فعالية قانون المنافسة في حماية المستهلك من الشروط التعسفية

The effectiveness of competition law in protecting consumers from abusive conditions

د.طيطوس فتحي، أستاذ محاضر قسم "أ" (*)
جامعة د. طاهر مولاي سعيدة، الجزائر
fethitaitous@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2020/04/21 تاريخ القبول للنشر: 2020/05/09

****

ملخص:

أقرَّت التشريعات الغربية على غرار التشريع الجزائري بحماية موضوعية للمستهلك في عقد الاستهلاك، وهذا نظرا لأنه يظهر في صورة المتعاقد الضعيف الذي كثيرا من الأحيان ما يُذعن لإرادة العون الاقتصادي، فأقرت بحماية بموجب قانون ينظم المسائل المتعلقة بالاستهلاك وهذا وفقا لما يسمى بقانون الاستهلاك أو قانون المستهلك.

ولقد كفل المشرع آليات من شأنها جعل الحماية فعالة خاصة في مرحلة ما قبل التعاقد، أين يركز جُل الفقه على هذه المرحلة لما فيها من أهمية بالغة وقصوى على رضا المستهلك، وهكذا كان لزاما على المشرع ضمان رضا مستنير لمستهلك، حتى يقف عند الماهية الحقيقية للمنتوج أو الخدمة ثم الإقبال عليها بإرادة حرة وواضحة.

الكلمات المفتاحية : قانون المنافسة، المستهلك، الشروط التعسفية، العون الإقتصادي، الخدمة.

Abstract:

Western legislation, as our legislator recognized substantive protection for the consumer in the consumption contract, because it appears in the form of a weak contractor who often complies with the will of economic agent, so it has recognized protection under a law that regulates consumption-related matters, in accordance with the so-called consumption law or consumer law.

The legislator has ensured mechanisms that make protection effective, especially in the pre-contracting stage, where most of the jurisprudence focuses on this stage because of its extreme importance and its importance on consumer satisfaction, and thus the legislator had to ensure informed consent for a

* د.طيطوس فتحي: fethitaitous@yahoo.fr

المنارة للاستشارات
www.mar

consumer, so that he stands at the true nature of the product or Service and demand for it, with a free and clear will.
key words : Competition law, consumer, arbitrary terms, economic agent, service.

مقدّمة:

لقد أقرَّت التشريعات الغربية بحماية موضوعية للمستهلك في عقد الاستهلاك، وهذا نظرا لأنه يظهر في صورة المتعاقد الضعيف الذي كثيرا من الأحيان ما يُذعن لإرادة العون الاقتصادي، فأقرت بحماية بموجب قانون ينظم المسائل المتعلقة بالاستهلاك وهذا وفقا لما يسمى بقانون الاستهلاك أو قانون المستهلك.

غير أنه وتدعيما لهذه الحماية، أقرت التشريعات بحماية إضافية لا تقل أهمية عن الحماية الأولى، لكن هذه المرة جاءت بموجب قانون يُفترض فيه تنظيمه للعون الاقتصادي أو المهني وليس له علاقة بالمستهلك، وهو قانون المنافسة.

فإذا كان لقانون المنافسة دور في تنظيم الحياة الاقتصادية للأعوان الاقتصاديين، وهذا من خلال ضبطه لمعايير والشروط التي تقوم عليها المنافسة، فهل يلعب هذا القانون دور في حماية المستهلك وخاصة في مجال مكافحة الشروط التعسفية؟

وهكذا قد يتبادر في الأذهان السؤال حول ما هو: المغزى الذي أراده المُشرع من خلال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في قانون المنافسة ولم يذهب إلى ذلك من خلال قانون الاستهلاك، وهذا يجعلنا نتساءل عن جدوى ذلك في ظل وجود قانون موضوعي.

المبحث الأول: مستويات الحماية ومضامينها

لقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة توفير حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، والتي يكون موضوعها بيع سلعة أو منتوج أو تقديم خدمة معينة، وهكذا تنوعت مستويات الحماية المقررة للطرف الضعيف كمظهر حقيقي للحماية (المطلب الأول)، غير أنه يجب تحديد مضمون هذه الحماية وتبيان آثارها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مستويات الحماية

لمعرفة مستويات الحماية يجب علينا أولا الوقوف عند أهم محاور الحماية في هذه المرحلة (الفرع الأول) ثم بعدها نتطرق إلى مظاهر هذه الحماية (الفرع الثاني).

المنارة للاستشارات
www.mar

الفرع الأول: محاور الحماية

لقد أقرَّت التشريعات حماية غير مسبوقة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، حماية أرادتها الإرادة التشريعية فعالة غير منقوصة، فكان لابد من تقرير حماية قبل اقتناء المنتوج من طرف المستهلك (أولا)، وحماية بعدية تأتي لاحقة لمرحلة الاستهلاك أو الانتفاع من الخدمة المقدمة من طرف المهني أو العون الاقتصادي (ثانيا).

أولا- الحماية القبلية: أي تكون قبل إبرام عقد الاستهلاك، وهذا عن طريق خلق ما يجعل لهذا المستهلك الخيار، فانعدام الخيار هنا يجهل من هذه الحماية "عقيمة"[1].

ثانيا- الحماية القانونية: وهذه الحماية تكون في إطار حماية:

* المصالح المالية للمستهلك؛

* حماية المراكز القانونية للمستهلك: وهذا قد يتجسد من خلال في حماية حق المستهلك في التفكير، أي يتدبر ويتفكر قبل إقباله على إبرام عقد من عقود الاستهلاك[2]، وهذا في إطار حماية رضاه من الوقوع في غلط أو لبس قد يفقده صفة الرضا المستنير.[3]

الفرع الثاني: مظاهر الحماية

لا تتجسد هذه الحماية ولا يمكن تصورها إلى بتظافر أو بالأحرى ظهور بعض المظاهر على مستوى التطبيق:

1- المظهر الأول: وهو المحور الأساسي، إذ يجب تمكين المستهلك من حقه في "التداعي"، إذ أن تكاثر القضايا في هذا المجال يوحي بوجود تطور في مستوى الحماية من جهة، وتطور الوعي القانوني لدى المستهلك العادي من جهة أخرى.[4]

2- **المظهر الثاني:** وهذا يتمثل في وجود ذلك الوعي المدني، أي الوعي في أوساط المجتمع، ونقصد بذلك جمعية حماية المستهلكين، فدارلية المستهلكين وحتى المستهلك بحد ذاته ما دام هو موضوع الحماية خاصة مع دخول الجزائر إلى اقتصاد السوق.[5]

3- المظهر الثالث: وفيه يظهر دور السلطات العمومية وذلك إما بـ: التحسيس أو الإعلام أو الرقابة أو الردع، وهنا تجدر الإشارة إلى الدور الذي تلعبه هذه الجمعيات في الحد من التجاوزات التي يمارسها أصحاب النفوذ على الأطراف الضعيفة في العلاقة التعاقدية،[6] ولعلى ظهور بعض الوضعيات وخاصة في مجال المتعاقدين مثل العون الاقتصادي والمستهلك جعلت من الآليات التي أوجدها المُشرع في قانون حماية المستهلك وحدها غير كافية من أجل الحد والردع من هذه الوضعيات، الأمر الذي جعل المُشرع يسوغ آليات في قانون المنافسة دورها الأساسي هو إرجاع التوازن العقدي بين الجانبين وخاصة في إطار مكافحة الشروط التعسفية.[7]

المنارة للاستشارات
www.mar

المطلب الثاني: مضمون هذه الحماية

أراد هنا المُشرع الجزائري أن تكون هذه الحماية سابقة لمرحلة وقوع الضرر المحتمل للمستهلك وبالتالي تجسيد فكرة **المتعاقد العاقل** وذلك لا يتأتى إلا عن طريق:

الفرع الأول: حماية رضا المستهلك

لقد دأبت التشريعات المقارنة على غرار تشريعنا الجزائري في مجال حماية المستهلك إلى إيجاد آليات لحماية رضاه، بحيث تهدف هذه الحماية إلى الوصول برضا المستهلك إلى درجة من الوضوح، بحيث يجب أن تتوفر في رضاه مجموعة من الخصائص أهمها:

* **أن يكون رضاه حر**: وهنا نعني بذلك تعزيز عنصر الإرادة في العقد خاصة عندما يتعلق الأمر بالدافع إلى التعاقد، لأن من شأن ذلك مساعدة المستهلك في صنع تصور خاص به حول ماهية المنتج أو طبيعة الخدمة المقدمة له.

* **أن يكون رضاه سليم**: هنا تبرز فكرة عيوب الرضا، وهكذا يجب أن لا تكون إرادة المستهلك معيبة، لأن من شأن ذلك التأثير في أثار العقد، خاصة إذا ما مست هذه العيوب العنصر الأساسي في العقد وهو "الدافع إلى التعاقد".

* **أن يكون رضاه مستنير**: هذه الفكرة تجد ملاذها في مسألة أخلقة العقد، إذ يتعين على العون الاقتصادي تبصير المستهلك وتنويره حتى يكون إقدامه على التعاقد عن دراية وعلم.

الفرع الثاني: حماية المستهلك من المشارطات

إنَّ أغلب القوانين التي تنظم العقود هي قواعد مكملة بحيث نجد لأطراف بعض الحرية في التعاقد، وبالتالي يمكنهم أن يضعوا مشاراطات تختلف عن أحكام القانون وهذا ما يفتح المجال إلى ولوج تلك الشروط التعسفية[8] والتي في حقيقة الأمر تصب في مصلحة العون الاقتصادي، وذلك حتى يتخذ وضعية أقوى من وضعية المستهلك والتي تُمكنه من فائدة مبالغ فيها (فائدة فاحشة) وهذا يتنافى مع مبدأ حسن النية.[9]

وهذا ما يدعونا إلى القول بأن العون الاقتصادي في وضعية واقعية تسمح له بإملاء شروطه على المستهلك حتى لو كان ذلك ضد مصالح هذا الأخير، لأنه أدرى منه بخبايا المنتوج ودهاليس القواعد القانونية التي تحكم النشاط أو المجال الذي يعمل به العون الاقتصادي.[10]

الفرع الثالث: هجر "فكرة المساواة القانونية"

رغم أن ظاهر العقد نجد فيه أنَّ الأطراف كلها على قدم مساواة، إذ هناك إيجاب من طرف المهني وقبول من المستهلك،[11] وما دام لا يوجد أي عيب من عيوب الإرادة، إلا أنه وجب علينا عدم إعمال هذه النظرية "المساواة القانونية"، إذا ما لمسنا وجود شروط تعسفية وهذا لعدة اعتبارات أهمها:

المنارة للاستشارات
www.mar

* يرى بعض الفقه أن قبول حماية المتعاقد الضعيف هو انحراف عن فكرة مقتضى العقد والدخول إلى مستوى آخر وهو مستوى الأخلاق الذي يختلف عن مستوى القانون وهذا كله يدخل في إطار أخلقة العقد[12].

* لا يمكن تطبيق هذه النظرية مع وجود شروط تعسفية لأننا نجد أنفسنا أمام مساواة شكلية فقط، إذ أن حقوق الأطراف ستهدر باسم مبدأ الحفاظ على قدسية العقد من جهة وتحت داعي الحفاظ كذلك على الاستقرار القانوني لفكرة العقد من جهة أخرى.[13]

* ضف إلى ذلك تجسد فكرة اللاعدل، وهذا من الجانب الواقعي أين نجد فئتين في العقد، الفئة الأولى والمتمثلة في المهني التي لديها معرفة واسعة ومال وفئة أخرى تتمثل في المستهلكين تعتبر الفئة الضعيفة.[14]

كما أن هذه الفكرة أي "اللاعدل" نجد إطارها في القانون، إذ حتى القانون يفرق بين المهني والمستهلك عل الأقل في التسمية وهذا بحد ذاته يعتبر إجحافا في حق الطرف الضعيف في العقد.

لذلك نجد بعض الفقهاء كان لهم آراء متباينة حول هذه المسألة، نذكر منهم:

أ- الفقيه Berlose: يرى الفقيه بأن سبب أفول مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية التي مورست في إطار قانون السوق والذي يسمح باستغلال الأقوياء للضعفاء.[15]

ب- الفقيه Ripert: ذكر بأنه بدلا من أن يكون العقد أداة للتوفيق بين المصالح المتضاربة للأطراف، فإن هذا العقد يستعمل لإنشاء نظام إقطاعي جديد،[16] يسعى من خلاله الطرف القوي إلى فرض سيطرته على الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية باسم ما بات يعرف بالعقد قانون الأطراف.

وذكر بأن الحل في نظره هو الدعوى إلى ما يسمى بـ: أخلقة العقد، La moralisation du contrat.[17]

الفرع الرابع: تبني "فكرة المساواة الفعلية للعقد"

وهذه المرحلة تعتبر المرحلة الثانية بعد مرحلة المساواة القانونية للعقد، ومن ضمن الأفكار التي جاءت بها هذه المرحلة نذكر أهمها:

* مبدأ حسن النية: أي وجب على الأطراف تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، وهذا يستوجب على كل طرف مراعاة مصلحة الطرف الآخر ومساعدته على تحصيل مزية متقاربة مع مزيته في العقد المبرم بينهما.[18]

* فكرة الإعلام والاستعلام: بحيث لم يصبح المهني ينتظر السؤال حتى يُعلم المستهلك وإنما أصبح دوره إيجابي في مسألة الإعلام[19]، وهذا كله في إطار ما بات يعرف بأخلقة العقد.[20]

المنارة للاستشارات
www.mar

* فكرة التوازن العقدي: أي وجب على العقد أن يحمل في طياته مؤشرات التوازن العقدي، أي توازن على الأقل بين الالتزامات، وكذلك الأمر في الحقوق، وهنا التصدي لفكرة الفائدة الفاحشة، وهي فكرة أتت بها الوضعيات التعسفية، كأن يحتج بـ: إثراء بسبب العقد وبالتالي لا مجال لتحريم هذه العملية، لذلك أتت فكرة التوازن العقدي.[21]

* الالتزام بالتعاون: وهنا نجد قفزة نوعية في مجال وظيفة العقد، إذ تغير العقد من كونه أداة لمبادلة إلى كونه وسيلة للدخول إلى السوق، وكذلك يعتبر وسيلة للتموقع في السوق.[22]

بل أصبح العقد بالوظيفة الجديدة يُسيِّر الاختلالات التعاقدية المستقبلية مثل شرط التحكيم.

* هذه المرحلة اتسمت باهتماماتها لفكرة "ما قبل التعاقد"، وهذا نظرا لأنه أحيانا عند الانتهاء من إبرام العقد يكون من الصعب التدخل فيه نظرا لتلك الذهنية المتعصبة لفكرة "العقد شريعة المتعاقدين"[23]

لذلك أتت هذه الفكرة بقواعد تقليدية لكن في حلة حديثة تتماشى والتوجهات الحديثة لفكرة العقد، من ضمنها:

1- مبدأ حسن النية قد يكون مطبق حتى في مرحلة التفاوض، فمثلا يكون من قبيل الإضرار بمصلحة المستهلك عدم إعطائه مهلة للتفكير والتدبير.[24]

2- النصيحة في العقد: يقع على المهني بموجب هذا الالتزام أن ينصح المستهلك، وهذا يؤدي بنا إلى ما ذهب إليه الفقيه Boifoui حينما قال، أن بهذه الطريقة نصل إلى فكرة الرضا المستنير Le consentement éclairé،[25] وهكذا قد يلجأ الشخص إلى المنافسة عن طريق حمل المتعاقد على الفهم الواسع للمنتوج ولأثاره الإيجابية والسلبية.[26]

لكن اتجه بعض الفقه إلى نقد هذه الفكرة واعتبرها مثالية بحيث لا يمكننا بأي حال من الأحوال بلوغها، خاصة في ظل تعارض مصالح الأطراف المتعاقدة في معظم العقود المسماة.[27] لذلك ركن الفقه إلى دراسة حالات التعاقد حالة بحالة.[28]

وردَّ أنصار مؤيدي فكرة الرضا المستنير، بأن المهني الذي يعتمد على النصيحة سيجلب عمالة كبيرة مقارنة بالمهني الآخر الذي يكون دوره سلبي فيما يخص واجب الإعلام.

وإن إعطاء الأهمية لمرحلة ما قبل التعاقد période prés-contractuelle يؤدي إلى جعل الشروط التي توضع في هذه المرحلة محل مراقبة، وهكذا قد لا ننتظر حتى تكون في شكلها النهائي في العقد لكي تكون محل مراقبة من طرف قاضي الموضوع.[29]

المنارة للاستشارات
www.mar

لقد عرفت هذه المرحلة تطور في العقد خاصة في مفهومه فجعلته يختلف ويتغير[30]، إذ أعتبر ما كان يحمل في طياته تعارضا لمصالح طرفين عدلا يأخذ صورة "تبادل المصالح" أو هذا يعني أن العقد وجب أن يحقق مصالح لكلى الطرفين.[31]

المبحث الثاني: أحكام الشروط التعسفية

إن معرفة أحكام الشروط التعسفية يحتم علينا الولوج إلى ماهية الشرط التعسفي ومحاولة إعطاء تعريفا جامعا له (المطلب الأول)، ثم بعدها نحاول معرفة الشروط التي ينبغي أن تتوفر في الشرط الموجود في العقد لاعتباره شرطا تعسفيا ومن ثم يجوز مخاصمته بداع الإخلال بالتوازن العقدي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد مفهوم الشرط التعسفي:

إنَّ الوقوف على هذا المدلول يثير خلافات كثيرة انصبت كلها على وجوب توافر شرطين اثنين[32]، ويتعلق الأمر بضرورة أن يكون العقد المبرم مكتوبا.[33]

وثاني شرط يتعلق بضرورة أن يكون هنالك اختلال في التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة.[34]

لكن قبل ذلك وجب علينا التفرقة بين الشرط التعسفي وبعض الشروط المشابهة له.

الفرع الأول: التفرقة بين الشرط التعسفي وبعض المفاهيم الأخرى

قد تثير فكرة وجود بعض المفاهيم المتشابهة للشرط التعسفي عدة إشكاليات، لذلك كان لابد من الوقوف عند أهم الفروقات التي تميز الشرط التعسفي عن بعض المفاهيم الأخرى:

أولا- الشرط التعسفي والشرط الجزائي:

فهنا السبب يكمن في حد ذاته في كلمة شرط أما عن المعنى، فالشرط الجزائي هو التعويض الاتفاقي، وبالتالي قد يقدر بمال.[35]

أما الشرط التعسفي: فهو ما يرد في العقد ويمسُ بالحقوق الجوهرية للمستهلك عند استعمال العون الاقتصادي لنفوذه ليتحصل على ميزة فاحشة أو مفرطة.[36]

ثانيا- الشرط التعسفي وشرط الأسد:

شرط الأسد: يدرج في العقد بند أو شرط يخالف مقتضى هذا العقد،[37] إذ يكون هنالك شرط بإعفاء شريك من الخسارة أو حرمانه من الربح[38]، ومع ذلك فهذا لا يعتبر مظهر من مظاهر التعسف لأن السياق مختلف، ففي الشركة هنالك مصالح واحدة لكل الأطراف، عكس العقود أين نجد في غالب الأحيان حقوق متباينة لدى الأطراف المتعاقدة.

أما الشرط التعسفي: فنلمس التعسف في بنود الاتفاق بحد ذاتها.

المنارة للاستشارات
www.mar

ثالثا- عقد الإذعان والشرط التعسفي:

يكون عقد الإذعان: في مجال الاحتكار، إذ تؤدي حاجة الشخص بسلعة معينة إلى التعاقد مع الطرف المحتكر[39]، فمثلا شركة SonelGaz عند إبرام أي عقد فهي تكون قد وضعت شروط عامة موحدة، وهكذا يعتبر قبول الطرف الآخر للعقد حتمية عن طريق التسليم والانضمام[40].

وهنا لا نعني بالاحتكار، أن تكون لدى شخص واحد تلك السلعة، فقد تكون متوفرة لدى أكثر من بائع لكن عنصر احتكار موجود.[41]

كما أنه هنالك بعض أنماط العقود نلمس فيها الإذعان من ضمنها:

- عقود سابقة التحرير Les contrats prés-rédigés.
- العقود النموذجية Les contrats types.[42]
- عقود الإطار Les contrats cadres.

أما الشرط التعسفي: فقد يتضمن عقد الإذعان شرط تعسفي، وهذا يدخل في إطار ممارسة الطرف المحتكر لسلطته في إرغام المتعاقد الآخر على التعاقد.

رابعا- الشرط كوصف التزام والشرط التعسفي:

لقد ثار الخلاف حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي، إذ كان السؤال حول هل نأتي على حصر كل الشروط التي تعتبر تعسفية أم نقوم بوضع تعريف معياري وكل الحالات التي تستجمع الشروط الواجبة في هذا التعريف.

الفرع الثاني: موقف المُشرع الجزائري:

لقد كان للمشرع الجزائري موقف وسط، إذ أعطى من جهة تعريف معياري (أولا) ومن جهة أخرى اكتفى بذكر بعض الحالات (ثانيا).

أولا- التعريف المعياري:

لقد جاء في القانون 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية[43] في المادة 03 فقرة 05 منه "الشرط التعسفي كل بند أو شرط.... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

لو قارنا هذه المادة 01 في فقرتها 02 من المرسوم رقم 308/06 إذ جاء نصها: "ويقصد بالعقد طبقا لهذا المرسوم.... حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر مع عدم إمكانية هذا الأخير من إحداث تغيير حقيقي فيه".

المنارة للاستشارات
www.mar

موقف القانون الألماني: إذ جاء في المادة 01 من القانون الألماني لسنة 1977 أن "الشروط التعسفية أو الشروط العامة... تلك الشروط التي تثار في العديد من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين أثناء إبرام العقد، كما قد تكون منفصلة عن العقد.[44]"

كما أنه اعتبر الشرط الذي يأتي في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط أو مبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات،[45] من قبيل الشروط التعسفية التي تعطي الحق للقاضي من أجل التدخل ورفع الغبن عن الطرف المتضرر.

محاولة تعريف الشرط التعسفي:

لقد جاءت عدة محاولات لتعريف الشرط التعسفي، فقد عرفه جانب من الفقه على أنه كل شرط أو بند مدرج في العقد بحيث يجعل هنالك اختلال في الأداءات بحيث لا يمكن للطرف الضعيف التغيير فيها،[46] فيُنقل الطرف القوي من الوضعية العادية إلى وضعية غير عادية تجعله يظهر بمظهر متميز يسمح له باكتساب ميزة مفرطة تجعله يجني فائدة فاحشة.[47]

بينما ذهب جانب من الفقه الجزائري[48] إلى اعتبار الشرط التعسفي "كل شرط أو بند يتم إدراجه في العقد إساءة في استعمال النفوذ الاقتصادي للعون الاقتصادي، والذي من شأنه أن يحقق في صالحه ميزة مفرطة ويطال حقوق المستهلك بالعهد أو بالمساس.[49]

المطلب الثاني: شروط الشرط التعسفي

لقد اشترط المشرع الجزائري لتفعيل الحماية القانونية لفائدة المستهلك من الشرط التعسفي، ضرورة توافر فيه بعض الشروط تأتي في مقدمتها أن يتم العقد بين المهني والمستهلك (الفرع الأول)، وأن يأخذ التعسف شكل استعمال النفوذ الاقتصادي للمهني، أو العون الاقتصادي (الفرع الثاني)، كما يجب أن يتحقق من خلال هذا الشرط ميزة مفرطة لصالح العون الاقتصادي (الفرع الثالث).

الفرع الأول: أن يتم العقد بين المهني والمستهلك

يجب التنويه إلى أن لكن هنالك خلط في المرسوم التنفيذي، إذ يتعلق هذا المرسوم بالعناصر الأساسية المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين أي المهني والمستهلكين وكذلك البنود التعسفية.[50]

فهل يقصد بالعقد في هذا المرسوم المفهوم الذي جاء في المادة 54 من القانون المدني، أم ذلك المفهوم الذي تضمنته الفقرة 04 من المادة 03 من الأمر رقم 02/04 والتي جاء فيها: "العقد هو كل اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة"، حور مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع طرف آخر، كما يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو سند ضمان.

فالعقد ينشأ ويعدل وينهي الالتزام، أما الاتفاق فينشأ الالتزام (فهو أوسع من العقد)، فالاتفاق هنا وجب أن يشمل على: المحل، الثمن، إبراز بعض معطيات مثل فكرة الضمان.

المنارة للاستشارات
www.mar

الفرع الثاني: التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي

إن مسألة النفوذ في عقد الاستهلاك مسألة أصلية ليست عابرة[51]، لأن عقد الاستهلاك سيجمع بالضرورة فئتين: المهنيين الذين لهم الدراية والنفوذ، والمستهلكين الذين يفتقرون للملكة الفنية والتقنية.[52]

وبالتالي الغرض هنا ليس منع النفوذ لأنه مسألة واقع، وإنما التخفيف منه وتنظيم هذا النفوذ حتى لا يتعسف المهني في استعماله [53] بالشكل الذي قد يضر به المستهلك أو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بشكل فاحش.[54]

لكن ماذا نعني بالتعسف في استعمال النفوذ؟

تتمتع مؤسسة الإنتاج أو الخدمة على مجموعة من المكنات والقدرات التقنية والفنية والبشرية (دوائر قانونية، دوائر اقتصادية) تجعلها تظهر في صورة قوية،[55] وفي مقابل هذه الإمكانيات هنالك المستهلك الذي هو الأعزل الساذج Vulnérable[56] وهو في حاجة ماسة إلى المنتوج أو الخدمة المعروضة ولا يمكنه الحصول عليها إلا من خلال هذه المؤسسة، فتذيق لديه فرص الاختيار ويصبح مذعن بصورة أو بأخرى.[57]

فتستغل المؤسسة هذه الملابسات وتضع في العقود بعض التقنيات التي تسمح لها فيما بعد حين نشوء نزاع أن تكون في مركز قوة.[58]

الفرع الثالث: تحقيق الميزة المفرطة، أو الفائدة المبالغ فيها

قد يتحصل هذا العون على فائدة فاحشة من جراء هذه العلاقة التعاقدية التي بنيت على عدم التوازن في الأداءات، وهذا الإخلال عبرت عنه المادة 03 فقرة 05 من الأمر رقم 02/04 بأنه الإخلال الظاهر أو الإخلال الفاحش بين الواجبات وحقوق الأطراف في العقد.

المطلب الثالث: الشروط التعسفية في الشريعة الإسلامية

لقد نظم المشرع هذه المسألة بوجود حالات كثيرة يجد فيها المستهلك الضعيف أمام حالات غبن تجعله يظهر في ذلك الوضع الضعيف مقارنة بذلك الذي يتمتع به العون الاقتصادي، وهذا يدعونا إلى التفكير في ماهية العقد في ظل الفقه الشرعي (الفرع الأول) بصفة عامة، ثم تتطرق إلى فكرة المشارطات في الشريعة الإسلامية (الفرع الثاني)، وبعدها نحاول معرفة موقف الفقه الإسلامي من الشروط التعسفية في عقود المعاوضة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: طبيعة العقد ووظيفته في الشريعة الإسلامية

لقد كانت الإرادة هي الواقعة المنشئة للعقد في الشريعة الإسلامية، حكم لم ينطبق على الأحكام والآثار، إذ أن الشارع هو الذي ينظمها (الله تعالى)، لذلك يقال في الفقه الإسلامي بأنه:

المنارة للاستشارات
www.mar

"العقود هي أسباب جعلية وليست أسباب طبيعية"، لأن الشارع الإسلامي جعل لكل عقد من عقود أثر يثبت إذا توافرت أركانه، سواء أراده العاقد أم لم يريده، وبالتالي ليس للعاقد إرادة في ترتيب أثار العقد إلا إذا كان هنالك رخصة أو إذن من الشارع بتدخل إرادة العاقد[59].

وسنتعرض فيما يلي إلى قول بعض الفقهاء وعلى رأسهم:

أولا- قول محي الدين سوار:

إن تكلم الشارع الإسلامي على أثار العقد ترجع في الواقع إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق المتعاقدين الناشئة للعقد[60]، وهذه الحقوق يراها الشارع بأنها من النظام العام التعاقدي الذي لا يمكن تجاهله إذ هو يهدف إلى:

- إقامة التوازن.
- يتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.
- يرفع الغبن والضرر المحمّل على أحد المتعاقدين.

ثانيا- قول محمد الليتي:

عدم البت والحسم في هذا الأمر قد يورث الجهالة والنزاع بين أطراف العقد[61]، لذلك يجب النص عليه في بنود العقد صراحة دون ترك مجال للشك أو التأويل في مقاصد وأهداف العقد.[62]

ثالثا- قول محمد أبو زهرة

هدف الشارع هو الوصول إلى ما يسمى بـ: "العدالة التعاقدية" وصون المعاملات عن دواعي الفساد والضرر وهي مسببات النزاع.[63]

والعقد من المسائل المنظمة من حوض الشارع، والأطراف هنا لا يكون لهم إلا أن ينضمون إلى هذا الحكم رغم إرادتهم.

أما الأسباب الجعلية: أي اعتبار هذا العقد سببا لترتيب أحكام التي تنجز عن هذا العقد في مواجهة المتعاقدين، سواء تعلق الأمر بالآثار المباشرة التي حددها الأطراف في بداية التعاقد، أو جاءت هذه الآثار بسبب لا دخل لإرادة الأطراف فيه.[64]

الفرع الثاني: الشروط بصفة عامة

لقد جاء في الفقه الإسلامي اتجاهين بخصوص مسألة المشارطات داخل العقود، وكلا منهما كان له حجج وبراهين.

المنارة للاستشارات
www.mar

أولا- الاتجاه الأول: أكد هذا الاتجاه أن الأصل أن هذه الشروط عموما لا محل لقبولها، طالما أن السبب في أثار وأحكام العقد هو الشارع، وما إرادة الأطراف إلا أسباب جعلية لا أثر لها على مقومات العقد.[65]

ثانيا- الاتجاه الثاني: الحنابلة والمالكية: يقرون بحرية الشروط ما لم يرد منع من طرف الشارع، وهم يتوسعون في فكرة الشروط، أما فيما يخص الشروط الباطلة فقد أقر كل منها بضرورة مراعاة جميع الأمثلة:

* إذا كان الشرط يتنافى ومقتضى العقد، مثال لو باع عمر لأحمد بيت وطلب منه أن لا يستقبل مصطفى عنده، فهذا الشرط لا يتوافق مع مقتضى العقد لأن البيع هو تنازل عن كل سلطة لصالح المشتري بما في ذلك حق الرقية.

* إذا كان الشرط يخل أو يؤدي إلى جهالة الثمن.

* كل شرط محرم شرعا.

حجتهم حديث المصطفى عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عند شروطهم ما عدى شرط أحل حرام أو حرم حلال"[66]

الفرع الثالث: الشروط التعسفية

ويسمونها شروط مخالفة لموجب العقدة لأنها فيها منفعة مفرطة لأحد المتعاقدين، وهذه الشروط عند جميع الفقهاء تعد باطلة، كونها تخرج العقد من مضمونه وهو تحقيق منفعة متوازنة لكل أطرافه، بما في ذلك الطرف الذي يبدو ضعيفا في العلاقة التعاقدية.[67]

ومثال عن تلك الشروط أن يشترط البائع الذي باع للمشتري المنزل أنه في حالة إذا ما أراد هذا الأخير بيع المنزل ببيعه له، فهنا نجد أن هنالك ميزة مفرطة وهي في الميزة الحصرية exlusivité وهذا الاشتراط (الحصرية في البيع) لا تكون إلا في:[68]

- الرهن (التأمينات الشخصية)
- الشفعة مثلا

غير أن هناك بعض الفقهاء الذين يتسامحون إذا كانت المنفعة معقولة، كأن يبيع شخص إلى أحدهم شيء ويشترط المشتري أن يوصله إلى بيته، فقبلوا بهذا الشرط إذا كان بيت المشتري قريب من محل البيع (هنا لا يمكننا القول أن هنالك ميزة مفرطة).[69]

المنارة للاستشارات
www.mar

الفرع الرابع: موقف المُشرع الجزائري من قائمة الشروط التعسفية

لقد جاء في المادة 29 الأمر 02/04 عنوان "الممارسات التعاقدية التعسفية"، من خلال هذا العنوان نجد أن المُشرع الجزائري بتخصيصه لفصل كامل لهذه الممارسات فهذا يعني أنه يهتم لهذا الأمر كحالة فرضها الواقع التعاقدي.

وهذا ما كان على العكس من ذلك في المادة 110 من القانون المدني، غير ذلك لم تكن أية مادة تعالج هذا الأمر من قبل، وهذا يرجع لحداثة القانون المدني الجزائري وفكرة قدسية العقد التي جاء بها.

ثم سرعان ما أصبح يأخذ هذا الموضوع حيزا من اهتمام المُشرع وهذا في إطار مطابقة النصوص الجزائرية للنصوص المنظومة الأوروبية في هذا الصدد La normalisation des textes.[70]

كما أنه يعتبر مظهرا من مظاهر اهتمام المُشرع الجزائري لهذه الفكرة بالنظر إلى المشاكل العملية التي بدأت تظهر في التطبيق، وارتفاع ملموس لعدد القضايا التي يكون فيها المستهلك ضحية نتيجة لجهالته.

وتنبغي الإشارة إلى أنه لا زالت الشروط التعسفية في القانون الجزائري ينظر إليها على أنها علاقة بين المهني والمستهلك، رغم أن المادة جاءت بعبارة "البائع" إلا أن هذا يعتبر خلط لأنه:

- لا يقترب مفهوم البائع مع مفهوم العون الاقتصادي أو المهني.
- كما أن في البائع، هناك بائع عرضي، بائع بالجملة، بائع بالتجزئة....الخ.

وهذا ما يدعونا إلى القول أن هنالك تخبط تشريعي في هذه المادة، لذلك نجد المشرع في الأمر رقم 02/04 يتكلم عن العون الاقتصادي وكذلك بالنسبة للمرسوم رقم 06/306 أين يتكلم عن البائع وهذا بحد ذاته تراجع في المفهوم.

خاتمة:

إن اعتماد المشرع الجزائري على قواعد قانون المنافسة من أجل حماية المستهلك من شأنه تعزيز الحماية الموضوعية التي أقرها له بموجب قانون الاستهلاك، وهذا إن دلَّ يدل على حرص المشرع على حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ولقد كفل المشرع آليات من شأنها جعل الحماية فعالة خاصة في مرحلة ما قبل التعاقد، أين يركز جُل الفقه على هذه المرحلة لما فيها من أهمية بالغة وقصوى على رضا المستهلك، وهكذا كان لزاما على المشرع ضمان رضا مستنير لمستهلك، حتى يقف عند الماهية الحقيقية للمنتوج أو الخدمة ثم الإقبال عليها بإرادة حرة وواضحة.

المنارة للاستشارات
www.mar

غير أن فعالية هذه الآليات والإجراءات لا يمكن ضمانها دون أن يكون المستهلك ذو دراية وخبرة بما يريده، وهكذا قد نجد أنفسنا أمام مستهلك ساذج قد لا تنفع معه آليات الحماية، إذ لابد له من وعي خصوصا في جانب الاستهلاك.

إن حماية المستهلك من الشروط التعسفية يدل على حرص المشرع على إعادة التوازن إلى عقد الاستهلاك، خاصة مع تفشي ظاهرة العقود المبرمجة، كعقود الإطار مثلا أو العقود المعدة سلفا كعقود النماذج، أين يجد نفسه المستهلك في حالة إذعان، بحيث يذعن لإرادة المهني أو العون الاقتصادي والانصياع لشروطه التي أقرها في هذه العقود.

غير أن هذه الحماية تبقى عقيمة ما لم يَصِلُها المشرع الجزائري بعقوبات مقررة لكل من يخرق هذه الحماية، خاصة أولئك المهنيين الذين يثبتوا نيتهم السيئة، كأن يعتادوا على هذه التصرفات مع جميع المتعاملين أو يثبت وجود نزاعات أمام القضاء لهؤلاء المهنيين في أكثر من مرة، فمثل هذه العقوبات من شأنها الحد من هذه التصرفات والتقليل من حدة هيمنة العون الاقتصادي على عقود الاستهلاك.

هوامش:

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص. 114.

[2] - وهكذا يتعين على العون الاقتصادي إظهار بصورة واضحة لا تدع شكا، جميع الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومقروءة، وهذا من شأنه توعية المستهلك وجعله يسعى للتعاقد مع علمه التام غير الناقص بجميع ميزات وصفات المنتوج المعروض من طرف المهني أو العون الاقتصادي.

[3] - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988، ص.24.

[4] - لذلك لا يجب النص في حالة خلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى وسيلة التقاضي ضده، فهذا يعطل حق دستوري وهو حق التقاضي أو حق التداعي.

[5] - يجدر بنا أن ننوه بأن فكرة اقتصاد السوق قد تجد أصلها منذ سنة 1989 إلا أنه وإلى غاية يومنا هذا لا يزال هنالك انعدام للإطار السوسيولوجي القانوني لهذه الفكرة.

[6] - G. Rouhette, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965, p.135.

[7] - Ginette lecterc, la bonne foi dans l'exécution des contrats, Mc gill law Journal, Montcéal, vol.37, n°02, Canada, 1992, p.301.

[8] - **إن** تهديد المهني بقطع العلاقات التعاقدية لمجرد رفض المستهلك شروط تجارية جديدة غير متكافئة يعتبر خرقا لأبجديات التعاقد، التي يفترض فيها التكافؤ في المركز القانوني للأطراف المتعاقدة، وهنا يحق للقاضي أن ينظر إلى الشرط في كل مراحل العقد، وعليه وجب التفرقة بين:

* **الإكراه:** استخدام وسائل من شأنها توليد الرهبة والخوف وتجبر الطرف الذي وقع فيها على التعاقد

* **التهديد:** فهو أقل عدة، لكنه يولد في المستهلك رهبة من نوع خاص ومن أمثلة التهديد مثلا: "ذلك الذي يصب إلى حرمان المستهلك من المنتوج أو الخدمة، خاصة ما تعلق منها بالمنتوجات الصيدلانية مثل أدوية الأعراض المزمنة.

المنارة للاستشارات
www.mar

[9] - Romain J-F., Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, thèse Bruxelles, préface de Van ommeslaghe P. Bruxelles, Bruylant, 2000, p.45: "Le champ d'application de la bonne foi est très vaste à cette époque... en relève les applications, bien entendu dans le domaine des contrats.

[10] - Styan Haupt, An Economic Analysis of consumer protection in contract low, 4 German, L-J. [GLJ] 1137, 1137-38 (2003), p.1130: "Therefore, insofar as consumers are today deemed in need of protection from an economic protection, ti is not because they are concidered "weaker" and at risk of exploitation by large companies- Rather, it is because consumers know less about products and contracts than professionals do".

[11] - جاء في المادة 54 من القانون المدني: " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

[12] - رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2008/2007، ص.121.

[13] - نفس المرجع.

[14] -Stoffel Munck (phillipe), L'abus dans le contrat, Essai d'une théarie, libraire générale de droit et de juripridence (L.G.D.J), Paris, 2000, p.34.

[15] -Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, Paris, 1979, p.31.

[16] - G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 2ème éd., 1927, n°57, p.104: "On a posé comme règle que le contrat est la discussion entre égaux pendant longtemps on s'est contenté de légalité théorique et abstraite, révélée par l'échange des consentements. Puis l'idée égalitaire s'est plus fortement réalisée et, sous l'égalité juridique, on a vu l'inégalité de fait."

[17] - يعتبر عنصر المطابقة من العناصر الأساسية للمستهلك مع عنصر الأمن، لذلك فإن التزام المستهلك بتنفيذ التزامات دون أن يلزم نفسه بها، وما ينجز عنه من أحكام خاصة ما تعلق منها بالتنفيذ العيني أين يلجأ في غالب الأحيان إلى الغرامة التهديرية، يجعله يظهر في مظهر التعسف، وهكذا قد يُرفض حق المستهلك بفسخ العقد إذا أخل هو بالتزام أو بعدة التزامات، وهذا بدوره يخالف قاعدة موجودة في القانون المدني، إذ أن سبب التزام المهني هو نفسه سبب التزام المستهلك، وبالتالي إذ تعطل أحد الأطراف فللطرف الآخر أن لا ينفذ ويطلب فسخ العقد.

[18] - لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.177.

[19] - Georges Berlioz, op.cit., p.107.

[20] - Ibid: "... au détriment du non-professionnel ou consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits net les obligations des parties au contrat."

[21] - لقد جاء في المادة 05 من المرسوم 06/306 الفقرة 03 حكم يقضي بعدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة من فسخ العقد إلا بمقابل يدفعه، وهذا يعتبر تعطيل لمبدأ مهم في القانون وهو مبدأ أو نظرية القوة القاهرة، وهنا يجب التفرقة بين بعض المصطلحات المتشابهة، إذ يتعلق الأمر بـ:

القوة القاهرة: لا تجعل الالتزام مستحيل وإنما مرهق

السبب الأجنبي: يجعل الالتزام مستحيل مثل السرقة (مثلا سرقة المادة التي كانت محل تنفيذ)، فهذا يؤدي إلى تعطيل نص المادة 107 قانون المدني.

[22] - مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010/2009، ص.29.

المنارة للاستشارات
www.mar

[23] - Ghestin J., Conformité et garanties dans la vente, L.G.D.J., 1983, Paris, p.288.

[24] -cass. civ., 1er ch, 18 Juin 1980, J.C.P., tableau de juris, p.37

[25] - محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات- دراسة مقارنة-، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص.28.

[26] - أشرف وفا، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص.115.

[27] - هناك من أكد أن فكرة التنافس تقوم على معيار متناقض، بحيث يجعل المتعاملون الاقتصاديون يظهرون في صورة المتنافسون على بلوغ هدف واحد دون الحاجة إلى النظر إلى مصلحة الآخر، ويبقى الهدف المنشود لديهم هو الوصول إلى الزبائن ومحاولة جذبهم بأية طريقة كانت.

[28] - Ch. Bourrier, La faibless d'une partie au contrat, Academia, 2004, p.104: "Une justice contractuelle de masse aux contractants identifiés, une collection de la protection contractuelle.. les règles protectrices ne peuvent ... qu'être faute secteur par secteur."

[29] - وهكذا قد أتاح المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 78 المؤرخ في 05 جانفي 1988 لجمعيات المستهلكين المعتمدة قانونا الحق في رفع دعوى مستقلة لحذف أو إزالة أحد أو بعض الشروط التعسفية التي تتضمنها العقود التي سبق إبرامها، وهذا العقد يعتبر شرط أساسي مسبق لقبول القضاء المدني الدعوى المرفوعة من طرف هذه الجمعيات.

[30] - J. Mestre, l'évolution du contrat en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats, P.U.F., 1986, p.47: "la liberté contractuelle devenait chimérique, et le contrat allait donc changer... l'autonomie de la volonté était plus que jamais contestable."

[31] - G. Ripert, les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 2ème éd. 1998, spéc.n° 142, p.346: "...la partie faible est une nécessité pratique..."

[32] - محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.272.

[33] - حلاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009/2008، ص.104.

[34] - Paisant G., Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1998, Chronique 253, n°1100, p.301.

[35] - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقد، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007، ص.84: "... وعلى ذلك فإن شروط استحقاق الشرط الجزائي هي نفس شروط استحقاق التعويض وهي أيضا: الخطأ والضرر والإعذار."

[36] - أشرف وفا، المرجع السابق، ص.117.

[37] - إذا تضمن عقد شركة الأشخاص، كشركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة شرط الأسد بطل الشرط والعقد، لوجود ذلك الاعتبار الشخصي في التعاقد، أما إذا تضمن عقد شركة الأموال شرط الأسد، فيبطل الشرط ويبقى العقد قائما، لأن شخصية الشريك ليست محل اهتمام بقدر ما هي عليه ذمته المالية ومساهمته الشخصية.

[38] - زبيري بن قدور، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-08 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2005، 2006، ص. 105.

[39] - تبنى المشرع الجزائري مبدأ تحرير الأسعار، وهذا يعني عدم تدخل السلطات العمومية في تحديد الأسعار إلا في حالات قصوى، غير أنه قد لا ينطبق هذا الأمر في جميع الحالات، عندما نكون أمام خدمة حصرية قد لا نجد الكثير من المتعاملين فيها.

[40] - قد يستعمل العون الاقتصادي ما يملكه من نفوذ في تغيير أجال منتوج أو تسليم خدمة للمستهلك، وهذا من شأنه التشديد في عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم باعتبارها من العناصر الأساسية.

المنارة للاستشارات
www.mar

[41] - التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد وهنا غالبا ما يتعلق الأمر بتحفظات، إذ هي التي تخلق بعض النوع من الغموض مما يجعل المشكل يثار فيما يخص تفسير هذه التحفظات

[42] - زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقد بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، العدد الثاني، 2014، ص157: "إن مصطلح العقد النموذجي اقترن بعقد الإذعان حتى اعتقد أنهما مصطلحان مترادفان، غير أن الحقيقة غير ذلك غاية ما في الأمر أن أولهما وسيلة الثاني... وليس كل شرط معد مسبقا في شكل نموذج يعتبر شرط إذعان تعسفي، فمن العقود ما يعد فيها من شروط لا تعكس بالضرورة التعسف ولا يقصد من ورائها إذعان القابل..."

[43] - القانون رقم 02/04 المؤرخ في: 23 جوان 2004 المتعلق بالممارسات التجارية، الجريدة الرسمية مؤرخة في 26 جوان 2004، العدد 72، ص 14 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010.

[44] - قادة شهيدة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل – محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008، ص.79.

[45] - لم يكن مصطلح "الشرط التعسفي" بارزا كما هو عليه الحال بالنسبة ليومنا هذا، لذلك جل التشريعات المقارنة اعتبرت كل شرط من شأنه خلق حالة من عدم التوازن المفرط في العقد من قبيل الشروط التي ترتقي إلى الشروط التعسفية، ومنه يجوز إبطالها حماية للطرف المتضرر في العلاقة التعاقدية.

[46] - Hugh Beal, Inequality of Batguining power, 6 Oxford J. Legal Stud 123 (1986) UK, p.571 : « In legal literature, consumer protection is generally explained, and justified, with the concept of the « weaker party », consumers are considered to be « weaker » than their contracting partners.... »

[47] - خالد جمال أحمد حسن، الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية، 2006، ص. 153.

[48] - أ.د. قادة شهيدة، أستاذ التعليم العالي، بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان، مدير مخبر القانون المقارن بذات الجامعة.

[49] - قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، الملتقى الوطني "الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري"، 2001، جامعة تلمسان، 27 جوان 2001.

[50] - لقد دئب المشرع الجزائري منذ انفتاح الجزائر على اقتصاد السوق، على تبني قواعد قانونية تخدم المستهلك وهذا سواء في القانون الإطار الذي استعمل به قانون الاستهلاك ويتعلق الأمر بالقانون رقم 02/89 أو الأمر رقم 06/95 المتعلق بالمنافسة، حيث أكد في مادته الأولى: "... تحسين معيشة المستهلكين".

[51] - بعد الثمانينات دئب المشرع الفرنسي بموجب قانون التأمين الذي صدر بتاريخ 31 ديسمبر 1989 على إلزام شركات التأمين بإعلام المؤمن له قبل إقباله على التعاقد معلومات تتعلق أساسا كالأقساط وكذلك الضمانات التي تقع على المؤمن له تقديمها، كما يلزمه كذلك بتقديم مشروع عقد وملحقاته لصالح المؤمن له من أجل الوقوف عند أهم الآثار القانونية لعقد التأمين.

[52] - E. Agostini, De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice, D. 1994, p.235 : « le libéralisme hérité de l'époque napoléonienne et de la révolution allait d'une autre manière « l'écrasement des plus faibles par les forts ». De manière liminaire, disons encore que, bien sur, des contrats mettant en scène des contractants mal informés ont toujours existé. »

[53] - M.-P. Grégore, L'obligation d'information des intermédiaires d'assurance, revue lamy Droit civil, septembre 2006, p.14.

[54] - Cass. Civ., 10 novembre 1964, J.C.P., éd. 13981, p.131.

المنارة للاستشارات
www.mar

[55] - J.-Ch. Pommier, Principe d'autonomie et loi du contrats en droit privé conventionnel, thèse, Paris, 1992, p.131.

[56] - لو رجعنا إلى المادة 03 من المرسوم 06/306: فقد ذكرت بأن تعني بالعناصر الأساسية: - خصوصية السلع، -الأسعار، -كيفيات الدفع، -شروط التسليم، -كيفية الضمان، -عقوبات التأثير عن الدفع....الخ، غير أن "المقطع ج" في حقيقة الأمر يمثل جوهر النظام العام التعاقدي الحمائي في القانون الجزائري L'ordre public du protection.

[57] - Yves Picod, l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, colloque sur « le juge et l'exécution du contrat », Organisé par L'I.D.A [Institut de Droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille], faculté de droit et de sciences politiques, presses Niniversitaires d'Aix-Marseille, France, 28 Mai 1993, p.63.

[58] - Yves Picod, op.cit., p.320.

[59] - محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط، الجزء 06، ط.1، من تحقيق أحمد محمود ابراهيم، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ، ص.143.

[60] - محمد بن إدريس، أبو عبد الله شافعي، مسند الشافعي، دار الكتب العلمية، د.س.، بيروت، لبنان، ص.147.

[61] - ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، الجزء 03، ط.05، من تحقيق عصام القلعجي، مكتبة المصارف، الرياض، السعودية، 1405هـ، ص198.

[62] - وبالتالي في مسألة تعديل العقد تعهد لمن كانت له مكنة ترتيب أثار الالتزام، فله مكنه تعديل هذه الأثار، والخروج عن هذه القاعدة يؤدي في حقيقة الأمر إلى هدم العقد.

[63] - محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، المرجع السابق، ص.147

[64] - عبد الرحمن الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء III، ط.1، دار المنار، القاهرة، مصر، 1999، ص.341.

[65] - محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء 06، ب.ط، دار الجيل، بيروت، 1973، ص.114.

[66] - عبد الرحمن الجزائري، المرجع السابق، ص.340.

[67] - عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص.87.

[68] - حتى أنه هنالك بعض الفقه يشير إلى هذا النوع من البيوع بالبيع المتوحش La vente agressive.

[69] - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص.87.

[70] - سعي الجزائر إلى احتلال مكانة تمكنها من تأسيس شراكة مع الاتحاد الأوروبي جعلها تسعى جاهدة لمواكبة جميع التطورات الحاصلة في القوانين والتنظيمات المتعلقة بالمستهلك وقوانين المنافسة.

قائمة المراجع:

1) القوانين:

- القانون المدني الجزائري.
- القانون رقم 78 المؤرخ في 05 جانفي 1988 لجمعيات المستهلكين.
- القانون رقم 02/04 المؤرخ في: 23 جوان 2004 المتعلق بالممارسات التجارية، الجريدة الرسمية مؤرخة في 26 جوان 2004، العدد 72، ص 14 المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010.

2) المؤلفات والكتب:

* باللغة العربية:

المنارة للاستشارات
www.mar

1. ابن قدامة، الكافي في فقه ابن حنبل، الجزء 03، ط.05، من تحقيق عصام القلعجي، مكتبة المصارف، الرياض، السعودية، 1405هـ.
2. أشرف وفا، المنافسة غير المشروعة في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
3. حلاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009/2008.
4. خالد جمال أحمد حسن، الحماية القانونية للمستهلك في اتفاقيات الإعفاء من المسؤولية العقدية، دار النهضة العربية، 2006.
5. رباحي أحمد، حماية المتعاقدين من الشروط التعسفية في القانون الجزائري والقوانين المقارنة والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة وهران، 2008/2007.
6. زبيري بن قدور، حماية المستهلك من الممارسات التجارية غير الشرعية في ضوء قانون 04-08 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان، 2005، 2006.
7. زغودي عمر، مكافحة الشروط التعسفية كوسيلة لتحقيق التوازن العقد بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، العدد الثاني، 2014.
8. عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.
9. عبد الرحمن الجزائري، الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء III، ط.1، دار المنار، القاهرة، مصر، 1999.
10. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
11. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006.
12. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
13. قادة شهيدة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل – محاولة لتأصيل الفكرة وتقرير آليات الحماية، مجلة الدراسات القانونية، العدد 05، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2008، ص.79.
14. قادة شهيدة، قانون المنافسة بين تكريس حرية المنافسة وخدمة المستهلك، الملتقى الوطني "الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري"، 2001، جامعة تلمسان، 27 جوان 2001.
15. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
16. محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الأوطار، الجزء 06، ب.ط، دار الجيل، بيروت، 1973.
17. محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، الوسيط، الجزء 06، ط.1، من تحقيق أحمد محمود ابراهيم، دار السلام، القاهرة، مصر، 1417هـ.
18. محمد بودالي، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات- دراسة مقارنة-، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.

المنارة للاستشارات
www.mar

19. محمد محي الدين ابراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون والفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

20. مندي آسيا يسمينة، النظام العام والعقود، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010/2009.

*** باللغة الأجنبية:**

1. Cass. Civ., 10 novembre 1964, J.C.P., éd. 13981, p.131.
2. E. Agostini, De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice, D. 1994, p.235 .
3. G. Rouhette, contribution à l'étude critique de la notion de contrat, thèse, Paris, 1965.
4. Georges Berlioz, Le contrat d'adhésion, L.G.D.J, Paris, 1979.
5. Ghestin J., Conformité et garanties dans la vente, L.G.D.J., 1983, Paris.
6. Hugh Beal, Inequality of Batguining power, 6 Oxford J. Legal Stud 123 (1986) UK.
7. J.-Ch. Pommier, Principe d'autonomie et loi des contrats en droit privé conventionnel, thèse, Paris, 1992.
8. cass. civ., 1er ch, 18 Juin 1980, J.C.P., tableau de juris, p.37
9. Ch. Bourrier, La faibless d'une partie au contrat, Academia, 2004.
10. G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, L.G.D.J., 2ème éd., 1927, n°57.
11. G. Ripert, les forces créatrices du droit, L.G.D.J., 2ème éd. 1998, spéc.n° 142.
12. Ginette lecterc, la bonne foi dans l'exécution des contrats, Mc gill law Journal, Montcéal, vol.37, n°02, Canada, 1992.
13. J. Mestre, l'évolution du contrat en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats, P.U.F., 1986.
14. M.-P. Grégore, L'obligation d'information des intermédiaires d'assurance, revue lamy Droit civil, septembre 2006.
15. Paisant G., Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, D. 1998, Chronique 253, n°1100, p.301.
16. Romain J-F., Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé, thèse Bruxelles, préface de Van ommeslaghe P. Bruxelles, Bruylant, 2000.
17. Stoffel Munck (phillipe), L'abus dans le contrat, Essai d'une théarie, libraire générale de droit et de juripridence (L.G.D.J), Paris, 2000.
18. Styan Haupt, An Economic Analysis of consumer protection in contract low, 4 German, L-J. [GLJ] 1137, 1137-38 (2003), p.1130.
19. Yves Picod, l'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat, colloque sur « le juge et l'exécution du contrat », Organisé par L'I.D.A [Institut de Droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille], faculté de droit et de sciences politiques, presses Niniversitaires d'Aix-Marseille, France, 28 Mai 1993, p.63.

المنارة للاستشارات
www.mar