جـامعة قـاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: العلوم القانونية والإدارية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون عام للأعمال

من إعداد الطالبة: غانم سميحة

بعنوان:

عقد الإذعان على ضوء قانون حماية المستهلك

نوقشت وأجيزت بتاريخ: 2014/06/02

أمام اللجنة المكونة من:

الدكتور : صالحي عبد الرحيم	**أستاذ محاضر(ب)**	**جامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**رئيسا**
الدكتور : دمانة محمد	**أستاذ محاضر(ب)**	**جامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**مشرفا**
الدكتورة: لحميم زوليخة	**أستاذ محاضر(أ)**	**جامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**مناقشا**
الأستاذ: عياض عماد الدين	**أستاذ مساعد(أ)**	**جامعة قاصدي مرباح ورقلة**	**مناقشا**

السنة الجامعية: 2014/2013

الشكـر

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى أستاذي الفاضل الذي أشرف على عملي الدكتور " دمانة محمد" والذي تعهد بالتصويب والمتابعة طيلة إنجازه.

وإلى كل من قدم لي يد المساعدة في إنجاز هذا العمل المتواضع وأخص بالذكر أخي الأكبر عبد اللطيف.

وإلى كل عمال المكاتب وخاصة عمال المكتبة بجامعة ولاية الأغواط.

قائمة المختصرات

ج.ر : الجريدة الرسمية.

ب.ط : بدون طبعة.

د.س.ن : دون سنة نشر.

دج : دينار جزائري.

ص : الصفحة.

ط : الطبعة.

ج : الجزء.

د.م.ج : ديوان المطبوعات الجامعية.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

مقدمة

مقدمـــة

إن التطورات التي شهدتها العقود على مر العصور هي ثمرة للتطور الاقتصادي والاجتماعي، بحيث أصبح التعاقد إحدى سمات مجتمعنا المعاصر، إذ تعتبر عقود الاستهلاك مجالا رحبا لاستغلال المهنيين لوضعيتهم المتميزة للمستهلكين من خلال الشروط التي تضمها عقودهم حيث لا يملك المستهلك إلا الخضوع لهذه الشروط التي تغلب بشكل غير معقول مصالح المهنيين على مصالح المستهلكين، كما هو الحال في عقود الإذعان.

وانطلاقا من أن دور الإرادة أساسيا في تكوين العقود كما نعرف، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة إذ يرى أنصاره بأن الإرادة وحدها كافية لخلق العقد وترتيب آثاره، وهذه الآثار لا توجد إلا بالقدر وفي الحدود التي رسمها المتعاقدان.

إذ أن هذا المبدأ لا يجد مكانه في نوع من أنواع هذه العقود لأن العوامل السياسية والاقتصادية التي أدت إلى ازدهار مبدأ سلطان الإرادة أخذت تنكمش وتضمحل شيئا فشيئا، في حين أخذت مكانها عوامل اقتصادية وسياسية أخرى تناقض هذا المبدأ، وأخذ الاختلال في التوازن القوى الاقتصادية يظهر على أشده مما جعل الطرف الضعيف يخضع لكل شروط التعاقد الذي يضعها الطرف القوي دون مناقشتها.

فنستطيع القول أن عقد الإذعان استطاع أن يبرهن على أخذه لمكانة مبدأ سلطان الإرادة وتراجعه وأن هناك عقود تمنع وجود ممارسة فعلية للحقوق المخولة لكل فرد، وهذا ما جعل لنظرية حرية التعاقد تنهار وتسقط بسبب الاقتصاد الحر، حيث أصبح القوي يملي شروطه على الضعيف، وهذا ما جعل كذلك بالمشرع يتدخل لتنظيم بعض العلاقات العقدية تجنبا للتعسفات المحتملة.

ولذلك كان من الواجب دراسة عقد الإذعان في نطاق القوانين العامة والخاصة والهدف الأساسي من هذه القوانين هو حماية مصلحة المستهلك، بحيث خول القانون الحق لحرية التعاقد بين المستهلك وغيره من الأشخاص.

لأن ذلك القانون هو الذي يشكل حماية حياتهم، بما يتضمنه من فرض توافر مواصفات ومقاييس معينة في كل منتوج أو خدمة تعرض للاستهلاك، وكذلك إلزامية ضمان العيوب الخفية التي لا تظهر في المنتوج إلا بعد اقتنائه، على الرغم من ذلك فإن حماية المستهلك لا تكون فعالة في أغلب الأحيان ولا تحترم من طرف المحترفين أو كل متدخل في عملية العرض، ولهذا أصبحت حماية المستهلك تتطلب وجود جهاز فعال للرقابة واستخدام المسؤولية وتكفل المستهلكين بحماية أنفسهم بتنظيمهم في جمعيات للمستهلكين.

فلما نجد أن القانون المدني ينظم أساسا كافة العلاقات بين مختلف الأفراد دون تميز بين نوع التصرف أو صفة القائم به، فإن قانون حماية المستهلك ينظم علاقات معينة هي العلاقات بين المحترفين والمستهلكين، أو كل متدخل في عملية العرض.

فنستطيع القول أن كل من القانون المدني وقانون حماية المستهلك مرتبطان بنفس العوامل أي كل منهما يؤثر ويتأثر بالآخر، وانطلاقا من هذا الأساس فإنه يجب دراسة عقد الإذعان على ضوء القواعد العامة ثم قوانين حماية المستهلك.

لأن هذا الموضوع من المواضيع التي يجب الاهتمام بها، خاصة في الوقت الحاضر باعتبار أن للاستهلاك دور أساسي في الحياة الاقتصادية كما أن له تأثير على الحياة اليومية للشخص.

إذ أن المشرع الجزائري أوجد حماية لهؤلاء الأشخاص وتظهر أهمية هذه الأخيرة من خلال إعطاء صورة عن الإجراءات التي أقرها المشرع لحماية المستهلك، وهذه الحماية لايختص بها قانون أو تشريع بعينه، بل كانت ولا زالت تكفلها تشريعات متنوعة ومتفرقة تنتمي إلى فروع القانون المختلفة في طبيعتها وموضوعها والمقاصد التي تسعى إلى تحقيقها.

وتهدف دراسة عقد الإذعان على ضوء قوانين حماية المستهلك إلى محاولة إعادة التوازن العقدي للعقد وحماية المستهلك من البنود التي قد ترهق كاهله، كذلك تهدف أيضا للتعمق في مدى فاعلية النصوص القانونية لتوفير هذه الحماية والتعرف على الأجهزة التي أوجدها المشرع الجزائري إن كانت كافية لكبح استغلال الطرف القوي للمستهلك، ومن خلال الدراسات السابقة فإننا وجدنا عددا وافيا من الدراسات التي تطرقت لعقد الإذعان سواء من ناحية القوانين العامة أو

القوانين الخاصة، ولكن كل منها درس جزء معين من عقد الإذعان، مما أدى بنا إلى محاولة دراسة عقد الإذعان من كافة جوانبه.

وأما عن أهمية موضوع دراستنا فإنه يتجلى من عدة نواحي، بحيث أن هذا الموضوع يعد ترجمة فعلية لحقوق الإنسان، أي أنه يدافع عن الحق الفعلي للفرد في مناقشة شروط التعاقد وهذا من جهة، ومن جهة أخرى فان هذا النوع من العقود يقيد هذه الحرية واعتبارا من هذا المنطلق، وجب إعادة النظر في مثل هذه العقود والأضرار التي قد تسببها للفرد.

وعليه فاختيار هذا الموضوع راجع سببه إلى أن عقد الإذعان انتشر في الوقت الحاضر نتيجة لتزايد واستمرار الاقتصاديين الذين توسعت دائرة اختصاصاتهم ونشاطاتهم في الإفراط في فرض شروط تمثل تعسفا في حق المستهلكين، مما فتح الباب أمامنا وأرغبنا في دراسة هذا الموضوع بحيث له علاقة بتخصص دراستنا.

وفي وسط دراسة هذا الموضوع وجدنا بعض الصعوبات والتي تمثلت في كيفية دراسة هذا الموضوع وهذا من ناحية، ومن ناحية أخرى قلة المراجع وهذا بالنسبة لمكاتبنا فهي تعاني من قلة المراجع وخاصة المتخصصة|.

ومن خلال ما سبق فإن إشكالية الدراسة في هذا الموضوع هي كما يلي:

- **لماذا لم يكتف المشرع بالقواعد العامة المتعلقة بحماية الطرف المذعن، وماهي خصوصية أحكام عقد الإذعان في قانون الإستهلاك مقارنة بالقواعد العامة؟**

ولكي نجيب عن هذه الإشكالية فلقد ارتأينا استعمال المزج بين المنهجين، المنهج التاريخي لتبيان كيفية ظهور عقد الإذعان على مر القرون، والمنهج الوصفي التحليلي لجمع المعلومات القانونية التي تكون في الموضوع وإخضاعها للدراسة الدقيقة، وللإجابة عن الإشكالية المطروحة اتبعنا الخطة التالية:

إذ تعرضنا في الفصل الأول إلى مفهوم عقد الإذعان في إطار قوانين حماية المستهلك وقسمناه إلى مبحثين، حيث جاء في (المبحث الأول) مبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي، أما في (المبحث الثاني) سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

وتعرضنا في الفصل الثاني لدراسة أحكام عقد الإذعان في إطار قوانين حماية المستهلك، إذ قسم إلى مبحثين، حيث جاء في(المبحث الأول) حظر التعامل بالشروط التعسفية مع المستهلك، أما في(المبحث الثاني) كيفية مواجهة الشروط التعسفية.

الفصل الأول

عقد الإذعان

في إطار قوانين حماية المستهلك

الفصل الأول: مفهوم عقد الإذعان في إطار قوانين حماية المستهلك

المعروف أن الصور التقليدية للعقد تقوم على المساومة، وتفترض في مناقشة شروط العقد، وبحثها بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، ولكن النشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية، والتفاوت المحسوم في المراكز الاقتصادية للطرفين، جعل الموجب ينفرد بوضع شروط العقد، ولا يقبل مناقشة فيها.[1]

مع العلم بأن العقد هو اتفاق بين طرفين وعدة أطراف يهدف إلى إحداث آثار قانونية، وهذا كأصل عام ولكن مع ظهور التطورات الاقتصادية التي طرأت على المجتمع ظهر ما يسمى بعقد الإذعان وهو الصورة الحديثة للعقد.

وبالتالي ما يهمنا في هذه الدراسة هو عقد الإذعان الذي سوف نتناوله من خلال هذا الفصل في مبحثين حيث نتطرق في(المبحث الأول) لمبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي، وفي (المبحث الثاني) سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.

[1]– السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة)، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، ص 27.

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي

إذا سلمنا بعدم وجود تكافؤ في علاقة المحترفين بالمستهلكين، فإنه يجب البحث عن أسبابه، قبل إيجاد الوسائل الكفيلة على الأقل بالحدّ منه، وتحقيق قدر معين من التوازن العقدي بين أطرافه.

ولا شك أن أحد أهم أسباب عدم التوازن العقدي هو وجود متعاقد على قدر من القوة ليس الاقتصادية فحسب، وإنما توفره على عدد من الأدوات والآليات القانونية التي تساعد على تكريس عدم المساواة بين أطراف العقد، لذلك في هذا المبحث سوف ندرس مبدأ سلطان الإرادة في (المطلب الأول)، أما في (المطلب الثاني) ظهور عقد الإذعان، وأركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية في (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة

قبل ظهور حركات حماية المستهلك، فإن الحياة القانونية ظلت خالية من أدوات حماية الطرف الضعيف، بل أن القوانين المدنية ـ حتى في الدول التي كانت تتبنى النهج الاشتراكي ـ ظلت تتصدر موادها، مبادئ وقواعد هي من بنت الفكر الفردي، والتي كان من نتاجها تكريس عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة هو مبدأ سلطان الإرادة، والذي تلازم في نشأته مع النظام الرأسمالي بل يمثل هذا المبدأ إحدى دعائمه الأساسية، لما يراه أنصاره من أن الإرادة هي أساس العقد، ومن اعتبار الفرد هو المحور الذي يتركز عليه القانون استنادا إلى أنه لمّا كانت إرادة الفرد حرّة، فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء العقود وما يترتب عنها من آثار.

وقبل صيرورته مبدأ قانونيا، فقد تشكل مبدأ سلطان الإرادة كنظرية قائمة بذاتها، ساهم في بناءها الفلاسفة الكبار أمثال جان جاك روسو، و كانت وبورتاليس والذين رأوا من الناحية الفلسفية أن حرية الإرادة مطلقة من كل قيد، وأنه لا قيام لالتزام إلا إذا ارتضاه الفرد و أراده، وأن ذلك يؤدي من الناحية الأخلاقية إلى القول،[1] بأن العقد هو من خلقة إرادة

[1]– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)،ط 2، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص، 9.

المتعاقدين، وبالتالي فهو يمثل مصالح أطرافه، وأنه لا يمكن أن تنصرف إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة له فيه، مما يؤدي بصفة تلقائية إلى التوازن بين مصالح المتعاقدين، وهو ما أكده الفقيه: Fouillée بقوله: "أن كل عدالة هي تعاقدية، وأن كل ما هو تعاقدي فهو عادل"، ومن قبله CARO بقوله: "أن الإنسان هو إرادة حرّة".

كما أن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية يؤدي إلى القول، بأن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود، وتضمينها ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم، على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وهو شريعتهم، وأن أول نتيجة تترتب عن الأخذ بالمبدأ السابق هي حرية إبرام الاتفاقيات والعقود، والتي تتولد عنها نتيجة منطقية أخرى ألا وهي التسليم بمبدأ الرضائية، يعانيه من تحرير التعبير عن الإرادة من كل قيد، مما يؤدي إلى تشجيع التجارة وتيسير إبرام العقود.

ثم خلص أنصار نظرية سلطان الإرادة إلى القول بضرورة احترام الإرادة العقدية بوصفها شريعة المتعاقدين، تمهيدا للقول بأنه لا يجوز لا للقانون ولا للقاضي التدخل في الحياة التعاقدية للأفراد، ما دام أن مبدأ سلطان الإدارة واستقلالها بذاتها بحكم تكوين العقد وتنفيذه معا.

ولم يكد يمر وقت طويل على بزوغ فجر هذه النظرية، حتى ظهر لأصحابها ولخصومها معا، أنه وإن صح وجود تكافئ بين أطراف العقد من الناحية القانونية ـ وهو تكافؤ نظري ـ فإنهم بعيدون عن ذلك اقتصاديا واجتماعيا، وبعد أن تأكد لديهم أن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته وبالتالي قانونه على الطرف الضعيف، وعلى هذا الأخير أن يذعن تحت ضغط الحاجة، ويقبل مكرها ما قام القوي بفرضه بحرية، وهكذا تحوّل العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط.[1]

[1]– محمد بودالي، مرجع سابق، ص 10.

ولقد أثبتت السنين التي تلت العمل بتلك القواعد السابقة مدى البؤس والاستغلال الذي قادة إليه المناداة بالحرية الكاملة للأفراد، ولقد تضاعف ذلك البؤس والاستغلال مع ظهور المجتمع الصناعي، ثم ميلاد المجتمع الاستهلاكي بعد ذلك.[1]

المطلب الثاني: ظهور عقد الإذعان

نتطرق في هذا المطلب إلى نشأة عقد الإذعان في (الفرع الأول) وتعريفه من خلال أراء الفقهاء المتعلقة بهذا العقد في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان

لقد نشأ عقد الإذعان نتيجة للتطور الاقتصادي الحديث الذي اتجه نحو أسلوب الإنتاج الكبير، وترجع في الواقع فكرة الإذعان للطرف المحتكر، عن بوتيه (Pothier)[2] والذي استوحاه القانون المدني على أن الإنسان في الأصل لا وتقيده أي رابطة قانونية فهو حر في أن يتعاقد أو أن يقبل ما يشاء من الشروط التي يتضمنها العقد. وبالتالي فإن المؤلف الوحيد للإرادات هو العقد، إذ هو اتفاق إرادتين أو العديد من الإرادات يكون العقد الذي هو مصدر الحقوق بين الأشخاص وعليه يكون أسمى من القانون الذي يمثل الإدارة العامة. وهذه المقابلة بين العقد المتبنى في المذهب الفردي والقانون الذي تبناه الفكر الاجتماعي قد دامت طويلا خلال القرن التاسع عشر (19)، وأساسها أن العقد يضعف عندما يزداد تدخل الدولة، ومن ناحية أخرى فإن ارتقاء التعاقد يتلاءم مع البحث عن تدبير يجعل من العقد الصورة المعتدلة البديلة عن القانون،غير أن اجتهاد الفقه[3] خلال النصف الأول من القرن العشرين (20)، ومن أجل إيجاد حلول ملائمة لحماية الطرف الضعيف وتوجيه القضاء إلى تلك الحلول قد انعكس على التشريع وعندئذ تحول الضعف التعاقدي الذي يعانيه الفرد أي الطرف الضعيف في مواجهة الطرف القوي إلى ضعف تعاقدي متولد عن التدخلات

[1]– محمد بودالي، مرجع سابق، ص 11.
[2]– بوتيه، أستاذ في التاريخ وشارح للقانون الفرنسي القديم.
[3]– محفوظ بن حامد لشعب،عقد الإذعان في ق.م.ج والمقارن، بط،المؤسسة الوطنية للكتاب،الجزائر، ص،ص 09، 10.

التشريعية من أجل حماية الطرف الضعيف. وقد نادى الفقه[1] أيضا بالحماية الاجتماعية للمتعاقد الضعيف عن طريق إقامة التوازن العقدي، وباستبعاد تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على عقد الإذعان كما ذهب إلى ذلك صاحب هذه الفكرة الأستاذ الساليي (Saleilles) فمصطلح عقد الإذعان (Contrat d'adhésion) الذي اقترح بداية القرن كان من لدن ساليي وكان موضوع دراسات فقهية خاصة في فرنسا، ومن ثم أثري عقد الإذعان ولا سيما من جانب أولائك الذين أنكروا أن يكون من طبيعة قانونية خاصة حيث تضاعف توسع عقد الإذعان، وأضحى التفاوض لا يمثل إلا خطوة سابقة على تكوين العقد وامتدت تلك الفكرة النابعة من فرنسا لتأخذ بها بلدان أخرى خاصة المتبعة للمذهب الفردي بعد أن أصلها كل من الفقه والقضاء.[2] لذلك يبدو أن هناك عدة عناصر ساعدت في نشأة عقد الإذعان ومنها العوامل الاقتصادية والقانونية والعوامل المادية والاجتماعية فهذه كلها أدت بطريقة غير مباشرة إلى نشوء عقد الإذعان وانتشاره عبر بلدان العالم مما أخذ به إلى التطور ووجب أن يعطى له تعريفا خاص به وهذا ما سنتناوله في (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان

إن تسمية عقد الإذعان كان صاحبها:"عبد الرزاق السنهوري" حيث يذكر الأستاذ "عبد المنعم فرج الصده": << أن هذه التسمية ذكرها السنهوري وهي أصح من التسمية الفرنسية التي أطلقها الأستاذ "ساليي"- إعلان الإرادة فقرة 89 التي معناها عقد الانضمام "Contrat d'adhésion" لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول بينما الانضمام أوسع دلالة من الإذعان، إذ يشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي نضم إليها القابل دون مناقشة >>.[3] وفيما يتعلق بتعريف عقد الإذعان فنجد الفقه قد اختلف بشأن إعطاءه تعريف موجود ودقيق ولذلك حاول المشرع تدقيق تعريف عقد الإذعان من خلال التعريف التشريعي (أولا)، ثم نتطرق إلى التعريف الفقهي لعقد الإذعان (ثانيا) وهذا كالآتي:

[1]– محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 11

[2]– محمد بودالي، مرجع سابق، ص 12.

[3]- عبد المنعم فرج الصده، العقد في قوانين البلاد العربية، ب ط، دار النهضة للطباعة، بيروت، ص 135.

أولا: التعريف التشريعي لعقد الإذعان: في ظل نصوص القانون المدني نجد بأن المشرع الجزائري لم يحدد تعريف عقد الإذعان واكتفى بوصف الإذعان، وعلى كيفية حصول القبول في هذا النوع من العقود على غرار التشريعات العربية، وهذا بالنص عليه في المادة "70" من القانون المدني: << القبول يحصل في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا مناقشة فيه>> فيتضح من خلال المادة تعريف غير مباشر لعقد الإذعان وهذا من خلال توافر شروط يضعها الموجب في العقد دون قبول مناقشة الطرف الآخر. ولكننا نجد بأن المشرع قد عرف الإذعان من خلال القانون رقم 02/04 الصادر في 2004/06/23 والمحدد للقواعد المطبقة على النشاطات التجارية، ليضع تعريف لهذا العقد في الفقرة الرابعة من " المادة الثالثة" بأنه:<< كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث أي تغيير حقيقي فيه>> مما يعني أن المشرع اعتبر بعض عقود الاستهلاك بمثابة عقود إذعان وهذا ما سنراه لاحقا،وفي هذه العقود تعطى لأحد طرفيها فقط حرية الخيار والمفاوضة للقبول بها، مما يترتب عليها احتكار بعض المرافق الهامة احتكارا قانونيا أو فعليا، لا يمكن للمشتري سوى أن يقبلها كما هي دون نقاش وإذا قبلها كان متعاقدا.[1]

ثانيا: التعريف الفقهي لعقد الإذعان:

أ/الاتجاه التقليدي: اتجه جانب من الفقه[2] إلى تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار الفعلي أو القانوني شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة.

ب/الاتجاه الحديث: وسع هذا الاتجاه من دائرة عقود الإذعان من خلال تعريفها على النحو التالي:<< عقودا محررة انفراديا من أحد أطراف العقد، وليس أمام الطرف الآخر إلا

[1]– علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، ب ط، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر ، ص 61.
[2]- محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 23.

الخضوع لها دون أن يكون له سلطة حقيقية في تعديلها>> وأضاف الفقه على هذا التعريف بعض الشكليات التي قد يتم فيها عقد الإذعان، والتي قد تأتي على صور متعددة، إذ قد يأتي العقد في شكل وثيقة مكتوبة وما على المستهلك إلا الإطلاع عليها وتكون غالبا تعرض على واجهة المحلات، فهذا التعريف يوسع من نطاق عقود الإذعان الإيجاب لفرد أو لجماعة، كما لا يشترط أن يكون لأجل أو بدونه.[1]

وعند التكلم عن الفقه المقارن فإننا نجد الفقيه " ساليي" والفقيه" جور برليوز" اللذين تعرضا لتعريف عقد الإذعان، فالفقيه"ساليي" يرى:<< أن عقد الإذعان هو محض تغلب الإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، ومتملي قانونها ليس على فرد محدد بل هي مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من قبل قانون العقد>> [2]، فنلاحظ أن "ساليي" اعتبر عقد الإذعان مجرد إرادة تملي شروطها على إرادة أخرى دون أن يذكر محتوى العقد. أما فيما يخص الفقيه " جور برليوز" عرفه كالآتي:<<بأنه العقد الذي يتم تحديد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا، بصفة مجردة وعامة قبل المرحلة التعاقدية>>.[3]

وفي تعريف للأستاذ " محمد علي البدوي"[4] يقول: <<بأن هذه العقود التي تتضمن شروط معدة مسبقا من طرف واحد (وهو القوي)، في شكل قائمة شروط تكون مطبوعة في العادة ولا يقبل مناقشتها أو تعديلها، موجهة إلى جمهور من الناس، هم في الغالب من المستهلكين الذين لا يكون لهم خيار سوى في قبولها أو عدم التعاقد، وكيف لهم أن يرفضوا التعاقد وهي تتعلق بسلع أو خدمات>>.

أما الأستاذ " عبد المنعم فرج الصده " عرفه بأنه:<< العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق

[1] - راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص95.

[2] – سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، ص 30.

[3] - Georges Berlioz,Le contrats d'adhésion,Thèse librairie générale, droit de jurisprudence, Paris,P 10.

[4] - محمد علي البدوي،النظرية العامة للالتزام،مصادر الالتزام،ج 1،ط 2، منشورات الجامعة المفتوحة،طرابلس(ليبيا)، ص 58.

ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق في نشأتها [1].>>

ونذكر في هذا الصدد الأستاذ "عامر قاسم أحمد القيسي" يقول: << بأن هذه العقود لا تكون على ما يظهر إلا حيث يصدر الإيجاب من متعاقد قد يحتكر احتكارا فعليا، أو قانونيا شيئا يعد ضروريا للمستهلك، يصدر الإيجاب عادة إلى كافة الناس>>[2]. وبشكل مشهر ويكون واحدا بالنسبة للجميع، ويغلب أن يكون مطبوعا والشروط التي يمليها الموجب في هذا الإطار شروطا لا تناقش وأكثرها لمصلحته. وعن الأستاذ " عبد الرزاق السنهوري" فإنه يرى: << أن القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنا عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان>>.[3]

وفيما يخص الفقه الجزائري فنجد مجموعة من الفقهاء قد عرفوا عقد الإذعان، فحسب تعريف الأستاذ " علي فيلالي" [4] فيقول:<< عقد الإذعان هو عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي>>.

ويراد بعقد الإذعان وفقا لما جاء به الأستاذ "علي علي سليمان" هو: << العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوي لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا أو شبه احتكار والطرف الآخر مضطر إلى هذه السلعة أو إلى هذه الخدمة، فيملي عليه الطرف

---

[1]- عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 137.

[2]- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن ، ص 32.

[3]- عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،ج 1،المجلد1، ب ط، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، ص 244.

[4]– علي فيلالي، مرجع سابق ، ص 60. على هامش الكتاب: يرى نعمان جمعة << أن عملية الإذعان هي عملية معقدة تتكون على الأقل من الناحية النظرية من عمليتين، تتمثل العملية الأولى في نطاق الإرادتين، إرادة الطرف القوي وإرادة الطرف المذعن ولا يمكن لأحد أن يتنازع في عدم وجود إحدى الإرادتين، وتتمثل العملية الثانية التي ينفرد بها المتعاقد القوي في وضع وتحديد شروط العلاقة العقدية، والتي لا يقبل مناقشتها، وبما أن العملية الرئيسية والجوهرية هي العملية الثانية التي ينفرد بها المتعاقد القوي فإن مثل هذا التعامل لا يمكن إدراجه ضمن نطاق العقد>>.

القوي شروطه. وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يذعن لها الطرف المضطر ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها ويضطر إلى قبولها، ومثال هذه العقود، عقود شركات المياه وشركات الكهرباء والغاز وشركات النقل وشركات التأمين>>.[1]

ويقول "محمد صبري السعدي" بأن: << الأصل في التعاقد كل طرف في المنافسة والمساومة ولكن هناك نوع من العقود يضع فيه أحد الطرفين شروط العقد وللطرف الثاني إما أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة>>.[2]

ومن خلال التعاريف الفقهية المذكورة أنفا نستنتج بأن وإن اختلفت إلا أنها تصب في نقاط معينة، وقد يكون القاسم المشترك بينها أو تجتمع على تعريف واحد لعقد الإذعان بأنه،

العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها.

إذن فعقد الإذعان هو وليد انتفاء المناقشة وهذا ما أكده المشرع من خلال نص المادة "70" من ق.م.ج، ولكي يتم عقد الإذعان لا بد من توفر أركان يقوم عليها العقد، وكذلك تحديد ظبيعته القانونية ولهذا سنتطرق في (المطلب الثالث) إلى أركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية.

المطلب الثالث: أركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية

نتناول في هذا المطلب تكوين وتحديد عقد الإذعان ونخصص له في (الفرع الأول) أركان عقد الإذعان، أما في (الفرع الثاني)الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.

الفرع الأول: أركان عقد الإذعان

[1]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام في ق.م.ج)، ط 3، د.م.ج، الجزائر، ص 38.

[2]– محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في ق.م.ج، المصادر الإدارية، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب1، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ص 130.

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء أثر قانوني، وهذا ما جاء في المادة "54" من ق.م.ج، ولكي ينعقد لا بد له من توافر شروط معينة والمتمثلة في الرضا (أولا)، والمحل (ثانيا)، والسبب (ثالثا).

أولا: الرضا: إن أهم ركن في العقد هو الرضا، أي الايجاب والقبول وانطباقهما بارادة حرة وواعية، هذا ما سنورده كالتالي:

أ- الإيجاب في عقد الإذعان: في العقود التي تتم بطريق الممارسة يتم فيه بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية وهذا ما نصت عليه المادة "59" من ق.م.ج. وفي عقد الإذعان فإن للإيجاب ميزات واضحة إذ لكل منها طابع خاص، فالإيجاب في عقد الإذعان يصدر من الموجب في صورة قاطعة شاملا كل شروط العقد الجوهرية والتفصيلية وغير قابل للمناقشة أو المفاوضة، ومن جهة فإن تمام العقد يحتاج إلى أكثر من أن ينضم قبول يكون بمثابة إذعان لما صدر من الموجب من شروط ولا يتسنى هذا الحكم سوى العرض الذي نكون فيه شخصية القابل محل الاعتبار، وفي هذه الصورة الأخيرة فإن العرض الصادر من الطرف القوي في العقد يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد لا ترقى إلى مستوى الإيجاب.[1]

فالإيجاب في عقد الإذعان هو " الشرط" ويقصد بهذا الأخير: << ذلك الذي يضعه أحد الأطراف ليشكل به نظاما في العلاقة القانونية المحتملة ويكون غير قابل للمناقشة>>. فهو شرط محرر بإرادة منفردة من جانب واحد وهو الطرف الموجب، ووضع الشرط غالبا ما يكون بكيفية تحمي مصلحة واضعه.[1] إن عقد الإذعان يتميز بإيجاب بات في بادئ الأمر يعقبه إذعان من المتعاقد الآخر أو قبول لا بد منه وهذا ما سنراه فيما يأتي.

ب- القبول في عقد الإذعان:

1-المبدأ العام في القبول: لا إلزام على من وجه إليه الإيجاب بأن يقبله، إذ وجه الإيجاب فإن الموجب لا يحتم على من وجه إليه الإيجاب القبول، بل يكون الموجه إليه الإيجاب حرا

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص41.
[1]- محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص، ص82، 92.

في أن يقبله أو يرفضه، وإذا رفضه يظل الإيجاب مجرد إيجاب وقبوله أو رفضه ليس مطلقا في جميع الأحوال، إذ أن ظروفا قد تجعل الموجب له ملزما بالقبول، ويتحقق ذلك إذا كان هو الذي دعا الموجب إلى التعاقد معه.

2-الطريقة التي يتم بها القبول في عقد الإذعان: أما القبول في عقد الإذعان فيكون رضوخا وتسليما بالشروط التي وردت في الإيجاب لذا نصت المادة " 70" من ق.م.ج على أنه:<< يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها>>. لهذا فإن هذه العقود أصبحت في رأي بعض الفقهاء سمة بارزة من سمات التطور العميق الذي أصاب النظرية التقليدية للعقد.[2]

إذا اعتبرنا أن القول الذي يتم عن طريق الرضوخ والاستسلام لشروط مقررة هو قبول، ولكي يكتمل عقد الإذعان لا بد من وجود محل وهذا ما سندرسه في (ثانيا).

ثانيا: المحل: نص المشرع الجزائري عن محل العقد في المواد "92 إلى 95" من ق.م.ج، ومحل الالتزام هو كل ما يلزم به المدين، وهو إما التزام بعمل أو بالامتناع عن عمل أو بإعطاء شيء ويقصد به نقل أو إنشاء حق عيني، وشروط محل الالتزام هي أن يكون ممكنا، فإذا كان مستحيلا كان العقد باطلا وجرى الفقه،[3] في حالة الالتزام بإعطاء شيء على اشتراط أن يكون المحل موجودا بدلا من عبارة ممكنا، والواقع أن الإمكان في هذه الحالة هو وجود المحل. وأن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين وذلك مهما كانت صورته إذ يجب أن يكون محددا أو قابلا للتحديد، وأن يكون محل الالتزام مشروعا، أي قابلا للتعامل فيه إذا كان الالتزام بإعطاء شيء. وإذا كان محل الالتزام عملا أو امتناع عن عمل وجب ألا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان العقد باطلا. فالمحل في عقد الإذعان هو مجموع الشروط التي يحررها الموجب ويلتزم بها المدين ليشكل بها نظاما في العلاقة القانونية وتكون غير قابلة للمناقشة، فقواعده عموما تكون محررة بإرادة منفردة من الطرف القوي. أما في عقد الإذعان فلا توجد تلك المفاوضة ولا تلك المساواة، فشروط التعاقد تعد مسبقا من الموجب دون مناقشة من الطرف الآخر فيقبل العقد كما كان عليه محله في حال

[2]- عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق ، ص 137.
[3]- محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص93.

الإيجاب، وعدم وجود الحوار والمفاوضة يجعل المحل ثابتا مستقرا لا يمكن استبعاد أي شرط من شروط محتواه سواء كان في وثيقة العقد، أو كان شرطا آخر تابعا له في وثائق أخرى. وفي الواقع فإنه لا يحد من تلك الشروط سوى النظام العام أو الآداب العامة وكذا مدى مطابقتها للقانون، وفقا لنوع العقد،[1] فإذا كانت بعض الشروط مخلة بالنصوص القانونية المتعلقة بالنظام العام تكون باطلة على غرار نص المادة "622" من ق.م.ج.

ثالثا: السبب: هو الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين المحل كما يقال في العادة هو أن المحل جواب من يسأل بماذا التزام المدين؟ أما السبب فجواب من يسأل لماذا التزام المدين؟ والسبب في هذا المعنى لا يكون عنصرا في كل التزام. بل يقتصر على الالتزام العقدي، إذ الالتزام عير العقدي يقم على اتجاه إرادة الملتزم لأحداث الأثر القانوني حتى يصبح السؤال عن الغرض الذي قصد إليه من وراء التزامه. والسبب كعنصر في الالتزام العقدي إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة، والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه هو الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة.[2] واعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة مثل القانون المصري إذ نصت المادة "97" من ق.م.ج على أنه:<< إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا>>. وهي الموافقة للمادة "136" من القانون المدني المصري والمادة "1132" من القانون المدني الفرنسي. وبما أن عقد الإذعان هو عقد نموذجي، كعقد التأمين البري والبحري مثلا، فإن سببه دائما يكون مشروعا إلى أن يتبين العكس.[1]

ويقول السنهوري:<< والقضاء في مصر كان أكثر تماشيا في الفقه مع النظرية الحديثة فأخذ بها في الكثير من أحكامه، وقد اقتضى في ذلك القضاء في فرنسا>>.[2]

وبعد أن رأينا أركان عقد الإذعان التي يبنى عليها، فلقد اختلف الفقهاء من حيث تحديد طبيعته القانونية وانقسموا إلى اتجاهات وتباينت الآراء حول اعتباره ذا طبيعة تعاقدية أو طبيعة لائحية، ولذلك سوف نتطرق لطبيعة عقد الإذعان في(الفرع الثاني).

[1]- عبد الرزاق السنهوري، مرجعسابق، ص، ص 207، 208.
[2]– محمد صبري السعدي، مرجعساق، 133.
[1]- محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 94.
[2]- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 518.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر فائدة إذ الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة، ولا شك أن هذه الطبيعة كانت محل دراسات الفقهاء الذين انقسموا إلى فريقين فمنهم من يرى أنها ليست عقودا حقيقية، وآخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود. وللوقوف على طبيعته القانونية فإنه يجب علينا عقد موازنة الآراء الفقهية التي تعرضت إلى عقد الإذعان تباعا وذلك من خلال النظرية التعاقدية (أولا)، والنظرية غير تعاقدية أو اللائحية (ثانيا)، أما (ثالثا) النظرية المختلطة.

أولا: النظرية التعاقدية لعقد الإذعان:سندرس في هذه النقطة آراء الفقهاء، ثم الاعتبارات والحجج التي تدافع عن النظريات.

أ- آراء الفقهاء: إن أغلبية فقهاء القانون المدني رفضوا إتباع الأفكار التي أوردها كل من " ساليي" و" ديجيه" ومن تبعهم وتمسكوا برأي مخالف مفاده الطبيعة التعاقدية لعقد الإذعان.

ونجد "سليمان مرقس" فيقول: << وقد ثار الشك أول الأمر حول اعتبار الإذعان قبولا ينعقد به عقد حقيقي أو اعتبار العلاقة بين المحتكر والمذعنين له علاقة لائحية ينظمها القانون إن كان الاحتكار قانونيا، والراجح الآن في فقه القانون المدني أن الضغط الذي يكون الطرف المذعن واقعا تحته لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا ولا حتى الذي يفسده وبالتالي فإن القبول بطريق الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي>>، ويقول " عبد الفتاح عبد الباقي": << إنه إذا كانت إرادة الطرف المذعن تجيء تحت تأثير الضغط الاقتصادي، فإن ذلك لا يمس ذات وجودها، ولا يعتبر حتى سببا من شانه أن يفسدها>>.[1]

ب- الاعتبارات التي تدافع عن النظرية: نجد الاعتبارات الآتية:

[1]- أنظر عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 83.

1- أنه من الخطأ القول بفكرة أن العقد يقتضي أن تكون شروطه نتاج مفاوضات حرة ومتساوية بالنسبة للطرفين لأن مفهوم العقد يفترض الاتفاق أي رضا مزدوجا، ولكنه لا يفترض أن تكون قبل " الإذعان" قد نوقشت الشروط من الطرفين.

2- لا يشترط لاتفاق الإرادتين اتفاقا صحيحا أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق أو أنه يكون من عمل الطرفين.[2]

إن تكوين عقد الإذعان يفترض بالضرورة إرادة مشتركة للطرفين أو للعديد من الأطراف وبدون وجود هذين الإرادتين واتجاههما لإحداث أثر قانوني معين نستطيع في الواقع القول أننا بصدد عقد.

ولكن لا يخلو هذا الرأي من المبالغة والتصنع، مما أدى إلى وضع قواعد خاصة به، تراعي عند انعقاده وتنفيذه وتفسيره بوصفه عقد ذو طبيعة خاصة، من حيث اعتبار القبول فيه أقرب إلى معنى التسليم به.[3]

أما الاتجاه الثاني فيرى أن عقد الإذعان ذا طبيعة لائحية وهذا سنورده في (ثانيا).

ثانيا: النظرية غير التعاقدية أو اللائحية: بعد أن رأينا النظرية التعاقدية فسوف نتناول أيضا في هذه النظرية إلى آراء الفقهاء، ثم الحجج التي يستند عليها أصحاب هذه النظرية.

أ- آراء الفقهاء: هذا الاتجاه ينكر وصف العقد على الإذعان حيث يرى فيه مركزا قانونيا منظما " Institution" تنشئة إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة تحكم تفسير العملية وتطبيقها. ويتكون وجود عقد الإذعان انطلاقا من أن العقد يفترض التساوي بين الأطراف، وقد ذهب فقهاء القانون العام إلى إنكار وصف العقد على عقد الإذعان ومن بينهم نجد " ديجي"، "هوريو"، "ساليي".

بحيث يرى "ديجي Duguit"[1] أنه عبارة عن مركز قانوني منظم، تنشئة إرادة منفردة يصدرها الموجب فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه، مما

[2]- محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 42.
[3]- محفوظ بن حامد لشعب، المرجع نفسه، ص 42.

يفترض في هذا الأخير من التساوي بين أطرافه، وكذا حرية إبرامه، ذلك أن الضرورات الاجتماعية تبرز أحيانا منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم فأضحى عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم ومن ثم وجب أن يفسر كما يفسر القانون أو اللائحة.

وقد ذهب " ساليي Saleills " أن عقد الإذعان يبرز الاعتراف بالقوة الملزمة التي من الممكن أن تنتج عن التعبير بالإرادة المنفردة، وقد كتب " ساليي" بأن " عقد الإذعان" المزعوم ليس له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة، تملي قانونها على مجموعة غير محددة، وتلزم مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد.[2]

ونجد رأي الفقيه "هوريو Hauriou" بأن عقد الإذعان ليس سوى مركز قانوني يتميز باستغلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها، بحيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام عليه.[1]

بـ الحجج التي يستند عليها أصحاب هذه النظرية: حيث يرى " ديجي" أن مفهوم العقد يفرض المساواة في الأحوال ما بين المتعاقدين وهذا هو الاتجاه العام في القانون المدني الذي يعالج العديد من العقود التي تتضمن شروطا التعاقدية ليس فيها مساواة بين أطرافها كما هو الحال بالنسبة لعقود الشركات حيث تنص المادة "426" من ق.م.ج على أنه: << إذا وقع الاتفاق على أن أحد الشركاء لا يسهم في أرباح الشركة ولا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا، حيث يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم سوى عمله من كل مساهمة في الخسائر على شرط أن لا يكون قد قررت له أجرة ثمن عمله>>، وتقابلها المادة "1855" من القانون المدني الفرنسي وكذا بالنسبة لحق الفسخ بالنسبة للغبن الزائد بنسبة 07/12 في بيع العقارات في القانون المدني الفرنسي.

---

[1]– أظار محمد بودالي، مرجع سابق، ص 17.
[2]– محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص 48.
[1]– محمد بودالي، مرجع نفسه، ص 17.

وفي دعوى تكملة الثمن في ق.م.ج تنص المادة " 358" على أنه: << إذا بيع عقار بغبن يزيد على الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن مثل...>>.

ويقول الفقيه "ديرو" بشان تطبيق نظام المصنع على العامل ما يلي: << إن العامل الذي لم يحس بوجود هذه الملصقات لا يمكن اعتبار جهله بأحكامها إرادة منه وبالتالي فإنه لا يمكن افتراض قبوله بها، إذ من الغرابة أن توجد إرادة تجهل نفسها>>.[2]

ونستطيع أن نحقق ذلك في مختلف عقود الإذعان، فنتساءل مثلا عن آثار الشروط المطبوعة على تذاكر النقل البحري فنجد أن المحاكم تحت تأثير الفقه التقليدي، قد قبلت بأن هذه الشروط لا يحتج بها على المسافرين الذين لم تتح لهم إمكانية شراءها أثناء أخذهم التذاكر.

كيف نفرض كما تقتضي النظرية العقدية بأن المسافر قد قبل تلك الشروط المطبوعة بإرادة حرة وواعية، إنما لا يمكن أن نجهل الواقع ونتناسى كيف تحدث فيه هذه الأشياء فعندما يرغب شخص في السفر فإنه يتقدم إلى شباك التذاكر ويجد نفسه أمام استحالة مادية لإجراء مناقشات مع بائع التذاكر لأنه بمجرد أن يحدد المكان الذي يتجه إليه ينطبق عليه ثمنا محددا وتكون التذكرة أمامه، إذ لم يقبل بعد ذلك بعض الشروط فإن العقد يكون قد انعقد، إن هذا المثال الذي أورده " ديرو" رغم تحمسه للإرادة المنفردة إلا أننا نجد نفس التعبير رد في قوله: << إذا لم يقبل بعض الشروط فإن العقد يكون قد انعقد[1] >>، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن مجرد تقدم المواطن للانضمام إلى الإيجاب يعتبر قبولا ينعقد به عقد حقيقي، ونستخلص من ذلك على العكس من " ديرو" أن المسافر قد قبل حقيقة شروط التعاقد.

ومن خلال الرأيين السابقين فإنه توجد بينهما آراء وسطى تختلف بحسب ما يرى أصحابها في عقد الإذعان من عقد تعاقدي أو غير تعاقدي، فمنها ما يقترب من الرأي الأول

[2] – **أنظر** محمد بودالي، مرجع سابق، ص 18.
[1] ـ محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص، ص 49، 51.

فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وإن كان يخلع عليه وصف العقد، وهذا ما سنراه في (ثالثا).

ثالثا: النظرية المختلطة: لقد ذهب الأستاذ" ديرو" إلى اعتبار أن: << عقد الإذعان خليطا بين جزئين أحدهما تعاقدي والجزء الآخر لائحي>>. فيما يخص الأستاذ " ديرو" فقد اتبع الفكرة التعاقدية لعقد الإذعان ولكن يفرق بين الشروط الجوهرية في العقد والشروط التبعية، فيرى أن الشروط الجوهرية هي التي غالبا ما يتفق عليها الطرفان وتكون مشافهة أو بالكتابة وغالبا ما يقبلها المتعاقد بحرية، أما الشروط التبعية فهي الشروط المطبوعة التي إذا ما أخذناها بحرفيتها فإننا نعتبرها مكملة للالتزامات الأساسية الناتجة عن الشروط الجوهرية المقدمة ولا نجعلها ترقى إلى مستوى يغير أو يعدل من طبيعة وجوهر العقد، ولكن شروط العقد الجوهرية في أغلب عقود الإذعان مطبوعة وهذا لا يعني عدم إضافة شروط جوهرية مكتوبة، ولكنها غالبا ما تكون على سبيل الإضافة والتعديل.[1]

إلا أنه يمكن كذلك التنازل عن مدى طبيعة العقد ونوعه أهو عقد خاص أم عقد إداري؟ فنقول إن عقود الإذعان لا تختلف عن سائر العقود، فقد تكون عقود إدارية أحيانا وأحيانا أخرى تكون عقود خاصة مدنية أو تجارية. ويعرف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي، من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام.[2]

إلا أن الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر اختلفا في معيار تحديد العقد الإداري أنه يمكن إجمالا القول بنوعين من العقود الإدارية:

أ - المعيار القانوني للعقود الإدارية.

ب - المعيار القضائي للعقود الإدارية.

وعليه فإن عقود الإذعان طبقا للمعايير السابقة فإنه من الصعب القول عنها بأنها عقود إدارية أو عقود خاصة، هذا وإن كانت ملكية الدولة قد توسعت في إطار التطبيق الاشتراكي بواسطة تأميم أغلب المؤسسات الخاصة الحيوية، إلا أنها قد وضعت في صورة

[1] – عبد المنعم فرج الصده، مرجع سابق، ص 83.
[2] – سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر) ، ص 6.

شركات أو مؤسسات تحت وصاية الدولة، غير أن نظامها القانوني غالبا ما يخضع للقانون الخاص على الرغم من أنها تعتبر مرافق عامة إلا أن روابطها بالمنتفعين يجعلها مرتبطة أكثر بالقانون الخاص، خاصة الشركات ذات الطابع الاقتصادي، كشركات الغاز والكهرباء والسكك الحديدية والتأمين.

ومما رأيناه سابقا فإننا نصل إلى أن طبيعة عقد الإذعان تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد عقد إداري مدني، فالنظرية العقدية يخضع عقدها إلى القانون الخاص أي أنه تحكمه القواعد العامة للقانون المدني، إلا ما ورد فيه نص خاص. << كحالة تفسير العقد لصالح الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا>>.[1]

أما بالنسبة للنظرية اللائحية التي تعتبر عقد الإذعان مركزا منظما فإنها تخص العقد الإداري الذي له أحكامه التنظيمية الخاصة به.

فنجد أنه وإن اختلفت الاتجاهات حول طبيعة عقد الإذعان إلا أنه قد حسم الموقف اتجاهها واعتبارها عقود حقيقية، والكل متفق حول أن عقد الإذعان له علاقة بفكرة التعسف فقد يتضمن شروط تعسفية، وهذا ما دفع بالمشرع إلى إعطاء الحق للقاضي في التدخل للحماية من هذه الشروط التي تعتبر مرهقة للطرف الضعيف وإعادة التوازن العقدي في عقود الإذعان، وهذا ما سنوضحه في (المبحث الثاني).

[1] ـ محفوظ بن حامد لشعب، مرجع سابق، ص، ص 56، 58.

مبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان

الأصل هو احترام القاضي لقانون العقد ولا يملك تعديله وإلا استهدف حكمه للنقض، وهذا ما يسمى بمبدأ القوة الملزمة للعقد وهو قائم على مبدأ سلطان الإرادة، ولكن نتيجة إلى عدة عوامل أصبح للقاضي الحق في تعديل أو إلغاء العقد، ولتوضيح أكثر سوف نفصل فيه من خلال (المطلب الأول) سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، أما في (المطلب الثاني) سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية، وفي (المطلب الثالث) سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان.

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

إن عقود الإذعان تثير مشكلة التمسك بالحقوق، وهذا ما جعل من هذه العقود مصدرا للتعسفات كونها أداة قانونية في يد الأقلية يمارسون حقوقهم التي خولها لهم المشرع المتمثلة في الحرية العقدية على أكمل وجه، حيث يفتقر لهذه الممارسة العديد من الأفراد بسبب الضعف الاقتصادي والاجتماعي، وهذا الوضع هو الذي أدى بالمشرع إلى إعطاء القاضي الحرية لتعديل هذا النوع من العقود ولكن قيد حريته بشروط، ومن خلال هذا المطلب سوف يتم تحديد شروط تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية وهذا في (الفرع الأول) وفي (الفرع الثاني) إلى كيفية تدخله.

الفرع الأول: شروط تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية

رأينا فيما سبق أن للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو يعفي الطرف المذعن منها في عقد الإذعان وأصل هذه السلطة مبنية على نص المادة " 110" من ق.م.ج ، كما نجد أيضا نص المادة "112" الفقرة الثانية من نفس القانون،[1] حيث إذا كانت السلطة التقديرية للقاضي معترف بها من طرف المشرع يمارسها على كل قضية مطروحة عليه للفصل فيها وإصدار الحكم القضائي المناسب، فإن سلطة التعديل هي سلطة استثنائية منحت للقاضي في حالات

[1]– المادة "2/112" من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05/07، المؤرخ في13 ماي 2007، ج. ر، العدد، 31 الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني. حيث نصت المادة على ما يلي:<< غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن>>.

محددة بنص في القانون، فهي تفرض وجود عقد من العقود التي لحقها اختلال في توازن الأداءات.[1]وذلك من خلال الشروط تدخل القاضي وهي كالتالي:

استنادا إلى نص المادة "110" من ق.م.ج،[2] يتبين لنا أنه لا بد من توفر شرطين لسماح للقاضي بالتدخل لتعديل ما تضمنه هذا العقد من شروط تعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وهما:

أ-وجود عقد إذعان: كما رأينا سابقا أن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب، ولا يقبل مناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري، ويكون محل الاحتكار إما قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق.[3]

وكذلك نستخلص من خلال المادة "4/03" من القانون رقم 02/04 قد عرفت العقد ونفهم منها أن عقد الإذعان هو:<< كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد الأطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي>>.[4]

وعلى ضوء هذا التعريف يبدو أنه لكي نكون بصدد عقد الإذعان لا بد من توفر عنصرين وهما:

- التحديد المسبق لمحتوى العقد من أحد أطرافه.
- عدم إمكانية الطرف المذعن من إحداث تغيير حقيقي في العقد.

ب- وجود شروط تعسفية: إن المبرر القانوني لتدخل القاضي هو أن يتضمن عقد الإذعان شروطا تعسفية فرضها الموجب بحكم القوي في العلاقة التعاقدية، إذ هنا يكون للقاضي الحق في تعديل هذا الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه، بما يعيد للعقد التوازن الذي يجب

[1]– نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية،ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، ص 81.
[2]– المادة "110" من الأمر58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، مرجع سابق، والتي تنص على أن:<< إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية...>>.
[3]– السيد محمد السيد عمران،مرجع سابق، ص 27.
[4]– المادة "4/03 " من القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004، المتعلق بالممارسات التجارية.

أن يكون عليه بحيث تتساوى الأعباء الملقاة على عاتق الطرفين ويخفف الإرهاق عن الطرف الضعيف في العقد.

الفرع الثاني: كيفية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية

إن تعديل الشرط التعسفي متعلق بالإنقاص إلى غاية إزالة المظهر التعسفي للشرط بما يحقق الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو تحقيق التوازن بين الاداءات المتبادلة في العقد أما إعفاء الطرف المذعن يعد سلاحا بالغ الخطورة في يد القاضي، إذا ما تبين له أن الشرط تعسفيا أن يعدله ويعفي الطرف المذعن منه مخالفا بذلك قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) ويلجأ القاضي لاستخدام سلطته في الإعفاء حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي وصف به الشرط، ويكون هذا في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، ولن يتحقق العدل إلا بإزالة الشرط أو إعفاء الطرف المذعن منه.[1]

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية

تعتبر هذه الصورة من المتدخل أشد جرأة من الصورة الأولى، وسلاحا بالغ الخطورة في يد القضاء، إذ بموجبه يستطيع القاضي إذا ما وصف الشرط بأنه تعسفي أن يعدله، فيعفي الطرف المذعن منه، مخالفا بذلك القاعدة المشهورة (العقد شريعة المتعاقدين) والقاضي يلجأ إلى استخدام سلطته في الإعفاء، حينما يقدر أن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي اتسم به الشرط وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط هو نفسه مظهر التعسف في العقد،[2] ولن يتحقق العدل إلا بإزالة الشرط التعسفي وإعفاء الطرف المذعن منه، وهذا الشرط يكون من نوع الشروط المألوفة في العقد، وهي التي يتكرر ذكرها بصورة دائمة، فتدرج أحيانا على سبيل المحاكاة والتقليد فقط دون أن تتعلق بها نية الطرفين.

[1]- عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص،ص 47، 50.
[2]– راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص 166.

ويرى البعض أن القاضي يملك كامل الحق لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولا معقب للقضاء على تقديره ما دامت عبارات العقد تحمل المعنى الذي أخذ به القاضي فإذا بد له أن الشرط تعسفيا في عقد الإذعان، فيكون له أن يعدله إذا كان من شأن ذلك أن يزيل أثر التعسف، وإلا فيكون له أن يلغيه، وهو في ذلك غير مقيد بحد معين سوى ما تقتضيه العدالة.[1]

في حين أن محكمة النقض الفرنسية تسلط رقابتها على تقدير المحاكم للطابع التعسفي

للشروط بوصفها مسألة قانون، وليست مسألة واقع، متوخية من وراء ذلك توحيد معايير التقدير وتحقيقا للأمن القانوني واستقرار المعاملات، وهو ما اعتبره بعض الفقه عندنا بالموقف الصائب.[2]

وسلطة القاضي هذه في تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف الضعيف منها، يستند إلى عموم نص المادة "110" من ق.م.ج، وقرر بطلان كل اتفاق يخالف الحكم الذي جاءت به، وتبعا لذلك فإنه يقع باطلا كل اتفاق يهدف إلى حرمان الطرف المذعن من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية، لأن إقرار مثل هذا الاتفاق يرتب عليه تفريغ الحماية القانونية من محتواها.

ويؤسس جانب من الفقه، بطلان الشروط التعسفية على أساس مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فهذا المبدأ يستند إليه القاضي عند الحكم بإعفاء الطرف الضعيف من الشروط التعسفية، ويتمثل حسن النية في أمور عدة هي: انتفاء الخطأ العمدي، وانتفاء الغش، وانتفاء التعسف في استعمال الحق، على أن مثل هذا التأسيس، وإن كان يصلح لمواجهة الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة فإنه قد لا يكون ذلك بالنسبة للشروط التعسفية التي جاء على ذكرها المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306، ذلك أن رغبة المشرع اتجهت من خلال هذا القانون تبني قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية بغض النظر عن حسن أو سوء نية الطرف القوي،[1] وهذا ما سنراه لاحقا في الفصل الثاني،

[1]-عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 250.
[2]- محمد بودالي، مرجع سابق، ص 60.
[1]- راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص 167.

وهو من دون شك نظام موضوعي ينظر إلى الشرط ولا ينظر إلى شخصية أو نفسية المتعاقدين، ولعل هذا هو أحد المبررات التي أدت بعض الفقهاء عندنا إلى القول بأن الجزاء الوارد ضمن القواعد العامة لا يصلح للتطبيق على نصوص خاصة.[2]

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان

قبل أن نتطرق إلى سلطة القاضي في تفسير العبارات الغامضة سوف نعطي تعريفا موجزا للتفسير. فقد تعددت التعاريف بشأنه فالبعض استند في تعريفه إلى الهدف من عملية التفسير، ولقد عرفه "توفيق حسن فرج"[3] قائلا: << يهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في عقد معين، وذلك إذا لم تكن النصوص واضحة تكشف بجلاء عن قصد المتعاقدين، حتى يمكن تحديد مضمون العقد، والوقوف على الالتزامات التي يولدها>>. واعتمد البعض الآخر على الأساس الذي يقوم عليه، وهو الإرادة الحقيقية للطرفين فيعرفه "علي فيلالي"[4] يقول:<< تأويل العقد هو أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إدارة المتعاقدين بغض النظر عن إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة>>. وتفسير العقد من عمل القاضي، وهو الذي يهيمن على هذه العملية الدقيقة، غير أن المشرع لم يترك له كامل الحرية، في شأن تفسير العقود، بل ألزمه إتباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه على مهمة التفسير، وهناك ثلاث حالات للعبارات الواردة في العقد يمكن أن تعرض على القاضي في خصوص التفسير وهي كالآتي:

أ - حالة عندما تكون عبارات العقد واضحة.

ب- حالة غموض عبارات العقد.

ج- حالة الشك في التعرف عن القصد المشترك للمتعاقدين.

وما يهمنا هو حالة غموض عبارات العقد، يفسر هذا الغموض لمصلحة الطرف المذعن لأنه إذا كان الشرط التعسفي واضحا جليا في عباراته ومضمونه، فالقاضي كما بينا

---

[2]- راضية العيطاوي، المرجع نفسه، ص 167.

[3]– توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)،دراسة مقارنة بين القوانين العربية، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت(لبنان)، ص 647.

[4]– علي فيلالي، مرجع سابق، ص 307.

سابقا يقوم إما بتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه، لأجل رفع الإرهاق عن كاهل المستهلك.[1] إذ نجد أنه رغبة من المشرع في ضمان حماية فعالة للطرف المذعن، إذ نصت المادة "2/112" من القانون المدني على أنه:<< لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضار بمصلحة الطرف المذعن>>.

وبمعنى آخر يجب أن يكون هذا التفسير في مصلحة الطرف المذعن دائما سواء كان دائنا أو مدينا ويجد هذا الموقف تبريره في أن المشرع حسب ما يرى البعض[2]، قد أخذ المقصر بخطئه وحمله مسؤوليته عن صياغة شروط العقد، باعتباره هو المتسبب في الغموض أو ما يحيط بشروط التعاقد من شك بل أنه قد ذهب إلى مسؤولية الطرف القوي في عقد الإذعان عن صياغة بنوده، تؤدي إلى اعتبار غموض أي بند من هذه البنود خطأ مرتبا لمسؤوليته ومؤيدا إلى التزامه بتعويض الضرر الذي يصيب الطرف المذعن، من جراء هذه الشروط، ويقصد بالعبارات أو الشروط الغامضة عدم التوافق بين الألفاظ والإرادة الحقيقية للمتعاقدين وقد يقع الغموض في الألفاظ أو الإرادة أو فيهما معا.

كما يقصد بالشروط الغامضة، الشروط التي تحمل أكثر من معنى، ويرجع الغموض فيها لكون الشرط مبهم أو ناقص كما هو الحال مثلا: بالنسبة لوصل الضمان الذي لا يبين الأداءات التي يلتزم بها البائع في إطار الضمان التعاقدي، هل هو إصلاح المبيع أم استبداله أم رده، كما قد يرجع الغموض إلى التناقض بين الشروط المختلفة في نفس العقد كما هو الحال بالنسبة لوثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر مع معين، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين، مما يؤدي إلى التساؤل عن أي شرط يعتد به منهما.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكشف بعض العقود ليس دائما وليد الصدفة وليس مقصودا من طرف واضعه، ولكن أحيانا كثيرة يكون معتمدا لأنه يسمح بتمرير

[1]– سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص42.
[2]– محمد بودالي، مرجع سابق، ص 61.
[1]– عامر أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 40،38.

اشتراطات معينة تخدم مصلحة واضحة، تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد.

وفي حالة النزاع حول غموض شروط العقد فإن القانون قد اعترف للقاضي بسلطة تفسيرها، وتفسر الشروط في عقود الإذعان، في ظل تغيب الإرادة المشتركة للمتعاقدين بسبب إنفراد أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد لمصلحة الطرف المذعن، وهذا ما كرسته المادة "2/112" من ق.م.ج، وبذلك يتحمل محرر العقد نتيجة تقصيره في إيضاح شروط العقد.[2]

[2]- سليمة أحمد يحياوي، مرجع سابق، ص 43.

ونخلص من خلال هذا الفصل بأنه على الرغم من محاولة المشرع توفير حماية فعلية للطرف الضعيف أو إعادة التوازن للعقد، إلا أنها تبقى غير كافية، ولا تفي بالغرض المطلوب، فرغم أن عقود الإذعان تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد من حيث القدرة والخبرة إلا أن هذه العلاقات ليست كلها عقود، إذ قد يتم التعاقد في ظل التوازن بين الالتزامات مع غياب الاحتكار، وفي ظل إمكانية مناقشة بنود العقد إلا أن الذي يحدث فعليا هو عدم كفاءة المستهلك الفنية أو القانونية لا تمكنه من مناقشة بنود العقد، كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير آثار هذه البنود على مركزه القانوني أو على مركزه المالي.

ولهذا يكون من اللازم حماية المتعاقدين الذين يكونون في حالة ضعف كيفما كان شكل العقد لأن الحماية الناجعة تقتضي إبطال الشروط التعسفية من العقود ولو كانت محل مفاوضات فردية، إذا تبين أنها تتضمن إجحافا بالنسبة للمستهلك، واختلالا ظاهرا في الحقوق المتولدة عن العقد.

ولذلك نجد المشرع وحماية منه للمستهلك قد أورد مجموعة من النصوص القانونية التي قد توفر نوعا من الحماية من عقود الإذعان إذا ما تضمنت هذه الأخيرة شروطا تعسفية وهذا ما سنحاول التطرق له من خلال (الفصل الثاني).

الفصل الثاني

أحكام عقد الإذعان

في إطار قوانين حماية المستهلك

الفصل الثاني: أحكام عقد الإذعان في إطار قوانين حماية المستهلك

من المتعارف عليه هو أن يتم العقد بحرية النقاش والمساومة، بحيث يتناقش كلا طرفي العقد حول بنوده، إلا أن عقد الإذعان تنعدم فيه المساومة والنقاش، حيث يضع أحد المتعاقدين شروطا مسبقة ربما تكون مجحفة في حق المتعاقد الآخر، وكثيرا ما يكون المستهلك هو المتضرر في هذا العقد.

ولذلك نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أورد قوانين خاصة لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

وكما نلاحظ ضمن قوانين حماية المستهلك تعريف لعقد الإذعان بالإضافة إلى وضع جملة من الشروط التي تعتبر تعسفية ويحظر تنظيمها في هذا النوع من العقود، فعقد الإذعان عقد صحيح وإذا تضمن هذه الشروط تعد باطلة بقوة القانون.

ومن هذه النقطة سوف نطلق إلى دراسة عقد الإذعان على ضوء هذه القوانين، وكذا الوسائل التي اعتمدها المشرع لتوفير الحماية للمستهلك ومواجهة الشروط التعسفية التي قد ترد في مثل هذا النوع من العقود.

وسوف نعالج هذه النقاط من خلال مبحثين حيث نتطرق لحظر التعامل بشروط التعسفية مع المستهلك في (المبحث الأول)، وفي (المبحث الثاني) كيفية مواجهة الشروط التعسفية.

المبحث الأول: حظر التعامل بشروط التعسفية مع المستهلك

تعتبر الشروط التعسفية من أهم ما يقيد التزام المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الاقتصادية في العقود الاستهلاكية باعتبارها شروطا مجحفة، ظالمة تضر بالمستهلك، لذا سنقوم في هذا المبحث للوصول إلى مفهوم الشرط التعسفي في (المطلب الأول)، وصور للممارسات التعسفية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي

نتعرض في هذا المطلب لتعريف الشرط التعسفي في (الفرع الأول) وفي (الفرع الثاني) معيار التعسف ومجال تطبيقه.

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي

هو الشرط الذي يفرض على المستهلك من قبل طرف قوي ونتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الاقتصادية وهذا لحصوله على ميزة مفرطة.

المقصود بالشرط التعسفي: حيث تعني كلمة تعسف لغة: " الاستخدام السيء"، أما بالنسبة للاصطلاح القانوني " الاستخدام الفاحش لميزة قانونية". بحيث يرى الفقه[1] بأنه يعتبر تعسفا: << الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر>>، ويمكن أن يعتبر تعسفا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، وكذا الشروط الجزائية، أو أنه في العقد المبرم بين المستهلك ومهني والمحرر في حقوق والتزامات الأطراف، بالنظر للميزة المجحفة على المهني.[2]

ومن بين التعاريف التي أوردها المشرع الجزائري في إطار تعريف الشرط التعسفي نجد في المادة " 5/03" من القانون رقم 02/04 التي نصت على انه:<< كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شانه الإخلال الظاهر

[1]– السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 32.
[2]– أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، ص، ص 212، 213.

بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد>>.[1] ومن التعاريف السابقة نجد أنه لوصف شرط أو بند يعتبر بأنه تعسفي ينبغي أن تتوفر فيه العناصر التالية:

- أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة أو تأدية خدمة.
- أن يكون العقد مكتوبا.
- أن يكون طرفي العقد مستهلكا و عونا اقتصاديا.
- أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.[2]

الفرع الثاني: معيار التعسف ومجال تطبيقه

بعد أن تعرضنا لتعريف الشرط التعسفي سوف ندرس الأن معيار التعسف (أولا)، ومجال تطبيقه (ثانيا).

أولا: معيار التعسف: بالرجوع إلى التعريف القانوني الذي جاء في المادة "03" سالفة الذكر، نلاحظ أن المشرع اعتمد على معيار واحد وهو " الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الطرفين"، وهذا اعتمادا على المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة "132" من قانون الاستهلال الحالي. بعد أن كان يعتمد في القانون الصادر في 1978/01/01 على معيار "النفوذ الاقتصادي" والمعيار الآخر "الميزة الفاحشة"، وهذا ما تضمنته المادة "35 منه.[3] إلا أنها اعتبرت معايير ذات طابع عام، لذلك قد تمت عملية إصلاح، فأدت إلى إجراء تعديل على هذا التعريف المتضمن في المادة "1/132" السابقة وأصبحت الشروط التعسفية هي تلك التي شهدت إلى خلق عدم التوازن الظاهر بين حقوق وواجبات الطرفين في العقد.

[1]– المادة "5/03" من القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، عدد 41، الصادرة في 27 جوان2004، المتعلق بالممارسات التجارية.

[2]– محمد بودالي، مرجع سابق، ص 80.

[3] –Article 35, La loi 78/23, Du 10 Janvier 1978, Sur la protection et L'information des consommateurs de produits et de service.

ثالثا: مجال تطبيق الشرط التعسفي: إن تجديد مفهوم الشرط التعسفي يقتضي أيضا تحديد مجال تطبيقه، فهل أن منع الشروط التعسفية، يسري فقط على عقود الإذعان، أم تمتد إلى باقي العقود الأخرى؟ من ناحية طبيعة العقد، فإن المادة "29" من القانون رقم 02/04 نصت على أنه:<< تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع>>، وعليه يمكن القول أن المشرع قد قصد عقود البيع المبرمة بين المستهلك والبائع، أي استبعد العقود المبرمة بين المهنيين وهو نفس الموقف الذي اتجه إليه المشرع الفرنسي.[1]

بعد تحديد مجال تطبيق الشروط التعسفية كان لا بد من التطرق لصور الممارسات التعسفية في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني: صور الممارسات التعسفية

نصت المادة "29" [2] من القانون رقم 02/04 على ثمانية (08) من الصور التي قد يمارسها المهني والتي ينتج عنها اختلال في التوازن العقدي، ويظهر من خلالها المستهلك كطرف ضعيف، بالإضافة إلى اثنا عشر(12) حالة جاءت في المادة الخامسة (05) من المرسوم التنفيذي رقم 06- 306، حيث نعرض كلا المادتين كالتالي:

أولا: وجود اختلال في الالتزامات المتقابلة: يتجسد هذا الاختلال من خلال ما نصت عليه الفقرة "01"، حيث يأخذ البائع حقوقا وامتيازات، لا تقابلها حقوقا أو التزامات مماثلة للمستهلك، حيث أن هذا الأخير يبدو طرفا ضعيفا في مواجهة البائع الذي يستقل وحده بصياغة بنود العقد ويضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته ويقدمها جاهزة للمستهلك الذي لا يملك إلا أن يوافق عليها وأن يقبل بها، وهو وما يدل عليه مضمون الفقرة "02" بفرض هذه الالتزامات على المستهلك دون أن يلتزم بها هو، وهذا ما نصت عليه الفقرة "05" من هذه المادة وهو الأمر الذي يجعل البائع يحصل بذلك على امتيازات وحقوق يحرم منها المستهلك.

[1] – احمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 227.

[2] – المادة "29" من القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004، المتعلق بالممارسات التجارية.

ثانيا: التفرد بتعديل العقد: وهذه الممارسات تتجسد في الفقرات 03 و04 و07 من نفس المادة بحيث أنه إضافة إلى فرض الالتزامات على المستهلك، ووضع الشروط المتوافقة مع مصلحته، فقد يعمد المهني أيضا إلى استخدام سلطة نفوذه عن طريق التفرد بتعديل عناصر العقد، كتعديل محل العقد مثلا أو الثمن، سواء كان عقد بيع أو خدمة، دون أن يوافق المستهلك على ذلك، وهو ما نصت عليه الفقرة "03"، ومثال ذلك جعل العقد يتضمن شرط عدم المسؤولية، أو جعل عبء مصاريف النقل على عاتق المشتري، وقد يصل هذا التعديل ليمس اجل تسليم المنتوج أو تنفيذ الخدمة، وهذا ما يؤثر بشكل واضح على المستهلك، مما يظهر الطابع التسلطي والتحكمي الذي يمارسه المهني في هذه الحالة[1]

ثالثا: رفض حق المستهلك في فسخ العقد: نجد أن حق الفسخ العقد هو حق مشروع وممنوح لكل متعاقد في حالة عدم تنفيذ الطرف الآخر لالتزامه طبقا للقواعد العامة، حيث نصت المادة "119" من القانون المدني على ذلك، باعتبار أن كل العقود بيع السلع أو تقديم الخدمات، هي ملزمة للجانبين، لكن وبما أن معظم العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين عقود إذعان فإن البائع أو مقدم الخدمة قد يرفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزام في ذمته وهذا ما جاء في الفقرة "06" من نفس المادة. وهنا ينبغي للقاضي التدخل لمنع الشرط التعسفي المتمثل في إلغاء حق مقرر قانونا.

رابعا: تهديد بقطع العلاقة التعاقدية: إن تهديد بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض الخضوع لشروط غير متكافئة يعد من قبيل الإكراه الذي يؤدي إلى بطلان العقد وهذا ما نصت عليه المادة "1/88" من ق.م.ج، وهذا ما جعل المشرع في الفقرة "08" اعتبار هذا الشرط تعسفيا يعاقب عليه المهني في حالة ممارسته على المستهلك لأن قطع العلاقة التعاقدية قد يجلب أضرارا مادية لهذا الأخير،[2] مما يجبره على القبول بالشروط غير المتكافئة المعروضة عليه، وفي هذا إهدار واضح للتوازن العقدي ومبدأ حرية التعاقد مما استدعى التدخل لحماية المستهلك الذي يعد طرفا ضعيفا.

[1]– المادة "29" من القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004، المتعلق بالممارسات التجارية.

[2]– احمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 228.

وإضافة إلى ما جاءت به المادة "29" نجد الحالات المذكورة في المادة "05" [1]من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 والتي درجت تحت عنوان البنود التي تعتبر تعسفية، بحيث هذه المادة تضمنت اثنا عشر"12" شرطا تعسفيا وهي شروط لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 04-02، إذ تعد ملزمة لأطراف العلاقة التعاقدية بحيث يمنع العمل بها في العقود المبرمة بين المستهلكين و الأعوان الاقتصاديين أو المتدخلين كما أنها ملزمة للقاضي ونورد هذه الشروط كمايلي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود: ويقصد به حسب المادة "02"[2] من نفس المرسوم أنها تلك العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن مطابقة السلع والخدمات، وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع، وتتعلق عناصر العقد الأساسية كذلك حسب المادة "03"[3] من نفس المرسوم أيضا على خصوصيات السلع والخدمات، وطبيعتها والأسعار والتعريفات، كيفيات الدفع، شروط التسليم وأجاله، عقوبات التأخير عن الدفع والتسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع والخدمات، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، وفي حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير صحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على التخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.

---

[1]- المادة "05" من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10سبتمبر2006، ج.ر، عدد، 56، الصادرة بتاريخ 11سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[2]– المادة "02" من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع نفسه.

[3]- المادة "03" من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المرجع نفسه.

- 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 فسخه.
- 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 بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها من قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك عن تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد، دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات التي تعتبر المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.[1]

ومن خلال تعرضنا لهذه الصور التي اعتبرها المشرع شروط تعسفية نلاحظ أنه أحاطه كذلك بحماية لمواجهة الشروط التعسفية، وهذا ما سنورده في (المبحث الثاني).

[1]- المادة "05" من المرسوم التنفيذي رقم 06-306، مرجع سابق.

المبحث الثاني: كيفية مواجهة الشروط التعسفية

إن تمادي الطرف القوي في استعماله للميزة المجحفة في وضع الشروط التعسفية ومدى استغلاله لحاجة وجهل الطرف الضعيف بهذه الشروط التي قد تضر به، فلقد دفع بالمشرع لوضع نصوص قانونية وأجهزة في إطار قوانين حماية المستهلك توفر الحماية له، ولذلك سنتطرق في هذا المبحث إلى الوقاية من الشروط التعسفية في (المطلب الأول)، أما في (المطلب الثاني) سوف ندرس الرقابة على هذه الشروط.

المطلب الأول: الوقاية من الشروط التعسفية

تتجسد الوقاية من خلال اعتماد المشرع لنظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية، وهذا ما سنعرضه في (الفرع الأول) اعتماد نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية.

الفرع الأول: اعتماد نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية

لقد وضع المشرع الجزائري نظام القائمة وذلك من أجل معادلة التوازن العقدي بين المتعاقدين مسايرا القانون الفرنسي لسنة 1978، المتعلق بحماية وإعلام المستهلك، وكذلك القانون الألماني في تشريعه الخاص بالشروط العامة للأعمال.[1]

مضمون نظام القائمة: لقد تعرض المشرع للممارسات التعاقدية التعسفية من خلال القانون رقم 02/04 وهذا في الفصل الخامس المتضمن المادتين "29" و"30" وكذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 306/06، بحيث نجد نص المادة "29"[2] والتي نصت على ثمانية شروط اعتبرها تعسفية، وهذه الشروط مذكورة على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وهي قائمة ملزمة منذ صدورها سواء للمحترفين أو غير المحترفين في علاقاتهم مع المستهلكين. كما هي أيضا ملزمة للقاضي بحيث ليس له أي سلطة تقديرية بشأن الطابع

[1]– علي بولحية بن بوخميس،القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، ب ط، دارالهدى، عين المليلة (الجزائر)، ص 50.

[2]– المادة "29" من القانون رقم 02/04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، ج.ر، عدد 41، الصادرة في 27 جوان 2004، المتعلق بالممارسات التجارية.

التعسفي، كذلك نجد المادة "05" من المرسوم التنفيذي 306/60 بحيث تضمنت 12 شرطا تعسفيا وهي شروط لها نفس قوة الشروط المنصوص عليها في المادة "29".

وعليه فإنه مقارنة لما ذهب إليه المشرع الألماني والمشرع الفرنسي فإننا نجد بأن المشرع الألماني قد اعتمد قائمتين للشروط التعسفية وهي:

- **قائمة سوداء:** حيث تضم " 20" شرطا تعسفيا نصت عليها المادة "11" من القانون الشروط العامة للأعمال الصادر في 09 ديسمبر 1976، وهي كذلك التي تم ذكرها في قانون رقم 2/04 وكذلك في المرسوم التنفيذي رقم 306/06.

- **قائمة رمادية:** والتي يمكن أن تكون تعسفية ولكن تستلزم تدخل القاضي لتقدير طابعها التعسفي وفق معايير نص عليه القانون، وقد عددتها المادة "10" من نفس القانون ولكن يتم النص عليها من قبل المشرع الجزائري.[1]

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فنجد أنه قد اعتمد على ثلاثة قوائم ويرجع هذا لتعدد مصادرها فهي عبارة عن مراسيم صادرة عن مجلس الدولة، وإما لائحة ملحقة بمدونة الاستهلاك وإما توصيات صادرة عن لجنة الشروط التعسفية.[2]

وما تجدر الإشارة إليه بان المشرع الجزائري وباعتماده القائمة الواردة في القانون رقم 04-02 والمرسوم التنفيذي رقم 06-306، فانه تضمن معظم الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها العقود المبرمة بين المستهلكين والمهنيين، بالإضافة إلى تمتعها بالقوة الإلزامية، وهذا سواء بالنسبة للأطراف أو القاضي.

وبعد أن رأينا نظام القائمة الذي اعتمده المشرع الجزائري، فإننا نطرح تساؤل إن كان المشرع قد اكتفى بهذه القائمة فقط لتوفير الحماية للمستهلك؟، ولكي نجيب على هذا التساؤل سوف نتطرق في (المطلب الثاني) إلى الرقابة على الشروط التعسفية.

---

[1]– محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، (دارسة مقارنة)، ط 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة(مصر)، ص 21.

[2] –Jean Calais- Auloy, Steinmetzfrank, Droit de la consommation,Paris, Edition, D'alloz, 4 ème, Edition, 1996, P 168.

المطلب الثاني: الرقابة على الشروط التعسفية

لقد حرص المشرع على حماية المستهلك من الشروط التعسفية ولهذا خول لهيئات مختلفة ممارسة الرقابة على هذه الشروط إذا ما تضمنها عقد الإذعان، وهذا ما سنراه فيما يأتي، حيث سوف ندرس في (الفرع الأول) الرقابة الإدارية، والرقابة القضائية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الرقابة الإدارية على الشروط التعسفية

إن المشرع الجزائري قد مكن بعض المراكز بصلاحيات ووسائل لتدعيم حماية المستهلك، لذلك سنتعرض (أولا) للمجلس الوطني لحماية المستهلكين و(ثانيا) لجنة البنود التعسفية، و(ثالثا) لجمعيات حماية المستهلكين.

أولا: المجلس الوطني لحماية المستهلكين: يعتبر هذا المجلس أحد الأجهزة المركزية المنوطة لها تدعيم حماية المستهلك حيث نصت المادة "24" من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، على إنشائه ، بحيث أنه يبدي رأيه بمختلف المسائل المتعلقة بنوعية المنتوجات والخدمات المقدمة للمستهلك ونوعيته وما مدى مطابقة المنتوجات للرغبات المشروعة للمستهلك.[1]

نلاحظ أن للمجلس إبداء اقتراحات من شأنها استبعاد ومحاربة الشروط التعسفية ولكن في مقابل ذلك يبقى رأيه مجرد رأي استشاري خاليا من أي إلزام.

ثانيا: لجنة البنود التعسفية: تتجسد هذه الرقابة الإدارية في إنشاء لجنة البنود التعسفية وهذا وفقا لنص المادة "06" من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 والتي تنص على أنه: << تنشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية>>، وهي عبارة عن تنظيم قانوني أوجده

[1]– المادة "24" من القانون رقم09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج.ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

المشرع الفرنسي يدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضة للاعتداء من جانب المهنين والذين يرتبطون معهم بعقود استهلاك يغلب عليها طابع الإذعان.[1]

وبالنسبة للمشرع الجزائري من البداية اعترف لهذه اللجنة بمهمة البحث في الطابع التعسفي للشروط المدرجة في العقود ما بين المهنين والمستهلكين، وقد نصت المادة "08" من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 على أن لجنة البنود التعسفية تتشكل من 07 أعضاء من فئات معينة. وكذلك نصت المادتين "07" و"12" على الصلاحيات التي قد تقوم بها ومنها أنها تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين وكذلك مباشرة كل عمل يدخل في مجال اختصاصها ونبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والمؤسسات المعنية.[2] ومنه نلاحظ أن لجنة البنود التعسفية تقوم بالأساس بالبحث والتحري عما إذا كانت نماذج العقود التي يعرضها المهنيون على المستهلكين، وكذا العقود التي تم إبرامها تتضمن شروطا ذات طابع تعسفي أو لا.

ثالثا: جمعيات حماية المستهلكين: لقد جاء في قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في مادته "21" تعريف لها وهي جمعية منشأة طبقا للقانون، يهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله، وكذلك يمكن أن يعترف لهذه الجمعيات بالمنفعة العمومية.[3] فنلاحظ من خلال هذه المادة أن الجمعية عبارة عن اللسان الناطق عن كل المستهلكين وأنها تتمتع بصلاحيات بشأنها توعي وتوجهه المستهلك وكذلك تقوم بتمثيله في رفع الدعاوى عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، حيث أن هذه الجمعيات يمكن أن تتأسس كطرف مدني وهذا طبقا لنص المادتين "22" و "23" من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش .

[1]– حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ب ط، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، ص 135.

[2]– المواد: "06، 07، 08، 12" من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، المؤرخ في 10سبتمبر 2006، ج.ر، عدد، 56، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[3]– المواد: "21، 22، 23" من القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، ج.ر، عدد 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ونلاحظ أن الرقابة الإدارية وإن كانت تتمتع بصلاحية إيقاف مثل هذه الممارسات فإنها لا تتمتع بسلطة توقيع الجزاء المادي، لذلك أعطى المشرع لسلطة القضائية الحق في توقيع هذا الجزاء، لذلك سنرى الرقابة القضائية في (الفرع الثاني).

الفرع الثاني: الرقابة القضائية

كما رأينا في الفصل الأول أن نص المادتين "110" و"112" من ق.م.ج كلاهما تجيز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية أو أن يعفي الطرف المذعن منها وبهذا نفهم أن المشرع الجزائري أعطى السلطة التقديرية للقاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها إذا كانت تعتبر تعسفا في حق المستهلك وبما أننا تطرقنا لهذا العنصر في الفصل الأول فإننا سوف نذهب مباشرة إلى التحدث عن الجزاء العقابي.

لقد تناول المشرع الجزاء العقابي المقرر ضد الشروط التعسفية المدرجة في عقد من العقود الواقعة ضمن نطاق تطبيق القانون [1]، وهذا ضمن نص المادة "38" من القانون رقم 02/04 السابق الذكر.

تقدير العقوبة: لقد نص المشرع على عقوبة أصلية كجزاء يقع على العون الاقتصادي في حال إدراجه لشروط تعسفية في العقود المبرمة،[2] فنجد الغرامة كعقوبة أصلية طبقا لنص المادة "38" المذكورة أعلاه والتي نصت على ما يلي: << تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد: "26" و"27" و"28" و"29" من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار(000, 50 دج) إلى خمسة ملايين (5,000 ,000)>>.

الغرامة كعقوبة أصلية طبقا لنص المادة "38": تنص المادة "38" من القانون رقم 02/04 على أنه: << تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة

[1]– راضية العيطاوي، مرجع سابق، ص 167.
[2]– حمد الله محمد حمد الله، مرجعسابق، ص 140.

لأحكام المواد 26 و 27 و28 و29 من هذا القانون. ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.00 دج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)>>.

ووفقا لهذا النص فقد اكتفى المشرع بالغرامة كجزاء وحيد على مخالفة أحكام " الفصل الرابع" المتعلق بالممارسات التجارية غير النزيهة. و"الفصل الخامس" المتعلق بالممارسات التعاقدية التعسفية، إلى جانب مخالفة أحكام "الفصل الأول" المتعلق بالإعلام بالأسعار، والتعريفات وشروط البيع من "الباب الثاني" المتعلق بشفافية الممارسات التجارية.

إذ تنص المادة " 31" من القانون رقم 02/04 على أنه:

<< يعتبر عدم الإعلام بالأسعار والتعريفات، مخالفة لأحكام المواد 4 و6 و7 من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف دينار (5.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج) >>.

وتنص المادة " 32" على أنه:<< يعتبر عدم الإعلام بشروط البيع، مخالفة لأحكام المادتين 8 و9 من هذا القانون، ويعاقب عليه بغرامة من عشرة ألاف دينار (10.000 دج) إلى مائة ألف دينار (100.000 دج) >>.

وإن اكتفى المشرع بالغرامة، إلا أنه جعل حدها الأقصى- والمقدر بخمسة ملايين دينار (5.000.000 دج)-الأكبر بالنظر إلى الغرامة المسلطة على مخالفة بقية الممارسات، وهذا إذا ما استثنينا الغرامة المنصوص عليها ضمن المادة "37" من القانون رقم 02/04 والمتعلقة بالممارسات التجارية التدليسية، أي وصل مبلغ الغرامة في حدها الأقصى إلى عشرة ملايين دينار جزائري (10.000.000 دج).[1]

العقوبات الاستثنائية: نص المشرع على العقوبات الاستثنائية في نص المادة "47" من القانون رقم 06/10 المؤرخ في 15 أوت 2010 متمم للقانون رقم 02/04/، وهي كالتالي:

[1]– المواد: "31"، "32"، "37"، من القانون رقم 04-02، مرجع سابق.

-غلق المحل التجاري: تعتبر هذه العقوبة استثنائية لأن المشرع لم يقررها إلا إذا تعلق الأمر بحالة العود عكس الغرامة التي تعتبر أصلية لأنها تقرر في جميع الأحوال.

حيث نصت الفقرة الأولى من المادة "47": << يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة "46" أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفة لأحكام هذا القانون>>.

وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة : << يعتبر في حالة عود في مفهوم هذا القانون كل عون اقتصادي يقوم بمخالفة أخرى رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة>>.

-المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري: نجد نص الفقرة الثالثة من المادة "47":

<< تضاعف عقوبة في حالة العود ويمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة أو شطب سجله التجاري>>.

وطبقا للمادة القاضي لم يحدد فترة المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري. وبالتالي تبقى السلطة التقديرية للقاضي في ذلك وهذا حسب الظروف المحيطة بكل قضية ودرجة خطأ العون الاقتصادي.

-عقوبة الحبس: حسب الفقرة الرابعة من نفس المادة[1]: << فضلا عن ذلك يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة أشهر إلى سنة واحدة>>.

وهذه العقوبة مرتبطة كذلك بحالات العود كما هو منصوص في الفقرة الثانية من المادة "47" بالإضافة إلى أن تقديرها متروك لسلطة القاضي التقديرية.

ونجد بالإضافة إلى هذه العقوبات، عقوبة التشهير بالعون الاقتصادي بما ارتكبه من مخالفات وهذا طبقا لما جاء النص عليه في المادة "48": << يمكن الوالي المختص إقليميا، وكذا القاضي أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا، نشر قراراتها

[1] – المادة "47" المعدلة من القانون 04-02، المعدل والمتم بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر، عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددانها>>.[1]

معاينة المخالفات: وفقا لنص المادة "49" التي تنص على أنه: << في إطار تطبيق هذا القانون يؤهل للقيام بالتحقيقات ومعاينة المخالفات أحكامه الموظفون الآتي ذكرهم:

-ضباط وأعوان الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية.

-المستخدمون المنتمون إلى الأسلاك الخاصة بالمراقبة، التابعون للإدارة المكلفة بالتجارة.

-الأعوان المعنيون التابعون لمصالح الإدارة الجنائية.

-أعوان الإدارة المكلفة بالتجارة، المرتبون في الصنف 14 على الأقل المعينون لهذا الغرض.>>.بالإضافة إلى هذا النص نجد نص المادة "17"[2] من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 ينص على أنه: << يتمن المراقبة والمعاينة وكذا العقوبات المترتبة على مخالفات أحكام المادة "05" من هذا المرسوم طبقا لأحكام القانون رقم 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه.>>.

ولهؤلاء الموظفين كذلك جملة من الصلاحيات محددة طبقا لنص المواد: "50، 51، 52" من القانون رقم 02/04 ونذكر منها: -طبقا للفقرة الأولى من المادة "50"[3]: مهمة القيام بفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية، وكذا أية وسيلة مغناطسية أو معلوماتية، دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني.

-نص المادة "51" نذكر: مهمة إمكانية حجز البضائع.

-الفقرة الأولى من المادة "52": حرية الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب والملحقات وأماكن الشحن أو التخزين وإلى أي مكان باستثناء المحلات السكنية التي يتم دخولها طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

[1]- المادة "48" المعدلة من القانون 04-02، المعدل والمتم بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج.ر، عدد 46، الصادرة بتاريخ 18 أوت 2010، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[2]- المادة "17" من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، مرجع سابق.

[3]– المادة "50" من القانون 04-02، مرجع سابق.

-الفقرة الثانية من المادة "52": فتح أي طرد أو متاع بحضور المرسل إليه أو الناقل متى مارسوا مهامهم خلال نقل البضائع.[1]

الأحكام الخاصة بالتصالح حول العقوبة: طبقا لنص المادة "55" من القانون رقم 02/04 فإنه:<< تطبيقا لأحكام هذا القانون، تثبت المخالفات للقواعد المنصوص عليها هذا القانون بمحاضر تبلغ إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة الذي يرسلها إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا مع مراعاة الأحكام الواردة في المادة "60" من هذا القانون>>.

وقد تضمنت المادة "60" أحوالا بالتصالح مع العون الاقتصادي تتعطل معه الدعوى العمومية، وهذا ما سنحاول دراسته كالتالي:

أحوال التصالح مع العون الاقتصادي: أشارت المادة "60" إلى ثلاث حالات تختلف باختلاف قيمة الغرامة، وفقا لذلك اختلفت آثار كل حالة، فأجاز المشرع المصالحة في الحالتين الأولى والثانية، ومنع مثل هذا الإجراء في الحالة الثالثة، ونذكر الحالتين كالتالي:

-إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن مليون (1.000.000 دج): نصت المادة "60" على ما يلي: << تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية، غير أنه يمكن المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين بمصالحة إذا كانت المخالفة المعاينة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون (1.000.000 دج) استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين>>.[2]

-إذا كانت قيمة الغرامة تساوي أو تقل عن ثلاثة ملايين (3.000.000 دج): تنص الفقرة الثالثة من المادة "60" على أنه: << وفي حالة ما إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار (1.000.000 دج)، وتقل عن ثلاثة ملايين دينار(3.000.000 دج)، يمكن الوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة

[1]- المادة "52" من القانون 04-02، مرجع سابق.
[2]– المواد: "55" ، "60" من القانون 04-02، مرجع نفسه.

استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة>>.

الأحوال المستثناة من إجراء المصالحة: وهذه الأحوال تتمثل في حالتين وهما:

-إذا كانت قيمة الغرامة تفوق ثلاثة ملايين (3.000.000 دج): تنص الفقرة الرابعة من المادة "60" من القانون رقم 02/04 على ما يلي: << عندما تكون المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج) فإن المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية>>.[1]

-إذا تعلق الأمر بحالة العود: تنص المادة "62" من القانون رقم 02/04 على أنه: << في حالة العود حسب مفهوم المادة "47" الفقرة الثانية من هذا القانون، لا يستفيد مرتكب المخالفة من المصالحة ويرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية>>.[2]

آثار المصالحة: تنص الفقرة الخامسة من المادة "61" على: << تنهي المصالحة المتابعات القضائية>>. وبهذا قضى المشرع صراحة بأن جميع المتابعات القضائية تنتهي متى تم الاتفاق على المصالحة بين العون الاقتصادي والوزير المكلف بالتجارة أو المدير الولائي المكلف بالنجارة حسب الحالة، على أن إعمال هذا الأثر يستلزم التطرق إلى النقاط التالية:

- أن وقف المتابعات القضائية قاصر على الحالتين المنصوص عليهما في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة "60" والمتعلقتين بالتصالح مع مدير التجارة الولائي أو مع وزير التجارة بحسب الحالة.
- أن وقف المتابعات القضائية مرهون بدفع غرامة المصالحة من خلال أجل قدره خمسة وأربعون يوما (45) من تاريخ الموافقة على المصالحة وهذا طبقا للفقرة

[1]- المادة "60" من القانون 04-02، مرجع سابق.
[2]- المادة "62" من القانون 04-02، مرجع نفسه.

السادسة من المادة "61" التي تنص على:<< وفي حالة عدم دفع الغرامة في أجل خمسة وأربعين يوما ابتداءا من تاريخ الموافقة على المصالحة، يحال الملف على وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية>>.

وبمفهوم المخالفة لنص المادة "61" فإن المتابعات القضائية تستمر في الأحوال التي لا يمكن أن تقع فيها المصالحة والمتعلقة أساسا بحالة العود، أو إذا كانت الغرامة المحكوم بها تفوق مبلغ ثلاثة ملايين دينار (3.000.000 دج)، وهما الحالتان اللتان يمكن فيها للمستهلك التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض، وكذا بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك، لكن ما كطرف مدني للمطالبة بالتعويض، وكذا بالنسبة لجمعيات حماية المستهلك، لكن ما مصير حقوق هذا الأخير في الأحوال التي تنتهي فيها المتابعات القضائية بالمصالحة؟متى وقعت المصالحة أنتجت كل آثارها ومن ضمنها وقف المتابعات القضائية، وبالتالي عدم قدرة الأشخاص المبينين في المادة "65" ممارسة حق المطالبة القضائية بطريق تبعي خصوصا وأن النص يتحدث عن الدعوى المدنية بالتبعية للدعوى العمومية وما دامت الأولى تابعة للثانية فإنها تنقضي بانقضاء هذه الأخيرة، ولا يقلل من حجم هذا الخطر إلا قلة الحالات التي يمكن أن تقع فيها المصالحة.[1]

[1]– المواد: "61"، "65"، من القانون 04-02، مرجع سابق.

من خلال هذا الفصل نخلص أن الشرط أو البند الوارد في عقد الإذعان بطبعه يؤدي حتما إلى الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد، وأكيد أن المتضرر من هذه العلاقة هو المستهلك الذي قد تؤثر عليه الشروط المجحفة في حقه.

إذ أن القوانين العامة لم تستطيع بدرجة الأولى على معالجة هذه الظاهرة، لذلك هرع المشرع الجزائري إلى معالجتها عن طريق القوانين الخاصة التي بدورها أوجدت بعض الحلول والوسائل لكبح العون الاقتصادي أو المحترف أو المتدخل في احتكاره للمستهلك واستغلاله بطريقة مفرطة عن طريق الهيئات التي هي في خدمة حماية المستهلك

خاتمة

خاتمـة

من خلال ما درسنا سابقا في هذا الموضوع فإنه توضح لنا بأنه غالبا ما يحاول الطرف القوي استغلال الطرف الضعيف وهذا راجع لجهله ونقص خبرته ليفرض عليه شروطا ظالمة مجحفة لا تخدم مصلحته.

وما لاحظناه أن عقد الإذعان هو وليد انتفاء المناقشة، إذ يحدد مستوى العقد مسبقا من طرف المهني أو العون الاقتصادي أو المحترف أو المتدخل ولا يكون على المستهلك سوى إعطاء موافقة إجمالية لمضمون العقد دون أن يكون له إمكانية التفاوض بشأن شروط العقد، ومن هنا يكون العقد غالبا غير متوازن لمصلحة المهني على حساب المستهلك.

وعليه فإننا استخلصنا بعض النتائج من هذه الدراسة وهي:

- أن عقد الإذعان قد أخذ مكانة مبدأ سلطان الإرادة وكان دافعا في اضمحلاله، أي أنه في الأصل أن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود، وتضمينها ما شاؤوا من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو شريعة المتعاقدين، ولكن وبظهور عقد الإذعان فان مبدأ سلطان الإرادة ليس له مكان في هذا العقد.
- أن إرادة المذعن إرادة ضعيفة من حيث ممارسة الحرية، وبالتالي لا يعد هذا الإكراه الاقتصادي عيب من العيوب التي تشوب الحرية في التعاقد.
- أن عقد الإذعان يكرس فكرة عدم التوازن العقدي، حيث نصطدم في هذه العقود بفكرة استغلال طرف متعاقد على الطر ف الآخر الضعيف اقتصاديا، ومن أجل ذلك تم فرض حماية أصلح للمذعن سواء عن طريق منح للقضاء سلطة واسعة للتدخل في هذا النوع من العقود، أو عن طريق تجسيد الحماية التشريعية أي بإدراج القوانين أو التشريعات الخاصة لحماية المذعن وتنظيم العلاقات التي يختل فيها التوازن بين الإرادتين.

ونظرا لما يقوم به عقد الإذعان من تأثير على الطرف الضعيف تقييد حريته التعاقدية، فلقد اقترحنا بعض الاقتراحات اهمها:

- عدم تقرير عقوبة وعدم التجريم، وهذا لضرورة تعزيز المنافسة والقضاء على الاحتكار الاقتصادي.
- ضرورة توعية المستهلك حتى يتمكن من أداء وظيفته بشكل طبيعي، وذلك بإيجاد آليات واقعية لنشر ثقافة استهلاكية عامة تمس جميع شرائح المجتمع.
- كما على الهيئات الإدارية السعي لتوفير الحماية باعتباره تملك جميع الأدوات القانونية والعقابية والوقائية لمنع الأخطار عن المستهلكين، والعمل على تطوير المنظومة القانونية لسد العجز الخاص بتأطير حماية المستهلك.

ومنه حسب ما رأيناه من خلال دراسة موضوعنا عقد الإذعان فيبدو لنا إن كان في طبيعته يحتوي على شروطا تعسفية، إلا انه لا نستطيع أن نجزم أن كافة عقود الإذعان هي عقود تعسفية تلحق الضرر بالأفراد، في حين أنه يمكن أن تتضمن بعض العقود الأخرى شروطا تعسفية، أو بعبارة أخرى لا يجب أن نخطأ الفهم ونحتكر مفهوم الشرط التعسفي على عقد الإذعان فقط.

أسأل الله أن يوفقنا لما فيه خير.

المراجع

المراجــع

أولا/ المؤلفات باللغة العربية

1-الكتب:

أ- الكتب العامة:

1- محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، الجزء 1، ط2، منشورات الجامعة المفتوحة، ليبيا، 1993.

2- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام في ق.م.ج، المصادر الإدارية، العقد والإرادة المنفردة، الكتاب1، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2009.

3- محفوظ بن حامد لشعب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، ب ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

4- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، 1984.

5- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، د.س.ن.

6- عبد المنعم فرج الصده، العقد في قوانين البلاد العربية، بدون ط، دار النهضة للطباعة، بيروت، 1974.

7- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 1، المجلد1، ب ط، منشورات الحلبي، بيروت لبنان، 1998.

8- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام في ق.م.ج)، ط 3، د.م.ج، الجزائر، 1998.

9- علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، بدون طبعة، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

10- توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)،دراسة مقارنة بين القوانين العربية، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت(لبنان)، 2002.

ب-الكتب المتخصصة:

1- أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، ب ط، دار النهضة العربية، القاهرة (مصر)، 1994.

2- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد (دراسة مقارنة)، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية (مصر)، د.س.ن.

3- حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، ب ط، دار الفكر العربي، القاهرة (مصر)، 1997.

4- محمد بودالي:

- مكافحة الشروط التعسفية في العقود، (دارسة مقارنة)، ط 1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة(مصر)، 2007.
- الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

5- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2002.

6- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، ب ط، دار الهدى، عين مليلة (الجزائر)، 2000.

2- الرسائل الجامعية والمذكرات:

- **رسائل ماجستير:**

1-سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2011/2010.

2-راضية العيطاوي، معالجة الشروط التعسفية في إطار القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، الجزائر، 2011/2010.

4- النصوص القانونية:

أ – القوانين:

1- الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، ج.ر، العدد، 31، الصادرة بتاريخ 13 مايو 2007.

2- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 يونيو 2004،المتعلق بالممارسات التجارية،ج.ر، عدد،41، الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004.

3- القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، عدد، 15، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009.

ب – المراسيم:

1- المرسوم التنفيذي رقم 306/06، المؤرخ في 10سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج.ر، عدد، 56، الصادرة بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

ثانيا/المؤلفات باللغة الأجنبية

A/- Ouvrages spéciaux et thèses:

1- Georges Berlioz, Le contrats d’adhésion, Thèse librairie générale, de droit de jurisprudence, Paris, 1975, P 10.

2- Jean Calais-Auloy, Steinmetzfrank, Droit de la consommation, Edition, D’alloz, 4 ème édition, Paris, 1996, P 168.

B/- Les articles:

C/- Les règlement:

-La loi 78/23 du 10 Janvier 1978, sur la protection et l'information des consommateurs et de produits et de services

الفهرس

الفهـرس

مقدمة.....01

الفصل الأول: مفهوم عقد الإذعان في إطار قوانين حماية المستهلك......06

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة وعدم التوازن العقدي.....07

المطلب الأول: مبدأ سلطان الإرادة.....07

المطلب الثاني:ظهور عقد الإذعان.....09

الفرع الأول: نشأة عقد الإذعان.....09

الفرع الثاني: تعريف عقد الإذعان.....10

المطلب الثالث: أركان عقد الإذعان وطبيعته القانونية.....15

الفرع الأول: أركان عقد الإذعان.....15

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان.....18

المبحث الثاني: سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.....25

المطلب الأول: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.....25

الفرع الأول: شروط تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية.....25

الفرع الثاني: كيفية تدخل القاضي في تعديل الشروط التعسفية.....27

المطلب الثاني: سلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية.....27

المطلب الثالث: سلطة القاضي في تفسير عقد الإذعان.....29

الفصل الثاني: أحكام عقد الإذعان في إطار قوانين حماية المستهلك.....34

المبحث الأول: حضر التعامل بالشروط التعسفية مع المستهلك.....35

المطلب الأول: مفهوم الشرط التعسفي.....35

الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي.....35

الفرع الثاني: معيار التعسف ومجال تطبيقه.....36

المطلب الثاني: صور للممارسات التعسفية.....37

المبحث الثاني: كيفية مواجهة الشروط التعسفية.....41

المطلب الأول: الوقاية من الشروط التعسفية.....41

الفرع الأول: اعتماد نظام القائمة للحماية من الشروط التعسفية.....41

المطلب الثاني: الرقابة على الشروط التعسفية.....43

الفرع الأول: الرقابة الإدارية.....43

الفرع الثاني: الرقابة القضائية.....44

خاتمة.....54

المراجع.....57

الفهرس.....62

الملخص:
يعتبر عقد الإذعان، العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، وتكون هذه الشروط تعسفية بالنسبة للمستهلك مجحفة في حقه، ويتمثل الشرط التعسفي في أنه كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد، أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق ووجبات أطراف العقد، ولهذا تم إنشاء هيئات تمارس الرقابة والجزاء على من يتمادى في وضع هذه البنود أو الشروط في عقد الإذعان.
الكلمات الدالة:
عقد الإذعان، أطراف العقد، البند أو الشرط التعسفي، المناقشة، الاحتكار، المستهلك، الرقابة.
Résumé:
Le contrat d'adhéssion est un contrat par lequel, l'une des parties approuve certaines conditions non négociables instaurées par l'autre partie concernant des produits ou des commodités soumis au monopole légal ou réel, sachant que de telles conditions peuvent être abusives par rapport aux droits du consommateur à travers toute condition ou clause, portant seule ou en commun avec d'autre clauses, un manquement apparent à l'équilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat. Par conséquent, des organismes de contrôle et de sanction ont été crées pour réprimer toute partie qui exagère dans l'instauration de telles clauses ou conditions dans le contrat d'adhéssion.
Mots clés:
contrat d'adhéssion, parties au contrat, clause ou condition abusive, négociation, monopole, consommateur, contrôle.
Abstract:
Adhession contract is an agreement, by which, one of the parties approves, some non negotiable terms and conditions that are imposed by the other party regarding certain products or commodities submitted to legal or real monopoly, knowing that such terms and condition or clause is bearing, by itself or in common with other clauses; an apparent breach of equilibrium between the agreement parties rights and obligations. Consequently, sanction and control organisms are created to repress any party which is imposing such terms and conditions in the adhession contract.
Key words:
Adhession contract, parties to the contract, abusive clause or condition, negotiation, monoploy, consumer, control.