



جامعة وهران 2

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة

للحصول على شهادة الدكتوراه في علوم القانون
تخصص: القانون المقارن للعقود وقانون الإستهلاك

خصوصية عقد الإستهلاك

من إعداد الطالبة : شيخي زينب

تحت إشراف الأستاذة: برحو وسيلة

رئيسا	أستاذ	يقاش فراس
مشرفا ومقرا	أستاذة محاضرة -أ-	برحو وسيلة
مناقشا	أستاذة محاضرة -أ-	درار نسيمة
مناقشا	أستاذة محاضرة -أ-	لاكلي نادية
مناقشا	أستاذة محاضرة -أ-	نطروش نادية
مناقشا	أستاذة محاضرة -أ-	مفلاح عبد الكريم

السنة الجامعية: 2023-2024

شكر وعرّفان

نحمد الله تعالى ونشكره ونستعين به في كل

شيء

أتقدم بشكري لأستاذتي التي أشرفت على إعداد مذكرتي
هذه الأستاذة الدكتورة: بـرحو وسيلة لما لقيته منه من عون
وتوجيه وتفهم، كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر لكل من
ساعدني على إخراج هذا العمل المتواضع.

شكرا أستاذتي الفاضلة

إهداء

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك.....ولا يطيب النهار إلا بطاعتك
ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك.....ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك....ولا تطيب الجنة إلا برويتك.

"الله جل جلاله"

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة ونصح الأمة إلى نبي الرحمة ونور العالمين.....حيب الله

"سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم"

إلى من حملت إسمها إصرارها عزيمتها وحكمتها.....إلى روحي جدتي الطاهرة في عليين

إلى من غادرتني دون سابق إنذار.....إن البعد عنك نثر الفراغ داخلي.....وخيالكم لم يغيب يوما عن خاطري..

"السيدة يسعد زينب"

إلى من كلفه الله بالوقار....إلى من علمني العطاء بدون إنتظار...إلى من أحمل إسمه بكل أفتخار.....أطال الله في عمره

"والذي الكريم"

إلى ملاكي في الحياة...إلى معنى الحب والحنان والتفاني...إلى بسمه الحياة وسر الوجود.....أطال الله في عمرها

"والدتي الحبيبة"

إلى من حملت معهم حقائب المدرسة وسرت معهم شوك الدروب وقاسمت معهم الحياة حلوها ومرها.....إلى إخوتي
مخطارية محمد يوسف فاطمة إكرام وآخر العنقود فايز باركهم الله وحفظهم ورعاهم وسدد خطاهم نحو الصراط المستقيم.

"إلى اخوتي"

إلى رفيقة الدرب....إلى ينايع الصدق الوافي.....أعز أخت وصديقة واحلى رفيقة.....إلى السيدة فرندي نوال

"صديقتي العزيزة"

إلى الذين سرتني الحياة بلقائهم ومعرفتهم.....في دروب الحياة حلوها ومرها...إلى من كانوا معي في طريق الخير
والنجاح.....إلى من عرفت كيف أجدهم وعلومني أن لا أضيعهم.....إلى السيد خالد ضو، والسيد جيلالي كرايس.

"إلى زملائي"

شيخي زينب

قائمة أهم المختصرات

ABREVIATIONS ET MODE DE CITATION

أولاً: باللغة العربية

ص. = صفحة

ق.م.ج = القانون المدني الجزائري

ق.م.ف = القانون المدني الفرنسي

ق.ح.م = قانون حماية المستهلك وقمع الغش

ط. = طبعة

م. = مادة

ج. = جزء

Art.=Article.

BGB.=Le Code de Base de Droit Civil Allemand.

Bull.Civ.=Bulltin civil.

Cass.Civ.=Cassation Civil.

Cass.Com.=Cassation Commerciale.

Ch.=Chambre.

Chr.=Chronique.

Civ.=Civil.

Com.=Commerciale.

Defrénois.=Répertoire Du Notariat Defrénois.

D.=Dalloz.

Doc.=Doctrine.

Ed.=Edition.

J.C.P.=Juris classeur Périodique.

J.O. =Journal Officiel.

JP.=jurisprudence.

LGDJ.=Librairie Générale De Droit Et De Jurisprudence.

OP.cit. =Opinion Cite.

P.=Page.

P.U.A.M.=Presses Universitaires D'AIX-Marseille.

R.T.D.c=Revue Trimestrielle De Droit Civil.

مقدمة:

لقد احتلت حماية المستهلك اهتماما كبيرا عند غالبية القوانين الحديثة، بل أصبحت إضافة إلى هذه القيمة التشريعية الوطنية قيمة دولية، وذلك من خلال ما كرسته الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 39-248 الصادر في 09 أفريل 1985 بنصها على الحقوق التي يتمتع بها الإنسان بصفة عامة، والتي اعتبرت بمثابة مبادئ توجيهية ينبغي على مجموع الدول تبنيها في إطار سياستها التشريعية الخاصة بحماية المستهلك¹.

بل إن حماية المستهلك أصبحت تأتي في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة بمختلف أجهزتها ومؤسساتها، ولعل السبب الرئيسي لذلك هو التطور الهائل الذي حققه الإنتاج الصناعي وتطور أساليب توزيع المنتجات بصورة لم يسبق لها مثيل أدى إلى زيادة مخاطر الاستهلاك، ومن جهة أخرى ترتب على هذا التطور فصل عملية الإنتاج عن عملية التوزيع مما نتج عنه تكفل الشركات الكبرى، واهتمامها بهذه العملية فتوفرت لها الوسائل والأساليب الدعائية المتطورة لإقناع المستهلك بأهمية السلعة، وجدواها، مما يجعل المستهلك مغيبا عن الحقيقة راکضا وراء إقتنائها²، فما كان يعتبر من الكماليات أصبح اليوم يعرف إقبال من المستهلكين، بل صار من الضروريات التي ليس لأحد الاستغناء عنها.

أمام هذا الوضع الرهيب تزايدت المطالب نحو ضرورة حماية المستهلك، ولعل السبب الأمثل لذلك سن نصوص قانونية وتنظيمية تراعي تحقيق التوازن بين مصالح الأعوان الاقتصاديين وحقوق المستهلك. ولم تكن الجزائر بمنأى عن هذه التطورات نظرا للتغيرات السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي شهدتها وخاصة مع أواخر الثمانينات وبداية التسعينات من القرن الماضي، وما صاحبه من تطبيق لبرامج الإصلاح الاقتصادي بتحرير التجارة الخارجية، وإقرار مبدأ المنافسة الحرة وتشجيع الاستثمار الأجنبي والوطني³، ذلك أن هذه الإصلاحات الاقتصادية أدت إلى بروز ظاهرة هامة في السوق الجزائرية، تمثلت في كثرة وتنوع المنتجات الموجهة إلى الاستهلاك سواء المحلية أو المستوردة⁴.

على ضوء التطورات السريعة والمتزايدة للسوق الجزائرية، أصبح البحث عن وسائل كفيلة لحماية المستهلك أمر واقع لا مفر منه، خاصة بعد قصور القواعد العامة الواردة في النصوص القانونية الراهنة،

¹-محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن،-دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي-دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2006، ص.09.

²-G.Caset D.Ferrier, Traité de droit de la consommation, PUF, 1986, p.02.

³- M.Menouer, Droit de la concurrence, Berti edition, Algerie, 2013, p.35.

⁴-علم الهدى حماد، المستهلك حمايته في الدول المتقدمة وغير المتقدمة، مجلة العربي، جامعة، العدد 1974، 183، ص.26.

وتعتبر أول مبادرة للمشرع الجزائري في مجال الاستهلاك بموجب القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، والذي يعد الركيزة الأساسية واللبنة الأولى في إقرار صرح هذه الحماية، وصدر بعده العديد من المراسيم التنفيذية التي وضحت وكملت قواعده، إلا أنه نتيجة التوجه الاقتصادي الحالي في الجزائر، والذي رافق انسحاب الدولة من الحقل الاقتصادي، وتشجيع القطاع الخاص أدى بفئة من الأعوان الاقتصادية وسعيا للربح إلى إغراق السوق بالسلع المغشوشة وغير المطابقة للمواصفات المحددة قانونا، وهذا ما دفع بالمشرع إلى إعادة النظر في هذا القانون، وإلغائه كليا بالقانون رقم 09-03 المؤرخ في 02 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

والذي تم تدعيمه مؤخرا بالعديد من المراسيم التنظيمية لتفعيله على أرض الواقع من بينها المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 06 ماي 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 12-214 المؤرخ في 15 ماي 2012 الذي يحدد شروط وكيفيات استعمال الإضافات الغذائية في المواد الغذائية الموجهة للاستهلاك البشري...إلخ، وغيرها من المراسيم بالإضافة إلى القرارات المختلفة في عدة مجالات.

إن منظومة الاستهلاك بهذا الطرح وفي مجملها تتكامل وتتضافر جهودها من أجل تحقيق غاية أساسية وهي حماية العلاقات الناشئة في إطارها ألا وهىالعلاقات الاستهلاكية، والتي يعبر عنها غالبا بعقود الاستهلاك، ويعتبر العقد أهم تصرف قانوني يحظى باهتمام الباحثين في مجال الدراسات القانونية نظرا لتمتعه بعدة امتيازات تؤثر بشكل واضح على التنمية الاقتصادية، وأيضاً على الظروف الإجتماعية. وبما أن الاستهلاك يرتبط بالحياة اليومية الخاصة بكل فرد، فلقد جرت العادة في الدراسات القانونية على أن يتم تحديد طبيعة الفعل أو التصرف الذي بموجبه يقوم الفرد بإشباع حاجياته الخاصة، سواء تعلق الأمر بسلعة أو خدمة معينة لوضع الشكل الحقيقي للعلاقة التي تلزم الأفراد بضرورة احترام القواعد والضوابط التي تفرضها القاعدة القانونية¹.

وفي هذا السياق، يرى أحد الباحثون بأن فعل الاستهلاك الذي هو تعبير عن إرادة هو في حقيقة عقد في إطار القانون الخاص، ذلك أن الثابت قانونا إن التعبير عن الإرادة لا يكون إلا بعقد، وبهذا الشكل تفسر ظاهرة الاستهلاك بأنها فعل إرادي يصدر عن المرء لإشباع حاجياته الخاصة، وهذا الفعل لا يمكن ترجمته ماديا إلا في شكل عقد.

ومن هذا المنطلق يحتل عقد الاستهلاك مكانة كبيرة داخل المنظومة القانونية وهو الأمر الذي تعكسه النصوص القانونية المقارنة، إلا أنها لم تعرف هذا العقد حيث حاولت العديد من التشريعات إعطاء تعريف

¹ -Céline Castets-Renard,La Proposition De Directive aux Droits des consommateurs et la construction D'un Droit Européen des contrats,Recueil Dalloz, vol 2, 2009, p.1161.

جامعا له، ومن المحاولات التي تجسدت في هذا المجال قانون بيع البضائع النرويجي الذي عرّف عقد البيع الاستهلاكي بأنه: "البيع الذي يرد على الشيء حسب الغرض يكون المحدد له، ولاسيما الإستعمال الشخصي للمشتري أو لمنزله أو لعائلته".

أما في الدول الإنجلو-سكسونية فإن مشروع القانون المدني لمقاطعة الكيبك الكندية يعرف عقد البيع الاستهلاك في المادة 1384 التي تنص على ما يلي: "عقد الاستهلاك هو العقد الذي يحدد نطاق تطبيقه بواسطة القوانين المتعلقة بحماية المستهلك، والذي بمقتضاه يعرف أحد الطرفين شخصا طبيعيا يشتري أو يكتري أو يقترض أو أنه يقوم بكل فعل يدفعه إلى إشباع حاجاته الذاتية، أو المنزلية سلعا أو خدمات، من الطرف الآخر الذي يروج هذه السلع أو الخدمات، في إطار مقابلة يستغلها"¹.

ولم تتضمن تشريعات حماية المستهلك فيفرنسا تعريفا صريحا لعقد الاستهلاك، فقد استعمل المشرع عبارة "العقود المبرمة مع المستهلك" للتعبير عن عقود الاستهلاك²، واستخلص بعض الفقه مفهوما لعقود الاستهلاك من سياق نص المادة 114-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي بأنها "تلك العقود التي نبرم بشأن بيع مال منقول أو تقديم خدمة من جانب المهني لصالح المستهلك"³.

أما فيما يخص التشريع الجزائري فإنه لم يورد تعريف صريح لعقد الاستهلاك لا في النظرية العامة للعقد في القانون المدني ولا في تقنين حماية المستهلك وقمع الغش، إلا أنه يمكن أن نلمح محاولة بسيطة في هذا الصدد في ظل القانون 04-02 المتضمن للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴، حيث عرف العقد من خلال المادة 3/4 منه بصفة عامة 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 تغيير حقيقي"⁵، و هو التعريف نفسه الذي ورد في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد

¹ -P.C.Lafond, Les contrats de consommation au Québec. En quête de cohérence, in Les contrats de consommation, faculté de droit de Potiers, PUF, 2002, p.43.

² -Guy Raymond, Contrats de consommation, juris classeur, vol4, fasc800, p.3.

³ - art114-1d.consom.fr « dans tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou fourniture d'une prestation de services à un consommateur ».

⁴ - بن عزوز أحمد، دور الشفافية في حماية المستهلك، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون خاص، جامعة وهران 2، 2017، ص.102.

⁵ - المادة 03 في الفقرة 04 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم تنص على أنه: "عقد: كل اتفاق او اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، ج.ر. المؤرخة في 14 أوت 2004، العدد، 41، ص.07.

العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتم بالقانون رقم 08-44¹.

أمام هذا التضارب التشريعي في تعريف العقد الاستهلاكي، يمكن القول أن التشريعات أحسنت الفعل بعدم وضع تعريف جامع مانع له ولعل السبب الرئيسي في ذلك هو عدم حصره في نطاق ضيق، الأمر الذي استدعى تدخل بعض المحاولات الفقهية لتغطية هذا المفهوم على أنه: "كل عقد مكتوب يبرم عن طريق الانضمام أو الإذعان بين المستهلك والمتدخل"، وبما أن المستهلك هو الشخص الذي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية غير المهنية بموجب عقد تقديم السلع والخدمات، بمعنى آخر هو الشخص الذي يبرم عقد الاستهلاك، فيمكن تعريفه على هذا الأساس بأنه: "التصرف القانوني الذي يسمح للمستهلك بالحصول على السلعة أو الخدمة بهدف إشباع حاجاته غير المهنية أي الشخصية أو العائلية وبين متدخل يتعاقد لأغراض مهنية- باعتباره مقدم السلع أو الخدمات -وربح مما يسمح للمستهلك بالحصول على هذه السلع والخدمات من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية".²

وورد في تعريف آخر أنها: "تلك العقود التي تبرم بوسيلة تقليدية أو إلكترونية بين المتدخل والمستهلك، بشأن سلع أو خدمات يقدمها الثاني الأول بغرض إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. وبذلك فإن عقود الاستهلاك تأخذ أشكال (عقد البيع -الإيجار -أداء الخدمات)، ولا تقتصر على هذه الأنواع فقط بل تشمل كافة العقود التي يمكن أن ترد على السلع أو الخدمات، أو على المنتجات كما عرفها قانون حماية المستهلك، وقد جاء هذا التعريف عاما بحيث يشمل العقود الواردة على المنقولات وتلك التي يمكن أن ترد على عقارات كسواء أو استئجار أو رهن العقار.

لهذا ذهب أحد الدارسين للطبيعة القانونية لهذا العقد إلى اعتباره بأنه: "عقد بمقتضاه يحصل المشتري من المتدخل على سلعة أو عقار، أو خدمة لأجل استعمال غير مهني"، فيما يرى آخرون في هذا الصدد أن: "العقد الاستهلاكي هو العقد القانوني أو الفعل المادي، الذي يحقق الغاية النهائية من وجود السلعة، مع حصر قيمتها الاقتصادية وتقليصها كليا أو جزئيا، وذلك من شأنه أن يؤدي إلى انكماش السوق بشكل جزئي أو مؤقت".

¹- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج.ر، العدد 56، الصادرة في 11-09-2006، المعدل والمتم بالقانون رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير 2008، ج.ر المؤرخة في 10-02-2008، العدد 49.

² - Lachachi Mohammed, L'équilibre Du contrat De Consommation, étude comparative, Magister, 2012-2013, p.9.

ومن خلال ما تقدم يمكن القول أنّ مصطلح عقود الاستهلاك «*contrat de consommation*» هو من المصطلحات القانونية الحديثة، وهي التي تغطي في الحقيقة عقود تقليدية في مسمياتها، وتكمن الحكمة من تمييز الفقه لهذا النوع من العقود وتسميتها بهذا المصطلح رغبة في حماية المستهلك في ظل تنوع السلع والخدمات التي يعرضها المتدخل هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن عقد الاستهلاك من دون شك لا يمكن فهمه إلا من خلال علاقة ثنائية القطب تربط بين طرفين غير متوائمين من حيث القوة والمعرفة والخبرة¹، وعليه يخرج من نطاق عقود الاستهلاك تلك العقود المبرمة بين متعاقدين كلاهما متدخلين، كونهما على نفس الدرجة من الاحتراف، وبالتالي توافر عنصر توازن القوى بين طرفي العقد، وبالرغم من وجوب توافر صفة المستهلك لأحد مبرمي عقد الاستهلاك، كما أن العقد الذي يكون كلا طرفيه مستهلكين لا يعد أيضا من قبيل عقود الاستهلاك لوجود صفة التكافؤ بينها².

إن أهمية هذا الموضوع تكمن في تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد تعطي لمحة عن الخصائص التي يتميز بها هذا العقد، فبغض النظر على أنه من العقود المستحدثة، فإنه قد يوحى بوجود طائفة من العقود مستقلة بذاتها إلى جانب الطوائف الأخرى من العقود، لذلك انتقد بعض الفقه الفرنسي مصطلح عقود الاستهلاك، لأنه لا يتعلق الأمر بعقد الاستهلاك وإنما بنوع من العقود يستغرق مجموعة من العقود التي تجمعها نقاط مشتركة فيما بينها تسمح بإدراجها في فئة معينة³، فهذا العقد يندرج ضمن العقود الغير مسماة التي لم يرد لها تعريف في القانون المدني، ولا في إطار تشريع حماية المستهلك.

ورغم أن الدراسات السابقة تناولت أهم الالتزامات التي ينطوي عليها هذا العقد، وتحديد مسؤولية المتدخل إلا أنها اقتصرت بالدراسة والتركيز على الالتزامات التعاقدية فقط دون التطرق إلى مسؤولية المتدخل مدنيا، ولعل السبب راجع إلى قصور الأحكام القانونية التي تعالج هذه النقطة، كما لم تتناول عقد الاستهلاك بمنظور عام بتحديد أركانه وشروط قيامه، وتثمن الجهود السابقة لهذا الموضوع مما دفعنا إلى التعمق أكثر في هذا العقد وإبراز أهم خصوصياته، وأركانه، فاتبعنا في ذلك المنهج التحليلي بالإضافة إلى المنهج المقارن كمنهج مساعدة، للوقوف على مميزات هذا العقد، وانفراد أحكامه في الخضوع إلى قواعد خاصة تتسم بالذاتية والانفراد في تنظيمه.

¹ -Guy Raymond, op.cit, p.03.

² -ببلا نزهة، الطابع الوقائي والجماعي لقانون الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، 2012-2013، ص.66.

³ -فضيلة سويلم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، 2010-2011، ص.61.

ولما كان عقد الاستهلاك من أهم العقود الحديثة التي أفرزتها التطورات الصناعية، وتطور وسائل الانتاج، وغزو التكنولوجيا المنتوجات الحديثة كان لزاما علينا التطرق إلى هذا الموضوع والوقوف على أبرز أحكامه، وذلك ما يجعلنا نطرح الإشكالية التالية: كيف تم تنظيم عقد الاستهلاك في التشريع الجزائري، والتشريعات المقارنة؟

وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا بحثنا إلى بابين تناولنا في الباب الأول: عقد الاستهلاك هو عقد مستحدث، أما الباب الثاني عقد الاستهلاك: عقد منظم تشريعيا.

الباب الأول: عقد الاستهلاك هو عقد

مستحدث

الباب الأول: عقد الاستهلاك هو مستحدث

إن الأصل في إبرام العقود هو حرية إبرام العقود الذي يقوم على أساسين: أولهما أن كل الالتزامات تجد مصدرها في الإرادة الحرة، وثانيهما عدم اقتضار كون هذه الإرادة مصدراً للالتزامات فحسب وإنما هي كذلك ما يترتب على هذه الالتزامات من آثار¹، ومن ثم فإنه يمكن القول أن صحة رضا الأطراف طالما أن العقد قد أبرم في ظل مناقشة ومفاوضة فيما بينهم، ومن ثم افتراض توازنه في هذه الحالة، فالعقد هو من خلق إرادة المتعاقدين وبالتالي فهو يمثل مصالح أطرافه، وأنه لا يمكن أن تتصرف إرادة أحدهم إلى شيء لا مصلحة له فيه، مما يؤدي بصفة تلقائية إلى التوازن بين صحة رضا الطرفين².

إلا أن الأمور لا تسير دائماً على هذا النحو، إذ مع تطور عمليات التصنيع وتبني جل الدول للرأسمالية الاقتصادية، أدى إلى قلب هذه المعطيات وبروز مظاهر عدم التوازن للعقود المبرمة بين المستهلك والمتدخل سواء تعلق الأمر بسلعة أو خدمة، بحيث أصبح وجود قدر من التفاوت البين في مقومات القدرة الاقتصادية والفنية والقانونية بين طرفي العقد في مجال المعاملات الاستهلاكية أمراً غالباً، وعمد المتدخلون الإعداد المسبق للعقود التي يبرمونها مع المستهلكين وتضمينها من البنود والشروط التي تنصب لمصلحتهم وبصورة مبالغ فيها، تلك الشروط التي يسمونها بـ "الشروط العامة" أو "الشروط المألوفة"³. فلا يستطيع المستهلك سوى الإذعان فيها دون امكانية مناقشة شروطها نظراً لتطور وتعقد وسائل الانتاج الصناعي، وطرق التسويق الحديثة، الأمر الذي أدى إلى القول إلى اتصاف عقود الاستهلاك بصفة عقود الإذعان.

إن انعدام المساواة في العقود بصفة عامة لم يكن وليد العصر الراهن، إنما عرف ذروته مع سيادة المذهب الفردي وولدت ما يوصف بالضعف الوظيفي بحكم الوظيفة التي يقوم بها كل طرف في العملية الاقتصادية، فضعف المستهلك يظهر في ضرورة تعاقد مع المتدخل الناتجة عن حاجته الملحة للاستهلاك، سواء تعلق الأمر باقتناء سلعة أو طلب تأدية خدمة، الشيء الذي يفرض عليه قبول الشروط المسبقة للمتدخل الذي تظهر قوته مقارنة مع المستهلك في وجود إنتاج متدفق من السلع والخدمات

¹ عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك - في القانون المدني والمقارن -، ب.ط، دار الثقافة، 2002، ص. 101.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد 1، الطبعة

3، بيروت، لبنان، ص. 152.

³ -بلال نزهة، المرجع السابق، ص. 63.

وسيطرته عليها ،مع استعمال أساليب الإشهار والإعلان المختلفة السمعية منها والسمعية البصرية والانترنت التي تدفع المستهلك إلى التعاقد رغما عن إرادته¹ .

لذلك تعتبر عقود الاستهلاك من العقود الغير متوازنة، لأن اختلال التوازن في العلاقة التعاقدية يبدو بشكل أقوى عند سريان العقد،وبالأخص في مرحلة تنفيذه، لهذا استقر البعض الآخر على اعتبار عقد الاستهلاك من العقود المختلة التوازن، وذلك لأنها تحتوي على العقود النموذجية المعدة مسبقا، والتي تحمل في طبيعتها سمات الإذعان،وما على المستهلك إلا الإذعان لها أو رفضها.

¹ - محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، ب.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص.18-

الفصل الأول: عقد الاستهلاك هو عقد إذعان

الأصل أن العقد يقوم في صورته التقليدية على المساومة، والتي تفترض مناقشة شروط العقد «gré à gré» بحرية من جانب الطرفين على قدم المساواة، ولكن نتيجة التطورات الاقتصادية الحديثة، والتفاوت المحسوس في المراكز الاقتصادية للطرفين، ظهر نوع من العقود يطلق عليه عقود الإذعان، «contrat d'adhésion» وكان الفقيه Saleilles وبمناسبة إصدار كتابه الذي حمل عنوان "الإعلان عن الإرادة"، عام¹1929، أول من سلط الضوء على هذا النوع من العقود تحت مسمى عقود الإنضمام (Les contrats d'adhésion)، وهو المصطلح الذي سرعان ما اعتنقه كل الفرنسيين ومنهم باقي الفقهاء، بعدما أدركوا أن من يقبل التعاقد في مثل هذه العقود إنما ينضم لعقد دون إمكانية مناقشته.

وهكذا تطورت فكرة عقد الإذعان لتستوعب ضرورات حماية المستهلك في مواجهة مؤسسات الإنتاج الضخمة وشركات توزيع السلع والخدمات التي أصبحت تتعامل من خلال عقود محررة مسبقا وهي ما يطلق عليه اسم "العقود النموذجية"²، وذلك في غياب أي مفاوضة أو مناقشة عند إعدادها لأن عقد الإذعان أصبح يشكّل عنصر أساسي لسير هذه المؤسسات.

سنعرض أولا إلى مظاهر الإذعان في عقود الاستهلاك (المبحث الأول)، ثم إلى الاستثناء الوارد على المبدأ وهو قابلية عقد الاستهلاك للتفاوض (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مظاهر الإذعان في عقد الاستهلاك

إن عقد الاستهلاك في مفهومه العام لا يخرج عن كونه تلك العلاقة القانونية التي تنشأ بين طرفين والتي تنتج آثارا قانونية متبادلة بين الأطراف، وفي مفهومه الخاص هو ذلك العقد الذي ينشأ بين طالب السلعة أو الخدمة ومقدمها، ونظرا لما تعرفه الحياة الحالية من عصرنة وتطورات وتقدم في كل المجالات، أصبحت هذه العلاقة في عقد الاستهلاك غير متكافئة لما يتميز به الطرف المقدم للسلعة أو الخدمة (المتدخل) من إمكانيات وتدفق غير محدود من السلع والخدمات مقابل الحاجة الملحة لإقتنائها من الطرف الضعيف (المستهلك).

¹- أول من استعمل مصطلح d'adhésioncontrat هو الفقيه الفرنسي Raymond Saleilles في كتابه:

- Raymond .Salleilles ,De la déclaration de volonté ,Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand ,paris ,1929,art133,n°89 et s,p.229et 230,cité par François terré, philippe simler, Yves lequette, op.cit,n°68,p.75.

²- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام -ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط7، 2006، ص.38، بلال نزهة، المرجع السابق، ص.67.

لما تكون الأطراف المتعاقدة تتميز بنفس القوة ولكل طرف إمكانية مناقشة بنود العقد، لكن قد يؤدي ذلك إلى نتائج غير عادلة لما يتميز به طرف دون الآخر بالقوة الاقتصادية التي تخول له سلطة فرض إرادته على الطرف الآخر، وهذا ما يحدث عادة في عقود الاستهلاك، الأمر الذي يجعلها في هذه اللحظة تنطبق عليها وصف عقود الإذعان¹.

كون دور الطرف المذعن في هذه الحالة هو قبول هذا العقد، الذي تم إعداده مسبقاً بمعرفة الطرف الآخر دون مناقشة أو مفاوضة، ولا محل لاشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي لسلعة ضرورية لإسباغ صفة الإذعان على العقد، بل إن صفة الإذعان تأتي من عدم قدرة المستهلك على مناقشة شروط العقد المعد مسبقاً من الطرف الآخر، وقلة خبراته في النواحي الفنية والاقتصادية والقانونية في مجال التعاقد وتمكنه من فرض الشروط المختلفة دون مفاوضة².

وغالبا ما يرضخ المستهلك ويذعن لما للمتدخل من احتكار على السلعة أو الخدمة، وبالتالي فإن هذه العقود غير تفاوضية لانعدام التفاوض في مجال التعاقد لنقص أو انعدام خبرة المستهلك، أو قلة كفاءته، فالأطراف حين تتعاقد لا يفعلان أكثر من ملء الفراغات المتعلقة بالبيانات الشخصية، فالعقد يبرم بمجرد انضمام الطرف الآخر دون أي مناقشة أو مفاوضة تحقيقاً لسرعة التبادل التعاقدية³.

لهذا سنتناول بالدراسة (المطلب الأول) كل ما يخص مضمون عقد الإذعان بصفة عامة، ثم نتطرق إلى استخلاص الصبغة الإذعانية في عقود الاستهلاك (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تحديد مضمون عقد إذعان

في ظل الأنظمة الرأسمالية والقائمة على حرية التجارة دون تدخل الدولة ظهرت مؤسسات تجارية عدة سيطرت على أرزاق الناس وأقواتهم، ومن هنا زادت الحاجة إلى حماية المستهلك من جشع التجار الذي لا همّ لهم سوى الربح ولو على حساب حاجة وضعف المستهلك المضطر. والمستهلك يشبع حاجته

¹ -تحولات المجتمع في أواخر القرن التاسع عشر قد أنشأت ظواهر جديدة من مبدأ سلطان الإرادة، وأنقصت من إرادة الطرف الضعيف في تحديد محتوى العقد، ولذلك تولد عنه عقد الإذعان، وبعبارة أخرى فإن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحدّ من حرية التعاقد فكان من نتائجها عقد الإذعان.

² -عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 98.

³ -J.Beauchard, droit de distribution et de la consommation, P.U.F, coll, Thémis droit privé, 1996. « ce qui fonde la protection des consommateurs ce sont, d'une part leur infériorité intellectuelle, Technique et économique par rapport à leur contractant professionnel, d'autre part leur inaptitude à la négociation contractuelle » op.cit.p348.

من خلال إبرامه للعقود الاستهلاكية المختلفة، وأغلب قوانين العالم تقر مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين¹، غير أن هذه القاعدة بدأت تتحسر وتقف عاجزة عن تحقيق العدالة أمام عقود الإذعان بين الطرف القوي الذي يملئ شروطه في العقد والطرف الضعيف الذي يقبل مذعنا دون مناقشة، فالقاعدة الآنفة الذكر تقتض وضعاً متساوياً بين طرفي العقد².

غير أن الوضع اليوم جد مختلف ومن هنا أدركت الدول خطورة اختلال التكافؤ وانعدام التوازن في عقود الإذعان فوضعت نصوصاً قانونية تنظمه وتحمي الطرف المذعن³.

ويمكن القول أن هناك اتجاهين في الفقه بخصوص مفهوم عقد الإذعان أحدهما المفهوم التقليدي الذي يضيق من مفهوم عقد الإذعان والآخر معاصر يحاول التوسع في تفسير معنى عقود الإذعان.

وبعد تردد طويل انتهى الفقه إلى التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان، فعقود الإذعان يكون فيها أحد الطرفين في مركز المحتكر القانوني أو الفعلي للسلعة أو الخدمة موضوع التعاقد مما يمكنه من وضع وفرض شروط على الطرف الآخر الذي لا يستطيع مناقشتها أو تعديلها مثل عقود المياه، النقل، عقود الكهرباء⁴.

أما فيما يخص عقود المساومة فهي تترجم النموذج التقليدي للعقد حيث يتمتع كل متعاقد بالحرية الكاملة في وضع شروط العقد وبنوده إذ يساهم كل متعاقد في صنع الاتفاق، وله الحق في تقديم عروض⁵، تكون قابلة للنقاش من الطرف الثاني الذي له الحق في قبول الإيجاب أو رفضه أو تقديم إيجاب جديد، أما في عقود الإذعان فلا يمكن للمتعاقد إلا القبول أو الرفض⁶.

الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الإذعان

في ظل الحاجة الملحة إلى تنظيم عقود الإذعان، وكأية ظاهرة جديدة، لاقت هذه العقود اهتماماً كبيراً من قبل الفقهاء الغربيين منهم والعرب محاولة لإزالة اللبس حول مفهومها.

¹ -Ali bencheneb, le droit algérienne des contrats donnés fondamentales, édition universitaires Dijon, collection institutions, France, p.216.

² - عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004، ص.313.

³ - فؤاد الشعيبي، التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصال، الطبعة الأولى، منشورات حلي الحقوقية، 2014، ص.548.

⁴ - إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص.53.

⁵ - محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.15.

⁶ - علي فيلاي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، ب.ط، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص.71.

وقد كان الأستاذ السنهوري سباقا في نقلها إليهم¹، إلا أنه آثر أن يسمي هذه العقود بـ"عقود الانضمام" وعلى خلاف ما ساد في فرنسا بعقود الإذعان، وقد لاقت هذه التسمية رواجاً كبيراً عند رجال القانون، وكرستها أغلب التشريعات العربية.

ولم يجمع الفقهاء على تعريف واحد لعقد الإذعان، كما أن التشريعات العربية لم تحدّد له تعريفاً²، ويتضح هذا التباين في التعريفات التي جاء بها كل من الفقه العربي والغربي-الفقه الفرنسي على وجه التحديد-³، بالرجوع إلى تعريفات الفقهاء العرب يمكن أن نحدّد بعض التعاريف المختصرة لعقد الإذعان، ونجد أن التشريعات العربية قد تأثرت بالتسمية التي أطلقها الأستاذ السنهوري على عقود الإذعان، والتي ما لبثت أن انتقلت إلى جلّ الدول العربية، ولهذا السبب أيضاً تفضل التسمية التي اختارها القانون اللبناني في المادة 172 من قانون الموجبات والعقود حيث تسمى هذه العقود "عقد موافقة"⁴.

وما يفرق عقد الإذعان عن العقود الأخرى، أو ما هو مهم وضروري فيها هو عدم وجود حوار مسبق أو مساومة سواء من أحد أطرافه أو من الغير⁵، بل إن تحديد محتوى العقد ومضمونه كان بإرادة مقصودة وهذه الإرادة المحددة لأركان العقد لا يعوزها سوى انضمام إرادة أخرى كي تعطي فعالية قانونية إلى تلك الإرادة المنفردة.

فورد في تعريف الدكتور عبد المنعم فرج الصّده لعقد الإذعان أنه: "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر، ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها".

ويقول الدكتور محمد كامل مرسي بشأن عقود الإذعان: "أما عقود الإذعان أو الانضمام فلا تحصل فيها مفاوضة مع الموجب بل يجب قبول العقد أو تركه جملة"⁶.

1- أطلق الأستاذ السنهوري على عقود الإذعان تسمية عقود الانضمام، نظراً لما يوحي به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول وقد استقرت هذه التسمية في الفقه والقضاء وكذا التشريع المصري، ثم انتقلت بعد ذلك إلى جميع التشريعات العربية، وهذه التسمية تعتبر أصح من التسمية الفرنسية «*contrat d'adhésion*» ويقصد بتعبير «*adhésion*» موافقة الشخص على شروط حرّرها غيره، ومن يقبل هذا العقد ينضم إليه دون مناقشة، وتعتبر عبارة الانضمام أوسع من دلالة الإذعان فهي تشمل عقد الإذعان وغيره من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة الشروط الواردة فيها.

2- فؤاد الشعيبي، المرجع السابق، ص. 550.

3- Jaques Ghestin, Droit civil les obligation,-le contrat, L.G.D.J, 1980, , p.69.

4- محفوظ حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، ب.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990، ص. 27.

5- علي فيلال، المرجع السابق، ص. 71.

6- محفوظ حامد لعشب، المرجع السابق، ص. 24.

فيما عرّفه الأستاذ علي فيلالي بقوله: "هو عقد يملي فيه المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله.

أما الأستاذ علي علي سليمان فيعرّف عقد الإذعان الذي يسميه الفرنسيون «contrat d'adhésion» بأنه: "العقد الذي يتم بين طرفين أحدهما قوي أنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا أو شبه احتكار، والطرف الآخر مضطر إلى هذه السلعة أو هذه الخدمة فيملي عليه الطرف القوي شروطه وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يُدْعَن لها الطرف المضطر، ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها ويضطر لقبولها مثل عقود التأمين وعقود شركات المياه¹ ...

ويقول الأستاذ خليل أحمد حسن قَدّادة في تعريفه لعقد الإذعان: "العقد الذي لا يملك فيه أحد المتعاقدين الحرية الكاملة بما يتمتع به الطرف الآخر، بحكم وضعه الفعلي أو القانوني، بوضع شروط العقد في جملتها، إلا حرية قبول العقد برمته أو رفضه برمته"².

وفي تعريف أخير للأستاذ لعشب محفوظ بن حامد، يقول: "عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي، شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"³.

وما يمكن ملاحظته على هذه التعريفات أنها اعتمدت على معيار احتكار المذعن له للسلع والخدمات لتحديد مفهوم عقد الإذعان لأن هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، أو تعديلها أو إلغاء شيء منها ليتقيد بها كل من يرغب في التعامل معه، مما يؤدي إلى رجحان مصلحة الطرف الموجب على حساب الطرف القابل لهذه الشروط التي قد تكون تعسفية والإضرار بحقوقه. وتؤدي هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي"⁴.

¹- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.38.

²- خليل أحمد حسن قَدّادة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص.27.

³- محفوظ حامد لعشب، المرجع السابق، ص.31.

⁴- علي فيلالي، المرجع السابق، ص.60.

وتماشيا مع الفقه التقليدي الفرنسي ذهب الدكتور السنهوري رحمه الله ومن ورائه أغلب المذكرات الإيضاحية للعديد من الدول العربية، وكذا أحكام القضاء إلى التضييق من مفهوم عقود الإذعان¹، بحيث يتطلب الاتجاه التقليدي لمفهوم عقود الإذعان عددا من الأمور في محل العقد وهي:

1- أن يوجد هناك احتكار للخدمة أو السلعة وان تكون المنافسة محدودة بشأنها، لأن المنافسة المحدودة كما هو الحاصل بين شركات الاتصالات مثلا تجعل من اليسير اتفاق هذه الشركات بشن حرب على المستهلكين البسطاء .

2- أن تكون الخدمة ضرورية لجمهور الناس وليس لشخص بعينه، ولا جرم أن الأيام تطورها تحول العديد من الخدمات من كماليات إلى ضروريات يصعب الاستغناء عنها، ونرى أن عقود الدخول إلى الشبكة قد أصبح حقا من الخدمات الضرورية التي يصعب الاستغناء عنها.

3- أن يكون الإيجاب موجها للجمهور .

يجمع كل الفقهاء على أن صاحب أول فكرة لعقد الإذعان وأول من استعمل عبارة « contrat d'adhésion »، هو الفقيه الفرنسي سالي "Saleilles" حيث يعرف في كتابه «volonté» «عقد الإذعان بقوله: "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"².

ويلاحظ على هذا التعريف الذي أورده سالي أنه اهتم بالإرادة المنفردة، وبطريقة انضمام الأفراد إلى هذه الإرادة التي تملي قانون العقد على مجموعة غير محددة دون أن يتعرض إلى موضوع العقد، وقد تعرض هذا التعبير للانتقادات فيما يخص التسمية فالأستاذ "ديرو" يرى أنه من باب أولى أن يعبر عنه بمصطلح "عقد بانضمام"، لأننا إذا قلنا عقد انضمام فإنما نقصد عقدا خاصا بعينه يسمى عقد الإنضمام، ويمكن أن يكون على قدم المساواة مثلا مع عقد البيع وسائر العقود الأخرى ونحن في الواقع نريد أن نعبر عن الاتفاق الذي ينجز بمجرد الإنضمام فنقول: أنه "عقد الإنضمام" « Contrat par adhésion »³.

¹-فؤاد الشعيبي، المرجع السابق، ص.549.

²-Raymond Saleilles, op.cit,p.229. « Les contrats d'adhésion dans lesquels il a exclusive d'une volonté agissant comme unilatérale qui dicte sa loi non plus individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà créé sur soi-même ».

³-محفوظ حامد لعشيب، المرجع السابق، ص.34.

فيما عرفه الفقيه جاك غيستان Ghestin Jacques بأنه: "الانضمام لعقد نموذجي حرر بصورة انفرادية من أحد الأطراف، وينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله".¹

وقد عرفه الفقيه جورج برليوز Georges Berlioz كما يلي: "عقد الإذعان هو عقد حدد محتواه العقدي كلياً أو جزئياً بصورة عامة ومجردة قبل مرحلة التعاقد"²، وبهذا التعريف لا يكون جورج برليوز قد خرج عن تعريف صاحب فكرة الإذعان الأستاذ سالي إلا فيما يخص توضيحه بأن المحتوى التعاقدية قد يكون تحديده جزئياً.

والملاحظ على توجه الفقه الفرنسي بشأن تعريفاتهم لعقود الإذعان، أنهم لم يتحدثوا لا من قريب ولا من بعيد على ضرورة وجود احتكار للسلع والخدمات ليقوم عقد الإذعان، بل أوجدوا معياراً آخر مفاده التحرير المسبق والمنفرد للعقد.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقد الإذعان

إن غالبية التشريعات العربية قد تعرضت إلى عقد الإذعان، ولكن دون أن تتعرض إلى تعريف هذه الفئة من العقود بل أوردت كيفية حصول القبول فيها، فنصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، وهي نفسها نص المادة 100 من القانون المدني المصري الحالي، وتقابلها المادة 101 من القانون المدني السوري.

ولما كان المشرع المصري هو أول مشرع يخص عقد الإذعان بنصوص خاصة فقد كانت صياغة نص المادة المذكورة محل نقاش حاد، فكان مستشاري محكمة النقض المصرية قد اقترحوا أن تصاغ المادة 100 السابقة على النحو الآتي: "عقد الإذعان هو الذي يقتصر موقف المتعاقد فيه على مجرد التسليم بشروط مقررة وضعها للمتعاقد الآخر غير قابل للمناقشة فيها".³

وبذلك ليكون النص مطابقاً لمرجعه وهو نص المادة من قانون الموجبات والعقود اللبناني 172 والتي تنص على أن عقد التراضي هو: "الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي والإيجار، والمقايضة والإقراض)".

¹- Jaques Ghestin ,op.Cit, p.74 « le contrat d'adhésion peut aussi être défini comme l'adhésion à un contrat type, qui est rédigé unilatéralement par l'un des parties auquel l'autre adhère sans possibilité réelle de le modifier ».

² - Georges Berlioz, Le contrat D'adhésion ,bibliothèque de droit privé, paris, 1973, p.27.

³ - محفوظ حامد لعشب، المرجع السابق، ص.29.

وقد عرّفت الدائرة التجارية لمحكمة مصر الابتدائية عقود الإذعان بأنها: "العقود التي يملّي فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البري والبحري وعقود توريد المياه والنور إلى المستهلكين، وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقوداً مطبوعة تضمنت شروطاً متشابهة وضعت لجميع العملاء".

أمّا القضاء الفرنسي فقد استعمل مصطلح الإذعان في العديد من الأحكام القضائية وبمناسبة النزاع في قضايا تتعلق بالتعامل بالعقد الدولي¹، وقد وضح هذا الحكم بأنه سواء في اللوائح الدولية أو الداخلية، فإنه يعتد بالإرادة المشتركة للمتعاقدين وهي الإرادة الحقيقية دون الاعتداد بالألفاظ الخارجية، كما يجب أن يعتد في عقد الإذعان بما اعد مسبقاً من إيجاب، واستعمال العبارات وتفسيرها يجب أن يكون وفقاً للمصطلح العرفي المتعارف عليه سواء في العقود الداخلية أو الدولية، وكذا في عقد التأمين حيث تراعى طبيعة العقد الاقتصادية ومدى الخدمات التي يؤديها وتوقع جزاءات على من يخالفها².

وكان لظهور هذا المصطلح بالغ التأثير حيث أصبحت هذه العقود تظهر في صيغة عقود الاستهلاك النموذجية، ويكمن الهدف الأساسي من ظهورها هو السرعة في العملية التعاقدية ولكن ذلك لا يخفي خطورتها بالنسبة للمستهلكين، لأنها عقود غير تفاوضية لا تقبل المناقشة فيها وتتسم باختلال التوازن العقدي³، بين طرفي العقد، فيكتفي الأطراف عند إبرامها بملاء المعلومات والبيانات الشخصية ويبرم العقد بمجرد انضمام الطرف الآخر دون الحاجة لمناقشة الشروط أو التفاوض عليها.

إن هذه الظاهرة غير مقترنة بمجال الاستهلاك فقط بل أنها توجد كلما كان هناك متعاقد في مرفق اقتصادي وقانوني يخول له فرض شروط موحدة على متعاقدين يتوفرون على قدرة معينة فنية أو تعاقدية وخاصة بين أرباب العمل وعمالهم، وبين الممولين والموزعين، وبين المتدخلين والمستهلكين، فإن ما يميزها أي العقود النموذجية من غياب التفاوض والسرعة في إبرامها وتحريرها المسبق من قبل الطرف القوي يجعلها تتسم بخطورة بالغة بالنسبة للمستهلك، وتؤثر بصفة واضحة على إرادته كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية⁴.

فهذه العقود هي خلاصة خبرة قانونية وفنية وهي لاتوضع فقط لتوفير الوقت استجابة للسرعة المميزة لعمل المؤسسات وشركات القروض والمتدخلين بصفة عامة، وإن كان هذا هو الدافع الأساسي

¹-Cour D'appel de Dijon , 1er Déc, 1931. (gaz pal. 1932.1.93).

²- tribunal correctionnel de Chalon-sur-Saône nés 15 mai 1953. gaz pal. 1953.02.244.

³-Jean calais Auloy , Frank Steinmetz , op. Cit, p. 184.

⁴- Brigitte Hess –Fallon, Anne- Marie Simon, Droit Civil, économie et Gestion, Sirey, 1995, p. 152.

حين ظهورها فوجود عقود نموذجية معدة سلفاً¹، من قبل المتدخل شركة أو بائعاً يعني أنه سيتحكم في صياغة وثيقة العقد، وهي صياغة لها أهمية قصوى والتي يتعين تطبيقاً للقواعد العامة أن تكون معبرة عن إرادة الأطراف لاعتبار إرادة مصالح المتدخل، ويكتفي المستهلك بالتوقيع ولا يترك له سوى حرية محدودة .

إن تقنية العقود النموذجية التي لا تفرض عادة إلا من قبل المؤسسات التي تتمتع بمقدرة قوية على فرض شروطها، في مقابل طرف ضعيف بحاجة إلى سلعة أو خدمة لها ارتباط قوي بصياغة العقد فهي لا تخفي أقل مما تخفيه الصياغة القانونية من حقائق اقتصادية واجتماعية وسياسية، تترجم في مجموعها سيطرة على كافة المستويات لصالح طائفة المتدخلين، خاصة وأن إعدادها يتم بناء على دراسات مسبقة .

بناء على ما سبق تتأكد خطورة هذه العقود على إرادة المستهلكين فهم يذعنون تماماً للعقد دون التمكن من معرفة شروطه، ويكتفون بالثقة التي غالباً ما يضعونها في المتدخل وهذه الثقة قد تخيب ظن الكثير منهم لأن العقود قد تكون مصاغة لصالح المتدخل، والذي يراعي في صياغته لها مصالحه الاقتصادية والقانونية كونها محررة بكيفية تحمي مصالحه وهو ما يضيفي على هذه العقود عدم التوازن العقدي، فالمستهلك يوقع عقداً لا يعرفه ولا يفهم شروطه فهو يترجم رغباته، فهذه الحرية ليست في الواقع إلا حرية ظاهرية فالعقود المحررة سلفاً تخفي شروط مهمة وخطيرة تنتافي مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل ولا يترك للمستهلك سوى حرية محدودة، وما عليه سوى القبول أو الرفض بما يعنيه ذلك تحمل المخاطر في حالة القبول والحرمان من العقد في حالة الرفض² .

إلا أن هذه العقود لم تترك هباءً وإنما سعت مختلف التشريعات إلى محاولة تنظيمها، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي ، مثلما قام بفرض أنواع نماذج العقود على هيئات القرض، حيث تلتزم هذه الأخيرة بإعداد نماذج عقود مطابقة لإحدى النماذج الثمانية المدرجة في المادة 6-3R311³، من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهذا سعياً من المشرع لحماية المستهلك ومصالحه الاقتصادية.

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية وخصائص عقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر فائدة إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة القانونية له، إن لعقد الإذعان طبيعة قانونية

¹- محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.15.

²- بلال نزهة، المرجع السابق، ص.68.

³ - Art. R311-6.C.Consom.Fr, dispose, « l'offre préalable de prêt prévue à l'article L311-8 comporte les indications figurant dans celui des modèles types annexés au présent code qui correspond à l'opération de crédit proposée ».

مميزة فهو عقد يتحدد مضمونه التعاقدى كلياً أو جزئياً بشكل مجرد وعام قبل المرحلة التعاقدية فهو يعقد من دون مفاوضة سابقة مما يجعل مضمونه يتحدد بشكل أحادي وفردى من جانب الطرف القوي، هذه الإرادة الفردية أو الأحادية هي التي تتولى تحديد اقتصاد العقد أو بعض عناصره، أما إرادة المذعن فلا تتدخل إلا من أجل منح فعالية قانونية لهذه الإرادة الأحادية فالطرف المذعن ينضم إلى عقد نموذجي حرر بصفة انفرادية من الطرف الآخر دون أن يكون له أي إمكانية حقيقية لتعديله وعليه، يمكن إجمالاً تحديد خصائص عقد الإذعان حسب رأي بعض الفقه الفرنسي¹ بتوافر معيارين أو عنصرين:

- وضع شروط التعاقد مسبقاً من قبل أحد الأطراف وعرضها على الجمهور في شكل موحّد.

- تسليم الطرف الآخر بكل شروط العقد ودون إمكانية مناقشتها².

أما شرط وجود الموجب في وضعية متفوقة اقتصادياً أو تقنياً فيمكن أن يستكشف من الشرطين السابقين.

سنتناول أولاً الطبيعة القانونية لعقد الإذعان بتحديد النظريات الفقهية حول طبيعته القانونية وبيان موقف المشرع الجزائري منها في القسم الأول، ثم ننتقل إلى الخصائص المميزة لعقد الإذعان في القسم الثاني.

أولاً: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان

إن تحديد الطبيعة القانونية لعقد الإذعان كانت محل دراسات الفقهاء الذين انقسموا إلى أكثر من فريق³، فمنهم من يرى أنها عقود حقيقية وآخرون يرون أنها لا تختلف عن سائر العقود وفريق ثالث وسط بين الفريق الأول والثاني، ويرجع سبب الخلاف أساساً إلى الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان لذا يقول الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة "...كانت الطريقة التي يتم بها اتفاق الإرادتين في عقد الإذعان سبباً في اختلاف الفقهاء فيما يتعلق بطبيعة هذا العقد".

للقوف على الطبيعة القانونية لـ"عقد الإذعان" فإنه يجب علينا الموازنة بين الآراء الفقهية التي تعرضت إلى ذلك تباعاً:

¹ - Jaques Ghestin ,op.cit, p.50.

² - لم يعد يشترط لا ضرورة السلعة أو الخدمة لمن يطلبها، ولا الاحتكار بالنسبة لمن يقدمها وإنما يشترط فقط إعداد شروط العقد من قبل احد الطرفين وإذعان الطرف الآخر لها دون مناقشة أو تفاوض بشأنها، وذلك خلافاً لما ذهب إليه الفقه والقضاء المصريين اللذان ضيقا إلى حد كبير من عقد الإذعان حيث اشترطا توافر ثلاث عناصر لاعتبار العقد من فئة عقود الإذعان .

³ - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، ب.ط، دار هومه، الجزائر، 2014، ص.120.

إن فقهاء القانون المدني الفرنسي وهم يحررون عنوان العقود أو الالتزامات الاتفاقية بصفة عامة، فإننا نرى أنهم كانوا ينظرون أساساً إلى التصرفات القانونية التي توزن شروطها وتناقش لحظة تنفيذ العقد الذي أراده الطرفان بالاتفاق إذن يستخلص من تعاون الأطراف أو من مساعدة مختلف الأشخاص بحيث يكون معبراً عن الإرادة المشتركة، ولكن نتيجة لمختلف العوامل التي ساهمت في نشأة عقد الإذعان - والتي سبق أن تعرضنا إليها- فإنه ما فتئ أن تحول الوضع الاجتماعي خلال القرن التاسع عشر، إذ وجدت إلى جانب المحلات الصغيرة التي يمكن أن يتفاوض في العمليات التي تجريها محلات كبرى قوية وشركات عامة جد معقدة وذات نظام سلمي، حيث لا يتمكن للمتعاقد من رؤية الشخص القانوني الذي يتعاقد معه ولكن هناك عمال يكتفون بترديد ما كلفوا به من قولومن هنا فلا يمكن مناقشتهم¹.

في هذه الإدارات ينفذ كل شيء مباشرة إذ لا توجد إمكانية التعاون فيما بينهم مع الزبناء الذين يرغبون في إجراء عقود مشتركة، فالأمر يقتصر على إيجاب محدد للسعر ومرفق بشروط ونماذج مطبوعة مسبقاً²، لا يمكن الاعتراض على تعقيدها أو غموضها. إنهم يقدمونها جملة للزبون وما عليه إلا أن يأخذها أو يدعها³، وفي الغالب يقبل أخذها -أي يذعن لها وينضم إلى مجموع العقد- وعندئذ يتولد عقد قد يكون من الصعب إدراجه في إطار العقود المبنية على حرية الإرادة، وهذا التصرف هو الذي نريد تحديد طبيعته القانونية، فما هي الطبيعة القانونية الحقيقية لهذا التصرف القانوني؟ أو بعبارة أخرى هل يمكن اعتبار عقد الإذعان عقداً وفقاً للقواعد العامة للعقود أم لا؟

إن جمهور فقهاء القانون الخاص يقولون بمنحه طبيعة تعاقدية إذ أنها تطبق قواعد القانون المدني على هذه العقود، فيقول الأستاذ الفقيه "ديرو": "إننا وجدنا أنفسنا ملزمين بتطبيق قواعد القانون المدني على هذه العقود" ويضيف قائلاً: "وقد بدا لنا في حقيقة الأمر بأن تطبيق هذه القواعد من الصعوبة بما كان وبأنه يجب أن ننبه الفقهاء ولكننا لم ننهك أنفسنا في التماسي مع مبدأ النظرية التقليدية، وعلى العكس من ذلك فإن الفقهاء الذين انتقدناهم يضربون بالمبدأ عرض الحائط، وأن ما بدا لنا منهم بأنه عقد فإنه في نظرهم لا يتعدى كونه تصرفاً من جانب واحد هو إرادة الموجب وليس إرادة المنضم (المذعن) هي التي تعطي الكيان أو الوجود للعقد، فإرادة الموجب هي التي تحدد آثاره وهذا الوضع بسيط جداً لأن الإنضمام لا يغير من طبيعته"⁴.

1- محفوظ حامد لعشب، المرجع السابق، ص.33.

2- محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.15.

3- بوعيس يوسف، حماية المستهلك في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، 2013-2014، ص.274.

إن هذه الآراء الفقهية سنتعرض لها من خلال الدراسة التالية مع بيان موقف المشرع الجزائري على ذلك من هذه الآراء والنظريات والنتائج المترتبة على ذلك.

أ- النظرية اللائحية أو غير العقدية

لقد ذهب بعض من وأكثرهم من فقهاء القانون العام أمثال ليون Léon ديجيه Duguit، وعلى رأسهم الفقيه saleilles سالي وهوريو Hauriou إلى اعتبار عقود الإذعان ليست عقوداً حقيقية، وأنكروا عليها الطبيعة العقدية¹، فالعقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار أما عقد الإذعان فلا تتوافر فيه الإرادة التعاقدية أي الإرادة المشتركة للطرفين ولا المساواة التي يفرضها العقد، ذلك أن النقاش فيه معدوم وقبول المذعن فيه لا يكون عن حرية تامة بل هو مجرد خضوع وتسليم بشروط العقد دون إمكانية مناقشتها².

وبالتالي فإن هذا التصرف الذي يوصف بالعقد ليس إلا تصرفاً قانونياً صادر من جانب واحد وهو إرادة المحتكر التي استقلت بوضع شروط التعاقد ثم فرضتها على الجانب الضعيف، لذلك فإن إذعان وانضمام هذا الأخير لا يعد عنصر أساسي في إنشاء هذا التصرف القانوني، فالرابطة القانونية فيما بين المذعن والمحتكر قد خلقتها إرادة المحتكر وحدها³.

نتيجة لذلك يعتبر عقد الإذعان في نظرهم مركز قانوني منظم institution وليست عقوداً -لأن العقد يفترض توافق إرادتين حرتين متعادلتين في القوة وهذا غير متوفر في عقود الإذعان - تنشئه إرادة منفردة يصدرها الموجب المحتكر (مقدم السلعة أو الخدمة)⁴، ينظم المصلحة العامة لمجموع الأفراد الذين يخضعون له - فتكون بمثابة قانون أو لائحة مما يبعد وصف العقد عنه، ويقصر دور الطرف المذعن فيه على قبول سريان هذه الأحكام عليه فيطبق هذا القانون التعاقدية تطبيقاً تراعي فيه مقتضيات المصلحة العامة والعدالة وحسن النية، وفق ماتستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها⁵.

¹ - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.38.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.247.

³ - R. Saleilles, op.cit, p.229: «les contrats d'adhésions dans lesquels il y a une seule volonté agissant comme unilatérale, qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminé, et s'engage déjà par avance unilatéralement son adhésion, de ce qui voulait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà crée sur soi-même ».

⁴ - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.122.

⁵ - ذلك أن الضرورات الاجتماعية تبرر أحياناً منح بعض أشخاص القانون الخاص سلطة التنظيم وهكذا أصبح عقد الإذعان أقرب إلى المركز القانوني المنظم، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ب.ط، 2007، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص.134.

إن أصحاب النظرية اللائحية أو الغير عقدية الذين أنكروا الطبيعة العقدية لعقود الإذعان واعتبروها مركزا قانونيا منظما، استندوا في حجتهم إلى أن وضع الطرف المذعن مماثل تماما لمستعمل المرفق العمومي حيث أن عملية الإذعان هي عملية معقدة تتكون على الأقل من الناحية النظرية من عمليتين، تتمثل العملية الأولى في تطابق إرادتين: إرادة الطرف القوي وإرادة الطرف المذعن ولا يمكن لأحد أن ينازع في عدم وجود إحدى الإرادتين، وتتمثل العملية الثانية: التي ينفرد بها المتعاقد القوي في وضع تحديد شروط العلاقة العقدية والتي لا يقبل مناقشتها.

وبما أن العملية الرئيسية والجوهرية هي العملية الثانية التي ينفرد بها المتعاقد القوي فإن هذا التعامل لا يمكن إدراجه ضمن نطاق العقد¹، ومن ثم ينبغي أن يتم تفسير عقد الإذعان وتحديد الالتزامات المترتبة عنه بناء على الاعتبارات السابقة كما يفسر القانون أو اللائحة، وليس كما يفسر العقد-تأتي طبقا لما يقصده المتعاقدان باعتبار أنه وليد إرادة طرفيه-وتراعى في تطبيقه العدالة، وبذلك يظهر أن الطرف المذعن مماثل لمستعمل المرفق العام- كما ذكرنا سابقا - وقد ترسخ الاعتقاد لدى المستهلك وهو يتلقى هذه العقود المعدة سلفا أنه لا تمييز بين النصوص التشريعية والتنظيمية، وبين الوثائق التعاقدية التي يصدرها المتدخلون من حيث كونها تفرض عليه فرضا².

ب- النظرية العقدية

بالرغم من تصدع مبدأ المساواة التي تقوم عليها العقود فإن صحة عقود الإذعان لم تختصم من قبل غالبية التشريعات³، وكذا الفقه، حيث يرى غالبية فقهاء القانون المدني والتشريعات الوضعية أن عقد الإذعان عقد حقيقي يتم بتوافق إرادتين-حتى ولو لم تتكافئ فيه الإرادتان- ويخضع للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود.

فالقانون لا يستلزم العقد أن تجري المساومة بين طرفيه في مضمونه قبل إبرامه ولا أن تتحقق بينهما المساواة الاجتماعية أو الاقتصادية، إذ ليس من المحتم أن تسبق القبول في العقود مفاوضات

¹- علي فيلالي، المرجع السابق، ص.72.

²- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود-في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا ألمانيا مصر، ب.ط، دار هوم، الجزائر، 2007، ص.14.

³- لقد تبني المشرع الجزائري والتشريعات العربية هذا الموقف متأثرا بالقانون المدني المصري.

ومناقشات¹، فكل ما يتطلبه القانون هو اتفاق الطرفين على إحداث اثر قانوني معين ولو لم يكن طرفي العقد متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية².

وحسب هذا الرأي فإن القانون لم يشترط في العقد تعادل الإرادتين بل الذي يحدث في كثير من العقود أن تكون الإرادة أقوى من الأخرى، غير أنه إذا وصلت الإرادة الأخرى إلى حد الإكراه فإن العقد يكون قابلا للإبطال لإكراه³، وفي عقود الإذعان ليس هناك إكراه فمهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي فإنه لا يبلغ لحد الإكراه الذي يعدم الرضا -وإنما هو نوع من الإكراه الاقتصادي- أو على الأقل يفسده، وإذا كان المذعن يقبل شروط العقد مضطرا فهو راض عن هذه الشروط وقبلا لها بإرادته الحرة.

وقف المشرع إلى جانب الطرف الضعيف وأحاط بحمايته من الطرف القوي ويظهر ذلك جليا في نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري⁴، فطبقا لنص المادة المذكورة يجوز للطرف المذعن أن يشكو إلى القضاء من شروط عقد الإذعان وإذا رأى القاضي أن هذه الشروط التعسفية مجحفة -مثل ما يسمى بشرط الأسد clauses léonines- بالنسبة إلى الطرف المذعن فله أن يعدلها لمصلحة هذا الأخير، بل وإذا رأى أنها بالغة التعسف قضى بإعفاء الطرف المذعن منها فيصبح العقد ساريا دون هذه الشروط التعسفية⁵.

وقضى كذلك بأن كل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا، إذن إذا اشترط الطرف القوي على الطرف الضعيف أن لا يشكو إلى القضاء من الشروط التعسفية المدرجة في العقد وقبل الطرف المذعن، فإن قبوله لا يمنعه من رفع أمر الشروط التعسفية إلى القضاء لأن الاتفاق على عدم الشكوى منها باطل بطلانا مطلقا⁶.

ومهما كان ضعف أحد المتعاقدين أمام الآخر فهذا لا أثر له على طبيعة العقد لأن هذا الضعف هو ظاهرة اقتصادية لا قانونية، وبالتالي فإن علاج هذه الوضعية وحماية الطرف المذعن من هذا النوع

¹ -Vassili Christianos ,Fabrice Picod,Modalités de Négociation et de Conclusion des contrats,Encyclopédie juridique, conc.eta, Consommateurs, p.27.

² - فضيلة سويلم، المرجع السابق، ص.76.

³-علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.39.

⁴-تنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه:"إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي تعديل هذه الشروط وأنيغي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

⁵ --Guy Raymond, Clauses abusives,juris classeur,commercial-concurrence-consommation,tome 4,2005, p.4, Filali Osman, Vers un Droit Européen De La consommation, Bruylant Bruxelles, 1998, p.165.

⁶-العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.125.

من العقود لا يكون بإنكار صفة العقد الذي يعد عقد حقيقي تم بتوافق إرادتين¹، وبذلك فهو ينطوي تحت تعريف العقد بأنه: "تبادل تعبير عن إرادتين متطابقتين بقصد إنشاء التزام أو أكثر" بل إن هذه العقود تتميز عن العقود المعتادة بكونها موحدة بالنسبة للجميع، لذلك يقل فيها خطر وقوع المتعاقد في الغلط أو التدليس كما تسهل على القاضي رقابة شروطها².

تطبيقاً لذلك ذهب الفقه إلى القول بأن حماية الطرف المذعن لا يكون من خلال إنكار صفة هذا العقد بل العلاج الناجع يكمن في العمل على تقوية الطرف الضعيف حتى لا يستغله الطرف القوي، لذلك فإن أفضل صور هذه الحماية يكون من خلال تدخل تشريعي ينظم عقود الاستهلاك ويضع أسس الحماية المناسبة لها³.

وهو ما يظهر جلياً في قانون حماية المستهلك وقمع الغش⁴، حيث خص المشرع المستهلك بحماية قانونية خاصة بما أن هذا الأخير لا يملك نفس المعرفة والكفاءة والخبرة والقدرة المالية في مواجهة المتدخل الذي يملك كل المقومات والمؤهلات للتحكم في العملية الاستهلاكية، لذا تدخل المشرع بفرض مجموع من الالتزامات على المتدخل وذلك من خلال المواد (17-18-19-20) من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم⁵.

ج- المذهب التوفيقي

توجد مابين الرأيين السابقين أو النظريات السابقة آراء وسطى تختلف بحسب ما يربأصحابها في عقد الإذعان من قدر تعاقدية أو غير تعاقدية، فمنها ما يقترب من الرأي الأول فيرى أن عقد الإذعان ينطوي على خدمة خاصة ذات منفعة عامة وإن كان يخلع عليه وصف العقد كما ذهب إلى ذلك الفقيه الفرنسي "ديموج"⁶، ومنها ما يقف في منتصف الطريق بين النظريتين السابقتين التعاقدية وغير التعاقدية فيعتبر عقد الإذعان خليطاً من جزأين أحدهما تعاقدية والآخر لائحي وهو رأي كل من الأستاذ جونو والفقيه لويس لوكا.

¹- محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.30.

²- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام- الجزء الأول، 1964، ص.232.

³- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.285.

⁴- العربي بلحاج، الإطار القانوني للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.126.

⁵- القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر في 25 فبراير 2009، ج.ر المؤرخة في 08-03-2009، العدد 15، ص.12.

⁶- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974.

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

- الشروط الأساسية (الضرورية أو الجوهرية) وغالبا ما يتفق عليها الطرفان، وتكون إما شفاهة أو بالكتابة.
- الشروط الثانوية أو التبعية وتلك هي الشروط المطبوعة.

فالشروط الجوهرية في أغلب الأحيان يقبلها المتعاقد بحرية، أما الشروط التبعية فإذا 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".¹

إن هذا رأي الفقيه "ديرو" لايؤخذ بعين الاعتبار في نظرنا لأن الشروط الجوهرية هي التي تكون مخطوطة أو مشافهة واغلبها تكون مطبوعة في العصر الحاضر، وكان رأيه ربما يعبر عن عصره المعاش أي سنوات 1910 وما قبلها إذ لم تكن العقود النموذجية قد تطورت بعد أما في القرن الحالي فإن الوضع يختلف، فشروط العقد الجوهرية في أغلب عقود الإذعان مطبوعة مسبقا وهذا لا يعني عدم إضافة شروط جوهرية مكتوبة ولكننا غالبا ما تكون على سبيل الإضافة أو التعديل²، وما يدعم رأينا هذا هو ما ذهب إليه القضاء الانجليزي من أن إضافة الشرط يجب أن يكتب بحبر أحمر وما ذهب إليه القضاء الأمريكي من جعل خط أحمر تحت كل شرط مضاف .

إن عقود الإذعان وطبقا للمعايير السابقة من الصعب القول بأنها عقود إدارية أو عقود خالصة لأن طبيعة عقود الإذعان تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد عقد إداري أو عقد مدني، فالأول له أحكامه التنظيمية الخاصة به سواء في إبرامه أو في آثاره، وبالتالي فإنه يمكن القول بأن النظرية القائلة بأنه مركز قانوني منظم تصدق على هذه العقود، إذ يراعى فيها ما يخوله التشريع للإدارات العامة من امتياز وأن عقد الإذعان الإداري يفسر وفقا للأحكام التي تضبطه³.

1 - محفوظ حامد لعشب، المرجع السابق، ص.54.

2- مفتاح خليفة محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، ب.ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ص.293.

أما الثاني فتحكمه القواعد العامة للقانون المدني إلا ما ورد فيه نص خاص كحالة تفسير العقد لصالح الطرف المدعن سواء كان دائئا أو مدينا¹، وبالتالي فإن أحكام النظرية القائلة بأنه عقد تصدق على عقود الإذعان الخاصة، وبذلك لا يوجد تعارض بين النظريتين ولكن لكل منهما تطبيقا ملائما لطبيعة التصرف الذي تحكمه².

إن المشرع الجزائري لا ينازع في الطبيعة القانونية لعقود الإذعان³، ويترتب على القول بأن العقد يعد عقد إذعان النتائج التالية:

-الزبون إما أن يقبل بالعقد جملة أو أن يرفضه جملة ولا يحق له مناقشة بنوده، وبالتالي فهو في مركز ضعيف أمام الطرف القوي الذي يضع شروطه بمفرده وهو ما يخل بالتوازن العقدي بين الطرفين، مما قد يجحف بحقوق المستهلك ومن ذلك وجود شروط بحق مقدم الخدمة في تعديل الخدمة طوال فترة التعاقد، أو عدم مسؤوليته عن التأخير خلال فترة الصيانة قد تطول أيامها على حساب المستهلك، ومن هنا يكون التعسف مضاعف لكوننا أمام إعفاء من المسؤولية وأمام شرط تعسفي في آن واحد⁴.

-إذا كان قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري لم يكفل الحماية اللازمة للمستهلك في مواجهة المتدخل مقدم الخدمة، فلا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة فيما يعيد التوازن العقدي المفقود في عقود الإذعان⁵.

ونجد أن بعض القوانين قد وضعت بعض الضوابط للقضاء من أجل التخفيف من حدة الغبن على الطرف الضعيف فأجازت للقاضي التدخل في تعديل شروط العقد، وكذلك تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعن (أي الطرف الضعيف) في العقد⁶.

ثانيا: خصائص عقد الإذعان

تتميز عقود الإذعان عن غيرها من العقود باجتماع مشخصات-أو معايير لتحديد مفهومها- ثلاثة، سنقوم بإبراز هذه الخصائص الأساسية لعقد الإذعان والتي اعتمدها معظم الفقهاء في مصر

³- العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.125.

⁴- محفوظ حامد لعشب، نفس المرجع السابق، ص.58.

³- علي فيلال، المرجع السابق، ص.73، العربي بلحاج، نفس المرجع السابق، ص.124.

⁴-Filali Osman ,op.Cit, p.165.

⁵ -Safia Benzemour, La Remise en Cause Des Principes Du Droit Commun Par Le Droit de Consommation, étude comparative, mémoire du Magister ,2012-2013, p.129.

⁶- فؤاد الشعيبي، المرجع السابق، ص.553.

وفرنسا وبعض الدول العربية¹، ثم ندرج الخصائص الأخرى المميزة لعقد الإذعان من أجل استنباط المعيار الراجح الذي اعتمده المشرع الجزائري لتمييز عقد الإذعان عن باقي العقود.

1- الخصائص الأساسية لعقد الإذعان :

أ- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة أو مرافق: تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى للمنتفعين، بحيث لا يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة في حاجاتهم دون أن يلحقهم أذى أو مشقة كما هو الحال في توريد المياه والكهرباء والسكن... الخ.²

ب- التمتع بوضع احتكاري لسلع و خدمات ضرورية: وقد تبناه أغلبية الفقه المصري، ووفقا لهذا المعيار، فإنه ولكي يتصف العقد بأنه عقد إذعان، لا بد أن يتمتع الموجب بوضع احتكاري فيما يتعلق بالسلعة أو الخدمة محل العقد، ذلك بأن ينفرد وحده بسوقها³، فالاحتكار إلغاء للمنافسة، ذلك أنه يؤدي إلى السيطرة والنفوذ وليس هذا وحسب بل يجب أن يكون محل العقد القائم عليه الاحتكار من الضروريات بالنسبة لكافة الناس⁴، وهو التوجه الذي أكدته بعض التطبيقات القضائية، حيث قضت محكمة الاستئناف العليا في الكويت بعدم تكييف العقد بين شركة الهواتف المتنقلة وبين أحد المشتركين في خدمة الهاتف النقال بأنه من قبيل عقود الإذعان لأن الشركة لا تتمتع باحتكار، بالاستناد إلى أن الخدمة ليست من الضروريات التي لا غنى للناس عنها.⁵

ونفس التوجه ذهبت إليه محكمة تمييز دبي فيما يتعلق ببطاقات الإئتمان التي تصدرها البنوك حيث رفضت اعتبارها من الخدمات الضرورية.

والاحتكار نوعان:

1- احتكار قانوني: وتنشئ مثل هذه الاحتكارات بمقتضى قانون، كأن يتعاقد شخص خاص مع الدولة لتسيير مرفق النقل، أو كالحق الذي يمنح لصاحب براءة الاختراع بأن يحتكر اختراعه ويستأثر باستثماره،

1- محفوظ حامد لعشب، المرجع السابق، ص.59.

2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.123.

3- محمد سلمان الغريب، الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص.36.

4- هو في فكر المدرسة الاقتصادية الكلاسيكية: الحالات التي تكتسب فيها شركة أو مجموعة من الشركات القدرة السيطرة على السوق المحلي بصورة تمكنها من بيع منتجاتها بأسعار تتيح لها تعظيم هامش ربحيتها، و ذلك بغض النظر عن أية اعتبارات تتعلق بترك تحديد أسعار هذه المنتجات وفقا لقانون العرض و الطلب في السوق المحلي.

5- فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان، مذكرة ماجستير، بن عكنون، تخصص القانون الخاص، الجزائر 2001، ص.12.

أو أن يتولى تقديم الخدمة أو السلعة مرفق اقتصادي عام مباشرة أو عن طريق عقود التزام المرافق العامة، وذلك كشركات الهاتف والمياه والكهرباء¹.

2- واحتكار فعلي: وهو الاحتكار الذي ينشئ نتيجة ظروف معينة خارجة عن سلطان القانون حيث لا يتدخل في إنشائه، ومن صورته مثلا أن يتمكن صاحب مشروع معين في الوصول إلى وضعية الهيمنة في السوق نتيجة سيطرته على المواد الأولية، أو حسن تدبيره وتسييره، أو أن يتواجد مشروع وحيد في منطقة منعزلة مما يجعله بصورة فعلية في تلك الوضعية الاحتكارية².

وما يلاحظ على معيار التمتع بوضع احتكاري لسلع وخدمات ضرورية أنه معيار متشدد يضيق نطاق عقود الإذعان، وبالتالي تقليص الحماية المقررة في مواجهة هذه العقود، حيث سيفلت العديد من المهنيين الغير المتمتعين بوضعية الاحتكار من توقيع الجزاء المناسب، ذلك أن أصغر تاجر سلع أو مقدم خدمات، يحرر عقودا قد تكون الأكثر خطورة³.

إضافة إلى كونه معيارا تقليديا فرضته الظروف الاقتصادية التي نشأ في ظلها، إذ أثبت الواقع أن المحتكر لا يكون بالضرورة الأقوى ماليا، فقد يذعن الأكثر ثراءً لبنود هذا المحتكر.

وفيما يخص السلع والخدمات المتعلقة بحاجات عامة الناس والتي لا غنى لهم عنها في حياتهم اليومية، فهو معيار فضفاض⁴، ذلك أنه يختلف من حالة إلى أخرى فما يعتبر ضروري عند أحدهم، قد لا يكون كذلك عند آخر.

وفي محاولة للتقليص من حدة الانتقادات التي وجهت لهذا المعيار، حاول أنصاره التوسيع فيه بأن أضافوا حالات المنافسة المحدودة لإضفاء وصف الإذعان على العقود التي يبرمها هؤلاء المتنافسين مع جماعة المستهلكين، الأمر الذي اعتمده محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 248 لسنة 1969، حيث قضت بأنه: "لكي يعتبر العقد عقد إذعان يجب أن يتضمن احتكارا قانونيا أو فعليا، وفي القليل سيطرة على السلعة أو المرفق تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق"⁵.

أ.3- الإنفراد المسبق بتحرير العقد وفرض بنوده: نتيجة للتطور التكنولوجي والاقتصادي، لم يعد الإنفراد بتحرير بنود العقد مقتصرًا على شركات الاحتكار فقط، فقد فرض هذا الأسلوب نفسه على كافة التعاملات

¹-محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.28.

²-Alex weill,Francois terré,droit civil ,les obligation,2éd, ,nancy,France,p.95.

³-Georges Berlioz ,op.cit ,p29.

⁴-فؤاد الشعيبي، المرجع السابق، ص.552.

⁵-سليمان الغريب، المرجع السابق، ص.121.

في السوق، أمام عدة عوامل أهمها ضخامة الإنتاج وتزايد الطلب، اللذين أديا إلى حتمية التوزيع السريع للسلع الذي لا يتلاءم ومناقشة العقد في كل مرة على حدا من جهة.

وكذا دخول جهاز الحاسوب عالم الأعمال من جهة ثانية، إذ أصبح المتدخلون يعولون عليه في تحرير عقودهم، بعدما بات التشابه بين طلبات المستهلكين واضحا بحيث يكتفون بإعداد نموذج واحد للعقد على عدة نسخ، يقتصر دور المستهلك فيه على ملئ الفراغات الخاصة بمعلوماته الشخصية والإمضاء دون مناقشة بنود العقد¹، لا لأن السلعة أو الخدمة ضرورية بالنسبة له مثلما كان يتطلبه المعيار القائم على الاحتكار، بل فقط لأن هذا الأخير يرى نفسه دائما في مركز ضعف بمجرد أنه يتعامل مع متدخل يضعه أمام خيارين لا ثالث لهما إما قبول العقد برمته هو أو رفضه برمته².

والحقيقة أن أهم سبب يجعل المنتفع غير قادر على مناقشة بنود العقد هو ضعفه القانوني على وجه الخصوص فهو غالبا ما يتعاقد خارج تخصصه. إذ يُخيل له أن هذه البنود هي بنود قانونية ملزمة أكثر منها بنودا تخدم مصالح واضعها، لإشتباها بالنماذج التي تطرحها الجهات الإدارية حينما تتعامل مع الأفراد فيما يطلبونه من خدمات، أو يعتقد أن ما هو مقدم عليه هو مجرد إجراء روتيني مفروض وموحد في السوق، تعوّد على القيام به عند اقتتائه للسلع والخدمات دون أن يدرك حقيقة ما هو مقدم عليه.

ووفقا لهذا المعيار، فإننا نكون بصدد عقود إذعان في كل مرة يتم فيها قبول عقد محرر مسبقا وبصورة منفردة دون مناقشته، بحيث لا يتدخل القابل إلا لإعطاء فعالية قانونية للإرادة المنفردة للمدّعن له³.

وهذا الإعداد المنفرد للبنود هو ما يعرف بالعقود النموذجية الإفرادية (Contrats type unilatéraux)، تميزها لها عن العقود النموذجية الثنائية التي قوامها التفاوض مما يعني إمكانية التعديل فيها من الطرفين⁴، وبينها وبين تلك التي تفرضها النصوص القانونية، كما هو الحال في نموذج عقد الإيجار الذي جاء تنفيذا للمرسوم التشريعي رقم 39-03 المتعلق بالنشاط العقاري⁵.

¹ - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد - في ضوء القانون المدني الجزائري -، دراسة مقارنة، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011، ص.131.

² - Alex Weil, François Terré, op.cit, p.95.

³ - Georges Berlioz, op.cit, p.29.

⁴ - Didier Ferrier, La protection des consommateurs, Dalloz, connaissance de droit, paris, 1996, p.80.

⁵ - المرسوم التشريعي رقم 39-03 المتعلق بالنشاط العقاري، المؤرخ في 01 مارس 1993، ج. الرائدة في 03 مارس 1993، العدد 14، ص.25.

وما دام العقد النموذجي الإفرادي هو عقد إذعان، فهو يشكل بالتالي مصدر خطر للمستهلك، غير أنه لا يمكن القول أن كل عقد نموذجي انفرادي يحوي بالضرورة على مثل تلك الشروط الماسة بمصالح المستهلك، إذ قد يأتي هذا العقد خاليا من كل تعسف تعاقدى بالرغم من تحريره مسبقا وبصورة منفردة من جانب المتدخل¹.

2- الخصائص الأخرى المميزة لعقد الإذعان

إضافة إلى الخصائص التي تناولناها سابقا ينفرد عقد الإذعان بخصائص أخرى تميزه عن غيره من العقود والتي ندرجها كالآتي:

- عقود الإذعان هي عقود دائمة وتوضع بشكل مستمر كعقود نموذجية ولمدة غير قصيرة « Durables ».

- عقود الإذعان هي عقود تفسر تفسيراً ضيقاً « Rigide et strict » لنفس الخاصية السابقة، فكونها عقوداً نموذجية تقرر شروطها مقدماً لا يمكن تغييرها أو تعديلها تبعاً لشخص القابل.

- عقد الإذعان عقد مركب، إذ غالباً ما يعتمد هذا العقد على عناصر فنية يستخلصها الموجب من السير الوظيفي لمنشأته أو مؤسسته بحيث يعود عليه بالفائدة، وعليه فإن العناصر الفنية تستوجب بالضرورة استبعاد أي مناقشة أو مفاوضة تكون غير مجددة، وذلك لتنوع هذه المنشآت من جهة ولأن المتعاقدين يمكن أن يلتمسوا بالحاجيات الفنية الواجب توافرها لضمان سيرها .

- شروط عقد الإذعان نتاج محض لإرادة واحدة، وهي إرادة المحترف الذي ينفرد بتحرير الشروط التعاقدية.²

- عقد الإذعان هو منعقد المدة كعقد فتح الاعتماد المستندي وعقد الحساب الجاري.

- عقد الإذعان قد يكون عقداً يحكمه القانون الخاص، وقد يكون من عقود القانون العام.

- عقد الإذعان من العقود الملزمة لجانبين ذلك لأنه من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرعات، لعدم إمكانية تصور الإذعان في عقود التبرع .

- عقد الإذعان من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع .

¹-إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، 2011-2012، ص.38.

² -Alex Weill, François Terré, op.cit, p.95.96.

- عقد الإذعان بين الرضائية والشكلية، على الرغم من أن عقد الإذعان غلبه يكون مكتوباً لأن أهم مصدر له هو العقود النموذجية إلا أن أساس الالتزام التعاقدية فيه رضائي، وغني عن البيان أن القاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود ولا يخرج عقد الإذعان عن هذا، أما الشكلية ترد استثناء عن المبدأ حيث يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن عقدا رضائيا بطبيعته كعقد البيع لا ينعقد إلا بالكتابة، إذ ليس في ذلك ما يخالف النظام العام والآداب العامة.

وطبقاً لإرادة المتعاقدين فلا يوجد هذا العقد إلا إذا اتخذ الشكل المتفق عليه، ويجب أن تكون فيه نية العاقدين صريحة في ذلك أنهما لم يقصدا أن تكون الكتابة للإثبات فقط، وعند الشك يرجح أن تكون الكتابة للإثبات فقط إلا أنه لا يجوز الاتفاق على جعل عقد شكلي عقداً رضائياً¹.

تلك الخصائص أو المميزات هي التي تحدد كون العقد عقد إذعان أم لا؟ ونلخص إلى أن ما يجب مراعاته في هذا المجال هو أن عقد الإذعان هو فئة ذات خصائص مشتركة ناتجة عن تطور التسمية.

المطلب الثاني: اتصاف عقود الاستهلاك بصفة الإذعان

لم يتناول المشرع الجزائري أمر تعريف عقود الاستهلاك في القوانين المتعلقة بالاستهلاك، غير أنه كان ذكي حينما أعطاها وصف الإذعان بصورة صريحة، مما سببها مرتبطة بتنظيم عقد الإذعان في القانون المدني فيما يتعلق بكثير من المسائل.

حيث عرّف بصفة ضمنية العلاقة التي تربط بين المستهلك والعميل الاقتصادي بأنها: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"²، باستقراء مضمون المادة 03 من القانون 02-04 يتضح بأن المشرع قد قدم تعريف لعقد الإذعان، بعدما كان قد اكتفى في القانون المدني ببيان بعض الأحكام المتعلقة بتكوينه وتفسيره، وفي هذا الصدد نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"³، وجاء هذا التعريف متوافقاً للمفهوم الحديث لعقد الإذعان مع ضرورات حماية المستهلك الذي يجد

¹ - محفوظ حامد لعشبة، المرجع السابق، ص.72.

² - المادة 03 من القانون رقم 02-04 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالفة الذكر.

³ - إن مصدر هذا النص القانوني هو المادة 100 من القانون المدني المصري وقد اقتبسها العديد من التشريعات العربية، المادة 101 من القانون المدني السوري، المادة 100 من القانون المدني الليبي، المادة 81 من القانون المدني الكويتي،

نفسه في مواجهة متدخل يضع شروط العقد سلفا دون أن يستطيع المستهلك مناقشتها أو تعديلها، لاسيما وإن كثير من الدول العربية مازالت حتى اليوم لم تسن قانون لحماية المستهلك على غرار ما فعلته غالبية الدول الأوروبية.

يستخلص من فحوى هذين النصين وبما أن المشرع لم يُشر لا قريب ولا من بعيد لفكرة الاحتكار وضرورة السلعة أو الخدمة، يمكن القول أنه قد اختار مدلولاً واسعاً لعقود الإذعان ومنه لعقود الاستهلاك يتواكب والتطور الاقتصادي الحاصل، ومن ثم من ينبغي توافر شرطين لاعتبار العقد من عقود الإذعان¹:

أ- الشرط الأول: تحرير شروط العقد مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين وعرضها على المتعاقد الآخر.

ب- الشرط الثاني: إذعان الطرف الآخر بكل شروط العقد دون إمكانية مناقشتها أو إحداث أي تغيير حقيقي فيها.

بناءً على ماتقدم يمكن القول أن عقود الاستهلاك التي تجمع بين المستهلك والمتدخل تتميز بالصبغة الإذاعانية في طبيعتها، ويسقط عليها صفة عقود الإذعان لكونها تضم جميع العناصر المميزة لهذه الفئة من العقود (أي عقود الإذعان)، فمضمونها يتحدّد بصفة مسبقة من جانب المتدخل، ويعرض على جمهور المستهلكين في شكل موحد، ويقتصر دور المستهلك فيه على التسليم والانضمام للعقد دون إمكانية مناقشته أو تعديله²، نتيجة للقوة التي يتمتع المتدخل، والتي تخول له فرض شروطه باعتباره الطرف القوي في العقد بحكم خبرته وقدراته الفنية والقانونية في الأمر الذي يجعله والمستهلك في علاقة غير متكافئة ومختلة التوازن³.

ولم يشترط المشرع الجزائري لصحة العقد المبرم بين المستهلك والمتدخل وجود مساواة حقيقية بين المتعاقدين أو مناقشة سابقة على إبرام العقد، لكنّه وضع تقنيات تسمح بحماية الطرف الضعيف تكون أكثر فعالية من تلك التي قررتها قواعد القانون المدني⁴.

المادة 213 من القانون المدني اليمني، والمادة 105 من القانون المدني الإماراتي، وتوجهت أغلب هذه التشريعات للأخذ بمعيار الاحتكار مسايرة للفقهاء والقضاء الفرنسيين.

¹ - نلاحظ أن المفهوم الحديث لعقد الإذعان يتماشى مع نصوص القانون المدني الجزائري وبالأخص المادة 70 من القانون المدني الجزائري، وكذلك المادة 03 من القانون رقم 02-04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 124.

³ - Christian Capoyade Deschamps, Caurent Bloch, Stéphanie Maracchini-Zeidenberg, Droit Des Obligation, 2^{éd}, Ellipses, 2008, p.25.

⁴ - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص. 23.

فقد الاستهلاك كغيره من العقود يقوم على مجموعة من الأركان ليقوم صحيحا مستوفيا كافة شروط العقد الصحيح، وهي التراضي الذي يتكون من إيجاب وقبول (الفرع الأول)، كما يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بمحل العقد الذي يدور حول السلع والخدمات (الفرع الثاني)، ولما كان عقد الاستهلاك هو عقد إذعان وجب أن يكون للعقد سبب لإبرامه (الفرع الثالث)، وأن يكون العقد مكتوبا (الفرع الرابع).

الفرع الأول: خصوصية التراضي في عقد الاستهلاك

تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، فالتراضي وفقا لهذا النص وما هو مألوف حول نظرية العقد في القواعد العامة، هو تطابق إرادتين صحيحتين، تتمثل هاتان الإرادتان في إيجاب يصدر من الطرف الأول، وهو العرض الذي يتقدم به بغية التعاقد، وقبول لهذا العرض من الطرف الثاني.

وإن كان التراضي في الحالات العامة هو نتاج التفاوض والمساومة، فإنه في عقود الإذعان ومنه عقود الاستهلاك يشذ (يخرج) عن القاعدة العامة¹، سواء فيما يتعلق بالإيجاب أو بالقبول ويتميزان ببعض الأحكام الخاصة وذلك نتيجة انعدام النقاش بين طرفي العقد، المترتب عن انعدام التوازن الاقتصادي بين مراكز طرفيه، فأحدهما يكون في مركز اقتصادي قوي لاحتكاره سلعة أو خدمة ضرورية والآخر في مركز ضعيف نظرا لحاجته الملحة لها، ورضاء هذا الأخير موجود ولكنه مفروض عليه².

ونتناول بهذا الصدد كل من الإيجاب (أولا) والقبول في عقود الإستهلاك (ثانيا).

أولا: الإيجاب في عقود الاستهلاك

يكتسي الإيجاب في عقود الإذعان أهمية بالغة، فهو يترجم في الكثير من الأحوال العقد النهائي بكامل قوامه الأساسية، إذ لا يكون قابلا للتفاوض فيه، على عكس ما هو معروف في عقود المساومة، حيث تتعدد و تتوالى فيها العروض والمفاوضات حول الإيجاب الأول إلى حين الوصول إلى الإيجاب النهائي، ولما كان الإيجاب في عقود الإذعان ذو طبيعة خاصة، فهو يتميز بجملة من الخصائص تضيف عليه هذه الطبيعة، كما أن له أشكال تختلف عن الشكل المألوف في عقود المساومة³.

¹ - محفوظ حامد لعشب، المرجع السابق، ص.24.

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.244.

³ - خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، ب.ط، الدار الجامعية، 2008، ص.39.

1- خصائص الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الاستهلاك

يتميز الإيجاب في عقود الإذعان بجملة من الخصائص فهو إيجاب عام ومستمر، حتمي ودائم.

أ-عمومية الإيجاب

فالإيجاب في عقود الإذعان لا يقتصر على شخص واحد، بل هو إيجاب موجه إلى الجمهور على وجه العموم، أو إلى فئة منه يشترك المنتمون إليها في صفات معينة ولا يوجه إلى شخص معين بذاته.

ولما كان الإيجاب عام فإنه لا يجوز للمذعن له أن يختار فيما بعد من يتعاقد معهم، إذ يكون ملزما بالتعاقد مع كل من وافق على إيجابه كاملا دون النظر لشخصه.

ب-حتمية الإيجاب

يتميز الإيجاب في عقد الإذعان أيضا بأنه إيجاب بات، حتمي ومفروض يصدر في مواجهة الجمهور بصورة قاطعة دون إمكانية المناقشة والتغيير في العرض الذي ورد فيه وأن يقدمها لكل من يطلبها من الجمهور، نظرا لما يتمتع به في الغالب من احتكار قانوني وفعلي "Monopole de fait".¹

ج-ديمومة الإيجاب

ويتميز الإيجاب في عقود الإذعان كذلك بأنه إيجاب دائم، مستمر، أي أنه غير مقيد بالمدة كونه يتصف بالاستمرارية على مدار الساعة، وهو كذلك غير مقيد بالمكان فالمعلوم في القواعد العامة أن يبقى الموجب ملزم بإيجابه طيلة المدة، وكذلك ملزم بأي مكان يصدر عنه القبول.²

وهو أمر طبيعي إذا ما نظرنا للخاصيتين السالف ذكرهما، فعمومية الإيجاب وحتميته، يقتضيان ديمومته حتى لا يفقد الإيجاب طبيعته الخاصة، وتخف بالتالي قوته الملزمة في مواجهة الجمهور، فاستمرار الإيجاب يبعث في نفس المستهلك الراحة والطمأنينة حيث يتأكد أنه يبرم عقدا سيبرمه الآلاف من أمثاله و بنفس الشروط بل و أبرمه الكثير من قبله كذلك.³

¹ - فؤاد الشعيبي، المرجع السابق، ص.548.

² - يمينة حوجو، التعاقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جويلية 2012، العدد03، ص.55

³ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.32.

د- القوة الاقتصادية للموجب

يتمتع الموجب في عقود الإذعان بمركز اقتصادي قوي يمكنه من فرض شروطه على المتعاقد الآخر، الذي يتميز بالضعف الظاهر في مواجهة هذا الموجب، والذي يتمتع بقدرات مالية ومعلوماتية وقانونية تفوق الطرف الآخر الذي يفتقر عادة إلى ذلك، ويحتاج بالضرورة لما يقدمه الموجب من سلع وخدمات.

2- أشكال الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الاستهلاك

للإيجاب في عقود الإذعان شكلين يتمثل الشكل الأول في تلك العقود النموذجية الانفرادية التي تقدم للمذعن بمجرد إظهار رغبته في التعاقد أو تحمسه حوله، ويتعلق الشكل الثاني في الإعلانات القانونية حينما تستوفي بعض الشروط.

أ-العقود النموذجية الانفرادية

أصبحت العقود النموذجية الانفرادية نفسها شكلا من أشكال الإيجاب في عقود الإذعان وأكثرها شيوعا على الإطلاق، ويبرر استعمال هذه المطبوعات المحررة سلفا من قبل الموجب نظام السوق الحالي القائم على تماثل العروض وتزايد الطلبات ورغبة المهنيين في تحقيق أكبر قدر من المعاملات المربحة في أقصر وقت ممكن، الأمر الذي من شأنه أن يجعل صيغها في عقود نموذجية بشروط موحدة "Standardisation"¹، أمرا عمليا و تقنيا بالدرجة الأولى، إذ من غير المعقول أن تعاد سرد الشروط بصورة شفوية في كل مرة يأتي فيها شخص ما للموجب بغية إبرام العقد أو أبسط من ذلك مجرد الاستفسار فقط حول شروطه و مدى ملائمتها لمصالحه.

إلا أن هذا المنطق وإن كان منطقا سليم وعملي فهو يخدم مصالح المذعن له في الغالب وتجعل الشخص يذعن بسهولة، فهو أوجده لهذا الغرض حتى و إن لم يورد بهذه المطبوعات شروطا تعسفية.

ب-الإشهار كشكل من أشكال الإيجاب في عقود الإستهلاك

أصبح الإشهار سمة من سمات العصر حيث أنه يمثل مصدرا هامًا لإعلام المستهلكين وتوجيه رغباتهم ووسيلة لترويج المنتجات والخدمات، أمام الكم الهائل للسلع والخدمات والتي كثيرا ما يقف المستهلك حائرا في انتقاء الأجود منها أو على الأقل الأكثر نفعا له².

¹ - فضيلة سويلم، المرجع السابق، ص.72.

² - Didier Ferrier, op.cit, p.40-41.

وقد عرّف المشرع الجزائري الإشهار، في القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بموجب المادة 03 فقرة 4 على أنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

وما يلاحظ على هذا التعريف أنه ركز على اعتبار الإشهار مجرد وسيلة لترويج بيع السلع والخدمات، متناسيا في ذلك وظيفته في الإعلام وهي الوظيفة الأهم، حتى تحقق الرسالة الإشهارية دورها كاملا كإيجاب ينعقد به العقد بمجرد صدور قبول مطابق له.¹

بالرغم من أن الإشهارات لم تعد تقتصر على جانب الترويج فقط، ولعل أوضح مثال هو تلك الإشهارات التي تغزو الصحف و الجرائد²، والتي تحوي أهم البيانات والمعلومات الحقيقية حول السلع والخدمات، كذلك الإشهارات الموجودة على صفحات الأنترنت.

لذلك فإن التعريف الكامل للإشهار هو: "مجموعة من الإدعاءات، الإشارات البيانات التي يوصلها المعلن إلى المستهلك، حول مزايا و مواصفات المال أو الخدمة المراد الإشهار عنها من خلال الوسيلة الإشهارية المناسبة بغية إعلامه حولها، وحثه في الأخير على ضرورة اقتناءها عن طريق جلب انتباهه و إثارة اهتمامه"³.

ويعود اقتصار المشرع الجزائري على اعتبار الإشهار وسيلة للترويج⁴، فقط دون الإعلام إلى أنه قد أورد نصوصا خاصة بالإعلام كالالتزام يقع على عاتق المتدخلين. ومع ذلك يبقى الإشهار وسيلة إعلام اختيارية يمكن للمتدخل الاستناد عليها في إعلامه للمستهلك، ولالإشهار عنصران:

1 - عنصر مادي: ويقصد به جملة الأدوات والوسائل التي تتيح الاتصال بالجمهور، سواء كانت من أدوات الكتابة بجميع أنواعها، كالجرائد والمجلات والمطبوعات والرسوم، والمسموعة عن طريق الإذاعة والصياح في الطرق العمومية، أو المشاهدة كالتلفزيون و الأنترنت مثلا.

¹- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، 94.

²- محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.15.

³- خديجة قندوزي، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة ماجستير، تخصص قانون عقود ومسؤولية، 2001، ص.13.

⁴- وقد عرّف الترويج بموجب المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18 جوان 2006 الذي يحدد شروط وكيفيات البيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج.ر، العدد 41، الصادرة في 21 جوان 2006 على أنه: "كل تقنية بيع سلع مهما يكن شكلها، والتي يرمي العون الاقتصادي عن طريقها إلى جلب الزبائن و كسب وفائهم".

2- عنصر معنوي: ويتمثل في التأثير على الجمهور بغية تحفيزه على اقتناء المنتجات بهدف تحقيق الربح، هو ما يميز الإشهار التجاري عن باقي الإعلانات الأخرى، كتلك التي تقوم بها الوزارات من فترة إلى أخرى في مواجهة المواطنين.

وقد أدى الانفتاح على العالم من خلال شبكة الانترنت والتلفزيون، سرعة إدراك بعض المحترفين لخطورة الإشهارات الكاذبة عليهم وعلى أعمالهم بالدرجة الأولى، لذلك فهم يحرصون في الغالب، على إيراد إشهار مطابق لما هو موجود فعلا لديهم من سلع وخدمات، ولهذا فقد أصبحت الإشهارات في الكثير من الأحوال تمثل شكلا من أشكال الإيجاب في عقود الإذعان، ذلك أنها تترجم ما سيكون عليه العقد في النهاية سواء فيما يتعلق بالثمن أو بمميزات السلع و الخدمات، أو بالشروط العامة للعقد¹.

وحول هذه النقطة قد احتدم الصراع بين الفقهاء في مدى اعتبار الإشهار شكلا من أشكال الإيجاب، وقد نتج عن هذا الصراع بروز موقفين لكل منهما رأيه، ذهب الأول إلى التشكيك في اعتبار الإشهار إيجابا كاملا، واكتفى أنصاره بإعطائه قيمة إرشادية فقط، على أساس أنه لا يخلو من التغيرير والذي بات أمرا مألوفاً، وخلصوا في النهاية إلى أن الإشهار ليس جزء من العقد، فهو مجرد دعوة للتفاوض.²

فيما ذهب الثاني -وهو الأصح- أن الإشهارات التي تصادفنا يوميا سواء تلك المنشورة في الصحف والمجلات بأنواعها، أو تلك التي تعرض على التلفزيون وعلى صفحات الانترنت، تعد إجابا صحيحا³، ما دامت هذه الإشهارات واضحة تضم أهم بنود العقد النهائي من ذكر خصائص المنتج و ثمنه، فإذا خلى الإشهار من هذه البيانات هنا فقط ينزل لمستوى اعتباره مجرد دعوة للتفاوض.

ج- الإشهار التضليلي

حاول المشرع الجزائري من خلال تنظيمه الممارسات التجارية أن يوطر العلاقة الاستهلاكية التي تربط المتدخل بالمستهلك، وما يشهده العالم الحالي من تطور، وكثرة المبيعات وتزايد المنافسة، باستعمال وسائل تحث على الزيادة في الاستهلاك أدى الى ظهور الاشهار غير الشرعي أو التضليلي كما يطبق عبيه، حيث ادرجه المشرع ضمن الممارسات غير النزيهة بموجب المادة 28 من القانون 04-02 في الفقرة الثانية "يعتبر إشهار غير شرعي وممنوع كل إشهار تضليلي".

¹ - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.97.

² - موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بغداد، العراق، 2011، ص.45.

³ - موفق حماد، المرجع السابق، ص.50-51.

1-تعريف الاشهار التضليلي

جاء في المادة 03 الفقرة 03 من القانون 02-04 على انه"هو كل إعلان يهدف بصفة مباشرة او غير مباشرة الى ترويج بيع السلع والخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة،استعمال المشرع لمصطلح الإشهار يدل على معاني عديدة منها: الإشهار العقاري،الإشهار المتعلق بترويج المنتجات الصيدلانية،الإشهار الذي تخضع له الشركات والمؤسسات الخاضعة للتسجيل التجاري¹.

2-صور الإشهار التضليلي

من الناحية القانونية يمتد الإشهار التضليلي إلى الخدمات ايضا التي تقدمها بعض المؤسسات سواء كانت تابعة للدولة أو تابعة للخواص،وسواء كانت تلك الخدمات متعلقة بالإطعام أو الفندقية أو الصيرفة البنكية،وجاء في المادة 28 من القانون 02-04 السالف الذكر على أنه: واعتبره شرعي وممنوع لاسيما إذا كان:

-يتضمن تصريحات أو بيانات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف بمنتوج أو خدمة أو بكميته أو وفرته أو مميزاته.

-يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.

-يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها مقارنة مع ضخامة الإشهار².

3-عقوبة الاشهار التضليلي

حرصا على تسويق منتج تجاري سلع-خدمات وسعيا لاستقطاب عدد أكبر من الزبائن لاقتناؤه أقر المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة الترويج للسلع والخدمات بواسطة الإشهار التجاري في إطار ضوابط المنافسة النزيهة،كما أنه في مقابل ذلك جظر الاشهار التضليلي باعتباره ممارسة تجارية غير نزيهة ولا أخلاقية ،وقد بين ذلك في القانون 02-04 السالف الذكر،ونص على تجريمه بتكليف وصف الجنحة والعقاب عليه بالمادة 38 من ذات القانون بالغرامة من 50.000 الى 5.000.000

¹-لعور بدره ،الاشهار التضليلي كوسيلة لخرق نزاهة الممارسات التجارية في التشريع الجزائري،مقال منشور في

revues.univ-biskra.dz.

² -المادة 28 من القانون رقم 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

كعقوبة أصلية، وحجز المنتج والامر بنشر القرار القضائي النهائي كاملا أو ملخصا عنه في الصحف الوطنية، في أماكن يحددها القاضي كعقوبة تكميلية، كما يمكن للوالي غلق المحل 60 يوما كعقوبة إدارية.

ثانيا: القبول في عقود الإستهلاك

بالرجوع إلى عقد الإذعان تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيه".

فالقبول في هذه العقود وبصراحة النص القانوني يقتصر على مجرد الإذعان -لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار في القبول¹، لما يقرره الموجب، ومن ثم فلا خيار للقابل سوى قبول العقد برمته أو رفضه برمته، و تعتبر طريقة حصول القبول قضاء المعيار الذي يكيف على أساسه العقد فيما إذا كان من عقود الإذعان أو المساومة، وهذا ما أكدته محكمة النقض الإماراتية في الطعن رقم 208 المؤرخ في 22 أبريل 1954، إذ قضت أنه: "متى كان لكل إنسان حرية القبول أو الرفض وذلك بعدم تقديم عطائه أصلا، أو بتضمينه الشروط التي يرتضيها وتلك التي لا يقبلها فإن التعاقد عن هذه العملية لا يعتبر عقدا من عقود الإذعان"².

الفرع الثاني: خصوصية المحل في عقود الاستهلاك

إن محل عقد الاستهلاك يمتد لكل ما يعد سلعة أو خدمة لأن عقد الاستهلاك يرتبط دائما بالحصول على السلعة أو الخدمة، والتي يلتزم المحترف بتوفيرها للمستهلك هذا الأخير الذي يدفع المقابل المادي نظير الحصول عليها من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية، إن مصطلح السلع والخدمات يكتسي أهمية بالغة في قانون الاستهلاك بالرغم من إن المشرع لم يثبت على مصطلح السلع أو المنتج ولم يبين صراحة هل يعتبر العقار محلا لعقد الاستهلاك، وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد المشرع الجزائري يشير إلى المحل بمصطلح الشيء المبيع حيث أورد العديد من النصوص القانونية التي تضبط أحكامه وتزيل اللبس في حالة قيام غموض في مسألة ما تتعلق بالشيء المبيع، كما تناول طرق تعيين الشيء المبيع وفرق بين ما يمكن أن يكون محلا لعقد ما وما يخرج عن نطاق التعامل ولا يمكن أن يعتبر محلا في عقد من العقود المختلفة.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومه، 2005، ص 93.

² - إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 44.

1-تعريف المنتج

بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 89-02 الملغى عرّف المنتج من خلال المادة 2 على أنه: " كل منتج سواء كان شيئاً مادياً أو خدمة، مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية، حسب هذه المادة فإن المنتج هو كل شيء مادي طبقاً للقواعد العامة، فالأشياء المادية هي التي يكون لها كيان مادي ملموس مثل العقارات والمنقولات.

على رغم من شمولية نص المادة الثانية توجد بعض المنتجات والخدمات لا يطبق عليها قانون حماية المستهلك وهي المنتجات الخاضعة إلى أحكام تشريعية خاصة¹، ضف إلى ذلك يخرج من مفهوم المنتج الأشياء المعنوية، ولم يدرج المشرع الجزائري مصطلح السلعة في مفهوم المنتج الذي جاء في نص المادة وإنما استعمل مفهوم واسع للمنتج والمتمثل في شيئاً مادياً.

تنص الفقرة الأولى من المادة الثانية (2) من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الصادر بتاريخ 1990/01/30 الملغى² على أن "المنتج هو كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية".

تجدر الإشارة أن هذا التعريف جاء واسعاً إذ يمكن أن يكون المنتج كل شيء منقول ومجسد، ويمكن أن يكون منقول مادي جديد أو قديم قابل للاستهلاك مثل المواد الغذائية أو شيء للاستعمال كالأجهزة المنزلية³. ويشمل كذلك المنتجات الخطيرة بطبيعتها، وهذه المنتجات غير محرمة قانوناً، وعادة ما نجدتها في الأسواق مثل المنتجات السامة.

ويمكن القول أن هذه المادة جاءت لتحديد معنى الشيء المادي الذي اعتبره المشرع الجزائري على أنه منتج، وذلك في ظل المادة الثانية من القانون رقم 89/02 الملغى، فحصر تعريف المنتج على المنقولات فقط دون العقارات.

¹-شعباني حنين نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2012، ص. 41.

²-المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة وقمع الغش الصادر بتاريخ 1990/01/30، ج.ر، العدد 05، الصادرة بتاريخ 2001/10/01، المعدل والمتمم بموجب مرسوم التنفيذي رقم 01-351 المؤرخ في 2001/10/16، ج.ر، العدد 61، الصادرة في 2001/10/21، ص. 15.

³-جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق - بن عكنون - الجزائر، 2001-2002، ص. 74.

أما المادة 2 من القانون رقم 04-04 المتعلق بالتقييس¹ عرفته على أنه: "كل مادة بناء أو مركبة أو جهاز أو نظام أو إجراء أو وظيفة أو طريقة".

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري من خلال هذه المادة حاول تحديد مفهوم المنتج من خلال أمثلة ذكرها على سبيل المثال والتي يمكن تصنيفها إلى سلع (مثل مواد البناء) وخدمات (مثل وظيفة).

أما في ظل قانون المدني الجزائري: عرفت المادة 140 مكرر/ فقرة 2 من القانون المدني الجزائري² المنتج على أنه: "يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

إذن من خلال هذه المادة كيف المشرع الجزائري المنتج على أنه سلعة دون خدمة، وبالتالي حصر مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها السلع للمستهلك دون الخدمات.

خلاصة القول يعاب على المشرع الجزائري عدم الدقة في تحديد مفهوم المنتج بحيث استعمل مصطلحات تتسم بالشمولية، والتعارض ما بين النصوص التشريعية وهذا لا يتماشى مع الغرض الذي وجد من أجله قانون حماية المستهلك³. فهذه الشمولية والتعارض يترتب عنهما كثرت التفسيرات والتأويلات بخصوص مفهوم المنتج.

أما في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش حاول المشرع الجزائري تحديد مفهوم المنتج لإزالة كل غموض الذي يدور حول مصطلح المنتج وبالتالي يحقق ضمان سلامة المستهلك.

بالرجوع إلى المادة 10/3 من القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش عرفت المنتج على أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع التنازل بمقابل أو مجانا"⁴.

حسن ما فعل المشرع الجزائري حينما حسم الأمر، أين أعطى تعريفا للمنتج مبينا أنه يدخل تحت هذا المفهوم كل من السلعة والخدمة، وإلى جانب التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للمنتج، فقد

¹- القانون رقم 04-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس، ج.ر.الصادرة في 27 يونيو 2004، العدد 41، ص.05.
²- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر. المؤرخة في، العدد 101، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني، ج.ر. المؤرخة في 13 مايو 2007، العدد 31، ص.03.

³- زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001، ص. 52.

⁴- المادة 03 فقرة 10 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تنص على أنه: "المنتج: كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

حاول تحديد معنى المنتج من حيث السلعة، وذلك من خلال تحديد بعض المصطلحات التي تدخل في مجاله والتي هي أكثر استعمالاً لدى المستهلك، كمصطلح البضاعة¹ والمواد الغذائية.

تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن نص المادة 03 فقرة 02 في صياغتها العربية قد استعمل المشرع مصطلح السلع للدلالة على عبارة « biens » في النص الفرنسي والتي تعني الأموال، لكن في الواقع هذه الترجمة غير متطابقة لأن مصطلح الأموال² يقصد به كل المنقولات والعقارات وحتى الأموال المعنوية³، وهو بذلك أوسع وأعم من عبارة السلع التي تقتصر على المنقولات المادية فقط، وعموماً فإن كل الأموال التي يتم اقتنائها أو استعمالها لغرض غير مهني يحوز أن تكون محلاً لعقد الاستهلاك.

بالإضافة إلى أنه لما عرف المشرع الجزائري المنتج في نص المادة 10/3 من القانون رقم 09-03-03 أهمل عنصر أساسي في مجال قانون الاستهلاك وهو أن يكون المنتج معروض للاستهلاك *la mise à la consommation*⁴ حتى يمكن إلزام المتدخل بضمان سلامة المنتج، وعليه المنتج الذي لم يتم عرضه في السوق بعد فلا يدخل في نطاق التزام المتدخل بضمان سلامته.

بالمقابل نجده نص صراحة على هذا العنصر المهم في المادة الثانية من القانون رقم 09-03-03، أين ربط تطبيق أحكام قانون الاستهلاك على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً، وعلى كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك.

بالرجوع إلى قانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى، لقد ميز المشرع الجزائري ما بين المنتج الخطير وغير الخطير وذلك في مادته الثانية(2)⁵، كما عرّف الشيء

¹-المادة 3/2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المعدل والمتمم عرفت البضاعة على أنها: "كل منقول يمكن وزنه أو كيله أو تقديره بالوحدة ويمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية".

²-عرّف الأموال على أنها: "كل شيء يصلح لأن يكون محلاً لحق مالي يدخل في تقدير ذمة شخص طبيعي أو معنوي".
³ -الأموال المعنوية لا تصلح لأن تكون محلاً لعلاقة الاستهلاك بسبب اقترانها بمجتمع الأعمال، فلا يتصور أن يقوم شخص بشراء براءة اختراع مثلاً لغير أغراض مهنته".

⁴-عرّفت المادة 3/8 عملية وضع المنتج للاستهلاك: "مجموعة مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة".

⁵-المادة 02 من القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك نصت على ما يلي: "كل منتج، سواء كان شيئاً مادياً أو خدمة مهما كانت طبيعته، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل مخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك وأمنه أو تضر بمصالحه المادية".

الخطر من خلال المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 03-452 متضمن الشروط الخاصة المتعلقة بنقل المواد الخطرة عبر الطرقات¹، على أنه " يقصد في مفهوم هذا المرسوم ما يأتي:

المادة الخطرة هي: كل منتج وبضاعة يعرضان إلى البيع أو يسببان أضرار أو يضران بصحة السكان والبيئة ويتلفان الممتلكات والمنشآت القاعدية، وأكدت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 على إلزام المتدخل بضمان المنتجات الخطيرة بسبب عيب فيها.

ورغم ذلك لم يعط المشرع الجزائري تعريفا دقيقا للشيء الخطر، وبقي الحال على ذلك إلى أن عرفه في القانون رقم 03/09، وذلك في المادة 13/3 نصت على ما يلي: "منتج الخطير: كل منتج لا يستجيب لمفهوم المنتج المضمون المحدد أعلاه".

كما حدّد مفهوم المنتج وذلك في الفقرة الثانية عشر (12) من نفس المادة: " كل منتج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدة، لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطار محدودة في أدنى مستوى تناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفر مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص".

الملاحظ أن قانون رقم 03-09 لم يشير إلى التمييز ما بين المنتجات الخطيرة وغير الخطيرة، إذ جعل التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك ينصب على كل المنتجات المعروضة للاستهلاك في السوق مهما كانت طبيعتها، سواء كانت خطيرة مادام أنها غير ممنوعة قانونا لعرضها في السوق مثل منتجات سامة Toxique، أو محرقة Inflammable أو غير الخطيرة.

بعد صدور قانون رقم 03-09 لم تعد فكرة ضمان السلامة في القانون الجزائري مرتبطة إرتباطا وثيقا بالمنتجات الخطيرة، وإنما تطورت وذلك بتبني فكرة أكثر ملائمة لحماية المستهلك²، بحيث أصبح يشمل التزام المتدخل كل المنتجات التي يجب أن تستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك في ضمان مصالحه الإقتصادية و سلامة الجسدية والمعنوية³، وهذا حسب ما جاء في نص المادة 19 من القانون رقم 03-09.

¹ - المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 03-452 المؤرخ في 01 ديسمبر 2003 المتضمن الشروط الخاصة المتعلقة بنقل المواد الخطرة عبر الطرقات، ج.ر الصادرة في 07 ديسمبر 2003 العدد 75، ص.09.

² - شعباني حنين نوال، المرجع السابق، ص.34.

³ - المادة 19 من القانون رقم 03-09 تنص على أنه: "يجب أن لا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية، وأن لا تسبب له ضررا معنويا".

2- تصنيف المنتج طبقا للقانون رقم 03/09

بمقتضى المادة الثالثة من القانون رقم 03-09، صنف المشرع الجزائري المنتج إلى سلع وخدمات.

أ- السلع:

السلعة هي ما يتجر به من البضاعة، وفي الاصطلاح عند فقهاء المالكية مثلا، هي: "رأس المال غير المعين من مقوم (أي قيمي) أو مثلي¹، وقد يعبر عنها بلفظ المال، ويعرفه الشيخ الزرقاء بأنه "كل عين ذات قيمة مادية بين الناس"². في حين عرفها بعض الفقه بالمعنى التجاري بأنه كل ما يمكن أن يباع ويشترى، فكل ما يخرج من دائرة التعامل التجاري لا يدخل في معنى السلعة ومنهم من يذهب إلى أن السلعة تشمل كل شيء قابل للنقل أو الحيازة سواء كان طبيعته تجارية أم لا³.

وهناك من يعرف السلعة بمفهوم التسويق بأنها ذلك المزيج من المكونات المادية والغير المادية، والتي يشتريها المستهلك جميعا وفي آن واحد، وذلك لهدف إشباع حاجة من حاجاته المتعددة وتلبية متطلباته⁴.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد استعمل مصطلح السلعة بمناسبة إصداره لقانون الممارسات التجارية⁵ لكنه لم يعرف مفهومها، إلا أنه بصدور القانون رقم 03-09 في الفقرة العاشرة للمادة الثالثة (10/3)، عرف السلعة بأنها: "كل شيء مادي قابل للتنازل عليه بمقابل أو مجانا"⁶.

من خلال الفقرة العاشرة للمادة الثالثة (10/3)، أقصر المشرع الجزائري مفهوم السلعة على الأشياء المادية وبالتالي استثنى الأموال المعنوية من أن تكون محلا للاستهلاك، (براءات الاختراع والعلامات و النماذج....). ولعل السبب في ذلك يرجع إلى طبيعة هذه الأموال كونها ذات طبيعة معنوية غير ملموسة مما يجعلها غير ملائمة لطرق الرقابة والمطابقة والتفتيش التي تتطلب وجودا ماديا لتطبيقها،

¹-سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي- لغتا واصطلاحا- الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، 1998، ص. 319.

²- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، دار الفكر، بيروت، 1968، ص. 245.

³-محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، دار الفجر، الجزائر، 2005، ص. 12.

⁴-Arab British Academy for Higher Education, Op.cit, p.01

- ومفهوم الاستهلاك لا يقتصر على السلع التي تستهلك بأول استعمالها لها، كالأغذية، وإنما تشمل الأشياء التي تستهلك بمرور الزمن كالسيارات والأجهزة المنزلية... الخ، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن-دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص. 29.

⁶-عبر المشرع الجزائري عن مصطلح السلعة بالمال في الصياغة الفرنسية لنص المادة 3 الفقرة 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

بالإضافة لاقتنائها بعالم الأعمال إذ لا يتصور مثلا أن يقوم شخص بشراء براءة اختراع أو محل تجاري لغرض غير مهني¹، وإن كان البعض يرى بعدم وجود مانع من أن تكون بعض الأموال المعنوية كمنتوج ذهني محلا للاستهلاك²، مثال الكتب بمختلف أنواعها إذا تم شرائها بهدف قراءتها فقط³.

لكن السؤال الذي يثار بخصوص المنتوجات الذهنية التي تكون محل الاستهلاك وتسبب ضرر للمستهلك، فما هو القانون الواجب التطبيق لجبر الضرر وتعويض المتضرر مادام أخرجها المشرع الجزائري من تحت مظلة قانون حماية المستهلك وقمع الغش؟

اعترف المشرع الجزائري في قانون المدني بحقوق الملكية الفكرية، فتارة سماها بالأموال المعنوية وذلك في المادة 17 مكرر من القانون المدني الجزائري⁴، وتارة أخرى وصفها بالأشياء غير المادية وهذا ما نصت عليه المادة 687 من القانون المدني الجزائري بقولها: "تنظم قوانين خاصة الحقوق التي ترد على أشياء غير المادية".

وتطبيقا لهذا النص أصدر المشرع الجزائري النصوص القانونية الخاصة بحقوق الملكية الفكرية تتمثل أساسا في الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 05/03/2003 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والأمر رقم 06/03 المؤرخ في 06/03/2003 المتعلق بالعلامات والأمر رقم 07/03 المؤرخ في 07/03/2003 المتعلق ببراءات الاختراع والأمر رقم 08/03 المؤرخ في 08/03/2003 المتعلق بحماية التصاميم الشكلية للدوائر⁵.

جلّ هذه النصوص القانونية جاءت من أجل حماية أصحاب الحقوق الملكية الفكرية من التقليد، ولم تتطرق غلى الالتزامات التي تقع على عاتقهم إذا ما سببت هذه المنتوجات أضرارا مادية أو معنوية لمستهلكيها، ويبقى التساؤل مطروح حول الأساس القانوني الذي يستند عليه للمطالبة بالتعويض؟

¹-طرح البحور علي حسين، عقود المستهلكين الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 154.

²-Christophe. Caron, " le consommateur en droit de l'auteur", Revue Lamy, Droit des affaires, Décembre 2004, n° 77, P. 37 et s.

³- الطيب قلوب، التزام المحترف بمطابقة المنتوجات والخدمات، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران، 2007-2008، ص. 114.

⁴- المادة 17 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري تنص على ما يلي: " يسري على الأموال المعنوية قانون محل وجدها وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها.....".

⁵-عجلة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية -نظرية الحق-، ج.2، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009، ص. 401.

تتمكّن الإجابة عن هذا التساؤل في أنه يمكن للمستهلك المتضرر في مثل هذه الحالة، التمسك بالمادة 140 مكرّر (القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جويلية 2005)¹، لأنّ المشرع الجزائري عرّف المنتج في هذه المادة على أنه مال منقول، وبالتالي يمكن أن يكون مال المنقول مادي مجسد، ويمكن أن يكون مال منقول معنوي غير ملموس مثل الأفكار الذهنية.

من الأحسن على المشرع الجزائري أن يدرج الأموال المعنوية ضمن مفهوم السلعة حتى يمكن بسط أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش على مستهلكين، مثل هذه المنتوجات التي قد تشكل في بعض الأحيان خطورة كبيرة عن المنقول المادي.

إنّ استعمال المشرع الجزائري لمصطلح السلع بدل الأموال في الصياغة العربية للنص القانوني² يطرح التساؤل بشأن مسألة العقارات فهل تدخل في نطاق مفهوم السلعة أم لا؟

نظرا إلى كثرة عمليات بيع وإيجار العقارات لاسيما ذات الطابع السكني التي قد أصبحت تتم تحت إشراف متدخلين متخصصين في هذا المجال، يتفوقون على المتعاقد العادي الذي غالبا ما يكون في وضعية الطرف الضعيف الجاهل، واستنادا إلى مضمون الفقرة 02 من المادة 03 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش يمكن القول أن محل عقد الاستهلاك والحماية المقررة له تشمل المنقولات والعقارات، وبالتالي فإنّ العقار يدخل في مفهوم السلعة وفقا للمادة 03 فقرة 2 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

كما تخرج من مفهوم السلعة الأشياء التي لا تقبل التعامل فيها إما بحكم طبيعتها أو بحكم القانون والتي لا تصلح أن تكون محلا للحقوق المالية، فمتى كان الشيء ماديا قابلا للتنازل عنه صح أن يكون محلا للاستهلاك سواء تم التنازل عنه بمقابل أو مجانا³.

¹- تنص المادة 140 مكرّر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون المنتج مسئول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بالعقار، لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

²- المادة 3 فقرة 11 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تنص على أنه: "منتوج سليم ونزيه وقابل للتسويق: منتوج خال من أي نقص و/أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية والمعنوية".

³- محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس، جامعة 20 أوت سكيكدة، كلية الحقوق، حول "حماية المستهلك في ظل قانون رقم 09-03"، 09/08 نوفمبر 2010.

لم يشترط المشرع الجزائري عنصر الجدة في السلعة¹، أي الأشياء المستعملة والتي تكون محل الاستهلاك، فهي مشمولة بأحكام القانون رقم 03-09 ويعتبر مستهلكا من يقتني أشياء مستعملة لاستعماله الشخصي، وهو موقف وجيه في ظل الإقبال الواسع على هذا النوع من المنتج في السوق الجزائرية اليوم².

إن ما سبق ذكره بخصوص مدى خضوع المرفق العام لقواعد حماية المستهلك وقمع الغش يصدق على الخدمات التي تقدمها هذه المرافق، حيث يمكن بسط تطبيق أحكام القانون 03-09 على خدمات المرافق العامة الاقتصادية، وكذا الخدمات التي تقدمها المرافق العامة الإدارية بمقابل دون خدماتها المجانية حسبما يقرره جانب من الفقه، وإن كان القانون رقم 03-09 صرح بدخول كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا تحت نطاق تطبيقه ما يزيد من احتمال مكنة دخول حتى الخدمات المجانية للمرفق العام في نطاقه متى انطبق عليها مفهوم الخدمة في هذا القانون .

ب- الخدمات

إضافة إلى السلع يمتد الاستهلاك أيضا إلى الخدمات³، وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون محل عقد الاستهلاك أداء خدمة، ويشمل الاستهلاك كل الخدمات القابلة للتقدير النقدي والتي يمكن تقديمها عن طريق التعاقد مع المتدخل بصرف النظر عن طبيعتها.

1- تعريف الخدمة

بالرجوع إلى قانون رقم 03-09 عرّف الخدمة وذلك في المادة 17/3: "هو كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة"⁴ ويعدّ استبعاد المشرع الجزائري للالتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة أمر منطقي، فالخدمة باعتبارها العمل المقدم الممكن تقديره نقدا تعتبر محل لعقد الاستهلاك في حد ذاته، وبهذا فهي تختلف تماما عن الجهد المبذول في تسليم السلعة والذي يدخل في الالتزام بالتسليم الذي يقع على عاتق البائع⁵.

¹- وهي المنتجات التي تطرح في السوق وتكون خصائصها وتفاعلاتها غير معروفة.

²- الطيب قلوش، المرجع السابق، ص. 115.

³- إن مفهوم الخدمة غير مألوف في القانون المدني إلى أنه شائع الاستعمال في القانون الاقتصادي.

⁴- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المعدل والمتمم تنص على أن: "الخدمة هو كل مجهود يقدم ما عدا تسليم المنتج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له."

⁵- يعدّ الالتزام بالتسليم التزام مستقل يقع على عاتق أحد المتعاقدين وهو البائعي عقد البيع بموجب المادة 364 من القانون المدني الجزائري.

ويمكن تعريف الخدمة أيضا بأنها: " كل مجهود يقدّم ماعدا تسليم المنتج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدّم أو دعما له، أو هي كل أداء له قيمة اقتصادية¹ .

كما عرّف جانب من الفقه² الخدمات بأنها: " كل أداء يمكن تقويمه نقدا فيما عدا تقديم الأموال ذاتها"، ويستفاد من هذا التعريف أن الأساس الذي بمقتضاه يمكن أن يعدّ أداء خدمة يكمن في إمكانية تقويم المنفعة المتحصلة نقدا.

ويقصد بالخدمات في الاتفاقية العامة للتجارة في الخدمات بأنها تلك الخدمات ذات الطابع التجاري في جميع القطاعات عدا تلك التي تتعلق بممارسة الدولة لوظائفها التقليدية.

2- خصائص الخدمة

- الخدمة هي نشاط مادي (الإصلاح والتنظيف) أو فكري (كالعناية الطبية، والاستشارات القانونية³ والهندسية والخبراء والمستشارين الأجانب)، غير أنه يصعب التفرقة بينهما. هناك بعض الأنشطة يغلب عليها الطابع المادي وأخرى تكون ذات طبيعة فكرية بالأساس، وذلك حسب طبيعة العمل الذي ترتبط به. ويمكن أن تكون ذات طابع مالي كالتأمين والائتمان، فكل هذه الخدمات يمكن أن تكون محل للاستهلاك طالما أنها مفيدة لمن يطلبها، وغير مجسدة في صورة سلعة مادية.

- انعدام وجود علاقة تبعية ما بين الشخص الذي يعرض خدماته، والمستفيد منها، فالعقد الذي يربط بينهما لا يعد عقد عمل.

- في إطار عملية تقديم خدمة، لا يتم نقل أي مال معين، بحيث لا يؤدي التصرف الذي بموجبه تتم الخدمة إلى نقل ملكية شيء، محل الخدمة، وإن كان في بعض الأحيان يتم تقديم بعض الأشياء في إطار الخدمة التي تقدم للمستهلك، مثل تقديم قطع الغيار في إطار إصلاح السيارات، فكل ذلك لا يتم تقديمه إلا بشكل تباعي، بالنظر إلى موضوع الخدمة المعروضة للمستهلك.

كما استثنى المشرع الجزائري صراحة الالتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة وذلك بموجب نص المادة 17/3 سالف الذكر، لأن تسليم السلعة لا يعتبر من الخدمات بمفهوم قانون حماية المستهلك، بل

¹- المادة 02 الفقرة 4 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، ج.الصادرة بتاريخ 23 جويلية 2003، العدد 44، ص 22.

²- Jean Calais Auloy, Frank Stienmetz, Droit de consommation, 5^{éd}, précis, Dalloz, n°09, p.8 « la notion de service... Couvre toutes les prestations appréciables en argent, en dehors de la fourniture de biens ».

³- Calais Auloy, Frank Steinmetz, Op.Cit, p.8.

يتعلق بعقد البيع، أما عمل المدعم للخدمة، فهو يدخل في إطار التنفيذ الجيد للالتزام¹، حتى وإن كانت ناتجة عن تنفيذ عقد البيع أو ملحقة به، ومثال ذلك الخدمات التي تقدم ما بعد البيع²، لهذا أبقى المشرع الجزائري التزام تسليم السلعة مستقلا على عاتق أحد المتعاقدين وهو البائع في عقد البيع بموجب المادة 364 من القانون المدني الجزائري، تحقيقا لتناسق بين التشريعين³.

بينما تشمل الخدمة المنفصلة عن عقد البيع كل الأداءات التي تتعلق بالنشاطات التجارية والنشاطات ذات الطابع الصناعي والنشاط المهن الحرة ونشاط البنوك والضمان الاجتماعي والنقل⁴.

كما عرّف المرسوم التنفيذي رقم 88-131 المؤرخ في 04-07-1988 الذي جاء لينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن. الخدمة على أنها كل منتج معنوي يلبي احتياجات المواطن، فهل يمكن إخضاع الخدمات التي تقدمها المرافق العمومية لقانون رقم 03-09؟

للإجابة عن هذا السؤال لابد أن نميز بين حالتين:

- 1- إذا كان الأمر يتعلق بخدمات عامة صناعية أو تجارية يعتبر المستخدم مستهلك.
 - 2- إذا تعلق الأمر بالخدمات العامة الإدارية (مثال العدالة، الضرائب...)، فلا نطبق عليها القانون رقم 03/09 لأن في العموم هذه الخدمات تقدم مجانا.
- المتفق عليه الخدمات التي تقدم من طرف المتدخل والتي تدخل في نشاطه تخضع للقانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السؤال الذي يطرح هل كل الخدمات التي يقدمها المتدخل نص عليها المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش؟
- الجواب بالنفي، لأن هناك بعض القيود ترد على هذه الخدمات:

¹- شعباني حنين نوال، المرجع السابق، ص. 40.

²- تشمل خدمة ما بعد البيع جميع الأداءات المقترحة بعد إبرام عقد، والمتعلقة بالشيء المبيع، مهما كانت طريقة أدائها: كتسليم المبيع بالمنزل (يدخل في الاستثناء لأنها الأشياء المادية المستقلة عن المجهود المبذول لتقديم الخدمة) أو تركيبه أو إصلاحه أو صيانته، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 386.

³- لقد نص المشرع الجزائري عن الخدمة ما بعد البيع، في المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، وكذلك في المواد 13، 14، 15، 16 من القانون رقم 03-09 المتعلق بقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

⁴- محمد عماد الدين عياض، المرجع السابق، ص. 29.

⁴- ربّيعة حليمي، ضمان المنتوجات والخدمات، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص. 55.

1- الأولى تتعلق بمحل الخدمة، كل ما يخص عملية تشييد العقارات لا تخضع لقانون حماية المستهلك وقمع الغش، صف إلى ذلك النشاطات المتعلقة بالمضاربة فهناك نصوص خاصة تنظم هاتين الحالتين.

2- يتعلق الأمر بالخدمات الفكرية، مثال عقود التدريس، ينظر إليها القضاء الفرنسي على أنها عقود استهلاكية¹.

3- أما بخصوص زبائن المهن الحرة (ولاسيما الطبيب) هناك أحكام قضائية (من محكمة النقض ومجلس الدولة الفرنسيين) أين اعتبرت زبائن المهنة الحرة لهم صفة المستهلك، ولكن في الوقت الراهن مادام أننا أمام نشاط محدد فالزبون يكون محمي بنصوص خاصة، وبالتالي يخرج من تحت مظلة قانون حماية المستهلك ويفقد صفة المستهلك².

إن طبيعة الخدمات التي يشملها نطاق الاستهلاك مختلفة فهناك بعض الخدمات ذات الطبيعة المادية (كالتصليح والتنظيف)، وأخرى ذات الطبيعة المالية (كالتأمين والقرض)، والبعض الآخر ذات الطبيعة الفكرية أو الذهنية، وتعدّ كل الخدمات صالحة لأن تكون محلا لعقد الاستهلاك (أي قابلة للاستهلاك)، مادام أنها مقدمة لشخص غير المتدخل (المستهلك) شريطة أن يتم استهلاكها لهدف غير مهني³.

يرجع اختلاف طبيعة الخدمات أو الأداءات التي تقدم للمستهلك إلى الطبيعة المتغيرة والمتنوعة لعقود الاستهلاك في حد ذاتها، فهذه الأخيرة يمكن أن تكون عقد نقل أو توريد أو عقد إيجار..... إلخ.

الفرع الثالث: خصوصية سبب إبرام عقد الاستهلاك

يقصد بركن السبب في عقد الاستهلاك -باعتباره عقد إذعان- الغرض من إبرامه والمتمثل في إشباع حاجات غير مهنية، بمعنى أنها لا تتصل بمهنة الشخص المتعاقد وإنما بهدف إشباع احتياجات شخصية أو عائلية⁴، لذلك ينبغي اكتساب وصف المستهلك ومن ثم الاستفادة من الحماية القانونية المقررة له، وأن يقتني المستهلك سلع أو خدمات لغرض غير مهني .

وتتميز العقود التي يبرمها المستهلك بكونها لا تخضع للحصر فوصف عقد الاستهلاك يلحق كل عقد يبرمه المستهلك لغرض غير مهني، سواء كان هذا العقد من قبيل البيوع أو الإيجار أو التأمين

¹- www.cours-de-droit.net/cours-de-droit-de-la-consommation.

²-Ibid.

³-J.Calais Auloy et Frank Streinmetz, op.cit, précité.

⁴- محمد الصغير مهدي، قانون حماية المستهلك-دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزريطة، الإسكندرية، 2015، ص.71.

وتشمل كذلك العقود الواردة المنقولات وتلك التي يمكن أن ترد على عقارات كسواء أو استئجار أو رهن العقار... إلخ .

حيث تعتبر كل هذه العقود من قبيل عقود الاستهلاك طالما أبرمت لهدف غير مجرد من الطابع المهني أيا كان نوعها، وبالتالي تحمل في طياتها سمات عقود الإذعان¹.

وإذا كان الهدف من الاستهلاك في العقود التي يكون أحد طرفيها مستهلكا هو الاستعمال الشخصي، فإن توافر هذا الهدف وحده لا يكفي لتطبيق قواعد الحماية القانونية على العقود التي يكون كلا طرفيها مستهلكين أو متدخلين على حد سواء، إذ ينبغي استبعادها في الحالتين ويرجع السبب في ذلك إلى انتفاء الغاية التي على أساسها يكون عدم التكافؤ بين أطراف العقد مبررا لتدخل المشرع، ألا وهي حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

تتم التفرقة بين المستهلك والمتدخل على أساس الهدف من الاستهلاك - أو غاية المستهلك من التعاقد- غير المهني أو الاستعمال النهائي للسلع أو الخدمات، وبالشكل الذي اقتنيت من أجله².

ذلك لأنه من الممكن أحيانا أن تستخدم السلعة نفسها لغرض استهلاكي وفي أحيان أخرى لغرض صناعي أو تجاري أو حرفي، وعموما أيا كانت صفة الشخص المتعاقد مع المستهلك (تاجر، حرفي، موزع، منتج...) فإنه تصلح جميع العقود لأن تكون محلا لعقد الاستهلاك طالما أبرمت لغرض الاستهلاك الخاص غير المهني (الشخصي أو العائلي) منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو المهني³.

إن تحديد الوصف القانوني لعقد الاستهلاك ضروري لمعرفة القواعد واجبة التطبيق، وهي التي تسمى بعملية تكييف القانوني للعقد فهذه الأخيرة تستلزم تفسير إرادة المتعاقدين وإعطائها الوصف القانوني للوقائع المستخلصة والبحث عن النصوص الواجبة التطبيق عليها، وبالتالي يستوجب البحث والتأكد من نية الشخص المقتني للسلعة أو الخدمة وما إذا كانت تتجه إلى اقتناء السلعة للاستهلاك الشخصي النهائي المباشر أو غير المباشر، فالقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة القانونية هو قانون حماية المستهلك وقمع الغش، أما إذا كان الاقتناء لأغراض مهنية فيطبق القانون المدني أو التجاري أو قانون المنافسة بحسب طبيعة المعاملة⁴.

¹- نفس المرجع، ص.70.

³Céline castes-Renard ,op.Cit, p.1159.

⁴- فضيلة سويلم، المرجع السابق، ص.67.

الفرع الرابع: الشكلية في عقود الاستهلاك

على اعتبار أن عقود الاستهلاك هي عقود إذعان تنطلق هذه الفكرة من التساؤل الآتي: هل اشترط المشرع الجزائري شكلا معيناً أو خاصاً لإبرام هذه العقود أم لا؟ وهل العقد ينعقد بمجرد التعبير عن إرادتين متطابقتين (شفهياً)؟ وبعبارة أخرى هل عقد الاستهلاك باعتباره عقد إذعان هو عقد رضائي أم شكلي؟

باستقراء مضمون التعريف الذي أورده المشرع في المادة 70 من القانون المدني الجزائري وبالرجوع إلى المادة 3 فقرة 4 من القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجد أن المشرع قد استعمل عبارة "حرر مسبقاً" يستخلص أن التحرير يفيد الكتابة، مما يعني أن المشرع قد اشترط صراحة وبصفة خاصة أن تكون عقود الإذعان مكتوبة، وإذا كان عقد الإذعان يتسع ليشمل في مفهومه العقود المبرمة شفاهة فإن المقصود بما جاء في التعريف ليس جميع العقود بل فقط تلك التي تكون في مجموعها أو في جزء منها مكتوبة مسبقاً مما يجعلها تتعلق بعمليات مستمرة، وبالتالي فإن المشرع قد أقصى عقود¹، الإذعان الشفوية لأنها أقل أهمية من العقود المكتوبة، وهو وإن كان لا يتماشى مع الواقع المعاش، إذ أن المستهلك غالباً ما يتعاقد شفاهة ويكون عرضة لشروط هي الأكثر تعسفاً من قبل المتدخل، فإن توجهه يبقى سليماً إذا ما نظرنا لاستحالة إثبات التعسف الواقع في شروط العقود الشفوية.

اشترط المشرع الجزائري الشكلية في العقود المبرمة ما بين المستهلكين، والمتدخلين أو الأعوان الاقتصاديين²، وهذه الشكلية تهدف في الحقيقة لحماية المستهلكين فقبل أن يُقدّم المستهلك على توقيع الوثائق المتعلقة بهذه العقود، يجد نفسه مجبراً لمراجعة مضمون العقد والتفكير، إذا ما كان فعلاً يريد الإقدام على التعاقد، وهل هو راضٍ بالشروط الواردة في ذلك العقد أم لا³.

وبالتالي تشكل الكتابة في حد ذاتها نوع من الحماية للمستهلكين، والكتابة التي تطلبها المشرع هنا ليست تلك الكتابة الرسمية المنصوص عليها في القانون المدني، وإنما كتابة بسيطة عرفية عن طريق إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن العون الاقتصادي أو المتدخل كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم... وغيرها.

¹ - الياقوت جرعود، المرجع السابق، ص.76.

² - Fadila Sahri, Les Disposition D'ordre Public Protectrices Du Consommateur Dans les Contrats D'adhésion, à travers La Loi 02-04 Du 23/06/2004, Recueil étude juridique, N°08, 2011, p.9.

³ - الياقوت جرعود، نفس المرجع السابق، ص.5.

فالمشرع الجزائري لم يهتم بشكل معين لها الأمر الذي تم تأكيده في الشطر الثاني من المادة 3 فقرة 4 من القانون 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي تنص: "يمكن أن ينجز العقد، على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع المقررة سلفاً"¹.

أما المشرع الفرنسي درج مثلاً على استعمال مصطلح « Contrat » «prédigéré أي العقود النموذجية ثم عدل عن ذلك في قانون الاستهلاك باستخدامه مصطلح « conditions générales des contrats »، ويقصد به الشروط العامة للعقود وهي تلك الشروط المعدة سلفاً في العقود والمحرومة من قبل الشخص الأكثر قوة ليتم عرضها على كل من يرغب في التعاقد معه، بناءً على ذلك يظهر أن الشروط العامة للعقود لا يمكن أن تكون مناقشة أو مفاوضة من قبل المستهلك فهي تعتبر بمثابة عقود إذعان .

تحرر الشروط العامة للعقود إما من طرف المتدخل المتعاقد أو من قبل المنظمات المهنية التي ينتمي إليها ويتم إدراجها في الوثائق المعروضة على المستهلك للتوقيع عليها، كما قد توجد ضمن الوثائق التي لا يتم توقيعها من قبل المستهلك وإنما يفترض عليه قبولها، كما يمكن أن يتم إدراجها على جداول، طلبيات، فواتير، سندات ضمان، وصول تسليم، سندات الفواتير، الإعلانات...²

ومهما كان نوع الوثيقة التي تندرج فيها هذه الشروط، فإنه يتعلق الأمر دائماً بنص مكتوب محرر من قبل شخص لأجل فرضها على مجموعة من الأشخاص.

إن عقود الإذعان بمفهومها الواسع لا تقتصر على العقود المكتوبة وإنما يلحق هذا الوصف حتى العقود التي تتم شفاهة، ولكن نظراً لأهمية المعاملات التي تتم عن طريق عقود الإذعان من حيث الحجم والمدة فغالبا ما يتخذ عقد الإذعان صورة عقد مكتوب يعده المتدخل سلفاً، ويعرضه على زبائنه أو تعده هيئة أو منظمة مهنية لاستخدامه من قبل أعضائها.

ونخلص إلى أن كل سند مكتوب يتعاقد على إثره الطرفان ويجعلان منه العقد الذي يجمعهما على وجه لا يمكن معه للطرف المذعن إحداث تغيير حقيقي فيه، يحمل وصف عقد الإذعان بالمعنى الذي أراده المشرع الجزائري، فإذا ما تم إبرامه بين مهني و مستهلك فهو عقد استهلاك³

² -Jean Calais Auloy, Frank Steinmetz, op.cit, p.171.

³ - إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص48.

المبحث الثاني: التفاوض في عقود الاستهلاك

بعد اتساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور الشركات التجارية الاحتكارية، أصبح أحد الأطراف هو الذي يناط به وضع شروط العقد وبنوده وتحديد موضوعه مسبقاً¹، ولا تسمح للطرف الآخر بمناقشة هذه الشروط أو المساومة فيها، فلا يكون أمامه إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها وهو بقبوله يذعن -أي يرضخ وينضم- لمشئئة الطرف القوي، لان المسألة تتعلق بسلعة أو خدمة أساسية لا غنى له عنها وهذا هو المبدأ في عقود الإذعان، وفي هذا مساس صريح بمبدأ سلطان الإرادة وبحرية التفاوض على العقد².

ولكن الاستثناء على هذا المبدأ هو الرجوع إلى الأصل حيث يملك المتعاقد حرية مناقشة شروط التعاقد وتحديد آثاره، وأن تتحقق المساواة بين كلا الطرفين في المحاور والمساومة والتفاوض التعاقدية الحر، فالأصل هو رضائية العقود والعقد شريعة المتعاقدين³، كما هو الحال في عقد البيع، عقد الإيجار، المقاول، الشركة، الوكالة... وغيرها.

ويتمثل هذا الاستثناء على ذلك في قابلية العقد للتفاوض، ونسلط الضوء هنا على عقود الاستهلاك الالكترونية والتي تناولتها المادة 114-1 من قانون الاستهلاك، عرف الفقه الفرنسي عقود الاستهلاك الالكترونية على أنها: "العقد الذي يبرم بوسيلة الكترونية أو تقليدية بين المتدخل والمستهلك بشأن السلع أو الخدمات يقدمها الأول للثاني لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية".

ويلاحظ على هذا التعريف أنه يشمل صور التعاقد التقليدي والالكتروني، كما أنه يحتوي عناصر تميز عقود الاستهلاك عن غيرها من حيث كونها تبرم بين متدخل ومستهلك وترد على منتجات تلزم هذا الأخير أو أفراد أسرته من أجل إشباع الحاجات الشخصية، والتي لا صلة لها بحرفته أو مهنته.

ولا تثار المفاوضات التعاقدية في العقود الاستهلاكية التي تكون أهميتها الاقتصادية أو التجارية ضئيلة كالعقود الاستهلاكية السوقية البسيطة لتلبية الحاجات الشخصية أو العائلية⁴، بل تجد مصدرها في العقود الاقتصادية الهامة كما هو الحال عند التفاوض بشأن العمليات الضخمة والعقود الثقيلة.

إن المرحلة السابقة على التعاقد هي الفترة المهمة المتعلقة بالتفاوض على العقد المتعلقة بالتفاوض على العقد، فهي المرحلة التعاقدية التي يحتاج ارتباط الإيجاب بالقبول فيها إلى مراحل متعددة من

¹-D. Allag Zennaki ,contrats,Negociation, construction redaction,edition El-Adib,2016, p38.

²- بوعيسى يوسف، المرجع السابق، ص.274.

³-Ali Bencheneb ,Le Droit Algérienne des Contrats ,op.Cit , p216.

⁴- العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة للتعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.121.

المفاوضات يتبادل فيها الطرفان الآراء الخاصة لكل منهما¹، وكذا الاقتراحات، المناقشات، المساومات، المراسلات، الإستشارات القانونية... إلخ من أجل وضع تصور للعقد المزمع إبرامه ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية والصيغ المقبولة التي تحقق مصلحة الأفراد.

وتتطلب هذه المفاوضات جهدا شاقا خاصة في العقود الثقيلة الحديثة غير التقليدية مثل عقود الاستهلاك المبرمة إلكترونيا، والتي لا تلائمها القواعد الكلاسيكية المعروفة للإيجاب والقبول، فقد أصبحت القواعد القانونية التقليدية المنظمة للعقود تعاني من قصور واضح في هذا الخصوص .

في ظل النهضة العلمية والثورة التكنولوجية حيث تكتسب الصفة الإلكترونية من البيئة التي يتم التعاقد فيها، فبفضل استغلال تقنيات المعلومات أتيح التعامل بين أشخاص لا يتواجدون في نفس المكان وذلك عن طريق تبادل رسائل البيانات الإلكترونية، والتي يتم من خلالها تجسيد إرادة أطراف الاستهلاك الإلكتروني مما يجعل شبكة الانترنت من أهم وسائل الاتصال الحديثة، نظرا لما توفره من خدمات وتقنيات تلعب دورا مهما في مختلف مجالات حياة الفرد والمجتمع، حيث ساهمت في ظهور وتطور ما يسمى بالتجارة الإلكترونية والتي أوجدت بدورها ما يسمى بالعقود الإلكترونية².

وتتيح هذه الشبكة إمكانية إبرام معاملات تتفاوت من حيث الأهمية، فقد تصنف ضمن العقود اليومية المألوفة للأفراد كالعقود الاستهلاكية اليومية التي يتم إبرامها بصورة فورية دون اللجوء لأي مرحلة تمهيدية نظرا لأن عقود الاستهلاك هذه تتسم بالسرعة والتكرار، وعلى خلاف ذلك فإن الصفقات المهمة تتطلب تكوين الإيجاب³، فيها مدة معينة لعرض الموجب المتدخل إذ لا يتكون دفعة واحدة، بل بعد فترة من النقاش والمساومة وفقا لتقنيات التفاوض الإلكتروني، حيث أن عالمية شبكة الانترنت وعدم اقتصرها على بلد معين يتطلب بالضرورة تفاوض الأطراف من أجل الإلمام بجميع النقاط التي تحيط بالعقد وكذا التأكد من سلامة ونجاعة الصفقة⁴.

نقسم الدراسة إلى مفهوم تقنية التفاوض الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم نتناول مكانة التفاوض الإلكتروني في عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت (المطلب الثاني).

1- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، ب.ط، الدار الجامعية، 2008، ص.39.

2- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت- مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة، مصر، 2012، ص.147.

3- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.39.

4- أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر، 2018، ص.03.

المطلب الأول: تقنية التفاوض الالكتروني

يرد على التعامل عبر الانترنت حالات يستبعد فيها دور الإرادة المشتركة في تكوين العقد على غرار العقود النموذجية (النمطية) وهي الفئة الغالبة في إبرام العقود الالكترونية، وتظهر هذه العقود على شكل استمارة الكترونية معدة مسبقا تتضمن تفاصيل التعاقد بنفس الشروط ولكافة الجمهور الراغب في إبرام الصفقة بحيث لا تكون قابلة للمناقشة أو التعديل، ويستبعد فيها أي مفاوضة أو مساومة.

فالتعاقد يكون ملزما بقبولها أو عدم الإقدام على إبرام الصفقة أساسا إذا لم يرغب في أحد أو بعض الشروط المعروضة عليه مما يجعل تكيف العقد يتقارب مع عقود الإذعان، حيث يكون المستهلك مذعنا بمجرد الخضوع لشروط العقد مسبقا من قبل المتدخل الذي يعمل على تحقيق مصالحه دون أن يسمح بأي مناقشة فيها، ويرد الاستثناء على هذه الظاهرة بما يسمى التفاوض الالكتروني، فالتفاوض الالكتروني يحتل مكانة مهمة في عقد الاستهلاك حيث يقوم بدور فعال في التحضير للعقد بما يتماشى مع مصلحة كل طرف فيه، وبشكل يحول دون قيام خلاف في التحضير للعقد المراد إبرامه مستقبلا¹.

يعدّ عقد الاستهلاك الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد حيث تقوم على الاستعانة بوسائل الاتصال الحديثة الالكترونية والرقمية، والتي تسمح بالتعبير الالكتروني لإرادة طرفي الاستهلاك الالكتروني، فالعلاقة الاستهلاكية تستوجب توفر شروط فنية لضمان أمن المعلومات مع ضرورة وجود نظام معلوماتي معالج يسمح باستغلال تكنولوجيا المعلومات والاتصال، إلى جانب شروط قانونية لا تختلف عن ما هو وارد في القواعد التقليدية إلا من حيث ما تفرضه الطبيعة الالكترونية لعناصر عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت .

بالإضافة إلى أن المعاملات التي تنصب عليها هذه العقود تتسم بالتركيب والتعقيد القانوني والفني، مما يفرض على الأطراف ضرورة التفاوض الالكتروني حتى يتمكنوا من إنشاء العقد على أسس سليمة وواضحة، فالمقصود بالتفاوض الالكتروني (الفرع الأول)، وعلى ماذا ينطوي وما هي أهدافه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التفاوض الالكتروني

يتم إجراء التفاوض الالكتروني بتبادل الآراء ومناقشة العروض وغالبا ما يتم إفراغ ذلك في مستندات تتناول المسائل المتفق عليها والتي يمكن الرجوع إليها في حالة النزاع بشأنها، وفقا لما يقتضيه

¹ - ميكائيل رشيد علي، العقود الالكترونية على شبه الانترنت بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015، ص. 259.

مبدأ سلطان الإرادة والذي تم تكريسه في القواعد التقليدية بين أطراف متعاقدة متكافئة، الأمر الذي لا ينطبق على طرفي عقود الاستهلاك الالكترونية اللذان يمتازان بعدم التساوي في المراكز القانونية¹.

لهذا هما بحاجة لإجراء عملية تفاوض سابقة على العقد لتحقيق التوازن للعقد المزمع إبرامه، ويتم التفاوض الالكتروني شفهيًا أو عبر وسائط الكترونية مثل: الانترنت، الهاتف، الرسائل، الماسنجر، البريد الالكتروني، غرف المحادثة، الفاكس²... غير أن رسائل البيانات تعتبر حجر الزاوية في العلاقة الاستهلاكية الالكترونية، فهي أساس العلاقة التي تجمع بين المتدخل والمستهلك عبر الوسائط الالكترونية التي تسمح بعرض واقتناء السلع عبرها، إذ يتم الاتفاق على محل الاستهلاك على أساس ما تم تدوينه في رسائل البيانات وفقا لمتطلبات الإعلان والإعلام الالكترونيين³.

فمختلف التقنيات الرقمية للاتصال عبر الانترنت تقوم مقام المستندات الورقية، فرسائل البيانات ووسائل فعالة للتعبير عن الإرادة عبر الانترنت.

أولاً: تعريف التفاوض الالكتروني

تعتبر الاقتراحات والمساومات التي يجريها الأشخاص عن طريق وسائل الاتصال الإلكترونية من خلال تبادل المعطيات والبيانات بصورة الكترونية تمهيدا لإبرام العقود وتدعى بالتفاوض الالكتروني « La négociation électronique »، الذي يمكن تعريفه بأنه⁴: "تبادل بدون حضور مادي معاصر لأطراف التفاوض باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد للاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما يفسر عليه الاتفاق من حقوق والتزامات"⁵.

¹- ميكائيل رشيد علي، المرجع السابق، ص. 259.

²- Dalila Zennaki, op.cit.p37.

³- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 105.

⁴- التفاوض لغة مشتق من الفعل فَوَّضَ، يقال فَوَّضَ الأمر إليه أي صَيَّرَ إليه وجعله الحكم فيه، نقلا عن لسان العرب، ج5، ص. 170، ولقد تعددت التعاريف بشأنه فقد يعرف بأنه: "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر، بمقتضى اتفاق بينهم يتم من خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل"، وذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه: "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة، بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو مشكلة ما".

⁵- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني - دراسة مقارنة -، ب.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 209.

وينبغي التمييز بين صورتين للتفاوض:

- الصورة الأولى التفاوض الغير مصحوب باتفاق التفاوض أي تلك المفاوضات التي تسبق العقد بعفوية دون اتفاق صريح ينظمها وهي تعتبر مجرد عمل مادي، وبالتالي في حالة العدول فلا مجال للحديث هنا عن المسؤولية العقدية دون الإخلال بإمكانية قيام المسؤولية التقصيرية إذا سبب هذا العدول أضرارا للطرف الآخر.

- والصورة الثانية للمفاوضات هي تلك التي تكون مصحوبة باتفاق التفاوض أي أن المفاوضات تتم باتفاق صريح بين الطرفين وفي أغلب الأحوال يكون مكتوبا، ومن ثم فإن المسؤولية الناشئة عنه تكون عقدية¹. وبهذا فلا يختلف التفاوض في هذه الحالة عن أي عقد من العقود الأخرى التي تحدث أثرا قانونيا، وبالتالي يستوجب الشروط المقررة للعقود بصفة عامة.

وتعرف محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية التفاوض كعقد على أنه: "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي"².

ويخرج هذا الجزء من دراستنا لأن ما يهمنا هنا هو التفاوض حول العقد بصيغته الالكترونية في إطار خاص ومحدود وليس التفاوض بصفة عامة³.

ثانيا: خصائص التفاوض الالكتروني

يمتاز التفاوض الالكتروني بعدة خصائص فهو ثنائي الجانب على الأقل إذ يتطلب إتمامه وجود طرفين على الأقل⁴، ويعتبر تصرفا إراديا حيث لا يمكن القيام به إذا لم تتجه إرادة أطراف العقد المزمع إبرامه عن طريق الانترنت الدخول فيه، أين يتم باتفاق أطراف العقد المزمع إبرامه، فعملية التفاوض عبارة عن مرحلة تمهيدية تهدف لإبرام العقد المراد عبر شبكة الانترنت.

¹- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.230.

²- بوعيسى يوسف، المرجع السابق، ص.66.

³- Brigitte Hess-Fallon, Anne- Marie Simon, op.cit, p.152.

⁴- يتم التفاوض الالكتروني من أجل تبادل النقاش والحوار عن طريق تبادل رسائل البيانات المتضمنة عروض التفاوض، ولهذا فإن التفاوض الالكتروني مستبعد في حالة التعاقد مع النفس لكون التفاوض يقوم على أساس التقريب بين وجهات النظر المختلفة والمصالح المتضاربة، ولا مجال لذلك في هذه الحالة.

يقوم التفاوض الإلكتروني على تبادل الآراء والاقتراحات من خلال إرسال رسائل البيانات المتضمنة لعروض التفاوض¹، يسعى من خلالها الأطراف إلى تقريب وجهات النظر المختلفة، إلا أن التفاوض الإلكتروني على غرار نظيره التقليدي ذو نتيجة احتمالية فقد يتوصل الأطراف إلى اتفاق نهائي بشأن جميع الشروط في العقد، ويليه إبرام العقد بشكل نهائي كما قد ينتهي التفاوض إلى لاشيء دون قيام العقد.

1- الإيجاب والقبول في مرحلة التفاوض الإلكتروني

في المعاملات الإلكترونية الموجب هو الحرفي أو المتدخل والقابل هو المستهلك وفي التحديد المسبق لشخص الموجب أو صفته حماية للطرف الضعيف، وبالحدوث عن الإيجاب والقبول نشير إلى أن عدم تحديد أسعار البضائع والخدمات داخل الموقع الإلكتروني على شبكة Web site أو برسائل عبر البريد الإلكتروني، أو حتى عن طريق الماسنجر الذي يحقق الإرسال والاستقبال الفوريين عن طريق شاشة الحاسوب واحتفاظ صاحب الموقع (المتدخل) لنفسه بتعديل شروط البيع أو رفضه من دون إبداء سبب يعد دعوة إلى التعاقد الافتراضي وليس إيجاباً، ويدخل في مرحلة التفاوض الإلكترونية التي تسبق الإيجاب أو المرحلة التمهيديّة السابقة على إبرام العقد الإلكتروني عبر الانترنت.

وتطبيقاً لذلك فإن كل تعبير عن الرغبة في التعاقد لا يتضمن تحديداً للعناصر الجوهرية للعقد المرجو لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب وفقاً لما أورده المشرع الجزائري من نصوص في القانون المدني وبالأخص المواد 59، 65، 66، فعناصر البيع الجوهرية هي المبيع والثمن فضلاً عن الشروط العامة لصحة الالتزامات التعاقدية المواد 352-361-387².

يقوم المتدخل والمستهلك بالتعبير عن الإرادة في التعاقد إيجاباً وقبولاً، وذلك عن طريق الاعتماد على دعائم رقمية وإلكترونية فالرد الإيجابي لعرض المتدخل يعتبر قبولاً إلكترونياً، فمفهوم الإيجاب والقبول عبر الانترنت لا يخرج عن كونها تعبير عن الإرادة وأن الخصوصية تكمن في طبيعة الوسيلة التي يعتمد عليها.

ولابد من حماية المستهلك وإحاطته بسياسات من الحقوق والضمانات القانونية منها حق الرجوع عن العملية التي أجريت - خاصة في غياب التفاوض الإلكتروني - بدون ترو ولا تمحيص للشروط والأحكام .

¹- يتم التحضير لإبرام العقد النهائي بالتفاوض من خلال رسائل البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب والمتضمنة الشروط التي يرغب كل طرف توافرها في محل التزامه، لكن تبقى إرادة الأطراف خلال عملية التفاوض حرة في الاستمرار أو الانسحاب وذلك لارتباط هذه العملية بمبدأ حرية التعاقد.

²- العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.70.

الفرع الثاني: أهداف التفاوض الإلكتروني ومراحله

يلعب التفاوض الإلكتروني دوراً فعالاً في تحضير وإعداد العقد الذي يتم عبر الشبكة العالمية للاتصال - أي الإنترنت إذ تتيح شبكة الإنترنت للمتعاقدين أساليب متنوعة للتفاوض، والتفاهم تفوق في إمكانياتها الوسائل التقليدية وكذا تلك المستخدمة في الصور الأخرى للتعاقد عبر وسائل إلكترونية أخرى.

أولاً: أهداف التفاوض الإلكتروني

إن نجاح مرحلة التفاوض يؤكد إبرام عقد وبشكل يحقق المصلحة المشتركة و يستبعد فيه نشوب نزاعات بخصوصه في المستقبل، حيث يهدف إلى وضع الصياغة القانونية الملائمة وإبراز جميع عناصر العقد، مما يزيل الغموض ويستبعد قلق الأطراف أين يتم الاستعانة برسائل البيانات الإلكترونية من أجل التأكد من جميع النقاط المتعلقة بالعقد المبرم عن بعد عبر الإنترنت¹، وأخيراً يوفر التفاوض الإلكتروني الوقت والنفقات بحيث يتم عن بعد بغض النظر عن مكان تواجد الأطراف، مما يسهل إبرامه بسرعة ويدون أي جهد يذكر.

ثانياً: مراحل التفاوض الإلكتروني

تبدأ مرحلة التفاوض الإلكتروني التي إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت، بموجب دعوى إلى الدخول في المفاوضات، التي يقوم بتوجيهها أحد طرفي العقد المزمع إبرامه للطرف الآخر، والتي تتناول بنود الصفقة وعناصر العقد ومقوماته التي ستتم بموجبه، حيث يتم التفاوض الإلكتروني من خلال ثلاث مراحل أساسية:

1- المرحلة الأولى: دراسة الجدوى "étude préalable"

من خلالها يسعى العميل إلى تحديد احتياجاته بوضوح ويبرز مطالبه الأساسية التي يتم التفاوض على أساسها، كما يلتزم مقدم الخدمة الإلكترونية على ضوء ما تم التفاوض بشأنه، وذلك باختيار الأدوات والأجهزة والبرامج المناسبة لظروف واحتياجات العميل.

¹ - يطرح التعاقد الإلكتروني عن بعد عدم اليقين ببعض جوانب العملية التعاقدية منها التأكد من هوية الشخص المتعاقد فيما إذا كان هو أم لا، وكذا التأكد من طبيعة المحل والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد، بالإضافة إلى طرق الوفاء بالتزام، وهذا ما يمكن توفيره مبدئياً في مرحلة التفاوض الذي يجريه أطراف العقد المزمع إبرامه.

2- المرحلة الثانية: قائمة الشروط "le cahier des charges"

يحدّد العميل من خلالها وبوضوح قدر احتياجاته وكذا شروط التعاقد، والتي يتم ترجمتها في إطار مستند مخطوط بسيط يتضمن العديد من النقاط الرئيسية المكتوبة، التي تتخذ في النهاية صورة قائمة الشروط والعلاقات التي ينبغي أن تعالج الموضوع بطريقة معلوماتية .

3- المرحلة الثالثة: اختيار مقدم الخدمة "Choix fournisseur"

بعد قيام العميل بتحديد احتياجاته، وإعداد قائمة الشروط يبقى له أن يختار مقدم الخدمة من ضمن العروض المطروحة ويمكن له أن ينتقل بكل يسر وحرية عبر الشبكة العالمية للاتصال -الانترنت، من أجل اختيار أفضل العروض فله أن يبحث عن مقدم الخدمة على المستويين الوطني والعالمي .

إن العبرة في اختيار مقدم الخدمة يتمتع بسمعة حسنة وخبرة سابقة، بما يضمن الحصول على منتج أو خدمة جيدة تتمتع بأفضل المواصفات¹.

تجدر الإشارة إلى أنه لا بد من إنجاح كل مرحلة من مراحل التفاوض الالكتروني مما يتطلب تكريس مجموعة من الأعمال التحضيرية والفحوص الفنية، والدراسات الاقتصادية وإعداد مخطط كامل المشروع المقبل على انجازه، مما يستدعي بهذا الصدد الانتباه للمفاوضات القانونية وما يصاحبها من إعدادات لصياغة العقد المستقبلي والمراسلات المتعلقة به .

الأمر الذي يحتم أن يتم ذلك بمعرفة رجل قانون متخصص يجيد اللغة القانونية ودلالة مصطلحاتها وثقافتها المختلفة باختلاف الأنظمة القانونية السائدة في كل دولة، والتي قد تتواجه وتتصادم مع بعضها البعض عبر الشبكة العالمية للاتصال، فالمفاوضات الالكترونية يتخللها صراع بين ثقافات متباينة لكل منها مفرداتها وذاتيتها الخاصة بها² .

المطلب الثاني: مكانة التفاوض الالكتروني في عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت

في ظل تطور طرق ووسائل التعاقد الالكتروني التي تتميز بالسرعة والتنوع، مما يجعل هذه العقود تتم بصورة تلقائية دون تمحيص المستهلك لشروط التعاقد مما يستبعد إدراك هذا الأخير للتعاقد المقبل عليه الذي يتطلب دراسة متأنية ومناقشة هادئة ومفاوضات موضوعية لمحل وموضوع العقد .

¹-إلياس ناصيف، العقود الدولية -العقد الالكتروني في القانون المقارن -، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص.99.

²- إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص.231.

لذلك تتيح تقنية التفاوض الإلكتروني للمستهلك اختيار المنتج أو السلعة حسب ذوقه ورغباته الاستهلاكية وإمكانياته المادية .

ونظرا لما تتمتع به العقود الاستهلاكية من السرعة والتكرار مما يدفع بالمتدخلين إلى اعتماد العقود النموذجية في التعاقد الإلكتروني فيستبعد التفاوض الإلكتروني في العقود النموذجية المبرمة عبر الويب « web » لكن يستعان به في ظل باقي التقنيات التي تتيحها شبكة الانترنت، والتي يمكن التفاوض فيها ومناقشة شروطها لإبرام العقد .

ويترتب على استبعاد إمكانية التدخل في تنظيم عقود الاستهلاك الإلكترونية سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون ازدياد التفاوت واختلال التوازن، والذي يسود بين أطراف العقد الاستهلاكي في العالم المادي بصفة عامة والعالم الإلكتروني بصفة خاصة مما يملئ ضرورة استبعاد مبدأ سلطان الإرادة وعدم الأخذ بمبدأ الرضائية بصفة مطلقة.

وبسبب صعوبة الإلمام بمواصفات المنتج والتحقق من صفة البيانات في بيئة رقمية وافتراضية مما يؤكد على فرض التزامات على عاتق المتدخل، والذي يسيطر على العلاقة الاستهلاكية عبر الانترنت بشكل يتلاءم مع المتطلبات الحديثة لحماية المستهلك .

نتناول في هذا الصدد استبعاد التفاوض الإلكتروني في العقود النموذجية المبرمة عبر الويب (الفرع الأول)، والالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض التقليدية ومنه الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: استبعاد التفاوض الإلكتروني في العقود النموذجية المبرمة عبر الويب

إن العقود النموذجية (النمطية) التي تظهر في الموقع الإلكتروني للمتاجر الافتراضية المتواجدة على شبكة الانترنت على شكل استمارة نموذجية إلكترونية، والتي تتضمن تفاصيل التعاقد بنفس الشروط لكافة الجمهور الراغب في إبرام الصفقة، بحيث لا تكون قابلة للمناقشة أو التعديل وتستبعد فيها أي مفاوضة أو مساومة، فالمتعاقد يكون ملزما بقبولها أو عدم الإقدام على إبرام الصفقة إذا لم يرغب في أحد أو بعض الشروط المعروضة عليه، حيث يكون الطرف المتعاقد فيها مذعنا بمجرد إعداد العقد مسبقا من قبل الطرف الآخر، والذي يكون عادة منتجا أو مت دخلا متمتعا بخبرة في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته دون أن يسمح للطرف المذعن بالمناقشة فيها .

وبالتالي إما أن يقبلها المذعن (المستهلك)¹، فيكون قبوله أقرب إلى التسليم والإذعان منه إلى الرضاء السليم، وإما أن يرفضها فلا يتعاقد أصلاً.²

ولا يزال الجدل الفقهي قائماً حول ورود الإذعان في العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، ويوجد بهذا الصدد اتجاهان:

أولاً: الاتجاهات الفقهية حول ورود صفة الإذعان في العقود الالكترونية

تعددت الاتجاهات الفقهية حول مدى بروز صفة الإذعان في العقود الالكترونية، لهذا سنتطرق الى أهم الاتجاهات في هذا الصدد وهما:

1-الاتجاه الأول:

يرى أن هذه العقود المبرمة عبر الانترنت هي عقود إذعان في مفهوم القانون المدني من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية واستناداً إلى أن المستهلك لما يتعاقد عبر الانترنت لا يقوم سوى بالضغط على عبارة "موافق"، وبالتالي يعتبر هذا قبولاً ويتم العقد بناء على ذلك بالرغم من أن هذه العقود هي في الحقيقة عقود نموذجية- وكما ذكرنا سابقاً فهي معدة سلفاً ومحررة من قبل المتدخل وتصيب في قالب مصلحته فهي تخفف من مسؤوليته العقدية وتشدد في المسؤولية على الطرف الآخر (أي المستهلك).

ويكون التفاوض في العقود الالكترونية أكثر صعوبة من المعاملات العادية، لذلك تقتضي العدالة تمكين الطرف الضعيف -المستهلك- من إبطال الشروط التعسفية التي لم يكن بإمكانه التعرف عليها أو مناقشتها، بالإضافة إلى تفسير النص الغامض في مصلحته طالما أن الطرف الذي قام بتحرير العقد النمطي كان قادراً منذ البداية على تحريره بشكل واضح لا غموض فيه، وتقع باطله سائر الشروط التعسفية المتعلقة بتحديد المقابل المالي أو بتخفيف أو إعفاء بائع السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية³.

2-الاتجاه الثاني:

¹-محمد صبري سعد، المرجع السابق، ص.134.

²-يذهب الاتجاه المؤيد لاعتبار العقد المبرم عبر الانترنت من عقود الإذعان التي يستبعد فيها التفاوض إلى عدم اشتراط الاحتكار القانوني أو الفعلي للسلعة كأمر ضروري لاعتبار العقد من تطبيقات عقود الإذعان، بل يعتمد أنصار هذا الاتجاه على تغليب المعيار الاقتصادي على غيره من المعايير، فالإذعان ينشأ بالتفاوت الاقتصادي الشديد بين الطرفين .

³-فؤاد الشعيبي، المرجع السابق، ص.564.

يرى أنه يجب تمييز هذه العقود حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد، فلو تم التعاقد بالضغط على عقود نمطية معدة سلفا كما تم ذكره سابقا، فهنا نكون أمام عقود الإذعان بينما إذا تم التعاقد عن طريق برنامج المحادثة أو البريد الإلكتروني فهنا يوجد مجال للتفاوض وبالتالي نكون أمام عقود مساومة¹، ونلخص إلى أن هذا الرأي الأخير هو الرأي الراجح.

وفي نفس السياق فإنه يستبعد التفاوض الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية المؤتمنة والتي تتم بين أجهزة الكترونية سبق برمجتها بطريقة تسمح لها بالتسوق والشراء من خلال صفحات الويب pages « de web على شبكة الانترنت، ويتم ذلك وفقا لبرنامج يكون المستخدم قام بإعداده سلفا بجهاز الكمبيوتر حيث يقوم بالبحث والتسويق في الشبكة والشراء، وكل ذلك وفق البرنامج الموضوع بداخله دون الرجوع إلى العنصر البشري أو الحصول على موافقته².

ثانيا: وجود التفاوض الإلكتروني في العقد المبرم عبر الانترنت من خلال باقي تقنيات الويب « Web » ما يُدعم ضرورة وجود التفاوض الإلكتروني في العقد المبرم عبر شبكة الانترنت هو طبيعة هذه العقود، والتي تقوم على معيار موضوعي لا يعتد فيها بشخصية المتعاقد أو صفة من صفاته، وفي ظل الغياب المادي للأطراف إذ يعتبر من العقود المبرمة عن بعد ما يثير مسألة دولية العقد، ففي الواقع نجد أن الأطراف تفصل بينهم مسافة عادة ما تتجاوز حدود الدولة الواحدة فالشبكة العالمية للاتصال - الانترنت- ألغت الحدود السياسية والجغرافية بين الدول، لكن هذا لا ينفي إمكانية إقامة عقد إلكتروني عبر الانترنت داخل الدولة الواحدة³.

غير أن إتمام العقد في بيئة افتراضية يبقى يثير العديد من التساؤلات، لذا يسعى الأطراف إلى استنباطها وتحديد خلفياتها من خلال التفاوض الإلكتروني وما تتضمنه هذه المرحلة من إجراءات تنظيمية، غير أنه في الواقع المعاش يفرض استبعاد التفاوض في العقود الفورية الاستهلاكية التي يقدم الأفراد على إبرامها كل يوم .

ثالثا: موقف المشرع الجزائري:

رغم الأهمية التي تكتسبها المرحلة السابقة للتعاقد باعتبارها مرحلة حساسة وجوهرية إلا أن المشرع الجزائري وبسبب تبنيه مبدأ سلطان الإرادة - الذي يفتح المجال لإرادة الأفراد وحريرتهم في التعاقد-

¹- بوعيس يوسف، المرجع السابق، ص.176.

²- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص.159.

³- أكسوم عيلا رشيدة، المرجع السابق، ص.234.

لم ينظم هذه المرحلة بنصوص قانونية خاصة وواضحة¹، مكتفيا باهتمامه بالمراحل التالية على إبرام العقد، تاركا الأمر للفقهاء والقضاء لتنظيم هذه المرحلة شأنه في ذلك شأن أغلب القوانين العربية التي لم تنظم المرحلة السابقة للتعاقد، ولم تحدد حقوق والتزامات طرفي التفاوض .

وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي ومع إلهام الفقهاء والقضاء تطرق إلى تنظيم مرحلة التفاوض بنصوص قانونية جديدة من خلال المادتين 1111 و1112 من القانون المدني الفرنسي حيث نص صراحة على تنظيم مرحلة التفاوض وحدد الطبيعة القانونية للمسؤولية ما قبل العقدية على أنها مسؤولية تقصيرية، وبذلك نلاحظ أن المشرع الفرنسي قد تأثر بكل من الفقهاء والقضاء الفرنسيين، والتحتت به التشريعات الأخرى على غرار التشريع الإيطالي والألماني والياباني والسويسري، والتي نصت صراحة في قوانينها على التزام الأطراف أثناء المفاوضات باستعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات وفقا لقواعد حسن النية والأمانة وشرف التعامل.

وعلى الرغم من التعديلات التي أجريت على القانون المدني الجزائري (القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20-06-2005 وكذا القانون رقم 07-05-07 المؤرخ في 13-05-2007 والتي مست الكثير من المواد إلا أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المرحلة، كما أنه سكت عن الالتزامات قبل التعاقدية وعن حماية المتعاقد في هذه المرحلة تاركا الأمر بيد القضاء، هذا الأخير الذي مازال يعتبر مرحلة المفاوضات مجرد عمل مادي «fait juridique» ولا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني ولا ينشأ على عاتق الطرفين أي التزام وليس أمام المتفاوض المضرور من جراء عملية التفاوض سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية².

واكتفى المشرع بالنص بصفة عامة على أن العقد لا ينعقد إلا بتبادل التعبير عن الإيجاب والقبول وارتباطهما ببعضهما (المادة 59 ق.م.ج)، وأنه لا بد من الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية التي تفاوض عليها المتعاقدان للقول بانعقاد العقد (المادة 65 و77 ق.م.ج) كما نصت المادة 107 من ق.م.ج على أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية³، كما أشار أيضا إلى أحكام الوعد

¹ - Dalila Zennaki, op.cit, p.36.

² - العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، المرجع السابق، ص.22.

³ المادة 107 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غيرأنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أنتنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

بالتعاقد (المادة 71 و72 من ق.م.ج) والتعاقد بالعربون (المادة 72 مكرر م ق.م.ج) وهي من العقود التمهيدية أيضا بعقود المفاوضات «contrats préparatoires» .

وعلى اعتبار أن المشرع لم يخص هذه المرحلة (المفاوضات) بنصوص خاصة، فإنه يسند تنظيم هذه المرحلة للدراسات الفقهية والتي لها أن تستعين ببعض النصوص القانونية غير المباشرة على غرار النصوص المذكورة أعلاه وبالأخص المادة 65 من القانون المدني الجزائري¹.

وكان يستحسن بالمشرع الجزائري ضمن التعديلات التي أطرها على القانون المدني تنظيم مرحلة المفاوضات نظرا لخصوصية هذه المرحلة قبل التعاقدية، ولمسايرة القوانين الحديثة والمعاصرة لتحديد التزامات الطرفين وحماية الطرف المضرور في هذه المرحلة من تكوين العقد وليس بالضمنية والغموض والفراغ التشريعي، لما ينشأ عنها من مشكلات قانونية عديدة الأمر الذي يفتح باب الخصومة والنزاع بين الطرفين مستقبلا .

غير أن التطور الذي تعرفه الجزائر أنشأ نوعا جديدا من المعاملات العقدية الذي يستلزم مرحلة تفاوض سابقة لإعدادها، ضف إلى ذلك التغيير السياسي والاقتصادي المتبع في الجزائر والذي يعمل على تشجيع الاستثمار الأجنبي، وانفتاح الجزائر على الأسواق الخارجية بحيث أبرمت اتفاقية الشراكة مع الاتحاد الأوروبي².

ومع ظهور نوع جديد من العقود التي تتصف بالتعقيد- مثل العقود المبرمة إلكترونيا - ولم تعد تتم بمجرد التلاقي الفوري مابين الإيجاب والقبول، بل تتطلب مفاوضات سابقة على إبرامها لأن الأهداف التي يسعى الأطراف لتحقيقها هامة وضخمة، كل هذه العوامل دفعت المشرع الجزائري إلى مواكبة هذا التطور الذي تعرفه هذه المعاملات الاقتصادية والتجارية الوطنية والدولية والذي فرض اللجوء إلى تقنية المفاوضات لتمديد إبرام العقود المهمة، لذا فقد نص في المادة 85 الفقرة 04 من القانون 02-01 المؤرخ في 05-02-2005 والمتعلق بالكهرباء والغاز والقنوات على أنه: "تحدد الأسعار والعقود عن طريق التفاوض بين المتعاملين والمعنيين"³.

¹-تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

²- أكسوم عيلا م رشيدة، المرجع السابق، ص.5.

³- فاطمة محمودي، محاضرات ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص القانون الاقتصادي الخاص، سنة 2016-2017.

وقد عمد المشرع الجزائري إلى مواكبة التطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصال، أين قام بتنظيم استغلال الانترنت كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي رقم 98-257 الذي يضبط شروط وكيفية إقامة خدمات الانترنت واستغلالها¹، أين فرض شروط موضوعية تتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم استغلال خدمات الانترنت من جهة، ويحدد الشروط الشكلية لممارسة هذا النشاط والتي تستوجب الخضوع لتصريح مسبق من أجل استغلال خدمات الانترنت .

اعترف المشرع باستغلال خدمات الانترنت وعمل على تنظيم وتحديد شروطها، كما أشار إلى العديد من مظاهر المعاملات الالكترونية في نصوص قانونية متفرعة على غرار المواد 323 مكرر و 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالكتابة والتوقيع الالكتروني، وكذا المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية².

كما أشار إلى وسائل الدفع الإلكتروني في المادة رقم 69 من الأمر رقم 10-04 المتعلق بالنقد والقرض³، والمادة 03 من الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب⁴، وأضاف بموجب القانون رقم 05-02 المتضمن تعديل القانون التجاري⁵ ووسائل التبادل الالكترونية عند نصه على بطاقات السحب والدفع كأوراق تجارية جديدة مضافة للأوراق التجارية الكلاسيكية على غرار السفتجة والشيك وسند الأمر .

أشار المشرع الجزائري إلى العديد من مظاهر الاستهلاك الإلكتروني التي يقبل عليها الأفراد عبر الانترنت، وقد خص بعضها بنصوص قانونية على غرار القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج.ر المؤرخة في 26 أوت 1998، العدد 63، ص.05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المتعلق بضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج.ر المؤرخة في 15 أكتوبر 200، العدد 60، ص.15.

² - المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.الصادرة بتاريخ 13 ماي 2001 (المعدل والمتمم)، العدد 27، ص.13.

³ - الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 26 غشت 2010 يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، العدد 50، ص.11.

⁴ - الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، ج.ر.الصادرة بتاريخ 28 أوت 2005 (المعدل والمتمم) العدد 59، ص.03.

⁵ - الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر.الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، العدد 101، ص.1306، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 05 مايو 2022، ج.ر. المؤرخة في 14 مايو 2022، العدد 32، ص.12.

للقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها¹، والقانون رقم 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين²، و القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية³، الذي تم فيه تنظيم العديد من المسائل الخاصة بالاستهلاك الإلكتروني.

الفرع الثاني: أثر التفاوض عن العقد

إن الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض هي الالتزامات قبل التعاقدية «Les Obligations pré-contractuelles» الواجبة الاحترام، والتي يفرضها القانون على المتفاوضين لتنظيم المفاوضات ذاتها حول شروط العقد المراد إبرامه بهدف التوصل بشأنها إلى اتفاق نهائي، ولتحقيق مصلحة الأطراف وحماية حقوقهم القانونية.

وهي التزامات تقوم أساسا على مبدأ حسن النية⁴، وعدم الانحراف عن الصدق والأمانة والصرامة والابتعاد عن الغش والخداع والاحتيال، وتقديم النصح والمشورة وكذا التحاور بكل جدية وإخلاص والامتناع عن التفاوض مع الآخرين من المنافسين خلال مدة زمنية معينة، وهذا يستدعي الاستعانة بالدراسات الفنية والاستشارات القانونية، واللجان الفنية لتفادي المشكلات وحسم المسائل ذات الطبيعة الخاصة بما يكفل تحقيق التفاهم بين طرفي العقد حول العناصر الرئيسية للتعاقد.

فإن قام الطرفان بتنفيذ التزاماتهما قبل التعاقدية⁵، أي المرحلة السابقة للتعاقد على قيام العقد على أكمل وجه، ومع ذلك لم يحالفهما التوفيق إلى إبرام العقد المتفاوض عليه فلا مسؤولية على أي منهما وذلك لأن رفض التعاقد يتوافق مع مبدأ حرية التعاقد، إذ لا يمكن إلزام الشخص بعرض ما إذا أستند إليه من أسباب مشروعة، أما إذا لم يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه بالتفاوض (وهو الالتزام الرئيسي الذي تولده مرحلة التفاوض) وترتب عن ذلك أن باءت المفاوضات بالفشل مما عاد على الطرف الآخر بالضرر فإنه يكون عندئذ مسؤولاً.

¹ - القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج.ر، الصادرة بتاريخ 16 أوت 2009، العدد 47 ص.05.

² - القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر، العدد 06، الصادرة بتاريخ 10 فبراير 2015، العدد 06، ص.06.

³ - القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية المؤرخ في 10 مايو 2018، ج.ر. المؤرخة في 16-05-2018، العدد 28، ص.04.

⁴ - D. Zennaki, op.cit, p.34.

⁵ -A.Bencheneb, Le Droit Algérienne Des Contrats , op.Cit, p.39.

مهما كانت الصيغة التي يمكن إضافؤها على التفاوض (إما مجرد عمل مادي أو تصرف قانوني)، فإنه يترتب عنه عدة التزامات تستوجب المسؤولية (إما عقدية أو تقصيرية حسب تكييف مرحلة التفاوض).

الفصل الثاني:

عقد الاستهلاك عقد مختل التوازن

الفصل الثاني: عقد الاستهلاك عقد مختل التوازن

لاشك أن الإرادة لها السلطان الأعظم في جميع مراحل العقد خاصة في مرحلتي تكوينه وآثاره، فالإرادة الحرة هي الأساس في تكوين العقود فلا إيجابار على إبرام العقد ولا عدم إبرامه، ويجوز للأفراد أن يعقدوا ما يشاءون من عقود فيما بينهم ولو لم تكن مذكورة في القانون ولا يلتزمون إلا بإرادتهم، ولهم كذلك أن يشترطوا من الشروط ما يشاءون لتحديد الحقوق والالتزامات فيما بينهم، والعقد نافذ على أطرافه كالقانون¹ لأنه متى نشأ العقد صحيحا فالقاعدة أن "العقد شريعة المتعاقدين" أي قانونهما، فيكون ملزما للطرفين بحيث لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاقهما أو بمسوغ يقرره القانون²، وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

ومن ثم فإن القاعدة هي حرية التعاقد³ فإذا تعاقد الفرد وبإرادته الحرة وجب عليه أن يلتزم بمقتضى اتفاقه، فما يقضي به العقد هو العدل الملزم، لكن إطلاق العنان للإرادة في تكوين العقود وتحديد آثارها ليس من شأنه مراعاة التوازن العقدي أو العدالة العقدية في كثير من الأحيان، خصوصا بعد أن صارت الحرية و المساواة بين الأفراد خيالية في أكثر الفروض بفعل تغير العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية⁴.

نتناول بالدراسة اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك (المبحث الأول)، ثم إلى مظاهر التوازن العقدي (المطلب الثاني).

المبحث الأول: اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك

إن بحث مسألة التوازن العقدي في عقد الاستهلاك أضحت أحد أهم المسائل التي تشغل فكر القانونيين، ذلك أن ظروف التعاقد اليوم غير تلك الظروف التي كان يتسم بها التعاقد بالأمس والتي أدت إلى تفاوت المراكز الاقتصادية لطرفي عقد الاستهلاك، الأمر الذي انعكس بالسلب على مراكزهم العقدية .

إن هذا التفاوت الذي تشهده المعاملات الحديثة تعددت مظاهره بطريقة أصبح من الصعب حصرها، نتيجة لعدة اعتبارات ترجع في كثير منها إلى غزارة وسرعة الإنتاج وما يصاحب عملية التسويق من دعاية

¹-محمود عبد الرحمن محمد، الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية، دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والسوداني والشريعة الإسلامية، ب.ط، 1995، ص.3.

² - A. Bencheneb, op.cit, p.89.

³-D. zennaki op.cit,p27.

⁴ - محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص.3.

تجارية، الأمر الذي يؤثر بالسلب على إرادة المستهلك الذي أضحي عرضة لعدم التروي، إضافة إلى افتقاده إلى عنصر المفاضلة بين المنتجات، يضاف إلى ذلك تطور وسائل الاتصال التي أفرزت ما يسمى بالتعاقد الإلكتروني¹، أين تتباعد المسافات بين المستهلك والمتدخل، هذه الفروض التي لم يكن بوسع القواعد العامة لنظرية العقد معالجتها.

إن فكرة التوازن العقدي في عقد الاستهلاك تحمل في طياتها نوعا من الغموض واللبس، وهذا ما يدفعنا إلى كشف ملامح ومضمون هذه الفكرة، وذلك بإبراز كيفية الخروج بهذه الفكرة من الإطار الأخلاقي إلى مستوى الممارسة العملية، من خلال النصوص التشريعية والتطبيقات القضائية والتي تعد بحق آية الكشف عن مضامين هذه الفكرة وما يحدها من ضوابط قانونية².

وباعتبار عقد الاستهلاك من العقود المستحدثة ذات الطبيعة الخاصة، فمن شأن هذه الصفة أن تؤثر في التوازن العقدي الذي يطبعه إذ أنه وفقا لسنة التطور الذي تتسم به قواعد القانون، كان من الطبيعي أن تأتي القواعد المنظمة لهذا العقد متميزة عن القواعد العامة لنظرية العقد .

المطلب الأول: تأصيل فكرة التوازن العقدي

إن تأصيل فكرة التوازن العقدي في عقد الاستهلاك يستدعي البحث عن هذه الفكرة في إطار القواعد العامة لنظرية العقد، من أجل الكشف عن ملامحها وطبيعتها في عقد الاستهلاك، فدراسة فكرة التوازن العقدي طبقا للقواعد العامة تستدعي التعرض إلى تطور موقف القواعد من مبدأ سلطان الإرادة³، ذلك فإن دراسة هذه الفكرة لا تستقيم إلا بمحاكاتها بالمبدأ القانوني .

فلما كان لهذا المبدأ الهيمنة المطلقة على قانون العقود كان التوازن المنشود في المجال التعاقدية ذو صبغة شخصية، غير أنه بتطور الحياة الاقتصادية⁴ أخذ هذا المبدأ يخفت أمام التدخل التشريعي والقضائي، حيث ظهرت نظريتي الاستغلال والغبن بالإضافة إلى عقود الإذعان، الأمر الذي انعكس على فكرة التوازن ذاتها.

¹-يمينة جوجو، السابق، ص53..

²-هني عبد اللطيف، التوازن العقدي في عقد الاستهلاك، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، مجلة دراسات قانونية، العدد 08، 2009، ص201.

³-A. Bencheneb ,théorie générale du contrat,op.Cit, p.34.

⁴-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص155.

فالتوازن الشخصي يفضي إلى عدم جواز مساس القاضي بالالتزامات العقدية حتى ولو كانت غير متوازنة موضوعياً، متى كانت إرادة أطراف هذا العقد صحيحة وسليمة إذ أن أطراف العقد احرار في ترتيب اوضاعهم العقدية.

وكنتيجة لذلك فإن إعادة التوازن العقدي أو تحقيق العدالة في حالة تعرض العقد لخلل يعيب هذه العدالة، لا يخول للقاضي التدخل في الرابطة العقدية، ذلك ان العدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولا تنسخها، كما أنه لا يجوز نقض العقد ولا تعديله من قبل أي من طرفيه إذ ما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة.¹

وبذلك يتبدى أن التوازن الشخصي يقوم في أساسه على الصورة المطلقة لمبدأ سلطان الإرادة القاضي بان الناس ولدوا أحراراً، حيث لا يخضع الفرد إلا لإرادته المطلقة من كل قيد فيلتزم بما شاء ومتى أراد بما يتوافق مع مصلحته.

لقد كان لهذا المنحنى صداه في الفقه الكلاسيكي ومن ذلك المقولة الشهيرة للفقيه فوييه «Fouillé» حينما قال: "من يقول تعاقدياً يقول عاجلاً"، واستمر تأثير مبدأ سلطان الإرادة في الأنظمة القانونية بدءاً من القانون الروماني وصولاً إلى القوانين المدنية الحديثة²، إذ نصت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على أن: "الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها".

كما نص المشرع الجزائري على نفس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين خلال نص المادة 106 من القانون المدني، ولقد واكب هذا المنحنى التشريعي تدعيم قضائي لهذا المبدأ في كثير من الأحكام القضائية التي تبرز مدى تأثيره على المجال التعاقدي.

من خلال ما تقدم يتجلى لنا أن التوازن الشخصي القائم على قدسية الإرادة في إبرام التصرفات القانونية، قد حظي بقبول كبير في القوانين الكلاسيكية على غرار القانون الفرنسي.

أما فيما يخص التوازن شبه الموضوعي فإن الظروف التي صيغت بها القوانين الكلاسيكية ما لبثت أن تغيرت، إذ لم يعد مفهوم الطرف الضعيف حكراً على القاصر أو من عيبت إرادته بأحد عيوب الإرادة التقليدية، بل تبنت القوانين الحديثة في نظرتها الجديدة لقانون العقود اعتبارات التوازن الاقتصادي لمراكز المتعاقدين، وهذا ما فسح المجال لظهور نظريات جديدة على غرار نظرية الغبن والاستغلال ونظرية عقود الإذعان.

¹-العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.15.

²-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.154.

فمن تأثير نظرية الاستغلال على فكرة التوازن العقدي يتجلى في محاولة القوانين المدنية الحديثة في كفالة نوع من التوازن في العلاقات التعاقدية من الناحية الاقتصادية في تبنيها نظرية الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، إذ وسعت من خلال هذه النظرية من نطاق الغبن وحوّرتة من نظرية مادية جامدة تقتصر على عقود معينة إلى نظرية مرنة تتناول جميع العقود، وذلك كظاهرة تؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد.

ولقد كان القانون الألماني الصادر سنة 1896 السباق في تبني هذه النظرية من خلال نص المادة 138 من القانون المدني، وتبعه في ذلك الكثير من القوانين الحديثة ومنها القانون المدني الجزائري في المادة 90 منه.

إلا أنه يجب التنويه إلى أن من له السبق في تبني هذه النظرية هي الشريعة الإسلامية الغراء من خلال ما ذكره الفقهاء في إقرارهم هذه النظرية، حيث نجد الفقيه ابن عابدين قد أفرد رسالة من رسائله الفقهية وأسماها ب: "تحبير التحرير في إبطال القضاء بالفسخ بالغبن بلا تغيير".

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الفرنسي لم يدرج ضمن نصوصه عيب الاستغلال نظرا لاعتباره هذا العيب منافيا لقداسة مبدأ سلطان الإرادة، مما حدا بالقضاء الفرنسي إلى استحداث نظرية شبيهة لنظرية الاستغلال، سماها بنظرية الاستهواء «La théorie de Captation» إلا أنه حصر نطاقها في عقود التبرع¹.

أما عقود الإذعان التي تناولناها سابقا فقد صيغت لتلاقي العيوب التي أفرزها مبدأ سلطان الإرادة² على العدالة العقدية، ونظرا لما أفرزته كذلك التطورات الاقتصادية على المجال التعاقدية، صاغت التقنيات الحديثة نظرية عقد الإذعان حماية للطرف المذعن حماية فعالة، وبالأخص في عقود الاستهلاك التي تتسم بالإذعان³.

ونظرا لاتساع الهوة بين المستهلك والمتدخل من الناحية الاقتصادية والفنية والتقنية وموضوع عقد الاستهلاك، كان لابد من بحث طبيعة التوازن في عقد الاستهلاك ثم الكشف عن مظاهر عدم التوازن الذي قد يعتري هذا النوع من العقود:

¹- عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2014-2015، ص.72.

² - J.Ghestin, La formation de contrat, tome2, l'objet et la cause- la nullité, 4éd, L.G.D.J, 2013, p182-185.

³- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 459-458.

إن التوازن الموضوعي في عقد الاستهلاك جاء نتيجة للتطور الاقتصادي والثورة التكنولوجية والذان أديا إلى تعقد عمليات الإنتاج، وتطور أساليب تسويق السلع هذا كله جعل من المستهلك الطرف الضعيف دائما في العلاقة الاستهلاكية، لذا كان إلزاميا تدخل المشرع في عقد الاستهلاك بصورة مكثفة ومؤثرة¹، بطريقة أفرزت ما يسمى بأزمة العقد مما دعا ببعض الفقه إلى القول بعدم صلاح مبدأ سلطان الإرادة كأساس وحيد للعقود، حيث يرى الأستاذ "غيستان" « Ghestin » إن تدهور مبدأ سلطان الإرادة جعل من مبادئ النفع والعدل بديلة له، حيث أن العقد لا يتمتع بقوته الإلزامية إلا لكونه نافعا وعادلا.

إن لعدم التوازن العقدي في عقد الاستهلاك عديد من الأسباب من الصعب حصرها، إلا أننا نورد أبرزها من خلال هذه الدراسة، والتي تتمثل في الاستغلال وحالات الغبن إضافة إلى الظروف أو الحوادث الطارئة، وهذه الأسباب تشترك فيها جميع العقود بصفة عامة، ولكن نظرا لخصوصية عقد الاستهلاك والطبيعة المختلطة التي تصبغ عليه وصف عقد مختل التوازن، فإنه ينفرد بمظاهر خاصة تؤثر في التوازن العقدي فيه، وعلى رأسها اختلال العلاقة بين المستهلك والمتدخل وقوة المركز التعاقدى لهذا الأخير، ومحل العقد الذي يتمثل في السلع والخدمات موضوع التعاقد، وإلحاح المتدخل على المستهلك وحثه على التعاقد بطريقة تؤثر على تفكيره مما يعكس سلبا على نضوج إرادته².

أمام هذا الاختلال الصارخ وانعدام التوازن أوردت التشريعات الحديثة الهادفة إلى حماية المستهلك عدة آليات من شأنها إعادة التوازن المفقود في عقد الاستهلاك، منها ما يهدف إلى ضمان التوازن للمحيط التعاقدى ومنها ما يهدف إلى ضمان توازن مضمون العقد، كما اعترفت هذه التشريعات للمستهلك بدور تحقيق التوازن العقدي³.

ومواكبة للتطورات الحالية لم تتوانى التشريعات المعاصرة ومازالت في إقرار الكثير من الآليات التي يمكن بها كفالة القدر الكافي من الحماية للمستهلك، وبالتالي المساهمة في تحقيق التوازن العقدي في عقد الاستهلاك.

سوف نتناول بيان مفهوم مبدأ التوازن العقدي، وبيان أهميته (الفرع الأول) ثم نتناول الأسباب التي تساهم في اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك (الفرع الثاني).

¹ -D. Zennaki, op. cit. p.28.

² -عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص.77.

³ -Lachachi mohammed op.cit.p.47.

الفرع الأول: التوازن العقدي وأهميته

احتل مبدأ التوازن العقدي مكانا بالغ الأهمية في الفقه القانوني وكذا لدى فقهاء الشريعة ولقد كانت الأسبقية للفقه الإسلامي في إرساء قواعد هذا المبدأ، لذا يغدو التوازن العقدي في الفقه الإسلامي أقوى بنيانا لأن الأسس التي يقوم عليها فيه من صنع الشارع الحكيم، أما التقنيات الوضعية فلم تراعى التوازن العقدي فقد أجازت الكثير من عقود الغرر¹.

يختل التوازن العقدي في عقد الاستهلاك نتيجة لأسباب وعوامل كثيرة كالغبن والاستغلال والنفوذ الاقتصادي والظروف الطارئة، وبالتالي اختلال في الأداءات المتقابلة، فيكون من العدالة التدخل لإعادة التوازن المفقود لهذه العقود إلى سابق عهده بغية المحافظة على استقرار المعاملات وتحقيقا للعدالة العقدية.

أولاً: مفهوم مبدأ التوازن العقدي

يقتضي التعريف بمبدأ التوازن العقدي التطرق إلى تعريف كل من التشريع، والفقه للوقوف على المفهوم الواضح والصحيح له.

1- تعريف التوازن العقدي

يعد التوازن العقدي بصفة عامة من المبادئ المسلم بها والمعروفة منذ زمن بعيد في الفقه القانوني، إلا أنه على الرغم من ذلك لم تتعدد تعريفاته لدى شراح القانون ونادرا ما يذكرون له تعريفا يبين ويحدد مضمونه كغيره من المبادئ القانونية المستقرة .

ولم يكذ يذكر التوازن العقدي عندهم إلا في ثنايا كتاباتهم عن العقود بصفة عامة، ولعل السبب في ذلك إما لأنه لا يتمتع بوضع قانوني خاص كغيره من النظريات والمبادئ القانونية المستقلة، وإما لوضوح معناه وعدم الحاجة لبيانه على اعتبار أنه من المبادئ المسلم بها في عالم القانون، تعرف التوازن العقدي على أنه: حالة التكافؤ والمساواة بين طرفي العقد فيما يليق به على عاتق كل منهما من التزامات، أو يعطيه لهما من حقوق، أو يخوله لهما من سلطات في جميع مراحل تنظيم العقد².

¹- عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص. 20.

² .www.alazhar.edu.ps.

أما في الفقه الإسلامي فقد عرّف مبدأ التوازن العقدي وإن لم يكن بهذا المصطلح، وإنما تحت مسمى "العدالة العقدية" باعتباره تطبيقاً عاماً من تطبيقات العدالة¹.

سوف نبيّن فيما يلي مفهوم التوازن العقدي في التشريع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة، والفقه الإسلامي.

2- تعريف التوازن العقدي في التشريع الجزائري

إذا كانت النظريات والآراء الفقهية الحديثة تميل إلى تغليب إرادة الأطراف في مجال التوازن العقدي، فالنصوص التشريعية صريحة وواضحة الدلالة على الاعتداد بإرادة الأطراف مع مراعاة المصلحة العامة.

وفي ذلك تنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للسبب التي يقرها القانون"، كما تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"، وقد بينت المادة يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد².

وعلى هدى النصوص السابقة يتضح أن المشرع الجزائري في تنظيمه للعقود في القانون المدني قد أفردهمبدأ سلطان الإرادة مساحة تجيز للمتعاقدين التحرك فيها بحرية ولكنها محدودة باعتبارات معينة بعضها يتعلق بشخص المتعاقد كما في حالات نقص الأهلية والغش والتدليس، وبعضها يتصل باعتبارات اجتماعية يحددها النظام العام والآداب العامة.

ومن ثم فإن التوازن العقدي يتحقق في العقود التي تبرم وفقاً للأوضاع التي يتفق عليها المتعاقدين فيما لا يخالف القانون، متى كانت التزامات أحد المتعاقدين متعادلة مع التزامات الطرف الآخر تعادلاً ينتفي معه الاختلال الفادح بين التزامات الطرفين.

لذلك يقصد بالتوازن العقدي «L'équilibre contractuelle» أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت نشوء العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً، وتتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلى استمرار هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد، والمراد بتنفيذ العقد هنا ليس فقط قيام المتعاقدين بأداء ما عليه من التزامات تعاقدية أداء كاملاً لا نقص فيه وإنما تنفيذ جميع بنود العقد

¹-علي فيلاللي، المرجع السابق، ص.368.

²-D. zennaki op cit p.22.

والشروط الملحقة به بحسن نية وأمانة وبكل تعاون وإخلاص، بحسب طبيعة الالتزام وما تفرضه المعاملات والعرف مع مراعاة النظام العام والآداب العامة¹.

كما يعرفه الفقهاء أيضا بأنه: "التعادل بين الأداءات المالية المتقابلة في العقد، أو هو التعادل والمساواة في المقابل والأعباء الملقاة على عاتق الطرفين"، إذ أن كل متعاقد يقوم بتنفيذ التزامه ينتظر من المتعاقد معه أن يؤدي بشكل متساو وعادل ما عليه من التزامات، وذلك في كل مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، وعلى ذلك فالتوازن العقدي يعني التعادل والمساواة بين الطرفين لكي يرتب كل منهما وضعه التعاقدية بحرية تامة²، وأشار المشرع الجزائري أيضا أنه لا يجب الاكتفاء بالالتزام المتعاقد بما ورد في العقد وإنما أيضا بما هو من مستلزماته وذلك في نص المادة 2/107 من القانون المدني الجزائري³.

ومن ثم فإنه يجب أن يكون هناك تكافؤ ومساواة في مركز كل من المتعاقدين، وأن يستمر ذلك وقت إبرام العقد حتى تمام تنفيذه، ذلك أن تقدير عدم التوازن يتوقف إلى حد كبير على مدى ما يطرأ على العقد من ظروف مستجدة، أو ما يمارسه الطرف المتعسف من سلطات اتجاه الطرف الآخر، وسواء أكانت السلطة التعسفية ذات طبيعة قانونية أم اقتصادية كما هو الحال في عقود الإذعان فإن ذلك ينعت العقد بعدم التوازن⁴.

فالغبن⁵ في ناحيته المادية أو الموضوعية يتأدى في فقدان التوازن بين الالتزامات المتقابلة بما يحيد بها عن حاجة أحد المتعاقدين أو ما يحصل عليه أحدهما من فائدة، وفي هذا يحق للقاضي أن يراجع العقد⁶ ليقض بما يكفل هذا التوازن حفظا لمبدأ العدالة العقدية.

والتوازن العقدي بهذا المعنى لا يثور إلا في عقود المعاوضات -الزمنية والفورية⁷ - ولا يتصور وجوده في عقود التبرع وذلك لأن تلك العقود يُعطي فيها المتعاقد ولا يأخذ مقابلا لما يعطيه، إذ يفترض فيها عدم التعادل بين ما أخذ وما أعطى وهذا ما ينطبق على عقد الاستهلاك الذي نحن بصدد.

¹-العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.58.

²-عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص.29.

³- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية، 13-06-1991 ملف رقم 72558، مجلة قضائية، 1995، العدد 1، ص.93.

⁴-François Terré, phillipe simler, yves lequette, Droit Civil, Les Obligations, 7éd, Dalloz, 1999, p.75.

⁵- يعرف الغبن بأنه: "الخسارة المالية التي تلحق في عقود المعاوضات أحد المتعاقدين نتيجة لعدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه"، عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص.403.

⁶- علي فيلاللي، المرجع السابق، ص.371.

⁷-العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.419.

غير أن اختلال التعادل بمجرد ذاته - أي مجرد عدم التعادل بين ما يلتزم المتعاقد بأداءه بمقتضى العقد وبين المقابل الذي يقرره له، لا ينهض سببا للطعن في العقود ولا يؤثر في صحة العقد إلا إذا وصل درجة معينة من الجسامة بحيث تؤثر على تنفيذ التزامات المتعاقدين وإلا فلا يعتد به، والسبب في ذلك أن عدم التعادل البسيط بين أداءات الطرفين في عقود المعاوضات بصفة عامة وفي عقد الاستهلاك بصفة خاصة أمر مألوف في التعامل، ومن الصعب أن تتكافأ جميع المنافع تكافؤا تاما في هذه العقود إذ المقصود أن تتقارب التزامات الطرفين.

ولو جاز كل حيف واختلال مهما يكن شأنه في العقود بصفة عامة يحلّ بأحد المتعاقدين يجر العقد للإبطال لتعرضت معظم تلك العقود لتلك النتيجة القاسية، وهذا ما يرفضه المشرع الوضعي والحكمة من ذلك إحاطة عقد الاستهلاك بالأمن والاستقرار ومنع الإضرار بالمعاملات وحماية الطرف الضعيف والمذعن في عقود الإذعان على اعتبارها أن عقد الاستهلاك يحمل في طياته سمات الإذعان¹.

ويتفق مفهوم التوازن الاقتصادي للعقد في نطاق العقود المدنية - عقد الإذعان - على هذا النحو مع فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية من حيث كونهما تطبيقان من تطبيقات العدالة العقدية، والتي منها أن يتساوى أطراف العقد في الحقوق والالتزامات، إلا أنهما يختلفان من حيث النطاق والطبيعة والأثر .

من خلال الأفكار المتقدمة يمكن أن نعرف التوازن العقدي في عقد الاستهلاك بأنه: "التعادل والمساواة بين المتدخل والمستهلك في الالتزامات الناشئة عن العقد الاستهلاكي في كل مراحله بدءا من مرحلة التفاوض عليه مروراً بمرحلة تنفيذه ووصولاً مرحلة إبرامه و صياغته في صورته النهائية"².

الفرع الثاني: أهمية مبدأ التوازن العقدي

كان مبدأ التوازن العقدي صلة بالأزمان الغابرة في القوانين المختلفة وكذا الشريعة الإسلامية، لذلك كان من الجلي أن يحتل أهمية بالغة في التشريع الوضعي هذا لأنه يحفظ استقرار المعاملات ويقطع سبل التشاحن والتنازع بين أطراف العقد المبرم، كما أنه يحقق المساواة والعدالة العقدية الواجب توافرها في العقود، ومن ثم يحمي الجاني الضعيف في العقد، لأن العدالة من أهم المبادئ التي يجب أن تسود العقود منذ تكوينها حتى تمام تنفيذها.

لذلك فقد اهتم المقنن بضرورة توافر التوازن العقدي في عقود المعاوضات، ومن صور هذا الاهتمام تدخل المشرع في كثير من الأحيان لتقييد الإرادة لحماية للطرف الضعيف من عنق الطرف القوي

¹-محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص.12.

² - Jean Calais Auloy, Frank Steinmetz, op. cit .p.184.

وإقامة التوازن بين المتعاقدين، حينما تؤدي الظروف الاقتصادية أو الاجتماعية إلى اختلال هذا التوازن¹، ونجد ذلك واضحا في فرض المقنن لعقود معينة على بعض الأشخاص والهيئات التي تتبع السلع الضرورية للجمهور وإبطال بعض العقود، أو تعطيل بعض شروطها أو فرض شروط معينة على المتعاقدين .

كما يظهر أيضا في السماح للقاضي بإعادة النظر في التزامات الطرفين الناشئة عن العقد بمقتضى سلطته التقديرية، متى طرأت إثناء تنفيذ العقد ظروفًا غير متوقعة تجعل التزامات أحد المتعاقدين مرهقة له إرهابًا شديداً وهي ما تسمى " بنظرية الظروف الطارئة " وذلك إعمالاً لقواعد العدالة ومنعاً لاستغلال أحد المتعاقدين للآخر² .

وكذلك تمكين القاضي من تعديل الشروط التعسفية في عقود الإذعان وتعديله للشرط الجزائي المبالغ فيه³. كما أورد المشرع الجزائري في القانون المدني عدداً من القيود على مبدأ سلطان الإرادة عند تكوين العقد وذلك حفاظاً للتوازن الذي ينبغي أن يسود بين المتعاقدين، ومن هذه القيود نظريتي الاستغلال وإنقاص الالتزام ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول⁴.

المطلب الثاني: أسباب اختلال التوازن العقدي

يختل التوازن العقدي بين التزامات المتعاقدين نتيجة لأسباب وعوامل كثيرة ومتنوعة، فقد يتعلق بعيب في إرادة أحد الأطراف نتيجة لعيوب الرضا كالغلط والتدليس والإكراه، وقد يصيب أحد المتعاقدين غبن نتيجة لاستغلال المتعاقد الآخر حالة ضعف فيه كالطيش البين والهوى الجامح والحاجة، إضافة إلى عدم الخبرة والضعف اللاحق بالمستهلك في عقدا الاستهلاك، وهذا ما يعرف بالاستغلال كما لو استغل أحد الطرفين ما قد يكون من غموض أو لبس أو نقص فيما نص عليه من التزامات فيطغى على الآخر في سبيل نفعه وكسبه إما بالإفراط أو التفریط، فيؤدي ذلك إلى عدم التكافؤ والمساواة والتوازن المطلوب في العقد.

ومن ثم يعد الغبن كذلك من أهم الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي متى لحق أحد المتعاقدين في العقد الاستهلاكي خسارة مالية، نتيجة لعدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه⁵، وقد يكون أحد المتعاقدين أقوى اقتصادياً من المتعاقد الآخر بحيث يمكنه مركزه

1- محمود عبد الرحمن محمد، المرجع السابق، ص.4.

2- علي فيلالي، المرجع السابق، ص.370.

3- محمد بودالي، المرجع السابق، ص.246.

4- علي فيلالي، المرجع السابق، ص.378.

5- عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص.403.

الاقتصادي من فرض شروط تعسفية على المتعاقد الآخر، مما يخلل معه التوازن الاقتصادي للعقد، وهذا ما يحدث في عقود الإستهلاك¹.

وقد تتوازن التزامات المتعاقدين عند تكوين العقد ولكن هذا قد يخلل أثناء تنفيذه نتيجة وقوع حوادث استثنائية عامة غير متوقعة تجعل التزام المدين مرهقا بحيث تهدده بخسارة فادحة وهذا ما تعالجه نظرية الظروف الطارئة².

وفي مثل هذه الحالات يخلل التوازن بين الأداءات المتقابلة في العقد، فيكون من العدالة التدخل لإعادة هذا التوازن المختل إلى سابق عهده بغية المحافظة على استقرار المعاملات وتطبيقا للعدالة العقدية عن طريق حماية الجاني الضعيف في إطار العلاقة العقدية، وفي هذا الإطار ومن جماع ما تقدم سوف نلقي الضوء على أهم الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك.

الفرع الأول: عيوب الإرادة

أطلق العنان لسلطان الإرادة وأضحى للإرادة الحق في إنشاء ما شاءت من التصرفات ذلك أن اعتبار إرادة الفرد حرة غير مقيدة يجعل اتجاه هذه الإرادة يكون دائما في مصلحة الفرد، لأن الشخص عندما يلتزم فإنه لا يلتزم إلا وفقا لمصلحته فكل التزام تعاقدى حر حتما عادل ومتوازن يجب أن يحميه القانون، وتقتصر مهمة القانون الأساسية على حماية ممارسة الحرية التعاقدية التي لا يقيدتها إلا القيد القانوني وهو المساواة في الحرية مع الغير، وهذه المساواة هي مفترضة والإنسان يمتلك من الخصائص ما يجعله أحسن من يدافع على مصالحه، أما التوازن الموضوعي فيحققه أطراف العقد بمقتضى العقد³.

فالعقد يعرف فقها وقانونا أنه تطابق إرادتين وليس تطابق أداين، فالحماية يجب أن تنصب على الإرادة والتي بمقتضاها ينشأ العقد سليما فمتى كان كذلك فهي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد وشروطه وهي التي تحدد مضمونه وبالتالي هي التي تحدد التوازن المرجو، فضمانات المساواة والتوازن تحددها مرحلة إبرام العقد بما منحت الإرادة من حرية في تحديد التزاماتها وفقا لحاجاتها في العقد، فالتوازن وفقا لهذا التصور يتميز بذاتية إذ يتعلق بالشخص وتقديره للتوازن، ذلك أن التوازن يأتي من داخل العلاقة التعاقدية بالتالي ترفض كل تدخل خارجي، ولا يمكن التدخل والمساس بما ارتضاه طرفا العقد بحجة تحقيقي التوازن كما يرى "غيستان" أن مقياس اللاتوازن العقدي في ضوء مبدأ سلطان الإرادة لا يتم من خلال معيار موضوعي وإنما يقاس داخليا وبمعيار شخصي طالما أن إرادة المتعاقد هي التي تحدد عدالة العقد فكانت نظرية عيوب الرضا حماية من الأسباب التي تؤدي إلى اختلال توازن العقد، وفي نفس الوقت

¹ عزت صلاح عبد العزيز محمد، المرجع السابق، ص.77.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ص.251.

³ -Jaques Ghestin, op.cit, p.282.

تشكل حماية إضافية في ظل حرية التعاقد وتوحي بإمكانية علاج اختلال الالتزامات الناشئة عن رضا فاسد منغلط أو تدليس أو إكراه.

أولاً: الغلط:

الغلط هو وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، إنه تصور خاطئ للأمور والأشياء، حيث يتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك¹.

والغلط أنواع متفاوتة منها ما يؤثر على سلامة الرضاء ومنها ما هو دون ذلك، ويميز الفقه - بالنسبة للغلط الذي يتأثر به رضاء المتعاقد - بين الغلط المانع والغلط المعيب للرضاء².

فالغلط المانع - كما يدل على ذلك اسمه - يحول دون تحقيق تطابق الإيجاب والقبول فيمنع قيام العقد، ويقع هذا الغلط في ماهية أو طبيعة العقد كأن يعطي المتعاقد نقوداً على سبيل القرض في حين يعتقد المتعاقد الثاني أنها هبة، وقد يتعلق الغلط أيضاً بمحل العقد كأن يبيع الشخص سيارة معينة بينما يعتقد المشتري أنه يشتري سيارة أخرى، وقد يتصل هذا النوع من الغلط بسبب العقد كالوارث الذي يتفق مع الموصى له على قسمة شائعة بينهما ثم يتبين بعد ذلك أن الوصية باطلة.

إن هذه الصور الثلاث التي تجسد الغلط المانع يترتب عليها البطلان المطلق فهو منعدم الوجود - حيث لم يتحقق تطابق الإيجاب والقبول.

الغلط المعيب للرضا هو النوع الثاني من الغلط الذي يؤثر على رضاء المتعاقد وهو أقل درجة من الغلط المانع حيث يكون القبول مطابقاً للإيجاب إلا أن رضاء المتعاقد غير سليم لأنه لم يكن على بينة من أمره وأنه لولا الاعتقاد الخاطئ الذي وقع فيه لما أبرم العقد، ويترتب على هذا النوع من الغلط البطلان النسبي أي أن العقد يكون قابلاً للإبطال.

لم يعدد المشرع بهذا التقسيم الفقهي واكتفى في المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري بمعالجة الغلط الجوهرى المعيب للرضاء فقط والذي يقع فيه المتعاقد وقت إبرام العقد، والغلط الجوهرى كما جاء في أحكام القانون المدني يعرض العقد للإبطال حماية المتعاقد الذي وقع فيه، غير أنه من جهة

¹ - من التعريفات الفقهية الأستاذ السنهوري يعرف الغلط على أنه: "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها".

L'erreur est une fausse appréciation de la réalité, elle consiste à croire vrai ce qui est faux ou inversement », D.Zennaki, op.cit, p.120.

² - الغلط بالنسبة للنظرية التقليدية ثلاثة أنواع: الغلط المانع والغلط المعيب للرضاء والغلط غير المؤثر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص.158.

أخرى يجب مراعاة مصالح المتعاقد الثاني الذي لا يد له في الغلط ولقد وضع المشرع بهذا الصدد بعض الشروط للتمسك بالغلط الجوهري .

يميل بعض الفقه إلى أن القواعد المتعلقة بالغلط كعيب في الرضا لا تؤثر فيتوازن العقد، فقد لا يوحى الغلط في الوهلة الأولى أنه يبطل العقد لأن الأدعاء متفاوتة¹ أي اختلال التوازن الموضوعي للعقد ويضيف الرأي أن نظرية الغلط لها تأثير في تقدير التوازن الاقتصادي للاتفاق من طرف المتعاقدين وهي سبب بديهي لعدم وجود تكافؤ بينهما²، إذ أن الاختلال في الحالة النفسية والذهنية واضح أنه هدف الحماية في المقام الأول.

مع أن الغلط في القيمة له علاقة مباشرة بتوازن العقد من الناحية الاقتصادية ويعني وجود اختلال مالي للعقد والمشرع الجزائري نص على الغلط من المواد 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري، والعبارة في ذلك في بالغلط الجوهري، فإلى أي مدى يمكن اعتبار الغلط الجوهري تفاوت بين أطراف العقد أو تفاوت بين الأدعاء المتقابلة في العقد.

الاختلاف أن المشرع يعتد بالغلط الجوهري الذي لم يعرفه المشرع بل اكتفى بوصفه بالجسيم والمؤثر، وأن جسامته الغلط فتعني ذلك الذي يبلغ من الخطورة والأهمية ما تستدعي تدخل القانون لحماية الضحية، وتدير جسامته الغلط بمعيار ذاتي يتعلق بنفسية المتعاقد³، والنتائج المترتبة عن هذا الاعتقاد الخاطئ فيرى الأستاذ علي فيلالي أنه يستحسن الاعتداد بالتقدير المجرد من أجل تقادي الصعوبات التي تواجه القاضي في البحث في نفسية المتعاقد فحسب، بل لوضع حد للأناية الشخصية حيث تتعسف في استعمال حقها أيضا⁴.

إنّ القول بأن المشرع الجزائري أخذ بالغلط في القيمة فهذا لأن له علاقة مباشرة بتوازن العقد من الناحية الاقتصادية، والأرجح أن المشرع يأخذ بالغلط في القيمة لأنه لم يحدد مجال الغلط الجوهري بل الكد فقط أن يكون الاعتقاد خاطئ في ما يُعتبر أن يكون جوهريا، ويرى الأستاذ علي فيلالي أن هذه النتيجة منطقية، إلا أن الغلط في القيمة لا يدخل تحت مظلة الغلط وهو ما ذهب إليه الأستاذ علي بن

¹ « A première vue, les règles applicable à l'erreur, vice du consentement ne semblent pas être influencées par la présence éventuelle d'un déséquilibre contractuel », Gaël Chantepie, la lésion, LGDJ, 2006, p.140.

² « La theorie de l'erreur, porte en effet sur l'appréciation de l'équilibre économique de la convention par les portiers cause évidente d'un éventuel de faut d'équivalence », Gaël chantepie, op.cit, p.140.

³ -عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص.49.

⁴ -علي فيلالي المرجع السابق، ص.160.

شباب¹، من أنّ هذا الحل غير مرجح لأنّ المشرع الجزائري لم يأخذ بالغبن كقاعدة عامة لكنه يتراءى لنا خلاف ذلك، لأنّ المشرع الجزائري اتبع في المشرع الفرنسي في هذا كونه لم يأخذ بقاعدة عامة في الغبن، لكن القضاء يعتد بالغلط في القيمة، وأيضاً مفهوم الغلط الجوهرى تقتضى الأخذ بالغلط في القيمة متى كان الأمر جوهرى بالنسبة لضحية الغلط وهذا ما ذهب إليه بعض الفقهاء² فما هو المانع من اعتبار الغلط في القيمة غلط جوهرى يستوجب الإبطال مادام واقعا في أصل الموضوع المعتبر في العقد؟.

وأخذاً بالمعيار الثانى لا يوجد سبب يمنع الإبطال بسبب الغلط كلما كان هذا الغلط دافعا إلى التعاقد حتى ولو كان واقعا في قيمة الشيء مادام هناك ما يثبت أن القيمة قد نظر إليها كدافع أساسى للتعاقد، وهذا ما ذهب إليه تفسير القضاء الفرنسى فقرر أن الغلط ينبغى أن يدخل في الاعتبار "إذا ما كان من الجسامة بحيث لولاه ما تعاقد أحد الطرفين"³.

وهناك من الفقه من يرى أنّه بالرجوع إلى النظرية الحديثة في الغلط والتي أخذ بها القانون الجزائرى وتطبيقها لمعيار الغلط الجوهرى على الغلط في القيمة، وجب القول أن الغلط في قيمة الشيء إذا كان هو الدافع الرئيسى إلى التعاقد يجعل العقد قابلا للإبطال، وهذا نفسه ما ذهب إليه القانون المصرى، والمثل الذى أورده الأستاذ السنهورى⁴ وهو حالة ما إذا باع الشخص سهما بقيمته الفعلية وكان يجهل أنّ هذا السهم قد ربح جائزة كبرى، فله أن يطلب إبطال البيع لغلط.

أما إذا تعلق الأمر بشخص من غير المتدخلين أو بأحد المستهلكين فإن القضاء يبيد تساهلا في قبول الغلط خصوصا في مجال عقود الإستهلاك، ذلك أن الطرف الأقل كفاءة يمكن أن يقع في غلط بسبب سوء فهم الشروط المفروضة عليه أو بسبب قيام المشتري بتغطية حقيقة الشرط، إلا أنه يمكن تجنب الغلط من خلال الالتزامات المفروضة على عاتق الطرف المتعاقد المتمثل في المتدخل ضمن نطاق عقد الإستهلاك والذي يقع عليه الالتزام بالإعلام وتوابعه مما يجنب المستهلك المتعاقد الوقوع في الغلط، ويعتبر الالتزام بالإعلام كذلك من أهم الوسائل وآليات تحقيق التوازن العقدى والنتيجة المنطقية هي أن تجنب الغلط، وهذا ما يؤكد لنا أنه لا يمكن خلو الغلط من نظم التوازن.

¹ A.Bencheneb op.cit, p.91.

² أنور العمروسى، عيوب الرضا في القانون المدنى، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2003، ص.148.

³ - Cass .Civ ,28/02/1913, note Sarrut,n°1249.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهورى، المرجع السابق، ص.172.

ومما يؤكد أهمية هذا التصور في تحقيق التوازن من خلال لاعتبار الغلط في القيمة غلط جوهريااعتماده من طرف القانون الألماني في المادة 119فقرة 1و2 إذ اعتبر الغلط في الصفة الجوهرية في الشيء قد يكون غلط فيما يؤثر على الشيء في منفعته أو في قيمته¹.

هذه الفكرة دعمها رأي فقهي² رصين إذ يرى أن الغلط في القيمة هو نتيجة تقدير اقتصادي مغلوط، والغلط في الصفة الجوهرية للمحل يبيّن ويبرز الكم، كما أن الغلط في القيمة يمس مباشرة وتحديدًا قيمة المحل فهو أكثر ارتباطًا بتكافؤ بين القيمة الحقيقية للشيء وثلثه، هذا الرأي يربط الفكرة بالثلث وقيمه الحقيقية وبالتالي نحن أمام غبن فمن تعاقد غالطاً -أي معتقداً أنّ الثمن هو معادل للقيمة الحقيقية -كَيْفَنا أنه واقع في غلط جوهرى يمكن حمايته، أما إذا كَيْفَنا انه وقع في غبن لا يمكن حمايته، فالغبن يحدد مجال الحماية ويحصرها بالنصوص القانونية 358 من القانون المدني الجزائري، القسمة المشاعة 732 من القانون المدني الجزائري، وفيما عدا ذلك يبقى من وقع في غلط في القيمة وأعتقد خاطئفي القيمة الحقيقية لمحل التعاقد ونتج عن توهمه اختلال كبير في الأداءات المتقابلة بدون حماية.

إلا أن هناك من يرى الصفة الجوهرية مثل القيمة كانتا في صميم انشغالات المتعاقدين وتحدّدان بدون شك رضاهما، فالوضعيتين لا تختلفان مما يستدعي تدخل علاج حاسم في القانون الوضعي³ مادام هدف القانون هو واحد، فالنصوص يجب أن يكون هدفها واحد .

إن الصفة الجوهرية تستنتج أيضا من الثمن، والفرق بين الثمن المدفوع والقيمة الحقيقية للشيء المتعاقد عليه تتمثل في أنه عند تقدير الصفة الجوهرية يقومون بالنظر في قيمة الشيء والثمن المدفوع فيها كمؤشر خاصة عن الصفة الجوهرية للغلط، وإذا كان عبء إثبات الوقوع في الغلط يقع على مرتكب الغلط فله أن يثبت أنه وقع في الغلط بكل الوسائل، ولكون الغلط أمر نفسي عمليا من الصعب إثبات الحالة الذهنية للمتعاقد عند إبرام العقد، فإن اختلال التوازن الفاضح يسمح للقضاة بأن يقتنعوا بأن القيمة انتقصت من الصفة الجوهرية للشيء⁴ .

¹ -Michel Pédamon, le contrat en droit allemand, 2éd, LGDJ, 2004, p.103.

² - Michel Pidaman, Op.cit., p103.

³ -« La qualité substantielle, comme la valeur, ont été au cœur des préoccupations des contractants, déterminant sans doute leur consentement. Les deux situations ne diffèrent pas notablement, ce qui devrait, impliquer un traitement identique en droit positif », Gaël Chantepie, op.cit, p.142.

⁴ - Gaël Chantepie, op.cit, p.147.

إن للاجتهااد القضائي العديا من الأمثلة في أن بساطة الثمن تبين أن البائع لا يعلم بوجود صفة خاصة في الشيء¹ وأن يكون العكس، فالثمن المرتفع الذي يدفعه المشتري يظهر اتجاه إرادته إلى وجود بعض الصفات في الشيء المتعاقد عليه²، فالصفة الجوهرية حسب النظرية الموضوعية للغلط لا تتنافى مع الغلط في القيمة³.

ويؤكد بعض الفقه أنه عندما يكون الغلط في الشيء مصدر اختلال التوازن، فيعتبر الغلط وسيلة لتحقيق التوازن العقدي، ويضيف الرأي أن الغلط في القيمة يمكن أن يكون آلية يستطيع المستهلك أن يستخدمها لتحقيق التوازن العقدي مع الإبقاء على الشروط المتعلقة بقاعدة الغلط.

فإذا كان ضحية الغلط ليس لديه الكفاءة لقياس القيمة الحقيقية للعقد الذي أبرمه وقد اعتقد خاطئاً أن الثمن أو قيمة الشيء المتعاقد عليه هو قيمته الحقيقية يكون قد وقع في غلط جوهري ولهذا يصبح الغلط أداة لمعالجة التفاوت الكبير بين الأداءات وأداة لتحقيق التوازن، وهذا ما ذهب إليه بعض الفقه «أن الغلط الجوهري يمكن أن يتحقق في حالة الغلط في القيمة وسيعتبر عيباً مؤثراً إذا كان جوهرياً ويشترط لذلك أن يكون تأثيره في الثمن فادحاً بحيث يؤدي إلى اختلال كبير بين القيمة الحقيقية للشيء والقيمة التي توهمها المتعاقد».

أما بالنسبة للقانون الجزائري يكون الأخذ بالغلط في القيمة منطقي وينسجم والنسق القانوني الذي يهدف إلى التوازن العقدي فيصبح المشرع في توافق مع ما ذهب إليه المشرع الألماني إذ يعتد في نص المادة 119 من القانون المدني الفقرة الأولى والثانية بالصفة الجوهرية، وقد يكون الغلط فيها يؤثر على الشيء في منفعه أو في قيمته، أما القانون المصري فإنه يؤيد هذا الحل ويذهب إلى الأخذ بالغلط في القيمة⁴.

ويضيف الفقه أن الغلط في الصفات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد لم يعد فقط وسيلة لتقييم الرضا التعاقي، ولكنه أصبح أيضاً وسيلة لإعادة التوازن العقدي بإعادة تقييم سلوك المنحرف ووضع

¹- Cass .Civ .1^{er}17/09/2003, qui relève « l'extrême modicité de l'estimation initiale du tableau comme de son prix de réserve ».

²- Cass.com .20/10/1970,précis, v.notament.cass.com.29/04/2002.Bull.n°77 ; Aff.25/10/2002, n°214, p.16Gosslin –Gorand ; 29/11/1992Gaz pal.1969, 1,63 ; Gaël Chantepie, op.cit, p.147.

³-Jaques Ghestin, op.cit, p.473.

⁴- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص.172.

حسن نيته في ميزان المسؤولية، وذلك رغم عدم ملائمة جزاء الإبطال لما يرجو المتعاقد من محافظة على عقد متوازن¹.

إن جزاء الغلط المتمثل في الإبطال ليس دائما هو الحل الذي يبتغيه الضحية الذي يطمح إلى استمرار العقد مع رفع الاختلال أو تعويض مالي لما لحق المتعاقد من جور، وهذا يتأتى في الطبيعة الخاصة للتدليس التي تساعد على إيجاد التوازن الذي يريه المتعاقد .

1- شروط التمسك بالغلط الجوهري

كما سبق وأشرنا إلى أن المشرع لم يعرف الغلط الجوهري تعريفا شاملا ودقيقا واكتفى بالإشارة إلى مواصفاته من جهة والتي تتمثل في أنه غلط جسيم وغلط مؤثر، وذكر بعض صوره من جهة أخرى والتي تتمثل في الغلط في صفة الشيء والغلط في النظرة المشتركة للمتعاقدين، الغلط في شروط العقد وفي ذات أو صفات المتعاقدين، الغلط في القانون، الغلط في الباعث، والغلط في القيمة.

فوقوع المتعاقد في غلط على النحو المشار إليه آنفا وقت إبرام العقد جاز له بمقتضى أحكام المادة 81 من القانون المدني الجزائري أن يطالب بإبطال العقد المبرم، إلا أن المشرع أورد بعض القيود على استعمال هذا الحق تقاديا للتعسفات التي قد تحدث، فيجب أن لا يتعارض طلب إبطال العقد مع ما يقتضيه حسن النية، كما تسقط هذه الحماية عندما تكون الضحية غير جدية بها كوقوعها في غلط نتيجة لبعض الإهمال، ولقد اشترطت بعض التشريعات كذلك ضمانا لاستقرار المعاملات وحماية المتعاقد الذي لا بد له فيما حصل للمتعاقد وقع في غلط اشتراك المتعاقدين في الغلط.

ثانيا: التدليس

نتناول في هذا الصدد أحكام التدليس، عناصره، وشروطه.

1- أحكام التدليس

تناول المشرع أحكام التدليس في المادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري غير أنه لم يعرفه، أما الفقه فقد عرفه بأنه حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه للتعاقد² فهو

¹-عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص.57.

²- من بين التعريفات ما أورده الأستاذ محمد صبري السعدي بأن التدليس هو: إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيل والخداع تحمله على التعاقد، الأستاذ السنهوري التدليس هو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، علي علي سليمان التدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد، ص.60، محمد حسنين

غلط مستثار - أي مدبر - و لذا يكون العقد قابلا للإبطال، ليس بسبب التدليس في حد ذاته، وإنما للغلط الذي أوقع فيه المتعاقد، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن العلاقة بين التدليس و الغلط .

في اعتقادنا فإنّ نظرية الغلط لا تغني عن نظرية التدليس في القانون الجزائري، وذلك لأنه يمكن القول أن الغلط في القيمة لا يبطل العقد ولو كان هو الدافع بينما إذا كان ناتجا عن حيل يكون العقد قابلا للإبطال بسبب التدليس، وتجدر الإشارة كذلك إلى أحكام المادة 85 من القانون المدني الجزائري التي تمنع من وقع في الغلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع حسن النية وهذا الحكم يعني الغلط التلقائي لا الغلط المدبر -أي التدليس- لأن المدلس يكون دائما ذا نية سيئة تحرمه من حماية القانون، و خلاصة القول أنه يجب إبقاء نظرية التدليس إلى جانب نظرية الغلط¹ .

التدليس لا يكون مؤثرا في العقد إلا إذا تضمن حيلة تدليسية من طرف المتعاقد الآخر، ويكون التدليس هو الدافع لقبول العقد، فهو إذن غلط مستثار يؤدي -متى توافرت عناصره- إلى إبطال العقد وما يتميز عن غيره من العيوب أنه يتسع للعديد من حالات الاختلال كما يتميز بالالتزام بإعلام المتعاقدين بالخصوص وإن كان يرمي إلى قبول العقد بشروط باهظة ما كان ليقبلها لولا هذه الحيل.

إن المشرع الجزائري في المادة 86 من القانون المدني لا يفرق بين التدليس الدافع وغير الدافع فالعبرة بسلامة الرضا وهذا ما يسميه الفقه بالنظرية الحديثة للتدليس²، من المؤكد أن التدليس هو عيب في الرضا ونحن نبحث فيما إذا كان يلعب دورا في تحقيق التوازن العقدي ؟

فحماية الرضا في حد ذاتها تحقق التوازن بين أطراف العقد بحيث تكون إرادتي الطرفين في مستوى واحد أو متقارب في الحرية والتبصر ضف إلى ذلك ما يرتبه التدليس من إمكانية اختلال توازن العقد، ذلك أن نظم التدليس يحتوي على أهم آلية لتحقيق التوازن العقدي وهي الالتزام بالإفشاء ذلك أن منبين الحيل الكتمان -أي مجرد السكوت على واقعة أو ملابسة لو علم بها المتعاقد لما أقدم على إبرام العقد، والكتمان من المواقف السلبية التي يأتيها الفاعل ويترتب عليها وقوع المتعاقد في غلط، إذ يؤدي هذا إلى إرساء واجب الإعلام السابق للتعاقد وهذا يختلف عن واجب الإعلام في التعاقد هذا الأخير الذي يعد من الواجبات التعاقدية التي تتضمنها بعض العقود كعقد الاستهلاك الذي نحن بصدده إذ أن أساس الواجب أو الالتزام هو العقد ولو أن القانون هو الذي ينص عليه.

التدليس هو نوع من الغش" يصاحب تكوين العقد وهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة استعمال الحيلة، ص.46.

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص.176.

² - عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك -الحماية الخاصة للمستهلك في عقود الاستهلاك-، دار النهضة العربية،

1996، فقرة 53.

ويكون ذلك عن طريق ضبطه لنظام معين له هو كذلك من الواجبات أو الالتزامات التي تهم تنفيذ الاتفاق، بخلاف الالتزام بالإعلام السابق للتعاقد حيث أنه يهم الفترة السابقة للتعاقد لقيام العقد و يستمد الالتزام بالإفشاء أساسه من القانون بالمفهوم الواسع، لا من إرادة الأطراف المتعاقدة¹، وهو ما تضمنته القاعدة العامة للتدليس وهو ما لا يمكن للأطراف إقصائه أو تخفيفه إذ نصت الفقرة الثانية من نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري يعتبر تدليسا السكوت عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ."

وبهذا يسائر المشرع الجزائري التصور الحديث للعلاقة العقدية التي تقتضي حماية الطرف الضعيف، وحماية توازن العقد كما يجسد هذا النص أهم وسائل التوازن العقدي ويتعلق الأمر بحسن النية، هذا الالتزام يجعل على عاتق المتعاقد أن يعلم ويفصح عن كل ما يتعلق بعملية التعاقد وتوضيح كل الشروط الموجودة في وثيقة التعاقد² أو كل تفصيل مهم يخص محل التعاقد، بعد سكوت المتعاقد وهو يعلم الحقيقة مخالف لمبدأ حسن النية ويكشف عن تصرف غير مشروع إذ يعتبر القضاء الفرنسي الكتمان عيبا في الرضا وأن المتعاقد ملزم بالإعلام، وإن كان التدليس يجب إثباته حسب نص المادة 1116 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي فإن البائع المتدخل يقع عليه عبء إثبات قيامه بواجب الإعلام³.

يؤكد بعض الفقه⁴ أن عيب التدليس أكثر عيوب الإرادة تحقيا لحماية الطرف الأقل كفاءة أو خبرة إذ أن واجب الإعلام بهذا الالتزام عام في جميع العقود بغض النظر عن نوعية الأطراف والسند في هذا اعتبار السكوت تدليسيا وهذا كناية عن إلزامية الإعلام ومختلف التشريعات تدعم هذه الفكرة بالعديد من النصوص تجعل الأمانة واجبا عاما في التعاقد والإعلام، هذا ما يتضمن لفت الانتباه إلى المخاطر المنجزة عن التعاقد سواء تعلق منها بالشيء المتعاقد فيه نفسه أو النتائج الاقتصادية للعملية التعاقدية كان تكون باهظة، فاعتبار الكتمان تدليس يتماشى مع الفلسفة الحديثة في التعاقد⁵، إذ ينبغي أن ننأى بها عن الأنانية المفرطة والإساءة في الإستفادة من كل ما حول العلاقة التعاقدية، والتدليس بكل أنواع الحيل يعد الصورة الأوضح لسوء النية، ولما لم يوجد نص صريح يحث على الالتزام بالإعلام فإن القضاء الفرنسي لم يمانع من اعتبار السكوت أو الكتمان تدليسا وهذا ما يجعل عدم الإفشاء أو الإعلام يستتبعه قبول

¹ - عرارة عسالي، المرجع السابق، ص.58.

² - عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص.81 .

³ « en cas de non-respect d'une légale d'information précontractuel » ,Bull,civ,n°71 ,2000,p788 ;Christian Larroumet , droit civil, tome3 ,les obligations ,le contrat,3éd,economica,delta,1996,p.318-319.

⁴ - Jaques Ghestin, formation de contrat, op.cit, p.1093-1100.

⁵ - Cass civ ,1^{er}mai2002, Bull civ, n°132, juris classeur périodique 2002, 1, 184, obs Fr lobarthe « le vendeur professionnel est tenu d'une obligation de renseignement a l'égard de son client est -il lui incomber de prouver qu'il a exécuté son obligation ».

دعوى الإبطال لعيب في الرضا¹، هذا الاتجاه يؤسس لتضامن تعاقدى يؤدي إلى توازن فعلي وحقيقي بين المتعاقدين².

لا جرم أن البحث عن التوازن العقدي جعل اتجاه القضاء الفرنسي³ يرى أن التفاوت الباهظ بين الأداءات المتقابلة قرينا على وجود التدليس، كما يعتبر أيضا الأفعال التدليسية تسمح بترتيب الجزاء على بعض الغلط مثل الغلط في القيمة وفي بعض الأحيان حتى الغلط الذي لا يمس الصفة الجوهرية⁴. فإذا كان الغلط هو اختلال مادي للعقد وكذلك يسمى غبن فإننا نؤكد أن القضاء الفرنسي كثيرا ما عالج هذا الاختلال بالتدليس⁵ بل أكثر من ذلك إذ اعتبر القضاء أن جزاء التعويض في التدليس يعتبر بمثابة إعادة التوازن للعقد الذي اختل توازنه بمناسبة التدليس إذا دفع المتعاقد ثمن ويصبح حل أمثل للمتعاقد الذي يرغب في ذلك العقد، إن هذا لا يمنحه له الغلط فالإبطال حل جاف مقابل لفكرة استمرار العقد، فالتوازن العقدي أعمل اعتمادا على عيب الرضا وعلى المسؤولية التقصيرية، يتضح من خلال ما سبق أن فكري الغلط والتدليس لها علاقة مباشرة ببناء العقد ومما لاشك فيه أن الشخص الذي يتعاقد تحت وطأة ظروف صعبة وهو مكره يؤدي حتما إلى اختلال في التوازن⁶، فما مدى اتساع دائرة الإكراه لفكرة التوازن العقدي؟ وسنتعرض للإجابة عن هذا التساؤل لاحقا بعد التطرق لعناصر التدليس وشروطه.

2- عناصر التدليس:

يتكون التدليس من عنصرين: عنصر مادي، وعنصر معنوي.

أ-العنصر المادي

يتمثل العنصر المادي في الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد ودفعه لإبرام العقد وهذه الوسائل كما يتضح من نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري لا تقتصر على الحيل المختلفة والكذب بل تشمل كذلك حالات السكوت العمدي أي الكتمان .

ب-العنصر المعنوي

يتمثل العنصر المعنوي في نية التضليل والخداع عند المدلس ويقضي هذا العنصر أن يكون الغرض من الحيل المستعملة بثتى أنواعها خداع المدلس عليه وإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد وعلى عكس

¹ - Christian Larroumet op.cit, p.252.

²-عر عارة عسالي، المرجع السابق، ص.59.

³ -Gaël Chantepie, op.cit, p.148.

⁵ - Christian Larroumet, op.cit, p.323.

السكوت المجرد الذي لا يفيد شيئاً فإن السكوت العمدي يرجى منه إخفاء الحقيقة حتى يقدم المدلس عليه على التعاقد، فالمدلس يلتزم السكوت قصد إيقاع المتعاقد معه في غلط يدفع للتعاقد فالتضليل خطأ مدني يقتضي إدراك المدلس وانصراف إرادته إلى تحقيق غاية غير مشروعة تتمثل في إخفاء الحقيقة عن المدلس عليه حتى ينتزع رضاه¹.

وأخذ بعض الفقهاء بتصوير واسع لنية التضليل حيث تتحقق بمجرد علم المدلس أن كتمانته أو استعماله لبعض الحيل قد يفسد رضاه الطرف الثاني، وقد يحصل التدليس أيضاً بمجرد إدراك المدلس للضرر الذي قد يلحق المدلس عليه من جراء سلوكه.

3- شروط التدليس

لوجود التدليس في العقد لابد من توافر شروط لاعتبار العيب تدليسا، وإصباح الوصف القانوني عليه إذ هناك شرط يتعلق بخطورة التدليس الذي يجب أن يكون مؤثراً وشرط ثاني يتعلق بالمدلس.

أ- التدليس المؤثر

تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"، فالتدليس الذي يترتب عليه قابلية العقد للإبطال هو ذلك الذي ينال من سلامة الرضاء وبعبارة أخرى لابد أن يكون الغلط الذي وقع فيه المدلس هو الدافع الرئيسي للتعاقد ...

أما إذا لم تكن الحيل التي لجأ إليها المدلس هي التي كانت وراء تصميم وعزم المدلس عليه على التعاقد فرضاه يكون سليماً وينعقد العقد صحيحاً.

يميز الفقه التقليدي بين التدليس الدافع «dol principal» والتدليس غير الدافع «dol incident» ويترتب على النوع الأول قابلية العقد للإبطال لأن الحيل المستعملة قد أثرت على رضاه المدلس عليه فحملته على التعاقد، وهذا النوع من التدليس يفسد الرضاء ويعيب رضاه المدلس عليه أما التدليس غير الدافع فلا يفسد رضاه المتعاقد لأنه لم يدفعه إلى إبرام العقد وإنما يغيره على قبيل بعض الشوط المجحفة وبعبارة أخرى يقدم المتعاقد على إبرام العقد بغض النظر عن هذه الحيل ويرى أنصار هذا

¹ - "لا يعتبر تدليسا إبراز التاجر بضاعته في أحسن صورة طالما أنه لم يقصد التضليل بل الترويج للبضاعة واستهواء الناس ومن ذلك خداع المتعاقد بظهور الثراء الذي يبدو عليه الطرف الآخر"، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.184.

التقسيم أنه لاحق للمتعاقد في هذه الحالة الأخيرة المطالبة بإبطال العقد بل له أن يطالب بتعويض ملاحقه من ضرر فقط¹.

لقد تعرض هذا التقسيم التقليدي إلى النقد إذ أن المدلس الذي يغري المتعاقد على قبول شروط مجحفة هو في الحقيقة تدليس دافع معيب للرضاء، ولم يأخذ المشرع الجزائري بهذا التصنيف لعدم جديته -لأن رضاء المتعاقد سليم وينعقد العقد صحيحا- وإما أن يكون معيبا فيكون العقد قابلا للإبطال².

ومن جهة أخرى فإنه عندما يتبين للمتعاقد أنه وقع في تدليس يمكنه أن يطالب بإبطال العقد من جهة وتعويض الضرر الذي لحقه من جهة أخرى، وقد يتخلى المدلس عليه عن حقه في إبطال العقد مكتفيا بطلب تعويضات فقط.

ب- المدلس عليه

تشتط المادة 86 من القانون المدني السالفة الذكر أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد أو ممن يمثله، أما إذا كان التدليس صادرا من الغير فتتضي المادة 87 من القانون المدني الجزائري أنه: ليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، فيعتد المشرع الجزائري إذن بالتدليس الصادر من الغير بشرط أن يكون المتعاقد المستفيد منه عالما به حقيقة وحكما، ويرجع التمييز بين التدليس الصادر من المتعاقد والتدليس الصادر من الغير إلى أن القانون الروماني، وهو لا يستند في اعتقادنا إلى أساس جدي إذ يدفع الفقه التقليدي بالعدالة العقدية معتبرا أنه ليس للمتعاقد أن يتحمل إبطال العقد بسبب التدليس الصادر من الغير³.

وفي رأينا فإن التدليس يفسد رضاء المدلس عليه سواء أكان التدليس صادرا من المتعاقد أو من الغير ومن ثم يجب إبطال العقد، وأن الاعتداد بتدليس المدلس دون تدليس الغير يجعل الدفع بالتدليس أمرا مستحيلا بالنسبة للتصرفات الناتجة عن الإرادة المنفردة لعدم وجود المتعاقد معه هذا من ناحية، ومن

¹- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.185.

²- علي فيلالي، المرجع السابق ص.183.

³- التدليس هو في الأصل عمل غير مشروع وعليه يلزم من ارتكبه بتعويض الضرر الذي ينشأ عنه، وإذا كان الفاعل هو المتعاقد فيعوض المدلس عليه عن طريق تخلصه من العقد، ولكن إذا كان المدلس من الغير يبقى العقد صحيحا وللمدلس عليه أن يطالب المدلس بتعويض الضرر الذي لحقه بسبب عملية التدليس، وتشتط المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد معه.

ناحية أخرى إذا كان العقد يبطل بسبب الغلط الجوهري - وهو غلط تلقائي لا يد للمتعاقد الآخر فيه- فلماذا لا يبطل العقد بسبب تدليس الغير ؟

لقد أخذ المشرع الجزائري بحل أوسط إذ يعتد بالتدليس الصادر من الغير بشرط أن يكون المتعاقد على علم بذلك أو كان باستطاعته العلم به.

وفي الأخير نشير إلى أن التدليس بالمفهوم الذي تناولناه هو واقعة مادية يمكن إثباتها بكل الوسائل، ويتحمل المدلس عليه عبء إثبات ذلك وإن استطاع إثبات ذلك يبطل العقد بطلب منه، وبممكنه أيضا الحصول على تعويض عن طريق المادة المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا: الإكراه

أقر المشرع في المادة 88 من القانون المدني الجزائري إلى جانب عيب الغلط والتدليس عيبا ثالثا يتمثل في الإكراه، وعلى عكس المتعاقد الذي يقع في الغلط، أو المدلس عليه فإن المكره يعلم وقت إبرام العقد أن رضاه معيب¹، والإكراه ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه².

وهذا الخوف أو الرهبة الذي يقوم في نفس المتعاقد المكره هو الذي يعيبرضاه، وتجدر الإشارة إلى الخط الذي قد يحدث بين الإكراه الذي تناوله المشرع في المادة 88 السالفة الذكر، وما يليها من القانون المدني الجزائري وبين ما يسمى بالإكراه المعدم للرضاء، ففي الحالة الأولى يتمتع المكره بنوع من الحرية حيث يختار إبرام عقد لا يرغب فيه أو الامتناع عن ذلك وتحمل نتائج الخطر الذي يهدده ويسمى - عادة- مثل هذا الإكراه بالإكراه المعنوي باعتبار أن الخوف أو الرعب الذي يتأثر به رضاه المكره هو شيء معنوي³.

وأما الإكراه الذي يندم معه الرضاء فيتحقق عندما ينتزع رضاه المتعاقد عنوة كأن يمسك المكره بالقوة يد المكره ويوقع على الاعتراف بدين، ففي هذه الحالة يكون رضاه المكره منعدما تماما، ويترتب

¹ - محمد أبو بكر، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى، مذكرة ماجستير، الجزائر، 1975، ص.10.

² - علي فيلالى المرجع السابق، ص.186.

³ - وهناك قاعدة رومانية تقول: "الإرادة المكرهه مازالت إرادة، ألسنت تقول أنني أردت لأنني أكرهت على أن أريد".

على ذلك الانعدام الكلي للعقد حيث يكون أصلا بطلانا مطلقا، ويسمى - عادة - هذا النوع من الإكراه بالإكراه المادي أو الحسي¹.

و في اعتقادنا أن المقصود بالإكراه هو ذلك الذي يعيب الرضاء فقط ويتمثل في الخوف أي الرهبة أو الرعب الذي يقوم في نفس المتعاقد المكره.

1-تعريف الإكراه

الإكراه عند الفقهاء هو ضغط تتأثر به إرادة الفرد فيدفعه إلى إبرام عقد لا يرغب فيه، وفي الحقيقية ليست وسائلها أنواعا (أي التهديدات) هي التي تفسد الرضاء وإنما الرهبة والخوف الذي تحدثه هذه الوسائل في نفس المتعاقد² هي التي تفسد الرضاء، وهذا ما يستخلص أيضا من نص المادة 88 من القانون المدني الجزائري التي تقضي ببطلان العقد إذا ما تم التعاقد تحت سلطان رهبة بينة يبعثها المتعاقد في نفس الآخر دون وجه حق³.

إن الإكراه يجعل من أطراف العقد في وضع غير متكافئ لإبرام عقد عادل، وبالتالي يختل توازن العقد في حرية الإرادة المنشئة للالتزام وقد يؤدي هذا إلى الاختلال المادي للعقد، إذ أن الإنسان يتعاقد دائما بدافع الحاجة إلى عقد ويضحي بجزء من ماله بدافع ضرورة التعاقد .

وكما أشرنا سابقا وبناء على المواد 88 و 89 من القانون المدني الجزائري التي تناولت الإكراه فإنها تشترط أن تكون هناك رهبة بينة يبعثها المتعاقد في نفس الآخر دون وجه حق، أي أن ينتزع الرضاء من صاحبه عنوة وغصبا من المتعاقد الآخر، ذلك أن الإكراه في القانون الإنجليزي مثلا هو ضغط غير مشروع يفسد إرادة المتعاقد ويحمله على إبرام عقد ما كان ليبرمه لو كانت الإرادة صحيحة، ولم يشترط القانون الإنجليزي أن يخاف المكره وقوع ما صار تهديده به، أو ما يعبر عنه بالتأثير غير المشروع « urdûe influence » بحكم الإكراه وهي أيضا نظرية الاستهواء والتسلط⁴، حيث أن العقد بمقتضاه يكون قابلا للإبطال حتى يقدم شخص على التعاقد وهو يتمتع بالإرادة السليمة وبالحرية المكفولة

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.338.

² - فجوهر الإكراه يتمثل في الرهبة والخوف الناتجة عن وسيلة الإكراه لأن الرهبة تعيب الإرادة وتدفعها دفعا إلى التصرف المكره، والذي لولا هذه الرهبة الحاصلة في ورع الإنسان ما أقدم عليه.

³ - علي فيلاللي المرجع السابق، ص.187.

⁴ - Osman Fattouh el Bassouni, la lésion en droit comparé (français, anglais, allemand), thèse, 1943, Strasbourg, p.82.

له قانوناً، بخلاف التصور الحديث للإكراه الذي يعتد به بمجرد أن يستفيد المتعاقد من الظروف المهيأة للإكراه ولو لم يساهم في إيجادها كالإكراه الاقتصادي.

ويرى بعض الفقه في نظرية الإكراه حماية للتوازن العقدي ذلك أن الاجتهاد القضائي الفرنسي توسع في مجال الإكراه ليقوم التوازن المادي للعقد معتمداً على نظرية الإكراه المعنوي في ظل غياب نص يعالج التفاوت الباهض، والالتزام الفادح في الأداءات المتقابلة .

2- الإكراه وفق التصور الحديث هو إخلال في توازن العقد

إن التصور الحديث للإكراه يرى أنه إذا أدت الاستفادة من الوضع السيئ للمتعاقد إلى شروط مجحفة تضمنها العقد¹ أي اختلال موضوعي مفرط بين الأداءات الأطراف والتي لا يمكن قبولها في ظروف عادية فإن رضا المتعاقد فاسد بسبب الإكراه، وهذا الإكراه الخارجي هو حالة الضرورة وهي نوع من الإكراه الاقتصادي².

وذهب أغلب الفقه³ إلى أن نص المادة 89 من القانون المدني الجزائري يمكن تأويلها على أن المشرع الجزائري يقصد كل أكره سواء من المتعاقد أو تمت تهيئته من ظروف خارجية أدت إلى عدم التوازن بين الأداءات ويرى الأستاذ علي فيلالي أن المشرع الجزائري يعتد في حالة الضرورة في مجال الاستغاثة البحرية، والتي هي تطبيق من تطبيقات الغبن أي حالة من حالات اختلال التوازن الموضوعي للعقد مما يؤكد أن الإكراه وفق المفهوم الحديث سبب من أسباب اختلال التوازن العقدي، وكون الإكراه الاقتصادي قوامه اختلال توازن العقد لأنه يقوم على مميزات تجعله يمس بالتوازن العقدي مباشرة، فليس كل ضغط أو تهديد إكراه بل يجب أن تتوفر فيه خصائص منها أن يكون الإكراه غير مشروع، وأن يؤدي الإكراه الاقتصادي إلى اختلال في توازن موضوع العقد.

3- أنواع الإكراه

يوجد في هذا الصدد نوعين من الإكراه الأول هو الإكراه غير المشروع، والثاني هو الإكراه الاقتصادي الذي يخل بموضوع العقد.

1- هذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 194-195.

2- عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 62.

3- محمد صبري السعدي، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 196-197.

أ- الإكراه غير المشروع

لقبول الإكراه الاقتصادي يجب وضروري أن يكون الإكراه غير عادل أي غير مشروع، وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية إذ اعتبرت التهديد بالإلغاء القصري للمورد استبعاد صاحب حق الإمتياز للسيارات من شبكة التوزيع، والذي اضطر تحت التهديد ليس إكراهها نظرا لعدم إمكانية إثبات عدم مشروعية التهديد¹، ونفس الاتجاه في الشرط احتكار التوريد وعدم المنافسة لمدة خمس سنوات كمقابل للبيع لسلعة، فرأت محكمة النقض أن هذه الشروط ليس فيها إكراه ذلك أن فعله لم يكن تمييزيا والقضاء في بحثه عن الإكراه نظر إلى جانب الدائن أي الطرف الذي اشترط، حيث اعتبر سلوك هذا المتعاقد القوي ينتفي فيه الإكراه وأن إلغاء هذا الشرط يمثل خسارة لرقم مبيعاته وأنه لم يفرض شروطا تمييزية².

ب- الإكراه الاقتصادي الذي يُخل بموضوع العقد

يعتبر إكراه الاستفادة من وضع التبعية الاقتصادية والذي يتم بغرض الحصول على فائدة أو مغنم من جراء الخشية من أذى أو ضرر يهدد المصالح المشروعة للشخص بشكل مباشر، مثلا كما يتعلق الأمر بعقد تنازل عن حقوق المؤلف من طرف تعمل في دار النشر كانت قد الفت قاموسا للاطفا لاذ تنازلت على حقوق المؤلف لصاحب دار النشر تحت تأثير التهديد بالفصل من العمل، فرأت محكمة النقض الفرنسي أن رفض العاملة التنازل عن حقوق التأليف في شأنه إضعاف وضعها بالضرورة، وذلك بالنظر للخطر المتمثل في تعرضها الحقيقي والجاد للفصل عن العمل، وعدم اعتبار المحكمة ذلك إكراهها فهي بذلك لم تعطي أساس لحكمها حينما تتحقق من أنه في أثناء تنازل العاملة كانت هي نفسها مهددة من خطر التسريح، وبالتالي رب العمل يستفيد من منافع أي فائدة من الخشية «la crainte» من تعرضها لأذى يهدد مصالحها المشروعة بشكل مباشر³.

إن القرار يؤسس على مفهوم حديث وتصور جديد لمفهوم الإكراه الوارد سواء في نصوص القانون المدني الفرنسي الواردة في المادة 1112 ومايقابلها في القانون المدني الجزائري المادة 88 و89 عن طريق دمج مفهوم التعسف للتبعية الاقتصادية في الإكراه، وهذا التوسّع في الإكراه يمكن إسقاطه على الفقرة الثانية من المادة 88 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: "وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال".

¹ -Cass.com, 20fevrier, 1980, bull, civ7, n°212.

² - عرارة عسالي المرجع السابق، ص.63.

³ -Communication commerce électronique, n°6, juin2002 commerciale, n°89, p.35.

تساهم الظروف الاقتصادية الحرجة التي يجد فيها أحد الأطراف نفسه في علاقته مع الطرف الآخر في وضع لم يكن بمنأى عن العناصر المكونة للإكراه، والتي تتم بقصد إبرام عقد يكون من الناحية الذاتية والموضوعية مختل من جانب الضحية الذي يعاني من تبعية اقتصادية وأحيانا قانونية للطرف الآخر¹.

ولاشك أن مفهوم المادة 88 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري يتسع لإدخال التبعية الاقتصادية ضمن الإكراه، فالصيغة التي وردت في الفقرة السابقة عامة من شأنها أن تسمح باحتواء هذا المفهوم الجديد للإكراه الذي هو من صنيع القضاء الفرنسي، إذ يعتبر من الإكراه أن يستخدم أحد الأطراف نفوذه الاقتصادي إزاء حال التبعية الاقتصادية للآخر، وهذا هو مفهوم استغلال التبعية الاقتصادية ونلاحظ أن هذا الأمر محسوم بالنسبة للأنظمة التي تأخذ بنظرية الاستغلال في الشق المتعلق باستغلال الحاجة أو الضائقة أو حالة الضعف بشكل عام.

الفرع الثاني: الأسباب العامة لاختلال التوازن العقدي

إن تدخل المشرع الاستثنائي والتمتامي في موضوع العقد باعتماده الغبن هو إقرار بما يعترى العقود من الحيف والجور، لهذا كان لزاما توفير الحماية المسبقة يدخل في أذهان المتعاقدين أن أي عقد مختل معرض لإعادة التوازن يجعل من الأطراف تتقاضي ما يؤدي إلى عدم استمرارية العقد، لأن من مصلحة المتعاقدين بقاء العقد ساريا، إلى جانب هذا خرج المشرع الجزائري بتصور جديد يجعله يواكب التشريعات المقارنة، ويخالف خطى المشرع الفرنسي باعتماده نظرية الاستغلال.

أولا: الغبن

يعتبر الغبن أبرز مثال علماختلال التوازن العقدي والمظهر الأمثل والوحيد، بل هو المشكلة الأساسية في اختلال التوازن في العقود المختلفة ولم يخطأ الفقيه ريبير « Ripert » عندما قال: "مما لاشك فيه إن مسألة الغبن من المسائل الخطيرة التي تثيرها روابط القانون والأخلاق في العقد، إنها أيضا من أكثر الوسائل المعروفة بل ومن المحتمل أن تكون أكثرها استعصاء عن الحل"²، فبحوث الغبن وما يتعلق بأحكامه من أقوى ما وجد في القانون لأن الغبن يدخل في جوهر العلاقة التعاقدية وهو يعكس

¹ - علي فيلالي، المرجع السابق ص.194.

² -G.Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4éd , 1949, p.6.

الصراع الدائم والمستمر بين المصالح ومنافع لأطراف العلاقة العقدية، والغبن في حد ذاته هو الهدف المطارد عبر الأزمان من طرف رجال القانون والدين معا¹.

1-تعريف الغبن

لا يختلف اثنان في أن مشكلة الغبن تعني اختلال التوازن العقدي اصطلاحا، والتي عرفت في الفلسفة اليونانية بمصطلح تكافؤ الأداءات، فالغبن هو اختلال في التوازن بين أداءات الأطراف حال قيام العقد، وفي تعريف فقهي آخر يعرف الغبن على أنه هو عدم التكافؤ والتعادل بين البديلين في عقود المعاوضات عما يخرجها عن مألوف الناس في مبادلاتهم.

إن الغبن مفهوم قانوني يصف اختلال التوازن العقدي بمعيار موضوعي للنظر في قيمة الأشياء المادية عند عدم التعادل الذي يتحقق به الغبن، أي قيمة الأشياء في حد ذاتها بغض النظر عن قيمتها في نظر الراغبين فيها، فهو الخسارة أو الضرر الذي يلحق المتعاقد عند نشأة العقد².

ويضيف رأي فقهي آخر أن الغبن هو المفهوم القانوني الذي يصف عدم التوازن العقدي³، وهو مرادف للخسارة في اللغة السائدة، ومصطلح الغبن يشير في المسائل التعاقدية إلى الضرر الذي يعاني منه أحد المتعاقدين بسبب عدم التوازن القائم وقت تكوين العقد بين أداءات الأطراف المتقابلة، ويؤكد "غيستان" أن الاختلال يجب أن ينصب على الالتزام الرئيسي في العقد لا على الشروط الثانوية⁴.

أجمع الفقه أن الغبن هو "الضرر الذي يلحقه أحد المتعاقدين المتمثل في عدم التكافؤ أو عدم التساوي في قيمة الأداءات التعاقدية عند نشأة العقد"⁵، ومن التشريعات التي عرّفت الغبن التشريع اللبناني

¹ -عرعارة عسالي،المرجع السابق، ص.72.

² - « la lésion concept juridique qui décrit le défaut équitable contractuel synonyme de dommage dans le langage courant, mot lésion désigne en matière contractuel le préjudice subi par l'un des contractants du fait du déséquilibre existant au moment de la formation du contrat entre les prestations respectives des parties », Laurent Bruneau, contribution à l'étude des fondements de la protection de contractant, thèse, Toulouse, 2005, p.120.

³ - Phillippe Simler et Yves Lequette, op.cit, p.302.

⁴ Jaques Ghestin, op.cit, p.270-271.

⁵ -Elle présente la lésion comme « préjudice causé à un contractant lors de conclusion du contrat et engendré par un défaut d'équivalence, par une inégalité de valeur entre les prestations contractuelles », Jaques Ghestin, Op.Cit, p.706 ; F.Terre, P. Simler, Yves Lequette, Op.Cit, p.288.

في المادة 214 من قانون الموجبات والعقود التي تنص على أن: "الغبين هو انتقاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض"¹.

إن هذه التعريفات تبرهن بوضوح أن الغبن سبب مباشر في اختلال التوازن العقدي لأن تطبيقها يكون في حالة غياب التوازن العقدي.

2- استثناءات الغبن

أول ما يثيره استثناء الغبن وخاصة في القانون الجزائري هو أن تحديده في حالات معينة ما مبرره؟ وهل هذه الاستثناءات تتسجم مع النسق الفكري للقانون الجزائري؟، خاصة أن المشرع الجزائري يعتمد في نفس الوقت على نظرية الاستغلال بموجب المادة 90 من القانون المدني الجزائري، ويعالج اختلال التوازن العقدي بالأحكام التي تنظم عقد الإذعان (المادة 110 من القانون المدني الجزائري)، ويعالج اختلال التوازن عند التنفيذ بنظرية الظروف الطارئة (المادة 107 من القانون المدني الجزائري).

إن المشرع الجزائري في اعتماده نظرية الغبن اتبع القانون الفرنسي فحسب، بالرغم من أن المشرع الفرنسي لم يأخذ بالحلول التي اعتمدها المشرع الجزائري لمعالجة اختلال التوازن بين الأداءات العقدية، لأن النسق التصوري « l'ordre conceptuel » لمنظومته القانونية ثم الاقتصادية مختلف تماما، وهذا مبرر عدم الأخذ بحلول التوازن (الاستغلال - نظرية الإذعان - نظرية الظروف الطارئة)، وتم تكريس الاستثناءات لكي تتلاءم مع فلسفته القانونية بخلاف المشرع الجزائري الذي احتفظ بما ورثه عن القانون الفرنسي في مجال الغبن، وأضاف ما استحدثته الأنظمة التي تعتد بالمساواة الحقيقية لا المجردة وبهذا يكون ذو تصور مزدوج².

نص المشرع الجزائري في المادة 91 من القانون المدني الجزائري على أنه يراعي في تطبيق المادة 90 من القانون المدني عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبين في بعض العقود، وهذه التطبيقات واردة على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها.

¹ - المادة 214 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أن: "الغبين هو انتقاء التوازن بين الموجبات التي توضع لمصلحة فريق والموجبات التي تفرض على الفريق الآخر في العقود ذات العوض".

² - إن تصوّر المشرع الجزائري يأخذ بالتصور الفكري القانوني وهو متشعب به عند تحرير القانون المدني، ولا يتأخر في الأخذ بأحدث النصوص الحمائية أو الاجتماعية التي تعنى بالمساواة الحقيقية للأطراف، ومعالجة الاختلال الشخصي والمادي بين أداءات الأطراف.

أ- الاستثناءات القانونية

هناك بعض الحالات في التشريع الجزائري ترد عليها استثناءات قانونية، وهذه الحالات ورد ذكرها في القانون المدني الجزائري هي:

1. فيما يتعلق بعقود الإذعان فإنه يجوز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية وأن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به قواعد العدالة ويقع باطلا كل اتفاق يقضي على خلاف ذلك (المادة 110 من القانون المدني الجزائري)، كما أن العبارات الغامضة في عقود الإذعان تفسر لمصلحة الطرف المذعن (المادة 112-2 من القانون المدني الجزائري).
2. كما أنه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس 5/1 فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير الغبن في مجال بيع العقار بحسب قيمته وقت البيع (المادة 358 من القانون المدني الجزائري)، وتسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت 3 سنوات من يوم انعقاد البيع (المادة 359 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري)، وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز 359 من القانون المدني الجزائري، ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع (المادة 359 فقرة 3 من القانون المدني الجزائري)، غير أنه لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بالمزاد العلني بمقتضى القانون (المادة 360 من القانون المدني الجزائري).
3. كما أن المادة 415 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه تسري على المقايضة «contrat d'échange» أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كلا من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه، ومن هنا فإن دعوى الغبن مفتوحة لكل من المتقايضين باعتبار أنه تطبق أحكام المبيع على عقد المقايضة.
4. وفيما يخص القسمة، فإن المشرع الجزائري يخول لكل من لحقه من القسمة الحاصلة بالتراضي غبنا يزيد عن الخمس، إقامة دعوى الغبن على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة (المادة 1/732 من القانون المدني الجزائري)، ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة وللمدعي عليه أن يوقف سير الدعوى إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته (2/732 من القانون المدني الجزائري).

5. وفيما يتعلق بحقوق المؤلف فإن المادة 42 من الأمر رقم 14/73 المتعلق بحقوق المؤلف¹، تقضي بأنه يجوز للمؤلف (ضحية غبن نتيجة عقد يتعلق باستغلال مؤلفاته) إقامة دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الناتجة عن استغلال المؤلفات والأجر الممنوح للمؤلف.

وبما أن نص هذه المادة لم يوضح مدة تقادم هذه الدعوى فإننا نرجع إلى نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري، والتي يستخلص منها أنه يجب أن ترفع الدعوى المتعلقة بالغبن خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة².

6. اعتمد القانون الفرنسي حالة أخرى هي حالة نقص الأهلية وذلك في المواد 1305 إلى 1314 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 1305 المعدلة بالقانون رقم 64-230 المؤرخ في ديسمبر 1964 حيث جاء في النص "الغبن اليسير يمنح القاصر غير المرشد إبطال أي اتفاق كان"، فالغرض ليس محاربة اختلال التوازن بقدر ما يعتبره المشرع حماية للطرف الضعيف وناقص الأهلية³.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري تكون الحماية وفق لقواعد قانون الأسرة المتأثر بالشرعية الإسلامية التي يتم فيها التمييز بين التصرف الضار والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إن تصرفات القاصر تخضع حسب قانون الأسرة الجزائري للمادة 83 منه ذلك أن تصرفاته موقوفة على إجازة نائبه القانوني، أما في القانون المدني الجزائري فالحماية من الغبن مقررّة أيضا للقاصر وهي محصورة في العقارات، وفيما يخص عديمي الأهلية فإنه إذا دفع عديم الأهلية بغبن فإنه يخضع للحماية بصريح نص المادة 359 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري.

من المتفق عليه أن بسط فكرة الغبن تضيع العدالة التبادلية بحيث يجب أن يسود التكافؤ بين أطراف التعاقد، لكن استقرار وأمن العقد يقتضي التضييق من مجال الغبن فتصحيح العقد أو بطلانه يجعل من زعزعة العقد المرتقبة تهدد أمن العقد، وهذه الحجج هي التي دفعت إلى التضييق من حالات الغبن.

لكن الواقع كشف أن كثير من حالات اختلال التوازن تغلت من الرقابة، فإذا كان أساس مكافحة الغبن المجرد هو المحافظة على اعتبارات لتحقيق نسبة من التوازن بين المتعاقدين وإزالة الضرر عن أطراف العقد، وهذا يعني أنه لا يمكن حصر هذه العملية في نطاق ضيق فجيء بنصوص لمعالجة الغبن لفائدة بعض المتدخلين.

¹ - الأمر رقم 14/73 المتعلق بحقوق المؤلف الصادر في 03 أبريل 1973، ج.الصادرة في 10-04-1973، السنة العاشرة، العدد 29، ص.434، الملغى بموجب الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر. المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44، ص.03.

² - Ali Bencheneb, théorie générale du contrat, op.cit, p.115.

³ - Jaques Ghestin, op.cit, p286 et s.

ب- الاستثناءات القضائية

أما الاستثناءات القضائية فهي تتعلق ببعض المهن مثل تخفيض رواتب المحامين والأطباء والمهندسون المعماريون والمحاسبون وكل أصحاب الخدمات العامة، وتتعلق حسب القضاء كل اتفاقاتهم إذا كانت الالتزامات متفاوتة كثيرا في النسبة مع الأداء المقدم من طرفهم، فيمكن مراجعة الأداءات المادية وإنقاصها إلى حدّ التوازن المطلوب وأساس المراجعة كما يرى "غيستان" Ghestin استنادا إلى النصوص المتعلقة بالقانون المدني الفرنسي، ويضيف الفقيه أن القضاء يعتمد أيضا عند مراجعة العقد على اعتبارات العدالة، وحماية الطرف الضعيف ضد كل مغالاة تكون عند عدم تحديد ثمن الخدمات الذهنية « prestation intellectuelles » واستنادا على تقنية الغبن فإن المراجعة التي يشرف عليها القاضي لا يبحث فيها عن أي عيب بل ينصب بحثه في المقارنة بين الأداءات المتقابلة، أي في أهمية الأداء المقدم مع المكافأة المحددة¹، بعدها يستبعد أي ضعف من الناحية الذاتية لشخص الضحية، إن إعادة التوازن يخضع لدمج النظرية الذاتية والموضوعية للعقد.

ويؤكد الفقه أنه لا يمكن أن يتوقف تنامي صور اختلال التوازن وما يجب البحث فيه هو إيجاد انسجام بين وسائل العدالة وأمن واستقرار العقد²، تقتضي ضرورة تحقيق التوازن بين المتعاقدين وإزالة الضرر عن أطراف العقد عدم حصر هذه العملية في نطاق ضيق فكان اللجوء إلى النصوص لمعالجة الغبن اضطراريا، فإذا كان هذا مبررا في القانون الفرنسي فهو غير ذلك في القانون الجزائري. نعتقد أنه كان بإمكان المشرع الجزائري الاستغناء عن هذه التطبيقات بتفعيل ما اعتنقه من تصور حديث لمحاربة اختلال التوازن، ومع ذلك سائر المشرع الفرنسي فيما اعتمده كحلول لاختلال التوازن العقدي كنتيجة لرفضه الأخذ بنص عام يعالج فيه اختلال التوازن³.

3- شروط الغبن

لابد من توافر شروط معينة في العقد حتى نقول بأنّ هناك غبناً لحق هذا العقد، ولا بد لوضع هذه الشروط في قالب واضح المعالم من أن نتعرض لموقف التشريعات المقارنة، ويلزم لاعتبار العقد قد لحق به عيب الغبن أن تتوافر شروط معينة، والتي تتمثل في:

لابد أن يكون العقد من العقود القابلة للطعن على أساس الغبن وهذا يقتضي أن يكون العقد من عقود المعاوضة، وأن يكون محدّد القيمة، وأن يكون من العقود الملزمة لجانبين، وأخيرا ألا يكون قد تم

¹ - J.Ghestin, la formation de contrat, op.cit,p.317-318.

²- Gaël Chantepie, op.cit, p.503 -504.

³-عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص95.

بطريق المزايدة أو المناقصة، وأن يكون الغبن فاحشا ومقترنا بالتغير¹، وأخيرا أن يكون الغبن معاصرا لتكوين العقد.

4- أثر الغبن:

إذا توافرت عناصر الاستغلال كان للمغبون أن يطعن في العقد وله الخيار بين إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات إلى الحد الذي يكفي لرفع الغبن، غير أن المشرع الجزائري أجاز للقاضي إما أن يجيب المغبون إلى طلبه فيقضي بإبطال العقد، وإما أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد بدلا من الحكم بالبطلان، والخيار بين هذين الجزاءين متروك لمطلق تقدير القاضي إذ لا رقابة عليه في هذا الأمر من المحكمة العليا (المادة 90 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري).

غير أنه يجوز في عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن (المادة 90 فقرة 03 من القانون المدني الجزائري).

ويقع عبء إثبات الغبن وفقا للقواعد العامة على من يدعيه، فعلى المتعاقد المغبون أن يقيم الدليل على اختلال التعادل اختلالا كبيرا، وعلى أنه اندفع إلى إبرام العقد تحت تأثير الطيش البين الذي لحقه أو الهوى الجامح الذي أصابه².

ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة، و هو ما تقضي به المادة 2/90 من القانون المدني وتعتبر هذه السنة ميعاد السقوط لا مدة التقادم، ولا تقبل من تم الوقف أو الانقطاع في حين تتقدم دعوى الغلط والتدليس والإكراه بمضي عشر سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب (المادة 101 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري)، وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد (المادة 2/102 من القانون الجزائري)، وهذه المدة تقبل الوقف والانقطاع كسائر مدد التقادم، وهذه المدد الطويلة تقتضي استقرار المعاملات والتقليل من حدتها، وقد جعلت القوانين الحديثة دعوى الغلط والتدليس والإكراه تتقدم بمضي ثلاث سنوات تقبل الوقف والإنقطاع كالقانون المدني المصري أو اللبناني، أو بمضي خمس سنوات في القانون المدني الفرنسي بعد صدور قانون 03 جانفي 1968³.

¹ محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني - دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، 2010، ص.37.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، ص.132.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام، ص.133.

ويتضح من خلال النصوص القانونية السابقة أن المشرع لا يعتبر الغبن في ذاته عيباً من عيوب الرضا يترتب عليه إبطال العقد، وإنما يكون كذلك إذا كان مظهراً خارجياً لإرادة معيبة، وهذا العيب يتمثل في ضعف أصابها واستغلال الطرف الآخر في العقد لهذا الضعف للحصول على فائدة أكثر بكثير مما يلتزم به بموجب العقد.

ومن خلال ما سبق يمكن القول بأن الاستغلال يختلف عن الغبن في أمرين أساسيين، حيث أن الاستغلال يقع في جميع التصرفات في حين أن الغبن لا يكون إلا في عقود المعاوضات ومنها عقد الاستهلاك، ولا يكون في التبرعات كما أن المعيار فيه شخصي وليس مادي¹.

ثانياً: الاستغلال:

إن المشرع الجزائري اعتمد نظرية الغبن المجرد ولا أحد ينكر قوة تأثيره بالقانون الفرنسي إلا أنه خالفه، وأخذ بنظرية الاستغلال بنصه على المادة 90 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: "إن كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو معه التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبزم العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيئياً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد .

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة". ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كفيلاً لرفع الغبن.

يعدّ المشرع الجزائري باعتماده هذا النص أجراً من نظيره الفرنسي حيث أن التصور الحديث في القوانين مهد لنظرية انتبهت للعوامل التي من شأنها أن تجعل من العقد أداة جور بدل من أداة عدالة، فالنواحي الذاتية تكون مجال تعسف التي تخضع لها إرادة الفرد، حيث بدا من الظلم أن يترك الطرف الضعيف في العقد يواجه وحده صراعاً أخذ عدم التكافؤ فيه يزداد بين أطراف التعاقد، ولكن حصر النص في القانون الجزائري يفسّر انعدام التوافق بين وجود النص وانعدام تطبيقه وأهم سؤال يمكن طرحه في هذا الصدد هو هل يوجد في البيئة الجزائرية ما يبرر اعتماد هذا النص؟ وما الفائدة المرجوة من هذه المادة بالحصر الوارد فيها؟

¹- عزت صلاح عبد العزيز، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص. 99.

هذه الإشكاليات ستتوجب البحث ودراسة هذه النظرية ودورها في النظم التي تشكل مصدرا لها والنظم التي فَعَلت دور هذه النظرية في تحقيق الغرض من وجودها، فنظرية الاستغلال تشكل في محض ذاتها نظام خاص مستحدثاختلفت النظم القانونية في هدف الحماية منه، لكن الثابت أن له علاقة وطيدة باختلال التوازن العقدي يترتب على وجوده مجموعة من الجزاءات والآثار في العقد.

1-تعريف الاستغلال:

يعرف الاستغلال على أنه:"انتهاز أحد المتعاقدين لضعف يوجد لدى المتعاقد الآخر للحصول على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير، وتتفاوت هذه المنفعة تفاوت غير مألوف"¹، وجانب آخر من الفقه يعرف الاستغلال متوجها إلى عملية الاستغلال في حد ذاتها فيرى أن الاستغلال هو سلوك مناقض لحسن النية .

أما في القانون الألماني فيعرف على أنه تصرف غير أخلاقي بهدف الإفادة بمزايا وأرباح على حساب المتعاقد الآخر، وهو ما يتفق مع ما ذهب إليه التشريع الإنجليزي الذي يعتبر الاستغلال سلوك غير مشروع وجائر من طرف أحد المتعاقدين، بل أن القضاء اعتبر العلم البسيط بالإفادة من عدم الخبرة ولو بدون انتهاز الفرصة والإفراط في بعض الحالات استغلال².

إن الاستغلال وفق التصور الألماني يعتبر حالة تمس الآداب والأخلاق وهذا المفهوم مصدره نصوص القانون الجنائي، وهذا ما أدى بالنص أن يحتفظ ببصمة تجعل له خصوصية، إن الاستغلال وفق هذا المنظور يهدد المصالح الفردية كما أنه يمثل خطر اجتماعي.

في القانون الألماني ينظر للاستغلال إلى أنه كلما كان هناك تفاوت فادح فليس هناك جريمة، ولكن التعسف هو الذي يؤدي إلى البطلان المطلق، فالنص المدني الألمانيلا يشترط التعود من طرف المستغل وهذا يسهل حماية المتعاقد المغبون .

بالإضافة إلى أن القانون الألماني يقيم النية السيئة التي تهدف إلى الإساءة والإضرار، فهناك علاقة بين الفكرة في القانون الجنائي والفكرة في القانون المدني، إضافة إلى أن القانون الألماني عندما يمنع كل تعسف في الإفادة من أوضاع الآخرين يستند على فكرة أخلاقية وهي عدم السماح بالاستعباد الاقتصادي« l'esclavage économique » ، بحيث يقوم المتعاقد باستغلال والاستفادة من متعاقد آخر وهنا تجتمع الأخلاق بالقانون لإقامة التوازن في العلاقات التعاقدية³.

¹-محمود محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.13.

²-Elbassouni, op.cit, p.96-97.

³ -Paul Ossipow, De La Lésion, thèse université de Lausanne, 1940, p307 -308.

إن القانون المدني الألماني أقام الاستغلال على فكرة مطاطة للأداب العامة حتى تسمح له بمعالجة شتى أشكال الاستغلال، ويقاسمه هذا التصور الفقه السويسري إذ يرى أنّ الاستغلال المعبر عنه بلفظ الغبن المعتبر أو الموصوف «la lésion qualifiée» يعتبر أن الربا لا يثور في القانون المدني السويسري فحسب، بل إنّ التقنين الجنائي السويسري يعتبر أن الربا جريمة حسب المادة 157 من القانون الجنائي السويسري، حيث يلاحظ أحد فقهاء القانون المدني السويسري «Logoz» بقوله أنّ: الربا ليس جرم خيانة كمنصب أو احتيال وليس جنحة كإكراه وابتزاز ولكن المرابي هو مستغل¹، والمادة المتعلقة بالاستغلال وضعت بين المحل وعيوب الرضا.

أما الاستغلال في القانون النمساوي في المادة 897 من القانون المدني يأخذ بالتصور الحديث لإعادة التوازن للعقد المختل ولا يهدف حماية الرضا، كما يتضح موقف القانون الإنجليزي إذ يضع حكم الاستغلال في المادة 10/352 مبادئ القانون الموحد² في الفصل المعنون بالعقود الجائرة أو الغير العادلة «contrats inéquitables» وتتضمن أنه إذا أحد الأطراف استفاد من فقر وجهل ليشتري بثمن أقل كثيرا من قيمته فالعقد يكون باطلا.

1- ويبدو واضحا أن هذه النظم أداة لتحقيق التوازن العقدي في القانون الإنجليزي ويطلق عليه النظرية العامة للغبن، ويقترح غيستان أنه يجب إضافة عيبا رابعا للرضا بما يطلق عليه الغبن المعتبر أو الغبن الموصوف «la lésion qualifiée» وبما نسميه نظرية الاستغلال، أما ما اقترح حديثا في القانون الأوروبي للعقد في المادة 237/17 تحت عنوان الاستغلال غير المشروع³ فكان مضمون النص "يستطيع المتعاقدان إثارة بطلان العقد عند نشأته في حالة خضوع أو في معاملة تقتضي الثقة في الطرف الآخر أو كان في حالة ضائقة أو عدم خبرة أو لانعدام القدرة على التفاوض.

2- في حين أن الطرف الآخر يعلم أو كان بإمكانه العلم من الظروف أو هدف العقد واستغل وضع المتعاقد الآخر ليجني من العقد مغنم باهض أو فائدة يتضح أنها غير مشروعة، ويثير الطرف المغبون إرجاع العقد إلى ما يقتضيه حسن النية.

3- ويستطيع الطرف المقرر للبطلان عليه لاستغلال غير مشروع أن يتقدم بعرض لجعل العقد ملائم مع ما يقتضيه الوضع.

¹ - la lésion ne relève pas seulement du code civil, le code pénale suisse réprime l'usure comme un crime (l'article 157) l'observation de Logoz «L'usure n'est pas un délit de tromperie commel'escroquerie, ni un délit de contrainte comme l'extorsion, l'usurier est un exploiteur».

² - les principes Uni-Droit.

³ - exploitation de légale in plus détail Ghestin formation de contrat, op.cit, p.433.Principales , définitions and Model Rules of Européen Privat Law Draft Common Frame of Référence DCFR in Ghestin 434.

والأساس الوحيد للنص هو الثمن غير العادل واختلال أداءات العقد، كما يعلق "غيستان" على هذا النص بأن مشروعية العقد تكمن في أن لا يكون مرهقا لأحد طرفيه، وأساس النص الوحيد هو الثمن غير العادل واختلال أداءات العقد وهذا ما أدى بكثير من الأنظمة إلى رفض إعطاء القوة الملزمة للعقد الذي يحوي على تفاوت كثير بين الأداءات نتيجة لضعف أحد الطرفين في التفاوض أو الاستغلال لأحد الأطراف للآخر¹.

2-التصورات الخاصة بالاستغلال في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة

لقد أبرز تطور المجتمع حقائق جديدة منها عدم المساواة بين أفراد المجتمع في شتى الميادين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية بحيث أصبح الأقوياء يفرضون شروطهم على الضعفاء، الأمر الذي جعل الفقهاء والمشرعين يهتمون بهذه الظاهرة، فاقترح الفقه تصورين من شأنهما معالجة اختلال تعادل التزامات المتعاقدين وهما التصور الموضوعي والتصور الذاتي.

أ-تقدير التوازن الموضوعي في الاستغلال

إن التفاوت المادي بين الأداءات المتقابلة أو الفائدة المتحصل عليها أهم شرط لتطبيق نظرية الاستغلال في كل الأنظمة، لأن النظرية وبنصوصها القانونية تهدف لمعالجة هذا الاختلال المذموم، حيث أن التصور الحديث للاستغلال وفقا للتصور السالف الذكر الكندي والألماني والإنجليزي يعتبر الاختلال الفادح في العقد كاف لإقامة دعوى الاستغلال لإعادة التوازن المفقود وفق تصور قانون الكومنولث « Commonwealth »، حيث مفهوم الجور « Iniquité »²، يستند لاختلال التوازن، أما الاستغلال فهو حتما مبرر في عدم التساوي في القدرة على التفاوض³.

أما المشرع الجزائري فقد استهل نص المادة 90 من القانون المدني الجزائري بذكر اختلال التوازن كشرط أول لتطبيق الاستغلال فجاء في المادة السالفة الذكر 90 ما يلي: "إذا كانت التزامات المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر.....".

هناك من الفقه⁴، من يرى هذا شرط أول ما بُنيت عليه المادة 90 السالفة الذكر هو تعريف الغبن بمفهومه المادي المجرد، وأن الابتداء يكون به المشرع قد راعى الأسبقية التاريخية لهذا العنصر فمنذ القدم

¹ -J. Ghestin, op.cit, p.343.

² - وهي ترجمة معتمدة في المحكمة العليا في الكيبك عن مصطلح Unconscionability iniquité

³ -Elise .M Charpentier, L'équilibre des prestations, une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?, thèse université MC.GIL Montréal ,2001,p.179.

⁴ -Antoine Vialard, la formation de contrat, 1980, op.Cit, p.1.

عبر القانون عن الغبن أنه عدم التعادل بين ما يعطي المتعاقد مع ما يأخذه، والتفاوت المادي المقصود في الاستغلال يتحقق بالنسبة للبائع إذا كان ثمن المبيع زهيد بالنسبة للقيمة الحقيقية للشيء المبيع ويتحقق بالنسبة للمشتري إذا كان الثمن على العكس باهضا أو متفاوتا بالنسبة للشيء¹، والتفاوت قد يكون أيضا في قيمة المنفعة التي يحصل عليها المتعاقد الآخر، فإذا لم يكن هناك التفاوت بينهما فلا يمكن أن يغبن أحد المتعاقدين²، إلا أن التفاوت المادي هو العلة من وجود النص على الاستغلال ويهدف إلى إصلاح هذا التفاوت فقط لا أكثر بل لا يلتفت إلى ما يحدثه الاستغلال من أثر آخر، ونشير أنه لا فرق بين الالتزام المقابل والفائدة المقابلة فالركن المادي يتحقق عندما تتفاوت قيمة المنفعة التي يحصل عليها أحد المتعاقدين من العقد، إذ تقل عن قيمة المنفعة أو الفائدة المقابلة التي حصل عليها المتعاقد الآخر³.

والأمر المستحدث الذي يبحث عنه هذا التصور للتوازن العقدي هو أنه حتى لو كان العقد من ناحية موضوعية غي مختل ولا يلحقه غبن، فالأجدر هو الأخذ بالاختلال العقدي بمعيار ذاتي أي عندما يكون هذا الاختلال يضرّ المتعاقد كحالة تخصه وحده نظرا لوضعيته، وهذا ما جاءت به صراحة المادة 1002 من القانون المدني الكندي⁴ (droit civil du bas canada) فالاختلال يقاس حسب هذا النص ليس لأن الأداء أقل من الأداء الذي قدّمه، ولكن عندما يتلقى المتعاقد غير الراشد أشياء ثمينة بمقابل أشياء ذات نفع وضرورية سواء أشياء صعبة الاحتفاظ ومحفوفة بالمخاطر، في مقابل أشياء سهلة الاحتفاظ والتي تؤدي إلى عقد لا فائدة منه أو أن المورد المالي للمتعاقد محدود، وقرّر القضاة أن شراء سيارة بمبلغ 575 دولار لمستهلك قاصر دخله اليومي 03 دولار فيه غبن، لأنها تجعله في فوضى لا تتلاءم مع عاداته وتمثل له إسراف وتبذير⁵ يجعل العقد باطل لاختلال توازنه.

إن هذا التصور واسع في الحماية بغرض تحقيق التوازن بين أطراف العقد والأداءات المتقابلة، إن التوازن حسب هذا التصور يحقق حماية تعد ترفا قانونيا بالنسبة لقوانيننا، فالتوازن في العقد يقاس إذا كان

¹ - عبد السيد سمير تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، بدون تاريخ نشر، ص.67.

² - محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية - الإرادة المنفردة، منشأة المعارف، 1970، ص.173.

³ - عرعارة عسالي، نظرية الاستغلال، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1997، ص.08.

⁴ - L'article 1002 CCB. Canada « La simple lésion est une cause de nullité, en faveur du mineur non émancipé, contre toutes espèces d'actes lorsqu'il n'est pas assisté ou représenté par son tuteur, et lorsqu'il l'est, contre toutes espèces d'actes autres que ceux d'administration, et en faveur du mineur émancipé en justice, contre tous les contrats qui excèdent les bornes de sa capacité légale, sauf dispositions contraires de la loi ».

⁵ - La cour d'appel a décidé que le vente d'une automobile pour 575 Dollar a un mineur consommateur ayant des revenus 3Dollar par jour était lésionnaire, puis « constituait pour lui une cause de désordre dans ses habitudes et de dépenses considérables », Élise M. Charpentier, op.cit, p.168.

الثلث الذي دفعه المتعاقد غير متفاوت بالمقارنة مع إمكانياته و مدخوله، وإذا كان يتمشى مع نمط ومستوى معيشتة¹، بحيث لا تحدث له اضطراب ما وهذا منتهى الحماية والتوازن والسيطرة على مفاهيم ووسائل العدالة العقدية²، وهذا وفق التصور الحديث للقانون المدني الكيبيكي وقانون كندا السفلي (code civil de bas Canada).

لقد عالج المشرع الألماني بكل جرأة وصرامة اختلال التوازن العقدي بل وحتى بالنصوص الجنائية (المواد E302-A302) التي أعطت القاضي سلطة وحرية كبيرة في تقدير التفاوت، تعتمد على معايير متباينة تحتل التحليل النفسي أحيانا أكثر من نسبة الفائدة المحددة.

والثابت أن القضاء الألماني غني جدا بهذه الحلول فتعدّ مسألة التفاوت الفادح مسألة ربا اجتماعي لا يمكن حلّها إلا بنصوص القانون الجنائي A 302-E302 أو المادة 2/138، فإذا كان التفاوت المادي فادح يكفي حتى يكون مخالف للأداب لو بدون وجود استغلال بل توسع القضاء في تفسير المادة 2/138 إلى كل أشكال الاستغلال³.

إن ما يميز به الاستغلال لإعادة التوازن للعلاقة العقدية هو أن تقدير التفاوت لا يخضع إلى تقييم حسابي كقاعدة جامدة تطبق على جميع الحالات دون النظر إلى الفروق بين الحالات والظروف المختلفة، والتي تضي على عدم التعادل صفة الفداحة والإفراط اللذان يجعلان التفاوت غير مألوف، إن إطلاق معيار تقدير عدم التعادل من أي قيد حسابي يتفق مع آليات السوق فضلا عن اختلاف السلع والخدمات وتغيّر قيمتها بصورة متلاحقة يتعرض مع خضوعها لرقم حسابي، وفي هذا تحقيق لقدر من التوازن الذي يتميز بطابع واقعي، والمناسب لهذا التصور أن يخضع تقدير عدم التناسب الكثير لسلطة القاضي وقت انعقاد العقد فالمقارنة تتم على أساس ما تمّ التعاقد عليه وليس ما تمّ تقديمه تنفيذا للعقد، وهذا حتى تشمل المتعاقد الحماية المقررة في الاستغلال ويتطابق مع ضرورات حماية التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد.

ونلخص إلى أن التصور الموضوعي مفاده أن عدم التكافؤ بين ما يدفعه المتعاقد وما يحصل عليه يكون كافيا لإبطال العقد بغض النظر عن الاعتبارات الشخصية والنفسية لكل متعاقد، فالعبرة هي

¹Elise M. Charpentier, op.cit, p.167.

² - والمقصود هنا هو الأدوات القانونية والمؤسسات المكرّسة لأنظمة القانونية ثم البيئة الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع.
³ - « il ya aussi atteinte aux intérêts de communauté, quand un citoyen exploite une gene économique générale pour se procurer ainsi des bénéfices, des contre prestations excessives en cas de manque de denrées, des famines en cas de chômage, constituent des atteintes contre les bonnes mœurs » Paul Ossipow, op.cit, p.309.

بالتفاوت بين القيمة المادية للالتزامات المتعاقدين، فالعدالة التبادلية التي يقوم عليها هذا التصور أولى من اتفاق الإرادتين، بحيث يتقدم تعادل الأداءات على الحرية العقدية.

ويستمد هذا التصور الذي يكتف هذا التفاوت على أنه عيب قائم بذاته يسمى الغبن كما كان يسميه رجال الكنيسة "الثلث العادل" « Just prix » و "الأجر العادل" « Just salaire » ، ويعاب على هذا التصور الذي يعتد بالتعادل الحقيقي¹ «équivalence concrète» للأداءات، صعوبة تطبيقه من حيث المشاكل الكبرى التي يواجهها الاقتصاديون بخصوص تحديد الأسعار².

ب-تقدير التوازن الذاتي في الاستغلال

مفاد التصور الذاتي في الاستغلال هو أن التفاوت الذي قد يوجد بين ما يعطيه المتعاقد تنفيذًا للالتزامه والفائدة التي يتحصل عليها هو ناتج عن ضعف³ المتعاقد المغبون من جهة، واستغلال المتعاقد معه لهذا الضعف من جهة أخرى، ويرى أنصار هذا التصور أن الغبن الذي يقع فيه المتعاقد يعني حتما عيبا في رضاه مما يجنبهم التناقض مع المبدأ القائل أن العقد هو العدل، وهكذا أصبح الغبن مجرد عيب من عيوب الرضا⁴، حيث أن العبرة بالنسبة لهذه النظرية هي بالضعف النفسي الذي ينال من سلامة رضاه المتعاقد المغبون، ويجب أن يكون هذا الضعف النفسي مؤثرا ومستغلا من طرف المتعاقد المستفيد من العملية العقدية⁵.

إن نظرية الاستغلال تعالج الاختلال المادي للعقد مستندة إلى جوانب التوازن الذاتي المفقود الذي ترتب عنه ذلك الاختلال الموضوعي للعقد، وحالات ضعف المتعاقد متعددة الأوجه كما يمكن أن تكون وضعيات ومحيط يتيح سوء الاستفادة التي يصطلح عليها استغلالا، وقد حددها المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني في حالتي الطيش البين والهوى الجامح، وبهذا الحصر أنكر المشرع

¹-المقصود بالتعادل الحقيقي هو التعادل الفعلي للالتزامات التي يرتبها العقد، فلا نكتفي بالتعادل الذي ارتضاه المتعاقد بل العبرة بالتعادل الموضوعي لمضمون علاقة التبادل القانونية، أي التزامات المتعاقدين.

²-علي فيلالي، المرجع السابق، ص.199.

³-قد يتمثل هذا الضعف في الطيش البين أو الهوى الجامح أو الحاجة الملحة أو الخفة وعدم الخبرة أو ضعف الإدراك.... إلخ.

⁴-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.309، وأما القانون الألماني فيرى في عملية الاستغلال عملا غير مشروع ومناقض للأداب العامة بحيث يكون العقد الذي استغل بموجبه المتعاقد ضعف المتعاقد الآخر باطلا بطلانا مطلقا (المادة 139 من القانون المدني الألماني).-هناك من الفقهاء من يعتبر الغبن "نقص في الأهلية، أو عيبا في الإرادة مفترضا أي أن مجرد الغبن يفترض معه وجود تدليس أو إكراه".

⁵-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.366.

الجزائري أهم مجالات الاستغلال وانتزع من النص الدور المنوط به في تحقيق التوازن، بل أن الحالتين الواردتين تمتاز بالغموض والتضييق وتعبّر عن وضع واحد ذلك أن مجال الاستغلال والذي أنكره المشرع قد يُصنف في ثلاث تصنيفات :

- التصنيف الأول:الوضعية الإقتصادية للمتعاقد.

- التصنيف الثاني: الوضعية الذهنية للمتعاقد.

- التصنيف الثالث:الحالة المعرفية والثقافية للمتعاقد.

3- عناصر الاستغلال:

بما أن الاستغلال هو الانتفاع من الغير بدون حق واستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد بغرض دفعه إلى إبرام عقد يتحمّل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض المقابل أو من غير عوض، فللاستغلال إذن عنصران :عنصر مادي وعنصر نفسي¹.

أ-العنصر المادي:

بالنظر إلى نوع العقد المعني بالاستغلال قد يتمثل العنصر المادي في التفاوت بين التزام المتعاقد والعوض الذي يتحصل عليه، أو في التفاوت بين خط الربح والخسارة اللذين يتحملها كل متعاقد أو في انعدام العوض أصلا.

ب-العنصر النفسي

للعنصر النفسي للاستغلال مظهران يتمثل المظهر الأول في الضعف النفسي الذي يعتري المتعاقد المغبون، ويتمثل المظهر الثاني في استغلال المتعاقد معه لهذا الضعف النفسي.

¹- علي فيلاي، المرجع السابق، ص203.

المبحث الثاني: مظاهر اختلال التوازن العقدي في العقد الاستهلاكي

كما قلنا سابقا، أن اختلال التوازن العقدي قد يصيب العقد مما يجعل مصالح أطرافه غير متوازنة، وقد يظهر هذا الاختلال عند إبرام هذا العقد في حالة عيوب إرادة أحد طرفي العقد، أو تفاوت المراكز القانونية للطرفين (متدخل قوي ومستهلك ضعيف)¹، كما قد يظهر هذا الاختلال عند تنفيذ العقد بسبب حدوث أحد الظروف الطارئة الخارجة عن نطاق إرادة الطرفين.

وقد أوجد المشرع الجزائري سبلا قانونية عديدة لإعادة التوازن للعقد المختل، وإبرامه في بيئة تعاقدية آمنة، وكذلك حماية المستهلك لضمان مصالحه، لهذا سنتناول بالدراسة مظاهر اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك في (المطلب الأول)، ثم ننقل دراسة آليات تحقيق التوازن العقدي في عقد الاستهلاك بصفة خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: اختلال المراكز التعاقدية للأطراف في عقد الاستهلاك

تتميز العلاقة التعاقدية التي تبرم بين المستهلك والمتدخل بعدم التوازن نتيجة للمركز القوي الذي يملكه هذا الأخير في مواجهة المستهلك، بفضل وضعيته الاقتصادية والخبرة والدراية التي يتمتع بها مما يجعله يضع شروطا لا يجد المستهلك بديلا إلا قبولها لإبرام العقد الاستهلاكي.

الفرع الأول: تحديد مفهوم المستهلك

تكمن رغبة المستهلك في الدخول في علاقة تعاقدية مع المتدخل كي يشبع حاجاته الشخصية والعائلية، حيث يخضع لتحقيق رغبة المتدخل في توجيه العلاقة التعاقدية معتقدا أنه يمثل السبيل في تحقيق غايته غير أنه سرعان ما تتلاشى هذه الرغبة بمعوقات يفرضها الواقع التعاقدية، فمثلا من المنطقي جدا أن نشهد في عقد الاستهلاك أن المتدخل يمتلك مقومات التعاقد من الخبرة القانونية والمكانة الاقتصادية مقابل مجرد المستهلك منها، وهذا الحال يرتبط بالإمكانية المالية الضعيفة للمستهلك، وهذه العلاقة الغير متوازنة ينجم عنها ظاهرة خطيرة تتمثل في اختلال التوازن العقدي في العقد الاستهلاكي نظرا لما يملكه المتدخل من مقومات تعاقدية تفوق ما يملكه المستهلك، وتسمح له بالسيطرة على العقد وتوجيهه وفقا لمصالحه وحتى على حساب العقد المبرم².

¹- محمد خليفة كرفة، التوازن العقدي في قانون الاستهلاك، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2018-2019، ص.13.

²- محمد خليفة كرفة، المرجع السابق، ص.30.

من الضروري تحديد أطراف العلاقة الاستهلاكية التي تتسم باختلال التوازن بين المراكز التعاقدية ومن أجل تحديد المستهلك المعني بالحماية وفقا لما جاءت به الأحكام القانونية¹، وتحديد مفهوم المتدخل من أجل معرفة الأشخاص المسؤولين في إطار العلاقة الاستهلاكية عن كل عقد مبرم .

أولاً: التعريف الضيق للمستهلك

يُعتبر الاتجاه الذي يضيق من مفهوم المستهلك هو السائد في كل من التشريع والفقهاء وكذا القضاء، ويقصد بالمستهلك حسب هذا المفهوم: "كل شخص يتعاقد بقصد إشباع احتياجاته غير المهنية من السلع أو الخدمات"، وقد أخذت به أغلبية التشريعات التي اهتمت بحماية المستهلك ويعدّ هذا التعريف المقيد لفكرة المستهلك في نظرية غالبية الفقهاء هو الأقرب إلى بيان ذاتية المستهلك، فضلا عن تميزه بالبساطة والدقة القانونية مما ييسر مسالة تطبيقه بما يوفره من حماسية للمستهلك².

يظهر جليا من استقراء الأحكام القانونية المتعلقة بحماية المستهلك أن المشرع الجزائري قد تبنى موقف غالبية التشريعات التي أخذت بالمفهوم الضيق للمستهلك³، حيث عرّف المستهلك في المادة 03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به"⁴.

1- المادة 29 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر المؤرخة في 27 يونيو 2004، العدد 41، ص.03.

2- أنولا أحمد رسلان، مفهوم حماية المستهلك، تقرير مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في العالم العربي، جامعة الدول العربية، القاهرة، 06-08 أبريل 1997.

3- لقد وضع المشرع الجزائري تعريفا للمستهلك على خلاف بعض التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك التي تركت أمر التعريف للفقهاء والقضاء، كالتشريع الفرنسي.

4- لقد ضيق المشرع من مفهوم المستهلك بموجب القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك على خلاف التعريف الواسع الوارد في المادة 03 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الملغى، والتي تنص على أن المستهلك هو: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

كما ينبغي الإشارة إلى أن التعريف الوارد في القانون رقم 04-02 السالف الذكر يتفق مع التعريف الذي جاء به القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك قمع الغش من حيث تنبيهه للمعيار الضيق.

ويستخلص من هذه التعاريف أنّ هناك عدة شروط قانونية يستلزم توافرها حتى يكتسب وصف المستهلك، لهذا فإن التطرق إلى موقف المشرع الجزائري يتطلب بيان العناصر المكونة لهذه التعريفات، وذكر بعض التشريعات الأجنبية كمقارنة مع التشريع الجزائري.

ويقتضي تحديد التعريف الضيق للمستهلك التعرض للمعيار الذي يشكل قاعدة هذا التعريف، وذلك من خلال إبراز موقف بعض التشريعات الأجنبية المعاصرة التي تبنت هذا المعيار الضيق لمفهوم المستهلك، على سبيل المقارنة مع التشريع الجزائري وبيان موقف كل من الفقه والقضاء من هذا المعيار.

1- شروط اكتساب صفة المستهلك وفقا للتعريف الضيق للمستهلك

انطلاقا من التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 03 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، يستخلص أنه يجب توافر (5) عناصر لاكتساب صفة المستهلك.

أ- أن يكون الشخص طبيعى أو معنوي

يتمثل المستهلك غالبا في الشخص الطبيعي ذلك أن اقتناء السلع والخدمات لهدف غير مهني يقتضي وجود احتياجات خاصة أو شخصية، والتي هي أساسا احتياجات الشخص الطبيعي، وبالتالي فإنّ صفة المستهلك تنحصر في الشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي.

إنّ الشخص الطبيعي هو الوحيد الذي يمكن أن تتجسد فيه صفة المستهلك، وبذلك لا يتصور أن يكون الشخص المعنوي مستهلكا¹، وهذا مايفسر الموقف الذي اتجهت إليه التوجيهة الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية والتي استبعدت صراحة الشخص المعنوي من تعريف المستهلك، بحيث قصرت الاستفادة من الحماية من الشروط التعسفية على الشخص الطبيعي فقط بنصها على أنه: "طبقا للعقود المتعلقة بهذه التوجيهة يقصد بالمستهلك كل شخص طبيعي يتصرف لأهداف لا تدخل في إطار نشاطه المهني"²، وهو نفس الموقف الذي تبنته محكمة العدل الأوروبية³ والتي لم تعترف بدورها بوصف المستهلك للشخص المعنوي.

¹- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.24.

² - Art 02 du la Dir C.E.E.°93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, J.O.C.E 21 avril 1993 n°L.95-29, p.29: « b) consommateur: tout personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

³ - C.J.C.E, 22 novembre 2001, R.T.D Civ 2002, p.397, J.C.P 2002, 2, 10047, note PAISSANT: « la notion de consommateur, telle que définie à l'article 2, sous b, de la directive n°93/13 C.E.E de Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les

لكن يطرح التساؤل فيما يخص موقف التشريع الجزائري عما إذا كانت الشروط القانونية لاكتساب صفة المستهلك تجد تطبيقاً موحداً، سواء تعلق الأمر بالشخص الطبيعي أم المعنوي أم يجدر التمييز بينهما.

يتجلى موقف المشرع الجزائري بوضوح من خلال مضمون التعريف القانوني¹ الذي يضيف صفة المستهلك على الشخص الطبيعي فحسب، وإنما حتى على الشخص المعنوي²، مما يعني أنه يدخل في مجال تطبيق النص القانوني ويعتبر مستهلكاً ومن ثم يستفيد من الحماية القانونية، وعليه فلا مجال إذن للتمييز بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي طالما أن هذا الأخير لا يمارس نشاطاً مهني يحصل منه على موارده المهنية أو على أسباب وجوده، وهوبذلك يشبه المستهلك تماماً خاصة وأن طبيعة نشاطه تستبعده من المجال المهني وتسمح بتشبيهه بالمستهلك الشخص الطبيعي³.

بناء على ماتقدم يمكن القول أن كل من الشخص الطبيعي أو المعنوي على حد سواء مقيدان بفحوى الأحكام القانونية، مما يستوجب على كلاهما استيفاء كافة الشروط القانونية اللازمة لاكتساب وصف المستهلك.

لقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى اعتبار أن مفهوم المستهلك يشمل الشخص الطبيعي وكذلك الشخص المعنوي، فطالما أن النص القانوني لا يستبعد صراحة الشخص المعنوي من مجال تطبيقه، فلا يوجد مانع من امتداد هذا الوصف إلى بعض الأشخاص المعنويين للقانون الخاص الذين لديهم نشاط غير مهني، وهو ما أيدته العديد من أحكام القضاء الفرنسي والتي اعترفت فيها بصفة المستهلك للشخص المعنوي.

ب- عنصر الاقتناء والاستعمال

يتبين من القراءة الأولية لتعريف المستهلك أن المشرع الجزائري قد أخذ بعين الاعتبار عملية الاقتناء في تحديده لمفهوم هذا المصطلح، وعليه فإن المستهلك هو المقتني وليس بالضرورة المستعمل، فهذا الأخير لا يشمل تعريفه ويظهر أن هناك نوع واحد من المستهلكين ألا وهو المستهلك المقتني

consommateurs, doit être interrétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques ».

¹- المادة 03 فقرة 2 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية السالفة الذكر.

²- المقصود هنا هو الشخص المعنوي من القانون الخاص الذي يحصل على السلع والخدمات أو يستعملها لغرض غير مهني، كالجمعيات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح والنقابات التعاونية..... الخ.

³- عائشة مزاري، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2012-2013، ص. 24.

للسلعة أو الخدمة، وبالتالي فإن المستهلك المستعمل لا تشملته قواعد الحماية الخاصة الواردة في قانون حماية المستهلك، وذلك رغم تسليم جميع القوانين المقارنة¹ بدخول المستعمل في مفهوم المستهلك بوصفه يمثل الشريحة الكبرى من المستهلكين .

باستقراء مضمون المادة 3 فقرة 2 من القانون 03-09 يلاحظ أن المشرع قد أسقط عبارة "يستعمل" « utilise » الواردة في النص الفرنسي²، ومن ثم يمكن القول أن التعريف القانوني يشمل كذلك الشخص المستعمل للسلع أو الخدمات، وبناء على ذلك يتضح أن هناك نوعين من المستهلكين:

- المستهلك المقتني للسلعة أو الخدمة.

- المستهلك المستعمل للسلعة أو الخدمة.

ج- عنصر السلع أو الخدمات

يتبين من تضمن التعريف القانوني السابق لمصطلحي السلع والخدمات مدى اتساع نطاق مفهوم المستهلك، فمحل عقد الاستهلاك يمكن أن يمتد لكل ما يعد سلعة أو خدمة، لأن عقد الاستهلاك يرتبط دائما بالحصول على السلعة أو الخدمة التي يلتزم بها الطرف الآخر (المتدخل) في العقد بأدائها للمستهلك، ومن هنا تبرز أهمية هذين المصطلحين في تحديد مفهوم المستهلك.

وضع المشرع الجزائري بموجب القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تعريفا جامعاً وشاملاً للمنتوج-موضوع عقد الاستهلاك- من خلال المادة 3 فقرة 10 على أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانياً"، وعليه يعد مستهلكاً كل من يقتني سلعة أو خدمة.

1- السلع les biens

وهو كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجاناً كالمنقولات المادية بشتى صورها ولا تقتصر على الأشياء التي تستهلك بأول استعمال كالأغذية، وإنما تشمل المنتجات التي تستهلك بمرور الزمن كالسيارات و الأجهزة المنزلية، كما يمتد مفهوم السلعة إلى العقارات³، وهذا ما أقره المشرع الجزائري

¹ - محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.28.

² - Art3 al.2 du la Loi n°04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales : « consommateur: toute personne physique ou morale qui acquit ou utilise, à des biens excluant tout caractère professionnel, des biens ou des services mis en vente ou offerts ».

³ - Jean Calais Auloy et F.Steinmetz, op.cit, p.08.

باعتبار العقار بالتخصيص بمثابة منتج طبقاً للمادة 140 مكرر من القانون المدني "يعتبر منتج كل مال منقول ولو كان متصلاً بعقار و لاسيما المنتج الزراعي و المنتج الصناعي"، ولا يهتم عنصر الجودة في الشيء حيث يشمل حماية الأشياء المستعملة ما دامت قابلة للتنازل عليها وتم اقتناءها لغرض غير مهني طالما أن النص القانوني لم ينص على عنصر الجودة في المنتج .

-الخدمات les services

وهي كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعاً أو مدعماً للخدمة المقدمة¹، و عليه تكون الخدمة في شكل أداءات «toute prestation» ذات طبيعة مادية كالفندقة – التنظيف –الإصلاح أو مالية كالقروض و التأمين أو فكرية كالعلاج و الاستشارات القانونية، و قد صرح المشرع بإخراج الالتزام بتسليم السلعة من مفهوم الخدمة و أبقى عليه التزام مستقلاً يقع على أحد المتعاقدين و هو البائع أو المتدخل في عقد البيع بموجب المادة 364 القانون المدني تحقيقاً للتناسق بين التشريعات².

د-موجهة للاستعمال النهائي

اشترط التعريف لتوفر صفة المستهلك في شخص المقتني أن تكون السلع والخدمات موجهة للاستعمال النهائي، وهو ما يعرف بالمستهلك الأخير³ «le consommateur final»، الذي يتصرف لإشباع حاجاته الخاصة، وبذلك يكون المشرع قد وضع حدًا للجدل الذي أثاره نص المادة 2 فقرة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 السالف الذكر حول اعتبار المستهلك الوسيط⁴، يتمتع بالحماية الخاصة لقانون حماية المستهلك، وهو ما يعكس تبني المشرع بموجب القانون رقم 09-03 للمفهوم الضيق للمستهلك وهو المفهوم الذي يتفق مع خصوصية وفلسفة قانون حماية المستهلك، وهي تحقيق المساواة في العلاقة التي تربط المستهلك كطرف ضعيف بالمتدخل، ونشير إلى أن الاستهلاك النهائي يأتي في آخر محطة في عملية عرض منتج للاستهلاك، أما الاستهلاك الوسيط فيقصد به استخدام مواد لإنتاج منتج معدّ

1- المادة 03 فقرة 16 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

2- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 28.

3- محمد بودالي، نفس المرجع السابق، ص. 30.

4- يرى بعض الأساتذة القانونيين أن المستهلك ليس فقط المستهلك الأخير وإنما يشمل أيضاً المستهلك الوسيط، وهو المتدخل الذي يتصرف لأغراض مهنية تتمثل في حاجته الاستثمارية حين يستعمل منتوجاً لإعادة التصنيع والإنتاج وليس الاستهلاك.

للاستهلاك من طرف نفس الشخص المستخدم كمشاء ليصنعه لباس لسد حاجته الشخصية أو العائلية¹.

هـ- الهدف من التعاقد

يعد الهدف المجرد من الطابع المهني الوارد في تعريف المستهلك هو المعيار الجوهرى للتمييز بين المستهلك والمتدخل، وهذا التمييز هو أساس تطبيق قواعد حماية المستهلك²، وبناء على ذلك يعد مستهلكا وفقا لهذا المعيار كل من يقتنى أو يستعمل السلعة أو الخدمة لهدف غير مهني، بمعنى آخر لهدف شخصى أو عائلي .

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار الهدف غير المهني لتحديد مفهوم المستهلك، حيث اشترط لتطبيق الحماية القانونية المقررة للمستهلك، ألا يكون الغرض من اقتناء أو استعمال السلعة أو الخدمة لأجل نشاط مهني، وذلك سواء كان المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا³، فطالما أن الهدف للاستهلاك هو إشباع الاحتياجات الشخصية أو العائلية للمستهلك، فطالما هذا الأخير مشمولاً بالحماية التي توفرها له النصوص القانونية نظرا لحالة الضعف التي يتصف بها عند تعاقد مع المتدخل⁴.

2- أساس المعيار المحدد للتعريف الضيق للمستهلك

إنّ الكشف عن أساس المعيار المحدد المفهوم الضيق للمستهلك يقتضى إبراز موقف التشريعات والفقهاء من معيار الهدف غير المهني، بالإضافة إلى دور القضاء تكريس هذا المعيار.

يكمن أساس الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك في معيار الهدف غير المهني الذي ينبغي توافره لاعتبار الشخص مستهلكا، وعليه فالمستهلك الجدير بالحماية وفقا لهذا المعيار هو الشخص الذي يتعاقد بغرض الحصول على ما يلزمه من السلع أو الخدمات لاستهلاكه النهائي الذي يشبع حاجته الخاصة، ويدخل في معنى الحاجة الخاصة تلك المخصصة لإشباع الحاجات الشخصية أو العائلية أي غير المرتبطة بنشاطه المهني وهو ما يسمى بالمستهلك النهائي.

¹-مزاري عائشة، المرجع السابق، ص.26.

²-يقع على القاضي عبء تحديد ما إذا كان التعاقد من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة قد تم بهدف الاستعمال غير المهني أي الشخصى والعائلي، أو كان متعلق بالنشاط المهني للمتعاقدين.

³-Didier Ferrier, op.cit.p.14.

⁴- سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص.23، مزاري عائشة، المرجع السابق، ص.26.

تأسيساً على ذلك إذا كان الغرض بعيداً عن النشاط المهني للشخص مثل التصرفات التي يجريها لإشباع حاجاته اليومية أو حاجات أسرته فإنه يحوز صفة المستهلك، بخلاف ما إذا كان الغرض من التصرف يتعلق ولو من بعيد بنشاط الشخص المهني أو يتصرف لحاجات مهنته، حيث لا يعد في هذه الحالة مستهلكاً جديراً بالحماية الخاصة المقررة لصالح المستهلك.

وعلى العكس من ذلك تنتفي صفة المستهلك طبقاً لهذا المفهوم الضيق عن الشخص الذي يتصرف في إطار نشاطه المهني أي الذي يقتني سلعة أو خدمة بهدف مهني وليس للاستعمال الشخصي، وبالتالي لا يكتسب هذه الصفة كل من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروع¹ حتى لو اتسم مركزه الاقتصادي بالضعف.

بالرغم من أهمية معيار الغرض غير المهني في التفرقة بين المستهلك والمتدخل إلا أن هناك بعض الحالات التي مازالت تثير الإشكالات وتتمثل في:

أ- حالة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني أو يستعمل سلع أو خدمات لغرض مزدوج:

تطراً هذه الحالة عندما يقتني الشخص الطبيعي أو المعنوي سلعة أو خدمة لهدف مهني وآخر غير مهني أي خاص وهو ما يسمى بالاستعمال المختلط، ففي هذه الحالة يكون للشخص صفتين معا صفة المستهلك وصفة المحترف الأمر الذي يقتضي تحديد مركز هذا الشخص²، ذلك أن اعتباره مستهلكاً يعني استفادته من الحماية المقررة للمستهلك أما في حالة اعتباره محترفاً فيحرم من هذه الحماية، ومن هنا يطرح التساؤل التالي: هل يعد هذا الشخص مستهلكاً أم متدخلاً؟

وفقاً لمعيار الهدف غير المهني لا يعتبر الشخص مستهلكاً ولا يستفيد من قواعد الحماية المقررة للمستهلك إلا في حدود المعاملات المرتبطة بحاجات استهلاكه النهائي الخاص أي الشخصي والعائلي، وتنتفي عنه هذه الصفة إذا ما اختلطت هذه الحاجات الخاصة بحاجات مهنية، وذلك حتى لو كانت هذه الأخيرة غير متصلة بتخصصه المهني الأصلي أو كان الغالب على الغرض غير مهني.

بهدف التخفيف من المغالاة في التضييق من مفهوم المستهلك اقترح بعض الفقهاء³ في هذه الحالة إعمال قاعدة "الفرع يتبع الأصل"، بمعنى أنه يتوجب البحث عن الغرض الرئيسي لاقتناء أو استعمال

¹ - مثل إيجار محل تجاري أو شراء السلع من أجل إعادة بيعها.

² - إن لهذه المسألة أهمية بالغة لما لذلك من أثر في تحديد مجال الحماية القانونية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص.

³ - Jean Calais Auloy et F. Steinmetz, op.cit, p.10.

السلعة أو الخدمة الذي يعتبر هو المحدد لصفة المستهلك، وهنا تلعب السلطة التقديرية للقاضي دورا هاما وأساسيا في رسم الحدود بين ما يمكن اعتباره غرضا مهنيا وبين ما هو غير مهني أي استهلاكي، فإذا كان الاستعمال الأصلي خارج المجال المهني فإن قواعد الحماية تكون قابلة للتطبيق حتى ولو كان الشخص يتصرف جزئيا لأجل الاستعمال المهني، ويعتبر تصرفه في هذه الحالة استهلاكي (عقد استهلاك)¹.

تجنبنا للصعوبات العملية التي تطرح في إطار تطبيق قاعدة "الفرع يتبع الأصل" ونظرا إلى أنه من الصعب من الناحية العملية إقامة مثل هذه التفرقة، وخاصة وأنّ الاجتهاد القضائي قليل في هذا المجال فقد اتجه جانب آخر من الفقه إلى حد رفض صفة المستهلك، حتى بالنسبة للشخص الذي يتصرف جزئيا لأغراض مهنية.

ب- حالة الشخص الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه

وفقا لمعيار الهدف غير المهني يستبعد من مجال تطبيق الأحكام الخاصة بالحماية المقررة للمستهلك ولا يعتبر مستهلكا الشخص الذي يتصرف لحاجات مهنته حتى ولو كان خارج مجال تخصصه، والسبب في رفض منح صفة المستهلك للمتعاقد على هذا النحو يكمن في الغاية من التصرف، ويبرر أنصار الاتجاه الضيق² ذلك بأن المتدخل الذي يتصرف خارج مجال تخصصه ليس في نفس مركز المستهلك إذ لا يعتبر فاقد للخبرة تماما مثل المستهلك لأنه أكثر خبرة ودراية من الشخص العادي الذي يتصرف لمجال خاص.

وبصفة عامة يعد الشخص الذي يتصرف لاحتياجاته المهنية هو أكثر فعالية من الشخص الذي يعمل لاحتياجاته الخاصة مما يمكنه من الدفاع عن نفسه، فضلا عن ذلك فإن الحماية الحقيقية للمستهلك لا يمكن أن تتحقق إلا إذا كانت الإستفادة من القواعد المقررة لحمايته غير قابلة لمدّها على المتدخل، والذي تعد حاجته للحماية غير مماثلة³.

ثانيا: المفهوم الموسع للمستهلك

يتفق أغلب الفقه أنّ الشخص الجدير بالحماية هو المستهلك النهائي للسلعة لهدف غير مهني حيث ترجع حاجة المستهلك للحماية على وجه التحديد إلى مركزه الاقتصادي الضعيف بالنسبة للمتعاقد الآخر نظرا لافتقاده الخبرة القانونية، إلا أنّ هناك جانب من الفقه والقضاء الفرنسي بصفة خاصة يميل

²-سواء الفقه أو القضاء الذين يرفضون تماما توسيع مفهوم المستهلك.

³ -L.Leveneur, vente entre professionnels et clauses limitatives de responsabilité, contrats, conço, consomma, 1994, chrono, p.3.

إلى إمكانية التوسيع من مجال الحماية القانونية المقررة للمستهلك، وذلك استنادا إلى أن هناك فئات أخرى من المتعاقدين لا تستهلك على النحو المذكور سابقا¹ ولكن تشترك مع المستهلك في نفس العلة ألا وهي حالة الضعف الاقتصادي.

تأسيسا على ذلك يدخل أنصار الاتجاه الموسع² لمفهوم المستهلك كل من يقتني أو يستعمل مال أو خدمة في دائرة المستهلكين، حيث يعرفون المستهلك على أنه: "كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك" فيعتبر مستهلكا كل من يقتني مال أو خدمة سواء لاستعماله الشخصي أو المهني، ومادام في حالة ضعف فهو يستحق الاستفادة من الحماية القانونية المقررة للطرف الضعيف.

لقد تبنت بعض التشريعات الأجنبية المتعلقة بحماية المستهلك المفهوم الواسع للمستهلك كالمشرع الألماني الذي اتجه بموجب القانون المتعلق بالشروط العامة في العقود³ إلى عدم قصر الحماية القانونية على المستهلك فقط، وإنما مدها لتشمل كل طرف في العقد لم يتسن له مناقشة مضمون العقد بشكل حرّ سواء كان مستهلك أم لا، وهو ما يتفق مع موقف القانون الإنجليزي.

علاوة على ذلك تم اعتماد المفهوم الموسع لمصطلح المستهلك من طرف جانب من التطبيقات القضائية، وذهب بعض الفقه الفرنسي إلى تبني ما أقرته الأحكام القضائية في الأخذ بهذا المفهوم الواسع.

إنّ توسيع مفهوم المستهلك إلى أشخاص آخرين يمكنهم من الاستفادة من الحماية المقررة للمستهلك لا يعني أنهم حتما مستهلكين بل يمكن تشبيههم بمستهلكين⁴، ويعتبر الخلاف حول اكتساب بعض الأشخاص لوصف المستهلك مصدر الصعوبة التي يجدها الفقه والقضاء الفرنسي في تحديد مفهوم المستهلك، ومن أهم الحالات التي أثارت الجدل: حالة المتدخل الذي يتصرف خارج نطاق اختصاصه وحالة المنتفعين أو المستفيدين من خدمات المرافق العمومية.

1- توسيع مفهوم المستهلك إلى المتدخل الذي يتعامل خارج مجال اختصاصه

لقد اهتم الفقه والقضاء الفرنسي بوجه خاص بمسألة التوسيع من نطاق تطبيق حماية المستهلك من حيث الأشخاص⁵، وذلك بسبب اقتران مصطلح غير المهني بلفظ المستهلك في النص القانوني¹،

¹-بمعنى لا ينطبق عليهم وصف المستهلك وفقا للمفهوم الضيق.

²-يهدف أنصار هذا الاتجاه إلى التوسيع في فرض الحماية المقررة للمستهلك، بحيث تشمل كل من يبرم تصرف قانوني بهدف الاستهلاك حتى ولو كان ذلك لأغراض مهنته أو حرفته.

³-القانون الصادر في 9 ديسمبر 1976 والذي بدأ العمل به في 01 أبريل 1977.

⁴-J.Ghestin, Rapport Introductif, in clauses abusives entre professionnelles, op.cit, p.10.

⁵-J.Calais Auloy et Frank Streinmetz, op.cit, p.10.

والذي يقضي أنه: "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المتدخل أو غير المتدخل أو المستهلك..."²، ونظرا لغياب تعريف قانوني للمستهلك انقسم كل من الفقه والقضاء بشأن تصنيف غير المتدخل، الأمر الذي أفسح المجال إلى تفسيرات مختلفة فيما يتعلق بمصطلح غير المتدخل.

فهل يعدّ مستهلكا، وبالتالي يستفيد من الحماية القانونية أم يعتبر متدخلا فيستبعد من مجال تطبيق الأحكام القانونية المقررة لحماية المستهلك؟

لقد أثار مسألة تحديد مفهوم المستهلك أو غير المتدخل جدل فقهي وقضائي كبير لأنه في حالة عدم توافر الصفة في المتعاقد فلن يستفيد من الحماية المقررة له، ومما زاد من صعوبة المسألة ما اتجه إليه بعض الفقه إلى اعتبار غير المتدخل هذا متدخلا في حد ذاته إنما يتعامل في غير تخصصه المهني في مواجهة متدخل آخر تخصصه يتوافق مع موضوع العقد المبرم بينهما، ومن هنا طرحت مسألة إمكانية تصور مفهوم أوسع للمستهلك بحيث يشمل المتدخل الذي يتعامل خارج مجال تخصصه.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الفرنسي³ قد أبقى صياغة الفقرة 1 من المادة 2-132.L التي تتضمن مصطلحي غير المهني والمستهلك، وذلك حتى بعد تبنيّه للتوجيه الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية التي تأخذ بالتعريف الضيق للمستهلك، وبناء على ذلك اعتبر بعض الفقه⁴ إنّ تمسك المشرع الفرنسي بمصطلح غير المتدخل إلى جانب المستهلك في النص القانوني يدل على رغبته في حماية المتدخل الذي يتعامل في إطار نشاطه المهني لكن خارج مجال تخصصه.

لقد عرف المفهوم الموسع لاصطلاح المستهلك تطورا ملحوظا نتيجة للاجتهاد القضائي لاسيما وأنّ محكمة النقض الفرنسية لم تتبع نفس الموقف فيتحديدها لمفهوم المستهلك أو غير المتدخل، حيث

¹ - Art.L.132-1 al c.consom.F.

² - يجد هذا النص القانوني مصدره في مشروع القانون المقدم في 1977 إلى مجلس الشيوخ الفرنسي للمصادقة عليه والمتعلق بحماية وإعلام المستهلك، وقد كان هذا المشروع الذي نتج عنه القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتضمن المادة 35، والتي أصبحت حاليا محتواة في المادة 1-132.L من قانون الاستهلاك الفرنسي يتضمن عبارة المستهلك فقط، غير أنّ الجمعية الوطنية أصرّت على استبدال مصطلح المستهلك بغير المحترف دون توضيح لسبب هذا الاختيار، ونتيجة لعدم الاتفاق على أحد المصطلحين قامت اللجنة المختلطة بالجمع بين هذين المصطلحين معا، الأمر الذي أثار مسألة تحديد تعريف لهما.

³ - تم تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 جويلية 1993 بموجب القانون رقم 95-96 المؤرخ في 01 فيفري 1995 الذي نص على إدماج التوجيه الأوروبية رقم 93-13 الصادرة في 05 أفريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في قانون الاستهلاك.

⁴ - J.Ghestin et L.Marchessaux-Van Melle, les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens, L.G.D.J, 1988, p.16.

اعتمدت في بداية الأمر على معيار شخصي أو ذاتي يتمثل في معيار الاختصاص المهني، ثم في مرحلة ثانية استندت إلى معيار موضوعي ألا وهو معيار العلاقة المباشرة¹ وسنتطرق إليها بالتوضيح أدناه.

1- معيار الاختصاص المهني

أول معيار تبنته محكمة النقض الفرنسية لتحديد غير المتدخل هو معيار الاختصاص المهني « le critère de compétence professionnelle »²، وقد أيد البعض من الفقه وجانب من الاجتهاد القضائي في فرنسا ضرورة تبني هذا المعيار بوصفه الأكثر اتساعاً والمؤدي إلى ضبط الحماية القانونية للمستهلك فهو يتوافق مع تقابل مصطلحي غير المهني والمستهلك الوارد في النص القانوني³.

يسمح معيار الاختصاص غير المهني المستعمل من طرف محكمة النقض الفرنسية بتوسيع نطاق الحماية القانونية إلى المتدخل الذي يتصرف خارج مجال تخصصه المعتاد، ولم يكد يميز عام على قرارها هذا الذي استبعدت فيه المتدخل-وفي حالة مشابهة- من مجال الحماية القانونية⁴ حتى قامت محكمة النقض بتغيير جذري في موقفها إزاء المتدخل أو العون الاقتصادي، وذلك على إثر قبولها تطبيق النصوص القانونية لحماية المستهلك وقد بررت المحكمة موقفها هذا بقولها أن المتدخل المتعامل خارج مجال تخصصه يعتبر جاهل « profane-ignorant » مثل أي مستهلك، وعلى هذا الأساس يكون في نفس حالة الضعف الذي يوجد فيها المستهلك.

إن المتدخل المستفيد من الحماية القانونية هو الذي يتصرف خارج مجال تخصصه ولهذا السبب يجد نفسه مجرد من اختصاصه التقني الضروري بالمقارنة مع المتدخل الآخر الذي يتعاقد معه، وبذلك يظهر غير المهني في هذه الحالة مثل المتدخل الجاهل⁵ وعلى هذا الأساس أيدت بعض الأحكام القضائية الصادرة في مجال الشروط التعسفية تمسكها بمعيار الاختصاص المهني، وهكذا كرّس الاجتهاد القضائي الفرنسي مفهوم جديد للمستهلك ألا وهو "المحترف المستهلك"⁶.

¹-N.Sauphanor, l'influence du droit de la consommation sur le système juridique, L.G.D.J, 2000,, p.245.

² -Cass.Civ.1^{er}, 28 avril 1987, D.1987, som.p.455.

³ -Art.35 de la loi n°78-23 qui devenu art L.132-1 c.consom.fr.

⁴ -Cass.Civ.15 avril 1986, R.T.D.Civ, 1987, p.86.

⁵ - G.Paissant, La protection par le droit de la consommation, in les clauses abusives entre professionnelles, Economica, 1998, n°17, p.262.

⁶ -« le professionnel-consommateur est celui qui n'accompli pas un acte de la profession, même s'il contracte à l'occasion de l'exercice de son activité professionnelle, il n'agit pas pour les besoins de cette dernière à des fins lucratives ».

إنّ المفهوم الموسع للمستهلك يعكس إمكانية اعتبار المتدخل المتعاقد في غير تخصصه مستهلكا يؤدي إلى جعل مصطلح المستهلك من المصطلحات التي يصعب تحديدها، الأمر الذي دفع ببعض الفقهاء¹ إلى وصفه بأنه مفهوم غير محدد ويستحيل تعريفه نظرا لصعوبة التمييز بين المستهلك والمتدخل، وكذا صعوبة تحديد الهدف المقصود من الإقتناء.

علاوة على ذلك فإنّ توسيع مفهوم المستهلك ليشمل هذا المتدخل يضيف على حدود قانون الاستهلاك طبيعة غير محددة²، لأن معرفة ما إذا كان المتدخل يتصرف داخل مجال تخصصه أم لا يتطلب بحث كل الحالات حالة بحالة وهو أمر صعب بما كان، إضافة إلى أن نتيجة هذا البحث غير مضمونة أي احتمالية مع العلم أنه يجب على المتعاقدين معرفة القانون الواجب التطبيق على روابطهم العقدية مسبقا دعما لإستقرارها³، وبذلك يظهر المفهوم الضيق للمستهلك أكثر دقة ويحمل حماية قانونية أكبر من التي لا يوفرها المفهوم الواسع.

نتيجة للجدل الفقهي الذي ثار حول اعتبار المتدخل الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه مستهلكا أو متدخلانقسما لاجتهاد القضاة بدوره في هذا الصدد، وبذلك اختلفت الأحكام القضائية الفرنسية حول اكتساب المتدخل لصفة المستهلك عندما يتعامل خارج مجال تخصصه مع شخص متدخل آخر، فأصدرت محكمة النقض الفرنسية⁴ بعض الأحكام اعتبرته مستهلكا انطلاقا من أنه في هذا الوضع لا يتصرف كمتدخل، ومن ثم يكون في مركز أقل أو أضعف بالنسبة للمتدخل الآخر المتخصص الذي يتعامل معه، وبالتالي يحق له بهذا الوصف الاستفادة من قواعد الحماية، بينما رفضت في أحكام أخرى⁵ إضفاء صفة المستهلك على هذا المتدخل على أساس أن تصرفه وإن كان خارج نطاق اختصاصه المهني إلا أنه بحاجة مهنته.

يلاحظ أن هذه الأحكام المستبعدة لحماية المتدخل قد ظهرت بشكل واضح بعد صدور التوجيه الأوروبية الخاصة بالشروط التعسفية التي تبنت معيار الهدف غير المهني، وبناء على ذلك لم تعد محكمة النقض الفرنسية تأخذ بمعيار الاختصاص المهني وإنما تأخذ بعين الاعتبار صفة المتعاقد فقط،

¹ - J.Beuchard, op.cit, p.37.

² -A.Sinay-Cytermann, Les relations entre professionnels et consommateurs en droit français, in La protection de partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J, 1996, p.261.

³ J.Calais Auloy et Frank Streinmetz, op.cit, n°9, p.7.

³ Cass.Civ.1^{er}26mai 1993.

فإذا تعاقد بوصف المتدخل استبعد من مجال تطبيق الحماية القانونية على أساس أن العقد في هذه الحالة مبرم بين متدخلين.

عموما لا يغير من هذا الرفض في تقدير الفقه المؤيد لهذا الاتجاه اتساع نطاق تطبيق قواعد الحماية من حيث الأشخاص ليشمل فئات أخرى لا يصدق عليها المفهوم الضيق للمستهلك، وذلك مع التسليم بحق هذا المتدخل في الحماية بقواعد خاصة¹ مستقلة عن القواعد المتعلقة بالمستهلك مع مراعاة مركزه الضعيف بالنسبة للمتدخل الآخر الذي يتعامل معه.

ينبغي الإشارة في هذا السياق إلى أنه لا يوجد خلاف حول إمكانية اكتساب المتدخل لصفة المستهلك عند تعاقدته على السلع أو الخدمات من أجل الاستهلاك غير المهني أي لإشباع حاجته الشخصية أو العائلية، فهو في هذا المقام يعتبر مستهلكا حسب المفهوم الضيق شأنه في ذلك شأن المستهلك مما يستوجب حمايته، والمقصود في هذا الموضع هو ذلك المتدخل الذي يتعاقد في غير تخصصه ولأغراض مهنته المعتادة.

ب- معيار العلاقة المباشرة بين النشاط المهني وموضوع العقد

تبنت محكمة النقض الفرنسية في مرحلة ثانية منذ سنة 1995 معيار العلاقة المباشرة بين موضوع العقد والنشاط المهني²، حيث قضت أنه لا يمكن للمتدخل أن يستفيد من الحماية إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع ممارسة³ نشاطه المهني وأصبحت تستعمل في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكا، وبالتالي لا يستفيد من قواعد الحماية كل شخص يبرم عقدا ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني.

تأسيسا على هذا المعيار يمكن القول أن صفة المتدخل لم تعد تمثل في حد ذاتها سبب لاستبعاد الاستفادة من مجال الحماية القانونية، ولا معيار الاختصاص المهني الذي استند عليه الاجتهاد القضائي سابقا.

طبقا لمعيار العلاقة غير المباشرة استخلص الفقه مفهوم المخالفة أن المتدخل يشبه بالمستهلك ويستفيد من الحماية القانونية، ليس فقط عندما يتعاقد خارج نطاق تخصصه المهني وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن لا يكون لموضوع العقد علاقة مباشرة مع النشاط المهني الممارس، وبالتالي فإن المتدخل يدخل في مجال تطبيق قواعد الحماية المقررة للمستهلك عندما يبرم عقد ليس له علاقة مباشرة مع نشاطه

¹ - قواعد قانون المنافسة.

² - Cass.Civ.1^{er}, 24 janvier 1995, Bull.civ 1, n°54, D.1995, p.327, note G. Paissant.

³ - B.Hess-Falon et A- M.Simon, op.cit, p.227.

المهني، وقد استتقت محكمة النقض هذا المعيار من التشريع المتعلق بالسعي التجاري لسنة 1989¹، ثم وسعت استعماله إلى القواعد الأخرى إلى أن كرسته صراحة في أحكامها الصادرة منذ 1995.

يتضح مما سبق أنّ مجرد التصرف في إطار النشاط المهني لا يكفي لاستبعاد تطبيق النصوص القانونية، وبذلك فقد أصبحت محكمة النقض تميّز بين ما إذا كان للعقد علاقة مباشرة مع النشاط المهني من عدمه، بدلا من البحث عن المستهلك-المتدخل المستعمل للسلع والخدمات أو الاستناد على مجال نشاطه وتخصصه.

إنّ مسألة تكييف المستهلك وغير المتدخل تقدير العلاقة المباشرة بين موضوع العقد والنشاط المهني تتعلق بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع²، غير أن هذه المسألة قد ترتب عنها تناقضات في أحكام القضاء نتيجة الاختلاف في هذا التقدير³، فصدرت بذلك أحكام اعتبرت المتدخل مستهلكا جدير بالحماية القانونية بينما رفضت أحكام أخرى حمايته، ومن ثم يطرح هذا المعيار عدّة تساؤلات منها: على أي أساس يتم تحديد أو وصف العلاقة المباشرة وتمييزها عن العلاقة غير المباشرة؟ بمعنى آخر كيف يمكن للمتدخل إبرام عقد لحاجاته المهنية ولا يكون متصلا مباشرة بمهنته؟

إذا كان معيار العلاقة المباشرة لا يستبعد المتدخل من مجال تطبيق النص القانوني بشرط ألا يكون للعقد المبرم علاقة مباشرة مع نشاطه المهني، حيث يميّز هذا المعيار بين التصرف المهني أي الذي له علاقة مباشرة مع النشاط المهني للمتدخل والمستبعد من أية حماية قانونية، وبين التصرف المتعلق بالمهنة أي التصرف المبرم بمناسبة النشاط المهني، ولكن دون علاقة مع مجال تخصص المتعاقد المتدخل، إلا أنه من الناحية العلمية يلاحظ أن القضاء كان في الغالب يرفض تطبيق الحماية القانونية⁴، ويقضي باعتبار أن العقد المبرم من طرف المتدخل في ممارسة مهنته له علاقة مباشرة مع نشاطه المهني⁵، ومن هنا يتضح عن هذا الاجتهاد القضائي قد اتجه إلى التضييق من مفهوم المستهلك.

نظرا للانتقادات التي وجهت إلى معيار الاختصاص المهني المؤيد لاعتبار المتدخل الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه مستهلكا، وما يعكسه ذلك من تأكيد الرغبة في تحقيق متطلبات العدالة العقدية الشاملة، وبالنظر أيضا إلى حرص أنصار الاتجاه الضيق على قصر الحماية القانونية المقررة

¹ - المادة 4-22-122.L من قانون الاستهلاك الفرنسي.

² Cass.Civ.1^{er}, 17 juillet 1996, J.C.P 1996, 2, 22747, obs G.Paissant.

³ Cass.Civ.1^{er}, 27 juin 2000, <http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm>.

⁴-D.Bakouche, L'excès en droit civil, L.G.D.J, 2005-, n°198, p.187.

⁵ F.Terré, P.Simler et Yves Lequette, op.cit, n°69, p.77 « la haute juridiction a présent considéré que tout contrat conclu à des fins professionnelles présentait un tel rapport ».

للمستهلكين لهذه الفئة دون سواها، فقد برزت الحاجة إلى إيجاد حل أكثر واقعية لتجنب ما وجه من نقد إلى كل من معياري الهدف غير المهني والاختصاص المهني، ويحقق في نفس الوقت أهداف كل منهما.

نتيجة لذلك اتجه بعض الفقه الفرنسي إلى تأييد موقف جانب من الاجتهاد القضائي المتبني لمعيار العلاقة المباشرة، الذي أضاف شرط لاعتبار المتدخل الذي يتعاقد في غير تخصصه مستهلكا، وهو ألا يكون محل العقد المبرم ذو صلة مباشرة بممارسة نشاطه، بمعنى أنه لا يمكن أن تتوفر في هذا المتدخل صفة المستهلك إلا بقدر عدم الارتباط المباشر بين تخصصه وموضوع العقد، وهكذا يتضح أنه لاعتبار المتدخل مستهلكا ينبغي ألا يكون مضمون تعاقدته تنفيذا لعمل من أعمال مهنته أو حرفته.¹

يعدّ معيار العلاقة المباشرة المطبق من قبل الاجتهاد القضائي متوافقا مع موقف جانب من الفقه الذي يرى أنه بالإمكان تحديد مفهوم المستهلك عن طريق إعمال معيار العلاقة المباشرة، والذي يتحدد مضمونه في حقيقة العلاقة أو الرابطة التي تجمع بين التصرف القانوني أو العقد الذي يبرم والمهنة التي تمارس.

قد يظهر أيضا أنّ معيار العلاقة المباشرة من الناحية النظرية يؤدي إلى التوسيع من مفهوم المستهلك، إلا أنه في الواقع يعتبر أكثر تحديد وتضييق من معيار الاختصاص المهني فهو على حد تعبير بعض الفقه² يمثل مرحلة مهمة نحو توحيد مفهوم المستهلك، لكونه يفيد في إمكانية إيجاد مفهوم موحد لمصطلح المستهلك حيث يحقق هذا المعيار عدالة في الحماية القانونية لبعض المتدخلين عندما يوجدون في نفس موقف المستهلكين، أي في حالة عدم ارتباط العقود التي يبرمونها مع مهمتهم المعتادة.

على النقيض من ذلك يرى البعض الآخر من الفقه³ أنّ هذا المعيار لا يسمح بتحديد تعريف دقيق لمصطلح المستهلك، ذلك أنّ مد الحماية القانونية المقررة للمستهلك إلى المتدخل الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه يؤدي على تشبيهه بالمستهلك، ومن غير المنطق اعتباره مستهلكا كونه يتعامل في إطار مهنته وحتى لو اعتبرت العلاقة غير مباشرة بين العقد المبرم والمهنة التي يمارسها هذا المتدخل، فهذا لا ينفي وجود هذه العلاقة مع مهنته الأمر الذي قد يوحي بعدم وجود المستهلك في الناحية القانونية هذا من جهة.

¹ A.Sinay-Cytermann, op.cit, n°34, p.261.

²-jean pascal chazal, La contrainte économique, violence ou lésion ?, Dalloz, 2000, p.6.

³ G.Paisant, Essai sur la notion de consommateur en droit positif, op.cit, p.365.

ومن جهة أخرى يصطدم هذا الحل الذي اعتمده محكمة النقض مع فكرة العدالة العقدية، لأن استبعاد المتدخل من الحماية يظهر متناقض مع الغاية التي يقوم عليها قانون الاستهلاك والتي على أساسها تتم التفرقة بين المستهلك والمتدخل، والتي تكمن أيضا في حماية الضعفاء في مواجهة الأقوياء¹.

إذا كانت صفة المتدخل تفترض وضعية القوة فإن وصف المستهلك يفترض وضعية ضعف وهذه القرينة تعد قرينة بسيطة، غير أنه يظهر من اجتهاد محكمة النقض الذي استندت فيه على معيار العلاقة المباشرة أنها أصبحت قرينة قاطعة².

بالرغم من أن هذا المعيار قد يقود في جانب من تطبيقاته إلى تحديد إطار للاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك إلا أنه لا يصلح لأن يكون ضابط يحكم مفهوم المستهلك، وذلك لأنه لا يعتد بعدم التوازن الاقتصادي بين الطرفين فهو لا يهتم لوجود مركز قانوني قوي أو ضعيف، وإنما يركز على مجرد وجود الصلة التي تربط بين العقد الذي يبرم والمهنة التي تمارس أي أنه يعد معيار يخدم بالدرجة الأولى المتدخل، حيث يتمكن القضاء بمقتضاه من بسط الحماية القانونية على المتدخل وفق شروط هذا المعيار³.

على هذا الأساس ينظر جانب من الفقه إلى معيار العلاقة المباشرة على أنه لا يحدّد ذاتية المستهلك ولكنه يشير فقط إلى المتدخل الذي يعدّ مستهلكا وتجب حمايته وفقا لمضمون هذا المعيار، وعليه فإنّ هذا المعيار لا يقوم على فكرة حماية الجانب الضعيف في الرابطة العقدية⁴، فهو لا يحمي المستهلك في حد ذاته بل يحمي بعض المتدخلين مادام أنه لم تتوافر العلاقة المباشرة بين العقد المبرم من جانبهم، والمهنة التي يمارسونها.

وأخيرا يمكن القول، أنّه إذا كان النقد الموجه لمعيار العلاقة المباشرة والمعتمد حاليا من قبل محكمة النقض يركز على كون أن الغاية الحقيقية من تقرير الحماية القانونية للمستهلك، والتي تكمن في الضعف الاقتصادي والتقني والعلمي الذي يعاني منه المستهلك، فإنه لا مانع إذن من مد هذه الحماية لتشمل المتدخل الذي يعاني من نفس الضعف في مواجهة متدخل آخر، والذي عند تعاقدته معه يفرض عليه شروط مجحفة وتعسفية تؤدي إلى اختلال التوازن بين هذين الطرفين⁵.

¹ D.Bakouch, op.cit, n°198, p.188 ; J.Calais Auloy, op.cit, p.245.

⁴J.P Chazal, op.cit, n°26, p.6.

³ -يكن جوهر معيار العلاقة المباشرة في وجود الرابطة مابين العقد الذي أبرمه المتدخل والمهنة التي يمارسها.

⁴ -J.P Chazal, op.cit, n°28, p.6.

⁵ -D.Bakouch, op.cit, n°198, p189.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

يكتسي تحديد مفهوم المستهلك أهمية بالغة وذلك لأنه يعتبر معيار لبيان اختلال التوازن العقدي، ومن أجل تحديد نطاق تطبيق حماية المستهلك من الشروط التعسفية سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع.

يعد مصطلح المستهلك « Consommateur » حديث الظهور في المجال القانوني¹، فهو بحسب الأصل مصطلح اقتصادي²، أما من الناحية اللغوية فيرجع مصطلح المستهلك إلى العبارة اللاتينية « Consumer » التي تعني أنهى أو نفذ « achever »³.

الجدير بالذكر أن المفهوم الاقتصادي للمستهلك قد حظي بالإجماع لدى علماء الاقتصاد الذين عرفوا المستهلك على أنه: "الشخص الذي يستعمل السلع والخدمات ليفي بحاجاته ورغباته، وليس بهدف تصنيع السلع الأخرى التي اشتراها"، وعلى النقيض من ذلك فإن مفهوم المستهلك في المجال القانوني قد أثير بصده جدلا فقهيًا وقضائيا حادًا، الأمر الذي أدى إلى صعوبة تحديد مضمونه لدرجة أن أغلبية التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك لم تتعرض لتعريفه، وتبعًا لذلك فقد تباينت التعاريف حول إيجاد مفهوم محدد لهذا المصطلح.

عموماً يتنازع في تحديد المقصود بالمستهلك اتجاهين أساسيين¹، أحدهما يعتد بالغاية أو الهدف من التصرف، حيث يتعين أن يكون هذا التصرف بعيدا عن نشاط الشخص المهني، لذلك ينظر الفقه

¹ - في الواقع لم يحظ مفهوم المستهلك باهتمام الفقه القانوني حتى بداية النصف الثاني من القرن العشرين، حيث كان هذا المصطلح مستعملا فقط عند علماء الاقتصاد، لكن تزايد استعماله في المجال القانوني خاصة مع بداية حركة الدفاع عن المستهلكين وتبلور فكرة حماية المستهلكين التي انطلقت من الولايات المتحدة الأمريكية، وانتقلت بعد ذلك إلى الدول الأوروبية لتصبح اليوم مفهوما منتشرا في كثير من الدول.

² - عرف علماء الاقتصاد الاستهلاك على أنه: "المرحلة الأخيرة من مراحل الدورة الاقتصادية، بحيث تمثل الغاية من هذه الدورة والتي تتميز عن المراحل السابقة المتمثلة في الإنتاج والتوزيع اللتين تهدفان إلى جمع وتحصيل وتحويل وتوزيع المنتجات".

³ - لقد ضيق المشرع من مفهوم المستهلك بموجب القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وذلك على خلاف التعريف الواسع الوارد في المادة 03 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش الملغى، والتي تنص على أن المستهلك هو: "كل شخص يقتني بئس أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

كما ينبغي الإشارة إلى أن التعريف الوارد في القانون رقم 04-02 السالف الذكر يتفق مع التعريف الذي جاء به القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من حيث تبني المعيار الضيق، مع العلم أن القانون 09-03 قد تضمن التعريف المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 90-39 الملغى مع حذف عبارة "معدنين للاستعمال الوسيط" منه.

على هذا الاتجاه على أنه يضيق من نطاق مفهوم المستهلك، حيث تقتصر الاستفادة من الحماية على طرف محدّد في العقد ألا وهو المستهلك الذي يعد وحده الجدير بالحماية القانونية.

أما الاتجاه الآخر فهو يعتد بصفة الشخص كطرف ضعيف وجاهل في مواجهة طرف أقوى منه لو كان متدخل، حيث ينظر إليه على أنه شخص يتصرف خارج نشاطه المهني دون اعتبار للغاية من هذا التصرف، وعليه فإنّ هذا الاتجاه يوسّع من نطاق مفهوم المستهلك لتشمل الحماية كل متعاقد يتضرر من الممارسات التي يمارسها المتدخل من شروط تعسفية واستغلال وغبن مهما كانت صفته، ودون تمييز بين المستهلك والمتدخل.

الفرع الثاني: تحديد مفهوم المتدخل

إنّ مسألة تحديد مفهوم المتدخل يطرح تساؤل حول مدى اكتساب المرافق العامة التي تهدف إلى توفير متطلبات ذات مصلحة عامة لصفة المحترف، وبالتالي إمكانية خضوعها لقانون حماية المستهلك، ومما يثير الصعوبة أكثر مسألة اعتبار المرافق العامة ذات الطابع الإداري التي تخضع للقانون العام لوصف المتدخل.

أولاً: تعريف المتدخل

يكتسي تحديد مفهوم المتدخل وعلى غرار المستهلك أهمية بالغة في تحديد نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص، لاسيما وأنّه يمثل الطرف القوي في علاقة الاستهلاك، ولقد وسع المشرع الجزائري من مفهوم المتدخل على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك"، وهذا يتضح بالاطلاع على أحكام المادة 03 الفقرة 07 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش².

¹ -Didier Ferrier, op.cit, p.13, « au sens juridique, le consommateur peut être défini soit de manière stricte à travers la finalité de l'acte qu'il accomplit, soit de manière souple à travers sa qualité de profane face à un professionnel agissant pour les besoins ou dans le cadre de sa profession ».

² تنص المادة 03 الفقرة 07 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 على أنه: "المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك".

كما عرّف المشرع المتدخل بأنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"¹، وتبعاً لذلك ينبغي تحديد العناصر المكونة لهذا التعريف والمعياري الذي على أساسه يتم تحديد مفهوم المتدخل. لم يتعرض المشرع الفرنسي لمفهوم المتدخل وذلك على مثال المستهلك، وإن كان يلاحظ أنّ التعريف القانوني الذي قدّمه المشرع الجزائري يتفق مع ذلك الذي اقترحتة لجنة صياغة وتنقيح قانون الاستهلاك الفرنسي والذي يعتبر في نظر الفقه من أبرز التعاريف، حيث ورد فيه أنّ: "المحترفين هم الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين أو المتخصصين الذين يعرضون الأموال أو الخدمات أثناء مزاولتهم لنشاط اعتيادي".

على هذا النحو يتطابق هذا التعريف مع ذلك الوارد في التوجيه الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية رقم 95-13² والتي عرفت المتدخل بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي... يتصرف في إطار نشاطه المهني سواء كان النشاط عاماً أو خاصاً"، وبذلك يتضح أن المشرع الأوروبي قد اتجه إلى توسيع مفهوم المتدخل ليشمل كذلك الأشخاص المعنوية.

في غياب تعريف للمتدخل في التشريع الفرنسي حاول الفقه إيجاد مفهوم لهذا المصطلح حيث عرّفه البعض³ على أنه: "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتصرف في إطار مهنته المعتادة والمنظمة، بحيث يقوم من خلال هذا النشاط بالإنتاج والتوزيع وتقديم الخدمات"، ومن هنا يظهر أن المتدخل هو الشخص الذي يقوم باستغلال مشروع، وذلك مع أخذ مصطلح المشروع بمفهومه الواسع.

ثانياً: شروط توافر صفة المتدخل

يشترط لاصباح صفة المتدخل على الشخص المتعاقد مجموعة الشروط التالية:

1- كل شخص طبيعي أو معنوي

قد يكون المتعاقد مع المستهلك شخصاً طبيعياً وقد يكون شخصاً معنوياً مثل الشركات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي، فالمشرع الجزائري قد وسع من تعريف المتدخل والذي لا يقتصر على الشخص الطبيعي فقط، وإنما يشمل كذلك الشخص المعنوي الذي يقدم السلعة أو الخدمة،

¹ المادة 03 الفقرة الأولى من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تنص على أنه: "عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدماتياً كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

² - Art 2de la Dir.C.E.E.n°95-13 du5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

³ -J.Calais Auloy et Frank Sreinmetz,op.cit,n°3,p.4 ;Y.Picod et H.Davo,droit de la consommation, Dalloz, coll ,Armand Colin,2005,p.25.

وبالتالي فلا مجال إذن للتمييز حسب المركز القانوني للمتدخل بين الشخص الطبيعي أو المعنوي، فالتعريف الذي أورده المشرع الجزائري يوحى إلى توسيع فكرة المتدخل إلى أي شخص يمارس أنشطة مهنية تخضع للقانون الخاص أما المؤسسات الخاضعة للقانون العام S.P.A منها ذات الطابع الإداري ومنها ذات الطابع الصناعي والتجاري فإنها لا تدخل في مجال حماية المستهلك إلا أن الأمر ليس على إطلاقه¹.

وبذلك فإن مفهوم المتدخل يشمل أيضا الشركات التي تمارس أنشطة مهنية صناعية أو تجارية أو زراعية أو حرفية الهدف منها الحصول على الربح، ويعد هذا الأخير كغاية لنشاطه المهني معبرا عن عدم التكافؤ في العقود التي يبرمها مع المستهلك، وبذلك تلتزم هذه الأشخاص المعنوية اتجاه المستهلك بنفس الالتزامات التي تقع على عاتق المتدخل الشخص الطبيعي.

ويشترط في المتدخل حدا أدنى من الاحترافية إذ لا بد من أن يمارس نشاطه في إطار منظم يتضمن مفاهيم المؤسسة أو المشروع²، وأن يمارسه بصفة اعتيادية الأمر الذي يستتبع استبعاد المتدخل العرضي من مجال تطبيق قانون حماية المستهلك، لأنه من مميزات المتدخل المهني هو وجوده في وضعية تفوق وضعية المستهلك لما يحوزه من معارف تقنية ومعلومات فضلا عن القدرات العالية.

تعتبر ممارسة النشاط المهني «l'activité professionnelle» عنصرا جوهريا في تحديد مفهوم المتدخل، وذلك سواء كان هذا النشاط تجاري أو حرفي أو تقديم خدمات أو غيرها على أن يتم ذلك في إطار مهنته المعتادة، أي طبقا للشروط التي تقتضيها كل مهنة، فإذا كان تاجرا ينبغي أن تتوفر فيه شروط اكتساب هذه الصفة، وكذلك بالنسبة للحرفي أو المنتج وغيرهم.

ويعرّف النشاط المهني على أنه كل نشاط منظم يتم بهدف الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات فهو يشمل مفهوم المشروع أو الاستغلال الاقتصادي أو المؤسسة الاقتصادية³، وبذلك يستخلص بمفهوم المخالفة أن كل نشاط يدخل في مجال الإنتاج والتوزيع وتقديم الخدمات يخرج من نطاق الاستهلاك.

وعلى خلاف المستهلك فإن المتدخل هو الشخص الذي يتصرف من أجل حاجات مهنته كاستتجاره لمحل تجاري لتجارته أو شرائه لسلع بقصد إعادة بيعها، تبعا لذلك يصنف من بين المهنيين كل من يقتني سلع أو يستعملها لأغراض مهنية حتى ولو لم يقيم ببيعها مثل الشركة التي تشتري آلات لمصانعها، فهذا التصرف يعتبر عملا مهنيا لأن هذه الأعمال تندمج في إطار عمليات الإنتاج أو التوزيع وهي ليست أعمال استهلاكية.

¹-مزاري عائشة، المرجع السابق، ص.27.

²-محمد بودالي، المرجع السابق، ص.33.

³-عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص.11.

بناء على ذلك عرف بعض الفقه المتدخل على أنه: "الشخص الذي يتصرف من أجل احتياجاته المهنية"، ويلاحظ من مضمون هذا التعريف أنه يعتمد على طبيعة النشاط الذي يمارسه الشخص وهو النشاط المهني.

على الرغم من اقتناء المتدخل للسلع أو الخدمات فإن ذلك يتم بغرض تصنيعها أو استعمالها في إنتاج سلع أخرى في إطار مشروعته التجاري أو الصناعي أو الحرفي... أو أي نشاط مهني آخر أو تسويقها بقصد تحقيق الربح¹، وعليه فإن قانون الاستهلاك يطبق على أصحاب هذه المهن في علاقاتهم مع المستهلكين سواء كانت حرفية أو زراعية أو حرة أو غيرها، وهذا ما أكدته التوجيه الأوروبية المتعلقة بالشروط التعسفية والتي استعملت نوعان من الوصف هما: النشاط المهني أو التجاري، أما في القانون الفرنسي فإن عبارة النشاط المهني تشمل كل المهن².

2- عملية التدخل لوضع المنتج للاستهلاك

تشمل عملية التدخل لوضع المنتج للاستهلاك في مجموع مراحل "الإنتاج والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة أو بالتجزئة" وهي الموضحة في أحكام المادة 03-08 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وعليه يعد متدخلا كل من يمارس أحد الأنشطة السابقة بصفة مهنية على نحو ما سبق ذكره ويخضع بالتبعية لأحكام قانون حماية المستهلك، وتقوم مسؤوليته في حالة إخلاله بالالتزامات التي يفرضها عليه.

ففي القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية درج المشرع في التعريف الذي أورده لمفهوم المتدخل على تعداد بعض أنواع الأعوان الاقتصاديين أو المهنيين الذين يتواجدون في الميدان العملي كالمنتج والتاجر والحرفي ومقدم الخدمات.

تجدر الإشارة إلى أن ذكر الأعوان الاقتصاديين في التعريف قد جاء على سبيل المثال لا الحصر، وهذا يتناسب مع مرحلة الاقتصاد الحر الذي قد يفرز كل يوم عن أصناف جدد من الأعوان الاقتصاديين أو المتدخلين، والذين لا يستطيع المشرع حصرهم جميعا، لذلك فقد وضع معيار لضبط أصناف المتدخلين الذين يعينهم قانون حماية المستهلك.

¹- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري ، الطبعة

الأولى ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000، ص.16.

²- J.Calais Auloy et F.Streinmetz, op.cit, n°4, p.4.

يلاحظ من التعريف الذي أورده المشرع في القانون 04-02 أنه لا يقتصر على التاجر¹ الذي يتعامل مباشرة مع المستهلك وإنما يمتد ليشمل كل شخص يمارس نشاطا مهنيا مهما كان نوعه أو صفته، وعليه يدخل في تعداد المتدخل كل من الصانع والتاجر والحرفي والموزع والمتدخل والمقاول ومستغل النشاط الفندقية.... دون تفرقة بينهم²، ويرجع هذا التعداد أساسا إلى اعتبار أن هذا العون الاقتصادي يعدّ بمثابة كل متدخل في إطار عملية وضع سلعة أو خدمة للاستهلاك، وهذه الأخيرة لا تشمل فقط العرض في الأسواق وإنما جميع المراحل من طور الإنشاء الأولى إلى العرض النهائي للاستهلاك قبل الاقتناء من طرف المستهلك، على أن يتم توجيه السلع أو الخدمات إلى الاستهلاك من قبل المتدخل سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وبذلك يمكن إجمال أصناف النشاط المهني في كل من عمليات الإنتاج والتوزيع أو تقديم الخدمات³.

ومما سبق يمكن أن نستكشف من تعريف عقد الاستهلاك رغبة المشرع في تركيز الحماية على الطرف الضعيف، وذلك من خلال التضييق في مفهوم المستهلك من جهة والتوسيع من مفهوم الطرف القوي إلى كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك من جهة أخرى، وفرض عليه التزامات عدّة مثل الالتزام بالضمان والالتزام بالإعلام، وهذا ما نتأكد منه بالإطلاع على أحكام المادة 02 فقرة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30-01-1990 المعدّل والمتمم المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدّين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر، أو حيوان يتكفل به"، كما عرفته المادة 13 من اتفاقية بروكسل لسنة 1968 بأنه: "الشخص الذي يتصرف في إطار نشاط يعدّ غريبا عن نشاطه المهني".

3- معيار تحديد مفهوم المتدخل

يقتضي تحديد مفهوم المتدخل التطرق إلى معيارين أساسيين وهما معيار الاحتراف ومعيار الربح، من أجل الوقوف على مدى صلاحيتهما في الكشف عن أساس المفهوم المحدد للمتدخل، بالإضافة إلى معيار ممارسة النشاط المهني بصفة اعتيادية.

أ- معيار الاحتراف

¹- إن مصطلح المتدخل حديث الظهور في المجال القانوني بالمقارنة مع مصطلح التاجر الذي يعد مجاله أوسع، وبناء على ذلك كل تاجر هو متدخل ولكن ليس كل متدخل تاجر.

²- تعتبر التجارة من أهم وأوائل أشكال النشاطات المهنية المنظمة، غير أن تطور الحياة الاقتصادية وازدياد متطلباتها قد أدى إلى ظهور الكثير من أصحاب المهن الحرة إلى جانب المنتجين والموزعين، مثل الأطباء والمحامين والمحاسبين وغيرهم.

³- مزاري عائشة، المرجع السابق، ص 28.

يقصد بالاحتراف توجيه النشاط الإنساني بصفة منتظمة ومستمرة لمزاولة عمل معين، بحيث تتخذ ممارسة هذا النشاط كوسيلة لكسب عيش صاحبه وإشباع حاجاته¹، ومن ثم يمكن تعريف الاحتراف على أنه ممارسة الأعمال التجارية بصفة منتظمة ومستمرة مع اتخاذها مهنة للحصول على مورد رزق، وبذلك يلاحظ أن الاحتراف يركز على عنصرين هما الانتظام والاستمرار.

يعتبر الاحتراف بهذا المعنى شرطا لاكتساب وصف التاجر² وليس صفة المتدخل أو المهني، بناءا على ذلك يتضح أن الاعتماد على معيار الاحتراف لا يصلح لتحديد مفهوم المتدخل الذي يشمل علاوة على التاجر كل من الحرفي والموزع والمنتج ومقدم الخدمات وحتى أصحاب المهن الحرة.

ب- معيار تحقيق الربح

يعتبر البحث عن تحقيق الربح³ معيارا هاما في القانون التجاري بوصفه عنصرا أساسيا لتحديد العمل التجاري، فوفقا لهذا المعيار يعدّ كل عمل منجز من أجل تحقيق الربح عملا تجاريا، فهل يمكن الاعتماد عليه في تحديد مفهوم المتدخل؟ بتعبير آخر هل ينبغي لاعتبار الشخص مت دخلا أن يكون الهدف من وراء ممارسة مهنته تحقيق الربح المادي؟

تتم ممارسة المهنة في الأصل بهدف تحقيق ربح مادي ولكن يميل بعض الفقه⁴ إلى ضرورة توسيع مفهوم المهنة ليشمل بعض النشاطات التي بالرغم من أن لها طابع معتاد ومنظم، إلا أنها لا تهدف إلى تحقيق الربح كالتعاونيات وبعض الجمعيات التي تقدم السلع والخدمات، والتي تعتبر في مركز قوة في علاقاتها مع زبائنها المستهلكين، الأمر الذي يبرر تطبيق قواعد حماية المستهلك عليها، ولهذا السبب لم يتم إدراج الهدف المادي أو الربح في التعريف الفقهي.

ج- معيار ممارسة النشاط المهني بصفة اعتيادية

يظهر من التعريف القانوني أن ممارسة النشاط المهني بصفة اعتيادية يعتبر العنصر الجوهرى الذي على أساسه يتم تحديد صفة المتدخل، ويقصد بهذا المعيار تكرار القيام بالنشاط المتعلق بالمهنة دون اشتراط الاحتراف الذي يعتبر شرط لازم لاكتساب الشخص لصفة التاجر، ذلك أن الاحتراف يختلف عن

¹- فرحة زراوى صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي -الأنشطة التجارية المنظمة-ال سجل التجاري، ط2، ابن خلدون، رقم 107، 2003، ص.165.

² - نفس المرجع السابق، ص.164 .

³ - نفس المرجع السابق، ص.69 .

⁴- J.Calais Auloy et Frank .Streinmetz, op.cit, n°4, p.4.

الاعتیاد الذي يعنى تكرار وقوع العمل من وقت لآخر دون أن يصل إلى درجة الاستمرار والانتظام¹، بناء على ذلك يتضح أنه يكفي لاعتبار الشخص متدخلًا إن يعتاد القيام بالنشاط المتعلق بمهنته مهما كان نوع هذا النشاط الممارس سواء تجاري أو حرفي، أو صناعي، أو تقديم خدمات.

إن طابع المهنة المعتاد والمنظم هو الذي يبرز قوة المتدخل فهو يتعامل في مجال اختصاصه ويمتلك المؤهلات التي تجعله يتفوق في تعاملاته مع المستهلك، باعتبار أنه صاحب الخبرة والدراسة بما يقدمه من السلع أو الخدمات وفعالية في مجال مهنته، مما يسمح له استنادًا على هذه القدرات أن يكون في موقف أقوى فنيا وقانونيا واقتصاديًا بالمقارنة مع المستهلك الطرف الضعيف المتعاقد معه.

4-مدى خضوع المرافق العامة لوصف المتدخل

لقد أثارت مسألة تحديد مفهوم مصطلح المتدخل إشكالات هامًا فيما يتعلق بالمرافق العامة ومدى اكتسابها لوصف المتدخل، وبالتالي خضوعها لقانون حماية المستهلك، عموماً يتم التمييز في ظل القانون الإداري بين المرافق العامة ذات الطابع التجاري والصناعي² والمرافق العامة الإدارية.

أ- المرافق العامة ذات الطابع التجاري والصناعي: (les établissements public à caractère commercial et industriel)

تعتبر المرافق العامة ذات الطابع التجاري والصناعي حديثة النشأة حيث ظهرت نتيجة تدخل الدولة في مجالات النشاط الاقتصادي والصناعي، وهي تتميز بمزاوتها لنشاط شبيهه بنشاط الأفراد مما يجعلها في وضعية منافسة لهم، وبناء على ذلك فهي تقوم باستعمال أساليب التسويق الحديثة بهدف جذب الزبائن.

لم يتعرض التعريف القانوني للمتدخل إلى إمكانية اكتساب المرافق العامة لوصف العون الاقتصادي المتدخل، لكن بالرجوع إلى أحكام القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية³ فإنه ينص على اعتبار المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي والمؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص

¹ -فرحة زراوي صالح، نفس المرجع السابق، رقم 107، ص.166.

³ -الفقرة 1 من المادة 45 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.، 13 جانفي 1988، العدد 2، ص.37، وتجدر الإشارة إلى أن هذا القانون قد ألغي بموجب الأمر رقم 95-5 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة، ج.ر.، العدد 55، ص.6، لكن الأحكام التي تسري على المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي لازالت سارية المفعول، وذلك لأن الأمر رقم 95-25 قد أبقى على المواد التي كانت تنظم هذه الهيئات.

اعتبارية تخضع للقانون التجاري، ومن هنا يستدل على أنها مؤسسات مهنية مما يسمح بتصنيفها في فئة المتدخلين وفق مفهوم قواعد حماية المستهلك.

الفرع الثالث: حق العدول عن التعاقد

الحق في العدول عن العقد هو وسيلة قانونية يسمح المشرع بمقتضاها لأحد الطرفين المتعاقدين بأن يعيد النظر في شروط العقد قبل إبرامه ومن جانب واحد ويتيح هذا الحق للمستهلك حماية رضاه، وذلك عن طريق أخذ مهلة زمنية محدودة للتفكير في بنود العقد وأثاره، وكذا الرجوع عن التزامه خلال مدة معينة.

1- تعريف حق العدول عن التعاقد

يعرف حق المستهلك في العدول عن العقد على أنه "رغبة أحد المتعاقدين بنقض العقد والتحلل منه دون توقف إرادة الطرف الآخر"، يعد هذا الحق من أبرز حقوق المستهلك، وهو استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد وخاص بعقود الاستهلاك دون غيرها، ويرجع السبب في تقريره إلى ضعف المستهلك وافتقاده الخبرة مقارنة بخبرة الطرف الآخر في العقد، ولا يوجد ما يحمي مصالح المستهلك في النظرية العامة للعقد، لذا قرر هذا الحق لصالحه.

2- الأساس القانوني لحق العدول في عقود الاستهلاك

برز خلاف فقهي حول الأساس القانوني لحق العدول، وأبرز الآراء الفقهية مايلي:

- 1- الاتجاه الأول: يرى أنه عقد معلق على شرط فاسخ، ذلك أن عقد الاستهلاك معلق على شرط فاسخ هو قيام المستهلك بسحب رضاه خلال المدة المقررة للعدول في القانون.
- 2- الاتجاه الثاني، يرى أنه عقد معلق على شرط واقف، ومفاده أن العقد معلق على شرط واقف وهو اختيار المستهلك لإبرام العقد بعد فوات مهلة التروي.
- 3- البيع بشرط التجربة: شرط التجربة يكون أساسا للعدول عن العقد، وذلك على إثر النتائج والتصورات التي تكونت لدى المستهلك أثناء تجربة المبيع واستخدامه له.

بعد تناول هذه الآراء يمكن القول أن عقود الاستهلاك هي عقود كاملة ملزمة لأطرافها ليست معلقة على شرط فاسخ أو واقف، وإنما منح المشرع فيها للطرف الضعيف-أي المستهلك-مدة قانونية للعدول، وهذه المدة ليست أساسا قانونيا للعدول، وإنما هي مجرد مدة سقوط إن لم يمارس المستهلك حقه في العدول خلالها، فإن المدة تسقط ويعتبر العقد نافذا.

ومن ثم فإن الأساس القانوني للعدول في عقود الاستهلاك هو النصوص القانونية التي تمت صياغتها في معظم التشريعات، والتي تضمنت حق المستهلك في العدول، وبالتالي لا يستطيع المستهلك التنازل عن حقه الذي أقره المشرع لمصلحته¹.

المطلب الثاني: آليات تحقيق التوازن العقدي في عقد الاستهلاك

منذ بداية القرن العشرين والحياة الاقتصادية في تقلب مستمر سواء بسبب الحروب أو بسبب التطور الصناعي، أو بسبب التكنولوجيا، أو بسبب الأزمات المالية أو بسبب ارتفاع الأسعار نتيجة لانخفاض قيمة النقود، وكل هذه الأسباب تؤثر بشكل سلبي على الالتزامات التعاقدية بين الطرفين². وخاصة في العقود التي يستغرق تنفيذها وقتها طويلا كالعقود المستمرة والمؤجلة التنفيذ، أو العقود الثقيلة أو المهمة لتلبية الحاجات الضرورية التي لا غنى عنها كعقود الاستهلاك، ومن ثم يتحمل أحد أطراف العقد التزامات لم يكن يقصد إلى تحملها وقت إبرام العقد، وفي المقابل يحصل الطرف الآخر على حقوق أكثر مما اتجهت إليه نيته عند إبرام العقد وهذا يمثل اختلالا بمبدأ العدالة العقدية، حيث ينهار التوازن الاقتصادي الذي قام عليه العقد عند إبرامه لذا لا بد من تدخل التشريع لإعادة التوازن المقفود للعقد، وخلال دراستنا اضطررنا للبحث عن الوسائل الكفيلة لإعادة التوازن العقدي الذي اختل³ والموازنة بين الالتزامات التعاقدية لكل من الطرفين لضمان التنفيذ الحسن للعقد المبرم. سنتطرق في إطار الدراسة التالية إلى الأقسام التالية: الاتفاق على إنهاء العقد (الفرع الأول)، ثم مبدأ حسن النية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الاتفاق على إنهاء العقد (الفسخ)

إذا كانت المادة 147 من القانون المدني مصري تشير إلى أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه يقوم بالنسبة لأطرافه مقام القانون، إلا أنها تردف القول بأنه يمكن لأطرافه أن ينقضوه أو أن يعدلوه. ومن ثم فقد يبدو لأطراف الرابطة العقدية أنه لا سبيل إلى تعديل العقد وإن خير مواجهة للتغيرات التي طرأت في ظل الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها، والتي أدت إلى اختلال توازن العقد المبرم بينهما هو إنهاء الرابطة القائمة بينهما، وحل كل منهما الآخر التزاماته⁴.

¹ <http://DSpace.UNIV-MSILA.DZ>.

² -رشوان حسن، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، 1994، ص.97.

³ -محمد كرفة، المرجع السابق، ص.49.

⁴ -رشوان حسن، المرجع السابق، ص.548.

ذلك أنه كما تنشأ الرابطة العقدية باتفاق المتعاقدين فإنها تحل كذلك باتفاق لاحق بينهما، ويسمى هذا الاتفاق في بعض التشريعات العربية بالإقالة أو التفاسخ، وفي القانون الجزائري يطبق عليه مصطلح الفسخ.

والتقاليل أو التفاسخ - كما يغلب أن يقال في الفقه الإسلامي - سبب لانحلال العقد، وهو نظام يقوم على تراضي طرفي العقد على إزالته بعد إبرامه¹، ولم يشر القانون المدني المصري إليه في نصوصه إليه ولم يجعل له أحكاماً خاصة، ولكن لاشك في إعماله تحت ظله فهو مجرد تطبيق للقواعد العامة، إذ ما يستطيع توافق الإرادتين كليتهما أن يفعله يستطيع بعد أن يقيمه أن ينقضه، وذلك في الحدود التي لا تضر الغير بطبيعة الحال².

ومن ثم تعد الإقالة أو الفسخ وسيلة من وسائل إنهاء الرابطة العقدية، وسوف نتعرض فيما يلي لأحكام الفسخ، للتعرف على مدى إمكانية اعتباره وسيلة من وسائل إعادة التوازن العقدي الذي اختل نتيجة لظرف من الظروف التي أمت بالعقد.

إن العقد الصحيح - أي العقد الذي استوفى كل أركانه وشروطه - يُلزم المتعاقدين كما يُلزمهما القانون تماماً، ومن ثم يجب تنفيذه، غير أنه قد تطرأ قبل أو أثناء المشروع في مرحلة التنفيذ بعض الأسباب التي تحول دون تنفيذ العقد، فيترتب على ذلك انحلاله.

ويقصد بانحلال العقد حل الرابطة العقدية التي تجمع بين المتعاقدين وإزالة كل آثارها بحيث يصبح العقد منعماً كأنه لم يكن³، وبهذا المدلول فإن انحلال العقد مثله مثل البطلان يرمي إلى زوال الرابطة العقدية، غير أنهما يتميزان عن بعضهما البعض من حيث الأسباب التي تبرر كلا منهما فيبطل التصرف القانوني لكونه لم ينشأ صحيحاً، كأن يتخلف أحد أركانه أو شرط من شروطه، بينما يرد الانحلال على العقد الصحيح بسبب عدم تنفيذه كلياً أو جزئياً، ويمكن القول كذلك أن البطلان أو الإبطال يعني مرحلة تكوين العقد بينما يتعلق الانحلال بمرحلة أخرى لاحقة هي مرحلة تنفيذ العقد.

ويعد عدم تنفيذ العقد أحد الأسباب الرئيسية التي تؤدي إلى انحلاله، بحيث يترتب على انقضاء الالتزامات التي رتبها العقد بسبب استحالة تنفيذها انحلال التصرف القانوني، بينما يبقى هذا الأخير قائماً في حالة انقضاء تلك الالتزامات بسبب الوفاء أو ما يعادل ذلك، ويمكننا القول أن انحلال العقد هو الوضع القانوني الذي قد ينتهي إليه كل عقد صحيح لم يتم تنفيذه كلياً أو جزئياً⁴.

¹ - محمد عبد الباقي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 160.

² - نفس المرجع السابق، ص. 660.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 368، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 427.

⁴ - المقصود بالتنفيذ هو التنفيذ العيني أو بمقابل.

إن عملية الانحلال قد تشمل كل الرابطة العقدية حيث تزيل كل ما ترتب عنها في الماضي وما يترتب عنها في المستقبل (وهذا هو الأمر بالنسبة للعقود الفورية)، وقد يقتصر أثرها على المستقبل دون الماضي (وهذا هو الوضع عادة في العقود الزمنية التي شرع في تنفيذها)، وقد ينحصر أثرها في بعض الالتزامات فقط كأن يعفي المدين من بعض التزاماته وليس كلها.

زيادة على اتفاق الطرفين الذي يمكنهما من نقض العقد الذي أبرماه ومن ثم حل الرابطة العقدية التي تجمعهما وهذا ما يسمى بالتقاييل¹، وخروجاً عن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" المكرس بموجب المادة 106 من القانون المدني الجزائري، يمكن في بعض الحالات حل الرابطة العقدية بإرادة منفردة-أي بإرادة أحد المتعاقدين فقط وهذا هو الإنهاء.

كما يمكن للمتعاقد أن يطالب في بعض الحالات الأخرى بفسخ العقد، وقد تناول المشرع بهذه الحالات الأخيرة في القسم الرابع المعنون "انحلال العقد" الذي يتم عن طريق الفسخ أو عن طريق الانفساخ كما تسمح أحكام هذا القسم للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ.

الفرع الثاني: حسن النية

إذا ما كانت النصوص القانونية تتميز بنوع من المرونة فإنها تسمح بالتكيف بأقصى درجة من الفاعلية مع الحاجات والضرورات المتغيرة، ولاشك أن الاعتماد على مبدأ حسن النية كمبدأ يُظل العملية التعاقدية له آثار عميقة في التقليل من أسباب الصراع والغش والخداع، ويدعم الثقة والاستقرار في المعاملات لما لحسن النية والعدالة من علاقة وطيدة تجعلهما أكثر ارتباطاً ببعضهما البعض، ذلك أن كل حكم تقرره العدالة إلا وكان مبدأ حسن النية سند له، فإذا كان التوازن أهم سبيل لتحقيق المساواة والعدالة التعاقدية فإن تحقيق هذا التوازن والمساواة مرتبط بصدق سوء النية.

وليس هناك بديل لخلق مناخ التوازن العقدي الذي بإمكانه مواجهة الغش والخداع وتقويم سلوك المتعاقدين من صراع وتعارض، ومن اعتبار العقد وسيلة مواجهة وصراع غير اتخاذ مبدأ حسن النية مبدأ عام في التعاقد، وجعل مقتضياته ومظاهره ركيزة للتوازن العقدي، ودعامة للعدالة العقدية.

أولاً: حسن النية مبدأ عام في التعاقد

إن مبدأ حسن النية مبدأ عام يظل العقود جميعاً سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو تنفيذها، والاتجاهات الحديثة تقتضي مدّ نطاق حسن النية إلى نطاق إبرام العقود، فحسن النية يجب أن

¹-التقاييل هو: "اتفاق يرد على العقد بعد أن يكون قد تم تكوينه تكويناً صحيحاً يهدف من ورائه المتعاقدان إلى حل الرابطة العقدية".

يتوافر في مرحلة انعقاد العقد أولى منه من مرحلة التنفيذ، وذلك من شأنه أن يضيف على القانون الطابع الخلفي.

ويعتبر المشرع الألماني أحسن من أعتد بمبدأ حسن النية وذلك بصريح نص المادة 242 من القانون المدني الألماني بوصفه مبدأ عام، وتستعمل المحاكم الألمانية هذا المبدأ وبشكل مباشرة لمحاربة اختلال التوازن العقدي، وتمنح للقاضي بهذا المبدأ الوسيلة الفعالة لإعادة التوازن المفقود في العقد. أما بالنسبة للقوانين الأخرى ومنها القانون الفرنسي والذي بالرغم من اعترافه بمبدأ حسن النية وماله من دور في العلاقات التعاقدية، إلا أنه لم يكن لديه من الجرأة ما يضاهاها بها القانون الألماني في جعله تقنية مستقلة لإقامة التوازن العقدي.

لقد استطاع القانون الألماني أن يحيك بمفاهيم مرنة كحسن النية والآداب الحسن توجه اجتماعي للقانون ما انفك أن أصبح معترف به، وبناء على نص المادة 242 السالفة الذكر أعطت للقضاة الوسائل اللازمة لمعالجة وبطريقة أكثر ملائمة مسألة التكافؤ والمساواة العقدية¹.

من الثابت أن مبدأ حسن النية من المبادئ الأخلاقية المستقرة في القواعد القانونية الوضعية، ويتقدم أهم المبادئ لما يتميز به من قدرة على ضمان النزاهة والاستقرار والتوازن في مختلف العقود²، وتطبيقاته المتعددة جعلت منه مبداء قانونيا عاما³، ويعتبر كذلك مبدأ شامل لكل مراحل العقد ووسيلة لإعادة التوازن العقدي، لأنه يفترض التزامات سلبية ويقرر التزامات إيجابية تقتضي سلوك أخلاقي يجعل من العلاقة التعاقدية أداة لإرساء العدالة التعاقدية.

والمشرع الجزائري يعترف صراحة بهذا المبدأ في تنفيذ العقد، وذلك في المادة 107 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية"، وجاءت هذه المادة ولتؤكد بصدق الاعتراف بهذا المبدأ عند مرحلة تكوين العقد أيضا، فالمبادئ التي يتم بها انعقاد العقد هي نفسها التي يُقدم المتعاقدان على تنفيذها.

ولاشك أن مبدأ حسن النية قدر له ليكون ليس فقط قاعدة أخلاقية وإنما أيضا قاعدة قانونية في كثير من النظم المختلفة، وذلك نظرا للدور الكبير الذي تؤديه في خدمة العلاقة التعاقدية لما تحمله من مبادئ تثري وتطور سلوك الأطراف بما يحقق العدالة العقدية بهدف تحقيق التوازن⁴.

ويعتبر مبدأ حسن النية سدا منيعا يواجه التجاوزات التي تحدثها الحرية التعاقدية، ولتقيّد دور الإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد، لهذا تم النص عليه متلازما مع مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، هناك

¹ -Camille Jauffer-spinosi, les grands systèmes contractuels européens, le contrat en Europe aujourd'hui et demain,colloque de 22 juin 2007,univ.luxembourg,p.14,15.

² -Anne-Sylvie Courdier-Cuisinier, le solidarisme contractuel, litec, 2006, vol.27, p.303.

³-عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.94.

⁴ -Mustapha El-Gharbi, justice contractuelle et liberté de la volonté, R.R.J, 2005, p.180.

من الفقه من يعتبر مبدأ حسن النية أنه يدخل تحت ظل نظرية توابع العقد «la théorie des suites du contrat» وهي ممّا يمكن الوصول إليه بتفسير العقد وتأويل النصوص القانونية أيضاً، وهذين الأمرين مختلفين فالتفسير لا يتجاوز العقد ويبقى في إطاره أما تأويل النص فيشمل الالتزام الذي أرساه المشرع في العقد، والطريقة التي يتم بها تنفيذ ذلك الالتزام.

إنّ نظرية توابع العقد متعمدة قصد إثراء العقد، وممّا أرسى في كافة العقود من التزامات لم يحدّد من الأطراف صراحة كالالتزام بالأمانة على كل متعاقد اتجاه الآخر، وفكرة حسن النية تجمع نزعتين في القانون تكاد تكون متضادتين، وهما التصوّر الفردي الذي يقوم على الحرية التعاقدية وما يصاحبه من صرامة، والتصوّر الاجتماعي وما يتضمنه من أفكار التضامن والمصلحة العامة، وبذلك يكون مبدأ حسن النية من أهم الآليات التي تسمح بإقامة التوازن العقدي من خلال المعيار الذاتي، والمعيار الموضوعي لمفهوم حسن النية.

ثانياً: المعيار الذاتي لحسن النية

إنّ مفهوم حسن النية وفق المعيار الذاتي يُقصد به وفق التصور التقليدي الذي يرى ضرورة تطابق حسن النية مع المقصد المشترك للمتعاقدين، فالفقه يرى أن حسن النية ليس مجسّد للإرادة ولا مقيد لها بل هو تبرير للالتزامات التي لم يكشف عنها الأطراف في العقد، وهو بهذا يكون أداة ثنائية الدور من جهة تستعمل للكشف عن المقصد المشترك للأطراف، ومن جانب آخر معياراً فنياً يتم من خلاله تكملة ما شاب العقد من نقص¹.

ولمّا ربط هذا التصور حسن النية بإرادة الأطراف بالاستناد إلى الإرادة المشتركة لهما، وبالتالي فحسن النية يصبح دوره حماية القصد المشترك للطرفين، والمشرع الجزائري أخذ بهذا المعيار من خلال نفس المادة 111 من القانون المدني، وحدّر من الوقوف عند المعنى الحرفي للنص وذلك عند غموض عباراته فأشار المشرع إلى الرجوع إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والعبرة فيها هي الإرادة الباطنة الخالية من كل غش².

أمّا القضاء الفرنسي فيذهب إلى أن حسن النية يفسّر بالمعيار الذاتي، لأن مفهوم حسن النية يقتضي أن يكون الشخص عادلاً في التزاماته بإعطائها مفهومها ونتائجها الحقيقية³.

¹ - لبنان فريدة، مبدأ حسن النية في انعقاد العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة الجزائر، 2008-2009، ص.16.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص.95.

³ - لبنان فريدة، المرجع السابق، ص.17.

ولا يقتصر المعيار الذاتي لحسن النية المتعلق بالعقد بتفسير ما بني عليه العقد، وإما يرتبط بتقدير الشروط الواردة في العقد، وعليه فإنّ المعيار الذاتي يبحث في نوايا أطراف العقد أمّا في البحث عن مقصدهم المشترك وإمّا بمراعاة بعض الظروف المحيطة بعملية التعاقد، وذلك بهدف عدم السماح لأحد الطرفين باستخلاص مصلحة على حساب الطرف الآخر، إذ أن القانون الياباني يفرض الاحترام، بالإضافة إلى هذا الثقة المتبادلة التي يجب أن تكون محمية قضائياً، ونفس الأمر ذهب إليه القضاء الألماني وذلك باحترام المصالح المتبادلة¹.

وممّا لاشك فيه أن القانون لا يمكن له أن يقيم المساواة الحقيقية بين الطرفين، ولا يتطلبها لأنه من الصعب تحقيقها، إلا أن الاعتداد بحسن النية يعتبر من الحلول التي اهتدى إليها لإعادة التوازن للعقد، إمّا بضمان التوازن عند الانعقاد أو إعادته عند التنفيذ².

إنّ تحديد إرادة الطرف القوي من حيث مراعاتها لحسن النية إذا لم يقيم اعتبار لمصالح المتعاقد الآخر، وذلك بعد أن وضع هذا الأخير ثقته فيه³.

ثالثاً: المعيار الموضوعي لحسن النية

إذا كان حسن النية ذو معيار ذاتي فإنّ تطبيقه بمفرده وبالنظر إلى النية المشتركة للطرفين فقط، قد يؤدي إلى نتائج ظالمة، ولذلك يجب أن يركز حسن النية على معيار موضوعي، بالإضافة إلى المعيار الذاتي وهما متكاملان، حيث ينظر إلى تقدير الحقوق والالتزامات المنبثقة عن العقد من خارج العلاقة التعاقدية، فالأمر لا يتعلق بأطراف العقد أو سلوكهم وإنما يتطلب عناصر خارجية تُأخذ كمعيار ينطبق على كل حالة نزاع وعلى كل الأشخاص.

وللفقه رأي وجيه في أنّ فصل حسن النية عن إرادة الأطراف وقصدهم يحتاج إلى سند يجعله يؤدي دوره في ضمان توازن العقد⁴، ويتجه فريق آخر من الفقه بالقول أنّ القيم الاجتماعية تلعب دور في ضمان التوازن العقدي، وذلك بإعمال حسن النية بما يعبر عن قيم خارجية عليا على ذاتية المتعاقدين، وهذا بالاستناد إلى اعتبارات القيم والأعراف⁵.

وتجدر الإشارة أنّ الاعتماد على المعيار الموضوعي لحسن النية سيولد نوع من الأمن والثقة لدى كلا المتعاقدين بأنّ المعاملة ستخضع إلى ما هو متعارف عليه من عرف، ويكون هذا عادة في المعاملات التجارية.

¹- Béatrice Jaluzot, la bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français allemand et japonais, université Jean-Moulin Lyon, 2000, p.85

²-Anne Sylvie-Courcier Cuisinier, op.cit, p.308.

³-Béatrice Jaluzot, op.cit, p.103-104.

⁴-عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.75، لبنان فريدة، المرجع السابق، ص.24.

⁵-Béatrice Jaluzot, op.cit, p.104.

ويعتبر بعض الفقهاء أنّ حسن النية هو بمثابة النموذج القانوني « la standard juridique » ، ولفظ النموذج في حدّ ذاته مرتبط دائماً بالسلوك البشري « comportement humain »¹، لهذا فإننا نؤيد الرأي الذي يرفض تقييد حسن النية في مفهومين، الأول يتعلق بالمعيار الذاتي والثاني يتعلق بالمعيار الموضوعي لأنّ هذا من شأنه أن يتجاهل خصوصية هذا المبدأ ذو التركيبة المتشعبة التي لا تنحصر في معنيين، وفي كلا المعنيين يتضمن مبدأ حسن النية بعداً أخلاقياً لأنه مفهوم تغطى عليه الصبغة الأخلاقية.

فحسن النية باعتباره قاعدة سلوك يفرض على أطراف التعاقد الامتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل العقد مختل، أو أداة للمساس بين مصالح الأطراف.

إنّ مبدأ حسن النية هو أساس للالتزام بالإعلام في تصوّر المشرع الفرنسي، وهو أساس محاربة الشروط التعسفية، وحسن النية اعتبر بعض القوانين كالقانون الألماني وبالأخص المادة 242 من القانون المدني الألماني، والقانون السويسري قاعدة قانونية أمرّة، والفقهاء والقضاء الهولندي يعتبر التحوّل في مفاوضات تتعلق بإبرام العقد يلزم الأطراف فيما بينهم بعلاقة قانونية خاصة ينظمها مبدأ حسن النية، ومن نتائجها أن يسلك الأطراف طريقاً يأخذ بعين الاعتبار المصالح الشرعية للطرف المقابل².

فحسن النية كما أشارت إليه تقارير التي نشرت في أشغال جمعية هنري كابتان HenriCapitant وهو أساس كل الالتزامات المفروضة على المتعاقدين، وهو أساس التكوين السليم للعقد واستندت بعض التقارير إلى نصوص قانونية الأنف ذكرها وأخرى منها المادة 1337 من القانون المدني الإيطالي.

يشكل مبدأ حسن النية أساس التوازن العقدي إذ أنّ تقيّد الأطراف به يضمن تكافؤ الالتزامات، وباعتبار أنّ العقد وسيلة تبادل هذه الالتزامات فلا بدّ أن ينشأ نتيجة لتوازن بين الذمم المالية فيتحصّل كل طرف على مقابل أدائه، ولا يتم ذلك إلا من خلال الالتزامات التي يفرضها حسن النية³.

لا جدل في اعتبار حسن النية مصدره ويهدف أيضاً لإنصاف وهذا يقتضيه التوازن بين الأداءات المتقابلة للمتعاقدين فإذا أخلّ أحد المتعاقدين بما يستوجب مبدأ حسن النية من نزاهة وثقة وتعاون فإن هذا التوازن يفقد بين الطرفين مما يتنافى مع قواعد الإنصاف والعدالة العقدية⁴.

¹-Béatrice Jaluzot, op.cit, p.69.

²-أسماء الشباب،التفاوض في تكوين العقد، مذكرة ماجستير،تخصص قانون خاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس،1997-1998،ص.110.

³- نفس المرجع السابق، ص.115.

⁴-نفس المرجع السابق، ص.116.

لقد أضحي مبدأ حسن النية قوام العلاقة التعاقدية فلا مجال للحديث عن توازن العقد ما لم يحترم هذا المبدأ القائم على قواعد العدل والإنصاف.

إن مبدأ حسن النية بما يفرضه من سلوكات يمثل المركز الذي تدور حوله الالتزامات المفروضة فكل سلوك مخالف لمبدأ حسن النية من شأنه المساس بحقوق و التزامات الطرف الآخر، و لإقامة التوازن العقدي يعتبر بعض الفقه أن مبادئ العدالة وحسن النية صنوان فلا يؤخذ حسن النية في موضع ألا و العدالة تقف وراءه و تسانده.

وتعبر المادة 107 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري وتقابلها المادة 1134 فقرة 03 من القانون المدني الفرنسي على صميم العدل والآلية، فمبدأ حسن النية هو تطبيق لأفكار الإنصاف وعليه يمكن أن يكون هذا المبدأ مرادفا للعدل والإنصاف، بل أن هذا المبدأ-أي حسن النية- والإنصاف هو تأقلم وتكيف القانون في تطوير قيم المجتمع، ويمكن ان يكون كذلك كآلية العدل وأداة تسمح للقانون أن يستجيب لمتطلبات العدالة العقدية¹.

ومن تطبيقات مبدأ حسن النية في بعده الذاتي والموضوعي كل من التدليس والتعسف في استعمال الحق، الشروط التعسفية، الغبن، عقود الإذعان، الالتزام بالإعلام، وكل هذه المواضيع تتعلق باختلال التوازن العقدي.

ويمكن القول أنّ المشرع أم يغفل على إمداد القاضي بالعناصر الخارجية التي يستند إليها ولو لم يدرجها المتعاقدان في العقد، وذلك طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة، وهذا ما جاء في نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري، ومبدأ حسن النية يترجم عن طريق العدالة والأمانة والإستقامة.

ومما لاشك فيه أن العدل والإنصاف والعرف الجاري العمل به وطبيعة العمل هي أفكار موضوعية يستند إليها مبدأ حسن النية، وذلك من أجل أن تكون تقنيات ووسائل عملية لإقامة التوازن العقدي.

¹-Brigitte Lefebvre, la justice contractuelle « mythe ou réalité » article, les cahiers de droit, vol 37 n°1, 1996, p.25.

الباب الثاني:

عقد الاستهلاك هو عقد من

نوع خاص

الباب الثاني: عقد الاستهلاك هو عقد من نوع خاص

إنّ الحركية المتواصلة في مجال الاستهلاك والتطور الهائل الذي تشهده السوق من مقتنيات وخدمات بديلة ومتشابهة وتعدد المتدخلين والمتنافسين وتدخلهم بفضل تحرير السوق واتخاذها أشكالاً مختلفة، استدعى الأمر تنظيم إنشاء العلاقة الاستهلاكية المتمثلة في العقد الاستهلاكي وإخضاعها إلى أحكام دقيقة وصارمة، ولاشك أنّ النظرية التقليدية في حرية التعاقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين أصبح مفعولهما محدوداً أمام العلاقة الاستهلاكية.

وهناك جانب من الفقه الحالي يرفض هذه الفكرة في مجال الاستهلاك، لأن حرية التعاقد في هذا المجال محدودة، ولا تنطلق إلا من تدخل كل من المشرع والقضاء في العقد الاستهلاكي وشروطه وآثاره، وغيرها من المعطيات التي تسمح بإبداء رضاء متكامل وصحيح¹، وبالرغم من ذلك فالتطور التجاري والصناعي والاقتصادي وما يرافقها من ظهور لوسائل تكنولوجية وإلكترونية شديدة التعقيد دقيقة التركيب، الأمر الذي خلف العديد من التجاوزات والانتهاكات للنظم والقواعد المتعلقة بالأمن والسلامة، مما أدى إلى ابتداء حماية المستهلك قبل إبرام العقد وأثناء تنفيذه وتدخل القضاء بالدور المنوط له في العقود الاستهلاكية وبالنص على عقوبات إدارية وأحكام جزائية، وقد تجسد هذا التدخل بموجب نصوص قانونية أطلق قانون حماية المستهلك، والذي لاقى رواجاً واسعاً في الآونة الأخيرة، ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذا التطور هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فهذا القانون لم يكن ليحقق الهدف الذي أنشأ من أجله، لولا تدخل العديد من النصوص التي سمحت للقضاء بالتدخل في تعديل والتخفيف من أعباء عقود الاستهلاك، لهذا قسمنا هذا الباب إلى فصلين، سيتم التناول في الفصل الأول التنظيم التشريعي لعقود الاستهلاك، أما الفصل الثاني سوف نخصه لمعالجة مدى تدخل القضاء في عقود الاستهلاك.

¹ J.Robert,Fraudes , Evolution legislatives-Services de la repression des fraudes,fasc.1.rev.Dalloz.v. « consommateur »,1976,n°21.

الفصل الأول: عقد الاستهلاك هو عقد منظم تشريعيا

إن عدم تكافؤ العلاقة بين أطراف العقد الاستهلاكي أدى إلى ضرورة البحث عن نقطة توازن في العلاقات التعاقدية يستظل بها المستهلك من محاولات المتدخل الرامية إلى النيل من رغباته في إشباع حاجاته الشخصية والعائلية، على ضوء هذا الوضع، جاء الطموح نحو السير لتحقيق الحماية الفعالة للمستهلك، ذلك أن تحقيق هذا الف ليس هينا ولا يمكن تحقيقه، إلا بواسطة تشريع متوازن يمنح المستهلك حقوقا على الطرف الآخر القوي، ويفرض التزامات على هذا الأخير لضمان تنفيذ العقد على أكمل وجه. وقضاء متميز يتفاعل مع شؤون الحياة ومتغيراتها.

ولما كان عقد الاستهلاك كباقي العقود فإنه ينشأ صحيحا إذا توافرت فيه جميع أركانه وشروطه، ويكون واجب التنفيذ على أطرافه سواء باختيارهم أو اجبارهم، إلا أن ما يميز عقد الاستهلاك بالإضافة إلى الالتزامات المفروضة التي تفرضها القواعد العامة فإن المشرع تدخل وألقى على عاتق المتدخل التزامات جديدة، والتي امتازت بتنوعها وتعددتها ووجوب تطبيقها، كما ألحق مخالفتها أو عدم تنفيذها إلى عقوبات جزائية. لهذا سنتطرق في هذا الفصل إلى أهم مظاهر تدخل المشرع في تنظيم عقد الاستهلاك (المبحث الأول)، ثم نتناول الجزاءات المترتبة على مخالفة هذه الالتزامات المنظمة من قبل المشرع (المبحث الثاني).

المبحث الأول: مظاهر تدخل المشرع في تنظيم عقد الاستهلاك

إن أهم ما يميز الآليات القانونية لحماية المستهلك في الجزائر هو ذلك الزخم التشريعي والتنظيمي المؤطر لهذه المسألة على مدار السنوات، انتقل فيها الإطار القانوني من مرحلة وضع الأسس والقواعد العامة إلى محطة سن النصوص التنظيمية وإنشاء الأجهزة، وانتهاء بعملية إعادة تشكيل المنظومة القانونية المؤطرة لفكرة الحماية برمتها لتستجيب للإنتظارات الاجتماعية والاقتصادية الداخلية، وتتوافق مع متطلبات العولمة والاندماج في الإقتصاد العالمي¹.

فمنذ إعلان الدولة عن رغبتها في التحرر الاقتصادي حتى بدأ التفكير في الإطار القانوني الحمائي الذي بإمكانه جعل صحة وسلامة المستهلك في مأمن من ما اتدخره له المنتجات من مخاطر² وأضرار، ونسج

¹ - أصدر المشرع الجزائري في أوائل سنة 1989 القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، حيث جسد هذا القانون المبادئ الأساسية لمراقبة السلع والخدمات المعروضة للاستهلاك، إلا أن هذا القانون لم يكن كافيا فتم إلغائه وإصدار القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سنة 2009 لتنظيم المنظومة التشريعية المنظمة للمجال التجاري بصفة عامة، وحماية المستهلك بصفة خاصة.

² - محمد كحلولة، الغوثي مكاشمة، حماية المستهلك في القانون الجزائري، مجلة الإدارة، ج.6، العدد 1، 1996، ص.62.

سياسة حمائية للوقاية من مخاطر المنتجات، ومكّن الإدارة من البحث عنها وتفادي الأضرار التي يمكن أن ترتبها بعض المنتجات المعيبة وغير المطابقة¹.

وسعى من المشرع إلى وضع الأطر العامة والمحاور الكبرى لسياسة الحماية، فقد كان في حاجة لتفصيل مفاعيل النزعة الحمائية هذه، فأطلقت يد السلطة التنفيذية عن طريق ما يعرف بسياسة التفويض، فراحت هذه الأخيرة تصدر عديد الأوامر والمراسيم والقرارات في مختلف مجالات الحماية، وهي من الغزارة والكثافة التي تجعلها عصية على الحصر بعضها له صلة بالالتزامات المفروضة على المتدخل والأسعار والإعلان، في حين تكفلت غيرها بفكرة المطابقة والتنوعية، واهتمت الأخرى بتحديد مهام اختصاص الأجهزة القائمة بعملية الرقابة وقمع الغش².

إن هذا التطور الحاصل في المنظومة التشريعية في مجال الاستهلاك الاستهلاكية و سعيها الدؤوب في تحقيق ملائمة الإطار الوطني والدولي لحماية المستهلك، وُصفت الجزائر بالدولة المجتهدة في هذا الحقل والرائدة بين شقيقاتها من الدول العربية في سن القوانين المتعلقة برعاية مصالح المستهلكين³، وهذا ما يمكن أن نلمسه من أحكام القانون رقم 09-03 الذي تدخل من خلاله المشرع بتنظيم العديد من الالتزامات التي فرضها على المتدخل في سبيل إعادة التوازن المفقود في العلاقة الاستهلاكية، وهذا ما لا يمكن العثور عليه في باقي العقود، لهذا سنتناول في هذا المبحث أهم الالتزامات المفروضة على المتدخل، حيث خصصنا الشطر الأول للالتزامات المفروضة في مرحلة ما قبل التعاقد (المطلب الأول)، ثم الالتزامات المفروضة في مرحلة التعاقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الالتزامات المفروضة في مرحلة ما قبل التعاقد

يعد محور الإعلام ركيزة أساسية في المنظومة القانونية لحماية المستهلك، يستهدف بالأساس مساعدته على اتخاذ قرار حر ومتدبر فيه وينتهي إلى على من الاستعمال المجدي والأمن للمنتج، وقد تم التعبير عن ذلك في ظل إصدار أول قانون لحماية المستهلك رقم 89-02، ثم سعى القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش إلى تفعيله في مختلف المنتجات الطبية والصيدلانية والغذائية، واسترسل في تطبيقه إن كان على مستوى الإعلام عن خصائص المنتج وكيفية استعماله، أو تعلق الأمر بالإعلام عن الأسعار والتعريفات وشروط البيع أو حتى الإفضاء بمكان الخطورة فيه، وذلك بموجب

¹ - نفس المرجع، ص. 62.

² - عبد الحليم بوقرين، الجرائم الماسة بأمن وحماية المستهلك، مطبعة الرويغي، الجزائر، 2010، ص. 5.

³ - شهيدة قادة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك - بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها، مجلة القانون المقارن، العدد الأول، 2014، ص. 11.

المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك¹، ليتكرس فيما بعد مبدءا راسخا لامناص للمتدخلين من الالتفات عنه، تحت طائلة التهديد بتوقيع العقوبة عليه².

فلا يعد غريبا بعد ذلك أن يعتبر هذا الحق في القانون الجزائري كمكون من مكونات النظام التعاقدية، كما أرسته نصوص القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية³.

بالإضافة إلى هذت الالتزام يقع على عاتق المتدخل التزام آخر يتمثل في وجوب أن تكون المنتوجات والسلع تتوفر على قدر من الأمان والسلامة لضمان حسن استعمالها من طرف المستهلك، وأن لا تشكل خطرا على صحته أو أمواله، أو أفراد أسرته.

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام

إن الأصل في العلاقات التي تجمع ما بين المستهلك والمتدخل غير متوازنة إذ يتعرض المستهلك لأخطار كثيرة يصعب توقعها، وذلك نتيجة لعدم علمه بطبيعة وصنف المنتج أو الخدمة المعروضة عليه، ولا تتوفر له الحماية التي أقرها القانون لمصالحه الاقتصادية والصحية إلا بإعلامه بشكل واضح يسمح له باختيار المنتج أو الخدمة المناسبة لرغباته المشروعة وقدرته الشرائية، وبالتالي فإن هذا الالتزام المفروض على المتدخل قد يكون قبل التعاقد، كما يمكن أن يدعم أثناء التعاقد.

يعرف الالتزام بالإعلام بأنه بيان أو إشارة أو تعليمات يمكن أن تقدم توضيحا بشأن واقعة أو قضية، فهذا الالتزام يفرض على المتدخل بأن يعلم المستهلك بكافة البيانات والمعلومات التي تساعد على تنوير رضائه من أجل إبرام العقد أو تنفيذه، فالمشرع قد نص على مصطلح الإعلام في المادتين 17 و18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش دون التعرض إلى تعريفه، حيث أوجب في هذه المواد على المتدخل ان يعلم المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك.

¹-المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك المؤرخ في 09-11-

2013، ج.ر المؤرخة في 18-11-2013، العدد 58، ص.08.

² -شهادة قادة، المرجع السابق، ص.21.

³ - تم تعديل القانون رقم 04-02 السالف الذكر بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15-08-2010، ج.ر المؤرخة في

18-08-2010، العدد 46، ص.07.

أولاً: تحديد مضمون الالتزام بالإعلام

إن اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك يجعل فئة المستهلكين بحاجة كبيرة إلى معلومات، وبيانات واضحة وكذا موضوعية تلم بمحل العقد، فيقع على المتدخل التزام تقديم اعلام موضوعي للمستهلك، والتركيز على العناصر المهمة في محل العقد، وينصب هذا الالتزام على مرحلة ما قبل التعاقد (الإعلام قبل التعاقد)، ويليها في مرحلة إبرام العقد (الإعلام العقدي).

1- الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد، فهو يهدف في طياته إلى تكوين رضا حرّ وسليم للمستهلك حتى تكون له الحرية الكاملة بعد إلمامه بجميع المعلومات المتعلقة بمحل العقد، فإما أن يقدم على التعاقد أو أن يمتنع عن إبرامه، وهذا ما جعل كل من الفقه والقضاء في فرنسا يبرز اجتهاده بشأن الذاتية المستقلة لهذا الالتزام.

إن إقبال المستهلك الأعمى على إشباع رغباته دون معرفة كيفية تحقيق ذلك على الوجه الصحيح خاصة عندما يكون في مواجهة متدخل يتمتع بالقدرات الاقتصادية والخبرة والدراية الواسعة والعلم الكافي بالمنتج أو الخدمة محل التعاقد، الأمر الذي يجب معه القول أن المرحلة السابقة للتعاقد تعتبر من أهم المراحل بالنسبة للمستهلك، وذلك من خلال إعلامه وتعريفه بظروف التعاقد الذي ينير رضاه ليكون سليماً لا تشوبه شائبة¹.

أ- تعريف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

جذبت الأهمية البالغة لهذا الالتزام اهتمام الفقه الحديث من أجل إيضاح مدلوله، حيث نجد بعض الفقه يعرّف الالتزام قبل التعاقد بالإعلام بأنه: "الالتزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضاه سليم كامل متتور، ليكون على علم بكافة التفاصيل المتعلقة بالعقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه، أو طبيعة محله، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة، أو

¹-نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2، 2017-2018، ص.17.

يتحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات".

ب- مجال الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد التزام يجد مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة للتعاقد، وفي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، ولا ينبغي أن يكون الوفاء به سابقا على التعاقد بفترة طويلة، بحيث يمكن أن يشوب محل العقد أو ظروف التعاقد بعض المتغيرات التي من شأنها تعديل رأي المتعاقد، بصفة عامة فإنّ هذا الالتزام يؤثر على نفسية المتعاقد من أجل دفعه إلى التعاقد¹.

إن عدم تقديم إحدى المعلومات الضرورية التي يحتاجها المستهلك من قبل الطرف الآخر قد تؤدي إلى تغيير التصرف، إما بالتخلي عن مشروع إبرام العقد، وإما إعادة النظر في شروطه، وهذا حسب المادة 86 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه: "يعتبر تدليسا السكوت عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملاحظة".

ج- الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقد بالإعلام

إن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام قانوني يقوم على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود قبل أو أثناء التعاقد، كما أن هذا الالتزام ليس التزاما عقديا لكونه سابق على التعاقد، وفيما يتعلق بطبيعة المعلومات والبيانات التي يلتزم المدين بالإعلام عنها فإنه ينظر إليها من حيث وقت الالتزام بالإعلام عنها، وبالتالي فإن نطاقها يكون في المرحلة قبل التعاقد، حيث يكون لها الأثر البالغ في مدى إقبال المستهلك على التعاقد، وبالتالي فإن المتدخل ملزم بالإفصاح على جميع المعلومات التي يتعذر على المستهلك الحصول عليها بوسائله الخاصة، ويتميز هذا الالتزام بالعديد من الخصائص نذكر بعضها، وهي:

-الالتزام قبل التعاقد بالإعلام هو التزاما يتصف بالعمومية.

-الالتزام قبل التعاقد بالإعلام التزاما مستقلا.

¹- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 189.

1-أساس الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

لقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني الصحيح لهذا الالتزام، فمنهم من يرى بأن هذا الالتزام يجد أساسه في نظرية عيوب الرضا، أما الرأي الثاني فيجد أساسه في المبادئ العامة للقانون، وبالخصوص مبدأ حسن النية، أما الرأي الثالث من الفقه فيرى أنه يجد أساسه في نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع على أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال المبيع بدعوة عدم العلم به إلا إذا ثبت غش البائع"¹.

فهذه القاعدة واردة في نص المادة 352 السالفة الذكر مقررة لمصلحة المشتري سواء كان مت دخلا أو عاديا، وسواء كان تصرفه لتلبية أغراضه الإحترافية أو الشخصية أو العائلية.

حيث يعتبر المشتري عالما بالمبيع علما كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية، بحيث يمكن التعرف عليه.

ولم يكتف المشرع الجزائري بما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني بخصوص عقد البيع من وجوب تعيين المبيع أو قابليته للتعيين وقت العقد، وإلا كان العقد باطلا بطلان مطلق، فالعلم الكافي بالمبيع يتطلب معرفة أوصافه الأساسية، وعليه فإن العلم بالمبيع أكثر شمولاً وتوضيحاً من مجرد المعرفة التي يتحقق بها تعيين المبيع وفقاً للقواعد العامة.

ونظراً للارتباط الوثيق بين شرط العلم الكافي بالمبيع الذي تضمنته المادة 352 من القانون المدني الجزائري، والالتزام قبل التعاقد بالإعلام لابد من تحديد مفهوم العلم الكافي بالمبيع.

¹ - المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

2- مفهوم العلم الكافي بالمبيع

إن المشرع لم يتناول ما هو المقصود بالعلم الكافي بالمبيع واكتفى فقط بموجب ذكر بيان المبيع مع ذكر أوصافه الأساسية التي من شأنها أن تعطي للمشتري فكرة واضحة وتامة عن المبيع، وهنا يضع المشرع قرينة مفادها أن العلم بالمبيع قد يتحقق إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يتوافق مع الرغبات المشروعة للمشتري، وهو مانص عليه المشرع في أحكام المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، إذ ألزم كل متدخل إعلام بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم، ووضع العلامات، أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، وبما أن المشرع لم يضع تعريفا كافيا بالمبيع فقد تباينت الآراء الفقهية بشأنه.

إذا يتبين من التعريفات الفقهية بأن شرط العلم الكافي مستقل عن نظرية سلامة الإرادة من العيوب، وعن تعيين أو قابليته للتعيين تتطلبه القواعد العامة في القانون.

وللعلم فإن القضاء الجزائري إذا ما ثار النزاع بشأن تطبيق نص المادة 352 من القانون المدني المدني، فإنه يحصر نطاق تطبيقها على عقد البيع فقط، إذ لا يوجد في القانون المدني الجزائري قاعدة تفيد بوجود الالتزام على عاتق كل متعاقد في مختلف إلا أن القضاء باسم النظام العام الاقتصادي يمكنه أن يفرض الالتزام بالإعلام بالنسبة لكل العقود¹.

وهذا ما يؤكد بأن الالتزام قبل التعاقد بالإعلام أوسع نطاقا وتطبيقا من نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري، والتي يقتصر تطبيقها على عقد البيع فقط.

ثانيا: الالتزام بالإعلام أثناء التعاقد (الالتزام العقدي بالإعلام)

يتميز الالتزام التعاقدى بالإعلام عن الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام كون هذا الأخير ينشأ في مرحلة إبرام العقد، في حين أن الإلتزام التعاقدى بالإعلام ينشأ عن العقد فهو يتعلق بمرحلة تنفيذه.

أ-الالتزام العام بالإعلام

¹-ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، ملتقى وطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري، جامعة تلمسان 2000، ص.10.

لقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا على إلزام المتدخل بإعلام المستهلك بالمعلومات، والبيانات الضرورية المتعلقة بالشيء المبوع أو الخدمة المؤداة .

ففيما يخص عقد البيع مثلا الذي يأتي في صدارة العقود التي تنشأ التزاما بالإعلام فقد أوجب القضاء الفرنسي على البائع ضرورة إعلام المشتري بكل البيانات الضرورية، لاسيما طريقة استعمال الشيء المبوع والاحتياجات الواجب اتخاذها، وفي حالة عدم تنفيذه لهذا الالتزام فإنه يعتبر مسئولا عن الأضرار التي تلحق بالمشتري بسبب جهله¹، وفي حالة ما إذا كان ليس هو صانع الشيء فإن القضاء الفرنسي وضع على عاتق الصانع أو المنتج التزام بالإعلام.

ويجب على المنتج إرفاق المنتج بجميع البيانات الضرورية المتعلقة به وإلا اعتبر مسئولا اتجاه المشتري النهائي، أما فيما يخص عقود الخدمات فإنه يتوجب على مقدمي الخدمات ضرورة إعلام زبائنه بكل ما يتعلق بالخدمات محل العقد مثلا يجب على الطبيب إعلام مرضاه بكل مخاطر العلاج المقترح، كذلك بالنسبة لمنتجي الأجهزة وآلات الإعلام الآلي.

إن الالتزام التعاقدي بالإعلام يستند إلى العقد ذاته باعتباره من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، وذلك بمقتضى المادة L.1135 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

وطبقا لذلك يلتزم المتدخل بواجب الإعلام عند تنفيذ العقد، طالما أن إعلام المستهلك يعتبر من مستلزمات العقد، وتستجيب هذه القاعدة للحاجة في شفافية السوق، وعلى المتدخل إن كان لديه معلومات حول قيمة المبيع أو تكوينه أو كيفية استعماله أو أية معلومات أخرى تتعلق بالشيء المبوع، أو الخدمة المطلوبة أن يقدمها إلى المستهلك².

إن الالتزام العقدي بالإعلام يختلط في كثير من الأحيان بالالتزام بالنصيحة، حيث أن المتدخل لا يكتفي بتقديم المعلومات للمستهلك وإنما يجب عليه أن يستعلم من هذا الأخير حاجته التي يريد، ثم يعلمه عن الأشياء التي تتناسب مع رغباته المشروعة، وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05-12-1995.

¹-Cass.civ I er, 31 juin 1973, Bull civ, I, n°77.

²-حسين الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2006، ص.311.

واستند هذا الرأي لأحكام المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة 107 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري كأساس للالتزام المتعاقد بالإعلام، باعتبار أن هذا الالتزام من الالتزامات التابعة لأحد الالتزامات الصريحة في العقد، وفقا لما تنص عليه هذه المادة من أن الاتفاقات لا تقتصر على ماورد فيها صراحة، ولكن تتناول أيضا ما هو من مستلزماتها وفقا للقانون والعرف والعدالة وحسب طبيعة الالتزام.

إذن إذا كانت المعلومات والبيانات التي امتنع المتدخل عن تقديمها للمستهلك تتعلق بإخفاء العيوب الواردة في محل العقد، ففي هذه الحالة يمكن بالإضافة إلى تقرير مسؤولية المدين بالالتزام التعاقدى بالإعلام تحريك المسؤولية العقدية للمتعاقد من خلال إثارة ضمان العيب الخفي، وهذاما أدى بالقضاء الفرنسي إلى تقرير مسؤولية المؤجر عن عدم إخطاره المستأجر بقرب المنزل المؤجر من بيت يدير أعمالا تخالف الآداب العامة.

إن الالتزام التعاقدى بالإعلام يختلف عن الالتزام بالضمان من حيث المصدر على اعتبار أن الالتزام بالضمان يجد مصدره في النصوص التشريعية التي تقر ضمان العيوب الخفية مثل نص المادة L.1645 من القانون المدني الفرنسي، والتي تقابلها المادة 379 من القانون المدني الجزائري، وكذلك ضمان التعرض والاستحقاق في المواد L.1626 إلى L.1628 من القانون المدني الفرنسي، وتقابلهما كل من المادة 371 و 372 من القانون المدني الجزائري، وولد الالتزام بالإعلام على يد القضاء الفرنسي الذي أستخلصه عن طريق تفسير إرادة المتعاقدين بهدف توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمستهلكين.

كذلك يختلف الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالضمان من حيث طبيعته، إذ أن الالتزام بالضمان هو التزام بتحقيق نتيجة يلتزم فيها المتدخل بضمان التعرض سواء كان من طرفه، أو من طرف الغير، ويلتزم بتعويض المستهلك في حالة استحقاق المبيع طبقا للمسؤولية العقدية، أما الالتزام التعاقدى بالإعلام فهو التزام ببذل عناية حسب الرأي الراجح من الفقه¹.

إن التطور العلمي والاقتصادي أدى إلى تنوع السلع والخدمات بحيث أصبح المستهلك في حيرة من أمره أمام مختلف السلع الحديثة، وكذا مختلف الخدمات المعروضة عليه، إذ تعذر عليه معرفة ما هو جديد في مجالات التقنية الحديثة في مختلف أنواعها، مما جعله يجهل الطرق الصحيحة للاستعمال الذي يحقق له الفائدة المرجوة من الشيء أو الخدمة محل العقد، خاصة عندما يكون هذا الشيء مبتكرا أو حديث الاستعمال مما يجعل طريقة الاستعمال أو كيفية الاستخدام تمثل الحد الأدنى من المعلومات التي يتعين على المتدخل بصفة عامة، والمنتج بصفة خاصة أن يرفقها بالسلعة، وعلى المتدخل أيضا أن يعلم

¹ - محمد بودالي، المرجع السابق، ص.27.

المستهلك بكيفية الاستخدام، كما يجب عليه أن يقدم للمستهلك الطريقة الصحيحة لاستخدام الشيء المبيع أو الانتفاع بالخدمة وفق الغرض المخصص له.

وبالتالي لايسأل المتدخل عن الضرر الذي يلحق المستهلك نتيجة تجاهل هذا الأخير طريقة الاستعمال، بحيث يستعمل الشيء المبيع بطريقة غير صحيحة، ولايمكن للمتدخل أن يتوقع ذلك.

إن نطاق إلتزام المتدخل بالإعلام هو واسع جدا فهو يشمل بالإضافة إلى الأشياء أو المنتجات مهما كانت طبيعتها، مجال الخدمات التي أصبحت تتسم بالأهمية البالغة في الوقت الراهن.

وبالنظر إلى تعدد المنتجات فإنه لا يمكن حصرها سواء تعلق الأمر بالمنتجات المعقدة أو التي تمثل تكنولوجيا معينة، وخاصة في مجال الإعلام الآلي أو المنتجات الخطيرة، أو المنتجات الأخرى مثل السلع الغذائية وكذا السلع المنزلية الغير غذائية، مواد التجميل والتنظيف البدني، وكذا المواد الصيدلانية.

أما فيما يخص إثبات الإلتزام العقدي بالإعلام فإن الأمر يتعلق بإثبات سلبي، إذ يقع على عاتق الدائن بهذا الإلتزام عبء إثبات عدم إعلامه وأخباره، إلا أنه نظرا للطابع العام لهذا الإلتزام فإنه غير كاف لتأمين إعلام حقيقي للمستهلكين فهو من جهة غير محدد بدقة، ومن جهة أخرى لا يمكن للمتدخل من دون شك أن يتوقع محتوى الإلتزام الذي وجب عليه توفيره للمستهلك، ويلاحظ أيضا صعوبة متابعة المدين المتخلف عن تنفيذ الإلتزام بالإعلام، وذلك بسبب أنه يجب لإجراء هذه المتابعة رفع دعوى بشكل فردي والتي تتطلب ضرر جد جسيم حتى يمكن للمستهلك التكثير في المطالبة بالتعويض، ولهذا الأسباب تظهر فائدة الإلتزام الخاص بالإعلام.

ب- الإلتزام الخاص بالإعلام:

تدخل المشرع في بعض الحالات بالنص على البيانات الواجب تقديمها من طرف المتدخل إلى المستهلك، بحيث أصبح الإلتزام العام بالإعلام مكملا بالتزامات خاصة محددة بموجب نصوص قانونية وتنظيمية، وهي تتضمن بيانات إجبارية يلتزم المتدخل بتقديمها إلى المستهلك، وذلك تحت طائلة التعرض للإدانة الجزائية في حالة الإخلال بهذا الإلتزام الذي يعد بمثابة مخالفة، وتوكل لأعاون مراقبة الجودة وقمع الغش مهمة البحث عنها ومعاينتها، وتشمل هذه البيانات إعلام المستهلك بخصائص ومواصفات السلع والخدمات المعروضة في السوق، وكذا إعلامه بالأسعار وشروط البيع، وهذا من أجل تحقيق هدف واحد

ووحيد، والمتمثل في تمكين المستهلك من اختيار السلع والخدمات التي تلبي رغباته المشروعة بأقل تكلفة¹.

فيما يخص أقسام الالتزام الخاص بالإعلام فإن هذا الالتزام لا ينقسم إلى التزام بالإعلام قبل التعاقد والتزام عقدي، إنما يتضمن كل تمييز للالتزامين معا نظرا لكونه يهدف إلى إرضاء المستهلك قبل إبرام العقد، والسماح له بعد الإبرام بالاستعمال الصحيح للمنتج أو الخدمة.

إنّ الالتزام الخاص بالإعلام يفرض على المتدخل اعلام المستهلك ببعض المعلومات النزيهة المتعلقة بمميزات المنتج أو الخدمة، حيث أنه كرس هذا الالتزام بموجب المادة 08 من القانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية²، ولم يكتف المشرع بإلزام المتدخل بضرورة إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات بل تعدى الأمر إلى ضرورة إخباره بالمعلومات النزيهة الصادقة، والتي من شأنها تبصيره بحقيقة العقد الذي هو مقبل على التعاقد عليه.

إن التقنيات المعتمدة في التسويق والبيع أدت إلى وضع المستهلك في مركز ضعيف في تعاملاته وعلاقاته مع التجار، حيث أن هؤلاء يسعون جاهدين وراء تحقيق الربح على حساب المستهلك الذي تدفعه الحاجة إلى التعامل معهم لتبليتها، وهذا لا يعني أن المستهلك أصبح جاهلا لحقوقه أو مهملا لها، بل يعني فقط أن أوضاع السوق أصبحت في غير صالحه، هذا ما يمنعه من ممارسة حقه في الإختيار بين المواد من حيث نوعيتها وجودتها، ومن حيث سعرها وشروط شرائها، ولتدارك هذه الفجوة ألزم المشرع المتدخل بمصارحة المستهلك بالمعلومات التي تنوره، وتجعله على بينة من أمره عند اتخاذ قراره بالتعاقد.

وأشارت المادة الثامنة(08) السالفة الذكر إلى كيفية تنفيذ هذا الالتزام، ولكنها لم تحدد هذه المعلومات بالذات بل أشارت إلى عبارة "المعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات المنتج"³.

¹ -نبيل بن عديدة، المرجع السابق، ص.46.

² تنص المادة 08 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على أنه: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأية طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة وشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

³ -نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، الجزائر، 2010-2011، ص.20.

وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 أُلزم المشرع المتدخل إعلام المستهلك بموجب المادة 17 منه، ويكون الإعلام بالبيانات عن طريق الوسم والعلامات بأية وسيلة أخرى مناسبة، أو بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتج، بشرط أن تكون هذه المعلومات نزيهة وصادقة وذلك قبل إختتام عملية البيع، وفرض أيضا أن يتم تحرير هذه البيانات والمعلومات باللغة العربية أساسا، ويمكن أن تستعمل لغة واحدة أو عدة لغات من أجل تسهيل الفهم للمستهلكين، بشرط أن تكون بصفة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.

وعليه فإن إلزام المتدخل باعلام المستهلك بالبيانات من شأنه أن يوفر له كمستهلك السلامة الأمنية، والصحية من خلال الإعلام الفعلي، والصحيح بخصائص ومميزات المنتج موضوع التعاقد، وتوفير المعلومات الكافية عن الخدمة المعروضة للتعاقد¹.

1- الالتزام الخاص بالإعلام عن خصائص السلع والخدمات

أخذ المشرع الجزائري كما سبق وتم توضيحه بمبدأ الالتزام بالإعلام عن خصائص ومميزات المنتجات والخدمات، فكان من نتائج هذا الالتزام أن وضع نظام خاص تكمله له، وتشجيعا لحماية المستهلك وهو ما يعرف بنظام الوسم والتغليف.

أ- الوسم

لقد عرّف الوسم بموجب المادة 02 فقرة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 05-484 المتعلق بوسم المواد الغذائية وعرضها² على أنه: "جميع العلامات والبيانات وعناوين المصنع أو التجارة والصور والشواهد أو الرموز التي تتعلق بمنتج ما والتي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو وسمة أو خاتم أو طوق يرافق منتجا ما أو خدمة أو يرتبط بهما".

وعليه فالوسم هو تلك البيانات الموضوعية على الغلاف، والتي تعتبر ضرورية لإعلام المستهلك، ويجب أن يكون بطريقة لا توحى بأي أشكال أو اضطرابات في ذهن المستهلك، وأن لا يحمل إشارات أو عبارات تؤدي إلى الظن أو الشك فيها³.

¹-Dalila Zennaki, L'information comme source de protection des consommateurs, séminaire sur la protection en matière de consommation, recueil des communications, faculté de droit université d'Oran, 14et15mai2000.

² -المرسوم التنفيذي رقم 05-484 المؤرخ في 22-12-2005 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ج.ر المؤرخة في 25-12-2005، العدد 83، ص 04.

³-Juris classeur, concurrence et consommation, volume 3, fasc 845, p.6.

ويجدرالتتويه إلى أن المشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أخذ بمبدأ حرية الوسم، إذ ليس هناك الحرية ليست مطلقة إذ قيدها المشرع الجزائري بإلزام المتدخل بالوسم على بعض المنتجات، وذلك بأن تظهر أو تحمل بعض المنتجات على مستوى غلافها بعض البيانات.

ونجد أن التطور الذي أحرزته وسائل تقديم الخدمات أدى بالضرورة إلى تطور طريقة الإعلام عنها، وما يلاحظ على هذه الخدمات أن هذه العقود يرد فيها البيانات تحدد نوعية الخدمة، طبيعتها، أوصافها، ضماناتها، وكذا آجال تقديمها.

أصدر المشرع الجزائري مجموعة من المراسيم ينظم من خلالها الوسم وموضحا فيها البيانات الواجب ذكرها، وكذا القواعد المفروضة في مجال الوسم والمتمثلة في وجوب مرئية البيانات¹، وكذا سهولة قراءتها، تعذر محوها، كتابتها باللغة العربية وبلغة أخرى على سبيل الإضافة، وتعرض فيما يلي إلى البيانات الضرورية التي يجب أن تتضمنها بعض السلع.

أ.1- وسم المنتجات الغذائية وغير الغذائية

إن الوسم يشمل كل من المنتجات الغذائية أو غير الغذائية، وهذا ما سوف نتعرض له بالتفصيل كالاتي:

- وسم المنتجات الغذائية

جاء في نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك على أنه: "يقصد بالمادة الغذائية كل مادة معالجة أو معالجة جزئيا أو في شكلها الخام، معدة لتغذية الإنسان وتشمل المشروبات وعلك المضغ وكذا جميع المواد المستعملة في صناعة المادة الغذائية أو تحضيرها أو معالجتها باستثناء مستحضرات التجميل أو التبغ أو المواد المستخدمة في شكل أدوية فقط"².

¹- عرفت المادة 03 الفقرة 04 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الوسم بأنه: "كل البيانات أو الكتابات أو الاشارات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها".

²- ورد نفس التعريف في نص المادة الثانية المرسوم التنفيذي رقم 90-367 المؤرخ في 10-11-1990 المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها الملغى بموجب المادة من المرسوم 63 التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر. المؤرخة في 31-01-1990، العدد 05.

وبالنسبة للقواعد أو المبادئ العامة المتعلقة بوسم هذه المنتجات فيجب عدم استعمال أي إشارة، أو العلامة أو أي تسمية خيالية، أو أي طريقة للتقديم أو الوسم، أو أي للإشارة أو العرض، أو البيع من شأنها أن تدخل لبسا في ذهن المستهلك لاسيما حول طبيعة السلعة وتركيبها، ونوعيتها الأساسية ومقدار العناصر الضرورية فيها، وطريقة تناولها، وتاريخ صناعتها والأجل الأقصى لصلاحية استهلاكها ومقدارها.

ومن خلال المادة 03 الفقرة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر يتضح أنه يفرق بين نوعين من السلع الغذائية: سلع معبئة و سلع غير معبئة. في الوقت الحالي الرغبة في إعلام المستهلكين تتعارض مع مسألة التحفظ على أسرار الصانعين، ففيما يخص المصبرات الغذائية فإن تاريخ الصنع لا يجب أن يوضع لأن المتدخلين رأوا أن تاريخ الصنع إذا كان مبيّن بوضوح لايقبل المستهلكين على شراء المصبرات القديمة رغم أنها صالحة للاستهلاك¹. ولقد أشار ذات المرسوم إلى السلع المعفاة من ذكر تاريخ صنعها ومدة استهلاكها وهي: الملح، الخل، السكريات، الحلويات السكرية، الخمور، المشروبات الكحولية، المشروبات التي بها معايرة بنسبة 10% أو أكثر من الكحول، منتجات المخابر أو الحلويات التي تستهلك بحكم طبيعتها في حدود 24 ساعة من التاريخ تحضيرها، الأجبان المخمرة و المعدة للاختبار بصفة كلية أو جزئية داخل تعبئتها. وقد منع المشرع الجزائري كل وسم أو عرض من شأنه إحداث لبس لدى المستهلك بين سلعة غذائية، و سلع غذائية².

أ.2- وسم المنتجات المنزلية غير الغذائية

بالرجوع إلى أحكام المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد شروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك فإنها تنص على البيانات الواجب توافرها في المنتجات غير الغذائية حسب طريقة عرضها، كما يجب أن توضع هذه المنتجات في تعبئة صلبة ومحكمة السد تلتصق بها بطاقة بأحكام، وتتمثل هذه البيانات الإجبارية في:

- التسمية الخاصة بالمبيع، وينبغي أن تمكن المستهلك من التعرف على طبيعة المنتج الحقيقية.
- الكمية الصافية المعبر عنها بوحدات النظام الدولي.
- الاسم أو اسم الشركة أو العلامة المسجلة وعنوان الشخص المسؤول عن صناعة المنتج أو توظيفه أو إستيراده أو توزيعه.
- طريقة الاستعمال أو شروط الاستعمال الخاصة إن وجدت.

¹- Jean Calais Aujoy et Frank Steinmetz, op.cit, p.50.

²- نبيل بن عديدة، المرجع السابق، ص.48.

- جميع البيانات الإجبارية الأخرى المنصوص عليها في نص خاص.
- وفي هذا الصدد نذكر على سبيل المثال النص الخاص المتمثل في المادة 05 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 24 مارس 1997¹، والذي يشير إلى البيانات زيادة على تلك المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر، وهي :
 - عدد الدرجات الكلورومتريّة المسجلة على شكل XCHL.
 - إشارة "يحفظ في مكان بارد بعيدا عن الضوء والشمس".
 - إشارة "يوضع في مكان بعيد عن تناول الأطفال".
 - إشارة "مادة خطيرة".

ويمكن أن تطبع هذه البيانات مباشرة على التغليف نفسه، ويجب المواد غير الغذائية أن تعنون بطريقة يمنع أي خلط بينها وبين السلع الأخرى في ذهن المستهلك خاصة الغذائية منها، فيوضع في الوسم أيضا طبيعة التركيبة، نوعيتها، تاريخ صنعها، تاريخ نهاية استهلاكها، وتطبق نفس الأحكام السابقة الذكر الخاصة بالسلع الغذائية على السلع غير الغذائية².

أ.3- وسم مواد التجميل والتنظيف

لقد نظم المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14-01-1997 المحدد للشروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية المعدل والمتمم³.

وقد عرفت المادة 02 من هذا المرسوم منتج التجميل والتنظيف البدني أنه: "كل مستحضر ومادة باستثناء الدواء المعد للاستعمال في مختلف الأجزاء السطحية لجسم الإنسان مثل: البشرة، الشعر، الأظافر...، بهدف تنظيفها أو المحافظة على سلامتها، أو تعديل هيئتها أو تعطيها، أو تصحيح رائحتها".

¹-القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 24-03-1997 المتعلق بالمواصفات التقنية لموضع مستخلصات ماء الجافيل رهن الاستهلاك وشروطها وكيفياتها، ج.ر، العدد34، الصادرة في 27-05-1997، ص.55.

²-المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك تنص على أنه: "يجب أن تختلف تسمية البيع للمنتج عن العلامة التجارية أو علامة الصنع أو التسمية الخيالية، ويجب أن تسمح للمستهلك بمعرفة طبيعة المنتج بدقة".

³-المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14-01-1997 الذي يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، ج.ر. المؤرخة في 15 يناير 1997، العدد04، ص.14، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-114 المؤرخ في 18 أبريل 2010، ج.ر. المؤرخة في 21-04-2010، العدد26، ص.05.

فيما يتعلق بالوسم فإنه يجب أن يشتمل وسم مواد التجميل والتنظيف البدني على بيانات ملصقة بحيث تكون ظاهرة للعيان، ميسورة القراءة، غير قابلة للمحو، مكتوبة باللغة الوطنية أو بلغة أخرى كإضافة البيانات التي يجب أن يتضمنها الوسم، ولقد حددت بموجب المادة 10 من المرسوم السالف الذكر وهي:

- تسمية المنتج مصحوبة على نحو مباشر بتعيينه ما لم تتضمنه التسمية نفسها (مثلا مزيل الروائح الجسدية).

- الاسم والعنوان التجاري أو المقر الاجتماعي للمنتج الموضب أو المستورد، وكذا البلد المصدر عندما تكون هذه المواد مستوردة.

- الكمية الإسمية وقت التوضيب معبرا عنها بوحدة قياس قانونية ملائمة.

- تاريخ انتهاء الاستعمال والظروف الخاصة بالحفظ أو التخزين، هذه المدة تكون إجبارية بالنسبة لمواد التجميل والتنظيف البدني التي تتجاوز مدة صلاحيتها 30 شهرا.

- تاريخ الصنع أو المرجع الذي يسمح بالتعرف على ذلك.

- ذكر النسبة المستعملة إذا كان ذكر عنصر مكون يدخل في التسمية التجارية للمنتج.

- التركيب والشروط الخاصة بالاستعمال (مخاطر الاستعمال).

وفي حالة استحالة وضع الملصقات على المنتج يجب أن تكتب هذه الإشارة على الغلاف الخارجي للمنتج أو على دليل الاستعمال المرفق، يوجد هذا الدليل داخل المغلف، كما أنه يمكن أن لا يحتوي وسم العطور لأنواعه إلا على الإشارة المنصوص عليها في الفقرات 01-02-03-05-07 المذكورة سابقا في المادة 10، وهذا ما جاء في محتوى نص المادة 11 من نفس المرسوم.

وبالرجوع إلى نص المادة 12 من نفس المرسوم فإنه يمنع استعمال كل إشارة أو علامة أو تسمية

خيالية أو نمط تقديم أو وسم أو عرض يوحي بأن المنتج متميز بخصائص لا تتوفر فيه حقا، لاسيما فيما يتعلق بالتركيب والمزايا الجوهرية، وطريقة الصنع وأبعاد المنتج وأصله.

أ.4- وسم اللعب

لقد نظم المرسوم التنفيذي رقم 97-494 المتعلق بوسم اللعب¹، و عرّف هذا المرسوم اللعبة بأنها

"مصمم موجه صراحة لغرض للأطفال لسن أقل من 14 سنة " وقد حددت المادة 6 من هذا المرسوم

البيانات الإجبارية التي يجب أن يتضمنها وسم للعب وهي :

1- تسمية المبيع.

¹- المرسوم التنفيذي رقم 97-494 المؤرخ في 21-11-1997 المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب، ج.ر. الصادرة في 24-12-1992، العدد 85، ص.12.

2- طريقة الاستعمال.

3- الاسم والعنوان التجاري أو العلامة وعنوان المصانع، اسم المستورد، وعنوانه التجاري.

4 كل بيان آخر يصبح لازماً بموجب نص خاص .

ب- التغليف

يعد التغليف إجراءً ضروريًا لحماية المنتج من كل الأضرار التي قد تصيبه وبالتالي بعد حماية المستهلك، حيث يجب أن يقدم هذا المنتج وفق مقاييس تغليفه، وذلك من أجل تحقيق الرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص النتائج المرجوة منه حسب ما جاءت به المادة 03 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹.

وتجدر الإشارة إلى أن التغليف غير موحد بالنسبة لكل المنتجات، فكل منتج يغلف بحسب طبيعته وتركيبته.

وبالرجوع إلى نص المادة 03 الفقرة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك فإنه لا يمكن بيع السلع الغذائية التي لا تتوفر على المواصفات التقنية والتي تكون مغلفة متينا داخل أكياس، وعلب، وقارورات، أو في تغليف آخر يطابق المقاييس المعتمدة، والمواصفات القانونية²، والتنظيمية المعمول بها في ميدان التغليف، حيث يجب أن يكون التغليف مختوماً وعائماً ومستقراً كيميائياً، ويحتل كل المعلومات المعمول بها في ميدان تغليف المنتجات ذات الإستعمال الغذائي ووسمها³.

2- إعلام المستهلك بالأسعار وشروط البيع

يقع على المتدخل واجب إعلام المستهلك بأسعار السلع وتعريفات الخدمات وشروط البيع، وذلك لأهمية هذا الواجب في السماح للمستهلك من التعرف عليها دون اللجوء إلى التجار أو البائعين أو مقدمي الخدمات، مما يجعله في راحة بعد معرفة الأسعار قبل التعاقد أو أثناء التعاقد أو الإقلاع عن التعاقد، كما يمنح هذا الواجب السلطة الإدارية المختصة إمكانية مراقبة مدى تطبيق واحترام القواعد المتعلقة

¹-المادة 03 الفقرة الثالثة من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تنص على أنه: "التغليف: كل تغليب مكون من مواد أيا كانت طبيعتها موجهة لتوضيب وحفظ وحماية وعرض كل منتج والسماح بشحنه وتوزيعه وتخزينه ونقله وضمان إعلام المستهلك بذلك".

²-المادة 02 الفقرة 03 من القانون رقم 04-04 المتعلق بالتقييس تنص على أنه: "التقييس النشاط الخاص المتعلق بوضع أحكام ذات استعمال مشترك ومتكرر في مواجهة مشاكل حقيقية أو محتملة، يكون الغرض منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين".

³ -المادة 03 الفقرة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك. تنص على أنه: "الوسم الغذائي: وصف لخصائص التغذية لمادة غذائية، قصد إعلام المستهلك".

بالمنافسة، باعتبارها جزءا مهما من النظام العام الاقتصادي¹، بالإضافة إلى شفافية الممارسات التجارية ونزاهتها، فالهدف ليس فقط حماية المستهلك، بل أيضا تشجيع المنافسة عن طريق شفافية السوق².

الفرع الثاني: التزام المتدخل بأمن المنتجات

كرّس المشرع الجزائري الالتزام بالأمن كالتزام مستقل في قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03، حيث يلزم فيه المتدخل وجوب توافر الأمن في المنتجات المطروحة للتداول، لتفادي الأضرار اللاحقة بالمستهلك.

أولا: تعريف الالتزام بأمن المنتج

يعرّف الالتزام بأمن المنتج بالنظر إلى شروط، وخصائص معينة يتمتع بها هذا الالتزام، و ينبغي أن يمتد أيضا إلى ذاتية الالتزام أي على فكرة السلامة في ذاتها³، فتحديد مصطلح الأمن بدقة يسمح بتحديد مضمون التزام المدين (المتدخل)⁴.

حيث عرّفه المشرع الجزائري الالتزام بأمن المنتج في المادة 09 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والتي تطابق المادة 1-221 من قانون الاستهلاك الفرنسي⁵ بأنه: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"⁶.

فيما يعرّف الفقه الأمن بأنه: "الحالة التي يكون فيها التكامل الجسدي والصحي للمستهلك محفوظا ومحميا بصفة كاملة من أي خطر".

¹- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.84.

²- J.Calais Auloy ,F.Steinmetz,op.cit,p.57.

³- علي فتاك، الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص.13.

⁴-F.Defferrardn,une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère,Recueil Dalloz,34,1999,n°4 ,p.364.

⁵-L'article L221-1de code de la consommation dispose « les produits et les services doivent ,dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnelprésenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

⁶-المادة 09 من القانون رقم 09-03 تنص على أنه: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة، وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين.

من خلال هذه التعاريف يتضح أن الالتزام الأساسي بضمان السلامة هدفه الأساسي هو توفير الأمن، بمعنى ضمان حصول المستهلك على منتج لا ينطوي على أي خطر يمكن أن يكون مصدر ضرر بالنسبة له أو لغيره، فغياب الأمن في المنتج هو أساس إقرار الحماية القانونية¹.

وتجدر الملاحظة أن التعريف الوارد في المادة 03 فقرة 16 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي نصت على أنه: "البحث عن التوازن الأمثل بين كل العناصر المعنية بهدف تقليل أخطار الإصابات في حدود مايسمح به العمل"، كما عرّف سلامة المنتجات بأنها: "غياب كلي أو وجوده في مستويات مقبولة وبدون خطر، في مادة غذائية لملوثات أو مواد مغشوشة أو سموم طبيعية أو أية مادة أخرى بإمكانها جعل المنتج مضرًا بالصحة بصورة حادة أو مزمنة"² قد جاء غامضًا نوعًا ما.

وقد اعتمد المشرع الجزائري على معيار موضوعي في تقدير مدى سلامة المنتج من خلال المادة 09 من القانون 09-03 السالفة الذكر، فالسلامة يجب تقديرها بالنظر إلى توقع جمهور المستهلكين الموجه إليهم المنتج أو الخدمة، ومن ثم إلغائها أي تقدير لفكرة الأمن بالإرادة المنفردة للمتدخل³، لكنه ربط من جهة أخرى تطلب الأمن بقيد المشروعية، أي أن الجمهور لا يمكنه أن يتطلب الأمن المطلق في المنتج أو الخدمة، فهو من حقه أن ينتظر أو يتوقع فقط الأمن الملائم للحالة التقنية وظروف استعمال المنتج أو الخدمة⁴.

وعلى هذا الأساس فإن المستهلك له الحق في الأمن إذا استعمل المنتج أو الخدمة استعمالًا عاديًا، كما له الحق في الأمن إذا استعمل المنتج أو الخدمة في ظل ظروف غير عادية، لكن يمكن توقعها من طرف المتدخل، مثل توقع منتج ممحاة تشبه في شكلها قطعة حلوى محاولة الأطفال تناولها وتعرضهم لخطر الإختناق أو الموت، أما إذا تم استعمال المنتج بطريقة غير عادية، وغير متوقعة من طرف المتدخل فإنه لاحق للمستهلك في السلامة⁵، مثلًا منتج السيارات لا يجب عليه أن يتوقع أن

¹- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص.52.

²- تنص المادة 03 فقرة 06 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: سلامة المنتجات غياب كل أو وجوده في مستويات مقبولة وبدون خطر، في مادة غذائية لملوثات أو مواد مغشوشة أو سموم طبيعية أو أية مادة أخرى بإمكانها جعل المنتج مضرًا بالصحة بصورة حادة أو مزمنة".

³- M.Kahloula G.Makamacha, op.cit, p.13.

⁴- المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 06-05-2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج.ر. المؤرخة في 09 ماي 2012، العدد 28، ص.18.

⁵- J.Calais Auloy, F.Steinmetz, op.cit, n°250, p.276.

المستهلك سوف يستعمل سيارة مخصصة للسياحة للمشاركة في مسابقة رياضية، فالمنتج غير ملزم بالالتزام بالأمن في هذه الحالة¹.

ثانياً: تحديد طبيعة ونطاق الالتزام بأمن المنتج

تتجلى لنا نظرة المشروع الجزائري للالتزام المتدخل بضمان أمن المنتج، وتتحدد أكثر بتحديد طبيعته القانونية ومعرفة نطاق تطبيقه.

تتجلى تحديد طبيعة الالتزام بأمن المنتج بيان مدى ما يبذله المدين بهذا الالتزام من جهد للوفاء به، وبمعنى آخر هل على هذا المدين التزام ببذل جهد معين في سبيل تنفيذه لهذا الالتزام، ولا يسأل عن النتيجة أم هو ملزم بتحقيق نتيجة؟ وفقاً لهذا التكييف تتحدد آثار الالتزام بالأمن على الضحية أي تحديد نطاق الالتزام بأمن المنتج من حيث الأشخاص يكتسي أهمية بالغة، تكمن في تحديد الدائن والمدين بهذا الالتزام، وما لهذا التحديد من أهمية في إقرار المسؤولية من خلال حصر الأشخاص المعنيين بالأمن، أي تحديد الشخص المستفيد من الحماية المقررة قانوناً، وكذا معرفة الشخص المسؤول في مواجهة المضرور. كما يتحدد نطاق الالتزام بأمن المنتج بمعرفة موضوعه، والمتمثل في ضمان المنتوجات والخدمات المعروضة للاستهلاك من أي خطر قد يمس بصحة وأمن المستهلك، أو يضر بمصالحه المادية.

1- تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بأمن المنتج

أن الالتزام بأمن المنتج لم يكتف دائماً بنفس الكيفية، وإنما كانت طبيعته تتغير تبعاً للظروف وللدور الذي تلعبه السلامة الصحية، فإحياناً يظهر كالتزام ببذل عناية وأحياناً أخرى كالتزام بتحقيق نتيجة.

يذهب بعض الفقه² في تحديده لطبيعة الالتزام بأمن المنتج إلى القول بأن هذا الالتزام ليس التزاماً ببذل عناية، بل هو أكثر ولكنه أقل من التزام بتحقيق نتيجة.

فهو أكثر من التزام ببذل عناية، لأن العبرة في قيام المسؤولية تتجاوز سلوك المتدخل وخطئه إلى ما تنطوي عليه المنتوجات من خطورة، فالمسؤولية تقوم بمجرد حصول الضرر دون حاجة لإثبات خطأ المحترف، ولكنه أقل من التزام بتحقيق نتيجة، لأن وقوع الضرر لا يكفي وحده لقيام مسؤولية المتدخل، بل يتعين على المستهلك إثبات أن الضرر قد حصل بفعل عيب في المنتج أي إثبات الصفة المعيبة للمنتج، وبذلك تتحدد طبيعة الالتزام بأمن المنتج بكونه التزام بتحقيق نتيجة مخفف.

¹- ناصر فتيحة، الأمن كتابع للالتزام بالمطابقة، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 02، سبتمبر 2009، ص. 93.

²- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك -دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص. 569.

فالمسألة إذن تحتاج إلى نوع من الموازنة، من جهة المتدخل يجب ألا يتحمل في كل مرة المسؤولية دون إقامة الدليل على الدور الإيجابي للمنتج في إحداث الضرر، وإلا تأثرت حركة الانتاج الصناعي، أما من جهة المستهلك فيجب إلا يتحمل عبء إثبات خطأ المتدخل، والذي يعد أمرا عسيرا حتى بالنسبة للخبراء والفنيين بسبب تعقد أساليب الصناعة.

فالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة كما يقرر بعض الفقه ليست مسؤولية خطئية لأنها لا تقوم على الخطأ، كما أنها ليست مسؤولية موضوعية مطابقة لأنها لا تقوم على عنصر الضرر وحده، وإنما تتطلب إثبات العيب في المنتج، كما أنه يمكن نفيها في حالات عديدة إما بإثبات السبب الأجنبي أو أي من أسباب الإعفاء التي يقرها القانون، مما يعني أن هذا الالتزام ذو طبيعة خاصة تتمثل في أنه متى لحق شخص ضرر بسبب عيب في المنتج يلزم المتدخل بالتعويض¹.

ويبدو أن هذا الرأي يمكن الأخذ به في ظل القانون الجزائري الساري المفعول حاليا حيث تنص المادة 140 مكرر من القانون المدني في فقرتها الأولى على أنه: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"، فالمضروور إذن يجب أن يثبت الضرر والعلاقة السببية بين كل من العيب والضرر.

2- نطاق الالتزام بأمن المنتج

يلتزم المتدخل بضمان أمن وسلامة المنتجات التي يعرضها للاستهلاك، وبذلك يتحدد نطاق الالتزام بأمن المنتج بمعرفة أطراف الالتزام من جهة، وتحديد موضوعه من جهة أخرى.

أ- نطاق الالتزام من حيث الأشخاص

يقتضي تحديد نطاق الالتزام بأمن المنتج من حيث الأشخاص تحديد الشخص المستفيد من الحماية القانونية، غير أن المسألة أثارت إشكالا هاما بخصوص قصر الحماية القانونية على الشخص الذي يوصف بالمستهلك، وإمكانية تمديدها لتشمل كل شخص يتضرر بفعل المنتجات المعيبة. للإجابة عن هذا التساؤل ينبغي تحديد المتضرر الجدير بالحماية القانونية، ولتطبيق هذه الحماية ينبغي أن يتصف

¹ -سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص.349.

أحد طرفي العلاقة الاستهلاكية¹ بالمستهلك، والأخر بالمتدخل باعتباره الطرف المدين بالالتزام بأمن المنتج.

أ.1- الدائن بالالتزام بأمن المنتج

لاشك أن هدف قانون حماية المستهلك وقمع الغش يتمثل في حماية هذا الأخير -أي المستهلك- كما هو وارد في المادة الأولى من القانون رقم 09-03، ولقد تأكد هذا بالنسبة للالتزام بالأمن طبقا لما نصت عليه المادة 09 من نفس القانون، لكن بمقارنة هذه المادة بما يقابلها في قانون الاستهلاك الفرنسي أي المادة L.121-1² نلاحظ أن هذه الأخيرة لا تشير إلى المستهلك، وإنما تتضمن مصطلح "الأشخاص" مما يعني أن الالتزام بالأمن حسب هذه المادة لا يهدف إلى حماية المستهلكين فقط، وإنما يهدف إلى حماية كل شخص تضرر بفعل المنتج المعيب، وغاية مافي الأمر أن المستهلكين يشكلون الفئة الكبرى المستفيدة من هذا الالتزام.

أ.2- المدين بالالتزام بأمن المنتج

إن الطرف الثاني في العلاقة الاستهلاكية هو المتدخل، إذ اختلفت وتعددت التعاريف التي تناولته (سبق دراستها).

من خلال التعاريف التي جاء بها المشرع الجزائري يلاحظ أنها تتشابه فيما بينها في اعتبار المدين بالالتزام بأمن المنتج كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك، الأمر الذي يجعل مصطلح "المتدخل" الوارد في قانون حماية المستهلك وقمع الغش مصطلحا عاما يدخل في مفهومه كل شخص تدخل خلال عرض المنتج للاستهلاك، وبالتالي فإنه يكون للضحية وفقا للنص السابق الإختيار في ممارسة دعواه ضد أي متدخل (المنتج-الموزع-المستورد-البائع)، بشرط إثبات إخلاله بالتزامه بالأمن والسلامة.

ب- نطاق الالتزام بالأمن من حيث الموضوع

يمثل ضمان أمن وسلامة المنتجات المعروضة للاستهلاك موضوع التزام المحترف، إذ يتعين على كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك أن يقدم منتجات مضمونة أي متوفرة على مستوى

¹ -يقصد بمفهوم العلاقة الاستهلاكية العملية الاستهلاكية، ومصطلح العلاقة لا يعني بالضرورة وجود عقد بين طرفي العملية الاستهلاكية.

² -Art L.121-1 du code Consom.Fr qui dispose « les produits et les services doivent ,dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, presenter la securité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص¹، وبذلك يكتسي تعريف المنتج أهمية بالغة في تحديد نطاق الالتزام بأمن المنتج من حيث الموضوع.

تنص المادة 02 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بأنه: "تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجانا وعلى كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك".

وتعرّف المادة 03 فقرة 11 من نفس القانون المنتج بأنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن تكون محل تنازل بمقابل أو مجانا"، كما تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات الملغى بأن المنتج هو: "كل ما يقنتيه المستهلك من منتج مادي أو خدمة".
وعليه تكون موضوع معاملة بين المستهلك والمتدخل كل سلعة أو خدمة محل عرض للاستهلاك، سواء كانت بمقابل أو مجانا، والتي ينبغي أن تستجيب لرغبات المستهلك المشروعة في ضمان مصالحه الاقتصادية وسلامته الجسدية والمعنوية.

بالإضافة إلى السلع، قد يقع الاستهلاك على أداء خدمة معينة²، وعلى هذا الأساس يمكن أن يكون موضوع التزام المتدخل بالأمن أداء خدمة وفق مقاييس الأمان المتطلبة، ويشمل هذا الالتزام كل الخدمات القابلة للتقدير النقدي بصرف النظر عن طبيعتها، فنظرا لإتساع قطاع الخدمات خاصة في السنوات الأخيرة أصبح من الضروري حماية المستهلك من هذه الخدمات التي لا تستجيب في الكثير من الأحيان لرغباته المشروعة في السلامة كخدمات الفنادق والمطاعم.

الفرع الثالث: الالتزام بضمان سلامة المنتجات

إن ضمان سلامة المنتجات مرهون بقواعد قانونية صارمة وملزمة لتحقيق أمن المستهلكين، إذ أنه ومن أجل تحقيق تجارة حرة لا بد أن يخضع لمبدأ أسمى هو صحة وأمن المستهلكين والأشخاص بصفة عامة.³

أولا: تعريف الالتزام بضمان سلامة المنتج وخصائصه

¹-المادة 03 فقرة 13 من القانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تنص على أنه: "منتج مضمون: كل منتج، في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدة، لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص".

²-إن مفهوم الخدمة غير مألوف في القانون المدني، لكنه شائع الاستعمال في القانون الاقتصادي.

³-علي بولحية بوخميس، المرجع السابق، ص.54.

في الوقت الحالي لا يمكن الاعتماد على المنافسة الحرة لضمان سلامة المنتجات، إذ لابد من اللجوء إلى قواعد قانونية صارمة لتحقيق الالتزام، والذي لابد من تعريفه والتعرض لخصائصه.

1-تعريف الالتزام بضمان سلامة المنتج

إن الالتزام بضمان السلامة هو فكرة وليدة الحاجة تمثلت هذه الأخيرة في ظهور لأضرار لا تستوعبها النصوص القانونية السارية المفعول آنذاك، فشكلت عند ذلك نوعا من القصور حاول الفقه وضع حلول مناسبة له، وهذه الفكرة جسدها القضاء في أحكامه وما لبث أن تبناها المشرع الجزائري.

ولم تحظى فكرة الالتزام بضمان السلامة بأي تعريف فقهي، وكذلك الأمر بخصوص القضاء، مع أن هذا الأخير يردد في الكثير من أحكامه العبارات الدالة على وجود التزام بضمان السلامة، أما بخصوص التشريع فإنه يبدو لنا أن عدم إيراد تعريف له هذه الفكرة يأتي مبررا على أساس ضرورة مرونة النص كشرط من شروط الصياغة الفنية لهذا الأخير.

فالالتزام بضمان السلامة هو التزام ذو طبيعة خاصة، إذ أنه يجد أحكامه في ضوء المسؤولية الموضوعية على خلاف الالتزامات الأخرى التي تجد أحكامها في ضوء المسؤولية الخطئية كالتزام بالمطابقة، أو تجد أحكامها في ضوء نظرية الضمان كما هو بخصوص الالتزام بضمان العيب الخفي، ويقصد به: "كل منتج يجب أن يتوفر على ضمانات ضد المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك، أو أمنه أو تمس مصالحه المادية، وعلى المتدخل عند الإقتضاء الالتزام بضمان الضرر الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك بسبب العيب أو تحمل الجزاء الذي يقرره القانون".

وجاء تعريف هذا الالتزام مستندا إلى نص المادة 02 من القانون رقم 89-02 المتعلق بحماية المستهلك(الملغى)، والتي حلت محلها المادة 09 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الجديد¹، وجاء من جهة أخرى شاملا للعناصر الأساسية لهذه الفكرة المتمثلة في ما يأتي:

-أن الالتزام بضمان السلامة يتعلق بالمنتجات عموما.

-أن طرفا الالتزام يتمثلان في الأشخاص كدائنين بهذا الالتزام والمتدخل كمدین بهذا الالتزام.

-أن هذا الالتزام يتعلق بالأضرار التي تلحق الأشخاص فيما يتعلق بصحتهم أو أمنهم أو بمصالحهم المادية والناجمة عن عيوب المنتجات.

2-خصائص الالتزام بضمان سلامة المنتج

¹-المادة 09 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالفة الذكر.

يتميز الالتزام بضمان سلامة المنتج وفقا لما استقر عليه الأمر في التشريع والقضاء بخاصيتين أساسيتين، تتمثل إحداها في أنه التزام عام، والثانية في أنه ذو طبيعة خاصة.

أ-الالتزام بضمان السلامة التزام عام

نشأ الالتزام بضمان السلامة خاصا بعقد النقل، ومنه انتقل إلى العديد من العقود الأخرى ومن أهمها عقد البيع، ولكنه سرعان ما انتهى إلى التزام عام بضمان سلامة المنتج بصرف النظر عن أي رابطة عقدية، وبصرف النظر عن النظام القانوني للمتدخل وبصرف النظر عن الضرور سواء كان متعاقدا أو غير متعاقدا، كما أن صيغة العمومية أيضا تمتد لتشمل معيار توقع احتياطات السلامة، إذ أنه ينظر إلى توقع العموم المعنيين بالمنتج وليس طبقا لرأي المتدخلين¹.

ومما يدل على الطابع العام للالتزام بضمان سلامة المنتج أن النصوص القانونية المنظمة له، ولاسيما المادة 09 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والفقرة 01 من المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم² أكدت على ذلك من خلال ما يأتي:

-لاتشير إلى مصطلح العقد بل أنها تشير إلى وجود الالتزام، على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية.
-أنها تستخدم للدلالة على الدائن بالتزام ضمان سلامة المنتج بالنسبة للمستهلك، والأشخاص والمضور، فالسلامة تعد بذلك دين مقرر في ذمة المتدخل لصالح كل شخص يتضرر من استهلاك المنتج.

ب-الالتزام بضمان السلامة ذو طبيعة خاصة

يقصد بطبيعة الالتزام بضمان السلامة تحديد ما إذا كان هذا الالتزام هو التزام محدد بتحقيق نتيجة، أم أنه التزاما ببذل عناية؟ أم أنه التزام ذو طبيعة خاصة؟ يرى بعض الفقه أن الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة، ويرى البعض الآخر أنه التزام ببذل عناية، والأثر المترتب على التمييز بين الحالتين هو :

¹-حساني علي، ضمان حماية المستهلك نحو نظرية عامة في التشريع الجزائري، ط.1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2016، ص.168.

²-تنص المادة 140 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه: "من كان حائزا بأي وجه كان لعقار أو جزء منه، أو منقولات، حدث فيها حريق لا يكون مسؤولا نحو الغير عن الأضرار التي سببها هذا الحريق إلا إذا ثبت أن الحريق ينسب إلى خطئه أو خطأ من هو مسؤول عنهم.

مالك البناء مسؤول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه.

ويجوز لمن كان مههدا بضرر يصيبه من البناء أن يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير الضرورية للوقاية من الخطر فإن لم يقم المالك بذلك، جاز الحصول على إذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه".

إذ أنه يترتب على اعتبار بضمان السلامة التزاما ببذل عناية، أنه لا يكفي عندئذ للمستهلك للحصول على التعويض أن يثبت حصول الضرر بفعل المنتج، بل يتعين عليه أن يقيم الدليل على خطأ المتدخل المتمثل في عدم إتخاذ الإحتياطات اللازمة لتجنب وجود عيب أو خطورة بالسلعة المباعة، فيكون المتدخل خطأً أن هو لم يتخذ هذه الإحتياطات، أو إذا علم بوجود العيب ولم يلفت نظر المشتري اليه.

أما بالنظر إلى التزام المتدخل بضمان السلامة على أنه التزام بتحقيق نتيجة فإن هذا يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات على المضرور، والذي يستطيع الحصول على التعويض بمجرد إثبات تخلف النتيجة المطلوبة، أي بمجرد إثبات حصول الضرر بفعل السلعة التي قام بشرائها، فالمستهلك يستحق التعويض عندما يقيم الدليل على وجود الضرر، وعلى علاقة السببية التي تربطه بالسلعة.

واعتبر الفقه أيضا أن اعتبار هذا الالتزام التزام بتحقيق نتيجة نظرا للأسباب التالية:

إن القول بأن الالتزام بضمان السلامة هو التزام ببذل عناية من شأنه تفرغ الالتزام بالسلامة من مضمونه، وجعله عديم الجدوى.

إن القول بأنه التزاما ببذل عناية من شأنه أن يؤدي إلى المغايرة في الأحكام المطبقة على المسؤولية الناجمة عن هذه الأضرار، وتلك الناشئة عن حراسة الأشياء غير الحية.

إن القضاء الفرنسي لم يجز للبائع التوصل من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قد قام بواجب الإعلام على أكمل وجه.

ويبدو أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به في ظل القانون الجزائري، فالالتزام بضمان السلامة يجب أن لا يبحث عن طبيعته في إطار خطأ سلوك المتدخل، ومن ثم لا يهتم ما إذا كان الالتزام بضمان السلامة هو التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أن بحثه في هذا الإطار يتعارض مع نصوص صريحة تقضي بقيام المسؤولية المدنية عن الالتزام بضمان السلامة بصرف النظر عن قيام الخطأ، إذ أنها تقوم على الضرر، منها المادتين 03 و06 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 السالف الذكر.

ولا يتعارض هذا الرأي مع ما يمكن استخلاصه من نص المادة 02 من القانون رقم 09-03 التي نصت على أنه: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرر بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"، فظاهر النص يوحي وبوجه خاص عبارة "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك" تفيد أن المنتج ومن هو في حكمه يعد ملتزما بالقيام بعمل يتمثل في توفير ضمانات السلامة في المنتج، وما دام أن النص لم يقض

باعتباره ملزماً بتحقيق نتيجة فإنه طبقاً لمقتضيات الفقرة 01 من المادة 172 من القانون المدني المعدل والمتمم، فإنه يكون قد وفى الالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود أي أن التزامه يعد التزاماً ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق نتيجة.

-ثانياً: مضمون الالتزام بضمان السلامة

يقصد بطبيعة الالتزام بضمان السلامة تحديد ما إذا كان هذا الالتزام هو التزام محدد بتحقيق نتيجة، أم أنه التزام ببذل عناية؟ أم أنه التزام ذو طبيعة خاصة؟ يرى بعض الفقه أن الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة، ويرى البعض الآخر أنه التزام ببذل عناية، والأثر المترتب على التمييز بين الحالتين هو :
إذ أنه يترتب على اعتبار بضمان السلامة التزاماً ببذل عناية، أنه لا يكفي عندئذ للمستهلك للحصول على التعويض أن يثبت حصول الضرر بفعل المنتج، بل يتعين عليه أن يقيم الدليل على خطأ المحترف المتمثل في عدم إتخاذ الإحتياطات اللازمة لتجنب وجود عيب أو خطورة بالسلعة المباعة، فيكون المتدخل خطأً أن هو لم يتخذ هذه الإحتياطات، أو إذا علم بوجود العيب ولم يلفت نظر المشتري إليه.

أما بالنظر إلى التزام المتدخل بضمان السلامة على أنه التزام بتحقيق نتيجة فإن هذا يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات على المضرور الذي يستطيع الحصول على التعويض بمجرد إثبات تخلف النتيجة المطلوبة، أي بمجرد إثبات حصول الضرر بفعل السلعة التي قام بشرائها، فالمستهلك يستحق التعويض عندما يقيم الدليل على وجود الضرر وعلى علاقة السببية التي تربطه بالسلعة.
واعتبر الفقه أيضاً أن اعتبار هذا الالتزام التزاماً بتحقيق نتيجة نظراً للأسباب التالية:

-إن القول بأن الالتزام بضمان السلامة هو التزام ببذل عناية من شأنه تفرغ الالتزام بالسلامة من مضمونه، وجعله عديم الجدوى.

-إن القول بأنه التزاماً ببذل عناية من شأنه أن يؤدي إلى المغايرة في الأحكام المطبقة على المسؤولية الناجمة عن هذه الأضرار، وتلك الناشئة عن حراسة الأشياء غير الحية.

-إن القضاء الفرنسي لم يجز للبائع التصل من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قد قام بواجب الإعلام على أكمل وجه.

ويبدو أن هذا الرأي لا يمكن الأخذ به في ظل القانون الجزائري، فالالتزام بضمان السلامة يجب أن لا يبحث عن طبيعته في إطار خطأ سلوك المتدخل، ومن ثم لا يهتم ما إذا كان الالتزام بضمان السلامة هو التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة، ذلك أن بحثه في هذا الإطار يتعارض مع نصوص

صريحة تقضي بقيام المسؤولية المدنية عن الالتزام بضمان السلامة بصرف النظر عن قيام الخطأ، إذ أنها تقوم على الضرر، منها الفقرة 01 من المادة 140 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم.

ولا يعارض هذا الرأي مع ما يمكن استخلاصه من نص المادة 02 من القانون رقم 09-03 التي نصت على أنه: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرر بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"، فظاهر النص يوحي وبوجه خاص عبارة "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك" تفيد أن المنتج ومن هو في حكمه يعد ملتزما بالقيام بعمل يتمثل في توفير ضمانات السلامة في المنتج، وما دام أن النص لم يقض باعتباره ملزما بتحقيق نتيجة فإنه طبقا لمقتضيات الفقرة 01 من المادة 172 من القانون المدني المعدل والمتمم، فإنه يكون قد وفى الالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود أي أن التزامه يعد التزاما ببذل عناية وليس التزاما بتحقيق نتيجة.

غير أن هذه النتيجة نتيجة نسبية ذلك أنه هناك إشارة إلى معطيات هامة في الفقرة 01 من المادة 140 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم، والتي نصت على أنه: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن العيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، تتمثل هذه المعطيات فيما يلي: - أن المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الملغى ورد فيها عبارة "جميع الحالات" بمعنى في الحالات التي يكون فيها على علم بوجود الخطر، أو الحالة التي لا يكون كذلك، وسواء كان قد ارتكب خطأ جسيما أو غشا أو لم يكن كذلك.

- والفقرة 01 من المادة 140 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم أشارت إلى أنه على المحترف أن يصحح "الضرر" الذي يصيب الأشخاص أو الأملاك، والذي يكون "بسبب" نقص الأمن المسبب للخطر، وعليه فإنه مسؤولية المتدخل هنا مسؤولية موضوعية مبنية على أساس الضرر، وليس لها علاقة بالخطأ، وبالتالي لا مجال للبحث عن طبيعة الالتزام بضمان سلامة المنتج من خلال سلوك المتدخل، مما يعني أن هذا الالتزام أو طبيعة خاصة لكونه متى لحق الشخص ضرر بسبب عيب في المنتج ألزم المتدخل بالتعويض.

المطلب الثاني: الالتزامات المفروضة في مرحلة التعاقد

يعتبر الضمان وخدمة ما بعد البيع من أهم الحقوق المعترف بها للمستهلك بموجب القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وذلك كونهما يهدفان إلى تمكين المستهلك من الحصول على منتج مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد، وخلوه من العيوب التي قد تشوب المنتج أو السلعة محل العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى يهدفان إلى حماية المصالح المادية والاقتصادية للمستهلك، و

نتناول في هذا الصدد كل من أحكام الضمان (الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى الخدمة ما بعد البيع (الفرع الثاني)، ثم إلى مطابقة المنتج للمواصفات القياسية، وأخيرا الالتزام بالنظافة الصحية للمادة الغذائية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الالتزام بالضمان

إن مسألة افتراض سلامة المنتجات ومطابقتها للمواصفات والمقاييس لا يمكن التأكد منها فعلا إلا بعد تجريب المنتج واستعماله، فغالبا ما يقتني المستهلك منتجات يستحيل الإنتفاع منها نظرا للعيوب التي تظهر مع استعمالها، الأمر الذي سيخيب حتما الرغبات المشروعة للمستهلك والتي كان ينتظرها من المنتج.

لهذا فرض المشرع على المتدخل بموجب أحكام المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بضمان منتوجاته من العيوب الخفية التي قد تظهر لدى استعماله، والتي من شأنها إزالة أو الإنقاص من إنتفاعه، ونظرا لأهمية هذا الالتزام وجب علينا الإشارة إلى أحكامه في الفصل في ظل في قانون الاستهلاك الجزائري¹.

أولا: تعريف الالتزام بالضمان المنصوص في قانون الاستهلاك

الالتزام بالضمان حسب قانون حماية المستهلك وقمع الغش هو التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة، في حالة ظهور عيب بالمنتج باستبدال هذا الأخير، وإرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته، وعرف المشرع الجزائري أيضا الضمان بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-327 في المادة الثالثة منه على أنه: "يقصد بالضمان: الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلع أو خدمات غير مطابقة لعقد البيع (كل بند تعاقدى أو فاتورة أو قسيمة شراء أو تذكرة صندوق أو كشف تحاليل أو كل وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما)، وتغطي العيوب الموجودة أثناء اقتناء السلعة أو الخدمة"². وهناك نوعان من الضمان هما الضمان الاتفاقي الذي يعتبر كل التزام تعاقدى محتمل يبرم، وكذا الضمان القانوني الذي

¹-Biblio.univ-alger.dz.

²-المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26-09-2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج.ر المؤرخة في 02 أكتوبر 2013، العدد 49، ص.52.

ينفذه المتدخل لفائدة المستهلك، فالضمان هو التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتج باستبدال هذا الأخير، أو إرجاع ثمنه، أو تصليح السلعة، أو تعديل الخدمة على نفقته.

ثانيا: الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان

إن تكييف الالتزام بالضمان يعد خطوة أولية لقياس إخلال المدين بالتزامه، فالالتزام بالضمان هو التزام قانوني أو تعاقدية، غير أن الالتزام التعاقدية قد يكون التزما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، كما نجد أن جل المستهلكين يقبلون على بعض المنتوجات التي تكون فيها مدة الضمان أطول، من دون علمهم أن كان هذا الضمان قانونيا أو إضافيا، فالضمان القانوني يختلف كل الاختلاف عن الضمان الاتفاقي أو الإضافي.

عند تفحص نصوص قانون حماية المستهلك نجده يعتبر الالتزام بالضمان بالتزما قانونيا قائم بذاته، وأن المتدخل ملزم بتحقيق نتيجة من خلال تنفيذ الضمان¹.

ثالثا: أنواع الالتزام بالضمان

بالنظر إلى القواعد المنظمة للالتزام بالضمان نجد نوعين من الضمان، أحدهما ضمان قانوني²، والآخر ضمان اتفاقي، كما نص المشرع على حق المستهلك في خدمة مابعد البيع كالتزام مكمل للالتزام بالضمان³.

1- الضمان القانوني

نص المشرع الجزائري على هذا النوع من الضمان في المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنه: "يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو خدمة أو أداة أو آلة أو عتاد أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات.

¹ - محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 366.

² - محمد ضويفي، حق المستهلك في ضمان المنتج وتوفير خدمة مابعد البيع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 08، ص. 264.

³ - www.asjp.cerist.dz.

- يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة وفي حالة ظهور عيب بالمنتج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته.

- يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان دون أعباء إضافية.

- يعتبر باطلا كل شرط مخالف لهذه المادة¹.

ويستخلص من نص المادة أن المشرع الجزائري تناول الضمان من جانب من يثبت له هذا الحق.

وتكون مدة الضمان حسب طبيعة المنتج وهي في الغالب 06 أشهر، ويعتبر الضمان من القانون العام، لا يجوز الاتفاق على الإنقاص منه، أو إبطاله، وكل شرط يقضي بذلك يعتبر باطلا مع سريان العقد.

كما يجب أن يكون الضمان القانوني مجانياً، فليس للمتدخل أن يرفع من سعر السلعة لمجرد حصول المستهلك على الضمان عند إقتنائها¹.

ثانياً: شروط الالتزام بالضمان القانوني:

يشترط لقيام المتدخل بأداء الضمان القانوني الشروط التالية:

1- أن يوجد عيب في المنتج:

تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات على أنه: "في إطار تنفيذ الضمان يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة أو خدمة مطابقة لعقد البيع ويكون مسؤولاً عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم خدمة".

وجاء في نص المادة 13 الفقرة 02 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته".

يتضح من خلال هاتين المادتين أن المقصود بالعييب هو الخلل أو الفساد والضعف الذي قد يصيب الشيء المبوع ويؤثر في صلاحيته للعمل²، وهو قد يكون خلافاً كلياً يصيب الجهاز المبوع بأكمله

¹ - محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 373.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 759.

ويؤدي إلى توقفه عن العمل وقد يكون خلا جزئيا يتعلق بأحد أجزاء الجهاز المبيع، وقد يؤثر الخلل على كفاءة الجهاز المبيع ومستوى أداء الخدمة المطلوبة منه بالمقارنة بالأجهزة المماثلة، وهو ماسنوضحه في الدراسة التالية.

2- تأثير العيب في كفاءة أو صلاحية الشيء المبيع للعمل:

لا يشترط في الخلل الذي يضمنه البائع أن يكون عيبا خفيا قديما مؤثرا ينقص من قيمة المبيع، أو من نفعه وفقا للفقرة 01 من نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري، وإنما يكفي أن يؤثر الخلل في كفاءة وصلاحية المبيع للعمل حتى يقوم التزام البائع بإصلاحه وصيانته، أيا كان سبب الخلل أو العطل¹، فصلاحية المبيع تعتبر المعيار الذي يمكن به الحكم على وجود الخلل أو العطل من عدمه.

والمقصود بالصلاحية للعمل حتى يقوم البائع بالإصلاح هو أداء الجهاز للوظيفة المرجوة منه بكل جوانبها الضرورية منها والكمالية، فالخلل الذي يصيب الجزء الخاص بتحريك مقاعد السيارة في الأوضاع المناسبة شأن ذلك الذي يطرأ على المحرك.

ومن ثم يلتزم البائع بإصلاح كل أنواع الخلل، أو الأعطاب التي تصيب الشيء المبيع مهما كانت بيسيرة طالما تؤثر في صلاحية المبيع للعمل.

لم يتطلب القانون الجزائري وفق معيار المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 السالف الذكر² لإعمال أحكام الضمان وإلزام البائع (المتدخل) بإصلاح المبيع وصيانته، وجود عيب مؤثر يؤدي إلى نقص قيمة الشيء المبيع أو نفعه بدرجة محسوسة وإنما يكفي بظهور خلل في الشيء المبيع، حيث

¹-وتقابلها المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي بنصها:

Art L. 1641 « le vendeur est tenu de la garantie ç raison des défautes cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine ,ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise,ou n'en aurait donné qu »un moindre prix,s'il les avait connus ».

²-تنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ على أنه: "يجب ان يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والمذكور أعلاه، دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية إما:
- بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة.

- باستبدالها.

- برد ثمنها.

- وفي حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المنتج موضوع الضمان أو برد ثمنه".

يلتزم البائع بضمان هذا الخلل وإصلاحه مهما كان بسيطاً وبصرف النظر عن جسامته أو تهاوته ما دام هذا الخلل يؤثر في أداء الشيء المبّيع لوظيفته.

ومعيار الوظيفة المرجوة من الشيء المبّيع أو الغاية المقصودة منه هو معيار موضوعي يتضح من الغرض الذي أعد من أجله كما هو واضح من طبيعته، ومن الاتفاق المبرم بين الأطراف، ويستعين القاضي في ذلك بالقياس على سلعة أخرى أو جهاز آخر من نفس النوع، ويتعين على المحكمة أن تبين مدى تأثير الخلل الموجب للضمان على صلاحية المبّيع للعمل، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور الموجب للنقض.

ومتى وجد الخلل الذي يآثر في نظام عمل الجهاز فإنه يثبت للمشتري الحق في الرجوع على صانع الجهاز مبشرة، بالإضافة إلى بائع الجهاز، ومطالبته بتقديم قطع الغيار والقيام بأعمال الإصلاح والصيانة اللازمة¹.

يضمن البائع الخلل المؤثر في صلاحية المبّيع للعمل ولو كان في استطاعة المشتري أن يثبته لوأنه فحص المبّيع بعناية الرجل العادي، أو كان المشتري يعلمه وقت البيع أو كان الخلل ظاهراً.

كما يلزم أن يكون الخلل قديماً فالبائع يضمن الخلل ويلتزم بإصلاحه ولو كان سببه لاحقاً على التسليم، حيث تقوم قرينة بسيطة مؤداها أن كل خلل يظهر في المبّيع أثناء فترة الضمان يعتبر راجعاً إلى عيب قديم سواء كان العيب في تصميم الجهاز أو في تركيبه أو في المادة المصنوع منها، ويؤدي تطبيق هذه القرينة إلى نقل عبء الإثبات إلى البائع الذي يجب عليه -إن أراد التخلص من المسؤولية المترتبة على إخلاله بالالتزام بإصلاح المبّيع وصيانته- أن يثبت أن الخلل يرجع إلى خطأ المشتري².

3- أن لا يكون العيب راجعاً لخطأ المستهلك:

إذا استطاع البائع إثبات أن ما أصاب المبّيع من خلل كان راجعاً إلى خطأ المشتري الذي أساء استعمال الشيء المبّيع، أو استعمله في غير الغرض المحدد له أو في غير ما أعد له بطبيعته، كقيادة المشتري المتهورة أو وصل الجهاز بتيار أقوى مما هو مذكور عليه أو في العلبة التي بيع فيها، فالبائع يعفى من الضمان ولا يلتزم بإصلاح ما أصاب المبّيع من خلال في هذه الحالة، وأي خطأ من جانب الزبون المستفيد من الالتزام بالصيانة سيغفي البائع، ولو على الأقل جزئياً من المسؤولية، كما لو ترك

¹- Gérard .Cas et Didier Ferrier, traité de droit de la consommation, éd P.U.F, 1986, n°517, p.455-456.

²- J.Ghestin, conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers),198,p.310-311.

الزبون الوضع يتدهور ولم يخطر البائع بحدوث الخلل أو العطل، وأي تدخل من الزبون في غير وقته أو في غير موضعه يكون خاطئاً، ويعفي البائع ولو على الأقل جزئياً من المسؤولية.

فالتزام البائع بإصلاح الخلل مشروط بأن لا يكون الخلل أو العطل قد تدخل في حدوثه المشتري، مثلاً لا يسأل البائع عن العطل الذي يعيب الساعة المباعة نتيجة سقوطها من يد المشتري و انكسر جزء منها¹.

والتزام البائع بالصيانة يفترض أن الزبون يستعمل الجهاز المبيع وفقاً لشروط الظروف العادية، حيث يجب على الزبون استعمال الجهاز المبيع وفقاً لشروط الاستخدام واتباع التعليمات الفنية الصادرة من المنتج.

فمخالفة المشتري للتعليمات الصادرة من المنتج، والخاصة بكيفية التشغيل واحتياطات الاستعمال أو الإخلال بواجب الالتزام بالحيطه، والحذر في استعمال الشيء، فإنه يعد مرتكباً لخطأ يسقط معه حقه في التمسك بالضمان.

في الواقع فإن التزام المنتج والبائع بإصلاح الخلل أو العطل الراجع إلى خطأ المنتج في صناعة الشيء المبيع، ويعتبر تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية عن الخطأ في تنفيذ العقد، وما تنص عليه المادة 107-1 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية"، حيث أصبح الالتزام بإصلاح وصيانة الخلل الذي يرجع إلى عيوب الصناعة من مستلزمات عقود بيع الأجهزة الحديثة تطبيقاً لنص المادة 107-2 من القانون المدني الجزائري، والتي تؤكد على أنه: "لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يكون أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

4- ظهور العيب خلال الفترة المشمولة بالضمان:

تنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 السالف الذكر على أنه: "لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن ستة (06) أشهر ابتداءً من يوم تسليم السلعة الجديدة أو تقديم الخدمة.

تحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة بقرار من الوزير المكلف بحماية المستهلك وقمع الغش أو بقرار مشترك بينه، وبين الوزير المعني"¹.

¹ - محمد نبيب شنب، عقد البيع، دار النهضة العربية، 2000، ص.355.

من خلال النص يتضح أنه يجب أن يظهر الخلل أو يحدث العطل خلال الفترة المعينة للضمان لكي يلتزم البائع بإصلاح المبيع وصيانته، وتختلف هذه الفترة حسب طبيعة الجهاز المبيع والشركة المنتجة له، وهي تتراوح عادة بين ستة أشهر أو سنة أو خمس سنوات².

ويتم تحديد هذه المدة بالاتفاق بين البائع والمشتري طبقاً لشروط البيع، ومن الأفضل أن يتفق الطرفان على تحديد مدة طويلة لضمان إصلاح المبيع، وصيانته تتطابق مع كل المدة المتوقعة لإستمرار عمل الجهاز، وهي المدة التي يجب أن يظل فيها المبيع صالحاً للعمل حتى يضمن المشتري تحقيق انتفاع مستمر طوال هذه الفترة، ويتراوح تقدير هذه المدة في الغالب بين سنة وعشرة سنوات، ويساعد على تحقيق ذلك من الناحية العملية التأمين الذي يعقده البائعون لتغطية مسؤوليتهم عن ضمان صلاحية المبيع خاصة إذا كانوا منتجين³.

وتقييد الضمان بمدة معينة أو معلومة يرجع إلى أن البائع يلتزم بتقديم قطع الغيار اللازمة لعملية الإصلاح الصيانة، ويجب أن يتلائم هذا الالتزام مع ظروف الإنتاج.

ويبدأ سريان وحساب فترة الضمان عادة وقت البيع على إفتراض أن التسليم يتم غالباً لحظة البيع، ولكن إذا حدث وتأخرت عن وقت البيع لأي سبب من الأسباب فإن فترة الضمان التي يجوز خلالها مطالبة البائع بإصلاح المبيع، وصيانته يبدأ حسابها من تاريخ التسليم الفعلي.

وذلك لأن البائع يضمن للمشتري الإنتفاع بالمبيع، والإنتفاع لا يبدأ إلا من تاريخ التسليم، ويلتزم البائع بإصلاح المبيع وصيانته بمجرد حدوث الخلل المؤثر في صلاحية المبيع للعمل قبل نهاية فترة الضمان، سواء كان الخلل لاحقاً للتسليم أو سابقاً له، فالمهم أن يكون الخلل متعلقاً بتصنيع الشيء المبيع، أو بمادته وغير راجع لخطأ المشتري كسوء استخدامه للمبيع.

كما يلتزم البائع(المتدخل) بإصلاح خلل المبيع ولو ظهر عقب إنتهاء مدة الضمان طالما أن مصدره وجد قبل ذلك وبشرط ألا يتسبب المشتري في الخطأ، كأن يكون قد أدرك مصدر الخلل وخطورته في بدايته خلال فترة الضمان وتراخي عن الإبلاغ عنه، وإصطحاب الجهاز إلى مركز الخدمة طبقاً للتعليمات المنصوص عليها في الوثيقة المسلمة إليه.

¹ -المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

²-القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014 الذي يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة، ج.ر المؤرخة في 27 يناير 2015، العدد 03، ص.25.

³-J.Ghestin,conformité et Garanties dans la vente,op.cit,p.309.

ولكي تقبل دعوى الضمان من المشتري في هذه الحالة فإنه يقع عليه عبء إثبات أن بداية ظهور الخلل كانت أثناء فترة الضمان ثم تفاقم بعد ذلك، وللمحكمة سلطة تقدير الظروف التي تم فيها ذلك¹.

والمدة المعيّنة لضمان إصلاح المبيع وصيانته لا تقبل الوقف ولا الإنقطاع، فلا تقف بسبب تنفيذ الإجراءات اللازمة لإعمال هذا الضمان، أي خلال الفترة اللازمة لإصلاح ما ظهر من خلل في بعض أجزاء المبيع، فمعظم الشروط العامة للبيع تقضي صراحة بأن إصلاح الشيء المبيع، أو إستبدال القطع المعيبة لا يؤدي لإطالة فترة الضمان المتفق عليها.

ولا يلتزم المشتري بالمبادرة إلى فحص المبيع بمجرد تمكنه من ذلك بعد الإستلام، ولكن إذا ظهر الخلل وتبينه وجب عليه إخطار البائع به.

5- إخطار البائع بالعيب:

لا يكفي لإلزام البائع بإصلاح المبيع وصيانته في حالة ظهور خلل خلال فترة الضمان المتفق عليها، وإنما يجب أن يخطر المشتري البائع بذلك، حيث يعتبر الإخطار أمراً ضرورياً حتى يعلم البائع بحدوث الخلل، ويبادر إلى اتخاذ ما يلزم نحو إصلاحه، ويجب أن يتم ذلك في أجل مقبول عادة، وهذا ما تنص عليه المادة 380 من القانون المدني الجزائري وإلا اعتبر راضياً حسب نص المادة 380 السالفة الذكر²، ولكن إذا وجد ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على أن تكون مدة الإخطار محددة، لن النص ليس من النظام العام، ومن ثم يجوز الإتفاق على ما يخالفه.

ومن مصلحة المشتري إخطار البائع بظهور الخلل أو حدوث العطل حتى يتسنى له المبادرة بفحص المبيع والوقوف على سبب الخلل وإصلاحه تقادياً لتفاقمه، واتساع نطاق الأضرار التي قد تتجم عنه، خاصة في الأشياء الدقيقة الصنع، والتي تكون قيمتها كبيرة، كذلك التي يرتبط استعمالها بأخطار جسيمة كالسيارات، والهدف من المبادرة بالإخطار هو تمكين البائع من إصلاح الضرر قبل تفاقمه.

¹ - إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1998، ص. 89.

² - تنص المادة 380 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبره هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالبيع".

وبعض التشريعات العربية كالمشرع اللبناني حدد المدة ب 07 أيام حسب ماجاء في المادة 466 من قانون الموجبات والعقود والتي نصت على أنه: "إذا كان المبيع من المنقولات غير الحيوانات وجب على المشتري أن لا ينظر الى حالة المبيع على إثر إستلامه وأن يخبر البائع بلا إبطاء في خلال 07 أيام التي تلي الإستلام عن كل عيب يجب على البائع ضمانه".

ويوجب على المشتري التعاون مع البائع بأن ينبهه بالعيب والعطل في وقته، وأن يقدم له كل البيانات الضرورية التي تساعد على عملية الإصلاح والصيانة.

لم يحدد القانون طريقة معينة للأخطار وإنما تركها للقواعد العامة، فقد يكون الإخطار بإنذار أو بكتاب مسجل أو غير مسجل، وقد يكون شفويا، ويترك للمشتري حرية إختيار الطريقة التي يستخدمها لإخطار البائع بحصول الخلل شفاهة أو كتابة، وأن من الأفضل أن يتم الإخطار بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، حتى يكون دليلا كتابيا يمكن للمشتري الإستناد إليه عند الاختلاف لإثبات أن الإخطار قد تم في الميعاد القانوني¹.

وإذا كان الاتفاق على الضمان يفرض على المشتري شكلا معيناً لإخطار البائع، فإن المشتري يكون ملزماً بإحترام هذا الشكل، بحيث لا يصح الإخطار ما لم يتم في الشكل المفروض، وقد يفضل المشتري نقل الجهاز المبيع إلى الموزع أو المنتج مباشرة لإخطاره بما فيه من خلل. فإذا لم يقم المشتري بالإخطار خلال المدة المتفق عليها أو المدة التي حددها القانون فإن حقه في الضمان يسقط، وإذا توافرت هذه الشروط التزم البائع بإصلاح أي عيب أو خلل يظهر بالمبيع خلال مدة الضمان².

ويجب أن يقوم البائع بإصلاح الخلل فعلا، وهو التنفيذ العيني للالتزام بالصيانة، ويكون الإصلاح مجانا للمشتري أي على نفقة البائع، ويتم الإصلاح عادة في ورشة البائع أو مركز الصيانة الذي يعينه البائع، ويلتزم البائع بتقديم قطع غيار جديدة بدلا من القطع المعيبة أو التالفة التي ظهر بها الخلل، كما يلتزم بدفع أجره اليد العاملة اللازمة لإجراء الإصلاح³.

¹- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 520.

²- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 300.

³- تنص المادة 33 من المرسوم رقم 390-07 الصادر في 12-12-2007 المحدد لشروط بيع وتسويق السيارات الجديدة على أنه: "يلزم الوكيل بضمان تأدية خدمة ما بعد البيع للسيارات المباعة، وذلك عن طريق مستخدمين يتمتعون بالمؤهلات التقنية والمهنية المطلوبة.

- يجب أن تتضمن خدمة ما بعد البيع على الخصوص الخدمات الآتية:

- المراجعات الدورية التي يغطيها الضمان.

- صيانة السيارات.

- بيع قطع الغيار واللوازم الأصلية".

2- الضمان الاتفاقي أو الإضافي

هو اتفاق خاص مسبق بين المتعاقدين بتعديل أحكام الضمان القانوني باتفاق خاص بالزيادة في الضمان، وقيده ما اتفق عليه من ضمانات معينة بحيث ينتج عنه حماية المستهلك في حالة ظهور عيب في الشيء المبوع.

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 14 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03، فالضمان الإضافي هو كل التزام تعاقدى محتمل يبرم بالإضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك دون زيادة في التكلفة.

ويشترط في الضمان الإضافي:

- أن تكون هذه الزيادة مجانية دون أي مقابل.

- أن تكون أنفع من الضمان الذي يمنحه القانون كأن يتم زيادة أجل الضمان لأكثر من ستة (06) أشهر أو تمديد أجل دعوى تنفيذ الضمان لأكثر من عام.

أما بخصوص الشكل الذي يكون عليه الضمان الإضافي فهو غالبا ما يكون على شكل عقد مكتوب، سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية تقاديا لصعوبة الإثبات.

كما يمكن أن يكون الضمان الاتفاقي متصلا بالضمان القانوني أو الأصلي، أو يكون منفصلا عنه، كما يرد أيضا الضمان الاتفاقي عادة على العيوب الأقل جسامة، والتي لا يتمكن من خلالها المستهلك من رد المبوع، أو استرداد الثمن.

3- كيفية تنفيذ الالتزام بالضمان

حدد المشرع في قانون حماية المستهلك رقم 09-03 ثلاث طرق لتنفيذ المتدخل التزامه بالضمان إصلاح المنتج، استبدال المنتج، إرجاع ثمنه¹، ودون أن يتحمل المستهلك أي مصاريف إضافية حسب ماجاء

¹ - تنص المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 على أنه: "يستفيد ك لمقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات.

في نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المحدد للشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ: "يجب ان يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون رقم 09-03..... ، دون تحميل المستهلك أي مصاريف اضافية اما باصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة، باستبدالها، برد ثمنها".

غير أن موقف المشرع الجزائري حول كيفية لجوء المستهلك للطريقة المثلى لمطالبة المتدخل بتنفيذ الضمان يشوبه الغموض، وكذا عدم منحه حق اختياره للطريقة التي توافق رغباته المشروعة، على عكس المشرع الفرنسي الذي منح للمستهلك بموجب المادة L.221-9 الحق في الاختيار بين إصلاح المنتج أو استبداله¹.

الفرع الثاني: الخدمة مابعد البيع

تعتبر خدمة مابعد البيع² التزاما مستقلا عن الالتزام بالضمان ، غير أنها تقوم بنفس وظيفة الضمان، من إصلاح للمنتج، وصيانته، نتناول في هذه الدراسة مفهوم الخدمة مابعد البيع، وإبراز شروطها، ومضمونها.

أولاً: مفهوم الخدمة مابعد البيع

جاء قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 لتنظيم خدمة مابعد البيع وجعلها إلزامية على عاتق المتدخل، وحق معترف به قانونا، حيث يتمثل هذا الالتزام في تصليح وصيانة المنتج المعيب، ويرتبط ذلك أساسا بالأجهزة والآلات الحديثة التي تزداد تعقيدا وتنوعا مع مرور الزمن، لذلك كان لزاما تحديد مفهوم مصطلح الخدمة مابعد البيع³، وعرض المفاهيم المحددة له.

يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتج، استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته.

يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية".

¹ - Art L.211-9 de code consommation fr « en cas de défaut de conformité, l'acheteur choisit entre la réparation et le remplacement du bien », www.legifrance.gouv.com.

² - نظم المرسوم التنفيذي رقم 21-244 الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة مابعد البيع أحكام الخدمة مابعد البيع، المؤرخ في 31 مايو 2021، ج.ر، المؤرخة في 09 يونيو 2021، العدد 45، ص.14.

³ - عرفت المادة 03 الفقرة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 21-244 الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة مابعد بيع السلع، خدمة مابعد البيع: "مجموع الخدمات التي يجب على المتدخل تقديمها عندما تعرض السلعة للاستهلاك، بمقابل أو مجانا، مثل خدمات التصليح المؤقت، والتصليح، والصيانة، والتركيب، والمراقبة التقنية، والنقل، وكذا توفير قطع الغيار".

1- المعنى الواسع والضيق للخدمة مابعد البيع

للخدمة مابعد البيع معنى واسع وآخر ضيق نتناولها كمايلي:

أ- المعنى الواسع للخدمة مابعد البيع

بمقتضى المعنى الواسع للخدمة مابعد البيع فإنها تشمل جميع الأداءات المقترحة بعد ابرام العقد، والمتعلقة بالشيء المبيع مهما كانت طريقة أداءها، سواء مثل تسليم المبيع بالمنزل أو تركيبته، أو إصلاحه أو صيانتته.

وبهذا المعنى تعتبر الخدمة مابعد البيع جزءا لايتجزأ من الضمان القانوني أو الاتفاقي، فقد ينصب الضمان الاتفاقي على الإصلاح المجاني للجهاز المبيع في إطار الخدمة مابعد البيع، كما قد يتكفل المتدخل مجانا ببداية عمل وتشغيل الأجهزة المبيعة، وكذا بالعمليات الضرورية للضبط والتشغيل، ويجعل على عاتق المشتري تكاليف المراجعة والضبط الدوري للجهاز، واستبدال قطع الغيار التي تستهلك بسرعة، ومثل هذه الشروط الإتفاقية وغيرها تختلف بحسب طبيعة ومميزات المالي المبيع.

كما يشكّل وجود وفعالية الخدمة مابعد البيع، والتي من شأنها أن تضمن حسن عمل الجهاز المبيع طوال المدة العادية لبقائه، مبررا أساسيا وحافزا في الإقبال على الشراء، بما يترتب عن الضمان الاتفاقي من مجانية الخدمة مابعد البيع كليا أو جزئيا طوال المدة المحددة في العقد¹.

ب- المعنى الضيق للخدمة مابعد البيع

أما المعنى الضيق للخدمة مابعد فينصرف إلى الأداءات التي تكون بمقابل، ولاتدخل في ثمن المبيع، فيتم مثلا إصلاح الشيء المبيع أو صيانتته بمقابل، وبهذا تتميز الخدمة مابعد البيع عن الضمان.

وإذا كان الضمان ينشأ عن عقد البيع فإن الخدمة مابعد البيع تنشأ عن عقد الاستهلاك، الذي يختلف عن عقد البيع حتى ولو تفرع عنه وأبرم معه في وقت واحد²، وتسري الخدمة مابعد البيع بشكل خاص على الأجهزة المنزلية وأجهزة الإعلام الآلي والسيارات.

ومن أهداف الخدمة مابعد البيع المحافظة على الشيء المبيع بحالة جيدة أطول وقت ممكن، ولاتظهر فائدتها إلا في حالة عدم إمكان إعمال الضمان بنوعيه، فقد يتم اللجوء إلى الخدمة مابعد البيع

¹-J.Calais Auloy.Frank Steimets,op.cit,p.313.

² -J.Calais Auloy.Frank Steimets,op.cit,p.256.

في كل مرة تظهر الحاجة إليها دون التزام مسبق، وقد يتم العمل بها بموجب عقد سابق يبرم غالبا في نفس الوقت مع عقد البيع.

ويحكم الخدمة مابعد البيع مبدأ الحرية التعاقدية، فالصانع أو البائع لا يلتزم بضمان الخدمة مابعد البيع إلا إذا أراد ذلك، ويمكنه أن يدرج في العقد شروطا تعدل التزامه بضمان الخدمة مابعد البيع، والتي يجوز اعتبارها تعسفية في هذه الحالة.

وقد نصت المادة 07 من القرار المؤرخ في 10 ماي 1994 على إلزام المتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك والخاضعة للضمان بإقامة وتنظيم الخدمة مابعد البيع، تتضمن بوجه خاص توفير الوسائل المادية وقطع الغيار، وكذا الوسائل البشرية المتخصصة.

ويستخلص من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع الجزائري جعل الخدمة مابعد البيع جزءا لا يتجزأ من الضمان، وهي وإن كانت تتبع الضمان من حيث مجانيته فإنها تكون بمقابل بعد انتهاء فترة الضمان.

ولما كان المشرع الجزائري لم ينص على أي جزاء يسري على البائع أو المتدخل في حالة إخلاله بالتزامه بتوفير نظام الخدمة مابعد البيع، وخاصة بعد انتهاء فترة الضمان، فإن ذلك أدى بلاشك إلى إفراغ النص المذكور من محتواه.

وهو ما تلافاه المشرع الفرنسي بنصه على إلزام المتدخل بتسليم منتج مماثل مقابل نصف الثمن، في حالة إخلاله بتوفير قطع الغيار اللازمة لإصلاح المنتج خلال مدة عشر (10) سنوات¹.

أهم ما يلاحظ على عقود الخدمة مابعد البيع سواء كانت محددة المدة أو غير محددة المدة، إضافة إلى تنوعها، أن المدين بالخدمة مابعد البيع هو: إما الصانع نفسه أو البائع، أو شخص من الغير، أو اي موزع للعلامة حيثما وجد.

كما أن الأداءات التي تقدمها الخدمة مابعد البيع تشمل أعمال الإصلاح، والمراقبة الدورية للسير الحسن للمنتج وصلاحيته، وأن ثمنها يقدر إما بحسب الأداءات المقدمة، وإما يحدّد بشكل جزافي.

وتترك الشروط العامة للبيع أحيانا للمستهلك أو للمشتري كامل الحرية في الاختيار بين الأشخاص السابقين للحصول على الخدمة مابعد البيع، وفي أحيان أخرى لاتجيز اللجوء إلى غير البائع المباشر إلا بصفة احتياطية.

¹ - المادة 2-111.L من قانون الاستهلاك الفرنسي التي أضيفت بموجب قانون 18-01-1992.

2-التعريف الفقهي والقانوني للخدمة ما بعد البيع:

لوصول إلى تعريف شامل للخدمة ما بعد البيع نتطرق إلى كل من التعريف الفقهي، ثم التعريف القانوني.

أ-التعريف الفقهي للخدمة ما بعد البيع:

تعتبر الخدمة ما بعد البيع مجموع الخدمات المقدمة للزبائن بعد البيع من طرف المنتج، أو الموزع، أو المحترف، وتتمثل هذه الخدمات في تسليم المبيع، التركيب، الصيانة، والتصليح، المساعدة بالمنزل، المراجعة الدورية، النصيحة، التكوين عن بعد¹.

ومنه يمكن تعريفها على أنها: "عقد يشمل مجموع الخدمات المقدمة من تاجر لزيائنه بعد بيع بضاعة معينة، وتتمثل هذه الخدمات في التصليح، والمراجعة، والصيانة، والتجديد، المساعدة عن طريق الهاتف.....الخ".

كما عرفها بعض الفقهاء من باب الصيانة على أنها: "عقد على الإصلاح يشمل أساسا العمل الذي يقوم به الصائن أو من ينوب عنه لإعادة الشيء إلى عهده الانتاجي المعتاد كلما طرأ عليه تغيير كلي أو جزئي على أحد أجزاء الشيء يوقف عمله كليا أو جزئيا، أو يقلل من جودته المعتادة، كما يشمل أيضا تقديم قطع الغيار"².

وعرفه البعض بأنه: "عقد مبرم في الكثير من الأحيان بمقابل من أجل صيانة، وتصليح وتجديد بضاعة معينة، ويكون ضمن إطار الضمان القانوني أو الاتفاقي"³.

ب-التعريف القانوني للخدمة ما بعد البيع

جاء في نص المادة 16 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "في إطار خدمة ما بعد البيع، وبعد انقضاء فترة الضمان المحدد عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني بضمان صيانة وتصليح المنتج المعروض في السوق".

¹-<http://fr.wikipedia.org/wiki/service> apres vente.

²-منذر قحف، عقود الصيانة، الدورة الحادية عشر لمؤتمر المجمع الإسلامي، العدد 11، 1998، ص.147.

³-أنور العمروسي، دعاوي الضمان في القانون المدني، منشأة المعارف، مصر 2004، ص.122.

كما عرّفها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 07-390 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة¹ في المادة 33 منه: "يلزم الوكيل بضمان تأدية خدمة مابعد البيع للسيارات المباعّة، وذلك عن طريق مستخدمين يتمتعون بالمؤهلات التقنية والمهنية المطلوبة".

وعليه يتضح من هذه النصوص أن الخدمة مابعد البيع تتضمن الخدمات الآتية: المراجعة الدورية التي يغطيها الضمان، صيانة السيارات، بيع قطع الغيار، واللوازم الأصلية.

وعرّفها المشرع الفرنسي في المادة 9-211 L من قانون الاستهلاك والمواد التي تليها. 22-211 L.

L211-9 créer par Loi n°2008-776 du 4 aout 2008 art 88 « Les prestations de service apres-vente executes a titre onereux par le vendeur or ne neievant pas de la garantie commerciale visee a la section 3 font l'objet d'un contrat dont un exeimplaire est romis a l'achateutr ».

ثانيا: شروط الخدمة مابعد البيع

يلزم المتدخل باداء الخدمة مابعد البيع بتوافر شرطين أساسيين، الأول يتمثل في انتهاء فعالية أحكام الالتزام بالضمان، والثاني يتمثل في دفع المستهلك مقابل أداء الخدمة مابعد البيع.

1- انتهاء فعالية أحكام الالتزام بالضمان

يشترط لقيام الخدمة مابعد البيع انتهاء فترة الضمان، أو أن الضمان لا يمكن أن يلعب دوره، حيث يكون المتدخل ملزما بصيانة وإصلاح المنتج الذي ظهر به العيب بعد انقضاء المدة المقررة قانونا للضمان، أو أن العيب الذي ظهر على المنتج كان بسبب خطأ صادر من المستهلك، مما جعل الضمان حتى ولو كان في المدة القانونية لا يغطيه².

2- دفع مقابل أداء الخدمة مابعد البيع من طرف المستهلك

يدفع المستهلك مقابلا نظير استفادته من الخدمة مابعد البيع التي يقدمها له المتدخل، ولا يدخل في ثمن البيع، ويقوم المتدخل بإصلاح المنتج أو صيانتة بطلب من المستهلك بارفاقه بالمقابل المادي، ولا يجوز

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 07-390 الصادر في 12-12-2007 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة، ج.ر المؤرخة في 12-12-2007، العدد 78، ص 19.

² - فاطمة بحري، الحماية الجنائية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2014، ص 154.

للمتدخل رفض أداء هذا الالتزام، كما أنه لا يساءل عنه جزائياً¹، إلا أنه يجوز لكل من هذا الأخير والمستهلك الاتفاق على أن يكون الإصلاح أو الصيانة في إطار خدمة مابعد البيع مجاني، مثل الاتفاق بينهما على أن تكون صيانة أو إصلاح أو عيب يظهر في المنتج أو السلعة بعد انتهاء فترة الضمان علا عاتق المتدخل، وذلك من أجل الترويج لمنتجاته بهدف جلب المستهلك بشرائه، وزيادة رضائه².

ثالثاً: مضمون الالتزام بالخدمة مابعد البيع

إنّ مضمون الالتزام بالخدمة مابعد البيع يتمثل في الأداءات التي يجب أن يقوم بها البائع لإصلاح المبيع وصيانته هذا من جهة، ومن جهة أخرى الالتزامات التي هو ملتزم بها اتجاه المشتري، وعلى النحو الكامل والملائم لطبيعة الشيء المبيع.

حيث يجب على البائع تركيب الجهاز المبيع وتشغيله، وتجربته، وإعلام المشتري بحقيقته ونصيحته بالطريقة المثلى لإستخدامه من أجل توقي أسباب تعطله، وتحديره من مخاطره، كما يجب على البائع القيام بالفحص الدوري ومراقبة انتظام عمل الجهاز، وإصلاح ما يحدث من عطل أو خلل، وتقديم قطع الغيار اللازمة، التدخل السريع لإجراء الصيانة، وإظهار الفعالية في تنفيذ أعمال الصيانة، وتقديم اليد العاملة المؤهلة للقيام بأعمال الصيانة، الإنتقال إلى مركز العميل لإجراء الصيانة، أو إنابة غيره في القيام بها، وتحمل نفقات الإصلاح والمحافظة على أسرار العمل³.

الفرع الثالث: الالتزام بتوفير منتج مطابق ويستجيب لقواعد النظافة الصحية للمادة الغذائية

فرض المشرع على المتدخل وجوب أن يستجيب المنتج للمقاييس والمواصفات القانونية، ومطابقته للرغبة المشروعة للمستهلك، وكذا وجوب مراعاة قواعد النظافة الصحية للمادة الغذائية المعروضة للاستهلاك.

1- التزام المتدخل بالمطابقة

إن الهدف من المطابقة هو تقديم منتجات وخدمات تستجيب للرغبة المشروعة للمستهلك، ويعتبر الأمن من أهم الرغبات المشروعة⁴، فهذا المصطلح كثير المعاني فقد يقصد بها مطابقة المنتج أو الخدمة للقواعد الأمر، كما قد تعني المطابقة للمقاييس والعرف التجاري، ويمكن أيضاً أن يراد بها المطابقة للعقد،

¹- سامر مصطفى، أثر خدمة ضمان المنتج في تعزيز رضا العملاء، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الأول، 2013، ص. 300.

²- محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 386.

³- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص. 520.

⁴- ناصر فتيحة، المرجع السابق، ص. 93.

ومهما يكن من أمر فإن الالتزام بالمطابقة يشمل هذه المعاني الثلاث، ففي العلاقة بين المتدخلين والمستهلكين المنتوجات والخدمات يجب أن تكون مطابقة للطلبات المشروعة للمستهلك¹.

أولاً: تعريف الالتزام بالمطابقة

عرّفها المشرع الجزائري في نص المادة 11 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك على بأنها: "يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك، الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفة ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة ملوثاته اللازمة، وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال، والأخطار الناجمة عن استعماله"².

كما يجب أن يستجيب المنتج للطلبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه، والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والإحتياجات المتعلقة بذلك، والرقابة التي أجريت عليه³.

إن المشرع الجزائري في هذه المادة أخذ كمعيار أساسي لمطابقة المنتوجات والخدمات للرغبة المشروعة للمستهلك، ثم بعد ذلك حدّد للمتدخل على سبيل المثال المعايير التي يمكن أن يتخذها لتقديم منتوجات أو خدمات تستجيب للرغبة المشروعة للمستهلك، ومنها طبيعة المنتج أو الخدمة، مميزاته الأساسية، مقوماته⁴.

غير أن الرغبة المشروعة للمستهلك في سلعة أو خدمة ما يصعب معرفتها، فهي تختلف بحسب الأذواق والوضعيّات الخاصة بكل مستهلك⁵، ومن هنا ثار التساؤل لدى الفقه حول المعيار الذي تقدر به هذه الرغبة المشروعة، هل هو معيار موضوعي يتم بالرجوع إلى مستهلك متوسط أم هو معيار ذاتي يتم بالرجوع إلى المستهلك ذاته الذي يرغب في الحصول على المنتج أو الخدمة؟

¹- J.Calais Auloy et Frank Steinmetz, op.cit, n°201, p.219.

²- المادة الفقرة الأولى 11 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي تنص على أنه: "يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفة ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله".

³محمد بودالي، المرجع السابق، ص.28.

⁴- المرسوم التنفيذي رقم 97-494 المؤرخ في 21 ديسمبر 1997 المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب السالف الذكر.

⁵- محمد بودالي، المرجع السابق، ص.283.

ويذهب أغلب الفقه¹ إلى الإعتماد على معيار التقدير المجرد للرضا للمشروعة على أساس أن المتدخل لا يمكنه ارضاء رغبة كل مستهلك على حدا، غير أنه يجوز أن يكون تقدير الرغبة المشروعة ذاتيا في حالة ما إذا ذكر العقد المبرم بين المستهلك والمتدخل ميزة خاصة في المنتج أو الخدمة. ويرى بعض فقهاء القانون الجزائري فيما يخص الرغبة المشروعة التي اتخذها المشرع الجزائري معيارا لبتحديد مدى توافر المطابقة، بضرورة التمييز بين الرغبة المشروعة للمستهلك بصفة عامة، أي مطابقة للعادات التجارية، والرغبة المشروعة للمستهلك كما هي محددة في العقد، وأن هذه الأخيرة لا يجب في كل الأحوال أن تكون أدنى من الرغبة المطابقة للعادات التجارية².

لهذا فإن المشرع وتأكيدا منه على حماية المستهلك أصدر عددا من النصوص القانونية التي تتعلق بالتقييس³، وذلك لتحقيق مطابقة المنتجات والخدمات للرغبات المشروعة للمستهلك⁴، حيث أخضع المنتجات الموجهة للاستهلاك، والاستعمال التي تمس السلامة والصحة والبيئة إلى إسهاد إجباري، سواء تعلق الأمر بالمنتجات المصنعة محليا أو المستوردة.

ويقصد بالإسهاد الإجباري، الإسهاد على مطابقة المنتجات بمعنى تأكيد الهيئات المكلفة بتقييم المطابقة⁵، على أن المتطلبات الخصوصية المتعلقة بمنتج أو مسار أو نظام أو شخص، قد تم احترامها. لذلك فإن المطابقة تحقق أمن المنتج خاصة المنتجات التي تمس صحة وأمن الأشخاص، والتي يقتضي انتاجها الحصول على إسهاد إجباري للمطابقة، غير أن عرض منتج مطابق للمواصفات التي تميزه ومعترف به نتيجة حصوله على شهادة المطابقة لا يعني بالضرورة غياب الخطر، ذلك أن المنتجات قد تشكل خطرا على أمن المستهلك وتلحق به أضرارا مع أن صناعتها تمت وفق المقاييس القانونية الخاصة بها⁶، ولذلك يتعين على المتدخل تقديم منتج مطابق وفي نفس الوقت مضمون⁷، أي يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك وأمنه أو تضر مصالحه المادية.

ثانيا: رقابة مطابقة المنتجات

¹-J.Calais Auloy et F.Steinmetz,op.cit,p.57.

²-Dalila.Zennaki,vice caché et défaut de conformité,Séminaire sur la protection en matière de la consommation,Recueil des communications,université d'Oran,Faculté du droit,Oran 14 et 15 mai 2000,p.05.

³-القانون 04-04 المتعلق بالتقييس المعدل والمتمم بالقانون رقم 16-04 المؤرخ في 19 يونيو 2016، ج.ر. المؤرخة في 22 يونيو 2016، العدد 37.

⁴-المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات السالف الذكر.

⁵-هيئات تقييم المطابقة تتمثل في:المخابر، هيئات التفتيش، هيئات الإسهاد على المطابقة.تكلف هذه الهيئات على التوالي بالتحليل والتجارب والتفتيش والإسهاد على مطابقة المنتجات والمسارات والأنظمة والأشخاص".

⁶-ناصر فتيحة، الأمن كتابع للالتزام بالمطابقة، المرجع السابق، ص.102.

⁷-J.Calais Auloy,Ne mélanges plus conformité et sécurité,Recueil Dalloz,1993,chronique,p.130.

الرقابة في القانون الإستهلاكي يقصد بها مطابقة المنتج للمواصفات المتطلبة إما بموجب فعل سابق لعملية الإنتاج والإستيراد والتوزيع، متجسدا من خلال الترخيص والتصريح، وقد يكون سابقا لعملية عرض المنتج في السوق.

فالرقابة تعرف على أنها: "خضوع شيء معين لرقابة هيئة أو جهاز يحدده القانون، وذلك للقيام بالتحري والكشف عن الحقائق المحددة قانونا"، وقد تكون الرقابة في بعض الأحيان إجبارية تملئها إعتبارات المصلحة العامة، وتباشرها الدولة عن طريق بعض الأجهزة التابعة لها، كما قد تكون الرقابة إختيارية أي أن المنتج لا يكون ملزما بإخضاع منتجاته لهذا النوع من الرقابة بل هو حر في ذلك، إذ قد يعتمد إليه بعض المنتجين بإختيارهم حتى يصيب على منتجاتهم ما يسمى بالثقة الرسمية، فالرقابة الإجبارية قد تكون ذاتية أو داخلية، ففي مجال صناعة الأدوية مثلا على المنتج أن يقوم بإجراء رقابة تحليلية لكل المواد والمستحضرات النهائية.

وقد تكون الرقابة الإجبارية خارجية أي أن يلتزم المنتج بإخضاع منتجاته لرقابة هيئة خارجية قبل تسويقها (الأدوية مثلا)، فالترخيص الذي يحصل عليه المنتج من الجهات المعنية يتوقف بدوره على رأي لجنة خاصة، وتتكون من خبراء تقوم بفحص هذه المنتجات وإجراء التجارب عليها للتأكد من صلاحيتها حتى تعطي الإذن بتسويقها.

وقد نص المشرع الجزائري على وجوب الترخيص من قبل وزارة الصحة في قانون الصحة العمومية، كما أن على السلطة الإدارية المختصة أن تتدخل في أي وقت، وفي أي مرحلة من مراحل عرض المنتج بتحريات معينة لمراقبة المطابقة قصد تفادي الأخطار التي تهدد أمن وسلامة المستهلك، أو التي تمس بمصالحه المادية، وذلك عن طريق أخذ عينات لتحليلها في مخابر مراقبة الجودة وقمع الغش¹، وهناك بعض المنتجات التي يجب أن تخضع لقواعد وقائية قبل إنتاجها أو صنعها الأول، وذلك نظرا لنسبة السموم فيها أو الأخطار الناتجة عنها.

ثالثا: أنواع رقابة مطابقة المنتجات

إن رقابة المنتجات من حيث ملاحظة مدى مطابقتها للمواصفات القانونية والقياسية تم عن طريق هيئات تقوم إما بمراقبة سابقة لعملية عرض المنتج للاستهلاك، أو عملية لاحقة لعرض المنتج في السوق.

¹ -القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1997 الذي يحدد قائمة مخابر مراقبة الجودة وقمع الغش، ج.ر المؤرخة في 10 يونيو 1997، العدد 60، ص.31.

يجب دائما التأكد من جودة المنتوجات المحلية أو المستوردة ومطابقتها قبل عرضها في السوق وبعده، وبهدف تحليل الجودة ومراقبة المطابقة المعنية يجب إثبات أن المواد المنتجة محليا أو المستوردة تطابق المقاييس المعتمدة، أو المواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمها، وبصفة خاصة تطابق أحكام المادة 11 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش¹.

ويقع على عاتق كل منتج أو وسيط أو موزع أو مستورد أو بصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك الالتزام بتحليل الجودة ومراقبة المطابقة²، ويوجد نوعين من الرقابة الأولى هي رقابة المتدخل، والثانية رقابة السلطة الإدارية .

1- الرقابة الذاتية للمتدخل

يقوم المتدخل بنفسه أو عن طريق الغير الذي يتمثل في مستخدمين مؤهلين يتألفون على الخصوص حسب العمل المنوط بهم من علماء أحيائيين وعلماء كيميائيين، وصيادلة، صناعيين، مهندسين، تكنولوجيين، وبصفة عامة من مستخدمين حائزين على شهادات تثبت المؤهلات المطلوبة للقيام بالفحوص الضرورية لتحليل الجودة ومراقبة مطابقة المواد المنتجة، وعندما لا يسمح حجم المؤسسة أو ظروف العمل بها بالحضور الدائم لمستخدمين تقنيين ووسائل مادية ملائمة، يتم اللجوء في إطار علاقات تعاقدية إلى أجهزة مختصة في مراقبة الجودة.

وتكون هذه التحليلات متناسبة مع نوع العمليات التي يقوم بها المتدخل، ومع حجم صنف المنتج المعروض للاستهلاك، والإمكانات التي يجب أن يتوافر عليها إعتبارا لتخصصه، والقواعد المعمول بها في هذا الميدان من جهة، ومن جهة أخرى ينبغي أن تكون العينة محل التحليل في جميع الحالات الصبغة التمثيلية³.

ومتى تمت التحليل وحصل المعني على شهادة المطابقة فإنها تلزم الأجهزة التي تصدرها فيما يخص نتائج التحاليل إزاء الزبائن، ويضع الصانع أو المستورد حسب الحالة شهادة المطابقة تحت تصرف الأعدان المكلفين بمراقبة الجودة وقمع الغش، والمؤهلون طبقا للمادة 29 من القانون رقم 09-03 المتعلق

¹-المادة 11 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالفة الذكر .

²-المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 12-02-1992 المتضمن مراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا والمستوردة، ج.ر المؤرخة في 19-02-1992، العدد 13، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-47 المؤرخ في 06-02-1993، ج.ر المؤرخة في 06-02-1993، العدد 09..

³-الفقرة 02 من المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المعدل والمتمم السالف الذكر .

بحماية المستهلك وقمع الغش، وتعين على مصلحة الجمارك أن تطالب بتسليمها وثيقة يرسلها الممون الخاص به، وتثبت بدقة أن المنتج المعني يطابق المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه، فضلا عن ذلك يقوم الأعوان المؤهلون طبقا للمادة 29 السالفة الذكر بعمليات مراقبة فجائية أو مبرمجة قبل جمركة المنتج وبعده.

2- الرقابة الإدارية

خوّل القانون للسلطة الإدارية المختصة التحري لمراقبة مطابقة المنتوجات الموضوعة في السوق قصد تفادي المخاطر التي قد تهدد صحة المستهلك وأمنه، أو التي تمس مصالحه المادية، وعليه فإن السلطة الإدارية المختصة تقوم بالرقابة بعد طرح المنتج في السوق وفقا للكيفية المحددة قانونا، وعليها إتخاذ التدابير الإدارية المترتبة على هذه الرقابة .

وتتمثل هذه السلطة الإدارية في أعوان قمع الغش الممثلين بمفتشي الأقسام والمفتشين العاميين، والمفتشين والمراقبين التابعين لمصالح مراقبة الجودة وقمع الغش، مع ملاحظة أن ضباط الشرطة القضائية المنصوص عليهم في قانون الإجراءات الجزائية يختصون أيضا بمعاينة المخالفات ذات الصلة بصحة وسلامة المستهلك، وما يهم هنا هو الفريق الأول والمتمثل في أعوان مصالح مراقبة الجودة وقمع الغش، إذ أنه تعدّ الأسلاك المنتمية إلى تخصص مراقبة النوعية وقمع الغش أسلاكا خاصة في الإدارة المكلفة بالتجارة، ويعمل العمال المنتمين إلى هذا السلك في الإدارة المركزية والمصالح اللامركزية والمؤسسات ذات الطابع الإداري التابعة لها¹، كما أن شعبة مراقبة النوعية وقمع الغش تتمثل في سلكين هما: شعبة مراقبة النوعية، وقمع الغش.

كما يلعب المركز الجزائري لمراقبة النوعية والرزم دورا هاما في تحسين نوعية المنتوجات والخدمات وترقية الانتاج الوطني، والمساهمة في حماية صحة وأمن المستهلكين ومصالحهم المادية والمعنوية، وفضلا عن ذلك تسعى وزارة التجارة عبر أجهزتها الإدارية والتنظيمية، وكذا المصالح الخارجية التابعة لها، لاسيما المديرية الجهوية والمديرية الولائية للتجارة، إلى تطوير البرامج المتعلقة بالرقابة، والاتصال بمختلف الهيئات المعنية بحماية المستهلك².

2- التزام المتدخل بالنظافة الصحية للمواد الغذائية

¹ - المواد من 15 إلى 18 من الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، ج.ر. المؤرخة في 11 يونيو 1966، العدد 49.

² - www.min.commerce.gov.dz/arab.

عادة ما ينشأ لدى الرأي العام خوف يحوم حول مخاطر المنتجات وإقتناءها، لهذا سعى المشرع الجزائري إلى تنظيم المنتجات الغذائية وجعلها إحدى أولوياته بسنّ القواعد الوقائية الهادفة إلى أمن المتوجات الغذائية، كون أنها من قبيل المتوجات الاستهلاكية سريعة التلف، لذا وجب إخضاعها لضمان المخاطر حرصا منه على سلامة وأمن المستهلك¹.

فقد عرّف المشرع الجزائري المادة الغذائية من خلال المادة 03 الفقرة 2 من القانون 03-09 السالف الذكر على أنها: "مادة معالجة أو معالجة جزئيا أو خام، موجهة إلى تغذية الإنسان أو الحيوان بما في ذلك المشروبات وعلك المضغ، وكل المواد المستعملة في تصنيع الأغذية وتحضيرها ومعالجتها باستثناء المواد المستخدمة فقط في شكل أدوية أو مواد التجميل أو مواد التبغ".

1-إلتزام المتدخل بالنظافة الصحية للمواد الغذائية

نصت المادة 06 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03-09 على أنه: "يجب على متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك أن يسهر على احترام شروط النظافة والنظافة الصحية للمستخدمين ولأماكن ومحلات التصنيع أو المعالجة أو التحويل أو التخزين وكذا وسائل نقل هذه المواد وضمان عدم تعرضها للإتلاف بواسطة عوامل بيولوجية أو كيميائية أو فيزيائية"، فقد فرض المشرع على المتدخل في عملية عرض المواد الغذائية للاستهلاك تقيده بشروط النظافة الصحية طيلة العملية الإنتاجية، إذ ألزمه باحترام شروط النظافة الصحية للمادة الأولية، ونظافة المستخدمين، وأماكن ومحلات التصنيع، أو المعالجة، أو التحويل، أو التخزين، وكذا وسائل نقلها، وذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 140-17 الذي يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري².

أ-نظافة المادة الأولية عند إعدادها

نصت المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 140-17 السالف الذكر على أنه: "يجب على المتدخل في كل المراحل المذكورة في المادة 02 أعلاه، أن يسهر على ما يأتي:

¹-فتيحة ناصر، جودة المواد الغذائية والصيدلانية من خلال القواعد الوقائية الخاصة بالأمن، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 01، جوان 2008، ص.93.

² -المرسوم التنفيذي رقم 140-17 الذي يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري، ج.ر المؤرخة في 16 أبريل 2017، العدد 24، ص.03.

-احترام القواعد العامة للنظافة المحددة في هذا المرسوم والمتطلبات الخاصة المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول به.

-أن تكون المواد الغذائية محمية من كل مصدر للتلوث أو الاتلاف القابل أن يجعلها غير صالحة للاستهلاك البشري".

يتعين على المتدخل توفير مواد أولية محمية من كل تلوث مهما كان مصدره سواء كان حشرات، حيوانات، فضلات إنسانية أو حيوانية، أو مياه ملوثة، وكل ما قد يشكل خطر على صحة المستهلك.

تكون المادة الأولية نظيفة عند خلوها من الأخطار الناتجة عن انتشار الميكروبات والطفيليات والأمراض التي تصيب النباتات، ويبقى أهم الملوثات التي قد تصيب المادة الأولية المبيدات الحشرية ومواد التطهير، والأسمدة الزراعية.

كما يجب أن تكون التجهيزات والمعدات والأماكن اللازمة لعمليات جمع المواد الأولية أو إنتاجها أو معالجتها أو نقلها أو تخزينها مهياً ومستعملة على نحو ملائم بحيث يتجنب فيها كل تكوين لأية بؤرة تلوث، وأن تكون ميسورة التنظيف والصيانة.

2-نظافة كل من المستخدمين وأماكن تواجد المادة الغذائية ووسائل نقلها

يلتزم المتدخل بكل من نظافة المستخدمين، ومكان تواجد المادة الغذائية، ووسائل النقل المعدة لذلك.

أ-ضوابط نظافة المستخدمين

يلتزم المستخدمون المكلفون بإنتاج أو معالجة أو تحويل أو تخزين المواد الغذائية وبصفة عامة كل المكلفين بعرض هذه المنتجات للاستهلاك بأن يعتنوا عناية فائقة بنظافة ثيابهم وأبدانهم أثناء تداول المادة الغذائية، وذلك بأن تكون ملابس العمل وأغطية الرأس أثناء العمل ملائمة، ومن شأنها أن تمنع أي تلوث للأغذية.

كما يجب أن يخضع الأشخاص المسؤولين عن تداول الأغذية لفحوص دورية طبية، وعمليات التطعيم المقررة من وزارة الصحة.

ب-نظافة أماكن تواجد المادة الغذائية

المقصود بأماكن تواجد المادة الغذائية، محلات التصنيع والمعالجة والتحويل والتخزين، والتي ذكرتها المادة 06 من القانون 09-03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، غير أن المشرع الجزائري قد أغفل ذكر أمكنة بيع هذه المواد أو عرضها للاستهلاك، ولعل ذلك راجع لسابق تنظيمها في المرسوم

التنفيذي رقم 17-140 السالف الذكر، حيث تطرقت المادة 13 الفقرة الثانية الى اماكن تواجد المادة الغذائية بنصها على أنه:.....-ذات أبعاد كافية بالنظر إلى استعمالها والمستخدمين اللازمين والتجهيزات والمعدات المستخدمة.

-تحتوي على فضاءات منفصلة لتخزين المواد الأولية والمواد المحولة".

وحدد هذا المرسوم بالتفصيل تدابير نظافة أماكن تواجد المواد الغذائية منها ضرورة توفير التجهيزات المعدة للتبريد، وضمن شروط التحقق من عدم التلوث في ميدان التغذية¹.

يجب أن تكون المحال كافية للتهوية والإنارة لضمان عدم تكاثف البخار وانتشاره في المحلات، والأمكنة لعدم تشكل التعفنات، وذلك بتركيب أجهزة خاصة بالتهوية، كما لا يجوز القيام بتطهير المحلات ولاسيما عند استعمال الرذاذ إلا بعد كل نشاط سواء الإنتاج، التحويل، التداول، التكييف، التخزين، وبعد أن تتوفر شروط الحماية الفعالة للمواد الغذائية التي لا تزال موجودة في المحال من أي خطر تلوث.

ج-نظافة المواد الغذائية أثناء نقلها وبيعها

يلتزم المتدخل في عملية عرض المواد الغذائية للاستهلاك بضمان نظافتها من وقت إنتاجها إلى وقت وصولها ليد المستهلك، ويتولى المنتج أو الموزع عملية نقل المادة الغذائية إلى التاجر بالجملة، أو التاجر بالتجزئة من المصنع أو من أماكن جني المادة الأولية، ولهذا فرض المشرع على المتدخل أن يكون العتاد المخصص لنقل الأغذية مقصورا على ما خصص له، كما يجب أن يكون مزود بالتعديلات والتجهيزات الضرورية لضمان حسن حفظ المادة المنقولة والحيلولة دون أي فساد لها، مع مراعاة جميع المواصفات والمقاييس في مجال النقل بدقة².

¹ -المادة 37 من قانون حماية الصحة وترقيتها رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1985تنص على أنه:"يتعين على الشركات والمؤسسات والقائمين بالخدمات في مجال التغذية أن يجروا الفحوص الطبية الملائمة الدورية على عمالهم"، المعدل والمتمم بالقانون رقم 13-08 المؤرخ في 20-07-2008، ج.ر، الصادرة في 03-08-2008، العدد 44، ص.04.

²-المرسوم التنفيذي رقم92-53 المؤرخ في 23 فبراير 1991 المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، ج.ر المؤرخة في 27 فبراير، 1991، العدد09، ص.136، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم17-140 المؤرخ في 11 أبريل 2017، ج.ر.المؤرخة في 16 أبريل 2017، العدد24، ص.03.

المبحث الثاني: قيام مسؤولية المتدخل المخل بالالتزامات المفروضة عليه

لم يكتفي المشرع الجزائري بتنظيم تنفيذ العقد الاستهلاكي من خلال فرض التزامات على عاتق المتدخل ، بل رتب على الاخلال بها قيام مسؤوليته، وهو ما لا يتحقق في باقي العقود، وهذا ما يضيف على عقد الاستهلاك نوعا من الخصوصية والإنفراد في تنظيمه.

وطبقا للقواعد العامة، فقد عرفت مسؤولية المنتج منذ نهاية القرن الماضي، نظرا إلى أن الدعاوي المتعلقة بها كانت تتداخل مع دعاوي المسؤولية التعاقدية التي يقيمها المشتري ضد بائع المنتج المتسبب في إحداث الضرر¹، ومن خلال الإطلاع على العديد من الأحكام القضائية والقوانين المقارنة، فإننا نجد أن مسؤولية المنتج عرفت بمعناها الدقيق في القرن العشرين، ونشأت وترعرعت أفكارها في النصف الأول منه ، ثم تبلورت وتكاملت صياغتها في النصف الثاني من القرن العشرين بإبتداع القضاء واجتهاد الفقه، حتى شقت طريقها سريعا للنتج ولادتها عن طريق تبنيها تشريعا في عدد من النظم القانونية.

ونظرا لخصوصية العقد الاستهلاكي، فإن المشرع قد دعم نظام مسؤولية المتدخل بالإضافة إلى المسؤولية المدنية بجزاءات ردعية وردت في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حيث يترتب على المتدخل المخالف للنصوص القانونية والالتزامات التعاقدية قيام مسؤوليته ومتابعته جزائيا، على أساس ارتكابه لمخالفات يترتب عليها دفعه لغرامات مالية، وعقوبات تصل إلى السجن.

المطلب الأول: المسؤولية المدنية للمتدخل

إن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص قانون الاستهلاك، ومختلف المراسيم التنفيذية يسعى إلى تمييز هذا العقد عن باقي العقود المعروفة على أرض الواقع، من خلال تقرير ضمانات أكبر للمتضررين المستهلكين من انحرافات المتدخل عبر توسيع مجال تطبيق المسؤولية من حيث الأشخاص، بداية من المنتج والمنتج للمواد الأولية، الصانع، الوسيط، البائع بالتجزئة أو بالجملة، الناقل والموزع والمستورد لها، على الرغم من أن المشرع لم يركز على القائم بالعملية الإنتاجية المادية فحسب، وإنما أقرنه بمقدم الخدمة، وهذا على اعتبار أن الأضرار المتولدة عن تقديم الخدمات أصبحت لا تقل عن أضرار المنتجات، أما في

¹ -سالم رديعان العزاوي، المرجع السابق، ص.32.

التشريع الفرنسي قبل صدور القانون رقم 98-389 الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة¹ في فرنسا لم تكن هناك نصوص خاصة تعالج هذه المسؤولية، واعتمد القضاء آنذاك على القواعد المستوحاة من أحكام عقد البيع أو القواعد العامة للمسؤولية من أجل الحكم بالتعويض للمطالبين به، وبعد صدور هذا القانون أصبحت المسؤولية المدنية للمتدخل تعالج بصورة واضحة بالرغم من التعقيد، والتفرقة غير المبررة بين المضرورين في الحماية.

ولكن يعاب على قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري القصور في نصوصه، وعدم كفايتها لكونها لم تتطرق إلى الجزاء المدني للمتدخل المخالف لالتزاماته، ولعل السبب راجع إلى أن هذا الجزاء وارد في القواعد العامة للقانون المدني، أو أن المشرع رأى أن قواعد المسؤولية المدنية لا تتماشى مع عقد الاستهلاك المبرم بين المتدخل والمستهلك، فهي تخدم أكثر العلاقات التي تتسم بالتوازن العقدي، على خلاف العقد الاستهلاكي الذي يتميز بعدم التوازن واختلاف المراكز التعاقدية لأطرافه، وسيطرة الطرف القوي في الغالب، ولذلك يجب توضيح قصور أحكام المسؤولية المدنية في معالجة مسؤولية المتدخل (الفرع الأول)، والتطرق إلى مسؤولية المتدخل الناتجة عن عيب في المنتج (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قصور أحكام المسؤولية المدنية في معالجة مسؤولية المتدخل

إن مخالفة المتدخل للالتزامات المفروضة عليه من طرف المشرع في عقد الاستهلاك ترتب على عاتقه قيام مسؤوليته المدنية عن هذا الإخلال، وتنقسم هذه المسؤولية بدورها إلى مسؤولية عقدية وتقصيرية وفقا للقواعد العامة، وبالنظر إلى الخصوصية التي تتسم بها أحكام وقواعد قانون الاستهلاك، لتدرجه ضمن القانون الخاص فإننا نكتفي إلى مدى تكريس أحكام المسؤولية المدنية لحماية المستهلك، والتعرض إلى جوانب القصور الذي تحمله في طياتها، ولتغطية هذا القصور نرجع إلى القواعد العامة للقانون المدني لتوضيح نظام المسؤولية المدنية المقررة على عاتق المتدخل المخل بالتزاماته.

إن إثارة مسؤولية المتدخل يتطلب شروطا أساسية تتمثل في :

¹ - القانون رقم 98-389 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة الفرنسي، المؤرخ في 19 ماي 1998، ج.ر.المؤرخة في 1998، رقم 117.

1- وجود عقد بين المسؤول والمضروب أي أن تكون هناك علاقة بين المنتج أو المتدخل الذي يبيع المنتجات وزبائنه المستهلكين.

2- أن يكون هذا العقد صحيحا وقد استوفى كامل الشروط التي يتطلبها أي عقد.

3- أن يكون الضرر ناتجا عن الإخلال بإحدى الالتزامات الواردة في العقد.

أولاً: أركان المسؤولية المدنية للمتدخل

تقوم المسؤولية العقدية للمتدخل نتيجة اخلاله بالتزاماته المفروضة عليه ضمن عقد الاستهلاك، حيث أنه يلتزم بتسليم المنتج أو تقديم الخدمة للمستهلك سواء كان ذلك بمقابل أو مجاناً، ففي هذه الحالة تكون علاقته بالمستهلك مباشرة في إطار إبرام عقد، ويكون الرجوع عليه على أساس المسؤولية العقدية، أما إذا انتفى هذا العقد وثبت تقصير من جانبه-أي المتدخل-، وكانت علاقته مع الغير (الشخص الذي لحقه الضرر) دون إبرام عقد فإن المستهلك أو مستعمل المنتج يرجع عليه على أساس المسؤولية التقصيرية.

ومهما اختلفت طبيعة المسؤولية-عقدية أو تقصيرية- فإنها تقوم على الأركان التالية:

1- حصول الضرر

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، وهو شرط لقيام المسؤولية بنوعها العقدية والتقصيرية¹، والضرر قد يكون مادي لما يتسبب فيه من خسائر مادية للمستهلك، وقد يكون معنوي مثل الاعتداء على حقوق المستهلك غير المالية².

يستلخص ضرورة إثبات الضرر من عبارة "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر" التي وردت في المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، فإذا كان المستهلك معفى من إثبات الخطأ في جانب المتدخل، فإنه ملزم بإثبات الضرر الذي أصابه، وهو أمر هين بالمقارنة مع إثبات الخطأ، خاصة بالنسبة للمنتجات المعقدة والمتطورة.

¹- إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص. 206.

²- علي فيلال، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص. 286.

وتشمل الأضرار الناشئة عن المنتجات كل الأضرار الجسدية الماسة بالمستهلك (التي تلحق به الجروح،العجز الدائم أو المؤقت، الوفاة، تكاليف مصاريف العلاج،مصاريف التوقف عن العمل، العجز المفضي إلى الوفاة)، كما يشمل تعويض الخسائر التي تترتب عن الأضرار المادية اللاحقة بالمصالح المادية للمستهلك¹، فالمشرع وضع على عاتق المتدخل تعويض كل الأضرار اللاحقة بالمستهلك سواء كانت جسدية أو مادية أو معنوية.

وبالرجوع الى نص المادة 03 الفقرة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش فإنها تؤكد على حق المستهلك في طلب التعويض على الأضرار المادية التي تلحق ممتلكاته، بل وتعطي له الحق أيضا في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تمس المنتج ذاته²، كما يمكن للمستهلك المطالبة بالتعويض عن الأضرار المعنوية التي تمس مصالحه المعنوية، أو التي أصابت ذوي حقوقه³.

وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من تأكيد المشرع على عدم الإضرار بالمصالح المادية والمعنوية للمستهلك، إلا أنه لم يورد ضمن نصوص قانون الاستهلاك ما يوجب على المتدخل الالتزام بالتعويض عن هذه الأضرار.

2- أن يكون الضرر ناتجا عن الإخلال بإحدى الالتزامات الواردة في العقد

حسب القواعد العامة يشترط لقيام مسؤولية المتدخل وجود عقد يربطه مع المستهلك، وأن يكون الضرر الحاصل هو نتيجة إخلال بإحدى الالتزامات الواردة في العقد، كما قد يقوم المتدخل بالإخلال بالالتزام قانوني يفرضه عليه القانون، ومن المفروض في مجال حماية المستهلك أنه بمجرد حدوث ضرر يفترض

¹-تنص المادة 09 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 أنه: " يجب أن تكون المنتجات الموضوعية للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وان لاتلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".
²جاء في نص المادة 03 الفقرة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "منتج مضمون: كل منتج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها، بما في ذلك المدة، لايشكل أي خطر أو يشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتج، وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة وسلامة الأشخاص".

³-حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود ، ملخص رسالة دكتوراه ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 ، 2011 ، ص.309.

أن المنتج لا يتوفر فيه الأمن والسلامة وبالتالي قيام مسؤولية المتدخل¹، والتي اشترطتها المادة 03 الفقرة 07 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03، حيث نصت على أنه: "سلامة المنتجات: غياب كلي أو وجود، في مستويات مقبولة وبدون خطر، في مادة غذائية لملوثات أو مواد مغشوشة أو سموم طبيعية أو أية مادة أخرى بإمكانها جعل المنتج مضرًا بالصحة بصورة حادة أو مزمنة".

3-العلاقة السببية بين الإخلال بالالتزام والضرر

لقيام مسؤولية المتدخل ركن آخر ألا وهو وجود علاقة سببية بين الضرر الذي أصاب المستهلك المضرور، والإخلال بإحدى الالتزامات المفروضة على عاتق المتدخل، سواء وردت في العقد أو ضمن النصوص القانونية، فحسب القواعد العامة يجب على هذا الأخير إثباتها-المستهلك-، وقد يتعذر عليه ذلك، لذلك يتاح لها إثباتها بكافة طرق الإثبات².

ثانياً: وسائل نفي مسؤولية المتدخل

كما ذكر سابقاً فإن نصوص قانون الاستهلاك لم تركز المسؤولية المدنية للمتدخل، ولم تحدد تصوراً خاصة لنفي هذه المسؤولية، فالحل الوحيد هو الرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني، وبالأخص المادة 127 منه والتي جاء فيها على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

بموجب هذه المادة فإن وسائل نفي مسؤولية المتدخل تتمثل في السبب الأجنبي، والذي تتمثل صورته في الحادث المفاجئ الذي يعتبر أمر داخلي للشئ الذي تسبب في الضرر مع استحالة دفعه استحالة نسبية، كما يستحيل احتمالته وتوقعه، والصورة الثانية تتمثل في القوة القاهرة فهي حادث خارجي لا يمكن توقعه، ولا يمكن دفعه اطلاقاً (كالحروب، الزلازل، والبراكين).

¹-علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص.91.

²-حامق ذهبية، المرجع السابق، ص.312.

أما الصورة الثالثة فهي خطأ المضرور فيشترط فيه أن يكون غير متوقع، وليس من الممكن دفعه، والصورة الرابعة تتمثل في خطأ صادر من الغير، حيث يشترط أن يكون هذا الشخص من الغير أجنبي عن المدعى عليه-أي المتدخل-، وأن يكون الخطأ غير متوقع ولا يمكن دفعه.

ويترتب على السبب الأجنبي مهما كانت صورته إعفاء المدعى عليه-المتدخل- من المسؤولية سواء بصفة جزئية أو كلية¹.

ويأخذ على النصوص الواردة في القواعد العامة، والتي أعفت المتدخل من مسؤوليته أنها لا تتماشى مع ما يهدف إليه المشرع من سنه للقانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فهو يهدف من ورائه إلى حماية المستهلك من كل المخاطر التي قد تتطوي عليها المنتوجات المعروضة للاستهلاك.

فيجب على المتدخل تحمل تبعه السبب الأجنبي اتباعاً لتوجه قانون حماية المستهلك، فليس من المنطقي السماح للمتدخل بنفي مسؤوليته، وبالأخص إذا كانت هذه الأضرار قد مست سلامته الجسدية.

فوجب على المشرع تنظيم هذه المسؤولية المدنية بطريقة تتماشى مع مصالح المستهلك، وذلك بالنظر إلى المركز الضعيف الذي يتواجد فيه المستهلك مقابل الطرف القوي (المتدخل).

ومن الواضح أن طبيعة المتضرر لمركزه الضعيف كما ذكر سابقاً، والأضرار التي قد تلحقه من المنتوجات لا تمكنه-أي المستهلك- من التسبب بأحكام المسؤولية المدنية طبقاً للقواعد العامة، وبالتالي لا يمكنه من جبر الضرر الذي أصابه، ومن أجل ذلك أتاح له المشرع وسيلة أخرى في القانون المدني تسمح له بالتأسيس عليها للمطالبة بالتعويض من المتدخل (المنتج)، وهي دعوى التعويض على أساس عيب في المنتج.

الفرع الثاني: المسؤولية الموضوعية للمتدخل الناتجة عن عيب في المنتج

تمر المنتجات بعمليات عديدة يشارك فيها عدة متدخلين لإيصالها إلى المستهلك، بدءاً من مرحلة إنتاج المادة الأولية وإخراجها من أجل تهيئتها للعرض في السوق، ثم مرحلة التوزيع، ثم تنتهي بوصول السلعة إلى المستهلك.

¹- علي فيلالي، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص. 332.

وهنا تطرح مسألة تحديد المنتج المعني بالمسائلة في حالة حدوث أضرار من فعل هذا المنتج المعيب، هل هو المنتج النهائي للسلعة الذي قام بتركيب وطرح السلعة في السوق أو تشمل المسؤولية جميع المنتجين الذين شاركوا في العملية الإنتاجية¹.

وفي هذا الإطار ظهر اتجاهان : الأول يسعى إلى جعل المسؤولية تنصرف إلى المنتج أو المتدخل دون الموزع ، أما الثاني فيدعو إلى إدخال مرحلة التوزيع في مجال المسؤولية.

وقد منح المشرع بتعديله للقانون المدني² آلية جديدة لحماية المستهلك المتضرر من العيوب التي قد تشوب المنتج، ف جاء في نص المادة 140 مكرر الفقرة الأولى على أنه: " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"، تأسيساً على هذا النص سمح المشرع للمستهلك أن يرفع دعوى على المتدخل (المنتج) للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به، وتقوم هذه المسؤولية على مجموعة من الأركان نتناولها فيما يلي:

1-حدوث الضرر:

نظم المشرع الجزائري أحكام مسؤولية المنتج ضمن المادة 140 مكرر من القانون المدني، إلا أنه لم يورد تعريفاً للمنتج تاركاً الأمر للفقهاء والقضاء للاجتهاد في ذلك، فورد العديد من التعاريف الفقهية للمنتج ، ومن أبرزها من عرّف المنتج بأنه: "كل من يتدخل في سلسلة الإنتاج بداية من صانع الأجزاء المكونة للمنتج، ومنتج المواد الأولية إلى غاية الصانع النهائي لهذا المنتج"، وفي تعريف آخر³ ورد على أن: "صفة المنتج يتحلى بها المنتج النهائي فقط الذي يتولى صنع المنتج في شكله النهائي، ويمكنه التأكد من صلاحية الأجزاء التي يستخدمها في الإنتاج، حيث يتسنى له مراقبتها قبل تركيبها".

إن قانون حماية المستهلك وقمع الغش لم يحدد شروط قيام المسؤولية عن عيب المنتج، وإنما ترك ذلك للقواعد العامة المتمثلة في المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري، والتي يستخلص من خلالها أنه لا يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض ما لم ينشأ عيب أدى إلى الأضرار بالمستهلك، ويشمل الضرر

¹ - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص.40.

² - تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 سنة 2005.

³ - محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة ، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي و الجزائري، الطبعة الأولى، الفجر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص.40.

القابل للتعويض في هذا الصدد كل الأضرار المادية الماسة بالسلامة الجسدية للمستهلك، كما يشمل الضرر المعنوي الذي قد يصيب المستهلك المضروب، أو ذوي حقوقه، وعلى المستهلك المتضرر إثبات هذا الضرر بكافة طرق الإثبات المتاحة له.

2- نشوء الضرر عن عيب في المنتج

إن مسؤولية المتدخل هي مسؤولية خاصة مبنية على أساس العيب ولا علاقة لها بالخطأ، لذلك يتعين على المستهلك المتضرر من المنتج المعروض للإستهلاك أن يثبت وجود عيب في المنتج أدى إلى الحق الضرر به، والأمر هنا لا يتعلق بخطأ ولا حتى بعيب كما في القواعد التقليدية، ولكن يتعلق بمسألة موضوعية هي عدم كفاية الأمن والسلامة في المنتج.

و يتمثل العيب بموجب قانون المستهلك وقمع الغش رقم 03-09 الذي يتعين على المضروب إثباته في كل مخالفة للالتزامات الواقعة على عاتق المتدخل لضمان سلامة المستهلك¹، والمنصوص عليها بموجب هذا القانون مثل الالتزام بسلامة المواد الغذائية، والالتزام بالإعلام ومطابقة المنتجات²، والذي أشارت إليه المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري في غياب الأمان المشروع في المنتج، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 1386 من القانون المدني.

ولا يلزم المستهلك بإثبات قدم العيب أو خفائه وتأثيره، كما في القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية، بل يكفي إثبات أن المنتج به عيب أثناء عرضه للإستهلاك ولا يوفر الأمن والسلامة، وسواء كان عيباً في تصنيع المنتج أو في تصميمه³.

3- العلاقة السببية بين العيب والضرر

إذا كان المستهلك معفى من إثبات قدم العيب في المنتج فإنه ملزم بإثبات أن الضرر الذي وقع كان سببه عيب في المنتج، وهو أمر ليس بالهين⁴، مثل أن يثبت أن الضرر الناتج عن إصابته جراء تناوله

¹ - PH.Brun, Responsabilité civil extracontractuelle, Litec, Paris, 2005, p.464.

² - Jean Sébastien Borghetti, la responsabilité du fait des produits, étude de droit comparé, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2004, p.78.

³ - Jean Sébastien Borghetti, op.cit, p.81.

⁴ - محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، المرجع السابق، ص.41.

مادة غذائية فاسدة يرجع إلى العيب فيها، وهو عدم التزام المتدخل بشروط السلامة والنظافة المطلوبة، فلا يتخلص المتدخل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر الحاصل بفعل المنتج لا يرجع إليه¹.

و لا يكفي لحصول المستهلك على التعويض إثبات حصول الضرر بفعل المنتج، بل يتعين عليه أن يقيم الدليل على خطأ المدين المتمثل في عدم اتخاذ الإحتياطات اللازمة لتلافي وجود عيب أو خطورة بالمنتج المبيع، ويستطيع الحصول على التعويض بمجرد إثبات تخلف النتيجة المطلوبة أي بمجرد إثبات حصول الضرر بفعل المنتج.

إن وجود إثبات العلاقة السببية بين العيب والضرر، وما يستلزمه ذلك من اللجوء إلى الخبرة القضائية سيؤدي إلى صعوبة إعمال دعوى التعويض، وبالتالي المساس بحقوق الضحايا، وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي إلى وضع قرينة للتخفيف من عبء هذا الإثبات على المضرور، وهو إفتراض وجود العيب بالمنتج قبل طرحه للتداول².

في حين لم تعط المادة 140 مكرر من القانون المدني أو قانون حماية المستهلك وقمع الغش قرينة صريحة لرابطة السببية بين العيب والضرر، فلا يمكن القول بأن المنتج يكون معيبا بمجرد إحداث الضرر، وهو التوجه الذي ينبغي على التشريعات الأخذ به لتفادي صعوبة الإثبات، خاصة بالنسبة للمنتجات التي يتدخل في تصنيعها عدة متدخلين كالمواد المعلبة أو المعبئة³، حيث يصعب إثبات الضرر ما إذا كان ناجما عن العيب في المادة نفسها أو لعدم احترام شروط التعبئة المقررة قانونا، وهذا حتى لا يتمكن أي متدخل من الإفلات من المسؤولية.

وما يلاحظ على قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 وكذا المادة 140 مكرر الخاصة بالمسؤولية عن عيوب المنتجات، لم يتطرق إلى وسائل نفي العلاقة السببية بين العيب المؤدي إلى عدم سلامة المستهلك والضرر الحاصل له، على اعتبار مسؤولية المنتج مسؤولية موضوعية، وليست مسؤولية شخصية فيسأل المنتج عن الأضرار المترتبة عن عيب المنتج، وليس على أساس سلوكه، فلا يمكن

¹- Yes Picod, H elene Davo, Droit de la consommation, éd Armand Colin, Belgique, 2005, p.208.

²- وهو ما يستفاد من نص المادة 1386-11 من القانون المدني الفرنسي، وقد عرفت المادة 1386-5 وقت الطرح

للتداول بأنه: " يكون المنتج مطروحا للتداول عندما يتخلى المنتج عن حيازته إراديا".

³- Jean Sébastien Borghetti, op.cit, p.269-266.

للمتدخل أن يفلت من المسؤولية طبقاً للقواعد العامة، إلا إذا أثبت السبب الأجنبي طبقاً للمادة 127 من القانون المدني كإثبات حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صادر من الغير أو من المضرور نفسه¹، كعدم استعمال المنتج لما وضع لأجله، أو عدم اتباع احتياطات المنتج المبينة على الوسم.

إلا أن القانون المدني الفرنسي نظم طرق نفي المسؤولية بالتفصيل، وهو ما تضمنته المادة 1386-11 حيث نصت على أحكام خاصة تتماشى مع طبيعة المسؤولية عن عيوب المنتجات، والتي تتصف بالتشديد لصالح المستهلك.

تتمثل هذه الوسائل أساساً في إثبات أن المنتج الذي تسبب في الضرر لم يكن معيباً وقت طرحه للتداول، أو أنه لم يُطرح أصلاً للتداول أو أثبت أن العيب راجع لمطابقة المنتج لقواعد آمنة²، أو أثبت أن حالة المعارف العلمية والتقنية وقت عرض المنتج لم تكن تسمح باكتشاف العيب.

نلخص من خلال دراسة أحكام المسؤولية المدنية للمتدخل أنه كان على المشرع الجزائري تنظيم هذه المسؤولية عن تعويض المتضررين من المنتجات، بالمزيد من التفصيل على النحو الذي بيّنه المشرع الفرنسي، طالما أنه نقل المادة 140 مكرر عن القانون المدني الفرنسي، بحيث أنه أقر المبدأ العام بقيام المسؤولية على أساس الضرر، ولم يتناول شروطها ولاحتى ميعاد تقادمها وسقوطها.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية عن اخلال المتدخل بالتزاماته التعاقدية

مما لا شك فيه أن عقد الاستهلاك من العقود المستحدثة والتي بسطت ظلها على العديد من المجالات، الأمر الذي يجعل منه يتميز عن باقي العقود في العديد من المواطن، ولعل قيام المسؤولية الجنائية عن اخلال المتدخل عن الالتزامات المفروضة عليه من أهم مميزات العلاقة الاستهلاكية، وهذا ما ترجمه من خلال فرض المشرع الجزائري مجموعة من القواعد التشريعية والتنظيمية الردعية المختلفة لتوفير أفضل الشروط التي تكفل سلامة رضاء المستهلك وحرية إرادته وإختياره، ليبقى بعيداً عن تلاعبات بعض المتدخلين والمنتجين والموزعين بالسلع وأسعارها، والحيلولة دون وقوع المستهلك ضحية للتضليل أو الغش

¹ - إدريس فاضلي، المرجع السابق، ص. 210.

² - PH.Brun, op.cit, p.470.

أو الإستغلال، من خلال تجريم الأفعال التي تضر بالمستهلك أو تعرض مصالحه للخطر، وكل ما يمس بأمنه وسلامته وصحته ومعاقبة المتدخل ومتابعته جزائياً¹.

ومن أجل ذلك، تدخل المشرع الجزائري من خلال وضعه لقوانين صارمة لمخالفة المتدخل أي التزام، سواء عند مخالفته للالتزامات المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، أو التي أقرتها قوانين أخرى وتم تبنيها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حيث أقر فيها المشرع الجزائري مجموعة من العقوبات تفرض على مرتكبي هذه المخالفات، وتقوم بالمسؤولية الجزائية في ظل قانون الاستهلاك على الأركان التالية:

الفرع الأول: ركن الخطأ

جعل المشرع الجزائري -بموجب القوانين الخاصة - المسؤولية الجزائية للمتدخل تقوم بمجرد مخالفته للالتزام القانوني حتى ولو لم يترتب عليه ضرر للمستهلك، وتختلف هذه القوانين الخاصة عن القواعد العامة حيث يمكن تحديد مسؤولية المتدخل في قانون حماية المستهلك وقمع الغش أساساً على وجود خطأ قانوني، أو حدوث ضرر للمستهلك.

حيث تقوم المسؤولية الجزائية بمجرد إخلال بالالتزام القانوني الذي يفرضه القانون، ويعتبر الخطأ أساس المسؤولية الجزائية، وتجدر الإشارة إلى أن الخطأ سواء كان خطأ عمدي أو غير عمدي فإن المشرع لم يفرق بينهما من حيث العقاب².

ولقد أوجب القانون رقم 89-02 الملغى المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك في المادة 08 منه على أنه: "على المنتج أو الوسيط أو الموزع وبصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك أن يقوم بنفسه أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتج أو الخدمة للقواعد الخاصة

¹ - لذلك كان من الضروري تدخل المشرع بقوانينه الجنائية لحماية المستهلك بأسلوب أكثر فعالية، وقد اختلف الرأي حول تدخل قانون العقوبات لحماية المستهلك بين مؤيد ومعارض إلى أن إنتهى بالإعتراف بضرورة وجود حماية جنائية للمستهلك، أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ب. ط. دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص. 14.

² - أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في التشريعات الأردنية والسورية واللبنانية والمصرية والفرنسية وغيرها، ب. ط. دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007، ص. 248.

والمميزة له"، ويتضح من خلال هذا النص أن الخطأ يكون صادر من المتدخل شخصياً، أو من شخص خاضع لرقابته وتنفيذاً للتعليمات صادرة منه، حيث يكون المنتج (المتدخل) مسؤولاً مسؤولية مدنية أو جزائية، ويعني أن كل فعل يرتكبه العامل الواقع تحت إشرافه يمكن أن يفسر على أنه نقص في المراقبة خصوصاً في المسائل المتعلقة بسلامة المستهلك.

ولقد فرض المشرع الجزائري وجود الخطأ كأساس لقيام المسؤولية، والذي لا يقبل اثبات العكس، وعليه يكون قانون حماية المستهلك وقمع الغش بما يتضمنه من نصوص قانونية، وكذا تطبيقية تحصر الخطأ فيه عند مخالفة هذه النصوص، ويعاقب عليه قانوناً سواء بقانون العقوبات أو بنصوص خاصة، ومن ثم يكفي يكفي أن يكون الخطأ غير العمدى أساساً لقيام المسؤولية في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وحتى ولو لم يترتب أي ضرر للمستهلك، وتكفي فكرة الخطأ القانوني للمتدخل على أنه خطأ في التصيير عن القيام بواجبه منع وقوع الخطأ من المنتج على أساس تحمّل المخاطر أن لم يتوفر القصد الجنائي.

وإذا كان التصيير متعمداً فإنه يطبق عليه العقوبات المنصوص عليها في المادة 432 من قانون العقوبات¹، وحماية من المشرع الجزائري للطرف الضعيف - أي المستهلك - جعل المسؤولية تقوم على أساس الخطأ المفترض إلى جانب الخطأ القانوني.

ولما كانت لمسؤولية الجزائية الحجر الأساسي الذي يقوم عليه الحق في تقرير الجزاء الجزائي، حيث تهدف إلى تحمل كل شخص لتبعة عمله المجرم، وخضوعه للجزاء المقرر بموجب القانون². فيتجسد الخطأ في ظل قانون الاستهلاك بالمخالفات التالية:

¹ - المادة 432 الفقرة الأولى من قانون العقوبات الجزائري تنص على أنه: "إذا حققت المادة الغذائية أو الطبية المغشوشة بالشخص الذي تناولها، أو الذي قدمت له، مرضاً أو عجزاً عن العمل، يعاقب مرتكب الغش وكذا الذي عرض أو وضع للبيع أو باع تلك المادة وهو يعلم أنها مغشوشة أو فاسدة أو سامة، بالحبس من خمس (5) سنوات إلى عشر (10) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1.000.000 دج.

² - علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 06.

1- مخالفة إلزامية وسم المنتج للاستهلاك (الالتزام بالإعلام)

يجب على المتدخل إحاطة المستهلك بكافة المعلومات اللازمة وذات صلة بالمنتج، ولقد نصت المادة 17 من قانون المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 أنه إذا كان المنتج ذو خطورة يجب تقديم إعلام حقيقي للمستهلك، وذلك عن طريق وضع علامة أو الإشهار بمختلف وسائله، وأهم هذه الطرق هو الوسم¹.

ويبرز الوسم² جميع عناصر المنتج، وطبقا للمادة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش فإنه يجب أن تكتب بيانات الوسم وطريقة الاستعمال باللغة العربية، وبطريقة واضحة، وتكون ظاهرة ومقروءة، وهذا من أجل محافظة على صحة وأمن المستهلك، وضمان صدق العرض، و أمان في المعاملات، ومن أجل لفت انتباه المستهلك إلى خصائص متميزة في المنتج³، ولهذا يعتبر إخلال المنتج بالالتزامات المتعلقة بوسم المنتجات، حيث نجده من خلال عدم تبليغ المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتج، أو تحذيره من مخاطره (المواد 17 و 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03).

إن إقدام المتدخل على القيام بهذه الأفعال، يترتب عنه تحمل بصفة آلية العقوبة المترتبة عنه، باعتبار أن الركن المعنوي يتحقق بمجرد إتيان الفعل.

2- مخالفة قواعد إلزامية الضمان

إلى جانب القواعد المقررة في القانون المدني لحماية المستهلك والتي تتعلق بالضمان⁴، فإن المشرع الجزائري تدخل في توفير الحماية الجزائية لحق المستهلك في الحصول على الضمان من خلال قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03¹.

¹- عرفت المادة 03 الفقرة الرابعة الوسم على أنه: "كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لاقطة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها".
² تنص المادة 78 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار (100.000 دج) إلى مليون دينار (1.00.000 دج) كل من يخالف إلزامية وسم المنتج المنصوص عليها في المادتين 17 و 18 من هذا القانون".

³- محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، المرجع السابق، ص. 79.
⁴- المادة 379 من القانون المدني الجزائري علأنه: "يكون البائع ملزما للضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية

وتقوم هذه المخالفة بتوافر عنصرين هما: قيام الضمان، والامتناع عن تنفيذ المقتضيات القانونية والاتفاقية.

أ- قيام الضمان: يستفيد كل مستهلك يقتني منتج أو سلعة من الضمان بقوة القانون، كما يمكن أن يمتد الضمان إلى الخدمات، ويقوم الضمان على كل نقصان في قيمة أي من المنتجات أو نفعها بحسب الغاية المقصودة منها، ويؤدي النقص إلى حرمان المستهلك من الإستفادة من السلعة سواء كلياً أو جزئياً، بما فيه النقص الناتج عن الخطأ في مداولة السلعة أو تخزينها، ما لم يكن للمستهلك يد في وقوعه.

والعيب في المنتج قد يكون إما له جانب مادي أو وظيفي، أو عقدي، فمن جهة الناحية المادية يعني العيب الذي يتلف الشيء أو يلحق به الهلاك، ويؤدي إلى الإنتقاص من قيمته أو منفعة.

أما من الناحية الوظيفية فهو العيب الذي يصيب الشيء في أوصافه أو في خصائصه بحيث يجعله غير صالح للغرض الذي أعد من أجله، إما من الناحية العقدية فهو تخلف صفة في المنتج التزم المتدخل للمشتري بوجودها، غير أن المتفق عليه فقها وقضاء هو المقصود بالعيب الوظيفي، حيث قد يكون المبيع معيباً منذ اللحظة التي يكون فيها غير صالح لتأدية الغرض المطلوب.

أو تكون صلاحيته لتأدية ذلك الغرض ضئيلة لو كان يعلمها المستهلك قبل الشراء لما أتم الشراء، أو كان ليدفع ثمناً أقل من المتفق عليه، وفي حالة ظهور العيب الخفي يجب على المتدخل خلال الفترة المحددة استبداله، أو إرجاع ثمنه، أو إصلاح المنتج، أو تعديل الخدمة على نفقته، ومن دون أي أعباء إضافية على المستهلك².

المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها.

غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادس، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً عنه".

¹-تنص المادة 75 من القانون رقم 09-03 على أنه: "يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار (100.000) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000) كل من يخالف إلزامية الضمان أو تنفيذ ضمان المنتج المنصوص عليه في المادة 13 من هذا القانون".

²-علي فتاك، المرجع السابق، ص. 71.

ب-الإمتناع عن تنفيذ المقتضيات القانونية والاتفاقية:بالإضافة إلى قيام الضمان بنوعيه الاتفاقي والقانوني يشترط لقيام المخالفة عدم احترام المضمون الذي جاء به الضمام،وبما أن هذه المخالفة هي من الجرائم السلبية،فإن الأفعال المادية التي تشكل المخالفة بالرجوع إلى النصوص المتعلقة بالضمان تتمثل في : -عدم استبدال المنتج.

-عدم تصليح المنتج أو السلعة.

-عدم تعديل الخدمة.

-عدم إرجاع الثمن.

وتجدر الملاحظة إلى أن هذه المخالفة قد تختلط بجنحة الخداع المتعلق بالصفات الجوهرية، على أساس أن خلو السلعة من أي عيب يشكل صفة جوهرية تدفع المستهلك للتعاقد،وبالتالي يجوز للمستهلك أن يختار إما طريق الشكوى على أساس مخالفة الضمان، أو على أساس جنحة الخداع في الصفات الجوهرية.

ومعاقبة هذه المخالفة هدفه حماية المستهلك في مرحلة استعمال السلعة أو المنتج،وتعد المخالفة سهلة من حيث الاثبات لاعتمادها على وجودالدعائم الكتابية المتمثلة في الفاتورة، أو قسيمة الشراء أو التسليم، أو تذكرة الصندوق ، أو كشف التكاليف،وإن كان عمليا يعتمد على شهادة الضمان.

3-مخالفة إلزامية الخدمة مابعد البيع

يعاقب على هذه المخالفة بموجب المادة 76 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش،ويهدف العقاب عليها إلى توفير حماية جزائية لمرحلة مابعد العقد اي مرحلة التنفيذ،مثل ما هو الشأن بالنسبة لمخالفة الضمان، وتبقى الحماية الجزائية لحق المستهلك في الخدمة مابعد البيع¹ حتى بعد نهاية فترة الضمان،هذا وإن المخالفة تجد مصدرها في الإخلال بالتزام تعاقدي بسبب إن الخدمة مابعد البيع ليست التزاما قانونيا بل

¹- الخدمة مابعد البيع هي مجموع الخدمات المقترحة من طرف البائع المتدخل بعد إتمام عقد البيع ،وبعد انتهاء مدة الضمان.

التزاما تعاقديا يتعين تضمينه عقد البيع صراحة، كما أنها ليس لها شكلا معينا ومحدد من جهة، ومن جهة أخرى يصعب تحديدها مضمونها عند البيع¹.

وتتميز هذه المخالفة بالطابع السلبي المتمثل في الإمتناع الصادر من المتدخل عن تنفيذ التزام يقع عليه بعد العقد، والذي يتمثا في عدم تنفيذه لإلزامية الخدمة مابعد البيع، ويكون السبب غالبا لهذا الإمتناع إما لتجنب المصاريف التي تترتب عن عملية الخدمة مابعد البيع، أو إما أنه لا يتوافر حقيقة على الوسيلة المادية أو البشرية التي تمكنه من تنفيذ إلزامية الخدمة مابعد البيع.

4- مخالفة أمن المنتج:

تطرق المشرع الجزائري إلى إلزامية أمن المنتج في الفصل الثاني بموجب المادة 09 و 10 من القانون رقم 03-09 السالف الذكر، حيث ألزم المتدخل أن يلتزم بتقديم منتجات سليمة حتى لا تشكل خطرا على المستهلك، وصحته وأمنه.

وجاءت المادة الثالثة الفقرة 11 من نفس القانون بتعريفات حول المنتج السليم بقولها، كل منتج يضمن عدم الاضرار بصحة وسلامة المستهلك، وجاء في المادة 12 من نفس المادة على أن المنتج المضمون يعتبر آمنا عندما لا يشكل أي خطر على صحة المستهلكين، كما أنه كذلك لا يعرض حياته لأي خطر بسبب المنتج، وهذا بتوفير الحماية العالية لصحة وسلامة الأشخاص المقدم لهم المنتج.

ويشترط لقيام مسؤولية المنتج أو المتدخل أن يكون المنتج معدا للاستهلاك أي معروض للبيع من طرف المنتج، وتتكون هذه الجريمة من ركب مادي ومعنوي، والركن الشرعي².

وتعتبر مخالفة أمن المنتج من الجرائم السلبية التي يكون فيها النشاط الإجرامي عن طريق امتناع المتدخل من القيام بواجبه، والمتمثل في إحترام كل قواعد أمن المنتج المتعارف عليها والمنصوص عليها

¹- Y.Auguet, droit de la consommation, éd Ellipses, 2008, p.180.

²- تنص المادة 73 من القانون رقم 03-09 على أنه: "يعاقب بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) كل من يخالف إلزامية أمن المنتج المنصوص عليها في المادة 10 من هذا القانون".

وأضاف المشرع الجزائري عقوبة أخرى إلى جانب العقوبة الأصلية طبقا للمادة 82 من القانون رقم 03-09 حيث نصت المادة على مصادرة المنتجات والأدوات، وكل وسيلة أخرى استعملت لإرتكاب المخالفة المنصوص عليها في هذا القانون".

في القوانين، كما يجب أن يكون آمنا في حالة استعماله مع منتجات أخرى، وفيما يخص مميزاته وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه، وكذلك يعلم المنتج المستهلكين بالمنتجات التي يمكن أن تشكل خطر في منتج آخر، وأن يكون المنتج آمنا من حيث كيفية وطريقة عرضه للاستهلاك، وعلى المتدخل أن يخطر فئات معينة من المستهلكين خصوصا الأطفال، نتيجة إخلال المتدخل بعدم احترامه للإلزامية أمن المنتج يعرضه للمساءلة الجزائية.

ولما كانت هذه المخالفة من الجرائم العمدية التي يجب توفر فيها القصد العام، وافترض سوء النية من طرف المتدخل لعدم احترامه القوانين، ويجب على المتدخل إثبات العكس للتخلص من المسؤولية الجزائية.

5- مخالفة إلزامية رقابة المطابقة:

إن المشرع و بموجب المادة الثالثة الفقرة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش عرّف مطابقة المنتج¹ للمواصفات القانوني على أنه: "إستجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به".

كما نص أيضا على إلزامية المطابقة في المادة 11 من نفس القانون، حيث يجب أن يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته، وصفه، ومنشئه، ومميزاته الأساسية، وتركيبته، ونسبة مقوماته اللازمة وهويته، وكمياته، وقابليته للاستعمال، والأخطار الناجمة عنه.

كما يجب إستجابة المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره، والنتائج المرجوة منه، والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه، والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله، وشروط حفظه والإحتياطات المتعلقة بذلك، والرقابة التي أجريت عليه.

كما نصت المادة 12 من ذات القانون على أنه: "يتعين على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقا للاحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول"، ويستخلص من هذه المادة أن المشرع فرض رقابة ذاتية على المنتج أو المتدخل، وأكدت المادة أن تتناسب عملية المراقبة مع طبيعة

¹ -تنص المادة 74 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000دج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000دج) كل من يخالف إلزامية رقابة المطابقة المسبقة المنصوص عليها في المادة 12 من هذا القانون.

العمليات التي يقوم بها مع مراعاة حجم وتنوع المنتجات التي يضعها للاستهلاك ومراعاة كل الوسائل التي يجب عليه أن يملكها في إطار تخصصه.

6- مخالفة إلزامية سلامة المواد الغذائية:

تناول قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 بموجب المادة 71 منه¹ العقوبات التي ترتبط بمخالفة إلزامية سلامة المواد الغذائية، حيث تناولتها كل من المادتين 04 و 05 من ذات القانون، ونصت المادة 04 على وجوب التزام المتدخل في عملية وضع المادة الغذائية للاستهلاك على إحترام، والتقيّد بالقواعد والشروط الخاصة بسلامة هذه المواد، وأما المادة 05 نصت على وجوب امتناع المتدخل عن وضع أي مواد غذائية للاستهلاك تحتوي على مواد ملوثة أو سامة من شأنها الإضرار بالصحة البشرية أو الحيوانية².

ومن ثم يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك احترام إلزامية سلامة هذه المواد، والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك، كما لا يمنع القانون وضع مواد غذائية للاستهلاك تحتوي على ملوث بكمية غير مقبولة، بالنظر إلى الصحة البشرية والحيوانية، وخاصة فيما يتعلق بالجانب السام.

ويشترط لقيام المخالفة المتعلقة بإلزامية سلامة المواد الغذائية قيام العناصر التالية:

أ- وجود المادة الغذائية: يشترط لقيام المخالفة أن يتعلق محل التجريم بمادة غذائية كشرط أولي مسبق، ولقد عرّف المشرع المادة الغذائية على أنها: "كل مادة معالجة أو معالجة جزئياً أو خام، موجهة

¹- تنص المادة 71 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يعاقب بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000) كل من يخالف إلزامية سلامة المواد الغذائية المنصوص عليها في المادتين 04 و 05 من هذا القانون.

²- وفي حالة مخالفة هذين الالتزامين فإن المتدخل المخالف يعاقب بغرامة مالية من مائتي ألف دينار (200.000) جزائري إلى خمس مئة ألف دينار جزائري (500.000).

لتغذية الإنسان أو الحيوان بما في ذلك المشروبات وعلك المضغ وكل المواد المستعملة في تصنيع الأدوية وتحضيرها ومعالجتها، باستثناء المواد المستخدمة فقط في شكل أدوية أو مواد التجميل أو مواد التبغ¹.

ب- الفعل المتمثل في الإخلال بالسلامة: إلى جانب شرط وجود المادة الغذائية في المخالفة، يشترط أيضا العنصر المادي المتمثل في فعل الإخلال بالزامية السلامة في المادة الغذائية، ويتميز الفعل بأن له طابع سلبي يتمثل في الامتناع عن القيام بما أوجبه القانون بضرورة مراعاة إلزامية السلامة.

وفرض المشرع التزاما عاما بأمن المنتج من أجل ضمان أمن وسلامة الأشخاص، حيث ينص على أنه يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن... وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وبتجريم المشرع لفعل مخالفة إلزامية سلامة المواد الغذائية يكون بذلك قد أكمل الحماية المدنية المنصوص عليها بالقانون المدني.

إن الالتزام بضمان السلامة هو إلتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في أن يقدم للمستهلك أطعمة وأشربة نظيفة معدة وفقا للأصول الفنية، وخالية من كل خطر تقني ولا تتضمن أدنى خطر على صحة المستهلك، هذا وان تبرير تجريم مخالفة إلزام سلامة المواد الغذائية يبرر أن المستهلك لا يمكنه بأي وسيلة التحقق أو التأكد من سلامة المنتج، وبالتالي يمكن القول أن هذه المخالفة تتميز أنها ذات طابع تقني بحيث لا يشترط معها البحث عن الركن المعنوي، كما أنه لا يمكن في الحقيقة أن يكون مرتكب المخالفة فيها في أغلب الحالات المنتج أو المتدخل أو الصانع أكثر من أي شخص آخر.

7- مخالفة إلزامية النظافة والنظافة الصحية

لقد ألزم المشرع الجزائري المتدخل من خلال المادة 06 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر بالسهر على احترام النظافة لكل من المستخدمين، والأماكن ومحلات التصنيع، التحويل والتخزين، أي من وقت إنتاج المواد الغذائية إلى غاية وصولها إلى المستهلك²، حيث تقوم جنحة مخالفة إلزامية النظافة الصحية للمواد الغذائية، وسلامتها في حال إرتكاب السلوكيات التالية التي تمثل الركن المادي لها:

- عدم احترام إلزامية سلامة المواد الغذائية عند عرضها للاستهلاك.

¹- المادة 03 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش السالف الذكر.

²- المادة 10 من القانون رقم 09-03 السالف الذكر.

-عدم احترام شروط النظافة الصحية للمستخدمين.

-عدم احترام شروط التغليف¹.

وتعتبر مخالفة إلزامية النظافة من الجرائم العمدية التي تتطلب توافر القصد الجنائي، والذي تتجه فيه إرادة الجاني نحو مخالفة شروط النظافة المعمول بها، وهذا بعلمه أن المواد التي وضعها للاستهلاك مخالفة للشروط، وقد تؤدي إلى إضرار بالمستهلك.

وتجدر الإشارة إلى أن العلم في هذه الجحة هو علم مفترض، لأن المشرع الجزائري قد فرض السهر على إحترام جميع الشروط المنصوص عليها لنظافة المواد الغذائية، وبالتالي فقيام هذه الجريمة يكون بمجرد قيام الركن المادي².

الفرع الثاني: حدوث الضرر والعلاقة السببية

الضرر هو كل ما تحدثه الجريمة من آثار مادية، وغالبا لايسأل الشخص عن عمله إلا إذا كان عمله ضارا، ولكن شرط الضرر أخذ به في المسؤولية المدنية دون المسؤولية الجزائية، ذلك باعتبار أن ليس كل الممارسات لها تأثير مباشر على المستهلك، حيث الجريمة التي لم تحدث ضررا بشخص معين بالذات قد تضر بالمصلحة العامة، وهذا ما جعل الفقهاء يعتقدون بأن الضرر ليس شرط لقيام المسؤولية الجزائية، بل يكفي خطأ الجاني لقيام المسؤولية عليه³.

¹-نصت المادة 72 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03 على أنه: "يعاقب بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000) إلى مليون دينار (1.000.000 دج) كل من يخالف إلزامية النظافة والنظافة الصحية المنصوص عليها في المادتين 06 و 07 من هذا القانون".

²-مخفي مختارية، المرجع السابق، ص. 51.

³-جبالي واعمر، المسؤولية الجنائية للأعوان الاقتصاديين، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص. 53.

الفصل الثاني: تدخل القضاء في عقد الاستهلاك

على عكس الحماية التقليدية التي تميزت قواعدها بالنقص والقصور في مجال حماية المستهلك ، فإن القواعد المعاصرة لحماية المستهلك، وفي ظل الظروف الاقتصادية التي فرضت تحديث الحماية لتلائم مع هذه الظروف المستجدة فقد جاءت بطرق جديدة لحماية المستهلك، وخاصة الوسائل التي تتيح للقضاء التدخل في تنظيم العلاقة الاستهلاكية، هاته الأخيرة التي يطغى عليها انعدام المساواة، واختلال التوازن العقدي.

فالمشرع الجزائري كباقي التشريعات حاول حماية المستهلك من خلال إصدار عدة قوانين تهدف إلى حمايته، إلا أنها لم تكن كافية كما ذكر سابقا، فأتاح الفرصة لتدخل القضاء عن طريق سلطة القاضي التقديرية في عقد الإستهلاك الذي بين يديه -باعتباره عقد إذعان- ، ولا يمكن أن تتكون هذه السلطة دون المرور بعمليات فنية و قانونية، تتمثل في في الحد من الشروط التعسفية ومكافحتها في عقود الاستهلاك المبرمة، وكذا القيام بعملية تفسير الشروط التعاقدية بغرض حماية الطرف المذعن منها.

ستتناول في القسم الأول الدور الذي يلعبه القضاء في الرقابة القضائية على الشروط التعسفية (المبحث الأول)، ثم تدخل القضاء في تفسير الشروط التعاقدية وضوابط قاعدة التفسير (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية

إن المشرع قد منح أداة قوية في يد القاضي في الرقابة على الشروط التعسفية¹، وتتمثل هذه الأداة أو السلطة في إمكانية توقيع الجزاء المناسب للشرط التعسفي تعديلا أو إعفاء وفقا لسلطته التقديرية، ولا يتقيد في ممارستها إلا بما تقرره مبادئ العدالة، الأمر الذي من شأنه أن يوفر الحماية المباشرة للمستهلك بما تقتضيه مصلحته الخاصة، وذلك بناء على ما جاء في نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقا لما تقضي به العدالة، و يقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 250.

المطلب الأول: تحديد الشرط التعسفي

بالرغم من أن تنظيم الشروط التعسفية تنظيماً قانونياً ليس بالغريب عن القانون المدني الجزائري، إلا أن تسليط الضوء على موضوع الشروط التعسفية لم يأت إلا حديثاً، بعد أن أصبح لها علاقة مباشرة بالمستهلك، نظراً لإمكانية ظهورها في العقود التي يبرمها مع المتدخل في إطار سد حاجياته و رغباته اليومية و المتكررة.

وقد إستحدث المشرع الجزائري نظام خاص بالشروط التعسفية من خلال أحكام القانون 04/02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حاول من خلاله الإسهاب في تحديد مضمون هذه الشروط، رغبة في تحقيق حماية فعالة للمستهلك، على غرار باقي التشريعات بالعالم.

وفي الواقع، فإن تحديد مضمون الشروط التعسفية أمر في غاية الأهمية، لما من شأنه أن يوضح الدراسة و يرسم حدودها، عن طريق التطرق لمفهوم الشروط التعسفية ، و كذا التعرف على الطريقة التي إعتدها المشرع الجزائري للكشف عن الطابع التعسفي للشرط كأساس للدراسة، مع الإستئناس بما أورده المشرع الفرنسي و كذا التوجيه الأوروبي المتعلقين بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، في كل مرة يتطلب الأمر ذلك.

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

يقتضي تحديد مفهوم الشروط التعسفية، التطرق لتعريفها، و كذا تمييزها عما يشتهر بها من أنظمة.

أولاً: تعريف الشروط التعسفية

إكتسى تعريف الشرط التعسفي أهمية بالغة في الوسط القانوني، ما يتضح من خلال غزارة التعريفات التي أوردها الفقهاء، وكذا عكوف أغلب التشريعات بالعالم على تعريفه، والمشرع الجزائري واحد منها، حيث فضل إيراد تعريف خاص للشرط التعسفي.

1-التعريف الفقهي للشرط التعسفي

تعددت المعايير التي اعتمد عليها الفقهاء في التعريف، فمنهم من عرفه على أنه نتاج عن التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية، و منهم من عرفه على أساس إنفراد المهني بتحريره خدمة لمصالحه، و منهم من إعتبره نتاج لتفوق المتدخل في كل النواحي، و منهم من فضل تعريفه بربطه بمبادئ القانون الطبيعي كالعدالة و روح الحق.

أ- الشرط التعسفي ناتج عن التعسف في استعمال القوة الإقتصادية

عرّف الدكتور أحمد محمد محمد الرفاعي الشرط التعسفي بأنه: " شرط يفرضه المتدخل على المستهلك مستخدماً نفوذه الإقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة.."¹

كما عرّفه الدكتور السيد محمد السيد عمران بأنه: " الشرط التعسفي، هو الشرط الذي يفرض على غير المهني أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة التعسف في استعمال الأخير لسلطته الإقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة"².

وما يمكن ملاحظته على التعريفين السالفي الذكر، أنهما تأثرا بالتعريف الذي كان قد أورده المشرع الفرنسي سابقاً في المادة 35 فقرة 01 من القانون رقم 78/23 لسنة 1978، والمتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية³، وحملاً معه الإنتقاد الذي تعرض له النص فيما يتعلق بالإعتماد على التعسف في استعمال القوة الإقتصادية كميّار لفرض الشرط التعسفي كما سيتم توضيحه لاحقاً.

فيما عرّفه الدكتور عبد المنعم موسى بأنه: " البند الذي يضعه المحترف في العقدالموقع بينه و بين غير المهني و المستهلك إعتامادا من المتدخل على سلطته الإقتصادية أجل الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق"⁴.

والملاحظ أن هذا التعريف لم يأت بالجديد مقارنة بالتعريفين السابقين، إلا أن ما يؤخذ عليه أنه استخدم حرف (و) بدلاً من حرف (أو) ، في عبارة... بين غير المهني والمستهلك وهو ما يوحي للقارئ و كأنّ هناك ثلاث أطراف في العلاقة العقدية هم: المتدخل، غير المهني و المستهلك.

¹- أحمد محمد الرفاعي، الحماية القانونية إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994، ص.215.

²-محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص.49.

³ Art 35-1 : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées ,imposées...les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'a son versement, a la consistance de la chose ou a sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif », Article publié sur le site: www.legifrance.gouv.fr.

⁴-عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.453.

ب- الشرط التعسفي و إختلال توازن العقد نتيجة تحريره مسبقا

عرّف كل من الأستاذ Jean Calais Auloy وSteinmetz Frank، كما يلي: " هو تعسفي، كل شرط حرر مسبقا من قبل الطرف الأكثر قوة، مما يخلق عدم توازن واضح على حساب الطرف الأكثر ضعفا"¹.

لقد ركز هذا التعريف على الطريقة التي يفرض بها الشرط التعسفي في العقد، و هي التحرير المسبق من قبل الطرف القوي.

إضافة لأنه لم يحدد أطراف عقد الإستهلاك بدقة، حيث فضل الإشارة للمراكز التعاقدية للطرفين المتعاقدين بشكل يشمل كل الأشخاص بغض النظر عن إنتماءهم لفئة معينة، حيث اكتفى بالقول بأن يكون أحدهم في مركز ضعف و الآخر في مركز قوة.

ج- الشرط التعسفي، ناتج عن تفوق المتدخل في جميع النواحي

ذهب الدكتور إسماعيل محمد المحارقي في تعريفه للشرط التعسفي إلى ما يلي: " لا بد أن تكون تلك الشروط التعسفية، و هي تكون كذلك عندما تفرض على عديم الخبرة بسبب تعسف المتدخل في استخدام تفوقه الواقعي و الاقتصادي و التقني و الفني"².

وجاء هذا التعريف بتسمية عديم الخبرة بدلا من المستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد، وهو اللفظ الذي يحتمل عدة تأويلات إذ قد يقصد به المستهلك كما قد يقصد به المتدخل فعدم الخبرة تطال الطرفين، إضافة إلى أن إستخدام مثل هذا المصطلح الواسع يدخل المتدخل مجال الحماية من الشروط التعسفية، ما لا يتفق و الغاية من التنظيم القانوني لهذه الشروط و هي حماية المستهلك فقط.

كما أنه لا يعالج أثر فرض الشرط التعسفي و هو الإخلال الظاهر بالحقوق و الإلتزامات بين أطراف العقد، إلا أنه بالمقابل قد وسع من نطاق التفوق بين المتدخل وعديم الخبرة-كما أسماهما-، إذ جعل سبب تعسفه هو إستخدامه ليس فقط لقوته الإقتصادية بل كذلك الواقعية و التقنية و الفنية.

¹ -ترجمة للنص الأصلي التالي:

"Est abusive, la clause qui préredigée par la partie la plus puissante crée un déséquilibresignificatif au détriment de la partie la plus faible ", Voir: Jean CalaisAuloy, Frank Steinmetz: op cit, p 185.

²-إسماعيل محمد المحارقي، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة مجلة الحقوق، صادرة عن مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2006، ص.253.

د- الشرط التعسفي يتنافى و روح الحق و كذا العدالة

وقد عرّف الدكتور محمد إبراهيم بنداري الشرط التعسفي بقوله: " ... هو الذي يتنافى مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق و العدالة، و يترتب عليه اختلال توازن العقد¹".

إنّ هذا التعريف اعتمد على روح الحق و العدالة كمعيار لتعسفية الشرط، فمتى توافر كل من روح الحق و العدالة عند التعاقد إنتقى وجود شروط تعسفية، و العكس و ما يمكن قوله هنا أن فكرتي روح الحق و العدالة هما فكرتان أكثر معنوية و مثالية لا يفترض وجودهما حتى في عقد البيع البسيط و الذي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحقق فيه العدالة بطريقة كلية في العطاءات المتبادلة، فكيف إذن في عقد الإستهلاك القائم أصلا على إنعدام المساواة بين مراكز أطرافه.

2-التعريف القانوني للشرط التعسفي

بالرغم من أن مجال التعريفات هو إختصاص أصيل للفقهاء، إلا أن الوضع بالنسبة للشروط التعسفية مختلف، فأغلب التشريعات في العالم أوردت تعريفا لها²، و هذا إن دل على شيء إنما يدل على الإهتمام البالغ بالظاهرة، و نركز على نقطتين في التعريف الذي أورده التشريع الفرنسي نظرا للدقة التي إتسم بها مما يسهل تقييم التعريف الذي أورده المشرع الجزائري، و إمكانية القيام بمحاولة ذاتية لتعريف الشرط التعسفي .

أ-تعريف الشرط التعسفي في التشريع الفرنسي

¹-محمد إبراهيم بنداري، المرجع السابق، ص.95.

² -فقد عرف المشرع الكيبيكي الشرط التعسفي في المادة 1437 من القانون المدني بقوله: هو تعسفي، كل شرط يجحف بحقوق المستهلك أوالمذعن بصورة مفرطة وغيرمعقولة بالنظر لما يتطلبه حسن النية، و يعد تعسفا خصوصا الشرط الذي يبعد الإلتزامات الأساسية التي تحكم العقد في العادة، فيغير من طبيعتها.

كما عرف القانون البلجيكي الخاص بالممارسات التجارية لسنة 1971 الشرط التعسفي في المادة 31منه بقولها: كل شرط تعاقدى يؤدي إلى اختلال مبالغ فيه في التوازن بين الحقوق و الإلتزامات التعاقدية على حساب المستهلك الشرط التعسفي هو، أما المشرع الألماني فقد عرف الشرط التعسفي بصفة عامة بموجب المادة 09 من قانون 1976و التي جاء فيها: تعتبر الشروط العامة التي يضعها المشتري لاغية إذا كانت محجفة بالشريك في العقد بصورة غير معقولة بالنظر لمقتضيات حسن النية.

-أحمد رباحي، أثر التفوق الإقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، صادرة عن جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف العدد الخامس شهر جانفي 2008، ص.345.

عرّف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في المادة 132فقرة 01 من قانون 95/96 لسنة 1995 بقوله: "في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تعد تعسفية، الشروط التي تخلق في جانب غير المهني أو المستهلك عدم توازن ظاهر في حقوق و التزامات أطراف العقد سواء تعلقت هته الشروط بمحل العقد أو آثاره"¹.

وبصورة مبسطة فقد عرّف الشرط التعسفي بأنه كل شرط ينجم عن وضعه عدم توازن واضح بين حقوق و التزامات المستهلك أو غير المتدخل من جهة، و المهني من جهة أخرى، والواقع أن المشرع الفرنسي قد نقل هذا التعريف عما جاء في التوجيه الأوروبي رقم 93-13 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، حيث عرفت المادة 03 منه الشرط التعسفي بقولها: " كل شرط في العقد لم يكن محل مساومة فردية رغم ضرورة توفر حسن النية، يعتبر تعسفيا حينما يخلق على حساب المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق و التزامات الأطراف في العقد"².

فباستثناء عدم إشارة المشرع الفرنسي لعبارتي "حسن النية" و "المساومة الفردية"³ فالتعريفين متقاربين جدا، و هو أمر طبيعي بالنظر إلى الغاية من إصدار هذا التوجيه وهي التناغم في النصوص القانونية الداخلية المتعلقة بالشروط التعسفية بين الدول الأعضاء بحيث يشكل ما جاء في هذا التوجيه الحد الأدنى من الحماية الواجب توافرها للمستهلك الأوروبي و الذي تلتزم كل دول الإتحاد باعتماده.

و يعود سبب عدم ذكر عبارتي حسن النية و المساومة، إلى إفتراض حسن النية في التعاقد بصفة عامة، و توسيع المشرع الفرنسي لنطاق قرينة قيام التعسف في الشروط حيث مدها حتى لتلك التي خضعت لمفاوضة فردية، كما تم توضيحه آنفا.

¹ -Art 132-1 Code de Consom.Fr : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnelles, ou consommateur, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

²-Art 03 : « Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat », Voir la directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, op cit.

³-شوقي بناسي، الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 02، 2009، ص.144.

ب-تعريف الشرط التعسفي في التشريع الجزائري

لم يغفل المشرع الجزائري في القانون رقم 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أمر تعريف الشرط التعسفي، إذ جاء النص عليه في الفقرة الخامسة من المادة 03 كما يلي: " شرط تعسفي:

كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

و الملاحظ من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد تأثر بالتعريف الوارد في القانون الفرنسي و منه في التوجيه الأوروبي.

إلا أن التعريف الذي أورده جاء عاما، يصلح وضعه في أي إطار قانوني آخر غير قانون الإستهلاك، فهو لا يعكس الهدف من تقرير الحماية من الشروط التعسفية و هو المستهلك، لأنه لم يحدد أطراف العقد بدقة مثلما فعل نظيره الفرنسي، كما أن عدم التحديد هذا يعطي إنطباعا لتقرير نفس درجة الحماية للطرفين دون تفضيل مالا يتسم و غاية نظام الشروط التعسفية في تحقيق حماية قانونية للمستهلك في مواجهة المتدخل.

لذلك يعتبر التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في المادة 132 من القانون 95/96 لسنة 1995 تعريفا شاملا و واضحا، يعكس حقيقة وضع الشروط التعسفية، من حيث نوع العقود المبرمة و هي العقود المبرمة بين المتدخلين و المستهلكين، و من حيث محل الحماية و هو المستهلك، و من حيث القائم بإيراد مثل هذا الشروط و هو المتدخل، و من حيث أثر وجود مثل هذه الشروط و هو عدم التوازن الظاهر بين حقوق و التزامات أطراف العقد.

و عليه يمكن القيام بمحاولة ذاتية لتعريف الشرط التعسفي، كما يلي: " الشرط التعسفي هو ذلك البند التعاقدى الصادر من المتدخل بصورة منفردة، في مواجهة المستهلك، والذي ينجم عن فرضه إختلالا ظاهرا بين حقوق و التزامات الطرفين لصالح المتدخل بشكل يجحف بمصالح المستهلك.

ثانيا: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة

يقترّب مفهوم الشرط التعسفي من بعض الأنظمة التي تعبر هي الأخرى عن شروط تعاقدية، وعلى وجه التحديد يمتلك من الشرط غير المشروع و الشرط النموذجي أكثر المفاهيم تداخل مع مفهوم الشرط التعسفي، لذلك يدق التمييز بينه و بين الشرط غير المشروع من جهة، و بينه و بين الشرط النموذجي من جهة أخرى للخروج بمفهوم أكثر دقة للشرط التعسفي.

1- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع

يظهر الفرق بين الشرط غير المشروع و الشرط التعسفي من عدة نواحي :

1-1- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع من الناحية الإصطلاحية:

ميزّ المشرع الجزائري في القانون رقم 04/02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بين مصطلحي غير المشروع و التعسفي، فقد عبر عن البنود أو الشروط التعسفية بالممارسات التعاقدية التعسفية (Pratiques contractuelles abusives) حينما إستخدمها كعنوان للفصل الخامس المتعلق بأحكام البنود التعسفية، فيما عرف مفهوم الشرط غيرالشرعي بصورة غير مباشرة حينما عنون الفصل الأول من الباب الثالث بالممارسات التجارية غير الشرعية (Pratiques commerciales illicites)، فلو كان يرمي لمفهوم واحد لما خصص لكل منهما فصلا مستقلا.

2-1- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع من الناحية القانونية:

تحتل الإتفاقات في المجال العقدي مركزا مهما من الناحية القانونية، فهي تسمو على القواعد المكتملة¹مهما كانت أهميتها، فكل العقود مبنية على الإتفاق الذي يترجم في بنود تعاقدية تكون صحيحة ما دامت غير مخالفة لقواعد القانون الآمرة، فمتى خالفتها فهي بنود غير مشروعة بغض النظر عن المراكز القانونية للأطراف.

أما الشروط التعسفية فإن مجالها هو عقود الإستهلاك بإعتبارها عقود عدم التوازن في المراكز القانونية، و لا يمكن أن تمتد للعقود التي تتسم بالتوازن، إذ يكمن مناط التعسف في ذلك الإخلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات الأطراف الذي يحدثه وجود مثل هذه البنود كونها تخدم مصالح المتدخلين و تتعسف في حق المستهلكين، بالرغم من أنها تبدو في الظاهر بنودا إتفاقية محظى لأنّ المهني غالبا ما يلزم المستهلك بأن يكتب عبارة قرأت العقد و وافقت عليه إضافة إلى الإمضاء، و بالتالي فالشرط التعسفي ليس الشرط الذي خالف النصوص الآمرة كما يجسده مفهوم الشرط غير المشروع، بل هو التعسف في استعمال رخصة مشروعة في الأصل هي حرية التنظيم الإتفاقي للعقد .

¹-النصوص المكتملة هي عبارة عن قواعد قانونية واصفة، يسوقها المشرع لا من قبيل الإلزام، ولكن على سبيل الاستثناس فقط بهدف مساعدة المتعاقدين على إبرام العقد في كثير من الأحوال أو بهدف تطبيقها إذا ما سهى الأطراف عن تنظيم بعض المسائل في العقد.

3-1- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع من ناحية تعامل القضاء معهما:

يختلف تعامل القاضي مع الشرطين، فإذا وجد شرطا غير مشروع في العقد، يقضي القاضي ببطلانه من تلقاء نفسه و لو لم يتمسك الخصوم به أما إذا وجد شرطا تعسفيا فإن القاضي لا يقرره من تلقاء نفسه، بل يجب أن يكون محل دعوى مباشرة للنظر فيه، و قد وضحت الفرق بين الشرطين، محكمة إستئناف Grenoble الغرفة المدنية الأولى في القضية بين UFC¹، بصفتها مستأنفة و Association Clevacances مستأنف عليها في قرارها الصادر في 15 جانفي 2008 والذي تمحور موضوعه حول إلغاء الشروط التعسفية و غير المشروعة جبرا للضرر العام الذي أصاب المستهلكين من عقود تأجير المنازل النموذجية الصادرة عن Association Clevacances، حيث جاء في حيثيات القرار أن الشرط غير المشروع هو الشرط الذي يعارض حكما من النظام العام، و عليه فإن البند الذي يقضي بأن مبادرة المالك (المؤجر) بالعدول عن العلاقة العقدية لا ينجر عنه رد العربون الذي قدمه المستهلك (المستأجر) ، هو بند مخالف للقواعد العامة التي تقضي بأنه إذا عدل من قبض العربون رده و مثله وفقا للمادة 1590 من القانون المدني الفرنسي، و المادة 114 الفقرة 01 من قانون الإستهلاك، و هته الأحكام من النظام العام. أما بالنسبة للبند الذي لا يُمكن المستأجر من أن يحضر أشخاصا زائدين عن العدد المذكور في العقد إلى البيت، إلا بعد أخذ رأي المؤجر فقد إعتبرته المحكمة شرطا تعسفيا، ذلك أن المؤلف في عقود الإيجار أن المستأجر يدفع بدل إيجار المحل ككل بصرف النظر عن ما يسعه من أماكن مقارنة بعدد الأشخاص و الذي يبقى عمل الفنادق².

2- تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي (la clause type):

إنّ الشرط النموذجي هو ذلك البند المعد مسبقا من قبل أحد أطراف العقد لاستعمال عام و متكرر، بصورة غير قابلة للتفاوض³، و يشكل مجموع هذه البنود الشروط العامة للعقد، و لما كانت مفروضة فإن قبول التعاقد يبقى قبولا ظاهريا وهميا في كثير من الأحوال.

و إن كان هذا القبول الظاهري لا يطرح إشكالا متى كانت الشروط النموذجية عادية و تحقق مصالح متوازنة لطرفي العقد، فإن الأمر ليس كذلك عندما تكتسب هذه الأخيرة لونا تعسفيا، نتيجة إستغلال المتعاقد القوي و هو المتدخل لمركزه التعاقدية قبل المتعاقد الضعيف و هو المستهلك، و يمكن

¹-الإتحاد الفدرالي للمستهلكين الفرنسي Union Fédérale des consommateurs.

²-Cour d'appel de Grenoble, chambre civile 1, Audience publique du 15 Janvier 2008, N° de RG: 05/3326. l'arrêt complet sur le site: www.legifrance.gouv.fr

³- انظر الموقع الالكتروني: www.Unidroit.org...

Par l'institut international pour l'unification du droit privé: "Principe d' Unidroit relatifs aux contrats du commerce internationale ", Rome, 2004.

الإستشهاد ما ورد في البند 03 من الفصل 04 من عقد القرض RENAULT Crédit، و هو البند الذي تعلق بحل النزاعات، حيث عقد اختصاص النظر في كل نزاع ناشئ عن تنفيذ أو تفسير العقد الحالي لمحكمة بئر مراد رابيس دون سواها، و الذي سيشكل تعسفا في الكثير من الأحوال، إذا ما نظرنا إلى جملة من الاعتبارات تتعلق بطول المسافة بالنسبة للكثير من المتعاقدين، و ما سينجم عنه من تكبد لمصاريف و تعب السفر و تضييع وقت الكثير منهم.

و لا يتوقف البند هنا، حيث ينص على أن يتحمل المقترض المصاريف الناتجة عن الدعاوى المرفوعة من طرف القارض، إلا أن الأمر لا يتعلق بالمصاريف القضائية المألوفة و التي يتكبدها خاسر الدعوى في كل الأحوال- عدا حالة المساعدة القضائية -فالمقترض هنا يتحمل كذلك مصاريف المحامي أو المحامين الذين يوكلهم القارض في القضية، و هو البند الذي وضح بصورة أكبر بالرجوع للغة الفرنسية عنه بالعربية حيث حذفت هذه الجزئية في النص العربي و أضيفت في النص المترجم إلى اللغة الفرنسية.

والتداخل بين الشرط التعسفي و الشرط النموذجي كبير و واضح، إذ يعبر الأول عن وصف للثاني، فالشرط النموذجي قد يتسم بالتوازن، و هنا يكون شرط نموذجي عادي بمفهومه الإيجابي، وقد يظهر باللون التعسفي و هنا يكون شرط نموذجي تعسفي و هو مفهومه السلبي، إلا أن الشرط التعسفي يتميز عن الشرط النموذجي، كونه يصدر في مواجهة مستهلك بصدد عقود الإستهلاك إستغلالا لمركزه الضعيف، و أما الشرط النموذجي فمجاله غير محدد، لا من حيث الأشخاص و لا من حيث العقود فقد يمتد لعقود كثيرة، حتى لتلك التي يبرمها المتدخل حينما يتعامل مع باقي المتدخلين، و لتلك العقود التي تحدد أهم بنودها بنصوص قانونية كالشروط النموذجية الملزمة في عقود الإعتماد الإيجاري للأصول المنقولة¹.

الفرع الثاني: معايير تحديد الشروط التعسفية

إن الإلمام بكامل أنواع البنود التعسفية، أمر غير ممكن، فالشروط التعسفية كثيرة و متغيرة، فما يعتبر تعسفا في عقد ما قد لا يعتبر كذلك في عقد آخر، الأمر الذي فرض ضرورة الإستناد القانوني إلى معايير تسهل من خلالها عملية الكشف عن الطابع التعسفي للشرط أو الشروط التي يظهر أنها تنقل كاهل المستهلك في العقد.

¹ - المواد 11، 12، 13، 14، 15، 16 من الأمر رقم 96/09 المؤرخ في 10 جانفي 1996، المتعلق بالإعتماد الإيجاري، ج.ر المؤرخة في 14 جانفي 1996، العدد 03.

ومن أجل محاولة دراسة الطابع التعسفي للشروط (أولا) من وجهة نظر المشرع الجزائري، تجدر معالجة المعايير التي يتحدد من خلالها هذا الطابع كقاعدة عامة، ثم التعرف على الإستثناء من القاعدة، و هو أسلوب إيراد قوائم بالشروط التعسفية (ثانيا)، على إعتبار أن المشرع الجزائري قد إتبع هذا الأسلوب المباشر لتحديد الطابع التعسفي للشرط.

أولا: المعايير العامة التي يتحدد من خلالها الطابع التعسفي للشرط

إن أساس تفوق المتدخل على المستهلك، يكمن في العادة و بصورة أساسية في القوة الإقتصادية التي يتمتع بها المتدخل، لذلك جعل الفقهاء من التعسف في إستخدام هذه القوة، بشكل يؤدي إلى حصول المهني على ميزة مفرطة، معيارين لإضفاء اللون التعسفي على البند أو البنود التعاقدية.

والواقع فإن معياري التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و كذا الميزة المفرطة، قد نقلهما الفقهاء العرب الذين تناولوا الشروط التعسفية بالدراسة¹ عن المشرع الفرنسي، في توجيهه السابق بموجب قانون 78/23 لسنة 1978.

أما بالنسبة للمعيار الذي تبناه المشرع الجزائري فهو معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات كل من المتدخل و المستهلك، و هو نفس المعيار الذي جاء به المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 96/95 لسنة 1995، تكريسا لما إعتمده التوجيه الأوروبي رقم 93/13 لسنة 1993، المتعلق بالشروط التعسفية (ثانيا).

1- معياري التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و الميزة المفرطة

لتحديد الطابع التعسفي للشروط يجد معياري التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و كذا الميزة الفاحشة أساسهما القانوني من خلال ما جاء في المادة 35 من قانون 78/23 و التي تنص: " في العقود المبرمة بين المتدخلين و غير المتدخلين أو المستهلكين، يمكن أن تكون ممنوعة، محددة أو منظمة بلوائح صادرة عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي اللجنة المنشأة بالمادة 36، تميز عند الاقتضاء وفقا لطبيعة الأموال و الخدمات المعنية، الشروط المتعلقة بالطابع المحدد أو الذي يحدد الثمن، كذلك طريقة الدفع، تسليم الشيء و حقيقته، تحملا لمخاطر، زيادة المسؤولية و الضمانات، شروط التنفيذ، شروط الفسخ عندما

¹ - ومنهم محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998، ص. 59 و 60، محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، المرجع السابق، ص. 93- 95، و كذا موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص -250 ص. 252.

تبدو أنها مفروضة على غير المتدخلين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال القوة الإقتصادية للطرف الآخر، مما يحقق لهذا الأخير ميزة مفرطة¹.

أ- معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية

و يطلق عليه أيضا المعيار الشخصي²، و قد مثل معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية سببا هاما يقوم عليه تحديد مدى تعسفية الشرط، إذ يفترض أن يتمتع المتدخل نفسه بوضعية إقتصادية معينة حينما يتعاقد مع المستهلكين، يستغلها للحصول على الميزة التي يصبو إليها عن طريق فرض الشروط التعاقدية بالطريقة التي يريد، نظرا لتمتعه بمركز قوي من الناحية الإقتصادية، الفكرة المباشرة التي تتجسد بعد قراءة المادة 35 من القانون 78/23.

و القوة الإقتصادية هي تلك المكانة الهامة التي يحظى بها المتدخل في السوق و التي تخول له أن يكون ذا نفوذ و هيبة، مما يجعله معروفا في السوق، ما يترتب عنه وضعية الهيمنة، ذلك أن القوة الإقتصادية و وضعية الهيمنة وجهان لعملة واحدة³، الأمر الذي سيخرج طائفة كبيرة من المتدخلين الذين

¹Art 35 « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif », l'article sur le site: www.Légifrance.gouv.fr.

الإمعان في هذه المادة يظهر وجود معيار آخر، يقوم إلى جانب معياري التعسف في استعمال القوة الإقتصادية إن و كذا الميزة الفاحشة، هو معيار تعلق الشرط بأحد العناصر المحددة في القانون، و الذي مفاده وجوب أن يتعلق الشرط بأحد الصور المذكورة في المادة 35 من القانون 78/23، و هي: الشرط المتعلق بالطابع المحدد أو الذي يحدد الثمن، و الخاصة بدفع الثمن، الشروط المتعلقة بحقيقة الشيء و كيفية تسليمه، الشروط المتعلقة بالمسؤولية و الضمان، الشروط المتعلقة بتحمل المخاطر، و الشروط المتعلقة بفسخ العقد، و قد اعتبرت هذه الصور مجالا إنحصار فيه إضفاء صفة التعسف على الشرط من عدمه، بمعنى أن كل شرط و لو كان التعسف بارزا فيه، عليه أن يتعلق بإحدى تلك العناصر الست بأي حال من الأحوال، و إلا لا يمكن إعتبره تعسفا وبالتالي فلامجال للمنازعة القضائية فيه من جهة، ولامجال لتحريم تحديد أو منع العمل ببعض الشروط من قبل الحكومة من جهة أخرى.

²- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص. 140.

³- و يمكن الإستناد لتوضيح هذا الإرتباط، للمادة 03 فقرة ج من القانون رقم 08/12 المتعلق بالمنافسة، و التي جاء فيها " وضعية الهيمنة: هي الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة إقتصادية في السوق المعني من شأنها

يفرضون شروطا تعسفية على المستهلكين دون أن يتمتعوا بقوة اقتصادية بالمفهوم السالف ذكره، من إطار نظام الحماية من الشروط التعسفية، ما يجعل هذا المعيار هو نفسه يحتاج إلى معيار يضبطه، فهل ننظر للقوة الاقتصادية بالنظر لمكانة المتدخل في السوق و التي لا يمكن تحديدها في الغالب ؟ أم بمقارنتها مع مكانة المستهلك ؟

و على هذا الأساس، إعتبر بعض الفقه أن معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية معيارا غامضا جدا، ذلك أنه إذا كان من السهل الكشف عليه في مشروعات معروفة، فالأمر ليس كذلك في المشروعات الصغيرة التي لم تبرز بعد في السوق، و هو ما يجعل منه معيارا مرهقا للمستهلك الذي يتحمل عبء إثبات أن تعسف المتدخل كان بسبب إستعمال قوته الإقتصادية، كذلك فإن التركيز على هذا المعيار لوحده يهمل أو يتجاهل التفوق في الخبرة الفنية و الكفاءة التقنية، التي تمكن المتدخل من فرض شروط تعسفية لأن هذا الأخير متعود على إبرام العقود والصفقات، ويعرف جيدا الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد، ويعرف ما يوجبه العمل في مهنته ويمتلك من الوسائل ما يمكنه من تقدير حدود إمكانياته الفعلية لتنفيذ العقد، و هو الأمر الذي سيمكنه من التعاقد بالشكل الذي يناسبه¹.

و نظرا لعدم وضوح هذا المعيار، فقد ألقى القضاء الفرنسي في أغلب القضايا²، المستهلك من عبء إثباته، إذ جرى العمل القضائي على أن كشف المستهلك أو غير المتدخل عن الميزة الفاحشة إضافة لملاسات القضية، يؤدي إلى قيام قرينة عن وجود تعسف في إستعمال القوة الاقتصادية.

ب- معيار الميزة المفرطة

إن معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية للمتدخل، وحصوله على ميزة مفرطة في مواجهة المستهلك، هما في الحقيقة معيارين متحدين و تربطهما علاقة سببية تامة، فالميزة المفرطة التي يحصل عليها المتدخل هي نتيجة للتعسف في إستخدام القوة الإقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير، وهكذا فإن المعيار الثاني هو نتيجة طبيعية للمعيار الأول.

عرقلة قيام منافسة فعلية فيه و تعطيلها إمكانية القيام بتصرفات منفردة الى حد معتبر إزاء منافسيها، أو زبائنها أو ممونيها".

¹-الحسين بلحساني، أساس الإلتزام بتبصير المستهلك و مظاهره، المجلة المغربية للإقتصاد و القانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الرابع، ديسمبر 2001، ص.26.

²-Cour de cassation, chambre civile 1, audience publique du 16 Juillet 1987, n° de pourvoi: 84-17731. l'arrêt complet sur le site: www.légifrance.gouv.fr.

وتعتبر الميزة المفرطة التي يحصل عليها المتدخل بمناسبة التعاقد عنصر الموضوعي ايتعلق بتوفير مزايا مبالغ فيها للمتدخل.

و قد طرح إشكال على مستوى الفقه فيما يخص نوعية هذه المزايا، إلا أنهم خلصوا إلى أن الميزة المفرطة تشمل كل أنواع المزايا سواء كانت نقدية أو غير نقدية¹، ذلك أن المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 35 من القانون 78/23 لم يقيم بحصرها في نوع معين، و حسن فعل لأن مثل هذا الحصر سيؤدي إلى تقليص الحماية المقررة لجماعة المستهلكين أو غير المتدخلين.

2- معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الإلتزامات في التشريع الجزائري

نصت المادة 03 الفقرة 05 من القانون 04/02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، على مايلي : " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد".

وطبقا لهذا النص فإن معيار تحقق تعسفية بند أو شرط ما في عقود الإستهلاك يتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق، و واجبات أطراف العقد.

وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 1-132 من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 95/96 لسنة 1995، و هو المعيار نفسه الذي جاء في التوجيه الأوروبي رقم 93/13 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث كان لصدور هذا التوجيه، أثره البالغ على النظام القانوني الفرنسي في هذا المجال، تجلى في تخلي المشرع الفرنسي عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 78/23 لسنة 197، وهي التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و الميزة المفرطة، لصالح المعيار الذي جاء به التوجيه الأوروبي و هو عدم التوازن الظاهر بين حقوق و إلتزامات أطراف العقد.

و قد إعتبر بعض الفقهاء الفرنسيين أن مثل هذا التعديل لا يدخل تغييرا جوهريا و عميقا على تعريف الشروط التعسفية و منه إلى المعايير²، فيما واصل جانب آخر أن معيار عدم التوازن الظاهر بين الحقوق و الإلتزامات هو نفسه معيار الميزة المفرطة بألفاظ مختلفة³.

¹- إدريس الفاخوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، المغربية للإقتصاد و القانون، صادرة عن جامعة السويسي، الرباط، المغرب، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الثالث جوان 2001، ص.70.

²Jean Calais AuLOY, Frank Steinmetz: op cit, p 192.

³- شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 146.

و يبدو أن الرأي الثاني هو الرأي السديد، ذلك أنهما يعبران عن حقيقة واحدة و هي تحقيق مصالح المتدخل على حساب مصالح المستهلك.

ومعيار الإخلال الظاهر بالتوازن هو أمثل معيار يمكن الإستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، ذلك أنه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المتدخلين حتى و لو لم تكن لديهم قوة إقتصادية، كما أنه يتجنب الإنتقادات التي كانت موجهة لمعيار التعسف في إستعمالها، و التي لا يمكن الكشف عليها في كثير من الأحوال.

بالإضافة لكون الإعتماد على هذا الأخير يهمل وضعيات التفوق الأخرى التي أثبتت خطورتها في الواقع العملي.

و يطرح معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و إلتزامات كل من المستهلك و المتدخل مسألة تقنية هامة، تتعلق بكيفية تقديره، و التي إكتفى المشرع الجزائري من خلال المادة 03 الفقرة 05 نفسها بالقول أنها تتم إما بالنظر للإخلال الظاهر الذي يحدثه الشرط لوحده، أو بالنظر لجميع بنود العقد مجتمعة، و تتحقق تعسفية الشرط في الصورة الأولى في الحالات التي تكون فيها خطورة الشرط واضحة مما يجعل الإخلال ظاهرا في الحقوق و الإلتزامات العقدية بين أطراف العقد، و الذي يظهر خصوصا في تلك البنود التي جاء النص على إعتبارها تعسفية صراحة في القانون، إلا أن هذه الحالة تمثل الإستثناء، فالقاضي في غير هذه الحالات، يتمعن في البنود بأكملها للتحقق من الإخلال الظاهر، و هو ما يمثل الصورة الثانية لكيفية تقدير الطابع التعسفي، فيما سكت عن باقي الإعتبارات الأخرى والتي أهمها ما يخص وقت تقدير الطابع التعسفي للشرط.

و قد إعتبر البعض أن مثل هذا السكوت لا ينقص من المسألة شيئا، "بإعتبار أن مثل هذه الأمور من المسلمات التي يعتمدها القضاء في تعامله مع جميع العقود"¹، فيما ما ذهب البعض الآخر أن المشرع الجزائري في تناوله لمسألة تقدير الطابع التعسفي قد إعتد توجهها محتشما و ناقصا²، و هو الرأي الراجح، إذ أن القول بأن الأمر متروك للقضاء يفتح المجال لتناقض الأحكام إذا ما تم الأخذ بعين الإعتبار حداثة الظاهرة التي تحتاج في مراحلها الأولى لإهتمام قانوني أكثر جدية.

و قد كان المشرع الفرنسي أكثر دقة في تقديره للطابع التعسفي للشرط، سواء من حيث وقت هذا التقدير، أو في كيفية ذلك، حيث جاء في المادة 1-132 الفقرة 05 من القانون الفرنسي رقم 95/96 ما

¹- أحمد رباحي، المرجع السابق، ص.361.

²- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 148.

يلي: " بدون المساس بقواعد التفسير المنصوص عليها في المواد 1156 إلى 1161، 1163 و 1164 من القانون المدني، الطابع التعسفي للشرط يقدر عند لحظة إتمام التعاقد، بالنظر لكل الظروف المحيطة بإتمامه، كذلك بكل الشروط في العقد نفسه أو تلك الموجودة في عقد آخر عندما يرتبط إتمام أو تنفيذ هذين العقدين قانونيا بعضها ببعض"¹.

و واصلت المادة 1-132 الفقرة 07 الصادرة بموجب الأمر رقم 741-2001² ما يلي: "تقدير الطابع التعسفي بمعنى الفقرة الأولى لا يتعلق لا على التعريف بمحل العقد الرئيسي، و لا على تعادل الثمن مع المال المباع أو الخدمة المقدمة"³.

و تجد هتان الفقرتين مصدرهما في المادة 04 من التوجيه الأوروبي 93-13⁴، وبهذا النص الصريح و الواضح فإن المشرع الفرنسي قد تبنى قواعد التقدير التالية:

بالنسبة لوقت ذلك التقدير، فإنه يكون في كل الأحوال عند لحظة إتمام التعاقد، لا لحظة تكوين العقد و لا وقت تطبيق الشرط المتنازع فيه.

و بالنسبة لكيفيته، فالطابع التعسفي يتحدد كما يلي:

¹-Art L. 132-1 alinéa 5: « Sans préjudice des règles d'interprétation, prévues aux articles 1156 à 1161, 1163 et 1164 du code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat à toute les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toute les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre », Voir code de la consommation, op cit, p 209.

²-Ordonnance n°2001/741 du 23 Aout 2001, I bid, p 209 .

³-Art 132-1 alinéa 07 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert », Voir Code de la consommation, op cit, p 209.

⁴-Art 4: « 1. Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend.

2. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les services ou les biens à fournir en contrepartie, d'autre part, pour autant que ces clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible », Voir Directive 93/13 CEE du Conseil, du 5 Avril 1993, op cit.

بالنظر للشروط الأخرى في العقد نفسه، أو تلك الموجودة في عقد آخر مرتبط قانونيا بالأول، ذلك أنه قد يمنح بند معين ميزة للمتدخل على حساب المستهلك أو غير المتدخل فيما يعدل بند آخر المسألة بأن يمنح ميزة لهذا الأخير على حساب الأول و هو ما سيعيد التوازن العقدي¹.

بالنظر لكل الظروف التي أحاطت بتنفيذ العقد، فالبند الذي لم يكن لوضعه أي مجال للمناقشة مثلا سيكون أمر إعطائه الطابع التعسفي أسهل من البند الذي كان محل مناقشة بين أطراف العقد.

بأن لا يقع التقدير لا على تعريف المحل الرئيسي للعقد و لا على تعادل الثمن مع المال المبيع أو الخدمة المقدمة، و هو ما إعتبره الفقه الفرنسي إعادة تأكيد على إستبعاد فكرة الغبن التي يرفضها القانون الفرنسي أصلا².

ثانيا: القوائم كأسلوب مباشر لتحديد الطابع التعسفي للشروط

إعتمد المشرع الجزائري في تحديده للشروط التعسفية على أسلوب إعداد قوائم تضم جملة من أهم الشروط التعسفية التي تحوز هذه الصفة بقوة القانون.

و لعل أهم ميزة لهذا الأسلوب تتعلق بعدم الحاجة لإثبات اللون التعسفي للبند الذي يبقى مفترضا في إطار ما ذكر من شروط في هذه القوائم، أما خارجها، فالبينة على من إدعى وفقا للقواعد العامة، إذ يقع على المستهلك عبء إثبات أن الشرط المتنازع فيه ورد بشكل تعسفي، و يجب تحديد محتوى هذه القوائم بالضبط من أجل إمكانية تصنيف الشروط التعسفية الواردة فيها.

1-محتوى قوائم الشروط التعسفية

أحدث المشرع الجزائري قائمتين بالشروط التعسفية، حدّد الأولى بموجب القانون رقم 04-02 و أورد الثانية في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة مابين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

أ-القائمة الواردة في القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية:

تم النص على جملة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29 من القانون رقم 04-02 الذي يحدّد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تحت إطار الفصل الخامس المعنون بالممارسات التعاقدية

¹ -شوقي بناسي، المرجع السابق، ص. 145.

²-Taib Aurélie, la modification unilatérale des contrats de communication électronique, Master 2, Université de Versailles Saint Quentin, France, 2007, p 22.

التعسفية، و التي جاء فيها ما يلي: " تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
 - فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
 - امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.
 - التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.
 - إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
 - رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
 - التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ الخدمة.
 - تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".
- وما يمكن أن يوجه للمشرع، أنه قصر مجال الحماية من هذه الشروط التعسفية على عقود البيع فقط، الأمر الذي يتضح في بداية المادة نفسها، التي تحدد أطراف العلاقة التعاقدية في البائع و المستهلك.

كما يلاحظ أن هذه القائمة مذكورة على سبيل المثال لا الحصر، و هو ما يستشف من عبارة "لا سيما" الواردة في المادة 29 من القانون السالف الذكر، إضافة إلى أن المادة 30 من القانون نفسه قد فوضت أمر تحديد شروط تعسفية أخرى للتنظيم¹، حيث جاء فيها: " بهدف حماية مصالح المستهلك و حقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، و كذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية ".

¹-قادة شهيدة، المرجع السابق،ص. 272.

ب- القائمة الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين:

بعد انتظار سنتين على صدور قانون 04-02 الذي يحدد بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، بهدف تطبيق أحكام المادة 30 من القانون رقم 04-02، حيث جاء في الفصل الثاني تحت عنوان "البنود التي تعتبر تعسفية" مادة وحيدة هي المادة 05 نصت على: "تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 02 و 03 أعلاه.
- الإحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة، بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد، إلا بمقابل دفع تعويض.
- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الإحتفاظ 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 الإقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الإقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- الإحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

وقد جاءت هذه القائمة كذلك على سبيل المثال، و هو أمر طبيعي ذلك أن البنود التعسفية لا يمكن حصرها فهي تتنوع بتنوع العقود، كما قد تتغير في العقد الواحد تبعا لظروف التعاقد وغايات المتدخل في الزمان و المكان.

وبالنسبة للعناصر الأساسية للعقود التي من شأن التقليل منها، إعتبار الشرط أو الشروط تعسفية، كما جاء في الفقرة 01 من المادة 05 السالف ذكرها، فقد أحالت هذه الأخيرة للمادتين الثانية و الثالثة لتحديد تلك العناصر.

حيث جاء في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ما يلي: " تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي و المستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك و نزاهة و شفافية العمليات التجارية و أمن و مطابقة السلع و/أو الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع".

فيما نصت المادة 03 على: " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 02 أعلاه، أساسا بما

يأتي:

-خصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها.

-الأسعار و التعريفات.

-كيفية الدفع.

-شروط التسليم و آجاله.

-عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم.

-كيفية الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات.

-شروط تعديل البنود التعاقدية.

-شروط تسوية النزاعات.

-إجراءات فسخ العقد "

ومن خلال استقراء هذه النصوص، يمكن القول أن التقسيم الذي جاء به المشرع الجزائري أسفر عن وجود عائلتين من البنود هما: البنود التعسفية المرتبطة بتنفيذ الإلتزامات الأساسية للطرفين و البنود المتعلقة بعدم تنفيذ العقد و المنازعة في زواله.

1- البنود التعسفية المرتبطة بتنفيذ الإلتزامات الأساسية للطرفين

بانعقاد العقد صحيحاً تتولد إلتزامات أساسية معروفة بالنسبة لكل العقود في القانون المدني على عاتق طرفيه، تنفرد الإرادة التعاقدية المشتركة غالباً في تحديدها بقدر من المساواة، باعتبار أن هذه الإرادة تجتنب مجالها الواسع في المجال التعاقدية، فمعظم مواد القانون المدني فيما يتعلق بالعقود هي مواد مكملة لا إرغام فيها في وجود الإلتفاق الذي يعلو عليها ما دام مشروعاً، إلا أن الأمر في العقود التي يبرمها المتدخل مع المستهلك مختلف، فمن أجل حماية المستهلك من تعسفات المتدخل التعاقدية، عمد المشرع الجزائري لتحديد الإلتزامات التعاقدية للمتدخل بنصوص قانونية صريحة، تضعف الإرادة العقدية، بل تزول غالباً بوجودها، وبالرغم من ذلك فالمتدخل غالباً ما يتحايل على هذه النصوص بما يخدم مصالحه مستغلاً في ذلك عدم خبرة المستهلك في كثير من الأحوال الفنية و التقنية و القانونية للتملص من إلتزاماته بإعفاء نفسه منها، إما بإلقائها على عاتق المستهلك أو بالتشديد الإفرادي في الأعباء المفروضة قانوناً على المستهلك أهمها تشديد إلتزام هذا الأخير بدفع الثمن.

و إن كان مثل هذا التحايل مقبولاً في ما يسمح به القانون، فالأمر ليس كذلك في تلك الإلتزامات التي تشدد المشرع الجزائري في فرضها من خلال تنظيمها تنظيمياً دقيقاً، و هنا تكمن خطورة تحايل المهني حولها.

و السؤال المطروح، هل إيراد شروط تعسفية ممكن في كل الإلتزامات؟ أم هناك إلتزامات تتعلق بالنظام العام، لا مجال للحديث عن مثل هذه الشروط فيها؟

و لمناقشة هذا الإشكال، سيتم التطرق لأهم الشروط التعسفية المتعلقة بأهم الإلتزامات القانونية المفروضة، على النحو التالي:

2- الشروط التعسفية المتعلقة بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة

الإلتزام بالتسليم يقوم على شقين هامين، يتعلق الأول بأجال التسليم و كفيياته، و يرتبط الثاني بمحل هذا الإلتزام، و هما الشقين الذين تدور حولهما الشروط التعسفية كذلك.

أ- الشروط التعسفية المرتبطة بآجال التسليم و كفياته

كثيرا ما يتحايل المتدخل في هذا الإلتزام بخصوص آجال التسليم و كفياته¹، و يلاحظ على أن المشرع الجزائري لم يعتبر هذه المسألة من النظام العام، و قد غلب الإتفاقات إن وجدت على ما ورد في النصوص القانونية²، إلا أنه بالمقابل تظن بعد ذلك لخطورة مثل هذا النص في العقود التي يبرمها المتدخل قبل المستهلك، و التي لا مجال للإتفاق فيها، فالمتدخل هو المتفق الوحيد في العقد، و هو ما سيعطيه مجالا واسعا في تحديد كفيات التسليم و آجاله على النحو الذي يلائمه، و عليه فقد إعتبر المشرع التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة شرطا تعسفيا، بنص المادة 29 فقرة 07 من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

إلا أن الملاحظة التي توجه لهذه الفقرة، أنها ذكرت تنفيذ الخدمة، فيما تعلق نص المادة 29 بتلك البنود التعسفية في عقد بيع الإستهلاك فقط، فهل هذا معناه أن الخدمة ترد عليها البيوع؟

و إجابة على هذا التساؤل، لم يتردد بعض الفقه من ترويج فكرة بيع الخدمات نظرا لأهمية قطاع الخدمات حاليا، و رغبة في تحقيق نفس الحماية المقررة في مجال بيع السلع للمستفيدين من هذه الخدمات³، فيما إعتبر البعض الآخر أن إستخدام مصطلح بيع الخدمات جائز لكن ليس على أساس توفير الحماية، إنما بسبب وجود خدمات ترتبط بشكل كامل أو جزئي مع السلع وقت البيع⁴، إلا أن هذا التوجه يبقى نسبيا، فهو إن كان ممكنا في حالات الإرتباط، فهو غير كذلك في الخدمات البحتة كخدمات المحامين مثلا.

وحماية المستهلك في مجال أداء الخدمات اليوم ليست بحاجة لإستعارة أحكام بيع السلع، على إعتبار أن المشرع الجزائري قد أقر نفس الحماية للمستفيدين من الخدمات كما السلع، مما يعني أن إيراد عبارة-تنفيذ خدمة-وردت سهوا من قبل المشرع في نص المادة 29، خصوصا و أن الخدمات يقابلها الأجر أو الأتعاب و ليس الثمن كما هو الحال في عقد البيع محل هذه المادة.

¹-تتاول القانون المدني الإلتزام بالتسليم في المواد من 364 إلى 370 منه، و هذه المواد لا تخص عقد البيع وحده، فمعظم العقود في القانون المدني تحيل عليها كما جاء مثلا في المادة 478 من قانون 07-05 المؤرخ في 13-05-2007 المعدل و المتمم للقانون المدني، و الإلتزام بالتسليم هو وضع الشيء محل العقد تحت تصرف الدائن به.

²-المواد 281 بالنسبة لزمان التسليم، المادة 282 بالنسبة لمكان التسليم، و المادة 283 بالنسبة لنفقات التسليم من القانون المدني.

³-محمد بودالي، الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، مكتبة الرشاد للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص.06-07.

⁴-Gerard Tocquer, Michel Longlo, Le marketing des services, Dunod, Paris, 1992, p 21 et 22.

و نظرا لإمكانية تلاعب المتدخل بأجال و كفاءات التسليم، لم يكتف المشرع بما ورد في المادة 29، بل إعتبر البند المتعلق بشروط التسليم و آجاله، عنصرا أساسيا في العقود كافة دون تخصيصا وفقا للمادة 03 من المرسوم التنفيذي 06-306، و بالتالي فمن شأن تقليصه إضفاء الطابع التعسفي على الشرط المقلص، تطبيقا لما ورد في المادة 05 الفقرة 01 من نفس المرسوم .

ب- الشروط التعسفية المرتبطة بالتسليم المطابق للمنتوج

لطالما عرفت العلاقات التعاقدية في ظل القانون المدني ضرورة التسليم المطابق لما أقدم الدائن به على التعاقد عليه، فالمعروف أن المدين بالتسليم، و ليكن البائع، يلتزم بتقديم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، و بالمقدار المحدد في العقد¹، على مسؤوليته فيما نقص منه، فإذا ثبت أن النقص يؤثر في خيار المشتري بحيث لو علمه وقت التعاقد لما أبرم العقد، جاز له فسخ العقد مع إمكانية التعويض.

كما أكدت المادة 353 من القانون المدني على موضوع المطابقة فيما يخص البيع بالعينة، حيث يلتزم البائع بتقديم مبيع مطابق لها.

إلا أنه إذا كان من الممكن التحقق من مطابقة المحل في ظل القواعد العامة، و بالتالي تطبيق قواعد المسؤولية العقدية نتيجة الإخلال بالإلتزام بالتسليم، أو اللجوء لأحكام ضمان العيب الخفي على إعتبار أن المشرع قد سوى بينه و بين تغييب الصفة المتعاقد عليها من حيث الأحكام²، فالعقود التي يبرمها المتدخل مع المستهلك، اليوم تتعلق في الغالب بمنتجات غاية في التعقيد تخضع في مجملها للطلبات من أجل الوفاء بها، و هو ما جعل المتدخل يستغل الفرصة، ليضمن العقود شروطا تسمح له

¹- المادة 364 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع.

²المادة 379 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يكون البائع ملزما للضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، او من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها.

غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعتها أن يتطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه".

بإمكانية تغيير صفات المنتج عمّا ورد في العينة، أو شرط عدم لزوم مطابقة المنتج للعينة¹، دون أن يكون للمستهلك أدنى دراية بالموضوع حينما يمضي العقد.

و يعتمد المتدخلين في تضمينه لمثل هذا الشرط كي يبدو متناسقا مع البنود الأخرى، على عدم التطرق نهائيا للبنود المحددة لخصوصيات المنتج عند التعاقد.

و لم يغفل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، مثل هذا الأمر، فبالرجوع للمادة 03 منه، نلاحظ أنها إعتبرت بند خصوصيات المنتج عنصرا أساسيا في العقد من شأن تقليصه إضفاء الطابع التعسفي على الشرط المقلص، و هو ما سيؤدي بطريق غير مباشر إلى التخلص من شرط عدم لزوم المطابقة الذي يضعه المتدخل في العقد، مما يشكل حماية كافية للمستهلك من مثل هذا التلاعب من قبل المتدخل.

هذا بغض النظر عن النص الصريح في المادة نفسها حول بند المطابقة نفسه كعنصر أساسي هو الآخر، و المطابقة و فقا لقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، لم تعد تقتصر على ما يتفق عليه المتعاقدان في العقد، بل أصبحت مطابقة للمقاييس، ترتبط إرتباطا وثيقا بالجودة، إذ يجب أن يطابق المنتج المواصفات القانونية و التنظيمية تحقيقا للهدف الأساسي منها و هو وجوب تلبية المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك² أي مشروعية الرغبة في الإستهلاك، و التي يجب أن تبقى فقط منطقية، و في حدود ما يسمح به القانون و السير العادي و الطبيعي لكيفيات الإستهلاك، بالرجوع في تحديدها إلى مستهلك متوسط كأصل عام³.

ونظرا لأهمية المطابقة عند التسليم فقد إعتبر المشرع الجزائري كل من يخدع المستهلك، أو يحاول ذلك حول كمية المنتوجات المسلمة و كذا تسليم منتوجات غير مطابقة، معاقب بجنحة الغش في بيع السلع و التدليس في المواد الغذائية و الطبية و فقا للمادة 429 من قانون العقوبات، و التي تحيل إليها المادة 68 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، و هو ما سيحقق بلا شك ردعا كافيا للمتدخل من وضع شروط تعسفية متعلقة بهذا الإلتزام بطريقة غير مباشرة .

¹-الياقوت جرعود، المرجع السابق، ص.92.

²-المادة 11 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش التي تنص على أنه السالفة الذكر.

³-محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.283.

ج- الشروط التعسفية المتعلقة بالإلتزام بالضمان

يعتبر الإلتزام بالضمان، أهم إلتزام يقوم به المتدخل، لتعلقه بصفة مباشرة بمصالح المستهلك و بإرضاء رغباته المنشودة من المنتج، و إن كان الأمر اليوم يتعدى هذه الغاية، إذ يقع على المتدخل بالإضافة لضمان سلامة المنتج من العيوب، ضمان أمنه عند الإستعمال، فقد أدى التطور الصناعي و التكنولوجي و كثرة الإنتاج و تشعب العلاقات في العمليات الإستهلاكية، إلى ظهور منتجات تحملصفة الخطورة، سواء بطبيعتها أو لأنها خرجت مشوبة بهذا العيب من المصانع و وصلت للمستهلك بإفلاتها من الرقابة.

وقد كان من نتائج ذلك، وجود عدد متزايد من الضحايا بسبب إستعمال هذه المنتجات، فالموضوع يتعلق بجسد الإنسان، و لا يخفى على أحد قدسية مثل هذا الأمر الذي جعل المشرع الجزائري-على غرار باقي التشريعات-يتشدد في تنظيم الإلتزام بالضمان، كونه إلتزاما يتعلق بالسلامة الجسدية.

وبالرغم من ذلك، فكثيرا ما يتحايل المتدخل لفرض بنود أكثر منها تعسفية أحيانا، إذا ما قورنت بالنتائج المترتبة عنها، يقوم من خلالها بإنقاص مسؤوليته أو إعفاء نفسه منها، إذ يضمن العقد بندا يقضي بإعفاءه الكلي أو الجزئي من الضمان، أو بتقليص الآجال الممنوحة للمستهلك للمطالبة به وفقا للقواعد العامة.

لذلك يجب من أجل تحقيق فعالية للنصوص القانونية المتعلقة بالشروط التعسفية حول الإلتزام بضمان العيوب، يجب بسط رقابة على هذه الشهادات من قبل الأعوان المختصين على مستوى الأجهزة المختصة في الولايات، بصفة أساسية الأعوان المتواجدين على مستوى المديریات الولائية للتجارة، لأن المستهلك لا يعرف مركزه التعاقدى قبل المتدخل، و بالتالي سكوته في أغلب الأحوال عن المطالبة بحقه، فغير المشروع يبدو له مشروعا نتيجة عدم وعيه القانوني خاصة بالنسبة للثقة التي يضعها في المتدخل في كثير من الأحوال.

أما فيما يخص الإلتزام بضمان السلامة فإنه يتعلق بحماية جسد الإنسان الذي يعتبر من أسمى الحقوق التي أكدت عليها دساتير العالم و قوانينها الداخلية، و كذا مواثيق حقوق الإنسان¹، و الذي يفرض على المتدخل، أن يتوقع الحادث الذي يمكن أن يصيب سلامة المستهلك من جراء إستعمال المنتج، ليس فقط

¹-جميلة عزيزي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.22.

بتحذير هذا الأخير منه، بل بأن يمنع حدوثه من الأصل أو على الأقل تجنب آثاره¹، عن طريق إلتزام القواعد المنصوص عليها في المادة 10 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03.

و بالرجوع للشروط التعسفية المتعلقة بهذا الإلتزام فإنه لا محل لإعتبارها كذلك نظرا لتعلق ضمان الأمن بالسلامة الجسدية و هو أمر غير قابل للتلاعب فيه بحكم الطبيعة البشرية، و حتى إن وجد شرط يتعلق بالحد من هذا الإلتزام فهو شرط باطل و غير مشروع، و بالتالي فالبطلان الوارد في المادة 10 يشمل النوعين من الضمان، و هو الجزاء الذي أغفله قانون حماية المستهلك رقم 09-03 السالف الذكر.

و لما كان ضمان أمن المنتجات هو التزم متعلق بالنظام العام، فإن إيراد المشرع لإعتبار كل تقليص يرد عليه شرط تعسفي كونه من البنود الأساسية بموجب ما جاء في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم /30606 المتعلق بالعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، هو أمر ليس في محله، لأن الأخرى هو إعتباره شرط غير مشروع و بالتالي باطل.

د- الشروط التعسفية المتعلقة بإلتزام المستهلك بدفع الثمن

الثمن هو الإلتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق المستهلك بإعتباره المقابل الذي يحصل عليه المهني من أجل تقديم المنتج.

و دفع الثمن هو أكثر ما يهم في العقد بالنسبة للمتدخل، و هو أمر مقبول بالنظر لطبيعة نشاط المهني التجاري في الغالب و الذي يهدف دائما لتحقيق الربح و المضاربة، لذا فقد بات تحكم هذا الأخير بالبند المتعلق بالثمن أمرا مفروغا منه.

و صور هذا التحكم كثيرة و متنوعة، فقد يفرض سعرا جد عال² إذا ما قورن بالأداء المقابل، أو قد يجعل الثمن مفتوحا يتحدد يوم التسليم النهائي³ مع علمه أنه خلال تلك الفترة سترتفع الأسعار، أو أن يتحكم بكيفيات الدفع بإرادته المنفردة بشكل يهدد العلاقة التعاقدية بصورة مستمرة، و قد يطالب المستهلك بالتسديد دفعة واحدة في حين أن المنتج المراد الوفاء به يتأخر هو في تنفيذه وبالقدر الذي يشاء.

¹- عبد القادر محمد أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر، 2008، ص.140.

²- محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص. 175.

³- موفق حماد عبد، المرجع السابق، ص.255.

و رغبة من المشرع في الحد من هذه التجاوزات أمام مبدأحرية الأسعار، فقد جعل كل ما يتعلق بالثمن عنصرا أساسيا يجب تحديده في العقد، وأن كل تقليص منه يمكن المستهلك من المطالبة بتعسفية الشرط .

هـ- البنود التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ العقد و المنازعة في زواله

إن تنفيذ العقد بما ينشأ عنه من التزامات أمر ملازم للطرفين، و لو لزم ذلك اللجوء إلى القضاء لإجبار المدين على الوفاء عينا، و عند الإستحالة فيجب عليه التعويض عن إخلاله بتنفيذ التزامه، كما يمكن للدائن المطالبة بالفسخ أو الفسخ مع التعويض متى كان ذلك ممكنا، إلا أن المتدخل، و نظرا لصرامة القواعد العامة في هذا المجال، فكثيرا ما يحاول وقاية نفسه من مثل هذا الطريق الجبري عن طريق فرض بنود تعسفية، أهمها :

1- الشرط الجزائي التعسفي

يأتي الشرط الجزائي في سياق تنفيذ الإلتزام، فهو يمثل طريق من طريقي التنفيذ، و هوالتنفيذ بمقابل عند إستحالة التنفيذ العيني¹ كطريق أصلي.

فالتنفيذ غايته الأصلية والتعويض غايته البديلة، وعلى هذا فالشرط الجزائي مناطه التعويض، والتعويض هو جزاء لقيام المسؤولية العقدية، ويعد الشرط الجزائي نوع من أنواع تقدير التعويض، ويعرف على أنه ذلك الإتفاق المسبق على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في الحالة التي يخل بها المدين بالإلتزام، فهو يعرف بالتعويض الإتفاقي².

وإن كان الأصل أن يقدر بإتفاق الأطراف، فإن الأمر في عقود الإستهلاك مختلف، فالمتدخل عادة ما ينفرد بتحديدده، و لا يتوقف الأمر عند التحديد الإفرادي الذي يبقى عاديا إذا وقع بصورة معقولة، بل يتعدى ذلك بأنيقدر المتدخل مبلغ التعويض بصورة مفرطة لا تتناسب البتة مع ما أخل به المستهلك من إلتزام، بالإضافة إلى أن التحديد يسري في مواجهة هذا الأخير فقط، فالشرط الجزائي الذي يورده المتدخل في العقد لا يسري في الحالة التي يخل بها هو نفسه بإلتزاماته، و قد جاء النص على هذه الصورة في الفقرة 09 من المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية

¹-جواد محمود أحمد محرز، الشرط الجزائي بين الفقه و القانون، مذكرة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2009، ص.132.

²-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.80،- السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية و التعويض عنها، المجلد 1، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص.135.

للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، حيث أقرت صراحة بتعسفية هذه الشروط.

ب- الشروط التعسفية المرتبطة بالمسؤولية و فسخ العقد

تقوم مسؤولية المدين العقدية عند إخلاله بتنفيذ التزامه، و يكون ملزما بالتعويض جبرا للضرر الذي حصل للدائن جراء هذا الإخلال، و يبقى العقد قائما ما لم يكن الجزء غيرالمنفذ على درجة من الأهمية مقارنة مع ما تم تنفيذه، فإذا كان كذلك، جاز للدائن المطالبة بحقه في الفسخ بالإضافة لحقه في التعويض.

و إن كان الأصل أن المسؤولية العقدية تنتفي بتحقيق السبب الأجنبي، الذي يعدم العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، فإن الإستثناء هو بقاؤها قائمة في حالة الإتفاق على تشديد قواعد المسؤولية على عاتق المدين بها، على أساس أن قواعد المسؤولية العقدية ليست من النظام العام، يجوز مخالفة أحكامها بإتفاق الطرفين معا¹، فإذا ما وقع مخالفة أحكامها بصورة منفردة، و تم تحديدها من جانب واحد وقع التعسف، و أعتبر البند في هذه الحالة بندا تعسفيا، الأمر الذي يحدث بين المتدخل والمستهلك، الذي غالبا ما يضع بنودا في العقد تعفيه من المسؤولية إذا ما أخل بالتزاماته العقدية.

وقد ذكر المشرع الجزائري في المادة الخامسة من المرسوم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، صورتين للشروط التعسفي في مجال قواعد المسؤولية العقدية، تتعلق الأولى بالبند الذي لا يسمح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بعد دفع تعويض، بالرغم من أنه في هذه الحالة يفسخ العقد بقوة القانون متى أثبت المدين إستحالة التنفيذ²، و لا يتحمل المدين-المستهلك-من جراء الإنفاخ أية مسؤولية عقدية³.

¹-الماد 178 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "يجوز الاتفاق علنا يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو عن خطئه الجسم غيرأنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاءه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الاجرامي".

²-المادة 307 من القانون المدني المتعلقة باستحالة الوفاء و المادة 121 من القانون المدني المتعلقة بالإنفاخ، و كذا المادة 176 من القانون المدني المتعلقة بانتفاء المسؤولية العقدية إذا أثبت المدين السبب الأجنبي.

³-أحمد سليم نصره، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006ص.164.

وترتبط الثانية بالبند الذي يتخلى بموجبه المتدخل عن مسؤوليته بصفة منفردة نتيجة إخلاله بتنفيذ إلتزاماته سواء كان عدم تنفيذ كلي أو جزئي.

وفيما يتعلق بفسخ العقد، فمن آثاره إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها العقد، فإن كان العقد بيعاً، يسترجع المشتري الثمن و يسترجع البائع الشيء المبيع، إلا أن المتدخل في مثل هذه الحالة، ينص في العقد على إحتفاظه بالمبالغ التي دفعها المستهلك بالرغم من أن الفسخ كان نتيجة عدم تنفيذه هو للعقد، و متى نص العقد على مثل هذا البند أُعتبر تعسفياً، و نفس الوصف ينطبق على الشرط الذي يحرم من خلاله المتدخل المستهلك من المطالبة بالتعويض إذا ما قام الأول بفسخ العقد بإرادته المنفردة.

3- الشروط التعسفية المرتبطة بطرق تسوية النزاعات

تعتبر البنود المتعلقة بكيفيات تسوية النزاعات في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين من أهم البنود، و قد إتجه إلى هذا المشرع الجزائري في المادة 03 من المرسوم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، حينما إعتبر شروط تسوية النزاعات عنصراً أساسياً يجب أن يشتمل عليه العقد، و لما كان المتدخل شديد التفوق في كل النواحي مقارنة بالمستهلك و منها الناحية القانونية، فهو يعلم أن القضاء ليس الوسيلة الوحيدة المتاحة للمستهلك لإستيفاء حقوقه، بالرغم من أنها الأساسية، إذ يمكن للمستهلك أن يلجأ للمديريات الولائية للتجارة مرفقا بما يثبت إدعاءه.

لذلك نجد المتدخل و بالإضافة للبنود السالف ذكرها، يضمن العقد بندا يقضي بعدم لجوء المستهلك لأي وسيلة طعن ضده إذا حدث و أن حصل خلاف بينه و بين هذا الأخير، و قد تقطن المشرع لهذا البند و اعتبره شرطا تعسفياً وفقاً للفقرة 06 من المادة 05 من نفس المرسوم.

المطلب الثاني: الحماية القضائية للمستهلك من الشروط التعسفية

بالرغم من أهمية الجزاءات الجزائية إلا أنها لا تحقق الحماية الأنبية التي يبتغيها المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، على إعتبار أن المشرع قد قصد من وراءها قمع الممارسة التعاقدية التعسفية كفعل مجرم بوجه عام دون التطرق لمصير الشرط التعسفي في حد ذاته.

تتمثل غاية المستهلك المباشرة و مصلحته الأنبية، في أنه عادة ما يرغب في المضي في العقد لحاجته إليه، لكن فقط دون وجود الشرط أو الشروط التعسفية التي ترهقه، لذلك فإن اللجوء للجزاءات المدنية عن طريق البحث في القواعد العامة عن جزاء مناسب يبقى لجوء أكثر فعالية، لما له من تحقيق للمصلحة الخاصة للمستهلك.

وفي هذا الإطار، أقر المشرع الجزائري سلطة واسعة للقاضي المدني لمواجهة الشرط التعسفي، إلا أن هذه السلطة على إطلاقها قد تعجز عن تحقيق الحماية للمستهلك لأنها محصورة في ما يراه القاضي مناسباً وفقاً لتقديره، لذلك ينبغي البحث في نظريات القانون المدني للنظر في إمكانية الإستناد عليها لتحقيق جزاء مدني مناسب للشرط أو الشروط التعسفية، و يبقى طلب التعويض طريق هام أمام المستهلك لرفع التعسف الذي وقع فيه عند تنفيذه للشرط أو الشروط التعسفية .

الفرع الأول: الدور الايجابي للقاضي المدني لمواجهة الشروط التعسفية

لم ينص المشرع الجزائري على مسألة إيراد جزاء مباشر للشروط التعسفية حينما نظمها بموجب القانون رقم 04/02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية و فضل بالمقابل إحداث تكامل بين قواعد هذا القانون و قواعد القانون المدني عن طريق مد صفة الإذعان إلى عقود الإستهلاك، الأمر الذي من شأنه أن يحقق للمستهلك صراحة نوعاً من الحماية التي تقرها نصوص القانون المدني للطرف المذعن من خلال أحكام المادة 110 منه، و التي منح المشرع بموجبها للقاضي سلطة واسعة في التصرف بالشروط التعسفية، تصرفاً يصل إلى حد إبطالها.

إضافة إلى أن المستهلك يمكنه الإستفادة من أحكام المادتين 184 و 185 من القانون المدني إذا تعلق الأمر بالشروط الجزائية التعسفية بصورة خاصة.

أولاً: الكشف عن اللون التعسفي للشرط

بعدما يفهم القاضي جيداً البنود التعاقدية و ذلك بتفسيرها، يقع عليه البحث بين بنوده، عن تلك التي تعتبر تعسفية وفقاً لما يدعيه المستهلك، و الواقع أن القاضي سيجد نفسه أمام نوعين من البنود وفقاً للنظام القانوني للشروط التعسفية:

- الشروط التعسفية التي عددها المشرع الجزائري بنص المادة 29 من قانون رقم 04/02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و كذا المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06/306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

- شروط جديدة يجدر على القاضي التأكد من اللون التعسفي لها.

ولا سلطة تقديرية للقاضي للتأكد من تعسفية الشرط أو الشروط إذا كان الشرط أو الشروط التي يدعي المستهلك تعسفيها واردة في المادة 29 من قانون رقم 04/02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أو في المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06/306 الذي يحدد العناصر الأساسية

للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية، ذلك أنها تحوز صفة التعسف بقوة القانون، ولا يلزم المستهلك بإثبات لونها التعسفي.

أما إذا كان الشرط أو الشروط التعسفية التي يدعي المستهلك أنها كذلك، غير مذكورة في القائمتين اللتين حددهما كل من القانون رقم 04/02 و كذا المرسوم رقم 06-306، تكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة للتأكد من تعسفيتها أولاً، ليرى فيما بعد توقيع الجزاء المناسب من عدمه وفي إطار الشروط الجديدة الغير مذكورة في القوائم، يجدر التذكير إلى أن المشرع الجزائري مقابل إتيانه لقوائم بالشروط التعسفية قد وضع قاعدة عامة لتحديد الطابع التعسفي الشرط الجزائري لحده المعقول إستنادا لمبررات قانونية أكثر منها تحقيقا للعدالة تتعلق بعدم جواز الجمع بين طريقتين للتعويض، و كذا إثراء المتدخل على حساب المستهلك.

ويراعي القاضي عند تخفيض التعويض ما تحصل عليه المتدخل من فائدة بعد تنفيذ المستهلك لإلتزامه بصورة جزئية و ما حصل له من ضرر، مقابل تفحص نوعية التنفيذ و مدى سلامته¹.

ويقع على المستهلك من أجل إستفادته من تخفيض الشرط الجزائي في هذه الحالة أن يثبت أنه قام فعلا بتنفيذ إلتزامه الأصلي في جزء منه، و إلا فلا مجال لإعمال سلطة القاضي.

ثانيا: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي التعسفي

تنص المادة 185 من القانون المدني الجزائري على: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإلتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما".

ويمكن أن تتحقق مثل هذه الحالة في الفرض الذي يريد المتدخل من خلاله إيجاد فرصة للتصل من العقد لأنه يتطلع لصفقة أكبر تأخرت في المستقبل، وعلى إعتبار أنه محررينود العقد الوحيد فهو هنا يعتمد تقليص مبلغ الشرط الجزائي بما لا يتناسب البتة والضرر الذي سيحدث للمستهلك على إعتبار أنه متأكد من أنه هو من سيخل بإلتزامه.

ويشترط لإستفادة المستهلك من أحكام هذه المادة والتي تجيز للقاضي أن يزيد من مقدار الشرط الجزائي يجب أن يكون هو الدائن بمبلغ التعويض لا مدينا، كما يجب أن يثبت أن المتدخل قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما.

¹- عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي و تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2004، ص.76.

الفرع الثاني: الدور الردعي للقاضي المدني في مواجهة الشروط التعسفية

1- دور القاضي

في إطار الدور الردعي للقاضي المدني في عقد الاستهلاك تمنح له السلطات التالية:

أولاً: إعفاء المستهلك من الشرط الجزائي التعسفي

نصت على هذه الحالة المادة 184 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري بقولها: "لا يكون التعويض المحدد في الإتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

يُلزم المتدخل المستهلك بأن يدفع له قيمة الشرط التعسفي بالرغم من عدم إصابته بضرر، الأمر الذي ينفي مبرر استحقاق التعويض لإنقضاء ركن من أركان المسؤولية العقدية.

وأمام هذا الوضع يمكن للمستهلك اللجوء للقاضي كي يكف عنه أذى المتدخل بإعفاءه نهائياً من التعويض التعسفي، إلا أن المستهلك لا يستفيد من هذه المادة بمجرد رفع أمره إلى القاضي، إذ يقع عليه إثبات إنقضاء الضرر على المتدخل.

وفي الأخير، فإن وجود هذا الطريق أمام المستهلك فيما يتعلق بالشرط الجزائي التعسفي، يبقى محصوراً في يد القاضي باعتباره مجرد سلطة جوازية له مثلها مثل سلطة القاضي في مجال عقود الإذعان.

ثانياً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها

يجوز للمستهلك بموجب المادة 110 من القانون المدني الجزائري أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بتعديل الشروط الواردة في عقد من العقود، أو بإعفائه منها كلية على نحواً تقضي به العدالة، مادام أن القانون منح للقاضي أداة قوية يحتمى بها المستهلك من الشروط التعسفية، والتي تفرضها عليه شركات الإحتكار والمتدخلين.

ووفقاً للنص السابق فإن تعديل الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان أو الإعفاء منها لايجوز أن يتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه، وإنما لايتأتى له ذلك إلى بناء على طلب الطرف المذعن أو المستهلك عملاً بمبدأ حياد القاضي المدني.

كذلك نرى ضرورة الإعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على غرار بعض التشريعات الأوروبية،

لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية، ويرى بعض الفقهاء العرب أن القاضي يملك كامل الحق في لتقرير ما إذا كان الشرط تعسفيا ولامعقب لمحكمة النقض على تقديره، مادامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به، فإذا ضمن له شرطا تعسفيا في عقد الإذعان، فيكون له أن يعد له 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.

وإن محكمة النقض الفرنسية تبسط رقابتها بحق على تقدير المحاكم الأدنى للطابع التعسفي للشروط بوصفها مسألة قانون لاواقعة متوخية من وراء ذلك توحيد معايير التقدير، وتحقيقا للأمن القانوني وإستقرار المعاملات.

ولم تكلف نفسها القوانين التي أخذت بنص المادة 110 من القانون المدني الفرنسي، ولا الفقهاء العرب بمهمة تعريف أو تحديد معنى الشرط التعسفي أو على الأقل بيان معياره.

وقد حاول البعض القول بأنه: "ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة"، وهذا التعريف في نظر البعض لم يأت بجديد من جهة أولى، وأنه أشبه بمن يفسر الماء بالماء من جهة ثانية .

وبالتالي فإن الشرط التعسفي في مجال الاستهلاك هو ذلك الشرط الذي يورده المتدخل في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي أعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين، وهو يقدر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه، وحالة طرفيه وفقا لما تقضي به العدالة.

ثالثا: عدم جواز الاتفاق على سلب سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يرى أنها تعسفية

تنبه المشرع إلى ما قد يلجأ إليه المتدخلون من تضمين عقودهم لشرط يستبعدون بموجبه سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التي يراها تعسفية، فنص على بطلان أي اتفاق أو شرط في هذا الشأن، وجعل من حق الطرف المذعن أو المستهلك في اللجوء إلى القضاء، وحق هذا الأخير في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها حقا يتعلق بالنظام العام، وضمن بذلك حماية جدية¹.

¹-مسكين حنان وبن أحمد الحاج، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد9، جامعة مولاي طاهر ، سعيدة، الجزائر، 2017، ص66.

2- دور لجنة الشروط التعسفية

إن الكثير من المستهلكين ليس لهم دراية حول هذه اللجنة التي تعد أهم آلية من آليات مكافحة البنود النموذجية التي يضعها المتدخل بالأخص في عقود الاستهلاك.

وتتشكل هذه اللجنة للحفاظ على التوازن في تمثيل المستهلكين والمتدخلين، وإشراك جمعيات حماية المستهلك في هذه اللجنة والإعتراف بها، ومن صلاحيتها:

- البحث في العقود المطبقة من طرف المتدخلين على المستهلكين.

- صياغة توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة وإلى المؤسسات المعنية.

- القيام بدراسات وخبرة المتعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلك أو أي عمل آخر له علاقة بدراسة بنود العقد الموجه للمستهلك، والتي تخل بالتوازن العقدي بينه وبين المتدخل.

- تلعب دور هام في توعية وتحسيس المستهلكين بالشروط التعسفية عن طريق نشر توصياتها، وآرائها بوسيلة ملأمة¹.

¹ - www.dcwbatna.dz.

المبحث الثاني: دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي

ترتب على الحرية التعاقدية اختلالات في التوازنات العقدية بشكل يتنافى مع مقتضيات العدالة، وكان لزاما على التشريعات أن تتدخل لضبط هذه الحرية في العقود لتضعها في إطارها السليم والعادل.

وانطلاقا من هذه الغاية الحمائية تدخلت التشريعات لمواجهة أي غموض يتعمد الطرف القوي تمريره في صلب العقد لاستعماله لاحقا بما يتناسب ومصلحته، بأن قرر تفسيرها الإبهام واللبس لغير مصلحته، وإنما لمصلحة الطرف الضعيف وهو المذعن، لاسيما وأنه لم يكن في إمكانه مقارعة شروط خصمه أو التفاوض بشأنها، ومن هنا استقرت قاعدة الشك يفسر لمصلحة المذعن¹.

ويكمن الهدف من هذا الضابط القانوني أو القاعدة التفسيرية الخاصة هو مواجهة الشروط الغامضة، والتي يحيط الشك بحقيقة المقصود منها، حتى ولو لم تكن هذه الشروط تعسفية في أصلها.

ويعتبر تدخل المشرع على هذا النحو بصدد عقود الإذعان بخروجه عن المبادئ العامة، نتيجة منطقية لما لوحظ عمليا من نتائج تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، وما ترتب عنها مناخلات بين الالتزامات التعاقدية، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود يكاد يتساوى فيها من الناحية العملية، إذعان الطرف الضعيف لشروط التعاقد من انعدام الرضا أو مع الإكراه.

ولما كان عقد الاستهلاك من عقود الإذعان بامتياز، فإن تدخل القاضي المدني في تفسير بنوده من أولويات مهامه، لهذا فإن موضوع تفسير العقد يدخل في صميم سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض، طالما كان استخلاصها لنية العاقدين المشتركة بيقين عبارات العقد، وظروفه وملاساته استخلاصا سائغا مستندا إلى أصل ثابت في الأوراق، وليس في خروج على ماتحتمله عباراته، ولاسلطان محكمة النقض عليها مادامت تلك العبارات والشروط تحتل المعنى الذي حصلتته².

المطلب الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين (المستهلك)

هناك عدة حالات يتدخل فيها القاضي للممارسة سلطة التفسير سواء في حالة العبارات الواضحة³، وفي حالة العبارات الغامضة، ونركز أكثر على قاعدة تفسير عقود الإذعان على اعتبار أن العقد الاستهلاكي هو كذلك من عقود الإذعان، حيث تعد قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين زيادة على

¹-محمد شريف أحمد مصادرا للالتزام في القانون المدني،-دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-،جامعة آل البيت،1999،ص.129.

²-محمد شريف أحمد،المرجع السابق،ص.130.

³-علي فيلالي،المرجع السابق،ص.307.

قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن من أهم القواعد التفسيرية المستقر عليها تشريعا وفقها وقضاء، غير أن تطبيق هذه القاعدة لا يتم بصورة مطلقة في جميع العقود إذ يجب أن نميز في هذا الإطار بين نوعين من العقود، وهما الشك في عقود المساومة والشك في عقود الإذعان ومنه عقد الاستهلاك.

فيما يخص عقود المساومة يتطلب الأمر التساوي بين طرفي العقد من حيث القوة وقت إبرام العقد، وهو الأصل في العقود، ولكن ذلك لا يمنع من وجود طرف دائن وآخر مدين وقت تنفيذ العقد، مما قد يثير نزاعا يتطلب حله، وذلك بتدخل القاضي لتفسير بنوه الغامضة .

وتجد هنا قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين المجال الرحب لتطبيقها دون أي إشكال، إذ يفسر الشك أو الإشتباه في فهم قصد طرفي العقد لمصلحة الطرف المدين، مع الترجيح أن المقصود بالمدين هو المدين في الشرط لا المدين في الالتزام كما هو راجح فقها وقضاءا.

أما في عقود الاستهلاك باعتبارها عقود الإذعان فيكون هناك تباين واضح بين مراكز أطراف العقد من حيث القوة في فرض الشروط، حيث توجد فيها طرف قوي يسمى المذعن له أو المذعن، وفي المقابل يوجد طرف آخر ضعيف ومذعن، ونظرا للاختلاف الكبير بين مركز أطراف هذه العلاقة العقدية، فإنه لا يعمل بقاعدة الشك لمصلحة المدين، إذ يمكن أن يكون الطرف المذعن مدينا في التزام أو حتى في شرط.

وهل من العدالة أن نزيده قوة بتفسير الشك لمصلحته مع أنه هو مصدر هذا الشك، سواء تم ذلك بعدمه أو بخطئه أو إهماله، أم يتعين أن تحمله تبعات هذا الشك والغموض¹ بتفسير الشك لصالح خصمه المذعن كونه هو المتسبب فيه؟

وسنتطرق للأحكام القانونية المتعلقة بقاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن، مع بيان شروط تطبيقها ومبررات تشريعها وطبيعتها القانونية.

حيث تثير قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن العديد من الإشكالات القانونية، وبالأخص في عقود التأمين والإذعان والاستهلاك.

ومما لا شك فيه أن هناك مبررات قانونية وموضوعية، وشكلية دفعت المشرع الجزائري وماشابهه من التشريعات مقارنة إلى تقرير حماية قانونية خاصة للطرف الضعيف في عقود الإذعان مقارنة بعقود

¹-علي فيلالي، المرجع السابق، ص.710.

المساومة، وذلك من خلال إبداع صورة جديدة من صور التفسير، والتي تبقى استثناء عن الأصل العام الذي يقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين أو الملتزم¹.

والمقصود من دراستنا هنا هو بحث التفسير القضائي لطائفة من العقود، وهي عقود الإذعان وفقا للقانون الجزائري والمقارن، مع بيان موقف الفقه والقضاء في بعض المسائل ذات الصلة².

الفرع الأول: مجالات تطبيق قاعدة "الشك يفسر لمصلحة المذعن" ومبرراتها

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ التي قامت عليها القوانين الحديثة، والذي تلازم في شأنه مع النظام الرأسمالي، هذا المبدأ يرى أنصاره أن الإرادة هي أساس القانون وأساس العقد.

غير أن التسليم بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاؤون من العقود، وتضمينها ماناسبهم من الشروط التي تحقق مصالحهم على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وشريعتهم.

وأول نتيجة تنترب على المبدأ السابق هي حرية إبرام الاتفاقيات والعقود التي تتولد عنها نتيجة منطقية أخرى، ألا وهي التسليم بمبدأ الرضائية لما يعنيه من تحرير التعبير عن الإرادة من كل قيد مما يؤدي إلى تشجيع التجارة وتسيير إبرام العقود³.

وكان من نتائج هذه الحرية بروز ظاهرة الإذعان في العقود في مطلع القرن الماضي نتيجة الأوضاع الاقتصادية التي أفرزتها الثورة الصناعية، فظهرت مشروعات ضخمة تتمتع بنفوذ اقتصادي هائل وبانت تهيمن في ظل مناخ إحتكاري على الإحتياجات الأساسية للأفراد من السلع والخدمات.

ومع تزايد هذه المشروعات وإضطراب الأفراد إلى التعاقد معها لتلبية احتياجاتهم، بدأ عصر الإنتاج الكبير والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات، فظهرت الحاجة إلى إبرام أكبر عدد ممكن من العقود في أسرع وقت وبأقل مجهود.

وتحقيقا لذلك دأبت هذه المشروعات على أن تعرض على عملائها عقودا تنفرد هي بتحقيق شروطها وصياغة مضمونها دون أن تقبل منهم مناقشتها، فلا يكون أمامهم سوى قبول التعاقد جملة أو رفضه كليا، كما هو الحال في عقود توريد الكهرباء والغاز والمياه.

¹- محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص. 134.

²- عبد الحكم فودة، تفسير العقد- في القانون المدني المصري والمقارن- منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص. 06.

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 69، علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 315.

ويرجع ذلك إلى تركيز سلطة اتخاذ القرار في ظل أنظمة الإنتاج والتوزيع الكثيف للسلع والخدمات، فيتعامل الفرد مع التابعين لايملكون سلطة التقرير، الأمر الذي لايدع مجالاً لأية مفاوضات ترمي إلى تعديل هذه العقود، فهي عقود نمطية مطبوعة تتولى صياغتها هيئات متخصصة، كما أن الاستخدام المتزايد لهذه العقود المطبوعة يتضمن عنصراً نفسياً بقود الفرد إلى الإذعان، إذ تبدو في نظره عقوداً نموذجية لايمكن المساس بها، كما تولد لديه شعوراً بالمساواة في المعاملة يختلط بسهولة في أعماقه مع العدالة.

وأفرز هذا المناخ الاقتصادي مابات يعرف بعقود الإذعان، وهي تسمية شائعة الإستخدام بالأخص في القضاء والقانون المصري، وذلك بعد استخدامها من الأستاذ الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري في كتابه "نظرية العقد"¹.

وتجدر الإشارة إلى أن ميزة الإذعان في العقد لاتعني بالضرورة بطلان العقد، حتى لو فرض وجود نوع من الإكراه الاقتصادي في جانب الطرف المذعن.

أولاً: حالات تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المذعن

من أجل تحقيق نوع من التوازن بين طرفي العقد، ومن أجل إعطاء دفع قوي لسلطة القاضي في تفسير عقود الإذعان، وتقوية لمركز الطرف الضعيف فيها فإن التشريعات المقارنة أبدعت قاعدة قانونية مفادها أن الشك في العقود يفسر لمصلحة الطرف المذعن، وهذا بغض النظر عن وضع هذا الأخير في الالتزام، وبغض النظر عن وضعه في الدعوى، وتعتبر هذه القاعدة التفسيرية² هي الأخرى مظهراً من مظاهر الحماية القانونية أو الحصانة لفائدة الأطراف المستضعفة³.

ففي عقود الإذعان غالباً مانكون أمام مركزين اقتصاديين وقانونيين متباينين، حيث يوجد طرف قوي يحتكر شروط العقد ويعدها، وعادة ماتكون هذه الشروط مطبوعة أو نموذجية، وفي المقابل يوجد طرف ضعيف⁴ إقتصادياً ومعرفياً، وليس له إلا الإذعان لشروط الموجب بقبولها دون مساومة أو مناقشة أو مفاوضة، وهذه الوضعية قد ينجر عنها نزاع في تنفيذ شروط العقد بعضها أو كلها، ويكون على

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.245.

²- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص.16 و17.

³- تتناول المشرع الجزائري أحكام عقود الإذعان في ثلاث مواد وهي 70 و110 و112 من القانون المدني الجزائري.

⁴- محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة فاس، المغرب، 2006، ص.08.

القاضي حينها التدخل لفك هذا النزاع، ويبدأ بتفسير بنود العقد فإذا رأى أنها واضحة ألزم الطرفين بتطبيقها، ولو كانت في غير مصلحة الطرف المذعن وتضر بمركزه.

أما إذا ظهر بأن الشروط الإذعانية المتنازع عليها يشوبها غموض أو إبهام، فعلى القاضي هنا أن يفسرها بما يتناسب مع مصلحة الطرف الضعيف في هذه العلاقة العقدية وهو المذعن¹، وهذا مسلك يتماشى مع المنطق القانوني السليم ومع روح العدالة.

وأبرز مثال على حالة الشك أن يعرض على القاضي نزاع يتعلق بوثيقة التأمين تتضمن في طياتها بندا في قسم منها يقضي بتغطية التأمين على خطر معين، وتتص في بند آخر علان نفس الخطر لا يغطيه التأمين، فهذا لا يرب غموض كبير يصعب من مهمة تطبيق العقد، ويوجب بحث معنى ومقصد العبارات التي إحتواها العقد، وبعبارة أدق محرر أو وثيقة العقد.

ففي حال عرض مثل هذا النزاع على القاضي وبفرض قاعدة تفسير خاصة بعقود الإذعان، فسيجد القاضي نفسه في إشكال أو حرج حول البند الذي يتعين الأخذ به عند التفسير، ذلك أن القواعد السابقة للتفسير - الشك لصالح المدين - لا تناسب عقود الحال لكون أن مركز الأطراف يختلف، سواء أثناء إبرام العقد أو عند تنفيذه، كما أن المسؤولية عن هذا وجود الشك والغموض هي مسؤولية فردية من المفروض أن يتحملها الطرف القوي، حتى ولو لم يكن سيء النية، لأن مجرد إهماله أو تقصيره يكفي كقرينة ضده لتحميله توابع هذا الشك، بصرف النظر هل هو دائن أم مدين.

وانطلاقاً من هذه الأسباب المنطقية فكرت التشريعات المقارنة في استبعاد العمل بقواعد التفسير السابقة - قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين -، وإبداع قاعدة جديدة للتفسير ينظر فيها بالأساس لحماية الطرف الضعيف في هذه العقود وعدم الإضرار به، وهو لم يتسبب في هذا الغموض².

وتبعاً لهذه الفكرة كان مقتضى القاعدة المستحدثة هو تفسير الشك أو حتى مجرد الغموض لمصلحة الطرف المذعن، بغض النظر عن مركزه في الالتزام التعاقدية أي سواء كان هذا الطرف المذعن دائناً أم مديناً، وبغض النظر عن عدد أطراف الدعوى، إذ يمكن تصور وجود مجموعة مذعنين في مواجهة طرف قوي واحد، كما هو الحال في عقود التأمين الجماعية وفي عقود العمل المشتركة.

وتطبق قاعدة الشك بغض النظر عن مركز المذعن في الدعوى، فيستوي الأمر لو كان مدعياً أو مدعى عليه أو حتى متدخل في الخصام.

¹ - إسماعيل المحاقري، المرجع السابق، ص.300.

² - عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص.448.

ويلاحظ في البداية أن هذه القاعدة الحمائية المتعلقة بتفسير الشك لصالح المذعن¹، وإن كانت مقررة بنصوص تشريعية، باستثناء بعض الدول التي تردت في الأخذ بها كقاعدة عامة مثلما هو في فرنسا²، فإن مجال إعمالها لا يكون وقت إبرام العقد، وإنما وقت تنفيذه في الغالب، أي عندما يثور نزاع بين طرفي العقد حول تفسير بند من بنوده، بما يسمح في نفس الوقت للقاضي وبتفسير ماهر، وذلك من خلال كشف الشروط التعسفية والقضاء بتخفيفها أو تكملتها، أو استبعادها وأعفى الطرف المذعن منها.

وسلطة القاضي في عقود الإذعان تتجاوز إلى حد كبير المؤلف من سلطة القاضي عند تفسيره العقد، إذ أن القاضي يملك إزاء الشرط التعسفي تعديله بل وإهداره، وذلك في حين أم مهمة القاضي وفقا للقواعد العامة تقتصر في شأن باقي العقود على مجرد تفسيرها، بغية إعمال حكم القانون فيها، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلا فيها أو يهدر شروطها³.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض أنه إذا تضمن العقد الذي تم بطريق الإذعان بشروط تعسفية، فإن للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعطي الطرف المذعن فيها وفقا لما تقضي به العدالة، ومحكمة الموضوع هي التي تملك تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا⁴.

ثانيا: مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن

يلاحظ أن المشرع الجزائري تناول أحكام التفسير في باب آثار العقد، والحقيقة أنه مسلك محمود، فمشاكل تفسير العقد لا تثار عادة إلا وقت تنفيذه، وعادة ما يكون غموض بنود العقد سببا في تعطيل تنفيذه، وبالتالي أساسا لنزاع قضائي، الأمر الذي يتعين على القاضي البحث في نية الأطراف المشتركة قبل تحديد الآثار القانونية المرتبة عليه، مع الأخذ بعين الاعتبار المركز الاقتصادي للأطراف وقت التعاقد، وقد يساهم التفسير في تكوين العقد وصحته، كما أنه يساهم في تعديله أو إنهائه.

ولأريب أن هناك مبررات منطقية وقانونية دفعت العديد من التشريعات المقارنة⁵ إلى اعتناق هذه القاعدة التفسيرية الإحتياطية، و الحمائية في مجال عقود الإذعان، حيث تمتاز هذه العقود بخاصية

¹- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.300.

²- في القانون المدني الفرنسي لا توجد قاعدة خاصة إذ يفسر الشك لمصلحة المدين دوما، بغض النظر هل هو مذعن أم لا، ولا أهمية لمركز الطرفين من الناحية الاقتصادية أو عدم تعادل إرادتهما من حيث التفاوض، وحتى لو كانت بنود العقد محددة وفق عقود نموذجية.

³- Cass.Civ,04-05-1942,Dalloz,1942,1-131.

⁴- نقض مدني، 12-12-1989، طعن رقم 388، السنة 57.

⁵- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص.447.

مفادها إنفراد أحد أطرافه-الموجب أو المذعن له-بوضع شروط العقد جملة وتفصيلا، في حين يقتصر دور الطرف الثاني-القابل أو المذعن- على مجرد التوقيع على الشروط المحضرة مسبقا، وهذا دون نقاش أو مساومة بشأنها¹، وعليه يظهر المركز القوي للمذعن له بكونه يملك إحتكارا قانونيا وفعليا يمكنه من إملاء شروطه على الطرف الثاني الضعيف، وهي الشروط التي تسمى بشرط الأسد.

ف عقود الإذعان تتميز بخاصية مهمة وهي تمتع أحد أطراف التعاقد فيها بصفة إحتكارية لمنتوج أو خدمة ما، حيث يتحدد دور المتعاقد على قبول شرط أو شروط لم يساهم في صياغتها توضع في صورة عقود نموذجية في الغالب.

ونتيجة لهذه السلطة الإحتكارية-الفعلية والقانونية- فإنه غلب عليها طابع التعسف، وهذا وما ذهب بالفقيه ستارك² إلى القول بأن سبب أقول مبدأ سلطان الإرادة يرجع إلى التعسف في الحرية التعاقدية الذي مورست في سباق اقتصادي يسمح باستغلال الأقوياء للضعفاء².

ومن أهم وأبرز عقود الإذعان هو عقد الاستهلاك، حيث يضع المتدخلون عادة نماذج من بعض شروط العقد في مطبوعات، أو عقود نموذجية معدة سلفا، ويقوم الطرف الضعيف-أي المستهلك- بقبول الشروط والتوقيع عليها، وأحيانا دون مناقشتها، وما يزيد الأمر خطورة هو حالة الجهل التي تدفع الغالبية من المستهلكين إلى عدم الإطلاع على العقد بدقة، أو على الأقل لا يدركون بصورة جدية آثارها الحقيقية، وهو ماسمح باستغلال المتدخلين بل وتعسفهم في حق المستهلكين، إذ لا يكفي ما تم التصريح به من المتدخل، ويقبل بالشروط المقترحة التي يملئها.

ويرجع بعض الفقهاء أن السبب في إدراج الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، وسائر عقود الإذعان كعقد النقل بأنواعه إلى الطريقة التي يتم بها تحرير مشروع العقد وهي الإرادة المنفردة، وأن العقود النموذجية التي تعتبر مصدرا للإذعان قد اعتبرها هؤلاء مصدرا خطيرا للتعسف.

وبالنظر إلى هذه الأسباب اتفقت الكثير من التشريعات المقارنة على بطلان بعض الشروط إما لإعتبارات شكلية كشرط الطباعة بشكل بارز، وكشرط التأخر عن التبليغ عن الحادث أو تقديم المستندات عندما يكون التأخير لعذر غير مقبول وكشرط التحكيم، وهناك شروط أخرى تم النص على بطلانها لإعتبارات موضوعية وهي الشروط التعسفية.

¹-تنص المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

²-محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص.10.

ويعود أساس قاعدة التفسير لصالح المدعى حسب رأينا إلى قواعد العدالة بالدرجة الأولى أكثر منها إلى مسؤولية المشتري، فإنفراد الطرف القوي بصناعة العقد لا يكشف عن سوء نيته بالضرورة، لأن حسن النية مفترض في جميع العقود بما فيها عقود الإذعان.

وعليه فوجود شك أو غموض في عقد الإذعان¹ لا يعني حتما سوء نية محرره، فقد يكون هو الآخر عديم الخبرة في تحرير العقود، ومع ذلك فإن المشرع هو الذي أقر بنص أمر أن تفسير هذا الغموض يفسر ضد المشتري أو الطرف القوي ولو لم يتعمد ذلك.

وينهض حكم هذه المادة التفسيرية الإستثنائية أنه في عقد الإذعان لا يوجد تكافؤ قانوني أو اقتصادي بين طرفيه، حيث ينفرد المتعاقد القوي أو المتدخل باحتكار عملية وضع شروط العقد وصياغتها، وإملاء إرادته على الطرف الضعيف مع ما يملكه من وسائل تمكنه من ذلك، وحين يورد شروطا تحتمل أكثر من معنى، فإن هذا الإبهام قد يكون مرجعه إيراد المتدخل لشروط خاص غامض وناقص، وعندها يفسر الشك ضده، ويؤخذ بخطئه أو تقصيره وتحمل تبعته لأنه يعتبر متسببا في هذا الغموض².

ومثال ذلك أيضا تنفيذ شركة الكهرباء بتزويد مثل المستهلك بعداد جديد بمعنى غير مستعمل من جهة، ومصنع في سنة توقيع العقد من جهة أخرى، خاصة وأن الشركة لديها مثل هذا العداد، وهو أفضل من العداد الذي تم تسليمه، وقامت بتوزيعه على مشتركين آخرين، ففي هذه الحالة يفسر الغموض في كلمة جديد لمصلحة المستهلك المدعى، بالرغم من أنه دائن وليس مدينا في الشرط التعاقدية.

ففي هذه الحالات يرجح أن التفسير يكون في جميع الأحوال في فائدة الطرف المدعى-الطرف الضعيف-حتى ولو كان دائنا بموجب ذلك الشرط، ويحتمل أن يكون المدعى له سبب النية.

فقواعد التفسير هذه إستثناء عن الأصل العام وجاءت لتناسب مع طبيعة عقود الإذعان في حد ذاتها، والتي يتواجد فيها نوع من اللاتوازن بين أطراف الرابطة العقدية بسبب الإكراه المفروض على الطرف المدعى، ويمكن اعتبار قواعد التفسير هذه مظهرا من مظاهر الحماية المدنية للأطراف المستضعفة في هذه الطائفة من العقود بشكل من شأنه أن يحقق العدالة، ويعيد التوازن بين أطراف العقد، ذلك أن قواعد الإذعان تتسم بالإجحاف في شروطها، والقاضي عندما يتدخل لتفسير هذه الشروط التعسفية فإنه يتخذ من التفسير وسيلة لتقويم العقد.

¹- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص.76.

²- لاشين محمد يونس، عقد الإذعان في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية منه، بحث منشور بمجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد الأول، 1986، ص.39.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الإبهام الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائما، وليس أيضا وليد رعونة واضعه وهو المتدخل، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمدا لأنه يسمح للمتعاقد القوي بتمرير اشتراطات معينة، وهذا تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر على التعاقد.

وينهض بهذا الإستثناء أن الطرف الآخر في هذا العقد-الطرف القوي- وهو متحكر قانوني أو فعلي للسلعة، أو المرفق الذي يبرم العقد في شأنه، يتوفر له من أسباب القوة ما يجعله يفرض شروط العقد فهو واضع هذه الشروط، وعليه يقع وزر مافيهما من غموض كان في وسعه أن يتحاشاه.

ويضاف إليه ما اكتشفته المحاكم ذاتها من وسائل، والتي منها مثلا تغليب الشروط الخاصة على الشروط العامة في حالة التناقض، والشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة أو المرقونة، والشروط المرقونة يدويا على الشروط المحضرة سلفا، وأن الإشارة المخطوطة المدرجة في فراغ ابيض تعتبر جزءا لا يتجزأ من باقي النص، ولا يمكن اعتبارها جزءا مضافا إلى العقد.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأصل استبعاد حتى الشروط المطبوعة عند عدم تعارض مطلق بين الشرطين إذا ظهر لهم من مجموع العقد، ومن ظروف الأحوال أن المتعاقدين كانا يقصدان استبعاد الشروط العامة المطبوعة¹.

لذلك فإن شروط العقد تكمل بعضها بعضا وتفسر بعضها لمعرفة مقصد الطرفين، فإن وجد شك في تفسير شرط من الشروط وجب أن يفسر لمصلحة الطرف المذعن لأن المذعن يكون مخطئا لعدم تحري الدقة في وضع شروطه، وإن اختلفت النسخة الموجودة عند المذعن عن النسخة الموجودة عند المدعن له، فالعبرة بالنسخة الموجودة لدى هذا الأخير.

وتستند قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن² على إعتبارات العدالة بالدرجة الأولى، ويتمثل في محاولة حماية الطرف الضعيف، وهو المدين في الغالب مع أنه من الممكن أن يكون دائئا، ولكن التشريع كما هو معلوم يسن للأغلبية، وللحالات السائدة وليس للأقلية والحالات النادرة.

وفي مثل عقود الاستهلاك لا يتولى الطرف المذعن-أي المستهلك- وضع نصوص العقد مع المحتكر، ولا يشترك في وضع شيء منها، بل هو ليس في وسعه الا الخضوع لما يقرره هذا الطرف المحتكر، وهذا مادعا إلى إثارة الخلاف بين الفقهاء على اتجاهين¹.

¹- Cass.Civ,06-02-1877-1.

²- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص.305.

فاعتبر بعض الفقهاء عقد الإذعان عقد غير حقيقي، وهذا على أساس أن قبول العقد هو إذعان وليس للطرف المدعن أية حرية في قبوله.

فمن الفقهاء من يرى أن عقد الإذعان هو عقد حقيقي، وأنه كيفما كان موقف الطرف المدعن، فليس من مسوغ لتدخل القضاء لحمايته حتى لا تضطرب المعاملات.

أما القضاء فقد ذهب إلى إحترام هذا النوع من العقود، ولكنه يميل إلى حماية الطرف المدعن، بما يعرض له من مناسبات مختلفة لرفع ما يراه مجحفاً به فيها، ومن ذلك تفسير الالتزام في مصلحة الملتزم.

ورغم هذه المبررات المقدمة فإن موقف القاضي وهو يمارس سلطته في الرقابة القضائية ليس تحكيمياً، وإنما مقيد بشروط قانونية معينة، بعضها موضوعي وبعضها إجرائي.

الفرع الثاني: شروط قاعدة التفسير وموانع تطبيقها

تخضع قاعدة التفسير لجملة من الشروط نتناولها تالياً، كما نتطرق إلى موانع تطبيقها.

أولاً: شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لصالح الطرف المدعن

على عكس المشرع الفرنسي الذي لم يرد فيه نص صريح بخصوص تفسير عقود الإذعان فإن المشرع الجزائري حسم الخلاف، وذلك بنصه بصراحة ووضوح على وضع قواعد تفسيرية خاصة بهذا الشأن، والتي تجسدت في نص المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني التي تنص: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن".

ومن الناحية الشكلية فإن الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري اتت بتحديد لامبرر له بصدد العبارات محل التفسير، بالإشارة إلى أنها تلك العبارات الغامضة، مع أن التفسير يمكن أن ينصب على العبارات الواضحة في ذاتها، والغامضة في مفهوم المتعاقدين².

ويمكن القول أن هذه المادة اتسمت بسوء الصياغة، حيث أن ظاهرها يوحي بأن المحذور هو تفسير العبارات الغامضة بما يضر بالطرف المدعن، وليس ذلك هو قصد المشرع وإنما المقصود هو عدم تفسير الشك الذي تتضمنه العبارات الغامضة بعد أن يعمد القاضي إلى تفسيرها للتعرف على ماتجه إليه نية المتعاقدين.

¹-حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، ط.1، 1949، القاهرة، ص.126.

²-تنص المادة 112 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين".

ومن الناحية الموضوعية بذلك ذهب الشارع إلى تبني اتجاه صارم من أجل منع ما يكون قد وقع من حيف بالطرف المدعن، فقرر قاعدة تفسير الشك في مصلحته سواء كان دائنا أو مدينا، أو المفروض أن العاقد المحتكر هو الأقوى، وهو الذي وضع شروط العقد فعليه أن يتوخى فيها الوضوح عند وضعه، وحتى ولو كان الطرف المدعن هو الذي أضاف الشرط الذي سلكه الغموض، فإن تأويله يكون في مصلحته أيضا، لأن العاقد المحتكر هو الطرف القادر الذي له من الوسائل ما يمكنه من تبين صيغ الشروط وتوضيحها.

قرر المشرع الجزائري قرينة لفائدة الطرف الضعيف، حيث افترض أن المدعن هو أقوى المتعاقدين مقارنة بالطرف الآخر، بالنظر لما يتوافر لديه من الوسائل ما يمكنه من أن يفرض على الطرف المدعن عند التعاقد شروطا واضحة وبيّنة، فإن لم يفعل ذلك ووجد شك أو غموض في العقد كان عليه أن يتحمل وزر تقصيره باعتبار أنه هو المتسبب في غموض عبارة العقد، وفسر الشك ضده ولو كان هو المدين، وهذا إستثناء عن القاعدة السابقة في مجال الشك، والتي تقضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين.

ولهذا السبب حوّل المشرع الجزائري للقاضي الحق في إعادة التوازن بين المتعاقدين إذا تضمن العقد شروطا تعسفية تعديلا يخفف العبء الواقع على عاتق الطرف المدعن، كما لها أن تعفيه منها حسبما تقضي به قواعد العدالة، وهذا مع مراعاة أن سلطة القاضي قد تكون مفيدة حينما يحدد المشرع قائمة حصرية للبنود التعسفية.

وأوجب أيضا على المحكمة تفسير أو تأويل أي شك أو غموض في بنود العقد لمصلحة الطرف المدعن دوما، وبشكل لا يضر بمصلحة هذا الأخير.

بناء على نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري فإن القاضي إذا ماتبين له غموض أحد بنود عقد الإذعان فإنه يلتزم بتأويل الشك في مصلحة الطرف المدعن، وليس بما لا يضره فقط¹، حتى ولو لم يكن هذا البند تعسفيا في حد ذاته، لأن شروط عقد الإذعان ليست كلها تعسفية، وليست كلها في نفس القيمة إذ من المحتمل أن توجد في عقد الإذعان بنود ولو قليلة لمصلحة الطرف المدعن، ومن المتصور أيضا أن تكون هي محل تفسير نظرا لغموضها، والشك الذي يحيط بها.

ولم يفرق المشرع الجزائري في مجال التفسير بين شرط لصالح المدعن وشرط ضده، وإنما العبارة هي بالغموض والشك أيا كان الشرط الذي إعتراه هذا الغموض أو الشك.

¹ -حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك -الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 1996، ص.251.

ويعد تفسير الغموض لمصلحة المذعن بغض النظر عن مركزه في العقد دائما أو مدينا، مزية تطبع عملية تفسير عقود الإذعان دون عقود المساومة وسائر العقود العادية، أي التي لا إذعان فيها.

وحسب رأينا فإن قاعدة التفسير لمصلحة المذعن هي بمثابة حيلة تشريعية، وليست قضائية لكن تبقى الآن قاعدة مضبوطة بمبررات موضوعية ومنطقية قوية، مع أن الأصل هو التفسير أو التأويل كما يسميه المشرع الجزائري، وهو مجرد أداة فنية في يد القاضي تسبق عملية تكييف العقد¹، وإسقاط حكم القانون عليه، ومن ثم هي أداة للوصول إلى حل النزاع وتسهيلا بالتالي لمهمة تنفيذه بين أطرافه.

إذا كانت هذه القاعدة التفسيرية الإستثنائية لا تستند إلى نية الطرفين المشتركة، لأن هذه النية يبحث عنها حينما يتعلق الأمر بعقود المساومة، فإنه يتعين على القاضي المفسر التحرز في تطبيقها، فلا تطبق إلا بعد التأكد من توفّر شروط، وهي الشروط التي لم توضحها المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني²، أو لم ترد في القانون أصلا، وإنما كشفت عنها الممارسات القضائية والاجتهادات الفقهية، مع التسليم مسبقا بأن التفسير القضائي لا يرد إلا على عقد مكتوب، ويستوي أن يكون عقدا فرديا أو عقدا جماعيا.

ويمكن جمع هذه الشروط فيما يلي:

1- وجود المبرر للتفسير إذا كانت عبارات العقد واضحة في إظهار إرادة الطرفين فلا محل لتطبيق قاعدة الشك في التفسير، ولو كان العقد جائزا وتعسفيا في شروطه.

ويجب على القاضي تطبيق أحكام القانون في هذا المجال فإذا كانت شروط العقد واضحة من حيث الشكل، وغير تعسفية من حيث مضمون العقد ألزم الطرفين بتطبيقها، فالعقد تبقى له قوته الملزمة باعتباره شريعة المتعاقدين.

وإذا ظهر له أنها واضحة جلية ولكن يشوبها التعسف وليس الشك فإنه لا يطبق حكم المادة الخاصة بالتفسير، وإنما يطبق حكم المادة الخاصة بتعديل وإبطال الشروط التعسفية، وقد كانت الفقرة 01

¹- ويعرف البعض التكييف القانوني بأنه علاقة بين الواقعة والنص القانوني الذي تخضع له"، أما المقصود بتكييف العقد فهو ربطه بفتة قانونية من العقود بهدف تحديد النظام القانوني المطبق عليه، أي تحديد قواعد القانون التي تحكم قيامه وآثاره وانقضاءه".

²- تنص المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري على أنه: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

من المادة 111 من القانون المدني الجزائري واضحة في هذا المجال بأن نصت: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها عن طريق تأويله للتعرف على إرادة المتعاقدين".

ويفهم منها أنه عندما تكون عبارة العقد واضحة في جملتها في الدلالة، وكانت هذه الدلالة مطابقة لما اتجهت إليه هذه الإرادة، لأن العقد هنا لا يحتاج إلى بدل جهد في تفسيره، فلاحاجة أصلا لتفسيره، بل على القاضي تطبيق أحكامه والتقييد بقوته الشرطية الملزمة وفقا للمعنى الظاهر لها، وهذا ماذهبت إليه التشريعات المقارنة أيضا، حيث لامجال للإجتهد في التفسير في وجود شرط أو بند صريح، وكل محاولة للتفسير تعد بمثابة تحريف وتشويه للعقد لاغير، لما فيه من خروج عن عبارات العقد، وعن النية المشتركة لطرفيه¹.

ويمكن القول بناءا على ما سبق أنه عندما لا يكون هناك مجال للتفسير أصلا بسبب وضوح العبارة، فإنه بالتبعية لامجال لإعمال قاعدة الشك، سواءا في صورتها الأصلية-الشك لمصلحة المدين، أو في صورتها الإستثنائية-الشك لمصلحة المذعن-، وكل تفسير للإرادة الظاهرة والعبارة الواضحة يشكل صورة من صور الإنحراف والتعسف من جانب القاضي.

فإذا قام القاضي رغم وضوح العقد بتفسير العقد لصالح المذعن بحجة جور شروطه، فإنه يكون بذلك قد حرفه الأمر الذي يوجب النقض²، ولو أن الواقع هو أن القاضي يملك السلطة في التفسير حتى في حالة وضوح العبارة، طالما توجد أمارات يستدل منها على وجود غموض في الإرادة أو عدم مطابقتها للتعبير، ولكن بشرط تسبب القاضي لحكمه تحت رقابة جهة النقض.

وعليه لايعمل بقاعدة الشك لمصلحة المذعن إلا في حالة إستمرار النزاع حول شروط العقد، وبقاء حالة عدم الوضوح، إذ اعترف القانون للقضاء هنا بسلطة تفسير هذه الشروط الغامضة أو المبهمة لصالح الطرف المذعن، ولو لم تصل على حد الشك.

¹-المادة 358 الفقرة 12 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر الصادرة في 2008، العدد 21، تنص على أنه: "... 12-تحريف المضمون الواضح والدقيق لوثيقة معتمدة في الحكم أو القرار".

² -محمد الشريف أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، 2006، ص.137.

2- استنفاد كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين:

إن إرادة الطرفين هي العنصر الجوهرية في العقد وفي ترتيب آثاره، فلا يتعين اللجوء إلى الحيلة الإفتراضية الخاصة بالتفسير إذا بعد إستنفاد كل الوسائل اللازمة للكشف عن مضمون هذه الإرادة الباطنة، أو النية المشتركة، إذ أن هذه القاعدة إحتياطية أملتها الظروف التي تستدعي حماية الطرف الضعيف في التعاقد.

3- استمرار قيام الشك أو الغموض في التعرف على الإرادة المشتركة:

إن القاضي رغم استخدامه لوسائل تفسير العقد مثل طبيعة التعامل والعرف الجاري العمل به، وحسن النية وغيرها من عوامل التفسير الداخلية والخارجية، سواء تلك التي نص عليها المشرع أم غيرها، إلا أنه بقي عاجزاً عن إيضاح حقيقة العقد وقصد أطرافه، بالنظر إلى ما يعترضه من غموض كبير أو شك في فهم بنوده، وهذا ما هو سائد أيضاً في جل القوانين المقارنة، حيث يضع المشرع بين يدي القاضي وسائل إرشادية يستهدي بها للكشف عن إبهام عبارة العقد بحثاً عن النية المشتركة للمتعاقدين في أعماق الإرادة الباطنة، وهذا إذا تعذر عليه التعرف عليها من الإرادة الظاهرة¹.

والفقه والقضاء استقرا على أن المشرع ذكر بعض هذه الوسائل على سبيل المثال كطبيعة التعامل، والأمانة والثقة، والعرف الجاري في المعاملات، أما البعض الآخر فلم يذكره.

ويمكن للقاضي استخلاصه من خلال من نصوص القانون المدني الفرنسي، وهذه القواعد في مجملها ليست ملزمة، وإنما يستأنس بها القاضي في عملية التفسير، وعليه أن يسترشد بها قدر الإمكان دون أن يسيئ استعمالها، لأن التفسير في نهاية المطاف مسألة فن وذوق وكياسة.

4- إنتفاء سوء النية أو الإهمال من جانب المدعى:

أن وجود سوء النية أو الإهمال من جانب المدعى يتنافى مع المبرر أو الأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة، إذ لاحماية للدائن أو المدين سيء النية أو المهمل².

5- تعلق الشك بتفسير عقد الإذعان

إن هذه القاعدة مقررة فقط لتفسير عقود الإذعان وليس العقود العادية، وإنها عقود الاستهلاك التي نحن بصددتها وعقود النقل وعقود العمل.

¹- عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص. 266.

وتجدر الإشارة إلى أن مجال تطبيق القاعدة الاستثنائية القاضية بتفسير الشك أو الغموض لمصلحة الطرف المدعى تشمل كافة الشروط الغامضة الواردة في عقد الإذعان، سواء كانت شروطاً عامة أو شروطاً خاصة، وسواء كان الشرط مطبوعاً أو مكتوباً باليد أو مكتوباً بالآلة الكاتبة، وبغض النظر عن مدة العقد، أي سواء كان مستمراً أو دورياً، وبغض النظر عن ما إذا كان عقداً ثنائياً أو جماعياً.

تكمن الحكمة من هذا الشرط في حماية الطرف المدعى، والشك في التفسير يمكن أن يتولد من أي منهما فالطرف الموجب-أو المحتكر وإن كان هو الذي يعد الشروط المطبوعة، إلا إنه أيضاً ذو هيمنة لا يستهان بها بالنسبة للشروط المخطوطة، حيث أن المتدخل يستطيع أن يعد شروطاً واضحة لاليس فيها ولاغموض، ولكن إذا وضع شروطاً غامضة أو شروطاً تحتل أكثر من تأويل، فيجب على القاضي حينها أن يفسر الشك لمصلحة الطرف الضعيف، وهذا الحكم يسري على عقد الاستهلاك كما يسري على كافة عقود الإذعان الأخرى المشابهة له¹.

وفضلاً عن هذه الشروط الموضوعية التي يتعين عليه التحقق منها فإن القاضي فوق ذلك مقيد بشرط إجرائي، وهو وجود نزاع أما القضاء بخصوص العقد، فلا يمكن ممارسة عملية التفسير دون أن يوجد نزاع أصلاً لأن المصلحة أساس الدعوى.

فالتفسير القضائي ليس غاية كما يقول الفقهاء بل هو وسيلة لأداء واجب قضائي هو الفصل في الخصومات، وأثناء سير الخصومة والحكم فيها فإن القاضي مقيد بطلبات الخصوم في الدعوى، حيث لا يمكنه الحكم بما لم يطلب منه أو بأكثر مما طلب منه.

ولكن الأمر يختلف فيما يتعلق بتطبيق القواعد القانونية المنظمة لتفسير العقد، فتطبيق حكم القانون واجب على القاضي بداهة، وهذا سواء في مجال تفسير العقود أو في مجال تفسير القوانين، لأن وظيفته هي إنزال حكم القانون على وقائع النزاع المعروض عليه، فهو يقوم بتطبيق عنصر القانون من تلقاء نفسه، ولو لم يطلب منه الخصوم بخلاف عنصر الواقع.

ثانياً: طبيعة قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدعى

تعتبر قاعدة تفسير العقد مسألة موضوعية إذ يعتمد أساساً على وقائع وظروف العقد، وبصفة خاصة العبارات التي استعملت فيه، وبالتالي فإن القاضي لا يخضع في قيامه بالتفسير لرقابة جهة النقض مادام قد التزم القواعد الممكنة في تفسيره، ومادام أنه قد استخلص نتائجه من مصادر موجودة فعلاً

¹- عبد الحكيم فودة، تفسير العقد، المرجع السابق، ص.137.

لأولهما، وغير متعارضة مع الثابت من ظروف النزاع، ولهذا ذهب البعض إلى أن تطبيق قواعد الشك في عقود الإذعان مسألة موضوع¹.

والحقيقة أن التفسير كعمل قضائي وفني فعلا يندرج ضمن مسائل الموضوع التي تخرج عن رقابة محكمة النقض على سلطة القاضي في التفسير، ولكن فيما يتعلق بتطبيق قواعد الشك، وهي قواعد تفسيرية خاصة قررت لتنظيم حالات معينة تتعلق أساسا بعقود الإذعان، فإن غالبية الفقه المصري ترى أن تحديد معنى الشك ومتى يوجد، ومتى يستثنى في عقود الإذعان، هي من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض أو التمييز، وهي قاعدة قانونية ملزمة لأن هذا يترتب عليه إمكان التفسير لمصلحة المدين، أو عدم إمكان ذلك².

وتطبيقا لذلك فإن قاضي الموضوع الذي لا يلتزم بتطبيق قاعدة الشك لمصلحة المدعن رغم توفر شروطها، مثلا كأن يفسرها لمصلحة المدين يكون قد أخطأ في تطبيق قاعدة قانونية من قواعد التفسير، وبالنتيجة يكون قد عرض حكمه للنقض³.

وتعتبر محكمة النقض المصرية أن قواعد التفسير الواردة في القانون المدني، ومنها ماتعلق بتفسير الشك في عقود الإذعان بمثابة قواعد ملزمة للقاضي تحت طائلة تعريض حكمه للنقض والإبطال. ويلاحظ في هذا الإطار أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدعن تعتبر قاعدة قانونية ملزمة، وتطبيقها من مسائل القانون لا الواقع شأنها في ذلك شأن قاعدة الشك يفسر لصالح المدين.

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي⁴ لم يجتمع على هذه الفكرة معتبرا في غالبه أن قاعدة الشك هذه مجرد قاعدة إرشادية لا ترتب رقابة محكمة النقض عليها، ولا يلتزم القاضي بها دائما.

ويترتب على ذلك أنه يجوز أن يكون تفسير عقود الإذعان عند الشك ضد الموجب وحتى ولو كان مدينا، ولا يمكن إجرائيا للطرف المعني أن يتمسك بتفسير العقد لأول مرة أمام محكمة النقض، وهذا ماتستقر عليه المبادئ العامة في قانون المرافعات.

¹-حسن محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص.183.

²-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.484.

³-حسن محمود عبد الدايم، المرجع السابق، ص.198.

⁴-يرى الفرنسي أن المادة 1162 من القانون المدني الفرنسي الخاصة بتفسير الشك في عقود البيع ذات طبيعة أمر، وليست لها صفة الإلزام، بل هي توجه للقاضي لمجرد النصح وعلى سبيل الإرشاد لاغير، ومن ثم فإذا خالفها فلا يجوز نقض حكمه.

وقضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن التمسك أمام محكمة النقض لأول مرة بعدم جواز تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن طبقاً للمادة 151 من القانون المدني غير مقبول، لأن ذلك يتضمن دفاعاً جديداً لم يسبق طرحه أو التمسك به أمام محكمة الموضوع¹.

ثالثاً: موانع تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المذعن

من خلال نص المادة 112 الفقرة 02 من القانون المدني الجزائري فإنه لا محل لإعمال قاعدة التفسير لمصلحة الطرف المذعن، إذا كانت عبارة العقد واضحة لا شك ولا لبس فيها، وإنما يعمل بها فقط في حالة الشك لا غير، بمعنى أنه في حال عدم وجود المبرر الشرعي للتفسير يتعين استبعاد قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، وهي قاعدة استثنائية خاصة بعقود الإذعان، وإنما يرجع إلى القاعدة الأصلية وهي الشك يفسر لمصلحة المدين، وهي كما سبق لنا رؤيته قاعدة تفسير خاصة بعقود غير الإذعان أو عقود المساومة-بالمعنى الواسع لكلمة مساومة².

وما يلاحظ أن المشرع الجزائري والمصري استعملوا بصدد تفسير عقود الإذعان مصطلح "غموض العبارات"، ولم يرد عبارة "الشك" كما فعل المشرع الفرنسي بشأن تفسير عقود المساومة، ومعلوم أن الغموض أقل درجة من الشك.

ويقصد بالشرط الغامض هو ذلك الشرط الذي يكون قابلاً لتفسيره، فهو والشرط المهم سواء، وهذا الإبهام قد يتأثر من جهل المذعن بلغة تحرير العقد، واستخدام مصطلحات فنية جديدة يصعب على المذعن الإلمام بها، فهو غير مهني أو متخصص، ولهذا يجب على القاضي في تفسيره للشرط الغامض البحث عن النية الحقيقية للأطراف في تفسير غموض وإبهام الشرط.

أما الشك فهو إحساس نفسي يعتري القاضي وينجم عن العجز عن حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الإستغلال على النية المشتركة للطرفين، والتي يتم الوصول إليها بعد لجوء القاضي إلى الإستعانة ببعض الأسس الموضوعية لإستجلاء هذا الغموض المريب في فهمها.

¹ - نقض مدني مصري، 31-12-1970، طعن رقم 169، س 36 ق، مجموعة أحكام النقض المصري، قاعدة 214، س 21، ص 1305.

2 -D. Allag Zennaki ,contrats,Negociation, construction redaction,op.cit,p.58.

فالغموض يمكن استجلائه بالإعتماد على عناصر معينة حددها المشرع بخلاف الشك الذي لا يمكن استجلائه رغم استعمال هذه العناصر الشخصية والموضوعية.

وهنا يظهر الإختلاف في تطبيق قاعدة الشك إذ أن مجرد غموض بسيط في عقد الإذعان يفسره القاضي لصالح الطرف المدعن، ومن باب أولى أيضا يفسر الشك لمصلحة المدعن، في حين أن الغموض لا يفسر لصالح المدين في العقود الأخرى التي لا تتصف بصفة الإذعان-عقود المساومة-، وإنما الشك فقط هو الذي يفسر لصالح المدين.

ونحن هنا نستعمل في مجال تفسير العقود عبارة الشك أو الغموض كمترادفين طالما أنهما يفيدان نفس المعنى الذي قصده المشرع، ولا يوجد إختلاف بينهما في الغاية والنتيجة، وذلك بخلاف الأمر بالنسبة لعقود المساومة.

ومن المحتمل أن تتوافق قواعد التفسير هاتين الأصلية والاستثنائية كأن يكون الطرف المدعن هو نفسه المدين في عقد الإذعان، وبذلك يكون المقصد من القاعدة الإستثنائية بالرغم من تطبيق القاعدة الأصلية، وتمكن بالصدفة ودون قصد من حماية الطرف المدعن لا باعتباره مدعنا، ولكن باعتباره مدينا لاغير.

كما لا يعمل بها كحيلة إفتراضية لتغليب إرادة الطرف الضعيف في عقد الإذعان، ذلك أن التعاطف الكبير مع هذا الطرف قد يجعلنا نغض النظر عن حقوق الطرف الثاني، ونجحف في إنصافه برغم مصالحه المشروعة، إذ يتعين على القاضي أن يبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين مستنفدا كل وسائل التفسير الموضوعية التي أقرها القانون في هذا، ومنها الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات، مع جواز إعمال نفس القواعد المستقرة في القانون والقضاء الفرنسيين، طالما أن القواعد المحددة في التشريعات إنما ذكرت على سبيل المثال لاغير.

وينبغي أيضا العمل بقاعدة الشك أو الغموض لمصلحة المدعن في حالة ثبوت سوء النية أو الإهمال من جانب المدعن، إذ أن المبدأ هو أنه لاحماية لمدين سيء النية، ومن غير المنطقي أن نرجح كفة هذا الشخص المهمل عن قصد وربما المتحایل، لمجرد أنه مدعن مع قد يكون هو الدائن، وإن كانت هذه الحالات نادرة.

كذلك يمتنع تطبيق القاعدة إذا انعدم الشك أو الغموض في العقد، وثبت للقاضي أن عبارة العقد واضحة، أو يحوطها مجرد غموض بسيط يمكن إستجلائه بإعتماد الوسائل الموضوعية التي وفرها له المشرع.

في هذه الحالة لأمجال لإعمال قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، بل ولأمحل أيضا لإعمال قاعدة الشك لمصلحة المدين، لأن تطبيق هاتين القاعدتين الأصلية والإستثنائية متوقف على وجود شك في تفسير العقد، وفي ظل انعدام هذا الشك أو الغموض فلا يكون للقاضي أي مجال تطبيقها، وإنما تطبق القواعد العامة للتفسير، وهذه القواعد الأخيرة لم تفرق بين عقود المساومة وعقود الإذعان فالأمر سياتي، والحكمة تنتفي في ترجيح كفة طرف على آخر عند التفسير¹.

وبالمختصر يمكن القول أنه لأمجال لإعمال قاعدة الشك أو الغموض لمصلحة المذعن إلا إذا توافرت شروطها السابق الإشارة إليها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن صفة الدائن أو المدين لا تنفي بالضرورة مركزا قويا أو ضعيفا في الرابطة العقدية، فلا يوجد تلازم بين الأمرين بمعنى أنه ليس من المحتم أن يكون الطرف الضعيف دائما هو المدين، والطرف القوي هو الدائن، فالطرف الضعيف قد يكون دائنا أو مدينا ويرجع ذلك من جهة أن كل طرف في العقود الملزمة للجانبين يعد دائنا ومدينا في آن واحد، فكل صفة منهما تتضمن بوجه عام عناصر من القوة والضعف².

وهناك قواعد أخرى شبيهة استقر عليها الفقه والقضاء إنطلاقا من نفس المبررات السابقة، ومنها قاعدة تغليب الشروط الخاصة والملحقة على الشروط العامة في حالة التعارض فيما بينهما، وهي حالات كثيرا ما يقع فيها الغموض واللبس، وأيضا قاعدة تغليب الشروط المكتوبة يدويا على الشروط المطبوعة، بإعتبار أنه يمثل الشرط الأساسي الذي يترجم النية المشتركة للمتعاقدين، وقاعدة تغليب الشروط التي يتم فيها العلم يقينيا، وتكون ظاهرة بشكل كاف على باقي الشروط الظنية العلم، وهي قواعد اقترحها بعض الفقه الفرنسي.

وإلى جانب هذه القواعد هناك قاعدة التفسير الأصلح والمفيد للعامل التي ابتدعها القضاء الإجتماعي مسنودا بمواقف الفقه، وهي قاعدة تفسيرية يعمل بها دوما بغض النظر عن نوع البنود العقدية المتعارضة، فردية كانت أو جماعية، وبصرف النظر عن تباين النصوص القانونية حتى ولو اضطر الأمر تغليب نص فرعي أو حتى مهني على نص تشريعي، وهي قواعد شبيهة إلى حد بعيد بقواعد تفسير عقود الإذعان.

¹-محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص.135.

²-محمد عكاشة عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، 2007، ص.37.

المطلب الثاني: الظروف الاستثنائية لمراجعة العقد

إن الحالات التي يجوز فيها تعديل العقد تتمثل في الاستغلال والغبن، والشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك الذي يتصف بصفات الإذعان، ويضاف إلى هذه الحالات إمكانية تدخل القاضي من أجل مراجعة العقد إذا طرأت حوادث استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين، وتتميز هذه الوضعية التي تعالج هي أيضا عدم تعادل التزامات المتعاقدين عن سابقاتها بكونها تهتم بمرحلة تنفيذ العقد¹، ولما كان عقد الاستهلاك من العقود المختلة التوازن والتي تتطلب عناية خاصة، فلا بأس من تدخل القاضي من أجل إعادة التوازن المفقود في العلاقة الاستهلاكية، ونظرا لخلو عقد الاستهلاك من هذه الآلية، فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، ولعل أهمها نظرية الظروف الطارئة.

إن نظرية الظروف الطارئة التي استحدثها المشرع الفرنسي في تقنين المدني لسنة 1975 تعد انتهاكا صارخا للقوة الملزمة للعقد، وتفيد كذلك تراجع مبدأ سلطان الإرادة، بحيث أصبح المتعاقد في بعض الحالات غير ملزم بما تعهد به.

لقد اعتمدت نظرية الظروف الطارئة² لأول مرة في القانون الدولي تطبيقا لقاعدة تغير الظروف، ومفادها أن تراخي المتعاقدين مشروط باستمرارية الظروف التي تم فيها التعاقد، وإذا تغيرت تلك الظروف يجب تغيير الالتزامات، وبعبارة أخرى تتضمن المعاهدة شرطا ضمنيا مؤداه أن استمرار تنفيذ المعاهدة مرهون ببقاء الأوضاع على حالها، بحيث لا يكون لها قوة إلزامية إذا تغيرت الظروف عما كانت عليه وقت إبرامها³.

وانتقلت هذه النظرية في مرحلة ثانية إلى القانون الإداري حيث تبناها مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة للغاز ببوردو بتاريخ 30-03-1916، وبرر القضاء الإداري إعتناق هذه النظرية بضرورة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار.

أما فيما يخص القانون الخاص ورغم حقيقة المشكل المطروح من جراء التقلبات الاقتصادية والاجتماعية، فلا زال بعض المشرعين مترددين في قبول هذه النظرية، فالمشرع الفرنسي مثلا لم يأخذ بها مع أنه لم يتجاهل العوامل الاقتصادية التي تبررها، فاكتفى ببعض الأحكام الخاصة مثل مراجعة الإيجار وتخفيض أسعار بيع المحلات التجارية، وفسخ بعض الصفقات مع التعويض أو بدونه، التي أصبحت

¹-حميد بن شنييتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، الجزائر، ص.50.

²-محمد أحمد شريف، المرجع السابق، ص.147.

تكاليف تنفيذها تفوق ماكان يمكن توقعه من جراء الحرب العالمية الثانية، وتعديل المرتبات لمدى الحياة... الخ.

أما المشرع الجزائري فقد أخذ بنظرية الظروف الطارئة في الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري¹، والتي تناولت شروط مراجعة التزامات المتعاقدين من جهة، وكيفية مراجعتها من جهة أخرى.

الفرع الأول: شروط مراجعة العقد الاستهلاكي

بالرجوع للقواعد العامة، نجد أن المشرع الجزائري أقر في الفقرة 03 من المادة 107 من القانون المدني الجزائري شروطا تتعلق بالحادث الطارئ، وأخرى تتعلق بالالتزام.

أولاً: شروط الحادث الطارئ

لقد أغفل المشرع تحديد طبيعة الحادث الطارئ والعقود المعنية به، فبالنسبة لطبيعة الحادث الطارئ لاشك أنه يشمل كل الأحداث أيا كانت طبيعتها إقتصادية، أو إجتماعية، أو سياسية، أو طبيعية، وقد يتمثل الحادث الطارئ كذلك في قانون أو إجراءات إدارية أو جبائية جديدة... الخ.²

أما بخصوص العقود فيبدو أنه لم يقيد نطاق نظرية الظروف الطارئة بصنف معين منها، بل اكتفى بوجود فاصل زمني وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، وأن يحصل الحادث الطارئ خلال هذه الفترة الزمنية، فقد يكون العقد إذن زمنياً، وقد يكون فورياً مالم يكن تنفيذه قد تم حال إنعقاده³.

1- أن يكون حادث إستثنائي

الحادث الاستثنائي هو حادث غير مألوف لكونه نادر الوقوع، فهو حادث لايقع في ظروف عادية، ومن بين الحوادث الاستثنائية على سبيل المثال الفيضان، الوباء، الزلازل، والحرب⁴، ولقد أورد القانون البولوني بعض الأمثلة للحادث الطارئ منه: الحرب والوباء، وهلاك المحصول هلاكاً كلياً.

وينسب بعض الفقهاء وصف الإستثنائية إلى آثار الحادث، وليس للحادث نفسه فقد يكون الحادث في حد ذاته أمراً مألوفاً كالتضخم، إلا أن الآثار التي تترتب عليه هي التي قد تخرج عما هو معتاد فتغير

¹- حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص. 55 .

²- محمد شريف أحمد، المرجع السابق، ص. 148.

³- N.Terki, l'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien, Revue droit et pratique du commerce international, t.8, p.09.

⁴- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص. 99.

القوانين مثلا أمرمعتاد، ولكن قد تترتب على تطبيقها آثار غير مألوفة كقانون تأمين المحروقات أو قانون تحرير الأسعار الذي يترتب عليه إرتفاعا باهظا للأسعار، وفي اعتقادنا فإن العبرة تكون بالآثار الإستثنائية للحادث كما تكون كذلك بالحادث نفسه إذا كان استثنائيا.

2- أن يكون حادث غير متوقع

يكون الحادث غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقدين، وعلى وجه الخصوص المتعاقد المدين توقعه إبرام العقد، وإلا إحتاطا ذلك.

وهذا الشرط هو في الحقيقة مكمل للشرط الأول لأن الحادث غير المتوقع هو الحادث الاستثنائي، ويظهر أن المشرع أورد هذه الصفة من باب التذكير والتأكيد على أن مراجعة العقد هي حالة استثنائية فقط، ولقد تساءل بعض الفقهاء عما إذا كانت العبرة بعدم توقع الحادث في حد ذاته، أم هي بعدم توقع النتائج المترتبة على الحادث؟¹، ويرى بعض الفقهاء في هذا الشأن أن عدم التوقع ينصرف إلى نتائج الظرف الطارئ، لأن ما يترتب عنه من آثار هي التي تكون غير متوقعة، وتؤدي إلى الإختلال في الأداءات المتقابلة، ويقول البعض الآخر إذا كان الظرف الطارئ غير المتوقع لا يحدث إلا نتائج غير متوقعة فإنه قد ينتج عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة وغير منتظرة.

إن توقع الحادث الطارئ هي مسألة نسبية فما هو متوقع بالنسبة لشخص قد يكون غير متوقع بالنسبة لشخص آخر، الأمر الذي يطرح مشكلة المعيار الواجب اعتماده لتقدير توقع أو عدم توقع الحادث الطارئ، وفي اعتقادنا فإن المعيار الموضوعي يكون أكثر انسجاما مع نظرية الظروف الطارئة، فتحديد درجة عدم توقع الحادث في ضوء الظروف المحيطة بالعملية يجب أن يكون بالنظر للرجل العادي، وليس من وجهة نظر المتعاقدين الشخصية.

3- أن يكون الحادث عاما

يشترط كذلك في الحادث الطارئ أن يكون عاما فینس كافة الناس أو على الأقل فئة منهم، ولا يخص المتعاقد وحده كحالة إفلاسه أو إتلاف ممتلكاته، وفي هذا الصدد لابد من التمييز بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، فهذه الأخيرة هي كذلك حادث استثنائي غير متوقع إلا أنها ليست عامة، فهي تتمثل في حادث فردي خاص بالمدين دون غيره²، ويظهر إذن أن شرط عمومية الحادث الطارئ هو وسيلة لتضييق مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإلا كيف نبرر سقوط هذا الشرط بالنسبة للقوة

¹ A.Bencheneb,op.cit,p.87.

² حميد بن شنيطي، المرجع السابق، ص.58.

القاهرة، وهي أشد وطأة إذ تجعل تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا، وإذا كان الغرض من نظرية الظروف الطارئة هو ضمان العدالة العقدية، فلانرى مبررا لإشتراط صفة العمومية في الحادث الطارئ خاصة وأنه يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا فقط¹.

ثانيا: الالتزام المرهق

لايعتد بالحادث الطارئ إلا إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا، ويعتبر التنفيذ مرهقا متى كان يهدد المدين بخسارة فادحة، فما هو إذن معيار الإرهاق ومآقاره؟

1- معيار الإرهاق

هناك معياران للإرهاق المعيار الأول أو المعيار الذاتي الذي يقدر الإرهاق في ضوء ثروة المدين، فإذا كان غنيا فقليل ما يكون تنفيذ الالتزام بالنسبة إليه مرهقا، ولو زاد مقداره بأضعاف كثيرة عن العوض الذي يتحصل عليه، طالما كان يستطيع تحمله نظرا للثروة التي يمتلكها، أما المعيار الثاني وهو المعيار الموضوعي، فيقدر الإرهاق في ضوء الالتزامات التي رتبها العقد بغض النظر عن ثروة العاقدين، فإذا كان المدين غنيا فهذا لايعني إطلاقا أن التزامه غير مرهق بل قد يكون كذلك كلما أصبح مقداره يفوق بكثير العوض الذي يتحصل عليه، فلايعتد في تقدير إرهاق المدين في تنفيذ الالتزام إلا بما ورد في العقد من التزامات وحقوق.

ويظهر أن المعيار الموضوعي الذي أخذ به القضاء المقارن يحقق العدالة بين المتعاقدين.

2- مقدار الإرهاق

لم يعين المشرع مقدارا حسابيا للإرهاق أي مقدار التفاوت ما بين الالتزامات الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقا، بل إكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة أي الخسارة غير المألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة، وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة.

الفرع الثاني: كيفية مراجعة العقد الاستهلاكي

بعد تحديد شروط الحوادث الطارئة التي نصت عليها الفقرة 03 من المادة 107 على أنه: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام

¹- محمد أحمد شريف، المرجع السابق، ص. 150.

المرهق إلى الحد المعقول"، يثير هذا النص مسألتين هل يلزم القاضي بمراجعة العقد إذا توافرت شروط الظروف الطارئة، وكيف يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹.

أولاً: رد الالتزام إلى الحد المعقول

بالرجوع للقواعد العامة، استعمل المشرع في المادة المشار إليها أعلاه عبارة "جاز للقاضي"، مما يرجح إلى أن القاضي غير ملزم بمراجعة العقد إلا إذا أراد ذلك وهذا تأويل صحيح، ويتعارض مع غرض المشرع من إستحداث نظرية الظروف الطارئة، ولأن مراجعة العقد بسبب الحوادث الطارئة تعتبر من النظام العام، حيث تقضي المادة 107 من القانون المدني الجزائري ببطان كل اتفاق يخالف أحكامها، فالقاضي إذن ملزم بمراجعة العقد إذا توافرت الشروط المقررة لذلك، غير أنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بشأن تقدير الخسارة الفادحة، وكيفية رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول².

ويتدخل القاضي في هذه الحالة عن طريق العديد من الوسائل، فيمكن له أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول بإنقاصه، ويرد أيضا في نظر بعض الفقهاء بزيادة التزام الدائن.

أ- إنقاص التزام المدين

إن الإنقاص من مقدار الالتزام المرهق هو الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الإرهاق عن المدين، ويكون ذلك بإعفاء المدين من تنفيذ قسط مما إلتزم به، كأن يكون ملزما بألف قنطار من السكر فلا يلزم تبعا للظروف الطارئة إلا بنصف المقدار المنفق عليه، وقد يتمثل الإنقاص في تخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري³، وقد يتمثل الإنقاص كذلك في إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة، كالتي تتعلق بأجل التنفيذ⁴، أو بجودة الشيء، أو ببعض شروط التنفيذ الأخرى.

إن الغاية من الإنقاص في كل الحالات هي التقليل من الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين، ومعنى ذلك أن المدين سيتحمل حتما الخسارة المألوفة، بينما يحاول القاضي في ضوء ظروف العملية العقدية أن يوزع مقدار الخسارة الفادحة بين المتعاقدين مراعى لمصلحة كل منهما.

ب- زيادة التزام الدائن

¹-حميد بن شنيبي، المرجع السابق، ص61.

²-خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص.112.

³ A.Bencheneb,op.cit,p.89.

⁴ -يرى علي علي سليمان أن مدة إيقاف التنفيذ لا يمكن أن تزيد عن السنة مستشهدا بالمادة 101 من القانون المدني الجزائري.

يعتقد بعض الفقهاء أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول قد يتحقق عن طريق الزيادة في التزامات الدائن، وبالتالي يزيد مقدار العوض الذي يتحصل عليه المدين¹، وهكذا فالزيادة في التزامات الدائن تقلل من الخسارة التي يتحملها المدين، وإذا رجعنا إلى المثال السالف الذكر فعوض أن تنقص من مقدار كمية السكر التي التزم بها المدين، نزيد في ثمن السكر ونبقي المقدار نفسه المتفق عليه، ويرى أنصار هذا الرأي على حق أن النتيجة واحدة سواء زدنا في التزام الدائن أو أنقصنا من التزام المدين، ففي كلا الحالتين يتحمل كل متعاقد جزء من الخسارة المترتبة على الظرف الطارئ.

غير أن هذا الرأي مشكوك فيه لعدة أسباب منها وضوح المادة 107 من القانون المدني الجزائري، والتي تقيد القاضي بالنظر في الالتزام المرهق وهو التزام المدين، كما استعمل المشرع في النص الفرنسي عبارة «réduire» والتي تعيد الإنقاص لزيادة في الالتزام المقابل، فنية المشرع انصرفت إلى إنقاص الالتزام لاغير، ولو كان الأمر غير ذلك لعبر عنه بكل وضوح مثل ما فعل في الفقرة 03 من المادة 561 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص: "إذا إنهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد.... جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجرة أو بفسخ العقد"، إن إضافة الفقرة 03 في هذه المادة ليس لها مبرر سوى الحل الإستثنائي الذي تتضمنه، ولو رأى المشرع أن المادة 107 من القانون المدني الجزائري تسمح للقاضي بزيادة التزام الدائن، لما أضاف هذه الفقرة، ويبقى التساؤل مطروح عن الأساس القانوني لهذه الزيادة، فالالتزام الدائن مصدره الإرادة، فكيف يلزم إذن بغيرها؟ خاصة وأن الأمر لا يتعلق بما يسمى بمستلزمات العقد.

ثانياً: فسخ العقد الاستهلاكي

بالرجوع للقواعد العامة، يرى بعض الفقهاء أنه يمكن للقاضي فسخ العقد طبقاً للمادة 107 من القانون المدني، غير أنه ولأول وهلة يبدو أن هذا الحل يتناقض مع نظرية الظروف الطارئة، التي وجدت من أجل تيسير تنفيذ العقد واستمراره، مع أن الفسخ يُعد فعلاً في بعض الحالات الخاصة وسيلة حقيقية لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فإذا شرع المتعاقد في تنفيذ التزامه وأنجز قسطاً منه رغم الإرهاق، فإنه يمكن للقاضي نظراً للإرهاق والخسارة التي تهدد المدين أن يعفيه مما تبقى في ذمته، فيقضي بفسخ العقد.

¹ - حميد بن شنييتي، المرجع السابق، ص. 136.

وفي هذا السياق لابد من التمييز بين فسخ العقد كوسيلة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول¹، وفسخ العقد بسبب عدم تنفيذه طبقا للمادة 119 من القانون المدني الجزائري، فإذا كان المدين لايسأل في الحالة الأولى، فالأمر يختلف عند فسخ العقد على أساس المادة 119 من القانون المدني الجزائري إذ يطالب بالتنفيذ بمقابل.

وأخيرا فإنه بالنسبة للصفقات الهامة ينظم المتعاقدان طرق مراجعة التزاماتهما حتى يتم إنجاز المشروع.

¹ يرى بلحاج العربي أنه لايجوز للقاضي أن يقضي بالفسخ عند توافر الظرف الطارئ، فيلقي الحادث على عاتق الدائن بدلا من المدين، بل يجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وتوزيع عبء الحادث على طرفي العقد.

الخاتمة

الخاتمة:

يعتبر العقد الأداة القانونية التي تمكن كل شخص من الحصول على مختلف المنتجات، حيث يتم إبرامه بصفة تلقائية ومتكررة، لذلك فإنه يحتل أهمية كبيرة في الحياة اليومية للأفراد، وقد تكفل القانون المدني بتنظيمه بموجب عدة نصوص قانونية، تفقد قوتها الملزمة بمجرد اتفاق المتعاقدين على ما يخالفها من أحكام، إلا ما يتعلق منها بالنظام العام، استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة "العقد شريعة المتعاقدين".

إن العقد التقليدي متى جمع بين طرفين يحملان صفة المتدخل والمستهلك وفقا للشروط العامة، وانصب على سلعة أو خدمة، كُيف بأنه عقد استهلاكي يخضع لقواعد موضوعية تُعنى بتنظيم مضمونه، وقواعد شكلية تهتم بتوفير آليات حمائية في بيئة تشهد تفوق طرف على طرف الآخر، لينتج عنها قواعد خاصة تخرج عما هو مألوف في النظرية التقليدية للعقود.

إن هذا الطرح يفترض التكافؤ بين المراكز القانونية لأطراف العقد، لكن التطور الحاصل على المستوى العلمي والتكنولوجي والصناعي زاد من تعميق الهوة بين المتدخلين في العملية الانتاجية والمستهلكين، بحيث أصبح ظاهرا للعيان وجود اختلال صارخ في المراكز القانونية للطرفين، وذلك نظرا للتفوق المعرفي للمتدخل بخصوص المنتجات محل الاستهلاك، وتجرد المستهلك من الأدوات القانونية التي تمكنه من إبرام العقد الاستهلاكي دون إضرار بماله ومصالحه.

إن البيئة التي يبرم فيها العقد الاستهلاكي تجعله من أكثر العقود تداولاً على الساحة الاقتصادية، فقد أصبحت عقود الاستهلاك ذات أهمية بالغة في الوقت الحالي، إلا أنه لم يحظ بالتنظيم المناسب من قبل المشرع الجزائري إلا مؤخرا، حيث ظل لوقت طويل خاضع لأحكام النظرية العامة للعقود، لكنه أثبت في الكثير من المواضع أنه يتميز بخصوصية تامة لا تتماشى وتلك الأحكام، سواء في مرحلة تكوينه، أو في مرحلة تنفيذه.

وتبرز خصوصية عقد الاستهلاك من حيث أطرافه -المتدخل والمستهلك- في اختلال التوازن العقدي، كما ذكرنا سابقا وجود طرف قوي يتمثل في المتدخل، وآخر ضعيف يتمثل في المستهلك، وتؤكد هذه الخاصية النظام القانوني المتميز الذي يحظى به هذا العقد.

ولما كانت منظومة الاستهلاك تقوم في جانب كبير منها على الدور الأساسي للمتدخل في معاملات الاستهلاك، فكان من اللزوم تحديد المقصود بالمعنى القانوني للمتدخل، وكان ذلك داعيا لبحث

مدى امكانية اكتساب المتدخل وصف المستهلك متى كان تعامله بغير غرض مهني في ظل حماية وصف المتدخل بالمستهلك لدى الفقه والقضاء؟

الأمر الذي أفرز خلاف كبير بين الفقه والقضاء حول تحديد مفهوم المستهلك بين موسع ومضيق، انتهى بضرورة تدخل المشرعون من أجل تحديد موقفهم من تضارب هذه التعاريف، وهذا ما انتهجه المشرع الجزائري، حيث أصبح هذه الصفة على نوع واحد وهو المقتني للمنتوج والمستعمل النهائي له، أما المستعمل الوسيط فلم يشمل التعريف، وبالتالي لاتشمله قواعد الحماية الخاصة الواردة في قانون حماية المستهلك، وبذلك يكون المشرع الجزائري اتجه الاتجاه الضيق لتعريف المستهلك.

إن خصوصية عقد الاستهلاك لا تقف عند إشكالية تحديد أطرافه بدقة، بل تمتد أيضا إلى تحديد محل أو موضوع هذا العقد، والذي تدخل المشرع الجزائري بصفة غير مسبوقه هذه المرة، وصرح بأن مصطلح "المنتوج" هو محل عقد الاستهلاك يشمل في مضمونه السلعة والخدمة، وأتبعه بتعريف لتلك المصطلحات، إلا أنه يأخذ عليه بعض النقائص التي مست تلك التعاريف فمثلا عدم إدراجه الى العقارات في مصطلح السلعة واقتصارها على المنقولات المادية فقط، وعلى الرغم من الأهمية البالغة التي يحتلها العقار في حياة المستهلكين حاليا.

على خلاف العقود التقليدية والحديثة التي تناولتها التشريعات، وكذا الاجتهادات الفقهية بوضع تعريفات محددة لها، فإن الأمر مختلف في عقد الاستهلاك حيث لم يرد له لا تعريف مانع ولا جامع محدد له، ولعل ذلك راجع إلى اشكالية تحديد أطرافه ومحلّه، وكذا سرعة المعاملات في العلاقات الاستهلاكية وسرعة إبرامه وتنفيذه، فترك أمر تعريفه لكل من الاجتهاد الفقهي والقضائي ليوكب التطورات السريعة التي تغطي على العقود الاستهلاكية، وحتى لا يتم حصر هذا العقد في نطاق ضيق وتركه مفتوح النطاق ليخضع في تنظيمه للقواعد العامة للقانون المدني.

ونتيجة للتطورات السريعة التي يشهدها العالم الحالي، من تصنيع وتكنولوجيا وتطور وسائل الإنتاج جعلت من عقد الاستهلاك عقدا من العقود المستحدثة الفريدة من نوعها ووجد ليوكب هذه التطورات، فهو عقد يبرم كغيره من العقود بالشروط والأركان التي تسري عليها القواعد العامة، والتي تتمثل في كل من ركن التراضي، المحل والسبب، وكذا الشكلية في هذا العقد.

إلا أن هذه الأركان تتميز بنوع من الذاتية والانفراد عن نظيرها في القواعد العامة، فالتراضي فيها يتمثل في قبول الشروط المعدة مسبقا وما على المستهلك إلا قبولها دون إمكانية المناقشة فيها، أما عن موضوع العقد فيتميز بكونه يرد على السلع والخدمات التي يوفرها المتدخل، أما باقي الأركان فلا تختلف عن باقي العقود الأخرى على اعتبارها وكما ذكر سابقا فهي خاضعة للقواعد العامة.

ومن جهة أخرى، فإن ما يميز عقد الاستهلاك هو من عقود قصيرة الأمد كونه يبرم في ظرف قصير، إلا أن هناك حالات يتطلب إبرام هذه العقود العبور على عدة مراحل، مما يجعله يصنف ضمن العقود طويلة الأمد، مما يسقط على هذا العقد صفة الإذعان في طبيعته، الأمر الذي يجعل المستهلك يُذعن للشروط التعاقدية المفروضة عليه من قبل المتدخل، وليس له إلا قبولها والرضوخ لها لحاجته للسلع والخدمات المقدمة من طرف هذا الأخير دون إمكانية المناقشة فيها أو محاولة تعديل ما جاء فيها.

إلا أنه في حالات عديدة، قد لا يتطلب أن يكون العقد الاستهلاكي طويل الأمد ليحمل في طبيعته صفة الإذعان، فبمجرد أن يطرح العقد الاستهلاكي في شكل عقود نموذجية معدة مسبقا بشكل منفرد من المتدخلين، نظرا للوضعية المتميزة للمتدخل سواء الاقتصادية أو القانونية، التي تجعله يضع هذه الشروط بإرادته المنفردة دون أن يكون للمستهلك القدرة على مناقشتها، وهذا ما يجعل العقد الاستهلاكي يأخذ شكل عقد الإذعان وفقا للنظرية التقليدية للعقود.

إلا دراسة هذا العقد عن كثب أسفرت على أن صفة الإذعان لا تطغى في جميع عقود الاستهلاك، فهناك حالات يمكن التفاوض فيها ومناقشة شروط العقد، وبالأخص العقود الثقيلة التي يتطلب تنفيذها وقتا طويلا مثل توريد واستيراد السلع من وإلى خارج الوطن، ففي هذه الحالة يتناقش الطرفان على موضوع العقد وشروطه، وتتاح هذه الوسيلة أيضا (أي التفاوض) في العقود الاستهلاكية الإلكترونية المبرمة عن بعد.

ونلخص إلى أنه نكون بصدد عقد استهلاك ممزوج بصفة الإذعان في كل مرة تم فيها قبول عقد محرر مسبقا وبصورة منفردة دون مناقشته، ونكون بصدد عقد استهلاكي تصطبغ بصفة عقود المساومة كلما تخلل قوامه صيغة التفاوض على شروطه وبنوده، الأمر الذي ينفي أن يوصف عقد الاستهلاك بعقد الإذعان في كل مرة، مما يجعلنا نميل إلى إصباح عليه صفة العقد مختل التوازن.

بالفعل إن قيام عقد الاستهلاك صحيحا مستوفيا شروطه وأركانه يجعله نافذ على أطرافه، وملزما لهما، فالأصل في العقود هي حرية التعاقد، ولكن إطلاق العنان لهذه الحرية من شأنه هضم حقوق طرف

على الطرف الآخر، فهذا العقد من سماته اختلاف المراكز التعاقدية لطرفيه، فنجد متدخل قوي اقتصاديا ومعرفيا مقابل مستهلك ضعيف عديم الخبرة، وهذا ما يجعله يصنف دون مبالغة ضمن قائمة العقود **المختلفة التوازن**، والذي قد يتأثر المستهلك بشكل كبير لعدم توازن، حيث يكون الطرف الأكثر تضررا عند أقدامه على التعاقد، مما يجعله في المركز الأضعف مقارنة بالمتدخل.

ويبرز بوضوح اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك نتيجة لإصابة أحد طرفيه بعيوب من عيوب الإرادة، كما هو الحال في حالة الغبن، والاستغلال المفروض عليه من قبل المتدخل، ويرجع أيضا هذا الاختلال إلى اختلال المراكز القانونية لأطرافه نظرا لتقابل طرفان في العلاقة الاستهلاكية هما كل من المتدخل القوي اقتصاديا ومعرفيا، والمستهلك الضعيف عديم الخبرة والمعرفة.

إن التوازن المفقود في عقد الاستهلاك، اضطر العديد من المشرعين التدخل من أجل تنظيم هذا العقد، وليس المشرع الجزائري بمنأى عن هذا المسار، حيث تدخل هذا الأخير في العديد من المواطن لإعادة التوازن لهذا العقد، مما يجعلنا نقنع بأن عقد الاستهلاك من العقود المستحدثة ومنظمة تشريعا، حيث حدد المشرع الجزائري أطرافه ومحله بدقة، كما أقر جملة من الالتزامات والحقوق حماية للطرف الضعيف في العلاقة، فكان هذا التنظيم مميزا وخصوصا عن غيره من العقود حيث رتب المشرع على عاتق المتدخل مجموعة من الالتزامات تجسدت في طيات قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 09-03، وتتمثل هذه الالتزامات في كل من الالتزام بالإعلام، هذا الأخير الذي يعد من أهم محاور قانون الاستهلاك لما له من أهمية في تنوير رضاء المستهلك، وحمايته سواء في مرحلة ما قبل إبرام العقد بفرض الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام، أو في مرحلة إبرام العقد بفرضه الالتزام التعاقدية بالإعلام، ووضع وسائل لتنفيذه على أكمل وجه من خلال اعلام المستهلك عن خصائص السلع والخدمات(الوسم)، إعلام المستهلك بأسعار وشروط البيع.

كما أقر المشرع وفي إطار ضمان حصول المستهلك على سلعة أو خدمة خالية من العيوب التزاما بالضمان بنوعيه(الضمان القانوني والضمان الاتفاقي) بغض النظر عن الضمان الوارد في ظل القواعد العامة للقانوني المدني، واتبعه بفرض الخدمة ما بعد البيع التي تعد التزاما مستقلا عن الضمان وتابعا له من أجل إستفادة المستهلك من مجموع الخدمات المقدمة من طرف المتدخل، وضمان صيانة المنتج وإصلاحه.

ونتيجة للتطورات الراهنة وظهور العديد من المنتجات التي تتسم بالتعقيد والتركيب، ألزم المشرع المتدخل وجوب توفير المنتجات آمنة وسليمة، ومطابقة للطلبات المشروعة للمستهلك، وكذا شدد على توفير

النظافة لضمان حسن استعمالها من طرف المستهلك، وأن لا تشكل خطرا على صحته أو أمواله، أو من يعولهم.

ولم يكتفي المشرع بذلك بل رتب مسؤولية على المتدخل المخل بالتزاماته التعاقدية، فيتابع قضائيا نظير الإخلال بها، ويساءل مدنيا وجزائريا، كما شدد مسؤوليته المدنية بإمكانية قيام مسؤوليته دون أن يرتكب خطأ لمجرد أن المنتج مشوب بعييب، حيث نظمت أحكام هذه المسؤولية ضمن القواعد العامة، لذلك يعاب على نصوص قانون حماية المستهلك قصورها وعدم تطرقها لهذا الفرع من المسؤولية، وكان يستحسن من المشرع الجزائري إدراج نصوص خاصة ضمن أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش تعالج هذه النقطة بأسهاب.

ويخضع المتدخل بالإضافة إلى قيام مسؤوليته المدنية أيضا إلى المساءلة الجزائية عن الجرائم والمخالفات الماسة بالمستهلك وبمصالحه الاقتصادية، وبالأخص منها المتعلقة بتنفيذ التزاماته التعاقدية، (ومنها مخالفة الزامية إعلام المستهلك، ومخالفة الضمان وأمن ومطابقة المنتج للمواصفات القياسية والقانونية، وكذا مخالفة إلزامية النظافة الصحية للمواد الغذائية...)، أقر لها عقوبات مالية قد تصل إلى عقوبة السجن.

إن ما يميز عقد الاستهلاك عن باقي العقود المعهودة، هو تدخل القضاء في تنظيمه أيضا بدور تديمي وتكميلي له، فمنح المشرع للقضاء في إطار تنظيمه هذا العقد للقاضي سلطة تقديرية في مرحلة إبرام العقد الاستهلاكي من أجل تحقيق العدالة، والحفاظ على توازن العلاقة الاستهلاكية، وتمثلت هذه الأداة القوية في الرقابة على الشروط التعسفية، وتوقيع الجزاء المناسب للشرط الجزائي تعديلا أو إعفاء، فتضاربت الآراء حول المعايير المحددة للشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، فمن التشريعات من تعتمد معيار الميزة المفرطة، ومعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، فأحسن المشرع الجزائري بمواكبة التشريعات الحديثة بتبنيه معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق والالتزامات لكل من المستهلك والمتدخل في العلاقة الاستهلاكية، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، تبرز مظاهر تدخل القاضي في العقود الاستهلاكية أيضا في مجال تفسير الشروط التي يسودها الغموض، وحتى العبارات الواضحة في العقد المبرم بين المستهلك والمتدخل، وما يهم هنا هو تفسير بنود هذا العقد على اعتباره من قبيل عقود الإذعان، وتعتبر قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين أو المذعن في العقد من أهم القواعد التي تخضع لضوابط التفسير، ومن أهم القواعد التي استقر عليها كل من التشريع، الفقه، والقضاء.

ويتاح أيضا إمكانية تدخل القاضي من أجل مراجعة العقد الاستهلاكي إذا طرأت حوادث استثنائية تجعل تنفيذه مرهقا بالنسبة لأحد المتعاقدين، ويعالج أيضا عدم تعادل التزامات المتعاقدين، وبالأخص في مرحلة تنفيذ العقد.

ولما كان عقد الاستهلاك من العقود المختلة التوازن، فإنه يتطلب تعاملًا خاصًا وتدخلًا من القاضي لمعالجة التوازن المفقود، ونظرًا لخلو قواعد قانون الاستهلاك من هذه الآلية فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة للقانون المدني، حيث نجد أبرز مثال على تدخل القضاء في عقد الاستهلاك هو حالة الظروف الطارئة.

وتتحقق هذه الحالة نتيجة انعدام المساواة والتكافؤ بين طرفي العقد، لذلك ينبغي التدخل بطرق وأساليب تحقق العدالة وتعيد التوازن في هذا العقد، وللحفاظ على استقرار المعاملات نجد أن المشرع أتاح العديد من الآليات القانونية، والتي ورغم تعددها وتنوعها اكتفينا بالتطرق إلى البعض منها، والمتمثلة في الاتفاق على إنهاء العقد (الفسخ)، مبدأ حسن النية، وأوردنا هذه الآليات على سبيل المثال لأعلى سبيل الحصر.

وفي الأخير يمكن القول، أنه حسنا فعل المشرع الجزائري بعدم إعطاه تعريفا جامع لعقد الاستهلاك نظرا للسرعة التي يشهدها العالم الحالي، من تصنيع وتكنولوجيا وتطور وسائل الإنتاج، مما جعلت منه عقدا فريدا من نوعه وُجد ليوكب هذه التطورات، فهو عقد يبرم كغيره من العقود بالشروط والأركان التي تسري عليها القواعد العامة، إلا أن هذه الأخيرة تتميز بنوع من الذاتية والانفراد عن نظيرها في القواعد العامة، مما يتطلب منه التدخل في العديد من المواطن لإعادة التوازن المفقود لهذا العقد.

أهم التوصيات:

- يستحسن بالمشرع إدراج لتعريف عقد الاستهلاك، من أجل تحديد الإطار القانوني له وتجنب اختلاطه مع باقي العقود.
- البحث عن آليات تعيد التوازن العقدي المفقود في عقد الاستهلاك، وحماية الطرف الأكثر ضعفا في العلاقة التعاقدية.
- تحدي المصطلحات القانونية بدقة بالأخص التي تتطرق إلى تعريف المنتج.
- تنظيم المسؤولية المدنية للمتدخل في إطار قانون حماية المستهلك وقمع الغش.
- تشديد العقوبات الجنائية على المتدخل المخل بالتزاماته التعاقدية.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1-المصادر

أ-الدستور

-دستور 1996 المعدل والمتمم، ج.ر المؤرخة في 08 ديسمبر 1996، العدد76.

أ-الاتفاقيات الدولية

-اتفاقية بروكسل المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام المدنية والتجارية المبرمة في 17 سبتمبر 1968 والمعدلة بموجب اتفاقية الانضمام كل من الدانمرك وإيرلندا، والمملكة المتحدة إلى الإتحاد الأوروبي المبرمة في 09 أكتوبر 1978.

- اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية والمبرمة في 19 يونيو 1988.
- مشروع اتفاقية لاهاي الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بعض عقود المستهلكين والمبرمة في 1980.

1-النصوص القانونية:

أ-الأوامر

-الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم، ج.ر المؤرخة في 11 يونيو 1966، العدد 49.

- الأمر رقم 73/14 المتعلق بحقوق المؤلف الصادر في 03 أبريل 1973، ج.ر الصادرة في 10-04-1973، السنة العاشرة، العدد 29، ص.434، الملغى بموجب الأمر رقم 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج.ر المؤرخة في 23 يوليو 2003، العدد 44.

-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005، ج.ر المؤرخة في، العدد 101، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 المتضمن القانون المدني، ج.ر المؤرخة في 13 مايو 2007، العدد 31.

-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، ج.ر الصادرة بتاريخ 19 ديسمبر 1975، العدد 101، المعدل والمتمم بالقانون رقم 22-09 المؤرخ في 05 مايو 2022، ج.ر المؤرخة في 14 مايو 2022، العدد 32.

-الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالاعتماد للإيجاري، ج.ر المؤرخة في 14 جانفي 1996، العدد 03.

قائمة المصادر والمراجع

- الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، ج.ر، المؤرخة في 23 جويلية 2003، العدد 44.
- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 المتعلق بالمنافسة، ج.ر. المؤرخة في 20 يوليو 2003 العدد 43.
- الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتضمن قانون النقد والقرض ، ج.ر.الصادرة بتاريخ 27 أوت 2003 (المعدل والمتمم)، العدد 52.
- ¹ - الأمر رقم 04-10 المؤرخ في 26 غشت 2010 يعدل ويتم الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر. المؤرخة في 01 سبتمبر 2010، العدد 50.
- ب- القوانين**
- القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16-02-1985 المتعلق بحماية الصحة وترقيتها، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-13 المؤرخ في 20-07-2008، ج.ر.الصادرة في 03-08-2008، العدد 44.
- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1988 الذي يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. المؤرخة في 13 جانفي 1988، العدد 2، الملغى بموجب الأمر رقم 95-25 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 المتعلق بتسيير الأموال التجارية التابعة للدولة ، ج.ر. المؤرخة في، العدد 55.
- القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر، المؤرخة في 08 فبراير 1989، العدد 06، (الملغى).
- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يوليو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر. المؤرخة في 27 جوان 2004، العدد 41، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 15 غشت 2010، ج.ر.الصادرة في 18 غشت 2010 ، العدد 46.
- القانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس، ج.ر.الصادرة في 27 يونيو 2004، العدد 41.
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20-06-2005 المتعلق بتعديل القانون المدني، ج.ر. رقم 2005-44.
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.الصادرة في 2008، العدد 21.
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر، المؤرخة في 08 مارس 2009، العدد 15.
- القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها ، ج.ر.الصادرة بتاريخ 16 أوت 2009، العدد 47.

قائمة المصادر والمراجع

- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج.الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2015، العدد 06.
- القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية الصادر عن وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية والتكنولوجيا الرقمية المؤرخ في 10 مايو 2018، ج.ر المؤرخة في 16-05-2018، العدد 28.
- ج-المراسيم التنفيذية**
- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة وقمع الغش المؤرخ في 30/01/1990، ج.ر الصادرة بتاريخ 01/10/2001، العدد 05، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-351 المؤرخ في 16/10/2001، ج.ر الصادرة في 21/10/2001، العدد 61.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-53 المؤرخ في 23 فبراير 1991 المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، ج.ر المؤرخة في 27 فبراير، 1991، العدد 09، الملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم 17-140 المؤرخ في 11 أبريل 2017، ج.ر المؤرخة في 16 أبريل 2017، العدد 24.
- المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 12-02-1992 المتضمن مراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا والمستوردة، ج.ر المؤرخة في 19-02-1992، العدد 13.
- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري، المؤرخ في 01 مارس 1993، ج.ر الصادرة في 03 مارس 1993، العدد 14.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المؤرخ في 14-01-1997 الذي يحدد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني وتوضيبيها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، ج.ر المؤرخة في 15 يناير 1997، العدد 04 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 10-114 المؤرخ في 18 أبريل 2010، ج.ر المؤرخة في 21-04-2010، العدد 26.
- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج.ر المؤرخة في 26 أوت 1998، العدد 63، ص.05، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المتعلق بضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، ج.ر المؤرخة في 15 أكتوبر 2000، العدد 60.
- المرسوم التنفيذي رقم 97-494 المؤرخ في 21-11-1997 المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن استعمال اللعب، ج.ر الصادرة في 24-12-1997، العدد 85.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية والكهربائية وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر، العدد 27، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2001 (المعدل والمتمم).

قائمة المصادر والمراجع

- المرسوم التنفيذي رقم 03-452 متضمن الشروط الخاصة المتعلقة بنقل المواد الخطرة عبر الطرقات، ج.ر، العدد 75، الصادرة في 2003/12/07.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-215 المؤرخ في 18 يونيو 2006 يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي، والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند المخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج.ر المؤرخة في 21 يونيو 2006، العدد 41.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، ج.ر، العدد 56، الصادرة في 11-2006-09.
- المرسوم التنفيذي رقم 07-390 الصادر في 12-12-2007 المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط تسويق السيارات الجديدة، ج.ر المؤرخة في 12-12-2007، العدد 78.
- المرسوم التنفيذي رقم 08-44 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، والبنود التي تعتبر تعسفية، المؤرخ في 03-02-2008، ج.ر، العدد 07، الصادرة في 10-2008-02.
- المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 06-05-2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، ج.ر المؤرخة في 09 ماي 2012، العدد 28.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26-09-2013 يحدد شروط وكيفيات وضع السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج.ر، المؤرخة في 02-10-2013، العدد 49.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج.ر الصادرة في 18 نوفمبر 2013، العدد 58.
- المرسوم التنفيذي رقم 17-140 الذي يحدد شروط النظافة والنظافة الصحية أثناء عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك البشري، ج.ر المؤرخة في 16 أبريل 2017، العدد 24.
- المرسوم التنفيذي رقم 21-244 الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة مابعد البيع أحكام الخدمة مابعد البيع، المؤرخ في 31 مايو 2021، ج.ر، المؤرخة في 09 يونيو 2021، العدد 45.
- د- القرارات الوزارية
- القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 24-03-1997 المتعلق بالمواصفات التقنية لموضع مستخلصات ماء الجافيل رهن الاستهلاك وشروطها وكيفياته، ج.ر، العدد 34، الصادرة في 27-05-1997.

-القرار الوزاري المؤرخ في 24 ماي 1997 الذي يحدد قائمة مخابر مراقبة الجودة وقمع الغش، ج.ر. المؤرخة في 10 يونيو 1997، العدد 60، ص.31.

-القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ديسمبر 2014 الذي يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة، ج.ر. المؤرخة في 27 يناير 2015، العدد 03.

2-المراجع

أ-المؤلفات حسب التسلسل الأبجدي

1-المؤلفات العامة

- السيد عبد الوهاب عرفة، المسؤولية المدنية، المسؤولية العقدية و التعويض عنها، المجلد 1، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.
- العربي بلحاج، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، ب.ط، دار هومه، الجزائر، 2014، ص.120.
- العربي بلحاج، الإطار القانوني المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني المقارن-دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار حافظ، 2011.
- العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري -، دراسة مقارنة، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 2011.
- العربي بلحاج، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومة، 2015.
- أحمد محمد الرفاعي، الحماية القانونية إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1994.
- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.
- إسماعيل غانم، الوجيز في عقد البيع، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1998.
- أنور العمروسي، عيوب الرضا في القانون المدني، منشأة المعارف الإسكندرية مصر، 2003.
- حسن محمود عبد الدايم، العقود الاحتكارية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- حسين عامر، القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، القاهرة، 1949.
- خليل أحمد حسن قدارة، شرح النظرية العامة للقانون في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

قائمة المصادر والمراجع

- عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، جامعة الإسكندرية، 1983.
- عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني -نظرية الالتزام بوجه عام- الجزء الأول، 1964.
- عبد الرشيد مأمون، الوجيز في العقود المسماة، الكتاب الأول، عقد البيع والمقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- عبد السيد سمير تتاغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، مصر، ب.ط، بدون تاريخ نشر.
- عبد المنعم فرج الصده، نظرية العقد، دار النهضة العربية، بيروت، 1974.
- عجلة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية -نظرية الحق-، ج.2، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام -ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، ط7، 2006.
- علي فيلاي، الالتزامات- النظرية العامة للعقد-، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.
- علي فيلاي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط.2، موفم للنشر، الجزائر، 2010.
- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ب.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، 2009.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي -الأنشطة التجارية المنظمة-السجل التجاري)، ط2، ابن خلدون، 2003.
- محمد الشريف أحمد عبد الرحمن، عقود الإذعان، دار النهضة العربية، 2006.
- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2007-2008.
- محمد عكاشة عبد العال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، دار النهضة العربية، 2007.
- محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، المصادر الإرادية -الإرادة المنفردة، منشأة المعارف، 1970.
- محمد لبيب شنب، عقد البيع، بدون طبعة، دار النهضة العربية، 2000.
- محمد شريف أحمد، مصادر الالتزام في القنون المدني، -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، جامعة آل البيت، 1999..
- محفوظ حامد لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، ب.ط، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1990.
- محمود علي الرشدان، الغبن في القانون المدني - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2010.
- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، دار الفكر، بيروت، 1968.
- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي - لغتا واصطلاحا- الجزء الثالث، دار الفكر، بيروت، 1998.
- المؤلفات المتخصصة

قائمة المصادر والمراجع

- أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك، في القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، ب.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.
- أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في التشريعات الأردنية والسورية واللبنانية والمصرية والفرنسية وغيرها، ب.ط، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2007.
- إلياس ناصيف، العقود الدولية -العقد الإلكتروني في القانون المقارن -، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
- جبالي واعمر، المسؤولية الجنائية للأعوان الاقتصاديين، الطبعة 3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.
- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك -الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
- حسين الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2006.
- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت -مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة، مصر، 2012.
- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، ب.ط، دار الجامعة، 2008.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني -دراسة مقارنة -، ب.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- رشوان حسن، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، 1994.
- سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، بدون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
- طرح البحور علي حسين، عقود المستهلكين الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- عبد الحكم فودة، تفسير العقد -في القانون المدني المصري والمقارن -، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك -الحماية الخاصة للمستهلك في عقود الاستهلاك -، دار النهضة العربية، 1996.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في حقوق الملكية الفكرية وحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
- عبد القادر أقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2008.
- عبد الحليم بوقرين، الجرائم الماسة بأمن وحماية المستهلك، مطبعة الرويغي، الجزائر، 2010.

- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك -دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007.
- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الهدى ، الجزائر ، 2000.
- علي فتاك ،الالتزام بضمان السلامة في عقود السياحة،دار النهضة العربية،القاهرة،2006.
- علي فيلاي،الالتزامات،الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر،الجزائر،2010.
- عامر قاسم أحمد القيسي،الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2002.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- عزت صلاح عبد العزيز،إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،الطبعة الأولى ،دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ،2013.
- فاطمة بحري،الحماية الجنائية للمستهلك،دراسة مقارنة،دار الفكر الجامعي،الطبعة الأولى، الاسكندرية،مصر،2014.
- فؤاد الشعيبي التنظيم القانوني لعقود خدمات الاتصال ،منشورات حلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى 2014،
- قادة شهيدة،المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،مصر،2007.
- محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، ب.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص.18-19.
- محمد الصغير مهدي،قانون حماية المستهلك-دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية،2015.
- محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة ، دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي و الجزائري ، الطبعة الأولى ، الفجر للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005.
- محمد بودالي،الإلتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، دراسة مقارنة، مكتبة الرشاد للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005.
- محمد بودالي،شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية،دار الفجر،القاهرة،2005.
- محمد بودالي،حماية المستهلك في القانون المقارن ،دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي ،دراسة معمقة في القانون الجزائري ،ب.ط ،دار الكتاب الحديث ، 2006.

- محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود-في القانون الجزائري،دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا ألمانيا مصر،ب.ط،دار هومه،الجزائر،2007.
- محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998.
- محمد عبد الباقي، الحماية القانونية للمستهلك،دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ،منشأة المعارف ،الاسكندرية،1996.
- محمد سلمان الغريب،الاحتكار والمنافسة غير المشروعة، دار النهضة العربية، القاهرة،مصر،2004.
- محمود عبد الرحمن محمد،الاستغلال والغبن في العقود ودورها في إقامة التوازن بين الأداءات العقدية ،دراسة مقارنة في القانون الوضعي المصري والسوداني والشريعة الإسلامية ،ب.ط،1995.
- مفتاح خليفة محمد الشلmani،العقود الإدارية وأحكام إبرامها،ب.ط،دارالمطبوعاتالجامعية ،الإسكندرية،مصر.
- موفق حماد عبد،الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية ،دراسة مقارنة،مكتبة السنهوري،منشورات زين الحقوقية،2006.
- ميكائيل رشيد علي، العقود الالكترونية على شبه الانترنت بين الشريعة والقانون،دار الجامعة الجديدة،مصر،2015.

5- المقالات

- الحسين بلحساني،أساس الالتزام بتبصير المستهلك و مظاهره، المجلة المغربية للاقتصاد و القانون، صادرة عن جامعة السويسي، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الرابع،الرباط،المغرب، ديسمبر 200،ص.26.
- أحمد رباحي،أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري و القانون المقارن، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا ، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد الخامس شهر جانفي 2008،ص.345.
- إدريس الفاخوري،حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، المغربية للاقتصاد و القانون، جامعة السويسي، مجلة دورية نصف سنوية، العدد الثالث،الرباط،المغرب،جوان 2001،ص.70.
- إسماعيل محمد المحاقري،الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، الكويت، العدد الرابع ديسمبر 2006،ص.253.
- حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، ملخص رسالة دكتوراه، مجلة المحكمة العليا،العدد 2011،02،ص.309.

- مسكين حنان وبن أحمد الحاج، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القانون الجزائري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد9، جامعة مولاي طاهر ، سعيدة، الجزائر، 2017.
- سامر مصطفى، أثر خدمة ضمان المنتج في تعزيز رضا العملاء، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد29، العدد الأول، 2013، ص.300.
- شوقي بناسي، الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، العدد02، جامعة الجزائر، 2009، ص.144.
- علم الهدى حماد، المستهلك حمايته في الدول المتقدمة وغير المتقدمة، مجلة العربي، العدد183، 1974، ص.26.
- فتيحة ناصر، جودة المواد الغذائية والصيدلانية من خلال القواعد الوقائية الخاصة بالأمن، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد 01، جوان 2008، ص.93.
- فتيحة ناصر، الأمن كتابع للالتزام بالمطابقة، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد02، سبتمبر 2009، ص.93.
- قادة شهيدة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك-بين طموح وتطور النصوص وافتقاد آليات تطبيقها، مجلة القانون المقارن، العدد الأول، 2014، ص.11.
- الاشين محمد يونس، عقد الإذعان في القانون المدني المصري والشريعة الإسلامية منه، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، العدد الأول، جامعة الأزهر، 1986، ص.39.
- محمد كحلولة، الغوثي مكاشة، حماية المستهلك في القانون الجزائري، مجلة الإدارة، ج.6، العدد الأول، 1996، ص.62.
- محمد ضويفي، حق المستهلك في ضمان المنتج وتوفير خدمة ما بعد البيع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد2008، 08، ص.264.
- يمينة حوجو، التعاقد الالكتروني، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، العدد50، جويلية 2001، ص.55.
- المدخلات**
- محمد عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس، جامعة 20 أوت سكيكدة، كلية الحقوق، حول "حماية المستهلك في ظل قانون رقم 09-03. 09/08 نوفمبر 2010.
- منذر قحف، عقود الصيانة، الدورة الحادية عشر لمؤتمر المجمع الإسلامي، العدد 11، 1998.
- ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، ملتقى وطني حول الاستهلاك والمنافسة في القانون الجزائري، جامعة تلمسان 2000.

6- المذكرات و الرسائل الجامعية

أ-الرسائل

-أحمد بن عزوز، دور الشفافية في حماية المستهلك ،أطروحة دكتوراه ،تخصص قانون خاص،كلية الحقوق جامعة وهران، 2017-2018.

- أكسوم عيلا م رشيدة،المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، أطروحة دكتوراه ،تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق،جامعة الجزائر 2018.

-حميد بن شنيبي،سلطة القاضي في تعديل العقد،أطروحة دكتوراه ،الجزائر .

- ذهبية حامق،الالتزام بالإعلام في العقود، أطروحة دكتوراه،تخصص القانون الخاص،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2008-2009.

-عبد القادر محمد أقصاصي،الالتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة، أطروحة دكتوراه ،كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية ، مصر، 2008.

-عرعارة عسالي،التوازن العقدي عند نشأة العقد،أطروحة دكتوراه ،تخصص قانون خاص داخلي،كلية الحقوق،جامعة الجزائر،2014-2015.

-محمد خليفة كرفة، التوازن العقدي في قانون الاستهلاك،أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة الجزائر 2018،1-2019.

-نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، أطروحة دكتوراه،تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2017-2018.

ب- المذكرات

-الطيب قلوش،التزام المحترف بمطابقة المنتوجات والخدمات،مذكرة ماجستير،تخصص قانون الأعمال،2007-2008.

-أحمد سليم نصره،الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري، رسالة ماجستير ، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006.

-أسماء الشباب،التفاوض في تكوين العقد،مذكرة ماجستير،تخصص القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة تونس،1997-1998.

-إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك،تخصص القانون الخاص، مذكرة ماجستير ،بن عكنون ،الجزائر، 2011-2012.

-بلال نزهة ،الطابع الوقائي والجماعي لقانون الاستهلاك، مذكرة ماجستير،تخصص قانون الأعمال المقارن، 2012-2013.

قائمة المصادر والمراجع

- بوعيس يوسف، حماية المستهلك في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال المقارن، 2013-2014.
- حنين نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، 2012.
- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص - عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، - بن عكنون، الجزائر، 2001-2002.
- جميلة عزيزي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003.
- جواد محمود أحمد محرز، الشرط الجزائي بين الفقه و القانون ، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، جامعة الخليل، فلسطين، 2009.
- خديجة قندوزي، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، 2001.
- ربيعة حليمي، ضمان المنتوجات والخدمات، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.
- زويبر أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2001.
- عائشة مزاري، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر، 2012-2013.
- عبد المجيد طيبي، الشرط الجزائي و تطبيقاته المعاصرة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2004.
- عرارة عسالي، نظرية الاستغلال ، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الخاص، بن عكنون، الجزائر، 2014-2015.
- فاطمة نساخ، مفهوم الإذعان ، مذكرة ماجستير، تخصص القانون المدني ، بن عكنون ، الجزائر، 2001..
- فضيلة سويلم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة وهران، 2010-2011.
- محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، مذكرة ماجستير، تخصص قانون الأعمال، جامعة فاس، المغرب، 2006.
- محمد أبو بكر، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري والقوانين العربية الأخرى، مذكرة ماجستير، تخصص القانون المدني، الجزائر، 1975.

- مختارية مخفي،المسؤولية الجزائية للمتدخل في ظل القانون رقم 09-03،مذكرة ماجستير،تخصص عقود ومسؤولية،2014-2015.
- نوال كيموش،حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية،مذكرة ماجستير،تخصص القانون الخاص،الجزائر،2010-2011
- هني عبد اللطيف ،التوازن العقدي في عقد الاستهلاك ،مذكرة ماجستير،تخصص القانون الخاص ،مجلة دراسات قانونية،العدد2009،08.
- 7-المحاضرات**
- فاطمة محمودي ، عنوان المحاضرة،محاضرة شفهية وكتابية،محاضرات أقيمت على طلبة السنة الأولى ماستر،2016-2017،تخصص القانون الاقتصادي الخاص ،جامعة وهران2.
- 8- وثائق أخرى**
- أنولا أحمد رسلان،مفهوم حماية المستهلك،تقرير مقدم إلى ندوة حماية المستهلك في العالم العربي،جامعة الدول العربية،القاهرة،06-08 أبريل 1997.
- جمعيات حماية المستهلك تدعو إلى مقاطعة شراء اللحوم الحمراء ، مقال بجريدة الشروق اليومي بتاريخ 22-05-2012.
- 9- القرارات القضائية**
- نقض مدني مصري، 31-12-1970،طعن رقم 169،س36 ق،مجموعة أحكام النقض المصري،س21،قاعدة 214.
- قرار المحكمة العليا الغرفة المدنية،13-06-1991ملف رقم 72558،مجلة قضائية،1995،العدد1.
- القوانين الأجنبية**
- قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل والمتمم الصادر في 26جويلية 1993بموجب القانون رقم 95-96المؤرخ في 01 فيفري 1995الذي نص على إدماج التوجيه الأوروبية رقم 93-13 الصادرة في 05 أبريل 1993 المتعلقة بالشروط التعسفية في قانون الاستهلاك.
- القانون رقم98-389 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة الفرنسي،المؤرخ في 19ماي 1998،ج.رالمؤرخة في1998،رقم117.

-la bibliographie en langue française

-code civil français.

-code de consommation français.

-L'ordonnance n°2001-741 du 23aout 2001 portant transposition de directive communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

B- droit communautaire

- Dir C.E.E. °93-13 du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives, J.O.C.E 21 avril 1993 n°L.95-29.

.Dir.C.C.E, n°95-13, 05 avril 1993, clauses abusives, J.O.C.E, 21 avril 1993, n°L.95.

-Directive européen 1999-44 CE du 25-05-1999 sur certains de la vente et des garanties des biens de consommation.

C-les principes Uni-Droit.

-Lamy droit économique.

-Lamy droit des Affaires.

D-Textes de Loi Etrangers

-L'ordonnance n°741-2001 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptations au droit communautaire en matière de droit de la consommation.

-Regulation 30 of consumer protection 2013 n°3134, « the consumer contracts (information, cancellation and additional charges) regulations 2013.

: www.capriolavocats.com , janvier 2002.

E-Textes internationaux

-UK.consumer credit act 1974.

-Ordonnance n°2001/741 du 23 Août 2001.

-Ordonnance n°2005-136 du 17-02-2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur.

2-les ouvrages par ordre alphabétique

II-Les ouvrages généraux

-Anne-Sylvie Courdier, le Solidarisme contractuel, Litec, 2006.

.Antonie Vialard, la formation du contrat Impr, ENSEP, 1975.

-Alex Weill, François Terré, droit civil, les obligations, 2^{éd}, Nancy, France.

-Ali Bencheb, le droit algérien des contrats donnés fondamentaux, édition universitaires Dijon, collection institutions, France.

-Béatrice Jaluzot, La bonne foi dans les contrats, étude comparative de droit français allemand et japonais, université Jean-Moulin Lyon, 2000.

-Brigitte Hess – Fallon, Anne- Marie Simon, Droit Civil, économie et Gestion, Sirey, 1995.

- Christian Capoyade Deschamps, Caurent Bloch, Stéphanie Marachini-Zeidenberg, Droit Des Obligations, 2^{éd}, Ellipses, 2008.

-Christian Larroumet, droit civil, tome 3, les obligations, le contrat, 3^{éd}, Economica, Delta, 1996.

-D. Allag Zennaki, contrats, Négociation, construction rédaction, édition El-Adib, 2016.

-D. Bakouche, L'excès en droit civil, L.G.D.J, 2005.

-François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit Civil, Les Obligations, 7^{éd} Dalloz, 1999.

-G. Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4^{éd}, LGDJ, 1949.

- Jaques Ghestin, Droit civil les obligation,-le contrat,L.G.D.J,1980.
- J.Ghestin, La formation de contrat, tome2, l'objet et la cause- la nullité, 4éd, L.G.D.J, 2013.
- J.Beauchard,droit de distribution et de la consommation,P.U.F,coll,Thémis droit privé,1996.
- Michel Pédamon, le contrat en droit allemand, 2éd, LGDJ, 2004.
- Mustapha El-Gharbi, Justice contractuelle et liberté de la volonté,R.R.J,2005.
- PH.Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, Paris, 2005.
- Raymond Saleilles, De Déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemand, paris, 1929.
- Y.Auguet,Droit de la consommation,2eme éd,1995.
- Yves.Picod et H.Davo,droit de la consommation, ,coll ,Armand Colin, Dalloz, 2005.

3- Les ouvrages spéciaux

- A.Sinay-Cytermann,Les relations entre professionnels et consommateurs en droit francais,in La protection de partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges,L.G.D.J,1996.
- Didier Ferrier , La protection des consommateurs ,Dalloz ,connaissance de droit ,paris,1996.
- G.Cas, D.Ferrier,Traité de droit de la consommation,PUF,1986.
- Filali Osman, Vers un Droit Européen De La consommation, Bruylant Bruxelles, 1998.
- Georges Berlioz,Le contrat D'adhésion ,bibliothèque de droit privé, paris,1973.
- Gérard .Cas et Didier Ferrier, Traité de droit de la consommation, éd P.U.F, 1986.
- G.Paisant, La protection par Le Droit de la consommation, In Les Clauses abusives entre professionnelles, Economica, 1998.
- J.Ghestin,Conformité et garanties dans la vente,1983.
- J.Ghestin et L.Marchessaux-Van Melle, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens, L.G.D.J, 1988.
- Jean Calais Auloy, Frank Stienmetz,Droit de consommation ,5éd, précis, Dalloz.
- Jean pascal chazal, La contrainte économique, violence ou lésion ?, Dalloz, 2000.
- Jean Sébastien Borghetti,la responsabilite du fait des produits, étude de droit comparé,Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence,Paris,2004.
- M.Menouer,Droit de la concurrence,Berti edition,Algerie, 2013.
- N.Sauphanor, l'influence du droit de la consommation sur le systèmejuridique, L.G.D.J, 2000.
- P.C.Lafond,Les contrats de consommation au Québec.En quête de cohérence,in Les contrats de consommation,faculté de droit de Potiers,PUF,2002.

-Yves Picod,Hélène Davo,Droit de la consommation ,éd Armand Colin, Belgique,2005.

4-les articles

-Brigitte Le febvre, La justice contractuelle « mythe ou réalité » article, les cahiers de droit, vol 37 n°1,1996.

-Céline Castets-Renard,La proposition aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats, Dalloz, vol2,2009.

-Dalila Zennaki,Vice cache et défaut de conformité, revue études juridiques,n°02,2006.

-Fadila Sahri,Les dispositions d'ordre public protectrices du consommateur dans les contrats d'adhésion, à travers la loi 04-02-du 23-06-2004,Revue études juridiques,n°08,2011.

-F.Defferrardn,une analyse de l'obligation de sécurité à l'épreuve de la cause étrangère,Recueil Dalloz,34,1999,n°4.

-Guy Raymond, Contrats de consommation, juris classeur, vol4, fasc800, p.3.

-Guy Raymond, Clauses abusives,juris classeur,commercial-concurrence-consommation,tome 4,2005.

-J.Calais Auloy,L'influence de droit de la consommation sur le droit des contrats,RTD.Com.,,1998.

-J.Ghestin, Rapport Introductif, in clauses abusives entre professionnelles, Economica, 1998, p.10.

-J.Robert,Fraudes,Evoluution legislatives,services de la répression des fraudes,fasc.1.rev.Dalloz, « consommateur », 1976.

-L.Leveneur, Vente entre professionnels et chaussees limitatives de responsabilité, contrats, conco, consom, 1994, chron.

-N.Terki,L'imprévision et le contrat international dans le code civil algérien,Revue droit et pratique du commerce international.

-Vassili Christianos ,Fabrice Picod,Modalités de Négociation et de Conclusion des contrats,Encyclopédie juridique, conc.eta, Consommateurs,Encyclopédie,II.

-Communication Commerce électronique n°6 juin 2002, commentaires n°89, note Philipe Stoffel-Munck, RTD civil, 2002, n°3.

5-Thèses et Mémoires

-Elise .M Charpentier, L'équilibre des prestations, une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?, thèse université MC.GIL Montréal ,2001.

-Gaël chantepie, La lésion, thèse,LGDJ, 2006.

-Laachachi Mohammed, l'équilibre du contrat de consommation-étude comparative,Oran,2012-2013.

Laurent Bruneau, contribution l'étude des fondements de la protection de contractant, thèse, Toulouse, 2005.

-Osman fattouh el bassouni, La lésion en droit comparé (français, anglais, allemand), thèse, 1943, Strasbourg.

-Paul Ossipow, De la lésion. Thèse. Université de Lausanne, 1940.

-Safia Benzemour, La mise en cause des Principes du droit commun par le droit de consommation, étude comparative, mémoire du Magister,2012-2013.

-Taib Aurélie, La modification unilatérale des contrats de communication électronique, Master 2, Université de Versailles Saint Quentin, France, 2007.

6-la jurisprudence

- Cass .Civ ,28/02/1913,n°1249.

-Cour D'appel de Dijon ,1er Déc, 1931.(Gaz pal.1932.1.93).

-Cass.Civ,04-05-1942,Dalloz,1942,1,131.

- Tribunal correctionnel de Chalon-sur-Saône nés 15mai1953.Gaz Pal.1953.02.244.

- Cass.com .20/10/1970,précis, v.notament.cass.com.29/04/2002.Bull.n°77.- Cass.civ 1 er, 31 juin 1973,Bull civ,I,n°77.

-Cass.com, 20fevrier, 1980, bull, civ7, n°212.

-Cass.Civ, 1er, 15 avril 1986, R.T.D.Civ, 1987.

-Cass.Civ.1^{er}, 28 avril 1987, D.1987.

-Cass.Civ,1^{er},16-07-1987,D.1988.

-Cass.Civ.1^{er}26mai 1993, R.T.D.Civ, 1994.

-Cass.Civ.1^{er}, 24 janvier 1995, Bull.civ 1, n°54, D.1995.

-Cass.Civ.1^{er},17 juillet 1996, J.C.P 1996, 2, 22747.

- C.J.C.E,22 -11-2001,R.T.D Civ,2002.

- Cass civ ,1^{er}mai2002, Bull civ, n°132, juris classeur périodique 2002, 1, 184, obs Fr 1Lobarthe.

-Cass .Civ .1^{er}17/09/2003.

-Cour d'appel de Grenoble, chambre civile 1, Audience publique du 15 Janvier 2008, N° de RG: 05/3326.

4-les colloques

-Camille Jauffer-spinosi,Les grands systèmes contractuels européens, le contrat en Europe aujourd'hui et demain, colloque de 22 juin 2007,univ.luxembourg.

-Dalila Zennaki, L'information comme source de protection des consommateurs, séminaire sur la protection en matière de consommation, recueil des communications, faculté de droit université d'Oran ,14et15mai2000.

8-Principaux sites web

-www.cours-de-droit.net/cours-de-droit-de-la-consommation.

-Ibid.

-http//www.legifrance.gouv.fr/affich texte.do.

-Le ministre du commerce ouvre, un espace de communication per le biais de ce site [http://www.mincommerce .gov.dz/](http://www.mincommerce.gov.dz/).

-www.Unidroit.org.

-www.joradp.dz/.

- www.asjp.cerist.dz.
- Biblio.univ-alger.dz.
- www.alazhar.edu.ps.
- revues.univ-biskra.dz.
- Ar.m.wikipedia.org.
- [http//dspace.univ-msila.dz](http://dspace.univ-msila.dz).

فهرس الموضوعات

الفهرس

1	مقدمة:
7	الباب الأول: عقد الاستهلاك هو عقد مستحدث
8	الباب الأول: عقد الاستهلاك هو مستحدث
10	الفصل الأول: عقد الاستهلاك هو عقد إذعان
10	المبحث الأول: مظاهر الإذعان في عقد الاستهلاك
11	المطلب الأول: تحديد مضمون عقد إذعان
12	الفرع الأول: التعريف الفقهي لعقد الإذعان
16	الفرع الثاني: التعريف التشريعي لعقد الإذعان
18	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية وخصائص عقد الإذعان
19	أولاً: الطبيعة القانونية لعقد الإذعان
21	أ- النظرية اللائحة أو غير العقدية
22	ب- النظرية العقدية
24	ج- المذهب التوفيقى
26	ثانياً: خصائص عقد الإذعان
27	1- الخصائص الأساسية لعقد الإذعان
27	والاحتكار نوعان
30	2- الخصائص الأخرى المميزة لعقد الإذعان
31	المطلب الثاني: اتصاف عقود الاستهلاك بصفة الإذعان
32	أ- الشرط الأول: تحرير شروط العقد مسبقاً من قبل أحد المتعاقدين وعرضها على المتعاقد الآخر

ب- الشرط الثاني: إذعان الطرف الآخر بكل شروط العقد دون إمكانية مناقشتها أو إحداث أي تغيير حقيقي فيها.	32
الفرع الأول: خصوصية التراضي في عقد الاستهلاك	33
أولاً: الإيجاب في عقود الاستهلاك	33
1- خصائص الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الاستهلاك	34
أ- عمومية الإيجاب	34
ب- حتمية الإيجاب	34
ج- ديمومة الإيجاب	34
د- القوة الاقتصادية للموجب	35
2- أشكال الإيجاب في عقود الإذعان و منه في عقود الاستهلاك	35
أ- العقود النموذجية الإنفرادية	35
ب- الإشهار كشكل من أشكال الإيجاب في عقود الإستهلاك	35
ج- الإشهار التضليلي	37
1- تعريف الإشهار التضليلي	38
2- صور الإشهار التضليلي	38
3- عقوبة الإشهار التضليلي	38
ثانياً: القبول في عقود الإستهلاك	39
الفرع الثاني: خصوصية المحل في عقود الاستهلاك	39
1- تعريف المنتج	40
2- تصنيف المنتج طبقاً للقانون رقم 03/09	44
أ- السلع:	44
ب- الخدمات	47

47	1- تعريف الخدمة.....
48	2- خصائص الخدمة.....
50	الفرع الثالث:خصوصية سبب إبرام عقد الاستهلاك.....
52	الفرع الرابع:الشكلية في عقود الاستهلاك.....
54	المبحث الثاني:التفاوض في عقود الاستهلاك.....
56	المطلب الأول:تقنية التفاوض الالكتروني.....
56	الفرع الأول: مفهوم التفاوض الالكتروني.....
57	أولاً:تعريف التفاوض الالكتروني.....
58	ثانياً:خصائص التفاوض الالكتروني.....
59	1-الإيجاب والقبول في مرحلة التفاوض الالكتروني.....
60	الفرع الثاني: أهداف التفاوض الالكتروني ومراحله.....
60	أولاً:أهداف التفاوض الإلكتروني.....
60	ثانياً:مراحل التفاوض الالكتروني.....
60	1-المرحلة الأولى: دراسة الجدوى " étude préalable ".....
61	2-المرحلة الثانية: قائمة الشروط " le cahier des charges ".....
61	3- المرحلة الثالثة: اختيار مقدم الخدمة " Choix fournisseur ".....
61	المطلب الثاني: مكانة التفاوض الالكتروني في عقد الاستهلاك المبرم عبر الانترنت.....
62	الفرع الأول: استبعاد التفاوض الالكتروني في العقود النموذجية المبرمة عبر الويب.....
63	أولاً:الاتجاهات الفقهية حول ورود صفة الإذعان في العقود الالكترونية.....
	تعددت الاتجاهات الفقهية حول مدى بروز صفة الإذعان في العقود الالكترونية، لهذا سنتطرق الى
63	أهم الاتجاهات في هذا الصدد وهما:.....
63	1-الاتجاه الأول:.....

63	2- الاتجاه الثاني:.....
« Web »	ثانيا:وجود التفاوض الالكتروني في العقد المبرم عبر الانترنت من خلال باقي تقنيات الويب
64
64	ثالثا:موقف المشرع الجزائري:.....
68	الفرع الثاني:أثر التفاوض عن العقد.....
71	الفصل الثاني:عقدالاستهلاك عقد مختل التوازن.....
71	المبحث الأول: اختلال التوازن العقدي في عقد الاستهلاك.....
72	المطلب الأول:تأصيل فكرة التوازن العقدي.....
76	الفرع الأول:التوازن العقدي وأهميته.....
76	أولا:مفهوم مبدأ التوازن العقدي.....
76	1-تعريف التوازن العقدي.....
77	2-تعريف التوازن العقدي في التشريع الجزائري.....
79	الفرع الثاني:أهمية مبدأ التوازن العقدي.....
80	المطلب الثاني:أسباب اختلال التوازن العقدي.....
81	الفرع الأول:عيوب الإرادة.....
82	أولا:الغلط:.....
87	1-شروط التمسك بالغلط الجوهري.....
87	ثانيا:التدليس.....
87	نتناول في هذا الصدد أحكام التدليس،عناصره، وشروطه.....
87	1-أحكام التدليس.....
90	2-عناصر التدليس:.....
90	أ-العنصر المادي.....

90	ب-العنصر المعنوي
91	3- شروط التدليس
91	أ-التدليس المؤثر
92	ب-المدلس عليه
93	ثالثا:الإكراه
94	1-تعريف الإكراه
95	2- الإكراه وفق التصور الحديث هو إخلال في توازن العقد
95	3-أنواع الإكراه
96	أ- الإكراه غير المشروع
96	ب- الإكراه الاقتصادي الذي يُخل بموضوع العقد
97	الفرع الثاني:الأسباب العامة لاختلال التوازن العقدي
97	أولاً:الغبين
98	1-تعريف الغبن
99	2-استثناءات الغبن
100	أ-الاستثناءات القانونية
102	ب-الاستثناءات القضائية
102	3- شروط الغبن
103	4-أثر الغبن:
104	ثانياً: الاستغلال:
105	1-تعريف الاستغلال:
107	2-التصورات الخاصة بالاستغلال في القانون الجزائري والتشريعات المقارنة
107	أ-تقدير التوازن الموضوعي في الاستغلال

- ب-تقدير التوازن الذاتي في الاستغلال.....110
- 3- عناصر الاستغلال:.....111
- أ-العنصر المادي:.....111
- ب-العنصر النفسي.....111
- المبحث الثاني:مظاهر اختلال التوازن العقدي في العقد الاستهلاكي.....112
- المطلب الأول: اختلال المراكز التعاقدية للأطراف في عقد الاستهلاك.....112
- الفرع الأول: تحديد مفهوم المستهلك.....112
- أولاً:التعريف الضيق للمستهلك.....113
- 1-شروط اكتساب صفة المستهلك وفقا للتعريف الضيق للمستهلك.....114
- أ- أن يكون الشخص طبيعي أو معنوي.....114
- ب-عنصر الاقتناء والاستعمال.....115
- المستهلك المقتني للسلعة أو الخدمة.....116
- المستهلك المستعمل للسلعة أو الخدمة.....116
- ج- عنصر السلع أو الخدمات.....116
- 1-السلع les biens.....116
- الخدمات les services.....117
- د-موجهة للاستعمال النهائي.....117
- هـ-الهدف من التعاقد.....118
- 2- أساس المعيار المحدد للتعريف الضيق للمستهلك.....118
- أ-حالة الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقتني أو يستعمل سلع أو خدمات لغرض مزدوج: ...119
- ب-حالة الشخص الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه.....120
- ثانياً:المفهوم الموسع للمستهلك.....120

121	1-توسيع مفهوم المستهلك إلى المتدخل الذي يتعامل خارج مجال اختصاصه
123	1-معيار الاختصاص المهني.....
125	ب-معيار العلاقة المباشرة بين النشاط المهني وموضوع العقد.....
129	ثالثا:موقف المشرع الجزائري.....
130	الفرع الثاني: تحديد مفهوم المتدخل.....
130	أولا:تعريف المتدخل
131	ثانيا:شروط توافر صفة المتدخل
131	يشترط لاصباغ صفة المتدخل على الشخص المتعاقد مجموعة الشروط التالية:.....
131	1-كل شخص طبيعي أو معنوي.....
133	2-عملية التدخل لوضع المنتج للاستهلاك
134	3-معيار تحديد مفهوم المتدخل
134	أ-معيار الاحتراف
135	ب-معيار تحقيق الربح
135	ج-معيار ممارسة النشاط المهني بصفة اعتيادية.....
136	4-مدى خضوع المرافق العامة لوصف المتدخل.....
	أ- المرافق العامة ذات الطابع التجاري والصناعي: (les établissements publicà caractère commercial et industriel)
136
137	الفرع الثالث:حق العدول عن التعاقد
137	1-تعريف حق العدول عن التعاقد
137	2-الأساس القانوني لحق العدول في عقود الاستهلاك
138	المطلب الثاني:آليات تحقيق التوازن العقدي في عقد الاستهلاك
138	الفرع الأول:الاتفاق على إنهاء العقد (الفسخ)

140	الفرع الثاني:حسن النية.....
140	أولاً:حسن النية مبدأ عام في التعاقد
142	ثانياً:المعيار الذاتي لحسن النية
143	ثالثاً:المعيار الموضوعي لحسن النية.....
146	الباب الثاني: عقد الاستهلاك هو عقد من نوع خاص
147	الباب الثاني: عقد الاستهلاك هو عقد من نوع خاص
148	الفصل الأول: عقد الاستهلاك هو عقد منظم تشريعياً
148	المبحث الأول: مظاهر تدخل المشرع في تنظيم عقد الاستهلاك.....
149	المطلب الأول: الالتزامات المفروضة في مرحلة ما قبل التعاقد.....
150	الفرع الأول: الالتزام بالإعلام
151	أولاً:تحديد مضمون الالتزام بالإعلام.....
151	1-الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام
151	أ-تعريف الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام
152	ب-مجال الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام
152	ج-الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقدى بالإعلام.....
153	1-أساس الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام
154	2- مفهوم العلم الكافي بالمبيع.....
154	ثانياً:الالتزام بالإعلام أثناء التعاقد (الالتزام العقدي بالإعلام).....
154	أ-الالتزام العام بالإعلام.....
157	ب-الالتزام الخاص بالإعلام:.....
159	1-الالتزام الخاص بالإعلام عن خصائص السلع والخدمات.....
159	أ-الوسم

160	أ.1-وسم المنتجات الغذائية وغير الغذائية.....
160	-وسم المنتجات الغذائية.....
161	أ.2-وسم المنتجات المنزلية غير الغذائية.....
162	أ.3-وسم مواد التجميل والتنظيف.....
163	أ.4-وسم اللعب.....
164	ب-التغليف.....
164	2-إعلام المستهلك بالأسعار وشروط البيع.....
165	الفرع الثاني:التزام المتدخل بأمن المنتجات.....
165	أولاً:تعريف الالتزام بأمن المنتج.....
167	ثانياً:تحديد طبيعة ونطاق الالتزام بأمن المنتج.....
167	1-تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بأمن المنتج.....
168	2-نطاق الالتزام بأمن المنتج.....
168	أ-نطاق الالتزام من حيث الأشخاص.....
169	أ.1-الدائن بالالتزام بأمن المنتج.....
169	أ.2-المدين بالالتزام بأمن المنتج.....
169	ب-نطاق الالتزام بالأمن من حيث الموضوع.....
170	الفرع الثالث:الالتزام بضمان سلامة المنتجات.....
170	أولاً:تعريف الالتزام بضمان سلامة المنتج وخصائصه.....
171	1-تعريف الالتزام بضمان سلامة المنتج.....
171	-أن الالتزام بضمان السلامة يتعلق بالمنتجات عموماً.....
171	-أن طرفا الالتزام يتمثلان في الأشخاص كدائنين بهذا الالتزام والمتدخل كمدین بهذا الالتزام.

171	المادية والنتيجة عن عيوب المنتوجات.....
171	2- خصائص الالتزام بضمان سلامة المنتج.....
172	أ-الالتزام بضمان السلامة التزام عام.....
172	ب-الالتزام بضمان السلامة ذو طبيعة خاصة.....
174	-ثانيا:مضمون الالتزام بضمان السلامة.....
175	المطلب الثاني: الالتزامات المفروضة في مرحلة التعاقد.....
176	الفرع الأول:الالتزام بالضمان.....
176	أولا:تعريف الالتزام بالضمان المنصوص في قانون الاستهلاك.....
177	ثانيا:الطبيعة القانونية للالتزام بالضمان.....
177	ثالثا:أنواع الالتزام بالضمان.....
177	1-الضمان القانوني.....
178	ثانيا:شروط الالتزام بالضمان القانوني:.....
178	يشترط لقيام المتدخل بأداء الضمان القانوني الشروط التالية:.....
178	1- أن يوجد عيب في المنتج:.....
179	2- تأثير العيب في كفاءة أو صلاحية الشيء المبيع للعمل:.....
180	3- أن لا يكون العيب راجعا لخطأ المستهلك:.....
181	4- ظهور العيب خلال الفترة المشمولة بالضمان:.....
183	5- إخطار البائع بالعيب:.....
185	2-الضمان الاتفاقي أو الإضافي.....
185	3-كيفية تنفيذ الالتزام بالضمان.....
186	الفرع الثاني:الخدمة ما بعد البيع.....

186	أولاً: مفهوم الخدمة مابعد البيع.....
187	1- المعنى الواسع والضيق للخدمة مابعد البيع.....
187	للخدمة مابعد البيع معنى واسع وآخر ضيق نتناولها كمايلي:
187	أ- المعنى الواسع للخدمة مابعد البيع.....
187	ب- المعنى الضيق للخدمة مابعد البيع
189	2- التعريف الفقهي والقانوني للخدمة مابعد البيع:
189	أ- التعريف الفقهي للخدمة ما بعد البيع:
189	ب- التعريف القانوني للخدمة ما بعد البيع.....
190	ثانياً: شروط الخدمة مابعد البيع.....
190	1- انتهاء فعالية أحكام الالتزام بالضمان
190	2- دفع مقابل أداء الخدمة مابعد البيع من طرف المستهلك
191	ثالثاً: مضمون الالتزام بالخدمة مابعد البيع.....
191	الفرع الثالث.....
191	1- التزام المتدخل بالمطابقة
192	أولاً: تعريف الالتزام بالمطابقة
193	ثانياً: رقابة مطابقة المنتوجات
194	ثالثاً: أنواع رقابة مطابقة المنتوجات
195	1- الرقابة الذاتية للمتدخل.....
196	2- الرقابة الإدارية.....
196	2- التزام المتدخل بالنظافة الصحية للمواد الغذائية
197	1- التزام المتدخل بالنظافة الصحية للمواد الغذائية
197	أ- نظافة المادة الأولية عند إعدادها.....

أ-ضوابط نظافة المستخدمين.....	198
ب-نظافة أماكن تواجد المادة الغذائية.....	198
ج-نظافة المواد الغذائية أثناء نقلها وبيعها.....	199
المبحث الثاني: قيام مسؤولية المتدخل المخل بالالتزامات المفروضة عليه.....	200
المطلب الأول: المسؤولية المدنية للمتدخل.....	200
الفرع الأول: قصور أحكام المسؤولية المدنية في معالجة مسؤولية المتدخل.....	201
أولاً: أركان المسؤولية المدنية للمتدخل.....	202
1- حصول الضرر.....	202
2-أن يكون الضرر ناتجاً عن الإخلال بإحدى الالتزامات الواردة في العقد.....	203
3-العلاقة السببية بين الإخلال بالالتزام والضرر.....	204
ثانياً: وسائل نفي مسؤولية المتدخل.....	204
الفرع الثاني: المسؤولية الموضوعية للمتدخل الناتجة عن عيب في المنتج.....	205
1-حدوث الضرر:.....	206
2-نشوء الضرر عن عيب في المنتج.....	207
3-العلاقة السببية بين العيب والضرر.....	207
المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية عن اخلال المتدخل بالتزاماته التعاقدية.....	209
الفرع الأول: ركن الخطأ.....	210
1-مخالفة إلزامية وسم المنتج للاستهلاك(الالتزام بالإعلام).....	212
2-مخالفة قواعد إلزامية الضمان.....	212
3-مخالفة إلزامية الخدمة مابعد البيع.....	214
4-مخالفة أمن المنتج:.....	215
5-مخالفة إلزامية رقابة المطابقة:.....	216

217	6-مخالفة إلزامية سلامة المواد الغذائية:
218	7-مخالفة إلزامية النظافة والنظافة الصحية
219	الفرع الثاني:حدوث الضرر والعلاقة السببية
220	الفصل الثاني:تدخل القضاء في عقد الاستهلاك
220	المبحث الأول:الرقابة القضائية على الشروط التعسفية
221	المطلب الأول:تحديد الشرط التعسفي
221	الفرع الأول:مفهوم الشروط التعسفية
221	أولا:تعريف الشروط التعسفية
221	1-التعريف الفقهي للشرط التعسفي
222	أ-الشرط التعسفي ناتج عن التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية
223	ب-الشرط التعسفي و إختلال توازن العقد نتيجة تحريره مسبقا
223	ج-الشرط التعسفي، ناتج عن تفوق المتدخل في جميع النواحي
224	د-الشرط التعسفي يتنافى و روح الحق و كذا العدالة
224	2-التعريف القانوني للشرط التعسفي
224	أ-تعريف الشرط التعسفي في التشريع الفرنسي
226	ب-تعريف الشرط التعسفي في التشريع الجزائري
226	ثانيا:تمييز الشرط التعسفي عن بعض الأنظمة المشابهة
227	1-تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع
227	1-1-تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع من الناحية الإصطلاحية:
227	1-2-تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع من الناحية القانونية:
228	1-3-تمييز الشرط التعسفي عن الشرط الغير المشروع من ناحية تعامل القضاء معهما:
228	2-تمييز الشرط التعسفي عن الشرط النموذجي (la clause type):

229	الفرع الثاني:معايير تحديد الشروط التعسفية
230	أولاً:المعايير العامة التي يتحدد من خلالها الطابع التعسفي للشرط.....
230	1-معايير التعسف في إستخدام القوة الإقتصادية و الميزة المفرطة.....
231	أ-معيار التعسف في إستعمال القوة الإقتصادية
232	ب-معيار الميزة المفرطة
233	2-معيار الإخلال الظاهر بين الحقوق و الإلتزامات في التشريع الجزائري
236	ثانياً:القوائم كأسلوب مباشر لتحديد الطابع التعسفي للشرط.....
236	1-محتوى قوائم الشروط التعسفية.....
236	أ-القائمة الواردة في القانون رقم 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية:.....
238	ب-القائمة الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الإقتصاديين و المستهلكين:
240	1-البنود التعسفية المرتبطة بتنفيذ الإلتزامات الأساسية للطرفين
240	2- الشروط التعسفية المتعلقة بتسليم السلعة أو تقديم الخدمة.....
241	أ- الشروط التعسفية المرتبطة بآجال التسليم و كفياته
242	ب-الشروط التعسفية المرتبطة بالتسليم المطابق للمنتوج.....
244	ج-الشروط التعسفية المتعلقة بالإلتزام بالضمان
245	د-الشروط التعسفية المتعلقة بإلتزام المستهلك بدفع الثمن
246	هـ-البنود التعسفية المتعلقة بعدم تنفيذ العقد و المنازعة في زواله
246	1- الشرط الجزائي التعسفي.....
247	ب- الشروط التعسفية المرتبطة بالمسؤولية و فسخ العقد.....
248	3-الشروط التعسفية المرتبطة بطرق تسوية النزاعات.....
248	المطلب الثاني:الحمايةالقضائية للمستهلك من الشروط التعسفية

249	الفرع الأول: الدور الايجابي للقاضي المدني لمواجهة الشروط التعسفية
249	أولاً: الكشف عن اللون التعسفي للشرط
250	ثانياً: سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي التعسفي
251	الفرع الثاني: الدور الردعي للقاضي المدني في مواجهة الشروط التعسفية
251	1- دور القاضي
251	أولاً: إعفاء المستهلك من الشرط الجزائي التعسفي
251	ثانياً: سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها
	ثالثاً: عدم جواز الاتفاق على سلب سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يرى أنها
252	تعسفية
253	2- دور لجنة الشروط التعسفية
254	المبحث الثاني: دور القاضي في تفسير العقد الاستهلاكي
254	المطلب الأول: قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين (المستهلك)
256	الفرع الأول: مجالات تطبيق قاعدة "الشك يفسر لمصلحة المذعن" ومبرراتها
257	أولاً: حالات تطبيق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المذعن
259	ثانياً: مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن
263	الفرع الثاني: شروط قاعدة التفسير وموانع تطبيقها
263	تخضع قاعدة التفسير لجملة من الشروط نتناولها تالياً، كما نتطرق إلى موانع تطبيقها
263	أولاً: شروط تطبيق قاعدة تفسير الشك لصالح الطرف المذعن
265	1- وجود المبرر للتفسير إذا كانت عبارات العقد واضحة في إظهار إرادة الطرفين
267	2- استنفاد كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين:
267	3- استمرار قيام الشك أو الغموض في التعرف على الإرادة المشتركة:
267	4- إنتفاء سوء النية أو الإهمال من جانب المذعن:

267	5-تعلق الشك بتفسير عقد الإذعان
268	ثانيا:طبيعة قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدعن.....
270	ثالثا:موانع تطبيق قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدعن
273	المطلب الثاني:الظروف الاستثنائية لمراجعة العقد
274	الفرع الأول:شروط مراجعة العقد الاستهلاكي.....
274	أولا:شروط الحادث الطارئ.....
274	1-أن يكون حادث إستثنائي
275	2-أن يكون حادث غير متوقع
275	3-أن يكون الحادث عاما
276	ثانيا:الالتزام المرهق
276	1-معيار الإرهاق
276	2-مقدار الإرهاق
276	الفرع الثاني:كيفية مراجعة العقد الاستهلاكي
277	أولا: رد الالتزام إلى الحد المعقول
277	أ-إنقاص التزام المدين
277	ب-زيادة التزام الدائن
278	ثانيا: فسخ العقد الاستهلاكي
281	الخاتمة:
292	قائمة المصادر والمراجع:.....
311	الفهرس.....

الملخص

يحتل عقد الاستهلاك مكانة هامة ضمن طائفة العقود الحديثة، فهذه المكانة البارزة فرضتها سرعة المعاملات التي يتسم بها هذا العقد، وكذا التطورات الصناعية الحديثة التي ظهرت على إثرها العديد من المنتجات كثيرة التركيب والتعقيد، لهذا يتميز هذا العقد بطبيعة خاصة تجعله ينفرد ويتميز بخصوصية أطرافه التي تجمع بين طرفين مختلفين في المراكز التعاقدية، هما المستهلك الضعيف اقتصاديا ومعرفيا مقابل المتدخل القوي اقتصاديا وذو خبرة واسعة، كما يتميز أيضا باختلاف القواعد التي يخضع لها بالإضافة إلى قواعد العامة، لذلك يمكن اعتباره عقد من نوع خاص انفرد المشرع بتنظيمه، وتدخل القضاء في تطبيقه.

الكلمات المفتاحية: عقد-الاستهلاك- المستهلك-المتدخل- العلاقة الاستهلاكية-اختلال التوازن.

Abstract :

Due to its quick transactions and industrial advancements, the consumer contract is a significant component of contemporary contracts. It is reached between the economically underprivileged consumer and the economically robust interventionist with vast experience in the contract centers. It is unique in that it is characterized by the secrecy of norms to which it is subject, and the application of private law principles. It is a new contract of certain sort that was recently created by the legislature alone, with the judge interfering in its implementation.