جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

عنوان الأطروحة

تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الطور الثالث

تخصص :قانون/ فرع: قانون خاص أساسي

من إعداد الطالبة: **تحت إشراف الأستاذة الدكتورة:**

خوالف صراح **أ.د/ كريم زينب**

أعضاء لجنة المناقشة :

أ.د بوراس نجية	أستاذة التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
أ.د كريم زينب	أستاذة التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
أ.د حيثالة معمر	أستاذ التعليم العالي	جامعة مستغانم	عضوا مناقشا
د. بوجاني عبد الحكيم	أستاذ محاضر "أ"	جامعة عين تموشنت	عضوا مناقشا

السنة الجامعية :2023/2022م/1444/1443هـ

أعوذ بالله من الشيطان

الرجيم

"يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ

بِالْعُقُودِ"

سورة المائدة، الآية 01.

تشكرات

أحمد الله حمدا كثيرا طيبا مباركا ملئ السموات والأرض على ما أكرمني به من إتمام هذه الأطروحة التي أرجو أن تنال رضاه.

ثمّ أتوجه بجزيل الشكر وعظيم الامتنان إلى كل من:

❖ الأستاذة الفاضلة كريم زينب حفظها الله وأطال في عمرها لتفضلها الكريم بالإشراف على هذه الأطروحة، وتكرمها بنصحي وتوجيهي طيلة مدّة أنجاز هذه الأطروحة.

❖ أعضاء لجنة المناقشة الكرام: الأستاذة بوراس نجية، الأستاذ بوجاني عبد الحكيم والأستاذ حيتالة معمر لقبولهم الإشراف على مناقشة هذه الأطروحة.

الإهداء

إلى أبي العطوف.... قدوتي، ومثلي الأعلى في الحياة؛ الشخص الذي علّمني كيف أعيش بكرامة وشموخ .

إلى أمي الحنونة..... لا أجد كلمات يمكن أن تمنحها حقها، فهي ملحمة الحب وفرحة العمر، ومثال التفاني والعطاء شفاها الله وأطال في عمرها.

إلى إخوتي .... سندي وعضدي ومشاطري أفراحي وأحزاني في هذه الحياة .

إلى زوجي.... أسمى رموز الإخلاص والوفاء ورفيق الدرب.

إلى أستاذي عبد الحكيم بوجاني..... الذي لم يبخل يوما في تنوير مساري الدكتورالي.

إلى كل أصدقاي وكل من أحب أهدي عملي هذا.

قائمة المختصرات

1.قائمة المختصرات باللغة العربية:

ج.ر: الجريدة الرسمية

د.ج: دينار جزائري

د.س.ن: دون سنة نشر

د.م.ن: دون مكان نشر

ص: الصفحة

1. LA LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS:

ART: ARTICLE

BULL: BULLETIN

CASS: CASSATION

COM: COMMERCIAL

J.P.C.G: JURIS CLASSEUR PÉRIODIQUE, ÉDITION GÉNÉRALE

L.G.D.J: LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

N°: NUMÉRO

OP.CIT: OPTION CITÉE

P: PAGE

مقدمة

عند النظر إلى العقد نظرة عامة مجردة بعيدا عن النظرة الخاصة[1] فإنه يبدو من خلالها أنه مجرد أداة قانونية لتبادل الأموال والخدمات بين الناس في المجتمع، قد وضعها جميع مشرعين العالم بيد الأفراد[2] لمساعدتهم في تحقيق مصالحهم الخاصة في نطاق المصلحة العامة، وبهذا المعنى العام يكون العقد عبارة عن كائن معنوي قانوني من صنع الإنسان، وأنه ينتمي إلى عالم الفكر أو الظواهر المعنوية من حيث الوجود، وإلى الظواهر القانونية منها على وجه التحديد، ولما كان العقد كذلك فإنه من الطبيعي أن يتأثر بالمعتقدات والمذاهب الفكرية السائدة في المجتمع وما تفرزه من مبادئ قانونية في هذا الشأن، ورغم أنّ هذه المعتقدات والمذاهب والمبادئ القانونية تتمتع بنوع من الثبات أو الاستقرار، فهي تعبر عن روح العصر الذي ظهرت فيه، وبالتالي يكون العقد قابلا للتطوير أو التغيير بنسب مختلفة خلال تعاقب العصور نتيجة تغير حاجات الإنسان فيها وتقدم الحضارة المدنية لديه بشكل عام، وخلال كل عصر من العصور التي يمر بها العقد؛ يكتسب إلى جانب معناه العام مفهوما قانونيا محددا يستجيب فيه للمبادئ القانونية التي تفرزها المعتقدات والمذاهب الفكرية السائدة في عصرها[3].

فمثلا العقد عند الرومان لم يكن له نفس المفهوم الحالي؛ بحيث لم يكن ينتج آثاره إلا إذا تمّ إبرامه وفق شكليات وطقوس معينة. إلا أنّه وبعد تعقّد سبل الحياة وتطور التفكير القانوني في المجتمع الروماني، ما كان عليه سوى مواكبة هذه التطورات، حيث جعل إلى جانب العقود الشكلية أخرى عينية، ورضائية، وأخرى غير مسماة.[4] أما في العصور الوسطى لما تأثر الناس بالديانة المسيحية التي تلزم معتنقيها على الوفاء بالعهود والوعود، وكذلك الظروف الاقتصادية والسياسية الواقعة آنذاك، من بينها قيام الدولة وتدخلها في الروابط القانونية بين الأفراد وحمايتها للعقود التي تتم بمجرد الاتفاق، بدأ العقد يتحرر من الشكليات التي عرفها في القانون الروماني؛ وهذا ما يعني بداية ظهور مبدأ سلطان الإرادة في العقود[5]؛ والذي يقوم على قاعدتين: تتمثل القاعدة الأولى في

---

[1]- التي تعتبر من خلالها أنّ العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله.

[2]– أفراد القانون العام والخاص.

[3]– عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، أزمة العقد –دراسة مقارنة–، رسالة مقدمة كجزء من متطلبات درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق سنة 1998، ص8.

[4]– الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، سنة 1998، ص51.

[5]– محمد علي محمد بابكر أبوسبيحة، سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، د.س.ن، ص7.

أنّ الإرادة وحدها كافية لإنشاء العقد، أما القاعدة الثانية فتقوم على أساس أنّ الإرادة حرة في تحديد وتعيين المضمون والآثار التي تترتب عن العقد[1].

وفي القرنين الثامن عشر والتاسع عشر عرف العقد تطورات مهمة؛ وذلك راجع لظهور المذهب الفردي القائم على نظريات فلسفية وسياسية واقتصادية مشبعة بروح الفردية، التي تنادي بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد، ووجوب استقلال إرادته، فليس هناك إنسان مدين لآخر صحيح أنه توجد هناك بعض الالتزامات التي تُفرض بقصد الحفاظ على ترابط المجتمع وتماسك الدولة، إلا أنّ ذلك يظل ويجب أن يكون أمرا استثنائيا، وبالتالي أصبحت الإرادة هي المصدر الوحيد للعقد، وأصبحت العقود تبرم في ظل مبدأ سلطان الإرادة، هذا المبدأ الذي يهدف إلى منح الإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار المترتبة عنه بل وفي جميع الروابط القانونية.

وبالتالي أصبح العقد يمثل العدل والمساواة لأنّ الأفراد لا ينشؤون هذا العقد إلا إذا أرادوا فعلا إنشائه، ويكونون محررون من كل الضغوطات الاجتماعية خاصة تلك التي يفرضها القانون، والتي يجب أن تكون استثنائية، لأنّ العدالة تقتضي ألا يلتزم الأطراف إلا بما يتفقون عليه طواعية واختيارا، فيكون العقد إذا بمثابة القانون فيما بينهم، وبهذا يستمد العقد قوته الملزمة من تلاقي الإرادتين. وهكذا ووفقا لمبدأ سلطان الإرادة يكون كل ما هو تعاقدي هو عادل ويحقق التوازن بين طرفيه، وبالتالي يفرض على كل من التشريع والقضاء احترام مضمون العقد والالتزام بعدم التدخل في الرابطة العقدية حتى وإن اتسمت تلك العقود بعدم التوازن لمصلحة أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر، فما دام العقد قد تم باتفاق إرادتين مستقلتين، فلا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين، فلا يستقل أحدهما بتعديله ولا يجوز للقاضي بدعوى إتباع العدالة أن يعدّل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس فيه، أما دور القانون في كل هذا يقتصر على ضمان تنفيذ الالتزام التعاقدي عن طريق فرض جزاء على كل مخالف[2].

ولما أصبح العقد مبنيا على إرادة الطرفين، تولّد عن هذه الإرادة أربع مبادئ رئيسية يقوم عليها العقد، إذ بهذه المبادئ تكونت أهم نظرية في مجال القانون والمتمثلة في النظرية العامة للعقد[3] التي تتمتع بمكانة هامة في التشريعات المعاصرة نظرا لمهمتها القيمة التي تتوخى تنظيم

---

[1]– محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات –مصادر الالتزام، التصرف القانوني–، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004، ص43.

[2]– أزوا عبد القادر،إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد:03، العدد:01، الجزائر، سنة 2020، ص28–29.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص38.

العقود، بحيث يتمثل أوّل مبدأ في مبدأ الرضائية؛ بحيث يجعل هذا الأخير العقود تقوم بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول دون حاجة الأطراف إلى إتباع شكل معين، إلا في حالات استثنائية يفرضها القانون، أما المبدأ الثاني فيتمثل في مبدأ الحرية التعاقدية؛ الذي يقوم على أساس أنّ أطراف العقد لهم الحرية في تضمين العقد بما أرادوا من بنود، ولكل طرف في العقد كذلك الحرية في اختيار المتعاقد الآخر، وللأطراف كذلك الحرية في التعاقد من عدمه، هذا بالإضافة إلى المبدأ الثالث والمتمثل في مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ والذي يقوم على فكرة أنّ العقد بمجرد قيامه صحيحا يكون ملزما للطرفين فلا يجوز نقضه ولا تعديله بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف بل يجب الاتفاق بين الطرفين سواء على النقض أو على التعديل، إلا إذا كانت هناك أسباب يقررها القانون؛ فهو بذلك يكون بمثابة القانون المفروض على الطرفين ويكونون ملزمين على احترامه والتقيد بأحكامه، أما بالنسبة للمبدأ الرابع فهو يتمثل في مبدأ الأثر النسبي للعقد؛ والذي يراد به أنّ الآثار التي تترتب على العقد تنتقل إلى أطرافه وإلى خلفهم العام والخاص، أما الغير فيبقى دائما أجنبيا عن العقد.

فبالنسبة لكل من مبدأي الرضائية والحرية التعاقدية؛ فهما من يحكمان مرحلة تكوين العقد، وتسمّى كذلك المرحلة السابقة على التعاقد، ففي هذه المرحلة يتم دراسة ومناقشة شروط العقد التي تحقق مصلحة الأطراف وتكون بحرية تامة، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم، بل يتم التعرف عن ما يسفر عنه العقد من حقوق والتزامات، أما المبدأين المتبقيين: مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الأثر النسبي فهما يمثلان مرحلة تنفيذ العقد، ففي هذه المرحلة يحقق المتعاقدان غرضهما المنشود، فيلزم كل طرف اتجاه الطرف الآخر، بتنفيذ ما تمّ الاتفاق عليه في مرحلة تكوين العقد.

وقد ظلّت هذه النظرية بمبادئها تتميز بالثبات والاستقرار، لوقت طويل في جل التشريعات المقارنة[1]، وهذا يرجع إلى ما تتميز به من منطق وتجريد، وبقيت صامدة في وجه كل الانتقادات التي طالت مبادئها، ونادت بثنيها وكبح سلطانها[2].

---

[1]– كالتشريع المدني الفرنسي المؤرخ في 1804/03/21؛ والمصري رقم 131 المؤرخ في 1984/07/29.

[2]– لقد وقع الانتقاد من طرف أصحاب المذهب الاجتماعي على الأفكار الفلسفية والاقتصادية التي اعتمدتها النظرية أساسا لقيامها، والتي ترتب على اعتناقها اختلالات كبيرة في العلاقات التي تربط أطراف العملية التعاقدية، بسبب الإفراط في الحرية التعاقدية والتطرف في ابتغاء المصالح الشخصية، دون مراعاة مصلحة الطرف الآخر في العقد، ما أدى إلى انتفاء توازن الآداءات في العقد، كنتيجة حتمية لعدم مساواة المتعاقدين في تحمل الأعباء وتحقيق المصالح من العقود المبرمة. راجع في ذلك دحمون حفيظ، التكافل في عقد التأمين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2019/2018، ص1.

لكن في خضم التطورات التي مست مجالات الحياة المختلفة بداية من نهاية القرن العشرين، اهتزت خصائص الثبات والاستقرار اللتان كانت تتميز بهما نظرية العقد[1]، بحيث دخل العقد عصرا جديدا، عصرا شهد صناعات كبرى وتطورات اقتصادية وتكنولوجية، فرضت العديد من التغيرات على المجتمع وبالخصوص على النظام القانوني للعقود، فبرزت أفكار ومبادئ جديدة غير تلك القائمة على إرادة وحرية الفرد، بحيث ظهر المذهب الاجتماعي بفلسفته الناقدة للأسس التي يقوم عليها المذهب الفردي، فيعتبر هذا المذهب الفرد جزءا من المجتمع مما يجعل الروابط الاجتماعية تعلو على إرادة الفرد التي تسيطر عليها المصلحة العامة، كما يعتبر هذا المذهب أنّ الإرادة لا تصلح أن تكون أساسا للعقد، إنما أساسه هي العدالة والمصلحة العامة، ولا تكون حرية الفرد إلا في حدود ما يتفق مع هذه المصلحة، لأنّ الغاية من العقد هي تحقيق التضامن الاجتماعي أو تحقيق المساواة الحقيقية بين الأفراد[2].

فمن نتائج هذه التطورات الحاصلة على رأسها الاقتصادية وظهور المذهب الاجتماعي، تقلصت قوة مبدأ سلطان الإرادة؛ حيث تمّ فصل الحرية عن العدالة في العقد، وهو ما أدى إلى تلاشي فكرة الحقوق المتساوية النابعة من هذا المبدأ، وظهور عقود غير متوازنة في الحقوق بين أطرافها، تقوم على مبدأ اقتصادي أساسه تحقيق الربح ولا يهمه مدى تساوي الحقوق في العلاقة[3].

ومن بين هذه العقود هي عقود الاستهلاك؛ فبظهور هذه الأخيرة ثبت عدم اكتمال الأحكام المتعلقة بالنظرية العامة للعقد، بل وثبوت عدم تناسبها للتطبيق على الظاهرة الاستهلاكية، التي كانت قديما بسيطة تقتصر فقط على شراء أشياء بسيطة بعد مساومة ومفاوضة بين أطراف العقد، وهو ما شهد تغييرا عميقا نتيجة تطور البيانات الاجتماعية الاقتصادية والتكنولوجية على الصعيدين الوطني والدولي، حيث ظهر أسلوب الإنتاج الضخم الذي نتج عنه حلول أسلوب التوزيع الموسع محل المساومة، فلم يعد هناك عقود قائمة على المفاوضة بين أطرافها بل أصبح العقد صناعيا موحدا، بحيث أنّ نفس النصوص والشروط تتكرر من عقد لآخر ويستعمل لبيع مئات الآلاف من

---

[1]– بخيت عيسى، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 20، الجزائر، سنة 2018، ص110.

[2]– بوراس لطيفة، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، مجلة بحوث جامعة الجزائر1، العدد 14، الجزائر، سنة 2020، ص4.

[3]– موهاب سارة، حليس لخضر، علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد:07، العدد:01، الجزائر، سنة 2021، ص547.

السلع المتشابهة،[1] كذلك حلول القطاع الخاص محل القطاع العام في تنفيذ دور الأنشطة الإنتاجية والتوزيعية والتسويقية، حيث اتسع نطاق المبادرة الفردية في هذه الأنشطة على حساب دور الدولة في هذه المجالات، فأصبح المستهلك مجبر على مواجهة محترفين مسلحين بأخطر الأسلحة في سبيل تحقيق أغراضهم في الربح، بغض النظر عن مشروعية هذه الوسائل، والمستهلك نتيجة ضعفه المعرفي لا يدري ما يدور في سوقه الوطني من حيث البيانات والأسعار ومكونات السلع ودرجات الجودة وغيرها[2]، وهو ما جعل عملية الاستهلاك تمثل علاقة اقتصادية دقيقة بين طرفين غير متساويين، يكون المستهلك فيها يمثل الطرف الضعيف الذي يهدف فقط إلى إشباع حجاته اليومية، عكس المهني الذي يمثل الطرف القوي صاحب السلطة في السوق، فهذا الخلل هو ما يسمح لأصحاب المصلحة بفرض شروطهم على المستهلكين، هذا دون أن ننسى الحوادث الناجمة عن المنتجات المعروضة في السوق، ومن جهة أخرى فشل السلطات المعنية بمراقبة هذه المنتجات، وبالتالي فإنّ إيجاد تشريع محدد ينظم هذه المسائل أضحت ضرورة حتمية[3].

فلو قمنا بتطبيق نفس القواعد المنصوص عليها في قانون العقود على عقود الاستهلاك لظهر القصور الذي تعاني منه هذه القواعد، بل حتى يظهر جمودها أمام هذه التطورات، فمثلا لو طبقنا كلا من مبدأي الرضائية والحرية التعاقدية اللذان يحكمان مرحلة تكوين العقد على عقد الاستهلاك، لنتج عن هذا التطبيق اختلال في التوازن المعرفي بين طرفين غير متكافئين في الواقع، ولنتج عنه أيضا إقدام المستهلك على إبرام العقود دون تفكير وتروي منه، وينتج كذلك عقودا يكون أحد أطرافها جاهلا جهلا كليا سواء للسلعة أو الخدمة محل التعاقد أو لشروط وبنود العقد، وستؤدّي أيضا إلى دفع المستهلك إلى تعاقد على منتجات وخدمات ممكن لا تحقق رغبته المشروعة وممكن أن تفتقر إلى الموصفات القانونية والقياسية، وممكن حتى أن تضر بسلامته وصحته، وسيتمكّن أيضا الطرف القوي أي المهني من تضمين العقد ببنود وشروط تخدم مصالحه هو فقط دون مراعاة مصالح المستهلك، هذا وينتج عن تطبيق مبدأ الحرية التعاقدية ترك الحرية للمهني في اختيار المستهلك الذي يتعاقد معه فيكون له الحرية التامة في التعاقد من عدمه، هذا ما سيجعل المستهلك في حاجة ماسة لتلبية حاجياته اليومية.

---

[1]– بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن –دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي–، دراسة معمقة في القانون الجزائري، دار الكتاب الحديث، سنة 2006، ص229.

[2]– رمزي بيد الله علي حجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني –دراسة مقارنة–، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 2016، ص216.

[3] - Ali Filali, Le droit de la consommation: une adaptation du droit commun des contrats, Les annales N°27-T 01/2015, p.5-6.

ولم يقتصر القصور الوارد على مبادئ قانون العقد فقط على مبادئ مرحلة تكوين العقد بل امتدّ حتى إلى المبادئ التي تنطوي عليها مرحلة تنفيذ العقد، والتي تتمثل في كل من مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الأثر النسبي للعقد؛ حيث بتطبيق هذه المبادئ على عقود الاستهلاك، سنكون أمام عقود تفتقر إلى التوازن العقدي نتيجة التفوق الاقتصادي للمهني على المستهلك، ولا يمكن لهذا الأخير النفاذ من اللاتوازن الواقع فيه العقد إلا إذا تمّ الاتفاق مع المهني الذي يستحيل أن يتنازل عن المصالح التي حققها من هذا العقد، باعتبار أنّ العقد قد تم إبرامه واكتسب قوته الملزمة، ولا يمكن أيضا للمستهلك التراجع عن هذا العقد إذا ما رأى أن هذا التعاقد لا يناسبه بأي شكل من الأشكال وإنما عليه الإكمال في هذا التعاقد والاستسلام للآثار التي يرتبها هذا العقد، وتقوم أيضا هذه المبادئ على أساس فكرة استقلال العقود، وهو ما يتنافى مع طبيعة عقود الاستهلاك التي تتطلب في بعض الأحيان ارتباط عقدين أو أكثر من أجل تحقيق مصلحة واحدة، ولا يمكننا أن ننسى أنّ قانون العقد يقوم أيضا على أساس أنّ العقود نسبية الآثار بين أطرافها وهو ما يجعل الغير لا يأخذ حقا ولا يتحمل التزاما من عقد لم يكن طرفا فيه، إلا أنّ في زمن الاستهلاك هذا يتدخل في عرض المنتوج للاستهلاك عدّة أشخاص بدأ بالمنتج أو الصانع مرورا ببائع الجملة وبائع التجزئة وغيرهم... وصولا إلى المستهلك الذي قد يجد عيبا في السلعة أو الخدمة وتطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد لن يستطيع الرجوع على الصانع مباشرة بل عليه الرجوع عليه بدعوى غير مباشرة باسم البائع، ويشترك معه في الحق المجني من الدعوى سائر دائني البائع.

فالملاحظ من خلال ما سبق أنّ القواعد التي ينظمها قانون العقد لا توفر الحماية الكافية للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية، الأمر الذي أظهر الحاجة إلى ظهور تشريعات يكون همها حماية المستهلك بالدرجة الأولى ومنحه ضمانات قانونية تحميه من تعسف المهنيين، وحماية مصالحه وطموحاته المشروعة في سعيه المتكرر لإشباع حاجاته المتجددة واللامتناهية في إطار دخله المحدود، بدلا من الاكتفاء بالقواعد المنصوص عليها في قانون العقد، وهو حقيقة ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية أواخر الستينات،[1] فيما تمّ تشريعه في أوروبا في أواخر

---

[1]– تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية السباقة في الدعوى إلى حماية المستهلك وأول خطوة كانت الرسالة التي وجهها الرئيس الأمريكي "جون كنيدي" إلى الكونغرس بتاريخ 1962/03/15، التي قدّم من خلالها الحقوق الأساسية الأربعة للمستهلك والتي أطلق عليها لاحقا "شرعية حقوق المستهلك"، وقامت الأمم المتحدة بتوسيعها إلى ثمانية حقوق من خلال إصدارها للمبادئ التوجيهية لحماية المستهلك، من بينها الحق في السلامة، الحق في الحصول على المعلومات، الحق في الاختيار، حق الاستماع إلى أرائه، الحق في إشباع الاحتياجات الأساسية، الحق في التعويض، الحق في توعية المستهلك، الحق في بيئة صحية، وبعد ذلك اعتمدت المنظمة الدولية للمستهلكين هذه

السبعينات بعدما تصدّرت ألمانيا بإصدار أوّل قانون في 1976/12/09 المتضمن قانون حماية المستهلك، ثمّ فرنسا في 1978/01/10 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك، أما بالجزائر فقد ظهر تشريع الاستهلاك مع أواخر الثمانينات حيث صدر أوّل قانون سنة 1989[1]، ولم يكن لقانون حماية مستهلك وجودا قبل هذا التاريخ.

فجاء هذا القانون بقواعد من شأنها تنظيم العلاقات بين المستهلك والمهني في عملية عرض السلع والخدمات للاستهلاك في السوق، بهدف توفير حماية للمستهلك بداية من مرحلة إنتاج السلع وتقديم الخدمات ثم التوزيع إلى عرضها النهائي للاستهلاك، واقتنائها من طرفه، فقد نصّ هذا القانون على مجموعة من القواعد من شأنها أن تحمي المستهلك سواء قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه، فقبل إبرام العقد منع المهني من تقديم أي إشهار من شأنه تضليل أو خداع المستهلك ودفعه إلى التعاقد على سلعة أو خدمة غير مطابقة لما تمّ إشهاره، وفرض على المهني أن يلتزم بإعلام المستهلك بكل تفاصيل السلعة أو الخدمة المراد بيعها للمستهلك، وكذلك منح الحق للمستهلك في أخذ فترة يتروى فيها ويفكر في التعاقد من عدمه مع بقاء عرض الإيجاب قائما من طرف المهني فمتى قبل المستهلك التعاقد ابرم العقد، ولا يجوز للمهني التراجع عن العرض في هذه الفترة، وفرض عليه كذلك الالتزام بالمطابقة والالتزام بالسلامة، حتى يضمن للمستهلك اقتناء سلع وخدمات مطابقة لرغباته المشروعة وللمقاييس القانونية، وضمان عدم إضرار هذه السلع والخدمات بصحة وسلامة المستهلك نظرا لما تنطوي عليه بعض المنتوجات من مخاطر قد تصل أضرارها على المستهلك إلى درجة الموت، كالمنتوجات الصيدلانية، ومنع المهني من إدراج أي شروط من شأنها أن تخل توازن العقد بين كل من المهني والمستهلك بجعل الكفة تميل أكثر لصالح المهني، هذا وألزم على كل من عرض سلعة أو خدمة على الجمهور التعاقد مع كل من يتقدم للاستفادة من هذا العرض، وبالتالي قيّد حريته في اختيار المتعاقد معه.

الحقوق كميثاق وبدأ الاعتراف بـ 15 مارس كيوم عالمي لحقوق المستهلك. راجع منيرة بلورغي، حركة حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي السابع عشر، المعنون بـ "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة"، بجامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المنعقد يومي 11/10 أفريل 2017، منشور بمجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، سنة 2017، الجزائر، ص174.

[1]– القانون رقم 02/89، المؤرخ في 1989/02/07، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك،الملغى، والمعوض بقانونقانون رقم 03/09، المؤرخ في 2009/02/25، المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 15، الصادرة بتاريخ 2009/03/08، المعدل بالقانون رقم 09/18، المؤرخ في 2018/07/10، الصادر عن الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 35، المؤرخة بتاريخ 2018/07/13.

أما في مرحلة إبرام العقد فقد نصّ كذلك على مجموعة من القواعد؛ منها توفير مجموعة من الآليات تعمل على مكافحة الشروط التعسفية التي ضمنها المهني في العقد خارقا بذلك التزامه الذي فرضه عليه هذا القانون بعدم تضمين العقد بأي شروط تعسفية، ومنح هذا القانون الحق للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد إبرام العقد وتنفيذ الطرفين للالتزامات، إذا ما رأى أنّ السلعة أو الخدمة لا تخدم مصالحه، وحتى وإن لم يكن هناك أي مبرر يدفعه إلى هذا التراجع، هذا وأنشأ هذا القانون ارتباطا بين العقود؛ بين كل من عقد البيع وعقد القرض فإذا ما بطل عقد القرض بطل معه عقد البيع، والعكس صحيح إذا بطل عقد البيع بطل معه عقد القرض، وبالإضافة إلى هذه الآليات التي جاء بها هذا القانون منح المستهلك الحق بالرجوع بدعوى مباشرة باسمه على جميع من تدخل في عرض المنتوج أو الخدمة للاستهلاك دون الأخذ بعين الاعتبار وجود عقد بين المستهلك وهذا المتدخل أم لا، هادفا من هذه الآلية ضمان حصول المستهلك على تعويض عن أي ضرر وقع له جراء هذه السلعة أو الخدمة.

فمن خلال كل ما تمّ عرضه سابقا تظهر الأهمية البالغة لهذه الدراسة نتيجة ما تتضمنه من تتبع للوضعيات القانونية للعقد في حقب زمنية مختلفة، بدأت بدراسة العقد في المرحلة التي لم يكن للإرادة أي دور في إنشاء هذا العقد، ثم تنتقل إلى دراسة وضعية العقد في المرحلة التي برزت فيها الإرادة وأصبحت هي أساس قيام العقد وبانعدامها ينعدم العقد وهو ما استقر عليه قانون العقود لفترة من الزمن واتسمت مبادئه بالثبات والاستقرار ولازالت قائمة إلى يومنا هذا، ثمّ تنتقل بعد ذلك إلى دراسة العقد في ظل العولمة الاقتصادية الواقعة في عصرنا هذا أين تطّور هذا العقد بحكم طبيعته التي تتأثر بالأوضاع السائدة في المجتمعات، فبتطور الوضع الاقتصادي أصبح العقد هو الآخر اقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح فقط دون مراعاة مدى تساوي قوة الأطراف في هذا العقد وهذا ما أشرنا إليه سالفا، لذا تظهر أهمية هذه الدراسة في المقارنة بين الحماية التي يوفرها كل من قانون العقد وقانون الاستهلاك لأطراف العقد، من أجل الوقوف على النقائص التي يعاني منها قانون العقد في توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العقود، وتعالج دراستنا هذا الموضوع في ظل ترسانة جدّ مهمة من التشريعات وتعديلاتها الجديدة؛ من بينها تشريع قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 وتعديله الجديد لسنة 2018 المتمثل في قانون 09/18، وكذلك قانون التجارة الإلكترونية الجزائري 05/18[1].

[1]– قانون رقم 05/18، المؤرخ في 2018/05/10، المتضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 2018/05/16.

بالإضافة إلى قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وتعديله الجديد لسنة 2010 المتمثل في قانون 06/10[1]، بالإضافة إلى القانون المدني الجزائري بكل تعديلاته[2]، ولم تقتصر دراستنا هذه على القوانين الجزائرية فقط بل اعتمدنا حتى على القوانين الفرنسية أهمها قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 رقم 301/2016 بتعديله الجديد لسنة 2022[3]، بالإضافة إلى التركيز على التعديل الجديد للقانون المدني لسنة 2016 رقم 131/2016[4] وذلك حتى نرى إن كان هذا القانون قد جاء بالجديد الذي يجعله مواكبا للتطورات الواقعة في عصرنا هذا، إذ جعلنا من دراستنا هذه مشبعة بالقوانين الوطنية والمقارنة حتى وإن كان عنوان الدراسة لا يفرض علينا المقارنة بين القوانين إلا أنه ونظرا لقصور قانون الاستهلاك والقانون المدني الجزائري وعدم معالجتهم لأمور عديدة مقارنة بالقانون الفرنسي الذي لم يترك فراغا إلا وعالجه، وهو ما ساعدنا حقيقة في التركيز على مظاهر تأثير تشريع الاستهلاك على قانون العقد، ولم تقتصر دراستنا فقط على النصوص القانونية بل اعتمدت حتى على اجتهادات قضائية متنوعة صادرة من القضاء الجزائري وأخرى من القضاء الفرنسي، واستندت أيضا على آراء فقهية متنوعة ومختلفة لأهم الفقهاء المختصين في مجال دراستنا، وبالتالي تكون هذه الأطروحة قد حاولت الإلمام بجوانب عدّة منها القانونية، القضائية، الفقهية وحتى الاجتماعية والاقتصادية، محاولين من خلال كل الجهود المبذولة إثراء البحث في مجال التحولات الراهنة لقانون العقد، آملين أن تكون إسهاما طيبا في المكتبة القانونية.

وتهدف هذه الدراسة إلى تحليل نصوص القوانين من أجل تسليط الضوء على الضمانات الجديدة المنصوص عليها في تشريع الاستهلاك التي جاءت لحماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في عقد الاستهلاك، ومعرفة مدى تناسبها وتناسقها مع مبادئ قانون العقود، ولا يتوقف هدف هذه الدراسة عند هذه النقطة فقط بل تهدف إلى التأكد إن كان لهذه الضمانات جذور وأساس في قانون

---

[1]– قانون رقم 02/04، المؤرخ في 2004/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10، المؤرخ في 2010/08/15، المنشور في الجريدة الرسمية العدد: 46، المؤرخة في 2010/08/18.

[2]– الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/06/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26، المعدّل والمتمم بدوره بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 31 ماي 2007.

[3]- ord n°2016-301 DU 14/03/2016 du droit de consommateur français.

[4]- La loi n°2016-131 du 10/02/2016 de code civil français.

العقد أم لا، باعتباره أصل القوانين الخاصة، وبالتالي فحتى نتمكن من القول على هذه الضمانات والقواعد أنها جديدة تماما على قانون العقود لم تأتي لتكملته بل أتت لتخرج عن قواعده وترسم نهجا جديدا مواكبا لما هو واقع من تطور في مجال العقود، علينا أن نثبت أن هذه الضمانات أصلها لا يعود إلى قانون العقد بل فرضتها المستجدات الاقتصادية التي أدت إلى اختلال التوازن في القوى العقدية، من خلال الاعتماد على مقارنة هذه الضمانات مع أهم النظريات التي يحتويها قانون العقد، والاعتماد كذلك على تحليلات الفقهاء لهذه المقارنة، هادفين الوقوف على مدى إمكانية الاعتماد على المبادئ التقليدية الواردة في قانون العقد، بغرض توفير حماية فعالة وشاملة لكلا المتعاقدين، في ظل التطورات والمعطيات الجديدة.

أما عن **الأسباب** التي دفعتني إلى اختيار موضوع تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد هو ميولي إلى كل ما له علاقة بالقانون المدني، ورغبتي الدائمة في البحث عن الجديد المتعلق به، فموضوع أطروحتي في طور ليسانس كان له علاقة بالعقد وحتى في الماستر، فكيف لا أتشجع إلى دراسة هذا الموضوع حتى يتسنى لي معرفة التحولات الواقعة على العقد مقارنة مع ما بحثت فيه سابقا، بالإضافة إلى طبيعة الموضوع الذي شدّ انتباهي و فضولي باعتباره من المواضيع الحديثة التي تطرح عدّة تساؤلات وإشكالات فقهية وقانونية نظرا للجديد الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك والذي لا يتوافق منطقيا مع مبادئ قانون العقد التي تتسم بالجماد في خضم التطورات التي مست مجالات الحياة المختلفة، فقانون العقد بقواعده الكلاسيكية يهتمّ دائما بالمظاهر الخارجية للمتعاقدين، دون الغوص في مراكزهم فإذا كنا أمام عقد الاستهلاك وتمّ الاهتمام فقط بالمظهر الخارجي للعلاقة سينتج لا محالة عقود لامتوازنة بين أطرافها يسمو فيها طرف على حساب طرف الآخر.

أما عن **الدراسات السابقة** المعالجة لمواضيع مشابهة لموضوع تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد كانت دراسة الأستاذ شوقي بناسي المعنونة بـ "أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد"[1]، فكان عنوان هذه الدراسة له نفس معنى عنوان دراستنا، بحيث يريد من خلال هذه الدراسة معرفة حجم اعتداءات تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، بمعنى معرفة إذا كانت هذه الاعتداءات تجديدا للمبادئ الكلاسيكية للعقد أم مجرد مساس بها، بحيث تطرّق إلى نقاط جدّ مهمة؛ فتناول في النقطة الأولى دور تشريعات الاستهلاك في تجديد

[1]– شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، سنة 2016/2015، ص33.

مبادئ العقد في مرحلة تكوينه، فتناولت هذه النقطة توضيح كيف تراجع مبدأ الرضائية وعودة الشكلية بتصور جديد، فتمثلت هذه الشكلية في كل من شكلية وثائقية وأخرى مرحلية.

وتضمنت كذلك هذه النقطة شرح كيف حدّ النظام العام الحمائي من الحرية التعاقدية لأطراف العقد؛ محاولا الوصول من خلال هذا العنوان إلى الآليات التي اعتمدت عليها تشريعات الاستهلاك في تنظيم العقد بعيدا عن ترك الحرية لأطرافه في تنظيمه، فمثلا حدّد الالتزامات العقدية وحدّد حتى الخصائص القانونية للالتزامات العقدية، وحدّد الجزاءات المترتبة على عدم احترام هذا التنظيم، وأيضا وضح كيف تعمل تشريعات الاستهلاك على تقوية مضمون العقد من خلال فرض العديد من الالتزامات على المهني من شأنها أن توفر حماية أكبر للمستهلك.

ولم تتوقف هذه الأطروحة عند البحث عن مدى مساس تشريعات الاستهلاك بمرحلة تكوين العقد فقط، بل حاولت حتى البحث في مدى مساس تشريعات الاستهلاك بمرحلة تنفيذ العقد، حيث وضّحت من خلال هذه النقطة كيف توسّعت تشريعات الاستهلاك في خرق مبدأ إلزامية العقد، من خلال التطرق إلى كل من حق الرجوع عن التعاقد، ومكافحة تشريعات الاستهلاك للشروط التعسفية.

وكذلك تطرّق إلى دور تشريعات الاستهلاك في التخفيف من الأثر النسبي للعقد، بحيث شرح كيف خلقت تشريعات الاستهلاك علاقة ترابطية بين العقود، وكيف قررت دعوى مباشرة لصالح المتضرر حتى وأن لم يكن هناك عقد يربط بالمتسبب في الضرر.

فقد كان لهذه الدراسة دور جدّ مهم في إثراء هذه الأطروحة، فكانت بمثابة الإطار الذي منعنا من الخروج عن الموضوع، وكانت الداعمة في توجيهنا إلى العديد من المراجع والآراء الفقهية والاجتهادات القضائية التي بنيت عليها هذه الدراسة، وقد تناول الأستاذ شوقي بناسي أطروحته هذه بنوع من التفصيل الدقيق، ما جعل هذه الدراسة تتشابه كثيرا مع دراسته، إلا أنّ هذه الدراسة اختلفت مع دراسته في طريقة التحليل وربط المعلومات، مع اعتمادنا على التعديلات الجديدة للقوانين سواء الوطنية أو الفرنسية، والاعتماد حتى على قوانين جديدة، لم يتطرق إليها في رسالته لأنها لم تكن قد صدرت بعد، وفصلنا في بعض الآليات التي من شأنها التأثير على قانون العقد لم يتطرق إليها في أطروحته كحظر على المتدخل رفض التعاقد مع المستهلك.

أما عن **الصعوبات** التي قد تمّ مواجهتها عند إعداد هذه الأطروحة هذه، فلا يمكننا القول قلة المراجع المتطرقة لضمانات حماية المستهلك بل كانت كثيرة ومتنوعة، بل القلة واجهناها عندما تطرقنا للمقارنة بين المبادئ الكلاسيكية والمستجدات التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك، وكذلك

عندما حاولنا البحث عن أساس لهذه المستجدات في قانون العقد، هذا ولم تكن هناك مراجع كثيرة عالجت التعديلات والقوانين الجديدة التي ظهرت في هذا المجال، كقانون التجارة الإلكترونية الجزائري، وقانون الاستهلاك والقانون المدني الفرنسيين، مما اضطرنا إلى ترجمة وتحليل النصوص الجديدة بأنفسنا، خصوصا أننا كطلبة دكتوراه لم نستفد من التربص قصير المدى نظرا للظروف التي عاشها العالم من ظهور فيروس كورونا، ما جعلنا في حاجة إلى مراجع عدّة لم نستطع الحصول عليها.

فمن خلال ما تقدم نلاحظ أنّ تشريعات الاستهلاك جاءت بقواعد وآليات جديدة هدفها توفير حماية فعالة للمستهلك نظرا لقصور الحماية التي يوفرها قانون العقد، إلا أنّ هذه القواعد والآليات منها ما هو مألوف في قانون العقود وليس بجديد، مثلا الالتزام بالإعلام، مكافحة الشروط التعسفية، تقرير الدعوى المباشرة في حالات معينة وغيرها من الآليات، ومنها ما هو جديد تماما عن ما هو منصوص عليه في قانون العقود، مثلا الشكلية الإعلامية، مرحلة التفكير والتروي، الدعوى المباشرة كحالة خاصة لصالح المستهلك وغيرها، لذلك حاولنا معالجة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية الآتية: **هل استطاع قانون الاستهلاك بقواعده المستحدثة الهادفة إلى تحقيق التوازن العقدي أن يحدث تطورا في المبادئ الكلاسيكية التي تحكم نظرية العامة للعقد؟**

فللإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على كل من المنهج الوصفي، المنهج التحليلي، والمنهج المقارن، بالإضافة إلى المنهج التاريخي، فالمنهج الوصفي كان من أجل وصف مظاهر تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد، أما المنهج التحليلي فكان من أجل تحليل النصوص القانونية والاجتهادات القضائية وحتى الآراء الفقهية، أما بالنسبة للمنهج المقارن نتيجة محاولتنا جعل دراستنا هذه مقارنة حتى نوضح القصور الذي تعاني منه التشريعات الجزائرية مقارنة بالتشريعات الفرنسية التي من خلالها استطعنا معالجة موضوعنا هذا بدقة وتفصيل أكبر، هذا بالإضافة إلى المنهج التاريخي الذي اعتمدنا عليه في دراسة التطورات التاريخية للمبادئ المتولدة عن مبدأ سلطان الإرادة، متبعة في ذلك خطة ثنائية تقتضي تقسيم الدراسة إلى بابين؛ تناولت في الباب الأوّل مظاهر تأثير قانون الاستهلاك في مرحلة تكوين العقد ثمّ تطرقنا في الباب الثاني إلى مظاهر تأثير قانون الاستهلاك في مرحلة تنفيذ العقد.

الباب الأوّل:

مظاهر تأثير

قانون الاستهلاك

في مرحلة تكوين

العقد

الباب الأوّل: مظاهر تأثير قانون الاستهلاك في مرحلة تكوين العقد

في النظرية التقليدية للعقد نجد أن مرحلة تكوين العقد تعتبر من أهم مراحل العقد وأخطرها، لما تتضمنه من تحديد لمعظم حقوق أطراف العقد والتزاماتهم، ولما ينشأ عنها من مشكلات قانونية مختلفة[1]، فهي تتضمن مبدأين مهمين مولودين من رحم مبدأ سلطان الإرادة تقوم عليها معظم العقود؛ تتمثلا في كل من مبدأ الرضائية؛ ومبدأ الحرية التعاقدية.

إلاّ أنّ هذان المبدآن، عرفا هزّات عنيفة، مع بروز تشريعات الاستهلاك، فاهتمّت هذه الأخيرة بمرحلة تكوين العقد اهتماما كبيرا، بحيث لم تترك تحرير العقد لمحض إرادة المحترفين الذين لا يتردّدون في خدمة مصالحهم الشخصية، لذلك عمدت هذه الأخيرة على إلزام المحترفين في كثير من العقود إلى إتباع شكلية معينة، مما أثر على الرضائية المعروفة بتحررها من أي شكل يفرضه القانون، هذا ولم يسلم مبدأ الحرية التعاقدية هو الآخر من هذا التأثير، فبعدما كان الأطراف أحرارا في إنشاء عقودهم، شلّت هذه الحرية بالعديد من القيود.

وللتفصيل أكثر في هذا التأثير قسّمنا هذا الباب إلى فصلين؛ يتضمّن الأوّل تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ الرضائية، والثاني تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ الحرية التعاقدية.

الفصل الأوّل: تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ الرضائية

إنّ مبدأ سلطان الإرادة ينبغي عدم اختلاطه بمبدأ آخر، سائد كذلك في نظرية العقد، هو مبدأ الرضائية (principe de consensualisme)، ذلك أنّ هذا المبدأ الأخير لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة له بتحديد مضمونه، والمقصود منه أنّ التراضي وحده كاف لإبرام العقد فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين[2].

فسادت هذه القاعدة مدّة طويلة من الزمن إلا أن ظهرت تشريعات الاستهلاك التي جاءت لحماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العقد، فشملت هذه الحماية تقييد مبدأ الرضائية من خلال فرض شكليات معينة وجب على المحترف احترامها أثناء إبرامه لعقد الاستهلاك، تمثلت هذه

---

[1]– جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السايسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2015/2014، ص21.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأوّل، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 45.

الشكليات في كلّ من الشكلية الإعلامية التي تعمل على تنوير رضاء المستهلك، وشكلية مرحلية تحمي المستهلك من التسرّع.

إلاّ أنه وقبل التطرّق إلى هذه الشكليات كان لا بدّ علينا من التفصيل أكثر في مبدأ الرضائية حتى نتمكّن من توضيح كيف تملّك هذا المبدأ العقود قبل ظهور تشريعات الاستهلاك؛ من خلال التطرّق إليه كآلية للتعاقد في قانون العقد في **مبحث أوّل**، ثمّ ننتقل بعد ذلك إلى توضيح كيف تراجع هذا مبدأ وتقييده في قانون الاستهلاك في **مبحث ثاني**.

المبحث الأوّل: مبدأ الرضائية كآلية للتعاقد في قانون العقد

تبنّت النظرية التقليدية للعقد مبدأ مهما ينوط بمرحلة تكوين العقد؛ ألا وهو ترك الحرية للأطراف في اختيار شكل العقد دون وجوب إتباع شكليات معينة، فالعقد ينعقد بمجرّد تطابق الإيجاب والقبول، كما أشرنا سابقا، وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية، وطغى هذا المبدأ على العقود لمدّة طويلة من الزمن، تجسيدا لحرية الأفراد التي نادى بها العديد من الفقهاء ورجال القانون، ومن أجل التفصيل أكثر في هذا المبدأ كان لابدّ علينا التطّرق إلى ماهيته في **مطلب أوّل**، ثمّ نتطرّق في **المطلب الثاني** إلى مضمون هذا المبدأ.

المطلب الأوّل: ماهية مبدأ الرضائية كآلية للتعاقد

إنّ القاعدة العامة المهيمنة على شكل العقود في وقتنا الحاضر هو مبدأ الرضائية؛ وهو أحد نتائج إعمال مبدأ سلطان الإرادة كأساس في المجال التعاقدي، وذلك راجع لتمكينه إبرام العقود دون اشتراط شكل معين أو إجراءات خاصة، وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا المبدأ لا يعتبر وليد القوانين الحديثة وإنما له جذور تاريخية في حضارات قديمة[1]؛ فقد اختلفت الحضارات قديما بين من قيّدت المبدأ بشكليات عديدة، وبين من اعتنقته ومجدته في تصرفاتها القانونية، ولا شكّ أنّ كل هذه المفاهيم تحتاج إلى بلورة في الفكر ووضوح في الرؤية، الأمر الذي يدفعنا إلى توضيح أولا وقبل كل الشيء المقصود من هذا المبدأ في القانون المدني حتى نتمكّن من فهمه كآلية للتعاقد وهذا ما سنشرحه في **الفرع الأوّل** تحت عنوان حقيقة مبدأ الرضائية في قانون المدني، هذا بالإضافة إلى الغوص في

[1]– مصطفى سيد أحمد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة منصورة، العدد 25، سنة 1999، ص84.

أعماق التاريخ بحثا عن الجذور الأولى لهذا المبدأ، والوقوف على المدى الحقيقي لتطبيقه، وهذا ما سنتطرّق إليه في **الفرع الثاني** تحت عنوان مراحل تطور مبدأ الرضائية تاريخيا.

الفرع الأوّل: حقيقة مبدأ الرضائية في القانون المدني

إنّ مصطلح الرضائية في نطاق القانون المدني يرتبط بأفكار عدّة كالرضا والتراضي، وأحيانا تدلّ الرضائية على مبدأ سلطان الإرادة، وأحيانا تظهر كنقيض إن صحّ التعبير لما يسمّى بالشكلية، ومن أجل التماس حقيقة هذا المبدأ والوصول إلى المقصود منه على ضوء هذه المفاهيم، كان لا بدّ علينا من فهم العلاقة القائمة بين كل من مبدأ الرضائية والمفاهيم المرتبطة به وهذا ما سنعمل عليه في البنود التالي ذكرها.

البند الأوّل: الرضائية وفكرتي الرضا والتراضي

يعتبر الرضا نقطة الالتقاء بين سائر العقود الفعلية ومدار كل التصرفات القانونية ولا يمكن الحديث عن أي التزام دون وجوده، فلا أثر للالتزام دونه[1] ،فإذا كان الرضا يتحقق مع أحد المتراضين أو أكثر فإن التراضي لا يمكن تصوره مع أحد المتراضين، بل يلزم لتحققه رضاءان فأكثر، وعليه يمكن القول أن التراضي جزء من الرضا وداخل فيه[2].

ومن أجل التفصيل أكثر لا بدّ من التطرّق أولا إلى تعريف الرضا في **النقطة الأولى**، ثمّ نتطرّق إلى تعريف التراضي من خلال **النقطة الثانية**، وفي الأخير نعمل على التطرّق إلى توضيح العلاقة القائمة بين كل من الرضائية والرضا والتراضي في **النقطة الثالثة**.

أولا: تعريف الرضا

معنى الرضا لغة في لسان العرب؛ الرضا بالمقصور ضد السخط وفي حديث الدعاء اللهم إنّي أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك وأعوذ بك منك لا أحصي ثناء عليك كما أثنيت على نفسك.

والرضا مصدر رضي يرضى رضا، بكسر الراء وضمها، ورضوانا، بالكسر والضم عند السيبوي، ويقال أرضيته إرضاء مثل وافقته موافقة، ووافقا وزنا ومعنى، ويستعمل الرضا ومشتقاته

---

[1]– لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2019/2018،ص 10.

[2]– لموشي عادل، المرجع السابق، ص 17.

متعديا بنفسه ويعن، وبالباء، وبعلى، فيقال: رضيته، وارتضيته، ورضيت عنه، وعليه؛ وبه قال الكسائي في سبب تعديته بعلى لما كان "رضيت" ضد سخطت عدي يعلى حملا للشيء على نقيضه[1].

أمّا اصطلاحا فقد عرّف بأنه "امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته، بحيث يفضي أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها"، أو هو " الرغبة في الفعل والارتياح إليه"[2].

والرضا في الحقيقة عملية ذهنية وفكرية تتكون من مجموعة من التصورات العقلية تبدأ من تصور العقد وتنتهي بالعزم وتحريك الإرادة نحو إحداث الآثار القانونية عليه، فالعقد المرتقب يظهر للذهن بعناصره المكونة له مع النتائج الاقتصادية التي تترتب عليه أو على الأقل يوجد تصور ما للآثار التي يريد العاقد تحقيقها، ثم يقدم عليه ويعبر عنه بأي وسيلة من وسائل التعبير، وهذا ما يسمى بمفهوم العمل الاختياري، فالرضا في الحقيقة هو ذلك العنصر النفسي، غير أن القانون لما كان لا يسمح له بالدخول في أعماق النفس، بل يعتبر ذلك اعتداء على سرية الضمائر قرر بأن هذه العملية النفسية ملك لصاحبها ما دامت متصلة به، فإذا ما انفصلت عنه وظهرت على مسرح الواقع وأصبحت محسوسة عاد إليها ورتب عليها الأحكام المقررة[3].

فقد ورد هذا اللفظ في القانون المدني الجزائري[4] في القسم الخاص بشروط العقد حيث ذكر الرضا كعنوان أدرجت تحته المادّة 59 من القانون المدني التي جاء فيها: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية".

---

[1]– أحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، الجزء 14، الطبعة الثالثة، دار صادر، ، بيروت سنة 1414 هجرية، ص324.

[2]– سامي عدنان العجّوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في فقه القانون، كلية التربية، فسم العلوم الإسلامية، جامعة الأزهر، غزّة، سنة 2013، ص 51.

[3]– لموشي عادل، المرجع السابق، ص20.

[4]– الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/06/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26، المعدّل والمتمم بدوره بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 31 ماي 2007.

كما ورد لفظ الرضا في نص المادّة 1109 من القانون المدني الفرنسي؛ حيث نصّت هذه الأخيرة على أن العقد الرضائي يتشكل بمجرّد أن يتبادل الطرفان رضائهما مهما كانت طريقة التعبير المتبناة[1].

ثانيا: تعريف التراضي

لا تعبر كلمة الرضا التي أطلقها المشرع على الركن الأوّل للعقد بدقة عن المعنى المقصود، وقد أخطأ المشرع في ترجمة مفردة consentement التي تفيد توافق أو تطابق الإرادتين، أي تراضي المتعاقدين كما يتجلى ذلك من مضمون المادّة 59 السالفة الذكر، لذا يستحسن أغلبية الفقهاء استعمال مصطلح التراضي عوض الرضا[2].

ويعرف التراضي بأنه مصدر باب التفاعل الذي هو للمشاركة الحقيقة بين طرفين متساويين في الفعل، فجاء في تاج العروس: " (وتراضياه: وقع به التراضي)، وفي الأساس (للزمخشري): (وترضياه ووقع به التراضي، بزيادة الواو وهو تفاعل من الرضا؛ ومنه الحديث: (إنما البيع عن تراض)، وقوله تعالى: (إِذَا تَرَاضُوا بَيْنَهُمْ بالمَعْرُوفِ)[3]، أي أظهر كل واحد منهم الرضا بصاحبه ورضية"[4].

ويقصد بالتراضي في القانون رضا شخصين أي المشاركة في الرضا[5]؛ بمعنى تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام معين[6]، ولا تجتمع الإرادات المتعددة إلا في إطار التصرفات القانونية التعاقدية، بحيث يكون التعبير الأول عن الإرادة من طرف شخص يسمى الموجب، أمّا الإرادة الثانية والتالية المنظمة لهذه الإرادة الأولى والراضية بفحواها أي الراضية بالأثر

---

[1]- L'article n°1109 (code civil dernière modification le 01/07/2022) propose que : « Le contrat est consensuel lorsqu'il forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression ».

[2]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2001، ص68.

[3]– سورة البقرة، الأية 232.

[4]– محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، من جواهر القاموس، الجزء 38، تحقيق عبد الصبور شاهين، راجعه محمد حماسة عبد اللطيف، الطبعة الأولى، دار الثراث العربي، الكويت، سنة 2001، ص 158.

[5]– القرة الداغي، نظرية العقد، الموقع الرسمي لفضيلة الأستاذ الدكتور القرة الداغي، www.qaradaghi.com.

[6]– عباس حسني محمد، صيغة العقد في الفقه الإسلامي، الألوكة الشرعية، نشر بتاريخ 2012/02/05، www.aluka.com.

القانوني المتجه لإحداثه، فتصدر عن شخص يسمى القابل، وعليه فإن التراضي في العقود هو تبادل الرضا، أي تطابق إرادتي طرفي العقد من موجب وقابل على إبرامه[1].

ثالثا: العلاقة القائمة بين كل من الرضائية والرضا والتراضي:

تجدر الإشارة في هذا الصدد، أننا سواء تحدثنا عن الرضا أو التراضي فإن جوهر الأمرين واحد وهو وجود إرادة[2] يعتد بها القانون، ثمّ التعبير عن هذه الإرادة لتنشئ آثارها القانونية[3].

ففي العقد مثلا يجب لوجود التراضي أن يعبر الشخص عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين في العلاقة بينه وبين شخص آخر، وأن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة مطابقة لها، أي متجهة إلى إحداث الأثر نفسه وصادرة ممن وجهت إليه الإرادة الأولى، بحيث يتحقق التطابق بين الإرادتين[4]. أي أنه من مستلزمات التراضي أنه ثنائي على الأقل، ومن هنا ينبغي عدم الخلط بين التراضي والإرادة، فالإرادة أحد طرفي التراضي، أما التراضي فإنه ائتلاف إرادتين على الأقل، إحداهما اصطلح على تسميتها "الإيجاب" أما الأخرى فيطلق عليها "القبول"، ولا عبرة لتقدم الإيجاب على القبول أو تأخره عنه، كما أنه لا فرق بين حصول التراضي بالمخاطبة أو المكاتبة، بصورة رسمية أو غير رسمية، ويكفي أن يلتقي الإيجاب بالقبول على أمر واحد ليحصل عن التقائهما التراضي[5].

وبما أنّ جوهر الرضا والتراضي هو الإرادة، وتجدر الإشارة إلى أنّ ليس كل إرادة يعتد بها القانون؛ ذلك يجب أن تكون صادرة من شخص مميز مدرك لما يقوم به من عمل أو تصرف، وإلا كانت إرادته معدومة ولا يعتد بها، كإرادة المجنون مثلا أو الصبي غير المميز، بالإضافة إلى ذلك

---

[1]– قايد ليلى، الرضائية في المواد الجنائية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2015/2014، ص 5.

[2]–الإرادة ظاهرة سيكولوجية كامنة في ذات صاحبها، تستدعي نشاطا ذهنيا معينا، ويرى علماء النفس أن الإرادة ظاهرة نفسية تصدر من وحي العقل والفكر، تفيد إنعقاد العزم على أمر معين، حيث تتمثل في قدرة الكائن المفكر على اتخاذ موقف أو قرار.

انظر، حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطوّر العقد، دراسة لبعض العقود الخاصّة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2016/2015، ص 22.

[3]– قايد ليلى، المرجع السابق، ص 6.

[4]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص 67.

[5]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص83.

يجب أن تتصف هذه الإرادة بالجدية قاصدة إلزام صاحبها، أي أن القانون لا يعتد بالإرادة الهازلة وإرادة المجاملة[1].

ومن خلال ما سبق نستنتج أنّ الإرادة تعتبر نقطة التقاء بين المفهومين السابقين ومفهوم الرضائية، باعتبارها العملية القانونية التي تجعل من تلاقي الإرادتين كافيا لإبرام العقود دون الحاجة إلى إتباع شكل معين ومهما كانت طريقة التعبير عن هذه الإرادة سواء كتابة أو شفاهة أو إشارة معهودة[2]، وبتالي فإن الرضائية تعمل على تحرير الإرادة من كلّ قيد.

فرغم اقترابنا من جوهر المسألة، إلا أن الرجوع إلى مفهومي الرضا والتراضي لتحديد مفهوم الرضائية قد أحالنا مباشرة إلى مفهوم آخر وهو مبدأ سلطان الإرادة، لذلك سننتقل بالبحث من مجال التعبير عن الإرادة إلى فكرة أشمل وأعم وهي فكرة سلطان الإرادة، لعلها تكون أقدر على استيعاب مفهوم الرضائية.

البند الثاني: الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة

بالرغم من تبني المبدأ في جل التقنينات المدنية في العالم، إلا أن تحديد ماهية المبدأ وحقيقته ثار حولها خلاف فقهي شديد، وفي هذا المعنى تنازعت حول هذا المبدأ تيارات فقهية متعددة، ولكلٍّ رؤيته وأسانيده في تحديد المعنى الحقيقي للمبدأ، فمن خلال هذا البند سنحاول توضيح كل من المفهوم اللغوي والاصطلاحي في النقطة الأولى، ثمّ نوضح مضمون هذا المبدأ والنتائج المترتبة عنه في النقطة الثانية، وفي الأخير نتطرق إلى العلاقة القائمة بين كلّ من الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة في النقطة الثالثة.

أولا: المفهوم اللغوي والاصطلاحي لمبدأ سلطان الإرادة

سنتناول من خلال هذه النقطة مفهومي مبدأ سلطان الإرادة اللغوي والاصطلاحي كالآتي:

1. المفهوم اللغوي لمبدأ سلطان الإرادة:

تعرّف الإرادة لغة بأنها "قوة في النفس تُمكّن صاحبها من اعتماد أمر ما وتنفيذه، أو هي القدرة في التصميم على بعض الأعمال و التصرفات"، أما الإرادة من الناحية النفسية: "فهي شعور

---

[1]– خالد بن مخلوف، دور الإرادة في تجديد عقد الإيجار التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانوني، الإسكندرية، مصر، سنة 2016، ص 93.

[2]– زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع المقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، الجزء الثالث، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1995، ص184.

الشخص بطلب شيء يكون له حاجة أو رغبة فيه، وقد يكون هذا الشيء أمرا ضروريا يسعى الشخص إلى تحقيقه بقصد إشباع حاجاته، وقد يقصد به أيضا اختيار الشخص ما يُعدّ في نظره أمرا أو هدفا يكون أسمى من غيره من الرغبات، بحكم ما يتصف به من خصوصية تلبي حاجيات هذا الشخص بالذات، وهي أيضا القدرة في التصميم على بعض الأعمال و التصرفات".[1]

ويقصد بمبدأ سلطان الإرادة بالغة الفرنسية " L'autonomie de la volonté"، ويقصد بمصطلح "L'autonomie" في اللغة الدارجة الاستقلال، أما في اللغة القانونية فيقصد به أنّ الشخص هو الذي يلزم نفسه وبمحض إرادته، طالما توفرت لديه القدرة على الوفاء بالالتزام دون الخضوع لمؤثّرات خارجية، كما أنّ اصطلاح "L'autonomie" يرجع إلى الأصل الإغريقي "Avrovomia"، حيث كان يطلق على بعض المدن التي تركها الرومان خاضعة لقوانينها الخاصة، أما سلطان الإرادة "L'autonomie de la volonté" هو عبارة عن مبدأ ترسم الإرادة العاقلة بذاتها نطاق حدودها التي تعمل فيها[2].

2. المفهوم الاصطلاحي لمبدأ سلطان الإرادة

اختلف الفقه حول تصنيف مبدأ سلطان الإرادة، ولقد كان للأفكار والمذاهب الفلسفية التي سادت لدى ظهور المبدأ الأثر البالغ في اختلاف الآراء والمذاهب التي قيلت بشأن المبدأ، فهل هو مفهوم مطلق وهو ما سنفصل فيه في النقطة الأولى، أم هو موضوعي تراعى فيه القيود والاعتبارات الاجتماعية وهو ما سنتطرق له في النقطة الثانية.

أ- المفهوم المطلق أو الإرادي لمبدأ سلطان الإرادة:

لقد ظهر هذا المفهوم وبرز بصورة أوضح في نهاية القرن التاسع عشر، أي بلغ أوجه عند ظهور المذهب الفردي ووصوله إلى عصره الذهبي تحت تأثير الفلسفة الفردية والحرية الاقتصادية، والذي كان يرى أنّ مبدأ سلطان الإرادة هو الترجمة الحقيقية للمذهب الفردي[3] الذي يقدّس الفرد،

---

[1]- صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدّة، الجزائر 1، الجزائر، سنة 2018/2017، ص 25.

[2]- شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإرادة في التعاقد، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، القاهرة، سنة 2013، ص،ص 16،17.

[3]- ظهر المذهب الفردي في أوروبا، وجاء كنتيجة لتحرير الفرد من تعسف الحاكم واستبداده، وكرد فعل للاستبداد السياسي الذي ساد أوروبا في العصور الوسطى، فكان بمثابة الدرع الذي يحمي الفرد من طغيان الدّولة، وقد ساعد

ويعتبر أن حريته لا تقيدها غير إرادته، وأنّ الدولة لا تتدخل إلا من أجل ضمان هذه الحرية وحمايتها، وبالتالي فإن العقد يجد مصدره في إرادة الفرد، تلك الإرادة التي لا يمكن أن تكون في غير صالح صاحبها، مما يحقق مصلحة الطرفين معا[1].

وقد توسع أنصار هذا المبدأ،[2] فنسبوا إلى الإرادة الدور الأساسي والمصدر الرئيسي لبقية الحقوق الأخرى غير تلك التي تنشأ عن العقد، وهكذا؛ ففي نظرهم فإن حق الملكية إنما ينشأ عن حرية الإرادة، كما أن حقوق الأسرة مردها أيضا إلى الإرادة المتمثلة في عقد الزواج، وأنّ الميراث قائم على وصية مفروضة، ووسائل التنفيذ الجبري إنما ارتضاها المدين طواعية عندما قبل الاستدانة، بل وأنّ قانون العقوبات هو نفسه نتيجة للإرادة، حيث أن المجرم يكون قد ارتضى مسبقا هذا القانون، كما ارتضى الجزاء الذي يرتبه في حالة مخالفة قواعده، بل وأنّ القانون نفسه إنما هو وليد إرادة الأفراد.

أما فيما يتعلق بمبادئ النظام العام، وقواعد العدالة، ومبادئ التضامن الاجتماعي، وغيرها من القيود القانونية أو الاجتماعية أو الاقتصادية، فلا ينبغي أن تحد من مبدأ سلطان الإرادة، ولا أن تعيق سيره لأنها حينئذ ستحد من حرية الفرد، بل ولا يجوز للقاضي ولا للمشرع أيضا التدخل للحد من المبدأ إلا في أضيق نطاق.[3]

ب- المفهوم الموضوعي لمبدأ سلطان الإرادة:

يقوم هذا المفهوم على منطق مغاير لسابقه، حيث يرى إمكانية تقييد الإرادة لاعتبارات معينة كالنظام العام أو الآداب العامة، بحيث يكون تدخل القانون أو الدولة بغرض حماية حقوق وحريات الآخرين، فالقانون ينبغي ألا يمس بحقوق الأفراد، ولا أن يقيدها، كما ليس للدولة فعل ذلك، لأن حقوق الأفراد وحرياتهم يجب أن تعلو على المجتمع، فإن كان لا بد من وضع قيود أو حدود على هذه الحرية، فينبغي أن يكون ذلك في أضيق نطاق، ومن أجل ضمان حقوق الآخرين، بل

في ظهوره نظريات اقتصادية وفلسفية وسياسية تدعوا إلى إعلاء شأن الفرد وإرادته، فيكون الأفراد أحرارا في نشاطهم الاقتصادي وفي معاملاتهم، ولا يرد على هذه الحرية أي قيد. انظر صديق شياط، المرجع السابق، ص 54.

[1]- حليس لخضر، المرجع السابق، ص 45.

[2]- تمّ الإشارة إليهم في صديق شياط، المرجع السابق، ص 28.

[3]- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص19.

ويرى الكثير من أنصار هذا الاتجاه، ضرورة تفادي التضارب بين حماية الحرية الفردية والاعتناء بمقتضيات الصالح العام والمصلحة العامة[1].

ومثل هذا التصور سيؤدي لا محالة إلى بسط الرقابة على العقود التي يبرمها الأفراد، بحيث لا تصطدم بمصلحة الجماعة، كما لا تتعارض مع النظام العام ولا الآداب العامة، ولذلك فإن مبدأ سلطان الإرادة وفقا لهذا المفهوم ليس بالمبدأ المطلق، وإنما يخضع لقيود معينة حتى في ظل فلسفة المذهب الفردي، فالإرادة تخضع دائما لقيود معينة، حتى اقترح البعض من أجل هذا الغرض إطلاق مصطلح autonomie partielle، وهو ما يسمى بالسلطان الجزئي للإرادة أو الاستقلال الجزئي للإرادة.

ج- المفهوم المزدوج لمبدأ سلطان الإرادة:

فمن خلال هذا المفهوم قام الفقه بالتمييز بين كل من الحكومة والمجتمع، بحيث رأوا أنه لا يمكن للحكومة من جهة نزع الملكية الفردية أو الاستيلاء عليها دون وجه حق، إلا للضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة، وأن يكون ذلك تحت رقابة القضاء منعا للتعسف، وينبغي أن يكون تدخل الحكومة في مثل هذه الحالات نادرا، إلا في حالة عدم وجود بديل عن هذا الاستيلاء، فإذا انعدم البديل، وتوفرت حالة الضرورة أمكن إعمال هذه الاستيلاء، ولكن تلتزم الحكومة بالتعويض مقابل ذلك بما لا يقل عن سعر المثل، وهو السعر الذي يتعامل به الفرد فيما لو اتجهت إرادته إلى البيع أو الشراء، أما عند الاستيلاء على أرضه فيتم ذلك رغما عنه، وحتى لا يضار من هذا التصرف الصادر عن الحكومة، ينبغي ألا يكون التعويض أقل من ثمن المثل، وفي نفس الوقت، لا يجوز للحكومة أن تصدر قوانين من شأنها تقييد الحريات الشخصية أو حرية الفكر أو العقيدة، أو تحد من حرية الفرد في التصرف، أو تحديد آثارها إلا بالقدر الذي لا يمس بحقوق وحريات الأفراد.[2]

أما المجتمع من جهة أخرى وباعتبار أنّه يتشكل من مجموع الأفراد والفرد جزء لا يتجزأ من هذا المجتمع، ومن ثم فلا يجب منح الفرد سلطة الإرادية في مواجهة المجتمع، بمعنى عدم منح فرصة للمواجهة بين الإرادة التي تمثل المجتمع وإرادة الفرد، فمثل هذه المواجهة ستؤدي لا محالة إلى تصدع علاقات المجتمع، وتخلق المواجهة بين أفراده الذين هم خلايا هذا الكيان، وسيكون الفرد

---

[1]- شريف يوسف خاطر، المرجع السابق، ص19.

[2]- زهدي يكن، المرجع السابق، ص186.

في النهاية هو الضحية الأولى باعتباره الخلية الأساسية التي هي جزء لا يتجزأ من هذا المجتمع ككل[1].

وبالتالي نلاحظ أنّ هذا المفهوم تبنى كلا من المفهومين السابقين بحيث رأى أنه لا يمكن أبدا تقييد مبدأ سلطان الإرادة لأي سبب من الأسباب، وهو ما يمثل المفهوم المطلق، وفي نفس الوقت يمنع على الأفراد ممارسة هذا المبدأ بطريقة من شأنها الإضرار أو التعدي على إرادة الآخرين، وهو ما يمثل المفهوم الموضوعي لمبدأ سلطان الإرادة، ولكن بقى الخلاف قائما دون تحديد أي من المفاهيم الثلاث هو الأصح لتعريف مبدأ سلطان الإرادة.

ثانيا: مضمون مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عنه

سنحاول من خلال هذه النقطة توضيح مضمون مبدأ سلطان الإرادة بالإضافة إلى النتائج المترتبة عنه وذلك من خلال النقاط التالية:

1. مضمون مبدأ سلطان الإرادة:

إذا كان العقد يبنى أساسًا على الإرادة وما تتمتع به من سلطان، فإن ذلك يعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة؛ هذا المبدأ الذي يعني أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها[2].

فللإرادة الحق في إنشاء ما تشاء من العقود غير متقيدة في ذلك بأنواع العقود التي نظمها المشرع في القانون المدني (والتي يطلق عليها العقود المسماة). كما يكون للإرادة الحرية في تحديد آثار العقد، فلا تتقيد بالآثار التي يرتبها المشرع على عقد من العقود فقط، وإنما يكون لها بما لها من سلطان الحرية في تضييق هذه الآثار أو توسيعها أو حذفها. كما يكون للإرادة أخيراً الحرية في تعديل هذه الآثار بعد قيامها، وكذلك في إنهاء العقد بعد إبرامه[3].

فيقوم مبدأ سلطان الإرادة إذاً على مبدأين أساسيين هما، الحرية والمساواة.

فالحرية أساس النشاط، وإذا كان مظهره الإرادة، فالحرية أساسها، وأن الإرادة الحرة لقادرة على أن تزن المصلحة القائمة، وهي مقدرة لهذه المصلحة فعلاً ما دمنا نطلق لها الحرية. وإذا تم

---

[1]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 33.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 141.

[3]– رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1984، ص25.

التوفيق بين إرادتين كل منهما تقرر المصلحة القائمة، ففي هذا التوفيق تحقيق للمصلحة العامة، إذ ليست المصلحة العامة إلا مجموع المصالح الفردية.

أما الأساس الأخر وهو المساواة، فلا يقصد بها المساواة الفعلية، إذ هذه لا يمكن تحقيقها، بل يقصد بها المساواة أمام القانون، فالمساواة القانونية لا المساواة الاقتصادية هي التي تكفل في النهاية تحقيق المصلحة العامة لأن المصلحة الخاصة – وهي أساس المصلحة العامة – لن تتحقق إلا إذا اعتبر الناس متساوين أمام القانون في مظاهر نشاطهم[1].

2. النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة:

يترتب على اعتناق مبدأ سلطان الإرادة عدّة نتائج؛ منها ما تعلّق بمرحلة إبرام العقد، ومنها ما تعلّق بتحديد مضمونه، وأخرى تتعلق بآثاره ويمكن إجمالها فيما يلي:

1. أن يكون الرضا هو العنصر الأساسي اللازم لإنشاء العقد، لذا يجب أن يكون صحيحا وغير معيبا بأي عيب من عيوب الإرادة[2].

2. إن مبدأ سلطان الإرادة يمنح الأطراف الحرية في إبرام أي عقد يرغبون فيه، وفي أن يدرجوا فيه كافة الشروط التي تبدو ملائمة لهم، بالإضافة إلى منحهم حرية إدراج كافة الشروط التي يرونها ملائمة لهم.

3. كما يمكّن مبدأ سلطان الإرادة الأطراف المتعاقدة ابتداع أنواع جديدة من العقود وفق حاجاتهم ورغباتهم؛ كما يتوجب على القاضي من هذا المنطلق عند الاختلاف حول أثر من آثار العقد أن يبحث على النية المشتركة للمتعاقدين، لا أن يطبق عليهما ما يراه، ولو كان عادلا من وجه نظره، كما لا يجوز له بدعوى إتباع قواعد العدالة أن يعدّل فيه، أو أن يضيف له ما ليس منه[3].

4. ومن نتائجه أيضا في هذه المرحلة؛ أن تكون الإرادة وحدها كافية لإبرام العقد، أي بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول، فالتراضي وحده يكفي لإنشاء العقد، وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية[4].

---

[1]– القاضي حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943م، ص66.

[2]– جامع مليكة، المرجع السابق، ص 107.

[3]– حليس لخضر، المرجع السابق، ص 54.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلّد الأوّل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقيقة، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص 163.

ثالثا: العلاقة القائمة بين الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة

لا شكّ أن مبدأ سلطان الإرادة من المبادئ الأساسية الهامة التي تقوم عليها فلسفة القانون المدني، فهو مبدأ يشجع على انتشار المعاملات بين الأفراد في المجتمع، ولا يقيدهم في ذلك سوى حرياتهم الخالصة التي اختارت أن تلتزم قانونا[1]، وبعض الضوابط الأخرى وعلى رأسها النظام العام والذي يضمن ألا تتجاوز حرية الإرادة سقف الأسس والمصالح الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع[2].

ويعرّف مبدأ سلطان الإرادة بأنه قدرة إرادة الإنسان في أن تشرع بذاتها ولذاتها بكل حرية، ولها أن لا تبرم أي التزام بمحض إرادتها، ولا يقيد حرّيتها هاته أي قيد، أما إذا التزمت فإنها تصبح ملزمة بما التزمت به، وبالقدر الذي أرادته، وإذا كان هذا هو مفهوم مبدأ سلطان الإرادة فهل ينطبق ذلك على مبدأ الرضائية؟ أم أنّ لكل منهما مفهوم خاص به؟

بالرجوع إلى المصادر الفقهية، نلاحظ أن الفقهاء[3]، يقسّمون مبدأ سلطان الإرادة إلى قسمين الأول: يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل، والثاني يطلق عليه مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع.

فالسماح للأطراف باختيار نوعية العقد المسمّى (بيع، إيجار...)، الذي من خلاله يتم إعطاء قالب لاتفاقهما، لا يتيح للأطراف أن ينظموا علاقتهم بحرية، وبالتالي استبعاد النماذج التي يحدّدها المشرع، هي الحرية التي تعتبر جوهر مبدأ سلطان الإرادة[4]، فالعقد هو اتفاق وتطابق إرادتين

---

[1]– قايد ليلى، المرجع السابق، ص 8.

[2]– تنص المادّة 93 من القانون المدني الجزائري على أن الالتزام المخالف للنظام العام والآداب العامة باطل بطلانا مطلقا، كما أضافت المادّة 97 من ذات القانون أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة كان التزامه باطلا، وفي هذا الصدد نجد المشرع المدني الفرنسي الجديد في العديد من النصوص يقيد حرية الإرادة بضرورة احترام النظام العام ومن بين هذه المواد:

L'article n°6(code civil dernière modification le 01/07/2022): « On ne peut déroger, par des convention particulière, aux lois qui intéressent, ordre public et les bonnes mœurs ».

[3]– عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية)، التراضي، الجزء الأول، القاهرة، سنة 1958، ص9؛ عماد الدين شربيني، الشخص القانوني، (علاقته، حقوقه، التزامه)، مكتبة عين الشمس، القاهرة، سنة 1973، ص،ص 221،222.

[4]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في القانون الوضعي، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، سنة 2018/2017، ص 27.

مما يستلزم مساهمة كلا الطرفين في وضع هذا الاتفاق، فيحددان معا شروط وبنود العقد عن طريق المفاوضات بينهما[1]، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع.

أما المقصود من مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل؛ كفاية الإرادة في إنشاء التصرّف وتوليد الالتزامات دون أن تفرغ هاته الإرادة في شكل معين، فكل ما هو مطلوب أن يصدر التعبير عنها ولا يهم الصورة التي صدر فيها، سواء باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة أو بأي وسيلة أخرى تؤّدي المعنى المقصود، وهو ما يسمّى بمبدأ الرضائية، أي أن العقد ينعقد بتوافق إرادتين على إنشاء الالتزامات، ولا يكتمل معنى المبدأ إلا إذا فسر بأن توافق الإرادتين يلزم ويكفي للانعقاد.

فحرية الشخص في الدّخول في التعاقد من عدمه، أو عدم السماح له بالدخول في هذا التعاقد، يتقرر بما للإرادة من سلطان في المجال العقدي، أي سلطان الإرادة، أما بعد أن يقرر الشخص التعبير عن رغبته في التعاقد، فإن مبدأ الرضائية هو الذي سيحدد مدى كفاية هذا التعبير لقيام العقد استنادا لنصوص القانون، وفيما إذا كان العقد رضائيا أو شكليا أو عينيا[2].

والملاحظ في العلاقة القائمة بين كل من مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية؛ هو أن الأوّل يعتبر القاعدة العامّة في التعاقد، أما الثاني فهو الذي يحدد مدى كفاية الاتفاقات أو التوافق بين الإرادتين فسيعتبر الإطار القانوني المحدد لكيفية أو كفاية انعقاد العقد، وبتالي يعتبر مبدأ الرضائية جزء من مبدأ سلطان الإرادة.

وبالرغم من أننا اقتربنا من التماس مفهوم مبدأ الرضائية من خلال تعمقّنا في مصطلح مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنّ هذا لا يكفي؛ فلا بدّ من التطرّق إلى مصطلحات أكثر التصاقا بمبدأ الرضائية منها العقود الرضائية والعقود غير الرضائية.

---

[1]– ففي عقد الإيجار مثلا يتفق المتعاقدان على مدّة الإيجار والمدّة، و في البيع يتفق البائع والمشتري بكل حرية على السلعة المبيعة، ويحددان في العقد الكمية المطلوبة ودرجة جودتها وغير ذلك من المواصفات التي يرغبان فيها. راجع، سعدون يسين،أثر الظروف الاقتصادية على العقد،أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 27.

[2]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 35.

البند الثالث: الرضائية وفكرة العقود الرضائية والعقود الشكلية

يشار صراحة في نطاق القانون المدني إلى مصطلح الرضائية عند الحديث عن ذلك المبدأ القائم على الاكتفاء بمجرد التراضي لإبرام العقد دون اشتراط أي شكل أو إجراء آخر[1]، وعليه تقسم العقود بحسب مدى الخضوع لهذا المبدأ إلى عقود رضائية **(أولا)** وأخرى شكلية **(ثانيا)**، وفي الأخير نحاول توضيح العلاقة بين الرضائية وفكرة العقود الرضائية والعقود الشكلية **(ثالثا)**؛ وهذا ما سنتطرّق إليه تباعا:

أولا: العقود الرضائية

يعتبر العقد رضائيا إذا كان يكفي لانعقاده تراضي الطرفين عليه دون الحاجة لأي إجراء آخر، وتمثل العقود الرضائية النسبة الأكبر من العقود في القانون الحديث، مع العلم أن مبدأ سلطان الإرادة يمنح طرفي العقد إمكانية تحويل العقد رضائي، إلى عقد شكلي أو عيني بأن يشترطا مثلا عدم انعقاده إلا إذا أفرغ اتفاقهما في شكل معين، أو إلاّ بتسليم الشيء المتعاقد عليه[2].

ثانيا: العقود الشكلية

من خصوصيات التعاقد في بعض العقود أنه لا يكفي لانعقادها مجرد التراضي، بل لا بد من احترام شكلا خاصا لصحة انعقاد العقد، وبذلك فإن هذه العقود أصبحت محكومة بنظام قانوني ملزم، يشكل قيدا على مبدأ سلطان الإرادة.

ويقصد بالعقد الشكلي عند البعض[3] العقد الذي لا يحتاج إلى توافق إرادتين فقط لانعقاده، بل لابد لخضوعه لشكلية معينة ينصّ عليها المشرع، بحيث لا يمكن للتراضي أن ينتج آثاره بدون إفراغه في عقد رسمي وفقا لما نصّت عليه المادّة 324 من القانون المدني الجزائري، أمام الموظف الرسمي ذي الصلاحية، فالكتابة في هذا النوع من العقود ركن في العقد لا يتم بدونها[4]، وهو ما يعبّر عنه بالشكلية في العقود.

---

[1]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص 45.

[2]- قايد ليلى، المرجع السابق، ص 11.

[3]- محمد المقريني، الشكلية في القانون التجاري، مجلة السلف، العدد 23، نوفمبر 2015، د.م.ن، ص 120.

[4]- زهدي يكن، المرجع السابق،ص 159.

وقد عرّفه البعض الآخر بأنه ذلك العقد الذي يحدد فيه أسلوب التعبير عن الإرادة بصورة إلزامية من قبل المشرع، ويكون عنصرا أساسيا في إنشاءه[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ العقود كانت شكلية منذ القدم، وتطورت بعد ذلك إلى أن صار أغلبها رضائي والقليل منها هو شكلي، وتختلف الشكلية الحديثة عن الشكلية القديمة في أنها أكثر مرونة، باعتبار أنها لا تكفي وحدها في تكوين العقد، بل لابدّ أن تقترن بإرادة المتعاقدين، فالإرادة هي التي يقع عليها الشكل، أما الشكلية القديمة فكانت وحدها هي التي تكوّن العقد، لذلك كان لا يجوز الطعن فيها بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية، فالشكلي إذن كان هو العقد لا الإرادة[2].

ثالثا: العلاقة بين الرضائية وفكرة العقود الرضائية والعقود الشكلية

أساس فكرة العقد الرضائي هو الاكتفاء والتعويل على الإرادة الحرّة السليمة لوحدها لترتيب الآثار القانونية في المجال التعاقدي فلا حاجة لإفراغ مضمونها في شكل معين، ولا حاجة أيضا للقيام بأي تصرّف مادّي آخر يقع على محل العقد مثلا، ليتجسّد هذا العقد في الوجود ويصبح ملزما لطرفيه، فهذا الأمر مرهون فقط بمدى التطابق الإرادي الحاصل بين الموجب والقابل، وحقيقة أنّ هذا الطرح يتلاءم وطبيعة المعاملات المدنية المتعدّدة، والمتشعّبة، والسريعة، والتي يجب أن تتسم بنوع من المرونة بعيدا عن أي تعقيد[3].

إلاّ أن انتشار مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين بخصوص كيفية إبرامها للعقد لم يدم طويلا، وقد بدأ يتراجع مع مطلع هذا القرن لأسباب عدّة، منها ما يخص المصالح الفردية[4] ومنها

---

[1]– وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية، مجلة المحقق للعلوم القانونية، سنة النشر 2011، العراق، ص9.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلّد الأوّل، الطبعة الثالثة الجديدة، المرجع السابق، ص152.

[3]– قايد ليلى، المرجع السابق، ص 12.

[4]– للرضائية مساوئ قد تضرّ بالمصلحة الفردية من بينها؛ تسرّع المتعاقد في إبرام العقد قبل أي يقدّر الأمور حقّ قدرها، وقد يغفل عن مسائل هامّة، وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه. راجع، على فيلالي، المرجع السابق، ص 231.

ما يتعلّق بالمصلحة العامّة[1]، فأصبحت الشكلية على اختلاف صورها ركنا أساسيا لتكوين عدد معتبر من العقود الهامّة[2].

وفي الأخير يمكن القول أنّ العلاقة القائمة بين كل من مبدأ الرضائية والعقود الرضائية وغير الرضائية، هو التراضي أي أن الأساس التي تقوم عليه هو تراضي الطرفين، حتى وإن كانت العقود لا يعتبر لها وجود إلا من خلال إفراغها في شكل معيّن إلا أنّه لا يمكن الاستغناء عن إرادة الطرفين فلا يمكن تصوّر قيام عقد وإحداثه للأثر القانوني المقصود منه إلاّ من خلال انصراف الإرادة إليه، واقترانها بإرادة أخرى تطابقها، فالإرادة هي أساس كل عقد رضائي كان أو غير رضائي.

الفرع الثاني: مراحل تطور مبدأ الرضائية تاريخيا

من الثابت تاريخيا أن مبدأ الرضائية لم يظهر إلا بعد تطّور طويل حيث لم تكن الإرادة في حد ذاتها كافية لإنشاء التصرف دون إفراغه في شكل آخر، فلم يكن هذا المبدأ مصدرا للالتزام لأسباب متعددة، حيث أنّ المبادلات في المجتمعات القديمة كانت على درجة من البساطة وعدم التعقيد، ذلك أنها كانت مبنية على التعامل الفوري لتلبية الحاجات الأساسية للمتعاقدين، ونادرا ما كان يتم تنفيذ الالتزام في المستقبل، وكانت المبادلات التي أساسها العقد تجتل مكانة متواضعة، وكان الاقتصاد يقوم أساسا على الزراعة والري، فكل أسرة تقريبا تستهلك كل ما تنتجه، ما أن العلاقات كانت تعتمد على الطقوس الدينية.

ومن أجل الغوص أكثر في التطوّر التاريخي لمبدأ الرضائية فلا بدّ التطرّق أولا إلى تطوره في القانون الروماني في **بند أوّل**، ثمّ نتطرّق إلى تطوره في القانون الكنسي في **بند ثان**، وفي الأخير نتطرّق إلى تطوره في القانون الفرنسي في **بند ثالث**.

---

[1]– تستدعي المصلحة العامّة بدورها شكلية عامّة في العقود، وبما أن وظيفة الدّلة قد تطوّرت وأصبحت تتكفل بالميدانين الاجتماعي والاقتصادي، مما يجعلها تهتم بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد، لذلك فالدولة وهي تقوم بسيير وتوجيه المنظومتين الاقتصادية والاجتماعية يجب أن تدرج المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون العموميون والخواص، وحتى المواطنون ضمن السياسة الوطنية التي تنتهجها البلاد. راجع، علي فيلالي، المرجع السابق، ص 231.

[2]– قايد ليلى، المرجع السابق، ص 12.

البند الأوّل: مبدأ الرضائية في القانون الروماني

لو ألقينا نظرة على طبيعة القانون في مدينة روما التي أسست في منتصف القرن الثامن قبل الميلاد، لوجدناه قانونا بدائيا، وضع لكي يحكم شعبا صغيرا يعيش على الزراعة عيشة تكاد أن تكون بدائية، ولم يكن يسري إلا على الرومان دون سواهم من الأجناس الأخرى، لذا فإن العلاقات القانونية، مع قلتها، كانت تتميز بأنها غاية في البساطة، ويستوجب كل تصرف قانوني العناية به والاحتفال بأمره[1].

ولم يعترف القانون الروماني في أي عصر من عصوره بمبدأ الرضائية بشكل كامل، بل كانت العقود محاطة حينئذ بشكليات صارمة يعبر عنها بحركات أو الإشارة أو الألفاظ أو غيرها من الأشكال المرسومة التي ينشأ معها الالتزام صحيحا[2]، فأية هفوة أو خطأ، حتى لو كان غير مقصود؛ في إتمام هذه الإجراءات أو الصيغ يستتبع بالضرورة بطلان التصرف، لأنّ الحق أو الالتزام ينشأ عن الأوضاع الشكلية ذاتها وليس من اتفاق الطرفين، وهو ينشأ بمجرد القيام بتلك الإجراءات، والتفوه بالعبارات المقررة بغض النظر عما قد يشوب الإرادة من عيوب، وبغض النظر كذلك عن وجود أو عدم وجود سبب للالتزام[3]، ففي هذا القانون لم يكن للإرادة أي تأثير على التصرفات التي تنشأ بين

---

[1]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص120.

[2]– الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأوّل: أركان العقد، الطبعة الثانية، سنة 1997، ص50.

[3]– فإذا نقل شخص ملكية شيء مملوك له عن طريق الإشهاد مثلا، وأتم جميع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون لصحة الإشهاد، وتلفظ بالعبارات الرسمية المنصوص عليها في حضور الشهود، فإن ملكية الشيء تنتقل إلى الشخص الذي تمّ الإشهاد لمصلحته، أي إلى المكتسب، فقد يكون أحد الطرفين لا يتمتع بالحرية الكاملة، وربما يكون قد وقع في غلط نتيجة لأعمال الغش والتدليس التي ارتكبها الطرف الآخر، كل هذا لا يهم في شيء، لأن مثل هذه الوقائع لا تؤثر إطلاقا على النتيجة النهائية، وهي صحة التصرف وبتالي لا يستطيع؛لا القاضي، ولا القانون الذي سكت على سد النقص فيه، بل يجب عليه أن يحكم على المدعى عليه بأن يقوم بتسليم الشيء محل الإشهاد، وإلا يتعرض للمكتسب في حيازته الشرعية التي آلت إليه بمجرد إتمام الإجراءات الشكلية والتلفظ بالعبارات الرسمية التي ينص عليها القانون، لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع راجع:

CF, L.De sainte croix, étude sur l'exception de dol en droit romain, thèse pour le doctorat, faculté de droit de paris, th. Paris, 1892, cette thèse est partagé dans ce site: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5617640g/f18, P.4-5.

.

الأفراد[1]، وبالتالي كان من النتائج الطبيعية لهذا القانون عدم الاعتراف بفكرة الغبن، فالغبن لا يعيب الرضا ولا يؤثر في صحة العقد ما دام العقد قد استوفى الشكليات المقررّة،وما على المتعاقد إلاّ أن ينفذ التزامه[2].

ولقد أقرّ القانون الروماني [3] قاعدة والتي تقضي بأن الاتفاق المجرّد بين المواطنين الرومان لا تتولد عنه دعوى،[4] وأهم التصرّفات الشكلية التي عرفها القانون الروماني في بدايته هي التصرّف بالسبيكة والميزان[5]، والدعوى الصورية، بالإضافة إلى الاشتراط الشفهي[6].

وكما أنّ هذه الإجراءات الشكلية لا تعمل فقط على إنشاء الالتزام فقط بل تعمل كذلك على إنهاءه؛ فالصيغ الخاصة بانقضاء الحقوق كانت تتطابق تماما مع الصيغ الخاصة بإنشاء الحقوق، إذ يكفي أن تستعمل في الأولى صيغ العكسية للثانية، وهذا ما يعرف بمبدأ تطابق الأشكال[7] .

---

[1]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص121.

[2]– حليس لخضر، المرجع السابق، ص 23.

[3]–لم يكن القانون الروماني معنيا في بادئ الأمر باعتبارات العدالة، حيث يكون التصرف في أغلب الأحيان مشوبا بغلطأو إكراه أو تدليسأو تكون الإرادة فيه معدومة، أو يكون الهدف أو الغرض الذي تتجه إليه الإرادة متخلف أوغير مشروع، إلاّ أن القانون الروماني أوجد دعويين من أجل التخلص من آثار التصرف القانوني الصحيح شكلا الذي يخفي إرادة معيبة في فحواه، فالأولى تدعى ب (condictio indebiti) وهي دعوى تستعمل من أجل رد المدين ما دفع، والثانية يطلق عليها (condictio sine causa)وبها يتحرر المدين من التزامه إذا لم ينفذ الطرف الآخر التزامه، وتدخل قانون الشعوب لصالح المدين بوسيلة أخرى متمثلة في الدفع بالغش. راجع، حدّي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2013/2012، ص 11، الهامش رقم 2.

[4]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 37.

[5]– وطريقة انعقاده هي أن يحضر الطرفان خمسة شهود على الأقل، وحامل الميزان فيقول مكتسب الملكية صيغة خاصة تفيد اكتسابه الملكية ثمّ بعدها يضرب الميزان بسبيكة نحاسية ثمّ يسلم هذه السبيكة إلى المتنازل عن الملكية. راجع، صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، 1964، ص7 وما بعدها.

[6]– أمّا الاشتراط فهو عقد شفهي في صورة سؤال من الدائن إلى المدين عن قبوله التعهد وإجابة المدين بالموافقة،ويصبح هذا الاشتراط نافذا ولو كان المشترط مازحا أو شاب رضاه غلط أو إكراه أو تدليس، أو كان سبب التزامه غير مشروع.

وكانت الإجراءات المستعملة هي نفس الإجراءات السابقة أي بالسبيكة والميزان، لكن مع تغيير صيغة المستعملة.

انظر، صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، المرجع السابق، ص7 وما بعدها.

[7]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص125.

فالحكمة إذا في القانون الروماني تكمن في التضحية بالموضوع الجوهر أيا كان من أجل الحفاظ على الشكل والمظهر، فإذا كان رضاء أحد الطرفين معيبا لوجود غلط أو إكراه أو تدليس، أو إذا كان التزامه لا سبب له أو توقف سببه ولم يعد له وجود، فإن تعهده يظل مع ذلك صحيحا واجبا تنفيذه، طالما أنه قد استوفى الشكل الذي قرره أو نص عليه القانون.

إنّ هناك مبدأ أساسيا يحكم الشرائع جميعها، وهو أنه بقدر ما يتقدّم المجتمع صوب المدينة والحضارة، تتحرر العقود والتصرفات القانونية فيه من قيود الشكلية والرسمية، وقد كان هو حال روما التي تحضرّت وانصقلت شمائلها بعد أن خرجت من عزلتها واتصلت بالبلاد الأخرى في أعقاب الفتح والغزو، وازداد بالتالي حجم النشاط التجاري بين الرومان وغيرهم من الأجانب، إذ أخذت العقود تتحرر تدريجيا من قيود الشكلية لما تتطلبه التجارة من سرعة ومرونة في إجراء التصرفات القانونية[1]. الأمر الذي أدّى إلى تطوّر القانون الروماني الذي واكب تطوّر الحضارة الرومانية والتقدّم الاجتماعي، وبالتالي ظهر التمييز بين الشكل والإرادة في بعض العقود[2].

وقد تطلب تحوّل العقود من شكلية إلى رضائية جهدا من جانب الفقهاء والبريتور[3] الذين عملوا دون ملل على التخلص من جمود الصيغ الشكلية، ولا شك في أنهم قد نجحوا في ذلك، وكانت ثمرة جهدهم بعد مرور قرون طويلة متمثلة في مبدأ القاضي بأن في جميع الحالات التي لا يتطلب فيها القانون صراحة شكلا معينا لإتمام التصرف القانوني، يكون العاقدان أحرارا في اختيار الطريقة التي يعبران عن إرادتيهما[4]، فحررّ العديد من العقود وجعلها رضائية بعدما كانت شكلية بحثا، ومن

---

[1]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص129.

[2]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص51.

[3]– يقصد بكلمة البريتور الحاكم الشرعي يعمل على تنظيم التقاضي في المسائل المدنية، وكان هذا الأخير يعين لسنة واحدة يعمل من خلالها على إصدار منشور يتضمن القواعد التي يسير عليها قبول الدعاوى والدفوع، إذ يحاول كل بريتور إستبقاء من قواعد سلفه القواعد التي يراها مناسبة، أما القواعد المتبقية فيعدل بعضها أو يضيف عليها، إلى أن ينشأ من مجموع هذه القواعد ما يطلق عليه إسم "المنشور الدائم" و قد تمّ في أواخر القرن الثاني قبل الميلاد تجميع قواعد المنشور الدائم في قانون عرف بإسم القانون البريتوري.راجع في ذلك موسوعة التاريخ، البريتور الروماني، مقال منشور على منتدى عريق، أطلع عليه بتاريخ 2022/10/27، المنشور على الرابط التالي: https://areq.net/m.html.

[4]-مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص131.

بين هذه العقود: عقد البيع والإيجارة والوكالة والشركة[1]، والواقع أنّ هذه العقود لم تنشأ دفعة واحدة، إنما كان أسبقها في الظهور عقد الشركة، وذلك في أواخر عهد الجمهورية، ثمّ تلاه بعد قليل عقد الوكالة، ثمّ جاء بعد ذلك عقد البيع وتلاه عقد الإجارة، وعلى أي حال فقد ظهرت هذه العقود الأربعة خلال القرنين الثاني والثالث قبل الميلاد، وواصلت رحلة تطورها حتى نهاية العصر الكلاسيكي[2].

ورغم هذا الاتجاه نحو الرضائية بقيت الشكلية السمة العامة لهذا القانون[3]، فلم يعرف هذا المبدأ التطور الذي يجعله معترف به بوجه عام، ومن تم يمكن القول أنّ مبدأ الرضائية كان مسلوبا في القانون الروماني كلاّ أو جزءا، كما لم تكن الشخصية في روما لكل إنسان، بل كانت امتيازا لمن يتمتع بمواصفات خاصّة[4].

البند الثاني: مبدأ الرضائية في القانون الكنسي

انتهينا مما سبق أنه رغم المجهودات التي بذلها فقهاء القانون الروماني خصوصا في القرون الوسطى، لأجل التحرر من الشكلية، والانتقال إلى الرضائية إلاّ أنّ هذا الأمر بقى بعيد المنال ولم يتحقق، فكان لابدّ من تدخّل مبادئ جديدة لتحقيق هذا الغرض، تمثلت في تعاليم الديانة المسيحية التي نادى بها فقهاء القانون الكنسي.

فقد اتجه القانون الكنسي منذ فجر تكوينه إلى تغليب مبدأ سلطان الإرادة على مبدأ الشكلية، وذلك كنتيجة حتمية لما تتضمنه المسيحية من الدعوة إلى الاحترام العهود والتزام الإنسان بعباراته، وقد تضمن القانون الكنسي في القرنين الرابع والسادس من الميلاد كثيرا من النصوص التي تشبه الكذب بالحنث واليمين، وتعتبر مجرد الوعد المنطوق به كالوعد المؤيد باليمين، أضف إلى ذلك أن الكنيسة كانت، حتى القرن الحادي عشر ميلادي، شديدة العداء لليمين، وكانت تدعو دائما أتباعها إلى عدم القسم بالله خشية الحنث في اليمين، كل ذلك أدّى بطبيعة الحال إلى احترام الإرادة

---

[1]– جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحوّلات العولمة وتطوّرات القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان الأردن، سنة 2012، ص 157.

[2]– شفيق شحاتة، نظرية الالتزامات قي القانون الروماني، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، سنة 1963، ص139.

[3]– جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص 157.

[4]– حليس لخضر، المرجع السابق، ص 24.

والاعتراف لها بالقدرة على إبرام العقد وتعديله حتى ولو لم يتم احترام الشكلية التي عرفها القانون الروماني[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ الشكلية في النظام الكنسي لم تختفي وتستقل الإرادة بتكوين العقد إلاّ تدرجا، وقد استمرّت الشكلية في أوضاعها السابق بيانها إلى نهاية القرن الثاني عشر[2]، حين استند الفقيه "Gratien" إلى النصوص الكنسية القديمة للقول بأن عدم الوفاء بالوعد يعدّ خطيئة دينية، وذلك على الرغم من عدم وجود أي جزاء أو عقوبة يقررها القانون الكنسي لضمان تطبيق هذا المبدأ[3].

وفي عام 1212 ميلادية كتب"Johannes teutonicus" لأول مرّة في حاشيته تعليقا على مرسوم "Gratien" مؤكدا أن الاتفاق المجرد تنشأ عنه دعوى، لكي يقلب ذلك رأسا على عقب، قاعدة القانون الروماني القديمة التي كانت تقضي بأن الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى، وقد استقر مبدأ الوفاء بالعهد بصورة نهائية في القانون الكنسي عندما أصدر "Grégoire IX" مجموعة الفتاوى البابوية في سنة 1234 ميلادية التي جاءت مؤكّدة على ضرورة الوفاء بالعهد أيا كان نوعه[4].

ومع مطلع القرن الثالث عشر عرفت هذه الفترة اضمحلال الشكلية شيئا فشيئا، واضمحلال الشكلية يعني بروز مبدأ الرضائية وظهوره في المعاملات، والذي ساعد على هذا التطوّر تأثر الناس في حياتهم بالديانة المسيحية وإعتناق كثير منهم لها[5]، حيث تبنّى فقهاء الكنيسة[6] حماية الاتفاق المجرّد ورتبوا عليه آثار قانونية، حتى وأن لم يكن مفرغ في شكل معيّن، بحيث أصبح الاتفاق المجرّد يولّد دعوى أمام الكنيسة، وأصبحت الدّعوى على ضوئه تجبر المتعاقد المتراجع على التنفيذ، وتجدر

---

[1]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص132.

[2]– حليس لخضر، المرجع السابق، ص 24.

[3]– جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص159.

[4]– شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص142.

[5]– محمد علي محمد بابكر أبو سبيحة، سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، قسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة الخرطوم، ص 7.

[6]– تميّز الفقه الكنسي بمروره بثلاث مراحل كان يقوده في كل مرحلة من مراحله أحد القسيسين المسيحيين، وقد كانت أولى هذه المراحل في النصف الثاني من القرن الرابع، وقد تولاّها القدّيس أمبروز، والمرحلة الثانية كانت مع بداية القرن الخامس، وكان يتزعّمها القدّيس أوغستين، أما المرحلة الثالثة فقد أخذت مكانتها مع النصف الثاني من القرن السادس،وقد تشكل في كل مرحلة من هذه المراحل مبدأ سلطان الإرادة بشكل خاص به.راجع، صديق شياط، المرجع السابق، ص 37، هامش رقم 2.

الإشارة إلى أنّ هذه القاعدة لم تكن قائمة على أساس أن الإرادة هي جوهر العقد كمبدأ قانوني عام[1]، وإنماّ كانت قائمة على فكرة دينية محضة قوامها أنّ الإنسان يلتزم بالوفاء بالوعد والعهد، فكان المتعاقد إذا أقسم على احترام عقده، ولو لم يفرغه في شكل مخصوص، عدّ الحنث باليمين خطيئة يعاقب عليها، بل كان مجرّد عدم الوفاء بالوعد خطيئة دينية[2].

فمن خلال ما سبق يمكن القول أنه كان للقانون الكنسي دور في جعل أثر الإرادة يقوى شيئا فشيئا في تكوين العقد، حيث أصبحت القاعدة في القانون الكنسي هي رضائية العقود، من خلال جعلها المبدأ العام في التعاقد لا مجرد استثناء مثلما كان عليه الحال في القانون الروماني.

البند الثالث: مبدأ الرضائية في القانون الفرنسي

ظهر في القرنين الحادي عشر والثاني عشر ميلادي في وسط فرنسا مصطلح يعرف بـ" الاتفاق المجرد Convenientia"؛ وهو مصطلح مشتق من الكلمة اللاتينية "Convenire"، أي اتفق، وكان يقصد به في القرون الوسطى السائدة في فرنسا توافق الإرادتين على إحداث أثر قانون معين، ويستعمل للتعبير عن كل اتفاق تكفي فيه الإرادة وحدها لإنشاء الالتزام، أي ينعقد بمجرد التراضي وبدون حاجة إلى استعمال إشارات خاصة أو ألفا! معينة[3].

إلا أنه وبالرغم من أن بعضا من المفكرين، من أمثال "Duns scotus" و"Ockham"، قاموا ينتصرون لمبدأ الرضائية، معلنين أنّ الإرادة هي التي تقود العقل، وأنها هي سبب تصرفه، إلا أنّ هذا المبدأ لم تثبت دعائمه إلا في القرن السادس عشر[4]؛ وكان الفضل للنظريات الاقتصادية والفلسفية والسياسية، المشبّعة بالروح الفردية، التي حلّت محل المبادئ الدينية، فالاقتصادية نادت على ترك الناس أحرارا في نشاطهم الاقتصادي وفتحت أبواب المنافسة، وترك تحديد الأسعار عن طريق المنافسة وقاعدة العرض والطلب، لا من طريق تحكمي يمليه المشرع، ومعنى هذا أنّ الإرادة هي التي تسيطر في الميدان الاقتصادي، أما النظريات الفلسفية والسياسية أجمعت في ذلك العصر

---

[1]– عليان عدّة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2016/2015، ص 93.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص 143.

[3]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص137.

[4]– جميل محمد بني يونس، المرجع السابق، ص160.

على حرية الإنسان واحترام إرادته، فحسب هذه النظريات أن هذه الحرية تحقق مصلحة الفرد وبتالي مصلحة الجماعة[1].

وقد بلغت هذه النظريات أوجها في القرن الثامن عشر[2]، وكانت تستند خاصّة إلى القانون الطبيعي، الذي ذهب أنصاره إلى أنّ الإنسان يصاحبه منذ ولادته حقه الطبيعي في الحرّية، وبمقتضاه يستطيع أن ينشأ ما يشاء من التصرّفات ويقوم بتنفيذها بإرادته الحرّة، ودور القانون هو منع التعارض بين هذه الحقوق وحماية هذه الحرّيات، وهكذا يفسح المجال أمام الإرادة الحرّة التي لها الحق وحدها في الالتزام وإنشاء الحقوق[3].

وما يجب الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنّ هذه النظريات والأفكار جميعها قد مهدت للثورة الفرنسية وقامت عليها، وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر، فوضع قانون نابليون سنة 1804 مكرسا لمبدأ الرضائية[4]، وإن لم يذكر ذلك صراحة، إلا أننا نستشفه من خلال نصوصه، حيث قام هذا القانون على أساس تقديس حرية الفرد واحترام إرادته، وقد نتج عن هذا كله عدم الاعتراف بأي تشريع أو قانون يقوم على تقييد إرادة الفرد، وهكذا أصبحت الإرادة الحرّة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام، وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد، فتثبت للشخص كامل الحرية في إبرام ما يشاء من العقود بحيث لا يحد من هذه الحرية إلا اعتبارات النظام العام والآداب العامة[5].

ومن خلال ما سبق نستنتج أنّ القانون الفرنسي سار في نهج الرضائية ومنه أخذ القانون المدني الفرنسي، حيث تمّ استبدال الأساس الديني لحرية الإرادة بأسس فلسفية وسياسية ونظرية، كان لها الفضل في وصول حريّة الإرادة حدّا أصبحت معه حرّة طليقة من أي شكل أو قيد عند إنشاء العقد وتكوينه، ولم يمض طويلا من الوقت حتى عبرت هذه النصوص حدود القارة الأوروبية، بعد أن تغلغلت في العديد من تشريعاتها، لكي تستقر في أعماق القانون الجزائري وأغلب التشريعات العربية[6].

---

[1]– حدّي لالة احمد، المرجع السابق، ص14.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص 144.

[3]– خالد بن مخلوف، دور الإرادة في تجديد عقد الإيجار التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2016، ص 96.

[4]– حدّي لالة احمد، المرجع السابق، ص14.

[5]– عليان عدّة، المرجع السابق، ص98.

[6]– مصطفى سيد أحمد صقر، المرجع السابق، ص141.

المطلب الثاني: مضمون مبدأ الرضائية

يرى بعض الفقهاء ومن أبرزهم الفقيه الفرنسي "جاك غستان"، أن مبدأ الرضائية هو مظهر من مظاهر التفسير الواسع لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة من حيث الموضوع هو حرية اختيار مضمون العقد فإنّ مبدأ سلطان الإرادة من حيث الشكل هو حرية المتعاقدين في اختيار شكل العقد[1].

فبتأثير من المدارس الفلسفية التي ركزت على سلطان الإرادة وحرية التعاقد، وبتأثير من القانون الكنسي وضرورة احترام العهود، يعتبر العقد صحيحا بمجرد تراضي طرفيه، من دون شكليات، وهو ما يعرف بمبدأ الرضائية، بحيث يصبح العقد من وجهة نظر فلسفية له نفس القيمة والأهمية التي يتمتع بها القانون[2].

فيهيمن هذا المبدأ على نقطتين أساسيتين تتمثل أولاهما في طرق التعبير عن الإرادة المؤدية إلى إبرام العقد، بالإضافة إلى هيمنته على مبدأ الشكلية في التعاقد؛ وهذا ما سنحاول شرحه في الفرعين التالي تفصيلهما.

الفرع الأوّل: هيمنة مبدأ الرضائية على طرق التعبير عن الإرادة

من بين المجالات التي يحتضنها هذا المبدأ هو التعبير عن الإرادة؛ وحيث أنه من أبرز الحقائق الثابتة في نطاق علم القانون أنّ الإرادة هي ظاهرة نفسية خفية، لا يمكن الركون إليها إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي في شكل مادي محسوس، ويتمّ التعبير عنها بكل حرية من خلال اختيار الوسيلة التي تظهرها إلى العالم الخارجي، فهي قد تبدو في شكل صورة أو لفظ أو كتابة أو إشارة متداولة عرفا أو معطاة أو تتخذ أي مسلك لا يثير لبسا في دلالته عليها، وهذا ما جاء في نص المادّة 60 من القانون المدني الجزائري التي نصّت علىإنّ: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة،أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

---

[1]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 30.

[2]– حليس لخضر، المرجع السابق، ص 50.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا." وبتالي يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما يجوز أن يكون ضمنيا إذا لم يتفق الطرفان على أن يكون صريحا، وهذا ما سنشرحه في النقاط التالية.

البند الأوّل: التعبير الصريح عن الإرادة:

يظهر مبدأ الرضائية عند التعبير الصريح عن الإرادة؛ عندما يُترك للأطراف الحرية في اختيار وسيلة التعبير عن الإرادة دون تقييدهم بوسيلة معيّنة؛ بحيث يتم اختيار وسيلة تعبر عن الإرادة بشكل مباشر، فيتمّ التعبير إمّا عن طريق الكلام أو الكتابة أو الإشارة أو نحو ذلك؛ فيتمّ التعبير الصريح عن طريق الكلام؛ بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة، وقد يؤدّي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤدّيها بالواسطة كالمخاطبة التليفزيونية وكإيفاد رسول لا يكون نائبا، وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها، عرفية كانت أو رسمية، في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان، موقعا عليها أو غير موقع عليها، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى[1]، أصلا كانت أو صورة، ومن البديهي أنّ الإثبات بالكتابة يتطلب شروطا أشد مما يتطلبه التعبير عن الإرادة، كما تركت الحرية للأطراف في التعبير عن إرادتيهما من خلال الإشارة المتداولة عرفا؛ فمثلا إشارة الأخرس المفهوم معناها فحتى هي تعتبر تعبير صريح عن الإرادة، وأية إشارة غير إشارة الأخرس كالإشارات المتعارف عليها بين الناس، مثلا كهز الرأس عموديا دلالة على الموافقة وأفقيا دلالة على الرفض، فكلها اعتبرت تعبيرا صريحا عن الإرادة، وقد يكون التعبير صريحا باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، كعرض التاجر لبضاعة على الجمهور مع بيان أثمانها يعتبر إيجابا صريحا[2]، وقد يتمّ التعبير الصريح عن الإرادة إلكترونيا؛ في بيئة تتسم باللامادية، وتتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، كمواقع التواصل الإجتماعي، أو عبر البريد الإلكتروني...إلخ فالمشرّع الجزائري لم ينصّ صراحة في القانون المدني على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، إلا أنه يمكن

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص 176.

[2]– أحمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، وغيره، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني، دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلّد 43، سنة 2016، ص480.

أن يستدل على موقفه من هذه الأخيرة من خلال القواعد العامة الواردة فيه[1]، على العكس وبالرجوع إلى قانون التجارة الإلكترونية الجزائري نلاحظ أن المشرّع الجزائري اعترف حقيقة بالتعبير الصريح عن الإرادة الإلكتروني وهذا ما نستشفه من خلال نص المادّة 06 منه في فقرتها الأولى عندما عرّفت التجارة الإلكترونية فذكرت بأنها النشاط الذي يقدّم فيه المورد الإلكتروني إيجابه للمستهلك الإلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد عن طريق الاتصالات الإلكترونية[2]، بالإضافة إلى نصّ المادّة 10 منه حيث ألزم من خلال هذه المادّة أن يكون الإيجاب الصادر من قبل المورّد الإلكتروني في شكل عرض تجاري إلكتروني[3]،هذا وبالإضافة إلى نصّ المادّة 12 التي نصّ فيها على أن يكون اختيار المستهلك الإلكتروني معبّرا عنه بصراحة[4]؛ معنى تبنّي المشرّع الجزائري التعبير عن القبول الإلكتروني من خلال هذا القانون فمادام الإيجاب قد تمّ إلكترونيا فحتّى

---

[1]– حيث جاء في نصّ المادّة 64 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "...إذا صدر الإيجاب من شخص لآخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"، فعبارة "بأي طريق مماثل" تدّل على أنه يجوز للنص أن يمتدّ ليشمل كافة الوسائل الإلكترونية، زيادة على ذلك يمكن استنتاج موقف المشرّع الجزائري من خلال التعديل الذي أقر بموجبه الكتابة في الشكل الإلكتروني ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري من خلال نصّ المادّة 323 مكرر، 323 مكرر1 و 2/327، من القانون المدني الجزائري، وبالتالي يمكن القول أنه لا يوجد أي إشكال من توسيع مجال التعبير الصريح عن الإرادة، ليمتدّ بذلك ليشمل التعبير الإلكتروني طريق وسائل إلكترونية، لكن على الرغم من ذلك لا يمكن تفسير النصوص القانونية تفسيرا موسعا لأنه لا اجتهاد مع صراحة النص القانوني، فيبقى بذلك عدم الاعتراف الصريح للمشرع بإعمال هذا النمط من التعبير في القانون المدني، ولكن مع ظهور قانون التجارة الإلكتروني في الجزائر سنة 2018 فصل في الأمر واظهر نية المشرّع الجزائري في تبنيه التعبير الإلكتروني عن الإرادة، راجع في ذلك مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى للنشر، الجزائر، سنة 2009، ص 135–136، بالإضافة إلى القانون رقم 05/18، المؤرخ في 2018/05/10، المتضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 2018/05/16.

[2]– عرّفت المادّة 01/06 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري التجارة الإلكترونية على أنها "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

[3]– نصّت المادّة 10 من قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني".

[4]– نصّت المادّة 12 من قانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي: "تمرّ طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية:

... يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة...".

القبول هو كذلك يتم التعبير عنه إلكترونيا، ولم يحدد المشرّع الجزائري في هذا القانون وسائل التعبير عن الإرادة بل اكتفى بذكر مصطلح "الاتصالات الإلكترونية" بمعنى ترك مجال مفتوحا للتعبير عن الإرادة بأي وسيلة إلكترونية كانت.

البند الثاني: التعبير الضمني عن الإرادة

تجدر الإشارة إلى أنّ مبدأ الرضائية لم يتوقف عند مجرد تمكين الأطراف من التعبير عن إرادتيهما صراحة دون تقييدهم بوسيلة معينة وفقط، بل تعدّاها إلى غاية تمكين الأطراف بالتعبير عن إرادتيهما ضمنا؛ بمعنى أنّ التعبير عن الإرادة يتخذ مظهرا ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، مثل ذلك الذي يستخدم منزلا ليس بملكه ولكن عرض عليه أن يشتريه فيتصرف فيه تصرف المالك، ففي هذه الحالة ومع هذا التصرف يعتبر دليلا لقبوله شراء المنزل[1]، وبالتالي ما يهم في هذا التعبير أن يكون كافيا في التعبير عن الإرادة، ومع ذلك فهناك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة فيها تعبيرا صريحا، ولا يكتفي بالتعبير الضمني، وهي أحوال يراد منها عادة تنبيه العاقد إلى خطورة العقد المقدم على إقدامه[2]، ومثال على ذلك في القانون الجزائري الحالة التي يقدم فيها المستأجر على إنهاء عقد الإيجار قبل انتهاء مدّة الإيجار فاشترط المشّرع من المستأجر تقديم محرر غير قضائي يتضمن إشعارا لمدة شهرين بمعنى أنّ المشّرع الجزائري فرض على المستأجر التعبير عن إرادته في شكل كتابي ولا يجوز في هذه الحالة الأخذ بالتعبير الضمني عن الإرادة[3].

وبتالي فإنّ الشكل الذي تتخذه الإرادة بحرية للتعبير عن نفسها يمثل في الحقيقة تجسيدا لمبدأ الرضائية[4]؛ فهو لا يقيد حريّة الأطراف في اختيار الشكل الذي يعبّران فيه عن إرادتهما، إلا أنه وجب التفريق بين كل من الشكل والشكلية؛ فالشكل هو الذي تتخذه الإرادة بحرية للتعبير عن نفسها؛

---

[1]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص 176.

[2]– أحمد ياسين القرالة، المرجع السابق، ص 474.

[3]– وهذا ما جاء في نصّ المادّة 469 مكرر 1 (جديدة) التي نصّت على ما يلي: "ينتهي الإيجار بانقضاء المدّة المتفق عليها دون الحاجة إلى تنبيه الإخلاء.

غير أنه يجوز للمستأجر إنهاء عقد الإيجار قبل ذلك لسبب عائلي أو مهني، ويجب عليه إخطار المؤجر بموجب محرر غير قضائي يتضمن إشعارا لمدّة شهرين".

[4]– وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية، ص 09.

فهو لا يخرج التصرف من نطاق الرضائية إلى الشكلية، في حين أنّ الشكلية تمثل قيدا على مبدأ الرضائية فهي تحد من قدرة الإرادة على اختيار وسيلة التعبير التي تخرجها إلى العالم الخارجي، إذ يفرض عليها أسلوبا معينا لا بد لها من اتخاذه وإلا كانت عديمة الأثر وهذا ما سنتناوله في النقطة التالي ذكرها[1].

الفرع الثاني: هيمنة مبدأ الرضائية على مبدأ الشكلية

لا يتوقف مبدأ الرضائية عند غلوه على طرق التعبير عن الإرادة، بل تعدّاها ليغلو حتى على الشكلية أو ما يعرف برسمية العقود، حيث تمّ تبنيه كمبدأ عام، يكوّن من خلاله العقد، فلعب دور مهمّ في ضمان صحة العقود، بحيث يعتبر المنشأ الأساسي للتصرفات القانونية، والمسيطر عليها نظرا لدوره الفعّال في إرساء القيم الذاتية للإنسان من جهة ومجال المعاملات من جهة أخرى، بل وأبعد من ذلك شمل هذا المبدأ جميع مجالات الحياة، فرضا الإنسان وحريته في اختيار ما يريد فطرة فطر عليها؛ حيث له الحرية في اختيار ما يتناسب ورغباته وترك كل ما لا يناسبه، وهذا ما سارت عليه القوانين الحديثة[2]، حيث جعلت من الشكلية القانونية[3] استثناءا على قاعدة الرضائية[4].

فبالرّجوع إلى المقصود من مبدأ الرضائية باعتباره يجعل من العقد مبرما ومكوّنا بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول دون الحاجة إلى شكل خاص[5]، فإنّ الرضائية بهذا المقصود تجعل من الشكل عبارة عن وسيلة لا تمس بوجود العقد؛ والدليل على ذلك أنها لا تمنع الأطراف من الاتفاق على إفراغ العقد في قالب معين، سواء من أجل إثبات وجوده [6]، أو من أجل إخضاعه لشكل خاص

---

[1]-Minh Hang Nguyen, vente internationale et droit vietnamien de la vente, la convention devienne de 1980, presses universitaires François-rabelais, tours, 2010,https://books.openedition.org.

[2]- Minh Hang Nguyen,https://books.openedition.org,op-cit.

[3]– وهي الشكلية التي فرضها المشرع، ولعل من الأمثلة النموذجية على التصرفات الشكلية هي تلك التصرفات الواردة على العقار، إذ أنّ القانون قد تطلب فيها استفاء شكل معين وهو إبرام العقد أمام موظف رسمي، وتسجيلها في مصلحة التسجيل والطابع وفي الأخير شهرها في المحافظة العقارية، فإذا لم يستوفي العقد الشروط اللازمة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما جاء في نص المادّة 324 مكرر 1 "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد". راجع، سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 30، هامش رقم 6.

[4]- Minh Hang Nguyen,https://books.openedition.org,op-cit.

[5]- Minh Hang Nguyen,https://books.openedition.org,op-cit.

[6]– ورد على مبدأ الرضائية استثناءات كثيرة، حيث أصبح عدد كبير من العقود خاضعا لصيغة شكلية معينة أهمها الكتابة، لأنه من الناحية العملية، القليل من المتعاقدين الذين يبرمون العقود شفاهة، وذلك لصعوبة إثبات العقد=

لا يكون مشروط لانعقاده، وبالتالي وجب التمييز بين وجود العقد وإثباته، فالعقد يبقى رضائيا حتى لو اشترط القانون الكتابة بإثباته مادام أنّ انعقاد هذا العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي، لأنه إذا تخلفت الكتابة المتطلبة للإثبات فإنه يجوز إثبات العقد بطرق أخرى، كالإقرار واليمين ما لم ينصّ القانون على خلاف ذلك،[1] كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة[2]. ففي كلتا الحالتين يبقى العقد رضائيا، حتى لو اشترط القانون الكتابة من أجل إثباته[3]، ما دام أن انعقاد العقد غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي، والشكلية في هذه الحالة تسمّى بالشكلية الإرادية، فهي ليست إلا تطبيقا محضا لمبدأ الرضائية لأنّ الأطراف اختاروا بمحض إرادتهم إخضاع عقدهم لشكل خاص، دون أن يفرضه القانون عليهم[4].

أما بالنسبة للشكلية غير الإرادية فهي التي يفرضها القانون من أجل قيام العقد؛ فبدونها يعتبر العقد كأنه لم يكن، فإضافة إلى أركان العقد من رضا ومحل وسبب يوجد ركن رابع وهو ركن الشكلية، وهو ما نجده في العقود التي تنقل ملكية العقارات فلا يكفي فيها إرادة الأطراف بل وجب أن تفرغ هذه الإرادة في عقد كتابي محرر من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة[5]، إلا أنه تجدر الإشارة، أن مبدأ الرضائية وإن كان قيّد في مثل هذه العقود إلى أنه يبقى مبدأ رئيسا والشكلية هذه إستثناءا عنه، بحيث لزوم الشكل للانعقاد لا يغني عن تراضي الطرفين، بعكس

=عند حصول النزاع فإذا كانت قيمته تجاوزت حدّا معينا والذي حدده المشرع الجزائري ب 100,000 د.ج طبقا للفقرة الأولى من المادة 333 من القانون المدني الجزائري، فلا يجوز إثباته إلاّ بالكتابة. راجع، بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008/2007، ص29.

[1]– بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 29.

[2]– نصّت المادّة 645 من القانون المدني على ما يلي: " لا تثبت الكتابة إلاّ بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

[3]– في حالة ما اتفق المتعاقدان على إفراغ العقد في قالب معين، سواء من أجل الانعقاد أو من أجل الإثبات، ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد ما لم يتم إفراغه في الشكل المتفق عليه، وبالتالي يكون العقد شكليا.

[4]– وسن قاسم غني، المرجع السابق، ص 23.

[5]– هذا ما نصّت عليه المادّة 324 مكرر 1 التي جاء فيها ما يلي: "زيادة عن العقد التي يأمر القانون بإخضاعها لشكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار.... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد...".

الشكلية القديمة في العصور الماضية كما تطرقنا إليها سابقا، كان فيها ينحصر الاهتمام فقط بالشكل بغض النظر عن تحقيق إرادة الطرفين[1].

فبالنسبة للمشرع الجزائري؛ يتضح من خلال نص المادّتين 59 و60 من القانون المدني الجزائري أنه قد رسّخ مبدأ الرضائية كقاعدة عامة، لما له من دور في تبسيط المعاملات وتسريع العلاقات التعاقدية، إلاّ أنه وضع له حدود تمثل استثناءا على القاعدة العامة وهو ما سنعالجه لاحقا[2].

المبحث الثاني: تراجع مبدأ الرضائية وتقييده في قانون الاستهلاك

إرتبط وجود العقد في المجتمعات البدائية، بمجموعة من الأشكال والطقوس غلب عليها الطابع الديني، فاستمدّ العقد حينها قوته منها وليس من إرادات أطرافه، فالعقد ارتبط بالشكل إلى درجة أن أصبح هذا الأخير هو مصدر وجوده الأوّل، فلا وجود للعقد إذن دون استفاء صيغة معينة، لكن بظهور الفكر الفردي المقدّس للحرية الفردية سيطر مبدأ الرضائية على أغلب المعاملات وبتالي أثّر على الشكلية في العقود، فبدأت تختفي تدريجيا، وأصبحت العقود رضائية.

إلا أنه و بظهور تشريعات الاستهلاك[3] التي ظهر معها ما يعرف بعقود الاستهلاك، عادت الشكلية من جديد لتحيط بهذه العقود، فأحيت هذه التشريعات الشكلية القانونية التي أقرها القانون

---

[1]– احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2004، ص20.

[2]–راجع الصفحة رقم42 وما بعدها.

[3]– مما لا شكّ فيه أنّ تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية؛ وظهور عقود استهلاك غير متوازنة بين أطرافها، وعجز قواعد القانون المدني عن حماية المستهلك، دفعالدولة للتدخل بتشريعاتها في كافة مراحل الإنتاج والتوزيع والتداول واستهلاك السلع والخدمات لحماية المستهلك، حيث صدر أوّل قانون لحماية المستهلك من طرف الولايات المتحدّة الأمريكية سنة 1872 بشأن الخداع والغش، ثمّ امتدت موجة حماية المستهلك لتشمل الدول الأوروبية خاصة فرنسا وهو ما يهمنا في دراستنا هذه، إذ تدخّل المشرّع الفرنسي بعد الأمرين رقم 1484/45 ورقم 1484/45 الصادرين بتاريخ 1945/06/30 المتعلقين أولهما بالأسعار وثانيهما بمتابعة وقمع الأفعال المخالفة للتشريع الاقتصادي وأصدر بعدها القانون رقم 1963/07/02 المتعلق بالدعاية الكاذبة، أما في سنوات السبعينات التي وصفت بعشرية المستهلكين تدخل المشرع لحماية المستهلك بموجب القانون رقم 1137/72 المؤرخ في 1972/12/22 المتعلق بحماية المستهلك في مجال السعي والبيع في المنزل ثمّ أصدر القانون المتعلق بالتوجيه التجاري والحرفي في 1973/12/27 الذي منع بعض الممارسات التجارية القائمة على التمييز، ثمّ توّج المشرع الفرنسي أخيرا كل هذه الجهود بإصدار مدونة الاستهلاك في 1993/07/02، التي جمعت بين ضفتها كل القواعد الخاصة بحماية المستهلك المتفرقة في عدّة قوانين، ومسّ هذا القانون العديد من التعديلات وصدر منه العديد من=

الروماني، لكن بروح جديدة ووسائل متنوّعة ولغايات مختلفة، كما قرّر لها جزاءات تختلف وتلك الغايات[1]، باعتبار أنّ هذه التشريعات ينصب اهتمامها بمرحلة تكوين عقد الاستهلاك، نظرا لخطورة هذه المرحلة على المستهلك، باعتبار أنّ لها دور وقائي علاجي وليس تدخلا بعديا[2]، فتضمنّت

=المراسيم التنظيمية، والجزائر أيضا كغيرها من الدول لم تكن بمنأى عن التطورات التي شهدها العالم في مجال حماية المستهلك، وقد مرّ التطوّر التشريعي لحماية المستهلك بمرحلتين؛ تتمثل أولهما في المرحلة السابقة على صدور قانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، حيث تميّزت هذه الأخيرة ببعض القوانين العامة والتي أسست أسس هامة لتحديد عقوبات بعض الجرائم، حيث تمّ تمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية وخلال هذه الفترة يمكن الحديث عن الغياب الكبير لحركة حماية المستهلك والدفاع عنه، و مع ذلك فقد سجلت هذه الفترة صدور قانونين، يتمثل الأوّل في الأمر رقم 47/75 الصادر بتاريخ 1975/06/17، والذي استحدث المشرّع بموجبه المشرع الجزائري جرائم جديدة أدخلها إلى قانون العقوبات في الباب الرابع تحت عنوان الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، هذا بالإضافة إلى الأمر 65/76 المؤرخ في 1976/07/16 المتعلق بتسميات المنشأ وكان الغرض منه حماية المنتج أصلا وإن تعدت الحماية لتشمل المستهلك أيضا وهي أنواع حقوق الملكية الصناعية، بالإضافة إلى النصوص الخاصة الواردة في القانون المدني المتعلقة بالسكوت التدليسي والالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بالإعلام، أما الثانية فتمثلت في مرحلة ما بعد صدور قانون حماية المستهلك حيث تميّزت هذه الأخيرة بإصدار القانون رقم 02/89 المؤرخ في 1989/02/06 المتعلق بالقواعد العامّة لحماية المستهلك، ويعتبر هذا الأخير البينة الأساسية الأولى لتأسيس نظام قانوني لحماية المستهلك، وظهور هذا القانون كان ذلك نتيجة تبني الجزائر لنظام الاقتصاد الحرّ وما ينجم عن ذلك من أضرار على المستهلك، وقد تلى تبني الجزائر هذا النظام إلى إصدار مجموعة من النصوص التشريعية والتنظيمية، كانت تصبّ جميعها في خانة وضع التدابير والإجراءات التي من شأنها التأكد من ضمان جودة المنتجات، والخدمات للحفاظ على صحة وسلامة المستهلك، وجاء بعده القانون الجديد المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25، ليضيف حماية أكبر للمستهلك، ولمواكبة مختلف التغيرات ويساير الحركة التشريعية الدولية التي تشهد حيوية خاصة في مجال حماية المستهلك، وتعلق بهذا الأخير العديد من النصوص التنظيمية، والذي بدوره مسّه تعديل بالقانون رقم 09/18 المؤرخ في 2009/02/25، هذا ولم يتوقف المشرّع عند حماية المستهلك العادي فقط، بل تعدّاه ليحمي حتى المشرّع الإلكتروني من خلال القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 2018/05/10. راجع في ذلك كلّ من حنين شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك على ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2012، ص8-10؛ مزاري عائشة، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، سنة 2013/2012، ص،ص5،6.

[1]- الزهرة الرزايقية، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 10، الجزائر، سنة 2019، ص 95.

[2]- بخيت عيسى، اثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعيةوالإنسانية، العدد 20، الجزائر، جوان 2018، ص112.

شكليات من شأنها أن تقيد مبدأ الرضائية من بينها؛ شكلية إعلامية تلزم المحترفين بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمستهلكين في عقود الاستهلاك بقصد تنوير رضائهم، بالإضافة إلى مهلة التفكير والتروي، التي تعبّر عن شكلية اتخاذ قرار الارتباط بعقد الاستهلاك[1]، وهذا ما سنحاول التفصيل فيه أكثر في المطالب التالية؛ حيث سنضمّن **المطلب الأوّل** بتراجع مبدأ الرضائية من خلال ظهور الشكلية الإعلامية، أما **المطلب الثاني** سنضمّنه تراجع مبدأ الرضائية من خلال ظهور مرحلة التفكير والتروي.

المطلب الأوّل: تراجع مبدأ الرضائية من خلال ظهور الشكلية الإعلامية

إنّ الاختلال في توازن القوى في العلاقة التي تقوم بين المتدخل من جهة والمستهلك من جهة ثانية التي ولّدتها العقود الرضائية، أظهرت حاجة هذا الأخير إلى الإعلام عن عقد الاستهلاك الذي ينوي إبرامه، وعن كل ما يتضمنه من التزامات، وعن موضوع هذا العقد سواء كان سلعا أو خدمات، من حيث استخدامها ومخاطرها المحتملة، وسعي المتدخل، بالمقابل، إلى الاستفادة من وضعه القوي وقدراته ومهاراته وحرفيته للضغط على المستهلك لاقتناء منتجاته أو خدماته، دفع بالمشرّع سواء الجزائري أو الفرنسي إلى فرض شكلية معينة لعقد الاستهلاك، من أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية من خلال تنوير رضائه سواء بكتابتها أو تسجيلها حتى تصح ومن تمّ تسهل مراقبتها[2].

ومن أجل التعمّق أكثر في هذه الشكلية كان لا بدّ علينا من التطرّق أولا إلى مفهوم الشكلية الإعلامية المؤثرة على مبدأ الرضائية في **فرع أول**، ثمّ نتطرق إلى صيغ الشكلية الإعلامية المؤثرة على مبدأ الرضائية وجزاء تخلفها في **فرع ثاني**.

الفرع الأوّل: مفهوم الشكلية الإعلامية المؤثّرة على مبدأ الرضائية

سنبين في هذا الفرع تعريف الشكلية الإعلامية المؤثرة على مبدأ الرضائية في **بند أوّل**، ثم نتطرّق بعد ذلك إلى مبرّرات بروز الشكلية الإعلامية وتراجع مبدأ الرضائية في عقود الاستهلاك في **بند ثاني**.

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص33.

[2]– بوالباني فايزة، الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر1، سنة 2012/2011، ص44.

البند الأوّل: تعريف الشكلية الإعلامية المؤثّرة على مبدأ الرضائية

تعرّف الشكلية في مجال القانون المدني على أنها وضع يوجب القانون اتخاذه، والالتزام به لانعقاد العقد من أجل حماية مصلحة معينة أو خاصة[1]، ويتضح من هذا التعريف أنّ الشكلية القانونية هي استثناء على الأصل العام والمتمثل في مبدأ الرضائية، بحيث يجب أن يصبّ التصرف في شكل معيّن ومحدد مسبقا، وقد يهدف المشرع من اشتراط الشكلية في بعض التصرفات إلى تنبيه أطراف العقد إلى أهمية التصرف الذي يقدمان عليه، أو لتسهيل إثباته، أو لحماية غير المتعامل مع أطراف العقد، أو ربما لتحديد طبيعة العقد وآثاره بدقة، ولا سيما في العقود التي قد يستغرق تنفيذها فترة زمنية طويلة[2].

أما الشكلية في تشريع الاستهلاك الجزائري فلم يتمّ تعريفها، إلا أنه يمكن استنتاجها من خلال نصّ المادّة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم التي أوجبت أن تكون عروض عقود القرض الاستهلاكي في شكل مكتوب، بمعنى يتم إعلام المستهلك بمحل العقد بطريقة مكتوبة، ونفس الشيء بالنسبة لتشريع الاستهلاك الفرنسي فقد ألزم من خلال نصّ المادّة L.221-11 في العقود المبرمة عن بعد المتدخل بتزويد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد بطريقة مقروءة ومفهومة، فالشكلية في تشريع الاستهلاك الجزائري هي عبارة عن وسيلة لتحقيق التوازن المعرفي بين طرفين غير متكافئين، وجاءت على وجه الإلزام، فرضت على المتدخل بإعطاء معلومات إضافية للمستهلكين حتى يكونوا على علم وإحاطة تامّة بما يبرمونه من عقود استهلاكية، وبما يترتّب عليها من حقوق وواجبات،[3] كأن يُعلم المتدخل المستهلك بكل ما يتعلّق بالعقد المراد إبرامه وبالسلعة أو الخدمة محل التعامل عن طريق تضمين العقد بكل المعلومات الوافية عن

---

[1]– راجع في ذلك المواد من 323 إلى 332 من القانون المدني الجزائري، فهذه الأخيرة فصّلت في المقصود من الشكلية وما الحالات التي يتطلب فيها الشكلية وأنواعها من رسمية وعرفية وغيرها من القواعد المتعلقة بالشكلية في القانون المدني.

[2]– مصطفى موسى العجارمة، الشكلية كقيد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردنيّ، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 45، الأردن، سنة 2018، ص 164.

[3]– راجع المادّة 07 من المرسوم التفيذي رقم 114/15، المؤرخ في 2015/05/12، المتضمن شروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، الجريدة الرسمية العدد 24، الصادرة بتاريخ 2015/05/13.

موضوعه، ومن حق هذا الأخير على المتدخل أن يقدّم له مسبقا مجموع الوثائق العقدية، فهي بذلك مكملة للقواعد الموضوعية لحماية الطرف الضعيف المتمثلة في عيوب الإرادة[1].

وهي عبارة عن حماية تتعلق بإرادة المستهلك لدى إقباله على التعاقد، والتي تجد مجالها الحقيقي في المرحلة قبل التعاقدية، في ضوء غياب المعلومات الهامة والمؤثرة عن السلع والخدمات موضوع التعاقد، واللازم توفرها لصحة الرضا اللازم لتكوين الإرادة[2].

بحيث نستشف من خلال ما سبق ذكره أنّ الشكلية أثبتت وجودها مع قانون الاستهلاك، بفضل حمايتها للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في عقد الاستهلاك[3]، وتحميه بالدرجة الأولى من طيشه وتسرّعه في الالتزام، وهي لا تعبّر عن شكل معقّد، بل هي شكل إلزامي، أي مفروض، دون أي بديل ممكن[4].

وتتمثل الغاية من صياغة عقود الاستهلاك هو وضع موضوع التعاقد في قوالب تقيم التواصل بين طرفيه بطريقة واضحة وتكفل تنفيذه دون منازعات أو خلافات، فالصياغة لن تقوم من فراغ بل يفترض وجود موضوع له معنى محدد يراد التعبير عنه بشكل صحيح وواضح وكامل، وعلى هذا هناك تبادل بين الموضوع والشكل عند تحرير أي وثيقة عقدية، وهذا ما ينسجم مع القواعد العامة في تفسير العقد[5].

وعليه تعدّ الكتابة في عقود الاستهلاك وسيلة شائعة من وسائل الإدلاء بالمعلومات إلى المتعاقد الآخر، وهي الأهم والأكثر فعالية من حيث تنويره، لما تتميّز به من دوام وثبات وهو ما يسهل على المستهلك استغلالها والاستفادة منها[6].

---

[1]– بوالباني فايزة، المرجع السابق، ص 45.

[2]– أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، العدد01، الجزائر، جوان2016، ص165.

[3]– عرّف الأستاذ محمد حسين منصور عقد الاستهلاك بأنه "عقود عادية تتمثل في توريد أو تقديم اشياء منقولة ماديةأو خدمات إلا أنّ مقدّم السلعة أو الخدمة يكون منتجا أو مهنيا، والمتلقي هو المستهلك أي الفرد العادي الذي يبغى إشباع حاجة شخصية أو عائلية، منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو المهني"، راجع كتاب محمد حسين منصور، الوجيز في البيع، الأحكام التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، بدون ناشر، الإسكندرية، سنة 2003، ص 150.

[4]– الزهرة الرزايقية، المرجع السابق، ص97.

[5]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص91.

[6]– بوالباني فايزة، المرجع السابق، ص 45.

وتقع هذه الكتابة على المعلومات الهامّة والمؤثّرة التي من خلالها إما تدفع المستهلك للتعاقد أو للامتناع عن التعاقد مع المتدخل، بناء على إرادة حرة ومستنيرة، بمعنى أنها تقع على معلومات جوهرية متعلقة بالعقد سواء كان محله سلعة أو خدمة[1].

إذن فالشكلية الاستهلاكية، هي مجموع الإجراءات التي كرّسها المشرع الاستهلاكي سواء الجزائري أم الفرنسي لإعلام المستهلك، لاستنارة رضاه ومن ثمّ حمايته، وفي الأخير يتضح عودة الشكلية بتصور جديد لتحكم العقود في مرحلة إبرام العقد حماية للطرف الضعيف؛ فأصبحت عقود الاستهلاك إلى جانب رضائيتها عقودا شكلية.

البند الثاني: مبرّرات بروز الشكلية الإعلامية وتراجع مبدأ الرضائية في عقود الاستهلاك

إنّ التعاقد بالطريقة التقليدية التي يسيطر عليها مبدأ الرضائية، يكاد يتجاوزها الزمن؛ لعدم توفيرها الحماية الكافية لرضا المستهلك، والتوازن المطلوب في العقد، فبعد ظهور عقود الاستهلاك[2]؛ تغيّرت شروط وظروف العملية التعاقدية، فأصبحت معقدة لكونها متعلقة بسلع وخدمات ذات نواح فنية وتقنية وقانونية لا تسمح للمتعاقد التعرف عليها والاختيار بمحض إرادته في شأنها والوقوف على محتواها، فأصبحت صورة عدم التكافؤ بين المتعاقدين سائدة ولم تكن معروفة من قبل، وبالتالي يمكن

---

[1]– جامع مليكة، المرجع السابق، ص47.

[2]– يعرف عقد الاستهلاك على أنه "ذلك العقد الذي يكون موضوعه توريد أو تقديم أشياء منقولة أو مادية أو خدمات لفرد هو المستهلك، وذلك من أجل استخدامه الشخصي أو العائلي، والذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني"، وأطلق عليه الفقه مصطلح عقود الاستهلاك، وذلك نسبة لوظيفة الاستهلاك التي يؤدّيها المستهلك، وتكمن الحكمة لتسميتها بهذا المصطلح هي الرغبة في حماية المستهلك في ظل تنوع السلع والخدمات المعروضة عليه من قبل المتدخل أو المتصرف، وهو يمثل الحلقة الأخيرة في سلسلة العملية الإنتاجية التي تحصل في إطار الجماعة، وتتنوع الأمثلة على العملية الاستهلاكية فهي مختلفة تبدأ عادة من الأغذية على أنواعها، الألبسة، المركبات والأدوات الكهربائية وكل ما له طبيعة خاصة، ترجع إلى أطرافه أساسا لا إلى موضوعه الذي قد يكون اقتناء منتج أو سلعة. ويعتبر عقد الاستهلاك من أهم المواضيع الحديثة التي طرحت في شأنها عدّة آراء بين الفقهاء ورجال القانون، وهذا نظرا لخصوصية العلاقة بين المستهلك والمهني، والتي تختلف اختلافا كبيرا مع العلاقة التي تربط بين البائع والمشتري، فالأولى يحكمها قانون حماية المستهلك، فأما الثانية فتخضع لأحكام الشريعة العامة ويقيّدها مبدأ سلطان الإرادة، والذي أثار جدلا واسعا لعدم مواكبته لقانون حماية المستهلك. راجع في ذلك فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة 11، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2012، ص،ص22،24؛ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة 2، منشأ المعارف، الإسكندرية، سنة 2008، ص17.

القول أنّ الشكلية الإعلامية المتمثلة في البيانات والمعلومات التي يلزم المحترف بتضمينها في عرض عقد الاستهلاك، تعد وسيلة إلى إعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين وإقامة التوازن في عقد الاستهلاك.

فالعوامل التي ساهمت في فرض الشكلية الإعلامية على المتدخل، وسيطرتها على العقود المبرمة في مجال الاستهلاك، وجعلها واجبة التعميم على كل العقود من أجل التوازن والشفافية في العلاقات التعاقدية وتراجع مبدأ الرضائية؛ هي التطورات الاقتصادية وهذا ما سنتطرق إليه في **النقطة الأولى**، بالإضافة إلى قصور النظرية التقليدية وهذا ما سنتطرق إليه في **النقطة الثانية**.

أولا: دور التطورات الاقتصادية في فرض الشكلية الإعلامية والتراجع عن مبدأ الرضائية

إنّ التطور الاقتصادي والتكنولوجي والفني للسلع و تشابه السلع والمنتجات والتقنيات العالية في مجال الإنتاج والتوزيع وتطور وسائل الدعاية والإعلان وتأثيرها على قرارات المتعاقد نحو دفعه إلى إبرام العقد دون ترك له الفرصة والمقدرة على الوقوف على حقيقة وتقدير حاجاته، ومدى تلبية السلع لما يريد وعدم القدرة على العلم ومعرفة نوعية المنتوج جعل أطراف العلاقة العقدية في اختلال فاضح من حيث جهل المتعاقد بخصائص وتركيب السلع التي يقدم على التعاقد عليها[1].

فكان للتقدم العلمي والصناعي الفضل في إحداث آليات وطرق إنتاج والتوزيع فازداد الإنتاج بالجملة وتنوعت المبادلات والمنتجات واختلفت استخداماتها وتطورت الخدمات بشكل لا مثيل له، وكل هذا غيّر وأحدث علاقات حديثة بين المنتجين البائعين والمستهلكين، حيث أصبح المستهلك يقبل على الشراء دون دراية بالمنتجات التي يقتنيها ولا يفرق بين الكمالي والضروري والقديم والحديث والمناسب لحاجاته من عدمه[2].

هذا ولا ننسى زيادة الإنتاج وتعقد الخدمات التي أدت إلى الإقبال عليها ثمّ يخيب ظن المستهلك عند تسلّم الشيء بين يديه، إنّ السرعة في إبرام العقود والمعاملات التجارية أدت إلى انعدام المساواة بين المتعاقدين في المعارف والمعلومات، خاصة أن المعاملات أصبحت تتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، التي يتم بواسطتها إبرام العقود بسرعة لا مثيل لها نتيجة للنظام الاقتصادي

---

[1]– عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2015/2014، ص234.

[2]–مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،سنة 2002، ص172.

الحر الذي يقوم على سرعة دوران رأس المال، مما يؤدّي إلى تفويت الفرصة على المستهلك البسيط في أحذ الوقت الكافي الذي يحتاجه لتنوير بصيرته قبل الإقدام على التعاقد[1].

ولما كان القانون يعود إليه أمر تحديد الإطار القانوني لتنظيم العلاقات الاقتصادية وتنظيم الكيفيات الملائمة لإرضاء حاجيات المستهلك، فالمشرع يتدخل لينظم العلاقات التعاقدية وإشباع حاجات المستهلك، فهو بذلك مضطر لمسايرة السرعة الاقتصادية وأن ينسجم مع التطورات الاقتصادية والعملية وهذا ما أدى إلى كثرة التدخلات والتدابير التشريعية من تعديلات وإلغاءات وتكرارها تحول دون معرفتها أو معرفة محتواها، وهذا من بين أسباب تعميق اختلال التوازن بين الطرفين فتعمق جهل المتعاقد بالقانون إلى جانب جهله بخصائص السلع[2].

ولما كان هذا التفاوت في المعرفة قد تزايد بشكل ملحوظ بسبب التطور الاقتصادي، أصبحت العقود التي يسيطر عليها مبدأ الرضائية لا تفي بالغرض المنشود، فحسب الفرضيات اللبرالية في القرن التاسع عشر؛ فإنّ العقد الذي يتم تشكيله بحرية فهو عادل بالضرورة، وحسب الفقيه "كاربوني" فالعقد عادل "لأنه من المعقول أن نعتقد أنّ الشخص القادر هو حساس لمصالحه ولديه ذكاء كافي"،فبالرغم من وضوح هذا التحليل، إلا أنه من الضروري التوضيح أن هذا الأخير لا ينطبق إلا على الافتراضات، أو الحالة التي يكون فيها الأطراف في أوضاع متساوية، وفي حالة توازن،[3] وهذا ما يتحقق في قانون العقود، لا في قانون الاستهلاك. لأنه في قانون العقود يزعم أن جميع العقود متساوية، إلا أنه وبعد تطوّر الاقتصادي، كشفت خصائص جديدة للعلاقات التعاقدية، أهمها عدم اتسام العقود بالمساواة، فعدم المساواة يشمل تفاوت القوى الاقتصادية، والتفاوت في المعرفة التقنية،فهذا الاختلال هو السائد في مجال قانون الاستهلاك.

الأمر الذي أدى إلى الحاجة إلى شكلية إعلامية وقائية تهدف إلى فرض توازن عقدي من البداية أي منذ بداية تكوين عقد الاستهلاك، فهي تعمل على إرشاد الطرف الضعيف في العقد وتحدد أوصاف محل العقد من السلع والخدمات، بالإضافة إلى حمايته من أي غش أو تدليس من طرف المتدخل، فهي تعمل على سير عقود الاستهلاك في منهج شفاف وواضح بعيد عن كل لبس

---

[1]– عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص235.

[2]– مصطفى أبو مندور موسى، المرجع السابق، ص172.

[3]- Fortiche silvana, Essai sur le formalisme contemporaine dans la protection du consentementcontractuel, thèse de doctorat en droit privé en cotutelle, Ecole doctorale de droit privé, Université PANTHEON-ASSAS, COLOMBIA, Année 2016, P129.

وغموض، وتجعل المستهلك على قناعة تامة في رفضه أو قبوله لمحل العقد، وهذا ما سارت عليه جميع تشريعات العالم[1].

ثانيا: قصور النظرية التقليدية للعقد سبب تراجع الرضائية وبروز الشكلية الإعلامية

لم يكن الاهتمام بضمان إعلام صادق المتعلق بمعطيات العقد، وليد اليوم بل موجود في النظرية العامة للعقد ويتحقق عن طريق الرضائية[2].

لكن يبدو أن نصوص القانون المدني لم تعد قادرة على ضمان توازن العقد، بسبب تغير روابط القوى بين المتعاقدين وصعوبة استهداف الحماية المطلوبة بنفس الوسائل القانونية؛[3] التي كانت تتمثل في الحق في إبطال العقد لتحقق عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس، إلا أنّ الواقع أثبت عجز هذه الحماية أمام التطور الذي عرفته العقود في مجال الاستهلاك، فمثلا حتى يستفيد المتعاقد من الحماية طبقا لنظرية الغلط أو ضمان العيوب الخفية عليه إثبات وقوعه فعلا في غلط حول الصفة الجوهرية في الشيء محل الغلط، أو يثبت أن العيب كان خفي غير ظاهر، وهو ما يعتبر بالأمر العسير في ظل قواعد وأحكام نظرية العقد[4]، خصوصا وأنه يزعم في النظرية التقليدية ما دام العقد كان خاضعا لمبدأ الرضائية فحتما هو عادل، الأمر الذي دفع القضاء إلى البحث عن وسيلة قانونية جديدة يساهم بها في تحقيق حماية موضوعية، ويواجه بها الفروض التي تعجز فيها نظرية عيوب الرضا عن بسط حمايتها فعمل على تطويع هذه النصوص خاصة ما تعلق بالغلط أو التدليس[5].

---

[1]– وهذا ما سنعمل على توضيحه في الفرع الثاني، راجع الصفحة رقم 51.

[2]–السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية، لبنان، سنة 2005، ص98.

[3]– بوالباني فايزة، الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر1، الجزائر، سنة 2012/2011، ص40.

[4]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، سنة 2018/2017، ص128.

[5]– قد أشار القضاء إلى هذا الالتزام من خلال القرار الصادر عن محكمة ليون الفرنسية بتاريخ 1972/11/20 في القضية المشهورة "Cinq-Sept"التي راح ضحيتها 150 شخص في حريق شب في مرقص طليت جدرانه بطلاء قابل للاشتعال على اثر رمي احد الزوار لسيجارته فاندلعت النيران، وأظهر القضاء أن سبب الكارثة يرجع إلى التقصير منتج الدهان في بيان مخاطر هذا المنتوج. راجع، أحسان أمزكل، مستجدات القانون المدني الفرنسي "قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود و النظرية العامة للالتزامات و الإثبات في موضوع الالتزام بالإعلام"، مقال إلكتروني منشور في موقع مجلة الجامعة القانونية المغربية الإفتراضية، بتاريخ 2020/05/09، المطلع عليه بتاريخ 2022/10/27، المنشور على الموقع الأتي: https://www.aljami3a.com.

فتمثلت الوسيلة القانونية الجديدة التي أقرها القضاء[1]، في إلزام المتدخل بإعلام المستهلك بكافة البيانات والتفاصيل المتعلقة بمحل العقد[2]، ويكفي المستهلك حتى يستفيد من الحماية أن يثبت أنّ ثمة معلومات جوهرية متصلة بالعقد المراد إبرامه يجهلها المستهلك مع أن الطرف الآخر على علم بها.

فإذا كانت الحماية التقليدية للمستهلك في مواجهة المتدخل لاحقة لتصرفاته أي بعد نشوء العقد، فإنّ الحماية الحديثة، أصبح لها دور وقائي تجد مجالها الحقيقي في مرحلة التفاوض التي تسبق إبرام العقد، وقد يكون في إمداد المستهلك بقدر وافر من المعلومات في هذه المرحلة ما يؤدّي إلى تنوير رضائه بالعقد وثم توجيه إرادته إلى التعاقد على النحو الذي يمنع وقوعه في الخطر[3].

وفي الأخير يمكن القول؛ إذا كان قديما يترك الحرية للأطراف في اختيار شكل العقد الذي يرضونه وبكل حرية، من أجل تجسيد مبدأ الرضائية في العقود، فيمكن أن يختار الشكل بحرية ولكن نظرا لجهل المستهلك ومركزه الضعيف مقابلتا بالمركز القوي للمتدخل يمكن أن يطمس حقه في تضمين العقد بالمعلومات الضرورية التي تنير دربه للتعاقد من عدمه، لذلك من الأهمية حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك باعتبارها مصدرا للتعبير عن الرغبة في التعاقد، حيث يجب أن يتكامل لها عناصر قوتها من الحرية والوعي والسلامة، وتتحقق حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك متى كانت واعية ومثقفة، يتوافر لها قدر من المعلومات فيما يتعلق بمجال المعاملة بالمعنى الواسع، على نحو يستطيع المستهلك أن يقف على حقيقة مصالحه[4]، وهذا ما لا يمكن لمبدأ الرضائية خاصة والقواعد التقليدية عامة تحقيقه، إلا من خلال ربطه بشكلية إعلامية.

وبتالي نستنتج أن تشريعات الاستهلاك أثرت على مبدأ الرضائية من خلال هدفين يتمثل الأول في تحديد دور الإرادة، حيث لم تعد مطلقة كما كانت في السابق، بل فرضت عليها التزامات

---

[1]– إنّ اتجاه القضاء الفرنسي يجد أساسه في المادّة 1116 من القانون المدني القديم التي تعتبر أنّ التدليس سببا لبطلان العقد، بحيث اعتبر القضاء أنّ مجرد الكتمان تدليسا، أي أنّ السكوت عن واقعة عن طريق تخلف أحد المتعاقدين عن الالتزام بالإعلام بشكل عمدي يعتبر تدليسا يؤدّي إلى إبطال العقد، وهو ما كرسه التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، والتي أصبحت بمقتضاه المادّة 1137 في القانون الجديد.

[2]– تجدر الإشارة في هذا المجال أن الالتزام بالإدلاء بالمعلومات والبيانات لا يقع فقط على المتدخل وإنما في بعض الأحيان قد يقع على عاتق المستهلك مثلما هو الحال في مجال التأمين حيث يلزم المؤمن له بالإدلاء بالبياناتوالمعلومات المتعلق بالخطر المؤمن منه للشركة التأمين. راجع، حليس لخضر، المرجع السابق، ص170.

[3]– أحمد بومدين، المرجع السابق، ص165.

[4]– أحمد بومدين، المرجع السابق، ص165.

من بينها؛ إنارة رضاء المستهلك من خلال تقديم المعلومات، وإعطاءه صورة أوضح عن العقد المراد إبرامه، وحتى إفراغه في شكل مكتوب، وعن كل ما يتضمنه من شروط، بالإضافة إلى إعلامه عن سلعة محل العقد، من حيث استخداماتها، وصيانتها،...، أما الهدف الثاني فيتمثل في إغلاق المجال أمام المتدخل الذي يسعى لاستغلال ما يتمتع به من قدرات مهنية للهيمنة على العلاقة التعاقدية الاستهلاكية.

الفرع الثاني:صيغ الشكلية الإعلامية في عقود الاستهلاك وجزاء الإخلال بها

يعدّ إعلام المستهلك أهم محور من محاور تشريعات الاستهلاك على أساس أن عدم التوازن العقدي بين المستهلكين والمحترفين سببه عدم المساواة في الإعلام، فبينما يعلم المحترفون بالمنتوجات والخدمات المعروضة في السوق، نجد المستهلكين، في غالبيتهم غير قادرين على الحكم على هذه المنتجات والخدمات والمقارنة بينها[1].

لذلك فرضت أغلب تشريعات الاستهلاك شكلية إعلامية لتنوير رضاء المستهلك، على المحترف الالتزام بها وإلا تعرّض لجزاء وهذا ما سنشرحه في البندين التاليين.

البند الأوّل: صيغ الشكلية الإعلامية في عقود الاستهلاك

تظهر الشكلية الإعلامية من خلال صيغتين وهي من خلق المشرّع؛ أي هي مجموعة التزامات وضعها المشرّع على عاتق المحترف من أجل حماية المستهلك من طيشه وتسرّعه من جهة، وحمايته من حيل وخدع المحترف من جهة أخرى، ومن خلال هذا البند سنتطرّق إلى هذه الصيغ بدءا من وجوب تضمنين بعض البيانات في بعض العقود، وهي ما يسمّى بالبيانات الإلزامية، إلى اشتراط كتابة بعض العقود بطريقة معينة بقواعد آمرة فرضها المشرّع نظرا لأهميتها وخطورتها، هذا ما سنشرحه على التوالي في النقاط التالي عرضها.

أولا: البيانات الإلزامية في عقود الاستهلاك

إذا ما حولنا الرجوع إلى تشريع الاستهلاك الجزائري من أجل توضيح و فهم هذه البيانات نجد أنّ المشرّع لم يتطرق إليها بالتفصيل كما فعل نظيره الفرنسي لذلك اضطررنا الرجوع إلى تشريع الاستهلاك الفرنسي للخوض أكثر في هذه البيانات لذلك سنتطرّق في النقطة الأولى إلى البيانات الإلزامية في التشريع الجزائري، ثمّ ننتقل إلى التفصيل في البيانات الإلزامية في التشريع الفرنسي.

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 35.

1. البيانات الإلزامية في التشريع الجزائري:

إنّ المشرّع الجزائري لم ينظّم عقود الاستهلاك بعينها كما فعل المشرّع الفرنسي، إلا أنّ هذه البيانات أخذ بها المشرّع خارج قانون حماية المستهلك، ومنها عقد التأمين، عقد النشر، وعقد البيع بالإيجار عقد البيع على التصاميم، والعقد الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، وأخيرا عقد القرض الاستهلاكي تطبيقا لنصّ المادّة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم بالقانون رقم 09/18 الصادر سنة 2018.

أ-البيانات الإلزامية في عقد التأمين:

يعرّف عقد التأمين بحسب المادّة 619 من القانون المدني الجزائري على أنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغا من المال أو إيرادا أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقيق الخطر المبين بالعقد وذلك مقابل قسط أو أية دفعة مالية أخرى، يؤديها المؤمن له للمؤمن".

والأصل في هذا العقد أنه رضائي أي ينعقد بمجرّد تطابق الإيجاب بالقبول دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معيّن، إلاّ أنّ العرف التأميني الذي سار العمل به تطلّب أن يمرّ بمراحل عدّة: منها طلب التأمين، مذكرة التغطية المؤقتة، وثيقة التأمين وملحق وثيقة التأمين[1].

وما يهمنا في نطاق الشكلية الإعلامية هو وثيقة التأمين التي تعتبر المحور المثبت لعقد التأمين وهي العقد ذاته[2]، الذي يثبت الالتزامات المتبادلة بين الطرفين المتعاقدين، وبالرجوع إلى نصّ المادّة 07 من قانون التأمينات رقم 07/95[3] اشترطت وبشكل إجباري مجموعة من البيانات على المؤمن الالتزام بها، وهي كالآتي:

- **هوية الطرفين:** وتتمثل في اسم ولقب وعنوان المؤمن له، واسم وعنوان شركة التأمين.

---

[1]- حسن ناصف، دور شركات التأمين في محاولة مكافحة الاحتيال، دراسة تطبيقية على شركات التأمين في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص اقتصاديات المالية والبنوك، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2018/2017، ص21.

[2]- حسن ناصف، المرجع السابق، ص22.

[3]- الأمر رقم 07/95، المؤرخ في 1995/01/25، يتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية الرسمية العدد: 13، الصادرة سنة 1995، المعدّل والمتمم بالقانون 04/06، المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 2006/0/12.

- **الشيء أو الشخص المؤمن عليه:** إذا كنا بصدد تأمينات الأشخاص لابدّ من ذكر المعلومات المتعلقة بالشخص المؤمن عليه، أما إذا كنا بصدد تأمينات على الأشياء لا بدّ من تعيين الضرر.
- **طبيعة الأخطار المضمونة:** يجب أن تتضمن وثيقة التأمين تحديد نوع وطبيعة الخطر المؤمن منه كأن يكون تأمين حريق، أو من السرقة...
- **تاريخ الاكتتاب:** إنّ الهدف من هذا التاريخ هو معرفة أهلية المتعاقدين ومعرفة تاريخ قبول المؤمن تغطية الخطر بصفة نهائية.
- **تاريخ سريان العقد ومدّته:** إن الهدف من تحديد هذا التاريخ معرفة التاريخ الذي تبدأ فيه التزامات طرفي عقد التأمين.
- **مبلغ التأمين:** وهو المبلغ الذي يلتزم المؤمن بدفعه للمؤمن له عند تحقق الخطر المؤمن منه، بحيث يمكن أن تنصّ وثيقة التأمين على الحد الأقصى لمبلغ التأمين الذي لا يمكن للمؤمن أن يجاوزه.
- **قيمة القسط أو الاشتراك:** وهو المقابل الذي يلتزم المؤمن له بدفعه للمؤمن مقابل تغطية الخطر.
- **توقيع الطرفين:** حيث لا يمكن للمؤمن ولا المؤمن له أن يلتزما ببنود عقد التأمين قبل التوقيع عليه.

ب-البيانات الإلزامية في عقد النشر:

عرّفت المادّة 1/84 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة [1]عقد النشر على أنه: "يعتبر عقد النشر، العقد الذي يتنازل بموجبه المؤلف للناشر عن حق استنساخ نسخ عديدة من المصنف حسب شروط متفق عليها ومقابل مكافأة للقيام بنشرها وتوزيعها على الجمهور لحساب الناشر...".

وتجدر الإشارة إلى أن عقد النشر من العقود الشكلية التي لا يكفي فيها توافق الإرادتين بين الطرفين، وإنما يلزم إفراغها في شكل مكتوب[2].

---

[1]- القانون رقم 05/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 2003/07/23.

[2]-هذا ما جاء في نص المادّة 62 من الأمر 05/03 التي جاء فيها ما يلي: "يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب؛=

=ويمكن إبرام العقد، عند الحاجة، بواسطة تبادل رسائل أو برقيا تحدد الحقوق المادية المتنازل عنها وفقا لأحكام المادّة 65 أدناه".

هذا ونصّ المشرّع الجزائري ضمن الأحكام المتعلقة بعقد النشر على مجموعة من البيانات التي يجب أن يتضمنها عقد النشر وهذه البيانات وردت في نص المادّة 87 من الأمر 05/03 وهي كالآتي:

- يجب أن يشمل عقد النشر على نوع الحقوق التي تنازل عنها المؤلف للناشر وطابعها الإستئثاري أو غير الإستئثاري: بحيث يجب أن تحدد هذه الحقوق المتنازل عنها للناشر تحديدا دقيقا.
- طريقة مكافأة المؤلف: يجب أن تحدد طريقة مكافأته سواء كانت كأصل بطريقة تناسبية مع إيرادات الاستغلال أو بطريقة جزافية.
- بيان عدد النسخ المحددة في كل طبعة متفق عليها: بعني يجب أن تحدد نسخ المصنف التي سيتم طبعها في كل طبعة.
- مدّة التنازل والنطاق الإقليمي لاستغلال المصنف: يقصد بمدّة التنازل الوقت الذي سيتم فيه تنفيذ أو استغلال مصنف أما النطاق الإقليمي فيجب أن يحدد مكان التنازل بدقة ويجب أن تحدد الأماكن أو البلدان التي سيتم فيها استغلال المصنف.
- كما يجب أن يعين الشكل المناسب للمصنف: الذي يجب أن يسلمه المؤلف للناشر قصد استنساخه.
- كما يجب أن يحدد أجل تسليم المصنف إذا لم يكن في حوزة الناشر عند إبرام العقد، ومتى تقرر أن يسلم المؤلف المصنفه في وقت لاحق.
- كما يجب أن يحدد في عقد النشر تاريخ الشروع في نشر المصنف وتوزيعه.

ج-البيانات الإلزامية في عقد البيع على التصاميم:

عرّف المشرّع الجزائري عقد البيع على التصاميم في القانون رقم 04/11 [1] من خلال نصّ المادّة 28 منه كما ما يلي: "عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناءها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدّم الأشغال. وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدّم الإنجاز".

[1]- قانون رقم 04/11، المؤرخ في 2011/02/17، المحدد للقواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد:14، المؤرخة في 2011/03/06.

وقد أوجب المشرّع أن يكون هذا العقد وفق نموذج يتضمّن بيانات تضمّنها المرسوم التنفيذي رقم 431/13[1]؛ وهي كالآتي: هوية ومعلومات المتعاقدين أي المعلومات الخاصة بالمرقي العقاري وهوية المكتتب، تصريح البائع، تصريح المقتني، النصوص التي تسيّر العقد، الوثائق المرجعية، التعيين، سعر البيع وكيفيات مراجعته، كيفيات الدفع، أجل التسليم، مبلغ وأجل عقوبة التأخير في التسليم، كيفيات الحيازة، فسخ البيع على التصاميم، الملكية المشتركة، الضمانات، الإشهار العقاري، الموطن و التأكيدات[2].

د- البيانات الإلزامية في عقد البيع بالإيجار:

نظّم المشرّع الجزائري عقد البيع بالإيجار بموجب المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المحدّد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك[3]، حيث عرّف في مادّته الثانية عقد البيع بالإيجار على أنه صيغة عقدية لواقعة مادّية تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة وانقضاء مدّة الإيجار المحددة في إطار مكتوب فهو بذلك طريقة من طرق اكتساب الملكية العقارية، ويعتبر عقد البيع بالإيجار من العقود الشكلية التي لا يكفي تطابق الإيجاب بالقبول بل لابدّ من إفراغ هذه الإرادة في عقد رسمي يحرره الموثق وهذا ما نصّت عليه المادّة 323 من القانون المدني الجزائري، ويتضمن نموذج عقد البيع الإيجاري بيانات إلزامية وهي: البيانات العامة الخاصة بهوية المتعاقدين(المتعهد بالترقية من جهة، والمستأجر المستفيد من جهة أخرى)، وصف المسكن ومشتملاته، تحديد أصل الملكية، الوثائق الضرورية لعقد البيع الإيجاري، ثمن المسكن وكيفية دفع الأقساط[4].

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 431/13، المؤرخ في 2013/12/18، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات تحديدها، الجريدة الرسمية العدد: 66، المؤرخة في تاريخ 2013/12/25.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص،ص40،39.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 2001/04/23، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 25، المؤرخة في 2001/04/29.

[4]- قرار مؤرخ في 2004/05/04، يعدّل القرار المؤرخ في 2001/07/23، المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، الجريدة الرمية العدد: 43، المؤرخة في 2004/07/04.

هـ- البيانات الإلزامية في العقد الإلكتروني

عرّف قانون 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية الجزائري العقد الإلكتروني في المادّة 2/6 منه على أنه: "العقد بمفهوم القانون رقم 02/04 المؤرّخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1]، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني".

ورغبة من المشرّع في حماية المستهلك من تعسّف أو غش أو احتيال من طرف المحترف، ألزم هذا الأخير من خلال نصّ المادّة 11 من قانون التجارة الإلكترونية أن يقدّم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمّن على الأقل ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية: رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني، رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي، طبيعة، وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم، حالة توفر السلعة أو الخدمة، كيفية ومصاريف وآجال التسليم، ... وغيرها من التفاصيل المتعلقة بعملية البيع عن بعد[2].

بالإضافة إلى نص المادّة 12 من نفس القانون في فقرتها الأولى والثانية والأخيرة على التوالي، على وجوب وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتمّ تمكينه من التعاقد على علم ودراية تامة، ويجب أن يتحقق المستهلك الإلكتروني من تفاصيل الطلبية، لاسيما ما يخص ماهية المنتوج أو الخدمة المطلوبة والسعر الإجمالي والوحدوي...، أما الفقرة الأخيرة من المادّة فتؤكّد على وجوب ألا تتضمن الخانات المعدّة للملء من قبل المستهلك أي معطيات تهدف إلى توجيه اختياره، وفي ذلك كله دعم صريح من المشرّع لاحترام حرية خيارات المستهلك وحمايتها من كل الضغوطات الخارجية.

---

[1]- وبالرجوع إلى قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية الذي أحالتنا إليه المادّة 2/6 السالفة الذكر نجده يعرّف العقد على أنه: " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه 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 العامة المقررة سلفا".

[2]-للإطلاع على المزيد من المعلومات التي أوجب المشرّع تضمينها في العرض التجاري الإلكتروني راجع المادّة 11 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، رقم 05/18، المؤرخ في 2018/05/10،الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 2018/05/16.

و- البيانات الإلزامية في عقد القرض الاستهلاكي:

عرّف المشرع الجزائري القرض الاستهلاكي في القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم بالقانون رقم 09/18؛ من خلال نصّ المادّة 20/03 كما يلي: "كل عملية بيع للسلع أو الخدمات، يكون فيها الدفع مقسطا أو مؤجلا أو مجزءا"، ونظّم المشرّع الجزائري هذا العقد من خلال المرسوم التنفيذي رقم 114/15، والذي جاء تطبيقا لنصّ المادّة 20 من قانون 03/09 المعدّل والمتمم، حيث عرّف هو الآخر عقد القرض الاستهلاكي في المادّة 2/2 كما يلي: "كل بيع لسلعة يكون الدفع فيه إلى أقساط مؤجلا أو مجزءا".

ولقد أوجبت المادّة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش أن تستجيب قروض الاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدّة الالتزام وكذا آجال تسديده ويحرر عقد بذلك، على أن تحدد شروط وكيفيات هذه العروض عن طريق التنظيم، وبالفعل حدد المرسوم رقم 114/15 المتعلق بالقرض الاستهلاكي شروط وكيفيات هذه العروض، فألزمت المادّة 06 منه أن يسبق كل عقد قرض عرض مسبق للقرض من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي مكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد، ونجد المادّة 07 منه ألزمت المقترض أن يلتزم بتضمين العقد جملة من البيانات تحت طائلة الوجوب ومنه: تحديد الأطراف، موضوع القرض، تحديد المدّة والمبلغ الخاص والصافي للقرض، طرق التسديد، نسبة الفوائد والضمانات، بالإضافة إلى حقوق وواجبات المقرض والمقترض وكذا التدابير المطبقة في حالة إخلال الأطراف.

2. البيانات الإلزامية في التشريع الفرنسي:

أخذ المشرّع الفرنسي بالبيانات الإلزامية، على نطاق واسع، في العقود المنظمّة في قانون الاستهلاك الفرنسي، باعتبارها شكلية إعلامية موجّهة للجمهور أصلا لحماية المستهلك، وتنوّعت وتعدّدت هذه العقود، إلا أنه في دراستنا هذه سنتطرق إلى البيانات الإلزامية الواردة في ثلاث أنواع من العقود فقط؛ من بينها عقد الائتمان العقاري، عقد البيع عن بعد بالإضافة إلى عقد الائتمان الاستهلاكي.

أ- البيانات الإلزامية الواردة في عقود البيع عن بعد

عرّفت المادّة L.221-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي البيع عن بعد على أنه ذلك العقد المبرم بين المحترف والمستهلك، في إطار جهاز منظم لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، دون التواجد

المادي والمتزامن للمحترف والمستهلك، من خلال الاستخدام الحصري لواحد أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد لإبرام العقد[1].

إلا أنّ هذا النوع من العقود قد ينطوي على سلبيات تضرّ بمصلحة المستهلك؛ فقد تشّكل اعتداء على حياته الخاصّة نتيجة العروض الكثيرة المتهاطلة على منزله، كما قد يتسلّم مبيعا لا يتطابق مع توقعاته، بالإضافة إلى إمكانية استغراق وقت كبير في إرسال الطلبية له مما قد لا تخدم مصالحه، بالإضافة إلى الحالة التي يكون قد اتفقا فيها المحترف مع المستهلك على أن يتمّ الدفع قبل التسليم؛ ويدفع المستهلك ثمن السلعة ولكن المحترف لا يبعثها للمستهلك؛ نتيجة إعسار البائع أو اختفائه[2].

فحماية للمستهلك من هذه الأخطار ألزمت كل من المادّة L.111-1[3] والمادّة L221-5[4] المحترف قبل أبرام عقد البيع أو تقديم الخدمات، توفير معلومات للمستهلك بطريقة مقروءة ومفهومة:

---

[1]- Article. L .221-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) du droit de consommateur dispose que : « Contrat à distance : tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs technique de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ; ».

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص،ص43،42.

[3] - Article L111-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat à titre onéreux, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :
1° Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, ainsi que celles du service numérique ou du contenu numérique, compte tenu de leur nature et du support de communication utilisé, et notamment les fonctionnalités, la compatibilité et l'interopérabilité du bien comportant des éléments numériques, du contenu numérique ou du service numérique, ainsi que l'existence de toute restriction d'installation de logiciel ;
2° Le prix ou tout autre avantage procuré au lieu ou en complément du paiement d'un prix en application des articles L. 112-1 à L. 112-4-1 ;
3° En l'absence d'exécution immédiate du contrat, la date ou le délai auquel le professionnel s'engage à délivrer le bien ou exécuter le service ;
4° Les informations relatives à l' identité du professionnel , à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques et à ses activités, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte ; ... ».

[4]- Article. L.221-5 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de fourniture de services, de contenu numérique ou de services numériques, le professionnel fournit au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes : ...
3° La date à laquelle ou le délai dans lequel le professionnel s'engage à livrer le bien ou à fournir le service, le service numérique ou le contenu numérique ;
4° Les informations relatives à son identité, à ses coordonnées postales, téléphoniques et électroniques, aux modalités de résiliation, aux modes de règlement des litiges, aux autres conditions contractuelles et, le cas échéant, aux coûts de l'utilisation de la technique de communication à distance, à l'existence de codes de bonne conduite et aux cautions et garanties financières ;
5° S'il y a lieu, les informations relatives aux garanties légales, aux fonctionnalités, à la compatibilité et à l'interopérabilité du contenu numérique, du service numérique ou du bien comportant des éléments numériques, aux autres conditions contractuelles et, le cas échéant, à l'existence de toute restriction d'installation de logiciel ;

من شأنها توضيح المعلومات المتعلقة بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وكذلك خصائص الخدمة الرقمية أو ذات المحتوى الرقمي، مع توضيح أي قيود قد تقع على تركيب البرمجيات، وهو الذي لم ينصّ عليه تعديل 2020، و جاء به تعديل 2022، هذا بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بالمهني من هويته وإحداثياته البريدية والهاتفية والإلكترونية، المعلومات المتعلقة بالسعر أو أي ميزة أخرى منصوص عليها بدلا من دفع الثمن، في حالة عدم تنفيذ المهني لالتزامه الفوري، يجب عليه توضيح التاريخ أو الفترة التي يتعهد فيها لتقديم السلعة أو الخدمة أو الخدمة الرقمية أو المحتوى الرقمي الذي نصّ عليه التعديل الجديد لسنة 2022، وهذا بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بهوية المحترف وبريده وهاتفه، المعلومات المتعلقة بضمان المنتوج، المعلومات المتعلقة بحق الرجوع عن التعاقد من شروط ومهلة زمنية وإجراءات ممارسة هذا الحق،... وغيرها من المعلومات.

ب- البيانات الإلزامية الواردة في عقد الائتمان الاستهلاكي

نظّم المشرّع الفرنسي الشكلية الإعلامية في مجال القرض الاستهلاكي في المواد من L.312-1 إلى غاية L.312-94 من قانون الاستهلاك الجديد، حيث ألزم من خلال نصّ المادّة L.312.12 المقرض أو وسيط الائتمان إعطاء المقترض قبل إبرام عقد القرض الاستهلاكي في شكل استمارة بشكل كتابي أو بأي دعامة أخرى المعلومات والبيانات اللازمة للمقارنة بين مختلف العروض والسماح له بفهم كل التزاماته[1].

فقد حدّد المرسوم التنظيمي لقانون حماية المستهلك الفرنسي بموجب المادّة R.312-2 محتوى هذه المعلومات التي ستتضمنها الاستمارة التي سيتم تقديمها لكل مقترض في كل عرض ائتمان، من بين هذه المعلومات هوية وعنوان المقترض أو الوسيط المعني، نوع القرض، المبلغ الإجمالي للائتمان والشروط اللازمة لتوفير الأموال، مدة اتفاقية القرض، مبلغ وعدد و تواريخ الاستحقاقات الواجب دفعها من قبل المقترض، المبلغ الإجمالي المستحق من المقترض، في حالة

6° La possibilité de recourir à un médiateur de la consommation dans les conditions prévues au titre Ier du livre VI ;

7° Lorsque le droit de rétractation existe, les conditions, le délai et les modalités d'exercice de ce droit ainsi que le formulaire type de rétractation, dont les conditions de présentation et les mentions qu'il contient sont fixées par décret en Conseil d'Etat ;».

[1]- L'article L.312.12 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Préalablement à la conclusion du contrat de crédit, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit fournit l'emprunteur, sous forme d'une fiche d'informations, sur support papier ou sur un autre support durable, les informations nécessaire à la comparaison de différentes offres et permettant àl'emprunteur, compte tenu de ses préférences, d'appréhender clairement l'étendue de sonengagement… ».

القرض المستخدم من أجل تمويل لشراء سلعة أو خدمة معينة يتم تحديد السلعة أو الخدمة بالسعر الحالي...إلخ[1].

مما نصّت المادّة L.312-13 بأنه يمكن للمقترض بالإضافة إلى المعلومات المتعلقة بعقد القرض الحصول على نسخة من عقد القرض، كما يمكن له الحصول بناء على طلبه جميع المعلومات الإضافية مقدمة في وثيقة منفصلة عن الاستمارة المذكورة في المادّة L.312.12 قانون الاستهلاك[2].

ج- البيانات الإلزامية الواردة في عقد الائتمان العقاري:

يجب أن يتضمّن الإيجاب المسبق للائتمان العقاري حسب المادّة L.313-4[3] بيان هوية المقرض أو الوسيط في عملية القرض، تحديد طبيعة وموضوع القرض،... بالإضافة إلى بيانات متعلقة بالقرض التي جاءت بها المادّة R.313-1 من المرسوم التنظيمي رقم 884/2016 من بينها: بيان معدل الدين وسعره الثابت أو المتغير أو القابل للمراجعة، أو مزيج من كليهما، وكذلك البيانات المتعلقة بجميع التكاليف المدرجة في التكلفة الإجمالية للائتمان، المبلغ الإجمالي للائتمان، مدّة عقد الائتمان، المبلغ الإجمالي المستحق على المقترض، ... وغيرها من البيانات[4].

---

[1]- l'article R.312-2 de décret n°2016/884 du 29/06/2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, JORN n°151, du 30/06/2016, propose que « Pour l'application des dispositions de l'article L.312.12, le prêteur ou l'intermédiaire de crédit communique à l'emprunteur des informations concernant :
1° L'identité et l'adresse du préteur ainsi que, le cas échéant, l'identité et l'adresse de l'intermédiaire de crédit concerné ;
2° le type de crédit ;
3° Le montant total di crédit et les conditions de mise à disposition des fonds ;
4° La durée du contrat de crédit ;
5°Le montant, le nombre et la périodicité des échéances que l'emprunteur doit verser et, le cas échéant, l'ordre dans lequel les échéances seront affectées aux différents soldes dus fixés à des taux débiteurs différents aux fins du remboursement ;… ».

[2]-L'article L.312-13 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022), propose que : « A la demande de l'emprunteur, le prêteur lui fournit sans frais, s'il est disposé à lui consentir en crédit, outre les informations mentionnées à l'article L.312.12, un exemplaire de l'offre de contrat sur support papier ou tout autre support durable.
Toutes les informations complémentaire que le préteur souhaite donner à l'emprunteur sont fournis dans un document distinct de la fiche mentionnées à l'article 312-12 ».

[3]- Article L.313-4 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022), propose que : « toute publicité faite, reçu ou perçue en France, qui, quel que soit son support, porte sur l'un des prêts mentionnées à l'article L.313-1, précise l'd'entité du prêteur ou de l'intermédiaire de crédit, la nature et l'objet du prêt. Lorsque cette publicité comporte un taux d'intérêt ou des chiffres relatifs au coût du crédit pour l'emprunteur, elle précise également de façon claire, concise et visible les informations complémentaires sur les caractéristiques du crédit, fournies, les cas échéant, à l'aide d'un exemple représentatif.
Un décret en conseil d'état fixe la liste et les modalités de présentation des ces informations ».

[4] - L'article R.313-1 (n°2016/884 du 29/06/2016), propose que « les informations complémentaires mentionnées à l'article L.313-4 sont les suivantes :

ثانيا: اشتراط الكتابة في عقود الاستهلاك

إنّ إلزامية الكتابة في عقود الاستهلاك تتعدى مسألة الإثبات إلى كينونة العقد في حدّ ذاته، ومضمون الكتابة هو في أغلبه يفرضه القانون، الأمر الذي يوفّر أمنا قانونيا، وسرعة في المفاوضات، إنّ كل هذه الاعتبارات تدفع للقول بولادة جديدة للشكلية وتراجع مبدأ الرضائية.

فلا تنحصر أهمية الكتابة في مادّة الإثبات فقط بل هي واجبة للانعقاد، وذلك راجع لدورها المتمثل في تنوير رضا المتعاقد الضعيف؛ خاصّة المستهلك، يجعله بدارية تامّة بمضمون العقد الذي ينوي الالتزام به، من خلال إلزام المحترف بتحرير العقد كتابتا، وتضمينه المعلومات اللازمة التي يحتاج إليها المستهلك، ليكون عالما بحقوقه والتزاماته.

ففي التشريع الجزائري كما لاحظنا سابقا أنه لم ينظّم عقود الاستهلاك إلاّ أنه نصّ على الشكلية الإعلامية خارج قانون الاستهلاك، ففي عقد التأمين مثلا؛ الأصل أنه رضائي إلا أنّ المشرع وحماية منه لطالب التأمين اشترط كتابة هذا العقد[1]، إلا أنه لم يشترط شكلا معينا لتحرير هذا العقد إذ يجوز أن تكون شروط وبنود العقد مطبوعة ومكتوبة على الآلة الكاتبة أو محررة بخط اليد باستثناء شرط وحيد وهو أن يكون العقد مكتوبا بحروف واضحة، وهو ما نصّت عليه المادّة 07 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، كما أنّ الأمر رقم 07/95 لم يحدد اللغة التي يجب أن يكتب بها عقد التأمين[2].

هذا ونشير في هذا الصدد إلى الكتابة الوارد النصّ عليها في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري حيث نصّ في المادّة 10 على إلزامية تسبيق كل معاملة تجارية إلكترونية بعرض تجاري

1° Le taux débiteur et sa nature fixe, variable ou révisable, ou une combinaison des deux, ainsi que les informations relatives à tous les frais compris dans le coût total du crédit pour l'emprunteur ;
2°Le montant total du crédit ;
3° Le taux annuel effectif global du crédit mentionné à l'article L.314-3. Toutefois, lorsque la conclusion d'un contrat portant sur un service accessoire, notamment une assurance, est obligatoire pour obtenir le crédit ou pour l'obtenir aux conditions annoncées et que le coût et que de ce service ne peut être déterminé préalablement, l'obligation de conclure ce contrat est mentionnée avec le taux annuel effectif global ;
4° La durée du contrat de crédit ;
5° Le montant total dû par l'emprunteur ;
6° Le montant et le nombre des échéances ; …. »

[1]– حسن ناصف، المرجع السابق، ص21.

[2]– جرت العادة أن تحرر غالبية عقود التأمين باللغة الفرنسية بالرغم من أنّ اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية للبلاد طبقا لما جاء في المادّة 03 من الدستور،وبالرغم من تدخل المشرّع ليفرض صراحة كتابة عقود الاستهلاك باللغة العربية من خلال نصّ المادّة 18 من قانون 03/09، حتى يتسنى للمتعاملين بها إدراكها وفهمها إلا أنّ عقود التأمين لا تزال تحرّر باللغة الفرنسية.

إلكتروني وأن تكون هذه المعاملة مكتوبة ويوقع عليها المستهلك، وبالتالي نستنتج أنّ المشرّع الجزائري في مجال العقود الإلكترونية لم يأخذ بالرضائية كمبدأ تبرم من خلاله العقود الإلكترونية وإنما فرض إفراغها في شكل مكتوب وبالتالي نلاحظ طغيان الشكلية في مجال التجارة الإلكترونية في الجزائر.

أما بالنسبة للكتابة في عقود الاستهلاك فالمشرّع الجزائري ألزم كتابة عقد القرض الاستهلاكي ليحدد الالتزامات بين الطرفين وفق ما أكدته المادّة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، التي أشرنا إلها سابقا.

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المحدد لشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، فقد أشارت في كل من المواد 05 و06 و07 منه على ضرورة إفراغ القرض الاستهلاكي في عقد مكتوب حيث ألزمت المادّة 05 على أن يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة، بالإضافة إلى المادّة 06 التي ألزمت أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض، هذا ولا ننسى المادّة 07 التي فرضت أن يتضمّن عرض القرض الاستهلاكي جملة من البيانات الإلزامية لتنوير رضاء المستهلك المقترض.

وزيادة على ذلك نصّت المادّة 14 من نفس المرسوم على حق عدول المقترض عن المنتوج الذي بيع له على مستوى المنزل في أجل 7 أيام عمل، ولا يمكن احتساب هذه المدّة إلا إذا كان العقد مكتوبا[1].

بالإضافة إلى تأكيد القضاء من خلال الحكم الصادر عن المحكمة العليا حيث أقرت على ضرورة كتابة عقد القرض الاستهلاكي في نصّها على ما يلي: "يتم منح القرض بموجب عقد مكتوب بين البنك والمستفيد يحدد الالتزامات المتقابلة للطرفين"[2].

أما في التشريع الفرنسي بخصوص عقد القرض الاستهلاكي نصّت المادّة L.312-18[3] من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 على ضرورة إصدار العرض المسبق بشكل كتابي ونفس الشيء سار عليه تعديل 2022، كما تلزم المادّة بأن يتم تسليمه بأكبر عدد من النسخ، كما

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 65.

[2]– قرار رقم 590758، المؤرخ في 2010/01/07، مجلة المحكمة العليا العدد 01، الصادرة سنة 2010، ص173.

[3]- Article L.312-18 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : « l'offre de contrat de crédit est établie sur support papier ou sur un autre support durable. Elle est fournie en autant d'exemplaires que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions… ».

استوجبت المادّة L.312-28[1] أن تكون اتفاقية القرض هي الأخرى مكتوبة، كما ألزم مانح الائتمان عند ممارسة الحق في العدول عن القرض الاستهلاكي من طرف المستهلك، أن يلحق بعقد القرض نموذج معين قابل للفصل يتم تسليمها للمستهلك وما على المقترض إلا ملء البيانات الواردة في النموذج وإرسالها إلى مانح الائتمان حسب ما قضت به المادّة L.312-21[2].

ويشترط في هذه الكتابة أن تكون شفافة بعيدة عن كلّ غموض ولبس حتى يتسنّى للمستهلك فهم بنود وشروط العقد، وقد اهتمّ المشرّع الجزائري في إطار الممارسات التجارية، بشفافية هذه الممارسات في قانون 02/04 المتضمن القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، من خلال الباب الثاني الموسوم بعنوان شفافية الممارسات التجارية؛ الذي ضمّ بدوره فصلين: ينصّ الأوّل على الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع؛ حيث ألزم على البائع من خلال نصّ المادّة 05 منه على إعلام المستهلك بأسعار وتعريفات السلع والخدمات عن طريق وضع علامات أو وسم أو معلقات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، واشترط المشرّع أن تبيّن الأسعار والتعريفات بصفة مرئية ومفهومة، كما ألزمت المادّة 8 من هذا القانون البائع قبل اختتام عملية البيع أن يعلم المستهلك بكل المعلومات والتفاصيل المتعلقة بالمنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية، هذا ولم يتوقف المشرّع فيما يخص الشفافية عند العلاقة القائمة بين البائع والمستهلك، بل تعدّاها لينصّ على شفافية الكتابة بين الأعوان الاقتصاديين وهذا ما نصّ عليه في نصّ المادّة 07 حيث ألزم العون الاقتصادي البائع في تعامله مع العون الاقتصادي الزبون أن يعلمه بالأسعار والتعريفات عندما يطلب هذا الأخير ذلك عن طريق جداول الأسعار أو النشرات البيانية أو دليل الأسعار أو بأي وسيلة أخرى ملائمة مقبولة بصفة عامة في المهنة، بالإضافة إلى نصّ المادّة 09 التي أوجبت أن تتضمن شروط البيع وبصفة إجبارية كيفيات الدفع، وعند الاقتضاء، الخصوم والتخفيضات والمسترجعات.

أما الفصل الثاني فقد تضمّن الفوترة؛ حيث تصّت المادّة 1/10 من قانون 02/04؛ على أنه كل بيع سلع أو تأدية خدمات بين الأعوان الاقتصاديين يكون مصحوبا بفاتورة أو بوثيقة تقوم مقامها، أما التعامل بين العون الاقتصادي والمستهلك فيجب أن يكون حسب المادّة 3/10، محل وصل

[1] -Article L.312-28 (ord n°2016-301 DU 14/03/016)propose que : « Le contrat de crédit est établit sur support papier ou sur un autre support durable. Il constitue un document distinct de tout support ou document publicitaire… ».

[2] - Article L.312-21 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : « Afin de permettre l'exercice du droit de rétraction mentionnée à l'article L.312-19, un formulaire détachable est joint à son exemplaire du contrat de crédit ».

صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة، على أنّ الفاتورة أو الوثيقة التي تقوم مقامها يجب أن تسلّم للزبون إذا طلبها، وقد صدر المرسوم المنظّم للفاتورة، وأوجبت المادّة 03 منه أن تتضمن الفاتورة البيانات التالية: معلومات متعلقة بالبائع: من إسمه ولقبه إذا كان شخصا طبيعيا، أما إذا كان معنويا فيحدد تسميته وعنوانه التجاري، العنوان ورقم الهاتف والفاكس وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء، ...إلخ بالإضافة إلى تسمية السلعة المبيعة وكميتها و/أو تأدية الخدمات المنجزة، السعر الإجمالي دون احتساب الرسوم للسلع المبيعة و/أو تأدية الخدمات المنجزة...، ومعلومات أخرى متعلقة بالمشتري: من إسمه ولقبه إذا كان شخصا طبيعيا، وتسميته وعنوانه التجاري إذا كان شخصا معنويا، الشكل القانوني وطبيعة النشاط، العنوان ورقم الهاتف والفاكس وكذا العنوان الإلكتروني عند الاقتضاء، رقم السجل التجاري، رقم التعريف الإحصائي، كما أشارت المادّة على إلزامية احتواء الفاتورة على اسم المشتري ولقبه وعنوانه إذا كان مستهلكا[1].

أما في التشريع الفرنسي فشفافية الكتابة ووضوحها أخذ عدّة أوجه من بينها؛ اشتراط قانون الاستهلاك الفرنسي إعادة كتابة بعض المواد القانونية بغية لفت انتباه المستهلك إلى حقوقه وكيفية ممارستها وسبل حمايتها[2]، ومثال على ذلك ما نصّت عليه المادّة L.121-23 من قانون الاستهلاك الفرنسي، المنظمة لعقد البيع بالمنزل، الذي استبدلت تسميته بالبيع خارج الموطن من خلال تعديل 2016 لقانون الاستهلاك، حيث فرضت تحت طائلة البطلان، في الفقرة 7 منها النص الحرفي للمواد L.121-23 L.121-24 L.121-25 L.121-26 من قانون الاستهلاك الفرنسي[3]، وهي في مجموعها تتعلق بحق الرجوع المخوّل للمستهلك وكيفية ممارسته.

كما اشترط كتابة بعض البيانات بخط اليد، ومثال على ذلك عقد الكفالة، حيث أوجبت المادّة L.331-1[4] من قانون الاستهلاك الفرنسي؛ على الشخص الطبيعي الذي يلتزم بموجب عقد عرفي

---

[1]- راجع نصّ المادّة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 468/05، المؤرخ في 2005/12/10، المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد: 80، الصادرة بتاريخ 2005/12/11.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص59.

[3]-Article L.121-23 (2008/776 du 04/08/2008) propose que : « les opérations visée à l'article L.121-21 doive faire l'objet d'un contrat dont un exemplaire doit être remis au client au moment de la conclusion de ce contrat et comporter, à peine de nullité, les mentions suivants : …
7° Faculté de renonciation prévue à l'article L.211-25, ainsi que les conditions d'exercice de cette faculté et, de façon, le texte intégral des articles L.121-23, L.121-24, L.121-25, et L .121-26. », consulté le lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr.

[4]-Article L. 331-1 (ord n°2016-301 DU 14/03/016)propose que : « Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers envers un créancier professionnel fait précéder sa

ككفيل في عقد الائتمان الاستهلاكي أو عقاري يتعلق بقانون الاستهلاك، أن يكتب بخط يده قبل الإمضاء بيانا نصه كالآتي: "بصفتي كفيلا لـ X...، في حدود مبلغ... يغطّي الوفاء الدين الأصلي وفوائده وعند الاقتضاء الغرامات أو فوائد التأخير وذلك من خلال مدّة، وإنني ألتزم بالتسديد للمقرض هذه المبالغ الواجبة من جميع مداخيلي وأموالي إذا لم يلتزم X... بالوفاء بها".

هذا ولا ننسى اشتراط المشرع الفرنسي في الكتابة أن تكون بارزة و واضحة؛ ومثال على ذلك أحكام قانون التأمينات الفرنسي الذي كان أول من أخضع عقود الإذعان لمتطلبات الشكل، فقد أوجب المشرّع أن تكون شروط وثائق التأمين مقروءة، ونفس الأمر ينطبق على عامة المستندات التي تستعملها شركات التأمين،[1] ومن أجل هذه الغاية فرض قانون التأمين في مادته L.112-3 أن تكون عقود التأمين في شكل مكتوب، وباللغة الفرنسية بأحرف ظاهرة،[2] ونفس الشيء تناولته المادّة 07 من قانون التأمين الجزائري السابق الإشارة إليها، حيث ألزمت أن يكون عقد التأمين مكتوبا وبحروف واضحة.

signature de la mention manuscrite suivante et uniquement de celle-ci : En me portant caution de X…, dans la limite de la somme de… couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de…, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X…n'y satisfait pas lui-même. ».

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص62.

[2]-Article L.112-3 (code d'assurance dernière modification le 26/04/2020) propose que : « Le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractère apparents… ».

البند الثاني: جزاء تخلف الشكلية الإعلامية بين قانون الاستهلاك وقانون العقد

إنّ تخلف صيغ الشكلية الإعلامية، والتي أصبحت من متلازمات قانون الاستهلاك وبالتالي عقود الاستهلاك، سيثير عواقب وخيمة على المحترف مخالف هذه الصيغ؛ ففي التشريع الفرنسي نصّت المادّة 1112-1 من الأمر 2016-131 المتعلق بتعديل القانون المدني على ما يلي: "... بالإضافة إلى مسؤولية المتعاقد المسؤول عن هذا الإخلال يمكن أن يؤدّي إلى بطلان العقد وفقا للمادّة 1130 وما يليها"، و هو ما سار عليه تعديل 2022 للقانون المدني الفرنسي[1].

وبناء على ذلك فإن القانون الفرنسي نصّ على الجزاء المترتب على تقلص المحترف من إعلام المستهلك بالبيانات المهمة التي تعتبر صيغة من صيغ الشكلية الإعلامية، من خلال نصّ المادّة 1112-1 من القانون المدني الفرنسي، وهو طلب إبطال العقد طبقا لأحكام المادّة 1130 وما يليها من القانون المدني وهي التي تنظم عيوب الرضا للغلط أو تدليس، وبذلك قد أحال القانون الفرنسي خضوع الإخلال بالبيانات الإلزامية محل العقد إلى القواعد الخاصّة ببطلان العقد للغلط أو التدليس كأحد العيوب المفسدة للرضا واعتبرهم المشرّع في المادّة 1131[2] من القانون المدني سبب من أسباب بطلان العقد نسبيا، وذلك استجابة لما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي[3] قبل تعديل القانون المدني الفرنسي.

أما في تشريع الاستهلاك الفرنسي؛ فقضت بالبطلان بنصوص صريحة، كجزاء لتخلف الشكلية الإعلامية، من ذلك مثلا نصّ المادّة L.121-23 من قانون الاستهلاك الفرنسي بخصوص البيع بالمنزل[4]، التي اشترطت ذكر البيانات اللازمة لإعلام المستهلك في شكل عقد تقدم نسخة منه للمستهلك وقت إبرام العقد، إلا أنّ المادّة لم تحدد طبيعة البطلان إذا كان نسبيا أم مطلقا، ففي هذا

---

[1]-L'article 1112-1 (code civil dernière modification le 01/07/2022) propose que : « …outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entrainer l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ».

[2]- L'article 1131 (2016-131 du 10/02/2016) propose que : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».

[3]– لمعلومات أكثر حول الفقه والقضاء الذين نادوا بجعل الغلط والتدليس من أسباب بطلان العقد نسبيا؛ راجع جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص164.

[4]- L'article 121-23 (2008/776 du 04/08/2008) propose que « Les opérations visées à l'article L.121-21 doivent faire l'objet d'un contrat dont un exemplaire doit être remis au client au moment de la conclusion de ce contrat et comporter, à peine de nullité, les mentions suivent :
1° Noms du fournisseur ;
2°Adresse du fournisseur ;… »

الأمر ثار خلاف بين الفقهاء؛ فيما يخص الأساس الذي يقوم عليه البطلان، فالفقه التقليدي يرى بأنه يقوم على أساس جسامة العيب الذي لحق بالعقد؛ فإذا كان العيب يتمثل في تخلف ركن من أركان العقد فهو مطلق، أما إذا كان العيب تمثل في تخلف شرط من شروط الصحة فهو نسبي، في حين أن الفقه الحديث يرى بأنه يقوم على أساس الغاية من القاعدة القانونية التي تمّ خرقها، فإذا كانت الغاية من القاعدة القانونية حماية المصلحة العامّة فإننا أمام بطلان مطلق، أما إذا كانت الغاية من القاعدة القانونية حماية المصلحة الخاصة فإننا أمام بطلان نسبي[1]، ولا ننسى الإشارة إلى أنه؛ بعدما كانت تشريعات الاستهلاك تعتبر من النظام العام، كان الاجتهاد القضائي الفرنسي لا يتردد في الحكم بالبطلان المطلق على تخلف قواعد الشكل، مع أن غاية القواعد القانونية الموجبة للبيانات الإعلامية تتمثل في حماية مصلحة خاصة للمستهلك، مما يستوجب الحكم بالبطلان النسبي[2]، فهنا يظهر عدم التناسب بين النظام العام الذي يهدف إلى حماية المصالح العامّة، وبين تشريعات الاستهلاك التي تحمي المصلحة الخاصة.

إلا أنه وبعد التطور الذي عرفه النظام العام، نتيجة سعي المشرع إلى تحقيق التكافؤ بين الأفراد الذين تتفاوت قدراتهم الواقعية نظرا لتفاوت قدرتهم الاقتصادية، يعدّ من أهم الأسباب التي أدت إلى إعادة النظر في بعض القواعد القانونية، فإذا كان النظام العام قيدا على إرادة الفرد سواء أكان الغرض تحقيق المصلحة العامة أو حماية الطرف الضعيف في العقد، فهو يمثل حد المشروعية الذي يجب أن تقف عنده فلا تتجاوزه[3]، وقد مكنت خاصية مرونته في توسعه بشكل كبير كلّما تطلبت المصلحة العامة ذلك[4]، وبالتالي تمكين المشرع من مسايرة الواقع، فالتفاوت الحاصل بين الأفراد أثر على ممارسة الحقوق خاصة في إطار العلاقات العقدية، فمجرد إكراه اقتصادي يجعل الفرد في مركز ضعيف في مواجهة المحترف، وهذا الوضع جعل من الضروري إتباع سياسة حمائية من طرف المشرّع، وكان التكريس لها في صورة قواعد النظام العام[5]، أو ما يسمى بالنظام العام

---

[1]- Aurélien Bamdé, La nullité de contrat: régime juridique, l'année de l'article 2017, consulté le lien suivant : https://aurlienbamde-com.cdn.ampproject.org.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص73.

[3]- نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، الجزائر1، الجزائر، سنة 2013/2012، ص30.

[4]- الزهرة الزرايقية، المرجع السابق، ص105.

[5]- نساخ فطيمة، المرجع السابق، ص31.

الاقتصادي،[1] ومن بين مميزاته أنه إيجابي،[2] بمعنى أنّ شكل الحماية في هذا النظام يأخذ طريق تقرير البطلان النسبي،[3] وهو بذلك يتناسب وتشريعات الاستهلاك، فأصبحت هذه الأخيرة تنتمي إليه بعدما كانت تنتمي إلى النظام العام، فمن المنطقي أن يكون جزاء تخلف البيانات الإعلامية هو البطلان النسبي.

إلاّ أنّ القانون المدني في تعديله لسنة 2016 فصل في الأمر، حيث اعتبر أن البطلان النسبي هو نتيجة خرق قاعدة قانونية الهدف منها هو حماية مصلحة خاصّة، أما المطلق فهو نتيجة خرق قاعدة قانونية الغاية منها حماية مصلحة عامّة و هو ما أخذ به التعديل الجديد للقانون المدني لسنة 2022[4]، وبما أنّ تشريعات الاستهلاك يعدّ الهدف منها هو حماية مصلحة المستهلك، فإنها تحمي مصلحة خاصة للمستهلك وبالتالي البطلان المقرر في تشريعات الاستهلاك هو بطلان نسبي.

أما في التشريع الجزائري فيقوم بطلان عقد الاستهلاك وفقا للقانون المدني بإثبات المتعاقد الذي وقع في غلط وقوعه في غلط جوهري دفعه للتعاقد بشرط اتصال هذا الغلط بالمتعاقد الآخر أي

---

[1]– إن تدخل الدولة في السياسة الاقتصادية لكل القطاعات الاقتصادية، وتنظيم المنافسة، والتعامل بالعملات مثلا لم يترك النشاط الاقتصادي للأفراد على إطلاقه، فقد يتعرض الاقتصاد وبالتالي المجتمع لهزات ومخاطر يصاحبها آثار اجتماعية، كل ذلك حدا الدولة على التدخل في هذا الشأن، فشمل هذا التدخل القانون العام والخاص؛ لأن النظام العام الاقتصادي يفرض قيودا معينة على الحرية التعاقدية، ويستبعد من العقود الخاصة ما يعارض التوجه العام الاقتصادي، كما في الاتفاقات التي تنطوي على غبن، وكذا الاتفاقات التي صيغت بشكل غير قانوني، وهو يأخذ طابعين؛ نظام عام حمائي: والهدف منه حماية فئة معينة من فئات المجتمع التي تكون في وضع اقتصادي ضعيف كالمستهلك مثلا، ونظام عام توجيهي: يهدف هذا الأخير إلى التصدي للانفلات الحاصل في توجهات الإرادة، استهدافا منها وسعيا إلى تحقيق المصالح العامة الحيوية والضرورية، من خلال إصدار مجموعة من قوانين التوجيه الاقتصادي والاجتماعي، كقوانين النقد والائتمان والجمارك والبنوك، وحدا المشرع أن يفرض حماية خاصة لهذه القوانين فكان قد اصبغ عليها طابعا آمرا، يترتب على مخالفتها البطلان المطلق للتصرف المخالف، راجع في ذلك كل من عماد طارق البشيري، فكرة النظام في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت 2005، ص 67؛ مازن النهار، النظام العام والآداب العامة، الموسوعة العربية، تاريخ النشر 2019/02/01، المقال منشور على الرابط التالي: https://arab-ency.com.sy.

[2]– مريم بن عباس، العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الإداري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد07، العدد 01، سنة 2020، ص 201.

[3]– مازن النهار، https://arab-ency.com.sy، المرجع السابق.

[4]– هذا ما جاء في نصّ المادّة 1179 التي جاء فيها ما يلي:

« La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt générale.
Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

أنه كان يعلم به[1]، في حين أنه وبالرجوع إلى ما أخذ به الفقه والقضاء الفرنسي بأنه في حالة الإخلال بالالتزام ببيانات الإعلامية يستطيع المستهلك التوصل إلى إبطال العقد حتى ولو لم تتوفر شروط الغلط، على أساس أنّ افتراض المهني يعلم بالبيانات والصفات الجوهرية في محل الالتزام، وأنّ هذه البيانات والصفات الجوهرية هي التي دفعت المستهلك للتعاقد[2].

ونفس الشيء بالنسبة للكتمان التدليسي حيث نصّت المادّة 2/68 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدلّس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

و بناء على ما تقدّم يجوز للمتعاقد المطالبة بإبطال العقد على أساس السكوت العمدي عن البيانات والمعلومات التي يجب الإدلاء بها للمتعاقد، في شقها الإيجابي المتمثل أساسا في إنارة رضا المستهلك في إبرام العقد، بالإضافة إلى شقها السلبي المتمثل في الامتناع عن التعاقد، وبالتالي فإن هذا الكتمان يمثل إخلال بالالتزام.

كما يري البعض[3]، وهو موقف جدير بالتأييد بأنه يمكن الاستعانة بنص المادّة 352 من القانون المدني الجزائري والمتعلقة بأحكام العلم الكافي للمبيع، حيث تنصّ في فقرتها الثانية على ما يلي: "وإذا ذكر في عقد البيع أنّ المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع"، وبالتالي و بمفهوم المخالفة يحق للمشتري إبطال العقد إذا أثبت أنه لا يعلم العلم الكافي بالمبيع.

أما في تشريع الاستهلاك الجزائري إلى يومنا هذا لم ينظّم المشرّع الجزائري عقود استهلاك بعينها كعقد البيع خارج الموطن، والبيع عن بعد، والائتمان العقاري، وغيرها من العقود، التي تعتبر المجال الخصب للبيانات الإعلامية، وإن كان مؤخرا قد نظّم القرض الاستهلاكي، وأوجب حسب نصّ المادّة 07، تضمينه جملة من البيانات دون أن يحدّد جزاءا لتخلّفها، إلاّ أنه وبالرجوع إلى قانون التجارة الإلكترونية الجزائري نصّت المادّة 14 منه على ما يلي: "في حالة عدم احترام أحكام المادّة

[1]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص165.

[2]– ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2009/2008، ص295.

[3]– ذهبية حامق، المرجع السابق، ص295.

10[1] أو أحكام المادّة 13[2] أعلاه، من طرف المورد الإلكتروني، يمكن المستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به"، وبالتالي نستنتج أنه إذا لم يفرغ المورد الإلكتروني المعاملة التجارية في شكل عقد يصادق عليه المستهلك، وإذا لم يضمّن العقد الإلكتروني بالمعلومات التي حدّدتها المادّة 13، وقع عقده تحت طائلة البطلان دون المساس بحق المستهلك في التعويض عن ما لحقه من ضرر؛ فنفس السؤال يطرح في هذه الحالة هل البطلان الوارد في هذه المادّة نسبي أم مطلق؟ فهنا يرى الفقه الجزائري أن المشرّع أخذ بالتقسيم الثنائي معتمدا نفس معيار التفرقة الذي أخذ به الفقه الحديث، وهو أنّ المصلحة العامة هي أساس البطلان المطلق، وتكون المصلحة الخاصّة في أساس البطلان النسبي"[3].

ومن خلال ما سبق يمكن القول أنّ الشكلية الإعلامية هي حقيقة صورة جديدة عن الشكلية التقليدية في قانون العقد، وهذا ما يبرز حقيقة تأثير تشريعات الاستهلاك على قانون العقد، حيث أظهرت هذه الأخيرة تقسيم جديد للبطلان فبعدما كان قائم على أركان العقد وشروط صحته، أصبح قائم على المصلحة المحمية، إضافة إلى إبرازها لنوع جديد من النظام العام المتمثل في النظام العام الاقتصادي الحمائي، بعدما كانت موجهة من طرف النظام العام، هذا ولا ننسى من بين التجديدات التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك من بينها تشريع الاستهلاك الفرنسي؛ الجزاء العقابي نتيجة تخلف الشكلية الإعلامية إضافة إلى البطلان[4].

---

[1]– تنصّ المادّة 10 من قانون 05/18 على ما يلي: "يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني".

[2]– تنص المادّة 13 من قانون 05/18 على ما يلي: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

– الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات؛

– شروط وكيفيات التسليم؛

– شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع؛..."

[3]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص337.

[4]– مثال على ذلك ما نصت عليه المادّة R.131-1 من القانون التنظيمي لقانون الاستهلاك الفرنسي التي ألزمت البائع أو المهني أو مقدّم الخدمة تمكين المستهلك أو كل شخص معني بناء على طلبه الحصول على نسخة من الاتفاقية المذكورة في المادّة L114-1من قانون الاستهلاك تحت طائلة الغرامات من الدرجة الخامسة، بالإضافة إلى عقوبات جنائية بمقتضى المواد 132-11 و132-15 من قانون العقوبات.

بينما في تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري لسنة 2018 حيث عاقبت كل من يخالف إلزامية إعلام المستهلك بغرامة مالية من 100.000 د.ج إلى 1000.000 د.ج.

المطلب الثاني: تراجع مبدأ الرضائية من خلال ظهور مهلة التفكير والتروي

إلى جانب الشكلية الإعلامية في العقود ودورها في توعية المستهلك قبل اتخاذه قرار إبرام العقد، وتأثيرها على مركز مبدأ الرضائية، ظهرت مهلة للتفكير والتروي؛ والتي يقصد بها منح المستهلك قبل إبرام العقد مهلة يفكر فيها في التعاقد من عدمه بهدوء، مما يجعل يبرم برؤية واضحة ورضا صحيح يدرك من خلالها المستهلك بالآثار القانونية التي يرتبها العقد والالتزامات الملقاة على عاتقه، إذ أنه بهذه الفترة يتم احترام بعض المراحل الزمنية، سواء بالنسبة للإيجاب الصادر عن المحترف أو بالنسبة للقبول الصادر من المستهلك لاتخاذ قرار التعاقد، فإذا كان في مبدأ الرضائية يتم إبرام العقد بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول فالأمر يختلف مع تشريعات الاستهلاك فقبل أن يصدر المستهلك رضائه حول السلعة أو الخدمة المعروضة من الموجب أن يفكر في مدى ملائمة هذه الأخيرة لرغبته، طول فترة محددة مع بقاء العرض الذي عرضه الموجب قائما.

و من أجل الغوص أكثر في هذه الفترة والتفصيل فيها وإظهار كيف أثرت هذه الأخيرة على مبدأ الرضائية، سنتطرف في **الفرع الأوّل** إلى مفهوم مهلة التفكير والتروي، أما في **الفرع الثاني** سنتطرق إلى مهلة التفكير والتروي والنظرية العامة للعقد.

الفرع الأوّل: مفهوم مهلة التفكير والتروي

إنّ السعي وراء خلق علاقات تعاقدية متوازنة بين أطرافها، أصبحت ضرورة ملحة، لذلك أقرت بعض التشريعات من بينها التشريع الفرنسي بعض الآليات الحمائية لصالح الطرف الضعيف في العقد، وهو المستهلك، بفرض بعض الالتزامات على المتدخل كطرف ثاني في العقد متفوق من حيث المركز التعاقدي، والتي من بينها ضرورة منح المستهلك مهلة للتفكير في العقد قبل إبرامه، بهذا تظهر أهمية دراسة موضوع مهلة التفكير والتروي، فأصبح العامل الزمني هو جوهر مهلة التفكير من خلال ربط إبرام العقد بمدة زمنية محددة[1] خصوصا، بعد ما أصبحت المعاملات المالية اليوم تبرم في ظل زخم هائل من الدعاية والإعلان من أجل التأثير على إرادة المستهلك ودفعه إلى التعاقد من دون اخذ الوقت الكافي للتروي والتدبر في أمر العقد، فيولد العقد في جو من التسرع، لذلك تعتبر مهلة التفكير والتروي من الضمانات المطلوبة كي يعبر العقد عن تراضي حقيقي وفعلي، فسنعمل من

[1]– الطيب جربوع، عمر بن الزوبير، مهلة التفكير آلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد:05، العدد:02، الجزائر، سنة 2021، ص1.

خلال هذا الفرع على التطرق إلى المقصود من هذه المهلة وخصائصها في **بند أول**، ثم **بند ثاني** نتطرق إلى صيغ مهلة التفكير والتروي.

البند الأوّل: المقصود من مهلة التفكير والتروي وخصائصها

سنعمل من خلال هذا البند على توضيح المقصود من مهلة التفكير والتروي وإزالة الغموض عنها في **النقطة الأولى**، وبعد ذلك نقوم بتوضيح خصائصها في **النقطة الثانية**.

أولا: المقصود من مهلة التفكير والتروي

إنّ التشريع الجزائري لم ينصّ على مهلة التفكير والتروي، لا في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ولا في قانون الممارسات التجارية، مع أنها من التقنيات الحديثة التي تعتمدها تشريعات الاستهلاك كتشريع الاستهلاك الفرنسي لحماية رضاء المستهلك بصورة وقائية إلى جانب الشكلية الإعلامية باعتبارها آلية وقائية هي الأخرى، لذا تقدّم الفقه[1] بعدّة تعاريف لمهلة التفكير والتروي؛ حيث عرفت بأنها: "منح المستهلك مهلة زمنية معينة قبل الارتباط بالعقد نهائيا، يلتزم خلالها المهني بالإبقاء على عرضه مدة من الزمن لا يستطيع الرجوع عن إيجابه خلال هذه الفترة، بحيث يتمكن المستهلك من قراءة العقد بهدوء وتدبر لمدى ملائمة العقد لمتطلباته".

وعرّفها البعض[2]بأنها "مكنة قانونية تمنح للمستهلك مدة محددة من الزمن لدراسة أمر التعاقد والتفكير فيه قبل وبعد إبرامه، من دون أن يلتزم بالتعويض عند ممارستها".

أما المشرع الفرنسي بالرغم من تقريره لهذه المهلة في تشريعاته؛ إلا أنه لم يضع لها تعريفا، ومن أجل ذلك فقد عرفها بعض الفقه الفرنسي[3] بأنها "تقنية تأخير تكوين العقد في سبيل إعطاء المستهلك إمكانية التفكير والتدبر المسبق، فلا يمكنه إعطاء قبوله قبل هذه المدّة، وبعد إبرام العقد، وأن انتهاك هذا التقييد يؤدّي إلى بطلان العقد نفسه".

---

[1]– أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010، ص86–87، مشار إليه في زعمي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد09، سنة 2013، ص119، هامش رقم2.

[2]– أسامة شهاب الجعفري، حق المستهلك بالتفكير والتروي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، العدد 02، السنة 09، العراق، سنة 2017، ص629.

[3]- Alain Bénabent, Droit Civil, Les obligations, Editeur Montchrestien, 2005, P.60.

وبناء على ما تقدّم فإن مهلة التفكير والتروي هي عبارة عن مهلة زمنية التي تتاح للمستهلك من أجل تفحص العقد وقراءته والتفكير فيه، بل وحتى استشارة ذوي الخبرة في الموضوع العقد قبل الإبرام، حماية له من التسرع والاندفاع في الانعقاد بدون رضا وتبصر.

فالمستهلك عادة يُمنح فرصة كافية لمراجعة العقد الذي عرض عليه من قبل المتدخل، وعادة ما يستفيد هذا الأخير من قصر الوقت المتاح للمستهلك للنظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع، وبعد ذلك لا فائدة من اعتراضه، وبالتالي قد يؤّدي إلى ميلاد عقد متسم بعدم التوازن بين طرفيه.

هذه النتيجة تؤكد أنه لا فائدة من إحاطة المستهلك بالمعلومات والبيانات دون إعطائه مهلة للتفكير قبل الإقدام على إبرام العقد، لهذا يؤكّد الفقه أن حق المستهلك في التفكير والتدبر هو المكمّل لحقه في الإعلام، وهكذا يُكفل للمستهلك تقييم مزايا العقد المنوي إبرامه وعيوبه.

ولهذا للمهلة أهمية كبيرة بالنسبة لرضا المستهلك وتبصيره دون عجلة وبعيدا عن كلّ أشكال الضغط، تتيح له فرصة التوعية بالآثار القانونية المترتبة عن العقد على اعتبار أنه طرفا ضعيفا في العقد يتعاقد في مواجهة المهني المتخصص؛ ففي حال إعطاءه تلك المهلة يكون الأمر قد اتسم بالعدالة والمنطق[1]، لاسيما في العقود العقارية وعقود الائتمان[2].

وإنّ الدافع الرئيس من تقرير مهلة التفكير والتروي هو انتشار الوسائل التي تغري المستهلك للإقدام على شراء المنتجات خصوصا مع حدوث التطور التكنولوجي المعاصر التي تؤدّي إلى دفع المستهلك للتعاقد حتى لو لم يكن بحاجة إلى تلك السلعة[3]، علاوة على ذلك؛ قد تكون هناك حالات أخرى يكتشف فيها المستهلك بعد فوات الأوان أنه لا يحتاج إلى تلك السلعة، أو لا يستطيع دفع ثمنها، لذا لو ترك المستهلك دون منحه فترة زمنية للتفكير لأدى ذلك إلى الإضرار بمصلحته، فمن المعروف أنّ المنتج يفترض به العلم بخصائص المنتجات عكس المستهلك عديم الخبرة، فإقدام هذا

---

[1]– محمد عبد الرحمن محمد حنتولي، المسؤولية المدنية للمنتج عن أضرار منتجاته الخطرة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص قانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، بيرويت، فلسطين، سنة 2009، ص25.

[2]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص56.

[3]– جمال نكاس، حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 13، الجزائر، يوليو1989، ص 104.

الأخير على التعاقد دون منحه فترة كافية للتفكير والتروي يلحق به ضررا، خصوصا إذا تبيّن له من استخدام المنتج أنه لا يحقق الهدف المطلوب منه[1].

وما يجعل من هذه الفترة تؤثر على مبدأ الرضائية؛ هو أن تطابق الإيجاب مع القبول في قانون العقد كان يكفي لإبرام العقد، إلا أنّ في تشريع الاستهلاك أصبح غير كاف بل لابدّ من مرور مدّة زمنية يحدّدها المشرع لا يعدل المستهلك خلالها عن إبرام العقد حتى تنشأ هذه الرابطة، أي أنّ المشرع يقرن المدّة التي يحددها لبقاء مقدم العرض على شروط عرضه بمدّة أخرى يمتنع على الموجه إليه العرض قبوله قبل انقضائها ضمانا لصدور القبول منه بعد تروي حقيقي، بحيث يكون أي قبول له قبل انقضاء هذه المدّة عديم الأثر في تكوين العقد والالتزام به، فحتى وإن صدر قبول خلال هذه المدّة التي حددها المشرع لا يغني عن ضرورة صدور قبول جديد عقب فواتها بحيث يكون القبول السابق غير منتج لآثاره[2].

وكان القانون الفرنسي من القوانين السباقة في الأخذ بمهلة التفكير السابقة على إبرام العقد[3]، فتقررت بموجب القانون الصادر بتاريخ 1971/07/12 في شأن التعليم بالمراسلة[4].

أما في التشريع الجزائري المتعلق بحماية المستهلك يفتقد تماما لمثل هذا الحق، إذ لا نجد نصا صريحا يمكن أن نستدلّ من خلاله على أنّ المستهلك له الحق في التروي والتفكير، والحقيقة أنّ عدم إيراد نص يصبّ في هذا الإطار يعدّ نقيصة، في التشريع المتعلق بحماية المستهلك، لهذا كان جدير بالمشرع الجزائري استدراك هذا الأمر، لما لهذا الحق من تأثير واسع، ودور مهم في

---

[1]– محمد عبد الرحمن محمد حنتولي، المرجع السابق، ص26.

[2]– وذلك ما نصّ عليه قانون 13 أغسطس في فرنسا من التزام مقدم القرض العقاري بالإبقاء على شروط القرض التي يعرضها على المستهلك لمدّة 30 يوما، أنظر في ذلك تهميش رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2016، ص140.

[3]– ولا تختص فرنسا وحدها في إقرار هذه الوسيلة بل تبنته الكثير من الدول الغربية كالولايات المتحدة الأمريكية في قوانين 1963 و1965، وانجلترا في إطار تشريع حماية المستهلك لسنة 1974، وألمانيا الغربية في القانون الصادر في 1974/05/15،للمزيد من المعلومات حول هذه القوانين راجع جمال نكاس، المرجع السابق، ص105.

[4]– غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، العدد 01، المجلد 36، الأردن، سنة 2009، ص191.

تعزيز إجراءات الحماية المقررة لصالح المستهلك[1]، ومع ذلك يمكن الإشارة إلى المرسوم التنفيذي رقم 306/06 [2]الذي نصّت المادّة 04 منه على ما يلي: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه"، فنلاحظ أنّ هذا المرسوم أشار إلى مهلة التفكير كوسيلة لحماية المستهلك إلى جانب الالتزام بالإعلام، بالرغم من عدم تنظيم تشريع الاستهلاك الجزائري لهذا الحق، إلا أنه ما يعيب على هذه المادّة هو عدم تحديد مدّة التفكير، وإنما اكتفى بعبارة مدّة كافية، فهو الأمر الذي من شأنه أن يحدث خلافا بين المستهلك والمتدخّل لتحديدها من طرف هذا الأخير، باعتباره في مركز قوّة بالمقارنة مع المستهلك، بالإضافة إلى الصعوبة التي قد يجدها القاضي نتيجة عدم تحديدها[3]، هذا وبعد استقراء نص المادّة أنّ مهلة التفكير المنصوص عليها مقتصرة فقط على العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، مستثنية العقود المبرمة بين المهنيين.

هذا وقد ربط البعض[4] مهلة التفكير والتروي بفكرة العرض المسبق التي نصّ عليها المشرّع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بالقرض الاستهلاكي، في المادة 06 منه التي نصّت على أنه: "يجب أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض، من شأنه السماح للمستهلك بتقييم طبيعة الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد"، وبالتالي رأى أصحاب هذه الفكرة أنّ هذه المادّة توضح الهدف من هذا العرض المسبق، ويظهر ذلك من خلال عبارة "يجب" أنّ المشرّع يؤكد ضرورة منح المقترض مهلة أو فرصة للتفكير في العقد وشروطه، خاصة وأنّ المادّة 02 في فقرتها الثالثة من نفس المرسوم بصدد تعريف عقد القرض التي جاء فيها ما يلي: "...عقد القرض عقد يقبل بموجبه بائع أو مقرض أو يلتزم بالقبول اتجاه مستهلك بقرض في شكل أجل دفع سلفة أو أي دفع بالتقسيط مماثل"، تشير إلى التزام البائع أو المقرض بقبول اتجاه المستهلك بعد منح

---

[1]– عمّار زعبي، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، سنة 2013/2012، ص130.

[2]– المؤرخ في 2006/09/10، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد: 56، الصادرة بتاريخ 2006/09/11، المعدّل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/08، المؤرخ في 2008/02/03، الجريدة الرسمية العدد: 07، المؤرخة في 2008/02/10.

[3]– حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2018/2017، ص61.

[4]– مشار إليه في الطيب جربوع، عمر بن الزوبير، المرجع السابق، ص،ص12،11.

هذا الأخير عرضا مسبقا، فإذا جمعنا بين فكرة العرض المسبق حسب نص المادّة 06 مع فكرة إلزامية القبول الواردة بالفقرة الثالثة من المادّة 02 من نفس المرسوم يتأكد لنا إقرار المشرع لحق المستهلك المقترض في التروي والتفكير.

إلا أنه وحسب رأينا سواء لمّح المشرّع لهذه الآلية في المرسوم رقم 06-306 أو في المرسوم رقم 114/15 إلا أنها تعتبر ناقصة ففي المرسوم 306/06 كما أشرنا سالفا لم تحدد مدة هذه المهلة، أما في المرسوم الثاني 114/15 فقط كانت مقتصرة فقط على القرض الاستهلاكي، بمعنى أنّ المشرّع الجزائري لم ينظمها بالطريقة التي تجعلها آلية فعالة لحماية المستهلك مقارنة بالطريقة التي نظمها بها المشرع الفرنسي كما سنرى لاحقا[1].

ثانيا: خصائص مهلة التفكير والتروي

لا يكتمل مفهوم مهلة التفكير والتروي السابقة لإبرام العقد ما لم يتم بيان الخصائص التي تتمتع بها وهو ما سنوضحه في النقاط التالي ذكراها.

1. من حيث طبيعتها

إذا كانت الشكلية المرحلية باعتبارها فرصة للتروي والتفكير في أمر العقد يعدّ تصرفا قانونيا يقع بإرادة المستهلك فهل يعدّ حقا؟ وإذا كان حقا فهل هو حقا شخصيا أم عينيا؟ إن حق المستهلك بالتروي والتفكير لا يعدّ حقا شخصيا[2]. ذلك لأن الحق الشخصي يمثل علاقة الاقتضاء بين الدائن والمدين فلا يستطيع الدائن الحصول على حقه إلا بواسطة تدخل المدين[3]. وهو ليس بحق عيني لأن الحق العيني يخول صاحبه سلطة على الشيء محل الحق، لذا فذهب أغلب الفقه إلى اعتبار حق التروي مكنة قانونية تمنح صاحبها حق إرادي يختلف عن الحقوق العادية لما تتميز به هذه المكنة من قدرة صاحبها في إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة دون توقف ذلك على إرادة شخص آخر[4]، وهي من الحقوق التي تستهدف رجوع المستهلك عن تعاقده؛ إذا رأى المستهلك أنه لم يمارس حقوقه بشكل كافي، أو أنّ المنتج المعروض عليه لا يحقق رغباته المشروعة[5].

---

[1]- راجع الصفحة رقم79 من هذه المذكرة.

[2]- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مؤسسة السفينة للطباعة والنشر، القاهرة، سنة 2002، ص20.

[3]- أسامة شهاب الجعفري،حق المستهلك بالتفكير والتروي،المرجع السابق، ص629.

[4]- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 20.

[5]- عمّار زعبي، المرجع السابق، ص 129.

2. من حيث تأقيتها

يعتبر حق المستهلك بالتروي والتفكير؛ حقا مؤقتا محددا بمدّة معنية إما بنص القانون أو بموجب اتفاق يجب ممارستها خلال هذه المدّة وفي حال فوات هذه المدّة من دون استعمال هذه المكنة القانونية يعتبر العقد لازم من وقت إبرامه، وهذه المدّة قد تكون قبل الارتباط بالعقد، أو قبل الالتزام به نهائيا، وقد تكون مجرد مدّة للقبول يلتزم الموجب بإيجابه مدّة معينة، وقد تكون فوق ذلك مدّة يمتنع بها على المستهلك إصدار قبوله، وقد تكون مدّة يستطيع خلالها القابل سحب قبوله والرجوع عن التعاقد[1]، فليس من المعقول أن يتقرر هذا الخيار مدّة طويلة لأنه يعتبر مساس بمبدأ استقرار التعامل، وهي مدّة سقوط لا مدّة تقادم لأنها مدّة قصيرة لا تتفق مع أحكام التقادم ومن ثمّ لا يرد عليها لا الوقف ولا الانقطاع[2].

3. من حيث مبررات تقريرها

إنّ القواعد العامة للقانون المدني الخاصة بالتعاقد قصرت اهتمامها بضرورة أن يكون الرضا حرّا وصحيحا وواضحا، أما ما يتعلق بضرورة أن يكون الرضا عند صدوره مترويا متمهلا وغير متسرعا فهي لازلت عارية من الحماية ومما يزيد الأمر خطورة هو عدم تحقق التوازن بين أطراف العقود[3]، وانتشار العقود النموذجية إلى الحد الذي اختفت معه مقومات المناقشة لشروطها، ويتعاظم أمر الحاجة إلى ثبوت الحق بالتروي والتفكير في العقد تقدم وسائل الإنتاج وتعقيد المنتجات والزخم الهائل في الترويج لها عبر الإعلان عنها، لذا كان هذا الحق يهدف إلى حماية رضا المستهلك وتنقيته عما قد يتعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدّي إلى الندم من خلال منحه مهلة للتروي والتفكير قبل وبعد إبرام العقد لتقليل مغبة الإخلال بالالتزامات التعاقدية[4]، ومن ثمّ من خلال مهلة التفكير، فإن هؤلاء المستهلكين يتمتعون بمهلة قانونية معقولة للتفكير بالعقد بعيدا عن كل عجلة وضغط الإعلانات وإغراءات الطرف الثاني، وهذه المهلة تتناسب طرديا[5] من حيث مدّتها مع طبيعة العقد وأهميته، فتزداد في تلك العقود التي يترتب عليها دفع مبالغ مالية ضخمة من قبل المستهلك

---

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص143.

[2]– أسامة شهاب الجعفري،حق المستهلك بالتفكير والتروي، المرجع السابق، ص630.

[3]– محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص22.

[4]– أسامة شهاب الجعفري، نفس المرجع، ص630.

[5]– طرديا هو مصطلح رياضي مشتق من عبارة المطاردة يعبر عن العلاقة بين متغيرين فكلما زاد أحد المتغيرين زاد معه المتغير الثاني.

أو التزامه لمدّة طويلة (كعقود البناء والتأمين)، وتقل في تلك العقود التي تنصب على مواد استهلاكية متوسطة القيمة (كشراء المواد الكهربائية المنزلية)، ولا يمكن للمستهلك حتى ولو ارتضى ذلك أن يتنازل عن حقه في مهلة التفكير[1].

البند الثاني: صيغ مهلة التفكير والتروي

بالرغم من أنّ مهلة التفكير والتروي ليست بالشيء الغريب عن القواعد العامة، بحيث تتجلى هذه الآلية القانونية من خلال نظريتي الإيجاب والقبول، إلا أنّ خصوصيتها في تشريعات الاستهلاك كالتشريع الفرنسي والجزائري تتجلى من خلال فرض المشرّع أدوارا على المتعاقدين، بحيث جعل المحترف في مركز الموجب، والمستهلك في مركز مصدر للقبول، كما فرض احترام بعض المراحل الزمنية سواء بالنسبة للإيجاب الصادر عن المحترف، أو بالنسبة للقبول الصادر عن المستهلك لاتخاذ قرار التعاقد[2]. فمن خلال ما سبق سنعمل على تقسيم هذا البند إلى قسمين يتضمّن الأوّل الإيجاب في مهلة التفكير والتروي، أما الثاني فيتضمن القبول في مهلة التفكير والتروي.

أولا: الإيجاب في مهلة التفكير والتروي

يعرّف الإيجاب بأنه التعبير عن الإرادة الذي يصدر من شخص يقبل على إبرام عقد موجها إلى الطرف الآخر في هذا العقد يعرض عليه أو عليهم الدخول في رابطة عقدية بحيث إذا اقترن بهذا الإيجاب قبولا انعقد العقد[3].

ويقوم الإيجاب في مهلة التفكير والتروي على قاعدتين أساسيتان؛ تتمثل الأولى في أنه سابق على مرحلة إبرام العقد، بالإضافة إلى أنه ملزم لصاحبه في مدّة يحدّدها القانون لا يمكنه الرجوع عنه في هذه المدّة.

فالإيجاب المسبق يكون في شكل عرض مكتوب يسبق العملية التعاقدية، ومن بين تطبيقاته في تشريع الاستهلاك في الجزائر؛ نجد تطبيقه في عقد القرض الاستهلاكي؛ حيث فرضه المشرع الجزائري بموجب نصّ المادّة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي التي نصّت على إلزامية تسبيق كلّ عقد قرض بعرض مسبق

---

[1]– جمال نكاس، المرجع السابق، ص 106.

[2]– خليفة بوداود، فواز لجلط، قانون حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، العدد الثاني، الجزائر، سنة 2020، ص35.

[3]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص 56.

للقرض، والهدف من هذا العرض حددته نفس المادّة بنصها على أنه: "من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد"، ومن أهم قواعد هذا العرض ما جاءت به المادّة 07 من نفس المرسوم حيث أوجبت أن يحدّد كل عرض للقرض الاستهلاكي بيانات تنور رضاء المستهلك وتحدد قبوله؛ من بينها تعيين الأطراف، الموضوع والمدّة والمبلغ الخام والصافي للقرض، وكيفيات التسديد.... وغيرها من البيانات المهمة، سبق الإشارة إليها[1].

أما في التشريع الفرنسي كما أشرنا سابقا كان سباقا في تقرير مهلة التفكير والتروي في تشريعاته فمن بين العمليات التعاقدية التي تبنّت الإيجاب المسبق ما يلي:

- **عقد التعليم عن بعد:** كرّس المشرع الفرنسي مهلة التفكير والتروي لأوّل مرّة في قانون 556/71 المتعلق بعقود التعليم عن بعد المؤرخ في 1971/07/12؛ حيث ألزم هذا الأخير فيما يتعلق بعقود التعليم بالمراسلة هيئات التعليم بإرسال عقد إلى التلميذ يتضمن الثمن والشروط المتعلقة بالتعليم وتلك المشترطة في التلميذ[2]. فالأمر إذن، يتعلق بإيجاب ملزم مسبق للتعاقد ممضي من طرف هيئات التعليم والذي يتضمن جملة من البيانات الإجبارية تسمح بمنح مهلة للتفكير للشخص المرسل إليه[3].
- **العقود الائتمانية:** نظّم المشرع الفرنسي العقود الائتمانية في نصوص خاصة بالإضافة إلى نصوص قانون الاستهلاك بداية من قانون 22/78 المؤرخ في 1978/01/10 المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين في مجال بعض عمليات الائتمان والمسمى بقانون (Scrivenerl) والذي تمّ دمج جميع أحكامه في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 المعدّل بقانون الاستهلاك لسنة 2016[4].

ومن ضمن العقود الائتمانية هي الائتمان الاستهلاكي الذي نظمه قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 الذي نصّ بأنه يجب أن يسبق كل عرض قرض استهلاكي عقد قرض مسبق، على أن يتضمن هذا العرض جملة من البيانات منها مبلغ الائتمان، طبيعته وموضوعه، وكيفيات التعاقد، مع وجوب كتابته وفق نموذج وهذا ما جاءت به المادّة L.312-18.

---

[1]- راجع الصفحة رقم من هذه المذكرة 65.

[2]- Consulté l'article 08 et 09 de la loi 71/556, relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'a la publicité et au démarchage faits par les établissement d'enseignement, les articles de cette loi est disponible sur le lien suivant : https://beta.legifrance.gouv.fr/loda/texte_lc/legitext0000068409/.

[3]-شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 128.

[4]-جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص60.

أمّا الائتمان العقاري فنظمه المشرّع الفرنسي بقانون 596/79 المؤرخ في 1979/07/13 الذي سمي بقانون (Scrivenerll) المتعلق بإعلام وحماية المقترضين ضمن الائتمان العقاري والذي دمجه في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 الذي تمّ تعديله بقانون الاستهلاك لسنة 2016، ثمّ عدلت الأحكام الواردة في قانون الاستهلاك الجديد بواسطة تعديل آخر بمقتضى الأمر رقم 351/16 المؤرخ في 2016/03/25 المتعلق بعقود القرض الموجه للمستهلكين المتعلق بالأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني، التي بموجبه عدّلت الائتمان العقاري في قانون الاستهلاك لسنة 2016 بموجب قانون 203/17 المؤرخ في 2017/02/21[1].

حيث ألزم المشرع الفرنسي في عمليات الائتمان العقاري بالإيجاب المسبق الذي يسبق كل عملية اكتتاب للقروض العقارية الواردة في المادّة L.311-1 الذي يجب أن يكون كتابيا ومجانا على ورق أو على أي دعامة مادية أخرى، تشمل البيانات الإلزامية للاكتتاب، بالإضافة إلى وجوب إرسال الإيجاب إلى المقترض عبر البريد[2]، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الحديثة[3].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فلم ينظم الائتمان العقاري على عكس الائتمان الاستهلاكي، تاركا ذلك للبنوك حسب اختصاص كل بنك وإجراءاتها دون الخروج عن نصوص قانون النقد والقرض وتعليمات بنك الجزائر بخصوص توطين الحسابات والفوائد والضمانات وشكلية الاكتتاب.

أما فيما يخص إلزامية هذا الإيجاب؛ فيتضمن حق التروي في هذا الفرض إلزام المحترف بالإبقاء على العرض الذي يقدمه للمستهلك بمدّة محددة لا يجوز الرجوع عن إيجابه خلال هذه المدّة مما يتيح للمستهلك التمهل في اتخاذ قرار التعاقد إلى ما قبل انتهاء هذه المدّة[4]، على اعتبار أنّ مدى القوة الملزمة للإيجاب تثور في المرحلة السابقة على صدور القبول، فالأصل في الإيجاب أنه غير

---

[1]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص62.

[2]- راجع في ذلك كل من المادتين L.313-24 وL.313-25 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2022، نصّت المادّة L.313-24 على ما يلي:

« Pour les prêts motionnés à l'article L.313-1, le préteur formule une offre fournie gratuitement sur support papier ou sur un autre support durable à l'emprunteur ainsi qu'aux coutions déclarées par l'emprunteur lorsqu'il s'agit de personne physique … ».

أما المادّة L.313-25 فنصّت هي الأخرى على ما يلي:

« L'offre motionnée à l'article L.313-24 :
1°Mentionne l'identité des parties et éventuellement des cautions déclarées ;
2°Précise la nature, l'objet, les modalités du prêt,… ».

[3]- Cass. Civ. 1er du 01/06/2016 n°15-15.051 JurisData n°2016-010790, noté par, GUY Raymond, droit de la consommation, 4eme édition, lexis Nexis, France, 2017, P505.

[4]- أسامة شهاب الجعفري،حق المستهلك بالتفكير والتروي،المرجع السابق، ص631.

ملزم أي أنه قابل للرجوع فيه طالما لم يصدر من الموجه إليه قبول مطابق، إلا أنّ تطبيق هذا الأصل على إطلاقه من شانه الإضرار باستقرار المعاملات، وبالتالي إذا عين ميعادا للقبول، فإنّ الإيجاب يكون ملزما ولا يجوز الرجوع فيه[1]، وهو ما كرّسته المادّة 63 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها ما يلي: "إذا عيّن أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة".

ومن بين تطبيقات الإيجاب المسبق الملزم لفترة محدّدة نجد مثلا؛ المشرّع الفرنسي ألزم مانح الائتمان في باب التمويل العقاري البقاء على إيجابه مدة ثلاثون يوما ابتداءا من تسليم العرض للمستهلك، وهذا ما جاء في نص المادّة L.313-34 من قانون الاستهلاك الفرنسي.[2]

كما كرّس كذلك الإيجاب الملزم في القرض الاستهلاكي من خلال إلزام مانح الائتمان بالإبقاء على عرضه مدّة معينة تسمح للمستهلك بقراءة العقد بهدوء وتأني مع إمكانية طلب النصيحة أو المشورة عن الفائدة التي تعود عليه من هذا العرض، وهو ما نصّت عليه المادّة L.312-18بأن لا تقل عن (15) خمسة عشرة يوما من تاريخ تسلم المستهلك للعرض[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينصّ في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 عن أي مدّة تلزم مانح الائتمان بالإبقاء على عرضه تكريسا للإيجاب الملزم كما فعل المشرّع الفرنسي، هذا بالرغم من إلزام المشرع على أنه يجب أن يسبق كل عقد قرض عرض مسبق للقرض من أجل السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكن اكتتابه وفق ما نصت عليه المادّة 06 من المرسوم، مما يفهم من أنّ المشرع اعترف بمدّة زمنية ضمنية لتقييم العرض إلا أنه لم يحدّدها.

كما لا حظنا سابقا[4] أنّ المشرّع الفرنسي على عكس المشرّع الجزائري أولى أهمية كبيرة بالإيجاب المسبق الملزم خلال مدّة محدّدة في عقود الائتمان فلم يقصر حماية المستهلك من خلال فرض الإيجاب الملزم المسبق بإلزام الموجب فقط، بل دعّم هذا الإلزام بعقوبة مدنية وأخرى جزائية، فمتى تأخّر الموجب عن تقديم العرض بعد إبرام العقد، أو تراجع عنه قبل انتهاء المدّة المحدّدة له؛

---

[1]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص56.

[2]-L'article L.313-34 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « L'envoi de l'offre oblige le prêteur à maintenir les conditions qu'elle indique pendant une durée minimale de trente jours à compter de sa réception par l'emprunteur… ».

[3]-L'article L.312-18 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022propose que : « …La remise ou l'envoi de l'offre de contrat de crédit à l'emprunteur oblige le prêteur à en maintenir les conditions pendant une durée minimale de quinze jours à compter de cette remise ou de cet envoi ».

[4]– راجع الصفحة رقم 79 من هذه المذكرة.

حرم من حقه في الفوائد ولا يلتزم الموجه إليه الإيجاب أي المقترض إلاّ بردّ مبلغ القرض فقط في تاريخ الاستحقاق، وهذا ما يتمثل في العقوبة المدنية التي نصّت عليها المادّة L.341-8 من قانون الاستهلاك لسنة 2016 وهو ما سار عليه تعديل 2022،[1] ويتمثل العقاب الجزائي في غرامة قدرها 1800 يورو،[2] في حين أنّ المشرع الجزائري لم ينصّ على عقاب مدني بل اكتفى بتقرير عقوبة جزائية تمثلت في غرامة تتراوح بين 500.000 د.ج إلى 1.000.000 د.ج في حالة مخالفة الالتزامات المتعلقة بعرض القروض للاستهلاك المنصوص عليها في المادّة 20 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وهذا ما جاء في نصّ المادّة 81 من نفس القانون.

أما مخالفة الإيجاب المسبق الملزم في عقود القرض العقاري يترتّب عليه عقوبة مدنية وأخرى جزائية، فالمدنية تتمثل في حرمان المقرض من الفوائد كليا أو بالنسبة التي يحدّدها القاضي؛ وهذا ما نصّت عليه المادّة L.341-26 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 ونفس الشيء سار عليه تعديل 2022،[3] أما بالنسبة للعقوبة الجزائية فتمثل في غرامة قدّرت ب 150.000 يورو؛ وهذا ما جاء في نص المادّة L.341-37 من نفس القانون،[4] عكس المشرّع الجزائري الذي لم ينظّم عملية القرض العقاري في قانون خاص يحمي من خلاله المستهلك ويوجهه بل ترك المهمة للبنوك الأمر الذي يؤدّي إلى تمشية هذه الأخيرة مصلحتها على حساب المستهلك وإن كانت مقيّدة بقانون النقد والقرض الجزائري،ويبقى أنه من الضروري تدخل المشرع الجزائري في هذا الشأن بإقرار آليات عبر نصوص خاصة تساهم في حماية وتوعية المستهلك لصعوبة وأهمية هذا النوع من الائتمان.

---

[1]- L .341-8 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Lorsque le prêteur est déchu du droit aux intérêts L.341-1 à L.341-7, l'emprunteur n'est tenu qu'au seul remboursement du capital suivant l'échéancier prévu, ainsi que, le cas, échéant, au paiement des intérêts dont le prêteur n'a pas été déchu.
Les sommes déjà perçus par le prêteur au titre des intérêts, qui sont productives d'intérêts au taux de l'intérêt légal à compter du jour de leur versement, sont restituées par le prêteur ou imputées sur le capital restant dù ».

[2]– أنظر في ذلك أسامة شهاب الجعفري، عقد التمويل العقاري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2013، ص 68.

[3]- L.341-26 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Sous réserve des dispositions du second alinéa, le prêteur qui accord un crédit sans communiquer à l'emprunteur la fiche d'information standardisée européenne mentionnée à l'article L313-7 et au second alinéa de l'article L.313-24 ou l'information précontractuelle mentionnée au deuxième alinéa de l'article L.313-64 peut être déchu du droit aux intérêts, en totalité ou dans la proportion fixée par le juge… ».

[4]- L.341-37 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : « Le fait pour le prêteur ou le bailleur de ne pas respecter l'une des obligations prévues aux articles L.313-24 et L.313-25 et au deuxième alinéa de l'article L.313-38 et puni d'une amende de 150.000 euros ».

ثانيا: القبول في مهلة التفكير والتروي

عملا على تكريس مهلة للتفكير والتروي وجعلها آلية فعالة لمصلحة المستهلك قرر المشرع الفرنسي على عكس المشرّع الجزائري، وجوب اقتران مدّة إبقاء الموجب على إيجابه عن طريق العرض المسبق بمدّة أخرى موازية يمتنع من خلالها الموجه إليه الإيجاب (المستهلك) من القبول قبل انقضاء هذه المهلة ضمانا لصدور القبول من المستهلك بعد تفكير وتروي حقيقي، وكل قبول يصدر قبل انقضاء هذه المدّة يعتبر عديم الأثر[1].

ومن أمثلة ذلك ما قرره المشرع الفرنسي في المادّة L.313.34 فقرة 02 من قانون الاستهلاك[2]؛ من عدم إظهار القبول الصادر من قبل طالب الائتمان العقاري قبل مضي مدّة 10 أيام حكما تبدأ من تاريخ تسلم العرض؛ ولم يمنح المشرّع الفرنسي مثل هذه المهلة إلا في عقد التمويل العقاري لأنّ طالب التمويل لا يملك أجهزة فنية تتولى إعداد دراسات مسبقة عن جدوى إبرام عقد التمويل العقاري، وكيفية مواجهة تكاليف السداد وتدارك النتائج غير المرغوب فيها، الأمر الذي يوجب إتاحة الفرصة والوقت أمامه لاستشارة ذوي الاختصاص وتقدير الجوانب القانونية والاقتصادية لعقد التمويل العقاري قبل إبرامه ضمانا لصدور رضا مستنير ومتروي[3].

أمّا في عقود التعليم عن بعد فقد حدّد القانون رقم 556/71 المتعلق بإنشاء وتنظيم التعليم عن بعد؛ المدّة التي يستفيد منها المستهلك للتفكير في التعاقد قبل إصداره القبول؛ في المادّة 1/9 منه،[4] حيث حدّدت هذه الأخيرة مدّة القبول ب 07 أيام لا يجوز للمستهلك إصدار قبوله قبل فوات هذه المدّة وإلا اعتبر العقد باطلا[5].

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها الصادرة بتاريخ 1998/10/07 والذي جاء فيها: "بناء على المادّة L.121-26 من قانون الاستهلاك، يمنع على المهني التوجيه إلى منزل الزبون قبل انتهاء مهلة التفكير بشكل مباشر أو غير مباشر وبأي شكل كان المقابل أو التعهد الذي

---

[1]– أسامة شهاب الجعفري، عقد التمويل العقاري، المرجع السابق، ص632.

[2] - L'article L.313-34 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : « …L'emprunteur et les cautions ne peuvent accepter l'offre que dix jours après qu'ils l'ont reçus… ».

[3]– أسامة شهاب الجعفري،عقد التمويل العقاري، المرجع السابق، ص75.

[4]- L'article n°9/1 (loi n°71/556 du 12/07/1971) propose que : « A peine de nullité, le contrat ne peut être singé qu'au terme d'un délai de sept jours après sa réception… ».

[5]– الطيب جربوع، عمر بن الزوبير، المرجع السابق، ص17.

يطالبه به، وينتج عن المادّة 06 من القانون المدني أنّ مخالفة ذلك يعتبر مخالفة للنظام العام ويعاقب عليه فضلا عن العقوبات الجزائية، بطلان العقد..." [1].

وبما أنّ حكم محكمة النقض الفرنسية يقتصر على حالة البيع على مستوى المنزل، إلا أنه يمكن استفادة المستهلك من المهلة الممنوحة للتفكير في موضوع العقد في جميع الحالات خاصة في العقود المتفاوتة التي تربط المهني والمستهلك[2].

أما بالنسبة للشكل الذي يتم التعبير من خلاله عن ممارسة المستهلك حق التروي والتفكير فإنّ المشرع الفرنسي في القوانين التي نظّمت هذا الحق لم يشترط طريقة معينة، فهو يخضع لتقدير المستهلك فلا يستطيع المحترف إجبار المستهلك على ممارسته، غير أن المحترف ملزم بتمكين المستهلك من التفكير والتروي من خلال إلزام المحترف بتسليم نماذج العقد للمستهلك بشكل إلزامي لأن عدم تسليمها يؤدّي إلى تفريغ الحق من محتواه ومن ثمّ حرمان المستهلك من حقه في التدبر والتفكير[3].

إذن فالمشرع الفرنسي نبّه المستهلك إلى فرصة التروي والتفكير، وعدم الاستعجال في الرد على الإيجاب المقدّم له من قبل المحترف، كما راعى مصلحة المحترف وذلك من خلال وضع حد أقصى لهذه المدّة حتى لا تعلق مصالحه مدّة كبيرة بإرادة المستهلك، فلا يمكنه إعطاء قبوله قبل هذه المدّة، وأن انتهاك هذا التقييد يؤّدي إلا بطلان العقد نفسه، لذا فإن القبول الصادر قبل فوات المدّة لا يعتد به فلا بدّ من صدور قبول جديد بعد انقضائها لينتج أثره في إنشاء العقد وترتيب آثاره[4].

الفرع الثاني: مهلة التفكير والتروي والنظرية العامة للعقد

توصلنا من خلال ما سبق أن مهلة التفكير والتروي تتجسّد في صورتين؛ تتمثل الأولى في إيجاب مسبق ملزم خلال مدّة محدّدة قانونا، أما الصورة الثانية فتتمثل في القبول المقيد بفترة معينة لا يجوز للمستهلك قبول أو رفض التعاقد إلا بعد مرور هذه المدّة، وبالتالي لا ينعقد العقد في قانون الاستهلاك بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول، بل لا بدّ من احترام صور مهلة التفكير والتروي، ومن هنا

---

[1]- « selon l'article L.121-26 al 1er du code de la consommation, il est interdit au professionnel d'obtenir du client démarché a son domicile, avant l'expiration du délai de réflexion, directement ou indirectement a quelque titre que se sont contrepartie ou un engagement quelconque il résulte d l'art 06 du code civil que la méconnaissance de cette disposition d'ordre publique est sanctionnée non seulement pénalement mais encore par la nullité du contrat… »Cass.Civ.1er du 1/10/1998. JCP, E.2000 J, P 279.

[2]– محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص59.

[3]– أسامة شهاب الجعفري،عقد التمويل العقاري، المرجع السابق، ص640.

[4]– أسامة شهاب الجعفري، عقد التمويل العقاري، المرجع السابق، ص632.

يتبادر إلى أذهاننا التساؤل التالي: هل الإيجاب والقبول في قانون الاستهلاك يخرق أحكام النظرية العامة للعقد أم يتماشى معها؟ فللإجابة على التساؤل سنقسم هذا الفرع إلى بندين، يتضمن **الأوّل** الإيجاب في قانون الاستهلاك والنظرية العامة للعقد، أما **الثاني** فيتضمن القبول في قانون الاستهلاك والنظرية العامة للعقد.

البند الأوّل: الإيجاب في قانون الاستهلاك والنظرية العامة للعقد

فبالنسبة للإيجاب المسبق اختلف الفقه[1] حول ما إذا كان جديد أو غير جديد على النظرية العامة للعقد؛ فكما أشرنا سابقا في عقود الاستهلاك ألزم القانون أن يسبق كل عقد بعرض مكتوب؛ وبالتالي فإن المشرع في هذه الحالة يفرض الأدوار على أطراف العقد؛ فمتى طلب المستهلك مثلا الحصول على قرض استهلاكي، فيفرض على مانح القرض أن يكون في مركز الموجب، فرأى بعض الفقه[2] أنّ هذا الفرض للأدوار غير غريب عن القانون المدني، فهذا الأخير يحدد بصورة صارمة مثلما هو الحال في كل من عقد الهبة[3] والوكالة[4]؛ فحتى يقوم عقد الهبة أو الوكالة يلزم أن يصدر قبولا من الموهوب له أو الوكيل، فلو لم يصدر القبول من الطرف الثاني لا يقوم عقد الهبة أو الوكالة، ونفس الشيء بالنسبة لحق الشفعة[5] فهي تضع البائع في مركز الموجب نهائيا أو مع إمكانية الاستبدال[6]، وبالتالي حسب هذا الرأي فإن فرض الأدوار لم يصاحبه إعادة النظر في نظرتي

---

[1]– حول الفقه راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص133.

[2]– حول الفقه الذي يرى الإيجاب المسبق ليس بالغريب على النظرية العامة للعقد أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص133.

[3]– عرّفت المادّة 202 من القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/07/09، المعدّل و المتمم بالأمر رقم 02/05، المؤرخ في 2055/02/27، جريدة الرسمية العدد: 15، الصادرة سنة 2005، الأسرة الجزائري على أنّ الهبة هي: "الهبة تمليك بلا عوض".

[4]– عرّفت المادّة 571 عقد الوكالة على أنه: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه".

[5]– عرّفت المادّة 794 من القانون المدني حق الشفعة على أنه: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط النصوص عليها في المواد التالية".

[6]– أسماء تخنوني، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2013، ص 167.

الإيجاب والقبول، بل على العكس من ذلك، فإن قانون الاستهلاك سمح بتنوير وتحديد نظريتي الإيجاب والقبول مثلما نطبقها في النظرية العامة للعقد[1].

ورأى جانب آخر من الفقه[2] أن فكرة الإيجاب المسبق فكرة غريبة عن النظرية العامة للعقد، كون أنّ قاعدة فرض الأدوار التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك أدت إلى قلب الأدوار، فعمليا المستهلك هو الذي يطلب القرض فهو الموجب، ومانح القرض هو الذي يصدر منه القبول، ولكن المشرع أضاف مرحلة إضافية تنقلب فيها الأدوار، فالمقرض يلزم بتقديم إيجاب مكتوب وبقبول المستهلك يتكوّن العقد.

وفي اعتقادنا أنّ الرأي الجدير بالذكر هو من رأى أن الإيجاب المسبق فكرة غريبة عن القانون المدني، فلو رجعنا إلى القواعد العامّة فإنّ الإيجاب هو تعبير عن إرادة منفردة يعلن شخص عن إرادته الباتة في إبرام عقد معين مع تحديد شروطه الأساسية التي إذا قبلت من طرف الشخص الموجه إليه الإيجاب انعقد العقد؛ على عكس الإيجاب في تشريعات الاستهلاك التي أوجبت على المتدخلين تقديم إيجاب مسبق مكتوب للمستهلك كطريقة من طرق حماية رضاء هذا الأخير، وهذا يعني أن المشرع فرض الأدوار كما أشرنا سابقا، كما تجدر الإشارة أنه ؛ في الأصل أنّ طالب الائتمان أي المستهلك هو الذي يبادر ويطلب القرض أي هو الموجب، والمقرض هو الذي يقبل بمنح القرض أي هو الذي يصدر منه القبول، إلا أنّ بفرض تشريعات الاستهلاك لمهلة التفكير انقلبت الأدوار في هذه الحالة فأصبح القابل هو الموجب الذي يلزم بتقديم عرض مكتوب يشمل جميع البيانات لتنوير رضاء المستهلك، والموجب أصبح هو القابل الذي يدرس العرض ويقرر إما القبول أو رفض التعاقد.

وبالتالي بعدما كان الإيجاب هو وسيلة لتكوين العقد في النظرية العامة للعقد، تحول وأصبح وسيلة لحماية رضاء المستهلك، أي قبل أن يكون وسيلة لتكوين العقد فهو مكنة يُحمى من خلالها المستهلك.

---

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 134.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 134.

أما بالنسبة للإيجاب المحدد بمدّة زمنية هو الآخر اختلفت حوله الآراء الفقهية[1] فمنهم من اعتبره فكرة معروفة في القانون المدني ومنهم من اعتبره فكرة جديدة عن القانون المدني، فمن اعتبره فكرة معروفة في القانون المدني أسس رأيه على أساس أنّ الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم طبقا للقانون المدني، وهذا ما جاء في نص المادّة 63 منه، ويكون تحديد الميعاد الذي يبقى فيه الإيجاب ملزما صريحا في الغالب، ولكن يقع أحيانا أن يستفاد هذا التحديد ضمنا من ظروف التعامل أو من طبيعته، مثلا من عرض آلة للبيع تحت شرط التجربة، فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه طوال المدّة اللازمة للتجربة، وعند النزاع في تحديد ذلك الميعاد يترك التقدير للقاضي[2] على أن تحدد خلال مدّة معقولة للقبول، فكل هذه التقديرات تكون في الحالة التي يصل فيها الإيجاب لعلم الموجب إليه، أما إذا صدر الإيجاب من الموجب ولم يصل إلى علم من وجه إليه ففي هذه الحالة يجوز للموجب أن يسحبه بكل حرية.

أما بالنسبة للفقهاء الذين نذّدوا بأنّ الإيجاب المحدد بمدّة زمنية فكرة جديدة عن القانون المدني، فقد أسسوا رأيهم على أساس أنّ الهدف من إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه لمدّة محدّدة يختلف بين القانونين، ففي القانون المدني يكمن الهدف في حماية القابل الجدّي الذي يريد التعاقد من سقوط الإيجاب، بينما في تشريعات الاستهلاك فالهدف ذو حدين، يتمثل الحدّ الأول في حماية القابل من سقوط الإيجاب، والحد الثاني يتمثل في حماية المستهلك من التسرع في إبرام العقد قبل مراجعة بنوده والتأكد من تناسب محل العقد مع حاجاته[3].

فمن خلال ما سبق يمكن القول أنه حتى وإن كان رأي الفقهاء الذي نذّدوا بأنّ الإيجاب المحدد بمدّة زمنية فكرة غير غريبة عن القانون المدني رأيا صائبا نوعا ما، إلا أنّ فكرة حماية المستهلك من تسرّعه في إبرام العقد خوفا من سقوط الإيجاب الملزم في القانون المدني، من خلال فرض مهلة التفكير، هي فكرة جديدة عن النظرية العامة للعقد.

إلا أن تعديل القانون المدني لسنة 2016 وضع حدّا للخلاف الثائر، ووحدّة مهلة التفكير بين القانون المدني وتشريعات الاستهلاك، فبعدما كانت إلزامية الإيجاب ومدّته راجعة لإرادة

---

[1]– للمزيد من المعلومات حول الآراء الفقهية راجع جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص 56.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص،ص210،209.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 141.

الموجب وليست بنص القانون في القانون المدني، حسم الأمر من خلال نص المادّة 1122 من القانون المدني التي نصّت في طياتها على ما يلي: "يجوز أن ينصّ القانون أو العقد على فترة للتفكير، وهي الفترة التي تسبق انتهاء العرض من الموجب والتي لا يمكن للموجب إليه أن يظهر قبوله أو فترة عدوله قبل انقضاء المدّة التي يجوز فيها للمستفيد من العرض سحب قبوله"[1]. وهكذا يكون المشرّع الفرنسي قد ربط بين القبول ومهلة التفكير وقد سار على نفس المسار التعديل الجديد للقانون المدني لسنة 2022.

وبهذا التعديل الذي جاء به المشرّع الفرنسي في القانون المدني، يكون قد قرّر قاعدة عامة تسري على جميع العقود مفادها أنه يمكن النص سواء بنص القانون أو العقد على مهلة التفكير، التي يلتزم خلالها المهني بالإبقاء على إيجابه مدّة معينة لا يجوز له الرجوع فيه عن طريق ما يسمى بالعرض المسبق لتعاقد المشتري بناء على بصيرة تامة وتوعية بشروط وآثار العقد[2]. وجعل القبول الصادر من المتعاقد لا يعتدّ به قبل نهاية المدّة الممنوحة للمتعاقد من أجل تفحص العقد قبل إبرامه، وهذا الأخير يعدّ أول قرار تشريعي مدني لمهلة التفكير[3].

وبذلك فإن المشرع بنصه على مهلة التفكير والتروي في القانون المدني الجديد يكون قد واكب ما ذهب إليه في قانون الاستهلاك بالنص على هذه المكنة، كما أعطى لهذه الآلية الغطاء القانوني في القواعد العامة في جميع العقود بشكل صريح، بعدما كانت قاصرة على بعض العقود في قانون الاستهلاك وبعض القوانين الخاصة وهو ما من شأنه تفعيل أساليب التوعية والحماية الوقائية المقررة للحصول على رضا مستنير عند تكوين العقد، والإستفادة بشكل كامل من الامتيازات المقررة لحمايته، من خلال الحيلولة دون إجبار الطرف القوي للطرف الضعيف على إظهار قبوله قبل انتهاء المهلة المقررة له[4].

---

[1]- L'article 1122 (2016-131 du 10/02/2016) propose que : « La loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion, qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation ou un délai de rétraction, qui est le délai avant l'expiration duquel son bénéficiaire peut rétracter son consentement ».

[2]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص57.

[3]- الطيب جربوع، عمر بن الزوبير، المرجع السابق، ص5.

[4]- خليفة بوداود، فواز لجلط، المرجع السابق، ص36.

البند الثاني: القبول في قانون الاستهلاك والنظرية العامة للعقد

بما أنّ القبول في قانون الاستهلاك مقيد بمدّة زمنية محدّدة فإنه لا يجوز للمستهلك قبول أو رفض التعاقدي قبل انتهاء هذه المدّة، الأمر الذي أثار خلافا بين الفقهاء[1] حيث رأى بعض الفقه أن أحكام القبول في قانون الاستهلاك لا تحدث اضطرابا في مسار تكوين العقد، في حين رأى البعض الآخر أن الأمر مختلف، حيث أحكام هذا القبول تخالف أحكام القبول في النظرية العامة للعقد[2]، فيؤسس الفقه الأول رأيه؛ على أساس أنّ خلال مهلة التفكير يكون رضا القابل مؤهل لإتمام حقه في التعاقد، وبالتالي فهي وقاية من التعسف المحتمل من المهنيين المستندين في ذلك على أحكام المادّة 1145 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 التي نصّت على ما يلي: "كل شخص يمكنه التعاقد إلا إذا كان غير مؤهل بواسطة القانون" وهو ما نصّ عليه أيضا التعديل الجديد للقانون المدني لسنة 2022[3]، أما الفقه الثاني فأسس رأيه؛ على أساس أنّ القبول في النظرية العامة للعقد يكون حرّا غير مقيّدا بمدّة زمنية، مادام قادرا مؤهلا لإبرام العقود لا يشوب إرادته عيب من عيوب الإرادة[4]، وأنّ ما جاءت به تشريعات الاستهلاك هي مجرد استثناءات على القاعدة العامّة وخصت بها عقود الائتمان على أساس الفجوة العميقة بين المتعاقدين والضعف الفني والاقتصادي للمستهلك مما قد يؤدّي به إلى التسرع في اتخاذ قراره في التعاقد، وما قرر في هذا الشأن كان بهدف حماية المستهلك من نفسه ومن تعسف المهني من جهة أخرى مما يحتم معاملته بهذا الشأن[5].

إلا أنه وبعد تعديل القانون المدني لسنة 2016 لم يعد هناك مجال للخلاف؛ حيث نظّم هذه المسألة وأدرج هذه الاستثناءات كقاعدة عامّة تسري على جميع العقود، كما أنها أمر جوازي سواء تمّ النص عليها في القوانين الخاصة أو بإمكانية النص عليها في العقد، وبالتالي فإن مسألة تقييد القبول أمر جوازي بمقتضى نص القانون؛ وهذا جاء في نص المادّة 1122 التي سبق الإشارة إليها[6].

---

[1]– حول الفقه المثير لهذا الخلاف راجع، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 146.

[2]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص 58.

[3]- L'article 1145 (code civil dernière modification le 01/07/2022) propose que : « Toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi.
La capacité des personnes morales est limitée par la les règles applicable à chacune d'entre elle ».

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 148.

[5]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص59.

[6]– راجع الصفحة رقم 88 من هذه المذكرة.

وعليه فإن تكريس مهلة التفكير والتروي في القواعد العامة على غرار قانون الاستهلاك دليل على أخذ المشرع الفرنسي بالمساواة الفعلية بدل المساواة المجردّة، مما يمكن اعتباره تجديدا في مفهوم المساواة، بإعطائها مفهوما يتماشى مع فكرة حماية الطرف الضعيف في العقد بغض النظر عن صفته، وذلك نتيجة لما أفرزته المعطيات الاجتماعية والاقتصادية[1].

وبنفس الرأي قد نادى الفقه[2] منذ زمن بعيد بضرورة مدّ مهلة التفكير والتروي إلى عمليات قانونية عديدة، حتى يتمكن المتعاقد من أخذ قراره بعد تفكير صحيح و أخذ المشورة إذا لزم الأمر، بل أنّ ذلك ادّعى إلى إيجاد الاستقرار في المعاملات التجارية، حيث ستزول أسباب النزاع ومبررات طلب إبطال العقود لعيوب الرضا[3].

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص154.

[2]– حول هذا الفقه أنظر، أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994، ص99.

[3]– أحمد محمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص99.

الفصل الثاني: تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ الحرية التعاقدية

إنّ الأصل في القواعد العامّة عند إبرام العقود هو ترك الحرية التعاقدية للأطراف في اختيار شكل ومضمون العقد وقد ساد هذا المبدأ لقرون عدّة، إلا أنّ تطبيق هذا المبدأ على عقود الاستهلاك سيؤدّي حتما إلى الاعتداء الصارخ على مركز المستهلك، ويسمح باختلال التوازن العقدي أكثر فأكثر ويؤثر سلبا على الطرف الضعيف بل ويجعله أكثر تضررا، خاصة وأنّ هناك عدم توازن اقتصادي ومعرفي بين طرفي عقد الاستهلاك.

الأمر الذي دفع بتشريع الاستهلاك سواء الجزائري أو التشريعات المقارنة إلى التدخل من أجل وضع حدّ للحرية التعاقدية حماية لمصلحة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية، فمن خلال هذا الفصل سنحاول البحث أولا عن تقييد تشريعات الاستهلاك لمبدأ الحرية التعاقدية من خلال حظر رفض التعاقد في**المبحث الأوّل**، ثم نبحث عن تقييد مبدأ الحرية التعاقدية عند تحديد القانون لمضمون العقد وهذا من خلال **المبحث الثاني**.

المبحث الأوّل: تقييد تشريعات الاستهلاك لمبدأ الحرية التعاقدية من خلال حظر رفض التعاقد

تنطوي حرية التعاقد وفقا للقواعد العامة على فكرة حرية الشخص في إبرام العقد أو عدم إبرامه، وكذا في حرية اختيار الشخص المتعاقد معه كنتيجة مترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة إلا أنّ المشرّع في تشريعات الاستهلاك وإعمالا لأحكام النظام العام الحمائي، يهدف إلى حماية فئة المستهلكين كطرف ضعيف، من خلال التدخل لتنظيم العلاقة العقدية، فألزم المهني بأن يتعاقد مع كل من يطلب خدمة أو سلعة، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع، أو كانت الخدمة المقدمة متوفرة، ورتّب في هذه الحالة على رافض البيع أو الامتناع عن التعاقد بدون مبرر شرعي عقوبة ردعية، وعليه فإنّ حظر رفض التعاقد يعدّ بمثابة قيد على مبدأ الحرية التعاقدية الذي يطغى على النظرية التقليدية للعقد، كونه يقيد المحترف من ناحية حرية التعاقد من عدمه، وكذا حريته في اختيار الشخص المتعاقد معه، الأمر الذي يضفي الطابع الموضوعي على العلاقات التعاقدية والابتعاد بها عن الطابع الشخصي[1].

[1]– خليفة بودواد، فواز الجلط، المرجع السابق، ص37.

إلا أنه وقبل التطرق إلى فكرة حظر رفض التعاقد في تشريعات الاستهلاك المؤثرة على مبدأ الحرية التعاقدية لا بدّ أولا الغوص في هذا المبدأ قبل ظهور تشريعات الاستهلاك ومعرفة كيف سيطر على العقود وعلى تنظيمها، لذلك ستكون الخطة المتبناة في هذا المبحث كالآتي: سنتطرق في **المطلب الأوّل** إلى سمو مبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد، ثمّ نتطرق في **المطلب الثاني** إلى حظر تشريعات الاستهلاك لحق المتعاقد في رفض التعاقد.

المطلب الأوّل: سمو مبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد

يعتبر مبدأ الحرية التعاقدية إحدى أسس النظرية العامّة للعقد؛ ويترجم هذا المبدأ على ضوء ثلاث حقوق وهي: حق الشخص في التعاقد من عدمه، ثمّ حقه في اختيار المتعاقد الآخر، فحقه في اختيار مضمون العقد، وكل عقد حر حتما هو عقد عادل، بحكم كون المتعاقد لا يمكن أن يتصرف خلافا لمصالحه، بوصفه حرا ومن ثمّ فإنّ الالتزامات التي ارتضاها تكون حتما عادلة، كما أنّ حرية الإرادة هي مصدر العدالة والتوازن العقدي[1].

ويستند مبدأ الحرية التعاقدية إلى فكرة سلطان الإرادة حيث يشكل هذا المبدأ إحدى النتائج التي ترتبت مباشرة على دخول هذه الفكرة في فقه القانون المقارن.

ومن أجل التعمق أكثر في هذا المبدأ لابدّ من التطرّق إلى ماهية مبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد في **الفرع الأوّل**، ومن ثمّ نتعرّف الأنظمة القانونية المتبنية لهذا المبدأ في **الفرع الثاني**، دون أن ننسى مضمون هذا المبدأ في **الفرع الثالث**.

الفرع الأوّل: ماهية مبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد

إنّ الحديث عن الحرية التعاقدية وما تتمتع به من قيمة قانونية، أمر لا ينفصل عن سياق الحديث عن الحرية عموما كقيمة سامية، فالتعاقد حرية من الحريات العامة التي تثبت للإنسان بوصف كونه إنسانا ولا يمكن حرمانه منها بصفة مطلقة وإلا كان في ذلك عدوانا على شخصيته ذاتها، لذلك فإن تحديد ماهية حرية التعاقد لا يأتي إلا من خلال تحديد مفهوم الحرية بوجه عام من جهة وهو ما سنشرحه في **بند أوّل**، ومادام هذه الحرية ينصب موضوعها على التعاقد، فيجب أن نبيّن أيضا المقصود بالعقد وهو ما سنتطرق إليه في **بند ثان**.

---

[1]– زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التشريع التخصصي)،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، الجزائر، سنة 2017، ص 225.

البند الأوّل: مفهوم الحرية بوجه عام

يعتبر مصطلح الحرية من بين أكثر المصطلحات شيوعا وتداولا على ألسنة الناس، ذلك أنّها الهدف الذي ينشده ويسعى إليه الجميع، ويضحون من أجله بالعالي والنفيس، ومع ذلك فأنه لم يحصل اختلاف كما حصل بشأن تعريفها وتحديدها، حتى غدت الحرية التي يفترض أن يكون فيها حل المشكلات الإنسانية أعقد المشكلات أو مشكلة المشكلات[1]، لذلك فإنّ تحديد مفهوم الحرية، تحديدا كافيا نافيا للجهالة يقتضي، بيان المعنى الفلسفي من جهة، ومن جهة أخرى توضيح معناها في القانون الوضعي، وهو ما سنشرحه تباعا في النقاط التالية.

أولا: المعنى الفلسفي للحرية

تعدّ الحرية أعقد مشكلة شغلت منذ القدم حيّزا كبيرا من التفكير الفلسفي والاجتماعي، حتى أعلن الكثير من الفلاسفة والمفكرين عن استسلامهم أمامها وعجزهم عن حلها، مثلما عبّر عن ذلك الفيلسوف البريطاني"Bain" الذي قال: " حقا إنّ هذه المشكلة –أي مشكلة الحرية– هي قفل الميتافيزيقا الذي علاه الصدأ من كل جانب"[2]، كما قال في هذا الجانب الفيلسوف "ياسبرس" وهو أحد الفلاسفة المعاصرين بأنه: "لا إمكان لوجود تعريف مقنع للحرية"، ويؤكّد على أنّ فهم معنى الحرية سوف يبقى على الدوام بعيدا عن التصوّر والفهم، ويصف الشهيد "المطهري" مسألة الحرية بأنها من المسائل المعقّدة التي سعى لعلاجها الفلاسفة، وعلماء النفس، والأخلاق، وعلماء الأصول والمتكلّمون[3].

فقد حاول جون بول سارتر تعريف الحرية باعتبارها هدف يسعى الإنسان إليه؛ بحيث قال: "وأننا إذ نريد أن نجعل حريتنا هدفا نسعى إليه فعلينا أن نعتبر حرية الآخرين هدفا هو أيضا نسعى إليه...، فإذا اعتبرنا أن الفرد لا يستطيع في مختلف مراحل حياته وكافة مواقفه إلا أن يختار حريته سبيلا، إذا يصح بالتالي أن اعتبر الإنسان لا يستطيع إلا أن يختار حريته"[4].

---

[1]– عبد الله العروي، مفهوم الحرية، الطبعة الخامسة، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، سنة 2012، ص9.

[2]– عليان عدّة، المرجع السابق، ص98.

[3]– محمد حسن قدردان ملكي، دراسة فقهية في الحرية وقيودها، الطبعة الأولى، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 2008، ص 14.

[4]– عزيز العرباوي، مفهوم الحرية في الإسلام وفي الفكر الغربي: رؤية بانورامية، بحث عام، قسم الفلسفة والعلوم الإنسانية، الرباط، المملكة المغربية، سنة 2016، ص 6.

أماّ "هيغل" فيرى أنّ "الحرية هي العنصر المكون لمفهوم الإنسان، إنّ الوعي بهذه الحقيقة قد عمل عبر التاريخ كغريزة مدّة قرون وقرون، وحققت تلك الغريزة تغيرات عظيمة، لكنّ القول إنّ الإنسان حرّ بطبعه لا يعني بمقتضى كيانه الملموس بل يعني بمقتضى ما تعنيه ومفهومه"[1].

وقد عرّف الفيلسوف "توماس هوبز" الحريّة بقوله: "أعني بالحرية وفقا للمعنى الحرفي للكلمة غياب العوائق الخارجية التي بإمكانها غالبا أن تنزع من الإنسان جزءا من سلطته التي تخوّل له فعل ما يريد، وهي على رغم ذلك لا تستطيع منعه من استعمال السلطة المتبقية لديه وفق ما يفرضه عليه حكمه وتفكيره"[2].

فالحرية في المنظور المادّي قائمة على الانطلاق بلا قيد، والتحرر من كل ضابط، والتخلص من كل رقابة، حتى ولو كانت تلك الرقابة نابعة من ذاته هو، من ضميره، فلتحطم وليحطّم معها الضمير إن احتاج الأمر، حتى لا يقف شيء في وجه استمتاعه بالحياة، ومعنى هذا ترك الإنسان يفعل ما يشاء ويترك ما يشاء، وهكذا بدون قيود ولا ضوابط، ولا رقابة، وعلى المجتمع أن يسلّم بذلك الحق، وعلى الحكومة أن تحافظ على تلك الحرية وتحميها، فلا دين يحكم النفوس، ويكبح جماحها، ولا أخلاق تهذب طباعها، وتوقظ مشاعرها، وتثير فيها روح النخوة والغيرة، ولا مثل، ولا فضائل، تقاس على أساسها الأعمال خيرها وشرها، ولا حياء يمنع ارتكاب الأخطاء، والمجاهرة بالمنكر[3].

فبتالي وجد متبنّي الاتجاه المادّي، وهم في طريقهم إلى إشباع رغبتهم من المتع، أمام سدود وحواجز، تمثلت في الأفراد الآخرين الذين يسعون أيضا لأخذ قسطهم من المتعة، من جهة، والسلطة أو الحاكم الذي يعمد إلى الحرية تقييدا أو إطلاقا حسب نظام كل مجتمع وفلسفته، من جهة ثانية، ومن تمّ تولدت فكرة الصراع في الذهن الغربي[4].

ثانيا: معنى الحرية في القانون الوضعي

عرفت الحرية من المنظور القانوني؛ على أنها تلك الرابطة التي تربط الفرد بالدولة، أي تلك الحريات المعترف بها للشخص في مواجهة السلطة العامّة، حيث يفترض اعتراف الدولة للأفراد بحق

---

[1]- عزيز العرباوي، المرجع السابق، ص 06.

[2]- صديق شياط، المرجع السابق، ص 25.

[3]- بن ناصر بن سعد بن سيف السيف، أسس الحرية في الفكر الغربي، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، سنة 2017، ص14.

[4]- عليان عدّة، المرجع السابق، ص113.

ممارسة عدد معين من أنواع الحريات؛ كحرية التعبير، وحرية الرأي، وحرية تكوين الجمعيات، وحرية التدين...ألخ[1].

فنصّ الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في عام 1789 في مادّته الأولى على ما يلي: "يولد الناس أحرارا ومتساوين في الحقوق"[2]، كما نصّت المادّة الثانية منه على أنّ "هدف كل مجتمع سياسي هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تزول وهذه الحقوق في الحرية والملكية والأمن ومقاومة الظلم"[3].

كما نصّت المادّة الرابعة من هذا الإعلان على أن: " الحرية تعني القدرة على إتيان كل ما لا يضر بالغير، وممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس لها حدود سوى تلك التي تضمن للآخرين التمتع بذات الحقوق، وهذه الحقوق لا يمكن تحديدها إلا بالقانون"[4].

فالحرية إذا هي جعل الإنسان حرّ بطبعه ولا يمكن إلزامه بشيء إلا إذا ارتضاه، وعلى الدولة احترام حقوق الفرد وتمكينه من التمتع بها، وواجب التوفيق بين هذه الحقوق عند تعارضها؛ فالمبدأ إذا هو الحرية والاستثناء مقصور على قدر ضئيل من القيود، يعدّ ضروريا لتمكين الفرد من التمتع بهذه الحرية[5].

ولا يكتمل تحديد مفهوم الحرية إلا بتمييزها عما قد يختلط بها من مفاهيم قانونية أخرى، وهنا يجب التفريق بين الحرية والحق القانوني، باعتباره من أهم المصطلحات التي تتشابه وتتداخل مع الحرية، فالحق إذا هو عبارة عن: "رابطة قانونية التي بمقتضاها يخول للشخص على سبيل الإنفراد والاستئثار التسلّط على الشيء، أو اقتضاء أداء معّين من شخص آخر"، و المقصود بالاستئثار اختصاص الشخص بقيمة معينة وحده دون غيره، ونسبتها إليه وتبعيتها له دون الكافة، وكذلك يقصد بالتسلط أنه نتيجة حتمية للاستئثار، ومعناه أن يكون للشخص على تلك القيمة القانونية المعنية

---

[1]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 26.

[2] - l'article 1 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits ». les article de cette déclaration est sur le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr.

[3]- l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : « le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droit sont la liberté, la propriété, la sureté et la résistance à l'oppression ».

[4]- l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société, la jouissance, de ces même droits naturel, ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ».

[5]– أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدي، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 04،الجزائر، تلمسان، سنة 2007، ص 57.

السلطة والسيطرة والهيمنة بما يقتضيه ذلك من حرية التصرف في تلك القيمة، وهذا الاستئثار لا بد أن يكون مستندا إلى القانون[1]، أما الحرية فهي وضع عام غير محدد يستند إلى المبادئ العامة لا إلى النصوص القانونية يكون للشخص بمقتضاها اختيار الطريق الذي يسلكه، ويقف استعماله عند مرحلة إنشاء الحق، وليست المسائلة من مقتضاه[2]، وتختلف كذلك الحرية عن الحق في أنها لا تستلزم وجود استئثار بموضوعها، فكل الأفراد يتمتعون بها على قدر مشترك، أي لا ينفرد بها أحد دون الآخرين، وفرق من ناحية العملية بين المساواة في التصرف كما في الحرية، وبين التصرف في سبيل الاختصاص كما في الحق[3].

وقد عبّر الأستاذ حسن كيرة، عن الفرق بين الحق والحرية بقوله: "فالفارق بين الحقوق والحريات... كالفارق بين الطريق الخاص والطريق العام، الأول يكون خاصا بشخص معيّن يختص به اختصاصا حاجزا مانعا لغيره من الناس، والثاني لا يكون خاصا بأحد بل يشترك الجميع في استعماله دون استثناء"[4].

البند الثاني: مفهوم العقد بوجه عام

بعدما وضحنا سابقا مفهوم الحرية بوجه عام، بقى أن نتكلّم على العقد باعتباره الوعاء الذي يحوي وتمارس من خلاله الحرية التعاقدية، فمن أجل تحديد مفهوم العقد لابدّ من التطرّق في النقطة الأولى إلى تعريفه اصطلاحا، ثمّ نتطرّق بعد ذلك إلى تعريفه في القوانين الوضعية في النقطة الثانية.

أولا: تعريف العقد اصطلاحا

العقد في الاصطلاح فهو مرتبط بتعريفان مشهوران هما:

1. تعريف خاص: وهو ارتباط إيجاب وقبول بوجه مشروع يثبت أثره في محلّه، فيقصد بالإيجاب والقبول هنا كلّ ما يدلّ على إرادة المتعاقدين وما يرضيهما بعقد العقد سواء كان ذلك بالقول أو الفعل، أما كونه على وجه مشروع، يقصد به أن يكون ما تمّ التعاقد عليه بما يأذن به الشّرع وأن

---

[1]– بن بلقاسم احمد، محاضرات في الحريات العامة، مقياس الحريات العامة، مستوى السنة أولى ماستر، تخصص قانون منازعات القانون العمومي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين سطيف 2، الجزائر، سطيف، سنة 2016/2015، ص10.

[2]– نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب، سنة 1978، ص311.

[3]– بن بلقاسم احمد، المرجع السابق، ص 10.

[4]– عليان عدّة، المرجع السابق، ص115.

يكون بما يملكه المتعاقدين، ونستنتج من هذا التعريف تواجد طرفين للعقد[1]، وهما طرف يصدر منه الإيجاب، وطرف آخر يصدر منه القبول، ولا يدخل فيه ما يصدر عن إرادة طرف واحد كالعتق والطلاق[2].

2. تعريف عام: وهو يطلق على: "كل التزام تعهد به الإنسان على نفسه سواء كان يقابله التزام آخر أو لا، وسواء كان التزاما دينيا كالنذر أو دنيويا كالبيع و نحوه".

فإما أن ينشأ عن ارتباط إرادتين؛ كالبيع، والشراء، والزواج، أو بإرادة منفردة؛ كالهبة والوصية، وهذا ما أشار إليه "الجصاص" بقوله: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو، أو يعقده وعلى غيره فعله، على وجه إلزامه إياه"[3].

وقد ذهب كثير من المفسرين إلى أنّ العقد المراد بقوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالعُقُودِ"[4] إنما هو عام يشمل جميع ما ألزم الله سبحانه وتعالى عباده به من أحكام وتكاليف، وما يعقدونه بينهم من عقود ومعاملات مما يجب الوفاء به، وقد سمّاها عقودا، لأنه جل في علاه ربط عباده بها كما يربط الشيء بالشيء بالحبل الوثوق[5].

ثانيا: تعريف العقد في القوانين الوضعية

عرّف القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 العقد في المادّة 1101 منه حيث نصّت الأخيرة على ما يلي: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر قبل آخر، أو آخرين بنقل حق عيني، أو بالقيام، أو الامتناع عن عمل"[6].

---

[1]- هايل الجازي، مفهوم العقد لغة واصطلاحا، منتدى موضوع، تاريخ النشر 2018/07/25، تاريخ المراجعة 2020/03/19، http://mawdoo3.com.

[2]- حنان بنت محمد حسين جستنيه، أقسام العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدّم لنيل شهادة ماجستير، تخصص الفقه وأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية، سنة 1998، ص46.

[3]- سامي عدنان العجوريّ، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، غزّة، فلسطين، سنة 2013، ص15.

[4]- سورة المائدة، الآية 1، عن رواية ورش.

[5]- هايل الجازي،http://mawdoo3.com،المرجع السابق.

[6]- L'article 1101 dispose que : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. ».

وبالتالي نلاحظ أنّ هذا التعريف يتضمن العقد والالتزام معا، ويبيّن أنّ العقد هو مصدر التزام، وأنه إذا كان موضوع العقد هو إنشاء التزام، فموضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي[1]. ويظهر كذلك من هذا التعريف أنّه لا يفرق بين العقد والاتفاق غير المفضي للعقد، باعتبار العقد نوع من أنواع الاتفاق، فيكون أعم منه، إلاّ أن الفقهاء يجمعون على أنّ واضعي القانون المدني الفرنسي قد استعملوا المصطلحين كمرادفين[2].

إلاّ أنه ونظرا لانتقاد هذا التعريف من قبل الفقه الفرنسي، باعتباره يصلح كتعريف للعقد وفي نفس الوقت للالتزام،[3] فضلا عن خلطه بين العقد والاتفاق غير المفضي للعقد[4]، جعل المشرّع الفرنسي يعدّل هذا التعريف من خلال تعديل القانون المدني لسنة 2016 وبتالي أضحى العقد هو توافق إرادي بين شخصين أو أكثر لإنشاء، تعديل، نقل أو إنهاء الالتزامات، وهو ما سار عليه تعديل 2022 للقانون المدني[5].

أما بخصوص المشرّع المصري فإنه لا يورد تعريفا في القانون المدني المصري بخصوص العقد[6]، إلاّ أنه بالرجوع إلى المشروع التمهيدي نجده يعرّف العقد في المادّة 122 منه، المأخوذة من المادّة الأولى من المشروع الفرنسي الإيطالي[7] بأنه: "اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء

---

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص80.

[2]– عليان عدّة، المرجع السابق، ص120.

[3]– بن خدّة حمزة، قراءة في أهم مستجدّات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد11، الجزائر، سبتمبر 2018، ص426.

[4]– يختلف الاتفاق عن العقد في كون أنّ الاتفاق الذي يعدّل أو ينهي الالتزام لا يعتبر عقدا إلاّ إذا كان منشئا أو ناقلا للالتزام، انظر في ذلك عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، المرجع السابق، ص 80.

[5]-L'article 1101(code civil dernière modification le 01/07/2022) propose que: «Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligation.».

[6]– عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 80.

[7]– المشروع الفرنسي الإيطالي هو مجرد مشروع لم يتخذ بعد كقانون، وهو خلاصة القوانين اللاتينية، جددت حتى صارت تماشي العصر، وقد بدأ وضع هذا المشروع في أواخر الحرب العالمية الأولى سنة 1918، إذ قام الأستاذ "شيالويا"، الفقيه الإيطالي المعروف، ينادي بتوحيد القانون الفرنسي والإيطالي، فلقى نداءه ترحيبا من الأساتذة الفرنسيين، فألفت لجنتان إحداهما فرنسية برئاسة الأستاذ "لارنود"، والأخرى إيطالية برئاسة الأستاذ "شيالويا"، واتفقت اللجنتان أن تبدأ عملهما بقانون الالتزامات والعقود، واختصت اللجنة الإيطالية بمصادر الالتزام وأنواعه المختلفة،=

رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها"، وبتالي نلاحظ من خلال هذه المادّة أنّ المشرّع المصري يرى أنّ العقد هو نفسه الاتفاق وهو نفس النهج الذي سار عليه المشرّع الفرنسي.

أما العقد في القانون المدني الجزائري فقد عُرّف في المادّة 54 منه على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

فأول شيء يلاحظ من هذا التعريف أنه يكاد يكون ترجمة حرفية لنص التعريف الفرنسي للعقد قبل تعديل 2016 للقانون المدني الفرنسي، بالرغم من انتقاد الفقه الفرنسي لذلك التعريف كما اتضح سابقا، بالإضافة إلى ذلك يستنتج من هذا التعريف أنّ المشرّع الجزائري في تعريفه للعقد أخذ بالنزعة الذاتية متأثرا بالمشرّع الفرنسي، فاهتمّ بتعريف العقد من حيث كونه منشئا لالتزامات في ذمّة المتعاقدين، و من ثمّ اهتمّ بمرحلة الانعقاد أكثر من اهتمامه بمرحلة التنفيذ[1].

كما يلاحظ على هذا التعريف أيضا أنه يميّز بين العقد والاتفاق ويعتبر العقد نوع من أنواع الاتفاق، على الرغم من أنّ غالبية الفقه يجمع على أنّ العقد والاتفاق اسمان لمسمى واحد.

الفرع الثاني: الأنظمة القانونية المتبينة لمبدأ الحرية التعاقدية

سنتطرق في هذا المطلب إلى التشريعات التي كرسّت هذا المبدأ في أنظمتها القانونية، ومن بين هذه التشريعات؛ القانون الفرنسي الذي سنتناوله في **البند الأوّل**، ثم قانون التجارة الدولية الذي سنوضحه في **البند الثاني**، وفي **البند الأخير** نعمل على شرح كيفية تبني القانون الجزائري لمبدأ الحرية التعاقدية.

=أما اللجنة الفرنسة فقد اختصت بآثار الالتزام و طرق إثباته، وكان لهذا المشروع صدى واسع في البلاد التي تأثرت بالقوانين اللاتينية، فقد ترجمته رومانيا ترجمة رسمية تمهيدا لاتخاذه تشريعا لها، واتخذته ألبانيا بالفعل تشريعا لها في نفس السنة التي ظهر فيها، ومنحته بلاد أخرى باهتمام كبير، كاليونان وبولونيا ويوغوسلافيا، وبلجيكا وأمريكة اللاتينية. راجع، عبد الرزاق احمد السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، القاهرة، العدد الأوّل، السنة السادسة، يناير 1936، ص،ص55،56.

[1]– بن خدّة حمزة، المرجع السابق، ص426.

البند الأوّل: تبني مبدأ الحرية التعاقدية من قبل القانون الفرنسي

تأثرت الثورة الفرنسية بمبدأ الحرية التعاقدية باعتبار أنه كان من بين أحد أهدافها ودعائمها الأساسية هو الحرية، حيث تمّ إصدار إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789؛ الذي نصّ في مادّته الأولى على ما يلي: "الأفراد يولدون ويعيشون أحرارا ومتساوون في الحقوق"[1] .

وقد أثر هذا الإعلان على واضعي القانون الفرنسي فقد جاء في خطاب "بورتاليس" وهو أحد الأربعة[2] الذين كلفوا بوضع مشروع قانون "نابوليون" المقدّم إلى مجلس الدّولة الفرنسي ما يلي: "تخضع العقود إلى بعض المبادئ العملية المستوحاة من مبادئ القانون الطبيعي، فعموما فإن الأشخاص لهم السلطة في أن يتفقوا بحرية حول ما يهمهم، وما يحقق حاجياتهم. فالحرية التعاقدية لا توجد إلا بواسطة العدالة وكذا بالنظام العام والمصلحة العامة"[3].

وبذلك جاء القانون المدني الفرنسي لعام 1804 متبنيا فكرة الحرية التعاقدية مدافعا عنها، وذهب إلى أنّ الإرادة مصدر الحقوق والالتزامات، وهذا ما يتبيّن في نص المادّة 1134[4]، المعدلة بنص المادّة 1103 من القانون المدني لسنة 2022، كما ذهب القضاء الفرنسي هو الآخر إلى إبراز الإرادة واحترام ما تقرره، وهذا ما أكدّ عليه القضاء الفرنسي بموجب القرار الصادر في 1892/01/15 والذي أخذ بإرادة المتعاقدين دون حاجة إلى إجراء آخر[5]، فقد ورد في هذا القرار أنّ القانون المطبّق في مجال الحقوق التي تنشأ عن العقد يجب أن يحدد أساسا عن طريق إرادة المتعاقدين، أما إذا لم يعبر عن هذه الإرادة لا صراحة ولا ضمنا فإن القانون المطبق هو قانون المكان الذي يتمّ فيه تنفيذ العقد وليس مكان إنشائه[6].

---

[1]- l'article 2 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune ».

[2]- « …, des le début de son règne, Bonaparte a prix l'initiative de la rédaction d'un projet de code civile et constitue une commission de quatre juristes qui n'éteint ni des théoriciens, ni des philosophes du droit, mai d'abord et avant tout, des praticiens, avocat ou magistrats. Deux d'entre eux étaient originaires des pays de droit coutumier : 'François Tronchet' et 'Felix Bigo' de périneu. Les deux autres, 'Jean Portalis' et 'Jaque de Maleville' étaient issus d'une région de droit écrit »,

انظر تهميش شريف يوسف خاطر،المرجع السابق، ص 47.

[3]–خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1992، ص17.

[4]- article 1134 de code civile français dispose que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

[5]- GOUNOT (E), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, Paris, 1992, p23.

[6]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 20.

وبتاريخ 1893/05/19 صدر قرار آخر من القضاء الفرنسي جاء فيه ما يلي: "في تنازع القوانين في مواد العقود، فإن القاضي عليه أن يبحث قبل كل شيء على أية قاعدة تشريعية اتفق المتعاقدين لإخضاع تصرفهما إليها..." [1].

فبالرغم من تأثر القانون المدني الفرنسي بمبدأ الحرية التعاقدية، إلا أنّ الدستور الفرنسي لم يتضمن صراحة مبدأ الحرية التعاقدية، وهذا يعود إلى أنّ الحرية التعاقدية لم تكن يوما مطلقة[2]، وهذا ما بينته المادّة السادسة من القانون المدني التي أكدت على أنّ الاتفاقات يجب أن لا تمسّ بالنظام العام والآداب العامّة، فمنذ سنة 1804 كانت حماية واحترام المصلحة العامّة عن طريق النظام العام مهمة جدّا، فالنظام العام والمصلحة العامة التي كان يحميها ذلك القانون تعتبران قانونا ساميا[3].

هذا التطّور للنظام العام لم يتغيّر حتى يومنا هذا، إذ قرر المجلس الدستوري الفرنسي في 1994/08/03 أنه: "لا توجد قاعدة ذات قيمة دستورية تضمن مبدأ الحرية التعاقدية، فتقرير العكس سيرفع الحرية التعاقدية إلى مرتبة المبادئ الدستورية"[4]، وبتالي سيكون هناك تنازع بين حماية المصلحة العامة وحماية المصلحة الخاصة عن طريق حماية الحرية التعاقدية في مواجهة أحكام النظام العام، لهذا فالحرية التعاقدية ليست ولا يمكن أن تكون مبدأ دستوريا[5].

غير أنّ الدستور الفرنسي لسنة 1946 يتضمن عدّة مبادئ لها صلة وطيدة بمبدأ الحرية التعاقدية، بل تعدّ من تطبيقاتها، ومن أبرز هذه المبادئ نجد مبدأ حرية التجارة والصناعة[6].

فظهور مبدأ حرية التجارة والصناعة جاء كردّ فعل ضدّ النظام السائد في القرون الوسطى والذي يقوم على الامتيازات والتي تحول دون قدرة الأفراد في ممارسة أي نشاط فنّي أو مهني،

---

[1]- GOUNOT (E), op-cit, P23.

[2]– شريف يوسف خاطر،المرجع السابق، ص 48.

[3]–سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 20.

[4] - La décision constitutionnel n°94-348 DC du 03/08/1994, entendu que : « Considérant qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ; que par suite ce grief ne saurait qu'être écarté ; », les articles de cette décision ce trouve sur le lien suivant : www.conseil-constitutionnel.fr/décision/1994/94348DC.HTM.

[5] - Wei Hou, La liberté contractuelle en droit des transports maritimes de marchandises, Thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit présentée et soutenue publiquement, Faculté de droit et de science politique, Ecole doctorale sciences juridiques et politiques, Université PAUL CEZANNE-AIX-MARSEILLE III, 20/12/2010, p.06.

[6]– دستور 1946 المعدّل، مواده متوفرة على الرابط الآتي:
.https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008?lang=ar

أو حرفة يراها مناسبة له. والذي تجسّد في الحياة القانونية من خلال إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789[1].

فكرّس المشرع الفرنسي مبدأ حرية التجارة والصناعة بموجب القانون الصادر بتاريخ 1791/03/02 المعروف بمرسوم "ألارد"، فقد نصّت المادّة 07 منه على ما يلي: "ابتداء من أول أفريل القادم، يكون كل شخص حرّ في التفاوض أو ممارسة أي مهنة أو نشاط، أو حرفة يراها مناسبة، له بعدما يلتزم بدفع ضريبة"[2].

فبالرغم من أنّ مبدأ حرية التجارة والصناعة لم يتم تكريسه دستوريا في فرنسا، إلا أنه لا أحد يشك من بقاء هذا المبدأ و استمراره[3].

وبالفعل صدرت عدّة قوانين في فرنسا تكرس مبدأ حرية التجارة والصناعة، نذكر أهمها قانون توجيه التجارة والصناعات التقليدية، الصادر في 1973/12/27، حيث نصّت المادّة الأولى منه على ما يلي: "إنّ الحرية والرغبة في إنشاء المؤسسات هو أساس النشاطات التجارية والحرفية، ويجب أن تمارس في إطار منافسة واضحة ونزيهة"[4].

البند الثاني: تبنّي مبدأ الحرية التعاقدية من قبل قانون التجارة الدولية

عرف مبدأ الحرية التعاقدية رواجا لدى العديد من فقه قانون التجارة الدولية، خصوصا في مؤلف المحامي الفرنسي "فوليكس" "FOELIX"،[5] بعد أن مهّد له من قبل، ومنذ القرن السادس عشر

---

[1]– كسال سامية، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانون للمنافسة الحرّة، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان حرية المنافسة في القانون الجزائري، المنعقد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، يومي 03–04 أفريل 2013، المداخلة متوفّرة على الرابط التالي: dr.sassane.over-blog.com.

[2]- L'Article 07 de loi du 17/03/1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maitrises et jurandes et établissement des droits de patente, dispose que : « A compter du 1 er avril prochain, il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon : mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits », les articles de cette loi ce trouve sur le lien suivant : https://www.legfrance.gouv.fr/loda/texte/2016-09-02.

[3]– كسال سامية،dr.sassane.over-blog.com، المرجع السابق.

[4] - L'Article 01 de la loi n°73/1193 du 27/12/1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dispose que : « La liberté et la volonté d'entreprendre sont les fondements des activités commerciales et artisanales. Celles-ci s'exercent dans le cadre d'une concurrence claire et loyale. », es articles de cette loi ce trouve sur le lien suivant : www.legifrance.gouv.fr/jorftex000000509757.

[5]- FOELIX, Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en droit international privé, Tome 2, édition 4, MARSECQ AINE, LAIBRAIRIE EDITEUR, Paris, 1866, P78.

الأستاذ "شارل ديمولان" "DUMOULIN"، وعالم برلين الشهير "سافيني" "SAVIGNY" في كتابه "نظام القانون الروماني الحديث"[1].

وتأخذ عقود التجارة الدولية بهذا المبدأ، بل ويعتبر أحد المبادئ الأساسية لقانون التجارة الدولية[2]، حيث خصّصت له صدر المادّة الأولى من هذا القانون تحت عنوان "liberté contractuelle"، التي نصّت على ما يلي: "الأطراف أحرار في إبرام العقد وتحديد محتواه".

ويؤكّد القضاء بدوره على أهمية الحرية التعاقدية للأطراف كلما سمحت له الفرصة لذلك، ففي العديد من القرارات يؤكّد على أنّ الأطراف في العقد الدولي لهم الحرية الكاملة في إدراج الشروط التعاقدية التي تحقق مصالحهم والتي تعبّر عن نيتهم الواضحة، وهذا ما أقره الحكم الشهير الصادر عن محكمة النقض الفرنسية الصادر ب 05 ديسمبر 1910 والذي قرّر على أثره أنّ القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية من حيث تكوينها وآثارها هو القانون الذي اختاره المتعاقدان"[3].

وإذا كانت إرادة الأطراف تلعب دورا كبيرا في مجال عقود التجارة الدولية، خاصة عند إعداد شروط العقد وتنظيم آثاره، فإنّ مجال المسؤولية والإعفاء منها من أكبر المجالات التي يعلو فيها مبدأ الحرية التعاقدية، وحيث أنّ القواعد المتعلقة بالقوة القاهرة، في كل القوانين ليست كلها من النظام العام، فمن الممكن أن تحدد هذه القواعد بالاتفاق بين الأطراف[4].

ويتفق فقه التجارة الدولية في أنه نظرا لاختلاف تنظيم القوانين الوطنية للقوة القاهرة أو لشروط انتفاء المسؤولية أو الإعفاء منها بصفة عامة، فإنه يقع على الأطراف في العقد عبئ إعطاء مفهوم معين للشرط وتحديد مجال تطبيقه وتعيين النتائج التي تترتب على حدوثه، ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك حيث يرى أنّ شروط القوّة القاهرة التي يتفق عليها الأطراف في العقود الدولية تساهم في توحيد القواعد العامة لهذه الفكرة لأنه لا توجد قاعدة عامّة موحدة في هذا المجال،

---

[1]–سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 22.

[2]– شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، الطبعة الأولى، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي، سنة 2010/2009، ص170.

[3]– مشار إليه في خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008، ص80.

[4]– شريف غنام، المرجع السابق، ص 171.

فالدولة الواحدة يمكنها أن تتبنّى مفهومين مختلفين للقوة القاهرة في عقدين مختلفين مع مشروعين أجنبيين من جنسيات مختلفة[1].

ومبدأ حرية الأطراف في تنظيم شروط القوة القاهرة يشكّل جزءا أساسيا في تكوين قانون التجارة الدولية، حيث يأخذه المحكمون بعين الاعتبار وبالدرجة الأولى عندما يتصدّون بالفصل في نزاع يطّبقون أعراف التجارة الدولية أو المبادئ العامة للقانون[2].

ورغم ما يتمتع به مبدأ الحرية التعاقدية من مكانة في نطاق عقود التجارة الدولية، لكن ليس إلى درجة يمكن فيها للأطراف أن يتفقوا على أن يخضع عقدهم لقواعد غير صادرة عن سلطة تشريعية نظرا لأنها تتعارض مع قانون دولة تنفيذ العقد أو دولة إبرامه، فالنصوص المتعلقة بتنازع القوانين عندما تقتضي تطبيق قانون معين يقصد به القانون الداخلي لدولة معينة، الصادر عن السلطة التشريعية لهذه الأخيرة، ولكي تكون للدولة هذه الصفة يجب أن تتمتع بالسيادة إضافة إلى شروط موجودة في القانون الدولي العام، التي على أساسها يحدد صفة الدولة التي يكون القانون المختار تابعا لها[3].

البند الثالث: تبنّي مبدأ الحرية التعاقدية من قبل القانون الجزائري

ترسخّ مبدأ الحرية التعاقدية فأصبح قاعدة أساسية تبنى عليها النظريات القانونية، فجميع الالتزامات والنظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرّة، وهذه الإرادة لا تقتصر على أن تكون مصدر الالتزام فحسب بل هي المرجع الأساسي له[4]، وهذا ما تبنّاه القانون المدني الجزائري في المادّة 106 التي جاء فيها ما يلي: " العقد شريعة المتعاقدين..."، ويترتّب على هذه المادّة أنه لا يمكن إجبار أحد على التعاقد، فله الحقّ في رفض التعاقد أو في قبوله، وفي هذه الحالة الأخيرة، له الحقّ في مناقشة محتوى العقد ومناقشة الشروط المدرجة فيه سواء عند إبرامه أو عند تنفيذه باتفاق مع

---

[1]- شريف غنام، المرجع السابق، ص 171.

[2]- كريم مزعل شبّي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، (دراسة في تنازع القوانين)، مجلة العلوم القانون، كلية القانون، العدد الثاني، المجلد 32، بغداد، العراق، سنة 2017، ص23.

[3]- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص الملكية الفكرية، جامعة الجزائر1، سنة 2009/2008، ص51.

[4]- حدي لالة أحمد، المرجع السابق، ص17.

المتعاقد الآخر، ويعتبر البعض أنّ التعبير عن سلطان الإرادة يتمّ دائما باستخدام مصطلح الحرية التعاقدية[1].

ففي بادئ الأمر كانت الدولة الجزائرية ترى مبدأ حرية الصناعة والتجارة المولود عن مبدأ الحرية التعاقدية يخالف السيادة الوطنية، وذلك راجع لانتهاج الجزائر النظام الاشتراكي مباشرة بعد استقلالها عام 1962[2]، بالرغم من تبنّي القانون المدني الجزائري رقم 58/75 لمبدأ الحرية التعاقدية[3]، حيث هيمنت الدولة على جميع مجالات النشاط الاقتصادي، واحتكرت ممارسة غالبية النشاطات، وهمّشت المبادرات الخاصة وقيّدتها، وبقيت الجزائر تسير على هذا النهج حتى في دستور 1976 الذي أخذ هو الآخر بالنظام الاشتراكي، غير أنّ الأزمة الاقتصادية التي عاشتها الجزائر في أواخر الثمانينات، أظهرت عيوب الاقتصاد الموجه، واحتكار الدولة للنشاط الاقتصادي، ونتيجة لذلك أحدثت الدولة الجزائرية إصلاحات اقتصادية كثيرة، وكيّفت منظومتها التشريعية وفق ما يتطلبه نظام اقتصاد السوق، وانسحبت تدريجيا من الحياة الاقتصادية[4]، وفتحت مجال الاستثمار أمام القطاع الخاص، واعترفت له بحرية التجارة والصناعة، وجسّدت كل هذه التعديلات من خلال إصدار دستور 1989[5].

حيث شهدت المؤسسة العمومية الاقتصادية، الانتقال من المرحلة التنظيمية إلى المرحلة التعاقدية، ويتجلى ذلك في مجال العقود وعلاقة المؤسسة بعمالها، وبصدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية رقم 01/88[6] أخضع هذه الأخيرة للقانون المدني والتجاري، وبالتالي أصبحت

---

[1]– شريف غنام، المرجع السابق، ص،ص 167،168.

[2]– نصّت المادّة 10 من دستور 1963، المؤرّخ في 1963/09/08، جريدة رسمية العدد: 64، الصادرة بتاريخ 1963/09/10، على ما يلي: "الأهداف الأساسية للجمهورية الجزائرية تتمثل في تشييد مجتمع اشتراكي ومحاربة ظاهرة استغلال الإنسان بكل أشكالها".

[3]– يثور الإشكال حول حالة ما إذا تعارض نصّ المادّة 106 من قانون المدني الجزائري مع نصّ خاص جاء تطبيقا لمبادئ النظام الإشتراكي؛ فللإجابة على هذا الإشكال نصّت المادّة 02 من القانون المدني على ما يلي: "وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظّم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعده ذلك القانون القديم".

[4]–كسال سامية،dr.sassane.over-blog.com، المرجع السابق.

[5]– مرسوم رئاسي رقم 18/89، المؤرخ في 1989/02/28، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، في الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادرة بتاريخ 1989/03/01.

[6]– قانون رقم 01/88، المؤرخ في 1988/01/12، المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية العدد: 2، الصادرة بتاريخ 1988/01/13.

تتمتع بحرية في التعاقد، بالإضافة إلى صدور المرسوم رقم 201/88 الذي تضمّن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخوّل للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرّد بأي نشاط اقتصادي واحتكار التجارة[1]. بالإضافة إلى صدور قانون 12/89 المتعلق بالأسعار[2]؛ الذي عمل على تحرير أسعار المواد والخدمات وتضمّن قواعد تتعلق بالمنافسة، الذي ألغيت بموجب قانون 06/95 المتعلق بالمنافسة والأسعار الذي أكد أنّ الأسعار تحدّد بصفة حرّة اعتمادا على قواعد المنافسة.

كما عمد المشرّع إلى توحيد النظام القانوني المطبّق على علاقات العمل، أين أخضعها لنظام قانون استثنائي فالدولة نظمت الأمور ولم يكن للمؤسسة أن تتفاوض مع عمالها، إلى أن صدر قانون علاقات العمل لسنة 1990[3] أين حل محلّ التوجيهات والتنظيمات أسلوب جديد يتمثل في العقد[4]، هذا وقد استفاد المجال المصرفي أيضا من ظاهرة إزالة التنظيم، لما تخلت السلطة التنفيذية المجسدة في وزير المالية، عن اختصاصها في تحديد نسبة الفوائد على القروض ليحول هذا الاختصاص للبنوك[5] وذلك طبقا لقانون النقد والقرض 10/90[6]، كما سمح هذا الأخير للخواص بإنشاء بنوك أو مؤسسات مالية، بعدما كان إنشاؤها من صلاحيات الدولة لا غير[7].

---

[1]– مرسوم رقم 201/88، المؤرخ في 1988/10/18، المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أو احتكار التجارة، الجريدة الرسمية العدد: 42، الصادرة بتاريخ 1988/10/19.

[2]– قانون رقم 12/89، المؤرخ في 1989/07/05، المتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية العدد: 29، الصادرة بتاريخ 1989/07/19، المعدّل والمتمم، الملغى بموجب الأمر رقم 06/95، المؤرخ في 1995/01/25، المتعلّق بالمنافسة الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادرة بتاريخ 1995/02/22، والملغى بدوره بموجب الأمر 03/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد: 43، الصادرة بتاريخ 2003/07/20، المعدل والمتمم.

[3]– قانون رقم 11/90، المؤرخ في 1990/04/21، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد: 17، الصادرة بتاريخ في 1990/04/25.

[4]– كسال سامية، dr.sassane.over-blog.com، المرجع السابق.

[5]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 18.

[6]– قانون رقم 10/90، المؤرخ في 1990/04/14، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد: 52، الصادرة بتاريخ 1990/08/27، المعدّل والمتمم.

[7]– نصّت المادّة 45 من قانون 10/90 على ما يلي: "يتخذ المجلس القرارات الفردية الآتية:

أ– الترخيص بإنشاء البنوك والمؤسسات المالية الجزائرية والأجنبية و تعديل هذه الترخيصات والرجوع عنها...".

وقد تجسّد أيضا مبدأ الحرية التعاقدية من خلال قانون رقم 07/90 المتعلّق بالإعلام الذي فتح المجال أمام الخواص، وهو ما أكدته المادّة 03 صراحة من خلال نصّها على ما يلي: "يمارس حقّ الإعلام بحرية مع احترام كرامة الشخص الإنسانية ومقتضيات السياسة الخارجية والدفاع الوطني"[1]، كما أصبح إصدار النشرات الدورية حرّا يشترط فقط التسريح المسبق[2].

ليتم فيما بعد تكريس هذه الأفكار دستوريا عن طريق تبني مبدأ الحرية التعاقدية، وذلك من خلال نصّ المادّة 37 من الدستور الجزائري الصادر في 16 نوفمبر 1996[3].

الفرع الثالث: مضمون مبدأ الحرية التعاقدية

من المسلّم به أنّ "العقد يتنفّس الحرية"، وبإمكان هذه الحرية أن تنعكس على الأشخاص الذين يلجؤون إلى التقنية التعاقدية، فيتاح لهم ممارسة حرية مستمدّة من العقد ذاته.[4] ويفسح القانون للأفراد ممارسة هذه الحرية من خلال حرية التعاقد أو الامتناع عن التعاقد وهذا ما سنتطرّق إليه في **البند الأوّل**، ثمّ يمنحهم حرية اختيار المتعاقدين وهذا ما سنشرحه في **البند الثاني**، بالإضافة إلى **البند الثالث** الذي سيتناول حرية تحديد مضمون العقد.

البند الأوّل: حرية التعاقد أو الامتناع عن التعاقد

قد لعبت الإرادة ولمدّة طويلة من الزمن دورا بارزا في تكوين العقد، من خلال منحها للأفراد الحرية في اللجوء إلى التعاقد من عدمه دون أي تدخّل خارجي، وهذا ما سنشرحه على التوالي.

---

[1]– قانون رقم 07/90، المؤرخ في 19990/04/03،المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية العدد: 14، الصادرة بتاريخ 1990/04/04،المعدّل والمتمم بالقانون العضوي رقم 05/12، المؤرخ في 2012/01/12، الجردة الرسمية العدد: 2، الصادرة بتاريخ 2012/01/15.

[2]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص18.

[3]– نصّت المادّة 37 من المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 1996/11/07، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق علي استفتاء 1996/11/28، الجريدة الرسمية العدد:76، الصادرة بتاريخ 1996/12/08، على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

[4]– مبخوتي يوسف، الحرية التعاقدية للبلدية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص الإدارة العامة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، الجزائر، سنة 2014/2013، ص30.

أولا: حرية المتعاقد في إبرام العقد

ففي إطار العقد يلتزم المتعاقدين بإرادتهما وهذا حسب المبدأ المعروف الذي ذكرناه سابقا "العقد شريعة المتعاقدين"، فيعتبر حق إبرام العقد حق شخصي حصري للمتعاقدين إذ لا يمكن تدخّل أي شخص لإجبار شخص آخر لإبرام عقد ولو كانت جهة قضائية[1].

فالعقد يفترض إرادتين حرّتين تتجهان إلى إحداث أثر قانوني معّين، وبمقتضى ذلك يكون للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية، فالشخص في الأصل لا يلزم إلا بالعقود التي أبرمها برضاه، ولا يمكن أن تقوم مسؤوليته لأنه رفض عرض صادر من البائع ببيعه قطعة أرض لا تلزم الذي قدّم له العرض في شيء وبمبلغ يفوق قيمة تلك القطعة[2].

فالشخص حرّ في أن يبيع وأن يشتري أو يمتلك أو يتبرّع أو يؤجّر أو يستأجر[3]، دون إجباره على قبول التعاقد، ومثال على ذلك: قضية أحد الأشخاص الذي طال المحكمة بإجبار شخص آخر على إبرام العقد وقد استجاب مجلس قضاء وهران لطلب المدّعي إلا أنّ المحكمة العليا نقضت ذلك القرار دافعا بسوء تطبيق القانون[4].

ثانيا: حرية المتعاقد في رفض التعاقد

فيحق للمتعاقد رفض التعاقد ولا يمكن إجباره على القبول ما لم يرد ذلك دون إلزامه بتبرير قراره،[5] وذلك لأنه يوازن بين مصالح المختلفة، فقد يرى مصلحته تكمن في عدم التعاقد، فيفضل عدم الدخول في العلاقة التعاقدية، وهذا الرفض ليس تعسفا، فحرية الشخص في أن لا يتعاقد تكمن في حريته في أن يصبح دائنا أو مدين[6]، ومثال على ذلك قرار محكمة النقض الفرنسية سنة 2013 في قضية طفل كان متمدرس في مدرسة خاصّة ورفضت هذه الأخيرة إعادة تسجيله للسنة الدراسية

---

[1]– عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2018، ص 27.

[2]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 24.

[3]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 155.

[4]– المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2010/07/22، رقم 586766، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، الجزائر، 2011، ص109.

[5]– سيهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، سنة 2006/2005، ص2.

[6]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص 24.

الجديدة، فقام والي الطفل برفع النزاع أمام القضاء حيث قضت محكمة النقض بصحة تصرّف المدرسة، لما رفضت إعادة التعاقد مع أولياء الطفل معتبرة أنّ هذه الأخيرة مارست حرية مكفولة لا قانونا، وهو حق رفض التعاقد فنلاحظ أنّ محكمة النقض الفرنسية وضعت مبدأ عاما وهو الحق في رفض إبرام العقد وذلك دون التزامه بتبرير موقفه[1].

فتظهر حرية الإرادة في التعاقد من عدمه من خلال إصدار الشخص لإيجابه أم لا، وهذا كأصل أما بالنسبة للقبول فتظهر حرية التعاقد في كون أنّ من صدر إليه الإيجاب ليس ملزما بالموافقة عليه، كقاعدة عامّة، فله أن يقبله أو يرفضه فكل من وجه إليه الإيجاب حر في قبوله أو رفضه، فإذا ما قبله انعقد العقد وإلا فإن العرض الذي تقدّم به الموجب يسقط، ولا يترتب على ذلك أي أثر[2].

البند الثاني: حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه

يضمن مبدأ الحرية التعاقدية الحق لكلّ متعاقد في اختيار المتعاقد الآخر بكل حرية لضمان مصلحته الشخصية، ولن يتمّ ذلك إلا بعد مناقشات حرّة يتحدد بموجبها ما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات، فإذا انطبقت الإرادتان فإنها تعبر حينئذ عن إرادتهم الضمنية، فيتحدد حينئذ الطرف الآخر بموجب التوصل إلى النتيجة التي ارتضاها الطرفان، ولا يمكن للمشرع أن يعرقل هاته الحرية إلا في أضيق نطاق[3].

فمثلا قد يعرض شخصا بيتا أو محلا للبيع ويتوجه شخص آخر لشرائه، فللبائع أن يرفض البيع لهذا الشخص ولا يعتبر متعسفا، بل له كامل الحق في الرفض ولا يلزم بتقديم أي تبرير لذلك، ولهذا فإن الإعلان الموجه للجمهور لا يعدّ تعبيرا عن الإيجاب وإنما مجرّد دعوة إلى التعاقد، لأن شخصية المتعاقد الآخر تعدّ عنصرا جوهريا في العقد وهي مازالت غير محددة[4].

وكرّست محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ من خلال قضية تتلخّص وقائعها في أن صيدليتين في قرية تتقاسمان احتياجات جمعيتين في المجال الشبه الطبي، وخلال الانتخابات

---

[1]- Cass, civ, 1ere , du 11/09/2013, N°12/20844, in https://www.legifrance.gouv.fr/affichjurijudu.do, dispose que: « …de sorte que la conclusion d'un nouveau contrat ressortant de la liberté contractuelle des parties et l'école privée n'ayant pas d'obligation légale de contracter, il n'avait pas ni résiliation ou rupture abusive du nouveau contrat qui n'avait pas été conclu… ».

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص74.

[3]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 155.

4 - Flour et Aubert, Les obligation, L'acte juridique, Tome 1, 1ere édition, Armon-Colin, Paris, 1996, p.23 .

الجهوية ثار خلاف بين رئيس البلدية والذي بدوره رئيس الجمعيتين مع زوج صاحبة أحد الصيدليتين، تبعا لذلك قررت الجمعيتين التعامل حصريا مع الصيدلية الأخرى دون تقديم مبرر ما جعل صاحبة الصيدلية التي تمّ وقف العمل معها إلى عرض النزاع أمام القضاء لمعالجة التعويض، ألغت محكمة النقض الفرنسية قرار محكمة الاستئناف "آكس أون بروفونس" "aix-en-provence" التي حملت الجمعيتين مسؤولية اتجاه الصيدلية حيث اعتبرت الغرفة التجارية أنه بحق للجمعيتين على أساس الحرية في اختيار الشخص المتعاقد معه، وفق التعامل مع أحد الصيدليتين دون تبرير موقفها، ولا يترتب عن ذلك أي مسؤولية، فإن حرية اختيار المتعاقد معه حق حصري لا تتأثر بالظروف الخارجية.[1]

البند الثالث: حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد

إذا كان الشخص حرّا في التعاقد من عدمه، وفي اختيار الطرف المتعاقد معه، فله أيضا الحرية في تضمين العقد ما شاء له من شروط وبنود بكل حرية واقتناع، ولا يحدّ من هذه الحرية سوى القواعد الآمرة والتي يجب أن تكون في أضيق نطاق.

ويتم تحديد نطاق العقد والالتزامات المتولّدة عنه على أساس ما ارتضاه الطرفين بالفعل أي الإرادة المشتركة لهما، وفي هذا الصدد تنصّ المادّة 107 من القانون المدني الجزائري: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

وما تدخّل المشرع ببعض المواد لتنظّم عقودا مختلفة تحت ما يسمّى بالعقود المسماة، إلا اقتراحا منه؛ ويجوز للأطراف الأخذ بها أو التخلي عنها بإيجاد حلا آخر يرضي الطرفين، لأنّ هذا النوع من العقود أوجده المشّرع ليسهل على المتعاقدين كيفية إبرام عقد ما، فلهم الرجوع إلى أحكامها عند الحاجة، ولهم أن يعدّلوا أو يغيّروا من أحكامها حسب رغباتهم، بل لهم أن يتجاهلوها تماما بأن ينشئوا عقودا جديدة تختلف في أحكامها عن تلك التي نظّمها المشرّع[2].

كما أنه لا يمكن للقاضي التدخّل للخروج عما تمّ الاتفاق عليه سواء من أجل تكملة العقد أو تفسير العبارات في حالة عدم وضوحها، ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للطرفين الاتفاق

---

[1]- Cass, com, du 05/07/1994, N°92-20,064, bull.civ, N°2, 1994, P24, dispose que « une personne qui décide de cesser de s'approvisionner chez un commerçant cette abstention fut elle avec l'intention de nuire, ne fait qu'exercer la liberté fondamentale de s'approvisionner chez un commerçant et ne commet pas un abus de droit ».

[2]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 156.

على فسخ العقد طبقا للمادّة 120 من القانون المدني الجزائري[1]، وأن يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد، ويلاحظ أنّ اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة، واضحا كلّ الوضوح في أنّ المقصود منه هو استبعاد تدخّل القضاء[2].

ولقد طبعت فكرة "لا يلزم أحد بغير إرادته" القانون المدني الفرنسي من خلال المادّة 1134 منه[3]، بل ولازالت هذه الفكرة قائمة إلى اليوم كمبدأ أساسي لقيام العقد رغم تقييده بمجموعة من القيود الموضوعية والشكلية[4].

وبالتالي يمنح قانون العقد الحرية للأفراد في اختيار التعاقد من عدمه وفي اختيار الطرف الآخر بالإضافة إلى حرية تحديد مضمون العقد، إلا أننا نتساءل هل توفر تشريعات الاستهلاك هذه الحرية عند إبرام عقد الاستهلاك؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب التالي.

---

[1]– نصّت المادّة 120 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرّد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون الحاجة إلى حكم قضائي".

[2]– عثماني بلال، المرجع السابق، ص30.

[3]- l'article 1134 de code civile français de 1804 dispose que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ce ceux qui les ont faites.
Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.
Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

[4]– صديق شياط، المرجع السابق، ص 156.

المطلب الثاني: حظر تشريعات الاستهلاك لحق المتعاقد في رفض التعاقد

إنّ الأصل في النظرية التقليدية للعقد، هو مبدأ حرية التعاقد، ومن بين عناصر هذه الحرية كما أشرنا سابقا أنّ الشخص حرّ في التعاقد، كما هو حرّ في رفضه، وإلا كانت الإرادة معيبة بالضغط عليها وبالتالي يستطيع أن يطلب إبطال العقد بسبب هذا الضغط، والمتعاقد حرّ في هذا الإطار في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه[1]، فإذا كان هذا هو السائد في قانون العقد فإنّ الأمر يختلف عن ذلك في قانون الاستهلاك حيث حظر سواء تشريع الاستهلاك الجزائري وتشريعات الاستهلاك المقارنة رفض المتدخل التعاقد مع المستهلك دون مبرر شرعي وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 2/15 من القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم: "يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة". وهو ما نصّ عليه المشرّع الفرنسي كذلك في نصّ المادّة L.121-11 حيث جاء فيها مايلي: "يحظر رفض المستهلك لبيع منتج أو تأدية خدمة، إلا لسبب مشروع...". ومن هنا تظهر النقطة الأولى في تأثير قانون الاستهلاك على مبدأ الحرية التعاقدية.

وقد نظّم المشرّع الجزائري هذا الحظر من خلال عدّة نقاط؛ أولها تمثل في اعتبار كل سلعة معروضة على الجمهور قرينة على عرضها للبيع ومن تمّ يحظر رفض بيعها وهذا ما سنتطرّق إليه بالتفصيل في الفرع الأوّل، هذا وقد حدّد شروط حظر رفض البيع وهذا ما قد نتطرّق إليه في فرع ثاني، دون أن ننسى التطرق إلى النقطة المتعلقة بأثر حظر رفض البيع في فرع ثالث.

الفرع الأوّل: مفهوم حظر رفض التعاقد

سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى كل من المقصود من حظر رفض التعاقد في **بند أول**، ثمّ بعد ذلك نتطرّق إلى اعتبار كل سلعة معروضة على الجمهور قرينة على عرضها للبيع وهو ما سنتعرض إليه في **بند ثان**.

البند الأوّل: المقصود من حظر رفض التعاقد

يقوم البيع في الأساس على مبدأ الحرية التعاقدية باعتبارها أمرا بديهيا في دائرة المعاملات التعاقدية، فليس من المنطقي إجبار شخص على الدخول في التزام تعاقدي لا يرغب فيه، غير أنّ هذه الحرية ليست مطلقة دائما في مضمونها، إذ أنها تصطدم دائما بقواعد قانونية آمرة فتشكل قيدا

[1]- بخيت عيسى، المرجع السابق، ص113.

عليها[1]. من بين هذه القواعد الآمرة حظر رفض التعاقد[2]؛ وهو يعتبر من بين المبادئ المعمول بها في السوق؛ بحيث أنه بمجرد عرض سلعة أو أداء خدمة من طرف المتدخل في سوق يحق للمستهلك الحصول على هذه السلعة أو الخدمة بشرط أن يلتزم بدفع ثمنها، على العكس بالنسبة للمتدخل لا يمتلك الحرية في الامتناع عن رفض البيع أو التعاقد.

وهذا ما نصّت عليه المادّة 15 من القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم، حيث جاء فيها ما يلي: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع.

يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة.

لا يعني هذه الحكم أدوات تزيين المحلات والمنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات".

فمن خلال هذه المادّة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف حظر رفض البيع، وعليه يمكن تعريف هذا الحظر على أنه تصرف سلبي يصدر عن المتدخل يتضمن إنكار وجود سلعة أو خدمة لديه، متذرعا بأسباب غير موضوعية أي وهمية أو خيالية. هذا ويمكن تعريفه على أنه الفعل المخل بنزاهة الممارسات التجارية بمقتضاه يرفض المتدخل ولو كان هذا الأخير شخصا معنويا عاما بيع سلعة أو تأدية خدمة للمستهلك، رغم إمكانية ذلك متحججا بأسباب غير شرعية ومقنعة للرفض التعسفي[3].

---

[1]– جليل أمال، المرجع السابق، ص68.

[2]– قد تطرّق المشرّع الجزائري لرفض البيع بداية من خلال الأمر رقم 03/03 المعدّل والمتمم المتضمن قانون المنافسة، حيث اعتبره من قبل الممارسات المقيدة للمنافسة كونه ذا طبيعة تعسفية ويشكل عقبة أمام نمو العلاقات التعاقدية غير المتكافئة، بمعنى أنّ حظر رفض التعاقد كان منحصر فقط على العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين فقط، دون العلاقات الاستهلاكية بين المتدخل والمستهلك، إلا أنه أكدّ لاحقا حظر رفض التعاقد من خلال القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم، واعتبر رفض البيع من قبل الممارسات التجارية غير الشرعية كونه يشكل تصرفا غير مشروع، وبالتالي أصبح من خلال هذا القانون حظر رفض التعاقد آلية مقيدة للحرية التعاقدية للمتدخل المتعسف في استعمال قوته، يهدف من خلالها حماية المستهلك.راجع حليس لخضر، المرجع السابق، ص175.

[3]– محمودي فاطمة، رفض العون الاقتصادي البيع أو أداء الخدمة للمستهلك، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 29، المنشور بتاريخ 2019/02/05، المطلع عليه بتاريخ 2020/11/01، المنشور على الموقع الآتي: www.jilc.com.

وهذا وقد عرّفه الفقه[1] على أنه: "غياب إرادة الارتباط باتفاق معين تسعى إليه إرادة الطرف الآخر".

فبالرجوع إلى نصّ المادّة 15 فإنّ المتدخل لا يمكن له أن يتمسك بمنع البيع أو تأدية الخدمة إلا إذا أثبت أنّ هناك مبررا شرعيا لهذا الرفض وتبقى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وعليه رفض البيع للمستهلك يشكل في أغلب الأحيان تعسفا يؤسس على تقييم التعسفي.

فتجدر الإشارة أنّ الهدف من نص المادّة 15 هو توفير المنتوج أو الخدمة وتنظيم رواجهما في السوق، وذلك بخلق نوع من التوازن في توزيعهما على المستهلكين من جهة، وحماية المستهلك من الحرية التعاقدية للمتدخل من جهة أخرى[2].

فبالنسبة لطريقة رفض البيع من طرف المتدخل قد تكون واضحة وبسيطة، تتحقق بمجرد امتناع المتدخل عن تنفيذ الطلبية، وقد تكون من خلال صدور تصرفات من طرف المتدخل تجعل عملية البيع للمستهلك مستحيلة، كما أنه يمكن أن يتحقق رفض البيع من خلال تظاهر أو إدعاء المتدخل بتنفيذ الطلبية بشروط مختلفة عن تلك التي عرضت من طرف المستهلك وغير مقبولة منه، مثال على ذلك الحالة التي يرفض فيها المتدخل تسليم المنتوج المطلوب مع تقديم اقتراح استبداله بآخر يحمل علامة تجارية أخرى، أو تسليم منتوج دون علامة تجارية، لأن هذه الأخيرة تشكل جزءا أساسيا من قيمة المنتوج[3].

إلاّ أنّ السؤال الذي يطرح في هذه الحالة ما مدى اعتبار النوع من العقود التي يفرض فيها القانون على المتدخل التعاقد عقودا رضائية؟

للإجابة على هذا السؤال يمكننا القول أنّ الحرية في إبرام الأفراد ما شاءوا من عقود من عدمها، لم تعدّ سائدة في ظل انتشار عقود الاستهلاك، فقد يتدخل القانون ويجبر الأفراد على إبرام عقد معين، وفي مثل هذه الحالة لا تكن الإرادة حرّة بل مقيدة؛ وكل هذا من أجل حماية الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية[4].

---

[1]– عبد موسى جمعة، فؤاد العلواني، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بغداد، العراق، سنة 2003، ص46.

[2]– نوال كموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدّة، سنة 2011، ص25.

[3]- Mélanie comert et autres, concurrence consommation, édition francail Lefebvre, Paris, 2015/2016, P.1040 .

[4]– احمد سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني على التعاقد، مجلة المحاماة المصرية، السنة 68، العدد 03، سنة 1998، ص30.

ففيما يخص الأثر الذي يتركه الإجبار القانوني على رضاء المتدخل، وبالتحديد فيما يتعلق بمدى اعتبار التصرف القانوني عقدا فهنا يمكن القول أنه لو نظرنا للمسألة من منظور مبدأ سلطان الإرادة، وبصور مجردة لأصبح من العسير جدا، إن لم يكن من المرفوض إعتبار التصرف من المتعاقد المجبر عقدا رضائيا على النحو المعروف[1].

فالعقد في هذه الحالة يطلق عليه تسمية العقد الجبري؛ بمعنى أنّ المتعاقد أي المتدخل يكون مجبرا على التعاقد من دون أن يحق له الرفض، وهي أشد من عقود الإذعان، بحيث يكون المتدخل تحت إجبار يستند إلى القانون ذاته، والذي يعمل على تقييد الحرية التعاقدية للمتعاقد، وبدرجات تتفاوت حسب الهدف المنشود، فالعقد المفروض يتضمن إذعانا لحكم القانون لا لإرادة العاقد الآخر[2].

فالإجبار في هذه الحالة يتدخل فيه المشرّع بفرض قيود على الإرادة، تفرض على المتدخل الدخول في العمليات التعاقدية، وكان هذا الفرض نتيجة سياسة التوجه العام للدولة فى توجيه الاقتصاد؛ وبالتالي فهذه السياسة تعكس أثارها على العقود، ومن ثم سيتدخل المشرع لمراعاة العدالة وتحقيق المساواة القانونية، والأكثر من ذلك أن يصل الأمر إلى حد التدخل لإنشاء علاقات قانونية لم تكن لتنشأ إلا بتوافق إرادتي طرفيها، فحرية الفرد في ألا يتعاقد بدورها لم تبقى كما كانت بنشوء هذه القيود عليها[3].

وبالتالي يمكننا القول أنه بعدما كان المبدأ الأصلي أنّ الشخص لا يلتزم إلا بما يريد، أصبح في كثير من الأحوال يلتزم بما لا يريد، وكذلك وبعدما كان المبدأ الأصلي يقضي بأنّ الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد، أصبح يلتزم دون أن يريد[4]، ويرى البعض[5] أنّ هذا الإلزام القانوني بالتعاقد يعد قيدا خطيرا على الحرية التعاقدية وحرية التجارية. فما دام المجتمع منذ نشأته إلى غاية يومنا هذا مكونا من أقوياء وضعفاء وسيبقى هكذا مستقبلا، ستظل مهمة التشريع حماية الضعفاء من بينهم المستهلكين من سلطان الأقوياء المتمثلين في دراستنا هذه في المتدخلين، فيلجأ المشرع لهذه الطرق لفرض القيود على الإرادة التعاقدية في مراحلها المختلفة، خصوصا عند تكوين العقود، فيتدخل

---

[1]- حليس لخضر، المرجع السابق، ص174.

[2]- احمد سعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص30.

[3]- عبد الله محمد صديق محمد، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2012، ص469.

[4]- حليس لخضر، المرجع السابق، ص175.

[5]- حول البعض صاحب هذه الرؤيا راجع فطيمة نساخ، المرجع السابق، ص71.

ليفرض على المتدخل الدخول في عملية تعاقدية؛ ومن ثم تدخل المشرّع هذا يكون لمراعاة العدالة، وتحقيق المساواة القانونية[1].

البند الثاني: اعتبار كل سلعة معروضة على الجمهور قرينة على عرضها للبيع

بالرجوع إلى نصّ المادّة 1/15 من القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم نصّت الأخيرة على أنه: "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع"، فمن خلال هذه المادّة نستنتج أنّ المشرّع الجزائري منح للمستهلك قرينة قاطعة مفادها أنّ مدام المتدخل قد عرض سلعة للبيع فهو مجبر على التعاقد مع المستهلك دون الأخذ بعين الاعتبار حريته التعاقدية في اختيار الشخص المتعاقد معه وحقه في رفض البيع.

وتتجلى أهمية هذه القرينة من خلال إعفاء المستهلك من عبء إثبات أنّ المتدخل عرض حقيقة السلعة للبيع، وبالتالي لا يمكن لهذا الأخير رفض البيع بداعي أنّ السلعة غير معروضة للبيع، فمن خلال ذلك يكون المشرّع قد سدّ بهذه القرينة باب التحايل على الأعوان الاقتصاديين من أجل استغلال المستهلكين[2].

فالمتعارف أنّ لكل قاعدة إستثناء، ونفس الشيء بالنسبة لقاعدة كل سلعة معروضة للجمهور هي معروضة للبيع، هي الأخرى يقع عليها الاستثناء وهو ما ورد في نصّ المادّة 3/15 عندما نصّت على أنه يستثنى من هذه قاعدة أدوات تزيين المحلات والمنتوجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات، هذا ويستثنى من هذه القاعدة كذلك المنتوجات المشمعة أو المودعة لضبط المطابقة أو المسحوبة مؤقتا من عملية عرضها للاستهلاك[3]، وكذلك يستثني المشرّع من هذه القاعدة حالة رفض الصيدلي بيع دواء دون وصفة طبية[4]، وكذلك حالة رفض بيع منتوجات صدر بشأنها

---

[1]– حليس لخضر، المرجع السابق، ص175.

[2]– ابراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل قانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، سنة 2013/2012، ص78.

[3]– راجع المادّة 79 من القانون رقم 03/09 حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

[4]– نصّت المادّة 179 من القانون رقم 11/18، المؤرخ في 2018/07/02، المتعلق بقانون الصحة، جريدة الرسمية عدد: 46، المؤرخة بـ 2018/07/29.

تشريع أو قرار إداري بحظر التعامل فيها، كما هو الحال بالنسبة للأدوية غير المسجلة أو التي تشكل خطرا على الصحة العامة والتي صدر بشأنها قرار من وزارة الصحة بسحبها من السوق[1].

والملاحظ من خلال نصّ المادّة 15 أنّ المشرّع الجزائري حصر حظر رفض البيع على السلع فقط دون الخدمات، وبالتالي فإن قرينة كل سلعة معروضة على الجمهور هي معروضة للبيع تسري فقط على السلع دون الخدمات، بمعنى أنه يمكن للمتدخل صاحب الخدمة أن يتهرب من البيع لمستهلك معين بالرغم من عرض الخدمة للأداء.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنّ المشرّع لم يتطرق إلى حالة رفض البيع المبني على اعتبار العنصرية أو العرق أو الجنس أو السلالة أو الدين أو اللون، الذي يشكل مخالفة صريحة لتوجهات الجمهور[2].

إلا أنّ السؤال المطروح من خلال هذه الحالة، هو كيف يكيف العرض عن السلع الوارد في نصّ المادّة 1/15 فهل هو إيجاب من طرف المتدخل ينتظر قبولا من طرف المستهلك لقيام عقد الاستهلاك أم هو مجرد دعوة إلى التعاقد يتم من خلالها فتح التفاوض بين المتدخل والمستهلك؟

فإذا ما قلنا عن هذا العرض أنه إيجابا؛ فإنه وحسب القواعد العامة يجب أن يتكوّن من عنصرين؛ يتمثل الأوّل في وجوب أن يكون العرض محددا ودقيقا، أما الثاني فيتمثل في وجوب أن يكون العرض باتا وجازما[3].

فإنّ المقصود من الإيجاب المحدد والدقيق وفقا لقانون 02/04 المعدّل والمتمم، هو ما نصّت عليه المادّة 05 منه عندما ألزمت المتدخل بإعلام المستهلك بجميع التفاصيل المتعلقة بالسلعة من أسعار وتعريفات ووزن وكمية ويتم الإعلام عن طريق الوسم أو معلقات أو أي وسيلة أخرى مناسبة، المهم تكون المعلومات بصفة مرئية ومقروءة. ونفس الشيء تقريبا أشارت إليه كل من المادّتين 17 و18 من قانون 03/09 المعدّل والمتمم؛ فالهدف من هذا الإعلام هو تمكين المستهلك من الإطلاع بالدقة على مضمون العقد وبذلك يكون العقد قابلا للإنعقاد بمجرد صدور القبول[4] دون إضافة شيء آخر، أما العنصر الثاني والمتمثل في أن يكون العرض باتا وجازما

---

[1]- جليل أمال، المرجع السابق، ص69.

[2]- جليل أمال، المرجع السابق، ص 69.

[3]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص،ص89،88.

[4]- راجع المادّة 59 من القانون المدني الجزائري.

فحسب قانون 02/04؛ هو ما حدّدته المادّة 1/15 عندما نصّت على أنه جعل عرض السلعة على نظر الجمهور هو بمثابة تعبير قاطع وجازم على إرادة البيع، بحيث لم يترك مجالا أمام البائع للتراجع عن البيع[1].

وبالتالي ومن خلال المواد السالفة الذكر، يمكننا القول أنه إذا ما تمّ العرض وفقا للشروط التي جاء بها قانون 02/04 والقانون رقم 03/09 فلا يمكننا تكييفه إلا على أنه إيجابا بمعنى أنّ العرض في هذه الحالة توفر فيه عناصر الإيجاب من أن يكون محددا ودقيقا وباتا وجازما.

إلا أنه قد يكيف العرض على أنه دعوة للتعاقد، وهو في حالة ما إذا لم يشمل هذا العرض على العناصر الأساسية للعقد، كعدم مثلا إعلام المستهلك بسعر السلعة أو المقدار الموافق للسعر المعلن عنه، فحينئذ يكون الهدف من هذا العرض هو الدخول في مفاوضات واستطلاع الآراء وتقديم اقتراحات تمهيدية، فمدام العرض لا يحتوي على المعلومات الأساسية فهو يظهر للجمهور المستهلك غير معروض للبيع، فإذا كان تكييف العرض في هذه الحالة على أنه مجرد دعوى إلى التعاقد؛ فطبقا للقواعد العامة[2] لا يكون المتدخل ملزما بقبول ما يتلقاه من عروض من طرف الجمهور، كما يمكن له قطع المفاوضات دون أي مسؤولية، ما لم يقترن هذا القطع بخطأ ترتب عنه ضرر لطرف الآخر[3]. ولكن العكس يتحقق في قانون الاستهلاك؛ باعتبار أنّ قرينة كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع وحسب المادّة 1/15 من قانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تسري حتى على العرض الذي يكيف على أنه دعوى إلى التعاقد بمعنى أنه

---

[1]- ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص81.

[2]- إنّ المشرّع الجزائري رغم تعديلات القانون المدني من قانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، وكذا القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13، لم يهتم بمرحلة التفاوض، كما أنه سكت عن حماية المتعاقد في المرحلة السابقة على التعاقد، تاركا الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض مجرد عمل مادّي غير ملزم، لا يترتب عليه في ذاته أي أثر قانوني، ولا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام، وليس أمام المتفاوض المضرور من جراء عملية التفاوض، سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية (المادّة 124 من القانون المدني)، وعلى الطرف المضرور إثبات توافر عناصر هذه المسؤولية، وخاصة إثبات الخطأ قبل التعاقدي اللازم لقيام المسؤولية المدنية، ولكن هذا لا يعني أنّ المشرّع الجزائري أهمل هذه المرحلة بالكامل بل نظّم بعض الصور لهذه الأخيرة من الوعد بالتعاقد في نصّ المادّة 72 من القانون المدني، والاتفاق الإبتدائي على المسائل الجوهرية في نصّ المادّة 65 من نفس القانون، هذا بالإضافة إلى التعاقد بالعربون في نصّ المادّة 72 مكرر من القانون المدني مضافة بالقانون المدني رقم 10/05 . بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، سنة 2010، ص11.

[3]- جليل أمال، المرجع السابق، ص70.

حتى وإن لم يتضمن المعلومات الأساسية المتعلقة به فالمتدخل ملزم بالتعاقد مدام تلقى قبولا من طرف المستهلك.

ولكن لا يمكننا الحديث عن الدعوة إلى التعاقد في مجال قانون 02/04 وقانون 03/09 إلا إذا أخلّ المتدخل بالتزامه بالإعلام، فكلا من القانونين أفضيا مبدأ الشفافية من أجل إعلام المستهلك بجميع العناصر الأساسية للعقد التي تجسد الإيجاب[1].

وفي الأخير إجابة منا على التساؤل السابق يمكننا القول أنّ عرض السلعة على نظر الجمهور يتحمل تكييفين؛ الأوّل المتمثل في الإيجاب كما سبق التفصيل فيه، والثاني يتمثل في الدعوة إلى التعاقد، الذي لا يمكن أن يتحقق إلاّ إذا اخل المتدخل بالتزامه بالإعلام عن تفاصيل السلعة محل العرض، ومن ثمّ فإنّ عرض السلعة على نظر الجمهور لا يقبل تكييفا آخر من طرف المتدخل غير قصد البيع، كالإدعاء بأن الهدف من العرض لمجرد التسلية دون البيع، فتطبيقا للقواعد العامة هو غير ملزم بالبيع في هذه الحالة، إلا أنّ في تشريع الاستهلاك يفرض عليه البيع حتى وإن كان العرض دعوة إلى التعاقد ليس الإيجاب[2].

الفرع الثاني: شروط حظر رفض التعاقد

بما أنّ قانون العقد يؤسس على مبدأ سلطان الإرادة؛ فإن من نتائجه منح الحرية للأشخاص في التعاقد من عدمه، إلا أنّ المشرع قد قيّد هذه الحرية من خلال منع المتدخل من رفض البيع مجسدا من خلال ذلك قيدا على مبدأ سلطان الإرادة الذي لم يعد كافي لتوفير الحماية للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة الاستهلاكية، وذلك بسبب تغير الظروف واختلاف المعطيات واختلال المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية بسبب ظهور الاحتكارات الكبرى، واتساع الهواة بين الطبقات وتفاوت الأفراد من حيث الطاقة والحاجة[3].

ولا يمكن إجبار المتدخل على التعاقد من خلال نصّ المادّة 15 وحتى نصّ المادّة L.121-11 من تشريع الاستهلاك الفرنسي إلا إذا توفرت شروط معينة؛ من بينها أن يتم الرفض بصورة فعلية وهذا ما سنشرحه في **بند أوّل**، بالإضافة إلى انعدام المبرر الشرعي وهذا ما سنتعرض إليه في

---

[1]- حليس لخضر، المرجع السابق، ص180.

[2]- ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص83.

[3]- ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص84.

بند ثان، دون أن ننسى شرط أن يتعلق الرفض بغير أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة بمناسبة المعارض والتظاهرات وهو ما سنتناوله في **بند ثالث.**

البند الأوّل: أن يتم الرفض بصورة فعلية

حتى يتحقق هذا الشرط اعتدّ المشرّع الجزائري على معيار "عرض السلعة للبيع" كأساس لاعتبار العون الاقتصادي رافضا للبيع، وعليه لا يمكن للمستهلك أن يدّعي وقوعه ضحية هذه الممارسة إلا إذا كان هناك رفض فعلي من قبل المتدخل؛ ويكون الرفض فعليا إذا كان الطلب الموجه من طرف المستهلك إلى المتدخل عاديا، وكان هذا الأخير سيء النية، فهذا يستبعد وجود مبرر شرعي لدى المتدخل، ولا يمكنه كذلك تبرير رفضه بنفاذ السلعة المعروضة، لأن نفاذها كان يستلزم عليه إيقاف عرضها للبيع[1].

وإذا ما رجعنا إلى الفقرة الأولى من المادة 15التي تعتبر مجرد عرض السلعة على نظر الجمهور قرينة على عرضها للبيع، وعليه يحظر على المتدخل رفض بيع السلعة مادامت معروضة على نظر الجمهور سواء في واجهات المحلات والمتاجر أو فيداخلها أو في الأسواق أو المعارض، وفي هذه الحالة يلتزم البائع بتسليم المستهلك سلع مماثلة للسلعة المعروضة ولا يجوز للمستهلك أن يتعسف في استعمال حقه بأن يطلب ذات السلعة الموضوعة في الواجهة خصوصا إذا كان من الصعب سحبها من الواجهة أو إعادة تنظيم الواجهة من جديد[2].

إلا أنّ التساؤل الذي يتبادر إلى أذهاننا هو معرفة إذا كانت الحالة التي يرفض فيها المتدخل البيع بسبب تجاوز طلب الشراء حدّا معيننا هي رفض بيع يجبر فيها القانون المتدخل البيع أم من حقه الرفض ويسمح القانون بذلك؟ فللإجابة على هذا التساؤل نرجع إلى المشرع الفرنسي يشترط للعقاب على رفض التعاقد أن لا يكون الطلب غير عادي، أي إذا كان طلب الشراء كبير جدّا يفوق الحاجات العادية للمستهلك، يجوز للبائع رفض البيع بمعنى القانون يسمح للمتدخل ذلك. إلا أننا نتساءل هل يمتد هذا التسامح ليشمل حالة رفض المتدخل بيع السلع التي يحوزها حتى إن كانت مخفية عن المستهلك؟ فللتوضيح أكثر نرجع إلى نصّ المادّة 1/15 من القانون رقم 02/04، فمادام طلب الشراء معقولا فلا يجوز للمتدخل رفض بيع السلعة المعروضة للبيع ولو كان سبب الرفض

---

[1]– نوال كيموش، المرجع السابق، ص25.

[2]– محمودي فاطمة، www.jilc.com، المرجع السابق.

نفاذها، ولا يتحلل العارض من هذا المنع إلا بإيقاف عرض السلعة للبيع، بمعنى أنه؛ إذا كانت السلعة غير معروضة للبيع فمن حق المتدخل رفض بيعها ولو كانت السلعة متوفرة لديه[1].

وبالرجوع إلى قانون العقوبات الفرنسي الصادر في 01 مارس 1994 حدّد الأساليب التي يتبناها المتدخل التي من خلالها يتحقق رفض البيع وكان في ذلك عكس المشرّع الجزائري الذي لم يتطرّق إلى هذه النقطة في قانون العقوبات؛ وحدّدت هذه الأساليب في التشريع الفرنسي في نص المادّة 2/225 من قانون العقوبات وهي كالآتي:

–رفض التموين بمنتوج أو خدمة؛

– عرقلة الممارسة العادية لأي نشاط اقتصادي؛

– رفض التشغيل لمعاقبة شخص ما؛

– توقيف التمويل لمنتوج أو خدمة على أحد الشروط المؤسسة على أحد العناصر المذكورة في الفقرة الأولى وهي رفض البيع على أساس الأصل، أو الجنس، أو الحالة العائلية، أو الحالة الصحية، أو الإعاقة الجسدية، أو الآراء السياسية، أو عدم الانتماء الحقيقي لجنس أو ديانة[2].

فتحديد أساليب رفض البيع من قبل المشرّع الفرنسي قد سهّل على المستهلك إثبات وقوعه في رفض بيع فعلي من قبل المتدخل، كما يساعد القاضي على تكييف الحالات الأخرى المعروضة عليه على أنها رفض بيع فعلي، ومن بين القضايا في هذا المجال نجد مثلا؛ إدانة محكمة الاستئناف بباريس في 06 جوان 2006 مواطنة مقيمة بـ"سانت دينيز" "saint–Denis" لمدّة شهر واحد وقف التنفيذ بسبب رفضها بيع مقصورتها لزوجين من ديانة إسلامية، وقد تم تسجيل مكالمة السيدة من طرف "SOS Racisme" عندما قالت أنها تخاف من الإسلام ومن الأصول العربية[3].

فكل ما عرضناه سابقا كان يخص الرفض الفعلي لبيع سلعة، أما الآن نتطرق إلى نقطة الرفض الفعلي لتأدية خدمة، فاعتمد المشرّع الجزائري في هذه الحالة على معيار "توفر الخدمة" الوارد

---

[1]– ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص86.

[2]- L'article 225-2 (la loi du 01/03/1994 qui concerne le code pénal français) propose que : « La discrimination définie à l'article 225-1 commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de deux ans d'emprinnement et de 200 000 F d'amende lorsqu'elle consiste :
1° A refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ;
2° A entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ;
3° A refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
5° A subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1. », pour plus d'information consulté le site suivant :
www.doctrine.fr/l/texts/codes/ legitext000006070719/articles/legiarti000006417832/.

[3] - Roget Bout, Cat Herni Pieto, Les pratique restrictive, Les refus de ventes et prestations de services, Lamy Droit économique, 2000, P422.

في نصّ المادّة 15؛ كأساس لاعتبار مقدّم الخدمة رافضا لتأديتها، ومنه نستنتج أنّ المشرع يشترط إضافة إلى عرضها على الجمهور توفرها لدى المتدخل العارض، ويترب على ذلك أن عرض الخدمة على الجمهور لا يعني بالضرورة إستعداد العارض لتأديتها مطلقا وهذا يفسر لنا اقتصار المشرع في الفقرة الأولى من المادة 15على السلع دون الخدمات.

ولاشك أن هذا الموقف يتماشي مع طبيعة عروض الخدمات كونها عروضا تتضمن تحفزا ضمنيا مفاده أن الإستجابة إلى الطلبات تكون في حدود الإمكانات المتوفرة لدى مقدم هذه الخدمات، لذا أعتبر الإيجاب الصادر من مدير السينما أو المسرح بمثابة إيجاب معلق ضمنيا، حيث يتم التعاقد مع من يتقدم أولا بأول، فإذا إنتهت الأماكن فلا ينعقد العقد مع من يأتي بعد ذلك، ولا يستطيع أن يمنح لهذا الإيجاب كونه إيجاب مغلق ضمنيا على شرط عدم نفاذ هذه الأمكنة وبالتالي فإن إمتناع صاحب المسرح أو السينما عن تقديم الخدمة لا يمكن إعتباره رفضا للتعاقد يرتب مسؤوليته الجزائية وإنما هو بمثابة أعمال لشرط ضمني، بخلاف السلع حيثما دامت معروضة تعني حتما توفرها في حدود ما هو معروض على الأقل[1].

فمن خلال ما سبق يمكننا القول أنّ قيام رفض التعاقد الواقع على الخدمات لا يتحقق إلا في حالة ما توفرت الخدمة للمتدخل لرفض التعاقد المستهلك، أما مجرد عرضها على الجمهور لا تعتبر قرينة ضد المتدخل لرفضه التعاقد.

البند الثاني: انعدام المبرر الشرعي

بالرجوع إلى نصّ المادّة 2/15 من القانون رقم 02/04 على ما يلي: "يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة".

فنستشف من نصّ هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري اشترط انعدام المبرر الشرعي من أجل اعتبار رفض البيع أو أداء الخدمة محضورا، فإذا توفر المبرر الشرعي للمتدخل فلا يجوز للمستهلك التمسك بهذا المنع.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى صعوبة تحديد المبرر الشرعي الذي يفتح المجال للمتدخل رفض التعاقد؛ وذلك راجع لتميزه بالشمولية، حيث يمنح السلطة للقاضي في تقدير معيار

[1]– نوال كيموش، المرجع السابق، ص28.

شرعية الرفض والذي يختلف حسب سبب الرفض مع الأخذ بعين الاعتبار سوء نية المشتري أو عدم وجود السلعة أو استحالة تنفيذ الخدمة والطلب غير العادي[1].

ويكون المبرر الشرعى منسجما مع أحكام القانون؛عندما تكون السلع المعروضة للبيع خاضعة لتنظيم قانوني صارم، وهذا البيع إما أن يكون محظورا بنص صريح أو مخصص لأشخاص لديهم سلطة واسعة في اختصاص معين أو خاضعا لرقابة[2].

ففي هذا المجال نذكر الأمر رقم 26/75 المتعلق بقمع السكر العلني وحماية القصر من الكحول الذي منع في مادّته 14 منع بيع الخمور أو تقديمها مجانا للأحداث أقل من 19 سنة سواء لشربها أو حتى لحملها[3]، تقابلها المادّة 1-L.3342 والمادّة 2-L.3342 والمادّة 3-L.3342 من قانون الصحة العام الفرنسي، ومن هنا يظهر المبرر الشرعي الذي يخرج رفض المتدخل للتعاقد من دائرة المنع.

هذا بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 366/14 المحدد للشروط والكيفيات المطبقة في مجال الملوثات المسموح بها في المواد الغذائية[4]، الذي يمنع بيع المواد الغذائية التي تحتوي على بقايا الملوثات التي تتجاوز الحدود القصوى المسموح بها؛ وهذا في حدّ ذاته مبررا شرعيا لتبرير رفض المتدخل للتعاقد مع المستهلك.

ونذكر كذلك في هذا الصدد المادّة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 207/05؛ التي حدّدت سنا معينا كشرط للاستفادة من بعض الخدمات، ويعتبر رفض المتدخل التعاقد في هذه الحالة مبررا قانونيا؛ مثلا حدّدت سنّ استخدام مؤسسات التسلية بـ18 سنة على الأقل[5].

---

[1] - Mélanie Comert et autrs, Op.Cit, P1043.

[2]- محمودي فاطمة،www.jilc.com ، المرجع السابق.

[3]- الأمر رقم 26/75، المؤرخ في 1975/04/29، المتعلق بقمع السكر العلني وحماية القصر من الكحول،المنشور على الرابط الآتي: www.droit-algeria.blogspot.com/2016/10/75-26-17-1395-1975.htm.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 366/14، المؤرخ في 2014/12/15، المحدد للشروط والكيفيات المطبقة في مجال الملوثات المسموح بها في المواد الغذائية، الجريدة الرسمية العدد: 74، الصادرة بتاريخ 2014/12/25.

[5]- المرسوم التنفيذي رقم 207/05، المؤرخ في 2005/06/04، المحدد لكيفيات فتح واستغلال مؤسسات التسلية والترفيه، الجريدة الرسمية العدد: 39، الصادرة بتاريخ 2005/06/05.

ويعتبر كذلك مبررا شرعيا الحالة التي يكون فيها طالب السلعة أو الخدمة ناقص الأهلية أو من في حكمه كالسفيه وذو الغفلة فمن حق المتدخل رفض البيع أو تأدية الخدمة لكون العقد حينئذ مهددا بالبطلان[1].

وقد يكون المبرر الشرعي منسجما مع الاختصاص المهني، بمعنى أنه يمكن للبائع رفض البيع أو أداء الخدمة التي لا تدخل في اختصاصه، مثل الطلب من نجار الألمنيوم القيام بصنع شيء من الخشب، وكذلك بالنسبة للخدمة إذا طلب من المتدخل خدمة لا تدخل في اختصاصه؛ مثال إذا طلب من شركة مختصة في تصليح الأجهزة الكهرومنزلية خدمة صيانة أنابيب الغاز.

هذا وقد يتأسس المبرر الشرعي على سوء نية المشتري؛ أو موقف غير سار من الزبون قد يبرر رفض المتدخل التعاقد، ومثال على ذلك؛ عندما رفض نادي رياضي تجديد عقد الإشتراك مع أحد الزبائن بسبب تصرفاته المهينة بموظفي النادي بالرغم من إنذاره في الكثير من المرات.

وقد يكون عدم وفرة المنتوج أو غيابه في المخزن مبررا شرعيا لفرض المتدخل التعاقد مع المستهلك، لكن يمنع على المتدخل في هذه الحالة الترويج لهذه المنتوج وإلا تعرض لعقوبة[2].

أما الطلب غير العادي للمستهلك فهو الآخر يعتبر أساسا للمبرر الشرعي لفرض التعاقد؛ باعتبار أنّ المستهلك أحيانا قد يبالغ في وضع شروط غير عادية للتسليم أو في الكمية المطلوبة التي لا تتماشى مع مستلزماته العادية[3].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الاعتبار الشخصي في بعض العقود كأساس للمبرر الشرعي لرفض المتدخل التعاقد مع المستهلك؛ بمعنى أنه هناك بعض العقود يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار، حيث ينطوي الإيجاب في هذا النوع من العقود ضمنيا على تحفظ خاص بحق الموجب في اختيار شخص المتعاقد معه، فإذا صدر الإيجاب في هذا الصنف من العقد فإن الموجب غير ملزم بالتعاقد مع أي شخص يتقدمله وإنما له أن يختار من بين المتقدمين[4]. ومثال على ذلك؛ عقد القرض المصرفي؛ الذي يقصد منه الخدمات المقدمة للعملاء، والتي بمقتضاها يتم تزويد الأفراد والمؤسسات والمنشئات في المجتمع بالأموال اللازمة، على أن يتعهد المدين بسداد تلك الأموال وفوائدها والعمولات المستحقة عليها والمصاريف دفعة واحدة أو على أقساط في تواريخ

---

[1]– ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص87.

[2]– محمودي فاطمة،www.jilc.com ، المرجع السابق.

[3]- Mélanie Comert et autrs, Op.Cit, P1043.

[4]– ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص87.

محددة، وبالتالي يمكن للمصرف أن يرفض أداء الخدمة للزبون إذا لم تكن لديه القدرة على تنفيذ التزاماته الناجمة عن عقد القرض، أو أنه لا يستطيع تقديم ضمانات تكفل للبنك استرداد أمواله[1].

أما في ما يخص الاعتبار الشخصي كمبرر شرعي لرفض التعاقد في مجالا لخدمة؛ فهناك من يري أنه من حق مقدم الخدمة في الرفض في مثل هذه الحالات، فمثلا يحق لجراح العيون رفض الزبون وهذا الأخير لا يمكنه إجباره على القبول، لأن رفض الجراح ملف هذا الزبون يمكن أن يرى الجراح في حالة هذا الزبون أنه لن يؤدّي مهمته على أكمل في الوقت الذي تستلزم فيه هذه الخدمة الثقة المتبادلة، لأن الامتناع عن تقديم الخدمة في مثل هذه الحالات فيه مراعاة لما تتطلبه الخدمة من رعاية وجدية لها علاقة مباشرة بمدى فاعلية الخدمة المؤداة ، وهو ما قد يجعل الرفض حينئذ له مبرر شرعي[2].

فمن خلال ما سبق يمكن القول أنه؛ كل هذه المبررات وإن بدت شرعية فإنه من غير الممكن الجزم أنها المقصودة في المادة 15فقرة الثانية ويبقى العمل القضائي كفيل بتفسير المقصود بالمبرر الشرعي الذي يسمح للعون الاقتصادي رفض التعاقد كون تقدير مدى شرعية المبرر يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي[3].

أما في تشريع الاستهلاك الفرنسي وبالضبط في نصّ المادّة L.121-11 التي أجازت رفض البيع لمبرر شرعي؛ وإعتبر القضاء الفرنسي رفض البيع مبررا في حالة نفاذ المخزون من السلعة، أو عندما تكون الكمية المطلوبة كبيرة جدا وبحسب المخزون من السلعة،أو عندما يكون البيع ممنوعا بحسب الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية فإن القاضي عليه من تلقاء نفسه التحري عما إذا كان الرفض يستند على مبرر شرعي[4].

البند الثالث: تعلق الرفض بغير أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة في المعارض والتظاهرات

بعد استقراء نصّ المادّة 15 الفقرة الأخيرة؛ نلاحظ استبعاد المشرّع من أحكام الفقرتين الأولى والثانية من نفس المادّة أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة في المعارض والتظاهرات،

[1]– نوال كيموش، المرجع السابق، ص30.

[2]- Roget Bout, Cat Herni Pieto, Op.Cit, p434.

[3]– محمودي فاطمة، jilc.comwww.، المرجع السابق.

[4] - Mélanie comert et autres, Op.Cit, P1056.

وبالتالي استبعادها من دائرة حظر رفض التعاقد من قبل المتدخل، يعود السبب من استبعاد هذه الأدوات هي كون وجودها في العرض يرجع لوظيفتها العادية وهي التزيين والتجميل والتنظيم لا غير، ومن بين هذا الأدوات أدوات التعليق والدمى البلاستيكية التي تعرض عليها الملابس وكذلك الأضواء التي تزين الواجهات وطاولات العرض والرفوف وغير ذلك مما يستعمل في هذا المجال[1].

وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع استثنى رفض التعاقد من دائرة المنع عندما تكون هذه الأدوات لتزيين المحلات أو لتزيين المنتوجات المعروضة في المعارض والتظاهرات، بالعكس أي يدخل المتدخل في دائرة حظر رفض التعاقد إذا كان قد عرض هذه الأدوات على نظر الجمهور دون استخدامها في التزيين، وبالتالي فإنها تعتبر سلعة معروضة للبيع يحظر على العارض رفض بيعها؛باعتبارها هي أيضا أدوات يمكن عرضها على الجمهور وتباع كغيرها من السلع[2].

الفرع الثالث: أثر رفض التعاقد

إنّ السائد في قانون العقد أنّ المتعاقد حرّ في التعاقد من عدمه، وبالتالي رفضه إبرام العقد لا يترتب عليه أي جزاء، إلا أنّ العكس يفرض نفسه في قانون الاستهلاك؛ بمعنى أنّ رفض المتدخل التعاقد يترتب عليه جزاء أقره القانون رقم 02/04؛ حيث يعتبر هذا القانون كل رفض أو امتناع عن بيع سلعة أو أداء خدمة متوفرة في السوق دون مبرر شرعي للمستهلك فعلا مخلا بنزاهة الممارسات التجارية، وقد كيفه المشرع الجزائري على أنه مخالفة وذلك في الباب الرابع تحت عنوان "المخالفات والعقوبات "الفصل الأول" تصنيف المخالفات وتطبيق العقوبات"؛ والمعاقب عليه حسب المادّة 35 من قانون 02/04 بغرامة مالية قدرها مائة ألف دينار 100.000 د.ج إلى ثلاث ملايين دينار 3.000.000 د.ج، ولقيام هذه الجريمة لا بدّ من توفر عنصرين وهما:

العنصر الأوّل: يكمن في الامتناع عن البيع وذلك برفض عارض السلعة بيعها رغم أنها مهيأة للبيع أو ظاهرة للمستهلك في المكان المخصص لذلك.

---

[1]- ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص90.

[2]- نوال كيموش، المرجع السابق، ص35.

العنصر الثاني: يتجلى في انعدام المبرر الشرعي للامتناع حيث يكون سبب الامتناع غير مبرر قانونا أو واقعيا عن رفض المتدخل[1].

أما الجزاء المدني؛ ففي هذه الحالة للمستهلك أن يسلك العديد من الطرق جراء رفض التعاقد من قبل المتدخل، فمثلا من حقه التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر نتيجة هذا الرفض، كما يمكنه طلب التنفيذ العيني مادام المتدخل ملزم بالتعاقد، إلا أنه في هذه الحالة تجدر الإشارة إلى أنه لا بدّ من التفريق بين حالتين؛ الحالة التي يعتبر فيها عرض السلعة يشكل إيجابا وهذا ما سنفصل فيه في **البند الأوّل**، أما الحالة الثانية هي التي يعتبر فيها عرض السلعة يشكل دعوة إلى التعاقد وهذا ما سنشرحه في **بند ثان**.

البند الأول: حالة اعتبار عرض السلعة على نظر الجمهور إيجابا

إنّ عرض السلعة للبيع إذا تمّ طبقا لأحكام القانون رقم 02/04 فهذا يعني إيجابا لا شكّ فيه، وبالتالي يمكن للمستهلك التمسك بالقواعد العامة المتعلقة بتطابق الإيجاب والقبول لمواجهة رفض البيع أو أداء الخدمة من طرف المتدخل[2].

فالمبدأ السائد في قانون العقد أنه إذا اقترن الإيجاب بمدّة محدّدة يلزم بها الموجب، فإن تراجع عن إيجابه قبلها متعسفا وقع عليه مسؤولية عقدية، فإذا انتهت المدة المحددة للقبول، سواء كان الأجل صريحا أو ضمنيا فإن الإيجاب يسقط دون الحاجة إلى سحبه[3].

وهذا ينطبق على المستهلك الذي يتقدم لشراء سلعة معروضة للبيع أو الإستفادة من خدمة متوفرة معروضة للأداء، حيث لا يؤثر رفض المتدخل البيع أو تأدية الخدمة على إنعقاد العقد؛ بل يمكن للمستهلك مطالبة المتدخل بالتنفيذ العيني لالتزامه مادام ممكنا[4].

فطبقا للقواعد العامة فإن طريقة التنفيذ هذا تختلف بحسب محل الالتزام وهو ما يقتضي التمييز بين الرفض المتعلق ببيع سلعة والرفض المتعلق بأداء خدمة، ففي حالة رفض المتدخل بيع

---

[1]– زوبير أرزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2011، ص 73.

[2]– ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص91.

[3]– راجع كل من المواد 59، 61، 63، 65، 67، 68، 68 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم 75/59، المعدّل والمتمم.

[4]– ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص92.

سلعة معروضة للبيع؛ فهنا يكون هذا الأخير بصدد إمتناع عن تنفيذ التزام بنقل ملكية هذه السلعة،[1] فإذا كانت هذه السلعة معينة بذاتها فإن ملكيتها تنتقل بمجرد تطابق الإيجاب بالقبول تلقائيا وبقوة القانون، وبذلك يستطيع المستهلك مطالبته بالتسليم لأن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بالتسليم،[2]أما إذا كانت السلعة معينة بنوعها ومقدارها لا بذاتها فإن ملكيتها لا تنتقل بمجرد تطابق الإيجاب والقبول وإنما تحتاج إلى إفراز فإذا إمتنع المتدخل عن الإفراز إختياريا، أمكن ذلك المستهلك بعد إستئذان القضاء شراء السلعة ذاتها من السوق على نفقة البائع ويحق للمستهلك فوق ذلك أن يطلب التعويض عما أصابه من ضرر جراء التأخير الحاصل في تنفيذ الالتزام.[3]

أما في حالة تعلق الرفض بتأدية خدمة متوفرة؛فإنّ ذلك يشكل حالة إمتناع عن تنفيذ التزام بعمل، فإذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن دون تدخل المدين كما هو الحال في الالتزام الخاص بكل من الطبيب أو الفنان أو المحامي، يحق حينئذ للمستهلك أن يرفض التنفيذ من غير المتدخل المدين بأداء الخدمة،[4] أما إذا كان يمكن تنفيذ الخدمة من متدخل أخر غير المدين بها؛ جاز للمستهلك أن يطلب من القاضي ترخيصا بتنفيذ الالتزام بهذه الخدمة نفقة المدين.[5]

فمن خلال ما سبق نستنتج أنه؛ إذا لم يتمكن المستهلك من إجبار المتدخل على تنفيذ التزامه بالبيع أو تأدية الخدمة، جاز له أن يطلب التنفيذ، فإذا استحالة التنفيذ فسوف يقابله تعويضا يقوم مقام التنفيذ العيني،[6] وهو طريق إحتياطي لا يلجأ إليه إلا إذا تعذر التنفيذ العيني والتزام المتدخل بالتعويض يعني قيام مسؤوليته المدنية،[7] لذلك فإنه يلزم أن يتوافر في الالتزام بالتعويض شروط المسؤولية المدنية وهي الخطأ ممثلا في رفض المتدخل البيع أو تأدية الخدمة أو التأخر في ذلك، وكذا الضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر[8] بالإضافة إلى شرط آخر

---

[1]– محمودي فاطمة، www.jilc.com، المرجع السابق.

[2]– راجع كل من المادتين 165 و 167 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم 75/59، المعدّل والمتمم.

[3]– هذا ما ورد في نصّ المادّة 166 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم 75/59، المعدّل والمتمم.

[4]– هذا ما رد في طيات المادة 169 من القانون المدني الجزائر، الصادر بالأمر رقم 75/59، المعدّل و المتمم.

[5]– راجع نص المادّة 170 من القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم 75/59، المعدّل و المتمم.

[6]– راجع نصّ المادّة 176 من القانون المدني الجزائري،الصادر بالأمر رقم 75/59، المعدّل والمتمم.

[7]– محمودي فاطمة، www.jilc.com، المرجع السابق.

[8]– راجع نصّ المادّة 124 من القانون المدني الجزائري،الصادر بالأمر رقم 75/59، المعدّل والمتمم.

وهو وجوب إعذار المدين حتى يثبت في مواجهته التأخير في تنفيذ الالتزام كشرط لالتزامه بالتعويض[1].

وبالتالي يمكن القول أنه، رفض المتدخل بيع السلعة أو أداء الخدمة، يكون معه للمستهلك الحق في طلب التنفيذ العيني، فإذا استحالة ذلك فله طريق آخر يتمثل في طلب التعويض،لأن عرض السلعة للبيع وفقا لأحكام القانون رقم 02/04 يجعل المتدخل ملزم بالبيع؛ باعتبار أنه صدر منه إيجابا ملزما ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق له من طرف المستهلك.

البند الثاني: حالة اعتبار عرض السلعة أو أداء الخدمة يشكل دعوة إلى التعاقد

تتحقق الدعوة إلى التعاقد في حالة عدم التزام المتدخل بالإعلام عن الأسعار والتعريفات.

فطبقا للقواعد العامة، إذا كان العرض مجرد دعوة إلى التعاقد فإن هذا العرض إذن يبحث عن إيجاب من الآخر، ولذلك فإن الإرادة التي تقبل الدعوة للتعاقد هي التي تشكل الإيجاب الذي يحتاج قبولا من الداعي للتعاقد حتى ينعقد العقد، وهذا الأخير حر في قبول الإيجاب أو رفضه[2].

ومن هنا يبقى التساؤل المطروح حول المتدخل العارض هل هو مخير في قبول التعاقد أو رفضه إذا لم يرقى عرضه لدرجة الإيجاب؟

للإجابة على هذا التساؤل نرجع إلى نص المادة 1/15 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نجدها تأكد على أن مجرد عرض السلعة على نظر الجمهور دليل على عرضها للبيع ومن ثمّ يلزم المتدخل ببيعها ولا يجوز له الرفض أو الامتناع عن البيع وهذا ما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادّة، هذا ويشكل عدم التزام المتدخل بالإعلام عن الأسعار والتعريفات مخالفة للقانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ومن ثم لا يمكن لهذا المتدخل أن يستفيد من مخالفته لتبرير رفضه للتعاقد بعدم إشهار الأسعار.

إذن فالمتدخل لا يمكنه التمسك بآلية عدم الإعلام عن الأسعار لرفض التعاقد واعتبار عرضه مجرد دعوة إلى التعاقد، بل هو مجبر؛ وبالتالي يمكن للمستهلك التمسك بهذا الإجبار لطلب

---

[1]– هذا ما نصّت عليه المادّة 179 من القانون المدني الجزائري،

[2]– محمودي فاطمة، www.jilc.com، المرجع السابق.

التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل، إلا أنّ الإشكال المطروح هو أنه إذا كان السعر غير محدد كيف يمكن تنفيذ العقد في هذه الحالة؟

فإجابة على هذا التساؤل يمكننا القول أنه؛ إذا كانت السلعة مسعرة من طرف الدولة، فان المتدخل يلزم بالبيع طبقا للسعر المحدد قانونا، أما إذا كانت السلعة خاضعة لنظام حرية الأسعار ورفض المتدخل بيعها ففي هذه الحالة، يثور الإشكال حول مدى حرية المتدخل في تحديد السعر الذي قد يكون وسيلة غير مباشرة للحيلولة دون البيع[1].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه إذا أدّى التقاعص عن تحديد الأسعار إلى إلحاق ضرر بالمستهلك فله الحق في رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المدنية المختصة للمطالبة بالتعويض وهذا ما ورد في نصّ المادّة 65 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

أما فيما يخص مسألة متابعة مخالفة رفض البيع أو أداء الخدمة، فإن المحكمة الجزائية هي صاحبة الاختصاص، حيث ترفع الدعوى العمومية أمام جهة الحكم مباشرة، وفي حالة العود يرسل المحضر مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا بقصد المتابعة[2].

وفي حالة ما رفض المتدخل دفع الغرامة المقترحة في أجل 45 يوما من تاريخ المصالحة أو رفض دفع الغرامة مطلقا، تكون المبادرة بالمتابعة لوكيل الجمهورية الذي يتلقى المحاضر المثبتة للمخالفات من المدير الولائي المكلف بالتجارة.[3]

المبحث الثاني: تقييد مبدأ الحرية التعاقدية عند تحديد القانون لمضمون العقد

لا أحد يجرأ على القول بأنّ المستهلك لا يحتاج إلى حماية قانونية شاملة، فالكل يتفق على ضرورة حماية هذا الطرف الضعيف[4]، الذي يظهر ضعفه أمام الشروط التي ينفرد المتدخل بوضعها،

---

[1]– ابراهيمي هانية، المرجع السابق، ص95.

[2]– راجع المادّة 62 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[3]– راجع نصّ المادّة 6/61 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

[4]– بوعروج شعيب، تقييد الحرية التعاقدية لصالح المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 52، سنة 2019، ص332.

فيتعاقد دون التفكير في هذه الشروط أو التحضير لها قبل طلبه الحصول على السلعة أو الخدمة، وتظهر قوة المتدخل من خلال تكرير عملية التعاقد والتي تكسبه من الخبرة والدراية ما يمكّنه من وضع شروطه بما يحقق أهدافه، دون السماح للمستهلك بإمكانية التفاوض معه بشأن شروط التعاقد، مما يحدث الاختلال في التوازن العقدي[1] ، ولا يمكن الوصول إلى حماية المستهلك حماية مطلقة إلا من خلال إعادة التوازن المفقود بين طرفي عقد الاستهلاك أي بين المستهلك والمتدخل[2].

ورأى المشرّع أنّ حماية المستهلك لا تكون إلا من خلال تدخله في تحديد مضمون عقد الاستهلاك، حيث لم يصبح مضمون العقد يحدد بحرية من قبل أطراف العقد بل أصبح مضمون العقد وفقا لما يحدّده القانون، حيث يقترن عدم تنفيذ الالتزامات المحددة قانونا بجزاء؛ وهو ما يسمّى بالتدخل الإيجابي لتحديد مضمون العقد وهذا ما سنتطرّق إليه في **المطلب الأوّل**، هذا ولم يقتصر تدخّل القانون بتحديد مضمون العقد من خلال التدخل الإيجابي؛ بل تعدّها ليمنع حتى إدراج بعض الشروط والممارسات التي من شأنها الإضرار بمصلحة المستهلك، وهو ما يسمّى بالتدخل السلبي لتحديد مضمون العقد، وهذا ما سنتطرّق إليه في **المطلب الثاني**.

المطلب الأوّل: التدخّل الإيجابي للقانون من أجل تحديد مضمون العقد

إنّ إشباع المستهلك لحاجاته سواء الشخصية أو العائلية، يدفعه إلى إبرام عقد مع المتدخّل، وتختلف هذه العقود حسب اختلاف الحاجات التي يريد إشباعها، فقد تكون عبارة عن عقد بيع أو إيجار أو مقاولة أو تأمين وغيرها، وعلى ذلك فإنّ الالتزامات الملقاة على عاتق المتدخل هي تلك المتعلقة بهذه العقود، سواء كانت التزامات متولدة من رحم القانون، أو عبارة عن التزامات متولدة عن إتفاق بين الأطراف[3]، فالتدخل التشريعي في تحديد مضمون العلاقة الاستهلاكية يشمل التدخل الإيجابي وهو أحد تجليات النظام العام الحديث، بفرض التزامات بصفة آمرة[4]، فرضتها تشريعات الاستهلاك على المتدخل لتحقيق التوازن العقدي، وتدور عموما حول التزامات ثلاث[5]: وهي الالتزام

---

[1]– طويل مريم، قانون السوق وفكرة توازن مصالح المنتج وحقوق المستهلك، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2018/2017، ص 79.

[2]– بوعروج شعيب، المرجع السابق، ص332.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص233.

[4]– بخيت عيسى، المرجع السابق، ص 113.

[5]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص234.

بالإعلام وهو ما سنتناوله في **الفرع الأوّل**، بالإضافة إلى الالتزام بالمطابقة وهو ما سنتطرّق إليه في **الفرع الثاني**، هذا ولا ننسى الالتزام بالسلامة وهو ما سنشرحه في **الفرع الثالث**.

الفرع الأوّل: الالتزام بالإعلام كآلية محدّدة لمضمون العقد

كان من نتاج الطفرة الوراثية التي تحققت من منتصف القرن العشرين؛ إزدحام الأسواق بأنواع مختلفة من المنتوجات لم تكن معهودة من ذي قبل من سلع استهلاكية، وأجهزة منزلية...، فبالرغم من الإيجابيات التي تحققها هذه الأخيرة، من رفاهية وسهولة حياة، إلا أنها لم تخلو من بعض المساوئ[1]، خصوصا إذا تمّ التعاقد عليها فظل سيطرة الحرية التعاقدية على العقود، فنظرا لجهل المستهلك التام لهذه السلع ذات التقنيات المعقدّة، من كيفيات استعمالها، ومدى مطابقتها لرغبته وتلبيتها لحاجياته، فسيكون هذا الأخير مجبر على التعاقد دون علمه الكافي بمحل العقد، بمعنى أنّ رضاءه لا يكون مستنيرا، ففي ظلّ تطوّر موجة حماية المستهلك حول العالم ظهر ما يعرف بالالتزام بإعلام المستهلك بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد، والمشرّع الجزائري كان من المهتمين بحماية المستهلك من خلال تبنيه لهذا الالتزام في العقود في تشريع الاستهلاك الجزائري وجعل قواعده آمرة لا يجوز مخالفتها من قبل المتدخل، من خلال إقرانها بجزاء، ومن أجل التفصيل أكثر في هذا الالتزام كان لا بدّ علينا التطرق أولا إلى مفهوم الالتزام بالإعلام في **البند الأول**، ثمّ نتطرّق في **البند الثاني** إلى تطبيقات الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك و جزاء مخالفته.

البند الأوّل: مفهوم الالتزام بالإعلام

إنّ الالتزام بإعلام المستهلك هو أحد أبرز الآليات القانونية في مجال حماية المستهلك[2]، ويتعلق هذا الأخير بإرادة المستهلك لدى إقباله على التعاقد، والذي يجد مجاله الحقيقي في المرحلة قبل التعاقدية، في ضوء غياب المعلومات الهامة والمؤثرة من السلع والخدمات موضوع التعاقد، واللازم توفرها لصحة الرضا اللازم لتكوين هذه الإرادة[3].

وفي ضوء هذه الأهمية البالغة للالتزام بالإعلام قبل التعاقد، فإنّ دراسة هذه النقطة تقتضي إيضاح تعريف الالتزام بالإعلام، ثمّ نتطرّق إلى أهم نقطة والمتمثلة في مضمون الالتزام بالإعلام،

---

[1]– عدّة عليان، المرجع السابق، ص،ص228،227.

[2]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص48.

[3]– أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 1، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، جوان 2010،ص165.

وفي الأخير نحاول التركيز على أهم الاختلافات الواقعة بين الالتزام بالإعلام في قانون العقد والالتزام بالإعلام في قانون الاستهلاك، وهو ما سنشرحه تباعا.

أولا: تعريف الالتزام بالإعلام

لا يوجد تعريف مفصل للالتزام بالإعلام في جل التشريعات المقارنة بل اقتصروا على النص عليه كآلية حامية للمستهلك، مثلما هو الأمر في تشريع الاستهلاك الفرنسي فبالرجوع إلى نصّ المادّة L.111-1-1منه نلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي لم يعرّف الالتزام بالإعلام بل اقتصر على إجبار المتدخّل على إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة أو الخدمة الرقمية ذات الفحوى الرقمي محل التعاقد التي ذكرها بالتفصيل في مضمون المادّة،[1] ونفس الشيء بالنسبة للمشرّع الجزائري فلم يعرّف الالتزام بالإعلام بشكل مباشر، غير أنه تناوله عن طريق إبراز آلياته، وكذا التوضيح بأنه تقديم لمعلومات جوهرية وتعدادها، وهذا من خلال النصوص القانونية الموجودة ضمن قانون حماية المستهلك.

وهذا ما نلاحظه من خلال نص المادّة 01/17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش،والتي نصّت على أنه "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة..."،وبالتالي نستنتج من خلال نص هاته المادّة أنّ المشرّع الجزائري لم يعرّف الالتزام بالإعلام وإنما أوضح الآليات التي يتم من خلالها إعلام المستهلك حتى يتحصّل على المعلومات، وقد ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر حيث ترك المجال مفتوحا للمتدخل لإعلام المستهلك وإيصال المعلومة بأي وسيلة تفي بهذا الغرض،وذلك من خلال استعمال عبارة أية وسيلة أخرى، ما يفسر التأخر في تنظيم الالتزام بالإعلام في التشريع الجزائري؛[2] فبالرغم من تعديل قانون حماية

[1]- l'article L111-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :
1°Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, ainsi que celles du service numérique ou ducontenu numérique, compte tenu de leur nature et du support de communication utilisé, et notammentlesfonctionnalités, la compatibilité et l'interopérabilité du bien comportant des éléments numériques,du contenunumérique ou du service numérique, ainsi que l'existence de toute restriction d'installation de logiciel;… ».

[2]– بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2018/2017، ص28.

المستهلك وقمع الغش سنة 2018 إلا أنه لم يتم التطرّق إلى تعريف الالتزام بالإعلام ولم ينصّ على تعريفه في مراسيم تنظيمية.

فبعزوف تشريعات الاستهلاك عن تعريف الالتزام بالإعلام، دفعنا الأمر بالرجوع إلى الفقه من أجل فهم مفصل لهذا الالتزام، فبالرجوع إلى فقهاء القانون، قد اختلفت تعريفاتهم للالتزام بالإعلام؛ فقد عرفه الأستاذ جميعي على أنه: "التزام عام يغطّي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضاء حر وسليم لدى المستهلك، وبذلك يؤدّي بهذا الالتزام إلى اندماج المستهلك بالبدء في إبرام العقد وهو على علم بحقيقة التعاقد والبيانات التفصيلية المتعلقة بأركانه و شروطه ومدى ملائمتها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد"[1].

فتجدر الإشارة أنه في غالب الأحيان يفترض أنّ الالتزام بالإعلام هو واجب على المتدخّل باعتباره الطرف الأقوى في العلاقة الاستهلاكية؛ نظرا لما يملكه من معلومات وخبرة حول السلع أو الخدمة محل العقد، على عكس المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في هذه العلاقة نظرا لجهله للسلعة أو الخدمة محل العقد لذلك يفترض في الالتزام بالإعلام أنه حق من حقوقه، إلا أنّ هذا لا يمنع في بعض الأحيان من اعتبار الالتزام بالإعلام واجب على المستهلك ذاته، حيث يتحقق ذلك في الحالات التي يملك فيها هذا الأخير معلومات وبيانات يجهلها المهني، وهذه المعلومات أو البيانات ممكن أن تؤثر في قرار هذا الأخير[2].

فعليه قد عرّفه البعض[3]على أنه "التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره، ولفت نظره إذا استدعى الأمر ذلك".

فجل التعريفات السابقة عرّفته على أساس أنّ الهدف منه هو إيجاد رضاء حر ومستنير، في حين أن الهدف منه فضلا عن ما تقدّم هو إعلام المشتري بطريقة استعمال الشيء، وتحذيره من المخاطر التي قد تترتب على استعماله وكيفية تجنبها؛ ومن أجل ذلك قد عرّفه البعض[4] على أنه:

---

[1]– حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1996، ص16.

[2]– بن سالم المختار، المرجع السابق، ص25.

[3]– حول الفقه المعرّف راجع رمزي بيد الله، المرجع السابق، ص53.

[4]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص125.

"التزام المنتج أو البائع بإحاطة المشتري أو المستهلك بأقصى درجات العلم واليقين بالصفات الخطرة في المبيع وتبيين طرق الاستعمال المثلى التي تكفل توقّي هذه المخاطر".

فمن خلال التعاريف السابقة يمكن القول أنه بالرغم من تنوع تعريفات الفقهاء واختلافها، إلا أنها تصبوا إلى نفس الهدف، والمتمثل أصلا في التركيز على الهدف الوقائي الذي يوفره هذا الالتزام، من حيث أنه يقدّم معلومات عن العقد مراد إبرامه لتكوين رضاء مستنير بسبب نوع أو طبيعة العقد، والتي لا يمكن للمتعاقد الاستعلام عنها من مصادره الخاصة[1].

ثانيا: مضمون الالتزام بالإعلام

يمثل الالتزام بالإعلام أهم الالتزامات التي تهدف إلى تنوير إرادة المستهلك، ولا يقتصر ذلك على مجموعة البيانات المتعلقة بمكونات المنتوج فقط، وإنما تتعداه إلى الإعلام حول الخصائص الأساسية للمنتوج وهذا ما سنشرحه في **النقطة الأولى**، كما يشمل أيضا كيفية حفظ المنتوج وخطورته وهذا ما سنتطرق إليه في **النقطة الثانية**، دون أن ننسى التطرف في **النقطة الثالثة** إلى إعلام المستهلك بشروط البيع و حدود المسؤولية التعاقدية.

1. الإعلام حول الخصائص الأساسية للمنتوج:

عرّف المشرّع الجزائري الخصائص الأساسية للمنتوج في المادّة 3/3 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[2] على أنها: "المعلومات الضرورية لإرضاء المستهلك بصفة واضحة، التي تحمل على الأقل تعريف المنتوج والمتدخل المعني بعرض المنتوج للاستهلاك للمرة الأولى، وطبيعة المنتوج والمكونات والمعلومات المتعلقة بأمن المنتوج والسعر ومدّة عقود الخدمات".

وهذا وقد ألزم المشرّع الجزائري على كل متدخل إعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للسلع والخدمات من خلال نصّ المادّة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الخصائص الأساسية للمنتوج لم تكن محل تعريف في القانون الفرنسي، وإنما اقتصر هذا الأخير من خلال نصّ المادّة 1-111. L إلزام المتدخل الذي يقوم ببيع سلعة أو تقديم خدمة أن يقوم بإعلام المستهلك المتعاقد معه عن الخصائص الأساسية للسلعة

---

[1]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص126.

[2]- المرسوم التنفيذي رقم 378/13، المؤرّخ في 2013/11/09، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية العدد:58، الصادرة بتاريخ 2013/11/18.

أو الخدمة أو الخدمة الرقمية ذات المحتوى الرقمي محل التعاقد،وقد حدّد المشرّع الجزائري طرق إعلام المستهلك عن الخصائص الأساسية للمنتوج أو الخدمة من خلال نص المادّة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 السالف الذكر حيث نصّت الأخيرة على ما يلي: "يتم إعلام المستهلك عن طريق الوسم أو وضع العلامة أو الإعلانأو بأي وسيلة أخرى مناسبة عند وضع المنتوج للاستهلاك، ويجب أن يقدّم الخصائص الأساسية للمنتوج طبقا لأحكام هذا المرسوم". كما نصّ المشرّع الجزائري من خلال نص المادّة 17 من الأمر 03/09 المعدّل والمتمم المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: "يجب على كل متدخّل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو وضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة"؛ فمن الملاحظ من خلال نص المادّتين أنّ المشرّع حدّد طرق إعلام المستهلك عن الخصائص الأساسية للمنتوج على سبيل المثال وليس الحصر، ويتضح ذلك من خلال عبارة "أو بأية وسيلة أخرى"، مراعاة منه لما قد يفرزه التطور من طرق جديدة للإعلام عن المنتجات، ونتيجة لما تقدّم سنعمل على التطرّق لبعض الآليات المعتمدة للإعلام عن الخصائص الأساسية للسلع والخدمات كالآتي:

أ-الوسم كآلية للإعلام عن الخصائص الأساسية للسلع والخدمات:

يعتبر الوسم أحد الطرق المعتمدة من طرف المشرّع لإعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للمنتوج أو الخدمة، وقد عرّفه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 484/05 المتعلق بوسم المواد الغذائية و عرضها عن طريق المادّة 02 على أنه: "كل نص مكتوب أو مطبوع أو كل عرض بياني يظهر على البطاقة، الذي يرفق بالمنتوج أو يوضع قرب هذا الأخير لأجل ترقية البيع"، كما عرّفه المشرّع الجزائري من خلال القانون 03/09 المعدّل والمتمم في المادّة 4/03 على أنه: "كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات 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 منتوج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها؛".

هذا و قد ألزم المشرّع الجزائري أن تحرر بيانات الوسم باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة بلغة أو بلغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلكين، وهذا ما قد ورد في نصّ المادّة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم، ونصّت كذلك المادّة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 على إلزامية تحرير البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساسا.

ب- دليل الاستعمال:

ويقصد بدليل الاستعمال تلك البيانات التي تعرّف المستهلك بالمنتوج الذي إقتناه وكيفية استخدامه له، بتزويده عنه بالحد الأدنى من المعلومات، التي يتعين على المتدخل إرفاقها بالسلعة، والتي يتعذر على المستهلك استعمال السلعة دونها أو الحصول على الفائدة المرجوة منها[1].

ويرتبط دليل الاستعمال بالمواد غير الغذائية حيث فرض المشرّع الجزائري على كل متدخل استعمال دليل الاستعمال كآلية لإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالأخطار التي قد تمس صحته وأمنه عند استعماله للمنتوح، وذلك من خلال نصّ المادّة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13، هذا وألزم المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادّة 03 من القرار المؤرخ في 1994/05/10 المتضمن كيفيات تطبيق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات؛[2]أن ترفق المنتوجات المذكورة في الملحق الأوّل من هذا القرار بشهادة ضمان وبدليل استعمال.

ويحرر دليل الاستعمال باللغة العربية وعند الإقتضاء بلغة أخرى يفهمها المستهلك، وهذا ما نصّت عليه المادّة 18 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، بالإضافة إلى المادّة 07 من المرسوم التنفيذي 378/13، بالإضافة إلى المادّة 06 من القرار المؤرخ في 1994/05/10 السالف الذكر.

2. إعلام المستهلك بالأسعار وشروط البيع

إنّ من بين أهم العناصر التي يركّز عليها المستهلك عند إقباله على المنتجات هو الحصول على المعلومات، والتي تتمثل في معرفة السعر الذي يدفعه مقابل السلعة أو الخدمة المقدّمة، وكذا معرفة شروط البيع التي لها نفس الأهمية بطبيعة الحال، والتي تسمح للمستهلك بالقدرة للوصول إلى تحديد احتياجاته من عدمها، وتحديد مدى إرادته في إبرام العقد[3].

ولأهمية هذه النقطة سوف نتطرّق أولا لإعلام المستهلك بالأسعار في النقطة الأولى، ثمّ نتطرق إلى إعلامه بشروط البيع في النقطة الثانية.

---

[1]- جليل أمال، المرجع السابق، ص48.

[2]- ج.ر العدد: 35، الصادرة سنة 1990.

[3]- بن سالم المختار، المرجع السابق، ص192.

أ-إعلام المستهلك بالأسعار:

يعدّ السعر أهم عناصر عقد الاستهلاك، باعتباره أهم نقطة يركز عليها المستهلك عند رغبته في الاقتناء، ويساعده على اتخاذ قرار الشراء من عدمه، مع الأخذ بعين الاعتبار إمكانياته المادية، مع الحرص على أن لا يدفع في السلعة أكثر من قيمتها الحقيقية[1].

فالمشرع الجزائري رغم تبنيه المبدأ حرية تحديد الأسعار إلا أنه لم يتقاعص في حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة الاستهلاكية، بل سارع إلى حمايته اقتصاديا بإلقائه التزاما عاما على عاتق المتدخل بإعلام المستهلك بالأسعار، وهذا ما نصّ عليه في المادّة 04 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم حيث جاء فيها ما يلي: "يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وشروط البيع"، ولم يكتفي بذلك بل أكدها من خلال المواد التي تليها من القانون السالف الذكر.

ويتم تنفيذ الالتزام بالإعلام عن الأسعار باللغة العربية كما يمكن إضافة لغة إضافية على سبيل الفهم من قبل المستهلكين وهذا ما جاء في نصّ المادّتين 18 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، بالإضافة إلى المادّة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

كما ألزم قانون النقد والقرض أن يتم الإعلام عن الأسعار بالعملة الوطنية وهي "الدينار" يرمز له ب "د.ج" أو أجزائه "السنتيم" ويرمز له ب "س.ج"[2].

كما يجب على المتدخل أن يلتزم بالإعلان عن طريق الإشهار على واجهة محله التجاري عن تواريخ بداية ونهاية البيع بالتخفيض، السلع المعنية به، والأسعار المطبقة سابقا وتخفيضات الأسعار الممنوحة التي يمكن أن تكون ثابتة أو تدريجية[3].

---

[1]- جليل أمال، المرجع السابق، ص39.

[2]- قانون رقم 11/03، المؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد: 52، الصادرة بتاريخ 2003/08/27، المعدّل والمتمم.

[3]- راجع المادّة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 215/06، المؤرخ في 2006/07/18، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، الجريدة الرسمية العدد: 41، الصادرة بتاريخ 2006/07/21.

ب-إعلام المستهلك بشروط البيع:

لا يعتبر السعر وحده عنصرا حاسما أو دافعا للتعاقد، فشروط البيع لها أثر في تحديد قرار المستهلك بشراء المنتوج أو الحصول على الخدمة من عدمه، فلها نفس أهمية السعر، لذلك ألزم المشرع من خلال نصّ المادّة 04 من القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم السالفة الذكر[1] البائع أو مقدّم الخدمة بإعلام المستهلكين بشروط البيع.

ولم يقدّم المشرّع الجزائري تعريفا لشروط البيع في قانون 02/04 المعدّل والمتمم وإنما اقتصر من خلال نص المادّة 09 على بيان بعض شروط البيع منها: كيفيات الدفع، الحسوم، التخفيضات، المسترجعات.

كما لم يبين المشرع كيفية إعلام المستهلك بشروط البيع، وترك الأمر لأسلوب ومنهج كل متدخل، والسبب يعود إلى أن المشرع يهتم بتكريس شفافية المعاملات التجارية من دون الوسيلة التي تحقق بها[2].

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري في بادئ الأمر لم يحدد من خلال القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم؛ طبيعة شروط البيع التي يلزم على المتدخل إعلام المستهلك بها، فيما إذا ما كانت شروط خاصة تخص مستهلك معين[3] أم أنها شروط عامة تعني جميع المستهلكين، لكنه تدارك هذا الفراغ القانوني في المادّة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06[4] التي نصّت على ما يلي: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع أو تأدية الخدمات".

وفي الأخير يمكن القول أنّ إعلام المستهلك بشروط البيع هو أساس الشفافية في الممارسات التجارية، فهي تمكن المستهلك من مقارنة المنتجات المماثلة وتحديد رغبته بدقة،وهذا ما تبناه المشرّع

---

[1]- راجع الصفحة رقم138.

[2]- عدّة عليان، المرجع السابق، ص245.

[3]- يرى الفقه أنه لا يقصد بالشرط الخاص، الشرط الذي يخص أحد المستهلكين بعينه، كما أنها شروط لا يفرضها القانون ولكن يشتمل عليها نموذج العقد مقدما وتسري في حق جميع المستهلكين المحتملين، راجع رمزي بيد الله، المرجع السابق، ص88.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 306/06، المؤرخ في 2006/09/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد:56، المؤرخة بتاريخ 2006/09/11، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/08، المؤرخ في 2008/02/03، الجريدة الرسمية العدد:07، الصادرة بتاريخ 2008/02/10.

الجزائري قي قانون حماية المستهلك بشكل عام؛ حتى وإن كان فيه تعدّي على مبدأ حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد بما أرادوا من بنود؛ فتجسيد هذا المبدأ الأخير يمكن أن يستغل المتدخل فيه ضعف المستهلك وجهله ويطمس حقه في الإعلام بشروط البيع، الأمر الذي دفع بالمشرّع الجزائري إلى إصدار قوانين وتنظيمات يفرض فيها على المتدخل بإبراز وشرح هذه الشروط للمستهلك لتنوير إرادته قبل إبرام عقد الاستهلاك.

3. الإعلام عن الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية

يلزم المتدخل بإعلام المستهلك بأي قيود معينة يمكن أن تحدّ من المسؤولية العقدية [1] وهذا ما نصّ عليه المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 08 من القانون 02/04 المعدّل والمتمم حيث جاء فيها ما يلي: "يلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات المنتوج... وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة".

ومن خلال ما سبق يمكن أن تستشف أنّ المشرّع ألقى التزاما عاما قبل التعاقد عن جميع التحديدات والقيود المحتملة لمسؤوليته العقدية للمتدخل اتجاه المستهلك، دون النزول عن الحدّ الأدنى[2].

ويتميز هذا الالتزام هو الأخر بالعمومية؛ والدليل على ذلك العبارة التي أوردها المشرّع الجزائري في نص المادّة 08 السالفة الذكر عند إيرادها لعبارة "بأي طريقة كانت".

ثالثا: الالتزام بالإعلام بين قانون العقد وقانون الاستهلاك

كانت قواعد القانون المدني من المصادر الرئيسة التي ظهرت من خلالها البوادر الأولى لحماية المستهلك، والتي ساهمت في تكريس حقوق المستهلك، وتراجع السيطرة التي كانت مفروضة عليه، والاعتراف بحقه في حصوله معلومات تنوّر رضاه ولا تشوب إرادته شائبة.

فكان في السابق وقبل ظهور تشريعات الاستهلاك يترك الحرية لكل متعاقد ينظر لوحده في العقد، وله مطلق الحرية في التصرف دون أن يكون هناك تبادل للمعلومات، وهو ما يمثل الإرادة الحرة التي يدعوا إليها الفقهاء آنذاك،[3] حيث كانت قواعد الالتزام بالإعلام في القواعد العامة تقوم على

---

[1]– رمزي بيد الله، المرجع السابق، ص88.

[2]– جليل أمال، المرجع السابق، ص43.

[3]– بن سالم المختار، المرجع السابق، ص6.

أساس مبدأ حسن النية، إلا أنه وبعد ظهور تشريعات الاستهلاك وتبني هذه الأخيرة لهذا الالتزام اختلف الأمر حيث لم تقيم هذا الأخير على أساس مبدأ حسن النية وإنما على أساس اللامساواة بين المتعاقدين، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن أهم الفروقات الكامنة بين كل من الالتزام بالإعلام في قانون العقد والالتزام بالإعلام في قانون الاستهلاك؛ من حيث شروطه ومن حيث مضمونه.

1. من حيث شروطه:

إنّ الأصل في القواعد العامة المدين بالالتزام بالإعلام لا يكون ملزم بنقل المعلومات إلى الدائن إذا كان غير عالم بها، إلا أنّ الأمر يختلف في تشريعات الاستهلاك حيث وضعت الأخيرة على عاتق المدين قرينة قاطعة على علمه بالمعلومات المتعلقة بالمنتوجات والخدمات،[1] وكرّست تشريعات الاستهلاك قرينة العلم القاطعة عند المدين من خلال نصّ المادّة 17 من قانون 03/09 المعدّل والمتمم، والتي تقابلها المواد L.111-1 و[2]L.111-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي أوجبت المتدخل بواجب الإعلام بنصها على ما يلي: "يجب على المهني إعلام المستهلك..."،وبالتالي فإن واجب الإعلام يقوم على قرينة قاطعة أساسها إعلام المتدخل المستهلك بجميع المعلومات والبيانات المتعلقة بمضمون العقد.[3] وبالتالي فإن هذا الالتزام يضع – حسب الفقه الحديث – قرنية قاطعة على علم المتدخل بالمنتوجات المعروضة والخدمات المقدمة بمجرد التعامل مع المستهلك، فلا يمكن بعدها أن يّدعي جهله بها ولو كان جهلا مشروعا، فهي قرينة قاطعة على العلم بصرف النظر عما إذا كان يعلم حقيقًة أم لا.[4]ويرجع سبب قطعية هذه القرينة إلى أن المتدخل يقع عليه ما يسمى بالالتزام بالإستعلام من أجل الإعلام، بمعنى واجب الاستعلام عن المنتوجات والخدمات من أجل إعلام المستهلك بذلك[5].

وهذا وقد وضعت تشريعات الاستهلاك قرينة قاطعة أخرى متمثلة في قرينة الجهل القاطعة للمستهلك، بحيث إذا كان الأصل في القواعد العامة أنّ الالتزام بالاستعلام يقع على كل متعاقد،

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص253.

[2]- L'article L.111-2 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : « Outre les mentions prévues à l'article L.111-1, tout professionnel, avant la conclusion d'un contrat de fourniture de service et, lorsqu'il n'y pas de contrat écrit, avant l'exécusion de la prestation de services, met à la disposition du consommateur ou lui communique, de manière lisible et compréhensible, les informations complémentaire relatives à ses coordonnées, à son activité de prestation de service et aux autres conditions contractuelles… ».

[3]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص144.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص253.

[5]– بن سالم المختار، المرجع السابق، ص38.

بحيث يصبح الالتزام بالإعلام مجرّد استثناء له، فالأمر يختلف في تشريعات الاستهلاك بحيث أعفت الأخيرة المستهلك من الالتزام بالاستعلام واعتبرت جهله للمعلومات جهلا مشروعا، وجعلت سلوكه مستقلا عن سلوك الرجل العادي،[1] مما يعني أنّ المتدخل ملزم بإعلام المستهلك بكل التفاصيل والبيانات المتعلقة بالسعلة أو الخدمة محل التعاقد، مما يستتبع ذلك ضرورة قيامه بالاستعلام عن كل ما يجهله حتى يستطيع إعلام المستهلك؛ باعتبار أنه يعدّ عالما بكل تفاصيل محل العقد حتى وإن كان يجهلها حقيقة، في المقابل يكون من حق المستهلك الحصول على الإعلام دون الحاجة إلى الاستعلام، فحقه هذا مضمون بقوة القانون نتيجة صفته كمستهلك،[2] والدليل على ذلك عندما نرجع إلى كل من نص المادّة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري ونص المادّتين L.111-1 وL.111-2 من تشريع الاستهلاك الفرنسي؛ فنجدها لا تشير ولو بصفة ضمنية لأي التزام بجمع معلومات أو بيانات من طرف المستهلك، بمعنى أنّ هذا الأخير يستفيد من الإعلام دون التزامه بالاستعلام.[3] أما فيما يخص استقلالية سلوك المستهلك عن سلوك الرجل العادي، ففي هذه الحالة وبالرجوع إلى القواعد العامة؛ نجد نظرية الرجل العادي مرتبطة مباشرة بنظام الالتزام بالإعلام، فالرجل العادي هو الشخص المؤهل للدفاع عن مصالحه الخالصة، إذ يتعين عليه تقدير موضوع العقد وخصائصه العامة، إيجابياته وسلبياته الظاهرة، قدرته على تحقيق الهدف المرجو،[4] إلا أنّ الأمر يختلف في تشريعات الاستهلاك سواء في التشريع الجزائري أو الفرنسي، فهي تقيم الالتزام الإعلام على مجرد تعامل المستهلك مع المتدخل،وتفترض بصورة قاطعة وجود علاقة بين مستهلك جاهل ومتدخل عالم، الأمر الذي أدى إلى تغيير في تعريف الدائن بالالتزام بالإعلام، فهو تعريف منفصل عن صورة الرجل العادي المهتم بالاستعلام،[5] وما يؤكّد هذا الطرح المادّة 17 من قانون 03/09 المعدّل والمتمم، بالإضافة إلى المادتين L.111-1 وL.111-2 حيث لم تشر هاته المواد ولو بصفة ضمنية إلى إلزام المستهلك بالاستعلام عن المعلومات بعناية الرجل العادي، فاستغناء

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص258.

[2]- ذهبية حامق، المرجع السابق، ص59.

[3]- بوعلباني فايزة، المرجع السابق، ص 39.

[4]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص259.

[5]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص145.

تشريعات الاستهلاك عن هذا الإلزام دليل عن استغنائها عن نظرية الرجل العادي[1] وهذا ما يوضح أهم الفروقات بين الالتزام بالإعلام في قانون العقد والالتزام بالإعلام في قانون الاستهلاك.

2. من حيث مضمونه:

نشير في هذه الحالة إلى أنه يوجد بين الالتزام بالإعلام في قانون العقد والالتزام بالإعلام في قانون الاستهلاك من ناحية المضمون نقاط تشابه ونقاط اختلاف؛ وهو ما سنفصل فيه على التوالي.

أ-نقاط التشابه:

يتمثل مضمون الالتزام بالإعلام في قانون العقد فيكل المعلومات المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقد، وهي كل المعلومات التيمن حق الدائن الحصول عليها قبل إبرام العقد من أجل أن يتخذ قراره وهو على بّينة من أمره[2].

وقد تساءل الفقه[3] حقيقة عن طبيعة هذه المعلومات؛ بحيث يرى الرأي الراجح أن المعلومات التي تكون مضمون الالتزام بالإعلام في قانون العقد هي تلك المعلومات التي من شأنها أن تؤثر على رضاء المتعاقد أثناء إبرام العقد وأثناء تنفيذه.

ويرى بعض الفقه الجزائري[4] أن هذه الطبيعة يمكن استنتاجها من القانون المدني في كل من النص المنظم لعيب التدليس والنص المنظم للعلم الكافي بالمبيع، فبالنسبة لعيب التدليس نصت المادة 2/86 من القانون المدني الجزائري رقم 75/59 المعدل والمتمم على أنه يعتبر تدليسا: "... السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة"، فالمشرع، إذن، يعتبر تدليسا كل سكوت عمدي للمتعاقد عن واقعة مهمة بالنسبة للمتعاقد الآخر والتي من شأنها أن تمنعه من اتخاذ قراره وهو على بينة من أمره[5]. أما بالنسبة للعلم الكافي بالمبيع فقد نصت المادة 1/352 وهي تبّين متى يتحقق هذا العلم: ..." إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه..."، وعلى ذلك يعتبر العلم الكافي متحققا

---

[1]- بن سالم المختار، المرجع السابق، ص41.

[2]- حامق ذهبية، المرجع السابق، ص59.

[3]- راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص261.

[4]- حول الفقه الجزائري راجع حامق ذهبية، المرجع السابق، ص261.

[5]- حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 70.

إذا حصل المشتري على المعلومات التي تحدد له خصائص ومميزات المبيع والتي من شأنها أن تؤثر على رضائه في إبرام عقد البيع أم لا[1].

إلا أنه وبالرجوع إلى قانون الاستهلاك الجزائري رقم 03/09 المعدّل والمتمم وبالأخص نص المادّة 17 نستنتج أنّ المشرع ألزم المتدخل بإعلام المستهلك بكل المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو المنتوج محل العقد، ونفس الشيء الذي جاء في نص المادتين L.111-1 وL.111-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 المعدل والمتمم، مع إلزام المتدخل بإعلام المستهلك بكافة الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة. وإذا كان القانون الجزائري قد حدّد المقصود من هذه الخصائص واقتصار المشرّع الفرنسي على إلزام المتدخل بها كما أشرنا سابقا،[2]فإنّ الفقه الفرنسي قد حدد المقصود من هذه الخصائص على أنها تلك العناصر المتعلقة ببيان صفات السلع والخدمات وشروط عملها،وهو نفس النهج الذي سلكه الفقه الجزائري إذ يرى أن المقصود من الخصائص الأساسية؛ تلك المعلومات التي يلتزم بها المحترف في مرحلة قبل التعاقد، أي هي تلك الخاصة بصفات ومميزات المنتوجات والخدمات، وتلك التي يلزم بها أثناء تنفيذ العقد مثل كيفية استعمالها والاحتياطات الواجب اتخاذها[3].

فمن خلال ما سبق نستشف أنّ نقطة التشابه بين الالتزامين في كل من قانون العقد وقانون الاستهلاك تدور حول المعلومات التي من شأنها أن تؤثر على رضاء المتعاقد نحو التعاقد من عدمه، فالمدين في قانون العقد يلزم بالكشف للمتعاقد الآخر كل واقعة يعلم أهميتها الحاسمة، كما أن المتدخل يلزم بإعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعاقد[4].

ب-نقاط الاختلاف:

بالرغم من تلاقي الالتزامين في نقطة تشابه، إلا أنّنا لا يمكننا القول أنه لا توجد فوارق بينهما.

فإذا كان الالتزام بالإعلام في القواعد العامة يتمثل مضمونه في الخصائص الأساسية للمنتوج أو الخدمة التي تؤثر على رضاء المستهلك وتوجهه نحو التعاقد من عدمه، فإنّ الأمر في قانون

---

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص261.

[2]- راجع الصفحة 135 من هذه المذكرة.

[3]- بن سالم المختار، المرجع السابق، ص43.

[4]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص262.

الاستهلاك يختلف؛ حيث يوجد عناصر أخرى لها من الأهمية ما للخصائص الأساسية للمنتوج أو الخدمة، من بينها المعلومات المتعلقة بآثار العقد؛ كالإعلام عن الحدود المحتملة للمسؤولية التعاقدية، بالإضافة إلى أهمية العقد؛ كالإعلام عن الشروط الخاصة بالبيع والأسعار، وهذا ما شرحناه سالفا،[1] وبالتالي إذا كان في قانون العقد الخصائص الأساسية للمنتوج أو الخدمة هي وحدها الحاسمة لرضاء المستهلك، فإنّ في قانون الاستهلاك هناك معلومات أخرى متعلقة بنقاط ثانوية تكون قابلة لاهتمام المستهلك، فبدون أن تتعلق المسألة بالتشكيك في إبرام العقد، فإنّ هذه المعلومات تقوده إلى فرض شروط مختلفة،[2] فالالتزام بالإعلام في عملية البيع أو الخدمة في قانون الاستهلاك لن تقتصر على المعلومات المتعلقة بمحل العقد فقط أي ما يسبق عملية إبرام العقد، وإنما تتعدّاها لتشمل حتى المعلومات التي تنوط بمرحلة تنفيذ العقد وآثاره.

هذا ويختلف الالتزام بالإعلام الوارد في قانون الاستهلاك عن الالتزام بالإعلام الوارد في القانون المدني، من خلال عبئ الإثبات ففي القواعد العامة يقع الإثبات على من يدعي واقعة معينة وبإسقاط هذه القاعدة على تشريع الاستهلاك فالمستهلك هو من يدعي أنّ المهني لم ينفذ التزامه بالإعلام وبالتالي يقع عليه عبئ الإثبات، إلا أنّ الالتزام بالإعلام في تشريعات الاستهلاك يقع على المهني الذي يجب عليه أن يثبت حقيقة أنه أعلم المستهلك بتفاصيل محل العقد، وهو ما نصّت عليه المادّة L.111-5 من تشريع الاستهلاك الفرنسي، وهنا يظهر الاختلاف بين كل من الالتزام بالإعلام الوارد في القانون المدني والالتزام بالإعلام الوارد في قانون الاستهلاك، إلا أنّ القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وبعد قفزته المهمة في كسر الجمود الذي تعاني منه قواعد القانون المدني وعملا منه بالاجتهادات القضائية[3] نصّ من خلال المادّة 1112-4/1 على إلقاء عبئ إثبات الالتزام

---

[1]- راجع الصفحة رقم137 وما بعدها من هذه المذكرة.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص263.

[3]- تذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن عبء إثبات الالتزام بالإعلام يقع على عاتق من يدعي الوفاء به، فالطبيب الذي يجب عليه إعلام المريض بموقفه الصحي والإجراءات الصحية التي ينبغي اتخاذها لمراعاة حالته، يجب عليه أن يثبت قيامه بهذا الواجب، والبائع المحترف الذي يدعي إعلام المستهلك بخصائص المبيع وما يتضمنه من مخاطر، يجب عليه إثبات ذلك، وتأكيداً لهذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: " حيث إن الشخص الذي يكون ملزماً قانونياً أو تعاقدياً بالتزام خاص بالإعلام يجب أن يثبت القيام بهذا الالتزام، وحيث إن الطبيب يتحمل التزاماً خاصاً بإعلام مريضه، فإنه يقع على عاتقه مسئولية إثبات قيامه بذلك".

.Cass. Civ. 1, 25 févr. 1997, n°94-19.685

بالإعلام على عاتق الشخص المدين بتقديم المعلومات للطرف الآخر، وبالتالي يثبت أنه قدمها فعلا إلى الدائن وهو ما تبناه أيضا التعديل الجديد لسنة 2022[1]. وإسقاطا على العلاقات الاستهلاكية ووفقا لنص هذه المادّة يقع عبئ إثبات الالتزام بالإعلام على المهني باعتباره مدينا بتقديم المعلومات للمستهلك الدائن صاحب الحاجة إلى معرفة هذه المعلومات.

البند الثاني: تطبيقات الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك وجزاء مخالفته

سنتناول من خلال هذه النقطة إلى تطبيقات الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك في **النقطة الأولى**؛ وبعد ذلك نتطرف إلى جزاء مخالفته في **النقطة الثانية**.

أولا: تطبيقات الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك

إنّ الالتزام بإعلام المستهلك هو التزام عام يغطي المرحلة السابقة للتعاقد في جميع عقود الاستهلاك، ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة للحصول على رضا سليم للمستهلك، وبذلك يؤدّي الوفاء بهذا الالتزام إلى السماح للمستهلك في البدء في إبرام العقد وهو على علم كافي بكافة أركان وشروط التعاقد[2].

فتجدر الإشارة أن المشرّع الجزائري لم ينظّم عقود استهلاك متنوعة مثلما فعل المشرّع الفرنسي من عقد البيع عن بعد، وعقد البيع بالمنزل والقرض العقاري وغيرها من العقود، بل اقتصر على تنظيم عقد القرض الاستهلاكي فقط من خلال المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، وقد كرّس المشرّع الجزائري الالتزام بالإعلام في عقد القرض الاستهلاكي من خلال نص المادّة 20 من القانون 03/09 المعدّل والمتمم حيث نصّت هذه المادّة على ما يلي: "...يجب أن تستجيب عروض القرض الاستهلاكي للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدّة الالتزام وكذا آجال تسديده، ويحرر عقد بذلك".

ويعتبر عقد القرض الاستهلاكي من العقود التي يلزم فيها المشرّع توافر الأركان العامة للتعاقد كركن الرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى أنها تبرم من طرف مهني متخصص الذي يجب

---

[1]- L'article 1112-1/4 (code civil dernière modification le 01/07/2022) propose que : « Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie».

[2]– جريفلي محمد، بحماوي شريف، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 11، تمنراست، الجزائر، سنة 2017،ص30.

أن يكون دائما بنكا، والمستهلك الطرف الضعيف في هذه الرابطة العقدية، مما يتطلب أن يتعاقد ببصيرة وإرادة مستنيرة وخالية من أي غلط أو تدليس أو تضليل[1].

وللالتزام بالإعلام أهمية بالغة في مجال القرض الاستهلاكي، على أساس أنه يعمل على تنوير المستهلك بالبيانات والمعلومات عن طبيعة هذا النوع من العقود، باعتباره يمس بالذمة المالية للمستهلك مما يتطلب التفكير والتدبر والتعاقد وفق معلومات صحيحة ونزيهة[2].

وتأسيسا على ذلك نجد أنّ المشرع الجزائري حرص على أن يزود المستهلك بالمعلومات الموضوعية الكاملة حول القرض الذي سيمنح له بحيث تعتبر معلومات هذه المرحلة أكثر دقة لذلك نظّم المشرع العرض المقدّم للمستهلك تنظيما دقيقا[3].

ونصّ المشرّع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 عن الإعلام في عرض القرض الاستهلاكي؛ حيث نصّت المادّة 05 منه على ما يلي: "يجب أن يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه، وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض".

كما قرّر المشرّع الجزائري ضرورة أن يشمل كل عرض للقرض الاستهلاكي على بيانات تتمثل في تعيين الأطراف والموضوع والمدّة والمبلغ الخام والصافي للعرض، وكيفيات التسديد والأقساط وكذا نسبة الفوائد الإجمالية والشروط المؤهلة للقرض، والملف المطلوب والضمانات المقدمة من المقرض للبائع، وحقوق وواجبات البائع والمقرض والمقترض والتدابير المطبقة في حالة إخلال الأطراف بذلك[4].

ونشير كذلك في هذا الصدد إلى الالتزام بالإعلام الوارد في عقود التجارة الإلكترونية، باعتباره من العقود الجديدة التي نظّمها المشرّع الجزائري، حيث تمّ النصّ على الالتزام بالإعلام في كل من المواد 10 و11 و12 من قانون 05/18 المتعلق بقانون التجارة الإلكترونية الجزائري؛ حيث ألزمت هذه الأخيرة على المورد الإلكتروني أن يسبق كل معاملة إلكترونية بعرض تجاري إلكتروني،

---

[1]- طويل مريم، المرجع السابق، ص147.

[2]- رمزي بيد الله، المرجع السابق، ص 95.

[3]- جريفلي محمد، بحماوي شريف،حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري،المرجع السابق، ص30.

[4]- راجع المادّة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي.

وأن يعرض بطريقة مرئية ومفهومة ومقروءة، ويتضمن مجموعة من البيانات ورد ذكرها في المادّة 11 على سبيل المثال بمعنى ترك المجال مفتوحا في إضافة ما أراد من معلومات، هذا ونوّهت المادّة 12 على إلزامية وضع الشروط التعاقدية المتعلقة بالعقد الإلكتروني المراد إبرامه في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية كافية.

هذا وقد نجد العديد من العقود في التشريع الجزائري خارج قانون حماية المستهلك وقمع الغشّ التي فرضت الالتزام بالإعلام قبل إبرامها لتنوير رضا الطرف الضعيف فيها من بينها عقود التأمين، نموذج عقد الإيجار، نموذج البيع على التصاميم[1] .

أما فيما يخص تشريع الاستهلاك الفرنسي فقد نظّم الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في عقد القرض الاستهلاكي في المواد L.312-12 و312-13 من قانون الاستهلاك[2]، حيث ألزم المقرض أو وسيط الائتمان إعطاء المقترض قبل إبرام عقد القرض الاستهلاكي في شكل استمارة بشكل كتابي أو بأي دعامة أخرى المعلومات والبيانات اللازمة للمقارنة بين مختلف العروض والسماح له بفهم كل التزاماته.

وقد حدّد المرسوم التنظيمي لقانون حماية المستهلك الفرنسي بموجب المادّة R.312-2 محتوى هذه المعلومات التي ستتضمنها الإستمارة التي سيتم تقديمها لكل مقترض في كل عرض إئتمان؛ وتتمثل هذه المعلومات في كل من: هوية وعنوان المقترض أو الوسيط المعني، نوع القرض، المبلغ الإجمالي للإئتمان والشروط اللازمة لتوفير الأموال، مدّة إتفاقية القرض، مبلغ وعدد وتواريخ الاستحقاقات الواجب دفعها من قبل المقترض... وغيرها من المعلومات التي فصّلت فيها المادّة.[3]

كما مكّنت المادّة L.312-13 المستهلك بالإضافة إلى تحصله على المعلومات السابقة، حصوله بناءا على طلبه جميع المعلومات الإضافية مقدمة في وثيقة منفصلة عن الإستمارة المذكورة في المادّة L.312-12 من قانون الاستهلاك.

---

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص249.

[2]- السالف ذكرها راجع الصفحة رقم 59، 60 من هذه المذكرة .

[3]- L'article n° L.312-2 (Décret n°2016/884 DU 29 juin 2016) propose que : « Pour l'application des dispositions de l'article L.312-12, le préteur ou l'intermédiaire de crédit fournit à l'emprunteur des informations concernant :
1° L'interdite et l'adresse du préteur ainsi que, le cas échéant, l'identité et l'adresse de l'intermédiaire de crédit concerné ;
2° le type de crédit ;
3° le montant total du crédit et les conditions de mise disposition des fonds ; … ».

وهكذا يعتبر المشرّع الفرنسي من أبرز التشريعات التي نظّمت القرض الاستهلاكي بشكل كبير وفضفاض، على اعتبار أنه من الوسائل التي يلجأ إليها المستهلك لتلبية حاجياته من السلع والخدمات، لقاء ما يتحصّل عليه من تقسيط ودفع متوالي في مدّة من الزمن، عن طريق تعاقد المستهلك مع المقرض الذي في الغالب يكون بنك أو مؤسسة مالية الذي يكون في حالة تفوق اقتصادي كبير قد يؤثر على إرادة المستهلك عند التعاقد[1].

هذا ولم يقتصر تنظيم الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك في التشريع الفرنسي على عقد القرض الاستهلاكي وإنما شمل عدّة عقود من بينها عقد البيع عن بعد في نصّ المادّة L.221-5، وكذلك عقد القرض العقاري في نصّ المادّة L.313-4، هذا ما لم ينظمه المشرّع الجزائري في تشريع الاستهلاك بل اقتصر على تنظيم عقد القرض الاستهلاكي فقط.

ثانيا: جزاء الإخلال بالتزام بالإعلام

إنّ الالتزام بالإعلام هو عبارة عن تقديم مجموعة من البيانات والمعلومات للمستهلك من أجل توجيه إرادته نحو التعاقد من عدمه، فبهذا يمكن القول أنّ الالتزام بالإعلام هو عبارة عن صيغة من صيغ الشكلية الإعلامية التي سبق التفصيل فيها في الفصل الأول، وبالتالي تخلف هذا الالتزام في العقود يترتب عليه مدنيا نفس الجزاء الذي سبق وفصّلنا فيه في جزاء تخلف الشكلية الإعلامية من بطلان وتعويض[2].

أما فيما يخص الجزاء الإداري والجنائي ففي التشريع الجزائري فإنّ السلطة التي لها الحق في توقيع الجزاء المتجسد في الغرامات يكون من اختصاص الهيئات القضائية، بحيث يتمثل الجزاء الإداري في القانون الجزائري في الغلق الإداري ونشر قرار الغلق فقط،[3] حيث أوجبت المادّة 46 من القانون رقم 02/04 المعدّلة بموجب المادّة 10 من القانون رقم 06/10 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية،[4] بأنه يمكن للوالي المختص إقليميا بناءا على اقتراح المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يتخذ بموجب قرار إجراءات الغلق الإداري للمحلات التجارية لمدّة أقصاها 60 يوما في حالة مخالفة القواعد منها المتعلقة بالإعلام عن الأسعار وشروط البيع، كما يمكن للوالي أو القاضي

---

[1]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص160.

[2]- راجع في ذلك الصفحة 66 وما بعدها من هذه المذكرة.

[3]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص167.

[4]- قانون رقم 06/10، المؤرخ في 2010/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد: 46، المؤرخة في 2010/08/18.

طبقا للمادّة 48 من القانون رقم 02/04 أن يأمر بنشر قرار الغلق كاملا أو ملخص منه في الصحافة الوطنية.

أما فيما يخص الجزاء الجنائي فقد قرّر المشرّع الجزائري عقوبات أصلية يجب على القاضي الحكم بها؛ وتتمثل هذه الأخيرة في العقوبات المقررة بمقتضى المادّة 31 من القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم بالنسبة لجريمة عدم الإعلام عن الأسعار وهي الغرامة المالية المقدرة بخمسة آلاف دينار (5000 د.ج) إلى مائة ألف دينار (100.000 د.ج)، كما يعاقب نفس القانون بموجب المادّة 32 منه على جريمة عدم الإعلام بشروط البيع بغرامة من عشرة آلاف دينار (10.000 د.ج) إلى مائة ألف دينار (100.000 د.ج)، كما نصّ القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم بموجب المادّة 78 على غرامة من مائة ألف دينار (100.000 د.ج) إلى مليون دينار (1000.000 د.ج) لكل من يخالف إلزامية وسم المنتوج.

كما شدّد المشرّع الجزائري في جريمة خداع المستهلك بعقوبات سالبة للحرية بخصوص جريمة خداع المستهلك بموجب المادّة 68 من قانون 03/09 المعدّل والمتمم التي نصّت على: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادّة 429 من قانون العقوبات كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول كمية المنتوج المسلمة، تسليم المنتوجات غير تلك المعينة مسبقا، قابلية استعمال المنتوج، تاريخ أو مدّة صلاحية المنتوج، النتائج المنتظرة من المنتوج، طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة للاستعمال".

هذا وذكر المشرّع الجزائري عقوبات جنائية في قانون التجارة الإلكترونية في حالة مخافة المورد الإلكتروني للالتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية؛ حيث نصّت المادّة 39 من هذا القانون على غرامة مقدّرة بـ 50,000 د.ج إلى 500.000 د.ج يعاقب بها كل مورد إلكتروني يخالف أحد الالتزامات الوارد ذكرها في المادّتين 11 و12 من هذا القانون، مع الإجازة للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوة أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني لمدّة لا تتجاوز ستة أشهر.

أما فيما يخص تشريع الاستهلاك الفرنسي فنصّ على عقوبات إدارية كجزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام، وتتمثل هذه العقوبات الإدارية في غرامات إدارية توقعها السلطة المختصة، بحيث أنها

تتراوح بين 3000 يورو و75000 يورو، حسب طبيعة المخالفة،[1] حيث نصّت المادّة L.131-1 من قانون الاستهلاك لسنة 2016 على غرامات إدارية على كل إخلال بالالتزام بالإعلام السابق للتعاقد المذكور في المواد L.111-1 إلى L.111-3 لا يمكن أن يتجاوز مبلغها 3000 يورو للشخص الطبيعي و15000 يورو للشخص الإعتباري،[2] كما نصّ في المادّة L.131-3 و L.131-4 على كل إخلال بالالتزام بالإعلام الوارد في المادّة L.111-6 على غرامة تقدر بـ 75000 يورو على الأشخاص الطبيعيين و375000 يورو على الأشخاص الإعتبارية[3].

أما بخصوص الإخلال بالالتزام بالإعلام المتعلق بالأسعار وشروط البيع فقد نصّت المواد L.131-5 و L.131-6 على غرامات مالية تقدر بين 3000 يورو و15000 يورو على كل من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين،[4] كما أوجبت المادّة L.111-5 من قانون الاستهلاك الفرنسي بإلقاء عبء الإثبات عند التنازع بين المستهلك والمهني على عاتق الأخير بإثبات تنفيذ التزاماته وذلك خلافا للقواعد العامة لإثبات[5].

فمن خلال كل ما تمّ عرضه في الالتزام بالإعلام نستنتج أنّ هذا الأخير يهدف إلى خلق المساواة بين المهني والمستهلك من ناحية العلم، و بالتالي تحقيق العدالة العقدية التي يصبو إليها

---

[1]– رمزي بيد الله، المرجع السابق، ص98.

[2]-L'article L.131-1(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Tout manquement aux obligations d'information précontractuelle mentionnées aux 1° à 4° et 6° de l'article L. 111-1 et aux articles L. 111-2 et L. 111-3 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ».

[3]- L'article L.131-3-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Tout manquement à l'obligation, d'information mentionnée à l'article L. 111-6 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale. ».

Aussi l'article L .131.4 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Tout manquement aux obligations d'information mentionnées à l'article *L. 111-7* et à l'article *L.111-7-2*duprésent code ainsi qu'au II de l'article 15 de la loi n° 47-585du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 euros pour une personne physique et 375000 euros pour une personne morale ».

[4] - L'article L.131-5(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Tout manquement aux dispositions de l'article L.112-1définissant les modalités d'information sur le prix et les conditions de vente ainsi qu'aux dispositions des arrêtés pris pour son application est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ».

Aussi L'article L.131-6(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : « Tout manquement aux dispositions des articles L. 112-3et L.112-4 et L.112-4-1 relatifs aux modalités de calcul du prix est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ».

[5] - L'article L.111-5(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : «En cas de litige relatif à l'application des dispositions des articles L.111-1, L.111-2et L.111-4, il appartient au professionnel de prouver qu'il a exécuté ses obligations ».

قانون الاستهلاك، إلا أنّ تحقيق هذه العدالة لا يتوقف عند الالتزام بالإعلام بل تحتاج إلى التزامات أخرى تنهض بها من بينها الالتزام بالمطابقة وهو ما سنعمل على التفصيل فيه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني: الالتزام بالمطابقة كآلية محددة لمضمون العقد

لقد كشف التطوّر العلمي وما نتج عنه من منتجات متطورة ومعقّدة قصور مبدأ الحرية التعاقدية في حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية، حيث يجد هذا الأخير نفسه أمام علاقة تفتقد إلى التوازن بينه وبين المتدخل الذي يسعى إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح حتى وإن كان بطرح منتجات تفتقر إلى المواصفات الضرورية لتحقيق الجودة المطلوبة.

فمحاولة من المشرّع الجزائري في إعادة التوازن المفقود بإثقال كاهل المتدخل بالتزام يضمن تقييده بالضوابط اللازمة لتفادي طرح منتجات لا تتطابق مع الرغبة المشروعة للمستهلك، تتجاوز ما جاءت به القواعد العامة، التي وضعت لمواجهة أضرار بسيطة ناتجة عن عدم الملائمة؛ فيتمثل هذا الالتزام في الالتزام بالمطابقة. فللتوسع أكثر في هذا الالتزام كان لا بدّ علينا من التطرّق في **البند الأول** إلى مفهومه، ثمّ بعد ذلك نتطرق إلى الالتزام بالمطابقة بين قانون العقد وقانون الاستهلاك في **البند الثاني**، دون أن ننسى مجالات رقابة المطابقة وجزاء مخالفتها في **بند ثالث**.

البند الأوّل: مفهوم الالتزام بالمطابقة كآلية محددة لمضمون العقد

من دعائم التقدم الصناعي والتطور العلمي جودة المنتوجات، التي تعتبر عنصر أساسي لترويج عدد كبير من المنتوجات وبالتالي المحافظة على الأسواق وكسب ثقة المستهلك وربح قواعد جديدة. وللتأكد من جودة المنتوجات يتم الاعتماد على معطيات تقنية وطرق معينة للتحليل،حيث أن الهدف الأساسي من ذلك هو تطابق هذه المنتوجات مع رغبات المستهلك وبالتالي قدرتها على تلبية حاجاته حيث انه إذا كان للمستهلك الحق في الحصول على السلعة أو الخدمة المعروضة في السوق مقابل دفع الثمن، فإن هذا الحق يطول ليشمل حصوله على سلعة أو خدمة مطابقة[1].

فمن أجل شرح موسّع لمفهوم الالتزام بالمطابقة سنتطرّق إلى كل من المقصود من الالتزام بالمطابقة، ثمّ بعد ذلك نتطرّق إلى مضمون الالتزام بالمطابقة، وهذا في النقاط التالي ذكرها.

[1]– فاضل سارة، التزام المتدخل بمطابقة المنتوجات في إطار القانون 03/09، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 14، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017،ص435.

أولا: تعريف الالتزام بالمطابقة

عرّف تشريع الاستهلاك الجزائري الالتزام بالمطابقة من خلال نصّ المادّة 18/3من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الصادر بالقانون رقم 03/09 المعدّل والمتمم على أنه "استجابة كل منتوج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به".

في حين نصت المادة 03من القانون رقم 02/89الملغى[1] بموجب القانون رقم 09/03 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدّل والمتمم على أنه: "يجب أن تتوفر في المنتوج أو الخدمة التي تعرض للاستهلاك المقاييس المعتمدة والمواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمه وتميزه.

ويجب في جميع الحالات أن يستجيب المنتوج و/أو الخدمة للرغبات المشروعة للمستهلك، لاسيما فيما يتعلق بطبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكمياته".

من خلال نصوص المواد السابقة؛ نستشف أنه لمصطلح المطابقة عدّة معني، فقد يقصد بها مطابقة المنتوج أو الخدمة لما تمّ الاتفاق عليه في العقد بين المتدخل والمستهلك، كذلك قد يقصد بها مطابقة المنتوج أو الخدمة للقواعد الآمرة الخاصة بالمواصفات الواردة في القوانين واللوائح والمقاييس من جهة.

إذن ومن خلال ماسبق يمكن القول أن لمصطلح المطابقة مفهومان، معنى واسع يرجع إلى الغرض من هذه المطابقة ألا وهو الاستجابة للرغبات المشروعة والمنتظرة من قبل المستهلك، ومعنى ضيق بمعنى مطابقة المنتوجات للمواصفات القانونية والقياسية، وهذا ما سنتطرق إليه على التوالي.

1. المعنى الواسع للالتزام بالمطابقة:

يقصد بالمعنى الواسع للمطابقة؛ هو مطابقة المنتوج للرغبة المشروعة للمستهلك، وهذا ما أكدته المادة 11من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّلة بنصّ المادّة 02 من القانون رقم 09/18 بنصها على أنه ": يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك،

[1]– القانون رقم 02/89، المؤرخ في 1989/02/07، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية العدد 06، الصادر بتاريخ 1989/02/08.

الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله.

كما يجب أن يحترم المنتوج المتطلبات المتعلقة بمصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه..."، وبناء على ذلك يفهم من أن المشرع الجزائري اعتمد على المفهوم الوظيفي للمطابقة في المنتوج باعتبار أن المنتوج يجب أن يستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته ومكوناته ومميزاته وقابليته للاستعمال بحيث توسع على المفهوم الذي جاء به في المادة 03 السالفة الذكر التي اقتصرت على اللوائح ومتطلبات الصحة والسلامة[1].

فمن خلال ما سبق يمكن القول؛ أنّ مطابقة المنتوجات للرغبة المشروعة للمستهلك لا تتحقق إلا بتوافق هذه المنتوجات مع المقاييس القانونية والتنظيمية لإنتاجه، حيث يجب أن تقدم المنتجات للمستهلكين بشكل لا يؤدي إلى تضليلهم بشأن خصائص هاته المنتجات[2].

إضافة إلى ذلك، يجب أن يزود المتدخل المستهلك بمعلومات دقيقة حول طبيعة المنتوجات التي يشتريها وتركيبها وكميتها، كما يجب تزويده بكل معلومة تتعلق بشروط حفظ واستعمال المواد التي يشتريها، هذا مع وضع كل المعلومات المتعلقة بالمنتوج على أغلفة المنتجات أو في الوثائق المرفقة بها.إضافة إلى ذلك، يمكن إعطاء معلومات حول النتائج المترتبة على الصحة التي يتوقع أن تنشأ عن استهلاكها[3].

فمن خلال ما سبق يمكن القول أن الرغبة المشروعة للمستهلك يمكن أن تقدّر بالنظر إلى عدة عوامل ذكرتها المادة السالفة الذكر منها: طبيعة المنتوج أو الخدمة، حالته التقنية،المعلومات المقدمة من قبل المنتجين أو مقدمي الخدمات ...الخ.

---

[1]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص،ص284،283.

[2]– فاضل سارة، المرجع السابق، ص437.

[3]– الياقوت جرعود، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001، ص89.

وتجدر الإشارة أنّ الرغبة المشروعة للمستهلك في منتوج أو خدمة ما، هي أمر خاص به، بمعنى أنه لا يمكن للمتدخل أن يقرر بإرادة منفردة لزبونه ما هو صالح أو ضار له[1].

إلا أن المشرع الفرنسي في تعديل 2016 اعتبر أن تقدير المطابقة يتعلق بالعقد وما قررته إرادة المتعاقدين وليس بالمعنى الدقيق لمدى مطابقة المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك، إلا أنه تدارك الأمر من خلال تعديل 2022 من خلال نصّ المادّة L217-5 حيث رأى أن السلعة المطابقة هي أن تتطابق السلعة مع ما ورد في العقد، بالإضافة إلى إستوفائها لمجموعة من المعايير تجعل منها مطابقة للرغبات المشروعة للمستهلك منها:

1-إذا كانت ملائمة للاستعمال المنتظر عادة من سلعة مماثلة لها وعند الاقتضاء؛

2-إذا كانت موافقة للوصف المقدم من طرف البائع وتتوفر على الصفات التي عرضها البائع على المشتري في شكل عينة أو نموذج قبل إبرام العقد؛

3- إذا سُلمت السلعة مع جميع الملحقات، بما في ذلك العبوة والتعليمات ومعدات التركيب الذي يمكن للمستهلك أن يتوقعه بطريقة مشروعة؛

4- إذا تطابقت مع الكم والنوعية والخصائص الأخرى، بما في ذلك من حيث المتانة، والوظيفة والتوافق والأمن، وهو ما يمكن للمستهلكين أن يتوقعوه بشكل شرعي؛..[2].

---

[1]- الياقوت جرعود، المرجع السابق، ص89.

[2]- L'article L.217-5 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : «I. En plus des critères de conformité au contrat, le bien est conforme s'il répond aux critères suivants :
1° Il est propre à l'usage habituellement attendu d'un bien de même type, compte tenu, s'il y a lieu, de toute disposition du droit de l'Union européenne et du droit national ainsi que de toutes les normes techniques ou, en l'absence de telles normes techniques, des codes de conduite spécifiques applicables au secteur concerné ;
2° Le cas échéant, il possède les qualités que le vendeur a présentées au consommateur sous forme d'échantillon ou de modèle, avant la conclusion du contrat ;
3° Le cas échéant, les éléments numériques qu'il comporte sont fournis selon la version la plus récente qui est disponible au moment de la conclusion du contrat, sauf si les parties en conviennent autrement;
4° Le cas échéant, il est délivré avec tous les accessoires, y compris l'emballage, et les instructions d'installation que le consommateur peut légitimement attendre ;
5° Le cas échéant, il est fourni avec les mises à jour que le consommateur peut légitimement attendre, conformément aux dispositions de l'article L. 217-19 ;
6° Il correspond à la quantité, à la qualité et aux autres caractéristiques, y compris en termes de durabilité, de fonctionnalité, de compatibilité et de sécurité, que le consommateur peut légitimement attendre pour des biens de même type, eu égard à la nature du bien ainsi qu'aux déclarations publiques faites par le vendeur, par toute personne en amont dans la chaîne de transactions, ou par une personne agissant pour leur compte, y compris dans la publicité ou sur l'étiquetage».

2. المعنى الضيق للالتزام بالمطابقة

يقصد بالمعنى الضيق للالتزام بالمطابقة؛ موافقة المنتوجات للمقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية، فلو رجعنا إلى المادة 05من قانون 02/89 الملغى بالقانون رقم 03/09المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم نجدها تنصّ على أنه ": يجب على كل منتج أو وسيط أو موزع وبصفة عامة كل متدخل في عملية الوضع للاستهلاك أن يقوم بنفسه أو عن طريق الغير بالتحريات اللازمة للتأكد من مطابقة المنتوج أو الخدمة للقواعد الخاصة به والمميزة له".

وبالتالي نستنتج من هذه المادّة أنّ المراد من المطابقة هو مطابقة السلع والخدمات للمقاييس المعدة والمواصفات القانونية والتنظيمية، فالمشرع الجزائري حرص على مطابقة المنتوجات للمقاييس المحددة عن طريق التنظيم.

ثانيا: مضمون الالتزام بالمطابقة كآلية محددة لمضمون العقد

يعتبر الالتزام بالمطابقة من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المحترف عند تولي مهمة الإنتاج، حيث يتضمن الالتزام بمطابقة المنتوجات في ظل أحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش المطابقة للمواصفات القانونية والقياسية قصد توفير الجودة العالية للمنتوجات ومنافسة المنتوجات العالمية وحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية[1].

وعليه يستوجب بحث مطابقة المنتوجات للمواصفات القانونية في **النقطة الأولى**، ثمّ بعد ذلك نتطرّق إلى مطابقتها للمواصفات القياسية في **النقطة الثانية**.

1. مطابقة المنتوجات للمواصفات القانونية:

بالرجوع إلى نصّ المادّة 1/10 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم نجدها تنصّ على أنه ":يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتوج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص:

مميزاته وتركيبه وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته..."، هذا بالإضافة إلى نص المادّة 2/11 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل بنص المادّة 2/2 من القانون رقم 09/18 المتضمن التعديل الجديد لقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

فمن خلال نص المادتين نستنتج أن المواصفات القانونية تعبر عن الخصائص والمميزات المطلوبة في المنتوج سواء كان منتوج أو خدمة، أو بهدف تحقيق غرض معين، يقع على المتدخل

[1]– فاضل سارة، المرجع السابق، ص436.

واجب احترامها منذ تولي مهمة الإنتاج إلى غاية الاستهلاك، بحيث لا يمكن منح شهادة المطابقة لمنتوج ما إذا كان لا يستجيب لشروط إنتاجه، الأمر الذي يترتب عليه جزاءات مدنية وإ دارية وجزائية تبعا للأضرار التي تلحق بالمستهلك[1].

وقد نصّ المشرّع الجزائري على الالتزام بالمطابقة للمواصفات القانونية في المادة 11 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش والمعدّلة بالمادّة 2 من قانون 09/18 السالف ذكرها؛ حيث يتضح من خلال هذه المادة أن المواصفات تعبر عن الخصائص المطلوبة في منتوج ما، وهي المحدد الأساسي للجودة فيما يتعلق بطبيعة المنتوج أو الخدمة، وكذا صنفها ومميزاتها الأساسية وتركيبها، وذكر تاريخ الصنع والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله، وكذا الاحتياطات الواجب اتخاذها خاصة إذا كان المنتوج خطير، كما تشمل هذه المواصفات على جميع أوصاف المنتوج أثناء عملية الإنتاج مثل الأبعاد، الأوزان والكميات، المقادير والخصائص الأساسية التي تميزه عن غيره، بالإضافة إلى ذلك يجب أن تحدد المواصفات طرق التغليف والتعبئة[2].

2. مطابقة المنتوجات للمواصفات القياسية:

نتيجة التطور التكنولوجي والصناعي زادت المخاطر التي تهدد البشرية من جراء إقبال المتزايد للمستهلكين لاقتناء منتوجات متنوعة ومعقدة، لذلك فان القانون المتعلق بالتقييس ينصّ على المقاييس والمواصفات في كل خدمة أو منتوج يعرض للاستهلاك والاستعمال.

والتقييس يعتبر أداة ضرورية لتنظيم وتطوير الاقتصاد الوطني وإنه على وجه الخصوص يعمل على حماية المستهلك وتحسين نوعية المنتجات[3].

فبالرجوع إلى القانون رقم 04/16 المعدّل والمتمم للقانون 04/04 المتعلق بالتقييس،[4] فنجده أشار إلى مفهوم التقييس في نص المادّة 02 منه كما يلي: " 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".

---

[1]– زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص135.

[2]– فاضل سارة، المرجع السابق، ص437.

[3]– فاضل سارة، المرجع السابق، ص438.

[4]– قانون رقم 04/04، المؤرخ في 2004/07/23، المتعلق بالتقييس، الجريدة الرسمية العدد: 41، الصادرة بتاريخ 2004/07/27، المعدّل والمتمم بالقانون رقم 04/16، المؤرخ في 2016/06/19، الجريدة الرسمية العدد: 37، الصادرة بتاريخ 2016/06/19.

فالمقاييس[1] أو المعايير تحدد خصائص معينة لحماية صحة وأمن المستهلك، ويقصد بها الأعمال التقنية التي تحتوي عليها المنتوجات بما يميزها عن غيرها ولها من مواصفات[2].

وتتمثل أهداف التقييس حسب المادّة 03 من القانون 04/04 المتعلق بالتقييس المعدّل والمتمم في كل من: تحسين جودة السلع والخدمات، التخفيف من العوائق التقنية للتجارة وعدم التمييز، إشراك الأطراف المعنية في التقييس واحترام مبدأ الشفافية، تجنب التدخل والإزدواجية في أعمال التقييس، التشجيع على الاعتراف المتبادل باللوائح الفنية والمواصفات وإجراء التعميم ذات الأثر المطابق، ترشيد الموارد وحماية البيئة، وغيرها من الأهداف التي ذكرتها نصّ المادّة.

ولتحقيق هذه الأهداف تمّ إنشاء المجلس الوطني للتقييس بموجب المرسوم التنفيذي رقم 69/98 المؤرخ في21 فبراير 1998 المتضمن إنشاء المعهد الجزائري للتقييس وتحديد قانونه الأساسي،[3] وقد اعتبرته المادة 7مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري، ونصت المادة 5على أن المعهد يؤدي مهمة الخدمة العمومية،[4] أما المادة 9فبّينت أن المعهد يقوم بتنفيذ السياسة الوطنية للتقييس، وهو بهذه الصفة يكلف بما يأتي:

إعداد المواصفات الجزائرية ونشرها وتوزيعها؛ جمع وتنسيق جميع الأشغال في التقييس التي شرعت في إنجازها الهياكل الموجودة أو الهياكل المزمع إحداثها لهذا الغرض؛ اعتماد علامات المطابقة للمواصفات الجزائرية وطابع الجودة ومنح تراخيص استعمال هذه العلامات والطوابع مع رقابة استعمالها في إطار التشريع المعمول به؛ترقية الأشغال والأبحاث والتجارب في الجزائر أو في

---

[1]– يجد تشابه كبير بين كلّ من التنظيم والتقييس؛ إلا أنّ الفرق بينهما يكمن في أنّ التنظيم من عمل السلطة، أما التقييس من عمل الشركاء المهتمين، مما يجعله كمبدأ عام لا يتمتع بنفس القوة الملزمة التي يتمتع بها التنظيم. راجع، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص271.

[2]– فاضل سارة، المرجع السابق، ص438.

[3]– المرسوم التنفيذي رقم 69/98، المؤرخ في1998/02/21، المتضمن إنشاء المعهد الجزائري للتقييس وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية العدد: 11، الصادرة بتاريخ 1998/03/01.

[4]– وفي فرنسا تم إنشاء جمعية l'AFNor في22جوان1926؛ وهي ذات نفع عام مسيرة لمهمة تتعلق بالخدمة العامة، وقد جاء تحديد طبيعتها القانونية في قرار مهم لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ *17* فبراير 1992، وهي لها مهام على المستويين الوطني والدولي؛ وطنيا تعمل على إحصاء حاجيات المواصفات الجديدة، تنسيق أعمال التقييس، تركيز وفحص مشاريع المواصفات، نشر المواصفات، ترقية التقييس، التكوين في التقييس، أما دوليا فهي تمثل المصالح الفرنسية في الخصومات الدولية غير الحكومية للتقييس. راجع في هذا شوقي بناسي، المرجع السابق، ص،ص275،274.

الخارج وتهيئة منشآت الاختبار الضرورية لإعداد المواصفات وضمان تطبيقها إعداد وحفظ ووضع، في متناول الجمهور، كل الوثائق والمعلومات المتصلة بالتقييس؛ التكوين والتحسيس في مجالات التقييس؛ تطبيق الاتفاقات والمعاهدات الدولية في مجالات التقييس التي تكون الجزائر طرفا فيها. ومن ناحية أخرى فإن المعهد يشارك في أشغال المنظمات الدولية للتقييس ويمثل الجزائر فيها عند الاقتضاء.

وتجدر الإشارة في هذا المجال أنّ هناك صنفين من المواصفات القياسية في الجزائر؛ وهي تشمل كل من:

أ- المواصفات القياسية الجزائرية (الوطنية):

تقوم بها الدولة عن طريق الهيئة الوطنية للتقييس، حيث تقوم كل 6 أشهر ببرنامج عمل تبين فيه مواصفات التي هي بصدد إعدادها والمواصفات التي تم المصادقة عليها فيما سبق[1].

حيث تتضمن خصوصا وحدات القياس، وشكل المنتوجات، وتركيبتها، وأبعادها، وخاصيتها الطبيعية والكيماوية، والتمثيل الرمزي، وطرق الحساب، والاختبار والمعايرة، والقياس، والأمن، والصحة، وحماية الحياة، ووسم المنتوجات، وطريقة استعمالها،[2] وهي تشمل:

- **المواصفات المصادق عليها:** هي ملزمة التطبيق، وإجراء المصادقة تقوم به هيئة التقييس التي تقوم بالتحريات العمومية والإدارية، ولا يمكن تطبيق المواصفات المصادق عليها على المنتوجات المصنوعة قبل تاريخ دخول هذه المواصفات حيز التنفيذ، وبالتالي فإن المواصفات المصادق عليها تطبق بأثر فوري ومباشر[3].
- **المواصفات المسجلة:** هي مواصفات اختيارية التطبيق، تسجل في سجل يمسك من طرف الهيئة المكلفة بالتقييس، تدون فيه المقاييس الجزائرية المسجلة حسب ترتيبها العددي ويذكر فيها خصوصا رقم التسجيل، وتاريخ بيان المقياس، وتسميته[4].

---

[1]- راجع كل من المادتين 12 و13 من القانون رقم 04/04 المتعلق بالتقييس المعدّل والمتمم.

[2]- زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص138.

[3]- فاضل سارة، المرجع السابق، ص439.

[4]- زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص140.

ب- اللوائح الفنية:

نص قانون 04/04 المتعلق بالتقييس المعدل والمتمم على مفهوم اللوائح الفنية في المادة7/2 على أنها: "وثيقة تنصّ على خصائص منتوج ما أو العمليات وطرق الإنتاج المرتبطة به، بما في ذلك النظام المطبق عليها. ويكون احترامها إلزاميا كما يمكن أن تتناول كليا أو جزئيا المصطلحات أو الرموز أو الشروط في مجال التغليف، والسمات المميزة، أو اللاصقات لمنتوج، أو عملية أو طريقة إنتاج معينة ويمكن للائحة الفنية أن تجعل المواصفة أو جزء منها إلزاميا".

وبالتالي فاللائحة الفنية هي وثيقة إلزامية، ويعد إعدادها ضروري لتحقيق هدف شرعي حيث انه لا يتم الإبقاء عليها إذا زالت أو تغيرت الظروف والأهداف التي أدت إلى اعتماده، وتقوم بإعدادها بمبادرة من الدوائر الوزارية المعنية وتبلغ إجباريا إلى الهيئة الوطنية للتقييس[1].

ويتمّ الإشهاد بالمطابقة لكل منتوج مستوفي لشروط المطابقة، وتقوم بهذه المهمة العديد من الهيئات على مستوى الوطن والتي تقوم بمراقبة المنتوجات بداية من مرحلة الإنتاج إلى غاية وضعه للاستهلاك،وفي حالة التأكد من المطابقة تمنح شهادة الإشهاد بالمطابقة للمواصفات الجزائرية، فالإشهاد بالمطابقة يساهم في جعل المنتوج الوطني ينافس المنتوج الأجنبي، وإمكانية منافسة المؤسسات الوطنية للمؤسسات الأجنبية كونها تمتلك نفس المواصفات المنصوص عليها قانونا[2].

ويعتبر الإشهاد على المطابقة إجراءا إداريا، حيث يرمز للمنتوج الجزائري المطابق للمواصفات "ت ج" وتعني تقييس جزائري، وهي مقصورة على المعهد الجزائري للتقييس، وتنشأ أو تلغي بقرار من الوزير المكلف بالتقييس بناء على اقتراح هيئة التقييس[3].

البند الثاني: الالتزام بالمطابقة بين قانون العقد وقانون الاستهلاك

يختلف الالتزام بالمطابقة في القواعد العامة عن الالتزام بالمطابقة في قانون الاستهلاك في نقطتين؛ يتمثل الاختلاف الأول في مصدر الالتزام بالمطابقة، أما الاختلاف الثاني فيتمثل في تنظيم هذا الالتزام وهذا ما سنشرحه على التوالي:

---

[1]- ويزة لحراري، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2012، ص45.

[2]- فاضل سارة، المرجع السابق، ص440.

[3]- زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص142.

أولا: من حيث مصدر المطابقة

إنّ المطابقة في قانون العقد ليست محل تنظيم في القانون المدني، وإنما يكون مصدرها العقد؛ بمعنى أنّ العقد هو الذي يحدّدها وينظّمها، بحيث يكون مطابقة المنتوج لاشتراطات العقد، فهذا الالتزام في قانون العقد هو عبارة عن التزام عقدي، هذا على عكس قانون الاستهلاك الذي يبحث عن صفة لا يبحث فيها القانون المدني بنفس الشدّة، فبواسطة العلامات والإشارات البيانية والدلالات الجغرافية والشهادات نجد المستهلك يريد الحصول على منتوج ذي جودة،[1] فمن أجل ذلك أوجبت كلا من المادتان 12 من القانون 03/09 المعدّل والمتمم و المادّة L.411-5 من تشريع الاستهلاك الفرنسي الجديد فرض رقابة على المنتوجات من العرض الأوّل في السوق تحت طائلة الجزاءات العقابية، فالتزام بالمطابقة في هذه الحالة هو التزام قانوني، مرتبط بصفة المتدخل المسؤول منذ العرض الأول في السوق وله غاية وقائية[2].

فمن خلال ما سبق يمكن القول أنّ المطابقة قد تضمنتها أحكام القانون المدني أيضا وليست قاصرة فقط على تشريع الاستهلاك؛ إلا أنها في القانون المدني نجدها موجهة نحو رضا المتعاقدين وما تم الاتفاق عليه في العقد[3]. بينما المطابقة في قانون حماية المستهلك فهي منظمة وفقا لقواعد قانونية لا يجوز الخروج عن إطارها أو الاتفاق على مخالفتها وإلا تمّ التعرض لجزاءات حددها تشريع الاستهلاك.

ثانيا: من حيث تنظيم المطابقة

تجدر الإشارة في هذه النقطة إلى الاختلاف بين كل من ضمان العيب الخفي في قانون العقد، وضمان المطابقة في تشريع الاستهلاك.

فبالرجوع إلى نصّ المادّة 397 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادّة 1641 من القانون المدني الفرنسي؛[4] نجد أنّ البائع ملزما بضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع الذي تنقص من قيمته أو الانتفاع به، بحيث لو علم بها المشتري لما اشتراه أو اشتراه بثمن أقل، بمعنى أنه يقصد

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص288.

[2]– جرعود الياقوت، المرجع السابق، ص88.

[3]– جرعود الياقوت، المرجع السابقة، ص88.

[4]-L'article n°1641(code civil dernière modification le 01/07/2022) propose que : «Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts 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 ».

بها العيوب التي تنقص من الاستعمال العادي للشيء،[1] وبهذا المفهوم تشكل عيوبا تفتح الحق في الضمان مثلا كمن اشترى سيارة بمحرك يتسرب منه الزيت، وفي المقابل لا تعدّ عيوبا مثلا تسليم شيء لا يستجيب لخصوصيات العقد، مثال ذلك تسليم سيارة ذات لون أحمر في حين أن العقد كان يتضمن تسليم سيارة بلون أبيض، ففي هذه الحالة ينشأ حق للمستهلك من أجل رفع دعوة قضائية على أساس عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم، وليس على أساس العيب الخفي، فبالتالي مجال الدعويين يختلفان؛ بحيث لا يمكن رفع دعوى العيب الخفي في حالة عدم المطابقة، ولا يمكن رفع دعوى تنفيذ التسليم في حالة وجود عيب خفي.

إلا أنه وبعد تغيّر قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب أمر 2005، وحدّ هذا الأخير الدعويين، حيث أصبح البائع ملزم بتسليم مال مطابق للعقد ويضمن العيوب التي قد يحتوي عليها المال أثناء التسليم، وبالتالي فإن عدم المطابقة للعقد هو الذي يفتح للمستهلك هذا الضمان الجديد، وهذا ما جاء في نصّ المادّة L.217-3،[2] بمعنى أنّ عيب المطابقة في هذه الحالة لا يتحقق فقط لأن المنتوج غير صالح للاستعمال العادي المرجو منه (وهو ما يمثل في القانون المدني العيب الخفي)، ولكن يتحقق أيضا عندما لا يوافق الوصف المقدّم من طرف البائع أو أنه لا يتوفر على الخصائص المتفق عليها بين الطرفين؛ وهذا ما جاء في نصّ المادّة L.211-5 [3]ومن هنا نستخلص أن العيب في حالة المطابقة له مفهوم جدّ واسع، وبالتالي يظهر الاختلاف بين كل من القواعد العامة وتشريع الاستهلاك؛ ففي فرنسا أصبح الالتزام بالمطابقة يضم ما يعرف بالتسليم المطابق لاشتراطات العقد وضمان العيوب الخفية، وذلك من أجل توحيد الحماية للمستهلك، عكس القانون المدني الذي يكون فيه ضمان المطابقة منفصل عن كل من ضمان التسليم وضمان العيوب الخفية، ومن ناحية ثانية؛ أصبح الالتزام بالمطابقة سواء في قانون الاستهلاك الجزائري أو الفرنسي، شأنا يهم المجتمع برمته، باعتبار أنه يعمل هذا الالتزام على توفير منتوجات في الأسواق معروضة على جمهور

---

[1]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص88.

[2]- l'article L .217-3 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : « Le vendeur délivre un bien conforme au contrat ainsi qu'aux critères énoncés à l'article L. 217-5. Il répond des défauts de conformité existant au moment de la délivrance du bien au sens de l'article L. 216-1, qui apparaissent dans un délai de deux ans à compter de celle-ci. … ».

[3] - l'article L .211-5 (ord n°2016-301 du 14/03/2016) propose que : «Pour être conforme au contrat, le bien doit :

1° Etre propre à l'usage habituellement attendu d'un bien semblable et, le cas échéant :

-correspondre à la description donnée par le vendeur et posséder les qualités que celui-ci a présentées à l'acheteur sous forme d'échantillon ou de modèle ;

- présenter les qualités qu'un acheteur peut légitimement attendre eu égard aux déclarations publique faites par le vendeur…. ».

المستهلكين، مطابقة للأحكام التشريعية والتنظيمية السارية المفعول، بمعنى أن الالتزام بالمطابقة في القانون المدني يهم المتعاقد مع البائع فقط أي يكون المنتوج مطابق لما تمّ الاتفاق عليه؛ بينما في تشريع الاستهلاك أصبح الالتزام بالمطابقة يحقق مصلحة عامة، ومن ناحية ثالثة، نشير إلى أن مهمة مراقبة مدى مطابقة المنتوجات للمعايير القانونية في تشريع الاستهلاك الجزائري والفرنسي على حدّ سواء واقعة على عاتق المتدخل يعمل على تحقيقها وتسهر الإدارة على مراقبتها، فمن خلال هذه ما سبق نستنتج أنه حتى وإن تشابهت التسميات بين كل من قانون العقد وقانون الاستهلاك، إلا أنها تختلف في المضمون.

البند الثالث: مجالات رقابة المطابقة وجزاء مخالفتها

بالرجوع إلى نصّ المادّة 12 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الصادر بالقانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدّل والمتمم نصّت على وجوب التزام المتدخل بالرقابة على مطابقة منتجاته؛ وتتم هذه الأخيرة لرقابة مدى مطابقة المنتوج للمواصفات والمقاييس التقنية والقانونية قبل عرضه للاستهلاك من طرف المتدخل نفسه وطيلة عملية العرض للاستهلاك من طرف الدولة؛ فتجدر الإشارة إلى أنه قد تتسبب المنتوجات غير المتوفرة على المقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية في إصابة المستهلكين بأضرار قد تمس مصالحهم المادية أو المعنوية، الأمر الذي دفع بالمشرّع الجزائري إلى فرض احترام الالتزام بالمطابقة وأقر مسؤولية مدنية وأخرى جنائية على المخالفين؛ وهو ما سنشرحه بالتفصيل في النقاط التالي ذكرها حيث ستتضمن **النقطة الأولى** مجالات الرقابة على المطابقة؛ أما **النقطة الثانية** فتتضمن الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة[1].

أولا: مجالات الرقابة على المطابقة

تشمل الرقابة الواقعة على المطابقة نوعين من الرقابة؛ رقابة يقوم بها المتدخل في عملية عرض المنتوج، ورقابة مكمّلة يقوم بها أعوان الإدارة.

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص،ص290،289.

أ- الرقابة من طرف المتدخل:

يعد المتدخل المعني المباشر برقابة منتجاته قبل عرضها للاستهلاك، وغالبا ما يكون المنتج ملزم بأن تتطابق منتجاته مع المواصفات التي حددها القانون، ومراعاة المقاييس والمواصفات التقنية الخاصة بمكونات المنتوج وطريقة معالجته[1].

هذا وألزم المشرّع المتدخل بضرورة إجراء رقابة على مطابقة المنتوج سواء كان وطنيا أو مستوردا؛ وهذا عن طريق إجراء تحليل الجودة ومراقبة مطابقة المواد التي ينتجها بنفسه أو يتاجر فيها وهذا ما يسمى بـ "المراقبة الذاتية"[2].

والأصل أن يقوم المتدخل بنفسه بإجراء الرقابة لأنه أعلم بمكوناتها وخصائصها، غير أنه يجوز أن يكلف المتدخل أشخاصا من الغير للقيام بذلك،[3] وهذا طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول[4].

ويجوز للمتدخل اللجوء لمخابر تحليل النوعية المصنفة ضمن الفئة الأولى،[5] كما يسخر المتدخل عند إجراء الرقابة كل الوسائل المادية الملائمة التي تتناسب مع طبيعة العمليات التي يقوم بها المتدخل وكذا حجم وتنوع المنتوجات التي يضعها للاستهلاك والوسائل التي يجب أن يمتلكها مراعاة لاختصاصه والقواعد والعادات المتعارف عليها في هذا المجال[6].

كما يستعين المتدخل بمستخدمين حائزين على شهادات تثبت المؤهلات المطلوبة للقيام بالفحوص الضرورية لتحليل الجودة ومراقبة مطابقة المواد المنتجة وهذا قبل عرضها في السوق[7].

ومهما كانت طبيعة المنتوج فإن المشرع يلزم القائمين بإنتاج السلع والخدمات الالتزام بأمن المنتوج بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منه، حتى لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه

---

[1]- ويزة لحراري، المرجع السابق، ص49.

[2]- جليل أمال، المرجع السابق، ص97.

[3]- المادّة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 65/92، المؤرخ في 1992/02/12، المتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، الجريدة الرسمية العدد:13، الصادرة بتاريخ 1992/02/19.

[4]- المادّة 1/12 من القانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدّل والمتمم.

[5]- هذا ما جاء في نص المادّة 02/14 من المرسوم التنفيذي رقم 192/91، المؤرخ في 1991/01/01، المتعلق بمخابر تحليل النوعية، الجريدة الرسمية العدد: 27، الصادرة بتاريخ 1991/07/02.

[6]- هذا ما نصّت عليه المادّة 02/12 من القانون رقم 03/09 المعدّل والمتمم.

[7]- راجع نصّ المادّة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 65/92 السالف الذكر.

ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للإستعمال، أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخل[1].

أما بالنسبة للرقابة الداخلية في تشريع الاستهلاك الفرنسي فقد تمّ النصّ عليها في نصّ المادّة L.411-1 حيث جاء فيها ما يلي: "...يتحقق الشخص المسؤول عن طرح منتج أو خدمة في السوق لأوّل مرة من امتثالها للوائح المعمول بها..." [2].

ب- الرقابة من طرف أعوان الإدارة:

إن هذا النوع من الرقابة نصت عليه صراحة المادة 29 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش؛ إذ أجازت لأعوان الإدارة القيام في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل عملية عرض المنتوج للاستهلاك برقابة مطابقة المنتوجات بالنسبة للمتطلبات المميزة الخاصة بها.

ويقوم بمهمة الرقابة، حسب المادة 25 من نفس القانون؛ ضباط الشرطة القضائية والأعوان المرخص لهم بموجب نصوص خاصة وأعوان قمع الغش التابعون للوزارة المكلفة بحماية المستهلك.

وفي سبيل تحقيق هذه المهمة منحهم القانون سلطات واسعة سواء في المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش[3] أو في قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إذ لهم تحرير محاضر عند معاينتهم للمخالفة حسب المادة 32 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ولهم حسب المادة 33 من نفس القانون فحص كل الوثائق على اختلاف أنواعها دون أن يكون بالإمكان الاحتجاج ضدهم بالسر المهني، ولهم حسب المادة 34 من القانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش الحرية في الدخول إلى المحلات التجارية والمكاتب ومحلات الشحن وغيرها من الأمكنة، باستثناء المحلات ذات الاستعمال السكني، ليلا أو نهارا، بما في ذلك أيام العطل.

---

[1]- هذا ما نصّت عليه المادّة 09 من القانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

[2]- l'article L .411-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : «...Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit ou d'un service vérifie que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur... ».

[3]- القانون رقم 39/90، المؤرخ في 1990/01/30، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد:5، الصادرة بتاريخ 1990/01/04.

وحسب المادة 84 من نفس القانون يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 435 من قانون العقوبات[1] كل من يعرقل أو يقوم بكل فعل من شأنه عرقلة إتمام مهام الرقابة التي يقوم بها الأعوان. إن المطابقة تتطلّب أيضا تقييس المنتوجات.

ثانيا: الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة

بالرغم من إلزام المشرع المتدخل في توفير المقاييس والمواصفات القانونية والتنظيمية في المنتوج، بقصد ضمان صحة وأمن المستهلك من جهة، وتوفير الجودة العالية في المنتوجات ومنافسة المنتوجات العالمية من جهة أخرى، إلا أنه قد يعمد بعض المتدخلين إلى الإخلال بحماية المستهلك عن طريق مواصفات المنتجات من وزن ولون وشكل...إلخ. فعدم مطابقة مكونات المادة التي تحتويها العبوة نتيجة إضافة مواد أخرى، يعتبر إخلالا بحماية المستهلك[2].

وعليه تفاديا للإضرار بمصالح المستهلك وقّع المشرّع الجزائري مسؤولية مدنية على كل متدخل يطرح منتوج غير مطابق للمواصفات التنظيمية والقياسية، هذا بالإضافة إلى منح أعوان الإدارة المكلفة بمراقبة الجودة وقمع الغش سلطات واسعة، تتمثل في اتخاذ جميع التدابير التي تحمل في طياتها صفة الجزاء الإداري والذي يكون هدفه وقائي بالنسبة للمستهلك وردعي بالنسبة للمتدخل، هذا ولم يكتفي المشرّع الجزائري بهذا الحد بل ورتب على مخالفي التزام المطابقة جزاءات عقابية نظرا للعلاقة الوطيدة بين الوقاية والردع.وكل هذا سنتطرق إليه على تباعا.

أ- الجزاء المدني للإخلال بالالتزام بالمطابقة:

لم ينظم المشرع الجزائري في قانون حماية المستهلك أحكام مدنية يمارسها المستهلك عند عدم مطابقة المنتوج غير تلك المنصوص عليها في المادة 13من القانون 03/09المتعلقة بضمان المنتوج مكتفيا بضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في القانون المدني.

---

[1]- نصّت المادّة 435 من الأمر 156/66، المؤرخ في 1966/07/08، المتضمن قانون العقوبات، المعدّل والمتمم على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 2.000 د.ج إلى 20.000 د.ج ودون إخلال بالعقوبات المقررة في المادّة 183 وما يليها من هذا القانون، كل من يضع الضباط وأعوان الشرطة القضائية وكذلك الموظفين الذين يسند إليهم القانون سلطة معاينة المخالفات المشار إليها في المواد 427 و428 و429 و430 في موقع استحالة للقيام بوظائفهم، إما برفض عدم السماح لهم بالدخول إلى المحال الصناعية أو محال التخزين أو محال البيع أو بأية كيفية أخرى".

[2]- جليل أمال، المرجع السابق، ص101.

إلا أنه ومن خلال القانون المدني مكّن المستهلك من الادعاء مدنيا متى أخل المتدخل بالتزامه، وهذا من خلال المسؤولية المدنية للمتدخل[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المسؤولية المدنية تقوم على أساس نص المادّة 124 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ على مايلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، إلا انه في إطار حماية المستهلك هناك من يؤسس قيام مسؤولية المتدخل باعتباره محترفا فينشاط معين على أساس عقدي؛ لكن بالرجوع إلى نص المادة 140مكرر الفقرة1 التي نصّت على أنه:"يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى وإن لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية". وهو موقف سليم حيث انه في إطار المعاملات التجارية كثيرا ما يتحصل المستهلك على سلع دون أن تكون علاقة تعاقدية بينه وبين المتدخل. إذن تقوم مسؤولية المتدخل المنصوص عليها في المادة 140 مكرر إذا أخل المتدخل بالتزامه مما يؤدي إلى ضرر للمستهلك. ومتى تحقق ذلك يكون للمستهلك الحق بطلب التعويض.

تقوم المسؤولية المدنية للمتدخل في حالتين؛ حالة ما إذا أخل المتدخل بما تمّ الإتفاق عليه مع المستهلك في العقد، بالإضافة إلى حالة مخالفة الموصفات القانونية والقياسية.

- **حالة إخلال المتدخل بما تمّ الإتفاق عليه مع المستهلك في العقد:**

إذا ما رجعنا إلى نص المادّة 379 من القانون المدني فنجدها تلزم البائع بالضمان إذا لم يشتمل البيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري. وبالتالي لا بد على المتدخل تسليم المبيع للمستهلك مطابقا لما تم الاتفاق عليه في العقد وهو ما يعتبر مطابقا للرغبات المشروعة للمستهلك وفي حالة عدم المطابقة تقوم المسؤولية العقدية للمتدخل جراء إخلاله بالالتزام التعاقدي، ويبقى دائما للمستهلك الحق في الرجوع على المتدخل بدعوى تعويض؛ جراء ما لحقه من ضرر لعدم مطابقة المنتوج للمواصفات التي اتفق عليها مع المتدخل.

- **حالة إخلال المتدخل للمواصفات القانونية والقياسية:**

إذا ثبت عدم مطابقة المنتوجات للمواصفات القانونية والقياسية تقوم مسؤولية المنتج لأنه اخل بالالتزام القانوني نتيجة الضرر الذي ألحقه بالمستهلك لعدم المطابقة حيث يكون للمستهلك من جراء الضرر الذي لحقه الحق في طلب التعويض من خلال رفع دعوى التعويض[2].

---

[1]- فاضل سارة، المرجع السابق، ص445.

[2]- ويزة لحراري، المرجع السابق، ص98.

ب- الجزاء الإداري للإخلال بالالتزام بالمطابقة:

لقد خوّل قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من خلال نصّ المادّة 1/53 منه المعدّلة بالمادّة 02 من القانون رقم 09/18 المتضمن تعديل قانون 03/09، أعوان الإدارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش سلطات واسعة سواء أثناء القيام بعمليات التحري والرقابة أو أثناء التحقق من عدم مطابقة المنتوج أو الخدمة، ففي حالة ثبوت عدم مطابقة المنتوج تتخذ مجموعة من التدابير المختلفة والمتنوعة لها صفة الجزاء الإداري والهدف من ورائها ردع المتدخل حماية لمصلحة المستهلك؛ وهي تتمثل في كل من إيداع المنتوج المشبوه،[1] سحب المنتوج من التداول،[2]حجز المنتوج لإتلافه أو لإعادة توجيهه،[3] التوقيف المؤقت لنشاط المؤسسة،[4] فرض غرامة الصلح[5].

ج-الجزاء الجنائي للإخلال بالالتزام بالمطابقة:

حافظ قانون حماية المستهلك وقمع الغش على الطابع الجزائي لبعض الأعمال غير الشرعية لذا نصّ المشرّع الجزائري على عقوبات جزائية في حالة عدم الالتزام بالمطابقة والمتمثلة في عقوبة الخداع والغش[6].

فبالنسبة لجريمة الخداع فقط تطرّق إليها المشرّع الجزائري في المادّتين 68 و69 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والمادتين 429 و430 من قانون العقوبات، حيث ذكرت المادّة 68 الحالات التي يتحقق من خلالها الركن المادّي لجريمة الخداع حيث نصّت على أنه كل من يحاول أن يخدع المستهلك بأي وسيلة أو طريقة كانت حول كمية المنتوج المسلمة، أو تسليم منتوجات غير تلك المعنية مسبقا، أو حول قابلية استعمال المنتوج، أو تاريخ أو مدة صلاحية المنتوج، النتائج المنتظرة من المنتوج، طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج.

---

[1]- راجع المادّة 55 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

[2]- راجع نصّ المادّة 59 و60 و62 و63 من القانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدل والمتمم.

[3]- راجع نصّ المادّة 64 من قانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

[4]- راجع المادّة 03 من القانون رقم 09/18 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدّلة للمادّة 65 من القانون رقم 03/09.

[5]- راجع المادّة 86 و87 و89 و90 و92 فقرة 1 و2 و3 من القانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

[6]- زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص200.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ جريمة الخداع من الجرائم العمدية التي يتطلب لقيامها توفر القصد الجنائي ويجب على القاضي إثباته وإقامة الدليل عليه[1].

فبطبيعة الحال في حالة توفر الأركان السالف ذكرها ستقرر عقوبة ضد المتدخل المرتكب لجريمة الخداع؛ ففي هذا الصدد قد أحالت المادّة 68 إلى المادة 429 من قانون العقوبات المعدل والمتمم؛ وتجدر الإشارة إلى أنّ جريمة الخداع أو محاولة الخداع في السلع جنحة يعاقب عليها بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 2000 د.ج إلى 20000 د.ج أو إحدى هاتين العقوبتين وكعقوبة تكميلية وفي جميع الحالات إعادة الأرباح التي حصل عليها بدون حق.

هذا وتضيف المادّة 69 تشديد العقوبة المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات إلى 5 سنوات حبسا وغرامة قدرها 500000 د.ج إذا كان الخداع أو محاولة الخداع أرتكبت سواء بواسطة؛ الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى مزورة أو غير مطابقة، أو عن طريق طرق ترمي إلى التغليط في عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم المنتوج، أو من خلال إشارات أو إدعاءات تدليسية، أو كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى.

ولا ننسى الرجوع إلى التعديل الجديد لقانون حماية المستهلك وقمع الغش المتمثل في القانون 09/18 حيث أضاف المادّة 73 مكرر التي أضافت عقوبات في حال مخالفة الخصائص التقنية الوارد النص عليها في المادّة 11 السالفة الذكر حيث أقرت عقوبة مقدّرة بـ500.000 د.ج إلى 1000.000 د.ج.

وإلى جانب العقوبات الأصلية هناك عقوبات تكميلية نصت عليها المادة 82 من القانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم؛ وهي مصادرة المنتوجات والأدوات وكل وسيلة أخرى استعملت لارتكاب المخالفات المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش.

وبالتالي يعتبر الالتزام بالمطابقة الوسيلة المثلى للحفاظ على أمن المنتوج وبالتالي تحقيق سلامة المستهلك من الأضرار التي قد يسببها منتوج ما غير مطابق للمواصفات والمقاييس التي يحددها القانون، وحفاظا على سلامة المستهلك لم يتوقف المشرّع الجزائري عند الالتزام بالمطابقة بل

[1]– زوبير أرزقي، المرجع السابق، ص202.

فرض على المتدخل التزام آخر من شأنه أو يوفر السلامة للمستهلك من أي منتوج أو خدمة وهو ما سنعالجه في الفرع التالي.

الفرع الثالث: الالتزام بالسلامة كآلية محددة لمضمون العقد

إن مشاكل الصحة والسلامة تعد من أهم الأمور التي تطرحها حماية المستهلك، ذلك أن استعمال بعض المنتوجات قد يؤدي، أحيانا، إلى كوارث حقيقية، فالتعقيد المتزايد للمنتوجات والخدمات المعروضة في السوق تجعل الكوارث كثيرة الوقوع ونتائجها جد خطيرة[1].

ونظرا لضعف المستهلك في التعامل مع الغير، بفعل التحايلات التي قد يمارسها عليه بعض المتدخلين عند ترويج السلع والمنتوجات من خلال استغلالهم لمركزهم القانوني القوي من جهة، وعجز مبدأ الحرية التعاقدية لمسايرة تطورات الحياة الاقتصادية الحديثة لضمان سلامة المستهلك وتغطية الأضرار الجسدية والمادية اللاحقة به، أدى بالمشرّع إلى التفطن إلى بعض المنتوجات التي تتصف بالخطورة التي قد تلحق أضرارا بالمستهلك، فكان ذلك سببا في تقرير التزام على عاتق المتدخل؛ وهو ضمان سلامة المستهلك من هذه المنتوجات، وتقرير تعويض له يقدر على حجم الضرر اللاحق، دون الحاجة لإثبات هذا الضرر[2].

فلفهم أكثر لهذا الالتزام سنتطرّق إلى كل من مفهومه في **بند أوّل**، ثمّ بعد ذلك إلى آليات تنفيذ الالتزام بالسلامة وجزاء مخالفته في **بند ثان**، ثمّ نتطرق في **بند ثالث** إلى الالتزام بالسلامة بين قانون العقد وقانون الاستهلاك.

البند الأوّل: مفهوم الالتزام بالسلامة كآلية محددة لمضمون العقد

إن الاجتهاد القضائي الفرنسي هو أول من كان سببا في ميلاد الالتزام بالسلامة في بعض العقود واعتبره كالتزام واقع على عاتق إحدى الطرفين، وكان ابتكار هذا الالتزام في بداية القرن العشرين، بصدد عقد النقل.[3] حيث أن الاجتهاد القضائي أكد أن في عقد النقل، الناقل ليس فقط ملزم بنقل المسافر وإنما يجب أيضا نقله سليما معافا[4]. ثمّ بعد ذلك انتقل هذا الالتزام إلى بقية العقود

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص291.

[2]– وهيبة عميش، الالتزام بضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطيرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ص،ص326،325.

[3]- Cass. Civ, 21/11/1911, DP, 1913, 1. 249, Note SARRUT, 19121-1.73, Note Lyon gen).

[4] - Jaqueline Amiel Donat, contrat de consommation, J.C.P concurrence, consommation, 1989, Fascicule 800, p128.

وصولا إلى عقد البيع في نهاية القرن العشرين.[1]وقد تبنّى المشرّع الجزائري هذا الالتزام من خلال نصّ المادّة 2 من القانون 02/89 المتضمن قانون حماية المستهلك الملغى ثمّ نصّ عليه في المادّة 9 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ومؤخرا صدر المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات[2]. وسنعمل من خلال هذه النقطة إلى التطرّق أولا إلى المقصود من الالتزام بالسلامة، ثمّ بعد ذلك نتطرّق إلى نطاقه.

أولا: المقصود من الالتزام بالسلامة كآلية محددة لمضمون العقد

عادة لا يعمد المشرّع على تعريف المفاهيم القانونية، وإنما يترك ذلك للفقه والقضاء، ولكن باستقراء بعض النصوص القانونية، نحاول الاقتراب من المفهوم التشريعي للالتزام بالسلامة؛ فبالرجوع إلى نص المادّة 04 من قانون 03/09 المتضمن حماية والمستهلك وقمع الغش قد نصّت على الالتزام بالسلامة بأنه: "يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك، احترام إلزامية سلامة هذه المواد والسهر على أن لا تضر بصحة المستهلك"؛ هذا بالإضافة إلى ما جاء في نصّ المادّة 3-421.لمن قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد حيث نصّت على أنه: "إن المنتوجات والخدمات، يجب، في ظروف الاستعمال العادية أو في ظروف أخرى ممكن توقعها من طرف المحترف بشكل معقول، أن تتوفر على السلامة التي نستطيع انتظارها بشكل مشروع، وألا تمس بصحة الأشخاص"؛[3]فيستشف من هذه النصوص أنّ الالتزام بالسلامة هو عبارة عن الجهد الذي يبذله المدين باحترام المقاييس التي من خلالها تكون السلعة التي يقدمها لا تضر بصحة الدائن بهذا الالتزام، والجهد المقصود في هذه الحالة هو تحقيق نتيجة وليس بذل عناية، لأن المادّة 09 كانت واضحة وصريحة فيما يخص الجهد المبذول وهو عدم الإضرار بصحة الدائن؛ حيث نصّت الأخيرة على أنه "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك، مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه...".

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص292.

[2]– مرسوم تنفيذي رقم 203/12، المؤرخ في 2012/05/06، المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، الجريدة الرسمية العدد: 28، المؤرخة في 2012/05/09.

[3]- L’article L.421-3 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : « Les produits et les services doivent présenter, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

فمن خلال النصوص السالف ذكرها نستنتج أن المدين بالالتزام وهو بصدد تنفيذ التزامه يقع تحت طائلة الوجوب، بمعنى أن كل تصرف منه لحماية صحة المستهلك فذلك واجب عليه ولا يقبل منه أقل من ذلك، ويحرص المدين على هذا الالتزام عندما يقدم سلعة أو خدمة للدائن، وأن لا يكون من شأن ذلك أبدا مساسا بسلامته، وإلا قد يكون المدين قد أخل بالتزامه وبتالي تقوم مسؤوليته[1].

ثانيا: نطاق الالتزام بالسلامة

يحدد القانون مستويات تطبيق الالتزام بالسلامة وهي تتفرع إلى نطاقين، فمن جهة يجب ألا يستفيد من الحماية المقررة إلا أشخاص محددين، فيحدد نطاق الالتزام من حيث الأشخاص، ومن جهة أخرى فإن موضوع الالتزام ينصب على محل معين، فيسطّر نطاق الالتزام بسلامة المستهلك من حيث الموضوع،والمتمثل في المنتوجات التي تضر بالمستهلك.

1. نطاق الالتزام بالسلامة من حيث الأشخاص:

بما أن الالتزام بالسلامة يعتبر التزاما قانونيا، وجب تحديد طرفيه، فمن هو المدين بهذا التزام ومن هو الدائن به؟ وهو ما سنتناوله في كالآتي.

أ- المدين بالالتزام بالسلامة:

كان المشرّع الجزائري يعبّر عن المدين بالالتزام بالسلامة بلفظ "المحترف" وهو اللفظ الذي اعتمده في المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات،[2] ولكن بصدور القانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدّل والمتمم فّضل استعمال مصطلح "متدخل"، وهو مصطلح جديد في نصوص حماية المستهلك، حيث عّرفه في المادة 7/03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على النحو الآتي:"المتدخل: كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

وتجدر الإشارة أنّ مصطلح متدخل يشمل كل من المنتج والصانع والمستورد والموزع، فكل هؤلاء يتدخلون، ضمن إطار مهنتهم، في عملية عرض المنتوج للاستهلاك،[3] والدليل على ذلك عندما

---

[1]- وهيبة عميش، المرجع السابق، ص328.

[2]- شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012، ص13.

[3]- لخذاري عبد الحق، حماية المستهلك من خلال الالتزام بضمان بالسلامة، مجلة الحقوق والحريات، العدد4، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017،ص413.

عرّفت المادّة 8/03 من قانون03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش على أنّ "عملية وضع المنتوج للاستهلاك: مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة"، ونفس شيء أشارت إليه المادّة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات؛ عندما نصّت على أن: "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدّمي الخدمات..." [1].

فنلاحظ أنّ المشرّع الجزائري اعتمد على معيار الاحتراف في تحديد الملتزم بالسلامة، فحتى نعتبر الشخص متدخلا، يجب أن يمارس عملية وضع المنتوج للاستهلاك ضمن إطار مهنته وإلا فلا نعتبره كذلك[2].

فبما أنّ المشرّع الجزائري في قانون حماية المستهلك وقمع الغش فضّل مصطلح المتدخل للتعبير عن كل من يعرض المنتوجات للاستهلاك، فلم يقم بتعداد المتدخلين في هذه العملية، إلا أنه وبالعودة إلى نصّ المادّة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات؛ نجد أنّ المشرّع من خلاله قد عدّد بعض المتدخلين في عملية عرض المنتوج للاستهلاك وأوقع عليهم الالتزام بالسلامة فمنهم المنتج؛[3] الوسيط؛[4]الموزع؛[1] المستورد[2]بالإضافة إلى التاجر[3].

---

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 203/12، المؤرخ في 2012/06/06، المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، الجريدة الرسمية العدد: 28، المؤرخة في 2012/06/09.

[2]– شعباني نوال، المرجع السابق، ص14.

[3]- لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للمنتج لا في القانون المدني ولا في القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، رغم أهمية ذلك في تحديد نطاق الالتزام بضمان السلامة، بل اقتصرت على تعريف عملية الإنتاج فقط في المادّة 10/03 على أنها: "العمليات التي تتمثّل في تربية المواشي وجمع المحصول والجني والصيد البحري والذّبح والمعالجة والتّصنيع والتّحويل والتّركيب وتوضيب المنتوج، بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه وهذا قبل التسويق الأول"،وبالتالي نستنتج من خلال هذه المادة، المعنى الواسع للمنتج؛ إذ يقصد به كل المتدخلين في العملية الإنتاجية ولكن قبل التسويق الأول، أما المنتج بالمعنى الضيق وهو الشائع؛ فهو أن يكون صانعا أو مركِّبا، فيقوم الصانع إذن بإنتاج أو بتحويل المادة الأولية بغرض الحصول على منتجات جاهزة أو نصف جاهزة للإستهلاك، فهو الطرف الرئيسي في العملية الإنتاجية والأقدر على تحمل أضرار المنتجات، وهو المنتج الذي قصده التوجيه الأوربي الصادر في 25 جويلية 1985، والذي تبناه المشرّع الفرنسي في المادّة 6/1368 من القانون المدني الفرنسي. راجع في ذلك شعباني نوال، المرجع السابق، ص17.

[4]– لم يعرف المشرع الجزائري الوسيط في قانون حماية المستهلك قمع الغش شأنه في ذلك شأن المنتج، فالوسيط هو الشخص الذي يقوم بالتوسط في عمليات الإنتاج أو التوزيع وفي كل مراحل وضع المنتوج للاستهلاك.راجع لخذاري عبد الحق، المرجع السابق، ص414.

وقد أوقع المشرع الفرنسي الالتزام بالسلامة على عاتق المحترف وهذا ما أكدته المادّة L.421-3 من تشريع الاستهلاك الفرنسي عندما نصّت على أنه: "إن المنتوجات والخدمات، يجب، في ظروف الاستعمال العادية أو في ظروف أخرى ممكن توقعها من طرف المحترف بشكل معقول، أن تتوفر على السلامة التي نستطيع انتظارها بشكل مشروع، وألا تمس بصحة الأشخاص"، وقد اعتمد المشرع الفرنسي من خلال هذه المادة على مصطلح المحترف في إيقاع الالتزام بالسلامة على عاتقه، هذا وقد اعتمد المشرع الفرنسي من خلال نصّ المادّة L.421-4 على كلا من مصطلحي المنتج والموزع في فرض الالتزام بالسلامة حيث نصّت هذه المادّة على ما يلي: "يتخذ المنتجون والموزعون جميع التدابير اللازمة للمساهمة في الامتثال لجميع التزامات السلامة المنصوص عليها في هذا العنوان"[4].

ب- الدائن بالالتزام بالسلامة:

لقد أقرّ قانون حماية المستهلك وقمع الغش أنّ الدائن بالحماية التي تتضمنها أحكامه هو شخص المستهلك، سواء في القانون رقم 02/89 الملغى، أو في القانون 03/09 من خلال نصّ المادّة 09، فقد عرّف هذا الأخير المستهلك في المادّة 1/03 على أنه "كلّ 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".

---

[1]- هو كل شخص يتولى عملية نقل السلعة من منتجها أو صانعها أو مستوردها الأول إلى البائع بالجملة أو نصف الجملة.راجع شعباني نوال، المرجع السابق، ص19.

[2]- وهو من يقوم بعملية استيراد المنتوجات من الخارج ومن ثم وجب عليه أن يراعي عند استيراده للمنتوجات توفرها على المواصفات القانونية والدولية المعمول بها ويتأكد أن المنتج يستجيب لمتطلبات السلامة.راجع زوبة سميرة، المرجع السابق، ص165.

[3]- لقد عرفت المادة الأولى من القانون التجاري، التاجر على انه كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك، والتاجر الذي يبيع المنتوج في شكله النهائي هو المتدخل الذي يعرفه المستهلك جيدا ولم يفرق المشرع بين التاجر العادي والتاجر المتخصص الذي يعرف جيدا المنتوج الذي يبيعه. راجع لخذاري عبد الحق، المرجع السابق، ص415.

[4]- L'article L.421-4 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : «Les producteurs et les distributeurs prennent toutes mesures utiles pour contribuer au respect de l'ensemble des obligations de sécurité prévues au présent titre ».

إلا أنه يعيب على المشرّع الجزائري عند استعماله مصطلح "المستهلك"، فالسلامة كما وضّح الفقه الفرنسي،[1] يستفيد منها المستهلك في المقام الأوّل، ولكنها تمتدّ أيضا للمحترف عند استعماله للمنتوج، وكذلك للأشخاص غير المستعملين، وعلى ذلك يتعيّن على المشرّع الجزائري استبدال مصطلح "المستهلك" "بالشخص"[2].

فالرجوع إلى تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2022 المعدّل والمتمم وبالخصوص نصّ المادّة L.421-3 نلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي عكس الجزائري استعمل مصطلح "الأشخاص" وليس "المستهلك"، ومن أجل ذلك رأى الفقه الفرنسي أن الالتزام بالسلامة حق لكل شخص يواجه خطر التعرض لضرر بسبب المنتوجات أو الخدمات المعروضة للبيع، ومن بين هؤلاء الأشخاص يشغل المستهلك المكان الأكبر، ولكنه ليس هو الوحيد، ذلك أن المنتوج أو الخدمة يمكن أن يكون مصدر ضرر للمحترفين المستعملين، ويمكن أن يكون أيضا مصدر ضرر لأشخاص غير مستعملين كالمار الذي يُصدم بسيارة توجيهها معيبا.[3]إلا أنه قد رجع المشرع الفرنسي في نص المادّة L.421-5 من تشريع الاستهلاك الجديد لسنة 2016 ونفس شيء سار عليه تعديل 2022، إلى استعمال مصطلح مستهلكين واعتبره دائنا بالالتزام بالسلامة حيث نصّت هذه المادّة على ما يلي: "يعتبر المنتوج مستوفيا للالتزام بالسلامة العام المنصوص عليه في المادّة L421-3 عندما يتوافق مع اللوائح المحددة المطبقة عليه، والهدف منها حماية صحة وسلامة المستهلكين"[4].

2. نطاق الالتزام بالسلامة من حيث الموضوع:

يتمثل موضوع التزام المتدخل بسلامة المستهلك؛ في محل العملية الاستهلاكية ذاتها، فهو المنتوج الذي يتسبب في ضرر للمستهلك ويمس سلامته الجسدية والمعنوية، وينطوي تعريف المنتوج أو تحديده على أهمية بالغة لمعرفة المنتوجات الخاضعة لقانون حماية المستهلك، وفي المقابل المنتوجات التي لا تخضع له كونها منظمة بقوانين خاصة؛ وهو ما سنفصله تباعا.

---

[1]– حول الفقه الفرنسي راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص296.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص296.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص296.

[4]-L'article L. 421-5(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que : «Un produit est considéré comme satisfaisant à l'obligation générale de sécurité prévue à l'article L. 421-3, lorsqu'il est conforme à la réglementation spécifique qui lui est applicable ayant pour objet la protection de la santé ou de la sécurité des consommateurs ».

أ- المنتوجات الخاضعة لقانون حماية المستهلك:

قسّم المشرّع الجزائري المنتوجات[1] وفق المادّة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش إلى سلع وخدمات:

فالسلعة وفق المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات هي كل منتوج مادّي أي منقول مادّي، وبالتالي يمكن اعتبار السلع الأموال المنقولة كالسيارات والآلات الكهربائية والمواد الغذائية...إلخ، وتعتبر الأموال سلعا ولو كانت متصلة بعقار، ويعد مالا منقولا كل شيء غير مستقر في حيزه وغير ثابت فيه، ويمكن نقله دون تلف إلا أن المشرع الجزائري لم يستخدم لفظ "مال" في قانون حماية المستهلك قمع الغش، لتفادي التأويل الواسع لمفهوم الأموال الذي يشمل المنقولات والعقارات.[2] وتقسّم السلع في حدّ ذاتها إلى نوعين؛ سلع استهلاكية وسلع إنتاجية، فالإستهلاكية هي التي يشتريها المستهلك من أجل استهلاكها النهائي له ولأفراد عائلته، أما السلع الإنتاجية فهي التي يشتريها المشتري من أجل إنتاج سلع أخرى تختلف عنها بالخصائص وبهدف بيعها وتحقيق الأرباح منها[3]. ونشير إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يحدد أنواع السلع التي يلتزم المتدخل بضمان سلامتها وبالتالي ضمان سلامة المستهلك، وهذا نظرا لكثرتها واتساع مجالات الإنتاج وتطوره في الوقت الحاضر، إلا أنّ المادة 140مكرر من القانون المدني المكرسة لمسؤولية المنتج عددت البعض منها عندما نصت على أنه:"يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار،لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

أما الخدمة فقد عرّفها المشرّع الجزائري في المادة 15/03من قانون حماية المستهلك وقمع الغش بأنها:"كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة

---

[1]- بالرجوع إلى نصّ المادّة 10/03 من القانون رقم 03/09 المعدّل والمتمم عرّفت المنتوج على أنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا"، هذا وتعتبر المادّة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات أنّ المنتوج: "كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة"، وبالتالي نستنتج أنّ المشرع قد أغفل عنصرا هاما عند تعريفه للمنتوج الخاضع للالتزام بالسلامة؛ وهو ضرورة أن يوضع المنتوج للاستهلاك، ذلك أن السلع التي يجب ضمان عدم تعرضها لسلامة المستهلك هي التي تكون موضوعة للإستهلاك، أما السلع التي لم يتم تداولها بعد فهي خارجة عن التزام المتدخل، راجع زوبة سميرة، المرجع السابق، ص191.

[2]- المر سيهام، المرجع السابق، ص 139.

[3]- شعباني نوال، المرجع السابق، ص35.

المقدمة"، فنستنتج من خلال نص المادّة أنّ الخدمة لا تشمل عملية تقديم السلعة، حتى ولو كانت تابعة لعملية البيع ذاتها، كما هو الحال بالنسبة للخدمة ما بعد البيع، لأن تسليم السلعة لا يعتبر من الخدمات بمفهوم قانون حماية المستهلك وقمع الغش، بل تتعلق بعقد البيع، أما العمل المدعم للخدمة، فهو يدخل في إطار التنفيذ الجيد للالتزام.

أما فيما يخص تشريع الاستهلاك الفرنسي فقد أخضع كل من المنتوجات والخدمات للالتزام بالسلامة وهذا ما ورد في نصّ المادّة L421-3 عندما نصّت على أنه: "إن المنتوجات والخدمات، يجب، ...، أن تتوفر على السلامة..."، إلا أنه وبالرجوع إلى نصّ المادّة L.421-2 قد تمّ إقصاء من نطاق تطبيق الالتزام بالسلامة المنتوجات القديمة والمستعملة التي تتطلب إصلاحا أو إعادة إلى الحالة السابقة لاستعمالها، إن سبب هذا الإقصاء هو أن يكون الشخص الذي يورد هذا المنتوج المستعمل قد أعلم الطرف الآخر بضرورة الإعادة إلى الحالة السابقة[1].

ب- المنتوجات المنظمة بقوانين خاصة:

استبعد قانون حماية المستهلك بعض المنتوجات من الحماية، لكونها منظمة بقوانين خاصة، نظرا لخطورتها أو لتعقيدها وبالتالي مساسها بالمستهلك أو لتفرد نظامها القانوني عن المنتجات الأخرى.

فأوجب القانون حظرها والحذر في التعامل معها بموجب قوانين خاصة،[2] من الأمثلة عن هذه المنتوجات في التشريع الجزائري؛ الأسلحة المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 399/63 المصنف لعتاد الحرب والأسلحة وذخائرها المعتبرة كعتاد الحرب،[3] فيحظر بيعها وحيازتها بفعل خطورتها على المستهلك خاصة والمجتمع عامة بفعل تهديدها للأمن،[4] هذا بالإضافة إلى المواد

[1]- L'article L. 421-2 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : «Les dispositions du présent titre ne s'appliquent pas aux antiquités et aux produits d'occasion nécessitant une réparation ou une remise en état préalablement à leur utilisation lorsque le fournisseur informe la personne à laquelle il fournit le produit de la nécessité de cette réparation ou de cette remise en état ».

[2]- وهيبة عميش، المرجع السابق، ص 333.

[3]- المرسوم التنفيذي رقم 399/63، المؤرخ في 1963/10/10، يصنف عتاد الحرب والأسلحة وذخائرها المعتبرة كعتاد الحرب، الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ 1963/10/11، منقول عن شعباني نوال، المرجع السابق، ص41، هامش رقم03.

[4]- المرسوم التنفيذي رقم 425/03، المؤرخ في 2003/12/01، المتعلق بالشروط الخاصة المتعلقة بنقل المواد الخطيرة عبر الطرقات، الجريدة الرسمية العدد: 75، المؤرخة في 2003/12/07.

المتفجرة المنظمة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 198/90 المتضمن تنظيم المواد المتفجرة،[1] بالإضافة إلى عناصر ومستخلصات الدم البشري؛ فلا يشمل التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك المنصوص عليه في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، عناصر ومستخلصات الدم البشري، وهذا نظرا للخطورة الكامنة في تصنيع هذه المادة نظرا لطبيعتها التقنية، ومساسها المباشر بصحة الأشخاص، ويمكننا تصور الأضرار التي قد تنجم عن إخضاعها للأحكام التي تطبق على المنتوجات الأخرى كالأغذية مثلا،[2] وقد سمعنا عن قضية الدم الملوث بفيروس السيدا بفرنسا،[3] لذا سعى المشرع الجزائري إلى إقصاءها من طائفة المنتجات الخاضعة لقانون حماية المستهلك وقمع الغش.

وهذا وقد استبعد المشرّع الجزائري من نطاق ضمان السلامة الواقع على المتدخل؛ المنتوجات المتميزة بطبيعتها وظروف استعمالها، من بينها العقارات والسيارات؛ فبالنسبة للعقارات فلا تخضع عملية بيعها وشراءها لعملية مراقبة الجودة وقمع الغش،[4] ومن ثمّ لا تخضع لقانون 03/09،[5] أما بالنسبة للسيارات فهي تدخل ضمن المنتوجات الصناعية، ورغم هذا أخضع المشرع الجزائري عملية بيعها وشرائها والتعامل فيها إلى قوانين خاصة، وهذا نظرا لتفرد نظامها القانوني عن سائر المنتجات الأخرى، بسبب طبيعة الأضرار التي تتسبب فيها، وظروف استعمالها[6].

---

[1]– المرسوم التنفيذي رقم 198/90، المؤرخ في 1990/06/30، المتضمن تنظيم المواد المتفجرة، الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة بتاريخ 1990/07/04.

[2]– شعباني نوال، المرجع السابق، ص44.

[3]– بقيت هذه القضية مثارا للجدل لسنوات طويلة حيث كشف عنها النقاب للمرة الأولى سنة، 1985وتمثلت في إقدام مخابر "ميريي" الفرنسية على تصدير كميات كبيرة من الدم الملوث بفيروس "نقص المناعة المكتسبة"السيدا" لمختلف أرجاء المعمورة ، وهي واحدة من أخطر قضايا الفساد في التاريخ، راجع الموقع الآتي: www.alsaudeh.com، تاريخ الإطلاع 2021/03/02، ساعة الدخول 14:00.

[4]– الياقوت جرعود، المرجع السابق، ص45.

[5]– إنّ الأحكام القانونية التي تنظّم العقارات كثيرة ومتنوعة مثلا القانون رقم 15/08، المؤرخ في 2008/07/20، المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية العدد: 44، الصادرة بتاريخ 2008/08/03.

[6]– من بين القوانين المنظمة للسيارات قانون رقم 58/15، المؤرخ في 2015/02/08، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، الجريدة الرسمية العدد: 05، الصادرة بتاريخ 2015/02/08.

البند الثاني: آليات تنفيذ المتدخل للالتزام بالسلامة و جزاء مخالفته

فرض المشرّع الجزائري على المتدخل تنفيذ آليتين تتعلق بالالتزام بالسلامة؛ تشمل كل من قواعد موضوعية من شأنها أن تحمي سلامة المنتوج أو الخدمة وبالتالي تحمي المستهلك من الأضرار التي تمس المنتوجات أو الخدمات، وأخرى إجرائية يتم من خلالها رقابة مدى سلامة المنتوج أو الخدمة الموجه للاستهلاك، وعند مخالفة هذه الآليات يوقع القانون جزاءات على المتدخل. وكل هذه المعلومات سنعمل على التفصيل فيها في النقاط الآتية.

أولا: آليات تنفيذ المتدخل للالتزام بالسلامة

إهتم المشرع الجزائري بتكريس التزام متدخل بضمان أمن وسلامة المستهلك عند طرح أي منتوج للاستهلاك، ويؤكد هذا التكريس نص المادة 10 من القانون رقم 03/09 المعدّل والمتمم التي حدّدت مضمون التزام المتدخل بالسلامة حيث جاء فيها ما يلي: "يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتوج الذي يضعه للاستهلاك فيما يخص: مميزاته وتركيبته وتغليفه وشروط تجميعه وصيانته؛تأثير المنتوج على المنتوجات الأخرى عند توقع استعماله مع هذه المنتوجات؛ عرض المنتوج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله وإتلافه وكذا كل الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج؛ فئات المستهلكين المعرضين لخطر جسيم نتيجة استعمال المنتوج، خاصة الأطفال؛

تحدد القواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات عن طريق التنظيم".

فتطبيقا لهذه المادّة صدر المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، وقد نصّت المادّة 5 منه على ما يلي: "يجب أن تستجيب السلعة و/أو الخدمة بمجرد وضعها رهن الاستهلاك، للتعليمات التنظيمية المتعلقة بها في مجال أمن وصحة المستهلكين وحمايتهم، لاسيما فيما يتعلق بما يأتي:مميزات السلعة من حيث تركيبتها وشروط إنتاجها وتجميعها وتركيبها واستعمالها وصيانتها وإعادة استعمالها وتدويرها من جديد ونقلها؛شروط النظافة التي يجب أن تتوفر في الأماكن المستعملة للإنتاج والأشخاص الذين يعملون، مميزات وتدابير الأمن الأخرى المرتبطة بالخدمة وبشروط وضعها في متناول المستهلك؛التدابير الملائمة الموضوعة قصد ضمان تتبع مسار السلعة أو الخدمة.".

وتجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائري أورد نوعين من القواعد المطبقة على جميع المنتوجات بغية تحقيق سلامة المستهلك، فهي تشمل قواعد موضوعية تتعلق بمواصفات السلامة، وقواعد أخرى إجرائية تتعلق بالرقابة، وسنفصل فيها على التوالي:

1. القواعد الموضوعية لتنفيذ الالتزام بالسلامة:

تدخّل المشرّع الجزائري من أجل حماية المستهلك بوضع قواعد صارمة لا تتسامح مع المتدخلين في عملية وضع السلع والخدمات للاستهلاك، ففي مرحلة إنتاج المنتوجات ألقى على عاتق المتدخلين التزامات تكفل سلامة المنتوج، والوفاء بها جدير بإعادة التوازن المفقود بين المتدخل والمستهلك، ففي مجال المواد الغذائية مثلا؛ يلتزم المتدخل بنظافة المواد الغذائية من خلال نظافة المادّة الأوّلية أثناء جنيها وإعدادها[1]، إذ يتوجب عليه توفير مواد أولية محمية من كلّ تلوث يأتي من الحشرات أو الفضلات أو النفايات، وكذا الماء المستعمل في سقي المناطق الزراعية، وكلّ مصدر تلوث قد يشكل خطرا على صحة المستهلك،[2] هذا بالإضافة إلى إلزامه على تحقيق نظافة المستخدمين وأماكن تواجد المادّة الغذائية؛ حيث نصّت المادّة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 53/91 المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك؛ على ضرورة إخضاع الأشخاص المستخدمين المسؤولين عن تداول الأغذية لفحوص طبية دورية ولعمليات التطعيم المقررة من وزارة الصحة التي تعدّ قائمة الأمراض التي تجعل المصابين بها قابلين لتلويث الأغذية، هذا بالإضافة إلى وجوب نظافة أماكن تواجد المادّة الغذائية؛ فقد ورد النص عليها في المادّة 06 من القانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم، حيث ألزمت الأخيرة المتدخل على احترام شروط النظافة والنظافة الصحية لأماكن ومحلات التصنيع أو المعالجة أو التحويل أو التخزين، هذا بالإضافة إلى اشتراط نظافة أماكن بيع وعرض المنتوجات للاستهلاك من خلال المرسوم التنفيذي رقم 53/91 المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، هذا ولا ننسى ضرورة احترام نظافة المواد الغذائية أثناء نقلها وبيعها في الهواء

---

[1]– لم ينظّم قانون حماية المستهلك وقمع الغش هذا الالتزام بل ترك الأمر للتنظيم حيث المتمثل في المرسوم التنفيذي رقم 91–53، المؤرخ في 1991/02/23، المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادرة بتاريخ 1991/02/27.

[2]– راجع المادّة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 35/91، السالف الذكر.

الطلق؛ حيث فرض المشرّع على المتدخل أن يكون العتاد المخصص لنقلها مقصورا على ما هو مخصصا لها مع مراعاة آجال حفظ الأغذية أثناء النقل[1].

وينفذ المتدخل التزامه كذلك من خلال الالتزام بالإعلام؛[2] وهذا من أجل ضمان سلامة المستهلك، وتوفير حماية كافية لرضاه المتضرر من خطر التفاوت بينه وبين المستهلك نتيجة التقدم الصناعي والتكنولوجي، ورغم استقلالية هذا الالتزام إلا أنه يعدّ تطبيقا خاصا للالتزام بسلامة المنتوجات، فبما أنّ الهدف من إلزام المتدخل بسلامة المنتوجات هو ضمان صحة وسلامة المستهلك فهذا ما يتجسد فعلا من خلال تقديم المعلومات للمستهلكين وهذا يؤّكد حقيقة وحدة الهدف بين الالتزامين.[3]وهذا ما نصّ عليه حقيقة تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2022 في نصّ L.423-1 المادّة حيث وضعت هذه الأخيرة التزاما على عاتق المنتج اتجاه المستهلكين تتضمن تزويدهم بكل المعطيات النافعة التي تسمح لهم بتقدير المخاطر الملازمة للمنتوج أثناء فترة استعماله العادي أو المتوقع وبالتنبيه على المخاطر التي لا يمكن إدراكها بالحواس فورا[4].

هذا بالإضافة إلى التزام المتدخل بمطابقة المنتوجات،[5] بحيث مطابقة المنتوج للمواصفات القانونية والقياسية يهدف بطريق غير مباشر إلى البحث عن مسألة السلامة، وبالتالي حماية المستهلكين، وحماية صحة الأشخاص وأمنهم، وحياة الحيوانات وصحّتها، والحفاظ على النباتات، وحماية البيئية وكل هدف آخر من الطبيعة ذاتها، وبالتالي يمكن القول أن السلامة تعتبر مظهر من

---

[1]– راجع المواد من 32 إلى 37 من المرسوم التنفيذي رقم 189/04، المؤرخ في2004/07/07، المحدد لتدابير حفظ الصحة والنظافة المطبقة عند عملية عرض منتوجات الصيد البحري وتربية المائيات، الجريدة الرسمية العدد: 44، المؤرخة في2004/07/11. راجع كذلك المادّة 09 و10 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1993/08/18، المتعلق بتحديد مواصفات بعض أنواع الحليب المعد للاستهلاك وعرضه، الجريدة الرسمية العدد: 69، الصادرة بـ1993/10/23.

[2]– سبق التفصيل فيه راجع الصفحة رقم 132 وما يليها.

[3]– سالم بالمختار، المرجع السابق، ص،ص114،113.

[4]- L'article L. 423-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : «Le producteur fournit au consommateur les informations utiles qui lui permettent d'évaluer les risques inhérents à un produit pendant sa durée d'utilisation normale ou raisonnablement prévisible et de s'en prémunir, lorsque ces risques ne sont pas immédiatement perceptibles par le consommateur sans un avertissement adéquat. Ces dispositions s'appliquent sans préjudice des autres obligations mentionnées aux articles L. 421-3, L. 423-2, et L. 423-3 ».

[5]– سبق التفصيل فيه راجع الصفحة رقم 152 وما يليها.

مظاهر المطابقة، وعلى هذا الأساس نجد أن المشرع استوجب متى تكون المنتوجات التي تمس بأمن وبصحة الأشخاص أو الحيوانات والنباتات والبيئة موضوع إشهاد إجباري للمطابقة [1].

2. القواعد الإجرائية لتنفيذ الالتزام بالسلامة:

من بين الالتزامات التي تقع على عاتق المتدخل في تنفيذه للالتزام بالسلامة هي رقابة المنتوج، ويقصد بها ذلك الفعل الذي يرغب من وراءه التأكد من مطابقة المنتوج للمواصفات المتطلبة، إما بموجب فعل سابق لعملية الإنتاج والاستيراد والتوزيع، متجسدا من خلال الترخيص والتصريح، وقد يكون سابقا لعملية عرض المنتوج في السوق، وهو العمل الذي يقوم به المتدخل، وقد يتجسد من خلال رقابة الدولة التي تفرضها طيلة مدّة العرض لضمان فعالية الرقابة[2].

بالرجوع إلى كل من نصّ المادّة 12 من القانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدّل والمتمم وإلى الأمر رقم 04/03 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عملية استيراد البضائع وتصديرها، يستوجب على كل متدخل فرض رقابة على ما يعرضه من سلع وخدمات للاستهلاك سواء كانت من إنتاجه أو مستوردة، واشترط المشرّع في هذا المحترف شروط شخصية وأخرى مادية، منها الكفاءة والخبرة والمعرفة والتخصص أو توفير النظافة والتطهير في الأماكن والمحيط الخاص بالعمل[3].

فقد تكون هذه الرقابة داخلية؛ تتحقق في حالة ما إذا كان مثلا مجال نشاط المتدخل صناعة الأدوية، فعليه أن يقوم بإجراء رقابة بالقيام بالفحوص الضرورية باعتماد المتدخل على المخابر المتواجدة على مستوى مصنعه أو وحدة إنتاجه، أو عن طريق مخابر تحليل النوعية المعتمدة وشبكة المخابر، على أن تنتهي هذه الرقابة بتسليم شهادة المطابقة[4].

إلا أنه قد تكون الرقابة خارجية؛ تسبق عملية تسويق المنتوج، فيلتزم المتدخل في هذه الحالة بإخضاع منتوجاته لرقابة هيئة خارجية قبل تسويقها، كما هو الحال بالنسبة للأدوية والمستحضرات

---

[1]– على فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران– السانيا، وهران، الجزائر، سنة 2007، ص173.

[2]– على فتاك، المرجع السابق، ص176.

[3]– الأمر 04/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على عمليات استيراد البضائع وتصديرها، الجريدة الرسمية العدد:43، الصادرة بتاريخ 2003/07/20.

[4]– شعباني نوال، المرجع السابق، ص93.

الطبية، إذ تخضع لرقابة وزارة الصحة، فلا يمكن للمنتوج أن يعرض للبيع إلا تحت عبارة "مسجل بوزارة الصحة"[1].

أما فيما يخص الرقابة التي تفرضها الدولة؛ فتتحقق من خلال تدخل الدولة بنفسها لفرض الرقابة على المنتوج المعروض للاستهلاك، فيتجه القانون إلى منع إنتاج أو استراد أو توزيع بعض المواد دون الحصول على رخصة مسبقة لضمان الرقابة،[2] ويظهر ذلك بصفة خاصة في مجال المنتوجات ذات الطابع السام،[3] والمواد الصيدالانية،[4] ومواد التجميل والتنظيف البدني[5]. وبالتالي يمنع على المتدخل عرض المنتوج للاستهلاك إلا بعد الحصول على هذه الرخصة.

فتعمل رقابة الدولة للمنتوجات على ضمان توفر المقاييس والمواصفات في المنتوج، واستمرار جودته وثبات نوعيته، هذا النوع من الرقابة يعطي المستهلك فرصة للإطلاع على المنتوج أو الخدمة قبل اتخاذ القرار باقتنائهما[6].

---

[1]– شعباني نوال، المرجع السابق، ص93.

[2]– لم يشترط قانون حماية المستهلك وقمع الغش ضرورة الحصول على رخصة لإنتاج أو تسويق منتوج ما تاركا ذلك على التنظيم.

[3]– راجع المرسوم التنفيذي رقم 254/97، المؤرخ في 1997/07/08، المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها، الجريدة الرسمية العدد: 46، الصادرة بتاريخ 1997/07/09، حيث نصّت المادّة الأولى منه على ضرورة الحصول على رخصة لصنع أو استيراد المنتوجات الاستهلاكية ذات الطابع السام أو التي تنطوي على خطر خاص.

[4]– لا يجوز طرح أي أدوية في الأسواق إلا بعد الحصول على ترخيص من وزارة الصحة أو الجهة الرقابية المعنية بذلك، ويراعى قبل منح الترخيص وجوب مراجعة المعلومات المدونة على الدواء مراجعة شاملة، وتلك الموجودة على غلاف العبوة وكذلك كافة التفصيلات الخاصة بالنشرة العلاجية المرفقة مع الدواء من طرق استعماله أو الأعراض الجانبية أو مخاطر الاستعمال والتحذيرات الخاصة بتجاوز الجرعة من الأدوية وتاريخ الصلاحية مع مراعاة المحافظة على الأدوية على نحو علمي وبما يتفق وطبيعتها ومكوناتها، راجع، صحبي محمد أمين، السلامة الصحية والأمن للمستهلك في التشريع الجزائري من المنتوجات الطبية والصيدلانية، مجلة القانون والأعمال الدولية، 2015/04/26، مقال منشور على الرابط التالي: https://www.droitetentreprise.com؛ كذلك المرسوم التنفيذي رقم 285/92، المؤرخ في 1992/07/06، المتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها، الجريدة الرسمية العدد 53، المؤرخة في 1992/07/12.

[5]– المرسوم التنفيذي رقم 37/97، المؤرخ في 1997/01/14، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة بتاريخ 1997/02/06، المعدّل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 114/10، المؤرخ في 2010/04/18، الجريدة الرسمية العدد: 26، الصادرة بتاريخ 2010/04/21.

[6]– فتاك علي، المرجع السابق، ص180.

ويعتبر محضر الأعوان المكلفين بالرقابة[1] محضر إثبات لا يجوز الطعن فيه إلا عن طريق التزوير وعلى حائز المنتوج أن يوقع على المحضر، وإذا رفض يذكر العون ذلك في المحضر الذي حرره.[2] وبالنسبة لمراقبة معايير الجودة في المنتوج وعدم تشكيلها خطر على صحة وأمن المستهلك ذلك بأخذ عينات من المنتوج عن طريق محضر اقتطاع العينة[3] بإجراء فحص مخبري عليها وتحليلها[4].

هذا وتفرض الدولة رقابتها أيضا، على مدى تنفيذ المتدخل للالتزامات الملقاة على عاتقه، من التزام بالإعلام عن طريق الوسم ومراعاة شروط نظافة وسلامة المواد الغذائية...إلخ، وبصفة عامة مطابقة كل المواصفات التي تحقق الرغبة المشروعة للمستهلك[5].

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنّ التشريع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 203/12 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات؛ حيث منعت المادّة 12 منه أن توضع في السوق الجزائرية المنتوجات غير المسوقة في بلدها الأصلي بسبب عدم مطابقتها لمتطلبات الأمن،[6] أما في فرنسا وحسب المادة 1-411.لامن تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2022 في فقرتها الثانية فإنه يتعّين على المسؤول عن أول عرض للمنتوج في السوق البحث عما إذا كان مطابقا للنصوص النافذة، وعلى ذلك فإن كل محترف مفروض فيه معرفة التنظيم الذي يحكم المنتوج المباع، وإذن عليه البحث عن مطابقته للمعايير القانونية[7].

---

[1]- الأعوان المكلفون بالرقابة هم الأعوان الوارد ذكرهم في نصّ المادّة 25 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

[2]- المر سهام، المرجع السابق، ص،ص114،115.

[3]- راجع المادّة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدّل والمتمم.

[4]- راجع المادّة 18 من القانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش المعدّل والمتمم.

[5]- شعباني نوال، المرجع السابق، ص94.

[6]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص304.

[7] - L'article L. 411-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : «Dès la première mise sur le marché, les produits et les services doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs.
Le responsable de la première mise sur le marché d'un produit ou d'un service vérifie que celui-ci est conforme aux prescriptions en vigueur ».

ثانيا: جزاء مخالفة الالتزام بالسلامة

تقوم مسؤولية المتدخل الجزائية والمدنية عند مخالفته للالتزام السلامة، فمن الناحية الجزائية وعند الرجوع إلى نصّ المادّة 73 من القانون رقم 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم نصّت على ما يلي: "يعاقب بغرامة من مائتي ألف دينار (200.000 د.ج) إلى خمسمائة ألف دينار (500.000 د.ج) كل من يخالف إلزامية أمن المنتوج المنصوص عليها في المادّة 10 من هذا القانون)، أما الناحية المدنية فتخضع مسؤولية المتدخل إلى أحكام مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة طبقا لنصّ المادّة 140 مكرر من القانون المدني الجزائر والتي تنص في فقرتها الأولى على ما يلي: "يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية". بمعنى متى كان المنتوج يحوي على عيب سبب ضرر للمستهلك وتوفرت العلاقة السببية بين كل من العيب وضرر قامت مسؤولية المتدخل في تعويض المستهلك[1]. وكان الأولى، حسب اعتقاد الأستاذ شوقي بناسي، "تنظيم هذه المسؤولية في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إذ هي تقوم على فكرة عدم التمييز بين نوعي المسؤولية التقصيرية والعقدية، مما يجعلها لا تتماشى مع أحكام المسؤولية في القانون المدني"[2].

البند الثالث: الالتزام بالسلامة بين قانون العقد وقانون الاستهلاك

يرى العديد من الفقهاء[3]أن الالتزام بالسلامة في قانون الاستهلاك لا يمكن اعتباره التزام عقدي مثلما هو الحال في القواعد العامة الذي يتفق عليه الطرفان في العقد، بحيث لا يمكن الحديث عن وجود التزام دون وجود علاقة مديونية، مما يتضمن بالضرورة حضور دائن ومدين محددين، ودون ذلك لا نكون أمام التزام عقدي، فبالرجوع إلى نصوص قانون الاستهلاك سواء الجزائري أو الفرنسي نلاحظ عدم وجود أي مديونية فيما يخص الالتزام بالسلامة وهذا ما جاء في كل المواد 04 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش بالإضافة إلى نص المادّة L.421-3، وذلك من عدّة جهات؛ فمن جهة نشير إلى أنّ الالتزام بالسلامة لا يقع من المدين على الدائن، وإنما يقع من المدين

[1]- للمزيد من المعلومات حول المسؤولية المدنية للمتدخل راجع المر سهام، المرجع السابق، من ص 138 إلى غاية ص164.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 306.

[3]- حول الفقهاء راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص307.

على المنتوجات والخدمات، ومن جهة أخرى وبالرجوع إلى نص المادّة L.421-3 لم تحدد الشخص الدائن، بحيث لم تشر بصفة خاصة للمشتري بصفته متعاقدا، وإنما تشير إلى كل ضحية محتمل[1].

هذا وقد وضّح البعض الآخر من الفقهاء[2] أنّ الالتزام بالسلامة في القواعد العامة يبدو غير كافيا لأنه لا يتدخل إلا في ميدان المسؤولية، ومع العلم أنّ العلاج الأكثر فعالية هو الذي يكون من طبيعة وقائية جماعية، بمعنى أنه يسبق إبرام العقد ولا يحمي شخص واحد فقط صاحب العقد وإنما يحمي جميع الأشخاص المعنيين باقتناء منتوج أو خدمة معينة، وهو ما يحققه حقيقية قانون الاستهلاك من خلال كل من نص المادّة 04 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم بالإضافة إلى نصّ المادّة L.421-3 من تشريع الاستهلاك الفرنسي الجديد وذلك من خلال عدّة نواحي؛ فمن ناحية أولى وبالرجوع إلى نصّ المادّة L.422-1[3] من تشريع الاستهلاك الجديد نلاحظ أنها لا تشير قطّ لمصطلح "العقد"، وبالتالي نستشف أنّ الالتزام بالسلامة يوجد مستقلا عن كل عقد. ومن ناحية ثانية وبالرجوع إلى نص المادّة L.225-1[4]من تشريع الاستهلاك لسنة 2010 أقرت إنشاء نظاما وقائيا من خلال تكليف السلطات العمومية باحترام الالتزام بالسلامة عن طريق المراسيم، وهو نفس الشيء الذي ورد في نصّ المادّة 5/10 من قانون 03/09 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش، هذا بالإضافة إلى نصّ المادّة L.421-6[5] من قانون حماية المستهلك لسنة 2022 عندما نصّت على إيجاد لجنة لسلامة المستهلكين يتمّ إنشاؤها لتقديم الآراء للسلطات العمومية[6] لها نفس دور المجلس الوطني لحماية المستهلك المنصوص عليه في المادّة 24 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم.

---

[1]– الياقوت جرعود، المرجع السابق، ص83.

[2]– حول الفقه راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص307.

[3]- L'article L. 422-1 (ord n°2016-301 du 14/03/2016) propose que : «Les produits et services ne satisfaisant pas à l'obligation générale de sécurité prévue à l'article L. 421-3 sont interdits ou réglementés dans les conditions fixées à l'article L. 412-1 ».

[4] - L'article L.225-1 (loi n°2010-853 du 23 /07/2010) propose que : « Des décrets préciseront, en tant que de besoin, les modalités d'application du présent titre », consulté le site suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/legtext0000060699565/2010-09-26.

[5]- L'article L. 422-6(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : «Un produit est présumé satisfaire à l'obligation générale de sécurité prévue à l'article L. 421-3, en ce qui concerne les risques et les catégories de risque couverts par les normes qui lui sont applicables, lorsqu'il est conforme aux normes nationales non obligatoires transposant les normes européennes dont la Commission européenne a publié les références au Journal officiel de l'Union européenne en application de l'article 4 de la directive 2001/95/ CE du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits ».

[6]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 308.

وفي الأخير يمكن القول أنّ الالتزام بالسلامة في قانون الاستهلاك هو عبارة عن مفهوم جديد يختلف عن الالتزام العقدي بالسلامة في قانون العقد، فهي تختلف من ناحية الهدف؛ فإذا كان هدف الالتزام بالسلامة في قانون الاستهلاك هو ضمان الوقاية من المخاطر، فإنّ الأمر يختلف في قانون العقد باعتبار أنّ الالتزام التعاقدي بالسلامة في هذه الحالة يهدف إلى تعويض الأضرار الناتجة عن السلعة أو الخدمة، هذا ويختلف الالتزامين من ناحية أنّ الالتزام بالسلامة في قانون الاستهلاك وجد لوضع مجموع من الإجراءات الحمائية والتي يتم تطبيقها عن طريق الإدارة، أما الالتزام التعاقدي بالسلامة فهو متعلق بالجانب المدني أين تكون أساس لمسؤولية المهني، ومن جهة أخرى يظهر الاختلاف بين الالتزامين من حيث مجال تطبيقهما، فمن حيث الأشخاص اللذين يستفيدون من هاذين الالتزامين؛ ففي قانون العقد يستلزم لتطبيقه صفة المتعاقد، بالعكس في قانون الاستهلاك فإنّ الالتزام بالسلامة يشمل مجمل المستعملين سواء أكانوا متعاقدين أو من الغير بالنسبة للمنتج أو البائع الذي لا يستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك[1].

وفي الأخير نقول أنه إذا كان المشرّع قد تدّخل في عقود الاستهلاك وفرض مجموعة من الالتزامات على المهني التي يُفرض عليه احترامها، يكون بذلك قد تدخل تدخلا إيجابيا، إلا أنّ المشرّع لا يقف عند التدخل الإيجابي بل يتدخل حتى بطريقة سلبية من شأنها منع المهني من ممارسة بعض الأعمال التي من قد تأثر على إرادة وسلامة المستهلك.

المطلب الثاني: التدخّل السلبي لقانون الاستهلاك من أجل تحديد مضمون العقد

بالإضافة إلى التدخل الإيجابي للمشرع الجزائري بتقييد الحرية التعاقدية للمتدخل ومنعه من تضمين العقد بما أراد من بنود وشروط، وذلك عن طريق فرضه للالتزامات السابقة الذكر، نجده كذلك تدخل تدخلا سلبيا مفاده حظر جملة من الممارسات تضعف مركز المستهلك أكثر فأكثر، ويعدّ هذا الحظر تقييد الحرية المتدخل الاقتصادي.وتتمثل هذه الممارسات المحظورة في كل من الشروط التعسفية التي سنفصل فيها في **الفرع الأول**، بالإضافة إلى الإشهار الكاذب والمضلل وهو ما سنشرحه في **الفرع الثاني**.

[1]- الياقوت جرعود ، المرجع السابق، ص84.

الفرع الأوّل: حظر الشروط التعسفية كآلية مقيدة لحرية تحديد مضمون العقد

إن اختلال التوازن الظاهر في المراكز الاقتصادية بين أطراف العقد أدى إلى سيطرة الطرف الأقوى على تحديد بنود العقد والتحكم في وضع شروط بالشكل الذي يخدم مصالحه، مهملا بذلك مصالح الطرف الضعيف الذي أصبح لا يستطيع حتى مناقشته في هذه الشروط، والتي قد تعتبر تجسيدا صارخا لتعسف الطرف الأقوى، وفي نفس الوقت إجحافا لمصالح الطرف الضعيف[1].

الأمر الذي دفع بالمشرّع الجزائري التدخل من أجل وضع حدّ لهذه الشروط التعسفية، فمن أجل فهم واضح لهذه الشروط سنعمل على تحديد المفهوم هذه الشروط في **البند الأول**، ثمّ بعد ذلك نتطرّق إلى مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بمنعها في **البند الثاني**.

ففي هذا الفصل سنقتصر على معرفة مفهوم الشروط التعسفية ومجال منعها، فقط من أجل توضيح كيف أثر قانون الاستهلاك على قانون العقد في مرحلة تكوين العقد من خلال منع إدراج شروط تعسفية في العقد حماية للمستهلك حتى وإن كان قانون العقد يمنح الحرية للأطراف في تضمين عقدهم ما أرادوا من بنود تجسيدا لمبدأ الحرية التعاقدية، أما إذا كان العقد قد حرّر وبدأ الأطراف في تنفيذه وهو يتضمن شروطا تعسفية فهنا يتدخل القاضي من أجل مكافحة هذه الشروط حماية للمستهلك وهنا يظهر تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد في مرحلة ما بعد تكوين العقد[2].

البند الأوّل: مفهوم الشروط التعسفية كآلية مقيدة لحرية تحديد مضمون العقد

إن المستهلك قد يحصل على ما يحتاجه عن طريق عقد رضائي، لكن غالبا ما يجد نفسه خاضعا لعقد إذعان، لذا فان مواجهة ما ينطوي عليه هذا الأخير من شروط تعسفية يعد واحدا من المطالب الأساسية للجمعيات ومنظمات حماية المستهلكين، إدراكا بأن العقد هو المحور لبدء الحماية القانونية للمستهلك، فحماية المستهلك هي حماية للمتعاقد،وتجدر الإشارة إلى أنه؛ على ضوء المتغيرات الاقتصادية والصناعية المعاصرة، أصبحت الحرية التعاقدية التي يجب أن يتمتع بها الأطراف المقبلة على التعاقد–كأحد آثار مبدأ سلطان الإرادة–ذات طبيعة نظرية، الأمر الذي لا

[1]– بوعروج شعيب، المرجع السابق، ص337.

[2]– وهذا ما سنعالجه بالتفصيل في الباب الثاني.

يجوز معه اعتبار مضمون العقد صحيحا، ويؤيد ذلك ما تشهده معاملات الوقت الحاضر من استغلال المتدخل باعتباره الأكثر قوة لنظيره المتمثل في المستهلك سواء تمثلت هذه القوة في مجالات تفوقه الاقتصادي أم الفني في مجال المعاملة، فأصبح يفرض شروطه ويشكل بنود العقد وفق مصالحه، مما أصاب هذه العلاقات بعدم التوازن[1].

فإذا ما أردنا التفصيل في مفهوم الشروط التعسفية باعتبارها آلية مقيّدة لحرية تضمين العقد، سنحاول ضبط تعريف هذه الشروط في **النقطة الأولى**، ثمّ ننتقل إلى معايير تحديدها في **النقطة الثانية**.

أولا: تعريف الشروط التعسفية

بالرغم من أن مجال التعريفات هو من اختصاص الفقه، إلا أن الوضع يختلف بالنسبة للشروط التعسفية، فأغلب التشريعات في العالم أوردت تعريفا لها وهذا إن دل على شيء إنما يدل على الاهتمام البالغ بظاهرة الشروط التعسفية.

فقد عرّف التوجيه الأوروبي رقم 13/93 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين، في المادّة 01/03 منه الشرط التعسفي كالآتي: "يعتبر الشرط الذي لم يكن محلا للتفاوض شرطا تعسفيا متى كان من شأنه أن يحدث إخلالا في التوازن العقدي بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة مما يؤدّي إلى تفاوت جلي خلافا لما يقتضيه مبدأ حسن النية ومضرا بذلك بمصلحة المستهلك"[2].

هذا وقد عرّف تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 الشرط التعسّفي في المادّة L.212-1 على أنه: "تعتبر شروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد". ونفس الشيء نصّ عليه تعديل 2022[3].

---

[1]- زوبة سميرة، المرجع السابق، ص86.

[2]- L'article 03/01 (Directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs le conseil des communautés européennes) propose que : « 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 ». pour plus d'information consulté le site suivant : https:// eur-lex.europa.eu/legal-content/FR /txt/ A31993L0013.

[3]- L'article L. 212/1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que : «Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

فباستثناء عدم إشارة المشرع الفرنسي لعبارة "حسن النية"؛ فالتعريفين متقاربين جدا، وهو 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 توفيرها للمستهلك الأوروبي والذي تلتزم كل دول الإتحاد باعتماده[1].

وتجدر الإشارة من خلال التعريف السابق أنّ المشرّع الفرنسي قد قصر الشروط التعسفية على عقد الاستهلاك المبرم بين المهني والمستهلك أو غير المهني، وبالتالي أخرج من نطاق الشروط التعسفية العقود المبرمة بين المهنيين، فقد كان في ذلك عكس المشرّع الجزائري الذي شمل تعريفه للشرط التعسفي حتى العقود المبرمة بين المهنيين المهم أن يكون المتعاقد قد أذعن في عقده،[2] حيث عرّف الشرط التعسفي في القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم في المادّة 5/03 على أنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد". وتجدر الملاحظة أنّ المشرّع الجزائري سلك نفس سلوك المشرّع الفرنسي عندما استبعد شرط حسن النية الذي جاء به التوجيه الأوروبي[3].

هذا وقد أكد المشرّع الجزائري على صفة الإذعان التي يتحقق من خلالها الشرط التعسفي من خلال نصّ المادّة 4/03 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم؛ الذي نفسه ورد في نصّ المادّة 2/01 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدّل والمتمم حيث عرّفت العقد على أنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

فمن خلال ما سبق يمكن القول أنّ المشرع الجزائري قد وسّع من مجال مكافحة الشروط التعسفية من حيث الأشخاص لتشمل كل من المستهلكين والمهنيين على حد سواء، أما من حيث نوع

---

[1]- بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، سنة 2012/2011، ص54.

[2]- جامع مليكة، المرجع السابق، ص،ص84،83.

[3]- عدّة عليان، المرجع السابق، ص290.

العقد فقد حصرها في عقود الإذعان، وذلك عكس المشرّع الفرنسي الذي حصر مكافحة الشروط التعسفية على المستهلكين فقط دون المهنيين[1].

وبالتالي تعتبر عقود الاستهلاك المجال الخصب للشروط التعسفية؛ وذلك راجع لطبيعة العلاقة غير المتوازنة بين المهني والمستهلك مما يخول للطرف القوي ميزة مفرطة من خلال تضمين العقد شروطا عادة ما تكون مجحفة حيث ينفرد المهني بوضع شروطها مسبقا.

هذا ولم تحصر محاربة الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك فقط بل نجد مقاومتها حتى في القانون المدني، حيث نصّ المشرّع الجزائري في القانون المدني في القسم الأوّل بعنوان المسؤولية عن الأفعال الشخصية من الفصل الثالث "العمل المستحق للتعويض" في المادّة 124 مكرر التي جاء فيها مايلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات التالية : إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير، إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

وبذلك ووفقا للقانون المدني فإنّ التعسف يصنف بأنه صورة من صور الخطأ الشخصي المستوجب للتعويض ضمن أحكام المسؤولية التقصيرية وهو يعتبر كذلك ولو كان متصلا بالتعاقد كأن يتضمن العقد شرطا تعسفيا[2].

ثانيا: معايير الشروط التعسفية

إنّ تحديد المفهوم من الشروط التعسفية لا يتوقف عند تعريفه وإنما يتعدّاه ليشمل حتى المعايير التي من خلالها يتم تحديد مدى تعسّف الشروط الواردة في العقد، فبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني؛[3] نجده يتضمن معايير يأسس عليها القاضي حكمه بكون الشرط المدرج في عقد الإذعان تعسفي أم لا، ويتمثل هذا المعيار في معيار العدالة والتي غالبا ما أدت تضارب

---

[1]– جامع مليكة، المرجع السابق، ص84.

[2]– صديق شياط، المرجع السابق، ص249.

[3]– نصّت المادّة 110 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

الأحكام القضائية، وذلك لاختلاف الشعور بالعدالة من قاض لآخر وهو ما يهدد استقرار المعاملات[1].

إلاّ أنه وبالرجوع إلى تشريعات الاستهلاك؛ جاءت هذه الأخيرة بمعايير جديدة غير معيار العدالة، ففي تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 1978 نصّت المادّة 35 منه على معيارين بذكرها أنه تعتبر شروطا تعسفية تلك التي: "يبدو أنها مفروضة على غير المهني أو المستهلك بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي من الطرف الآخر ويعطي لهذا الأخير ميزة فاحشة"[2].

إذن ومن خلال نص المادّة السابقة نستشف أنّ المشرّع الفرنسي من خلال تشريع الاستهلاك تبنّى معيارين؛ أولهما يتمثل في معيار النفوذ الاقتصادي، أما الثاني فيتمثل في معيار الميزة الفاحشة.

إلا أنه وبعد تبنّي المشرّع الفرنسي للتعليمة الأوروبية السالفة الذكر،[3] هجر المشرّع الفرنسي المعيارين السالفي الذكر وأخذ بمعيار جديد بموجب نصّ المادّة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995 [4]التي تقابلها المادّة L.212-1 من قانون الاستهلاك الجديد، المتمثل في معيار اختلال التوازن الظاهر، وهو نفس المعيار المتبنى من قبل المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادّة 05/03 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم[5].

---

[1]– عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2009، ص73.

[2] - L'article 35 (loi n°78/22 du 10/01/1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit) propose que : « dans les contrats conclus entre professionnels et non -professionnel ou consommateur, peuvent être interdites, limitées ou réglementées…….les clauses relatives au……..lorsque de telles clauses apparaissent imposées au non-professionnels ou consommateur par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage exissif ». consulté le site suivant : www.legifrance.gouv.fr/loda/idJORFTEXT000000886461/2020-10-03.

[3]– راجع الصفحة 189 من هذه المذكرة.

[4] -L'article 132/1 (loi n° 95L96 du 1/02/1995 JO du 02/02/1995) propose que : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui on 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 ». consulté le site suivant : www.legislation-elevage.fr/textes-code-consom-l-132-1.htm.

[5]– سلمى بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2014/203، ص67.

فمن خلال هذه النقطة سنتطرّق إلى كل هذه المعايير ومعيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي، ومعيار الميزة الفاحشة، بالإضافة إلى أهم معيار وهو معيار اختلال التوازن الظاهر.

1. معيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي:

يقوم هذا المعيار وفقا للمشرّع الفرنسي؛ على أساس اعتبار أنّ الشرط يكون تعسفيا إذا كان مفروضا على المستهلكين أو غير متدخلين بسبب تعسف المتدخل في استخدام مركزه الاقتصادي؛[1]الذي يعود إلى تفوقه على المستهلك وخبرته في مجال السلعة والخدمة محل التعاقد.

فيمكن القول أنّ هذا المعيار من دون شكّ يبحث في النتائج المترتبة على تضمين الشرط التعسفي ضمن عقود الاستهلاك دون البحث في الأسباب والدواعي التي أدت إلى تلك النتائج، ويسمى هذا المعيار بالمعيار الشخصي لأنه يتم استنتاجه من القوة الاقتصادية للمتدخل، بالإضافة إلى حجم المشروع الذي يستغله والوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه وقدر الاحتكار الذي ينعم به مما يجعل الطرف المستهلك في مرتبة ضعيفة مقارنة بقوة المتدخل[2].

ولكن في هذه الحالة يتبادر إلى أذهاننا التساؤل عن المقومات والعناصر التي تكشف عن القوة الاقتصادية للمتدخل؟ فقد كان هناك جدال فقهي[3] للإجابة على هذا التساؤل، فذهب الرأي الأوّل إلى أن الدلالة على القوة الاقتصادية للمتدخل تتجلى منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم، وهو كاف لاعتبار هذا الشرط باطلا، أما الرأي الثاني فذهب إلى اعتبار أنّ التعسف ينتج من الوضع المسيطر، والذي ينجر عنه حصول المتدخل على شروط ملائمة له بصورة مبالغ فيها،[4] لأن التعسف في استخدام السلطة الاقتصادية في نطاق المنافسة، يتجاوز بشكل كبير جدا نطاق الشروط العقدية المفروضة، وهذا وبالإضافة إلى رأي ثالث الذي ذهب إلى التشكيك في جدوى هذا المعيار، على أساس أن السيطرة الفنية والتقنية هي التي تسمح للمتدخل بفرض الشروط التعسفية على المستهلك[5].

---

[1]– سلمى بن سعدي، المرجع السابق، ص67.

[2]– الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة آفاق العلمية، المجلد:11، العدد: 01، أدرار، الجزائر، السنة 2019،ص43.

[3]– للمزيد من المعلومات حول الفقه المتجادل راجع سلمى بن سعدي، المرجع السابق، ص69.

[4]– سلمى بن سعدي، المرجع السابق، ص69.

[5]– الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص44.

فتجدر الإشارة إلى أنّ هذا المعيار قد تمّ انتقاده بسبب غموضه وعدم دقّته، على أساس أنّ المتدخل يستخدم قوته الاقتصادية من أجل الحصول على الميزة المفرطة؛ غير أنّ القوة الاقتصادية ليست صفة ملازمة للمشروعات الكبرى والقوى الاقتصادية دائما، فضخامة المشروع لا تعني دائما القوة ما دام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروعا وطنيا الأمر الذي أدّى إلى إلغاء العمل به وتبني معيار جديد[1].

2. معيار الميزة الفاحشة:

تبنى المشرع الفرنسي معيار الميزة الفاحشة من خلال نص المادة 35 من القانون رقم 35/78 المؤرخ في 1978/01/10 الفرنسي المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين، ويعتبر هذا المعيار الشرط المدرج في عقد الاستهلاك تعسفيا عندما يكون ناتجا عن استعمال المتدخل نفوذه الاقتصادي الذي من خلاله يفرض شروط تعسفية على المستهلك تخل بالتوازن العقدي وتجعل المتدخل يتمتع بميزة فاحشة، وهذا المعيار لا يختلف كثيرا عن معيار التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي بل ويعتبر نتيجة مباشرة له، إذ أن الميزة الفاحشة ليست في حقيقتها إلا نتيجة مباشرة لاستخدام السلطة الاقتصادية بطريقة تعسفية أدّت في النهاية إلى وجود اختلال وعدم توازن بالعقد[2].

وقد أثار معيار الميزة الفاحشة خلافا فقهيا وقضائيا،[3] راجعا إلى مساس هذا المعيار بالتوازن العقدي عن طريق تحقيق ميزة مفرطة أو فاحشة، فهكذا يجعل العقد قريب من فكرة الغبن، على اعتبار أن الفكرتين تلحق ضررا مباشر بالعدالة العقدية، إلا أن الاختلاف بين الميزة الفاحشة والغبن يكمن في أن محل التعسف في الغبن يقع على الثمن، بينما في الميزة المفرطة فيقع على الشرط التعسفي، كما أن الميزة المفرطة تشمل المزايا المالية وغير المالية بينما الغبن يشمل المزايا المالية فقط[4].

وقد تعرض هذا المعيار لانتقاد شديد على أساس انه غامض ولا يحدد طبيعة الميزة أهي ذات طابع مادي أو غيره، وهل يدخل في تقديرها الشرط منعزلا أو متصلا بالعقد لأن البعض يرى

---

[1] –عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق، ص76.

[2]– الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص44.

[3]– للمزيد من المعلومات حول الفقه المختلف في الرأي راجع جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص182.

[4]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص 183.

انه يجب النظر إلى تقدير عدم التوازن بالنظر إلى مجموع الشروط العقدية التي نتج عنها وجودة ميزة فاحشة[1].

3. معيار اختلال التوازن الظاهر:

إنّ تبني المشرّع الفرنسي للتعليمة الأوروبية لسنة 1993؛ دفعه للتخلي عن المعيارين السابقين وتبني مكانهما معيار اختلال التوازن الظاهر، ونفس المعيار تبناه المشرّع الجزائري لتقدير مدى تعسف المتدخل في شروطه، وهو ما نصّ عليه في نصّ المادّة 05/03 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم، ومن خلال نصّ المادّة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري لم يعتمد على كل من المعيارين السالفي الذكر من معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية بالإضافة إلى معيار الميزة الفاحشة، وما يؤخذ على المشرع الجزائري في اعتماده لمعيار اختلال التوازن الظاهر، هو أنه لم يبين كيفية تحديد عدم التوازن، ووقته، وترك بذلك المجال واسعا للقضاء الذي يمكنه أن يحدده تبعا لظروف وملابسات تكوين العقد[2].

ويقصد بهذا المعيار عدم التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد، ولا يتعلق عدم التوازن هذا فقط بثمن السلعة أو الخدمة، بل كذلك المنفعة التي حصل عليها المتدخل نتيجة الشرط التعسفي، إلا انه يجب عدم الوقوف عند هذا الحد، بل يجب أن ينظر إلى العقد بصفة عامة أي النظر إلى كل الشروط الواردة فيه وكلّ الآثار الناتجة عنه، وليس الوقوف عند شرط بذاته، فيبدو الشرط تعسفيا إذا نظر إليه بمعزل عن بقية الشروط الأخرى على حين انه لا يعد كذلك إذا نظر إليه في مجموع شروط العقد وأحكامه،[3] وبالتالي يمكن القول انه إذا ما تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لعقد معين سبق إبرامه، فان ذلك يتم استنادا لمعيار شخصي، مع الأخذ بعين الاعتبار المستهلك المتعاقد وظرف إبرام العقد، أما إذا وقع التقدير على الطابع التعسفي للشروط العامة دون الاستناد إلى عقد معين، فإنه يتم تقدير الشرط التعسفي بطريقة مجردة بالرجوع إلى مستهلك متوسط وفي ظل ظرف عادية[4].

---

[1]– سلمى بن سعدي، المرجع السابق، ص72.

[2]– عدّة عليان، المرجع السابق، ص291.

[3]– سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص79.

[4]– الصادق عبد القادر، المرجع السابق، ص45.

وإذا ما رجعنا إلى نصّ المادّة 29 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم، نلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد وضع قائمة لمجموعة من الشروط اعتبرها تعسفية، وقد نصّ على هذه الشروط على سبيل المثال لا على سبيل الحصر، مما يعني أنه لم يأخذ بهذه القائمة كمعيار لتحديد طبيعة الشرط التعسفي، مع التذكير أن سرد هذه القائمة ليس الهدف من ورائه حصر الشروط وإنما الوقوف فقط على أهمها، فالطابع التعسفي لهذه الشروط التي ذكرها المشرع مفترض، ومن ثم يعفى المضرور من إثبات الطابع التعسفي للشرط، أما إذا تعلق الأمر بشروط أخرى غير مذكورة في نص المادة، فإنه يقع على عاتق المضرور عبء إثبات طابعها التعسفي[1].

و نذكر في هذا الصدد نصّ المادّة 30 من القانون رقم 02/04 المحدد للممارسات المطبقة على الممارسات التجارية التي جاء فيها ما يلي: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية"؛ فما يستنتج من نصّ هذه المادّة أن المشرّع الجزائري منع العمل بالشروط التي تعتبر تعسفية من خلال التنظيم، فمن أجل ذلك أصدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدّل والمتمم، حيث حدّدت المادّة 05 قائمة الشروط التي تعتبر تعسفية وجاءت هي أيضا على سبيل المثال، وهو أمر طبيعي ذلك أنّ البنود التعسفية لا يمكن حصرها فهي تتنوع بتنوع العقود، كما قد تتغير في العقد الواحد تبعا لظروف التعاقد وغايات المهني في الزمان والمكان[2].

قد يفهم البعض[3] من هذا النص أن المشرع الجزائري يأخذ بمعيار ضرورة صدور مرسوم لتحديد الشرط التعسفي، إلا أنّ المشرّع لم يقصد من إحالته لتنظيم بعض الشروط التعسفية عن طريق مراسيم، أن يجعل من ذلك معيارا يتوقف عليه تحديد الطابع التعسفي للشرط؛ وإنما ترك ذلك

---

[1]– محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007، ص100.

[2]– بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص74.

[3]– عدّة عليان، المرجع السابق، ص292.

للقاضي من اجل تقدير مدى تعسف أي شرط حتى وإن لم يكن قد ورد في القائمة التي حدّدتها المادّة 29 من القانون رقم 02/04المعدّل والمتمم، و المادّة 05 من المرسوم رقم 306/06.

وفي الأخير يمكن القول أنّ المشرع الجزائري أحسن عملا عند أخذه بمعيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد على غرار المشرع الفرنسي على أساس أنه معيار قانوني وموضوعي، عكس معيار التفوق الاقتصادي الذي يعتبر معيار شخصي على اعتبار أنه ليس من الضروري أن يكون المهني قويا من الناحية الاقتصادية حتى يفرض شروطه على المستهلك، وعلى ذلك فإن معيار الإخلال الظاهر بالتوازن يمّكن من مكافحة الشروط التعسفية مهما كانت القوة الاقتصادية للمتدخل[1].

البند الثاني: مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية

سنوضح من خلال هذه النقطة نطاق محاربة الشروط التعسفية، وسنثير هذه المسألة من خلال نقطتين تتمثل **الأولى** في الأشخاص المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية، أما **النقطة الثانية** فسنفصل فيها العقود المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية.

أولا: الأشخاص المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية

إنّ المقصود من الأشخاص المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية، أولائك الذين أحاطهم المشرع بالحماية من هذه الشروط، وبالرجوع إلى مختلف النصوص القانونية الواردة في هذا المجال، نلاحظ عدم دقة المصطلحات المستعملة من قبل المشرّع، مما أدّى إلى اختلاف الفقه والقضاء حول نطاق ومجال الحماية من ناحية الأشخاص[2].

فلو تفحصنا نصّ المادّة 110 من القانون المدني الجزائري عندما نصّ أنه: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها،..."، فمن خلال هذه المادّة نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري وسّع مجال الحماية في القواعد العامّة لتشمل كل من يتعرض للإذعان من طرف المتدخل، سواء كان مستهلك، أو محترف، أو عون اقتصادي..

إلاّ أنّ القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ضيّق نوعا ما من هذه الحماية وحصرها على المستهلك في علاقته مع الأعوان الاقتصاديين، والدليل على ذلك نصّ المادّة

[1]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص183.

[2]- عدّة عليان، المرجع السابق، ص293.

الأولى منه؛ التي جاء فيها ما يلي: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء المستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه".

ثمّ بعد ذلك وسّع المشرّع من مجال الحماية؛ فعند تعريفه للشرط التعسفي في المادّة 5/1من قانون 02/04 المحدد للقانون المحدد للممارسات التجارية استعمل مصطلح واسع والمتمثل في "الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، فقد يفهم بأنه قد إتجه إلى المعنى الموسع، فعبارة أطراف العقد قد توحي للمستهلك والمتدخل.

أمّا المادّة 1/29 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية اتجهت إلى التضييق؛ فنصّت في المادّة الأولى منه على أنّ الحماية من الشروط التعسفية تشمل المستهلك في علاقته مع البائع.[1] وإن كان من الأفضل لو استخدم مصطلح العون الاقتصادي بدلا من مصطلح البائع مثلما نصّ[2] عليه في المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية التي نصّ في المادّة الأولى منه على ما يلي: "يهدف هذا المرسوم إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية"، وهذا ما يظهر الخلط الذي وقع فيه المشرّع من خلال قانون 02/04 المعدّل والمتمم؛ فهو في الأوّل قد حدّد مجال حماية الأشخاص من الشروط التعسفية في العلاقة بين المستهلك والعون الاقتصادي، ثمّ بعد ذلك حصرها في العلاقة بين المستهلك والبائع فقط، على عكس القواعد العامّة التي جاءت شاملة لكل طرف مذعن في عقد الإذعان، وبطبيعة الحال كان موقف القانون المدني معقولا نظرا لعدم تطرقه لمصطلح المستهلك[3].

وللوقوف على مقصود المشرّع من كل من المستهلك والعون الاقتصادي، كان لابدّ علينا من التطرّق إلى التعاريف التي أوردها في النصوص القانونية لكل من القانون 02/04 المعدّل والمتمم، بالإضافة إلى قانون 03/09 المعدّل والمتمم، حيث عرّفت المادّة 1/03 العون الاقتصادي على أنّه: " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار

---

[1]– نصت المادّة 1/29 على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما البنود والشروط التي...".

[2]– زوبة سميرة، المرجع السابق، ص106.

[3]– عدّة عليان، المرجع السابق، ص294.

المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، أما المستهلك فقد عرّفته المادّة2/03 من نفس القانون على أنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قّدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجرّدة من كل طابع مهني"، هذا بالإضافة إلى التعريف الوارد في نصّ المادّة 2/03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش التي عرفته كالآتي: "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".

فنستنتج من خلال التعاريف السابقة أن المشرع قد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك، وبالتالي يستبعد من نطاق الحماية من الشروط التعسفية كل من يتعامل لأغراض مهنته مهما اختلفت تسميته، بائع أو محترف أو متدخل أو مهني أو عون اقتصادي؛ حتى ولو تصرفوا خارج اختصاصهم ولأغراض مهنتهم[1]. ويعود السبب في ذلك هو وجود قانون المنافسة الذي يعمل على تنظيم المعاملات بين الأعوان الاقتصاديين، فالمتدخل مهما ضعف أمام العون الأكثر نفوذا فلن يكون بضعف المستهلك، عديم الخبرة الفنية، وعديم القدرة من الناحية الاقتصادية، فهو يملك من الوسائل القانونية ما يمكنه من حماية نفسه[2].

ونفس الشيء بالنسبة للمشرّع الفرنسي الذي ضيّق من الحماية لكي تشمل المستهلك في مواجهة المحترف، والدليل على ذلك نصّ المادّة 1/132 من التعليمية الأوروبية لسنة 1993.إلا أنّ في التشريع الجزائري يشمل المستهلك الشخص الطبيعي والمعنوي على حدّ سواء على عكس التشريع الفرنسي الذي يشمل الشخص الطبيعي فقط[3].

أما في التعديل الأخير لتشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 فقد وسّع من الأشخاص المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية؛ وهذا ما ورد في نص المادّة 1-212.Lعندما نصّت على أنه: "تعتبر شروطا تعسفية ... تلك التي يكون موضوعها أو من آثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد"، فبذكر عبارة "أطراف العقد" أصبح يستفيد من الحماية التي يوفرها قانون الاستهلاك الفرنسي المستهلك والمهني على حد سواء دون قصرها على المستهلك فقط.

---

[1]- عدّة عليان، المرجع السابق، ص294.

[2]- زوبة سميرة، المرجع السابق، ص106.

[3]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص273-294.

ثانيا: العقود المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية

إذا ما مرجعنا إلى مبدأ الحرية التعاقدية فإن الشروط التعسفية تعتبر مشروعة، بمعنى أنّ ما دام الأطراف قد وافقوا عليها فاعتبارها تعسفية أمر خاطئ. إلا أن وبالرجوع إلى تشريعات الاستهلاك نجدها تعبر الشرط التعسفي ممنوعا وتعمل دائما على مكافحته، فمن هنا تظهر نقطة من نقاط تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد؛ فإذا كانت الشروط التعسفية تتظلل بظل الحرية التعاقدية في قانون العقود على العكس فلا مجال لها في قانون الاستهلاك تجسيدا لمبدأ هذه القوانين القائم على حماية المستهلك.

فإذا كان سابقا قد حدّدنا الأشخاص المعنية بالحماية من الشروط التعسفية في قانون الاستهلاك، فإننا من خلال هذه النقطة سنحاول معرفة طبيعة العقود المعنية بالحماية من هذه الشروط، فنتساءل هل الحماية مقصورة فقط على عقود الإذعان أم تمتد لتشمل حتّى عقود المساومة؟ فللإجابة على هذا الإشكال نرجع إلى النصوص القانونية من بينها المادّة 110 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على أنه: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية..."، فمن خلال هذه المادّة نستنتج أنّ الطرف المذعن لا يمكنه أن يستفيد من الحماية من الشروط التعسفية إلا إذا كان العقد عقد إذعان[1]، فلا مجال لتطبيق هذا النص على عقود المساومة.

هذا بالإضافة إلى نصّ المادّة 4/03 من قانون الممارسات التجارية التي جاء فيها ما يلي: "عقد: 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 فيه"، فنستشف من هذه المادّة أنّ المشرّع الجزائري حصر الحماية القانونية ضد الشروط التعسفية في عقود الإذعان، والدليل على ذلك استعماله لمصطلح "إذعان"، فهكذا يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري قد مزج بين عقد الاستهلاك وعقد الإذعان، حيث لم يكتفي المشرّع باشتراط توافر عقد بين المستهلك والعون الاقتصادي فقط، بل اشترط أيضا تضمين العقد إذعان من طرف العون الاقتصادي ضد المستهلك، بحيث لا يستطيع الأخير إدخال تغيير حقيقي في العقد[2].

---

[1]– يعرّف الدكتور عبد المنعم فرج الصدة عقد الإذعان على أنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يمنحها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها". راجع، سلمى بن سعدي، المرجع السابق، ص88.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص396.

هذا ونصّت المادّة الأولى فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدّل والمتمم على أنه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم و طبقا للمادّة 03 من القانون 02/04 المؤرخ في 23 يوليو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه"، ومن خلال هذه المادّة يزيد تأكدنا أنّ المشرّع الجزائري قصر الحماية من الشروط التعسفية على عقود الإذعان فقط دون عقود المساومة.

ولكن تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع بقصره الحماية على عقود الإذعان فقط، بالرغم من احتلال هذا النوع من العقود مساحة كبيرة من العلاقة التعاقدية التي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد من حيث الكفاءة والخبرة، إلا أنّ العلاقات التعاقدية ليست كلها عقود إذعان، فقد يتمّ التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات في غياب الإذعان، مع إمكانية مناقشة شروط العقد ولكن هذا التصور نظري، على الحقيقة العملية المتمثلة في عدم إمكانية المستهلك من مناقشة شروط العقد وذلك لعدم قدرته الفنية للفهم والمناقشة[1].

إلاّ أنّ هناك بعض التشريعات التي توسع مجال الحماية على جميع العقود، سواء أكانت عقود مساومة أو عقود إذعان، المهم أن يكون المستهلك طرفا في العلاقة التعاقدية مع المتدخل[2].

وقد قدّم الأستاذ "جاك غستان" رأيه المتمثل في ضرورة مدّ نطاق الحماية لجميع العقود حتى ولو لم تكن عقود إذعان،[3] وهو الرأي الذي تبناه المشرّع الفرنسي من خلال قانون الاستهلاك لسنة 1995 من خلال نصّ المادّة L.132-1، فالأخيرة لم تحصر الحماية من الشروط التعسفية في عقود معينة وإنما وسعت المجال لتشمل عموما: "كل العقود المبرمة بين المحترفين أو غير المحترفين أو المستهلكين"[4].

إلا أنه يتبادر إلى أذهاننا التساؤل حول شكل وموضوع العقد الذي تنوط به الحماية من الشروط التعسفية ؟ فبالنسبة لشكل العقد، فلو رجعنا إلى نصّ المادّة 4/03 من القانون رقم 02/04

---

[1]– محمد بودالي،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص81.

[2]– زوبة سميرة، المرجع السابق، ص109.

[3]– زوبة سميرة، المرجع السابق، ص109.

[4]- L'article L.132-1 (loi n° 95L96 du 1/02/1995 JO du 02/02/1995) propose que : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs… ».

المعدّل والمتمم نجدها تنصّ على أنه: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية...حرّر مسبقا..."، بمعنى أنّ المشرّع قصد من عقود الإذعان تلك العقود المكتوبة، إلا أنه وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من هذه الفقرة من المادّة 3 نصّت على أنه: "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 سلفا"، وبالتالي نلاحظ أنه إذا كان المشرّع في الفقرة الأولى من الفقرة الرابعة من المادّة 3 قد أكد على أن يكون العقد مكتوبا، فإنه لم يعطي أهمية للشكل في الفقرة الثانية فيمكن أن يكون في شكل فاتورة أو سند ضمان... أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، فالدعامة التي يقوم عليها العقد غير مهمة، وبالتالي يمكن القول أنّ المشرّع الجزائري لم يعتد بالشكل كمعيار لتحديد الشرط التعسفي، وبهذا يكون بذلك موافقا للمشرّع الفرنسي في عدم الأخذ بمعيار شكل وهذا ما تؤكدّه الفقرة الرابعة من المادة L.132-1 حيث نصّت الأخيرة بأنّ النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبّق على جميع العقود المبرمة بين المحترفين أو غير المحترفين أو المستهلكين دون الأخذ بعين الاعتبار شكل أو دعامة العقد[1].

أما بالنسبة لموضوع العقد، فبالتطرق لنصّ المادّة 4/03 في الفقرة الأولى منها من قانون 02/04 المعدّل والمتمم نصّت على أنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة..."، فنستنتج من خلال نصّ المادّة أنّ المشرّع حصر عقود الإذعان المتضمنة للشروط التعسفية في عمليات البيع أو تأدية الخدمة، إلا أنّ الفقرة الثانية من الفقرة الرابعة من المادّة 3 ذكرت عبارة "لشروط البيع العامة المقررة سلفا"، بالإضافة إلى المادّة 29 من نفس القانون نصّت على أنه: "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقد بين المستهلك والبائع..."، فمن خلال نصّ المادتين نلاحظ أنّ المشرّع تجاهل الخدمة من عقود الإذعان وحصرها على عمليات البيع فقط.

فالمشرّع الجزائري كان عكس الفرنسي؛ فالأخير لم يهتم بموضوع العقد سواء كان بيع أو خدمة أو إيجار أو وكالة أو فتح حساب جاري ... وغيرها من العقود أيا كان موضوعها سواء منقولات أو عقارات، وهذا ما جاء في نصّ المادّة L.212-1.[2] حيث لم يهتم من خلال هذه المادّة

[1] - L'article L.132-1-4 (loi n° 95L96 du 1/02/1995 JO du 02/02/1995) propose que : « Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies ».

[2] – سبق التفصيل في هذه المادّة راجع الصفحة رقم 189 من هذه المذكرة.

بموضوع العقد وإنما صبّ اهتمامه على الحالة التي يتحقق فيها اختلال في التوازن بين أطراف العقد.

الفرع الثاني: حظر الإشهار الكاذب أو التضليلي كآلية مقيّدة لحرية تحديد مضمون العقد

استكمالا لحماية إرادة المستهلك وتنويرها في مرحلة تكوين العقد، حرص المشرّع الجزائري على منع تضليل المستهلك من خلال حضر الإشهار الكاذب أو المضلل، فهذا الأخير يجعل المستهلك يتعاقد مع المتدخل صاحب الإشهار من أجل سلع وخدمات هو ليس بحاجة إليها أو ممكن أن تضر بصحته وسلامته. فتجدر الإشارة أنّ المشرّع لم يحظر الإشهار التجاري بل حضر الإشهار الكاذب أو المضلل[1].

فإنّ الحديث عن هذا النوع من الإشهار يدفعنا إلى التساؤل عن مفهومه؟ وهو ما سنتطرّق إليه في **البند الأول**، وكذلك بعد التطرّق إلى مفهومه نتساءل كيف تمّ محاربة هذا النوع من الإشهارات؟ وهو ما سنجيب عنه في **البند الثاني**.

البند الأوّل: مفهوم الإشهار الكاذب أو المضلل كآلية مقيدة لحرية تحديد مضمون العقد

أصبح الاهتمام بالمستهلك والبحث عن إمكانية جذبه إلى السلع والخدمات أولوية يبحث عنها كل متعامل اقتصادي وذلك باستعمال العديد من الوسائل لجلب وإغراء المستهلك، إذ لم يجدوا سبيلا أفضل من الإشهار التجاري الذي أصبح يتميز بالتضليل والخداع، وفي محاولة تحديد مفهوم الإشهار الكاذب أو المضلل سنتطرّق إلى تعريفه، ثمّ إلى الشروط الواجب توفرها في الإشهار الكاذب أو المضلل؛ و ذلكم من خلال النقاط التالية.

أولا: المقصود من الإشهار الكاذب أو المضلل

قد عرّف الفقه[2] الإشهار الكاذب[1]على أنه: "الإشهار الذي يقوم فيه المعلن سواء كان تاجرًا أو مقدم خدمات باستخدام ألفاظ وعبارات كاذبة حول الخصائص والمميزات الجوهرية للسلعة

---

[1]– بوعروج شعيب، المرجع السابق، ص338.

[2]– أحمد سعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن، مجلة الحقوق، العدد04، السنة 19، الكويت، ديسمبر، 1995، ص169.

أو الخدمة المعلن عنها مما يؤدي إلى إيقاع المستهلك في خداع إعلاني يدفعه إلى التعاقد"، وقد يكون الكذب إيجابيا كذكر أوصاف غير متوفرة في السلعة أو الخدمة أو إعطاء معلومات تفتقد للمصداقية، كما أنه قد يكون سلبيا كالسكوت عن واقعة لو علم بها المتعاقد لما أقبل على التعاقد[2].

ويمكن أن يؤثر الإعلان الكاذب على الإرادة التعاقدية للمستهلك بطمس حقيقة السلعة أو الخدمة؛ ومثال على ذلك: إذا تعلق الأمر بالكم أو الوزن، فمثلا إذا كان الإشهار الخاص بأحد المنتجات يحدد فيه الوزن 500غ في حين أنه لا يزن سوى 450غ فهذا كذب يتعلق بحقيقة موضوعية ويمكن التأكد منها، أما الصعوبة فهي تتعلق بالحقيقة النوعية أو حيث يصعب التأكد منها، أي من صحة الإشهار وصدقه، كأن يذكر مثلا في الومضة الإشهارية أن هذا المنتوج هو الأفضل على الإطلاق[3].

فالأصل أنّ الكذب غير جائز في مجال الإشهار، إلا أنّ المبالغة في الإشهار عن المنتجات والخدمات مقبولة، ما دام الهدف منها هو جذب إنتباه الجمهور على السلعة أو الخدمة، فمدح هذه الأخيرة يفترض في ذاته نوعا من التجاوز المسموح به، لأنه يعتبر كذبا محمودا الذي لا ينخدع به أحد ولا يضر بمصالح المتنافسين، ولا يحط من شأن سلعهم وخدماتهم ولا يحتقرها ويهينها[4].

إلا أنّ المنع يقع في حالة ما إذا كانت الواقعة المزعومة كاذبة من الناحية الموضوعية، بحيث يمكن الإستعانة بخبير لإثبات الكذب،[5] إلا أنه يصعب أن يكون الإشهار صادق بالمفهوم الضيق للمصطلح، على أساس أن الإشهار لا يظهر إلا الجانب الأفضل دائما لذلك يستحيل أن يذكر المعلن عيوب منتجاته في الإشهار وهو ما يؤكد نسبية حقيقة الإشهار التجاري[6].

فبالنسبة للمشرّع الفرنسي فقد اعتبر الإشهار التجاري الكاذب محظورا سواء وقع المستهلك في غلط فعلا أو كان من الممكن أن يقع فيه مستقبلا، وهذا من خلال نصّ المادّة 44 من القانون

---

[1]– يعرّف الكذب على أنه: "الإخبار عن شيء بخلاف ما هو عليه في الواقع. فالكذب هو ادعاء أو زعم مخالف للحقيقة، الهدف منه تضليل الملتقى بتزييف الحقيقة، أو إصدار تأكيدات غير صحيحة أو غير مطابقة للحقيقة، فالكذب هو عمل عمدي يعطي لطرف الآخر وصف مغاير للحقيقة". راجع في ذلك يمينة بليمان، المرجع السابق، ص292.

[2]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص106.

[3]– يمينة بليمان، المرجع السابق، ص293.

[4]– طويل مريم، المرجع السابق، ص 59.

[5]– يمينة بليمان، المرجع السابق، ص293.

[6]– أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص170.

المسمى بـ "Royer" لسنة 1973،[1]وهو ما أكدّ عليه القضاء الفرنسي في أحد قراراته الصادرة بتاريخ 1988/12/06 التي اعتبر فيها: "أن محكمة الاستئناف بررت قرارها بالتطبيق الصحيح لنص المادّة 44 من قانون 1973 بأنه لقيام الجريمة لا يتطلب قيام الإشهار الكاذب أن يكون الكذب قد ولد الغلط فعلا بل يكفي أنه من المرجح قيام ذلك فعلا"[2].

أما المشرع الجزائري أشار إلى الكذب في الإشهار التجاري في المادة 41من المشروع التمهيدي لقانون الإشهار لسنة 1999[3] والتي نصت على أنه "يعتبر الإشهار كاذبا إذا تضمن إدعاءات وإشارات أو عروض خاطئة من شأنها أن تخدع المستهلك أو المستعمل للمواد أو الخدمات". بمعنى أنّ المشرّع الجزائري إعتبر الإشهار الكاذب صورة من صور الإشهار الخادع، مع الإشارة أنّ المشرّع الجزائري إستعمل الإشهار التضليلي بدل الخادع[4].

والمشرّع الجزائري حضر حتى الإشهارات المبالغ فيها من خلال نصّ المادّة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 101/91 [5]حيث نصّت الأخيرة على أنه: " ...ولا يجب أن تضلل البلاغات الإشهارية المستهلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق المبالغة..."، فمن خلال هذه المادّة نستنتج أنّ المشرّع الجزائري إعتبر الإشهار المبالغ فيه إشهارا مضللا.

فبالنسبة لتعريف لإشهار المضلل؛ فلم يعرفه المشرع الجزائري، وهذا ليس تقصيرا منه، كون أن المشرع لا يضع التعريفات فهذا عمل الفقه، فقد عُرّف[6] على أنه: "هو الذي يؤدي إلى تغليط المستهلك أو من شأنه أن يؤدي إلى ذلك، سواء باستعمال الكذب أو بدونه عن قصد أو دون قصد حتى وإن كان بإهمال".

---

[1] -L'article 44 (loi n°73-1193 du 27/12/1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat) propose que : « Est interdite toute publicité comportant, sous quelque forme que ce soit, des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur, lorsque celles-ci portent sur un ou plusieurs des éléments ci-après : existence… ».

[2]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص107.

[3]– مشروع قانون الإشهار الوارد في الجريدة الرسمية رقم 10 لمداولات مجلس الأمة، الجلسة المنعقدة يوم 1999/07/26، طبعت بمجلس الأمة بيوم 1999/08/29، المعدّل والمتمم.

[4]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص110.

[5]– المرسوم التنفيذي رقم 101/91، المؤرخ في 1991/04/20، المتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون، الجريدة الرسمية العدد: 19، المؤرخة في 1991/04/24.

[6]– بلقاسمي حامدي، الحماية الجزائية للمستهلك من الإشهار الكاذب والمضلل، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد09، باتنة، الجزائر، جوان 2016، ص7.

وقد عرّفه التوجيه الأوروبي رقم 114/2006 المتعلق بالإشهار المضلل والإشهار المقارن من خلال نصّ المادّة 2/2[1] على أنه : "كل إشهار يأتي في أي شكل من الأشكال يؤدي إلى إيقاع الأشخاص الموجه إليهم في غلط أو من المحتمل أن يوقع في غلط أو يتضمن في عرضه تضليلاً مسبباً لهم ضررًا يؤثر على سلوكهم الاقتصادي أو يمس بأحد المنافسين".

ويعتبر إشهارا مضللا كل إشهارا تضليليا في حدّ ذاته وكل ما من شأنه أن يؤدّي إلى تضليل[2] رغبة المستهلك، وهذا عبّر عنه المشرّع الجزائري في نصّ المادّة 28 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم حيث نصّت الأخيرة على أنه : "دون الإخلال بالأحكام التشريعية والتنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهار غير شرعي وممنوعا، كل إشهار تضليلي لاسيما إذا كان يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى التضليل..." .

ونفس الشيء أكدته المادّة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش رقم 03/09 المعدّل والمتمم عندما ذكرت عبارة أنه: "...كل من يخدع..." وعبارة "...أو يحاول أن يخدع...".

هذا وقد حدّد المشرّع الجزائري الحالات التي قد يتحقق من خلالها الإشهار المضلل على سبيل المثال وليس الحصر من خلال نص" المادّة 28 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدّل والمتمم كالآتي: "... 1- يتضمن تصريحات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكمية أو وفرته أو مميزاته؛-2 يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع أخر أو مع منتجاته أو خدماته أو نشاطه؛3- يتعلق بعرض معين لسلع أو الخدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كافي من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان تلك الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار".

فمن خلال التعاريف السابقة نستنتج أنّ للإشهار المضلل عنصرين؛ أولهما مادّي؛ ويتحقق من خلال خلق لبس بهدف خداع المستهلك، دون تحديد للطريقة أو الوسيلة، فقد يتمّ عن طريق تصريحات أو بيانات أو تشكيلات...، كما لا يشترط في العنصر المادي أن يصل إلى حد من

[1]- L'article L.2-2 (Directive de 2006/114CE Parlement européen et di conseil du 12/12/2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative) propose que: « publicité trompeuse, toute publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui, pour ces raisons, porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent ». pour plus d'information consulté le site suivant : eur-lex.europa.eu/legal-content/fr/all ?uri=celex%3A32006L0114.

[2]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص110.

الجسامة المطلوبة في جريمة النصب والإحتيال، فالمهم أن يكون المعلن قد ألبس على المستهلك وجه الحق فحمله على التعاقد تضليلا.[1]وقد ذكرت المادّة 68 من قانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم العناصر التي يتحقق من خلالها العنصر المادّي عندما يحاول المتدخل أن يخدع أو يحاول أن يخدع بأية وسيلة أو طريقة كانت؛ من بينها الإشهار المضلل وهي كالآتي: كمية المنتوجات المسلمة، تسليم المنتوجات غير تلك المعينة مسبقا، قابلية إستعمال المنتوج، تاريخ أو مدد صلاحية المنتوج، النتائج المنتظرة من المنتوج، طرق الإستعمال أو الإحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج.

وثانيهما معنوي المتمثل في سوء النية، ويتحقق عندما يقصد المتدخل الغش وتحريف الحقيقة، إلاّ أنّ قانون حماية المستهلك وقمع الغش جاء خاليا من أي نصّ يشير إلى تطلب ذلك العنصر لقيام المسؤولية،[2] إلا أنّ المشرّع الفرنسي قد اعتبر في المادّة 05 من القانون رقم 628/63 المتعلق بالمحافظة على التوازن الاقتصادي والمالي؛ أن سوء النية المعلن شرطا لقيام مسؤوليته عن الإشهار المضلل[3].

وقد أوقع المشرّع الجزائري المنع على الإشهار المضلل من خلال المرسوم التنفيذي رقم 101/91 المتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون حيث نصّت المادّة 41 منه على أنه: "...ولا يجب أن تضلل البلاغات الإشهارية المستهلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق المبالغة أو الحذف أو بحكم طابعها الغامض".

فمن خلال هذه المادّة نستخلص أنّ المشرع الجزائري يمنع كل إشهار يضلل المستهلك عن طريق حذف بيانات أو معلومات من شأنها تنوير المستهلك ودرء أي غموض في الرسالة الإشهارية[4].

---

[1]– احمد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 6، المجلد 1، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000، ص346.

[2]– بلقاسمي حامدي، المرجع السابق، ص8.

[3]– المشار إليه في حمادي محمد رضا، حماية المستهلك من الإشهار المضلل للعلامة التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، مسيلة، الجزائر، ديسمبر 2016،ص92.

[4]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص115.

ومن بين تطبيقات القضاء الفرنسي بخصوص حضر الإشهار التجاري المضلل ما قضت به محكمة الاستئناف بباريس في حكمها الصادر في 2014/06/11[1] حيث أدانت الأخيرة صاحب فندق إستعمل في إشهاره عبر الإنترنت للترويج لفندقه إسم "Marai" وهو عبارة عن إسم لحي باريسي سياحي مشهور، حيث بمجرد رؤية المستهلك لهذا الإسم يندفع مباشرة لحجز غرفة فيه ضنا منه أنه حقا يتموقع في ذلك الشارع، وهو في الحقيقة لا يقع فيه، فهو عبارة عن إشهار مضلل يضر بمنافسه الذي يقع حقيقية في ذلك الحي.

ولعلّ السبب من حظر هذا النوع من الإشهار؛ هو تجنب اللبس الحاصل في ذهن المستهلك من توليد للشك والأوهام التي تدفعه على اقتناء ما لم يقصد اقتناؤه فعلا من السلع والخدمات أو التعاقد مع من لم يكن ينوي التعاقد معه، ولا يكون ذلك إلا إذا كان هذا الإشهار يتضمن عناصر تقليد منتوج أو سلعة أو علامة منتج أو مقدم خدمات آخر، وبالتالي فإن المشرع من خلال حظره لهذا النوع من الإشهار يهدف إلى حماية رضا المستهلك وذلك بأن يكون اختياره حرّا نزيها لا يشوبه أي لبس، حتى وإن كان ذلك على حساب مبدأ الحرية التعاقدية؛ الذي قد يستغله المتدخل من أجل تضليل المستهلكين[2].

ثانيا: محل الإشهار الكاذب أو المضلل

يقع الكذب أو التضليل في الإشهار على عنصر أو أكثر من عناصر الخدمة أو الإنتاج محل الإشهار، بحيث يدفع هذا الكذب أو التضليل المستهلك على التعاقد على سلعة أو خدمة ممكن لا تناسبه ولا تلبي حاجته التي يتعاقد من أجلها.

وقد يقع التضليل على عنصر أو أكثر من العناصر المتعلقة بجوهر أو ذاتية السلع والخدمات أو خواصها التي تكون محل اعتبار بالنسبة للمستهلك عند إقدامه على التعاقد،[3] كما قد يقع هذا التضليل في غير ذات السلعة أو الخدمة؛ وهذا ما سنشرحه على التوالي.

---

[1]– مشار إليه في جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص112.

[2]– حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص93.

[3]– سارة عزوز، حماية المستهلك من الإشهار المضلل في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة 1، الجزائر، سنة 2017/2016، ص106.

1. التضليل الواقع على العناصر الجوهرية للمنتوج أو الخدمة:

في هذه الحالة قد يرد التضليل على كل من مدى توفر السلع والخدمات وذاتيتها، بالإضافة إلى مكونات السلع والخدمات والنتائج المرجوة من الإشهار، هذا ومع وروده على أصل السلع والخدمات وتاريخ الصنع.

أ- التضليل المتصل بمدى توفر السلع أو الخدمات و ذاتيتها:

يقسم التضليل في هذه الحالة إلى قسمين: يتمثل الأوّل في التضليل الواقع على مدى توفر السلع أو الخدمات، أما الثاني فيقع على التضليل الواقع على ذاتية السلع أو الخدمات.

✓ **التضليل المتصل بمدى توفر السلع أو الخدمات:**

يتحقق التضليل في هذه الحالة من خلال صورتين: تتمثل الصورة الأولى[1] في حالة الإشهار عن توفر سلعة أو خدمة لدى المعلن صاحب الإشهار، ولكن في الحقيقة ينتفي توفرها لدى هذا الأخير، بحيث يعجز عن تقديم ما أعلن عنه في أي صورة من الصور، أما الصورة الثانية[2] فتتمثل في توفر السلعةأو الخدمة محل الإشهار، ولكن في الحقيقة تختلف صورتها عن تلك المعلن عنها من حيث المواصفات من خلال التغيير الجسيم في خصائصها المعلن عنها[3].

✓ **التضليل الواقع على ذاتية السلع أو الخدمات:**

إن ذاتية السلع والخدمات؛ يقصد بها مجموع العناصر المميزة لها من نظيراتها، وتعتبر ذاتية السلع والخدمات من العناصر المهمة التي فرض المشرع الجزائري ضرورة توافرها وقت إعداد الرسالة الإشهارية التي تكون السلع أو الخدمات موضوعها، وذلك لارتباطها بذات المنتوج أو الخدمة وخواصهما، والتي لولاها لما أقدم المستهلك على التعاقد بخصوصها[4]. فالتضليل بشأن ذاتية السلع

---

[1]- تمّ حظر هذه الصورة من خلال نصّ المادّة 28 من القانون 02/04 المعدّل والمتمم، أما في التشريع الفرنسي فقد حظر الصورة الأولى لهذا التضليل من خلال إلزام التجار بعدم الإشهار عن السلع والخدمات غير المتوفرة لديهم، وذلك بمقتضى القرار الصادر في 1977/09/02، المشار إليه في سارة عزوز، المرجع السابق، ص109.

[2]- وحُضرت هذه الصورة أيضا من خلال نصّ المادّة 2/68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ومن خلال نصّ المادّة 2-121.L من تشريع الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2022.

[3]- سارة عزوز، المرجع السابق، ص108.

[4]- معيزي خالدية، المرجع السابق، ص233.

والخدمات يتحقق بإحداث تغيير جسيم في خصائصه طبقا للإشهار وخصائصه في الواقع، بحيث يؤدّي ذلك إمّا إلى فقدان طبيعته أو بجعله غير صالح للاستعمال الذي أعدّ له[1].

ب- التضليل المتصل بمكونات السلع أو الخدمات والنتائج المرجوة من الإشهار:

ينقسم هذا التضليل إلى قسمين؛ يتمثل القسم الأوّل في التضليل المتصل بمكونات السلع أو الخدمات، أما الثاني فيتصل بالنتائج المرجوة من الإشهار.

✓ **التضليل المتصل بمكونات السلع أو الخدمات:**

وقد منع المشرّع الجزائري الإشهار المضلل المتصل بمكونات السلع أو الخدمات من خلال نصّ المادّة 1/60 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 السالف الذكر من خلال نصّها على ما يلي: "يمنع استعمال... أو أي أسلوب للإشهار أو العرض أو البيع من شأنها أن تدخل لبس في ذهن المستهلك لاسيما حول الطبيعة والتركيبة للمنتوج".

أما المشرع الفرنسي فقد أوقع الحظر على الإشهار المضلل الواقع على مكونات السلع والخدمات من خلال نفس المادّة 2-121.Lحيث نصّت على أنه: "يكون ممنوعا كل إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال إدعاءات أو بيانات، أو عروضا زائفة، أو من شأنها التضليل، متى انصبت على واحد أو أكثر من عناصر الآتية: ...وتكوينها...".

✓ **التضليل المتصل بالنتائج المرجوة من الإشهار:**

فبالرجوع إلى نصّ المادّة 68 من قانون 03/09 المتضمن حماية المستهلك وقمع الغش نصّت الأخيرة على أنه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادّة 429 من قانون العقوبات كل يخدع أن يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول النتائج المنتظرة من المنتوج".

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي هو أيضا حظر التضليل الواقع على النتائج المرجوة من السلعة أو الخدمة من خلال المادّة 2-121.Lمن خلال تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2022 حيث نصّت الأخيرة على ما يلي: "يكون ممنوعا كل إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال إدعاءات

[1]- حظر المشرّع هذا التضليل من خلال نصّ المادّة 1/60 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حظر هذا التضليل من خلال نصّ المادّة 2-121.L من تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2022.

أو بيانات، أو عروضا زائفة، أو من شأنها التضليل، متى انصبت على واحد أو أكثر من العناصر الآتية: ...النتائج التي يمكن الحصول عليها من استعماله"[1].

ج- التضليل المتصل بأصل السلع أو الخدمات وتاريخ الصنع:

ينقسم هذا التضليل في حدّ ذاته إلى قسمين: يتضمن القسم الأوّل التضليل المتصل بأصل السلع أو الخدمات، وقسم ثاني يتضمن التضليل المتصل بتاريخ صنع السلع أو الخدمات.

✓ **التضليل المتصل بأصل السلع أو الخدمات:**

إنّ المقصود من الأصل هو مصدر السلع أو الخدمات، ولتحديد الأصل في السلع والخدمات بالنسبة للمستهلك أهمية بالغة؛ فغالبا ما يفضل جمهور المستهلكين في المواد الغذائية مثلا أن تكون طبيعية على نظيرتها الاصطناعية، فإذا وقع التضليل في الإشهار مثلا على أنّ المادّة محل الإشهار طبيعية ويقبل المستهلك على اقتنائها وهي في الحقيقة مادّة إصطناعية، فإنّ التضليل[2] في هذه الحالة قد يكون لهعوارض جانبية يمكن أن تؤثر بشكل سلبي على سلامة مقتنيها الجسدية[3].

✓ **التضليل المتصل بتاريخ صنع السلع أو الخدمات:**

إنّ تاريخ الصنع من بين أهم العناصر والبيانات التي يقع عليها التضليل، فهو يختلف من منتوج لآخر؛ فقد يطول في منتوج ويقصر في آخر، وتزيد أهمية بيان تاريخ الصنع في المنتجات التي لها علاقة بالسلامة الجسدية كالمواد الغذائية، والصيدلانية.[4] هذا وقد يهتمّ المستهلك بتاريخ الصنع القديم لبعض المنتجات التي تزداد قيمتها كلما قدم تاريخها من خلال إضفاء الصفة الأثرية أو التاريخية عليها كاللوحات الفنية مثلا. وهذا النوع من التضليل لا يمكن تصوّره في الخدمات.

---

[1] - L'article L.121-2 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que :« Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes: 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants:
b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : …les résultats attendus de sont utilisation … ».

[2]- منع المشرّع الجزائري هذا التضليل من خلال نصّ المادّة 60 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13، أما المشرّع الفرنسي فقد منعه من خلال نصّ المادّة L.121-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2022.

[3]- معيزي خالدية، المرجع السابق، ص241.

[4]- معيزي خالدية، المرجع السابق، ص237.

ويتحقق التضليل[1] بشأن تاريخ الصنع من خلال تقديم أو تأخير هذا التاريخ بحسب ما تقتضيه مصلحة المعلن في ذلك[2].

2. التضليل الواقع على غير ذات السلع أو الخدمات:

وقد يقع التضليل في هذه الحالة على كل من:

أ- التضليل الواقع على الدافع على التعاقد:

يتحقق هذا التضليل[3] عندما يلجأ المعلن إلى الكذب والتضليل بشأن الأسباب الدافعة للبيع، بهدف تحفيز المستهلك متلقي الإشهار على الإقبال على التعاقد بشأن السلعة أو الخدمة محل الإشهار، وفي سبيل ذلك، عادة ما يحدد فترة زمنية محددة لاتخاذ قراره بالتعاقد، كأن يعلن أن البيع بقصد التصفية أو بالتخفيض[4].

ب- التضليل الواقع على شروط البيع:

ينصب التضليل[5] في هذه الحالة على كل من الثمن والتسليم والضمان وغير ذلك من الشروط، وكثيرا ما تكون هذه الشروط محلا للإشهار التجاري المضلل،[6] ومن أمثلة ذلك إشهار من طرف شركة أجهزة كهرومنزلية يتضمن أنّ الضمان حول أجهزتها مدّته خمس سنوات إلا أنه في الحقيقة هذا الضمان يشمل بعض المنتجات فقط دون الأخرى[7].

---

[1]- حظر المشرّع الجزائري هذا التضليل من خلال نصّ المادّة 68 من قانون 03/09، أما المشرّع الفرنسي فقد منعه من خلال نصّ المادّة L.121-2من تشريع الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2022.

[2]- سارة عزوز، المرجع السابق، ص120.

[3]- وقد حظر المشرّع الجزائري هذا النوع من التضليل من خلال المرسوم التنفيذي رقم 215/06 المتعلق بتحديد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، من خلال نصّ المادّة 28 منه، أما المشرّع الفرنسي فقد حظره من خلال نصّ المادّة L.121-2 من قانون الإستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2022.

[4]- علاوة هوام، سارة عزوز، الحماية الجزائية للمستهلك من الممارسات غير النزيهة، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص236.

[5]- منع المشرّع الجزائري هذا التضليل من خلال نصّ المادّة 04 من القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم، أما بالنسبة للمشرّع الفرنسي فقد منعه من خلال نصّ المادّة L.121-2 من تشريع الاستهلاك الفرنسي الجديد.

[6]- حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص94.

[7]- علاوة هوام، سارة عزوز، المرجع السابق، ص236.

ج- التضليل الواقع على التزامات المعلن:

قد يتعهد المعلن من خلال الإشهار على تحمله بعض الالتزامات، إضافة إلى الالتزامات الأصلية في العقد، فإذا كانت هذه الالتزامات خارج نطاق المعلن ولا يمكن له تنفيذها، عدّ إشهاره كاذبا مضللا[1].

د- التضليل على أسعار السلع أو الخدمات:

تعدّ الأسعار عاملا مؤثرا في سلوك المستهلك، تأثيره يختلف بحسب طبيعة المستهلك، ومن الثابت قانونا أن الإعلام بالأسعار أو الثمن يعد التزام قانوني يلتزم به التاجر بموجب قواعد المنافسة[2].

فالمشرّع الجزائري لم يتطرق إلى السعر كعنصر من العناصر التي يرد عليها التضليل لا في القانون رقم 02/04المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ولا في المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلكين، ولا في القانون رقم 03/09المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش المعدّل والمتمم. إلا أنه ولو رجعنا إلى كل من نصّ المادّة 22 و23 من القانون 02/04 المعدّل والمتمم نجده قد منع بعض ممارسات أسعار غير النزيهة وغير شرعية من بينها:

عدم احترام نظام الأسعار المقننة بالنسبة للسلع أو الخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار وهو ما ورد في نصّ المادّة 22.

القيام بتصريحات مزيفة بأسعار التكلفة قصد التأثير على أسعار السلع أو الخدمات المحددة أو المسقفة و هذا ما جاء في نصّ المادّة 1/23.

القيام بمناورات ترمي إلى إخفاء الزيادات غير الشرعية في الأسعار وهذا ما جاء في نصّ المادّة 1/23.

---

[1]- فبالرجوع إلى التشريع الجزائري نلاحظ أنّ المشرّع لم يورد نص قانوني يمنع التضليل الوارد على التزامات المعلن على الرغم من تأثير هذه العنصر على إرادة المستهلك في اقتناء السلعة أو الخدمة. ولعلّ السبب وراء ذلك هو اعتبار التزامات المعلن هي عنصر من عناصر شروط التعاقد. على خلاف المشرّع الفرنسي الذي نصّ على هذا التضليل من خلال نفس المادّة السالفة الذكر 2-121.Lمن تشريع الاستهلاك الفرنسي الجديد. راجع سارة عزوز، المرجع السابق، ص149، وعلاوة هوام، سارة عزوز، المرجع السابق، ص237.

[2]- حمادي محمد رضا، المرجع السابق، ص94.

ففي حالة مخالفة هذه النصوص فإن ممارسة الأسعار بالطرق السالف ذكرها فإنه يعتبر قد ارتكب جنحة معاقب عليها بموجب نصّ المادّة 36 من القانون رقم 02/04 المعدّل والمتمم[1].

على خلاف المشرّع الفرنسي الذي نصّ على الأسعار التي قد يقع عليها التضليل من خلال نصّ المادّة L.121-2 من تشريع الاستهلاك لسنة 2022 التي نصّت على أنه: "يكون ممنوعا كل إشهار يتضمن بأي شكل من الأشكال إدعاءات أو بيانات، أو عروضا زائفة، أو من شأنها التضليل، متى انصبت على واحد أو أكثر من العناصر الآتية: ...السعر أو طريقة حساب السعر والطبيعة الترويجية للسعر... "[2].

البند الثاني: حماية المستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل

أصبحت الإشهارات التجارية أحد المعالم البارزة لهذا العصر تؤثر بحكم انتشارها على سلوك المستهلك، وقراراته، ومع ذلك فقد تكون الرسالة الإشهارية مضللة وتمس برضا المستهلك وحرية اختياره، ولهذا أقر المشرّع الجزائري حظر هذه الصورة غير المشروعة للإشهار التضليلي واعتبره من الممارسات غير النزيهة وكل هذا من أجل تحقيق الحماية الفعالة للمستهلك[3].

فمن أجل محاربة هذا النوع من الإشهارات تدخّل المشرّع الجزائري بفرض حماية مدنية وأخرى جزائية سنتطرق إليها بالتفصيل في النقاط التالية.

أولا: الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل

إذا كان الجزاء الجنائي يهدف دائما لحماية المصلحة العامة؛ فإنّ الجزاء المدني يهدف المستهلك من خلاله إلى تحقيق مصلحة فردية،[4]وبناء على ما تقدم، لم يتضمن قانون حماية المستهلك لا الجزائري ولا الفرنسي نصوص خاصة تكفل للمستهلك حماية مدنية، مما يتطلب منا

---

[1]– سارة عزوز، المرجع السابق، ص136.

[2]- L'article L.121-2 (ord n°2016-301 du 14/03/2016) propose que : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes: 2° Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants:…Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix… ».

[3]– خردوش سميرة، الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل، دراسة مقارنة، الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لعقود الإشهار التجاري وآثارها على الاقتصاد الوطني والمستهلك، المنعقد يوم 2018/12/05، جامعة 08ماي1945، قالمة، الجزائر.

[4]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص117.

البحث عن آليات ووسائل قانونية التي نصت عليها القواعد العامة لنظرية الالتزام، وسنبين كل هذه الوسائل تباعا.

1.حماية المستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل من خلال دعوى التنفيذ العيني للالتزام:

إنّ المقصود من دعوى التنفيذ العيني للالتزام؛ هو رفع المستهلك متلقي الإعلان دعوى قضائية على المعلن يلزمه فيها على تسليم محل العقد سواء سلع أو خدمات طبقا لما تمّ الإعلان عنه في الإشهار، ووفق رغبة المستهلك التي عبّر عنها، وبناء على الخصائص التي تضمنها الإشهار التجاري[1].

ويؤسس التنفيذ العيني في هذه الحالة على المادّة 164 من القانون المدني الجزائري التي تنصّ في طياتها على أنها: "يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا"، ونفس الشيء نصّت عليه المادّة 1224 من القانون المدني الجديد الفرنسي[2]. هذا ونصّت المادّة 1/166 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "....فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض".

فمن خلال هذه النصوص نستشف أنه؛ يشترط في التنفيذ العيني للالتزام ضرورة إعذار المدين بتنفيذ التزامه بالطرق القانونية المعروفة في الإعذار، كما يجب أن لا يكون التنفيذ العيني فيه إرهاقا للمدين، بحيث إن لم يتمكن المستهلك من الحصول على نفس ما ورد في الإعلان فيقتصر حقه في الحصول على التعويض، بالإضافة ألا يكون إجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا فيه مساس بحريته الشخصية كوجوب تدخل المدين شخصيا ويصر المدين على عدم تنفيذ التزامه فيقتصر الدائن على طلب التعويض على اعتبار أن القهر غير منتج في هذه الحالة[3].

2.حماية المستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل من خلال دعوى التدليس:

يمكن حماية المستهلك من الإشهار الكاذب أو المضلل وهذا بناءا على نص القواعد العامة التي تجيز إبطال العقد لتدليس إذا توافرت شروطه؛ وهذا ما أكدته المادّة 86 من القانون المدني

---

[1]– خردوش سميرة، المرجع السابق، ص8.

[2]- L'article 1224 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice».

[3]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص118.

الجزائري من خلال نصّها على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو من ناب عنه من الجسامة حيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد"، يقابل هذه المادّة نص المادّة 1116 من القانون المدني الفرنسي.

وحتى يتمكن المستهلك من ممارسة دعوى التدليس ضدّ المعلن صاحب الإشهار الكاذب أو المضلل؛ لابدّ من توفر الإشهار المدلس على شروط معينة؛ من بينها: أن يكون المعلن قد استعمل طرق احتيالية تدفع المستهلك إلى التعاقد، هذا بالإضافة توفر نية التضليل للمعلن الذي ينوي من خلالها الوصول إلى غرض غير مشروع، هذا ولا ننسى شرط أن يكون التدليس هو من دفع المستهلك إلى التعاقد بمعنى لولا الطرق التدليسية التي تبناها المعلن ما كان المستهلك سيتعاقد[1].

وتجدر الإشارة أنّ العمل التدليسي لا يقع فقط من خلال العمل الإيجابي باستعمال الطرق الاحتيالية، وإنما يمكن أن يقع من خلال العمل السلبي، الذي يتحقق عن طريق سكوت المعلن عن ذكر بيانات معنية، وهذا ما جاء في نصّ المادّة 2/86 حينما نصّت على أنه: "ويعتبر تدليسا السكوت عمدًا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

يرى البعض أنه رغم التوسع في نظرية التدليس إلا أنه لا يمكن القول أن دعوى التدليس تقدم حماية كافية للمستهلك في مواجهة الإشهار الكاذب والمضلل للاعتبارات منها[2]:

إنّ نظرية التدليس الواردة في قواعد القانون المدني محدودة الأثر؛ وذلك راجع لعدم إمكانية تطبيقها على الإشهار الكاذب أو المضلل، بحيث يشترط لتطبيق نظرية التدليس أن تكون هناك علاقة عقدية بين المستهلك والمعلن وأن تصدر من أحد المتعاقدين وسائل احتيالية تدفع المستهلك إلى التعاقد، وهذا ما يمكن القول أنه شبه مستحيل بشأن الإشهار التجاري بحيث نادرا ما نجد علاقة عقدية بين المعلن والمستهلك، وما دام لا يوجد عقد بين صاحب الإشهار الكاذب أو المضلل فلا يمكننا الحديث عن دعوى التدليس[3].

ومن بين الاعتبارات كذلك هو أنّ؛ لتطبيق نظرية التدليس لابدّ من تعلّق التدليس بالعناصر الجوهرية للسلعة أو الخدمة، إلاّ أنه في الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل قد يكون محله عناصر

---

[1]- يمينة بليمان، المرجع السابق، ص305.

[2]- جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص122.

[3]- يمينة بليمان، المرجع السابق، ص306.

غير جوهرية، بمعنى ممكن أن يقع على عناصر ثانوية أو خارجية للسلعة أو خدمة السالف التفصيل فيها،[1] الأمر الذي يعتبر تضييق في الحماية القانونية التي توفرها نظرية التدليس[2].

ففي هذا الصدد نشير إلى أنّه في حالة ما تحققت دعوى التدليس، فإنّ جزاءها سيكون إبطال العقد فقط، الأمر الذي لا يتناسب والأضرار التي يمكن أن يسببها الإشهار الكاذب أو المضلل للمستهلك التي يمكن أن تصل في بعض الأحيان إلى درجة المساس بصحته، بالرغم من أنه يجوز للمستهلك طبقًا لأركان المسؤولية التقصيرية رفع دعوى التعويض تأسيسا على المادة 124من القانون المدني الجزائري بعد الحكم له بإبطال العقد، وذلك جبرًا للضرر الذي وقع له جراء إعلان كاذب أو مضلل[3].

ثانيا: الحماية الجزائية للمستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل

في ظل عدم كفاية الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل كما رأينا سابقا، أصبح من الضروري تقرير الجزاء الجنائي لردع كل معلن يسلك سلوك الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل من أجل خداع المستهلك.

وقد نصّ المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادّة 68 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادّة 429 من قانون العقوبات[4] كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت حول: كمية المنتوجات المسلمة؛ تسليم المنتوجات غير تلك المعنية مسبقا؛ قابلية استعمال المنتوج، تاريخ أو مدّة صلاحية المنتوج؛ النتائج المنتظرة من المنتوج؛ طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج". فيستنتج من نصّ المادّة أنها بسطت العقوبات الواردة في نصّ المادّة 429 من قانون العقوبات حتى على الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل عند استعمال الطرق الاحتيالية أو السكوت عن واقعة ما من أجل دفع المستهلك إلى التعاقد، فحتى وإن كانت المادّة لم تنصّ على هذا النوع من الإشهار بطريقة مباشرة إلاّ أنه يفهم من خلال احتوائها في طيّاتها على عبارة "بأية وسيلة أو طريقة كانت".

---

[1]– راجع الصفحة رقم 212 وما بعدها.

[2]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص123.

[3]– جامع مليكة، المرجع السابق، ص41.

[4] – الأمر رقم 156/66، الموافق لـ 1966/08/08، الذي يتضمن قانون العقوبات الجزائري، المعدّل والمتمم.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري قد اعتمد على أسلوب الإحالة إلى قوانين أخرى[1] وهو نصّ المادّة 429 من قانون العقوبات التي نصّت على أنه: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 إلى 20.000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد:

-سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع؛ -سواء في نوعها أو في مصدرها؛ -سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها؛ في جميع الحالات فإن على مرتكب المخالفة إعادة الإرباح التي حصل عليها دون حق".

فإذا أشرنا سابقا أنّ العقوبات المدنية وحدها غير كافية لردع الجاني فإنّ تشريع الاستهلاك وبالإحالة إلى قانون العقوبات فقد عاقب الجاني بالحبس والغرامة، وحسنا ما فعل المشرّع الجزائري من أجل ردع كل من تخوّل له نفسه تضليل وخداع المستهلك بالإشهار الكاذب أو المضلل.

وفي الأخير ومن خلال ذكر الالتزامات السالفة الذكر، يظهر جليا التدخل الإيجابي والسلبي للمشرع الجزائري وحتى المشرع الفرنسي بتقييد الحرية التعاقدية للمتدخل الاقتصادي؛ والملاحظ من التدخل الإيجابي هو تقييد الحرية التعاقدية من خلال فرض التزامات على المتدخل لا يجوز له تجاوزها أو الإخلال بها من بينها الالتزام بالإعلام، الالتزام بالمطابقة، هذا بالإضافة إلى الالتزام بالسلامة، أما التدخل السلبي كان من خلال تقييد حرية المتدخل بمنعه من إدراج شروط تعسفية في العقد، هذا بالإضافة إلى منه من إتباع إي إشهار كاذب أو مضلل وغيرها من الالتزامات التي حظر إتباعها أو إدراجها في عقد الاستهلاك.

وبالإشهار التجاري نكون قد اختتمنا الباب الأوّل ووضحنا من خلاله كيف أثّرت تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية المنوطة بمرحلة تكوين العقد، حيث أثرت على مبدأ الرضائية بخلقها لشكليات جديدة كالشكلية الإعلامية، ومهلة التفكير والتروي التي لا يمكن إبرام العقد قبل مرور هذه المهلة، وكذلك أثر على مبدأ الحرية التعاقدية من خلال منع المهني من رفض التعاقد مادام السلعة معروضة على نظر الجمهور، وحدّدت مضمون العقد، فلم يعد مضمون العقد يحدد بحرية الأطراف بل أصبح مقيدا بما تمليه تشريعات الاستهلاك، فهذه هي تأثيرات قانون الاستهلاك على قانون العقد، و من هنا نتساءل كيف أثرت تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد

[1]- جامع مليكة، المرجع السابق، ص42.

المنوطة بمرحلة تنفيذ العقد باعتبار أنها تهدف إلى حماية المستهلك من مرحلة إنتاج السلعة أو الخدمة إلى غاية مرحلة الاستهلاك؟ وهو ما سنحاول الإجابة غليه بالتفصيل في الباب الثاني.

الباب الثاني:

مظاهر تأثير قانون الاستهلاك في مرحلة تنفيذ العقد

الباب الثاني: مظاهر تأثير قانون الاستهلاك في مرحلة تنفيذ العقد

إنّ حاجة المستهلك للحماية لا تتوقف بمجرد انعقاد العقد، بل يجب أن تستمر طالما أنّ العلاقة العقدية مستمرة، لأنّ هذه المرحلة قد تشهد امتناع المتدخل عن تنفيذ موجباته، أو تنفيذها بشكل سيء، أو مخالف للاتفاق أو طبيعة التعامل وما يفرضه حسن النية وشرف التعامل[1].

إذن فتأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد لا يتوقف عند مرحلة تكوين العقد؛ بل أنّ تأثيره يمتد إلى غاية التأثير على مرحلة تنفيذ العقد؛ التي تتكون من مبدآن شهيران متفرعين عن مبدأ سلطان الإرادة، يتمثل الأول في مبدأ القوة الملزمة للعقد، والثاني يتمثل في مبدأ نسبية العقد.

فبعدما كان الأصل في النظرية العامة للعقد يرتكز على أنّ العقد هو شريعة المتعاقدين، وأنّ آثاره لا تنصرف إلى الغير، ظهر لأصحاب هذه النظرية ولخصومها معا،[2] أنه وإن كان حقيقة هناك تكافؤ نظري نتيجة تطبيق مبدأ سلطان الإرادة، فإنهم بعيدين عن ذلك اقتصاديا واجتماعيا، وبعد أن تأكد لديهم أن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته على الطرف الضعيف، وعلى هذا الأخير أن يقبل مُكرهاً ما قام القوي بفرضه بحرية، وبالتالي فإنّ القانون الذي سيطبق في هذه الحالة على الطرفين هو القانون الذي فرضه المتدخل على المستهلك في عقد الاستهلاك، دون أن يكون له الحق في نقض العقد بإرادته المنفردة إلا باتفاق مع المتدخل، وإلا عدّ مخالف لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لذلك تدخّل المشرع للحد من تبعات هذا المبدأ عن طريق منح الفرصة للمستهلك بإقرار حق العدول للمستهلك من جهة، والتدخل من أجل محاربة الشروط التعسفية من جهة أخرى وهذا ما سنفصل فيه في **فصل أول** تحت عنوان تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ القوة الملزمة للعقد، وبعدما كانت كذلك آثار العقد لا تنصرف إلى الغير تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد؛ فحماية للمستهلك تدخل المشرع الجزائري من خلال التوسيع من القيود التي ترد عليه بالنص على الترابط بين العقود، خاصة في ربط عقد القرض الاستهلاكي أو العقاري بالعقد الذي يموّله، ومنح الحق للمستهلك في مقاضاة كل متدخل في عملية وضع المنتوج للاستهلاك، وهذا ما سنتطرق إليه بالتفصيل في **فصل ثان** تحت عنوان تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ الأثر النسبي للعقد.

---

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2007، ص 459.

[2]– حول أصحاب وخصوم هذه النظرية راجع محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة في القانون الفرنسي، دراسة معمقة في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص288.

الفصل الأول: تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ القوة الملزمة للعقد

إنّ القاعدة المستقر عليها في مجال العقود بعد تكوينها هي أنّ: "العقد شريعة المتعاقدين" وهو ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد؛ والتي تعني أنّ العقد وما تضمنه من بنود وشروط يعد بمثابة قانون، فلا يجوز لإرادة أحد الأطراف بمفردها، ولا للقانون ولا للقضاء أن يتدخل لتعديل أو إنهاء هذا العقد ولا يتحقق ذلك إلا بموجب اتفاق جديد ومتبادل[1].

إلا أنّ التطور الذي شهده المجتمع المعاصر، أي بعد ظهور عقود الاستهلاك المعروفة بالتفاوت بين أطرافها من حيث المركز الاقتصادي والخبرة،لا يمكن أن نتخيل تناسق بين هذا المبدأ وعقود الاستهلاك، فلو أقدم مثلا المستهلك على إبرام عقد من أجل الحصول على سلعة أو خدمة ما، فتطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد؛ فهو مجبر على الالتزام بهذا العقد، وبتنفيذه أيا كانت الظروف، حتى لو تبين له أن تلك السلع لا تفي بالغرض الذي يسعى إليه[2] أو أنّ المتدخل قد تعسف في الشروط التي تضمنها العقد، هذا ما دفع بالمشرّع إلى الخروج عن الأصل المتمثل في أن العقد هو قانون طرفيه، ليمنح للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العقد العديد من الامتيازات التي تمكنه من النجاة من القيود التي فرضها عليه المتدخل وهذا من أجل الوصول إلى عقود استهلاك متعادلة بين أطرافها.

فقبل التطرق إلى الجديد الذي أتى به المشرع خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لابدّ أولا من التعمق في هذا المبدأ التقليدي حتى نتمكن من تصور أكثر لتأثير قانون الاستهلاك عليه. لذلك سنتطرق في **مبحث أول** إلى مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد، ثمّ بعد ذلك نتطرق إلى الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد في العلاقات الاستهلاكية في **مبحث ثاني**.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد

نظرا لأهمية التعاقد لما يحققه من تنظيم لمصالح الأفراد والجماعات، إذ أن الفرد وهو يدخل في علاقات مع غيره لا يمكن للتشريع أو التنظيم أن يغنيانه عن إبرام عقود بإرادته المستقلة، ولضمان فعالية هذه العلاقات التعاقدية يجب أن يلتزم أطرافها باحترام التعهدات وتنفيذها.

---

[1]- بوفلجة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص37.

[2]- حليس لخضر، المرجع السابق، ص164.

ولقد سيطر مبدأ سلطان الإرادة على نظرية العقود الكلاسيكية وساد مبدأ القوة الملزمة للعقد أغلب العلاقات القانونية، فإذا كانت القاعدة القانونية تقترن بعنصر الإلزام لتحقيق الغاية المستهدفة، فإن العلاقة العقدية بين الأفراد والجماعات، تستوجب أيضا هذا العنصر لضمان تنفيذ بنودها، فلما يبرم العقد صحيحا بأركانه وشروطه، فإنه يرتب آثاره ويكتسب قوته الملزمة[1].

فللتفصيل أكثر في هذا المبدأ كان لابدّ علينا من التطرق في **مطلب أول** إلى محتوى مبدأ القوة الملزمة للعقد وأساسه، ثمّ نتطرق في **مطلب ثان** إلى أثر مبدأ القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها.

المطلب الأول: ماهية مبدأ القوة الملزمة للعقد وأساسه

إنّ للعقد قوة ملزمة يكتسبها من إرادة المتعاقدين، ومن ثم فإنّ الحقوق والالتزامات التي تنبع من الحرية المعطاة للفرد في تحديد مضمون العقد تكون واجبة التنفيذ دون نقض أو تعديل، إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما نصت عليه المادّة 106 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"؛ وهذا ما نصت عليه كلتا المادتين 1103 و1193 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2022[2].

وبالتالي سنبحث من خلال هذا المطلب ماهية مبدأ القوة الملزمة للعقد في **فرع أول**، ثمّ نبحث في **فرع ثاني** على الأساس الذي يقوم من خلاله هذا المبدأ.

الفرع الأوّل: محتوى مبدأ القوة الملزمة للعقد

لتحديد محتوى مبدأ القوة الملزمة للعقد يفرض علينا التفصيل في نقطتين مهمتين ألا وهما؛ المقصود بمبدأ القوة الملزمة للعقد وهو ما سنتطرق إليه في **البند الأوّل**، والنتائج المترتبة على مبدأ القوة الملزمة للعقد وهو ما سنتناوله في **البند الثاني**.

البند الأوّل: المقصود بمبدأ القوة الملزمة للعقد

إنّ مبدأ القوة الملزمة للعقد هو مبدأ عالمي، ويقصد به أنه بمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة، وجب على أطرافه تنفيذه كما لو كان قانونا، وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينقضه

---

[1]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 203.

[2]- article 1103 (code civil dernière modification du 01/07/2022)dispose que : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. ».
et l'article 1193(code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «Les contrats ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise».

أو يعدل من بنوده بإرادته المنفردة دون رضاء المتعاقد الآخر، فالقوة الملزمة هي التي تمنع أن ينفرد أحد الأطراف بتعديل العقد، وتفرض أن يكون هذا التعديل بالإرادة المشتركة للمتعاقدين. أي أنّ العقد ملزم لأطرافه، فكل ما اتفق بشأنه من شروط أو بنود بصفة صحيحة تأخذ مكانة القانون من حيث القوة، ومن ثم تصبح واجبة التنفيذ ويمنع المساس بها نقضا أو تعديلا، والإلزامية المقترنة بهذا العقد تستمر مع إرادة المتعاقدين، لذلك تميزت العلاقات التعاقدية بالثبات والاستقرار[1].

وتصبح الإلزامية كصفة مصاحبة للعقد المبرم، بعد تطابق الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة، فلا يمكن التحلل من هذه الرابطة إلا بالتقاء إرادة حرة مماثلة.[2]

وبالتالي فيمكننا القول؛ أن فكرة الالتزامات العقدية نابعة من التصور الإرادي للعقد، الذي يفرض وجوب احترام وتنفيذ ما تمّ الاتفاق عليه في العقد، دون الحاجة لأي إجراء أو شكل يفرضه القانون، وهذا عكس ما كان سائدا في القانون الروماني، حيث كانت الإرادة لا تنتج أثرها إلا بعد إفراغها في شكل معين وإلا أبطل التصرف[3].

فنستنتج من خلال ما سبق أنّ الإرادة الحرة هي التي تنشأ العقد وتحدد مضمونه وتكسبه القوة الملزمة كأثر رئيسي يستوجب التنفيذ، وما غاية العقد إلا إحداث آثار قانونية مستمدة من إرادة أطرافه، وعليه فإن الإلزامية صفة لصيقة بالعلاقة العقدية متى نشأت صحيحة، حينها تقوم مقام القانون بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة للغير، ولا يمكن التحلل منها إلا بتراضي المتعاقدين أو وفقا للأحوال التي يقررها القانون[4].

وقد تأكدت القوة الملزمة للعقد منذ قضية "قناة كاربور" التي تعود لسنة 1876؛ والتي تتلخص وقائعها في: "إن مالكا لأحدى القنوات المائية قد تعهد في عام 1567بري الأراضي المجاورة مقابل مبلغ من النقود يدفعه المنتفعون بالقناة، وبعد مرور ثلاثة قرون صار مقابل الانتفاع بمياه القناة زهيد القيمة، كما ارتفعت من جهة أخرى نفقات الصيانة التي يتحملها المالك إلى

---

[1]– عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2005، ص16.

[2]– محسوب محمد، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000، ص127.

[3]– خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1994، ص18.

[4]– قدري عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام، نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2003، ص 11.

أضعاف ما كانت عليه، رفع خلف المتعاقد دعوى ضد ملاك الأراضي المجاورة يطالب بزيادة الأجرة فاستجابت محكمة استئناف أكس«AIX»لطلبه، وألزمت المنتفعين من القناة بأجر إضافي، إلا أن محكمة النقض نقضت حكم الاستئناف في 6مارس 1876م وقررت أن الحكم المطعون فيه جاء مخالفا لنص المادة 1134المدني القديم،[1] والعقد شريعة المتعاقدين،وأن هذه القاعدة العامة تطبق على العقود ذات التنفيذ المتتابع في فترات متلاحقة أو أية عقود منصيغة أخرى، ولا يجوز بحال من الأحوال للمحاكم مهما بدت لها عدالة الحلول، أن تأخذ بعين الاعتبار الزمان والظروف لتعديل اتفاق الطرفين، وأن تستبدل شروطا جديدة بتلك الشروط التي انعقدت عليها الإرادة الحرة للمتعاقدين"[2].

فتجرد الإشارة أنّ كل من القانون الوطني والمقارن منع المساس بقداسة العلاقة التعاقدية، فهذه الأخيرة نشأت بمضمون معين يجب أن تسلك مسلكه إلى أن تنفذ أو تزول بسبب من الأسباب، بمعنى أن العقد هنا بمثابة القانون وبالتالي فهو مقدس لا يجوز المساس به، فالالتزام الناشئ عن المتعاقدين يعد بمثابة شريعة لهم، كما لو كان ناشئا عن مصدر تشريعي تماما، ويترتب على ذلك أن ارتباط المتعاقدين بالاتفاق فيما بينهم يعادل التزامهم بنص قانوني، ولا يمكن للمدين أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة، إلا برضاء الدائن أو جماعة الدائنين المتعاقد معه، وهذا الالتزام لا يلزم المتعاقدين فحسب بل يلزم القاضي أيضا، إذ يحظر عليه المساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين[3].

البند الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ القوة الملزمة للعقد

إذا نشأة العقد صحيحا يجعل منه شريعة المتعاقدين، فهي عبارة عن قاعدة ظهرت نتيجة سيطرة مبدأ سلطان الإرادة على قانون العقود، وبالتالي لا يمكن أن يتم نقضه بالإرادة المنفردة، ولا يمكن للقاضي أن يعدله، ويجب أن ينفذ بحسن نية[4] وهذا ما جاء في نص المادّة 106 من القانون المدني الجزائري عندما نصّت على أنه: "...العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله

---

[1]– كانت تقرر هذه المادّة أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون.

[2]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص212.

[3]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص213.

[4]– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص697.

إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، ونصت أيضا المادّة 1/107 من القانون ذاته على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..." وهذا ما نصّت عليه المادّة 1104 من القانون المدني الفرنسي حيث جاء فيها ما يلي: "يجب التفاوض على العقود، و تكوينها وتنفيذها بحسن نية"[1].

وعليه فإن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد،[2] وبالتالي يترتب عن هذا المبدأ عدّة نتائج سواء في مواجهة المتعاقدين، أو في مواجهة القاضي، وهو ما سنعمل على التفصيل فيه في النقاط التالية.

أولا: احترام الالتزام في العلاقة العقدية

أشرنا سابقا أنّ العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى أنّ العقد يصبح من غير الممكن المساس به، وهو ما يجب أن يلتزم به كل من المتعاقدين والقاضي في نفس الوقت وهو ما سنفصل فيه على التوالي كالآتي.

1. احترام الالتزام بالنسبة للمتعاقدين:

من نتائج مبدأ القوة الملزمة للعقد هو احترام العقد وحرمة التعرض له والتعدي عليه، بحيث يلتزم الأطراف به ولا يجوز لهما الانفراد بوقف أثره أو إنهائه، إلا بالاتفاق والتراضي بينهما كقاعدة عامة، وبالتالي لا يمكن للإرادة المنفردة أن تخالف بعض أو كل الالتزامات العقدية، لأن العقد كالقانون بالنسبة للمتعاقدين ولا يمكن لأحدهما التنصل مما التزم به، لذلك يقال أن العقد شريعة المتعاقدين، وعليه يجب أن يلتزم المتعاقدين بتنفيذ التزاماتهما العقدية في حدود ما أقره قانونهما هذا، حتى ولو كان العقد يخالف نصا تشريعيا، طالما كان ذلك النص لا يتعلق بالنظام العام والآداب العامة، هذا من حيث المبدأ، فضلا عن ذلك فقد يسمح القانون ذاته، لأحد المتعاقدين المساس بالعقد كاستثناء عن القاعدة العامة[3].

---

[1]- Article 1104 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. ».

[2]– عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص24.

[3]– رمضان أبو السعد، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990، ص 210.

3. احترام الالتزام بالنسبة للقاضي:

يمنع على القاضي أن يعدّل عقدا صحيحا بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة، وبالتالي فهو لا يملك السلطة التي تسمح له بالتعديل أو التغيير من العقد، فيترتب على ذلك أن يكون تطبيق العقد أمام القاضي في حكم تطبيق القانون وذلك لأن العقد يعتبر قانونا للمتعاقدين في حدود ما جاء فيه، وليس المقصود بهذا أن العقد شبيه بالقانون من جميع النواحي بل يقصد فقط أن الالتزام الذي ينشأ عنه له قوة الالتزام الناشئ عن القانون، أو بعبارة أخرى ما تعهد به المدين له قوة ما يفرضه القانون نفسه[1].

وهذا ما تقيدت به محكمة النقض الفرنسية، حيث التزمت بقاعدة عدم قابلية العقد لتعديله من طرف القاضي، فلهذا أصدرت هذه الأخيرة قرارا سنة 1856 القاضي بأن المدين لا يستطيع أن يتحرر أو يتخفف من التزاماته استنادا إلى الظروف الطارئة إلا إذا بلغت هذه الظروف مبلغ القوة القاهرة بحيث يعتبر تنفيذ الالتزام مستحيلا[2].

وهذا ما سار عليه القضاء الجزائري بشأن تجسيد مبدأ القوة الملزمة للعقد، فلو تصفحنا بعض قرارات الاجتهاد القضائي في الجزائر، نلاحظ أنها استقرت على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ويجب تنفيذه طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية،[3] وقد نقضت المحكمة العليا عدة قرارات صدرت عن المجالس القضائية بسبب خرقها وعدم احترامها مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري، نذكر منها على سبيل المثال: "نقض القرار المطعون ضده نتيجة رفض تعويض الطاعن عن الخسارة التي لحقته بسبب عدم تنفيذ المطعون ضده ما التزم به، في حين أنه ثبت أن الطرف المطعون ضده هو الذي أنهى تلقائيا عقد الإيجار"، وهو ما اعتبرته المحكمة العليا خرقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المؤكدة قانونا[4].

---

[1]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص214.

[2]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص38.

[3]– قرار المحكمة العليا، المؤرخفي 1990/06/13، ملف رقم 61489، الذي قضى بنقض قرار مجلس قضاء جيجل لأنه أمر بإلغاء العقد المبرم بين الطرفين بسبب تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ التزامه في حين كان على قضاة المجلس أن يحكموا على الطرف المخل بإتمام التزامه، المجلة القضائية، الصادرة سنة 1991، العدد4، ص65، منقول عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص286، هامش رقم 3.

[4]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص216.

ثانيا: احترام الالتزام في تنفيذ العلاقة العقدية

إنّ ارتباط مبدأ القوة الإلزامية للعقد بالإلزامية هو ما يجعل الأفراد ملزمين على احترام محتوى هذا العقد وتنفيذه كما هو منصوص عليه، بمعنى أنّ كل طرف في العلاقة العقدية مجبر على الوفاء بتعهداته كاملة وبحسن نية[1]. وهو ما سنعمل على التعمق فيه أكثر في نقطتين التاليتين؛ حيث تتولى النقطة الأولى بالتفصيل في إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد، أما النقطة الثانية فتتولى شرح إلزامية التنفيذ بحسن النية.

1. إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد:

تجبر القوة الملزمة للعقد أطرافه تنفيذ كل محتواه من شروط أو بنود، أي جميع الحقوق والالتزامات المقررة، وتجدر الإشارة أنّ محتوى العلاقة العقدية تمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع، وذلك بمنع الأطراف نقض وتعديل الالتزامات العقدية والتقيد بأحكامها كوجه أول للقوة الملزمة للعقد؛ بمعنى أنّ مضمون العلاقة العقدية يتمثل في المسائل الواردة فيها صراحة من حقوق وواجبات محددة، وكذلك تلك التي لم تحدد ولم ترد فيها إلا أنها تعد من مستلزماتها[2].

وهذا ما ورد حقيقة في نص المادّة 107 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، وبحسب طبيعة الالتزام...".

وفي هذا الشأن أضاف القضاء الفرنسي عدة التزامات إلى نطاق العقد، تستخلص من طبيعته أهمها الالتزام بحسن نية والالتزام بالضمان والالتزام بالسلامة[3].

هذا ويلزم الأفراد في هذا النطاق تنفيذ العقد بحسب ما جاء فيه، بحيث نصّت المادّة 111 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين..."، بمعنى أنه إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا مجال لتفسيرها وتأويلها، إلا أنه إذا كانت غامضة تحتمل أكثر من تأويل، فيقوم القاضي في هذه الحالة بالبحث عن النية المشتركة للأطراف دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الأخذ

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص291.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص291.

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص309 هامش رقم 62.

بعين الاعتبار طبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من ثقة وأمانة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات وهو ما ورد في نفس المادّة.

2. تنفيذ العقد بحسن نية:

لا يكفي لقيام العقد تنفيذه بما اشتمل عليه دون تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، بل لا بد من قيام مبدأ ثالث وهو مبدأ حسن نية في إبرام وتنفيذ العقود وهو ما نصّ عليه المشرع الجزائري صراحة في نص المادّة 107 من القانون المدني الجزائري والمشرع الفرنسي في نص المادّة 1104 من القانون المدني الفرنسي، ويمكن القول أن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، لأن المتعاقد الذي يخالف مبدأ حسن النية يكون مسئولا على أساس المسئولية العقدية لإخلاله بالتزامه العقدي، الذي يستدعي مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد كما في مرحلتي إنشاءه وتفسيره تماما، فلا يجوز للمتعاقد أن ينفذه بطريقة تنم عن سوء نيته[1].

ونظرا لأهمية هذا المبدأ باعتباره عنصرا من عناصر قيام مبدأ القوة الملزمة للعقد لا بدّ علينا من البحث في مفهومه ثمّ إلى كيفية تنفيذ الالتزام بحسن نية.

- **مفهوم مبدأ حسن النية:**

على الرغم من كثرة النصوص التي تتناول أثر حسن النية في المعاملات المدنية فإن المشرع لم يضع تعريفا للمبدأ، فاتجه الفقه إلى تعريفه، إلا أنّ هذا الأخير وجد صعوبة في وضع تعريف جامع مانع للمبدأ، ويعود ذلك لعدّة أسباب، منها ما يرجع إلى معناه الذي يتحدد بحسب الدور الذي يلعبه؛ إذ لحسن النية أدوار عديدة ومتباينة، بحيث يلعب أدوار مهمة في مختلف مراحل العقد فمنها ما تعلق بتكوين العقد ومنها ما تعلق بتنفيذ العقد، مما يؤدي إلى اختلاف المعنى المقصود من حالة لأخرى، فهو ذو طبيعة مرنة يتشكل وفقا لكل حالة على حدى[2]. وما يهمنا في دراستنا هذه وفي هذه النقطة بالضبط، نحاول التركيز على تعريف مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقد باعتباره عنصر من عناصر تشكل مبدأ القوة الملزمة للعقد.

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص314.

[2]– زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، الجزائر، جوان 2016، ص،ص433،432.

فبالرغم من الصعوبات التي واجهت الفقهاء[1] في تحديد معناه إلا أنّ هذا لم يمنعهم من المحاولة في إيجاد تعريف له، فقد ذهب بعض الفقهاء[2] إلى تقسيم هذا المبدأ إلى جزأين؛ تمثل الأول في النية بتعريفها على أنها: "اعتقاد العقل بفعل شيء وعزمه عليه دون تردد"، والثاني يتمثل في مصطلح الحسن بتعريفه على أنه: "كلمة تدل على ما هو أخلاقي ومحمود وغير قبيح أو غير مذموم ومرتبط بالخير والحسن بعكس السوء، فالسوء هو كل ما يعتبر مذموم وقبيح أو غير أخلاقي وهو مرتبط بالشر".

فمن خلال ما سبق تمّ ربط مبدأ حسن النية بفكرة الصدق والإخلاص، والاستقامة والنزاهة وعدم الغش من أجل الإضرار بالغير، وبأنه احترام الالتزام الموعود به، وبالتالي تم استخدام تعابير عامة وأخلاقية كالصدق والأمانة وهي مصطلحات تحتاج أصلا إلى تحديد قانوني فهناك من يرى[3] بأن مبدأ حسن نية هو التعامل بصدق وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المقيدة والعدالة التي أنشئ من أجلها، والتزام كل من طرفي العقد بها لا تؤدّي هذه الممارسة إلى الإضرار بالغير.

إلا أنّ البعض الأخر عرفه على أنه: "الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة تكون مناط ترتيب الآثار القانونية اللازمة بحيث يختلف الحكم القانوني المترتب تبعا لتحقيق الجهل أو تحقيق العلم بتلك الواقعة أو الحادثة"[4].

كما عرّف كذلك على أنه: "حسن النية في إبرام العقد هو التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المشروعة للطرف المقابل وبالتالي يجب مراعاة المصالح المبررة أو المشروعة".[5]

هذا و عرّف كذلك على أنه: "انتفاء للخطأ العمدي وانتفاء الغش وانتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء النية وانتفاء الخطأ الجسيم"[1].

---

[1]– حول الفقه راجع عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص83.

[2]– عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص83.

[3]– يحيى أحمد بني طه، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، سنة 2007، ص56.

[4]– ياسين محمد الجبوري، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء02، دار الثقافة، عمان، 2006، ص36.

[5]– عبد الفتاح تقية، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الكاهنة، البويرة، الجزائر، سنة 1998، ص247.

كذلك عرّف: "بأنه مرتبط بمفهوم فردي ينظر إليه من زاوية المتعاقد الذي أصابه ضرر بسبب فعل المتعاقد الآخر دون أن ينظر إليه من وجهة نظر اجتماعية، لذلك لم يكن لهذا المبدأ سوى أثر سلبي بموجبه يمتنع المتعاقد من القيام بعمل يتنافى مع طبيعة العلاقة العقدية من أجل الحصول على منفعة غير مشروعة أو القيام بعمل من شأنه الإضرار المتعمد بالمتعاقد الأخر دون أن يتضمن أثرا إيجابيا من شأنه إلزام المتعاقدين معا بالتعاون والمشاركة الفعلية في تنفيذ العقد عينيا على وجه صحيح وبصورة تتفق مع المصلحة الاجتماعية"[2].

فالملاحظ في هذه التعاريف أنها قد اتبعت الاتجاهات الحديثة التي تفسر حسن النية في إبرام العقود، والتي تتطلب من المتعاقد مراعاة المصالح المبررة والمشروعة للطرف المقابل.

و في الأخير وبعد الجمع بين تعاريف الفقهاء السالف ذكرها؛ نستخلص أنّ أسمى مظهر لحسن النية هو ذلك المظهر الذي يعبر عن احترام المتعاقد ما تمّ الاتفاق عليه مع الطرف الآخر، و أن يتم التنفيذ وفقا لذلك وليس كما يريد أحدهما، ويأخذ هذا المبدأ مفهوما واسعا، فهو يعبر عن الصراحة والقصد السوي والإحساس بالأمانة واستقامة الضمير والنية الصادقة والصريحة، كما تعبر عن النية التي لا تشوبها الرغبة في الإضرار بالغير والإساءة إليه والامتناع عن الغش والتدليس والغدر والخداع[3].

- **كيفيات تنفيذ الالتزام بحسن نية:**

ينفذ الالتزام بحسن نية؛ إذا توافرت عدة التزامات من بينها الالتزام بالنزاهة والأمانة الالتزام بالتعاون، الالتزام بالإنصاف والعدالة وحسن التعامل والإخلاص في السلوك، وبالتالي يجبر المدين على أن يلتزم بهذه الالتزامات في تنفيذ العقد، وفي المقابل يلزم على الدائن الامتناع عن كل شيء قد يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا أو مستحيلا بالنسبة للمدين مثل التعمد في تحميل المدين مصروفات غير ضرورية، فتحقق هذه الالتزامات يجعل المتعاقدان يقصدان تحقيق مصلحة مشتركة في العقد، وهذا ما سنعمل على شرحه في النقاط التالية.

---

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص83.

[2]– رمضان أبو السعد، المرجع السابق، ص220.

[3]– عبد المنعم موسى إبراهيم،حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص83.

❖ الالتزام بالأمانة و النزاهة:

الالتزام بالأمانة يلزم من خلاله المتعاقد أداء كل ما عليه من التزامات، فيكون بذلك المتعاقد حسن النية إذا قام بالوفاء بالتزاماته العقدية، أما إذا لم يقم بالوفاء بها فإنه يعد سيء النية لأن تنفيذ العقود في القانون المدني لا يتم إلا بقيام المتعاقدين بالوفاء بالالتزامات التي تمّ الاتفاق عليها[1].

فتعتبر الأمانة من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، لذلك نصّ المشرّع الجزائري على الأمانة في المعاملات فأشار إليها في الفقرة الثانية من المادّة 111 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء فيها ما يلي: "أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ضمن الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغ أن توفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

هذا و بالرجوع إلى نص المادّة 107 من القانون المدني وبعد استقراء فحواها؛ نستخلص أنها تمنع تنفيذ العقد الذي ينطوي على غش، حيث يعتبر من قبيل الغش: الامتناع عن تنفيذ الالتزام عمدا ذلك أن الامتناع يخالف مبدأ حسن النية التي يقتضي نزاهة المتعاقد في تنفيذ التزامه وعلى أحسن وجه[2]. فالنزاهة إذا هي امتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل من تنفيذ الالتزام عسيرا أو مستحيلا.

❖ الالتزام بالتعاون:

يتمثل واجب التعاون في ضرورة تسهيل تنفيذ العقد واتخاذ في إطار هذا الهدف كل الاحتياطات التي تمليها المعاملات وحسن النية، فالعلاقات العقدية هي علاقات تعاون وليس علاقة خصام، لأنّ تضارب وتعارض مصالح الداخلين في علاقة عقدية، لا يمنعهم من التكاتف والتعاون لتحقيق الغرض المرغوب فيه لتعود المنفعة على الجميع، فيلتزم كل من المتعاقدين بالتعاون مع بعضهم البعض حتى يتم تنفيذ الالتزام محل العقد على أكمل وجه، فمثلا يلتزم البائع بإعلام المشتري بكل التفاصيل المتعلقة بالسلعة، وكذلك مثلا في عقد التأمين لا بدّ على المؤمن أن

---

[1]– عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود،المرجع السابق، ص84.

[2]– على فيلالي، المرجع السابق، ص259.

يخبر المؤمن له بكل المعلومات والمستجدات بشأن الخطر محل التغطية،[1] فعلى المدين في تنفيذ التزامه أن يراعي مصلحته ومصلحة الدائن معا.

الفرع الثاني: أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد

إنّ عنصر الإلزامية يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد بأكمل وجه ويفرض عليه عدم الإخلال بما جاء فيه من حيث مضمونه وشروطه وبنوده، و على أساس ذلك يتم تحديد مسؤولية المتعاقد عن عدم الوفاء بالالتزامات العقدية، ويستند هذا العنصر على أسس عدّة يستمدّ منها قوته الإلزامية، منها ما يعود إلى الإرادة الحرة للأطراف المتعاقدة في ظل سيادة وازدهار مبدأ سلطان الإرادة على العلاقات القانونية، ومنها ما يعود إلى القواعد الدينية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع، هذا وبالإضافة إلى القانون والقضاء، لذلك يكون محور دراستنا في هذا الفرع هو جوابا لعدّة أسئلة منها، لماذا يعد العقد شريعة المتعاقدين؟ أو مم يستمد العقد قوته الملزمة؟ و هذا ما سنبحث عليه في البنود التالية.

البند الأول: الأساس الإرادي للقوة الملزمة للعقد

ذهب هذا الاتجاه إلى أنّ طبيعة الإنسان تحتم أن يصاحبه منذ ولادته حقه الطبيعي في الحرية، ومقتضى هذه الحرية ألا يتحمل التزاما إلا إذا كان مبنيا على رضاءه الحر، ومن ثمّ لا يجوز انتهاك هذا الحق اللصيق بالفرد بإجباره على أداء التزام لم يكن حرا في التعهد به ولم تتجه إرادته إليه، وبما أنّ الإنسان حر بطبيعته، ولا يمكن أن تقيد حريته إلا بإرادته، فأساس الالتزام هو إرادة الإنسان وليس القانون، ويقتصر دور القانون فقط على الاعتراف بالأثر الملزم للعقد، وضمان تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، بفرض الجزاء المناسب عند الإخلال به، إذ يعتبر أن إرادة المتعاقدين في العقد هي التي تنشئ الالتزامات وتحدد موضوعها و أشكالها و نطاقها[2].

وبالتالي فإن مبدأ سلطان الإرادة هو منبع القوة الملزمة للعقد؛ بمعنى أنّ العقد يستمدّ قوته الملزمة من إرادة طرفيه، وفي هذا السياق يرجع أصحاب هذه النظرية أساس الالتزام التعاقدي إلى قانون الإرادة باعتبار أن الإنسان هو خير من يعرف بمصلحته ويدافع عنها ولا يتصور بالتالي جنوح الإنسان للإضرار بنفسه، وإذا ما خيف إلحاق الضرر بالآخرين فإن قاعدة تعارض المصالح

---

[1]– علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008/2007، ص19.

[2]– رمضان أبو السعد، المرجع السابق، ص225.

تحول دون ذلك؛ فكل طرف يشترط ما يكفل ويحقق مصالحه، وبذلك يكون هناك نوع من توازن المصالح في العقد بما يضمن عدم تضرر أي طرف من أطرافه،[1] ويعدّ ذلك ضمانة كافية لتحقيق عدالة العقد على أساس أنّ إرادة الشخص لا يمكن أن تتجه إلا لما فيه من مصلحته، ومن ثمّ فالالتزامات التي تنشأ عن تلك الإرادة أيا كانت ومهما كان أثرها لا يمكن إلا أن تكون عادلة، فكل ما هو تعاقدي يعتبر عادلا، ولذلك لا يستطيع القاضي والمشرع أن يعيدا النظر في شروط التعاقد بحجة عدم عدالتها، فمدام المتعاقد قد تمعّن و تدبّر وأقدم على التعاقد، فإنه حقق مصلحته على نحو ما يريده، وعلى ذلك فإن التزام الشخص بغير إرادته هو التزام ظالم لأنه يعتبر اعتداء على حريته، فإذا اقتضت حاجات المجتمع فرض التزامات على الأشخاص دون أن تتجه إليها إرادتهم فإنه يجب حصرها في أضيق نطاق[2].

فمن خلال ما سبق يمكن القول أنّ هذا الاتجاه يجعل من الإرادة الحرة أساس القوة الملزمة للعقد، وتجعل منه شيء مادّي مملوك للأطراف، وبالتالي ما على الدولة إلا أن تترك الأفراد يتعاقدون وبذلك يزداد الإنتاج، وكذلك على الدولة أن تفرض احترام العقود، فالوفاء بالعهد شرط لتدعيم الثقة، فلا يجوز أن تتدخل الدولة في العقود إلا بالقدر اللازم لتوقيع الجزاء على المدين متى أخل بالتزامه.

إلا أنّ هذا الاتجاه قد تمّ نقضه لأسباب عدّة؛ منها ما تعلق بمبالغته في تقدير سلطان الإرادة حيث يقرر أنّ لا التزام بلا إرادة ولكن في الحقيقة نحن نخضع للقوانين الوضعية وهي ملزمة لنا حيث قد يلتزم الشخص بحكم القانون من غير أن تتدخل إرادته، مثال على ذلك الالتزام بالنفقة بين الأقارب ينشأ نتيجة علاقة القرابة التي يرتب عليها القانون ميلاد الالتزام ولا شأن لإرادة من يلزم بالنفقة في إنشاء هذا الالتزام، ثمّ بدأ القضاء يتدخل باستعمال وسائل فنية للحد من الإرادة الفعلية للأفراد، فتارة يوسع من مضمون العقد ليضيف إليه التزاما لم يفكر فيه الطرفان، كالتزام بالسلامة[3]، وتارة ينتقص مما اتفق عليه العاقدان كما في الشرط الجزائي، والقول بأن الفرد هو أفضل من يدافع عن مصالحه الخاصة وأنه أدرى من غيره في تحديد الشروط التعاقدية الملائمة له هو قول خاطئ، بسبب التفاوت في مقومات الخبرة والمعرفة بين طرفي العقد، وهذا قد نجده في إطار العقود

---

[1]– ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص60.

[2]– توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008، ص87.

[3]– للمزيد من التفاصيل حول الالتزام السلامة راجع الصفحة رقم 170وما يليها من هذه المذكرة.

النموذجية التي ينفرد فيها المتدخل بوضع شوط العقد[1]. ومنها ما تعلق بنقض قاعدة "كل ما يلتزم به الإنسان هو التزام عادل"، باعتبار أنه يتعارض مع حقيقة الواقع في كثير من الأحيان، فممكن أن نسلم بهذا المبدأ لو أن كلا طرفي التعاقد يتقدم للتعاقد مع الطرف الآخر وهما على قدم المساواة، سواء مساواة في الذكاء أو في قوة الإرادة أو بوجه خاص مساواة بين القوى الاقتصادية للمتعاقدين، ولكن في الغالب أن مهارة أحد المتعاقدين وسيطرته الاقتصادية تجعله يتفوق في الاتفاق فيفرض إرادته ويملي شروطه على المتعاقد الآخر الذي تضطره الضرورة إلى الإذعان، وحتى لو افترضنا أن العقد تم بين متعاقدين وهما على قدم المساواة وفي منتهى الحرية وأنه بذلك نشأ متوازنا عادلا وقت الاتفاق، فما الذي يضمن بقاء هذا التوازن واستمرار عدالة الالتزامات أثناء التنفيذ[2].

البند الثاني: الأساس الديني الأخلاقي والاقتصادي والاجتماعي للقوة الملزمة للعقد

إنّ الإرادة ليست دائما الأساس الوحيد الذي ينبع منه مبدأ القوة الملزمة للعقد، بل هناك منابع أخرى خارجة عن إرادة المتعاقدين ينهل منها هذا المبدأ، فقد يجد العقد قوته في أسس دينية وأخلاقية كمبدأ الوفاء بالعهد، وأسس اقتصادية واجتماعية كضرورة الاستقرار القانوني للعلاقات والمعاملات، و هو ما سنفصل فيه في النقاط التالية.

أولا: الأساس الديني والأخلاقي للقوة الملزمة للعقد

الأصل أن العقد يبنى على الاستقامة بمعناها الأخلاقي الواسع، فالوفاء بالعهد له دلالة أخلاقية، بمعنى أنّ الإرادة التي أنشأت الالتزامات التعاقدية ملزمة بتنفيذها وفاءا لمبادئ دينية وخلقية،[3] ذلك أن الديانات السماوية جميعها توجب على من قطع على نفسه عهدا والتزم بالتزام ما، أن يفي بعهده ويؤدّي ما التزم به، والأخلاق الحميدة تستلزم أن يكون الإنسان عند كلمته، فالأساس الذي تقوم عليه هذه القاعدة هو مبدأ الوفاء بالوعد، كما جاء في العديد من الآيات القرآنية،[4] كما

---

[1]– توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص87.

[2]– ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص62.

[3]– عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص129.

[4]– شيراز عزيز سليمان، مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسه القانونية، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 5، العدد 3، العراق، سنة 2020،ص396.

يقول سبحانه ة تعالى: "وَ أَوْفُوا بِالعَهْدِ إِنَّ العَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً"[1] وكذلك "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بالعُقُود"[2].

فأمر الله بالوفاء بالعقود ليس دليلا على جوازها فحسب بل على وجوبها أيضا، لذلك يجب على كل متعاقد أن يقوم بوفاء كل ما عليه من التزامات ناشئة عن العقد، وأن يراعي في أداء ما عليه من الشروط التي حددت طريقة الوفاء وموعده ومكانه وما إلى ذلك طالما كان المتعاقد في حدوده المشروعة بتوافر الأركان والشروط المطلوبة شرعا، مع خلو العقد من كل وصف نهى عنه الشرع، وهو ما أكدته السنة النبوية الشريفة كما يقول رسولنا الكريم صل الله عليه وسلم "المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما"[3].

فالملاحظ أن هذه القواعد جاءت آمرة مما يدل على ترتب جزاءات على مخالفتها وأن الوفاء بالعقود وعدم التحلل منها أمر مفروض على المتعاقدين، وعليه فإن الوفاء بالعهد من المبادئ الأساسية في الفقه الإسلامي في نطاق المعاملات، وإذا كانت القوانين الوضعية تؤكد الوفاء بالالتزامات والعهود فإن القواعد الشرعية الإسلامية استبقت إلى ذلك تاريخيا حرصا على مصالح المتعاقدين أفرادا و جماعات[4].

ولكن إلى جانب الجذور الدينية تقوم الالتزامات الأخلاقية المرتبطة بالصدق والأمانة وحسن التعامل مع الناس وأخلاقيات المهنة التي تفرض احترام الغير، كما أن أخلاقيات المهنة تفرض قواعد خاصة بها، وصاحب المهنة يلتزم بما تفرضه مهنته عليه من أخلاقيات والتزام بمبادئ التعامل مع الغير بصورة تبقي صورة المهنة مشعة توفي الثقة بأصحابها، فمبادئ الالتزام بقواعد سلوكية وأخلاقية وضعها أصحاب المهنة، أو حتى فرضتها ممارسة هذه المهنة، حفاظا على مستواه الأخلاقي والاجتماعي وشرف التعامل، وبالتالي من التزم بهذه المبادئ التزم أيضا بإنفاذ العقود التي يجريها مع الغير بصدد ممارسته لمهنته هذه واستفادة الغير منها لقاء البدل المحدد في العقد، فالإلزامية وحسن تنفيذه وفقا لمعايير مهنية متميزة محكومان بالمبادئ السلوكية التي تفرضها المهنة على من يمارسها من المنسبين إليها[5].

---

[1]- سورة الإسراء، الآية رقم 34.

[2]- سورة المائدة، الآية رقم 1.

[3]- شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص396.

[4]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص26.

[5]- توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص90.

ثانيا: الأساس الاقتصادي والاجتماعي للقوة الملزمة للعقد

بالإضافة إلى الأسس السابقة يجد العقد كذلك قوته الملزمة في المجال الاقتصادي والاجتماعي، الذي يعتبر من أخصب الميادين في العلاقات التعاقدية، فالوفاء بالعهد تستلزمه أيضا ضرورات الائتمان والاستقرار في المعاملات وما تقتضيه المصلحة الاجتماعية[1].

ويعود السبب في اعتبار هذا المجال أساسا للقوة الملزمة للعقد؛ باعتبار أن الغاية من إجراء المعاملات المالية هي تحقيق المصلحة، وبما أنّ كل شخص يحاول الحصول على مصلحته، فهو يقوم بطبيعة الحال تفضيل مصلحته على مصلحة الآخرين، فهذا ما يؤدّي إلى التصادم والتعارض بين المصالح المختلفة، وعليه فإن النظام القانوني ملزم بإيجاد حل لهذا المشكل لكي تستقر المعاملات بين الناس، فكانت العقود هي الحل لهذا التعارض؛ باعتبار أنّ غايتها هي تنظيم العلاقات القانونية وإقرار الحقوق وفرض الالتزامات والواجبات، فمن باب أولى أن تستقر هذه المبادلات الاقتصادية والاجتماعية وتؤدّي غرضها ويسود النظام في المجتمع، وبالتالي فإنّ أفضل وسيلة للتحكم في العلاقات القانونية المنظمة لنشاطات الإنسان الاجتماعية والاقتصادية هي العقود،[2] أي بعبارة أخرى إن توفير وتأمين الثقة المشروعة للمتعامل لكي يثق بالمراكز القانونية وبالنظام القانوني الذي ينظم معاملاته، و يحكم منازعاته وذلك من خلال إلحاق اليقين والثبات في المراكز القانونية وبالتالي خلق جو من الأمان والاستقرار لكي يشعر المتعامل بالطمأنينة والراحة، وتوفير وتأمين الأمان الفردي هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن المجتمع بحاجة إلى توفير وتأمين الأمان الجماعي المتمثل بحماية أمن التعامل وتأمين الثقة المشروعة في المجتمع بغية تنشيط الحركة الاقتصادية و تشجيع التبادل[3].

---

[1]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص27.

[2]- على فيلالي، المرجع السابق، ص286.

[3]- شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص406.

البند الثالث: الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد

أكد الفقيه "ديجي" "DUGUIT" أن العقد يستمد قوته وإلزاميته من القانون الذي يهدف إلى تنظيم وتحقيق مصالح الأفراد والجماعات؛ بقوله: "إن الإنسان لا يستطيع بإرادته وحدها سوى أن يتحكم في حركات جسمه، ولذا فإن العقد يستمد قوته من القانون، والقانون لا يرتب على العقد آثاره الملزمة لمجرد أن يحقق لإرادة العاقد متعة، بل لمصلحة اجتماعية تقتضي ذلك"[1].

فمن خلال هذا البند سنحاول التوضيح كيف يكون القانون أساسا للقوة الملزمة للعقد سواء في القانون القديم أو في القانون الحديث، وهذا ما سنفصل فيه في النقاط التالية.

أولا: مبدأ القوة الملزمة للعقد في القوانين القديمة

اختلف تأسيس القوة الملزمة للعقد في القوانين القديمة وفقا لتطور العلاقات القانونية للشعوب وعلاقاتها القانونية، ففي زمن الرومان تنازعت بين الشكلية والرضائية، وفي عهد الكنيسة سادت القواعد الدينية وطغت على سلطان العقود.

فبالنسبة للقانون الروماني قد سبق وفصلنا في طريقة إبرام العقود في مرحلته، فكانت العقود في هته الفترة شكلية بعيدة عن الرضائية،[2] وبالتالي كانت القوة الإلزامية للعقد في القانون الروماني لا تستند على الإرادة ولا على الإرادة المعبر عنها بالشكل، بل كانت تستند إلى الشكليات التي كان يتم إتباعها من أجل إبرام العقود مباشرة، وظل العقد يستمد قوته الإلزامية من الطقوس والشكليات التي تقترن بالتراضي.

أما بالنسبة للقانون الكنسي، والذي فصلنا فيه سابقا أيضا،[3] بدأت الإرادة فيه تلعب دورا هاما في العقود، فقد ساعد الفقه الكنسي ورجال الدين في ذلك الزمان على الحد من القيود الشكلية معتبرين بأن المتعاقد الذي يقسم اليمين على القيام بتعهد ما يفرض عليه احترام تعهده ولو لم يفرغه في قالب شكلي، وبالتالي يصبح ملزما به، لأن الإخلال بتنفيذ الوعد وعدم تنفيذ الشخص لتعهده يعد حنثا باليمين[4] الذي أقسمه مما يعد خطيئة دينية تستوجب العقاب، لكن في مرحلة لاحقة اكتفى رجال الكنيسة بالتعهد دون القسم على الوفاء به باعتبار أن التعهد يتضمنه، ثم أصبح الإخلال

---

[1]– علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص28.

[2]– راجع الصفحة 28 وما بعدها من هذه المذكرة.

[3]– راجع الصفحة رقم 31 وما بعدها من هذه المذكرة.

[4]– أي عدم الوفاء باليمين الذي حُلف به.

بذلك التعهد خطيئة دينية، ويترتب عليها دعوى ترفع على ذلك الشخص أمام محاكم الكنيسة لإجباره على تنفيذ تعهده، وبالتالي كان أساس القوة الملزمة للعقد في القانون الكنسي أساسا دينيا وليس سلطان الإرادة، بحيث يعتبر قطع العهد على النفس يستوجب تنفيذه تجنبا للخطيئة والإثم، وهذا كان تطورا ملحوظا نحو التطوير والاهتمام بعنصر الإلزامية في العلاقات التعاقدية بالاستناد إلى المبادئ الدينية مقارنة بما كانت عليه في القانون الروماني حيث كانت مقيدة بالإجراءات الشكلية المعقدة[1].

ثانيا: مبدأ القوة الملزمة للعقد في القوانين الحديثة

سنبحث من خلال هذه النقطة على أساس القوة الملزمة للعقد في كل من القانون الفرنسي والقانون الجزائري، كالآتي.

1. مبدأ القوة الملزمة للعقد في القانون الفرنسي:

إنّ القوة الملزمة للعقد مثبتة ومؤكدّة بمصطلحات نشطة ومشهورة، بواسطة المادّتين 1103 و1195 من القانون الفرنسي الجديد لسنة 2022، والتي تنصّ في فقرتها الأولى على أنّ: "الاتفاقات التي تكونت على نحو شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها..."، وقد نقل المشرّع الفرنسي هذا النص عن الفقيه "Domat"[2].

والملاحظ في هذه المادّة من الوهلة الأولى، أنها أنزلت العقد منزلة القانون بقولها وتأكيدها على أنّ "العقد هو قانون المتعاقدين"، إلا أنه في الواقع هي تقوم بتشبيه قوة العلاقة العقدية بسلطان وقوة القانون، لأن العقد يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقة العقدية فيما بين المتعاقدين.[3]

وبالتالي يجدر بنا الإشارة إلى أن العقد شريعة المتعاقدين ليس معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق،[4] وهو ما أكده أحد الشراح حينما قال: "إن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية ومن ثم فلا يكون في درجة القانون"[5].

---

[1]– شيراز عزيز سليمان، المرجع السابق، ص،ص398،397.

[2]–محمد صبري السعدي، المرجع السابق، 313.

[3]– علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص31.

[4]– عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء:1، منشأة المعارف في الإسكندرية، مصر، طبعة 2004، ص51.

[5]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص،ص287،286.

وبالتالي و من خلال ما سبق نستشف أنّ العقد يجد قوته الملزمة في القانون وفقا لما جاء في المادّتين 1103 و1195 من القانون المدني الفرنسي؛ فهاته الأخيرة تقيم القوة الملزمة للعقد على أسس ودوافع معنوية، كاحترام العهد المقدّم ووجوب تنفيذ الاتفاقات أو الالتزامات، لأنها بالنسبة للأطراف والقاضي مثل القانون،[1] وقد نصّت نفس المادّة في فقرتها الثانية والثالثة على ما يلي: "...هذه الاتفاقات لا تلغى إلا بالتراضي المشترك للأطراف، أو للأسباب التي يقررها ويسمح بها القانون، ويجب تنفيذها بحسن نية"، وبالتالي فإن هته المادّة تعمل على جعل العقد بمثابة القانون بين الأطراف، فهي تلزم عليهم احترامه وعدم مخالفته أو تعديله بناءا على الإرادة المنفردة، وكذلك تلزم الأطراف على تنفيذ بنود العقد بحسن نية، ولا تلغى ولا تعدّل هته البنود إلا بالإرادة المشتركة للأطراف، أو للأسباب التي يقرّرها القانون.

هذا ونشير في هذا الصدد أنّ المشرّع الفرنسي برغم من تعديله للقانون الفرنسي، إلا أنه لم يمس بقداسة هذا المبدأ وهو ما يظهر جليا من خلال تنظيم المشرّع للبطلان الاتفاقي وكذلك الفسخ بالإرادة المنفردة،[2] حيث جاء في المادّة 1178[3] على منح الحق للمتعاقدين الاتفاق على إبطال العقد دون الحاجة إلى استصدار حكم من القضاء، بمعنى من خلال هذه المادّة نلاحظ أنّ المشرع تمسك بمبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال نصه على الإبطال بعد اتفاق الطرفين لا بالإرادة المنفردة، هذا ونصّت المادّة 1226[4] على تمكين أحد أطراف العقد من فسخه بإرادته المنفردة لكن شريطة إعذار المدين مع منحه مهلة معقولة لتنفيذ العقد، وكل هذا يدل على عدم خروج المشرّع الفرنسي عن نطاق إلزامية العقد بين الطرفين وجعله شريعة بينهم.

2. مبدأ القوة الملزمة للعقد في القانون الجزائري:

أسس المشرّع الجزائري القوة الملزمة للعقد على نص المادّة 106 من القانون المدني الجزائري التي نصّت في طياتها على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وبالتالي نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري هو أيضا

---

[1]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص،ص32،33.

[2]- L'article 1178 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord»

[3] - L'article 1226 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «Le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable».

[4]- أشرف جابر، المرجع السابق، ص292.

شبه العقد بقوته الإلزامية إزاء المتعاقدين بالقانون، بمعنى أنّ المتعاقد لا يستطيع أن يتحلل من قيود العقد بإرادته المنفردة، كما لا يمكنه أن يدخل تعديلات على بنوده أيا كان نوعها وأهميتها، فالقانون من وضع المشرّع وله وحده دون غيره صلاحية نقض أو تعديل هذا القانون، ونفس الشيء ينطبق على للعقد، فمادام هذا العقد وضع من طرف المتعاقدين عن طريق الاتفاق، فلا يمكن إذن تعديله أو نقضه إلا من طرفهما معا، ولا يستقل أحدهما بنقضه أو تعديله بمفرده، ويسري هذا التحريم فحتى في حق القاضي كذلك، فلا يجوز له المساس بمضمون العقد ولو كانت بعض شروطه غير عادلة في نظره، فهو ملزم مثل المتعاقدين باحترام مقتضيات العقد كما تم الاتفاق عليها دون إضافة أو تغيير أو تعديل كما تلزمه أحكام القانون تماما، هذا وألزم المشرّع من خلال نص المادّة 107 من نفس القانون أن ينفذ مضمون العقد بحسن نية وهذا عندما نصت على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية..." [1].

المطلب الثاني: أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها

إنّ العقد الصحيح؛ أي العقد الذي استوفى كل أركانه وشروطه، يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون تماما، ومن ثمّ وجب تنفيذه، ولا ينقضي إلا بتنفيذ الالتزامات التي تمّ تحديدها في هذا العقد[2].

إلا أنه قد تطرأ قبل أو أثناء الشروع في مرحلة التنفيذ بعض الحالات التي تحول دون تنفيذ العقد، فإذا كان المدين سببا في هذه الحالات إما بعدوله أو تأخره عن التنفيذ، جاز للدائن أن يطالبه بالتنفيذ العيني فإذا استحال التنفيذ العيني ولم يستوفي دينه، جاز له أن يجبره بتحريك المسؤولية العقدية وطلب التعويض عن الضرر اللاحق به بسبب خطأ المدين وعدم تنفيذه لالتزامه.

لذلك سنعمل من خلال الفرعين التاليين على التطرق إلى كل من أثر القوة الملزمة للعقد في **فرع أول**، ثم نتطرق إلى جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد في **فرع ثان**.

الفرع الأوّل: أثر القوة الملزمة للعقد

تقضي القاعدة العامة؛ أنه بعد تنفيذ الأطراف للالتزامات المترتبة عن العقد المبرم من طرفهم، ينقضي هذا الأخير مباشرة، وبالتالي تزول قوته الملزمة، وهي الحالة العادية كأثر مترتب

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص288.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص346.

عن الالتزام في العلاقة التعاقدية وهو ما ستعالجه في بند أول، إلا أنّ لهذه القاعدة بطبيعة الحال استثناء والمتمثل في انقضاء العقد دون تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد لأسباب دخيلة عن إرادة المتعاقدين وهو ما سنحاول معرفته في بند ثان[1].

البند الأول: انقضاء القوة الملزمة بالتنفيذ

الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد هو المقصد الأساسي الذي يسعى العاقدان إلى تحقيقه من إبرام العقد، فإذا نفّذ كل عاقد التزامه تجاه العاقد الآخر فإن العقد يكون قد بلغ نهايته ومن ثم يزول تلقائياً وتنقضي معه قوته الملزمة، وهذا إذا تم الوفاء وفقاً لشروطه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية[2].

وانقضاء القوة الملزمة للعقد يشمل العقود الفورية والزمنية على حد سواء، ففي العقد الفوري يكون الانقضاء بالتنفيذ الفوري للالتزامات الناشئة عنه ولو كانت مؤجلة كما هو الشأن في عقد البيع، إذ أنه ينقضي بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليم الشيء المبيع ودفع الثمن المقابل والوفاء بالضمان، فهذه الالتزامات تنفذ فور حلول ميعاد الوفاء بها دفعة واحدة أو على مراحل، أما الوضع في العقد الزمني فإنه مرتبط بعنصر الزمن، إذ تنقضي قوته الملزمة بانقضاء الزمن إذا كان محددا أو بإنهائه من طرف أحد المتعاقدين بالإرادة المنفردة مع شرط إعذار المدين إذا كان غير محدد كعقد الإيجار والشركة والعمل على سبيل المثال[3].

البند الثاني: الانفساخ لاستحالة التنفيذ

لا يقتصر انقضاء القوة الملزمة للعقد بمجرد تنفيذ الالتزام، بل هناك حالة معاكسة تماما؛ وهي حالة عدم نفاذ القوة الملزمة للعقد نتيجة أسباب خارجة عن نطاق الأطراف[4].

بحيث نصّت المادّة 121 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة وينفسخ العقد بحكم القانون".

---

[1]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص39.

[2]- سامي عدنان العجّوري، المرجع السابق، ص86.

[3]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص690.

[4]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص40.

وتنصّ كذلك المادّة 307 من نفس القانون على أنه: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجيبي عن إرادته".

هذا وتنصّ المادّة 176 من نفس القانون كذلك على أنّ: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت إن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

فمن خلال نص هاته المواد نستنتج أنّه؛ إذا استحالة تنفيذ الالتزام من طرف أحد الأطرف، فيؤدّي ذلك إلى انفساخ العقد بقوة القانون وبالتالي تنقضي معه قوته الملزمة. ويقصد بالاستحالة في هذه الحالة هي تلك التي تكون مطلقة فلا يمكن توقعها ولا مقاومتها، كهلاك المبيع مثلا بسبب قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، وعليه فإن الانفساخ هو انحلال العقد بقوة القانون تبعا لانقضاء الالتزام لسبب أجنبي[1].

وبالتالي فالاستحالة تعود لأسباب ليس للمدين دخل فيها، والتي تكون بصفة طارئة ومطلقة؛ بمعنى أنها تعمّ كافة الناس ولا تقتصر على المتعاقد المدين فقط، وتكون كذلك كاملة بمعنى أنها تشمل كافة الالتزامات التي رتبها العقد،[2] وتسمى هذه الحالة بالفسخ لعدم إمكان التنفيذ أو الانفساخ، وعليه تنقضي هذه العلاقة العقدية والقوة الملزمة المقترنة بها تلقائيا مع انتفاء المسؤولية العقدية عن المدين بعد إثباته لهذا السبب الأجنبي حتى لا يبقى ملزما بالعقد[3]. فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها من قبل العقد وهذا ما ورد في نصّ المادّة 122 من القانون المدني الجزائري.

ويتميز الانفساخ عن الفسخ من حيث سبب انحلال العقد، فيترتب الفسخ على عدم تنفيذ الالتزام بسبب المتعاقد، بينما يترتب الانفساخ على انقضاء الالتزام لسبب أجنبي، ويترتب على هذا الفرق الجوهري آثار متباينة خاصة بكل منهما؛ فالفسخ يخضع لرقابة القاضي ويقتضي إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه من قبل العقد ويتحمل المتعاقد الذي تسبب في فسخ العقد جبر الضرر الناتج عن ذلك للمتعاقد الآخر، وأما الانفساخ فلا يخضع لتقدير القاضي بل لا حاجة للجوء إليه

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص358.

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص388.

[3]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص41.

إطلاقا، إذ يكفي الدفع به أذا اقتضى الأمر، ولا حاجة كذلك لإعذار المتعاقد الآخر، ولا علاقة له بسلوك المتعاقدين، والعبرة فيه بتحمل التبعة[1].

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد

أشرنا سابقا[2] أنه من نتائج مبدأ القوة الملزمة للعقد هو قداسة الالتزام بالنسبة للمتعاقدين وقداسته في تنفيذ العلاقة العقدية، بمعنى أنه على أطراف العقد تنفيذ بنود وشروط العقد كما تمّ الاتفاق عليها في العقد وبحسن نية، وبالتالي إذا خالف أحد الأطراف مضمون هذا العقد وقّع عليه جزاء وهو ما يضمن للطرف المضرور حقه سواء عن طريق حل الرابطة العقدية بالفسخ، أو عن طريق الدفع بعدم التنفيذ وكذلك التنفيذ عن طريق التعويض، وهو ما سنعمل على التفصيل فيه في البنود التالية.

البند الأوّل: حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ

تنصّ المادّة 119 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذراه المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

ويجوز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا حسب الظروف كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

فيتضح من خلال نص هذه المادّة أنّ مجال الفسخ هو العقود الملزمة لجانبين وذلك راجع لفكرة الارتباط التي تقوم عليها هذه العقود، وهو ما لا يمكن تصوره في العقود الملزمة لجانب واحد كعقد الهبة مثلا؛ فهذه الأخيرة لا يوجد فيها إلا مدين غير دائن فإذا ما أخل المدين أو الملتزم بالتزامه بعدم التنفيذ، فإنه لا يتصور أن يطال الطرف الآخر الفسخ، وهو دائن غير مدين ليس في ذمته أي التزام ليتحلل منه، فمصلحته تكون في تنفيذ العقد لا فسخه[3].

ونستنتج كذلك من خلال نص المادّة السالفة الذكر أنّه من شروط المطالبة بفسخ العقد أن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه وأن يكون طالب الفسخ قد نفذ التزامه أو مستعد لتنفيذها،[4]فإذا توفرت

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص358.

[2]- راجع الصفحة رقم 223 وما بعدها من هذه المذكرة.

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص376.

[4]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص،ص350،349.

هذه الشروط فهذا لا يعني فسخ العقد تلقائيا، بل للقاضي بموجب أحكام المادّة 2/119 من القانون المدني الجزائري سلطة تقديرية في تقرير الفسخ، وهذا ما يسمى بالفسخ القضائي، إلا أنه يجوز للمتعاقدين طبقا للمادّة 120 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "...الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء..." وهذا الفسخ المسمى بالفسخ الاتفاقي يسلب القاضي سلطته التقديرية، ليصبح مقيدا بالشرط الفاسخ[1].

فالفسخ القضائي يتحقق في حالة ما إذا كان للمتعاقدين الخيار بين طلب تنفيذ العقد أو فسخه في حالة إخلال المتعاقد الثاني بالتزامه؛ فالقاضي لا يقيد أبدا باختيار المتعاقد للفسخ، بل له سلطة تقديرية واسعة، إذ خوله القانون إما قبول طلب الفسخ أو رفضه من خلال إقرار مهلة وفاء للمدين، أو منح تعويض للدائن مع إعفاء المدين من التنفيذ، أو فسخ العقد مع منح تعويض للدائن، أو رفض طلب الفسخ ومنح المدين أجلا لتنفيذ ما تبقى، إذا تبن للقاضي أن ما بقي في ذمة المدين من التزامات ضئيل بالنسبة لما تم تنفيذه وأن مصلحة الدائن لا تتأثر بذلك. وقد يتجنب المتعاقدان فسخ العقد بتنفيذ المدين لالتزاماته عينا أو عن طريق التعويض، حينها يتقيد القاضي بما طلبه المتعاقدان، وذلك مراعاة لمصلحتهما ولظروف النزاع المعروض عليه[2].

أما الفسخ الاتفاقي فيتحقق وفقا للمادّة 120 من القانون المدني في حالة ما تضمن العقد محل الفسخ شرطا يقضي فسخ العقد من تلقاء نفسه بسبب عدم التنفيذ، وعموما يحدد المتعاقدان بمقتضى هذا الشرط المسمى بشرط الفسخ الاتفاقي، أو الشرط الفاسخ الصريح، أو الشروط التي يتحقق معها، فسخ العقد دون الحاجة إلى حكم قضائي.

وبذلك تتقيد سلطة القاضي عكس حالة الفسخ القضائي الذي يملك فيه القاضي سلطة تقديرية واسعة، فلا يكون الحكم منشئا بل كاشفا ومقررا فقط للفسخ الاتفاقي، ثمّ قد يزيد المتعاقدان من قوة هذا الشرط بأن يتفقا على أن يكون العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم، كما قد يتفق المتعاقدان على درجة أشد حينما يكون الفسخ بدون حاجة إلى حكم من القاضي ودون حاجة إلى إعذار المدين إذا لم يقم هذا الأخير بتنفيذ إلتزامه[3].

---

[1]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص352.

[2]- علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص43.

[3]– علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص43.

البند الثاني: الدفع بعدم التنفيذ

تنصّ المادّة 123 من القانون المدني الجزائري على أنه: "في العقود الملزمة لجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

فنستشف من خلال نص هذه المادّة أنّ الدفع بعدم التنفيذ لا يتحقق إلا في حالة العقود الملزمة لجانبين، بمعنى يجب أن يكون العقد تبادليا، وأن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزاماته، حتى يتمكن صاحب الحق من الامتناع عن تنفيذ التزاماته إذا ما أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ تعهداته، ويكون بذلك جزاءا لعدم تنفيذ المدين لالتزاماته. والغرض من ذلك هو الضغط على الممتنع قصد التنفيذ كهدف أساسي قبل طلب الفسخ[1].

البند الثالث: التنفيذ عن طريق التعويض

بالرجوع إلى نصّ المادّة 176 من القانون المدني الجزائري نجدها تنصّ على جزاء آخر من الجزاءات التي ممكن أن تترتب على الإخلال بمبدأ القوة الملزمة للعقد حيث نصّت على ما يلي: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

فبعد استقراء محتوى هذه المادّة نلاحظ أنها تقرر التعويض لصالح الدائن عن عدم إمكان المدين الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، ولا يستطيع هذا الأخير نفي هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي، بمعنى أنه تترتب المسؤولية العقدية على كاهل المدين إذا لم ينفذ التزامه عينا،[2] وبمفهوم المخالفة أنه متى كان بإمكانه أن ينفذ عينيا فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ، كما أنّ قيام المسؤولية العقدية يفترض وجود التزام عقدي صحيح أخل به المدين وأنّ هذا الإخلال راجع إلى سلوكه وخطئه، أي أنّ الأمر يقتضي توافر أركان هذه المسؤولية كاملة، من

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص362.

[2]- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص268.

خطأ يسبب ضررا ووجود علاقة سببية بينهما، ومن ثمّ أمكن ترتيب هذا الجزاء المقرر لإخلال المدين بقوة العقد الملزمة.[1]

وفي الأخير يمكننا القول أنّ القانون المدني قد استقرّ على قاعدة القوة الملزمة للعقد لكن يبقى دائما التساؤل مطروح هل تتناسب هذه القاعدة و عقود الاستهلاك التي تعرف اختلالا في التوازن بين أطرافها؟

المبحث الثاني: الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد في العلاقات الاستهلاكية

بعد ما تطرقنا إلى مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد ولمجموع النصوص القانونية الواردة في القانون المدني المنظمة لهذا المبدأ استنتجنا أنّ أطراف العقد بعد إبرامهما للعقد والاتفاق على مضمونه، لا يجوز لأحدهم أن يخالف هذا المضمون أو يعدّل منه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وفي حالة ما تمّ مخالفة هذا المبدأ بالتعديل أو المخالفة يقع تحت طائلة الجزاء الوارد في القانون المدني من فسخ العقد، والتعويض والدفع بعدم التنفيذ فهذا هو الأصل؛ إلا أنه وبعد ظهور عقود الاستهلاك المتميزة بعدم التوازن بين طرفيها، باعتبار أنها عقود مبرمة بين طرف قوي يتمتع بخبرة وبكفاءة في مجال السلعة أو الخدمة محل العقد، ومستهلك عديم الخبرة؛ يلجأ إلى إبرام العقد من أجل إشباع حاجته فقط، وبالتالي يعتبر توسيع نطاق مبدأ القوة الملزمة للعقد ليشمل عقود الاستهلاك هو ترجيح لكفة المتدخل على كفة المستهلك، الذي سيصبح طرفا ضعيفا في هذه العلاقة، بحيث يتمكن المتدخل من فرض شروط العقد على المستهلك حتى وإن كانت تعسفية، باعتبار أنه لا يمكن له تعديل العقد بإرادته المنفردة، وكذلك باعتبار أنه لا يمكن له التراجع عن العقد أو مخالفة أحكامه فهو مجبر على إتمام تنفيذ العقد حتى وإن كانت السلعة أو الخدمة غير مناسبة له وغير ملبية لحاجته التي أبرم العقد من أجلها.

لذلك نرى أن الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد في العلاقات الاستهلاكية ضرورة لا غنى عنها باعتبار أن هذا المبدأ لا يمكن تطبيقه على عقود الاستهلاك، وهو ما نجده حقيقة في تشريعات الاستهلاك سواء الجزائري أو الفرنسي، بحيث تمّ التدخل من أجل حماية المستهلك من خلال مكافحة الشروط التعسفية وهو ما سنعمل على شرحه في **المطلب الأوّل**، وكذلك من خلال

[1]– علاق عبد القادر، المرجع السابق، ص48.

منح المستهلك مكنة العدول أو الرجوع عن عقد الاستهلاك حتى وإن تمّ إبرامه والاتفاق على جميع بنوده و هو ما سنشرحه في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول: مكافحة الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك

طبقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، يجوز للأطراف أن يضمنوا عقودهم ما أرادوا من الشروط، بشرط مراعاة النظام العام والآداب العامة، لكن هذه الوضعية نتج عنها أنّ العلاقات التعاقدية أصبحت تفتقر إلى التوازن العقدي نتيجة للتفوق الاقتصادي للمحترف على المستهلك، فجاءت تشريعات الاستهلاك للحد من ظاهرة اللامساواة بين المتعاقدين، لأن أهداف هذه التشريعات هو العمل على تحقيق التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد، بعدما أصبحت عقود الاستهلاك في الغالب هي عقود إذعان أو عقود نموذجية، بحيث يفرض الطرف القوي شروطه على الطرف الضعيف، دون أن يناقش هذا الأخير شروط العقد، فما عليه إلا القبول أو الرفض، ومن أجل تحقيق هذا الهدف أي التوازن العقدي، وضعت تشريعات الاستهلاك سواء الجزائري أو الفرنسي، نظاما قانونيا لمكافحة الشروط التعسفية، حيث أجازت للقاضي التدخل لتعديل مضمون العقد إلى حدّ إلغاء هذه الشروط وعدّها غير مكتوبة أصلا، بالرغم من أنّ العقد يعتبر شريعة المتعاقدين، وأنّ أطرافه أقبلا عليه بتراض سليم من العيوب لاسيما الطرف الضعيف منهم،[1] وهذا ما يترتب عليه التوسع في الاعتداء على القوة الملزمة للعقد وفقا للنظرية التقليدية للعقد، فلشرح أكثر لكيفية مكافحة الشروط التعسفية وكيف اعتدت هذه المكافحة على مبدأ القوة الملزمة للعقد سنتطرق إلى أساليب مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك والجزاءات المقررة على تضمين العقد بهذه الشروط في **فرع أول**، ثمّ نتطرق إلى مدى إمكانية التعويل على بعض نظريات القانون المدني في مكافحة الشروط التعسفية في **فرع ثان**.

الفرع الأوّل: أساليب مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك والجزاءات المقررة على تضمين العقد بهذه الشروط

بعدما حددنا مفهوم الشروط التعسفية ومجال تطبيق الأحكام المتعلقة بمنعها في الباب الأول، فإنه يتعين علينا الآن الحديث عن أساليب مكافحة هذه الشروط، والجزاءات المطبقة عل المتدخل في حالة ما ضمّن العقد شروطا تعسفية، وهو ما سنشرحه في البندين التاليين.

[1]– حليس لخضر، المرجع السابق، ص193.

البند الأوّل: أساليب مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك

بعد أن تزايد العمل بالشروط التعسفية من قبل المتدخلين في شتى العقود، من جهة، وإزاء قصور القواعد العامة في توفير الحماية الفعالة والناجعة من جهة أخرى، ومن جهة ثالثة الرغبة التشريعية لحماية المستهلكين، فتدخل المشرّع في عديد الدّول بقوانين من شأنها الحدّ منها، فتمّ إخضاعها لرقابة قانونية؛ وذلك عن طريق إيراد قوائم محددة للشروط التعسفية ملحقة بالقوانين الحمائية من هذه الشروط، ورقابة إدارية مباشرة ومشددة من قبل هيئات متخصصة، في سبيل منعها بكل صورها، حتى ولو ارتضاها المستهلك كل هذا في إطار اعتماد العديد من الأساليب منها الأسلوب التشريعي والأسلوب التنظيمي بالإضافة إلى الأسلوب القضائي وهو ما سنفصل فيه في النقاط التالية.

أولا: الأسلوب التشريعي المعتمد لمكافحة الشروط التعسفية

عرف هذا الأسلوب في ألمانيا، حيث وضع المشرّع الألماني في سنة 1976 قائمتين بالشروط التعسفية،[1] الأولى لونها أسود، وهي تضم ثمانية أنواع من الشروط تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية لونها رمادي وهي تضم عشر أنواع من الشروط يفترض فيها الطابع التعسفي، إذ يقع على المحترف عبء إثبات أنها لا تحقق له أي ميزة فاحشة، وقد حافظ على هذا الأسلوب أيضا بعد تعديل القانون المدني[2].

وقد تبنّى المشرّع الفرنسي هو الآخر الأسلوب التشريعي، بعد تعديل سنة 1995، و لكنه لم يورد قائمتين للشروط التعسفية سوداء ورمادية، وإنما فضّل الإقتداء بالتعليمة الأوروبية لسنة 1993، بحيث وضع ملحقا بقانون الاستهلاك يضم قائمة من الشروط التعسفية نقلها حرفيا من

---

[1]– تعدّ ألمانيا من أول الدول الأوروبية التي جاءت بنظام القائمة، حيث أصدرت قانون بتاريخ 1976/12/09 بالشروط العامة في العقود، بدأ العمل به في بداية أفريل 1977، وقصر حمايته من الشروط التعسفية على عقود الإذعان دون عقود المساومة، فالهدف منه هو حماية المستهلك من عدم التوازن الناتج عن العقود المحررة مسبقا بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف، ولمواجهة ما يؤدّي إليه استخدام الشروط العامة في العقود من التحايل على مبدأ حرية التعاقد، الذي جاء به التقنين المدني الألماني بما يؤدّي إلى الإضرار بالمتعاقدين. راجع في ذلك عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية لحماية للمستهلك (دراسة مقارنة في القانون المدني والمقارن)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2002، ص،ص149،148.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص،ص221،220.

هذه التعليمة،[1]حيث نصت المادّة 132/1.ـمنه على قائمة تتضمن 17 نوعا من الشروط التعسفية وألقت بعبء الإثبات على عاتق المستهلك، فيما يخص الصفة التعسفية للشرط، وليس لقائمة الشروط التعسفية أية قيمة قانونية فما هي إلا وسيلة إرشادية يلجأ إليها كل من المتعاقدين عندما يثار الشك حول شرط ما ليتسنى لهما الوقوف على طبيعة التعسف في الشرط، كما يمكن للقاضي أن يسترشد بها في استخلاصها لصفة التعسفية في الشرط، لكن دون التزام منه،[2] باعتبار أنها لا تملك قوة ملزمة على أساس أن شرطا ما ورد فيها يمكن عدم اعتباره شرطا تعسفيا، كما يمكن للقاضي أن يحكم على شرط ما أنه تعسفي بالرغم من عدم النص عليه في القائمة وذلك راجع لسبب عدم حصرية هذه القائمة، مع أنّ لجنة الإصلاح لقانون الاستهلاك كانت قد اقترحت السير على مسار التشريع الألماني[3].

وأمام قلة الحماية التي توفرها هذه القائمة للمستهلك من الشروط التعسفية، قام المشرّع الفرنسي بتعديل المادّة L132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 96/95 عن طريق القانون رقم 2008-776 المؤرخ في 2008/08/04 المتعلق بعصرنة الاقتصاد،[4] وكان ذلك بموجب المرسوم التطبيقي له رقم 2009-302 المؤرخ في 2009/03/18،[5] حيث لغي هذا الأخير القائمة التي كانت واردة في المادّة L132-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995،[6] واضعا قائمة أخرى تتكون من 22 شرطا، منها 12 شرطا يمثل القائمة السوداء؛[7] ووصفت بأنها سوداء على أساس

---

[1]- التعليمة الأوروبية رقم 13/93 المتعلقة بالشروط التعسفية، الصادرة عن البرلمان الأوروبي الذي تدخل وأصدر توجيها لدول الإتحاد يتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المتدخلين والمستهلكين، كانت غايته التنسيق وتحقيق الانسجام بين تشريعات الدول الأوروبية فيما يخص تنظيمها للشروط التعسفية.. راجع في ذلك حماز فتيحة، المرجع السابق، ص،ص31،30.

[2]- مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في القانون، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2018/2017، ص76، هامش رقم 3.

[3]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص423.

[4]- La loi n° 2008-776 du 04/08/2008, sur la modernisation de l'économie, J.O du 05/08/2008, p12471, pour plus d'information consulté le site suivant : http//www.légifrance.gouv.fr.

[5]- Décret n°2009-302 du 18/03/2009 portant l'application de l'article L132-1 du code de la consommation, J.O n°0067, du 20/03/2009, p5030, http//www.légifrance.gouv.fr.

[6]- مالكي محمد، المرجع السابق، ص76.

[7]- من بين الشروط التي تمثل القائمة السوداء مثلا نجد الشرط الممثل في تعديل بنود العقد من طرف واحد والمتمثل في المحترف، منع المستهلك من طلب إنهاء العقد في حالة عدم تنفيذ المحترف لالتزاماته، إلغاء أو التخفيض من حق المستهلك في التعويض في حالة خرق المحترف لأحد التزاماته... أما الشروط الرمادية فمن بينها

أنها تعسفية بقوة القانون، و10 شروط تمثل القائمة الرمادية؛ وسميت رمادية باعتبار أنه يتعين على المتدخل تقديم دليل على عدم تعسفها عند حصول نزاع بشأنها[1].

أما المشرّع الجزائري هو الآخر قد تبنى الأسلوب التشريعي، وقام بإيراد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادّة 29 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فتمثلت هذه الشروط فيما يلي:

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك؛
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد؛
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك؛
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت 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 منتوج أو آجال تنفيذ الخدمة؛
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.

فمن خلال هذه الشروط نستنتج أنّ المشرّع الجزائري جعل من كل الشروط الواردة في هذه المادّة شروطا سوداء أي شروطا تعسفية بقوة القانون، فلا يحتاج المدّعي عند النزاع إثبات طابعها التعسفي، كذلك نستنتج أنها قائمة غير حصرية أي وردت على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، ويستنتج ذلك من عبارة "لاسيما" أي أنه يمكن وجود شروطا تعسفية أخرى خارج هذه

مثلا إخضاع المستهلك لشروط أكثر صرامة حتى يتمكن من إنهاء العقد عكس المحترف الذي يخفف عنه هذه الشروط، قمع أو إعاقة ممارسة الإجراءات القانونية أو سبل الانتصاف من قبل المستهلك، على سبيل المثال اشتراط المحترف استخدام طريقة بديلة لتسوية المنازعات، أو محكمة تحكيم لا تغطيها الأحكام القانونية.... للمزيد من المعلومات حول هذه القائمة راجع الرابط التالي:

.https://www.lettredesreseaux.com، المطلع عليه بتاريخ 2021/08/21، على الساعة 14:00.

[1]- حماز فتيحة، المرجع السابق، ص،ص36،37.

القائمة عند إعمال معيار الإخلال الظاهر المذكور في المادّة 5/3.[1] و هكذا يكون المشرّع قد وفر حماية فعالة للمستهلك وواسعة النطاق.

إلا أننا نلاحظ من خلال هذا النص وجود تناقض بين هذه المادّة التي تقصر الحماية على المستهلك فقط دون المشتري المهني، والمواد السابقة من هذا القانون التي تبسط الحماية من الشروط التعسفية حتى إلى المحترفين؛[2] من بين هذه المواد مثلا المادّة 5/03 عندما نصّت على أنه: "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"، وبالتالي نلاحظ أنّ المشرع ومن خلال ذكره لعبارة أطراف العقد يكون بذلك وسّع من مجال الحماية حتى بالنسبة للمحترفين.

كما يرى الأستاذ شوقي بناسي في هذا المجال أنه من الأحسن لو أنّ المشرّع تبنى إلى جانب هذه القائمة السوداء قائمة أخرى رمادية، أي تلك التي تضم شروطا يفترض فيها الطابع التعسفي، لكن من الأفضل أن يكون رمادها أشد من رماد القائمة المذكورة في قانون الاستهلاك الفرنسي، بمعنى أن يعفى المدعي عند النزاع من إثبات الطابع التعسفي للشرط، فيقيم المشرع قرينة لصالحه على الطابع التعسفي، وعلى المدعى عليه إثبات عكس ذلك، وبهذا الأسلوب يكون المشرّع قد وفق بصورة جيدة بين التعريف الواسع للشرط التعسفي المذكور في المادّة السابقة وبين القائمة المحددة للشروط التعسفية[3].

ثانيا: الأسلوب التنظيمي المعتمد لمكافحة الشروط التعسفية

يعتبر الأسلوب التنظيمي رقابة وقائية، الهدف منها هو فرض التزام على المتدخل مفاده احترام حقوق المستهلك الجوهرية عند صياغته لشروط العقد الذي يربط بينهما، ويقوم هذا الأسلوب أساسا بمنح المجال للسلطة الإدارية ممثلة في لجنة مختصة، مهمتها دراسة كافة نماذج العقود التي يحررها المتدخلين ويعرضونها على المستهلكين، للوقوف على مدى موضوعيتها، فهو الأمر الذي ينوّر ويدعم رضاء المستهلك على النحو الذي يؤدّي إلى تحقيق نوع من التوازن للعقد[4].

---

[1]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص99.

[2]– بودالي محمد،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص98.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص،ص423،422.

[4]– حماز فتيحة، المرجع السابق، ص38.

وتمارس هذه الرقابة من طرف لجنة الشروط التعسفية وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الأولى، ويمارس كذلك من طرف الحكومة عن طريق ما تصدره من مراسيم تنفيذية تقوم من خلالها بمنع أو تحديد الشروط التي تعتبرها تعسفية و هو ما سنشرحه في النقطة الثانية.

1. رقابة لجنة الشروط التعسفية:

أنشأت هذه اللجنة الإدارية في فرنسا بموجب قانون 1978/01/10 المتعلق بإعلام و حماية المستهلك بالسلع والخدمات، بموجب نص المادّة 36،[1] والذي أعاد تنظيمها بموجب القانون رقم10-737،[2]في كل من المواد R.534-3 و1-R.534، أما في قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد لسنة 2016 فقد تم النص عليها في المواد من L.822-4 إلى L.822-11 منه.

فبعد استقراء نصوص هذه المواد نلاحظ أنّ لجنة الشروط التعسفية في تشريع الاستهلاك الفرنسي تتكون من 13 عضو، تضم عناصر قضائية وأخرى إدارية، بالإضافة إلى مستشارين في مجال القانون أو فن العقود، وعناصر ممثلة للمستهلكين والمهنيين، وهو ما يفهم منه أنّ المشرّع يحاول من خلال هذه التشكيلة تمثيل جميع الأطراف المعنية بمشكلة الشروط التعسفية سواء كانوا مستهلكين أو مهنيين، وهذا حتى يمكنها أن تؤدّي المهمة المنوطة بها على أحسن وجه، وهذا يعكس وجهة نظر المشرّع في مواجهة الشروط التعسفية عن طريق أهل الخبرة والاختصاص وتمثيل كل الأطراف المعنية، إضافة إلى أنّ هذه التشكيلة تمثل ضمانة للجدية لا مجرد تشاور[3].

وتتمثل مهمة هذه اللجنة في فحص نماذج العقود والوثائق المستعملة في الواقع العملي وإصدار توصيات بشأن إلغاء الشروط التعسفية واستبعادها من العقود أو تعديلها، ويتم ذلك بصفة تلقائية أو بناء على طلب المهنيين أو جمعيات حماية المستهلك، كما اسند لها اختصاص تقديم

---

[1]- l'article 36 de la loi n° 78-23 du 10/01/1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services dispose que : »une commission des clauses abusives est instituée auprès du ministre chargé de la consommation.
Elle est composée des quinze membres suivant :
-un magistrat de l'ordre judicaire, président ;
-deux magistrat de l'ordre judicaire ou administratif ou membres du conseil d'Etat ;
-trois représentants de l'administration, choisis en raison de leurs compétences ;
-trois jurisconsultes qualifiés en matière de droit ou de technique des contrats ;
- trois représentants des associations représentatives et agrées de défense de consommateurs ;
- trois représentants des professionnels ».

[2]- Loi n°2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, les article de cette loi est sur le lien suivant :
https: //www.legifrance.gouv.fr/loda/id/jorftext0000022419094/.

[3]- سي طيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008/2007، ص،ص126،127.

الاستشارة التي تتعلق بمشاريع النصوص التشريعية أو التنظيمية التي يكون موضوعها حظر أو تحديد أو تنظيم الشروط التعسفية، ويعتبر تقديم طلب الاستشارة إلزامي فيما يتعلق بمشاريع المراسيم الخاصة بالشروط التعسفية التي تصدر عن مجلس الدولة الفرنسي، كان أهمها مشروع قانون 1978 والذي أدرج في قانون الاستهلاك الفرنسي في المواد R.132-1 و R.132-2، والثاني سنة 2005 وأدرج في المادة R.132-1-2، أما عن الطلب المقدّم من طرف الحكومة من أجل استشارة اللجنة في مشاريع القوانين المتعلقة بالشروط التعسفية، هو طلب اختياري لا يتصف بالطابع الإلزامي[1].

كما تصدر تقريرا سنويا يتضمن عرضا لنشاطاتها، لكن هذه اللجنة ذات طابع إداري ليس لها سلطة قضائية أي أن توصياتها ليس لها صفة إلزامية، ومع ذلك فهي تمارس على المحترفين ضغطا معنويا بسيطا[2].

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، نجد أن تشكيلة هذه اللجنة تمّ النصّ عليها في المادّة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، إلا أنها عدّلت بموجب المادّة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08، حيث نصّت الأخيرة على ما يلي: "تتكون هذه اللجنة من 05 أعضاء دائمين و05 أعضاء مستخلفين ويتوزعون كالآتي:

- ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية؛
- ممثلان (2) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود؛
- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة؛
- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود؛
- ممثلان (2) عن جمعيات حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود؛ يمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعماله".

أما عن اختصاص هذه اللجنة فهو شبيه إلى حد كبير باختصاص نظيرتها في القانون الفرنسي، بحيث تبحث في كل العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين عن البنود

---

[1]- حماز فتيحة، المرجع السابق، ص51.

[2]- محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البحري، رسالة نيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، تخصص قانون خاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، المغرب، سنة 2006/2005، ص،ص141،140.

ذات الطابع التعسفي، كما تقوم بصياغة توصيات تبلغها إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية كما يمكنها أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين[1].

وفي سبيل قيام اللجنة بمهامها، تتدخل إما من تلقاء نفسها، أو بإخطار من طرف الوزير المكلف بالتجارة، أو من طرف كل إدارة أو جمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[2].

هذا وتشير المادّة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 إلى أن اللجنة تنشر آرائها وتوصياتها بكل الوسائل كما يمكنها إعداد ونشر كل المعلومات المفيدة المتعلقة بموضوعها عن طريق كل وسيلة ملائمة، على أن تقوم كل سنة بإعداد تقرير عن نشاطها، يبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر كليا أو جزئيا مستخرجات منه بكل وسيلة ملائمة.

2. رقابة الحكومة للشروط التعسفية:

سخّر المشرع الجزائري إلى جانب الرقابة الممارسة من طرف لجنة الشروط التعسفية رقابة أخرى توفر حماية للمستهلك، فهو يمنح السلطة التنظيمية وعن طريق مجلس الدولة سلطة إصدار مراسيم تنظيمية، تتضمن منع، أو تحديد، أو تنظيم أي شرط تعسفي وذلك بعد استطلاع رأي اللجنة، ويعتبر المشرّع الفرنسي أول من جاء بهذا الأسلوب واقتدى به المشرّع الجزائري[3].

فبالنسبة للمشرّع الجزائري قد أتاح هذه الميزة للسلطة التنظيمية من خلال القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية عندما نصّت المادّة 30 منه على أنه: "بهدف حماية مصلحة المستهلك وحقوقه يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم". وبالفعل صدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث نصّ في المادّة الأولى منه، أنه تطبيقا لنص المادّة 30 من القانون 02/04 "يهدف هذا المرسوم لتحديد العناصر

---

[1]- راجع نصّ المادّة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06، المحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

[2]- هذا ما تمّ نص عليه في المادّة 11 من نفس المرسوم.

[3]- سي طيب محمد أمين، المرجع السابق، ص55.

الأساسية للعقود ومنع العمل ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية في مختلف أنواع العقود". تقابلها في ذلك المادّة L.212-1 في فقرتها الرابعة من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016[1].

وبالتالي تمارس الحكومة دورها في محاربة الشروط التعسفية من خلال التحديد المسبق للعناصر الأساسية للعقود المبرمة مع المستهلكين وذلك تدعيما لرضا المستهلك؛ ويكون ذلك عن طريق الفرض على تضمين العقد الذي يربط المتدخل بالمستهلك مجموعة من البيانات الإجبارية وهذا ما نصت عليه المادّة 02 من نفس المرسوم، هذا بالإضافة إلى منح المستهلك مهلة للتفكير قبل إبرام العقد وهذا ما ورد في نصّ المادّة 04 من نفس المرسوم، وكذلك تمارس الحكومة هذه السلطة من خلال التدخل لمنع بعض الشروط التي تعتبر تعسفية في جميع العقود سواء كانت مبرمة بين مهنيين فيما بينهم أو مستهلكين وهذا ما نصّت عليه المادّة 05 من نفس المرسوم التي تقابلها المادّة L.212-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ثالثا: الأسلوب القضائي المعتمد لمكافحة الشروط التعسفية

إنّ سلطة القاضي في تعديل العقد تشكل خرقا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، باعتبار أنه يتعين على القاضي احترام اتفاق المتعاقدين، وأن يلتزم بتطبيقه كما يلتزم باحترام القانون وتطبيقه، فليس من شأن العقد أن يلزم المتعاقدين فحسب بل من شأنه أيضا أن يلزم القاضي بتطبيق أحكامه، وعلى الرغم من هذه القاعدة إلا أنه يبقى لقانون الاستهلاك تأثير واضح على قانون العقد في هذه النقطة من خلال منح القضاء استثناء التدخل في العقد لإلغاء وتعديل بعض أحكامه، وذلك بهدف تحقيق توازن اقتصادي بين المتعاقدين، وبالتالي فإنّ هذا الاستثناء لابدّ أن يستند على مبرر قانوني.

وقبل تطرقنا لهذا المبرر تجدر الإشارة إلى أنّه اختلفت الأنظمة القانونية للدول في السماح أو عدم السماح لتدخل القضاء، فكانت فرنسا من الدول الرافضة لتدخل القضاء لمنع العمل بالشروط التعسفية، فقد بيّنت النقاشات البرلمانية قبل الموافقة على القانون 1978/01/10 أنّ

[1] -L'article L.212-1-4 (de décret n°2016/884 du 29/06/2016) dispose que : «Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa.

Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse ».

المشرع لم يرد أن يمنح القضاة سلطة تحديد الطابع التعسفي للشرط، وإنما حصر دورهم في تطبيق المراسيم المحددة للشروط التعسفية،[1] بمعنى اقتصار دور القاضي على إبطال الشروط التعسفية الواردة بالمراسيم الصادرة، وبصدور القانون 1978 كذلك رُبط حظر الشروط التعسفية بمبادرة السلطة التنفيذية، بمعنى أنه يمنع على القاضي التصريح بالطابع التعسفي لشرط غير وارد في المراسيم،[2] إلا انه وأمام قصور المراسيم التنظيمية في توفير الحماية الفعالة للمستهلك ضدّ الشروط التعسفية، قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه بإمكان القاضي أن يعلن الطابع التعسفي لشرط ما، في غياب أي مرسوم، حيث يكفي الاستناد على أحكام المادّة 35 من قانون 1978[3].

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص432.

[2]- اعتبرت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1986/05/23، أن قانون 1978 والمرسوم رقم 78–464 الصادر لتطبيق المادّة 35 من نفس القانون، لا يحتملان سوى التفسير الضيق، وإن هذا القانون يحتفظ للسلطة التنظيمية فقط بتقدير الصفة التعسفية لمثل هذه الشروط، وتحديد العقود التي يحظر إدراجها فيها وتنظيمها، وفي حكم آخر صدر بتاريخ 1980/03/20، رفضت من خلاله محكمة Aix–en–provence إبطال شرط، رغم أنّ هذا الأخير كان ينطوي على شرطين تعسفيين، الأوّل كان ينص على مدّة إيجار وهي 15 سنة لآلة تلفون، والآخر ينطوي على صيغة لمراجعة الإيجار، وهي صيغة غير مفهومة بالنسبة للمستهلك، بحيث رفضت المحكمة اعتبارهما شروط تعسفية بحجة أنهما لم يكونا محل مرسوم تطبيقي: راجع، سي طيب محمد أمين، المرجع السابق، ص،ص144،143.

[3]– صدر قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1987/12/25، وتتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها هذا القرار، هو أثناء بيع أثاث حيث أنّ المشتري كان قد وقّع على طلب بضاعة (سند)، وكان هذا السند يشير بحروف مطبوعة بطريقة واضحة في وجه السند إلى أنّ مدّة التسليم هي شهرين، وفي ظهر السند كان مندرج شرط من بين الشروط أخرى عديدة مفادها أنّ تواريخ التسليم ليست واردة على سبيل الإلزام، بمعنى أنّ التأخر في التسليم ليس سببا لفسخ المشتري طلبية البيع وطلبه للتعويض، إلا أنه بوسعه طلب الإلغاء لطلبه والاسترداد بدون فوائد أخرى، غير تلك المنصوص عليها في القانون للمبالغ المدفوعة، في حالة عدم تسليم البضاعة خلال 90 يوما من الإعذار، وبعد مرور أربعة أشهر (04) أعذر المستهلك البائع بضرورة تسليمه بضاعته، ولم يستجيب هذا الأخير لطلب المستهلك إلا بمضي شهر ثمانية (8) أيام، لكن المشتري رفض و طلب إبطال العقد متعذرا بالتأخير الطويل في التسليم و ذلك لمدّة 5 أشهر و8 أيام من توقيع الطلب.عرض هذا النزاع أمام محكمة "مونبولييه" التي أصدرت حكمها بتاريخ 1984/07/16، القاضي برفض طلب المستهلك المتمثل في طلب إبطال العقد، على أساس أنّ الشرط محل النزاع لم يكن تعسفيا، غير أنّ محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 1987/07/16 نقضت الحكم السابق، وذهبت للقول وبالنظر لنص المادّة 35 من قانون 1978 والمرسوم التنفيذي رقم 78–464 الصادر لتطبيق هذه المادّة، لا يحتملان سوى التفسير الضيق، واعتبرت الشروط المتعلقة خاصة بتسليم الشيء، وبشروط فسخ الاتفاق التعسفية، لأن من شأنها إنقاص حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المتدخل بأحد التزاماته، كما أنه يمنح البائع ميزة فاحشة عندما ترك لنفسه سلطة تقدير مدّة التسليم، فمثل هذا الشرط يجب أن يعتبر غير مكتوب، ولهذا نقضت قرار الاستئناف لمخالفته النصوص المعنية، وهذا يفسر اتجاه محكمة إلى إعطاء

حتى وبعد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1995 لم يتخذ المشرع موقف صريح من سلطة القاضي اتجاه الشروط التعسفية، فهذا القانون لم يكرّس قضاء محكمة النقض إلا بصورة ضمنية، وبعبارة أخرى كرسه بصورة غير مباشرة، ويفهم ذلك من خلال نص المادّة L.132-1 في فقرتها الثالثة عندما نصّت على قائمة الشروط التعسفية الملحقة بقانون الاستهلاك في تعديل 1995؛ فكانت هذه القائمة غير حصرية بمعنى مكنت القاضي بصفة غير مباشرة من تحديد صفة أي شرط بأنه تعسفي ما دام القائمة لم تكن محصورة[1].

إلا أنه وبعد تعديل قانون الاستهلاك لسنة 2008 بموجب القانون رقم 03 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 2008/01/03، والمسمى بقانون "شتال" "LOI-CHATEL"[2] حيث مكّن هذا الأخير بموجب المادّة L.141-1[3] منه القاضي من التصدي للمسائل التي يثيرها تطبيق قانون الاستهلاك ومن تلقاء نفسه، ولقد أيدت محكمة النقض هذا المبدأ وأكدت عليه في حكم لها إذ جاء في متنه أنّ: "القاضي يملك الأهلية، لأن يقدّر الصفة التعسفية لأي شرط تعاقدي في الدعوى التي يقيمها المستهلك، فله أن يتصدّى من تلقاء نفسه ويقضي باعتبار الشرط كأن لم يكن". ومن ثمّ فإنّ من الآن فصاعدا، لن يتراخى قاضي الموضوع في التصدّي للشروط التعسفية في العقود، حتى في تلك الشروط التي تغيب عن بال المستهلك وهو الأمر الذي يحقق حماية ناجعة له[4].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري، فقد أعطى القاضي سلطة تقدير الشروط الغامضة أو المبهمة، وذلك ما نستنتجه من نص المادة 29 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي ذكرت قائمة من الشروط التعسفية على سبيل المثال وليس الحصر بمعنى يمكن للقاضي أن يقدر أي شرط ما على أنه تعسفي وذلك باجتهاد منه وهو ما نستخلصه من نص

القاضي سلطة البحث عن الصفة التعسفية للشرط التعسفي، رغم أنه ليس محل إلغاء بمرسوم تطبيقي: راجع في ذلك حماز فتيحة، المرجع السابق، ص79، هامش رقم 1؛ زوبة سميرة، المرجع السابق ص138.

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص433.

[2] - Loi n°2008-3 du 03/01/2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003 du 04/01/2008, www.legifrance.gouv.fr/loda/id/jorftext00017785995/ .

[3]- L'article L.141-4 (de la Loi n°2008-3 du 03/01/2008) dispose que : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions présent code dans les litiges nés de son application ».

[4]- مالكي محمد، المرجع السابق، ص84.

هذه المادة عندما قالت أنه: 'تعتبر بنود وشروط تعسفية...لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير..." والمهم في هذا أن القضاة يمارسون هذه السلطة تحت رقابة المحكمة العليا[1].

إنّ هذا الاعتراف للقاضي بهذه السلطة لرقابة الشرط التعسفي يعتبر وسيلة فعالة في إقامة التوازن التعاقدي والوقاية من الاختلال بشرط أن يتقدّم المتعاقد صحبة العقد المختل لرفع دعوى استبعاد الشرط التعسفي أو بطلانه، إلا أنّ المستهلك لا يلجأ إلى هذا الحل لما يتكبده من مشاق بسبب مصاريف الدعوى، بالإضافة إلى طول إجراءات التقاضي،[2] لذلك اعتراف المشرّع الجزائري للجمعيات الممثلة للدفاع عن المستهلك والجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام القانون 02/04، بهدف تحقيق المزيد من الحماية من أجل خلق علاقات تعاقدية متوازنة وعادلة، وذلك ما جاء في نصّ المادّة 11/65 من قانون 02/04،أما الفقرة الثانية من نفس المادّة أعطتهم الحق في التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحق المستهلك ويحق للقضاء تقرير ما يناسب من جزاء، إذا شاب العقد اختلال ظاهر في الحقوق والواجبات[3]. ومن هذا نستنتج أنّه إذا كان قانون 02/04 لم يحدد إذا ما كان للقاضي الحق في التدخل لتحديد صفة الشرط من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب من الخصوم، كما فعل المشرّع الفرنسي في نصّ المادّة L.141-1 التي وضّحت أنه للقاضي أن يتخل من تلقاء نفسه، فإنه وبعدما أعطى المشرّع الحق لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية وكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة حق رفع الدعوى، وكذلك أعطتهم الحق في التأسيس كطرف مدني للحصول على التعويض، فهذا ما يدّل أنّ المشرع منح الحق للقاضي للتدخل من تلقاء نفسه وذلك من أجل تعزيز حماية المستهلك من الشروط التعسفية.

وهو أيضا ما كرسه حقيقة الإصلاح التشريعي للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016، التي يظهر بجلاء عندما فعّل سلطة القضاء إزاء العقد ليس فقط منذ إبرامه، بل من المرحلة السابقة عليه الأمر الذي دفع البعض إلى اعتبار أنّ القاضي أصبح طرفا ثالثا في العقد، بحيث أصبح من

---

[1]- عنتري بوزار شهرزاد، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2013/2012، ص83.

[2]- مالكي محمد، المرجع السابق، ص86.

[3]- سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2011/2010، ص192.

سلطته أن يتحقق من مدى وجود شروط من شأنها أن تخل إخلالا جسيما بالتوازن العقدي بين المتعاقدين حيث نصّ في المادّة 1170 من القانون المدني الفرنسي على أنّ: "كل شرط يجرد الالتزام الرئيس للمدين من ماهيته يعتبر كأنه لم يكن"، وبالتالي يلاحظ من هذا النصّ هو عموم صياغته دون أن يقصر ذلك على شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية، عوضا من نص المادّة 1131 من القانون المدني القديم والتي كانت تؤسس بطلان الشرط على أساس تخلف السبب[1].

البند الثاني: الجزاءات المقررة على تضمين العقد شروط تعسفية

نصّ قانون الاستهلاك الفرنسي على جزاءات مدنية تترتب على تضمين العقد شروطا تعسفية عملا على ضمان حماية المستهلكين وتحقيق التوازن في العقد، إلا أنه وبالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أنه اكتفى بالجزاء الجنائي دون المدني وهو ما تضمنه القانون 02/04،[2] مما يفهم أنه ترك مسألة الجزاءات للقواعد العامة، ويرى البعض[3] أنّ الجزاء الجنائي يطرح إشكالات عديدة من خلال تطبيقه في المجال التعاقدي، مما يشكل خطورة على علاقات القانون الخاص لأنّ العقد وجد لكي يعبر على التوازن العقدي لا أداة أو وسيلة لقمع الأشخاص، غير أنّ البعض الآخر[4] يرى أنّ سبب نص المشرع الجزائري على الجزاء الجنائي يرجع إلى أنّ الممارسات التعاقدية التعسفية وردت في إطار قانون الممارسات المنافية للتجارة، مما يؤكد أنّ الهدف هو تفعيل النشاط التجاري وضبط السوق بفرضه غرامات مالية على المهنيين جزاءا عن كل إخلال، وفي نفس الوقت تعد حماية غير مباشرة للمستهلك لأنها تسمح بمعاقبة المهنيين عند إدراجهم شروطا تعسفية.

وبغياب الجزاءات المدنية في القانون 02/04 نتطرق إلى الجزاءات التي ضمنها المشرع الفرنسي في تشريع الاستهلاك، ومن بين هذه الجزاءات منها ما هو علاجي متمثل في إبطال الشروط التعسفية وهو ما سنشرحه في النقطة الأولى، ومنها ما هو وقائي متمثل في حذف وإلغاء الشرط التعسفي وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الثانية.

---

[1]- L'article 1131 de (code civil de 17/02/1804) propose que: «L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucune effet».

[2]– نصّت المادّة 38 من القانون 02/04 على ما يلي: "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و27 و 28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار (50.000 د.ج) إلى خمسة ملايين دينار (5.000.000 د.ج)".

[3]– حول الفقه راجع زوبة سميرة، المرجع السابق، ص146.

[4]– حول الفقه راجع زوبة سميرة، المرجع السابق، ص146.

أولا: إبطال الشروط التعسفية في العقود

نصّ المشرّع الفرنسي في المادّة L241-1 على جزاء تضمين الشروط التعسفية في العقود بحيث جعل منها شروط غير مكتوبة وهو ما جاء في الفقرة الأولى،[1] كما نصّت الفقرة 2 من نفس المادّة على أنه: "يبقى العقد قابلا للتطبيق في جميع أحكامه باستثناء التي قضى بأنها شروطا تعسفية إذا كان يمكن للعقد أن يستمر دون هذه الشروط"،[2] كما نصت الفقرة 03 من هذه المادّة على أنّ أحكام هذه المادّة من النظام العام[3].

ومن خلال ما سبق نستنتج أنّ المشرع الفرنسي قرر اعتبار الشرط التعسفي المدرج في العقد غير مكتوب،وهذا ما يؤدّي إلى بطلان الشرط وبقاء العقد صحيح إذا كان يمكن للعقد أن يستمر دون هذه الشروط وهو ما يمثل الجزاء المدني، إلا أنه وإذا لم يمكن للعقد الاستمرار بدون هذا الشرط باعتباره شرطا أساسيا ولا يقوم العقد بدونه يصبح البطلان الجزئي بطلان كلي يشمل العقد بأكمله[4].

ونفس الحل الذي اتبعه المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون المدني لسنة 2016 حيث نصّت المادّة 1171 على اعتبار الشرط التعسفي كأن لم يكن يعنى اعتبرته غير مكتوب، والهدف من هذا الجزاء غل يد القضاء عن تعديل هذا الشرط بما يعيد التوازن بين المتعاقدين.

كما منحت المادّة L.621-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016، لجمعيات حماية المستهلك حق الانضمام في الدعوى المرفوعة من أحد المستهلكين، يطالب فيها ببطلان شرط تعسفي في عقد سبق إبرامه، سواء كانت هذه الدعوى مرفوعة من أحد المستهلكين أو من عدّة مستهلكين، حيث نظّم المشرع هذه الوسيلة لمساعدة المستهلك في مكافحة الشروط التعسفية في عقود سبق إبرامها، وذلك بالاستفادة من الإمكانيات المتاحة لجمعيات حماية المستهلكين وهو أيضا ما تبناه التعديل الجديد لسنة 2022[5].

---

[1] - L'article L.241-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)dispose que : « Les clause abusives sont réputées non écrites ».

[2] - L'article L.241-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)dispose que : « Le contrat reste applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans ces clauses ».

[3] - L'article L.241-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) dispose que : «Les dispositions du présent article sont d'ordre public ».

[4]- جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص210.

[5]- L'article L.621-2 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) dispose que : « Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 621-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défendeur ou au prévenu, le cas échéant sous

ويرى البعض[1] أنّ جزاء البطلان في حقيقة الأمر يعتبر غير كاف، لأنه يفترض أنّ العقد بعد إبرامه سيعرض على القضاء، وهذه فرضية نادرة الوقوع في قضايا الاستهلاك، وحتى ولو وقعت وحكم القاضي باعتبار الشرط غير مكتوب، فإنّ هذا الحكم لا يستفيد منه إلاّ المستهلك الذي كان طرفا في النزاع، بمعنى أنه في كثير من العقود سيطبق الشرط التعسفي مادام أنه لا يزال مكتوبا، وعلى هذا الأساس يعتبر جزاء البطلان قاصر على حماية بعض المستهلكين، وهو لا يسمح بمعالجة مشكلة الشروط التعسفية بصفة عامة، لهذا وجب الذهاب بعيدا إلى حد حذف الشروط التعسفية في العقود قبل إبرامها.

ونشير في هذا الصدد إلى أنّ المشرّع الجزائري اكتفى بالنصّ على الجزاء العقابي دون جزاء البطلان في قانون 02/04، وهذا ما يشكل فراغا قانونيا، إلا أنّ هذا لا يمنع القاضي من الحكم بالبطلان بالرغم من عدم وجود النص، إذا كانت المصلحة التي يريد القانون المحافظة عليها مهمة تصلح كتبرير لهذا الجزاء، ولا شكّ أنّ حماية المستهلك من خلال إعادة التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، مصلحة جد مهمة تبرر بطلان الشرط التعسفي،[2] بدليل أنّ المشرع أجاز، بمقتضى المادّة 65 من قانون الممارسات التجارية، لجمعيات حماية المستهلك والجمعيات المهنية المنشأة طبقا للقانون ولكل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام قانون الممارسات التجارية.

ثانيا: حذف وإلغاء الشرط التعسفي

لم يقتصر قانون الاستهلاك الفرنسي على الآليات العلاجية لمحاربة الشروط التعسفية في العقود، بل نصّ على آليات وقائية تحقق حماية لمواجهة الشروط التعسفية في كل من نماذج العقود، والعقود التي لم يتم إبرامها بعد كحماية قبلية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية[3].

---

astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer une clause illicite dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs ou dans tout contrat en cours d'exécution. Elles peuvent également demander, selon le cas, à la juridiction civile ou à la juridiction répressive de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques en cours d'exécution conclus par le défendeur ou le prévenu avec des consommateurs et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs concernés par tous moyens appropriés ».

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص439.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 439.

[3]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص214.

نصّ التشريع الفرنسي على هذه الآلية بموجب القانون المؤرخ في 1988/01/05 المتعلق بالدعاوى القضائية للجمعيات المعتمدة للمستهلكين وإعلام المستهلكين،[1]الذي أنشأ دعوى حذف الشروط التعسفية، والذي أدرجت أحكامه ضمن قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 بموجب المادّة L.421-6، وهذه المادّة تمّ تعديلها بواسطة الأمر رقم 741/01 المؤرخ في 2001/08/23[2]، إلى غاية تعديل قانون الاستهلاك لسنة 2016 أصبحت المادّة L.421-6 تقابلها المادّة L.621-7 والتي بقيت كما هي في تعديل 2022.

فالمشرّع الفرنسي منح بموجب نصّ المادّة L.621-7 من قانون الاستهلاك الحق للجمعيات المشار إليها في نصّ المادّة L.621-1 المعترف بها في الاتحاد الأوروبي، والهيئات التي تبرر تسجيلها في قائمة الجمعيات المنشورة في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي؛ في رفع دعوة أمام القضاء المدني للمطالبة بحذف الشروط التعسفية الواردة في نماذج عقود الاستهلاك المقترحة من قبل المتدخلين، وذلك في مختلف دول الاتحاد دون التقيد بالبلد الذي تنتمي إليه، فنطاق هذه الدعوى هو عقود الاستهلاك النموذجية التي يعدها المتدخلون.

هذا وتنصّ المادّة L.621-8 على أنه عندما يتم رفع الدعوى تطبيقا لنصّ المادّة L.621-7 يجوز للقاضي أن يأمر عند الضرورة بإلغاء شرط غير مشروع أو تعسفي في جميع نماذج العقود المقترحة والموجهة للمستهلك أو في جميع العقود قيد التنفيذ، كما يجوز للجمعيات والهيئات المذكورة في المادّة L.621-7 أيضا أن تطلب من القاضي التصريح بأنّ هذا الشرط يعتبر غير مكتوب في جميع العقود المتطابقة التي أبرمها نفس المهني مع المستهلكين، مع أمره بإعلام المستهلكين المعنيين بجميع الوسائل[3].

ومن خلال هذين النصين يظهر أنّ الدعوى المرفوعة لا تهدف إلى إبطال شروط وردت في عقود سبق إبرامها، وإنما تهدف إلى الحذف المادّي للشروط الواردة في وثائق تكون أساسا لعقود

---

[1]- La loi n°88-14 du 05/01/1988, relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs, JORF du 06/01/1988.

[2] - Ordonnance n°2001-741 du 23/08/2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JORF n°196 du 25/08/2001, https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2001/8/23/ECOX.1..83R/jo/texte.

[3]-L'article L.621-8 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)dispose que : «Lorsqu'il est saisi en application de l'article L. 621-7, le juge peut ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat ou type de contrat proposé ou destiné au consommateur ou dans tout contrat en cours d'exécution.

Les associations et les organismes mentionnés à l'article L. 621-7 peuvent également demander au juge de déclarer que cette clause est réputée non écrite dans tous les contrats identiques conclus par le même professionnel avec des consommateurs, et de lui ordonner d'en informer à ses frais les consommateurs ».

ستبرم مستقبلا بين المحترفين والمستهلكين (أنواع اتفاقيات، نماذج عقود، شروط عامة...)، أو عقودا في طريق التنفيذ، وبهذا الشكل ستكون لدعوى الجمعيات خاصية وقائية جماعية[1].

ومن خلال ما سبق نلاحظ أنّ آلية دعوى الحذف التي ترفعها جمعيات حماية المستهلكين تقترب من آلية الرقابة التي تمارسها لجنة الشروط التعسفية، التي تصدر توصية بإلغاء الشرط التعسفي من العقود بعد أن يتم إخطارها من قبل جمعيات حماية المستهلكين أو أي شخص له مصلحة في ذلك، إلا أنّ دعوى الحذف أو إلغاء الشرط التعسفي هي دعوى ينظر فيها القضاء ويكون إلغاء الشرط التعسفي عن طريق حكم قضائي، وبالتالي فإن الحكم في هذه الحالة هو حكم منشئ يتخذ مرجعا يمكن الاستناد إليه في جميع النزاعات التي تتسم بمناسبة وجود هذا النوع من الشروط التعسفية في العقد، أما التوصية التي تصدرها اللجنة فهي غير ملزمة للقاضي[2].

وفي حالة ما حكم القاضي بوجود الشرط التعسفي؛ فيأمر من خلال هذا الحكم المهني والهيئات المهنية بالالتزام بحذف الشروط التعسفية وتعديل جميع اتفاقياتها ونماذج العقود التي تتضمن هذا الشرط، كما يجوز لجمعيات حماية المستهلكين أيضا المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي مست المصلحة الجماعية للمستهلكين، وهو ما استجابة إليه محكمة النقض الفرنسية،[3] رغم صمت القانون.

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص441.

[2]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص216.

[3]–حيث جاء في هذا القرار إنّ الاتحاد الفدرالي للمستهلكين UFC38 تقدّم بدعوى أمام محكمة قرنوبل الابتدائية بطلب حذف وإلغاء ثلاثة وعشرين شرط تعسفي وارد في نماذج العقود المتعلقة بشركة التأمين التعاوني MFI مع طلب الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت بالمصلحة الجماعية للمستهلكين من خلال استخدام هذه البنود، أصدرت محكمة قرنوبل حكما صادر في 11 أكتوبر 2010 بقبول الدعوى والحكم بحذف إحدى عشرة شرطا تعسفيا واعتباره غير مكتوب مع الأمر بحذف هذه الشروط من نماذج العقود مع إشهار الحكم والقضاء بتعويض يقدر ب 1500 يورو تعويضا عن الأضرار التي لحقت بالمصلحة الجماعية للمستهلكين. أبلغت الشركة الاتحاد الفدرالي UFC38 بنموذج الجديد مع القيام بتصفية التعويض مع إشعار قاضي محكمة استئناف قرنوبل بالنموذج الجديد، إلا أن الاتحاد الفدرالي UFC38 طعن في الحكم في ستة شروط أخرى باعتبارها غير مشروعة وتعسفية في نموذج الجديد، فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن قاضي الموضوع له أن يقدر من تلقاء نفسه الطبيعة التعسفية للشرط الذي يحتج بها أحد أطراف العقد حالما تتوفر العناصر القانونية اللازمة لذلك الغرض. راجع، جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص216.

الفرع الثاني: مدى إمكانية التعويل على بعض نظريات القانون المدني في مكافحة الشروط التعسفية

من بين المبادئ التي يقوم عليها القانون المدني هو مبدأ المساواة في المعاملات، فمن البديهي أن يتضمن جملة من النظريات التي تكفل إعادة التوازن بين الأشخاص إذا ما اختل، ففيما يخصّ الشروط التعسفية فنجد بعض من هذه النظريات التي يقترب نظامها من نظام الشروط التعسفية يتعين النظر فيها للكشف عن مدى إمكانية التأسيس عليها عند رفع الدعوى إلى القضاء من أجل توقيع جزاء على الشرط التعسفي، متى فشل التوكل[1]على المادة 110من القانون المدني التي تقضي بأنه: "إذا تمّ العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمّن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدّل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، خصوصا إذا تعلقت الدعوى بشروط تعسفية غير مذكورة في القوائم، وهناك البعض الآخر التي تبتعد كليا عن نظام الشروط التعسفية وبالتالي لا يمكن التعويل عليها كأساس لرفع الدعوى القضائية، فمن خلال هذا الفرع سنعمل على شرح النظريات المستبعدة كليا عن اعتبارها أساسا قانونيا مبررا لمكافحة الشروط التعسفية في **البند الأوّل**، ثم نتطرق إلى النظريات المستبعدة جزئيا عن اعتبارها أساسا قانونيا مبررا لمكافحة الشروط التعسفية في **البند الثاني**.

البند الأوّل: النظريات المستبعدة كليا عن اعتبارها أساسا قانونيا مبررا لمكافحة الشروط التعسفية

إنّ الغبن والاستغلال والإثراء بلا سبب هما من النظريات التي يعتبر نظامها بعيد كليا عن نظام الشروط التعسفية سواء في القانون الجزائري أو الفرنسي وهو ما سنشرحه في النقطتين التاليتين.

أولا: الغبن والاستغلال

سلكت معظم التشريعات المدنية في محاربتها لاختلال التوازن العقدي نظريتين أولها مادية تنظر في التفاوت بين القيمة المادية لالتزامات المتعاقدين، والمتمثلة في الغبن، والثانية معنوية

[1]– بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص160.

تنظر في التفاوت بين ما يعطيه المتعاقد والفائدة المحصل عليها نتيجة ضعف المتعاقد الآخر واستغلال هذا الضعف، وهو ما يعرف بالاستغلال[1].

فيعرّف الغبن الممثل للنظرية المادية على أنه "عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه أي بمعنى آخر هو الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين"[2]، وهو عيب مستقل عن عيوب الرضا بل هو عيب في العقد، بحيث قد يكون المتعاقد على علم من قيمة الشيء المادية لكن يشتريه بثمن أكبر، لأن قيمته الشخصية تعادل ما أعطاه من ثمن، هنا يعتبر هذا المتعاقد طبقا للنظرية المادية للغبن مغبونا، مادام أنّ التعادل بالنسبة للقيمة العقدية قد اختل بالرغم من أنه لم يقع لا في غلط أو تدليس أو إكراه، فهذا ما يثبت أنّ الغبن عيب مستقل قائم بذاته وهو يقع في العقد لا في الرضا[3].

وتجدر الإشارة أنّ المشرّع الجزائري أخذ بالغبن في نظرته المادية على سبيل الاستثناء في حالات محددة في القانون المدني أهمها: الغبن في بيع العقار وهو ما ورد في المادّة 358، ونقض القسمة وهو ما جاء في نصّ المادّة 732. مقتديا في ذلك بالمشرع المصري[4].

وتتميز النظرية المادية بميزة التحديد؛ بمعنى يمكن معرفة وجود الغبن من عدمه في العقد من بداية الأمر وذلك عن طريق عملية حسابية تقدر بها قيمة الشيء المادية،[5] فالغبن في عملية بيع العقار محدد في المادة 358 من القانون المدني التي نصّت على أنه إذا بيع العقار بغبن يزيد عن (5/1) الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة (5/4) أخماس ثمن المثل حتى يتم إرجاع التوازن في القيمة المادية، وتقدر قيمة الغبن الزائد عن الخمس في قيمة العقار وقت البيع، أما فيما يخص الغبن في القسمة فقد حددته المادّة 732 من القانون المدني والتي أجازت للشريك في الشيوع الذي لحقه غبن يزيد عن الخمس من جراء القسمة الودية أن يطلب نقضها

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص147.

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص202.

[3]- رباج سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة لماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف -02-، الجزائر، سنة 2014/2013، ص،ص102،103.

[4]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص444.

[5]- رباج سعيدة، المرجع السابق، ص103.

وذلك خلال السنة التالية للقسمة[1]. وبالتالي وفي كلتا الحالتين إذا ما تحقق غبن يزيد عن الخمس فإما يترتب بطلان العقد أو يتم تكملة الثمن بمقدار يجعل من القيمة المادية متوازنة، وهو ما يشكل ضمانا لاستقرار المعاملات.

أما فيما يخص النظرية الشخصية للغبن فقد أخذ بها المشرّع الجزائري وجعل منها سببا لإبطال العقد في المادّة 90 من القانون المدني، وبذلك يكون المشرع الجزائري أضاف للمعيار المادّي للغبن معيارا شخصيا الذي يقوم على عيب الاستغلال.

وتجدر الإشارة أنه في النظرية الشخصية لا يعتدّ فيها عند تقدير الشيء بقيمته المادية، بل بقيمته الشخصية وبالنظر لاستغلال ظروف المتعاقد فيجب في نظرها عدم الاكتفاء بالاختلال في الآداءات المتقابلة وحده، وإنما يجب أن يأتي ذلك نتيجة استغلال أحد الطرفين لعوز أو طيش أو عدم خبرة الطرف الآخر،[2] ومثال على ذلك عندما يقبل المستهلك شراء شيء تافه مقابل دفع ثمن أكبر ويكون مصرّ للحصول عليه بناء على ظروفه الشخصية، وذلك لأنه واهم في قيمته أو مضطر لإبرام العقد، وكل هذا بسبب طيش أو هوى جامح أو رعونة، أو عدم تجريب أو حاجة، وهذا ما يجعله مختلفا عن النظرة المادية التي يقوم فيها الغبن بمجرد تفاوت الالتزامات دون النظر إن وجد استغلال من عدمه، ولهذا فالاستغلال حسب النظرية الشخصية يعتمد على معيار مرن في تحديد درجة الاختلال في التعادل، ذلك أنها لم تحدد رقما معينا يجب أن يصل إليه الغبن[3].

وقد نصّت المادّة 90 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد". فيفهم من خلال نصّ هذه المادّة أنه للاستغلال عنصران أساسيان لقيامه وهما عنصر مادّي (موضوعي) وآخر نفسي (معنوي)؛ فالموضوعي يتمثل في عدم التعادل بين ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة وما يتحمل من التزامات، أي أن يكون هناك تفاوت صارخ

---

[1]– محمد صبري، المرجع السابق، ص208.

[2]– بودالي محمد،الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري،مرجع سابق،ص50.

[3]– رباج سعيدة، المرجع السابق، ص104.

بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، أما العنصر النفسي فهو يتحقق عندما يكون التفاوت نتيجة استغلال الطرف المستغِل للطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المستغَل[1].

فمن خلال ما سبق وبناءا على نص المادّة 90 نلاحظ أنّ المشرّع الجزائري قد تبنى عيب الاستغلال بعنصريه المادّي والمعنوي، وإذا ما تأكد القاضي أنّ المتعاقد قد صدر رضاه دون اختيار واع جاز له إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات بناءا على طلب المتعاقد المغبون.

فبعد ما تطرقنا لدور كل من الغبن والاستغلال في محاربة اختلال توازن العقدي في القانون المدني يبقى التساؤل مطروح عن مدى إمكانية هذه الآليات في محاربة الشروط التعسفية؟

فللإجابة على هذا التساؤل يمكن القول أنّ الغبن لا يصلح أبدا كآلية محاربة للشروط التعسفية وذلك راجع للأسباب التالية:

- إنّ الغبن يوفر حماية جد محدودة تقتصر على الشروط ذات الطابع المالي فقط دون الأنواع الأخرى من الشروط التعسفية.[2] فكما رأينا في المادّة 358 من القانون المدني في حالة بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فنلاحظ أنّه تمّ التركيز على الغبن الواقع على الثمن فقط. بينما الشروط التعسفية لا تقع على الثمن فقط ممكن أن تقع على عمل مثلا.
- ويترتب على توفر شروط الغبن إعادة التوازن الاقتصادي بين الأطراف المتعاقدة ففي حالة بيع العقار مثلا يكون الجزاء حسب نص المادّة 358 من القانون المدني هو تكملة الثمن إلى أربعة أخماس الثمن الحقيقي، بينما في حالة توفر الطابع التعسفي للشرط فإن الجزاء هو البطلان المطلق للشرط، ومن الممكن أن يؤدّي بطلان الشرط إلى بطلان العقد ككل إذا كان الشرط يشكل الشرط المحدد للعقد أو إذا كانت كل شروط العقد غير قابلة للانقسام[3].
- كذلك نشير إلى أنّ نظرية الغبن يحدد فيها الغبن[4] بما يزيد عن الخمس كما هو وارد في المواد 358 و 732 من القانون المدني، بينما الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك غير محددة القيمة ممكن أن تزيد عن الخمس كما يمكن أن تقل عنه. فإذا ما قلت عن الخمس لا يمكن اعتبارها غبنا وبالتالي لا يوقع الجزاء حسب نظرية الغبن.

---

[1]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص205.

[2]– سي طيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص61.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص445.

[4]– بدر الدين براحلية، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، الملتقى الوطني حول "حماية المستهلك والمنافسة"، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية الجزائر، يومي 17 و 1 نوفمبر 2009، ص4.

- إنّ النظرية المادية للغبن لا يمكن تطبيقها إلاّ على عقدين وهما عقد البيع وعقد القسمة، بينما الشروط التعسفية يمكن أن نجدها في كلّ أنواع العقود،[1] خارجة عن نطاق عقد البيع وعقد القسمة مثلا عقد القرض الاستهلاكي، عقد الائتمان العقاري، عقد البيع بالإيجار...
- هذا ونضيف إلى أنّ النظرية المادية للغبن لا تصلح لحل مشاكل اجتماعية يغلب عليها العنصر النفسي لأنها تعتمد على التقدير الحسابي، بحيث لدينا قاعدة واحدة جامدة تطبق بشكل حسابي على جميع المسائل مما يجعلها قاصرة في توفير العدالة[2].

وفي هذا الصدد نشير إلى أنّ المشرّع الفرنسي حسم الأمر ولم يترك أي مجال للتساؤل حول مدى إمكانية نظرية الغبن في محاربة الشروط التعسفية وذلك من خلال نصّ المادّة L.212/1 من قانون الاستهلاك الفرنسي في فقرتها الثالثة عندما نصّت على أنّ تقييم الطابع التعسفي للبند لا يتعلق لا بتعريف الهدف الرئيسي للعقد ولا بتعادل الثمن مع السلعة المباعة أو الخدمة المقدمة،[3] وبالتالي نفهم من خلال هذه الفقرة أنّ الغرض من نظام الشروط التعسفية هو محاربة الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وليس تحقيق التناسب الكلي بين الأداءات الاقتصادية[4].

أما الاستغلال فهو الآخر لا يصلح هو الآخر ليكون آلية محاربة للشروط التعسفية والسبب في ذلك راجع إلى:

- إذا ما رجعنا إلى نصّ المادّة 90 من القانون المدني الجزائري نجد المشرّع اشترط في التفاوت بين المتعاقدين أن يكون جسيما وذلك عندما نصّ على أنه: "إذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا..."، وهذا ما لا يمكّن المستهلك من الاستفادة من الحماية إذا ما قدّر القاضي أنّ عدم التعادل بين الالتزامات ليس جسيما، خصوصا إذا علمنا أنّ المتدخلين في الوقت الراهن يعتمدون على كسب ميزات مالية ضئيلة في كل عقد يبرمونه مع المستهلك، على أنّ العدد الكبير من عقود الاستهلاك التي يبرمها المتدخل في اليوم الواحد بل في الساعة الواحدة، هو الذي يوفر له الميزة الفاحشة[5].

---

[1]– بدر الدين براحلية، المرجع السابق، ص4.

[2]–رباج سعيدة، المرجع السابق، ص103.

[3] - L'article L.212/1 (ord n°2016-301 DU 14/03/016) dispose que : « 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 pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible».

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص445.

[5]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص445.

- ومن ناحية أخرى، فإنّ النص القانوني للمادّة 90 وحتى في النطاق الضيق لتطبيقه يتطلب إثبات استغلال الطرف الأقوى لعيب أو ضعف في إرادة المستهلك المغبون،[1] وهو ما أعفاه منه المشرّع الجزائري في قانون الممارسات التجارية عندما وضع قائمة سوداء للشروط التعسفية في المادّة 29 من القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية واعتبرها شروطا تعسفية بقوة القانون، مما يعني إعفاء المستهلك من إثبات طابعها التعسفي[2].
- هذا ويكون جزاء الاستغلال نفسه نفس جزاء البطلان يدور حول إنقاص التزامات الطرف المغبون بينما جزاء تضمن العقد شرطا تعسفي يتمثل في بطلان الشرط أو البطلان المطلق للعقد.
- وكذلك في حالة الاستغلال لا يتدخل القاضي إلا بناءا على طلب الطرف المستغل لإبطال العقد وإنقاص التزامه، بينما في نطاق مكافحة الشروط التعسفية فإنّ القاضي يتدخل من تلقاء نفسه لتقرير بطلان الشرط المتعسف أو العقد في مجموعه[3].

فمن خلال الأسباب التي سبق ذكرها يمكن القول أنه لا يمكن أبدا التعويل على كل من نظريتي الغبن و الاستغلال في توفير الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية.

ثانيا: الإثراء بلا سبب

إنّ فرض الشروط التعسفية من طرف المتدخل تجعله يثري على حساب المستهلك، خصوصا عندما يتعلق الأمر بالشروط ذات الطابع المالي البحت كالشرط الجزائي التعسفي،[4] فما حقيقة هذا القول؟ أي هل حقيقة يمكن لنظرية الإثراء بلا سبب مقاومة الشروط التعسفية؟

إن الإثراء بلا سبب أو ما يعرف بالكسب غير المشروع أو الفعل النافع من بين مصادر الالتزام غير الإرادية التي نصت عليها مختلف التشريعات الحديثة، فكما أن الفعل الضار يستوجب التعويض إذا ألحق ضرر بالغير، كذلك الإثراء بلا سبب يرتب نفس الأثر[5].

---

[1]– بودالي محمد،الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري ،المرجع سابق، ص54

[2]– سي طيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص62.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص446.

[4]– بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص161.

[5]– ويقصد بالإثراء بلا سبب، أن كل من نال أو أثري من عمل الغير أو من شيء له منفعة، ولو بحسن نية ودون سبب قانوني فإنه يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثري به، وفي حدود ما لحقه من خسارة. راجع الطيب سعيد، الإثراء بلا سبب أحكامه و تطبيقاته في القانون المدني الجزائري، مذكرة نهاية التربص لنيل إجازة المدرسة العليا

وتعتبر المادتين 141 و142 من القانون المدني الجزائري أساسا لهذا الإثراء، أما في القانون المدني الفرنسي فقد تضمنته المادّة 1303 وما يليها[1].

ولقيام الإثراء بلا سبب لابدّ من توفر ثلاث أركان نستنتجها من نصّ المادّة 141 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادّة 1303 من القانون المدني الفرنسي، حيث اشترطت المادتان في نشوء الحق في الدعوى لصالح المفتقر الذي وقع الإثراء على حسابه، للمطالبة بالتعويض، أن يحصل إثراء أي أن تحصل زيادة في الذمة المالية لشخص معين عن حسن نية،[2] مقابل افتقار أو انتقاص في الذمة المالية لشخص آخر وقع الإثراء على حسابه، إلى جانب أن ينعدم السبب القانوني لهذا الإثراء، والذي يجعله مبررا كالعقد، أو حكم من أحكام القانون فيصبح بذلك الشخص الأول مدينا (مدعى عليه) والثاني دائنا (مدعي)، وبناءا عليه فإن الإثراء بلا سبب يقوم على ثلاثة أركان هي:

1- إثراء المدين حسن النية (المدعى عليه).

2- افتقار الدائن بناءا على هذا الإثراء (المدعي).

3- انعدام السبب القانوني للإثراء.

وقد أقامت معظم التشريعات سواء الجزائري أو الفرنسي الإثراء بلا سبب على معيار موضوعي يقوم على مبدأين: "يتمثل أولهما في مبدأ العدالة، الذي يقضي بأنه لا يسوغ أن تثرى

للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، المدرسة العليا للقضاء، مجلس قضاء باتنة، وزارة العدل، سنة 2006/2005، ص7.

[1]- L'article 1303 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «En dehors des cas de gestion d'affaires et de paiement de l'indu, celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié au détriment d'autrui doit, à celui qui s'en trouve appauvri, une indemnité égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement».

[2]- قد يتحقق هذا الإثراء بطريقتين إما يكون إيجابيا وإما يكون سلبيا؛ فيكون إيجابيا في الحالة التي تضاف فيها قيمة مالية إلى ذمة المدين، ويتم هذا بأن يكسب المدين حقا، عينيا كان أو شخصيا، مثلا إذا قام المستأجر الذي انفسخ عقد إيجاره قبل انقضاء مدته بتحسينات في العين المؤجرة ثمّ نزعت العين من يده، كان في هذا إثراء لمن تؤول إليه العين. أما الإثراء السلبي فيتحقق عندما يوفي شخص بدين على آخر، فيثرى هذا إثراء سلبيا عن طريق النقص فيما عليه من ديون، مثلا المشتري لعقار مرهون بدفع دين الراهن، وكذلك المستأجر الذي يقوم بترميمات الجسيمة التي هي من واجب المؤجر. راجع في ذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص1124.

ذمة مالية على حساب افتقار ذمة مالية أخرى، والثاني هو نتيجة للمبدأ الأول وهو البحث عن إعادة التوازن بين ذمتين، وهو التوازن الذي اختل على إثر الإثراء والافتقار"[1].

وبتالي نلاحظ أنه مادام القانون يقيم قاعدة الإثراء بلا سبب على مبدأ العدالة ومبدأ إعادة التوازن بين الذمتين فإنه يبادر إلى أذهاننا أنه نظام مناسب لمكافحة الشروط التعسفية باعتبار أنها تخرق عدالة العقد وتخل بتوازنه بميل كفة العقد لصالح المتدخل، إلا أنه لو تعمقنا قليلا في هذا المبدأ نرى ما يلي:

- كما لاحظنا سابقا أنه من أركان قيام قاعدة الإثراء بلا سبب هو انعدام السبب القانوني، وعليه فهذه النظرية لا تتضمن أية فعالية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، وذلك راجع لوجود السبب الذي تتوقف عليه هذه النظرية في العلاقة بين المستهلك والمهني والمتمثل في العقد، الذي يشكل سببا صحيحا ومشروعا لإثراء المهني على حساب المستهلك، وبذلك يمكن القول بأنه حتى وإن كانت نظرية الإثراء بلا سبب تشكل وسيلة لأجل منع اللاتوازن العقدي، إلا أنّ مجال الإدعاء بها حقيقة ضيق جدا يستلزم عدم وجود أي سبب للالتزام وعدم وجود أي حق يمكن أن يستخلص من أي اتفاق أو أي وضعية شرعية أخرى، الأمر الذي يجعل هذه النظرية غير صالحة لأن مجالها محدد بنص القانون، وعليه فإن نجاعة هذه النظرية تكاد تكون منعدمة نظرا لكون مصاريف رفع الدعوى، هذا وإن كانت المصاريف ليست المشكل، فإن الإجراءات التي يتطلب رفعها تظل عائقا يجعله يقبل عناء الشروط التعسفية عوض تكبد رفع الدعوى التي قد تطول مدتها لفترة غير محددة دونما نتيجة[2].
- نستخلص من خلال نصّ المادّة 141 أنّ المشرّع الجزائري على غرار المشرع الفرنسي اشترط في المثري حسن نيته، وهذا ما يدل على أنّ المشرع أقام الإثراء بلا سبب على معيار شخصي وليس موضوعي، أي ركز على سلوك الشخص المثري، وهو ما لا يتلاءم إطلاقا مع منطق حظر الشروط التعسفية؛ الذي يقوم على أساس موضوعي أي على أساس النظر إلى الشرط وليس إلى الشخص المتعاقد[3].

---

[1]– بناسي شوقي، المرجع السابق، ص448.

[2]– حمزة شيكي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع الإلكتروني على ضوء التشريع المغربي، الجامعة القانونية المغربية الإفتراضية، مقال منشور بتاريخ 2020/05/09، تاريخ الإطلاع 2021/08/15، منشور على الموقع الآتي: www.aljami3a.com.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص449.

- وكذلك عند التعمق في جزاء الإثراء بلا سبب الوارد في نصّ المادّة 141 من القانون المدني فهو متمثل في تعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء، وهذا ما لا يتطابق مع جزاء تضمين العقد بشروط تعسفية والذي يكون جزاءها بطلان الشرط أو بطلان العقد ككل إذا كان الشرط هو الدافع إلى التعاقد.

فمن خلال النقاط الثلاث هذه نستنتج أنّ الإثراء بلا سبب لا يمكن أن يكون وسيلة أو طريق لمكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك لعدم توافق النظامين معا سواء من ناحية التي يقوم عليها كل نظام، أو في شروطهما و حتى في جزائهما.

البند الثاني: النظريات المستبعدة جزئيا عن اعتبارها أساسا قانونيا مبررا لمكافحة الشروط التعسفية

من بين النظريات التي يرجح أنه يمكن التعويل عليها في مكافحة الشروط التعسفية نظرية السبب ونظرية حسن النية بالإضافة إلى نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك لاهتمامها بظاهرة التوازن العقدي، فسنبحث من خلال هذا البند عن مدى حقيقة هذا القول في النقاط التالية.

أولا: نظرية السبب

تقوم نظرية السبب على قاعدة مفادها أنّ الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع باطل؛والمقصود من ذلك أنّ العقد الذي لا يقوم على سبب هو عقد باطل[1].

إلا أنه لابدّ من التمييز بين نظريتي السبب؛ نظرية تقليدية تقضي بأنّ السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه،[2] فسبب التزام المشتري بدفع الثمن مثلا هو نقل البائع لملكية الشيء، ولما كانت هذه النظرية تعتبر أنّ سبب الالتزام في العقود الملزمة لجانبين إنما هو محل الالتزام المقابل وهو تنفيذ هذا الالتزام المقابل، وإنّ غياب محل هذا الالتزام معناه عدم وجود السبب مما يؤدّي إلى بطلان العقد،[3] وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في القانون

---

[1]– بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري،مرجع سابق،ص55.

[2]– بودالي محمد،الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري، المرجع السابق، ص55.

[3]– بولقواس سارة، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، الجزائر، سنة 2017،ص58.

المدني قبل صدور مرسوم 2016/02/10[1] بموجب نصّ المادّة 1131 التي نصّت على أنه: "إنّ الالتزام لا ينتج أي أثر إذا لم يكن مبنيا على سبب، أو كان مبنيا على سبب غير صحيح، أو على سبب غير مشروع".

أما النظرية الحديثة للسبب فتنظر هي الأخرى إلى السبب باعتباره الغرض، أو الغاية غير المباشرة التي يريد المتعاقد الوصول إليها من وراء تعاقده، ولهذا يصبح السبب في نظرها بأنه هو الباعث الدافع إلى التعاقد، فإذا انعدم بطل العقد بطلانا مطلقا،وهو أمر يغنينا عن البحث في الباعث الدافع ومدى مشروعيته، أما إذا وجد السبب باعتباره الدافع الباعث إلى التعاقد فان ذلك يقتضي وجوب البحث عن مشروعيته،حيث يؤدي الوقوف على عدم مشروعيته إلى بطلان العقد من هذه الجهة أيضا،[2] وهي بذلك إذا لا تساهم في إعادة التوازن العقدي للعقد، وذلك راجع لاختلاف الباعث الدافع من عقد للآخر وممكن أن يختلف حتى بين أطراف العقد الواحد.

إلا أنه لو رجعنا للقانون المدني الجزائري نجده قد تطرّق إلى ركن السبب في المادتين 97 و98 من القانون المدني دون أن يقوم بوضع تعريف له تارك الأمر للفقه والاجتهاد القضائي، إلا أننا نحاول معرفة إذا ما كان قد أخذ بالنظرية الحديثة للسبب أم النظرية التقليدية، ففي هذه النقطة نجد نصّ المادّة 97 من القانون المدني ينصّ على ما يلي: "للالتزام سببا..." وكذا نصّ المادّة 2/98 من القانون المدني التي تنصّ على أنه "ويعتبر السبب المذكور في العقد..." وبالتالي

---

[1]- إنّ نظرية السبب عرفت تحولا جذريا في القانون المدني الفرنسي بموجب مرسوم 2016/02/10 ألا وهو استغناء المشرع عن فكرة السبب كركن من أركان العقد، وبالتالي حذفه من القانون المدني بعدما كان منظما في المواد من 1131 إلى 1133 وذلك بدعوى تعقيده، وكذا انسجاما مع بعض النظريات التي ترى أنّ الاعتماد على السبب كركن لقيام العقد يجعله يتداخل من حيث الوظيفة مع ركن آخر وهو المحل، خصوصا عند البحث في مسألة سبب العقد وسبب الالتزام، وقد تم الاستغناء عن السبب كما تمّ الاستغناء عن المحل تحت مسمّى ركن مضمون العقد في المواد من 1162 إلى 1170، إلا أن القول بالإلغاء التام لركني المحل والسبب ليس على إطلاقه وإنما اعتمد عليهما في صياغة بعض مواد التعديل الجديد لاستجواب تطبيقاتهما أحيانا، ومن ذلك المادة 1162 حينما أوجبت عدم مخالفة العقود للنظام العام لا عن طريق شروط العقد ولا عن طريق الغرض من التعاقد، راجع في ذلك بن خدة حمزة، المرجع السابق، ص437.

[2]_سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق ، ص 58

فالمشرع الجزائري يوافق بين النظريتين السابقتين بالقول بازدواجية السبب بمعنى تبنى النظرية الحديثة والتقليدية معا[1].

فبين كل من النظريتين التقليدية والحديثة للسبب يرى الفقه[2] أنّ التقليدية هي من يؤسس عليها مكافحة الشروط التعسفية باعتبار أنها تهتم بوجود سبب الالتزام بحيث أنّ العقد الذي يتضمن شروطا تعسفية يجعل التزام الطرف الآخر بدون سبب أي أنّ الشروط التعسفية لا يقابلها أي مقابل، دون النظر إلى الدافع الباعث إلى التعاقد، وهذا ما يؤدّي إلى إبطال هذه الشروط ما دام السبب غائبا؛ وهذا الإبطال يمكن أن يستفيد منه أي طرف سواء كان مهني أو مستهلك، وبما أنّ المستهلك هو أحد أطراف العلاقة التعاقدية، فإنه يمكن القول أنّ نظرية السبب تصلح كآلية عامة للحماية من بعض الشروط التعسفية لذلك سنحاول معرفة موقف المشرّع الجزائري فيما إذا كان بإمكان القاضي عند غياب السبب إبطال الشروط التعسفية، وكذا نتطرق إلى الإتجاه القضائي الذي ظهر في فرنسا يستند على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية، وهو ما لقي تأييد من جانب البعض ومعارضة من جانب آخر.

فبنسبة لموقف المشرّع الجزائري؛ مدام قد تبنى الازدواجية بمعنى تبنى النظرية التقليدية والحديثة معا، فالأمر هنا يحيلنا إلى الاجتهاد القضائي بخصوص مدى استناد القاضي على غياب السبب لإبطال بعض الشروط التعسفية، فبالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده لم يناقش هذه المسألة، بعكس القضاء الفرنسي الذي تطرق إليها عند فصله في قضية "Chronopost" التي تتلخص وقائعها في أنّ إحدى الشركات التجارية المدعوة بـ "Banchereau." التي أرادت المشاركة في إحدى المناقصات حيث قامت بإرسال عطاء المشاركة وكافة المستندات المتعلقة بمشاركتها عبر البريد السريع وذلك من خلال التعاقد مع شركة "Chronopost" وهي الشركة العاملة في مجال البريد في فرنسا، وتعهدت هذه الأخيرة بتوصيل العطاء في الميعاد المتفق عليه، غير أنّ شركة "Chronopost" أخلت بهذا الالتزام، وهو الالتزام الذي اعتبرته الغرفة التجارية بمحكمة النقض الالتزام الرئيسي في العقد، ما أدى إلى تفويت الفرصة على شركة "Banchereau." في

[1]– عنتري بوزار شهيناز، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2013/2012، ص93.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص449.

التقدم بعطاءها قبل الساعة 12 ظهرا وهو الميعاد الأخير لاستلام العطاءات،[1] وترتب على ذلك استبعاد العطاء المقدم من الشركة لوصوله بعد الميعاد، فأقامت الشركة دعواها للتعويض الجابر لجميع الأضرار المترتبة عن عدم تقديم العطاء في الميعاد، ومن ثمّ خسارة الشركة للمناقصة، فاحتجت شركة "Chronopost" بوجود شرط في العقد يخفف من المسؤولية في حالة عدم وصول الطرود والرسائل بحيث حصرت التعويض في ثمن النقل، وهو ما رأت فيه شركة "Banchereau" أنه لا يتناسب بطبيعة الحال مع الخسارة التي لحقت بها فيما يتعلق بتفويت الفرصة عليها في الدخول إلى المناقصة[2].

وبالتالي قضت محكمة النقض الفرنسية بإبطال العقد جزئيا، بعد قيامها بمقارنة دقيقة بين الالتزامات المتقابلة في القضية، حيث أسفرت المقارنة على أنّ عدم الالتزام باحترام الأجل المتفق عليه لإيصال الطرد، هو غياب جزئي للسبب، حيث قام القاضي بإلغاء الشرط التعسفي المدرج فيه المتمثل في الإعفاء من المسؤولية مع ترك العقد قائما، وإلغاء الشرط لم يكون نتيجة عدم تنفيذ الالتزام بالسرعة المطلوبة والدقة في الآجال، وإنما لتحديدها مبلغ تعويض جزافي ضعيف جعل التزام الشركة المرسلة بدون سبب[3].

إلا أنه تمّ انتقاد هذا الحكم باعتبار أنّ نظرية السبب لا تسمح للقاضي بمراقبة مدى التكافؤ بين الآداءات المتقابلة وإقامة توازن حقيقي في العقد لأنها ترى في الغرض المباشر للتعاقد فقط، وبالتالي ومن خلال هذه القضية ترى نظرية السبب أنه لا يوجد مقابل حقيقي كافي ليكون للالتزام سبب، فبالنسبة لهذا الاتجاه المنتقد، مادام المقابل موجود والتعادل متفق عليه كذلك، والثمن مقترح من شركة النقل وإن كان يفوق ثمن البريد العادي إلا أنه لا يعتبر ثمنا فاحشا فلا يجوز لنا القول بأنّ المتعاقد قد التزم بدون سبب أو لسبب غير كاف، لأنّ مسؤولية شركة البريد تقتصر على إرجاع ثمن النقل فتحديد المسؤولية لا يعفي الدائن من التزامه والدليل على ذلك هو لو أنّ ارتكبت

---

[1]– سي الطيب محمد أمين، المرجع السابق ، ص 58

[2]– حمزة شيكي، أية حماية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع الإلكتروني على ضوء التشريع المغربي، مجلة الجامعة القانونية المغربية الافتراضية، مقال منشور بتاريخ 2020/05/09، تاريخ الإطلاع 2021/08/21، موقع المقال: www.aljami3a.com.

[3]– سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص104.

خطأ على درجة معينة من الخطورة لغش أو خطأ جسيم لأصبحت مسؤولا دون أن تولي اعتبار للشرط المحدد للمسؤولية[1].

وكذلك تم انتقاد هذا الحكم نتيجة عدم الملائمة بين الجزاء المتضمن كلاسيكيا في نظرية السبب والجزاء الذي قررته محكمة النقض الفرنسية، فالجزاء المتعارف عليه عند غياب السبب هو بطلان العقد، بينما في قضيتنا هذه اعتبرت محكمة النقض الشرط غير مكتوب، و قضت ببطلان الشرط فقط دون العقد، فكأن محكمة النقض استندت[2] على نص المادّة L.212/1 من قانون الاستهلاك في فقرتها الثالثة التي سبق الإشارة إليها[3] مع أنّ هذه الفقرة تقضي بأنّ الطابع التعسفي لا يقع على تعريف الهدف الرئيسي للعقد بينما محكمة النقض أبطلت الشرط على أساس معارضته لالتزام اعتبرته رئيسيا[4].

هذا وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي؛ فالعقد عبارة عن تصرف مركب، والبنود المكونة له لا تتميز عن بعضها البعض بل تكمل بعضها البعض، فمثلا لا يمكننا القول بصورة مجزأة أحد البنود يضع على عاتق طرف ما التزاما له مقابل معين بحيث إذا لم يوجد المقابل نكون أمام التزام بدون سبب، بمعنى أنّ مجموع العقد مع مختلف البنود التي تكونه هو الذي يسمح بمعرفة التعهدات التي اكتتبها الأطراف،[5] بحث جاء في نصّ المادّة 1189 من القانون المدني الفرنسي أنّ: "كل بنود العقد تفسر بعضها البعض، مع إعطاء كل بند معنى يحترم تناسق العقد بأكمله"،[6] "وعلى ذلك لا يمكن دائما فصل حكم من أحكام العقد عن مجموع الاتفاق والاستنتاج بغياب السبب بالنسبة للالتزام المستخلص من هذا وذاك البند"[7].

وبالتالي فإن دور نظرية السبب في تحقيق التوازن العقدي ومواجهة الشروط التعسفية من خلال فكرة "الغياب الكلي أو الجزئي للسبب تبدو الأنجع للحماية من الشروط التعسفية عن طريق

---

[1]– درماش بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2007/2006، ص87.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص452.

[3]– راجع الصفحة رقم 268 و279 من هذه المذكرة.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص453.

[5]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص450.

[6]- L'article 1189 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier».

[7]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص450.

الدفع بأنّ شرط في عقد من العقود ليس له مقابل، إلا أنه من الناحية العملية لا يكون الأمر سهلا، باعتبار أنه من الصعب القول أن شرطا ما يضع التزاما على أحد الأطراف التزاما له مقابل والأخير ليس له مقابل، كما أن العقد كيان واحد يتضمن العديد من الشروط ولاعتبار الشرط تعسفيا والتأكد من عدم وجود توازن عقدي لابد من النظر في الالتزامات المتقابلة في مجموعها"[1].

ثانيا: نظرية حسن النية

قد تطرقنا سابقا لمبدأ حسن نية باعتباره من النتائج المترتبة على مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث يلزم هذا الأخير كل طرف في العلاقة العقدية بالوفاء بالتزاماته كاملة و بحسن نية، فإذا ما أدرج المتدخل شرط تعسفي في العقد فيكون في غالب الأحيان ناتج عن سوء نية،[2] لذلك اتجهت بعض التشريعات للاعتماد عليه كمبدأ عام لإزالة عدم التوازن العقدي كالتشريع الألماني[3].

وبتالي هل يمكن لمبدأ حسن النية توفير الحماية الكافية للمستهلك من الشروط التعسفية؟

فبالرجوع إلى نصّ المادّة 107 من القانون المدني الجزائري قضت على أنّ العقد ينفذ بحسن نية ويؤكّد على أنّ الحماية التي يوفرها مبدأ حسن النية تشمل مرحلة تنفيذ العقد فقط،[4] بعيدا عن مرحلة تكوين العقد التي يدرج أثناءها المتدخل شروط تعسفية في العقد، وهو ما نجده في تشريع الاستهلاك حيث أوجد التزام عام بالإعلام بشروط العقد على عاتق المتدخل، و جعل هذا الأخير قائم على أساس حسن النية[5].

إلا أنّ الأمر في تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016قد تغير عن ما كان معروف عليه سابقا حيث نصّت المادّة 1104 على أنّ: "يجب أن يتمّ بحسن نية كل من التفاوض على العقود

---

[1]– عنتري بوزار شهيناز، المرجع السابق، ص94.

[2]– بولقواس سارة، المرجع السابق، ص58.

[3]– من أمثلة هذه التشريعات التشريع الألماني الذي نص في المادّة 242 على أنه: "ويكون الشرط تعسفيا وباطلا، إذا كان مجحفا أو في غير مصلحة المستهلك بشكل مفرط ومبالغ فيه، بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات وفقا لنص المادة 242 من القانون المدني الألماني"، كما أنّ المحاكم في ألمانيا تستعمل هذا المبدأ بشكل مباشر من أجل إزالة عدم التوازن في العقود والأشد وقعا، عن طريق إبطال الشروط التعسفية بمسائلة محررها عن سوء نيته، إذ أنّ المادّة 10 من قانون 1976/09/09 والمتعلق بالشروط العامة للعقود، منحت للقضاء سلطة تقديرية واسعة في رقابة أثر الشروط العامة على التوازن العقدي، والعمل على تحقيقه، كما نصّت نفس المادّة على تحديد معنى الشروط العامة بوصفها شروطا تحقق منافع مبالغ فيها لفائدة المحترف بما يخالف مبدأ حسن النية، راجع بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود القانون الجزائري،المرجع السابق،ص53.

[4]– سلمى بن سعيدي، المرجع السابق، ص107.

[5]– بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص168.

وإبرامها إلى تنفيذها"، وبالتالي نلاحظ من خلال نص هذه المادّة أنّ القانون المدني كرّس مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على العقد، وهي مرحلة التفاوض، وكذلك عند إبرام العقد، بالإضافة إلى تنفيذه، وهو ما يعني أنّ التقيد بهذا المبدأ قد بات التزاما قانونيا يشمل كافة مراحل العقد بدأ من التمهيد له إلى إبرامه إلى تنفيذه وهو ما سار عليه تعديل 2022، وقد حلّ هذا النصّ محل النص رقم 3/1134 الذي كان يقصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فقط.

كذلك عند استقراء المادّة 107 من القانون المدني نلاحظ أنّها تهتم بمعاقبة الخطأ في سلوك المتعاقد، فهي تعبر عن قاعدة سلوك وفق الخلق المدني، يقدر فيه الجزاء في إطار المسؤولية الفردية،[1] بمعنى أنّ مبدأ حسن النية هو ذو منبع أخلاقي مستمد من الشرائع السماوية،[2] وهو مالا يتلاءم مع منطق حظر الشروط التعسفية، فهذا المنطق يحتاج إلى النظر لشرعية الاشتراطات التعاقدية،[3] وهو ما نستخلصه من تعريف الشرط التعسفي في المادّة 5/3 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي نصّت على أن الشرط التعسفي هو الذي من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد تقابلها في ذلك نصّ المادّة L.212-1 من تشريع الاستهلاك الفرنسي.

هذا ونضيف في هذا الصدد أنّ المشرّع الجزائري لم يذكر في القانون المدني جزاء تخلف حسن النية، ويرجع ذلك لانعدام أي اجتهاد قضائي في هذا المجال، وهو ما يحسم سلبا إمكانية التعويل على نظرية حسن النية في مكافحة الشروط التعسفية[4].

وفي الأخير يمكن القول أنّ "الإخلال بالتوازن العقدي لا يكون دوما نتيجة سوء نية المتدخل عند إبرام العقد أو عند تنفيذه فقد يكون قصده تحقيق مصلحته دون أن تكون نيته سيئة، مما يدفعنا بالقول أنّ هذا المبدأ لا يستوعب جميع صور الأضرار التي تلحق بالمستهلك"[5].

ثالثا: نظرية التعسف في استعمال الحق

الطرف الذي يجني فائدة أكبر بكثير من فائدة الطرف الآخر يعد تعسف باستعمال حقه في التعاقد،[1] فالقانون المدني الجزائري القديم اهتم بنظرية التعسف في استعمال الحق، وجعلها نظرية

---

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 458.

[2]- بدر الدين براحلية، المرجع السابق، ص7.

[3]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص458.

[4]- بوشارب إيمان، المرجع السابق، ص168.

[5]- بولقواس سارة، المرجع السابق، ص58.

عامة مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية، وخصص لها نصّ المادّة 41 من القانون المدني وجعلها تندرج ضمن أحكام الأهلية، وجاءت هذه المادّة صياغتها عامة، بمعنى جعلها تنطبق على جميع نواحي القانون[2].

حيث نصت المادّة 41 على ما يلي: "يكون استعمال الحق متعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير؛
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

إلا أنه وبعد تعديل 2005 جعلها تندرج ضمن أحكام المسؤولية عن الأفعال الشخصية، حيث نصت عليها المادّة 124 مكرر من القانون المدني التي قالت بأنه: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير؛
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير؛
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة." وبالتالي فالمشرّع الجزائري بعدما كان يستعمل عبارة "يعتبر استعمال الحق تعسفيا" أصبح يستعمل عبارة "يشكل الاستعمال التعسفي للحق"، بمعنى أنه بعدما كانت المادّة تنطبق على جميع نواحي القانون جعل منها مجرد فكرة تطبق على العمل المستحق للتعويض[3].

فما يهمنا في دراستنا هذه هو معرفة إذا ما كانت هذه النظرية كفيلة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك؟

يرى البعض[4] أنّ نظرية التعسف في استعمال الحق كافية لمكافحة الشروط التعسفية، باعتبار أنّ الشخص الذي يتعاقد وهو يهدف للحصول على ميزة فاحشة من خلال استغلال مركزه، يعتبر متعسفا في استعمال حقه في التعاقد، وبالتالي يكون جزاءه هو إبطال مفعول هذا العقد أو بنود هذا العقد التي كانت نتيجة هذا التعسف، إذن يكون الجزاء هو البطلان الكلي أو الجزئي للعقد بحسب الأحوال، ويؤسس هذا الاتجاه رأيه على أساس نصّ المادّة 35 من قانون

---

[1]– بدر الدين براحلية، المرجع السابق، ص5.

[2]– علي علي سليمان، مصادر الالتزام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1998، ص225.

[3]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص225.

[4]– راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص454.

1978/01/10 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك بالمنتوجات والخدمات الفرنسي؛ حيث اعتبرت الأخيرة الشروط التعسفية تلك الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة[1].

إلا أنه هناك جانب آخر من الفقه[2] لم يؤيّد نظرية التعسف في استعمال الحق كأساس لمكافحة الشروط التعسفية، حيث رأى أنّ الحالة الأولى من المادّة 124 من القانون المدني ورد فيها أنّه يجب في المشترط أو صاحب الحق بفعله إلحاق الضرر بالغير على ألا يصاحب ذلك أي قصد لشيء آخر من وراء هذا الفعل، كالقصد إلى تحقيق منفعة ولو ضئيلة، وهو الأمر الذي لا يتطابق مع هدف الشرط التعسفي المتمثل في الحصول على ميزة مفرطة، فضلا أنه ذو معيار شخصي يصعب إثباته، عكس المعيار الذي تقوم عليه نظرية التعسف في استعمال الحق والمتمثل في المعيار الموضوعي باعتبار أنه قائما على معيار الخطأ وهو معيار السلوك المألوف للشخص العادي[3].

هذا ورأى البعض الآخر[4] أن التعسف أساسه تحقيق فائدة غير مشروعة، وهذا المفهوم ينطبق مع الحالة الثالثة التي وردت في نص المادّة 124 مكرر من القانون المدني، وهذا ما لا ينطبق مع مفهوم الشرط التعسفي، لأن المتعاقد لا يهدف من خلال تعاقده الإضرار بالغير أو تحقيق مصلحة غير مشروعة، وإنما يهدف إلى تحقيق ميزة مفرطة، فالميزة المجحفة التي تمثل نتيجة الشرط التعسفي وهدفه، تتمثل في ذلك التفاوت الشاسع بين الضرر الذي يلحق الغير وبين المنفعة التي تعود على صاحب الشرط، دون أن تقترن بغاية غير مشروعة، فالحالة الثالثة في حدّ ذاتها يرى البعض[5] أنها لا تمثل تعسفا في استعمال الحقّ بل هي خروج عن حدود الحق والذي

---

[1]- L'article 35 (loi n°78-23 du 10/01/1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services) propose que: «...lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnelles ou consommateurs par un abus de puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif» consultez le site suivant: www.legifrance.gouv.fr.

[2]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، 214.

[3]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص214.

[4]– سعدون يسين، البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث، الجزائر، د.س.ن، ص264.

[5]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص214.

يتمثل في عدم مشروعية المصلحة المراد تحقيقها، فضلا عن مخالفتها للنظام العام و الآداب العامة.

أمّا بالعودة إلى القانون الفرنسي نجد المادّة 35 السالف ذكرها تضمنت عبارة "التعسف"؛ حيث كانت هذه المادّة تتضمن معيارين لاعتبار الشرط تعسفيا وهما معيار التعسف في النفوذ الاقتصادي والميزة الفاحشة، إلا أنه وبعد تعديل المادّة 35 بالقانون رقم 95-96 المؤرخ في 1995/01/01 تمّ حذف عبارة التعسف والاعتماد على معيار آخر و المتمثل في الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد،[1] مما يعني التخلي عن فكرة التعسف، وهو ما تبناه المشرع الجزائري من خلال نصّ المادّة[2] 5/3 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي عرفت الشرط التعسفي بأنه "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

هذا ونضيف أنّ الرافضون لفكرة كفاية قواعد القانون المدني لحماية المستهلك من الشروط التعسفية، لم يتعرضوا لنظرية التعسف في استعمال الحق كأساس يمكن التعويل عليه لمكافحة هذه الشروط، وذلك حسب اعتقاد البعض[3] إلى وجودها في القسم الخاص بالمسؤولية التقصيرية في حين أنّ الشروط التعسفية يتم تكييفها على أساس المسؤولية العقدية.

هذا ونشير إلى أنّ التحرير المسبق لشروط العقد من قبل أحد أطراف العلاقة التعاقدية يمثل أساسا في الممارسة لسلطة الواقع، فيعد إدراج الشروط التعسفية في العقد من قبيل الحرية التي يمنحها العقد للمتدخل نتيجة خبرته وكفاءته وليس حقا يمنحه له القانون، وبالتالي لا يكون محل التعسف حقا شخصيا، وبالنتيجة لا يمكن القول أن إدراج شروط تعسفية هو تعسف في استعمال الحق[4].

وفي الأخير يمكن القول أنّ إرجاع التعسف إلى نظرية التعسف في استعمال الحق لا يخلو من النقد إذ الربط بين الفكرتين غير ممكن، لأنّ التعسف في استعمال الحق ينحصر في ثلاث

---

[1]- فكرة المعايير التي يقوم عليها الشرط التعسفي عالجناها سابقا من خلال هذه المذكرة في الصفحة رقم 201و ما يليها.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص455.

[3]- بدر الدين براحلية، المرجع السابق، ص6.

[4]- عنتري بوزار شهيناز، المرجع السابق، ص15.

حالات ، وفي هذا تجميد لفكرة الشروط التعسفية التي لا ينبغي حصرها في حدود ضيقة فتنحصر بذلك حدود الحماية للمتضرر من تلك الشروط[1].

المطلب الثاني: حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد

كنا قد تطرقنا سابقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد واستنتجنا أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عن العقد أو تعديله بإرادته المنفردة، إلا إذا اتفق الطرفان أو نصّ القانون على خلاف ذلك، وبالتالي ليس لأحد المتعاقدين أن يتنصل من التزاماته التعاقدية أو يقوم بتعديل بنود العقد من تلقاء نفسه، بل عليه تنفيذ الالتزام وإلا تحمّل آثار قانونية مترتبة عن عدم التنفيذ، كما أنّ القاضي ملزم بما ورد في العقد من التزامات.

لهذه الأسباب تزداد الحاجة إلى حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية، عن طريق التخفيف من غلو مبدأ القوة الملزمة للعقد؛ الذي يعتبر أول العقبات التي تواجه المستهلك، خصوصا مع انتشار تطور الإعلانات التجارية التي تكون في بعض الأحيان مضللة وكاذبة وخادعة، مما يدفع المستهلك إلى التعاقد دون تروي، ونتيجة هذا التسرع عدم أخذ الوقت الكلي للتدبر والتفكير، فضلا عن قلة خبرته أو حتى انعدامها أحيانا فيما يتعلق بموضوع التعاقد،[2] لذا رخص القانون للمستهلك في مثل هذه الظروف الرجوع عن تعاقده في العقود التي يبرمها بشكل مستعجل وبمحض إرادته. وبالتالي يعدّ الرجوع عن العقد أحد أهم الوسائل القانونية في المرحلة اللاحقة للتعاقد[3].

فللتعمق أكثر في هذه الآلية لابدّ من التطرق أولا إلى الإطار المفاهيمي لحق المستهلك في الرجوع عن العقد في **الفرع الأوّل**، ثمّ نتطرق إلى أحكام حق المستهلك في التراجع عن التعاقد في **فرع ثان**، ثمّ نضيف في **فرع ثالث** الأساس القانوني للحق في التراجع عن العقد في قانون العقد.

---

[1]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص214.

[2]– بختي عيسى، المرجع السابق، ص113.

[3]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص125.

الفرع الأوّل: الإطار المفاهيمي لحق المستهلك في الرجوع عن العقد

يمكّن الحق في الرجوع المستهلك من التحلل من التزاماته بإرادته المنفردة دون تعرضه إلى جزاءات لتخلفه عن تنفيذ تلك الالتزامات، وكان هذا بتدخل المشرع من خلال إباحته ما كان محظورا في النظرية العامة للعقد وفقا لمعايير فرضت نفسها في الوقت الحالي؛ تجعل من حق الرجوع وسيلة من الوسائل القانونية التي تبنتها مختلف تشريعات العالم أهمها التشريع الجزائري والفرنسي، وذلك من أجل منح حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية[1].

هذا ما دفعنا إلى البحث عن تعريف حق المستهلك في الرجوع عن العقد في البند الأوّل، ثمّ ننتقل في البند الثاني إلى البحث عن تمييز هذه المكنة عن غيرها من الأنظمة القانونية المشابهة لها.

البند الأوّل: ماهية حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد

أمام غياب تعريف التشريع الفرنسي لهذه المكنة؛ عرّفها الفقه على أنها: "الإعلان عن إرادة مضادة يعتزم من خلالها المتعاقد العدول عن إرادته وسحبها واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل"[2].

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد عرّف هذه الآلية من خلال التعديل الجديد لقانون حماية المستهلك وقمع الغش لسنة 2018 المتمثل في القانون رقم 09/18 حيث جاء في نصّ المادّة 2/19 منه ما يلي: "...العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب...".

فمن خلال ما سبق يمكن القول أنّ الحق في الرجوع هو عبارة عن ميزة منحها المشرّع للمستهلك من أجل تمكينه من العدول عن العلاقة العقدية بعد إبرامها حتى وإن كان لا يملك مبرر واضح لهذا التراجع، ولا يترتب على المستهلك في ممارسته لحقه هذا أي التزام.

ويمكن أن نستخلص من التعاريف السابقة بعض الخصائص أهمها:

---

[1]– عراج كنزة، حق التراجع كوسيلة لحماية رضا الطرف الضعيف، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر –1–، بن خدة بن يوسف، سنة 2017/2016، ص8.

[2]- Jérome julien, droit de la consommation, Domat droit privé, édition lextenso LGDJ, p.122.

- هو عبارة عن حق مؤقت؛ بمعنى أنه يمارس ضمن فترة زمنية محددة وذلك لعدم المساس بضرورة استقرار المعاملات.
- هو حق يمارس دون وجود أي سبب، بمعنى أنّ صاحب الحق في الرجوع له الحق في التراجع عن التعاقد حتى وإن لم يخل المتعاقد الآخر بأي التزام، ولا يحتاج إلى إثبات التأثير أو الخداع، فالأمر الذي يميز حق الرجوع عن التعاقد لا يحتاج المستهلك إلى تبريره، فهو حق يتمتع به بقوة القانون، وهو حق إرادي و سلطة تسمح بالتأثير بصفة منفردة على وضعية قانونية ناشئة عن حق الرجوع[1].
- حق الرجوع هو عبارة عن تصرف قانوني بإرادة منفردة، بمعنى أنه يتجه لإحداث أثر قانوني، وعلى هذا يشترط فيه ما يشترط في التصرف القانوني من أهلية للتصرف وإرادة خالية من العيوب.[2] فهذه الخاصية هي ما تمثل جوهر الحق في الرجوع، فالرجوع عن الإرادة السابقة يكون بإرادة جديدة تخالف السابقة، والتي تكون صادرة من نفس الشخص، فتأتي الإرادة الثانية بعدما يستفيد صاحبها من معلومات كان يجهلها في السابق، ما تجعله يستنير ويعدل عن إرادته الأولى، وتكون الإرادة الثانية قد أفرغت الأولى وأفرغت الأثر القانوني لها، بشرط أن تختلف الإرادتين في الزمان وتصدرا من المستهلك نفسه[3].
- يعتبر الحق في العدول من النظام العام: يعني تعلق حق الرجوع بمقتضيات النظام العام كونه حقا غير قابل للتنازل عنه بحيث أنّ كل تنازل يعتبر باطلا وكأنه لم يكن، وبالتالي لا يمكن مخالفة أو الاتفاق على إلغاء حق الرجوع، إذ هذه الأداة وسيلة ضد التعسف، كما لها غاية وهي حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد[4].

ولقد تبنى المشرّع الفرنسي هذا الحق في التشريع الصادر في 1926/06/30 المتعلق بالملكية التجارية، كما تمّ تنظيم هذا الحق في قانون 1957 المعدّل بالقانون 1992/07/01

---

[1]– بن سالم المختار، المرجع السابق، ص161.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص323.

[3]– بن سالم المختار، المرجع السابق، ص 162.

[4]– محمد الهيني، الحماية القانونية للطرف الضعيف في عقد التأمين البري، رسالة دراسات عليا، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة فاس، المغرب، سنة 2002، ص94.

المتعلق بالملكية الصناعية الذي أجاز من خلال نصّ المادّة L.121-4 للمؤلف الحق حتى بعد نشر مؤلفه في الرجوع وسحب مؤلفه من التداول[1].

هذا وقد ورد حق الرجوع عن التعاقد في القانون الصادر بـ 1971/07/12 المتعلق بالتعليم عن طريق المراسلة حيث منح هذا القانون من خلال نصّ المادّة 09 منه طالب العلم الذي يتلقى الدروس عن طريق المراسلة أن يتراجع عن العقد الذي سبق وأبرمه مع المؤسسة التعليمية وذلك خلال ثلاث أشهر من تاريخ بدأ تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم، وهذا الخيار متروك لمحض إرادة الطالب ولظروفه الخاصة على أن يلتزم بتعويض المؤسسة التعليمية بمبلغ لا يزيد عن 30% من أجر التعليم[2].

ثمّ كرّسه المشرّع الفرنسي من خلال القانون الصادر بـ 1972/12/22 المتعلق بالبيع والترويج للسلع بعيدا عن أماكن البائع أو البيع بالمنزل، حيث نصّت المادّة الثالثة من هذا القانون على أنه: "خلال سبعة أيام تشمل أيام العطلات، تسري اعتبارا من الطلب أو الالتزام بالشراء، يكون للعميل الحق في الرجوع عن هذا الالتزام، عن طريق جواب مكتوب مصحوب بعلم الوصول، ويكون كل بند في العقد يقوم فيه العميل بالتنازل عن حقه في العدول أو الرجوع باطلا"[3].

لكن ما تجدر الإشارة إليه أنّ القوانين السالف ذكرها لم تلفت نظر الفقه بحكم أنها لم تخرج عن دائرة القوة الملزمة للعقد، عكس هذا القانون الذي أظهر الحق في التراجع بأنه آلية جديدة تهدف إلى حماية المستهلك حتى وإن كانت خارجة عما يفرضه مبدأ القوة الملزمة للعقد[4].

وجاء بعد ذلك القانون رقم 12/88 المؤرخ بـ 1988/01/06 بشأن عقد البيع عن بعد والبيع من خلال التلفزيون ومنح المشتري الحق في التراجع عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ

---

[1]- جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص220.

[2]- بخالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، الجزائر،سنة 2017، ص336.

[3]- محمد ربيع فتح الباب، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول عن العقود المبرمة، دراسة مقارنة، مجلة القانونوالاقتصاد، العدد 89، العراق،د.س.ن، ص762.

[4]- جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص220.

تسلمه البضاعة وذلك في المادّة الأولى منه التي جاء فيها ما يلي: " في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع، الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر، أو رده واسترداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد"[1].

أما في تشريع الاستهلاك الجزائري فقد تبنى المشرّع هذا الحق حديثا من خلال التعديل الجديد لقانون حماية المستهلك وقمع الغش عن طريق القانون رقم 09/18 المتضمن التعديل الجديد لقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وحماية الغش، فإن كان المشرع قد تبناه حديثا في هذا القانون؛ إلاّ أنّ هذا لا يعني أنّ هذا الحق جديد على المشرّع الجزائري بل قد أورده في العديد من التشريعات من بينها قانون التأمينات رقم 04/06 المؤرخ في 2006/02/20 المعدّل للأمر 07/95 حيث وردة في المادّة 90 مكرر 1 المضافة بموجب المادّة 22 منه أنّه: "باستثناء عقود تأمين المساعدة يجوز لمكتتب عقد التأمين على الأشخاص لمدّة شهرين كحد أدنى أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل بالاستلام خلال أجل ثلاثين 30 يوما ابتداء من الدفع الأول من القسط". كذلك تمّ النصّ عليه بموجب القانون رقم 114/15 المتعلق بكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي حيث ورد في نصّ المادّة 11 منه ما يلي: "...غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

البند الثاني: تمييز حق المستهلك في الرجوع عن غيره من الأنظمة المشابهة

من الآثار القانونية المترتبة عن الحق في الرجوع هو زوال العقد، إلا أنّ هذا النظام ليس الوحيد الذي يرتب هذا الأثر، بل هناك أنظمة أخرى من شأنها تحقيق نفس الأثر مما قد يجعلنا في حالة خلط بين الحق في الرجوع والحقوق الأخرى المشابهة له؛ من بينها الحق في العدول، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، خيار البيع بشرط التجربة، خيار الاسترداد، لذلك ولكي يتسنى لنا الإحاطة أكثر بمفهوم الحق في الرجوع سنحاول التركيز على أهم الفروقات القائمة بينه وبين الأنظمة المشابهة له في النقاط التالية.

[1]– بخالد عجالي، المرجع السابق، ص337.

1. حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد والحق في العدول:

أطلق الفقه[1] على حق الرجوع عن التعاقد تسميات[2] عدّة منها: "إعادة النظر"، "الحق في الانسحاب"، "مهلة الندم"، "الحق في الإلغاء"، ويرى البعض الآخر أن الحق في الرجوع يسمى أيضا "بخيار العدول" وحول هذه التسمية الأخيرة انقسم الفقه إلى قسمين:

- منهم[3] من ذهب إلى تسمية الحق عن التراجع بالحق في العدول، ويرى أنّ هذه التسمية الأخيرة هي الأصح من التسميات الأخرى لتناسبها مع القواعد التي وضعها المشرع من بينها القواعد المتعلقة بالعربون،[4] فممارسة رخصة العدول ممن دفع العربون تؤدّي إلى خسارته لهذا العربون، أما إذا مورست ممن قبضه فإنه يتعين عليه رده ومثله معه، عكس الحق في الرجوع الذي يكون مجاني يمارسه المستهلك دون أن يدفع أي ثمن للمتدخل حتى وإن تمّ البدء في تنفيذ الالتزامات[5].
- بينما ذهب البعض الآخر[6] إلى اعتبار الحق في الرجوع والعدول كلاهما واحد، فكلاهما ينهيان العلاقة العقدية بإرادة أحد طرفي العقد، إلا أنّ استخدام الرجوع أفضل من استخدام العدول لأن هذه الرخصة تقوم على حق المستهلك في إرجاع السلعة، مع إلزام المتدخل بإرجاع ثمنها[7].

إلا أنه في الحقيقة هناك اختلاف بين كل من الحق في الرجوع عن التعاقد والحق في العدول:

- فالحق في الرجوع يشكل تعديا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث يجيز لأحد المتعاقدين نقض العقد والتنصل منه بإرادته المنفردة دون اتفاق أطراف العقد على ذلك، أما الحق في العدول فلا يتضمن أي اعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ أنّ طرفي العقد باتفاقهما قد قررا خيار العدول عن التعاقد والآثار المترتبة على ذلك، فبموجب حق العدول يمنح أحد المتعاقدين فرصة للتفكير

---

[1]- حول الفقه راجع عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية، العدد2، العدد التسلسلي 22، الكويت، السنة السادسة، 2018، ص109.

[2]- إلا أنه وبالرجوع إلى قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري نلاحظ من خلال نصّ المادة 19 في الفقرتين 02 و03 أنّ المشرّع الجزائري استخدم مصطلح العدول، ونفس المصطلح تبناه في قانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية من خلال نص المادّة 11 منه.

[3]- عبد المجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص109.

[4]- عبد المجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص109.

[5]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص329.

[6]- عبد المجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص109.

[7]- عبد المجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص110.

والتأمل لذلك يؤجل إبرام العقد بشكل نهائي إلى حين انتهائها، فيكون للمتعاقد خلال هذه الفترة التفكير في الالتزامات التي سيرتبها العقد في حقه، ويقرر إما المضي في العقد أو العدول عنه لعدم تناسبه مع حاجته أو مع المواصفات التي يصبو إليها[1].

- إنّ الحق في العدول رخصة ممنوحة لكلا المتعاقدين، بينما الحق في التراجع عن العقد يكون ممنوح للمستهلك فقط يمارسه ضد المتدخل، هذا ونشير إلى أنّ النصوص المنظمة للحق في العدول لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي يمكن الاتفاق بين الأطراف على مخالفتها، عكس النصوص المنظمة لحق الرجوع عن التعاقد فهي من النظام العام لا يجوز أن يتنازل عنها المستهلك بمحض إرادتها ويفرض عليه التنازل من قبل المستهلك[2].

2. حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة:

قد يجعل القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقل بإلغاء العقد، كما يحدث في عقد الشركة،[3] عقد العمل،[4] بل هناك من العقود التي تقتضي طبيعتها أن تسمح لأحد أطرافها إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، من بينها عقد الوكالة[5].

وعليه فكل من حق التراجع وإلغاء العقد بالإرادة المنفردة يعتبران من التصرفات الإرادية الانفرادية التي تحق لطرف واحد دون الأخذ بعين الاعتبار إرادة الطرف الآخر، كما أنه لا يلتزم صاحب الحق في هاذين النظامين بتقديم أسباب تبرر ذلك التصرف، فضلا على أنه لا يخضع في الأصل العام لرقابة القضاء[6].

إلا أنه وبالرغم من وجود نقاط تشابه بين النظامين إلا أنه هناك بعض الاختلافات من بينها:

---

[1]- رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص139.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص329.

[3]- نصّت على هذه الحالة المادّة 440 من القانون المدني الجزائري على أنه: "تنتهي الشركة بانسحاب أحد الشركاء إذا كانت مدتها غير معينة...".

[4]- وردت هذه الحالة في نصّ المادّة 1/566 من القانون المدني الجزائري: "يمكن لرب العمل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه، على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات، وما أنجزه من الأعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتمّ العمل".

[5]- وهو ما تأكده المادّة 587 من القانون المدني الجزائري حيث نصّت أنه: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا كانت الوكالة بأجر فإنّ الموكل يكون ملزما بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب بغير عذر مقبول".

[6]- عراج كنزة، المرجع السابق، ص52.

- يتميز الحق في التراجع عن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة باعتبار الأوّل قائم في جوهره على إزالة ومحو التعاقد كأنه لم يكن، بينما إنهاء العقد بالإرادة المنفردة عندما يطبق على العقود الزمنية فهو بذلك يعمل على تحديد مدتها ووضع حدّ لها بمعنى يضع حد لما بقي من العقد بعد الإنهاء، وبالتالي لا يكون لهذا الإنهاء أثر رجعي، إلا أنّه قد يختلط هذا النظام مع الحق في التراجع في حالة وقوعه قبل البدء في تنفيذ هذه العقود[1].
- هذا ويجد الحق في التراجع مجاله في عقود الاستهلاك، بمعنى أنه حق ممنوح للمستهلك دون غيره كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، بهدف حماية رضاه جراء التسرع في التعاقد، بشرط ممارسته خلال مدّة معينة وإلا سقط حقه في ممارسة التراجع، أما الإنهاء فيجد مجاله سواء في العقود الزمنية أو الفورية التي شرع في تنفيذها وتتفق طبيعتها مع الحق في الإنهاء[2] كعقد الوكالة والشركة وغيرها كما أشرنا سابقا.

3. حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد و خيار البيع بشرط التجربة:

بالرجوع إلى نصّ المادّة 355 من القانون المدني الجزائري فهي تنصّ على ما يلي: "في البيع على شرط التجربة يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه وعلى البائع أن يمكنه من التجربة فإذا رفض المشتري المبيع يجب عليه أن يعلن الرفض في المدّة المتفق عليها فإن لم يكن هناك اتفاق على المدّة، ففي مدّة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدّة، وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته مبيعا؛

ويعتبر البيع على شرط التجربة بيعا موقوفا على شرط القبول إلا إذا تبين من الاتفاق أو الظروف أنّ البيع معلق على شرط فاسخ".

فمن خلال ما سبق نلاحظ أنّ البيع على شرط التجربة يكون عادة عندما يشترط المشتري على البائع أن يجرب المبيع ليتأكد من مدى صلاحيته للغرض المقصود منه، بحيث لا تكفي الرؤيا وحدها للتوثق من ذلك،[3] لذا يمكن القول بأنّ شرط التجربة يتعلق بركن المحل، بحيث يقوم

---

[1]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص225.

[2]– عراج كنزة، المرجع السابق، ص52.

[3]– إلا أنّ المشرّع الفرنسي اكتفى بالنص في مادّة وحيدة في القانون المدني وهي المادّة رقم 1588 منه والتي جاء فيها ما يلي: "يفترض دائما أنّ البيع بشرط التجربة هو بيع معلق على شرط واقف".منقولة عن جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص226.

المشتري بفحص المبيع وتجربته والتأكد من مدى ملاءمته مع الغرض المقصود منه أو مطابقته لمواصفاته الشخصية[1].

إلا أنّ الحق في التراجع عن التعاقد يتعلق بركن رضا المستهلك لحمايته من ضعف خبرته ومعرفته، كما أنه يمارس دون أن يشترط المشتري ذلك، فهو مقرر بنص القانون كما لا يخضع لرقابة القضاء ولا حاجة لتبرير ذلك فهو يتوقف على إرادته، أما البيع بشرط التجربة فأساسه التوثق من مدى ملائمة المبيع للغرض المقصود منه، ومن ثمّ فهو يخضع إلى تبرير وبيان الأسباب وبالتالي يعود للسلطة التقديرية للقضاء بعد رأي الخبراء[2].

هذا ويختلف الحق في التراجع عن التعاقد عن خيار البيع بشرط التجربة؛ في أنّ الأولّ مجاله أوسع من الثاني فهو يقع على عقود مختلفة من تأمين وإئتمان بالإضافة إلى عقود أخرى نص عليها التشريع الفرنسي كعقد التعليم عن بعد، والبيع بالمنزل...، إلا أنّ خيار البيع بشرط التجربة فهو محصور في عقود البيع فقط.

4. حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد و خيار الاسترداد:

يعرف خيار الاسترداد أو ما يعرف ببيع الوفاء أنه ذلك الخيار الذي يعطي للبائع حق استرداد المبيع متى أظهر رغبته في ذلك خلال مدّة معينة، ويكون ذلك مقابل دفع مبلغ معين يشمل كل من الثمن الأساسي الذي دفعه المشتري، ومصروفات العقد والاسترداد، بالإضافة إلى المصروفات الأخرى التي أنفقت على المبيع[3].

ففي التشريع الجزائري يعتبر هذا النوع من البيوع باطلا واعتبرها بيوعا غير مشروعة، وهو ما جاء في نصّ المادّة 396 من القانون المدني حيث نصّت على أنه: "يكون البيع باطلا إذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في أجل معين". هذا عكس التشريع الفرنسي الذي أجازها في نصّ المادّة 1659 من القانون المدني حيث نصّت على أنه: "خيار الاسترداد هو ميثاق

---

[1]– فاطمة الزهراء ربحي تبوب، حق المستهلك في العدول عن العقد الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد: 03، الجزائر، سنة 2019، ص،ص795،794.

[2]– فاطمة الزهراء ربحي تبوب، المرجع السابق، ص795.

[3]– جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص227.

يحتفظ البائع بموجبه بالحق في استرداد الشيء المباع، مع مراعاة إعادة السعر الأصلي والتعويض المشار إليه في المادّة 1673"[1].

إلا أنّ حق التراجع عن التعاقد يختلف عن خيار الاسترداد في العديد من النقاط منها:

- يتحقق خيار البيع مع الاسترداد في حالة وجود اتفاق بين البائع والمشتري، بينما حق التراجع مفروض بقوة القانون أي أنه لا يحتاج إلى اتفاق بين المستهلك و المتدخل[2].
- كذلك ومن خلال ما سبق نلاحظ أنّ حق الرجوع عن التعاقد يستفيد منه المستهلك بصفة مجانية، عكس البائع في خيار الاسترداد فلا يمكن أن يستفيد منه إلا بعد ردّ الثمن الأساسي للمبيع ومصروفات العقد والاسترداد بالإضافة إلى المصروفات التي أنفقت على المبيع.
- هذا ويمكن أن نلاحظ أنّ الحق في التراجع عن التعاقد مقرر لمصلحة المستهلك، عكس خيار الاسترداد المقرر لمصلحة البائع.

الفرع الثاني: أحكام حق المستهلك في التراجع عن التعاقد

سنتعرض في هذا الفرع لبعض الأحكام المتعلقة بحق التراجع عن التعاقد، بحيث نتحدث في **البند الأول** عن مجال هذا الحق، وفي **البند الثاني** نتحدث عن كيفية ممارسة المستهلك لهذا الحق.

البند الأول: مجال إعمال حق المستهلك في التراجع عن التعاقد

من بين العقود التي تمسح للمستهلك ممارسة حقه في التراجع عن التعاقد نجد كل من عقد القرض الاستهلاكي، البيع بالمنزل، البيع عن بعد، عقد التأمين على الحياة.

أولا: عقد القرض الاستهلاكي

نظّم المشرّع الفرنسي الحق في التراجع عن التعاقد في عقود الائتمان أهمها عقد القرض الاستهلاكي، وذلك بموجب القانون رقم 22/78 المؤرخ في 1978/01/10 المتعلق بالإعلام وحماية المستهلكين في بعض عمليات الائتمان، والذي تمّ دمجه في قانون الاستهلاك لسنة 1993، حيث تمّ تنظيم الحق في التراجع عن التعاقد بموجب نصّ المادّة L.311-15[3] حيث

---

[1]- L'article 1659 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: "La faculté de rachat est un pacte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement dont il est parlé à l'article 1673".

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص333.

[3] - L'article L.311-15 (de la loi n°93/949 du 26/07/1993 relative au code de la consommation) propose que: « ...Toutefois, l'emprunteur peut, dans un délai de sept jours à compter de sont acceptation de l'offre, revenir sur son engagement» L'article est publie dans le site suivant: www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT00000886461/.

قررت المادّة أنّ مهلة التراجع تقدّر بـ 07 أيام يبدأ حسابها من تاريخ قبول العرض المقدم من قبل المقرض، إلا أنه تمّ تغيير هذه المدّة بمدّة 14 يوم تحسب من تاريخ قبول عرض القرض بموجب تعديل 2016 وتعديل 2022 حسب ما جاء في نصّ المادّة [1] L.312-19 منه.

ونشير إلى أنّ المشرّع الفرنسي قد اشترط بأن تكون مهلة التراجع المقدّرة بـ 14 يوما تشمل مرحلتين: المرحلة الأولى الممثلة في 07 أيام الأولى من قبول العرض وقبل إبرام عقد القرض؛ بحيث لا يجوز دفع مبلغ القرض بأي شكل من الأشكال أو بأي صيغة كانت من قبل المقرض للمقترض أو لحسابه، أو من المقترض للمقرض وخلال نفس الفترة لا يجوز للمقترض أيضا أن يقدّم وديعة لصالح المقرض أو لحسابه، وتسمى هذه المهلة بمهلة التفكير والتروي[2] التي سبق ودرسناها في الفصل الأوّل،[3] أما المرحلة الثانية المتمثلة في 07 أيام الأخرى المتبقية فيجوز فيها تراجع المستهلك باعتبارها مهلة ممارسة حق التراجع حتى ولو شرع الطرفان في تنفيذ العقد على اعتبار أنه مسموح خلالها بمباشرة إجراءات القرض،[4] حيث نصّت المادّة L.312-26 على أنه: "اعتبار من اليوم الموالي لتوفير الأموال للمقترض، وفي حالة العدول على المقترض إرجاع للمقرض رأس المال المدفوع مع دفع الفوائد المترتبة من يوم دفع رأس المال إلى غاية يوم إرجاعه للمقرض دون أي تأخير وفي أجل أقصاه ثلاثون يوما (30) من إرسال إشعار العدول..."

فمن خلال ما سبق نلاحظ أنّ 07 أيام الأولى لا يجوز فيها الوفاء من قبل الطرفين، أما 07 أيم الموالية يمكن فيها الوفاء وفي حالة التراجع يرجع المقترض المبالغ التي تلقاها أو يسترجع ما دفعه للمقرض.

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري فقد منح الحقّ للمستهلك في التراجع من خلال المرسوم رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي من خلال نصّ المادّة 2/11 منه التي نصّت على أنه: "غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

---

[1]- L'article L.312-19 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 312 28.»

[2]- جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق، المرجع السابق، ص،ص230،229.

[3]- راجع الصفحة رقم 70 وما بعدها من هذه المذكّرة.

[4]- جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص230.

فمن خلال ما سبق يمكننا القول أنّ المشرّع الجزائري لم يكن متغافلا عن حماية المستهلك في مجال الائتمان، بل أحاطه بحماية مهمة والمتمثلة في التراجع إن ما رأى أنّ القرض هذا لا يناسب إمكانياته المادية حتى لا يبقى معسورا طيلة مدّة القرض.

ثانيا: البيع بالمنزل

يقصد بالبيع بالمنزل تلك البيوع التي تتمّ عن طريق الزيارة أو الهاتف والتي كانت محلا لقانون 1972/12/22 المدعّم بقانون 1989/07/23 الفرنسي والمقنن أخيرا في تشريع الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، ويجد مجاله في بيع أدوات التجهيز المنزلي ومنتجات التجميل السيارات وغيره[1].

ويعتبر من أخطر البيوع، باعتبار أنّ البائع يزور الزبون في منزله أو حتى في مكان عمله لطلب إبرام العقد، بعيدا عن الأماكن المعدّة للتسويق المنتوج أو الخدمة، فيتم زيارة المستهلك بشكل مفاجئ وبدون سابق إنذار، فيكون هذا الأخير في حالة ضعف وبالتالي يكون ضحية إغراء وإلحاح البائع بحيث لا يمكن له المقاومة، فبعض البائعين يتفننون في انتزاع رضا المستهلك بالاعتماد على الخطابات تختلط فيها الحقيقة مع الكذب مثل إقناع المشتري عبر استطلاع الرأي التي تبين شهرة الخدمة التي يمنحها أو المنتوج الذي هو بصدد تسويقه[2].

فالمشرّع الفرنسي وأمام خطورة البيع بالمنزل قرر من خلال القانون السالف ذكره منح المستهلك مهلة سبعة أيام له فيها الحق في التراجع عن التعاقد، يبدأ سريانها من تاريخ الطلبية أو التعهد بالشراء؛ وذلك ما نصّت عليه المادّة L.121-25[3].

ولم يكن المشرّع الفرنسي وحده من وفّر هذه الحماية في مواجهة البيع بالمنزل بل حتى المشرّع الجزائري نصّ على هذه الحماية في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 في المادّة 1/14 التي جاء فيها ما يلي: "عندما يتم بيع المنتوج على مستوى المنزل فإنّ مدّة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل، مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة".

---

[1]- بن سالم المختار، المرجع السابق، ص159.

[2]- عراج كنزة، المرجع السابق، ص،ص68،67.

[3]- L'article L.121-25 (de la loi n°93-949 du 26/07/1993 relative au code de la consommation) propose que: «Dans les sept jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat... ».

ثالثا: البيع عن بعد

عرفت العقود المبرمة عن بعد في التوجيه الأوروبي الصادر 07/97 بمقتضى المادّة 1/02 التي جاء فيها ما يلي: "كل عقد يرد على أموال أو تقديم خدمات يبرم بين المزود والمستهلك في إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد المنظم من طرف الموزع، والذي يستعمل فيه حصريا تقنية أو عدّة تقنيات الاتصال عن بعد منذ إبرام العقد إلى غاية تنفيذه"[1].

و قد تمّ إعادة تعريفه من خلال التوجيه الأوروبي رقم 2011/83 المعدّل لعدّة توجيهات من بينها توجيه 07/97 حيث نصّت المادّة 7/02 على ما يلي: "كل عقد يبرم بين المهني والمستهلك في إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد دون الحضور المادّي المتزامن للمهني والمستهلك عن طريق استعمال تقنية أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد بما في ذلك لحظة إبرام العقد"[2].

فالملاحظ من خلال التعريفين قبل وبعد التعديل أنه بعد التعديل أكد المشرّع على عدم الحضور المادّي للأطراف وذلك من خلال إضافته لعبارة "الحضور المادّي المتزامن للمهني والمستهلك"، وكذلك نلاحظ في هذا التعديل أنّ المشرّع كان أكثر دقة حيث استبدل تسمية موزع التي استعملها قبل التعديل بمهني حتى لا يحصر المادّة على فئة معينة والمتمثلة في الموزعين بل جعلها عامة على كل مهني.

وبالتالي فإنّ عقود البيع حسب التعاريف السابقة تقع على كل من السلع والخدمات وحتى الخدمات المالية، يتم إبرامها عن طريق وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد.

هذا وقد عرّفها تشريع الاستهلاك لسنة 2016 وتعديل 2022 الفرنسي على أنّها: "العقد المبرم عن بعد كل عقد يبرم بين المهني والمستهلك في إطار نظام البيع أو تقديم الخدمات عن بعد دون الحضور المادّي المتزامن للمهني والمستهلك عن طريق استعمال تقنية أو أكثر من تقنيات

[1] - L'article 02/1 (de la directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 JO 144 du 04/06/1997) propose que: «contrat à distance: tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de services à distance organisé par le fournisseurs, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs technique de communication à distance jusqu'a la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même».

[2] - L'article 02/7 (de la directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25/10/2011 relative aux droits des consommateurs) propose que: «... un contrat conclu entre le professionnel et le consommateur dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance (vente par correspondance, internet téléphone ou fax), jusqu'au moment, et y compris au moment, ou le contrat est conclu», veuillez consulter le site suivant: https://www.august-debouzy.com/fr/blog/737-la-directive-201183ue-du-25-octobre-2011.

الاتصال عن بعد إلى غاية إبرام العقد"[1]، وهو نفس التعريف المعتمد في التوجيه الأوروبي رقم 2011/83.

أما في التشريع الجزائري فقد نُظّم العقد الإلكتروني بموجب قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 الذي عرّف العقد الإلكتروني باعتباره صورة من صور العقود المبرمة عن بعد من خلال نصّ المادّة 2/06 التي جاء فيها ما يلي: "العقد بمفهوم القانون 02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني". وبالتالي يرى المشرّع الجزائري أنّ عقد الاستهلاك الإلكتروني هو نفسه عقد الاستهلاك التقليدي المعرّف بموجب نص المادّة 4/02 التي جاء فيها ما يلي: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من قبل أحد أطراف الاتفاق..."، إلا أنّ المشرّع دعّم هذا التعريف من خلال قانون 05/18 ليميز عقد الاستهلاك الالكتروني عن عقد الاستهلاك التقليدي فالإلكتروني هو الذي يبرم عن طريق وسائط إلكترونية بين طرفين لا يجمعهما مجلس عقد بشكله التقليدي.

وتجدر الإشارة إلى أنّ عقود الاستهلاك التي يتم إبرامها عن بعد بالرغم من إيجابياتها المتعددة المتمثلة في تقريب المسافات، سهولة التعاقد، وتوفير اختيارات متنوعة؛ إلا أنّ هذه الإيجابيات لا يمكنها أبدا أن تحجب السلبيات التي ينطوي عليها هذا النوع من التعاقد؛ كالمبالغة في الدعاية التي تصاحب عرض السلع والخدمات، كذلك في هذا النوع من التعاقد لا يمكن للمستهلك معاينة وتفقد السلعة أو الخدمة عن قرب الأمر الذي يؤثر بشكل واسع على توجه المستهلك، وقد يوقعه في مغالطة تضر بمصلحته،[2] وأمام هذه السلبيات تدخل المشرّع الفرنسي في مواجهتها من خلال إقرار الحق في التراجع عن العقود المبرمة عن بعد، حيث أقرّت المادّة L.221-18 هذا الحق للمستهلك الذي يمارسه خلال فترة أربعة عشرة يوما بعد تقديم استطلاع عبر الهاتف أو خارج المؤسسة، دون الحاجة إلى تبرير قراره أو تحمل تكاليف معينة غير تلك المنصوص عليها في المواد من L.221-23 إلى L.221-25 من بينها تكاليف مثلا إضافية

[1]- L'article L.221-1 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «...1° Contrat à distance : tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de services à distance, sans la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat ; ».

[2]- فاطمة الزهراء ربحي تبوب، المرجع السابق، ص795.

كاختيار المستهلك طريقة رد المنتوج للمتدخل أغلى من طريقة التسليم التي يعتمد عليها هذا الأخير، ويتم ممارسته من تاريخ إبرام العقد بالنسبة لعقود تقديم الخدمات، ومن تاريخ استلام البضاعة من قبل المستهلك أو طرف ثالث بالنسبة للعقود المبرمة خارج أماكن العمل، أما في حالة تعدد السلع تم تسليمها بشكل منفصل فيبدأ حساب المدّة من تاريخ آخر سلعة أو دفعة تم تسليمها، أما بالنسبة للعقود التي تنصّ على التسليم المنتظم للبضائع خلال فترة محددة تبدأ الفترة من استلام السلعة الأولى.[1] أما في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري لم يشر إلى الحق في التراجع بطريقة مباشرة بل نصّ في المادّة 23 منه السماح للمستهلك بإعادة السلعة في غلافها الأصلي خلال مدّة أربعة أيام عمل إبتداءا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج مع الإشارة إلى سبب الرفض وإلقاء التكاليف على عاتق المورد الإلكتروني، وهذا ما يدلّ على أنّ ما نصّ عليه المشرّع لا يشبه الحق في التراجع الذي يمارسه المستهلك دون الحاجة إلى تبريره الذي نحن بصدد دراسته.

هذا وأضاف المشرّع الفرنسي في نص المادّة L.221-20 على أنه إذا لم يقم المتدخل بواجبه المتمثل في إعلام المستهلك بكيفيات ممارسة حقه في التراجع تمتد الفترة التي يمارس فيها حق التراجع إلى 12 شهرا ابتداء من تاريخ نهاية فترة 14 يوما المحددة في المادّة L.221-18، وفي حالة ما قدّم المتدخل للمستهلك المعلومات اللازمة ينتهي هذا التمديد خلال فترة 14 يوما يبدأ حسابها من تاريخ تقديم هذه المعلومات ففي هذه الفترة على المستهلك ممارسة حقه في التراجع.[2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرغم من أنه لم يشر إلى الحق في التراجع في قانون التجارة الإلكترونية أشارة في نص المادّة 11 منه إلى إلزام المورد الإلكتروني أن يضمّن عرضه التجاري

---

[1]- L'article L.221-18 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25.
Le délai mentionné au premier alinéa court à compter du jour :
1° De la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnés à l'article L. 221-4 ;
2° De la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens. Pour les contrats conclus hors établissement, le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat.
Dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une commande d'un bien composé de lots ou de pièces multiples dont la livraison est échelonnée sur une période définie, le délai court à compter de la réception du dernier bien ou lot ou de la dernière pièce.
Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien».

[2]- L'article L.221-20 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «Lorsque les informations relatives au droit de rétractation n'ont pas été fournies au consommateur dans les conditions prévues au 2° de l'article L. 221-5, le délai de rétractation est prolongé de douze mois à compter de l'expiration du délai de rétractation initial, déterminé conformément à l'article L. 221-18».

الإلكتروني مجموعة من المعلومات ليست على سبيل الحصر؛ من بينها والتي وردت في الفقرة 13 أن يعلم المستهلك شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء. إلا أنّ المشرّع لم ينص على تمديد مهلة إرجاع السلعة التي نصّ عليها في المادّة 24 منه في حالة ما أخل المورد بإعلامه حول تفاصيل ممارسة هذا الحق.

فمن خلال تشريع الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوروبي السالف ذكرهما فإنّ ممارسة الحق في التراجع لا يقتصر فقط على عقود بيع السلع بل يشمل أيضا عقود تقديم الخدمات، أي الحق في التراجع يشمل كل عملية تتم عن طريق وسائل اتصال عن بعد، إلا أنّ المادّة L.221-28[1] من قانون الاستهلاك الفرنسي أوردت بعض الاستثناءات التي لا يجوز فيها للمستهلك استعمال حق التراجع عن العقد، وهدف هذه الاستثناءات هو الحفاظ على التوازن العقدي وعدم الإضرار بمصالح المتدخل وهذه الاستثناءات هي:

أ- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالكامل قبل فترة التراجع بناء على موافقة صريحة مسبقة من طرف المستهلك، والتي يعبر فيها صراحة على أنه لا يريد ممارسة حقه في التراجع؛

ب- عقود السلع والخدمات التي تتحدد أسعارها تبعا لتقلبات أسعار الأسواق المالية، دون أن يكون للمحترف دخل في ذلك والتي تحدث أثناء فترة التراجع؛

ج- عقود السلع التي يتم تصنيعها وفقا لاشتراطات ومواصفات المستهلك والموجهة إليه شخصيا؛

د- عقود السلع القابلة للفساد أو التلف بسرعة؛

هـ- عقود السلع التي تمّ فتحها من قبل المستهلك والتي لا يمكن إرجاعها لأسباب تتعلق بالنظافة وحماية الصحة؛

و- عقود السلع التي بعد تسليمها وبحكم طبيعتها يتم خلطها مع عناصر أخرى بطريقة لا يمكن فصلها؛

ز- العقود المتعلقة بتوريد الكحول والتي يتأخر تسليمها إلى ما بعد ثلاثين يوما، والتي أخضع أسعارها لتقلبات السوق والخارجة عن سيطرة المحترف؛

[1]- L'article L.221-28 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Le droit de rétractation ne peut être exercé pour les contrats :
1° De fourniture de services pleinement exécutés avant la fin du délai de rétractation et dont l'exécution a commencé après accord préalable exprès du consommateur et renoncement exprès à son droit de rétractation ;... ».

ح- أعمال الصيانة والإصلاح التي تتم على وجه السرعة في منزل المستهلك بناء على طلبه الصريح في حدود ما تتطلبه قطع الغيار والأعمال الضرورية التي تستجيب لحالة الطوارئ؛

ط- العقود الواردة على التسجيلات السمعية والبصرية وبرامج الكمبيوتر، شرط أن يكون المستهلك قد نزع الغلاف الخاص بها (أي فض العبوة)؛

ي- العقود الواردة على الصحف والمجلات الدورية باستثناء عقود الاشتراك في هذه المنشورات؛

ك- العقود المبرمة في المزاد العلني؛

ل- خدمات الاستضافة، التسكين، النقل، الإطعام والترفيه التي تقدم في وقت محدد أو خلال فترة دورية محددة؛

م- توريد المحتوى الرقمي الذي لا يحتوي على وسيط ملموس، والذي يتم تنفيذه بناءا على موافقة صريحة مسبقة من المستهلك مع تنازله صراحة على ممارسة حقه في التراجع؛

هذا ورأينا سابقا أنّ ممارسة الحق في التراجع في عقود البيع عن بعد لا تقتصر فقط على السلع والخدمات بل تشمل حتى الخدمات المالية إلاّ أنّ هذا الحق ليس مطلقا حدّد المشرّع الفرنسي بعض الحالات التي لا يجوز فيها للمستهلك ممارسة حقه في التراجع نصّت عليها المادّة L.222-9[1] وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أ- عند توفير السندات المالية المذكورة في المادّة L.211-1 من القانون النقدي والمالي و استقبال وتحويل وتنفيذ أوامر لحساب أطراف أخرى المذكورة في المادّة L.321-1 من نفس القانون؛

ب- العقود التي ينفذها الطرفان بالكامل بناء على طلب صريح من المستهلك قبل أن يمارس الأخير حقه في العدول؛

ج- عقود الائتمان العقاري على النحو المحدد في المادّة L.313-1؛

د- عقود القروض بضمان الرهن العقاري على النحو المحدد في المادّة L.315-1؛

فمن خلال ما سبق نستخلص أنّ المشرع الفرنسي نظّم بالتفصيل الحق في التراجع عن التعاقد في البيع عن بعد بالتفصيل عكس المشرّع الجزائري، إلاّ أنّ المشرّع لم يجعل هذا الحق مطلقا بل أورد عليه بعض الاستثناءات أي بعض الحالات التي لا يمكن فيها للمستهلك ممارسة

[1] - L'article L.222-9 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Le droit de rétractation ne s'applique pas :
1° A la fourniture d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1du code monétaire et financier ainsi qu'aux services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1du même code ;... ».

حق التراجع وذلك راجع لعدّة أسباب منها ما تعلّق بطبيعة المعاملة، ومنها ما تعلّق بتصرف المستهلك ومنها ما تعلّق بنوع التعاقد[1].

رابعا: عقد التأمين على الحياة

وهو عقد يلتزم بمقتضاه المؤمّن في مقابل أقساط بأن يدفع مبلغ التأمين في وقت معيّن إذا بقى المؤمّن له على حياته حيا إلى ذلك التاريخ،[2] وهذا ما نّصت عليه المادّة 64 من قانون التأمين بقولها: "التأمين في حالة الحياة عقد يلتزم بموجبه المؤمّن بدفع مبلغ محدد للمؤّمن له عند تاريخ معيّن مقابل قسط، إذا بقى المؤمّن له على قيد الحياة عند هذا التاريخ"، وفي هذا النوع من التأمين عادة ما يكون المؤمّن له على حياته وهو المستفيد الذي يتلقى مبلغ التأمين عند حلول الأجل المعيّن في العقد، ويحدد هذا الأجل إما بعدد السنين كالاتفاق على أجل عشرون سنة أو خمسة عشر سنة أو عشر سنوات، أو بلوغ المؤمّن له لسنّ معينة كستون سنة أو خمسة وخمسون سنة مثلا[3].

أما فيما يخص حق التراجع في هذا النوع من العقود ففي القانون الجزائري وبالضبط في قانون التأمينات لسنة 2006 نصّت المادّة 70 منه على إلزام المؤمّن في عقد التأمين على الحياة أن يسلّم للمكتتب (المؤمّن له) كشوف معلومات تحتوي على عدّة بيانات بصفة إجبارية من بينها أجال وكيفيات التراجع عن عقد التأمين على الحياة.

هذا ونصّت المادّة 90 مكرر على مهلة التراجع حيث أجازت لمكتتب عقد التأمين على الحياة أن يتراجع عن العقد لمدّة شهرين كحد أدنى، برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال 30 يوما إبتداءا من الدفع الأوّل للقسط.

أما في قانون التأمينات الفرنسي نصّ في مادته L.132-5-1 على أنّ "كل شخص وقّع اقتراح تأمين أو عقد له رخصة في الرجوع بواسطة خطاب مسجل بعلم الوصول خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ أول قسط"[4].

---

[1]- جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص235.

[2]- لكبير علي، التأمين على الحياة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد08، الجزء 01، 2017، الجزائر، ص477.

[3]- لكبير علي، المرجع السابق، ص477.

[4]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص337.

البند الثاني: كيفية ممارسة المستهلك حقه في التراجع

إنّ التراجع عن العقد خيار يمارسه المستهلك من تلقاء نفسه بناءا على تقديره الشخصي وبإرادة منفردة منه وبدون الحاجة إلى موافقة المتدخل ومن دون تقديم الأسباب التي دفعته إلى اتخاذ هذا القرار كما يمارسه من دون الحاجة إلى إقرار القضاء؛ ويستفيد المستهلك من هذا الحق بعد التعبير الصريح عن رغبته في التراجع وبصورة تقديرية ومجانية؛ وهو ما سنعمل على شرحه في النقاط التالية:

أولا: صدور إرادة صريحة من المستهلك

لكي يتمكّن المستهلك من ممارسة الحق في التراجع لابدّ عليه إصدار إرادة صريحة تبدي رغبته في التراجع،[1] فالأصل في التعبير عن الإرادة حسب نصّ المادّة 60 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري يكون صريحا باعتبار أنه يكشف عن الإرادة بشكل مباشر، حيث جاء في نصّ المادّة ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شكّ في دلالته على مقصود صاحبه".

"ويكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، إذا أخذ صاحبه مظهرا يدل بطريقة غير مباشرة عن مقصوده، ويكون ذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعدّ بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة، ولكنها تشير وتكشف عن تلك الإرادة، وبمعنى آخر تتضمنها"،[2] وهو ما ورد النص عليه في الفقرة الثانية من المادّة 60 التي جاء فيها مايلي: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

فالسؤال المطروح في هذه الحالة هو هل يمكن للمستهلك الاعتماد على التعبير الضمني من أجل ممارسة حقه في التراجع؟

لو رجعنا لتشريع الاستهلاك الفرنسي وبالضبط إلى نصّ المادّة L.221-18 التي نصّت على الحق في التراجع عن العقود المبرمة عن بعد ألزمت المستهلك أن يعبّر عن رغبته بالتراجع عن طريق استطلاع سواء عبر الهاتف أو خارج المؤسسة، وبالتالي فيكون التعبير عن الإرادة في هذه الحالة صريحا.

---

[1]- بن سالم المختار، المرجع السابق، ص168.

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص85.

أما في عقد القرض الاستهلاكي ورغبة من المشرّع في التسهيل على المستهلك لممارسة حقه في التراجع؛ ألزم مانح الائتمان أن يلحق بالقرض نموذج معين قابل للفصل يتم تسليمه للمستهلك، وما على المقترض إلا ملئ البيانات الواردة في هذا النموذج وإرسالها إلى مانح الائتمان،[1] وهذا ما نصّت عليه المادّة L.312-21[2].

فمن خلال الحالتين السابقتين المتمثلتين في كل من عقد البيع عن بعد وعقد القرض الاستهلاكي نستنتج أنّ تشريع الاستهلاك الفرنسي لا يقبل إلا التعبير الصريح عن الإرادة في ممارسة الحق عن التراجع.

أما في التشريع الجزائري لو رجعنا لنصّ المادّة 90 مكرر 1 من قانون التأمينات نلاحظ أنها ألزمت المستهلك لممارسة حقه في التراجع أن يعبر عن رغبته هذه من خلال رسالة مضمونة مع وصل استلام خلال ثلاثين يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط.

كذلك ورد في المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي في المادّة 2/11 التي نصّت على ما يلي: "لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض.

غير أنه يتاح للمشتري أجل العدول مدته ثمانية أيام تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، وبالتالي فإنّ المستهلك عند ممارسته لحق التراجع يلزم بإرجاع القرض للبنك خلال المدّة المحددة في المادّة، إذن فإنّ ممارسة الحق في التراجع عمليا يكون بشكل مكتوب؛ فالأمر يختلف بحسب طريقة عمل البنوك التي يكون في أغلب الأحوال بتحرير طلب كتابي يبدي من خلاله رغبته في التراجع، وبالتالي فإنّ عقود الائتمان لا يتناسب معها التعبير الضمني عن الإرادة[3].

وبالتالي فإنّ المشرّع الجزائري هو الآخر فضّل ممارسة الحق في التراجع يكون بتعبير المستهلك الصريح عن إرادته، فهذا التعبير الذي لم يحدد له شكل معين لا في التشريع الجزائري ولا الفرنسي، فما على المستهلك سوى اختيار وسيلة معينة تعبر عن تراجعه وذلك بشتى الوسائل على أن تكون من السهل إثباتها سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق بريد موصى عليه

---

[1]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، المرجع السابق، ص237.

[2]- L'article L.312-21 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «Afin de permettre l'exercice du droit de rétractation mentionné à l'article L. 312-19, un formulaire détachable est joint à son exemplaire du contrat de crédit».

[3]– جريفلي محمد،حماية المستهلك في نطاق العقد، المرجع السابق، ص237.

ليستخدمها إذا ما أنكر المتدخل تبليغه بالتراجع،[1] وبالتالي فهذه الوسيلة لا تمكن المستهلك من التراجع عن العقد فقط بل يمكن حتى أن تحميه في حالة ما نشئ نزاع بينه و بين المتدخل.

ثانيا: صدور الحق في التراجع بصورة تقديرية

إنّ الحق في التراجع عن التعاقد هو عبارة عن حق تقديري، يستخدمه المستهلك بحرية وإرادة منفردة، وبالتالي لا يلتزم بتبرير قراره في التراجع عن العقد أو بدفع أي مبالغ، ولا يكون القاضي مجبر على تحليل الأسباب التي دفعت بالمستهلك إلى التراجع[2].

إلا أنه في حالة ما مارس المستهلك هذا الحق بتعسف هل يخضع لنظرية التعسف في استعمال الحق؟

يظن الكثير من الفقه[3] أنّ الطابع التقديري المطلق لحق التراجع يجعل من الصعب إخضاعه لأحكام نظرية التعسف في استعمال الحق، وقد ناصرت محكمة النقض الفرنسية ذلك في العديد من أحكامها، من بينها الحكم الصادر في 2009، والذي قضى بأنه ما دام حق التراجع ينظم للحقوق التقديرية، فلا يجوز تقييده بقيود، كاشتراط حسن النية أو عدم التعسف أو غير ذلك من القيود[4].

وهذا ما ذهب إليه مجلس الاستئناف عندما أكدّ أن الحق في التراجع في مجال التأمينات، هو حق تقديري للمؤمن الذي لا يشترط عليه أن يكون حسن نية وهذا ما يعني أنّ الحق في التراجع لا يخضع لنظرية التعسف في استعمال الحق في مجال التأمينات[5].

فهذا ما سمح للمؤمنين ارتكاب العديد من تجاوزات سيئة النية؛ الأمر الذي أدى إلى تدخل القضاء من جديد، عن طريق الغرفة المدنية الثانية للمجلس في 7 مارس 2006، و التي تدور أحداثها حول شخص اشترك في عقد التأمين على الحياة، والذي ينصّ على أن المؤمن له أهلية تسيير نصف الريع المقدم؛ ولكن لاحظ هذا الشخص أنّ هذا التأمين لم يحدث التقدم الذي كان ينتظره، فقام بممارسة حقه في التراجع، والذي تمّ تمديد مدته باعتبار أنّ شركة التأمين لم تنفذ

---

[1]- عراج كنزة، المرجع السابق، ص70.

[2]- محمد ربيع فتح الباب، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول عن العقود المبرمة، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 89، العراق،د.س.ن، ص793.

[3]- حول الفقه راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص350.

[4]- عراج كنزة، المرجع السابق، ص،ص147،146.

[5]- بن سالم المختار، المرجع السابق، ص169.

التزامها الخاص بإعلام المؤمن له؛ على الرغم من أن المؤمن أكد أنه قام بإعلامه حول الشروط العامة والملحقات الخاصة بالعقد وذلك في قسيمة العقد الذي يعدّ إعلام في حد ذاته[1].

و لكن المجلس أعطى الحق للمؤمن له وذلك تطبيقا لنص المادة1-5-132.لمن قانون التأمينات التي تنصّ على تقديم قسيمة الاشتراك مشمولة بمجموعة من المعلومات، لا يعني إعفاء شركة التأمين من خطأ عدم الإعلام، والتي تنصّ أيضا على إمكانية التراجع في هذه الحالة، وفي نفس الوقت فإن تراجع المؤمن له يجعله يستعيد كل الإقساط المقدمة بالكامل[2].

و التالي يمكننا القول أنه حتى لو تمّ تطبيق القانون في هذه الحالة إلا أنّ في هذا التطبيق إضرار كبير بمصلحة شركة التأمين، لأنّ المؤمن له لم يمارس حقه بالتراجع نظرا لتسرعه وإنما مارسه لأنّ ما آل إليه العقد لم يناسبه وهذا ما لا يتناسب مع الحق في التراجع.

لذلك تدخل الإجتهاد القضائي الأوروبي من خلال قضية "بيا مسنر" في 2009/09/03 للحدّ من هذه الممارسات، حيث أجبرت المستهلك الذي أبرم عقد عن بعد وتراجع فيما بعد، تعويض المتدخل عن الاستعمال الخاص بمحل العقد لأكثر من 6 أشهر(سبب تمديد مدة مهلة التراجع راجع لعدم تنفيذ المتدخل التزامه بالإعلام على أن النزاع نشأ قبل انتهاء مدة التراجع)، لأن هذا الاستعمال يتناقض مع قواعد حسن النية والإثراء بلا سبب[3].

فمن خلال ما سبق نستنتج أنه حتى وإن جعل التشريع الفرنسي الحق في التراجع تقديريا واتبعه في ذلك القضاء ومنح سلطات واسعة للمستهلك في ممارسة حقه حتى وإن كان ذلك على حساب المتدخل، إلا أنّ القضاء الأوروبي لم يسر على نفس خطى القضاء الفرنسي بل قيّد من السلطات الممنوحة للمستهلك في ممارسة حقه فمتى مارس المستهلك حقه بالتراجع بسوء نية أجبر على تعويض المتدخل.

أما فيما يخص تشريع الاستهلاك الجزائري وبالرجوع إلى نصّ المادّة 124 مكرر من القانون المدني حصرت التعسف في استعمال الحق ضمن الخطأ التقصيري، والحق في التراجع يتضمنه المجال العقدي، مما يعني أنّ في التشريع الجزائري الحق في التراجع لا يخضع لنظرية التعسف في

---

[1]- عراج كنزة، المرجع السابق، ص148.

[2]- رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص 145.

[3]- رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص146.

استعمال الحق، هذا ويري البعض[1] أنّ إخضاع الحق في التراجع لنظرية التعسف في استعمال الحق يعني فتح المجال للمتدخل للجوء إلى القضاء مما يؤدّي إلى إفقاد هذا الحق كل فائدة ترجى منه، وهو ما يتعارض مع الغاية التي توخاها المشرّع من وراء تقنينه هذا الحق.

ثالثا: الحق في التراجع يصدر بدون مقابل

يستفيد المستهلك من الحق في التراجع دون دفع أي مقابل نتيجة استغلاله لهذا الحق،[2] لأنّ تحميل المستهلك مصاريف إضافية مقابل ممارسته لحق التراجع سيؤدّي في حالات كثيرة إلى عزوفه عن استعمال هذا الخيار خشية تحمله مصاريف زائدة، إلا أنّ هذا لا يعني عدم تحمل المستهلك لأي تكاليف، فهناك تكاليف ترتبط بممارسة الحق في الرجوع عن العقد، كالمبالغ التي يدفعها المستهلك في سبيل النقل والشحن والتأمين وكل المصاريف التي تتطلبها عملية إرجاع محل العقد للمتدخل، خصوصا إذا كان المتدخل صاحب السلعة أو الخدمة يزاول نشاطه خارج دولة المستهلك[3].

وقد أكدت محكمة العدل الأوروبية في هذا الصدد بأنّ التوجيهات الأوروبية تتعارض مع كل عقد يتضمن شرطا يفرض على المستهلك بأن يقوم بعملية الدفع مقابل شرط جزائي يهدف إلى تعويض التاجر عن الأضرار المحتملة التي قد تصيبه[4].

الفرع الثالث: الأساس القانوني لحق المستهلك في التراجع عن العقد في قانون العقد

يجد هذا الحق مصادره إما في اتفاق المتعاقدين أو في نصوص القانون، لذلك ميز الفقه بين نوعين من الحق في التراجع، تراجع اتفاقي، وآخر تشريعي، حيث يعتبر كل من مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ القوة الملزمة للعقد أساسا للحق في التراجع الناشئ عن الاتفاق. أما الحق في التراجع التشريعي فقد اختلف الفقه في بيان الأساس الذي يقوم عليه[5].

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص353.

[2]– بن سالم المختار، المرجع السابق، ص169.

[3]– عبد المجيد خلف منصور العنزي، المرجع السابق، ص138.

[4]– محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص794.

[5]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص146.

لذلك سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق إلى كل من اختلاف الفقه حول الأساس القانوني لحق المستهلك في التراجع عن العقد في قانون العقد في **بند أول**، ثمّ نتطرق إلى الفقه المعارض لإرجاع حق المستهلك في التراجع عن العقد إلى قانون العقد باعتباره يخرق مبدأ القوة الملزمة للعقد في بند ثانٍ.

البند الأوّل: اختلاف الفقه حول الأساس القانوني لحق المستهلك في التراجع عن العقد في قانون العقد

فمنهم من أرجعه إلى فكرة التعاقب في إطار تكوين العقد، والبعض الآخر أرجعه إلى فكرة التعليق على شرط، أما البعض الآخر فيرى أن هذا الحق مخالف تماما لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فكل هذه النقاط سنحاول التطرق إليها بنوع من التفصيل في النقاط التالية حيث سنتطرق في **النقطة الأوّلى** إلى فكرة التعاقب في تكوين العقد كأساس لحق المستهلك في التراجع عن التعاقد، ثمّ نتطرق في **النقطة الثانية** إلى فكرة التعليق على شرط كأساس للحق في تراجع المستهلك عن التعاقد، أما في **النقطة الثالثة** فنتطرق إلى فكرة العقد غير اللازم والعقد النافذ كأساس لحق المستهلك في التراجع عن التعاقد.

أوّلا: فكرة التعاقب في تكوين العقد كأساس لحق المستهلك في التراجع عن التعاقد

اعتمد البعض من الفقهاء من بينهم الفقيه "M.code"على فكرة تكوين العقد على مراحل متعاقبة كأساس قانوني للحق في التراجع، فتقضي هذه الفكرة أنّ عقود الاستهلاك لا تتكون في لحظة زمنية واحدة؛ أي لا تتكوّن بمجرد صدور القبول من المستهلك، بل إنّ تكوين العقد يحتاج إلى فترة زمنية تبدأ بالقبول وتنتهي بانقضاء مدّة التفكير والتروي، ويتحقق ذلك من خلال تصرفين، الأول وهو قبول المستهلك للعقد في بداية المدّة والثاني هو تأكيده لهذا القبول في نهايته، فإذا لم يشأ تأكيد رضاه بالعقد أو عمد إلى سحب الموافقة في مدّة التروي، فيؤدّي ذلك إلى عدم تمام تكوين عقد ملزم، والعكس من ذلك إذا أكد المستهلك رضاه السابق بالعقد يترتب عليه قيام العقد من وقت التأكيد أو اتصاله بعلم الطرف الآخر دون أن يكون لهذا التأكيد أي أثر رجعي[1].

[1]– حول الفقه راجع فرحان عبد الحكيم، عدول المستهلك عن التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2016/2015، ص44.

"ويرى أصحاب هذا التحليل أنه يوجد دائما في القانون الوضعي مكانا لنظرية التكوين التدريجي للرضاء، فالعقد يبرم عند قبول الإيجاب ولكنه لا يكتمل إلا بانتهاء مهلة التفكير والتروي، و يملك المستفيد من الحق في التراجع سلطة سحب تصرفه الإرادي خلال هذه الفترة، ما يعني أنّ التوقيع على العقد لم يعد قبولا، وإنما تعبيرا عن إرادة غير كافية لأنها إرادة لحظية أو وقتية، يجب أن يؤكّدها المستهلك خلال مدّة العدول لكي يلتزم حقيقة"،[1] ويقيس أصحاب هذه النظرية تحليلهم على الوعد بالبيع الانفرادي، باعتبار أنّ الوعد عبارة عن تمهيد الطريق في سبيل إبرام العقد النهائي، وأن الفترة الممتدة بين الوعد بالبيع وإبرام البيع النهائي هي نفسها مدة التراجع عن العقد، نظرا لأنّ كليهما يسمحان للمستفيد منهما أن يفكر ويتروي في أمر العقد الذي يقبل أن يجعله نهائيا ويلتزم بتنفيذه مع الطرف الآخر، كذلك فإنّ الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد هو ذاته إبرام العقد المقترن بحق التراجع، فكلاهما يعتبر رضاءً أوليا قبل الإقدام على الالتزام بالعقد بصفة نهائية، وأنّ إبرام عقد البيع النهائي هو ذاته عدم التراجع عن العقد، فكلاهما يعتبر بمثابة قبول نهائي للعقد والرغبة في الاستمرار فيه وتنفيذه[2].

إلا أنه تمّ انتقاد هذه الفكرة لتزعمها وجود رضاءين أحدهما مبدئي غير مؤكّد، والثاني نهائي، وهو ما يجافي المنطق السليم، ويناقض واقع التعاقد وحقيقة ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، باعتبار أنّ المتعاقد يعبر عن إرادة الالتزام مرة واحدة فقط؛ وهي المرة التي تكون عند إبرام العقد والتوقيع عليه، وهذه اللحظة هي لحظة إبرام العقد تماما وكاملا ومنتجا لجميع آثاره القانونية[3].

بحيث لو رجعنا لتشريع الاستهلاك الفرنسي وبالضبط نص المادّة L.221-18 التي نصّت على أنه في عقود البيع عن بعد للمستهلك مدّة 14 يوما يمارس من خلالها حقه في التراجع؛ يبدأ حسابها من تاريخ إبرام العقد بالنسبة لعقود تقديم الخدمات، فالمادّة أكدت على أنّ الحق في التراجع يمارس بعد إبرام العقد أي بعد تعبير المستهلك عن رضائه بالقبول وأصبح بذلك العقد نهائي وملزم لطرفيه.

هذا وتمّ انتقاد فكرة التقارب بين الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد والحق في التراجع عن العقد، بحيث لو رجعنا إلى الأثر المترتب عن النظامين نجد اختلافا كبيرا؛ ففي الوعد بالبيع إذا لم يبدي

---

[1]- محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص801.

[2]- رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص148.

[3]- محمد ربيع فتح الباب،السابق المرجع، ص802.

المستفيد من مهلة التفكير رغبته في التعاقد فإنّ العقد لن يبرم، بينما في الحق في التراجع إذا لم يبدي المستهلك رغبته في إرجاع السلعة أو الخدمة فإنّ العقد يصبح نهائيا لا رجعة فيه[1].

ثانيا: فكرة التعليق على شرط كأساس للحق في تراجع المستهلك عن التعاقد

انقسم الفقه[2] في طرح هذه الفكرة إلى قسمين؛ أحدهما يقيم الحق في التراجع على أساس الشرط الواقف والآخر يؤسسه على فكرة الشرط الفاسخ.

وحسب هاذين الاتجاهين، فإنّ العقد يعتبر منعقدا في جميع الحالات، إلا أنه ووفق الاتجاه الأول، فإنّ العقد يكون معلقا على شرط واقف؛ والمتمثل في اختيار المستهلك بإمضاء العقد بعد فوات فترة التفكير والتروي، أما الاتجاه الثاني، فيرى أنّ العقد يكون معلقا على شرط فاسخ؛ والمتمثل في قيام المستهلك بسحب رضاه خلال المدّة المقررة للتراجع في القانون، ففي الحالة الأولى لا ينتج العقد آثاره إلا عند تحقق الشرط فإذا تحقق الشرط أنتج آثاره اعتبارا من تاريخ إبرام العقد لا من تاريخ القبول، بينما في الحالة الثانية ينتج العقد آثاره إلى حين تحقق الشرط فإذا تحقق زالت هذه الآثار رجعيا[3].

إلا أنّ هذا الرأي لم يسلم هو الآخر من النقد لعدّة أسباب من بينها؛ فبالنسبة للشرط سواء كان واقفا أو فاسخا، لا يعدو أن يكون من الناحية الواقعية عنصرا أو ركنا أساسيا في العقد، ما يعني أنّ العقد قد يوجد من دونه، أما في الحق التراجع، فإنّ رضاء المستهلك خلال مدّة التراجع يعدّ عنصرا أساسيا في العقد الذي لا ينعقد من دونه، ولا يجوز كذلك الاتفاق على مخالفة الحق في التراجع، إما بحرمان المستهلك من ممارساته، وإما من إنقاص مدّته، فالحق في التراجع لا يعدّ مجرّد شرطا، أي مجرد وضع تعاقدي، وإنما عنصرا أساسيا في العقد[4].

كذلك نشير إلى أنّ افتراض فكرة الشرط الواقف أساسا للحق في التراجع أي اعتبار عدم التراجع عن العقد خلال المدّة المحددة له فإنّ ذلك يجعل من هذا الشرط الواقف شرطا إراديا محضا وهو ما يصطدم مع ما جاء في نصّ المادّة 205 من القانون المدني الجزائري التي نصّت على أنه: "لا يكون الالتزام قائما إذا علّق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة

---

[1]– محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص803.

[2]- راجع ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد، المكتبة الأكاديمية العربية، المقال متوفر على الموقع التالي: https://platform.almanhal.com/files/2/47597، ص349.

[3]– ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص349.

[4]– محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص800.

الملتزم"، وهو ما ورد أيضا في نصّ المادّة 1304-2 من القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 والذي نصّ عليه أيضا تعديل الجديد للقانون المدني لسنة 2022،[1] بمعنى أنّ القانون لا يعتدّ بالشرط الواقف المتوقف على إرادة الملتزم، فهو مجرد شرط وصفي للعقد لا يرد على عنصر أساسي في العقد كالرضا، وهو بذلك لا يتناسب مع الحق في التراجع الذي يعتمد في ذاته على الإرادة المنفردة للمستهلك، والذي يستطيع اللجوء إليه كحق تقديري بحت له، وهو ما يعدّ معه شرطا إراديا محضا. وهو ما ينطبق أيضا على الشرط الفاسخ[2].

ثالثا: فكرة العقد غير اللازم والعقد غير النافذ كأساس لحق المستهلك في التراجع عن التعاقد

بعد أن تباينت الآراء الفقهية التي قيلت بشأن الأساس القانوني للحق عن التراجع، والتي لم تقابل بأي تأييد، ذهب أغلبية الفقه الفرنسي إلى إرجاع الحق في التراجع عن التعاقد إلى فكرة العقد غير اللازم والعقد غير النافذ، ففي هذا الصدد لابدّ من التفرقة بين تكوين العقد أو تشكيلته وبين نفاذه وفعاليته، وأنّ الحق في التراجع لا يمنع من الإبرام الفوري للعقد من خلال تبادل الموافقات، ولكنه يوقف فقط قوته الإلزامية بالنسبة إلى المستهلك خلال مدّة التراجع، وبانتهاء تلك المدّة فإنّ تلاقي الإرادات يصبح فاعلا، وينتج العقد جميع آثاره القانونية، فوجود عقد صحيح لا يعني تنفيذه التلقائي، فالحق في التراجع إذن وفي ذاته لا يمثل عقبة أمام التشكيل للفوري للعقد[3].

ففيما يخص فكرة العقد غير اللازم فتأسس هذه الأخيرة على أساس أنّ العقد رغم إبرامه صحيحا يكون نافذا في مواجهة أحد طرفيه فقط (وهو المتدخل)، أما طرفه الآخر وهو من تقرر له الحق في التراجع فلا يلزمه العقد (وهو المستهلك)، حيث يكون لأحد الأطراف و المتمثل في المستهلك التملص من العقد وفسخه بإرادته المنفردة دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف بهذا الخصوص، ودون الحاجة أيضا للجوء إلى القضاء، وبالتالي لا يكون العقد باتا إلا بعد انقضاء مدّة التراجع[4].

---

[1]- Article 1304-2 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que:" Est nulle l'obligation contractée sous une condition dont la réalisation dépend de la seule volonté du débiteur".

[2]– رمزي بيد الله علي الحجازي، المرجع السابق، ص151.

[3]– محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص804.

[4]– ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص356.

هذا ويرون أصحاب هذا الاتجاه[1] في هذه الحالة أنهم يستطيعون التوفيق بين القوة الملزمة للعقد وبين إمكانية المستهلك في الرجوع عن التعاقد، ذلك إنّ هذه القوة لا تثبت إلا للعقود النافذة اللازمة، وعقود الاستهلاك لا تكون لازمة للمستهلك ومن ثمّ لا تثبت لها القوة الملزمة للعقد.

إلا أنّ هذا الطرح لم يسلم هو الآخر من الانتقادات؛ وذلك راجع لفكرة عدم لزوم العقد لا تقف عائقا بين العقد وترتيب آثاره، فالعقد غير اللازم، تترتب عليه جميع آثاره وكل ما هنالك أنّ للمتعاقد المالك لهذا الحق إنهاءه بإرادته المنفردة، وأيضا إمكانية إنهاء العقد ليست مطلقة وإنما مقيدة بعدم إلحاق الضرر بالغير، فإن تعلّق حق الغير بالعقد، لا يمكن للمتعاقد أن ينهيه على الرغم من كونه غير لازم، في حين أنّ الحق في التراجع عن التعاقد يحول دون نفاذ العقد حتى تمر المدّة المحددة لممارسة خيار الرجوع خلالها؛ أي تتوقف آثار العقد، هذا من جهة ومن جهة ثانية، فإنّ مكنة الرجوع مطلقة لا تخضع لتسبيب أو رقابة على خلاف سلطة المتعاقد في فسخ العقد في حالة عدم اللزوم[2].

أما فيما يخص فكرة العقد غير النافذ كأساس للحق في التراجع عن التعاقد، فيرى أصحاب هذا الاتجاه[3] أنه لابدّ من "التفرقة بين إبرام عقد صحيح ونفاذ هذا العقد، ثمّ تمتعه بقوة الإلزام المطلق والقابلية للتنفيذ بمجرد الانعقاد، إلا أنه لا يوجد أي عائق قانوني للفصل بين تكوين العقد ونفاذه واكتسابه الفاعلية وقوة الإلزام.

وفي ذلك يشبّه أحد الفقهاء الفرنسيين[4] تأثير الحق في التراجع عن التعاقد بالوصية الصحيحة، والتي تعتبر تصرفا منفردا، حيث أنها لا تصبح فاعلة ولا يتمّ تنفيذها إلا بعد موت الموصي.

لذا فحسب هذا الاتجاه التمييز بين تكوين العقد ونفاذه يقدّم تفسيرا لحق التراجع عن العقد، فبمجرد تطابق إرادة الأطراف ينعقد عقد الاستهلاك، إلا أنّ المشرّع يوقف نفاذه بمنع إجبار المستهلك على التنفيذ قبل مضي مدّة الحق في التراجع، فإذا مرّت هذه المدّة من دون أن يمارس

---

[1]- سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة مدرسة القانون، المجلد 07، العدد2، العراق، سنة 2005، ص13.

[2]- سليمان براك دايح، المرجع السابق، ص14.

[3]- ناصر خليل جلال، المرجع السابق، ص349.

[4]- محمد ربيع فتح الباب، المرجع السابق، ص804.

المستهلك هذا الحق اكتسب العقد النفاذ بالنسبة للمستقبل، أما إذا مارسه باتخاذ قراره بالتراجع بالنقض فسينتهي العقد عندها.[1]

إلا أنه تمّ انتقاد هذا الرأي بالرغم من أنه يقدّم تصورا مقبولا نوعا ما بالنسبة للالتزامات التي لم تنفذ بعد؛ إلا أنه عجز عن تقديم السند القانوني، ففيما يخص الوصية فالتصرف فيها صحيح أنه موجود ويستطيع الموصي أن يرجع عنها طالما هو على قيد الحياة، إلا أننا يجب ألا ننسى أنّ الوصية لا تنفذ إلا بعد الموت، ولكن الحق عن التراجع عن العقود يجري في الغالب بعد تنفيذ المتدخل لالتزاماته كلها ومن ضمنها التسليم فأين هو عدم النفاذ.[2]

البند الثاني: الفقه المعارض لإرجاع حق المستهلك في التراجع عن العقد إلى قانون العقد باعتباره يخرق مبدأ القوة الملزمة للعقد

إذا كان الفقه سابقا اختلف حول الأساس القانوني للحق في التراجع في قانون العقد، فهناك جانب من الفقه كالفقيه "Foyer (j) " من يرى أنّ حق التراجع عن التعاقد خرق لمبدأ القوة الملزمة للعقد، التي تقضي بأنّ العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه من طرف واحد، وتعتبر القوة الملزمة للعقد من الضمانات المقررة قانونا لحماية استقرار المعاملات وإرساء الثقة بين المتعاقدين وتبريرها للوظيفة الاجتماعية للعقد في كونه وسيلة لإشباع حاجات الفرد داخل المجتمع[3].

هذا ويرى " Carbonnier" أنه من المستحيل تطبيق قواعد مبدأ سلطان الإرادة على المستهلك، باعتبار أنّ قانون العقد يعتدّ بالمساواة القانونية، أي يرى أنّ المتعاقد رجل عادي متوسط الحذر والحيطة، عكس المستهلك الذي يظهر ضعيف في العلاقة التعاقدية، وبالتالي يتدخل القانون بقواعد خاصة لحماية الرضا من خلال حق التراجع، وهذه القواعد تشكّل استثناءا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، وفي ذلك تكريسا للمنظومة القانونية الجديدة[4].

وبالتالي فالمنظومة القانونية الجديدة ومن بينها تشريع الاستهلاك سواء الجزائري أو الفرنسي الذي كرّس قواعد آمرة متمثلة في حق المستهلك في التراجع عن التعاقد نظرا لعدم التوازن بينه وبين

---

[1]– ناصر خليل جلال، المرجع السابق،ص،ص350،349.

[2]– سليمان براك دايح، نفس المرجع، ص14.

[3]– رفيقة بوالكور، الأحكام القانونية لحق المستهلك في العدول عن العقد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد:01، الجزائر، سنة 2021، ص1016.

[4]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص101.

المتدخل، لعجز القواعد التقليدية عن حماية المستهلك، فالقوة الملزمة للعقد تلزم طرفي العقد إذا كانا متساويين من الناحية المعرفية والاقتصادية، وفي حقيقة الأمر المستهلك ضعيف من الناحية الاقتصادية والمعرفية، وقد يقبل على إبرام العقد دون تفكير وتروي منه، فأعطاه القانون مكنة الحق عن التراجع، لذلك يعتبر هذا الحق خرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد ولكن بقوة القانون أي أنّ القانون هو الذي منح هذا الحق للمستهلك بموجب نصّ المادّة 19 من قانون 09/18 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فالعقد حسب المادّة 106 من القانون المدني الجزائري شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ومن بين هذه الأسباب نصّ المادّة 19 السالف ذكرها.

فحسب رأينا من خلال ما سبق نقول أنه ما دام لا يوجد أساس يستند عليه الحق في التراجع عن التعاقد في قانون العقد، فإنّ هذا الحق يعتدي على مبدأ القوة الملزمة للعقد لأن المستهلك يتراجع عن العقد بإرادته المنفردة مخالفا لنص المادّة 106 من القانون المدني الجزائري والمادّة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

الفصل الثاني: تأثير قانون الاستهلاك على مبدأ الأثر النسبي للعقد

كنا قد وضحنا سابقا كيف أثر تشريع الاستهلاك على مبدأ القوة الملزمة للعقد، في مرحلة تنفيذ العقد، إلا أنّه لم يكن الوحيد في هذه المرحلة المتأثر من تشريع الاستهلاك بل هناك مبدأ آخر تأثر من هذا التشريع وهو مبدأ الأثر النسبي للعقد؛ فيمثل هذا الأخير أثر من آثار العقد؛ والمقصود منه أنّ العقد ينتج أثره في مواجهة طرفيه فقط، فالأصل أنّ الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد وتترتب عليه تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما، فهو إذا لا يفيد ولا يضر غير طرفيه، إلا أنّ هذه الآثار لا تتوقف عند طرفي العقد، بل تمتد إلى خلفهما سواء العام أو الخاص، لأنّ المتعاقد لا يمثل نفسه فحسب بل يمثل أيضا خلفه العام المتمثل في الورثة، كما يؤثر العقد في حقوق دائني المتعاقد العاديين نتيجة ما يؤدّي العقد من زيادة أو نقصان في ضمان حصولهم على دينهم وهو ما يمثل الخلف الخاص، وينتج عن هذا المبدأ أن من يبرم عدة عقود لا يعني ترابطها وإنما يبقى كل عقد مستقل عن الآخر لعدم وجود رابطة بينهما، فلكل عقد أطرافه ونتائجه لا يؤثر أحدهم في الآخر.

إلا أنه وبعد ظهور ما يعرف بالواقع الاستهلاكي ومقاربته مع قواعد مبدأ الأثر النسبي للعقد يظهر لنا عدم التناسب بين هذا المبدأ والواقع الاستهلاكي، حيث جاء هذا الأخير بحلول جديدة من شأنها توفير حماية أكبر للمستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة الاستهلاكية، فمكنته مثلا من الرجوع على متدخلين كثر حتى وإن لم يكونوا طرفا في هذه العلاقة، كذلك خلقت ترابط بين العقود التي يبرمها المستهلك من أجل تحقيق مصلحة واحدة، وهو ما يبدو خرقا للأسس التي يقوم عليها هذا المبدأ.

فللتفصيل أكثر في هذا المبدأ والتأثيرات التي فرضتها عليه تشريعات الاستهلاك، لابدّ علينا من تبيان الأشخاص المنطوية تحت مبدأ الأثر النسبي للعقد، فعندما نحدد الأشخاص التي ينتقل إليها آثار العقد في قانون العقد، سنتمكن من تسليط الضوء على أهم المتغيرات التي فرضها الواقع الاستهلاكي بإدخال أشخاص آخرين للاستفادة من هذه الآثار لم تكن تستفد من قبل عند سيطرة مبدأ الأثر النسبي للعقد على العقود، لذلك سنعمل من خلال **المبحث الأوّل** التركيز على أثر مبدأ الأثر النسبي للعقد بالنسبة للأشخاص، ثم ننتقل في **المبحث الثاني** إلى توضيح المتغيرات المفروضة من قبل تشريعات الاستهلاك على مبدأ الأثر النسبي للعقد.

المبحث الأوّل: أثر مبدأ الأثر النسبي للعقد بالنسبة للأشخاص

يترتب على إبرام العقد الصحيح آثار ملزمة للمتعاقدين وذلك وفقا لأحكام القانون فينتج العقد كافة آثاره القانونية[1]. وهذا ما درسناه سابقا في نطاق مبدأ القوة الملزمة للعقد.

والقوة الملزمة للعقد تحكمها فكرة أساسية، هي فكرة نسبية أثر العقد ونعني بها أن آثار العقد من حيث الأشخاص لا تنصرف إلا للمتعاقدين فيلزمان بتنفيذ ما اشتمل عليه مضمون العقد وبحسن نية، فالعقد لا يفيد ولا يضر غير طرفيه، إلا أنه هذه الآثار لا تتوقف عند طرفي العقد بل تمتدّ إلى خلفهما العام والخاص، وهذا ما أشارت إليه المادّة 108 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام.."، وأكدت أيضا المادّة 113 من نفس القانون على أنّ آثار العقد لا يستفيد منها الغير حيث جاء فيها ما يلي: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا"، وبالتالي القاعدة العامة في مبدأ نسبية أثر العقد تقبل استثناء في انتقال الحقوق دون الالتزامات، فالغير له أن يكتسب حق من العقد ويكون ذلك عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير أو عن طريق التعهد عن الغير.

وهذا المبدأ[2] تناوله أيضا المشرّع الفرنسي في نصّ المادّة 1199 من القانون المدني لسنة 2016 التي قرّرت أنّ العقد لا ينشئ التزامات إلا بين أطرافه، وأن الغير لا يمكنه أن يطلب تنفيذ العقد، كما أنه لا يمكن إلزام الغير على تنفيذ العقد الذي لم يكن هو طرفا فيه و هو ما سار عليه التعديل الجديد لسنة 2022[3]. وهو ما كانت تنظمّه المادّة 1165 من القانون المدني القديم التي

---

[1]– وهذا ما درسناه سابقا في نطاق مبدأ القوة الملزمة للعقد.

[2]– نشير من خلال هذه النقطة أنّ هذا المبدأ بالواقع كان معمولا به قبل صدور تعديل 2016 إلا أنّ الفقهاء والمحاكم كانوا يستندون للعمل به إلى المادّة 1103 من القانون المدني القديم التي كانت تنصّ على أنّ العقود التي تنشأ نشأة صحيحة تكون بمثابة قانون بالنسبة لأطرافها فعبارة "بالنسبة لأطرافها" اعتبروها أنّ العقد لا يتناول بوجه عام أثره إلا المتعاقدين، راجع رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدّل عام 2016 و2018 (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، العدد:2، أبوظبي،سنة 2020، ص6.

[3]- l'article 1199 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que: «le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV».

كانت تنصّ على أنّ الاتفاقيات لها تأثير فقط بين الأطراف المتعاقدة، لا تضر بالغير ولا تنفعه إلا في الحالة التي نصّت عليها المادّة 1121[1].

ونصّت المادّة 1200[2] من نفس القانون أنّ الغير يجب عليه أن يحترم الحالة القانونية أو الوضع القانوني الذي أنشئه العقد، فالأصل في مبدأ الأثر النسبي للعقد هو أنّ العقد لا يتناول أثره بوجه عام إلا المتعاقدين بمعنى أنه لا يمكن للغير أن يكون دائنا أو مدينا لآخر بأي التزام عقدي طالما أنه لم يكن طرفا فيه، ولكن هذا لا يمنع من أن ينشئ العقد المبرم بين الطرفين حالة قانونية أو وضعا قانونيا يمكن أن يشعر به الغير أو يؤثر عليه، فهذا ما يسمى في التشريع الفرنسي أثر العقد بالنسبة إلى الغير[3].

فمن خلال ما سبق نستنتج أنّ آثار العقد قد تمتدّ لتشمل أطراف أخرى لا تدخل ضمن طائفة المتعاقدين، ولا الخلف بنوعيه، وهم الدائنين العاديين والغير، وهذا الانتقال يعتبر استثناءا على مبدأ الأثر النسبي للعقد، وبالتالي ومن خلال هذا المبحث سندرس أصل المبدأ أي أثر العقد بالنسبة لأطرافه في **المطلب الأوّل**، أما في **المطلب الثاني** سندرس الاستثناء الواقع على هذا المبدأ في القواعد العامة والمتمثل في أثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين والغير.

المطلب الأوّل: آثار العقد بالنسبة لأطرافه

يرتب العقد الصحيح عند انعقاده آثار، هذه الأخيرة تسري على المتعاقدين الأصليين أي أطرافه وبصفة مطلقة وبدون قيود غير أنه يمكن أن تسري الآثار إلى غير الأطراف المتعاقدة وهؤلاء الأشخاص يتأثرون بالعقد وكذلك ليسوا أجانب عن العقد حيث يدخل هؤلاء الأشخاص في مرحلة التنفيذ وتربطهم بالمتعاقدين الأصليين صلة قرابة أو خلافة أو مديونية وانصراف الآثار إليهم مقيد بشروط القانون.

ومن أجل التفصيل في هذا الفرع سنحاول تقسيمه إلى فرعين يتضمن **الفرع الأول** أثار العقد بالنسبة للمتعاقدين، أما **الفرع الثاني** فسنتطرق من خلاله إلى أثار العقد بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص.

---

[1]- l'article 1165 code civil du 1804 propose que: «Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121. ».

[2] - l'article 1199 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que: «Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat».

[3]– رغيد عبد الحميد فتال، المرجع السابق، ص7.

الفرع الأوّل: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

يتمثل أطراف العقد في المتعاقدان وهما طرفا العقد اللذان أبرماه باسمهما ولحسابهما، وقد يباشر المتعاقد عملية التعاقد بنفسه أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلا أو نائبا عنه،[1] فمن خلال هذا الفرع سنحاول معرفة تحديد آثار العقد بالنسبة لأطرافه في البند الأوّل، ثمّ بعد ذلك نحاول توضيح مسألة النيابة في التعاقد في إطار مبدأ الأثر النسبي للعقد في بند ثان.

البند الأوّل: تحديد آثار العقد بالنسبة لأطرافه

من النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة؛ قصر القوة الملزمة للعقد على أطرافه فقط، أي أولائك الذين أعلنوا بطريقة صحيحة أو ضمنية عن تطابق إراداتهم تطابقا تاما، وترتب عن ذلك قيام العقد وتحققت صفة الدائن والمدين بالنسبة للعقد المبرم بينهما.[2] ونتيجة لذلك فإنّ الأشخاص لا تثبت لهم صفة الطرف إلا أذا عبروا عن إرادتهم في إنشاء تصرف قانوني، فمن يساهم في إبرام التصرف القانوني بإرادته يعتبر طرفا ومن لم يساهم في ذلك يعتبر من الغير عن ذلك التصرف.[3]وفي هذا يرى البعض[4] أنّ مبدأ سلطان الإرادة يشرح مبدأ نسبية العقد، إذ أنّ الشخص لا يلزم إلا نفسه وفقا لإرادته ومن ثمّ فلا يلزم غيره.

هذا وباعتبار العقد شأن المتعاقدين؛ بمعنى أنه لا يكون له أي أثر في مواجهة الغير، أي لا يمكن للطرفان بعقدهما أن يرتبا التزاما في ذمة الغير، فالعقد نسبي في آثاره[5].

فقاعدة إلزامية آثار العقد بالنسبة للأطراف، هي قاعدة مطلقة لا استثناء عليها، وذلك بحسب طبيعة الالتزام، فمثلا في عقد البيع؛ يلزم بما يرتبه من التزامات و حقوق على البائع والمشتري

---

[1]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص323.

[2]– جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص أساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، سنة 2018/2017، ص11.

[3]– يوسفي كهينة، التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثار العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد:01، الجزائر، السنة 2019، ص62.

[4]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص64.

[5]– سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، المرجع السابق، ص64.

فقط، كما يلزم عقد الإيجار المؤجر والمستأجر ويقيّد كلاهما، هذا ولا يلزم عقد الهبة سوى الواهب ويكتسب الموهوب حقوقا[1].

البند الثاني: النيابة في التعاقد في إطار مبدأ الأثر النسبي للعقد

كنا قد رأينا سابقا أنّ من نتائج مبدأ الأثر النسبي للعقد هو انتقال آثار العقد إلى الأشخاص الذين شاركوا في إبرامه فقط، ولكن أطراف العقد ليس هم دائما من يتولوا إبرامه، فقد يبرمه شخص آخر ينوب عن الأطراف الأصليين، وهذا واضح في قواعد النيابة حيث يقوم شخص يسمّى النائب بالتعبير عن إرادته في حدود السلطة المخولة له في إبرام تصرف قانوني باسم الأصيل ولحسابه،[2] إذن وحتى نستطيع تسليط الضوء على النيابة في التعاقد في إطار مبدأ الأثر النسبي للعقد لابدّ علينا من توضيح شروط هذه النيابة في البند الأوّل، ثمّ نتطرق في البند الثاني إلى أثار النيابة حتى نتمكن من تحديد دور ومركز كل من الأصيل والنائب.

أولا: شروط النيابة

لقيام النيابة الصحيحة يشترط توفر ثلاث شروط:

1. أن يتعاقد النائب بإرادته الخاصة:

المقصود من هذا الشرط أنّ إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل، بمعنى أنّ إرادة النائب في نظر القانون هي التي تؤخذ بعين الاعتبار، وهذا ما يجعلنا نفرّق بين كل من النائب والرسول، إذ أنّ هذا الأخير ليس بنائب وإنما يكمن دوره في نقل التعبير من المرسل إلى المرسل إليه، ولا يراعي ما يشوب إرادته من عيوب ما دام أنه قام بمهمته بشكل دقيق وتكون إرادة المرسل هي التي تؤخذ في الحسبان دون إرادة الرسول، في حين أنّ النيابة تقضي النظر في إرادة النائب، إذ لا يمكن أن ينعقد العقد إذا كان النائب فاقدا للتمييز، هذا من جهة، ومن جهة أخرى يختلف مجلس العقد بين كل من الرسول والنائب، فالتعاقد عن طريق الرسول هو تعاقد بين غائبين، لكن التعاقد بالنيابة هو تعاقد بين حاضرين مدام العبرة بإرادة النائب لا بإرادة الأصيل[3].

---

[1]– جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص12.

[2]– زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة، تخصص قانون خاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1992، ص9.

[3]– شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأوّل، مطبعة الاعتماد، مصر، د.س.ن، ص163.

حيث جاء في نصّ المادّة 73 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "إذا تمّ العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو افتراض العلم بها حتما"، بمعنى أنّ القانون ينظر إلى إرادة النائب لا إلى إرادة الأصيل؛ وذلك للتركيز عن ما إذا كان قد شاب هذه الإرادة عيب من العيوب، فإذا شاب إرادة النائب عيب ففي هذه الحالة يكون العقد قابلا للإبطال حتى وإن كانت إرادة الأصيل سليمة، وكذلك ركزت المادّة على حالة العلم ببعض الظروف لذلك يعتبر مجلس العقد في حال كان أحد الأطراف نائبا مجلس بين حاضرين، فكل ما يتم الاتفاق عليه في مجلس العقد يعتبر قد وصل إلى علم الأصيل ما دام القانون ينظر إلى أنّ إرادة النائب حلّت محلّ إرادة الأصيل.

إلا أنه و بالرجوع إلى الفقرة 2 من نفس المادّة نجدها تنصّ على ما يلي: "غير أنه إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها". فمن خلال هذه المادّة نلاحظ أنه هناك بعض الأحيان أين تشترك إرادة الأصيل مع إرادة النائب بدرجات متفاوتة ففي هذه الحالة تكون أيضا إرادة الأصيل محل اعتبار[1].

2. عدم تجاوز النائب حدود النيابة:

نصّت المادّة 74 من القانون المدني الجزائري على أنّ: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإنّ ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق، والتزامات يضاف إلى الأصيل"، فمن خلال نصّ هذه المادّة نستنتج أنّ النائب لا يمكن له أن يتصرف إلا في حدود السلطات المخولة له سواء كانت النيابة قانونية أو اتفاقية،[2] وبالتالي إذا تجاوز النائب حدود نيابته فقد صفة النيابة ولا

---

[1]– عبد المنعم فرج الصدّة، مصادر الالتزام، دار النهضة، بيروت، لبنان، سنة 1979، ص71.

[2]– للنيابة عدّة صور منها النيابة الاتفاقية مصدرها الاتفاق بين شخصين و التي تعّرف على أنها عقد ينيب بموجبه شخص غيره ليقوم بإجراء تصرف ينيطه به، ونيابة قانونية مصدرها القانون ففي هذه الحالة القانون هو الذي يخول النائب ويمنحه السلطة لإجراء التصرفات القانونية نيابة عن الغير، كما في نيابة الأب عن ولده الصغير، هذا بالإضافة إلى النيابة القضائية التي يكون مصدرها القضاء فالقاضي هو من يضفي على النائب صفة النيابة ومنحه السلطة في إجراء التصرفات نيابة عن الغير كما في تعيين القاضي وصيا على الصغير. راجع في ذلك احمد كازم الياسري، التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المدني المصري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد: 04، سنة 2016، العراق، ص704.

تنصرف آثار عقد الوكالة إلى ذمة الأصيل، ففي النيابة القانونية لابدّ عليه من عدم تجاوز الحدود التي قررها القانون، أما في النيابة الاتفاقية لابدّ عليه من احترام الحدود التي رسمها الأصيل[1].

فمثال على النيابة القانونية عند قيام الولي أو الوصي ببيع أموال الصغير أو المحجوز عليه دون استئذان المحكمة، ففي هذه الحالة نصّت المادّة 88 و95 و100 من قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المعدّل و المتمم[2] على إبطال هذا البيع باعتبار أنّ النائب لا يريد من هذا العقد إلزام نفسه حتى يوقع آثار العقد على ذمته، ولم تكن له صفة إلزام الصغير أو المحجور عليه[3].

أما بالنسبة للنيابة الاتفاقية فمثالها عند قيام أحد ممثلي شركة ما بالتصرف في أموالها للغير دون إذن مجلس الإدارة فهذا العقد يعدّ إذن باطلا، لا ينفذ في حق الشريك الذي لم يقصد من هذا التصرف إلزام نفسه، ولا في حق الشركة باعتبارها شخصا معنويا كلفت النائب للقيام بأعمال لمصلحتها[4].

إلا أنه ترد على ذلك استثناءات من ذلك ما ورد في الفقرة الثانية من المادّة 73 و75 و76 من القانون المدني الجزائري؛ حيث تمثلت هذه الاستثناءات فيما يلي:

- إذا كان تصرف النائب نافعا للأصيل رغم خروجه عن حدود سلطاته، فيعتبر النائب في هذه الحالة فضوليا فيما تجاوز من السلطة وينصرف أثر العقد إلى الأصيل لأنه أبرم لمصلحته[5].

- في حالة خروج النائب عن سلطاته النيابية قد يجعل الغير المتعاقد معه يعتقد أنه يتعامل في حدود السلطات التي قررها الأصيل، وبالتالي هو يجهل أنّ الأصيل قد أنهى عقد الوكالة، خصوصا إذا ترك الأصيل سند النيابة في يد النائب، وهذا ما نجده في النيابة الاتفاقية؛ فهنا واستثناءا على الأصل تقررت حماية الغير وفقا للأوضاع الظاهرة، ويسمّى النائب هنا بالنائب الظاهر، وتنتج النيابة أثرها في مواجهة الأصيل.

---

[1]- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر، سنة 2009، ص54.

[2]- القانون رقم 11/84، المؤرخ في 1984/07/09، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدّل و المتمم بالأمر 02/05، المؤرخ 2005/02/27.

[3]- زواوي فريدة، المرجع السابق، ص10.

[4]- زواوي فريدة، المرجع السابق، ص10.

[5]- شفيق شحاتة، المرجع السابق، ص164.

– ومن بين الاستثناءات كذلك قد يوافق الأصيل على التصرف الذي قام به النائب وهذا ما نصّت عليه المادّة في المادّة 77.

فما رأيناه سابقا في هذا الشرط هو عبارة عن تحديد لسلطة النائب من حيث الموضوع؛ أما تحديد سلطته من حيث الأشخاص ما نصّت عليه المادّة 77 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون و قواعد التجارة"، فيفهم من خلال هذه المادّة أنه لا يجوز للنائب أن يتعاقد مع نفسه بحيث يكون نائبا عن غيره أصيلا عن نفسه أو أن يكون نائبا عن كل من طرفي العقد بحيث يظهر هنا الشخص الواحد بصفتين، ولعلّ السبب من وراء هذا المنع هو الخوف من إلحاق النائب أضرار بمصلحة أحد الطرفين لحساب الطرف الآخر، أو في حالة تعاقد النائب لحسابه الخاص، ويكون في نفس الوقت نائبا عن غيره أصيلا عن نفسه، ومثال ذلك الوكيل الذي يكلف بشراء منزل بمواصفات معينة فيقوم ببيع المنزل الذي يملكه إلى موكله، إذ يكون في هذه الحالة نائبا عن الوكيل كمشتري وأصيلا عن نفسه كبائع، وكذلك عندما يكون وكيلا عن بيع منزل لشخص ما ويكون في نفس الوقت وكيلا عن المشتري لشراء نفس المنزل وبالتالي يظهر في نفس العقد وكيلا لكلا من البائع والمشتري، و هو ما لا يجوز في القانون المدني[1].

إلا أنه هناك بعض الاستثناءات الواردة على هذا المنع وهو ما أشارت إليهم المادّة 77 سالفا والمتمثلة في ترخيص الأصيل للنائب في التعاقد مع نفسه بعد إبرامه، فالإجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة تجعل من التصرف نافذا في الحق الأصيل من وقت إبرامه، وكذلك في حالة ما إذا وجد نص قانوني يجيز تعاقد الإنسان مع نفسه.

فمن خلال ما سبق يمكننا القول أنّ سلطة النائب في نطاق عقد الوكالة هي سلطة ليست بمطلقة فحتى وإن اعتدّ القانون بإرادة النائب وليس بإرادة الأصيل إلا أنه يستوجب على النائب تنفيذ نيابته وفقا للحدود الموضوعية والشخصية التي وضعها الأصيل أو حددها القانون.

[1]– جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص،ص24،25.

3. يجب أن يكون التعاقد باسم الأصيل ولحسابه:

رأينا سابقا من شروط النيابة أن يعبّر النائب عن إرادته الخاصة إلا أنه وحتى نبقى في إطار عقد الوكالة فلا بدّ عليه أنيبيّن أنه يتعاقد باسم شخص آخر، أي أن تتوافر لدى النائب ومن يتعاقد معه نية انصراف آثار العقد إلى الأصيل، هذا ويفترض أن يكون الغير المتعاقد مع النائب عالما بالنيابة، لكنه إذا لم يكن عالما بها فعلا، وكان التعاقد مع شخص النائب محل اعتبار عنده، فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل مباشرة[1] وهذا ما وضّحته المادّة 75 من القانون المدني على أنه: "إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا، فإنّ أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائنا أو مدينا، إلا إذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب بعلم بوجود النيابة أو كان يستوي عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب".

ولكن من الجائز أن تنصرف آثار العقد إلى الأصيل بطريق آخر كما في حالة الاسم المستعار، وهنا لا نكون أمام نيابة بل هنا يتعاقد شخص باسمه ثم ينقل آثار العقد إلى موكله بعقد آخر[2].

ثانيا: آثار النيابة

ترتب النيابة آثارها بين الأصيل والنائب، وبين الأصيل والغير، وبين النائب والغير، وهو ما سنعمل على شرحه في النقاط التالية.

1. العلاقة بين الأصيل والنائب:

إنّ العلاقة بين الأصيل والنائب يحدد آثارها المصدر المنشئ لها، ففي حالة النيابة الاتفاقية والتي تكون في الغالب ناشئة عن عقد وكالة؛ فهذا الأخير هو الذي يحدد هذه الآثار، أي يحدد التزامات وحقوق كل من الأصيل النائب، فيلزم الوكيل بتنفيذ الوكالة دون تجاوز حدودها المرسومة، فإذا كانت الوكالة بأجر فإنّ الموكل يلتزم بدفع هذا الأجر، ويلتزم الوكيل أن يبذل في تنفيذ الوكالة العناية التي يبذلها في شؤونه الخاصة، إلا إذا كان الوكيل يبذل في شؤونه الخاصة أكثر من عناية الرجل المعتاد فلا يلزم ببذل أكثر من عناية الرجل المعتاد، هذا إذا لم تكن الوكالة بأجر، أما إذا كانت الوكالة بأجر فعليه أن يبذل دائما عناية الرجل المعتاد سواء كانت أقل أو أكثر من العناية

[1]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص09.

[2]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص10.

التي يبدلها في إدارة شؤونه الخاصة.[1]وبالتالي في حالة ما أخل النائب بهذه الوكالة ستقوم مسؤوليته العقدية ما دام هناك عقد بينهما.

أما في حالة ما كانت النيابة قانونية فمادام مصدرها يكمن في القانون والقضاء، وبالتالي فإنّ آثارها يحددها كل من القانون والقاضي، فإذا ما قام النائب بأعمال من شأنها أن تتعارض مع مصالح من ينوب عنهم كان مسؤولا على أساس مسؤولية تقصيرية[2].

2. العلاقة بين الأصيل والغير:

من آثار النيابة هو خلق علاقة بين الأصيل والغير، وهي من أهم العلاقات باعتبار الأصيل والغير الطرفان الأصليان للعقد، وتبقى العلاقة سارية بذلك بينهما، ويختفي حينئذ النائب، فتنصرف آثار العقد إلى كل من الأصيل والنائب، فيكسب بذلك الأصيل الحقوق التي تولدت من العقد ويلتزم بالالتزامات التي أنشئها العقد، أما الغير فإنه يطالب بالحقوق والالتزامات دون وساطة من الغير. وبالتالي فإن الأصيل في العقد هو طرف فيه ولا يعتبر خلفا للنائب ولا يعتبر غيرا وإنما هو المؤسس للعقد[3].

ولا بدّ علينا الإشارة إلى أنه إذا كان يمنع على الأصيل إبرام تصرف دون أن يكون ممنوعا على النائب؛ مثال على ذلك الحالة التي يكون فيها الأصيل قاضيا فيمنع عليه شراء الحق المتنازع فيه إذا كان داخلا في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشر عمله فيها وفقا للمادّة 420 من القانون المدني، فالتصرف الذي يبرمه النائب كشراء الحق المتنازع فيه يقع باطلا ولو أنّ النائب لا يدخل ضمن طائفة الأشخاص المحضور عليهم شراء الحقوق المتنازع فيها[4].

ونشير كذلك في هذه النقطة حالة ما تبيّن للأصيل وجود حالة غش، فإذا تواطأ النائب مع الغير قصد الإضرار بحقوق الأصيل، فإنّ ما أبرمه النائب من تصرفات مع الغير على هذا النحو

---

[1]– احمد كازم الياسري، المرجع السابق، ص706.

[2]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص13.

[3]– ايتم فضيلة، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة والقانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة 1، وهران، الجزائر، سنة 2014/2013، 42.

[4]– عبد المنعم فرج الصدّة، المرجع السابق، ص184.

لا تنصرف أثره إلى الأصيل وهنا يقع على الغير إن أراد إلزام الأصيل بهذا التصرف عبئ إثبات أنّ النائب تصرف فعلا ضمن الحدود المرسومة للنيابة[1].

3. العلاقة بين النائب والغير:

إذا حدث التعاقد بين النائب والغير، لا تكوّن أي علاقة بينهما، وذلك راجع للصفة الجوهرية في النيابة والمتمثلة في انتقال آثار العقد إلى الأصيل، ومن ثمّ لا يستطيع الغير مطالبة النائب بأي حق ناشئ عن العقد ولا بتنفيذ أي التزام كذلك، إلا أنه هناك بعض الحالات أين يستطيع النائب أن يسأل الغير الذي تعاقد معه، كما في الحالة التي يضمن فيها النائب للغير تنفيذ الأصيل لالتزاماته، فهنا يمكن للغير أن يرجع على النائب إذا لم ينفذ الأصيل التزاماته، وكذلك إذا ضمن النائب للغير إجازة الأصيل لتجاوز النائب حدود نيابته ولم يجز الأصيل ذلك، هذا بالإضافة إلى الحالة التي تكون فيها النيابة شاملة لتنفيذ العقد فهنا يمكن للغير إلزام النائب بتنفيذ العقد، وهي تكون دائما أي النيابة تشمل التنفيذ في ما إذا كانت نيابة قانونية أو قضائية، وذلك لعجز الأصيل عن تنفيذ العقد كما أنّ النيابة في الحالة الأخيرة يأخذ مصدرها بنظر الاعتبار مصلحة الأصيل الذي يكون في الغالب ناقص الأهلية أو عديمها[2].

و في الأخير نشير إلى أنّ النيابة في التعاقد هي مجرد وسيلة للتسهيل على الأصيل إبرام العقود، فالنائب لا يستفيد من أي أثر لهذا العقد، فهو لا يعدّ من أطراف العقد، فالأطراف تتمثل في كلّ من الأصيل والمتعاقد معه، إذن فالحقوق والالتزامات تنتقل مباشرة إلى أطراف العقد، فالنائب يعدّ من الغير الخارج عن نطاق مبدأ الأثر النسبي للعقد المبرم بين الأصيل والمتعاقد معه.

الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للخلف العام والخاص

إنّ الأصل في مبدأ الأثر النسبي للعقد هو أن هذا الأخير لا يتناول أثره إلا المتعاقدين، إلا أن كلمة المتعاقدين أوسع، فلا يقصد بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب، بل يقصد بها المتعاقدين ومن يمثلانه في التعاقد، فالمتعاقدين إذا تعاقدا انصرف أثر العقد إليهما، وانصرف كذلك إلى الخلف العام، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص، فمن خلال هذا الفرع سنقسمه إلى بندين يتضمن **الأوّل** آثار العقد بالنسبة للخلف العام، أما **البند الثاني** فسنتطرق من خلاله إلى آثار العقد بالنسبة للخلف الخاص.

---

[1]– جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص29.

[2]– احمد كازم الياسري، المرجع السابق، ص706.

البند الأوّل: أثر العقد بالنسبة للخلف العام

يقصد بالخلف العام من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها، باعتبارها مجموعة أموال و يكون الخلف العام إما الوارث للتركة أو الموصي له بجزء منها ولا تلحق هذه الصفة بالشخص إلا في حالة وفاة السلف فقط.[1]

وبعبارة أخرى فإنّ الحقوق التي يكتسبها الخلف، والواجبات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الأصل، وإنما تلقاها لكونه حل محل السلف، ويلزم الخلف بالعقد لأنّ السلف كان ملزما به، وقد استخلفه في حقوقه وواجباته، فالخلف إذن يمارس ويتمسك بحقوق السلف وواجباته وليس بحقوقه الشخصية، وهذا هو أساس انصراف آثار العقد للخلف العام.

وقد أكدّ المشرّع الجزائري على هذا الأمر في المادّة 108 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..."، وكان قد استلهم هذه القاعدة من المشرّع الفرنسي[2] الذي يرى أنّ الخلف يخلف السلف في ذمته المالية، بحيث تنتقل الالتزامات إلى الخلف العام إذا قبل التركة دون تحفظ ويكون مسؤولا عن تنفيذها وسداد الديون إن وجدت حتى من ماله الخاص، ويرجع ذلك لفكرة اندماج شخصيتي المورث والوارث وتشكيل ذمة واحدة لا فرق فيها بين التزامات السلف والخلف العام، وهذا طبعا إذا قبل المورث التركة على حالها، أما إذا قبلها بشرط الجرد فلا تنتقل إليه التركة إلا بعد تنفيذ التزامات السلف[3].

إلا أنّ التساؤل المطروح في هذه الحالة هو: هل في التشريع الجزائري تنتقل إلى الخلف العام باعتبارهم ورثة الحقوق والالتزامات معا أخذا بما قرره المشرّع الفرنسي ؟ أم تنتقل الحقوق لوحدها تطبيقا لقاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون؟

---

[1]– السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002، ص242.

[2]- L'article 1122 (code civil du 1804) propose que: «On est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause, à moins que le contraire ne soit exprimé ou ne résulte de la nature de la convention».

فهذا ما نصّ عليه في قانون 1804، إلا أنه و بعد تعديل 2016 واصل العمل بهذه القاعدة إلا أنه ألغى المادّة 1122 وحلّ محلها المادّة 1199 التي نصّت على أنّ العقد لا ينشئ التزامات إلا بين أطرافه، فلم تمنع هذه الأخيرة انتقال العقد إلى الخلف العام، و بقي التعديل الجديد للقانون المدني يسري على نفس النهج الذي سار عليه تعديل 2022.

[3]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص26.

فللإجابة على هذا التساؤل نرجع إلى نصّ المادّة 108 التي نصّت على أنّ: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

وبالتالي فإنّ المشرّع وإن كان قد أخذ بالقاعدة التي تقضي بانتقال آثار العقد إلى الخلف العام، إلا أنه لم يأخذ بها على إطلاقها، على أساس المبدأ القائل "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، الذي نصت عليه المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري[1].

فطبقا لهذه القاعدة لا تنتقل التزامات المورث إلى ورثته بل تبقى محصورة بتركته، فالورثة لا يُسألون في أموالهم الخاصة للوفاء بهذه الالتزامات، ولا يلتزمون بالوفاء بها، إلا في حدود ما آل إليهم من أموال[2].

إلا أنه وبالرغم من عدم انتقال الالتزامات إلى الخلف العام، إلا أنهم يتأثرون بطريق غير مباشر من الالتزامات الناشئة عن عقود مورثه، ذلك لأنها تنقص من صافي موجودات التركة، وبالتالي تنقص من مقدار ما يتركه السلف[3].

فانتقال أثر العقد إلى الخلف العام هو الأصل، إلا أنه هناك بعض الحالات أين لا ينتقل آثر العقد إلى الخلف العام وتعتبر استثناء عن الأصل، وهي كالآتي:

- **الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام مع اعتباره خلفا:**

بالرجوع إلى نص المادّة 108 من القانون المدني فتنصّ على أنّ: "...ما لم يتبيّن من طبيعة التعامل أو من نصّ القانون، أنّ هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام..."، فمن خلال هذه المادّة يظهر واضحا الحالات التي لا ينصرف فيها أثر العقد إلى الخلف العام وهي طبيعة التعامل، ونصّ القانون، كما أضاف الفقه استثناء ثالث وهو اتفاق المتعاقدين.

فبالنسبة لطبيعة التعامل؛ فإنّ آثار العقد لا تنتقل من السلف إلى الخلف إذا اقتضت طبيعة التعامل ذلك، وهذا أمر طبيعي، لأنه أحيانا تأبى طبيعة الحق أو الالتزام الانتقال إلى الخلف العام.

---

[1]– تنصّ المادّة 180 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي: –مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشرع، الديون الثابتة في ذمة المتوفي؛ الوصية".

[2]– علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003، ص87.

[3]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص26.

وكمثال على ذلك؛ أن يبرم السلف عقدا بموجبه يتحصل على إيراد مدى حياته، فإن طبيعة هذا الحق تمنع من انتقاله إلى خلفه العام في حال وفاته، فكلّما كانت شخصية السلف المتعاقد محل اعتبار في العقد الذي أبرمه، كأن يكون رساما أو محاميا، فإن آثار ذلك العقد لا تنتقل إلى خلفه العام[1].

أما فيما يخص الاستثناء المتعلق بنص القانون؛ فيقصد به الحالة توفر نص في القانون يقضي بألا ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام،[2] مثال على ذلك نصّ المادّة 493 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "تنتهي الشركة بموت أحد الشركاء أو الحجر عليه أو بإعساره أو بإفلاسه".

هذا بالإضافة إلى استثناء ثالث أضافه الفقهاء والمتمثل في اتفاق المتعاقدان في العقد المبرم بينهما على أنّ حقا ما أو التزاما معينا ناشئ عن ذلك العقد يقتصر أثره فقط عليهما دون أن ينتقل إلى خلفهما العام، ويكون هذا الشرط صحيحا طالما لن يتجاوز دائرة النظام العام والآداب العامة، وأساس ذلك قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومثال ذلك أن يتفق الواعد والموعود له في عقد الوعد أن حق إبداء الرغبة لا ينتقل إلى الخلف العام، بل ينقضي بمجرّد وفاة الموعود له[3].

ويكمن السبب في عدم إدراج اتفاق المتعاقدين في نص المادّة 108 المشار إليها أعلاه، فيكون أن قاعدة انتقال أثر العقد إلى الخلف العام ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها، فالعقود التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة تخول لطرفي العقد الاتفاق على عدم انصراف الآثار إلى الخلف العام واقتصارها على الشخص المتعاقد، هذا ويجب على المتعاقدان إدراج شرط عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام بشكل صريح، لأنّ هذا الشرط يعتبر استثناء من القواعد العامّة، وبالتالي يرى الأستاذ السنهوري أنه من الأحسن أن يلجأ المتعاقدان إلى إدراج شرط صريح في مسألة يريدان أن يخرجاها من القواعد خوفا من اللبس، بالرغم من عدم وجود نص في القانون يقضي بوجوب أن يكون الشرط صحيحا[4].

---

[1]– بدري جمال، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد01، الجزائر، سنة 2010، ص،ص166،165.

[2]– عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص543.

[3]– بدري جمال،الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، المرجع السابق، ص166.

[4]– رافد فاطمة، حدود انتقال أثر العقد إلى الخلف العام في التشريع الجزائري، مجلة معارف، العدد 16، الجزائر، سنة 2014، ص152.

- **حالات يصبح فيها الخلف العام من الغير:**

كنا قد تطرقنا سابقا للحالات التي لا ينتقل فيها آثر العقد إلى الخلف العام مع اعتباره خلفا، أما الآن سنبين الحالات التي يصبح فيها الخلف العام من الغير وبالتالي يخرج من نطاق المتعاقدين ولا ينتقل إليه أثر العقد.

فهناك بعض الحالات أين يصبح الخلف من الغير وقد يكون ذلك بفعل تدخل القانون الذي يعطي أحيانا للخلف العام حقوقا بطريق مباشر لا من طريق الميراث عن سلفه، وقد يهدف من وراء ذلك إلى إضفاء حماية خاصة لهذا الخلف من بعض التصرفات الضارة التي قد تصدر عن مورثه، فالخلف العام تبعا لذلك يصبح من الغير بالنسبة لتلك التصرفات الضارة، أي أنها تكون غير نافذة في حقه[1].

فالقاعدة العامة هي تمتع المورّث بالحرية في التصرفات التي يجريها على أمواله ما دام حيا شرط أن لا تخلّ بالنظام العام والآداب العامة، ولكن قد يحدث أن يعمد المورّث إلى إبرام تصرفات تضاف إلى بعد وفاته، كأن يوصي ببعض أمواله إلى وارث معيّن أو شخص آخر، فقد توقّع المشرّع ذلك وتصدّى لها مسبقا؛[2] بالنص على تلك الوصية لا تنفذ في حق الوارث إلا في حدود الثلث وهذا ما نصت عليه المادّة 185 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي: "تكون الوصية في حدود ثلث التركة ومزاد على ثلث التركة يتوقف على إجازة الورثة"، أو أن يجري تصرفات وهو في مرض الموت ويكون المقصود منها التبرع فيعتبر التصرف الحالة تصرف مضاف إلى ما بعد الموت،[3] فأخضعه المشرع إلى أحكام الوصية، وسمح للوارث أن يطعن فيهاوهو ما نصّت عليه المادّة 776 من القانون المدني الجزائري.

البند الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص

إنّ آثار العقد لا تنصرف فقط للمتعاقدين وخلفهم العام بل يمكن أن تنتقل أيضا إذا توافرت بعض الشروط إلى الخلف الخاص؛ وبالتالي ومن خلال هذه النقطة سنحاول معرفة المقصود من الخلف الخاص في **النقطة الأولى**، ثم تنتقل إلى شرح الشروط الواجب توافرها لتنتقل آثار العقد إلى هذا الخلف في **النقطة الثانية**.

---

[1]- بدري جمال، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة،المرجع السابق، ص167.

[2]– رافد فاطمة، المرجع السابق، ص158.

[3]– عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص544.

أولا: المقصود من الخلف الخاص

يقصد بالخلف الخاص كل من تلقى حقا معينا من سلفه، وقد يتمثل هذا الشيء في حق عيني، كحق الملكية أو حق الرهن، أو في حق شخصي، كحوالة الدين، وقد يكون الشيء ماديا أو غير مادّي، هذا وتتميز وضعية الخلف الخاص عن الوضعية التي يرتبها الحق الشخصي بكون هذا الأخير يقتصر على تقرير حق في ذمة المدين لصالح الدائن، فهو ينشئ علاقة قانونية تربط الدائن بالمدين، فالدائن لا يكون خلفا خاصا للمدين، فالمستأجر ليس بخلف للمؤجر بل هو دائن، بينما تتعدّى وضعية الخلف الخاص هذه العلاقة الشخصية، فتتناول انتقال الشيء وما يترتب عليه، فللمشتري حق شخصي على البائع باعتباره دائنا له بنقل ملكية المبيع، وهذه علاقة بين البائع والمشتري، وهو في نفس الوقت خلف خاص له فيما يتعلق بحق ملكية المبيع الذي تلقاه، فتكون العبرة إذن بانتقال المبيع وما يترتب عليه في مواجهة كافة الناس[1].

ثانيا: شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص

نصّت المادّة 109 من القانون المدني على ما يلي: "إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإنّ هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء له". فمن خلال هذه المادّة نستنتج الشروط الواجب توافرها لانتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص وهي كالآتي:

1. أن يكون تاريخ العقد سابقا على انتقال الشيء إلى الخلف الخاص:

إذا كان العقد قد أُبرم بعد انتقال الشيء فلا تنصرف آثاره إلى الخلف، ومثال على ذلك إذا باع شخص منزله وكان قد أمن عليه ضدّ الحريق بعد إبرام عقد البيع فلا يلتزم الخلف الخاص بالآثار المتولدة عن العقد،[2] لأنه بعد انتقال ملكية المنزل أصبح المستخلف مالكا له ولا يجوز للغير إبرام عقود تتعلق به لأنه وبطبيعة الحال أصبح السلف من الغير،[3] أماّ إذا كان قد أبرم عقد التأمين بعد البيع فيكون قد مكن للحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد التأمين أن تنتقل منه إلى المشتري،[4] ومنه حتى تتحقق الأسبقية قانونا لابدّ أن يكون تصرف السلف بتاريخ ثابت قبل انتقال المال إلى

---

[1]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص327.

[2]-محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص344.

[3]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص38.

[4]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص344.

الخلف الخاص، أما إذا كان تاريخ التصرف غير ثابت كان من حق الخلف الخاص التمسك بعدم نفاذ التصرف المثبت فيها في حقه[1].

2. أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء:

تعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء؛ إذا كانت مكملة له أي من شأنها أن تزيد في قيمته وفائدته من حيث الانتفاع به، أو تنقص من هذه القيمة، بحيث تحدّ من حرية استعماله، وتكون الحقوق على وجه الخصوص من مستلزمات الشيء إذا كانت لا يمكن التعرف عليها إلا من خلاله، فهي توابع للشيء ذاته، وقد قيل إنّ الحقوق التي تعدّ من مستلزمات الشيء هي تلك التي لا يمكن فصلها عن الشيء وإلا أصبحت دون معنى[2].

ومثال على ذلك الحق الذي يكون تأمينا للشيء؛ سواء كان هذا التأمين عينيا أو شخصيا، لأنّ التأمين يعدّ مكملا للشيء، إذ هو يحفظه ويقويه، فإذا حول الدائن حقه، انتقل للمحال له مع هذا الحق تأميناته من كفالة أو رهن أو غير ذلك[3].

فكل هذا عندما يكون الحق مكملا، أما إذ لم يكن مكمل بمعنى أنه ليس من مستلزمات الشيء؛ فلا ينتقل إلى الخلف الخاص، فإذا كان بائع السيارة قد استأجر لها مكانا لحفظها فيه فإن هذه الحقوق لا تنتقل إلى المشتري[4].

أما فيما يخص الالتزامات فهي الأخرى تعتبر من مستلزمات الشيء، إذا كانت محددة للشيء أي تقيد استعماله أو تحد من سلطات المالك عليه، ولا يستطيع غير المالك تنفيذها عينا، وعلى ذلك تنتقل الارتفاقات العينية، التي ترتب على الشيء فحق الارتفاق على العين يتنقل معها.

ومن أمثلة هذه الالتزامات التزام مشتري المنزل بعدم استعماله كمقهى أو مطعم بل للسكنى[5].

3. أن يكون الخلف عالما بالحق أو الالتزام وقت انتقال الشيء إليه:

من بين شروط انتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص أن يكون هذا الأخير عالما بالحقوق والالتزامات وقت انتقال المال إليه، فلا يجوز له أن يلزم بشيء لم يعلم به؛ وتكون العبرة بالعلم الحقيقي وتظهر أهمية هذا الشرط خاصة بالنسبة للالتزامات المترتبة على تصرف السلف، بحيث

---

[1]- خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص125.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص328.

[3]- عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص549.

[4]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص345.

[5]- عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص552.

يكون للخلف مصلحة جدية في معرفة القيود الواردة على المال الذي ينتقل إليه حتى يكون على دراية من أمره، ويقع عبئ إثبات علم الخلف الخاص بالالتزام على عاتق الغير المتعاقد مع السلف، لأن هذا الغير هو الذي يطالب الخلف بتنفيذ الالتزام، أما بالنسبة للحقوق فلا يشترط العلم بها للإفادة منها لكونها شيء إيجابي بالنسبة للخلف وتزيد من قيمة الشيء، ومثال ذلك إذا اشترى شخص عقارا ثم اكتشف أن له حق ارتفاق بالمطل كان البائع قد تعاقد عليه مع الجار[1].

المطلب الثاني: آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين والغير

رأينا سابقا أنّ آثار العقد تنتقل إلى أطرافه وإلى خلفهم العام والخاص، أما بالنسبة للنائب فهو لا يعتبر من المتعاقدين وإنما مجرد وسيط بين الأصيل والغير؛ وبالتالي لا يستفيد من أي أثر من آثار العقد.

إلا أنه قد تمتدّ آثار العقد لتشمل الدائنين العاديين حيث تنصّ المادّة 188 من القانون المدني على أنّ: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه..."، فإنّ للدائنين العاديين الضمان العام على أموال المدين مما يجعلهم يتأثرون بالعقود التي يبرمها؛ إلا أنه يبقى التساؤل مطروح هل يعتبر الدائنين من الخلف ما دام يستفيدون من آثار العقد أم هم من الغير ويستفيدون من الآثار بصفة استثنائية عن القاعدة الأصلية؟

وبدراستنا لآثار العقد بالنسبة للمتعاقدين لاحظنا أن هذه الآثار لا يستفيد منها الغير لأنه أجنبي عن العلاقة العقدية، حتى بالنسبة للخلف قد يصبح في أحوال معينة من الغير ولا يستفيد من آثار العقد، فالخلف العام يكون من الغير، إذا أثبت أن التصرف الذي صدر من سلفه قد صدر في مرض الموت، فلا يسري التصرف في حقه إلا على اعتبار أنه وصية.

والخلف الخاص يكون من الغير، ولا ينصرف إليه أثر العقد، إذا كان هذا العقد غير سابق على انتقال الشيء إلى الخلف، أو كان الحق أو الالتزام الناشئ من العقد غير مكمل للشيء أو غير محدد له، بالإضافة إلى علم الخلف بالحقوق والالتزامات وقت انتقال المال إليه.

فإذا كان هذا هو الأصل في القواعد العامة، فهل يمكن أن يرد عليه استثناء يجعل الغير يستفيد من آثار العقد؟

---

[1]– خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص126.

فإجابة على التساؤلين السابقين لابدّ علينا من تقسيم مطلبنا إلى فرعين يتضمّن **الفرع الأوّل** مسألة آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين، أما **الفرع الثاني** فسنحاول من خلاله إظهار آثار العقد بالنسبة للغير.

الفرع الأوّل: آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين

لقد أثير خلافا شديد في الفقه الفرنسي[1] حول تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنون العاديون، فبعض الفقهاء يصنفهم على أنهم خلف عام مما يؤدّي إلى إكسابهم حقوقا من العقود التي يبرمها المدين، وتحملهم التزامات أيضا، والبعض الآخر يعتبرهم خلفا خاصا، كما يعتبرهم فقهاء آخرون من الغير،[2] وهذا يؤدّي إلى استبعادهم كلية وعدم إلزامهم بالعقود التي أبرمها المدين وتقرر حمايتهم تطبيقا لمبدأ نسبية العقد، وعلى هذا سنحاول من خلال هذا الفرع توضيح أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم خلفا للمدين في **بند أوّل**، ثمّ في **البند الثاني** سنحاول التطرق إلى أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الغير.

البند الأوّل: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم خلفا للمدين

اختلف الفقه بشأن اعتبار الدائنين العادين من الخلف من عدمه، فالبعض يرى أنهم خلف عام من بينهم الفقيه لاكانتينري بودري، لأنّ لهم حق الضمان العام على جميل أموال المدين،[3] وهو ما يتمتع به أيضا الدائن العادي و هذا ما جاء في الفقرة الأولى من المادّة 188 من القانون المدني الجزائري. فنستنتج من فحوى هذه المادّة أنّ كل تصرف يبرمه المدين على أمواله ينصرف إلى دائنيه. في حين يرى البعض الآخر أنّ الدائنين يعتبرون خلف خاصا للمدين من بينهم الفقيه لابورد؛ بالرغم من أنّ الخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقا واردا على عين أو أعيان معينة مثل المشتري أو الموصى له بأعيان معينة، بينما حق الدائن العادي يرد على ذمة المدين بأكملها، أي أنّ له حق الضمان العام، فالاختلاف واضح بين الطائفتين؛ إلا أنهم وحسب رأيهم أنّ الدائن العادي يتمثل حقه في قيمة مادية خاصة نقدا أو عينا، وبالتالي تنصرف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه مثل الخلف الخاص تماما، فيذهب الفقيه "لابورد" إلى أنّ الخلف الخاص هو من يتلقى

---

[1]– من بينهم الفقيه لابورد، وكذلك الفقيه لاكانتينري بودري، وغيرهم، راجع في ذلك جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص،ص 52،53،54.

[2]– من بينهم الفقيه veaux، راجع زواوي فريدة، المرجع السابق، 53.

[3]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص331.

حقا في عين معينة دون أن تكون معينة بذاتها، وهو على هذا الوضع يعدّ الدائن العادي خلفا خاصا ما دام يتلقى حقا في شيء معين، هذا الشيء عبارة عن قيمة اقتصادية يتصرف فيها المدين فتخرج من ذمته لتدخل في ذمة الدائن، لا فرق في ذلك بين أن تكون القيمة عبارة عن عقار أو منقول معين بذاته أو دين بمبلغ من المال، و يضيف الفقيه أنّ مركز الدائن العادي لا يختلف عن مركز الخلف الخاص، إذ لا اعتبار بالقيمة الاسمية للدين، بل الاعتبار بما سوف يحصل عليه الدائن وقت حلول دينه[1].

إلا أنّ التصرفات التي يبرمها المدين، تؤثر على الدائن؛ فتصرف المدين الذي يدخل حقا إلى ذمته أو يرتبه التزاما ينعكس بالإيجاب على الدائن فتزيد نسبة استيفائه لديونه، أما في حالة ما إذا رتب العقد التزام في ذمة المدين فينعكس بالسلب؛ إذ تنخفض الأموال الضامنة لدينه،[2]وبناء عليه فإنّ المشرّع حماية لحقوق الدائنين في الضمان العام أقّر لهم وسائل قانونية والمتمثلة في حقّ رفع إحدى الدعوى الثلاث؛ والمتمثلة في كل من الدعوى غير المباشرة؛ وهي عبارة عن دعوى يرفعها الدائن باسم ولحساب المدين نيابة عنه، إذا أهمل هذا الأخير في المطالبة بحق له في ذمة الغير، وبالتالي يجوز للدائن أن يقاضي ويسأل هذا الغير مثلا إذا كان مسؤولا مدنيا عن ضرر أصاب المدين والذي أهمل المطالبة بتعويضه عن الضرر[3]وهذا ما نصّت عليه كلا المادتين 189 و190 من القانون المدني، بالإضافة إلى الدعوى البوليصية؛ فالأصل أن تصرفات المدين تكون نافذة في مواجهة الدائن بشرط حسن نية المدين غير أنه إذا تصرف تصرفا ضارا بدائنيه أو غشا منه فلا تصبح تصرفاته نافذة في حق دائنيه؛ وهذا ما ورد في نص المادّة 191 من القانون المدني، والدعوى الصورية في حالة قيام المدين بتصرف كاذب للإنقاص من الضمان العام وهذا ما نصّت عليه المادتين 198 و199 من نفس القانون، هذا بالإضافة تقرير القانون للدائن حق حبس الشيء في حالة ما امتنع المدين عن تنفيذ التزامه ولا يسلمه للمدين إلا إذا نفذ هذا الأخير التزامه وهو ما نصّت عليه المادّة 200 من القانون المدني[4].

---

[1]– يوسفي كهينة، المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ الأثر النسبي للعقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد. 12، العدد.1، سنة 2019، ص130.

[2]– جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص50.

[3]– محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 1990، ص276.

[4]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص،ص56،55،54.

هذا وتجدر الإشارة أنّ العقود التي يبرمها المدين والتي لا يسري مفعولها في حق الدائنين هي العقود الحقيقة التي لا تهدف إلى الإضرار بدائنيه، أما إذا كانت تلك العقود ما هي إلا عقود صورية وكان الغرض منها خروج المال من ذمة المدين، ففي هذه الحالة للدائن حق الطعن في هذه العقود بدعوى الصورية والتمسك بالعقد المستتر، أما إذا كان تصرف المدين يلحق ضررا بدائنيه من خلال إبرام عقد بهدف الغش والتواطؤ، فهنا من حق الدائن الطعن في هذا العقد بدعوى عدم النفاذ أي الدعوى البوليصية وفقا للمادّة 191 من القانون المدني و ذلك حتى لا يصبح العقد نافذا في حقه[1].

وزيادة على الوسائل التي قررها المشرع حماية للدائن العادي لضمان الوفاء بالدين، فله الحق في المطالبة بإشهار عسر المدين متى كانت أمواله لا تكفي لتسديد ديونه المستحقة الآداء، وذلك حتى يتسنى للدائن التنفيذ عليها[2].

فحسب رأينا ومن خلال ما سبق لا يمكن اعتبار الدائنين العاديين خلفا عاما، لأنه لو اعتبرناه خلفا عاما لا يمكنه الاحتجاج على التصرفات التي يقوم بها المدين وهو على قيد الحياة، إذ لا يمكن للوريث أن يمنع المورث من القيام بالتبرع وهو متمتعا بكامل قواه العقلية باعتبار أنّ هذا التبرع سينقص من التركة، عكس ما رأيناه أنّ المشرّع حمى الدائن من التصرفات التي يقوم بها المدين والتي من شأنها الإنقاص من نسبة ضمان حصول الدائن على دينه، فله أن يحتج على أي تصرف يمكن أن يعود سلبا على ضمان الوفاء بالدين.

ولا يمكن أن نعتبره خلفا خاصا؛ لأنّ هذا الأخير تنتقل إليه بعض الحقوق والالتزامات نتيجة تصرفات سلفه، عكس الدائن الذي لا يكون معنيا بتصرفات المدين بل كل ما في الأمر أنه يتأثر بوجود العقد لأنه حجة عليه، ولكنه من الغير بالنسبة للخلف العام أو الخلف الخاص، وصفة الغير الحقيقة للدائن تتجلى بالخصوص عندما لا يتعلق بانتقال أثر العقد الذي يبرمه المدين وإنما يتعلق الأمر بحجية المركز القانوني الناشئ عن العقد، وهذه الحجية تخص الجميع ولكن بالنسبة للدائن فلهذه الحجية أهمية خاصة مما جعله يحظى بحماية قانونية لضمان حقه[3].

---

[1]– محمد حسنين، المرجع السابق، ص278.

[2]– بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2015، ص381.

[3]– صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ، سنة 2001، ص56.

البند الثاني: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الغير

إنّ الخلط الذي وقع فيه الفقهاء حول تحديد الطائفة التي ينتمي إليها الدائنين العاديين ومدى انصراف آثار العقود التي يبرمها مدينه إليه، هو نتاج عدم التدقيق في مفهوم كل من نفاذ العقد ونسبية آثاره،[1] فهما أمران يختلفان عن بعضهم البعض، فعقود المدين لا تلزم دائنيه نتيجة نسبية آثار العقد، ولكن تعتبر نافذة في مواجهته، وبالتالي يعتبر الدائن من الغير، إذ العقود كقاعدة عامة تعتبر نافذة في مواجهة الغير إن توافرت فيها الشروط المتطلبة قانونا؛ كالشهر مثلا بالنسبة للتصرفات الواردة على العقار، إلا أنّ الدائن العادي يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه، بصفة خاصة، ذلك لأنها تؤدّي إلى النقص أو الزيادة في أصول الذمة المالية للمدين، وبالتالي التأثير على الضمان العام للدائن، لأنّ الدائن الجديد سيشاركه فيه، ولكن رغم كل هذه الاعتبارات يبقى الدائن العادي أجنبيا عن عقد أبرمه مدينه إذ لا يحمله العقد التزاما ولا يكسبه حقا.[2]

وإن كان المشرّع قد مكنه إذا ما توافرت الشروط القانونية من ممارسة بعض الدعاوى؛ كالدعوى الصورية، أو الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة، فمن خلال هذه الدعاوى سيلحق أثر العقد للدائن العادي بحكم القانون تطبيقا لمعنى دعاوى الضمان العام، حتى يستطيع الدائن حماية ماله من ديون لدى مدينه، فإذا كان تصرفات هذا الأخير ضارة بالدائن جاز له الطعن في العقد الذي يجريه المدين،وهذا يعتبر استثناءا عن مبدأ نسبية العقد، الذي يقضي بألا ينصرف أثر العقد إلى الغير، ولكنه لن يكون ضمن الأطراف الذين بإمكانهم تعديل العقد أو إنهائه،ولا ضمن الخلف العام أو الخاص. وفي غير هذه الصور ليس للدائن أن يدعي حقا على العقد بل يجب اعتباره غيرا يعارض بالعقد أو يستفيد به باعتباره واقعة قانونية لا غير[3].

فمن خلال ما سبق نتساءل عن موقف المشرّع الجزائري حول هذه المسألة؛ ففيما يخص مدى اعتبار الدائنين العاديين خلفا لمدينهم، فالمشرّع لم يعتبر الدائن لا خلفا عاما ولا خاصا، أي أنّ الدائن ليس بالمعنى الذي يتحقق في الخلف حينما تنتقل إليه آثار العقود التي يبرمها المدين كما

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص332.

[2]- زواوي فريدة، المرجع السابق، ص54.

[3]- يوسفي كهينة، المرجع السابق، ص131.

هو الحال في الخلافة العامة ولا في صورة الخلافة الخاصة من جهة، ولا بمعنى الغير الأجنبي عن العقد من جهة أخرى[1].

فبالرجوع إلى نصّ المادّة 191 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: " لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضارا به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزامات هو ترتب عسر المدين أو زيادة عسره...".

يتبين من هذه المادة أن دعوى عدم النفاذ هي دعوى مقررة لصالح الغير، وهذا يعني أن المشرع الجزائري اعتبر الدائن العادي من الغير[2] ولكن هل نفسه الغير الذي لا يتأثر بالعقد بصفة مطلقة؟

بالرجوع إلى القاعدة العامة أنّ للمدين أن يتصرف في ماله دون أن يكون للدائن الحق في مناقشته، لكن القانون خوّل له حماية خاصة تتمثل في بعض الوسائل القانونية التي سبق الإشارة إليها والمتمثلة في الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية بالإضافة إلى الدعوى الصورية،[3] فهذه الوسائل تضمن له حقه من تصرفات المدين الضارة باعتبار أنّ جميع أموال المدين ضامنة لديونه وفقا للمادّة 188 من القانون المدني الجزائري، وعليه يمكن القول مما سبق أنّ الدائن العادي وفقا للمشرّع الجزائري لا يكون من الغير الذي لا يتأثر من العقد بصفة مطلقة، إنما هو من الغير المعني بالعقد حسبا ما سمّاه البعض[4] طالما يعطيه القانون حق الاعتراض على عقود مدينه عندما تكون له مصلحة في ذلك.

الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للغير

الغير هو الشخص الأجنبي عن العقد وعن المتعاقدين، فهو أجنبي عن العقد طالما لم يكن طرفا فيه، أي أنّ العقد لم يبرم لا باسمه ولا لحسابه، وهكذا يعتبر الوكيل أو النائب من الغير لأنهما لم يتعاقدا باسمهما ولا لحسابهما، بل باشرا عملية التعاقد باسم ولحساب الموكل أو الأصيل، ويكون الشخص كذلك من الغير إذا كان أجنبيا عن المتعاقدين؛ كالوارث بالنسبة للتصرفات التي

---

[1]- يوسفي كهينة،المرجع السابق، ص133.

[2]- صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص58.

[3]- راجع الصفحة رقم 330 من هذه المذكرة.

[4]- يوسفي كهينة، المرجع السابق، ص133.

قام بها المورث في مرض الموت، أو المشتري الذي يجهل الالتزامات المتصلة بالمبيع الذي تلقاه، فالغير إذن هو الشخص الأجنبي تماما عن العملية العقدية وعن المتعاقدين وهذا ما يمنع انصراف آثار العقد إليه[1].

وعلى هذا يمكن القول أنّ العقد لا يضر ولا ينفع الغير وهذا ما نصّت عليه المادّة 113 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها ما يلي: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

ولكن على الرغم من ذلك يبقى العقد واقعة اجتماعية لا يمكن للغير تجاهلها أو إنكار وجودها، كما يعتبر حجة عليه من جهة، وللغير أن يتمسّك بالعقد كواقع اجتماعي في مواجهة العاقدين، وسند إثبات يحتج به فيما يراه مناسبا لحماية حقوقه من جهة أخرى[2].

فكل ما تطرقنا إليه هو أصل مبدأ الأثر النسبي للعقد بمعنى الغير لا يستفيد من أي حقوق ولا يتحمّل أي التزامات، إلا أنّ هذه القاعدة ليست بمطلقة، فهي الأخرى يرد عليها استثناءات؛ فقد يتعهد الشخص طرفا في عقد للغير أو قد يستفيد هذا الغير من اشتراط المتعاقدين أو من الدعوى المباشرة. وهذا ما سنفصل فيه في البنود التالية.

البند الأوّل: التعهد عن الغير

تنصّ المادّة 114 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا تعهّد شخص عن الغير فلا يتقيّد الغير بتعهّده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهّد أن يعوّض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلّص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ ما التزم به.

أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإنّ قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبيّن أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر التعهد".

فالمشرّع لم يعرّف التعهّد عن الغير، ما يضطرنا بالرجوع إلى التعريفات الفقهية التي أجمعت على أنه عقد بين شخصين يلتزم أحدهما وهو المتعهّد، بأن يجعل شخصا ثالثا يلتزم في مواجهة المتعاقد معه، بمعنى أخر هو تعهد شخص أن يحمل الغير على قبول الالتزام بأمر معين، ومثال على ذلك أن يتعهد (أ) لـ (ب) بأن يجعل (ج) يبيع له منزله[3].

---

[1]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص334.

[2]- جيلالي بن عيسى، المرجع السابق، ص62.

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص350.

والتعهد عن الغير غير نادر الوقوع في الحياة العملية و يراد منه في غالب الأحيان علاج موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاء ذي الشأن لسبب ما فيلتزم عنه غيره، ومثال على ذلك الوكيل إذا رأى أن يجاوز حدود الوكالة، و لم يتمكّن من الحصول على إذن في ذلك من الموكل، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهدا عن الموكل،[1] فإما يقبل هذا الأخير هذا التعهد أم يرفضه، باعتبار أنّ الغير غير ملزم بما تعهّد به المتعهد، و يحتفظ بكامل حريته فيما يتعلّق بقبول أو رفض التعهد، فإن شاء قبل التعهد، وإن شاء رفض، ولا يتحمّل أي مسؤولية مهما كان نوعها، والقبول قد يكون صريحا أو ضمنيا، وبدون أثر رجعي، ومعنى ذلك أن تاريخ التزام الغير هو يوم قبوله للتعهد وليس تاريخ انعقاد التعهد،[2] وهذا ما تضمنته المادّة 114 من القانون المدني.

فمن خلال ما سبق أنّ التعهد عن الغير مكوّن من ثلاثة أشخاص؛ وهم كل من المتعهّد، والمتعهد له، بالإضافة إلى المتعهد عنه، فبما أنّ هذا التعهد هو عبارة عن عقد فيخضع لمبدأ الأثر النسبي للعقد وبالتالي يتأثر بهذا التعهد كل من المتعهد والمتعهد له، أما المتعهد يعتبر من الغير ولا تنصرف إليه أثر العقد.

وحتى نكون أمام تعهد عن الغير يجب أن تتوفر شروط ثلاث تتمثل في:

- المتعهّد يتعاقد باسمه هو لا باسم الغير الذي يتعهد عنه، وهذا ما يجعل التعهّد يتميز عن الوكالة، إذ أنّ الوكيل يعمل لحساب الموكل وتنصرف آثار العقد الذي يبرمه إلى الموكل باعتباره أصيلا. أما المتعهد فيبرم العقد باسمه هو وتنصرف آثار العقد إلى ذمته ويلتزم هو نفسه والغير لا يلتزم.
- أن تتجه إرادة المتعهد عن الغير إلى إلزام نفسه هو لا إلزام الغير إذ لا يمكن إلزام شخص بآثار عقد لم يكن طرفا فيه تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد[3].
- أما الشرط الثالث؛ يُلزم من خلاله المتعهد أن يحمّل الغير قبول التعهد، والتزام المتعهد هذا هو التزام بالوصول إلى غاية، وليس ببذل عناية، فلا يكفي أن يبذل المتعهد ما في وسعه لحمل الغير على قبول التعهد، بل يجب أن يصل فعلا إلى هذه الغاية فيقبل التعهد، ولكن إذا قبل الغير التعهد،

---

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص557.

[2]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص337.

[3]– محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص351.

وقف التزام المتعهد عند هذا، فلا يكفل تنفيذ الغير لهذا التعهد، ومن هنا كان الفرق بين المتعهد عن الغير والكفيل، فالكفيل يكفل تنفيذ التزام المدين بعد أن يوجد ولا يكفل إيجاده أما المتعهد عن الغير فيكفل إيجاد الالتزام في ذمة الغير ولا يكفل تنفيذه[1].

أما في القانون المدني الفرنسي قبل تعديله نصت المادّة 1120 على فكرة التعهد عن الغير، حيث نصّت على أنه "يمكن التعهد عن الغير بأن يقوم هذا الأخير بعمل، ولكن يلزم المتعهد عن الغير بالتعويض إذا رفض الغير تنفيذ ما جاء بالتعهد".[2] فيختلف هذا النص عن ما ورد في القانون المدني الجزائري أنّ هذا الأخير سمح للمتعهد أن يتخلص من التعويض إذا نفذّ ما تعهّد به.

إلاّ أنه و بعد تعديل 2016 الواقع على القانون المدني الفرنسي استحدثت المادّة 1204 التي كرست توجه المحاكم، إذ أنّ المشرّع كرّس بالتعديل الأخير أحكام المحاكم بصيغة نصّ تشريعي[3] حيث نصّت على ما يلي: "يمكن أن يتعهد شخص لآخر بأن الغير سيقوم بفعل ما.

تبرأ ذمة المتعهد من كل التزام إذا قام الغير بتنفيذ الفعل محل التعهد. وفي حال العكس، يمكن أن يلزم بالتعويض عن الضرر .

إذا كان محل التعهد إبرام تصرف قانوني ما، يعتبر التصرف القانوني صحيحا بأثر رجعي يعود لتاريخ نشوء العقد" وهو ما نصّ عليه تعديل 2022[4]. فمن خلال هذه المادّة نستنتج أنّ المشرّع الفرنسي أجاز لشخص التعهد لآخر بأنّ الغير سيقوم بفعل ما إما إبرام أو تنفيذ اتفاق، ويعتبر التزام المتعهد هذا التزام بتحقيق نتيجة، وتبرأ ذمته من كل التزام إذا قام الغير بتنفيذ الفعل محل التعهد، وفي حال العكس يمكن أن يلزم بتعويض الضرر. أما إذا كان محل التعهد إبرام تصرف قانوني ما، يعتبر التصرف القانوني صحيحا بأثر رجعي يعود لتاريخ نشوء التعهد فيما لو نفذ الغير الفعل محل التعهد ألا وهو إبرام التصرف القانوني، فيعتبر الشريك الغائب في حالة

---

[1]– عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، المرجع السابق، ص557.

[2]- L'article 1120 (code civil français du 1804) propose que: «Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ».

[3]– رغيد عبد الحميد فتال، المرجع السابق، ص22.

[4]- l'article 1204 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que: «On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers.
Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts.
Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit».

الشركاء في المال الشائع غير حاضر وقت العقد ولا يمكن انتظاره خوف ضياع الصفقة، فيتعهد أحد الشركاء الحاضرين عنه للمشتري بأن الشريك الغائب سيوافق على الصفقة، وفي هذه الحالة وتطبيقا للفقرة الأخيرة من المادّة 1204 يعتبر الشريك الغائب قد وافق على الصفقة منذ أن تعهد أحد الشركاء الحاضرين عنه للمشتري بأنه سيوافق على الصفقة ولو كان تاريخ موافقته فعليا لاحقا على هذا التعهد.

البند الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

نصّت المادّة 116 من القانون المدني الجزائري على الاشتراط لمصلحة الغير حيث جاء فيها ما يلي: "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

فطبقا لهذا النص يفترض في الاشتراط لمصلحة الغير وجود متعاقدين، المشترط والمتعهد؛ يبرمان عقدا ينشأ عنه مباشرة حق لشخص أجنبي عن العقد يسمّى المنتفع، وأوضح مثال على ذلك هو عقد التأمين على الحياة، فلنفترض أنّ زوجا أمن على حياته لدى شركة التأمين بمبلغ 10.000 دينار تدفع لزوجته، فإنّ الزوج يسمّى المشترط، وشركة التأمين تسمّى المتعهّد، والزوجة تسمّى المنتفع، ويكون عقد التأمين بين الزوج وشركة التأمين قد أنشأ حقا مباشرا في مبلغ التأمين لمصلحة الزوجة دون أن تكون طرفا في هذا العقد، وإذن فالاشتراط لمصلحة الغير يعتبر استثناء من قاعدة أنّ الأصل في العقد أنه نسبي لا يلزم إلا المتعاقدين وخلفهما ولا ينشئ حقوقا إلا لصالحهما، ولا يلزم الغير ولا يرتب له حقا، وخلافا لما رأينا في التعهد عن الغير أنه يتكوّن من عقدين، التعهد والعقد الذي يقبل الغير إبرامه، وللاشتراط لمصلحة الغير أمثلة عملية عديدة منها:

واهب يقوم بعمل هبة ويشترط على الموهوب له رعاية أحد أقاربه من بعده، أو بائع يبيع منزله ويشترط على المشتري أن يسدد الدين الذي عليه لدائنيه.[1]

فهذا كان بالنسبة للقانون المدني الجزائري، أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي وما يجدر الإشارة إليه أنه وبعد تعديله سنة 2016 أحدث خمس مواد تنظّم هذا الاشتراط في المواد من 1205 إلى 1209 بعدما كانت تنظمه مادّة واحدة في القانون القديم ألا وهي المادّة 1121[2] التي كانت تنصّ على أنه: " يمكننا أيضا الاشتراط لمصلحة الغير عندما يكون الاشتراط لمصلحة المشترط، أو لمصلحة الغير كهبة"[3]، أما في التعديل الجديد فقد توسّع المشرع[4] في هذا الاشتراط حيث نصّت المادّة 1205 على إمكانية الاشتراط لمصلحة الغير حيث جعلت منه قاعدة أصلية بعدما كان قديما مجرّد استثناء حيث كانت تنصّ على أنّ الاشتراط لمصلحة الغير يتحقق في حالات معينة فقط وهي الاشتراط لمصلحة المشترط، والاشتراط في حالة الهبة،[5] وبالتالي في غير هذه الحالات لا يمكن الاشتراط لمصلحة الغير، هذا وأضافت الفقرة الثانية[6] من هذه المادّة أنه يمكن للمنتفع أن يكون شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعينهما مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشارطة، هذا وأضافت المادّة 1206 فقرة 1 التي منحت المنتفع بالرغم من أنه من الغير حقا مباشرا في الرجوع على المتعهد بتنفيذ الاشتراط إذا تقاعص هذا الأخير في التنفيذ، وذلك منذ إبرام العقد[7].

كذلك تضمّن تعديل 2016 مسألة التراجع عن الاشتراط حيث مكّنت الفقرة الثانية من المادّة 1206 المشترط الرجوع عن الاشتراط لمصلحة الغير في حالة ما رفض الغير هذا الاشتراط، ولا

---

[1]– علي علي سليمان، المرجع السابق، ص،ص90،91.

[2] – رغيد عبد الحميد فتال، المرجع السابق، ص 17.

[3]- l'article 1121 (code civil français du 1804) propose que: «On peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on fait à un autre».

[4]- Clément François, Présentation des articles 1203 à 1209 de la nouvelle sous-section 2 "Le porte-fort et la stipulation pour autrui", la revue d'université paris1 panthéon Sorbonne, l'article publié le 29/06/2016, consulté le 02/01/2022, cet article est publié sur le site suivant:
https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre3/stitre1/chap4/sect2/ssect2-porte-fort-stipulation-autrui/.

[5] - l'article 1205 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que: «On peut stipuler pour autrui».

[6] - l'article 1205/2 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse».

[7] - l'article 1206/1 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation».

يمكن للمشترط الرجوع عن الاشتراط إذا كان وصل قبول المنتفع بهذا الاشتراط إلى المشترط أو المتعهد وهو ما ورد في الفقرة الثالثة من نفس المادّة[1].

هذا وقد فصّلت المادّة 1207 في الشروط الواجب توفرها حتى يتمّ التراجع عن الاشتراط لمصلحة الغير، كوجوب صدور التراجع من المشترط، أو ورثته في حال وفاته،[2] كذلك أضافت الفقرة الثانية من هذه المادّة أنه في حالة التراجع عن هذا الاشتراط يصبح المشترط أو ورثته في حالة وفاته هو المنتفع، إلا إذا تمّ تعيين منتفع آخر.[3] أما المادّة 1208 فقد عالجت هذه الأخيرة مسألة قبول الاشتراط لمصلحة الغير، حيث نصّت على إمكانية صدور هذا القبول من المنتفع أو ورثته في حالة وفاته، ويمكن أن يكون هذا القبول صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، و ممكن حتى أن يحصل بعد وفاة المشترط أو المتعهد[4].

هذا وقد أكّدت المادّة 1209 على حق المشترط في إلزام المتعهد بتنفيذ التزامه اتجاه المتعهد.[5]

فمن خلال ما سبق نلاحظ أنّ المشرّع الفرنسي بعدما كان ينصّ على الاشتراط لمصلحة الغير في نطاق ضيق أي لا يمكن العمل به إلا في حالة ما كان هذا الاشتراط يحقق مصلحة المشترط أو يحقق مصلحة الغير في إطار الهبة، أصبح متاح العمل به في كل الحالات، وكذلك فصّل المشرّع في مسألة الاشتراط تفصيلا دقيقا عكس ما كان منصوص عليه سابقا ونفس الأمر الذي فصلنا فيه سار عليه تعديل 2022.

---

[1] - l'article 1206/2 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que: « Le bénéficiaire est investi d'un droit direct à la prestation contre le promettant dès la stipulation. Néanmoins le stipulant peut librement révoquer la stipulation tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. La stipulation devient irrévocable au moment où l'acceptation parvient au stipulant ou au promettant».

[2] - l'article 1207/1 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que: « La révocation ne peut émaner que du stipulant ou, après son décès, de ses héritiers. Ces derniers ne peuvent y procéder qu'à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jour où ils ont mis le bénéficiaire en demeure de l'accepter ».

[3] - l'article 1207/2 (code civil dernière modification du 01/07/2022)propose que: « Si elle n'est pas assortie de la désignation d'un nouveau bénéficiaire, la révocation profite, selon le cas, au stipulant ou à ses héritiers».

[4] - l'article 1208 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «L'acceptation peut émaner du bénéficiaire ou, après son décès, de ses héritiers. Elle peut être expresse ou tacite. Elle peut intervenir même après le décès du stipulant ou du promettant».

[5] - l'article 1209 (code civil dernière modification du 01/07/2022) propose que: «Le stipulant peut lui-même exiger du promettant l'exécution de son engagement envers le bénéficiaire».

البند الثالث: الدعوى المباشرة

الدعوى المباشرة هي حق ممنوح للدائن من أجل تمكينه من استيفاء حقه مباشرة من مدين مدينه دون مزاحمة دائني هذا الأخير، وهذه الدعوى تخول لصاحبها حقا مباشر أو شخصيا على مدين مدينه، تتميز هذه الأخيرة عن الدعوى غير المباشرة التي تناولها المشرّع في المادّة 189 من القانون المدني الجزائري؛ بكون الدائن يقوم بالدعوى ضد مدين مدينه باسمه الخاص ولحسابه دون أن تكون هناك علاقة بين هذا الدائن صاحب الدعوى المباشرة ومدين ومدينه، ودون أن يمر بشخص المدين على عكس الدعوى غير المباشرة[1].

وتعطي هذه الدعوى المباشرة نوعا من الامتياز للدائن، إذ تجنبه عسرة مدينه ومزاحة دائنيه، إذ يمارس الدائن بواسطة الدعوى المباشرة حق مدينه، وبالتالي لا يمكنه المطالبة بأكثر من حق مدينه كما أنه يستفيد من التأمينات المخصصة للوفاء[2].

فمن خلال ما سبق نلاحظ أنّ الدعوى المباشرة هي عبارة عن استثناء عن مبدأ الأثر النسبي للعقد إذ سيتحصل الغير عن حق مباشر من عقد لم يكن طرفا فيه.

ومن بين التطبيقات العملية للدعوى المباشرة نرجع إلى نصّ المادّة 565 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "يكون للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما يجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى..." فيفهم من خلال هذه المادّة أنه في حالة وجود مقاولة فرعية ولم يستطع المقاول الأصلي دفع المستحقات للعمال أو للمقاول الفرعي بسبب عدم دفع رب العمل المستحقات للمقاول الأصلي فيمكن لهؤلاء أن يرفعوا دعوى مباشرة ضد رب العمل بالرغم من أنهم أجنبيين عن العقد المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي مطالبين بالمستحقات.

وفي الأخير نستخلص مما تقدّم أن العقود وفقا لقانون العقد، هي ذات أثر نسبي بمعنى أن العقد لا تنتقل آثاره من حقوق والتزامات إلا للمتعاقدين؛ ويدخل في نطاق المتعاقدين الأطراف الأصليين بالإضافة إلى الخلف العام والخاص، وقد تنتقل آثار العقد في حالات معينة إلى الدائنين العاديين لأحد الأطراف مما يسمح له معارضة هذا العقد الذي قد يعيق حصوله على دينه، ولا

---

[1]- بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد:4، السنة 2016، ص248.

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص345.

تنتقل آثار العقد وفقا للقاعدة الأصلية إلى الغير باعتباره طرفا أجنبا عن هذا العقد، حتى الخلف العام والخاص في حالات معينة يصبحون من الغير ولا يستفيدون من آثار العقد، إلا أنه يبقى لقاعدة الأثر النسبي للعقد كغيرها من القواعد استثناء يجعل الغير الأجنبي عن العقد مستفيد من آثار هذا العقد وهي في حالات حددها القانون المدني وهي كل من حالة التعهد عن الغير، الاشتراط لمصلحة الغير بالإضافة إلى الدعوى المباشرة.

فإذا كان مبدأ الأثر النسبي للعقد يحكم قانون العقد فبالتالي تكون العقود التي يبرمها الأشخاص فيما بينهم مستقلة، بمعنى أنّ العقود لا تترابط و لا تتداخل فيما بينها، ما دام لكل عقد أطرافه والغير الأجنبي عن العقد لا علاقة له بهذا العقد، فمثلا لو أبرم (أ) عقدا مع (ب)، ثمّ أبرم (أ) عقدا آخر مع (ج)، فوفقا لقانون العقد هناك عقدين مستقلين منفصلين عن بعضهم البعض فلكل عقد أركانه، ولكل عقد أطرافه، ولكل آثاره، ففي العقد المبرم بين (أ) و(ب) يعتبر (ج) من الغير ولا تنتقل إليه آثار العقد لا بالمنفعة ولا بالمضرّة، ونفس الشيء بالنسبة لـ (ب) في العقد المبرم بين (أ) و(ج)، فهذا هو الأصل في قانون العقد فهل نفس القاعدة تطبّق على العقود المبرمة في نطاق قانون الاستهلاك؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني: المتغيرات المفروضة من قبل تشريعات الاستهلاك[1] على مبدأ الأثر النسبي للعقد

إنّ التأثيرات التي فرضتها تشريعات الاستهلاك على المبادئ العامة لنظرية العقد لم تقتصر على مبدأ الرضائية والحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، بل امتدّت لتأثر حتى على مبدأ الأثر النسبي للعقد فكل ما تطرقنا إليه في أصل هذا المبدأ؛ لم يعد كما عرفناه في القانون المدني، حيث بظهور تشريعات الاستهلاك الهادفة إلى توفير حماية للمستهلك في جميع مراحل العقد قلبت الموازين بما يخرق أصل هذا المبدأ.

فخروج تشريعات الاستهلاك عن مبدأ الأثر النسبي للعقد كان من خلال طريقين؛ تمثّل الطريق الأوّل في خلق فكرة الارتباط بين العقود في مجال الإئتمان؛[2] بعدما كان الأصل أن كل من

---

[1]– نقصد بهذه التشريعات كل من تشريع الاستهلاك الفرنسي وقانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري.

[2]– نقصد بمجال الائتمان في هذه الحالة عقود إقراض مال أو منح تسهيلات (تمويل شراء عقاراتأو منقولات)، يتم بين طرفين أحدهما البنك والطرف الآخر يسمى العميل المقترض وينتج عن هذا العقد هامش ربح للبنك متمثلا سواء في فائدة أو عائد مرابحة في البنوك الإسلامية مقابل تسديد هذا المبلغ الذي تم منحه للعميل على فترات زمنية

يبرم عقود متعددة تبقى هذه الأخيرة مستقلة عن بعضها البعض، أما الطريق الثاني فتمثل في تقرير دعوى مباشرة للمستهلك في الرجوع على كل متدخل عرض المنتوج للتداول؛ بعدما كان قانون العقد يمنع من هو أجنبي عن العقد من مقاضاة أطرافه بصورة مباشرة طبقا لمبدأ الأثر النسبي.

فلفهم هذا الموضوع يستوجب علينا أولا تقسيمه إلى مطلبين؛ نشرح في **المطلب الأول** فكرة الترابط بين العقود في مجال الائتمان، أما في **المطلب الثاني** فسنشرح فكرة تقرير دعوى مباشرة للمستهلك في الرجوع على المتدخل.

المطلب الأوّل: فكرة الترابط بين العقود في مجال الائتمان

لم تكن فكرة ترابط العقود معروفة لا في القانون الجزائري ولا في القانون الفرنسي، ففي فرنسا استقر القضاء على استقلالية عقد القرض عن عقد البيع، أما في القانون الجزائري فكانت العقود تخضع لمبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يقوم على أساس استقلالية العقود، فالتطبيق الصارم لهذه القاعدة سيؤدّي بصفة دائمة إلى إبقاء عقد القرض قائما مهما كان مصير عقد البيع، وهو ما يؤدّي إلى تحميل المستهلك قروضا على عقود بيع ممكن لن تصل إلى مرحلة التنفيذ مثلا أو يتم تنفيذ جزء منها فقط دون الآخر وهذا ما يشكل اعتداءا على المستهلك، الأمر الذي دفع جمعيات حماية المستهلك إلى استنكار ذلك،[1] ما جعل المشرّع الفرنسي يتدخل لحماية المستهلك من هذا النوع من الاعتداء وذلك عن طريق قانون 1978/01/10 الخاص بحماية المستهلك، بالإضافة إلى القانون 567/79 المؤرخ في 1979/07/13 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك في نطاق الائتمان العقاري؛ بحيث أقاما هذان القانونين علاقة ترابطية بين العقد الرئيسي الذي قد يكون عقد بيع أو تقديم خدمة وعقد القرض، وبالتالي جعل القانون الفرنسي مصير القرض المقترح بواسطة البائع والذي تم دفع مبلغه إلى البائع مرتبط بمصير عقد البيع، أما في الجزائر فلم يعرف قانون حماية المستهلك فكرة الترابط بين العقد الرئيسي وعقد القرض، إلا بعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، فهذا الأخير نظّم فكرة

متعددة متفق عليها حسب بنود العقد. راجع سمير النصري، الائتمان المصرفي...العمل الأساسي للقطاع المصرفي، منتدى الاقتصاد نيوز، نشر بـ2022/06/06، أطلع عليه بتاريخ 2022/07/15، المقال منشور على الموقع الآتي: www.economy-news.net.

[1]– نبيل ابراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان (في القانون الفرنسي) دراسة للقواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008، ص39.

الترابط في مجال القرض الاستهلاكي فقط دون القرض العقاري الذي لم ينظّمه إلى حدّ الساعة. إذن ومن خلال هذه المطلب سنحاول تسليط الضوء على فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي والقرض العقاري وهذا في فرع أوّل، ثمّ ومن خلال الفرع الثاني سنحاول التركيز على الأساس القانوني لهذه الفكرة في قانون العقد.

الفرع الأوّل: موقف القانون المقارن من فكرة الترابط بين العقود

من بين الآليات الحمائية للمستهلكين؛ هو خلق ترابط بين عقد البيع المبرم مع البائع وعقد الائتمان المبرم مع المؤسسة البنكية، إذ لن يكون من المنطقي أن يبقى المستهلك ملتزما بعقد البيع في الوقت الذي رُفض فيه الائتمان الذي كان ينتظره، أو أن يلتزم برد المبالغ المستحقة عن الائتمان في الوقت الذي لم يتسلم فيه الشيء المبيع، لذلك كان من الأجدر أن يتمّ إنشاء فكرة الترابط المتبادل بين العقد الرئيسي المتمثل في عقد البيع أو أداء الخدمة وعقد الائتمان، فالمستهلك في الواقع يبرم عقدين مع شخصين مختلفين؛ فهو يشتري وفي نفس الوقت يبرم عقد الائتمان،[1] وهو ما كرّسه المشرّع الفرنسي أولا ثمّ الجزائري في تشريعات الاستهلاك.

فكرة الربط بين العقود لم يتناولها القرض الاستهلاكي لوحده بل حتى القرض العقاري اعتمد على هذه الفكرة لتوفير الحماية للمستهلكين، لذلك ومن خلال هذا الفرع سنعمل على شرح فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي في **بند أوّل**، ثمّ نشرح فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض العقاري في **بند ثان**.

البند الأوّل: فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي

عرّف المشرع الجزائري القرض الاستهلاكي من خلال نصّ المادّة 1/2 من قانون 114/15 السابق الذكر على أنه: "كل بيع لسلعة يكون الدفع فيه على أقساط، مؤجلا أو مجزأ"، هذا وعرفه من خلال الفقرة الثانية من نصّ المادّة على أنه: "عقد يقبل بموجبه بائع أو مقرض أو يلتزم بالقبول تجاه المستهلك بقرض في شكل أجل دفعة سلفة أو أي دفع بالتقسيط المماثل".

فمن خلال ما سبق نستنتج أنّ القرض الاستهلاكي في هذا المقام يقصد منه القرض المخصص أو القرض المرتبط؛ فهو مخصص لتمويل سلعة أو خدمة ما، و مرتبط بمعنى أنّ عقد القرض مرتبط بعقد البيع، أما المشرّع الفرنسي فقد عرفه في تشريع الاستهلاك الجديد لسنة 2016

[1]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص579.

وفي تعديل 2022 من خلال نصّ المادّة L.311-1/11 على أنه ذلك الائتمان الذي يسمح خصيصا بتمويل عقد متعلّق بتوريد سلع معينة أو أداء خدمات معينة، فعقد القرض مع عقد البيع يشكلان صفقة تجارية واحدة[1].

وبالتالي فإنّ كل من عقد البيع وعقد القرض يشكلان عملية تجارية واحدة، كذلك تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة ألا وهي أنّ القرض المرتبط نوعان؛ إما أن يكون القرض ممولا من طرف البائع مقدّم السلعة (البيع بالائتمان أو البيع بالتقسيط، البيع الإيجاري، الإيجار مع خيار الشراء...)، وهذا النوع من القرض لا يطرح إشكالا، لأنّ المستهلك يتعاقد مع شخص واحد، البائع أو مقدّم السلعة. بينما النوع الثاني هو الذي يكون ممولا من طرف الغير (قرض تابع لبيع)، وهذا النوع هو الذي يخضع لقواعد خاصة وضرورية نتيجة وجود عقدين مترابطين حيث يتعاقد المستهلك مع البائع من جهة، ومع مانح القرض من جهة أخرى[2].

فمادام عقد القرض مع عقد البيع يشكلان عملية واحدة، فهما مترابطين، وبالتالي هذا الترابط يكون متبادل؛ بمعنى أنّ عقد القرض مرتبط بعقد البيع وهو ما سنشرحه في النقطة الأولى، وكذلك عقد البيع مرتبط بعقد القرض وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الثانية.

أولا: ارتباط عقد القرض بعقد البيع

لا يوجد في مجال الائتمان الاستهلاكي قاعدة مباشرة تنشئ تبعية بين إبرام عقد القرض وإبرام عقد البيع، فتشريع الاستهلاك الفرنسي أو الجزائري لم يتطرّق لها على أساس عدم جدوى ذكرها، باعتبار أنّ المستهلك يشتري بثمن آجل، فهو يبرم بصفة تلقائية عقد الائتمان مع عقد البيع في نفس الوقت، والائتمان هنا يقوم بعد إبرام عقد البيع لا قبله، بينما نصّ المشرّع صراحة على هذه القواعد في الائتمان العقاري[3].

---

[1]- L.311-1/11 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Contrat de crédit affecté ou contrat de crédit lié, le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique. Une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur oule prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le prêteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés».

[2]– معنصري مريم، النظام القانوني للقرض الاستهلاكي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة 2021/2020، ص134.

[3]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، هامش 52 ص579.

لكن إذا فرض الواقع استثناءا والمتمثل في إبرام عقد القرض قبل عقد البيع التابع له، فإنّ هناك قاعدة في مجال تنفيذ العقد تسمح بطريقة غير مباشرة بحماية المستهلك من مخاطر عدم إبرام عقد البيع التابع له،[1] فتمّ النص على هذه القاعدة في المادّة L.312-48 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد، وكذلك في فحوى نص المادّة 08 من قانون 114/15، حيث جاء في النص الفرنسي أنه عندما يشير العرض المسبق أن المنتج أو الخدمة سيتم تمويلها عن طريق الائتمان فإنّ التزامات المقترض لا تنفذ إلا من تاريخ تسليم المنتج أو أداء الخدمة، وفي حالة إبرام عقد بيع أو أداء خدمات ذات تنفيذ متتابع فإن الالتزامات لا تنفذ أيضا إلا من تاريخ بداية التسليم أو التوريد، وتنقطع في حال انقطاع هذه الأخيرة.[2]أما النص الجزائري فقد ورد فيه ما يلي: "لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداءا من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها، وفي حالة عقد بيع بتنفيذ متوال، فإنّ واجبات المقترض تسري ابتداءا من بداية تسليم السلعة وتتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم".

فمن خلال نص المادتين نستخلص أنّ المقترض بمعنى المستهلك لا تنفذ التزاماته المقابلة لعملية البيع أو تأدية الخدمة؛ بمعنى تعلّق إلى غاية تسليم المال من قبل البائع أو تأدية الخدمة الذي تمّ من أجله التعاقد على القرض، وعلى ذلك إذا كان العقد الرئيسي المتمثل في عقد البيع أو أداء الخدمة لم يتم إبرامه فإنّ التزامات المقترض لن تبدأ إطلاقا في السريان بالرغم من إبرام عقد القرض، أما إذا كان العقد الرئيسي ينفذ بطريقة متتابعة؛ فإن التزامات المقترض تبدأ مع بداية التسليم وتنقطع مع انقطاعه.

إلا أنه قد يتعمّد البائع مخالفة هذه القواعد، عن طريق إجبار المستهلك التوقيع على سندات كسفتجة أو سند لأمر،[3] ففي هذه الحالة قد يبدو لنا هناك تداخل بين قواعد القانون التجاري وفكرة

---

[1]– نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص28.

[2]- L.312-48 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «Les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniturede la prestation.En cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, les obligations prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d'interruption de celle-ci».

[3]– تعرف السفتجة على أنها أمر صادر من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه، بدفع مبلغ من المال عند الإطلاع أو في تاريخ معين إلى شخص ثالث يسمى المستفيد، أما السند لأمر؛ فهو صك محرر يتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الإطلاع لأمر شخص آخر هو المستفيد، وبهذا فإن السند لأمر يحوي شخصين فقط، الأوّل محرر الصك وهو المدين في الالتزام والثاني هو المستفيد ويمثل

الربط بين عقد القرض الاستهلاكي والعقد الرئيسي، وما قد يرتبط بذلك من دفوع تتعلق بعدم تنفيذه أو سوء تنفيذه، الأمر الذي دفع بالمشرّع الفرنسي التدخل بموجب قانون 78 ونصّ على منع البائع أو مانح الائتمان من سحب على المستهلك سفتجة أو سند لأمر، وإن حدث ذلك فلن يتمّ الاعتداد بها؛ على أساس أنّ قواعد القانون التجاري وضعت للتجار الذين يعرفون صرامتها، وليس للمستهلكين الذي يجهلونها، ومن أجل ضمان الترابط بين العقدين لم يكن أمام المشرع الفرنسي سوى إضعاف مبدأ عدم الاحتجاج بالدفوع في عقود القروض الاستهلاكية باعتبار أنّ قبول السفتجة والسندات لأمر وغيرها سيؤدي بالضرورة إلى إعدام كل أثر للنصوص الحمائية الناشئة عن فكرة ترابط عقد القرض الاستهلاكي بالعقد الرئيسي،[1] عكس واقع الائتمان في الجزائر الذي يلزم فيه مانح الائتمان سحب المستهلك لسندات كضمان احتياطي وهو أمر ينبغي النص على منعه[2].

وقد استمرّ المشرّع الفرنسي في تبني فكرة منع البائع أو مانح الائتمان من إجبار المستهلك التوقيع على سندات ككمبيالة أو سند إذني؛ في تشريع الاستهلاك لسنة 2016 وفي تعديل 2022 وهو ما نصّت عليه المادّة L.341-14[3] التي جاء فيها ما يلي: "يعاقب بغرامة 300.000 أورو في حالة جعل المقرض المقترض أو المشتري يقبل أو يصدر إقرار للكمبيالات أو السندات".

إنّ إقرار فكرة الترابط بين عقد القرض الاستهلاكي والعقد الرئيسي أصبح واقع مسلم به بمقتضى القانون، فخلق النصوص الحمائية فكرة الترابط بين عقد الائتمان والعقد الرئيسي، لم يكن فقط في مرحلة الانعقاد، بل حتى في مرحلة التنفيذ، وتتجسد هذه الفكرة في مرحلة ما بعد إبرام العقدين في حالة حدوث نزاع حول تنفيذ العقد الرئيسي، أي ما بعد تسليم الشيء المبيع[4].

ففي حالة ما تمّ تسليم الشيء المبيع ولكن حدث نزاع ما بين البائع والمشتري كما هو الحال في حالة العيوب الخفية، فإنه يجوز للمحكمة أن توقف تنفيذ التزامات المقترض أي إيقاف تنفيذ القرض حتى يتم حلّ النزاع بشرط أن يتدخل المقرض في الدعوى أو يتم إدخاله فيها،[5] وهو ما ورد

الدائن في الالتزام. راجع، وسيلة شريط، خصم الأوراق التجارية و الحكم الشرعي له، مجلة الشريعة و الاقتصاد، المجلد السابع، العدد: الثالث عشر، الجزائر، سنة 2018، ص،ص248،249.

[1]– محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص587.

[2]– معنصري مريم، المرجع السابق، ص137.

[3]-L.341-14 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Le fait de faire souscrire ou accepter ou avaliser par l'emprunteur ou l'acheteur des lettres de change ou des billets à ordre est puni d'une amende de 300 000 euros».

[4]– معنصري مريم، المرجع السابق، ص138.

[5]– ابراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص40.

النصّ عليه في المادّة 55-312.L،[1] ونفس الأحكام تطبق إذا كان الخلل في عقد القرض وليس عقد البيع[2].

هذا وأشارت المادّة 55-312.L إلى أنّ عقد القرض يفسخ أو يبطل، بقوة القانون، عندما يحكم القضاء بفسخ أو بطلان العقد الرئيسي الذي من أجله أبرم القرض، وإنّ من نتائج هذا الفسخ أو البطلان بقوة القانون لعقد القرض أن يردّ كل طرف للآخر ما تلقاه منه، وعلى ذلك فإنّ على المقترض أن يردّ الشيء المبيع للمورد، والمقرض من جهته يسترجع من هذا الأخير الثمن المدفوع[3].

إما إذا كان الفسخ بحكم القضاء أو الإبطال بسبب عدم تنفيذ البائع لالتزاماته مثلا، ففي هذه الحالة يختلف الأمر عن الفسخ أو الإبطال بقوّة القانون، حيث يلزم البائع بتعويض المقترض بناء على طلب مكتوب من هذا الأخير مع وصل استلام عن المبلغ كله الذي دفعه له المشتري كتسبيق على السعر في أجل لا يتجوز ثلاثين (30) يوما، كما يفسخ عقد الائتمان تبعا لذات السبب،[4] وهو ما أشارت إليه المادّة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114.

و بخصوص إرجاع الحال إلى ما كان عليه يطرح مشكلة استحالة رد المبالغ التي تلقاها البائع أو مقدّم الخدمات، فيبقى التساؤل مطروح من يتحمل هذا الخطر المالي هل المقرض أم المقترض؟ فمن الطبيعي إذا كان المقرض هو من ارتكب الخطأ في تسليم المبالغ، فإنه هو الذي يتحمل هذا الخطر، ولكن ما عادا ذلك، فإنّ من المنطقي أن يتحمل المستهلك هذا الخطر، ويظهر أنّ محكمة النقض الفرنسية تسير في هذا الإتجاه،[5] ومع ذلك يبدو أنّ هذا الحل لا يوفّر حماية فعّالة للمستهلك، ولكن قد يبرر بأنّ الدفع من طرف المقرض الذي أدّى التزاماته مشروع، لأنه لا يمكن أن يكون متضامنا عند عجز البائع أو مقدّم الخدمات، وهو ما يجعل المستهلك في مقدمة تحمل الخطر الذي عجز البائع عن تسديده. ولم يتدخل المشرّع لا الجزائري ولا الفرنسي في هذه

---

[1]-L.312-55 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «En cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal peut, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé. Les dispositions du premier alinéa ne sont applicables que si le prêteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par le vendeur ou l'emprunteur».

[2]- معنصري مريم، المرجع السابق، ص138.

[3]- Sarah Bros, Le crédit affecté, entre groupe de contrats et opérations juridique à trois personnes, Liber Amicorum Christian Larroumet, Paris Economica, année 2010, p56.

[4]- معنصري مريم، المرجع السابق، ص138

[5]- حول قرار محكمة النقض الفرنسية راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص477.

الحالة ليجعل هذه المخاطر تقع على عاتق المقرض خاصة إذا كان القرض قد تمّ دفعه مباشرة للبائع، على عكس ذلك نجد أنّ المشرّع الفرنسي تدخل في حالة إعسار المستهلك إلى جانب المقرض وأجاز للمحكمة بناء على طلب هذا الأخير أن يحكم على البائع بضمان للمقترض في ردّ القرض إذا كان البائع هو السبب في فسخ أو بطلان العقد الرئيسي،[1] وهذا ما أشارت إليه المادّة L.312-56[2] دون المساس بالأحكام المتعلقة بالتعويضات عن الأضرار إزاء القرض والمقترض طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بها، وهو ما أشارت إليه المادّة 09 من المرسوم 144/15.

ثانيا: ارتباط عقد البيع بعقد القرض

على عكس ما تطرقنا إليه سابقا في تبعية عقد القرض لعقد البيع؛ حيث أنّ المشرّع الجزائري بالإضافة إلى الفرنسي في هذه الحالة كرّس مباشرة قاعدة تنشئ التبعية بين عقد البيع وعقد القرض حتى لا يجد المستهلك الذي توقع أن يشتري ويدفع المقابل عن طريق القرض الاستهلاكي نفسه في نهاية الأمر مجبرا على الشراء نقدا بسبب عدم وجود القرض الذي توقعه[3].

فتفاديا لهذا الأمر نصّت المادّة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على أنّه لا يمكن للمشتري أن يلتزم بأي شكل من الأشكال اتجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي ما لم يتحصل المشتري على الموافقة المسبقة المعبرة عن قبول المقرض منح القرض، وهو ما تطرقت إليه المادّة L.312-46 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد التي نصّت على أنه أي تعهّد لا يمكن أن يكون صحيحا، من طرف المشتري اتجاه البائع ما دام لم يقبل العرض المسبّق للقرض، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لا يمكن للبائع تلقي أي وفاء، تحت أي شكل من الأشكال، ولا أي وديعة[4].

وأضافت المادّة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي إلى أنّ مادام عقد القرض لم يبرم نهائيا فيمنع على البائع أن يستلم من المشتري أي دفع مهما كان شكله أو جزء من قيمة محل العقد نقدا إذا كانا مثلا الطرفين قد

---

[1]– ابراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص41.

[2]- L'article L.312-56 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Si la résolution judiciaire ou l'annulation du contrat principal survient du fait du vendeur, celui-ci peut, à la demande du prêteur, être condamné à garantir l'emprunteur du remboursement du prêt, sans préjudice de dommages et intérêts vis-à-vis du prêteur et de l'emprunteur».

[3]– ابراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص28.

[4]-L'article L.312-46 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt».

اتفاقا على أنّ القيمة تقسم إلى قسمين جزء منها يدفع من مبلغ القرض والجزء الآخر يدفع من طرف المشتري، حيث أكدّت الفقرة الثانية من المادة 10 عند إبرام عقد البيع يجب الإشارة في مضمونه إلى طبيعة القرض إذا ما كان يموّل عملية البيع كليا أو جزئيا. وهو ما تضمنته المادّة L.312-50 من قانون الاستهلاك الفرنسي الجديد[1].

هذا ووضحت المادّة 11 من نفس المرسوم أنّ البائع غير ملزم بتوريد السلعة أو تأدية الخدمة محل عقد البيع إلا بعد إخطار البائع من طرف المشتري عن قبول العقد. ولا يمكن أن تسري آثار العقد على الطرفين إذا لم يخطر المشتري البائع بقبول القرض في أجل 08 أيام عمل ابتداءا من تاريخ الموافقة على منح القرض من طرف المقرض، وهو ما أشارت إليه المادّة 12 من نفس المرسوم، وهو ما ورد أيضا في نصّ المادّة L.312-52[2] التي اختلفت عن المادّة 12 في مدّة إخطار المشتري البائع عن قبول القرض حيث حدّدها المشرّع الفرنسي في مدّة 7 أيام.

أما فيما يخص مسألة العدول من طرف المشتري و ربطها بهذه المسألة فقد أبقت المادّة 2/11 من المرسوم رقم 114/15 الحق للمستهلك أي المشتري في العدول عن عقد البيع حتى وإنّ تم قبول القرض وتمّ إبرام عقد البيع؛ على أن يمارس هذا الحقّ في أجل 8 أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء عقد البيع، وهو ما نصّت عليه المادّة L.312-19 التي جاء فيها أنّه يجوز للمقترض الانسحاب بدون سبب خلال فترة 14 عشر يوما من يوم قبول عرض عقد الائتمان[3].

وأضافت المادّة 2/12 على أنه لا تسري أثار عقد البيع إذا مارس المقترض حقه ضمن الآجال المحددة. وهو أيضا ما تناوله تشريع الاستهلاك الفرنسي في المادّة L.312-52 التي نصّت على أنّ عقد البيع أو أداء الخدمات يفسخ بقوّة القانون ودون تعويض، إذا مارس المقترض رخصة الرجوع،[4] وعلى البائع أو مقدّم الخدمات إرجاع المبالغ التي دفعا المستهلك كتسبيق وهو ما

---

[1]-L'article L.312-50 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «Le vendeur ou le prestataire de services ne peut recevoir, de la part de l'acheteur, aucun paiement sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt, en sus de la partie du prix que l'acheteur a accepté de payer au comptant, tant que le contrat relatif à l'opération de crédit n'est pas définitivement conclu».

[2]- L'article L.312-52(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit, sans indemnité :
1° Si le prêteur n'a pas, dans un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat de crédit par l'emprunteur, informé le vendeur de l'attribution du crédit ; ».

[3]- L'article L.312-19 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit comprenant les informations prévues à l'article L. 312-28».

[4] - L'article L.312-52(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Le contrat de vente ou de prestation de services est résolu de plein droit, sans indemnité :
2° Ou si l'emprunteur a exercé son droit de rétractation dans le délai prévu à l'article L. 312-19».

أشارت إليه المادّة L.312-53 .[1]وفي حالة مخالفته لهذه المادّة يفرض عليه دفع غرامة قدرها 300.000 أورو، وهو ما نصّت عليه المادّة L.341-17[2].

فمن خلال ما تطرقنا إليه سابقا نستخلص أنّ المشرّع الفرنسي استجابة حقيقة لرغبة المقترض، حيث أنشئ قواعد آمرة، خلقت روابط متبادلة بين العقد الرئيسي وعقد الائتمان الذي يعتبر تابعا له، حيث أثبت المشرّع الفرنسي أنه من أجل تكون الإرادة فعالة يجب أن تكون خاضعة للقانون فقانون الاستهلاك يتضمن قواعد تهدف إتباع إبرام العقد الرئيسي[3].

أما بالنسبة للمشرّع الجزائري فهو الآخر عمل على خلق هذه الرابطة بين كل من عقد البيع وعقد القرض، وفرض تبادل بينهما، بحيث لا يمكن أن يكون القرض موجود إذا لم يكن عقد البيع موجود ولا يمكن أن يكون عقد البيع موجود إذا لم يكن عقد القرض، وقد اتبع في ذلك الطريق الذي سلكه المشرّع الفرنسي، بالرغم من تأخره نوعا ما مقارنة بالمشرّع الفرنسي الذي تأخر في خلق هذه الفكرة، وكان ذلك من خلال المرسوم التنفيذي 114/15، فقبل هذا المرسوم كان المستهلك يتحمل دفع أقساط القرض الاستهلاكي حتى وإن لم يكن قد تسلّم السلعة أو الخدمة من البائع.

البند الثاني: فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض العقاري

يعرّف عقد القرض العقاري على أنه "مختلف العمليات المالية التي تهدف إلى تمويل الأشغال والأعمال والنشاطات التي ترد على الأملاك العقارية في إطار سياسة الدولة للتنمية المنتهجة والتي توفرها الدولة عن طريق مؤسساتها المالية –مؤسسات القرض– لصالح القائمين بهذه الأشغال على أن يلتزم هؤلاء بتسديد ما منح لهم من أموال وفوائد المترتبة عن ذلك في الآجال المحددة قانونا"[4].

إذا فالقرض العقاري والعملية العقارية عمليتان مترابطتان من الناحية الاقتصادية، إلا أنه من الناحية القانونية يصعب الربط بينهما لعدم القدرة على الخروج عن مبدأ الأثر النسبي للعقد الذي

---

[1] - L'article L.312-53 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Dans les cas de résolution du contrat de vente ou de prestations de services prévus à l'article L. 312-52, le vendeur ou le prestataire de services rembourse, sur simple demande, toute somme que l'acheteur aurait versée d'avance sur le prix».

[2]-L'article L.341-17 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022)propose que: «Le fait pour le vendeur ou le prestataire de services, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 312-53, de ne pas rembourser les sommes dues à l'acheteur, est puni d'une amende de 300 000 euros. ».

[3]– معنصري مريم، المرجع السابق، ص141.

[4]– بن الدين فاطمة، مفهوم القرض العقاري، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، العدد الثالث، الجزائر، جوان 2015، ص108.

يفرض قاعدة استقلالية العقود، وبالتالي يعتبر من الناحية القانونية عقد القرض وعقد البيع مستقلان، إلا أنّ الحماية القانونية للمقترض أي المستهلك لا تتحقق إلا من خلال الارتباط المتبادل بين العقدين لأنّ الهدف من نشوء عقد القرض العقاري هو توفير السكن، أي أنه لا يبرم لذاته بل لغرض تمويل عقد شراء عقار أو بناءه أو ترميمه، لذا لا بدّ من النظر إلى مجمل العملية التمويلية من أجل حماية المقترض وتجنيبه تحمل قرض لم يعد له أي نفع إذا لم يبرم العقد المطلوب القرض لأجله[1].

فبالرجوع إلى التشريع الجزائري فلم ينظم فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض العقاري بل نظمها فقط في مجال القرض الاستهلاكي، و ترك أمر تنظيمه للمؤسسات البنكية، عكس المشرّع الفرنسي تناول هذه الفكرة توفيرا منه لحماية فعالة للمستهلك من خطر هذا النوع من القروض، لذا سنعمل من خلال هذا البند إظهار الارتباط الواقع بين العقد الرئيسي بعقد القرض في النقطة الأولى، أما في النقطة ثانيا سنحاول شرح الارتباط بين عقد القرض العقاري بالعقد الرئيسي وهذا على التوالي.

أولا: ارتباط العقد الرئيسي بعقد القرض العقاري

نصّت المادّة L.313-41 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنّه إذا كان العقد الرئيسي يشير إلى أنّ الثمن قد يتمّ دفعه مباشرة أو غير مباشرة أو بشكل جزئي، باستخدام قرض واحد أو أكثر، فإنّ هذا العقد لن يبرم إلا بشرط الحصول على هذا القرض أو القروض؛[2] فمن خلال هذا النص نستنتج أنّ المشرّع الفرنسي وحماية منه للمستهلك جعل من تمام العقد الرئيسي قائم على شرط واقف المتمثل في الحصول على القرض أو القروض .

وبالتالي نجد أنّ عقد البيع (ويشمل الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد) أو البناء أو الإصلاح العقاري، وبصفة عامة العقد الرئيسي ينعقد تحت شرط واقف وهو الحصول على القرض العقاري، إلا أنه يمكن للمستهلك التخلي عن القرض ويقوم هو بدفع الثمن؛ ففي هذه الحالة وحسب المادّة

---

[1]– سجى صاحب هذال، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري –دراسة مقارنة–، قدّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2021، ص96.

[2]- L'article L.313-41 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 313-40 indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts régis par les dispositions des sections 1 à 5 et de la section 7 du présent chapitre, cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement... ».

L.313-42[1] يجب أن يشير العقد الرئيسي إلى أنّ الثمن سيدفع من قبل المكتسب (المشتري) بالإضافة إلى أن يكون هذا البيان الذي يشير إلى أنّ الثمن سيدفع من قبل المكتسب مكتوبا بخط يده، ويجب أن يذكر من خلال هذا البيان أنه في حالة ما إذا رجع إلى القرض فإنه لن يستفيد من الأحكام الحمائية لقانون الاستهلاك، وفي حالة عدم احترام أحكام هذه المادّة مثلا: إذا لم يصرح بهذا البيان أو كان هذا الأخير مكتوب عن طريق آلة وليس خط يده، فإنّ العقد يعتبر قد ابرم تحت شرط واقف و هو الحصول على القرض ولا يهم أن يكون طلب القرض سابقا أو لاحقا لتوقيع العقد الرئيسي، المهم هو أنّ الرجوع إلى القرض، في العقد الرئيسي يجعل العقد تحت شرط واقف هو الحصول على القرض[2].

أما بالنسبة للمدّة التي يسري فيها هذا الشرط فإنه يتمّ تحديدها في العقد الرئيسي ويجب أن لا تقل عن شهر حتى يتمكّن المستهلك من البحث عن التمويل،[3] وهو ما تمّ النصّ عليه في المادّة L.313-41 يبدأ حساب هذه المدّة من تاريخ توقيع العقد إذا كان عقدا رسميا، أما إذا كان عقدا عرفيا خاضعا للتسجيل فيبدأ حسابها من تاريخ التسجيل،[4]وعندما لا يحصل المقترض على القرض، فإنّ العقد الرئيسي يصبح كأن لم يكن ويجب على المتعاقد أن يرد إلى المتصرف إليه كل المبالغ التي دفعها مسبقا كاملة وإلا عرّض نفسه للغرامة، وبهذا الصدد نصّت المادّة L.313-41على أنه "عندما لا يتحقق الشرط السابق المنصوص عليه في الفقرة الأولى(بمعنى إذا لم يتم الحصول على القرض) يتمّ دفع المبلغ المقدم مسبقا من قبل المشتري للطرف الآخر أو نيابة عن هذا الأخير بشكل فوري وكامل دون أي خصم منه أو تعويض لأي سبب من الأسباب"، أما بالنسبة للغرامة فقد تمّ نص عليها في المادّة L.341-43 حيث حددها المشرع بقيمة 300.000 أورو[5].

---

[1]- L'article L.313-42 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Lorsque l'acte mentionné à l'article L. 313-40indique que le prix sera payé sans l'aide d'un ou plusieurs prêts, cet acte porte, de la main de l'acquéreur, une mention par laquelle celui-ci reconnaît avoir été informé que s'il recourt néanmoins à un prêt il ne peut se prévaloir des dispositions du présent chapitre».

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص483.

[3]- ابراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص35.

[4]- L'article L.313-41 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «...La durée de validité de cette condition suspensive ne peut être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement... ».

[5]- L'article L.341-43 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Le fait pour le prêteur, en infraction aux dispositions de l'article L. 313-38, pour le vendeur, en infraction aux dispositions de l'article L. 313-41 ou pour le bailleur, en infraction aux dispositions de l'article L. 313-62 pour un contrat de location-vente et de location assortie d'une promesse de vente de ne pas restituer les sommes mentionnées à ces articles, est puni d'une amende de 300 000 euros».

هذا ولم يقف المشرّع عند هذا الحدّ بل ألزم البائع إرجاع ما قدمه المشتري مسبقا، فإذا تخطى هذا الحد فيفرض عليه إرجاع ما قدمه المشتري زائد فائدة تقدر بنصف القيمة التي دفعا المشتري مسبقا يبدأ حسابها من اليوم 15 من تاريخ مطالبة المشتري بمستحقاته وهذا ما تضمنته المادّة L.341-35 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

ثانيا:ارتباط عقد القرض العقاري بالعقد الرئيسي

إنّ المشرّع الفرنسي في هذه الحالة لم ينصّ على تقريره لارتباط العقد الرئيسي المتعلق بالعملية العقارية بالقرض العقاري في مرحلة تنفيذ العقد، عكس ما تبناه في القرض الاستهلاكي عندما قرر فرض ترابط بين العقدين على جهتين[1].

لكن يفهم هذا الترابط من خلال النصوص القانونية حيث نجد أنّ المشرّع الفرنسي قرر أنه إذا ابرم عقد التمويل العقاري قبل إبرام العقد الرئيسي المراد تمويله فإنّ عقد التمويل العقاري يعدّ عقدا قائما على شرط فاسخ، قد يتحقق في حالة ما لم يتم إبرام العقد الرئيسي المراد تمويله في خلال مدّة أقصاها أربعة أشهر من تاريخ إبرام عقد التمويل العقاري، فإذا لم يبرم خلال المدّة المحددة قانونا أو اتفاقا شريطة إلا تقل عن أربعة أشهر فإنّ عقد التمويل العقاري يعدّ مفسوخا من تلقاء نفسه، أي بقوة القانون،[2] وهذا ما ورد النصّ عليه في المادّة L.313-36[3].

هذا ونصّت المادّة L.313-38 على أنه عندما لا يتمّ إبرام العقد الذي طُلب القرض من أجله خلال المهلة المحددة في تطبيق أحكام المادّة L.313-36، يسدد المقترض جميع المبالغ التي كان قد تحصل عليها من المقرض أو كان هذا الأخير قد دفعها لحساب المقترض، بالإضافة إلى الفوائد المترتبة منذ مدّة تحصيلها من قبل المقترض. ويمنع على المقرض طلب استرجاع أموال أخرى غير مصاريف الدراسة التي تبقى من حقه ويكون الحد الأقصى لمبلغها ثابتا وفقا لمقياس محدد بمرسوم[4]. وبطبيعة الحال إذا لم يستجيب إلى نص هذه المادّة سيتعرض إلى غرامة مالية قدرها 300.000 أورو حسب ما جاء في نصّ المادّة L.341-43.

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص487.

[2]– أسامة شهاب الجعفري، الحماية التشريعية للمستهلك في عقد التمويل العقاري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة التاسعة، العراق،سنة 2017، ص538.

[3]- L'article L.313-36 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini au premier alinéa».

[4]-L'article L.313-38(code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Lorsque le contrat en vue duquel le prêt a été demandé n'est pas conclu dans le délai fixé en application

هذا ونصت المادّة L.313-44[1] على أنه في حالة ما إذا خصص القرض لتمويل أعمال عقارية بواسطة عقد شراء أو بناء أو مقاولة و تمّ نصّ على ذلك في عقد القرض، وحدث نزاع أو أي حادث أثر في تنفيذ هذه العقود، يجوز للمحكمة أن توقف تنفيذ القرض العقاري حتى الفصل في النزاع شريطة أن يكون المقرض قد تدخل أو أُدخل في الدعوى كل ذلك دون الإضرار بحقه المحتمل في التعويض، بمعنى مادام المستهلك قد احتج على العقد الرئيسي تقوم المحكمة بتعليق تنفيذ القرض إلى غاية حل النزاع[2].

وفي حالة ما بلغت المخالفة حدا من الجسامة بحيث أدت إلى بطلان أو فسخ العقد الرئيسي فإنّ محكمة النقض[3] قررت أنّ ذلك سيؤدّي بالضرورة إلى زوال عقد القرض العقاري أيا كانت طبيعة العقد الرئيسي، وهذه القرارات تتفق وسياسة المشرّع الفرنسي التي تبعها في الائتمان الاستهلاكي، ويترتب على ذلك إعادة الحال إلى ما كان عليه، بحيث يرجع كلا من الطرفين المقابل المأخوذ.

فمن خلال كلّ ما تمّ التطرق إليه نستنتج أنّ المشرّع سواء الجزائري في مجال القرض الاستهلاكي، والفرنسي في مجالي القرض الاستهلاكي والعقاري معا، خرجا عن قاعدة الأثر النسبي للعقد، بحث فرضا قواعد آمرة من شأنها حماية المستهلك من دفع الثمن المحدد في عقد بيع لم يحظى بالتمويل من طرف البنك، أو إرغامه على تحمل أعباء قرض لا يعود عليه بالفائدة، وذلك عن طريق إنشاء روابط متبادلة بين كل من العقد الرئيسي وعقد القرض، ولا تتحقق هذه الفكرة إلا إذا اشتمل العرض المسبق للقرض على الهدف من هذا القرض؛ بمعنى يتم الإشارة إلى السلعة أو الخدمة أو العملية العقارية المراد تمويلها من خلال هذا القرض، وما إذا كان هذا التمويل

---

des dispositions de l'article L. 313-36, l'emprunteur rembourse la totalité des sommes que le prêteur lui aurait déjà effectivement versées ou qu'il aurait versées pour son compte ainsi que les intérêts y afférents ; le prêteur ne peut retenir ou demander que des frais d'étude dont le montant maximum est fixé suivant un barème déterminé par décret.

Le montant de ces frais ainsi que les conditions dans lesquelles ils sont perçus figurent distinctement dans l'offre».

[1]-L'article L. 313-44 (code de la consommation dernière modification le 04/07/2022) propose que: «Lorsqu'il est déclaré dans l'acte constatant le prêt que celui-ci est destiné à financer des ouvrages ou des travaux immobiliers au moyen d'un contrat de promotion, de construction, de maîtrise d'oeuvre ou d'entreprise, le tribunal peut, en cas de contestation ou d'accidents affectant l'exécution des contrats et jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de prêt sans préjudice du droit éventuel du prêteur à l'indemnisation. Ces dispositions ne sont applicables que si le prêteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par l'une des parties».

[2]– موساسب زوهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض في البيوع المعلقة على التمويل المصرفي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 48، قسنطينة، الجزائر، سنة 2017، ص204.

[3]– حول القرار راجع، ابراهيم نبيل سعد، المرجع السابق، ص46.

كلّي أو جزئي، وهذا ما يشير إلى أنّ الترابط يفرض في مرحلة تكوين العقد، فإذا لم يبرم العقد الرئيسي لن يمنح البنك أو المؤسسة المالية القرض للمقترض، ولم يقتصر هذا الترابط على هذه المرحلة فقط، بل فُرض حتى بعد تكوين العقد أي في مرحلة التنفيذ بحيث إذا لم ينفذ البائع ما عليه من التزامات لن ينفذ القرض، وإذا حدث نزاع ما في التنفيذ في مجال القرض العقاري يعلق تنفيذ القرض إلى غاية حل النزاع وبالتالي إذا حل النزاع بالتنفيذ العيني نفذ القرض وإذا انتهى بالفسخ أو البطلان يعاد إلى ما كان عليه سابقا.

الفرع الثاني: أساس فكرة ترابط العقود في قانون العقود

تعتبر فكرة ترابط العقود من أحدث الأفكار التي ابتكرها المشرعين هادفين من خلالها توفير حماية أكبر للمستهلك في مجال الائتمان، فقد تبنى المشرّع الفرنسي هذه الفكرة سنتي1978 و1979 من خلال تشريعات الاستهلاك في مجالي القرض الاستهلاكي والقرض العقاري، أما المشرّع الجزائري فقد تبناها مؤخرا سنة 2015 من خلال المرسوم التنفيذي رقم 114/15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، وبعد تعمقنا أكثر في هذه الفكرة سابقا رأينا أنها خارجة عن الإطار الذي رسمه مبدأ الأثر النسبي للعقد، إلا أنّ الفقهاء حاولوا البحث عن أساس وجذور هذه الفكرة ضمن قواعد قانون العقد للتأكد من مدى حداثة هذه الفكرة وإن كان من الممكن أن يكون لها أساس في قواعد قانون العقد، وبالتالي اعتمدوا على بعض النظريات من أجل تفسير أساس فكرة الترابط، فمنهم من رجع إلى نظرية عدم القابلية للتجزئة، والبعض الآخر رجع إلى نظرية السبب، أما البعض فرأى أنّ نظرية الشرط هي الأنسب في تفسير فكرة الترابط بين العقود.

فمن خلال هذا الفرع سنحاول معرفة إن كان حقيقة لفكرة ترابط العقود أساسا ضمن قانون العقد حسب ما يتزعمه الفقهاء، أم أنها فكرة جديدة من حيث النشأة قائمة على أسس جديدة لا محل لها ضمن قواعد قانون العقد، وهو ما سنوضحه من خلال البنود الآتية.

البند الأوّل: مدى إمكانية نظرية عدم القابلية للانقسام في تفسير أساس فكرة الترابط بين العقود

قبل التطرق إلى مدى تمكن نظرية عدم القابلية للانقسام في تفسير فكرة الترابط بين العقود لا بدّ أولا التعرف على معنى هذه النظرية حيث تطرّق إليها المشرّع الجزائري في القانون المدني تحت

عنوان عدم قابلية التجزئة في المواد من 236 إلى 238، فالمشرّع قصد من هذه النظرية عدم قابلية الالتزام للتجزئة، بمعنى أنّ محل هذا الالتزام لا يقبل التجزئة، ولا يقبل التنفيذ الجزئي، بل يجب أن يكون التنفيذ فيه كليا، مثلا: في حالة ما اشترى شخص سيارة من شخصين، فالبائعان ملزمان بتسليم السيارة ويستطيع المشتري أن يطالب أي منهما بهذا التسليم، إذ لا يمكن أن يقوم كل منهما بتسليم حصته من الدين[1]. ويعود السبب من عدم قابلية الالتزام للانقسام إلى طبيعة محل الالتزام، أو إلى اتفاق الأطراف وهو ما أشارت إليه المادّة 236 من القانون المدني.

فعدم التجزئة بسبب طبيعة المحل تتحقق مثلا في حالة بيع الحيوان إذ لا يمكن أن نتصور بيع حيوان واحد لأكثر من مشتري واحد، وتجدر الإشارة إلى أنّ عدم التجزئة هذه قد تكون نسبية أو مطلقة، فتكون نسبية مثلا في حالة ما قابلها عارض من عمل الإنسان كالتزام المقاول ببناء منزل، فهذا الالتزام يقبل التجزئة بطبيعته إلى نجارة، بناء، حدادة...، وقد تكون مطلقة إذ لا يتصوّر أبدا أن يتمّ تقسيم الالتزام مثلا إذا التزم البائعون لمحل تجاري بعدم منافسة المشتري، فلا يتصوّر أن يقسّم عليهم هذا الالتزام[2].

أما عدم التجزئة فقد تتحقق عن طريق الاتفاق عندما يكون المحل بطبيعته قابلا للانقسام، لكن المتعاقدان اتجهت إرادتهما إلى أن يكون غير قابلا للانقسام بالاتفاق بينهما صراحة أو ضمنا[3].

و بالتالي فإنّ نظرية عدم الانقسام هذه تتفرع إلى نوعين تتمثل الأولى في نظرية عدم الانقسام الطبيعية وهي ما يطلق عليها الفقه الفرنسي[4] المعاصر تسمية عدم القابلية للانقسام الموضوعية، والثانية تتمثل في نظرية عدم الانقسام الاتفاقية والتي سماها الفقه الفرنسي بعدم القابلية للانقسام الذاتية.

---

[1]– بواب بن عامر، محاضرة في قانون الالتزامات، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر 2013/2012، ص36.

[2]– لبشير هجيرة، تكّييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2013/2012، ص،ص98،99.

[3]– أبو الليل ابراهيم الدسوقي، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2، الكويت، سنة 1987، ص94.

[4]– حول الفقه راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص492.

فبالرجوع إلى قواعد القانون المدني سواء الجزائري أو الفرنسي لم ينصّ على أي مادّة يفهم منها تفسير نظرية عدم القابلية للتجزئة لفكرة الترابط بين العقود،[1] والأكثر من ذلك تطبق نظرية عدم القابلية للتجزئة في مجال الالتزامات وليس العقود،[2] إلا أنّ هذا لم يمنع الفقه من اعتبارها أساسا للتفسير، إلا أنهم اختلفوا عن أي نوع من أنواع عدم القابلية للتجزئة يستند عليها لتفسير فكرة الترابط بين العقود.

فقد اعتبر بعض الفقه أنّ تفسير فكرة الترابط بين العقود يعود لنظرية عدم القابلية للتجزئة الذاتية، فمادام هذه الأخيرة يعود فيها عدم قابلة الالتزام للتجزئة إلى إرادة الأطراف، فإنّ ترابط العقود في المجال الاستهلاكي بالنسبة لهم يعود إلى اتفاق بين الأطراف بجعل المعاملة الإجمالية بناءا على اتفاقهم غير قابلة للتجزئة.[3] إلا أنّ هذا التوجه لم يسلم من النقد.

فقد رأى الاتجاه المعارض أنه بالإضافة إلى تميز نظرية عدم القابلية للتجزئة الذاتية بالغموض وعدم الملائمة، فهي أيضا تحرم القضاء من السيطرة على مسألة الترابط بين العقود، مدام أنّ هذا الأخير يقوم على أساس النية المشتركة للطرفين،[4]هذا ولا يمثل عدم القابلية للتجزئة الذاتية أي فائدة على مستوى قانون الاستهلاك، ذلك أنّ الارتباط بين العقد الرئيسي والعملية الممولة هو من صنع القانون، لهذا كان من الصعب تبرير الارتباط بالرجوع إلى المفهوم المؤسس على إرادة الأطراف إلا إذا اعتبرنا أنّ المشرّع قد استند على الإرادة الضمنية للأطراف[5].

هذا و رأى الفقه المعارض أنّ عدم القابلية للتجزئة الذاتية فكرة لا تتكيّف مع ظاهرة الارتباط العقدي، ذلك أنّ القواعد المنظمة للائتمان الاستهلاكي، هي في عمومها ذات أثر أحادي، ذلك أنّ فسخ البيع ينتج عنه فسخ القرض دون العكس، في حين أنّ من يقول بعدم القابلية للتجزئة فإنه يعني ارتباط العقود، وليس الربط الأحادي، أما القواعد المنظمة للائتمان العقاري فهي لا تقيم

---

[1] - Cayol Amandine, Ensemble contractuel indivisible, l'étonnante résolution du contrat di prêt, Revue juridique de l'ouest , 2016-1, pp. 75-83, p81.

[2]– و هو ما ورد في نصّ المواد من 236 إلى 238 من القانون المدني الجزائري وفي المادّة 1320 من القانون المدني الفرنسي.

[3]-N. Auroy et C. Creton, Indivisibilité des contrats, Recueil Dalloz, 2011, n°9, p. 628s.

[4]- Sami Serageldin, Les clause ayant effet à l'échelle des groupes de contrats, Thèse pour le doctorat en droit des affaires Soutenue publiquement à l'Université Lyon III Jean Moulin, Université LYON JEAN MOULIN, 2014, p97-98.

[5]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص495.

ارتباطا إلا على مستوى تكوين العقود، في حين أنّ عدم القابلية تمتد إلى لحظة تنفيذ وزوال العقد بأثر رجعي[1].

و منهم من رأى أن عدم القابلية للتجزئة الموضوعية هي الأصح لتفسير فكرة الترابط بين العقود، وعلى رأسهم الفقيه "تييسي"؛ وبنى رأيه هذا على أساس أنّ عدم قابلية للتجزئة موضوعيا تكون ناتجة عن تداخل طبيعي بين العقود، وبالتالي فإنّ العقود المترابطة فيما بينها تشكل كيان تعاقدي يعتمد على عدم القابلية للتجزئة، ومن ناحية أخرى الصفقة المتوخاة من مجموع العقود المترابطة ليست قادرة على التنفيذ الجزئي، ومثال على ذلك العقود المبرمة في إطار التأمين المشترك؛ فيقوم هذا الأخير من خلال انضمام عدّة شركات تأمين لتغطية نفس الخطر على نفس الجسم؛ ويجب على كل منهم ضمان هذه التغطية وفقا لحصة محددة، فمن الناحية العملية يتصل الزبون بشركة تأمين واحدة إذا رأت أنّ الخطر أكبر من اللازم، فتطلب هذه الأخيرة التعاقد مع شركات تأمين أخرى، وبالتالي يكون هناك العديد من العقود من أجل قيام عملية التأمين المشترك،[2] فسيكون هناك عقد بن شركة التأمين الأولى مع الزبون، وشركة التأمين مع الشركات الأخرى المنضمة لتأمين الخطر.

إلا أنّ هذا الرأي تمّ انتقاده، فرأى البعض أنّ تردد الفقه[3] بين الموضوعية والذاتية كأساس لتفسير فكرة الترابط بين العقود في حدّ ذاته يعتبر سببا للطعن في صحته، ورأى نفس الفقه أنّ هذا الرأي ما هو إلا نتيجة عن التفسير الموسع لأحكام المادتين 1217 و1218 من القانون المدني الفرنسي القديم التي نظمت أحكام عدم القابلية للتجزئة على أساس إدارة الالتزامات وليس العقود، إلا أنّ الفقه لجئ إليها لتفسير فكرة الترابط في مجال العقود وهو ما جعل حلهم هذا منتقد من قبل الأغلبية.

هذا ورأى الفقه[4] المعارض لهذا الرأي أنّ عدم القابلية للانقسام في مجال ترابط العقود لا يمكن أن تكون موضوعية، لأنها لا يمكن أن تكون تنجم عن طبيعة الأشياء، وفي هذا الإطار يلاحظ وجود خلط بين أصل عدم القابلية للتجزئة وخصائص العملية الإجمالية الناتجة عن ترابط العقود، فمن المتيقن أنّ هذه الأخيرة هي موحدة وغير قابلة للتفكيك بطبيعتها، ولكن في المقابل

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص،ص496،495.

[2] - Sami Serageldin, op.cit, p91-92.

[3]- S. Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Répertoire du Defrénois, 2002, p. 355.

[4]– حول الفقه راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص494.

ليس الأمر كذلك بالنسبة للعقود التي تؤلفها، فهذه العقود تبقى بطبيعتها مستقلة، وبعبارة أخرى إنّ الحديث عن عدم القابلية للتجزئة الموضوعية يعني تطبيق عدم القابلية للتجزئة على المستوى العملية الإجمالية وليس على مستوى العقود.

فأمام النقد الذي لم تسلم منه نظرية عدم القابلية للتجزئة بشقيها، انتقل الفقه إلى نظريات أخرى لعلى تكون إحداها مفسرة لفكرة الترابط بين العقود.

البند الثاني: مدى إمكانية نظرية السبب في تفسير أساس فكرة الترابط بين العقود

أمام فشل نظرية عدم القابلية للانقسام في تفسير أساس فكرة الترابط بين العقود، لجأ الفقه إلى نظرية السبب، بحيث فرّق الفقه بين سبب العقد وسبب الالتزام أي بين الباعث أو الدافع للتعاقد والسبب القصدي أو الغرض المباشر، فالسبب القصدي هو ما يمثل النظرية التقليدية، أما سبب الالتزام هو ما يمثل النظرية الحديثة[1].

فحسب النظرية التقليدية السبب عنصر ثابت غير متغيّر، ففي العقود الملزمة لجانبين يتمثل السبب في الالتزام المقابل؛ ففي عقد البيع مثلا يعتبر سبب التزام البائع هو الحصول على الثمن وسبب التزام المشتري هو الحصول على الملكية، أما في العقود الملزمة لجانب واحد فيتمثل السبب في تسليم المحل، أما في عقود التبرع فيتمثل في نية التبرع[2].

أما النظرية الحديثة فالسبب بحسب تصورها هو سبب العقد لا سبب الالتزام، والدافع هو السبب وليس الغرض المباشر، وهو يتمثل في الاعتبارات النفسية والشخصية التي دفعت المتعاقدين إلى إبرام العقد، فهي المبررات التي كانت وراء عزم و تصميم المتعاقدين على إنجاز العملية العقدية، وتختلف هذه الدوافع باختلاف الأشخاص وقد تتعدد وتتفاوت من حيث أهميتها، فتكون حينئذ العبرة بالدافع الرئيسي وليس الثانوي، ولا يعتدّ إلا بالباعث الذي لولاه لما أقدم المتعاقد على إبرام العقد،[3] مثلا يتمثل هدف المؤجر من وراء تأجير سكنه الحصول على المال من أجل دفع

---

[1]– معنصري مريم، المرجع السابق، ص134.

[2]– مخالدي عبد القادر، فعالية عقد القرض في العقاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2019، ص190.

[3]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص،ص198،197.

تكاليف العلاج، أو تسديد دين، أو لعب القمار، أما المستأجر فقد يكون سبب استئجاره للسكن من أجل الاستعمال السكني أو من أجل استغلال العين المؤجرة في تخزين المخدرات مثلا.

لكن يبقى دائما التساؤل مطروح أي من النظريتين وفقت في تفسير فكرة الترابط بين العقود هل النظرية الحديثة أم التقليدية؟ أم عجزت الاثنتين من تفسير فكرة الترابط مثلما حدث مع سابقتها؟

فحسب النظرية التقليدية التي تهتم بالسبب المباشر أو السبب القصدي، فإنّ السبب من وراء إبرام عقد القرض بفائدة كالقرض العقاري هو حصول المقترض على المال أما المقرض فتعاقد من أجل الحصول على الفوائد،[1] وبالتالي إذا رأينا فقط في السبب المباشر لن يكون هناك ترابط بين العقود فممكن أن يتحصل المقترض على المال دون أن ينفذ التزامه في عقد البيع، ويستعمل الأموال في تنفيذ عقود أخرى غير عقد البيع الذي طالب بالقرض من أجله، وفي الواقع العكس هناك ترابط مفروض بين العقدين فلو لم ينفذ عقد البيع لن ينفذ عقد القرض.

أما النظرية الحديثة وهي ما أيد وجهة نظرها بعضا من الفقه؛[2] باعتبار أنها تنظر إلى الباعث الدافع إلى التعاقد، وهو الجواب لمن يسأل لماذا تعاقدا طرفي عقد القرض؟ فالمقترض أبرم العقد من أجل تمويل عملية ذات طابع عقاري كشراء أو بناء أو تصليح مسكن أو شراء قطعة أرض لبناء مسكن، أو قد يكون القرض من أجل تمويل عملية استهلاكية، كشراء أدوات كهرومنزلية، في حين أنّ المقرض أبرم عقد القرض من أجل استثمار أمواله والحصول على الفوائد من وراء ذلك.[3] وبالتالي يلاحظ أنّ هذه النظرية فرضت فعلا فكرة الترابط بين العقود فمادام السبب من وراء إبرام القرض هو شراء سكن أو أدوات كرومنزلية، فإذا لم يتحقق الشراء أي عقد البيع لن يتحقق القرض على أساس غياب السبب.

فإن كانت النظرية الحديثة تبدو أنّ هي الأصح في تفسير فكرة الترابط بين العقود إلا أنها لم تسلم من النقد الذي وجهة إليها؛ حيث رأى الفقه المعارض[4] أنّ هذا التأسيس (بمعنى الاعتماد على الباعث الدافع إلى التعاقد) لا يتماشى مع موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي يقضي بعدم الاعتداد مبدئيا بالغلط في البواعث، وبالتالي و حسب هذا الاجتهاد فإنّ هذا النوع من الغلط لا يشكّل عيبا في الرضاء يعاقب عليه بإبطال العقد؛ إلا إذا أقام الأطراف هذا الباعث كشرط

---

[1]– مخالدي عبد القادر، المرجع السابق، ص191.

[2] -Sami Serageldin, op.cit, p110.

[3]– مخالدي عبد القادر، المرجع السابق، ص191.

[4]– حول الفقه ورأيهم راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص499.

لتصرفهم أي إدخال الباعث في المجال العقدي في صورة شرط فاسخ أو واقف، وذلك حفاظا على استقرار المعاملات، إذ أنّ الباعث أمر خارج عن العقد ومتغيّر من شخص إلى آخر،[1] وبالتالي فإنّ إضفاء الطابع الذاتي (الذي يتميز به السبب في النظرية الحديثة) على السبب القصدي، بهدف إدخال الباعث في المجال العقدي دون ضرورة اشتراط وضع بند صريح؛ وهو ما يخالف مبدأ عدم الاعتداد بالغلط في الباعث. وهو أيضا لا يتماشى مع النظرية الحالية للسبب التي تميّز بوضوح بين السبب القصدي، الذي يكون دائما موضوعي، والسبب الباعث الذي يكون ذاتي. وبالتالي لا يصلح أن نعتمد على نظرية السبب في تفسير فكرة الترابط بين العقود، باعتبار أنّها ترى أنّ سبب قيام عقد القرض هو وجود عقد البيع؛ فهذا إن كان صحيحا ممكن أن يبرر فرضية إبطال عقد القرض لإبطال عقد البيع، نظرا لكون السبب ركن من أركان العقد يقوم إذا قام ويبطل إذا غاب، ولكن لا يمكن أن يبرر فرضية فسخ القرض لفسخ عقد البيع لأنها أصلا مخالفة للقواعد العامة،[2] لكون السبب لا يشكل التزاما قد يخل أطراف العقد بتنفيذه.

البند الثالث: مدى الاعتداد بنظرية الشرط في تفسير فكرة الترابط بين العقود

عُرّف الشرط على أنه أمر مستقبلي محتمل الوقوع يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله وهو ما يفهم من نصّ المادّة 203 من القانون المدني الجزائري، فالشرط بهذا المعنى يعدّ بمثابة أمر خارجي تضيفه الإرادة إلى التزام استجمع عناصر تكوينه واستكملها كلها، فيعدّ بذلك من قبيل الوصف الذي يلحق بالالتزام ويجعله موصوفا، والشرط بهذا المعنى أيضا لا يمكن أن يوجد إلا في الالتزامات التي تصدر عن الإرادة، سواء أكانت تلك الالتزامات ترتبت على عقد، أم صدرت عن إرادة منفردة، ولذلك لا يعدّ من قبيل الشرط كوصف إرادي بالالتزام، الشروط القانونية التي يتطلبها القانون لترتيب أثر معين، كشرط التسجيل في العقود الشكلية، وكذلك لا يعدّ شرطا بالمعنى الدقيق للشرط باعتباره وصفا من أوصاف الالتزام، ما يتضمنه العقد من أحكام تنظيم العلاقة العقدية بين

[1]– محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، طبعة سنة 2016، مكتبة الوجيزة، طرابلس، ليبيا، د.س.ن، ص110.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص500.

الطرفين، مثل الشرط الجزائي وشرط المنع من التصرف، وغير ذلك من الأحكام التي تحدد كيفية وفاء المدين بالتزاماته العقدية والتي يطلق عليها اسم شرط العقد[1].

ففكرة استخدام الشرط كأساس للفكرة الترابط بين العقود لا تستند على سوابق قضائية، ولا على أحكام فقهية، ففي هذه الحالة يعود استخدام هذه الفكرة إلى المشرّع الفرنسي في حدّ ذاته، لتبرير الربط بين الائتمان وعقد البيع[2].

فقد تمّ النص على الشرط كآلية لتبرير الترابط بين العقد في قانون "Scrivener" الأوّل والثاني، المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين في مجال الائتمان الاستهلاكي والعقاري،[3] فكان هدف هذا القانون هو حماية المستهلك الذي أبرم اتفاقية قرض من أجل شراء سلعة أو الحصول على خدمة، وتمّ إلغاء عقد البيع أو تقديم الخدمة أو حله لسبب من الأسباب، فمن الضروري عندئذ إيجاد طريقة للربط بين مصير العقدين، البيع والقرض، بحيث يتمّ حل عقد القرض إذا اختفى عقد البيع والعكس صحيح، وبخلاف ذلك، يجد المستهلك نفسه ملزما باتفاق ائتمان دون أي فائدة، أو بعقد بيع أو تأدية خدمة لا يستطيع الوفاء بها[4].

فقد نصّ قانون "Scrivener" الأوّل، على شرط حاسم بهدف حماية المستهلك من هذه الحالة، فقد نصّ في المادّة L.311-21 على أنّ: "اتفاق القرض يُحلّ أو يلغى بقوة القانون عندما يُحلّ العقد الذي أبرم من أجله أو يلغى قضائيا"، هذا وأضاف من خلال نصّ المادّة L.311-25 ما يلي: "عقد البيع أو تأدية الخدمات يتمّ حله تلقائيا بقوة القانون وبدون تعويض... إذا ما مارس المقترض حقه في العدول في الآجال المحدّدة"، فمن نصّ المادتين نلاحظ أنّ المشرّع استعمل نظرية الشرط من أجل فرض الترابط بين العقدين، بحيث يبقى عقد القرض قائما تحت شرط واقف

---

[1]–أسامة محمد سليمان الدباس، الواقعة الشرطية في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2014/2013، ص12.

[2]- Sami Serageldin, op.cit, p103.

[3]– يتمثل القانونين في:

Loi n°78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

Loi n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

22/78 والثاني متمثل في قانون 576/79.

[4] - S.Soubelet- Caroit et L.Soubelet, L'interdépendance contractuelle en question (à propos des arrêts de la chambre mixte du 17 mai 2013), Revue Lamy droit des affaires, n° 131, 1er novembre 2017, p34.

وهو وجود عقد البيع، وبالتالي إذا ما حُلّ العقد أو ألغى، ألغى معه عقد القرض. أما قانون "Scrivener" الثاني فقد نصّ في المادّة L.312-12 على أنّ: "عرض القرض هو دائما مقبول تحت شرط فاسخ هو عدم إبرام العقد الرئيسي في أجل أربعة أشهر تحسب من يوم القبول"[1]. فالمشرّع استعمل شرطين من أجل ضمان الترابط بين العقدين شرط واقف وآخر فاسخ.

فقد أعطى هذا الابتكار التشريعي لبعض المؤلفين فكرة أنّ الشرط يمكن أن يكون بمثابة حلقة وصل بين عقد القرض وعقد البيع، غير أنّ الغالبية العظمى من المؤلفين يعترضون هذه الرؤية وذلك بسبب:

- إنّ الشرط الفاسخ يمكن له أن يفسر حلّ عقد بعد اختفاء عقد آخر تابع له، فإذا لم يتحقق عقد البيع باعتباره شرطا فاسخا في عقد القرض، فإنّ هذا الأخير سيحلّ، لكن آثار الربط بين عقدين لا تقف عند هذا الحد، فهناك علاقات وطيدة تبقى قائمة طيلة مدّة قيام العقود في المجموع التعاقدي، فالشرط الفاسخ على وجه الخصوص لا يسمح بتفسير تمديد بعض بنود العقود المترابطة، فإذا كان الشرط الواقف قد تمتدّ آثاره إلى مرحلة التنفيذ؛ فإن الشرط الفاسخ يقف عند مرحلة تكوين العقود فقط بمعنى أنه لا يمكن له تفسير وتبرير جميع مراحل الترابط العقدي[2].
- هذا وتجدر الإشارة إلى صعوبة أخرى، حيث نصّت المادّة 205 من القانون المدني على ما يلي: "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"، بمعنى يتخوف الفقهاء في فكرة الترابط بين العقود من إعمال الشروط الإرادية، بحيث قد يرفض أحد المتعاقدين تنفيذ العقد إراديا من أجل تحقيق الشرط الفاسخ،[3] وبالتالي يتمّ وضع حدّ للمجموع العقدي، وهذا ما طرح في قانون الاستهلاك الفرنسي بخصوص الائتمان العقاري في المادّة L.313-41، حيث أكدّ الاجتهاد القضائي بأنّ قبول عرض القرض ليس ضروريا لتحقيق الشرط الواقف بحيث أنّ العقد الرئيسي يبرم وهو معلّق على شرط واقف المتمثل في الحصول على الائتمان، فالقضاة يبحثون عماّ إذا كان المقترض حسن النية في بحثه عن القرض أم لا[4].

---

[1]- Sami Serageldin, op.cit, p104.

[2]- S.Soubelet- Caroit et L.Soubelet, op.cit, p36.

[3]- الشرط الفاسخ هو الذي يبقى العقد بصدده منتجا لآثاره بحق أطرافه ومستمرا في ذلك، إلى أن يتحقق الشرط الذي يوقف آثار العقد، بينما الواقف هو الذي يجعل من العقد غير نافذ بين أطرافه حتى يتحقق.

[4]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص502.

وفي الأخير وبعد عجز كل من نظرية عدم القابلية للتجزئة، ونظرية السبب، بالإضافة إلى نظرية الشرط في تفسير فكرة الترابط بين العقود، وإن كان المشرّع في حدّ ذاته هو من اعتمد على نظرية الشرط في الربط بين العقد الرئيسي وعقد القرض، وبعد كلّ المحاولات التي بذلها الفقهاء في نسب فكرة الترابط إلى نظرية من النظريات السالفة الذكر، إلا أنهم فشلوا في الأخير في تفسيرها، فدائما كان هناك فقها معارضا الذي كان يظهر النقائص في التفسيرات التي أتى بها الفقه في النظريات الثلاث، وبالتالي نستخلص أنّ فكرة الترابط بين العقد الرئيسي وعقد القرض هي حديثة وأصيلة ليس لها جذور في قانون العقد، استحدثها المشرّع من أجل توفير حماية فعالة للمستهلك من استغلال المتدخل، حتى وإن كان ذلك على حساب مبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يفرض استقلالا بين العقود، فالمشرّع رأى أنه لو طبقنا القواعد التي يفرضها هذا المبدأ على عقود الاستهلاك، سينتج طرف قوي وآخر ضعيف المتمثل في المستهلك، الذي سيتحمل قروض بدون حصوله على النتيجة التي نوى تحقيقها من إبرامه لعقد القرض، عكس المتدخل الذي سيستفيد من ثمن السلع أو الخدمات أو العملية العقارية دون أن ينفذ التزامه بنقل الملكية أو تأدية الخدمة، الأمر الذي دفع بالمشرّع سواء الجزائري أو الفرنسي إلى الخروج عن قانون العقد فالرضا بذلك ربطا بين كل من عقد البيع وعقد القرض سواء في مجال القرض الاستهلاكي أو القرض العقاري، وإن كان المشرّع الجزائري لم يصل بعد إلى مرحلة تنظيم القرض العقاري كما فعل نظيره الفرنسي.

المطلب الثاني: فكرة تقرير دعوى مباشرة للمستهلك في الرجوع على المتدخل

العقد هو حصيلة إلتقاء إرادتين على إنتاج آثار قانونية تبقى هذه الأخيرة ذات مفعول نسبي، محصورة بصورة مبدئية بين طرفيه دون غيرهم، إذ لا تستطيع إرادة أو أكثر أن ترتب حقوق أو التزامات على شخص لم يكن طرفا في العقد. وبالتالي وإعمالا لمبدأ الأثر النسبي للعقد لا يمكن للمضرور الرجوع بالأضرار إلا على بائعه المباشر الذي تربطه به علاقة عقدية، وهو ما يمثل إجحافا كبيرا في حق المضرور[1].

وباعتبار أنّ عملية وضع المنتوج للاستهلاك تتطلب تدخل عدّة أطراف، بدءا بالمنتج، ومرورا بالموزع وتاجر التجزئة أي البائع، وصولا إلى المستهلك، فهذا الأخير يبرم عقده مباشرة مع البائع، فالمستهلك طرف في العلاقة الاستهلاكية التي تربطه بالبائع، في حين أنّ بقية الأطراف

[1]- جليل أمال، المرجع السابق، ص131.

المتدخلة في عرض المنتوج هم من الغير بالنسبة لهذا العقد، وبالتالي لا يمكنه مقاضاة هؤلاء الأطراف بصورة مباشرة طبقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد[1].

هذا ما جعل القضاء الفرنسي يرى أنّ البائع الذي يتعامل معه المستهلك يعتبر أقل مسؤولية عن الأضرار التي قد يسببها المنتج أو الخدمة الذي مرّ عبر سلسة تجارية بدأت من المنتج الذي أنتج هذه السلعة أو الخدمة وصولا إلى البائع، الذي ممكن لم يكن هو المسؤول عن الضرر بل كان مثلا الموزع أو المنتج، الأمر الذي سيهدر حقوق المضرور فيما لو اقتصرت المسائلة على هذا البائع، فمثلا فيما يتعلق بالمنتوجات الدوائية والكيميائية الطبية، يمكن القول أنه بعد الثورة الصناعية الهائلة والتنوع الشديد للمنتجات، وظهور خطوط الإنتاج الكبرى، أصبحت العلاقة المباشرة بين المنتج والمستهلك شبه منعدمة، فالسلعة في أغلب الأحيان لا تصل ليد المشتري إلاّ بعد سلسلة متعاقبة من البيوع تتضمن وسطاء في البيع من تجار الجملة وتجار التجزئة[2].

وبالتالي فتطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقد فيه إضرار بمصالح المستهلك الذي لا يمكنه الرجوع بدعوى قضائية إلا على من تعامل معه مباشرة الذي يتمثل في غالب الأحيان في البائع، إلا أنه وبتطبيق النظام العام الحمائي للمستهلك التي تفرضه تشريعات الاستهلاك على العلاقات الاستهلاكية حتى وإن كان خارجا عن مبادئ قانون العقد، نتج عنه خلق فكرة الدعوة المباشرة المقررة لصالح المستهلك ضدّ كلّ متدخل في العملية الاستهلاكية.

فمن خلال ما سبق ذكره سنحاول من خلال هذا المطلب توضيح مدى تنبني قانون الاستهلاك الجزائري والفرنسي لفكرة الدعوى المباشرة في **فرع أوّل**، ثمّ نتطرق في **فرع ثان** إلى الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث.

---

[1]– بخيت عيسى، المرجع السابق، ص115.

[2]– بن بعلاش خديجة، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، بلعباس، الجزائر، سنة 2018/2017، ص34.

الفرع الأوّل: مدى تبني قانون الاستهلاك الجزائري والفرنسي لفكرة الدعوى المباشرة

تعرّف الدعوى المباشرة على أنها "هي تلك الدعوى التي يرفعها الدائن بإسمه ولحسابه على مدين مدينه للمطالبة بالحق المترتب في ذمته للمدين وليستأثر بالمحكوم به فيها"،[1] وهذه الدعوى تختلف عن الدعوى غير المباشرة التي تعرّف على أنها "الدعوى التي يرفعها المشتري الثاني باسم المشتري الأول على البائع، ويشترك معه فيها سائر دائني المشتري الأول"[2] في أنّ المشتري الثاني لا يزاحم سائر دائني المشتري الأوّل، وتتفق معها في أنّ مدّة التقادم تسري من وقت تسليم المشتري الأوّل المبيع من البائع[3].

ولم يقف مبدأ نسبية العقد عائقا أمام الاجتهاد القضائي الفرنسي من أجل تقرير هذه الدعوى للمتعاقد ضدّ الغير، لاسيما في عقد البيع، وكان ذلك بمناسبة دعوى ضمان العيوب الخفية،[4] وهو ما سنشرحه في البند الأوّل، أما من خلال البند الثاني نحاول توضيح موقف تشريع الاستهلاك الفرنسي من الدعوى المباشرة، دون أن ننسى توضيح موفق تشريع الاستهلاك الجزائري من الدعوى المباشرة في بند ثالث.

البند الأوّل: الدعوى المباشرة في الاجتهاد القضائي الفرنسي

مرّت الدعوى المباشرة بمراحل تاريخية مختلفة وطرأت عليها تطورات كثيرة من وقت إلى آخر كغيرها من الأنظمة القانونية الأخرى، ويذكر بأنّ القانون المدني الفرنسي كان من الأوائل الذين أخذوا بفكرة الدعوى المباشرة، حيث يعتبر مصدرا تاريخيا للعديد من القوانين العربية الحديثة، علما بأنّ القانون الفرنسي كان متأثرا بالقانون الروماني الذي يعدّ من أهم المصادر التاريخية للقانون الفرنسي، فالدعوى المباشرة ليس لها أساس قانوني محض، بل شارك الفقه والقضاء في الكشف عن بعض حالاتها عن طريق تفسير النصوص القانونية، حيث صدر أول تقنين مدني في

---

[1]– بدري جمال الدين، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث، المرجع السابق، ص247.

[2]– لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2014، ص7.

[3]– كرفي مراد، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنسل شهادة الماجستير في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2005، 2006، ص74.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص551.

فرنسا عام 1804 وهو ما يسمى بقانون نابليون، الذي لم يعرف إلا الدعوى المباشرة المنصوص عليها في المادّة 1798 منه؛ والتي تمنح البنائين والنجارين وغيرهم من العمال حق استفاء حقهم من رب العمل مباشرة غير أنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي ساهم مساهمة كبيرة في الكشف عن تطبيقات جديدة للدعوى المباشرة[1] من شأنها توفير الحماية للمشتري الفرعي من مجوعة بائعين في عقود متتالية، فمن خلال هذا البند سنحاول أولا البحث عن نطاق هذه الدعوى أما في النقطة الثانية سنحاول البحث عن طبيعة هذه الدعوى هل هي خاضعة لقواعد المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية؟

أولا: نطاق الدعوى المباشرة

ربط الإجتهاد القضائي الدعوى المباشرة بدعوى ضمان العيوب الخفية، إلا أنه لم يقف عند هذا الحد بل بمرور الزمن ربطها بدعوى أخرى وهذا ما سندرسه في النقاط التالية.

1. ربط الدعوى المباشرة بدعوى ضمان العيوب الخفية

الأصل أنه ينحصر حق المستهلك في مقاضاة البائع المباشر بدعوى الضمان، وذلك كالتزام نابع من عقد البيع، فلا يجوز بالتالي متابعة المستهلك للصانع بدعوى ضمان العيب، لأنه لا يوجد عقد بيع بينهما، وإنما للمستهلك متابعة البائع الذي باع للبائع المنتج مباشرة، وهذا الأخير يمكنه بدوره إقامة ضمان لاحقة بوجه بائعه ليطالبه بما حُكم عليه، وهكذا حتى نصل إلى متابعة المنتج أو الصانع. وحيث أنّ سلسلة الدعاوى التي تقام من ضامن على آخر وفقا لما سبق ذكره، تبدو مرهقة للمتداعين وغير طبيعية، لذا فقد استقر والاجتهاد القضائي الفرنسي بالرغم من عدم وجود عقد بيع بين المستهلك والبائع الأوّل والذي هو صانع المنتج، على الإجازة لهذا المستهلك بأن يقيم دعوى مباشرة على الضامن الأوّل، دون المرور بالضامن المباشر أي البائع المباشر، فيتحقق بذلك اقتصاد في الدعاوى وتوفير في الوقت والنفقات، ويتجنب المستهلك أيضا مزاحمة دائني البائع، كما يحق للمستهلك أن يختار وفقا للاجتهاد القضائي الفرنسي، أيا من المتدخلين في عرض المنتج للاستهلاك ويقاضيه بدعوى ضمان العيب الخفي.[2]وبغية تحديد ما إذا كان يحق للمشتري

---

[1]– مكربش سمية، الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 46، الجزائر، سنة 2016، ص500.

[2]– بلعابر سامي، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة مونتيري، قسنطينة، الجزائر، سنة 2005، ص،ص61،60.

(المستهلك) أن يتخذ إجراء ضدّ الصانع ميزت محكمة النقض أولا بين سلسة العقود المتجانسة، ثانيا بين سلسلة العقود غير المتجانسة.

أ- دعوى الضمان في العقود المتجانسة:

تعرّف العقود المتجانسة على أنها سلسلة من العقود تتعاقب فيما بينها، وتتسم هذه الأخيرة بطبيعة قانونية واحدة كعقود البيع المتتالية، وتتعاقب هذه الأخيرة على شيء واحد ذات محل واحد، فالمبيع في تلك البيوع المتتالية ينتقل من عقد إلى آخر هو ذاته.[1]

ففي هذه السلسلة فإنّ نفس المحل ينتقل من الصانع أي البائع الأصلي إلى تاجر التجزئة أي البائع الفرعي إلى المشتري، وبالتالي يستفيد تاجر الجملة من دعوى ضمان الشيء المبيع ضدّ الصانع، وينقلها بالتبعية للشيء لتاجر التجزئة، وهذا الأخير ينقلها للمشتري (المستهلك)، وعلى ذلك فإنّ هذا الأخير يتمتع بثلاث دعاوى ضمان: الدعوى الخاصة به ضدّ تاجر التجزئة، ودعوى هذا الأخير ضدّ تاجر الجملة، ودعوى هذا الأخير ضدّ الصانع[2].

فكرست محكمة النقض الفرنسية الدعوى المباشرة في سلسلة العقود المتجانسة بموجب القرار الصادر من جانبها بتاريخ 25 جانفي 1820، حيث قررت منح المشتري (المستهلك) خيارا يتمثل في أنه يستطيع التصرف ضدّ البائع الأصلي بدعوى ضمان العيب، وبالتالي سمحت للمشتري بممارسة الدعوى المباشرة حتى وإن كان هناك نص في العقد يمنعه من التصرف ضد بائعه[3]. فهذه النقطة في حدّ ذاتها شكلت إشكالا؛ فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر بتاريخ 17 جانفي 1995 إلى اعتباره شرطا نافذا في حق المشتري الأخير ، وتمّ انتقاض هذا الاجتهاد بشدّة على أساس اعتباره شرطا تعسفيا بالنسبة للمشتري، وهو ما تداركه المشرّع الفرنسي في قانون 1978 المتعلق بإعلام و حماية المستهلكين والذي اعتبر شرط الإعفاء من الضمان من الشروط التعسفية فالضمان القانوني يعتبر من النظام العام بالنسبة للبائع المحترف في حالة كون المشتري مستهلكا[4].

---

[1] - Aynes (L) : la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes Economica, Paris,1984, n. 165. P.123.

[2]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص517.

[3]- Aurélien Bambdé, Droit des contrats, Droit des obligations, Effets relatif, Effets du contrat, Groupes de contrats, article posé sur le forum de les chaine de contrats régime juridique, article publié le 12/08/2017, consulté le 15/03/2022, l'article publié sur le site suivant: https://aurelienbamde.com/2017/08/12/les-chaines-de-contrats-regime-juridique/.

[4]- حساين سامية، التطور التشريعي لحماية المستهلك في التشريع الجزائري: دراسة تقييمية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 15، العدد: 01، الجزائر، سنة 2020، ص،ص228، 232.

فقد رأينا سالفا أنّ الدعوى المباشرة قد تمّ تقريرها من قبل الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال دعوى ضمان العيوب الخفية ويظهر ذلك من خلال شروط هذه الأخيرة التي تتلخص فيما يلي: إنّ دعوى ضمان العيب الخفي لا تمارس إلا ضدّ بائعي الشيء عندما كان العيب موجودا من قبل وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 11 ديسمبر 1961، هذا وسمح الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال القرار الصادر من محكمة النقض بتاريخ 15 ماي 1972 للمشتري بالرجوع دفعة واحدة ضد البائع والصانع مثلا، والحصول على الحكم عليهما بالتضامن، وكذلك قررت محكمة النقض بتاريخ 07 جوان 1989 لمكتسب الملكية الفرعي أي المشتري الحرية في إدخال البائع الوسيط في الخصام عندما يمارس الدعوى المباشرة ضدّ البائع الأصلي من عدمه[1].

ب- دعوى الضمان في العقود غير المتجانسة:

تعرف العقود غير المتجانسة على أنها ارتباط سلسلة من العقود تختلف فيما بينها من حيث الطبيعة القانونية؛ فلكل عقد التزاما رئيسيا يختلف عن الالتزام الرئيسي للعقد الآخر.[2] بشرط أن تتضمن هذه العقود نقلا لملكية شيء. فقد رأى الفقيه "غيستان" "Ghestin" بأنّ الدعوى المباشرة ممكن تصورها في العقود المتجانسة لوحدة محلها، أما في العقود غير المتجانسة يصعب الأمر لأنّ وحدة المحل في هذا النوع من العقود يشوبه الغموض، وحتى و إن اتحد المحل بصورة عامة لا يمكن أن يؤدي إلى اكتساب أشخاص هذه العقود صفة الطرف.[3] ويمكن تمثيل هذه السلسلة في أن يكون الشيء الواحد محل عقد مقاولة ونقل و بيع[4].

مثلا العقد بين صانع مادّة البناء والمقاول، يختلف عن العقد المبرم بين المقاول ورب العمل، إلا أن المحل واحد فمثلا يشتري المقاول الإسمنت المعيب من الصانع في إطار عقد بيع، ويقوم المقاول ببناء منزل بهذا الاسمنت المعيب لرب العمل في إطار عقد مقاولة، إلا أنّ الاجتهاد القضائي قد منح من خلال القرار الصادر من الهيئة العامة بمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 07 فبراير 1986، الحق لرب العمل برفع دعوى مباشرة ضدّ الصانع لضمان العيوب الخفية مستندة في ذلك على عدم مطابقة الشيء المسلم للمواصفات والمعايير القانونية، وبالتالي لم يهم بالنسبة

---

[1]- شوقي بناسي، المرجع السابق، ص518.

[2]- Aynes (L), op.cit, p123.

[3]- Delebecaue (ph.): La notion de groupe de con tracts: quels critères. C.D.E، 1989.n.4.p.25.

[4]- منصور حاتم محسن، اسامة شهاب حمد، نطاق التزام المنتج بتتبع منتجاته (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، العراق، سنة 2020، ص165.

إلى هذا القرار إن كانت سلسة العقود متجانسة أو غير متجانسة مبررا بذلك أنّ رب العمل بصفته المشتري الفرعي يتمتع بجميع الحقوق والإجراءات المرتبطة بالشيء الذي يخص صاحبه أي المقاول، وعلى هذا فإنّ القرار هذا يقوم على قاعدة الملحقات؛[1] فهذه القاعدة هي فكرة الفقيهين الفرنسيين "أوبري و رو" والتي يقصد بها أنّ الملحقات تتبع الأصل، وهي قاعدة تنطبق على حالة انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص، وبموجبها تمّ الاعتراف بأن بعض أثر العقد الذي يبرمه السلف بمناسبة الشيء الذي يلحق به وينتقل بانتقاله إلى الخلف الخاص أي أنّ ملكية الشيء تنتقل إلى الخلف الخاص مع كافة الدعاوى المقررة لسلفه على ذلك الشيء لأنها من ملحقاته،[2] ومن بين هذه الدعاوى دعوة ضمان العيب الخفي التي تعتبر من الملحقات وبالتالي تنتقل مع الشيء المتعاقد عليه، وهكذا يمكن لرب العمل الاستفادة من دعوى ضمان العيب اللصيقة بالشيء الذي انتقلت ملكيته إليه بعدما كانت حقا للمقاول ضد الصانع.

فيهدف الاجتهاد القضائي الفرنسي من خلال ربط دعوى ضمان العيب الخفي بالدعوى المباشرة إلى ما يلي:

- تفادي شرط إعفاء البائع من المسؤولية الذي قد يوجد في العقد الذي يربط البائع والمشتري الأوّل؛
- عدم رجوع المشتري الأخير على المنتج، يؤدّي إلى رجوع كل مشتري على بائعه، وهذا ما يجعل الدعاوى تزداد وتتعدد حتى تصل إلى المنتج أو البائع الأصلي، وبالتالي يرهق هذا الأمر المشترين والبائعين وحتى القضاء بالإضافة إلى كونه مضيعة للوقت والجهد والنفقات؛
- منح إمكانية للمستهلك في اختياره للبائع الذي يمكنه من الحصول على التعويض المناسب بسهولة ويسر؛

---

[1]- Aurélien Bambdé, https://aurelienbamde.com/2017/08/12/les-chaines-de-contrats-regime-juridique/, op.cit.

[2]– ويرى الفقه بأن هذه القاعدة منسجمة مع ما ورد في القانون المدني، لأنّ المادّة 1692 تنصّ على أنّ الحق ينتقل إلى المُحال له مع ملحقاته من كفالة أو رهن أو حق امتياز، كذلك نصّت المادّة 1018 على أنّ للموصى به أن يطالب بتسليم ملحقات الشيء الموصى به، كما أنّ تسليم الشيء بموجب المادّة 1615 يشمل على تسليم الشيء وملحقاته وكل شيء خصص لاستعمال هذا الشيء. راجع في ذلك أسامة محمد طه ابراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2008، ص231.

- السماح بإقامة هذه الدعوى على المنتج الذي يحرص على فحص المنتوج ومعاينته بجدية حتى يتفادى وجود عيب في منتجاته تجعله ملتزم بالضمان[1].

2. ربط الدعوى المباشرة بدعوى ضمان التعرض:

لم تحصر الاجتهادات القضائية الدعوى المباشرة بدعوى ضمان العيب الخفي، بل توسعت في اجتهاداتها لتصل إلى غاية ربطها بدعوى ضمان التعرض، حيث كان الاجتهاد القضائي الفرنسي[2] السباق في ربط الدعوى المباشرة بهذه الدعوى، حيث استقر على أنه في حالة توالي البيوع، فإنّ للمشتري الأخير إذا تعرض له شخص في المبيع، فله أن يرجع بالضمان على البائع له مباشرة (البائع الأوّل)، لأنّ ضمان التعرض يقع على عاتق المشتري الأوّل، باعتباره احد الالتزامات التي ترتبت على عقد البيع بين المشتري الأوّل والمشتري الثاني، وكذلك له أن يرجع على البائع الأصلي الذي باع لبائعه، ومعنى ذلك جواز رفع دعوى الاستحقاق مباشرة من المشتري الأخير على البائع الأصلي، رغم تعدد عمليات البيع، ودون أن يدفع هذا البائع بعدم أحقية المشتري الأخير، ويتم الرجوع في هذه الحالة عن طريق دعوى مباشرة،ويعود أساس هذه الدعوى إلى اعتبار دعوى ضمان التعرض التي كانت للمشتري الأوّل من ملحقات المبيع، التي انتقلت إلى المشتري الأخير مع المبيع،[3] وهذه الدعوى تعتبر الأفضل للمشتري مقارنة بالدعوى غير المباشرة[4]. ونفس

---

[1]– حساين سامية، المرجع السابق، ص234.

[2]-Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 28 mars 1990, 88-14.953, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007024178.

[3]– تركي وليد، ضمان التعرض والاستحقاق في عقدي البيع والإيجار طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2011/2010، ص61–63.

[4]– لأنه يرفعها باسمه الخاص وليس باسم المشتري الأوّل ضدّ البائع الأصلي، ولا يتعرض لمزاحمة الدائنين لأنّ ما سيحكم به لا يدخل ذمة مدينه، عكس الدعوى غير المباشرة التي يشترك المشتري الثاني بما سيحكم به مع دائني المشتري الأوّل، راجع كرفي مراد، المرجع السابق، ص74.

الحل اعتمده بالنسبة إلى دعوى عدم مطابقة المبيع للمطالبة بالتعويض[1] أو الفسخ[2]، وحتى بالنسبة لدعوى الإخلال بالالتزام بالإعلام[3].

ثانيا: طبيعة المسؤولية الناشئة عن الدعوى المباشرة

إنّ تحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن الدعوة المباشرة من قبل القضاء الفرنسي قد مرّ بمرحلتين وهما كالآتي:

1. موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي قبل قرار [4]"Besse":

نستخلص مما سبق أنّ القضاء الفرنسي أقرّ الدعوى المباشرة لصالح المشتري من أجل الرجوع على البائع الأوّل ومطالبته بالضمان، إلاّ أنّ المسؤولية التي ترفع على أساسها الدعوى المباشرة اعتبرها القضاء تارة ذات طبيعة تعاقدية، ولاسيما إذا تعلّق الأمر بإخلال البائع بالتزام تعاقدي، كما هو الحال في ضمان العيوب الخفية، وتارة أخرى اعتبرها ذات طبيعة تقصيرية استنادا على مسؤولية الأشياء غير الحية وإما على الخطأ، ملتزمتا في ذلك بمبدأ الأثر النسبي للعقد.

ففي الحالات التي قرر فيها القضاء أنّ المسؤولية التي تقوم عليها الدعوى المباشرة هي ذات طبيعة عقدية حاول جاهدا من أجلها البحث عن أساس قانوني يسمح له التخلص من عقبة قاعدة مبدأ الأثر النسبي للعقد، لأنّ كل من البائع والمشتري لا تربط بينهم أي علاقة تعاقدية مباشرة، فكيف يمكن للدعوى هنا أن تكون ذات طبيعة عقدية؟ لذلك ذهب إلى تأسيس هذه الدعوى على أساس قاعدة الملحقات، لأنّ هذه القاعدة تمكّن المشتري الأخير من الرجوع المباشر على البائع الأصلي استنادا على أحكام المسؤولية التعاقدية، إذ وجد القضاء أنّ الخطأ الصادر من البائع يعدّ إخلالا بالتزام تعاقدي، وبالتالي يستبعد أن يكون الرجوع وفق أحكام المسؤولية التقصيرية[5].

وعلى إثر ذلك طبقت محكمة النقض الفرنسية هذه القاعدة في منازعات عديدة، منها قيام محكمة النقض الفرنسية بتأييد صحة الحكم المطعون فيه الصادر من محكمة الاستئناف، بشأن

---

[1]-Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 mars 1983, 82-10.654, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007011868.

[2] - Cour de Cassation, Chambre civile 1re, 4 fév 1963, JCP 1963. II. 13159, note Savatier.

راجع، عن شوقي بناسي، المرجع السابق، ص523، هامش رقم02.

[3]- Cour de Cassation., Chambre civile 1re, 31 janv 1973, Bull. civ, I, n° 40, JCP 1975. I. 2679, note Nguyen Than-Bourgeais et Revel.

راجع، عن شوقي بناسي، المرجع السابق، ص523هامش رقم3.

[4]– حول قرار "Besse"راجع الصفحة رقم 334 من هذه المذكرة.

[5]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص290.

المنازعة الدائرة بين المشتري الأخير والبائع الأصلي في سلسلة من البيوع المتتالية المتعلقة بسيارة، فقد اكتشف فيها المشتري عيوبا خفية، تجعل من مواصفاتها غير مطابقة لما تمّ النصّ عليه في العقد، لذا قررت المحكمة لهذا المشتري الحق بالرجوع مباشرة وبموجب دعوى تعاقدية بضمان العيوب الخفية على البائع الأوّل، وعلى أن يكون هذا البيع موجودا وقت إبرام العقد الأصلي،[1] فمن خلال ذلك الحكم يتضح أنّ القضاء الفرنسي أخذ بفكرة الرجوع المباشر وعلى أساس المسؤولية التعاقدية، ولكن طبقا لأحكام قاعدة الملحقات، لأنه يعدّ دعوى ضمان العيوب الخفية و التي هي مقررة أصلا للمشتري الأوّل بمواجهة البائع الأوّل قد انتقلت إلى المشتري الأخير باعتبارها من ملحقات المبيع، والإخلال بهذا الالتزام هو إخلال بالتزام تعاقدي يستوجب تطبيق أحكام المسؤولية العقدية[2].

هذا وقد صدر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية قرار يتعلق بعقدين أحدهما عقد البيع والآخر عقد قرض في إطار سلسلة عقود غير متجانسة، قضت المحكمة من خلاله؛ بأنّ البائع يكون ملزما بالوفاء بمبلغ القرض إلى المقرض مباشرة وذلك في الحالة التي يثبت فيها بطلان عقد البيع، ولقد جاء ذلك القرار على الرغم من عدم وجود أي علاقة تعاقدية مباشرة تربط بين المقرض والبائع مباشرة فكلاهما يعدّ من الغير بالنسبة للآخر، ولكنها ترى بأنّ التزام المشتري برد المبيع يرتبط بالتزام البائع برد مبلغ القرض بسبب وجود الرابطة الموضوعية بين العقدين المتمثلة بوحدة السبب أو الغاية المشتركة ألا وهي إبرام وتنفيذ عقد البيع فلولا عقد القرض لما أبرم عقد البيع[3]. وهو ما أكدّه المشرّع الفرنسي من خلال اعترافه بوجود رابطة موضوعية تجمع بين عقد القرض وعقد البيع[4].

وقد أكدت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية قرارها في جعل مسؤولية محدث الضرر في سلسلة عقود متجانسة، مسؤولية تعاقدية فقط وذلك من خلال القرار الصادر بتاريخ 09 أكتوبر 1979، وقد تعلّق بإطار مجموعة العقود الناقلة للملكية تضمنت عددا من عقود البيع

---

[1]– حول القرار راجع نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، تأصيل نظرية المجموعة العقدية –دراسة في القانون المدني–، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد: 12، العدد: 40، العراق، سنة 2019، ص23.

[2]– نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق، ص23.

[3]– Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 novembre 1974, 73-12.660, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000006993323.

[4]– هذه الرابطة االموضوعية كنا قد فصلنا فيها سابقا من خلال هذه المذكرة في الصفحة رقم 358 وما بعدها.

المتتالية.[1] وذلك بشأن حادث تعرض له مالك السيارة، بسبب خلل في تصنيعها لا يعلم بوجوده عند شرائها من بائع وسيط سبق وإن اشترى هذه السيارة من شركة خاصة ببيع السيارات، ولدى رفع الدعوى من قبل المشتري الأخير للمطالبة بالتعويض، دفع ذلك البائع بالدفع بعدم علمه بالعيب، لذلك قررت محكمة الاستئناف الحكم على شركة بيع السيارات والمصنع الأصلي بدفع التعويض بالتضامن على أساس المسؤولية التقصيرية؛[2] وفقا لنص المادّة 1383 من القانون المدني التي نصّت على أنّ: "يسأل كل شخص عن الضرر الذي سببه ليس فقط بفعل ارتكبه بل أيضا بإهماله وعدم تبصيره"[3].

إلا أنه تمّ الطعن أمام محكمة النقض بالضبط أمام الغرفة المدنية الأولى، فنقضت الحكم السابق وقررت أن يكون التعويض على أساس المسؤولية العقدية لأنّ الخطأ هو عقدي والمتمثل في التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع، ومن ناحية أخرى يكون الرجوع بالتعويض على البائع الأوّل أي شركة بيع السيارات بسبب علمها بذلك العيب وذلك من خلال التعليمات التي أرسلها المصنع إلى هذه الشركة، وذلك تطبيقا لنصّ المادّة 1645 من القانون المدني الفرنسي[4] التي جاء فيها ما يلي: "إذا كان البائع عالما بعيوب المبيع يلزم إضافة إلى إعادة الثمن الذي حصل عليه بأداء التعويض عن العطل والضرر كله إلى المشتري"[5].

وبالتالي ومن خلال القرارات السالفة الذكر نستخلص أنّ محكمة النقض الفرنسية استقرت على اعتبار الدعوى التي يرفعها المشتري الفرعي تكون ذات طبيعة تعاقدية وبالتالي تمكنه من الرجوع مباشرة على الصانع، وتكون بذلك هذه الدعوى قائمة على أساس قاعدة الملحقات، ففي المجموعة العقدية التي تتكون من العقد المبرم بين الصانع والمشتري الأوّل والعقد المبرم بين هذا الأخير والمشتري الثاني، تسمح بانتقال الحقوق والدعوى من العقد الأولّ إلى العقد الثاني.

ولم تتوقف الغرفة المدنية الأولى في الأخذ بقاعدة الملحقات في إطار المجموعات العقدية في سلسة العقود المتجانسة؛ بل تخطتها لتشمل حتى العقود غير المتجانسة؛ وذلك في قضية محلها

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص524.

[2]–نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق ، ص26.

[3] - L'article 1383 (code civil français du 1804) propose que: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par négligence ou par son imprudence».

[4]– نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق ، ص26.

[5] - L'article 1645 (code civil français du 1804) propose que: «Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur».

عقود بيع ومقاولة، تتلخص وقائع هذه القضية في أنّ احد المقاولين قام بتغطية سطح احد الأشخاص سنة 1966، حيث قام بإبرام عقد شراء مع الصانع من أجل اقتناء المواد اللازمة للتغطية السقف، إلا أنه وبمرور الوقت لم تتحمل المواد المغطية للسقف الثلوج المتراكمة فوقها بحيث ظهرت عليها تشققات مما دفع برب العمل إلى رفع دعوى على الشركة المصنعة لهذه المادّة التي باعت البلاط إلى المقاول، فوافقت محكمة الاستئناف على مطالبة رب العمل الصانع مباشرة ولكن على أساس المسؤولية التقصيرية في قرارها الصادر بتاريخ 15 جوان 1981، باعتبار لا يوجد علاقة عقدية تربط بين رب العمل و الصانع،[1] إلا أنّ الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية نقضت الحكم من خلال قرارها الصادر بتاريخ 29 ماي 1984 على أساس أنّ لرب العمل الرجوع بدعوى مباشرة ضدّ صانع المواد من أجل المطالبة بضمان العيوب الخفية التي أصابت الشيء المبيع منذ تصنيعه، و هي بالضرورة دعوى عقدية[2].

و في حكم صدر في نفس الوقت تقريبا، في 19 جوان 1984، عارضت الغرفة المدنية الثالثة بشدّة من خلاله الغرفة المدنية الأولى، حيث ذهبت في قضية تشبه القضية الأولى نظرا لمحلها الواقع على عقد بيع وعقد مقاولة، حيث استعمل المقاول في تغليف سطح البناء مواد معيبة سمحت بمرور الوقت من تسرب المياه الأمطار داخل البناء، ما دفع رب العمل الرجوع على صانع المواد لإصلاح الضرر، فرفضت الغرفة المدنية الثالثة رجوع رب العمل مباشرة على الصانع بدعوى تعاقدية، مبررة رفضها باعتبار رب العمل من الغير بالنسبة للعقد الرابط بين المقاول والصانع، و سمحت له فقط بالرجوع عليه بدعوى تقصيرية[3].

فقد أثارت هذه المعارضة بين كل من الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية الثالثة تدخل الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية التي حكمت في طابع دعوى التي رفعها رب العمل ضدّ الصانع وذلك من خلال قرارها الصادر في 7 فبراير 1986، بحيث أيدت الحكم الصادر من الغرفة المدنية الأولى، بحيث رأت أنّ لرب العمل إجراء تعاقدي مباشر ضدّ الصانع يستند إلى عدم مطابقة الشيء المسلّم، وبذلك لا يهمّ بالنسبة للهيئة العامة إذا ما كانت سلسلة العقود متجانسة أو غير متجانسة، وهي تبرر هذا الحل بالقول أنّ رب العمل باعتباره المشتري الفرعي، يتمتع

[1]- Aurélien Bambdé, https://aurelienbamde.com/2017/08/12/les-chaines-de-contrats-regime-juridique/, op.cit.
[2]- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29/05/1984, transféré de Aurélien Bambdé, op.cit.
[3]-Cour de Cassation, Chambre civile 3eme, du 19/06/1984, 83-10.901, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant: https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007013750.

بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يملكه صاحبه. وبالتالي تكون الهيئة العامة قد احتفظت بقاعدة الملحقات المرتبطة بالشيء الذي انتقلت ملكيته إلى مكتسب الملكية الفرعي ضمن مجال العقود غير المتجانسة[1].

إلا أنّ هذه المحاولات من قبل القضاء الفرنسي خصوصا الغرفة المدنية الأولى والهيئة العامة، لم تغير موقف القضاء القائم على تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقد على المجموعات العقدية، خصوصا وأنّ قاعدة الملحقات وإن كانت مناسبة وتمّ الأخذ بها من قبل القضاء فيما يخص المجموعات العقدية الناقلة لملكية شيء معيّن، لا يمكن تطبيقها على جميع أنواع المجموعات العقدية، خصوصا تلك التي لا تنقل ملكية الشيء، ويعود السبب في عدم تناسب قاعدة الملحقات مع هذا النوع من المجموعات هو أنه؛ هذه المجموعات لا تتضمن حق يرد على شيء معيّن يتمّ نقل ملكيته، بل أنها تبرم من أجل القيام بعمل كما هو الحال في عقود المقاولة من الباطن، وبالتالي إذا لم يُطبق قاعدة الملحقات سيؤدّي إلى حرمان المتضرر من الرجوع المباشر على المسؤول عن الضرر من أجل الحصول على التعويض[2].

ففي العقود غير الناقلة للملكية كعقود المقاولة من الباطن، التي يعهد من خلالها رب العمل بالقيام بعمل شيء ما لمقاول، ويعهد هذا الأخير إلى مقاول من الباطن بالقيام بهذا العمل، وقد يعهد هذا الأخير بدوره بتنفيذ هذا العمل إلى مقاول آخر، فهذه العقود كلها من طبيعة واحدة وهي عقود مقاولة، فحسب الفقيه "نيري" في هذا النوع من العقود لا يمكن لرب العمل في حالة نشوء نزاع ما مطالبة المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته، كما لا يجوز له مطالبته مباشرة بالضمان، ولكن يستطيع مطالبته بالدعوى غير المباشرة فقط، مستعملا فيها حق مدينه المقاول الأصلي في الضمان قبل مدين مدينه، أي المقاول من الباطن، إلا أنّ القضاء الفرنسي قد تطوّر في هذا المجال بحيث يرى أنّ عقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة الفرعي يهدفان إلى تحقيق نفس الغرض، فلا بدّ من السماح لرب العمل بالرجوع على المقاول الفرعي بالدعوى المباشرة على أساس المسؤولية العقدية، وهذا ما تبنته الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 30 مارس 1988 من خلال قضية تتلخص وقائعها[3] في أنّ أحد الأشخاص منح صور لشركة مختصة في التصوير لكي تقوم بتكبيرها، وهذه الأخيرة قامت بالتعاقد مع شركة أخرى لتقوم بهذه المهمة نيابة عنها، فهذه

---

[1]- Cass ass. plén. 07/02/1968, transféré de Aurélien Bambdé, op.cit.

[2]– نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق ، ص25.

[3]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص،ص298،297.

الشركة الأخيرة فقدت الصور، ما دفع رب العمل إلى مقاضاة الشركة التي أضاعت الصور بطريقة مباشرة أما محكمة باريس التي أصدرت حكما بتاريخ 30 ماي 1986 يقضي بتعويض رب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية. على الرغم من أنّ هذه الشركة أخلت بالتزام عقدي وهو المحافظة على الشيء إلى حين تسليمه، الأمر الذي دفع بالشركة من الباطن أي الثانية إلى الطعن ضدّ هذا الحكم أمام الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض، التي نقت الحكم على أساس أنّ التعويض يكون نتيجة قيام مسؤولية عقدية، مراعية في ذالك أحكام المادّة 1147 من القانون المدني الفرنسي[1] التي جاء فيها ما يلي: "يحكم على المدين بالتعويضات إما لسبب عدم تنفيذ الالتزام، وإما لسبب التأخر في التنفيذ، كل عندما لا يبرر أنّ عدم التنفيذ يأتي من سبب أجنبي لا يمكن درأه، وأنه لا يوجد أي سوء نية من جانبه"،[2] مسببة قرارها هذا بأنّ الإخلال الواقع من طرف شركة المقاولة من الباطن هو إخلال بالتزام عقدي منطوي تحت مجموعة عقدية مرتبطة بمحل واحد[3].

وبالتالي أرادت الغرفة المدنية الأولى من خلال هذا الحكم إنشاء علاقة مباشرة بين العقود الفرعية، لأنّ رب العمل يعتبر من الغير بالنسبة لعقد المقاولة من الباطن، ولا يمكن تبرير هذا الموقف بالرجوع إلا قاعدة الملحقات، لأنّ الغير أو المتعاقد الأصلي لم تنتقل إليه ملكية الشيء، ولكن يمكن تفسيره بأنه تطوّر في المسؤولية العقدية، وبالتالي القول بمسؤولية المتعاقد في مواجهة الغير المتضرر،[4] وهكذا تكون الغرفة المدنية الأولى منحت رب العمل الحقّ في رفع دعوى مباشرة ذات طبيعة عقدية ضدّ المقاول من الباطن حتى وإن لم تربط بينهم علاقة عقدية. مؤسسة قرارها هذا على أساس نظرية المجموعات العقدية.

وفي قرار ثانٍ لنفس الغرفة بتاريخ 21 جوان 1988 والذي كان الأبرز وأكثر صراحة وذلك عندما نشأ نزاع تدور وقائعه حول أنّ شركة نرويجية تضررت في مطار باريس بسبب عيب في الجرار الذي كان يحركها داخل المطار، فشركة الطيران النرويجية لم تطالب مطار باريس

---

[1]– Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 mars 1988, 86-18.182, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:

https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007020227.

[2]- L'article 1147 (la loi du 07/02/1804 promulguée le 17/02/1804) propose que: «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part».

[3]– نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق ، ص31.

[4]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص298–299.

بالتعويض لأنّ الاتفاقية التي تربطهما تتضمن شرطا يعفي مطار باريس من المسؤولية في حالة عدم توافر الخطأ الجسيم، لذلك ذهبت الشركة النرويجية إلى رفع دعوى التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية ضدّ كل من بائع الجرار و صانعه وهما شركتين فرنسيتين، ففي هذه القضية ذهبت محكمة باريس إلى إقرار مسؤولية الشركتين التقصيرية وحكمت عليهما بالتعويض بسبب عيب في الجرار، فقامتا الشركتين بالطعن أمام محكمة النقض بالضبط أمام الغرفة المدنية الأولى، التي لم تأيد حكم محكمة باريس وقضت بأن مسؤولية الشركتين البائعة والمنتجة هي مسؤولية عقدية ولا يمكن أن تكون غير ذلك،[1] بحيث قضت من خلال هذه القضية أنّ[2]: "المسؤولية التعاقدية في مجموعة من العقود، تنظم بالضرورة المطالبة بتعويض جميع الذين لحق بهم ضرر لأنهم كانوا على صلة بالعقد الأصلي؛ في حين أنه كان على المدين في هذه الحالة أن يتنبأ بعواقب تقصيره وفقا للقواعد التعاقدية المنطبقة في المسألة، فلا يمكن للمضرور أن يتصرف ضده إلا في دعوى ذات طابع تعاقدي، حتى في حالة عدم وجود عقد بينهما".[3]

فيبدو من خلال ما سبق أنّ الغرفة المدنية الأولى قد توسعت في تبني الدعوى المباشرة ذات الطبيعة التعاقدية لتشمل المجموعات العقدية الناقلة للملكية وغير الناقلة للملكية، المتجانسة منها أو غير المتجانسة، إلا أنّ هذا الموقف من طرف الغرفة المدنية الأولى لم يلاقي ترحيبا من طرف الغرفة المدنية الثالثة، التي استمرت في تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية من خلال قراراتها من

---

[1] − Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 juin 1988, 85-12.609, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007021075.

[2]- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 juin 1988, 85-12.609 propose que: «Attendu que, dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial ; qu'en effet, dans ce cas, le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne peut disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle, même en l'absence de contrat entre eux ; »
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT00000702107,op.cit .

[3]– "فقد رحب بعض الفقه بهذا الاجتهاد كثيرا، من بينهم الأستاذ "لارومي" فقد كتب قائلا: "إنّ قرار 21 جوان 1988 يشكل تاريخا حاسما في تطور المسؤولية المدنية... خطوة مهمة قطعتها محكمة النقض". و كذلك الأستاذة "فيني" حيث كتبت: "من أجل اكتشاف أساس هذا التطور للمسؤولية العقدية في مجموعات العقود لا يمكن التمسّك بتفسير تقني. يجب النظر واسعا و الأخذ في الحسبان نظرية مجموعة العقود في تفسير المادّة 1165 من القانون المدني"، راجع، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص526.

بينها قرار 22 جوان 1988، والتي أصرت من خلاله أنه لا توجد أي علاقة عقدية تربط رب العمل والمقاول من الباطن إذ يعدّ هذا الأخير أجنبيا عن عقد المقاولة من الباطن[1].

إنّ التعارض الشديد بين الغرفتين المدنيتين الأولى والثالثة أستدعى تدخل الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية من أجل الفصل في هذا التعارض، وهو ما أدى بها إلى إصدار قرارها الشهير المسمّى بـ "Besse " وهو ما يشكّل المرحلة الثانية لاجتهادات محكمة النقض الفرنسية بخصوص طبيعة المسؤولية الناشئة عن دعوى الضمان المتمثلة في الدعوى المباشرة[2].

2. موقف الاجتهاد القضائي الفرنسي بعد قرار "Besse":

أصدرت الهيئة العامة قرارها الشهير "Besse" بتاريخ 12 جويلية 1992 عندما تضرر رب العمل جراء الأعمال التي قام بها المقاول من الباطن المكلف من قبل المقاول الأصلي، بوضع مادّة عازلة على أرضية البناء لحمايته من تسرب المياه، إلا أنّ المقاول من الباطن قد أخل بالتزامه وكان عمله معيبا، وبالتالي قررت الحق لرب العمل بالرجوع على المقاول من الباطن على أساس المسؤولية التقصيرية، وبالتالي جاء هذا الموقف مؤيدا لموقف الغرفة المدنية الثالثة المعارض لتطبيق نظرية المجموعة العقدية، ولاسيما بالنسبة لسلسة العقود غير الناقلة للملكية، بحيث رفضت الهيئة العامة تطبيق أحكام المسؤولية التعاقدية استنادا إلى أحكام المادّة 1165 من القانون المدني التي تقرر قاعدة نسبية الأثر الملزم للعقد، ومنه أصبح تطبيق أحكام المسؤولية العقدية ضيق النطاق محصور فقط في سلسلة العقود الناقلة للملكية[3].

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنّ حكم الهيئة العامة الأخير لا يعارض حكمها السابق الصادر في 7 فبراير 1986، والذي تضمّن رجوع المتعاقد التالي على المتعاقد الأوّل بدعوى مباشرة على أساس المسؤولية العقدية، باعتبارها من ملحقات الحق الذي انتقل إلى الخلف، ولكن الحكم الأخير للهيئة العامة يرفض فقط الرجوع بالدعوى المباشرة على أساس المسؤولية العقدية في حالة عدم انتقال ملكية الشيء إلى المتعاقد التالي، بحيث لا يمكن اعتبار الدعوى هنا من ملحقات الحق،

---

[1] - Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 22 juin 1988, 86-16.263, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007020921.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص527.

[3]– نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق ، ص31.

وبالتالي ترفض الهيئة العامة الاستناد إلى العقود المتتالية كأساس للمسؤولية العقدية[1] متمسكتا بمبدأ الأثر النسبي للعقد.

فبعد صدور قرار الهيئة العامة هذا؛ التزمت الغرفة المدنية الأولى بما جاء فيه، وسلكت نهج تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية على سلسلة العقود غير الناقلة للملكية،[2] محتفظة بموقفها المتمثل في تطبيق أحكام المسؤولية التعاقدية على سلسلة العقود الناقلة للملكية[3].

ونتيجة لصدور قرار "Besse " تراجع الفقه المؤيد لنظرية المجموعات العقدية، وإن بقي متمسكا بالطبيعة العقدية للمسؤولية، حيث كتبت الأستاذة "فيني" في هذا الصدد: "من دون شكّ إنّ نظرية مجموع العقود جدّ واسعة وجدّ دقيقة كي تعتبر كمعيار لتطبيق المسؤولية العقدية"[4].

ولابدّ الإشارة في هذا الصدد أنّ الغرفة المدنية الثالثة في خطوة جديدة منها لم تلتزم بقرار الهيئة العامة الصادر بـ 07 فبراير 1986، حيث أنها رجعت إلى موقفها السابق، وطبقت أحكام المسؤولية التقصيرية دون أن تأخذ بعين الاعتبار إذا ما كانت المجموعة العقدية ناقلة للملكية أو غير ناقلة، وهذا ما لاحظناه عندما أيدت قرار محكمة الاستئناف، حيث جعلت بقرار منها بتاريخ 28 نوفمبر 2001[5] مسؤولية صانع المواد التي يستخدمها المقاول من الباطن في ترميم وتغليف هيكل البناء، مسؤولية تقصيرية اتجاه صاحب المشروع ورفضت الطعن بقرار المحكمة، مع العلم أن الالتزام الذي تمّ الإخلال به هو التزام ذو طبيعة عقدية يتمثل في ضمان العيوب الخفية، إلا أنها استندت في قرارها على عدم وجود علاقة عقدية مباشرة بين رب العمل و الصانع[6]. إلا أنه و في قرار آخر لها بتاريخ 12 ديسمبر 2001 ذهبت إلى عكس ما ذهبت إليه سابقا، عندما رفع رب العمل دعوى مباشرة على الصانع دون الرجوع على المقاول الفرعي، الأمر الذي لم ترفضه الغرفة

---

[1]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص304.

[2] - Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 7 juillet 1992, 91-10.162, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007029469 .

[3]- Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 janvier 1993, 91-11.302., Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007030021.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص527.

[5] - Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 28 novembre 2001, 00-13.559 00-14.450, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007044762/.

[6]–نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق ، ص31.

الثالثة وقضت بأن لرب العمل ضد الصانع دعوى مباشرة عقدية مؤسسة على عدم مطابقة الشيء المسلم[1].

نستخلص مما سبق القضاء الفرنسي اختلف في تحديد طبيعة المسؤولية فإذا كانت العقود ناقلة للملكية كانت المسؤولية ذات طبيعة تعاقدية وبناءا على قاعدة الملحقات فاعتبر الدعوى عبارة عن حق انتقل مع الحقوق الأخرى للمشتري الفرعي إذا ما كانت العقود ناقلة للملكية، أما إذا كانت غير ناقلة للملكية فأسسها على أساس نظرية المجموعة العقدية،إلا في العقود غير الناقلة للملكية اعتبر المسؤولية ذات طبيعة تقصيرية متمسكا بمبدأ الأثر النسبي للعقد بناءا على نص المادّة 1165 من القانون المدني الفرنسي.ثم عاد القضاء لاعتبار المسؤولية التي تقوم عليها الدعوى المباشرة ذات طبيعة تقصيرية سواء في العقود الناقلة للملكية أو غير الناقلة للملكية،[2]وبالتالي نلاحظ أنّ قرار "Besse " انتهت مرحلته ولم ينهي الجدال القائم حول طبيعة المسؤولية الناشئة عن الدعوى المباشرة هل هي ذات طبيعة عقدية أم ذات طبيعة تقصيرية.

وعلى أي حال، فإنّ قرار "Besse " لم يحسم نهائيا مسألة طبيعة المسؤولية الناشئة عن الدعوى المباشرة[3].

---

[1]- Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 12 décembre 2001, 00-15.627, Publié au bulletin, cette décision est disponible sur le site suivant:
https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007043198/.

فرأى الأستاذ شوقي بناسي أن تحديد طبيعة المسؤولية بناءا على القرارين السابقين للغرفة المدنية الثالثة يقوم على أساس وجود مقاولة فرعية من عدمها، فإذا كان المقاول الأصلي تحصل على المواد مباشرة من الصانع، كانت مسؤولية الصانع اتجاه رب العمل عقدية، أما إذا كان المقاول الفرعي هو الذي يشتري المواد ويدمجها في العمل ثم ينقلها إلى المقاول الأصلي الذي ينقلها بدوره إلى رب العمل؛ كانت المسؤولية التي يستفيد منها هذا الأخير تقصيرية. إلا أنّ هذا التمييز أمر منتقد، وذلك راجع لانتقال ملكية المواد إلى رب العمل في الحالتين سواء وجدت مقاولة فرعية أم لم توجد، وبالتالي وجب استفادة رب العمل من الدعاوى العقدية المنقولة إليه بالتبعية لملكية المواد، ضد الصانع، وحتى ضد المقاول الفرعي؛ لذلك رأى بعض الفقه منهم الفقيه "الارومي" أنّ قاعدة الملحقات يجب أن تشمل جميع السلاسل العقدية الهادفة إلى نقل الملكية، بغض النظر عن شكل العقود المكونة لهذه السلاسل. راجع، شوقي بناسي، المرجع السابق، ص529.

[2]– ما جعل الفقه يرى أنها أسست توجهها هذا على أساس وجود مقاولة فرعية فإن لم توجد فتكون المسؤولية عقدية وهو ما جعل الفقه ينتقد هذا التأسيس ويدخل في دوامة أخرى.

[3]– لا يزال الفقه الفرنسي منقسما، بخصوص هذه المسألة، بين مؤيّد للطبيعة التقصيرية، ومؤيّد للطبيعة العقدية. شوقي بناسي، المرجع السابق، ص529.

البند الثاني: موقف تشريع الاستهلاك الفرنسي من فكرة الدعوى المباشرة

لم يرد نصّ في قانون الاستهلاك الفرنسي يمنح الحق للمستهلك في الرجوع على أي من المتدخلين بدعوى مباشرة سواء في حالة وجود عيب، أو عدم مطابقة المنتوج، وحتى في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام كما فعل الاجتهاد القضائي الفرنسي، لكن هذا لم يمنع الفقهاء من اعتبار عدم وجود النصّ عائقا أمام المستهلك لممارسة هذه الدعوى، فيرون أنّ مجرد تمتع الشخص بصفة المستهلك، التي نصّ عليها تشريع الاستهلاك المتمثلة في أنّ المستهلك هو: "كل شخص طبيعي يتصرف لغايات لا تدخل في إطار نشاطه التجاري، الصناعي، الحرفي أو الحر أو الزراعي"؛[1] يؤهل هذا الأخير بموجب القانون أن يكون هو الطرف الدائن لالتزام المنتج بتتبع[2] منتجاته سواء ارتبط مع المنتج بعقد مباشرة أو لم يرتبط وسواء مرّ بسلسلة عقود متجانسة أو بسلسلة عقود غير متجانسة للحصول على منتجاته، كون أنّ من خصائص الالتزام بالتتبع أنه التزام قانوني بطبيعة الحال، ومصدره وأساسه القانوني هو قانون الاستهلاك إضافة إلى مصدره العقدي، فإذا كان أساسه العقدي لا يحلّ هذه المشكلة ولا يمنح الحق للمستهلك في الرجوع على المنتج فإنّ مصدره القانوني هو الذي ينهض لحلّ هذه الإشكالية، ليبقى المستهلك طرفا دائنا لهذا الالتزام وداخلا ضمن نطاقه سواء ارتبط بعقد مباشرة مع المنتج أولا، إضافة إلى أنّ قانون حماية المستهلك الفرنسي أعطى

---

[1]– لم يكن تشريع الاستهلاك الفرنسي يتضمّن تعريفا للمستهلك بل كان تاركا ذلك للفقه والقضاء، إلا أنه وبعد تعديل تشريع الاستهلاك سنة 2014 بالقانون رقم 344/2014 أورد تعريفا للمستهلك والذي تمّ توسع فيه من خلال قانون التعديل الجديد لسنة 2016 بالقانون رقم 301/2016 في نصّ المادّة الإفتتاحية منه. راجع في ذلك الرابط التالي:

https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F001191.

[2]– يمثل الالتزام بالتتبع أبعد ما أقره التشريع الحديث لحماية المستهلك المضرور نتيجة فعل المنتوج المعيب الذي طرح سليما عند تداوله، أظهر تعيبا بعد هذا الطرح خارج شروط الضمان القانوني، لعدم إمكانية كشف العيب بسبب حالة المعرفة العلمية والفنية الموجودة وقت الطرح للتداول، وفي إطار ما يعرف بمخاطر النمو أو مخاطر تطور المنتوج، يعقد مسؤولية المنتج لإخلاله بالتزامه بالتتبع، وتعدّ ألمانيا رائدة من حيث التشريع في تنظيم الالتزام بالتتبع، وقد أورد المشرّع الفرنسي تنظيما للالتزام بالتتبع من خلال المادّة 221–1–2 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر تحت رقم 949/93 بتاريخ 1993/07/26 والمعدل بمقتضى الأمر 670/2004 الصادر بتاريخ 2004/07/09 والأمر 810/2008 الصادر بتاريخ 2008/08/22، والتي نصت على أنه "على المسؤول عن وضع المنتوج في السوق اتخاذ التدابير المحددة لخصائص المنتوج المورد والتي تسمح له بـ: أ–الإبقاء مطلعا على الأخطار التي قد تلحق بمنتجه الموضوعة في السوق...". راجع في هذا التعريف الحاج بن علي محمد، الالتزام بالتتبع –دراسة مقارنة–، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 17، الجزائر، سنة 2017، ص114.

وصف المنتج للموزعين والمستوردين وتجار الجملة وتجار المفرد باعتبارهم منتجين حكما إضافة إلى المنتجين الحقيقيين رغبة من المشرّع في إضفاء حماية فعالة للمستهلك وتسهيلا له في حصوله على التعويض عندما يتعدد مفهوم المنتج تشريعيا، وبذلك يكون المستهلك هو الدائن لالتزام المنتج بتتبع منتجاته في كافة ظروف التعاقد[1].

فيلاحظ من خلال ما تمّ شرحه سالفا أنّ الالتزام بالتتبع ثغرة قانونية يمكن للمستهلك أن يستغلها حتى يستطيع أن يرجع على المنتج بدعوى مباشرة حتى وإن كان عبارة عن مشتري ثان عن مشتري أوّل.

البند الثالث: موقف تشريع الاستهلاك الجزائري من فكرة الدعوى المباشرة

على غرار العديد من الدول سارعت الجزائر إلى إصدار قوانين من شأنها تكثيف الحماية الخاصة بالمستهلك على أساس أنه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية بينه وبين المتدخل أو العون الاقتصادي أو المنتج، وأهم قانون أصدره المشرّع في هذا الميدان كان قانون حماية المستهلك رقم 02/89 المنظم للقواعد العامة لحماية المستهلك،[2] والذي تمّ إلغاءه من خلال قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبالتالي تكون فكرة الدعوة المباشرة في قانون الاستهلاك الجزائري قد مرّت بمرحلتين؛ مرحلة قانون رقم 02/89، ومرحلة قانون 03/09، وهو ما سنشرحه في النقطتين التاليتين.

أولا: فكرة الدعوة المباشرة في قانون 02/89 المنظم للقواعد العامة لحماية المستهلك

هدف هذا القانون إلى حماية المستهلك في كل مراحل العملية الاستهلاكية، فقرر إلزام البائع بإعلام المستهلك بكل ما يتعلق بالمنتوج حتى يتم تنوير رضاءه ويتساوى في العلم مع البائع وهو ما نصّت عليه المادّة 4 منه، وعمل على أن تصبح جميع المنتجات المعروضة للاستهلاك معلومة المصدر وتاريخ الصنع ومدّة الصلاحية وكذلك كيفية الاستعمال، وهو ما يعرف بالالتزام العام بالسلامة ومقتضاه استجابة المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك، وهو ما جاء في نصّ المادّة 02 منه، إضافة إلى أنه نصّ على إجراءات إدارية صارمة تعمل على جعل كل ما يعرض للاستهلاك مطابقا للمواصفات القانونية وهي إجراءات وقائية أهمها الغلق والمصادرة وهو ما ورد في نصّ

[1]– منصور حاتم محسن، أسامة شهاب حمد، المرجع السابق، ص166.

[2]– حساين سامية، المرجع السابق، ص7.

المادّة 03 منه، دون أن ينسى أن يقرر للمستهلك الحق في الضمان إذا لم تلبي السلعة أو الخدمة الرغبة المشروعة للمستهلك وهو ما تضمنته المادّة 06 منه[1].

فإضافة إلى كل هذه الالتزامات قرر المشرّع للمستهلك الحق في رفع دعوى مباشرة ضدّ كل متدخّل وهو ما نصّت عليه المادّة 1/12 من نفس القانون حيث جاء فيها ما يلي: "إنّ إلزام المطابقة كما نصّت عليه المادّة 3 من هذا القانون ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتوج للاستهلاك، حق المستهلك، ويكون للمتابع الحق في إتباع الطرق القانونية ضدّ كل المتدخلين أو بعضهم، كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله".

فمن خلال ما سبق نستنتج أنّ المشرّع الجزائري قد تبنى حقيقة في هذه المرحلة الدعوى المباشرة، حيث مكّن المستهلك من الرجوع على كل متدخل في العملية الاستهلاكية وهو ما يفهم من عبارة "كل المتدخلين أو بعضهم"، إلا أنّ المشرّع قد حصر ممارسة هذه الدعوى في حالة عدم تنفيذ المتدخل إلتزامه بالمطابقة والضمان، بمعنى من غير هذه الالتزامات لا يمكن للمستهلك الرجوع على المتدخل بدعوى مباشرة، فإذا أخلّ مثلا بالالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة لا يمكن للمستهلك مواجهته عن طريق الدعوى المباشرة، وبهذا يكون المشرّع قد خرج عن مبدأ نسبية العقد المقرر في نصّ المادّة 113 من القانون المدني الجزائري[2].

إلا أنه وبعد صدور المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات الملغى، نصّت المادّة 20 منه على ما يلي: "يمكن للمستهلك، وفقا للمادّة 12 من القانون 02/89 المؤرخ في 07 فبراير 1989 المذكور أعلاه، أن يتابع المحترف المتعاقد معه، وكل متدخل في عملية عرض المنتوج للاستهلاك". فيلاحظ من نص هذه المادّة أنّ المشرّع قد تدارك الأمر وجعل للمستهلك الرجوع على المحترف بدعوى مباشرة عند إخلاله بأي التزام ليس فقط المطابقة والضمان والتجربة، بالرغم من أنّ المرسوم كان مقتصر فقط على الالتزام بالضمان الوارد على المنتوجات والخدمات[3].

ونظرا لعموم العبارات التي جاء بها المشرّع يفهم أنه في جميع الأحوال يجوز للمستهلك متابعة كل متدخل في عملية عرض المنتوج، ومع ذلك لم يشر النصّ إلى طبيعة المسؤولية في

---

[1]– حساين سامية، المرجع السابق، ص12.

[2]– بخيت عيسى، المرجع السابق، ص115.

[3]–حساين سامية، المرجع السابق، ص227.

حالة متابعة المحترف غير المتعاقد مع المستهلك، هل هي تقصيرية باعتباره من الغير أي لم يكن طرفا في العقد المبرم مع المستهلك، أم عقدية أخذا بنظرية ترابط العقود[1].

ثانيا: فكرة الدعوة المباشرة في قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش

بعد صدور قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش نصّت المادّة 94 منه على ما يلي: "تلغى أحكام القانون رقم 02/89 المؤرخ في أول رجب عام 1409 الموافق 07 فبراير 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، وتبقى نصوصه التطبيقية سارية المفعول إلى حين صدور النصوص التطبيقية لهذا القانون التي تحل محلها"، هذا ونصّت المادّة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 327/13 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات على ما يلي: "تلغى كل الأحكام المخالفة لهذا المرسوم، ولاسيما منها أحكام المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق 15 سبتمبر سنة 1990 والمتعلق بضمان المنتوجات والخدمات".

فمن خلال النصين السابقين نستخلص أنّ قانون الاستهلاك لسنة 2009 والمرسوم التنفيذي المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات؛ ألغيا قانون 02/89 والمرسوم التنفيذي 266/90 وبالتالي أُلغي معهما المواد المنظمة للدعوى المباشرة، وبالتالي نتساءل بعد هذا الإلغاء هل نظّم قانون 03/09 الدعوى المباشرة أم تراجع عن حماية المستهلك من خلال الدعوى المباشرة؟

فبعد البحث المعمّق في نصوص القانون رقم 03/09 والمرسوم رقم 327/13 لا نجد أي نصّ ينظّم هذه الدعوى، وبالتالي يمكن القول أنّ المشرّع تراجع عن حماية المستهلك من خلال إلغائه للدعوى المباشرة ضدّ كل متدخل في عملية عرض المنتوج، وبالتالي لم يعد في مقدور المستهلك متابعة إلا من تعاقد معه.

هذا ولا ننسى أنّ قانون 03/09 تمّ تعديل بعض مواده مؤخرا من خلال القانون رقم 09/18 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش إلا أنّ هذا الأخير لم يشير إلى أي نصّ ينظم الدعوى المباشرة.

وحتى قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 لم ينصّ هو الآخر على منح المستهلك الإلكتروني الحق في رفع دعوى مباشرة ضد كل مورّد إلكتروني.

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص513.

فإذا لم يتوفر هذا القانون على النصّ الذي ينظّم الدعوى المباشرة، فبطبيعة الحال سيتمّ الرجوع إلى القواعد العامة، وبالضبط إلى نصّ المادّة 140 مكرر التي نصّت على أنه: "يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"، وبالتالي سمح في هذه الحالة المشرّع الجزائري للمشتري إذا ما تضرر من المنتوج الرجوع على المنتج بدعوى مباشرة حتى ولو لم تكن بينهم علاقة تعاقدية، فيبدو في الأوّل أنّ هذا النص هو الحل بالنسبة للمستهلك، لكن ما يعيب عليه أنّ المشرّع حصر تطبيق هذه المادّة في حالة ما تضرر المشتري من عيب في المنتوج فقط، ولا يمتدّ إلى الالتزامات الأخرى كالالتزام بالإعلام والالتزام بالسلامة.... بمعنى أنّ هذا النص لم يكن عاما[1].

وهذا ما جعل الأستاذ شوقي بناسي يرى أنّ الاستنتاج الواقف على أساس أنّ المشرّع الجزائري مادام لم ينصّ في تشريعاته على الدعوى المباشرة إذن لا يمكن للمستهلك ممارستها إعمالا لمبدأ الأثر النسبي للعقد، يقوم على فهم خاطئ من ناحيتين؛ الناحية الأولى إذا ما اعتقدنا أنّ الدعوى المباشرة لا تقوم إلا بنصّ، أما الناحية الثانية وهي اعتقادنا أنّ المستهلك يستمدّ صفته من العقد وليس من القانون[2].

فمن الناحية الأولى؛ تتميز الدعوى المباشرة في قانون العقد أنها لا تقرر إلا بنص قانوني في بعض الحالات، وهي تسمح للدائن أن يستحوذ على حقه قبل الغير دون وساطة أحد، فهي بذلك تحقق ضمانا من نوع خاص يخرج عن مبدأ الأثر النسبي للعقد،[3] والواقع أنّ هذا التأسيس غير صحيح، فقد أثبت الفقه الحديث أنّ هذا التأسيس لم يظهر إلا في بداية القرن العشرين، في حين أنّ منشأ الدعوى المباشرة في القرن التاسع عشر كان عن طريق الاجتهاد القضائي اعتمادا على فكرة العدالة، ومن ثمّ حسب الفقه الحديث يمكن جدا تصوّر وجود دعاوى مباشرة لا تستند إلى نصّ قانوني[4].

أما من الناحية الثانية، ففي قانون العقد لا تمارس الدعوى المباشرة إلا في إطار الحالات التي نصّ عليها المشرّع؛ كالحالة الواردة في نصّ المادّة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري التي سمحت للمشتري المتضرر من المنتوج متابعة المنتج حتى ولو لم تربطه به علاقة تعاقدية،

---

[1]– بخيت عيسى، المرجع السابق، ص116.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص514.

[3]– بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث، المرجع السابق، ص248.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص514.

كذلك ما ورد في نصّ المادّة 565 من نفس القانون التي سمحت للمقاولين الفرعيين والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، الحق في رفع دعوى مباشرة ضد رب العمل، وكذلك ما جاء في نصّ المادّة 507 من نفس القانون حيث أعطى المشرّع الحق للمؤجر في رفع دعوى مباشرة للرجوع على المستأجر من الباطن لمطالبته بما هو في ذمته للمستأجر الأصلي في حالة عدم وفاء هذا الأخير بما عليه من أجرة للمؤجر.[1] وبالتالي لا يمكن أن تمارس الدعوى المباشرة إلا في إطار العقود المذكورة بمعنى أنّ المستهلك لا يمكن أن يمارس الدعوى المباشرة إلاّ إذا كان في إطار أحد العقود المذكورة سالفا، أي عقد البيع والإيجار والمقاولة، عكس ما هو وارد في تشريعات الاستهلاك التي تمنح الحق للمستهلك في رفع دعوى مباشرة ضدّ أي متدخل تدخل في عرض المنتوج للاستهلاك وبالتالي لا يعود ممارسة هذه الدعوى إلى وجود عقد استهلاك، بل يعود إلى وجود التزامات مرتبطة بالمتدخل من التزام بسلامة ومطابقة وضمان... وغير ذلك من الالتزامات، بمعنى يتميز الشخص بصفة متدخل متى ارتبطت به هذه الالتزامات، فإذا توفرت هذه الصفة تمارس الدعوى المباشرة من قبل المستهلك ضده، أما إذا لم تتوفر هذه الصفة فلا يمكن اعتباره متدخل وبالتالي لا تمارس عليه هذه الدعوى، ونفس الشيء بالنسبة للمستهلك فلا يمكنه أن يمارس هذه الدعوى إلا إذا توفرت فيه صفة المستهلك من كونه شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة... وغيرها من الصفات التي نصّت عليها المادّة 1/3 من قانون 03/09 عند تعريفها للمستهلك، بمعنى أنّ هذا الأخير يستمدّ صفته من القانون وليس العقد[2].

فمن خلال ما سبق يفهم أنّ مبدأ الأثر النسبي للعقد لا يمكن أن يعتبر عائقا أمام المستهلك لكي يمارس حقه ضدّ كلّ متدخل أخل بالتزاماته التي فرضها عليه القانون حماية للمستهلك، فلا غياب النص ولا الحالات يمنع المستهلك من المطالبة بحقه في إطار العلاقات الاستهلاكية.

الفرع الثاني: موقف الفقه من التكييف القانوني للدعوى المباشرة

تعمل الدعوى المباشرة على توفير حماية خاصة لحقوق الدائنين فهي بذلك تمثل أهمية بالغة؛ خاصة في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية وبالأخص بظهور العلاقات الاستهلاكية التي تتميز بأنها علاقات غير مباشرة بحيث يشتري المستهلك من البائع منتجا الذي هو بدوره اشتراه من الموزع والذي اشتراه هذا الأخير من الصانع أو المنتج، وبالتالي أصبحت الحاجة لتعزيز

[1]– بدري جمال، المرجع السابق، ص254.

[2]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص515.

حماية الدائن في هذا النوع من العلاقات أمرا غاية في الأهمية، الأمر الذي جعل من الدعوى المباشرة وسيلة ناجعة لضمان حقوقه دون مزاحمة الدائنين الآخرين، إذن تتميز الدعوى المباشرة بأنها ضمانا من نوع الخاص يختلف عن الأنظمة القانونية التقليدية كالتأمينات الشخصية والعينية مثلا، ولو أنها تتشابه معها في بعض الوجوه، هذا ما جعل الفقه يحاول إدراج هذه الدعوى ضمن أحدى هذه الأنظمة التقليدية المعروفة وذلك للتشابه الموجود فيما بينها، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد بل تعداه إلى ظهور نظريات حديثة لتكييف الدعوى المباشرة بما يتناسب والتطور الحاصل في المنظومة القانونية وبالأخص في مجال العقود[1].

وكل هذه المحاولات من قبل الفقه كان من أجل تفادي اصطدام إقرار الدعوى المباشرة لصالح الدائن مع مقتضيات مبدأ الأثر النسبي للعقد، مما استدعى ضرورة إيجاد تكييف قانوني لهذه الدعوى يبررها. فهذا التكييف للدعوى المباشرة بين النظريات التقليدية والحديثة، هو ما يدفعنا إلى البحث عن حقيقة انتماء الدعوى المباشرة إلى إحدى النظريتين أم هي عبارة وسيلة جديدة كليا اقرها المشرعين ضامنين من خلالها حماية أكثر لحقوق الدائن حتى وإن كانت خارقة لمبدأ الأثر النسبي للعقد. وهو ما سندرسه في البنود التالية.

البند الأوّل: التكييف التقليدي للدعوى المباشرة

عمل الفقه من خلال التكييف التقليدي على إرجاع فكرة الدعوى المباشرة إلى نظريات عدّة منها الاشتراط لمصلحة الغير، حق الامتياز، حوالة الحق، ملحقات البيع، حلول المتعاقد الثاني محل المتعاقد الأول، الإنابة. وهو ما سنشرحه في النقاط الآتية.

أولا: تكييف الدعوى المباشرة على أنها اشتراط لمصلحة الغير وحق امتياز

كيّفت الدعوى المباشرة على أنها اشتراط لمصلحة الغير وعلى أنها حق امتياز كالآتي:

1. تكييف الدعوى المباشرة على أنها اشتراط لمصلحة الغير:

يترتب عن الاشتراط لمصلحة الغير أن يكتسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك،[2] وقد نظّم القانون المدني الفرنسي لسنة

[1]– بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث،المرجع السابق، ص،ص249،248.

[2]– بدري جمال، المرجع نفسه، ص249.

1804 الاشتراط لمصلحة الغير في المادّة 1121 المعدلة بالمواد من 1205 إلى 1209، وأشار إليه المشرّع الجزائري في المادتين 116 و118 من القانون المدني الجزائري[1].

فبما أنّ الاشتراط يتم انعقاده بين المشترط والمتعهد فقط، دون المنتفع، إلا أنّ لهذا الأخير الحق في الرجوع على المتعهد للمطالبة بحقوقه التي أنشئها بالرغم من أنه يعتبر أجنبيا عن هذا العقد، وهو نفس الشيء الواقع بالنسبة للدعوى المباشرة التي تمكّن من هو أجنبيا عن العقد في الرجوع بدعوى على المدين بصفة مباشرة وباسمه. فكليهما يعتبر استثناءا عن مبدأ الأثر النسبي للعقد.

فهذا التشابه في النظامين هو ما جعل بعض الفقه من بينهم الفقيه "لارومي" يكيف الدعوى المباشرة على أنها نابعة من نظام الاشتراط لمصلحة الغير، حيث أنه في مجال المنتجات الاستهلاكية يفترض إقامة المشتري الأخير دعوى مباشرة في مواجهة المنتج والبائعين السابقين على أساس افتراض قيام المشتري من المنتج باشتراط استفادة من انتقل إليه السلعة مع الضمان؛[2] بمعنى يعتبر المشتري هو المشترط والمنتج هو المتعهد، أما المشتري الأخير هو المستفيد من هذا الاشتراط، ويتمثل موضوع الاشتراط في هذا في الضمان.

إلا أنّ هذه الوجهة تعرّضت للانتقاد من قبل الفقيه "رودبير"، لأنه لا يعقل أن ينتقل إلى المستفيد من هذه الدعوى، الحق بالإدعاء بالضمان دون أن ينتقل إليه أيضا الالتزامات الناجمة عن عقد البيع، وإلا لأدى ذلك إلى اختلال التوازن العقدي بين الطرفين[3].

هذا ويعود سبب عدم تناسب تكييف الدعوى المباشرة على أنها اشتراط لمصلحة الغير؛ باعتبار أنّ حق الدائن صاحب الدعوى المباشرة اتجاه مدينه خارجة عن إرادة كل من المدين المباشر ومدين المدين، لأنّ هذا الحق يستند أساسا إلى القانون؛ بينما المستفيد من الاشتراط هو الدائن الحقيقي للمتعهد نتيجة اتفاق الأطراف في عقد الاشتراط؛ فهو بذلك يعتبر ذو أساس عقدي، و بالتالي يكون مقبولا بالنسبة للمنتفع أن يرفض الاشتراط الذي تمّ لمصلحته، إلا أنّ هذا الأمر لا

---

[1]– قد سبق شرح الاشتراط لمصلحة الغير بالتفصيل في الصفحة رقم 337 وما بعدها من هذه المذكرة.

[2]– بن بعلاش خليدة، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون قضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2018/2017، ص36.

[3]– أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية –دراسة مقارنة–، الطبعة الثالثة، دار إقرأ، بيروت، لبنان، سنة 1983، ص162.

يمكن تصوره في الدعوى المباشرة المكفولة بنص القانون، وهذا الأخير هو من يمنع كذلك كل من المدين المباشر ومدينه من الطعن في هذه الدعوى، فالأمر خارج عن إرادتهما، وهذا عكس الاشتراط لمصلحة الغير أين يجوز للمتعهد أن يتمسك اتجاه المنتفع بالدفوع المترتبة عن عقد الاشتراط[1].

فأمام الانتقاد الذي واجهه هذا التكييف وأمام الاختلافات المفروضة بين النظامين، لا يمكن أن نعتبر أبدا أنّ الدعوى المباشرة يعود أساسها للاشتراط لمصلحة الغير.

2. تكييف الدعوى المباشرة على أنها حق امتياز

عرّف القانون المدني الجزائري حق الامتياز من خلال نصّ المادّة 982 على أنه: "الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته. ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني".

وبالتالي فحق الامتياز هو عبارة عن سلطة مباشرة ممنوحة للشخص الدائن على تتبع شيء المحمل بدين يخص شخص المدين، ويمنح الدائن سلطة استفاء دينه قبل باقي الدائنين، وهو بذلك يعطي الدائن حقي الأفضلية والتتبع، ولا يقرر إلا بنص القانون فلا يمكن للأطراف الاتفاق على تقريره ولا القاضي مهما كانت صفة الدين. فالامتياز هو عبارة عن حق عيني يقرره القانون ضمانا لوفاء دين معين مراعاة منه لصفته.

فما يجعل نظام حق الامتياز يشبه لحد كبير نظام الدعوى المباشرة أن كلاهما يمنحان الأولية للدائن في تحصيل الحق الذي للمدين وكذلك في أنهما يعززان حقوق الدائن، هذا ما جعل الفقه[2] يلجأ إلى تكييف الدعوى المباشرة على أساس حق الامتياز والقول في الكثير من الأحيان أن الدعوى المباشرة ما هي إلا امتياز على الحق المرفوعة بشأنه الدعوى.

ففي كل حالة يقرر فيها المشرّع امتياز للدائن على دين للمدين في ذمة مدينه يكون له بمقتضاه الحق في رفع الدعوى المباشرة ضدّ مدين مدينه ويطالبه بما في ذمته ، كما يكون له حق امتياز على باقي الدائنين الآخرين للمدين الأصلي.[3] فالأمر هنا يرجع إلى فكرة العلاقة بين المنفعة التي قدمها الدائن أو على خسارة تحملها، وبين الحق الذي ترتب للمدين الأصلي في ذمة مدينه،

---

[1]– بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث،المرجع السابق، ص252.

[2]– حول الفقه راجع بدري جمال،الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي و الحديث، المرجع السابق، ص253.

[3]– ياسين محمد الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 52، الأردن، د.س.ن، ص276.

ففي عقد الإيجار المستأجر تحصل على منفعة من العين المؤجرة لمدة زمنية معينة من المؤجر الدائن مقابل بدل إيجار معلوم، كانت سببا في ترتيب للمستأجر الأصلي حقا له في ذمة المستأجر الفرعي، عندئذ يكون للدائن المؤجر حق امتياز على ما يثبت لمدينه المستأجر الأصلي قبل مدين مدينه والمتمثل في المستأجر الفرعي، ويكون نتيجة فائدة قدمها لهذا المدين أي المستأجر الأصلي، إذ المنفعة التي قدمها الدائن المؤجر والمتمثلة في المنفعة من العين المؤجرة كانت سببا مباشرا لوجود هذا الحق، فلولاها ما كان للمدين الأصلي حق في ذمة مدينه، والمضرور في حادث عمل تحمل خسارة كانت السبب في وجود حق المسؤول عن الحادث قبل شركة التأمين، فيكون للمضرور امتياز على هذا الحق، فلولا الخسارة لما وجد الحق[1].

غير أن القول حق الامتياز هو نفسه الدعوى المباشرة غير مقبول، لأن هناك فرق بين حق الامتياز والدعوى المباشرة، فحق الامتياز يقرره القانون لبعض الديون فقط، كما أن حق الامتياز لا يظهر إلا بعد التنفيذ على أموال المدين والحجز عليها، أي عند تزاحم الدائنين، فيتقدم الدائن الممتاز عن باقي الدائنين الآخرين، هذا وفي حق الامتياز تكون للدائن الأفضلية والتقدم على جميع الدائنين الآخرين، سواء الذين لهم دعوى مباشرة أو دعوى غير مباشرة، كما أن الدائن الذي له دعوى مباشرة لا يزاحمه دائنو المدين الأصلي ويتقدم عنهم، إلا أنه في نفس الوقت لا تجنبه مزاحمة باقي دائني مدين المدين فيقتسمون أمواله قسمة غرماء[2].

ثانيا: تكييف الدعوى المباشرة على أنها حوالة حق ومن ملحقات المبيع

هذا وكيفت الدعوى المباشرة على أنها حوالة حق وكيفت كذلك أنها من ملحقات المبيع وهو ما سنشرحه على التوالي:

1. تكييف الدعوى المباشرة على أنها حوالة حق:

تعرّف حوالة الحق تطبيقا لنصّ المادّة 239 من القانون المدني الجزائري، على أنها عقد ينقل بمقتضاه الدائن حقه الشخصي إلى شخص آخر يحل محله في اقتضاء حقه من المدين، ويسمى الدائن في هذه الحالة محيلا، ويسمى الدائن الجديد محالا له، ويسمى المدين محالا عليه[3].

---

[1]– أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1998، ص210.

[2]– ياسين محمد الجبوري، المرجع السابق، ص276.

[3]– هاشمي فوزية، مقياس القانون المدني، محاضرة ألقيت على طلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، د.س.ن، ص2.

فيرى أصحاب تكييف الدعوى المباشرة على أنها حوالة حق أنه في سلسلة العقود يكون المتعاقد الأوّل قد حوّل ضمنا حقه للمتعاقد الثاني،[1] مبررين وجهة نظرهم هذه بنصّ المادّة 1135 من القانون المدني الفرنسي التي نصّت على أنّ الالتزامات التي تنشأ عن العقد، ليست المذكورة فيه فحسب. إنما تلك التي تعتبر نتيجة طبيعية لأثره والتي تفترض طبيعته وجودها تبعا لمبادئ الإنصاف والعدل والقانون، وبالتالي يفترض تراضي المتعاقدين بالحوالة، والتي هي نتيجة حتمية لطبيعة العقد[2].

غير أنّ هذا الرأي أيضا تعرّض بدوره للانتقادات، باعتبار أنّ حوالة الحق ذات طبيعة عقدية، فهي عبارة عن اتفاق بين الدائن القديم هو المحيل، والدائن الجديد وهو المحال له، في حين أنّ الدعوى المباشرة ذات طبيعة قانونية وقضائية تقرر لصالح الدائن الذي هو في حاجة إلى الحماية[3].

كما أنّ هذه الحوالة نتقل الحقوق بين المحيل أي الدائن القديم والمحال له الدائن الجديد، وبالتالي لا يمكن للدائن القديم مقاضاة المدين أي المحال عليه، لأنه يعتبر أجنبيا عن العقد، بينما في نظام الدعوى المباشرة يبقى من حق المشتري الأوّل مقاضاة من باع له بدعوى الضمان رغم بيعه المنتج ثانية[4].

2. تكييف الدعوى المباشرة على أنها من ملحقات المبيع

الملحقات هي عبارة الأشياء المستقلة عن الأصل وليست المتولدة منه، بل تابعة للأصل وملحقة به؛ وهي عبارة عن وسيلة تمكّن استعمال هذا الأصل في الغرض المقصود منه، أو لاستكمال هذا الاستعمال، فملحقات الشيء المبيع ليست الهدف من العقد ولكنها جاءت تابعة له، بحيث أنّ المشتري ما كان ليبرم عقد البيع لشراء هذه الملحقات مستقلة[5]. ومن أمثلة هذه الملحقات سندات الملكية، الأشياء المادية المخصصة للانتفاع بالعقار محل البيع واستعماله كالمفاتيح، سور المنزل، حديقة المنزل...

---

[1]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص293.

[2]– بن علاش خديجة، المرجع السابق، ص35.

[3]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص534.

[4]– أسعد دياب، المرجع السابق، ص163.

[5]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المجلد الأوّل، دار إحياء الثراث العربي، بيروت لبنان، سنة 1960، ص505.

فهناك من الفقه[1] من رأى أنّ الدعوى المباشرة ترجع إلى نظرية ملحقات البيع، وبنوا رأيهم هذا على نصّ المادّة 1615 من القانون المدني الفرنسي التي نصّت على أنه يشمل الالتزام بتسليم الشيء ملحقاته وكل ما تمّ توجيهه لاستخدامه الدائم،[2] وبالتالي رأوا أنّ الدعوى المباشرة هي متصلة صلة وثيقة بالشيء وتنتقل معه بحيث أنّ تسليمه يستتبع تسليم ما هو متصل به حكما، وبمعنى الآخر الحقوق والدعوى تنتقل إلى الخلف الخاص بوصفها من ملحقات الشيء المبيع فيشملها التزام البائع بتسليم المبيع وملحقاته التي أعدت بصورة دائمة لاستعماله، تطبيقا لقاعدة الملحقات تتبع الأصل[3].

غير أنّ هذا الرأي تعرّض للنقد خاصة من قبل الفقيه "رودبير"، الذي رأى أن استناد الفقه على نصّ المادّة 1615 ما هو إلا نتيجة تفسير خاطئ لنصّ المادّة، فعندما نصّت المادّة على ملحقات الشيء كانت تقصد بها الملحقات المادية وليس الحقوق، لأنه لا يعقل أن يكون الحق ملحقا بالشيء، لكن عادا مناصري تكييف الدعوى المباشرة على أنها من ملحقات الشيء المبيع للمدافعة عنها، إذ أنهم لا يرون أي مانع قانوني من شأنه أن يحول دون أن يكون الحق ملحقا بالشيء، لأنه ليس من اللازم التوقف عند المعنى الحرفي لكلمة "شيء"، والتقيد بالناحية المادية لنص، بل يجب التوسع في التفسير ليشمل الحقوق الشخصية أيضا[4].

إلا أنه لا يمكن الاعتماد على هذا التكييف نظرا للجدال القائم حول مدى صحته، فكل من الرأيين المؤيد والمعارض له نسبة من الأحقية فلو طبقنا نصّ المادّة 1615 تطبيقا محضا، لا تعتبر الدعوى المباشرة من ملحقات الشيء، وكذلك لا يوجد ما يمنع من التفسير الموسّع للنص ودمج الحقوق ضمن الأشياء.

ثالثا: تكييف الدعوى المباشرة على أنها حلول المتعاقد الثاني محل المتعاقد الأول وعلى أنها وكالة

ولم يقف الفقه عند التكييفات السالف التطرق إليها و إنما حاول حتى تكييف الدعوى المباشرة على أنها حلول المتعاقد الثاني محل المتعاقد الأول، وكيفها على أنها وكالة و هو ما سنشرحه كالآتي:

---

[1]– حول الفقه راجع بن بعلاش خاليدة، المرجع السابق، ص36.

[2]- L'article 1615 (code civil français du 1804) propose que: «L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel».

[3]– بن بعلاش خاليدة، المرجع السابق، ص36.

[4]– بلعابر سامي، المرجع السابق، ص15.

1. تكييف الدعوى المباشرة على أنها حلول المتعاقد الثاني محل المتعاقد الأول:

لنظرية الحلول نوعين، حلول اتفاقي وآخر قانوني، فالاتفاقي يمكن أن يحدث بين الدائن والغير، بحيث يتفق الدائن الذي استوفى حقه من غير المدين مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء،[1] منعا للغش، لأنّ الدائن قد يتواطأ مع المدين بعد أن يكون قد استوفى حقه فيتفقان على حلول الغير محل الدائن لتفويت حق دائن مرتهن ثان، متأخر في المرتبة. ويمكن أن يحدث بين الغير والمدين، حيث يتفقان على أن الغير بالوفاء بدين الدائن والحلول محله ولو بدون رضاء الدائن،[2] على أن يتوفر شرطين وهما: أن يتمّ الاتفاق على الحلول بين الغير والمدين ولا يشترط رضاء الدائن بالحلول، ويشترط كذلك أن يذكر في عقد القرض وفي المخالصة أن الوفاء تم من المال الذي أقرضه الغير للمدين، ويقتضي هذا الشرط أن يتم الاتفاق على الحلول قبل أو وقت الوفاء[3].

أما الحلول القانوني فهو الذي لا يمكن إعماله إلا في الحالات التي نصّ عليها القانون والتي حددتها نصّ المادّة 261 من القانون المدني الجزائري.

فقبل التعمق في أهم الفروقات الواقعة بين كل من الدعوى المباشرة والحلول بنوعيه يبدو أنّ هذا التكييف هو الأنسب في إرجاع الدعوى المباشرة إلى نظرية الحلول، باعتبار أنّ الدائن الذي يمارس الدعوة المباشرة هو عبارة عن الغير في نظرية الحلول، فيحل محل الدائن لممارسة حقوق هذا الأخير ضدّ المدين[4].

إلا أنّ الفقه[5] يرى أنّ هناك عدّة فروقات بين النظامين؛ فبالنسبة للحلول القانوني حدّد المشرع حالات تحققه وهي خمسة ولا يرد بينها حالة الدعوى المباشرة، كذلك.

و نضيف كذلك أنّ الحلول قانونيا كان أم إتفاقيا، يفترض الوفاء، إذ يجب أن يكون الغير قد وفى للدائن مبلغ الدين الذي يدينه للمدين، حتى يتمكّن من ممارسة حقوق الأول ضدّ الثاني، في

---

[1]– راجع نصّ المادّة 262 من القانون المدني الجزائري.

[2]– بن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2012/2010، ص6.

[3]– راجع نصّ المادّة 263 من القانون المدني الجزائري.

[4]– زواوي فريدة، المرجع السابق، ص293.

[5]– حول الفقه راجع شوقي بناسي، المرجع السابق، ص534.

حين أنّ مثل هذا الوفاء لا يوجد في الدعوى المباشرة، هذا ويدخل الغير الذي يحل محل الدائن مع دائني المدين، في حين أن صاحب الدعوى المباشرة يتمتع بحق خالص ويستفيد حصريا من ثمار دعواه دون مزاحمته من طرف دائنين آخرين[1].

2.تكييف الدعوى المباشرة على أنها وكالة:

عرفت المادّة 571 من القانون المدني الجزائري الوكالة على أنها: "الوكالة أو الإنابة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه".

هذا ونصّت المادّة 580 من القانون المدني الجزائري على أنّ الوكيل إذا وكل شخص آخر لينوب عنه في تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له من قبل الموكل على هذه الإنابة الجديدة كان مسؤولا عن ما فعل هذا النائب من خطئ كما لو صدر منه، ويكون الوكيل والنائب متضامنين في المسؤولية، هذا وأضافت الفقرة الثانية من هذه المادّة أنه في حالة ما رخص للوكيل في تعيين نائب عنه دون أن يعين شخص النائب فإن الوكيل في هذه الحالة لا يكون مسؤولا إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره من تعليمات، وأشارت الفقرة الثالثة إلى أنّ في كلا من الحالتين السابقتين للموكل والنائب والوكيل أن يرجعا على بعضهم البعض بدعوى مباشرة.

فبإقرار المشرّع الدعوى المباشرة في هذه الحالة جرى التفكير في تكييف الدعوى المباشرة على أنها ترجع إلى الوكالة.

إلا أنّ الدعوى المباشرة لا يمكن أبدا أن تكون وكالة فبعد تعمقنا في دراستنا هذه في الدعوى المباشرة نلاحظ أنها هي عبارة عن حق منحه القانون للدائن من أجل ضمان حصوله على حقه، عكس الوكالة التي هي عبارة عن عقد يتفق من خلاله الموكل مع الوكيل للقيام بعمل لحسابه وبإسمه، فالمستهلك له الحق في العودة على المنتج مباشرة دون الحاجة إلى اتفاق مسبق مع البائع.

ويظهر الفرق بين النظامين حتى في الحالة التي نصّت عليها المادّة 580 السالفة الشرح التي قرر من خلالها المشرّع قيام الدعوى المباشرة بين كل من الوكيل والنائب والموكل، فالدعوى المباشرة في هذه الحالة لو غاب عقد الوكالة تغيب معه هذه الدعوة فهي محصورة على أطراف عقد الوكالة، عكس الدعوى المباشرة المقررة لصالح المشتري ضد الصانع التي تمنح له في كل الأحوال بعيدا عن عقد الوكالة، والتي يمارسها المشتري بإسمه هو ولحسابه هو ليس لحساب شخص آخر.

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص535.

وفي الأخير يمكننا القول أنه بالرغم من تعدد و تنوع النظريات التقليدية التي اعتمد عليها الفقه في تكييف الدعوى المباشرة والتي ذكرنا أهمها فقط، نلاحظ أنّ جميعها لم تتوافق والدعوى المباشرة التي اختلفت عنها في كل مرّة في نقطة معينة ما جعلنا نلجأ إلى التكييف الحديث لعلّى نجد تكييفا يرجع الدعوى المباشرة الممنوحة للمستهلك وللمشتري إلى قانون العقد.

البند الثاني: التكييف الحديث للدعوى المباشرة

من أهم النظريات التي اعتمد عليها الفقه[1] في التكييف الحديث للدعوى المباشرة هي نظرية العدالة، ونظرية المجموعات العقدية وهو ما سنحاول شرحه في النقاط التالية.

أولا: نظرية العدالة

في الحقيقة ظهرت في بداية القرن العشرين فرضية جديدة بشأن الدعوى المباشرة، من شأنها جعل أساسا قانونيا لهذه الأخيرة، خاصة أمام عدم التوافق الذي شهدته النظريات التقليدية مع الدعوى المباشرة، الأمر الذي سمح بإيجاد مفهوم للدعوى المباشرة يقوم على غير الأسس التقليدية، ومن بين أشهر الأسس التي اعتمد عليها الفقه من بينهم الفقيه "كريستيان جامان" هي نظرية العدالة،فيرى أصحاب هذه النظرية بأنّ فكرة العدالة هي أول قاعدة قانونية غير مكتوبة ظهرت بين البشر وهي مستمرة وباقية ما بقي القانون بل هي روحه[2].

فتقوم نظرية العدالة على فكرة العدل والأخلاق، فالعدالة تقوم على أساس المساواة الحسابية المطلقة بين الأفراد، فإذا تسبب عمل أو تصرف في خسارة مادية أو معنوية لشخص من الأشخاص، فإنّ العدالة تقضي أن يقوم الشخص الذي تسبب في الخسارة أو استفادة منها بأن يرد للشخص الخاسر ما يعادل هذه الخسارة بحيث يصبح كل من الشخصين بعد حدوث هذا التصرف في نفس المركز الذي كانا عليه من قبل، وهذا ما يطلق عليه تسمية العدالة التبادلية[3].

وبالتالي يرى أصحاب هذا الاتجاه أنّ الدعوى المباشرة ما هي إلا تطبيقا لنظرية العدالة التبادلية نتيجة تزايد الذمة المالية للمدين الفرعي على حساب الدائن صاحب الدعوى المباشرة، وهذا ما يبرر منحه دعوى تسمح له بالحصول على معادل لهذه القيمة، وبالتالي يرون هؤلاء أنّ الدعوى

---

[1]– راجع كل الصفحات رقم 399 إلى 403 من هذه المذكرة.

[2]– بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث،المرجع السابق، ص257.

[3]– مصطفى راتب، قواعد العدالة والقانون الطبيعي، منتدى الرؤية، نشر المقال بتاريخ 2018/04/18، تاريخ الإطلاع 2022/05/07، رابط المقال: www.alroya.com.

المباشرة هي آلية تصحيحية لمبادئ نسبية المساواة بين الدائنين، التي لا تجد أساسها في القانون المدني أو في القوانين الخاصة الأخرى، والتي تسمح لأحد الدائنين، لمبررات تتعلق بالعدالة، وتعادل الذمم، الحصول لحسابه الخاص، من مدين مدينه، إلا على الوفاء وإما على إعمال الضمان[1].

إلا أنّ هذا التكييف يظهر عدم تلاءمه مع الدعوى المباشرة، لأنّ تأصيل الدعوى المباشرة من خلال الرجوع إلى مبدأ العدالة هو رجوع إلى القانون باعتبار أنّ قواعد العدالة تمثل مصدرا من مصادر القانون، وبالتالي فاعتبار الدعوى المباشرة أنها نابعة من القانون معناه عمليا هو الاحتكام إلى إرادة المشرّع المنشئ للنصوص القانونية، وهو وحده الذي يمكنه مخالفة المبادئ القانونية الثابتة كما هو الشأن في نسبية العقد وغيرها، وهو كذلك وحده الذي يعطي التكييف القانوني الملائم لتلك الدعوى واعتبارها نظاما قانونيا له تنظيمه الخاص وإن كان مبعثرا في نصوص تشريعية متناثرة.[2] فإن كانت حقيقة الدعوى المباشرة في تشريعات الاستهلاك تعود إلى مبادئ العادلة فيمكننا القول أنّ نظرية العدالة لا تشمل كلّ الدعاوى المباشرة، فهي تحيط بتلك التي حدّدها القانون المدني فقط، بعيدة عن الدعوى المباشرة التي تمّ تقريرها للمستهلك ضدّ المتدخل التي لم ينصّ عليها المشرّع لا في القانون المدني ولا في قانون الاستهلاك سواء الجزائري أو الفرنسي.

وبالتالي لم تسلم هذه النظرية التي ترجع الدعوى المباشرة إلى فكرة العدالة والقانون معا باعتبارهما وجهين لعملة واحدة، بحيث يرون أنّ إرجاع الدعوى المباشرة إلى إرادة المشرّع وقواعد العدالة ما هو إلا وهم جديد، وحتى العدالة لا يمكن إدراكها والوقوف على حقيقتها حتى نعتبرها أساسا للدعوى المباشرة؛[3] باعتبار أنّ نظرية العدالة ليست لها إلا قوة تفسيرية جزئية، ذلك أنّ بعض الدعاوى المباشرة كدعوى المستهلك ضدّ الصانع يظهر أنّ هدفها الوحيد ضمان تبسيط الوفاء، أكثر منه تحقيق تعادل اقتصادي مقطوع خصوصا في مجال العلاقات الاستهلاكية التي هي أصلا تتميز بعدم التوازن بين أطرافها[4].

---

[1]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص543.

[2]– بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث،المرجع السابق، ص258.

[3]– بدري جمال،الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث،المرجع السابق، ص258.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص544.

ثانيا: نظرية المجموعة العقدية

ظهرت نظرية المجموعة العقدية لأول مرة في الفقه الفرنسي، وأول من طرحها الباحث "تييسي" في أطروحته مجموعة العقود، حيث يرى هذا الباحث أن نشوء نظرية المجموعة العقدية مرتبط ارتباطا وثيقا بالتحولات الاقتصادية، وهي نتاج التطور الاقتصادي، ذلك التطور الذي أفرز أفكارا لم يعهدها الفقه التقليدي، منها نظرية المجموعة العقدية التي أصبحت واقعا ملموسا في حياتنا حيث كثرت العقود المترابطة في مختلف مجالات الحياة، تلك العقود التي أصبحت معقدة بعض الشيء في تنفيذها مما جعل المدين يتعاقد مع بعض الأشخاص الآخرين لمعاونته في الوفاء بالتزامه المنبثق عن العقد الذي شارك في تكوينه، وبالرغم من أن تلك العقود المتعاقبة تنشأ مستقلة عن بعضها البعض، إلا أن عدم تنفيذها قد يؤثر على تنفيذ العمل الآخر المترتب عليها، وعلى تحقيق النتيجة النهائية المرجوة[1].

فبظهور نظرية المجموعة العقدية، قد أثر بشكل أو بآخر على مفهوم الطرف في العقد وبالتالي على مبدأ الأثر النسبي للعقد، حيث حاول أنصار هذه النظرية تطوير المفهوم التقليدي للطرف في العقد، من خلال توسيع هذا المفهوم ليشمل فئة من الأشخاص كان الفقه التقليدي يعدّهم من الغير تطبيقا لمبدأ الأثر النسبي للعقد، فجعلت هذه النظرية الحق لكل طرف من أطراف هذه المجموعة بالرجوع على بعضهم البعض بدعوى مباشرة لا يمارسها سوى أطراف العقد بالمعنى التقليدي، ومن ثمّ فإنّ الشخص سيجرد من وصف الغير إذا كان طرفا في مجموعة عقدية بالنسبة لكل عقد من عقود هذه المجموعة، لذلك فإن المجموعة العقدية تصلح كأساس تتقرر بموجبه الدعاوى المباشرة، وباعتبارهما مصدرا مباشرا لدعاوى عقدية على هذا النحو، فإن وجود المجموعة العقدية يؤدّي بذاته إلى خلق نسيج عقدي متماسك ومرتبط، فإذا كان المشتري الثاني له أن يرجع مباشرة بالضمان على البائع الأصلي، وكذلك لمشتري العقار أن يرجع بالضمان على المقاول الذي كان البائع قد تعاقد معه،[2] هكذا تكون نظرية المجموعات العقدية قد جاءت بأفكار مخالفة للمفهوم التقليدي الذي يعتبر الأشخاص الذين لا تربطهم علاقة عقدية مباشرة من الغير، إلا أنّ وفقا لهذه النظرية أصبح لكل شخص يمكن أن يكون في علاقة عقدية مع الآخرون وإن لم يتم التعاقد بينهما

---

[1]– جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد 2017، العدد s2 ، بغداد، العراق، سنة 2017، ص17.

[2]– الصادق عبد القادر، خليل إيمان، المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد:4، العدد: 2، الجزائر، سنة 2020، ص،ص35،34.

مباشرة ما دام كل منهم طرفا في تلك المجموعة، له الحق في الرجوع على أحدهم بدعوة مباشرة،[1] وهو ما تبناه حقيقة القضاء الفرنسي لمدّة من الزمن ثمّ تراجع عنه[2].

إلا أنّ هذه النظرية هي الأخرى لم تسلم من النقد، بحيث رأى البعض[3] بأنه من غير الممكن القول بأن الدعوى المباشرة قد جاءت بفعل تشابك العلاقات التعاقدية نتيجة التطور الاقتصادي، وذلك لأنّ وجود هذه الدعوى قد سبق ذلك التطوّر، فقد كانت الرغبة في تحقيق العدالة والتخلص من مساوئ اللجوء إلى الدعوى غير المباشرة وراء وجود مثل هذه الدعوى، إذ تقررت في عام 1853 وذلك للمؤجر ضد المستأجر من الباطن، وفي عام 1854 تقررت للعامل ضدّ رب العمل، ومن ذلك يلاحظ أنّ أصحاب هذا الاتجاه يذهبون إلى القول بأن هاتين الدعوتين تمّ إيجادهما، ولم يوضع في الحسبان الوضع الاقتصادي الذي لم يكن معقدا آنذاك، وبالتالي لم يكن المفهوم الفردي للعقد منتقدا.

هذا ويبدو أنّ نظرية المجموعة العقدية تشوّه فلسفة الدعوى المباشرة، ذلك كما هو معروف أنّ هذه الدعوى وجدت لحماية الدائن، غير أنه يظهر من خلال قرار 21 جوان 1988 بخصوص النزاع الذي رفعته شركة الطيران النرويجية السالف ذكره،[4] حيث عمل هذا القرار على حماية المدين الفرعي والمتمثل في مطار باريس، الذي وضع شروطا تعفيه من المسؤولية إذا ما كان الخطأ الواقع غير جسيم، ولم يعمل على توفير الحماية لشركة الطيران النرويجية صاحبة الحق في الدعوى المباشرة، الذي جعلها القرار في عوض أنها تعود على مطار باريس على أساس المسؤولية العقدية لوجود عقد يربطهما مباشرة، تعود على بائع الجرار وصانعه على أساس المسؤولية التعاقدية بالرغم من عدم وجود أي رابط بين الشركة وهؤلاء، مؤسستا قرارها هذا على أساس نظرية المجموعة العقدية[5].

---

[1]– بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث،المرجع السابق، ص260.

[2]– و هو ما كنا عالجناه سابقا في تحديد طبيعة الدعوى المباشرة عندما تعلّق الأمر بالقرار الصادر من الغرفة المدنية الأولى في 1988/03/08، وفي قرارها الصادر بتاريخ 1988/06/21، راجع الصفحة رقم 395 وما بعدها من هذه المذكرة.

[3]– نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، المرجع السابق ، ص07.

[4]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص542.

[5]– شوقي بناسي، المرجع السابق، ص542.

وفي الأخير وحسب ما تمّ التطرق إليه سابقا نلاحظ أنّ ولا نظرية من النظريات السابقة استطاعت أن تثبت أنّ حقيقة الدعوى المباشرة تقوم على أساسها، وهو ما يجعلنا نتأكد أنّ هذه الدعوى مثلها مثل الآليات السالفة الذكر كالرجوع عن العقد، والالتزام بالإعلام... وغيرها من الآليات التي عجز الفقه عن إيجاد أساس لها ضمن قانون العقد، فهذا يثبت حقيقة أنّ الدعوى المباشرة هي مكنة من المكنات التي تمّ استحداثها من أجل توفير حماية فعالة للمستهلك ضدّ المتدخل في العلاقات الاستهلاكية، خصوصا ما تمرّ به السلع والمنتجات من سلاسل تعاقدية حتى تصل إلى المستهلك بدءا من الصانع إلى غاية بائع التجزئة، وبالتالي يُمكّن المستهلك من الرجوع على أي متدخل عرض السلعة للاستهلاك، ونشير إلى أنه حتى وإن كان المشرّع الجزائري لم ينظمها في قانون الاستهلاك لا الجزائري ولا الفرنسي، إلا أنها تبقى من حق المستهلك باعتبار أنّ اللجوء إليها لا يحتاج إلى وجود نص قانون ينظمها، ذلك أن كل من المستهلك والمتدخل يستمدان صفتهما في رفع هذه الدعوى من القانون، وليس من العقد المبرم بينهما.

الخاتمة

بعد أن تعرضنا لموضوع تأثير قانون الاستهلاك على قانون العقد، قمنا من جهة بإلقاء الضوء على المبادئ الكلاسيكية التي يقوم عليها قانون العقد؛ من مبدأ رضائية، مبدأ الحرية التعاقدية، مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الأثر النسبي للعقد، فدرسنا كل مبدأ على حدى من مفهومه ومن تطوره التاريخي وركزنا على مضمونه حتى نوضح مدى صلابة وجمود هذه المبادئ نظرا لخلفيتها التاريخية والدور الذي لعبته في تحرير إرادة الفرد من سيطرة الحكام والدولة، فأصبح هذا الأخير يتعاقد بالشكل الذي يريده وللأسباب التي يريد تحقيقها، بحيث جعل من العقد شريعته التعاقدية الذي يختار بنودها وأطرافها وآثارها هو فقط دون غيره.

ومن جهة أخرى سلطنا الضوء على قانون الاستهلاك الذي جاء من أجل كبح حرية الفرد التي كرسها قانون العقد، نظرا لعدم تناسبها مع العقود الاستهلاكية، التي تتميز باللاتوازن بين أطرفاها، فجاء تشريع الاستهلاك بقواعد من شأنها أن تخلق توازن بين أطراف هذه العقود، وتركيزها على توفير حماية فعالة للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف الذي يهدف إلى إشباع حاجياته فقط عكس المهني الذي يهدف إلى تحقيق الربح.

فقد خلقت تشريعات الاستهلاك قواعد وآليات لم يعرفها الواقع القانوني من قبل لا في قانون العقد ولا في القوانين الخاصة، باعتبار أنّ تشريع الاستهلاك ظهر كقانون مستقل عن القانون المدني وليس تابعا له باعتبار أنّ له نظامه الخاص وقواعده الخاصة، التي تعمل على حماية المستهلك في مختلف مراحل العقد بدأً من تكوينه إلى غاية ترتيب آثاره؛ ولم تترك أي مرحلة إلاّ ونظمتها، حتى لا تبقي المجال فارغا لتحكمه مبادئ قانون العقد، ولم تقف عند هذا الحد بل وصلت إلى درجة التأثير عليها وإظهار مدى قصورها في تنظيم هذا النوع من العقود ومدى حاجتها لتطورها من أجل مواكبة التطورات التي يعيشها العقد، وهو ما لاحظناه من خلال هذه الدراسة حيث بدأ تأثير هذه القواعد على مبادئ قانون العقد من مبدأ الرضائية إلى غاية مبدأ الأثر النسبي للعقد، وظهر التأثير كالآتي:

أولا: بعد أن كانت العقود ولزمن طويل تبرم في ظل مبدأ الرضائية دون الحاجة إلى إتباع شكل معين إلا في حالات استثنائية حددها قانون العقد، أصبحت العقود في ظل تشريعات الاستهلاك لا تبرم إلا إذا أفرغت في قالب شكلي، فلا يقتصر هدف هذه الشكلية على الانعقاد والإثبات كما الشكليةالواردة في قانون العقد، وإنما يتمثل هدفها بالإضافة إلى الانعقاد والإثبات في تنوير إرادة المستهلك باعتبار أنّ هذه الشكلية تتطلب توفر العقد على مجموعة من البيانات والمعلومات

الجوهرية التي بها يقرر المستهلك إما قبول التعاقد وإما الرفض، وهو ما لا يستطيع مبدأ الرضائية توفيره باعتبار أنه يفترض في العقود التي تبرم على أساسه أنها عقود عادلة بين أطرافها،وهو مجرد افتراض لا يتوافق مع طبيعة عقود الاستهلاك التي تحوي في الواقع طرفين طرف قوي صاحب الخبرة والنفوذ يهدف فقط إلى تحقيق مصالحه ومستهلك ضعيف يجهل البيانات المتعلقة بمحل العقد مانحا ثقة مشروعة للمهني، وهذا ما دفع بأغلب الدول إلى التخلي عن مبدأ الرضائية وتبني الشكلية في مجال عقود الاستهلاك، هذا ولم يتأثر مبدأ الرضائية في مرحلة تكوين عقد الاستهلاك بظهور الشكلية الإعلامية فقط بل تأثر حتى بظهور مرحلة التفكير والتروي وهي حسب رأينا شكلية معنوية، تمنح المستهلك فرصة للتفكير في مدى تحقيق هذا التعاقد لمصالحه المرجوة، بحيث أصبح العقد لا يبرم بمجرد تطابق الإيجاب مع القبول مباشرة، بل يصدر الإيجاب من المهني ويبقى قائما اتجاه المستهلك بصفة إجبارية لفترة معينة يفكر فيها المستهلك حول هذا التعاقد، حتى يصدر هذا الأخير قراره بالقبول من عدمه، فهذا التأثير دفع المشرّع الفرنسي إلى تعديل قانون العقود بما يتماشى مع الجديد الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك، فإن لم يتطرق إلى تقييد مبدأ الرضائية بالشكلية الإعلامية على الأقل قيده بمرحلة التفكير والتروي، وبالتالي لم يقصر آلية التفكير والتروي على عقود الاستهلاك فقط بل ضمنها في قانون العقود حتى تسري على جميع العقود مهما كان نوعها ومهما كانت صفة أطرافها.

ثانيا: ولم يقف تأثير تشريعات الاستهلاك في مرحلة تكوين العقد على مبدأ الرضائية بل حتى مبدأ الحرية التعاقدية هو الآخر لم يسلم من التأثير، فبعدما كان الأصل في إبرام العقود هو حرية أطرافه في تضمين العقد بما أرادوا من بنود، وحريتهم في التعاقد من عدمه، بالإضافة إلى حرية كل طرف في العقد في اختيار الطرف الثاني المتعاقد معه، قيدت هذه الحرية في ظل تشريعات الاستهلاك، فأصبحت هذه الأخيرة هي من تحدد مضمون العقد بإجبار المهني على احترامه لمجموعة من الالتزامات ومنعه كذلك من تضمين العقد ببنود من شأنها أن تخل توازن العقد، هذا ومنعت على المهني عند عرضه لسلعة أو خدمة على الجمهور أن يتعاقد مع كل من يتقدم لشراء السلعة أو الخدمة المعروضة للبيع دون أن يكون له الحق في رفض التعاقد، وبالتالي هو غير مخير في اختيار المتعاقد الثاني.

ثالثا: وينتقل التأثير أيضا إلى مرحلة تنفيذ العقد؛ فالأصل في العقود أنها ملزمة بين أطرافها لا يجوز لأحد الأطراف وبإرادته المنفردة أن يرجع عن العقد أو يعدل منه أو يخالف مضمونه إلا إذا

أتفق الأطراف أو للأسباب التي يقررها القانون، فالعقد في هذه الحالة هو بمثابة القانون الذي يحكم الطرفين بما أنهم قد تراضوه في الأوّل برضا سليم فهم مجبرين على تطبيقه حتى وإن احتوى شروطا تعسفية، وفي حالة الخروج عن هذه القواعد يقع تحت طائلة الجزاء المحدد في قانون العقد، إلا أنّ تشريعات الاستهلاك اعتمدت العديد من الأساليب من شأنها أن تحارب هذه الشروط حماية للمستهلك دون الأخذ بعين الاعتبار مدى اعتدائها باعتمادها لهذه الأساليب على مبدأ القوة الملزمة للعقد مثالها تدخل القاضي في تعديل العقد لدرجة تصل إلى إلغاء الشرط مع الاحتفاظ بالعقد على الرغم من أنه ليس من أطرافه، ولم يُعتدى على هذا المبدأ بمكافحة الشروط التعسفية فقط، بل منحت تشريعات الاستهلاك الحق للمستهلك الرجوع عن العقد بإرادته المنفردة حتى وإن لم يكن هناك سببا حول هذا الرجوع دون الحاجة إلى الاتفاق مع المهني أو الرجوع إلى القضاء من أجل المطالبة بهذا الرجوع.

رابعا: ولم يتوقف المساس بمبادئ قانون العقد في مرحلة تنفيذ العقد عند مبدأ القوة الملزمة، بل تتعداه لتمسّ حتى بمبدأ الأثر النسبي للعقد، حيث ووفقا لهذا المبدأ يبقى دائما العقد مستقلا عن أي عقد آخر فلكلّ عقد أطرافه وشروطه وبنوده وأهدافه وآثاره تختلف عن العقود الأخرى فلا يمكن وفقا لهذا المبدأ أن نربط بين العقود، إلا أنّ تشريعات الاستهلاك حماية منها للمستهلك خلقت ربطا بين كل من عقد القرض وعقد البيع فلا يمكن لأحد من هذه العقود أن يبقى قائما دون الآخر فإما أن ينفذا مع بعض أو يبطلا مع بعض وذلك حتى لا يتحمل المستهلك تسديد أقساط قرض من أجل بيع لم ينفذ، أو يلزم على دفع ثمن سلعة أو خدمة كان الأصل أن يدفعها من خلال القرض، هذا ومست تشريعات الاستهلاك بمبدأ الأثر النسبي للعقد من خلال السماح للمستهلك بمقاضاة أي متدخل عرضة السلعة للاستهلاك بدعوى مباشرة حتى وإن لم تربطه بالمتدخل أي علاقة عقدية وهو ما يتنافى مع مبدأ الأثر النسبي للعقد الذي يعتبر من لم يكن طرفا في العقد أجنبيا عنه ولا يمكنه أن يرفع دعوى مباشرة ضدّ أطرافه إلاّ عن طريق دعوى غير مباشرة.

فيبدو أن هناك من الضمانات التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك غير غريبة عن قانون العقد، كالالتزام بالإعلام، الالتزام بالسلامة، الالتزام بالمطابقة، مكافحة الشروط التعسفية، الدعوى المباشرة، لكن بعد التعمق في هذه الدراسة تمّ الاكتشاف أنّ هذه الضمانات تختلف عن بعضها البعض في مضمونها وفي طريقة حمايتهما للطرف الضعيف، فمثلا من بين أهم الاختلافات الواقعة بين هذه الضمانات في القانونين هو أنّ الالتزام بالإعلام في قانون العقد لا يكون ملزما

لصاحبه إذا تبيّن أنه لم يكن له علم بهذه المعلومات، عكس الالتزام بالإعلام الوارد في تشريعات الاستهلاك التي تفترض في المهني أنه على علم بهذه المعلومات وهي قرينة قاطعة واقعة على عاتقه، فلا يمكنه أن يدعي جهله لمعلومات متعلقة بسلعة أو خدمة عرضها هو على جمهور المستهلكين، ووضعت حتى قرينة قاطعة مفادها جهل المستهلك للمعلومات المتعلقة بمحل العقد، عكس القواعد العامة التي فرضت الالتزام بالاستعلام على المستهلك بحيث جعلته ملزم بالبحث عن المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة التي تنور رضاءه دون انتظار هذه المعلومات من المتدخل، وجعلت الالتزام بالإعلام استثناءا عن الالتزام بالاستعلام الذي يعتبر هو الأصل، فيقوم الالتزام بالإعلام في حالة تخلف الالتزام بالاستعلام.

أما فيما يخص الالتزام بالمطابقة فأهم اختلاف يكمن بين الالتزامين هو أنّ الالتزام بالمطابقة في قانون العقد؛ هو التزام عقدي، مصدره العقد وليس القانون، فيجب على محل العقد أن يكون مطابقا لما اتفق عليه المتعاقدان في العقد، وبالتالي يقوم هذا الالتزام على اتفاق الطرفين، عكس المطابقة في تشريعات الاستهلاك التي تعتبر التزاما قانونيا أي ينظمه القانون، والذي يراد منه أن يكون محل العقد سواء سلعة أو خدمة مطابقا للمواصفات والمقاييس القانونية والتنظيمية التي نصّ عليها القانون حماية لرغبة المستهلك المشروعة في الحصول على منتجات ذات طبيعة وصنف ومنشأ وتركيبة ومقومات جيدة، وهي بذلك يكون الهدف منها وقائي بحيث يجب على المنتوجات أن تكون متوافقة مع المواصفات التي نصّ عليها القانون.

هذا وكان قانون العقد قد تطرّق للالتزام بالسلامة إلا أنّه يختلف في مضمونه عن الالتزام بالسلامة الوارد في تشريع الاستهلاك في العديد من النقاط، أهمها أنّ الالتزام بالسلامة في قانون العقد يكون الهدف منه تضمين العقد ببند من شأنه أن يضمن للمشتري الحصول على تعويض في حال ما تسببت السلعة بأضرار له، أي ينفذ بعد إبرام العقد، أما الالتزام بالسلامة الوارد في قانون الاستهلاك يهدف إلى حماية ووقاية المستهلك من الأضرار التي قد تسببها السلعة أو الخدمة، وتكون هذه الحماية قبلية، أي قبل إبرام العقد، بمعنى يجب على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك على جمهور المستهلكين أن تكون مستجابة لقواعد السلامة المنصوص عليها في قانون الاستهلاك وإلا تعرض المتدخل في هذا العرض للجزاء، فهذا الالتزام لا يوفر الحماية فقط للمتعاقد مع البائع في عقد معين، كما في قانون العقد، وإنما يهدف إلى حماية جميع المستهلكين سواء كانوا متعاقدين مع المتدخل أو من الغير.

ونفس الشيء فيما يخص مكافحة الشروط التعسفية فحتى قانون العقد قد كافح هذه الشروط كما قانون الاستهلاك، إلا أنه يختلف القانونين من حيث طريقة مكافحة هذه الشروط، ففي قانون العقد كافح الشروط التعسفية في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد من خلال منح القاضي سلطة تعديل العقد بتعديل الشرط التعسفي، أو إعفاء الواقع ضحية هذه الشروط منها، أما قانون الاستهلاك فقد كافح هذه الشروط في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد من خلال اعتبار هذا النوع من الشروط غير مكتوب كأنه لم يكن مع الاحتفاظ بالعقد إذا لم تكن هذه الشروط أساسا لقيام هذا العقد مانعا القضاء من تعديل هذه الشروط، وقد حدّد قانون الاستهلاك قائمتين تتضمن شروطا تعسفية يعود إليها القاضي من أجل تحديد إن كانت الشروط التي تضمنها العقد تعسفية أم لا، ولا يسترشد القاضي وحده بهذه القوائم، بل حتى الأطراف قبل إبرام العقد لهم الرجوع إلى هذه القوائم من أجل تفادي تضمين العقد بهذه الشروط حتى لا تقع تحت طائلة البطلان مستقبلا، ولم تتوقف تشريعات الاستهلاك في مواجهة هذه الشروط عند المرحلة اللاحقة لإبرام العقد بل واجهتها حتى في المرحلة السابقة على التعاقد؛ من خلال فرض رقابة على العقود النموذجية التي يعدّها المتدخلون، ومنح جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع دعوى قضائية هدفها حذف هذه الشروط من العقود، حتى لا يقع المستهلك ضحيتها مستقبلا.

أما فيما يخص الدعوى المباشرة فتختلف هي الأخرى في القانونين؛ ففي قانون العقد حدّد مجموعة من الحالات على سبيل الحصر يستطيع من خلالها المتضرر الرجوع فيها على المتسبب في الضرر من بينها نصّ المادّة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري التي سمحت للمشتري الرجوع على البائع بدعوى مباشرة في حال سببت السلعة أو الخدمة ضررا للمشتري بسبب عيب في هذه السلعة أو الخدمة حتى وإن لم تربطه بالبائع علاقة عقدية، لكن هذه الدعوى قصرت مجال الدعوى فقط على العيوب الخفية أي لا يمكن للمشتري أن يرفعها إلا في حال ما احتوت السلعة أو الخدمة على عيب، عكس الدعوى المباشرة المقررة في تشريعات الاستهلاك التي تسمح للمستهلك في الرجوع على الصانع أو البائع بدعوى مباشرة في حالة ما أخل بأي التزام فرضه عليه تشريع الاستهلاك مهما كان نوعه، وبالتالي فالدعوى المباشرة الواردة في تشريع الاستهلاك أوسع نطاقا وحماية للمستهلك من الدعوى المباشرة الوارد في قانون العقد.

فبعد تعمقنا في هذه الدراسة لا يمكننا أبدا القول أنّ القواعد الجديدة التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك هي قواعد مكملة لقواعد قانون العقد، باعتبار أنها مسّت بأصل مبادئ قانون

العقد وخرقت مضامينهم، ولم تكن مجرد استثناء عنهم، لأنها لو كانت كذلك لنص عليها القانون المدني كحالات استثنائية في طياته كما فعل في حالة الدعوى المباشرة المقررة لصالح المستأجر من الباطن والمقاول الفرعي وغيرها من الحالات المنصوص عليها في القانون المدني، وكذلك مثل الشكلية في العقود التي يكون محلها عقار ...، فلا يعقل أن ينظّم قانون ما التزام معيّن في طياته بطريقة، ثمّ ينظّمه في قانون آخر بطريقة مخالفة، مثلما هو الحال بالنسبة للالتزام بالإعلام والالتزام بالمطابقة والالتزام بالسلامة ومكافحة الشروط التعسفية والدعوى المباشرة التي تقرّر أنّ احتواء كل من قانون الاستهلاك وقانون العقد على نفس الأنظمة هو مجرد تشابه أسماء ظاهريا، أما مضمونا فيختلفان كثيرا عن بعضهم البعض، وهذا ما يوضح لنا استحالة أن تكون قواعد تشريعات الاستهلاك استثناءا عن مبادئ قانون العقد.

بل حتى الفقه أصبح ينادي بإعادة النظر في العديد من قواعد هذا القانون بجعله يتكيف مع التطور الاجتماعي والاقتصادي والصناعي الذي فرض مشكلات مستحدثة خاصة في مجال العقد، وقد استشعر القضاء الفرنسي مبكرا لمقتضيات هذا التطور فكان سريع الخطى في الاستجابة لها، مكرسا في أحكامه المتعاقبة حلولا ونظريات لمواجهة المشكلات المستحدثة، مستهدفا تحقيق جملة من المبادئ التي من شأنها تحقيق العدالة والتوازن في نطاق العلاقات العقدية، ممهدا بذلك الطريق أمام المشرّع الفرنسي لإجراء إصلاحات تشريعية هي الأهم والأوسع في هذا الصدد، وهو ما سار عليه المشرّع الفرنسي سنة 2016 حيث في هذه السنة عدّل القانون المدني بما يتوافق وهذه المستجدات.

فقد تجسّد الجديد الذي أتى به هذا التعديل في تنظيم العقد في جل مراحله بدأ بتقريره في المرحلة السابقة على التعاقد مهلة التفكير والتروي التي كانت قد نصت عليها تشريعات الاستهلاك كآلية جديدة لحماية رضاء المستهلك من التسرع في التقيد بعقد قد لا يحقق مصالحه وهو ما قررته من خلال نصّ المادّة 1122 من القانون المدني الفرنسي، كذلك قرر الالتزام بالإعلام من خلال نصّ المادّة 1112-1 بكلّ فقراتها البالغ عددها ستة فقرات، بحيث بدأت بتبيان المقصود من المعلومات المهمة التي يجب على كل متعاقد أن يُطلعها على المتعاقد الذي بحاجة إليها، وكذلك تمّ الإشارة إلى أنّ الالتزام بالإعلام هو من النظام العام لا يجوز الاتفاق بين أطراف العقد على مخالفته، هذا وأوقع عبئ الإثبات على المدين بالالتزام بالإعلام وليس الدائن أي إلقاءه على المهني وليس المستهلك، وهنا بالضبط يظهر تأثير تشريعات الاستهلاك على قانون العقد، فبهذا التعديل

خالف أهم قاعدة يقوم عليها قانون العقد والمتمثلة في "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر"، هذا ولم يقف المشرّع الفرنسي عند هذه النقطة، بل قرر صراحة بطلان العقد لتخلف هذا الالتزام بالاستناد على الإبطال لغلط أو تدليس، بعدما كان سابقا يتم الإبطال دون وجود نصّ صريح يحيل إلى هذه القواعد.

هذا وعمل المشرّع من خلال هذا التعديل على حماية الطرف المُذعن من الشروط التعسفية حيث نصّت المادّة 1171 من القانون المدني الفرنسي على إهدار كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بالتوازن العقدي بين المتعاقدين، واعتباره كأن لم يكن، ويكون بذلك قد ساير الحماية التي نصت عليها تشريعات الاستهلاك، ويعتبر هذا الحل قفزة مهمة نحو حماية الطرف الضعيف في العقد، بل وتعتبر الحماية التي جسدها هذا القانون فعالة من الحماية التي تضمنها تشريع الاستهلاك لاعتبار أنها لا تقصر الحماية على العقود التي تحوي على مهني ومستهلك فقط، بل تشمل جميع العقود حتى تلك التي تكون بين مهني ومهني، وغيرها من التعديلات المهمة التي طوّرت من قانون العقد.

إلا أننا حاولنا من خلال هذه الدراسة التركيز على التعديلات التي من شأنها أن توضح مدى مسايرة الضمانات التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك لحماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقات الاستهلاكية، لكن تجدر الإشارة إلى أنه بقي دائما محافظا على السياق العام للقانون المدني، فبقيت دائما العقود رضائية وقائمة على الحرية التعاقدية وملزمة بين أطرافها وذات أثر نسبي.

إلا أنه وبالرغم من الاختلاف بين كل من قانون العقد وقانون الاستهلاك والتأثيرات التي فرضتها هذه الأخيرة على قانون العقد يبقى هو الشريعة العامة التي في حالة ما غاب نص في قانون الاستهلاك يتم الرجوع إلى القانون المدني، ومثالها عدم تنظيم تشريعات الاستهلاك القواعد المنظمة للمسؤولية المدنية والتي يتم الإحالة فيها دائما إلى القانون المدني أي قانون العقد.

مما سبق بيانه نخلص إلى بعض الاقتراحات منها:

- لا بدّ أن تكون الشكلية الإعلامية نظرا لأهميتها جزءا من قانون حماية المستهلك الجزائري وعدم قصرها على نوع معين من العقود كعقد الاستهلاك الإلكتروني؛ أو عقد القرض الاستهلاكي، بل بجب أن يتضمن هذا القانون نصّا عاما يضبط الشكلية الإعلامية لتسري على جميع عقود الاستهلاك مهما كان نوعها، ونفس الاقتراح فيما يخص مهلة التفكير والتروي التي غابت تماما عن

تشريع الاستهلاك الجزائري فاقتصر المشرّع على تنظيمها في عقد القرض الاستهلاكي، فهذا الغياب من شأنه أن يخلق فجوات في الحماية المرجوة من سنّ هذه التشريعات، فكيف لنا أن نطالب بتعديل القانون المدني بما يتماشى وتشريعات الاستهلاك، وهذا الأخير في حدّ ذاته لا يتضمن أهم الآليات العاملة على توفير حماية فعالة للمستهلك في مرحلة تكوين العقد.

- بعد أن أثبتنا أنّ التشابه الواقع بين بعض التزامات تشريعات الاستهلاك والالتزامات المنصوص عليها في القانون المدني هو مجرّد تشابه أسماء، وليس مضمون فلا بدّ أن يتمّ تجديد قواعد قانون العقد وجعلها مرنة تتلاءم و قواعد تشريعات الاستهلاك، فاقتراحنا هذا لا يعني أنّ يتمّ الاستغناء تماما عن المبادئ العامة التي يقوم عليها القانون المدني لما لهذه الأخيرة من أهمية بالغة في إبرام العقود، وإنما اقتراحنا يعني الاستغناء عن فكرة أنّ كل ما تمّ برضاء المتعاقدين وبحرّيتهم المطلقة هو عادل، وإنما يجب افتراض دائما أنّ هناك عقودا بالرغم من إبرامها برضاء سليم وبحرية تامّة إلا أنها غير عادلة، ما تجعل الحاجة ملحة إلى تبني قواعد من شأنها أن تحمي الطرف الضعيف.

- فنقترح أن يتبنى القانون المدني الجزائري مبادئ جديدة إلى جانب المبادئ الكلاسيكية من شأنها أن تنظّم العقود المفترض فيها اللاتوازن وعدم قصر حمايتها فقط على المستهلك، وإنما أن تشمل حمايتها حتى المهنيين فمدام القانون المدني هو الشريعة العامة فلا بدّ أن تكون الحماية التي يوفرها أوسع من الحماية التي يوفرها تشريع الاستهلاك الذي يقصر الحماية فقط على المستهلكين، فمن بين المبادئ المقترحة مثلا مبدأ الحرية الموجهة؛ والذي يجعل الأطراف دائما يلجئون إلى إبرام العقود وهم مخيرون وفقا لما يقضي به مبدأ الحرية التعاقدية ولكن في العقود المفترض فيها اللاتوازن كالعقود الاستهلاكية يجب أن توجه هذه الحرية بفرض مضمون العقد كما رأيناه في تشريعات الاستهلاك بحيث لا يعمل كل طرف على تحقيق مصلحته وإنما يتم تحقيق المصلحة التي يرغبها القانون، بالإضافة إلى مبدأ السلامة العقدية، الذي من شأنه أن يطبق على العقود التي يكون محلها منتوجات أو خدمات تنطوي على درجات مختلفة من الخطورة، بحيث من خلال هذا المبدأ يتم تكريس الالتزام بالمطابقة والالتزام بالسلامة بالمفهوم الذي جاءت به تشريعات الاستهلاك وليس بمفهوم قانون العقد، بالإضافة إلى مبدأ المساواة الفعلية الذي من شأنه أن ينظّم كل من مكافحة الشروط التعسفية بالطريقة الموسعة التي جاءت بها تشريعات الاستهلاك، بالإضافة إلى فكرة الترابط بين العقود.

- وأهم اقتراح نقدمه من خلال هذه الدراسة هو أننا بحاجة إلى قانون مدني يتماشى مع التطورات التي يعرفها المجتمع الجزائري وليس مع التعديلات التي عرفها القانون المدني الفرنسي، باعتبار أنّ التطورات التي نعيشها في يومنا هذا ليست تلك التطورات التي سنعيشها غدا لذلك نحتاج إلى قانون مرن يتناسب وهذه التطورات المتجددة، فيجب أن يكون مستقلا عن أي تعديلات سواء عربية أو غربية، بحيث يكون حل وعلاج لكافة المعضلات القانونية التي يطرحها المجتمع.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المراجع

I. المصادر:

- القرآن الكريم.

II. الكتب:

أولا: الكتب العامة

1. أحمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب، الجزء 14، الطبعة الثالثة، دار صادر، ، بيروت سنة 1414 هجرية.

2. أسامة محمد طه ابراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2008.

3. القاضي حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943م.

4. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 2004.

5. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية –دراسة مقارنة–، الطبعة الثالثة، دار إقرأ، بيروت، لبنان، سنة 1983.

6. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1998.

7. السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002.

8. الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، الطبعة الأولى، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2005.

9. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، الجزء الأوّل: أركان العقد، الطبعة الثانية، سنة 1997.

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

11. بلحاج العربي:-النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأوّل، ديوان المطبوعات الجامعية.

-نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 2015.

-الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد في ضوء القانون المدني الجزائري، دار وائل للنشر، الجزائر، سنة 2010.

12.بن ناصر بن سعد بن سيف السيف، أسس الحرية في الفكر الغربي، الطبعة الأولى، المملكة العربية السعودية، سنة 2017.

13.توفيق حسن فرج، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2008.

14.جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء 10، دار المعرف، الرياض، السعودية، بدون تاريخ نشر.

15.جميل محمد بني يونس، مفهوم الإرادة ودورها في القانون الخاص، دراسة فلسفية تحليلية على ضوء تحوّلات العولمة وتطوّرات القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان الأردن، سنة 2012.

16.خالد بن مخلوف، دور الإرادة في تجديد عقد الإيجار التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانوني، الإسكندرية، مصر، سنة 2016.

17.خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

18.خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1994.

19.رمضان محمد أبو السعود، مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، 1984م.

20.رمضان أبو السعد، مصادر الالتزام في القانون المصري واللبناني، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1990.

21.زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود مع المقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الإسلامية، الجزء الثالث، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، سنة 1995.

22.شريف غنام، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، (أثر القوة القاهرة وال HARDSHIP على تنفيذ العقود الدولية)، الطبعة الأولى، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي، سنة 2010/2009.

23. شفيق شحاتة:-نظرية الالتزامات قي القانون الروماني، المطبعة العالمية، القاهرة، مصر، سنة 1963.

24.شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإرادة في التعاقد، دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، المنصورة، القاهرة، سنة 2013.

-شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، الجزء الأوّل، مطبعة الاعتماد، مصر، سنة 1950.

25.صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، دراسة في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ، سنة 2001.

26.صوفي حسن أبو طالب، أبحاث في مبدأ سلطان الإرادة في القانون الروماني، دار النهضة العربية، سنة 1964.

27.عبد الرزاق أحمد السنهوري:-الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، دار إحياء الثراث العربي، بيروت، لبنان.

-الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء الرابع، المجلد الأوّل، دار إحياء الثراث العربي، بيروت لبنان، سنة 1960.

- نظرية العقد، الجزء الأوّل، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، جزء 6، المجلد 1، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2000.

- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلّد الأوّل، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقيقة، بيروت، لبنان، سنة 2000.

- الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء:1، منشأة المعارف في الإسكندرية، مصر، طبعة 2004.

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

29.عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

30.عبد المنعم فرج الصدة:-محاضرات في القانون المدني (نظرية العقد في قوانين البلاد العربية)، التراضي، الجزء الأول، القاهرة، سنة 1958.

-عبد المنعم فرج الصدّة، مصادر الالتزام، دار النهضة، بيروت، لبنان، سنة 1979.

31.عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2007.

32.عبد موسى جمعة، فؤاد العلواني، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بغداد، العراق، سنة 2003.

33.عبد الله محمد صديق محمد، موضوعية الإرادة التعاقدية، دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشرو البرمجيات، مصر- الإمارات، سنة 2012.

34.عماد طارق البشيري، فكرة النظام في النظرية و التطبيق، الطبعة الأولى، المكتب الإسلامي، بيروت 2005.

35.عبد الفتاح تقية، تفسير النصوص والقواعد الفقهية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة الكاهنة، البويرة، الجزائر، سنة 1998.

36.علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة 3، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2013.

37.عابد فايد عبد الفتاح فايد، تعديل العقد بالإرادة المنفردة، محاولة نظرية في قانون الالتزامات المقارن، دراسة تطبيقية في عقود السفر والسياحة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2005.

38.عماد الدين شربيني، الشخص القانوني، (علاقته، حقوقه، التزامه)، مكتبة عين الشمس، القاهرة، سنة 1973.

39.علي علي سليمان:- مصادر الالتزام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجزائرية، الجزائر، 1998.

-علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2003.

40.عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، الطبعة 2، منشأ المعارف، الإسكندرية، سنة 2008.

41.عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع الفقه القانوني والقوانين المعاصرة، دار الكتب العلمية، بغداد، العراق، سنة 2009.

42.عبد الله العروي، مفهوم الحرية، الطبعة الخامسة، المركز الثقافي العربي، بيروت، لبنان، سنة 2012.

43.عزيز العرباوي، مفهوم الحرية في الإسلام وفي الفكر الغربي: رؤية بانورامية، بحث عام، قسم الفلسفة والعلوم الإنسانية، الرباط، المملكة المغربية، سنة 2016.

44.فاتن حسين حوى، الوجيز في قانون حماية المستهلك، الطبعة 11، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2012.

45.قدري عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام، نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة 2003.

46.محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات -مصادر الالتزام، التصرف القانون-، الجزء الأوّل، الطبعة الثالثة، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004.

47.محمد مرتضى الحسيني الزبيدي، تاج العروس، من جواهر القاموس، الجزء 38، تحقيق عبد الصبور شاهين، راجعه محمد حماسة عبد اللطيف، الطبعة الأولى، دار الثراث العربي، الكويت، سنة 2001.

48.محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، سنة 1998.

49.محمد حسن قدردان ملكي، دراسة فقهية في الحرية وقيودها، الطبعة الأولى، مركز الحضارة لتنمية الفكر الإسلامي، بيروت، لبنان، سنة 2008.

50.محسوب محمد، أزمة العدالة العقدية في القانون الروماني، دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2000.

51.محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، القصر للطباعة والدعاية والإعلان، القاهرة، مصر، سنة 2009.

52.محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزامات وأحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 1990.

53.محمد حسنين منصور، الوجيز في البيع، الأحكام التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، بدون ناشر، الإسكندرية، سنة 2003.

54.محمد علي البدوي الأزهري، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأوّل، طبعة سنة 2016، مكتبة الوجيزة، طرابلس، ليبيا، د.س.ن.

55.محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، مؤسسة السفينة للطباعة والنشر، القاهرة، سنة 2002.

56.محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هوما للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007.

57.مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار الهدى للنشر، الجزائر، سنة 2009.

58.نعمان جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مطابع سجل العرب، سنة 1978.

59.ياسين محمد الجبوري، شرح القانون المدني الجزائري، الجزء02، دار الثقافة، عمان، 2006.

60.وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية، مجلة المحقق للعلوم القانونية، سنة النشر 2011، العراق.

ثانيا: الكتب الخاصة

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

2.أكرم محمد حسين التميمي، التنظيم القانوني للمهني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010.

3.السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية، لبنان، سنة 2005.

4.رمزي بيد الله علي الحجازي، الحماية المدنية للمستهلك بعد التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2016.

5.نبيل ابراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الإئتمان (في القانون الفرنسي) دراسة للقواعد الموضوعيةوالقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة 2008.

III. أطروحات الدكتوراه و رسائل الماجستير:

أولا: أطروحات الدكتوراه

1.أسماء تخنوني، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري "دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة"، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر.

2.بن سالم المختار، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2018/2017.

3.بن بعلاش خديجة، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، بلعباس، الجزائر، سنة 2018/2017.

4.بن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2012/2010.

5.جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السايسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2015/2014.

6.جيلالي بن عيسى، مبدأ الأثر النسبي للعقد والاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص أساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بين باديس، مستغانم، الجزائر، سنة 2018/2017.

7.جريفلي محمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، سنة 2018/2017.

8.حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطوّر العقد، دراسة لبعض العقود الخاصّة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2016/2015.

9.حسن ناصف، دور شركات التأمين في محاولة مكافحة الاحتيال، دراسة تطبيقية على شركات التأمين في الجزائر، أطروحة دكتوراه علوم، تخصص اقتصاديات المالية والبنوك، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2018/2017.

10.خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص الملكية الفكرية، جامعة الجزائر 1، سنة 2009/2008.

11.دحمون حفيظ، التكافل في عقد التأمين، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2019/2018.

12.ذهبية حامق، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2009/2008.

13.سعدون يسين، اثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الوضعي، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوقوالعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2018/2017.

14.زواوي فريدة، مبدأ نسبية العقد، رسالة لنيل دكتوراه الدولة، تخصص قانون خاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، سنة 1992.

15.شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصّص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2016/2015.

16.صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدّة، الجزائر 1، الجزائر، سنة 2018/2017.

17.طويل مريم، قانون السوق وفكرة توازن مصالح المنتج وحقوق المستهلك، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، سنة 2018/2017.

18.عليان عدّة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2016/2015.

19.عبد الفتاح حجازي محمد حجازي، أزمة العقد –دراسةمقارنة–، رسالة مقدمة لنيل كجزء من متطلبات درجة الدكتوراه في القانون، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق سنة 1998.

20.عثماني بلال، أطراف العقد المدني بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر.

21.عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2015/2014.

22.على فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران– السانيا، وهران، الجزائر، سنة 2007.

23.قايد ليلى، الرضائية في المواد الجنائية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر.

24.لموشي عادل، الرضائية في عقد الزواج في القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2019/2018.

25.مصطفى أبو مندور موسى، دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،سنة 2002.

26.مالكي محمد، الآليات القانونية لحماية المستهلك في القانون المقارن، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث في القانون، تخصص قانون المنافسة و الاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2018/2017.

27.معنصري مريم، النظام القانوني للقرض الاستهلاكي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوراه، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، سنة 2021/2020.

28.مخالدي عبد القادر، فعالية عقد القرض في العقاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2019.

29.نساخ فطيمة، الوظيفة الاجتماعية للعقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، الجزائر1، الجزائر، سنة 2013/2012.

30.يحيى أحمد بني طه، مفهوم مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية القانون، جامعة عمان العربية، الأردن، سنة 2007.

ثانيا: رسائل الماجستير

31.أسامة شهاب الجعفري، عقد التمويل العقاري، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، سنة 2013.

32.أسامة محمد سليمان الدباس، الواقعة الشرطية في القانون المدني الأردني، رسالة ماجستير مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، سنة 2014/2013.

33.ابراهيمي هانية، الحماية المدنية للمستهلك في ظل قانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص التنظيم الاقتصادي، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، سنة 2013/2012.

34.ايتم فضيلة، النيابة في التعاقد في القانون المدني الجزائري والفقه المالكي، مذكرة تخرج استكمالا لمتطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الشريعة و القانون، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الإسلامية، جامعة أحمد بن بلة 1، وهران، الجزائر، سنة 2014/2013.

35.الياقوت جرعود، عقد البيع و حماية المستهلك في الشريع الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/2001.

36.بوفلجة عبد الرحمن، دور الإرادة في المجال التعاقدي على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008/2007.

37.بوالباني فايزة، الإعلام كوسيلة لحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر1، سنة 2012/2011.

38.بوشارب إيمان، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، سنة 2012/2011.

39.بلعابر سامي، ضمان المحترف لعيوب منتجاته في القانون المدني والقواعد العامة لحماية المستهلك في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة مونتيري، قسنطينة، الجزائر، سنة 2005.

40.تركي وليد، ضمان التعرض و الاستحقاق في عقدي البيع و الإيجار طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2011/2010.

41.حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2018/2017.

42.حنين شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك على ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2012.

43.حدّي لالة احمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2013/2012.

44.حماز فتيحة، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، دراسة مقارنة، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2018/2017.

45.حنان بنت محمد حسين جستنيه، اقسام العقود في الفقه الإسلامي، بحث مقدّم لنيل شهادة ماجستير، تخصص الفقهوأصوله، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، مكة المكرمة، المملكة العربية السعودية.

46.خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1992.

47.درماش بن عزوز، نظرية السبب بين الاتجاه التقليدي والاتجاه الحديث، مذكرة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2007/2006.

48.رباج سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة لماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف –02–، الجزائر، سنة 2014/2013.

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

50.سلمى بن سعدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، سنة 2014/2013.

51.سجى صاحب هذال، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري –دراسة مقارنة–، قدّمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص قانون خاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، سنة 2021.

52.سامي عدنان العجوريّ، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص فقه مقارن، كلية التربية، قسم الدراسات الإسلامية، جامعة الأزهر، غزّة، فلسطين، سنة 2013.

53.شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنسل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة 2012.

54.علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008/2007.

55.عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، سنة 2009.

56.عنتري بوزار شهرزاد، التعسف في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2013/2012.

57.عراج كنزة، حق التراجع كوسيلة لحماية رضا الطرف الضعيف، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، بنخدة بن يوسف، سنة 2017/2016.

58.فرحان عبد الحكيم، عدول المستهلك عن التعاقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2016/2015.

59.كرفي مراد، دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع، مذكرة لنسل شهادة الماجستير في القانون، تخصص العقودوالمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، سنة 2005، 2006.

60.سامي عدنان العجّوري، نظرية العقد لدى الشيخ مصطفى الزرقا، دراسة فقهية مقارنة، رسالة ماجستير في فقه القانون، كلية التربية، فسم العلوم الإسلامية، جامعة الأزهر، غزّة، سنة 2013.

61.سيهام قرد، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، سنة 2006/2005.

62.سويلم فضيلة، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2011/2010.

63.سي طيب محمد أمين، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك –دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2008/2007.

64.لزرق بن عودة، وسائل حماية الضمان العام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، الجزائر، سنة 2014.

65.لبشير هجيرة، تكّييف العقد في ظل الاجتهاد القضائي في الجزائر، مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، الجزائر، سنة 2013/2012.

66.محمد علي محمد بابكر أبو سبيحة، سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، قسم الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة الخرطوم، د.س.ن.

67.محمد عبد الرحمن محمد حنتولي، المسؤولية المدنية للمنتج عن أضرار منتجاته الخطرة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص قانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، بيرويت، فلسطين، سنة 2009.

68.مزاري عائشة، علاقة قانون حماية المستهلك بقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، سنة 2013/2012.

69.مبخوتي يوسف، الحرية التعاقدية للبلدية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص الإدارة العامة، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، الجزائر، سنة 2014/2013.

70.محمد علي محمد بابكر أبوسبيحة، سلطان الإرادة العقدية في الفقه الإسلامي، رسالة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الشريعة الإسلامية، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، د.س.ن.

71.نوال كموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدّة، سنة 2011.

72.ويزة لحراري، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون المنافسة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2012.

IV. المداخلات و المقالات العلمية:

أولا: المقالات العلمية المنشورة

1.أحمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، وغيره، وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني، دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلّد 43، الملحق 1، سنة 2016.

2. أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، العدد01، الجزائر، جوان2016.

3. أحمد عيسى، الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدي، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 04،الجزائر، تلمسان، سنة 2007.

4. أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، العدد 1، المركز الجامعي الوادي، الجزائر، جوان 2010.

5. أحمد سعيد الزقرد، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي و المقارن، مجلة الحقوق، العدد04، السنة 19، الكويت، ديسمبر، 1995.

6. احمد سعيد عبد السلام، الإجبار القانوني على التعاقد، مجلة المحاماة المصرية، السنة 68، العدد 03، سنة 1998.

7. احمد كازم الياسري، التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المدني المصري، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد: 04، سنة 2016، العراق.

8. أسامة شهاب أحمد، حق المستهلك بالتروي والتفكير (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 02، السنة 09، سنة 2017، د.م.ن.

9. أسامة حمد الجعفري، الحماية التشريعية للمستهلك في عقد التمويل العقاري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة التاسعة، العراق،سنة 2017.

10. أبو الليل ابراهيم الدسوقي، مجال وشروط إنقاص التصرفات القانونية، مجلة الحقوق والشريعة، العدد2، الكويت، سنة 1987.

11. أزوار عبد القادر، إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد: 03، العدد:01، سنة 2020.

12. الزهرة الرزايقية، الشكلية في عقود الاستهلاك، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 02، المجلد 10، الجزائر، سنة 2019.

13. الطيب جربوع، عمر بن الزوبير، مهلة التفكير آلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونيةوالسياسية، المجلد:05، العدد:02، الجزائر، سنة 2021.

14.الصادق عبد القادر، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة آفاق العلمية، المجلد:11، العدد: 01، أدرار، الجزائر، السنة 2019.

15.الصادق عبد القادر، خليل إيمان، المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المجلد:4، العدد: 2، الجزائر، سنة 2020.

16.الحاج بن علي محمد، الالتزام بالتتبع –دراسة مقارنة–، المجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 17، الجزائر، سنة 2017.

17.بخيت عيسى، اثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 20، الجزائر، جوان 2018.

18.بن خدّة حمزة، قراءة في أهم مستجدّات الإصلاح الجذري للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد11، الجزائر، سبتمبر 2018.

19.بوعروج شعيب، تقييد الحرية التعاقدية لصالح المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 52، سنة 2019.

20.بلقاسمي حامدي، الحماية الجزائية للمستهلك من الإشهار الكاذب والمضلل، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد09، باتنة، الجزائر، جوان 2016.

21.بولقواس سارة، الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في العقد الإلكتروني، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني، الجزائر، سنة 2017.

22.بخالد عجالي، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد و أثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، الجزائر،سنة 2017.

23.بدري جمال، الخلف العام بين القانون المدني وقانون الأسرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد01، الجزائر، سنة 2010.

24.بدري جمال، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد: 4، د.س.ن.

25.بن الدين فاطمة، مفهوم القرض العقاري، مجلة دراسات في الوظيفة العامة، العدد الثالث، الجزائر، جوان 2015.

26.جمال نكاس، حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي، مجلة الحقوق، العدد الثاني، السنة 13، الجزائر، يوليو1989.

27.جريفلي محمد، بحماوي شريف، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 11، تمنراست، الجزائر، سنة 2017.

28.جليل حسن الساعدي، محمد عبد الوهاب، المفهوم الحديث للطرف في العقد، مجلة العلوم القانونية، المجلد 2017، العدد s2 ، بغداد، العراق، سنة 2017.

29.حمادي محمد رضا، حماية المستهلك من الإشهار المضلل للعلامة التجارية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد الرابع، مسيلة، الجزائر، ديسمبر 2016.

30.حساين سامية، التطور التشريعي لحماية المستهلك في التشريع الجزائري: دراسة تقييمية، المجلة النقدية للقانونوالعلوم السياسية، المجلد 15، العدد: 01، الجزائر، سنة 2020.

31.خليفة بوداود، فواز الجلط، حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، العدد الثاني، الجزائر، سنة 2020.

32.رفيقة بوالكور، الأحكام القانونية لحق المستهلك في العدول عن العقد، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد:01، الجزائر، سنة 2021.

33.رغيد عبد الحميد فتال، أهم التعديلات التشريعية المتعلقة بأثر العقد بالنسبة إلى الغير في القانون المدني الفرنسي المعدّل عام 2016 و2018 (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، العدد:2، أبوظبي،سنة 2020.

34.زعمي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، عدد09، سنة 2013.

35.شيراز عزيز سليمان، مبدأ القوة الملزمة للعقد وأسسه القانونية، مجلة قه لاي زانست العلمية، المجلد 5، العدد 3، العراق، سنة 2020.

36.رافد فاطمة، حدود انتقال أثر العقد إلى الخلف العام في التشريع الجزائري، مجلة معارف، العدد 16، الجزائر، سنة 2014.

37.زمام جمعة، تحديث النظرية العامة للعقد (في ضوء ظاهرة التشريع التخصصي)،مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد الثاني عشر، 2017، د.م.ن.

38.زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، الجزائر، جوان 2016.

39.سعدون يسين، البحث عن الشرط التعسفي في ظل نظرية استعمال الحق، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد العاشر، العدد الثالث، د،س،ن.

40.سليمان براك دايح، الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك، مجلة جامعة النهرين، المجلد 07، العدد 2، العراق، سنة 2005.

41.عبد الرزاق احمد السنهوري، وجوب تنقيح القانون المدني المصري، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، القاهرة، العدد الأوّل، السنة السادسة، يناير 1936.

42.عبد المجيد خلف منصور العنزي، خيار الرجوع عن التعاقد في القانون الكويتي، مجلة كلية القانون الكويتية، العدد2، العدد التسلسلي 22، الكويت، السنة السادسة، 2018.

43.علاوة هوام، سارة عزوز، الحماية الجزائية للمستهلك من الممارسات غير النزيهة، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، ، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.

44.غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، العدد 01، المجلد 36، الأردن، سنة 2009.

45.فاضل سارة، التزام المتدخل بمطابقة المنتوجات في إطار القانون 03/09، مجلة الإجتهاد القضائي، العدد 14، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.

46.فاطمة الزهراء ربحي تبوب، حق المستهلك في العدول عن العقد الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد: 03، الجزائر، سنة 2019.

47.كريم مزعل شبّي، النظرية الشخصية المحددة لدور الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق، (دراسة في تنازع القوانين)، مجلة العلوم القانون، كلية القانون، العدد الثاني، المجلد 32، بغداد، العراق، سنة 2017.

48.لخذاري عبد الحق، حماية المستهلك من خلال الالتزام بضمان بالسلامة، مجلة الحقوق والحريات، العدد4، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.

49.لكبير علي، التأمين على الحياة في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد08، الجزء 01، 2017، الجزائر.

50.مصطفى سيد أحمد صقر، مبدأ الرضائية في الحضارات القديمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة منصورة، العدد 25، سنة 1999.

51.مصطفى موسى العجارمة، الشكلية كقيد على الإرادة عند تكوين العقد وفقا لأحكام القانون المدني الأردنيّ، مجلة جامعة القدس المفتوحة للبحوث الإنسانية والاجتماعية، العدد 45، الأردن، سنة 2018.

52.مريم بن عباس، العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الإداري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد07، العدد 01، سنة 2020.

53.محمد المقريني، الشكلية في القانون التجاري، مجلة السلف، العدد: 23، نوفمبر 2015، د.م.ن.

54.محمد ربيع فتح الباب:–التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول عن العقود المبرمة، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 89، العراق،د.س.ن.

–محمد ربيع فتح الباب، التنظيم القانوني لحق المستهلك في العدول عن العقود المبرمة، دراسة مقارنة، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 89، العراق،د.س.ن.

55.موساسب زوهير، مخاطر الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد القرض في البيوع المعلقة على التمويل المصرفي، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 48، قسنطينة، الجزائر، سنة 2017.

56.مكربش سمية، الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 46، الجزائر، سنة 2016.

57.منصور حاتم محسن، أسامة شهاب حمد، نطاق التزام المنتج بتتبع منتجاته (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، العراق، سنة 2020.

58.منيرة بلورغي، حركة حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي السابع عشر، المعنون بـ "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة"، بجامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المنعقد يومي 11/10 أفريل 2017، منشور بمجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، سنة 2017، الجزائر.

59.نصير صبار الجبوري، علاء ناصر عزوز، تأصيل نظرية المجموعة العقدية –دراسة في القانون المدني، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، مجلد: 12، العدد: 40، العراق، سنة 2019.

60.يوسفي كهينة، التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثار العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد:01، الجزائر، السنة 2019.

61.ياسين محمد الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، مجلة الشريعة والقانون، العدد 52، الأردن، د.س.ن.

62.وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية، مجلة المحقق للعلوم القانونية، سنة النشر 2011، العراق.

63.وهيبة عميش، الالتزام بضمان سلامة المستهلك من المنتوجات الخطيرة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية.

64.وسيلة شريط، خصم الأوراق التجارية و الحكم الشرعي له، مجلة الشريعة و الاقتصاد، المجلد السابع، العدد: الثالث عشر، الجزائر، سنة 2018.

ثانيا: المقالات غير المنشورة (المداخلات)

65.بدر الدين براحلية، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول "حماية المستهلك والمنافسة"، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية الجزائر، يومي 17 و18 نوفمبر 2009.

66.خردوش سميرة، الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل، دراسة مقارنة، مداخلة ملقاة في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لعقود الإشهار التجاري وآثارها على الاقتصاد الوطني والمستهلك، المنعقد يوم 2018/12/05، جامعة 08ماي1945، قالمة، الجزائر.

67.كسال سامية، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانون للمنافسة الحرّة، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان حرية المنافسة في القانون الجزائري، المنعقد كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، يومي 03-04 أفريل 2013، المداخلة متوفّرة على الرابط التالي: dr.sassane.over-blog.com.

68.منيرة بلورغي، حركة حماية المستهلك في التشريع الجزائري، مداخلة ملقاة في الملتقى الدولي السابع عشر، المعنون بـ "الحماية القانونية للمستهلك في ظل التحولات الاقتصادية الراهنة"، بجامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، المنعقد يومي 11/10 أفريل 2017، منشور بمجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، سنة 2017، الجزائر.

69. محمودي فاطمة، رفض العون الاقتصادي البيع أو أداء الخدمة للمستهلك، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، العدد 29، المنشور بتاريخ 2019/02/05، المطلع عليه بتاريخ 2020/11/01، المنشور على الموقع الآتي: www.jilc.com.

V. المحاضرات:

1. بن بلقاسم احمد، محاضرات في الحريات العامة، مقياس الحريات العامة، مستوى السنة أولى ماستر، تخصص قانون منازعات القانون العمومي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الأمين دباغين سطيف 2، الجزائر، سطيف، سنة 2016/2015.

2. بواب بن عامر، محاضرة في قانون الالتزامات، ألقيت على طلبة السنة الثانية حقوق، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر 2013/2012.

3. هاشمي فوزية، مقياس القانون المدني، محاضرة ألقيت على طلبة السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، الجزائر، د.س.ن.

VI. النصوص القانونية:

أولا: الدستور

1. دستور 1963، المؤرّخ في 1963/09/08، جريدة رسمية العدد: 64، الصادرة بتاريخ 1963/09/10، المعدّل بالمرسوم الرئاسي رقم 251/20، المؤرخ في 2020/09/15، يتضمن استدعاء الهيئة الانتخابية للاستفتاء المتعلق بمشروع تعديل الدستور، الجريدة الرسمية العدد: 54، الصادرة بتاريخ 2020/09/16.

ثانيا: القوانين

1. القانون رقم 01/88، المؤرخ في 1988/01/12، المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الاقتصادية، جريدة رسمية العدد: 2، الصادرة بتاريخ 1988/01/13.

2. القانون رقم 02/89، المؤرخ في 1989/02/07، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الجريدة الرسمية العدد 06، الصادر بتاريخ 1989/02/08.

3. قانون رقم 12/89، المؤرخ في 1989/07/05، المتعلق بالأسعار، الجريدة الرسمية العدد: 29، الصادرة بتاريخ 1989/07/19، المعدّل والمتمم، الملغى بموجب الأمر رقم 06/95، المؤرخ في 1995/01/25، المتعلّق بالمنافسة الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادرة بتاريخ 1995/02/22، والملغى بدوره بموجب الأمر 03/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية العدد: 43، الصادرة بتاريخ 2003/07/20، المعدل والمتمم.

4.قانون رقم 07/90، المؤرخ في 19990/04/03،المتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية العدد: 14، الصادرة بتاريخ 1990/04/04، المعدّل والمتمم بالقانون العضوي رقم 05/12، المؤرخ في 2012/01/12، الجردة الرسمية العدد: 2، الصادرة بتاريخ 2012/01/15.

5.قانون رقم 10/90، المؤرخ في 1990/04/14، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد: 52، الصادرة بتاريخ 1990/08/27، المعدّل والمتمم.

6.قانون رقم 11/90، المؤرخ في 1990/04/21، المتعلق بعلاقات العمل، الجريدة الرسمية العدد: 17، الصادرة بتاريخ في 1990/04/25.

7.القانون رقم 39/90، المؤرخ في 1990/01/30، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد: 5، الصادرة بتاريح 1990/01/04.

8.القانون رقم 05/03، المؤرخ في 2003/07/19، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية العدد 44، المؤرخة في 2003/07/23.

9.قانون رقم 11/03، المؤرخ في 2003/08/26، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية العدد: 52، الصادرة بتاريخ 2003/08/27، المعدّل والمتمم.

10.قانون رقم 02/04، المؤرخ في 2004/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 41، الصادرة بتاريخ 2004/06/27، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06/10 ، المؤرخ في 2010/08/15، المنشور في الجريدة الرسمية العدد: 46، المؤرخة في 2010/08/18.

11.قانون رقم 04/04، المؤرخ في 2004/07/23، المتعلق بالتقييس، الجريدة الرسمية العدد: 41، الصادرة بتاريخ 2004/07/27، المعدّل والمتمم بالقانون رقم 04/16، المؤرخ في 2016/06/19، الجريدة الرسمية العدد: 37، الصادرة بتاريخ 2016/06/19.

12.القانون رقم 15/08، المؤرخ في 2008/07/20، المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، الجريدة الرسمية العدد: 44، الصادرة بتاريخ 2008/08/03.

13.قانون رقم 03/09، المؤرخ في 2009/02/25، المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 15، الصادرة بتاريخ 2009/03/08، المعدل بالقانون رقم 09/18، المؤرخ في 2018/07/10، الصادر عن الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد: 35، المؤرخة بتاريخ 2018/07/13.

14.قانون رقم 06/10، المؤرخ في 2010/06/23، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد: 46، المؤرخة في 2010/08/18.

15.قانون رقم 04/11، المؤرخ في 2011/02/17، المحدد للقواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية العدد:14، المؤرخة في 2011/03/06.

16.قانون رقم 58/15، المؤرخ في 2015/02/08، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة نشاط وكلاء المركبات الجديدة، الجريدة الرسمية العدد: 05، الصادرة بتاريخ 2015/02/08.

17.قانون رقم 05/18، المؤرخ في 2018/05/10، المتضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 28، المؤرخة في 2018/05/16.

ثالثا: الأوامر

1.الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/06/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية العدد 78، الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10/05، المؤرخ في 2005/06/20، الجريدة الرسمية العدد 44، الصادرة بتاريخ 2005/06/26، المعدّل والمتمم بدوره بالقانون رقم 05/07، المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 31 ماي 2007.

2.الأمر رقم 07/95، المؤرخ في 1995/01/25، يتضمن قانون التأمينات، الجريدة الرسمية الرسمية العدد: 13، الصادرة سنة 1995، المعدّل والمتمم بالقانون 04/06، المؤرخ في 2006/02/20، الجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 2006/0/12.

رابعا: المراسيم الرئاسية

1.مرسوم رئاسي رقم 18/89، المؤرخ في 1989/02/28، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 1989/02/23، في الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادرة بتاريخ 1989/03/01.

2.المرسوم الرئاسي رقم 438/96، المؤرخ في 1996/11/07، المتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق علي استفتاء 1996/11/28، الجريدة الرسمية العدد:76، الصادرة بتاريخ 1996/12/08، على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون".

3.المرسوم التنفيذي رقم 201/88، المؤرخ في 1988/10/18، المتضمن إلغاء جميع الأحكام التنظيمية التي تخول للمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي التفرد بأي نشاط اقتصادي أواحتكار التجارة، الجريدة الرسمية العدد: 42، الصادرة بتاريخ 1988/10/19.

خامسا: المراسيم التنفيذية

1.المرسوم التنفيذي رقم 198/90، المؤرخ في 1990/06/30، المتضمن تنظيم المواد المتفجرة، الجريدة الرسمية العدد 27، الصادرة بتاريخ 1990/07/04.

2. المرسوم التنفيذي رقم 266/90، المؤرخ في 1990/09/15، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج.ر.ج.ج العدد: 40، الصادرة بتاريخ 1990/09/18.

3. المرسوم التنفيذي رقم 91-35 ، المؤرخ في 1991/02/23، المتعلق بالشروط الصحية المطلوبة عند عملية عرض الأغذية للاستهلاك، الجريدة الرسمية العدد: 09، الصادرة بتاريخ 1991/02/27.

4. المرسوم التنفيذي رقم 101/91، المؤرخ في 1991/04/20، المتضمن منح امتياز عن الأملاك الوطنية والصلاحيات والأعمال المرتبطة بالخدمة العمومية للتلفزيون إلى المؤسسة العمومية للتلفزيون، الجريدة الرسمية العدد: 19، المؤرخة في 1991/04/24.

5. المرسوم التنفيذي رقم 192/91، المؤرخ في 1991/01/01، المتعلق بمخابر تحليل النوعية، الجريدة الرسمية العدد: 27، الصادرة بتاريخ 1991/07/02.

6. المرسوم التنفيذي رقم 65/92، المؤرخ في 1992/02/12، المتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة، الجريدة الرسمية العدد:13، الصادرة بتاريخ 1992/02/19.

7. المرسوم التنفيذي رقم 285/92، المؤرخ في 1992/07/06، المتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية وأو توزيعها، الجريدة الرسمية العدد 53، المؤرخة في 1992/07/12.

8. المرسوم التنفيذي رقم 37/97، المؤرخ في 1997/01/14، المتعلق بتحديد شروط وكيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني، الجريدة الرسمية العدد 4، الصادرة بتاريخ 1997/02/06، المعدّل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 114/10، المؤرخ في 2010/04/18، الجريدة الرسمية العدد: 26، الصادرة بتاريخ 2010/04/21.

9. المرسوم التنفيذي رقم 254/97، المؤرخ في 1997/07/08، المتعلق بالرخص المسبقة لإنتاج المواد السامة التي تشكل خطرا من نوع خاص واستيرادها، الجريدة الرسمية العدد: 46، الصادرة بتاريخ 1997/07/09.

10. المرسوم التنفيذي رقم 69/98، المؤرخ في1998/02/21، المتضمن إنشاء المعهد الجزائري للتقييس وتحديد قانونه الأساسي، الجريدة الرسمية العدد: 11، الصادرة بتاريخ 1998/03/01.

11. المرسوم التفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 2001/04/23، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد 25، المؤرخة في 2001/04/29.

12. المرسوم التنفيذي رقم 425/03، المؤرخ في 2003/12/01، المتعلق بالشروط الخاصة المتعلقة بنقل المواد الخطيرة عبر الطرقات، الجريدة الرسمية العدد: 75، المؤرخة في 2003/12/07.

13.المرسوم التنفيذي رقم 189/04، المؤرخ في2004/07/07، المحدد لتدابير حفظ الصحة والنظافة المطبقة عند عملية عرض منتوجات الصيد البحري وتربية المائيات، الجريدة الرسمية العدد: 44، المؤرخة في2004/07/11.

14.المرسوم التنفيذي رقم 468/05، المؤرخ في 2005/12/10، المحدد لشروط تحرير الفاتورة وسند التحويل ووصل التسليم والفاتورة الإجمالية وكيفيات ذلك، الجريدة الرسمية العدد: 80، الصادرة بتاريخ 2005/12/11.

15.المرسوم التنفيذي رقم 215/06، المؤرخ في 2006/07/18، المحدد لشروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، الجريدة الرسمية العدد: 41، الصادرة بتاريخ 2006/07/21.

16.المرسوم التنفيذي رقم 306/06، المؤرخ في 2006/09/10، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الإقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية العدد:56، المؤرخة بتاريخ 2006/09/11، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 44/08، المؤرخ في 2008/02/03، الجريدة الرسمية العدد:07، الصادرة بتاريخ 2008/02/10.

17.المرسوم التنفيذي رقم 378/13، المؤرّخ في 2013/11/09، المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، الجريدة الرسمية العدد:58، الصادرة بتاريخ 2013/11/18.

18.المرسوم التفيذي رقم 431/13، المؤرخ في 2013/12/18، المحدد لنموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات تحديدها، الجريدة الرسمية العدد: 66، المؤرخة في تاريخ 2013/12/25.

سادسا: القرارات الوزارية

1.القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 1993/08/18، المتعلق بتحديد مواصفات بعض أنواع الحليب المعد للاستهلاك وعرضه، الجريدة الرسمية العدد: 69، الصادرة بـ1993/10/23.

2.قرار مؤرخ في 2004/05/04، يعدّل القرار المؤرخ في 2001/07/23، المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، الجريدة الرمية العدد: 43، المؤرخة في 2004/07/04.

3.قرار رقم 590758، المؤرخ في 2010/01/07، مجلة المحكمة العليا العدد 01، الصادرة سنة 2010، ص173.

4.مشروع قانون الإشهار الوارد في الجريدة الرسمية رقم 10 لمداولات مجلس الأمة، الجلسة المنعقدة يوم 1999/07/26، طبعت بمجلس الأمة بيوم 1999/08/29، المعدّل والمتمم.

VII. المواقع الإلكترونية:

1. أحسان أمزكل، مستجدات القانون المدني الفرنسي "قراءة في مرسوم 10 فبراير 2016 المعدل لقانون العقود والنظرية العامة للالتزامات والإثبات في موضوع الالتزام بالإعلام"، مقال إلكتروني منشور في موقع مجلة الجامعة القانونية المغربية الافتراضية، بتاريخ 2020/05/09، المطلع عليه بتاريخ 2022/10/27، المنشور على الموقع الآتي: https://www.aljami3a.com.

2. القرة الداغي، نظرية العقد، الموقع الرسمي لفضيلة الأستاذ الدكتور القرة الداغي، www.qaradaghi.com.

3. حمزة شيكي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد البيع الإلكتروني على ضوء التشريع المغربي، الجامعة القانونية المغربية الإفتراضية، مقال منشور بتاريخ 2020/05/09، تاريخ الإطلاع 2021/08/15، منشور على الموقع الآتي: www.aljami3a.com.

4. صحبي محمد أمين، السلامة الصحية والأمن للمستهلك في التشريع الجزائري من المنتوجات الطبية والصيدلانية، مجلة القانون والأعمال الدولية، 2015/04/26، مقال منشور على الرابط التالي: https://www.droitetentreprise.com.

5. عباس حسني محمد، صيغة العقد في الفقه الإسلامي، الألوكة الشرعية، 2012/02/05، www.aluka.com.

6. مازن النهار، النظام العام والآداب العامة، الموسوعة العربية، تاريخ النشر 2019/02/01، المقال منشور على الرابط التالي: https://arab-ency.com.sy.

7. مصطفى راتب، قواعد العدالة والقانون الطبيعي، منتدى الرؤية، نشر المقال بتاريخ 2018/04/18، تاريخ الإطلاع 2022/05/07، رابط المقال: www.alroya.com.

8. هايل الجازي، مفهوم العقد لغة و اصطلاحا، منتدى موضوع، تاريخ النشر 2018/07/25، تاريخ المراجعة 2020/03/19، http://mawdoo3.com.

9. ناصر خليل جلال، الأساس القانوني لعدول المستهلك عن العقود المبرمة إلكترونيا عن بعد، المكتبة الأكاديمية العربية، المقال متوفر على الموقع التالي: https://platform.almanhal.com/files/2/47597.

VIII. المراجع باللغة الفرنسية:

A.les ouvrages:

1. Alain Bènabent, Droit Civil, Les obligations, Montchrestien.

2. Aynes (L) : la cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes Economica, Paris,1984.

3. CF, L.De sainte croix, étude sur l'exeption de dol en droit romain, thèse pour le doctorat, faculté de droit de paris, th. Paris, 1892, cette thèse est partagé dans ce site: https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5617640g/f18.

4. Delebecaue (ph.): La notion de groupe de con tracts: quels critères. C.D.E, 1989.

5. FOELIX, Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en droit international privé, Tome 2, édition 4, MARSECQ AINE, LAIBRAIRIE EDITEUR, Paris, 1866.

6. Flour et Aubert, Les obligation, L'acte juridique, Tome 1, 1ere édition, Armon-Colin, Paris, 1996.

7. Jérome julien, droit de la consommation, Domat droit privé, édition lextenso LGDJ.

8. Mélanie comert et autres, concurrence consommation, édition français Lefebvre, Paris, 2015/2016.

9. Minh Hang Nguyen, vente internationale et droit vietnamien de la vente, la convention de vienne de 1980, presses universitaires François-rabelais, tours, 2010.

10. N. Auroy et C. Creton, Indivisibilité des contrats, Recueil Dalloz, 2011.

11. Roget Bout, Cat Herni Pieto, Les pratique restrictive, Les refus de ventes et

12. prestations de services, Lamy Droit économique.

13. Sarah Bros, Le crédit affecté, entre groupe de contrats et opérations juridique à trois personnes, Liber Amicorum Christian Larroumet, Paris Economica, année 2010.

14. S.Amrani-Mekki, Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats, Répertoire du Déferions, 2002.

B. les articles:

1. Ali Filali, Le droit de la consommation: une adaptation du droit commun des contrats, Les annales N°27-T 01/2015.

2. Aurélien Bamdé, La nullité de contrat: régime juridique, l'année de l'article 2017.

3. Aurélien Bambdé, Droit des contrats, Droit des obligations, Effets relatif, Effets du contrat, Groupes de contrats, article posé sur le forum de les chaine de contrats regime juridique.

4. Cayol Amandine, Ensemble contractuel indivisible, l'étonnante résolution du contrat di prêt, Revue juridique de l'ouest.

5. S.Soubelet- Caroit et L.Soubelet, L'interdépendance contractuelle en question (à propos des arrêts de la chambre mixte du 17 mai 2013), Revue Lamy droit des affaires, n° 131, 1er novembre 2017.

C. Thèse:

1. Fortiche silvana, Essai sur le formalisme contemporaine dans la protection du consentement contractuel, thèse de doctorat en droit privé en cotutelle, Ecole doctorale de droit privé, Université PANTHEON-ASSAS, COLOMBIA, Année 2016.

2. GOUNOT (E), Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique, Thèse, Paris, 1992.

3. Sami Serageldin, Les clause ayant effet à l'échelle des groupes de contrats, Thèse pour le doctorat en droit des affaires Soutenue publiquement à l'Université Lyon III Jean Moulin, Université LYON JEAN MOULIN, 2014.

4. Wei Hou, La liberté contractuelle en droit des transports maritimes de marchandises, Thèse en vue de l'obtention du doctorat en droit présentée et soutenue publiquement, Faculté de droit et de science politique, Ecole doctorale sciences juridiques et politiques, Université PAUL CEZANNE-AIX-MARSEILLE III, 20/12/2010.

D. Les lois et les textes législatifs:

1. Loi du 17/03/1791 portant suspension de tous les droits d'aides, de toutes les maitrises et jurandes et établissement des droits de patente.

2. code civile français, du 21/03/1804.

3. La loi 71/556, du 12/07/1971, relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'a la publicité et au démarchage faits par les établissement d'enseignement.

4. La loi n°73/1193 du 27/12/1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

5. Loi n°78/22 du 10/01/1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit.

6. LOI n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation.

7. La loi n° 95/96 du 1/02/1995 JO du 02/02/1995, relative au code de la consommation français.

8. La loi n° 2008-776 du 04/08/2008, sur la modernisation de l'économie, J.O du 05/08/2008.

9. La Loi n°2008-3 du 03/01/2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, JORF n°0003 du 04/01/2008.

10. La loi n°2010-853 du 23 /07/2010, relative au code de la consommation français.

11. Code civil français, dernière modification du 01/07/2022.

12. Code de consommation français, dernière modification du 04/07/2022.

13. Code d'assurance français, dernière modification du 26/04/2020.

14. Code pénal français. dernière modification du 01/05/2022.

15. Décret n°2016/884 du 29/06/2016, relatif à la partie réglementaire du code de la consommation, JORN n°151, du 30/06/2016.

16. La directive 93/13/CEE du conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs le conseil des communautés européennes.

17. La directive 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997 JO 144 du 04/06/1997.

18. La directive de 2006/114CE Parlement européen et di conseil du 12/12/2006 en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative.

19. La directive 2011/83/UE du parlement européen et du conseil du 25/10/2011 relative aux droits des consommateurs.

20. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

21. La décision constitutionnel n°94-348 DC du 03/08/1994.

E. Décisions et jugements judicaires:

1. Cour de Cassation., Chambre civile 1re, 31 janv 1973, Bull. civ, I, n° 40, JCP 1975.

2. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 novembre 1974, 73-12.660.

3. Cour de Cassation, Chambre civile 1re, 4 fév 1963, JCP 1963. II. 13159.

4. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 9 mars 1983.

5. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 29/05/1984.

6. Cour de Cassation, Chambre civile 3eme, du 19/06/1984, 83-10.901**.**

7. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 mars 1988, 86-18.182.

8. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 21 juin 1988, 85-12.609.

9. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 22 juin 1988, 86-16.263.

10. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 28 mars 1990, 88-14.953.

11. Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 27 janvier 1993, 91-11.302.

12. Cass, com, du 05/07/1994, N°92-20,064, bull.civ, N°2, 1994.

13. Cass. Civ. 1, 25 févr. 1997, n°94-19.685.

14. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 28 novembre 2001, 00-13.559 00-14.450.

15. Cour de Cassation, Chambre civile 3, du 12 décembre 2001, 00-15.627.

16. Cass, civ, 1ere , du 11/09/2013, N°12/20844.

الفهرس

الفهرس

مقدمة 1
الباب الأوّل: مظاهر تأثير قانون الاستهلاك في مرحلة تكوين العقد 14
الفصل الأوّل: تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ الرضائية 14
المبحث الأوّل: مبدأ الرضائية كآلية للتعاقد في قانون العقد 15
المطلب الأوّل: ماهية مبدأ الرضائية كآلية للتعاقد 15
الفرع الأوّل: حقيقة مبدأ الرضائية في القانون المدني 16
البند الأوّل: الرضائية وفكرتي الرضا والتراضي 16
أولا: تعريف الرضا 16
ثانيا: تعريف التراضي 18
ثالثا: العلاقة القائمة بين كل من الرضائية والرضا والتراضي: 19
البند الثاني: الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة 20
أولا: المفهوم اللغوي والاصطلاحي لمبدأ سلطان الإرادة 20
ثانيا: مضمون مبدأ سلطان الإرادة والنتائج المترتبة عنه 24
ثالثا: العلاقة القائمة بين الرضائية ومبدأ سلطان الإرادة 26
البند الثالث: الرضائية وفكرة العقود الرضائية والعقود الشكلية 28
أولا: العقود الرضائية 28
ثانيا: العقود الشكلية 28
ثالثا: العلاقة بين الرضائية وفكرة العقود الرضائية والعقود الشكلية 29
الفرع الثاني: مراحل تطور مبدأ الرضائية تاريخيا 30
البند الأوّل: مبدأ الرضائية في القانون الروماني 31
البند الثاني: مبدأ الرضائية في القانون الكنسي 34

البند الثالث: مبدأ الرضائية في القانون الفرنسي 36
المطلب الثاني: مضمون مبدأ الرضائية..... 38
الفرع الأوّل: هيمنة مبدأ الرضائية على طرق التعبير عن الإرادة..... 38
البند الأوّل: التعبير الصريح عن الإرادة: 39
البند الثاني: التعبير الضمني عن الإرادة 41
الفرع الثاني: هيمنة مبدأ الرضائية على مبدأ الشكلية..... 42
المبحث الثاني: تراجع مبدأ الرضائية وتقييده في قانون الاستهلاك 44
المطلب الأوّل: تراجع مبدأ الرضائية من خلال ظهور الشكلية الإعلامية 46
الفرع الأوّل: مفهوم الشكلية الإعلامية المؤثّرة على مبدأ الرضائية..... 46
البند الأوّل: تعريف الشكلية الإعلامية المؤثّرة على مبدأ الرضائية 47
البند الثاني: مبرّرات بروز الشكلية الإعلامية وتراجع مبدأ الرضائية في عقود الاستهلاك 49
أولا: دور التطورات الاقتصادية في فرض الشكلية الإعلامية والتراجع عن مبدأ الرضائية..... 50
ثانيا: قصور النظرية التقليدية للعقد سبب تراجع الرضائية وبروز الشكلية الإعلامية 52
الفرع الثاني:صيغ الشكلية الإعلامية في عقود الاستهلاك وجزاء الإخلال بها 54
البند الأوّل: صيغ الشكلية الإعلامية في عقود الاستهلاك 54
أولا: البيانات الإلزامية في عقود الاستهلاك 54
ثانيا: اشتراط الكتابة في عقود الاستهلاك..... 64
البند الثاني: جزاء تخلف الشكلية الإعلامية بين قانون الاستهلاك وقانون العقد 69
المطلب الثاني: تراجع مبدأ الرضائية من خلال ظهور مهلة التفكير والتروي 74
الفرع الأوّل: مفهوم مهلة التفكير والتروي 74
البند الأوّل: المقصود من مهلة التفكير والتروي وخصائصها..... 75
أولا: المقصود من مهلة التفكير والتروي 75

ثانيا: خصائص مهلة التفكير والتروي 79
البند الثاني: صيغ مهلة التفكير والتروي 81
أولا: الإيجاب في مهلة التفكير والتروي 81
ثانيا: القبول في مهلة التفكير والتروي 86
الفرع الثاني: مهلة التفكير والتروي والنظرية العامة للعقد 87
البند الأوّل: الإيجاب في قانون الاستهلاك والنظرية العامة للعقد 88
البند الثاني: القبول في قانون الاستهلاك والنظرية العامة للعقد 92
الفصل الثاني: تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ الحرية التعاقدية 94
المبحث الأوّل: تقييد تشريعات الاستهلاك لمبدأ الحرية التعاقدية من خلال حظر رفض التعاقد. 94
المطلب الأوّل: سمو مبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد 95
الفرع الأوّل: ماهية مبدأ الحرية التعاقدية في قانون العقد 95
البند الأوّل: مفهوم الحرية بوجه عام 96
أولا: المعنى الفلسفي للحرية 96
ثانيا: معنى الحرية في القانون الوضعي 97
البند الثاني: مفهوم العقد بوجه عام 99
أولا: تعريف العقد اصطلاحا 99
ثانيا: تعريف العقد في القوانين الوضعية 100
الفرع الثاني: الأنظمة القانونية المتبينة لمبدأ الحرية التعاقدية 102
البند الأوّل: تبني مبدأ الحرية التعاقدية من قبل القانون الفرنسي 103
البند الثاني: تبنّي مبدأ الحرية التعاقدية من قبل قانون التجارة الدولية 105
البند الثالث: تبنّي مبدأ الحرية التعاقدية من قبل القانون الجزائري 107
الفرع الثالث: مضمون مبدأ الحرية التعاقدية 110

البند الأوّل: حرية التعاقد أو الامتناع عن التعاقد.....110
أولا: حرية المتعاقد في إبرام العقد 111
ثانيا: حرية المتعاقد في رفض التعاقد..... 111
البند الثاني: حرية المتعاقد في اختيار المتعاقد معه 112
البند الثالث: حرية المتعاقد في تحديد مضمون العقد 113
المطلب الثاني: حظر تشريعات الاستهلاك لحق المتعاقد في رفض التعاقد..... 115
الفرع الأوّل: مفهوم حظر رفض التعاقد.....115
البند الأوّل: المقصود من حظر رفض التعاقد.....115
البند الثاني: اعتبار كل سلعة معروضة على الجمهور قرينة على عرضها للبيع 119
الفرع الثاني: شروط حظر رفض التعاقد 122
البند الأوّل: أن يتم الرفض بصورة فعلية.....123
البند الثاني: انعدام المبرر الشرعي 125
البند الثالث: تعلق الرفض بغير أدوات تزيين المحلات والمنتجات المعروضة في المعارض والتظاهرات 128
الفرع الثالث: أثر رفض التعاقد.....129
البند الأول: حالة اعتبار عرض السلعة على نظر الجمهور إيجابا 130
البند الثاني: حالة اعتبار عرض السلعة أو أداء الخدمة يشكل دعوة إلى التعاقد 132
المبحث الثاني: تقييد مبدأ الحرية التعاقدية عند تحديد القانون لمضمون العقد 133
المطلب الأوّل: التدخّل الإيجابي للقانون من أجل تحديد مضمون العقد 134
الفرع الأوّل: الالتزام بالإعلام كآلية محدّدة لمضمون العقد 135
البند الأوّل: مفهوم الالتزام بالإعلام 135
أولا: تعريف الالتزام بالإعلام..... 136

ثانيا: مضمون الالتزام بالإعلام 138

ثالثا: الالتزام بالإعلام بين قانون العقد وقانون الاستهلاك 143

البند الثاني: تطبيقات الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك وجزاء مخالفته 149

أولا: تطبيقات الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك 149

ثانيا: جزاء الإخلال بالتزام بالإعلام..... 152

الفرع الثاني: الالتزام بالمطابقة كآلية محددة لمضمون العقد.....155

البند الأوّل: مفهوم الالتزام بالمطابقة كآلية محددة لمضمون العقد 155

أولا: تعريف الالتزام بالمطابقة..... 156

ثانيا: مضمون الالتزام بالمطابقة كآلية محددة لمضمون العقد..... 159

البند الثاني: الالتزام بالمطابقة بين قانون العقد وقانون الاستهلاك.....163

أولا: من حيث مصدر المطابقة..... 164

ثانيا: من حيث تنظيم المطابقة 164

البند الثالث: مجالات رقابة المطابقة وجزاء مخالفتها 166

أولا: مجالات الرقابة على المطابقة 166

ثانيا: الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة 169

الفرع الثالث: الالتزام بالسلامة كآلية محددة لمضمون العقد 173

البند الأوّل: مفهوم الالتزام بالسلامة كآلية محددة لمضمون العقد.....173

أولا: المقصود من الالتزام بالسلامة كآلية محددة لمضمون العقد 174

ثانيا: نطاق الالتزام بالسلامة 175

البند الثاني: آليات تنفيذ المتدخل للالتزام بالسلامة و جزاء مخالفته 182

أولا: آليات تنفيذ المتدخل للالتزام بالسلامة 182

ثانيا: جزاء مخالفة الالتزام بالسلامة..... 188

البند الثالث: الالتزام بالسلامة بين قانون العقد وقانون الاستهلاك 188
المطلب الثاني: التدخّل السلبي لقانون الاستهلاك من أجل تحديد مضمون العقد 190
الفرع الأوّل: حظر الشروط التعسفية كآلية مقيدة لحرية تحديد مضمون العقد 191
البند الأوّل: مفهوم الشروط التعسفية كآلية مقيدة لحرية تحديد مضمون العقد 191
أولا: تعريف الشروط التعسفية 192
ثانيا: معايير الشروط التعسفية..... 194
البند الثاني: مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية.....200
أولا: الأشخاص المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية..... 200
ثانيا: العقود المعنية بالأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية 204
الفرع الثاني: حظر الإشهار الكاذب أو التضليلي كآلية مقيدّة لحرية تحديد مضمون العقد 207
البند الأوّل: مفهوم الإشهار الكاذب أو المضلل كآلية مقيدة لحرية تحديد مضمون العقد.....207
أولا: المقصود من الإشهار الكاذب أو المضلل..... 207
ثانيا: محل الإشهار الكاذب أو المضلل..... 212
البند الثاني: حماية المستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل.....218
أولا: الحماية المدنية للمستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل 218
ثانيا: الحماية الجزائية للمستهلك من الإشهار التجاري الكاذب أو المضلل 221
الباب الثاني: مظاهر تأثير قانون الاستهلاك في مرحلة تنفيذ العقد 221
الفصل الأول: تأثير قانون الاستهلاك في مبدأ القوة الملزمة للعقد.....222
المبحث الأول: مفهوم مبدأ القوة الملزمة للعقد 222
المطلب الأول: ماهية مبدأ القوة الملزمة للعقد وأساسه 223
الفرع الأوّل: محتوى مبدأ القوة الملزمة للعقد 223
البند الأوّل: المقصود بمبدأ القوة الملزمة للعقد 223

البند الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ القوة الملزمة للعقد.....225
أولا: احترام الالتزام في العلاقة العقدية 226
الفرع الثاني: أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد.....233
البند الأول: الأساس الإرادي للقوة الملزمة للعقد.....233
البند الثاني: الأساس الديني الأخلاقي والاقتصادي والاجتماعي للقوة الملزمة للعقد 235
أولا: الأساس الديني والأخلاقي للقوة الملزمة للعقد 235
ثانيا: الأساس الاقتصادي والاجتماعي للقوة الملزمة للعقد 237
البند الثالث: الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد.....238
أولا: مبدأ القوة الملزمة للعقد في القوانين القديمة..... 238
ثانيا: مبدأ القوة الملزمة للعقد في القوانين الحديثة 239
المطلب الثاني: أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها 241
الفرع الأوّل: أثر القوة الملزمة للعقد 241
البند الأول: انقضاء القوة الملزمة بالتنفيذ 242
البند الثاني: الانفساخ لاستحالة التنفيذ.....242
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالقوة الملزمة للعقد 244
البند الأوّل: حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ.....244
البند الثاني: الدفع بعدم التنفيذ 246
البند الثالث: التنفيذ عن طريق التعويض 246
المبحث الثاني: الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد في العلاقات الاستهلاكية.....247
المطلب الأول: مكافحة الشروط التعسفية الواردة في عقد الاستهلاك 248
الفرع الأوّل: أساليب مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك والجزاءات المقررة على تضمين العقد بهذه الشروط 248

البند الأوّل: أساليب مكافحة الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك 249
أولا: الأسلوب التشريعي المعتمد لمكافحة الشروط التعسفية 249
ثانيا: الأسلوب التنظيمي المعتمد لمكافحة الشروط التعسفية 252
ثالثا: الأسلوب القضائي المعتمد لمكافحة الشروط التعسفية..... 256
البند الثاني: الجزاءات المقررة على تضمين العقد شروط تعسفية.....260
أولا: إبطال الشروط التعسفية في العقود 261
ثانيا: حذف وإلغاء الشرط التعسفي..... 262
الفرع الثاني: مدى إمكانية التعويل على بعض نظريات القانون المدني في مكافحة الشروط التعسفية 265
البند الأوّل: النظريات المستبعدة كليا عن اعتبارها أساسا قانونيا مبررا لمكافحة الشروط التعسفية 265
أولا: الغبن والاستغلال..... 265
ثانيا: الإثراء بلا سبب 270
البند الثاني: النظريات المستبعدة جزئيا عن اعتبارها أساسا قانونيا مبررا لمكافحة الشروط التعسفية 273
أولا: نظرية السبب 273
ثانيا: نظرية حسن النية 278
ثالثا: نظرية التعسف في استعمال الحق 279
المطلب الثاني: حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد..... 283
الفرع الأوّل: الإطار المفاهيمي لحق المستهلك في الرجوع عن العقد 284
البند الأوّل: ماهية حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد 284
البند الثاني: تمييز حق المستهلك في الرجوع عن غيره من الأنظمة المشابهة.....287
الفرع الثاني: أحكام حق المستهلك في التراجع عن التعاقد 293

البند الأول: مجال إعمال حق المستهلك في التراجع عن التعاقد 293
أولا: عقد القرض الاستهلاكي 293
ثانيا: البيع بالمنزل 295
ثالثا: البيع عن بعد..... 296
رابعا: عقد التأمين على الحياة 301
البند الثاني: كيفية ممارسة المستهلك حقه في التراجع 302
أولا: صدور إرادة صريحة من المستهلك 302
ثانيا: صدور الحق في التراجع بصورة تقديرية 304
ثالثا: الحق في التراجع يصدر بدون مقابل 306
الفرع الثالث: الأساس القانوني لحق المستهلك في التراجع عن العقد في قانون العقد 306
البند الأوّل: اختلاف الفقه حول الأساس القانوني لحق المستهلك في التراجع عن العقد في قانون العقد.....307
أوّلا: فكرة التعاقب في تكوين العقد كأساس لحق المستهلك في التراجع عن التعاقد 307
ثانيا: فكرة التعليق على شرط كأساس للحق في تراجع المستهلك عن التعاقد 309
ثالثا: فكرة العقد غير اللازم والعقد غير النافذ كأساس لحق المستهلك في التراجع عن التعاقد ... 310
البند الثاني: الفقه المعارض لإرجاع حق المستهلك في التراجع عن العقد إلى قانون العقد باعتباره يخرق مبدأ القوة الملزمة للعقد 312
الفصل الثاني: تأثير قانون الاستهلاك على مبدأ الأثر النسبي للعقد 315
المبحث الأوّل: أثر مبدأ الأثر النسبي للعقد بالنسبة للأشخاص 316
المطلب الأوّل: آثار العقد بالنسبة لأطرافه..... 317
الفرع الأوّل: آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين 318
البند الأوّل: تحديد آثار العقد بالنسبة لأطرافه.....318
البند الثاني: النيابة في التعاقد في إطار مبدأ الأثر النسبي للعقد 319

أولا: شروط النيابة..... 319
ثانيا: آثار النيابة 323
الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للخلف العام والخاص.....325
البند الأوّل: أثر العقد بالنسبة للخلف العام.....326
البند الثاني: أثر العقد بالنسبة إلى الخلف الخاص 329
أولا: المقصود من الخلف الخاص..... 330
ثانيا: شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص..... 330
المطلب الثاني: آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين والغير 332
الفرع الأوّل: آثار العقد بالنسبة للدائنين العاديين 333
البند الأوّل: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم خلفا للمدين 333
البند الثاني: أثر العقد بالنسبة للدائنين العاديين باعتبارهم من الغير 336
الفرع الثاني: آثار العقد بالنسبة للغير 337
البند الأوّل: التعهد عن الغير 338
البند الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير 341
البند الثالث: الدعوى المباشرة 344
المبحث الثاني: المتغيرات المفروضة من قبل تشريعات الاستهلاك على مبدأ الأثر النسبي للعقد 345
المطلب الأوّل: فكرة الترابط بين العقود في مجال الائتمان 346
الفرع الأوّل: موقف القانون المقارن من فكرة الترابط بين العقود 347
البند الأوّل: فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي.....347
أولا: ارتباط عقد القرض بعقد البيع..... 348
ثانيا: ارتباط عقد البيع بعقد القرض..... 352

البند الثاني: فكرة الترابط بين العقود في مجال القرض العقاري.....354
أولا: ارتباط العقد الرئيسي بعقد القرض العقاري 355
ثانيا:ارتباط عقد القرض العقاري بالعقد الرئيسي 357
الفرع الثاني: أساس فكرة ترابط العقود في قانون العقود 359
البند الأوّل: مدى إمكانية نظرية عدم القابلية للانقسام في تفسير أساس فكرة الترابط بين العقود359
البند الثاني: مدى إمكانية نظرية السبب في تفسير أساس فكرة الترابط بين العقود.....363
البند الثالث: مدى الاعتداد بنظرية الشرط في تفسير فكرة الترابط بين العقود 365
المطلب الثاني: فكرة تقرير دعوى مباشرة للمستهلك في الرجوع على المتدخل 368
الفرع الأوّل: مدى تبني قانون الاستهلاك الجزائري والفرنسي لفكرة الدعوى المباشرة 370
البند الأوّل: الدعوى المباشرة في الاجتهاد القضائي الفرنسي.....370
أولا: نطاق الدعوى المباشرة 371
ثانيا: طبيعة المسؤولية الناشئة عن الدعوى المباشرة..... 376
البند الثاني: موقف تشريع الاستهلاك الفرنسي من فكرة الدعوى المباشرة 386
البند الثالث: موقف تشريع الاستهلاك الجزائري من فكرة الدعوى المباشرة 387
أولا: فكرة الدعوة المباشرة في قانون 02/89 المنظم للقواعد العامة لحماية المستهلك 387
ثانيا: فكرة الدعوة المباشرة في قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش 389
الفرع الثاني: موقف الفقه من التكييف القانوني للدعوى المباشرة 391
البند الأوّل: التكييف التقليدي للدعوى المباشرة 392
أولا: تكييف الدعوى المباشرة على أنها اشتراط لمصلحة الغير وحق امتياز 392
ثانيا: تكييف الدعوى المباشرة على أنها حوالة حق ومن ملحقات المبيع..... 395
ثالثا: تكييف الدعوى المباشرة على أنها حلول المتعاقد الثاني محل المتعاقد الأول وعلى أنها وكالة 397

البند الثاني: التكييف الحديث للدعوى المباشرة 400

أولا: نظرية العدالة 400

ثانيا: نظرية المجموعة العقدية..... 402

قائمة المراجع 411

الفهرس 439

الملخص:

كانت العقود في ظلّ قانون العقد تبرم تحت ظلّ مبدأ سلطان الإرادة، فالإرادة هي من تحدد شكلها، ومضمونها، لدرجة جعلها شريعة المتعاقدين وآثارها تقتصر على هؤلاء المتعاقدين فقط، وهو ما لا يتوافق مع عقود الاستهلاك، ما دفع بقانون الاستهلاك إلى كبح سلطان الإرادة حماية للطرف الضعيف، فعمل إذن على تحديد شكلا للعقود، وحدد مضمونها، وكسر جمود القوة الملزمة للعقود التي عرفتها في ظلّ قانون العقد، كما منح الحق للغير في اكتساب حقوق من عقود ليس له أي علاقة بها.

الكلمات المفتاحية:

قانون العقد؛ مبدأ سلطان الإرادة؛ عقود الاستهلاك؛ قانون الاستهلاك؛ الطرف الضعيف؛

Résumé:

En vertu du droit contractuel les contrats on été conclus selon le principe de la souveraineté de la volonté, c'est la volonté qui détermine sa forme, son contenu, dans la mesure où elle en fait la loi de contractants et ses effets sont limitées à ces contractants, ce qui ne compatible avec les contrats de consommation, ce qui poussé la loi de consommation à restreindre le pouvoir de la volonté de protéger la partie faible, il a donc travaillé à déterminer la forme des contrats, et il a défini leur contenu, et briser l'impasse de la force contraignante des contrats qu'elle a connaissait sous droit des contrats, et il a également accordé à d'autre le droit d'acquérir des droits sur des contrats auxquels il n'a rien à voir

les mots clés:

droit contractuel; principe de la souveraineté de la volonté; les contrats de consommation; la loi de consommation; la partie faible;

The summary:

the contracts under the contract law was concluded below the principle of free will, and it's the will that determines the form, and content of the contract to the extent that it became the law for the contracting parties and to whom the effect of the contract is only limited, which con not be the case with the consumption contract, that's what led the law of consumption to hold back the dominance of free of will to protect the weakest party, what prompted this law on shaping a form for the contract, determined its content, and broke rigidity of it binding force as know under the contract law, it also granted the others the right to obtain rights from a contract that they are not related to in any way possible.

Keywords:

the contract law; the principle of free will; the consumption contract; the law of consumption; the weakest party;