وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة امحمد بوقرة – بومرداس
كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو

الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (ل . م . د)
في الحقوق- تخصص: قانون خاص

إعداد الطالب:
صوالح محمد اعماره

تحت إشراف:
د/ جـــبـارة نـــــورة

لجنـــة المناقشـــة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجـــامـعـــة	الصفة
أد/ حـــدوم كـــمـال	أستاذ التعليم العالي	جامعـــة بومـرداس	رئـــيسا
د/ جـــبارة نـــورة	أستاذ محاضر " أ "	جامعـــة بومـرداس	مشرفا ومقررا
أد/ سعيـدان أسماء	أستاذ التعليم العالي	جامعـــة الجزائـر 1	عضوا مناقشا
د/ لعـــجـال لاميـــة	أستاذ محاضر " أ "	جامعـــة بومـرداس	عضوا مناقشا
د/ نـــساخ فطيمـة	أستاذ محاضر " أ "	جامعـــة الجزائـر 1	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة امحمد بوقرة – بومرداس
كلية الحقوق والعلوم السياسية بودواو

الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه (ل . م . د)
في الحقوق- تخصص: قانون خاص

إعداد الطالب:
صوالح محمد اعماره

تحت إشراف:
د/ جـــبـارة نـــــورة

لجنـــة المناقشـــة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	الجـــامـعـــة	الصفة
أد/ حـــدوم كـــمـال	أستاذ التعليم العالي	جامعـــة بومـرداس	رئـــيسا
د/ جـــبارة نـــورة	أستاذ محاضر " أ "	جامعـــة بومـرداس	مشرفا ومقررا
أد/ سعيـدان أسماء	أستاذ التعليم العالي	جامعـــة الجزائـر 1	عضوا مناقشا
د/ لعـــجـال لاميـــة	أستاذ محاضر " أ "	جامعـــة بومـرداس	عضوا مناقشا
د/ نـــساخ فطيمـة	أستاذ محاضر " أ "	جامعـــة الجزائـر 1	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وَكَذَلِكَ أَنْزَلْنَاهُ قُرْآنًا عَرَبِيًّا وَصَرَّفْنَا فِيهِ مِنَ الْوَعِيدِ لَعَلَّهُمْ يَتَّقُونَ أَوْ يُحْدِثُ لَهُمْ ذِكْرًا (113) فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا (114) ﴾ سورة طه.

الإهـــــداء

أهدي ثمرة عملي هذا

- إلى رمز الحياة و الحنان إلى
التي تستحق التقدير و العرفان إلى
أعز ما لدي في الدنيا أمي الحنون.

- إلى من صبر و كافح من أجل أن يعيش
أبناؤه حياة نبيلة و كريمة أبي العطوف رحمه الله.

- إلى زوجتي الغالية رقية وأبنائي الأعزاء محمد الحبيب والعايش.

وبناتي إيمان وخلود وريتاج.

- كل إخوتي الذين ساعدوني في مسيرتي الدراسية.

- إلى كل أصدقائي دون استثناء.

- وإلى جميع أساتذة وطلبة كلية الحقوق بودواو
بجامعة أمحمد بوقرة بومرداس.

صوالح محمد اعماره

© Ladie Lynn
http://ladielynn.com

شكر و تقدير

نحمد الله العليّ القدير على أن منّ علينا بكل النعم، فلهُ الحمد ولهُ الشكر

و أتوجه بالشكر الجزيل لأستاذتي الفاضلة الدكتورة: **جـبارة نـورة**

التي لن أوفيها حقها مهما قلت من كلمات، ومهما اخترت من عبارات

كما أتقدم بالشكر والعرفان لأستاذنا المحترم البروفسور حدوم كمال الذي لولا توجيهاته القيّمة لما

أنجزنا هذا العمل المتواضع، وأخص بالذكر أيضاً أستاذتنا القديرة سعيدان أسماء والأستاذتين

الكريمتين لعجال لامية ونساخ فطيمة، و إن كانت عادة الأساتذة الكرام أن يسدلوا لطلبتهم النصح

والتوجيه، فإن أساتذتنا الأفاضل يغمرونهم بلطفهم وبحلمهم، قبل فطنتهم وعلمهم

فجزآكم الله عنّا كل خير، و أدامكم طيّبين علماءً .

مقدمة

مقــدمـــــــة:

ممَّا لا شك فيه أن إبرام العقود يكون عن طريق التفاوض والتراضي بين الأطراف المتعاقدة، ويقصد بالتفاوض حرية مناقشة شروط العقد والمساومة لتحقيق التوازن العقدي، حيث كان جوهر العقد في ظل مبدأ الحرية التعاقدية عبارة عن إرادتين مستقلتين ومتساويتين، تبحثان وتناقشان بحرية شروط العقد وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة، غير أنه في الواقع ونتيجة لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية فإن المساواة ممكنة لكن حرية المناقشة تكون نادرة.

أمَّا بالنسبة لتنفيذ العقد فيجب أن يكون وفقًا لما اشتمل عليه مضمونه وبحسن نية، طبقًا للقاعدة العامة المشهورة " العقد شريعة المتعاقدين "، ومن ثم فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة، وبالتالي لا يستطيع أحد الأطراف تعديل العقد بإرادته المنفردة، ولا يمكن حتى للقاضي أن يتدخل ويُعدِّل ما اتَّفق عليه أطراف العقد.

يُعدُّ مبدأ سلطان الإرادة وتبعاته (الحرية التعاقدية، الرضائية، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد) من أهم المبادئ التقليدية التي يعتبر دور الإرادة بارزًا من خلالها في هذا النطاق، ومن ثم يمكن للمتعاقدين التعاقد بكل حرية والاتفاق على إحداث ما يريدون من آثار قانونية، في حدود احترام النظام العام والآداب العامة، غير أن قصور تلك المبادىء وعجزها عن تحقيق التوازن العقدي، استلزم تحديثها والبحث عن مبادئ جديدة تكفل تحقيقه.

إن الحرية الاقتصادية أدَّت إلى الحد من حرية التعاقد فكان من بين نتائجها عقد الإذعان، فلم يعد للمتعاقدين الحرية في وضع مضمون العقد أو اختيار المتعاقد معهم، وحرمت التغييرات التي عرفها المجتمع في نهاية القرن التاسع عشر أحد الأطراف من سلطته في تحديد مضمون العقد، ومن ثم يُلاحظ تراجع للإرادة الفردية ويُفسَّر كل تَغيُّر في العقد كتقييد لمبدأ سلطان الإرادة، أي عدم إمكانية أحد المتعاقدين من مناقشة مضمون العقد بكل حرية، وهو ما يعتبر في الحقيقة مساس بالحرية العقدية.

كما أن التطور الكبير الذي عرفته الحياة الاقتصادية في مجال المعاملات التجارية، أدَّى إلى أن أصبح التعامل بالعقود النموذجية أمرًا حتميًا، وصار النموذج الواحد يستخدم لتقديم مئات الآلاف من السلع والخدمات، ومن بين هذه النماذج عقود الإذعان باعتبارها عقود نموذجية ملزمة، واستثناءً على تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد هي ونظرية الظروف الطارئة.

لقد تراجع دور مبدأ سلطان الإرادة في هذا النوع من العقود إلى أن تم حصره في حدود ضيِّقة جدًا، بل أصبح تقريبًا منعدمًا ولم يعد يحقق التوازن العقدي بين أطرافها، بحيث أصبح المتدخل كطرف قوي يفرض شروط العقد على المستهلك كطرف ضعيف دون أن يستطيع مناقشتها، فما عليه إلا قبولها أو يحرم من الحصول على ما يحتاجه سلع أو خدمات، فالرضا فيها معيب رغم حرية التعاقد.

إن القاعدة العامة المشهورة " العقد شريعة المتعاقدين" تعتبر إحدى نتائج تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد، والذي من خلاله لا يمكن لأحد الأطراف تعديل العقد بمفرده، ولا يمكن حتى للقاضي التدخل لتعديل العقد أو إلغائه، إلا أنه استثناءً عن تلك القاعدة في عقود الإذعان، منح المشرع للقاضي سلطة التدخل لتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، وفقًا لمبدأ العدالة تحقيقًا للتوازن العقدي وذلك خلافًا للقاعدة العامة، بسبب عدم التكافؤ بين أطراف هذه العقود وعدم تعادل الأداءات المتبادلة بينهم.

لقد كرَّس المشرع الحماية للمستهلك المتعاقد ضد الشروط التعسفية في عقود الإذعان، بطريقة غير مباشرة وفقًا للقواعد العامة، من خلال حماية الطرف المُذعَن(المستهلك) في مواجهة الطرف المُذعِن له (المتدخل)، ومنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها، بالإضافة إلى أن الشك في معنى العبارة الغامضة في عقد الإذعان، يُفسَّر لمصلحة الطرف المُذعَن مهما كان مركزه القانوني.

كما أنه كان حريصاً على توفير الحماية اللازمة للمستهلك بطريقة مباشرة في القوانين الخاصة، من خلال مواجهة الشروط التعسفية في جميع عقود الاستهلاك سواء كانت عقود إذعان أو مساومة، وكذا وضع ترسانة من النصوص التشريعية والتنظيمية التي تتضمن قوائم من الشروط التعسفية لا يمكن صياغتها في كافة العقود، واستحدث لجنة البنود التعسفية كهيئة إدارية استشارية، خاصة بمكافحة الشروط التعسفية في العقود والتصدي لها.

بعد ما تعرضنا بالإحاطة لموضوع حماية المستهلك من التعسف في إطار عقود الإذعان، يتعيَّن علينا التطرق لأهميته ودوافع اختيارنا له والصعوبات التي واجهتنا، ثم إبراز الهدف من دراسة هذا الموضوع وتحديد التساؤلات التي يطرحها، دون أن ننسى المناهج التي سنتَّبعها

خـلال عمليـة البحـث، وكـذلك الخطـة المقترحـة لدراسـة مـضامينه وإيجـاد الحلـول المناسـبة للإشكالات التي يطرحها.

تطرح الحماية القانونية للمستهلك عدَّة تساؤلات، ومن بينها حماية هذا الأخير من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المتدخل في عقود الإذعان، وبما أن المتدخل أصبح يضع نماذج العقود مسبقًا قبل التعاقد مع المستهلك، فإن عقود الاستهلاك أغلبها أصبحت عقود إذعان، وما على المستهلك إلا التسليم لما تمليه عليه ضرورة المصلحة أو الحرمان من اقتناء ما يحتاجه، لكنه في الأخير مجبر على التعاقد لا محالة ولا سبيل له غير ذلك، وتعتبر حماية المستهلك من الإجحاف الممارس في حَقِّه من قبل المتدخل بالغة الأهمية، إذ يمكننا تقسيمها إلى أهمية علمية وأخرى عملية.

فبالنسبة للأهمية العلمية فهي تتمثل في عمليات البحث عن الوسائل والآليات القانونية اللازمة لتحقيق التوازن العقدي، والتي كرَّستها التشريعات في القواعد العامة أو القواعد الخاصة، سواء كانت إدارية أو قضائية وسواء كانت في مرحلة التفاوض أو بمناسبة تنفيذ العقد، بحيث تتكفل بتوفير الحماية الملائمة للمستهلك من تعسف المتدخل في هذه العقود.

أمَّا الأهمية العملية فتكمن في وضع المشرع لترسانة من النصوص القانونية، من أجل حماية المستهلك من التعسف في عقود الإذعان، لا تتعارض مع النصوص التنظيمية المطبِّقة لها، وعند تطبيقها تضمن عدم تعسف الأعوان الاقتصاديين في مواجهة كافة المستهلكين، ومن ثم تحديد طريقة مواجهة الشروط التعسفية وكيف يتم الوقاية منها أو معالجتها.

إن أحد الأسباب الرئيسية التي دفعتني لاختيار هذا الموضوع هو الميل نحو دراسة قانون حماية المستهلك، لما يتَّسم به هذا الموضوع من حيوية وتجدُّد خاصة في العقود التي تتصف بطابع الإذعان، ولما تعود به هذه الدراسة من فائدة على الفرد والمجتمع في آن واحد، بالإضافة إلى تعدُّد الإشكالات التي يطرحها عدم التوازن العقدي بين المتدخل والمستهلك في عقد الإذعان، بسبب عجز المبادئ الكلاسيكية المتواجدة في النظرية العامة للعقد عن تحقيقه، ممَّا يجعل المتدخل يسعى دائمًا لفرض شروط تعسفية تخدم مصلحته، دون أن يستطيع المستهلك مناقشتها ومن ثم تلحق به أضرارًا بالغة دون حصوله على الحماية اللازمة.

ويمكن تقسيم هذه الأسباب إلى أسباب شخصية وأخرى موضوعية.

فالأسباب الشخصية تتمثل في الرغبة الملحَّة في معالجة موضوع الحماية القانونية للمستهلك خاصة في عقود الإذعان، وذلك نظرًا لاختلال التوازن العقدي بين أطرافه في أغلبية عقود الاستهلاك، ممَّا يتيح للمتدخل وضع شروط مجحفة في حق الطرف الضعيف دون أن يستطيع مناقشتها، تارة تُخفِّف من مسؤوليته الشخصية وتارة أخرى تُشدِّد مسؤولية المستهلك.

أمَّا عن الأسباب الموضوعية فتتمثل في أن أغلب عقود الاستهلاك أصبحت على شكل نماذج معَّدة مسبقًا تتَّسم بطابع الإذعان، ممَّا يستدعي دراستها لمعرفة كيفية توفير الحماية اللازمة إزاءها، وبالرغم من معالجة التشريعات لظاهرة التعسف في تلك العقود، إلا أن الحماية التي تكفلها أثبتت قصورها في توفير حماية فعَّالة للمستهلك، وذلك إمَّا بسبب غموضها أو تناقضها، أو تضييق نطاق الحماية من الشروط التعسفية من خلال ربطها بعقود الإذعان.

من الصعوبات التي واجهتنا في إعداد هذه الدراسة هو مدى استيعاب المراجع والبحوث المتخصِّصة، للنصوص القانونية الحديثة التي تدخل في نطاق هذا البحث، لاسيما في القانون الفرنسي بسبب إصداره التعديل الجديد للنظرية العامة للالتزام سنة 2016، المتزامن مع صدور القانون المتضمن القسم التشريعي لقانون الاستهلاك، وكذا المرسوم المتضمن القسم التنظيمي له في نفس السنة، حيث أن معظم تلك المؤلفات كانت تتحدث على القوانين القديمة، بالإضافة إلى وجود صعوبة في ترجمة تلك القوانين الأجنبية.

كما أن ندرة الأحكام القضائية تعتبر من ضمن الصعوبات التي يجب إثارتها، حيث يكاد يخلوا اجتهاد الجهات القضائية العليا في الجزائر من القرارات في هذا المجال، على اعتبار أن هذه الأخيرة تعدُّ لبنة تزوِّد الباحث بما يجري على مستوى الحياة اليومية للمستهلك الجزائري، دون أن ننسى ما وجدناه في القضاء الفرنسي من فيض كان له دور بارز في الوصول إلى الهدف المقصود.

إن الهدف من هذه الدراسة هو التأكُّد من أن الحماية التي كرَّسها المشرع سواء في القواعد العامة بمقتضى النظرية العامة للعقد، أو تلك الحماية التي تم تكريسها ضمن القوانين الخاصة كقانون حماية المستهلك وقمع الغش، والقانون المتضمن القواعد المطبَّقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي الذي يُحدِّد العناصر الأساسية للعقود والبنود التي تعتبر تعسفية، وقانون العمل وقانون التأمين...إلخ، كافية لتوفير ضمانات تُحقِّق التوازن العقدي، وفي حالة

عدم كفايتها البحث عن الحلول اللازمة لتحقيقه، لأن أغلب عقود الاستهلاك أصبحت على شكل نماذج مُعَدَّة مسبقًا ممَّا أضفى عليها طابع الإذعان.

وهذا ما استلزم علينا التعمُّق في دراسة الحماية القانونية التي أقرّها المشرع للمستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها المتدخل، ثم ربط هذه المفاهيم بالحماية المقرَّرة للطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي ضمن عقود الإذعان، والتعرُّف على الشروط التعسفية التي تجعلنا نكيف عقد ما على أنه عقد إذعان، دون أن ننسى دور القضاء كوسيلة لحماية المستهلك كطرف ضعيف في العقد، عن طريق تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، حسب السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي المدني في هذا السياق.

لقد اتسعت دائرة التعامل بالعقود النموذجة كما سبق الإشارة إليه ومن بين هذه النماذج عقود الإذعان، وكون الطرف القوي فيها يُحدِّد مسبقًا بنود العقد وشروطه، وما على الطرف الضعيف إلا الخضوع والتسليم لها دون مناقشة، بسبب افتقاده للمعرفة والخبرة الفنية أو التقنية بالسلع أو الخدمات واضطراره لاقتنائها.

وانطلاقًا من مساهمة تطبيق المبادئ التقليدية ضمن النظرية العامة للعقد، لاسيما مبدأ سلطان الإرادة في الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل، وربط الحماية من الشروط التعسفية بعقود الإذعان دون غيرها من عقود الاستهلاك التي تتضمن شروط تعسفية، بالإضافة إلى قصور النصوص القانونية وعجزها عن تحقيق حماية واسعة للمستهلك، وغموضها أو تعارضها في بعض الأحيان مع النصوص التطبيقية لها.

وذلك ما جعلنا نبحث السبل الكفيلة بتعزيز مبدأ التوازن العقدي، ولن يتحقق ذلك إلا بالتأكيد على مبدأ حسن النية من خلال تكريس تطبيقاته، وتدعيم مبدأ الالتزام بالإعلام بجميع بنود العقد كأداة حمائية للمستهلك في عقود الإذعان، والبحث عن مبادئ جديدة تضمن الحماية اللازمة له من خطر فرض الشروط التعسفية، ومن ثم يمكننا طرح إشكالية هذه الدراسة على النحو التالي:

هل أن الآليات القانونية التي أقرَّها المشرع لحماية المستهلك عند التعاقد في عقود الإذعان تضمن له الحصول على رغباته المشروعة ومن ثم تحقيق العدالة العقدية؟

للإجابة عن إشكالية هذه الدراسة اعتمدنا على عدَّة مناهج، من بينها المنهج الوصفي لتحديد مفهوم عقد الإذعان والشروط التعسفية، ثم تحديد مفاهيم كل من المتدخل والمستهلك وغيرها من المصطلحات القانونية محل الدراسة، والمنهج التحليلي لتحديد التنظيم القانوني لعقد الإذعان وكيف يمكنه أن يشكل حماية للمستهلك، وكذلك تحليل النصوص القانونية التي تضمن توفير الحماية اللازمة للمستهلك، سواء كانت ضمن القواعد العامة أو في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، ومن حين لآخر اتبعنا المنهج المقارن للمقارنة بين حماية المستهلك من التعسف في عقود الإذعان، في بعض التشريعات المقارنة والتشريع الجزائري.

ولأجل تسليط الضوء على المنظومة القانونية التي تؤطر حماية المستهلك، وتُكرِّسها بطريقة غير مباشرة في القواعد العامة، وبطريقة مباشرة ضمن القواعد الخاصة، قسمنا هذه الدراسة إلى بابين:

تطرقنا في الباب الأول إلى حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد العامة، وقسمناه إلى فصلين: تضمن الفصل الأول تنظيم عقد الإذعان وكيف يمكن أن يشكل حماية للمستهلك، أمَّا الفصل الثاني فخصَّصناه لحماية المستهلك من خلال تقريب مراكز أطراف عقد الإذعان.

أمَّا الباب الثاني فكان تحت عنوان: حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد الخاصة وقسمناه بدوره إلى فصلين: تضمن الفصل الأول الشروط التعسفية في عقود الإذعان تزيد في الهوة بين المستهلك والمتدخل، كما تناولنا في الفصل الثاني الشروط التعسفية سبب في وجود الرقابة بين المستهلك والمتدخل.

وفي الأخير ذيلنا هذه الدراسة بخاتمة تضمنت أهم النتائج المتوصل إليها والتوصيات.

الباب الأول

الجانب الأول

حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد العامة

الباب الأول: حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد العامة

إن المتأمل في الحياة اليومية يجد أن الإنسان يبرم عدَّة عقود في مختلف المجالات لسد احتياجاته، وهذه العقود تخضع للنظرية العامة للعقد، وعليه فإن القواعد العامة التي تحكم العقود تقتضي إبرام العقود وفقًا لمبدأ سلطان الإرادة الذي مضمونه أن يكون للمتعاقدين حرية في وضع الشروط وترتيب الآثار العقدية عليها، غير أن تطور الحياة الاقتصادية أدَّى إلى ظهور علاقات تعاقدية تتميز بعدم التوازن بين طرفيها، نتيجة وجود طرف قوي في العلاقة التعاقدية، يفرض شروطه على طرف لا يرقى إلى قدراته التقنية والتكنولوجية، بحيث لا يجد هذا الأخير بديلاً آخر للتعاقد من أجل تلبية حاجياته الشخصية، لذلك ظهرت فكرة حماية المتعاقد الضعيف من الشروط التعسفية التي يضعها المتعاقد القوي استنادًا إلى قواعد القانون المدني[1].

إن التحول الذي عرفته نظرية العقد في العصر الحديث جعل مبدأ سلطان الإرادة يتراجع إلى أن تم حصره في حدود ضيِّقة جدًا، لأن العلاقات الجديدة التي أفرزها التطور الاقتصادي الحديث، لا يمكن أن نطبق عليها النظرية الكلاسيكية لهذا المبدأ، وكذلك الأمر بالنسبة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لأنهما يتطلبان اتفاق الأطراف وعدم الخروج عن مضمون العقد، وفقًا للقاعدة المشهورة " العقد شريعة المتعاقدين" التي كرَّسها المشرع الجزائري بموجب المادة 106 من القانون المدني، وذلك بسبب خطر التعسف في مجال العقود نتيجة لعدم المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية، لأنه لا يمكن أن نترك إرادة الطرف الأقوى بحرية تسيطر على العقد، إذا لم يكن للطرف الآخر فيه إرادة واعية مدركة لمضمونه ومخاطره[2].

لقد أقرَّ المشرع حماية المتعاقد بصفه عامة ضمن القواعد العامة في القانون المدني، وهذه الحماية تتجلَّى في حمايته من الشروط التعسفية للعقد، حيث أعطى للقاضي سلطة التعديل أو الإعفاء من هذه الشروط إذا توافر فيها طابع الإذعان، كما أن تفسير العبارات الغامضة في العقد يكون لفائدة الطرف المُذعَن، وهذا يعتبر استثناء على القاعدة العامة التي تُقرِّر دائمًا تفسير الشك لمصلحة المدين بالالتزام.

---

[1] سامي بن حملة، (**إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك**)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر، المجلد 02، العدد 01، مارس2015م، (ص ص:89 -101)، ص89.

[2] ليلى كراش، (**حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك**)، مجلة حوليات، جامعة الجزائر1، الجزائر، المجلد 31، العدد 04، تاريخ النشر:2017/12/31م، (ص ص: 95 -122)، ص109.

إن النظرية العامة للعقد تعالج مظهرًا واحدًا من مظاهر الضعف الذي يعتري المتعاقد، وهو الضعف الاقتصادي الذي ينشأ عن تدَّني مركزه في مواجهة المتعاقد الآخر، وبالتالي فهو يتعاقد للضرورة من أجل تلبية حاجياته التي يحتكرها الطرف الموجب، بينما النظرية الحديثة لعقود الاستهلاك تواجه زيادةً عن ذلك مظهرًا آخرًا لهذا الضعف ناشئ عن الجهل وعدم الخبرة بموضوع التعاقد، فهذه النظرية لا تُعنى فقط بالتفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، وإنما تعالج أيضا ذلك التفاوت القائم بينهما من حيث المعرفة والخبرة بالجوانب القانونية والفنية للعقد[1].

لقد حاول المشرع وفقًا للقواعد العامة تكريس أحكام لحماية الطرف الضعيف في العقد، إلا أنها تبقى غير كافية وعاجزة عن مسايرة التطورات التي شهدتها نظرية العقد، في ظل التقدم الصناعي التكنولوجي الذي أسفر عن وجود منتجات مُعقَّدة وذات تقنية عالية، مع زيادة الإقبال عليها خاصة بعد النمو الاقتصادي والثقافي والاجتماعي الذي شهدته بلادنا، نتيجة الانفتاح الاقتصادي وتحرير التجارة الخارجية من الاحتكار، وهو ما أدَّى إلى ظهور الشركات المتعدِّدة الجنسيات والمؤسسات العملاقة، التي تفرض شروطها على جميع من يتعاقد معها.

إن انتشار استخدام العقود المنظَّمة (التأمينات الإلزامية) وكذا المستقبلية (عقود الإطار)[2] والعقود النموذجية بصفة عامة، وعقود الإذعان بصفة خاصة في المعاملات الاقتصادية، بحيث أصبح النموذج الواحد يستخدم لبيع وتقديم مئات الآلاف من السلع والخدمات المتشابهة[3]، أدَّى بأحد المتعاقدين إلى فرض شروط تعسفية نتج عنها اختلال التوازن العقدي مع المتعاقد الآخر، واستغلال ضعف مركزه الاقتصادي وعدم خبرته التقنية والفنية، وللإحاطة بجميع جوانب الحماية القانونية التي كرَّسها المشرع ضمن القواعد العامة ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: تنظيم عقد الإذعان يشكل حماية للمستهلك

الفصل الثاني: حماية المستهلك من خلال تقريب مراكز أطراف عقد الإذعان

---

[1] ليلى كراش، مرجع سابق، ص111.

[2] **عقود التأمينات الإلزامية:**" هي عقود يتم تحديد مضمونها من قبل المشرع على عكس عقود الإذعان التي يتم تحديد مضمونها من طرف المتعاقد القوي"، أمَّا **عقود الإطار:**" فهي اتفاقات يُحدِّد الأطراف بمقتضاها الخصائص العامة لعلاقاتهم التعاقدية المستقبلية وتُحدِّد عقود التطبيق كيفية تنفيذ هذا الاتفاقات".

[3] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**، دار الكتاب الحديث للنشر، درارية، الجزائر، طبعة 2019م، ص229.

الفصل الأول: تنظيم عقد الإذعان يشكل حماية للمستهلك

إن المتعاقد الموجب حين يبرم عقدًا مع متعاقد آخر يهدف بالدرجة الأولى إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، حتى لو كان ذلك على حساب ذلك المتعاقد باعتباره الطرف الأضعف اقتصاديًا، وبما أن الطرف الأقوى قد يستعمل أساليب الدعاية والإشهار التي تنطوي على أسلوبي التظليل والاحتيال، كما أنه قد يستغل حاجة الطرف الضعيف للسلعة أو الخدمة من أجل فرض شروطه التعسفية، بما يجعل العقد غير متكافئ ويلحق أضرارًا بهذا الأخير، الأمر الذي يستلزم توفير الحماية اللازمة للمتعاقد الأضعف وللعقد الذي يبرمه مع الموجب[1].

إن عقد الإذعان يجد مكانته بصفة عرضية ضمن القواعد العامة، وبالتحديد في المواد 70، 110 و112 من القانون المدني محل دراستنا ضمن هذا الباب، كما تمت معالجته في التشريعات الخاصة في المواد 03، 29، 30 من القانون 04-02 المحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم، وكذا القانون 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، والأمر 95-07 المعدَّل والمتمم بموجب القانون 06-04 المتعلق بالتأمينات[2].

حيث أوضح المشرع في عقد العمل بالتفصيل مدة العمل والراحة الأسبوعية والسنوية، فحدَّد مدة العمل القصوى في الظروف العادية بـ 40 ساعة في المادة 02 من الأمر رقم 97-03 المحدِّد للمدة القانونية للعمل، واستثناءً تُخفَّض هذه المدة بسبب ممارسة العامل أشغال شديدة الإرهاق وخطيرة، ينجر عنها ضغط جسدي وعصبي في المادة 04 منه[3]، كما نظَّم المشرع أيضًا الحد الأدنى للأجر المضمون، بموجب المادة 87 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، فيتم حساب الأجر الوطني على أساس الأجر الممنوح مقابل عدد الساعات المؤداة[4].

---

[1] عواطف زرارة، **(الحماية القانونية للمستهلك في التشريع الجزائري)**، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، فيفري 2014م، (ص ص:82-88)، ص85.

[2] خديجة فاضل، **(عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة)**، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر، 305-324.

[3] الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 1997/01/11، المحدِّد للمدة القانونية للعمل، ج ر العدد 03، الصادرة في 1997/01/12.

[4] خديجة فاضل، مرجع سابق، 324.

أمَّا في عقد التأمين فقد قام المشرع بتنظيم عقود التأمينات الإلزامية، وذلك بإدراج البنود النموذجية في عقود التأمين على آثار الكوارث الطبيعية المتمثلة في موضوع الضمان، امتداد الضمان، سريان مفعول الإعفاء، التزامات المُؤمَّن له، التزامات المُؤمِّن والخبرة المضادة، ويهدف المشرع من وراء تنظيم عقد التأمين الإلزامي بإدراج بنود نموذجية، إلى حماية المُؤمَّن لهم باعتبارهم أطراف ضعفاء[1].

كما يشترط المشرع ذكر بيانات إلزامية كاسم المتعاقدين وطبيعة المخاطر المضمونة...إلخ، طبقًا للمادة 07 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات، فذكر هذه البيانات يعتبر حماية للمُؤمَّن لهم، وعدم ذكرها يعتبر مساسًا بالحماية التي أقرَّها المشرع، ثم إن فرض الكتابة بحروف واضحة وتوقيع الطرفين المكتتبين هي تكريس لحماية المُؤمَّن لهم[2].

إن العقود في غالب الأحيان تُبنَى على أساس مبدأ سلطان الإرادة، والإرادة السليمة هي إرادة خالية من عيوب الإرادة المعروفة، ورغم التباين بين هذه العيوب من حيث مفهومها، إلا أنها تشترك في كونها السبب الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، بمعنى أنه لو كانت إرادة المتعاقد الضعيف سليمة، وخالية من العيوب لما كان يقدم على إبرام العقد، وبالتالي يجب تحريرها من الضغوط التي ترتبط بشكل مباشر بوجود اختلال في التوازن المفترض، تحققه في العلم والمعرفة أو في المركز الاقتصادي بين طرفي العلاقة العقدية، على نحو قد لا يسمح لهذا الطرف الضعيف بمناقشة شروط التعاقد بكفاءة وفعالية[3].

فإذا ثبت في عقود الاستهلاك بأن المتعاقد القوي قام بالتأثير على إرادة المتعاقد الضعيف، ودفعه إلى إبرام العقد، سواء بإيقاعه في غلط أو إكراهه أو استغلاله أو قيامه بأفعال تدليسية أدَّى ذلك إلى إبطال العقد، ونشير هنا إلى أن تلك العيوب قد تطرأ على إرادة المتعاقد الضعيف قبل إبرام العقد فتؤدي به إلى إبرام العقد، كما أنها قد تطرأ على إرادته عند إبرام العقد، ممَّا يؤدي به إلى قبول بعض الشروط الغير عادلة التي يضعها المتعاقد القوي تعسفًا[4].

---

[1] خديجة فاضل، مرجع سابق، 324.

[2] القانون رقم 95-07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج ر العدد 13، الصادرة في 1995/03/08، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 06-04 المؤرخ في 2006/02/20، ج ر العدد 15، الصادرة في 2006/03/12.

[3] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2016/03/13م، ص13.

[4] عواطف زرارة، مرجع سابق، ص86.

إن من أهم أسباب ظهور مشكلة الشروط التعسفية انتشار عقود الإذعان، التي تقوم على التفوق الاقتصادي لمتعاقد في مواجهة الآخر، فيستغل الأول هذا التفوق لفرض شروطًا تعاقدية قد يكون بعضها تعسفي، ممَّا استدعى تدخل المشرع لتوفير الحماية للطرف الضعيف، بوضع قواعد لمكافحة الشروط التعسفية التي يكون مصدرها عقود الإذعان[1].

وللتعرُّف على الكيفية التي يمكن من خلالها أن يشكل تحديد الإطار القانوني لعقد الإذعان حماية للمستهلك، من أجل توفير الحماية اللازمة للمتعاقد المُذعَن وتحقيق التوازن العقدي، يجب علينا تحديد الإطار المفاهيمي لعقد الإذعان في **(المبحث الأول)**، ثم التعرض لخصوصية عقد الإذعان كأداة حمائية للمستهلك في **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الإذعان

يتحدَّد مضمون عقد الإذعان كليًا أو جزئيًا بصورة عامة ومجرَّدة قبل الفترة التعاقدية، غير أن المبادئ القانونية المعاصرة غيرت من مفهومه، فالمبادئ التقليدية تشترط ليتصف العقد بطابع الإذعان، أن يكون هناك احتكار للسلعة أو الخدمة من قبل مقدمها وأن تكون ضرورية للمتعاقد، وأن تفرض شروط التعاقد على الطرف الضعيف دون أن يكون من حقه مناقشتها أو تعديلها[2]، ولتحديد الإطار المفاهيمي لعقد الإذعان سنتطرق لنشأته وتعريفه **(كمطلب الأول)**، ثم نتطرق لخصائص عقود الإذعان وطبيعتها القانونية **(كمطلب ثان)**.

المطلب الأول: نشأة وتعريف عقد الإذعان

عقد الإذعان يعتبر من العقود المستحدثة ظهر نتيجة التطور في الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وقد أثَّر ظهوره على المبادئ التعاقدية التي كرَّسها مبدأ سلطان الإرادة، كون هذا الأخير يتميز بضوابط وشروط مختلفة عن العقود المعروفة[3]، وقد أدَّى ذلك إلى اختلاف الفقهاء

---

[1] سفيان سوالم، **(الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري)**، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 04، جوان 2016م، (ص ص:121 -138)، ص125.

[2] عبد الله ذيب محمود، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012 م، ص117.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر01، يوسف بن خدة، السنة الجامعية: 2012 - 2013م، ص34.

في إيجاد تعريف جامع مانع له، وعليه سنتناول نشأة عقد الإذعان وتأثير عوامل التنمية عليه، ثم نتناول تعريف عقد الإذعان وتمييزه عن غيره من الأنظمة التعاقدية.

الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان وتأثير عوامل التنمية عليه

لقد نشأ عقد الإذعان نتيجة التطور الاقتصادي خاصة بعد الثورة الصناعية، واحتكار إنتاج بعض السلع والخدمات من طرف بعض المؤسسات العامة والخاصة، وبالتالي استطاعت تلك المؤسسات القوية نتيجة لسلطتها أن تملي إرادتها وشروطها المعدَّة مسبقًا، على الراغبين في التعاقد معها دون أن يملكوا مناقشة تلك الشروط[1]، وعليه سنتناول علاقة عقد الإذعان بمبدأ سلطان الإرادة، ثم نتناول كيفية تأثير عوامل التنمية عليه.

أولاً: علاقة عقد الإذعان بمبدأ سلطان الإرادة

إن جواز تعديل مضمون عقد الإذعان لتحقيق التوازن العقدي هو استثناء على مبدأ سلطان الإرادة، فمن خلال هذا المبدأ يمكن لأطراف العقد إنشاء ما يريدون من التزامات في حدود احترام النظام العام والآداب العامة[2]، ولمعرفة علاقته بعقد الإذعان سنتناول مفهوم مبدأ سلطان الإرادة، ثم نتناول النشأة التاريخية لعقد الإذعان.

1 - مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء الالتزام أي لانعقاد العقد، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تُحدِّد مدى الالتزامات التي يُرتِّبها العقد، أي معناه أن للإرادة الحرية في إنشاء العقود وتحديد آثارها[3].

إن مبدأ سلطان الإرادة لم يصل إلى القوانين المستمدة من القانون الروماني، إلا بعد تطور كبير خاصة فيما يتعلق بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف دون ضرورة أن يأتي في شكل آخر، ففي القانون الروماني لم يكن يكفي لإبرام العقد توافق الإرادتين، بل كان لابد من القيام باتخاذ إجراءات شكلية لكي ينعقد العقد، وسادت هذه الفكرة في القانون الروماني في

---

[1] يمينة بليمان، **(عقود الإذعان وحماية المستهلك)**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر، المجلد 30، العدد 02، ديسمبر2019م، (ص ص:121 -138)، ص101.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص34.

[3] أنور سلطان، **الوجيز في مصادر الالتزام**، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 1998م، ص13.

عصوره المختلفة، رغم ظهور العقود الرضائية التي يكفي الإرادتين لانعقادها، إلا أن الرضائية اعتبرت استثناءً وليست أصلاً[1].

قد واصل مبدأ رضائية العقود سيره بعد زوال الدولة الرومانية ووجد في الكنيسة أكبر عون له، إذ كانت تنادي باحترام العهود والمواثيق فكان القانون الكنسي مهدًا للرضائية، إذ قرَّر أن كل اتفاق يكون مُلزِم ولو تجرَّد من الشكلية[2].

ووصل هذا المبدأ إلى ذروة مجده في القرون الثلاثة الأخيرة، أي ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر، وكان سبب ازدهاره ظهور المذهب الفردي خلال تلك الحقبة التي علا فيها تبجيل واحترام الفرد واعتباره محور القانون وأساسه[3].

ولقد كان لهذا المبدأ عدَّة نتائج هي:

أ - حرية التعاقد: حيث أن كل ما هو عقدي يحقق العدالة، وأن أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطان ذاتي، وعليه فإنه يجب على المشرع أن يفسح لهذه الإرادة حرية واسعة في إنشاء العقود وفي تحديد مضمونها[4].

ب - وجوب احترام مشيئة المتعاقدين: طالما أن العقد هو وليد إرادة المتعاقدين، لذلك يجب احترام هذه الإرادة، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، وعليه لا يجوز للمشرع ولا للقاضي أن يتدخلا في مضمون العقد.

جـ - مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد: إن الأثر القانوني الذي يترتَّب على قيام العقد، يقتصر على المتعاقدين ولا يمتد إلى الغير، إذ لا يجوز أن يتحمل الغير التزامات أو يكتسب حقوقًا لم يكن طرف فيها[5].

لقد ساير المشرع الجزائري الاتجاه السائد فأعتنق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وهي تعتبر إحدى نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة حتى في ظل الاختيار الاشتراكي، وهذه القاعدة كقوة ملزمة لإرادة المتعاقدين تستلزم ألاَّ ينفرد أحدهما بإيقاف العقد أو إنهائه، إلا في حدود ما

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص34.

[2] محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري**، دار الهدى للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 1992م، ص43.

[3] المرجع نفسه، ص44.

[4] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص35.

[5] محمد عبد الله الدليمي، **النظرية العامة للالتزام**، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1998م، ص32.

اتفقًا عليه أو ما يبيحه القانون كعقد الوكالة، حيث يجوز للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء في حدود ما نصت عليه المادة 587 مدني جزائري[1].

إن القوة الملزمة للعقد واحترام إرادة الطرفين تفرض نفسها حتى على المشرع نفسه، فإذا أصدر قانونا جديدًا ظل القانون القديم يحكم الآثار العقدية التي تتم في المستقبل، ما لم تكن أحكام القانون الجديد متعلقة بالنظام العام[2].

2 - النشأة التاريخية لعقد الإذعان

تُعَدُّ عقود الإذعان من العقود الحديثة النشأة في مجال المعاملات المالية، فلم تكن معروفة في الفقه الإسلامي بل ظهرت في الفقه الغربي الحديث، خصوصًا في القانون المدني الفرنسي، ويسميها الفرنسيون عقود الانضمام (*Contrat d' adhéshon*) لأن من يقبل العقد إنما ينضمُّ إليه دون أن يناقشه، وأول من أطلق عليها عقود الإذعان هو الفقيه القانوني الدكتور عبد الرزاق السنهوري[3].

نظرًا لأن عقود الإذعان نشأت نتيجة التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة، فالنموذج التقليدي في التعاقد هو أن يتم إجراؤه بحرية النقاش والمساومة، بحيث يترك لكل طرف في العقد الفرصة في أن يجعل الطرف الآخر يرتضي أفضل الشروط بالنسبة إليه، وهذا هو عقد المساومة الذي يكون فيه توافق الإرادتين نتيجة المساومة بين طرفين متساويين، يؤدي كل منهما دورًا في إبرام العقد مساويًا للدور الذي يؤديه الطرف الآخر[4].

واستمر التعاقد على النحو الذي سبق بيانه، حتى ظهرت عقود الإذعان مطلع القرن العشرين نتيجة التقدم الصناعي والتكنولوجي الكبير، حيث قامت الصناعات الكبيرة التي تضم الجموع الحاشدة من العمال، وتكوَّنت الشركات الضخمة برؤوس أموال كبيرة، وأخذ الاختلال في التوازن بين القوى الاقتصادية الجديدة يظهر على أشدِّه، فأدَّى هذا إلى تنظيم نقابات عمال

---

[1] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج ر العدد 78، الصادرة في 1975/09/30، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 07 -05 المؤرخ في 2007/05/13، ج ر العدد 31، الصادرة في 2007/05/13.

[2] يوسف فاضلي، **النظرية العامة للالتزام**، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2002م، ص127.

[3] عامر رحمون، **(عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة)**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 01، العدد 23، تاريخ النشر: 2015/12/15م، (ص ص:218 -232)، ص220.

[4] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص35.

لإعادة هذا التوازن، وبذلك ظهرت قوى اجتماعية جديدة وظهرت مبادئ اشتراكية مضادة للمذاهب الفردية التي سادت في القرنين الماضيين[1].

ورأت هذه الجماعة أن تراعي المصلحة المشتركة قبل كل شيء، فإذا تعارضت هذه المصلحة مع مصلحة الفرد قدمت الأولى على الثانية، ومن ثم فإن الأفكار الحديثة تقيم القانون على أساس التوازن الاجتماعي، وهذه الأفكار وتلك المذاهب من شأنها أن تفرض الأساس الذي يقوم عليه المذهب الفردي فَتُضْعِفُ من مبدأ سلطان الإرادة، لهذا انتكص مبدأ سلطان الإرادة وأصبحت قوته تضعف يومًا بعد يوم، وقد ترتَّب عن انتكاص هذا المبدأ وتراجعه العديد من النتائج، من أهمها ظهور نظم للعقود الجبرية والعقود النموذجية وعقود الإذعان[2].

قد نادى الفقه بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق إقامة التوازن العقدي، وباستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان، كما ذهب إلى ذلك الأستاذ "**ساليي**" (*Saleille*)، ومن ثم شهد تحولاً جذريًا على مستوى العلاقات والروابط التعاقدية، فهذا التعبير المتمثل في مصطلح عقد الإذعان (*Contrat d'adhéshon*) الذي اقترح في بداية القرن العشرين من طرف ساليي في كتابه " **الإعلان عن الإرادة** " وبالتحديد سنة1901 معناه أن يوافق شخص على قرار اتخذه غيره، أمَّا في الاصطلاح العربي فيقصد بالإذعان الخضوع والطاعة[3].

إن هذا الأخير قد كان موضوع دراسات فقهية خاصة في فرنسا، ومن ثم أُثْرِيَ عقد الإذعان لا سيما من جانب أولئك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونية خاصة، وتضاعف توسيع عقد الإذعان بحيث أضحى التفاوض لا يمثل إلاَّ خطوة سابقة على تكوين العقد[4].

وامتدَّت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى، خاصة المتَّبِعة للمذهب الفردي بعد أن أصَّلها كل من الفقه والقضاء، فالفقه قد خصَّص دراسة طويلة لعقد الإذعان وكذا القضاء عُنِيَ بحل المشاكل التي يفرضها هذا العقد، ومن خلال ذلك يتَّضح أن فكرة

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص36.

[2] حسني عبد الدايم، **العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008م، ص49.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع السابق، ص36.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، **سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان**، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011م، ص16.

الإذعان أكثر انتشارًا في البلدان الاشتراكية، والسبب هو تركيز الاحتكار لدى شركات أو مؤسسات عامة، وهذا ما يُمكِّنها من فرض شروطها دون اعتراض من الطرف المُذعَن[1].

وعلى كل حال فإنه على الرغم ممَّا تهدف إليه تلك المؤسسات العامة من بناء للاقتصاد الوطني، فإنها تبقى دائما ذات امتياز بسبب ما يسمى بالعقود الإدارية، ونسبة ما وصلت إليه التطورات الاقتصادية بالصورة التي تم الإشارة إليها، استطاعت بعض الشركات والمؤسسات التي تحتكر بعض السلع والخدمات أن تحتل مركزًا تعاقديًا قويًا، مكَّنها من إملاء شروطها على جمهور المستهلكين أو المنتفعين، دون أن يكون لهم أدنى حق في مناقشة تلك الشروط أو الحوار بشأنها[2].

فكثيرًا ما تُحرِّر هذه الشركات شروط العقد وتنفرد في فرضها بوثيقة مُعدَّة مسبقًا، وعلى نحو لا يقبل المساومة أو المناقشة، ولاضطرار المتعاقد للدخول في هذه العلاقة نظرًا لحاجته الماسة للسلعة أو الخدمة، فإنه لا يجد مفر من الإذعان لهذه الشروط وإن تكن عادلة، ولهذا السبب قد سُميَت هذه الطائفة من العقود باسم عقود الإذعان، فالمتعامل فيها مع منتج أو متدخل يقوم بعملية متكرِّرة ويستقل بإعداد العقد مقدمًا، هذان الشرطان كافيان كمعيار لتوافر علاقة الإذعان، ومجرَّد الاستقلال بإعداد العقد كفيل بتمكين المتدخل أو المنتج من وضع الشروط التعسفية التي وجدت فكرة الحماية في عقود الإذعان لمواجهتها[3].

لذلك فإنه من المناسب القيام بدراسة منهجية لعقد الإذعان الذي يحظى بنظام خاص، وتحديد مفهوم له يستجيب إلى حقيقة الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وذلك بعد دراسة مختلف العناصر الذي ساعدت على نشأته، بناءً على ما سبق يمكننا القول بأن عقود الإذعان ما هي إلاَّ نتاج لنمط الحياة الاقتصادية التي نعيشها، وقد نشأت هذه العقود في الفكر القانوني المعاصر نتيجة الوضع الاقتصادي، المتمثل في قيام قوى باتت تتحكم في أرزاق الناس أو ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو خدمات لازمة[4].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، **عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والفقه المقارن**، المؤسسة الوطنية للكتاب 3، شارع زيغوت يوسف، رقم النشر 2278/96، الجزائر، 1990م، ص11 -12.

[2] المرجع نفسه، ص12.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص37.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص13.

قد توصلت تلك القوى إلى هذا التحكم في الأرزاق أو ضروريات الحياة ومتطلباتها، عن طريق الاحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة، وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة، أصبحت حال كونها تتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموالاً طائلة، لا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى اقتصادية يغلب أن لا تجد لها منافسًا، وإن وجدته هادنته لتتوافق معه على توحيد شروطهما في تقديم الخدمات، الأمر الذي يضع أثر المنافسة بينهما يضعف إن لم يُزَل كُلَيةً[1]. ولظهور الإذعان في عقود الاستهلاك عدَّة عوامل: اقتصادية، قانونية، اجتماعية، وأخيرًا مادية.

ثانيًا: عوامل التنمية المؤثرة في نشأة عقد الإذعان

إن ظهور عقود الإذعان كان بسبب شارح القانون الفرنسي القديم "بوتييه" الذي أكد أن الفرد لا تقيِّده أي رابطة، فله الحرية التامة في التعاقد وأن يقبل ما شاء من الشروط، إذن أساس العقد الإرادة وهي مصدر الحقوق بين الأشخاص وبالتالي تكون أسمى من القانون، حيث أصبح التفاوض لا يمثل سوى المرحلة التي تسبق العقد، دون أن تتدخل إرادة الطرفين في تحديد شروط انعقاده والآثار المترتبة عليه، وقد نادى الفقه بالحماية الاجتماعية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية[2]، ولدراسة هذا العقد لابد من التعرض لأهم العوامل التي أثَّرت في نشأته.

1 - العوامل الاقتصادية

أصبحت العقود ما بين القرن السابع عشر والقرن التاسع عشر أداة قانونية مرنة، تُمَكِّن من ضمان أمن المبادلات في اقتصاد الصفقات، وبعبارة أخرى فإن الجانب الاقتصادي أصبح يشكل القاعدة الأساسية التي تحكم العقود، كما أن العقد يكون مع ملكية الدولة إطار للإنتاج والمبادلات، لقد كان الاستقرار الموضوعي لنية التعاقد هو الرابطة القانونية، والتأكد من العلاقة القانونية يؤدي إلى حماية المتعاقد من القرارات الارتجالية، والخضوع إلى عدالة موزعة بالتساوي ذلك لأنه يصعب تقديرها، لذا يجب احترام الالتزامات الناتجة عن العقد لكي يكون أداة لتصرف عقلاني، وهذا الاحترام يجب أن يسود فكرة العقد سواء أثناء نشوئه أو عند تنفيذه[3].

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص37.

[2] يمينة بليمان، مرجع سابق، ص102.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص14.

ولكن نجد أنه في العصور الوسطى استبعد القانون الفرنسي التأثير الاقتصادي للعقد، لأنه لا توجد رؤوس أموال كثيرة والتجارة والصناعة كانت تمارس في إطار تقليدي، وقد ساعدت الرأسمالية الصناعية على ظهور عقد الإذعان لتوسيع الفارق الاقتصادي، اعتمادًا على الحرية الاقتصادية التي جعلت من العقد مصدرًا للحق دون منازع، وأن التنمية الصناعية التي قادتها الرأسمالية قد سيطرت على الأفراد، وجعلتهم يتقبلون شروط مجحفة في العقود المبرمة بينهم[1].

وهذا التفاوت محسوس في مركز الطرفين من الناحية الاقتصادية بسبب ما يتمتع به الموجب من احتكار، وبالتالي فإن التحولات الاقتصادية هي السبب في اختلال التوازن بين القوى التعاقدية وبالتالي تحدُّ من قوة المفاوضة، وأن ما تمليه الإرادة المنفردة من طرف الموجب يهدف إلى تحقيق مصالح ذاتية، كما أن العقد أصبح وسيلة لتسيير المنشآة الاقتصادية بإنشاء التزامات تعاقدية متنوعة، وعليه كان عقد الإذعان مفروضًا بعوامل اقتصادية[2].

من خلال ذلك يمكننا القول أن التحولات الاقتصادية هي السبب في اختلال التوازن بين القوى التعاقدية، والحد من حرية الأفراد في تحديد شروط العقد، وأن عدم المساواة جعلت العقد بدلاً من أن يكون وسيلة تفاوض لحماية مصلحة المتعاقدين، أضحى نظامًا قانونيًا تمليه الإرادة الطرف القوي المنفردة في العقد أي المتدخل، إذن فعقد الإذعان ليس إلاَّ تصرفاً متميزًا يقابل ويواجه عقود المساومة، فهو ينشأ التزامات متبادلة بين أطرافه إلا أنه له فائدة عامة[3].

وعليه نجد أن العقود المنبثقة عن الشركات الضخمة والعروض المقدمة من البنوك تتضمن شروطًا لمصلحتها الاقتصادية، لذا يقول جانب من الفقه عن عقود الإذعان:" هي عقود كثيرة الشيوع تزداد يومًا بعد يوم نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي أخذ يؤدي إلى نشأة هيئات أو شركات أو أشخاص يتحكمون في الجمهور بسلطتهم على السلع والخدمات التي لا يستطيعون الاستغناء عنها"[4].

فعلى سبيل المثال ونتيجة للتطور الحضاري بسبب الابتكارات والمكتشفات التقنية الدقيقة، ولتجمع الأشخاص وتكدس الأموال والبضائع في المصانع والمستودعات أصبح عقد التأمين

---

[1] يمينة بليمان، مرجع سابق، ص102.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص17.

[3] يمينة بليمان، مرجع سابق، ص102.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص17 - 18.

وسيلة للاحتياط من الأخطار وتوزيعها، حيث بات التأمين أحد الوسائل التي يلجأ إليها الإنسان لتفادي آثار الأخطار ومصائب الحياة المزعجة، وعلى الرغم من ذلك فإن هذه العقود تخرج في أغلبها عن نطاق العقد الرضائي، لتصبح عقود إذعان بالنسبة للمؤمَّن له الذي لا يستطيع أن يناقش بنودها، فعادة تقوم شركات التأمين بإملاء شروطها بوثيقة التأمين وما على الجمهور إلا قبولها أو يحرم من تقديم الخدمة[1].

وقد ظهرت مع الأزمات ظواهر قانونية لا يعرفها النظام الفردي القائم على الحرية مثل الإجبار على التعاقد، والعقد الموجه والتسعيرة الجبرية، وفرض حد أدنى للأجور والحد الأقصى للأجرة في إيجار المساكن والأراضي الزراعية[2].

2 - العوامل القانونية

في العقود الموجهة التي هي ثمرة التدخلات التشريعية فإنها تتماشى مع عقد الإذعان الذي يعتبر وليد الحرية القانونية، وأن بعض العقود سواء كانت عامة أو خاصة تلقَّت فائدة عقد الإذعان، كوسيلة لإعداد ظروف نشاطها ولخلق قانون مستقل للاقتصاد، وكمثال على ذلك فإن عقد التأمين على المخاطر البحرية ترجع شروطه إلى الطرف القوي الذي هو على علم بالخسائر المحتملة، فيُحدِّد الخطر وبالتالي يُحدِّد الشروط التي تجعل من عقده وسيلة فعَّالة لحماية مصالحه[3].

كما أن عدم وجود نصوص قانونية تواجه تلك الظواهر خاصة في التقنين المدني والتجاري، كان سببًا في أن يخلق الطرف القوي شرطًا يخرج عن نطاق هذين القانونين، وكانت تلك مساهمة أو عاملاً من العوامل التي أدَّت إلى نشوء عقود الإذعان[4].

إن تنمية ونشوء بعض المبادئ القانونية كمبدأ المساواة أمام المرفق العام والموجه أساسًا إلى تفادي التفرقة بين القوى، قد جعل بعض العقود غير قابلة للمناقشة، ويرى" **برليوز**" أنه إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم توازن في العقد، فإن الوسائل والنظريات القانونية قد

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص18.

[2] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص18.

[4] المرجع نفسه، ص19.

خلقت عقود الإذعان، وهذا التحول لا يرجع إلى طبيعة أطرافه ولا إلى طبيعة محله وإنما إلى طبيعة العقد ذاته[1].

3 - العوامل الاجتماعية

إن الإنسان بطبيعته مدني والفرد المعاصر أصبح لا يطيق الانعزال فيلجأ إلى التجمعات وينظمُّ إليها، وفي نفس الوقت يخشى الوحدة ولا يشعر بالراحة إلا مع الجماعة، فيلجأ عند تنظيم عقوده إلى شخص مُختَّص بتنظيم تلك العقود ككاتب العدل، يخضع له وكأن هذه العقود الموثقة أصبحت عقود إذعان[2].

وموقف الإنسان إزاء الأخطار التي تواجهه سواء كانت شخصية أو تقع على ممتلكاته أو أخطاء المسؤولية المدنية، تجعله يعيش في حالة قلق دائم لم يكن أبدًا سلبيًا، فقد حاول منذ عهد بعيد أن يتفاداها ويمنع وقوعها باستحداث الوسائل المختلفة، بتعاونه مع الآخرين خاصة الذين يتعرضون مثله لخطر معيَّن على توزيع الخسارة المالية، التي تصيب واحدًا منهم نتيجة إمكانية تحقق الخطر عليهم جميعًا، وبذلك يتحمل كل منهم جزءً بسيطًا من الخسارة فَيقِلُّ بذلك الخطر عليهم جميعًا[3].

4 - العوامل المادية

إن ما تقوم عليه الحياة المعاصرة من سرعة خاصة في الجوانب التجارية، جعلت المقتني للسلعة أو الخدمة لا يستطيع التَمَعُّن فيما يرد من شروط مطبوعة، ولم يعد له الوقت الكافي لقراءة ومناقشة ما يُنَظَّمُ إليه من عقود، فهذه العناصر المادية جعلت من هذا العقد عقد إذعان.

ثم أنه من أبرز التطورات الحديثة من الناحية المادية، هو أن المعلومات أصبحت تُزَوَّدُ للعقول الإلكترونية حسب معطيات مادية معيَّنة، حيث يصل بذلك إلى إخراج وتحديد شروط غير قابلة للتعديل والمناقشة، ويستعصي على الفرد مناقشتها شخصيًا إن أراد ذلك، ممَّا يستلزم أن تكون كل الشروط المرتبطة بأي عقد في شكل نماذج، وهذا هو الاتجاه السائد في الحياة اليومية للمستهلك[4].

---

[1] يمينة بليمان، مرجع سابق، ص103.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص19.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص21.

[4] يمينة بليمان، مرجع سابق، ص103.

وفي ضوء المتغيرات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية وما أدَّت إليه من تعقيد للمشكلات وتكريس ضعف المتعاقد وعدم الخبرة أو المقدرة – ثم انتشار الشروط العامة في العقود المطبوعة مسبقًا وتفشي عقود الإذعان، واستسلام العملاء في مجال السلع والخدمات لما يعرضه عليهم المتدخلون – فقد تعاظم الاهتمام بحل هذه المشكلات والتوجه إلى البحث عن الوسائل القانونية الكفيلة بحماية الطرف الأقل خبرة أو قدرة[1].

فالوثيقة التعاقدية تطبع مقدمًا بمعرفة الطرف القوي، الذي يُضمِّنها الشروط التي تحقق مصلحته دون مراعاة مصلحة الطرف الضعيف، ممَّا يؤدي إلى زيادة الشروط التعسفية التي تخفف من التزامات الموجب، مع تكليف الطرف القابل بالتزامات جديدة أو التشديد في التزاماته الأصلية، ومن ثم لا يكون أمام الطرف الضعيف سوى التوقيع دون مناقشة على تلك الوثيقة المتضمنة للشروط المجحفة، دون تفحصها أو مناقشة شروطها المطبوعة التي تكون عادة صعبة الفهم على المتعاقد عديم الخبرة[2].

الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان وتمييزه عن غيره من الأنظمة التعاقدية

عقد الإذعان من العقود المستحدثة ضمن تقسيمات العقود، وللوصول إلى المعنى الحقيقي له يجب أن نتعرض لتعريفه، ثم نتعرض لتمييزه عن غيره من الأنظمة التعاقدية.

أولاً: تعريف عقد الإذعان

إن الصعوبات التي واجهت تعريف عقد الإذعان على صعيد الفقه والتشريع أدَّت إلى عدم وجود تعريف يمكن اعتباره جامع له، فنظرية الإذعان تطغى عليها النزعة الاقتصادية لذلك لا ينتظر من تعريف عقد الإذعان إلا أن يكون متأثرًا بهذه النزعة، فناحية الإذعان في العقد كانت نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي فيه[3]، وعلى ضوء ذلك سنحاول التعرض لتعريف عقد الإذعان فنتناول في البداية تعريفه لغةً، ثم نتناول المعنى الاصطلاحي له.

---

[1] حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع الإشارة إلى القوانين الأنجلوأمريكية**، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، 1990 -1991م، ص119.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص21.

[3] محمد فواز صباح الآلوسي، (**التعسف في عقود الإذعان**)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 07، العدد 02، السنة 2017م، (ص ص: 189 -211)، ص190 -191.

1 - تعريف عقد الإذعان لغةً

(ذعن) الذال والعين والنون أصل واحد يدل على الإصحاب والانقياد، والإذعان في اللُّغة هو الإسراع مع الطاعة والانقياد، لقوله تعالى:﴿وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ﴾[1] أي مسرعين في الطاعة، ومعنى الآية أن المنافقين عندما يكون الحق معهم والحكم لصالحهم يأتون لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، منقادين لحكمه مُقرِّين به طائعين غير مكرهين بل مسرعين[2].

ويقال: أَذعَن الرجل إذا انقاد وسلس، وأذعن له أي خضع وذَلَّ، وتقول العرب: هو في الإساءة إليك ممعن وأنت منقاد له مُذعَن، وناقة مذعان: سلسلة الرأس منقادة لقائدها، ويُعرَّف كذلك على أنه الانقياد والإقرار والذِلَّة والإسراع في الطاعة، نقول: أَذْعَنَ له إذا انقاد وهو مُذعِن، وأذعن فلان بحقٍ أقرَّ به[3].

من خلال ما سبق نخلص أن الإذعان في اللُّغة هو الانقياد بسرعة مع الطاعة والإقرار والخضوع، والمعنى الذي يتناسب مع طبيعة الموضوع هو(الانقياد والخضوع)[4]، وبما أن عقد الإذعان في معناه الاصطلاحي يرتكز حول وجود عقد بين طرفين، يمثل أحدهما الجانب الأقوى يملي كامل شروطه على الطرف الآخر، والذي ليس له سوى الخضوع والانقياد بالقبول أو الرفض لشروط العقد، فإن المعنى الاصطلاحي لهذه الكلمة لا يخرج عن معناها اللُّغوي[5].

2 - تعريف عقد الإذعان اصطلاحًا

عرَّف القانون المدني الفرنسي عقود الإذعان في مطلع القرن العشرين وأطلق عليها اسم عقود الانضمام(*Contrats d'adhésion*)، ومن القانون الفرنسي استمدت التشريعات القانونية العربية أحكام هذا النوع من العقود، فسمَّاها القانون اللبناني عقود الموافقة، إلا أن أوفق هذه

---

[1] سورة النور الآية (49).

[2] منال جهاد أحمد خلة، **أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي**، رسالة مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2008م، ص38.

[3] زياد خلف عليوي الجوالي، (**الحماية المدنية للمستهلك في عقود الإذعان، دراسة تحليلية مقارنة**)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 02، العدد 19، السنة 5، أيلول2013م، (ص.ص413 - 450)، ص424.

[4] محمد فواز صباح الآلوسي، مرجع سابق، ص191.

[5] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص14.

التسميات هو ما اختاره العلامة السنهوري إذ أطلق عليها عقود الإذعان[1]، إذن فهي العقود التي ينفرد فيها أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلُّها أو يرفضها كلُّها[2].

هناك بعض الباحثين من لا يوافق على هذه التسمية لأنها مسؤولة عن الكثير من اللبس والخطأ لمعنى هذه العقود، ويفضل تسميتها عقود الانضمام لأنها أقرب إلى اللفظ الفرنسي وأشمل من لفظ الإذعان، ولأن الإذعان لا يعدُّوا أن يكون حالة خاصة للانضمام[3].

وصاحب التسمية هو السنهوري فيقول: وقد آثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان، لما يُشعِر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول، وقد صادفت هذه التسمية رواجًا في اللُّغة القانونية من فقه وقضاء وانتقلت إلى التشريع الجديد[4]، ونحن بصدد تناولنا للمعنى الاصطلاحي لعقد الإذعان، سنحاول تعريفه في الفقه القانوني وكذلك عند المعاصرين.

أ - التعريف الفقهي لعقد الإذعان

لقد عُرِّفت عقود الإذعان بتعريفات عِدَّة تدور جُلُّها تدور حول إنفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، وغياب الرضا فيه وتَعدُّد خصائصه وشروطه ومن هذه التعريفات:

1 - تعريف الفقيه الفرنسي "**ساليي**" الذي يجمع كل الفقهاء على أنه صاحب أول فكرة للإذعان بقوله:" عقد الإذعان هو محضُ تغليب إرادة واحدة تنصرف بصورة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد مُحدَّد بل على مجموعة غير مُحدَّدة وتفرضها مسبقًا من جانب واحد ولا ينقصها إلا إذعان من يقبل قانون العقد"، يلاحظ أن هذا التعريف اهتم بالإرادة المنفردة وبطريقة الانضمام إليها، والتي تملي قانون العقد على مجموعة غير محدَّدة دون أن يتعرض لمجموعة العقد[5].

---

[1] أحمد سمير قرني، **عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي**، رسالة ماجستير، تخصص الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2008م، ص29.

[2] بوزيد كيحول، مسعودة حداوي، **(عقد الإذعان بين الفقه والقانون)**، مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، المجلد 05، العدد 08، جانفي2017م، (ص ص: 60 -81)، ص63.

[3] أحمد سمير قرني، مرجع سابق، ص29.

[4] بوزيد كيحول، مسعودة حداوي، مرجع سابق، ص63.

[5] محمود علي رحمه، **الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة**، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018م، ص71 -72.

2 - ويقول الدكتور محمد كامل مرسي بشأن عقود الإذعان:" أمَّا عقود الإذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة"[1].

3 - تعريف جاك غستان (*Jaques Ghestin*) صاحب المطوَّل في القانون المدني، حيث عرَّفه بأنه:" انضمام لعقد نموذجي يُحرِّره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب، وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله".

4 - وعرَّفه لعشب محفوظ بن حامد بأنه:" العقد الذي يُعدُّ فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطًا مُحدَّدة غير قابلة للتعديل أو المناقشة، ويوجهها للجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معيَّنة"[2].

5 - كما عرَّفه الدكتور حسام الدين الأهواني بأنه:" العقد الذي يَتحدَّد مضمونه العقدي كليًا أو جزئيًا بصورة مجرَّدة وعامة قبل الفترة التعاقدية".

6 - وعرَّفه الدكتور محمد حسين منصور بأنه:" العقد الذي يتم إعداده مسبقًا، حيث يتولى أحد أطرافه تحديد مضمونه ببيان الحقوق والالتزامات الناتجة عنه، بالطريقة التي تُحدِّد مصلحته دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشة ذلك المضمون"[3].

8 - أمَّا الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقد عرَّفه على أنه:" العقد الذي يسلم فيه القابل (المستهلك) بشروط مقرَّرة يضعها الموجب (التاجر ومن في حكمه) ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها"[4].

ويُعرَّفه البعض الآخر بأنه العقد الذي يضع أحد طرفيه مشروعه بصفة عامة ومجرَّدة، ويقبله الطرف الآخر دون أن تكون له حرية مناقشته أو طلب تعديله[5].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص24.

[2] أحمد سمير قرني، مرجع سابق، ص30.

[3] محمد حسين منصور، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص75.

[4] عبد المنعم فرج الصدة، **نظرية العقد في قوانين الدول العربية**، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974م، ص134.

[5] زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص 425.

وعرَّفه أيضًا الدكتور السنهوري في معرض حديثه عن القبول في عقد الإذعان فقال:" قد يكون القبول مجرَّد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقف مع الموجب لا يملك معه إلا أن يأخذ أو يدع، ولمَّا كان في حاجة إلى شيء لا غنى له عنه، فهو مضطر إلى القبول فرضاؤه موجودًا لكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان"، مجمل هذه التعاريف تجمع حول فكرة أن عقود الإذعان هي تلك العقود التي ينفرد أحد الطرفين بوضع شروطها، ويقتصر دور الطرف الآخر على التسليم بهذه الشروط دون مناقشتها نظرًا لضعفه الاقتصادي أو التقني[1].

أمَّا عقد الإذعان في التقنين المدني فنجد أن المشرع الجزائري عالج هذا العقد، دون وضع تعريف مُحدَّد له مثل باقي التشريعات، واكتفى بتنظيم أحكامه وهي الوظيفة المنوطة به من خلال وضع نصوص قانونية، من بينها ما جاء بموجب نص المادة 70 منه بقولها:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرَّد التسليم لشروط مقرَّرة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"[2].

من خلال هذه النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري قد حرص على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص، يعتبر استثناء عن الأصل العام القاضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، وما تقتضيه هذه القاعدة من عدم تدخل القاضي في تعديل مضمون العقد أو إلغائه، وذلك احترامًا لإرادة المتعاقدين إذ أنه بموجب الحكم الذي تضمنته النصوص الخاصة بعقد الإذعان، قد خَوَّل المشرع للقاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها.

ب - تعريف عقد الإذعان عند المعاصرين

اقتصر الفقهاء المعاصرين في تعريفهم لعقد الإذعان على التعريفات القانونية، وذلك لكون هذا العقد من العقود المستحدثة التي ظهرت في الفقه الغربي، ولم تكن معروفة في الفقه الإسلامي، ونذكر من بين هذه التعريفات ما يلي:

1 - عرَّفه قطب سانو بأنه:" عقد يقوم على اتفاق يضعه أحد طرفي العقد ويوجب على الطرف الآخر قبوله مطلقًا أو رفضه مطلقًا، ولا تكون هناك مساومة بين الأطراف على بنود العقد"[3].

---

[1] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص41.

[2] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص18.

2 - وعرَّف الدكتور محمد علي القري بن عيد عقد الإذعان بقوله:" العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ العقود التي تعتمد على نموذج نمطي للعقد يُعدِّه طرف في العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو أو رفضه"[1].

3 - وعرَّفه الدكتور عبد الحميد محمود البعلي على أنه:" العقد الذي يملي فيه أحد طرفيه شروطه ويقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها"[2].

4 - وعرَّف الدكتور صالح بن عبد العزيز الغليقة عقود الإذعان بقوله:" العقود التي تبرم بين طبقتين من الناس طبقة ضعيفة اقتصاديًا وأخرى قوية اقتصاديًا وفيها لا تستطيع الطبقة الضعيفة أن تناقش شروط العقد بل هي حرَّة في أن تقبل العقد برمته أو أن ترفضه برمته"[3].

وعند التأمل في التعاريف السابقة لعقد الإذعان سواء عند القانونيين أو فقهاء الشريعة المعاصرين نلاحظ أنها تتجه إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: يبني تعريف الإذعان على احتكار طرف قوي لسلعة ضرورية وهذا هو المفهوم التقليدي لعقد الإذعان وهو الاتجاه الذي سلكته أغلب القوانين العربية.

الاتجاه الثاني: فيرى أصحابه أن عقد الإذعان عقد نموذجي تنعدم فيه المساواة بين طرفي العقد، فينشأ عن ذلك انعدام المساومة، وحسب المفهوم الحديث اتجه بعض الفقه الفرنسي خاصةً نحو توسيع دائرة عقود الإذعان، من خلال تعريفها على النحو الآتي:" هي عقود محرَّرة انفراديًا من أحد أطراف العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية في تعديلها"[4].

وقد دارت هذه التعاريف حول أربعة عناصر هي: وجود احتكار في هذه العقود، وانفراد الطرف القوي بوضع شروط العقد، وانعدام المساومة فيها، والإعداد المسبق لهذه العقود.

---

[1] محمد علي القري بن عيد، **(عقود الإذعان)**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية، العدد 14، 2004م، (308/3).

[2] عبد الحميد محمود البعلي، **ضوابط العقود**، دار التوفيق النموذجية للطباعة، مصر، دون تاريخ، ص314.

[3] صالح بن عبد العزيز الغليقة، **صيغ العقود في الفقه الإسلامي**، دار كنوز اشبيليا، الرياض، السعودية، 2006م، ص99.

[4] راضية العطياوي، **معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04 -02 المتعلق بالممارسات التجارية**، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2010 -2011م، ص97.

ومن خلال هذه العناصر يمكن أن نُعرِّف عقد الإذعان على أنه:" عقد نموذجي يُعدِّه الموجب وينضم إليه القابل – أي المستهلك - دون مساومة أو مناقشة"[1].

فعقود الإذعان لا تكون إذن إلا في دائر معيَّنة، وهي لا توجد إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد يحتكر احتكارًا فعليًا أو قانونيًا شيئًا يُعَدُّ ضروريًا للمستهلك، ويصدر الإيجاب عادة إلى الناس كافة وبشكل مستمر ويكون واحد بالنسبة للجميع وفي أغلب الأحيان يكون مطبوعًا، والشروط التي يمليها الموجب شروط لا تناقش وأكثرها لمصلحته، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وتارة تُشدِّد من مسؤولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها لا يستطيع أن يستوعب فهمها الرجل العادي[2].

بعد النظر في التعريفات السابقة وتصورها، فالتعريف المرجَّح لعقد الإذعان هو أنه:" ذلك العقد الذي يضطر أحد طرفيه لقبوله دون مساومة أو تغيير في شروطه".

ثانيًا: تمييز عقد الإذعان عن غيره من الأنظمة التعاقدية

لتمييز عقد الإذعان عن غيره من الأنظمة التعاقدية، سنتناول تمييز هذا العقد عن العقود النموذجية، ثم نتناول تمييزه عن عقود المساومة.

1 - تمييز عقد الإذعان عن العقود النموذجية

بالرغم من أن العقد النموذجي هو الوسيلة الغالبة لإبرام عقود الإذعان، نظرًا لسهولة إفراغ الإيجاب العام في شكل مكتوب ومعد لانضمام المُذعَن فقط، إلا أن هذا العقد المطبوع قد أصبح من الضرورات التي تفرضها الظروف الحديثة، ويرجع عدم اتسام العقود النموذجية بصفة عقود الإذعان، إلى عدم قدرة المساوم على مناقشة شروط هذه العقود، لأنها لا تتوافر على بقية العناصر اللازمة لإكسابها وصف الإذعان بالمعنى الفني الدقيق[3].

فالسمة الغالبة في عقد الإذعان هو الاحتكار من جانب المشترط، والهدف من العقد النموذجي ليس هو فرض شروط للتعاقد، وإنما هو بالقدر الأعظم لتوفير النفقات والوقت، حيث

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص19.

[2] السيد محمد السيد عمران، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، طبعة 1986م، ص28.

[3] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص70-71.

من الأيسر عدم تكرار الكتابة اليدوية لعدد من العقود يتساوى مع السلع والخدمات المتماثلة، التي يتم بيعها يوميًا للجمهور الفقير الذي لا يمكن إحصاء حاجاته المتلاحقة والمتطورة[1]، ومن ثم فإن عقود الإذعان هي عقود نموذجية ملزمة، بينما العقود النموذجية قد تكون في بعض الأحيان عقود مساومة وأحيانًا أخرى يغلب عليها طابع الإذعان.

2 - تمييز عقد الإذعان عن عقود المساومة

تنقسم العقود من حيث مساومة المتعاقدين إلى عقود مساومة وعقود إذعان، وقد أخذ المشرع بهذا التمييز ويترجم عقد المساومة النموذج التقليدي للعقد، حيث يتمتع فيه كل متعاقد بحرية كاملة في وضع شروط العقد وبنوده، إذ يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق وله الحق في تقديم عروض تكون قابلة للنقاش من قبل المتعاقد الثاني[2].

والعقد كما سبق بيانه هو اتفاق وتطابق لإرادتين ممَّا يستلزم مساهمة كلا الطرفين في صنع هذا الاتفاق، فيحدِّدان معًا بنود العقد عن طريق المفاوضات، أمَّا عقد الإذعان فهو العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة، التي يتمتع بها الطرف الآخر بحكم وضعه الفعلي أو القانوني، فيضع شروط العقد بجملتها إلا حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته[3].

والتفرقة بين عقود الإذعان وعقود المساومة تبدو ذات أهمية بالغة، حيث تسري قاعدة العقد شريعة المتعاقدين إذا ما تعلق الأمر بأحد عقود المساومة، بينما تسري قاعدة أن للقاضي أن يُعدِّل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المُذعَن منها، وفقًا لما تقتضي به العدالة بالنسبة لعقود الإذعان.

- يُعدُّ القبول في عقد الإذعان مُجرَّد تسليم بشروط مُقرَّرة، أي قبول اضطراري بسبب التفاوت الاقتصادي بين المتعاقدين، بينما يكون القبول في عقد المساومة مطابقًا تمامًا للإيجاب وناتجًا عن حرية تامة[4].

- يُعدُّ قبول الإيجاب مع إضافة أو إنقاص شروط في عقود المساومة إيجابًا جديدًا، في حين يعتبر مثل هذا التعديل رفضًا في عقود الإذعان.

---

[1] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق، ص71.

[2] علي فيلالي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، وحدة الرغاية، الجزائر، 2010م، ص72.

[3] خليل أحمد حسن قدادة، **الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام**، الجزائر، 1991م، (27/1).

[4] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص21.

- يُؤَوَّل الشك لصالح المدين كأصل عام، في حين يجب أن يكون تأويل العبارة الغامضة غير ضار بمصلحة المُذعَن في عقود الإذعان[1]، وذلك طبقًا لنص المادة 112 من التقنين المدني.

المطلب الثاني: خصائص عقود الإذعان وطبيعتها القانونية

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود له أكثر من فائدة، إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد طبيعته، ولا شك أن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان كانت محل دراسات الفقهاء، الذين انقسموا إلى فريقين فمنهم من يرى أنها عقودًا حقيقية، ومنهم من يرى أنها ليست عقودًا حقيقية، وآخرون اتخذوا موقفًا وسطًا بحيث يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود[2].

ويرجع سبب الخلاف أساسًا إلى الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين لذا يقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدة:".. كانت الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سببًا في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد"، وإن كان أغلبية الفقهاء يؤيدون الآن الاتجاه العقدي، وهذه وقفة مع هذا الخلاف الفقهي لبيان حقيقة عقد الإذعان[3]، وقبل الوقوف على تحديد طبيعته القانونية، فإنه يجب التطرق للخصائص التي يتميز بها عن غيره من العقود.

الفرع الأول: خصائص عقود الإذعان

لقد كان لزامًا أن تكسوا نظرية العقد سحنة اجتماعية بدلاً من تقديس مبدأ سلطان الإرادة، وهكذا بدأ القضاء يتدخل لتفسير بنود عقود الإذعان المبهمة لمصلحة الطرف الضعيف، بل إنه أصبح يتدخل لتعديلها في تجاوز صارخ لمبدأ سلطان الإرادة، ومع تراجع قدسية هذا المبدأ وانتشار المبادئ الاشتراكية لم يعد مبدأ سلطان الإرادة يخلق الحقوق، وأصبح للعوامل الاجتماعية المحيطة أهمية في بناء العقد وفي تأويله[4].

والأكثر من ذلك أن الحديث أصبح يدور حول أزمة العقد، وذهب البعض إلى الإقرار بموت العقد، فالعقد في نظرهم يجب أن يخدم المصالح المتوازنة، لكن الأكيد أن مبدأ سلطان

---

[1] علي فيلالي، مرجع سابق، ص74.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص33.

[3] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص77.

[4] فوزي أكريم، **عقود الإذعان**، بحث مقدم اعتمادًا على محاضرات الأستاذ أحمد الجباري وكتاب عقود الإذعان للعربي مياد، دون ناشر، كلية الحقوق، طنجة، المغرب، 2017م، ص14.

الإرادة تراجع أمام المد الفلسفي القوي لثقافة حقوق الإنسان، فلم تعد مفاتيح التعاقد بيد الأفراد بل امتدت إلى الأشخاص المعنوية خصوصًا في عقود النقل والتوريد والتأمين، ولتحديد ما إذا كان العقد من عقود الإذعان أم لا يجب تحديد خصائصه التي يتميَّز بها عن غيره من العقود[1].

من خلال ما سبق التطرق إليه من مفاهيم لعقد الإذعان، تبيَّن لنا أنه يتميَّز بمجموعة من الخصائص التي ينفرد بها وترسم تصورًا عامًا عنه[2]، يمكننا التعرض لها على النحو التالي:

أولاً: أن يتعلق موضوع العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للطرف المُذعَن

فلولا حاجة الطرف المُذعَن للسلعة أو الخدمة لما قبل الإذعان للموجب والقبول بكل شروطه دون مناقشة، بحيث لا يتصور استغناء الطرف الضعيف عن هذه السلعة أو تلك الخدمة دون أن يلحقه أذى أو مشقَّة[3]، فمحل عقد الإذعان هو عبارة عن سلع وخدمات ضرورية لا يستغني القابل عنها، والضرورة هنا نسبية تختلف من مجتمع لآخر، فما يكون في مجتمع ضروريًا يكون حاجيًا أو تحسينيًا في مجتمع آخر[4].

وقد أوضحت محكمة النقض المصرية أن السلع الضرورية، هي تلك السلعة التي لا غنى للناس عنها ولا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونوا في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة[5].

ثانيًا: أن يكون الموجب محتكرًا احتكارًا قانونيًا أو فعليًا للسلعة أو الخدمة

احتكار مقدم السلعة أو الخدمة لها احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، أو على الأقل سيطرته عليها تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق كتفرد الموجب بالإنتاج[6]، أو قانونيًا كشركات الهاتف والمياه والكهرباء، أو سيطرته بمنافسة شكلية بتكتل المنتجين واتفاقهم

---

[1] محمد فواز صباح الآلوسي، مرجع سابق، ص192.

[2] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص49.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص59.

[4] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص49.

[5] أحمد سمير قرني، مرجع سابق، ص51.

[6] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص59.

وتوحيد شروطهم كما في شركات التأمين، أو بمنافسة محدودة جدًا لا تحول دون سيطرة الموجب أو تحكمه في شروط العقد[1].

كما يجب أن يكون الموجب في مركز اقتصادي متغلبًا لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه، بحيث يكون تفوقه الاقتصادي واضحًا[2]، ويتم تكريس التفوق الاقتصادي في نقطتين:

1 - تمتع الموجب باحتكار قانوني: مثل ما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والمياه والهاتف، فالشركات المقدمة لهذه الخدمات تتمتع بامتياز قانوني، فهي الوحيدة التي يمكنها تقديم هذه الخدمات دون أي مناقشة[3].

2 - تمتع الموجب باحتكار فعلي: مثل ما هو الحال في منطقة لا توجد بها إلا شركة تأمين واحدة، فالاحتكار يعني القدرة على فرض شروط العقد، مع التيقُّن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عن التعاقد، نظرًا لأنه لن يجد بديلاً عن المتعاقد المُحتَكِر، ولن يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عمَّا يفرضه عليه[4].

إن هذه الخاصية كغيرها تفترض عدم المساواة الاقتصادية والاجتماعية بين المتعاقدين ويقول الدكتور عبد المنعم فرج الصدة:" إذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يُحدِّدها هذا العقد، وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع وإلا كان متعسفًا في هذا الرفض وتترتب مسؤوليته"[5]

وإذا كان من حق الموجب كقاعدة عامة أن يرفض التعاقد، إلا أنه بالنسبة إلى من يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي أو يرفض التعاقد لسبب مشروع، فإنه يقع تحت طائلة نص المادة 41 مدني جزائري التي تنص على أنه يعتبر استعمال الحق تعسفيًا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.

---

[1] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص50.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص26.

[3] محمد فواز صباح الآلوسي، مرجع سابق، ص192.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص27.

[5] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص59.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة[1].

أمَّا إذا لم يتوفر الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة فلا نكون بصدد عقد إذعان حسب المفهوم التقليدي، ولذلك فإن عقود المقاولات والأشغال العامة وكذا عقود الإيجار– إيجار المساكن أو الأراضي الزراعية – لا تعتبر عقود إذعان[2].

لذلك غالبًا ما يندرج وجود هذا العقد في ظل المنافسة الحرَّة، حيث أن انعدام الاحتكار يتيح الفرصة أمام المستهلك في إيجاد منتوج أو خدمة بشروط أفضل، لدى أحد المنافسين الذين لديهم الرغبة في جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن[3].

ثالثًا: أن يصدر الإيجاب موجه إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم

الإيجاب هو تصرف إرادي موجه إلى الغير بحثًا عن إبرام عقد، فهو اقتراح بإبرام عقد يتضمن العناصر الأساسية للعقد يُعرِب من خلاله الموجب عن نيته في التعاقد، هكذا في عقود الإذعان أيضًا فهو يُحدِّد بإرادته المنفردة الشروط التي يرمي من خلالها إلى التعاقد مع العموم، حيث تكون هذه الشروط متماثلة بالنسبة للجميع، لاسيما وأنها نابعة من محتكر يستمد قوته من تفوقه الاقتصادي أو التقني، ومن ثم فأن إرادة الموجب في عقود الإذعان تتجه نحو الجمهور[4].

إن الإيجاب في هذه العقود هو إيجاب عام موجه إلى الجمهور كله أو إلى فريق منه تتوافر فيه صفات معيَّنة، وليس إيجابًا موجهًا إلى شخص معيَّن بذاته، ثم أن هذا الإيجاب هو إيجاب دائم يصدر على نحو مستمر، ولذلك يكون ملزمًا لمدة أطول بكثير ممَّا هو عليه الحال في عقود المساومة الحرَّة[5]، كما أن هذا الإيجاب موجه لكل من يملك أهلية القبول ودون أن ينتهي بانتهاء المجلس، مثل ما هو الحال في العقود التقليدية التي ينتهي الإيجاب فيها بمجرَّد انتهاء مجلس العقد[6].

---

[1] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[2] حسني عبد الدايم، ، مرجع سابق، ص41.

[3] عبد المنعم فرج الصدة، مر جع سابق، ص13.

[4] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص14.

[5] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص30.

[6] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص49.

ويجب أن يصدر الإيجاب إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم غير مُحدَّد المدة وغير قابل للنقاش، والغالب أن يكون في صورة عقود مطبوعة، فهذا الإيجاب بات ونهائي ولا يمكن لمحتكر السلعة أو الخدمة التحلُّل من الإيجاب، عن طريق تصرف سلبي هو الامتناع عن التعاقد، وإلا وقعت عليه المسؤولية بناءً على التعسف في استعمال الحق إن كان محتكرًا فعليًا، أو لتجاوزه حدود حقه إذا كان الاحتكار قانونيًا[1].

ولذلك تنص المادة 63 مدني جزائري على أنه:" إذا عُيِّن أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أومن طبيعة المعاملة "[2]، وذلك ما يسمى بالإيجاب الملزم.

ويقول عبد المنعم فرج الصدة:" الواقع أن أساس التزام الموجب للقبول أن العقد يتم بهذا القبول فيرتبط به الموجب مادمنا نعتبره في حالة إيجاب دائم، وإذا كان للموجب أن يرفض القبول في بعض الصور لسبب مشروع، فإن أساس ذلك أن تكون هناك تحفظات ضمنية في الإيجاب تتعلق بصالح العمل الذي يقوم به"[3].

رابعًا: أن الإيجاب في هذه العقود هو من عمل الطرف القوي وحده

إن الطرف القوي في عقد الإذعان هو وحده الذي يضع شروط العقد، لا يشاركه المتعاقد الآخر في وضعها ولا يقبل مناقشة فيها، ولا يكون أمام هذا الأخير إلا أن يقبل أو يَدَع وهو غالبًا ما يضع الشروط بما يخدم مصلحته، وهو ما عبرت عليه المادة 70 من التقنين المدني الجزائري، من أنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرَّد التسليم بشروط مقرَّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها[4].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص61.

[2] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص62.

[4] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م، ص57.

وعليه يجب أن تُعَد نماذج العقود وبنودها مسبقًا، وتكون الشروط محدَّدة وموحَّدة لجميع المستفيدين، وغالبًا ما تكون صياغة هذه العقود مُعقَّدة ومتوافقة مع مصلحة الموجب، وينحصر دور المستهلك في التوقيع على العقد إن رغب في الحصول على السلعة أو الخدمة[1].

كما أن الموجب أو الطرف القوي في عقود الإذعان ينفرد بوضع الشروط والتفاصيل، التي تكون دائمًا لمصلحته ولا يكون للطرف الضعيف أي شروط، وظاهر تلك الشروط أنها تعسفية لانفراد الموجب بوضعها، فهي تارة تُخفِّف من مسؤوليته العقدية، وتارة أخرى تُشدِّد من مسؤولية الطرف الضعيف، وما كان للقابل أن يرضى بها لو كانت له الحرية الكاملة في المساومة[2].

خامسًا: القبول في عقود الإذعان تسليمًا بما جاء في الإيجاب جملةً وتفصيلاً

إن القبول في هذا النوع من العقود يعتبر تسليمًا لما جاء في الإيجاب جملةً وتفصيلاً، دون إبداء أدنى رأي أو اقتراح ويكون عقد الإذعان ملزمًا بالنسبة للطرف القابل، أمَّا الموجب فإنه يكون ملزمًا بما جاء في العقد إن لم يشترط لنفسه حق الفسخ، أمَّا إذا اشترط ذلك لنفسه فلا يكون ملزمًا به، والقبول في عقود الإذعان يتحقق بموافقة المستهلك على الشروط أو النماذج التي فرضها الطرف القوي، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن القبول في عقد الإذعان أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة[3].

سادسًا: أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي

لابد أن يصدر الإيجاب في شكل نموذجي موحَّد يتضمن عِدَّة بنود، فإمَّا أن ينبذها المتعاقد الآخر برمتها وإمَّا أن يقبلها والأدق يقال أن يُذعِن إليها، وغالبًا ما يرد عقد الإذعان في صيغة مطبوعة على جانب كبير من الدقة والتعقيد، بحيث لا يفهمها الشخص العادي كما تتضمن عادة شروطًا كثيرة في صالح الموجب، بعضها قاسيًا على ما سيبدو من المُذعَن من تقصير محتمل، وبعضها يرحم المُذعِن له سواء بالحدِّ من مسؤوليته أو بإعفائه منها[4].

وهذا يتضح من خلال عقد التأمين باعتباره عقد إذعان، حيث جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية أن:" عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم بها المؤمِّن

---

[1] أحمد سمير قرني، مرجع سابق، ص51.

[2] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص50.

[3] محمد فواز صباح الآلوسي، مرجع سابق، ص196.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص27.

لديه بحيث يطبع نماذج للعقد يضع بها شروطه التي لا تقبل النقاش، وما على المؤمَّن له سوى القبول والتسليم بها باعتباره الطرف الضعيف المُذعَن، وهو غالبًا ما يكون في صيغة مطبوعة لا ينقصه سوى إذعان الطرف الآخر"[1].

ويبدو أن هذا العنصر من العناصر التي تمييز عقود الإذعان في حاجة إلى التحديد لأن بعضهم يتجه إلى الخلط بين العقود النموذجية وعقود الإذعان، فإذا كان وجوب صدور إيجاب عام ودائم هو بالضرورة عنصر من عناصر الإذعان، فإن عقد الإذعان لا يوجد إلا بتوافر كافة العناصر الأخرى، لذلك نلاحظ أن الإيجاب العام الدائم ليس قاصرًا على عقود الإذعان[2].

فالبيع بأسعار مُحدَّدة في المحلات الكبرى والبيع بالمزاد العلني بقائمة شروط معيَّنة، هما من البيوع التي يصدر الإيجاب فيها عامًا، إلا بشأن المتعاقد الذي لا يعلق أهمية على شخص الطرف الآخر، مع قدرته على الوفاء بجميع احتياجات المتقدمين لطلب السلعة أو الخدمة.

ومن ذلك فإن مرفق السكة الحديدية يطرح عقد النقل بإيجاب عام، لا يعلق فيه أهمية على شخصية المتعاقد الطالب للانتقال، ويسمح له بالانضمام في أي وقت نظرًا لقدرته على الوفاء بالتزاماته على ضوء استمرارية الخدمة بلا انقطاع، أمَّا سيارات الأجرة الخاصة ومهما كان نظام تشغيلها فهي تطرح عملية النقل في حدود طاقتها واحتياجات السائق وقدراته[3].

سابعًا: عقود الإذعان ليست أبدية بل تنتهي بالفترة المحدَّدة لها

الإيجاب في عقود الإذعان ليس نهائيًا وأبديًا بل ينتهي إذا حدَّد الطرف القوي زمن للانتهاء[4]، كشركات أو وكالات النقل مهما كان نوعها التي تضع سعر معيَّن خلال مدة معيَّنة لنقل المسافرين فينتهي تقديم الخدمات بانتهائها، أو شركات التأمين التي تُحَدِّد مدة معيَّنة للتأمين بنسبة مئوية أو بشروط موضوعة مسبقًا، فلا يمكن التأمين مهما كان شروطه بعدها.

وهذه الخصائص إن توفرت كنا بصدد عقد من عقود الإذعان، وهي عقود كثيرة الشيوع تزداد يومًا بعد يوم، نتيجة تطور الوضع الاقتصادي الذي أخذ يؤدي إلى نشأة مؤسسات أو

---

[1] فوزي أكريم مرجع سابق، ص15.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص28.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص106.

[4] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص50.

هيئات أو شركات أو حتى أفراد يتحكمون في الجمهور، بتسلطهم على السلع والخدمات الضرورية للحياة التي لا يمكن الاستغناء عنها[1].

ومن خلال هذه الخصائص تظهر الملاحظات التالية:

- أنها تقرِّر بوضوح لا غموض فيه كون أحد الطرفين في هذه العقود وهو الطرف القوي يملي على الطرف الآخر الضعيف شروطه الذي تروق له دون مشاورة، ولا يكون أمام الطرف الضعيف سوى قبول تلك الشروط جملة وتفصيلاً، كما لا يكون أمامه في معظم الأحيان أي فرصة للحصول على عقود بديلة خالية من تلك الشروط والقيود، ذلك لأن الطرف القوي يكاد أن يكون هو الطرف الوحيد المسؤول عن توفير تلك الخدمات أو السلع التي يحتاج إليها الطرف الضعيف، بحسبانها خدمات ضرورية أو حاجية لا غنى للطرف الضعيف عنها نهائيًا[2].

وعلى هذا فإن الطرف الضعيف يكون مجبرًا أو مكرهًا على القبول، ولكن هذا الإجبار أو الإكراه ليس هو الإكراه المعروف في عيوب الإرادة، بل هو إكراه متصل بعوامل اقتصادية أكثر منه اتصالاً بالعوامل النفسية[3].

- أنها تُبيِّن أن عقود الإذعان وإن كانت تنقص من حرية الطرف الضعيف إلا أنها لا تعدمها، فالمرء مازال في وسعه أن يقبل التعاقد أو يرفضه برمته دون مناقشة، كما أن هذه العقود لا تكفي وحدها لإحداث أثر قانوني، فهي لا تُفرَض على الغير دون رضائهم بل لابد أن تقترن بها إرادة الطرف الآخر، أي لابد من تلاقي إرادتين وهذا هو جوهر العقد[4].

- توضح تلك المعايير أن الطرف القوي في عقود الإذعان يمكن أن يكون هو الدولة، كما هو الشأن في شركات الطيران والمواصلات والاتصالات والكهرباء والمياه والمستشفيات، إلى غير ذلك من المرافق والشركات التي تملكها الدولة، وتبيعها إلى المواطنين أو تؤجرها لهم وفق شروط تنفرد الدولة بوضعها وصياغتها، دون تشاور مع الأفراد الذين تتعامل معهم، كما يمكن

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص31.

[2] قطب سانو، **(عقود الإذعان)**، بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 14، جدة، السعودية، 1425هـ - 2004م، (329/3).

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام**، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998م، (244/1).

[4] حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص43.

أن يكون الطرف القوي في عقود الإذعان قطاعات أعمال، متمثلة في الشركات والمؤسسات التجارية الخاصة التي تملكها الجماعات المحلية، فتوفر من خلالها الخدمات العامة كشركات التأمين وشركات السيارات وشركات المواصلات الكبرى في بعض الدول، وشركات الصناعات البسيطة وصناعات اللحوم والأسماك والألبان وغيرها[1].

وقد يكون الطرف القوي في عقود الإذعان فردًا قديرًا ذا رأس مال قوي وذا ثروة هائلة، تمكنه من احتكار البضائع أو استيراد سلع ضرورية أو حاجية لا غنى للأفراد عنها، فيصنع هذا الفرد شروط يجب على من يرغب في التعامل معه الالتزام بها والانصياع لها[2].

وعليه فأيًا كان الطرف القوي في عقود الإذعان – قطاعًا عامًا أو خاصًا – أو قطاع أعمال فإن القاسم المشترك فيه أن الطرف الضعيف يغدو طوعًا لشروط الطرف القوي وقيوده، وبطبيعة الحال لا يستبعد في شروط الطرف القوي الجور والظلم والغبن الفاحش، كما لا يستبعد أن تتضمن شروطه وقيوده قدرًا من العدالة والإنصاف، والأمر كله متروك إلى ضمير الطرف القوي ومدى اعتداده باستحقاق الطرف الآخر– الضعيف – ذلك القدر من العدالة والإنصاف[3].

ومن خلال استعراضنا لخصائص عقود الإذعان يجب علينا التعرُّف على الإذعان في عقود التجارة الإلكترونية[4]، فحسب المفهوم التقليدي لعقد الإذعان يجب توفر ثلاثة عناصر وهي:

1 - تعلق العقد بسلعة أو خدمة تعتبر ضرورية للمستهلك.

2 - احتكار هذه السلع أو الخدمات قانونيًا وفعليًا.

3 - صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط متماثلة وغير محدودة.

ونلاحظ صعوبة انطباق هذه الشروط على عقود التجارة الإلكترونية، فإذا كان الشرطان الأول والثالث متوفران فإن الشرط الثاني المتعلق باحتكار الموجب لهذه السلعة أو الخدمة غير متوفر، لكن حسب المفهوم الحديث لعقد الإذعان لا يشترط تعلق العقد بسلعة أو خدمة تكون

---

[1] قطب سانو، مرجع سابق، (329/3).

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص32.

[3] قطب سانو، مرجع سابق، (330/3).

[4] راجع في ذلك: القانون رقم 18 -05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر العدد 28، الصادرة في 2018/05/16.

محل احتكار أو ضرورية، بل يكفي أن يكون العقد قد وضعه الموجب بشكل انفرادي لا يقبل أيَّة مناقشة للشروط الواردة فيه[1]، وعليه تمت المطالبة بمد نطاق عقد الإذعان ليشمل كل عقد اختل فيه التوازن العقدي لصالح أحد طرفيه، لحماية المتعاقد الضعيف وتحقيق التوازن العقدي والعدالة بينه وبين المتعاقد القوي[2].

لكن البعض رأى أن هذه العقود شبيهة بالعقود النموذجية على أساس أنها لا تنشر على الطرف المطلوب منه التعاقد، بل يفاجأ بها في اللحظة التي يبرم فيها العقد بما لا يترك له فرصة للتعرُّف على شروطها بوضوح، ومهما يكن فإنه يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام هذه العقود، فإذا تم التعاقد بواسطة التفاوض عبر البريد الالكتروني، فإن هذا العقد يكون رضائيًا، أمَّا إذا تم التعاقد عبر المواقع التي تستخدم العقود النموذجية التي تكون شروطها مُحدَّدة سلفًا، بما لا يترك للطرف الضعيف أي مجال للمساومة نكون هنا بصدد عقد إذعان[3].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان وأقسامها

وإذا كانت عقود الإذعان تتَّسم بالمميزات الخاصة التي تحدثنا عنها فيما سبق، فإن هذا يعني أن لها طبيعة خاصة غير طبيعة سائر العقود الأخرى، كما أن لها أقسامها الخاصة بها، لذلك سوف نتعرض للطبيعة القانونية لعقود الإذعان، ثم نتعرض لأقسام هذه العقود.

أولاً: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان.

لقد احتدم الجدال في أوساط الفقه وأحكام القضاء المصري والفرنسي حول عقود الإذعان، حيث نجد أن الفقه والقضاء المصري ذهبا إلى تأييد الطبيعة العقدية للإذعان، فبينما نجد أن الفقه الفرنسي قد انقسم إلى اتجاهين، الأول ينحاز إلى الصفة العقدية لعقد الإذعان، والثاني يرى أنه ليس بعقد وإنما هو عمل لائحي، فإن غالبية الفقهاء يؤيدون الآن الاتجاه العقدي، وهذه وفقة مع هذا الخلاف الفقهي لعرض الآراء وبيان حقيقة هذه العقود[4].

---

[1] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص15.

[2] جمال زكي إسماعيل الجريدلي، (**حماية المستهلك في عقود الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي**)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، السنة 2019م، (ص ص: 26 -55)، ص34.

[3] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص15.

[4] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص77.

ومن ثم سوف نتعرض لتلك الآراء بالتفصيل، ففي عقد الانضمام يوجد تسلط محض لإرادة منفردة، تتصرف وتملي قانونها ليس على فرد معيَّن ولكن على جمهور الناس، وتلزم مسبقًا وبصورة انفرادية بالتزامات مع من يَنضمُّ بقبول قانون العقد، وهذا هو رأي ديجيه " *Duguit* " وهو يدلي بإحدى ملاحظاته بـ (*Recueil Sirey*) قد تعرض لدراسة هذه المسألة التي يرى فيها أن القول " بعقديتها " مبالغ فيه، فيقول: " أن عقود الانضمام ليس لها من العقد سوى الاسم لأن العملية عند تحليلها هي نتاج إرادة تصنع لائحة (*Volonté réglementaire*) وتأتي إرادة أخرى لتنضمَّ إليها، وتلك الإرادة التي فرضت اللائحة هي الوحيدة التي تؤخذ بعين الاعتبار عند التفسير، وكذلك في نظر اختصاص القاضي وفي طبيعة الطعن"[1].

1 - رأي القائلين بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان

يرى أنصار هذه النظرية أن عقود الإذعان تعتبر عقودًا حقيقيةً تتم بتوافق إرادتين، وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، فليس من الضروري أن يسبق القبول فيها مفاوضات ومناقشات، ولا أن يكون نصيب الطرفين في إنشاء العقد متساويًا، حيث أن كل ما يتطلبه القانون هو اتفاق الطرفين على إحداث أثر قانوني معيَّن[2].

إن أغلبية فقهاء القانون المدني قد رفضوا إتباع الأفكار التي أوردها كل من ساليي وديجيه ومن تبعهم، وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان.

فيقول الدكتور سليمان مرقص:" وقد ثار الشك أول الأمر حول اعتبار الإذعان قبولاً ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين له علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الاحتكار قانونيًا[3].

والراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون المُذعَن واقعًا تحته، لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا حتى الذي يفسده، وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي"[4].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص35.

[2] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص78.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص35 -36.

[4] المرجع نفسه، ص36.

كما يقول الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي:" أنــه إذا كانت إرادة الطرف المُذعَن تأتي تحت تأثير الضغط الاقتصادي، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها، ولا يعتبر حتى سببًا من شأنه أن يفسدها"[1].

ويقول الدكتور عبد المنعم البدراوي عند حديثه عن الطبيعة القانونية لعقد الإذعان:" لكن لوحظ على هذا الرأي (يقصد منكري عقدية الإذعان) أن عقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بموجب إرادتين لا إرادة واحدة، وأن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية، وليس عقد الإذعان وحده هو الذي توجد فيه هذه الظاهرة، فهي موجودة في العقود التي يعقدها ناقص الأهلية، تلك التي يقبلها أحد طرفيها على ما فيها من غبن أو التي يكون السعر فيها محددًا"[2].

حسب هذا الاتجاه فإن عدم المساواة الاقتصادية بين طرفي العقد لا تؤثر في كون عقد الإذعان عقدًا، حيث أن انعقاد العقد يستلزم اتفاق شخصين ولا يستلزم المناقشة، والقول بأن حرية المُذعَن في المناقشة منعدمة غير صحيح لسببين: أولهما أن الطرف المُذعَن غير مجبر على التعاقد، والسبب الثاني أن القابل يمكنه مناقشة بعض بنود العقد كتحديد نوعه ومدته والجهة المستفيدة منه إلى غير ذلك، ونجد ذلك مثلاً في عقد التأمين وهناك أيضًا عقد البيع بثمن مُحدَّد، حيث عرفه الرومان منذ القدم واعتبره عقدًا كباقي العقود.

لذلك فقد وجهت عِدَّة انتقادات إلى النظرية اللاتعاقدية لعقد الإذعان أبرزها:

- أن الإيجاب الموجه من المحتكر لا يفرض على الطرف المُذعَن كقانون.
- انعدام المساواة بين الطرفين لا ينفي الصفة التعاقدية عن العقد.
- الاجتهاد القضائي دائمًا يتمسك بالطرح التعاقدي، ويعتبر أن الطرف المُذعَن قد قبل الشروط المعروضة عليه وهذا القبول الذي يُكوِّن العلاقة التعاقدية[3].

وهكذا فإن هذه النظرية لا تفترض استبعاد عقود الانضمام عن القواعد العامة التي تحكم كل العقود، لأنها تتولد من إرادتين، إرادة الموجب وإرادة المنضم (وهذا الانضمام ما هو إلا نوع

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، **دروس في مصادر الالتزام**، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، مصر، (بدون تاريخ)، نبذة 51، ص103.

[2] عبد المنعم البدراوي، **النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني المصري**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، طبعة 1968م، بند 77، ص119.

[3] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص13.

خاص من القبول)، وآثاره القانونية مُحدَّدة أيضًا بإرادة الطرفين الذين كوَّناه، وفي عقود الانضمام " لا يوجد شيء جديد فيها إلا اسمها"[1].

وأهم الاعتبارات التي تدافع عن هذه النظرية هي كالآتي:

1 - أنه من الخطأ القول بفكرة أن العقد يقتضي أن تكون شروطه نتاج مفاوضات حرَّة ومتساوية بالنسبة إلى الطرفين، لأن مفهوم العقد يفترض الاتفاق أي رضًا مزدوجًا، ولكنه لا يفترض أن تكون قبل " الإذعان " قد نوقشت من الطرفين، إذن فعقود الإذعان هي عقودًا حقيقيةً تسيطر عليها الإرادة المشتركة سواء كان ذلك في نشأتها أم في آثارها[2].

2 - لا يشترط قانونًا لاتفاق الإرادتين اتفاقًا صحيحًا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق، أو أن يكون من عمل الطرفين، وكل ما يرد على حرية التعاقد في عقد الإذعان، لا يُعدُّو أن يكون نوعًا من الضغط الاقتصادي الذي لا يؤثر على صحة التراضي، وجميع العقود مقيَّدة بدرجة أو بأخرى قليلاً أو كثيرًا بضرورات النظام الاقتصادي، والسلطة اللائحية التي يراد إعطاؤها للموجب هي سلطة خطرة، تؤدي إلى الإضرار بمصالح الطرف المُذعَن[3].

3 - إذَا أردنا أن توجد فئة من التصرفات القانونية خارج إطار القانون المدني، فإنه يستوجب علينا على الأقل تعريفها كما يجب تعيين معيار تمييزها، ولهذا فإن مناهضي هذه النظرية لا يعطون سوى تبريرات غير مقنعة، وقليلة في نظر أصحاب عقدية الإذعان الذين يَرَوْن أن الحجج التي سنوردها لأصحاب النظرية غير العقدية، ينقصها معيار دقيق يفرق عقد الإذعان عن غيره من العقود، وهذا ما يؤدي بالمحاكم إلى عدم الدقة والتردُّد[4].

أمَّا عن كون عقود الإذعان تتضمن شروط تعسفية أو آثار مجحفة لصالح الطرف الموجب، فإن ذلك لا ينفي عنها صفة العقد، ولكنه يستدعي تدخل المحكمة بتعديل أو إلغاء ما تضمنته من جور أو تعسف[5].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص36 -37.

[2] محمد فواز صباح الآلوسي، مرجع سابق، ص199.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص37.

[4] المرجع نفسه، ص38.

[5] نزيه حماد، **(عقود الإذعان)** ، مجلة العدل، العدد 24، السعودية، 1425هـ - 2004م، ص57.

وهكذا استخلص أصحاب النظرية التي تقول بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان، عدم جدوى النظرية التي تقول بأنه ليس عقدًا، وكذا خطورتها إذا كانت تهدف إلى الوصول إلى إعطاء فعالية قانونية للإرادة المنفردة، وإعطاء سلطة تنظيمية للمؤسسات الخاصة وذلك خلافًا للإدارة العامة فأن لها سلطة عامة، ويمكن إعطاؤها سلطة تنظيمية على هذا الأساس[1].

واحتج أصحاب هذا الرأي بأن الأضرار في عقد الإذعان تتحقق بأي عقد، فيمكن أن يتضرر أحد المتعاقدين أو كلاهما عند إبرام العقد فعدم التساوي بينهما لا يمكن توقِّيه، بل قد يكون الضرر في عقد الإذعان أقل من بعض العقود الأخرى كتساوي الجميع أمام مبدأ العقد[2].

ويتبيَّن من خلال ما سبق في بيان التكييف القانوني لهذا العقد أن عقد الإذعان هو عقد صحيح، لأنه يتم بتوافق إرادتين ويخضع للقواعد العامة التي تخضع لها بقية العقود، وأن علاج الضعف الذي يعتري الطرف المُذعَن في عقود الإذعان، لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي، ولا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء، بدعوى حماية الطرف الضعيف فتضطرب المعاملات وتفقد استقرارها، بل إن العلاج هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي وذلك بإحدى الوسيلتين أو بهما معًا:

- وسيلة اقتصادية فيجتمع المستهلكون ويتعاونوا على مقاومة التعسف من جانب المحتكر.
- وسيلة تشريعية فيتدخل المشرع لا القاضي لينظم عقود الإذعان[3].

وقد تبنَّى المشرع الجزائري هذا الاتجاه واعتبر عقود الإذعان عقودًا حقيقية، وذلك بحسب ما نصت عليه المادة 70 من التقنين المدني بقولها أنه:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"[4].

2 - رأي القائلين بأن عقد الإذعان مركز منظم

إن أصحاب هذا الرأي ينكرون وصف العقد على عقد الإذعان ويرون فيه أنه مجرد نظام قانوني، وما هو إلا مجرد لائحة تحكيم، وبذلك فإنه مادام لا يوجد توافق الإرادتين فإن عقد الإذعان المزعوم ليس عقدًا وإنما يشبه القانون، ذلك أن الطرف المُذعَن له هو الوحيد الذي

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص42.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص41.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **نظرية العقد**، المجتمع العلمي العربي الإسلامي، القاهرة، مصر، دون تاريخ، ص283.

[4] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

ينفرد بوضع شروط العقد، فليس هناك تفاوض وما على المُذعَن إلا القبول أو الرفض، ويعتمد أصحاب هذا الرأي على أساس أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف وحرية التفاوض وهو ما يغيب في عقد الإذعان[1].

وَيَرَوْا أيضًا أن عدم المساواة بين طرفي العقد من شأنها أن تخلع عنه صفة العقد، فالعقد في نظرهم يفترض المساواة بين المتعاقدين، لذلك فهذا التصرف القانوني لا يكون عقدًا، بل هو يتَّسم بطابع تنظيمي شأنه في ذلك شأن تصرفات القانون العام، فهناك تشابه بين خدمات المرافق العامة التي تسيرها السلطة العامة، وبين الخدمات التي تؤديها الشركات الكبرى، لذلك فإن أصحاب هذه النظرية يرَوْنَ بعدم وجود إرادة مشتركة لدى المتعاقدين، بل هي إرادة واحدة تُحدِّد شروط العقد، وبالتالي فعقد الإذعان هو تصرف من جانب واحد هي إرادة الموجب، في حين أن إرادة القابل لا تستطيع مناقشة أو تغيير طبيعة العقد[2].

إن هذه المعطيات هي التي أدَّت بالمناهضين للنظرية العقدية إلى تقريب عقد الإذعان من" المراكز القانونية المنظمة " أي إلى التصرفات التي يحكمها القانون العام، والتي بمقتضاها تكون السلطة العامة منفردة تخلق قواعد وشروطًا تفرضها على الأفراد، ومن هنا يجب أن يفسر الإذعان، كما يفسر القانون أو اللائحة وأن يطبق تطبيقًا تراعى فيه مقتضيات العدالة وحسن النية، وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وُضِعَ لتنظيمها[3].

وقد ذهب البعض الآخر إلى القول بأن عقد الإذعان لا يُعدُّو أن يكون تصرفًا تنظيميًا، وهؤلاء المغالون المتطرفون، إذ أن تلك المنشآة الجماعية تشبه إلى حد كبير المرافق الإدارية العامة وخاصة بواسطة " سلطتها التنظيمية "، فيجب على رئيس المنشأة الذي هو مدعو أيضًا إلى تحقيق مصالح حقيقية للجمهور، أن تكون له سلطة هامة عن طريق "عقد الإذعان" الذي يظهر بحدوده في مستوى ميدان القانون العام[4].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص42 وما بعدها.

[2] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص13.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص42 -43.

[4] المرجع نفسه، ص43.

فعقد الإذعان أقرب إلى أن يكون قانونًا أخذت شركات الاحتكار الناس بإتباعه، فيجب أن يفسَّر كما يفسَّر القانون، ويراعى في تطبيقه مقتضيات العدالة وحسن النية وينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط التعاقدية التي وُضِع لتنظيمها[1].

أمَّا الإذعان فليس من شأنه أن يغير من طبيعة هذا المركز لأنه لا يخلق الالتزام وإنما يجعله منتجًا فقط، وعلى هذه الأسس المشتركة ترتكز عِدَّة اتجاهات فكرية مختلفة تبنَّاها أغلب الفقهاء المختصِّين في القانون العام أمثال ساليي وديجيه وهوريو، وسنحاول أن نوضح رأي كل واحد منهم كما يلي:

1 - طبيعة عقد الإذعان عند " ساليي" (*Raymond Saleilles*) وهو من فقهاء القانون المدني، وقد كرَّس جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الإرادة المنفردة في كتابه " التعبير عن الإرادة "، وقد ذهب إلى أن عقد الإذعان يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير عن الإرادة المنفردة، وقد كتب "ساليي" بأن "عقد الإذعان" المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم، لأنه في الواقع تغليب لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير مُحدَّدة[2].

وحسب رأيه فإن القيمة القانونية " لعقد الإذعان " لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي، ولكن في الإرادة المنفردة لمحرِّر العقد ومُنشِئه، وانضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف فهو لا يتعلق بتكوينه، ولا يتعدى كونه مكملاً لشرط موضوع للتنفيذ من المنشئ ذاته، فمصدر الرابطة أو العلاقة القانونية تجد نفسها في الإرادة المنفردة لمحرِّر العقد، لأن هذا الأخير هو الذي خلق قانونها، وهو مولد الرابطة القانونية التي تجمع المُذعِن وذلك تحت شرط إذعان الأطراف الأخرى، فحسب " ساليي" لا يوجد توافق الإرادتين، وما دام الأمر على هذه الصورة فإن عقد الإذعان ليس عقدًا[3].

2 - يعتبر الفقيه ليون ديجي(*Léon Duguit*) من فقهاء القانون العام، وقد أخذ برأي مشابه للفقيه" ساليي" فعنده أن "عقود الإذعان" هي شكل من أشكال التصرف بالإرادة المنفردة، والقيمة القانونية لهذا التصرف لا تكمن في الإرادة المنفردة في حد ذاتها كما يرى ساليي، ولكنه يأتي بفكرة أساسية سواء في القانون العام أو الخاص على أساس أن الإرادة لا تخلق القانون، وإنما

[1] بوزيد كيحول، مسعودة حداوي، مرجع سابق، ص65.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص43 -44.

[3] المرجع نفسه، ص44 -45.

الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة التي يطلق عليها " الضرورات الاجتماعية "، فبقدر مطابقة الإيرادات للضرورات الاجتماعية يمكن أن تستقي قيمتها القانونية[1].

وبحسب هذا الرأي فإن القاضي يجب أن يأخذ بعين الاعتبار إلى حد ما إرادة مُحرِّر اللائحة ومُعدِّها، ولكنه ملزم أن يأخذ بعين الاعتبار وقبل كل شيء ضرورات التوفيق بين الصالح العام، وفوائد المجموعة أو المرافق العامة ومصالح المواطنين والأفراد[2].

كما أنه يجعل تدخل القاضي ضروريًا لإزالة الشروط التعسفية، وهو ما أخذت به معظم القوانين الحديثة ومنها القانون الجزائري، حيث أكَّدته المادة 110 من التقنين المدني بقولها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المُذعَن منها وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[3].

3 - قد اتبع الفقيه الفرنسي موريس هوريو (*Maurice Hauriou*) رأي الفقيهين السابقين فعقد الإذعان عنده، ليس سوى مركز قانوني يتميز باستقلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها، بحيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام عليه، إذ أن العقد توافق إرادتين عن حرية واختيار أمَّا هنا فالقبول مجرَّد إذعان وخضوع[4]، ويرى الأستاذ "هوريو" أن العقد أمر سريع الزوال ينشئ علاقات تنقضي بسرعة، في حين أن فكرة المشروع تتفق مع فكرة التنظيم أكثر من العقد[5].

ويتفق مع فقهاء القانون العام الأستاذ بلانيول ديموج (*Planiol Dimogue*)، بحيث يرى أن عقد الإذعان هو مركز قانوني منظم، يجب أن يعنى في تطبيقه بصالح العمل أولاً، ثم بما يستحق الحماية لفائدة كل من طرفي العقد[6].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص45.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص39.

[3] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص46.

[5] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص39.

[6] بوزيد كيحول، مسعودة حداوي، مرجع سابق، ص65.

وبحسب أصحاب هذا الاتجاه – الذين ينفون عن عقود الإذعان الصفة العقدية - فإن عقود الإذعان تتميز بثلاثة عناصر تخرجها من النطاق العقدي وهي:

أ - **العمومية:** يرتبط هذا العنصر بصفة الإيجاب في عقود الإذعان أو بعبارة أكثر دقة بصفة المشارطة، فهذه الأخيرة تكون عامة دائمًا ليست موجهة إلى شخص معيَّن، بل توجه إمَّا إلى الجمهور بوجه عام، وإمَّا إلى طائفة منه ذات خصائص محدَّدة بنفس العبارات وذات الشروط[1].

ب - **الإكراه:** يرجع هذا العنصر في الواقع إلى ما يتمتع به المشترط من التفوق الاقتصادي والاجتماعي، وهذا يفسِّر الاختلال الواضح في العلاقة بينه وبين المُذعَن، ومع ذلك يجب ملاحظة أن هذا النوع من الإكراه ليس ذلك المعروف في عيوب الإرادة، بل هو متصل بالعوامل الاقتصادية أكثر منه اتصالاً بالعوامل النفسية[2].

وعنصر الإكراه عند أصحاب هذا الإتجاه يكمن في أمرين رئيسيين هما:

- أن العقد يتم تحريره بواسطة الطرف القوي بحيث يمكن القول بأنه يملي شروطه على الطرف الضعيف.

- انعدام المناقشة السابقة على التعاقد حيث لا وجود لهذه المناقشة أو المساومة في عقود الإذعان، فقيود المشارطة توضع وتتحدَّد مقدمًا بواسطة الطرف القوي أي الموجب، ولا يملك الطرف المُذعَن أو القابل مناقشة هذه البنود، بل عليه أن يأخذ التصرف كما عرضه الموجب، وغالبًا ما تكون هذه المشارطة في صيغة مطبوعة وأحيانًا خارج المستندات العقدية، وتحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تُخفِّف من مسؤوليته التعاقدية، وتارة أخرى تُشدِّد من مصلحة الطرف القابل، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يصعب فهمها ويستحيل في أوساط المجتمع[3].

جـ - **الإذعان:** يمثل هذا العنصر في الواقع موقف الموجب له أي من وجه له الإيجاب، أو من وجهت إليه المشارطة التي تتسم بالعمومية والإجبار، وبهذا الإذعان يعلن المُذعَن عن خضوعه للبنود التي عرضها المشترط، فيستسلم لهذه الشروط التي أملاها عليه ولا مجال له غير ذلك[4].

---

[1] حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص60.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص39.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق، (76/2).

[4] علي مصبح صالح الحيصة مرجع سابق، ص31.

3 - الرأي الوسط (المدرسة التوفيقية في عقود الإذعان)

حاولت هذه المدرسة التوفيق بين الاتجاهين السابقين، فقد تأثرت بالنظرية التعاقدية إلا أنها لم تهمل الجانب المؤسساتي لبعض عقود الإذعان، واعتبرت هذه العقود مزيجًا من التصرفات الإرادية والاتفاقية، وفي نفس الوقت مقيَّدة بقواعد لائحية مؤسساتية مصادق عليها من طرف الدولة، الشيء الذي يجعل الدولة حاضرة في عقود الإذعان، وأبرز مؤيدي هذا الإتجاه نجد الفقيه *Gounout* والفقيه *Dumogue* والفقيه *Lucas* والفقيه *Dureux*[1].

توجد ما بين الرأيين السابقين آراء وسطى تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من قدر تعاقدي أو غير تعاقدي، فمنها ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة، وإن كان يخلع عليها وصف العقد كما ذهب إلى ذلك ديموج[2]، ومنها ما يقف في منتصف الطريق بين الفكرتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية، فيعتبر عقد الإذعان خليطًا من جزأين أحدهما تعاقدي والآخر لائحي وهو رأي الأستاذ جونو، وقد اتبع في هذا الرأي الفقيه لويس لوكا[3].

ومنها ما يقترب من الفكرة التعاقدية فيفرق في العقد بين الشروط الجوهرية والتبعية وهو رأي الأستاذ ديرو، فيقول:" إننا في الواقع نعتقد في المبدأ القائل بعقدية الإذعان، ولكن ليس على الصورة التي وضعها الفقه التقليدي في الاعتداد بالإرادة الحقيقية للطرفين[4]، ولكننا قد انقدنا إلى اعتبار العقود التي تتم بطريقة الإذعان بنوعين من الشروط:

أ - الشروط الأساسية (الجوهرية): وهذه غالبًا ما يتفق عليها الطرفان وتكون إمَّا مشافهة أو بالكتابة.

ب - الشروط الثانوية (التبعية): وهي تلك الشروط المطبوعة التي إذا ما أخذناها بحرفيتها فإننا نعتبرها مكملة للالتزامات الأساسية الناتجة عن الشروط الجوهرية المقدمة، حيث لا نجعلها ترقى إلى مستوى يغير أو يعدِّل من طبيعة وجوهر العقد، ويدعم رأينا هذا ما ذهب إليه القضاء الانجليزي، من أن الشروط المضافة يجب أن تكتب بحبر أحمر، وما ذهب إليه القضاء

---

[1] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص14.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، نبذة 83.

[3] *Gouionien, **le principe de l'autonomie de la volonté**, thése, dijon, 1912, p227-303.*

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص 53 -54.

الأمريكي في وضع خط أحمر تحت كل شرط مضاف[1]، والغاية منها هو تكميل أو تحديد أو تقييد أو بيان الشروط الجوهرية، وهي عادة ما تكون جاهزة ومطبوعة سلفًا[2].

إن طبيعة عقد الإذعان تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد عقد إداري أو مدني، فالأول له أحكامه التنظيمية الخاصة به سواء في إبرامه أو في آثاره، وبالتالي يمكن القول أن النظرية القائلة بأنه مركز قانوني منظم تصدق على هذه العقود، إذ يراعى فيها ما يُخوِّله التشريع للإدارات العامة من امتياز، وأن عقد الإذعان الإداري يفسَّر وفقًا للأحكام التي تضبطه[3].

أمَّا الثاني فتحكمه القواعد العامة للقانون المدني، إلا ما ورد فيه نص خاص، كحالة تفسير العقد لصالح الطرف المُذعَن سواء كان دائنًا أو مدينًا، وبالتالي فإن أحكام النظرية القائلة بأنه عقد تصدق على عقود الإذعان الخاصة، وبالتالي لا يوجد تعارض بين النظرتين ولكن لكل منهما تطبيقًا ملائمًا لطبيعة التصرف الذي تحكمه، وقد حسمت القوانين المدنية العربية النزاع في هذه المسألة بانضمامها إلى النظرية العقدية[4].

وخلاصة القول ونحن بصدد تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإذعان، أن هذه العقود تبقى صحيحة ومنتجة لكل آثارها، رغم أن إرادة المستهلك تبدو ضعيفة أو منعدمة أحيانًا، كما أن المشرع خوَّل للمحكمة سلطة مراجعة العقد إذا تبيَّن أنه تضمن شروطًا تعسفيةً، نلاحظ أيضًا أن الإكراه المحتمل الذي يدفع المُذعَن إلى التعاقد لا يتصل بعوامل نفسية، لذلك فالرضا يبقى صحيحًا من الناحية القانونية وغير معيب بعنصر الإكراه، بل يمكن الحديث هنا فقط عن إكراه متصل بعوامل اقتصادية وضرورات تقتضيها الحياة اليومية[5].

ثانيًا: أقسام عقود الإذعان

إن عقود الإذعان كثيرة ومتعدِّدة المجالات لا يمكن حصرها، غير أننا سنبذل جهدنا في تبيان والتعرُّف على معظمها، ولهذا ارتأينا تقسيم تلك العقود لاعتبارات مختلفة، وبحسب الزاوية

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص54.

[2] أحمد سمير قرني، مرجع سابق، ص49.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص58.

[4] أحمد سمير قرني، مرجع سابق، ص49.

[5] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص14.

التي ينظر إليها منها، ليسهل علينا دراسة كل عقد أو إلحاقه بها أو نفيه عنها من حيث الأحكام، ويمكننا تقسيم عقود الإذعان بحسب الزاوية التي ينظر إليها منها كما يلي:

1 - تقسيم عقود الإذعان من حيث طبيعتها

يمكن تصنيف عقود الإذعان من حيث طبيعتها، إلى عقود الإذعان الإدارية وعقود الإذعان المدنية وعقود الإذعان التجارية.

أ - عقود الإذعان الإدارية

ليس كل العقود التي تبرمها الإدارة العامة عقودًا إدارية، فقد تلجأ الإدارة إلى إبرام عقود عادية ذات صبغة مدنية أو تجارية، خالية من أيَّة شروط غير مألوفة، لكن هناك عدَّة شروط يجب توفرها لنكون بصدد عقد إداري هي:

1 - أن يكون أحد المتعاقدين أو كلاهما شخصًا معنويًا

2 - أن يتعلق موضوع العقد بمرفق عام.

3 - أن تستعمل الإدارة وسائل القانون العام.

4 - أن ينطوي العقد على شروط استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص[1].

لذا فإن صفقات الأشغال العمومية أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة تبقى عقودًا إدارية تدخل ضمن زمرة عقود الإذعان، ولا ينفي عنها الصفة التعاقدية كون شروطها تُملَّى من طرف الإدارة بشكل انفرادي، لأن هذه الخاصية تتوارى أو تقل حِدَّتها بعد قبول تلك الشروط، من طرف المقاول أو المورد الذي يعهد إليه بإنجاز الصفقة العمومية، بقي أن نشير إلى أن العقود المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل ضمن الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، هذه الأخيرة هي وحدها التي تملك سلطة إلغاء القرارات الإدارية، التي يمكن أن تتسم بالتعسف في استعمال السلطة خاصة في إطار العقود الإدارية[2].

ب - عقود الإذعان المدنية

تصنف ضمن العقود المتميزة المخالفة للقواعد العامة، فهي بالإضافة إلى خضوعها لقواعد القانون المدني تخضع إلى قوانين خاصة بكل نوع، وهكذا فقد أفردت مختلف التشريعات

---

[1] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص16.

[2] المرجع نفسه، ص16 -17.

عقد الكراء بمجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية، منها ما يخص الكراء السكني والمهني والوظيفي والإداري والتجاري، بل حتى داخل هذه العقود برزت عقودًا فرعية تبعًا لطبيعة النشاط المنجز داخل المحل المُؤجَّر، وكذا صفة المُؤَجِّر هل هو تاجر أم حرفي أم موظف، والجدير بالذكر أن العقود المدنية المسماة كثيرة إلا أنه لا يمكن الجزم بأنها كلها عقود إذعان[1].

جـ - عقود الإذعان التجارية

يُعرَّف العقد التجاري بأنه:" العقد الذي يجريه التاجر إذا كان متصلاً بحرفته التجارية " أي أن العقود التجارية منحصرة في العقود المتعلقة بالأنشطة التي يقوم بها التاجر، لذا فعقد الكراء مثلاً قد يكون عقداً مدنيًا أو تجاريًا تبعًا لصفة طرفيه أحدهما أو كلاهما، ثم نوع الالتزام الذي يلتزمان به وما يترتب عليه من حقوق.

من هنا يمكن القول أن عقود الإذعان التجارية تنفرد بأحكام خاصة، مستقاة من الظروف المحيطة بالمعاملات التي تربط التجار بعضهم ببعض أو بينهم وبين المستهلكين، وتقوم هذه الأحكام على مجموعة من الاعتبارات أهمها تدبير عامل الزمن وتثبيت عنصر الثقة والائتمان، لهذه الأسباب تحرص السلطات العمومية على تحديد الشروط العامة التي يجب أن يتم على أساسها التعاقد في المادة التجارية[2].

2 - تقسيم العقود من حيث الثمن

تنقسم عقود الإذعان من حيث الثمن إلى قسمين:

أ - ما كان فيه الثمن عادلاً ولا ينوي على ظلم للطرف القابل

ويكون الثمن في هذا القسم هو ثمن المثل أو مع غبن يسير معفو عنه، فالعقود صحيحة بالنسبة للثمن لا ظلم فيها وليس لأولي الأمر أن يتدخل بالثمن[3].

---

[1] فوزي أكريم، مرجع سابق، ص17.

[2] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص55.

ب - ما كان فيه الثمن غير عادلاً وانطوى على ظلم للطرف القابل

ويكون الثمن في هذه العقود أكثر من ثمن المثل مع غبن فاحش، فتنطوي العقود على ظلم للطرف القابل، ممَّا يتطلب تدخل السلطات المعنية بالتسعير العادل لرفع الظلم عن الطرف الضعيف في هذه العقود[1].

3 - تقسيم عقود الإذعان من حيث الشروط

تنقسم عقود الإذعان من حيث الشروط إلى قسمين:

أ - ما كانت شروطه عادلة ومعتبرة شرعًا

إذا كانت الشروط لا تنطوي على ظلم للطرف القابل، فإن الشروط العادلة لا تنطوي على ظلم فهذه العقود صحيحة بالنسبة للشروط، ولا يتدخل السلطان فيها فهي تتم برضا الطرفين.

ب - ما تضمن شروط غير عادلة فيها الظلم والتعسف

تكون الشروط في هذه العقود لصالح طرف وضد الطرف الآخر، لذلك يتدخل صاحب السلطة المعني من خلال منع تلك الشروط التعسفية بإلغائها أو تعديلها، وتفسير العبارات الغامضة لصالح الطرف المظلوم[2].

4 - تقسيم عقود الإذعان من حيث مجالاتها

تنقسم عقود الإذعان من حيث مجالاتها إلى ثلاثة أقسام:

أ - عقود خدماتية

وهي التي يتم بواسطتها تقديم خدمات للناس كعقود شركات الكهرباء والغاز والهاتف، وعقود النقل بمختلف وسائله ومصالح البريد والتلغراف.

ب - عقود الضمان

وهي تلك العقود التي يكون فيها الموجب شخص معنوي له طابع تكافلي تضامني، مثل عقود التأمين بمختلف أنواعه أو بنك مثل عقود الضمان المصرفية[3].

---

[1] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص55.

[2] أنظر: المواد 110 و112 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص57.

جـ - عقود السلع (الوكالات الحصرية)

كالعقود مع المستشفيات بغرض حصر الأجهزة المهمة، وعقود السلع التي تستوردها الدولة أو تُصنِّعها وتمنع غيرها من استيرادها أو تصنيعها، أو تلك التي أعطت الدولة رخصة لجهة معيَّنة لاستيرادها في حين تمنع الغير من ذلك، أو الوكالة التي تعطيها شركة كبيرة لوكيل لها في بلد تعطيه امتيازًا لا يستورد إنتاجها ويسوقه غيره في بلده[1].

- أمثلة الشروط التعسفية:

1 - اشتراط التنازل عن اللجوء إلى القضاء لفض النزاع، والالتزام بحكم هيئة مُعدَّة مذكورة في العقد في حالة وقوع نزاع، وإذا لم يلتزم بهذا الشرط تسقط حقوقه الناتجة عن العقد، مثل حق المكافأة عند نهاية الخدمة في عقود العمل.

2 - اشتراط التنازل عن حق المطالبة بتصحيح أخطاء حدثت بعد العقد في سجلات الحسابات أو غيرها، وسقوط حق الاعتراض عليها بعد مدة وجيزة من حدوثها، حتى ولو علم بها متأخرًا بعد المدة المحدَّدة للاعتراض[2].

3 - اشتراط أن مجرَّد إرسال الإشعارات إليه على العنوان الذي ذكره في العقد، يُعَدُّ تسلمًا منه بمقتضى وصول هذه الإشعارات والخطابات إلى مكتب البريد.

4 - جعل مضمون العقود يخدم مصلحة الطرف القوي، فيجوز له فسخ أو تغيير شروط العقد في أي وقت، بإرادة منفردة دون الرجوع للطرف الآخر، فتكون تلك العقود نافذة في حق الطرف الضعيف بمجرَّد التوقيع عليها[3].

---

[1] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص57

[2] محمد علي القري بن عيد، مرجع سابق، (315/3).

[3] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص56.

المبحث الثاني: خصوصية عقد الإذعان كأداة حمائية للمستهلك

إن خصوصية عقد الإذعان تجعل منه أداة حمائية للمستهلك، فالأصل أن طرفا عقد الإذعان هما المتعاقد القوي (المُذعِن له) والمتعاقد الضعيف(المُذعَن)، أمَّا فيما يتعلق بالحماية المقرَّرة للمُذعَن كطرف ضعيف في عقود الإذعان، فهي حماية غير شاملة باعتبار أن المستهلك قد تُفرض عليه شروط تعسفية حتى في عقود المساومة، وبالتالي فالقواعد العامة المكرَّسة في القانون المدني لا توفر الحماية اللازمة لهذا الأخير، لأنها مرتبطة بضرورة وجود عقد إذعان لكي تطبَّق عليه.

وتتمثل الحماية التي كرَّسها المشرع في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية عن طريق تعديلها أو الإعفاء منها، وعند وجود غموض في عبارات العقد فإن الشك في معناها يفسَّر لمصلحة الطرف المُذعَن[1]، بالإضافة إلى عدم جواز الاتفاق على سلب القاضي هذه السلطة، وعدم قدرته على إثارة هذه المسألة من تلقاء نفسه حفاظًا على مبدأ حياد القاضي، إلا إذا قُدِّم طلب من أحد أطراف الخصومة على عكس ما هو معمول به في بعض التشريعات الأوروبية، حيث يمكن له إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي، لأن من شأن ذلك أن يُسهِم في بناء نظام قضائي متكامل[2].

رغم وجود تشابه بين عقد الإذعان مع بعض العقود النموذجية، إلا أنه يحظى بخصوصية عن هذا النوع من العقود وعن غيره من عقود المساومة، والسؤال الذي يمكن أن نطرحه هو: فيما تتمثل خصوصية عقد الإذعان وما هو نطاقها؟

إن خصوصية عقد الإذعان تكمن في طبيعة أطرافه، فهو يتضمن طرف ضعيف في حاجة ماسة للحماية هو المذعَن وطرف يتمتع بالقوة هو المُذعِن له، وكذلك في طبيعة العقد ذاته فمن حيث تكوين العقد نجد أن الرضا معيب رغم حرية التعاقد، أمَّا من حيث تفسير العقد فإن الشك في معنى العبارات الغامضة يُفسَّر لمصلحة المُذعَن دائنًا أو مدينًا، وهذا ما كرَّسته أغلب التشريعات في قوانينها، ولذلك سنتطرق لتحديد أطراف عقد الإذعان في**(المطلب الأول)**، ثم نتطرق لمظاهر خصوصية عقد الإذعان في **(المطلب الثاني)**.

---

[1] أنظر: الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[2] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص260 -261.

المطلب الأول: تحديد أطراف عقد الإذعان

تكتسي فكرة تحديد أطراف عقد الإذعان أهمية بالغة، حيث أننا من خلالها يمكننا معرفة حقوق والتزامات كل طرف في هذا النوع من العقود، وكما تمت الإشارة إليه سابقًا فإن طرفا عقد الإذعان هما المُذعِن له (المتدخل) والمُذعَن (المستهلك)، ووجود اختلال في التوازن العقدي في العلاقة التي تربط المستهلك بالمتدخل، بسبب عدم التوازن الاقتصادي أو القانوني أو المعرفي بين الأطراف، أين تعتري المستهلك حالة ضعف اقتصادي ومعرفي وفني في مواجهة المتدخل، ذلك الذي يتمتع بالقدرة الاقتصادية أو القانونية أو الفنية[1].

لذلك وجب على المتدخل تزويد المستهلك بالبيانات والمعلومات الجوهرية، التي من شأنها التأثير في قرار التعاقد أو مضمونه، ومن ذلك برزت علَّة تنظيم عقود الاستهلاك ووجود تشريع خاص بحماية المستهلك، إن كيفية انعقاد عقود الاستهلاك هي في كثير من الأحيان تنعقد بآلية عقود الإذعان، وهي التي ترمي إلى حماية الطرف المُذعَن بسبب ضعف مركزه الاقتصادي أو القانوني، ولا تتضمن حماية خاصة له فيما يتعلق بضعفه الناتج عن جهله أو قلَّة خبرته[2].

وبما أن المستهلك هو محور العملية التعاقدية في عقود الإذعان، لابد علينا من تحديد مفهومه، ورسم حدود فاصلة تحول دون اختلاطه مع مفهوم المتدخل، الذي يُعدُّ الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وذلك من أجل تحقيق الحكمة التي توخَّاها المشرع من وراء تنظيمه لعقد الإذعان[3]، وبالتالي سوف نحاول تحديد مفهوم المستهلك ثم نتناول مفهوم المتدخل أو المزود.

الفرع الأول: تحديد مفهوم المستهلك

يُعرَّف المستهلك لغة بأنه ذلك الشخص الذي استهلك المال أو الشيء، أي من أنفق المال أو الشيء أو أنفذه، فاستهلك مأخوذة من الفعل هَلَكَ ومن ثم لفظ استهلك يأتي بمعنى الإنفاق والنفاذ[4]، لقد ظهر مصطلح المستهلك لأول مرة في التشريع الجزائري، من خلال القانون رقم

---

[1] عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، (**الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية**)، مجلة الحقوق والحريات في الأنظمة المقارنة، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 04، أفريل2014م، (ص ص:91-118)، ص94-95.

[2] فوزي أكريم مرجع سابق، ص17.

[3] ليلى كراش، مرجع سابق، ص99.

[4] عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، مرجع سابق، ص95.

89 -02 الصادر بتاريخ 1989/02/07 المتعلق بقانون حماية المستهلك، حيث أدَّى ذلك إلى تغيير المصطلحات التقليدية، نتيجة لتغير الظروف الاقتصادية قصد الوصول إلى حماية أوسع للمضرور، فبعدما ما كان مصطلح المضرور هو المعمول به في القانون المدني تم استبداله بالمستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك[1].

كما تم استبدال مصطلح التاجر في المعاملات التجارية بالمتدخل، ويرجع ذلك لتنوع المهام الموكلة له في إطار وضع المنتوج للاستهلاك، فلم يعد ينظر إليه كبائع للمنتوجات وإنما كمسؤول عن العملية الإنتاجية، أمَّا في المفهوم الاقتصادي فهو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك والطرف الذي يقع في نهاية الدورة الاقتصادية، والغاية من وجودها على أساس أننا ننتج لكي نستهلك[2]، وسنتعرض للتعريف الفقهي للمستهلك، ثم نتعرض للتعريف التشريعي له.

أولاً: التعريف الفقهي للمستهلك

لقد انقسم الفقه بشأن إعطاء تعريف للمستهلك إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يأخذ بمعيار واسع في تحديد مفهوم المستهلك، والاتجاه الثاني يأخذ بمعيار يضيق من فكرة المستهلك[3].

1 - الاتجاه الموسَّع في تحديد مفهوم المستهلك

أنصار هذا الاتجاه ذهبوا إلى اعتبار أن المستهلك هو كل شخص يتعاقد بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، حتى وإن كان الشخص مهنيًا مادام يتصرف خارج ميدان تخصصه المهني، إذن حسب هذا الاتجاه فإن احتراف الشخص لمهنة ما لا علاقة له باكتساب صفة المستهلك من عدمه، طالما أن الاقتناء لا علاقة له بما يحترفه المقتني، وبهذا يتحقق الضعف المطلوب لحماية المستهلك، وحجج هؤلاء في هذا التوسُّع هو مدى امتداد نطاق الحماية القانونية إلى المتدخل عندما يقوم بإبرام تصرفات تخدم مهنته[4].

---

[1] أنظر: القانون رقم 89 -02 المؤرخ في1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى)، ج ر العدد 06، الصادرة في 1989/02/08.

[2] ليلى كراش، مرجع سابق، ص99 -100.

[3] زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص418.

[4] هدى زوزو، (**آليات حماية المستهلك من مخاطر التعاقد الالكتروني في التشريع الجزائري**)، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 04، أفريل 2017م، (ص ص: 315 -330)، ص319.

بل هناك من دعَا إلى جعل مصطلح المستهلك مرادفًا لكلمة مواطن، وذلك اعتمادًا على المصلحة، إذن فمصلحة المستهلك تكون حيثما توجد علاقة تبادلية بين المواطنين والعديد من المؤسسات ومختلف أنواع الأعمال الأخرى داخل المجتمع، فوفقًا لهذا الاتجاه يُعدُّ مستهلكًا كل شخص يتعاقد لغرض الاستهلاك، ذلك أن المهني الذي هو بالمفهوم الجديد المتدخل إذا تعامل خارج تخصصه سيجد نفسه في مركز ضعف لأنه يكون في حكم الجاهل للأمور[1].

2 - الاتجاه الضيِّق في تحديد مفهوم المستهلك

يُعرِّف الاتجاه الضيِّق المستهلك على أنه شخص يتعاقد بهدف تلبية وإشباع حاجاته ورغباته الشخصية والعائلية، كما عُرِّف أيضًا بأنه الشخص الذي يقوم بشراء السلع والخدمات لاستعماله الشخصي أو استعمال أفراد أسرته أو من يعيلهم، وتجب الإشارة إلى أن هناك اتجاهًا يرى أن المستهلك هو الشخص الطبيعي، بينما يرى اتجاه آخر أن تعريف المستهلك لا يقتصر على الشخص الطبيعي، وإنما يشمل أيضا بعض الأشخاص المعنوية كالجمعيات الخيرية والنقابات، التي لا تهدف إلى تحقيق الربح وأرى أن هذا الاتجاه هو الأصوب[2].

وفقًا لهذا الاتجاه فإن المستهلك هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري للقانون الخاص، والذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، إذن فالمعيار المعتمد من قبل أصحاب هذا الاتجاه هو معيار الغرض من التصرف، والذي يميِّز وفقه بين طائفة المتدخلين والمستهلكين، هذا ويميل إلى الأخذ بهذا المفهوم الضيِّق للمستهلك إضافة إلى غالبية الفقهاء القضاء في فرنسا، إذ صدرت أحكام قضائية تؤيِّد هذا المعنى الضيِّق في مجالات استهلاكية متعدِّدة[3].

ثانيًا: التعريف القانوني للمستهلك

لقد عرَّف المشرع الجزائري المستهلك على غرار باقي التشريعات المقارنة من خلال عدَّة نصوص قانونية، فعرَّفه بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 90 -39 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش المعدَّل والمتمم على أنه:" كل شخص يقتني

---

[1] عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، مرجع سابق، ص96.

[2] عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص29 -30.

[3] هدى تريكي، **الحماية المدنية الإجرائية للمستهلك، دراسة مقارنة**، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، مصر، الطبعة الأولى، 2017م، ص27.

بثمن أو مجانًا منتوجًا أو خدمة، مُعدَّين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به"[1]، كما عرَّفته المادة 03 من القانون رقم 04 -02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بقولها:" المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعًا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجرَّدة من كل طابع مهني"[2].

كما عرَّفته أيضًا المادة 03 من القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانًا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"[3]، ويبدو جليًا من خلال استقراء هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري قد تبنَّى المفهوم الضيِّق في تعريفه للمستهلك[4].

وما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع استعمل مصطلح يقتني ليوسِّع من دائرة التصرفات التي تُمكِّن الشخص من الحصول على السلعة أو الخدمة، وذلك لضمان حد معيَّن من الحماية للمستهلك من تعسف المتدخل سواء كان مصنعًا أو حرفيًا أو مستوردًا أو موزعًا أو تاجرًا، كما يدخل في مفهوم السلعة المنقول وكذا العقار، وأن تكون تلك السلعة أو الخدمة موجهة للاستعمال النهائي ولإشباع حاجاته الشخصية، وذلك رغبة من المشرع في استبعاد المتدخل من الأحكام الحمائية الخاصة بما فيها تلك المتعلقة بأحكام الشروط التعسفية[5].

ومن خلال نص المادة السالفة الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري، لم يتعرض بالتعريف للمصطلحات المهمة في قانون الاستهلاك، ممَّا يدفع بالمكلفين بتطبيقه أو الدارسين له بالبحث عنها في الفقه أو في أحكام القضاء، كما أنه قد استفاد من الانتقادات الفقهية التي طالت بعض التشريعات المقارنة، فوسَّع من مصطلح " المستهلك " ليشمل الشخص المعنوي، مستفيدًا من الآراء الفقهية المنتقدة لتقنينات الاستهلاك الأوربية التي تستبعده في كثير من أحكامها الحمائية،

---

[1] الجريدة الرسمية، العدد 05، الصادرة في 1990/01/31.

[2] القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم، ج ر العدد 41، الصادرة في 2004/06/27.

[3] الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

[4] عبير مزغيش، محمد عدنان بن ضيف، مرجع سابق، ص99.

[5] خالد معاشو، **دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي قالمة، السنة الجامعية: 2015 -2016م، ص20.

وبذلك يكون قد حسم النقاش الفقهي المتعلق باعتبار المحترف مستهلكًا لمَّا يتعاقد خارج مجال تخصصه، وبالتالي يستفيد من الحماية المنصوص عليها في قوانين حماية المستهلك[1].

من خلال النصوص السابقة الذكر نخلص إلى أن المشرع الجزائري أخذ **بالمفهوم الضيِّق وبمعيار الغرض من الاقتناء**، من خلال تأكيده على ذلك في القانون رقم 04 -02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 10 -06 المؤرخ في 2010/08/15، وكذا القانون رقم 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[2].

وتوسَّع في تحديده لمفهوم المستهلك في المرسوم التنفيذي 90 -39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، بهدف توسيع نطاق الحماية بالانتقال من فكرة المستهلك النهائي إلى الوسيطي، ولكننا نرى أن العبرة ليست بالمرسوم التنفيذي 90 -39 وإنما بالقانون 09 -03، وذلك لأن المرسوم التنفيذي هو مجرَّد نص تطبيقي للقانون 89 -02 المتعلق بقواعد حماية المستهلك، والذي تم إلغاؤه بصدور القانون رقم 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[3].

ليأتي بعد ذلك المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر من القانون المدني ليأخذ بالاتجاه الموسَّع، بإعطائه مفهومًا واسعًا للمضرور دون تمييز المتعاقدين عن المنتج أو الغير، مضرورين مباشرين أو بالارتداد، مستهلكين أومهنيين، طبيعيين أو معنويين، وباستقرائنا لهذه المادة يمكننا الجزم بأنه يمكن للقاضي الاستعانة بها للكشف عن الشروط التعسفية[4].

وأخيرًا يمكن القول أن هناك بعض التشريعات التي أخذت بالاتجاه الموسَّع للمستهلك، لكن أغلبها أخذت بالاتجاه الضيِّق خصوصًا مع انتشار الشركات العالمية والعولمة[5]، ويمكن لنا تعريفه طبقًا لهذا الاتجاه بأنه:" الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني لإشباع حاجاته الشخصية وحاجات من يعولهم[6].

---

[1] خالد معاشو، مرجع سابق، ص20.

[2] أنظر: الجريدة الرسمية، العدد 41، الصادرة في 2004/06/27، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

[3] ليلى كراش، مرجع سابق، ص102.

[4] الشريف بحماوي، (**سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة**)، مجلة الباحث للدراسات الأكادمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر، العدد 02، جوان 2014م، (ص ص: 98 -112)، ص107.

[5] عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص43.

[6] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص37.

ثالثًا: موقف القضاء من مفهوم المستهلك

من خلال الاطلاع على الأحكام القضائية الصادرة في فرنسا بمناسبة الفصل في منازعات أثيرت بشأنها أحكام قانون الاستهلاك، يتضح جليًا بأن الاجتهاد القضائي هناك يتجه نحو التوسُّع في مفهوم المستهلك، ولعلَّ مظاهر ذلك الاتجاه تتجلَّى من خلال اعترافه للشخص المعنوي بصفة المستهلك وفق شروط وضوابط معيَّنة.

فقد اعترف القضاء الفرنسي بحق المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه في التمتع بالحماية المقرَّرة للمستهلك، حيث قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1978/10/28، بأحقية شركة تجارية بوصفها مستهلكًا في الاستفادة من نصوص قانون 1978/01/10 الخاص بحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، بالرغم من أنها شخص معنوي يحترف الأعمال التجارية في مجال العقارات، حيث تعتبر في نفس حالة الجهل التي يصاب بها أي مستهلك عادي[1].

وفي حكم آخر لمحكمة النقض الفرنسية في هذا الاتجاه صدر بتاريخ 2008/12/11، أن الشركات لا ينطبق عنها وصف المستهلكين، وأكدت ذات المحكمة في حكمها الصادر بتاريخ 2009/04/02 أن المادة 1/136 لا تنطبق إلا على المستهلكين الأفراد فقط، ويتضح من أحكام المحاكم الفرنسية أنها رفضت إضفاء صفة المستهلك على المهني، عندما يقوم بإجراء تصرف له علاقة مع نشاطه الذي يباشره، إلا إذا تعلق بإشباع حاجاته الشخصية والعائلية[2].

ويلاحظ مبدئيًا أنه يوجد تناقض بين هذين الحكمين، فالحكم الأول يعطي مفهومًا واسعًا للمستهلك بضمه للشخص المعنوي إلى فئة المستهلكين غير أنه تعاقد خارج مجال تخصصه، بينما في الحكم الثاني أخذ بالمفهوم الضيِّق، واقتصر في تحديد مفهوم المستهلك على الاستهلاك الشخصي والعائلي للأفراد أو المهنيين[3]، وعليه نستنتج أن القضاء الفرنسي بعدما كان يتبنَّى المفهوم الموسَّع للمستهلك، انتهج سبيلا آخر في مفهومه وذلك بتضييق نطاق الحماية لتشمل تعاقد بين الأفراد أو المهنيين بمناسبة حاجاتهم الشخصية.

---

[1] خالد معاشو، مرجع سابق، ص21.

[2] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص26.

[3] فاطمة بحري، **الحماية الجنائية للمستهلك**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2012 -2013م، ص37.

غير أنه وفي تطور ملحوظ لاجتهادات القضاء الفرنسي ابتداءً من منتصف التسعينات، راحت محكمة النقض الفرنسية تستبعد المحترف من مجال قانون المستهلك، وبالأخص في مجال أحكام الشروط التعسفية، وذلك لمَّا أضافت معيار آخر إلى جانب معيار عدم التخصص أو عدم الخبرة، من أجل منح المحترف المتعاقد خارج مجال تخصصه صفة المستهلك، حيث يتمثل هذا المعيار في ضرورة عدم الارتباط المباشر بين العقد الذي يبرمه المحترف والنشاط الذي يمارسه[1].

ممَّا ضيق كثيرًا من نطاق الحماية إلى حد سد الأبواب أمام استفادة المحترف من الحماية الخاصة التي يكفلها قانون المستهلك، وهو ما دفع ببعض الفقهاء إلى البحث عن إيجاد منفذ للمحترفين خارج نشاطهم الاحترافي، ومن بينهم "مازو" لمَّا ذهب في مؤلفه المعنون بـ:" الشريعة العامة للعقد وقانون المستهلك" إلى أنه لابد من التوسُّع في الحماية لتشمل المحترفين، الذين يستطيعون أن يثبتوا بأن التجاوزات التي طالتهم، نتيجة لتبعيتهم الاقتصادية لحظة ابرام العقد، ولعدم اختصاصهم النسبي في موضوع العقد، ولاستحالة قدرتهم على التفاوض حول شروطه[2].

ويؤخذ عن هذا الاتجاه أنه يجعل حدود قانون الاستهلاك غير دقيقة، لمعرفة ما إذا كان المهني يعمل في إطار تخصصه كالمستهلك العادي وهو أمر ينبغي دراسته حالة بحالة[3]، وعليه يتضح أن القضاء الفرنسي قد تبنَّى المفهوم الواسع للمستهلك معتمدًا في ذلك على معيار عدم التخصص أو عدم الخبرة، وذلك بمنح المحترف أو المهني صفة المستهلك، ومن ثم إحاطته بالأحكام الحمائية التي قرَّرها قانون المستهلك لفئة المستهلكين[4].

وكخلاصة لمفهوم المستهلك يمكن القول بضرورة توفر مجموعة من الشروط يستند عليها القاضي لمنح المتعاقد صفة المستهلك، ومن ثم إحاطته بالحماية القانونية من أي تعسف قد ينسب للمحترف، تلك الشروط يستنبطها القاضي بالاعتماد على ما نص عليه المشرع في قانون

---

[1] خالد معاشو، مرجع سابق، ص22.

[2] عصام نجاح، **قانون المستهلك**، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1948، 2014م، غير منشورة.

[3] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص31.

[4] خالد معاشو، مرجع سابق، ص22.

الاستهلاك، والتي حصرها المشرع الجزائري في وجود شخص طبيعي أو معنوي، يقوم باقتناء سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي ولتلبية حاجاته الشخصية أو العائلية.

ومن ثم فإن الفقه يحث المشرع على أن لا يتجاوز حدَّين مهمين، الحد الأول يجب ألا يقتصر قانون الاستهلاك على حماية المستهلك بالمعنى الضيِّق، والحد الثاني هو ضرورة توسيع هذه الحماية لتشمل المحترفين المتعاقدين خارج نطاق اختصاصهم، وطبعًا ينبغي أن يكون ذلك بقيود لأن غاية قانون الاستهلاك ليس حماية المحترف، ومن ثم حلول محل القانون المدني، طالما أن هذا الأخير يتولَّى حماية المحترف من التعسف التعاقدي، الذي قد يصدر من محترف آخر[1].

الفرع الثاني: تحديد مفهوم المتدخل

يعتبر المتدخل أو المزود أحد أطراف العلاقة التعاقدية، وقد يكون هذا الأخير شخصًا طبيعيًا كما قد يكون شخصًا معنويًا، بحيث يمارس نشاطًا صناعيًا أو تجاريًا أو حرًا فلاحيًا، أو أي نشاطًا آخر تتوافر فيه صفة المهنية أو الاحترافية، حيث يأتي القصور في العلاقة التعاقدية من قبله عندما يستغل وضعه ومركزه التفاوضي، بما يملكه من قوة اقتصادية من خلال إدراج الشروط التعسفية أو التي يمكنها أن تُكيَّف على أنها كذلك، أمَّا إذا تم إبرام عقد بين محترفين من نفس الفئة، فهي تعتبر علاقة احترافية لا تخضع لقواعد حماية المستهلك[2].

إن تحديد مفهوم المتدخل يعدُّ ذا أهمية بالغة، لكونه الشخص المقابل للمستهلك في عقد الإذعان كإطار للحماية من الشروط التعسفية، والمجال الذي يتدخل فيه القاضي من أجل إعمال أو تطبيق القواعد القانونية الحمائية، لاسيما تلك المتعلقة بالبنود التعسفية كآلية لإعادة التوازن العقدي المختل بفعل تلك الشروط، وتتجلَّى هذه الأهمية في كون مفهوم المتدخل يُمَكِّن من حصر أشخاص العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، التي تعد إطارًا للحماية من التعسف ومجال تدخل القاضي إزاء ذلك[3]، وعليه سنتعرض إلى بعض التعريفات الفقهية للمتدخل، ثم نتعرض إلى التعريف القانوني له وموقف القضاء من مفهوم المتدخل.

---

[1] خالد معاشو، مرجع سابق، ص23.

[2] سامي بن حملة، مرجع سابق، ص94.

[3] خالد معاشو، مرجع سابق، ص25.

أولاً: التعريف الفقهي للمتدخل

إن المستهلك يبرم مع المتدخل بمناسبة إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية عدَّة عقود متنوعة حسب محلِّها، فقد يكون محل العقد مالاً أو سلعة معيَّنة، كما قد يكون تقديم خدمة معيَّنة، لقد اختلف الفقهاء حول تعريف المتدخل باختلاف الزاوية التي ينظر إليه منها معتمدين على عدَّة معايير، فمنهم من عرَّفه على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطًا تجاريًا بهدف الحصول على الربح، وليس بهدف الاستعمال الشخصي أو العائلي[1].

وفي تعريف آخر فإن المتدخل هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مجال نشاط مهني معيَّن، سواء كان صناعيًا أو تجاريًا أو حرفيًا أو زراعيًا أو حرًا، وذلك من خلال تقديم السلع والخدمات للجمهور بمقابل مادي بغرض الحصول على الربح، وسواء اتخذ ذلك النشاط شكل المشروع الفردي أو شكل الشركة أو المؤسسة، التي قد تنتمي للقطاع الخاص أو القطاع العام كالمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والتي تتولَّى تسيير مرافق عمومية وتبرم في إطار ذلك عقودًا مع المستهلكين[2].

يوجد تعريف آخر أيضًا مشابه لهذا التعريف يعتبر المتدخلين على أساس أنهم الأشخاص الطبيعية أو المعنوية العامة أو الخاصة، الذين يعرضون أموالاً أو خدمات في إطار ممارستهم لنشاط اعتيادي[3].

من خلال التعريفات الفقهية السالفة الذكر يتضح لنا، أن التمييز بين المتدخل والمستهلك يقوم على أساس غائي، أي بالنظر إلى الغاية المقصودة من تصرف الشخص وإقدامه على التعاقد، فإذا كان مفهوم المستهلك يشكل كل من يتصرف لأغراض شخصية أو عائلية، فإن المتدخل أو المزود هو ذلك الشخص الذي يتصرف لأغراض حاجاته المهنية، وبالتالي فإن طبيعة الهدف أو الغاية التي يسعى إليها الشخص، هي التي تسمح بتصنيف صاحبها إمَّا باعتباره متدخلاً أو مستهلكًا[4].

---

[1] خالد معاشو، مرجع سابق، ص25.

[2] *Jean calais-auloy, **Droit de la consommation,** 3éme édition, précis dalloz, France, 1992, p5.*

[3] *Jean calais-auloy, **Proposition pour un nouveau droit de la consommation,** la documentation française, paris – France, 1985, p139.*

[4] خالد معاشو، مرجع سابق، ص26.

كما نستفيد من التعريفات السابقة أن المعيار الذي يُحدِّد مدى اعتبار الشخص الطبيعي أو المعنوي متدخلاً هو معيار الاحتراف، الذي لا يتحقق إلا بالاعتياد على ممارسة نشاط ما في إطار تنظيم محكم، فيظهر بموجبه المتدخل كصاحب خبرة ودراية وفعالية في مجال مهنته، الأمر الذي يجعله في مركز المتفوِّق في علاقاته وعقوده التي يبرمها في إطار مهنته، فاستنادًا إلى ذلك التفوُّق يستوجب الأمر إفادة الطرف الآخر في العقد، وهو المستهلك بحقوق خاصة تكون في مجملها التزامات على عاتق المتدخل[1].

وذهب البعض الآخر إلى القول بأن المتدخل هو الشخص الذي تتوفر لديه المعلومات والبيانات والمعرفة، التي تسمح له بالتعاقد على بيِّنة ودراية، ومن ثم فهو ليس بحاجة إلى حماية قانونية خاصة مثل المستهلك[2].

يقصد بالاحتراف الذي يعتبر المعيار المُحدِّد لصفة المتدخل في ممارسة نشاط معيَّن على سبيل الاستمرار والانتظام مع اتخاذه مورد رزق، وبالتالي فالاحتراف يتكون من عنصري الاعتياد أي الاستمرارية، والانتظام في ممارسة النشاط مع توافر نية الارتزاق، أمَّا عن التفرقة بين الاحتراف والاعتياد فالأول يقتضي لتحققه إتيان النشاط بصفة مستمرة ومنتظمة، مع نية اتخاذ ذلك العمل أو النشاط مهنة ووسيلة للارتزاق، في حين يقتضي الاعتياد تكرار وقوع العمل من الشخص من وقت لآخر دون نية الاعتماد عليه كمصدر رزق[3].

وإذا كان الاحتراف شرط أساسي لاكتساب الشخص صفة التاجر في نطاق العلاقات التجارية، فإنه في نطاق علاقات الاستهلاك قد لا يعتبر الشخص تاجرًا في مفهوم القانون التجاري، رغم اعتباره مهنيًا أي محترفًا في مواجهة المستهلك في مفهوم قانون الاستهلاك[4]، إذن فالمحترف الذي يتعاقد في إطار ممارسة مهنته لا يكتسب بالضرورة صفة التاجر، فكل من الطبيب والمهندس والمحامي يعدُّ في إطار العلاقات التي يعقدها مع المستفيدين من الخدمات، محترفًا في مواجهة المستهلك غير أنه لا يكتسب صفة التاجر[5].

---

[1] خالد معاشو، مرجع سابق، ص26.

[2] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص40.

[3] خالد معاشو، مرجع سابق، ص27.

[4] سلمة بن سعيدي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2013 -2014م، ص25.

[5] عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص45.

وذهب رأي آخر إلى القول بأن اكتساب الشخص صفة المتدخل يقتضي التمتع بثلاثة عناصر هي: الأفضلية أو التفوق أو المقدرة الفنية، بمعنى أن يكون بمقدوره من الناحية الفنية معرفة العناصر المختلفة لمنتجاته أو الخدمة التي يقوم بعرضها على الجمهور، وخلاصة القول هي أن الأشخاص المعنوية العامة ينطبق عليها وصف المتدخل إذا كانت تمارس نشاطًا تجاريًا وصناعيًا، وتكون العقود التي تبرمها هذه الأخيرة مع المستهلكين هي عقود استهلاك[1].

ثانيًا: التعريف القانوني للمتدخل

لم يُعرِّف المشرع الفرنسي المهني على غرار المستهلك في قوانين الاستهلاك السابقة، وحتى بموجب تعديل 2014 -344 الصادر في2014/03/17 المستوحى من التوجيه الأروبي، إلا أنه استدرك ذلك في الأمر رقم 2016 -301 وعرَّف المهني على أنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يتصرف لأغراض تدخل ضمن نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر أو الزراعي، بما في ذلك عندما يتصرف باسم أو لحساب مهني آخر، وهو بذلك يكون قد أخذ بنفس التعريف تقريبًا الوارد في المادة 02 من التوجيه الأروبي83 -2011[2].

لقد عرَّفه المشرع الجزائري بموجب الفقرة الأولى من المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90 -266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات على أنه:" كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك"[3].

كما عرَّفت الفقرة 07 من المادة 03 من القانون 09 -03 المتدخل على أنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"[4]، فالمهني هو نفسه المحترف وهو حديثًا المتدخل ويُعرَّف على أنه الشخص الذي يتصرف من أجل تلبية حاجات مهنته، كشراء سلع من أجل إعادة بيعها، وكلمة محترف أو مهني متأتية من مهنة أو حرفة،

---

[1] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص40 -42.

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**. أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أحمد درارية، أدرار، السنة الجامعية: 2017 -2018م، ص40.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 90 -266 المؤرخ في 1990/09/15، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر العدد 40، الصادرة في 1990/09/19.

[4] القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم، ج ر العدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

ومعناها في نطاق قانون حماية المستهلك، كل نشاط منظَّم بغرض الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات، فهي تتضمن مفاهيم المؤسسة أو المشروع[1].

والمحترف قد يكون شخصًا طبيعيًا، كما قد يكون شخصًا معنويًا مثل الشركات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وما يميز المحترف هو وجوده في مركز أقوى من مركز المستهلك، نظرًا لتفوقه في المعرفة الفنية والتقنية ومعلوماته على المستهلك، بالإضافة إلى قدراته المالية، ولتعديل الكفَّة وترجيحها بين هذين الطرفين المتناقضين، وجد قانون حماية المستهلك وقمع الغش لإعادة التوازن بينهما[2].

كما يُعرَّف المزود على أنه الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يعمل من أجل حاجات مهنته على سبيل الاحتراف، ويسعى إلى تحقيق الربح فاحتراف التجارة هو الذي يكسب الشخص صفة المزود، فتعريف المزود يرتبط بالعمل الذي يباشره، حيث تشترط القوانين في الشخص سواء كان طبيعياً أم معنويًا، أن تكون الأعمال التجارية التي يمارسها ويحترفها لاكتساب صفة المزود، هي أعمال تجارية بحكم ماهيتها الذاتية[3].

وهو نفس المفهوم الذي اعتمده قانون المنافسة في نص المادة 2 منه، حيث يشمل المتدخل في السوق كل من: المنتج أو الموزع أو وسيط أو أي تاجر أو مستورد والجمعيات وحتى الأشخاص العمومية سواء تعلق الأمر بالمتدخل في سوق المنتجات أو الخدمات[4].

وقد عرَّف قانون حماية المستهلك الفلسطيني رقم 21 لسنة 2005 في المادة الأولى منه المزود بأنه:" الشخص الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطاً يتمثل في توزيع، أو تداول، أو تصنيع، أو تأجير السلع، أو تقديم الخدمات"، ولفظ شخص هنا يقصد به سواء الشخص الطبيعي أو المعنوي[5].

---

[1] هدى تريكي، مرجع سابق،ص29.

[2] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**، ص33.

[3] عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص44.

[4] الأمر 03 -03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 43، الصادرة في 2003/07/20، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 10 -05 المؤرخ في 2010/08/15، ج ر العدد 46، الصادرة في 2010/08/18.

[5] عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص44.

بينما عرَّف قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 في المادة الأولى منه المورد على أنه:" كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو بإنتاج أو استيراد أو توزيع أو عرض أو تداول أو الاتجار في إحدى المنتجات أو التعامل عليها، وذلك بهدف تقديمها إلى المستهلك، أو التعاقد، أو التعامل معه عليها بأيَّة طريقة من الطرق"، ونجد أن هناك اختلافًا طفيفًا بين القانونين، فالقانون الفلسطيني أطلق على المتدخل لفظ المزود أمَّا القانون المصري أطلق عليه لفظ المورد، كذلك فإن قانون حماية المستهلك الفلسطيني جاء بموجبه أن الشخص المزود، يمكن أن يمارس النشاط باسمه أو باسم الغير، بينما أغفل المشرع المصري هذا الجانب[1].

أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري فقد سماه في القانون رقم 09 -03 " المتدخل " بعد ما كان في القوانين السابقة تارة يطلق عليه المهني وتارة أخرى المحترف[2]، هذا وذهب العديد من شراح القانون إلى تعريف المزود بأنه الشخص الذي يتعاقد أثناء حرفته المعتادة، دون النظر عمَّا إذا كانت هذه الحرفة تجارية أو مزودة أو صناعية أو فنية أو زراعية، كما عرَّفه آخرون على أنه الشخص الذي تتوافر لديه المعلومات والبيانات والمعرفة، التي تسمح له بالتعاقد على بيِّنة ودراية، ممَّا يجعله لا يحتاج إلى حماية خاصة مثل المستهلك[3].

ثالثًا: موقف القضاء من مفهوم المتدخل

تجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي تعرض للدائن المحترف، الذي ينسحب مضمونه أيضًا على المحترف في إطار علاقات الاستهلاك، حيث جاء في الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية الصادرة بتاريخ 2009/07/09 أنه:" الدائن المحترف يأخذ هذه الصفة مادام أن الدين نشأ بمناسبة ممارسته لمهنته أو متى كان له علاقة مع أحد نشاطاته الاحترافية حتى ولو لم تكن أساسية أو رئيسية "، وبالتالي وحسب ما جاء في هذا القرار فإنه لا يسوغ للمحترف، التحجُّج بأن تصرفه كان خارج عن نطاق نشاطه الرئيسي، من أجل الابتعاد والتنصل من الأحكام الحمائية التي يتضمنها قانون الاستهلاك[4].

---

[1] عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص44 -45.

[2] القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم.

[3] عبد الله ذيب محمود، مرجع سابق، ص45 -46.

[4] خالد معاشو، مرجع سابق، ص29 -30.

وما يجب الإشارة إليه هو أن المشرع الفرنسي سنة 2016 قد ألغى جميع النصوص المتعلقة بحماية المستهلك، لاسيما القانون 93 -949 وتعديلاته إلى غاية 2014، وأعاد تنظيم الموضوع من جديد بواسطة الأمر 2016 -301 الصادر بتاريخ 2016/03/14، والذي بدأ سريانه بتاريخ 2016/07/01[1].

حيث نصت المادة التمهيدية في فقرتها الأول منه على أن المستهلك هو:" هو كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي، الحر أو الزراعي"، متبنيًا في ذلك معيار الارتباط المباشر الذي سبق أن كرَّسه القضاء الفرنسي في أغلب أحكامه[2].

وأرى أن المقصود بالمتدخل هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مباشرة أو إلكترونيًا، ويمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطًا تجاريًا أو صناعيًا أو زراعيًا، فيمتلك محلاً تجاريًا أو موقعًا إلكترونيًا بقصد ممارسة نشاطه أو شراء البضائع بقصد إعادة بيعها، أو القيام بتأجير السلع وتقديم الخدمات.

ومن خلال تحديد مفاهيم أطراف عقد الإذعان وهما المتدخل(المُذعِن له) كطرف قوي، والمستهلك(المُذعَن) كطرف ضعيف، يتضح لنا أن كل منهما قد يكون شخصًا طبيعيًا أو معنويًا، فبالنسبة للأشخاص المعنوية التي تتمثل في المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات ذات الطابع الصناعي التجاري، فقد تأخذ هذه المؤسسات شكل المتدخل أو المستهلك، على عكس المؤسسات ذات الطابع الإداري التي لا يمكن أن تكون متدخلاً أو مستهلكًا، بسبب اعتمادها على أساليب القانون العام وامتيازات السلطة العامة، ولأن هدفها الأساسي ليس الربح بل هو تحقيق المنفعة العامة.

المطلب الثاني: مظاهر خصوصية عقد الإذعان

بما أن عقد الإذعان يتضمن طرفين طرف قوي يتمثل في المتدخل يُعدُّ شروط العقد مسبقًا وينفرد بتعديلها، وطرف ضعيف لا يستطيع مناقشة هذه الشروط هو المستهلك، ممَّا يؤدي إلى وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة ورفض حق المستهلك في فسخ العقد، وبالتالي فإن هذا

[1] *L'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, J.O.R.F n°0064, du 16 mars 2016, Disponible sur: Ordonnance n°2016-301 de la consommation, J.O.R.F n°0064, du 16 mars 2016, Date d'accès: 29/09/2019.*

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص30.

النوع من العقود له خصوصيته، غير أن هذه الخصوصية تتجسد تارة في مرحلة إبرام العقد وتكون من حيث تكوينه، وتارة أخرى تتجسد في مرحلة تنفيذ العقد وتكون من حيث تفسيره.

الفرع الأول: خصوصية عقد الإذعان من حيث التكوين

لمعرفة خصوصية عقد الإذعان لابد من الإشارة إلى مكونات هذا العقد، وبالرجوع إلى المادتين 70 مدني و03 -4 من القانون 04 -02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فإن العناصر المكونة لعقد الإذعان تتمثل في التحرير الانفرادي المسبق لشروط العقد من قبل الطرف القوي من جهة، وغياب المناقشة أو عدم إمكانية تعديل العقد من قبل الطرف المُذعَن من جهة أخرى[1].

كما أن عقود الإذعان تختلف عن غيرها من العقود المتعارف عليها، لأنها ليست من العقود المسماة المشهورة، وهي تعتبر من العقود الحديثة لها أركان كغيرها من العقود، إلا أنها تتميز بأحكام وضوابط مختلفة عنها[2]، وحتى تتضح لنا خصوصيتها بجلاء لابد من التعرض لأركانها، من خلال استعراضنا لركن التراضي ثم التعرض لركني المحل والسبب.

أولاً: التراضي في عقد الإذعان

إن أهم ركن في العقد هو ركن التراضي أي الإيجاب والقبول وانطباقهما بإرادة حرَّة واعية[3]، لذا سنتناول الإيجاب في عقد الإذعان ثم القبول في هذا العقد.

1 - الإيجاب في عقد الإذعان

يكون الإيجاب في عقود الإذعان موحدًا للجميع ومعروضاً بشكل دائم ومستمر، يطبق بشكل ثابت على جميع العقود المشتركة بذات الموضوع التي ستبرم خلال فترة معيَّنة، وفي أغلب الأحيان يكون في صيغة مطبوعة يقوم بوضعها الموجب، تتضمن جميع الأحكام والشروط الجوهرية للعقد، وهي موحَّدة متماثلة ودائمة ومستمرة ثابتة لا تتغير من متعاقد لآخر، حتى يقوم الموجب بتغييرها ولا تقبل المناقشة وتكون دائمًا لمصلحته[4].

---

[1] خديجة فاضل، مرجع سابق، ص312.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص22.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص76

[4] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص46.

يتميز الإيجاب في عقد الإذعان بأنه إيجاب يصدر في صورة قاطعة، يشمل الشروط التفصيلية للعقد ولا يكون الموجب على استعداد للمناقشة فيها، وبذلك لا يحتاج لإتمام العقد إلى أكثر من مجرَّد قبول يكون بمثابة تسليم وإذعان لما صدر من الموجب، إلا أن هذا لا يمنع في بعض الصور من أن يكون العرض الصادر من الطرف القوي مجرَّد دعوة للتعاقد، لا ترقى إلى مستوى الإيجاب، وذلك حين تكون شخصية الطرف المُذعَن محل اعتبار في العقد[1]، وهو ما نصت عليه المادة 70 من التقنين المدني الجزائري.

فالإيجاب في عقد الإذعان هو وضع شروط التعاقد، والشروط في عقد الإذعان هي تلك البنود الذي يضعها أحد الأطراف، ليشكل بها نظامًا في العلاقة القانونية المحتملة وتكون غير قابلة للمناقشة، فهي شروط محرَّر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، ووضع الشروط غالبًا ما يكون بوضعية تحمي مصلحة واضعيه، وعلى سبيل المثال لا الحصر في العقود النموذجية المعدَّة من قبل جمعيات مهنية فإننا نجد الشكلية المستعملة فيها تحمي مصالح عمال تلك المهنة، ومن هنا فإن الشرط هو الذي يُحدِّد نطاق التعاقد[2].

ولكن يلاحظ أنه في بعض الأحيان قد يقترن الإيجاب بشروط أو تحفظات، تمليها طبيعة التعاقد ذاتها بحيث أنها لو تخلفت اعتبر الإيجاب غير قائم أصلاً، ومثال ذلك: الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين، فهذا الإيجاب معلَّق على شرط أن يكون المؤمَّن على حياته خاليًا من الأمراض التي تُهدِّد الحياة، ومثال ذلك أيضًا: الإيجاب الموجب من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على اختلاف أنواعها، فهذا الإيجاب معلَّق على شرط أن يكون هناك مجالات شاغرة[3].

ومع ذلك ففي هذه الصورة يكون العرض في ماعدَا هذه التحفظات الضمنية، وتلك الاعتبارات الشخصية متضمنًا لكل شروط العقد[4].

كما أن الإيجاب في عقد الإذعان يتميز بالعمومية، أي أنه إيجاب عام أو موجه إلى الجمهور أو إلى فئة معيَّنة منه، تتوافر فيهم صفات معيَّنة ولا يوجه إلى شخص معيَّن بذاته،

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق ص137..

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص78.

[3] حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص.53

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص78.

وما دام الإيجاب يصدر بصورة عامة فإنه يقتضي أن يكون دائمًا، أي أن الإيجاب يصدر على نحو مستمر فيكون ملزمًا لمدة أطول بكثير ممَّا هو عليه الحال في العقود العادية، فلا يمكن أن يقال هنا أن الإيجاب يكون ملزمًا فقط خلال المدة الكافية لاقترانه بالقبول، وطول مدة الإيجاب مصدره من طبيعة الإيجاب وظروفه، وهو أظهر ما يكون في الإيجاب الصادر من محتكر قانوني، إذ أن هذا الأخير يُحدِّد أسعاره وشروطه على أساس تعريفة، تخضع لموافقة السلطة العامة لا يلحقها التعديل إلا بعد مدة طويلة[1].

ومن أمثلة ذلك الإيجاب بعقد النقل بوسائله المختلفة بالسكك الحديدية أو بالسيارات العامة أو بالسفن أو بالطائرات، والإيجاب بالتعاقد مع مصلحة البريد بالتلغراف وشركات الكهرباء والغاز والماء والهاتف، والإيجاب بعقد التأمين بمقتضى عقد نموذجي، في كل هذه النماذج نكون بصدد إيجاب موجَّه إلى أشخاص غير معيَّنين، وقد تم من أجل أن يستمر لمدة طويلة غير محدَّدة[2].

والإيجاب يجب أن ينشر على الجمهور عن طريق المنشورات أو اللصق في أماكن ظاهرة للعيان، أو الإشارة إلى مطبوعات يسهل الرجوع إليها، لكي يتمكن من يريد الاطلاع عليه التعرُّف على مدى الإيجاب وشروطه، فإذا تم ذلك فكل من يقبل الإيجاب يتقيد به حتى ولو ثبت أنه لم يستطيع الاطلاع عليه بالفعل، مادام أنه كان يستطيع الاطلاع عليه، فإذا نشر الإيجاب أصبح ملزمًا حتى بالنسبة للشخص الأمي الذي لا يعرف القراءة[3].

ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى من يحتكر سلعة أو مرفقًا يعتبر من الضروريات للجمهور، يتحتم عليه أن يكون في حالة إيجاب طوال مدة الاحتكار، ويظهر هذا الإيجاب الحتمي بوضوح في حالة الاحتكار القانوني، إذ يكون على المحتكر بمقتضى عقد الالتزام المبرم بينه وبين السلطة العامة، أن يقدم السلعة أو يؤدي الخدمة لكل من يطلبها من الجمهور، كما يوجد هذا الإيجاب في حالة الاحتكار الفعلي ما دام الأمر يتعلق بسلعة ضرورية، فكلما تأكدت صفة الضرورة بالنسبة إلى عمل المحتكر تشتَّد حاجات الجمهور في شأنه[4].

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، مر جع سابق، ص137.

[2] حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص61.

[3] عبد المنعم فرج الصدة، مر جع سابق، ص137.

[4] محمد فواز صباح الآلوسي، مرجع سابق، ص195.

وعقود الإذعان نهائية فإذا ارتبط الإيجاب بالقبول يتم العقد غالبًا، ولا يمكن الرجوع عنه إلا بموافقة الطرف الآخر، إن لم يشترط الموجب عدم إلزامية العقد له، ويمكن أن تكون معلَّقة على شرط والمنافسة فيها محدودة النطاق[1].

ويظهر ممَّا سبق بيانه أن الإيجاب في عقد الإذعان يصدر في شروط موحَّدة، من قبل شخص قوي اقتصاديًا في صورة دائمة ومستمرة، يطبَّق بشكل ثابت على جميع العقود المشتركة في ذات الموضوع التي ستبرم خلال فترة معيَّنة، والإيجاب في عقود الإذعان يختلف عن عقود المساومة، هذه الأخيرة التي تنعقد غالبًا بعد تفاوض بين طرفي العقد[2].

2 - القبول في عقد الإذعان

صيغة القبول في عقود الإذعان تكون بانضمام الطرف الثاني (القابل) مذعنًا للإيجاب بشروطه، دون أن يناقش تلك الشروط أو يغير فيها أو يعدِّل منها شيئًا وربما لا يطَّلع عليها، لأن الإيجاب يتعلق بالسلع والخدمات الضرورية التي لا غنى له عنها، والقبول دائمًا لا يعبر عن رضا حقيقي لأن القابل لا يملك شيئًا اتجاه الشروط، أمَّا عن القابل فيكون فردًا أوجهة حكومية أو أهلية يسلم بشروط العقد جميعها، فيوافق عليها أو يرفضها جميعًا إذ لا تقبل المناقشة أو التجزئة، ولكن في الواقع لا يستطيع أن يرفضها لحاجته الماسَّة لمحل العقد[3].

ويعتبر القبول في عقد الإذعان خضوع وتسليم للشروط السابقة التي استقل الموجب بوضعها، وهذا ما نصت عليه المادة 70 من التقنين المدني الجزائري بقولها:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرَّد التسليم لشروط مُقرَّرة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها "[4].

فالقبول في هذا العقد يكون بانضمام الطرف الثاني أي القابل مذعنًا للإيجاب بشروطه، دون أن يناقش تلك الشروط أو أن يغير فيها أو أن يعدِّل منها شيئًا، وربما لا يطلع على تلك الشروط، لأن الإيجاب يتعلق بالسلع والخدمات الضرورية التي لا غنى له عنها، والقبول دائمًا لا يعبر عن رضا حقيقي لأن القابل لا يملك شيئًا اتجاه الشروط[5].

---

[1] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص46.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص24.

[3] منال جهاد أحمد خلة، مرجع سابق، ص47 -48 .

[4] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[5] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص25.

ويتضح مفهوم القبول في عقد الإذعان من خلال أن القابل إمَّا أن يقبل العقد كلُّه أو يرفضه كلُّه، ولكن هذا الخيار في إبرام العقد وعدم إبرامه يكون من الناحية النظرية فقط، أمَّا من الناحية العملية فلن يستطيع أن يرفض لأنه مضطر للحصول على ما يحتاجه، وهذا التنظيم الانفرادي لشروط العقد يكون شاملاً لكل المتعاملين، فالمتعاقد مع مصلحة السكك الحديدية يتعاقد معها ويستلم تذكرة نقله، دون أن يعلم شيئًا عن شروط نقله، والعامل يتعاقد مع صاحب المصنع، دون أن يعلم شيئًا عن تنظيمه الداخلي، وحتى لو علم فإن ذلك لن يغير من موقفه شيئًا، إذ لن يتمكن من تعديل هذه اللائحة وهو في نفس الوقت مضطر إلى التعاقد[1].

ومنه نجد أن هناك قبول ملحوظ في إذعان العاقد فهو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة، ويتضح من أحكام القبول في عقد الإذعان أنه لا يمكن للموجب أن يرفض القبول، فإذا كان الموجب يتمتع باحتكار قانوني فلا يجوز له أن يرفض القبول الذي يوجه إليه، إذ هو ملزم بالاستجابة لطلبات الجمهور بمقتضى عقد الالتزام بالشروط التي يُحدِّدها العقد، وإذا كان يتمتع باحتكار فعلي فلا يحق له أن يرفض القبول إلا لسبب مشروع، وإلا كان متعسفًا في هذا الرفض وترتبت مسؤوليته[2].

وصفوَة القول أن عقود الإذعان تنعقد بالإيجاب والقبول شأنها في ذلك شأن سائر العقود الأخرى، غير أن القبول في عقود الإذعان له صورته الخاصة نظرًا لما يلحقه من خضوع وإذعان وتسليم، لما يُملَّى على القابل من شروط وتحفظات من الموجب يجب مراعاتها[3]، وعليه فإن رضا الطرف الضعيف في عقد الإذعان معيب رغم حريته في التعاقد.

ثانيًا: المحل في عقد الإذعان

نص المشرع الجزائري على محل العقد في المواد من 92 إلى 98 من القانون المدني، ومحل الالتزام هو كل ما يلتزم به المدين، وهو إمَّا أن يكون التزام بعمل أو امتناع عنه أو إعطاء شيء ويقصد بهذا الأخير نقل أو إنشاء حق عيني، وشروطه هي أن يكون المحل ممكنًا، فإذا كان مستحيلاً كان العقد باطلاً، وجرى الفقه في حالة الالتزام بإعطاء شيء على

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص25.

[2] عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص139.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص26.

اشتراط أن يكون المحل موجودًا بدلاً من عبارة ممكنًا، والواقع في هذه الحالة هو ضرورة وجود وتوفر المحل[1].

وأن يكون المحل معيَّنًا أو قابلاً للتعيين وذلك مهما كانت صورته إذ يجب أن يكون محدَّدًا أو قابلاً للتحديد، وأن يكون محل الالتزام مشروعًا أي قابلاً للتعامل فيه إذا كان الالتزام بإعطاء شيء، وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناع عن عمل يجب ألا يكون مخالفًا للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً، وهو كرَّسته العديد من التشريعات بموجب ما جاء في المواد (6 مدني فرنسي، 135 مدني مصري، 96 مدني جزائري)[2].

كما أن المحل بالنظر إلى المفهوم التقليدي لعقد الإذعان يتميز بالاحتكار من جانب الموجب، كما أنه ضروري بالنسبة للمستهلك وسنحاول تفصيل ذلك على النحو التالي:

1 - احتكار السلعة أو الخدمة: يتميز المحل في عقد الإذعان بأنه يتعلق بسلع أو خدمات تكون خاضعة لاحتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها نتيجة لظروف الاتفاق بين أصحاب السلعة أو الخدمة[3].

وعلى هذا فمن يتعاقد مع شركات الاحتكار سواء كان الاحتكار قانونيًا أو فعليًا، كمن يتعاقد مع شركة المياه أو الكهرباء أو شركة التأمين أو شركات النقل بالبواخر أو الطيران أو السكك الحديدية أو السيارات يكون مضطرًا إلى التعاقد معها، لأنه يتعاقد مع محتكر لسلعة أو خدمة أو مرفق من ضروريات الحياة التي لا غنى عنها[4].

فعقد الإذعان إذن لا يوجد إلا في ظل الاحتكار، ويسود أكثر في الاحتكار الناشئ عن اتفاق المشروعات بعضها مع بعض، حيث يشتَّد فيها التنافس على الزبائن من أجل كسب العملاء، أمَّا حيث تسود المنافسة الحرَّة فلا يمكن أن يوجد عقد إذعان، حيث سيجد المستهلك من يقدم له شروط أفضل رغبة في جلب أكبر عدد ممكن من العملاء[5].

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص91.

[2] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] إبراهيم بنداري، **حماية المستهلك في عقد الإذعان**، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 1998م، ص10.

[4] حسني عبد الدايم، ، مرجع سابق، ص39.

[5] عبد الحي حجازي، **النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي، الجزء الأول**، مطبعة جامعة الكويت، 1982م، ص467.

وقد ضرب الدكتور السنهوري أمثلة عديدة على عقود الإذعان الموجودة في وقته، والتي تصدر عن شركات الاحتكار للمرافق العامة والسلع الضرورية والمصانع الكبرى التي تحتكر العمل والعمال، وشركات التأمين بأنواعه المختلفة فقال:" وأمثلة هذه العقود كثيرة فالتعاقد مع شركات النور والماء والغاز ومصالح البريد والتلغراف والتليفون وعقد النقل بوسائله المختلفة، من سكك حديدية وكهربائية وبواخر وسيارات وطائرات وغير ذلك، والتعاقد مع شركات التأمين بأنواعه المُتعدِّدة وعقد العمل في الصناعات الكبرى كل هذا يدخل في دائرة عقود الإذعان"[1].

2 - ضرورة السلعة أو الخدمة: يجب أن يتعلق عقد الإذعان بسلعة أو خدمة تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى جمهور الناس وليس إلى شخص بعينه، بحيث لا يمكن للجمهور الاستغناء عنها في حياتهم دون مشقة وضيق كالهاتف والمياه والتأمين والكهرباء، أمَّا إذا كانت ليست من الضروريات فلا يعتبر العقد عقد إذعان حسب مفهومه التقليدي[2].

ويختلف المحل في عقد المساومة عن عقود الإذعان، حيث أن المحل في عقود المساومة يناقش بصورة واضحة، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقد أطرافه على علم وخبرة بذلك الميدان، فيناقشان بكل حرية الشروط التي تتضمنها وثيقة العقد، ويستبعدان ما يريان غير مناسبًا فيكون بذلك التراضي، وينصب هذا الأخير على محل العقد ويعطي الأثر القانوني لتلك الشروط[3].

وبمعنى آخر فإنه يكون للمتعاقدين أن يتفاوضا في معظم الشروط، ومع ذلك فإن الاختلاف في شرط جوهري واحد يمنع أثر تلك الشروط لكون التراضي لم يتم بعد، أمَّا في عقد الإذعان فلا توجد تلك المفاوضة ولا تلك المساواة، فشروط التعاقد تُعدُّ مسبقًا من الموجب دون مناقشة من الطرف الآخر، فيقبل العقد كما كان عليه في حالة الإيجاب، وعدم وجود الحوار والمفاوضة يجعل المحل ثابتًا مستقرًا، لا يمكن استبعاد أي شرط من شروط محتواه سواء كانت في وثيقة العقد، أو كان شرطًا آخر تابعًا له في وثائق أخرى[4].

---

[1] عبد الرزاق بن أحمد السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع، دون طبعة، 1954م، (75/2).

[2] عبد الفتاح عبد الباقي، **نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي**، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1984م، ص96.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص28.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص93.

وفي الواقع فإنه لا يَحُدُّ من تلك الشروط سوى النظام العام أو الآداب العامة، وكذا مدى مطابقتها للقانون وفقًا لنوع العقد، فإذا كانت بعض الشروط مُخِلَّة بالنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام تكون باطلة[1]، وتطبيقًا لذلك تنص المادة 622 من التقنين المدني الجزائري على أنه:" يكون باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية:

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

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب تأخر المضرور في الإعلان عن الحادث المؤمَّن منه، أو تقديم المستند إذا تبيَّن من الظروف أن التأخر كان لعذر مقبول.

- كل شرط مطبوع لم يَبرُز بشكل ظاهر وكان متعلقًا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.

- شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة دون أن يظهر في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة.

- كل شرط تعسفي آخر يتبيَّن أنه لم يكن لمخالفته أثر في وقوع الحادث المؤمَّن منه"[2].

ثالثًا: السبب في عقد الإذعان

تناول المشرع الجزائري ركن السبب في المادتين97 و98 فقرة 2 مكرر، ويتميز السبب عن المحل من حيث مجال تطبيق كل منهما، فالمحل ركن في كل التزام أيًا كان نوعه، بينما السبب يكون ركنًا في الالتزام العقدي فقط، ويقصد بالسبب حسب المفهوم التقليدي الغرض الذي انصرفت إليه الإرادة[3].

وعلى كل فإن العقد إذا لم يذكر فيه السبب، فيفترض أن له سبب مشروع ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك، وبما أن عقد الإذعان عقد نموذجي كعقد التأمين البري والبحري وعقود النقل بأنواعها الثلاثة وما يرد عليها، فإن سببه يكون مشروعًا إلى أن يثبت العكس[4].

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص29.

[2] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص95.

[4] علي فيلالي، مرجع سابق، ص257.

أمَّا مفهوم السبب حديثًا فهو الباعث أو الدافع الذي أدَّى بالمتعاقد إلى إبرام العقد، ويشترط فيه أن يكون مشروعًا، وإذا كان السبب غير مشروع أصبح العقد باطلاً لبطلان ركنه[1].

ويُعرَّف السبب بأنه الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه، والفرق بينه وبين المحل هو أن المحل جواب من يسأل بماذا التزم المدين؟، أمَّا السبب فهو جواب من يسأل لماذا التزم المدين؟، والسبب في هذا المعنى لا يكون عنصرًا في كل التزام، بل يقتصر على الالتزام العقدي، إذ الالتزام غير العقدي لم يقم على اتجاه إرادة الملتزم لإحداث الأثر القانوني، حتى يصح السؤال عن الغرض الذي قصد إليه من وراء التزامه[2].

وقد اعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة وحذَا بذلك حذْوَ القانون الفرنسي والمصري، إذ نصت المادة 97 من التقنين المدني الجزائري على أنه:" إذ التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً "، ونفهم من خلال تفحصنا لما جاء بموجب نص هذه المادة أنه لكي يكون العقد صحيحا ومنتج لآثاره، يجب أن يكون له سببًا مشروعا وغير مخالفًا للنظام العام والآداب العام[3].

إن السبب كعنصر في الالتزام العقدي إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة، والحقيقة أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة[4].

الفرع الثاني: خصوصية عقد الإذعان من حيث التفسير

يراد بالتفسير بصورة عامة توضيح ما أبهم من الألفاظ في النص وتبسيط ما اقتضب منها، وإكمال ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه المتناقضة عند حدوث تعارض، وترجع الحاجة إلى التفسير كون القاعدة القانونية أو نص العقد لا يظهر فيه المعنى الكامل[5].

يكتسي عقد الإذعان خصوصية عن باقي عقود المساومة التي يفسرها القاضي بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وتتمثل هذه الخصوصية في أن تفسير العبارات الغامضة في

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص29.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص94.

[3] أنظر: المادة 97 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص94.

[5] زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص439.

عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المُذعَن، غير أن المشرع منح القاضي سلطة تفسير الشروط التعسفية وفقًا لمبدأ العدالة دون أن يرسم له حدود واضحة، ممَّا جعل القاضي حذرًا من الانزلاق في تفسير العبارات الواضحة في العقد، ثم إنه قيَّده بعدم اللجوء إلى التفسير من تلقاء نفسه إلا إذا أثاره أحد الخصوم، وإذا كانت الشروط التعسفية في عقد الإذعان غامضة، فإن الشك في معنى العبارة الغامضة يجب أن يفسَّر بما لا يضر مصلحة الطرف المُذعَن، وإن كان في الأصل العام أن تفسير العبارات الغامضة يكون دائما لمصلحة المدين.

إن الأصل كما سبق الإشارة إليه هو تفسير الشك في معنى عبارات العقد الغامضة لمصلحة المدين، إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة في عقود الإذعان، وهو تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن مهما كان مركزه القانوني، وذلك لما لهذا النوع من العقود من خصوصية تُميِّزه عن غيره من العقود، حيث أن المشرع استثناها بنص خاص كلما تعلق الأمر بالتفسير، وذلك بموجب نص المادة 02/112 بقولها:"..غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن"، بمفهوم المخالفة فإن تفسير الشك في عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المُذعَن سواء كان دائنًا أو مدينًا[1].

لقد منح المشرع للقاضي في المادة 110 من القانون المدني سلطة تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، كما منحه أيضًا سلطة تقديرية في تفسير عقد الإذعان في حالة غموض عباراته، ونص في المادة 112 قانون مدني على أنه:" يؤوَّل الشك في مصلحة المدين. غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن"، من خلال هذين النصين يتضح لنا أن المشرع أعطى للقاضي سلطة واسعة ولا يحده في ذلك سوى مقتضيات العدالة[2].

من خلال ما جاء بموجب نص المادة 112 السالفة الذكر، يمكن القول أن المشرع الجزائري نص على طريقة غير مباشرة لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، والتي

[1] فاطمة عاشور، **تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005م، ص68.

[2] الشريف بحماوي، مرجع سابق، ص107.

تتمثل في تفسير الشروط الغامضة التي يحيط الشك بحقيقة المقصود منها، وذلك بما يحقق مصلحة الطرف المُذعَن في العقد[1].

هذا وتجب الإشارة إلى أنه ليست كل عبارة غامضة تعد شرطًا تعسفيًا، غير أن العلاقة بين العبارة الغامضة والشرط التعسفي، تكمن في أن المتعاقد القوي في عقود الإذعان باعتباره من ينفرد بوضع شروط التعاقد، يمكنه أن يورد شروطًا في شكل عبارات غامضة تحمل أكثر من معنى، حتى لا يستطيع الطرف المُذعَن فهم مضمونها وما يقع من تعسف في حقه[2].

ومن ثم فإنه بمجرَّد الشك في أن تفسير العقد يتراوح بين وجوه متعدِّدة، كل منها محتمل ولا يمكن ترجيح وجه على الآخر، فهي قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة بل أراد كل منهما شيء لم يرده الآخر، فهنا يتدخل دور قواعد التفسير الموضوعية وعلى القاضي أن يُفسِّر الشك لمصلحة المدين كقاعدة عامة، وكاستثناء لصالح الطرف المُذعَن في عقد الإذعان[3].

وممَّا تجدر الإشارة إليه أيضًا أن الإبهام والغموض التي تتضمنه هذه الشروط ليس وليد الصدفة أو خطأ مادي، بل في أغلب الأحيان يكون وضع الشروط التعسفية من خلال صياغتها في عبارات غامضة، وغير محدَّدة بدقة عمدًا من طرف العون الاقتصادي، لتمرير شروطه التعسفية في حق المستهلك، بحيث لو كانت واضحة ومحدَّدة بدقة لأحجم هذا الأخير عن التعاقد، وهي تخدم مصلحة المتدخل وتؤدي إلى الاخلال بالتوازن العقدي[4].

وعليه فإن القانون اعترف للقضاء بسلطة تفسير الشروط الغامضة في حالة نشوب نزاع حولها بين المتعاقدين، وبالتالي فإن القاضي هنا لا يمكنه الاستناد إلى الوسيلة التي نصت عليها المادة 112 من القانون المدني، والمتمثلة في البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ذلك لأن هذه الأخيرة منعدمة بسبب انفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد[5].

---

[1] أمال بوهنتالة، سلوى قداض، **(سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك)**، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد 14، أفريل2017م، (ص ص: 247 -260)، ص256.

[2] المرجع نفسه، ص256.

[3] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص68.

[4] أمال بوهنتالة، سلوى قداض، مرجع سابق، ص256.

[5] أنظر: المادة 112 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

غير أنه يمكن للقاضي أن يستند في تفسيره للشروط الغامضة التي تكتنف عقود الإذعان إلى الوسائل التي وضعها الاجتهاد القضائي، كتغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة عند التناقض، وتغليب الشروط المكتوبة بخط اليد على الشروط المرقونة والمطبوعة، وتغليب الشروط المرقونة على المطبوعة[1]

ويعتبر التفسير كتقنية لحماية الطرف المُذعَن في عقود الإذعان تفسير حمائي، كما أن هناك معيارًا موضوعيًا يستند عليه القاضي في تفسير العقد فهو تفسير موضوعي.

أولاً: التفسير الحمائي

لقد نص المشرع في المادة 112 -1 مدني على قاعدة تأويل الشك لمصلحة المدين على حساب مصلحة الدائن، وأورد عنها استثناء تمثل في تأويل العبارات الغامضة في عقد الإذعان لمصلحة المُذعَن طبقًا للمادة 112 -2 مدني، على اعتبار أن الطرف المُذعَن ضعيف في أمس الحاجة لحماية خاصة، ومن ثم تم تطوير التفسير الحمائي لحماية هذا الأخير[2].

إذا تعلق الأمر بعقد إذعان يؤوَّل الشك في مصلحة الطرف المُذعَن سواء كان دائنًا أو مدينًا، باعتباره طرفًا ضعيفًا يحتاج لحماية القانون، وتقتضي الحماية العادلة له أن يستمد تفسير العقد من العدالة، ويأخذ مفهوم العدالة معنى جديدًا وذلك بأن يجعل للتفسير دورًا حمائيًا للطرف الضعيف عندما تكون مصالحه مهدَّدة[3].

ويشترط لتطبيق المادة 112 -2 مدني أن تكون عبارات العقد غامضة حتى يمارس القاضي سلطته في تفسير عقود الإذعان، ولكنه يمتنع عن تفسير العقد إذا كانت شروطه واضحة، وممَّا هو جدير بالملاحظة أن هذه القاعدة تُطبَّق في جميع الأحوال سواء أكان الطرف المُذعَن هو الدائن أم المدين، لذلك كانت تلك القاعدة استثناء من قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، في الحالة التي يكون الطرف المُذعَن دائنًا وذلك لغياب الإرادة المشتركة في عقد الإذعان، ويكون أساس قاعدة التفسير هو إخلال المشترط بواجب الوضوح في التعبير[4].

---

[1] أمال بوهنتالة، سلوى قداض، مرجع سابق، ص256.

[2] راجع في ذلك: المادة 112 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] *Bertrand Gelot, **Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques**, aspects théoriques et pratiques, L.G.D.J, Paris, 2003, p.255.*

[4] خديجة فاضل، مرجع سابق، ص319 -320.

والواقع أن أساس العقد ضد من وضع الشروط ليس هو المسؤولية عن الغموض، بقدر ما هو حماية للطرف الضعيف في العقد وهو الطرف المُذعَن، ويتحمل الطرف القوي في عقد الإذعان مسؤولية العبارات محل الشك لأنه هو من وضعها، وبالتالي يكون تفسير الغموض في الشروط المفروضة من قبل المتعاقد القوي، لمصلحة المتعاقد المُذعَن وفقًا لنص المادة 112 -2 مدني، حيث تم صياغة ضمنها هذه القاعدة من أجل حماية الطرف الضعيف[1].

ثانيًا: التفسير الموضوعي

المشرع حين نص على البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين عند تفسير العقد، إنمَّا نزل عن مقتضى مبدأ سلطان الإرادة، ولمَّا كان العقد اتفاق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء التزامات، وجب الرجوع في تفسيره إلى ما أراده الطرفان بالفعل، إن معايير التفسير الموضوعية التي أخذ بها المشرع هي: معيار طبيعة التعامل المكرَّس في المادة 111 -2 مدني، ومعيار الثقة والأمانة وفقًا للعرف الجاري في المعاملات، ومعيار تفسير الشك لمصلحة المدين طبقًا للمادة 112 -1 مدني، ومعيار تفسير العبارات الغامضة لفائدة الطرف المُذعَن وفقًا للمادة 112 -2 مدني[2].

غير أن القانون لم يشأ أن يسير في منطق سلطان الإرادة وتبعاته إلى نهايته، فلم يأخذ بمبدأ " الفردية القانونية" على إطلاقه بل خفَّف منها، بما أدلى به من معايير ذات طابع موضوعي، لا تستهدف في الحقيقة البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل تبتغي أساسًا تحقيق أسباب العدالة وحسن النية، كما أن المشرع أخذ بالمعيار الموضوعي لحماية الطرف الضعيف من ظلم الطرف القوي، حيث تُبرَّر العدالة كأساس للحماية المقرَّرة للطرف المُذعَن[3].

فإذا كانت القاعدة في تفسير العبارات الغامضة في عقد المساومة أنه يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، فلا يجوز أن تطبق في عقد الإذعان بل يجب أن يكون تفسر العبارات الغامضة بمعرفة القضاة وفق ما يقتضيه حسن النية والعلاقات الاقتصادية القائمة، ومن ثم يجب أن يكون تفسيرها موضوعيًا ليس شخصيًا، فلا يجوز أن يعتدَّ القاضي بإرادة من وضع شروط العقد بل بما تقتضيه العدالة وحسن النية[4].

---

[1] خديجة فاضل، مرجع سابق، ص320.

[2] أنظر: المادتين 111 و112 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] خديجة فاضل، مرجع سابق، ص320.

[4] عبد الحي حجازي، مرجع سابق، ص474.

وعليه فإذا كان عقد الإذعان كباقي العقود فإن خصوصيته تظهر من خلال مكوناته، حيث أن التحرير الانفرادي لشروط العقد بصفة مسبقة من الطرف القوي، وعدم إمكانية التعديل أو غياب المناقشة الحرَّة لتلك الشروط من قبل المُذعَن، وإذعانه لها بسبب حاجته الماسة للتعاقد تشكل عناصر عقد الإذعان، كما أن إدراج نص خاص بتفسير عقد الإذعان هو إقرار لحماية خاصة للطرف المُذعَن باعتباره طرفًا ضعيفًا.

خلاصة الفصل الأول:

عقود الإذعان هي عقود نموذجية ملزمة فمن حيث الشكل يجب أن يتم توقيع الطرف المُذعَن فيها على الوثيقة التي تتضمن بنود العقد، بينما العقود النموذجية لا تعتبر كلها عقود إذعان لأنه غالبًا ما لا يتم فيها التوقيع على العقد، أمَّا من حيث المضمون فقد كان قديمًا يشترط في عقود الإذعان أن يكون الطرف القوي محتكرًا للسلعة أو الخدمة وأن تكون هذه الأخيرة من ضروريات حياته اليومية، بينما حديثًا أصبحت لا يشترط فيها ذلك بل يكفي فيها أن يضع الطرف القوي (المتدخل) بنود العقد بصفة منفردة، وما على الطرف الضعيف إلا أن يقبل هذه الشروط ويُذعِن لها أو يرفضها جملة وتفصيلاً، أي أن الطرف الضعيف (المستهلك) لا يستطيع مناقشة بنود العقد، إلا أنه مضطر لإبرامه والحصول على ما يحتاجه من سلع أو خدمات.

وتتميز عقود الإذعان بعدِّة خصائص جعلت مختلف التشريعات تضع لها قواعد تتميز بها عن غيرها من العقود الأخرى، وتبرز خصوصية هذه العقود من ناحيتين فمن حيث تكوين العقد نجد التحرير الانفرادي لشروط هذه العقود من الطرف القوي، وخضوع الطرف الضعيف لها دون مساومة أو مناقشة، بالإضافة إلى أن الرضا في عقود الإذعان معيب رغم حرية التعاقد، فالطرف الضعيف هنا مرغم على التعاقد، سواء كان الإيجاب صادر من شخص طبيعي كالأفراد أو من شخص معنوي كالشركات والمؤسسات.

أمَّا من حيث عملية تفسير الغموض في عبارات عقد الإذعان، فنجد أن الشك في معنى العبارة الغامضة بصفة عامة دائمًا يفسَّر لمصلحة المدين، واستثناءً في عقود الإذعان فإن الشك يفسَّر لمصلحة الطرف المُذعَن دائنًا كان أو مدينًا، وهو ما كرَّسته أغلب التشريعات العربية والمقارنة الحديثة.

الفصل الثاني: حماية المستهلك من خلال تقريب مراكز أطراف عقد الإذعان

نظرًا لخصوصية عقد الإذعان وما يحتويه من شروط تعسفية فقد حاول المشرع الجزائري أن يَحد من تأثيرها، وغاية ذلك أن الطرف المُذعَن يكون جديرًا بالحماية من هذه الشروط الجائرة المخالفة للقانون[1]، فهناك عدَّة وسائل منحها المشرع للقضاء ليتمكن من حماية المستهلك من التعسف في عقود الإذعان، وهذه الوسائل قد تكون بمنح القضاء سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، وكذلك تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن[2].

في الأصل أن القاضي يجب عليه احترام قانون العقد فلا يمكنه تعديله وإلا تعرض حكمه للنقض، وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد القائم على مبدأ سلطان الإرادة، والذي كان من نتائجه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وقد ساند هذه القاعدة المذهب الفردي الذي يَرُدُّ كل شيء إلى لإرادة، حيث تعتبر مصدر كل العلاقات القانونية فلا تعاقد إلا بعد توافر إرادتين، وينبثق من هذا المبدأ فكرة حرية التعاقد دون أي دخل لأي عنصر خارجي[3].

علينا أن نشير إلى أن السلطة الممنوحة للقاضي بموجب قواعد القانون المدني، بتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها جاءت استثناء عن القواعد العامة، فالأصل أنه ليس للقاضي أن يتدخل في بنود العقد، لأنه يخضع لقانون العقد أي هو من صنع إرادة الطرفين وهو قانون عادل، لأنه يحقق لكل من الطرفين ما يريده من وراء التعاقد الذي ارتضاه بمطلق حريته[4].

إن الحماية القانونية للمستهلك التي تتضمنها القواعد العامة، قد لا تكون لها أي أثر إلا بتدخل القاضي الذي يفرضها بحكمه أو قراره لما له من دور هام في تحقيق العدل، فيبحث عن الأساس القانوني الواجب الاعتماد عليه للفصل في الموضوع بكل عدل وإنصاف، وباعتبار القاضي ممثل للعدالة فإنه يقع على عاتقه واجب حماية الطرف الضعيف، والذي تم استغلال ضعفه أو عدم خبرته سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة[5].

---

[1] بوزيد كيحول، مسعودة حداوي، مرجع سابق، ص63.

[2] زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص 431.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص150 -151.

[4] بوزيد كيحول، مسعودة حداوي، مرجع سابق، ص63.

[5] جميلة عزيزي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري**، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2002 -2003م، ص48.

لقد منح المشرع للقاضي سلطة واسعة تمكنه من بسط حمايته على الطرف الضعيف، وذلك باللجوء إلى تطبيق القواعد العامة ومختلف المصادر القانونية التي بموجبها يتحقق التوازن العقدي، إذن يتعيَّن عليه البحث عن الأسس والمبادئ التي تمنحه سلطة التقدير والتعديل إذا كان ذلك يحقق العدالة العقدية، وعليه أن يحقق ذلك دون مخالفة القواعد الملزمة أي بفرض حمايته في إطار الممارسة القانونية لسلطاته[1].

ولكنه نتيجة للعوامل التي سبق أن أشرنا إليها وقعت تقلبات حتى في فكرة الملكية والإرادة الظاهرة، إذ أن الملكية أصبحت لها وظيفة اجتماعية وعقود الإذعان بصفة عامة تدخلت فيها اعتبارات اقتصادية، تفرض الالتزام بعنصر معيَّن هو احترام الخطة التي تضعها الدولة مهما كان نوعها، فعدم احترام هذه الخطة يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات[2].

إن الشروط المؤدية إلى الإخلال بالتوازن العقدي والمجحفة في حق المستهلك، قد تكون واضحة كما قد يتعهد المتدخل بوضع شروط غامضة أو متناقضة، فهنا لا يقتصر دور القاضي مباشرة على استبعاد الشرط التعسفي أو تعديله، بل لابد من اللجوء إلى التفسير القضائي لهذا العقد أولاً من أجل تحديد التزامات الطرفين، ثم تكييف مدى شرعية هذه الشروط التي يتضمنها، وتحديد الأساس القانوني المعتمد عليه لاستبعاد كل تعسف[3].

لقد منح المشرع للقاضي سلطة رقابية على الشروط في عقود الإذعان، وذلك من خلال معيار يسترشد به في رقابته لهذا النوع من العقود، لتحديد ما إذا كانت الشروط التي تتضمنها تلك العقود تعسفية من عدمها[4].

وعليه فإن الحماية القضائية للمستهلك تتحقق عن طريق ممارسة القاضي سلطة التعديل، فيعدِّل كل شرط تعسفي أدَّى إلى الإخلال بالالتزامات العقدية أو يبطله إذا كان ذلك يُعيد للعقد توازنه، أو التفسير إذا كان العقد يتضمن شروط غامضة تحمل أكثر من معنى، وقد يتدخل القاضي لفرض حمايته بناءً على طلب المعني أو كل شخص له مصلحة أو من تلقاء نفسه[5].

---

[1] جميلة عزيزي، مرجع سابق، ص48 -49.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق،ص151.

[3] جميلة عزيزي، مرجع سابق، ص49.

[4] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص85 -87.

[5] جميلة عزيزي، مرجع سابق، ص49.

ونظرًا لأن أغلب عقود الاستهلاك أصبحت على شكل نماذج معدَّة مسبقًا، ممَّا أضفى عليها طابع الإذعان، بالإضافة إلى قصور المبادئ التقليدية للقانون المدني المنبثقة عن مبدأ سلطان الإرادة (الحرية التعاقدية، الرضائية، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد) وعجزها عن تحقيق التوازن العقدي، فإنه يجب البحث عن السبل الكفيلة بتوفير الحماية اللازمة للمستهلك من التعسف، ولن يتحقق ذلك إلا من خلال تعزيز مبدأ حسن النية عن طريق تكريس تطبيقاته(الشفافية، النزاهة، مراعاة المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك)[1].

وسنحاول تسليط الضوء على السلطة الممنوحة للقضاء، فنتطرق لتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها إذا لم يكتنف عبارات العقد الغموض(**المبحث الأول**)، ثم نتطرق لتفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن إذا كانت عبارات العقد غامضة(**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها

لقد اختلفت التشريعات في أنظمة مكافحتها للتعسف في عقود الإذعان، بهدف تحقيق التوازن العقدي بين الأسلوب التشريعي تارة، والأسلوب القضائي تارة أخرى، وهناك من جمع بين هذين الأسلوبين، وهناك من أخذ بالأسلوب الإداري كالمشرع الفرنسي، وبالتالي سنلقي نظرة حول كيفية مواجهة القانون الفرنسي للشروط التعسفية وفقًا للقواعد العامة.

في الفاتح من شهر أكتوبر عام 2016 شهدت فرنسا تحول ثوري نسبي، من خلاله تم تعديل نظرية الالتزام في التقنين المدني الفرنسي، بشكل جوهري للمرة الأولى منذ صدوره، وتم تكريس العديد من الإصلاحات لم يقتصر مداها على رجال القانون في فرنسا، بل امتدت جذورها لتثير اهتمام الكثير خارجها، ولم يكن ذلك بسبب التغييرات الجوهرية للتقنين نفسه، بل كان أيضًا بسبب الطريقة الغير معتادة التي تم إتباعها لتعديل رمز عمره يناهز 212 سنة، ولم يكن هذا التعديل من البرلمان نفسه لكنه كان من خلال قرار حكومي(*Ordonnance*)[2].

---

[1] محمد عماد الدين عياض، (**تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك**)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1، العدد05/2016م، الجزائر، ص254 -265.

[2] جان ستمس وكارولاين كالوم، ترجمة نبيل مهدي زوين، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، (**الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي**)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، لبنان، العدد 20، ديسمبر2017م، (ص ص: 117 -129)، ص118.

لقد تم تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2016 -301 المؤرخ في 2016/02/10، وأصبح لفرنسا قانونًا جديدًا في العقود والقواعد العامة للالتزامات والإثبات، ونشر بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية العدد 35 بتاريخ 2016/02/11، وأصبح هذا التعديل نافذًا اعتبارًا من 2016/10/01[1].

ومن أهم ما كرَّسته هذه تعديلات ما جاء بموجب المادة 1/1171 بقولها:" كل شرط في عقد نموذجي ينشأ عدم توازناً بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعد كأنه غير مكتوب"، لم يتضمن التقنين الفرنسي لحد الآن مثل هذا النص العام، لقد طبقت فرنسا بالطبع التوجيهات الأوربية ذات العدد 13 لسنة 1993 حول الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[2]، بالإضافة إلى ذلك فإن التقنين التجاري الفرنسي يحتوي على حكم مشابه وإن كان تطبيقه نادرًا جدًا[3].

كذلك نجد أن المادة 1171 من التقنين المدني (حول الشروط التعسفية)، والمادة 1195 (حول الظروف الطارئة)، قد تعرضتا للانتقاد لكونهما يفتقدان إلى إرشاد متماسك، حول كيفية وجوب تطبيقهما من قبل المحاكم بطريقة مُتَّسقة، ورغم الانتقادات التي وجهت لهذه الإصلاحات، فإنها ستكون ما يستوجب على رجال القانون الفرنسي أن يتعاملوا معه، بعد زمن طويل من غياب الرؤية حول مصير هذه الإصلاحات، وسريانها سيكون على العقود التي أبرمت بعد 01 أكتوبر 2016[4].

أمَّا في التشريع الجزائري فإن دور القاضي وفقًا للقواعد العامة، يقتصر بالنسبة للعقود على مجرَّد تفسيرها بغية إعمال حكم القانون عليها، وخروجًا عن هذه القاعدة ولتوفير الحماية للطرف المُذعَن في عقود الإذعان، اعترف القانون بسلطة استثنائية للقاضي وذلك بموجب ما جاءت به المادة 110 من القانون المدني، التي تتيح له إمَّا تعديل الشروط الواردة في العقد أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، فيكون للقاضي وفقًا لهذه المادة سلطة استثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف، على خلاف القاعدة المشهورة "العقد شريعة المتعاقدين"[5].

---

[1] محسن حسن قاسم، **قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231 -7 من القانون المدني الفرنسي**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018م، ص8.

[2] *Council directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, (1993) OJ L 95/29.*

[3] *Article n° 442-6-1 L of the French code of commerce (code of commerce).*

[4] جان ستمس وكارولاين كالوم، ترجمة نبيل مهدي زوين، مرجع سابق، ص127 -128 -129.

[5] محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص132.

فيجوز للقاضي أن يعدِّل الشروط التعسفية أو أن يعفي الطرف المُذعَن منها، وذلك وفقًا لما تقتضيه العدالة، وله أيضًا تقدير ما إذا كان البند تعسفيًا فيعدِّله أو يلغيه أمَّا إذا لم يكن كذلك فيبقي عليه، ويُبَرِّر هذه السلطة الواسعة التي منحها المشرع للقضاء على خلاف المبادئ العامة، في أثر القوة الملزمة للعقد على خصوصية عقد الإذعان، وهي وقوع أحد طرفيه تحت رحمة الطرف الآخر التي أدَّت ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى إنكار صفة العقد عليه[1].

وعلى حد قول الدكتور السنهوري:" أن هذا النص في عمومه وشموله أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار، والقاضي هو من يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا في عقد الإذعان، فله أن يعدِّله بما يزيل أثر التعسف بل أن له أن يلغيه ويعفي الطرف المُذعَن منه، ولم يرسم له المشرع حدودًا في ذلك إلاَّ ما تقتضيه العدالة، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك لأنه يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام"[2].

لقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية، جاز للقاضي أن يعدِّل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المُذعَن منها وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[3].

من خلال هذا النص يتَّضح مدى حرص المشرع على منح القاضي سلطة مراقبة الشروط التعسفية، وعلى بطلان كل اتفاق بخلاف ذلك فسلطة القاضي في هذا الشأن تتعلق بالنظام العام، بحيث أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء جميع الشروط التي يقدر أنها تعسفية[4].

وجعل أيضًا من حق الطرف الضعيف أو المستهلك اللجوء إلى القضاء، والحق في طلب تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها حقًا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي حاول المشرع بذلك أن يضمن حماية مجدية للمستهلك[5].

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص88.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد**، مرجع سابق، (250/1).

[3] الأمر رقم57 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[4] إبراهيم بنداري، مرجع سابق، ص20.

[5] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص60.

كما يُعدُّ تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية استثناءً عن مبدأ سلطان الإرادة الوارد في المادة 106 من التقنين المدني، وهذا الاستثناء أملته الظروف الاقتصادية التي أدَّت إلى الإخلال الظاهر بين مراكز طرفي العلاقة التعاقدية، بعدما أصبح أحدهما عالمًا بكل التفاصيل والثاني جاهلاً أصلاً حتى بالعموميات، لذا أجاز المشرع للمستهلك بموجب المادة 110 اللجوء إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية على نحو ما تقضي به العدالة[1]، ويكون تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية بالوسيلة التي يراها ملائمة كما يلي:

1 - قد تكون هذه الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المُذعَن، نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع، ممَّا يجعلها شروطًا جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية ذاتها، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن الطرف المُذعَن.

2 - قد يتعلق التعديل بالإنقاص ويتحقق ذلك بإزالة المظهر التعسفي للشرط، بما يحقق الغرض الذي يتوخَّاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو التوازن في الأداءات المتبادلة بين أطراف العقد[2].

وقد يمثل الشرط التعسفي صورة من صور الغبن أو حالة من حالاتها بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص بحسب الحالة بما من شأنه إزالة الغبن، متقيدًا في ذلك بالقيود والشروط المطلوبة قانونًا للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه بالتعديل هنا لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما يستند إلى الطعن بتعسف الشرط الوارد في العقد[3].

كما يعتبر تدخل القاضي لإلغاء الشروط التعسفية سلاحًا بالغ الخطورة بيده، وذلك خلافًا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين "، ويكون لجوء القاضي إلى استخدام سلطته في الإعفاء بطلب من الأطراف، حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل، ليس هو الوسيلة الأنسب لإزالة مظهر التعسف الذي اتَّسم به الشرط، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد، ولن يتحقق العدل إلا بإزالة الشرط التعسفي وإعفاء الطرف

---

[1] أنظر: المادة 110 من الأمر رقم57 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[2] مولود بغدادي، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك**، رسالة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2014 -2015م، ص89.

[3] حميد بن شنيتي، **سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد**، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990م، ص46 -47.

المُذعَن منه، وهذا الشرط يكون من نوع الشروط المألوفة في العقد، وهي التي يتكرَّر ذكرها بصورة دائمة فتدرج أحيانًا على سبيل التقليد دون أن تتعلق بها نية الطرفين[1].

وخير شرح لهذه المادة هو إرجاعها إلى مصدرها التاريخي وهي المادة 149 مدني مصري التي تنص على أنه:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدِّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المُذعَن منها وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[2].

لقد ورد ضمن نص المادة 149 مدني مصري في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري الجديد تحت رقم 217 فقرة أولى كالتالي:" إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان الطرف المُذعَن قبله دون مناقشة ما عرض عليه، ولم ينتبه إلى بعض الشروط التعسفية التي تضمنها العقد، جاز للقاضي أن يجعل ذلك محلاً للتقدير"[3].

وجاء أيضًا في مذكرة هذا المشروع ما يلي: تناول المشروع فيما تقدم بيان الأحوال التي يتم فيها التعاقد بطريق الإذعان (المادة 145)، وقد قصد إلى التخفيف ممَّا يلازم هذا الضرب من التعاقد من شدَّة وحرج بالنسبة إلى المتعاقد المُذعَن، فأقام لصالحه استثناءين من أحكام القواعد العامة في تفسير العقود، فالأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارات العقد واضحة، بَيْدَ أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج في عقود الإذعان من الشروط الجائرة، فالالتجاء إلى التفسير يتعيَّن بشأنها ولو كانت واضحة العبارة بيِّنة السياق[4].

فمن واجب القاضي أن يثبت في هذه الحالة ما إذا كان المتعاقد المُذعَن قد تنبه إلى هذه الشروط، فإذا استوفى من تنبه هذا المتعاقد إليها كما لو كان المتعاقد الآخر قد احتاط، فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد في عقد مطبوع، تحتَّم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات، أمَّا إذا تبيَّن أن المتعاقد المُذعَن لم ينتبه إلى الشروط الجائرة، فعليه أن يستبعدها وينزل على أحكام القواعد العامة[5].

---

[1] مولود بغدادي، مرجع سابق، ص90.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص152.

[3] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص291 وما بعدها.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص153.

[5] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وفي هذا النطاق الضيِّق يطبق هذا الاستثناء، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المُذعَن قد أُكرِهَ على قبوله، بل إن التوحيد بينهما أمر يقتضيه ما ينبغي للتعامل من أسباب الاستقرار، ثم إن ما يولي من حماية إلى المتعاقد المُذعَن ينبغي أن يكون محلاً لأحكام تشريعية عامة، كما هو الشأن في الاستغلال أو التشريعات الخاصة، وبعد عدَّة مناقشات تمت الموافقة على النص المذكور بشكله[1].

وبمناسبة تطرقنا لتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، سوف نتعرض للسلطة التقديرية للقاضي وتقييد مبدأ سلطان الإرادة **(كمطلب أول)**، ثم نتعرض لسلطة القاضي في التعديل أو الإعفاء بناءً على الشروط التعسفية لحماية الطرف المُذعَن **(كمطلب ثان)**.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي وتقييد مبدأ سلطان الإرادة

في ظل حرية التعاقد التي يحكمها العديد من المبادىء وهي سلطان الإرادة، القوة الملزمة للعقد، نسبية أثر العقد، فإن دور الإرادة يعدُّ بارزًا في هذا المجال، ولكن في العصر الحديث ظهرت خاصية جديدة للعلاقات التعاقدية، تعارضت مع المبادىء العامة ونشأ عنها عدم التوازن والإذعان في التعاقد، وعدم التساوي بين مركزي المتعاقدين في العقود الحديثة[2].

إن دور القاضي هو تطبيق ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، إلا أن المشرع وتحت تأثير التطور الذي أصاب مبدأ سلطان الإرادة، نتيجة لظهور فكر قانوني يسعى لجعل هدف القانون اجتماعيًا يتمثل في حماية الطرف الضعيف، حيث أدخل هذا الأخير عدَّة استثناءات كان من أهمها إطلاق السلطة التقديرية للقاضي[3]، وعليه سوف نتعرض لمفهوم السلطة التقديرية، ثم نتعرض لتقييد مبدأ سلطان الإرادة، وأخيرًا نتعرض للتقنيات المتاحة لتحقيق التوازن العقدي.

الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية

ذهب جانب من الفقه إلى أن القاضي يمارس عمله القضائي ويستمد ولايته من المشرع، الذي يُحدِّد نطاق هذه الولاية وفقًا لنصوص تشريعية قاطعة الدلالة في المعنى المراد منها، ومن ثم يُعدُّ الحديث عن السلطة التقديرية للقاضي أثناء ممارسته لولاية القضاء من قبيل اللَّغو الذي

---

[1] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني، ص291 وما بعدها.

[2] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق، ص30.

[3] أنظر: المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت عنوان: **الاتجاهات العامة في القانون**، الجزء الأول، ص26.

لا أساس له، فالقاضي لا يملك سلطة التقدير في أن يريد، وما يمكن تسميته بالسلطة التقديرية هو لخدمة السلطة القضائية لا غير[1].

وعلى ذلك يمكن القول بأن سلطة القاضي أثناء مباشرته لولاية القضاء، ليست سلطة تقديرية وإنما هي سلطة مقيَّدة بغايات العمل القضائي، أيًا كان فرع القانون الذي يباشر من خلاله نشاطه القضائي، وهذا النشاط له مصدر واحد هو المشرع الذي يُحدِّد نطاق سلطة القاضي على سبيل الحصر[2].

ويخلص أصحاب هذا الإتجاه الذين يُقرِّون بوجود سلطة تقديرية للقاضي، أن منح هذه السلطة يؤدي إلى ظهور أحكام متباينة ومختلفة، وهذا يؤثر على سير العمل القضائي ويفسح المجال لتحكم القضاة في إصدار الأحكام، ويؤدي في النهاية إلى ميل ميزان العدالة ونزع الثقة منها وتدهور هيبتها باعتبار القاضي هو رمزها[3].

ويذهب أغلب الفقهاء إلى أن صفة التقدير في سلطة القاضي، تنجم عن حالة قانونية معيَّنة، بحيث أن مصدرها بلا شك مصدر قانوني، بمعنى أنه ينبغي أن نتصور دائمًا أن فكرة السلطة التقديرية مرتبطة مع التنظيم القانوني دون الفصل بينهما، فالسلطة التقديرية لا يمكن أن تظهر إلا في نظام الدولة القانوني، فحيث لا تكون الدولة قانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، لأننا سوف نكون في هذه الحالة في إطار سلطة تحكمية وليست تقديرية[4].

فالمقصود بلفظ التقدير ذلك أن السلطة التقديرية توجد جنبًا إلى جنب مع السلطة القضائية التي يملكها القاضي، ويتعيَّن على القاضي التقدير قبل القضاء، وعليه تُعرَّف السلطة التقديرية للقاضي بأنها:" النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معيَّنة، يقدر أنها هي التي تحكم النزاع المطروح عليه هذا النشاط وعلاقته بالواقع والقانون"[5].

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص36.

[2] إبراهيم بن حديد، **السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية**، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005م، ص10.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص37.

[4] نبيل إسماعيل عمر، **النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1980م، ص142 وما بعدها.

[5] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص37.

لقد أقرَّت الشرائع الحديثة للقاضي بهذه السلطة الواسعة لتأمين العدالة، وأعدَّت له الوسائل اللازمة لتحقيق الغاية التي من أجلها منح له هذا السلطان[1]، واعترف الفقه بوجود سلطة تقديرية للقاضي عند مباشرته لوظيفته وعمله القضائي، أمَّا بالنسبة للمجال المدني فقد اعترف المشرع بقدر من النشاط التقديري له[2]، فالسلطة الممنوحة للقاضي لم تمنح لكي يباشرها على هواه، ولكنها منحت له لمباشرة الوظيفة المسندة إليه وفق ضوابط قانونية معيَّنة[3].

وخلاصة القول هو أن الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي جاء نتيجة استبدال الشرعية الموضوعية بالشرعية الشكلية، مع تأمين العدالة عن طريق تدرج المحاكم وجعل أحكامها ليست نهائية من مبدئها، بحسب التدرج القضائي الذي توجد على قمة هرمه المحكمة العليا، باعتباره المرجع الأخير الذي يتم الرجوع إليه عند الحاجة[4].

الفرع الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة

يأتي مبدأ سلطان الإرادة بما يتفق وضرورة ما تم الاتفاق عليه بين طرفي العقد، أي أن الإرادة تصبح هي أساس القوة الملزمة للتعاقد، وهي التي تتحكم في تحديد مضمون العقد والالتزامات الملقاة على عاتق طرفيه، وكما ذهب البعض إلى القول بأن هذه الالتزامات لا تنشأ إلا إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى إنشائها وفقًا لما حدَّدته، وتتحقق العدالة بين الأطراف من خلال هذا المبدأ التعاقدي، لأن إرادة الإنسان لا تلتزم إلا إذا كانت هناك مصلحة له في ذلك، فالالتزامات الناشئة عن هذه الإرادة أيا كانت ومهما كان أثرها لا يمكن أن تكون عادلة[5].

إذن فمبدأ سلطان الإرادة ما هو في الحقيقة إلا انعكاسًا لسياسة الحرية الاقتصادية في نطاق القانون الخاص، وهذه السياسة التي تأكدت خلال القرن الثامن عشر والتي كانت

---

[1] عبد السلام الترمانيني، **(سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية)**، مجلة المحاماة، العدد 06، 1961م، ص920.

[2] نبيل إسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1984م، ص84.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص38.

[4] إبراهيم بن حديد، مرجع سابق، ص12.

[5] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق، ص30.

تتضمنها تشريعات الثورة الفرنسية، تقوم على مبدأ أساسه هو:" دعه يعمل دعه يمر"[1]، أي أن يكون التعاقد بلا عائق، وكما عبَّر عنه البعض دعه يتعاقد بلا قيود[2].

فسياسة الحرية الاقتصادية تسمح للأشخاص بعقد الصفقات التجارية والخدمات لرغبتهم، ومن ثم يكون تعاقد الأشخاص بإرادتهم دون ضغوط، ولكن غياب التوازن في العلاقات التعاقدية الذي ظهر جليًا في عقود الإذعان، بسبب انفراد الطرف القوي الموجب بإملاء شروطه على الطرف المُذعَن، لم يترك خيار أمامه سوى قبول تلك الشروط التي لا يستطيع الاستغناء عنها لتسيير حياته اليومية[3].

ويقصد بسلطان الإرادة أن للإرادة السلطة في إنشاء الالتزام عند إبرام العقد، وهي الشريعة والمنهج لإلزام أطرافه بمضمونه، إذن فهو مبدأ قانوني تقوم على أساسه الالتزامات الإرادية، فالإرادة التي قوامها التراضي تكفي لإنشاء الالتزام[4].

فإذا كان التراضي هو أساس التعاقد فإن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض بل يصطدم بتعديل الالتزامات غير المتكافئة، أي لا يصلح لإعادة التوازن العقدي لأن أخذ الإرادة في الاعتبار يكون قائمًا على معيار شخصي وليس موضوعي، فالإرادة وقد أقدمت على التعاقد قد حققت العدالة الشخصية، فهي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد فلا يمكن أن تخطىء في تحقيق التوازن العقدي[5].

إن العقد يتم بتطابق الإيجاب مع القبول أي بتوافق الإرادتين، وقد عرَّفه المشرع الجزائري بموجب المادة 54 من القانون المدني[6] بقوله:" العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدَّة أشخاص نحو شخص أو عدَّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "، أمَّا المادة

---

[1] حمدي محمد إسماعيل سلطح، **القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2006م، ص181.

[2] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق، ص31.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص38.

[4] فتحي ماجد محمد التميمي، **دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2010م، ص12.

[5] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق، ص31.

[6] تم تعديل المادة 54 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، بمقتضى القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، ج ر العدد 44، الصادرة في 2005/06/26، ص21.

87 من القانون المدني الأردني فقد عرَّفته على أنه:" ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"[1].

وطبقًا للقاعدة المشهورة العقد شريعة المتعاقدين، فإنه لا يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد بالتعديل أو الإلغاء، لأن هذا الحق مخوَّل فقط إلا لأطراف العملية التعاقدية بناءً على اعتبارات العدالة، إلا أن المشرع خروجًا على القاعدة العامة منح للقاضي سلطة تعديل بنود العقد أو إلغائها، ويتَّضح ذلك في عقود الإذعان لأن المشرع منح فيها للقاضي هذه السلطة الاستثنائية، ومن ثم يمكنه التدخل لتعديل العقد بهدف حماية الطرف الضعيف[2].

وعند تفحص القاضي لبنود العقد وعثوره على شروط تعسفية فإنه يُعدِّلها بما يزيل أثر التعسف بل له أن يلغيها، ومن ذلك يتَّضح لنا مدى تأثير السلطة التقديرية للقاضي على مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان[3]، ويرجع تدهور هذا المبدأ وغيره من مبادئ التعاقد العامة في إعادة التوازن العقدي، إلى نصوص التشريع التي وضعت في ظل المذهب الفردي، أمَّا وقد حدثت الثورة المعلوماتية والتكنولوجية، فلا بد أن تكون التعاقدات الحديثة لها خصائص تُميِّزها عمَّا سبق، ويتعيَّن على المشرع الخروج عن هذا المأزق ومواكبة هذه المتغيرات الجديدة[4].

إن القاعدة العامة في معظم التشريعات الحديثة، هي حرية الأفراد في إنشاء ما يريدون من التزامات تعاقدية، وفي تحديد آثار هذه العقود في حدود احترام النظام العام والآداب العامة، إلا أن هذه القاعدة تَرِد عليها عدَّة استثناءات زادت في وقتنا الحاضر، ولعلَّ من أهم الميادين التي تدخل فيها المشرع لتقييد مبدأ سلطان الإرادة، والخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين هي عقود الإذعان التي تعتبر ثمرة التطورات الحديثة، وتعبيرًا عمَّا تتطلبه المتغيرات الاجتماعية والاقتصادية الحديثة من سرعة[5].

---

[1] القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، **موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية**، مصطفى محمود فراج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص38.

[3] نبيل إسماعيل عمر، **سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية**، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008م، ص245.

[4] سعيد سعد عبد السلام، **التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة**، مرجع سابق، ص32.

[5] فتحي ماجد محمد التميمي، مرجع سابق، ص22.

ممَّا لا شك فيه أن التوازن العقدي لن يتحقق إلا بوضع نظام قانوني متجانس، فهل يوجد في قانوننا الوضعي ما يحقق هذا التوازن بين المتدخلين والمستهلكين على وجه الخصوص؟ لذلك فإن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي منا دراسة التقنيات المتاحة لتحقيق التوازن العقدي.

الفرع الثالث: التقنيات القانونية العامة المتاحة لتحقيق التوازن العقدي

إذا راجعنا القانون الجزائري عمومًا فإننا لا نصادف فيه مبدأ عامًا يضمن بشكل مباشر توازن العقد، إلا أن القواعد العامة في القانون المدني تضمنت عددًا من التقنيات، التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي ومن بينها:

أولاً: الغبن والاستغلال

إن الاستغلال أمر نفسي يُعدُّ الغبن مظهرًا ماديًا له، والاستغلال هو ذلك الخلل في الالتزامات بين المتعاقدين، من حيث حصول كل طرف على فوائد باستغلال طيش بيِّن أو هوى جامح لطرف آخر[1]، لقد تناول المشرع الجزائري الغبن في المادة 1/90 من القانون المدني، ويظهر من هذا النص اعتناق هذا الأخير للنظرية المادية للغبن، الذي يقصد به عدم التعادل أو التوازن بين الأداءات المتقابلة التي يُرتِّبها العقد[2].

وإتباعًا لنهج القانون الفرنسي فإن المشرع الجزائري اعتنق النظرية المادية في الغبن، والذي يعني في نظرها عدم التعادل أو عدم التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، بحيث تصل درجة الاختلال في التعادل إلى رقم معيَّن، ولكن لم يأخذ بها على إطلاقها وإنما حصر تأثير الغبن على عقود معيَّنة، وحالات محدَّدة على سبيل الحصر لا تهم في أغلبها أحوال المستهلكين[3].

تشترط المادة 90 من القانون المدني الجزائري أن يستغل المتعاقد ضعف المتعاقد المغبون، فيدفعه ذلك إلى إبرام العقد فالاستغلال هو الاستعمال الملائم لظروف معيَّنة قصد الحصول على فائدة، وعليه فإن عملية استغلال الضعف النفسي تقتضي علم المتعاقد المستفيد

---

[1] منير برابح، **(حماية رضا المستهلك الإلكتروني بين نصوص القانون المدني ونصوص حماية المستهلك)**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد 02، العدد 05، مارس2017م، (ص ص: 74 - 90)، ص80.

[2] راجع في ذلك: المادة 91 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص252.

من الضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون، وأن تنصرف إرادته إلى استغلال هذا الظرف بقصد الحصول على فائدة، وبالتالي فإن ما يقوم به المستغل هو عمل غير مشروع قد يسأل عنه مدنيًا وأحيانًا جنائيًا[1].

غير أن المشرع الجزائري وعلى خلاف المشرع الفرنسي وتوافقًا مع المشرعين الألماني والسويسري، تأسيسًا على مبدأي التضامن الاجتماعي والثقة المشروعة في المعاملات، فإنه أسَّس الغبن من جهة أخرى على النظرية الشخصية، والتي جعل منها سببًا من أسباب إبطال العقود، وهي نظرية لا تَعتدُّ عند تقدير الشيء بقيمته المادية بل بقيمته الشخصية بالنظر إلى ظروف المتعاقد[2].

فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالاختلال في الأداءات المتقابلة وحده، وإنما يجب أن يأت ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر، وهذا الجزاء هو إمَّا إبطال العقد كما في القانون السويسري، أو بطلانه بطلانًا مطلقًا كما في القانون الألماني، باعتبار الغبن عملاً غير مشروع ومخالفًا للآداب، أو الاعتراف للقاضي بالسلطة التقديرية بين إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، كما هو الحال في القانونين الجزائري والمصري اللَّذين تأثرَا مثل باقي القوانين العربية بالقانون الألماني[3].

ولا شك أن مشرعنا باعتناقه للنظرية الشخصية أو النفسية في الغبن قد تلافي القصور التشريعي في فرنسا، التي اعتنق المشرع فيها النظرية المادية في الغبن في حدود ضيِّقة، ولا شك أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن وفقًا للنظرية الشخصية هي أكثر إطلاقًا منها في النظرية الموضوعية.

ثانيًا: قاعدة حسن النية

لم يعطي الفقه التقليدي الاهتمام اللازم لمبدأ حسن النية، ويرى البعض أن هذا المبدأ يراعى فقط عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من غير المعقول ترك العقد للسلطة التقديرية

---

[1] درماش بن عزوز، **التوازن العقدي**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2013 -2014م، ص163.

[2] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص252.

[3] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص60.

للقاضي، بينما يرى آخرون أنه مبدأ عام يظل جميع العقود سواء تعلق الأمر بانعقادها وتحديد مضمونها أو عند تنفيذها[1].

بَيْـدَ أن المشرع المصري نص في المادة 1/148 التي تقابلها المادة 148 من القانون المدني الليبي على أنــه:" يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية "، فوفقًا لهذا المبدأ يمكن تعديل مضمون العقد سواء بالنقصان أو بالزيادة بهدف حماية الطرف المُذعَن، وعلى الرغم من الاعتراف بقاعد حسن النية وما توحي به من تطبيق لبعض القواعد والأحكام، فإنها لا تشكل لوحدها تقنية مستقلة يمكن الاعتماد عليها لإعادة أو تحقيق التوازن العقدي[2].

أمَّا المشرع الجزائري فقد أكَّد بموجب المادة 1/107 من القانون المدني على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن نية "، حيث في ذلك اعتراف للقاضي عند ما يلزم كلا المتعاقدين بتنفيذ العقد بأنه يجب تنفيذه وفقًا لما يقتضيه حسن النية، وبمفهوم المخالفة يستخلص نَهيِهِ عن الغش في تنفيذ العقد، وإذا سلمنا بأن مشرعنا لم ينص على جزاء محدَّد لعدم مراعاة حسن النية عند تنفيذ العقد، فإن ذلك انجرَّ عنه انعدام الاجتهادي القضائي في هذا المجال، وأدَّى إلى عدم جدوى هذا المبدأ في تحقيق التوازن العقدي[3].

لهذا فقد يتم تنفيذ مبدأ حسن النية بهدف زيادة مضمون العقد، فيتم إلزام المتعاقد الآخر ليس بما ورد في العقد فقط، ولكن بما هو من مستلزماته أيضًا وفقًا للقانون والعرف والعدالة، كفرض الالتزام بالإعلام في مرحلة تنفيذ العقد، وكذلك إرساء واجب التعاون بين طرفي العقد أثناء تنفيذه، ويُستنَد إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من خلال إلزام المتعاقد بقبول تعديل العقد، ليصبح ملائمًا للظروف الاقتصادية الجديدة إذا تغيرت الظروف التي أبرم فيها[4].

ثالثًا: نظرية السبب

لقد تناول المشرع الجزائري السبب في المادتين 97 و98 من القانون المدني، فاعتدَّ "بسبب العقد" في المادة 97، و"بسبب الالتزام" في المادة 1/98، ويفهم من ذلك أنه أخذ بفكرة

---

[1] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص284.

[2] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص125.

[3] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص66 - 67.

[4] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص126.

ازدواجية السبب، ممَّا يفسر أخذه بالنظرية التقليدية والحديثة، فيقصد بالسبب طبقًا للنظرية التقليدية الهدف المباشر الذي يقصده المتعاقد من تنفيذ التزامه، فهو داخلي في العقد لا ينفصل عنه، ويشترط وفقًا لما جاءت به المادة 1/98 من القانوني المدني أن يكون السبب موجودًا وإلا أُعتُبِرَ العقد باطلاً، أمَّا المادة 97 من نفس القانون فقد اشترطت أن يكون السبب مشروعًا أي غير مخالف للنظام العامة والآداب العامة[1].

تنص المادة 1131 مدني فرنسي على أن الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيًا على سبب، أو كان مبنيًا على سبب غير صحيح أو غير مشروع، هذا النص يعتبر أثر من آثار الأخذ بالنظرية التقليدية للسبب والتي تشترط أن يكون لكل التزام سبب، وأن يكون سبب الالتزام صحيحًا وكل التزام بدون سبب يكون غير قائم ولا أثر له، وقيام السبب يستمر في وجوده من وقت تكوين العقد إلى حين تنفيذه، وعليه فإن هذه النظرية تعتبر سبب الالتزام محل وتنفيذ الالتزام المقابل، وأن عدم وجود محل الالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب وهو ما يؤدي إلى بطلان العقد[2].

أمَّا وفقًا للنظرية الحديثة يقصد بالسبب الباعث الدافع إلى التعاقد، وبذلك فهي لا تخدم الشروط التعسفية لأن المتعاقد أو الملتزم يكون له دائمًا باعث، وهذا يجعلها لا تتماشى مع فكرة غياب أو انعدام السبب التي يمكن الاعتماد عليها في مواجهة الشروط التعسفية[3].

ولكي نعتمد على نظرية السبب من أجل إعادة التوازن العقدي عن طريق استبعاد الشروط التعسفية، يستدعي بنا الأمر التسليم بفكرة انعدام السبب التي أساسها في النظرية التقليدية، فهذه الأخيرة تؤكد بأن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، بالإضافة إلى أخذها بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يتحمل هذا الالتزام، فعدم وجود محل للالتزام مقابل يعني عدم وجود السبب وهو ما يؤدي لإبطال العقد، وبإسقاط هذه المعادلة على الشروط

---

[1] منيرة جربوعة، **(آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية)**، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، المجلد 01، العدد 02، سبتمبر 2017م، (ص ص: 192 -209)، ص200.

[2] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص118.

[3] منيرة جربوعة، مرجع سابق، ص201.

التعسفية التي غالبًا ما يضع فيها أحد الأطراف التزامًا لا يكون مقابل، فإنه يمكننا الجزم ببطلان الالتزام لغياب السبب[1].

إن إعمال هذه النظرية في مجال الشروط التعسفية يؤدي إلى بطلان العقد كله، ومن ثمة لا تُعَدُّ سلاحًا فعالاً لمحاربة هذه الشروط ممَّا لا يحقق التوازن العقدي، فلا يخدم ذلك مصلحة المستهلك هذا الأخير الذي يهتم ببقاء العقد وبطلان الشرط لوحده[2].

ومن ثم نخلص إلى أن أساس عدم إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان، هو الالتزام العام بحسن النية في مرحلة إبرام العقد، لذلك نجد أن المشرع الألماني في المادة 09 من القانون الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المُذعَن، أكدت على إحالة الأمر على المادة 242 من القانون المدني الألماني المعدَّل والمتمم، والتي تقضي بضرورة مراعاة حسن النية لتقويم مدى عدالة شروط العقد، بشرط ألا يمسَّ ذلك باستقرار المعاملات[3].

غير أنه في التشريع الجزائري لا شيء يمنع من استبعاد الشرط متى كان تعسفيًا، بالاعتماد على مبدأ حسن النية الوارد في المادة 107 من التقنين المدني التي توجب تنفيذ العقود بحسن نية، لذلك نرى أنه يمكن الأخذ بقاعدة حسن النية كتقنية تضمن تحقيق التوازن العقدي، وتكريس تطبيقاتها المتمثلة في الشفافية والنزاهة ومراعاة المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك، ثم التأكيد على قاعدة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد والتعاون عند تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: التعديل أو الإعفاء بناءً على الشروط التعسفية لحماية الطرف المُذعَن

إن عقود الإذعان الذي يتولَّى تحريرها وإملاءها الموجب الطرف القوي في العلاقة التعاقدية، وبالتالي فهو يملي شروطه على الطرف الضعيف وغالبًا ما يدرج في عقد الإذعان شروطًا تعسفية، يخضع لها هذا الأخير دون مقاومة لحاجته الماسَّة للسلع أو الخدمات الضرورية، فيتدخل القاضي باستخدام سلطته التقديرية لتعديلها أو إعفاء الطرف المُذعَن منها[4].

---

[1] سليمة أحمد يحياوي، **آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي**، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2010 -2011م، ص13.

[2] منيرة جربوعة، مرجع سابق، ص201.

[3] فاطمة الزهراء زيتوني، **مبدأ حسن النية في التعاقد، دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2017 -2018م، ص282 -283.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص40.

الفرع الأول: الشروط التعسفية في عقود الإذعان

لقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر على أنه:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدِّل...ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[1]، والتي تقابلها المادة 204 من التقنين المدني الأردني بقولها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للمحكمة أن تعدِّل...ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وهاتين المادتين قد كرَّستا العناصر الأساسية لسريان سلطة القاضي، ومضمونها ومعيارها وطبيعتها القانونية التي يوفرها هذا الاستثناء، وبينتا شروط قيام سلطة القاضي لحماية الطرف الضعيف وأكدت على توافر شرطين أساسين هما:

1 - أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

2 - أن يتضمن العقد شروطًا تعسفية

فإذا تبيَّن للقاضي بأن العقد يتَّسم بطابع الإذعان، يبحث فيما إذا كان العقد يحتوي على شروطا ًتعسفية أم لا، ليبرِّر تدخله لحماية الطرف المُذعَن من خلال تعديل الشرط أو إعفاء الطرف المُذعَن منه[2]، وسنتعرض لمفهوم الشروط التعسفية، ثم نتعرض لشروط قيام السلطة التقديرية للقاضي المدني.

أولاً: مفهوم الشروط التعسفية

يعتبر الشرط التعسفي أهم ما يثقل كاهل المستهلك، وتتضح صفة التعسف في هذه الشروط بشكل أوضح حينما تكون هذه العقود مكتوبة، أو تكون مرفقة بالعقد أو في شكل نموذجي تم إعداده مسبقًا، وهي وفقًا للقواعد العامة شروط اعتيادية لا تنال من سلامة الرضا، ولكن في حقيقتها شروط مجحفة وهذا ما يدعو إلى الحاجة الماسَّة لحماية المستهلك منها.

إن ظهور مفهوم الشروط التعسفية أو غير المقبولة (*clause unconscionable*) يعود إلى الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1962 في قانون التجارة الموحَّد، ثم انتقلت إلى أوروبا سنة 1970 التي نظمت في البداية فكرة مواجهة الشروط التعسفية، ثم تبعتها السويد سنة 1971 ثم المملكة المتحدة (بريطانيا) سنة 1973 والدنمارك سنة 1974 وألمانيا 1976[3].

---

[1] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص40.

[3] *Calais-auloy. J et Temple Henri, **Droit de la consommation**, DALLOZ, 9eme Edition, 2015, p164.*

بالرغم من تناول مفهومه من عدَّة تشريعات إلا أنها لم تعطي تعريفًا محدَّدًا، وذلك راجع إلى الجدل الكبير الذي عرفه فقهاء القانون في فرنسا، كما نجد أن المشرع الألماني وسَّع من مفهوم الشرط التعسفي، حيث يوصف بأنه الأساس الذي استندت إليه دول الاتحاد الأوروبي في مقاومة الشروط التعسفية، كما نجد أن الفقه القانوني العربي قد تناول مفهوم الشرط التعسفي، وهذا ما سنتعرض له من خلال التعريفين الفقهي والتشريعي للشرط التعسفي.

1 - التعريف الفقهي للشرط التعسفي

عرَّف الفقهاء الشرط التعسفي كل بحسب الزاوية التي ينظر منها إليه في العقد، بحيث عرَّفه بعض الفقه الفرنسي على أنه:" شرط يفرضه طرف في وضع مهيمن على الطرف الآخر في التبعية الاقتصادية ممَّا يسبب إخلالاً كبيرًا بين حقوق والتزامات كلا الطرفين"[1].

كما عرَّفه الفقه العربي بأنه:" الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدمًا فيه نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، بحيث تؤدي تلك الميزة إلى إحداث عدم التوازن العقدي ويقتصر دور المستهلك فيه عن القبول أو الرفض"[2].

كما يرى البعض منهم بأنه:" كل شرط يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المتدخل والمستهلك الناتجة عن عقد الاستهلاك، والتي تتمثل في مكافأة هذا المتدخل بميزة بسبب استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك"[3].

وعرَّف آخرون الشرط التعسفي على أنه:" بند في العقد يؤدي إلى اختلال توازنه اشترطه طرف قوي بما له من نفوذ اقتصادي، بهدف تحقيق ميزة فاحشة له على حساب الطرف الآخر دون مقتضى"[4].

وعرَّفه بعض فقهاء القانون الجزائريين على أنه:" ذلك الشرط الذي يورده المتدخل في تعاقده مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات

---

[1] *Guy Raymond*, ***droit de la consommation***,*4eme Edition, Lexis Nexis, paris, 2017, P343.*

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**. مرجع سابق، ص174.

[3] عمر محمد عبد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008م، ص406.

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**. مرجع سابق، ص175.

الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه، وفقًا لما تقضي به العدالة التي تُقِرُّ للقاضي السلطة التقديرية للطابع التعسفي"[1].

وقد جاء هذا التعريف متأثرًا بما جاء في المادة 110 من القانون المدني الجزائري، التي تُقِرُّ للقاضي بالسلطة التقديرية لتقدير الطابع التعسفي بقولها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدِّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المُذعَن منها وفقًا لما تقتضي به العدالة..."[2].

ويرى الباحث أحمد رباحي بأن الشرط التعسفي هو:" الشرط الذي يستأثر أحد طرفي العلاقة العقدية بفرضه تعسفًا على الطرف الآخر، بحيث يجعله يخضع له دون إمكانية حقيقية لتعديله بسبب عدم المساواة التي وجد فيها، وينتج عنه اختلال ظاهر في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف في كل مراحله، بحيث يظهر ذلك في الميزة الفاحشة التي يحصل عليها الطرف الأقوى فيشكل ذلك عبئًا على الطرف الآخر دون مبرِّر"[3].

ومن خلال هذه التعاريف نخلص إلى أنه تعتبر شروط تعسفية، تلك الشروط التي يفرضها الطرف المتفوق اقتصادياً على الطرف الآخر في العقود، والتي يهدف من خلالها إلى الحصول على مزايا إضافية تُخِلُّ بالتوازن في الحقوق والالتزامات وتسبب أضرارًا للمستهلك.

2 - التعريف القانوني للشرط التعسفي

عرَّف المشرع الجزائري الشرط التعسفي بموجب أحكام المادة 5/3 من القانون 04 -02 الذي يُحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم، حيث نصت على أنه يعتبر شرط تعسفي:" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عِدَّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[4].

---

[1] حسينة شرون، نجاة حملاوي، **(حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04 -02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)**، مجلة الحريات والحقوق في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل 2017م، (ص ص: 49 -70)، ص51 -52.

[2] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] أحمد رباحي، **(أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن)**، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، المجلد 04، العدد 05، (ص ص: 343 -367)، ص347.

[4] القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 41، الصادرة في 2004/06/27، المعدَّل والمتمم بموجب القانون رقم 10 -06 المؤرخ في 2010/08/15.

ولابد من تثمين موقف المشرع الجزائري بصدد تعريفه للشرط التعسفي، مزيلاً بذلك كل التكهنات والتساؤلات التي طرحت بشأن تحديد طبيعة الشروط التعسفية المعنية بالحماية، والمعايير اللازم توافرها لاعتباره كذلك، والملاحظ أن القانون الجزائري لم يأخذ بمعيار القوة الاقتصادية ولا بمعيار الميزة المفرطة، بل أخذ بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي[1].

ما يجب ملاحظته ابتداء من تعريف الشروط التعسفية أنها لم تأتي به أغلب التشريعات في القانون المدني، إذ أن تعريفها غالبًا ما نجده في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، ومن بين التشريعات الغربية التي تولَّت تعريف الشرط التعسفي سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، القانون الفرنسي والقانون البلجيكي والقانون الألماني[2].

هذا الأخير الذي أدرج في المادة الأولى من القانون الصادر بتاريخ 1976/09/09 المتعلق بالشروط العامة للعقود الذي بدأ العمل به في 1977/04/01 تعريف الشروط التعسفية بأنها:" تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل التي ترد فيه"[3].

كما عرَّف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 35 من القانون رقم 78 -23 الصادر في 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات التي جاء فيها:" في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، قد تكون محظورة أو محدَّدة أو منظمة...الشروط المتعلقة بـ...متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة "[4].

وبمجرَّد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 دمج ضمنه القانون 78 -23، بحيث أصبحت المادة 35 منه هي نفسها المادة 132 -L1 الجديدة، وبناء على ما تقدم فإن مفهوم الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يكون مفروض على المستهلك وغير المهني، بحيث

---

[1] حسينة شرون، نجاة حملاوي، مرجع سابق، ص52 -53.

[2] المرجع نفسه، ص53

[3] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص18.

[4] حسينة شرون، نجاة حملاوي، مرجع سابق، ص53.

يمنح للطرف الآخر ميزة فاحشة بسبب استعمال القوة الاقتصادية، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي استخدم معيار القوة الاقتصادية للطرف الآخر والميزة الفاحشة، في تعريفه للشرط التعسفي الذي جاء به قانون سنة 1978، وأبقى على هذا المعيار في قانون الاستهلاك لسنة 1993[1].

ثم أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لعام 1995، بموجب المادة L1-132 من القانون 95-96 الصادر في 1995/02/01[2]، التي تقابلها المادة L1-212 من الأمر 2016-301 المؤرخ في 2016/03/14 المتضمن القسم التشريعي لقانون الاستهلاك، بقولها أنه:" في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين تعتبر شروطًا تعسفية الشروط التي ينشأ عن موضوعها أو ينتج عن آثارها على حساب غير المهني أو المستهلك اختلالاً ظاهرًا بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[3].

وبناءً على ذلك فإن الشرط التعسفي في نظر المشرع الفرنسي هو الشرط الذي ينشأ عنه، أو ينتج عن آثاره إخلالاً بالتوازن بين حقوق والتزامات المستهلك وغير المهني مع الطرف الآخر في العقد، وهو ما يعني أن المشرع استغنى على معيار التفوق الاقتصادي والميزة الفاحشة، واستخدم معيار جديد وهو الإخلال بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد[4].

ثانيًا: شروط قيام السلطة التقديرية للقاضي

لقد جعل المشرع من حق الطرف المُذعَن أو المستهلك اللجوء للقضاء لطلب تعديل الشروط التعسفية أو إعفائه منها كليًا، وجعل هذا الحق يتعلق بالنظام العام ليضمن لهذا الأخير حماية مجدية[5]، ومن خلال تحليل محتوى المادة 110 من التقنين المدني الجزائري، يتَّضح أن الشروط القانونية لتدخل القاضي واستعمال سلطته في تعديل عقد الإذعان تتطلب شرطين: الأول أن يتعلق النزاع بعقد إذعان، والثاني هو أن يتضمن هذا العقد شروط تعسفية مرهقة للطرف المُذعَن[6].

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**. مرجع سابق، ص175.

[2] أحمد رباحي، مرجع سابق، ص345.

[3] *L'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, op.cit.*

[4] *Delphine Bazin-Beust, **Mémentos LMD Droit de la consommation**, Gualino L'extenso, France, 2016, P 166.*

[5] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص60.

[6] الأمر رقم75-58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

1 - أن يتعلق النزاع بعقد إذعان

تكمن مهمة القاضي في أنه لا يتدخل في عقد الإذعان، إلا إذا رفع إليه نزاع يتعلق بوجود شرط تعسفي أو أكثر في هذا العقد، والتي من شأنها إرهاق الطرف المُذعَن في هذا العقد وذلك لانفراد الطرف القوي بإملاء شروط التعاقد، ومن هنا تبدأ مهمة القاضي بالبحث في عناصر العقد والتعرُّف على طبيعته، ليتبيَّن هل تم العقد بطريق الإذعان بحيث تشمله الحماية القضائية المقرَّرة قانونًا أم لا[1].

ونكون أمام عقد إذعان إذا توافرت لدينا الشروط السالفة الذكر وهي: أن يكون الموجب محتكرًا فعليًا أو قانونيًا أو على الأقل مسيطرًا سيطرة تجعل المنافسة على السلع والمرافق المحتكرة محدودة النطاق، وأن يُعِدَّ المحتكر شروطًا محدَّدة تُقبل جملة أو تُرفض، حيث يصدر إيجابه غالبًا في قالب نموذجي بصيغة مطبوعة، يحتوي على شروط مفصلة لا تجوز المناقشة فيها، وأن يكون موجه إلى الجمهور بصفة عامة، أي أنه لا يكون موجهًا لشخص بعينه ولمدة محدَّدة، وأن يتعلق الإيجاب بمرفق أو سلعة ضرورية لا يتصور استغناء الجمهور عنها[2].

هذه الخصائص أو الصفات التي يتميز بها عقد الإذعان، فإذا ما توافرت في العقد موضوع الدعوى المعروضة على القاضي ثبت أنه عقد إذعان، وبالتالي فإن القاضي ينتقل إلى مرحلة أخرى وهي مرحلة البحث في جوهر الدعوى المتمثل في مدى توفر شروط تعسفية في هذا العقد، والشروط التعسفية لا تحتاج دائمًا إلى وجود عقد إذعان، فهي لا تختفي باختفائه إذ أنه قد تدرج ضمن عقود المساومة، غير أن المشرع لا يحمي من هذا النوع من الشروط، إلا إذا غابت المساومة عند إبرام العقد، حيث لا يتصدى لها القاضي إلا إذا تضمنها عقد الإذعان[3].

2 - أن يتضمن عقد الإذعان شروطًا تعسفية

القاضي في هذه الحالة يتفحص العقد من حيث الشروط التي يتضمنها، فإذا وجد ضمن مكوناته شرطًا تعسفيًا جائر فرضه الموجب بحكم مركزه القوي في العملية التعاقدية، فإن

---

[1] حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص44.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص90.

[3] فايزة طبيب، **سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ**، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، السنة الجامعية: 2018 -2019م، ص213.

القاضي في هذه الحالة يجد المبرِّر القانوني لتدخله، فيكون له الحق في تعديل ذلك الشرط أو تلك الشروط، بما يعيد إلى العقد التوازن الذي يجب أن يكون، بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين المتعاقدين، أو يخفف الإرهاق الذي يمكن أن يلحق الطرف المُذعَن[1]، أي الطرف الضعيف في العقد نتيجة الشروط التعسفية، أو يلغي الشروط كلية عنه بحيث يعفى الطرف المُذعَن منها، تطبيقًا للمادة 110 من القانون المدني الجزائري[2].

ويرجع تقرير المشرع لسلطة القاضي في تعديل العقد إلى حرصه على تحقيق العدالة القانونية، ورفع الضرر الذي يلحق بأحد طرفي العقد نتيجة لعقد الإذعان، وبعبارة أخرى فإن الهدف يتمثل في حماية الطرف الضعيف، من استغلال الطرف القوي وإلى رفع الضرر عنه، وتقدير توافر الصفة التعسفية للشرط من عدمها منوط بقاضي الموضوع، إذ أنه من مسائل الواقع التي لا رقابة عليه في تقديرها[3].

كما علينا أن نشير إلى أن العقد إذا تم بطريق الإذعان وكان تضمن شروط تعسفية، فإن العيب الذي يلحق هذا العقد في هذه الحالة منذ تكوينه لا عند تنفيذه، كما هو الشأن بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة[4]، وعليه فإن سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية تتمثل في تعديل أو إلغاء تلك الشروط.

أ - تعديل الشروط التعسفية

في هذه الصورة يتدخل القاضي ليبقي على هذه الشروط إلا أنه يتناولها بالتعديل بالوسيلة التي يراها ملائمة، فهو إمَّا أن يتناول الالتزامات المتبادلة بين الطرفين بالزيادة أو النقصان بما يحقق التوازن بين المتعاقدين، وقد تُعرَض عليه حالات خاصة كتعديل شرط جزائي مبالغ فيه، أو تعديل الشروط التعسفية قصد إزالة الغبن عن الطرف الضعيف، إذا كان هذا الغبن معاصر لتكوين العقد[5].

---

[1] حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص45.

[2] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص90 -91.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، **نظرية العقد**، مرجع سابق، ص696.

[5] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص91.

أ -1 تعديل التزامات الطرفين بالزيادة والنقصان

قد تكون الشروط التعسفية متعلقة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المُذعَن، نظير الخدمة التي سيؤديها عن عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، ممَّا يجعلها شروطًا جوهرية في العقد يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعقد ذاته، فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المتعاقد المغبون[1].

وقد يتعلق التعديل بالإنقاص من ثمن البيع أو من مبلغ الانجاز أو قيمة الأقساط المبالغ فيها التي يدفعها المؤمَّن له، أو بزيادة التزامات الطرف المحتكر أو المقابل الذي يحصل عليه المستفيد من عقد التأمين عند وقوع الحادث المؤمَّن منه، أو زيادة الأجرة بالنسبة لعقد العمل أو الثمن في عقد البيع إذا كان المغبون هو البائع، بحيث يتحقق من خلال ذلك إزالة المظهر التعسفي للشرط، بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخَّاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهي تحقيق التوازن بين الأداءات المتبادلة في العقد[2].

وبصفة عامة يقوم القاضي بتعديل التزامات الطرفين بما يحقق العدالة التعاقدية، وبما يرفع الغبن عن الطرف الضعيف في عقد الإذعان.

أ -2 تعديل الشرط الجزائي

يكون في هذه الحالة الشرط محل التعديل شرطًا جزائيًا، والشرط الجزائي هو عبارة عن تعويض متفق عليه بين المتعاقدين، يعتبره الطرفان كجزاء في حالة عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، وهذا الشرط قد يرد في العقد وقد يكون لاحقًا لإبرام العقد.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الشرط الجزائي بموجب المواد من 183 إلى 187 مدني جزائري[3]، وأجاز بموجب المادة 183 مبدئيًا للمتعاقدين أن يُحدِّدَا مقدمًا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق، كما أنه منح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين، الحالة الأولى إذا نفَّذ المدين الالتزام الأصلي في جزء منه، والحالة الثانية إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغًا فيه بدرجة كبيرة، وذلك وفقًا لنص

---

[1] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص91.

[2] حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص46.

[3] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

المادة 2/184، كما أجاز من جهة أخرى للقاضي زيادة الشرط الجزائي إذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر، وأثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشًا أو خطأً جسيمًا[1].

ولكي يتدخل القاضي لتعديل الشرط الجزائي يجب أن يكون متضمنًا في عقد إذعان، فإذا رأى أن الشرط الجزائي المفروض على الطرف المُذعَن مبالغ فيه، جاز له أن يخفض قيمته بما يتناسب مع قيمة الضرر حسب ظروف التعاقد[2].

أ -3 تعديل الشرط الجزائي من أجل إزالة الغبن عن الطرف المُذعَن

يقصد بالغبن عدم تعادل الأداءات المتقابلة في العقد بحيث تصل درجة الإخلال بالتعاقد إلى رقم معيَّن، وذلك بحسب المشرع الجزائري الذي اعتنق في بداية الأمر النظرية المادية في الغبن متبعًا في ذلك نهج القانون الفرنسي[3].

وقد اعترف المشرع الجزائري للقاضي بالسلطة التقديرية بين إبطال العقد، أو إنقاص الالتزامات بالنسبة للمتعاقد المغبون في المادة 90 من القانون المدني، وقد يمثل الشرط التعسفي صورة للغبن وحالة من حالاته بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالانتقاص بحسب الحالة لإزالة الغبن، وهو يتقيد بالشرط أو الضوابط المتطلبة قانونًا للتعديل بسبب الغبن، إذ أن قيامه بالتعديل لا يتم على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، وإنما على أساس الطعن بتعسفية الشرط الوارد في العقد، والمطالبة بتعديله بموجب النص الذي يُخوِّل للقاضي ممارسة السلطة الممنوحة له[4].

ب - إلغاء الشروط التعسفية

إن مسألة إلغاء الشروط التعسفية تمثل الصورة الثانية لسلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية، فالقاضي إذا ما وجد شرط تعسفي في العقد له أن يلغيه، فيعفي الطرف المُذعَن منه مخالفًا بذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بحيث يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء حينما يُقدِّر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل، ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف في العقد، ومن ثم لن يتحقق العدل إلا بإزالته وإعفاء الطرف المُذعَن منه[5].

---

[1] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص66.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص151.

[3] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص49.

[4] حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص47.

[5] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص93.

كما أن القاضي في عقد التأمين حينما يجد بندًا يقضي بسقوط حق المؤمَّن له في التأمين، عند كتمانه بيانات معيَّنة أو بإعطائه تقريرات غير صحيحة حتى لو كان ذلك بحسن نية، يمكنه إعفاء المؤمَّن له من هذا الشرط لأنه ليس من العدل أن يقدم المؤمَّن له الأقساط، ثم لا يتحصل على أي مقابل لذلك ودون أي مُبرِّر مقنع[1].

ونفس الشيء يمكن قوله في حالة ما إذا وجد القاضي بندًا في عقد العمل بتسريح العامل أو بتوقيع غرامات عليه، دون أي موازنة حتى لو كان خطأه بسيطًا فيمكن للقاضي إلغاء هذا الشرط التعسفي، ومن المسلم به فقهًا هو أن السلطة المنوحة للقاضي بتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان، تقتصر بطبيعتها على العقود المدنية دون أن تسري على العقود الإدارية[2].

وفي هذا الإطار فإن سلطة القاضي تمتد لتشمل جميع العقود المدنية التي تتم بطريق الإذعان، فإذا توافرت خصائص عقد الإذعان في عقد من العقود والشروط المطلوبة في ذلك، فإن الشروط الواردة المتصفة بالتعسفية تصبح عرضة لسلطة القاضي في التعديل، ولا تقتصر هذه السلطة على العقود المعروفة والتي اعتاد الفقه أن يوردها عند الحديث عن عقود الإذعان، كعقد التأمين وعقد الكهرباء وعقد العمل بل تشمل كل العقود المدنية التي تتوافر فيها خصائص وشروط الإذعان[3].

ويمكن القول أن الأهمية التي يمكن استخلاصها هو وجود حماية يمارسها القاضي حينما يُعدِّل الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فيقوم بحماية الطرف الضعيف وتقوية جانبه حتي لا يستغله الطرف القوي، وتعتبر أحكام المادة 110 مدني جزائري أداة لمعالجة ظاهرة التعسف في عقود الإذعان، بنصها على الكيفية التي تتم بها مواجهة الشروط التعسفية في هذه العقود[4].

وقد دعَّم المشرع الجزائري موفقه بإصداره للقانون 04 -02 المؤرخ في 2004/08/14 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث تناول من خلاله الحماية من

---

[1] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص158.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص94.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص242.

[4] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص94.

الممارسات التعاقدية التعسفية، وكل ذلك جاء من أجل تزويد القاضي بمختلف الوسائل المتاحة، والتي تساعده في حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المتدخل[1].

ويكون القاضي بذلك حاميًا للصالح العام فيستفيد المستهلك كطرف ضعيف من الحماية المقرَّرة له في هذا السياق، وذلك بحصوله على السلعة أو الخدمة التي لا غنى له عنها، والتي يمتلكها الموجب لاحتكاره لهذه السلع أو الخدمات قانونيًا أو فعليًا، كما يحقق القاضي بتعديله للشروط التعسفية في عقد الإذعان " **العدالة العقدية** " بين الموجب والطرف المُذعَن[2].

وخلاصة القول في مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أن القاضي إذا ما توصل إلى أن العقد المثار بشأنه النزاع أمامه عقد إذعان، وأنه قد تضمن شروطًا تعسفية فإنه يقدرها ويتدخل في العقد بما يخالف إرادة المتعاقدين، والقانون في هذه الحالة عندما يُقرِّر للقاضي المدني بناءً على طلب المُذعَن، أن يُعدِّل الشروط التعسفية أو يعفيه كليًا منها، فإنه بذلك يرفع الإجحاف عن هذا الأخير ويحقق التوازن العقدي[3].

الفرع الثاني: التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها

تتعدَّد الشروط التعسفية فهي ليست على نوع واحد، فهناك شروط تعسفية تكون ظاهرة بمجرَّد إدراجها في العقد، وتوجد شروط أخرى لا تظهر صفة التعسف فيها عند إدراجها في العقد، بل تظهر فيها تلك الصفة عند تنفيذ العقد[4]، حيث يدور البحث عن متى يُعدُّ الشرط تعسفيًا من عدمه، ممَّا يُبرِّر تدخل القاضي لإعمال الحماية على العقد، وبالتالي يستلزم علينا أن نفرق بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها[5].

---

[1] القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[2] عامر رحمون، **عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص94.

[3] حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص48.

[4] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص214.

[4] نصيرة خلوي (عنان)، **الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت، دراسة مقارنة**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/07/02م، ص121.

[5] عبد الحكيم فودة، **تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن**، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985م، ص359.

أولاً: الشروط التعسفية بذاتها

وهي تلك الشروط التي يظهر التعسف فيها منذ إدراجها في العقد وتكشف عنه ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره، بمعنى أنه عند إبرام العقد يتبيَّن فيما إذا كانت بنوده متناقضة ويتَّضح لنا وجود التعسف من عدمه، فالتعرُّف على ذلك يكون منذ الوهلة الأولى عند كتابة العقد، كفرض شروط في لائحة المصنع تتضمن غرامات مالية باهظة على العمال، تستنفذ جزءً من أجرهم لأخطاء لا تتناسب مع الجزاء التي يتضمنه[1].

فتعدُّ مثل هذه الشروط الجزائية جائرة لأن الغرامات لا تتناسب مع الخطأ الذي ارتكبه العامل، وهناك من الشروط ما توضع من أجل ترك تحديد الثمن للإرادة المنفردة للمتدخل، بغض النظر عن موضوعية ذلك التحديد أو قبوله من قبل الطرف الآخر، وسواء اعتبر ذلك الشرط تعسفيًا أو جزائيًا جائرًا فإنه يُعدُّ مبرِّرًا لتدخل القاضي لإعادة التوازن لعقد العمل، متسلحًا بمبدأ حسن النية، وعدم جواز التعسف في استعمال الحق، وقواعد العدالة والإنصاف[2].

ومتى كان الشرط جزائيًا جائرًا فإن القاضي يطبق أحكام المادة 224 مدني مصري التي تقابلها المادة 184 مدني جزائري، أمَّا إذا كان شرطًا تعسفيًا فيطبق في شأنه المادة 149 مدني مصري التي تقابلها المادة 110 مدني جزائري[3]، وإن كان من الأدق تطبيق المادة 149 مدني مصري التي تقابلها المادة 204 مدني أردني وذلك لاعتبارين: الأول هو أن هذه المادة تتضمن حكمًا خاصًا قاصرًا على عقود الإذعان، لأن المادة 224 مدني مصري تتضمن حكمًا عامًا يسري على كل العقود، فليست كل الشروط التعسفية في عقود الإذعان شروطًا جزائية[4].

والثاني هو أن تطبيق المادة 149 هو أمر سهل ولا مشقَّة فيه على الطرف المُذعَن، فالأمر في هذه الحالة يترك لقاضي الموضوع، بينما في المادة 224 فإن عبء إثبات انتفاء

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص45.

[2] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص214 -215.

[3] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص359.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص45.

الضرر أو المبالغة في التعويض أو تنفيذ شق من الالتزام الأصلي، يقع على عاتق المدين حتى يمكن إعفاؤه من الشرط أو تعديله[1].

ثانيًا: الشروط التعسفية بحكم الاستعمال

هذه النوعية من الشروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد، ولكنها تظهر عند التطبيق بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها، فالتزام المتعاقد القوي باحترام الوعود والضمانات والتزامه بتحمل المسؤولية عن أعمال تابعيه، عادة ما تكون محلاً لشروط تعسفية تهدف إلى تخفيف أعباء المتعاقد القوي، بينما مسؤوليته تكون على حساب المتعامل معه[2].

وكمثال عليها الشرط الذي يلزم المؤمَّن له بإعلام المؤمِّن بأمور معيَّنة، خلال فترة سريان العقد وإلا سقط حقه في التعويض، فهذا الشرط لا يعدُّ تعسفيًا عند إدراجه في العقد، ولكن يعدُّ تعسفيًا إذا تمسك المؤمِّن بهذا الشرط لإسقاط حق المؤمَّن له حسن النية، بالرغم من أنه لا يعود على المؤمَّن له بأيَّة فائدة من الناحية العملية[3].

ويرى جانب من الفقه وهو الرأي الراجح أن المادة 149 مدني مصري (تقابلها المادتين 204 مدني أردني و110 مدني جزائري)، يقتصر تطبيقها على النوع الأول من الشروط فقط وهي (الشروط التعسفية بذاتها)، لأن النص يتحدث عن عقد إذعان أُبْرِمَ وكان متضمنًا لشروط تعسفية، أي أن التعسف كان عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، والمشرع كان صائبًا في هذه الصياغة[4].

إذ سبق هذا النص المادة 148 مدني مصري التي تنص على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق وحسن النية في تنفيذ العقد"، والتي تقابلها المادة 202 فقرة أ من القانون المدني الأردني التي تنص:" أ - يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق

---

[1] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، مصر، 1992م، ص11.

[2] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص215.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص46.

[4] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص12.

مع ما يوجبه حسن النية "، أمَّا المشرع الجزائري فقد كرَّس مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية في المادة 107 من القانون المدني بقولها:" يجب تنفيذ العقد طبقًا لما اشتمل عليه وبحسن نية..."[1].

ومن ثم فإنه بموجب هذا التحليل القانوني يكون لقاضي الموضوع السلطة في أن يَرُدَّ الموجب إلى صوابه في عقد الإذعان، وذلك مراعاة لحسن النية في تنفيذ العقد وعدم التمسك بحرفيته على نحو يتعارض مع روحه[2].

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية:(3 - يعتبر الشرط الوارد في عقد التأمين بأن النقص في قيمة السيارة بعد إصلاحها غير مشمول بالتغطية التأمينية شرط تعسفي، لمخالفته لأحكام المادة 924 من القانون المدني الأردني وهو شرط باطل، ذلك لأن نقص قيمة السيارة بعد إصلاحها، يقع ضمن دائرة الضرر الذي أصاب السيارة المؤمنة لدى شركة التأمين، ويكون حكمًا مشمولاً بعقد التأمين وأن إعمال هذا الشرط يؤدي إلى إهدار حق المضرور في التعويض، وأن ذلك يتعارض مع غايات القانون ويفقد التأمين من أثره، وعليه يكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف من اعتبار هذا الشرط باطلاً، بمقتضى المادة 924 من القانون المدني واقعًا في محله ومتفقًا مع القانون)[3].

ومن وجهة نظرنا نرى أن الرأي الصواب والراجح هو ما أشارت إليه المادة 110 مدني جزائري، التي تقابلها المادتين 204 مدني أردني و149 مدني مصري، الذي يقتصر فيها الأمر على النوع الأول من الشروط التعسفية والمتمثلة في الشروط التعسفية بذاتها، حيث يظهر الشرط التعسفي عند إبرام العقد وليس بعد إبرامه، كما هو واضح بالمادة 204 بقولها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية..." حيث العقد تم ولا مجال للحماية[4].

فالشرط التعسفي بالذات هو الشرط الجائر والمجحف الذي يتضمن أحكامًا تنافى مع العدالة، ولا شك أن هذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر بحسب ظروف التعاقد وموضوعه

---

[1] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[2] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص12.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص47.

[4] راجع في ذلك: المادة 110 من القانون المدني الجزائري والمادتين 149 مدني مصري و204 مدني أردني، فمن خلال تسليط الضوء على هذه المواد يتضح أنه يجب تطبيقها عند إبرام العقد وليس عند تنفيذه، ومن ثم فإنها تطبق على الشروط التعسفية بذاتها دون الشروط التعسفية بحكم الاستعمال.

وحالة طرفيه، ويختلف مفهومها بحسب البيئات والمجتمعات المختلفة، وأمر تقديرها متروك لقاضي الموضوع دون خضوع لرقابة محكمة النقض[1].

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية

لما كانت طبيعة عقود الإذعان ينفرد فيها أحد الأطراف بوضع شروط العقد وهو الطرف القوي، كان احتمال التعسف قائمًا في حق الطرف الضعيف الذي أُذعِن وخضع لإرادة الطرف القوي، ممَّا جعل المشرع يخرج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، كما هو واضح بنص المادة 110 مدني جزائري التي تقابلها المادة 204 مدني أردني التي جاء فيها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدِّل الشروط أو تعفي منها الطرف المُذعَن وفقًا لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "[2].

وقد أعطى المشرع الحق للقاضي في أن يتدخل فيعدِّل الشروط التعسفية من أجل حماية الطرف الضعيف، وهذه المادة تعتبر صمام الأمان لحماية الطرف المُذعَن، والتي منحت القاضي سلطة تعديل العقد، كما ذهبت إلى أبعد من ذلك بإعفاء الطرف المُذعَن من الشروط التعسفية، بحيث يستطيع إهدارها كليًا إذا اقتضت العدالة ومصلحة هذا الأخير[3].

وسنتعرض لسلطة التعديل أو الإعفاء الممنوحة للقاضي في هذا المجال، ثم نتعرض للمعيار الذي يسترشد به القاضي في استخدام سلطته التقديرية.

أولاً: سلطة التعديل أو الإعفاء

يتدخل القاضي لتعديل عقد الإذعان المتضمن شروطًا تعسفية بإحدى الوسيلتين: إمَّا بتعديل الشروط التعسفية الوارد فيه أو إلغائها تصحيحًا له، وتعتبر هذه السلطة قيد على حرية المتعاقدين عند التعاقد، لأن القاضي إذا أسقط الشرط فإنه يكون بذلك قد ألغى جزءً من العقد، وبالتالي يكون عمله تعديلاً للعقد الذي انعقد برضا أطرافه[4].

---

[1] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص360.

[2] راجع في ذلك: المادة 110 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص48.

[4] نجاة عبيد، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2015 -2016م، ص75 -76.

إن السلطة التي منحها المشرع للقاضي والمتمثلة في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقود الإذعان، تخرج عن حدود مهمته الرئيسية التي تقتصر على تفسير هذه الشروط، وبالتالي يعدُّ ذلك قيدًا على مبدأ سلطان الإرادة، وهذا النص يدعم القاضي في حماية الطرف المُذعَن من الشروط التعسفية الواردة في العقد، وخصوصًا تلك التي تفرضها المؤسسات والشركات الاحتكارية الكبرى على المستهلكين في هذه العقود[1].

فمشروع القانون المدني المصري كان يقتصر في السابق على منح القاضي، سلطة تعديل الشرط التعسفي بما يرفع صفة التعسف أو يعفي الطرف الضعيف من تنفيذه، لكن بعد ذلك تبنَّى في المادة 149 من التقنين المدني المصري التي تقابلها المادتين 110 مدني جزائري[2] و204 مدني أردني، ما يتيح للقاضي بالإضافة إلى سلطة إعفاء الطرف المُذعَن من الشروط التعسفية، استبعاد هذه الشروط نهائيًا وليست الإعفاء من تنفيذها فقط.

وعليه فإن المشرع قد أصاب بهذا النص جوهر التعسف في عقود الإذعان، ذلك أن الطرف المُذعَن لا يستطيع رفض الشرط الذي يتضمنه العقد حتى لو عمل به، وكان مدركًا بمدى الإجحاف الذي يسببه له، فالمُذعَن يخضع لجميع شروط العقد دون تمييز بين الشروط التي يعلم بها وينتبه إليها أو الشروط التي لم يعلم بها ولم ينتبه إليها[3].

ويرى جانب من الفقه أن أهم الأحكام التي يستهدف القانون بها حماية الطرف المُذعَن، هو ما جاء في مضمون المادة 149 مدني مصري، وهذا حكم خطير خصَّ المشرع به عقود الإذعان، وخوَّل للقاضي سلطة إجراء تعديل شروطها التعسفية، بل إهدارها إذا اقتضت مصلحة الطرف المُذعَن ذلك، خلافًا للقاعدة العامة التي يقتصر فيها دور القاضي بالنسبة للعقود على مجرَّد تفسيرها وإعمال حكم القانون فيها[4].

وبهذا يصبح هذا الحكم أداة فعالة يستطيع بها القاضي أن يحمي الطرف المُذعَن، من الشروط التعسفية التي يفرضها عليه المحتكر، وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا من عدمه مسألة وقائع يتبيَّن منها القاضي في ضوء الظروف مقدار التعسف والجور، ولا يجوز

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص48.

[2] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص243.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص49.

للمتعاقدين أن يتفقا على سلب القاضي هذه السلطة، إذ أن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام، ولو أجيز لانعدمت الحماية التي يهدف المشرع إليها من هذا الحكم[1].

لقد أصبحت الآن فكرة تعديل العقد أو مراجعة شروطه أمرًا مألوفًا وذلك لتحقيق هدفين: يتمثل الهدف الأول في أن المشرع خوَّل القاضي سلطة تعديل العقد بقصد تجنب عدم العدالة، التي تنشأ من عدم المساس بالشروط الأولية الواردة في العقد، وذلك في حالة ارتفاع الأسعار، فعدم العدالة اللاحقة للتعاقد لا تقل شأنًا عن عدم العدالة المتحققة وقت إبرام العقد[2].

أمَّا الهدف الثاني فهو أن تعديل العقد قد يقصد به تحقيق المصلحة العامة، وذلك تحقيقًا للمقتضيات الاقتصادية، فقد يتدخل المشرع لتخفيض الأداءات المالية المتفق عليها، ليس لأن الأسعار قد انخفضت بل يقصد إعادة التوازن بين الأداءات، وهدفه الأساسي من خلال تخفيض الأسعار هو تحقيق سياسة محاربة الانكماش[3].

يقصد بالتعديل في اللُّغة:" التقويم هذا من ناحية وقد جاء في مختار الصحاح تعديل الشيء بمعنى تقويمه، ويقال: (عدَّله تعديلاً فاعتدل أي قوَّمه فاستقام)، وكل مثقف (معدَّل) ومن معانيه أيضًا (تعديل الشهود) بأن تقول أنهم عدول"[4].

فتعديل العقد في اصطلاح فقهاء القانون:" يقصد به إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على أحد عناصره، أو على بند من بنوده وذلك إمَّا بالحذف أو الإضافة على أن يصل هذا التغيير في أقصى مداه إلى إزالة العقد أو نقضه أو الانتقاص أو الزيادة في بنوده"[5].

وتعديل الشروط الواردة في عقود الإذعان يعني الإبقاء عليها مع رفع أوجه التعسف فيها، فعلى سبيل المثال في عقد العمل إذا كان الشرط الوارد في لائحة المصنع، يوقع غرامات مالية باهظة على العمال لأخطاء بسيطة، كان للقاضي إذا ما قدَّر أن هذا الشرط تعسفي أن يُعدِّله

---

[1] عبد المنعم فرج الصدة، **عقد الإذعان في القوانين المدنية العربية الحديثة**، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1996م، ص252.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص50.

[3] حمدي محمد إسماعيل سلطح، مرجع سابق، ص183.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص50.

[5] محمد الخطيب، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1992م، ص1.

بتخفيض الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ الذي وقع من العامل، وإذا كان الشرط يتمثل في عدم تحديد موعد التسليم جاز للقاضي تعديله بتحديد موعد لذلك، أمَّا إذا كان الثمن مبالغًا فيه جاز للقاضي تخفيضه للحد المعقول[1].

وأرى أنه على قاضي الموضوع القيام ببسط سلطته لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، على الرغم من أن مسألة تدخله في أغلب النصوص القانونية العربية جوازية، وحبذا لو كان النص غير ذلك لتوفير الحماية اللازمة للطرف المُذعَن، والحد من تحكم الطرف القوي في عقود الإذعان لأن ذلك أقرب لتحقيق العدالة[2].

وعندما يتبيَّن للمحكمة أن هناك شرط تعسفي عليها التدخل والتصدي لرفع الجور، وعلى الرغم من أن قوانين بعض البلدان العربية أعطت صلاحيات للمحكمة في مواجهة الشروط التعسفية، حيث أنه لا سلطان على المحكمة ولا رقابة عليها سوى ضميرها، وهذه الحماية تعتبر حقًا للطرف المُذعَن فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وكل اتفاق يقع بخلاف ذلك يكون باطلاً، لاسيما وأن صلاحية المحكمة في حماية الطرف المُذعَن تعتبر من النظام العام[3].

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تعليق مهم على نص المادة 204 من القانون المدني حيث جاء فيه:" أن للمحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا كان العقد عقد إذعان وتضمن شروطًا تعسفية، فأعطى المحكمة الحق في أن تعدِّل هذه الشروط تعديلاً يخفف العبء الواقع على عاتق الطرف المُذعَن، أو تعفيه منها حسب ما تقتضي به العدالة، وحتى يوضع هذا النص موضع التنفيذ لم يكن هناك مناص من التأكيد على بطلان كل اتفاق بخلاف ذلك"[4].

حيث نجد أن المشرع خوَّل في المادة 204 مدني أردني للمحكمة الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين، إذا كان هناك عقد إذعان وتضمن شروطاً تعسفية من خلال سلطة التعديل أو

---

[1] خالد محمد السباتين، **الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، دراسة مقارنة**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القدس، فلسطين، 2001م، ص137.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص51.

[3] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[4] أحمد مفلح عبد الله خوالدة، **شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والمدني المصري**، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007م، ص128.

الإعفاء، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أن نص المادة 104 فقرة 1/أ من قانون النقل على الطرق، بما قرَّره للمضرور من حق مباشر في استيفاء التعويض من المؤمِّن هو من النظام العام[1].

وبالتالي يسقط بالبطلان كل اتفاق على ما يخالفه وكل شرط يحول دون حصول المضرور على التعويض، عند توافر شروط مسؤولية المؤمَّن له التقصيرية وكل شرط تعسفي في عقد التأمين، لأن هناك إجماع من الفقه على أن عقود التأمين من عقود الإذعان التي يسوغ فيها استبعاد الشروط التعسفية، التي لم يكن لمخالفتها أثر في وقوع الحادث المؤمَّن منه[2].

كما لو كان الشرط مثلاً من شروط الإعفاء من المسؤولية، جاز للقاضي إلغاء الشرط ليخضع العقد للقاعد العامة، وهنا تتضح السلطة الاستثنائية لقاضي الموضوع، ويقول جانب من الفقه بخصوص سلطة الإلغاء:" أمَّا عن رقابة الإلغاء فهي أشد جرأة من رقابة التعديل"[3] وبالتالي يعدُّ هذا الأمر تحطيمًا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن:" محكمة الموضوع هي التي تملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيًا أم لا، وكان يتضح من الحكم المطعون فيه أنه قد انتهى في أسباب سائغة إلى اعتبار الشرط الوارد بالبند الثاني من العقد شرطًا تعسفيًا وأتى الإعفاء فيه، ومن ثم ما يثيره الطاعن في هذا الشأن من جدل موضوعي غير مقبول"[4].

فمثلاً لو تمعَّنا النظر في فواتير الكهرباء والمياه في الأردن لوجدنا أنها تعطي مهلة لمدة أسبوعين للمستهلك لتسديد قيمة الفاتورة، وفي حالة عدم التسديد تقطع التموين دون إشعار، فمن يحمي المستهلك الذي لا يستطيع تسديد هذه الفواتير في موعدها، فالأصل أن هذه الخدمة (المياه والكهرباء وغيرها) أساسيات في الحياة وأنه يجب على الدولة مراعاة أصحاب الدخول الضعيفة، ولا ضير من قيامها بتسديد تلك الفواتير عنهم وخصوصًا الذين ليس لهم عمل أو مصدر دخل أو مُعيل، حيث يرد عادةً شرط في هذه الفواتير(يرجى تسديد قيمة الفاتورة خلال

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص52.

[2] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص15.

[3] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص362.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص52.

أسبوعين من تاريخ استلامها، وتعتبر هذه الفاتورة إشعارًا بحجب المياه في حال عدم تسديدها)، فهذا الشرط يعتبر من الشروط الجائرة في حق المستهلك الضعيف[1].

فوفقًا للمادة 110 مدني جزائري فإنه لا جوز للقاضي أن يتصدى تلقائيًا بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، وإنما يتأتَّى له ذلك بناءً على طلب الطرف المُذعَن أو المستهلك عملاً بمبدأ حياد القاضي المدني، كذلك نرى ضرورة الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوربية، لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية[2].

ويجوز للطرف المُذعَن أن يطلب من القاضي إعمال رخصة تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، في أيَّة مرحلة كانت عليها الدعوة أمام قاضي الموضوع، ولكن لا يجوز له أن يتمسك بها ويطلب إعمالها أول مرة أمام محكمة النقض، لأنه لا رقابة لها على السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي المدني في هذا المجال[3].

ولكن على الرغم من السلطة الممنوحة للقاضي إلا أنه لا يستطيع إبطال الشرط التعسفي، أو إنهاء العقد مادام متفقًا مع النظام العام والآداب العامة، وإنما تنحصر سلطته في تعديله أو الإعفاء منه، بما يعيد للعقد توازنه الاقتصادي ويحقق العدالة[4]،

كما أن التعديل الذي يقوم به القاضي لشرط تعسفي يتعلق بحجم الأداءات المتبادلة، ينتهي إلى الزيادة أو التخفيض في بعض الالتزامات الناجمة عن العقد لصالح الطرف المُذعَن، بما يحقق التوازن بين هذه الأداءات، ويزيل الضرر عن كاهل الطرف المُذعَن[5].

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص52.

[2] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص260 -261.

[3] خالد محمد السباتين، مرجع سابق، ص136.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص53.

[5] محمد بوكماش، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2011 -2012م، ص166.

ثانيًا: معيار ممارسة السلطة التقديرية

لقد نص المشرع في المادة 110 مدني جزائري التي تقابلها المادة 149 مدني مصري وكذا المادة 204 مدني أردني على:" (**العدالة**) كمعيار يتم على أساسه تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، ولم يرسم له نطاقًا وحدودًا معيَّنة ليتم على أساسها التعديل أو الإعفاء، بل ترك المشرع للقاضي سلطة مطلقة لتقدير ذلك"[1].

حيث جاء بموجب نص المادة المذكورة أعلاه:" ....وفقًا لما تقضي به العدالة" والتي من خلالها أقرَّ المشرع للقاضي سلطة التعديل، ولكن لم يُحدِّد الوسائل التي يتبعها القاضي في هذا الشأن واكتفى بقوله "**ما تقضي به العدالة**"، وهناك جانب من الفقه يرى أن هذا المعيار مطلق وغامض، ورغم ذلك لا مانع من القول أنه مبدأ أخلاقي يهدف إلى تحقيق المساواة بين الأفراد، على نحو يقيم التوازن فيما بينهم والبعد عن التعسف، وهذا إحساس طبيعي يُحرِّك القاضي في تعديله أو إلغائه للشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان[2].

وعلى الرغم ممَّا يحيط بمبدأ العدالة من غموض وإبهام حول المقصود بالعدالة، بسبب اختلاف الإحساس به من شخص لآخر وتغيره باختلاف المكان والزمان، فإنه يبقى في حقيقته معبرًا عن مجموعة من الأسس الثابتة، والتي تنشئ القانون للبشرية والنظام المثالي الذي يتعيَّن الوصول إليه[3].

والعدالة كمبدأ يجب أن تسيطر على العقد في كل مراحله، سواء في المفاوضات السابقة عليه أو عند إبرامه أو تنفيذه، فتخفِّف بذلك جمود القانون أو تتلافى ما به من ثغرات[4]، حيث أن دور القاضي ليس هو الوقوف على ما يريده الطرفان، ولكن يتمثل في استعراض مجموعة المصالح القائمة في الدعوى والتي تكشف عن ظروف الواقع، وكذلك ما تتجه إليه الإرادة الحقيقية للوقوف على حقيقة النزاع، وإعطاء الحلول المثلى والأكثر عدالة والمتفقة مع القانون والمنفعة العامة[5].

---

[1] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص363.

[2] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص17.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص54.

[4] خالد محمد السباتين، مرجع سابق، ص136.

[5] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص55.

وعليه يجب أن يكون لدى القاضي إحساس نقي بالصواب وينطلق في بحثه من اعتبارات موضوعية وليست ذاتية، وقد عبر الفقيه جونو عن ذلك بقوله:" عند ما تغييب الإرادة الشخصية أو يكون مشكوكًا في أمرها، يبحث القاضي عن العدل الموضوعي فهو ليس جهازًا يسجل الكلمات، ولكنه في هذا الصياغ مثل المشرع يضع الوسيلة الفعَّالة لكفالة تطبيق القانون"[1].

فيقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية لبيان مقدار التعسف في الشرط وبيان مقتضيات العدالة، فإذا كشف بحسب تقديره شرطًا تعسفيًا في العقد فله أن يُعدِّله، بما يزيل أثر هذا التعسف أو إلغاء الشرط التعسفي، وفقًا لما تقضي به العدالة وبما يحقق التوازن الاقتصادي للعقد، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[2]، ومعيار العدالة يصلح كأساس يستدل به القاضي، ويرجع إليه في تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه.

وقد جاء في نص الفقرة الأخيرة من المادة 110 مدني جزائري، التي تقابلها الفقرتين الأخيرتين من نصي المادتين 149 مدني مصري و204 مدني أردني بقولها:"...ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، فعند ما نتمعن جيدًا في نص هذه الفقرة نجد أنها تتضمن قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على استبعادها، وكل ما من شأنه تعطيلها يكون باطلاً ومخالفًا للنظام العام، والقول بغير ذلك يعني أن هذه الحماية صورية[3].

ومن وجهة نظرنا نرى أن الشركات المحتكرة للسلع أو الخدمات، من السهل عليها أن تُضمِّن عقودها شروطًا تحدُّ من سلطة القاضي في مراقبة الشروط التعسفية، ثم تفرضها على الطرف المُذعَن الذي لا يستطيع إلا التسليم بها، ولاسيما إذا علمنا أن السلطة الممنوحة للقاضي جوازية، وهذا قصور من المشرع إذ كان من المفروض منحه سلطة وجوبية، ليتمكن من التدخل وحماية الطرف المُذعَن من الشروط التعسفية.

ونعتقد أن السلطات التي منحها المشرع للقضاء في البلدان العربية بصدد عقود الإذعان، وإن كانت كافية لحماية الطرف المُذعَن إلا أنه لم يقتدي بالخطوة التي خطاها المشرع الأوروبي، عندما منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشروط التعسفية في عقود

---

[1] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص18.

[2] فؤاد محمود معوض، **دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي، مع الإشارة لموقف القانون المدني المصري**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2004م، ص262.

[3] سعيد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص20.

الاستهلاك ومنها ما ينطبق عليه وصف الإذعان، إذ على الرغم من أن عقود الإذعان تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي يختلُّ فيها التوازن بين أطراف العقد، من حيث المقدرة والخبرة إلا أنها ليست كلُّها عقود إذعان، وهذا ما يجعلها وحدها غير كافية لحماية المستهلك[1].

إن هذا الموقف التشريعي يبطل الشروط التعسفية في حين يبقى العقد قائمًا، لأن المستهلك عادة ما يكون في حاجة ماسَّة إلى محل التعاقد، وإذا لم يتمكن القاضي من ذلك سعى إلى إبطال العقد، وعليه نلاحظ أن المشرع يسعى دائمًا إلى إبقاء العلاقة التعاقدية قائمة، لاعتبارات معيَّنة تقوم على أساس الاستقرار في المعاملات إلا إذا كان الأمر مستحيلاً، ليضمن بذلك للمستهلك حماية جدِّية من التعسف مع الحفاظ على مصالحه ورغباته[2].

وبنفس الحكم قضى المشرع المصري في القانون المدني رقم 131 لسنة 1948، بحيث تدخل مباشرة لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان بموجب المادة 149 منه بقولها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدِّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المُذعَن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"[3].

وبلغة مطابقة تماماً تدخل المشرع العراقي فنص في المادة 2/127 من القانون المدني على نفس الشيء، ماعدا أنه استبدل عبارة (جاز للقاضي) بعبارة (جاز للمحكمة)، ولا قيمة لهذا الاختلاف مطلقًا لكونه لفظيًا كما أنه من سياسة المشرع لا غير، أمَّا بالنسبة للمشرع الإماراتي فقد نص في المادة 248 من قانون المعاملات المدنية رقم 5 لسنة 1985، على منح القاضي سلطة إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية في العقد وفقاً لما تقضي به العدالة، غير أن قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم 24 لسنة 2006 لم يتعرض لحكم الشروط التعسفية في العقود، وبالتالي فهي تخضع للقواعد العامة[4].

---

[1] أحمد عامر قاسم القيسي، **الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن**، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002م، ص38.

[2] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص78.

[3] أحمد عامر قاسم القيسي، مرجع سابق، ص36.

[4] زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص436.

إن المشكلة التي تبقى تواجهنا هي تعمد المشرع في كل مصر والعراق عدم تحديد المقصود بالشرط التعسفي، فهو إذن يترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف، بالنظر لظروف وملابسات كل حالة على حده، وبالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف العقد، أمَّا عن السلطة الواسعة التي يتمتع بها نتيجة عدم قيام المشرع بتحديد الشروط التعسفية، فلا يحد منها إلا ضبط المشرع لتعريف دقيق لهذه الشروط، وتقييد السلطة التقديرية للقاضي في مواجهتها[1].

وممَّا سبق ذكره يتضح أن المشرع الجزائري قد تجاوز السلطة الممنوحة للقاضي عمومًا، والمتمثلة في تفسير الشروط دون التدخل في إجراء التعديلات على الشروط التي يتضمنها العقد أو إلغاءها، وقد خرج المشرع عن المبدأ العام الذي تضمنته المادة 106 مدني جزائري الذي يقضي بأن" العقد شريعة المتعاقدين" استجابة لما يتطلبه الطرف المُذعَن من حماية، ذلك لأنَ تطبيق هذه المبدأ على إطلاقه قد يجافي العدالة[2].

وعليه لا يمكن تطبيقه في العقود التي لا تتساوى فيها المراكز القانونية للمتعاقدين، ويفرض من خلالها الطرف القوي شروطاً تعسفية في إطار علاقته مع الطرف الآخر، وبذلك تم الاعتراف للقاضي بسلطة التدخل في عقود الإذعان، لإلغاء أو تعديل الشروط التعسفية رغبة منه في تحقيق التوازن العقدي[3].

على الرغم من أن عقود الإذعان تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية، التي يختلُّ فيها التوازن العقدي بين أطراف العقد من حيث المقدرة والخبرة، إلا أن هذه العلاقات التعاقدية ليست كلها عقود إذعان فهناك إلى جانبها العقود النموذجية وعقود الاستهلاك، وهذا ما يجعل الحماية الممنوحة للمتعاقد في إطار عقود الإذعان غير كافية لخدمة فكرة حماية المستهلك[4].

وأرى أن المشرع الجزائري لم يُحدِّد معيار دقيق يعتمد عليه القضاء، في مسألة تعديل الشروط التعسفية أو إلغاءها سوى معيار مقتضيات العدالة، ولا في تحديد تعريف الشرط التعسفي الذي قال البعض عليه، بأنه الشرط الجائر الذي يتضمن أحكامًا تتنافى مع العدالة،

---

[1] أحمد عامر قاسم القيسي، مرجع سابق، ص36 -37.

[2] راجع في ذلك: المادة 106 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[3] أمال بوهنتالة، سلوى قداض، مرجع سابق، ص258.

[4] أحمد عامر قاسم القيسي، مرجع سابق، ص37.

وهذا ما يجعلنا نقترح اعتماد معيار عدم التوازن الفاحش في الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد لتحديد الشرط التعسفي.

كما يجب الاعتماد على مبدأ التوازن العقدي كأساس لتقريب مراكز أطراف عقد الإذعان، والتخلِّي عن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة وتبعاته، لأنَّ ذلك يؤدي إلى اختلال التوازن في الحقوق والالتزامات بين المستهلك والمتدخل، والتأكيد على مبدأ حسن النية من خلال تكريس تطبيقاته، بهدف المحافظة على العقد صحيحًا وتحقيق التوازن بين أطرافه.

المبحث الثاني: تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن

الأصل أن العقد وسيلة يعبر بها الأطراف عن إرادتهم وينظم العلاقة القانونية التي اتفقا عليها، فإذا حصل خلاف حول مقصوده من خلال العبارات التي يتضمنها، خصوصًا إذا حاول كل طرف فرض مفاهيمه الخاصة، وجب على الطرف الذي يطعن في محتوى العقد نظرًا لطابعه التعسفي، اللجوء للقضاء للمطالبة بإزالة الغموض الذي يكتنفه، وذلك عن طريق تفسيره وهي الحالة التي سمَّاها المشرع الجزائري تأويل العقد[1].

فتفسير العقد يجب أن يكون أمام القاضي المعروض عليه النزاع لذلك اصطلح على تسميته بالتفسير القضائي، وهو ذلك التفسير الذي يقوم به القاضي عندما يطرح أطراف الخصومة النزاع أمامه، أين يقوم هذا الأخير بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[2].

إن القاضي وهو يُفسِّر العقد يجد نفسه أمام مهمتين: الأولى تحديد ما إذا كانت عبارات العقد غامضة أم العكس، فلا يمكنه تفسير العبارات إذا كانت واضحة الدلالة، وأمَّا إذا استقر في الحالة الأولى إلى أن عبارات العقد غامضة لا تعبر عن إرادة المتعاقدين، وتأكَّد من غموضها فإنه ينتقل إلى المهمة الثانية وهي تفسيرها[3].

---

[1] رضا معوش، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية**، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2014 -2015م، ص100.

[2] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص17.

[3] *E.Allan Farnsworth, **L'interprétation des contrats internationaux,** revue de droit des affaires internationales, volume 3-4 anneé 2002,: «don l'interprétation les juges raisonnent en deux étapes, la premier consiste a juger si oui u non les termes du contrat sont obscurs, et la seconde a les interpréter, si lors de la première étape du raisonnement, la coure juge que les termes du contrat ne sont pas obscurs, elle ne prendra pas compte, lors de la seconde étape», page 275.*

وبما أن العقد يتكوَّن بتطابق إرادة المتعاقدين وهي التي تمثل النية المشتركة لهما، فإنه يستوجب على القاضي الذي أوكلت إليه مهمة تفسير العقد المتنازع فيه، أن يبحث عن النية المشتركة من خلال كشف خفايا عبارات العقد، وقد خوَّل له القانون قواعد لا يمكن أن يهملها أو يتجاهلها، تساعده على رفع الغموض واللبس عنها والوصول بذلك إلى النية المشتركة[1].

وتلك القواعد واردة على سبيل الإرشاد إذ أن هناك عدَّة طرق لتفسير العقود، تخلقها الحالات الخاصة في العقود ولا يستطيع المشرع أن يفترضها جميعًا، وتعتبر هذه العوامل إرشادات للقاضي يستعين بها في تفسير عبارات العقد، حيث لا يقتصر عليها وليس ملزمًا بها بل له أن يبحث في وسائل أخرى للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين[2].

وبمراجعة مضمون المادتين 111 و112 مدني جزائري، يتبيَّن وجوب التفرقة في تفسير العقد بين ثلاثة حالات وهي: حالة وضوح عبارات العقد فلا يجوز الانحراف عن هذه العبارات الواضحة عن طرق التفسير أو التأويل، وحالة غموض عبارات العقد فيتعيَّن اللجوء للتفسير مع الاسترشاد في ذلك بطبيعة التعامل والعرف والأمانة والثقة، وأخيرًا حالة الشك في معنى عبارات العقد، وهنا يتعيَّن تفسير الشك لمصلحة المدين على أساس أن الأصل هو براءة الذمة[3].

كما أن المشرع منح للقاضي سلطة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان، ومنح له أيضًا سلطة تفسير العبارات الغامضة لمصلحة المُذعَن، وأشارت إلى ذلك المادة 112 مدني جزائري بقولها:" يُؤَوَّلُ الشك في مصلحة الطرف المدين.
غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن"[4]، والتي تقابلها المادة 240 مدني أردني بقولها:" 1 - تفسير الشك في مصلحة المدين.
2 - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن".

فعقود الإذعان مختلفة عن غيرها من العقود من حيث التفسير، لأن طريقة تفسيرها تختلف عن العقود الأخرى بسبب غياب الإرادة الحقيقية المشتركة في عقد الإذعان، وللقاضي

---

[1] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص36.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص49.

[3] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص262.

[4] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

دور كبير في تفسير العقد وتحديد مضمونه، وهذا واضح من خلال نصوص المواد 2/100 و2/239 من التقنين المدني الأردني، بل هو من تسند له مهمة التفسير[1].

وللتعرُّف على دور القاضي المدني في تفسير عقود الإذعان، سنتطرق إلى القاعدة العامة لتفسير عقود الإذعان **(كمطلب أول)**، ثم نتطرق للتفسير الضيِّق والواسع لهذا النوع من العقود **(كمطلب ثان)**.

المطلب الأول: القاعدة العامة لتفسير عقود الإذعان

حدَّد المشرع الجزائري القاعدة العامة في تفسير العقود في المادة 111 من التقنين المدني بقولها:" إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرُّف على إرادة المتعاقدين.

أمَّا إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقًا للعرف الجاري في المعاملات"، وتقابل هذه المادة نصي المادتين 239 مدني أردني و150 مدني مصري، وقد جاء أيضًا بموجب المادة 1/240 مدني أردني أنه:(يفسَّر الشك لمصلحة المدين)، إذن هناك ثلاثة حالات لتفسير العقد وضوح عبارات العقد، غموض عبارات العقد، الشك في عبارات العقد[2]، وقبل التعرض لهذه الحالات سنحاول التعرض لمفهوم تفسير العقد وأهميته وأنواعه.

الفرع الأول: مفهوم تفسير العقد

عند تناولنا لعملية تفسير العقد لابد من التعرض لتعريفه ثم نتعرض لأهميته وأنواعه.

أولاً: تعريف التفسير: وسنتعرض للمعنى اللُّغوي للتفسير ثم لمعنى التفسير اصطلاحًا.

1 - المعنى اللُّغوي للتفسير: كلمة التفسير مأخوذة من الفسر وهو:" البيان والكشف والإيضاح والتفسير مثله: وهو الإبانة وكشف المراد والتبيين والتوضيح "، ومنه قوله تعالى:﴿ وَلاَ يأتُونَكَ بِمَثَلٍ إِلاَّ جِئْنَاكَ بِالْحَقِّ وَأَحْسَنُ تَفْسِيرًا﴾[3].

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص57.

[2] المرجع نفسه، ص57 -58.

[3] سورة الفرقان الآية 33.

وقيل الفَسر (بفتح الفاء) هو تحليل الأجزاء وانفصال بعضها من البعض، يقال: فَسرت النورة (حجر الكلس) إذا نضجت عليها الماء لتنحل أواخرها، وكأن التفسير يفصل أجزاء معنى المفسَّر(بتشديد السين مع الفتح) بعضها من بعض حتى يتأتى فهمه والانتفاع به[1].

فكلمة تفسير في اللُّغة تعني التوضيح والبيان والاستدلال والتحليل وهذا يقتضي إعمال العقل، وهو يعني كذلك شرح ما هو غامض، واللفظ مستوحي من الكلمة اللاتينية(*interprétation*)، ويؤخذ من المعاجم اللُّغوية أن المقصود بالتفسير هو كشف المغطى، وكذلك هو الإبانة والتوضيح فيقال: فسَّر الشيء أي وضَّحه وكشف عنه، وقد جاء في المصباح المنير:" فسَّر فسَّرتُ الشيء تفسيرًا من باب ضرب بنيته وإيضاحه"[2].

2 - المعنى الاصطلاحي للتفسير: لقد تعدَّدت تعاريف التفسير في معناه الاصطلاحي، حيث استند البعض في تعريفه إلى الهدف من عملية التفسير، والذي يتمثل في تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه هو" تحديد مضمون القاعدة أي المعنى المراد منها"[3].

حيث عرَّفه الأستاذ توفيق حسن فرج بقوله:" يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معيَّن، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد والوقوف على الالتزامات التي يُولِّدها "[4].

وكما يُعرِّفه الأستاذ (*Louis Josserand*) على أنه:" تحديد معنى الشرط التعاقدي والغرض منه"[5]، بينما اعتمد البعض الآخر على الأساس الذي يقوم عليه، وهو الإرادة الحقيقية للطرفين فعرَّفوه بأنه:" استخدام بعض وسائل الاستدلال من أجل الكشف عن المعنى الخفي ومن أجل التعرُّف على النية الحقيقية للطرفين"[6].

ويُعرِّفه الأستاذ علي فيلالي كما يلي:" تأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، بغض النظر عمَّا إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة"[7].

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص58.

[2] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص10.

[3] جميل الشرقاوي، **دروس في أصول القانون**، دار النهضة للنشر، القاهرة، مصر، طبعة 1972م، ص84.

[4] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص10.

[5] *Louis Josserand*, ***cours de droit civil positif françai***, *t2 paris, 1933, page 125.*

[6] *Demolombe*, ***cour de code napoléon traite des contrats***, *tome 2, paris, 1869, page 20.*

[7] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص10.

أمَّا الفقيه " *Denis Mazeaud* " فقد عرَّفه بقوله:" يقصد بتفسير العقد ذلك التفسير الذي يلجأ إليه القاضي عند نشوب نزاع بين متعاقدين فيستخلص معنى العقد عن طريق تحديد ما قصدته الإرادة المشتركة للمتعاقدين"[1].

ويُعرِّفه البعض الآخر على أساس الباعث وهو البحث عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين والهدف من شروطهم وتعهداتهم.

ويقول الأستاذ محمد صبري السعدي فيما يخص معنى التفسير:" هو أن يقف القاضي على قصد الإرادة المشتركة للمتعاقدين"[2].

إن الدكتور عبد الحكيم فودة وضع تعريفًا جامعًا للتفسير فقال:" هو تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسِّر، بسبب ما اعترى العقد من غموض للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستندًا في ذلك إلى صلب العقد والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به[3].

وهناك من يرى أن التعريف السليم هو الذي يلم بمفهوم التفسير كعملية فنية، دون الاقتصار على تعريف اللفظ ذاته أو الغرض منه أو الأساس أو الباعث، وبذلك يمكن أن نُعرِّف التفسير بأنه:" تلك العملية التي يقوم بها المفسِّر بسبب ما اعترى العقد من غموض من أجل الوصول إلى الإرادة الحقيقية للطرفين، مستندًا إلى العقد في حد ذاته والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"، وبصيغة أخرى التفسير يعني البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين[4].

وقد نظم المشرع الجزائري نظرية التفسير عند معالجته آثار العقد في المادتين 111 و112 من القانون المدني، إلا أنه استعمل مصطلح التأويل بدلاً من التفسير وذلك على غرار التشريعات العربية.

إذن التفسير عملية ذهنية ذات شقين شق مادي وآخر معنوي، فالشق المادي ينحصر في البحث عن التغييرات المدونة في العقد في صيغة شرط أو أكثر، حيث يقوم المفسِّر بتقريب أجزاء الشرط من الشرط الذي يسبقه أو يليه، أو حتى تقريب التصرف من آخر سابق أو لاحق

---

[1] *Mazeaud, **leçon de droit civil,** tom 2, 4em édition, page 373.*

[2] محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري، نظرية العقد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المتفردة**، دار الهدى، عين ميلة، الجزائر، طبعة 1992 -1993م، ص228.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص59.

[4] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص11.

عليه أو معاصر لتحريره، كما يستعين المفسِّر في ذلك ببعض المعايير الموضوعية، كالعرف الجاري في المعاملات وما يستخلصه من أقوال الشهود وقرائن الحال[1].

أمَّا الشق المعنوي فإنه يأتي نتيجة الشق المادي السالف الذكر، وبمعنى آخر هو مجموعة من الأفكار التي تستقر لدى القاضي من حصيلة بحثه السابق، ويعتبرها تشكل النية المشتركة للطرفين، ويرى الأستاذ ساليي:" أن الإرادة المشتركة هي الإرادة القانونية التي يجمع القاضي عندها إرادة كل من المتعاقدين بعد أن يقارب ما استطاع ما بين الإرادتين دون أن يضحي بإحديهما لمصلحة الأخرى"[2].

والتعريف السليم هو الذي يلم بمفهوم التفسير كعملية فنية، دون الاقتصار على تعريف اللفظ ذاته أو الغرض منه أو الأساس أو الباعث[3]، وبذلك فالتعريف الذي نرجحه هو تعريف الدكتور عبد الحكيم فودة لأنه هو الأوضح والأنسب، وفيه تم ربط العملية الذهنية التي يقوم بها المفسِّر بما جاء به العقد، وما يكتنفه من غموض وما يتفرع عنه نتيجة تنفيذ بنوده، وشمل جميع الحالات التي يمكن أن يرد عليها النص، وعليه فهذه المهمة لا يستطيع القيام بها إلا القاضي المتمكن قانونيًا في تفسير العقود[4].

ثانيًا: أهمية التفسير

وتبرز أهمية التفسير في حالتين: الأولى هي أنه من الضروري البحث عن صحة انعقاد العقد وتحديد آثاره، إذ يتوقف على تفسير العقد التعبير عن الإرادة لكل من المتعاقدين، ومعرفة ما إذا كانت هاتين الإرادتين متطابقتين ومدى الاتفاق بين الإرادتين وما ينتج عنهما، وفي الثانية تظهر هذه الأهمية من خلال الوظائف التي يقوم بها والتي تتمثل في وظيفتين:

1 - تحديد الالتزامات التي يتحملها كل متعاقد ومضمون كل التزام.

2 - أن التفسير يهدف إلى التوصل للحل القانوني المناسب الأكثر ملائمة وفائدة من الناحية الاجتماعية الذي توصي به العدالة كأثر لهذا التصرف[5].

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص59.

[2] *Saleilles, **de la déclaration de volonté contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civile Allemand,** paris 1901, édition 1978, page104.*

[3] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص11.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص59.

[5] المرجع نفسه، ص60.

ثالثًا: أنواع التفسير

يُقسَّم التفسير حسب المعيار العضوي أو الجهة القائمة به، إلى ثلاثة أنواع: التفسير التشريعي والتفسير الفقهي والتفسير القضائي.

1 - التفسير التشريعي: وهو ذلك التفسير الذي يصدر عن المشرع مباشرة، ويتحقق عندما يصدر القانون ومعه التشريع المفسِّر له في نفس الوقت، وقد يرى المشرع ضرورة التفسير لوجود نقص أو غلط مادي في التشريع، وقد يصدر المشرع القاعدة المفسِّرة في تاريخ لاحق لصدور التشريع موضوع التفسير، فسابقًا عندما يصدر المشرع قانون ما يكتنفه بعض الغموض، يلجأ إلى تفسيره فهو الذي أصدره وبالتالي توكل إليه مهمة تفسيره، أمَّا في العصر الحديث تدخل المشرع أصبح نادرًا ما يقع، بل في أغلب الأحيان يترك الأمر للفقه والقضاء وخاصة القضاء الذي تقع دائمًا على عاتقه هذه المهمة[1].

2 - التفسير الفقهي: إن للفقه دور كبير كمساعد ومكمل للقضاء في تفسير الكثير من العلاقات القانونية والتعاقدية، فيضع الكثير من الآراء والاقتراحات خاصة عند وجود قصور في القوانين، ويتميز التفسير الفقهي بالطابع النظري فهو يتم بطريقة مجرَّدة من الاعتبارات العملية، وعندما يقوم بالتفسير لا ينطلق من مشكلة علمية محدَّدة، وإنما يضع الفرضيات التي قد تطابق الواقع وقد لا تطابقه، ويحاول اقتراح الحلول المناسبة معتمدًا على المنطق والقواعد النظرية[2].

وبما أن التفسير الفقهي ليست له القوة الإلزامية، لكن عند تناول الفقهاء للأحكام القضائية بالدراسة والنقد والتحليل، قد يؤثر في القاضي فيتفادى مستقبلاً الاتجاهات التي ثار النقد بشأنها، وقد يقترح الفقه حلولاً وتفسيرات للمسائل الشائكة التي لم يعثر لها على الحلول[3].

3 - التفسير القضائي: يعتبر القضاء هو الجهة الوحيدة المنوط بها تطبيق القانون على النزاعات التي يثيرها الأفراد أمامه للفصل فيها، إذ لابد على القاضي قبل تطبيق القانون من

---

[1] محمد صبري السعدي، **تفسير النصوص في القانون الخاص والشريعة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1977م، ص23.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص61.

[3] توفيق فرج حسن، **المدخل للعلوم القانونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1981م، ص192.

فهمه وتحديد معناه حتى يستطيع أن يطبقه تطبيقًا سليمًا على النزاع المثار أمامه، كما يجب عليه إيجاد الحل اللازم في غياب النص وإلا أعتبر ناكلاً للعدالة[1].

فالقاضي ملزم بتطبيق القانون على النزاع المعروض عليه، وعند تطبيقه للقانون يقوم بإصدار حكم القانون على النزاع، فيقوم بخطوات وإجراءات عملية لاستخلاص الحكم قبل إصداره، أي قبل تطبيقه على واقع النزاع عندما كان قاعدة قانونية مجرَّدة[2].

ويأتي التفسير القضائي نتيجة ممارسة القضاة أثناء نظرهم في الدعوى المرفوعة إليهم حتى يتوصلوا إلى حكم القانون فيها، وعليه يتكون التفسير القضائي من مجموعة التفسيرات التي يقوم بها القضاة بمناسبة ممارستهم لمهامهم، والفصل في النزاعات المطروحة أمامهم وهذا ما يسمى بالسوابق القضائية[3].

والقاضي حين يبحث عن الحكم الملائم لكي يطبقه على النزاع المطروح أمامه، يجب عليه أولاً وقبل كل شيء التحرِّي داخل النصوص القانونية، وهو حين يقوم بذلك يكون قد مارس عملية التفسير.

4 - تفسير المتعاقدين للعقد: قد يقوم المتعاقدين بإبرام اتفاقات تفسيرية قبل إبرامهم العقد، وقد تكون لاحقة للعقد الغرض منها منع أي نزاع قد يثور حول دلالة بعض الألفاظ فيه، ونجد هذا النوع من اتفاقات التفسير في العقود الدولية خصوصًا يطلق عليها التعاريف، حيث يُحدِّد من خلالها المتعاقدان المعنى المراد من المصطلحات المستعملة في العقد، ويعتبر هذا التفسير هو أفضل تفسير على الإطلاق إذ أنه يصدر مباشرة عن ذوي الشأن[4].

الفرع الثاني: تفسير عقد الإذعان

عقود الإذعان تختلف عن غيرها من العقود من حيث التفسير، لأن طريقة تفسيرها لا تعامل معاملة العقود الأخرى، وذلك لغياب الإرادة الحقيقية المشتركة فيها، وهناك من يرى أنه يجب تفسيرها كما تفسَّر القوانين نظرًا لأنها أعمال انفرادية، فيراعى في تفسيرها العدالة وحسن

---

[1] يحيى رزق الصرمي، **سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس القاهرة، مصر، 1995م، ص435.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص62.

[3] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[4] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص17.

النية والمصلحة العامة، فتتسع فيها سلطة القاضي في التفسير عن سلطته في باقي العقود بصفة عامة[1].

بينما يذهب البعض الآخر إلى أن هذه التصرفات تُفسَّر كما تُفسَّر العقود، إلا أن أنصار هذا الإتجاه اختلفوا في طريقة تفسيرها، فذهب القليل منهم إلى عدم التفرقة بينها وبين العقود العادية، بينما ذهب بعضهم الآخر إلى تفسير هذه العقود بطريقة التفسير الواسع، وذلك بمراعاة ظروف إبرامها والانحياز إلى جانب الطرف الضعيف فيها[2].

وتفسير العقد من عمل القاضي فهو الذي يهيمن على هذه العملية الدقيقة، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية في التفسير، بل ألزمه بإتباع قواعد معيَّنة لضمان عدم خروجه على مهمته، وحالة تفسير عقد الإذعان كغيره من العقود لا تخلو من أوضاع ثلاثة، فإمَّا أن تكون عباراته واضحة، وإمَّا أن تكون غامضة، وإمَّا أن يَشُك القاضي في اتجاه الإرادتين[3].

ويجب على القاضي قبل مباشرة مهمته في تفسير بنود العقد المعروض عليه، التأكد من مسألة أوَّلية وهي مدى وضوح العبارات الواردة في العقد، وذلك ما يسمح له بتقدير سلطاته التي تتقلص إذا تبيَّن له أن العبارات المستعملة في صياغة العقد المتنازع حول طابعها التعسفي واضحة(**أولاً**)، في حين تكون سلطته التقديرية واسعة في حالة ما إذا كانت عبارات النص غامضة(**ثانيًا**)، وفي حالة الشك في اتجاه الإرادتين فإن هذا الشك يُفسَّر لمصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة ضارًا بالطرف المُذعَن في عقود الإذعان(**ثالثًا**).

أولاً: حالة وضوح عبارات العقد

يُعرَّف النص الواضح الدلالة على أنه:" ذلك النص الذي يدل بنفس صيغته على المراد منه من غير التوقف على أمر خارج عن صيغته"، إذن النص الواضح الدلالة يدل على معنى معيَّن لا سبيل أن يفهم منه معنى غيره، ولا يحتمل أكثر من تفسير فهو صريح قطعي الدلالة[4].

ويقصد بوضوح عبارات العقد التطابق الكلِّي بين التعبير عن الإرادة الظاهرة والباطنة، وهي تلك العبارات التي تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين، فلا يكفي أن تكون العبارات

---

[1] سعيد سعد عبد السلام، **سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان**، مرجع سابق، ص1.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص63.

[3] محفوظ لعشب بن حامد، المرجع سابق، ص147.

[4] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص36.

واضحة في ذاتها طالما أنها عاجزة عن الكشف عن هذه الإرادة، ويحدث هذا عندما يستخدم المتعاقدان ألفاظًا واضحة، ولكنها تكشف في ظاهرها عن إرادة مغايرة للإرادة الخفية الحقيقية[1].

فالمعنى الظاهر الذي توحي به العبارات ليس هو مقصود المتعاقدين، إذ يقصدان أمرًا ولكنهما يعبران عنه بألفاظ لا تستقيم مع إبراز هذا الأمر، وتكشف عن ذلك ظروف الواقع وملابساته، ولكن في الأصل أن شروط العقد عندما تكون واضحة، فإنه لا يجوز للقاضي مبدئيًا تفسيرها إطلاقًا، فالشرط الواضح لا يُفسَّر وإنَّما يُطَبَّق[2].

وعندما تكون عبارات عقد الإذعان واضحة فلا يجوز الانحراف عليها عن طريق التفسير أو التأويل[3]، وقد جاء ذلك بموجب نص المادة 1/111 من التقنين المدني الجزائري بقولها:" إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرُّف على إرادة المتعاقدين"، وتطابق هذه المادة نصوص المواد 01/151 مدني مصري، و151 مدني سوري، و152 مدني لبناني، و239 مدني أردني.

وهذه الفقرة تفيد أنه عندما تكون عبارة العقد واضحة الجملة في دلالتها، وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه هذه الإرادة، فإن العقد هنا لا يحتاج إلى بذل جهد لتفسيره، بل إن على القاضي تطبيقه وفقًا للمعنى الظاهر له وهذا ما ذهبت إليه التشريعات العربية[4].

وحين قرأنا نص المادة 01/111 لأول وهلة، وجدناه يدل على أنه لا يجوز للقاضي أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارة، وأنه يجب عليه أن يأخذ عبارات المتعاقدين الواضحة كما هي فلا يجوز له أن يُفسِّرها، إلا أن الفقه قد اختلف فيما يخص قصد المشرع بالعبارة الواضحة في هذه المادة القانونية وانقسموا إلى اتجاهين:

- **الإتجاه الأول:** يرى هذا الاتجاه والذي يعتقد نظرية الإرادة الظاهرة أن نص المادة 01/111 من القانون المدني الجزائري، إنما جاء واضحًا على أساس أنه لا يجوز إطلاقًا البحث وتفسير العبارات، ما لم يكن هناك ما يُبرِّره من غموض أو إبهام في العبارات[5].

---

[1] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص37.

[2] رضا معوش، مرجع سابق، ص102 -103.

[3] سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص41.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، المرجع سابق، ص147.

[5] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص38.

وقد تبنَّى هذا الاتجاه الفقه الألماني وفي رأيهم أن العبارات ما هي إلا وسيلة، يستعملها الأطراف للتعبير عن إرادتهم الباطنة، ولهذا فإن العبارات تُبرِز بوضوح الإرادة الباطنة، وبالتالي يجب أن يُعتدَّ في التفسير بالإرادة الظاهرة[1]، وأن أي محاولة لتفسير العبارة الواضحة إنما يُعَدُّ خرقًا من القاضي لإرادة الطرفين، وبذلك فهو خرق للقانون، ويرى أنصار هذا الرأي أنه لا يجب البحث عن الإرادة عندما لا يوجد غموض في ألفاظ العقد[2].

ويعتبر أنصار هذا الإتجاه وعلى رأسهم الفقيه " بول " أن أي محاولة لتفسير العبارة الواضحة إنما يعتبر تحريفًا وتشويهًا لها، كما يرى الفقيه " كاريه " أنه إذا كان شرط العقد واضحًا ومحددًا يجب التمسك بمعناه الواضح دون إعطائه معنى مغاير، إذ أن ذلك يتفق والنية الحقيقية للطرفين وفي المقابل فإن التفسير يكون ضروريًا[3].

وقد اعتمد أنصار هذا الإتجاه على عدَّة حجج لتبيين فكرة عدم جواز تفسير العبارات الواضحة منها:

- يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يجوز تفسير العبارات الواضحة، وتفسيرها يعتبر مخالفة لنص المادة 111 مدني جزائري:" إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها..." والتي تقابلها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، والتي تعتبر العقد ذا قوة ملزمة وهو شريعة للمتعاقدين، ومن ثم على القاضي احترام النصوص الواضحة وعدم الخروج عنها[4].

- إن تفسير عبارات العقد الواضحة يعني اللجوء إلى عناصر خارجية للعقد مثل البيِّنة والقرائن لإثبات النية المغايرة، وهذا مخالف للقاعدة التي تحضر إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، وهو مخالف للقواعد العامة للإثبات والتي يجب مراعاتها حتى في تفسير العقد[5].

- يخشى أصحاب هذا الرأي من تحكم القاضي إذا ما ذهب عن معنى مغاير للعبارات الواضحة، ولم يكن لديه أساس يستند إليه لاستخلاص الإرادة الحقيقية إلا الحدس والتخمين، إذ

---

[1] *Juris**, classeur de droit international éditions techniques**, S.A paris, 1990, fasc 552^{E}, «certaines méthodes, dites subjectives, et le système traditionnel interne des contractants la déclaration de volonté n' est qu' un moyen de découvrir cette volonté interne l' intention des parties doit donc prévaloir sur les termes employés », page03.*

[2] *Marty**, rôle du juge dans l' interprétation des contrats travaux asse capitant**, t.p1949, page85.*

[3] *Carre, **loi d' organisation et de compétence,** t2 paris 1946, page780.*

[4] *Code civil - Dernière modification le 01 octobre 2018 -Document généré le 08 janvier 2019 Copyright (C) 2007-2019 Legifrance -*

[5] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص39.

يطلق لخياله العنان في تقصِّي الإرادة وأهمية تخالف الإرادة التي كشفت عنها الألفاظ الواضحة، وهو بذلك يعيد بناء العقد على هواه[1].

الإتجاه الثاني: إن أنصار هذا الاتجاه وهم أغلبية الفقه يعتقدون بنظرية الإرادة الباطنة، ويرون أن المشرع عند ما نص على عدم جواز تفسير العبارات الواضحة، إنما قصد وضوح الإرادة لا اللفظ، وأن المقصود بوضوح عبارات العقد ليس وضوح كل جملة أو تعبير على حدى، بل وضوح دلالة العقد وبصورة عامة، ذلك أن وضوح العبارة غير وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة ولكن تدل على أن المتعاقد أساء استعمال التعبير، فقصد معنى وعبَّر عنه بلفظ مختلف[2].

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن السيادة للإرادة الحقيقية للطرفين على التعبير المادي عنها، ومن أجل هذا فمتى كانت عبارات العقد واضحة الدلالة في الكشف عن إرادة الطرفين الحقيقية، فعندئذ يستخلص القاضي إرادة الطرفين من المعنى الظاهر لعبارة العقد، أمَّا إذا جاءت هذه العبارة الواضحة في ظاهرها ولكنها متعارضة في الواقع مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، فإن هذا الوضوح لا يمنع من التفسير بل يتعيَّن البحث عن الإرادة الحقيقية، لأن وضوح الألفاظ لا يعني وضوح الإرادة[3].

وقد اعتمد أنصار الإتجاه القائل بجواز تفسير العبارات الواضحة على ثلاثة حجج هي:

1 - تعذر وجود معيار للتفرقة بين الشرط الواضح والشرط الغامض، حيث يرون أنه يمكن أن تكون لدينا شروط واضحة ولكن متعارضة داخل نفس العقد، وكذلك أن مبدأ " المعنى الواضح يشوبه الكثير من الغموض، فما يراه البعض واضحًا لا يراه الآخرون كذلك"[4].

2 - عند إلقاء نظرة فاحصة على المادة التي وضعت أساس نظام التفسير، نجد أنها تُقرِّر بشكل واضح وجوب البحث عن النية المشتركة للطرفين، دون التوقف عند المعنى الحرفي

---

[1] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص71.

[2] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص39 -40.

[3] أنور سلطان، **مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1983م، ص311.

[4] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص40.

للألفاظ، فهي تطلب مراعاة الإرادة الحقيقية أفضل من التوقف عند الإرادة الظاهرة[1]، إذ قد تكون العبارة واضحة في ذاتها ولكن يعتريها الغموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها[2].

3 - من البديهي أن الألفاظ الغامضة تحتاج إلى التفسير وإلا فما الذي يزيل الغموض، ولكن الذي يحتاج فعلاً النص عليه لمنع اللبس، هو حالة النص الواضح المتعارض مع الإرادة الحقيقية، وبذلك فان الاعتقاد السائد أن هذه هي الحالة التي أراد المشرع التعرض إليها، بتغليب الإرادة على التعبير عند حدوث تعارض بينهما[3].

لقد نصت المادة 1/239 مدني أردني أنه:" إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرُّف على إرادة المتعاقدين"، فالأصل في أن العبارة الواضحة المتمثلة في الإرادة الظاهرة تعبر عن حقيقة إرادة المتعاقدين، وبالتالي يجب التقيُّد بهذا الأصل سواء أخذنا بالإرادة الظاهرة أو الباطنة، لأن المقصود بوضوح العبارة هو وضوح التعبير في الدلالة على قصد المتعاقدين[4].

فيجب اعتبار تلك العبارة أنها معبرة تعبيرًا صادقًا عن إرادة المتعاقدين المشتركة، وذلك رعاية لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقًا لاستقرار المعاملات، فما على القاضي عند وضوح العبارات الواردة في العقد إلا التطبيق[5].

وتطبيقًا لذلك جاء في أحد قرارات محكمة التمييز الأردنية أنه:" إذا كانت نصوص العقد واضحة فلا يجوز تفسيرها، بالانحراف عمَّا تهدف إليه والقول بما لا ينسجم مع إرادة الطرفين"، وفي قرار آخر:" تأخذ المحكمة في تفسيرها للعقد بالمعنى الواضح المفهوم من التعبير الذي اختاره المتعاقدان إن كان مُظهِرًا لإرادتهما، ولا سبيل لتجاوز المعنى الواضح إلى معنى آخر لا تتحمله عبارات العقد ولا تقتضيه طبيعته"[6].

---

[1] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص40.

[2] عبد الفتاح عبد الباقي، **نظرية العقد**، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، طبعة 1981م، ص305.

[3] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص41.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص65.

[5] أحمد محمد شريف، **مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي**، جامعة آل البيت، الأردن، 1999م، ص131.

[6] قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1984/389، هيئة خماسية، الصادر بتاريخ 1984/07/31م، المنشور على الصفحة 1556 من عدد مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1984/10/14م.

ثانيًا: حالة غموض عبارات العقد

لقد تعرضت المادة 02/111 من التقنين المدني الجزائري إلى عملية تفسير العبارات الغامضة بقولها:" أمَّا إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقًا للعرف الجاري في المعاملات"[1].

فإذا كانت عبارات العقد غير واضحة فلا مفر من تفسير العقد حسب ما قصده المتعاقدان، وتنص المادة 1156 مدني فرنسي بأنه:" يجب في العقود البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ "[2]، ويتبيَّن من نص المادة 111 مدني جزائري بأنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يكتنفها الغموض، فإنها تصبح بحاجة إلى تفسير القضاء الذي عليه أن يبحث عن النية المشتركة للطرفين، فالقاضي إذا ما ثبت لديه غموض في العقد وجب عليه تفسير العبارة الغامضة[3].

وتنص المادة 2/193 من القانون المدني الكويتي على أنه:" إذا كان هناك محل لتفسير العقد فإنه يجب تقصِّي النية المشتركة للمتعاقدين من مجموع وقائعه وظروف إبرامه، دون الوقوف عند مجرَّد معاني ألفاظه أو عباراته مع الاستهداء بطبيعة التعامل والعادات الجارية، وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف في التعامل[4].

وبذلك يكون المشرع قد وضع عدَّة عوامل يستهدي بها القاضي للوصول إلى غرضه من تفسير العقد، وهي طبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف وأمانة وثقة، وتعتبر هذه العوامل إرشادات يستعين بها القاضي في تفسير عبارات العقد، دون أن يكون ملزمًا بها أو مقتصرًا عليها، لذا عليه أن يبحث بوسائل أخرى للوصول إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والمقصود بطبيعة التعامل هو طبيعة العقد ذاته فإذا كانت عبارة العقد تحمل أكثر من معنى، فإنه يؤخذ بالمعنى الذي يتفق وطبيعة العقد ذاته[5].

---

[1] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص148.

[3] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص148.

[5] المرجع نفسه، ص149.

كما هو الحال في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1997/07/23 الذي أيَّد قرار المجلس، حيث قضى بتفسير العقد العرفي الذي احتوى على غموض، إذ ينص على مبلغين مختلفين بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر بئر، ويتبيَّن أن قضاة الموضوع قد استعملوا حقهم في التأويل، مادام العقد غامضًا فيما يخص مبلغ النفقات الواجب تسديدها[1].

فتفسير العقد إذن يقتضي استخراج الإرادة المشتركة، ولكن ما هي الوسائل التي يستعين بها القاضي للوصول إلى النية المشتركة؟

إن للقاضي قواعد عديدة يمكنه الاعتماد عليها في عملية التفسير، منها ما هي داخلية أي مستمدة من العقد ذاته ومنها ما هي خارجية أي محيطة بالعقد، وهذه القواعد ما هي إلا معايير موضوعية تستهدف الوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين، فمنها ما هو تشريعي ورد في نصوص قانونية ومنها ما هو غير تشريعي فهو مستمد من الفقه والقضاء[2].

لقد نصت المادة 2/239 مدني أردني بقولها:" أمَّا إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقًا للعرف الجاري في المعاملات"[3]، ومن خلال تحليلنا لنص هذه المادة نجدها قد عالجت افتراضين:

- **الافتراض الأول:** يتمثل في وضوح اللفظ وعدم وضوح الإرادة كأن يكون اللفظ واضحاً ولكن طبيعة العقد أو ظروفه، تشكك في أن يكون معناه الظاهر هو الذي قصده الطرفان، فللقاضي في هذه الحالة أن يُعدِّل هذا المعنى الظاهر إلى غيره من المعاني، إذا تبيَّن له من ظروف الدعوى ما يبرِّر الأخذ بالمعنى الآخر، على أن يُبيَّن في حكمه الأسباب التي تُبرِّر العدول عن المعنى الظاهر إلى غيره، ويخضع في تسبيب ذلك إلى رقابة محكمة التمييز[4].

---

[1] قرار رقم 149300، صادر عن المحكمة العليا في الجزائر بتاريخ 1997/07/23، منشور بالمجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1997م، ص51.

[2] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص42.

[3] علي صالح الحيصة مصبح ، مرجع سابق، ص66.

[4] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

أمَّا الافتراض الثاني: يتمثل في غموض اللفظ أو إبهامه وإمكانية تفسيره، ففي هذه الحالة يتعيَّن على القاضي اللجوء إلى القرائن المختلفة لتحديد المعنى المقصود من العبارة[1].

ويقصد بالغموض حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة المشتركة للطرفين لتردد تفسير العقد بين عدَّة وجوه، كل منها محتمل ولكن يتعذر ترجيح وجه على الآخر[2].

وقد بيَّن المشرع الأردني للقاضي بعض العوامل التي ينبغي له أن يستند ويهتدي بها، في الكشف عن إرادة أطراف العلاقة التعاقدية، وهي بمجملها عوامل موضوعية أو مادية يستطيع القاضي الاعتماد عليها، كطبيعة التعامل وشرف التعامل من ثقة وأمانة والعرف الجاري في المعاملات[3].

فطبيعة التعامل يقصد بها موضوع العقد فإذا احتملت عبارات العقد أكثر من معنى، اختار القاضي المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد ما لم يصرح بخلاف ذلك، وشرف التعامل هي أن الأمانة في التعامل تقتضي أن هذا الأخير لا يستغل ما وقع من إبهام في التعبير، مادام أنه قد فهمه على حقيقته أو كان يستطيع أن يفهمه[4].

أمَّا بالنسبة للعرف فيقصد به كل عادة شائعة بين المتعاقدين، في طراز العقد الذي ارتبط به المتعاقدان على نحو يجعلها شرطاً ضمنيًا مفهومًا في التعامل، ومع ذلك يجوز للقاضي أن يلجأ إلى عوامل ودلائل أخرى كلما استطاع ذلك[5].

كما يستطيع القاضي أن يستعين في تفسير إرادة المتعاقدين بالعادات الجارية، بما لا يخالف بطبيعة الحال النظام العام والآداب، ومن ثم فإنه يسترشد بقدر الإمكان بما أشار إليه التقنين، دون أن ينسى أن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة[6].

---

[1] أحمد محمد شريف، مرجع سابق، ص132.

[2] علي صالح الحيصة مصبح ، مرجع سابق، ص66.

[3] خالد محمد السباتين، مرجع سابق، ص106.

[4] علي صالح الحيصة مصبح ، مرجع سابق، ص67.

[5] أحمد محمد شريف، مرجع سابق، ص 133.

[6] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، (تعليق على المادة 1/193)، أشار إليها محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص149.

ثالثًا: حالة الشك في عبارات العقد

قد لا يصل القاضي من خلال بحثه في قواعد التفسير إلى الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فيضل هناك شك حول حقيقة هذه الإرادة، فمجرَّد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين وجوه متعدِّدة كل وجه منها محتمل، لا يمكن ترجيح وجه على وجه آخر يحدث ترددًا في اختيار المعنى الذي تحمله العبارة محل التفسير[1].

كما أن القاضي يستحيل عليه إظهار وجه واحد لتفسير العقد مهما كان جانب الشك، فهذه قرينة على أنه ليس هناك نية مشتركة للمتعاقدين، بمعنى أن كُلاً منهما أراد شيئًا لم يرده الآخر، فقاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين تتحدَّد من قول القاضي بأن التفسير ليس مستحيلاً، وفي نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك[2].

وأن القاعدة التي أقرَّتها معظم التشريعات بما فيها القانون المدني الجزائري في المادة 112 هي قاعدة احتياطية في التفسير، لا يلجأ إليها القاضي إلا بعد أن يتعذر عليه الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين بواسطة القاعد الأصلية، وذلك لأن القاضي ملزم بالفصل في النزاع بافتراض ما أراده المتعاقدان مُفضِّلاً مصلحة المدين على مصلحة الدائن[3].

إن الأصل كما سبقت الإشارة إليه هو تفسير الشك في العقد لمصلحة المدين، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء في عقود الإذعان، وذلك لما لها من خصوصية تميزها عن العقود الأخرى، إذ أن المشرع استثناها بنص خاص فيما يتعلق بالتفسير، حيث جاء في نص المادة 02/112:" أن التفسير لا يجب أن يكون ضارًا بمصلحة المُذعَن"، بمفهوم المخالفة فإن تفسير الشك في عقد الإذعان يكون لمصلحة الطرف المُذعَن سواء كان مدينًا أو دائنًا[4].

وعليه فإنه في حالة الشك في التعرُّف عن القصد المشترك للمتعاقدين، يُفسَّر الشك في صالح المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن[5].

---

[1] أنور سلطان، مرجع سابق، ص226.

[2] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص63.

[3] الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[4] فاطمة عاشور، مرجع سابق، ص68.

[5] حميد بن شنيتي، مرجع سابق، ص10 وما يليها.

وما يهمنا نحن هو حالة غموض عبارات العقد، حيث يُفسَّر هذا الغموض لمصلحة الطرف المُذعَن، لأنه إذا كان الشرط التعسفي واضحًا جليًا في عباراته ومضمونه، فالقاضي يقوم إمَّا بتعديله أو إعفاء الطرف المُذعَن منه، من أجل رفع العنت عن كاهل المستهلك[1].

ورغبة من المشرع في ضمان حماية فعَّالة للطرف المُذعَن نصت المادة 2/112 مدني جزائري، على أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن، بمعنى آخر يجب أن يكون هذا التفسير في مصلحة الطرف المُذعَن دائمًا دائنًا كان أم مدينًا[2].

وتنص المادة 1/240 مدني أردني على أنه يفسَّر الشك في مصلحة المدين، لقد وضع هذا النص القاعدة التي يتوجب على القاضي إتباعها في حالة قيام الشك لديه في حقيقة مدلول عبارات العقد، وتعتبر هذه القاعدة احتياطية بمعنى أنه لا يجوز اللجوء إليها إلا بعد تعذر الوصول إلى النتيجة المحدَّدة، بموجب قواعد التفسير الأصلية المنصوص عليها في المادة 239 من القانون السالف الذكر[3].

غير أن الذي يستدعي الانتباه أن المشرع الكويتي قد أورد المادة 1/194 التي ينفرد بها عن بقية التشريعات العربية ومتنها:" إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض، وبقي شك في حقيقة مقصد المتعاقدين منه، فُسِّر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن أعمال الشرط أن يضره"[4].

يتَّضح من خلال محتوى هذا النص أن المشرع الكويتي، قد جعل تفسير الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن إعمال الشرط أن يضره، وبذلك يكون قد ابتعد عن الطريق الذي نهجته التشريعات الأخرى التي تبنَّت أن الشك يُفسَّر لمصلحة المدين[5].

---

[1] سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص42.

[2] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص67.

[4] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص149.

[5] أنظر: المادة 116 مدني عراقي، المادة 1/240 مدني أردني، المادة 1/151 مدني سوري، المادة 151 مدني ليبي، المادة 472 موجبات لبناني.

لقد ناصر الدكتور بدر جاسم اليعقوب هذا الرأي بقوله:" وخيرًا فعل المشرع بابتعاده عن هذا الاتجاه، لأنه وإن كان يصدق في أغلب الحالات في العمل، إلا أنه من شأن إعمال الشرط الغامض في العقد أن يُحمِّل المدين بالالتزام أو يُشدِّد العبء عليه، كما أن هذا الوضع ليس صحيحًا على إطلاقه، فهناك حالات من المسلَّم فيها أن الشك يُفسَّر ضد من يتحمل الالتزام، أي ضد المدين ومنها حالات الإعفاء من المسؤولية على الوجه الذي يقضي به القانون[1].

فسواء كانت هذه المسؤولية ناجمة عن عمل غير مشروع، أم عن إخلال بالتزام ناشئ عن العقد، فلو أن المضرور وهو الدائن بالتعويض اتفق مع مُحدِث الضرر وهو المدين بالتعويض، على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية وثار الشك في مدلول الشرط القاضي بهذا الإعفاء في وجوده أو في مداه، فإنه من المسلَّم به فقهًا وقضاءً أن الشك يُفسَّر وفق المعنى الذي يُضيِّق الإعفاء فيه، أي أنه يُفسَّر لمصلحة المضرور وهو الدائن بالتعويض، وليس لمصلحة مُحدِث الضرر وهو المدين بالتعويض"[2].

والرأي الراجح فقهًا وقضاءً "هو أن تفسير الشك في شروط العقد يكون لصالح المتعاقد الذي تضرر من الشرط الذي يجري تفسيره، بصرف النظر عن وضعه في العقد سواء كان دائنًا أو مدينًا، وهو ما يتفق مع الأساس الذي أقام عليه المشرع قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين، فالمستفيد من الشروط هو الذي يملي أحكامه، فإذا قصَّر في ذلك فإنه يتحمل نتيجة إهماله"[3].

وممَّا سبق ذكره نجد أن الفقه والقضاء:" قد تفهما عدم قدرة الطرف الضعيف على صياغة أي شرط من شروط التعاقد، بما في ذلك تلك الشروط التي قد يبدو مستفيدًا منها بوصفه دائنًا، الأمر الذي دفع المشرع إلى تقنين ذلك لفائدة الطرف المُذعَن، إذ نص على استثناء على هذه القاعدة لمصلحته كونه يمثل الطرف الضعيف دائمًا، وهو ما يتضح في نص المادة 2/204 من القانون المدني الأردني[4].

---

[1] بدر جاسم اليعقوب، **أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي**، مطابع دار القبس، الكويت، الطبعة الأولى، 1981م، ص286. أشار إليه محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص150.

[2] المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، (تعليق على المادة 1/194)، أشار إليها محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص150.

[3] خالد محمد السباتين، مرجع سابق، ص111.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص68.

وفيما يخص تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن تنص المادة 2/240 من القانون المدني الأردني على أنه:" ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن"، يتَّضح من هذه الفقرة أن المشرع قد أورد على قاعدة أن" يُفسَّر الشك في مصلحة المدين" استثناء وهو أنه إذا كان العقد من عقود الإذعان وكان في عباراته غموض تعذر إيضاحه عن طريق التفسير، فإن الشك لا يصح تفسيره لمصلحة المدين، بل يجب أن يُفسَّر لمصلحة الطرف المُذعَن مهما كانت صفته[1].

ذلك لأن الطرف المُذعَن لا يكون له دخل أو علاقة في وضع عبارات العقد إذ هي غالبًا من إملاء الطرف الآخر، فيجب عليه أن يتحمل وزر ما فيها من غموض لم تفلح وسائل التفسير في عملية إيضاحه[2].

ويجد هذا الموقف تبريره حسب ما يرى البعض في أن المشرع قد أخذ المقصِّر بخطئه، وحمَّله المسؤولية عن صياغة شروط العقد باعتباره المتسبب في الغموض أو ما يحيط بشروط التعاقد من شك، بل أنه قد ذهب إلى مسؤولية الطرف القوي في عقد الإذعان، عن صياغة بنوده التي تؤدي إلى اعتبار غموض أي بند هو خطأ مرتبًا لمسؤوليته، ومؤديًا إلى التزامه بتعويض الضرر الذي يصيب الطرف المُذعَن، ويقصد بالغموض عدم التوافق بين الإرادة الحقيقية والألفاظ، وقد يقع في الإرادة أو في الألفاظ أو فيهما معًا[3].

وقد قيل عدَّة تبريرات في قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف، أَوَّلُهَا أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين فإذا أملاه مبهمًا يحوم حوله الشك، فالخطأ صدر منه لذلك يجب أن يفسَّر الالتزام لمصلحة المدين، لأن الدائن في مقدوره أن يجعل الالتزام واضحًا لا شك فيه[4].

ومن خلال الجزء الأول من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني وبالتحديد في الصفحة 246 منه، يتَّضح أنه لإقرار مبدأ تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف تتضافر ثلاثة قواعد وهي:

---

[1] أحمد محمد شريف، مرجع سابق،ص134.

[2] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص68.

[3] سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص42.

[4] فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص263.

1 - اليقين لا يزول بالشك: فإذا كان هناك شك في مديونية المدين فاليقين أنه بريء الذمة ولا يزول هذا اليقين بالشك، لأن الأصل براءة ذمته حتى يثبت أنه مدين والأصل في الذمة البراءة.

2 - الأصل بقاء ما كان على ما كان: وبراءة الذمة تسبق المديونية فتبقى براءة الذمة قائمة على ما كانت ولا تزول إلا بمديونية قامت على يقين.

3 - الأصل في الذمة البراءة: فيفترض في من يُدَّعَى عليه بالدين أنه بريء حتى يقيم من يَدَّعِي بالدين الدليل القاطع على أن له دينًا في ذمته، وإذا كان هناك شك في مديونية المدين رجحت براءة ذمته وفُسِّر الشك لمصلحته[1].

وفي عقد الإذعان ينفرد المتعاقد القوي بوضع شروط العقد وإملاء إرادته على الطرف الضعيف، حيث يورد شروطًا تحتمل أكثر من معنى، فهذا الإبهام قد يكون مَردُّه إيراد المتدخل لشرط خاص غامض وناقص، كما هو الحال بالنسبة للضمان الاتفاقي وهل يكون مضمونه إصلاح المنتوج أو استبداله أم رَدُّه، وقد يكون سبب الإبهام هو التناقض بين الشروط المختلفة في نفس العقد، كما هو الحال في وثيقة التأمين التي تشترط في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معيَّن وفي آخر على عدم تغطيته، ممَّا يؤدي إلى التساؤل أي شرط منهما يُعتدُّ به[2].

وبما أن القاعدة المهمة في عقود الإذعان هي تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن، وقد كان لها حظ التطبيق بمعرفة القضاء الحديث، ففي عقد النقل إذا ثار شك حول انتفاء مسؤولية الناقل أو قيامها، افترض قيامها حتى يثبت العكس وذلك حماية للطرف الضعيف في العقد[3].

وبالتالي فتفسير العقد يُعدُّ مسألة موضوعية إذ يعتمد أساسًا على وقائع وظروف العقد، وبصفة خاصة العبارات التي أستعملت فيه، لأن القاضي لا يخضع في قيامه بالتفسير لرقابة محكمة النقض، ما دام قد التزم بالقواعد الممكنة في تفسيره، وما دام أنه قد استخلص نتائجه من مصادر موجودة فعلاً وليست وهمًا، وغير متعارضة مع الثابت من ظروف النزاع، ومتى كانت عبارات العقد تحتمل المعنى الذي حصَّلته[4].

---

[1] المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني، مطبعة التوفيق، عمان، الطبعة الثانية، 1985م، ص246، أشار إليها علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص70.

[2] مولود بغدادي، مرجع سابق، ص87.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص70.

[4] المرجع نفسه، ص70 -71.

وكما هو الشأن بالنسبة إلى تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، لا يجوز للطرف المُذعَن أن يتمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضرارًا به لأول مرة أمام محكمة النقض[1].

المطلب الثاني: التفسير الضيِّق والواسع لعقود الإذعان

لقد تنازع حول عملية تفسير عقود الإذعان اتجاهان رئيسيان، اتجاه أخذ بالتفسير الواسع وآخر بالتفسير الضيِّق، وأن كليهما يتوقف على صياغة عبارات النص ومدى تطابقها مع قصد المشرع، وتوجد إلى جانب ذلك عدَّة روابط لها دور في جعل التفسير واسعًا أو ضيقًا[2]. وسنحاول التطرق للتفسير الواسع لعقد الإذعان، ثم نتطرق للتفسير الضيِّق لهذا العقد.

الفرع الأول: التفسير الواسع لعقد الإذعان

التفسير الواسع يقصد به:" التفسير الذي يهدف إلى إعادة النظر في الشروط التعاقدية التي يقدر القاضي بأنها شروط تعسفية، فيعمد إلى تعديلها أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، وممَّا لا شك فيه أن هذه الطريقة تتعرض للعقد في الصميم إمَّا بتعديل أو استبدال بعض شروطه، ومن ثم فهي تحتاج إلى شجاعة وجُرأة من القضاء في الإقدام عليها "[3].

وإزاء الانتقادات المبرَّرة التي وجهها الفقه بخصوص تبني نظرية التفسير الضيِّق إلى أحكام القضاء الفرنسي، ورجوع المشرع الفرنسي عن ذلك بتعديل الفقرة الثالثة للمادة 1134 والمادة 1135 مدني فرنسي، فعالج في التعديل الأول ضرورة تنفيذ العقد بحسن نية، وعالج في التعديل الثاني بعدم الاقتصار في الالتزام بالعقود على ما ورد فيها، وإنما بما يستتبعه الالتزام أيضًا وفق طبيعته وبما تقضي به العدالة والعرف والقانون[4].

وساد الجدل أوساط الفقه حول التفسير الواسع أو التفسير الحر، فظهرت نظريتان فقهيتان، لهما شأن كبير في عملية تفسير عقود الإذعان، وهما نظريتا الفقيهين **جونو** و**ديريه**.

أولاً: نظرية جونو

يرى هذا الفقيه أن عقود الإذعان ذات طبيعة لائحية وتعاقدية، وقسَّم هذه العقود من حيث الشروط التي تحتويها إلى قسمين: يسمى القسم الأول منها بالشروط اللائحية وهي تلك

---

[1] حسني عبد الدايم، مرجع سابق، ص198.

[2] يحيى رزق الصرمي، مرجع سابق، ص435. أشار إليه علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص72.

[3] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص322.

[4] سعيد عبد السلام، مرجع سابق، ص59.

الشروط التي يضعها الطرف القوي أو الموجب في العقد، ليفرضها على الطرف الآخر دون مناقشة، أمَّا القسم الثاني فهو عقد شأنه في ذلك شأن كل العقود العادية حين تلعب فيه الإرادتان دورهما المعتاد[1].

على إثر هذا التحديد من جانب جونو للطبيعة الحقيقية لعقود الإذعان، فقد نظم طريقة تفسيرها بأن فرق بين الشق اللائحي والشق التعاقدي، مستندًا في ذلك إلى دور الإرادة وطريقة وضع كل منها في العقد متخذًا من القواعد التفسيرية أو التكميلية وجهًا للقياس، حتى يصل إلى النتيجة التي يرى أنها صواب[2].

فيُفسَّر الشق التعاقدي مثل سائر العقود أمَّا الشق اللائحي فإنه يُشبِّهه بالقواعد المقرَّرة، ويرى أنه يجري تفسيره كتفسير هذه القواعد بعيدًا عن الجمود مع شيء من المرونة، ومن ثم يتمتع القاضي اتجاه هذا الشق اللائحي بسلطات توفيقية ورقابية واسعة، إذا لم يطبقها حرفيًا تُطبَّق بما يتفق وحسن النية[3].

ثانيًا: نظرية ديريه

يكون المنطلق في هذه النظرية هو تفسير القاضي إذ يبدأ أولاً بتحديد الوجه العام للعقد من خلال شروطه، فيتقصى النية المشتركة وإذا تطرق هذا التفسير إلى شرط تبعي مطبوع، فإنه يستوجب على القاضي أن ينفذ إليه من خلال الوجه العام للعقد، أي من خلال ما استقر لديه من نية مشتركة للطرفين، بحيث أنه إذا تبيَّن له أن الشروط التبعية ليست مكمله أو محدِّدة للشروط الجوهرية بل مُحرِّفة لها، فإنها تكون قد تجاوزت نطاق الدور المحدَّد لها عندئذ تسقط عنها كل حجية[4].

إذن هذه الشروط المطبوعة يجب أن تستبعد إذا ترتب على تطبيقها الحرفي تعديل محسوس في الشروط الجوهرية، والقول بخلاف ذلك يعني نصب كمائن للطرف المُذعَن في

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص74 -75.

[2] المرجع نفسه، ص75.

[3] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص324 -325.

[4] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص75.

العقد من خلال هذه الشروط، فلا يمكن التسليم بأن المُذعَن بتوقيعه على العقد إنما يقبل الإيجاب بكل ما ورد فيه فهذا يخالف الواقع[1].

إن النظريتين السابقتين متقاربتين فالفقيه جونو قسَّم العقد إلى شروط تعاقدية وأخرى لائحية، كما أن الفقيه ديريه أيضًا يعتمد هذا التقسيم إذ يسمي الشروط التعاقدية شروطاً جوهرية، ويسمي الشروط اللائحية شروطاً تبعية، وبالنسبة للتفسير يرى جونو أن يكون تفسير الشروط التعاقدية باستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين، وهو ما يراه ديريه كذلك بالنسبة للشروط الجوهرية مع مراعاة حسن النية[2].

الفرع الثاني: التفسير الضيِّق لعقود الإذعان

يقصد بتفسير العقد تفسير ضيِّقًا تطبيق شروطه حرفيًا، دون الأخذ بمبادئ العدالة وحسن النية، ويأتي هذا التفسير في التطبيق الصارم للفقرة الأولى من المادة 1134 مدني فرنسي، بأخذها حرفيًا وتخطي الفقرة الثالثة من نفس المادة التي تذهب إلى أن العقود يجب أن تنفذ وبحسن نية، الأمر الذي يتنافى مع الحكمة التشريعية التي تستوجب عدم إدراج الفقرتين المتناقضتين السالفتي الذكر في نص واحد.

ومؤدَّى التفسير الضيِّق لعقود الإذعان هو أن يحضر إعادة النظر في الشروط التعسفية المجحفة الواردة فيها، بحجة تنافيها مع العدالة - بل يتعيَّن أخذ الطرفين بحكمها - إعمالاً لما جاء بموجب نص المادة السالفة الذكر طالما انعقد العقد بين طرفيه صحيحًا، والقاضي الذي يعيد النظر في هذه الشروط رغم وضوحها يُحرِّف العقد وهو بذلك يعرض حكمه للنقض[3].

مثال ذلك ما جرت عليه عادةً شركات التأمين من إلزام المستأمن بذكر التأمينات الأخرى، التي أبرمها مع شركات التأمين والمتعلقة بنفس الخطر، سواء كان هذا الإعلان في صلب وثيقة التأمين أو في أحد ملحقاتها، وبالتالي يؤدي إغفاله إلى سقوط حقه في التعويض، وعلى هذا الأساس قضى بأن العلم الفعلي الذي توفر لدى الشركة بالتأمين الجديد، لا يعفي المستأمن من التزامه ويؤدي الإخلال به إلى سقوط حقه في التعويض[4].

---

[1] سعيد عبد السلام، مرجع سابق، ص63 -64.

[2] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص329.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص72.

[4] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص316.

وفي مجال التفسير الضيِّق نقضت المحكمة الفرنسية قرار ألزم شركة التأمين بدفع تعويض للمستأمن، رغم تغييره استعمال السيارة الوارد بالوثيقة على أنها مخصَّصة (للنزهة وأعمال المهنة) إلى الاستعمال التجاري، فقد فسَّرت محكمة الدرجة الأولى كلمة أعمال واردة ضمن عبارة (*Luxet affaire*) تفسيرًا واسعًا ليشمل حالة الاستعمال التجاري الذي كانت عليه السيارة وقت الحادث، وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم، بعد أن رفضت دفاع الشركة بأن المستأمن أساء الإعلان عن الخطر المؤمَّن من أجله، فقد استندت في تأييدها لهذا الحكم أن كلمة (*affaire*) كلمة عامة تمتد لتشمل كل النشاطات[1].

يلاحظ من هذا الحكم أن محكمة النقض وإن أخذت على قضاة الموضوع تفسيرهم الواسع للألفاظ، بإدخال حالة ضمن الشرط لا يستدعيها بالفعل بأن رأت ضرورة تفسير لفظ أعمال تفسيرًا ضيقًا، يقتصر على مفهومه في نظر الطرفين، وهو المفهوم المتصل بوظيفة المستأمن فلا يُفسَّر اللفظ مجردًا بعيدًا عن الوظيفة، وإنما يُفسَّر على ضوء باقي شروط العقد والهدف منه، ونرى أنه على الرغم من أن هذا التفسير يعتبر ضيِّقًا إلا أنه محمود، إذ يلتزم بالأبعاد الصحيحة للتفسير[2].

لقد انتهج القضاء المصري القديم نهج القضاء الفرنسي، إذ كان يلتزم في التفسير بالشروط الواضحة والمحدَّدة، ويأخذ الطرفان بحكمها ولا يسمح لقضاة الموضوع بتفسيرها، وفي أخذه بالشروط كان يرفض أي مد لنطاق الشروط لإدخال حالات لا يشملها التأمين[3].

ورغم ذلك نجد أن طريقة التفسير الضيِّق التي تبنَّاها القضاء الفرنسي تعرضت للنقد من الفقه من جانبين، الأول عن تطبيقه للمادة 1/1134 مدني فرنسي على عقود الإذعان، والثاني عن تطبيقه للمادة 1156 من نفس القانون عليها، وبالتالي فنظرية الإرادة بأبعادها التقليدية غير قابلة للتطبيق الكامل على عقود الإذعان، لاختلاف جوهرها عن عقود المساومة التي تجد فيها النظرية التقليدية المجال الطبيعي للتطبيق[4].

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص73.

[2] عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص315 -316.

[3] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص73.

[4] *regarder les articles n° 1134-1 et 1156 de code civil - dernière modification le 01 octobre 2018- Document généré le 08 janvier 2019 copyright (C) 2007-2019 legifrance-*

ولكن إزاء هذا الغموض الذي يحيط بتفسير عقود الإذعان سواء من الفقه أو القضاء، نتيجة لعدم التناسب بين الإمكانيات الاقتصادية لطرفي التعاقد، وضعت حلول مقترحة لحل مشكلة تفسير عقود الإذعان من خلال الحلول التشريعية والقضائية.

لقد ورد في نص المادة 240 مدني أردني تعارض بين فقرتيها الأولى والثانية، لذلك يجب على المشرع إزالة هذا التعارض إذا ما أراد الأخذ بما جاء في الفقرة الأولى، فما عليه سوى حذف الفقرة الثانية وجعلها في مادة منفصلة، أمَّا إذا أراد أن يبقي على الحماية للطرف المُذعَن، فما عليه إلا أن يضيف للفقرة الثانية عبارة ولو كان دائنًا، وبذلك يكون قد وفَّر أدنى حماية للطرف المُذعَن[1].

بالإضافة إلى ما تقدم فقد جاءت الإصلاحات بقاعدة جديدة تتعلق بتفسير العقد، من خلال النص التقليدي المتعلق بالموضوع في التقنين الفرنسي، وهو المادة 1156 التي تنص على أنه:" يجب البحث عن النية المشتركة للأطراف المتعاقدين بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للكلمات"، لم تلغي الإصلاحات الجديدة هذا النص ولكن المادة الجديدة 1188 من التقنين المدني أضافت فقرة ثانية، تنص على أنه وفي حالة عدم إمكانية معرفة النية المشتركة، " فإن العقد يفسر حسب المعنى الذي يضعه له شخص متوسط الصفات يوضع في نفس الظروف"، لقد جاء هذا النص مشابها لما كرَّسته مبادئ قانون العقود الأوربي (*PECLE*)، ومسودة الإطار المرجعي للشريعة العامة غير المقنَّنة (*DCFR*)[2].

على أيَّة حال فإن اللافت للنظر بأن المعنى الواضح (*clauses claires*) أو الجمل الواضحة والدقيقة، الذي تبنَّته محكمة التمييز الفرنسية عام 1872 قد تم تقنينه، حيث نصت المادة الجديدة 1192 على أن:" الشروط الواضحة غير الغامضة ليست محلاً للتفسير لأن هذا سيعرضها لخطر التشوُّه "[3].

كما نص أيضًا التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي في المادة (1190 الجديدة) على أنه:" في جميع عقود التراضي يفسَّر الشك ضد الدائن ولمصلحة المدين، وفي عقود الإذعان ضد الذي وضعه"، وهو النص الذي كرَّسه المشرع الفرنسي وفق ما ذهب إليه القضاء الفرنسي

---

[1] علي مصبح صالح الحيصة، مرجع سابق، ص76.

[2] جان ستمس وكارولاين كالوم، مرجع سابق، ص125 -126.

[3] *Cass. 15 April 1872 (VeuveFoucauld et Coulombe/Pringault), DP 72.1.176.*

في أحد قراراته (*cass .civ.ler du*22 oct.1974)، والذي أسَّس فيه تفسير الشك لمصلحة المدين مستندًا إلى المادة (1162 القديمة)، بالإضافة إلى ما نصت عليه أحكام المادة (211L- 1al.2) من قانون الاستهلاك لسنة 2016[1].

وهكذا فإن المشرع الفرنسي ذهب بعيدًا وتوسَّع في نطاق مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، من خلال النصوص التي جاء بها التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي، الساري المفعول ابتداء من 01 أكتوبر 2016 والمنبثق من اجتهاد القضاء، وبالتالي فإن المشرع الفرنسي بهذه التعديلات قد كرَّس حماية إضافية للخواص والمهنيين غير المستفيدين من أحكام قانون الاستهلاك[2].

أمَّا في التشريع الجزائري فيمكن تبرير تفسير الشك في مصلحة الطرف المُذعَن، في أن المتعاقد الآخر كطرف قوي هو الذي يضع شروط العقد، بحيث يستطيع أن يفرض على الطرف المُذعَن شروط واضحة لا غموض فيها، فإذا لم يفعل ذلك فإنه يحاسب على الخطأ الذي ارتكبه وتقصيره، ويتحمل تبعة هذا الغموض الذي تسبب فيه[3].

لقد ورد في نص المادة 1/151 من القانون المدني المصري مكرسًا للقواعد العامة في التفسير، والتي تقضي بأن" الشك يفسر لمصلحة المدينين"، ونصت الفقرة 02 من نفس المادة أنه:" مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن"، وبلغة مطابقة تمامًا نص القانون المدني العراقي في المادة 166 على أنه: " يفسَّر الشك لصالح المدين " ونص في المادة 3/167 منه على" ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن ولو كان دائنًا "[4].

أمَّا المشرع الإماراتي فقد ذهب إلى نفس الموقف في قانون المعاملات المدنية، فقد نص على أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارًا بمصلحة الطرف

---

[1] *Gaudement. S,* ***Quand la clause abusive fait son entrée dans le code civil,*** *CCC N°05, Mai 2016, P27-31.*

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص201.

[3] زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص440.

[4] أحمد عامر قاسم القيسي، مرجع سابق، ص39.

المُذعَن، وحَذَا بذلك حُذُوْ نظيريه المشرعين المصري والعراقي، وقد كان للمشرع البحريني هو الآخر نفس الموقف[1].

لا يوجد في النظام السعودي نص ينظم عقود الإذعان، حيث تعتمد أنظمة المملكة العربية السعودية في المعاملات المدنية على الشريعة الإسلامية، ومن المعروف أن قواعدها تحرِّم الاحتكار والظلم كما توجب إزالة الضرر أو جبره، وهذا ما دفع بالقضاء إلى التدخل لمواجهة الشروط التعسفية سواء بإلغائها أو التخفيف منها، وكذا إقرار مبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق وعدم مخالفة النظام العام، وتفسير العقد لفائدة الطرف المُذعَن، وحمايته من الشروط التعسفية من أجل إعادة التوازن المالي للعقد[2].

إن الأصل كما سبقت الإشارة إليه هو تفسير الشك لمصلحة المدين في العقد، إلا أنه يرد استثناء على هذه القاعدة في عقود الإذعان لما تتميز به من خصوصية، إذ أن المشرع استثناها بنص خاص فيما يتعلق بالتفسير، حيث جاء بموجب المادة 02/112 "...غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المُذعَن"، بمفهوم المخالفة فإن تفسير الشك في تفسير العبارات الغامضة في عقد الإذعان، يكون لمصلحة الطرف المُذعَن سواء كان دائناً أو مدينًا[3].

وفي جميع الأحوال لا يمكننا إلا التسليم بعدم معقولية تفسير الشك في الشروط الغامضة في عقود الإذعان، لمصلحة المدين بشرط عدم الإضرار بالمُذعَن، فذلك يتنافى مع مقاصد المشرع التي تُثبِّت وتُرسِّخ مفاهيم حماية الطرف المُذعَن، إذن فإنه يجب أن يفسَّر الشك في مصلحة المدين وإذا تبيَّن للمحكمة غموض أحد البنود عقد الإذعان، فإنها تلتزم بأن تُفسِّر الشك لمصلحة الطرف المُذعَن ولو كان دائنًا وليس بما لا يضره فقط[4].

وعليه نستنتج أن المشرع بمناسبة تفسير عقود الإذعان، لم يقف عند البحث عن الإرادة المشتركة لأطرافه بسبب اختلال التوازن العقدي بينهما، بل منح القاضي معيارين في تفسر العبارات الغامضة، معيار حمائي بغية حماية الطرف المُذعَن باعتباره الطرف الضعيف في

---

[1] زياد خلف عليوي الجوالي، مرجع سابق، ص440.

[2] جمال زكي إسماعيل الجريدلي، مرجع سابق، ص43.

[3] أنظر: المادة 2/112 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

[4] أحمد عامر قاسم القيسي، مرجع سابق، ص40.

العقد، مع تحميل الطرف القوي مسؤولية العبارات محل الشك لأنه هو من وضعها، ومعيار موضوعي من خلال أخذه بعدَّة معايير موضوعية هي: معيار طبيعة التعامل، ومعيار الثقة والأمانة وفقًا للعرف الجاري في المعاملات، ومعيار تفسير الشك لمصلحة المدين والطرف المُذعَن، وهذه المعايير تستهدف تحقيق العدالة كأساس لحماية الطرف الضعيف وحسن النية[1].

[1] خديجة فاضل، مرجع سابق، ص320 -321.

خلاصة الفصل الثاني:

لقد منح المشرع للقاضي السلطة التقديرية في تعديل مضمون عقد الإذعان، منتهكًا بذلك مبدأ سلطان الإرادة انتهاكًا صارخًا ومخالفًا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي كرَّستها أغلب التشريعات في القواعد العامة، فللقاضي في عقود الإذعان سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، وله سلطة تفسير العبارات الغامضة في هذه العقود، بحيث إذا رأى أن الشرط تعسفيًا فله أن يُعدِّله بما يحقق التوازن العقدي أو يلغيه نهائيًا وفقًا لسلطته التقديرية، أمَّا بالنسبة لتفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان، فإنه يستوجب البحث عن نية أطراف العقد، وفي حالة عدم إمكانية معرفة النية المشتركة للمتعاقدين، فإن الشك في غموض عبارات العقد يفسَّر لمصلحة الطرف المُذعَن سواء كان دائنًا أو مدينًا.

إن تفسير عقد الإذعان لا يكون على أساس القصد المشترك للمتعاقدين فحسب، بل وعلى أساس الغرض الذي يسعى إليه المتعاقدان، فيجب ألا يكون التفسير ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن، وتفسير عقد الإذعان لا يخلو من حالتين: حالة وضوح عبارات العقد فهنا لا يجوز للقاضي اللجوء للتأويل، لأن التفسير يكون في حالة غموض عبارات العقد، فالأصل العام أن يُفسَّر الغموض لمصلحة المدين، واستثناء في عقود الإذعان عند الشك في معنى العبارة الغامضة فإنها تُفسَّر لمصلحة الطرف المُذعَن مهما كانت مركزه القانوني، وعليه لا يمكن إدراج أي بند يَحدُّ من السلطة الممنوحة للقاضي في تلك العقود أو حتى يقيِّدها مهما كان سببه.

إن السلطات الواسعة التي منحها المشرع للقاضي وفقًا للقواعد العامة، أثبتت قصورها في توفير الحماية اللازمة للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان، وعجزها عن تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل، بسبب المبادئ الكلاسيكية التابعة لمبدأ سلطان الإرادة (الحرية التعاقدية، الرضائية القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد)، ممَّا يستلزم معه تحديثها التأكيد على مبدأ حسن النية عن طريق تكريس تطبيقاته(الشفافية، النزاهة، مراعاة المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك)، بهدف تحقيق العدالة العقدية وتعزيز مبدأ التوازن العقدي، بالإضافة إلى منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه لتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن، ليست في عقود الإذعان فقط وإنما في جميع عقود الاستهلاك.

الباب الثاني

حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد الخاصة

الباب الثاني: حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد الخاصة

إن الحماية التي أقرَّها المشرع في القواعد العامة لم تحقق التوازن العقدي المفترض بين المتدخل والمستهلك، لأن هذه الحماية كانت ضيِّقة ومقتصرة على عقود الإذعان، دون أن تشمل العقود النموذجية وعقود المساومة التي تتخلَّلها بعض الشروط التعسفية، لذلك كان من الأرجح توسيع دائرة الحماية لتشمل كافة عقود الاستهلاك، ومن هذا المنطلق تدخل المشرع في معظم الدول، لوضع ترسانة من القواعد قانونية التي تنظم هذا الجانب من النشاط الاقتصادي.

لقد اتسمت النظرية العامة للعقد ولوقت طويل بالثبات والاستقرار، لكن مع بروز تشريعات الاستهلاك ظهرت مفاهيم جديدة أثَّرت على المبادئ الكلاسيكية لها، بحيث أصبحت عاجزة عن توفير حماية فعَّالة للمستهلك، بسبب اختلال التوازن العقدي الذي يُميِّزُ العلاقات الاستهلاكية، الأمر الذي جعل الفقه يتساءل عن مستقبل القانون المدني في ظل انتشار هذه التشريعات[1].

إن تزايد التعامل بالعقود النموذجية التي تتضمن شروط تعسفية، وكونها تخفِّف من مسؤولية المتدخل تارة وتُشدِّد من مسؤولية المستهلك تارة أخرى، بحيث أصبح النموذج الواحد يستخدم لتقديم مئات الآلاف من السلع والخدمات، جعلت المتدخل يفرض شروط تثقل التزام المستهلك، مستغلاً ضعفه وجهله لإجراءات الحصول على حقه واضطراره لاقتناء ما يحتاجه.

إن النصوص القانونية الخاصة قد مسَّت بالمبادئ الجوهرية للعقد، فالتحولات الاقتصادية والاجتماعية جعلت المشرع يصدر العديد من التشريعات الخاصة، أهمها قانوني حماية المستهلك والمنافسة، اللَّذين لهما الأثر العميق على المبادئ الكلاسيكية للعقد، ويبدو أن هذه القوانين الجديدة قد نالت من مبدأ الحرية التعاقدية، بقدر ما أسهمت في تكريس المساواة الفعلية والعدالة العقدية[2].

---

[1] عيسى بخيت، (**أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد**)، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية، أ/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 10، العدد 02، جوان 2017م، تاريخ النشر: 2018/06/01م، (ص ص: 110 -117)، ص110.

[2] جمعة زمام، (**تحديث النظرية العامة للعقد، في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي**)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، جوان 2017م، تاريخ النشر: 2018/07/01م، (ص ص: 222 -244)، ص233.

لقد أثَّرت القوانين الاقتصادية على النظرية العامة للعقد، وهي تشكل مصادر جديدة له حيث ما يصطلح على تسميته بـ:" النظام العام الاقتصادي" لحماية الطرف الضعيف في العقد، يعدُّ بمثابة إثراء للنظرية العامة للعقد لكونه قائمًا على" الحياد وفرضية المساواة "، وما يبدو جوهريًا في هذه المسألة هو أن القانون الخاص بالاستهلاك، قد أسهم في العديد من مظاهر التطور في النظرية العامة للعقد[1].

إن ذلك جعل قانون العقود يُثري بمجموع الآليات بمعنى أنه تمَّ احتواء كل تعقيد أو خصوصيات متعدِّدة في تطور قانون العقود، بواسطة تشريعات خاصة جديدة إمَّا تدعيمية أو تحديدية في تطبيقها، كما ظهرت العديد من العقود الخاصة على حساب النظرية العامة للعقد، ولاسيما منها تلك العقود الحديثة النشأة، ممَّا يثير عدَّة تساؤلات حول مستقبل هذه النظرية[2].

إن ما يُميِّز الأحكام المنظمة لتشريعات الاستهلاك أنها تدخل فيما يعرف بالنظام العام الاقتصادي الحمائي، الذي يعتبر المظهر الحديث لفكرة النظام العام، فإذا كان النظام العام التقليدي دوره سلبيا يهدف إلى بطلان العقود لعدم مشروعية محل التزامها أو سببه، فإن النظام العام الحمائي له دور إيجابي عن طريق تدخل المشرع لفرض مضمون العقد، فيحل محل إرادة المتعاقدين في تحديد هذا المضمون وهذا ما نجده في العلاقات الاستهلاكية[3].

ومن بين التقنيات الحديثة التي جاء بها قانون الاستهلاك في المجال التعاقدي، والتي تستهدف تحسين رضا المستهلك (الالتزام بالإعلام ومهلة التفكير)، واستبعاد عدم التوازن عن طريق (مكافحة الشروط التعسفية)، فضلاً عن دعم الالتزام المهني بواسطة (الالتزام بالمطابقة والضمان والأمن)، باعتبارها من عوامل تطور النظرية العامة للعقد[4].

ومن أجل تسليط الضوء على المنظومة القانونية التي تؤطر حماية المستهلك، بهدف تحقيق التوازن العقدي ضمن القواعد الخاصة، قسمنا هذا الباب إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: الشروط التعسفية في عقود الإذعان تزيد في الهوة بين المستهلك والمتدخل

الفصل الثاني: الشروط التعسفية سبب في وجود الرقابة بين المستهلك والمتدخل

---

[1] جمعة زمام، مرجع سابق، ص234.

[2] المرجع نفسه، ص233.

[3] عيسى بخيت، مرجع سابق، ص112.

[4] جمعة زمام، مرجع سابق، ص234.

الفصل الأول: الشروط التعسفية في عقود الإذعان تزيد في الهوة بين المستهلك والمتدخل

إن المستهلك عادة ما يسعى إلى اقتناء أفضل المنتوجات والخدمات وأقلِّها ثمنًا، بحثًا في ذلك عن الجودة والوفرة رغبة منه في إشباع حاجته المشروعة، بينما المتدخل يسعى دائمًا إلى بيع وتقديم أكبر قدر من المنتوجات والخدمات، للحصول على ربح وفير في وقت قصير، وبين تعارض مصلحتي المستهلك والمتدخل يظهر اختلال في مركزهما، إذ أن مركز المستهلك يكون أدنى من المتدخل من حيث العلم والمعرفة لمحل التعاقد، وبمناسبة إقدامه على اقتناء ما يرغب فيه قد يواجهه المتدخل بفرض شروط غير عادلة غالبًا ما تكون تعسفية ومجحفة[1].

لقد ترك القانون المدني المساواة القانونية للإرادة الحرَّة السليمة للطرفين ولم يتطلب المساواة الفعلية، ولاحظ الفقهاء منذ زمن طويل التفاوت وعدم المساواة بين المتعاقدين، بَيْدَ أن الفكرة الجديدة للعلاقات التعاقدية لا تُهدِّد الفكرة العامة للعقود، لأن ذلك لا يتفق مع نفس تطور العلاقات التعاقدية في مجال الاستهلاك، فالتعاقد بموجب نماذج العقود التي انتشرت وعمَّ التعامل بها بعد الثورة الصناعية، يعدُّ من أبرز الاعتداءات الموجهة إلى مبدأ الحرية التعاقدية[2].

تعتبر الشروط التعسفية سلاح للمتدخل يفرضها في العقود التي يبرمها مع المستهلك، حتى أضحت اليوم تلك الشروط معضلة عالمية حاولت التشريعات المقارنة التصدي لها، من خلال فرض قوانين تحدُّ منها أو تحضرها مع تخويل القاضي سلطة تعديلها أو إلغائها[3].

بالرغم من ذلك فإن المستهلك يبقى في مرتبة أدنى من حيث العلم والمعرفة بمحل التعاقد، وبالعكس بالنسبة للمتدخل فإنه هو الذي يكون على دراية تامة بما يعرضه من منتوج أو خدمة، الأمر الذي يتطلب حماية الطرف الضعيف، كما أن انفراد المتدخل بإدراج بعض الشروط في العقد، قد يضر بمركز المستهلك ويزيد في الهوة بينه وبين المتدخل[4]، ولتوضيح ذلك سوف

---

[1] لامية لعجال، **حماية المستهلك في معاملات التجارة الالكترونية**، أطروحة دكتوراه، فرع قانون الأعمال، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، نوقشت بتاريخ: 2016/10/05م، السنة الجامعية: 1016 -2017م، ص54.

[2] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص83.

[3] نصيرة خلوي (عنان)، مرجع سابق، ص88.

[4] لامية لعجال، مرجع سابق، ص53.

نتطرق لآلية مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي **(المبحث الأول)**، ثم نتطرق لسبل توفير حماية واسعة للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول: مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي

تنقسم العقود بالنظر إلى توافر عنصر المساواة بين أطراف العلاقة التعاقدية إلى عقود مساومة وعقود إذعان، يتمتع في ظل عقود المساومة كل متعاقد بالحرية في وضع ومناقشة وتعديل الشروط ويساهم في صنع الاتفاق، على خلاف عقود الإذعان التي تتميَّز بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، أين يتم فرض مجموعة من الشروط إمَّا أن يقبلها جملة دون مناقشة فيتم إبرام العقد، أو يتم رفضها هذه الشروط وعدم الإقبال على التعاقد[1].

إن تضمين العقد شروطًا تمنح للمتدخل امتيازات لا تقابلها امتيازات مماثلة، ممنوحة للمستهلك على أساس التفوق الاقتصادي ومركز المتدخل في العلاقة العقدية، يؤدي إلى الإخلال بمبدأ التوازن العقدي التي كرَّسته التشريعات، كما أن نماذج العقود المعدَّة سلفًا تشكل أحد الأدوات أو الوسائل التي تعطي للمتدخل فرصة، لفرض شروطاً تخدم مصالحه على حساب المستهلك[2]، ومن ثم استحدثت مختلف النظم القانونية حماية خاصة من الشروط التعسفية، عن طريق وضع العديد من الآليات القانونية لمكافحة التعسف وكأداة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد[3]، والتي من بينها التزام المتدخل بإعلام المستهلك بشروط العقد ومحاربة الشروط التعسفية، ومن ثم س نتناول الالتزام بالإعلام كأداة لتشديد التزامات المتدخل **(كمطلب أول)**، ثم نتناول محاربة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك **(كمطلب ثان)**.

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام كأداة لتشديد التزامات المتدخل

إن فكرة تشديد التزامات المتدخل تكون عن طريق تكريس مبدأ الالتزام بالإعلام، حيث أنه تم تكريس هذا المبدأ من خلال تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، بموجب المرسوم رقم 2016 -301 المؤرخ في 2016/02/10، وأصبح لفرنسا قانونًا جديدًا في العقود والقواعد العامة للالتزامات والإثبات، فنظمت المادة 1112 منه المفاوضات التعاقدية والمسؤولية الناشئة

---

[1] رشيدة أكسوم عيلام، **المركز القانوني للمستهلك الالكتروني**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزور، تاريخ المناقشة: 2018/06/12م، ص255.

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص173.

[3] درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص213.

في هذه المرحلة، وفي فرقتها الأولى نظمت الالتزام بالأعلام وحدوده، وعبء إثباته وجزاء الإخلال به[1].

كما أن صدور الأمر رقم 2016 -301 بتاريخ 2016/03/14 بعد الدراسات المتعدِّدة التي أجريت على قانون الاستهلاك الفرنسي، سعيًا من المشرع إلى تحقيق حماية واسعة للمستهلك وتعزيز مبدأ التوازن العقدي، من خلال اشتراطه في نص المادة L1- 211 منه على ضرورة كتابة بنود العقد بطريقة واضحة ومفهومة وتكريس مبدأ الالتزام بالإعلام، وكذلك البند الأول في المادة R1- 212 من المرسوم رقم 2016 -884 المؤرخ في 2016/06/29، المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي[2].

يقع الالتزام بالإعلام على عاتق كل متدخل في مواجهة المستهلك، ويكون الهدف منه تحقيق المساواة في العلم بين هذين الطرفين من حيث المعرفة بمضمون العقد وشروطه، فهو يعتبر التزامًا مسبقًا على التعاقد بالعناصر الأساسية المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك، ويتعلق محله في هذه الحالة بخصوصيات السلع والخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع والتسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع والخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد...إلخ[3].

ويظهر دور الالتزام بالإعلام في سد فجوة التفاوت المعرفي بين المستهلك، نظرًا لظهور تقنيات جديدة في المجال التعاقدي، أضف إلى ذلك انتشار نظام اجتماعي استهلاكي، وبروز ثقافة الاستهلاك ليس على الصعيد الفردي فحسب، بل حتى على الصعيد الجماعي بصورة ملحوظة وظاهرة للعيان، ويتعاظم دور هذا الالتزام في ظل التدفق الهائل للسلع والخدمات، خاصة في عالم التكنولوجيا الذي لا يعرف حدودًا، لا من باب الحيز الزماني ولا من حيث

---

[1] محمد حسن قاسم، لمحة عن أبرز تعديلات القانون المدني الفرنسي، وفقًا للمرسوم رقم 2016 -301 المؤرخ في: 02/10/ 2016، المتضمن قانون العقود والقواعد العامة للالتزامات والإثبات، أستاذ القانون المدني، وعميد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2016م.

[2] *Voir L'article n°212-1R de le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, J.O.R.F n°0151 du 30 juin 2016. Disponible sur: Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, Date d'accès: 29/09/2019.*

[3] رفيقة بوالكور، **حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام**، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2019/05/02م، ص209.

الحيز المكاني، حيث يطلعنا كل يوم بجديد حول توسُّع مجال الاستهلاك، وفي نفس الوقت يزيد في الهوة بين طرفي عقد الاستهلاك فتصبح العلاقة بينهما أكثر اختلالاً[1].

الفرع الأول: تشديد التزامات المتدخل من خلال إعلام المستهلك بشروط العقد

من أهم الظواهر الطبيعية في المعاملات المعاصرة ظاهرة التعاقد وفقًا لصيغ نمطية معدَّة سلفًا، يقتصر دور الطرفين غالبًا على اعتمادها أو الإحالة إليها، لا يملك المتعاملون إزاءها سوى القبول أو الرفض دون مناقشة، فهي عقود تعتمد صيغًا مطبوعة يقدمها أحد الطرفين للآخر، الذي يقتصر دوره على ملأ الفراغات المتروكة للبيانات الخاصة به والتوقيع عليها[2].

لقد انتهجت الجزائر في السنوات الأخيرة سياسة اقتصاد السوق والانفتاح الاقتصادي، الشيء الذي دفع المشرع الجزائري إلى إصدار تشريع خاص بحماية المستهلك بموجب القانون رقم 89 -02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، حيث خصص المادة 04 منه لتكريس حق المستهلك في الإعلام، ليؤكد المشرع مجددًا على هذا الالتزام في المادتين 17 و18 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم، تلته نصوص تشريعية وتنظيمية أهمها المرسوم التنفيذي رقم 13 -378 المحدِّد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[3].

وبالتالي كان لابد على المشرع الجزائري أن يتدخل، من خلال نصه في المادة 18 من القانون 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، إلى ضرورة كتابة شروط ضمان المنتوج بوضوح، وما يؤخذ عن نص هذه المادة أنها جاءت مقتصرة على شروط الضمان فقط، ولتحقيق حماية واسعة للمستهلك يجب أن يكون نص المادة بصيغة أكثر شمولية، باستبدال

---

[1] محمد رايس، محمد مالكي، (**إعلام المستهلك لضمان رضا مستنير**)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المجلد 09، العدد 02، تاريخ النشر: 2014/12/30م، (ص ص: 271 -282)، ص276.

[2] سميرة زوبة، (**إعلام المستهلك حق مكفول وواجب مفروض في التشريع الجزائري**)، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي سعيدة، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، تاريخ النشر: 2020/10/15م، (ص ص: 141 -161)، ص142.

[3] تنص المادة 07 من المرسوم رقم 13 -378 المؤرخ في 2013/11/09 ، المحدّد للشروط الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، الصادرة في 2013/11/18، على أنه:« يجب أن تحرَّر البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللُّغة العربية أساسًا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدَّة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك وتسجل في مكان ظاهر وبطريقة مرئية ومقروءة بوضوح ومتعذر محوها».

كلمة شروط الضمان بكلمة شروط العقد، كما أن العلم بشروط العقد النموذجي لا تكون بمجرَّد الاطلاع عليه وإنما بفهم ما ورد فيه، مع الإشارة إلى أن توقيع المستهلك يلزمه بكافة الشروط التي فهمها والتي لم يفهمها، بما في ذلك من إهدار للحقوق وترتيب الالتزامات[1].

ولكي يتحقق إعلام المستهلك لابد من توفير عدَّة شروط، من بينها أنه يجب أن تكون شروط العقد واضحة، فالفقه السائد في ظل مبدأ سلطان الإرادة لم يراع فكرة أن القدرة على التفاوض ومعرفة بنود العقد تختلف من شخص لآخر، فإذا كان الإعلام ضروري لإنارة إرادة المستهلك، فيجب العمل على تحقيقه وتشديد التزام المتدخل، من خلال التأكيد على الوضوح في كتابة عبارات العقد[2].

ولضمان رضا كامل للمستهلك قبل تعاقده، فرض المشرع واجب على عاتق المتدخل هو واجب الإلتزام بالإعلام، فنص في المادة 04 من القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أنه:" يتولى وجوبًا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع"[3].

بالإضافة إلى ضرورة إدراج الإلتزام بالإعلام في جميع المعاملات التي تتم بموجب عقود محررة من طرف واحد، ومن ثم لابد من مراقبة الكيفية التي يتم فيها التحرير الانفرادي لشروط العقد، من طرف المدخل لضمان رضا مستنير للمستهلك، أمَّا بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أوكل مهمة مراقبة شروط العقد التي يقوم بتحريرها المتدخل، ويقوم بعرضها على المستهلك لأعوان مديرية المنافسة وقمع الغش في تعديله لقانون الاستهلاك سنة 2008، فكان من الأرجح على المشرع الجزائري أن يتبع هذا الاتجاه من أجل توفير حماية أشمل للمستهلك، وإن كانت القوانين الحديثة التي صدرت سنة 2016 قد أوكلت هذه المهمة إلى لجنة الشروط التعسفية، التي ينتظر أن يكون لها دور فعَّال في تنوير رضا المستهلك ومحاربة الشروط التعسفية[4].

---

[1] تنص المادة 18 من القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: « يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللُّغة العربية أساسًا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدَّة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها».

[2] سميرة زوبة، (**إعلام المستهلك لضمان رضا مستنير**)، مرجع سابق، ص277.

[3] القانون رقم 04 -02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[4] سميرة زوبة، (**إعلام المستهلك لضمان رضا مستنير**)، مرجع سابق، ص277 -278.

الفرع الثاني: تشديد الجزاء المقرَّر للمتدخل بسب عدم إعلام المستهلك

لقد أشار المشرع الجزائري إلى الجزاء الجنائي للشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04 -02 فيما أغفل وسكت عن الجزاء المدني، ويستخلص في هذا الشأن أنه أحال الجزاء المدني لهذه الشروط إلى القواعد العامة في التقنين المدني، والتي تتيح للقاضي إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، وتفسير الشرط الغامض في العقد بما لا يضر الطرف المُذعَن، وهو تطرقنا له بالشرح في الفصل الثاني من الباب الأول لهذه الدراسة.

أمّا بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص على الجزاء المقرَّر للشروط التعسفية، بموجب نص المادة L1-241 من تقنين الاستهلاك، واعتبرها بأنها غير مكتوبة أي باطلة مع بقاء العقد صحيحًا، إذا أمكن أن يستمر دون تلك الشروط المجحفة، ويعتبر البطلان جزئيًا في هذه الحالة أي نسبيًا وهو حل يتماشى ومصلحة المستهلك، الذي يبقى في حاجة إلى الاستفادة من السلعة أو الخدمة، وفي هذا الإطار يرى الفقه الفرنسي أنه يمكن استبعاد الشروط التي تتَّسم بطابع التعسف، وخاصة إذا كانت تؤدي إلى عدم قدرة المستهلك على معرفة التزاماته الناشئة عن العقد، وذلك باعتباره في حالة مشابهة إلى حالة الغلط التي يمكن بسببها اعتبار الشروط كأن لم تكن، كما يمكن إبطال العقد بأكمله إذا كان لا يقوم بدون تلك الشروط[1].

وبما أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الجزاء بمقتضى أحكام القانون 04 -02، فإنه يمكن تطبيق نص المادة 104 من التقنين المدني التي تنص على نظرية انتقاص العقد، ولكن تطبيق هذه النظرية يقتصر على الحالة التي لا يكون فيها الشرط التعسفي هو السبب في إبرام العقد، فإذا كان الشرط جوهريًا أي هو الدافع إلى التعاقد فإن إبطاله يؤدي إلى إبطال عقد الاستهلاك بأكمله، وهو الأمر الذي لا يخدم مصلحة المستهلك التي تهدف إلى بطلان الشرط مع بقاء العقد قائمًا ومنتجًا لآثاره[2].

لذلك فإن الجزاء الأنسب للشروط التعسفية هو الحكم ببطلانها مع بقاء العقد صحيحًا، إذا أمكن أن يستمر دون الشروط السابقة، وتعدُّ هذه الحالة صورة من صور إنقاص العقد ولكن بقوة القانون، بغض النظر عمَّا انصرفت إليه إرادة المتعاقدين، ويكون بطلان الشرط في هذه

[1] رفيقة بوالكور، مرجع سابق، ص224.

[2] أنظر: المادة 104 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/29، المتضمن القانون المدني المعدَّل والمتمم.

الحالة لمخالفته لقواعد قانونية متعلقة بالنظام العام، أمَّا الحكم على الشروط التعسفية بأنها مخالفة للنظام العام والآداب العامة، فيمكن استخلاصه من اعتبار المشرع بمقتضى أحكام القانون رقم 04 -02 تلك الشروط جريمة، وأطلق عليها وصف الممارسات التعاقدية التعسفية ورتّب لها الجزاء الجنائي[1].

لذلك كان من الأرجح على المشرع الجزائري أن يتفادى كل تلك التأويلات المتعلقة بالجزاء المدني للشرط التعسفي، باعتباره باطلاً مع بقاء العقد قائمًا وصحيحًا إذا كان بالإمكان استمراره دون تلك الشروط في خضم القانون رقم 04 -02، حتى تكتمل بوادر حماية المستهلك من الشروط المجحفة التي يفرضها المتدخل عليه[2].

أمَّا بالنسبة لإثبات الشروط التعسفية فإنه يقع على المستهلك عبء إثبات، أن الشروط التعسفية التي ضمنها المتدخل في العقد لم يكن يعلمه بها نهائيًا قبل الإبرام، طبقًا لما ورد في نص المادة 05 من المرسوم رقم 06 -306، أو أن يثبت بأن الشروط المجحفة التي تم إدراجها في العقد، كانت تقلص أو تنقص من حقه في إعلام المستهلك بالعناصر الأساسية للعقد، المنصوص عليها في المادتين 02 و03 من نفس المرسوم، حيث يكفي لاعتبار الشرط تعسفيًا أن يكون المتدخل أخلَّ بالتزامه بإعلام المستهلك بذلك الشرط، سواء أطلعه عليه أو لم يطلعه عليه، وكان المتدخل قد قلص من حقه في الإعلام بالعناصر الأساسية للعقد[3].

بالإضافة إلى حق المستهلك في المطالبة ببطلان الشروط التعسفية التي لم يكن على علم بها قبل إبرام العقد، ومن ثم فقد منح قانون الاستهلاك الفرنسي لجمعيات المستهلك المعتمدة قانونًا، الحق في رفع دعوى حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود قبل إبرامها أمام القضاء المدني، أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص على تلك الدعوى، غير أنه يمكننا أن نستنتج ذلك ضمنيًا من نص المادة 23 من القانون 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع

[1] راجع في ذلك: المادة 32 من القانون رقم 04 -02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[2] رفيقة بوالكور، مرجع سابق، ص225.

[3] أنظر: المادتين 02 و03 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر العدد 56، الصادرة في2006/09/11.

الغش، والتي تقضي بأنه عندما يتعرض مستهلك أو عدَّة مستهلكين لأضرار فردية، تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني[1].

نستنتج من خلال نص هذه المادة أنه يحق لجمعيات حماية المستهلك رفع دعوى حذف الشروط التعسفية، لأن تلك الشروط يمكن أن تعرقل تحقيق أهدافها المنشودة وترتب أضرارًا للمستهلك، ولكن لا يسري الحكم الذي يقضي بإزالة تلك الشروط، إلا في حق المتدخل المدعى عليه بمناسبة العقد المبرم بينه وبين المستهلك، دون أن يسري في حق غيره من المتدخلين الذين يقترحون عقودًا على المستهلكين تتضمن نفس الشروط[2].

كما أن نص المادة 65 من القانون 04 -02 أعطى لجمعيات حماية المستهلك الحق في أن تتأسس كطرف مدني، للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الجماعية التي قد تلحق مصالح المستهلكين من جراء الممارسات التعاقدية التعسفية، التي تصيبهم من مختلف الأفعال التي يرتكبها المتدخل ومنها فرض الشروط التعسفية[3].

وعليه كان من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يفرض الالتزام بالإعلام على عاتق المتعاقد القوي في مواجهة المتعاقد الضعيف، ويبيِّن حدوده وجزاء الاخلال به في القواعد العامة في أول تعديل للقانون المدني، كما يجب عليه أن يشدِّد الجزاء المقرَّر للمتدخل عند إخلاله بالالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد، بموجب القوانين الخاصة من أجل تحقيق العدالة العقدية.

المطلب الثاني: محاربة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

إن وضع الشروط التعسفية التي من خلالها يمنح المتدخل لنفسه امتيازات لا يتمتع بها المستهلك، يفترض أن هذه الشروط في مجملها مائلة نحو مصلحة الطرف القوي، وفي المقابل كافة المخاطر على ذمة الطرف الضعيف، ممَّا يستدعي تقديم شكوى وتذمر هذا الأخير، لذلك فإن الأمر لا يتعدى حالتين: إمَّا أن يرفض الطرف القوي شكوى الطرف الضعيف استنادًا إلى بنود نموذج العقد، وإمَّا أن يقوم الطرف القوي بالاستجابة لطلب الطرف الضعيف، متجاوزًا بذلك بنود العقد ممَّا يرفع سمعته اتجاه باقي المستهلكين[4]، وذلك ما يجعلنا نتعرض لنظام

---

[1] القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم

[2] رفيقة بوالكور، مرجع سابق، ص225.

[3] راجع في ذلك: المادة 65 من القانون رقم 04 -02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[4] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص83.

التصدي للشروط التعسفية في التشريع الجزائري، ثم نتعرض لكيفية التصدي لها في بعض التشريعات المقارنة.

الفرع الأول: التصدي للشروط التعسفية في التشريع الجزائري

لم يتناول المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات تعريف الشروط التعسفية في القواعد العامة من القانون المدني، وإنما تطرق إليها في بادئ الأمر بموجب الفقرة 05 من المادة 03 في القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23، الذي يُحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي جاء فيها ما يلي:" الشرط التعسفي هو كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدَّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[1].

ما يمكن استخلاصه من هذا التعريف هو أنه لابد من النظر في بنود العقد في مجملها عند تقدير التعسف، لأن الشرط بمفرده قد لا يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، إذ لا يجب التسرع في الحكم بذلك، بمجرَّد أن شرط معيَّن يبدو تعسفيًا كونه يوفر بعض المزايا لأحد أطراف العقد، والمشرع الجزائري بهذا الصدد يكون قد ساير التوجيه الأوروبي الذي صدر سنة 1993، الذي اعتبر الشروط التعسفية هي تلك الشروط التي يكون الهدف منها أن ينتج عدم توازن واضح (*Signification*)، بين حقوق والتزامات أطراف العقد وعلى حساب المستهلك[2].

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري فصَّل نوعًا ما في الممارسات التعاقدية التعسفية، بموجب نصي المادتين 29 و30 من القانون 04-02 السالف الذكر، حيث جاء في نص المادة 30 ما يلي:" بهدف حماية المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم"، إذن فالمشرع الجزائر أحالنا على التنظيم لتحديد العناصر الأساسية للعقود، وهو ما حصل فعلاً من خلال إصدار المرسوم التنفيذي 06-306 الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3].

---

[1] القانون رقم 04-02 الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 2010/08/15، ج ر العدد 46، الصادرة في2010/08/18.

[2] محمد زعموش، **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، حوليات مخبر الدراسات والبحوث حول المغرب والمتوسط، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 2005/6م، ص95.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

حيث نصت المادة الأولى منه على أنـه:" تطبيقًا لأحكام المادة 30 من القانون 04 -02 المؤرخ 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، يهدف هذا المرسوم إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية"[1].

نلاحظ ممَّا سبق أن هذه الشروط غالبًا ما تكون محتواه في عقد استهلاكي، الشيء الذي دفع المشرع الجزائري إلى إعطاء تعريف للعقد بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى من المرسوم 06 -306 والتي نصت على ما يلي:" يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقًا للمادة 3 الحالة 4 من القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حُرِّر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[2].

لم ينص المشرع الجزائري على نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، التي بدأت تتضاعف في الحياة اليومية للمستهلكين، على غرار ما فعل المشرع الفرنسي والألماني والأمريكي وغيرهم تاركًا حكمها للقواعد العامة، وحتى القضاء الذي يمكنه أن يسعفنا بمساهمة ما عن طريق الاجتهاد والتفسير لم تُتَح له الفرصة، نظرًا لقلَّة بل لانعدام المنازعات المتعلقة بشؤون الاستهلاك[3].

ويجب الاعتراف أن مشرعنا لم يتخلف عن ركب قوانين الدول الأخرى، فاعتنق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين حتى في زمن إيمانه بالاشتراكية، وهي إحدى نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة الذي يعدُّ بدوره إحدى ركائز المذهب الفردي، بعد أن اتضح لنا أن الالتزام التعاقدي فيه ليس التزامًا مشروعًا وعادلاً دائمًا، وأن الحرية التعاقدية كثيرًا ما أدَّت إلى مظالم كثيرة[4].

فهي غالبًا ما تجعل المتعاقدين الضعفاء تحت رحمة الأقوياء، وقد تكرَّرت هذه الصورة بجلاء بين المستهلكين الضعفاء والمتدخلين الأقوياء، حيث عدم التوازن ظاهرة بارزة في العقود

---

[1] وليد لعوامري، (**الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري**)، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، المجلد 03، العدد 05، تاريخ النشر: 2014/06/01م، (ص ص: 255 -288)، ص262.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10 المعدَّل والمتمم.

[3] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص250.

[4] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وفي الشروط، لأنه لو سلمنا بالحرية المطلقة للعقود والشروط على حدِّ قول إهرنج، لكان ذلك بمثابة منح ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق، وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم[1].

لا توجد قاعدة عامة ومباشرة في القانون المدني يمكن بالرجوع إليها حماية التوازن في العقد، لكن القاضي مُعترف له بسلطة رقابية غير مباشرة على مضامين العقود، يستطيع أن يصل من خلالها لفرض قدر من التوازن في العقود[2].

لذلك قمنا بالبحث عن وسائل تحقق التوازن العقدي بين الفرقاء في الالتزام التعاقدي، مادام أنه ثبت أن التوازن لن يتحقق تلقائيًا في ظل انفراد المتدخل بتحرير عقد نموذجي، يُضمِّنه ما يشاء من الشروط التعسفية، كاشتراطه تحديد ثمن المبيع من جانبه بصفة انفرادية، واحتفاظه بحق تعديل مواصفات المبيع دون تخفيض الثمن، وإعفاء نفسه كليًا أو جزئيًا من ضمان العيوب الخفية أو عن التأخير في التسليم[3].

لقد اعتمد المشرع الجزائري عِدَّة آليات ووسائل من أجل تحقيق التوازن العقدي، وحماية المستهلك من التعسف في عقود الإذعان، بحيث يمكننا تقسيمها إلى وسائل مباشرة تُعتمد قبل إبرام العقد كوقائية، تتمثل في قائمة من الشروط المحظورة الاستخدام، ووسائل غير مباشرة يمكن اعتمادها بعد إبرام العقد كعلاجية، تتمثل في دور القضاء في مكافحة الشروط التعسفية وفقًا للقواعد العامة، وهو ما تم تناوله بالتفصيل سابقًا.

كما اعتمد المشرع الجزائري على نظام القائمة بموجب عدَّة وسائل مباشرة في القوانين الخاصة بحماية المستهلك، يمكن تصنيفها على أنها وقائية لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وكان ذلك وفقًا لما نصت عليه المادة 29 من القانون 04 -02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06 -306

[1] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص58 -59.

[2] درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص157.

[3] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص59.

المحدِّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدَّل والمتمم وهو ما سنتناوله تباعًا[1].

أولا: التصدي للشروط التعسفية بموجب القانون 04 -02 المعدَّل والمتمم

لقد تناول القانون 04 -02 بصفة عرضية الشروط التعسفية في العقود، فوفقًا للمادة 03 منه نجد أن المشرع في الجزائر حَذَا حُذُوْ المشرع الفرنسي في تعريفه للشرط التعسفي، ممَّا سهل إمكانية التعرُّف على عناصره وهي:

- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة مع ضرورة تطبيق القانون 04 -02 على عقود الإذعان دون عقود المساومة.
- أن يكون العقد مكتوبًا.
- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكًا أو عونًا اقتصاديًا.
- أن يؤدي الشرط التعسفي الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد[2].

هذا وقد تأثر المشرع الجزائري بالقانون الألماني والفرنسي حيث اعتمد على نظام القائمة في إيراده لقائمة محدَّدة من الشروط التعسفية، أوردها على سبيل المثال لا الحصر في المادة 29 من القانون 04 -02 كما يلي:

- أخذ حقوق و/ أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك؛
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد المتدخل بشروط يحققها متى أراد؛
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك؛
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدَّة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية؛
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها؛

---

[1] القانون رقم 04 -02 الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 10 -06 الصادر بتاريخ 20010/08/15، ج ر العدد 46، الصادرة في2004/08/18.

[2] راجع في ذلك: المادة 03 نفس القانون

- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخلَّ هو بالالتزام أو عدَّة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة؛
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرَّد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة[1].

نلاحظ أن المشرع الجزائري تقدم في النص على الشروط التعسفية في العقود، فنجد أن هذا الأخير قرَّر لها عقوبات جزائية بموجب نص المادة 38 من القانون 04-02، إلا أنه تجاهل الجزاء المدني الذي يطال هذه الشروط عند ثبوت تعسفها، فعلى خلاف القوانين المقارنة لم ينص على بطلانها واعتبارها كأن لم تكن مع بقاء العقد صحيحًا، بل ترك الأمر مبهمًا أمام سلطة القضاء[2].

ثانيًا: التصدي للشروط التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 المعدَّل والمتمم

طبقًا لنص المادة 30 من القانون 04-02 التي تُحِيلُنا على التنظيم لتحديد العناصر الأساسية للعقود[3]، وبصدور المرسوم التنفيذي 06-306 المحدِّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية[4]، نجد أن المادة 05 منه تنص على اعتبار البنود تعسفية تلك البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود لاسيما كيفيات الدفع، الأسعار والتعريفات، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو

[1] المادة 29 من القانون رقم 04-02 أوردت قائمة من الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر، ويستخلص ذلك من خلال استعمال المشرع الجزائري لعبارة: «... لا سيما البنود والشروط التي تمنح لهذا الأخير...».

[2] درماش بن عزوز، مرجع سابق، ص222.

[3] عبير مزغيش، محمد عدنان ضيف، **(الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية)**، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل2017م، (ص ص: 92-118)، ص111.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 2008/02/03، ج ر العدد 07، الصادرة في 2008/02/10، المعدِّل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 2006/09/10، المحدَّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية.

الخدمات، خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد[1].

- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك؛
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض؛
- تخلِّي العون الاقتصادي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلِّي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته؛
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلِّي هذا الأخير عن اللجوء إلى أيِّة وسيلة طعن ضده؛
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد؛
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض، في حالة ما إذا تخلَّى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه؛
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدَّد مقابل ذلك تعويضًا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته؛
- فرض واجبات إضافية غير مبرَّرة على المستهلك،
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق؛
- أن يعفي العون الاقتصادي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته؛
- تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته[2].

ومن خلال تسليط الضوء على ما جاء بموجب المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306، نجد أن المشرع حدَّد الحالات التي تعتبر تعسفًا على سبيل الحصر، وكان قد اقتصر في تحديدها على عقود الإذعان، بينما كان على العكس من ذلك في القانون 04 -02 حيث حدِّدها على سبيل المثال، أمَّا وفقًا لما ورد في الفقرة 02 من المادة الأولى فنجده قد عرَّف العقد في صلب هذا المرسوم، على أنه:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف على بيع سلعة أو

[1] بن عزوز درماش، مرجع سابق، ص222.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10 المعدَّل والمتمم.

تأدية خدمة حرِّر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير أحداث تغيير حقيقي فيه"[1].

وعليه نرى أنه يجب على المشرع الجزائري بدلاً من وضع الشروط التعسفية تارة على سبيل المثال في القانون، وتارة أخرى على سبيل الحصر في التنظيم، التأكيد على تكريس فكرة بطلان الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحًا، بالإضافة إلى وضع قائمتين من الشروط التعسفية: قائمة من الشروط التعسفية المحظورة بقوة القانون (القائمة السوداء)، وقائمة من الشروط التي يمكن اعتبارها محظورة (القائمة الرمادية) ما لم يثبت المتدخل العكس، كما فعل المشرع الألماني وحذَا حذُوَّهُ في ذلك المشرع الفرنسي.

الفرع الثاني: التصدي للشروط التعسفية في التشريعات المقارنة

حاول القضاء الفرنسي معالجة مسألة "عدم التكافؤ في المراكز العقدية"، فدأب يبحث عن وسيلة يعيد بها التوازن المفقود في العلم بين الأطراف المتعاقدة، من خلال تطويع نظرية عيوب الرضا القائمة على مبدأ سلطان الإرادة، وإقرار وجود واجب ضمني بالإعلام أطلق عليه القضاء " الالتزام بالإعلام "، واضعًا نصب أعينه سابقة اهتمام المشرع بالعمل على تحقيق التوازن في المراكز العقدية في عقد الإذعان، حين سعى إلى معالجة الاختلال بين طرفي العقد عن طريق التصدي للشروط التعسفية، ومن ثم سنركز في دراستنا على التقنين في كل من فرنسا والمغرب.

إن التصوُّر التقليدي هو الذي منع المشرع من توسيع دائرة الاهتمام في القانون المدني بالفئات الضعيفة عن طريق مضمون العقد، وهو المسلك الذي اتبعه المشرع خارج القانون المدني في إطار التشريعات الخاصة، لا سيما قانون العمل والتأمين وقانون حماية المستهلك، وقانون الممارسات التجارية...وغيرها، وقد جاءت قواعد هذه التشريعات آمره ومن النظام العام، ولا شك أن هذا التوجه المهتم بتنظيم مضمون العقد، يتوافق تمامًا مع أحكام الفقه الإسلامي، الذي يُقرِّر أن آثار العقد من عمل الشارع الحكيم وليس من عمل المتعاقدين، والغرض منها هو الحرص على الإشراف المباشر على تحقيق التوازن العقدي[2].

---

[1] بن عزوز درماش، مرجع سابق، ص224.

[2] شوقي بنّاسي، (**تأثير القانون المدني الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات نموذجًا**)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر، ص155.

يقوم الشرط التعسفي على عدم التوازن الشاسع بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة لصالح المتدخل على حساب المستهلك، بغض النظر عن مصدر هذا الاختلال تبعًا لقوة المهني الاقتصادية أو لخبرته ودرايته بموضوع العقد، وتعدُّ هذه الشروط شروطًا تعسفية كونها تُخِلُّ بالتوازن العقدي، وتحقق للمتدخل مكاسب ومزايا مادية ومعنوية على حساب المستهلك، وتحول دون مراقبة القضاء لعقود الاستهلاك التي تتضمن مثل هذه الاشتراطات[1].

لقد تصدَّت أغلب التشريعات للشروط التعسفية في عقود الإذعان، وترتيبًا على ذلك نجد أن طائفة المتدخلين ألبسوا عقود الإذعان ثوبًا جديدًا، ولم يعد تفوقهم في مواجهة المستهلك مقتصرًا على التفاوت الاقتصادي فقط، بل امتد ليشمل التفاوت المعرفي الذي لا يساهم في تكوين رضا مستنيرًا للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، بحيث أنه كان كثيرًا ما يحدث في الواقع العملي أن ينقاد أحد المتعاقدين لإبرام عقد معيَّن، تحت تأثير جهله بمعلومات كتمها عنه الطرف الآخر، دون أن تكفل له نظريتا عيوب الإرادة والضمان حماية فعَّالة[2].

أولاً: التصدي للشروط التعسفية في التشريع الفرنسي

يعتمد النظام الفرنسي في مكافحة الشروط التعسفية على القانون رقم 78 -23 المؤرخ في 10جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، والمسمى قانون (*Secrivener*) المعنون بـ (إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات)، يتكون من خمسة فصول حيث خُصِّص الفصل الرابع منه للحماية من الشروط التعسفية[3]، وأطلق عليه هذا الاسم نسبة إلى سكرتيرة الدولة المكلفة بالاستهلاك السيدة (*Secrivener*)، التي أعدَّت لنص يتعلق بمحاربة الشروط التعسفية، جرى تقنينه سنة 1978 بواسطة القانون السالف الذكر[4].

وفي جو لا يخلو من المعارضة على أساس أن فيه مساسًا بمبدأ سلطان الإرادة، بينما اعتبره المؤيدون تطبيقًا لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد في نص المادة 1134 مدني

---

[1] عالي طوير، (**ضمانات التوازن العقدي للمستهلك**)، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، مطبعة فارير سطات، المغرب، الطبعة الأولى 2020م، (ص ص: 357 -363)، ص361.

[2] المرجع نفسه، ص358.

[3] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص237.

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص174.

فرنسي[1]، يعدُّ هذا القانون خطوة جريئة بحق في مجال مقاومة الشروط التعسفية في فرنسا، حيث خُصِّصت المادة 35 منه لبيان أن حضر الشروط التعسفية لا يتعلق بعقد معيَّن، وإنما يغطي جميع العقود التي يتم إبرامها بين متدخل ومستهلك أو مع غير المتدخل أيًا كان[2].

وبعد عشرة سنوات من ذلك تم تعديل القانون السابق وتُمِّم بقانون 05 جانفي 1988، الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وتم إدماج القانونين السابقين في قانون الاستهلاك لعام 1993، ويبدو أن النظام الفرنسي وكأنه مستوحي ممَّا سبقه من الأنظمة التي عرفتها بعض الدول الأوربية والولايات المتحدة الأمريكية، وإن كان يتميَّز عنها بالدور المُخوَّل للجنة الشروط التعسفية، ولم تقتصر الحماية في أوروبا على الدول منفردة، بل إن الاتحاد الأوربي سعى إلى التنسيق بين الأنظمة المتفاوتة في هذا المجال بين مختلف أعضائه، حتى انتهى بتاريخ 5 أفريل 1993 إلى سن تعليمة " تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين"، والتي نقلت إلى القانون الفرنسي بموجب قانون الفاتح فيفري عام 1995، ممَّا أدى إلى حدوث بعض التعديلات الطفيفة على النظام الذي أرساه قانون 1978[3].

لقد أجريت عدَّة تعديلات على قانون الاستهلاك في فرنسا، ساهمت في تكريس مبدأ التوازن العقدي عن طريق التصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان، حيث تم تعديله سنة 2014 بموجب القانون 2014 -344 الصادر بتاريخ 2014/03/17[4]، ومن أهمها تعديل سنة 2016 بموجب الأمر رقم 2016 -301 المؤرخ في 2016/03/14 المتضمن القسم التشريعي لقانون الاستهلاك، ثم صدور المرسوم رقم 2016 -884 المؤرخ في 2016/06/29 المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك، وهو ما سنتعرض له تباعاً.

---

[1] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص237.

[2] عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص134.

[3] محمد بودالي، **حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة من القانون الفرنسي**، مرجع سابق، ص237 -238.

[4] محمد جريفيلي، **(نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016)**، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، (ص ص: 206 - 229)، ص219.

1 - التصدي للشروط التعسفية بموجب الأمر 2016 -301 المتضمن قانون الاستهلاك

لقد صدر هذا الأمر بتاريخ 2016/03/14 بعد الدراسات المتعدِّدة التي أجريت على قانون الاستهلاك الفرنسي، حيث حسم المشرع من خلال هذا التعديل الخلاف الفقهي الذي كان قائمًا حول اقتران مصطلح المستهلك وغير المهني، مؤيِّدًا ما توصل إليه القضاء في أحد قراراته الشهيرة التي جاء فيها أن :"مصطلح غير المهني لا يستبعد الأشخاص المعنوية من الحماية"، ومن ثم أصبحت محكمة النقض الفرنسية لا تمانع من حيث المبدأ في حماية الأشخاص المعنوية بموجب قوانين الاستهلاك، لاسيما من الشروط التعسفية واعتبرت الأشخاص المعنوية لا تخرج من فئة غير المهنيين[1]، سعيًا من المشرع إلى تحقيق حماية واسعة للمستهلك، وتعزيز التوازن العقدي، من خلال اشتراطه كتابة بنود العقد بطريقة واضحة ومفهومة، وتكريس مبدأ الالتزام بالإعلام، وهو ما أكدته التعديلات الأخيرة المتعلقة بالتصديق على قانون الاستهلاك[2].

يأتي دور الالتزام بالإعلام في سد فجوة التفاوت المعرفي بين المستهلك والمنتج، حيث يتعيَّن على هذا الأخير إعلام المستهلك بكافة المعلومات المتوفرة لديه عن السلعة أو الخدمة، وكافة شروط العقد وبنوده، غير أنه ومع مرور الوقت تجلَّى وبوضوح قصور نظرية عيوب الرضا، في ضوء القيود التشريعية العديدة التي ضيَّقت من نطاق تطبيقها، فنتج عنه صعوبة في إثباتها ولم تصل إلى حماية الثقة التي يقتضيها الضمير في المعاملات المختلفة، لاسيما تطور معطيات الحياة المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي الحديث.

حيث تناولت هذا الالتزام المادة L1- 211 بنصها على أنه يجب أن تعرض شروط العقود التي يقترحها المحترفون على المستهلكين، وأن تصاغ بطريقة واضحة ومفهومة يتم تفسيرها في حالة الشك بالمعنى الأكثر ملاءمة للمستهلك، غير أن هذه الأحكام لا تنطبق على الإجراءات التي تتخذ بناء على أمر من القاضي تحت طائلة العقوبة، بإلغاء شرط غير قانوني أو مسيء في أي نوع من العقود المقترحة على المستهلكين، أو عندما تطلب جمعيات حماية

---

[1] محمد جريفيلي، **(نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016)**، مرجع سابق، ص219 -220.

[2] *Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (1) , J.O.R.F n°0045, du 22 février 2017.*

المستهلك من القاضي اعتبار أن هذا الشرط غير مكتوب، في جميع العقود المماثلة التي أبرمها نفس المحترف مع المستهلكين، وأن يأمره بتبليغ المعنيين بأي ثمن وبأي وسيلة مناسبة، على أن يُحدِّد مرسوم صادر عن مجلس الدولة يهدف إلى إعلام المستهلك طرق تلك العقود[1].*

أمَّا المادة L1-212 فقد أوضحت أنه في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين، تعتبر بنودًا تعسفية البنود التي ينشأ عن موضوعها أو ينتج عن آثارها، اختلالاً ظاهرًا بين حقوق والتزامات أطراف العقد على حساب غير المهني أو المستهلك[2]، ودون المساس بقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد 1156 إلى 1161 و1163 و1164 من القانون المدني، يتم تقييم جور أي شرط من خلال الإشارة في وقت إبرام العقد، إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذلك جميع البنود الأخرى من العقد، كما يتم تقييمها مقابل تلك التي ترد في عقد آخر، عندما يكون العقدين مرتبطين قانونًا في إبرامهما أو تنفيذهما[3].

لا يرتبط تقييم جور البنود بالمعنى المقصود في الفقرة الأولى، بتعريف الهدف الرئيسي للعقد، أو كفاية السعر أو أجر السلعة المبيعة أو الخدمة المعروضة، بشرط أن تكون البنود مكتوبة بطريقة واضحة ومفهومة، يُحدِّد مرسوم صادر عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة شروط العقود غير العادلة، أنواع البنود التي يجب النظر فيها بشكل لا رجعة فيه، مع مراعاة خطورة الانتهاكات المؤدية إلى توازن العقد، وكذا المسيئة بالمعنى المقصود في تلك الفقرة[4].

بموجب مرسوم صادر بنفس الشروط يُحدِّد قائمة البنود المفترض أنها غير عادلة، في حالة وجود نزاع بشأن عقد يحتوي على مثل هذا الشرط، يجب على المهني أن يثبت أن الشرط المطعون فيه ليس تعسفيًا، هذه الأحكام قابلة للتطبيق بغض النظر عن شكل أو وسيط العقد، ويشمل ذلك على الخصوص أوامر الشراء والفواتير وقسائم الضمان و قسائم التسليم، والتذاكر التي تحتوي على شروط أو إشارات إلى شروط عامة مُحدَّدة مسبقًا، يتم التفاوض عليها بحرية

---

[1] *L'article n° 211-1 L de l' Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, J.O.R.F n°0064, du 16 mars 2016. Disponible sur: Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de consommation, Date d'accès: 29/09/2019.*

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص175.

[3] *Voir les articles n° 1156 à 1161 et 1163 et 1164 de code civil - dernière modification le 01 octobre 2018 -Document généré le 08 janvier 2019 copyright (C) 2007-2019 legifrance-*

[4] *L'article n° 212-1 L de l' Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

أو دون شرط، تسري مقتضيات المادة L1-212 أيضًا على العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين، أحكام هذا الفصل من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[1].

كما نصت المادة L1-232 على أنه بالرغم من أي شرط مخالف، لا يجوز حرمان المستهلك من الحماية الممنوحة له بموجب أحكام دولة عضو في الاتحاد الأوروبي، بموجب توجيه المجلس EEC/13/93 المؤرخ 5 أبريل 1993، بشأن الشروط غير العادلة في العقود المبرمة مع المستهلكين، حيث يرتبط العقد ارتباطًا وثيقًا بإقليم دولة عضو، وتعتبر الشروط غير العادلة غير مكتوبة، ويظل العقد ساري المفعول في جميع أحكامه بخلاف تلك التي تعتبر غير عادلة، إذا كان بإمكانه البقاء بدون هذه الشروط، وهو ما أكَّده المشرع بموجب نص المادة L1-241 من الأمر 2016-301، أحكام هذه المادة أيضاً تعتبر من النظام العام[2].

من خلال التعديلات السالفة الذكر، يتضِّح لنا أنه إذا نظرنا إلى إستراتيجية القانون المدني أو القانون العام للالتزامات أو العقود في مجمله، لوجدنا أن له طابع تدخلي لاحق لحماية المتعاقد المضرور مهما كانت صفته، بينما تتميَّز إستراتيجية قانون حماية المستهلك في استعمال منهج وقائي غالبًا وعلاجي أحيانًا أخرى، وهو ما يتجلَّى في تسليمه للالتزام بإعلام المستهلك بوصفه إحدى دعائمه الأساسية، فضلاً عن إيراده لتقنيات خاصة ومستحدثة، هدفها عقلنة سلوك المستهلك قبل أي إصلاح أو تعويض منها: أجل التفكير وحق الرجوع و حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود، وهي تقنيات وقائية تتلافى التكاليف الملازمة للمنازعة القضائية المصاحبة للضرر بعد حدوثه[3].

إن التوازن العقدي الذي يحاول المشرع تكريسه والذي يعني العقد نفسه يعدُّ مبدأ عامًا، كما أن التوازن الموضوعي وقت تكوين العقد لا يعدُّ أيضًا جوهر العقد، لأن مضمونه يُحدَّد من طرف المتعاقدين بكل حرية، إلا أن العقد على أساس مبدأ التوازن يجب أن يحترم التوازن بين الحقوق والالتزامات وبين بنود العقد، وبمعنى آخر يجب أن تكون هناك معادلة بين ما يعطيه

---

[1] *L'article 212 L, paragraphes 1 et 2 et 3 de l' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[2] *Voir les articles 232-1L et 241-1L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, ibid.*

[3] محمد بودالي، **(أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك)**، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد2016/05، الجزائر، ص229.

المتعاقد وما يحصل عليه، وأن لا يكون خاضعًا لالتزامات غير متكافئة، مع ما يقع على عاتق المتعاقد معه في إطار الاقتصاد الإجمالي للعقد[1].

إن محاربة اختلال التوازن العقدي غير كافية لحماية رضا المستهلك المتعاقد، الذي يتعاقد مع الطرف القوي في العلاقة الاستهلاكية، تلك العلاقات الاجتماعية غير المتوازنة التي تعدَّدت وكثرت بين الحقوق والالتزامات، إن قانون العقود اليوم يهدف إلى مكافحة كل اختلال في التوازن العقدي وإن كان توازنًا نسبيًا، فإذا وُجِدَ عدم تكافؤ بارز في العقد فإن فكرة تكريس مبدأ التوازن العقدي أجازت للقاضي بطلب من أحد المتعاقدين أو من كليهما، إقامة التوازن العقدي أو إعادة التوازن المختَّل، وذلك على أساس العدالة التبادلية المؤسَّسة على المساواة بين المتعاقدين، ومن ثم المساواة بين الحقوق والالتزامات[2].

وعليه نستنتج أن المشرع الفرنسي تخلَّى عن الأسلوب التشريعي في محاربة عدم التوازن العقدي، عن طريق التصدي للشروط التعسفية والأخذ بالأسلوب التنظيمي متبعًا في ذلك نظيره المشرع الألماني، معتمدًا على نظام القوائم بموجب المرسوم رقم 2016 -884 فوضع قائمتين من الشروط، قائمة سوداء يفترض فيها الطابع التعسفي بشكل قاطع بقوة القانون، وقائمة رمادية يفترض فيها التعسف ما لم يثبت المهني العكس[3].

إن التطور الاجتماعي والاقتصادي للعقد الذي وصل إليه المجتمع، كان يجب أن يمنح القاضي أكثر حرية لإعادة التوازن المختَّل في العقد، وإذا كانت التشريعات التي تبنَّت مبدأ سلطان الإرادة في تنظيم العلاقات العقدية، ترفض أن يتولَّى القاضي الرقابة الموضوعية لتعادل أداءات أطراف العقد، فيجب تجاوز مثل هذا المبدأ لأن الاختلال الموضوعي الظاهر لأداءات أطراف العقد أو لحقوقهم والتزاماتهم أو الاقتصاد الإجمالي للعقد، وهو الذي يجب أن يقود القاضي لإعادة التوازن دون الأخذ بعين الاعتبار الصفات الذاتية للمتعاقدين، من أجل تحقيق

---

[1] ذهبية حامق، (**النظرية العامة للعقد تصور جديد**)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر، ص95.

[2] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] اعماره صوالح محمد، نورة جبارة، (**ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة حمائية للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان، دراسة مقارنة**)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد 11، العدد 01، تاريخ النشر: 2020/04/28م، (ص ص: 750 -777)، ص760.

عدالة عقدية في العقود، غير أن المساواة بين المتعاقدين والتوازن العقدي لا يمكن أن يتحقق إلا بالتعاون بين أطراف العقد[1].

من خلال ما سبق يتضح لنا أن المشرع يتدخل في العلاقة العقدية، بواسطة مفهوم النظام العام الاقتصادي الحمائي لتعديل العقد، من أجل إقامة المساواة والتوازن العقدي، وكذا ضمان استقرار المعاملات ومراقبتها، ويظهر أن تدخل الدولة في العقد بعد انتشار عقود الإذعان، يهدف إلى حماية الطرف الضعيف من هيمنة المتعاقد المُتفوِّق، ومفاد ذلك أنه لم يعد يهدف إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين فحسب، وإنما يسعى بفضل النظام العام الاقتصادي إلى المحافظة على المصلحة العامة[2].

2 - التصدي للشروط التعسفية بموجب المرسوم 2016 -884 المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك

لقد جاء النص على فكرة تحقيق التوازن العقدي عن طريق التصدي للشروط التعسفية، في الفصل الثاني من المرسوم رقم 2016 -884 المؤرخ في 2016/06/29، المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي، تحت عنوان:" شروط غير عادلة "، حيث جاء نص المادة 212 -R1 كما يلي:" في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين، والتي تعتبر غير منصفة على نحو لا رجعة فيه، بالمعنى المقصود في أحكام الفقرتين الأولى والرابعة من المادة 212 -L1[3] ومن ثم فهي محظورة، هي أحكام تكون موضوعها أو أثرها:

1 - إقرار التزام المستهلك بالبنود الغير وارده في النص المكتوب الذي يقبله أو التي تم تضمينها في وثيقة أخرى لم تتم الإشارة إليها صراحة عند إبرام العقد والتي لم يكن لديه علم بها من قبل انتهائه؛

2 - تقييد التزام المهني باحترام الالتزامات التي تعهد بها موظفوه أو وكلاؤه؛

3 - أن يكون للمهني الحق في تعديل شروط العقد المتعلقة بمدته من جانب واحد، أو خصائص أو سعر البضاعة المراد تسليمها أو الخدمة المراد تقديمها؛

4 - منح المهني لوحده الحق في تقرير ما إذا كانت البضائع المسلَّمة أو الخدمات

---

[1] ذهبية حامق، مرجع سابق، ص97.

[2] المرجع نفسه، ص85.

[3] *Voir l'articles 212-1L, paragraphes 1 et 4 de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

المقدَّمـة لا تمتثـل لشروط العقد أو منحه الحق الحصري في تفسير أي شرط من شروط العقد؛

5 - يُلـزِم المستهلك بالوفاء بالتزاماته في حين أن المهني لن يـفي بالتزاماته بالتسليم أو ضمـان السلعة أو التزامه بتقديم الخدمة؛

6 - إلـغاء أو تقليـص الحـق في التعويض عن الضـرر الذي لحـق المستهلك في حالـة فشل المهني في الوفاء بأي من التزاماته؛

7 - منـع المستهلك من المطالبة بحـل العقـد أو إنهائه في حالـة عـدم وفاء المهني بالتزاماتـه بتقديم الخدمة أو ضمانها؛

8 – الاعتـراف بحـق المهـني في إنهاء العقـد بطريقة تقديريـة، دون الاعتراف بنفـس الحـق للمستهلك؛

9 - السـماح للمهـني بحجب المبالـغ المدفوعة مقابـل الخدمات التي لم يؤديها، عندما يقـوم بإنهاء العقد بنفسه؛

10 - في العقـود الغير محـدَّدة المـدة، يكون للإنهاء مهلـة إشـعار أطـول للمستهلك من فترة الإشعار بالنسبة للمهني؛

11- أن تجعل إنـهاء المستهلك في العقـود الغير محـدَّدة المـدة، مقابل دفع تعويض لصالح المهني؛

12 - أن يفرض على المستهلك عبء الإثبات، والذي ينبغي وفقًا للقانون المعمول به، أن يقع عادة على الطرف الآخر في العقد"[1].

لقـد تم أيضًا تحديد الأحكام التي يمكن اعتبارها غير عادلـة بين المحتـرف أو المهني والمستهلك، بموجب ما جاء في نص المادة 212 -2 R بقـولها أنـه:" في العقـود المبرمـة بين المهنيين والمستهلكين، تُعتبر أحـكام غير عادلـة بالمعنى المقصـود في أحكام الفقرتين الأولى والخامسة من المـادة 212 -L1[2]، باستثناء أحكام المحترف الذي يتعيَّن عليه أن يثبت خـلاف ذلك، وهي أحكام يكون هدفها أو أثرها:

1 - ينص على التـزام صارم من قبـل المستهلك، في حين أن أداء خـدمـات المهـني يخضـع لشـرط يعتمـد تحقيقـه فقط على إرادته؛

[1] *L'article n°212-1R de le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, op.cit.*

[2] *Voir l'articles 212-1L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

2 - التصريح للمهني بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك عندما يتخلَّى العميل عن إبرام العقد أو تنفيذه، دون النص بشكل متبادل على حق المستهلك في الحصول على تعويض بمبلغ معادل، أو مضاعفة المبلغ في حالة دفع وديعة بالمعنى المقصود في المادة L1- 214، إذا كان المهني هو الذي يتخلَّى عن هذه المطالبة؛

3 - أن يفرض على المستهلك الذي لا يفي بالتزاماته تعويضًا عبارة عن مبلغ غير متناسب بشكل واضح؛

4 - الاعتراف للمهني بالحق في إنهاء العقد دون إشعار لمدة معقولة؛

5 - السماح للمهني بتحويل عقده دون موافقة المستهلك، حيث من المحتمل أن يؤدي هذا النقل إلى تقليل حقوق المستهلك؛

6 - احتفاظ المهني بالحق في تعديل بنود العقد المتعلقة بحقوق الأطراف والتزاماتهم من جانب واحد، بخلاف تلك المنصوص عليها في البند 3 من المادة R1- 212؛

7 - تحديد تاريخ إرشادي لتنفيذ العقد، إلا إذا كان ذلك مصرحًا به بموجب القانون؛

8 - أن يكون لتقديم قرار إنهاء العقد شروط أكثر صرامة بالنسبة للمستهلك مقارنة بالمهني؛

9 - تقييد وسائل الإثبات المتاحة للمستهلك على نحو لا مبرِّر له؛

10- أن تلغي أو تُعَطِّل ممارسة المستهلك للإجراءات أو سبل الإنصاف القانونية، وعلى وجه الخصوص، إلزام المستهلك بالإشارة حصريًا إلى محكمة تحكيم، لا تشملها أحكام قانونية أو بالشروع حصرًا في طريقة بديلة لتسوية المنازعات"[1].

كما أنه يوجد العديد من الاستثناءات على أحكام المادتين R1- 212 و R2- 212، نصت عليها بعض المواد من المرسوم رقم 2016 -844 المتضمن الجانب التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي وهي كالتالي:

ما جاء بموجب المادة R3- 212 حيث نصت على أنه لا تنطبق الفقرة 3 من المادة R1- 212 والفقرتين 4 و6 من المادة: R2- 212 على ما يلي:

1 - المعاملات المالية المتعلقة بالأوراق القابلة للتحويل وغيرها من المنتجات أو الخدمات التي يرتبط سعرها بتقلبات أسعار العملات أو المؤشرات التي لا يتحكم فيه المهني؛

[1] *L'article n°212-2R de le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, op.cit.*

2 - عقـود شـراء أو بيـع العمـلات الأجنبيـة أو الصكوك السياحية أو الحوالات الماليـة الدولية الصادرة في مكاتب البريد والمُقَّدرة بالعملة الأجنبية[1].

أمَّا المادة 212 -R4 فقد أكـَّدت على أن الفقرة 3 من المادة 212 -R1 والفقرة 6 من المادة 212 -R2، لا تمنع وجود بنود يحتفظ بها مُقدِّم الخدمات الماليـة بحقه في تعديل سعر الفائدة المستحق عليه من قبل المستهلك، أو مبلغ أي نفقات تتعلـق بالخدمات الماليـة، دون أي إشعار في حالـة وجود سبب مشروع، بشـرط أن يطلب من المهني إبلاغ الأطراف المتعاقدة الأخرى، في أقرب وقت ممكن بأنهم أحرار في إنهاء العقد على الفور.

الفقـرة 8 من المادة 212 -R1 والفقـرة 4 من المادة 212 -R2، لا تستبعد وجـود بنود يحتفظ بها مُقـدِّم الخدمات الماليـة، بالحق في إنهاء العقد غير المحدَّد المدة من جانب واحد، دون إشعـار مسبق في حالـة وجود سبب مشروع، بشرط أن يكون المهني ملزمًا على الفور بإبلاغ الطرف (الأطراف) المتعاقدة الأخرى.

الفقرة 3 من المادة 212 -R1 والفقـرة 6 من المادة 212 -R2، لا تمنـع وجـود بنود ينص العقد بموجبها عند إبرامه لفترة غير محدَّدة، أنه بإمكان المهني إجراء تغييرات من جانب واحد، تتعلق بسعر البضاعة المراد تسليمها أو الخدمة المراد تقديمها، شريطة أن يتم إخطار المستهلك في غضون فترة زمنية معقولة، ليكون قادرًا إذا لزم الأمر على إنهاء العقد.

الفقرة 3 من المادة 212 -R1 والفقرة 6 من المادة 212 -R2، لا تمنع وجود بنود ينص العقد من خلالها، على أنه يجـــوز للمهني إجراء تعديلات انفراديـــة على العقد ذات صلة بالتطورات التقنية، إذا لم يسفر ذلك عن زيادة في الأسعار أو تغيير في النوعية والخصائص، التي يكون فيها غير المهني أو المستهلك قد أظهر التزامه في العقـد، تسري أحكام المواد من 212 -1 إلى 212 -4 على العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين، حسب ما أفصحت عنه المادة 212 -R5[2].

من خلال ملاحظتنا للأسلوب التنظيمي الفرنسي في نصوص المواد من 212 -R1 إلى 212-R5 ضمن المرسوم 2016 -884، نستنتـج أن المشرع أخذ بنـظام القوائـم في مكافحته للشروط التعسفية بهدف تحقيق التوازن العقدي، فوضـع قائمة سوداء تحمل شروط تعسفية بقوة

[1] *L'article n°212-3R de le décret n° 2016-884, op.cit.*
[2] *L'article 212 R, paragraphes 4 et 5 de le décret n° 2016-884, ibid*

القانون لا يمكن للمهني أثبات الطبيعة غير التعسفية لها، والبعض الآخر أشار إليه في القائمة الرمادية التي تضم الشروط المفترض فيها الطابع التعسفي ما لم يثبت العكس، ومنه نؤيد ما استخلصه البعض بقولهم أن المشرع بهذه الطريقة أعاد تنظيم الشروط المتضمنة في ملحق القانون الفرنسي رقم 95-96، ولكن جعل لها قيمة وحجية أقوى من تلك التي كانت عليها، وذلك بإعادة توزيعها ما بين شروط تعسفية بقوة القانون وشروط يفترض فيها الطابع التعسفي[1].

ثانيًا: التصدي للشروط التعسفية في التشريع المغربي

تصدى المشرع المغربي للشروط التعسفية بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وبالضبط في المواد من 15 إلى 20 من القسم الثالث تحت عنوان: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث نصت المادة 1/15 منه على ما يلي:" يعتبر شرطًا تعسفيًا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك"[2].

أمَّا المادة 16 من القانون 08-31 فقد نصت على أنه دون الاخلال بقواعد التأويل المنصوص عليها في الفصول من 461 إلى 473 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331(12 أغسطس1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية"[3].

لقد قام المشرع المغربي بوضع المعيار الذي يمكن الاعتماد عليه لتحديد الشروط التعسفية، المتمثل في اختلال التوازن بين حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك، وقام بالتأكيد عليه عبر وضع لائحة من الشروط التعسفية، من بينها مثلاً ما يقضي بإلزام المستهلك بالتنازل عن حقه في الرجوع للقضاء، من خلال إلغاء أو عرقلة حقه في إقامة الدعاوى القضائية أو

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص192.

[2] ظهير شريف رقم 03-11-1 صادر في 14 من ربيع الأول 1432(18 فبراير 2011)، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

[3] القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه، أو إلزامه بعبء الإثبات الذي عادة ما يقع على المتدخل طبقًا للتشريع المعمول به[1].

لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط حسب مدلول المادة 16، تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملائمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة، ما دامت الشروط محرَّرة بصورة واضحة ومفهومة[2].

وتُعدُّ هذه الشروط شروطًا تعسفية كونها تُخِلُّ بالتوازن العقدي وتحقق للمورد مكاسب ومزايا مادية ومعنوية على حساب المستهلك، وتحول دون رقابة القضاء لعقود الاستهلاك التي تُضَمَنُ فيها مثل هذه الاشتراطات، وتعتبر سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة من المسائل المهمة التي يتمتع بها لتعديل هذه الشروط أو إلغائها، ذلك أن الشروط التعسفية عادة ما تأتي في العقد غامضة وغير محدَّدة المعاني حيث لا ينتبه إليها المستهلك[3].

هذا الأمر جعل المشرع المغربي ينص في القانون رقم 31 -08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك، على أنه في حالة الشك حول مدلول أحد الشروط التعسفية، يرجع التأويل فيها إلى المعنى الأكثر فائدة بالنسبة إلى المستهلك[4].

لقد جاء في أحد اجتهادات قضاء النقض المغربي ما يلي:" إن الغموض الناشئ عن المقارنة بين بنود العقد لا يؤدي إلى تجريده من كل أثر، فإعمال العقد خير من إهماله، ويقتضي إعمال العقد أن تقوم المحكمة بتأويله وتبحث نية المتعاقدين، دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ ولا عند تركيب الجمل، إن المحكمة لما جرَّدت العقد من كل أثر والحال أنه يمكن التوفيق بين بنوده، تكون قد خرقت مقتضيات الفصل 462 من ظهير الالتزامات والعقود وعرَّضت قضائها للنقض"[5].

---

[1] عالي طوير، مرجع سابق، ص361.

[2] راجع في ذلك: المادة 17 من القانون 08 -31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

[3] عالي طوير، مرجع سابق، ص361 -362.

[4] القانون رقم 08 -31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

[5] قرار المجلس الأعلى، عدد 752، بتاريخ 1987/12/01، مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي، العدد 31، مارس 1988، ص32 -33، أشار إليه عالي طوير، مرجع سابق، ص362.

هناك عدَّة حالات تستدعي التفسير لاستظهار النية الحقيقية للمتعاقدين، هي حالة غموض عبارات العقد ووضوح الإرادة، أو العكس حالة غموض الإرادة ووضوح العبارات، ثم حالة غموض الإرادة والعبارات معًا، والحالة التي تثير الشك في مدى الالتزام المتولِّد عنه[1].

مع مراعاة تطبيق النصوص التشريعية الخاصة أو تقدير المحاكم أو هما معًا، وعلى سبيل المثال لا الحصر، تعتبر شروط تعسفية إذا كانت تتوفر فيها الشروط المذكورة بالمادة 15، ويكون الغرض منها أو يترتب عنها ما يلي:

1 - إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة إخلال المورد بأحد التزاماته؛

2 - احتفاظ المورد بالحق في أن يغير من جانب واحد خصائص المنتوج أو السلعة المزمع تسليمها أو الخدمة المزمع تقديمها؛

غير أنه يمكن التنصيص على أنه يجوز للمورد إدخال تغييرات مرتبطة بالتطور التقني، شريطة ألا تترتب عليها زيادة في الأسعار أو مساس بالجودة، وأن يحفظ هذا الشرط للمستهلك إمكانية بيان الخصائص التي يتوقف عليها التزامه؛

3 - إعفاء المورد من المسؤولية القانونية أو الحد منها في حالة وفاة المستهلك أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة تصرف أو إغفال من المورد؛

4 - إلغاء حقوق المستهلك القانونية أو الحد منها بشكل ملائم إزاء المورد أو طرف آخر، في حالة عدم التنفيذ الكلِّي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من طرف المورد لأي من الالتزامات التعاقدية، بما في ذلك إمكانية مقاصة دين للمورد على المستهلك بدين قد يستحقه هذا الأخير على المورد؛

5 - التنصيص على الالتزام النهائي للمستهلك في حين أن تنفيذ التزام المورد خاضع لشرط يكون تحقيقه رهينًا بإرادته وحده؛

6 - فرض تعويض مبالغ فيه أو الجمع بين عدَّة تعويضات أو جزاءات عند عدم وفاء المستهلك بالتزاماته؛

[1] عالي طوير، مرجع سابق، ص362.

7 - تخويل المورد الحق في أن يُقرِّر فسخ العقد إذا لم تمنح نفس الإمكانية للمستهلك، والسماح للمورد بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة برسم خدمات لم ينجزها بعد عندما يقوم المورد نفسه بفسخ العقد؛

8 - الإذن للمورد في إنهاء العقد غير محدَّد المدة دون إعلام سابق داخل أجل معقول، ما عدَا في حالة وجود سبب خطير؛

9 - تمديد العقد محدَّد المدة بصفة تلقائية في حالة عدم اعتراض المستهلك، عندما يُحدَّد أجل يبعد كثيرًا عن انتهاء مدة العقد باعتباره آخر أجل ليعبر المستهلك عن رغبته في عدم التمديد؛

10 - التأكيد على قبول المستهلك بصورة لا رجعة فيها لشروط لم تُتَح له بالفعل فرصة الاطلاع عليها قبل إبرام العقد،

11 - الإذن للمورد في أن يغير من جانب واحد بنود العقد دون سبب مقبول ومنصوص عليه في العقد ودون إخبار المستهلك بذلك؛

12 - التنصيص على أن سعر أو تعريفة المنتوجات والسلع والخدمات يُحدَّد وقت التسليم أو عند بداية تنفيذ الخدمة، أو تخويل المورد حق الزيادة في أسعارها أو تعريفتها دون أن يكون للمستهلك، في كِلْتَا الحالتين، حق مماثل يُمكِّنه من فسخ العقد عندما يكون السعر أو التعريفة النهائية، مرتفعة جدًا مقارنة مع السعر المتفق عليه وقت إبرام العقد؛

13 - تخويل المورد وحده الحق في تحديد ما إذا كان المنتوج أو السلعة المسلَّمة أو الخدمة المقدَّمة مطابقة لما هو منصوص عليه في العقد أو في تأويل أي شرط من شروط العقد؛

14 - تقييد التزام المورد بالوفاء بالالتزامات التي تعهد بها وكلاؤه أو تقييد التزاماته باحترام إجراء خاص؛

15 - إلزام المستهلك بالوفاء بالتزاماته ولو لم يَفِ المورد بالتزاماته؛

16 - التنصيص على إمكانية تفويت العقد لمورد آخر إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى تقليص الضمانات بالنسبة إلى المستهلك دون موافقة منه؛

17 - إلغاء أو عرقلة حق المستهلك في إقامة دعوى قضائية أو اللجوء إلى طرق الطعن، وذلك بالحد بوجه غير قانوني من وسائل الإثبات المتوفرة لديه أو إلزامه بعبء الإثبات الذي يقع عادة على طرف آخر في العقد.

في حالة وقوع نزاع حول عقد يتضمن شرطًا تعسفيًا، يجب على المورد الإدلاء بما يثبت الطابع غير التعسفي للشرط موضوع النزاع[1].

إن تدخل القضاء لحماية المستهلك من الشروط التعسفية لا ينحصر في سلطة التفسير، بل يتعداه إلى سلطة إلغاء هذه الشروط متى شابها تعسف كبير ولو كانت بنودها واضحة، مادام أن المستهلك لم يكن بوسعه أن يفعل شيئًا رغم هذا الوضوح، فتعديل الشرط التعسفي يعني الإبقاء عليه مع رفع سمة التعسف عنه، أمَّا إلغاء هذا الشرط فإنه يُمكِّن القاضي من أن يعفي المستهلك من كافة التحملات المرهقة وإرجاع الحد الأدنى من التوازن في العقد[2].

لقد اعتبر المشرع المغربي الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك ملغيًا وباطلاً، على أن تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائمًا بدون ذلك الشرط، كما أنه اعتبر أحكام هذا القسم من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها[3].

وأرى ممَّا سبق شرحه أن المشرع في المغرب اتبع نهج المشرع الفرنسي في التصدي للشروط التعسفية في عقود الإذعان، خاصة بمناسبة تكريسه لفكرة اعتبار الشرط كأن لم يكن مع بقاء العقد صحيحًا، إلا أن هناك بعض الاختلاف في كونه نص على الشروط التي تعتبر تعسفية على سبيل المثال لا الحصر في القانون، على العكس من المشرع الفرنسي الذي وضع قائمتين من الشروط التعسفية على سبيل الحصر وأحالهما على التنظيم، قائمة من الشروط الغير عادلة بقوة القانون، وقائمة من الشروط التي يمكن اعتبارها غير عادلة.

وعليه يتضح جليًا قصور المشرع المغربي في تحديد الطابع التعسفي للشروط في عقود الإذعان، من خلال وضعه لقائمة من الشروط التعسفية في القانون على سبيل المثال، دون أن يضيف إليها قائمة من الشروط على سبيل الحصر في التنظيم كما فعل المشرع الجزائري، كما أنه كرَّس فكرة اعتبار الشرط باطلاً مع بقاء العقد صحيحًا متبعًا في ذلك نهج المشرع الفرنسي.

---

[1] المادة 18 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

[2] عالي طوير، مرجع سابق، ص362.

[3] أنظر: المادتين 19 و20 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

المبحث الثاني: نحو حماية واسعة للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان

في ظل تصاعد الرغبة التشريعية في توفير الحماية للمستهلكين في معظم دول العالم، ما يمكن ملاحظته هو توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر الشروط التعسفية في حد ذاتها، في نوع معيَّن من أنواع العقود أو بشأن نمط من نمط إعدادها[1].

قد يترتب عن عدم تكافؤ مراكز المتعاقدين خلق عدم توازن ظاهر في العقد، بحيث تكون التزامات أحد الطرفين غير معادلة لالتزامات الطرف الآخر، والواضح أن عدم التوازن الظاهر لا ينصب على التوازن المالي فحسب، بل يمتد إلى طبيعة الالتزامات الملقاة على كل طرف، وقد عرَّفه أحد المؤلفين على أنه:

« *Le déséquilibre significatif suppose une absence de réciprocité, un défaut de contrepartie, voir une disproportion entre les droit et obligations des parties*»[2]

ويظهر جليًا أن عدم التوازن الظاهر يشكل آفة يعاني منها العقد، يستوجب التدخل من أجل إيجاد الحل المناسب لمعالجة عدم التوازن دون المساس باستقرار المعاملات[3].

والمشرع الجزائري على غرار تلك التشريعات لم يتوان عن وضع نظام خاص لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، إن كفاءة أي نظام تشريعي يستهدف الحماية من تلك الشروط من بين ما يرتهن به طبيعة العقود التي تتضمنها أي النطاق الموضوعي للشروط التعسفية، حيث أن نطاق الحماية منها يتراوح اتساعًا وضيقًا بالنظر إلى المجال المادي لها[4].

إن تحديد موضوع الشروط التعسفية مرتبط بطبيعة العقود التي يمكن أن تتضمنها، فلا يمكن الجزم بأن كل عقود الاستهلاك قابلة لاحتواء شروط ذات طابع تعسفي، وذلك ما يؤكد الاختلاف التشريعي حولها، وعلى هذا الأساس يتوقف تحديد النطاق الموضوعي للشروط

---

[1] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، نوفمبر 2017م، (ص ص: 53 -64)، ص54.

[2] *Vogel Louis et Vogel Joseph, **Le déséquilibre significatif**, Lawlex-Bruylant-AFJE, Bruxelles, 2016, p12.*

[3] بلال عثماني، **أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية**، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/10/23م، ص108.

[4] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص54.

التعسفية اتساعًا وضيقًا على اتجاه كل مشرع بشأنها، وعليه سوف نتعرض للإطار القانوني للشروط التعسفية في العقود **(المطلب الأول)**، ثم نتعرض لاتجاهات تحديد نطاق الشروط التعسفية في العقود **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الإطار القانوني للشروط التعسفية في العقود

ممَّا لاشك فيه أن فكرة فرض الشروط التعسفية في العقود من الظواهر الصعبة التي يتعرض لها المستهلك، بمناسبة تلبيته لاحتياجاته سعيًا منه إلى إبرامها باندفاع وسرعة، بحيث يجعل ذلك المتدخل في الغالب يسعى لفرض شروطًا، تكسبه العديد من وسائل الضغط على المستهلك أثناء تنفيذ العقد، وهو ما جعل التشريعات تهتم بوضع عدَّة أساليب لمكافحة هذه الشروط، ولن يتحقق ذلك إلا بمعرفة المعايير التي يجب الاعتماد عليها لتحديد الطابع التعسفي، وحتى يتمكن القاضي من التطبيق الأمثل للقانون يجب علينا تحديد نطاق تطبيقها[1].

الفرع الأول: معايير تحديد الطابع التعسفي

لقد استخدم المشرع الفرنسي في قانون 1978/01/10 المتمم والمكمل بالمرسوم التنفيذي المؤرخ في 1978/03/24، حين نصت المادة 35 منه على معيارًا مزدوجًا عند تقديره للشرط التعسفي، يتمثل في التفوق الاقتصادي الذي يفرضه المهني على المستهلك، بحيث يسمح هذا التفوق بتحقيق ميزة فاحشة أو مفرطة للمهني، كما قرَّرت بطلان الشرط التعسفي[2].

واعتبرت أيضًا المادة 132 -1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93 -949 المؤرخ في 1993/07/26 الشروط التعسفية كأنها غير مكتوبة، إن هذا النص متعلق بالنظام العام وبالتالي يكون باطل بطلانًا مطلقًا كل اتفاق بين المتعاقدين على مخالفته، ولا يستلزم التقنين الفرنسي أن يكون العقد من عقود الإذعان لكي يتم إبطال شروطه التعسفية[3].

إلا أن المشرع الفرنسي تخلَّى عنه باعتماده معيار وحيد بموجب المادة 132 -L1 من القانون 95 -96 المعدِّل لقانون الاستهلاك لسنة 1993، حيث عرَّفت الشرط التعسفي على أنه

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص173.

[2] *Moriba alain koné,* ***la protection du consommateur dans le commerce international passé par internet,*** *une analyse comparée des systèmes juridique européen, français, canadien et que becois, université de montreal, faculté de droit, aout 2007, p79.*

[3] جلول دواجي بلحول، **الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الالكترونية**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2014 -2015م، ص159.

ذلك الشرط الذي ينشأ عنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وهو ما كرَّسه المشرع في القانون الجديد عند تعريفه للشرط التعسفي، بمقتضى المادة 212 -L1 من الأمر 2016 -301 الصادر بتاريخ 2016/03/14 المتضمن قانون الاستهلاك[1].

ولتحديد المعيار المعتمد في تعريف الشرط التعسفي اتبع المشرع الجزائري النهج نفسه، بموجب المادة 5/03 من القانون 04 -02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث نصت على: كل بند أو شرط...من شأنه الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[2]، إلا أنه إلى جانب ذلك لجأ المشرع في كل من فرنسا والجزائر للأسلوب التشريعي لتقدير الطابع التعسفي للشرط، ثم أخذ بالأسلوب التنظيمي في تقدير الشرط التعسفي.

أولاً: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي

لقد نصت المادة 212 -L1 من الأمر 2016 -301 المقابلة للمادة 132 -L1 من القانون 95 -96 المتضمن قانون الاستهلاك القديم على أنه:" في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين تعتبر شروطًا تعسفية الشروط التي ينشأ عن موضوعها أو ينتج عن آثارها على حساب غير المهني أو المستهلك اختلالاً ظاهرًا بين حقوق والتزامات أطراف العقد"، يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي استقر منذ تعديل سنة 1995على اعتبار أن الشرط التعسفي، هو ذلك الشرط الذي يسبب اختلالاً ظاهرًا بين حقوق والتزامات أطراف العقد[3].

يرى بعض الفقهاء أن هذا التعديل الاصطلاحي لم يغير شيء في المفهوم على أساس أن فكرة الإخلال الظاهر هي نفسها الميزة الفاحشة، وبالتالي فإن الإخلال الكبير بالتوازن العقدي يعطي الميزة الفاحشة للمهني على حساب المستهلك، كما أن هذا الاختلال يتم تقديره وفقًا للقوة الاقتصادية التي يستخدمها الطرف القوي، ويتم تقيِّمه على ضوء القيمة الاقتصادية للعقد[4].

وفي مقابل هذا التوجه يرى فقهاء آخرون عدم التقليل من أهمية هذا التعديل الاصطلاحي الذي جاء به قانون 1995، لأن واضعي قانون 1978/01/10 صرَّحوا بأن معيار الميزة المفرطة موضوعه إقصاء الشروط التي لها قابلية لإيجاد حادث مهم على تنفيذ العقد، وليس

---

[1] *L' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.*

[2] القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[3] *Voir l' articles n° 212-1L de le l' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص182.

تصحيح عيب في التوازن بين الحقوق والالتزامات، وهو ما قصده المشرع في قانون 1995 من خلال توسيع نطاق تطبيق هذا القانون، لأن بعض الشروط تعتبر تعسفية ولو لم تكن مفروضة بسبب التعسف في استعمال القوة الاقتصادية[1].

تاريخيًا يعود أول ظهور لفكرة اختلال التوازن العقدي على الصعيد التشريعي إلى التوجيه الأوروبي رقم 93-13 الصادر في 15 أفريل 1993 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث عرَّفت المادة 1/03 من الفصل الثالث منه الشرط التعسفي على أنه:" الشرط الذي لم يكن محل مناقشة شخصية، عندما يكون مخالفًا لمقتضيات حسن النية، ويُرتِّب ضررًا للمستهلك يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد بين أطرافه"[2].

لقد كان لصدور هذا الأخير أثره البالغ على النظام القانوني الفرنسي، وتجلَّى ذلك من خلال تخلِّي المشرع عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون رقم 78-23 لسنة 1978، وهي التعسف في استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفرطة، والأخذ بمعيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق والالتزامات[3].

نلاحظ أن المشرع الفرنسي تأثر في نفس السياق بما جاء في تعليمة التوجيه الأوربي، وكان ذلك بموجب المادة L1-132 من القانون رقم 95-96 التي تقابلها المادة L1-212 من الأمر 2016-301 المتضمن قانون الاستهلاك الجديد، حيث هجر بموجبها معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، الذي اعتمده سابقًا بموجب المادة 35 من القانون رقم 78-23، معتمدًا معيار الميزة الفاحشة ولكن في ثوب جديد، عبر عنه بعدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة[4].

لقد سار المشرع الجزائري على ذلك المنهج حيث أخذ بنفس المعيار، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 5/03 من القانون 04-02 بقولها:" كل بند أو شرط...من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، ولما كان معيار الإخلال الظاهر بالتوازن

---

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص41.

[2] رضا معوش، مرجع سابق، ص32-33.

[3] إيمان بوشارب، **حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية: 2011-2012م، ص67-68.

[4] رضا معوش، مرجع سابق، ص32-33.

مجرَّد ترديد لمعيار الميزة المفرطة، فإن ما سبق قوله بشأن معيار الميزة المفرطة ينطبق على معيار الإخلال الظاهر بالحقوق والالتزامات، سواء في القانون الفرنسي أو الجزائري[1].

يعتبر اعتماد معيار الاختلال الظاهر في قانون 1995 رجوعًا إلى الأصل، لأن الأعمال التحضيرية لقانون 1978 تشهد على ذلك، كما أن مشروع قانون (*Scrivener*) اقترح إضفاء الطابع التعسفي على الشروط التي تشكل اختلالاً ظاهرًا بين الحقوق والالتزامات، بالإضافة إلى أن لجنة الوزراء لمجلس الاتحاد الأوروبي بمقتضى التوجيه رقم 76 -47 المؤرخ في 1976/11/16، المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة من قبل المستهلكين، أكَّدت على الأخذ بنفس المعيار(الاختلال الظاهر)[2].

تعتبر ألمانيا من أوائل الدول الأوربية التي وضعت قانون في هذا المجال، حيث أصدرت قانون خاص بمقاومة الشروط العامة في العقود وحماية الطرف المُذعَن منها، بتاريخ 1976/12/09 والذي بدأ العمل به في1977/04/01، وقد كان الهدف من هذا القانون هو حماية المستهلك في مواجهة عدم التوازن، الناتج عن العقود المكتوبة مسبقًا بإرادة أحد الطرفين، ومواجهة ما يؤدي إليه سوء استخدام الشروط العامة في العقود، من تحايل على مبدأ حرية التعاقد الذي جاء في القانون المدني الألماني بما يلحق الضرر بالمتعاقدين[3].

حيث نصت المادة 09 من القانون المذكور أعلاه على ما يلي:" تعتبر الشروط العامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد بطريقة غير معقولة، ويكون ذلك بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية"[4].

إذن المشرع الألماني بموجب القانون المتعلق بالشروط العامة للعقد، اعتبر أن الشروط التعسفية تضر بالشريك في العقد مع المشترط، وتكون بطريقة مناقضة لمقتضيات حسن النية،

---

[1] سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص75.

[2] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص41.

[3] وهيبة همشاوي، نجوى حمودة، **الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية**، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2012 -2013م، ص24.

[4] أحمد عامر قاسم القيسي، مرجع سابق، ص36.

وهو ما يؤكد صحة محتوى تعليمة التوجيه الأوروبي المتعلقة بالشروط التعسفية، حينما اعتبرت الشرط المخالف لمقتضيات حسن النية تعسفي، لأنه لم يكن محل مناقشة شخصية في العقد[1].

ثانيًا: المعيار التشريعي لتحديد الطابع التعسفي

إن معظم التشريعات حدَّدت الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر، وهي الشروط التي يترتب عليها عدم التوازن العقدي، فمثلاً المشرع المغربي حدَّد بعض الشروط التي تكون تعسفية على سبيل المثال لا الحصر وهو مأخذ به المشرع الفرنسي والجزائري، على عكس المشرع الألماني الذي حدَّد هذه الشروط ضمن قائمتين على أساس مدى قابليتها للتقييم وللسلطة التقديرية للقاضي[2].

وضع المشرع الألماني سنة 1976 قائمتين حدَّد من خلالها البنود التعسفية، سميت الأولى بالقائمة السوداء تتضمن بنود تعسفية بقوة القانون لا يحتاج المستهلك لإثباتها، والقائمة الثانية تدعى بالرمادية حيث تتضمن بنود يفترض أنها تعسفية ما لم يثبت العكس[3].

1- القائمة السوداء:

وتضم هذه القائمة العديد من الشروط التعسفية التي تبطل بقوة القانون، دون الاعتراف بأيَّة سلطة تقديرية للقاضي، وهي ثمانية شروط محدَّدة في المادة 10 وتتعلق بوجه الخصوص بما يلي:

- إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف؛
- إضافة أجل طويل لتنفيذ التزامه؛
- حقه في إبطال العقد دون أساس مادي مُبرَّر أو في تعديله آخذًا في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك.
- الحق في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو فسخه؛

---

[1] فتيحة حماز، **الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية: 2017 -2018م، ص11 -12.

[2] سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص76.

[3] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص186.

- الحق في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يُبرِّر هذا الاختيار وجود مصلحة مشروعة[1].

2 - القائمة الرمادية:

نصت المادة 11 من القانون الألماني على قائمة تتضمن عشرة أصناف من الشروط التعسفية الباطلة، وتتعلق على وجه الخصوص[2] بما يلي:

- حق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلَّم أو يوفَّى ثمنها 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 الكلِّي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية 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 ولعلَّ أهم هذه الشروط هو شرط الضمان[3].

أمَّا القانون الفرنسي لسنة 1978 فقد منح للسلطة التنظيمية مهمة تحديد البنود التعسفية، بعد أخذ رأي لجنة الشروط غير العادلة، وكان ذلك بموجب المرسوم المؤرخ في 1978/03/24، الذي نص على ثلاثة بنود تعتبر تعسفية ألغي أحد هذه البنود من طرف مجلس الدولة[4].

من خلال تعديل 1995 المستوحى من التوجيه الأوروبي لعام 1993 جاء المشرع بملحق لقانون الاستهلاك، يتضمن قائمة تتكون من17 بندًا تعسفيًا أشارت إليه الفقرة 03 من المادة

---

[1] محمد بودالي، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص21.

[2] محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2007م، ص21.

[3] سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص76 -77.

[4] *Le décret n° 78-464 du 24/03/1978, portat application du chapitre IV du la loi n°78-23 du 10/01/1978, sur la protection et l'information des consommateurs de produit et servies, JORF du 25/03/1978.*

L1- 132 بقولها:" يلحق بهذا التقنين ملحق يشمل على قائمة إرشادية لا حصرية من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية إذا توفرت فيها الشروط الواردة في الفقرة الأولى"، حيث أنه بذلك اعتمد الأسلوب التشريعي بالنص على القائمة الملحقة بالقانون، إلا أنها هذه القائمة إرشادية بحتة لا تعفي المدعي من إثبات الطابع التعسفي للشرط، اعتبرها البعض أنها قائمة بيضاء تتضمن شروط يمكن النظر إليها على أساس أنها تعسفية[1].

غير أن القانون رقم 2008 -776 المتعلق بعصرنة الاقتصاد نص في المادة 86 على تعديل الفقرة الثانية والثالثة، بحيث أصبحت الفقرة الثانية كما يلي:" يصدر مرسوم عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة الشروط غير العادلة، يُحدِّد قائمة البنود التي يفترض أنها تعسفية، وفي حالة ورود نزاع يتعلق بعقد يحتوي على هذه الشروط، يجب على المهني إثبات الطبيعة غير التعسفية للشرط محل النزاع" وهي تدعى بالقائمة الرمادية، أمَّا الفقرة الثالثة فقد نصت على أنه:" يصدر مرسوم بنفس الشروط يُحدِّد أنواع الشروط التي مع مراعاة خطورتها على التوازن في العقد بشكل قاطع أنها تعسفية في مفهوم الفقرة الأولى من القانون"، وهي قائمة تتضمن شروطًا تعسفية بقوة القانون تدعى بالقائمة السوداء[2].

كما أن نفس المادة في المطَّة الثانية نصت على" ملحق قانون الاستهلاك المُحدِّد لقائمة الشروط المشار إليها في الفقرة الثالثة من المادة 132 -1 من نفس القانون تعتبر ملغاة"، وبذلك ألغى المشرع القائمة التي وردت في القانون رقم 95 -96، ومن ثم تراجع المشرع الفرنسي عن الأسلوب التشريعي في تقدير الشرط التعسفي[3].

إن هذه الشروط التي يفترض فيها الطابع التعسفي إذا واجهت المستهلك يمكن اعتبارها تعسفية، غير أنه في حالة حدوث نزاع حول أحدها يمكن للمهني أن يثبت الطبيعة غير التعسفية للشرط، طبقًا لما ورد في المادة L1- 212 من قانون الاستهلاك الجديد، مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في المرسوم رقم 2016 -884 المتضمن القسم التنظيمي له[4].

أمَّا المشرع المصري فإنه لم يشير بشكل صريح إلى أحكام مواجهة الشروط التعسفية، إلا أنه في نظر البعض يأخذ على نحو غير مباشر بنظام القائمة الإرشادية، حيث نصت عليها

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص184 -185.

[2] *La loi n° 2008-776 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie, JORF n° 0181 du 05/08/2008.*

[3] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص185.

[4] *Voir ceci dans l'article n° 212-3 R de le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, op.cit.*

المادة الثانية من قانون حماية المستهلك رقم 2006/67، فيسترشد بها القاضي في تقدير الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، وهي عبارة عن طائفة من الحقوق جاءت على سبيل المثال لا الحصر، يحضر فيها إبرام أي اتفاق بين المهني والمستهلك من شأنه الإخلال بالحقوق الأساسية الخاصة بالمستهلك[1].

ثالثًا: المعيار التنظيمي لتحديد الطابع التعسفي

أخذ المشرع الفرنسي بالأسلوب التنظيمي في تقدير الشروط التعسفية عن طريق نظام القوائم، بموجب تعديل سنة 2008 متأثرًا بما ذهب إليه نظيره الألماني، حيث أنه بصدور المرسوم المؤرخ في 2009/03/18[2] الذي تمت الإشارة إليه في القانون رقم 2008 -776 المؤرخ في 2008/08/04 الذي يتعلق بعصرنة الاقتصاد، والمحدِّد لكيفيات تطبيق المادة L1- 132 من قانون الاستهلاك، التي تقابلها المادة L1- 212 من المرسوم رقم 2016 -301 المتضمن قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد، متبعًا صراحة النهج الألماني باعتماده قائمتان إلزاميتان قائمة سوداء والأخرى رمادية[3].

لقد تبنَّى المشرع الفرنسي نفس الاقتراح الذي طرحته لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك لسنة 1990، وما قدمته لجنة الشروط التعسفية سنة2001، بحيث تضمنت القائمة السوداء اثنا عشرة (12) شرطًا تعسفيًا ذكرتها المادة R1- 132، وتضمنت القائمة الرمادية عشرة (10) شروط تعسفية ذكرتها المادة R2- 132، من المرسوم رقم 2009 -302 المؤرخ في 2009/03/18[4]، حيث تقابلهما على التوالي المادتين R1- 212 وR2- 212 من القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك الجديد[5].

من خلال ملاحظتنا للأسلوب التنظيمي في القانون الفرنسي نخلص إلى أنه يقوم على نظام القوائم، فنجد أنه نقل أغلب البنود الواردة في ملحق القانون الفرنسي رقم 95 -96، حيث نقل بعضها إلى القائمة التي تحمل شروطًا تعسفية بقوة القانون (القائمة السوداء)، فلا يمكن

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص187.

[2] *Le décret n°2009-302 du 18/03/2009 portant application de l'article132-1L du code de la consommation, JORF n° 0067 du 20/03/2009.*

[3] *L'articles n° 212-1L de le l' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[4] *Le décret n°2009-302 du 18/03/2009 portant application de l'article132-1L du code de la consommation, op.cit.*

[5] *Le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, op.cit.*

للمهني أن يثبت الطبيعة غير التعسفية لها، وأشار إلى بعضها الآخر في القائمة التي تتضمن الشروط التي يفترض فيها الطابع التعسفي ما لم يثبت العكس (القائمة الرمادية)[1].

وبالتالي نرى أن الأسلوب الذي أخذ به المشرع الفرنسي أعاد تنظيم الشروط التي جاء بها ملحق القانون، ولكن جعل لها قيمة وحجية أقوى من تلك التي كانت عليها، وبذلك أعاد توزيعها ما بين شروط تعسفية بقوة القانون وأخرى يفترض فيها الطابع التعسفي[2].

أمَّا بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يكتفي بالقائمة الواردة في المادة 29 من القانون 04 -02، حيث نص في المادة 30 منه على أنه:" بهدف حماية المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، وهو ما حدث فعلاً بموجب إصدار المرسوم التنفيذي 06 -306 الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3].

نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية حقوق المستهلك بطريقتين: الطريقة الأولى هي التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، والطريقة الثانية هي تدخل السلطة التنظيمية لمنع بعض الشروط التي تعتبرها تعسفية، لكن لم يقتصر المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الاستهلاك، وإنما خوَّلها منع الشروط التعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين المهنيين أو بين المهنيين والمستهلكين[4].

وبذلك يكون المشرع قد اتبع نهج المشرع الفرنسي في تكريس المرسوم التنظيمي الذي يصدر عن مجلس الدولة، بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية في مسألة تحديد الشروط

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص185.

[2] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص137 -138.

[3] لقد تم تعديل المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08 -44 المؤرخ في 2008/02/03، غير أنه لم يضف شيئاً سوى الزيادة في عدد أعضاء لجنة الشروط التعسفية من 7 أعضاء أصبح عددهم 10.

[4] سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص82 -83.

التعسفية، وفق ما أشارت إليه المادة L1-212 من قانون الاستهلاك الجديد، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطلب استشارة لجنة الشروط التعسفية[1].

ولذلك نستنتج أن المشرع الجزائري من خلال نصه على قائمة من الشروط التعسفية بمقتضى المرسوم التنفيذي، فإنه نقل أغلب البنود المشار إليها في الملحق الذي أورده القانون الفرنسي رقم 95-96، إلا أنه لم يُفرِّق بين البنود الواردة في القائمة المنصوص عليها في المادة 29 من القانون 04-02 والبنود التي جاء بها المرسوم التنفيذي رقم 06-306، بحيث كرَّر ذكر بعض الشروط في القائمتين، وهو ما يُبيِّن أنه لم يأخذ بما ذهب إليه التشريع الألماني والفرنسي في توزيع الشروط التعسفية[2].

وبعد دراستنا لمعايير تحديد الشروط التعسفية، توصلنا إلى أنه يجب على القاضي الفرنسي في البداية أن يبحث في أحد القوائم التي جاء بها التنظيم سواء كانت سوداء أو رمادية، وعند العثور على الشروط المذكورة ضمن أحدها فإن القاضي يصرح بالطابع التعسفي المطابق في القائمة، أمَّا إذا كان الشرط غير وارد في القوائم المنصوص عليها في المرسوم المتعلق بالقسم التنظيمي لقانون الاستهلاك، عندئذ يجوز للقاضي اللجوء إلى معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات في تقدير الشرط التعسفي[3].

وأرى أن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو أمثل معيار يمكن الاستناد عليه في إطار الحماية من الشروط التعسفية، ذلك لأنه يُوسِّع من نطاق الحماية ضد كل المتدخلين ولو لم تكن لديهم قوة اقتصادية، كما أنه يتجنب الانتقادات التي وُجِّهت لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، والتي لا يمكن الكشف عنها في كثير من الأحوال وكذا معيار الميزة المفرطة، بالإضافة إلى كون الاعتماد على هذا الأخير يهمل وضعيات التفوق الأخرى التي أثبتت خطورتها في الواقع العملي[4].

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص192.

[2] راجع في ذلك: قائمة البنود المذكورة في المادة 29 من القانون رقم 04-02 الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدَّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[3] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص194.

[4] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص68.

الفرع الثاني: تحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود

إن القضاء هو أول من استشعر حاجة المستهلك إلى الحماية من الشروط التعسفية لاسيما القضاء الفرنسي، وذلك بالنظر إلى قوة العون الاقتصادي على استغلال المستهلك وإساءة معاملته، بالرغم من أن مبدأ سلطان الإرادة كان يحدُّ من سلطة القضاء في إلغاء أو تعديل هذه الشروط، وبالتالي كان من الضروري على المشرع أن يتدخل من أجل توفير حماية قائمة على مبادئ ثابتة تؤدي إلى بسط نوع من التوازن بين أطراف العقد[1].

ومن خلال استعراضنا للتعريفات التي تم اقتراحها للشروط التعسفية يثار التساؤل التالي: هل النظام القانوني للشرط التعسفي ينطبق على كافة العقود أم أنه ينطبق على طائفة معيَّنة دون غيرها؟ وإذا ما حُدِّد نطاق الشرط التعسفي من حيث العقود فإن السؤال الذي يثار هو: من هم المتعاقدون الجديرون بالحماية من هذه الشروط؟ وما هو شكل العقود المتضمنة هذه الشروط الذي يجب الأخذ به وإتباعه[2].

كما أن أهمية تحديد نطاق الشروط التعسفية تتجلَّى في كون هذا النطاق يُعدُّ عنصرًا يتوقف تحديده على اعتبار العلاقة التعاقدية بمثابة ممارسة تعاقدية تعسفية أو ممارسة تعاقدية شرعية[3]، وعليه سنتناول نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود، ثم نتناول اتجاهات تحديد نطاق هذه الشروط في العقود.

إن تحديد مفهوم الشرط التعسفي يقتضي منا تحديد مجال تطبيقه، وهل أن منع الشروط التعسفية يسري على عقود الإذعان دون غيرها، أم أنه يمتد إلى كافة العقود الأخرى؟ فمن ناحية طبيعة العقد فالمادة 29 من القانون 04-02 صريحة حيث نصت على أنه:" تعتبر بنودًا وشروطًا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع..." وعليه فإن المشرع قد قصد العقود المبرمة بين المستهلك والبائع واستبعد العقود المبرمة بين المهنيين[4].

---

[1] أحمد خديجي، **قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، تاريخ المناقشة: 2016/05/12م، ص147.

[2] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص201.

[3] أحمد خديجي، مرجع سابق، ص147.

[4] نوال كيموش، **حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية**، مذكر ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية: 2010-2011م، ص60.

إن تحديد مجال تطبيق الشروط التعسفية يتم بتحديد أطراف العقد أو صفة المتعاقدين، من خلال تحديد مجال التطبيق من حيث الأشخاص، بالإضافة إلى أن أغلب التشريعات حصرت مجال تطبيق الشروط التعسفية في طائفة من العقود، وهو ما يتطلب معالجته في إطار تحديد مجال تطبيقها من حيث الموضوع[1].

أولاً: نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص

بمقتضى الأمر رقم 2016 -301 المتضمن قانون الاستهلاك الفرنسي أصبحت المادة L1- 132 تقابلها المادة L1- 212، وبقيت محتفظة بنفس المضمون إلا أنه تم حذف عبارة غير المهنيين بقولها:" في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تعتبر شروطًا تعسفية..." ثم أعاد النص على مصطلح غير المهنيين من خلال صياغة المادة L2- 212 بقولها:" تنطبق أحكام المادة L1- 212 أيضًا على العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين"[2].

وبناءً على ذلك يرى شراح القانون الفرنسي أن المشرع بمناسبة تعريفه في المادة التمهيدية لقانون الاستهلاك، والتي تعتبر مرجعًا في تحديد نطاق تطبيق أحكام قانون الاستهلاك، بأن المستهلك هو كل شخص طبيعي يتعاقد خارج نشاطه التجاري...ثم عرَّف غير المهني بأنه الشخص المعنوي الذي يتعاقد خارج الأغراض المهنية، وبذلك يكون قد أزال الغموض الذي تسببت فيه أحكام المادة L1- 132 القديمة من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 95-96، التي أكَّدت على اعتبار غير المهني من طائفة المستهلكين[3].

استنادًا إلى الصياغة الجديدة التي وردت في المادة L1- 212 لم يعدُّ المستهلك يشبه غير المهني، على أساس التوسُّع في مفهوم المستهلك بحيث أصبح يشمل فئات أخرى من الأشخاص لم يعد له أهمية، منذ إدراج المادة 1171 مدني فرنسي الجديدة التي نصت على ما يلي:" في عقود الإذعان يعتبر كل شرط يخلق اللاتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد يعتبر غير مكتوب..."[4].

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص177.

[2] *Voir ceci dans les articles 212-1L et 212-2L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[3] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص177.

[4] *Voir ceci dans le article n° 1171 de code civil - dernière modification le 01 octobre 2018 -Document généré le 08 janvier 2019 copyright (C) 2007-2019 legifrance-*

ومنه إذا كان الحق المتعلق بمواجهة الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك لا ينطبق إلا على المستهلكين، فيمكن لغيرهم الاعتماد على نص المادة 1171 الجديدة لإبطال هذه الشروط، وإذا كانت المادة 132 -L1 تثير غموضًا حول مصطلحي المستهلك وغير المهني، فإن المادة 212 -L2 قد جاءت صريحة واضحة دون غموض، باعتبار أن الشروط الواردة في العقد المبرم بين المهنيين وغير المهنيين، بمفهوم المادة التمهيدية لقانون الاستهلاك، يمكن اعتبارها تعسفية في إطار الشروط المُحدَّدة في المادة في 212 -L1 من قانون الاستهلاك[1].

من خلال النصوص القانونية المُحدِّدة للشروط التعسفية، يتضح أن هناك نوعين من الشروط: يتمثل النوع الأول في شروط تعسفية من شأنها تحقيق أفضلية للمتدخل عن طريق تخفيف التزاماته أو الزيادة في حقوقه، أو شروط من شأنها إلحاق الضرر بالمستهلك عن طريق إثقال كاهله بالتزامات تفوق طاقته أو حرمانه من بعض الحقوق الممنوحة له، أمَّا النوع الثاني فإنه يُكرِّر الأول في مضمونه ويختلف عنه شكلاً، فيقسِّم الشروط التعسفية إلى ما يتعلق ويرتبط بتكوين العقد، أو ما ورد منها بصدد تنفيذه أو ما تعلق بعدم تنفيذ الالتزامات العقدية[2].

المشرع الجزائري بمناسبة تعريفه للشرط التعسفي لم يُحدِّد أطراف العقد على غرار المشرع الفرنسي، إلا أنه بموجب المادة 1/29 من القانون 04 -02 ذكر طرفين هما المستهلك والبائع، وبالرجوع للمرسوم التنفيذي 06 -306 نجد أن المشرع استعمل كلمة العون الاقتصادي في أكثر من موضع، ممَّا يثير التساؤل حول اتجاه نية المشرع من خلال استعمال مصطلح البائع في القانون 04 -02 مع تحديده قائمة من الشروط التعسفية، بالإضافة إلى أنه أحالنا على قائمة أخرى بموجب المرسوم 06 -306 مستعملاً فيه مصطلح العون الاقتصادي[3].

والجدير بالتأييد أنه على الرغم من هذا التضارب المتباين، يرى البعض أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح البائع لكن كان يقصد بذلك العون الاقتصادي، ونلاحظ أنه لم يدرج كلمة البائع لا في باقي مواد القانون 04 -02 ماعدَا المادة 29 منه، ولا في المرسوم 06 -306

---

[1] *Guy raymond, **droit de consommation**, 4eme édition, lexis nexis, paris, 2017, p349.*

[2] زهيرة عبوب، **الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية**، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/04/17م، ص265.

[3] تنص المادة 29 -1 من القانون رقم 04 -02 على ما يلي:« تعتبر بنودًا وشروط تعسفية في العقود بين **المستهلك** و**البائع** لاسيما البنود التي تمنح لهذا الأخير...»، وتنص الماد 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 على ما يلي:« تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها **العون الاقتصادي** بما يأتي...».

بل استعمل كلمة العون الاقتصادي، ممَّا يجعلنا نؤيد مطلب شراح القانون الذي يتضمن ضرورة تعديل المادة 29 واستعمال مصطلح العون اقتصادي بدل البائع، لتحقيق نوع من الانسجام والتناغم بين النصوص التي تحكم الممارسات التجارية التشريعية منها والتنظيمية[1].

ثانيًا: نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الموضوع

من خلال نص المادة L1-212 من القانون الاستهلاك الفرنسي التي نصت في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين، نلاحظ أن الأحكام المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك، تنطبق على جميع العقود مهما كانت طبيعتها أو موضوعها، وبالرغم من وجود نصوص قانونية خاصة تطبق على بعض العقود، غير أنها غير مستبعدة من الاستفادة من الحماية المكرَّسة في قانون الاستهلاك ضد الشروط التعسفية، والقانون الفرنسي لم يشترط أن يكون هناك عقد إذعان لكي تشمله الحماية، وهو ما أزال الكثير من اللبس على هذا النوع من العقود[2].

لقد جاء بموجب التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المؤرخ في 1993/04/05، المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين لاسيما المادة 1/03 منه ما يلي:" يعتبر تعسفيًا الشرط الذي لم يكن موضوع مفاوضات فردية..."، كما نصت الفقرة 02 من نفس التوجيه على أن:" الشرط الذي يُحرَّر مسبقًا والذي لا يكون أمام المستهلك التأثير على مضمونه خصوصًا في عقد الإذعان يعتبر دائمًا أنه لم يكن موضوع مفاوضات فردية"، كما نصت الفقرة 03 من نفس المادة على أنه:" إذا كانت بعض عناصر الشرط أو كان الشرط معزولاً موضوع مفاوضات فردية، فإن هذا لا يعني عدم تطبيق نص المادة على بقية العقد متى تبيَّن من التقدير الكلِّي أن الأمر رغم كل ذلك يتعلق بعقد إذعان"[3].

وبناءً على ذلك فإن نطاق تطبيق الشروط التعسفية وفقًا للتوجيه الأوروبي، لا يكون إلا في العقود التي لم تكن شروطها محلاً لمفاوضات فردية والتي تتمثل في عقود الإذعان، ومنه فإن قانون الاستهلاك الفرنسي يحقق للمستهلك حماية أشمل من تلك التي يحققها التوجيه

---

[1] راضية العيطاوي، مرجع سابق،ص81.

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص179.

[3] *Council directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, (1993) OJ L 95/29 daté 21/04/1993 disponible sur le lien: https://translate.google.dz/?hl=ar&tab=wT&authuser=0#view=home&op=translate&sl=ar&tl=fr&text=, date et heure d'accès: 10/07/2020 au:12 :17.*

الأوروبي، كما يرى البعض أن التوجيه الأوروبي مد نطاق الحماية بصفة خاصة للمستهلك في عقود الإذعان، وسبب ذلك هو توافر الصفة المُميِّزة للشرط التعسفي بما يحقق الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات[1].

أمَّا في التشريع الجزائري فقد تم تنظيم مجال الشروط التعسفية بمقتضى القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، فجاء في المادة 04/03 منه على أنه، يقصد في مفهوم هذا القانون بأن العقد هو:" كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرِّر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."، وهو ما ذهبت إليه المادة 03 من المرسوم التنفيذي 06-306، ويفهم من ذلك أن العقود محل الحماية من الشروط التعسفية في التقنين الجزائري هي عقود الإذعان[2].

والمشرع المصري نجده قد اتجه صراحة إلى أن مجال تطبيق الشروط التعسفية هي عقود الإذعان، وفقًا لما نص عليه في المادة 149 من القانون المدني بقولها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطًا تعسفية جاز للقاضي أن يعدِّل هذه الشروط وأن يعفي الطرف المُذعِن منها وذلك وفقًا لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك"، وبناءً على ذلك فإن القانون المصري يقتصر في الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان، إلا أنه يجيز الحماية على جميع المتعاقدين وليس على طائفة معيَّنة كالمستهلكين[3].

وكنتيجة لما سبق يمكن القول أن المشرع الجزائري وسَّع من نطاق الحماية من الشروط التعسفية، عندما أورد قائمتين من الشروط قائمة في المادة 29 من القانون 04-02، وأخرى في المادة 05 من المرسوم التنفيذي الصادر تطبيقًا له، لأن إيراد مثل هذه الصور يسهل على المستهلك إثبات هذه الشروط عند وقوع نزاع، ويسهل على القاضي مهمة الإطلاع على الشروط المحظورة التي يتضمنها العقد[4].

---

[1] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص180.

[2] القانون رقم 04-02 الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدَّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[3] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص180.

[4] رفيقة بوالكور، مرجع سابق، ص216.

بالإضافة إلى ذلك فإن تعريف المشرع للشرط التعسفي في المادة 03/05 من القانون 04 -02، من شأنه أن يُوسِّع أوجه الحماية ضد الشروط التعسفية عندما تكون خارج نطاق تلك الشروط المذكورة، حيث يمكن تطبيق الطابع التعسفي على كل شرط يفرضه المتدخل يتطابق مع تعريف المشرع، بالإضافة إلى أنه أنشأ بموجب المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06 -306 لجنة الشروط التعسفية ومنحها مهمة إصدار توصيات، كما تُكلَّف بالبحث عن الشروط التي تتَّسم بالتعسف، ومن ثم يجوز لها أن توصي بحذفها أو تعديلها[1].

المطلب الثاني: اتجاهات تحديد نطاق الشروط التعسفية في العقود

إن تشريعات الاستهلاك تفترض في الغالب عدم المساواة بين أطراف عقد الاستهلاك، المتدخل من جهة والمستهلك من جهة أخرى، لذلك كان من أهم أهدافها محاولة تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، بعدما اكتست أغلبية عقود الاستهلاك طابع الإذعان أو أصبحت على شكل نماذج معدَّة مسبقًا، بحيث يفرض الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف دون أن يستطيع مناقشتها، ومن أجل الحد من انتشار هذه النماذج وضعت تشريعات الاستهلاك نظامًا قانونيًا محكمًا لمكافحة الشروط التعسفية[2].

في الحقيقة أن الإشكال لا يطرح بشأن عقود الاستهلاك التي تتصف بالإذعان، ذلك لأن الحماية من الشروط التعسفية مقرَّرة لها بموجب نصوص قانونية خاصة ولا حاجة لاجتهاد الفقه والقضاء، وإنما الإشكال الحقيقي يكمن في مدى إمكانية الحماية من تلك الشروط في عقود الاستهلاك، التي تبرم في ظروف تتَّسم بالتفاوض والمناقشة فينتفي عنها طابع الإذعان[3].

القانون المدني الفرنسي لم يعترف بفكرة عقود الإذعان، فالأصل في هذا القانون هو عدم الاهتمام بافتقاد التوازن العقدي بين المهني والمستهلك، حيث يسود الرأي القائل أن" الشروط عادلة" فطالما تراضى الطرفان فهما يلتزمان مهما كان عدم التوازن الذي يتضمنه العقد، ولهذا

---

[1] راجع في ذلك: المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدَّل والمتمم.

[2] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادىء الكلاسيكية للعقد**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2015 -2016م، ص371.

[3] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص54.

فإن الحماية القانونية للمستهلك في فرنسا، لم تتحقق من خلال القواعد العامة كما فعل المشرع الجزائري، وإنما من خلال القواعد الخاصة في قانون الاستهلاك[1].

إن تحديد موضوع الشروط التعسفية متوقف على طبيعة العقود التي تتضمنها، فلا يمكن الجزم بأن كل عقود الاستهلاك قابلة لاحتواء شروط ذات طابع تعسفي، وليس كل عقد يتضمن شروط تعسفية يعتبر عقد إذعان، وهو ما يؤكد الاختلاف التشريعي إزاء ذلك، وعلى هذا الأساس يتوقف تحديد نطاق الشروط التعسفية على اتجاه كل مشرع بشأنها، ويمكننا تصنيفها إلى اتجاهين: اتجاه يُحدِّد نطاق تلك الشروط بعقود الإذعان وآخر يُحدِّده بعقود الاستهلاك[2].

الفرع الأول: الاتجاه الذي يحدِّد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان

تتجه العديد من التشريعات إلى حصر نطاق الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وهو ما يُضيِّق من نطاق الحماية المقرَّرة للمستهلك من هذه الشروط بحيث تقتصر على عقود الإذعان، وتخرج من نطاق هذه الحماية عقود التفاوض التي تتضمن شروط تعسفية والعقود النموذجية، ولما كان نطاق الشروط التعسفية وفقًا لهذا الاتجاه يتحدَّد اتساعاً وضيقًا بعقود الإذعان[3]، فمن المؤكَّد أنه يترتب على ذلك نتيجتين:

1 - إن تدخل القاضي لحماية المستهلك من الشروط التعسفية يقتضي أن يتم العقد بين التاجر والمستهلك في ظل غياب المناقشة لبنود العقد، أي في حالة وضع التاجر لبنود العقد منفردًا.

2 - اعتبار فرصة التفاوض والنقاش حول بنود العقد ضمانة حقيقية ينتفي وصف الإذعان بوجودها، ومن ثم انتفاء إمكانية تدخل القاضي في تعديل العقد أو استبعاد الشروط التعسفية[4].

فطالما أن عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يستقل بوضعه الطرف القوي دون مناقشة، فبمفهوم المخالفة تعتبر المناقشة أو المفاوضة على بنود العقد ضمانة حقيقية، يترتب على وجودها عدم توافر صفة الإذعان وبالتالي عدم فرض الحماية من الشروط التعسفية.

---

[1] إيناس بن غيدة، **الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2014 -2015م، ص72.

[2] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص55.

[3] محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص18.

[4] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014م، ص75.

ويرى بعض الفقه في هذا السياق أنه لا مُبرِّر للحماية من الشروط التعسفية، إذا تم العقد عن طريق المساومة إذ أن الغرض الأساسي من مكافحة الشروط التعسفية، هو محاولة إعادة التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، نتيجة الاختلال الظاهر بين هذه الحقوق والالتزامات، بسبب فرض أحد المتعاقدين شروطه على الطرف الآخر دون مناقشة، ومن ثم إذا خضعت شروط العقد لمفاوضة حرَّة كما هو الشأن في عقود المساومة، وظهر شرط في شكل تعسفي فإنه على الأقل لا يمكن تبرير الحماية في هذه الحالة[1].

إن مبرِّرات اتجاه بعض التشريعات إلى ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، بحسب رأي العديد من الفقهاء له علاقة وطيدة بهذه العقود في حد ذاتها، بسبب تبنِّي الفقه المفهوم القانوني لعقود الإذعان، بالإضافة إلى كونها تُعَدُّ المجال الخصب لفرض الشروط التعسفية، ومن ثم يجوز إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان.

أولاً: تبنِّي الفقه المفهوم القانوني لعقود الإذعان

لقد بذل الفقه الحديث جهدًا ملموسًا للبحث عن مفهوم واسع لعقد الإذعان لاحتواء وصف عقود الاستهلاك، حتى يمكن حماية المستهلك من التعسف عن طريق نظام الحماية في عقود الإذعان، لذلك يصبح من الملائم تبنِّي معايير واسعة تساعد على التوسُّع في مفهوم عقد الإذعان، وفي المقابل تعزيز مبدأ التوازن العقدي والتخلِّي عن كل معيار يتعارض مع هذا التوجه، ذلك لأن الإبقاء على معيار التفاوت الاقتصادي من شأنه أن يساهم في تضييق مفهوم عقد الإذعان، لكونه غير كافي لتغطية جميع حالات الضعف التي تعتري المستهلك في العقد[2].

لذلك استبعد الفقه المعيار الاقتصادي بالرغم من العلاقة الوطيدة القائمة بين الظروف الاقتصادية وعقد الإذعان، وكان من الضروري في نظره تبنِّي معيار وحيد ذو طابع قانوني، لأنه يعمل على توسيع مفهوم عقد الإذعان، وهو معيار رفض التفاوض حول بنود العقد وانفراد الطرف القوي بوضع شروطه، وبالتالي يرى الفقه أن مجرَّد إملاء الطرف القوي لشروط لا نقاش

[1] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص398.

[2] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص56.

فيها على الطرف ضعيف كاف لإضفاء وصف الإذعان على العقد، ويسمح بتطبيق النظام القانوني الخاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية عليه[1].

غير أن هذا الاتجاه الفقهي الذي يتبنَّى المفهوم القانوني الموسَّع، يتعارض عند تطبيقه مع الواقع العملي ويعتبر محلاً للنقد وذلك لسببين هما:

1 - إن فرض وجود الشروط التعسفية يكون قائمًا في عقود لا تتصف بالإذعان، وهذا يعني أن تبنِّي المشرع المفهوم القانوني لعقد الإذعان، لا يعتبر حلاً كافيًا لمكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، على اعتبار أن هذه الأخيرة قد تتضمن شروط تعسفية بالرغم من تخلف وصف الإذعان فيها، بسبب وجود مناقشة بين طرفي العقد وذلك ما يمثل حماية ناقصة للمستهلك ضد الشروط التعسفية[2]، فهو يحتاج لحماية كاملة في كل حالة يتوافر فيها التعسف الذي قد يتضمنه عقد استهلاك نوقشت بنوده.

2 - إن مناقشة بنود العقد بين أطرافه لا تعتبر ضمانة حقيقية وكافية لحماية الطرف الضعيف، فالواقع العملي يُؤكِّد أن الطرف الأقوى أو المتدخل يمتلك العديد من الأدوات والوسائل التي تمكِّنه من فرض شروطه في العقد، بالرغم من وجود وتوافر مناقشة لبنود العقد مع المستهلك كطرف ضعيف، فأحيانًا من الظاهر يبدو أن المناقشة صورية في العقد لكن الواقع يُؤكِّد انفراد المتدخل بصياغة بنوده[3].

على هذا الأساس فإن عقد الإذعان ليس هو المعيار الملائم لحماية المستهلك، كون هذا المعيار خاطئ وغير عادل لأن غياب التفاوض المسبق في ابرام العقد، ليس بالضرورة علامة لاستغلال وضعية المُذعَن، فهذا الأخير يمكن أن يكون ضحية القوة التفاوضية للطرف الذي سوف يتعاقد معه[4].

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص74 -75.

[2] عمر عبد الباقي، **الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون**، الناشر منشأ المعارف، مصر، 2004م، ص465.

[3] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص76.

[4] *J. P.Chazal, **Clauses abusives,** Rép. Com. Dalloz. 2012, p20.*

نقلاً عن: شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص401.

ثانيًا: عقود الإذعان تعدُّ المجال الخصب لفرض الشروط التعسفية

من المسلم به فقهًا وقضاءً أن عقد الإذعان هو عقد صحيح يُرتِّب كامل آثاره القانونية شأنه شأن سائر العقود الأخرى، كما أن المشرع وتحت تأثير المذهب الاجتماعي أحاط عقود الإذعان بنظام قانوني معيَّن لمواجهة الشروط التعسفية، من خلاله يتمكن القاضي من التدخل لتعديل شروط العقد أو إعفاء الطرف المُذعِن منها[1]، والسؤال الذي يتبادر لأذهاننا طرحه هو لماذا ربط المشرع بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان؟

في الواقع أن الربط بين الشروط التعسفية وعقود الإذعان سببه الظروف المحيطة بإبرام عقد الإذعان، هذا الأخير يتم بإعداد الطرف القوي لشروط العقد دون مناقشة الطرف الضعيف، ونظرًا لأنه يهدف من وراء التعاقد إلى تحقيق مصالحه، فهو إمَّا أن يعمل على الإنقاص من التزاماته أو الزيادة في التزامات غيره، وأمام هذا الوضع لا يمكن تكييف تلك الشروط إلا أنها تعسفية، فالتعاقد عن طريق الإذعان يشكل فرصة مواتية لفرض وجود الشروط التعسفية[2].

ويترتب على ذلك أن إبرام عقد الإذعان لا يعني بالضرورة وجود شروط تعسفية، ممَّا يعني أن الشرط التعسفي لا يعدُّ دائمًا ملازمًا لعقد إذعان، كما أن التعسف لا ينشأ مباشرة وبصفة تلقائية عنه وإنما يعتبر عامل يساعد على فرض مثل هذه الشروط، كما أن هذا التوجه لا يُعدُّ مُبرِّر حاسم ومقنع لتحديد موضوع الشروط التعسفية بعقود الإذعان، ممَّا يعني أن فرض الشروط التعسفية في عقد الإذعان يبقى احتمال وارد في بنوده أكثر من أي عقد آخر[3].

ثالثًا: جواز إلحاق عقود الإذعان بعقود الاستهلاك

يرجع هذا الفرض إلى ما كان سائدًا لدى الفقه في السابق، وفي ظل انعدام قانون خاص بحماية فئة المستهلكين من الشروط التعسفية، لم يجد الفقه سبيلاً لمكافحتها إلا من خلال مد الحماية المقرَّرة في عقود الإذعان لتشمل عقود الاستهلاك، أي يجب إلحاق عقود الاستهلاك

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص35.

[2] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص56.

[3] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص35 -36.

بعقود الإذعان لوجود تطابق بينهما، ممَّا يستلزم خضوعهما لنظام قانوني موحَّد وهو ذلك المكرَّس في عقود الإذعان[1]، ويتمثل التطابق بينهما في ما يلي:

1 - تماثل ظروف التعاقد في كل من عقود الإذعان وعقود الاستهلاك

كأثر للتكتلات الاقتصادية التي شهدها العالم مؤخرًا نتيجة لإدخال الآلة في الإنتاج، وتركيزها عند عدد مُحدَّد من أصحاب المنشآة الصناعية الكبرى، الأمر الذي ساعد الطرف القوي على الإعداد المنفرد لشروط العقد، حيث رافق ذلك انعدم في توازن المراكز بين أطراف هذه العقود، ولذلك فإن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان أدى إلى التضييق من نطاق تطبيقها، وجعل القاضي حريصًا على عدم الانزلاق والتوسُّع في مفهوم ونطاق هذه الشروط[2].

يرى بعض الفقه أنه:" لا يجوز إضفاء وصف وطابع الإذعان على أي عقد لمجرَّد أنه قد أبرم بين مهني متخصِّص وغير مهني"، وهذا ما يتفق مع الإتجاه الفقهي الذي يرى أن إلحاق عقود الاستهلاك بعقود الإذعان أمر يخالف قواعد التكييف القانوني، من منطلق أنه تجاهل تأثير الثورات الصناعية الجديدة على عقود الإذعان، حيث نتج عنها علاقات قانونية تتَّسم بخصوصية تُميِّزها عنها[3].

لذلك لا تُعدُّ وحدة الخصائص المُميِّزة لكلا النوعين من العقود، مُبررًا كافيًا لإلحاق وصف الإذعان بعقود الاستهلاك، أمَّا الفقيه (*Calais-auloy*) فقد أكَّد على احتمال أن تكون عقود الاستهلاك عقود مساومة ولو في حالات نادرة، حيث صرح بأن:" العقود المبرمة بين المهني وغير المهني أو المستهلك هي في الغالب عقود إذعان"[4].

---

[1] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص57.

[2] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص71.

[3] *Calais-auloy, **Droit de la consommation**, DALLOZ, 1980, n°202.*

نقلاً عن: راضية العطياوي، مرجع سابق، ص103.

[4] محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، ص120.

2 - وحدة أسباب عدم التوازن بين عقود الإذعان وعقود الاستهلاك

إن عقود الإذعان وعقود الاستهلاك تشترك في الأسباب التي تؤدي إلى عدم التوازن، حيث تتمثل هذه الأسباب في تفوق المتدخل في مجال العقد من جهة، وانعدام القدرة لدى المستهلك في مناقشة شروط العقد من جهة أخرى.

أ - تفوق المتدخل في مجال العقد:

تتمثل قوة المتدخل والمُذعِن إليه في أن كلاً منهما يقوم بعمليات متكرِّرة ومتشابهة، يكتسب من خلالها خبرة في مجال تخصُّصه، تمكِّنه من وضع شروط العقد بما يحقق مصالحه وأهدافه، وقد يصل بهما الأمر إلى صياغة كافة بنود العقد وشروطه، بشكل يتيح لهما فرض شروط مجحفة على الطرف الآخر[1].

ب - عدم مناقشة شروط العقد:

يتم إبرام كل من عقود الإذعان والاستهلاك دون مناقشة الطرف المُذعَن لشروط التعاقد في عقد الإذعان، ودون مناقشة المستهلك في عقد الاستهلاك وإن اختلف سبب ذلك في كل منهما، ففي عقد الإذعان يرجع سبب عدم مناقشة شروط العقد[2] إلى الحظر المفروض لمنع المفاوضة، والمفروض من الطرف الذي يتولَّى التحرير المسبق لنموذج العقد بمفرده[3].

وفي هذا الصدد ورد لدى بعض الفقه بأن:" خصوصية عقد الإذعان من هذه الزاوية لا تبدو في سعي المتعاقد ورغبته في التفاوض أو إحجامه وعزوفه عنه، وإنما تكمن في حظر التفاوض المفروض عليه من المتعاقد الآخر، ذلك الحظر الذي يؤدي به إلى الإذعان للتعاقد، لذا فإن مراعاة الدِّقة تقتضي القول أن الإذعان ليس دائمًا وليد انعدام المفاوضات، وإنما يتحقق بالأحرى كنتيجة لحضرها[4].

---

[1] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص58.

[2] عرعارة عسالي، **التوازن العقدي أثناء نشأة العقد**، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر،2015م، ص154.

[3] محمد حسين عبد العال، **مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة**، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2011م، ص81.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص126.

أمَّا بالنسبة لعقود الاستهلاك فعدم مناقشة شروط العقد في الغالب هو إجراء يرجع سببه إلى المستهلك، إذ أنه في بعض العقود التي يكون فيها المستهلك طرفًا، وحتى في ظل توافر إمكانية لمناقشة بنود العقد، فالذي يحدث فعلاً هو انعدام كفاءة المستهلك الفنية، كالخبرة القانونية التي تجعله يقف عاجزًا أمام التفاوض حول شروط معقَّدة مدرجة بإحكام في العقد، ممَّا يعني أن افتراض المناقشة لا يعتبر في المنطق سوى أمرًا نظريًا بعيدًا عن الواقع[1].

وأن ما يفرق عقد الإذعان عن عقود الاستهلاك ولو تضمن احتمال مناقشة المستهلك شروطها، هو عدم وجود حوار مسبق أو مساومة من أحد أطرافه أومن الغير[2]، ولو افترضنا أن المستهلك في ظل هذه الظروف ساهم في إعداد تلك الشروط، فإنه يبقى في مركز التابع بالنسبة للمتدخل بسبب قلَّة كفاءته وخبرته القانونية[3].

وحتى إن تدخل في صياغة شروط العقد فإن تدخله سيكون بدون جدوى، وسيقبل بهذه الشروط دون أن يتمكن من تقدير أثارها على مركزه القانوني والمالي، وبالتالي فليس كل عقد يبرم بين طرف قوي وضعيف، أو بين متدخل ومستهلك يمكن اعتباره عقد إذعان، فالظروف الاقتصادية الجديدة أفرزت علاقات جديدة تحتوي على سمات ومعايير مختلفة، لتحديد الطرف الضعيف بصفة عامة والمستهلك بصفة خاصة[4]، فكيف لعقد نشأ في ظروف اقتصادية تقليدية أن يستطيع مجاراة كل التطورات ويستوعب كل ما هو جديد في عالم العقود؟

إذا كان الفقه والقضاء يحاول مسايرة هذه النهضة الاقتصادية، من خلال تطويع النظم القانونية الساكنة والاستعانة بالآثار الخاصة بأحد العقود على عقد آخر، فليس بالغريب أن نقول أن أهم نتائج هذه الثورة هو أننا أصبحنا إزاء طائفة من العقود، لم يتناول المشرع مختلف جوانبها بعد بالتنظيم[5].

---

[1] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص58.

[2] محفوظ لعشب بن حامد، مرجع سابق، ص27.

[3] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص126.

[4] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص84.

[5] راجع في ذلك: أحمد محمود سعد، **نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي**، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 1995م، ص100.

إن ذلك الطرح يؤدي إلى تحميل عقود الإذعان وتعبئتها بالعلاقات الجديدة، بأسلوب لا يتفق مع المنطق القانوني السليم، بل عملية الإخضاع الجبري لكل العلاقات التعاقدية في مواجهة الطرف الضعيف، وإدخالها عمدًا في نطاق عقود الإذعان، سيؤدي إلى أزمة قانونية حقيقية، خاصة وان التطورات الاقتصادية ليست لها حدود، بل إن الأحداث تنبئ عن احتمال ظهور علاقات أكثر حداثة، الأمر الذي يقتضي ضرورة البحث عن آليات قانونية تلائم تلك الأحداث[1].

الفرع الثاني: الاتجاه الذي يُحدِّد نطاق الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك

انتهجت بعض التشريعات نهج المشرع الفرنسي إلى عدم حصر مجال الشروط التعسفية في عقود الإذعان، عن طريق التوسُّع في مجال هذه الشروط لتشمل جميع العقود مهما كان شكلها أو نوعها أو أساسها، وما يجب التنويه إليه أن المشرع الفرنسي سلك هذا الاتجاه بموجب قانون الاستهلاك لسنة 1978 وقانون سنة 1995، حيث جاء في مادته L 4- 1- 132 على ما يلي:" هذه النصوص تطبَّق مهما كان شكل أو أساس العقد، وتكون على الأخص...اشتراطات، سواء تم مناقشتها أم لا، أو الإحالة على شروط عامة مقرَّرة سلفًا"[2].

والتي تقابلها المادة L6- 1- 212 من الأمر 2016- 301 المتضمن قانون الاستهلاك الجديد بقولها:" هذه الأحكام قابلة للتطبيق بغض النظر عن شكل أو وسيط العقد، ويشمل ذلك وعلى وجه الخصوص أوامر الشراء والفواتير وقسائم الضمان و قسائم التسليم أو مذكرات التسليم، والتذاكر التي تحتوي على شروط أو إشارات إلى شروط عامة مُحدَّدة مسبقًا"[3].

فبالرغم من أن موقف المشرع الفرنسي صريح في هذا الشأن، إلا أن جانبًا من الفقه لا يزال متمسكًا بموقفه الداعي إلى ضرورة تحديد نطاق حماية المستهلك من التعسف بعقود الإذعان، وبمقتضى هذا الرأي فإن عقود الاستهلاك في الحقيقة هي ليست إلا عقود إذعان، وأن القانون لم يستهدف شيء بالحماية إلا منها، كما أنه بالإمكان مصادفة شروط تعسفية في عقود لا تتصف بالإذعان، وفي ظل ظرف كهذا مع إمكانية المفاوضة بين الأطراف، يصبح

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص84 -85.

[2] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص58 -59.

[3] *Voir ceci dans l'article n°212-1-6 L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

من الصعب تحديد متى يكون الشرط تعسفيًا، خاصة إذا علمنا أنه يمكن أن يرد بالعقد شرطًا تعسفيًا، لكن ما يخفف من طابعه التعسفي هو وجود شرط آخر يقابله يحقق مزايا للمستهلك[1].

ولكن ما يلاحظ على هذا الرأي أنه يبقى معزولاً بالرغم ما قدمه من حجج واقعية ومنطقية، بالنظر إلى كونه مخالف لرأي غالبية الفقه واتجاه القضاء الذي كان يصب في نفس اتجاه المشرع، ممَّا يعني أنه عند إجراء موازنة بين شروط العقد في مجملها، ينتفي وضع عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف عقد الاستهلاك[2].

في ظل الاختلاف التشريعي حول طبيعة العقد الذي يتضمن شروط تعسفية، أصبح من الضروري بما كان إبراز موقف المشرع الجزائري إزاء تحديد النطاق الموضوعي لها، ثم العمل على تقدير موقفه في خياره بتحديد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان[3].

إن المشرع الجزائري سلك نهج الاتجاه التشريعي الذي يُحدِّد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان على خلاف المشرع الفرنسي، وذلك كما جاء بموجب المادة 5/5 من القانون 04 -02 المطبَّق على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم، والتي عرَّفت الشرط التعسفي على أنه:" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدَّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"[4].

كما أن المشرع أكَّد مرة أخرى على طابع الإذعان الذي يجب أن يكتسي العقد بمناسبة تحديد المقصود بالعقد، وهو ما قضت به المادة 2/1 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 بقولها:" يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقًا للمادة 3، الحالة 4 من القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حُرِّر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"[5].

---

[1] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص59.

[2] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص104.

[3] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص59.

[4] القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[5] المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10 المعدَّل والمتمم.

وبذلك يكون المشرع قد حسم هذه المسألة وصرَّح بما لا يدع مجالاً للشك أو التأويل، أن النطاق المادي للشروط التعسفية قاصر على عقود الإذعان، مع استبعاده بصورة كلية عقود المساومة التي تظل خارج نطاق تطبيق هذا القانون ولو تضمن شروطًا تعسفية[1].

إن ما ينبغي الإشارة إليه هو أن مصطلح الإذعان معروف من قبل في القانون المدني، من خلال المادة 70 منه التي تنص على أنه:" يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرَّد التسليم لشروط مقرَّرة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها..."، وما يلاحظ في هذا السياق أن المشرع الجزائري اهتدى إلى تعريف عقد الإذعان في قوانين الاستهلاك، بعد اكتفائه بإبراز بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره في القانون المدني.

وهي كما أوردها بعض الفقه الجزائري بأنها " شروط مقرَّرة" أي انفراد الموجب بالتحرير المسبق لشروط العقد، وأنها شروط "غير قابلة للنقاش" أي يحضر التفاوض بشأنها، وأن مسألة قبولها تتم بمجرَّد" التسليم" بمعنى الرضوخ والانقياد التام لإرادة الموجب، إن التعريف الوارد في المادة 4/3 من القانون 04 -02 يكاد يكون مطابقاً لما جاء في المادة 70 من القانون المدني، وما يلاحظ أن المشرع لم يأخذ بعناصر عقد الإذعان التي نص عليها الفقه التقليدي[2].

إن هذه العناصر هي أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات أو مرافق ضرورية بالنسبة للمنتفعين، وأن يحتكر الموجب هذه السلع أو الخدمات احتكارًا قانونيًا أو فعليًا، وأن يسيطر على الأقل عليها بشكل يجعل المنافسة محدودة النطاق بشأنها، وأن يكون الإيجاب الموجه للجمهور بشكل دائم موحَّد وعام، وأن استبعاد المشرع لهذه العناصر من تعريف عقد الإذعان، سواء في القانون المدني أو في قانون الممارسات التجارية، دليل على أن المشرع تبنَّى المفهوم الحديث لعقد الإذعان[3].

إن التعريف الحديث لعقد الإذعان كما ورد عن أحد الفقهاء هو:" انضمام لعقد نموذجي يُحرِّره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب، وينظمُّ إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"، وبالتالي نجده يرتكز على معيار واحد وهو حضر المفاوضة حول شروط العقد، إمَّا

---

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص104.

[2] محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص109 -112. علي فيلالي، مرجع سابق، ص73.

[3] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص397.

قبول شروط العقد كما هي أو الانصراف عن موضوع العقد، دون التوقف عند مدى توافر عناصر العقد وفقًا للمفهوم التقليدي[1].

أمَّا عن تقدير موقف المشرع الجزائري إزاء تحديد الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فإن اتجاهه إلى ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان تعرض لعدَّة انتقادات، أولها من حيث التضييق من مجال الحماية ضد الشروط التعسفية، وثانيها من حيث تقييد السلطة التقديرية للقاضي إزاءها، وثالثها من حيث أن الشرط التعسفي نظام مستقل عن عقود الإذعان [2].

أولاً: من حيث التضييق من الحماية ضد الشروط التعسفية

إن التوسُّع في مفهوم الشروط التعسفية وعدم ملائمة شروط الحماية منها للمستهلك وعدم التشدُّد فيها، تعدُّ مؤشرات حقيقية على قوة النظام الحمائي ضد الشروط التعسفية، من حيث الآليات القانونية لمواجهة التعسف، وتحقيق التوازن العقدي بين الحقوق والالتزامات في عقود الاستهلاك، ومن ثم تكون الوسيلة الحمائية ذات فعالية كلما تم التضييق من الشروط الخاصة بها، أو متى كانت محل استفادة من الشخص الذي تقرَّرت لمصلحته بشكل تلقائي، فيضمن بذلك التوسُّع في نطاق الحماية وخضوع المتدخل للنظام القانوني لهذه الوسيلة، وبمفهوم المخالفة تقل درجة الحماية متى تم تقييدها بشروط تثقل كاهل الشخص المعني بالحماية أو يتحصل عليها بصعوبة كبيرة[3].

ولمَّا كان الأمر كذلك فمن الواجب التخلِّي عن الشرط الذي يقضي بأن يتم تحديد المجال المادي للشروط التعسفية بعقود الإذعان، ممَّا يعني ضرورة تحديد مجالها المادي بعقود الاستهلاك، بصرف النظر طبيعة هذه العقود وما إذا تتصف بأنها عقود إذعان أو عقود مساومة، وهو ما يؤدي إلى تحقيق حماية شاملة من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك[4].

---

[1] محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص73.

[2] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص60.

[3] أحمد رباحي، **حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2007 -2008م، ص310.

[4] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص61.

يرى جانب من الفقه أنه ينبغي على المشرع الجزائري مد نطاق تطبيق نصوص القانون رقم 04 -02 المتعلق بالممارسات التجارية إلى عقود المساومة، ممَّا يؤدي إلى توسيع مجال التصدي للشروط التعسفية[1]، وهناك من يرى أنه لا يوجد ما يُفسِّر اعتماد المشرع لهذا الموقف في القانون المدني، ثم التأكيد عليه في قوانين الاستهلاك في الوقت الذي كان يستوجب عليه استبعاده، وتبنِّي الاتجاه الذي يُحدِّد نطاق الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك، نظرًا لمساهمته في تحقيق حماية واسعة للمستهلك[2].

ثانيًا: من حيث تقييد السلطة التقديرية للقاضي إزاء الشروط التعسفية

لا شك أن ما يؤدي بالقاضي إلى رفض وجود الشروط التعسفية خارج عقود الإذعان، هو اتجاه المشرع إلى ربط الشروط التعسفية بهذا الصنف من العقود، بمعنى أنه لا يمكنه التصدي لها في عقود المساومة إلا إذا كانت واردة ضمن عقد إذعان، حتى لو كانت هذه الشروط فعلاً هي شروط تعسفية، ففي الوقت ذاته يشكل اتجاه المشرع على النحو المذكور قيدًا على استعمال القاضي لسلطته التقديرية[3].

كما يؤدي بالقاضي إلى بذل جهد إضافي لربط فكرة الشروط التعسفية بعقود الإذعان، من خلال ضرورة التحقُّق من أن العقد يتَّصف بالإذعان من عدمه، قبل مباشرته لعملية تقدير الطابع التعسفي للشرط، باستثناء وضعية عدم اشتراط المشرع وجود الشرط ضمن عقد إذعان، فالقاضي في هذه الحالة يتعامل مع الشرط وما إذا كان ينطبق عليه معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات، وهو ما يسهل للقاضي عمله ويساعده كثيرًا على أداء مهامه[4].

ثالثًا: من حيث أن الشرط التعسفي نظام مستقل عن عقود الإذعان

إن الشروط التعسفية ترتبط ارتباطًا وثيقًا بعقود الإذعان وجودًا وعدمًا، ممَّا ينتج عنه أنه لا يمكن تصور وجود شروط تعسفية خارج دائرة هذه العقود، وما يُؤكِّد هذه الفكرة هو ما يكشفه

---

[1] إبراهيم عبد العزيز داود، **عدم التوازن المعرفي في العقود دراسة تحليلية**، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014م، ص44.

[2] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص62.

[3] محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، ص112.

[4] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص62.

الواقع العملي من اختلاف في المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية الواحدة، التي تجمع بين طرف قوي وآخر ضعيف، والذي من أبرز صوره التفاوت الاقتصادي بين الطرفين، وما يترتب عليه من احتمال تعسف الطرف القوي في تحريره لبنود العقد، بشكل منفرد ومسبق بهدف تحقيق مصلحته[1].

وذلك ما دفع الفقه قديمًا للاعتقاد أن عقود الإذعان تمثل المجال الخصب لفرض الشروط التعسفية، بحيث يُكثِر استعمالها الطرف الأقوى اقتصاديًا، لكن المتأمل في علاقة هذه الشروط بعقود الإذعان، يتَّضح له أن هذه الأخيرة قابلة لاحتواء الشروط التعسفية، لكن ليس إلى الحد الذي يمكن الجزم بأنها هي المجال الحصري والوحيد للشروط التعسفية، وهو ما دفع ببعض الفقه إلى التدخل بوجهة نظر منطقية مفادها:" أن الصورة الحديثة للتعاقد تدل على أن خضوع المتعاقد لا يتحقق بصدد عقد معيَّن، وإنما يتحقق تقريبًا في معظم الصور المعاصرة للتعاقد"[2].

لا يتوقف إضفاء وصف الإذعان على عقد ما بمجرَّد احتوائه شروط تعسفية، وبالمقابل فإن غياب الشروط التعسفية لا يغير نتيجة حتمية لحد وصف عقد ما بالإذعان، إذ أن الواقع العملي يُؤكِّد احتمال وجود الشروط التعسفية في ظل عقود لا ينطبق عليها وصف الإذعان، وهي العقود التي تتم بالتفاوض بين الأطراف حول بنود العقد، أو أن هذا العقد يمكن أن يكون من العقود الموجهة ولكن يحرص فيه الطرف القوي كأن يكون جهة حكومية على تحقيق مصلحة الطرف الضعيف، ممَّا يعني انتفاء التعسف على الشروط الواردة بهذا العقد[3].

بالإضافة إلى ذلك أن انفراد المتدخل بالإعداد المسبق لبنود العقد ولو كانت ذات طابع تعسفي، لا يعني بالضرورة أن العقد المراد إبرامه عقد إذعان بالمعنى الحقيقي، وبمفهوم المخالفة أنه ليس كل عقد يتضمن شروط تعسفية يعتبر عقد إذعان، لأنه هناك العديد من عقود الاستهلاك والعقود النموذجية التي تتضمن شروط تعسفية، ولكنها تتم عن طريق التفاوض والمساومة[4].

---

[1] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص60 -61.

[2] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص65.

[3] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص61.

[4] حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص102.

وهذا ما أكَّده بعض الفقهاء بقولهم:" لا يعني ذلك ارتباط الشروط التعسفية بعقود الإذعان، فإنه رغم تماس دوائرهما إلا أنه يضل لكل منهما ذاتيته المستقلة، ومجاله الذي يعمل فيه آثاره"، وهو ما دفع ببعض الفقه إلى التصريح أن المشرع لم يكن موفقًا بموقفه هذا كونه قد فوت فرصة مناسبة في سبيل الخروج عن نطاق عقود الإذعان[1].

ممَّا سبق ذكره يتضح لنا وجود اختلاف تشريعي حول طبيعة العقود التي يتحدَّد على أساسها نطاق الحماية من الشروط التعسفية، وأن التشريعات التي تُحدِّد نطاق الحماية من الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك عمومًا هي التي تكفل حماية واسعة للمستهلك، مقارنة بالتشريعات التي تحصر هذه الحماية في عقود الإذعان[2].

وكخلاصة لنطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية يتضح لنا أن انتشار الشروط التعسفية يبرزُ بشكل جلي في عقود الإذعان، وأن نطاق حماية المستهلك من الشروط التعسفية في إطار القانون 04 -02 السالف الذكر، ينحصر في عقود الاستهلاك التي تم تكييفها على أساس أنها عقود إذعان، مع ضرورة الأخذ بالمفهوم الحديث لهذا النوع من العقود[3].

الفرع الثالث: ممارسة المستهلك للدعوى المباشرة توسُّع في نطاق حماية المستهلك

إن عملية عرض المنتوج على المستهلك تتطلب تدخل عدَّة أطراف، بدءً بالمنتج مرورًا بالموزع وتاجر الجملة إلى تاجر التجزئة، بحيث يرتبط هذا الأخير عادة بعقد مع المستهلك، وعلى ذلك يظهر واضحًا وفقًا لأحكام نظرية العقد أن هذا الأخير طرف في عقد الاستهلاك، في حين أن بقية الأطراف يعتبرون من الغير بالنسبة لهذا العقد، ومن ثم لا يمكن مقاضاتهم مباشرة احتراماً لمبدأ نسبية العقد، ولكن لحماية المستهلك كرف ضعيف أجاز الاجتهاد القضائي الفرنسي، ممارسة الدعوى المباشرة ضد كل متدخل في عملية عرض السلع أو الخدمات[4].

---

[1] عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص311.

[2] محمّد خليفة كرفة، **(ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)**، مرجع سابق، ص62.

[3] حسام الدين غربوج، **حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير النزيهة في التشريع الجزائري**، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، السنة الجامعية: 2017 - 2018م، ص174.

[4] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص510.

إذن يمكن للمستهلك إذا أصابه ضرر من جراء ممارسة تعاقدية تعسفية، على اعتبار أن تضمين عقود الاستهلاك شروط تعسفية يعمل على قيام المسؤوليتين المدنية والجزائية للمتدخل، بحيث يجب على هذا الأخير أن يقدم شكوى أمام النيابة العامة قصد تحريك الدعوى العمومية، ضد المتدخل المتعسف في حقه المحمي قانونًا والمترتب عليه ضررًا مباشرًا له[1].

تُعرَّف الدعوى المباشرة على أساس أنها وسيلة قانونية إجرائية تسمح للدائن أن يسعى باسمه الشخصي، ضد مدين مدينه ليسأله الوفاء بما هو مستحق في ذمته للمدين الأصلي، والهدف من هذه الدعوى هو حماية الدائن من خطر مزاحمة الدائنين والخضوع لقسمة الغرماء، ذلك لأنه يستوفي المبلغ المطلوب مباشرة دون أن يمر بذمة مدينه[2].

أمَّا من الناحية العملية فإن أغلب المعاينات المتعلقة بالمخالفات التعسفية، تتم عن طريق فرق المراقبة وسبب ذلك هو عدم تبليغ المستهلكين عن هذه الممارسات، لأن المستهلك كطرف ضعيف لا يدرك حقوقه نتيجة عدم وعيِّه وجهله بحقيقة هذه الشروط، حيث أنه يعتقد أن الشروط المفروضة عليه من طرف المتدخل مشروعة وبالتالي فهي ملزمة له[3].

أولاً: الدعوة المباشرة في تشريعات حماية المستهلك بالجزائر

الجزائر كانت من أوائل الدول العربية التي وضعت قانون خاص بحماية المستهلك، حيث كان ذلك سنة 1989 بموجب القانون رقم 89 -02 المؤرخ في1989/02/07 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، لقد تضمن هذا القانون إشارة صريحة للدعوى المباشرة، لكن بعد إلغائه وصدور القانون رقم 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، لم ترد الإشارة إلى هذه الدعوى[4].

1 - تكريس الدعوى المباشرة في القانون رقم 89 -02 (الملغى)

لقد نص القانون 89 -02 على جملة من الالتزامات التي تقع على عاتق المتدخل، كالالتزام بالسلامة (المادة 02)، والالتزام بالمطابقة (المادة 03)، والالتزام بالإعلام(المادة 04)،

---

[1] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص117 -118.

[2] يوسف لوني، **الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني**، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزور، السنة الجامعية: 2018/2019م، ص343.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص118.

[4] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص511.

والالتزام بالضمان (المادة 06)، كما نصت المادة 1/12 منه على ما يلي:" إن إلزام المطابقة كما نصت عليه المادة 3 من هذا القانون ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتوج للاستهلاك، حق للمستهلك، ويكون للمتابع الحق في إتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم، كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله"[1].

من خلال هذا النص يستفاد أن المشرع في تلك المرحلة قد كرَّس صراحة الدعوى المباشرة لصالح المستهلك، ضد كل المتدخلين أو بعضهم كل بحسب مسؤوليته وفي حدود فعله، وبالتالي فقد خرج عن مبدأ نسبية أثر العقد المقرَّر في المادة 113 من القانون المدني[2].

ومع ذلك نلاحظ أنه قد ضيَّق من نطاق هذه الدعوى ذلك لأن بداية المادة تشير إلى الالتزام بالمطابقة ووجوب الضمان، ولم يشير إلى بقية الالتزامات كالالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة، والالتزام بحذف الشروط التعسفية من نماذج العقود، وكأن نطاق هذه الدعوى المباشرة محصور في الالتزام بالمطابقة والضمان، وهذا الأمر منتقد عليه لأننا سنرى كيف أن الاجتهاد القضائي الفرنسي وسَّع من نطاق الدعوى المباشرة، لتشمل بقية الالتزامات الأخرى التي تقع عادة على عاتق المتدخل[3].

في ذات الصياغ ما يمكن الإشارة إليه في تلك المرحلة أن المشرع قد استدرك الأمر نوعًا ما، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90 -266 الصادر في1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات (الملغى)، حيث نصت المادة 20 منه على ما يلي:" يمكن للمستهلك، وفقًا للمادة 12 من القانون رقم 89 -02 المؤرخ في1989/02/07 المذكور أعلاه، أن يتابع المحترف المتعاقد معه، وكل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك"[4].

وبالرغم من أن هذا المرسوم متعلق بضمان المنتوجات والخدمات، إلا أن عباراته جاءت عامة وسمحت للمستهلك بمتابعة زيادة على المحترف المتعاقد معه، كل متدخل ساهم في

---

[1] القانون رقم 89 -02 المؤرخ في 1989/02/07 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى)، ج ر العدد 06، الصادرة في 1989/02/08.

[2] تنص المادة 113 من الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/29، المتضمن القانون المدني على ما يلي:« لا يرتب العقد التزامًا في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقًا».

[3] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص512.

[4] المرسوم التنفيذي رقم 90 -266 المؤرخ في1990/09/15، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر العدد 40، الصادرة في 1990/09/19.

عملية عرض المنتوج، وعلى كل حال يبدو أن المشرع آنذاك قد تأثر بما كان سائدًا في الاجتهاد القضائي الفرنسي، أو كان مطَّلِعًا على ما جاء في مشروع قانون الاستهلاك بحيث تضمن مادة صريحة، تعتبر تكريسًا لما حقَّقه الاجتهاد القضائي الفرنسي هي المادة L130[1].

من خلال عموم عبارات النص الذي جاءت في المرسوم التنفيذي السالف الذكر، يتَّضح أن هذا النص ينطبق على كافة العقود، سواء كانت عقود متجانسة أو متباينة ناقلة للملكية أو غير ناقلة، وسواء كانت عقود مفاوضة أو عقود إذعان، ممَّا يعني أنه يجوز للمستهلك مباشرة رفع دعوى حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود أو دعوى البطلان مع التعويض، ضد كل عون اقتصادي تدخل في عملية عرض المنتوجات أو الخدمات[2].

غير أن المشرع في الجزائر لم يشير إلى طبيعة المسؤولية في حالة متابعة المتدخل غير المتعاقد، هل هي تقصيرية باعتباره من الغير أم هي عقدية أخذًا بنظرية مجموعات العقود، أم أن نيته في تحديد طبيعة المسؤولية كانت هي الأخذ بما استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي، عن طريق التمييز بين العقود المتجانسة والمتباينة، غير أن الأمر تغير ولم يبقى كما كان عليه خاصة بعد صدور القانون 09 -03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والذي تم تعديله مؤخرًا بمقتضى القانون رقم 18 -09[3].

وكمثال عن رفع الدعوى المباشرة في عقود الإذعان نجد أن المشرع في عقد التأمين، سمح لغير المتعاقد الذي لحقه ضرر أوفي حالة تحقق الخطر المؤمَّن منه، برفع دعوى مباشرة على شركة التأمين الضامنة على الرغم من أنه ليس طرف في عقد التأمين، خروجًا عن مبدأ نسبية أثر العقد، أمَّا عن آثارها فيجمع الفقه الحديث أنها تقوم على أساس إمَّا المنفعة التي يقدمها الدائن أو الخسارة التي يتحملها، وهي تجعل الدائن في مركز قانوني ممتاز، ومن ثم ينتج عنها أنه يصبح للدين الواحد عدَّة دائنين ومدينين، فتنشأ عنها بينهم عدَّة علاقات مختلفة[4].

---

[1] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص513.

[2] جمعة زمام، **الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري**، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996م، ص90 وما يليها.

[3] القانون رقم 18 -09 المؤرخ في 2018/06/10 المعدِّل والمتمم للقانون 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 35، الصادرة في 2018/06/13.

[4] يوسف لوني، مرجع سابق، ص346.

2 - عدم الإشارة إلى الدعوى المباشرة في القانون 09 -03 المعدَّل والمتمم

لم ينص المشرع على الدعوى المباشرة لفائدة المستهلك ضد كل مدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك، لا بموجب المادة 94 من القانون رقم 09 -03 ولا في القانون رقم 18 -09 المعدِّل والمتمم لقانون استهلاك، غير أنه تأكَّد ذلك بعد إلغاء المرسوم التنفيذي رقم 90 -266 السالف الذكر، بمقتضى أحكام المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 13 -327 المؤرخ في 2013/09/26 المُحدِّد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ[1].

فهل نفهم ممَّا سبق بيانه أن المشرع تراجع عن حماية المستهلك، من خلال إلغائه للدعوى المباشرة ضد كل متدخل فلا يمكنه سوى متابعة الشخص الذي تعاقد معه؟

نرى أن هذا الطرح يعتبر محل نظر وتفحص حيث أنه يقوم على فكرة خاطئة من جانبين: الأول يعتقد أن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص، والثاني يعتقد أن المستهلك يستمد صفته من العقد لا القانون.

فالطرح الأول الذي يعتقد أن الدعوى المباشرة كما هو شائع، لا تجد مصدرها إلا في نص القانون باعتبارها استثناءً عن مبدأ أثر نسبية العقد، ومن ثم لا يمكن الحديث عنها في غياب نص قانوني، في الواقع أن هذا التكييف غير صحيح، فقد أثبت الفقه الحديث أن هذا التأصيل لم يظهر إلا مع بداية القرن العشرين، في حين نجد أن الدعوى المباشرة نشأت في القرن التاسع عشر، وكان ذلك عن طريق الاجتهاد القضائي اعتمادًا على فكرة العدالة، وبالتالي فحسب رأي الفقه الحديث أنه يمكن تصوُّر دعاوى مباشرة لا تسند إلى نصوص قانونية[2].

أمَّا الطرح الثاني فهو الذي يفترض أن صفتي المتدخل والمستهلك وفقًا لقانون حماية المستهلك، تختلف عن صفة المتعاقدين في القانون المدني، ذلك أن صفات البائع والمؤجر والمقاول، والتي ترتبط بحقوق والتزامات تجاه المشتري والمستأجر ورب العمل، تنتج عن عقود

---

[1] تنص المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 13 -327 المؤرخ في 2013/09/23، المحدِّد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر العدد 49، الصادرة في 2013/10/02، على ما يلي:« تلغى كل الأحكام المخالفة لهذا المرسوم ولا سيما منها أحكام المرسوم التنفيذي رقم 90 -266 المؤرخ 25 صفر 1411 الموافق 15 سبتمبر سنة 1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات».

[2] جاك غستان، كريستوف جامان ومارك بيو، **المطوَّل في القانون المدني الجزائري**، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2008م، ص901.

البيع والإيجار والمقاولة، إذن فحقوق والتزامات الأطراف تجد نشأتها في العقد الذي يربط بينهم، ففي غياب هذه العقود يستحيل الحديث عن هذه الصفات[1].

في حين نجد أن قانون حماية المستهلك لا يسلك هذا المنهج، فبعد أن عرَّف المستهلك في المادة 1/3 على أنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانًا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"، وعرَّف المتدخل في المادة 7/3 على أنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك"[2].

وشرع في تبيان الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل تجاه المستهلك وهي على كالآتي: إلزامية النظافة والنظافة الصحية للمواد الغذائية وسلامتها (المواد من 4 إلى 8)، إلزامية أمن المنتوجات المادتين (9 و10)، إلزامية مطابقة المنتوجات المادتين (11 و12)، إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع (المواد من 13 إلى 16)، إلزامية إعلام المستهلك المادتين (17 و18)[3].

إذن فالأمر يتعلق بالتزامات قانونية مرتبطة بصفة المتدخل كما جاء ضمن تعريفه في القانون، بَيْدَ أن صفة المتدخل التي تتولَّد منها الالتزامات المذكورة أعلاه، معترف بها للشخص نتيجة نشاطه المستقل عن العلاقة التي يمكن أن توجد بينه وبين المستهلك أو لا توجد، ونفس الأمر يقال عن صفة المستهلك سواء وُجدت علاقة تربطه بالمتدخل أو لم توجد، حيث أنه مُنح حقوقًا مرتبطة بصفته مستهلكًا كما جاء ضمن تعريفه في القانون تجاه المتدخل[4].

وممَّا تقدم يظهر أن مبدأ نسبية أثر العقد لا يمكن أن يقف عائقًا في إطار قانون حماية المستهلك، لممارسة المستهلك الدعوى المباشرة في مواجهة كل متدخل في عملية عرض المنتوج أو تقديم الخدمة، إذ له كل الخيار في الرجوع ضد كل شخص يحمل صفة المتدخل، ولو لم ينص المشرع على ذلك[5].

---

[1] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص514.

[2] راجع في ذلك: المادة 1/3 -7 من القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[3] أنظر: المواد من 04 إلى 18 من نفس القانون.

[4] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص515.

[5] *Ali Filali, **le droit de la consommatoin, un adaptation du droit commun des contrats. Colloque international** "développement, spécificités et impact du droit de la consommation", organisé par l'université d'oran, faculté de droit, et le laboratoire de droit économique et environnement, le 15 & 16 mai 2013, p20.*

ثانيًا: الدعوة المباشرة في الاجتهاد القضائي الفرنسي

إن الدعوى المباشرة هي من صنع الاجتهاد القضائي الفرنسي، لاسيما في عقد البيع فمنذ سنة 1820 قضت محكمة النقض الفرنسية، بحق مكتسب الملكية الفرعي في الرجوع على البائع الأصلي بدعوى ضمان العيوب الخفية، وقد عرف هذا الاجتهاد القضائي تطورات كبيرة ساهمت إلى حد بعيد في تحديد نطاق الدعوى المباشرة للمسؤولية والضمان، ومع ذلك بقى الخلاف قائمًا حول طبيعة المسؤولية عن ممارسة هذه الدعوى[1].

إضافة إلى ذلك فإنه يحق للمستهلك وورثته رفع دعوى التعويض عن الممارسات التجارية غير النزيهة، كما أجاز المشرع بصفة صريحة لجمعيات حماية المستهلك، رفع دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية اللاحقة بها، نتيجة قيام العون الاقتصادي بممارسة نشاط مخالف للأهداف التي تسعى الجمعية إلى تحقيقها وتَضرَّر منها المستهلك[2].

أمَّا عن نطاق الدعوى المباشرة فقد كان في القانون الروماني كمبدأ عام يرفض انتقال الحقوق، حيث لا يمكن تصور تأسيس الدعوى المباشرة لمكتسب الملكية الفرعي على فكرة انتقال الحق بواسطة عقد البيع، أمَّا فقهاء القانون المدني الفرنسي القديم، فكانوا يرَوْن أنه بإمكان المشتري ممارسة حقوق ودعاوى البائع التي نقلها له مع الشيء المبيع، وهو ما صرح به **بوتييه ودوما** تطبيقًا لقاعدة الفرع يتبع الأصل، وتبنَّاه المشرع الفرنسي في المادة 1166 من القانون المدني[3]، وأخذ به الاجتهاد القضائي الفرنسي واعتاد عليه سواء في العقود المتجانسة أو في العقود المتباينة.

---

[1] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص516.

[2] حسام الدين غربوج، مرجع سابق، ص344.

[3] *Regarder l'article n°1166 de la loi civil - Dernière modification le 01 octobre 2018 - Document généré le 08 janvier 2019 Copyright (C) 2007-2019 Legifrance.*

خلاصة الفصل الأول:

رغم اختلاف النظم القانونية في مكافحتها للشروط التعسفية التي تتخلَّل عقود الإذعان، بين الأسلوب التشريعي والتنظيمي تارة والأسلوب القضائي تارة أخرى، وهناك من جمع بين أسلوبين أو أكثر بالإضافة إلى الأسلوب الإداري، يتضح أن معظم التشريعات حاولت محاربة الممارسات التعسفية التعاقدية من خلال تكريس مبدأ الالتزام بإعلام المستهلك بشروط العقد في قوانينها وتقرير الجزاء عند الإخلال به من طرف المتدخل.

فنجد أن هناك بعض الدول اعتمدت نظام القوائم التنظيمية عن طريق وضع قائمتين من الشروط التعسفية: قائمة من الشروط غير العادلة وهي محظورة بقوة القانون، وقائمة يمكن اعتبارها غير عادلة ما لم يثبت المتضرِّر منها العكس، بينما نجد هناك دول أخرى أخذت بالنظام التشريعي فحسب، من خلال وضع قائمة من الشروط التعسفية على سبيل المثال، ومنها من وضع علاوة على ذلك قائمة من الشروط المحظورة في التنظيم محدَّدة على سبيل الحصر، مستعينًا بالدور العلاجي المُخوَّل للقضاء في الحدِّ منها طبقًا للقواعد العامة.

أمَّا عن تحديد نطاق الطابع التعسفي للشرط فنجد دول أخذت بالأسلوب التشريعي ودول أخرى أخذت بالأسلوب التنظيمي في تحديدها، ورغم وجود معايير مُتعدِّدة منها معيار التفوق الاقتصادي أو القوة الاقتصادية ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة، إلا أن المعيار المناسب الذي تَبنَّته أغلب التشريعات هو معيار الاخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

لقد انقسمت التشريعات في تحديد نطاق الشروط التعسفية إلى اتجاهين: اتجاه يُحدِّد نطاقها بعقود الإذعان وآخر يُحدِّده بعقود الاستهلاك، ولتوفير حماية واسعة للمستهلك من التعسف يجب الأخذ بالاتجاه الثاني، من أجل ضمان الحماية اللازمة للمستهلك من الشروط التعسفية في كافة العقود، سواء كانت عقود مفاوضة أو عقود إذعان أو عقود نموذجية.

إضافة إلى إلزامية تكريس الدعوى المباشرة كأداة حماية للمستهلك من التعسف، بداية من مرحلة الإنتاج مرورًا بمرحلة التوزيع وصولاً إلى مرحلة الاقتناء، لاسيما بمناسبة رفع دعوى حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود، ودعوى تعديلها أو إلغائها (دعوى البطلان)، وكذا دعوى التعويض عن الأضرار الجماعية، دون أن ننسى تخويل القضاء سلطة إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه، وتوعية المستهلك بما له من حقوق يجهلها في هذا المجال.

الفصل الثاني: الشروط التعسفية سبب في وجود الرقابة بين المستهلك والمتدخل

في ظل قصور مقتضيات القواعد العامة عن توفير الحماية المدنية الكافية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، ظهرت الحاجة إلى وجود نصوص قانونية خاصة تهدف إلى صيانة المضمون العقدي، والحيلولة دون المساس بمصالح الطرف الضعيف في العلاقة العقدية[1].

لذلك أضحت حماية المستهلك اليوم في مقدمة الواجبات الأساسية للدول المعاصرة، إذ تعكس قيمة الإنسان والمواطن لدى الدولة، فحماية المستهلك هي حماية الطرف الضعيف في معترك حياته الاقتصادية، وفي ظل اللامساواة بين الأطراف المتعاقدة اقتصاديًا وقانونيًا[2].

الجزائر كغيرها من الدول قامت بإنشاء مجموعة من الأجهزة بغرض الرقابة على كل ما يمثل اعتداء على مصالح المستهلك، وتتمثل هذه الأجهزة في أجهزة رسمية وأخرى غير رسمية، إن الأجهزة الرسمية هي عبارة عن أجهزة حكومية تعنى بتحقيق حماية فعَّالة للمستهلك، فتدافع عن مصالحه وتضمن حقوقه، منها الأجهزة الاستشارية القانونية والتقنية والأجهزة الإدارية والقضائية، أمَّا الأجهزة غير الرسمية فتتمثل في جمعيات حماية المستهلك التي تقوم بتوعية المستهلك، ويمكن لها التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عمَّا لحقه من أضرار[3].

ممَّا لا شك فيه أنه لابد أن تتدخل في سياسة حماية المستهلك أجهزة مختلفة ومتعدِّدة، غير أن مجال الدراسة لا يتَّسع من أجل الخوض فيها كلها، ودراسة نظامها القانوني ومعرفة كافة الصلاحيات والموكلة إليها[4].

إن فكرة الشروط التعسفية مَردُّها هو ظهور مؤسسات إنتاجية وخدماتية متعاملة مع جمهور المستهلكين، تتعسف وتفرض شروطها عليهم بفضل ما تحوزه من قدرات مالية وبشرية وتقنية، ممَّا يجعلها ذات نفوذ اقتصادي يترتب عنه إخلال في توازن القوى والندِّية في التفاوض،

---

[1] رضا معوش، مرجع سابق، ص109.

[2] هنية قادري، **حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد المتخصصة**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، السنة الجامعية: 2015 -2016م، ص87.

[3] فاطمة بحري، مرجع سابق، ص170.

[4] زكرياء بوعون، **آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية: 2016 -2017، نوقشت يوم: 2017/04/20م، ص171.

ليحصل عدم توازن فادح في الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد، يجعل تنفيذه لا يتوافق مع حسن النية والعدالة، ومن ثم وضع المشرع تدابير رقابية تُحرِّض على ضمان حماية المستهلك من الممارسات التعاقدية التعسفية[1].

سنحاول في هذا الفصل التطرق لآليات الرقابة التي تتمثل في عدَّة أجهزة تُعنى مباشرة بمكافحة الشروط التعسفية، خاصة في عقود الاستهلاك التي تتصف بالإذعان، سواء كانت هذه الرقابة سابقة للتعاقد كالرقابة القانونية والإدارية عن طريق اعتماد نظام القوائم التشريعية أو التنظيمية لمحاربة الشروط التعسفية، وكذا الرقابة التي تقوم بها لجنة الشروط التعسفية لحذف تلك الشروط من نماذج العقود (**المبحث الأول**)، أو كانت هذه الرقابة لاحقة للتعاقد كالرقابة القضائية التي تمارسها الجهات القضائية المختصَّة، بمناسبة الفصل في الدعاوى الفردية أو الجماعية (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول: الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان

نعني بالرقابة القانونية الاعتماد على نظام القائمة في محاربة الشروط التعسفية، ويقصد بهذا الأسلوب أن يتضمن القانون تعداد الشروط التعسفية التي يمنع إدراجها في العقود، نظرًا لما قد يلحق المستهلك من أضرار بالغة نتيجة فرض المتدخل عليه شروطًا تعسفية، الأمر الذي أدَّى بالمشرع في العديد من الدول إلى وضع قوائم من الشروط المحظورة سواء بمقتضى التشريع أو التنظيم[2]، وهو ما تم شرحه بالتفصيل في هذا الباب ضمن المبحث الأول من الفصل السابق، تحت عنوان التصدي للشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي.

تعتبر الرقابة الإدارية بمثابة رقابة وقائية الهدف منها هو فرض التزام على المتدخل، مفاده أنه يتعيَّن عليه احترام حقوق المستهلك الجوهرية عند صياغته لشروط العقد، ويقوم هذا الأسلوب أساسًا بفتح المجال أمام سلطة إدارية تتمثل في لجنة مختصَّة، مهمتها هي دراسة كافة نماذج العقود المحرَّرة من طرف المتدخل والمعروضة على المستهلك، للوقوف على مدى

[1] نزهة بلال، مرجع سابق، ص77.

[2] نصيرة خلوي (عنان)، مرجع سابق، ص110.

موضوعيتها وملاءمتها لمصالحه، وهو الأمر الذي يؤدي إلى تنوير رضائه على النحو الذي يحقق التوازن العقدي[1].

تمارس الرقابة الإدارية عن طريق ما تصدره الحكومة من مراسيم تنفيذية، تقوم من خلالها بمنع أو تحديد الشروط التي تعتبرها تعسفية، وهو ما نسميه رقابة السلطة التنظيمية على الشروط التعسفية (**المطلب الأول**)، مع تبيان الرقابة التي تباشرها اللّجنة المختصَّة وهو ما يدعى برقابة لجنة الشروط التعسفية (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: رقابة السلطة التنظيمية على الشروط التعسفية

ويقصد بها تدخل السلطة التنظيمية لإعداد قائمة من الشروط التعسفية، وبالرجوع إلى المادة 30 من القانون 04 -02 المتعلق بالممارسات التجارية نجدها تنص على ما يلي:" بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، يتضح من هذا النص أن المشرع أخذ بالأسلوب التنظيمي بحيث خوَّل الحكومة سلطة تحديد العناصر الأساسية للعقود، ومنع العمل ببعض الشروط التعسفية في مختلف أنواع العقود[2].

إن تواجد الشرط التعسفي في العقد من شأنه إلحاق ضرر بالمستهلك، الأمر الذي يقتضي ضرورة محاربة تواجده، ومن ثم خوَّل المشرع صلاحية رقابة العقود التي يبرمها المتدخل، وكذا معاينة المخالفات ومتابعتها لموظفين مؤهلين، ورتَّب في شأن المخالفين جزاءات إدارية وعقوبات قضائية حماية لمصالح المستهلك وحقوقه، وذلك بموجب القانون 04 -02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي 06 -306 المحدِّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3].

وبالفعل تطبيقًا لنص المادة 30 المذكورة أعلاه، صدر المرسوم التنفيذي 06 -306، بحيث حدَّدت المادة 2 منه المقصود بالعناصر الأساسية الواجب إدراجها في العقود، واعتبرتها تلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك، والتي تتعلق بالإعلام المسبق له ونزاهة

---

[1] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص38.

[2] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2018 -2019م، ص235 -236.

[3] لامية لعجال، مرجع سابق، ص78.

وشفافية العمليات التجارية، وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا ضمان الخدمة ما بعد البيع، بينما بيَّنت المادة 3 أن هذه العناصر تتعلق بما يلي: خصوصية السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، الأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد[1].

الفرع الأول: تحديد الأشخاص المكلفين برقابة الشروط التعسفية في العقود

تظهر الرقابة على العقود المبرمة بين المتدخل والمستهلك، مهما كان صيغة العقد عادي أو إلكتروني من خلال المعاينات والتحقيقات التي يقوم بها الأعوان والموظفون المؤهلون لضبط المخالفات، حيث جاء النص عليهم في المادة 49 من القانون 04 -02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية كما يلي:

- ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعوان المعيَّنون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.
- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعيَّنون لهذا الغرض[2].

الفرع الثاني: مهام الموظفين المكلفين برقابة الشرط التعسفي في العقود

يقوم الموظفون التابعون للإدارة سواء المكلفة بالتجارة أو المالية، المخوَّل لهم معاينة المخالفات الصادرة عن المتدخل لدى إقدامه على إبرام عقد يحتوي على شرط تعسفي، بأداء مهامهم بعد تأدية اليمين وأن يفوضوا لأدائها طبقًا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، كما يجب عليهم أن يبينوا وظيفتهم ويقدموا تفويضهم بالعمل، وقد يتطلب الأمر أحيانًا الاستعانة بوكيل الجمهورية المختص إقليميًا[3]، وتتمثل مهام هؤلاء الموظفين فيما يلي: تفحص المستندات وحجزها، ثم تحرير المحاضر، بالإضافة إلى المتابعات القضائية.

---

[1] راجع في ذلك: المادتين 02 و03 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10 المعدَّل والمتمم.

[2] أنظر: الفقرة الأولى من المادة 49 من القانون رقم 04 -02 السالف الذكر.

[3] لامية لعجال، مرجع سابق، ص79.

أولاً: فحص المستندات وحجزها

لقد حدَّد المشرع المستندات التي يحق للموظفين المؤهلين لرقابة المتدخلين الإطلاع عليها، وهي أيَّة مستندات إدارية أو تجارية أو مالية أو محاسبية، وكذا أيَّة وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني[1].

وهو ما يُفسِّر إمكانية إطلاع هؤلاء الموظفين على مختلف العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت على اعتبار أن الحاسوب وسيلة معلوماتية، ومن ثم يمكنهم معاينة المخالفات المرتكبة من خلال فحص مدى تضمين العقد من قبل المتدخل، أحد الشروط التعسفية المحظورة بموجب المادة 29 من القانون 04 -02، كما يمكنهم أن يشترطوا استلام تلك المستندات حيثما وجدت[2].

ثانيًا: تحرير المحاضر

يُحرِّر الموظفون المكلفون برقابة العقود التي تتضمن شروط تعسفية عدَّة محاضر أهمها: محاضر الحجز ومحاضر الجرد ومحاضر إعادة المستندات المحجوزة، تبلغ هذه المحاضر إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة، فيرسلها بدوره إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميًا قصد المتابعة القضائية، ويشترط في هذه الحاضر عدم احتوائها على شطب أو إضافة أو قيد على الهوامش، كما يجب أن تُدوَّن فيها تواريخ وأماكن التحقيقات المنجزة والمعاينات المسجلة[3].

مع ضرورة أن تتضمن هذه المحاضر هوية وصفة الموظفين الذين قاموا بالتحقيقات ونشاطهم وعناوينهم، ويُحرَّر المحضر في ظرف ثمانية أيام ابتداء من تاريخ نهاية التحقيق، وتكون تحت طائلة البطلان إذا لم توقع من طرف الموظفين الذين عاينوا المخالفات، ويجب أن يُبيِّن في المحضر أن مرتكب المخالفة قد تم إعلامه بتاريخ ومكان تحريرها، كما يجب تبليغ المخالف أيضًا بضرورة الحضور أثناء تحرير المحضر ليوقع عليه[4].

وبمناسبة تحرير المحضر أثناء غياب المخالف أو عند حضوره ورفض التوقيع يُدَوَّن ذلك في المحضر، ومن ثم فهي تكتسي حجة قانونية حتى يطعن فيها بالتزوير، كما تسجل

---

[1] راجع في ذلك: الفقرة الأولى من المادة 50 من القانون رقم 04 -02 السالف الذكر.

[2] لامية لعجال، مرجع سابق، ص80.

[3] أنظر: الفقرة 03 من المادة 50، والفقرة 02 من المادة 55، والفقرة 01 من المادة 56، من القانون رقم 04 -02 السالف الذكر.

[4] لامية لعجال، مرجع سابق، ص80.

المحاضر وتقارير التحقيق المُحرَّرة من طرف الموظفين، في سجل مُخصَّص لهذا الغرض مُرقَّم ومُؤشَّر عليه طبقًا للأشكال القانونية[1].

ثالثًا: المتابـعات القضائيــة

تتم المتابعة القضائية للمتدخل المخالف الذي أدرج شروطًا تعسفية في العقد المبرم مع المستهلك، عند اكتشاف الموظفين المكلفين بمعاينة المخالفة طابعها التعسفي، من خلال إدراج معايناتهم لتلك المخالفات ضمن محاضر ثم إرسالها إلى المدير المكلف بالتجارة، فيقوم هذا الأخير بدوره بإرسالها إلى وكيل الجمهورية المختَّص إقليميًا قصد فتح متابعة قضائية[2].

غير أن الإشكال الذي يطرح في هذا الصياغ هو مدى إمكانية إثبات الطابع التعسفي للشرط في العقود الإلكترونية، على اعتبار أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني يعتبر بمثابة الكتابة على الورق، بشرط التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه، وأن تكون الكتابة الإلكترونية معدَّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[3]

وعلى كل حال فمهما كان نوع العقد إلكترونيًا أو غير إلكتروني فإن المستهلك يحتاج إلى حماية خاصة، من الشروط التعسفية التي ينفرد المتدخل بوضعها لمصلحته، الأمر الذي ينشأ عنه تفاوت يزيد في الهوة بين مركز هذا الأخير والمستهلك[4].

أمَّا بالنسبة للبنود التي تعتبر تعسفية فقد حدَّدتها المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06 -306 وقد سبق لنا التعرض لها مع الشرح، كما أن اعتبار المشرع الشروط التي ذكرتها هذه المادة شروطًا تعسفية بقوة القانون، لا يترك مجالاً للشك بأن هذه القائمة سوداء ومن ثم يعفى المدعي من إثبات طابعها التعسفي، بمفهوم المخالفة أن قائمة الشروط المدرجة ضمن المادة 29 من

---

[1] راجع في ذلك: المواد 57 و58 و59 من القانون رقم 04 -02 السالف الذكر.

[2] لامية لعجال، مرجع سابق، ص80.

[3] تنص المادة 323 مكرر 1 التي أضيفت بالقانون 05 -10 المؤرخ 2005/06/20، المعدِّل والمتمم للأمر 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني على ما يلي:« يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدَّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها».

[4] لامية لعجال، مرجع سابق، ص80.

القانون 04 -02 هي على سبيل المثال، ومن ثم يمكن اعتبارها تعسفية ممَّا يفرض على المستهلك كمدعي إثبات طابعها التعسفي[1].

إن أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي 06 -306 المذكور أعلاه، ألزمت العون الاقتصادي بإعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/أو تأدية الخدمات، كما ألزمته بإعطائه مدة كافية لفحص العقد وإبرامه.

وأهم ما يمكن ملاحظته من خلال عنوان المرسوم التنفيذي المذكور سابقًا، هو أنه حصر نطاق الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، متجاهلًا بذلك نص المادة الأولى من القانون 04 -02 التي اعتبرت الهدف من هذا المرسوم، هو تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية في العقود المبرمة بينهم[2].

المطلب الثاني: رقابة لجنة الشروط التعسفية

وضعت تشريعات حماية المستهلك نصوص خاصة لحماية هذا الأخير من الشروط التعسفية في العقود، من خلال إصدارها لأنظمة قانونية خاصة لمكافحة الشروط التعسفية، تتمثل في عدَّة آليات منها الجزاءات المقرَّرة على تضمين العقد شروطًا تعسفية، وهو ما سيتم شرحه في المبحث الموالي، بالإضافة إلى الدور الرقابي المُخوَّل إلى لجنة الشروط التعسفية[3].

في إطار البحث عن التوازن العقدي المفقود من جراء وضع الشروط التعسفية في نماذج العقود بين المستهلك والمتدخل، وضمانًا لحماية مصالح الطرف الضعيف أمام عجز الوسائل المتاحة لذلك، كان لابد من إيجاد رقابة إدارية لاتخاذ إجراء وقائي لمنع ظهور تلك الشروط وانتشارها، دون انتظار وجود نص قانوني يقضي ببطلانها أو صدور حكم قضائي بذلك[4].

لقد جاء قانون 10 جانفي 1978 تحت عنوان:" إعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات"، يعالج الحماية من خلال خمسة فصول غير أنه ما يهمُّنا منها الفصل الرابع

---

[1] نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06 -306 على ما يلي:« تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:...»، عبارات الفقرة 01 من هذه المادة تدل على أن القائمة المذكورة بها سوداء تتضمن شروط تعسفية بقوة القانون».

[2] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، مرجع سابق، ص237.

[3] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص205.

[4] نصيرة خلوي (عنان)، مرجع سابق، ص110.

والمعنون بـ: (حماية المستهلكين من الشروط التعسفية)، فعرَّف الشرط التعسفي في المادة 35 منه، بينما نص في المادة 36 على تشكيلة لجنة الشروط التعسفية[1]، وتم الإبقاء عليها بعد إصلاح 1995[2].

والجدير بالذكر أن المشرع الفرنسي قد اعتبر أحكام المادة L1-132 من القانون رقم 95- 96، التي تقابلها المادة L1-212 من قانون الاستهلاك الجديد من النظام العام، ومن ثم يجوز للقاضي أن يتدخل من تلقاء نفسه، وهو ما تأكد بصورة واضحة بموجب القانون رقم 2008-03 المؤرخ في2008/01/03، حيث أضيفت لقانون الاستهلاك المادة L1-141 والتي يتسمح للقاضي بإثارة الطابع التعسفي من تلقاء نفسه في جميع أحكام قانون الاستهلاك[3].

لهذا فإن التعرض لدراسة رقابة لجنة الشروط التعسفية، تقتضي منا التعرض لدورها في التشريع الفرنسي، ثم التعرض إلى دور هذه اللّجنة في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: دور لجنة الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي

تعرَّف لجنة الشروط التعسفية بأنها عبارة عن تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي، بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرَّضة للاعتداء من جانب المتدخلين بواسطة عقود تتضمن شروطًا تعسفية[4].

نشأت هذه الجنة في فرنسا نتيجة الانتقادات التي وجهت لمشروع قانون (*scriener*) على مستوى البرلمان، حيث كانت ترمي إلى إعطاء مهمة الرقابة على الشروط التعسفية إلى المحاكم، لكنها قوبلت بالرفض وعهدت المهمة إلى الحكومة، على أن تساعدها في ذلك لجنة ذات طابع استشاري سميت بلجنة الشروط التعسفية تابعة للوزير المكلف بالمستهلك[5].

لقد مارست هذه اللّجنة مهامها بعد تنصيب أعضائها ولا تزال تواصل عملها لحد الآن، على اعتبار أن قانون الاستهلاك لسنة 1995[6] قد جدَّد الثقة بها دون أن يعطيها صلاحيات

---

[1] زهيرة عبوب، مرجع سابق، ص270.

[2] لقد تم تعويض المادة 35 -1 من قانون 1978/01/10 بالمادة L2-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995.

[3] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص434 -435.

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص205.

[5] زهيرة عبوب، مرجع سابق، ص270.

[6] *Loi n° 95-96 du 01/02/1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, (1) J.O.R.F n° 28, du 02/02/1995.*

أخرى، وبيَّن الأحكام المتعلقة بها في المواد من 241 -L2 إلى241 -L5 منه، وكذا المواد من R212 إلى 212 -R3 من المرسوم التنظيمي لهذا القانون، ومن مهام هذه اللّجنة ما يلي:

1 - دعم حماية المستهلك في مواجهة تعسف المهني في إطار عقود الاستهلاك.

2 - دراسة كل الوثائق المعدَّة من طرف المهنيين والموجهة أساسًا إلى غير المهنيين أو إلى المستهلكين والتي تتضمن شروطًا يغلب عليها الطابع التعسفي[1].

كما يبقى من حق المحكمة التي عرضت عليها دعوى إبطال الشرط التعسفي، الرجوع إلى هذه اللّجنة لإبداء رأيها الاستشاري في القضية، وتسند صلاحيات لجنة الشروط التعسفية إمَّا بمبادرة من الدولة ممثلة في الوزير المكلف بالاستهلاك، أو من جمعيات حماية المستهلك المعترف بها أو من طرف المهنيين أنفسهم، وتصدر هذه اللِّجان توصيات إمَّا بحذف الشروط التعسفية أو تعديلها، ويبقى من صلاحيات الوزير المكلف بالاستهلاك الأمر بنشر هذه التوصيات تلقائيًا، أو بناءً على طلب أحد المتدخلين دون الإضرار بسمعة الغير[2].

تعتبر لجنة الشروط التعسفية هيئة إدارية وهي منظمة حاليًا بموجب المواد 822 -L4 وما بعدها من القسم التشريعي لقانون الاستهلاك الجديد، بالإضافة إلى المواد 822 -R18 وما بعدها من القسم التنظيمي له، حيث نصت المادة 822 -L4 على ما يلي:" لجنة الشروط التعسفية هي لجنة تنشأ لدى الوزير المكلف بالاستهلاك تقوم بالتعرُّف على نماذج الاتفاقيات التي عادة ما يقدمها المهنيين لغيرهم من المتعاقدين المستهلكين وغير المهنيين، وهي مكلفة بالبحث فيما إذا كانت هذه الاتفاقيات تتضمن بنودًا يمكن أن تكون ذات طابع تعسفي"[3].

لقد تناول المشرع الفرنسي الإطار العضوي والوظيفي للجنة شروط العقود غير العادلة، ضمن القسم الفرعي الأول من المرسوم 2016 -884، لذلك سوف نتطرق للإطار العضوي للجنة شروط العقود غير العادلة، ثم نتطرق للإطار الوظيفي لهذه اللّجنة.

---

[1] *Revoir cela dans les articles 212R à 212-3R du décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, op.cit.*

[2] زهيرة عبوب، مرجع سابق، ص271 -272.

[3] *L' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation op.cit.*

أولاً: الإطار التنظيمي للجنة شروط العقود غير العادلة

حدَّدت أحكام المادة R18-822 عدد الأعضاء في هذه اللّجنة وصفاتهم، وكذلك شروط العضوية بقولها:" تتألف لجنة شروط العقود غير العادلة من ثلاثة عشر عضوًا موزعة على النحو التالي:

1 - قاضي من قضاة المحكمة، رئيس؛

2 - قاضيان من النظام القضائي أو الإداري أو أعضاء مجلس الدولة الذين يعيَّن منهم نائب الرئيس؛

3 - شخصان مؤهلان في مجال قانون العقود، يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك؛

4– أربعة ممثلين للمهنيين؛

5 - أربعة ممثلين للمستهلكين؛

يجوز للمدير العام للمعهد أو من يمثله حضور جلسات لجنة الشروط غير العادلة، ولا يشارك في التصويت على التوصيات والآراء"[1].

يتم إخطار لجنة الشروط التعسفية طبقًا لأحكام المادة L5-822 من القسم التشريعي لقانون الاستهلاك، سواء عن طريق الوزير المكلف بالاستهلاك أو من طرف جمعيات حماية المستهلك، أومن طرف المهنيين المعنيين أنفسهم كما يمكن أن تخطر من تلقاء نفسها[2].

أمَّا عن كيفية تعيين رئيس وأعضاء لجنة شروط العقود غير العادلة ومدة عضويتهم، فقد نصت عليه المادة R19-822 بقولها:" يتم تعيين رئيس وأعضاء اللّجنة بأمر من الوزير المسؤول عن شؤون المستهلك لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ويعيَّن هذا المرسوم مناوبًا لكل عضو باستثناء الرئيس، ويتم تعيين القضاة بناءً على اقتراح من وزير العدل.

لا يمكن لأي عضو من أعضاء اللّجنة المشاركة في المداولات، عندما يكون لديه مصلحة شخصية في المسألة التي يتعلق بها موضوعها، أو إذا كان يمثل أقل من خمس سنوات قبل المداولة أحد الأطراف المعنية"[3].

---

[1] *L'article n°822-18R de le décret n° 2016-884, op.cit.*

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص206.

[3] *L'article n°822-19R de le décret n° 2016-884, op.cit.*

وبالنسبة لطريقة انعقاد جلسات اللّجنة وكيفية إبداء الرأي في المسائل المعروضة عليها، فقد تناولتها الفقرتين 20 -21 من المادة R822 ضمن المرسوم 2016 -884 السالف الذكر، حيث نصت المادة 822 -R20 على أنه:" تعقد اللّجنة جلسة عامة. يجوز للرئيس أن يُعيِّن مقرِّرًا من بين أعضاء اللّجنة للتحقيق في قضية ما، ويجوز أيضًا تعيين المقرِّر وفقًا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 822 -R32[1].

لا يجوز للجنة التداول بانتظام إلا بحضور رئيسها أو من يحلُّ محلَّه وما لا يقل عن ستة أعضاء آخرين.

يجوز للأطراف المهتمة أن تطلب الاستماع إليها قبل المداولات إلا في حالة الإحالة القضائية"[2].

أمَّا عن إبداء رأيها فتناولته المادة 822 -R21 بقولها:" يجوز طلب رأي من اللّجنة في الحالات التي تثير فيها، ضمن الإجراءات المعروضة عليها الطابع التعسفي لشرط تعاقدي. وتطلب المحكمة المختصَّة من اللجنة، بقرار لا يجوز الطعن فيه، إبداء رأيها في جور هذا الشرط كما هو مُحدَّد في المادة 212 -L1[3].

هذا الرأي غير ملزم للقاضي. وتعطي اللّجنة رأيها خلال مدة أقصاها ثلاثة أشهر من تاريخ الإحالة. يعلق أي قرار بشأن جوهر القضية إلى أن يتم تلقي رأي اللّجنة، وفي حالة عدم تحقق ذلك حتى انتهاء فترة الثلاثة أشهر المشار إليها أعلاه. يمكن اتخاذ التدابير العاجلة أو الوقائية اللازمة"[4].

---

[1] *Voir l'article n°822R, paragraphe 32 de le Décret n° 2016-884, Où il dit que:«… II.-Pour l'instruction d'avis ou de recommandations sous l'autorité du président ou de membres de la commission désignés à cet effet par celui-ci, le président de la commission demande au directeur général de l'Institut national de la consommation de désigner des agents des services communs définis à l'article R. 822-12 ou de faire appel, avec l'accord du ministre intéressé, à des fonctionnaires de catégorie A ou des agents contractuels de l'Etat de niveau équivalent. Cette instruction peut être confiée à des personnes qualifiées choisies d'un commun accord entre le directeur général de l'Institut national de la consommation et le président de la commission…».*

[2] *Voir ceci dans l'article n°822R, paragraphe 20 de le décret n° 2016-884, op.cit.*

[3] *Voir l'article n° 212-1 L de l' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[4] *Voir l'article n°822R, paragraphes 20 et 21 de le décret n° 2016-884, op.cit.*

ثانيًا: الإطار الوظيفي للجنة شروط العقود غير العادلة

لقد تم تناول المشرع الفرنسي الجانب الوظيفي للجنة شروط العقود غير العادلة، ضمن القسم الفرعي 3 من المرسوم 2016 -884، تحت عنوان: " أحكام مشتركة بين اللجان (لجنة الشروط التعسفية، لجنة سلامة المستهلك)"، فتعرضت المادة 822 -R28 إلى كيفية إنهاء مهام أعضائها واستخلافهم أو استبدالهم على النحو التالي:" بناءً على اقتراح رئيس اللّجنة، يجوز للوزير المسؤول عن شؤون المستهلكين إنهاء مدة عضوية أي عضو من أعضاء اللّجنة، دون أن يكون له سبب، سوى أنه لم يشارك في ثلاثة اجتماعات للَّجنة لمدة اثني عشر شهرًا.

يتم تعويض أي عضو من أعضاء اللّجنة توفي أو استقال من منصبه أو انتهت مدة ولايته، عملاً بالفقرة الفرعية السابقة، في الفترة المتبقية من ولايته، بواسطة شخص تم تعيينه وفقًا لنفس الشروط. إذا كانت تلك الفترة أقل من ثمانية عشر شهرًا، فلا تُؤخذ مدة ولاية الخليفة في الاعتبار، لغرض تطبيق القاعدة التي تنص على تجديد مدة ولاية المكتب مرة واحدة فقط.

في حالة الغياب أو العجز، يتم استبدال رئيس اللّجنة المنشأة بموجب المادة 822 -L4 بنائب الرئيس، ورئيس اللّجنة المنشأة بموجب المادة 822 -L7 بعضو في النظام القضائي، أو إذا لم يحدث ذلك، عضو محكمة مراجعي الحسابات الذي هو عضو في اللّجنة"[1].

اجتماعات اللّجنة نظمتها المادة 822 -R29 بقولها:" لا تكون جلسات اللّجنة علنية. وفي حالة عدم وجود توافق في الآراء، تعمل اللّجنة بأغلبية أصوات الأعضاء الحاضرين. يكون صوت الرئيس مُرجِّح في حالة تعادل الأصوات. تضع اللّجنة نظامها الداخلي الذي ينشر في النشرة الرسمية للمنافسة وشؤون المستهلكين وقمع الغش. يُحدِّد النظام الداخلي للجنة على وجه الخصوص الترتيبات الموضوعية لقبول الإحالات. ويجوز لها أن تُحدِّد الالتزامات الأخلاقية لأعضائها. ولا يجوز إعلان عدم قبول إحالة الوزير المسؤول عن الاستهلاك، أو في حالة اللّجنة المنشأة بموجب المادة 822 -L4 بواسطة قاضٍ غير مقبول"[2].

يتم تحفيز آراء وتوصيات اللّجنة طبقًا لأحكام المادة 822 -R30 على النحو التالي: " يتعيَّن على اللّجنة أن تضع في آرائها وتوصياتها الأسباب التي تستند إليها، يقوم رئيس اللّجنة بإبلاغ الرأي أو التوصية إلى الوزير المسؤول عن الاستهلاك، وإلى الوزراء المعنيين، وإلى

[1] *l'article n°822-28R de le décret n° 2016-884, op.cit.*
[2] *l'article n°822-29R de le décret n° 2016-884, ibid..*

الشخص الذي قام بالإحالة وإلى المهنيين الذين تم الاستماع إليهم أثناء التحقيق. كما يقوم مفوض الحكومة المعيَّن وفقًا للشروط المنصوص عليها في المادة 822 -R8، كل سنة بإعداد تقرير يقدمه إلى اللّجنة المنشأة بموجب نفس المادة، عن الإجراءات المتخذة بشأن آراء وتوصيات اللّجنة الثانية"[1].

يحضر مفوض الحكومة جميع اجتماعات اللّجنة، حيث يمثله مندوب يُعيِّنه في رسالة موجهة إلى رئيس اللّجنة. يجوز له أيضًا أن يساعده مع ممثله مسؤول أوكيل مؤهل أو أكثر. وقبل انعقاد الجلسة بثمانية أيام على الأقل، يتلقى رسالة من التقرير أو التقارير المُعدَّة للمداولات إلا في حالة الطوارئ، تبدأ فترة الأربعة أيام المنصوص عليها في المادة 822 -R25 من يوم الذي أعتمد فيه الرأي أو التوصية[2].

وأخيرًا نجد أن المادة 822 -32 -R تعرضت لمهام بعض أعضاء لجنة شروط العقود الغير العادلة كما يلي:

1 - يجوز للموظفين العموميين والقضاة المُعَارِين للخدمات المشتركة المحدَّدة في المادة 822 -R12 أو الذين تتاح لهم هذه الإدارات، وموظفي المعهد الوطني للمستهلك، أن يمارسوا وظائف أمين اللّجنة أو متعاون معها. يتم اختيار أصحاب هذه المهام من قبل المدير العام للمعهد الوطني للاستهلاك بالاتفاق مع رئيس اللّجنة.

2 - للنظر في الآراء أو التوصيات تحت سلطة الرئيس أو أعضاء اللّجنة المعينين لهذا الغرض من قبل هذا الأخير، يطلب رئيس اللّجنة من المدير العام للمعهد الوطني للمستهلك، أن يُعيِّن وكلاء للخدمة المشتركة على النحو المحدَّد في نص المادة 822 -R12[3]، أو أن يطعن بموافقة الوزير المعني لموظفي الفئة A أو الموظفين المتعاقدين في الدولة ذوي المستوى المماثل. يجوز إسناد هذه التعليمات إلى أشخاص مؤهلين، يتم اختيارهم بالاتفاق المشترك بين المدير العام للمعهد الوطني للاستهلاك ورئيس اللجنة.

---

[1] *l'article n°822-30R de le décret n° 2016-884, op.cit.*
[2] *Voir l'article n°822-25 R de le décret n° 2016-884, ibid.*
[3] *Voir l'article n°822-12 R de le décret n° 2016-884, ibid..*

3 - لأداء مهام معيَّنة تحت سلطة الرئيس أو أعضاء اللّجنة التي يُعيِّنها لهذا الغرض رئيس اللّجنة، يطلب رئيس اللّجنة من المدير العام للمعهد الوطني لشؤون المستهلك، أن يُعيِّن وكلاء الخدمات المشتركة على النحو المحدَّد في المادة R11- 822[1].

4 - لا يمكن للمدير العام للمعهد القومي للاستهلاك، أن يرفض منح الطلبات المنصوص عليها في الفقرتين الثانية والثالثة إلا على أساس يتصل بعدم كفاية موارد المؤسسة، في أداء الواجبات أو ممارسة المهام المحدَّدة في البنود من الأول إلى الثالث المذكورة أعلاه، لا يتلقى الموظفون أو الأشخاص المؤهلون تعليمات إلا من رئيس أو أعضاء اللّجنة المعينين لهذا الغرض. وهم مسؤولون في اللّجنة طوال مدة تعاونهم. كما يجوز لرئيس اللّجنة أن يدعوهم إلى تقديم مساعدتهم[2].

ويتمثل دور اللّجنة في مواجهة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي فيما يلي:

- إعطاء الرأي كهيئة استشارية في جميع مشاريع المراسيم التي تقترحها السلطة التنظيمية، بخصوص تحديد الطابع التعسفي للبنود التي تعتبر تعسفية بموجب التنظيم، وتعتبر هذه الاستشارة إلزامية بالنسبة للسلطة بموجب نص المادة L1- 212 وفقًا لما تم الإشارة إليه.

- البحث في نماذج العقود المعتاد تقديمها من قبل المهنيين لغير المهنيين والمستهلكين، عن أي شرط يمكن أن تعتبره اللّجنة يحمل الطبيعة التعسفية، وإعطاء توصيات بضرورة حذف أو تعديل تلك الشروط التعسفية المذكورة في نماذج العقود[3].

- تقديم رأيها بناءً على طلب القاضي في الدعاوى المعروضة عليه بموجب قرار غير قابل للطعن، حول تقدير الطابع التعسفي لأحد الشروط المعرَّفة في المادة L1- 212 من قانون الاستهلاك، وعلى اللّجنة إبداء رأيها في أجل أقصاه ثلاثة أشهر من تاريخ إحالة الطلب عليها، ولا يعتبر هذا الرأي ملزمًا للقاضي[4].

- تصدر اللّجنة تقريرًا سنويًا عن نشاطاتها مع تقديم الاقتراحات بشكل دوري، بتعديل النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية، مع ضرورة نشر تقاريرها للجمهور في النشرة الرسمية للمنافسة وحماية المستهلك وقع الغش(*BOCCRF*)[5].

---

[1] *Voir l'article n°822-11 R de le décret n° 2016-884, , op.cit.*
[2] *L'article n°822-32 R de le décret n° 2016-884, ibid*
[3] *l'article n° 822-6 L de l' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*
[4] *l'article n°822-21R de le décret n° 2016-884, op.cit.*
[5] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص206.

وإذا كان القاضي في تقديره للطابع التعسفي للشرط المتنازع بشأنه، في قانون الاستهلاك السابق يرجع إلى التعريف الذي جاء به مطلع المادة 132 -L1، فإنه يمكن أن يكون منقادًا من طرف لجنة الشروط التعسفية حسب المادة 132 -L6 من قانون الاستهلاك، وبالتالي فإن محكمة النقض كانت تمارس رقابتها على تحديد الشروط التعسفية من طرف قضاة الموضوع، ممَّا سمح مع مرور الوقت بتوحيد معايير التقدير[1].

وعمليًا أصدرت لجنة الشروط التعسفية في فرنسا عدَّة توصيات، بضرورة إلغاء بعض الشروط التي اعتبرتها تعسفية، من أمثلتها ما جاء في التوصية رقم 01/14 المتعلقة بالعقود الموجهة للمستهلك من طرف شركات الكهرباء، حيث جاء في هذه التوصية وجود ما يقارب 31 شرط تعسفي تتعلق بشروط التزويد بالكهرباء والغاز، توصي اللّجنة بضرورة حذفها من نماذج هذه العقود[2].

وعليه فإن لجنة الشروط التعسفية تعتبر من التنظيمات القانونية الإدارية ذات الطابع الاستشاري، حيث أنشأها المشرع الفرنسي كآلية قانونية لرد الاعتبار للتوازن العقدي، من خلال عملها على دعم وحماية مصالح المستهلك الضعيف اقتصاديًا، المعرَّضة للاعتداء من طرف الأعوان الاقتصاديين في عقود الاستهلاك، وبالتالي تُعدُّ هذه اللّجنة إضافة جديدة ميَّزت القانون الفرنسي عن قوانين الاستهلاك الأوروبية في مجال مكافحة الشروط التعسفية[3].

بالإضافة إلى التوصية رقم 01/13 التي تشير إلى أنه في بعض العقود المتضمنة بنود، تُحمِّل المستأجر جميع النفقات المتعلقة بتكاليف التوثيق والرسوم وتكاليف عقد الإيجار، الأمر الذي جعل اللّجنة تعتبر هذه البنود تعسفية، بسبب عدم الإشارة إلى طبيعة هذه النفقات ولا مقدارها، بحيث لا تسمح للمستأجر أن يعرف بدقة الالتزامات الموضوعة على عاتقه، وبالتالي تخلق إخلال ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد ومن ثم يتعيَّن استبعادها[4].

---

[1] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص434.

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص208.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص38.

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص208.

الفرع الثاني: دور لجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري

لقد اعتمدت عدَّة أساليب لمواجهة التعسف في عقود الإذعان، من بينها الأسلوب الإداري الذي يقصد به إسناد مهمة تحديد الشروط التعسفية على وجه غير ملزم للقاضي لجهاز إداري يتمثل في لجنة الشروط التعسفية، وهو الأسلوب المتَّبع في كل من فرنسا والجزائر[1].

إن المشرع الجزائري قلَّد نظيره الفرنسي من خلال النص على إنشاء لجنة للشروط التعسفية أطلق عليها تسمية لجنة البنود التعسفية، حيث نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06 -306 على أنه:" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص" اللّجنة "..."[2]، لذلك سيتم التطرق لتشكيلة لجنة البنود التعسفية، ثم التطرق للمهام الأساسية المسندة لهذه اللّجنة.

أولاً: تشكيلة لجنة البنود التعسفية

لقد أقرَّ المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 إنشاء لجنة البنود التعسفية في التقنين الجزائري لدى الوزير المكلف بالتجارة، فهي هيئة ذات طابع استشاري بمفهوم المادة 06 منه[3]، أمَّا عن تشكيلها فقد نصت عليها المادة 08 من نفس المرسوم، وهي تتشكل من 07 أعضاء كما يلي:

- ممثل (1) عن الوزير المكلف بالتجارة، مُختَّص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا؛
- ممثل (1) عن وزير العدل، مُختَّص في قانون العقود؛
- عضو (1) من مجلس المنافسة؛
- متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في قانون الأعمال والعقود؛
- ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود؛

وأضافت المادة 08 منه أنه يمكن لهذه اللّجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها[4].

---

[1] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص435.

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادرة في 2006/09/11، ص18.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص39.

[4] زهيرة عبوب، مرجع سابق، ص275.

إلا أن تشكيلة هذه اللّجنة أعيد ضبطها بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي08 -44، المعدِّل للمرسوم التنفيذي 06 -306 التي نصت على ما يلي:" تتكون اللّجنة من خمسة (05) أعضاء دائمين، وخمسة (05) أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يأتي:

- ممثلان (02) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصَّان في مجال الممارسات التجارية؛
- ممثلان (02) عن وزير العدل حافظ الأختام، مختصَّان في قانون العقود؛
- ممثلان (02) عن مجلس المنافسة؛
- متعاملان اقتصاديان(02) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود؛
- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود؛

يمكن للَّجنة الاستعانة بأي شخص آخر يمكن أن يفيدها في أعمالها"[1].

وبالنظر إلى التركيبة التي تشمل عليها هذه اللّجنة نجدها تشمل كافة أصناف المتعاملين، من أصحاب الشأن من رجال الأعمال وكذا رجال الإدارة والمهنيين والمستهلكين، وهذا ما يدل عن أهمية الدور الذي يمكن أن تلعبه هذه اللّجنة في الحد من الشروط التعسفية[2].

كما نصت المادة 09 من المرسوم التنفيذي 06 -306 على أنه:" تُحدَّد القائمة الاسمية لأعضاء اللّجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية.

يُعيَّن أعضاء اللّجنة لمدة ثلاث (3) سنوات قابلة للتجديد.

تنهى عهدتهم حسب الأشكال نفسها"[3].

ويمكن أن تتدخل اللّجنة من تلقاء نفسها بطلب من الرئيس، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وكل جمعية مهنية أو كل جمعية حماية المستهلكين أو من كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[4]، تطبيقًا لنص المادة 11 من المرسوم 06 -306، على أن تجتمع اللّجنة في دورة عادية على الأقل مرة في كل 03 أشهر وذلك باستدعاء من

---

[1] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 07، الصادرة في 2008/02/10، ص17 -18.

[2] مولود بغدادي، مرجع سابق، ص121.

[3] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادرة في 2006/09/11، ص18.

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص207.

رئيسها، ويمكنها أن تجتمع في دورة استثنائية بمبادرة من الرئيس أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل، طبقًا لما ورد في المادتين 13 و14 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306[1].

ولكي يكون الانعقاد صحيحا يشترط حضور نصف أعضائها على الأقل، ومع ذلك يمكن أن تجتمع اللّجنة ويكون انعقادها صحيحا رغم عدم اكتمال النصاب القانوني لها، المتمثل في نصف الأعضاء على الأقل بعد ثمانية (8) أيام من استدعاء ثان، ويتم الاستدعاء عن طريق استدعاءات فردية لكل أفراد اللّجنة، حيث يتضمن الاستدعاء تحديد توقيت وتاريخ الاجتماع ومكانه، بالإضافة إلى تحديد جدول أعمال الاجتماع[2].

في الدورات العادية ترسل الاستدعاءات في آجال 15 يوم قبل تاريخ الاجتماع، أمَّا في الدورات الاستثنائية فترسل قبل 8 أيام من تاريخ انعقاده، واستثنت المادة 16 من نفس المرسوم أي عضو تكون له مصلحة في المداولة من المشاركة في الاجتماع، أو يكون بينه وبين أحد أطرافها صلة قرابة إلى الدرجة الرابعة، أو يكون قد مثل أو يمثل أحد الأطراف المعنية[3].

لم يرد أي نص في التشريع الجزائري يتيح للقاضي أخذ رأي لجنة البنود التعسفية، بخصوص تحديد الطابع التعسفي لأي شرط من الشروط المدرجة في العقود، والتي تكون موضوع دعوى أمام القضاء كما فعل المشرع الفرنسي، بالإضافة إلى أن القانون الجزائري لم يكلف السلطة التنظيمية باستشارة اللّجنة عن مشاريع المراسيم التي تصدرها، بمناسبة وضعها للقائمة التي تُحدِّد الشروط التعسفية عكس ما نص عليه القانون الفرنسي كما سبق بيانه[4].

كما تساءل بعض الباحثين حول امتداد حق إخطار اللّجنة للانعقاد إلى مؤسسة القضاء، في ظل المادة 11 من المرسوم رقم 06 -306 التي تضمنت عبارة :" يمكن اللّجنة أن تخطر من تلقاء نفسها أو تخطر من طرف الوزير...أو كل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك"؟

ويجيب أحدهم أن النص السابق يُؤكِّد أن القضاء هو من تبنَّى الجهات المعنية بحق الإخطار، من منطلق أنه مؤسسة من مؤسسات الدولة مهمتها إقامة العدل بين الناس بتسوية النزاعات المرفوعة إليه، بالإضافة إلى توافر شرط المصلحة فيه إذ أن من مصلحة القاضي

---

[1] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص219.

[2] نصيرة خلوي (عنان)، مرجع سابق، ص121.

[3] مولود بغدادي، مرجع سابق، ص123.

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص207 -208.

اللجوء للَّجنة الشروط التعسفية، بسبب عدم تحكمه في تحديد طبيعة الشرط من عدمه بمفرده، بخلاف ما لو تم التدقيق في الشرط من قبل لجنة متخصصّة، يطمئن لرأيها الجميع ممَّا يجعل حكم القاضي غير معرَّض للنقض[1].

وما يتأكَّد من التعديل الذي قام به المشرع الجزائري بعد عامين، أنه لم يتم ضبط تشكيلة لجنة البنود التعسفية لكي تباشر مهامها بدون مشاكل، حيث فضَّل المشرع تحضير هذا الجهاز جيدًا من خلال مضاعفة عدد أعضائه الممثلين لكل هيئة، بإضافة لكل عضو رئيسي عضو احتياطي ينوبه في حالة غيابة، ضمانًا لعدم عرقلة مهامها في المستقبل[2].

وهو ما ألغى الشرط الوارد عن ممثلي جمعيات حماية المستهلك، الذي يتطلب فيهما أن يكونا منتمين لجمعية وطنية، فقد يكون مرد هذا التغيير أن المشرع تدارك واقع هذه الجمعيات كونها لم تبلغ المستوى المؤهل لكي تكون ذات طابع وطني، ومن أجل تبسيط إجراءات تكوينها بما يتلاءم مع الواقع[3].

وما يمكن استخلاصه هو أن المشرع الجزائري تأخر كثيرًا في تنصيب هذه اللّجنة، حيث تم إقرارها بموجب ما يُحدِّدُه القرار الوزاري الصادر بتاريخ 2017/11/27، والذي حدَّد لأول مرة القائمة الاسمية للَّجنة البنود التعسفية، ومع ذلك نص فيه على تولِّي ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة رئيسًا للَّجنة، طبقًا لأحكام المادة 06 من المرسوم رقم 06 -306 قبل تعديله[4].

يُعدُّ هذا الإجراء خطوة إيجابية تمهيدًا لبداية عمل هذه اللّجنة، في انتظار قرارات أخرى مماثلة تهدف إلى إضفاء الطابع الإلزامي لتوصياتها وضمان حماية فعَّالة للمستهلك، غير أن البعض يرى أن اتجاه إرادة المشرع إلى اعتبار إخطار اللّجنة للانعقاد، على أنه حق حصري للأشخاص المعنوية يعكس طابعها الإداري، وربما يهدف إلى أن يكون استلام طلبات المستهلكين عبر قنوات تمثيلية، يفترض فيها أنها تحظى بجانب كبير من التنظيم والعقلانية[5].

---

[1] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، مرجع سابق، ص241.

[2] إيمان بوشارب مرجع سابق، ص113.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص41.

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص207.

[5] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، مرجع سابق، ص240.

ثانيًا: مهام لجنة الشروط التعسفية

جاءت مهام لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري شبيهة بمهام نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 على أن لها دور استشاري، وتهتدي اللّجنة لممارسة اختصاصها بالمعيار العام الوارد في المادة 5/3 من القانون 04 -02، الذي لا يعتبر شرط ما على أنه تعسفيًا بمجرَّد أنه يمنح أحد أطراف العقد ميزة معيَّنة، فمن الممكن أن يوجد شرط آخر يقابله يعطي للمتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن للعقد[1].

يتمثل دور هذه اللّجنة باعتبارها وسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي، حسب ما ورد بالمادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306، في البحث عمَّا إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المتدخل على المستهلك تتضمن شروطًا ذات طابع تعسفي، وإذا كانت كذلك فإنها تصوغ توصيات بحذفها إلى الوزير المكلف بالتجارة وكذا المؤسسات المعنية[2].

كما نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06 -306 على أهم اختصاصات لجنة البنود التعسفية بقولها:" تكلف اللّجنة، لاسيما بالمهام التالية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية؛

- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين؛

- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها"[3].

- تقوم بإعداد تقرير سنوي عن نشاطها العام يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليًا أو جزئيًا بأي وسيلة ملائمة (المادة 3/12 من المرسوم التنفيذي 06 -306).

ما يلاحظ على نص المادة 07 أنها لم تُحدِّد مهام لجنة البنود التعسفية على سبيل الحصر، بل تركت الفقرة الأخيرة منها باب الاختصاص مفتوحًا بشأن إمكانية قيام اللّجنة بمباشرة كل عمل آخر ترى أنه ينطوي ضمن مجال اختصاصها[4].

---

[1] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص45.

[2] زهيرة عبوب، مرجع سابق، ص276.

[3] المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10 المعدَّل والمتمم.

[4] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص219. نزهة بلال، مرجع سابق، ص79.

يتضح من خلال هذه المادة أن المهام المسندة لهذه اللّجنة، جاءت على سبيل الاستدلال لا الحصر وهو ما يستشفي من استخدام عبارة: " لاسيما " في بداية النص، أمَّا بالنسبة لدور اللّجنة في البحث عن الشروط التعسفية فهو دور هام ومزدوج، ذلك أنه يساهم في إقصاء الشروط التعسفية الموجودة في نماذج العقود قبل عرضها على التعاقد، إضافة لتلك التي تم التعاقد مع المستهلكين من خلالها، ممَّا يعطي للَّجنة دورين دور وقائي ودور علاجي[1].

كما أضافت المادة 12 من نفس المرسوم، أنه على اللّجنة إعداد تقرير عن نشاطها كل سنة، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وينشر كليًا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة، ويتضمن التقرير كل الدراسات والخبرات التي قامت بها، وكذلك كل التوصيات التي أرسلت إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى المؤسسات المعنية، حول تقدير الطابع التعسفي للشروط في بعض العقود[2].

ونظرًا للدور الهام الذي تلعبه لجنة الشروط التعسفية في تحقيق التوازن العقدي، حيث كلفها المشرع بعدَّة مهام منها تفحص مجال العقود المطبقة من طرف المتدخلين على المستهلكين، ثم وضع التقارير السنوية ونشرها وتقديم الاقتراحات، وإبداء الرأي بشأن المراسيم والقرارات التي موضوعها الشروط التعسفية، وكذا إبداء الرأي بشأن الشروط المحالة من طرف الجهات القضائية.

1 - تفحص نماذج العقود المطبقة من طرف المتدخلين على المستهلكين

يتمثل دور لجنة البنود التعسفية أساسًا في البحث عن الشروط المزمع استعمالها أو فرضها من جانب المتدخلين على المستهلكين، وإذا لاحظت وجود الصفة التعسفية في أي منها انعقد اختصاصها وأصدرت توصيات بإلغائها، مع العلم أنه يوجد لدى اللّجنة جميع نماذج الاتفاقات والعقود التي اعتاد المتدخلون عرضها على المستهلكين[3].

كما يمكن للَّجنة القيام بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين وهو ما تضمنته المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306، التي تقابلها المادة 822 -L4

[1] إيمان بوشارب مرجع سابق، ص114.

[2] مولود بغدادي، مرجع سابق، ص122.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص46.

من الأمر رقم 2016 -301 المتضمن القسم التشريعي لقانون الاستهلاك الفرنسي الجديد، بالإضافة إلى مباشرتها لكل عمل آخر يدخل ضمن مجال اختصاصها[1].

نستنتج أن هذه اللّجنة لها طابع إداري مُنحت مهمة خاصة، تتمثل في مراجعة العقود المحرَّرة من قبل الأعوان الاقتصاديين على وجه الخصوص عقود الإذعان والعقود النموذجية، وكافة عقود الاستهلاك التي تتَّسم بالإذعان، والبحث فيها عن البنود التي تحمل طابع تعسفي[2].

2 - صياغة التوصيات ووضع التقارير السنوية ونشرها وتقديم الاقتراحات

تعتبر لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري حسب نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06 -306، حيث تختص هذه الأخيرة بوضع توصيات بشأن البنود التي تعتبرها تعسفية، ويتعيَّن عليها طبقًا للمادة 12 من نفس المرسوم أن تنشر آراءها وتوصياتها والمعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها بكل الوسائل الملائمة، كما تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها يبلغ الوزير المكلف بالتجارة، وتنشر مستخرجات منه أو كليًا بكل وسيلة مناسبة[3].

تلتزم هذه اللّجنة بإعداد تقرير سنوي تُبيِّن من خلاله حصيلة نشاطها، سواء تعلق الأمر بالطلبات أو الاجتماعات الموجهة لها أو الآراء التي أبدتها، كما تشرف على وضع التقارير وتدوين التوصيات التي أصدرتها خلال السنة وجمعها، لكي يتم إرسالها ضمن التقرير السنوي إلى الوزير المختَّص، كما تلتزم بنشر هذه التقارير بكل الوسائل المتاحة قصد الاطلاع عليها، من أجل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله[4].

كما منحت لجنة البنود التعسفية حق إعداد ونشر آرائها وتوصياتها، وكل معلومة مفيدة عن طريق الوسائل الملائمة، وما يمكن أن نستخلصه من خلال عملها التي يتخذ شكل

---

[1] تنص المادة L4- 822 من الأمر رقم 2016 -301 على ما يلي:« لجنة الشروط التعسفية هي لجنة تنشأ لدى الوزير المكلف بالاستهلاك تقوم بالتعرُّف على نماذج الاتفاقيات التي عادة ما يقدمها المهنيين لغيرهم من المتعاقدين المستهلكين وغير المهنيين، وهي مكلَّفة بالبحث فيما إذا كانت هذه الاتفاقيات تتضمن بنودًا يمكن أن تكون ذات طابع تعسفي».

[2] نزهة بلال، مرجع سابق، ص79.

[3] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص220.

[4] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، مرجع سابق، ص243.

توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وهي توصيات ليس لها أي قوة ملزمة لا بالنسبة للأطراف ولا للقاضي، وبالتالي فليس لها أي قيمة قانونية إلا إذا تم تطبيقها عن طريق مرسوم[1].

وبما أن توصيات لجنة الشروط التعسفية غير ملزمة للقاضي وغير ملزمة للمتعاقدين فإنها لا تتمتع بأيَّة قوة إلزامية، غير أنها تمارس ضغطًا معنويًا على المتدخلين من خلال نشر آرائها، ومن ثم يجب توسيع صلاحياتها عن طريق الإضفاء على توصياتها طابع الإلزام، لأنه من شأن ذلك أن يساعد الجهات الفاعلة في مجال حماية المستهلك، وكذا القضاء على مكافحة الشروط التعسفية[2].

3 - إبداء الرأي بشأن المراسيم والقرارات التي موضوعها الشروط التعسفية

ممَّا لا شك فيه أن الدور المسند إلى لجنة البنود التعسفية يجد أساسه في طبيعة هذه الهيئة، من حيث كونها جهاز استشاري بدليل نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 06 -306 بقولها:" تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص" اللّجنة"[3]، والجدير بالذكر هو أن آرائها وتوصياتها لا تتمتع بأيَّة قوة إلزامية، فهي جهاز ذو طابع استشاري لكن يبقى لها دور في توجيه السياسة التشريعية في الجزائر[4].

وعلى الرغم من الدور البالغ الأهمية لهذه الأخيرة في إضفاء شيء من المصداقية على المراسيم الصادرة عن الحكومة، غير أن المشرع لم يلزم هذه الأخيرة بطلب استشارة أو رأي هذه اللّجنة قبل إصدار المراسيم التنفيذية المتعلقة بالشروط التعسفية، وفي ظل غياب نص قانوني يشير إلى ذلك فلا يوجد ما يمنع السلطة التنفيذية، من دعوة لجنة البنود التعسفية من أجل إبداء رأيها بشأن المراسيم التي تنظِّم أو تُحدِّد أو تحظر الشروط التعسفية[5].

وقد أوضح المشرع أن توصيات اللّجنة لها طابع استشاري، ممَّا يجعلنا نتساءل عن أثر هذه التوصيات والآراء على السياسة التشريعية في مجال البنود التعسفية، وفي هذا الصياغ نجد

---

[1] نصيرة خلوي (عنان)، مرجع سابق، ص121.

[2] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص220.

[3] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 56، الصادرة في 2006/09/11، ص18.

[4] *Sahri Fadhila*, ***La protection juridique du consommateur contre les clauses abusives à travers la loi 04-02 du 23/06/2004 et le décret exécuté 06-306 du 10/09/2006,*** *Revue des sciences juridique, faculté Badji Mokhtar, Annaba, n°12, Juin 2008, p226.*

[5] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، مرجع سابق، ص243.

مجلس الدولة الفرنسي أصدر قرار بتاريخ 2006/01/16، يُعيد التوصية رقم 05 -02 عن اللّجنة، لأنها أصدرت توصية تقضي بحذف بنود عقد إحدى المؤسسات البنكية، إلا أن هذه التوصية كانت محل طعن لتجاوز السلطة، فوضع المجلس بهذا القرار حد لأعمال اللّجنة، وبيَّن أن قراراتها ليست آمرة كما أنها ليست قرارات إدارية ومن ثم فهي غير قابلة للطعن[1].

4 - إبداء الرأي بشأن الشروط التعسفية المحالة من طرف القضاء

لم ينص المشرع الجزائري على أي دور استشاري للَّجنة الشروط التعسفية لدى القضاء على غرار المشرع الفرنسي، هذه المهمة نص عليها الأمر 2016-301 في المادة 822 -L8، وعليه إذا تعلقت الدعوى بنزاع حول الخاصية التعسفية لأحد الشروط التعاقدية في عقود الاستهلاك، يستطيع قاضي الموضوع أن يستعين بلجنة الشروط التعسفية من أجل طلب رأيها[2].

يتعيَّن على اللّجنة أن تبدي رأيها حول المسألة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة (3) أشهر من تاريخ إبلاغها، وللقاضي في حالة الاستعجال أن يُحدِّد لها مدة أقل[3]، فلا يتطرق إلى موضوع الدعوى إلا بعد حصوله على رأيها أو انقضاء المدة المحدَّدة لإعطاء رأيها، والقاضي غير ملزم بأن يأخذ رأيها، إذ يمكنه مخالفته إذا رأى بأن الشرط لا يسبب أي تعسف في حق المستهلك[4].

ونجد أنه بالرغم من افتقداها لعنصر الجبر والإلزام اللازم لتفعيل توصياتها، إلا أن جانبًا آخر من الفقه يتزعمه الفقيه "جاسان" الذي يرى أن توصيات اللّجنة وآرائها، أسهمت بدور كبير في مساعدة القضاء الفرنسي على الفصل في النزاعات، المتعلقة بالبحث على مدى توفر الشروط التعسفية في العقود[5].

وعليه فإن قيام اللّجنة بإصدار توصيات تُمكِّن أصحاب الشأن بأن يضعوا لأنفسهم القواعد التي ستطبق عليهم في المستقبل، عن طريق المشاركة في خلق النصوص القانونية التي ستطبق على معاملاتهم، وتساعد القضاء على الإلهام بالشروط التعسفية، وفق معايير قانونية على الرغم من توصياتها غير الملزمة[6]، وأخيرًا فإن المشرع في الجزائر لم ينص على

---

[1] نزهة بلال، مرجع سابق، ص79 -80.

[2] *Regardez l'article n° 822-8 L de l' ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[3] فايزة طبيب، مرجع سابق، ص220.

[4] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص52.

[5] مولود بغدادي، مرجع سابق، ص123.

[6] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص209.

أي دور استشاري للَّجنة البنود التعسفية لدى القضاء كما فعل المشرع الفرنسي[1]، وبسبب حداثة تشكيل هذه اللّجنة فإنها لم تصدر أي توصيات في ميدان عملها لحد الآن، في انتظار ما يمكن أن تسفر عنه في المستقبل[2].

أمَّا بخصوص تقييم دورها فيما يتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فنجد أن رجوع القضاء لالتماس رأيها في تحديد طبيعة شرط ما يقترب من دور الخبير، وللقاضي السلطة التقديرية في أن يأخذ برأيها أو يتركه، كما يرى البعض أنها تمثل وسيلة ضغط معنوي على المتدخلين، من خلال عملية النشر التي تنطوي على دور تحريضي ودعائي، إذ أنه لا يمكن أن تكون لتوصياتها فعالية إذا لم تصاحبها دعاية واسعة[3].

لذلك فوجود هذه اللِّجان يشكل حائط صد قوي لصالح طائفة المستهلكين، الأمر الذي يجعل الأعوان الاقتصاديين يعزفون عن تضمين العقود الاستهلاكية شروط تعسفية[4]، وبسبب فقدان توصيات لجنة البنود التعسفية الطابع الإلزامي، اقترح البعض ضرورة التوسُّع في مهامها عن طريق إضفاء طابع الإلزام على توصياتها، خاصة عند طلب الاستشارة من طرف الجهات المعنية بالحماية الشروط التعسفية، وتفعيل دور هذه اللّجنة كسلطة ضبط في مجال مكافحة الشروط التعسفية، كما هو الشأن بالنسبة لباقي سلطات الضبط القطاعية[5].

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان

تتجسد الرقابة القضائية على الشروط التعسفية من خلال السلطات المخوَّلة للقضاء في تقدير الطابع التعسفي للشرط، وتوقيع الجزاءات المدنية والجنائية التي حدَّدها المشرع[6]، حيث أن مهمة قاضي الموضوع في فرنسا عند تحديد الشروط التعسفية تعدُّ يسيرة، بسبب التنظيم المفصل الذي أورده المشرع لموضوع الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك، فوضع تعريفًا لهذه الشروط وحدَّد معيارًا مميزًا لها، كما أنه نص على أنواعها وأوضح قائمة من الشروط ذات

---

[1] نصيرة خلوي (عنان)، مرجع سابق، ص122.

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص209.

[3] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، مرجع سابق، ص244.

[4] إبراهيم عبد العزيز داود، **حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية**، مرجع سابق، ص148.

[5] محمّد خليفة كرفة، **التوازن العقدي في قانون الاستهلاك**، مرجع سابق، ص244.

[6] أحمد خديجي، مرجع سابق، ص165.

الطابع التعسفي، وأورد تنظيمًا مفصلاً للَّجنة المختصَّة بهذه الشروط ممَّا جعل القاضي المدني يسترشد بها في تحديدها[1].

كما أن القضاء وإن كان متمسكً بالوجهة التقليدية لنظرية العقد ويحترم مبدأ حرية التعاقد وقانون العقد، إلا انه استنادًا لبعض الأسس القانونية وخاصة قواعد النظام العام والآداب العامة، ومبادئ حسن النية وعدم التعسف في استعمال الحق، استطاع في بعض الحالات أن يحقق الحماية لمصلحة الطرف الضعيف في العقد، ويردع الطرف القوي عن ممارساته التعسفية، وآثارها غير العادلة عند التعاقد بالإذعان[2].

ولم يكتفي المشرع في تيسير مهمة القاضي لمكافحة الشروط التعسفية، بل أعطى دورًا كبيرًا لجمعيات حماية المستهلك لمساندة الأجهزة المكلفة بمحاربتها، أمَّا مهمة قاضي الموضوع في مصر فتعتبر عسيرة، لأنه لا يوجد تنظيم مفصَّل لمسألة الشروط التعسفية ضمن قانون حماية المستهلك الصادر سنة 2006، ولم يتم تحديد تعريف لهذه الشروط ولا وضع معيار واضح لها ولم يُحدِّد أنواعها، ولم يتم تنظيم جهة مختصَّة مثل لجنة الشروط التعسفية حتى يسترشد بها القاضي، ولم تكلف جمعيات حماية المستهلك بأي دور لمكافحة هذه الشروط[3].

ومن ثم سنحاول التعرض لدور القضاء في مكافحة الشروط التعسفية عن طريق الدعاوى الفردية، ثم نتعرض لدور جمعيات حماية المستهلك في التصدي لهذا النوع من الشروط عن طريق الدعاوى الجماعية.

المطلب الأول: الدعاوى الفردية لمكافحة الشروط التعسفية

إن اللجوء للقضاء من الحقوق المكرَّسة دستوريًا، ومن أهم الواجبات المفروضة على الدول الحديثة، قصد حماية المستهلكين إذا ما وقع على حقوقهم اعتداء، فالمستهلك يمارس حقه ضمن الإطار الذي رسمه له القانون في مواجهة المتدخل، الذي يخضع هو الآخر لقواعد

---

[1] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص239.

[2] هانية محمد علي فقيه، **الرقابة القضائية على عقود الإذعان**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى 2014، بيروت، لبنان، ص269.

[3] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص239 -240.

قانونية تقوم مسؤوليته في حالة مخالفتها، وبهذا وجب عليه أن لا يتجاوز في علاقته بالمستهلك الحدود التي رسمها له المشرع تحت طائلة قيام مسؤوليته المدنية أو الجزائية[1].

لقد منحت التشريعات للمستهلك من أجل مكافحة الشروط التعسفية، حق رفع الدعاوى أمام القضاء قصد إلغاء الشروط التعسفية المدرجة في العقد الذي أبرمه مع المتدخل، كما منحت القضاء سلطة الرقابة عليها وكذا توقيع الجزاء، على كل متدخل يُضمِّن عقوده مع المستهلك شروطًا تعسفية، بحيث يأخذ هذا الجزاء صورتين إمَّا جزاء مدني أو جزاء جنائي[2].

الفرع الأول: دعوى إلغاء الشروط التعسفية (دعوى البطلان)

ممَّا لاشك فيه أن الإرادة هي التي تُولِّد الالتزام، وبالتالي فيجب أن تكون هذه الإرادة سليمة وخالية من العيوب، التي يمكن أن تؤثر على صحتها عند ابرام العقد الاستهلاكي تحت طائلة الإبطال، بَيْدَ أن هذا الإبطال لن يتقرَّر إلا عن طريق الدعوى التي يرفعها الشخص الذي لحقه ضرر أمام المحكمة المختصَّة[3].

إذا كانت دعوى حذف الشروط التعسفية دعوى وقائية وسابقة على النزاع، تهدف إلى حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود المقترحة قبل إبرامها، فإن دعوى البطلان علاجية ولاحقة على إبرام التصرف القانوني، الهدف منها إبطال مفعول الشرط ولو وجد ضمن العقد متى أمكن ذلك، وإلا امتد البطلان إلى العقد بأكمله[4].

نص المشرع الفرنسي على الجزاء المترتِّب على تضمين العقد شروطًا تعسفية، بموجب الفقرتين 6 و8 من المادة L1-132 في قانون الاستهلاك لسنة 1993، والتي تم تعديلها بمقتضى القانون رقم 95-96 السالف الذكر، كما أنه نظَّم هذه الجزاءات في الأمر رقم 2016-301 المتضمن القانون الجديد للاستهلاك، بمواد مستقلة في آخر كل باب منه، بحيث منح من خلالها حماية للمستهلك ضد الشروط التعسفية، تتمثل في اعتبار كل بند تعسفي وارد

---

[1] هنية قادري، مرجع سابق، ص92.

[2] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص241.

[3] وليد لعوامري، **الحماية القانونية لحقوق المستهلك التعاقدية في القانون الجزائري**، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، تاريخ المناقشة: 2016/10/18م، ص278.

[4] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص148.

في العقد كأنه غير مكتوب، كحل مناسب يتفادى به إبطال العقد بأكمله، وهو ما تم تكريسه بموجب ما ورد في نص المادة L1-241 منه[1].

كما يمكن تقريب هذا الجزاء ممَّا نص عليه التقنين المدني الجزائري في المادة 110 والتي تسمح للقاضي بـ "... أن يعفي الطرف المُذعَن منها، ..."، إذ أن إعفاء الطرف المُذعَن من الشرط التعسفي يعني إلغاء أثر الشرط اتجاهه، وهي النتيجة المترتبة عن اعتبار الشرط التعسفي غير مكتوب في العقد[2].

قد قرَّر المشرع الفرنسي بناءً على ما سبق اعتبار الشرط المدرج في العقد غير مكتوب، ومن ثم فإن الجزاء المدني هو بطلان الشرط وبقاء العقد صحيحًا، إذا كان من الممكن أن يستمر العقد دونه، وبمفهوم المخالفة فإنه في حالة عدم إمكانية استمرارية العقد بدون الشرط، باعتباره أساسيًا ولا يكتمل العقد بدونه، يصبح البطلان الجزئي كلِّي يشمل العقد بأكمله[3].

هناك جانب من الفقه يرى أن الجزاء المتمثل في اعتبار الشرط التعسفي غير مكتوب، يختلف في محتواه عن البطلان الجزئي المعروف في القانون على اعتبار أن هذا البطلان، هو جزاء لا يمكن تقريره إلا بضرورة تدخل القاضي بمناسبة عرض الدعوى عليه، في حين أن اعتبار الشرط التعسفي غير مكتوب يمكن للأطراف تقريره تلقائيًا من حيث المبدأ، ولا يتم لجوء المتعاقدين للقضاء إلا عند وقوع نزاع بينهم[4].

كما منحت المادة L6-421 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 2014-334، وكذا المادة L2-621 من قانون الاستهلاك الجديد، لجمعيات حماية المستهلك حق الانضمام إلى الدعاوى المرفوعة من أحد المستهلكين، يطالب فيها ببطلان شرط تعسفي في عقد سبق إبرامه، حيث نظَّم المشرع هذه الوسيلة لمساعدة المستهلك على التصدي للشروط التعسفية في عقود مبرمة سابقًا، عن طريق الاستفادة من الإمكانيات المتاحة لجمعيات حماية المستهلك[5].

---

[1] ***Art. 241-1.L:*** *« Les clauses abusives sont* ***réputées non écrites****. Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses Les dispositions du présent article sont d'ordre public ».*

[2] بلال عثماني، مرجع سابق، ص127.

[3] *Delphine bazin-beust, op.cit, p174.*

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص210.

[5] *Voir ceci dans l' article 421-6 L de loi n° 2014-301 du 17 mars 2014, relatif a la consommation (la loi Hamon), et l' article 621-2 L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit*

كما يمكن للقاضي بمناسبة الفصل في نزاع جماعي إثارة الطابع التعسفي لشرط معيَّن تلقائيًا، بالرغم من عدم إثارة المستهلك لهذه المسألة[1]، غير أن تدخل جمعيات حماية المستهلك إلى جانب المستهلك في الدعوى الفردية التي يباشرها، يكون وفقًا لشروط موضوعية من بينها عمومية الضرر وكونه مشتركًا، وهي من أهم العوامل التي تمنح للجمعية صفة التقاضي[2].

وطبقًا لتلك النصوص فأن محكمة فرساي قد قضت في حق جمعية حماية المستهلك، التي تدخلت في دعوى ضمان العيوب الخفية للمشتري، يطالب فيها بإلغاء شرط تعسفي ورد في عقد بيع، وتدخل هذه الجمعيات في دعوى بطلان الشروط التعسفية، يكون مقتصر على الدعاوى المرفوعة من قبل المستهلك أمام القضاء المدني دون القضاء الإداري أو التجاري[3].

يترتب عن دعوى إلغاء الشروط التعسفية إبطال الشروط المتنازع فيها، دون المساس بشروط العقد الأخرى التي تبقى منتجة لآثارها في مواجهة المستهلك والمتدخل على حد السواء، وذلك ما أكَّده المشرع بموجب الفقرة 08 من المادة L1-132[4]، التي تقابلها المادة L1-241 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد[5].

كما صدر عن محكمة النقض الفرنسية أربعة قرارات قضائية بتاريخ 2006/11/14، تتعلق بدعاوى رفعتها جمعيات حماية المستهلكين خاصة بعقود بيع السيارات الجديدة، حيث قدرت الشروط التعسفية الواردة في هذه العقود بناءً على الكيفية التي تم بها تحريرها، معتبرة أن تحرير شرط ما من الشروط بطريقة غير مقروءة، لا يُمكِّن المستهلك من التعرُّف عليه ومن ثم يجب إلغائه[6].

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه سواء في القانون 04-02 أو في المرسوم التنفيذي رقم 06-306، هو غياب نصوص قانونية تعالج موقف القضاء وتعامله، في الحالة التي تتدخل فيها الجمعية إلى جانب المستهلك في الدعوى التي ترمي إلى إبطال الشروط التعسفية،

---

[1] *Nablot cyril* **, *droit de la consommation***, *l'extenso éditions, paris, 2012, p44.*

[2] رضا معوش، مرجع سابق، ص97.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص125.

[4] ***Art 132-1:*** *alinéa 8 stipule que:« le contrat sera maintenu, s'il peut subsister sans les clauses abusives».*
نقلاً عن: رضا معوش، مرجع سابق، ص97.

[5] المادة L1-241 من الأمر 2016-301 الصادرة سنة 2016 هي نفسها المادة L1-132 من تقنين الاستهلاك لسنة 1993.

[6] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص125.

ممَّا يستدعي الرجوع والاستعانة بالقواعد العامة، وبالتحديد الاستناد إلى أحكام المادة 104 من التقنين المدني[1] التي تقابلها المادة 143 من القانون المدني المصري، وذلك ما يدعى بنظرية انتقاص العقد المعروفة في إطار الآثار العرضية للعقد الباطل.

ويطبق بطلان الشرط التعسفي كجزاء بمناسبة رفع دعوى قضائية فردية من قبل أحد أطراف العقد على الآخر، ويكون ذلك عن طريق مطالبة المهني بالدفع أو من قبل المستهلك عند مطالبته بتنفيذ الخدمة محل التعاقد، ومن ثم يمكن للمستهلك المطالبة بإبعاد هذا الشرط، بتطبيق الجزاء المقرَّر وهو اعتبار الشرط غير مكتوب، حتى ولو لم يثيره المستهلك فإن القاضي يثيره من تلقاء نفسه، بعد سماع الأطراف حول الشرط الذي يحمل الصفة التعسفية من خلال عناصر المناقشة[2].

وذلك طبقًا لما جاء به نص المادة R1-632 من المرسوم المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي، والتي أعطت الحق للقاضي في مواجهة الإشكالات التي تنجم عن تطبيق قانون الاستهلاك من تلقاء نفسه، وهو ما تم تأييده من قبل القضاء الفرنسي في العديد من قراراته[3].

استعمل المشرع الفرنسي نفس الجزاء اتجاه عقود الإذعان في القانون المدني، ولم يتوقف عند النص على هذا النوع من الجزاء في القوانين الخاصة بالاستهلاك، وكان ذلك بموجب المادة 1171 من القانون المدني بقولها:" في عقود الإذعان كل شرط يخلق عدم التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد يعتبر غير مكتوب..."[4].

ومن ذلك يتضح أن مكافحة الشروط التعسفية لم تعد قاصرة على طائفة المستهلكين، بل تمتد لتشمل الجميع لاسيما في عقود الإذعان، باستخدام نفس المعيار المحدَّد في قانون الاستهلاك، ممَّا يسمح بتوسيع الحماية من الشروط التعسفية لتصبح شاملة[5].

---

[1] تنص المادة 104 من القانون المدني على أنه:« إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده الذي يبطل، إلا إذا تبيَّن أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كلَّه».

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص211.

[3] ***Cass.civ 1er ch.,*** *du 22 janv.2009 n°05-20.176, Bull. 2009,I, n°9: «La méconnaissance des disposition d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ».*

[4] ***Art. 1171:*** *« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite…».*

[5] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص211.

كما قرَّر المشرع أيضًا جزاء إداري بمقتضى أحكام المادة L2-241[1] من قانون الاستهلاك الصادر بموجب الأمر 2016-301، تمثلت في الغرامة المالية التي تقدر بـ 3000 أورو بالنسبة للشخص الطبيعي و15000 أورو بالنسبة للشخص المعنوي، في حالة تضمين العقد المبرم بين المهنيين وغير المهنيين والمستهلكين، شرط أو أكثر من الشروط التعسفية التي حدَّدها المرسوم الصادر عملاً بالمادة L1-212 في فقرتها 04 والتي أحالتنا عليه[2].

وعلى ضوء ما سبق التطرق إليه في التشريع الجزائري، يتضح لنا أنه لم ينص على الجزاء المدني في النصوص الخاصة لاسيما القانون رقم 04-02، معتمداً على القواعد العامة في تحديد الجزاء المدني، وذلك يعتبر نقص تشريعي يجب التنويه إليه، على اعتبار أن هذه النصوص وضعت لحماية المستهلك من التعسف في العقود التي يقترحها العون الاقتصادي، واكتفى بالجزاء الجنائي لعلَّه يحقق الغرض المطلوب منه[3].

ولا شك أن هذه الدعوى تحقق مصلحة المستهلك لأن بطلان الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحًا، يحقق تلك المصلحة أكثر من طلب بطلان العقد برمَّته، وقد وضع المشرع هذه الدعوى كوسيلة بِيَد المستهلك، تضاف إلى القواعد العامة التي تحكم العقود وأهمها قواعد المسؤولية العقدية، بحيث يستطيع أن يختار من بينها ما يحقِّق مصلحته، وقد أكَّدت هذا المعنى كل من محكمة النقض الفرنسية ومحكمة العدل الأوربية، كما أنها دعوى فردية تخص الشخص الذي يرفعها وتعتبر حجَّة عليه دون غيره، وبالتالي فهي لا تفيد جموع المستهلكين[4].

وعليه فإن البطلان الشامل الذي يقع على عقود الإذعان، يتناسب مع الحماية التي كرَّسها المشرع للمصلحة العامة والخاصة للمجتمع، من كل تعدٍّ أو مَس قد يطالها من قبل أطراف العقد، إلا أنه قد ترد بنود غير مشروعة في العقد لا تؤثر على فاعليته ومشروعيته، فيقتصر البطلان عليها ويستمر العقد صحيحًا منتجًا لكافة آثاره القانونية، فيظهر هذا الحل أكثر

---

[1] ***Art. 241-2. L:*** *« Dans les contrats mentionnés à l'article 212-1.L, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article 212-1.L est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ».*

[2] *le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, op.cit.*

[3] تنص المادة 38 من القانون رقم 04-02 على أنه: « تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5000.000دج) ».

[4] أيمن سعد سليم، **الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص124.

انسجامًا وتوافقًا مع مصلحة الطرف الأضعف في العقد، لا ينعكس الأمر عليه سلبًا فيؤدي الحكم بالبطلان المطلق للعقد إلى حرمانه من المنفعة أو الخدمة التي يسعى إليها من خلاله[1].

الفرع الثاني: الجزاء المترتب على تضمين العقد شروط تعسفية

لقد كرَّس المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون 04 -02 الجزاء الجنائي كجزاء مباشر وغفل عن الجزاء المدني، بالرغم من النص على الممارسات التعاقدية إلا أنه لم يورد هذا الجزاء، ففي الواقع نجد أن الجزاء الجنائي مهم للردع لكن هذا لا يعني الاستغناء عن الجزاء المدني[2]، وبالتالي يثور التساؤل في هذا الصدد هل أن هذا الأخير أحال الجزاء المدني إلى القواعد العامة، أم أنه سار على نهج المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الذي نص على بطلان الشرط التعسفي؟

إجابة عن هذا التساؤل يمكن القول: أنه يحق للمستهلك المطالبة بتعديل الشرط التعسفي أو إلغائه طبقًا للقواعد العامة كجزاء غير مباشر، بالإضافة إلى إمكانية المطالبة ببطلان الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحًا طبقًا للقواعد الخاصة بحماية المستهلك[3].

إن نصوص قانون الاستهلاك الفرنسي تضمنت جزاءات مدنية، تترتب على احتواء العقد شروطًا تعسفية عملاً على توفير حماية للمستهلك وتحقيق التوازن العقدي، فيرى البعض أن الجزاء الجنائي يطرح عدَّة إشكالات عند تطبيقه في المجال التعاقدي، ممَّا يشكل خطورة على علاقات القانون الخاص، لأن العقد وجد لكي يعبر عن التوازن في العقد، وليست وسيلة أو أداة لقمع الأشخاص[4].

بينما يرى البعض الآخر أن سبب نص المشرع الجزائري على الجزاء الجنائي، يرجع إلى أن الممارسات التعاقدية التعسفية وردت في إطار الممارسات المنافية للتجارة، بما يؤكِّد تفعيل النشاط التجاري وضبط السوق، بفرضه غرامات مالية على المتدخلين جزاءً على كل تجاوز،

---

[1] هانية محمد علي فقيه، مرجع سابق، ص249 -250.

[2] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص 146.

[3] رفيقة بوالكور، مرجع سابق، ص222.

[4] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص146.

وفي نفس الوقت تعدُّ حماية غير مباشرة للمستهلك، كونها تسمح بمعاقبة كل متدخل يدرج شروطًا تعسفية في العقد[1].

وعلى العكس من ذلك نظَّم المشرع الفرنسي جزاءات مدنية منها ما هو وقائي، يكون في نماذج العقود أو العقود التي لم يتم إبرامها متمثلة في حذف أو إلغاء الشروط التعسفية، ومنها ما هو علاجي خصص للعقود التي تم إبرامها يتمثل في اعتبار الشرط كأنه لم يكن موجود أصلاً أو غير مكتوب[2].

اختلفت التشريعات حول طبيعة الجزاء بمناسبة إدراج الشروط التعسفية، فبعض هذه الأنظمة قرَّرت البطلان كجزاء مناسب، في حين نجد أن أنظمة أخرى رجَّحت مصير هذه الشروط بين الإلغاء والتعديل، على أن الحديث على طبيعة الجزاء يثير مسألة أخرى تتعلق بنطاق الجزاء، إذا ما كان يشمل الشرط فحسب أم يشمل العقد برمته[3]، لقد اعتمدت معظم الدول التي كرَّست الحماية للمستهلك جزاء في حالة تضمين العقد شروط تعسفية، تباين بين الجزاء المدني والجزاء الجنائي وهناك دول أخرى جمعت بين الجزاءين[4].

فالمشرع الجزائري أقرَّ عقوبات مختلفة في سبيل مواجهة الشروط التعسفية في عدَّة نصوص قانونية، سواء تعلق الأمر بتلك الواردة في نصوص القانون المدني باعتباره الشريعة العامة، أو حتى بالنص على قواعد محدَّدة في قوانين خاصة، تبقى الغاية منها التصدي لكل ما يهدِّد مركز المستهلك الضعيف أو العمل على الإضرار به، بالإضافة إلى إمكانية توقيع غرامة مالية على كل متدخل فرض شروطًا تعسفية، أو يتم تعديل تلك الشروط أو الإعفاء أصلاً منها، كما قد يتم رفع دعوى أمام القضاء لإبطالها[5].

---

[1] راجع في ذلك: المادة 38 من القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص210.

[3] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص302.

[4] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص138.

[5] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص165.

أولاً: الجـزاء المـدني:

اعتبر المشرع الفرنسي بمفهوم المخالفة الجزاء على إدراج الشرط التعسفي في العقد، كأنه غير مكتوب فيبطل الشرط ويبقى التصرف قائمًا، ذلك أن الحكم ببطلان التصرف سيؤدي إلى نتائج خطيرة تمس بسلامة واستقرار التعامل في المجتمع، ويزعزع المراكز القانونية التي يمكن أن تكون قد بنيت على الثقة وحسن النية، لذا يحرص المشرع على أن يُحدِّد بوضوح أسباب وحالات البطلان، ليكون بذلك بمثابة إجراء وقائي يَحدُّ من إنشاء تصرفات مصيرها الإبطال[1].

المشرع الجزائري في مواجهته للشروط التعسفية تناول الجزاء وبين أنواعه، والآثار تختلف باختلاف نوع البطلان، فيتوقف على نوع البطلان نتائج منها أنه إذا كان البطلان مطلقًا، فإنه يكون بوسع كل شخص له مصلحة طلب بطلان التصرف، بينما يكون بوسع المستهلك لوحده، أن يطلب إبطال العقد في حالة ما إذا كان البطلان نسبيًا[2].

رتَّب المشرع الفرنسي على إدراج الشرط التعسفي في العقود بين المحترف والمستهلك، اعتبار الشرط غير مكتوب بمقتضى أحكام المادة 35 من قانون 1978، وتفسير ذلك لدى غالبية الفقه أن هذه الشروط باطلة، نفس الجزاء نصت عليه المادة L1-132 من قانون الاستهلاك، وأيضًا في قانون الاستهلاك الفرنسي الساري المفعول[3].

كما أشار المشرع في المادة L3-212 منه إلى أن أحكام المادة L1-212 من النظام العام، ما يفيد أن إدراج شرط تعسفي في عقد الاستهلاك يؤدي إلى البطلان، غير أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى نوع هذا البطلان هل البطلان النسبي أم المطلق؟ لذلك اختلف الفقه حول طبيعة هذا البطلان[4].

يرى بعض الفقه أن المشرع لم يبيِّن ما إذا كان البطلان كجزاء عن إدراج الشروط التعسفية نسبيًا أم مطلقًا، لذا يجب التمييز ما إذا كانت القواعد المتعلقة بحماية المستهلك بشأن

---

[1] *Hamdi ahmed-cherif, «**des clauses abusives, des parties et du juge** », mémoire de D.E.A de droit privé, faculté de droit et science politique, Aix-en provence marseille, 1994-1995, p141.*

[2] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص139.

[3] نصت المادة L1-241 من الأمر 2016-301 المتضمن القسم التشريعي لقانون الاستهلاك على أنه:« تعتبر الشروط غير العادلة غير مكتوبة. ويظل العقد ساري المفعول في جميع أحكامه غير تلك التي يثبت أنها تعسفية إذا استطاعت أن تبقى دون هذه الشروط. وأن أحكام هذه المادة من النظام العام».

[4] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص303.

الشروط التعسفية متعلقة بالنظام العام التوجيهي، الذي يهدف إلى المساهمة في الاقتصاد الوطني عن طريق حذف ما يتعارض مع هذا التوجيه من العقود الخاصة، كالتشريعات والأنظمة المتعلقة بالسياسة النقدية وبعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل الدولة لتنظيمها، فهو يحمي المصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد[1].

وكل عقد يخالف هذا النظام يترتَّب عليه جزاء البطلان المطلق، وبالتالي يحق لكل ذي مصلحة أن يطالب بإبطاله، كما يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، بينما نجد أن النظام العام الاقتصاد الحمائي، يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديًا في بعض العقود، وحماية الحريات المعترف بها دستوريًا كحرية التجارة والصناعة والاستثمار، ويكون جزاء مخالفته هو البطلان النسبي، لأنه يعتبر هذه القواعد مقرَّرة لمصلحة المستهلك أي المصلحة الفردية[2].

فذهب رأي من الفقه إلى القول أن البطلان المقرَّر بموجب نص المادة L1-212 هو بطلان نسبي، مقرَّر لمصلحة المستهلك أي يتعلق بحماية مصلحة فردية، في حين ذهب رأي آخر إلى القول أن البطلان المقرَّر هو بطلان مطلق، واستندوا في تحديده إلى المشروع التمهيدي لقانون حماية المستهلك[3]، لأن من شأن إعماله هذا الأخير أن يمثل جزاءً فعالاً للمستهلك، كما أنه لو ترك له مهمة رفع دعوى الإبطال لتقاعس عن رفعها وتردَّد لعدَّة أسباب، منها طول الإجراءات وجهله بها وكثرة المصاريف مقارنة بالقيمة المراد الحصول عليها.

أمَّا النظام العام الحمائي فنجده يهتم بحماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود، فإذا كانت الطبيعة القانونية للنصوص المتعلقة بمكافحة الشروط التعسفية ذات طابع حمائي، فإن البطلان سيكون نسبيًا لمصلحة المستهلك فحسب، لكن القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك هي ذات طابع حمائي ولا تبرِّر سوى دعوى البطلان النسبي، حيث أن مباشرة الدعوى يجب أن تقتصر على الطرف الذي أراد المشرع حمايته[4].

---

[1] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص140.

[2] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص303.

[3] ورد في المشروع التمهيدي لقانون حماية المستهلك الفرنسي أن:« بطلان البند التعسفي هو بطلان مطلق، فهو بطلان يتعلق بالنظام العام، الذي يمكن إثارته من كل صاحب مصلحة، وبالتالي يستطيع القاضي إثارته بنفسه».

[4] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص140.

ويرى الأستاذ محمد بودالي في هذا الصياغ أن الرأي الأول هو الصائب، على أساس أن البطلان النسبي يتلاءم ومصلحة المستهلك، لأن البطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل، كما وأن من شأن إعمال البطلان النسبي بقاء العقد قائمًا، ومن ثم الحصول على ما يحتاجه من السلع أو الخدمات[1].

غير أن هناك رأي آخر في الفقه يرى أن المسألة ليست بهذه البساطة، لأن الأمر يتوقف على مدى ارتباط قوانين حماية المستهلك بالنظام العام، وتحديدًا النظام العام الاقتصادي فالمادة L3-212 أشارت إلى ذلك ضمنًا أي ارتباطها بالنظام العام، غير أن قواعد النظام العام ليست كلها قواعد متعلقة بالنظام العام، علاوة على ذلك ليست كل القواعد الباطلة بطلانًا مطلقًا، تعطي الحق للقاضي في إثارتها من تلقاء نفسه[2].

إن حماية المستهلك تقتضي مراعاة مصلحة هذا الأخير في الحصول على ما يحتاجه من الشخص الذي تعاقد معه، ولتحقيق تلك المصلحة كان يجب تقرير البطلان الجزئي للعقد، بمعنى بطلان الشرط مع بقاء العقد صحيحًا، وهذا البطلان يعتبر نسبي مقرَّر لمصلحة المستهلك، إذا أراد أن يبقي على العقد بدون شروط تعسفية[3].

ويضيف هذا الرأي أن النظام العام المقصود في قانون حماية المستهلك هو النظام العام الاقتصادي، لأن المشرع يهدف إلى حماية فئة المتعاقدين في مستوى أدنى، وهي فئة المستهلكين تجاه الطرف الأقوى وهو المحترف عند تنظيمه لمختلف العقود، وأن الهدف من الحماية هو إحلال المساواة في الروابط التعاقدية، عندما تكون مصلحة أحد الأطراف مهدَّدة وهي في هذه الحالة تتمثل في مصلحة المستهلك[4].

ممَّا يجب الإشارة إليه في بعض الأحيان أن بطلان الشرط، قد يؤدي إلى بطلان العقد بِرمَّته وذلك في حالات معيَّنة هي:

- إذا كان العقد يحتوي على شرط غير قابل للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في كافة شروطه؛

---

[1] محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص53.

[2] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص304.

[3] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص140 -141.

[4] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص304.

- إذا كانت شروط العقد محل اعتبار ومؤثرة؛
- إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي أعتبر تعسفيًا كان له تأثير في تحديد رضاه؛

ولتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة بإبطال العقد بمناسبة بطلان الشرط، فإذا منحت له هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة ببطلان الشرط، لأن ذلك سيحرمه من العقد بأكمله[1].

جانب آخر من الفقه يشير إلى أن هناك قواعد تتوسط القواعد المتعلقة بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي والحمائي في نفس الوقت، وتتمثل في تلك القواعد التي تتعلق بالنظام العام الاقتصادي الحمائي للمصلحة الجماعية، التي تهم فئة معيَّنة من المتعاقدين مثل المستهلكين، بمعنى أن هناك نظام عام حمائي اقتصادي يحمي المصلحة الجماعية، مثل الدعاوى التي ترفع من طرف جمعيات حماية المستهلك أو النقابات[2].

هناك مسألة مهمة بشأن الدعاوى المتعلقة بالشروط التعسفية، لم يتطرق لها لا التوجيه الأوروبي ولا قانون الاستهلاك الفرنسي، هي ميعاد رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي، فإذا كان من شأن بطلان الشرط إبطال التصرف ومن ثم بطلان العقد، فأن ذلك يخلق اختلال في المراكز القانونية بين المتعاقدين، بالإضافة إلى طول أو قصر فترة رفع الدعوى المعلقة على إرادة المستهلك، تؤدي بطبيعة الحال إلى زيادة أو نقص قلقه بما لا يتناسب مع استقرار المعاملات في المجتمع[3].

وما يجب التنويه إليه فيما يتعلق بالنظام العام الاقتصادي، هو أن الاتجاه الغالب هو الذي أخذ بالنظام الحمائي المشدَّد، بمعنى أنه يستبعد كل تنازل من المستهلك عن حقه، كما هو مقرَّر له قانونًا حتى بعد موافقته على العقد، لذلك نجد التوجه الحديث يمضي نحو توسيع صلاحيات القضاء، وذلك بإعطائه الحق في إثارة الشرط التعسفي من تلقاء نفسه، ومن ثم يتعيَّن تفعيل دوره فيما يتعلق بهذا الأمر[4].

---

[1] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص142.

[2] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص306.

[3] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص142.

[4] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص307.

المشرع الجزائري على خلاف ما أخذ به المشرع الفرنسي، لم يبيِّن الجزاء المدني المترتب عن إيراد الشروط التعسفية، إلا أنه أحالنا على المادة 2/65 من الأمر 04-02 التي أجازت اللجوء إلى المحاكم المدنية، والمطالبة بالتعويض في حالة وقوع الضرر طبقًا للقواعد العامة، ومن ثم يمكن الاستئناس بهذا النص لتطبيق نظرية إنقاص العقد، إذا توفرت شروط المادة 104 من التقنين المدني أو تحوله إذا تحققت شروط المادة 105 منه[1].

هذا وأن منح القضاء سلطة إثارة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه، تأكَّد منذ أن أصدرت محكمة العدل الأوروبية قرار *(Oceano)* بتاريخ 2000/06/27، حيث اتضح من خلاله أنه لن تتحقق حماية فعَّالة للمستهلك، إلا إذا أعترف للقاضي الوطني تلقائيًا بتحديد الطابع التعسفي لبند في عقد عند عرض النزاع عليه، وبالتالي فإن تقرير الحماية للمستهلك من شروط جائرة لا يقدر مضمونها يقتضي تفعيل دور القاضي[2].

ومن ثم ذهبت المحكمة إلى أنه:" من الصعب تقبل عدم إمكانية إثارة القاضي الوطني للطابع التعسفي للبند، وبالتالي استبعاد تطبيقه لسبب وحيد وهو أن المستهلك لم يثر طابعه التعسفي، خاصة مع الاتجاه الحالي في وضع حيز التنفيذ الأهداف الوقائية للدعاوى الجماعية، التي تهدف إلى وضع حد للتعسف الذي يضر بمصالح المستهلكين"[3].

وعليه نرى أنه كان من الأرجح على المشرع الجزائري في أول تدخل تشريعي له، أن يُحدِّد مواعيد رفع الدعوى للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، من خلال إضافة ضمن قوانين الاستهلاك نصوص تضبط آجال رفع هذه الدعوى، لنشر الطمأنينة والاستقرار في التعامل وضمان توازن مراكز المتعاقدين والمساهمة في الحفاظ على مصالحهم.

ثانيًا: الجزاء الجنائي:

هناك العديد من التشريعات تفضل الجزاء الجنائي عن الجزاء المدني كما فعل المشرع الجزائري، وبعضها الآخر يقرُّ الجزاءين معًا إدراكًا منها أن الجزاء الجنائي، يكون له تأثير على المتدخل الذي لا يأبه بالجزاء المدني، فمن خلال الجزاء الجنائي قد يتم التوصل إلى حذف

---

[1] وهيبة همشاوي، نجوى حمودة، مرجع سابق، ص33.

[2] فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص307.

[3] ريما فرج مكي، **تصحيح العقد**، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2011م، ص78. أشارت إليه فاطمة الزهراء زيتوني، مرجع سابق، ص308.

الشروط التعسفية، لكن كثيرًا ما يطرح هذا النوع من الجزاء بعض الإشكالات لأنه سيطبق في المجال التعاقدي، فهناك من يرى أن توقيع الجزاء الجنائي كحل لمنع التعسف، يمثل خطورة على علاقات القانون الخاص، فهو بمثابة إدخال كائن غريب يصعب التعامل معه[1].

المشرع الجزائري كرَّس الجزاء الجنائي في الحالة التي يرد فيها شروط تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والمتدخل، وذلك بموجب نص المادة 38 من القانون رقم 04-02، وعاقب على ارتكاب المتدخل ممارسات تعاقدية تعسفية بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)، دون أن ينص على العقوبات السالبة للحرية المتمثلة في الحبس[2].

تُكيَّف الجرائم المتعلقة بإدراج الشروط التعسفية في العقود الواردة بالمادة 38 من القانون 04-02، على أنها جنح وفقًا لأحكام المادة 05 من قانون العقوبات، وذلك بالنظر إلى مبلغ الغرامة الذي يتعدى مبلغ ألفين دينار (2.000 دج)، الذي أعتمده المشرع الجزائري كحد أدنى[3]، مع الإشارة إلى أن هذه الجنحة لا تقبل نظام غرامة المصالحة حسب ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 60 من نفس القانون[4].

هذا ويتضح من خلال قراءة المادتين 29 و38 من القانون رقم 04-02، وجود بعض اللُّبس حول مصير الشرط التعسفي في العقد، ممَّا يستدعي الاستعانة بالقواعد العامة للكشف عنه، لاسيما الاعتماد على نص المادة 110 من التقنين المدني الجزائري[5].

فهذه الإحالة الضمنية من نصوص القانون رقم 04-02 على أحكام القانون المدني، تجيز للمستهلك أن يطلب تعديل شروط العقد أو الإعفاء منها أصلاً، بل وللقاضي سلطة القيام بما هو مناسب دون طلب من المعني إذا قدَّر ذلك، إن منح المشرع للقاضي هذه الصلاحية

---

[1] سميرة زوبة، **الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد**، مرجع سابق، ص145.

[2] أنظر: المادة 38 من القانون رقم 04-02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[3] رضا معوش، مرجع سابق، ص114.

[4] تنص المادة 2/60 من القانون 04-02 على:«...غير أنه يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة، إذا كانت المخالفة المعاينة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار (1.000.000 دج)...».

[5] أنظر: قائمة الشروط التعسفية المذكورة في المادة 29 من القانون 04-02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مقارنة بالسلطة التقديرية للقاضي وفقًا لمبدأ العدالة المكرَّس في المادة 110 من الأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

مرتبط أساسًا بالنظام العام، إذ يستحيل تصور إدراج أحد المتعاقدين شرط تعسفي في العقد يمنع إمكانية اللجوء للقضاء، ثم عرض النزاع عليه إذا تضمن هذا العقد شروطًا تعسفية[1].

فالملاحظ إذن على قواعد القانون 04-02 هو تبنِّيها لمفهوم أوسع للإذعان والشروط التعسفية، بما يجيز معها توسيع تطبيق أحكام المادة 110 من القانون المدني، إن هدف المشرع المتمثل في تحقيق التوازن العقدي يقتضي التوسيع من سلطة القاضي، لتصل إلى حد تخويله سلطة توقيع الجزاء لرفع التعسف الغير مشروع المفروض على المستهلك، على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع ضمن أحكام القانون 04-02 باستثناء الإشارة إلى المطالبة بالتعويض[2].

إلا أنه ضمن نطاق تطبيق هذا القانون نص على الجزاء العقابي المقرَّر بمناسبة وضع شروط تعسفية في العقد، وذلك بتقرير عقوبات أصلية ذات طابع عام، وعقوبات تبعية ذات طابع استثنائي أو تكميلي.

1 - العقوبات الأصلية:

اعتبر المشرع الجزائري الممارسات التعاقدية التعسفية الواردة في كل من المادة 29 من القانون 04-02، والمادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 المتطابقتين في المضمون، جنحًا يعاقب عليها القانون بموجب المادة 38 من القانون المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا المادة 17 من المرسوم التنفيذي المحدِّد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[3].

حيث نص المشرع الجزائري على الغرامة كعقوبة أصلية طبقًا لما ورد في المادة 38 من القانون 04-02 بقولها:" تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)"، ومن ثم يتم تحديد العقوبة المناسبة بحسب تقدير القاضي.

---

[1] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص165-166.

[2] رضا معوش، مرجع سابق، ص113.

[3] حماز فتيحة، مرجع سابق، ص137.

كما ورد بالمادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 بأنه:" تتم المراقبة والمعاينة وكذا والعقوبات المترتبة على مخالفة أحكام المادة 50 من هذا المرسوم طبقًا لأحكام القانون رقم 04 -02...والمذكور أعلاه"[1].

تضاعف عقوبة الغرامة في حالة العود، كما يمكن فضلاً عن ذلك معاقبة المتدخل أو العون الاقتصادي العائد بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى خمسة (5) سنوات، طبقًا لأحكام المادة 11 من القانون 10 -06 المُعدِّل والمُتمِم للقانون 04 -02، ووفقًا للمادة 18 مكرر[1]من قانون العقوبات فإنه متى كان العون الاقتصادي شخصًا معنويًا، فإن الغرامة المطبقة تساوي من مرة إلى خمسة مرات الحد الأقصى للغرامة المقرَّرة للشخص الطبيعي[2].

وتبعًا لهذا النص فقد اكتفى المشرع بالغرامة كجزاء وحيد، على مخالفة أحكام الفصل الرابع المتعلق بالممارسات التجارية غير النزيهة، والفصل الخامس المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية، بالإضافة إلى مخالفة أحكام الفصل الأول المتعلق بالإعلام والأسعار والتعريفات وشروط البيع، من الباب الثاني المتعلق بشفافية الممارسات التجارية[3].

إذ تنص المادة 31 من القانون 04 -02 على أنه:" يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، مخالفة لأحكام المواد 4 و6 و7 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف دينار (5.000 دج) إلى مائة ألف ينار (100.000 دج)، كما تنص المادة 32 على ما يلي:" يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع، مخالفة لأحكام المادتين 8 و9 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج)"[4].

وإن اكتفى المشرع بعقوبة الغرامة إلا أنه جعل حدها الأقصى، والمقدر بخمسة ملايين دينار (5.000.000 دج) هو الأكبر بالنظر إلى قيمة الغرامة المسلطة على مخالفة بقية الممارسات، إذا ما استثنينا الغرامة المنصوص عليها في المادة 37 من القانون 04 -02،

---

[1] القانون رقم 04 -02 المحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[2] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص146.

[3] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص169.

[4] المادتين 31 و32 من القانون رقم 04 -02 حدَّدت حد أدنى وحد أقصى لعقوبة الغرامة المالية، في حالة عدم التزام المتدخل بالإعلام بالأسعار والتعريفات، وكذلك في حالة عدم الالتزام بالأعلام بشروط البيع.

والمتعلقة بالممارسات التجارية التدليسية، حيث وصل مبلغ حدها الأقصى إلى عشرة ملايين دينار (10.000.000 دج)[1].

ولعلَّ المشرع الجزائري أخذ هذا الجزاء عن نظيره الفرنسي حيث كان يعاقب المرسوم رقم 78 -464 المؤرخ في 1978/03/24، بالغرامة كل من يخالف أو يخرق الالتزام بذكر الضمان القانوني للعيوب الخفية، في حالة ما إذا كان هناك اتفاق تعاقدي على ضمانها[2]، في حين نصت المادة L- 241 من الأمر 2016 -301 المتضمن قانون الاستهلاك على إقرار عقوبات إدارية[3]، ومن ناحية أخرى أعطى المشرع للسلطة التنظيمية إمكانية التدخل من خلال ما يلي:

- إصدار قرارات وزارية وإدارية تتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود.
- منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية.

وهو نفس الإتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي، عن طريق منحه للحكومة سلطة إصدار مراسيم لتحديد أنواع الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية، وذلك بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية[4].

إن هذا الجزاء يمسُّ الذمة المالية للمتدخل بشكل مباشر ومؤثِّر، خاصة إذا علمنا أن عنصر الربح هو الهدف الأسمى له من إبرام العقود مع المستهلك، ففرض مثل هذه العقوبات المالية الثقيلة لها أثر كبير على وقف زحف الشروط التعسفية على العقود الاستهلاكية، فتكون بذلك خالية من الشروط التعسفية على غرار تلك التي جاء ذكرها في القانون 04 -02 أو المرسوم التنفيذي 06 -306، أو حتى تلك التي توصي بها لجنة البنود التعسفية تطبيقًا للفقرة الثانية من المادة 07 من نفس المرسوم[5].

لم ينص القانون 04 -02 على شروط رفع الدعوى لمتابعة المتدخل بجنحة الممارسات التعاقدية التعسفية، وبالتالي فالمتابعة الجزائية تكون تلقائية تباشرها النيابة إمَّا بناء على شكوى من المستهلك المتضرِّر، وإمَّا بناء على معاينات يجريها الأشخاص المذكورين في المادة 49

---

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص169 -170.

[2] وهيبة همشاوي، نجوى حمودة، مرجع سابق، ص33 -34.

[3] حماز فتيحة، مرجع سابق، ص138.

[4] سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص182.

[5] مولود بغدادي، مرجع سابق، ص118.

منه في إطار التحقيقات التي يقومون بها وهم: "ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية، أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة، الأعوان التابعون للمصالح الجبائية"، على أن تفرغ المعاينات في محاضر ترسل إلى مصالح النيابة المختصَّة[1].

تنص المادة 30 من القانون 04 -02 المعدَّل والمتمم على ما يلي:" بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"، من خلال شرح نص هذه المادة يتضح أمرين:

1 - أن استعمال المشرع مصطلح " المنع" يعني ذلك إضفاء صفة البطلان على الشرط التعسفي الوارد في العقد رغم عدم النص على ذلك صراحة، والإبقاء على العقد صحيحًا حماية لمصالح المستهلك.

2 - أن قرار منع العمل بالشرط التعسفي، هو قرار ذو أثر جزئي قد يشمل بعض الشروط التعسفية دون غيرها في العقود[2].

ولا مناص من القول أن الجزاءات التي أقرَّها المشرع ستلعب دورًا هامًا، في الاستقرار القانوني للعلاقات الناشئة بين المستهلك والمتدخل، هذا الأخير الذي سوف يميل قدر الإمكان إلى تجنب هذه الشروط التعسفية، لكي لا يكون عقده محل مراجعة لإلغاء هذه الشروط عن طريق فسخ هذا العقد أو إبطاله من طرف القضاء، وبالتالي فإنه يتعيَّن على المستهلك الذي خضع لهذه الشروط وحتى لا يقع تحت رحمة شروط المتعاقد الآخر، أن يقوم بهذه الإجراءات عن طريق الرجوع والمطالبة بتعديل العقد أو إلغائه، في سبيل إعادة التوازن العقدي كما كان عليه وحماية مصالحه المختلفة[3].

يمكن الاستناد إلى نص المادة 65 من القانون 04 -02 التي منحت الحق لجمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة من الحق في

[1] خالد معاشو، مرجع سابق، ص121.

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27، ص7.

[3] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص166 -167.

رفع دعوى أمام العدالة، ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني لتعويض الضرر الذي لحق بهم طبقًا للقواعد العامة[1].

وبناءً على ذلك اتجه القضاء الجزائري حديثًا في أحد أحكامه الصادرة في 2018/06/13، بمناسبة الدعوى التي رفعتها المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك، ضد شركة اتصالات الجزائر، في قضية ترجع وقائعها إلى قيام هذه الأخيرة بإطلاق عرض خاص للمستهلكين أواخر سنة 2014، للتزود بالانترنت بتقنية الجيل الرابع (4G)، يتضمن حصول المستهلك على جهاز رقمي وفقًا لشروط تتمثل في تعبئة 1000دج، مقابل حصول الزبون على كمية تقدر بـ 01 جيغا انترنت لمدة شهر[2].

مع ضمان تدفق بسرعة 512 كيلوبايت في الثانية بعد انتهاء الكمية الأولى خلال الشهر، لكن بحلول شهر ماي من سنة 2017 تفاجأ المستهلكون بقيام شركة اتصالات الجزائر، بإلغاء التدفق الغير محدود دون سابق إنذار، بحجة أن الشروط العامة الواردة في عقد الاشتراك، تسمح للشركة بتعديل شروط الخدمة دون الرجوع للزبون، وأن المشترك يقرُّ بحق الشركة في تعديل الأسعار، كما لها الحق في فسخ العقد دون تعويض، وبعد العديد من الجلسات وتبادل المذكرات الجوابية أصدرت المحكمة حكمًا لصالح المنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك[3].

بتاريخ 2018/06/13 أصدرت محكمة الدار البيضاء بالجزائر حكمًا، يقضي بأن الشروط الخاصة لعقد الاشتراك المبرم بين مشتركي خدمة الجيل الرابع للتزود بالانترنت ومؤسسة اتصالات الجزائر، يتضمن شروطًا تعسفية و من ثم يتعيَّن على القضاء تعديل وإلغاء تلك الشروط التي تضمنها عقد الاشتراك، واعتمدت المحكمة في حكمها على المادة 29 من

---

[1] تنص المادة 65 من القانون رقم 04-02 على أنه:« دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقًا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم ».

[2] يمكن الرجوع للحكم الابتدائي في القضية المرفوعة من طرف المنظمة الوطنية لحماية وإرشاد المستهلك ضد شركة اتصالات الجزائر، الصادر عن القسم التجاري بمحكمة الدار البيضاء لمجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 2018/06/13.

[3] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص212.

القانون 04 -02 والمادة 5 من المرسوم التنفيذي 06 -306، كما استندت إلى المادة 110 من القانون المدني التي تجيز للقاضي تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية وفقًا لما تقتضيه العدالة[1].

مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري وإن قلَّص من قيمة الغرامة بالنسبة لمخالفة بقية الممارسات التجارية، إلا أنه أردف إلى جانبها جزاءات أخرى الأمر الذي لم يعتمده بالنسبة لمخالفة أحكام الشروط التعسفية، إذ نصت المادة 39 على عقوبة حجز البضائع بالنسبة لمخالفة أحكام المواد 10 و11 و13 و14 و20 و22 و23 و24 و25 و26 و27 (2 و7) و28 من القانون 04 -02، كما منحت المادة 44 منه للقاضي إمكانية الحكم بمصادرة السلع المحجوزة في حالة مخالفة أحكام المواد السابقة[2].

ويبدو من المنطقي جدًا الاكتفاء بالغرامة كجزاء على إدراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، لأن الأمر يتعلق بشروط من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي فما جدوى المصادرة أو الحجز حينها، كما أن الغرامة قد تعتبر وسيلة ردع حقيقية لهذا رفع المشرع حدها الأقصى إلى خمسة ملايين دينار، وهو من دون شك مبلغ من شأنه أن يجبر الأعوان الاقتصاديين على حذف الشروط التعسفية[3].

يظهر الواقع العملي أن الجزاء الجنائي المكرَّس في نصوص القوانين الخاصة مهم للردع، إلا أنه في الحقيقة يظل غير كافي لضمان الحماية اللازمة للمستهلك، ومن ثم يمكن الاستغناء عن الجزاء المدني باعتباره الأصل، فبموجب نص خاص يتعلق بمنع المعاملات التعسفية مع المستهلك، سيساهم بدون شك في منح العقد قيمته الحقيقية في الممارسات التجارية، بالإضافة إلى تثبيت التزامات الأطراف المتعاقدة وكذا ضمان شفافيتها[4].

غير أن مبلغ الغرامة المُحدِّد في المادة 38 يعتبر زهيدًا مقارنة بحجم النشاط والعائدات، التي يحصل عليها المتدخلون الذين هم في الغالب شركات تجارية تتوافر لديهم جميع وسائل تحقيق الربح، وذلك ما يشجع المتدخلون على تعمُّد تضمين عقودهم شروطًا تعسفية، لا سيما

---

[1] راجع في ذلك: قائمة الشروط التعسفية المذكورة على سبيل المثال المادة 29 من القانون رقم 04 -02، والمذكورة على سبيل الحصر في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06 -306، بالإضافة إلى مضمون المادة 110 من التقنين المدني الجزائري.

[2] أنظر: المواد 39 و44 من القانون رقم 04 -02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[3] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص170.

[4] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص138.

وضع الشروط العامة للتعاقد التي ترد على شكل عقود نموذجية مطبوعة، بسبب إدراكهم بأن جزاء التعامل بها ما هو إلا مجرَّد عقوبة مالية ضئيلة مقارنة بقيمة الأرباح المتحصل عليها[1].

لم يوضح المشرع بمناسبة تعرضه للشروط التعسفية مصير إدراجها في عقود الاستهلاك، إلا أنه عاقب على وضعها في المادة 38 من القانون 04 -02 بالغرامة المالية، ونفهم من خلال مضمون هذه المادة في ظل غياب نص يشير لدور القضاء المدني، أن الجهة المختصَّة بتطبيق الغرامة هي القضاء الجنائي، بالإضافة إلى أن المادة 65 منه منحت لجمعيات حماية المستهلك وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي، الحق في رفع دعاوى أمام القضاء ضد كل متدخل أدرج شروطًا تعسفية مخالفة لأحكام هذا القانون[2].

ويجوز رفع الدعاوى أمام الجهات الجزائية من أجل فرض الجزاء والعقاب على المتدخل، إمَّا من طرف المستهلك أو جمعية حماية المستهلك أو الجمعيات المهنية أو مباشرة من طرف النيابة العامة، وكل شخص طبيعي أو معنوي له مصلحة، كما يجوز لهم بالإضافة إلى توقيع الجزاء على المتدخل، التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عمَّا لحقهم من أضرار[3].

وعليه يجب علينا اللجوء إلى إدراج العقوبة السالبة للحرية إلى جانب العقوبة المالية، لأن من شأن ذلك تحقيق الهدف المنشود من وضع النصوص الجزائية وهو ردع المخالفين، فبالإضافة إلى تقييد حريتهم فإنهم سيضيعون فرصة ممارسة نشاطاتهم التجارية، التي تعتبر مصادر رزق وعيش لعائلاتهم[4].

يتضح ممَّا سبق أن النصوص التي جاءت بها التشريعات السابقة، تهدف إلى حماية المستهلك من خلال إبطال الشرط التعسفي مع بقاء العقد صحيحًا، حتى لا يقع الضرر على الطرف المراد حمايته إذا حكم ببطلان العقد بأكمله، وعليه فإن البطلان الجزئي يعدُّ وسيلة قانونية تحقق نوعًا من الاستقرار في الروابط العقدية في مجال الاستهلاك، لأن الحكم ببطلان

---

[1] رضا معوش مرجع سابق، ص115.

[2] نزهة بلال، **الطابع الوقائي والجماعي لقانون الاستهلاك، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2012 -2013م، ص82 -83.

[3] سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص182.

[4] رضا معوش مرجع سابق، ص115.

العقد بأكمله يترتب عليه تفويت الحماية لا تكريسها، خاصة وأن المشرع قد نص بصريح العبارة على معاقبة كل من أدرج شروطًا في العقد تتضمن تعسفًا[1].

إن عجز النظريات سواء التقليدية المتمثلة في النظريات الذاتية والموضوعية والحديثة المتمثلة في نظريات مجموعات العقود ونظريات العدالة التبادلية، دليل على أن الدعوى المباشرة تقنية فنية لحماية المستهلك، ضد كل متدخل ضمن عملية عرض المنتوج في السوق، وعلى الرغم من أن القانون يُعرِّف هذه الدعوى في أحوال معيَّنة، إلا أن خصوصيتها في ظل تشريعات الاستهلاك تكمن في إمكانية اللجوء إليها دون حاجة إلي وجود نص قانوني، لأن كل من المستهلك والمتدخل يستمدان صفتيهما من القانون ذاته وليست من العقد المبرم بينهما[2].

قد حاول المشرع الفرنسي إدخال الدعوى المباشرة ضمن أحكام نظرية العقد في القانون المدني بموجب المادة 1168، بحيث نصت في فقرتها الأولى على أن هذه الدعوى تستمد قوتها من النص القانوني، في حين أن الفقرة الثانية نصت بصورة غير واضحة على إعمال هذه الدعوى في مجموعات العقود كعلاج للافتقار غير العادل للدائن[3].

وعليه يرى البعض أن هذه المادة لا تخدم مصلحة المستهلك، فمن ناحية أن الدعوى المباشرة تشترط وجود نص قانوني لرفعها، وهو ما لا يتماشى مع فكرة أن المستهلك والمتدخل يستمدان صفتيهما من القانون ذاته، ومن ناحية أخرى هو أن التجديد الذي أدخلته الفقرة الثانية يضيِّق من نطاق رفع هذه الدعوى، بحيث تتطلب لقبولها توفر ثلاثة شروط: أن تكون الدعوى المباشرة هي الوسيلة الوحيدة التي بِيَد الدائن، وأن يلحق بالدائن افتقار دون وجه حق، وأن يوجد ترابط بين العقود[4].

وفي هذا الصياغ نرى أنه يجب على المشرع الجزائري توسيع صلاحيات القضاء من خلال إثارته للطابع التعسفي في العقود من تلقاء نفسه، دون حاجة لتدخل الأطراف المتعاقدة كما تَّبنته أغلب التشريعات الحديثة، بالإضافة إلى تكريس الدعوى المباشرة في قوانين

---

[1] سلمة بن سعيدي، مرجع سابق، ص183.

[2] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص544 -545.

[3] ***Art. 1168:*** *« certains créanciers sont investis par la loi du droit d' agir directement en paiement de leur créance contre un débiteur de leur débiteur, dans la limite des deux créances.*
L'action directe est également ouvert l'orsqu'elle permet seule d' éviter l' appauvrissement injuste du créancier, compte tenu du lier qui unit les contrats ».

[4] شوقي بنّاسي، **أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد**، مرجع سابق، ص545.

الاستهلاك، لضمان حماية واسعة للمستهلك في جميع مراحل تداول عرض السلع والخدمات، بداية من مرحلة الإنتاج مرورًا بمرحلة التوزيع وصولاً إلى مرحل الاقتناء، لأن المشرع كرَّس هذه الدعوى بعد تنفيذ العقد في الالتزام بالمطابقة والضمان، دون بقية الالتزامات المفروضة قبل التنفيذ لا سيما الالتزام بالإعلام وبمكافحة الشروط التعسفية.

2 - العقوبات التكميلية:

تضمن قانون العقوبات والقانون المطبق على الممارسات التجارية، إضافة إلى الغرامة المالية التي تعتبر كقاعدة عامة عقوبة أصلية بخصوص الجرائم المتعلقة بالشروط التعسفية[1]، عقوبات تكميلية لا يحكم بها بصفة مستقلة فهي تحمل معنى العقوبة والتدبير، لأنها تسلط على المتدخل في النشاط الذي بمناسبته ارتكب الجريمة، كما أنها تتناسب وطبيعة الجريمة الاقتصادية ومرتكبها في آن واحد[2].

إلى جانب العقوبات الأصلية هناك عقوبات تكميلية تضاف إليها إجباريا أو اختياريا[3]، نص عليها قانون العقوبات في المادة 9 منه فيما يتعلق بالشخص الطبيعي، وفي المادة 18 مكرَّر في فقرتها الثالثة بالنسبة للشخص المعنوي[4].

أمَّا عن أركان جنحة الممارسات التجارية التعسفية، فنجد ركنها الشرعي يتمثل في نص المادة 29 من القانون 04 -02، ويتحقق الركن المادي بوجود ثلاثة عناصر: أولها توفر صفة الجاني في المتدخل فلا يجوز متابعة المستهلك بجنحة التعاقد التعسفي، والثاني أن يكون هناك عقد استهلاك، والثالث هو تضمين هذا العقد أحد الشروط التعسفية المحظورة، ولا تكتمل أركان هذه الجنحة إلا بتحقق الركن المعنوي، الذي يتمثل في اتجاه قصد المتدخل نحو الحصول على امتيازات تعاقدية غير مبرَّرة، على حساب المستهلك نتيجة فرض الشروط التعسفية[5].

---

[1] رضا معوش، مرجع سابق، ص115.

[2] فرحات زموش، **الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء أحكام القانون رقم 03 -09**، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2015/01/28م، ص167.

[3] أنظر: المادة 04 من القانون رقم 06 -23 المؤرخ في 2006/12/20، المعدِّل والمتمم للأمر رقم 66 -156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 84، الصادرة في 2006/12/24.

[4] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص146.

[5] خالد معاشو، مرجع سابق، ص120 -121.

لقد أقرَّ المشرع الجزائري هذه العقوبات التكميلية أو التبعية في حالة العود، وذلك في الفصل الثاني من القانون 04 -02 الذي جاء تحت عنوان" عقوبات أخرى"، تعتبر استثنائية لأن المشرع لم يقرِّرها إلا إذا تعلق الأمر بحالة العود، عكس الغرامة المالية فهي أصلية غير مرتبطة بالعود لأنها تتقرَّر في جميع الأحوال[1].

ورد النص على العقوبات الاستثنائية بموجب المادة 47 من القانون 04 -02، حيث عالجت مسألة العود أين قرَّرت إجراء الغلق الإداري، كما قرَّرت المنع المؤقت من ممارسة النشاط والشطب من السجل التجاري، إلى جانب هذا الإجراء اعتمد المشرع الجزائري وسائل أخرى لمعاقبة المتدخلين المعتادين على تضمين عقودهم شروط تعسفية، فأقرَّ عقوبة سالبة للحرية تتراوح من ثلاثة(3) أشهر إلى (5) سنوات في المادة 3/47 من القانون 10 -06، أشد من العقوبة التي وردت في القانون 04 -02[2] قبل التعديل حيث كانت تتراوح من ثلاثة (3) أشهر إلى (1) سنة، وأجاز بموجب المادة 48 منه نشر الحكم على نفقة المحكوم عليه[3].

وعليه تتمثل العقوبات التي جاء بها القانون 04 -02 الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية في: غلق المحل التجاري والمنع المؤقت من ممارسة النشاط ونشر الحكم.

أ - غلق المحل التجاري:

فرض المشرع الجزائري عقوبة غلق المحل التجاري ضد كل متدخل تعسف في حق المستهلك، وتطبق هذه العقوبة التبعية إذا تعلق الأمر بحالة من حالات العود، على عكس الغرامة التي تتقرَّر في جميع الأحول وغير مرتبطة بحالات العود[4]، حيث نصت المادة 1/47

---

[1] رضا معوش، مرجع سابق، ص115 -116.

[2] راجع في ذلك: المادة 11 من القانون 10 -06 المؤرخ في 2010/08/15، التي عدَّلت المادة 47 القانون 04 -02 المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر العدد 46، الصادرة في2010/08/18، حيث نصت على ما يلي:« تعدَّل أحكام المادة 47 من هذا القانون 04 -02 ... وتحرر كما يأتي:" المادة 47: تتخذ إجراءات الغلق الإدارية،... في حالة العود تضاعف العقوبة ويمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي من ممارسة أي نشاط بصفة مؤقتة وهذا لمدة لا تزيد عن عشر (10) سنوات... تضاف لهذه العقوبات، زيادة على ذلك، عقوبة الحبس من (3) أشهر إلى خمس (5) سنوات"».

[3] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص146.

[4] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص138.

من القانون 10 -06 على أنه:" تتخذ إجراءات الغلق الإدارية المنصوص عليها في المادة 46 أعلاه وفق الشروط نفسها في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون"[1].

يختلف هذا الإجراء عن ذلك الذي نصت عليه المادة 46[2] من نفس القانون، لأن العقوبة التي وردت فيها متعلقة بمخالفة أحكام مواد منه، وليست لها أي علاقة بحالة من حالات العود، في حين نجد أن المادة 47 تتعلق بمخالفة جميع أحكام القانون 10 -06، ولو لم يتعلق الأمر بالأحوال المنصوص عليها بموجب المادة 47[3].

ويعتبر في حالة العود كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة، وهذا طبقًا للفقرة الثانية من المادة 47 التي تنص على أنه:" يعتبر في حالة عود في مفهوم هذا القانون، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة"[4].

ب - المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري:

إن صياغة المادة 47 وردت بصفة عامة لاستخدام المشرع لعبارة "حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون"، وهو دليل على رغبة المشرع الجزائري في التوسيع من دائرة اللجوء إلى آلية الغلق الإداري، لتشمل المناورات المنصوص عليها في المادة 29 من ذات القانون، وبالتالي تطبق على الأعوان الاقتصاديين الذي يحرِّرون عقودًا تحتوي على شروط تعسفية[5].

كما أجاز المشرع الجزائري في المادة 16 مكرَّر من قانون العقوبات المعدَّلة بالقانون 06 -23، للقاضي أن يحكم على المُدان بالمنع من ممارسة النشاط لمدة 05 سنوات عند ارتكابه جنحة، متى تبيَّن له أن هذه الجنحة لها علاقة مباشرة بالنشاط الذي يزاوله[6].

---

[1] المادة 11 من القانون 10 -06 المؤرخ في 2010/08/15، تعدِّل وتتمم أحكام المادة 47 من القانون رقم 04 -02.

[2] يختلف إجراء الغلق الإداري من حيث أن: العقوبة التي نصت عليها المادة 46 متعلقة بمخالفة أحكام بعض مواد القانون 04 -02، في حين أن العقوبة المنصوص عليها في المادة 47 متعلقة بمخالفة جميع أحكامه، والعقوبة المنصوص عليها في المادة 46 لا ترتبط بحالات العود، بخلاف تطبيق العقوبة المنصوص عليها في المادة 47 والمرتبطة بحالة من حالات العود.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص139.

[4] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص171.

[5] رضا معوش، مرجع سابق، ص116.

[6] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص148.

يمكن أن تضاعف عقوبة غلق المحل التجاري إلى المنع المؤقت من ممارسة النشاط، في حين قد تصل إلى الشطب النهائي من السجل التجاري، وذلك متى تعلق الأمر دائمًا بحالة من حالات العود، حيث تنص المادة 3/47 من القانون رقم 04 -02 على أنه:"... تضاعف العقوبة في حالة العود، ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري..."[1].

وقد جاء موقف المشرع متشدِّدًا حين عدَّل هذه المادة بمقتضى أحكام المادة 11 من القانون 10 -06، حيث نصت على جواز منع العون الاقتصادي العائد المحكوم عليه من ممارسة أي نشاط دون تحديد، بغض النظر عن كونه نشاطه الأساسي الذي حوكم بسببه كما كانت تُقِرُّه المادة 47 قبل التعديل، وضاعف مدة العِوَد إلى سنتين بعدما كانت أقل من سنة، ثم رفع أجال المنع المؤقت إلى عشرة سنوات، ما يفرض على القاضي التريُّث قبل النطق بها، وبغض النظر عن علاقة الجريمة بالنشاط كما أقرَّته المادة 16 مكرَّر من قانون العقوبات[2].

لقد وقع المشرع الجزائري في تناقض صارخ حين أضاف في الفقرة 03 من المادة 47 من القانون 04 -02 عقوبة سالبة للحرية، تمثلت في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، عُدِّلت بالمادة 11 من القانون 10 -06 هذه العقوبة، فأصبحت تتمثل في الحبس من ثلاثة أشهر إلى خمسة سنوات، وبذلك يكون المشرع قد جعل المبدأ العام استثناءًا لأن عقوبة الحبس تعتبر وفقًا لقانون العقوبات أصلية، بينما جعلها في المادة 47 وحتى بعد تعديلها إلى جانب عقوبات أخرى ذات الطابع الإداري استثناءً، ممَّا يعني أن مسألة إعادة النظر في هذا التناقض ضرورية[3].

جـ - عقوبة الحبس:

بالإضافة إلى غلق المحل التجاري والمنع من ممارسة النشاط التجاري وكذا الحكم بالشطب من السجل التجاري، قد تضاف إلى هذه العقوبة عقوبة الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة، وذلك طبقًا لنص المادة 4/47 بقولها:" فضلاً عن ذلك، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنة(01) واحدة"، ومكنة الحكم بعقوبة

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص171.

[2] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص148.

[3] رضا معوش، مرجع سابق، ص117.

الحبس هذه متروكة لتقدير القضاء تبعًا لظروف كل قضية وملابساتها، مع الإشارة إلى أن عقوبة الحبس مرتبطة بحالات العِوَد، مثلما نصت عليها المادة 2/47 من القانون 04 -02[1].

عاد المشرع إلى رفع الحد الأقصى لعقوبة الحبس من أجل تدعيم حماية المستهلك، بعد أن كان يمكن أن يصل إلى 05 سنوات في إطار الأمر 95 -06 الملغى[2]، وكان ذلك بموجب الفقرة 05 من المادة 11 في القانون 10 -06 ضد كل متدخل تعسف في حق المستهلك، فأصبحت تتمثل في عقوبة الحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى خمس (05) سنوات[3].

تعدُّ عقوبة الحبس عقوبة أصلية في مادة الجنح طبقًا للمادة الخامسة من قانون العقوبات، كما تعتبر من العقوبات المقيِّدة السالبة للحرية، بينما في إطار القانون المطبق على الممارسات التجارية، لم تحتفظ بذلك التكييف كما هو الحال بالنسبة للغرامة المالية، بل أصبحت عقوبة تخييرية تخضع لسلطة القاضي، بإمكانه تطبيقها بمناسبة معارضة المراقبة إضافة للغرامة أو بإحداهما، وفي حالة العِوَد إضافة إلى عقوبتي المنع من ممارسة النشاط مؤقتًا والشطب من السجل التجاري[4].

د - عقوبة نشر الحكم:

تعتبر عقوبة نشر الحكم تكميلية للعقوبة الأصلية في قانون العقوبات، يتم تطبيقها في حالات قليلة معيَّنة فهي جوازية أحيانًا ووجوبية أحيانًا أخرى، وذلك طبقًا للمادة 18 من قانون العقوبات المعدَّلة بالقانون 06 -23 بقولها:" للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تأمر في الحالات التي يحدِّدها القانون بنشر الحكم بأكمله أو مستخرج منه في جريدة أو أكثر يُعيِّنها، أو تعليقه في الأماكن التي يُبيِّنها وذلك كله على نفقة المحكوم عليه، على أن لا تتجاوز مصاريف النشر المبلغ الذي يُحدِّده الحكم بالإدانة لهذا الغرض، وألا تتجاوز مدة التعليق شهرًا واحدًا[5].

قرَّر المشرع عقوبة للعون الاقتصادي رغم أنها لم ترد في الفصل المخصص للعقوبات غير أنها تعتبر من ضمنها، وتتمثل في عقوبة التشهير به وبما أرتكبه من مخالفات، وذلك

---

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص171 -172.

[2] نوال كيموش، مرجع سابق، ص86.

[3] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص139.

[4] نوال كيموش، مرجع سابق، ص86.

[5] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص148.

طبقًا للمادة 48 من القانون 04 -02 التي نصت على أنه:" يمكن الوالي المختص إقليميًا، وكذا القاضي أن يأمرَا على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيًا، نشر قراراتهما أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحدِّدانها"[1].

المشرع الفرنسي أقرَّ نفس العقوبة على المتدخل، حيث منح قاضي الموضوع سلطة نشر الحكم الصادر في الدعوى الوقائية على نفقة المخالف، حسب نص المادة L6- 522 من الأمر رقم 2016 -301 المتضمن قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد[2].

وعلى خلاف القواعد العامة يستعين المشرع بجزاء نشر الحكم بالإدانة على نطاق واسع في الجرائم الاقتصادية، لما لهذا الجزاء من أثر فعَّال في محاربتها، فهو يصيب المحكوم عليه في سمعته داخل الوسط الذي يمارس فيه نشاطه، فلا يوجد ما يلحق الضرر به أكثر من أن يسمع زبائنه بممارساته التعسفية اتجاههم، وبأنه غير نزيه ومن ثم لا يمكن الثقة به، فممَّا لا شك فيه أن التشهير بالمحكوم بتعليق حكم إدانته على وجه محلِّه، سيكون بالغ الأثر مقارنة بالعقوبة الأصلية المتمثلة في الغرامة المالية التي يظل تنفيذها خافيًا عن المستهلك[3].

حاول المشرع مكافحة مسألة وضع الشروط التعسفية في العقود، إلا أنها مازالت تمارس في عدَّة مؤسسات بصورة غير مباشرة مع معاناة المستهلك منها، وكمثال عن هذه الشركات نجد شركات الكهرباء والغاز والتأمين...إلخ، إذ رغم تَوعُّد وزارة التجارة بالقضاء على هذه الممارسات غير أنه في الواقع لم يتحقق ذلك، فقد صدرت عدَّة مراسيم فحواها تغليب مصلحة العون الاقتصادي على المستهلك، من بينها المرسوم 08 -54 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط النموذجي للتسيير بامتياز للخدمة العمومية بالماء الشروب ونظام الخدمة المتعلق به[4].

المطلب الثاني: الدعاوى الجماعية لمكافحة الشروط التعسفية

لقد سعت أغلب الأنظمة القانونية إلى تدعيم دور جمعيات حماية المستهلك لتكريس فعالية قضائية للمستهلك، حيث سعت إلى تنظيم هذه الجمعيات قانونيًا تحقيقًا للغرض الذي أنشئت من أجله، ويظهر ذلك من خلال الاعتراف لها بالشخصية القانونية منذ اعتمادها وفقًا

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص172.

[2] فتيحة حماز، مرجع سابق، ص140.

[3] إيمان بوشارب، مرجع سابق، ص147.

[4] وهيبة همشاوي، نجوى حمودة، مرجع سابق، ص34.

للتشريع المعمول به، وما يترتب عن ذلك من تمتعها بحق التمثيل أمام القضاء دفاعًا على المصلحة الجماعية للمستهلكين[1].

تنشأ جمعيات حماية المستهلك أساسًا لغرض حماية المستهلك من الأخطار المادية والمعنوية التي قد يتعرض لها، ومن أجل حماية المستهلك تقوم بمجموعة من المهام من خلال آليات عمل أقرَّها المشرع لها قصد القيام بدورها، وآليات عمل جمعيات حماية المستهلك ترتكز على دور وقائي من خلال إعلام المستهلك وتوعيته وتوجيهه، ودور علاجي من خلال تمثيله أمام القضاء والمطالبة بحقوقه المشروعة[2].

لقد اختلف مفهوم جمعيات حماية المستهلك في الجزائر بتطور القوانين الناظمة لحماية المستهلك، بداية من أول قانون صدر في هذا المجال سنة 1989 إلى غاية القانون الحالي المنظم لحماية المستهلك وقمع الغش رقم 09 -03، حيث عرَّفت المادة 21 منه جمعية حماية المستهلك على أنها:" كل جمعية منشأة طبقًا للقانون، تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، ويمكن أن يعترف للجمعيات المذكورة أعلاه بالمنفعة العمومية، ضمن الشروط والكيفيات المنصوص عليها في التشريع والتنظيم الساري المفعول"[3].

من خلال نص المادة السابقة يتضح الأمر جليًا في اختلاف دور جمعيات حماية المستهلك عن غيرها من الجمعيات الأخرى، كونها تسعى إلى تحقيق هدفين الأول يتعلق بالجانب الوقائي من خلال مختلف أساليب الرقابة والملاحظة، والثاني يتعلق بالجانب العلاجي من خلال متابعة الشكاوى المقدمة من المستهلكين وإحالتها إلى المصالح المعنية، وأحيانًا رفع دعاوى وشكاوى رسمية لدى مختلف الجهات القضائية المختصَّة[4].

---

[1] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص255.

[2] نادية ضريفي، فواز لجلط، **(دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق المستهلكين)**، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد 14، تاريخ القبول النهائي: 16 مارس2017م، (ص ص:175-190)، ص185.

[3] القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[4] أحمد أسعد توفيق زيد، **(دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الالكترونية والمنتوجات الذكية)**، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، المجلد 04، العدد 08، جانفي 2020م، (ص ص: 111-132)، ص116.

ويلاحظ أن انتشار الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والمتدخل بشكل ملحوظ، أدى إلى اهتمام جمعيات حماية المستهلك بمواجهتها، وهو ما دفعها للمطالبة بمنحها حق تمثيل المستهلكين أمام القضاء في دعاوى حذف الشروط التعسفية، بغية تفعيل حماية المستهلك في هذا المجال، ولهذا سنتعرض لتحديد الإطار القانوني لجمعيات حماية المستهلك، ثم نتعرض إلى دور جمعيات حماية المستهلك في تمثيل المستهلك أمام القضاء، وفقًا لما تقرِّره قوانين الاستهلاك[1].

الفرع الأول: تحديد الإطار القانوني لجمعيات حماية المستهلك

تعتبر الممارسة الجمعوية من الحقوق المكفولة دستوريًا وذلك بنص المادة 43 من دستور 1996 التي نصت على أنه: "حق إنشاء الجمعيات مضمون"، والجمعيات تختلف عن الأحزاب السياسية اختلافًا كبيرًا خاصة من حيث فكرة الأهداف، وجمعيات حماية المستهلك هي جمعيات ذات طابع اجتماعي لها مفهومها الخاص الذي يُميِّزها عن باقي المكونات القانونية الأخرى[2].

ونظرًا لتزايد الاهتمام بالمستهلك على الصعيد الدولي، فإن حمايته ورعايته أصبحت ضرورة ملحة تتصدر أولويات الواجبات الأساسية للدول، وذلك عن طريق رسم وتحديد مختلف سياساتها الهادفة لحماية المستهلك، التي تعتمد على عدَّة محاور أهمها وجود منظومة تشريعية متكاملة لكافة عناصر الحماية المقرَّرة للمستهلك، إلى جانب وجود منظومة تشريعية متكاملة من الأجهزة الرقابية، التي تضمن تطبيق كافة القواعد القانونية على العملية الاستهلاكية وأطرافها بمختلف مفاهيمها[3].

نظم المشرع الجزائري أحكام الجمعيات بموجب القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات، وقد ألغى بموجب المادة 73 منه صراحة مواد القانون رقم 90 -31 المؤرخ في 1990/12/04 المتعلق بالجمعيات[4].

وممَّا تجدر الإشارة إليه في هذا الصياغ وجود نقطتين أساسيتين: الأولى تتعلق بأن جمعيات حماية المستهلك لا تستند في عملها لتحقيق أهدافها على القانون 09 -03 فحسب، بل

---

[1] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص255 -256.

[2] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص177.

[3] أحمد أسعد توفيق زيد، مرجع سابق، ص116.

[4] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص236.

تستقي عملها من قوانين وتنظيمات أخرى متعدِّدة منها القانون 04 -02 المتعلق بالقواعد الطبقة على الممارسات التجارية، والقانون04 -08 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، وكذا القانون المدني وقانون العقوبات باعتبارهما الشريعة العامة لمختلف القوانين، وغيرها من القوانين المتعلقة بالمياه والكهرباء والصرف الصحي والبيئة، والقوانين الناظمة لشبكات الانترنت[1].

كما أن جمعيات حماية المستهلك باعتبارها كياني قانوني لها جملة من المهام والحقوق والواجبات، يؤثر ويتأثر بها ألزمها المشرع بضرورة الخضوع لجملة من الشروط والإجراءات[2]، حيث أفرد المشرع في الفصل السابع من القانون 09 -03 تحت عنوان" جمعيات حماية المستهلك" وبالتحديد في المواد من 21 إلى 24 مهام وتنظيم هذه الجمعيات في سبيل حماية المستهلكين، وأعترف لهذه الأخيرة في ظل القانون الجديد بالمنفعة العمومية[3].

أمَّا النقطة الثانية الهامة فهي تتمثل في أن جمعيات حماية المستهلك جاءت للدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين، من خلال جملة من السياسات والوسائل لضمان حماية حقيقية وفاعلية، ولعلَّ هذه الحماية عامة لكافة فئات المستهلكين ولكافة جوانب العملية الاستهلاكية، أي بمعنى أن جمعيات حماية المستهلك ملزمة بمواكبة التطور الحاصل لمفهوم المستهلك، والسير مع هذا التطور في توفير وسائل وخطط فاعلة، لضمان حماية تتلاءم مع المفاهيم الحديثة الحاصلة في عالم الاستهلاك والرقمنة[4].

كما أن هذا النوع من الجمعيات له العديد من الاختصاصات والأهداف، لذلك سوف نتناول مفهوم هذه الجمعيات ثم نقف على وظائفها وأهدافها.

أولاً: مفهوم جمعيات حماية المستهلك

ترجع نشأة الحركة الجمعوية إلى القرن 19 حيث تم إنشاء أول جمعية لحماية المستهلك في العالم في أوائل الثلاثينات، ثم تطورت هذه الفكرة في الخمسينات وظهرت أول جمعية خاصة بالمستهلكين في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1928 وتدعى(*Consumer Research*)

---

[1] أحمد أسعد توفيق زيد، مرجع سابق، ص116.

[2] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص177.

[3] آمال زقاري، **حماية المستهلك في ظل حرية المنافسة**، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية: 2017 -2018م، ص371.

[4] أحمد أسعد توفيق زيد، مرجع سابق، ص118.

مع العلم أن أول قانون لحماية المستهلك صدر سنة 1873، فكان دورها يتمثل في تنبيه السلطات العمومية إلى بعض الممارسات غير المشروعة، التي كانت تمارس آنذاك من قَبْل بعيدًا عن القيم الاجتماعية والضوابط الأخلاقية[1].

وجمعيات حماية المستهلك هي عبارة عن جمعيات تطوعية غير حكومية، يؤسسها نشطاء من أفراد المجتمع باختلاف ثقافاتهم واختصاصاتهم لا تهدف إلى الربح، وإنما تهدف لحماية حقوق المستهلك من الممارسات المخِلَّة بحقوقه وضمان الدفاع عنها عن طريق تنويره وتوعيته، بما له وما عليه من حقوق وواجبات ورفع الدعاوى القضائية نيابة عنه[2].

أمَّا في الجزائر فإن فكرة جمعيات حماية المستهلك كانت حديثة النشأة، ترجع إلى سنة 1987 بمقتضى القانون رقم 87 -15 المؤرخ في 1987/07/21 المتعلق بالجمعيات، بعد ذلك قام المشرع بإصدار القانون رقم 89 -02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى)، محاولاً من خلاله إبراز دور هذه الجمعيات وكان ذلك بموجب المادتين 2/12[3] و23 منه[4]، ورغم إصرار المشرع على تفعيل الدور المنوط بها إلا أنه استحال عليه ذلك لعدم وجود قوانين تنظمها، وبقي الأمر على حاله حتى صدور القانون رقم 90 -31 المتعلق بالجمعيات[5].

لقد أخضع المشرع الجزائري في البداية تأسيس جمعيات حماية المستهلك لأحكام هذا القانون، لكن بعد 22 سنة من سريانه ألغي بمقتضى القانون 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات، بسبب عدم وجود أحكام خاصة بهذه الأخيرة، حيث أصبح هذا القانون يعترف بمبدأ حرية تشكيل الجمعيات التي لا تخضع لإجراء الاعتماد، مع مراعاة

---

[1] زاهية حورية سي يوسف (كجار)، (**دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك**)، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد درارية أدرار، الجزائر، المجلد 14، العدد 34، تاريخ النشر:2020/01/30م، (ص ص: 282 -304)، ص285.

[2] آمال زقاري، مرجع سابق، ص372.

[3] تنص المادة 2/12 من القانون 89 -02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك(الملغى) على ما يلي:«...إضافة إلى ذلك، فإن جمعيات حماية المستهلكين المنشأة قانونا لها الحق في رفع دعاوى أمام أي محكمة مختصَّة بشأن الضرر الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي ألحق بهم».

[4] تنص المادة 23 من نفس القانون على أنه:« يمكن لجمعيات المستهلكين أن تقوم بدراسات مرتبطة بالاستهلاك على نفقتها وتحت مسؤوليتها وبإمكانها أن تنشر ذلك حسب نفس الشروط».

[5] القانون رقم 90 -31 المؤرخ في 1990/12/04، المتعلق بالجمعيات(الملغى)، ج ر العدد 53، الصادرة في 1990/12/05.

إجراءان شكليان هما التصريح التأسيسي المسبق وتسليم وصل التسجيل طبقًا للمادة 07 منه، إلا أن جمعيات حماية المستهلك يشترط في تأسيسها الاعتماد[1].

إن جمعيات حماية المستهلك لها تعريف خاص بها يقترن بطبيعة نشاطها، نجده في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وهو ما يجعلنا نُحدِّده في البداية، ثم نُحدِّد شروط وإجراءات تكوين هذا النوع من الجمعيات.

1 - تعريف جمعيات حماية المستهلك

جمعيات حماية المستهلك هي كل جمعية عادية منظمة وفقًا لقانون الجمعيات، لم يعطها المشرع استثناء من حيث التعريف ولم يخصِّصها بالوصف[2]، وتبعًا لذلك يمكن تعريف جمعيات حماية المستهلك وفقًا لنص المادة 02 من القانون رقم 12 -06 كما يلي:" تعتبر الجمعية في مفهوم هذا القانون تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محدَّدة أو غير محدَّدة، ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعًا ولغرض غير مربح من أجل ترقية الأنشطة وتشجيعها، لاسيما في المجال المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي والبيئي والخيري والإنساني..."[3].

أمَّا فيما يتعلق بموضوع الجمعية فقد نصت نفس المادة على ما يلي:"...يجب أن يحدَّد موضوع الجمعية بدقة ويجب أن تعبر تسميتها عن العلاقة بهذا الموضوع.
غير أنه، يجب أن يندرج موضوع نشاطاتها وأهدافها ضمن الصالح العام، وأن لا يكون مخالفًا للثوابت والقيم الوطنية والنظام العام والآداب العامة وأحكام القوانين والتنظيمات المعمول بها"، ورغم أن تعريف الجمعية الذي نص عليه القانون 12 -06 جاء أكثر دقة من حيث المفاهيم والمصطلحات التي وردت فيه، من التعريف الوارد في المادة 02 من القانون الملغى 90 -31 المؤرخ في 1990/12/04[4].

---

[1] زاهية حورية سي يوسف (كجار)، مرجع سابق، ص286 -287.

[2] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص177.

[3] القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 05، الصادرة في2012/01/15، ص34.

[4] تنص المادة 02 من القانون رقم 90 -31 المؤرخ في 1990/12/04، المتعلق بالجمعيات(الملغى) على ما يلي:« تمثل الجمعية اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدي لغرض غير مربح. كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محدَّدة أو غير محدَّدة من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والثقافي والرياضي على الخصوص...».

غير أن الملاحظ على ذلك التعريف أنه جاء عامًا يشمل تعريف كل جمعية مهما كان هدفها، بالإضافة إلى أنه جاء بصيغة موسَّعة فتضمن أهداف الجمعية ونطاق أنشطتها، وهو ما لا يتوافق مع الأنماط المتعارف عليها في إيراد التعريفات، بحيث لا يُعَرَّف الشيء بأهدافه وإنما بذاته، ولعلَّ التعريف الذي ورد بالمادة 21 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، كان موجزًا وأكثر دقة في تعريفه للجمعية دالاً على معنى جمعيات حماية المستهلك[1].

هذا ونصت المادة 2/03 من القانون 12 -06 على أنه:" كما تحوز صفة الجمعية بمفهوم هذا القانون، الجمعيات ذات الطابع الخاص المنصوص عليه في المادة 48 من هذا القانون، وبالرجوع إلى هذه المادة نجدها أوضحت ذلك بقولها:" تعدُّ جمعيات ذات طابع خاص، المؤسسات والوداديات والجمعيات الطلابية والرياضية"[2].

كما أنه يمكن إعطاء تعريف لجمعيات حماية المستهلك، من خلال الاعتماد على نصي المادتين السابقتين: المادة 02 من قانون الجمعيات والمادة 21 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ليصبح تعريف جمعيات حماية المستهلك كما يلي:" جمعيات حماية المستهلك هي عبارة عن تجمع أشخاص طبيعيين و/أو معنويين على أساس تعاقدي لمدة محدَّدة أو غير محدَّدة، ويشترك هؤلاء الأشخاص في تسخير معارفهم ووسائلهم تطوعًا لغرض غير مربح من أجل حماية المستهلك، وذلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله"[3].

ويمكن تعريف جمعيات حماية المستهلك على أنها:" جمعيات أهلية تنشأ وفقًا للقانون ولا تهدف إلى تحقيق الربح ولكن هدفها الرئيسي هو تنسيق الجهود من أجل توفير الحماية والدفاع عن مصالح المستهلك"[4]، كما تُعرَّف أيضًا بأنها إحدى مؤسسات المجتمع المدني لها دور كبير كونها تقدم خدمات لجمهور المستهلكين، فتوفر لهم الحماية اللازمة عن طريق توعيتهم واستقبال شكاواهم، والتحقيق فيها ومتابعتها لدى الجهات القضائية المختصَّة[5].

---

[1] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص237.

[2] الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 05، الصادرة في2012/01/15، ص34 -39.

[3] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص178.

[4] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص260.

[5] زاهية حورية سي يوسف (كجار)، مرجع سابق، ص287.

ومن الأمثلة في البلاد العربية جمعيات حماية المستهلك المصرية، وفي لبنان هناك آلاف الجمعيات الأهلية منها جمعية واحدة تهتم بحماية المستهلك، وفي سنة 1998 بدأ التحضير لإنشاء جمعية وتم تأسيسها فعلاً في شهر جويلية من سنة 2000، أمَّا في الإمارات فقد أنشئت جمعية لحماية المستهلك بموجب القرار رقم 81/246[1]، وفي الجزائر تم انعقاد اجتماع أول جمعية تأسيسية للمنظمة الجزائرية لحماية وإرشاد المستهلك ومحيطه بتاريخ 2014/05/22، وتحصلت على قرار الاعتماد من طرف مصالح وزارة الداخلية بتاريخ 2014/08/06[2].

2 - شروط وإجراءات تكوين جمعيات حماية المستهلك

الجمعيات بما فيها جمعيات حماية المستهلك هي في الأساس تنظيم قانوني وحق دستوري منظم قانونًا، يولد آثار قانونية ويرتب حقوق وواجبات يتعيَّن معها التنظيم القانوني المحكم، لذا فقد أخضع المشرع هذه الجمعيات لشروط وإجراءات يجب احترامها وتخلفها يترتب عليه رفض تكوين الجمعية[3]، وعليه سنعالج مسألة الشروط التي يجب توافرها في تكوين جمعيات حماية المستهلك، ثم نعالج الإجراءات المتبعة في تكوينها.

أ - شروط تكوين جمعيات حماية المستهلك

تماشيًا مع مبدأ حفظ الحقوق وضمانها التي أقرَّها المؤسس الدستوري في كل الحقوق التي نص عليها، يتمتع أيضًا حق إنشاء وتكوين الجمعيات بهذه الميزة والخاصية، وذلك من خلال نص المادة 48 من دستور 1996 التي نصت على أنه:" حريات التعبير، إنشاء الجمعيات مضمونة للمواطن"[4].

وعليه فقد انعكس ذلك جليًا في جملة من الشروط الواجب توافرها في مؤسسي الجمعيات، التي تتمثل في الحد الأدنى المطلوب في تكوين الجمعيات[5]، حيث نصت المادة 04 من الباب الثاني تحت عنوان:" تأسيس الجمعيات وحقوقها وواجباتها " وبالتحديد في الفصل

[1] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص260.

[2] أحمد أسعد توفيق زيد، مرجع سابق، ص127.

[3] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص182.

[4] التعديل الدستوري الجزائري لسنة 1996، ج ر العدد 76، المؤرخة في 1996/12/08.

[5] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص182.

الأول الخاص بـ:" تأسيس الجمعيات" المتعلقة بالأشخاص الطبيعيين الذين بإمكانهم تأسيس جمعية وإدارتها وتسييرها أن يكونوا:

- بالغين سن 18 سنة فما فوق؛
- من جنسية جزائرية؛
- متمتعين بحقوقهم المدنية والسياسية؛
- غير محكوم عليهم بجناية و/أو جنحة تتنافى مع مجال نشاط الجمعية، ولم يرد اعتبارهم بالنسبة للأعضاء المسيرين[1].

أمَّا بالنسبة للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الخاص، فقد اشترطت فيهم المادة 05 من القانون 12 -06 المتعلق بالجمعيات جملة من الشروط تتمثل في:

- مؤسسين طبقًا للقانون الجزائري؛
- ناشطين عند تأسيس الجمعية؛
- غير ممنوعين من ممارسة نشاطهم[2].

وبناءً على ذلك يرى البعض أن هذه الشروط بسيطة بالنسبة للشخص المعنوي الخاص المؤسس للجمعية، لا تظهر فيها أي محاولة لتعقيد ممارسة هذا الحق، شأنها في ذلك شأن الشروط الواجب توافرها في الشخص الطبيعي.

ب - إجراءات تكوين جمعيات حماية المستهلك

فيما يتعلق بإجراءات تكوين جمعيات حماية المستهلك، فقد نصت المواد من 06 إلى 12 من القانون 12 -06 المتعلق بالجمعيات دون تحديد صفة الجمعية بطبيعة الحال، فكل الجمعيات خاضعة لنفس الإجراءات بما فيها جمعيات حماية المستهلك، وقد حدَّدت المواد السالفة الذكر الكيفيات والإجراءات الواجب إتباعها، من أول خطوة في التأسيس إلى غاية الحصول على الاعتماد، بما في ذلك المنازعات وإجراءاتها التي قد تثور بين المؤسسين للجمعية والإدارة المختصَّة[3].

---

[1] المادة 04 من القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات.

[2] المادة 05 من نفس القانون.

[3] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص183.

نصت المادة 06 من القانون 12 -06 المتعلق بالجمعيات على أن الجمعية تؤسس بحرية من قبل أعضائها، من خلال جمعية عامة تأسيسية تثبت بموجب محضر يحرِّره المحضر القضائي، والتي يصادق في اجتماعها على القانون الأساسي ويُعيِّن مسؤولي هيئاتها التنفيذية، وقد اشترط المشرع عددًا معيَّنًا من الأعضاء المؤسسين[1]، كما نصت المادة 07 من نفس القانون على أنه يخضع تأسيس الجمعية إلى تصريح تأسيسي وإلى تسليم وصل تسجيل، يرفق التصريح التأسيسي بملف يتكون من:

- طلب تسجيل الجمعية موقع من طرف رئيس الجمعية أو ممثله المؤهل قانونًا؛
- قائمة بأسماء الأعضاء المؤسسين والهيئات التنفيذية وحالتهم المدنية ووظائفهم وعناوين إقامتهم وتوقيعاتهم؛
- المستخرج رقم 03 من السوابق القضائية لكل عضو من الأعضاء المؤسسين؛
- نسختان مطابقتان للأصل من القانون الأساسي؛
- محضر الجمعية العامة التأسيسية محرَّر من طرف المحضر القضائي[2].

يودع التصريح مرفق بكل الوثائق من طرف الهيئة التنفيذية للجمعية، ممثلة في شخص رئيس الجمعية أو ممثله المؤهل قانونًا، مقابل وصل إيداع تسلمه وجوبًا الإدارة المعنية مباشرة بعد تدقيق حضوري لكل الوثائق، ويمنح للإدارة ابتداءً من تاريخ إيداع التصريح أجل أقصى لإجراء دراسة مطابقة لأحكام هذا القانون[3]، ويكون الأجل كما يلي:

- ثلاثون يوم(30) بالنسبة للبلدية فيما يخص الجمعيات البلدية؛
- أربعون يوم(40) بالنسبة للولاية فيما يخص الجمعيات الولائية؛
- خمسة وأربعون(45) يوم بالنسبة للوزارة المكلفة بالداخلية فيما يخص الجمعيات بين الولايات؛
- ستون(60) يوم بالنسبة للوزارة المكلفة بالداخلية فيما يخص الجمعيات الوطنية[4].

كما ألزم القانون الإدارة خلال هذا الأجل أو عند انقضائه أن تسلم وصل تسجيل ذو قيمة اعتماد أو اتخاذ قرار بالرفض، أمَّا عند انقضاء هذا الأجل وعدم رد الإدارة فإنه طبقًا للقانون

---

[1] راجع في ذلك: المادة 06 من القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات، التي حدَّدت عدد الأعضاء المؤسسين للجمعيات البلدية أو الولائية أو المنبثقة عن عدَّة بلديات أو عدَّة ولايات.

[2] أنظر: المادة 07 من القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات.

[3] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص184.

[4] أنظر: الماد 12 القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات.

يُعدُّ سكوت الإدارة بمثابة اعتماد للجمعية المعنية، ويجب على الإدارة أن تسلم للجمعية وصل تسجيل وعلى العموم هي إجراءات بسيطة وآجال معقولة، تعكس تشجيع الدولة للعمل الجمعوي المنظَّم في مواضيع مهمة كحماية المستهلك، وذلك من خلال الدور الذي تقوم به هذه الجمعيات من أجل حماية المستهلك[1].

ثانيًا: أهداف جمعيات حماية المستهلك

لجمعيات حماية المستهلك أهداف متعدِّدة حدَّدها القانون الناظم لها[2]، وأوضح الصلاحيات المخوَّلة لهذه الأخيرة القانون 09 -03، حيث نص على أنها تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، والتي يمكن تقسيمها بحسب الأهداف كما يلي:

1 - تحسيس وإعلام المستهلك

تمارس جمعيات حماية المستهلكين دورها في تحسيس وإعلام كل المستهلكين وأصحاب القرارات بمشاكل المستهلكين، وهو ما يعرف بالدور الوقائي ويُعدُّ هذا الدور من بين أهم الأدوار التي تمارسها جمعيات حماية المستهلكين، من خلال سعيِّها لمنع وقوع الضرر على المستهلك، من خلال خلق وعي وثقافة استهلاكية لدية فيكون من خلالها مؤهلاً لحماية نفسه[3].

ويعدُّ الدور المنوط بهذه الجمعيات مهم جدًا في ترقية الوعي الثقافي الاستهلاكي، كما يتعداه إلى المساهمة في وضع وتخطيط السياسة الاستهلاكية، حيث تستعمل في سبيل تحقيق أهدافها عدَّة وسائل، كطباعة المجلات والدوريات التي تتضمن معلومات وإحصاءات ورسوم وأشكال مختلفة عن المنتجات، قصد توصيل الرسالة إلى أكبر عدد من المستهلكين، وتحفيزهم على تغيير عقيدتهم الاستهلاكية نحو ما هو أفضل حمائيًا وماديًا، كما تتضمن هذه المطبوعات والمناشير مقارنات لأسعار وأنواع المنتجات بنظيرتها على المستوى الوطني أو الدولي[4].

ومن الواجبات الأساسية لجمعيات حماية المستهلك تحسيس المواطن بالمخاطر التي تهدِّد أمنه وسلامته وماله، عن طريق تزويده بالمعلومات الضرورية عن السلع والخدمات المعروضة، كما يجب عليها تحسيس أصحاب القرار من أجل اتخاذ الإجراءات الوقائية، لتوعية

[1] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص184 -185.

[2] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص241.

[3] هنية قادري، مرجع سابق، ص99 -100.

[4] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص241.

المستهلك وتحسيسه عن طريق وسائل الإعلام، والمساهمة بشكل كبير في بَلْوَرَة سياسة الدولة، من خلال المشاركة في الهيئات الاستشارية التي تسمح لها بالتعبير والاستعلام، وخوَّل القانون رقم 12 -06 لهذه الجمعيات صلاحية تنظيم ندوات وأيام دراسية مرتبطة بنشاطها[1].

حيث نصت في هذا الصياغ المادة 24 من القانون 12 -06 صراحة على أنه:" يمكن الجمعية في إطار التشريع المعمول به القيام بما يأتي:

- تنظيم أيام دراسية وملتقيات وندوات وكل اللِّقاءات المرتبطة بنشاطها،
- إصدار ونشر نشريات ومجلات ووثائق إعلامية ومطويات لها علاقة بهدفها في ظل احترام الدستور والقيم والثوابت الوطنية والقوانين المعمول بها"[2].

فدور هذه الجمعيات هو تعريف المستهلك بحقوقه المكفولة قانونًا، وبيان طرق الدفاع عنها وكذا تحسيسه بمخاطر الاستهلاك التي قد تُهدِّد سلامته وصحته.

2 - تمثيل المستهلكين أمام القضاء

إضافة إلى الدور التحسيسي لجمعيات حماية المستهلكين يناط بها دور آخر علاجي، وذلك لحماية المستهلك من الوقوع ضحية غش المتدخلين، من خلال الدفاع عليه عن طريق الإجراءات التي تباشرها هذه الجمعيات أمام الجهات القضائية، في حالة الإضرار بمصالح جماعة المستهلكين أو القيام بأعمال أكثر صرامة في مواجهة المتدخلين[3].

لقد نصت المادة 21 من قانون بحماية المستهلك وقمع الغش 09 -03 على أن:" جمعية حماية المستهلك هي كل جمعية...، تهدف إلى... وتمثيله"، إن مصطلح "التمثيل" الوارد في هذه المادة يحمل تفسيرين، فقد يكون يحمل معنى تمثيل المستهلكين أمام الهيئات المختصَّة، كما قد يحمل تمثيل المستهلكين أمام الجهات القضائية غير أن هذا الأخير هو الذي يهمنا.

2- 1 - اكتساب جمعية حماية المستهلك صفة التمثيل أمام القضاء

شروط رفع الدعوى محدَّدة بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 -09 وبالضبط في المادة 13، وصفة التقاضي تثبت لجمعيات حماية المستهلك بمجرَّد الاعتماد

[1] هنية قادري، مرجع سابق، ص100.

[2] القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات.

[3] هنية قادري، مرجع سابق، ص100.

والاعتراف لها بالشخصية المعنوية، وفقًا لما نصت عليه المادة 17 من قانون الجمعيات، وذلك في حالة وجود وقائع لها علاقة بهدف الجمعية[1].

من شروط رفع الدعوى أن يكون صاحبها ذي صفة، ولكن قد يحدث أن يرفع الدعوى شخص آخر غير صاحب الحق ويكون له صفة، وهذا الاستثناء يسمى بالصفة غير العادية كما هو الحال بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك التي تقوم برفع دعاوى أمام القضاء[2].

فيمكن لهذه الجمعيات أن تأسس كطرف مدني باسم مستهلك أو عدَّة مستهلكين، لحقت بهم أضرارًا تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، وعليه فإذا كان اعتراف قانون حماية المستهلك بالصفة التمثيلية للدفاع عن المصالح الجماعية للمستهلكين، قصد إصلاح الضرر الذي قد يصيبهم فإنه اعتراف صريح للقانون بالتدخل في مختلف الدعاوى من قبل هذه الجمعيات، سواء من خلال التأسيس كطرف مدني أمام القضاء الجزائي، أو من خلال رفع دعوى مدنية أصلية أمام القضاء المدني[3].

حيث أنه إذا تأسست جمعيات حماية المستهلك كطرف مدني طبقًا للمادة 23 من القانون 09 -03 بقولها:" عندما يتعرض مستهلك أو عدَّة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن لجمعيات حماية المستهلك أن تتأسس كطرف مدني"[4]، ومن المعلوم أن تأسيسها كطرف مدني يكون أمام قاضي التحقيق وفقًا لإجراءات محدَّدة[5].

ممَّا يعني أن القضاء المختص بنظر هذه الدعاوى هو القضاء الجزائي، ومن ثم فلها أن تطالب بحقوق لصالح المستهلك بناءً على شروط هي:

- أن تكون هناك مخالفة للقانون الجنائي حتى يتسنى لهذه الجمعيات الادعاء مدنيًا أمام القضاء الجزائي.
- أن يدفع المدعي المدني مبلغ الكفالة الذي يُحدِّده قاضي التحقيق لدى أمانة ضبط المحكمة ما لم يحصل على مساعدة قضائية طبقًا لنص المادة 75 من قانون الاجراءات الجزائية.

---

[1] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص187.

[2] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص243.

[3] هنية قادري، مرجع سابق، ص101.

[4] القانون 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

[5] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص188.

- أن يُختار مواطنًا بدائرة اختصاص المحكمة التابع لها قاضي التحقيق طبقًا لنص المادة 76 من قانون الاجراءات الجزائية.

- أن يكون قاضي التحقيق المرفوع أمامه الادعاء مختصًا إقليميًا، وإلا يأمر بإحالة المدعي المدني إلى الجهة القضائية المختصَّة[1].

لقد أقرَّت المادة 23 صراحة صفة جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق المستهلك أو العديد من المستهلكين، عند تعرضهم لضرر فردي تسبب فيه المتدخل وله أصل مشترك، وهي في نظر البعض حماية فعَّالة من خلال توسيع نطاق تدخل جمعيات المستهلك، بالإضافة إلى تمتعها بحق طلب المساعدة القضائية، الأمر الذي يسهل عليها عملية المطالبة بحقوق المستهلكين وحمايتهم[2].

واستنادًا لنص المادة 23 السالفة الذكر فإنه يمكن لجمعية حماية المستهلك، رفع دعاوى للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة من المستهلكين، وذلك متى توفرت الشروط التالية:

- أن يكون المستهلكون المتضررون أشخاصًا طبيعيين أو معنويين لحقهم ضرر سببه نفس المتدخل، ممَّا يفترض معرفة هذا المتدخل مسبقًا.

- أن يكون الضرر اللاحق بهم هو ضرر شخصي.

- أن يقدِّم اثنان على الأقل من المستهلكين المتضررين وكالة لجمعيات حماية المستهلك لتمثيلهم أمام الجهات القضائية[3].

وفي هذا الصياغ نصت المادة 65 من القانون 04 -02 المذكور سابقًا صراحة على أنه:" دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك والجمعيات التي أنشئت طبقًا لقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم"[4].

---

[1] هنية قادري، مرجع سابق، ص101.

[2] نادية ضريفي، فواز لجلط، مرجع سابق، ص187.

[3] هنية قادري، مرجع سابق، ص101.

[4] القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

ولكن رغم توفر الإطار القانوني لتكوين جمعيات حماية المستهلك، إلا أننا نلاحظ غياب شبه كامل لهذه الجمعيات، كما أن عددها قليل ونشاطها لا يكاد يذكر نتيجة افتقارها للتمويل وحاجتها إلى مقرَّات، رغم كثرة الأضرار اللاحقة بالمستهلكين واعتراف المشرع لها في القانون 09 -03، بالحق في التقاضي وطلب التعويض عن الضرر المعنوي[1].

2- 2 - الدعاوى التي يمكن رفعها من طرف جمعية حماية المستهلك

بالرجوع إلى نص المادة 17 من قانون الجمعيات 12 -06 نجدها أنها لم تحدِّد بدقة نوع الدعاوى التي يمكن لجمعيات حماية المستهلك رفعها، حيث جاءت صياغتها بشكل عام:"... التقاضي والقيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية..."، ويفهم من مصطلح" التقاضي" أن هذه الجمعية يمكنها أن تتأسس في أي دعوى ذات طابع مدني أو جزائي، والدعاوى التي يمكن رفعها من طرف هذا النوع من الجمعيات هي كما يلي:

أ - الدعوى المرفوعة للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين:

يشترط لقبول دعوى جمعية حماية المستهلك عند تأسيسها كطرف مدني لصالح المستهلكين أن يتوافر شرطان هما:

وقوع عمل غير مشروع: فحسب الأستاذ محمد بودالي فإن الدعوى تكون مقبولة من أجل ضمان احترام النصوص الحمائية سواء كانت ذات الطابع

جزائي أو غير جزائي، كما هو الحال بالنسبة لجرائم الغش والخداع والإشهار المضلِّل، أو عدم تنفيذ الالتزام بالإعلام، وأن يترتب على العمل غير المشروع ضررًا بالمصالح المشتركة للمستهلكين: وهو ذلك الضرر المشترك الذي يصيب مجموع المستهلكين من جرَّاء عمل واسع الانتشار، كما هو الحال في تضررهم من تناول مادة غذائية غير مطابقة أو إشهار خادع[2].

ب - انضمام جمعيات حماية المستهلك للدعاوى المرفوعة مسبقًا من قبل المستهلك:

يثور التساؤل حول مدى إمكانية انضمام جمعية حماية المستهلك إلى دعوى رفعت مسبقًا، من طرف مستهلك أو مجموعة مستهلكين، عند تفحص المواد السابقة لا سيما المادة 17 من قانون الجمعيات، والمادتين 21 و23 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فإننا نجدها لا

[1] هنية قادري، مرجع سابق، ص102.

[2] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص245.

تجيب صراحة على هذا التساؤل، وإن كان إجابته الضمنية في سياق المادة تجيز للجمعية هذا الإجراء، لأن ذلك يعدُّ من صميم أهداف الجمعية، ثم إن قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08 -09 يضمن هذا الإجراء عن طريق ما يسمى بالتدخل أو الإدخال في الخصومة[1].

جـ - الدعاوى المرفوعة للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة مستهلكين:

حتى تتمكن الجمعية من رفع مثل هذه الدعاوى فإنه يستوجب توفر شرطان:

- أن يتعرض عدَّة مستهلكين أشخاص طبيعيين معروفي الهوية لأضرار فردية، نجمت عن متدخل واحد مصدرها مشترك، كما هو الحال في بيع جهاز بأعداد كثيرة ثم يتبيَّن أنه به عيب.
- أن تحصل الجمعية على توكيلين اثنين على الأقل من المستهلكين، وأن تكون هذه الوكالة مكتوبة قبل رفع الدعوى[2].

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء

بالرغم من أهمية الاعتراف للقاضي بسلطة الرقابة على الشروط التعسفية وهو بصدد النظر في النزاع المعروض عليه، غير أن الواقع اثبت وجود عدَّة أسباب تمثلت في قصور التشريعات الحمائية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، بالإضافة إلى إجراءات التقاضي الطويلة والمعقَّدة والمرهقة ماديًا، التي تجعل المستهلك يتقاعس عن رفع دعوى بطلان الشروط التعسفية من جهة، وفشل الجهات الإدارية المعنية بالحماية في أدائها من جهة أخرى[3].

نتيجة لتلك الأسباب مجتمعة لجأت أغلب التشريعات إلى الاعتراف لجمعيات حماية المستهلك بالدفاع عن المستهلكين، من خلال رفع دعاوى قضائية نيابة عنهم بموجب دعوى حذف الشروط التعسفية، مع إمكانية طلب تعويض لجبر الضرر الجماعي إذا كان له مقتضى.

أولاً: دعوى حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود

دعوى حذف الشروط التعسفية هي دعوى قضائية متاحة لجمعيات حماية المستهلكين المعتمدة قانونًا، ترفع أمام المحاكم المدنية ليس للمطالبة ببطلان الشروط التعسفية في العقود

---

[1] راجع في ذلك: المواد من 196 إلى 206 من القانون 08 -09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21، الصادرة في 2008/04/12.

[2] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص247.

[3] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص265.

المبرمة، ولكن للمطالبة بالحذف المادي لهذه الشروط من نماذج العقود، والتي عادة ما تتضمن الشروط العامة التي تستخدم كأساس لعقود ستبرم مستقبلاً بين المتدخلين والمستهلكين[1].

ويقصد أيضًا بدعوى حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود، تلك الدعوى المباشرة التي يرفعها المستهلك أمام القضاء ضد المتدخل، للمطالبة بإعفاء الطرف المُذعَن من الشروط المجحفة في العقد أو حذفها من نماذج العقود المقترحة[2].

لم يستطع المشرع الفرنسي تطبيق آلية جديدة، تمثلت في دعوى الحذف أو الإلغاء قرَّرها لجمعيات حماية المستهلك، إلا بعد عشرة سنوات من نشاط لجنة الشروط التعسفية، حيث جاء بهذه الدعوى القانون رقم 88 -14 الصادر في1988/01/05 والذي أدرجت مواده في ستة فقرات ضمن المادة L421 من قانون الاستهلاك[3].

وفي هذا السياق تنص الفقرة الأولى من المادة L421 على أنه:" يمكن لجمعيات حماية المستهلك المشار إليها في المادة L1- 421 والهيئات التي تثبت تسجيلها في القائمة المنشورة بالجريدة الرسمية للاتحادات الأوروبية، تطبيقًا للمادة 04 من التوجيه الأوروبي رقم 98 -27 الصادر عن البرلمان الأوروبي ومجلسه، المتعلق بدعاوى التوقف في مجال حماية المستهلكين، المطالبة أمام القضاء بوقف أو إلغاء كل تصرف غير مشروع، بالنظر إلى الأحكام المستوحاة من التوجيهات المشار إليها في المادة 6 من التوجيه المشار إليه سابقًا"[4].

وعليه يمكن للقاضي عند اللزوم الأمر بحذف كل شرط غير مشروع أو تعسفي، يدرج ضمن كل عقد أو نموذج عقد مقترح أو موجه للمستهلك، تحت طائلة فرض غرامة تهديدية طبقًا للفقرة الثانية من المادة L1- 421، والشروط التعسفية المجحفة نوعان هي كما يلي:

1 - الشروط التعسفية المحضورة بقوة القانون

عند وجود شروط تعسفية في نماذج العقود فإن القاضي يتدخل من تلقاء نفسه، لقد ورد ذكر ذلك في المادة 29 من القانون رقم 04 -02، وقد ذكر أيضًا بموجب نص المادة 05 من

---

[1] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص144.

[2] وليد لعوامري، **الحماية القانونية لحقوق المستهلك التعاقدية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص277.

[3] *G. paisant, **les nouveausc aspects du la lutte contre les clauses abusives,** d. 1988, chron, p253.*

[4] راضية العطياوي، مرجع سابق، ص144.

المرسوم التنفيذي رقم 06 -306، وذلك لاعتبار أن قائمة البنود المحظورة ملزمة للقاضي، كما أنها من النظام العام فلا تكون له بشأن طابعها التعسفي أيَّة سلطة تقديرية[1].

2 - الشروط التعسفية التقديرية

لا يجوز للقاضي إثارة الطابع التعسفي للشرط وفقًا لسلطته التقديرية إلا إذا أثاره المستهلك، فهذه الوسيلة تعتبر وسيلة ثانية لمواجهة التعسف في العقود، لم ينص المشرع عليها صراحة بل يمكننا أن نفهم من المادة 1/29 من القانون رقم 04 -02 بقولها:" تعتبر بنودًا وشروطًا تعسفية...لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..."، إن كلمة لاسيما دليل قاطع على أن القائمة على سبيل المثال وغير حصرية، فمن خلالها يمكن للقاضي وفقًا للسلطة الممنوحة له تقدير وجود التعسف في شروط العقد من عدمه[2].

إن هذه الآلية تحقق العديد من النتائج الإيجابية على الصعيد العملي، ذلك لأنه في حالة الحكم بحذف الشروط التعسفية الواردة في أحد العقود، فإن آثار ذلك تمتد إلى جميع العقود الأخرى حتى وإن لم يكن المتدخل طرفًا في النزاع، وحتى لو لم يشملها ذلك الحكم في منطوقه، وهذا ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى الترخيص في مشروع قانون2011/10/11، لجمعيات حماية المستهلك والسلطات الإدارية المكلفة بالمنافسة والاستهلاك، بأن تتقدم أمام القضاء للمطالبة بالتصريح باعتبار كل الشروط الواردة في العقود المتشابهة على أنها غير مكتوبة[3].

لقد نص المشرع الفرنسي على آلية حذف الشروط التعسفية من العقود، بالرغم من رقابة لجنة الشروط التعسفية وما أصدرته من توصيات في هذا الشأن، وكان ذلك بموجب قانون سنة 1988 المتعلق بالدعاوى القضائية للجمعيات المعتمدة للمستهلكين وإعلامهم[4]، والذي أدرجت أحكامه بموجب المادة L6- 421 من قانون الاستهلاك التي أُسِّسَت لدعوى حذف الشروط التعسفية، حيث تم إضافة هذه المادة بمقتضى الأمر 2001 -741 المؤرخ في 2001/08/23،

---

[1] وليد لعوامري، **الحماية القانونية لحقوق المستهلك التعاقدية في القانون الجزائري**، مرجع سابق، ص277.

[2] راجع في ذلك: المادة 1/29 من القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، الذي يحدِّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدَّل والمتمم.

[3] رضا معوش، مرجع سابق، ص97.

[4] *Loi n° 88-14 du 05 janv. 1988, relative aux action en justice des associations agréés de consommateurs, et à l' information des consommateurs, JORF du 06/1/1988.*

من أجل مطابقة أحكامها للتوجيه الأوروبي رقم 98-27 المؤرخ في 1998/05/19، وبتعديل قانون الاستهلاك سنة 2016 أصبحت المادة L6-421 تقابلها المادة L7-621[1].

لقد منحت المادةL7-621 من قانون الاستهلاك الحق للجمعيات المشار إليها في المادةL1-621، والهيئات التي تُبرِّر تسجيلها في القائمة المنشورة بالجريدة الرسمية للاتحادات الأوروبية، رفع دعوى أمام القضاء المدني لوقف أو حظر أي عمل غير مشروع، على ضوء الأحكام المنقولة من التوجيهات المشار إليها في التوجيه الأوربي رقم 2009-22 المؤرخ في 2009/04/23[2].

بينما نجد أن المادة L8-621 نصت على أنه": عندما يتم رفع الدعوى تطبيقًا للمادة L7-621، يجوز للقاضي أن يأمر عند الضرورة بإلغاء شرط غير مشروع أو تعسفي، في جميع نماذج العقود المقترحة الموجهة للمستهلك أو جميع العقود قيد التنفيذ، كما يجوز أيضًا للجمعيات والهيئات المذكورة في نفس المادة، أن تطلب من القاضي التصريح بأن هذا الشرط غير مكتوب، في جميع العقود المتطابقة التي أبرمها أحد المهنيين مع المستهلكين، مع أمره بإعلام المستهلكين المعنيين بجميع الوسائل"[3].

ممَّا تقدم شرحه يتضح أن القضاء المدني يأمر بحذف الشروط التعسفية غير المشروعة، بشرط أن يقتصر ذلك على نماذج العقود المقترحة والموجهة للمستهلك في جميع العقود التي قيد التنفيذ، وتطبيقًا لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الصادرة في 2014/06/04، إلى رفض الاعتراف بدعوى حذف الشروط التعسفية، التي تقدمت بها أحد جمعيات حماية المستهلك بمبرِّر أن العقود المقترحة موجهة لغير المهنيين[4].

كما تأمر المحكمة باعتبار الشرط التعسفي غير مكتوب في العقود المتطابقة المبرمة مع نفس المهنيين والمستهلكين، وعملاً بذلك اشترط القانون في المادتين L7-621 وL1-524

---

[1] *Regarder l'article n°621-7 L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[2] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص214.

[3] ***Art. 621-8. L:*** *« Lorsqu'il est saisi en application de l'article L. 621-7, le juge peut 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 ou dans tout contrat en cours d'exécution. Les associations et les organismes mentionnés à l'article L. 621-7 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, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ».*

[4] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص215.

بأن لا ترفع هذه الدعوى إلا من طرف الهيئات والجمعيات المسجلة في القائمة المنشورة بالجريدة الرسمية للاتحادات الأوروبية، والمديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش[1].

لم يحصر المشرع مجال رفع هذه الدعوى في جمعيات حماية المستهلك فحسب، بل أعطى للمديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش نفس الحق، بناء على التعديل الصادر بموجب الأمر المؤرخ في 2005/09/01، الوارد بمقتضى المادة L1-141 من قانون الاستهلاك لسنة 1993، والتي تقابلها المادة L1-524[2] من قانون الاستهلاك الجديد[3].

ونرى أن دعوى الحذف كآلية ترفعها جمعيات حماية المستهلك أو إدارة المنافسة والاستهلاك، تقترب من الرقابة التي تقوم بها لجنة الشروط التعسفية، عندما يتم إخطارها من طرف أحد الجمعيات أو أي شخص له مصلحة، من أجل إصدار توصية بإلغاء الشرط التعسفي من العقود كما سبق بيانه، إلا أنها دعوى ينظر فيها القضاء فيصدر بشأنها حكم قضائي، ومن ثم فإن هذا الحكم منشئ يمكن الاستناد إليه في جميع المنازعات المماثلة[4].

أمَّا بالنسبة للتوصية التي تصدرها اللّجنة فهي غير ملزمة للقاضي، وإذا حكم هذا الأخير بوجود الشروط التعسفية فإنه يأمر المهني والهيئات المهنية بالالتزام بحذفها، وتعديل جميع اتفاقياتها بما في ذلك نماذج العقود التي تتضمن هذه الشروط، كما يجوز لجمعيات حماية المستهلك المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي مسَّت المصلحة المشتركة للمستهلكين، وهو ما تم تطبيقه من خلال اجتهادات محكمة النقض الفرنسية رغم سكوت المشرع وانعدام النص[5].

---

[1] *Regarder l'articles n°541-1 L et l'article 621-7 L de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, op.cit.*

[2] ***Art. 524-1 L:*** *«A la suite des constatations effectuées sur le fondement des articles L. 511-5 à L. 511-7, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation peut demander à la juridiction civile ou, s'il y alieu, à la juridiction administrative :*

1- d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite, interdite ou abusive insérée par un professionnel dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné aux consommateurs ou aux non- professionnels ou dans tout contrat en cours d'exécution ;

2- de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs ou des non-professionnels ;

3- et d'ordonner au professionnel d'en informer à ses frais les consommateurs ou les non-professionnels concernés par tous moyens appropriés ».

[3] *Delphine bazin-beust, Mémentos LMD Droit de la consommation, Gualino L'extenso, France, 2016, p175.*

[4] تنص الفقرة الثانية من المادة L1-621 على أنه:« ... يجوز للجمعيات والهيئات المشار إليها في المادة L7-621 أيضًا أن تطلب من القاضي إعلان أن هذا البند يعتبر غير مكتوب، في جميع العقود المماثلة التي أبرمها نفس المحترف مع المستهلكين، وأن يأمره بإبلاغ المستهلكين المعنيين بأي ثمن وبأي وسيلة مناسبة ».

[5] محمد جريفيلي، **حماية المستهلك في نطاق العقد**، مرجع سابق، ص216.

ثانيًا: دعوى طلب التعويض لجبر الضرر الجماعي

لم ينص المشرع الفرنسي صراحة على حق جمعيات حماية المستهلك، في طلب الحصول على تعويض عن الأضرار التي مسَّت مجموع المستهلكين، نتيجة إدراج الشروط التعسفية في نماذج العقود المقترحة من قبل المهنيين على المستهلكين، نتيجة لذلك رفضت بعض الجهات القضائية الفرنسية منح التعويض لهذه الجمعيات، على أساس أن الطبيعة الوقائية التي تتميز بها دعوى حذف الشروط التعسفية لا تسمح بطلب التعويض، فهذه الدعوى تتعلق بنماذج العقود وليس بالعقود في حد ذاتها، وبالتالي لا وجود لأي ضرر قد مسَّ بمصلحة المستهلك[1].

وعلى النقيض من ذلك أقرَّت محكمة النقض الفرنسية لجمعيات حماية المستهلك، بأن تطالب بتعويض الأضرار التي أصابت المصلحة الجماعية للمستهلكين، من جراء وجود شروط تعسفية في نماذج العقود التي يأخذ على منوالها في تكوين عقود الاستهلاك، كما أكَّدت في حكمها الصادر بتاريخ 1999/10/05، على أنه يحق للجمعيات الاستهلاكية أن تطلب من المحاكم المدنية جبر الأضرار التي ترتبت على وجود شروط تعسفية في عقود الاستهلاك، من خلال المطالبة بتعويضات عن أي أضرار مباشرة أو غير مباشرة لحقت بمصلحة المستهلكين[2].

ويمكن للجمعية أن تطالب بناءً على هذه الدعوى بثلاثة أشياء:

- التعويض بقصد إصلاح الضرر الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين، ولا يطلب بذلك تعويضًا مستقلاً لكل مضرور، بل يكون التعويض باسم الجمعية ولحسابها كشخص معنوي؛
- وقف الممارسات غير المشروعة التي يقوم بها المنتجون، والتي من شأنها إلحاق ضرر بالمصالح المشتركة للمستهلكين، مثل قيام الجمعية بتقديم طلب يقضي بسحب المنتج بسبب عدم مطابقته للمواصفات القانونية والتنظيمية أو وقف بث إشهار مُضلِّل؛
- إعلام الجمهور بالحكم على نفقة المحكوم عليه[3].

---

[1] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص272.

[2] المرجع نفسه، ص272 -273.

[3] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص246.

ويُقرُّ الفقه أنه وفقًا للقانون الجزائري فإن التعويضات المحكوم بها عن الضرر، تكون لفائدة الجمعية التي تمثل مجموع المصالح الفردية، وليس لفائدة عموم المستهلكين المتضرِّرين بشكل شخصي[1].

وإذا أرادت الجمعية الحصول على أكبر عدد من الوكالات للدفاع عن المصالح الفردية لمجموع المستهلكين، فإنه يجوز لها أن توجه نداء عام عن طريق الصحافة المكتوبة، وتمنع من استعمال الوسائل السمعية البصرية، وذلك لحماية صورة المؤسسة من التشويه في الوقت الذي لم تثبت فيه مسؤوليتها، وإذا تم الحكم بتعويضات معيَّنة فإنها تكون لفائدة المستهلكين الذين وكَّلُوا الجمعية، وإذا خسرت الجمعية دعواها فإن هؤلاء المستهلكين لا يحصلون على شيء، ويخسرون تبعًا لذلك الحق في رفع دعاوى فردية[2].

كما يحق لجمعيات حماية المستهلك الانضمام للدعوى الفردية لحماية هذا الأخير من الشروط التعسفية، والوقوف إلى جانبه أمام القضاء المدني لشرح موقفه، حينما يكون موضوع الدعوى الأصلية تعويض عن الضرر الحاصل لواحد أو أكثر من المستهلكين، حسب أعمال لا تكتسي صبغة إجرامية، وبناءً على ذلك فإنه يحق لها أن تطالب مستقلة عن صاحب الدعوى الأصلية التعويض عن الضرر، وإيقاف الأعمال غير المشروعة وإلغاء الشروط التعسفية، تحت طائلة غرامة تهديدية والمطالبة بنشر الحكم على نفقة من يخسر الدعوى[3].

أما بالنسبة للتشريع المصري فقد نصت المادة 23/أ من القانون رقم 67 لسنة 2006 على أنه:" مع عدم الإخلال باختصاص الجمعيات التي تنشأ لحماية المستهلك طبقًا لقانون الجمعيات الأهلية يكون لها الاختصاصات التالية: (أ) حق مباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها[4]".

وبناءً على هذا النص فإن القانون المصري سمح لجمعيات حماية المستهلك، بمباشرة الدعاوى التي تتعلق بمصالح المستهلكين وكذا التدخل فيها، فبموجب هذا النص منع المشرع ما

---

[1] عمار زعبي، **حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة**، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2016م، ص240.

[2] زكرياء بوعون، مرجع سابق، ص247.

[3] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص273.

[4] راجع في ذلك: المادة 23 من قانون الاستهلاك المصري رقم 67 لسنة 2006.

قد يثار من تساؤل، حول تدخل تلك الجمعيات في الدعاوى إلى جانب المستهلك من عدمه، لأنه أعطى لها مباشرة حق التقاضي لحماية المصلحة الجماعية للمستهلكين، إمَّا عن طريق رفع الدعوى بصفة مستقلة أو التدخل في الدعوى التي يرفعها المستهلك[1].

وعليه نرى أنه على الرغم من كل ما تم شرحه يمكن الاستناد إلى نص المادة 65 من القانون رقم 04 -02[2]، التي منحت لجمعيات حماية المستهلك وكل جمعية مهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي له الصفة والمصلحة، الحق في رفع دعوى أمام القضاء ضد كل متدخل قام بمخالفة أحكام هذا القانون، كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم طبقًا للقواعد العامة.

[1] محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص273 -274.

[2] تنص المادة 65 من القانون 04 -02 على أنه: « دون المساس بأحكام المادة 02 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن لجمعيات حماية المستهلك التي أنشأت طبقًا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، أن يرفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة هذا القانون، كما يمكنه التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق بهم ».

خلاصة الفصل الثاني:

من كل سبق ذكره نخلص إلى أن الرقابة على الشروط التعسفية في عقود الإذعان نوعان: رقابة قانونية وإدارية عن طريق نظام القوائم التشريعية أو التنظيمية المحظورة أو من طرف لجنة الشروط التعسفية، ورقابة قضائية تتمثل في الحماية الفردية عن طريق الدعاوى التي يرفعها المستهلك بمفرده أمام القضاء، وحماية جماعية عن طريق الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك إلى جانب المستهلكين أو نيابة عنهم.

إن رقابة لجنة الشروط التعسفية تكمن في: تفحص نماذج العقود المطبقة من طرف المتدخلين، وصياغة التوصيات ووضع التقارير السنوية ونشرها، بالإضافة إلى إبداء الرأي بشأن المراسيم والقرارات التي موضوعها شروط تعسفية، وكذا إبداء الرأي بشأن الشروط المحالة من طرف الجهات القضائية، لكن رأيها واقتراحها في هذا المجال استشاري غير ملزم للقاضي.

بَيْدَ أن هذه اللجنة تمثل وسيلة ضغط معنوي على المتدخلين، من خلال عمليات نشر التوصيات والتقارير التي تُهدِّد مصالح المستهلكين، وتجعلهم يعزفون عن تضمين عقودهم شروط تعسفية، إذ لا يمكن أن يكون لتلك التوصيات أيَّة فعالية إذا لم تصاحبها دعاية واسعة، وبسبب فقدان توصياتها الطابع الإلزامي اقترح البعض توسيع دورها في مواجهة الشروط التعسفية، أمَّا في الجزائر فإن المشرع ضاعف عدد أعضائها غير أنه تأخر كثيرًا في تنصيبها، ونظرًا لحداثتها فإنها لم تصدر أيَّة توصيات في انتظار ما يمكن أن تسفر عنه مستقبلاً.

إن الرقابة القضائية على الشروط التعسفية، إمَّا أن تكون من أجل إعفاء المستهلك من هذه الشروط أو إلغائها بواسطة الدعاوى الفردية، أو عن طريق الدعاوى الجماعية التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك، من أجل حذف الشروط التعسفية أو طلب التعويض لجبر الضرر الجماعي، وتأخذ شكل الدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين، كما تأخذ شكل الانضمام إلى الدعاوى المرفوعة من قبلهم مسبقًا، أو شكل الدفاع عن المصالح الفردية لمجموعة منهم.

لقد حدَّدت أغلب التشريعات جزاءات مدنية وجنائية لمكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، غير أن ما يثير الجدل في هذا السياق هو أن المشرع الجزائري حدَّد الجزاء الجنائي وأغفل عن الجزاء المدني، ممَّا يستدعى الرجوع للقواعد والعامة والمطالبة بتعويض الضرر الذي أصاب المستهلك في حالة حدوثه.

خاتمة

الخـــاتمـــــة:

من كل ما سبق التطرق إليه في هذه الدراسة نخلص إلى أن حماية المستهلك في إطار عقود الإذعان، هي حماية من الشروط التعسفية التي يفرضها المتعاقد القوي على المتعاقد الضعيف في العلاقة التعاقدية، ومن ثم فهناك حماية إزاء تلك الشروط كرَّستها التشريعات في القانون المدني أو ما يدعى بالقواعد العامة، كما أنه هناك حماية مكرَّسة في عدَّة قوانين خاصة تدعى بالقواعد الخاصة، وتوصلنا إلى جملة من النتائج يمكن عرضها على النحو التالي:

- أن الحماية التي أقرَّها المشرع الجزائري ضمن القواعد العامة لم تحقق تعادل الأداءات بين المستهلك والمتدخل، بسبب قصور المبادئ التقليدية المتواجدة في القانون المدني، خاصة مبدأ سلطان الإرادة وتبعاته (الحرية التعاقدية، الرضائية، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد)، وعجزها عن تحقيق التوازن العقدي.

- المشرع الفرنسي بمناسبة تعديل القانون المدني سنة 2016 تخلَّى عن الأخذ بالمبادئ التقليدية، وتراجع عن تكريس مبدأ سلطان الإرادة لأنه لم يحقق الهدف المقصود من استخدامه المتمثل في العدالة العقدية، معتمدًا على مبدأ الإلزام ما قبل التعاقدي بالإعلام ومؤكدًا على مبدأ حسن النية، من خلال تكريس تطبيقاته (الشفافية، النزاهة، مراعاة الرغبات والمصالح المشروعة للمستهلك) وكذا التعاون بين المتعاقدين لتعزيز التوازن العقدي.

- المشرع الجزائري لم يضع معيار دقيق يعتمد عليه القاضي المدني لتحديد الطابع التعسفي للشرط، ولم يرسم له حدود واضحة ماعدا ما تقضي به العدالة، كما أنه لم يمنحه سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المُذعَن منه من تلقاء نفسه، إلا إذا أثاره أحد الخصوم وهو ما أدى إلى قصور هذه الحماية، لاسيما وأن لجوء المستهلك للقضاء نادراً ما يحدث بسبب جهله لحقه في هذا المجال، بالإضافة إلى تكاليف الدعوى التي تجعله يعزف عن اللجوء للقضاء.

- لقد كرَّس المشرع الفرنسي ضمن القواعد العامة بعد تعديل القانون المدني سنة 2016، فكرة الالتزام بإعلام المستهلك وعيَّن حدوده وعبء إثباته وجزاء الإخلال به، بالإضافة إلى نصِّه على أجل للتفكير وأجل للتراجع، وعليه فهو أخذ بالطابع الاقتصادي والاجتماعي للعقد وتبنَّى الخيارات المعروفة في الفقه الإسلامي، وعلى العكس من ذلك نجد المشرع الجزائري نص على

ذلك بموجب القواعد الخاصة، فنص على الالتزام بالإعلام دون أن يوضح حدوده وعبء إثباته وجزاء الإخلال به، كما أنه نص على أجل للتفكير والتراجع.

- المشرع الجزائري في القواعد العامة نص على تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، من أجل تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الإذعان، فكان عليه من باب أولى إلغائها واعتبارها كأنها لم تكن مع بقاء العقد صحيحًا كما فعل المشرع الفرنسي، أمَّا بالنسبة لتفسير تلك الشروط فقد نص على أنه يجب أن لا يكون التفسير ضارًا بمصلحة الطرف المُذعَن، فكان من الأفضل أن ينص على ضرورة تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن سواء كان دائنًا أو مدينًا كما هو الشأن في أغلب التشريعات الحديثة.

- أمَّا بالنسبة للقواعد الخاصة فنجد أن المشرع في فرنسا اعتمد على نظام القوائم، لمكافحة التعسف في عقود الإذعان والمحافظة على العدالة العقدية، كما أنه تخلَّى على نظام القوائم التشريعية وأحالها على التنظيم، حيث وضع قائمتين من الشروط التعسفية: قائمة من الشروط المحظورة بصفة قطعية بقوة القانون (القائمة السوداء)، وقائمة من الشروط يمكن اعتبارها محظورة غير أنها قابلة لإثبات العكس(القائمة الرمادية)، متبعًا في ذلك نهج نظيره المشرع الألماني، وكرَّس مبدأ بطلان الشرط التعسفي والمحافظة على بقاء العقد صحيحًا.

- إن تدخل المشرع الجزائري لمكافحة الشروط التعسفية كان محتشمًا، حيث أنه وقع في تناقض حين حدَّد الحالات التي تعتبر تعسفًا على سبيل المثال في القانون، بينما وردت في التنظيم على سبيل الحصر واقتصر في تحديدها على عقود الإذعان، وإن كان من الواجب التوسُّع في تحديدها لتشمل كافة العقود التي تحتوي على شروط تعسفية، كما أن أقرَّ عقوبات جزائية لمن يُضمِّن العقد شروطاً تعسفية وتجاهل الجزاء المدني، فلم ينص على بطلان تلك الشروط واعتبارها كأن لم تكن مع بقاء العقد صحيحاً بل ترك الأمر مبهمًا أمام سلطة القاضي.

- لقد انقسم الفقه في تحديد نطاق الشروط التعسفية إلى اتجاهين: الأول يُحدِّد نطاق تلك الشروط بعقود الإذعان، والثاني يُحدِّد نطاقها بعقود الاستهلاك، ولتوفير حماية واسعة للمستهلك من خطر فرض الشروط التعسفية يجب الأخذ بالاتجاه الثاني، لأنه يضمن حماية واسعة للمستهلك في كافة العقود سواء كانت عقود مساومة أو عقود نموذجية أو عقود إذعان.

- لقد نصت أغلب التشريعات الخاصة على دور لجنة البنود التعسفية كجهاز إداري استشاري تابع للوصاية، لا يتمتع بسلطة إصدار القرار القابل للتنفيذ على أرض الواقع، من مهامها البحث عن الشروط التعسفية في نماذج العقود فتقوم إمَّا بتعديلها أو إلغائها، كما تقوم بتقديم الاقتراحات وصياغة توصيات تشرف على نشرها بكل الوسائل الملائمة، غير أن توصياتها غير ملزمة للإدارة المعنية ولا لجمعيات حماية المستهلك والجهات القضائية.

- إن المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الجديد أجاز طلب استشارة لجنة الشروط التعسفية في جميع مشاريع المراسيم التي تقترحها السلطة التنظيمية، بخصوص تحديد الطابع التعسفي لبنود العقد واعتبر هذه الاستشارة ملزمة لها، كما تُقدِّم هذه اللّجنة رأيها للقضاء حول تقدير الطابع التعسفي بموجب قرار غير قابل للطعن ولا يعتبر رأيِّها ملزمًا للقاضي، بينما نجد المشرع الجزائري لم يشير إلى أي دور استشاري لهذه الهيئة، وفي ظل غياب النص القانوني لا يوجد ما يمنع السلطة التنفيذية من طلب الاستشارة بشأن مشاريع المراسيم، ولا القضاء أيضًا كلما تعلقت الدعوى بنزاع حول الخاصية التعسفية لأحد الشروط التعاقدية.

- إن توصيات وآراء لجنة الشروط التعسفية المنشورة والتي تبلغ إلى الوزارة الوصية، تشكل درعًا وقائيًا لتفادي المنازعات أمام القضاء، كما تساهم في تعزيز المنظومة القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية، عن طريق إصدار التوصيات والتقارير السنوية كوسيلة ضغط معنوي على كل من يُضمِّن العقد شروط تعسفية، كما قد تكون دافعًا لإحداث تعديلات تدفع إلى صياغة قواعد قانونية جديدة تمنع المتدخل من التعامل بها.

- إن لجنة الشروط التعسفية في فرنسا تابعة للوزير المكلف بالاستهلاك أمَّا في الجزائر فهي تابعة للوزير المكلف بالتجارة، وعليه فهي هي هيئة إدارية استشارية تنشط في المجال الاقتصادي، لا تعتبر سلطة ولا تتمتع بأيَّة استقلالية عضوية كانت أو موضوعية، وذلك ما يجعلنا نستبعدها من قائمة سلطات الضبط المستقلة، إذن فهي مجرَّد جهاز إداري يقترح آراء ويصيغ توصيات غير ملزمة.

- تكتسب آراء وتوصيات لجنة الشروط التعسفية قوتها القانونية بطريقة ضمنية من خلال آلية الدعاية والنشر، ومن ثم فهي تعتبر بمثابة دعامة مرجعية للجهات المختصَّة بحماية المستهلك، غير أن ما ينبغي الإشارة إليه في الجزائر هو أن الواقع العملي لها أثبت الغياب المطلق

لنشاطها، سواء تعلق الأمر بالتقارير السنوية المقدمة للوزارة أو التوصيات المقدمة للقضاء، حيث يكاد يخلوا اجتهاد الجهات القضائية العليا، من أي اعتماد على توصيات هذه اللّجنة في القرارات الصادرة عنها.

- اختلفت الدول في تحديد نطاق الطابع التعسفي للشرط في العقود، فنجد بعض الدول أخذت بالأسلوب التشريعي وأخرى أخذت بالأسلوب القضائي، وهناك من جمع بين الأسلوبين بالإضافة الأسلوب الإداري، ورغم وجود معايير مُتعدِّدة في هذا السياق منها معيار التفوق الاقتصادي أو القوة الاقتصادية ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة، إلا أن المعيار المناسب الذي تَبَنَّته أغلب التشريعات الحديثة هو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

- إن رقابة القضاء على الشروط التعسفية في عقود الإذعان تعتبر علاجية، فهي إمَّا أن تكون من أجل تعديل تلك الشروط أو إعفاء المستهلك منها بمقتضى الدعاوى الفردية، أو تكون من أجل حذف الشروط التعسفية أو طلب التعويض لجبر الضرر الجماعي، عن طريق الدعاوى الجماعية التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك، وتأخذ شكل الدفاع عن مصالح المستهلكين المشتركة، كما تأخذ شكل الانضمام إلى الدعاوى المرفوعة من طرفهم مسبقًا، أو الدفاع عن المصالح الفردية لفئة معيَّنة من المستهلكين.

من خلال جملة النتائج المتوصل إليها فإننا نوصي بما يلي:

- لمكافحة الشروط التعسفية وضمان تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل طبقًا للقواعد العامة، يجب على المشرع التخلِّي عن الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة وتبعاته نظرًا لعجزها عن تحقيق العدالة العقدية، والاعتماد على مبدأ الإلزام بالإعلام خاصة في مرحلة التفاوض، بالإضافة إلى التأكيد على مبدأ حسن النية من خلال تكريس تطبيقاته، وتكريس الثقة والتعاون بين المتعاقدين لتعزيز التوازن العقدي.

- كما يجب أيضًا تجديد المبادئ الكلاسيكية المكرَّسة ضمن النظرية العامة للعقد، من خلال تحديث مبدأ الحرية التعاقدية باستبعاد حرية التعاقد المطلقة، وتبنِّي الحرية النسبية حفاظًا على توازن العقد، وتحديث مبدأ حسن النية عن طريق استبعاد المعيار الذاتي كمفهوم تقليدي، وتكريس المعيار الموضوعي كمفهوم حديث لها والذي من مظاهره الالتزام بالنزاهة الشفافية

والتعاون، وتحديث مبدأ القوة الملزمة للعقد على سبيل الأخذ بالعدل والنفع كأساس مزدوجًا بديلاً عن إرادة المتعاقدين.

- بهدف تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل ونظرًا لجهل المستهلك بالجوانب الهامة المتصلة بالعقد، والتي لو كان على علم بها لكان له موقف مغاير اتجاهه، يجب على المشرع الجزائري التأكيد على ضرورة إعلام المستهلك بشروط العقد، والنص على أجل للتفكير والتراجع ضمن النظرية العامة للعقد، وتوضيح شروط التعاقد وبنوده حتى يكون المستهلك على دراية كافية بها، خاصة في عقود الاستهلاك الإلكترونية التي تتصف بطابع الإذعان، لأنها تتميز بغياب محل العقد وعدم القدرة على معاينته بطريقة حقيقية.

- أمَّا وفقًا للقوانين الخاصة فكان على من الأجدر بالمشرع الجزائري أن يتبع نهج التشريعات الحديثة، فيكرِّس مبدأ الالتزام بالإعلام أثناء مرحلة التفاوض بين المستهلك والمتدخل، ويُشدِّد الجزاء المقرَّر للمتدخل عند الإخلال به حفاظًا على مصلحة المستهلك، كما يجب أن يعتمد على العقود النموذجية كتقنية لتحويل عقود الإذعان إلى آلية للوقاية من اختلال التوازن العقدي.

- يجب على المشرع الجزائري أن يُحدِّد معيار دقيق يعتمد عليه القاضي في مواجهة الشروط التعسفية، وأن يمنحه سلطة التدخل من تلقاء نفسه لتعديلها أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، كما يجب عليه إعلام المستهلك بكافة حقوقه المتعلقة بالحد من الشروط التعسفية، بالإضافة إلى تحفيزه على رفع دعوى قضائية ضد كل متدخل يضمن عقوده شروط تعسفية، وتسهيل إجراءات حصوله على حقوقه وعدم عزوفه عن اللجوء للقضاء.

- كان من الأرجح على المشرع الجزائري فيما يخص سلطة التفسير التي منحها للقاضي المدني، أن يستبدل عبارة " تفسير الشك بما لا يضر الطرف المُذعَن" بعبارة " تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن سواء كان دائنًا أو مدينًا" ولا يتوقف الأمر عند عدم الإضرار بالطرف المُذعَن فحسب، وهذا النقص يجب عليه تداركه عند أول تعديل للقانون المدني الجزائري.

- من المفترض أن المشرع الجزائري يسعى إلى تفعيل دور لجنة الشروط التعسفية، والإشارة إلى أهمية طلب رأيها والأخذ بتوصياتها سواء من طرف السلطة التنفيذية أو من طرف الجهات القضائية، كما يجب عليه أن يجمع النصوص القانونية المتعلقة بالحماية من الشروط التعسفية، في مدونة قانون الاستهلاك لأنها الأقرب لحماية المستهلك من القوانين الأخرى.

- يجب منح لجنة الشروط التعسفية الشخصية المعنوية والاستقلال المالي عن السلطة التنفيذية سواء من الناحية العضوية أو الوظيفية، لكي تتمكن من أداء مهامها بكل شفافية ونزاهة لاسيما قيامها بصياغة التوصيات ونشرها وتقديم الاقتراحات، بكل حرية دون تبعية لأي جهة وصية كانت ودون قيود.

- يستحسن إعادة النظر في الطبيعة القانونية للجنة الشروط التعسفية، من خلال منحها صلاحيات إضافية في ميدان مكافحة الشروط التعسفية كسلطة ضبط إدارية مستقلة، وتفعيل دورها في مجال صياغة التوصيات وكيفية تطبيقها، بمنحها سلطة إصدار القرار القابل للتنفيذ وعدم الاكتفاء بالدور الاستشاري لهذه اللّجنة.

- نتمنى لو أن لجنة البنود التعسفية المنصبة حاليًا في الجزائر تعمل على تحقيق مهامها المتمثلة في مكافحة الشروط التعسفية، من خلال توسيع صلاحياتها وإضفاء طابع الإلزام على توصياتها، فيكون لها بالتأكيد أثر إيجابي على مصالح المستهلكين وعلى المصلحة العامة، خاصة إذا ما لقيت الاهتمام من قبل الجهات الفاعلة في مجال حماية المستهلك.

وفي الأخير يمكننا القول أنه يجب على المشرع تبنِّي الخيارات العقدية المعروفة في الفقه الإسلامي، من خلال الأخذ بالطابع الاجتماعي للعقد من أجل تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل، والذي لن يتحقق إلا بتحديث المبادئ العامة في نظرية العقد، وعدم الاعتماد المطلق على مبدأ سلطان الإرادة وتبعاته، والأخذ بمبدأ حسن النية من خلال تكريس تطبيقاته، تسري على كافة العقود وليست على طائفة معيَّنة منها، والبحث عن مبادئ جديدة تكفل تحقيق العدالة العقدية.

قائمة المصادر والمراجع:

- المراجع:

أولاً: باللغة العربية

I - الكـــتـــب:

1 - الكتب العامة:

1 - أحمد السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998م.

2 - ـــــــــــــــــــــــــــــ، نظرية العقد، المجتمع العلمي العربي الإسلامي، القاهرة مصر، دون تاريخ.

3 - ـــــــــــــــــــــــــــــ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار الفكر للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، دون طبعة، 1954م.

4 - أحمد حسن قدادة خليل، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزائر، 1991م.

5 - البدراوي عبد المنعم، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة في قانون الموجبات والعقود اللبناني، والقانون المدني المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، طبعة 1968م.

6 - الشرقاوي جميل، دروس في أصول القانون، دار النهضة للنشر، القاهرة، مصر، طبعة 1972م.

7 - إسماعيل عمر نبيل، النظرية العامة للطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1980م.

8 - بن عبد العزيز الغليقة صالح، صيغ العقود في الفقه الإسلامي، دار كنوز اشبيليا، الرياض، السعودية، 2006م.

9 - جاسم اليعقوب بدر، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، مطابع دار القبس، الكويت، الطبعة الأولى، 1981م.

10 - حسني عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008م.

11 - حسين منصور محمد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006م.

12 - حجازي عبد الحي، النظرية العامة للالتزام وفقًا للقانون الكويتي، الجزء الأول، مطبعة جامعة الكويت 1982م.

13 - محمود البعلي عبد الحميد، ضوابط العقود، دار التوفيق النموذجية للطباعة، مصر، دون تاريخ.

14 - محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، جامعة آل البيت، الأردن، 1999م.

15 - محمود سعد أحمد، نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، المعالجة الآلية للبيانات بواسطة الحاسب الآلي، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 1995م.

16 - صبري السعدي محمد، شرح القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 1992م.

17 - ـــــــــــــــــــــ، شرح القانون المدني الجزائري، نظرية العقد، الجزء الأول، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المتفردة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 1992 -1993م.

18 - عبد الله الدليمي محمد، النظرية العامة للالتزام، الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1998م.

19 - عبد الباقي عبد الفتاح، نظرية العقد، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، طبعة 1981م.

20 - ـــــــــــــــــــــ، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 1984م.

21 - ـــــــــــــــــــــ، دروس في مصادر الالتزام، مكتبة نهضة مصر، القاهرة، (بدون تاريخ)، نبذة 51.

22 - غستان جاك، جامان كريستوف وبيو مارك، المطوَّل في القانون المدني الجزائري، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2008م.

23 - فاضلي يوسف، النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، البليدة، الجزائر، 2002م.

24 - فرج الصدة عبد المنعم، نظرية العقد في قوانين الدول العربية، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974م.

25 - فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، وحدة الرغاية، الجزائر، 2010م.

26 - فرج حسن توفيق، المدخل للعلوم القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1981م.

27 - سلطان أنور، مصادر الالتزام الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1983م.

28 - فرج مكي ريما، تصحيح العقد، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2011م.

29 - سلطان أنور، الوجيز في مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، 1998م.

2 - الكتب المتخصِّصة:

1 - السيد عمران السيد محمد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، طبعة 1986م.

2 - إسماعيل عمر نبيل، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1984م.

3 - ـــــــــــــــــــ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008م.

4 - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث للنشر، درايرية، الجزائر، طبعة 2019م.

5 - ـــــــــــــ، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007م.

6 - ـــــــــــــ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، مصر، 2007م.

7 - تريكي هدى، الحماية المدنية الإجرائية للمستهلك، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ، مصر، الطبعة الأولى، 2017م.

8 - حسين عبد العال محمد، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية للنشر، مصر، 2011م.

9 - حسن جميعي عبد الباسط، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل انتشار الشروط التعسفية، دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع الإشارة إلى القوانين الأنجلوأمريكية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1990 -1991م.

10 - حسن قاسم محمد، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231 -7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018م.

11 - لعشب بن حامد محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والفقه المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب 3، شارع زيغوت يوسف، رقم النشر 2278/96، الجزائر، 1990م.

12 - محمود رحمه علي، الحماية المدنية والقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية، في ظل التشريعات الخاصة وآليات الحماية القضائية من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2018م.

13 - محمد إسماعيل سلطح حمدي، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعة، الإسكندرية، مصر، 2006م.

14 - محمد عبد الباقي عمر، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008م.

15 - محمد علي فقيه هانية، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2014م.

16 - عبد الله ذيب محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012م.

17 - عبد العزيز داود إبراهيم، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014م.

18 - ـــــــــــــــــــــــ، عدم التوازن المعرفي في العقود دراسة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014م.

19 - فودة عبد الحكيم، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الناشر منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1985م.

20 - قاسم أحمد القيسي عامر، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2002م.

21 - سعد عبد السلام سعيد، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان، دراسة فقهية مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998م.

22 - ـــــــــــــــــــــ، سلطة محكمة النقض في الرقابة على تفسير عقود الإذعان، الولاء للطبع والتوزيع، شبين الكوم، مصر.

23 - سعد سليم أيمن، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الناشر دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011م.

19 - زعبي عمار، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2016م.

II- الرسائل الجامعية:

1 - أطروحات الدكتوراه:

1 - الخطيب محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1992م.

2 - أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزور، تاريخ المناقشة: 2018/06/12م.

3 - بحري فاطمة، الحماية الجنائية للمستهلك، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2012 -2013م.

4 - بن شنيتي حميد، سلطة القاضي في تعديل مضمون العقد، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1990م.

5 - بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية: 2013 -2014م.

6 - بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية: 2011 -2012م.

7 - بوالكور رفيقة، حماية المستهلك من خلال الالتزام بالإعلام، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2019/05/02م.

8 - بنّاسي شوقي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادىء الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2015 - 2016م.

9 - بوعون زكرياء، آليات حماية المستهلك في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية: 2016 - 2017، نوقشت يوم: 2017/04/20م.

10 - جريفيلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة أحمد درارية أدرار، السنة الجامعية: 2017 -2018م.

11 - خلوي (عنان) نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/07/02م.

12 - خديجي أحمد، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، تاريخ المناقشة: 2016/05/12م.

13 - خليفة كرفة محمّد، التوازن العقدي في قانون الاستهلاك، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2018 -2019م.

14 - رزق الصرمي يحيى، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس القاهرة، مصر، 1995م.

15 - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية وفق الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2007 -2008م.

16 - زوبة سميرة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2016/03/13م.

17 - زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في التعاقد، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2017 -2018م.

18 - زقاري آمال، حماية المستهلك في ظل حرية المنافسة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية: 2017 -2018م.

19 - طبيب فايزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، السنة الجامعية: 2018 -2019م.

20 - لعجال لامية، حماية المستهلك في معاملات التجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه، فرع قانون الأعمال، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة، الجزائر، نوقشت في: 2016/10/05 السنة الجامعية: 1016 -2017م.

21 - لوني يوسف، الحماية الإجرائية للدائن المتعاقد في التنفيذ العيني، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزور، السنة الجامعية: 2019/2018م.

22 - لعوامري وليد، الحماية القانونية لحقوق المستهلك التعاقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، تاريخ المناقشة: 2016/10/18م.

23 - مفلح عبد الله خوالدة أحمد، شرط الإعفاء من المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة بين القانون المدني الأردني والمدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2007م.

24 - صبري السعدي محمد، تفسير النصوص في القانون الخاص والشريعة، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1977م.

25- عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/10/23م.

26 - عبوب زهيرة، الحماية المدنية للمستهلك في إطار المعاملات الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2018/04/17م.

27 - عسالي عرعارة، التوازن العقدي أثناء نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 2015م.

28 - غربوج حسام الدين، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير النزيهة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1 الحاج لخضر، السنة الجامعية: 2017 -2018م.

2 - رسائل الماجستير:

1 - العطياوي راضية، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 04 -02 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2010 -2011م.

2 - أحمد يحياوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية: 2010 -2011م.

3 - بن سعيدي سلمة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، السنة الجامعية: 2013 -2014م.

4 - بغدادي مولود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، رسالة ماجستير، فرع حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2014 -2015م.

5 - بن حديد إبراهيم، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2005م.

6 - بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، السنة الجامعية: 2011 -2012م.

7 - بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2014 -2015م.

8 - جهاد أحمد خلة منال، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2008م.

9 - حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية: 2017 -2018م.

10 - دواجي بلحول جلول، الحماية القانونية للمستهلك في ميدان التجارة الالكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2014 -2015م.

11 - رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 01، يوسف بن خدة، السنة الجامعية: 2012 -2013م.

12 - زمام جمعة، الدعوى المباشرة وتطبيقاتها في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996م.

13 - زموش فرحات، الحماية الجنائية للمستهلك على ضوء أحكام القانون رقم 03 -09، مذكرة ماجستير في القانون، فرع قانون العقود، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، تاريخ المناقشة: 2015/01/28م.

14 - كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكر ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، السنة الجامعية: 2010 - 2011م.

15 - مصبح صالح الحيصة علي، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011م.

16 - معاشو خالد، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي قالمة، السنة الجامعية: 2015 -2016م.

17 - ماجد محمد التميمي فتحي، دور المحكمة في تحقيق التوازن العقدي في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، الأردن، 2010م.

18 - محمد السباتين خالد، الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القدس، فلسطين، 2001م.

19 - معوش رضا، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية: 2014 -2015م.

20 - عاشور فاطمة، تفسير العقد على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2005م.

21 - عزيزي جميلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2002 -2003م.

22 - عبيد نجاة، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية: 2015 -2016م.

23 - قادري هنية، حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد المتخصصة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، السنة الجامعية: 2015 -2016م.

24 - سمير قرني أحمد، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة ماجستير، تخصص الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، 2008م.

25 - همشاوي وهيبة، حمودة نجوى، الحماية القانونية للمستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية: 2012 -2013م.

III - المقالات:

1 - الترمانيني عبد السلام، (سلطة القاضي في تعديل العقود في القانون المدني السوري بالمقارنة مع قوانين البلاد العربية)، مجلة المحاماة، العدد السادس، 1961م.

2 - أسعد توفيق زيد أحمد، (دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الالكترونية والمنتوجات الذكية)، مجلة دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي تيبازة، الجزائر، المجلد 04، العدد 08، جانفي 2020م،(ص ص: 111 -132).

3 - بن حملة سامي، (إعادة التوازن العقدي بين المستهلك والمتدخل في عقود الاستهلاك)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر، المجلد 02، العدد 01، مارس2015م، (ص ص: 89 -101).

4 - بليمان يمينة، (عقود الإذعان وحماية المستهلك)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة1، الجزائر، المجلد 30، العدد 02، ديسمبر2019م، (ص ص:121 -138).

5 - بحماوي الشريف، (سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، دراسة مقارنة)، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1 الحاج لخضر، الجزائر، العدد 02، جوان 2014م، (ص ص: 98 -112).

6 - بوهنتالة أمال، قداض سلوى، (سلطة القاضي المدني في إعادة التوازن العقدي لعقود الاستهلاك)، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد 14، أفريل2017م، (ص ص: 247 -260).

7 - برابح منير، (حماية رضا المستهلك الإلكتروني بين نصوص القانون المدني ونصوص حماية المستهلك)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، المجلد 02، العدد 05، مارس2017م، (ص ص: 74 -90).

8 - بخيت عيسى، (أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد)، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية، أ/ قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 10، العدد 02، جوان 2017م، تاريخ النشر: 2018/06/01م، (ص ص: 110 -117).

9 - جريفيلي محمد، (نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، دراسة تحليلية مقارنة مع قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016)، مجلة القانون والمجتمع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية، أدرار، الجزائر، المجلد 06، العدد 01، (ص ص: 206 - 229).

10 - حورية سي يوسف (كجار) زاهية، (دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك)، مجلة الحقيقة، جامعة أحمد درارية أدرار، الجزائر، المجلد 14، العدد 34، تاريخ النشر:2020/01/30م، (ص ص: 282 -304).

11 - حماد نزيه، (عقود الإذعان)، مجلة العدل، العدد 24، السعودية، 1425هـ - 2004م.

12 - خلف عليوي الجوالي زياد، (الحماية المدنية للمستهلك في عقود الإذعان، دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 02، العدد 19، السنة 5، أيلول2013م، (ص ص: 413 - 450).

13 - خليفة كرفة محمّد، (ضرورة التخلّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك)، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، المجلد 03، العدد 01، نوفمبر 2017م، (ص ص: 53 -64).

14 - رحمون عامر، (عقود الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، الجزائر، المجلد 01، العدد 23، تاريخ النشر: 2015/12/15م، (ص ص: 218 -232).

15 - رايس محمد، مالكي محمد، (**إعلام المستهلك لضمان رضا مستنير**)، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، المجلد 09، العدد 02، تاريخ النشر: 2014/12/30م، (ص ص: 271 -282).

16 - رباحي أحمد، (أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقانون المقارن)، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، المجلد 04، العدد 05، (ص ص: 343 -367).

17 - زرارة عواطف، (الحماية القانونية للمستهلك في التشريع الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، الجزائر، المجلد 01، العدد 01، فيفري 2014م، (ص ص: 82 -88).

18 - زمام جمعة، (تحديث النظرية العامة للعقد، في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة، الجزائر، المجلد 06، العدد 02، جوان 2017م، تاريخ النشر: 2018/07/01م، (ص ص: 222 -244).

19 - زكي إسماعيل الجريدلي جمال، (حماية المستهلك في عقود الإذعان، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والبحريني والنظام السعودي)، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، المجلد 08، العدد 01، السنة 2019م، (ص ص: 26 -55).

20 - زوزو هدى، (آليات حماية المستهلك من مخاطر التعاقد الإلكتروني في التشريع الجزائري)، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، العدد 04، أفريل 2017م، (ص ص: 315 -330).

21 - زوبة سميرة، (**إعلام المستهلك حق مكفول وواجب مفروض في التشريع الجزائري**)، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهر مولاي سعيدة، الجزائر، المجلد 05، العدد 01، تاريخ النشر: 2020/10/15م، (ص ص: 141 -161).

22 - طوير عالي، (ضمانات التوازن العقدي للمستهلك)، المجلة العربية للدراسات القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مؤلف جماعي حول حماية المستهلك، مطبعة فارير سطات، المغرب، الطبعة الأولى 2020م، (ص ص: 357 -363).

23 - كراش ليلى، (حماية رضا المستهلك في ظل قواعد حماية المستهلك)، مجلة حوليات، جامعة الجزائر 1، الجزائر، المجلد 31، العدد 04، تاريخ النشر:2017/12/31م، (ص ص: 95 -122).

24 - كيحول بوزيد، حداوي مسعودة، (عقد الإذعان بين الفقه والقانون)، مجلة الدراسات الإسلامية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، الجزائر، المجلد 05، العدد 08، جانفي2017م، (ص ص: 60 -81).

25 - لعوامري وليد، (الشروط التعسفية وآليات التصدي لها في القانون الجزائري)، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية قسنطينة، الجزائر، المجلد 03، العدد 05، تاريخ النشر: 2014/06/01م، (ص ص: 255 - 288).

26 - مزغيش عبير، بن ضيف محمد عدنان، (الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية)، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل2017م، (ص ص: 91 -118).

27 - صوالح محمد اعماره، جبارة نورة، (ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي كأداة حمائية للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان، دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي، الجزائر، المجلد11، العدد01، تاريخ النشر: 2020/04/28م، (ص ص: 750 -777).

28 - ضريفي نادية، لجلط فواز، (دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق المستهلكين)، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، المجلد 09، العدد 14، تاريخ القبول النهائي: 16 مارس2017م، (ص ص: 175 -190).

29 - علي القري بن عيد محمد، (عقود الإذعان) ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، السعودية، العدد 14، 2004م، (308/3).

30 - فواز صباح الآلوسي محمد، (التعسف في عقود الإذعان)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد 07، العدد 02، السنة 2017م، (ص ص: 189 -211).

31 - سوالم سفيان، (الحماية القانونية للمتعاقد من الشروط التعسفية في التشريع الجزائري)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مركز جيل البحث العلمي، لبنان، العدد 04، جوان 2016م، (ص ص: 121 -138).

32 - سانو قطب، (عقود الإذعان)، بحث منشور بمجلة الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، العدد 14، جدة، السعودية، 1425هـ - 2004م، (329/3).

33 - ستمس جان وكالوم كارولاين، ترجمة نبيل مهدي زوين، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، (الإصلاحات المدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، لبنان، العدد 20، ديسمبر 2017م، (ص ص: 117 -129).

34 - شرون حسينة، حملاوي نجاة، (حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04 -02 بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية)، مجلة الحريات والحقوق في الأنظمة المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المجلد 03، العدد 04، أفريل 2017م، (ص ص: 49 -70).

IIII - المداخلات:

1 - بنّاسي شوقي، (تأثير القانون المدني الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات نموذجًا)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر.

2 - بودالي محمد، (أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد2016/05، الجزائر.

3 - حامق ذهبية، (النظرية العامة للعقد تصور جديد)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر.

4 - عماد الدين عياض محمد، (تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد2016/05، الجزائر.

5 - فاضل خديجة، (عقد الإذعان في القانون المدني والتشريعات الخاصة)، مداخلة في ملتقى دولي بعنوان: القانون المدني بعد أربعين سنة، جامعة الجزائر 1، المنعقد يومي 24 و25 أكتوبر 2016م، عدد خاص من حوليات جامعة الجزائر 1' العدد 2016/05، الجزائر.

V - البحوث والمحاضرات:

1 - أكريم فوزي، عقود الإذعان، بحث مقدم اعتمادًا على محاضرات الأستاذ أحمد الجباري وكتاب عقود الإذعان للعربي مياد، دون ناشر، كلية الحقوق، طنجة، المغرب، 2017م.

2 - بنداري إبراهيم، حماية المستهلك في عقد الإذعان، بحث مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 1998م.

3 - زعموش محمد، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، حوليات مخبر الدراسات والبحوث حول المغرب والمتوسط، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، المجلد 2005/6.

4 - نجاح عصام، قانون المستهلك، محاضرات ألقيت على طلبة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1948، 2014م، غير منشورة.

5 - فرج الصدة عبد المنعم، عقد الإذعان في القوانين المدنية العربية الحديثة، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، كلية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1996م.

- المصادر:

I - القرآن الكريم:

1 - سورة النور

2 - سورة الفرقان

II- النصوص القانونية الوطنية:

1 - الدساتير:

تعديل الدستور الجزائري لسنة 1996، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 -438 المؤرخ في1996/12/07، ج ر العدد 76، الصادرة في 1996/12/08.

2 - النصوص التشريعية:

1 - الأمر رقم 75 -58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، ج.ر العدد 78، الصادرة في 1975/09/30، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 07 -05 المؤرخ في 2007/05/13، ج.ر العدد 31، الصادرة في 2007/05/13.

2 - القانون رقم 89 -02 المؤرخ في1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى)، ج.ر العدد 06، الصادرة في 1989/02/08.

3 - القانون رقم 04 -02 المؤرخ في 2004/06/23، المحدِّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر العدد 41، الصادرة في 2004/06/27، المعدَّل والمتمم بموجب القانون رقم 10 -06 المؤرخ في 2010/08/15، ج ر العدد 46، الصادرة في 2010/08/18 .

4 - القانون رقم 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدَّل والمتمم، ج.ر العدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

5 - الأمر 03 -03 المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، ج.ر العدد 43، الصادرة في 2003/07/20، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 10 -05 المؤرخ في 2010/08/15، ج.ر العدد 46، الصادرة في 2010/08/18.

6 - الأمر رقم 97 -03 المؤرخ في 1997/01/11، المحدِّد للمدة القانونية للعمل، ج ر العدد 03، الصادرة في 1997/01/12.

7 - القانون رقم 95 -07 المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالتأمينات، ج ر العدد 13، الصادرة في 03/08/ 1995، المعدَّل والمتمم بالقانون رقم 06 -04 المؤرخ في 2006/02/20، ج ر العدد 15، الصادرة في 2006/03/12 .

8 - القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، المتضمن تعديل القانون المدني، ج.ر العدد 44، الصادرة في 2005/06/26.

9 - القانون رقم 18 -09 المؤرخ في 2018/06/10 المعدَّل والمتمم للقانون 09 -03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 35، الصادرة في 2018/06/13.

10 - القانون رقم 90 -31 المؤرخ في 1990/12/04، المتعلق بالجمعيات(الملغى)، ج ر العدد 53، الصادرة في 1990/12/05.

11 - القانون رقم 12 -06 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 05، الصادرة في 2012/01/15.

12 - القانون 08 -09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر العدد 21، الصادرة في 2008/04/12.

13 - القانون رقم 18 -05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر العدد 28، الصادرة في 2018/05/16.

3 - النصوص التنظيمية:

1 - المرسوم التنفيذي رقم 90 -266 المؤرخ في 1990/09/15، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج.ر العدد 40، الصادرة في 1990/09/19.

2 - المرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10، الذي يحدِّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدَّل والمتمم، ج.ر العدد 56، الصادرة في2006/09/11.

3 - المرسوم التنفيذي رقم 08 -44 المؤرخ في 2008/02/03، ج ر العدد 07، الصادرة في 2008/02/10، المعدِّل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 06 -306 المؤرخ في 2006/09/10، المحدَّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والبنود التي تعتبر تعسفية.

4 - المرسوم التنفيذي رقم 13 -327 المؤرخ في 2013/09/23، المحدِّد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج.ر العدد 49، الصادرة في 2013/10/02.

5 - المرسوم رقم 13 -378 المؤرخ في 2013/11/09 ، المحدِّد للشروط الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر عدد 58، الصادرة في 2013/11/18.

4 - القرارات القضائية:

1 - قرار رقم 149300، صادر عن المحكمة العليا في الجزائر بتاريخ 1997/07/23، منشور بالمجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1997م.

III - النصوص القانونية الأجنبية:

1 - النصوص التشريعية:

1 - القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، موسوعة التشريعات والاجتهادات القضائية، مصطفى محمود فراج، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

2 - القانون المغربي رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

2 - النصوص التنظيمية:

1 - ظهير شريف رقم 03-11-1 صادر في 14 من ربيع الأول 1432(18 فبراير 2011)، يتعلق بتنفيذ القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

3 - الأعمال التحضيرية والمذكرات الإيضاحية:

1 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، الجزء الثاني.

2 - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني تحت عنوان: الاتجاهات العامة في القانون، الجزء الأول.

3 - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، (تعليق على المادة 1/193).

4 - المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، (تعليق على المادة 1/194).

4 - القرارات القضائية:

1 - قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1984/389، هيئة خماسية، تاريخ 1984/07/31م، المنشور على الصفحة 1556 من عدد مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1984/10/14م.

2 - قرار المجلس الأعلى، عدد 752، بتاريخ 1987/12/01، مجلة قضاء المجلس الأعلى المغربي، العدد 31، مارس 1988م.

ثانيًا: باللّغة الأجنبية

I – Les Ouvrages:

1-Jean calais-auloy, Droit de la consommation, 3éme édition, précis dalloz, France, 1992.
2- ——————, Proposition pour un nouveau droit de la consommation, la documentation française, paris – France,1985.
3- ——————, Droit de la consommation, dalloz, 1980, n°202.
4- Calais-auloy, J et Temple Henri, Droit de la consommation, dalloz, 9éme édition, 2015.
5-Bertrand Gelot, Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques, aspects théoriques et pratiques, L.G.D.J, Paris, 2003.
6- Guy Raymond, droit de la consommation,4eme édition, lexis nexis, paris, 2017.
7-E.Allan Farnsworth, L'interprétation des contrats internationaux, revue de droit des affaires internationales, volume 3-4 anneé 2002.
8- Louis Josserand, cours de droit civil positif françai, t2 paris, 1933.
9- Demolombe, cour de code napoléon traite des contrats, tome 2, paris, 1869.
10- Saleilles, de la déclaration de volonté contribution a l'étude de l'acte juridique dans le code civile Allemand, paris 1901, édition 1978.
11- Juris, classeur de droit international éditions techniques, S.A paris, 1990.
12-Marty, rôle du juge dans l' interprétation des contrats travaux asse capitant, t.p 1949.
13-Carre, loi d' organisation et de compétence, t2 paris 1946.
14-Vogel Louis et Vogel Joseph, Le déséquilibre significatif, Lawlex-Bruylant-AFJE, Bruxelles, 2016.
15- Moriba alain koné, la protection du consommateur dans le commerce international passé par internet, une analyse comparée des systèmes juridique européen, français, canadien et que becois, université de montreal, faculté de droit, aout 2007.
16- J. P.Chazal, Clauses abusives, Rép. Com. dalloz. 2012.
17- Nablot cyril, droit de la consommation, l'extenso éditions, paris, 2012.
18- G. paisant, les nouveausc aspects du la lutte contre les clauses abusives, d. 1988, chron.
19- Mazeaud, leçon de droit civil, tom 2, 4em édition.
20- Delphine Bazin-Beust, Mémentos LMD Droit de la consommation, Gualino L'extenso, France, 2016.

II- Les Thèses et Mémoires:

1-Gouionien, le principe de l'autonomie de la volonté, thése, dijon, 1912.
2- Hamdi ahmed-cherif, «des clauses abusives, des parties et du juge », mémoire de D.E.A de droit privé, faculté de droit et science politique, Aix-en provence marseille, 1994-1995.

III- Les articles:

1- Sahri Fadhila, La protection juridique du consommateur contre les clauses abusives à travers la loi 04-02 du 23/06/2004 et le décret exécuté 06-306 du 10/09/2006, Revue des sciences juridique, faculté Badji Mokhtar, Annaba, n°12, Juin 2008.

IIII - Les Séminaires:

1-Ali Filali, le droit de la consommatoin, un adaptation du droit commun des contrats. Colloque international "développement, spécificités et impact du droit de la consommation", organisé par l'université d'oran, faculté de droit, et le laboratoire de droit économique et environnement, le 15 & 16 mai 2013.

V- Les textes législatifs :

1- Council directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, (1993) OJ L 95/29 daté 21/04/1993 disponible sur le lien: https://translate.google.dz/?hl=ar&tab=wT&authuser=0#view=home&op=translate&sl=ar&tl=fr&text=, date et heure d'accès: 10/07/2020 au:12 :17.

2-L'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, J.O.R.F n°0064, du 16 mars 2016, Disponible sur: Ordonnance n°2016-301 de la consommation, J.O.R.F n°0064, du 16 mars 2016, Date d'accès: 29/09/2019.

3- Code civil - Dernière modification le 01 octobre 2018 -Document généré le 08 janvier 2019 Copyright (C) 2007-2019 Legifrance .

4- Loi n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant les ordonnances n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation et n° 2016-351 du 25 mars 2016 sur les contrats de crédit aux consommateurs relatifs aux biens immobiliers à usage d'habitation et simplifiant le dispositif de mise en œuvre des obligations en matière de conformité et de sécurité des produits et services (1), J.O.R.F n°0045, du 22 février 2017.

5- Loi n° 2008-778 du 04/08/2008 de modernisation de l'économie, JORF n° 0181 du 05/08/2008.

6- Loi n° 95-96 du 01/02/1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, (1) J.O.R.F n° 28, du 02/02/1995.

7- Loi n° 2014-301 du 17 mars 2014, relatif a la consommation (la loi Hamon).

8- Loi n° 88-14 du 05 janv. 1988, relative aux action en justice des associations agréés de consommateurs, et à l' information des consommateurs, JORF du 06/01/1988.

VI- Les textes réglementaires:

1- Le décret n° 2016-884 du 29 juin 2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, J.O.R.F n°0151 du 30 juin 2016. Disponible sur: Décret n° 2016-884 du 29 juin 2016 relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, Date d'accès: 29/09/2019.

2- Le décret n° 78-464 du 24/03/1978, portat application du chapitre IV du la loi n°78-23 du 10/01/1978, sur la protection et l'information des consommateurs de produit et servies, JORF du 25/03/1978.
3- Le décret n°2009-302 du 18/03/2009 portant application de l'article132-1L du code de la consommation, JORF n° 0067 du 20/03/2009.

VII- Jurisprudence:

1- Cass. 15 April 1872 (Veuve Foucauld et Coulombe/Pringault), DP 72.1.176
2-Cass.civ 1er ch. du 22 janv2009 n°05-20.176, Bull. 2009,I, n°9: «La méconnaissance des disposition d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge ».

العـــــنـــوان	الصفحة
مقـــدمـــــــة	1 - 6
الباب الأول: حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد العامة	8
الفصل الأول: تنظيم عقد الإذعان يشكل حماية للمستهلك	10
المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لعقد الإذعان	12
المطلب الأول: نشأة وتعريف عقد الإذعان	12
الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان وتأثير عوامل التنمية عليه	13
أولاً: علاقة عقد الإذعان بمبدأ سلطان الإرادة	13
1 - مفهوم مبدأ سلطان الإرادة	13
أ - حرية التعاقد	14
ب - وجوب احترام مشيئة المتعاقدين	14
جـ - مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد	14
2- النشأة التاريخية لعقد الإذعان	15
ثانيًا: عوامل التنمية المؤثرة في نشأة عقد الإذعان	18
1- العوامل الاقتصادية	18
2- العوامل القانونية	20
3- العوامل الاجتماعية	21
4- العوامل المادية	21
الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان وتمييزه عن غيره من الأنظمة التعاقدية	22
أولاً: تعريف عقد الإذعان	22
1- تعريف عقد الإذعان لغةً	23
2- تعريف عقد الإذعان اصطلاحًا	23
أ - التعريف الفقهي لعقد الإذعان	24

ب - تعريف عقد الإذعان عند المعاصرين	27
ثانيًا: تمييز عقد الإذعان عن غيره من الأنظمة التعاقدية	28
1- تمييز عقد الإذعان عن العقود النموذجية	28
2- تمييز عقد الإذعان عن عقود المساومة	29
المطلب الثاني: خصائص عقود الإذعان وطبيعتها القانونية	30
الفرع الأول: خصائص عقود الإذعان	30
أولاً: أن يتعلق موضوع العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للطرف المُذعَن	31
ثانيًا: أن يكون الموجب محتكرًا احتكارًا قانونيًا أو فعليًا للسلعة أو الخدمة	32
1 - تمتع الموجب باحتكار قانوني	32
2 - تمتع الموجب باحتكار فعلي	32
ثالثًا: أن يصدر الإيجاب موجه إلى الكافة وبشروط واحدة على نحو دائم	33
رابعًا: أن الإيجاب في هذه العقود هو من عمل الطرف القوي وحده	34
خامسًا: القبول في عقود الإذعان تسليمًا بما جاء في الإيجاب جملةً وتفصيلاً	35
سادسًا: أن يصدر الإيجاب في قالب نموذجي	35
سابعًا: عقود الإذعان ليست أبدية بل تنتهي بالفترة المحدَّدة لها	36
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان وأقسامها	39
أولاً: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان.	39
1- رأي القائلين بالصفة التعاقدية لعقد الإذعان	40
2- رأي القائلين بأن عقد الإذعان مركز منظم	44
3- الرأي الوسط (المدرسة التوفيقية في عقود الإذعان)	48
أ - الشروط الأساسية (الجوهرية)	48
ب - الشروط الثانوية (التبعية)	49
ثانيًا: أقسام عقود الإذعان	50

1- تقسيم عقود الإذعان من حيث طبيعتها	50
أ - عقود الإذعان الإدارية	50
ب - عقود الإذعان المدنية	51
جـ - عقود الإذعان التجارية	51
2- تقسيم العقود من حيث الثمن	51
أ - ما كان فيه الثمن عادلاً ولا ينوي على ظلم للطرف القابل	51
ب - ما كان فيه الثمن غير عادلاً وانطوى على ظلم للطرف القابل	52
3- تقسيم عقود الإذعان من حيث الشروط	52
أ - ما كانت شروطه عادلة ومعتبرة شرعًا	52
ب - ما تضمن شروط غير عادلة فيها الظلم والتعسف	52
4- تقسيم عقود الإذعان من حيث مجالاتها	52
أ - عقود خدماتية	52
ب - عقود الضمان	52
جـ - عقود السلع (الوكالات الحصرية)	53
المبحث الثاني: خصوصية عقد الإذعان كأداة حمائية للمستهلك	54
المطلب الأول: تحديد أطراف عقد الإذعان	55
الفرع الأول: تحديد مفهوم المستهلك	55
أولاّ: التعريف الفقهي للمستهلك	56
1- الاتجاه الموسَّع في تحديد مفهوم المستهلك	56
2- الاتجاه الضيِّق في تحديد مفهوم المستهلك	57
ثانيًا: التعريف القانوني للمستهلك	57

ثالثًا: موقف القضاء من مفهوم المستهلك	60
الفرع الثاني: تحديد مفهوم المتدخل	62
أولاً: التعريف الفقهي للمتدخل	63
ثانيًا: التعريف القانوني للمتدخل	65
ثالثًا: موقف القضاء من مفهوم المتدخل	67
المطلب الثاني: مظاهر خصوصية عقد الإذعان	68
الفرع الأول: خصوصية عقد الإذعان من حيث التكوين	69
أولاً: التراضي في عقد الإذعان	69
1- الإيجاب في عقد الإذعان	69
2- القبول في عقد الإذعان	72
ثانيًا: المحل في عقد الإذعان	73
1 - احتكار السلعة أو الخدمة	74
2 - ضرورة السلعة أو الخدمة	75
ثالثًا: السبب في عقد الإذعان	76
الفرع الثاني: خصوصية عقد الإذعان من حيث التفسير	77
أولاً: التفسير الحمائي	80
ثانيًا: التفسير الموضوعي	81
خلاصة الفصل الأول	83
الفصل الثاني: حماية المستهلك من خلال تقريب مراكز أطراف عقد الإذعان	84

المبحث الأول: تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها	86
المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي وتقييد مبدأ سلطان الإرادة	91
الفرع الأول: مفهوم السلطة التقديرية	91
الفرع الثاني: تقييد مبدأ سلطان الإرادة	93
الفرع الثالث: التقنيات القانونية العامة المتاحة لتحقيق التوازن العقدي	96
أولاً: الغبن والاستغلال	96
ثانيًا: قاعدة حسن النية	97
ثالثًا: نظرية السبب	98
المطلب الثاني: التعديل أو الإعفاء بناءً على الشروط التعسفية لحماية الطرف المُذعَن	100
الفرع الأول: الشروط التعسفية في عقود الإذعان	101
أولاً: مفهوم الشروط التعسفية	101
1- التعريف الفقهي للشرط التعسفي	102
2- التعريف القانوني للشرط التعسفي	103
ثانيًا: شروط قيام السلطة التقديرية للقاضي	105
1- أن يتعلق النزاع بعقد إذعان	106
2- أن يتضمن عقد الإذعان شروطًا تعسفية	106
أ - تعديل الشروط التعسفية	107
أ -1 تعديل التزامات الطرفين بالزيادة والنقصان	108
أ -2 تعديل الشرط الجزائي	108

أ -3 تعديل الشرط الجزائي من أجل إزالة الغبن عن الطرف المُذعَن	109
ب - إلغاء الشروط التعسفية	109
الفرع الثاني: التمييز بين الشروط التعسفية بذاتها والشروط التعسفية بحكم استعمالها	111
أولاً: الشروط التعسفية بذاتها	112
ثانيًا: الشروط التعسفية بحكم الاستعمال	113
الفرع الثالث: سلطة القاضي في تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية	115
أولاً: سلطة التعديل أو الإعفاء	115
ثانيًا: معيار ممارسة السلطة التقديرية	121
المبحث الثاني: تفسير الشك لمصلحة الطرف المُذعَن	125
المطلب الأول: القاعدة العامة لتفسير عقود الإذعان	127
الفرع الأول: مفهوم تفسير العقد	127
أولاً: تعريف التفسير	127
1- المعنى اللُّغوي للتفسير	127
2- المعنى الاصطلاحي للتفسير	128
ثانيًا: أهمية التفسير	130
ثالثًا: أنواع التفسير	131
1- التفسير التشريعي	131
2- التفسير الفقهي	131
3- التفسير القضائي	131

4- تفسير المتعاقدين للعقد	132
الفرع الثاني: تفسير عقد الإذعان	132
أولاً: حالة وضوح عبارات العقد	133
ثانيًا: حالة غموض عبارات العقد	138
ثالثًا: حالة الشك في عبارات العقد	141
1- اليقين لا يزول بالشك	145
2- الأصل بقاء ما كان على ما كان	145
3- الأصل في الذمة البراءة	145
المطلب الثاني: التفسير الضيِّق والواسع لعقود الإذعان	146
الفرع الأول: التفسير الواسع لعقد الإذعان	146
أولاً: نظرية جونو	146
ثانيًا: نظرية ديريه	147
الفرع الثاني: التفسير الضيِّق لعقود الإذعان	148
خلاصة الفصل الثاني	154
الباب الثاني: حماية المستهلك من التعسف وفقًا للقواعد الخاصة	156
الفصل الأول: الشروط التعسفية في عقود الإذعان تزيد في الهوة بين المستهلك والمتدخل	158
المبحث الأول: مكافحة للشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقدي	159
المطلب الأول: الالتزام بالإعلام كأداة لتشديد التزامات المتدخل	159
الفرع الأول: تشديد التزامات المتدخل من خلال إعلام المستهلك بشروط العقد	161
الفرع الثاني: تشديد الجزاء المقرَّر للمتدخل بسب عدم إعلام المستهلك	163

المطلب الثاني: محاربة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك	165
الفرع الأول: التصدي للشروط التعسفية في التشريع الجزائري	166
أولاً: التصدي للشروط التعسفية بموجب القانون 04 -02 المعدَّل والمتمم	169
ثانيًا: التصدي للشروط التعسفية بموجب المرسوم التنفيذي 06 -306 المعدَّل والمتمم	170
الفرع الثاني: التصدي للشروط التعسفية في التشريعات المقارنة	172
أولاً: التصدي للشروط التعسفية في التشريع الفرنسي	173
1- التصدي للشروط التعسفية بموجب الأمر 2016 -301 المتضمن قانون الاستهلاك	175
2- التصدي للشروط التعسفية بموجب المرسوم 2016 -884 المتضمن القسم التنظيمي لقانون الاستهلاك	179
ثانيًا: التصدي للشروط التعسفية في التشريع المغربي	183
المبحث الثاني: نحو حماية واسعة للمستهلك من التعسف في عقود الإذعان	188
المطلب الأول: الإطار القانوني للشروط التعسفية في العقود	189
الفرع الأول: معايير تحديد الطابع التعسفي	189
أولاً: معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي	190
ثانيًا: المعيار التشريعي لتحديد الطابع التعسفي	193
1- القائمة السوداء	193
2- القائمة الرمادية	194
ثالثًا: المعيار التنظيمي لتحديد الطابع التعسفي	196
الفرع الثاني: تحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية في العقود	199
أولاً: نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الأشخاص	200

ثانيًا: نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث الموضوع	202
المطلب الثاني: اتجاهات تحديد نطاق الشروط التعسفية في العقود	204
الفرع الأول: الاتجاه الذي يحدِّد نطاق الشروط التعسفية بعقود الإذعان	205
أولاً: تبنِّي الفقه المفهوم القانوني لعقود الإذعان	206
ثانيًا: عقود الإذعان تعدُّ المجال الخصب لفرض الشروط التعسفية	208
ثالثًا: جواز إلحاق عقود الإذعان بعقود الاستهلاك	208
1- تماثل ظروف التعاقد في كل من عقود الإذعان وعقود الاستهلاك	209
2- وحدة أسباب عدم التوازن بين عقود الإذعان وعقود الاستهلاك	210
أ - تفوق المتدخل في مجال العقد	210
ب - عدم مناقشة شروط العقد	210
الفرع الثاني: الاتجاه الذي يُحدِّد نطاق الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك	212
أولاً: من حيث التضييق من الحماية ضد الشروط التعسفية	215
ثانيًا: من حيث تقييد السلطة التقديرية للقاضي إزاء الشروط التعسفية	216
ثالثًا: من حيث أن الشرط التعسفي نظام مستقل عن عقود الإذعان	216
الفرع الثالث: ممارسة المستهلك للدعوى المباشرة توسُّع في نطاق حماية المستهلك	218
أولاً: الدعوة المباشرة في تشريعات حماية المستهلك بالجزائر	219
1 - تكريس الدعوى المباشرة في القانون رقم 89 -02 (الملغى)	219
2- عدم الإشارة إلى الدعوى المباشرة في القانون 09 -03 المعدَّل والمتمم	222
ثانيًا: الدعوة المباشرة في الاجتهاد القضائي الفرنسي	224
خلاصة الفصل الأول	225

الفصل الثاني: الشروط التعسفية سبب في وجود الرقابة بين المستهلك والمتدخل	226
المبحث الأول: الرقابة القانونية والإدارية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان	227
المطلب الأول: رقابة السلطة التنظيمية على الشروط التعسفية	228
الفرع الأول: تحديد الأشخاص المكلفين برقابة الشروط التعسفية في العقود	229
الفرع الثاني: مهام الموظفين المكلفين برقابة الشرط التعسفي في العقود	229
أولاً: فحص المستندات وحجزها	230
ثانيًا: تحرير المحاضر	230
ثالثًا: المتابعات القضائية	231
المطلب الثاني: رقابة لجنة الشروط التعسفية	232
الفرع الأول: دور لجنة الشروط التعسفية في التشريع الفرنسي	233
أولاً: الإطار التنظيمي للجنة شروط العقود غير العادلة	235
ثانيًا: الإطار الوظيفي للجنة شروط العقود غير العادلة	237
الفرع الثاني: دور لجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري	241
أولاً: تشكيلة لجنة البنود التعسفية	241
ثانيًا: مهام لجنة الشروط التعسفية	245
1- تفحص نماذج العقود المطبقة من طرف المتدخلين على المستهلكين	246
2- صياغة التوصيات ووضع التقارير السنوية ونشرها وتقديم الاقتراحات	247
3- إبداء الرأي بشأن المراسيم والقرارات التي موضوعها الشروط التعسفية	248
4 - إبداء الرأي بشأن الشروط التعسفية المحالة من طرف القضاء	249
المبحث الثاني: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان	250

المطلب الأول: الدعاوى الفردية لمكافحة الشروط التعسفية	251
الفرع الأول: دعوى إلغاء الشروط التعسفية (دعوى البطلان)	252
الفرع الثاني: الجزاء المترتب على تضمين العقد شروط تعسفية	257
أولاً: الجزاء المدني	259
ثانيًا: الجزاء الجنائي	263
1 - العقوبات الأصلية	265
2- العقوبات التكميلية	273
أ - غلق المحل التجاري	274
ب - المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري	275
جـ - عقوبة الحبس	276
د- عقوبة نشر الحكم	277
المطلب الثاني: الدعاوى الجماعية لمكافحة الشروط التعسفية	278
الفرع الأول: تحديد الإطار القانوني لجمعيات حماية المستهلك	280
أولاً: مفهوم جمعيات حماية المستهلك	281
1- تعريف جمعيات حماية المستهلك	283
2 - شروط وإجراءات تكوين جمعيات حماية المستهلك	285
أ - شروط تكوين جمعيات حماية المستهلك	285
ب - إجراءات تكوين جمعيات حماية المستهلك	286
ثانيًا: أهداف جمعيات حماية المستهلك	288
1- تحسيس وإعلام المستهلك	288

2- تمثيل المستهلكين أمام القضاء	289
2- 1 - اكتساب جمعية حماية المستهلك صفة التمثيل أمام القضاء	289
2- 2 - الدعاوى التي يمكن رفعها من طرف جمعية حماية المستهلك	292
أ - الدعوى المرفوعة للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين	292
ب - انضمام جمعيات حماية المستهلك للدعاوى المرفوعة مسبقًا من قبل المستهلك	292
جـ - الدعاوى المرفوعة للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة مستهلكين	293
الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء	293
أولاً: دعوى حذف الشروط التعسفية من نماذج العقود	293
1- الشروط التعسفية المحضورة بقوة القانون	294
2- الشروط التعسفية التقديرية	295
ثانيًا: دعوى طلب التعويض لجبر الضرر الجماعي	298
خلاصة الفصل الثاني	301
الخـــاتمـــــة	308- 303
قائمة المصادر والمراجع	330- 309
فهرس الموضوعات	342- 331

الملخص:

إن العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمتدخل في عقد الإذعان تتَّسم بعدم التوازن، بسبب عجز مبدأ سلطان الإرادة وتبعاته(الحرية التعاقدية، الرضائية، القوة الملزمة للعقد، الأثر النسبي للعقد) عن تحقيقه، نتيجة للمركز القوي الذي يتمتع به هذا الأخير في مواجهة المستهلك، وذلك بفضل تفوقه الاقتصادي والمعرفي، ممَّا جعله ينفرد بإعداد شروط التعاقد بحيث لا يستطيع المستهلك مناقشتها، ولا يجد بديلاً إلا قبولها أو يحرم من اقتناء ما يحتاجه من سلع أو خدمات.

لقد تراجع دور مبدأ سلطان الإرادة في عقود الإذعان إلى أن تم حصره في حدود ضيِّقة جدًا، بل أصبح تقريبًا منعدمًا ولم يعد يحقق التوازن العقدي المفترض، فالرضا في هذا النوع من العقود معيب رغم حرية التعاقد وهو ما يستدعي ضرورة تعزيز مبدأ التوازن العقدي، ولن يتحقق ذلك إلا بالتأكيد على مبدأ الالتزام بالإعلام بجميع بنود العقد كأداة حمائية للمستهلك، والأخذ بمبدأ حسن النية من خلال تكريس تطبيقاته(الشفافية، النزاهة، مراعاة المصالح والرغبات المشروعة للمستهلك)، والبحث عن مبادئ جديدة تضمن تحقيق التوازن بينه وبين المتدخل.

لقد تدخل المشرع بطريقة غير مباشرة في القواعد العامة لتحقيق التوازن العقدي، وحماية المستهلك كطرف ضعيف من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ومنح القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المُذعَن منها، ومن ثم فإنه لا يجوز سلب القاضي المدني تلك السلطة أو الاتفاق على مخالفتها، كما أن تفسير الشك في معنى العبارة الغامضة في الأصل يُفسَّر لمصلحة المدين، غير أنه في عقود الإذعان يُفسَّر الشك لمصلحة الطرف المُذعَن سواء كان دائنًا أو مدينًا.

كما أنه كان حريصاً على توفير الحماية اللازمة للمستهلك بطريقة مباشرة في القوانين الخاصة، من خلال مكافحة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك سواء كانت عقود إذعان أو مساومة، وكذا وضع ترسانة من النصوص التشريعية والتنظيمية التي تتضمن قوائم من الشروط التعسفية لا يمكن صياغتها في جميع العقود، ولضمان حماية واسعة وفعَّالة للطرف الضعيف من التعسف في كافة عقود الاستهلاك، يجب التخلِّي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان.

لقد استحدث المشرع لجنة البنود التعسفية كهيئة إدارية استشارية، هدفها البحث عن الشروط التعسفية في نماذج العقود فتصدر توصيات إمَّا بتعديلها أو حذفها، غير أن تلك التوصيات غير ملزمة لجميع الفاعلين في مجال حماية المستهلك إلا إذا تم تطبيقها بموجب مرسوم، وعليه يجب تفعيل دور هذه اللجنة كسلطة ضبط وإكساب توصياتها القوة الملزمة.

Résumé :

La relation contractuelle entre le consommateur et l'intervenant dans le contrat d' adhésion se caractérise par un déséquilibre, dû à l'incapacité du principe de l'autorité de la volonté et de ses conséquences (liberté contractuelle, consentement, force obligatoire du contrat, effet relatif du contrat) pour y parvenir, du fait de la position forte dont ce dernier jouit face au consommateur, grâce à sa supériorité économique et cognitive, qui le rendait unique dans la préparation des clauses contractuelles afin que le consommateur ne puisse pas en discuter, et il ne trouve pas d'autre alternative que de les accepter ou est privé d'acquérir ce dont il a besoin en termes de biens ou de services.

Le rôle du principe de la règle de la volonté dans contrats d' adhésion a reculé jusqu'à être confiné à des limites très étroites, mais il est devenu presque inexistant et n'atteint plus l'équilibre contractuel supposé, car la satisfaction dans ce type de contrat est viciée malgré la liberté de contracter, qui appelle la nécessité de renforcer le principe de l'équilibre contractuel, et il ne sera pas atteint. Ceci, sauf en mettant l'accent sur le principe du respect de la notification de toutes les clauses contractuelles en tant qu'outil de protection du consommateur, et l'adoption du principe de bonne foi en consacrant ses applications (transparence, intégrité, prise en compte des intérêts et désirs légitimes du consommateur), et la recherche de nouveaux principes qui assurent un équilibre entre lui et l'intervenant.

Le législateur a indirectement interféré avec les règles générales pour atteindre l'équilibre contractuel, protéger le consommateur en tant que partie faible des clauses abusive des contrats d'adhésion, et accorder au juge le pouvoir de modifier les clauses abusives ou d'en exempter la partie conforme, et donc il n'est pas permis au juge civil de retirer cette autorité ou d'accepter de la violer .En outre, l'interprétation du doute sur le sens de la phrase initialement ambiguë est interprétée en faveur du débiteur, mais dans les contrats d'adhésion, le doute est interprété en faveur de la partie conforme, qu'il s'agisse d'un créancier ou d'un débiteur.

Il a également tenu à assurer la protection nécessaire au consommateur de manière directe en droit privé, en luttant contre les clauses abusive dans les contrats de consommation, qu'il s'agisse de contrats d'adhésion ou de compromis, ainsi qu'en édictant un arsenal de textes législatifs et réglementaires qui inclure des listes de clauses abusive qui ne peuvent pas être formulées dans tous les contrats. Afin d'assurer une protection large et efficace de la partie vulnérable contre les abus dans tous les contrats de consommation, il convient d'abandonner les clauses abusive des contrats d'adhésion.

Le législateur a créé le du comité des clauses abusive en tant qu'organe administratif consultatif, dont le but est de rechercher des clauses abusive dans les formulaires de contrat et d'émettre des recommandations pour les modifier ou les supprimer, à l'exception de ces recommandations qui ne lient pas tous les acteurs dans le domaine de la protection des consommateurs sauf si elles sont appliquées par décret, et donc le rôle de ce commission en tant qu'autorité doit être activé, contrôler et donner force obligatoire à ses recommandations.

Abstract:

The contractual relationship between the consumer and the intervening in the adhesion contract is characterized by an imbalance, due to the inability of the authority principle of management and its consequences (contractual freedom, consent, binding force of the contract, the relative effect of the contract) to achieve it, for the strong position that the latter enjoys in facing the consumer, thanks to his economic and cognitive superiority, which made him unique in preparing contract terms so that the consumer cannot discuss them, and he finds no alternative but to accept them or is deprived of acquiring what he needs in terms of goods or services.

The role of the authority principle of management in the adhesion contracts has receded until it was confined to very narrow limits, but it became almost non-existent and no longer achieves the presumed contractual balance, as satisfaction in this type of contract is defective despite the freedom of contract, which calls for the need to reinforce the principle of contractual balance. And it will not be achieved, unless emphasizing the principle of adherence to notify of all contract clauses as a protective tool for the consumer, and the adoption of the principle of good faith by devoting its applications (transparency, integrity, consideration of the legitimate interests and desires of the consumer), and the search for new principles that ensure a balance between him and the intervening.

The legislator has indirectly interfered in the general rules to achieve contractual balance, protect the consumer as a weak party from the abusive clauses in adhesion contracts, and grant the judge the power to amend the abusive clauses or exempt the compliant party from them, and therefore it is not permissible for the civil judge to take away that authority or agree to violate it. Also, the interpretation of doubt about the meaning of the originally ambiguous phrase is interpreted in favor of the debtor, but in adhesion contracts, the doubt is interpreted in favor of the compliant party, whether it is a creditor or debtor.

He was also keen to provide the necessary protection to the consumer in a direct way in private laws, by combating abusive clauses in consumption contracts, whether they were adhesion contracts or compromise, as well as laying down an arsenal of legislative and regulatory texts that include lists of abusive clauses that cannot be formulated in all contracts. In order to ensure broad and effective protection for the vulnerable party from abuse in all consumption contracts, attaching abusive Clauses to contracts compliance should be abandoned.

The legislator has created the abusive terms commission as an advisory administrative body, whose aim is to search for abusive Clauses in contract forms and issue recommendations either to amend or delete them, other than those recommendations that are not binding on all actors in the field of consumer protection unless they are applied by decree, and therefore the role of this committee as an authority must be activated control and give binding force to its recommendations.