وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور مولاي الطاهر – سعيدة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق
تخصص: قانون اجتماعي

آليات حماية المستهلك من الشروط التعسفية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

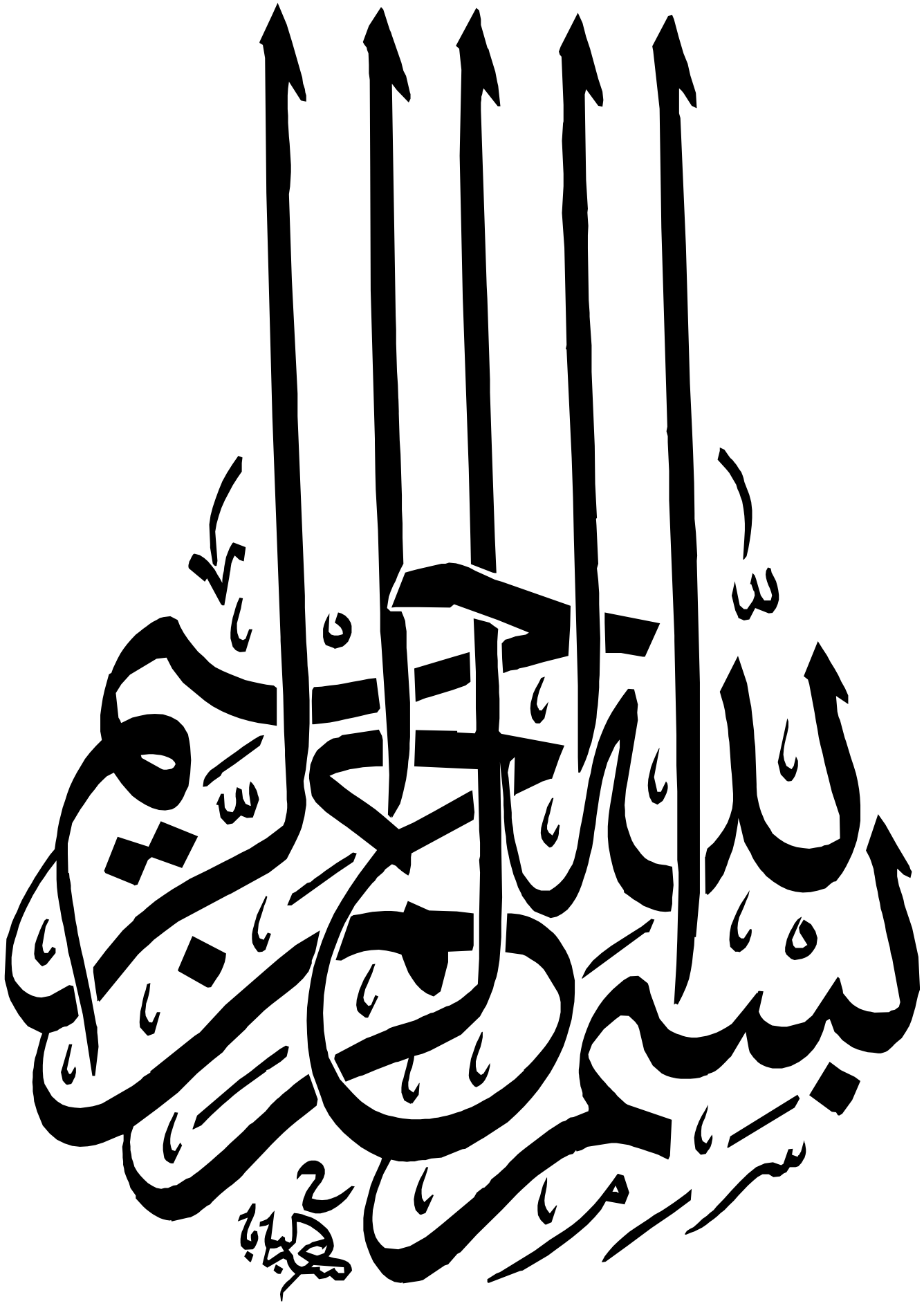
من إعداد الطالب:
سعيدي عبد القادر

تحت إشراف الدكتور:
طيطوس فتحي

أعضاء لجنة المناقشة

د. هني عبد اللطيف	أستاذ محاضر " ب "	رئيسا
د. طيطوس فتحي	أستاذ محاضر " أ "	مشرفا مقررا
د. خنفوسي عبد العزيز	أستاذ محاضر " أ "	عضوًا مناقشا
د. عثماني عبد الرحمن	أستاذ محاضر " ب "	عضوًا مناقشا
د. بن عيسى أحمد	أستاذ محاضر " ب "	عضوًا مناقشا

الموسم الجامعي 2015 - 2016


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر و عرفان

الحمد للّه تعالى على نعمه وفضله ، والشكر الجزيل له على توفيقه وتسهيله لي إنجاز هذا العمل المتواضع ، والصلاة والسلام على من جاء بشرى ورحمة للعالمين.

والشكر الجزيل للأستاذ " طيطوس فتحي" على تفضله بقبول الإشراف على هذه المذكرة ، والتقدير لتوجيهاته وملاحظاته القيمة .

والشكر الجزيل ، أيضا للسادة الأساتذة المناقشين ، على تفضلهم بقبول مناقشة هذه المذكرة.

والشكر والتقدير ، أخيرا لكل من قدم لي يد العون بطريق مباشر أو غير مباشر ، من أجل إتمام هذا البحث .

إهداء

قال الله تعالى (وَقَضَى رَبُّكَ أَلاَّ تَعْبُدُوا إِلاَّ إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَاناً إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِنْدَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلاهُمَا فَلا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلا تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيماً)، سورة الإسراء، الآية رقم 23

إلى والديّ الكرام برًا بهما و اعترافًا بفضلهما

إلى زوجتي و ابنتي العزيزة الغالية "هبة الرحمان"

إلى إخواني و أخواتي

والى أصدقاني الذين عرفتهم في حياتي

إلى كل من شاركني المشوار الدراسي الجامعي إلى كلّ الذين يحبُونني و أحبهم و إلى كل الأساتذة الذين أوصلوني إلى هذه المرحلة

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية :

ج	الجزء
د.م.ج.	ديوان المطبوعات الجامعية
ص.	صفحة
ط.	طبعة
م.	المادة

ثانيا: باللغة الفرنسية

Art.	Article
Ass. Nat.	Assemblée Nationale
Cass.civ.	Cassation civile
Cass.com.	Cassation commerciale
C.C.F.	code civil francais
Civ.	Civil
com.	Commercial
Chr.	Chambre
C.E.	Conseil d'Etat
D.	Dalloz
J.O.	Journal officiel
J.P.	Jurisprudence
L.G.D.J	Librairie Général de Droit et de Jurisprudence
L.	Loi
n°.	Numéro
Obs.	Observations
P.	Page
Rec.	Recueil

مقدمـة

إن عقود الاستهلاك أصبحت من العقود التي حضيت باهتمام كبير من طرف التشريع المقارن في أواخر القرن العشرين وبداية القرن الواحد والعشرين، وخاصة بعد انحطاط المعسكر الشرقي وتراجع النظام الاشتراكي وتبني معظم دول العالم النظام الديمقراطي الذي يدعو إلى تحرير الاقتصاد وتبني اقتصاد السوق ، حيث هذا الأخير انتهجته الدول المتطورة وتبعتها في ذلك حتى الدول النامية متأثرة بهذا التغيير ، إضافة إلى أن هذا النظام الأخير يعتمد أساسا على القطاع الخاص بدلا من القطاع العام المعتمد قديما .

فأصبح هذا القطاع – القطاع الخاص – يعتمد في ظل هذا النظام (اقتصاد السوق) على طوائف من المحترفين والموزعين والبائعين والمنتجين ومقدمي الخدمات لهم قوة اقتصادية ووسائل تقنية يستطيعون بها الهيمنة على العلاقة التي تربطهم بالطرف الثاني المتعاقد معهم آلا وهو غير المهني أو المستهلك والذي يعد الطرف الضعيف اقتصاديا وخبراتيا .

هذا الأخير وبالنظر لمكانته الاجتماعية والمخاطر الاقتصادية المحاطة به لكونه طرف في العلاقة الاقتصادية ، وكذا جهله وعدم معرفته للمنتجات والسلع المعروضة والخدمات المقدمة ، نال اهتمام من طرف فقاء القانون لوضع نظم حمائية خاصة به ، فتباينت واختلفت المفاهيم الفقهية إزاءه ،فمنهم من ضيق من مفهوم المستهلك ففي تعريف للأستاذ **JEAN CALAIS AULOY** اعتبر بأن المستهلكين هم الأشخاص الذين يحصلون أو يستعملون السلع والأموال والخدمات للاستعمال غير المهني [1].

[1] - j.calais-auloy :droit de la consommation . n .9 et 10.p.7et s

والبعض الآخر من الفقهاء [1]جاء بالمفهوم الموسع لفكرة المستهلك معتبرين بأنه كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المال أو الخدمة في أغراضه الشخصية أو أغراضه المهنية ، جاعلين هدفهم من هذا التعريف تعميم ومد نطاق الحماية القانونية إلى المهني الذي يبرم تصرفات قانونية تخدم مهنته.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري الذي ينص على أن العلاقة العقدية تحكمها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وفقا المادة 106 من التقنين الجزائري ونفس الأمر اعتمده المشرع المصري في المادة 147 من التقنين المصري، وأيضا قد نص المشرع الفرنسي وفقا للمادة 2/1134 مدني في إطار الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني على أنها تأخذ قوة القانون ، وسيادة الإرادة الحرة للشروط العامة والتي تعد مصدر الالتزام والمرجع الأعلى للعقد ، فقد أصبح للمهني التفوق التفاوضي تجاه المستهلك ، بل أن الأمر تعدى ذلك إلى درجة يمكن القول معها أن عنصر المفاوضة على شروط العقد أصبح منعدما تماما .

وقد نتج عن هذا الوضع ظهور عقود تحمل شروط موحدة ونموذجية محررة مسبقا ومعدة بواسطة فريق متخصص، حيث تستعمل هذه الشروط بعد ذلك في العقود المتعلقة بنفس المنتجات والسلع أيا كان المتعاقد الآخر ، تلك الشروط قد ترد بطريق الإحالة لوثائق تتكون من عدة نسخ، مما يصعب الإطلاع عليها .

وتبرز أهمية الموضوع من خلال الانتباه الذي أولته دول العالم نتيجة الظلم والتعسف الذي لحق جمهور المشترين أو المستهلكين من جراء الوضع المزري والمتدهور الذي وصل إليه المستهلك من خلال ما أفرزته القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد الأطراف نتيجة سلطة الاحتكارية والقوة الإنتاجية وتحريره لنموذج جديدا من العقود ألا و هو عقد الإذعان، حيث لا يملك الطرف الضعيف وهو المستهلك مناقشة شروطه أو المفاوضة في بنوده كما ذكرنا سابقا ، فقد عرف القرن التاسع عشر وهو المجال الخصب لنمو هذا النوع، فعرفت فيه عقود الإذعان تطورا، فتحولت فيه من عقود شفاهية إلى

[1] - العيد حداد ، الحماية القانونية في ظل اقتصاد السوق ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، السنة الجامعية 2003/2002 ، ص. 38

عقود مكتوبة محررة سلفا، فصارت إحدى أدوات ممارسة القوة من طرف المتعاقد القوي لفرضه شروط مجحفة تتسم بالتعسف والظلم ، سميت فيما بعد بالشروط التعسفية .

ومن خلال هذه اللامبالاة التي خلفها الوضع الاقتصادي الحر ، بادرت دول العالم وخاصة المتطورة إلى إصدار تشريعات حمائية لمحاربة ظاهرة الشروط التعسفية في العقود في أواسط السبعينات، فنجد أن القانون الألماني كان السباق لاحتواء هذه الظاهرة بإصداره لقانون المتعلق بالشروط العامة للعقد، المؤرخ في 09-12-1976 والقانون الإنجليزي سنة 1977 وكذا القانون الفرنسي المؤرخ في 1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات.

إضافة إلى القانون الجزائري رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

وعليه يعتبر عقد الاستهلاك من أهم العقود، حيث أنه ينشأ بين طرفين أحدهما يسمى مستهلكا والثاني متدخل أو المهني، يتم بموجب هذا العقد نقل المنتوج من الأول إلى الثاني ، ولعل ما يميز هذا العقد طرفاه ، فيختلف المستهلك عن المهني في كون الأول يفتقد إلى المعرفة الكافية حول تركيب وخصائص المنتوج الفنية، بحيث أن المهني يتمتع بالاحتراف والتخصص والخبرة التي تراكمت لديه عبر السنين، ما أتاح له الإحاطة بكل الفنيات التقنية المتعلقة بالمنتوج.

كما أن موضوع حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، صار موضوع اهتمام أغلب المشرعين ومنهم المشرع الفرنسي الذي سارع إلى إصدار قوانين خاصة بحماية المستهلك وعلى رأسها القانون رقم 78-23 الصادر بتاريخ 10 جانفي 1978 المتعلق بالإعلام، والذي تميز بتوسيع كبير لسلطان القانون على سلطان الإرادة المعمول به في التنظيم العقدي، وعدم أخذ هذا المبدأ على إطلاقه، وضرورة التقليل من المزايا المتاحة لبعض الفئات من المتعاقدين نتيجة لمركزهم القوي اقتصاديا ومعرفيا .

وقد بدأ الإحساس بضرورة تكريس حماية قانونية خاصة بالمستهلك في الجزائر منذ نهاية الثمانينات القرن الماضي، أين أصدر المشرع الجزائري تشريعا خاصا بحماية المستهلك بموجب قانون

89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك [1]، وقد صدرت قوانين ومراسيم تنفيذية بعده ألغت العمل به .

وبحلول سنة 2004 أصدر المشرع الجزائري قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والذي تضمنت مواده على نصوص خاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ويتضح من ذلك إهتمام المشرع الجزائري بالمستهلك إذ أحاطه بحماية من الشروط المجحفة أو التعسفية، وعليه جاء اختيار هذا الموضوع نظرا لكون موضوع حماية المستهلك حديث نسبيا ومتطور باستمرار، نظرا لتغير التشريعات الخاصة به، فالمخاطر المحدقة بالمستهلك في تغيير دائم وتفطن المشرع إلى ضرورة مواكبتها بسن تشريعات جديدة كلما دعت الحاجة لتحقيق حماية أفضل، كذلك حساسية الموضوع وقلة الدراسات في هذا المجال، حيث أن القوانين الجديدة لم تعني بالدراسة الكافية من طرف الباحثين رغم كونها جاءت بآليات وقائية أكثر صرامة واهتمام بالمستهلك في مواجهة المهني .

وفي ظل الظروف الصعبة والمخاطر المحاطة بالمستهلك نظرا لتطور الإنتاج والخدمات والمساوئ التي أحدثها السوق الحرة حاولت بعض التشريعات احتواء أزمة اختلال التوازن العقدي الذي تحدثه الشروط التعسفية المفروضة على المستهلكين من طرف المهنيين، فقد كانت هناك محاولات في بادئ الأمر تمثلت في القواعد العامة في قانون العقود وهي بمثابة مبادئ يمكن بموجبها إلغاء بعض الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك، والتي عرفت بقصرها في توفير الحماية الكافية ووصفت بالتقليدية، وأمام هذا القصور والنقص الذي شاب القواعد العامة ، ظهرت محاولات تشريعية في بعض الدول الأوروبية خاصة والجزائر كذلك تسعى إلى تحديث الحماية لتتلاءم مع المستجدات الاقتصادية وذلك عن طريق سد الكثير من الثغرات الناتجة عن القواعد العامة.

فأصدرت هذه التشريعات تعريفات ومفاهيم مختلفة للمستهلك ، منها من تمد الحماية إلى المستهلك أو غير المهني – المفهوم الضيق – ومنها من تعتبر هذا الأخير مستهلك

[1] - القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، الصادر بتاريخ 27 فبراير 1989 (الملغى)

– المفهوم الموسع– وقد أعطت هذه التشريعات ولأول مرة مفهوما دقيقا للشرط التعسفي مدعما بمعايير حديثة تكشف عن صفته هذه وذلك ضمن إطار آليات رقابية حديثة على الشروط التعسفية وهو ما عجزت على تحقيقه القواعد العامة للشروط التعسفية .

وعلى هذا فالإشكال المطروح يكمن في ما هي المفاهيم التي أتت بها النظم التشريعية العالمية بخصوص حماية المستهلك ؟

إضافة إلى المفهوم الخاص بماهية الشرط التعسفي ؟ وما هي المعايير الدقيقة الكاشفة عن صفته التعسفية ؟ وأخيرا السؤال عن معرفة الآليات الرقابية عليه ؟

وللإجابة على هذه التساؤلات اعتمدت على المنهج التاريخي الذي يعتمد على التسلسل المنطقي المتتابع وذلك من خلال التطرق لتطور حماية المستهلك في بعض الدول الأوروبية والعربية ، إضافة إلى المنهج التاريخي اخترت المنهج المقارن فقمت بإجراء مقارنة بين ثلاث تشريعات وهي التشريع الفرنسي والجزائري بالإضافة إلى التشريع الألماني .

واعتمدت أيضا على المنهج التحليلي وذلك عن طريق عرض آراء مختلفة للفقه من أجل الوصول إلى فكرة أعمق وأدق عن الموضوع .

وأما بخصوص المنهج التطبيقي فقد قمت بعرض قرارات وأحكام القضاء، وهي أحكام خاصة بالقضاء الفرنسي لكونه من التشريعات الرائدة في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية وذلك خلاف على الوضع في القضاء الجزائري إذ هي نادرة أو منعدمة بالأحرى .

ولمعالجة الإشكالية المطروحة أعلاه، قسمت الدراسة إلى فصلين يخصص الأول لبيان ماهية المستهلك، وتطرقت فيه في المبحث الأول إلى مفهوم المهني ومفهوم المستهلك أو غير المهني، وإلى تطور وتناولت في الفصل الثاني الشرط التعسفي ووسائل مكافحته، مخصصا المبحث الأول منه للشروط التعسفية، والمبحث الثاني لآليات الحماية من هذه الشروط التعسفية حماية المستهلك في مبحث ثان .

الفصل الأول: أطراف عقد الإستهلاك

إنّ تحديد أطراف العقد و خاصةً عقود الاستهلاك على درجة كبيرة من الأهمية، حيث إنّ القوانين الخاصة بحماية المستهلك تستهدف أساسًا المستهلك، و كذلك ما يُسمّى بغير المهني حسب تعبير النصوص في مواجهة المهني، فالأمر يحتاج لبيان ما إذا كان المستهلك هو المشتري بالمعنى المعروف في القواعد العامة في البيع أي ذلك العقد الذي يكون أحد أطرافه مستهلكًا أو غير مهني و الطرف الآخر مهني[1]، كما يجب تبيان غير المهني هل هو تعبير مرادف لتعبير المستهلك أم أنّه طائفة أخرى، و كذلك بالنسبة للمهني الذي هو الطرف القوي في العلاقة العقدية مع المستهلك و الذي يستخدم نفوذه الاقتصادي في إملاء شروطه على المستهلك ممّا يتيح ميزة مفاجئة و هذا وفقًا للمشرع الفرنسي، و هل يقتصر مفهوم المهني على الأشخاص الطبيعية ثمّ يشمل الأشخاص المعنوية أيضًا و ما الحكم لو كان المهني هو مشروع تتولّاه الدولة.

و لا يمكن لنا فهم معنى العقد القائم بين المعني من جهة و المستهلك أو غير المهني من جهة أخرى إلاّ بالقيام بتعريف أطراف هذا العقد، فتعريف المهني لا يطرح أيّ صعوبة بالنسبة للتشريع أو القضاء أو الفقه بينما تعريف المستهلك أو غير المهني فقد أثار جدلا و خاصةً في فرنسا[2].

المبحث الأول: مفهوم المهني و المستهلك و غير المهني

إنّ النظم القانونية الخاصة بحماية المستهلك تستهدف أساسًا في عقود الاستهلاك الطرف الثاني في العقد وما يعرف بالمستهلك أو غير المهني، و هذه التسمية الأخيرة التي جاء بها التشريعات الحديثة و خاصة في قانون حماية المستهلك عرفت جدلاً كبيرًا في تحديد ما إذا كان المستهلك (المشتري) هو نفسه غير المهني، أي هل هو تعبير مرادف لكلمة المستهلك أم أنّه طائفة أخرى.

[1]– أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 19.

[2]– سي الطيّب محمد أمين، الشروط التعسّفية في عقود الاستهلاك: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص 19.

المطلب الأول: مفهوم المستهلك

إنّ التطرّق للمستهلك و تحديد مفهومه يتطلّب منا أن نستعرض المفهوم التشريعي في الفرع الأول، والمفهوم الفقهي في الفرع الثاني، و المفهوم القضائي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: المفهوم التشريعي للمستهلك

لقد اهتمّ المشرع الفرنسي بإصدار عدّة قوانين تستهدف حماية المستهلكين، و من خلالها يُمكننا استخلاص مفهوم المستهلك، و من ذلك رقم 78-22 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلّق بحماية المستهلك في مجال بعض عمليات الائتمان على أنّه «يُطبّق القانون الحالي على كلّ عمليات الائتمان التي تمنح عادةً الأشخاص الطبيعيين و المعنويين و التي لا تكون مخصّصة لتموين نشاط مهني»[1].

ومنه يُفهم من نص المادة 02 السالفة الذكر أنّ المشرع الفرنسي يعرّف المستهلك على أنّه «الشخص الذي تكون غايته من اقتناء السلعة أو الخدمة غاية شخصية غير مرتبطة بنشاط مهني والمشرع هنا أخذ بمعيار الغاية»

كما يتضح تعريف المستهلك للمشرع الفرنسي من خلال النصوص التشريعية الجديدة وخاصة قانون رقم 93-949 المادة (L-111-1) من الباب الأول من الكتاب المتعلّق بإعلام المستهلكين و تكوين العقود على أنّه «يجب أن يوضح كلّ مهني بائع السلع أو مؤدّي خدمات المستهلك و قبل إبرام العقد، سمات الأساسية للسلعة أو الخدمة». و من خلال هذه المادة يبدو لنا عبارة السلعة أو الخدمة في مفهوم المستهلك و هما ذات أهمية بالغة و هي التي يسعى المستهلك لاقتنائها.

[1] -"Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opérations de crédit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales et que ne sont pas destinées à financier les besoins d'une activité professionnelle".

إضافةً إلى هذه النصوص جاء المشرع بالقانون رقم 95-96 الصادر في 01 فبراير 1995 والمتعلّق بالشروط التعسّفية و من خلال نص المادة 132-1 واحد المستهلك هو نفسه غير المهني[1].

و الملاحظ في التشريع الفرنسي أنّه تأثّر كثيرًا بقانون الاتحاد الأوروبي من خلال نقله لكثر من التعليمات الأوروبية، حيث هذه الأخيرة تتضمّن تعريفات مختلفة للمستهلك.

و أمّا بخصوص مفهوم المستهلك في التشريع الجزائري فقد ظهر مصطلح المستهلك و بصورة جلية مع صدور قانون 89-02[2]، إلاّ أنّه لم يرد تعريفًا ضمن هذا القانون إلاّ بمجيء المرسوم التنفيذي رقم 90-39[3]، والمادة منه رقم3 /9، حيث عرّف المستهلك بأنّه «كلّ شخص يقتني بثمن أو مجانًا منتوجًا أو خدمةً معدين للاستعمال الوسيطي و النهائي لسدّ حاجاته الشخصية أو حاجات شخص آخر أو حيوان[4]».

و من خلال هذا المرسوم نستخلص بأنّ المشرع الجزائري أعطى تعريفًا موسّع في تحديده للمستهلك وخاصة في المادة 03 الفقرة 09 منه المذكور سالفًا، حيث ذكر عبارة (كلّ شخص) أي جعل من المهنيين مستهلكين أيضًا و لو كانوا يتصرّفون في مجال اختصاصهم و بقي هذا التعريف ساريًا إلى صدور قانون 02/04 في مادته 03 الفقرة الثانية و التي عرفت المستهلك بأنّه حد كلّ شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعًا قدّمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كلّ طابع مهني.

---

[1]- سي الطيّب محمد أمين، الشروط التعسّفية في عقود الاستهلاك: دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2007-2008، ص. 16

[2]- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج.ر ، عدد 15 ، بتاريخ 08 مارس 2009

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 الفقرة 09 من المادة الثانية المؤرخ في 1990/01/30 و المتعلّق بمراقبة الجودة.

[4]- جليل أمال ، تأثير قانون حماية المستهلك على عقد البيع ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص قانون أعمال، جامعة وهران، 2011-2012، ص.33

و الملاحظ أنّ المشرع الجزائري في هذا القانون ضيّق في مفهومه للمستهلك و ذلك قدرًا لما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 90-39 من توسيع لمفهوم المستهلك.

الفرع الثاني: المفهوم الفقهي للمستهلك

لقد تعدّدت تعريفات كثيرة للمستهلك لدى الفقهاء فمنهم من كانت نظرة على أنّ المستهلك «هو من يمتلك بشكل غير مهني سلعًا استهلاكية مخصّصة لاستخدامه الشخصي».

كما يرى بعض آخر من الفقهاء على أنّ المستهلك «هو الشخص الذي يمتلك أو يستخدم سلعًا أو خدمات للاستخدام غير المهني».

وفي رأي آخر يرون أنّ المستهلك «ذلك الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية غير المهنية، يُصبح طرفًا في عقد للتزود بالسلع والخدمات»[1].

ومن هذه التعاريف السابقة يلاحظ أنّ التعريف الأول يعاب على أنّه يقصد مفهوم المستهلك على ذلك الذي يتعاقد من أجل الحصول على السلع، ولم يذكر ذلك الذي يتعاقد من أجل الحصول على الخدمات، كما في عقد النقل أو العقد الطبّي وغيرها وذلك يعكس التعريفين الأخيرين اللذين يشتملان على السلع والخدمات أيضًا[2].

كما ذكرت تعريفات أخرى مختلفة ومنها التعريف الذي جاء بالمنشور الصادر في 14 يناير 1972 والمتعلّق بتطبيق النصوص الخاصة بضرورة وضع بطاقات الأسعار، حيث عرفت المستهلك على أنّه من يستخدم المنتجات لإشباع حاجاته الخاصة وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامه في نطاق مهنته.

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص.ص 22و21.
[2]- سي الطيّب محمد أمين، المرجع السابق، ص 19.

إذن من خلال هذه المفاهيم يُمكن القول بأنّ المستهلك يتعاقد على سلع أو خدمات لغرض غير مهني كالسلع المنقولة الاستهلاكية مثل المواد الغذائية أو المنتجات الصيدلانية أو السلع المعمرة مثل السيارات أو الأثاث أو الأجهزة المنزلية، أمّا الخدمات فهي متعدّدة سواء أكانت مادية مثل النقل أو الإصلاح أو التنظيف أو خدمات مالية مثل التأمين أم فكرية العلاج الطبي أو الاستشارات القانونية.

وبعد كلّ هذه المفاهيم التي جاء بها الفقهاء يكاد يجمع الفقهاء على أنّ المستهلك هو كلّ شخص يحصل على السلعة أو الخدمة بقصد إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية وليس لغرض مهني أو تجاري ومن هذا التعريف يبدو أنّه كي نكون أمام مستهلك لابدّ من توافر ثلاث عناصر ومنها:

العنصر الأول: الهدف من اقتناء السلع و الخدمات و التي يتمحور رأي الفقهاء على أنّه استخدم المستهلك شخص أو استعمال شخصي و ليس مهني[1].

العنصر الثاني: لقد أتت جميع المفاهيم و التعريفات الخاصة بالمستهلك بعبارة أو مصطلح السلعة أو الخدمة، لأنّ العلاقة التي تربط بين المهني و المستهلك عقد استهلاك و محلّه هو السلعة أو الخدمة التي يلتزم الطرف الآخر في العقد بأدائها له و طالما كان الاستهلاك للسلع أو الخدمات هو إشباع الاحتياجات الشخصية أو العائلية للمستهلك يظلّ الأخير مشمولاً بالحماية التي توفرها له النصوص التشريعية بالنظر إلى صفة الملازمة للمستهلك في تعاقده مع المهني.

و عقود الاستهلاك هي من العقود غير المسمّاة ""، حيث أنّه يُمكن أن يكون عقد الاستهلاك عقد البيع أو عقد قرض أو عقد تعليم.

العنصر الثالث: و من ناحية أخرى يكون المستهلك هو الطرف النهائي في عملية الإنتاج و التي تمرّ بعدّة مراحل يحصل من خلالها المستهلك في النهاية على السلعة أو الخدمة، نرى أنّ دوره يأتي

[1] – خالد عبد الفتاح عمر خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة حلوان، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009، ص 19.

في نهاية سلسلة توزيع السلع والخدمات لإشباع حاجاته منها و هنا تظهر ضرورة حماية هذا المستهلك و ذلك بوضع معايير التي تضمن جودة المنتج و سلامته و تحسين الخدمة التي تقدّم له.

و من ناحية رابعة لابدّ أن تتوفر في أحد أطراف العقد صفة المستهلك (المشتري) و بذلك تخرج من عقود الاستهلاك تلك المبرمة بين التجار أو المهنيين، فعقد البيع مثلاً لا يصدق عليه عقد الاستهلاك إلاّ إذا اجتمعت فيه العناصر المذكورة سابقًا، و كذلك بالنسبة لعقد القرض.

كما أنّ العقود التي يكون كلا طرفيها مستهلكين لا تعدّ من عقود الاستهلاك مثل تلك العقود التي تتمّ وفقًا لإعانات داخلية في بعض المؤسسات مثل المدن الجامعية للطلاب أو دوائر العمل بالمصالح الحكومية و غيرها، وبالتالي فلا يكون الطرف الآخر في العقد تاجرًا أو مهنيًا، كما أنّ في هذه العقود لا يوجد طرف ضعيف يستوجب الحماية بصفة الضعف الملازمة له، فإذا وجد المستهلك في علاقة متكافئة مع مستهلك آخر فلا يستفيد بالحماية المقرّرة بالنصوص القانونية التي تحمي المستهلك كطرف ضعيف في العقد[1].

الفرع الثالث: المفهوم القضائي

إنّ المعايير التي أخذ بها القضاء مباشرة في تحديد مفهوم المستهلك لم تختلف عن المعايير التي جاءت بها التشريعات و التي أخذ بها الفقه أيضًا.

ففي حكم لمحكمة الدرجة الأولى بباريس بتاريخ 04 أكتوبر 1979 ذهبت المحكمة في تعريفها المستهلك بأنّه «الشخص الذي يُصبح طرفًا في عقد يتعلّق بالتزود بالسلع والخدمات وذلك لإشباع حاجاته الشخصية».

[1]- خالد عبد الفتاح ، المرجع السابق، ص 24.

و يظهر جليًا من الحكم أنّ المحكمة وضعت في اعتبار الغرض من التعاقد وهو اقتناء السلع أو الخدمة لهدف الاستعمال الشخصي، وهما العنصران المحدّدان لمفهوم المستهلك في نظر القضاء الفرنسي[1].

كما تطرقت محكمة العدل الأوروبية لمفهوم المستهلك في حكمها الصادر في 04 يوليو 1998 في خصومة تتعلّق بتحديد الاختصاص القضائي في مجال العقود المبرمة بواسطة مستهلكين و تطبيق المواد من 13-15 في اتفاقية بروكسل، حيث المادة 13 من الاتفاقية تطرقت لمفهوم المستهلك و قد أكّدت المحكمة على أنّه لا يعتبر مستهلكًا الشخص الذي يُبرم عقدًا من أجل ممارسة أنشطة مهنية و ذلك لكون المادة 13 من اتفاقية عرفت المستهلك بأنّه «الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط يُعدّ غريبًا على نشاطه المهني»، و من هذا نرى بأنّ المحكمة فضلت تحديد مفهوم المستهلك لتطبيق عليه قانون المستهلك لأنّه الطرف الضعيف اقتصاديًا وقانونيًا إضافة إلى قلّة خبرته مع المتعاقد معه.

و لكن وصف المستهلك لا يقتصر على الأشخاص الطبيعية فقط بل يتعدّاه إلى الأشخاص المعنوية و هذا ما أكّده الحكم الصادر عن الدائرة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، حيث اعتبرت أنّ شركة تجارية حالة تصرفها كمستهلك يقتني سلعًا و خدمات لاستعمالها الشخصي وخارج مجال اختصاصها، تستفيد من نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية المستهلك للسلع و الخدمات من الشروط التعسفية، و ذلك من أنّها شخص معنوي غير طبيعي، تُباشر أعمالها التجارية في مجال العقارات و تعود وقائع القضية في أنّ الشركة استثمرت جهازًا لإنذار لحماية أماكنها، لكن يتبيّن فيما بعد بأنّ الجهاز معيب و ادّعت الشركة أمام القضاء بإبطال العقد رأت المحكمة أنّ شروط العقد تعسّفية تعتبر و كأنّها لم تكن باطلة وفقًا لقانون 10 جانفي المذكور سالفًا، و اعتبرت المحكمة أنّ الشركة رغم كونها شخص معنوي يعمل في مجال الأنشطة[2].

[1]- خالد عبد الفتاح، عمر خليل، المرجع السابق ، ص. 35.

[2]- سي الطيّب محمد أمين، المرجع السابق، ص. 19.

إذن يُستفاد من هذا الحكم تبنّي القاضي الفرنسي لمفهوم موسع للمستهلك يدخل في نطاقه المهني عندما يتعاقد على سلع أو خدمات غير متعلّقة بأعمال مهنته سواءً كان المهني شخصًا طبيعيًا أو معنويًا، و الحكمة من ذلك هي وجود المعني في نفس الحالة التي يوجد فيها المستهلك و التي من أجلها تقرّرت حمايته و هي أنّه أجنبي لا يعلم بخصائص السلعة أو الخدمة، و بمعنى آخر فهو غير مختص فيما هو مقدم على التعاقد عليه[1].

و يُستفاد ممّا سبق أنّ القاضي يقع عليه عبء تحديد ما إذا كان الهدف من الحصول على السلعة أو الخدمة هو الاستعمال الشخصي أم الهدف متعلّق بأعمال معيّنة و ذلك لأجل تطبيق القانون الواجب حماية المستهلك.

المطلب الثاني: مفهوم غير المهني

من خلال نص التشريع الفرنسي في (م01) من المرسوم رقم 78-464 والتي تنص على أنه " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلك، فإنه يكون محرما في مفهوم الفقرة الأولى للمادة 35من هذا القانون لشروط....."،فهل تعبير غير المهني يقصد به طائفة المستهلكين أم طائفة أخرى ؟

الفرع الأول المفهوم التشريعي

من خلال الأعمال التحضيرية و المناقشات البرلمانية لقوانين حماية المستهلك يتضح منها أنّ المشرع الفرنسي يتبنّى اتجاهًا مخالفًا لرأي لجنة تنقيح قانون الاستهلاك وهي لجنة سنتناولها في المفهوم القضائي، حيث قال أحد أعضاء البرلمان أنّ غير المهني هو ذلك الذي يتعاقد بهدف الحصول على سلعة أو خدمة لإشباع حاجاته الخاصة وليس ذلك الذي يتعاقد على سلعة أو خدمة لأجل إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته، وبرجوعنا لنص المادة (ل132-1) من القانون الفرنسي الصادر في 01 فبراير 1995 والتي قد استخدمت مفهوم غير مهني بنصها على أنّه

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 23.

«تعدّ شروط تعسّفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين»، حيث يتضح من هذه المادة أنّ كلا من غير المهني و المستهلك يكونان على قدم المساواة، فيعدّ غير المهني مستهلكًا و العكس صحيح[1].

كما يبدو كذلك من خلال النصوص الحديثة و الصادرة في شأن حماية المستهلك و تعزيز الحماية له، وأنّه ما زال يتبنّى لفظ غير المهني إلى جانب المستهلك[2].

و بالرغم من موقف التشريعات المقارنة في النصوص الحديثة و الأعمال التحضيرية و الفاصل في أنّ المستهلك هو نفسه غير المهني إلاّ أنّه الجدل و الإشكال لا يزال قائمًا بصدد نص المادة الأولى من المرسوم الفرنسي رقم 78-464، المؤرخ في 24 مارس 1978 الصادر تنفيذًا لقانون 10 جانفي 1978 الخاص بالحماية والإعلام للمستهلكين للسلع و الخدمات بأنّه «في العقود المبرمة بين مهنيين من ناحية و غير مهنيين أو مستهلكين من ناحية أخرى فإنّه يكون محرّمًا في مفهوم الفقرة الأولى للمادة 35 من هذا القانون الشروط التي يكون محلّها أو أثرها تأكيد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه»[3]، فهل تعبير غير المهني يقصد به طائفة أخرى غير المستهلك أو هو تعبير و مصطلح مراد له و بالتالي تقتصر الحماية على المستهلك فقط.

بمعنى آخر هل المهني عندما يتعاقد مع مهني آخر على شيء غير داخل في اختصاصه مثل المحامي عندما يشتري جهاز كمبيوتر لمكتبه – وهو هنا غير مهني- هل يستفيد من تطبيق القانون الخاص بحماية المستهلك.

على إثر هذا الجدل حاول كلّ من الفقه (الفرع الثاني) و القضاء (الفرع الثالث) حلّ هذا الإشكال لدى المنظومة التشريعية في فرنسا.

الفرع الثاني: المفهوم الفقهي لغير المهني

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 25.

[2]-المرجع نفسه، ص 30.

[3]- سي الطيّب محمد أمين، المرجع السابق، ص. 20.

لم يوفّق الفقه القانوني في إعطاء مفهوم موحد لغير المهني، فقد ظهر الانقسام جليًا، حيث اقسم إلى رأيين: الرأي الأول يعتبر المهني مستهلكًا (أولاً) و الرأي الثاني يعتبره شكلاً مختلفًا عن المستهلك.

الرأي الأول: يرى دعاة هذا الاتجاه أنّ تعبير غير المهني هو نفسه تعبير المستهلك إذ أنّ المهنيين الذين يتصرفون في نطاق غرض مهني، و لكنّه غير داخل في مجال اختصاصهم، كالمحامي في المثال السابق و التاجر الذي يركب جهاز للإنذار لمحلّه، لا يعتبرون مستهلكين رغم أنّهم يتصرفون على أشياء خارج اختصاصهم، و يعتبرون في وضع ضعف إزاء المهنيين، و بالضرورة ليسوا أشخاصًا لا يستطيعون الدفاع عن أنفسهم.

فدعاة هذا الاتجاه يُعزّزون رأيهم بحجة أنّ المستهلك يكون دون سلاح لكونه في مركز ضعف في مواجهة المحترف الذي هو في مركز متبصّر و ما غير المهني إلاّ اعتبارًا مرادفًا لتعبير المستهلك[1].

الرأي الثاني: يرى أنصار هذا الرأي بأنّه يجب فهم مصطلح غير المهني على أنّه ليس مهنيًا من نفس تخصّص الطرف الآخر في العقد، هذا الاتجاه يعطي تفسيرًا موسعًا لمفهوم غير المهني على أساس الاختصاص أو عدم الاختصاص لغير المهني أي ذلك الذي يتصرّف بعيدًا عن أعمال مهنته، حتّى ولو كان ذلك للإنتاج و ليس للاستهلاك، مثال ذلك البناء الحرفي الذي يشتري آلة حاسبة لإجراء كلياته الحسابية، و هذا الرأي يدخل في وصف غير المهني، ذلك المهني غير المتخصص و يعتبره مثل المشتري العادي الأجنبي الذي لا يعرف شيئًا عن السلعة أو الخدمة.

فحسب أنصار هذا الرأي يرون أنّ مصطلح غير المهني شيء مختلف عن تسمية المستهلك.

و إذا كان بعض الفقهاء يرون أنّ التوسع في مفهوم المستهلك غير مقبول في قانون الاستهلاك، إلاّ أنّ اعتبار غير المهني مستهلكًا ناتج عن اختلال التوازن في العقود التي يبرمها غير المهني بهدف إشباع احتياجاته الشخصية، حيث يتمّ الاعتقاد بعيدًا عن النشاط المهني[1].

[1]– أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 25.

الفرع الثالث: المفهوم القضائي لغير المستهلك

قد يجتمع مصطلح المهني و غير المهني في بعض الحالات في نشاط واحد، حيث على سبيل المثال قد يشتري المهني سيارة لخدمة أغراضه المهنية و كذلك لاستخدامها في تنقلاته هو و أسرته كالوكيل العقاري مثلاً، فهل يُعتبر المشتري في هذه الحالة مستهلكًا أو مهنيًا؟

قد تعرضت محكمة النقض الفرنسية لمفهوم غير المهني في حكمها الصادر عن الدائرة المدنية الأولى في 15 أفريل 1982، و تتعلّق وقائع الحكم بأن مزارعا قام بإبرام عقد مع أحد بيوت الخبرة لشراء أجهزة إطفاء حريق، ثمّ تلقّى عرضًا أفضل من شركة أخرى و أراد العدول عن العقد الأول مستخدمًا في ذلك رخصة العدول التي نصت عليها المادة الثالثة من القانون 22 ديسمبر 1972[2] الخاص بالبيع بالمنزل (الموطن)، و التي تعطيه الحقّ في العدول خلال 07 أيام (و هي مهلة للتفكير) لكن شركة الخبرة "Société d'expert ire" رفضت ذلك ودفعت بأنّ العقد المتنازع فيه لا تنطبق عليه نصوص القانون المذكور، حيث أنّ العقد تمّ إبرامه لأغراض تتعلّق بالاستغلال الزراعي أي لأغراض مهنية، و لكن محكمة استئناف "Bourges" رفضت هذا الدفع في حكمها الصادر في 10 جانفي 1980، و قد أيّدت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف على أساس أنّ عقد الخبرة "contrat d'expertise" يخرج عن الاختصاص المهني للمزارع وبالتالي يخضع للنصوص الحماية في قانون 22 ديسمبر 1972، ويستفيد المزارع من هذه النصوص بصفته مستهلكًا في هذه الحالة، و بذلك تكون المحكمة قد توسعت في مفهوم المستهلك ليشمل المستهلك و المهني الذي يتعاقد في إطار أنشطة غير مهنية.

لكن في 15 أفريل 1986، عدلت محكمة النقض الفرنسية عن اجتهادها المذكور، حيث أنّها رفضت إفادة شركة تأمين من نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاصة بالشروط التعسفية بحجة أنّ الشركة قد تعاقدت بصفتها المهنية.

---

[1]– خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 40.

[2]–راجع الحكم المنشور في D.1984 : jurisprudence, P :139

إلاّ و أنّه في حكم قرار لمحكمة النقض الفرنسية في 28 أفريل 1987 الصادر عن الدائرة المدنية الأولى[1]، والتي اعتبرت أنّ الوكالة العقارية رغم أنّها شخص مهني إلاّ أنّها فيما يتعلّق بنظام الإنذار تعتبر شخصًا غير مهني لأنّها غير متخصّصة في مجال الإنذار، و بالتالي فالوكالة العقارية عند إبرامها للعقد تعدّ في حالة جهل مثلما أيّ مستهلك آخر وعلى إثر ذلك تستفيد من الحماية المقرّة للمستهلك، و نستخلص من هذا القرار أنّ محكمة النقض قد تراجعت عن المفهوم الضيّق الذي تبنّته مع شركة التأمين.

وابتداءً من سنة 1995 أصبحت محكمة النقض الفرنسية تستخدم صيغة جديدة و هي عدم اعتباره مستهلكًا و بالتالي لا تشمل الحماية المخوّلة للمستهلك كلّ شخص يبرم عقدًا لصلة مباشرة مع نشاطه المهني[2].

إذن يُستخلص ممّا سبق أنّ محكمة النقض الفرنسية تأخذ بالاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك وتعتبر غير المهني مستهلكًا إذا ما تعاقد على شيء داخل في اختصاصه رغم أنّه مهني[3].

ومنه يُفهم من خلال ما تقدّم من تعاريف ومفاهيم للمستهلك وغير المهني على أنّه كلّ شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد مع طرف مهني من أجل الحصول على السلع أو الخدمات لإشباع احتياجاته الشخصية والعائلية أو المنزلية، شريطة أن يكون هذا التعاقد غير مرتبط بنشاط مهني أو تجاري للمستهلك، وعلى هذا الأساس يكون المستهلك طرفًا ضعيفًا في العقد في مواجهة المهني وهو الطرف القوي في هذا العقد.

المطلب الثالث: مفهوم المهني

يتضح لنا عرض المستهلك و غير المهني سهولة في تحديد مفهوم المهني و الذي هو الطرف الثاني في عقود الاستهلاك، حيث تعريفه لم يطرح أيّ تساؤل لدى الأوساط القانونية.

[1] -cass .civ, 1er chembre, 28 avril 1987,dalloz . 1988. chr, p :253.

[2]- سي الطيّب محمد أمين، المرجع السابق، ص. 24.

[3]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.25

وعلى ذلك سنتطرّق للمفهوم التشريعي و خاصةً التشريع الجزائري في الفرع الأول، و المفهوم الفقهي والذي تعدّدت مفاهيمه للمهني في الفرع الثاني، و أخيرًا إلى مفهوم القضائي في الفرع الثالث.

الفرع الأول: المفهوم التشريعي للمهني

إنّ الطرف الثاني في عقد الاستهلاك هو المهني، إذ تعدّدت التعاريف بصدده و مرجع ذلك لعدّة أسباب، و أهمّ هذه الأسباب يعود إلى تأثير نظرية المستهلك على نظرية المهني، إذ الأخذ بالمفهوم الأوسع للمستهلك قد يُؤدّي أحيانًا إلى غياب صفة المهني في الشخص المتعاقد الأمر الذي يدفع إلى ضرورة تحديد مفهوم للمهني وذلك لمعرفة الحدود التي يجب أن يمارس فيها نشاطه، ولعلّ أنّ المشرع الفرنسي لم يعطي تعريفًا للمحترف أو المهني تاركًا ذلك للفقه و القضاء، نجد أنّ المشرع الجزائري قد أقدم على تعريف المحترف في المادة 02 الفقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 90-226 المؤرخ في 1990/09/15 و المتعلّق بضمان المنتوجات و الخدمات[1] فهي تنصّ على أنّ: «المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، و على العموم كلّ متدخل ضمن إطار مهنته، في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك» و ذلك كما هو محدّد في المادة 01 من قانون 02/89[2].

كما تنص المادة 03 الفقرة 02 من قانون رقم 08-12 المتعلّق بالمنافسة على أنّ «المؤسسة كلّ شخص طبيعي أو معنوي أيًا كانت طبيعته يُمارس بصفة دائمة نشاطات الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد».

أمّا بالنسبة لقانون رقم 04-02 و في مادته 03 الفقرة 02 المحدّد للقواعد المطبقة كلّ الممارسات التجارية فإنّها تنص على أنّ: «عون اقتصادي كلّ منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدّم خدمات أيًا كانت

[1]- الجريدة الرسمية، العدد 04، 1990.

[2]- المادة 01 من القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الصادر بتاريخ27 فبراير 1989.

صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسّس من أجلها».

ومنه يتبيّن لنا من خلال سردنا لمختلف التعاريف التي جاء بها المشرع الجزائري فإنّها تتشابه فيما بينها في اعتبار المهني محترفًا في المجال الذي يُباشر فيه نشاطاته كما أنّ المشرع لم يفرق بين المنتج والموزع والوسيط والمستورد و اعتبرهم متدخلين في عملية عرض المنتوج للاستهلاك الأمر الذي يجعل مصطلح المتدخل الوارد في قانون حماية المستهلك و قمع الغش الجديد مصطلحًا عامًا يدخل تحت غطائه كلّ من قام بعملية الإنتاج من مرحلتها الأولى إلى غاية وضع المنتوج تحت الاستهلاك[1].

و من خلال هذه التعريفات يطرح التساؤل عن ماهية المعايير التي يُمكن بها كلّ من التشريع و رجال القضاء تحديد مفهومه المهني، و لذلك نرى بأنّ الفقه جاء بمعايير مختلفة و متباينة تناولها من خلال المفهوم الفقهي للمهني.

إضافةً إلى هذه النصوص القانونية نجد أنّ المشرع الجزائري تطرّق للمنتج من خلال القانون رقم 05-10[2]، الصادر بخصوص النقائص التي مسّت الوسائل التي أقرّتها الشريعة العامة واستحدثت مسؤولية المنتج، إلاّ أنّها مسؤولية قاصرة على المنتجات المعيبة دون المنتوجات الخطيرة و على المنتج أو من في حكمه دون بقية المتدخلين في سلسلة عرض المنتوج للتداول.

الفرع الثاني: مفهوم الفقهي للمهني

جاء الفقه بتعاريف عدة للمهني، فمنه من عرّفه على أنّه «الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما، سواء أكان هذا النشاط صناعيًا أم تجاريًا أم حرفيًا أم زراعيًا أم غير ذلك».

[1]- زبير أرزقي، حماية المستهلك في ظلّ المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع: المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص 48.

[2]- القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري

كما أورد تعريفًا آخر على أنّ المهنيين هم «أشخاص الطبيعية أو المعنوية عامة أو خاصة، الذين يعرضون أموالاً أو خدمات في ممارستهم لنشاط اعتيادي»[1].

و يعتمد من هذه التعاريف على طبيعة النشاط الذي يمارسه الشخص هو النشاط المهني، فهو الذي يشتري البضائع من أجل إعادة بيعها، و هو الذي يشتري مجموعة الآلات و الأدوات اللازمة لتسيير مشروعاته على أفضل صورة، و هو الذي يقدّم القروض للمستهلكين و ينظم لهم الرحلات لعرض منتجاته و خدماتهم عليهم وإتمام التعاقد معهم[2].

و يُستفاد أيضًا من هذه التعاريف على وجوب توفر عنصرين أساسيين، ففي التعريف الأول يتضح عنصر و هو العرض للأموال و الخدمات أو الخدمات و الثاني هو ممارسة نشاط بصفة اعتيادية، كما أنّ هذا التعريف ذكر لأشخاص المعنوية و الطبيعية عامةً أو خاصةً، و هذا ما قد يجرّنا إلى النظر في مفهوم الاحتراف كمعيار لتحديد مفهوم المهني، و كذلك معيار الربح في ضوء قواعد القانون التجاري التي تنظم هذه المعايير و ندرس مدى صلاحيتها في مجال علاقات الاستهلاك.

أولاً: معايير الاحتراف لتعريف المهني

إنّ معيار الاحتراف في تحديد مفهوم المهني وجد البعض صعوبةً في تعريف دقيق له، حيث عرفه بعض الفقهاء على أنّه «توجيه النشاط بشكل رئيسي وبصفة معتادة إلى القيام بعمل بقصد الربح» وفي تعريف آخر أنّه «مباشرة نشاط يتخذ وسيلةً يعيش صاحبه وإشباع حاجاته» وعلى هذا فإنّه يُمكن تعريف الاحتراف بأنّه ممارسة الأعمال التجارية على سبيل التكرار و بصفة منتظمة و

[1]- سي الطيّب محمد أمين، المرجع السابق، ص. 25.

[2]- خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص. 38.

مستمرة و اتّخاذها مهنة للحصول على مورد رِزْق، و يقتضي الاحتراف أن يقع العمل بصفة دورية و مستمرة، بحيث يأخذ شكل الاعتياد[1].

و لهذا يعتبر الاحتراف بمفهوم قانون التجاري شرطًا لاكتساب صفة التاجر أمّا في نطاق علاقات الاستهلاك – أي بين المستهلك و المهني- فإنّ الشخص قد لا يعتبر تاجرًا بمفهوم القانون التجاري، لكنّه يعتبر معنا في مواجهة المستهلك، أي لا يشترط توفر صفة التاجر و هي أن يقوم الشخص بالأعمال التجارية على سبيل الاحتراف وبصفة معتادة بل يكفي أن يعتاد القيام بالعمل المتعلّق بمهنته، والاعتياد يختلف عن الاحتراف، حيث هذا الأخير يتضمّن في معناه الاعتياد والعكس غير صحيح، فهو في مرتبة أدنى منه، والاعتياد يقتضي تكرار وقوع العمل من وقت لآخر، ويكون في الغالب مصدرًا للكسب ووسيلة للربح ولا يتوفر شرط الانتظام والاستمرار، ومثال على ذلك كالطبيب أو المهندس أو المزارع، المحامي الذي يقوم بالإضافة إلى مهامه بعمل تجاري من وقت لآخر، و غالبًا ما يستتر هؤلاء خلف أشخاص آخرين لأنّ القانون يحظر عليهم ذلك، وبممارستهم هذه الأعمال يعتبرهم القانون مهنيين طالما اعتادوا القيام بهذه الأعمال المتعلّقة بالبيع أو الشراء ومسؤولين في مواجهة المستهلك.

ثانيًا: معيار الربح في تحديد مفهوم المهني

يُعتبر معيار الربح معيارًا هامًا في منظور القانون التجاري في تحديد مفهوم التاجر وهو يُساعدنا في تحديد مفهوم المهني في تعاقده مع المستهلك هذا من حيث المبدأ، لكن بالرجوع إلى قانون الاستهلاك فإنّ له نظرةً ثانوية في هذا المعيار لتحديد مفهوم المهني إذ أنّ التعاونيات والجمعيات التي لها أنشطة اقتصادية و التي تقوم بأنشطة خيرية، هؤلاء الأشخاص ليس لديهم نظريًا على الأقل

[1]- زبير أرزوقي، المرجع السابق، ص. 48.

هدف الربح و هذا ما أكّدته المادة 03 من قانون رقم 09-03 المتعلّق بحماية المستهلك وقمع الغش التي سلف ذكرها، لأنّ الطرق التي تستخدمها لا تختلف من حيث الأساس عن تلك المتّخذة من طرف الشركات التجارية و بالتالي يجب إدخالها في طائفة المهنيين، هذا ما اعتمدته لجنة تنقيح قانون الاستهلاك في فرنسا إذ كانت في البداية تتردّد على معيار الربح، لكن مع مرور الوقت لم تعد تأخذ به لتحديد مفهوم المهني، فأصبحت تعتبر كلّ من يزاول نشاطها معنيًا يعتبر ضمن طائفة المهنيين وذلك لأنّ الطرق التي تستخدمها هذه الأخيرة لا تختلف عن تلك التي تستخدمها الشركات التجارية كما سبق لنا قوله.

هذا ينقلنا إلى المهني عندما يكون شخصًا عامًا لا يستهدف الربح أساسًا كما هو الشأن المرافق الاقتصادية و المشروعات المؤمّنة و شركات الاقتصاد المختلطة و صاحبة الامتياز و التي تمثّل طابع الدولة الحديثة القائمة على المبادئ الاشتراكية و الاقتصادية الموجّه لاسيما عقب الحربين العالميتين ومن أمثلتها مرافق النقل بالسكك الحديدية أو السيارات أو الطائرات، والبريد والتلغراف والحمامات والسينما....الخ، بحيث الدولة تنزل منزلة الفرد لمباشرة نشاطات من جنس نشاط الأفراد، هذه المرافق الاقتصادية في تعاملها مع العملاء تكتسب وصف المهني إذ تتوفر لها صفات المهني و هي التفوق التقني و القانوني و الوضع المسيطر بل و الاحتكار[1].

هذا ما أكّدته بعض المحاكم الفرنسية من الدرجة الأولى محكمة النقض في أحكام سنتناولها من خلال المفهوم القضائي للمهني التي تقدّم خدمات عامة صناعية و تجارية التي تتعلّق بالقانون الخاص.

الفرع الثالث: مفهوم المهني لدى القضاء

لقد أجاب القضاء الفرنسي عن مسألة مدى المرافق الاقتصادية في تعاملها مع العملاء تكتسب وصف المهني، باعتبار أنّها تتوافر على صفات المهني وهي التفوّق التقني والقانوني والوضع المسيطر و الاحتكاري، ففي نزاع بين شركة الكهرباء الفرنسية و بين أحد المشتركين، حيث أصدرت

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.35.

محكمة "Angers" أنّه ليس من الشكّ في أنّ العلاقة بين شركة الكهرباء الفرنسية "E.D.F" والمشتركين هو من طبيعة عقدية، وليس من الشكّ أنّ الإعداد بالطاقة الكهربائية له خاصية البيع وأنّ الشركة تمثل كلّ خصائص المهني وبصفة خاصة التفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري، بينما المشتركون المتعاملون مهما يمثّلون كلّ خصائص المستهلك، في هذه الظروف فإنّه ينبغي اعتبار أنّ نصوص المادة 02 من مرسوم 24 مارس 1978[1]، تطبّق على العلاقات العقدية بين شركة توزيع الكهرباء الفرنسية ومستخدميها، في الوقت الذي تعتبر فيه هذه الشركة منشأة عامة مكلّفة بإدارة خدمة عامة صناعية و تجارية، هذا هو موقف محكمة الدرجة الأولى و هذا ما أكّدته محكمة الاستئناف في صدد هذا الحكم من اعتبارها الشركة توزيع الكهرباء الفرنسية "EDF" مهنية و اعتبارها المزارع مستهلكًا[2] و السبب في ذلك أنّ المزارعين أطراف هذه الدعوى كانوا على نفس حالة الجهل التي يوجد عليها أي مستهلك آخر، و يجب اعتبارهم غير مهنيين أو مستهلكين في مواجهة "EDF" و التي اعتبرها قضاة الدرجة الأولى تتميز بالتفوق التقني والقانوني و كذلك الوضع الاحتكاري.

و ممّا سبق عرضه من مفهوم للمهني و ما يتعلّق بالمرافق الاقتصادية فإنّ مثل هذه الأشخاص المعنوية العامة و المنظمات و المنشآت العامة حاصلة على امتياز باستغلال مشروع ما ....الخ و التي تدخل في مجالات التجارة و الصناعة و التي تعرض سلعًا و خدمات في مباشرتها أنشطتها بصفة اعتيادية تدخل بوضوح في مجال المادة 35 من قانون 10 يناير 1978، أي يصدق عليها وصف المهني أيًا كان الشكل الذي تتّخذه أو الطبيعة القانونية.

والملاحظ أيضًا في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنّه يزيد بالتدريج من نشاط هذه المرافق الذي يحكمه القانون الخاص، و بالتالي يكون الاختصاص به المحاكم القضائية، إذن جميع دعاوي المسؤولية الناجمة

[1]- المرسوم الصادر بالتطبيق لقانون 10 جانفي 1978، المتعلّق بحماية المستهلك من الشروط التعسّفية و المسمّى بقانون "Scrivener"، أنظر نص المادة 02 منه، ص. 132.

[2]- أنظر: وقائع القضية في الحكم، ص. 10.

عن نشاط هذه المرافق يحكمها القانون الخاص، و الاختصاص للمحاكم القضائية سواء دفع الضرر على الغير أم على عميل المرفق[1].

المبحث الثاني : تطور حماية المستهلك

إن التطور التاريخي لحماية المستهلك فكرة قديمة النشأة -مع نشأة الحضارات السابقة [2]- إلا أنها شهدت ازدهارها في أوج العصور الحديثة وبالضبط منذ بداية الستينات من القرن الماضي وكان ذلك سبب في اختلال التوازن في العلاقة العقدية بين الأفراد (المنتج ، المستهلك) وتطور مكانة المهني من جراء التطور التكنولوجي والذي أدى إلى زيادة القدرة الإنتاجية ونمو اقتصاد السوق وتضاعف الأموال والخدمات المعروضة الأمر الذي زاد من قوة سطو المحترفين على المستهلك والتي أصبحت تزداد يوما بعد يوم، الشيء الذي حرك اهتمام الأنظمة التشريعية في دول العالم التي بادرت بصدور تشريعات تحمي المستهلك من أرباب الإنتاج والتوزيع، والتي نصت على الحق في تأسيس حركات جمعوية لحماية المستهلك والتي بدأ كفاحها يؤتي ثماره من خلال استجابة الجهات الرسمية في أمريكا وأوروبا والذي سنتناوله كمطلب أول والتي اعتبرت أن حماية المستهلك هي من حماية الإنسان الذي يعتبر الثروة التي يجب الحفاظ عليها من طرف الأمم، كما أن هذا الحراك لم يقتصر على الدول المتقدمة فقط بل شمل حتى الدول النامية .

إضافة إلى هذا فإن هذه الحركة – المتمثلة في الجمعيات والمنظمات المحلية والوطنية والدولية – كان لها بعدها الدولي، حيث شهدتها حتى الدول العربية في نصوصها التشريعية آخذة بها

في التدرج إلى وصولها مواكبة التشريعات المتقدمة في حماية المستهلك وهو ما سنتناوله في المطلب الثاني.

المطلب الأول : تطور الحماية في أمريكا وأوروبا و على مستوى المنظمات الدولية

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 37.

[2]-حيث عرفت الحضارات عند الفراعنة، في العراق القديمة، عند الإغريق، الرومان، اهتماما بفكرة حماية المستهلك (أنظر ، صياد صادق، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 ، ص. 11 وما يليها).

سنتعرض للتطور الذي شهدته حماية المستهلك في أمريكا والتي تعتبر من أوائل الدول التي بزغ فيها الاهتمام لحماية المستهلك (فرع أول) ثم إلى أوروبا التي انتقلت إليها الفكرة (فرع ثاني) ثم نتناول تطور حماية المستهلك على الصعيد الدولي (مطلب ثالث) .

الفرع الأول: ظهور الحماية في أمريكا

إن حركة حماية المستهلك من ضمن الحركات الحديثة، إذ تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد نشوء الحركة، حيث بدأت بالرسالة التي وجهها الرئيس الأمريكي "جون كنيدي " إلى الكونغرس بتاريخ : 15 مارس 1962 والتي أكد فيها على وجوب وضع قوانين إضافية، حتى تتمكن الحكومة الفيدرالية من تنفيذ التزاماتها قبل المستهلكين، بعد أن لاحظ أن المستهلكين يمثلون المجموعة الاقتصادية الأكبر عددا والأقل اهتماما بها واستماعا لها .

وقد تضمنت هذه الرسالة أسسا هامة حددت حقوق المستهلك وهي :

1-**الحق في الأمان**: the right to safety أي حماية المستهلك من السلع الضارة بصحته وحياته .

2-**الحق في الإعلام**: the right to be informed **أي** حق المستهلك في الحصول على إعلام موضوعي، وكافي عن المنتجات والسلع وحمايته من الإعلام المضلل والإشهار الخادع وتقديم البيانات الدقيقة الكفيلة باتخاذه الاختيار الأفضل والسليم، كبيان الأسعار والوسم .....

3-**حق الاختيار**: the right to choose ومعناه حق المستهلك في الاختيار بين السلع بقصد الحصول على سلعة أو خدمة ذات جودة، مقابل سعر معقول.

4-**حق الاستماع له** : the right to be Heard ومعناه أن الحكومة ستأخذ مطالب المستهلكين بعين الاعتبار عند وضعها للسياسة الحكومية، إضافة إلى عناية الإدارة بها، واعتماد جمعيات المستهلكين لإسماع صوت المستهلكين إلى الجهات المعنية.

وقد دأب رؤساء أمريكا ببعث رسالة ماثلة إلى الكونغرس يؤكدون فيها على ضرورة الاهتمام والحرص على حقوق المستهلك، كما فعل الرئيس (جونسون) عام 1664، والرئيس (نيكسون) عام 1969.[1]

ولم يتوقف الحراك عند هذا الحد، بل نجده قد استمر تبلوره وتطوره حتى بداية السبعينات، لما قامت مجموعة من نشطاء حركة المستهلك بقيادة "**رالف نادر**"، وهو من أشهر نشطاء حركة حماية المستهلك في أمريكا والعالم، بإعداد قائمة موسعة لحقوق المستهلكين أضافوا ستة حقوق أخرى ليرتفع عددها إلى عشرة حقوق.

وبالعودة إلى ما قبل هذه التواريخ المذكورة والمتعلقة بتطور الحماية في أمريكا نجد أنه توجد قوانين سابقة متعلقة بحماية المستهلك ولكن بطريقة غير مباشرة، فنجد قانون 1882م بشأن الخداع والغش، ثم صدر قانون 1890م الذي ينظم صناعة الأغذية المحلية ووضع المواصفات القياسية اللازمة لحماية المستهلك، وفي سنة 1927م أنشئت إدارة الأغذية والدواء وأصبحت هي المتولية تنفيذ التشريع، والتي نجحت في عام 1930م في الاتصال بوزارة الصناعة لوضع المعايير الخاصة بجودة المنتجات المحلية[2] .

الفرع الثاني: تطورها في أوروبا

وكان ذلك بموجب معاهدة روما التي أنشأت من خلالها السوق الأوروبية بتاريخ 25 مارس 1957م، والتي لم تتضمن بنودها ما يشير إلى ما يضمن حقوق المستهلكين نظرا لعدم وضوح ظاهرة عدم التكافؤ بين المحترفين والمستهلكين ومن عدم وجود طرف ضعيف وهو المستهلك وكذلك غياب جمعيات ومنظمات حماية المستهلك في تلك الفترة، غير أن الاهتمام الأوروبي جاء مطلع عام

[1] – د محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص. 39

[2] – صياد صادق ، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة ، السنة الجامعية 2013 -2014 ، ص. 21

1972م وذلك في شبه توصية صدرت في قمة باريس لزعماء دول وحكومات السوق حيث حدد مجلس وزراء السوق سنة 1975 م، برنامج لحماية المستهلكين وتم الإعلان فيه عن خمسة حقوق أساسية للمستهلك وهي :

- حق المستهلك في حماية صحته وسلامته.
- حقه في حماية مصالحه الاقتصادية.
- حقه في التعويض عن الأضرار التي يتعرض لها.
- حقه في الإعلام والتربية.
- الحق في التمثيل والتقاضي[1].

ولم تكد الدول الأوروبية تعلن عن قيام هذه المنظومة الإقليمية الاقتصادية، حتى كانت الجهود تنصب على إيجاد سبل التنسيق بين دولها في سبيل حماية مواطني هذه الدول في معاملاتهم الاستهلاكية الداخلية والدولية، ويبدوا هذا الأمر نتيجة طبيعية للتطورات التي شهدتها كل دولة من هذه الدول على المستوى الداخلي في مجال حماية المستهلك، ولقد شهدت سنوات الستينات اجتماعات ولجان عديدة تسعى إلى تحقيق التنسيق من خلال دراسة سبل تحقيقه وطرح التوصيات والقرارات الساعية لتحقيق هذا الهدف، وتوالت الدراسات واللجان في سنوات التي تلت ذلك العام إلى أن تمخض عنها ما يعرف باسم (الإعلان الأوروبي لحماية المستهلك) وذلك عام 1973م، والذي جاء بحقوق أساسية للمستهلك كالحق في الحماية الصحية وحماية مصالحه الاقتصادية والمالية مع الحق في التعويض والحق في الإعلام وتشجيع إنشاء الجمعيات والهيئات التي تعني بتوجيه المستهلك وحماية حقوقه .[2]

فاستطاعت هذه الحقوق الأساسية أن توحد نظم الدول الداخلية (للإعلان الأوروبي) وذلك بسن تشريع موحد وفقا لبرنامج خاص سنة 1975م.

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص. 43 .

[2] – مركز الدراسات والبحوث التشريعية، تحليل مشروع قانون حماية المستهلك (دراسة تحليل تشريع السابع 7)، عمان، المملكة الأردنية، سنة 2015 م.

وكان على إثر ذلك قيام الدول الأوروبية بإصدار تشريعات متخصصة في مقاومة التعسف ضد المستهلك ، فأصدرت ألمانيا تشريع إتحادي يتعلق بمقاومة الشروط التعسفية ضد المستهلك الواردة ضمن الشروط العامة في العقود النموذجية " عقود الإذعان" وذلك بتاريخ 1976/12/09م ثم صدر في انجلترا قانون خاص بالشروط المجحفة في العقد، ثم صدر القانون الفرنسي رقم 23/78 ثم تلاه في لوكسمبورغ صدور قانون خاص بالحماية القانونية للمستهلكين بتاريخ 1983/08/25م ثم قانون حماية المستهلك بتاريخ 1984/06/16م، وفي البرتغال صدر قانون رقم 85/446 بتاريخ 1985/10/25م، يهدف إلى حماية المستهلك، وفي هولندا صدر قانون حماية المستهلك بتاريخ 1987/06/18م، ثم في بلجيكا حيث صدر قانون تنظيم ممارسة وإعلام المستهلكين بتاريخ 1991/01/14م [1].

الفرع الثالث : نشأة حركة المستهلك في فرنسا

إن التشريع الفرنسي قد عرف حماية المستهلك منذ بداية القرن العشرين وذلك بصدور بعض القوانين التي تعني بطريق غير مباشر بحماية المستهلك من المنتج أو المتدخل في عملية تداول المنتجات، منها القانون الصادر عام 1905م والذي بموجبه يفرض عقوبات على خداع أو غش السلعة.[2]

ثم بدأت حركة في الظهور والمتمثلة في إنشاء عديد من الجمعيات وإن كان ظهورها متأخرا نوعا ما وأقل قوة من نقابات العمال، ونذكر منها الإتحاد الفدرالي للمستهلك سنة 1951 الذي يهتم بالدفاع عن المستهلكين وينشر مجلة (que choisir)، وتحت ضغط هذه الجمعيات تدخل المشرع الفرنسي فأصدر قانون توجيه التجار والحرف بتاريخ 1973/12/27 والمسمى قانون royer والذي نص في مادته الأولى على أن "التجارة والحرفة من أجل ترشيد وتحقيق رغبة المستهلك سواء من حيث السعر أو النوعية للخدمات والمنتجات المعروضة".

[1] – صياد صادق، مرجع سابق، ص. 23.

[2] – المرجع نفسه، ص. 24 .

كما أن المشرع الفرنسي وبعد 05 سنوات من صدور القانون السابق الذكر أصدر قانون المتعلق بالشروط التعسفية والمؤرخ في 10 جانفي 1978 تحت اسم قانون scrvener.

كما ساهمت الحكومة بإنشاء هيئات عديدة ومختلفة متخصصة، منها المعهد الوطني للاستهلاك والمجلس الوطني للاستهلاك، وفي سنة 1976 أنشئت وزارة للاستهلاك، ثم سكريتا ريا دولة للاستهلاك وذلك تحت ضغط المستهلكين وإن كان دورها غير ناجح بسبب الأزمات الاقتصادية.

كما نجد أن الحكومة قد أنشأت لجنة لإعادة صياغة قانون الاستهلاك يتضمن 300 مادة والتي اقترحت استبدال النصوص الموجودة آنذاك بتقنين ينشأ عن إعادة صياغة حقيقية، والذي وجد صعوبة لإخضاعه للبرلمان لكثرة القوانين فيه[1].

ومن أعمال الحكومة الخاصة بحماية المستهلك وهو صدور مرسوم 1984/12/07م والذي حل محل المرسوم الصادر في سنة 1972م، والمتعلق بتنظيم وضع البطاقات والبيانات على المنتجات الغذائية[2].

وبمجيء سنة 1993م اختارت الحكومة أن تجمع النصوص التشريعية المتفرقة في تقنين واحد بموجب قانون مؤرخ في 26 جويلية 1993 ثم تقنين النصوص التنظيمية بعد ذلك بموجب مرسوم مؤرخ في 27 مارس 1997، وقد أدى ذلك إلى عدم التناسق بين نصوصه واختلافها من حيث نطاق التطبيق.

الفرع الرابع: المنظمات الدولية ومساهمتها في تطوير حماية المستهلك

إن الولايات المتحدة الأمريكية وباعتبارها السباقة في الاهتمام بحماية المستهلك نظرا للتطور الصناعي فيها شهدت ظهور أول منظمة عالمية تنادي بضرورة حماية المستهلك سنة 1960 وتسمى هذه المنظمة بالمنظمة الدولية للمستهلكين والتي تضم جمعيات المستهلكين لمختلف الدول وكان هذا بمبادرة من رئيس اتحاد المستهلكين في الولايات المتحدة، وتتمتع هذه المنظمة بوضع مستشار لدى المجلس الاقتصادي والاجتماعي لمنظمة الأمم المتحدة، ومنظمة الأمم المتحدة للثقافة

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص.42 و 43.

[2] – صياد صادق، مرجع سابق، ص.24.

والعلوم UNSECO، ومنظمة التغذية العالمية FAO، ويدير هذه المنظمة مجلس يتكون من خمسة عشر عضوا لها أهداف تصب في حماية مصالح المستهلك المادية والمعنوية [1].

وفي سنة 1977 جاء في إعلان للمجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة بأن لحماية المستهلك علاقة بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية، ثم طلبه من الأمين العام للأمم المتحدة بإعداد دراسة عن المؤسسات والتشريعات الخاصة بحماية المستهلك لدى الدول الأعضاء، وإعداد مقترحات لحماية المستهلك كي تنظر فيها الحكومات.

وفي سنة 1981 جدد طلبه بإجراء مشاورات تهدف إلى وضع مسودة بمجموعة من المبادئ التوجيهية العامة لحماية المستهلك، وتم ذلك بإجراء مشاورات مع الحكومات والمنظمات الدولية حيث تم مناقشة مشروع المبادئ المقدم للمجلس، وبعد سنتين من المفاوضات والمناقشات مع الحكومات، تم اعتمادها سنة 1985م، وهي تمثل مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك، – قرار الجمعية العامة رقم 348/39 –و تهدف هذه المبادئ إلى مساعدة الدول على تحقيق الحماية الكافية لسكانها كونهم مستهلكين من خلال تأسيس جمعيات ومنظمات للمستهلكين وتسهيل وصول المعلومة الوافية لتمكنهم من الاختيار، وكذا من خلال حث الدول على وضع سياسات وقوانين ومراقبة تنفيذها لحماية مصالح المستهلك[2].

المطلب الثاني: تطور حماية المستهلك في بعض الدول العربية

إن الحديث عن تطور حركة حماية المستهلك في الوطن العربي، يجرنا للحديث عن التاريخ المرير الذي شهدته معظم الدول العربية وذلك من جراء القوى المهيمنة التي سيطرت على ثرواته وشتت بنيته الاجتماعية والثقافية، والذي كان سبب في التأخر في تشكيل وبناء منظمات المجتمع المدني وكذلك على ظهور مؤسسات أو جمعيات لها اهتمامات مرتبطة بالإنسان والجمعيات المهتمة بحماية المستهلك والدفاع عن حقوقه،وهذا كله لم يمنع من وجود بعض المؤسسات في الوطن العربي

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن،مرجع سابق، ص.46.

[2] – صياد صادق، مرجع سابق، ص.26.

مرتبطة بالجهاز الحكومي، أو لها مهام أو وظائف تتعلق بحقوق وشكاوى المستهلك، ومن هذه الدول سنتناول تطور الحماية المستهلك قبل وبعد صدور قانون 89-02 في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى تطور هذه الحماية في جمهورية مصر العربية والتي ظهرت فيها بوادر تتمثل في جملة من النصوص والتشريعات المتعلقة بحماية المستهلك، وإلى المملكة الأردنية الهاشمية ضمن الفرع الثالث.

الفرع الأول: تطور تشريع حماية المستهلك في الجزائر

لقد عرف التشريع الجزائري في إطار الحماية المخولة للمستهلك مرحلتين بارزتين، الأولى سبقت صدور قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، والثانية هي المرحلة ما بعد صدور القانون السابق الذكر.

أولا: المرحلة السابقة على صدور قانون 89-02

في هذه الفترة الجزائر لم تشهد تطورا في حركة حماية المستهلك نظرا لانتهاجها الاقتصاد الموجه (النهج الاشتراكي)، واستمر الوضع إلى غاية أواخر الثمانينات باستثناء البعض منها. بدأت هذه الفترة بصدور قانون 31 ديسمبر 1962 الذي أبقى على سريان القوانين الفرنسية باستثناء ما تتعارض منها مع السيادة الوطنية، وحتى صدور القانون السابق فإن حركة حماية المستهلك لم تكن قد تبلورت بعد في فرنسا ذاتها، الأمر الذي يسمح بالاقتباس عن قوانينها في هذا المجال[1].

فكان المشرع الجزائري يحمي المستهلك طبقا للقواعد العامة في القانون المدني وفقا لنظريات عيوب الإرادة والعيوب الخفية، فكان يوقع التزام المتدخل طبقا للمسؤولية العقدية التي يبرمها على البائع في حالة إخلاله بالتزام تعاقدي، إضافة إلى إمكانية تحميله المسؤولية التقصيرية إذا كان المستهلك لا

[1] – محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، مرجع سابق، ص.47

تربطه بالبائع المسئول علاقة تعاقدية[1] وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 124 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975م المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

إضافة إلى القانون المدني نجد أن التشريع في هذه الفترة قد شهد صدور أوامر متعلقة نوعا بحماية المستهلك منها:

الأمر رقم 74/75 والذي بموجبه استحدث المشرع الجزائري جرائم جديدة أدخلها إلى قانون العقوبات وهي متعلقة بالغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية .

وكذلك الأمر رقم 65/76 والمتعلق بتسميات المنشأ، وكان الغرض منه حماية المنتج أصلا.

والقانون رقم 08/88 المتعلق بنشاطات البيطري وحماية الصحة الحيوانية.

وأخيرا القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 07 مارس 1987 المتعلق بتعاونيات الاستهلاك، والتي كان الهدف منها هو المساهمة في حماية القدرة الشرائية للعامل.

ثانيا: مرحلة ما بعد صدور قانون 89-02

إن ما يميز هذه المرحلة هي تلك الإصلاحات والتغيرات التي شهدتها الجزائر من خلال تعديل الدستور الذي نص على الإصلاحات الاقتصادية والسياسية وتبني النظام الديمقراطي واقتصاد السوق والذي انجر عنه اهتمام المشرع الجزائري بالمستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في ظل تزايد المؤسسات الإنتاجية للخواص والذي أدى إلى حتمية صدور قانون خاص بحمايته وهو قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ويعتبر هذا القانون أول نص قانوني يحمي المستهلك من الإنشاء الأولي للسلع و/أو الخدمات إلى العرض النهائي لاستهلاكها، وقد تضمن هذا القانون ثلاثون مادة تنص على المبادئ الأساسية المتضمنة لحقوق المستهلك، وأهم هذه المواد ما يتعلق ب:

1- حق المستهلك في سلامته من المخاطر التي تمس صحته أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية.

[1] – شعباني حنين، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 012 ، ص.08

2- حق المستهلك في توفر المنتوج أو الخدمة على المقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية وإلزام المطابقة ولرغبته المشروعة في الاستهلاك .

3- الاعتراف بحق المستهلك في الضمان القانوني للمنتوج أو الخدمة وبحقه في تجربة المنتوج

4- الاعتراف بحق المستهلك في التمثيل وحق التقاضي في إطار جمعيات المستهلكين.

5- إقرار واجب تدخل الأجهزة المختصة، عن طريق اتخاذ الإجراءات اللازمة لوقاية المستهلك ووضع نظام لرقابة جودة المنتجات والخدمات[1].

وما يلاحظ على الاهتمام الجاد للمشرع الجزائري بحماية المستهلك ومحاولته مواكبة الركب العالمي ومسايرة الدول المتقدمة في ذلك، وهو إصداره لجملة من المراسيم التنفيذية والتنظيمية التي أعقبت صدور قانون 89-02، والتي كانت تصب جميعها في خانة التدابير والإجراءات التي من شأنها التأكد من ضمان جودة المنتجات والخدمات للحفاظ على صحة المستهلك وسلامته وحماية مصالحه المادية والمعنوية وأهم هذه المراسيم كان قد صدر في سنوات 90-91-92-95-96-97-98-99 .

إضافة إلى هذه المراسيم الصادرة في السنوات المذكورة سالفا، نجد المرسوم التنفيذي رقم 272/92 المؤرخ في 6 جويلية 1992، الذي أنشأ هيئة حكومية استشارية تتكون من ممثلي أربعة عشر وزارة إضافة إلى مدراء المركز الجزائري لمراقبة النوعية، والمعهد الوطني لضبط المقاييس والملكية الصناعية والملكية الصناعية، وتسعة من ممثلي جمعيات المحترفين وعشرة من ممثلي الجمعيات المعتمدة للمستهلكين الأكثر تمثيلا.

وينقسم هذا المجلس والذي تبقى مهامه مقتصرة على الدور الاستشاري،إلى لجنتين وهما:

1- لجنة نوعية المنتجات والخدمات وسلامتها.

2- لجنة إعلام المستهلك والرزم والقياسة.

الفرع الثاني: تطور حماية المستهلك في جمهورية مصر العربية

[1] – زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق، تيزي وزو، 2011 ،ص.27.

تعتبر مصر من ضمن الدول العربية التي واكبت التطور الذي شهدته دول العالم في مجال حماية المستهلك محاكاة قوانين الدول المتطورة مثل فرنسا، حيث أنه تشير الدراسات إلى ظهور بوادر تتمثل بجملة من النصوص والتشريعات المصرية وذلك منذ عام 1883 تضمنتها مواد في عدد من القوانين تتعلق بالغش سواء بالمأكولات أو الأدوية أو كل ما يشتريه المستهلك.

ثم تطورت التشريعات في مصر بعد ذلك من خلال ما ظهر في فرنسا من مستجدات فيما يتعلق بحماية المستهلك، فصدرت في تسعينيات من القرن الماضي عدد من القوانين وتعديلات بتجريم الخداع والغش بكل أصنافه، ومنذ عام 1950 حتى عام 1994 أجريت تعديلات وأنشأت مؤسسات أو أقسام أو جمعيات مهتمة بهذا الخصوص.

وفي مطلع القرن الواحد والعشرين، سن المشرع المصري قانونا مستقلا لحماية المستهلك وهو – قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006[1]– وبموجبه يكون الوزير المختص بشؤون التجارة والصناعة هو الوزير المختص بتطبيق أحكام القانون.

وقد جاء هذا القانون بحقوق لصالح المستهلك نذكر أهمها بإيجاز:

الحق في الصحة والسلامة، والحق في الحصول على المعلومات والبيانات المتعلقة بالمنتوج، والحق في الكرامة الشخصية واحترام القيم الدينية، المشاركة في المؤسسات والمجالس واللجان المتعلقة بحماية المستهلك ،الحق في رفع الدعاوى القضائية ، الحق في اقتضاء تعويض عن الأضرار المتعلقة بالمنتوج أو الخدمة .

كما نجد أن هذا القانون قد أوجب على المنتج أو المستورد أن يضع باللغة العربية على السلع البيانات والمواصفات القياسية بشكل واضح تسهل قراءته، كما ألزم المنتج أو المورد بأن يضع على المراسلات والمستندات والمحررات الصادرة عنه جميع البيانات التي تحدد هويته، وتقديم فاتورة إذا طلبها منه المستهلك وإمداد المستهلك بجميع البيانات المتعلقة بالمنتج وخصائصه.

[1] – دار العدالة والقانون العربية، قانون حماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006، الموقع الالكتروني
http://www.justice – lawhome.com/vb/showthead.php

وبموجب هذا القانون يلتزم المورد خلال مدة أقصاها سبعة أيام منذ اكتشافه لعيب في المنتوج بأن يبلغ جهاز حماية المستهلك عن هذا العيب ، وأن يوقف إنتاجه له أو التعامل به.

وقد منح هذا القانون للمستهلك مدة أربعة عشر يوما من تسلم أية سلعة لاستبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها، إذا شاب عيب هذه السلعة أو كانت غير مطابقة للمواصفات، وكذلك الأمر بالنسبة لمقدم الخدمة في حالة ما إذا قد شاب عيب هذه الأخيرة بأن يعيد مقابلها أو مقابل ما يجبر النقص فيها أو إعادة تقديمها للمستهلك .

وأخيرا نص هذا القانون على إبطال أي شرط في أي وثيقة أو عقد ما من شأنه ينقص التزامات المورد المتعلقة بيع السلعة أو تقديم الخدمة.

وبموجب هذا القانون فقد تم إنشاء جهاز يسمى"**جهاز حماية المستهلك**" لتطبيق أحكام هذا القانون، ويهدف إلى حماية المستهلك وصون مصالحه، بحيث تكون له الشخصية الاعتبارية العامة وله استقلالية مالية وإدارية، ويتبع الوزير المختص ويكون مركزه الرئيسي مدينة القاهرة وله فروع ومكاتب بالمحافظات[1].

الفرع الثالث: تطور حماية المستهلك في المملكة الأردنية الهاشمية

إن المملكة الأردنية الهاشمية كدولة عربية تعتمد نهج اقتصاد السوق وتتبني فلسفة النظام الاقتصادي الحر، وعليه فإنها تأخذ بآليات هذا النظام وبناء القواعد والنظم والمؤسسات التي من الممكن أن تعمل على حسن تسييره بما يخلق التوازن الاقتصادي بين أطراف المجتمع ويؤدي في النهاية إلى التوازن والسلم الاجتماعي بين أفراده، وتنبع أهمية حماية المستهلك الأردني من كون كل فرد في المجتمع يعتبر مستهلكا حتي المنتج و المورد ومقدم الخدمة هم مستهلكين في نظر قانون المملكة وهي بذلك تتبنى فكرة المفهوم الموسع للمستهلك، كما أن المملكة تعمل على وضع الضوابط اللازمة لحماية المستهلك، وذلك بتوفير التشريعات الملائمة وبناء قاعدة تثقيفية واسعة للمستهلك، ومنع المعلومات المضللة، ويرتبط ذلك بمدى وجود المنافسة التي لا تتيح للمنتج التحكم بالأسعار، وتعمل

[1] – مركز الدراسات والبحوث التشريعية، مرجع سابق، ص.19 و20

على الاستفادة من التكنولوجيات المستمرة لتحقيق هذا النمو الذي هو في النهاية لمصلحة المستهلك.

ولأجل ذلك أنشأت المملكة وزارة الصناعة والتجارة بتاريخ 1952/01/30 وتعتبر من أهم المؤسسات التي لها دور كبير ومباشر في حماية المستهلك، من خلال مجموعة من الإجراءات القانونية منها الرقابة على الممارسات التجارية وتنظيمها ورقابة النوعية وقمع الغش[1].

وقد انبثقت منها عدة وزارات ومؤسسات مستقلة، وفي عام 1998 تم إلغاء وزارة التموين لتنتقل مهامها إلى وزارة صناعة والتجارة وذلك لأجل مواجهة المستجدات في الأسعار المحلية والعالمية وتعزيز محور حماية المستهلك، كما أضيف محور التموين إلى الوزارة لتصبح وزارة الصناعة والتجارة والتموين وذلك سنة 2013، وتعمل هذه الوزارة بموجب قانون الصناعة والتجارة رقم 18سنة 1998 ونظام تنظيم إدارة وزارة الصناعة والتجارة رقم 94 سنة 1998.

ولأجل تسهيل وتقديم خدماتها للمواطنين عمدت الوزارة على فتح مراكزها عبر كافة محافظات المملكة.

كما نجد ان المملكة قد أنشأت في مجال حماية المستهلك مؤسسات تعمل وزارة الصناعة والتجارة والتموين من خلالها على انجاز مهامها وهي مرتبطة بها ومن هذه المؤسسات نذكر:

مؤسسة المواصفات والمقاييس، والمؤسسة الأردنية لتطوير المشاريع الاقتصادية، ودائرة مراقبة الشركات، المؤسسة الاستهلاكية المدنية.

ومن أبرز الأهداف الوطنية للوزارة نجد:

1- تطوير الاقتصاد الأردني ليكون مزدهرا ومنفتحا على الأسواق الإقليمية والعالمية.
2- تمكين الاقتصاد الوطني من استيعاب التدفق السنوي المتنامي للأيدي العاملة الأردنية.
3- تعزيز محور التموين في سياسات الأمن الغذائي وحماية المستهلك وضمان جودة السلع وتوفرها في الأسواق بالأسعار المناسبة.

[1] – مركز الدراسات والبحوث التشريعية، المرجع نفسه، ص. 21 و 22

4- تعزيز الإدارة الحكومية لتكون مستقرة ماليا وشفافة وخاضعة للمساءلة على الصعيدين المركزي والمحلي.

5- إدارة المخزون الإستراتيجي من المواد الأساسية.

6- تعزيز آليات حماية المستهلك والنهوض بإجراءات الرقابة والتفتيش على المنشآت الاقتصادية والأسواق.

7- ضمان جودة المنتجات باعتماد مواصفات قياسية أردنية ملائمة.

الفصل الثاني: الشرط التعسفي ووسائل مكافحته

إنّ موضوع الحماية للمستهلك لازال من الموضوعات الهامة، و خاصةً في وقتنا الحالي، إذ اعتبر البعض من الأركان الأساسية في نظام اقتصاد السوق، حيث و بالرغم من الاهتمام المبكّر لفكرة حماية المستهلك على مرّ العصور و خاصةً خلال الثورة الصناعية أين تطوّرت عمليات التصنيع و الرأسمالية الاقتصادية، فشهد مبدأ سلطات الإرادة ركن الرضا في العقد و القوة الملزمة له، في هذه الفترة تأثيرًا كبيرًا و الفوضى أحيانًا نتيجة لعوامل اقتصادية جعلت القرن التاسع عشر مجالاً خصبًا لنمو عقود الإذعان و الذي أصبح بين أيدي عدد كبير من أصحاب المنشآت الصناعية الكبيرة فأصبح الوسيلة الأكثر سهولة للإعداد المنفرد للعلاقات العقدية بين هذه المنشآت وبين الغير الذي يتعاقد معها، وعلى ذلك ومن جرّاء التحوّلات الهائلة التي عرفها الاقتصاد العالمي في مختلف الأنظمة موجهة كانت أو اقتصاد السوق، حيث أصبح المستهلك في ظلّ اقتصاد السوق أو ما يعرف بالسوق الحرة يحتاج إلى حماية أكبر من ذي قبل، وذلك من خلال ظهور طوائف من المهنيين والموزعين والبائعين، والسمعة الاقتصادية القوية (النفوذ الاقتصادي) في مواجهة المستهلك من أجل إقناعه بالشراء ومستخدمين أساليب التحايل والخداع في العلاقة العقدية معه منتهزين بذلك مركزه الضعيف لإملاء لشروط تعسفية و مرهقة لكاهله.

و على ذلك، ومن خلال تبلور فكرة المهني و تطوّر مركزه الاقتصادي وظهور النقص الذي تميزت به قواعد حماية المستهلك، فغنّ القواعد المعاصرة لحماية المستهلك وفي ظلّ الظروف الاقتصادية التي فرضت تحديث الحماية لتتلاءم مع ما هو مستجد، جاءت بطرق جديدة في قواعد حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

ومن خلال ما تقدمنا بذكره، سنولي أهمية الدراسة لمفهوم الشرط التعسفي مبرزين الأسس والمقوّمات التي تساعد على ضبط مفهومه في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني نتناول الآليات التي جاء بها المشرع لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

المبحث الأول: الشروط التعسفية

إنّ الحديث عن مفهوم الشروط التعسفية يقودنا إلى ذكر وتحديد التعريفات القانونية المختلفة التي خصّت الشروط التعسفية في المطلب الأول، ونخصّ المطلب الثاني للعناصر المكوّنة له وفي المطلب الثالث للمعايير التي جاء بها الفقه والتشريع لضبط مفهوم الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك أو عقود الإذعان .

المطلب الأول: مفهوم الشروط التعسفية

إنّ مفهوم الشرط التعسفي، وبالرغم من تناوله من طرف طائفة تشريعات عديدة لم يعطي تعريفًا محدّدًا، و بالرغم من أنّنا نظمت الحماية ضدّ الشروط التعسفية، و ذلك راجع إلى الجدل الكبير الذي عرفه فقهاء القانون وخاصةً في فرنسا، كما أنّ طائفة أخرى وسعت من المفهوم التعسفي مثل القانون الألماني وهذا الأخير الذي يوصف بأنّه الأساس الذي استندت إليه دول الاتحاد الأوروبي في مقاومة الشروط التعسفية، كما نجد الفقه القانوني العربي والحب الفقه العربي في تناوله لمفهوم الشرط التعسفي، و هذا ما سنعرض له من خلال التعريف الفقهي للشرط التعسّفي (الفرع الأول) و التعريف التشريعي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف الفقهي للشرط التعسّفي

لقد ذهب بعض الفقهاء من الفقه الغربي في تعريفهم للشرط التعسفي بأنّه: «الشرط المحرر مسبقًا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذه الأخيرة ميزة فاحشة عن الطرف الآخر»، فتعريفه إذن شيءٌ غير محدّد ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحدّدة لها: الشروط الجزائية وشروط إسناد الاختصاص، ومنه يبدو واضحًا الصعوبة التي وجدها الفقهاء في هذا التعريف[1].

[1]- سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق، ص. 96.

كما نجد اتّجاهًا آخر من الفقه الغربي معرف الشرط التعسفي على أنّه «في عقد مبرم بين مهني و مستهلك محرّر مسبقًا من طرف واحد بواسطة المهني يعتبر شرطًا تعسّفيًا كلّ شرط بالنظر للميزة القاصرة على المهني يُؤدّي إلى عدم توازن في حقوق و التزامات الأطراف».

و على غرار الفقه الغربي نجد من الفقه العربي وخاصةً الجزائري أعطى تعريف للشرط التعسفي بأنّه «ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك والذي يُؤدّي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدّر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد و موضوعه و حالة طرفيه وفقًا لما تقتضي به العدالة»[1].

يلاحظ على هذا التعريف على أنّه متأثّر بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري إذ أنّ هذه المادة قرّرت أنّ القاضي في تقديره الطابع التعسفي للشرط يقوم بذلك وفقًا لما تقتضي به العدالة.

وقد حاول البعض القول بتعريفهم للشرط التعسفي-اتجاه في الفقه المصري- على أنّه الشرط الجائر الذي يتضمّن أحكامًا تتنافى مع العدالة، وهذا التعريف في نظر البعض لم يأت بجديد من جهة أولى، وأنّه أشبه بمن يفسّر الماء بالماء من جهة ثانية[2].

وعرّف جانبٌ آخر من الفقه العربي الشرط التعسفي بأنّه:«شرطٌ يفرضه المهني على المستهلك مستخدمًا نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدّي إلى حصوله على ميزة فاحشة، و بما يؤدّي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي من جرّاء هذا الشرط المحرّر مسبقًا من طرف واحد بواسطة المهني ويقتصر دور المستهلك فيه على القبول أو الرفض وسواء كانت هذه الميزة الفاحشة متعلّقة وموضوع العقد أم كانت أثر من آثاره»[3].

[1]- محمد بودالي،مكافحة الشروط التعسفية في العقود(دراسة مقارنة)،كلية الحقوق،جامعة بلعباس،الطبعة الأولى 2007، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، ص. 77.

[2]- عامر قاسم أحمد القيسي،الحماية القانونية للمستهلك(دراسة في القانون المقارن) كلية الحقوق، جامعة الإسراء،الطبعة الاولى2002،دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص. 38.

[3]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 215.

و يُفهم من هذا التعريف أنّ الفقه تبنّى معيارين لمفهوم الشرط التعسّفي، معيار الميزة الفاحشة و الذي نفسه هو معيار الاختلال الظاهر بالتوازن.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي (القانوني) للشرط التعسفي

إنّ من بين الدول الأوروبية التي اهتمت بحمايتها للمستهلك، نجد ألمانيا التي كانت سبّاقة بإصدارها لقانون المتعلّق بالشروط العامة للعقود بتاريخ 09-12-1976، و الذي بدأ العمل به في 01 أفريل 1977، حيث تبنّى فيه المشرّع الألماني للنظام التشريعي واضعًا قائمةً خاصة بالشروط الباطلة معترفًا في نفس الوقت للقضاء بسلطة تقدير هذه الشروط و الحكم ببطلانها، هذه الشروط و التي تخلّ بالتوازن العقدي، و التي عرفتها المادة 01 من القانون السالف الذكر «بأنها تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود، و التي يفرضها أحد المتعاقدين و هو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، و كما قد يكون هذه الشروط منفصلة عن العقد، فإنّها قد تكون مندمجة في نصوص، دونما اعتبار لموادها و لا للشكل الذي تردّ فيه»[1].

و على ذلك فإنّ الحماية من الشروط التعسّفية لا تقتصر على فئة المستهلكين، كما أنّها ليست مقبولة إلاّ بالنسبة لعقود الإذعان فقط، مع استثناء عقود المفاوضة أو المساومة، و قد اشترط القانون للاعتداد بها إعلام المستهلك عن طريق لفت انتباهه إليها صراحةً، أي من خلال عرضها بطريقة مرئية في المحل أو في مكان إبرام العقد.

كما أيضًا نجد من ضمن الدول الأوروبية التي بادرت بحمايتها المستهلك فرنسا في تشريعها معرفًا الشرط التعسفي في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، و المتعلّق بإعلام و حماية المستهلك للسلع و الخدمات، حيث تنصّ بأنّه: «في العقود المبرمة بين مهنيين و غير مهنيين أو مستهلكين، يمكن أن تكون محرمة، محدّدة، أو منظمة..... الشروط المتعلقة بـ..... حينما تبدو هذه

[1]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 18.

الشروط أنّها مفروضة على غير مهنيين أو مستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر و تمنح هذا الأخير ميزة فاحشة».

يستخلص من هذا النص أنّ المشرع الفرنسي فقد أثار مسألة تعريف الشرط التعسفي، حيث كان الاتجاه يتمثل قبل صدور هذا القانون و ترك تحديد التعريف للقضاء، لكن هذا الخيار قد استبعده لأنّه كان يستلزم عدّة سنين لأجل أن تأخذ محكمة النقض موقفًا إزاء كلّ شرط أو نموذج من الشروط[1].

كما نجد و بخصوص ذكر القانون الفرنسي 1978، المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 24-03-1978 الصادر بالتطبيق للقانون سالف الذكر، و في مادته 01 و التي ألغيت من طرف مجلس الدولة الفرنسي 03 ديسمبر 1980 بسبب تجاوز الحكومة لسلطتها و ذلك لتحريمها الشروط الواردة بطريف إلاّ حالة معتبرًا مجلس الدولة أنّ ذلك ليس من اختصاص الحكومة، اعتبرت أي المادة الأولى من المرسوم 24-03-1978 شرطًا تعسفيًا «الشرط الذي محلة او أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرّر الذي يوقعه».

كما نصت المادة 02 من نفس المرسوم السالف الذكر «يعتبر تعسفيًا الشرط الذي من شأنه إعفاء أو إنقاص من التعويض، كأن يرد في العقد أنّه في حالة إعادة النسخ مرةً أخرى لا يستفيد المشتري الثاني من الضمان و من قراءتنا لنص هذه المادة نرى بأنّ المشرع الفرنسي اعتبر الشرط الذي يرد في عقد البيع و الذي يضع قيود زمنية على الضمان القانوني اعتبره تعسّفيًا، أمّا إذا تضمنه عقد آخر غير عقد البيع كعقد المقاولة مثلاً فلا يعدّ شرطًا تعسفيًا»[2].

[1]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 213.

[2]- أنظر الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بباريس (cassation civil, 06 juin, 1990, N115, P : 104)
مجلة البحوث القانونية والسياسية، دورية علمية محكمة تعني بالدراسات القانونية و السياسية، جامعة الدكتور مولاي طاهر، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سعيدة، العدد الثاني، سنة 2014.

كما جاء المشروع التمهيدي لهذا القانون و الذي يعالج تنظيم الشروط التعسفية بشكل مختلف بتعريف للشرط التعسفي جاء فيه «الشرط التعسفي هو كلّ شرط أو مجموع الشروط المؤدية للأضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات الأطراف»[1]، و ذلك في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين أو المستهلكين في إطار عقد نموذجي معدّ شروطه كليًا أو جزئيًا من طرف المهني، حيث يخضع له الطرف الثاني و هو الطرف الضعيف بدون أيّ إمكانية حقيقية لتعديله[2].

فضلاً عن هذا التعريف الذي جاء به المشروع التمهيني أو كما يصلح ذكرها بالأعمال التحضيرية لم تخطى تحديدًا بارزًا له (التعريف) كما أنّ المشروع ترك لجهة الإدارة سلطة تنظيم عقوبات جنائية توقع على المخالفين، وعدم تحديد مفهوم الشرط التعسفي يثير إشكالية عدم دستورية هذا النص مسألة تحريم الشرط و إنشاء الجرائم دون تحديد ركنها المادي بدقة، كلّ هذا جعل المشرع الفرنسي أن يقرّر العدول عن إنشاء تلك الجرائم و استعراض عن ذلك بمنح الإدارة القدرة على إعداد قوائم بالشروط التعسفية[3].

وبعد التحوّلات الاقتصادية و تطوّرها في العالم و التكتّلات التي شهدها المجال الاقتصادي فخاصةً أوروبا (الاتحاد الأوروبي)، نرى بأنّ التشريع الفرنسي و على غرار التشريعات الأوروبية الأخرى قد استجاب للتوجيه الأوروبي المعلن عنه في 05 أفريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية من خلال إصداره لقانون 95-96 بتاريخ 01 فيفري 1995 المعدل لقانون 26 جويلية 1993 المتعلق بالاستهلاك، جاء بتعريف من خلال المادة 132-511 من قانون 95-96 «بأنّها تلك التي يكون موضوعها أو من نتيجتها أن تخلف -على حساب غير المحترف أو المستهلك- عدم توازن ذو دلالة

[1]- سي الطيب، المرجع السابق، ص. 99.

[2]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص .214.

[3]- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 139.

بين حقوق و التزامات أطراف العقد»[1]، إذ أنّ هذه الشروط المذكورة في هذه المادة جاء بها القانون 1995 و هي بمثابة قائمة تتضمّن 17 نوعًا من الشروط.

و منه يلاحظ على هذه المادة أنّها تختلف من حيث الصياغة عن المادة 35 من قانون 101 جانفي 1978 السابقة، و هذا الاختلاف يقتصر على الشكل فقط لا على الموضوع، حيث كان المعيار آنذاك يعتبرها تعسفية الشروط التي يظهر أنّها فرضت على المستهلك عن طريق تعسف الهيمنة الاقتصادية لأخذ المتعاقدين، و ما يترتّب له عن ذلك من فائدة أو ميزة فاحشة[2].

و كذلك يبدو جليًا اهتمام المشرع الفرنسي بحماية المستهلك من القانون الصادر في 28 جانفي 2005 و المسمّى قانون "la loit châtel" نسبةً إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلّف عامين بمهمة برلمانية تتعلّق بإعلام و تمثيل وحماية المستهلكين، و قد عدّل القانون السابق أي قانون الاستهلاك الفرنسي و منه الكتاب الثامن تحت عنوان (أحكام مختلفة) و ذلك بان أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التي يُمكن عدّها تعسّفية، الشرط الذي يلزم المستهلك على قبول –بشكل خاص– عن طريق نظام بديل لتسوية النزاعات[3].

و عليه من خلال ما جاء به التشريع الفرنسي من قوانين لحماية المستهلك أجمعت على أنّ الشرط التعسفي يكون مدرجًا في عقد مبرم بين مهني و مستهلك أو غير مهني (عقد استهلاك) و هو عكس ما ذهب إليه المشرع الألماني، من خلال ما درسناه سابقًا و ما انتهجه المشرع الجزائري و الذي سنتناول فيما يلي:

إنّ المشرع الجزائري و بصدد حماية المستهلك من الشروط التعسفية، تطرق لهذا الموضوع من خلال منظومة قانونية منها القانون المدني في مادته 110، حيث تنص على أنّه: «إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، و كان قد تضمّن شروطًا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن

[1]– سي الطيب، المرجع السابق، ص. 99.
[2]– محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 29.
[3]– المرجع نفسه، ص. 35.

يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقًا لما تقتضي به العدالة، و يقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك»[1].

و يستفاد من نص المادة أنّها لم تتطرق لتعريف الشرط التعسفي و إنّما المشرع و وفقًا للقواعد العامة أعطى دور تفسير العقود للقاضي و ذلك بغية أعمال حكم القانون عليها.

كما أنّه و خروجًا عن هذه القاعدة و كاستثناء اعترف القانون للقاضي بسلطة تتيح له تجاوز الدور السابق إلى إهدار الشروط الواردة في العقد و تعديلها إذا تبيّن أنّها تعسفية، بغية التوازن بين العقدين[2].

كما أنّ المشرع الجزائري و وِفقًا للقانون 04-02 المتعلّق بالممارسات التجارية[3] أتى بتعريف للشرط التعسفي و ذلك بموجب المادة 03 الحالة 05 من القانون بأنّه «شرط تعسفي كلّ بند أو بشرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدّة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد»[4].

نلاحظ من خلال هذا المفهوم و من خلال مصطلح أطراف العقد، لم يحدد من هم هؤلاء و بالتالي فبإمكان أن تكون العلاقة العقدية بين المهني و المستهلك أو غير المهني و حتى بين المهني و المهني إلاّ أنّ المشرع الجزائري من خلال المادة 29 من قانون رقم 04-02 الذي ذكر فيه ثمانية أنواع من الشروط التي اعتبرها تعسفية، و ذلك في العقود بين المستهلك و البائع، و قد اتّبع نفس أسلوب المشرع الفرنسي الذي جاء بقائمة بيانية لا حصرية للشروط التي اعتبرها تعسفية في نص المادة 2-1/132 من القانون الفرنسي، و ما يوحي بأنّ المشرع الجزائري عن خطابه العام في

[1]- المادة 110 من الأمر رقم 75-58 المتضمّن القانون المدني الجزائري.

[2]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 74.

[3]- القانون المؤرخ في 27 يونيو سنة 2004، الجريدة الرسمية، العدد 41.

[4]- سي الطيب، المرجع السابق، ص. 99.

النصوص السابقة من نفس القانون و التي كان يذهب فيها إلى بسط الحماية من الشروط التعسفية حتى على المحترفين، بينما قصر ها هنا على العقود التي يكون أطرافها المستهلك والبائع.

و يستشفّ من الفقرة الأولى من المادة 29 أنّ هذه القائمة وردت على سبيل المثال لا الحصر، و هذا على عكس القضاء الفرنسي الذي يؤكد على أنّ شروط المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 جاءت على سبيل الحصر.

و يظهر فصل ورود قائمة الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر من حيث توفيرها حماية فعالة للمستهلك و توسيع نطاقها، إذ يستطيع القضاء أن يعتبر شرطًا معينًا من الشروط التعسفية بالرغم من عدم ذكر هذا الشرط ضمن القائمة الواردة في المادة 29.

و عليه يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أخذ بمنهج المشرع الألماني بوضعه لقائمة سوداء تتألّف من ثمانية أنواع من الشروط التعسفية، علمًا أنّ المزية التي يرمي إليها المشرع من التحديد الحصري لهذه الشروط هو تجنّب تحكم القضاء حتّى و إن كان ذلك يؤدّي إلى تضييف نطاق الحماية من حيث الأشخاص.

الفرع الثالث: التعريف القضائي للشرط التعسفي

إنّ تعريف الشرط التعسفي لدى القضاء[1]، يظهر من خلال تطبيق القوانين الخاصة به (الشرط التعسفي) و يتبيّن جليًا من خلال القضاء الفرنسي و من خلال محكمة النقض الفرنسية التي تعتبر من الوقت الذي يبرم فيه عقد بين مهني و مستهلك، و يمثل هذا العقد و لو جزئيًا خاصية البيع فغنّه يخضع للمادة الثانية من المرسوم 24 مارس 1978 الذي بمقتضاه يعتبر محرّمًا باعتباره تعسفيًا في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، و الشرط الذي من شانه محله أو أثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيًا كانت إذن فمحكمة النقض تتبنّى المفهوم الذي تبنّاه المشرع للشرط التعسفي، وقالت أنّ الشرط يعتبر

[1]- سي الطيب، المرجع السابق، ص.99.

تعسفيًا «إذا كان يتضمّن تصرفًا غير مشروع يعدل المبادئ العامة للعقد بشكل غير متوافق مع الاحترام لحسن النية العقدي، هذا ما يستفاد من حكم صادر في علاقة بين العميل و البنك»[1].

و في سياق حكم آخر للقضاء الفرنسي و تطبيقًا للمادة 02 من المرسوم الصادر بتاريخ 24-03-1978، و الذي يتمحور نصّها على الإلغاء أو الإنقاص لحق المستهلك في التعويض و أكّدت محكمة استئناف باريس في صدد علاقة بين معمل طبع أو تحميض الصور و أحد عملائه إلى رفض استفادة المصور من تطبيق نصوص قانون 10 جانفي 1978، لأنّ العلاقة بينه و بين الشركة ليست عقد بيع، بل علاقة مقاولة و لذلك رفضت اعتبار الشرط المتعلّق بتحديد التعويض الذي أدرجه المهني في الإطار المسلم شرطًا تعسفيًا في مفهوم هذا القانون[2].

هذا ما أكّدته محكمة النقض في أحدث أحكامها في 06 يونيو 1990، حيث قرّرت التطبيق للقانون السابق على العقد متى كان يمثل حتّى و لو بصفة جزئية، خاصية بيع أي لو كان العقد في جانب منه يعتبر عقد بيع، فإنّ المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك إزاء الشرط التعسفي، و تتمثل وقائع هذا الحكم في دعوى رفعها أحد اتحادات المستهلكين في مواجهة شركة متخصّصة في بيع و طبع الأفلام الفوتوغرافية، يطلب فيما الإتحاد اعتبارها شروطًا تعسفية تطبيقًا للمرسوم 24 مارس 1978، تلك الشروط المتعلّقة بالإعفاء أو التحديد للمسؤولية في حالة فقد أو تلف الأفلام و المدونة على العلبة التي توضع فيها الأفلام و تسلم للعميل بعد طبعها، فإنّ محكمة الاستئناف رفضت الحكم باعتبار تلك الشروط تعسفية باعتبار أنّ العقد ليس عقد بيع و إنّما هو عقد مقاولة، لكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم و قالت أنّه بعد الأخذ في الاعتبار لما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 35 من أنّ الشرط الذي محلّه أو أثره يلغي أو ينقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيًا كانت، و أضافت المحكمة أنّ محكمة الاستئناف أصدرت حكمها السابق لأنّها نظرت إلى العقد محلّ

[1]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 215.

[2]- مجلّة البحوث القانونية و السياسية، المرجع السابق، ص. 163.

النزاع في مجموعة وصفه بأنّه عقد مقاولة "louage d'ourrage"، بينما ملكية الأفلام كونها للمشتري قبل أن تخضع هذه الأفلام لعمل مهني، فإنّ هذا الاتفاق يمثل في جانب منه خاصية بيع الذي يؤدّي لتطبيق النص السابق و عليه نقض حكم الاستئناف.

إذن و بعد النقض الذي شهدته الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف، رأى البعض بأنّ محكمة النقض لم تستخدم التسبّب الماهر (المبتكر) و أنّ الشرط الذي يعدّ تعسفيًا هو صادر عن المقاول و ليس عن بائع و هذا الأخير هو الذي يعنيه أو يستهدفه مرسوم 24 مارس 1978.

و منه يستخلص أنّ محاكم القضاء الفرنسي ترفض تطبيق مفهوم الشروط التعسفية و إضفاء الحماية للمستهلك خاصةً في صدد شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية، إلاّ على تلك الشروط الواردة في عقد البيع أمّا غير ذلك من العقود فلا تطبقها عليها، و لكن تمد نطاق الحماية إلى العقد المختلط الذي يتضمّن خاصية البيع أيضًا و هذا وقف أحدث أحكامها.

و من خلال هذه التعريفات التي مرّت بنا و مواقف القضاء، لا يتضح لنا المفهوم الدقيق للشرط التعسفي، إلاّ من خلال تحديد العناصر المكونة له و هذا ما ندرسه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: عناصر الشرط التعسفي

لدراسة العناصر المكونة للشرط التعسفي لابدّ التوقف أمام الاختلاف الذي شهده التعريف لكلّ من المشرع الفرنسي بالمقارنة مع المشرع الجزائري، الذي قلنا أنّه توافق مع المشرع الألماني و عليه سيتضمن الفرع الأول العناصر الشرط التعسفي في القانون الفرنسي، و الفرع الثاني لعناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري.

الفرع الأول: العناصر التي تحدّد مفهوم الشرط التعسفي في القانون الفرنسي

من خلال دراستنا لقانون المتعلق بحماية المستهلك في القانون الفرنسي و لاعتبار شرط ما تعسفيًا لابدّ من توافر ثلاث عناصر و هي:

العنصر الأول: أن يكون مجال الشرط مدرج في عقد الاستهلاك

وفقًا للتعريف الذي جاء به التشريع الفرنسي في قانون 1978 فإنّ الشرط التعسفي يشترط أن يكون قد أدرج في العقود المبرمة بين المحترفين، و غير المحترفين أو المستهلك، و في نماذج الاتفاقيات التي اعتاد المحترفون عرضها على غير المحترفين أو المستهلكين[1].

من خلال بهذا التعريف ثار مشكلة تحديد مفهوم المستهلك أو غير المهني و هي العقبة الأكبر التي واجهها الفقه، ما أدى إلى بروز ثلاث اتجاهات بين موسع و مضيف و الراجح هم الاتجاه الوسيط الذي يرى بأنّ المستهلك أو غير المهني هو ذلك الشخص الذي يحصل على مال أو خدمة لغير الاستعمال المهني أي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية أو العائلية.

كما قدر ثار الإشكال بشأن تحديد معنى المستهلك فيما يعرف بالاستعمال المختلط، أي فيما يتعلّق بالأشخاص الذين يتصرفون لأغراض مهنية و يمكن خارج اختصاصهم المهني كالطبيب أو المحامي الذي يستعمل سيارته لأغراض مهنته و يستعملها كذلك لحاجاته الشخصية، هذه المسألة الذات أهمية كبيرة و التي من خلالها يتحدّد بنطاق تطبيق قانون حماية المستهلك[2].

كما أنّه يثور التساؤل في هذا الصدد حول الشروط الواردة في العقود الإدارية، هل تعتبر عقود استهلاك وبالتالي تحمل شروطًا تعسفية في نظر هذا القانون 1978، إنّ المرافق العامة الصناعية و التجارية تعتبر مهنية وهذا ما قضت به محكمة "engers" في حكمها في قضية شركة توزيع الكهرباء "E.D.F" و أحد شركائها من المزارعين و هو ما أكّدته محكمة الاستئناف عن الطعن بالاستئناف أمامها و صدر الحكم و ذلك باعتبارها لشركة توزيع الكهرباء الفرنسية مهنيًا و المزارع المشترك

[1]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 26.

[2]- محمد بودالي،المرجع نفسه، ص. 27.

مستهلكًا[1]، و بالتالي العقود التي تبرمها هذه المرافق العامة مع المستهلكين هي عقود استهلاك تقع شروطها التعسفية تحت طائلة قانون الاستهلاك و ذلك في الحالات التي تخلف فيها شروط هذه العقود نوعًا من عدم التوازن البيّن على حساب المستهلك، و بالرغم من هذه الأحكام خلت هذا النوع من العقود يتضمن الشروط التعسفية و يفلت من نطاق قانون حماية المستهلك و هو مطلب نادت به جمعيات المستهلك في فرنسا كثيرًا.

كما نجد و في اجتهاد نوعي لمجلس الدولة في سنة 2001، في مجال تقدير شرعية الشروط التنظيمية لعقود المرافق العامة الصناعية و التجارية، حيث طبق قواعد قانون الاستهلاك و أحدث عبارة المستهلكين – المرتفقين "les consommateurs-usagers".

العنصر الثاني: وجوب الكتابة لاعتبار شرطا ما أنه تعسفيًا

لقد أقرّ قانون الاستهلاك الفرنسي الحماية المخوّلة للمستهلك على جميع الشروط التعاقدية ما دامت مكتوبة فقد تكون في شكل وصل طلب شراء أو فواتير أو وصل الضمان أو وصل التسليم أو التذاكر أو لوحة أو لافتة، كما يجوز أن تمتدّ الحماية إلى الشروط المتعلّقة بكيفيات دفع الثمن أو تسليم الشيء أو عبء المخاطر أو مدى المسؤولية أو الضمان و كذا الشروط التنفيذ و الفسخ و هكذا فإنّ قائمة الشروط ليست محدّدة على سبيل الحصر، كما لا يهمّ أيضًا القانون الواجب التطبيق على العقد، حيث جاء في هذا الصدد من خلال المادة 135-01 من قانون الاستهلاك حيث أنّها تفرق بين حالتين، فإذا كانت القواعد العامة للنزاع تحيل إلى قانون دولة عضو في الإتحاد الأوروبي، فإنّ هذا القانون هو الذي يطبّق، أمّا إذا كانت القواعد العامة للتنازع تحيل إلى قانون دولة ليست عضوًا في الإتحاد الأوروبي، فغنّ نفس المادة السابقة الذكر تجيز للمستهلك الاستفادة من تطبيق

[1]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص.ص.35 و36.

القانون الفرنسي ما دام أنّ له موطنًا في إقليم الدول الأعضاء في الإتحاد و كان العقد قد أبرم أو عرض أو نفذ فيها[1].

وكما يتضح أيضًا من نصوص قانون الاستهلاك، أنّ النظام المأخوذ به وضع أساسًا للشروط التي تتضمّنها الشروط العامة المعدّة سلفًا و التي لا تكون موضوع تفاوض، و بالتالي فإذا كان هناك شرط محلاً لمفاوضة، فإنّه نادرًا ما يقضي باعتباره تعسفيًا[2].

العنصر الثالث: أن يحدث اختلالاً ظاهرًا للتوازن العقدي

إذًا و لاعتبار شرطًا ما تعسفيًا في قانون حماية المستهلك الفرنسي، لابدّ أن يكون موضوعه أو من نتائجه أن يخلق على حساب غير المحترف أو المستهلك عدم توازن ذو دلالة بين حقوق و التزامات أطراف العقد[3].

و عليه فإنّ المادة 132-5/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي تذهب إلى أنّ الطابع التعسفي للشرط يقدر بالاستثناء – وقت إبرام العقد- إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه و هذا بالنسبة للشروط الأخرى للعقد، و أن يقدر بالرجوع إلى الشروط التي قد تضمّنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيه أحدهما قانونًا للآخر كما هو الحال بالنسبة للقرض المرتبط بالبيع.

أمّا بالنسبة للعقد الذي سبق إبرامه فإنّ تقدير الطابع التعسفي يستند للمعيار الشخصي "inconcreto" مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد و ظروف إبرام العقد.

[1]- خالد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص. 73.

[2]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 28.

[3] - qui ont pour objet ou pour effet de créer, an détriment du nom professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat

أمّا إذا وقع التقدير على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فإنّه و لاشكّ يتمّ بطريقة مجردة "inadistracts" بالرجوع إلى مستهلك متوسط و في ظلّ ظروف عادية.

و النظام المتأتّي من التعليمة الأوروبية و وضع لمكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي التي تسبّبها الشروط التعسفية، و ليس من أجل ضمان التعادل الكلّي بين الأداءات المتقابلة و لهذا السبب ذهب المشرع في تعديل آخر ادخله على نص المادة 132-7/1،[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي إلى أنّ تقدير الطابع التعسفي لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد و لا على تعادل السعر مع المال أو الخدمة المقدمة[2].

الفرع الثاني: العناصر التي يتضمّنها الشرط التعسفي في مفهوم التشريع الجزائري

لقد سبق و أن ذكرنا بشأن الاختلاف الظاهر بين المشرع الفرنسي و المشرع الجزائري لمفهوم الشرط التعسفي و منه يتجلّى أيضًا في تحديد كل منها (المشرع الجزائري – الفرنسي) للعناصر المكونة للشرط التعسفي بعدما تعرضنا لها من خلال نظرة المشرع الفرنسي سنتناول لعناصر الشرط التعسفي في القانون الجزائري.

إذن و من التعريف السابق للشرط التعسفي و الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 03 من قانون 04-02، نستخلص العناصر التي يتضمّنها الشرط التعسفي و هي أن يكون مجال الشرط التعسفي عقد إذعان-ويجب أن يكون مكتوبًا- و أن يؤدّي إلى إحداث اختلال ظاهر في توازن العقد.

[1]- الأمر رقم 741/2000 المؤرخ في 23 أوت 2000.

[2]- سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص. 105.

العنصر الأول: إدراج الشرط التعسفي ضمن عقد الإذعان

إنّ المشرع الجزائري و من خلال قانون 04-02 ذهب إلى تبنّي المفهوم الحديث لعقد الإذعان حيث جاء معرفًا إيّاه في المادة 03 من القانون السالف الذكر «بأنّه كلّ اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرّر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه»، كما نجد أنّ المشرع الجزائري و بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان عام 1427هـ الموافق لـ 10 سبتمبر سنة 2006 الذي يحدّد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية[1].

و في مادته الأولى الفقرة الثانية أعاد التكرار الحرفي لنص المادة 03 من قانون 04-02، و من خلال هذا التعريف الذي خصّ به المشرع عقد الإذعان و قد تضمّن محتواه على ذكر كلمة بيع سلعة أو تأدية خدمة و منه يظهر أنّ المشرع تجاوز هذا المصطلح (سلعة) و استعمل بدله مصطلح "منتوج" و يبدو أنّ مفهوم أو مصطلح المنتوج أو مصطلح السلعة، بدليل أنّ المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90،[2] عرّفت المنتوج من جهتها: « كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة».

كما أنّ المادة 02-01 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90، عرفت المنتوج من جهتها بأنّه «كلّ شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات».

و بناءً على ذلك يمكن القول بأنّ السلعة تقتصر على المنقولات المادية سواء تلك التي تهلك بأول استعمالها كالغذاء أو تلك بعد مرور فترة من الزمن و هي السلع المعمرة كالسيارات و الأجهزة المنزلة و غيرها.

[1]- سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص. 105.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات، و قد صدر بعد ذلك قرار وزاري مؤرخ في 10 ماي 1994 يتضمّن كيفيات تطبيق هذا المرسوم.

و يعاب على هذا النص أنّه لم يتحدث عن المسكن أو العقار ذو الطابع السكني، و نحن نميل مع الرأي الذي يذهب إلى اعتبارها منتوجًا أو سلعةً قابلةً للاستهلاك و يخضع المتعاقد العادي أو المستهلك فيها للحماية الخاصة التي تقرّرها القوانين الحمائية و منها الحماية التي يوفرها القانون رقم 04-02 من الشروط التعسفية التي ترد في عقود البيع أو عقود الإيجا، لأنّ عملية بيع أو إيجار المساكن أصبح يديره محترفون متخصّصون يتفقون خبرة على المتعاقد معهم الذي يبدو في وضعية الضعف و الجهل الذي يحتاج إلى الحماية، كما أنّه قصر الحماية على عقود بيع السلع فقط لأنّ عقد الاستهلاك هي عقود ذات طبيعة متغيّرة و يعتبر البيع صورة من صورها الكثيرة كإيجار الأشياء و عقود التأمين و من هنا كان حريًا بالمشرع استعمال مصطلح اقتناء بدلاً من بيع.

كما أنّ المادة سالفة الذكر من القانون 04-02 تضمّنت مصطلح "أداء خدمة" و عليه بأنّ الحماية المقرّرة للمستهلك من خلال هذه المادة تشتمل أداء الخدمة و التي عرّفها المشرع الجزائري في المادة 04/02 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 بأنها «كلّ مجهود يقدّم ما عدا تسليم منتوج و لو كان هذا التسليم ملحقًا بالمجهود المقدّم أو دعمًا له»[1].

و مفهوم الخدمة غير مألوف في نصوص القانون، و قد أصبح رائج الاستعمال في القانون الاقتصادي، وهو يشمل جميع الأداءات القابلة للتقدير نقدًا، يستوي أن تكون الخدمة ذات طبيعة مادية كإصلاح الأعطاب أو الغسيل أو ذات طبيعة مالية كالتأمين أو عمليات الائتمان، أو ذات طبيعة ذهنية كالعلاج الطبّي و الاستشارات القانونية و المحاسبية.

و إذا كان للقانون الفرنسي ذهب إلى أنّ النصوص المتعلّقة بالشروط التعسفية تطبّق على جميع العقود أيًا كان شكلها أو سندها، كعقد الإذعان أو على جميع العلاقات التعاقدية، كعقد البيع و الإيجار، عقد التأمين وأيا كان محلّها عقارًا أو منقولاً، و سواء انصبّت على السلع و الخدمات.

[1]– د محمد بودالي، قد صرّح المشرع بإخراج الالتزام بتسليم المنتوج من مفهوم الخدمة و أبقى عليه التزامًا مستقلاً يقع على عاتق أحد المتعاقد و هو البائع أو المحترف في عقد البيع بموجب المادة 364 من القانون المدني، تحقيقًا للتناسق بين التشريعات.

فإنّ القانون الجزائري قصر تطبيق نصوص القانون رقم 04-02 على عقود الإذعان فقط في وقت كان ينبغي فيه مدّة إلى عقود المساومة، ممّا يُؤدّي إلى توسيع نطاق الحماية في مواجهة الشروط التعسفية، مع الملاحظ أنّ عقد الإذعان فعلاً مجالاً خصبًا للشروط التعسفية إلاّ أنّ هناك إذعان لا تتضمّن اشتراطاتها أي تعسف[1].

العنصر الثاني: أن يكون العقد مكتوبًا

إنّ نص المادة 03 الحالة 04 الفقرة 01 من قانون 04-02 و التي تضمّنت عبارة "محرّر مسبقًا" يُفهم من خلالها بأنّ عقود الإذعان عقود متنوعة الأشكال منها عقود مبرمة أو تم إبرمها شفاهة ، و منها ما يكون مكتوبًا، والعقد المقصود و الذي تشمله الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري هو الذي تكون شروطه مكتوبة في مجموعها أو جزء منها ممّا يجعلها تتعلّق بعملية مستمرة و أكثر أهمية من تلك المنجزة شفاهةً.

و المقصود بالكتابة هنا ليس الكتابة الرسمية، و إنّما مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة سند الضمان، وصل التسليم وغيرها.

كما نجد مضمون المادة 03 الحالة 04 الفقرة الثانية من قانون 04-02 فيما يُؤكّد ما ذكرناه في الفقرة السابقة، بحيث نصت على أنّه: «يُمكن أن يُنجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أيّ وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمّن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقرّرة سلفًا»[2].

[1]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 112.

[2]- محمد بودالي، نفس المرجع ، ص. 118.

و ما يمكن أن يقال أنّ هذا التوجه، بخصوص عنصر وجوب أن يكون العقد مكتوبًا في التشريع الجزائري، يتوافق مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إذ هذا الأخير و كما سبق التبيين يذهب أيضًا إلى وجوب أن يكون الشرط المعني مكتوبًا[1].

إذن فأهمّ ما يمكن تسجيله هو تنوع أشكال عقود الإذعان المتضمّنة لشروط التعاقد العامة و التي لا تقف تحت حصر، و يكفي هنا وجود نص مكتوب من قبل شخص معيّن هو المحترف أو العون الاقتصادي، يهدف إلى إذعان شخص أو مجموعة من الأشخاص سواء كانوا من المحترفين أو من المستهلكين.

العنصر الثالث: أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكًا أو عونًا اقتصاديًا (عنصر شخصي)

إنّ الإشكال الجدير بالطرح في هذا العنصر هو تحديد الأشخاص التي تشملهم الحماية المقرّرة من التضرّر من الشروط التعسفية.

و لعلّ معظم التشريعات المعروفة اختلفت و تباينت مواقفهم في هذا الإشكال فمنهم من أخذ بالنطاق الموسع للحماية ليشمل جميع الأشخاص و منهم من التزم المفهوم الضيّق، حيث لا يتعدّى الشخص المستهلك أي دون الحرفي، و يضمّ الاتجاه الأول عدّة تشريعات –أصحاب الاتجاه الموسع– منها القانون الألماني بموجب قانون 09 ديسمبر 1976 و القانون الإنجليزي سنة 1977 و المسمّى "unfair contract terms"، كما جاء قانون مقاطعة الكيك وفقًا لنص المادة 1437 من القانون المدني.

و في مقابل التشريعات الموسعة من نطاق حماية الشروط التعسفية من حيث الأشخاص هناك تشريعات ضيقت من هذا النطاق و نذكر على رأسها القانون الفرنسي الذي أفرد للمستهلكين حماية خاصة ضدّ الشروط التعسفية بموجب القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي المتعلّق بحماية المستهلك ضدّ الشروط التعسفية و الذي ألحقه –فيما بعد– كجزء لا يتجزّأ من قانون الاستهلاك و

[1]– سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص. 108.

من جهته لم يتوازن المشرع الأوروبي في سنّ تعليمة خاصة في 05 أفريل 1993،[1] يتعلّق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين ممّا يجعل هذه الحماية تنصرف للمستهلكين فقط، فضلاً عن وضع التعليمة لتعريف المستهلك في المادة 02، و استثناء المحترفين صراحة من الحماية، علمًا أنّ نصوص هذه التعليمة قد تمّ إدخالها في القانون الفرنسي بموجب قانون 01 فيفري 1995،[2] و الذي عدّل مواد قانون الاستهلاك المتعلقة بالشروط التعسفية و بوجه خاص المادة 132 منه وبالنتيجة فإنّ نصوص قانون 1995 قد عرضت نصوص قانون 1978 الذي تمّ إلغائه[3].

أمّا موقف المشرع الجزائري فجاء موافقًا لاتجاه الأول –الاتجاه الموسع- من خلال إصداره للقانون رقم 04-02 المحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية و الذي رأى أن يضع فيه نظامًا عامًا للحماية من الشروط التعسفية، يهتمّ بحماية المستهلك و العون الاقتصادي على حدّ سواء من تعسف العون الاقتصادي وتجلّى هذا الموقف بوضوح من خلال نصه في المادة الأولى من القانون السابق على أنّه يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية و نزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء و المستهلكين، و كذا إجابة المستهلك و إعلامه.

و هكذا أصبح لازمًا لإفادة من قواعد الحماية التي يوفرها القانون رقم 04-02 قيام عقد إذعان بين محترف و محترف و بين محترف و مستهلك.

و من خلال هذه المادة 01 من قانون 04-02 يبدو أنّ المشرع الجزائري اختار الانضمام إلى الاتجاه الفقهي في فرنسا و الذي يعارض إفادة المستهلكين فقط من الحماية ضدّ الشروط التعسفية و يرى توسيع نطاق الحماية إلى المحترفين في هذا المجال غير أنّ المشرع الجزائري و من خلال المادة 02/03 من القانون 04-02 ذهب إلى تبني المفهوم الضيّق للمستهلك، حيث عرفت المادة بأنّه «كلّ

[1]- التوجيه الأوروبي رقم 93/13 الصادر في 05 أفريل 1993 المتعلّق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

[2]- القانون رقم 196-95 الصادر في 01 فبراير 1995 المتعلّق بشأن حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية.

[3]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 121.

شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعًا قدّمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت، و مجرّدة من كلّ طابع مهني».

و ما دام المشرع قد اختار توحيد و توسيع نطاق الحماية ضدّ الشروط التعسفية لكلّ من المستهلك والعون الاقتصادي أو المحترف.

ونحن نتساءل عن أيّة فائدة أو أهمية تبقى للتمييز بين المحترف و المستهلك في إطار الحماية من الشروط التعسفية في القانون الجزائري[1].

إضافةً إلى ذلك أنّنا أصبحنا في إطار قانون حماية المستهلك في الجزائر إزاء مفهومين للمستهلك، مفهوم ضيّق أوردته المادة 02/03 من قانون 04-02 و مفهوم ثاني واسع لم يستثن المستعمل الوسيط أوردته المادة 09/03 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلّق بمراقبة النوعية

وقمع الغش بأنّه: «كلّ شخص يقتني –بثمن أو مجانًا- منتوجًا أو خدمةً معدّين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسدّ حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخرأو حيوان يتكفّل به».

و بإيراد هذه التعريفات يكون المشرع الجزائري قد خالف غالبية التشريعات التي تركت أمر التعريف للفقه والقضاء.

المطلب الثالث: المعايير المحددة للشرط التعسفي

إن التحديد لمفهوم الشروط التعسفية لا يتوقف عند استخلاص العناصر المكونة لهذه الشروط، وإنما يتعداه إلى تحديد المعايير التي من خلالها يمكن وصف الشرط بأنه تعسفي، ولذلك وبالرغم من قواعد القانون المدني[2]، التي تضمنت معايير التي يستهدي بها القاضي لإصدار حكمه بكون الشرط المدرج في عقد الإذعان تعسفيا أم لا، وهو معيار العدالة والتي غالبا ما أدت إلى

[1]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 125.

[2]- القانون المدني المصري في المادة 149، والقانون المدني الجزائري في المادة 110

تضارب الأحكام القضائية، وذلك لاختلاف الشعور بالعدالة من قاض لأخر وهو ما يهدد استقرار المعاملات .

ومن الملاحظ أن القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ، أدت إلى ظهور عدة معايير يتحدد وفقها كون الشرط المدرج في عقد الاستهلاك أو عقد إذعان تعسفيا من عدمه. ولعل من القواعد الحديثة، نجد القانون الفرنسي المؤرخ في 10 جانفي 1978 في المادة 35 منه والتي جاءت بمعيارين، بذكرها أنه تعتبر تعسفية الشروط التي "يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة" [1].

إذن يتضح المعيارين من خلال المادة المذكورة، وهو أن المعيار الأول معيار اقتصادي – تعسف النفوذ الاقتصادي – والمعيار الأخر – معيار قانوني – وهو معيار الميزة الفاحشة التي حصل عليها المهني .

لكن بعد تبني المشرع الفرنسي للتعليمة الأوروبية سنة 1993 سالفة الذكر ،هجر المعيارين السابقين وأخذ بمعيار جديد بموجب المادة 132-1 من قانون الاستهلاك الصادر سنة 1995،وهو معيار جديد – الاختلال الظاهر التوازن – والملاحظ على المشرع الجزائري أنه تبنى هو أيضا هذا المعيار بموجب المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02.

ومن خلال هذا التقديم سوف نتطرق بالتفصيل للمعيارين اللذان جاء بهما المشرع الفرنسي قبل تبنيه التعليمة الأوروبية وهما: معيار النفوذ الاقتصادي (فرع أول) ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة (فرع ثاني) والمعيار الأخير والذي تبناه كل من المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري، وهو معيار – الإخلال الظاهر بالتوازن – في (الفرع الثالث).

[1] - ART.35 « dans les contrats conclus entre professionnels et non -professionnel ou consommateur, peuvent être interdites, limitées ou réglementées…….les clauses relatives au……..lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage exissif ».

الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

يجب الاعتراف – مع البعض – أن هذا المعيار اتسم بالغموض وعدم الدقة très vague et imprécis ذلك أن المحترف يستخدم قوته الاقتصادية من أجل الحصول على الميزة المفرطة غير أن القوة الاقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى والقوية اقتصاديا، فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة ما دام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروعا وطنيا.

وأمام هذا الغموض حاول الفقه البحث عن المقومات والعناصر التي تكشف عن القوة الاقتصادية للمحترف.

فذهب الرأي الأول إلى أن المؤشر على السلطة أو القوة الاقتصادية للمحترف يتجلى منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم، وهو كاف لاعتبار هذا الشرط باطلا.

وذهب رأي ثاني إلى أن التعسف يتأتى من الوضع المسيطر، والذي ينجر بدوره من حصول المحترف على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها ، لأن التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق المنافسة، يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة.

وذهب رأي ثالث إلى التشكيك في جدوى هذا المعيار، على أساس أن السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح للمحترف من فرض الشروط التعسفية على المستهلك.

وانتهى هذا الرأي إلى عدم جدوى معيار القوة الاقتصادية، أخذا على المشرع الفرنسي اختيار هذا المعيار.

الفرع الثاني: معيار الميزة المفرطة (الفاحشة)

إنّ معيار النفوذ الاقتصادي لن يحدّد مفهوم التعسف في نظر المشرع الفرنسي إلاّ من خلال منحه ميزة ظاهرة تتمثل في الميزة الفاحشة لصالح المهني و هي نتيجة مرتبطة بالمعيار الأول لارتباط معياري السبب بالنتيجة.

حيث جاءت المادة 35 السابقة من قانون 10 جانفي 1978، أنّه لكي يعتبر الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيًا، فإنّه يجب أن يكون مفروضًا بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي الذي يملكه المهني من جهة وهو المعيار المذكور سابقًا، و على أن يمنح هذا الشرط المفروض ميزة فاحشة أو مفرطة من جهة أخرى لصالح المهني.

لكن هذا المعيار الأخير قد جلب عدّة إشكالات قانونية و عملية أول هذه الإشكالات يتمثل في أنّ هذا المعيار جاء غامض و ليس محدّد الكمية، حيث أنّ المشرع لم يحدّد رقمًا معينًا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببًا لإبطال بعض العقود إذا بلغ حدًا معينًا، و على ذلك فإنّ المعيار هذا لا يصلح وحده لاعتبار الشرط تعسفيًا نظرًا لعدم وضوحه و عدم تحديده برقم معيّن.

فهذا المعيار غير محدّد برقم معيّن، و هذا ما دفع بعض إلى اعتبار صيغة من المادة 35 لا تعدو أن تكون مجرّد حشو لا معنى له إذ أنّ الميزة الفاحشة ليست محدّدة الكمية إطلاقًا[1].

كما أنّ المشروع التمهيدي للقانون المقدم من الحكومة ينص على (عدم التوازن الظاهر) و لكن تمّ استبعاد هذه الصيغة لاختلافها بفكرة الغبن، و تمّ الاحتفاظ آنذاك بمفهوم الميزة المفرطة[2].

و تقترب فكرة الميزة المفرطة من فكرة الغبن كما هي معروفة في القواعد العامة من حيث ترتيب الفكرتين لضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية، يؤدّي إلى عدم التوازن بين حقوق و التزامات المتعاقدين، كما أنّ معيار الميزة لا يُثير مسألة الغبن من حيث نص المادة 31 التي اشتملت على عنصر موضوعي أي الميزة الفاحشة و عنصر شخصي أي الخشية الناتجة عن تعسف النفوذ

[1]- سي الطيب، المرجع السابق، ص. 115.

[2]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 129.

الاقتصادي، و كما هو معروف فإنّ القواعد العامة التي تعاقب على الغبن تتطلب توافر هذين العنصرين[1].

إضافةً إلى الاختلاف الواضح بين الفكرتين فكرة الغبن و فكرة الميزة الفاحشة حيث هذا الاختلاف يكمن في محلّ التعسف، الذي في الغبن نجده ينصبّ على الثمن، بينما الميزة الفاحشة للشرط تنصبّ على الشروط المتعلّقة بتنفيذ العقد.

أمّا الإشكال الثاني فقد ثار التساؤل البعض حول وجوب أن تكون الميزة المفرطة ذات طابع مالي فقط، وتسمح المراجعة المتأنّية لقائمة الشروط التعسفية الواردة في المادة 35 من قانون1978 بملاحظة أنّ الكثير منها ذات طابع مالي مثل الشروط المتعلّقة بالأسعار و كيفيات دفعها، كما أنّها لا تخلو من شروط أخرى ليست ذات طابع مالي مثل الشروط المتعلّقة بالتسليم و شروط المنتج و الانفساخ و تجديد العقد و عبء المخاطر.

وبخصوص الإشكال الثالث المطروح في تبنّي فكرة الميزة الفاحشة يتمثل في كيفية تقدير الميزة المفرطة، هل يجب النظر للشرط بمفرده أم يجب النظر إلى شروط العقد في مجموعها التي يتضمّنها عقد الاستهلاك، و الراجح أنّه و من الحكمة عدم التسرّع في جعل الشرط تعسفيًا لمجرد أنّه يرد مانحًا بعض المزايا للمهني، إذ أنّه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهًا الأعضاء المستهلك من مزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله[2].

كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شروط أخرى تتناول تخفيضًا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك[3].

[1]- أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص. 221.

[2]- عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص. 140.

[3]- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 131.

و الرجوع إلى نصّ المادة 132-05/01 من قانون 1978 تنص على أنّ الطابع التعسفي للشرط بقدر الاستثناء –وقت إبرام العقد– إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، و لذا بالنسبة للشروط الأخرى للعقد.

و يقدّر أيضًا بالرجوع إلى الشروط التي قد يتضمّنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يخضع فيها أحدهما قانونًا للآخر، كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض المقترن بالبيع[1].

الفرع الثالث : معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد

يبدو أن المشرع الفرنسي ومن خلال تبنيه للتعليمة الأوروبية لسنة1993 قد هجر المعيارين السابقين وتبنى مكانهما بمعيار "الإخلال الظاهر بالتوازن" .

ويرى البعض بأن هذا التغيير لم يأتي بتغيير من حيث الموضوع، بمعنى أن المعيار الجديد ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة الفاحشة، والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا للنظرية المادية.

وتسمح قراءة المادة 5/2 من قانون 04-02 بالقول بأن تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند لا ينظر إليه بصفة منعزلة، وإنما ينظر إليه في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يتضمنها.

ويلاحظ أن صياغة النص السابق لم تكن بالتوفيق اللازم الذي عليه نص المادة 132-5/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ويبدو هذا التوجه منطقيا من حيث أنه لا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا لمجرد أنه يمنح أحد أطراف العقد مزايا معينة، إذ من الممكن أن يكون هناك شرط أخر يعطي المتعاقد الثاني مزايا تعيد التوازن في العقد.

وإذا كان هذا الأمر مسلم به في حالة ما إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة واحدة، إلا أن الصعوبة تكمن في تقدير المقابل في حالة ما إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة، كما هو

[1]– محمد بودالي، مرجع سابق، ص. 30.

الحال إذا وجد من جهة أولى شرط يقضي بتحديد مسؤولية المحترف، ومن جهة أخرى شرط أخر يعطي المستهلك الحق في فسخ العقد بإرادة منفردة .

ومع ذلك، ليس هناك من حل أخر غير النظر للعقد باعتباره كلا لا يتجزأ، أو كيانا واحدا يتضمن العديد من الشروط، وأنه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفيا، والتأكد من عدم وجود التوازن العقدي .

ولما لم يكن هناك فرق بين معيار الميزة المفرطة ومعيار عدم التوازن الظاهر فإن الفقه كان يذهب إلى أن قاضي الموضوع ينفرد بتقدير الميزة المفرطة في كل حالة على حده، باعتبارها مسألة واقع لا مسألة قانون، لا يخضع فيها لرقابة المحكمة العليا.

إن معيار عدم التوازن الظاهر إذا كان ترديدا لمعيار الميزة المفرطة ، فإنه تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد، أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة.

وغير أن معيار عدم التوازن الظاهر يختلف عن الغبن من عدة وجوه منها:

عدم تحديد عدم التكافؤ برقم معين، ومن حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن، وامتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، وأخيرا من حيث عدم اقتصاره- مثل الغبن- على المزايا المالية، وإنما يشمل المزايا غير المالية [1].

وللتأكيد على هذا الاختلاف بين فكرة عدم التوازن الظاهر ، فإن فكرة الغبن حرص المشرع الفرنسي على إضافة الفقرة 7 إلى المادة 132-1 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي لا يقع لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو تأكيد على أن الهدف من هذا النظام هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة.

[1]- محمد بودالي، مرجع سابق، ص.132و133

يضاف إلى ذلك أن الأصل أن أسعار المنتجات والخدمات يتحدد عن طريق المنافسة الحرة، وفقا لآليات السوق مع مراعاة مصلحة المستهلك،كما أن المحل الرئيسي للعقد تراعى فيه إرادة الطرفين مما يجنب المساس بالتوازن العقدي المنشود.

المبحث الثاني: آليات الحماية من الشروط التعسفية

إن النظم التشريعية وفي ظل تبلور فكرة المحترف أو المهني في ضوء التطور الاقتصادي الذي شهدته الساحة من تطور لوسائل الإنتاج والتصنيع، وتعزيز مكانة المحترف وتقوية مركزه وما اكتسبه من نفوذ اقتصادي من احتكار لوسائل الإنتاج، حيث أصبحت وضعية هذا الأخير كطرف في العلاقة العقدية تهدد الطرف الأخر المتعاقد وهو المستهلك من حيث الإملاءات والتحرير المسبق لشروط العقد والتي أصبحت تنعت بالتعسفية. هذا ما جعل أهمية حماية المستهلك في التشريع العالمي تتطور، حتى أن المشرع ذهب في كفاحه لهذه الشروط التعسفية إلى ابتكار آليات حمائية كمحاولة منه لاحتواء هذه الممارسات والحد منها، فتعددت هذه الوسائل أو الآليات، فمنها ما هو قانوني ويتمثل في إيراد قوائم محددة للشروط التعسفية ملحقة بقوانين تحمي من الشروط التعسفية، كما نجد آلية تتمثل في هيئة إدارية وهي لجنة الشروط التعسفية، بحيث يكمن دورها في الإطلاع على نماذج العقود التي يعرضها المهنيين على المستهلكين أو غير المهنيين، وذلك من أجل إبداء رأيها حول طبيعة الشروط المدرجة في هذه العقود من حيث تضمنها الطابع التعسفي.

كما أن هناك آلية أخرى ذات طابع إداري وتتمثل في الرقابة التي تمارسها الحكومة على الشروط التعسفية وذلك من خلال إصدار مراسيم بتحريم أو تحديد أو تنظيم هذه الشروط التعسفية.

إضافة إلى ذلك نجد الرقابة التي يقوم بها القضاء على الشروط التعسفية والتي تعد كآلية لحماية مصلحة المستهلك، ومنها القضاء الإداري من جهة والقضاء المدني من جهة أخرى، حيث يتصل هذا الأخير بالدعوى التي يرفعها المستهلك أو الدعوى التي ترفعها جمعيات المستهلكين.

وعلى هذا سنعرض للآلية القانونية والمتمثلة في الرقابة القانونية وذلك عن طريق إصدار قوائم محددة للشروط التعسفية التي جاء بها القانون الألماني وإلى آلية أخرى متمثلة في الرقابة الإدارية التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية، وأخيرا المراسيم الصادرة عن الحكومة كآلية رقابة إدارية (مطلب أول) وفي المطلب الثاني، سنتناول أشكال أخرى متمثلة في القضاء الإداري والقضاء المدني ومكافحته للشروط التعسفية، بالإضافة إلى طريقة أخرى تعد كآلية لصد الشرط التعسفي وهي الإدعاء المقدم سواء من طرف المستهلك أو الجمعيات التي تمثله في (مطلب ثاني)

المطلب الأول: الوسائل القانونية والإدارية لمكافحة الشروط التعسفية

ومن خلالها سنتطرق إلى الآلية أو الوسيلة القانونية والمتمثلة في القوائم المحددة للشروط التعسفية بموجب قانون (فرع أول) ثم إلى لجنة الشروط التعسفية كآلية إدارية إضافة إلى المراسيم الصادرة عن الحكومة (فرع ثاني).

الفرع الأول: إصدار قوائم محددة للشروط التعسفية بموجب قانون

إن الحديث عن إنشاء قوائم محددة للشروط التعسفية يرجع بنا التاريخ إلى أول تشريع عمل بهذا الشكل وهو القانون الألماني في البداية، مصدرا بذلك نوعين من القوائم ، القوائم السوداء والثانية متمثلة في قوائم رمادية متعلقة بالشروط التعسفية، وقد اتبعه في هذا النهج المشرع الفرنسي الذي أورد قائمتين من الشروط التي اعتبرها تعسفية ، وهو ما سار عليه المشرع الجزائري أيضا. وسنعرض لهذه التشريعات السابقة الذكر، وذلك من خلال المشرع الألماني الذي يعتبر من أوائل الدول الأوروبية التي أصدرت قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية ،وهو قانون 09 ديسمبر 1976، المتعلق بالشروط العامة للعقود، والذي أصبح ساري المفعول في 01 أفريل 1977 تضمن هذا هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء، حيث تعتبر الشروط الواردة بها باطلة بقوة القانون ولا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، والثانية قائمة رمادية والتي أعطى بصددها للقاضي

سلطة تقديرية بشأن إبطالها أو عدم إبطالها حسبما إذا كانت تتلاءم أو لا تتلاءم مع بعض المعايير التي حددها القانون المذكور آنفا[1].

حيث تشمل القائمة السوداء 08 أصناف من الشروط الممنوعة، نصت عليها المادة 10 من القانون 10 من القانون السابق، وتتعلق على وجه الخصوص بإطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف ونصه على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه، وحقه في إبطال العقد، دون أساس مادي مبرر، أو في تعديله، آخذا في الاعتبار مصالحه دون الاكتراث بعدم قبول المستهلك لذلك، وبحقه في المطالبة بتعويضات ومصاريف مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك بإبطال العقد أو بفسخه وبحقه في اختيار القانون الأجنبي الواجب التطبيق، أو القانون الوطني الساري المفعول إذا لم يبرر هذا الاختيار بوجود مصلحة مشروعة [2].

أما القائمة الرمادية ، فإنها تشمل 10 أصناف من الشروط التعسفية، نصت عليها المادة 11من القانون الألماني، وتتعلق على وجه الخصوص بحق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التي لم تسلم أو يوفى بثمنها خلال مدة أربعة أشهر ، وباستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخبرة، أو حقه في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس، وبحرمان المستهلك من خيار اللجوء إلى المقاصة في دين له عليه، خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي. والإعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد أو الإهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعه، واستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير[3].

ولعل أهم هذه الشروط التعسفية هو ذلك الشرط المتعلق بالضمان، حيث نصت المادة 11 من القانون السابق، على تحديد وتقييد إمكانية مخالفة أحكام الضمان القانوني الذي يعاقب على العيوب اللاحقة بالأشياء المبيعة الجديدة، بموجب الشروط العامة.

[1] –عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص. 148و149

[2] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص.21

[3] – محمد بودالي، مرجع نفسه، ص. 22 و22

حيث يعتبر باطلا الشرط الذي يستبعد كليا أو جزئيا الحقوق المحتملة للمستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الأشياء المبيعة موردة من قبل الغير.

ويجوز للبائع أن يفرض عل المستهلك ضرورة الرجوع أولا على الغير، خاصة إذا كان حاصلا على ضمان من المنتج ، ولكن في جميع الأحوال يجب أن يبقى ضمان البائع بصفة احتياطية.

هذا ويعترف القانون السابق صراحة بصحة الشرط الذي يسمح للمحترف بفرض تصليح الشيء المعيب، واستبعاد بالتالي خيار الفسخ أو إنقاص السعر في حالة عدم نجاح عملية التصليح.

علاوة على ذلك ، فإنه يجب على البائع أن يتحمل المصاريف المتعلقة بتصليح الشيء المبيع، مثل مصاريف النقل، والتنقل، واليد العاملة، والأدوات الضرورية.

كما تعتبر باطلة مختلف الشروط التي يكون الغرض منها الحيلولة دون ممارسة المستهلك لحقوقه أو عرقلتها، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي تربط بين تصليح الشيء المعيب والوفاء بكامل السعر أو بجزء مبالغ فيه، مقارنة بعيوب الشيء.

وكما هو الحال أخيرا بالنسبة للشرط الذي يفرض أجلا أقصر من الأجل القانوني المتعلق بضمان العيب الخفية، وهو 06 أشهر تسري من وقت التسليم، للإعلان عن وجود العيب[1].

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد قام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود والتي تكون محلا للشروط التعسفية في حال مخالفتها ، وذلك بموجب المادة 35 من قانون 10 جانفي1978 تتعلق هذه العناصر بتكوين العقد،وبالشروط المتعلقة بالخاصية المحددة أو قابلية التحديد للثمن ومدتها وشروط الفسخ أو التجديد، وكذلك تنفيذ العقد والشروط المتعلقة بالدفع

[1] – د محمد بودالي، مرجع سابق، ص.22و23

للثمن، وتلك المتعلقة بجوهر الشيء أو تسليمه، والشروط المتعلقة بعبء المخاطر، ونطاق المسؤوليات والضمان، وشروط التنفيذ والفسخ [1].

وتجدر الإشارة أن هذه القائمة أتت على سبيل الحصر، وما يؤكد ذلك هو القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 03 ديسمبر 1981[2].

وفي عام 1995 قام المشرع الفرنسي بإيراد ملحق بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية، إذا توافرت فيها العناصر الثلاث للشرط التعسفي المذكورة سابقا.

وهي قائمة مستوحاة من التعليمة الأوروبية لعام 1993. وقد جاءت شاحبة على حد تعبير البعض ، فهي من جهة تفتقر للقوة الإلزامية التي تتميز بها المراسيم ، ومن جهة أخرى تحمل المدعي عبء إثبات الطابع التعسفي وفقا لنص المادة 132-1 من قانون الاستهلاك [3]. وهي تضم سبعة عشر نوعا من الشروط تتعلق منها:

- استبعاد أو تحديد المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة أو إصابته بأضرار جسمانية، نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه.
- استبعاد أو تحديد بشكل غير ملائم، الحقوق القانونية للمستهلك قبل المحترف أو جزء منها في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب لأحد التزامات المحترف.
- النص على التزام المستهلك بشكل نهائي، وتعليق وتنفيذ المحترف لالتزامه على محض إرادته.
- إجازة احتفاظ المحترف بالمبالغ المدفوعة من قبل المستهلك في حالة تراجعه عن إبرامه العقد أو تنفيذه دون النص على حق المستهلك في الحصول على تعويض مساوي للمبالغ المدفوعة في حالة تراجع المحترف نفسه.

[1] – أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق ص. 225

[2] – سي الطيب محمد الأمين، مرجع سابق، ص.123

[3] – د محمد بودالي، مرجع سابق، ص.33

- فرض على المستهلك الذي لا ينفذ التزاماته تعويضا مبالغا فيه وغير مناسب.
- إجازة المحترف لإنهاء العقد بصفة تقديرية، وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.
- إجازة بإنهاء عقد محدد المدة دون إخطار مسبق معقول، باستثناء حالة السبب الجسيم .
- التمديد التلقائي لعقد محدد المدة.
- الإثبات القاطع لإذعان المستهلك لشروط لم يعلم بها قبل إبرام العقد.
- إجازة تعديل عبارات العقد للمحترف من جانب واحد دون سبب جائز ومذكور في العقد.
- إجازة تعديل المحترف من جانب واحد لخصائص المال او الخدمة ..... .
- النص على تحديد سعر الأموال وقت التسليم .
- منح المحترف حق تمديد ما إذا كان الشيء أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.
- تقييد التزام المحترف في احترام الالتزامات المتخذة من قبل وكلائه... .
- إلزام المستهلك بتنفيذ التزامه في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
- النص على إمكانية تنازل المحترف عن العقد إذا كان من شأن ذلك أن يؤدي إلى إنقاص الضمانات الممنوحة للمستهلك .
- استبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن ....

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أصدر قانون 28 جافني 2005 المسمى قانون CHATEL نسبة إلى النائب في الجمعية الوطنية الذي كلف بمهمة برلمانية تتعلق بإعلام، وتمثيل وحماية المستهلكين، وقد عدل هذا القانون قانون الاستهلاك الفرنسي ومنه الكتاب IV تحت عنوان أحكام مختلفة، وذلك بأن أضاف إلى القائمة البيانية للشروط التي يمكن أن تعد تعسفية الشرط الذي يلزم المستهلك على القبول بشكل خاص نظام بديل لتسوية النزاعات [1].

وأخيرا، فإن المشرع الجزائري ، اقتدى بالمشرع الفرنسي ، وقام بإيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من قانون 04-02، حيث تضمنت المادة 08 أصناف منها، لكن هذه المادة

[1] – محمد بودالي، مرجع سابق، ص.35 و36

قصرت الحماية من الشروط التي تتضمنها هذه القائمة على المشتري المستهلك دون المشتري المهني ويتضح من ذلك من عبارة "تعتبر بنود وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير....."،علما أن نصوص القانون 02/04 الخاصة بالشروط التعسفية تحمي حتى المهني من هذه الشروط، ويتضح ذلك كما سبق القول بصدد عناصر الشرط التعسفي، من المادة 03 الحالة 4 فقرة 01، والحالة 05 من نفس القانون.

ويتضح أيضا من عبارة " لاسيما "الواردة في المادة 29 من نفس القانون، أن هذه القائمة مجرد قائمة بيانية غير حصرية، وهو توجه سليم من طرف المشرع الجزائري، إذ أن عدم حصر قائمة الشروط التعسفية يوفر حماية أفضل للمستهلك، وذلك بفسح المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية، استناد إلى نص المادة03 الحالة 5 من نفس القانون.

ويتمثل تعداد هذه الشروط التعسفية الواردة في 29 من قانون 04-02 في الشروط الآتية:

تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير :

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

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

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرارات البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5- الإلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة.

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

إذن تلك هي القوائم الواردة في قوانين الحماية من الشروط التعسفية، وهذه القوائم تتعزز بقوائم أخرى واردة بموجب مراسيم حكومية تصدرها هذه الأخيرة بعد استشارة لجنة الشروط التعسفية، وهو ما يرد به التفصيل في الفرع الثاني.

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية كآلية للحماية من الشروط التعسفية

لقد عزز تشريع المجتمع الدولي حماية المستهلك بآليات ذات طابع إداري فمن ضمنها لجنة الشروط التعسفية، والمراسيم التنفيذية (الحكومية) المتمثلة في تحديدها للشروط التعسفية .

البند الأول :

أ) الدور الرقابي للجنة الشروط التعسفية في القانون الفرنسي

أنشأت هذه اللجنة الإدارية بموجب قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك للسلع والخدمات من الشروط التعسفية، لدى الوزير المكلف بالاستهلاك، وتم الإبقاء عليها في قانون 1995 بعد الإصلاحات والتعديلات القانونية التي شهدها التشريع الفرنسي، وكان مشروع التمهيدي المتعلق بالقانون 1978 يعهد من أجل استبعاد الشروط التعسفية للمحاكم وفي أعقاب انتقادات الجمعية الوطنية، فإن المشرع الفرنسي قد فوض هذه السلطة للحكومة والتي تستشير بموجبها لجنة الشروط التعسفية.

وبموجب قانون 10 جانفي 1978 جاء تنظيم هذه اللجنة محددا التشكيلة العضوية التي تتكون منها إضافة إلى تعداد الاختصاصات الموكلة إليها وذلك وفقا للمادة 36 منه، موضحة بأن اللجنة تتشكل لدى الوزير المسئول عن الاستهلاك ،وتتكون من خمسة عشر عضوا على النحو التالي:

- قاضيا من النظام القضائي رئيسا.

- قاضيين من النظام القضائي أو الإداري أو أعضاء بمجلس الدولة.
- ثلاثة ممثلين عن الإدارة، مختارين بالنظر لتخصصهم.
- ثلاثة مستشارين قانونيين مؤهلين في مجال القانون أو فن العقود.
- ثلاثة ممثلين عن الجمعيات الممثلة والمعتمدة للدفاع عن المستهلكين .
- ثلاثة ممثلين عن المهنيين .

يتبين من ذلك أن اللجنة تضم عناصر قضائية ، وعناصر إدارية، ومستشارين في مجال القانون أو فن العقود ، وعناصر ممثلة للمستهلكين والمهنيين، وبالتالي فإن المشرع قد مثل جميع الأطراف المعنية بمشكلة الشروط التعسفية في هذه اللجنة ، وذلك حتى تضطلع بمهمتها على أحسن وجه، وهذا يعكس وجهة نظر المشرع في مقاومة تلك الشروط عن طريق أهل الخبرة والاختصاص، وتمثيل كل الأطراف المعنية، وكما يقول البعض إن لجنة الشروط التعسفية في تشكيلتها وأعضائها وصفاتهم تمثل ضمانة للجدية، لا لمجرد التشاور، والسلامة القانونية[1].

– اختصاصات اللجنة:

يتمثل دور هذه اللجنة وفقا للمادة37 من قانون 10 جانفي 1978 في التعريف بنماذج الاتفاقات التي يعرضها المهنيون عادة على المتعاقدين معهم غير المهنيين أو المستهلكين، وأهمها مسئولة عن البحث عما إذا كانت تلك المحررات تتضمن شروطا تحمل في طياتها خاصية تعسفية وفقا للمادة 38 . إذن فاللجنة تقوم بدراسة نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على غير المهنيين أو المستهلكين وتبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا، فإذا ما وجدت فيها تعسف فإنها تصدر توصيات إما بإلغاء لتلك الشروط أو تعديلها، وهي في بحثها ذلك تقوم وفقا للمعايير التي وضعتها المادة 35 أي تنظر فيما إذا كانت تلك الشروط مفروضة من قبل المهنيين باستخدام تعسف النفوذ الاقتصادي وتعطي ميزة فاحشة للمهنيين، على النحو السابق بيانه.

[1]– محمد الرفاعي، مرجع سابق ، ص.234

ولجنة الشروط التعسفية أصبحت في سنة 1993 تملك دور استشاري لدى القضاء الفرنسي، وذلك بموجب مرسوم 10 مارس 1993،وإن كان غير ملزم برأيها الاستشاري حول الشروط محل النزاع [1]،وتقوم هذه اللجنة بعملها، إما بناء على طلب الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشروط كما أنها تستطيع أن تقوم بعملها من تلقاء نفسها، وذلك وفقا للمادة 37 من القانون الفرنسي.

كذلك فإن الوزير المسئول عن الاستهلاك ، يمكنه نشر تلك التوصيات التي تصدرها اللجنة من تلقاء نفسه أو بطلب من اللجنة ذاتها، وأن هذه التوصيات لا يمكن أن تتضمن أي إشارة من طبيعة تسمح بالمطابقة للمواقف الفردية، وتعد اللجنة كل سنة تقريرا عن نشاطها وذلك ابتداء من عام 1978 حتى الوقت الحالي متضمنة توصيات عديدة منها ما هو ذو طابع عام مثل التوصيات المتعلقة بعقود الضمان ، الطعون القضائية ،آجال التسليم .

ومنها ما هو خاص بقطاعات معينة كالتوصيات المتعلقة بشراء أشياء التأثيث، تركيب المطابخ، النقل البري للأشخاص، شراء السيارات، الإيجار مع خيار الشراء، عقد بناء مسكن فردي.....إلخ [2]، كما نجدها تعرض عند الاقتضاء التعديلات التشريعية أو اللائحية التي ترى أنها ملائمة ، وينشر هذا التقرير [3].

لكن هذه اللجنة ذات طابع إداري وليس لها أي سلطة قضائية، أي أن توصياتها ليست لها أي صفة إلزامية، فهي لا يمكنها إصدار أوامر أو اتخاذ عقوبات في حق المخالفين، ويعتبر قصر سلطتها على هذا النحو رأي سديد بالنظر إلى أن المشرع أو القاضي هو الذي يملك سلطة إقرار منع الشروط، كما أن هذا الاتجاه يتلاءم وتقاليد القانون الفرنسي، التي تأبى نقل مثل تلك السلطات من القضاء إلى لجنة إدارية لا تتوافر على نفس الضمانات [4].

[1]- سي الطيب محمد الأمين، مرجع سابق، ص.128

[2]- سي الطيب محمد الأمين، نفس المرجع، ص.128

[3]-أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص.235

[4]- محمد بودالي، مرجع سابق، ص.37

إلا أنه رغم عدم إلزامية هذه التوصيات، فإن المحاكم لم تتردد في الاسترشاد على هداها لتقدير الطابع التعسفي لشرط معين، كما كان لها الفضل في دفع المشرع الفرنسي إلى تنظيم بعض الشروط في قطاعات معينة مثل القانون المؤرخ في 23 جوان 1989 المتعلق بوكالات الزواج وقانون 06 جويلية 1989 المتعلق بإيجار المساكن .....الخ. وعموما فأن توصيات اللجنة ليست مولدة لقواعد يفتح تجاهلها طريق الطعن بالنقض.

والجدير بالذكر، أن اللجنة في دراستها لنماذج العقود المعروضة على المستهلكين فإنها تدرس نظام الشروط وطريقة صياغتها وطريقة طباعتها، حتى يتمكن المستهلك من إجراء مقارنة أفضل للالتزامات المتبادلة، وهي مسألة مهمة ولا يجب الاستهانة بطريقة صياغة تلك الشروط الخاصة بالضمان وغيرها لتأثيرها على تنوير رضاء المستهلك، وفي ذلك أيضا تحقيق لنوع من التوازن العقدي في شروط العقد.

ب) : لجنة الشروط التعسفية في التشريع الجزائري

إن المشرع الجزائري هو الآخر اقتدى بنظيره الفرنسي وأنشأ لجنة مماثلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-306، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

فنص في الفصل الثالث من المرسوم التنفيذي سابق الذكر على تنصيب لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة ، وهي ذات طابع استشاري، وتدعى في صلب النص "اللجنة" وفقا للمادة 06 من المرسوم.

ونصت المادة 08 منه على أن اللجنة تتكون من الأعضاء الآتي ذكرهم :

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية، رئيسا.
- ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود.
- عضو من مجلس المنافسة.
- متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود.

- ممثلين(2) من جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود.

وأضافت المادة(8)منه، أنه يمكن اللجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها [1].

- **اختصاصات لجنة البنود التعسفية**

أما بالنسبة لاختصاصات لجنة البنود التعسفية في القانون الجزائري، فإنها جاءت شبيهة إلى حد كبير باختصاصات نظيرتها في القانون الفرنسي، حيث 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 ، كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين، (المادة 07 من المرسوم 06-306 السابق)

وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها، تخطر إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية أو جمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك (المادة 11 من المرسوم).

وتنشر اللجنة آراءها وتوصياتها بكل الوسائل الملائمة، وزيادة على ذلك يمكنها أن تعد أو تنشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة، على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة ، وينشر كليا أو مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة (المادة 12 من المرسوم).

وأخيرا فإن المشرع الجزائري لم ينص على أي دور استشاري للجنة البنود التعسفية لدى القضاء على غرار المشرع الفرنسي[2].

البند الثاني: المراسيم الحكومية كآلية لمنع أو مكافحة الشروط التعسفية

[1]- سي الطيب محمد الأمين، مرجع سابق، ص. 127

[2]- سي الطيب محمد الأمين، نفس المرجع ، ص.130

أجازت المادة: 132-2/1 من قانون الاستهلاك إصدار الحكومة لمرسوم بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، لتحديد أنواع من الشروط واعتبارها شروطا تعسفية، لتصبح هذه المراسيم بعد صدورها ملزمة للمحترفين وللمحاكم معا بوصف هذه الشروط التعسفية غير مشروعة، يجوز إبطالها لمخالفتها لنص قانوني.

ومنذ بدء العمل بنظام المراسيم في عام 1978، فإنه لم يتم سن سوى مرسوم واحد والمؤرخ في 24 مارس 1978، والذي نص على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية ومنها:

- منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إنقاص الضمان القانوني أو تلك التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم ، ويقتصر المنع هنا على الشروط الواردة في عقد البيع فقط، وبالتالي فلا يشمل المنع هذه الشروط إذا تعلقت بعقود أداء الخدمات.[1]

وحضر هذا الشرط الذي يخص البيع فقط، أدى إلى تعديل عميق في نصوص القانون المدني المكملة للإرادة في مادة البيع ، فبعد أن كانت قواعد المسؤولية والضمان لا يتعلقان بالنظام العام، وبالتالي كان لا ضير من الإعفاء، أو التخفيف منها عن طريق الاتفاق، صارت من طبيعة أخرى و أصبحت بعد صدور مرسوم 24 مارس من النظام العام.

والقضاء يرفض تطبيق مفهوم الشروط التعسفية وإضفاء الحماية للمستهلك في صدد شروط الإعفاء أو التحديد للمسؤولية، إلا على تلك الشروط الواردة في عقد البيع، أما غير ذلك من العقود فلا تطبقها عليها. ولكنها تمد نطاق الحماية إلى العقد المختلط الذي يتضمن خاصية البيع أيضا، وذلك بالاستناد إلى المادة 02 من المرسوم 24 مارس 1978[2].

ففي صدد شرط محدد للمسؤولية عن التعويض قررت محكمة النقض الفرنسية تطبيق المادة 02 من مرسوم 24 مارس 1978، على عقد مختلط ، إذ يعتبر عقد مقاولة وعقد بيع في نفس الوقت وذلك في قرار بتاريخ 25 جانفي 1989، هذا ما أكدته محكمة النقض في 06 يونيو 1990

[1] – محمد بودالي ، مرجع سابق، ص. 32

[2] - « la clause qui , dans un contrat de vente , supprime ou réduit le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le vendeur à l'une quelconque de ses obligation . »

حيث قررت التطبيق للمرسوم السابق على العقد متى كان يمثل حتى ولو بصفة جزئية خاصية البيع أي لو كان العقد في جانب منه يعتبر عقد بيع، فإن المستهلك يستفيد من تطبيق النصوص الخاصة بالحماية للمستهلك من الشرط التعسفي [1].

وبخصوص الشرط الثاني والمتمثل في "منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق تعديل من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها"، ويتميز هذا المنع عن سابقه بشمولية لجميع العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين وهذا وفقا للمادة 03 من المرسوم "[2].

فالقواعد العامة التقليدية تبطل العقد كله لاقترانه بشرط إرادي محض متوقف على محض إرادة المدين وهو المحترف، بينما نص المادة 03 من المرسوم 24 مارس 1978، تبطل الشرط وتبقي على العقد لأن ذلك يخدم مصلحة المستهلك الذي يحتاج للسلعة أو الخدمة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط الأخير، لا يقتصر على عقد البيع مثل سابقه وإنما يجوز للمستهلك الاستناد على المادة 03 السابقة، التي تحضره، مهما كان العقد الذي كان بصدده.

ويرى البعض أن المشرع الفرنسي أحسن صنعا في منع البائع، أو المنتج أو المورد، والمحترف بشكل عام من حق تعديل الشيء محل العقد أو الخدمة بنفسه، وذلك عن طريق إيراد شرط في العقد يجعل التزامه معلق على محض إرادته.

أما بالنسبة للشرط الثالث والأخير الذي حضره مرسوم 24 مارس 1978 فهو الشرط الذي يتعلق بالضمان، والذي ألزم البائع بضمان كل النتائج المترتبة على تخلف أحد التزاماته، وبضمان العيوب الخفية للشيء المبيع أو الخدمة المؤداة للمشتري (المادة 04 من مرسوم 24 مارس)[3]. على أن حضر هذا الشرط يتفق مع ما كان يذهب إليه القضاء الفرنسي، الذي كان يوسع من فكرة

[1] – سي الطيب، مرجع سابق، ص. 131

[2] - « la clause qui réserve au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristique du bien à livrer ou du service à rendre . »

[3] -« dans tous les contrats conclus entre des professionnels d'une part et d'autre part des consommateurs. Le professionnel ne peut garantir contractuellement la chose à livrer ou le service à rendre sans mentionner clairement que s'applique, en tout état de cause , la garantie légale qui oblige le vendeur professionnel à garantir l'acheteur contre toutes les conséquence des défauts ou vices cachés de la chose vendue ou du service rendu . »

الضمان الواجب على المهني عن طريق افتراض سوء نيته وافتراض علمه بعيوب الشيء المبيع،وذلك في ظل القواعد العامة [1].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فهو الآخر أخذ بنظام حضر الشروط التعسفية بموجب المراسيم التي تصدرها الحكومة، في هذا الصدد نصت المادة 30 من قانون 04-02، وهو القانون المطبق على الممارسات التجارية، والمذكورة سابقا على أنه: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ".

نستنتج من المادة 30 أن المشرع الجزائري منح السلطة التنظيمية التدخل بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، وذلك عن طريق محورين، المحور الأول وهو التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين، أما المحور الثاني فهو تدخل السلطة التنفيذية لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية لكن هذا المحور الثاني، لم يقصره المشرع على العقود المبرمة مع المستهلكين أو عقود الاستهلاك، وإنما خول السلطة التنظيمية منع الشروط التعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم، أو بين هؤلاء والمستهلكين، ويتضح ذلك من عبارة ".....منع العمل في مختلف أنواع العقود....." الواردة في المادة 30 السابقة، وذلك بشرط أن تكون عقود إذعان (المادة 03 الحالة 04 فقرة 01 من قانون 04-02).

وذلك على خلاف القائمة السوداء الواردة بالمادة 29 من نفس القانون، والتي حصر نطاق الحماية من الشروط التي تتضمنها في عقود البيع المبرمة بين البائع والمستهلك.

وبالفعل وتطبيقا لنص المادة 30 من قانون 04-02 السابق، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 [2]، الذي يهدف إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية (المادة الأولى من المرسوم).

[1]- سي الطيب، مرجع سابق، ص.132 و133

[2]- المرسوم المؤرخ في 11 سبتمبر 2006 ، الجريدة الرسمية، العدد 56

حيث جاء في المادة 05 من هذا المرسوم، أنه تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي:

1- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 و 03 من نفس المرسوم، فالمادة 02 نصت بأنه تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية، وأمن ومطابقة السلع و/أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع .

على أن المادة 03 وردت في المرسوم 06-306 لتعدد ما يتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادة 02 من نفس المرسوم، والتي جاءت على سبيل المثال لا الحصر ويظهر ذلك من عبارة " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه أساسا بما يأتي".

إذن فإيراد شرط في العقد ينص على تقليص العناصر الأساسية للعقد يعد شرطا تعسفيا.

وتعداد هذه العناصر جاء في المادة 03 المذكورة تبعا لما يأتي:

- خصوصيات السلع و / أو الخدمات وطبيعتها .
- الأسعار والتعريفات .
- كيفيات الدفع .
- شروط التسليم وآجاله.
- عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم.
- كيفيات الضمان ومطابقة السلع و / أو الخدمات.
- شروط تسوية النزاعات.
- إجراءات فسخ العقد.

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

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

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

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

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

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

8- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بدفع واجباته .

9- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

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

11- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.

12- يحمل المستهلك عبئ الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

وفي الأخير ، ومن خلال الفقرة الأولى من المادة 05 من نفس المرسوم، يبدو أن هذه القائمة جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، ويظهر من عبارة"تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي ....." إذ هذه الفقرة لم تتضمن ما يفيد أن القائمة جاءت على سبيل المثال.إلا أنه وبالعودة إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 يمكن القول أنه حتى وإن كانت القائمة المحددة للشروط المعتبرة تعسفية الواردة بموجب المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 تبدو حصرية، إلا أن المادة 30 من قانون 04-02، تعطي الحكومة حق إصدار المراسيم،

تورد قوائم أخرى جديدة محددة للشروط التعسفية، وبالتالي نستنتج أن القائمة المذكورة في المادة 05 من المرسوم رقم 06-306 ليست على سبيل الحصر.

وإذا افترضنا أن الحكومة لم تصدر في المستقبل أي قائمة أخرى ، فإن هذا الأمر لم يطرح أي إشكال ما دام أنه يجوز للقاضي الجزائري الاستناد على تعريف الشرط التعسفي ، الوارد في المادة 03 الحالة 05 من قانون 04-02 لينعت شرطا بأنه تعسفيا رغم عدم ذكره في القائمة الواردة في القانون 04-02 السابق، ورغم عدم ذكره أيضا من طرف الحكومة في القائمة الواردة بالمادة 05 من المرسوم 06-306 السابق، وذلك تحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع .[1]

هذا ما تضمنته الرقابة الإدارية كآلية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ويضاف إلى هذه الهيئات السالفة الذكر وسيلة أخرى تقي المستهلك من تعسف المحترف في العلاقة التعاقدية مع المستهلك وهي الهيئة القضائية.

الفرع الثالث: القضاء كوسيلة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية

يعتبر القضاء كآلية أو وسيلة تحمي المستهلك أو غير المهني من الشروط التعسفية وذلك من خلال رقابته على المراسيم التي تصدرها الحكومة الصادرة بشأن الشروط التعسفية المخولة لها بموجب المادة 35 الفقرة الأولى من قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلك ونظرا لاعتماد المشرع الفرنسي لازدواجية القضاء (القضاء الإداري ، القضاء العادي) فإنه أعطى صلاحية الرقابة على مشروعية الشروط التعسفية لهذين النوعين من القضاء.وعليه سوف نتطرق إلى رقابة القضاء الإداري في البند الأول ثم إلى رقابة القضاء المدني ضمن البند الثاني.

البند الأول: رقابة القضاء الإداري على الشروط التعسفية

لقد أعطت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 للحكومة الحق في تحريم تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية في العلاقات بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، وذلك عن طريق

[1]- سي الطيب محمد الأمين، مجع سابق، ص.133و134 و 135

مراسيم تصدر بعد مصادقة مجلس الدولة، وأخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، وبالتالي فإنه لكي يعتبر الشرط تعسفيا فإنه يجب أن يصدر به مرسوم حكومي بعد أخذ رأي مجلس الدولة – إلزاما – ولا يكفي مجرد صدور توصية من لجنة الشروط التعسفية باعتباره تعسفيا.

وعلى ذلك فإن مجلس الدولة يباشر رقابة على الشروط، ذلك أنه بناء على أساس تجاوز أو عدم تجاوز السلطة يستطيع المجلس التحقق مما إذا كانت المراسيم الصادرة بالتطبيق القانون 10 جانفي 1978 مطابقة لنص القانون الصادر بالتطبيق له، هذه الرقابة يجب أن تتم في خلال فترة شهرين بعد نشر المرسوم في الجريدة الرسمية وفقا للقانون السابق.

وتطبيقا لذلك ، فقد صدر المرسوم رقم 78-464، المؤرخ في 24 مارس 1978 بالتطبيق للفصل الرابع من قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين، به خمس (05) مواد ما يهمنا فيه هي المادة الأولى (01) منه التي كانت محل طعن أمام مجلس الدولة، حيث إنها كانت تنص على انه " في العقود المبرمة بين مهنيين، من ناحية، وغير المهنيين أو المستهلكين من ناحية أخرى، فإنه يكون محرما باعتباره تعسفيا في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون المعني الشرط الذي موضوعه أو أثره يؤكد إذعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات غير مدرجة في المحرر الذي يوقعه " وهو ما يعرف بشروط الإحالة على ما سبق أن بينا في صدد القبول.

نص المادة الأولى من المرسوم كان يحرم الشروط المدرجة بالإحالة إلى ملاحق أو وثائق أخرى غير مرفقة بالعقد ولم يراها المستهلك الذي يوقع العقد، إلا أن عملية الإحالة إلى شروط وملاحق أخرى توجد في العديد من عمليات التوثيق كما في عقد البيع لمكان مملوك ملكية مشتركة.

وكما قال مفوض الحكومة، فإن القاضي الإداري يجب عليه التحقق من الظروف التي أدخل فيها الشرط، ومعنى ذلك التحقق وبالتالي فإنه كان على البائع المهني إذا كان الطرف الآخر غير مهني أو مستهلك أن يرفق هذه الملاحق أو الوثائق بالعقد حتى يوقعها الطرف الآخر وإلا بطلت تلك الشروط. وبالتالي فقد لوحظ تزايد كبير في إعداد أجزاء الملاحق التي يحفظها الموثقون والحفظة وكذلك تزايد العبء المالي الذي يقع على عاتق العميل، مما أدى إلى الشكوى من قبل الموثقين والحفظة

وكذلك نفس الشيء مع شركات التأمين والشركات العقارية وعلى ذلك فقد رفعت خمس شركات تأمين دعوى بإلغاء هذه المادة أمام مجلس الدولة ، فأصدر المجلس حكما يقضي بإلغاء تلك المادة (رقم 01 من المرسوم 24 مارس 1978) وجاء في التسبيب للحكم أنه باعتبار أن الحكومة ليست مصرحا لها باستخدام السلطات التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون 78 إلا من أجل تحريم، تحديد أو تنظيم فقط للشروط المتعلقة بالعناصر العقدية المعدودة على سبيل الحصر في تلك الفقرة ....

وأضاف الحكم أن هذه الفقرة التي لا تكشف في كل الحالات عن تعسف في النفوذ الاقتصادي، والتي لا تمنح بالضرورة ميزة فاحشة للمهنيين، من هنا فإن هذه النصوص بسبب عموميتها، فإنها لا تدخل في صلاحيات الحكومة التي تستمدها من الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون السابق وبناء عليه، فإن المادة الأولى من المرسوم محل الطعن فيها تجاوز للسلطة، وعلى ذلك فإنه يفهم من الحكم كما هو واضح أن الشروط الواردة بالمادة 35- الفقرة الأولى، واردة على سبيل الحصر ولا يجوز للحكومة تجاوزها وإن فعلت ذلك، فإنها تتجاوز سلطتها حيث إنها أبطلت الشروط الواردة بالإحالة بالمادة الأولى محل الطعن.

من وجود أو عدم وجود الميزة الفاحشة نتيجة تعسف النفوذ الاقتصادي.

وقد انتقد البعض تسبيب هذا الحكم من قبل المجلس، فيما يتعلق بالتحقيق مما إذا كان الشرط يعطي ميزة فاحشة نتيجة تعسف النفوذ الاقتصادي، فإنه بذلك يشل التطبيق للقانون 10 جانفي 78 حيث أنه لا يوجد شرط تعسفي في جميع الأحوال، والأكثر خطورة أن شروط الإعفاء من المسؤولية مثلا يمكن ألا تكون تعسفية في بعض الفروض الخاصة، حيث إنه يمكن أن نتصور أن الشرط قد اشترط مقابل الثمن، فلو أبقى مجلس الدولة على اقتراحه ، فإن أي مرسوم يصدر بناء على أساس القانون 78 لن يكون بمنأى عن الإلغاء.

فيما يتعلق بالقضاء الإداري فإنه هناك جهات أخرى تشارك مجلس الدولة في صدد الرقابة على الشروط التعسفية، ذلك أن المحاكم الإدارية لها أن تعرف الشروط التعسفية ولها أن تستبعدها

أيضا كما يقول البعض، أنه إذن القاضي الإداري الذي ترجع له السلطة في القول ما إذا كان في العقد الذي يربط الخدمة العامة الصناعية أو التجارية والعميل لهذه الخدمة، يوجد نقص في التشريع حول الشروط التعسفية، أو على حد تعبير البعض الآخر أنه في تلك الفروض نعتقد أنه يكون للقاضي الإداري السلطة في الفصل في مدى صحة هذه الشروط[1] .

وعلى ذلك فإنه يبين من حيثيات حكم مجلس الدولة ورأي مفوض الحكومة أنه يكون للمحاكم البحث عن توافر الخاصية التعسفية في العقود المعروضة عليها والتي تكون بين المهنيين الذين يرتبطون بالخدمة العامة الصناعية أو التجارية وبين المستهلكين المتعاملين معهم، وكذلك فإن مجلس الدولة في بحثه حول مدى صحة المراسيم الصادرة التطبيق للقانون، ويبحث في مدى اعتبار الشرط تعسفيا أي يبحث عن استخدام النفوذ الاقتصادي في إعطاء ميزة فاحشة للمهني، فإن ذلك يمثل رقابة أيضا لتلك الشروط.

ويتضح من ذلك أن القاضي الإداري يمنح نفسه سلطة مزدوجة في الرقابة فهو يتحقق أولا مما إذا كانت النصوص التنظيمية (المراسيم) الصادرة، تعتبر داخلة في حدود الصلاحية التي منحها قانون 1978 للحكومة أم لا، وثانيا فهو يتحقق أيضا مما إذا كان الشرط الذي حرمته الحكومة بمرسوم، يدخل في إطار التعريف الذي أعطته المادة 35 من هذا القانون، أي ما إذا كان الشرط مفروضا من قبل المهني على غير المهني أو المستهلك باستخدام تعسف النفوذ الاقتصادي ويعطي ميزة فاحشة للمهني.

البند الثاني: القضاء العادي

بعد أن رأينا رقابة مجلس الدولة وكذا المحاكم الإدارية للشروط التعسفية في فرنسا ننتقل إلى رقابة القضاء العادي كوسيلة لحماية المستهلك أو غير المهني من الشروط التعسفية .

[1]- أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص.236و237و238

حيث أن المناقشات البرلمانية التي جرت قبل المصادقة على قانون 1978 ، أثبتت أن المحترفين رفضوا منح القضاء سلطة تحديد الطابع التعسفي للشرط، ومن هنا لم تكن آليات قانون 10 جانفي 1978 لتوسع من دور المحاكم في هذا المجال.

ولم يكن طبيعيا أن يقف المشرع موقف الريبة والشك تجاه منح القضاء سلطة الرقابة على الشروط التعسفية، خصوصا وأنه ضاعف في مجالات أخرى سلطات القضاء الرقابية.

وقد قدمت لدعم هذا الموقف حجتان: الأولى هي الخوف من أن يقوم القاضي بإفراغ المادة 1134(مدني فرنسي) من محتواها. كما قيل بأن موقف القضاء سيكون متباينا من حيث اتجاه بعض القضاة إلى الحكم بإبطال العقود واتجاه البعض الآخر إلى اعتبارها صحيحة.

والحجة الثانية: تتعلق بفكرة السلطة التقديرية السيادية للقضاء فيما يتعلق بمسائل الواقع والتي لا تفلت منها الشروط التعسفية، ولا تملك محكمة النقض إزاءها إحلال سلطتها التقديرية محل قضاة الموضوع.

ومما يؤخذ على الحجة الأولى أن الخوف من تحكم القضاء أدى إلى تحكم السلطة التنفيذية والتي بدلا من أن تتدخل إيجابيا، اكتفت بإصدار مرسوم واحد مؤرخ في 24 مارس 1978 السابق الذكر والذي لم تكن نصوصه أصيلة ، بدليل أنها لم تكن سوى ترديدا لبعض الحلول التي سبق إلى ابتداعها القضاء.

كما أن بعضها الآخر تم إلغاؤه من قبل مجلس الدولة بسبب عيب تجاوز السلطة،وهكذا اقتصر دور القضاء بالتالي على إبطال المراسيم التي صدرت تنفيذا للقانون السابق. علما أن هذه الأخيرة ربطت إبطال الشروط التعسفية بوجود مراسيم، وحتى الآن لم يصدر إلا مرسوم واحد.

كما أن تواتر النصوص التشريعية بعد ذلك، لم يسهم في القضاء على النظام الموروث عن قانون 1978 بدءا بقانون 18 جانفي 1992 الذي ساهم في تقوية حماية المستهلكين ومرورا بقانون 26 جويلية 1993 الذي تقنن بموجبه قانون الاستهلاك. ولم تبادر هذه القوانين كلها إلى منح القاضي صراحة سلطة إبطال الشروط التعسفية غير المذكورة في المرسوم.

ولكن وأمام هذا الركود التشريعي ، اتجهت محكمة النقض الفرنسية باحتشام إلى القول بأنه حتى خارج إطار النصوص المتخذة تطبيقا للمادة 132-1 من. ق.ا فإنه يجوز للقاضي أن يصدر جزاءا بالنسبة لكل عقد استنادا لنص المادة 1134 من القانون المدني ، وفي غياب قانون خاص يجيز له العقاب على التعسف .

ثم اتجهت محكمة النقض في اجتهاد نوعي لها ودون الاستناد لنص المادة 132-1 من . ق.ا إلى اعتبار شرط وكأنه غير مكتوب بسبب طابعه التعسفي استنادا إلى أنه يمنح لأحد المتعاقدين ميزة مفرطة جعلته يفرضه على عميله بفضل وضعيته الاقتصادية .

وأخيرا ، ذهبت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرارها الشهير المؤرخ في 26 ماي 1993 إلى أنه يجوز للقاضي واستنادا إلى نص المادة 132-1 L من قانون .ق.ا وفي غياب أي مرسوم أن يبسط رقابته بشكل مباشر أو غير مباشر على الشروط التعسفية، وذلك باستبعاد تطبيقها .

قبل أن يقرر هذا الاجتهاد تشريعيا بنقل التعليمة الأوروبية لسنة 1993 إلى القانون الفرنسي لسنة 1995، حيث أصبح القضاء يستند في بحثه عن الطابع التعسفي للشرط إلى التعريف الذي أوردته المادة 132-1.L من قانون الاستهلاك في فقرتها الأولى .

كما أصبح بمقدوره طلب رأي لجنة الشروط التعسفية، وذلك بموجب المرسوم المؤرخ في 10 مارس 1993، والذي أسند لها مهمة استشارية لدى القضاء، في محاولة للتوفيق الرقابة الإدارية وطرق الرقابة القضائية، والاهتداء بتوصياتها، والاسترشاد بقائمة الشروط المعتبرة تعسفية الملحقة بقانون الاستهلاك، وإن كان القضاء غير ملزم بها جميعا.

ومن شأن بسط رقابة محكمة النقض على سلطة قضاة الموضوع في تحديد مفهوم الشرط التعسفي، فإن محكمة النقض الفرنسية ذهبت بالقول بأن الطابع التعسفي لشرط ما مسألة قانونية

تخضع لرقابتها[1]، وأن تؤدي هذه الرقابة إلى نوع من التوحيد لمعايير التقدير، وبالتالي إلى استقرار المعاملات[2].

ولم يتوقف التفكير في مكافحة الشروط التعسفية في فرنسا ، عند هذا حدود دعوى حذف أو إزالة الشروط التعسفية، بل تعداها إلى البحث عن وسائل أخرى تعتمد على التحديد المسبق للشروط المتوازنة ، حيث كان الفضل للأستاذ **BIHL (L)** فضل السبق في اقتراح العمل بالاتفاقات الجماعية في مجال الاستهلاك على غرار ما هو معمول به في عالم الشغل للتخلص من دعوى إزالة الشروط التعسفية التي أصبحت في نظره تسمم قانون العقود بوجه عام وعقد البيع بوجه خاص وذلك عن طريق إصدار قوانين أو لوائح أو اتفاقات جماعية تهتم بالتحديد المسبق لمضمون بعض العقود، بشكل يؤدي إلى تحقيق التوازن بين مصالح مختلف الأطراف. فبدلا من أن تتم صياغة العقد من جانب المحترف وحده، فإنه تتم صياغته إما من طرف السلطات العامة بموجب نصوص آمرة، وإما عن طريق التفاوض الذي ينتهي باتفاق جماعي على طريقة الاتفاقات الجماعية في مجال الشغل.

أما بخصوص القاضي الجزائري ، فإضافة إلى نص المادة 110 من القانون المدني الذي يعطيه سلطة تعديل الشرط التعسفي، أو إعفاء الطرف المذعن منه فإن تعريف الشرط التعسفي الوارد بالقانون 04-02 السابق، يعزز من هذه السلطة الممنوحة له، وتحت رقابة المحكمة العليا على التطبيق الذي يقوم به قضاة الموضوع. وذلك فضلا عن رجوعه إلى القائمة الواردة بالقانون 04-02 بموجب المادة 29 منه، والقائمة الصادرة بموجب المرسوم 06-309 في المادة 05 منه ليستهدي بها.

ومما سبق ذكره بشأن دور القاضي كآلية لإبطال الشرط التعسفي، يمثل تقدم هام في مجال الحماية للمستهلك، إذ من شأنه أن يؤدي إلى إعادة التوازن للعملية العقدية وتقريب الشقة البعيدة

[1] - civ , 1 er , mai 1993
Civ , 1er ,6 janvier 1994

[2]- محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص.48 و49 و50

الناجمة عن المساواة الاقتصادية بين أطراف العملية العقدية، فهذا أدى إلى الثبات والاستقرار القانوني والاجتماعي الذي هو مهدد ما بقي عدم توازن عقدي بين الأطراف [1] .

وعلى هذا وبالرغم من اعتراف المشرع للقاضي بسلطة رقابة الشرط التعسفي، في صدد النزاع المعروض عليه بواسطة الأطراف، لكن الواقع أثبت أن المستهلكين قد يتقاعسون عن رفع الدعوى بطلب بطلان الشرط التعسفي، وذلك لسبب مصروفات ونفقات الدعاوى المرتفعة بالمقارنة مع السلعة أو الخدمة محل الدعوى إضافة إلى طول إجراءات التقاضي لذلك اعترف المشرع الفرنسي ونظيره الجزائري للجمعيات الممثلة للدفاع عن المستهلك بحق رفع الدعوى نيابة عن المستهلكين ولكن بحدود وشروط معينة وهو ما سنتعرف عليه في الفرع الموالي.

الفرع الرابع: دعاوى جمعيات المستهلكين كوسيلة لحماية المستهلك

تجنبا وتفاديا للتراجع الملحوظ من طرف المستهلكين عن رفع الدعاوى بشأن إبطال الشروط التعسفية للأسباب المذكورة سابقا، فإن المشرع الفرنسي وبمقتضى القانون المؤرخ في 05 جانفي 1988 والمتعلق بدعاوى جمعيات المستهلكين أعطى لجمعيات الدفاع عن المستهلكين الحق في طلب الإلغاء للشروط التعسفية المدرجة في عقود الاستهلاك من طرف المهنيين، وذلك بمباشرة الحقوق المعترف بها للطرف المدني بالنسبة للأفعال التي تلحق ضررا مباشرا بالمصلحة الجماعية للمستهلكين (المادة01 منه)، وبالتالي فإنه يجب حسب هذا القانون وجود مخالفة جنائية ، وأن تلحق هذه المخالفة ضررا مباشرا أو غير مباشر بالمصلحة الجماعية للمستهلكين.

وتستطيع الجمعيات أن تطلب من القضاء المدني الأمر، عند الاقتضاء بالقوة، الإلغاء لشروط تعسفية في نماذج الاتفاقات المعروضة عادة من جانب المهنيين على المستهلكين (المادة 06 من القانون السابق).

والشروط المعنية هنا هي كل شرط تعسفي ترى المحاكم أنه تعسفي ساء صدر به مرسوم تطبيقي أم لم يصدر به مرسوم، طالما أنه يعطي ميزة فاحشة أو يخل بتوازن العقد إخلالا ظاهرا [2].

[1] – أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص.257

[2] – أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص. 263

وفي سنة 1991 أعطى المشرع الفرنسي لجمعيات الدفاع عن المستهلكين حق رفع دعوى مدينة مقترنة بالدعوى الجناية. بأن أضاف مادة جديدة للقانون 05 جانفي 1988 مرقمة ب8-1، تلي المادة 08 منه، مفادها أنه عندما تلحق أضرار مادية بعدد من المستهلكين من الأشخاص المطبعيين المعروفين والتي حدثت من جراء فعل المهني نفسه ، ويكون مصدر هذه الأضرار مشتركا، فإن لجمعيات الدفاع عن المستهلكين، وذلك بعد حصولها على وكالة من قبل اثنين من المستهلكين المعيين على الأقل، أن تدعي بحق مدني أمام أي جهة قضائية جنائية باسم هؤلاء المستهلكين. ويجب أن تكون الوكالة مقدمة كتابة من قبل كل مستهلك.

وبوسع الجمعية في هذه الحالة أن تدعي بحق مدني أمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل إقامة المهني المختصم، وإن لم يوجد، فأمام قاضي التحقيق أو الجهة القضائية المختصة لمحل لمقر الجمعية الموكلة من قبل المستهلكين [1].

وأهمية هذه الدعوى تمكن في أنها تعطي للجمعية، حق التدخل في الدعوى وتمنح القاضي إمكانية رقابة خاصية التعسف في الشروط العقدية، إضافة إلى ذلك أنها تؤدي إلى تحسين وضع المستهلك الذي يرفع دعوى أمام القضاء، فالدعاوى الفردية قد ثبت ومنذ وقت طويل أنها مقيدة ولا تشجع المستهلك على ملاحقة المهني أمام المحاكم نظرا للنفوذ الاقتصادي لهذا الأخير والمصاريف القضائية وطول وتعقد الإجراءات، تمنعه من رفع الدعوى، هذا من ناحية، وأن تعدد الدعاوى الفردية يمكن أن يشكل محلا لأحكام قضائية متناقضة، ويؤخذ كذلك إقامة قضاء مستقر من ناحية أخرى[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه هو الآخر أعطى بموجب المادة 65-1 من قانون 04-02 المذكور سابقا، لجمعيات حماية المستهلكين، والجمعيات المهنية، و كذا كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، حق رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 04-02.

[1] – أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص.264

[2] – أحمد محمد الرفاعي ، نفس المرجع ، ص.267

كما إعطائها الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلكين (المادة 2/65 منه) [1].

[1] – سي الطيب محمد الأمين ، مرجع سابق ، ص. 151

إن قانون حماية المستهلك والذي جاء لحماية عقود الاستهلاك، جاء بحماية موسعة، وقد اخترت منه ما يتعلق بالحماية الخاصة بالشروط التعسفية والتي أتمنى أن أكون قد أخذت بقسط هام من الدراسة في موضوعي هذا، حيث بدأت دراستي لهذا الموضوع بالعقود الاستهلاكية وهي طائفة من العقود حديثة النشأة إذ أن هذه العقود هي تلك العقود المبرمة بين المهنيين من جهة وبين المستهلكين أو غير المهنيين من جهة ثانية، والتي يلتزم فيها الطرف الأول بتقديم سلعة أو خدمة لصالح الطرف الثاني، إذ هذا النوع من العقود أخذ اهتماما واسعا من طرف التشريعات المقارنة وذلك لتمييزه عن غيره من الأنواع الأخرى من العقود لأنها تتسع فيها خاصية عدم التوازن الاقتصادي و الخبراتي بين أطرافها ، إذ أن المهني أو المحترف يعتبر الطرف القوي اقتصاديا وفني والطرف الآخر الذي يمثله المستهلك في هذه العلاقة العقدية يتسم بالضعف والجهل لمحل العقد الذي هو بصدد إبرامه له ،مما يسمح للمهني أن يفرض شروطا تعسفية قاسية بالنظر للمركز الاقتصادي للمهني في السوق بالمقارنة كذلك لوضعية المستهلك وحاجته الضرورية للسلع والخدمات .

وظاهرة عدم توازن العقدي ظاهرة تجلت في العصر الحديث مع نظام الرأسمالي وظهور الصناعة وهي من مخلفات الأخذ المطلق بمبدأ سلطان الإرادة، وكانت هذه الحرية الاقتصادية في هذا العصر قد أدت إلى شيوع عقود الإذعان والعمل بها، وذلك نتيجة القوة الاقتصادية التي يتمتع بها أحد المتعاقدين الآخر ألا وهو المهني إزاء المتعاقد الثاني.

وقد تناولت في دراستي لهذا الموضوع كذلك التعاريف القانونية والآراء الفقهية لأطراف عقد الاستهلاك وما شابها من اختلاف وتباين، فنطاق تطبيق الحماية من الشروط التعسفية اختلف من تشريع لآخر من حيث الأشخاص فمنهم من حصر هذه الحماية على المستهلك أو غير المهني، مثل المشرع الفرنسي في قانون سنة 1978 آخذا في ذلك المفهوم الضيق مقصيا الطرف الثاني من الحماية إذا كان مهنيا متجاهلا بذلك أنه بإمكان إبرام هذه العقود بين المهنيين .

ثم ما أخذ المشرع الفرنسي وأن أخذ مسحة أوروبية بعد نقله التعليمة الأوروبية لسنة 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، الشيء الذي أدخل التشريع الفرنسي في خلاف

حول تحديد مفهوم المستهلك بين موسع ومضيق ، لزال رحاه قائمة حتى يومنا هذا في ظل غياب تعريف محدد وجامع في التشريع .

كما تعرضت للمفهوم الموسع لفكرة المستهلك والتي تشمل حتى المهني الذي يتصرف لحساب مهنته وما ينطوي عليه من جهله للسلع أو الخدمات التي يتعاقد من أجل الحصول عليها، هذا المفهوم أخذ به المشرع الألماني في قانون سنة 1976 م، متأثرا به المشرع الجزائري متبنيا إياه في تشريعه ، حيث يلاحظ على هذين التشريعين أنهم قد وسعوا من نطاق الحماية المخولة للمستهلك لتشمل حتى المهني في وضعيته كمستهلك في العقد، وإن كان قد قصر هذين التشريعين تلك الحماية على عقود الإذعان دون عقود المفاوضة وعقود المساومة .

كما تطرقت لتطور الحماية في الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها الدولة السباقة في الاهتمام بهذه الفكرة، ثم تطور هذه الحماية في الدول الأوروبية والدول العربية وبعض المنضمات النشطة في هذا المجال وهي بمثابة دراسة مقارنة .

تناولت أيضا في هذه الدراسة الشرط التعسفي ووسائل مكافحته، ففي ما يتعلق بمفهوم الشرط التعسفي ، فعرضنا تحديده من خلال المفاهيم الفقهية والتشريعية والقضائية، والتي تأتى لنا من خلالها بتحليل مفصل للعناصر الثلاثة المكونة له وهي : تعلقه بشرط أدرج في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلك، و العنصر الثاني يتعلق بالشكل الذي يرد به هذا الشرط وهو شرط الكتابة، والعنصر الثلث أن يكون موضوع تلك الشروط أو من نتيجتها أن يخلق على حساب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ذوا دلالة .

وقلنا أيضا أن القواعد الحديثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية أتت بعدة معايير للكشف عن الطابع التعسفي للشرط، ففي البداية استعمل المشرع الفرنسي معياران، الأول معيار تعسف النفوذ الاقتصادي، والثاني معيار الميزة الفاحشة وبعد ذلك لجأ إلى معيار الإخلال الظاهر بين حقوق

والتزامات طرفي العقد، هذا المعيار والذي تبناه المشرع الجزائري أيضا، وصف بأنه مجرد ترديد لمعيار الميزة المفرطة .

أما في ما يتعلق بمكافحة الشروط التعسفية في العقود، فقد ظهرت عدة آليات هي بمثابة وسائل رقابية تمثلت في الرقابة القانونية والإدارية والرقابة القضائية .

فالوسيلة القانونية تمثلت في إيراد قوائم محددة للشروط التي توصف بالتعسفية فلم يفت المشرع الجزائري أنه أخذ بما أخذ به القانون الفرنسي والألماني في هذا الشأن، حيث أورد قوائم محددة للشرط التعسفي على سبيل المثال لا الحصر ومع ما يتسم به نظام التحديد هذا من عيوب ، يبدوا أنه مفيد من حيث أنه يؤذي إلى تلافي في تحكم القضاء .

كما أن التشريع الفرنسي أنشأ آلية لمكافحة الشروط التعسفية وهي عبارة وسيلة متمثلة في الرقابة الإدارية، وذلك بإنشائه لجنة الشروط التعسفية، تختص هذه اللجان بدراسة الشروط المعروضة عادة من قبل المهنيين على المستهلك، والبحث عما إذا كانت تتضمن تعسفا أم لا .

هذا النظام تأثر به المشرع الجزائري أيضا ، وأنشأ لجنة تسمى لجنة البنود التعسفية وفقا لقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

كما أوكل هذا القانون السالف الذكر للحكومة الحق في أن تصدر مراسيم خاصة بتحديد أو تنظيم أو تحريم الشروط التعسفية والتي تعد بمثابة آلية لحماية المستهلك.

إضافة إلى هذه الوسائل الحمائية نجد آلية القضاء ، والتي لها الحق في الرقابة على الشروط التعسفية بموجب التشريع ، وتنقسم هذه الرقابة إلى رقابة القضاء الإداري والتي تتمثل في مراقبة مجلس الدولة لمدى مطابقة المراسيم الصادرة عن الحكومة للقانون .

والرقابة القضائية الأخرى تتمثل في القضاء العادي على الشروط التعسفية إذ القاضي بوسعه الحكم ببطلان الشرط التعسفي الذي يدرجه المهني في عقد الاستهلاك الذي يبرم بين المهني والمستهلك .

ولم يكتمل نظام مكافحة الشروط التعسفية عند هذا الحد بل نجد أن قانون 04-02 نص على إمكانية ممارسة الحماية الجماعية والفردية على السواء ، على غرار القانون الفرنسي، وهي الأخرى وسيلة في يد المستهلك أو الجمعيات الخاصة بالمستهلكين والمحترفين ، والنيابة العامة ولكل شخص طبيعي أو معنوي من إمكانية رفع دعاوى أمام القضاء ضد المحترف الذي يضمن عقوده شروطا تعسفية مخالفا بذلك أحكام القانون .

ومما سبق يؤدي بنا القول بأن نظام القانوني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية ، وبكل ما جاء به من نصوص قانونية ومراسيم تنظيمية حماية للمستهلك، تبقى في حدود الجانب النظري – خاصة في الجزائر – الذي يحتاج تطبيقه إلى تدارك وتفاهم ووعي المستهلك لحقوقه ومطالبته إياها قضائيا، حتى تحقق هذه المبادرات والمحاولات التشريعية هدفها وبالتالي التقليل والحد من ظاهرة الاختلال التوازن العقدي .

قائمة المصادر والمراجع

الكتب:

1- أحمد محمد محمد الرفاعي،الحماية المدنية للمستهلك – إزاء المضمون العقدي،دار النهضة العربية ، القاهرة ،مصر، سنة 1994

2- خالد عبد الفتاح عمر خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، كلية الحقوق، جامعة حلوان، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009

3- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك – دراسة في القانون المدني المقارن، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، الطبعة الأولى2002، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشروالتوزيع، عمان .

4- محمد بودالي ، حماية المستهلك في القانون المقارن – دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي – دراسة معمقة في القانون الجزائري ،دار الكتاب الحديث ، الجزائر، 2006 .

5- محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة-الطبعة الأولى 2007 ،دار الفجر للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر .

المذكرات الجامعية:

1- جليل أمال ، تأثير قانون حماية المستهلك على عقد البيع ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير ، تخصص قانون أعمال، جامعة وهران، 2011-2012

2- زوبير أرزقي ،حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011 .

3- سي الطيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك- دراسة مقارنة- مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد ،تلمسان،2007-2008 .

4- شعباني حنين نوال،التزام المتدخل بضمان سلامة المستتهلك في ضوء قانون حماية المستهلكوقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلو القانونية فرع المسؤولية المهنية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012 .
5- صادق صياد ، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة، السنة الدراسية 2013-2014 .

المجلات:

1- الإتحاد الوطني لمنظمات المحامين الجزائريين (مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين بسيدي بلعباس) ، المحامي، السنة الأولى ، العدد04 .
2- مجلة الدراسات الحقوقية –مخبر حماية حقوق الإنسان بين النصوص الدولية والنصوص الوطنية وواقعها في الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الدكتور مولاي طاهر /سعيدة ، مكتب الرشاد للطباعة والنشر العدد 01، الجزائر ، 2014 .
3- مجلة الدراسات القانونية ، مختارات من كتاب قانون الإستهلاك الفرنسي،كلية الحقوق ، جامعة أسيوط،العدد التاسع عشر، يونيو 1996.
4- مركز الدراسات والبحوث التشريعية، تحليل مشروع قانون حماية المستهلك (دراسة تحليل تشريع السابع 7)، عمان، المملكة الأردنية، سنة 2015 م.

النصوص القانونية:

1- القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الصادر بتاريخ27 فبراير 1989.
2- الجريدة الرسمية، العدد 04، 1990.
3- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلّق بحماية المستهلك و قمع الغش ، ج.ر ، عدد 15 ، بتاريخ 08 مارس 2009.

4- القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري

النصوص التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 الفقرة 09 من المادة الثانية المؤرخ في 1990/01/30 و المتعلّق بمراقبة الجودة.

2- المرسوم الصادر بالتطبيق لقانون 10 جانفي 1978، المتعلّق بحماية المستهلك من الشروط التعسّفية و المسمّى بقانون "Scrivener"، أنظر نص المادة 02 منه.

3- المرسوم المؤرخ في 11 سبتمبر 2006 ، الجريدة الرسمية، العدد 56.

القرارات القضائية:

1- الحكم المنشور في : D.1984 : jurisprudence

المواقع الإلكترونية:

1- دار العدالة والقانون العربية، قانون حماية المستهلك رقم (67) لسنة 2006، الموقع الالكتروني

http://www.justice – lawhome.com/vb/showthead.php le 03/04/2016 à 14h35

الفهرس

الآيـة	
شكر وتقدير	
إهـداء	
قائمة المختصرات	
المقدمة.....	**01**
الفصل الاول:أطراف عقد الإستهلاك	
المبحث الأول : مفهوم المهني والمستهلك وغير المهني.....	**06**
المطلب الأول: مفهوم المستهلك.....	**08**
الفرع الاول : المفهوم التشريعي للمستهلك.....	**08**
الفرع الثاني: المفهوم الفقهي للمستهلك.....	**10**
الفرع الثالث: المفهوم القضائي.....	**12**
المطلب الثاني:مفهوم غير المهني.....	**14**
الفرع الأول: المفهووم التشريعي.....	**14**
الفرع الثاني: المفهوم الفقهي لغير المهني.....	**16**
الفرع الثالث: المفهوم القضائي لغير المهني.....	**17**
المطلب الثالث: مفهوم المهني.....	**19**
الفرع الأول: المفهووم التشريعي للمهني.....	**19**
الفرع الثاني: مفهوم الفقهي للمهني.....	**21**
الفرع الثالث: مفهوم المهني لدى القضاء.....	**24**
المبحث الثاني: تطور حماية المستهلك.....	**25**
المطلب الأول: تطور الحماية في أمريكا وأوروبا وعلى مستوى المنظمات الدولية.....	**26**
الفرع الأول: ظهور الحماية في أمريكا.....	**26**
الفرع الثاني: تطورها في أوروبا.....	**28**
الفرع الثالث: نشأة حركة المستهلك في فرنسا.....	**29**
الفرع الرابع : المنظمات الدولية ومساهمتها في تطوير حماية المستهلك.....	**31**

المطلب الثاني: تطور حماية المسهتلك في بعض الدول العربية.....	32
الفرع الأول : تطور تشريع حماية المستهلك في الجزائر.....	32
الفرع الثاني: تطور حماية المستهلك في جمهورية مصر العربية.....	35
الفرع الثالث: تطور حماية المستهلك في المملكة الأردنية الهاشمية.....	37
الفصل الثاني: الشرط التعسفي ووسائل مكافحته	
المبحث الأول :الشروط التعسفية	41
المطلب الأول:مفهوم الشروط التعسفية.....	41
الفرع الأول : التعريف الفقهي للشرط التعسفي.....	41
الفرع الثاني: التعريف التشريعي (القانوني) للشرط التعسفي.....	43
الفرع الثالث: التعريف القضائي للشرط التعسفي.....	48
المطلب الثاني: عناصر الشرط التعسفي.....	50
الفرع الأول: العناصر التي تحدد مفهووم الشرط التعسفي في القانون الفرنسي.....	51
الفرع الثاني: العناصر التي يتضمنها الشرط التعسفي في مفهوم التشريع الجزائري.....	54
المطلب الثالث: المعايير المحددة للشرط التعسفي.....	60
الفرع الأول: معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية	62
الفرع الثاني : معيار الميزة المفرطة (الفاحشة).....	63
الفرع الثالث:معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.....	65
المحبث الثاني: آليات الحماية من الشروط التعسفية.....	67
المطلب الأول : الوسائل القانونية والإدارية لمكافحة الشروط التعسفية.....	68
الفرع الأول: إصدار قوائم محددة للشروط التعسفية بموجب قانون.....	68
الفرع الثاني: الرقابة الإدارية كآلية للحماية من الشروط التعسفية.....	74
الفرع الثالث: القضاء كوسيلة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.....	84
الفرع الرابع: دعاوى جمعيات المستهلكين كوسياة لحماية المستهلك.....	91
خاتمة	94
قائمة المصادر و المراجع	
فهرس المحتويات.	