الإدارية القائمة على مجال الاستهلاك لم تعِر الاهتمام اللازم لهذه الجمعيات، وذلك بتهميشها وعدم إشراكها في اتخاذ القرارات بشأن حماية المستهلك.

وبهذه المناسبة، ندعو جمعيات حماية المستهلكين إلى مضاعفة الجهود المبذولة من أجل تفعيل نشاط لجنة البنود التعسفية، حتى تقوم هذه اللجنة بدورها في سد الثغرات الموجودة في مجال الحماية من الشروط التعسفية، وذلك بإصدار التوصيات بشأن مختلف عقود الاستهلاك، ومساعدة القضاء في حل النزاعات القائمة بين طائفتي المهنيين والمستهلكين.

وفي الأخير يرى الباحث أن دراسة موضوع حماية المتعاقد من الشروط التعسفية له أهمية بالغة، خاصة وأن الجزائر ملزمة في ظل حرية التجارة والصناعة بالتعامل مع شركات تجارية عالمية في إطار الاستثمارات المتنوعة في مختلف القطاعات، وما ينتج عنه من أنشطة اقتصادية معقدة، حيث تتدفق السلع والخدمات بأشكال ضخمة ومتنوعة، من شأنها التأثير السلبي على حياة المتعاقد الطالب لهذه السلع والخدمات، الذي يفتقد القدرة على مواجهة هؤلاء المهنيين أصحاب التفوق المالي والفني في مجال التعاقد، مما يستدعي تدخل المشرع بنصوص قانونية وآليات أخرى مواكبة لهذه الأوضاع الاقتصادية الجديدة، وذلك بغرض تحقيق استقرار المعاملات بين المهنيين والمستهلكين.

قائمة المراجع

I. المراجع باللغة العربية :

1. الكتب العامة :

- **أحمد شوقي محمد عبد الرحمن**، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية و قضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية،2002.
- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999.
- **زراوي فرحة (صالح)** ، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية، التاجر، الحرفي، الأنشطة التجارية المنظمة، السجل التجاري، إبن خلدون، ط. 2، 2003.
- **سليمان محمد الطماوي**، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 1996.
- **سليمان محمد الطماوي**، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، 1973.
- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
- **عبد المنعم فرج الصدة**، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، 1974.
- **عمورة عمار**، شرح القانون التجاري الجزائري– الأعمال التجاري – التاجر – الشركات التجارية، طبعة جديدة ومنقحة و مزيدة، دار المعرفة، الجزائر، 2010.

2. المراجع الخاصة :

- **إبراهيم سيد أحمد**، التعسف في استعمال الحق فقها وقضاء، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2، 2002.
- **أحمد محمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994.
- **أحمد محمد محمود خلف**، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال عدم الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008.
- **أسامة احمد بدر**, حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- **بن داود إبراهيم**، سلسلة الإصدارات القانونية، قانون حماية المستهلك وفق أحكام القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، دار الكتاب الحديث، دراية، الجزائر، 2013.

- **بودالي محمد**، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات (دراسة مقارنة)، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- **بودالي محمد**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر، الطبعة الأولى، القاهرة، 2007.
- **حسن عبد الباسط جميعي**، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، 1996.
- **حمد الله محمد حمد الله**، حماية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك –دراسة مقارنة–، دار الفكر العربي، مصر، 1997.
- **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009.
- **عاطف عبد الحميد حسن**، حماية المستهلك، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وفي العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- **عامر قاسم أحمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة ، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2002.
- **عبد الحميد الديسطي عبد الحميد**، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج – دراسة مقارنة– دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2009.
- ***عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، لبنان، 2007.
- **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- **غسان رباح** ، قانون حماية المستهلك الجديد (المبادئ، الوسائل و الملاحقة) – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- **فاتن حسين حوى**، الوجيز في قانون حماية المستهلك، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2012.
- **مروان محي الدين القطب**، طرق خصخصة المرافق العامة (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- **لشعب محفوظ بن حامد**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

3. الرسائل و المذكرات :

- **بلال نزهة**، الطابع الوقائي والجماعي لقانون الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2012-2013.
- **بن لحرش نوال**، جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة -1-، السنة الجامعية 2012-2013.
- **بن حميدة نبهات**، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006-2007، ص. 03.
- **جرعود الياقوت**، عقد البيع و حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2001-2002.
- **خلوي (عنان) نصيرة**، الحماية القانونية للمستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون (فرع المسؤولية المهنية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2013/09/25.
- **رباحي أحمد**، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية و الحضارة الإسلامية، 2008.
- **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008.
- **صنور فاطمة الزهراء**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا – ألمانيا – مصر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2006-2007.
- **عبد الله ذيب عبد الله محمود**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، مذكرة تخرج لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
- **غمري عز الدين**، حماية الرغبة المشروعة للمستهلك في القانون الجزائري، دراسة مقارنة "المطابقة والضمان"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران – السانيا-، 2004-2005
- **كجار زاهية حورية (سي يوسف)**، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري بتيزي وزو ، 2006.

- **لحراري (شالح) ويزة**، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة : 29 فيفري 2012.
- **مزاري عائشة**، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، السنة الجامعية 2012-2013.
- **يوسف الجيلالي**، مبدأ الحيطة و مبدأ الوقاية في قانون حماية المستهلك، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة وهران – السانيا-، 2005 – 2006.

4. **المجـــــــلات:**

- **آغا جميلة**، دور الولاية والبلدية في حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، عدد خاص، الجزائر، أفريل 2005.
- **بودالي محمد**، مدى خضوع المرافق العامة ومرتفقيها لقانون حماية المستهلك، الإدارة، العدد 24، 2000.
- **رباحي أحمد**، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 5، جامعة الشلف.
- **قموح عبد القادر**، محاضرات في قانون الاستهلاك، تخصص قانون أعمال منشورة على الرابط الإلكتروني http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t1515-topic
- **محمد عبد الظاهر**، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مجلة الحقوق الكويتية، س. 22، العدد 2، يونيو 1998.

5. **الملتقيات و الأعمال الدراسية:**

- **حسام الدين كامل الأهواني**، حماية المستهلك في إطار النظرية العامة للعقد، ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.
- **سعاد نويري**، مداخلة بعنوان : "الحماية الخاصة لرضا مستهلك التأمين"، المؤتمر السنوي 22، الجوانب القانونية للتأمين واتجاهاته المعاصرة، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 13 و 14 ماي 2014.
- **طحطاح علال و يعقر الطاهر**، مداخلة بعنوان: مفهوم المستهلك، الملتقى الوطني حول المنافسة وحماية المستهلك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، يومي 05-06 ديسمبر 2012.

- **فاروق العربي**، دور التشريعات في إقامة التوازن بين المستهلك و التاجر، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و 07 ديسمبر 1998.
- **ليندة عبد الله**، مداخلة بعنوان: المستهلك والمهني، مفهومان متباينان، الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية و الإدارية– المركز الجامعي بالوادي، يومي 13 و 14 أفريل 2008.
- **محمد إبراهيم بنداري**، حماية المستهلك في عقد الإذعان، ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 06 و07 ديسمبر 1998.

6. أهم النصوص القانونية المتعلقة بالتشريع الجزائري:(حسب التسلسل التاريخي)

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1996.
- القانون رقم 01–04 المؤرخ في 01 جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 20 أوت 2001 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها و خوصصتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 47، الصادرة بتاريخ 03 جمادى الثانية 1422 الموافق لـ 22 أوت 2001، ص. 11.
- القانون رقم 04–02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 23 يونيو 2004 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 41، الصادرة بتاريخ 09 جمادى الأولى 1425 الموافق لـ 27 يونيو 2004، ص. 04 .
- القانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 17 ربيع الأول 1429 الموافق لـ 23 أفريل 2008، ص. 76.
- القانون رقم 09–03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق لـ 25 فبراير 2009، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 15، الصادرة بتاريخ 11 ربيع الأول 1430 الموافق لـ 08 مارس 2009، ص. 12.
- القانون رقم 11–10 المؤرخ في 20 رجب 1432 الموافق لـ 22 يونيو 2011 المتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:37، الصادرة بتاريخ أول شعبان 1432 الموافق لـ 3 يوليو 2011، ص.4.

- القانون رقم 12-06 المؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق لـ 12 يناير 2012، المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:02، الصادرة بتاريخ 21 صفر 1433 الموافق لـ 15 يناير 2012.
- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 الموافق لـ 21 فبراير 2012 المتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:12، الصادرة بتاريخ 7 ربيع الثاني 1433 الموافق لـ 29 فبراير 2012.
- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 22 جمادى الأولى 1408 الموافق لـ 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد 2، الصادرة بتاريخ 23 جمادى الأولى 1408 الموافق لـ 13 يناير 1988.ص.37.
- القانون رقم 90-31 المؤرخ في 17 جمادى الأولى 1411 الموافق لـ 4 ديسمبر 1990 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 53، الصادرة بتاريخ 18 جمادى الأولى 1411 الموافق لـ 05 ديسمبر 1990، ص. 1686، المتعلق بالجمعيات.
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.
- المرسوم الرئاسي رقم10-236 المؤرخ في28 شوال1431 الموافق لـ7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58، الصادرة بتاريخ 28 شوال 1431، الموافق لـ 7 أكتوبر 2010، ص. 5، المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-98 المؤرخ في26 ربيع الأول 1432 الموافق لـ 01 مارس 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 01 ربيع الثاني 1432، الموافق لـ 06 مارس 2011، ثم بالمرسوم الرئاسي رقم 11-222 المؤرخ في 14 رجب 1432 الموافق لـ 16 يونيو 2011، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 34، الصادرة بتاريخ 17 رجب 1432، الموافق لـ 19 يونيو 2011، ثم بالمرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 24 صفر 1433 الموافق لـ 18 يناير 2012، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 04، الصادرة بتاريخ 02 ربيع الأول 1433، الموافق لـ 26 يناير 2012، ثم بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 01 ربيع الأول 1434 الموافق لـ 13 يناير 2013، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 02، الصادرة بتاريخ 01 ربيع الأول 1434، الموافق لـ 13 يناير 2013.
- المرسوم التنفيذي رقم 02-454 المؤرخ في 17 شوال 1423 الموافق لـ 21 ديسمبر 2002، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:85، الصادرة بتاريخ 18 شوال 1423 الموافق لـ 22 ديسمبر 2002، ص.12، المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-266 المؤرخ في 17 شعبان 1429 الموافق لـ 19

أوت 2008، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:48، الصادرة بتاريخ 22 شعبان 1429 الموافق لـ 24 أوت 2008، ص.8.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان 1427 الموافق لـ 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 56، الصادرة بتاريخ 18 شعبان 1427 الموافق لـ 11 سبتمبر 2006، ص. 16.
- المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 26 محرم 1429 الموافق لـ 03 فيفري 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 07، الصادرة بتاريخ 03 صفر 1429 الموافق لـ 10 فيفري 2008، ص.17.
- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، المؤرخ في 25 صفر 1411 الموافق لـ 15 سبتمبر 1990، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 40، الصادرة بتاريخ 29 صفر 1411 الموافق لـ 19 سبتمبر 1990، ص. 04.
- المرسوم التنفيذي رقم 94-74 المؤرخ في 18 شوال 1414 الموافق لـ 30 مارس 1994، الذي يحول معهد باستور في الجزائر إلى مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 19 ، الصادرة بتاريخ 29 شوال 1414 الموافق لـ 10 أبريل 1994، ص.05.
- المرسوم التنفيذي رقم 95-108 المؤرخ في 09 ذي القعدة 1415 الموافق لـ 09 أبريل 1995 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للدم و تنظيمها وعملها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، العدد: 21 الصادرة بتاريخ 19 ذي القعدة 1415 الموافق لـ 19 أفريل 1995، ص.7.
- المرسوم التنفيذي رقم:05-464 المؤرخ في 04 ذي القعدة 1426 الموافق لـ 06 ديسمبر 2005، المتعلق بنظام التقييس، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:80، الصادرة بتاريخ 9 ذي القعدة 1426 الموافق لـ 11 ديسمبر 2005، ص.3.
- المرسوم التنفيذي رقم:05-67 المؤرخ في 20 ذي الحجة 1425 الموافق لـ 30 يناير 2005، المتضمن إنشاء اللجنة الوطنية للمدونة الغذائية وتحديد مهامها وتنظيمها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:10، الصادرة في 26 ذي الحجة 1425 الموافق لـ 06 فيفري 2005، ص.5.

- المرسوم التنفيذي رقم:11-241 المؤرخ في 08 شعبان 1432 الموافق لـ 10 يوليو 2011، المحدد لتنظيم مجلس المنافسة وسيره، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:39، الصادرة في 11 شعبان 1432 الموافق لـ 13 يوليو 2011، ص.18.
- المرسوم التنفيذي رقم:92-272 المؤرخ في 05 محرم 1413 الموافق لـ 06 يوليو 1992، المحدد لتكوين المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصه، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد:52، الصادرة في 07 محرم 1413 الموافق لـ 08 يولييو 1992، ص.1415.
- المرسوم التنفيذي رقم:97-247 المؤرخ في 3 ربيع الأول 1418 الموافق لـ 08 يوليو 1997، المتضمن إنشاء الديوان الوطني المهني للحليب و مشتقاته، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 46، الصادرة في 04 ربيع الأول 1418 الموافق لـ 09 يوليو 1997، ص.6.
- المرسوم التنفيذي رقم:97-74 المؤرخ في 15 ذي القعدة 1417 الموافق لـ 23 مارس 1997، المحدد للقانون الأساسي للديوان المهني للحبوب، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد: 20، الصادرة في 29 ذي القعدة 1417 الموافق لـ 06 أبريل 1997، ص.11.
- المرسوم رقم 88-16 المؤرخ في 14 جمادى الثانية 1406 الموافق لـ 2 فبراير 1988، المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 87-15 المؤرخ في 21 يوليو 1987 المتعلق بالجمعيات، ويضبط الأحكام القانونية الأساسية المشتركة بينها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 5، الصادرة بتاريخ 15 جمادى الثانية 1406 الموافق لـ 3 فبراير 1988، ص.178.
- القرار المؤرخ في 29 ذي القعدة 1414 الموافق لـ 10 مايو 1994 المتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 35، الصادرة بتاريخ 25 ذي الحجة 1414 الموافق لـ 05 يونيو 1994، ص. 26.

II- المراجع باللغة الفرنسية :

1. Les principaux textes législatifs et réglementaires français :

- Loi n°78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, J.O. 11 janvier 1978, p. 301.
- Code de la consommation française codifié par la Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation (partie Législative), J.O.R.F. n°171 du 27 juillet 1993, p. 10538.
- Loi n°95-96 du 1 février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, J.O. 02 février 1995, p. 1755.

2. Les directives européennes :

- Directive C.E.E. n° 95-13, 05 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, J.O.C.E., 21 avril 1993.

3. Les ouvrages généraux :

- **F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, 7ème éd., 1999,
- **H. CAPITANT, F. TERRÉ et Y. LEQUETTE**, *Clauses abusives, Interdiction, Pouvoir du juge* in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, *obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 11ème éd., 2000.
- **J. BEAUCHARD**, *Droit de la distribution et de la consommation*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 1996.
- **J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ** , *Droit de la consommation*, Dalloz, 5 éd., 2000.
- **J. CARBONNIER**, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis droit privé, 22ème éd., 2000.
- **J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y. SERINET**, « Traité de droit civil - La formation du contrat » T.1 : Le contrat – Le consentement, 4ème éd., L.G.D.J, (LEXTENSO-EDITIONS), Point Delta, 2014.
- **J. GHESTIN**, *Traité du droit civil, les obligations, le contrat, formation*, 1re éd., L.G.D.J., 1980.
- **L. RIGAUD**, *Dictionnaire encyclopédique du français des affaires*, la maison du dictionnaire, Paris, 2005-2006.
- **M. BRUSCHI**, *L'amélioration de la protection du consommateur*, LAMY, droit économique, n° 145, nov. 2001, édi. 2002.
- **Y. PICOD et H. DAVO**, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Armand Colin, 2005.

4. Les ouvrages spéciaux :

- **D. BAKOUCHE**, *L'excès en droit civil*, L.G.D.J., 2005.
- **F. STOFFEL MUNCK**, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, L.G.D.J., 2000.
- **H. BRICKS**, *Les clauses abusives*, L.G.D.J., 1982.
- **N. SAUPHANOR**, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, L.G.D.J., 2000.

5. Les articles de doctrine :

- **A. SINAY-CYTERMANN**, *La commission des clauses abusives et le droit commun des obligations*, R.T.D. Civ. 1985.
- **A. SINAY-CYTERMANN**, *Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996.
- **C. DEFFIGIER**, *Protection des consommateurs et égalité des usagers dans le droit des services publics*, R.F.D.A n° 4, Dalloz, 2003.

- **D. MAZEAUD**, *Le juge face aux clauses abusives*, in *Le juge et l'exécution du contrat*, P.U.A.M., 1993.
- **F. LINDITCH**, *La protection en droit public*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998.
- **G. BERLIOZ**, *Droit de la consommation et droit des contrats*, J.C.P. 1979, éd. G., I, 2954.
- **G. ECKERT**, *Note de jurisprudence administrative*, Revue du droit public, n° 5, L.G.D.J., 2001.
- **G. PAISANT**, *De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives*, D. S., 1986**.**
- **H. CAPITANT, F.TERRÉ et Y. LEQUETTE**, *Clauses abusives, Interdiction, Pouvoir du juge* in *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, *obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 11ème éd., 2000.
- **J. CALAIS-AULOY**, *L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats*, in *Droit du marché et droit commun des obligations*, R.T.D. Com., 1998.
- **J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX-VAN MELLE**, *Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996.
- **J. GHESTIN**, *L'abus dans les contrats*, Gaz. Pal., 1981.
- **J. GHESTIN**, *L'annulation des clauses abusives par le juge en droit français*, in Mél. ROGER O. DALCQ, Responsabilités et assurances, LARCIER Bruxelles, 1994 .
- **J. GHESTIN**, *Rapport introductif*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, Economica, 1998.
- **J. MESTRE**, *Des notions de consommateur*, R.T.D. Civ, 1989,
- **J. MESTRE**, *Vingt ans de lutte contre les clauses abusives*, in Mél. FRANÇOIS TERRÉ, Dalloz, L'avenir du droit, 1999.
- **J.-P. PCHAZAL** ,*Clauses abusives*, Encyc. D., commercial, t. II, 2004.
- **J-P. GRIDEL**, *Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives*, D. 1984.
- **L. BIHL**, le droit de la vente, vente immobilière, DALLOZ, 1996,
- **M. FONTAINE**, *Rapport de synthèse*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996.
- **M. KAHLOULA et G. MEKAMCHA**, *La protection du consommateur en droit algérien*, 1ère partie, IDARA, vol. 5, n° 2, 1995.
- **M-L. IZORCHE**, *Consommateur et professionnel* in *Grands arrêts du droit des affaires*, D. 1995.
- N. REKIK, *Les clauses abusives et la protection du consommateur*, Etudes juridiques, n° 7, 2000.
- **O. CARMET**, *Réflexions sur les clauses abusives au sens de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978*, R.T.D. com., 1982.
- **P. GODE**, *Protection des consommateurs, Clauses abusives*, R.T.D. Civ. 1978.
- **Ph. MALINVAUD**, *Droit des obligations, Les mécanismes juridiques des relations économiques*, LITEC, coll. Droit et gestion, 6ème édi., 1992.

6. Les Thèses :

- **LACHACHI Mohamed**, L'équilibre du contrat de consommation (Etude comparative), mémoire présenté et soutenu pour l'obtention du diplôme de Magister en droit privé, spécialité : relations agents économiques/consommateurs, université d'Oran, faculté de droit, 19 mars 2013**.**

7. La jurisprudence :

a. La jurisprudence européenne :

- C.J.C.E., 27 juin 2000, R.T.D. Civ. 2000, p. 939, obs. J. RAYNARD.
- C.J.C.E., 22 novembre 2001, R.T.D. Civ. 2002, p. 397, J.C.P. 2002, II, 10047, note PAISANT.
- C.J.C.E., 23 septembre 2003, R.T.D. Com. 2004, n° 04 oct.-déc., p. 840.
- C.J.C.E., 01 avril 2004, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

b. La jurisprudence française civile :

- C. A. Paris 22 mai 1986, D. 1986, J. P., p. 560, note PH. DELEBECQUE.
- Cass. Civ. 1re, 14 avril 1986, D. 1987, som., p. 455, obs. J. L. AUBERT.
- T.G.I. d'Angers, 11 mars 1986, R.T.D. Civ. 1986, p. 589, obs. J. MESTRE, J.C.P. 1987, II, 20789, note J.-P. GRIDEL.
- Cass. Civ. 1re, 28 avril 1987, D. 1988, J., p.1, note PH. DELEBECQUE, D. 1987, som. p. 455, obs. J.-L. AUBERT.
- Cass. Civ. 1re , 16 juillet 1987, D. 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY.
- Angers, 1re ch. B. 16 décembre 1987, D. 1988 chr. p. 206, obs. G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1ère , 31 mai 1988, J.-L. AUBERT, D. 1988, somm., p. 406.
- Cass. Civ. 1re , 06 décembre 1989, R.T.D. Civ. 1990, p. 277, obs. J. MESTRE.
- T.G.I. Paris, 17 janvier 1990, J. GHESTIN, D. 1990, p. 289.
- Paris, 16e ch. B. 22 mars 1990, D. 1990, IR. p. 98.
- Cass. Civ. 1re , 14 mai 1991, R.T.D. Civ. 1991, p. 526, obs. J. MESTRE ; D. 1991, p. 449, note J. GHESTIN.
- C.A. Grenoble, 13 juin 1991, J.C.P. 1992, 21819, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re , 27 janvier 1993, R.T.D. Civ. 1993, p. 583, obs. J. MESTRE.
- Cass. Civ. 1re , 26 mai 1993, R.T.D.Civ. 1994, p. 97.
- Cass. Civ. 1re, 6 janvier 1994, J.C.P. 1994, II, n° 22237 ; R.T.D. Civ. 1994, p. 601, obs. J. MESTRE.
- C.A. VERSAILLES, 8 juillet 1994, R.T.D.Civ. 1995, p. 97. Obs. J. MESTRE.
- Cass. Com. 10 mai 1994, D. 1995, som., p. 89, obs. D. MAZEAUD.
- Cass. Civ. 1re, 21 février 1995, J.C.P., éd., E, 1995, II, n° 22502, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 24 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 54, D. 1995, J, p. 327, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 03 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 9, D. 1996, J, p. 228, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 30 janvier 1996, Bull. civ. I, n° 55, D. 1996, J, p. 228, note G. PAISANT.
- Cass. Civ. 1re, 13 mars 1996, , D. Aff. n°20.
- Cass. Civ. 1re, 17 juillet 1996, J.C.P. 1996, II, 22747, obs. G. PAISANT.

- Cass. Civ. 1re, 05 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 377, Contrats, conc., consom., 1997, n° 12, obs. G. RAYMOND.
- Cass. Civ. 1re 13 novembre 1996, Bull. Civ. I, n° 399, D. 1997, somm., P. 174, obs. PH. DELEBECQUE.
- C. A. Versailles, 29 janvier 1998, http://www.clauses-abusives.fr/ juris /index .htm
- Cass. Civ. 1re 10 février 1998, R.T.D. Civ., 1998, p. 674, obs. J. MESTRE.
- Cass. civ. 1re , 17 mars 1998, n° 96-11.593, Bull. Act., Lamy Droit Economique, juin 1998, p. 1.
- T.I. pantin, 18 avril 1998, D. 2000, Somm, p. 51, obs, PIZZIO.
- Cass. Civ. 1re, 23 février 1999, Bull. civ. 1999, I , n° 59, D. 1999, I.R., p. 82.
- Cass. Civ. 1re , 4 mai 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 147, p. 97.
- Cass. Civ. 1re , 5 octobre 1999, Bull. civ. 1999, I, n° 260, p. 169.
- Cass. Civ. 1re , 19 juin 2001, Bull. civ. 2001, I, n° 181, p. 116.
- Cass. Civ. 1re , 5 mars 2002, Bull. civ. 2002, I, n° 78, p. 60.
- Cass. Civ. 1re , 12 mars 2002, Bull. civ. 2002, I ,n° 92, p. 71.
- C.A. Grenoble, 04 février 2004, http://www.clauses-abusives.fr/juris /index .htm
- Cass. Civ. 1re , 18 mars 2004, J.C.P. 2004, II, 10106, note D. BAKOUCHE.
- Cass. Civ. 1re, 15 mars 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 135, R.T.D. Civ. 2005, p. 393, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Cass. Civ. 1re , 27 septembre 2005, Bull. civ. 2005, I, n° 347, p. 287.
- T.I. Vanves, 28 décembre 2005, http://www.clauses-abusives.fr /juris /index .htm
- C.A. Colmar, 15 février. 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm
- T.G.I. Paris, 21 février 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm
- Cass. Civ. 1re , 3 mai 2006, Bull. civ. 2006, I, n° 213, p.187, R.T.D. Civ. 2007, n° 1, p. 113, obs. J. MESTRE et B. FAGES.
- Cass. Civ. 1re, 11 déc. 2008, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm

c. La jurisprudence française administrative :

- C.E. 3 décembre 1980, D 1981, J. chr. note LARROUMET, p. 228 ; J.C.P., 1981, 2, 19502.
- C.E. 29 juin 1994, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm
- C.E. 11 juillet 2001, Reb. Lebon, J.C.P. 2001, éd. E, p. 1260.
- T.A. d'Orléans 20 décembre 2002, http://www.clauses-abusives.fr /juris/ index.htm
- C.A.A Nantes 29 décembre 2005, http://www.clauses-abusives.fr/juris/ index.htm
- T.A Nice 28 avril 2006, http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

8. Les principaux sites internet juridiques:

- http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm.
- http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm :
- http://www.legifrance.gouv.fr.
- http://www.courdecassation.fr
- http://europa.eu.
- http://www.dgccrf.bercy.gouv.fr.

فهـــرس

الموضوع	الصفحة

مقدمة	**2**
الفصل الأول : النطاق الشخصي و الموضوعي لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية	**7**
المبحث الأول : النطاق الشخصي للحماية من الشروط التعسفية	**8**
المطلب الأول : مفهوم المستهلك	**9**
الفرع الأول : المفهوم الضيق للمستهلك	**10**
أولا: الشروط اللازمة إكتساب صفة المستهلك حسب للمفهوم الضيق	**11**
1- اشتراط أن يكون الشخص طبيعيا أو معنويا	**11**
2- اشتراط أن يقتني هذا الشخص أو أن يستعمل سلعة أو خدمة	**12**
3- وجوب أن ينصب عقد الاستهلاك على السلع أو الخدمات	**13**
4- اشتراط تحقيق هدف ذو طابع غير المهني	**14**
ثانيا : أساس الأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك	**14**
1- حالة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني أو يستعمل سلع أو خدمات لغرض مزدوج	**15**
2- التعاقد خارج مجال الاختصاص	**15**
الفرع الثاني : المفهوم الموسع للمستهلك.....	**16**
أولا: توسيع مفهوم المستهلك إلى المهني الذي يتعامل خارج نطاق إختصاصه	**17**
1: معيار الاختصاص المهني	**18**
2 : معيار العلاقة المباشرة بين النشاط المهني و موضوع العقد	**20**
ثانيا: مدى اعتبار مستعملي المرافق العامة مستهلكين	**21**
1 : الأشخاص المستفيدون من خدمات المرافق العامة التجارية و الصناعية.....	**22**
2 : الأشخاص المستفيدين من خدمات المرافق العامة الإدارية	**23**
المطلب الثاني : مفهوم المهني.....	**23**
الفرع الأول :شروط اكتساب صفة المهني و معيار تحديده.....	**24**
أولا: شروط اكتساب صفة المهني	**24**
1: اكتساب الشخص لصفة المنتج أو التاجر أو الحرفي أو مقدم الخدمات	**24**
2 : ممارسة النشاط المهني في إطاره المهني العادي.....	**25**
3 : أن يهدف إلى تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.....	**25**
ثانيا: معيار التمييز بين المهني والمستهلك	**26**
1 : معيار الاحتراف.....	**26**
2 : معيار تحقيق الربح	**27**
3 : معيار الاعتياد في ممارسة النشاط المهني.....	**28**
الفرع الثاني : مدى خضوع المرافق العامة لوصف المهني	**28**
أولا : بالنسبة للمرافق العامة الاقتصادية	**29**
ثانيا : بالنسبة للمرافق العامة الإدارية.....	**30**

الموضوع	الصفحة

المبحث الثاني: الطابع الموضوعي لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية 32
المطلب الأول : مفهوم عقـــد الاستهلاك 32
الفرع الأول : تعريف عقد الاستهلاك و بيان خصائصه 33
أولا: تعريف عقد الاستهلاك 33
ثانيا: خصائص عقد الاستهلاك 35
1- أطراف عقد الاستهلاك 35
2- محل عقد الاستهلاك. 36
3- سبب إبرام عقد الاستهلاك. 37
ثالثا : شكل عقد الاستهلاك 38
الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الاستهلاك 39
أولا : المفهوم التقليدي لعقود الإذعان 39
1- خصائص عقود الإذعان 40
2 ـ الطبيعة القانونية لعقود الإذعان 41
أ – الرأي المنكر للطبيعة العقدية لعقد الإذعان 41
ب – الرأي المؤيد للطبيعة العقدية لعقد الإذعان 42
ثانيا : المفهوم الحديث لعقود الإذعان 43
ثالثا : علاقة عقود الإذعان بالشروط التعسفية 43
المطلب الثاني : مفهوم الشروط التعسفية 47
الفرع الأول : تعريف الشرط التعسفي 48
الفرع الثاني : معايير تحديد الطابع التعسفي للشرط 52
أولا: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للحصول على ميزة مفرطة 52
1- التعسف في استعمال القوة الاقتصادية 52
2- حصول المهني على ميزة فاحشة بمناسبة التعاقد 54
ثانيا: معيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد 56
ثالثا : تقدير الطابع التعسفي للشرط 58
الفصل الثاني : وسائل الحماية من الشروط التعسفية في العقد 59
المبحث الأول : دور التشريع والقضاء في الحماية من الشروط التعسفية 61
المطلب الأول : الحماية التشريعية للمتعاقد من الشروط التعسفية 62
الفرع الأول : ضبط عناصر ومضمون العقد للتحديد من الشروط التعسفية 62
أولا: تحديد العناصر الأساسية لعقود الاستهلاك 63
ثانيا : تحديد مضمون عقد الاستهلاك 67
الفرع الثاني : نظام القوائم كوسيلة لحماية المتعاقد من الشروط التعسفية 69
أولا: نظام القائمة السوداء 70
ثانيا: نظام القائمة السوداء والرمادية 74
1 : القائمة السوداء 75
2 : القائمة الرمادية 75

الموضوع	الصفحة
المطلب الثاني : دور الهيئات القضائية في حماية المتعاقد من الشروط التعسفية	**79**
الفرع الأول: رقابة القاضي الإداري على الشروط التعسفية	**79**
أولا: الرقابة على المراسيم المحددة للشروط التعسفية	**79**
ثانيا: الرقابة على الشروط الواردة في عقود المرافق العامة التجارية والصناعية	**82**
الفرع الثاني : رقابة القاضي المدني على الشروط التعسفية	**85**
أولا : سلطة القاضي المدني في تقدير الطابع التعسفي للشرط	**86**
1- مرحلة تقييد السلطة القضائية في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم ترد بشأنها مراسيم تنفيذية ..	**88**
1- مرحلة الاعتراف بالسلطة القضائية في تقدير الطابع التعسفي للشروط التي لم ترد بشأنهـــــا مراسيم تنفيذية	**92**
ثانيا : إثبات الشروط التعسفية	**95**
ثالثا : الجزاء المترتب على الشرط التعسفي	**96**
المبحث الثاني: دور الأجهزة الإدارية وجمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية	**101**
المطلب الأول : دور لجنة الشروط التعسفية	**102**
الفرع الأول : الجانب التنظيمي للجنة الشروط التعسفية	**102**
أولا: تشكيل لجنة الشروط التعسفية حسب التشريع الجزائري	**102**
ثانيا : تشكيل لجنة الشروط التعسفية حسب التشريع الفرنسي	**104**
الفرع الثاني : مهام لجنة الشروط التعسفية	**105**
أولا: الدور الوقائي للجنة الشروط التعسفية	**106**
ثانيا: الدور الاستشاري للجنة الشروط التعسفية	**115**
المطلب الثاني : دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية	**119**
الفرع الأول: النظام القانوني لجمعيات حماية المستهلكين	**119**
أولا: شروط اعتماد جمعيات حماية المستهلكين	**120**
1- الشروط الموضوعية لتأسيس الجمعية	**120**
2- الشروط الإجرائية لتأسيس الجمعية	**122**
ثانيا: تنظيم جمعيات حماية المستهلكين	**125**
1- أجهزة الجمعية	**126**
2- موارد الجمعية	**127**
الفرع الثاني : دور جمعيات حماية المستهلكين و أثرها في مكافحة الشروط التعسفية	**128**
أولا : تمثيل جمعيات حماية المستهلكين وحقها في التقاضي وفقا للقانون الجزائري	**128**
ثانيا : تمثيل جمعيات حماية المستهلكين وحقها في التقاضي وفقا للقانون الفرنسي	**132**
1- الدعاوى التي تمارسها الجمعيات للدفاع عن المصلحة المشتركة للمستهلكين.....	**133**
2- دعاوى التمثيل المشترك	**134**
خاتمة.....	**137**
قائمة المصادر و المراجع.....	**142**
فهرس.....	**156**