

الحماية القضائية من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك  
Judicial protection against The abusive conditions  
in consumer contracts

تاريخ النشر: 2021/07/15	تاريخ القبول: 2021/04/08	تاريخ الارسال: 2020/09/15
-------------------------	--------------------------	---------------------------

\*د. بورزق أحمد

جامعة زيان عاشور - الجلفة

a.bourzgue@mail.univ-djelfa.dz

مخبر قانون البيئة

ملخص :

إن الأصل الذي تقوم عليه العقود هو التراضي بين طرفي العقد، وإذا اختل هذا الركن المهم فإنه يفسد ولا تترتب عليه أية آثار، وقد انتشرت في وقتنا الحاضر أنواع من العقود مقترنة بشروط مجحفة وتعسفية تؤثر على هذا الركن، كذلك انتشر ما يسمى بعقود الإذعان التي ينفرد فيها الطرف الأقوى الذي يقدم خدمة أو سلعة محتكرة بفرض شروطه التي في الغالب ما تحققه له مصلحته، وتضر دائما بالقابل، الذي ينحصر دوره في إبرام العقد في القبول أو الرفض.

والملاحظ أن هناك نوع من القصور في بعض المبادئ القانونية كمبدأ حسن النية ونظرية السبب وعيوب الإرادة خاصة منها الغبن والاستغلال في إعادة التوازن بين طرفي العقد، لذلك يلعب القضاء دورا بارزا في مواجهة الشروط التعسفية. فيلعب دورا مهما في تفسير الشروط التعسفية من جهة، وتعديلها أو استبعادها من جهة أخرى بالإضافة إلى ترتيب الجزاءات المدنية والجزائية.

الكلمات المفتاحية: الشروط التعسفية؛ الإذعان؛ تفسير العقد .

\*المؤلف المرسل : بورزق أحمد

**Abstract:**

*The principle upon which contracts are based is mutual consent between the two parties to the contract, and if this important element is disturbed, it spoils and does not result in any effects. Nowadays, types of contracts that are associated with unfair and arbitrary conditions have spread that affect this pillar, as well as the so-called compliance contracts that are unique. In it the stronger party who provides a service or a monopolistic commodity by imposing his conditions which are often achieved in his interest and always harm the recipient, whose role in concluding the contract is limited to acceptance or rejection.*

*It is noticeable that there is a deficiency in some legal principles, such as the principle of good faith, the theory of reason, and defects of the will, especially injustice and exploitation in restoring the balance between the two parties to the contract, so the judiciary plays a prominent role in facing the arbitrary conditions. It plays an important role in explaining arbitrary conditions on the one hand, and amending or excluding them on the other hand, in addition to arranging civil and penal sanctions.*

**Keywords:** *The abusive conditions ; Compliance; Interpretation of the contract.*

**مقدمة:**

إن تحول المجتمع المعاصر من مجتمع إنتاجي إلى مجتمع استهلاكي خاصة في الدول النامية أدى إلى انتشار ظواهر كثيرة أدت إلى اختلال التوازن العقدي بين المنتج والمستهلك وبعبارة أوضح بين المحترف والمهني من جهة وبين عديم الخبرة الذي يعتبر طرفاً ضعيفاً في الرابطة العقدية من جهة أخرى، من خلال انتشار واسع لعقود الإذعان والشروط التعسفية، ونماذج العقود.

والشروط التعسفية هي تلك الشروط التي يقوم الطرف القوي اقتصادياً والذي يتمتع بقدرة فنية كبيرة بفرضها على الطرف الضعيف، ومن خلالها يحقق الطرف القوي مصالحه ولو على حساب الطرف الآخر.

وقد يبدو أن مشكلة الشروط التعسفية تكمن في عقود الإذعان فقط، لكن الصحيح أن جل العقود خاصة منها ما يتعلق بالمعاوضات المالية قد تتضمن مثل هذه الشروط.

فالمتعاقدان قد لا يكتفيان بما رتبته الشارع من آثار للعقد، مما يجعلهما يتدخلان في تحديد هذه الآثار زيادة أو نقصانا، لكن هذه الشروط قد تضر بمصلحة الطرف الضعيف، ويختل أو ينعدم بذلك التوازن العقدي.

و قد اعتمدت على المنهج الاستقرائي وذلك باستقراء ما كتب في الموضوع وتتبع مضانه وتتبع الآراء الفقهية والقانونية المتعلقة به. بالاضافة إلى المنهج المقارن.

والإشكالية المطروحة هي: كيف يتم مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك من خلال القضاء؟

**المحور الأول: قصور بعض المبادئ العامة في القانون في مواجهة الشروط التعسفية**  
يوضح هذا المبحث مدى القصور في المبادئ العامة لمواجهة الشروط التعسفية كمبدأ حسن النية، ونظرية السبب، والغبن كعيب من عيوب الإرادة.

**أولاً: دور مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية**

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تسري على جميع العقود، والتي أخذها المشرع بعين الاعتبار، عند وضعه للقواعد القانونية، وأدخلها كعنصر أخلاقي في القانون الوضعي، بهدف تحقيق التكامل بين القانون من جهة، والأخلاق من جهة ثانية.<sup>1</sup>  
وقد أشار القانون الجزائري إلى هذا المبدأ في نص المادة 01/107 ق م ج التي تنص:<sup>2</sup>  
(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية).

ولم يعرف المشرع مبدأ حسن النية وهو الأمر ذاته بالنسبة إلى أغلب القوانين المقارنة وهذا ما جعل الفقه يخوض في ذلك لإيجاد تعريف له.

ويعتبر مبدأ حسن النية من المفاهيم التي يصعب تحديدها، نظراً لكونه مبدأ عام ومرن، ويتعلق بالوضع الشخصي للمتعاقد، وقد عرف على أنه: (التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير، بصورة تبقي ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة اللتين أنشئ من أجلهما، والتزم بهما كل من طرفي العقد بحيث لا تؤدي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير دون مسوغ مشروع، بل توصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة).<sup>3</sup>

وانفرد المشرع الأمريكي بوضع تعريف لهذا المبدأ بعدما طوّرت المحاكم الأمريكية العديد من النظريات القانونية الخاصة به، حيث جاء تعريف هذا المبدأ على أنه: (الإخلاص في تنفيذ ما تم الاتفاق عليه ومراعاة مصالح الطرف المقابل عند التعاقد).<sup>4</sup>

فيقصد بحسن النية الإخلاص والاستقامة و الأمانة في التعامل مع الطرف الآخر في العقد، إذ يتفق مظهر المتعاقد مع مخبره بما يتنافى مع كل غش أو تدليس أو تعسف.

والنية أمر خفي يختلج في النفس لا تجليه إلا تصرفات الشخص حين إقدامه على التعاقد أو أثناء تنفيذه لما تعهد به من التزام، ويستدل بحسن النية أو بسوئها من خلال سلوك المتعاقد. ويكون المتعاقد حسن النية إذا كان أميناً في تعاقد مفضيا ومتعاوناً، في استقامة دائمة من أجل الوفاء بالعقد الذي التزم به غير متمسك بحرفيته تعسفاً.<sup>5</sup>

إن هذا المبدأ يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالعقد في مراحله الثلاثة، في مرحلة التفكير، ثم مرحلة الإنشاء والتكوين، ثم مرحلة التنفيذ وفقاً لما تمليه الإرادة المشتركة للطرفين، بما يضمن توازن العقد، فهو المحرك الرئيسي في العلاقة العقدية، فالقوة الملزمة للعقد منشؤها مستمد من مبدأ حسن النية.

فالنية الحسنة مفترضة لدى كل من المتعاقدين إلا إذا ثبت عكس ذلك، فإذا أثبت من له مصلحة في ذلك سوء النية، فإنه تتدخل إرادة الثالثة للحفاظ على توازن العقدي قد تكون تشريعية، وقد تكون قضائية، من خلال فرض التزامات قانونية على طرفي التعاقد، تتغلب على حالة عدم التوازن التي قد تنشأ نتيجة لاختلاف المراكز القانونية لطرفي التعاقد، أو لوجود ضعف تعاقدية يعترى أحدهما مقارنة مع الطرف الآخر.

وقد يعمل هذا المبدأ في مرحلة التفاوض على شروط العقد ويسمى في هذه الحالة بمبدأ حسن النية قبل التعاقد كما يعمل هذا المبدأ على مراعاة التوازن العقدي لحقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية في أثناء تنفيذ شروط وبنود العقد، ويسمى في هذا الحالة بمبدأ حسن النية التنفيذي.

وفي هذا السياق، استخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الاستهلاك، من خلال النص على أهميته في التعامل مع ظاهرة اختلال التوازن العقدي، على نحو يضمن تمثيل مصالح طرفي العقد وضمان التوازن العقدي فيما بينهما لذا، جاءت المادة 3 من التوجيه رقم: 13 لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في

عقود الاستهلاك لتقضي ببطالان الشرط التعسفي متى خالف هذا الشرط مبدأ حسن النية، عن طريق خلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد.<sup>6</sup> لكن القضاء الفرنسي يستعمل هذا المبدأ في مواجهة الشروط التعسفية، ورغم ذلك ظل غير فعال في مواجهة هذه الشروط، فهو لا يشكل تقنية قانونية مستقلة لتحقيق التوازن العقدي في القانون الفرنسي، وهو الأمر الذي يعد متحققاً. أيضاً. في القانون المصري،<sup>7</sup> وفي القانون الجزائري.

ومن خلال ما سبق يظهر أن لحسن النية مظهران، فالأول يقتضي أمانة ونزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وبإخلاص، والثاني يقتضي الالتزام بالتعاون، ويقصد بالنزاهة والإخلاص أن يمتنع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل الالتزام عسيرا أو مستحيلا.<sup>8</sup> ذلك أن أطراف العملية التعاقدية ينبغي أن يكونوا على قدر من الاستقامة، تؤهلهم لأن يكونوا محلا للثقة المتبادلة يثق في توافرها كل طرف في العقد بالمتعاقد الآخر لما يفترضه فيه من نزاهة وأمانة وشرف وإن كانت العقود تقوم على مصالح متعارضة، الأمر الذي يجعل كل طرف يحتفظ لنفسه بأشياء تحقق له أكبر فائدة، فإن هذا الحق تقيده قواعد العدالة وحسن النية.

وقد أولى المشرع اهتماما بالغا بنزاهة المتعاقدين النابعة من أمانتهما والثقة المتبادلة بينهما، بل إنه قد ارتكز عليهما عند البحث عن النية المشتركة واستخلاص الإرادة الحقيقية وذلك إذا احتاج القاضي إلى تأويل العبارات الغامضة، فجعل من الأمور التي يستهدي بها، ما يفترض في المتعاقدين من أمانة وثقة.<sup>9</sup>

أما الالتزام بالتعاون فإلى جانب النزاهة يتحمل المتعاقد التزاما بالتعاون طبقا لمقتضيات حسن النية، ويقضي هذا الالتزام الإيجابي القيام بعمل يتمثل في إطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث التي تهم تنفيذ العقد.<sup>10</sup> وإذا كان من الأمانة والثقة ألا يجعل أحد الطرفين من تنفيذ الالتزام عسيرا، فإن الالتزام بالتعاون يفرض على المدين بذل الجهد لجعل تنفيذ الالتزام مفيدا بالنسبة للدائن، وعلى الدائن أن يبدي تعاونه مع المدين بمساعدته في الوفاء بالتزاماته.<sup>11</sup>

#### ثانيا: اعتماد نظرية السبب لمواجهة الشروط التعسفية

وفي ظل النص الحالي للمادة 97 فإنه لا يمكن للقضاء أن يستند عليها لإعادة التوازن العقدي، نظرا لتسليمها بضرورة توافر شرط واحد في السبب وهو شرط

المشروعية... لذلك لم يبق سوى التسليم بفكرة انعدام السبب كما فعل القضاء الفرنسي لإبطال الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية، وهي تقنية لم تسلم من النقد باعتبار أنها لا تؤدي سوى إلى إبطال بعض الشروط، وليس إلى إزالة عدم التوازن العقدي برمته.<sup>12</sup> وهي فكرة أو تقنية تجد أساسها في النظرية التقليدية والتي ترى أن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر وتأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يتحمل الالتزام، وبالتالي فإن عدم وجود محل للالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، مما يؤدي إلى بطلان العقد، وفي مجال الشروط التعسفية فإن الشرط التعسفي غالبا ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاما لا يكون له مقابل حقيقي، وعلى هذا الأساس لا يمكننا القول بأن هذا الالتزام باطل لغياب السبب.<sup>13</sup>

ويرى البعض أنه لا يمكن الاعتماد على نظرية السبب في مجال عقود الاستهلاك لأنها لا تثور أصلا من الناحية العملية فالمفترض أن العقد قام على سببه الصحيح، والمطلوب هو مواجهة عدم التوازن بين التزامات المهنيين والمستهلكين، وليس إثارة غياب السبب الذي تبني عليه هذه الالتزامات.<sup>14</sup>

وفي محاولة لتحقيق التوازن العقدي، ظهر في فرنسا في سنوات السبعينات اتجاه قضائي بدعم من بعض الفقه الذي سبقه، يستند إلى نظرية السبب، وهو ما تشترطه المادة 1131 (ق م فرنسي) من وجوب وجود السبب في الالتزام، من أجل إبطال الشروط المخالفة للالتزام أساسي في العقد وبخاصة تلك التي تروم استبعاد أو تحديد مسؤولية أحد المتعاقدين.

حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأنه: (يعتبر خرقا لنص المادة 1131 من القانون المدني ما ذهب إليه المجلس القضائي من تطبيق لشرط يتضمن تحديدا لمسؤولية شركة البريد (Chronopost) عن التأخير. والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، مما يؤدي إلى اعتباره كأنه غير مكتوب).<sup>15</sup>

### ثالثا: دور الغبن في مواجهة الشروط التعسفية

فالغبن في العقود هو عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وبين ما يحصل عليه بمقتضى العقد.

والغبين بهذا المفهوم هو المظهر المادي للاستغلال.<sup>16</sup> ففي الاستغلال لا يكتفى بالوقوف أمام المظهر المادي بل لابد أن يكون المتعاقد المغبون لم يكن ليبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحا، وهو ما يمثل المظهر أو العنصر النفسي للاستغلال.

فالمظهر المادي للاستغلال يتضح عند مقارنة الالتزام الذي يتحمله المتعاقد المغبون، وقيمة المقابل الذي يتحمله المتعاقد الآخر في عقود المعاوضة فلا يتصور في عقود التبرع ولا في العقود الاحتمالية كعقد التأمين، وقد يكون التفاوت في المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي يحصل عليها المتعاقد الآخر. وهذا التفاوت تقديره متروك للسلطة التقديرية للقاضي، فهذه المسألة هي مسألة قانونية ولا رقابة للمحكمة العليا على القاضي فيها.

وتنص المادة 01/90 ق م ج على أنه : (إذا كانت التزامات أحد العاقدين لا تتعادل مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد).

فيتولى القاضي وفقاً لهذه المادة رفع الغبن والاستغلال عن المتعاقد الذي تعرض لغبن بعدم توازن التزاماته مع التزامات نظيره واستغلال لحالته النفسية، إما بإنقاص التزامات الطرف المغبون والمستغل أو بإبطال العقد، وهي مكنة قانونية تجيز للقضاء التدخل في الروابط العقدية للحد من إرادة المتعاقدين، فقد أعطاه المشرع بموجب النص السابق سلطات واسعة في هذا الخصوص عملاً على تحقيق التعادل بين الأداءات بالشكل الذي يحفظ للعقد عدالته واتزانه.<sup>17</sup>

وله أن يستند إلى أي وسيلة من شأنها أن تيسر له هذا التقدير، ومن ذلك اللجوء إلى أهل الخبرة في الشيء المعقود عليه مثلاً، وله أن يستعين بالعرف الجاري في التعامل، والتعاملات السابقة في محل العقد، وهناك حالات يكون عدم التعادل الجسيم بين الأداءات فيها ظاهراً ولا يحتاج إلى أية خبرة في الكشف عنه.

والقاضي هنا يحكم وفقا لما يطلبه الطرف المغبون، ولا يستطيع أن يحكم بإبطال العقد إذا طلب هذا الأخير الإنقاص من التزامات الطرف المغبون فقط لأن البطلان أشد وطئا من الإنقاص.

وإذا كان المشرع الجزائري قد اعتنق النظرية الشخصية أو الذاتية لهذا العيب، إلا أنه لم يواجه وجوده في العقود ما لم يترتب عليه عدم تعادل صارخ بين ما يعطيه المتعاقد وبين ما يحصل عليه من فائدة بموجب العقد، أو بين التزامات المتعاقدين، وهو ما يطلق عليه في بعض النصوص بالغبن الفاحش.<sup>18</sup> فرغم أن ترك تحديد فداحة الغبن لسلطة القاضي التقديرية إلا أن ذلك يعني استبعاد العقود التي تنطبق عليه كافة شروط هذا النص حينما يقدر القاضي على عدم التعامل بين الالتزامات ليس فادحا.

ومن المؤكد أن تقدير قيمة الأداءات المتقابلة في العقد يقتضي بالضرورة تقييم الشروط التي يملها أحد المتعاقدين على الآخر.<sup>19</sup>

ومن خلال ما سبق يبدو أن مفهوم الغبن يتلاءم مع موضوع الشروط التعسفية، ويسمح بتوفير حماية فعالة ضد هذه الشروط، ما دام وجود الشروط التعسفية في العقد يؤدي بالتحديد إلى التفاوت في الالتزامات المتبادلة، مما يعني بأن العقد الذي يتضمن شروطا تعسفية هو عقد به غبن.

وعموما إذا كانت النظرة الأولى إلى نظريات عيوب الإرادة قد توجي بإمكانية علاج مشكلات اختلال التزامات العقد، إلا أن النظرة المتفحصة لهذه النظريات توضح لنا عدم جدواها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة الطرف الأقل كفاءة أو خبرة، وعدم كفايتها لإعادة التوازن إلى العقود التي يستغل فيها المحترف إحترافه في مواجهة المحترفين.<sup>20</sup>

### المحور الثاني: سلطة القضاء في تفسير الشروط التعسفية

#### وتعديلها أو استبعادها وترتيب الجزاءات

أورد المشرع الجزائري النصوص التشريعية التي تقضي بأن العقد قانون المتعاقدين، أي أن العقود تقوم مقام القانون بين أطرافها، وهو ما يعد تطبيقا واضحا لمبدأ سلطان الإرادة ولمبدأ حرية التعاقد، فنصت المادة 106 ق م ج : (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون)، وهذه المادة تقابل المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تقرر أن الاتفاقات التي أبرمت محل القانون فيما بين المتعاقدين.



وإعمالاً لصريح عبارة هذا النصوص قد يبدو أنه يمتنع على القضاء، مراجعة مضمون العقود طالما كانت عبارات هذا العقد وشروطه واضحة وصريحة ولا غموض فيها، وطالما كانت شروط العقد غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة.<sup>21</sup> وبذلك فإن القضاة لا يملكون إلا أن يطبقوا ما ورد في العقد من شروط، فلا يمتنعوا عن تطبيق أي شرط من شروطه بأي حجة كانت حتى ولو بحجة تحقيق العدالة أو السعي نحو إزالة اختلال التوازن العقدي بين الطرفين، باستثناء ما يسمح به القانون، كما هو بالنسبة للتعديل التشريعي الخاص بالشرط الجزائي، وكما هو الحال بالنسبة لما يسمح به التشريع الجزائري من إلغاء أو تعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان.

أو كما أورده التشريع الفرنسي في المادة 35 من القانون الصادر في 10 يناير 1978 من إعطاء القضاء سلطة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك.<sup>22</sup> لكن وبالرغم من أنه يمتنع على القاضي التدخل في مضمون العقد فإنه يستطيع أن يتدخل لتفسير هذا المضمون حينما تكون إرادة أحد الأطراف غير واضحة، أو حينما يكون الشرط غامضاً، حيث أن للقاضي أن يستخدم سلطته في تفسير شروط العقد وفي تتبع توجه إرادة المتعاقدين.<sup>23</sup>

#### أولاً: سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

تنص المادة 1/112 ق م ج على أنه: (يؤول الشك في مصلحة المدين).

والشك إحساس نفسي ينجم عن العجز عن حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الاستدلال على النية المشتركة للطرفين.<sup>24</sup> فلا بد أن يكون هناك شك في التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين، بأن يتراوح التفسير بين وجوه متعددة ولا ترجيح لوجه على وجه، أما إذا استحال التفسير، ولم يتبين أي وجه يفسر به العقد، فالعقد غير موجود،<sup>25</sup> فاستحالة التفسير تعني عدم وجود العقد أصلاً.

وتعتبر القاعدة التي نصت عليها المادة سالف الذكر والمتمثلة في أن الشك يفسر لمصلحة المدين من القواعد الأمرة التي يتعين على قاضي الموضوع أن يلتزم بحكمها، وإذا خالفها فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، الأمر الموجب لإلغاء حكمه.<sup>26</sup>

وتستند هذه القاعدة على أساس أن الأصل في الإنسان براءة ذمته، فإذا وجد من يدعي خلاف هذا الأصل فإن عليه أن يثبت هذا الادعاء، وانطلاقاً من هذا المبدأ فإن الشك في مدى التزام المدين المبني على الشرط محل التفسير يجب أن يفهم باعتبار أن الأصل عدم تحمل المدين بالالتزام، وبالتالي فإن عبء إثبات ذلك الالتزام يقع على عاتق الدائن.<sup>27</sup>

ويقصد بالمدين في هذه الحالة الشخص الذي يلحقه الضرر عند إعمال الشرط، حتى إذا كان دائناً في الالتزام، إذ التفسير يرد على الشرط الغامض، وبذلك فإنه يتعين أن يفسر الشك لمصلحة من يضره وجود هذا الشرط.

وكما ورد سابقاً فإن يرد على هذه القاعدة استثناء حيث تنص المادة 2/112 ق م ج على أنه: ( غير أنه لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى). فيعتبر هذا النص استثناءً على القواعد العامة في تفسير العقود، إذ أن الأصل أن الشك يفسر في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد، أما في عقد الإذعان فإن الغموض يؤدي إلى أن يفسر هذه العبارات وهذه الشروط الغامضة بما يحقق مصلحة المدعى، سواء كان مديناً أو دائناً، فالغموض يفسر لمصلحته في جميع الأحوال حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بالمتعاقدين الآخر القوي في الرابطة العقدية، لكونه مديناً في هذا الشرط الغامض.

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

ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع المصري قد اقتصر في هذه الحالة على توفير تلك الحماية المحدودة لمن يتوفر فيه وصف الإذعان دون غير من المتعاقدين، ويعني ذلك أن الطرف الضعيف على أمره في عقود المساومة أو ذلك الطرف الذي يغمض عليه معنى شروط العقد ولا يتمكن من فهمها أو مناقشتها. لعدم تخصصه أو لقلّة كفاءته. لن يتمتع

بأي حماية قانونية في مواجهة الشروط التعسفية طالما أنه الدائن في العقد أو بموجب الشرط.<sup>28</sup>

والسؤال المطروح هو: ما مدى سلطة القاضي في اعتبار الشرط تعسفيا؟

والحقيقة أن هذه المسألة يتجاوزها اتجاهان في القضاء الفرنسي، أحدهما يأخذ بالتفسير الضيق للشرط التعسفي، وأما الاتجاه الآخر فيأخذ بالاتجاه الواسع.

### 1- اتجاه التفسير الضيق للشرط التعسفي

وبمقتضى هذا الاتجاه فإن دور السلطة القضائية في إبطال الشروط التعسفية عند غياب مرسوم أو نص يسمح بذلك يكون منعما.<sup>29</sup>

وعلى خلاف المشرع المصري والجزائري فإن المشرع الفرنسي لم يهتم بحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان، فقد جاء القانون الفرنسي خلوا من أي نص خاص بذلك وذلك حتى قبل صدور القانون 23-78 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، محددًا في المادة 35 منه، سلطة القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية الواردة في العقود التي تبرم بين المهنيين أو المستهلكين، مقررًا اعتبار أن هذه الشروط غير مكتوبة، وفي نفس المادة قرر المشرع أن تحديد الشروط التعسفية يتم عن طريق قرارات تصدر عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية التي استحدثت بموجب المادة 36 من القانون السابق الذكر.<sup>30</sup>

فالمشرع الفرنسي أخرج سلطة تحديد الشروط التعسفية من يد القضاء خشية من تحكم القضاء، من خلال المادة 35 من التشريع الصادر في 10 يناير 1978.

وقد أجاز هذا القانون للسلطة التنفيذية المختصة من خلال مجلس الدولة، أن تصدر اللوائح التي تمنع أو تقيد أو تنظم هذه الشروط، وعلى ذلك فإن تمسك غير المهني أو المستهلك في مواجهة المهني بأن شرطًا يعتبر تعسفيا، فإن قاضي الموضوع يستطيع أن يستبعد هذا الشرط ويقض ببطلانه، واعتباره غير مكتوب، طبقًا لنص المادة 35 سالف البيان، إذا كانت اللائحة التنفيذية الصادرة من السلطة المختصة، عن طريق مجلس الدولة، قد اعتبرت هذا الشرط تعسفيا.<sup>31</sup>

وبالتالي أصبح القضاء لا يملك إلا الحكم ببطالان الشروط التعسفية المنصوص عليها، والمخالفة للنصوص، عندما يرفع إليه النزاع، ولكنه لا يملك إبطال الشروط التي تظهر له أنها تعسفية، في حالة غياب النص.<sup>32</sup>

ويرى أنصار هذا الاتجاه أن منح القاضي سلطة إبطال الشروط التعسفية فيما لم يرد به نص يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات لأن الغموض غالبا ما يكتنف مفاهيم كل من التعسف والميزة الفاحشة الأمر الذي يؤدي إلى قيام السلطة على عناصر غير محددة.<sup>33</sup>

## 2- اتجاه التفسير الواسع للشروط التعسفي

أثار مسلك المشرع الفرنسي في تقييد سلطة القضاء في تحديد الشرط التعسفي انتقادات كثيرة لذا قال بعضهم أن بإمكان القضاء أن يحدد مفهوم الشرط التعسفي ويلغي شروطا وإن لم ترد في المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية بحجة أن المادة 35 من قانون 10 يناير يعترفها الغموض، ذلك أنها لم تحدد مفهوم الشرط التعسفي تحديدا دقيقا. وفي ضوء ذلك للقضاء أن يستجلي هذا الغموض ويحدد ما يراه شرطا تعسفيا طبقا لما تفرزه المعطيات الموضوعية التي يستنبطها من ظروف النزاع المعروض عليه.<sup>34</sup>

ويأخذ هذا الاتجاه بنظر الاعتبار الاعتبارات العملية فليس هناك ما يبرر رفض إعطاء القاضي دورا في الرقابة على الشرط التعسفي ويدل على ذلك أنه على الرغم من عمل لجنة مقاومة الشروط التعسفية ووجود سلطة للحكومة في إصدار مراسيم بعد شرط ما تعسفيا فإنه مازال هناك العديد من الشروط التعسفية التي تدرج في العقود.<sup>35</sup>

واستجابة لهذه التطورات استشعر المشرع الفرنسي أهمية ملاءمة النصوص الخاصة بحماية المستهلك للواقع العلمي واتضح أهمية الاعتراف للقاضي بتقدير وجود الصفة التعسفية في الشرط في العقود محل المنازعات التي تعرض عليه وخاصة في غياب نص يحظر مثل هذا الشرط. حيث نص المشرع الفرنسي في المادة 6/421 من قانون الاستهلاك لعام 1993 على أنه: (يجوز للقاضي أن يأمر في هذا الصدد كلما اقتضت الحال بإلغاء الشروط غير المشروعة أو التعسفية يتضمنه كل عقد أو نموذج لعقد مفروض أو مقترح بالنسبة للمستهلك).<sup>36</sup>

ففتح هذا الاتجاه الباب أمام قاضي الموضوع لتفسير المادة 35 تفسيراً موسعاً فمنح القاضي سلطة استبعاد الشروط التعسفية المفروضة بواسطة المهني على غير المهني أو المستهلك، فيستطيع القاضي أن يحكم ببطلان هذه الشروط، إذا توافرت لها معياري التعسف، وهما استخدام المهني لنفوذه الاقتصادي، وإعطائه ميزة فاحشة، بالرغم من عدم صدور لائحة من السلطة التنفيذية المختصة عن طريق مجلس الدولة بهذه الشروط.<sup>37</sup>

فلقد حسم المشرع الفرنسي هذا الموضوع وتبنى التوجيه الأوروبي<sup>38</sup>، وأصدر قانوناً حديثاً سنة 2008م الصادر في 03 يناير 2008م والمسمى قانون (CHATEL) سكرتير الدولة المكلف بالاستهلاك، لأنه صدر بناء على اقتراح منه، وعنوان هذا القانون تطوير المنافسة فيما يتعلق بالخدمات المتعلقة المقدمة للمستهلك، ولقد أدرج هذا القانون المادة 1-141 L التي أعطت للقاضي سلطة إبطال الشرط التعسفي من تلقاء نفسه أثناء نظره نزاعاً لعقد تضمن هذا الشرط.<sup>39</sup>

#### ثانياً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو استبعادها

إذا كان للقاضي دور بارز في تفسير نصوص وبنود العقد التي شأها غموض أو لبس، فإن له دور آخر هام يتمثل في تعديل العقد عن طريق التخفيف من الالتزامات العقدية إذا ظهر له وجود اختلال في التوازن العقدي، فإذا اختل هذا التوازن لظروف خارجية لم يكن من الممكن توقعها أو دفعها، أو لوجود شروط تعسفية اقترنت بالعقد فرضها أحد المتعاقدين على الآخر استغلالاً لحاجة هذا الطرف الضعيف لهذه السلعة أو الخدمة التي يقدمها الطرف القوي اقتصادياً، أو لوجود شرط جزائي ينطوي على نوع من المغالاة اشترطه أحد المتعاقدين على الآخر.

وهذا التعديل عندما يتعلق بمرحلة إبرام العقد فسلطة القاضي تتجلى فيه في عقود الاستغلال وفي عقود الإذعان، فالمتعاقدان يجب أن تتعادل التزاماتهما في إبرام العقد بحيث تتساوى فائدتهما منه، فإذا اختل هذا التوازن بغبن أحدهما، دعي القاضي لإصلاح هذا الخلل.

فإما أن يزيل الغبن ويعيد التعادل بينه وبين المغبون، وإما أن يقوم القاضي بإعادة المساواة بينهما بحل العقد وإبطاله أو بتعديل التزام الطرف المغبون، كذلك يحق للقاضي إذا اكتشف شرطا تعسفيا في عقد الإذعان أن يعدله بما يزيل أثر التعسف. أو يعفي الطرف المدعن منها.<sup>40</sup>

### ثالثا: الجزاء المدني والعقابي

#### 1- الجزاء المدني

تنص المادة 02/35 من القانون 78-23 على: (مثل هذه الشروط التعسفية التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للأحكام السابقة، تعتبر غير مكتوبة) و أعادت المادة L132-1 من قانون الاستهلاك نفس الصياغة إذا جاء فيها: (تعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة). ويعني هذا أن الشروط التعسفية تكون باطلة، ويعتبر نص المادة السابقة نصا آمرا ومتعلقا بالنظام العام، ولذلك يكون باطلا بطلان مطلقا كل اتفاق بين المتعاقدين على مخالفته.<sup>41</sup>

أما في القانون الجزائري فقد كان القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية<sup>42</sup>، والمرسوم التنفيذي 06-306<sup>43</sup> شحيحين جدا إن لم نقل خاليين من ترتيب الجزاء المدني.

#### 2- الجزاء العقابي

على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون 04-02 فقد نص على الجزاءات العقابية المقررة ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق هذا القانون وذلك في المادة 38 من نفس القانون، وهي تتمثل في الآتي:

##### أ- الغرامة المالية:

تنص المادة 38 من القانون رقم 04-02 على: (تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 دج) إلى (5.000.000 دج)).

وفقا لنص هذه المادة فقد رتب المشرع الجزائري عقوبة الغرامة كجزاء على مخالفة أحكام الفصل الرابع والخامس المتعلقين بالممارسات التجارية غير النزيهة، والممارسات التعاقدية التعسفية على التوالي، ومبلغ هذه الغرامة يعتبر الأكبر بالمقارنة مع العقوبات

الأخرى المسلطة على الممارسات التجارية غير الشرعية، وممارسة أسعار غير شرعية والتي قد تصل إلى خمسة ملايين دينار جزائري (5.000.000 دج)، باستثناء الغرامة المسلطة على الممارسات التجارية غير النزهية حيث قد تصل إلى (10.000.00 دج).

#### ب- الغلق الإداري:

وقد أردف المشرع هذه العقوبة المتمثلة في الغرامة بعقوبة ثانية تتمثل في الغلق الإداري للمحل التجاري عند إدراج الشروط التعسفية إذا تعلق الأمر بحالة العود. وهذا ما جاء في المادة 47 من القانون رقم 02-04 التي تنص: (يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون).

يعتبر في حالة عود، في مفهوم هذا القانون، كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة).

وهذا الإجراء المتمثل في الغلق الإداري للمحل التجاري يكون بقرار من الوالي المختص إقليميا، بناء على اقتراح من المدير الولائي للتجارة، لمدة لا تتجاوز ثلاثين (30) يوما. وهذا القرار يكون قابلا للطعن أمام القضاء، وفي حالة إلغاء قرار الغلق، يمكن للعون الاقتصادي المضروب بهذا الإجراء المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه أمام الجهة القضائية المختصة (وفقا للمادة 46 التي أحالت إليها المادة 47 من نفس القانون).

#### ج- المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري:

تنص المادة 03/47 من القانون رقم 02-04 على أنه: (تضاعف العقوبة في حالة العود، و يمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري)

قد تضاعف عقوبة غلق المحل التجاري إلى المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري، وقد تصل إلى الشطب النهائي من السجل التجاري، في حالة العود. وللقاضي سلطة تقديرية واسعة فيما يخص تسليط أي من العقوبتين، إما المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري، وإما الشطب نهائيا من السجل التجاري، وكذلك في تحديد مدة المنع المؤقت.

## د- الحبس:

تنص المادة 04/47 من القانون رقم 02-04 على أنه: (فضلا عن ذلك، يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة (3) أشهر إلى سنة (1) واحدة).  
وفقا لهذا النص فإنه بالإضافة إلى عقوبة الغلق الإداري للمحل التجاري والمنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري بصفة مؤقتة أو دائمة بالشطب النهائي من السجل التجاري، فإنه توجد عقوبة أخرى تتمثل في الحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة واحدة. وهذه العقوبة تكون في حالة العود.

## ه- نشر القرارات المتضمنة العقوبات المسلطة على العون الاقتصادي:

يمكن للوالي المختص إقليميا في حالة اتخاذ إجراء الغلق الإداري، وكذا القاضي في حالة العقوبات الأخرى أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا، نشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددها (وفقا للمادة 48 من نفس القانون).

## و- معاينة هذه المخالفات:

لقد حدد القانون 02-04 الأشخاص المؤهلين لمعاينة المخالفات المتعلقة بتطبيق هذا القانون والتحقيق فيها وهم حسب المادة 49:

- ضابط و أعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.
- المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة، التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.
- الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجبائية.
- أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة، المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض.

كما خولت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 نفس هؤلاء الأشخاص لمراقبة ومتابعة المخالفات المنصوص عليها في المادة 05 من هذا المرسوم، هذه المادة التي حددت البنود التي تعتبر تعسفية.

حيث تنص المادة 17 على ما يلي: (تتم المراقبة و المعاينة و كذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة 05 من هذا المرسوم طبقا لأحكام القانون رقم 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2006 والمذكور أعلاه).



وقد حدد القانون 02-04 المهام المنوطة بهم في سبيل معاينة المخالفات وهي:  
 . القيام بفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية وكذا أية  
 وسيلة مغناطيسية أو معلوماتية، دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المني (المادة 01/50).  
 . القيام بحجز البضائع (المادة 51).

وللموظفين المذكورين حرية الدخول إلى المحلات التجارية و المكاتب و الملحقات  
 وأماكن الشحن أو التخزين وإلى أي مكان باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقا  
 لقانون الإجراءات الجزائية (المادة 01/52).

ويمارسون كذلك أعمالهم خلال نقل البضائع، ويمكنهم فتح أي طرد أو متاع  
 بحضور المرسل أو المرسل إليه أو الناقل عند القيام بمهامهم (المادة 02/52).

على أن ما يدعو إلى التساؤل من كل هذا هو: هل بإمكان هؤلاء الموظفين في ظل هذه  
 الصلاحيات الكشف عن الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود المبرمة بين الأعوان  
 الاقتصاديين والمستهلكين؟ قد يبدو الأمر سهلا بالنسبة للشروط التعسفية التي جاءت على  
 ذكرها المادة 29 من القانون 02-04 أو المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 لكن ما  
 مصير الشروط التعسفية غير المدرجة ضمن هاتين القائمتين، والتي بإمكانها أن تؤدي إلى  
 إخلال ظاهر بالتوازن العقدي تطبيقا للفقرة السابعة من المادة 03 من القانون رقم 04-  
 02.<sup>44</sup>

فإذا كان الأمر متيسرا بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بعدم الإعلام بالأسعار  
 والتعريفات وكذا عدم الإعلام بشروط البيع أو عدم الفوترة و الفوترة غير المطابقة، لأن  
 الأمر يتعلق بوقائع مادية بحتة، فإن الأمر لا يعد بهذه البساطة بالنسبة لمعاينة المخالفات  
 المتعلقة بالشروط التعسفية لأن الأمر يتعلق بمسائل قانونية أو تقنية بحتة قد يتعذر على  
 ذوي الاختصاص اكتشافها والتحقق منها.<sup>45</sup>

#### ي- إجراء المصالحة:

وفقا لنص المادة 02/55 من القانون رقم 02-04 فإن المخالفات تثبت بمحاضر  
 تبلغ إلى المدير الولائي الذي يرسلها بدوره إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا من أجل  
 مباشرة الدعوى العمومية، مع مراعاة المادة 60 التي تنص على المصالحة في بعض الحالات  
 كإجراء يمنع من المتابعة القضائية وتحريك الدعوى العمومية، والمادة 60 تشير إلى ثلاث  
 حالات، تختلف عن بعضها باختلاف قيمة الغرامة، وهذه الحالات هي:

01. قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن 01 مليون دينار (1.000.000 دج) حسب الفقرة الأولى والثانية من المادة 60 سالف الذكر، فإنه إذا كانت الغرامة تساوي أو تقل عن مليون دينار، فإنه يمكن للمدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعدان الاقتصاديين المخالفين إجراء المصالحة. وبما أن الغرامة المقررة في حالة إدراج العون الاقتصادي للشروط التعسفية التي تكون بين 50.000 دج و 5.000.000 دج ، متضمنة في هذه القيمة، فإنه يمكن إجراء المصالحة. 02. قيمة الغرامة تفوق المليون دينار (1.000.000 دج) وتقل عن ثلاثة آلاف دينار (3.000.000 دج).

حسب المادة 60 / 03 فإنه يمكن للوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعدان الاقتصاديين المخالفين إجراء المصالحة، إذا كانت قيمة الغرامة تفوق المليون دينار (1.000.000 دج) وتقل عن ثلاثة آلاف دينار (3.000.000 دج)، استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة، وهنا كذلك تدخل الغرامة المحددة في حالة إدراج الشروط التعسفية من طرف العون الاقتصادي، على أن الوزير المكلف بالتجارة هو الذي يقوم بقبول المصالحة خلافا للحالة الأولى التي يكون المكلف بذلك هو المدير الولائي المكلف بالتجارة. كذلك فإن المادة لم تحدد كيفية العمل إذا كانت قيمة الغرامة تساوي ثلاثة آلاف دينار (3.000.000 دج).

03. قيمة الغرامة تفوق 3 مليون دينار (3.000.000 دج) حسب المادة 60/04 فإنه إذا كانت قيمة الغرامة تفوق 3 مليون دينار (3.000.000 دج)، فإنه لا يمكن إجراء المصالحة والمحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية.

وهناك حالة أخرى لا يمكن للعون الاقتصادي من إجراء المصالحة وهي حالة العود حيث تنص المادة 62 من نفس القانون على: ( في حالة العود حسب مفهوم المادة 47 (الفقرة 2) من هذا القانون، لا يستفيد مرتكب المخالفة من المصالحة، و يرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية).

وبذلك فإنه لا يمكن إجراء المصالحة في حالتين وهما:

- إذا كانت قيمة الغرامة تفوق 3 مليون دينار (3.000.000 دج).

- في حالة العود.

كذلك فإن وقف المتابعات القضائية مرهون بدفع غرامة المصالحة في خلال أجل قدره خمسة وأربعون يوماً (45) من تاريخ الموافقة على المصالحة و هذا طبقاً للمادة 61/ 06 التي تنص على: ( و في حالة عدم دفع الغرامة في أجل خمسة و أربعين يوماً ابتداء من تاريخ الموافقة على المصالحة، يحال الملف على وكيل الجمهورية المختص إقليمياً قصد المتابعات القضائية).

الخاتمة:

خلصت في هذه الورقة البحثية إلى النتائج التالية:

. قد يستعمل مبدأ حسن النية في مواجهة الشروط التعسفية، لكنه غير فعال في مواجهة هذه الشروط، فهو لا يشكل تقنية قانونية مستقلة لتحقيق التوازن العقدي. لا يمكن لنظرية السبب أن توفر الحماية الكافية من الشروط التعسفية حيث في ظل النص المادة 97 ق م ج فإنه لا يمكن للقضاء أن يستند عليها لإعادة التوازن العقدي، نظراً لتسليمها بضرورة توافر شرط واحد في السبب وهو شرط المشروعية. بالرغم من أهمية الغبن في الحد من الشروط، إلا أن النظرة المتفحصة لنظريات عيوب الإرادة توضح عدم جدواها في توفير مناخ ملائم لتأكيد صحة إرادة الطرف الأقل كفاءة أو خبرة، وعدم كفايتها لإعادة التوازن إلى العقود التي يستغل فيها المحترف إحترافه في مواجهة المحترفين.

. يلعب القضاء دوراً بارزاً في مواجهة الشروط التعسفية من خلال تفسيرها، إذ أن الأصل أن الشك يفسر في مصلحة المدين عند غموض عبارة العقد.

- إذا كان للقاضي دور بارز في تفسير نصوص وبنود العقد التي شابهها غموض أو لبس، فإن له دور آخر هام يتمثل في تعديل العقد عن طريق التخفيف من الالتزامات العقدية إذا ظهر له وجود اختلال في التوازن العقدي.

. لم يرتب المشرع أي جزاء مدني عند تضمين العقد أحد الشروط التعسفية

المحددة خلافاً لنظيره الفرنسي الذي اعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة أي تكون باطلة.

. على عكس الجزاء المدني الذي لم يتناوله المشرع الجزائري ضمن القانون 04-02، فقد نص على الجزاءات العقابية المقررة ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق هذا القانون.

**الهوامش:**

- <sup>1</sup> هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2014، ص 134.
- <sup>2</sup> تقابلها المادة 1134 قانون مدني فرنسي. والمادة 148 قانون مدني مصري.
- <sup>3</sup> مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الرابعة، 2009، م، ص 115.
- <sup>4</sup> محمود فياض، مدى التزام الأنظمة القانونية المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة 27، العدد 54، أبريل، 2013، ص 230.
- <sup>5</sup> دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير في الحقوق فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 68.
- <sup>6</sup> محمود فياض، المرجع السابق، ص 233.
- <sup>7</sup> تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك، مجلة كلية الدراسات العليا، كلية الشرطة، العدد 20، 2009، ص 307.
- <sup>8</sup> فيلاي علي، علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 369.
- <sup>9</sup> دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 69.
- <sup>10</sup> فيلاي علي، المرجع نفسه، ص 369، 370.
- <sup>11</sup> دحمون حفيظ، المرجع السابق، ص 70.
- <sup>12</sup> بودالي محمد، بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود، في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 56.
- <sup>13</sup> أحمد يحيوي سليمة، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010/2011، ص 14.
- <sup>14</sup> تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 306.
- <sup>15</sup> بودالي محمد، المرجع السابق، ص 54.
- <sup>16</sup> من بين العقود التي تسري عليها أحكام الغبن في القانون الجزائري: عقود بيع العقارات (المادة 358 ق م ج). وعقود المقايضة (المادة 415 ق م ج) التي تطبق عليها أحكام المادة 358، وفي قسمة المال الشائع بين الشركاء (المادة 732 ق م ج).
- <sup>17</sup> محمد عمر عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 2008، ص 335. وتامر محمد الدمياطي، المرجع السابق، ص 21.
- <sup>18</sup> محمد عمر عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 335.
- <sup>19</sup> حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 85.
- <sup>20</sup> ينظر حسن عبد الباسط جميعي، ص 60.
- <sup>21</sup> حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 121، 122.
- <sup>22</sup> انظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع نفسه، ص 122 وعاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 141.

- <sup>23</sup> حسن عبد الباسط جميعي، أترعدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 122.
- <sup>24</sup> انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 252.
- <sup>25</sup> عبد الرزاق السنهوري، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الوضعي، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (11/6).
- <sup>26</sup> انظر عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 528. وعاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 143.
- <sup>27</sup> حسن عبد الباسط جميعي، أترعدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 126.
- <sup>28</sup> حسن عبد الباسط جميعي، أترعدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 127، 128.
- <sup>29</sup> موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة السنهوري و دار زين الحقوقية، بغداد، الطبعة الأولى، 2011، ص 287. ومحمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 437.
- <sup>30</sup> أوجد المشرع الفرنسي لجنة مقاومة الشروط التعسفية في المادة 36 من القانون المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات والتي أقر بوجودها أيضا قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 وهي مكونة من 13 عضوا معينين بقرار من وزير الاستهلاك، وتختص هذه اللجنة بفحص نماذج العقود المعتاد عرضها من جانب المهنيين على غير المهنيين أو المستهلكين الذين يتعاقدون معهم، كما تقوم اللجنة بالبحث عن الشروط التي يمكن أن يكون لها الطابع التعسفي، ولا تتخذ هذه اللجنة قرارات وإنما تضع توصيات ليست لها قوة ملزمة، وتوصي اللجنة بإلغاء أو إبطال الشروط التي ترى أنها تعسفية. ومن هنا كان دور هذه اللجنة دورا استشاريا، بحيث تفقد توصياتها أثرها إن لم يأخذ بها القانون أو اللوائح.
- <sup>31</sup> عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 157.
- <sup>32</sup> انظر السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986، ص 40.
- <sup>33</sup> محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 438.
- <sup>34</sup> موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص 289.
- <sup>35</sup> محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص 233.
- <sup>36</sup> موفق حماد عبد، المرجع نفسه، ص 291، 292.
- <sup>37</sup> عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 161.
- <sup>38</sup> التوجيه الأوروبي الصادر عام 1993، المتعلق بالشروط التعسفية، ومن خلاله يستطيع القاضي الوطني في إحدى دول الاتحاد الذي ينظر دعوى تتعلق بعقد استهلاك أن يحكم ببطان شرط تعسفي ورد في هذا العقد وذلك من تلقاء نفسه دون حاجة أن يطلب المستهلك منه ذلك، وذلك حماية لمصلحة المستهلك.
- <sup>39</sup> أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 125، 126.
- <sup>40</sup> عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 1999، ص 83.
- <sup>41</sup> حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997، ص 103.
- <sup>42</sup> القانون 02-04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، ل 72 يونيو سنة 2004، ص 03.
- <sup>43</sup> المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 17 شعبان سنة 1427 الموافق ل 10 سبتمبر 2006. يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية. ج ر عدد 56، ل 11 سبتمبر 2006، ص 16.
- <sup>44</sup> راضية العطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010/2011م، ص 173.
- <sup>45</sup> المرجع نفسه، ص 173.