وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس المدية

كلية الحقوق و العلوم السياسية

حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد بين القواعد العامة للعقد وقواعد حماية المستهلك

أطروحة لنيل درجة دكتوراه " علوم" في الحقوق

الطالب: المشـرف:

برابـح منيـــر الدكتور: بوشنافة جمال

لجنـــة المناقشة:

د/ أوروان هـــارون	أستاذ محاضر أ	جامعة المدية	رئيسا
د/ بوشنافة جمـــال	أستاذ محاضر أ	جامعة المدية	مشرفا ومقررا
د/ سبتي عبد القـادر	أستاذ محاضر أ	جامعة المدية	عضوا
د/ مهـــدي رضـــا	أستاذ محاضر أ	جامعة المسيلة	عضوا
د/ مصطفاوي عايدة	أستاذ محاضر أ	جامعة البليدة 2	عضوا
د/ علـــواش نعيمـــة	أستاذ محاضر أ	جامعة البليدة 2	عضوا

تاريخ المناقشة:2019/06/30

شكر وعرفان

بداية أشكر الله عز وجل الذي وفقني لإتمام وإنجاز هذا العمل،

كما أشكر الدكتور بوشنافة جمال المشرف على هذا العمل الذي كان لنا موجها وداعما ومشجعا، طيلة إنجاز هذا العمل،

وأشكر أيضا أعضاء لجنة المناقشة كل باسمه : الدكتور أوروان هارون رئيس اللجنة، والأعضاء المناقشين الدكتور: سبتي عبد القادر، الدكتور: مهدي رضا، الدكتورة عايدة مصطفاوي، الدكتورة علواش نعيمة.

على قبولهم مناقشة هذا العمل وتخصيص جزء من وقتهم وجهدهم لذلك،

كما لا يفوتني أن أشكر الوالدة على دعمها وسهرها دائما على مواصلتنا لدراستنا، كما أسأل الله أن يجعل هذا العمل في مزان حسنات الوالد رحمه الله.

وكذلك زوجتي على تضحياتها وصبرها معي أثناء إنجاز هذا العمل.

وأخيرا كل من دعمني وساعدني في إنجاز هذا العمل إخوتي أصدقائي زملائي الموظفون.

قائمـة المختصرات

أولاً. باللغة العربية:

- قانون حماية المستهلك وقمع الغش: ق ح م ق غ.
- القانون المدني: ق م.
- قانون الأسرة: ق أ.
- القانون التجاري: ق ت.
- العدد: ع.
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية: ج ر ج.
- الصفحة: ص
- الصفحة من إلى: ص ص.
- الطبعة: ط.
- الجزء: ج.
- دون سنة نشر: د س.

ثانياً. باللغة الفرنسية:

- P: Page.
- PP: DE la page à la page.
- Op.cit.: ouvrage Précedement Cité.
- L.N.A : L' Ecole Nationale de l' Administration.
- N:Numéro.
- Ed:Edition.
- Cass. Civ : Cour de Cassation ,chambre Civile.
- Bull Civ: Bulletin civil.
- Crim: Cour de Cassation criminel .
- Cass.com: Cassation commercial**.**

مقدمـــة

تعتبر وسيلة التعاقد من أقدم وأهم الوسائل التي توصل إليها الإنسان في سبيل الحصول على حاجياته المختلفة، حيث سعى من خلالها إلى الحصول على ما عجز عن تحقيقه بنفسه من باقي أبناء جنسه، فقد سمحت هذه الوسيلة للإنسان من تخطي مشكلة العجز في تحصيل كل متطلباته، فوسيلة التعاقد مع الآخرين كما عبر عنها البعض[1] هي وليدة الحاجة إلى التعامل، باعتباره ضرورة اجتماعية قديمة ملازمة لنشوء المجتمعات، وتخطي مرحلة الانغلاق والانعزال التي كان يعيشها الإنسان البدائي، فأصبح لا غنى لكل إنسان من العيش المشترك مع الجماعة لتأمين حاجياته، ولا يتم ذلك بدون التبادل والتعاون مع الآخرين، فأخذت المبادلات صور متعددة تخضع لنظرية العقد، التي تنظم حركة النظام الاقتصادي، وتضبط أصول التعامل، وحرية التجارة، وتبادل الأعيان والمنافع، ولا تخلو الحياة اليومية لكل فرد من إبرام عقد من العقود، مما جعل الحياة مترعة بالعقود.

وإن كانت وسيلة التعاقد التي توصل إليها الإنسان نظرا لعجزه، وانطلاقا من كونه كائن اجتماعي، يعيش ضمن جماعات تضمن له تحقيق ما عجز عنه بمفرده، فإن هذه الوسيلة قد واجهتها طبائع وغرائز أخرى سلبية في الإنسان مثل حب الذات، وحب التملك، والسيطرة، وتحقيق الربح، ولو كان ذلك على حساب باقي أقرانه من البشر، وهذا ما جعل من وسيلة التعاقد التي كانت تبدو أنها حل مهم وناجع لتحقيق حاجيات الإنسان المختلفة في بداية الأمر، لا تخلو من الخطورة نظرا لما قد تجره على أحد المتعاقدين من خسارة يتسبب له فيها المتعاقد الآخر بغية حصوله على الربح، أو زج المتعاقد معه في الخسارة.

إن الخطورة السابقة الذكر قد جعلت مختلف الشرائع السماوية، والتشريعات الوضعية المختلفة، تسعى إلى وضع قواعد تحكم عملية التعاقد، وتضمن عدم الضرر بكلا المتعاقدين، فوضعت بذلك للعقد أركان تحكمه واعتبرتها ضرورية ولازمة لقيامه، كركن الرضا والمحل والسبب، فهذه الأركان تكاد تكون محل اتفاق من قبل الفقهاء والتشريعات على اختلافها.

ويأخذ ركن الرضا في التعاقد مكانة مهمة تجعله يتصدر باقي الأركان[2]، وقد برزت مكانة هذا الركن في التعاقد، عندما أصبح أساسا للمبدأ الذي يحكم التعاقد وهو مبدأ سلطان الإرادة خاصة قاعدة الرضائية[3]، الذي يحكم

[1] - أنظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته – النظريات الفقهية والعقود- ، ج4، ط2، دار الفكر العربي، دمشق، 1984، ص 78.

[2] - يعبر البعض عن أهمية ركن الرضا في العقد بمصطلح الركن الركين في التعاقد، أنظر عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك-دراسة في القانون المدني والمقارن-، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص18.

[3] - يجد مبدأ الرضائية أساسه في الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم في قوله تعالى « يَأَيها الذين ءامنوا لا تاكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا». صدق الله العظيم، الآية 29 من سورة النساء. كما عرف نظام الرضائية وحرية التعاقد في الحضارات القديمة ، حيث أشار الباحثون إلى وجود آثار تدل على حرية التعاقد يرجع تاريخها إلى الحضارة الفرعونية و بالضبط إلى الملك حوفو وهو من الأسرة الربعة 2500 قبل الميلاد. أنظر صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دون ناشر، دون مكان نشر، 2007، 347.

ويدير التعاقد منذ فترة طويلة من الزمن، حيث تزداد أهمية هذا المبدأ في مرحلة إبرام العقد، انطلاقا من أن توافر الرضا في كلا طرفي العقد، هو الذي يسمح بأن يكون المتعاقدين في كفة واحدة من حيث إدارة العقد، وتحديد مستلزماته وما لكل طرف من حقوق وما عليه من التزامات.

إن الأهمية التي أصبح عليها ركن الرضا في مجال إبرام العقود، قد دفعت بالتشريعات المختلفة إلى إيجاد القواعد التي تهدف إلى ضمان صحة هذا الرضا في جميع مراحل التعاقد، منذ المرحلة السابقة على التعاقد إلى مرحلة إبرام العقد ومرحلة التنفيذ، إلا أننا في هذه الدراسة سنتطرق إلى حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، وهذا لا يعني أبدا أن الحماية في باقي المراحل ليست ذات أهمية، وإنما وسائل ومفهوم الحماية تختلف باختلاف كل مرحلة.

وإذا قلنا بأن حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، تختلف عن الحماية في باقي المراحل، فإنه لا بد من إبراز هذا الاختلاف حيث تختلف حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد عن الحماية الموجودة أيضا في المرحلة السابقة على التعاقد[1]، لأن الحماية في هذه الحالة تقتضي دراسة الأحكام التي تنظم المفاوضات بين أطراف العقد، ودراسة الإعلام قبل التعاقدي، وكذا مسألة الإشهار التي تشير إليها القواعد الحديثة خاصة قواعد حماية المستهلك، إضافة إلى أن هناك من العقود التي لا تمر بهذه المرحلة وهي عقود الإذعان ، لذا فإنه من غير الممكن دراسة هذه الأحكام في هذه العقود.

وتختلف فلسفة حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد أيضا عنها في مرحلة التنفيذ، من ناحية القواعد والأحكام الواجب التطرق إليها، ففي مرحلة التنفيذ تستوجب دراسة حماية رضا المتعاقد دراسة كل الأحكام المتعلقة بضمان العيوب الخفية في القواعد العامة، والضمان القانوني الذي أصبح منصوص عليه في إطار قواعد حماية المستهلك، وكذا دراسة الأحكام المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة، غير أن هذه النقاط تستبعد عند دراسة حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد.

ومسألة حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، تفرض ليس الكلام عن وجود التراضي من حيث تبادل الإيجاب والقبول وتطابق هذا الإيجاب مع القبول، حتى ينشأ العقد[2]، فهذه المسائل قد تكون موجودة في جميع العقود، إلا أنها تتمم بطريقة غير صحيحة نظرا لعدم صحة رضا أحد المتعاقدين أو لأنه كان في موقف ضعف فرض عليه الرضا بأمور ليست في مصلحته، وإنما الحماية تقتضي التطرق إلى صحة رضا المتعاقد من المسائل الطارئة على إرادته والتي تجعله ضعيفا في مواجهة متعاقد آخر ذا إرادة سليمة، وضمان حمايته من بعض الشروط التي تفرض عليه في بعض العقود التي لا يتسنى له فيها مناقشة العقد، نظرا لظروف معينة دفعته إلى ذلك.

---

[1] - عرف بعض الفقه المرحلة السابقة على التعاقد بأنها" تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد تم، بل إن هناك عروض وعروض مضادة". أنظر
-J. GARBONNIER, Droit civil, 4-Les obligations, 20 ed puf 1996, n028-b, P72.

[2] - راجع في كيفية وجود التراضي في تكوين العقد، علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد-، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 82، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ج1، دار احياء التراث العربي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، دس، ص171.

وإذا كان من المسلم به أن حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد قد أصبحت ضرورة حتمية، أدت بجميع التشريعات الوضعية على اختلافها إلى وضع أحكام لهذه الحماية، وتنظيم العقود عن طريق ما يسمى بنظرية العقد، فإن هذه النظرية قد باتت اليوم من أهم الوسائل القانونية التي تهدف إلى تنظيم المعاملات بين الأشخاص في هذه العقود حيث تخضع عند تكوينها ونشأتها وكذلك تنفيذها إلى ضوابط والتزامات يقوم القانون بفرضها على المتعاقدين، من أجل تنظيم وضبط سلوكهم بصورة يتم من خلالها الحفاظ على العدالة العقدية وعدم إهدارها، فظهرت بذلك مبادئ قانونية مهمة مثل حسن النية، الثقة، التعاون وغيرها من المبادئ التي تحكم التعاقد، والتي تفرض على كلا المتعاقدين الحرص على عدم الإضرار بالمتعاقد الآخر.

وينبغي التنبيه بأن التشريعات الوضعية، لم تكن وحدها من اهتمت بمسألة حماية رضا المتعاقد بصفة عامة، وبصفة خاصة في مرحلة إبرام العقد، فالشرائع السماوية على اختلافها أيضا قد نظمت العقود بطريقة يظهر معها أهمية حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، وفي هذا الصدد نجد بأن الشريعة الإسلامية، لطالما حثت المسلمين على الصدق والأمانة في معاملاتهم سواءً كان ذلك مع المسلمين أو غير المسلمين، فأنزل الله عز وجل سورة المطففين في القرآن الكريم، والمقصود بالمطففين هم الذين يغشّون المشترين والمستهلكين عبر البخس والغش في المكيال والميزان[1]، حيث توعدهم رب العباد بعذاب أليم بقوله جل شأنه: « **وَيْلٌ لِلْمُطَفِّفِينَ (1) الَّذِينَ إِذَا اكْتَالُوا عَلَى النَّاسِ يَسْتَوْفُونَ (2) وَإِذَا كَالُوهُمْ أَوْ وَزَنُوهُمْ يُخْسِرُونَ (3) أَلا يَظُنُّ أُولَئِكَ أَنَّهُمْ مَبْعُوثُونَ (4) لِيَوْمٍ عَظِيمٍ (5) يَوْمَ يَقُومُ النَّاسُ لِرَبِّ الْعَالَمِينَ (6)**»[2]. والمقصود بذلك أن الله عز وجل قد أعطى حماية لمن يشتري سلعة أو بمعنى آخر للمستهلك ضد أي انتهاك لحقوقه أو غش قد يتعرض له من قبل بائعي هذه السلعة أو مقدمي تلك الخدمة التي يجب أن تكون ذات جودة ونوعية جيدة[3] وهناك أمثلة كثيرة في هذا الإطار تدل على أهمية هذه الحماية التي أمر بها الله تعالى، كما أكدت السنة النبوية الشريفة أيضا من خلال الأحاديث الكثيرة على ضرورة الصدق في المعاملات بين المتعاقدين، ففي حديث للرسول صلى الله عليه وسلم قال: « **البَيِّعَانِ بِالْخِيارِ ما لم يَتفرَّقا ــ أو قال: حتى يتفرَّقا ــ فان صَدَقا وبَيَّنا بورك لهما في بَيعِهما، وإن كَتَما وكذَبا مُحِقَتْ بركة بَيعِهما**»[4].

وقد اهتمت الحضارات القديمة بالحماية أيضا في مجال العقود، ففي الحضارة الرومانية قام الإمبراطور جيستينان بتقرير فسخ العقد إذا كان هناك غبن فاحش[5]، كما عرفت ملامح هذه الحماية في الحضارة الإغريقية فقد وضع الملك صالون من خلال تقنينه الذي حكم مدينة أثينا عام 600 قبل الميلاد، وأصدر هذا القانون ليخفف من وطأة الحالة الاقتصادية التي تمر بها البلاد وخاصة الأضرار التي تمس بالمستهلك، وبعد تأثر المشرع الإعريقي

---

[1] - يقصد بالتطفيف، البخس في الميزان والمكيال إما بالازدياد إن اقتضى من الناس، وإما بالنقصان إن قاضهم. أنظر مناع القطان، تاريخ التشريع الإسلامي والتشريع والفقه، ط3، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1996، ص153.

[2] - القرآن الكريم، سورة المطففين، الآيات من 1إلى 6.

[3] - أنظر محمد السكر وعلي الواحنة، أحكام الجودة في الفقه الإسلامي – البيع أنموذجا ــ، دراسة منشورة في مجلة "دراسات" في علوم الشريعة والقانون الصادرة عن عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية/ المجلد 36 / ع2، 2009، منشورات الجامعة الأردنية، عمان – الأردن، 2009، ص511.

[4] - أنظر الإمام الحافظ ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، ج4، المكتبة السلفية، دس، الحديث رقم 2079، ص309.

[5] - أنظر محمود عبد المجيد المغربي، المدخل إلى تاريخ الشرائع، لبنان – المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1996، ص87.

صولون بالقانون المصري عند حضوره إلى مصر عام 559 قبل الميلاد أدخل التعديلات التي اقتبسها من مجموعة قانون بوخوريس على تشريعه، ومن أهم خصائص التشريع الذي أصدره الملك صولون أن أحكامه وتشريعاته قد ساوت بين طبقات الشعب، ومن بين أهم مظاهر الحماية في هذا التشريع أنه أوجد ما يسمى بنظام المقاييس، تحريم سعر الفائدة، وتحريم الربا الفاحش...الخ[1].

وقد تطورت الحماية الموجه للمتعاقد مع تطور المجتمعات وتطور وسائل الإنتاج، ونوعية المنتوجات، فالحماية التي كانت موجودة في ظل مبدأ سلطان الإرادة الذي ظل يحكم العقود منذ زمن طويل، كانت في بداية الأمر مبنية على قاعدة مفادها المساواة المجردة بين أطراف العقد، مما جعل وسائل الحماية في ظل هذا المبدأ، تنطلق من هذه الفكرة ولا تذكر فكرة الحماية إلا عندما توجد بعض المسائل التي قد تطرأ على صحة رضا المتعاقد فتجعله غير قادر على إدارة العقد بنفسه، إما لأمور مست إرادته، كوجود عيب فيها، أو أن تكون أهليته القانونية غير كاملة ولا صالحة لإبرام التصرفات القانونية بما فيها إبرام العقود.

ولقد كانت الحماية مفروضة أيضا في ظل القواعد الكلاسيكية التي تحكم التعاقد، عندما يتعلق الأمر بعقد يكون فيه أحد الأطراف في مركز قوة نظرا لظروف معينة بينما يوجد متعاقد آخر في مركز ضعف، فيستغل المتعاقد القوي مركزه المهيمن في فرض شروطه على المتعاقد الضعيف، وقد تكون هذه الشروط مجحفة يحصل من خلالها على حقوق دون وجه حق أو يحمل به المتعاقد الضعيف التزامات فوق طاقته، حيث نظمت التشريعات على اختلافها هذا النوع من العقود تحت تسمية عقود الإذعان، حماية للطرف الضعيف فيها.

وإذا كانت ملامح حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد تبدو واضحة وجلية في ظل القواعد الكلاسيكية التي تحكم التعاقد، إلا أن ما عرفته البشرية من تطور صناعي وتكنولوجي، والذي أسفر بدوره عن كم هائل من المنتوجات المعروضة في السوق، هذه المنتوجات وإن كانت في السابق تبدو بأنها من قبيل الكماليات، إلا أنها أصبحت اليوم من الضروريات التي لا يمكن للإنسان أن يستغني عنها في حياته، وهو ما أسفر عن ظهور طائفة جديدة من المتعاقدين تتصف بالضعف، وهي طائفة المستهلكين، في مواجهة طائفة أخرى محترفة ومهنية في المجال الذي تشتغل فيه، وأمام سعي الطائفة الأخيرة إلى تحقيق الربح وعدم اكتراثها بالمستهلك، مهما كانت هذه الوسائل ومهما كانت النتائج المترتبة على هذه الوسائل جعل من فلسفة ومنهج الحماية يختلف في التشريعات الحديثة عندما يتعلق الأمر بمتعاقد مستهلك.

إن الوضع الأخير قد أدى إلى ظهور حركة قومية في الدول الغربية خاصة في أمريكا سنة 1899 م تنادي بمبدأ حماية المستهلك كحركة اجتماعية وليدة، ثم أخذت في النمو شيئا فشيئا فتحولت من جهود فردية إلى جهود

[1] - راجع أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص25.

جماعية، لمحاربة الغلاء والتضخم وردائه النوعية وإعادة بعض الحق للمستهلك الذي لم يكن أحد يسمع له أو يلتفت إلى مصالحه[1].

وإذا كانت حركة المستهلكين قد نجحت في لفت الانتباه من أجل توفير الحماية لها، فإن الفقه قد انقسم حول ما إذا كانت الحماية الموجودة في النظرية العامة للعقد كافية لحماية المستهلك– بما فيها رضاه عند إبرام العقد– أم أن الأمر يستدعي ويستوجب وجود حماية خاصة لهذه الفئة، حيث ذهب أنصار النظرية التقليدية أن الحماية المقررة في القواعد الكلاسيكية التي تدير العقد ضمن مبدأ سلطان الإرادة كفيلة بحماية كل متعاقد حتى ولو اكتسب هذا المتعاقد صفة المستهلك[2].

وخلافا للنظرية التقليدية فقد ذهب أنصار التيار الحديث إلى أن موقف أصحاب النظرية التقليدية لا يمكن التسليم به خاصة أمام التطورات الحاصلة في مجال الإنتاج، والتي أثرت من جهتها على قلة علم ودراية المستهلك بخصوصية كثير من المنتوجات التي يقبل على اقتنائها، إذ أن هذه المنتوجات أصبحت تمتاز بطابعها الصناعي المعقد، وكذلك بصعوبة استعمالها وتركيبها، فهذا الجهل وضع المستهلك في علاقة تعاقدية منعدمة التوازن من بدايتها، وذلك في مواجهة متعاقد آخر يتميز بالاحتراف والمهنية في مجال تخصصه هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن الثورة الحاصلة في المجال الصناعي قد أنتجت منتوجات مختلفة من سلع وخدمات وإن كانت كمالية إلى أنه أصبحت في عداد المنتوجات الضرورية في حقيقتها، فالمستهلك اليوم لا يستطيع الاستغناء عن العديد من السلع والخدمات في حياته اليومية كالتلفاز الثلاجة ...الخ، وهذا ما دفعه إلى التعاقد مهما كانت صيغة التعاقد من أجل الحصول على هذه المنتوجات التي حققت له رفاهية الحياة، فأستغل المتدخلون في العملية الاستهلاكية هذا الوضع من أجل فرض شروط على المستهلك هي في غالبها شروط تعسفية، وهذا ما فرض وجود حماية خاصة لفئة المستهلكين حسب الاتجاه الفقهي المعاصر من خلال إيجاد ضمانات وآليات حماية خاصة لرضا المستهلكين عند إقدامهم على إبرام عقود استهلاكية، حيث أصبح المشرع يتدخل من أجل فرض التزامات على المتعاقد المحترف يهدف من خلالها إلى حماية رضا المستهلك عن طريق تنوير إرادته، وتوفير حماية خاصة له من الشروط التعسفية التي يمكن أن يضعها المتدخل المحترف.

إن معظم التشريعات الحديثة قد انتهت إلى رأي النظرية الحديثة[3]، الذي مفاده إلزامية توفير حماية خاصة للمتعاقد المستهلك، إضافة إلى الحماية الموجودة في القواعد الكلاسيكية التي تضمن الحماية لجميع المتعاقدين

---

[1] - أنظر محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2004. ص13.

[2] - أنظرعامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص7.

[3] - فعلى سبيل المثال، بدأت معظم التشريعات العربية بوضع قواعد وقوانين خاصة بحماية المستهلك وذلك كمايلي قانون حماية المستهلك في **لبنان** رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 والتشريعات ذات الصلة، وقانون حماية المستهلك في **سوريا** رقم 2 لسنة 2008 والمعدل بالمرسوم التشريعي رقم 27 للعام 2013 ، وقانون حماية المستهلك في **مصر** رقم 67 لسنة 2006 ولائحته التنفيذية، وقانون حماية المستهلك في **فلسطين** رقم 21 لسنة 2005، وقانون حماية المستهلك في **سلطنة عمان** رقم81 لسنة 2002، وقانون حماية المستهلك في **قطر** رقم 8 لسنة 2008 والمعدل بالمرسوم بقانون رقم (14) لسنة 2011، والقانون الاتحادي رقم (24) لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك في دولة **الأمارات** العربية المتحدة وفي **العراق** صدر قانون حماية المستهلك في العراق رقم 1 لسنة 2010، وفي **المغرب** تم إصدار الظهير الشريف رقم 1.11.03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير

بغض النظر عن صفتهم مستهلكين كانوا أو غير مستهليكن، وتبعا لذلك فإن مسألة حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، أصبحت تدور بين القواعد العامة للعقد وقواعد حماية المستهلك.

والتشريع الجزائري وإن أوجد ضمانات وآليات تهدف إلى ضمان صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد في القواعد العامة للعقد ضمن قواعد القانون المدني، فإنه نص على ضمانات وآليات خاصة بحماية رضا المستهلك هدفها خلق التوازن العقدي، كما لم يكتفي بالضمانات والآليات الهادفة إلى الحماية من انعدام التوازن المؤدي إلى فرض شروط تعسفية على المتعاقد في القواعد العامة ونص على قواعد خاصة بحماية المستهلك من خلال إنشاء ضمانات وآليات خاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، حيث يمكن اعتبار التشريع الجزائري من التشريعات العربية السباقة إلى وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك، فقد صدر قانون حماية المستهلك في الجزائر منذ حوالي 30 سنة أي سنة 1989[1]، ثم تلته مراسيم ونصوص كثيرة تسعى إلى حماية المستهلك، كقانون المنافسة[2]، وقانون الممارسات التجارية[3].

وقد تم إلغاء القانون 89-02 المؤرخ في 7-02-1989، المتضمن قانون حماية المستهلك، وحل محله القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[4] الذي عدل بدوره سنة[5]2018، ونظرا لمدى أهمية حماية المستهلك لدى المشرع الجزائري فقد تم الارتقاء بهذه الحماية من مجرد مبدأ قانوني إلى مبدأ دستوري يخضع لكل ما تتمتع به هذه المبادئ من قوة وقيمة[6].

وتتجلى **أهمية دراسة موضوع** حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد بين القواعد العامة للتعاقد وقواعد حماية المستهلك، من أنها تمكننا من مقارنة فعالية الحماية المقررة في كلا منهما، كما تبدو أهمية هذه الدراسة بوضوح كونها تسمح لنا من الوقوف على القصور الذي أصبح يشوب النظرية العامة للعقد في تحقيق حماية فعالة لرضا المستهلك عند إقدامه على إبرام العقود من جهة، ومن جهة أخرى الوقوف على موضوع حماية المستهلك الذي أصبح اليوم من المواضيع المهمة والخصبة للدراسة في المجال القانوني، إذ أن حماية المستهلك أصبحت موضوع ذا أهمية بالغة سواء على المستوى الدولي أو الوطني.

2011) بتنفيذ القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وغيرها من القوانين ذات الصلة، أما في **اليمن** فقد صدر قانون رقم (46) لسنة 2008 بشأن حماية المستهلك في اليمن. و في **السعودية** فإن هنالك مشروع نظام لحماية المستهلك لسنة 2011، وفي **الأردن** هنالك مشروع قانون لحماية المستهلك لسنة 2013. إضافة إلى جهود جامعة الدول العربية لوضع **قانون عربي استرشادي لحماية حقوق المستهلك.**

[1] - وهو القانون 89-02 المؤرخ في 7-02-1989، المتضمن قانون حماية المستهلك – الملغى -، ج رج، ع6.

[2] - الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 يوليو2003، المتعلق بالمنافسة، ج رج، ع43.

[3] - القانون 04-02 المؤرخ في 23-6-2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج رج، ع 41. المعدل والمتمم بالقانون 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010، ج ر ج، ع46.

[4] - القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ج رج، ع15

[5] - حيث عدل بالقانون 18-09 المؤرخ في 10-6-2018، المتضمن تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش09-03، ج ر ج، ع35.

[6] - حيث جاء في الفقرة 2 المادة 43 من دستور 1996 المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، ج ر ج، ع 76، والمعدل بموجب القانون الأخير 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، ج ر ج، ع14. بأنه " **تعمل الدولة على تحسين مناخ الأعمال، وتشجع على ازدهار المؤسسات دون تمييز خدمة للتنمية الاقتصادية الوطنية، تكفل الدولة ضبط السوق، ويكفل القانون حقوق المستهلكين**".

كما تتجلى أهمية هذه الدراسة في كونها تمكننا من تحليل الحماية التي قررها المشرع الجزائري لرضا المستهلك عند إبرامه للعقد، وذلك من خلال دراسة الالتزامات التي فرضها المشرع على المتدخل في العملية الاستهلاكية ومدى كفاية في حماية هذه الفئة التي أصبحت تتميز بالضعف.

وفيما يتعلق **بمبررات اختيار الموضوع** فقد تنوعت وتعددت المبررات الدافعة إلى اختيار الموضوع، بين مبررات ذاتية و أخرى موضوعية وذلك كما يلي الرغبة في مقارنة الحماية المقررة لرضا المتعاقد في القواعد العامة مع الحماية المقررة لرضا المستهلك في مرحلة إبرام العقد، وذلك من أجل إبراز دوافع اللجوء إلى فرض التزامات خاصة من أجل حماية المستهلك، وكذا التأثر بموضوع حماية المستهلك جعلني أميل إلى موضوع يسمح ليا بالإطلالة على جزء من الحماية المقررة له، كما أن القواعد الراسخة في إدارة العقد دفعتني إلى المقارنة بين هاذين النظامين، النظام التقليدي للتعاقد وما يقرره من حماية للمتعاقد في رضاه عند إبرام العقد منذ قرون، ونظام حماية المستهلك الجديد الذي فرض إيجاد نظام خاص بهذا المتعاقد من أجل توفير أكبر قدر من الحماية لهذه الفئة، كما أنه من بين المبررات أيضا إصدار المشرع الجزائري لنظام خاص بحماية رضا المستهلك عند إقدامه على إبرام العقد من خلال فرض التزامات على المتدخلين في العملية الاستهلاكية، جعل من الضروري الوقوف على هذه النظام وتحليل الآليات التي أوجدها المشرع من أجل توفير حماية خاصة لرضا المستهلك وكذلك دراسة مدى كفاية هذه الآليات في تحقيق الحماية المرجوة.

وفيما يتعلق **بهدف الدراسة** فإن هذه الدراسة تهدف إلى تحليل نظام الحماية المقرر لرضا المتعاقد في القواعد العامة أو القواعد التقليدية للتعاقد أين يكون المتعاقد حر الإرادة وعارف بكل ما يحيط بالتعاقد وظروفه، ومحاربة كل تعسفٍ يمكن أن يتعرض له المتعاقد المذعن، وتبيان مواطن القصور في هذا النظام، والتي كانت سببا في إيجاد نظام خاص من أجل حماية فئة المستهلكين، كما تهدف الدراسة أيضا إلى دراسة نظام الحماية الموجه لحماية المستهلك في رضاه عند إبرام العقد ومدى كفاية هذا النظام في حماية هذه الفئة الضعيفة في المجتمع، ومن جهة أخرى دراسة نظام المسؤولية الذي كرس من أجل حماية المستهلك والذي يختلف بالضرورة عن نظام المسؤولية الموجود ضمن القواعد العامة للعقد، وبيان كيفية الارتقاء بهذا النظام إلى مكانة أفضل مما هي عليه الآن.

وبما أننا نبحث هنا عن ملامح حماية رضا المتعاقد بين القواعد العامة للعقد وقواعد حماية المستهلك فإن الإشكالية التي يمكن أن نطرحها تتمثل في ما يلي: **كيف تدخل المشرع الجزائري من أجل ضمان صحة رضا المتعاقد وحمايته من انعدام التوازن العقدي في مرحلة إبرام العقد بين القواعد العامة للعقد وقواعد حماية المستهلك؟.**

ومن أجل معالجة الإشكالية المطروحة و دراسة هذا الموضوع ، فقد اتبعنا عدة مناهج منه **المنهج الوصفي** الذي يسمح بتوضيح بعض المفاهيم المتعلقة بالموضوع، وكذلك **المنهج التحليلي والنقدي** والذي يسمح لنا بتحليل فعالية أو عدم فعالية الحماية المقررة في كلا من النظامين النظام التقليدي وكذا النظام الجديد الخاص بحماية المستهلك، كم يعتبر **المنهج المقارن** منهجا مهما في هذه الدراسة إذ يسمح لنا بمقارنة نظام الحماية المقرة لرضا

المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، وبين النظام الخاص بحماية رضا المستهلك، كما يسمح لنا هذا المنهج من مقارنة نظام الحماية الموجود في التشريع الجزائري مع التشريعات المقارنة.

كما تطلب منا الأمر، دراسة الضمانات التي تدخل بها المشرع من أجل ضمان صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، وإبراز الآليات التي أوجدها المشرع من أجل ضمان تطبيق هذه الضمانات، سواء في القواعد العامة للعقد أو قواعد حماية المستهلك **(باب أول)**، كما أن خصوصية حماية رضا المتعاقد من انعدام التوازن العقدي الذي يجعله تحت رحمة الشروط التعسفية، قد جعلنا نتطرق إلى مفهوم هذا الانعدام من خلال تحديد مجاله سواء من حيث العقود أو من حيث مفهوم الشرط التعسفي في حد ذاتها، وبيان الآليات التي تدخل بها المشرع من أجل حماية المتعاقد من هذه الظاهرة من خلال القواعد العامة للعقد، وقواعد حماية المستهلك **(باب ثانٍ)**.

الباب الأول:

إلزامية صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد

لفرض التوازن العقدي

الباب الأول:

إلزامية صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد لفرض التوازن العقدي

طبقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم التعاقد منذ زمن طويل، فإنه لا يمكن أن ينشأ العقد إلا بتحقق ركن الرضا، ويتحقق هذا الركن طبقا للمبدأ المذكور عندما تتطابق وتتوافق إرادتين مختلفتين حول إنشاء عقد وتحديد مضمونه وانصراف إرادتاهما إلى إحداث أثر قانوني من وراء هذا التعاقد، حيث يصدر من المتعاقد الموجب إيجابا ثم يصدر قبولا من المتعاقد القابل، وبتطابق هذا الإيجاب مع ذاك القبول ينشأ و يوجد التراضي المنشأ للعقد[1]، غير أن وجود التراضي لوحده غير كافٍ، إذ أن الإرادة التي صدر منها التعبير سواءً في شكل إيجاب أو قبول لابد أن تكون قادرة وغير معيبة كي تتحقق المصلحة المرجوة من التعاقد من جهة، ومن جهة أخرى كي لا يختل التوازن المفترض بين المتعاقدين فتتفاوت الآداءات المقدمة مع العطاءات المحصل عليها، وتماشيا مع هذا الطرح فإن مبدأ سلطان الإرادة الذي يدير ويحكم العقود يشترط أن تكون الإرادة المعبر عنها والتي أنشأت ركن التراضي في العقد مؤهلة وخالية من العيوب، فهذه الشروط تشكل ضمانات لصحة رضا المتعاقد، وهي الضمانات التي تبنتها مختلف التشريعات المقارنة في النصوص المتعلقة بالقواعد العامة للتعاقد، وكذا التشريع الجزائري، غير أن الضمانات السالفة الذكر والتي وضعت في ظل مبدأ سلطان الإرادة الذي كان يفترض التوازن العقدي بين المتعاقدين لم تعد قادرة على ضمان صحة رضا المستهلك في ظل التطورات الحاصلة في المجال التعاقدي والتي أصبحت تسفر عن علاقات تعاقدية منعدمة التوازن منذ بدايتها مثل العقود التي يبرمها المستهلك مع المحترفين أو المهنيين وهو ما فرض تدخل المشرع من أجل إحاطة المستهلك بضمانات خاصة تهدف إلى ضمان صحة رضا المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية **(فصل أول)**، كما أوجد آليات من أجل ضمان تطبيق الضمانات الهادفة إلى ضمان صحة رضا المتعاقد سواء في القواعد العامة للعقد أو قواعد حماية المستهلك**(فصل ثانٍ)**.

[1] - راجع فيما يتعلق بمسألة وجود التراضي: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 213. رمضان محمد أحمد ابو السعود، مصادر الالتزام، ط3 ، دار الفتح للطباعة والنشر، سوتير – الأزاريطة، 2003، ص83. وهي نفس الأحكام التي ينشأ بها التراضي في مختلف العقود ومن بينها عقد البيع: راجع في مسألة وجود التراضي في عقد البيع: محمد حسن قاسم، عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطية – الإسكندرية، 2011، ص60. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، ج4 البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، دس، ص41-42.

الفصل الأول:

ضمانات صحة رضـا المتعاقد

الفصـل الأول:

ضمانات صحة رضـا المتعاقد

لما كانت مسألة صحة رضا المتعاقد هي الأساس في حمايته عند إبرام العقد، كان لزاما على المشرع الجزائري التدخل من أجل إيجاد مجموعة من الضمانات التي تكفل ضمان صحة رضاه، غير أن هذه الضمانات ليست على كفة واحدة، فالضمانات التي أوجدها المشرع في القواعد العامة والتي تهدف إلى حماية جميع المتعاقدين بغض النظر عن صفتهم، تختلف عن تلك الضمانات التي أوجدها في النصوص الهادفة إلى حماية المستهلك، ذلك أن المشرع كان ينظر إلى أطراف العقد في القواعد العامة نظرة مجردة من أي صفة، تجعله يعتقد بأن المساواة هي الأصل والمبدأ بينهما، إلى غاية وقوع تصرفات تمس بهذا التوازن فتجعله يختل، فإن نظرة المشرع إلى أطراف العلاقة العقدية الاستهلاكية هي نظرة دونية من بدايتها، حيث يوجد مستهلك في مركز ضعيف مقارنة بمن يتعاقد معهم من المهنيين والمتدخلين، أي أن عدم المساواة هو الأصل منذ البداية في قواعد حماية المستهلك، لذلك فإنه إذا كانت ضمانات صحة رضا المتعاقد في القواعد العامة تهدف بالأساس إلى إعادة الاختلال الطارئ على مبدأ المساواة المفترض **(مبحث أول)**، فإن ضمانات صحة رضا المستهلك تهدف إلى إعادة المساواة المفقودة منذ البداية إلى العلاقة العقدية التي يكون أحد أطرافها متعاقد مستهلك **(مبحث ثان)**.

المبحث الأول: الضمانات الهادفة إلى حماية صحة رضا المتعاقد من اختلال التوازن العقدي في القواعد العامة للعقد

تدور ضمانات صحة الرضا في القواعد العامة للعقد في مجملها حول ضمان وجود الإرادة التعاقدية الصحيحة، ذلك أن هذه الإرادة هي مناط تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين فهي التي تسمح للمتعاقد أن يحتاط لنفسه ويحدد ويوازن بين التزاماته وحقوقه في العقد، وبعبارة أخرى فإن الإرادة التعاقدية تلعب دورا مهما في إنشاء العقد وتحديد الآثار المترتبة عنه، ولا يمكن أن تلعب الإرادة التعاقدية هذا الدور إلا إذ صدرت من قبل متعاقد ذا أهلية كاملة، كما يجب أن لا تكون الإرادة المعبر عنها في العقد قد جاءت نتيجة لعيوب الإرادة[1]، ومن هنا فإن دراسة ضمانات صحة رضا المتعاقد في القواعد العامة تقودنا إلى دراسة أهلية التعاقد**(مطلب أول)**، وكذلك دراسة دور نظرية عيوب الإرادة في ضمان صحة رضا المتعاقد**(مطلب ثانٍ)**، كما أن القضاء خاصة في فرنسا وضمانا وحرصا منه على صحة رضا المتعاقد قد وصل إلى فرض التزام عام بالإعلام انطلاقا وتأسيسا على المبادئ العامة التي تحكم التعاقد وهو ما أصبح يميل إليه القضاء الجزائري أيضا من خلال اجتهاداته وقراراته **(مطلب ثالث)**.

[1] - راجع خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص45، و راجع كذلك: - Vialard (A), Droit civil. La Formation du contrat, O.P.U., Alger, 1981. pp 57-58.

المطلب الأول: اشتراط أهلية الأداء في المتعاقد

لإبرام العقد لابد أن يكون الشخص ذا أهلية[1]، أي لابد من توافر القدرة الجسدية والعقلية أو الذهنية التي تمنح الشخص القدرة على القيام بالتصرفات القانونية، حيث تعتبر الأهلية نتيجة حتمية عن الشخصية القانونية، ويعود شرط الأهلية إلى مبرر واضح وبسيط يتمثل في أن الشخص المؤهل يستطيع التعبير عن إرادة واعية ويلتزم على نحو صحيح، عكس الشخص عديم الأهلية الذي لا يستطيع ذلك، بالإضافة إلى أن شرط الأهلية يعتبر عنصرا لحماية الأشخاص[2].

والأهلية المشترطة في المتعاقد حتى يكون قادرا على إبرام العقد هي أهلية الأداء التي يجب تحديد مفهومها(**فرع أول**)، قبل بيان أسباب عدم توافرها في الشخص(**فرع ثانٍ**).

الفرع الأول: مفهوم أهلية الأداء

إن دراسة مفهوم أهلية الأداء يتطلب التعريف بها وتمييزها عن بعض المصطلحات التي يمكن أن تتشابه معها (**أولا**)، كما لابد من تحديد علاقة أحكام أهلية التعاقد بالنظام العام(**ثانيا**).

أولا – تعريف أهلية الأداء وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة: إن أهلية الأداء كشرط لإبرام العقد تختلف اختلافا جذريا عن أهلية الوجوب وهذا ما سوف يتبن لنا من خلال تعريفها (**1**)، وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة لها مثل الولاية والمنع القانوني من التعاقد وغيرها(**2**).

1 – تعريف أهلية الأداء: يقصد بالأهلية[3] في اللغة العربية الصلاحية للأمر[4]، أما في المجال القانوني فإما أن يقصد بها صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهذه هي أهلية الوجوب، أو يقصد بها قدرة الشخص على مباشرة كل الأعمال القضائية والقانونية المتعلقة بهذه الحقوق[5] والالتزامات وهذه أهلية الأداء.

---

[1] - فالأهلية الكاملة هي أساس مبدأ القوة الملزمة للعقد، الذي يرمي إلى تقرير (حرمة العقد) و حاصله أن الأفراد كاملي الأهلية يملكون أقصى درجات الحرية في التعاقد، وعقودهم تبرم بحرية واختيار، تكون مقدسة وعلى المحاكم احترامها. أنظر في هذه النقطة: عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك – دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت – لبنان، 2007، ص434.

[2] - Voir Ali (B), Le droit algérien des contrats – Données fondamentales -, Ed AJEd ,2011, p104.

[3] - فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية فإن مصطلح الأهلية قد عرف تعريفات كثيرة ومن جملة التعاريف المقدمة نذكر التعريف التالي:" صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق له أو عليه وصلاحيته لصدور الأفعال عنه على وجه يعتد به شرعا ". أنظر في هذا التعريف: محمد علي عبد الله الشرفي، حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية في القانون اليمني - دراسة مقارنة مع القانون -، 1986، ص ص 27-28، مشار إليه في مرجع بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقصر-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2014/2013، ص29، كما تعرف بأنها هي صلاحية الشخص للإلزام والالتزام، أو هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له كاستحقاق قيمة المتلف من ماله، أو وجوبها عليه كالتزامه بثمن المبيع وعوض القرض أنظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص117.

[4] - المنجد في اللغة والإعلام، طبعة جديدة ومنقحة، دار المشرق بيروت، 1986، ص20.

[5] - أنظر فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العام للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص79. وتجدر الإشارة بأن الكاتب يشير إلى قدرة الشخص على مباشر التصرفات المتعلقة بالحقوق فقط فيما يتعلق بأهلية الأداء. وفي رأينا أن القدرة هنا هي شاملة للأعمال والتصرفات القانونية والقضائية سواء تعلق الأمر بالحقوق أو الالتزامات.

ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، والأهلية بهذا المعنى تثبت لكل شخص يكتسب الشخصية القانونية[1]، بل أن هذا النوع من الأهلية تثبت حتى للجنين الذي تكون له في هذه الحالة أهلية وجوبا ناقصة، ومعنى ذلك أن الجنين أهل لاكتساب بعض الحقوق كالهبة والوصية وكذلك الحق في التركة، ولكن بشرط أن يولد هذا الجنين حيا، فهذا النوع من الأهلية ليست لها أية علاقة بالقدرة العقلية للإنسان، كما لا علاقة لها بقدرته على التمييز أو عدم التمييز حيث تثبت للعاقل كما تثبت للمجنون، كما أنه لا علاقة لها بالقدرة الجسدية للشخص فكما تثبت للإنسان غير المعاق تثبت أيضا للشخص المعاق الذي ليس له القدرة من الناحية الجسدية، بل إن أهلية الوجوب ليست مرتبطة بالإنسان لوحده فالشخص الاعتباري تكون له أهلية وجوب ترتبط بنشأته[2].

وأهلية الوجوب بالمعنى السالف الذكر لم تُقرر وتوضع لتحديد قدرة الشخص أو عدم قدرته على ممارسات التصرفات القانونية كما أنها لم تقرر لحماية الأشخاص، بقدر ما هي نتيجة حتمية لثبوت الشخصية القانونية للشخص، وتبعا لذلك فإن أهلية الوجوب تثبت لجميع الأشخاص في المجتمع وليست له أية علاقة بقدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية ومن بينها إبرام العقود.

وإذا كانت أهلية الوجوب تمنح الشخص الصلاحية لاكتساب الحقوق والتمتع بها غير أن هذا الاكتساب وذاك التمتع لا يعني صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق المكتسبة، فاستعمال الحق مرتبط بأهلية الأداء فهذه الأخيرة هي التي تمكن الشخص من استعمال حقوقه، ومن هنا يبدو الفرق واضحا بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء التي تعتبر مجال الدراسة، بل إن المقصود بأهلية الشخص للتعاقد هي أهلية الأداء[3].

وتعرف أهلية الأداء بأنها قدرة الشخص على التصرف في أمواله[4]، أوهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه عملا قانونيا أو قضائيا[5]، وهو التعريف نفسه الذي يطلقه فقهاء الشريعة الإسلامية على أهلية الأداء حيث عرفت بأنها " قابلية الأشخاص لأن يمارسوا حقوقهم وتصح فيها تصرفاتهم وأعمالهم"[6]. وأعمالهم"[6].

فأهلية الأداء معناها قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيرا منتجا لآثاره القانونية، وهو ما يستلزم وجود إرادة واعية وعيا كاملا بما تريد إنتاجه من آثار قانونية، ولا يتأتى ذلك إلا

---

[1] - Voir Ali (**B**), op, cit, p105.

[2] - وهو المعنى نفسه الذي تحمله أهلية الوجوب لدى علماء الفقه في الشريعة الإسلامية حيث تعرف بأنها: **"** صلوح الأشخاص لأن تثبت الحقوق لهم وعليهم، أنظر في هذا التعريف مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق، 1999، ص257.

[3] - راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 265.

[4] - أنظر خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص46.

[5] - أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص78.

[6] - أنظر مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص257.

من خلال توفر كل من التمييز والإدراك الكاملين في الشخص، وعليه فأهلية الأداء ترتبط ارتباطا وثيقا بالقدرة على التمييز والإدراك[1].

وأهلية الأداء باعتبارها مناط ومجال إبرام التصرفات القانونية، هي التي تمنح الشخص القدرة على إبرام العقود التي تعتبر مصدرا للالتزامات والحقوق، وتبعا لذلك فإن دخول شخص غير مؤهل في عملية تعاقدية يجعله طرفا ضعيفا في مواجهة متعاقد مميز واعٍ بكل ما يدور بالتعاقد وظروفه، وقد يستغل المتعاقد المؤهل عدم أهلية المتعاقد وضعفه فيجعله يتحمل التزامات لا تتماشى مع ما قد يحصل عليه من حقوق، لذلك فإن القانون يشترط أهلية الأداء في المتعاقد.

ونظرا لأن أهلية الأداء مناط أهلية التعاقد قد تتشابه في بعض الأحيان بمصطلحات أخرى لذا وجب تمييزها عن هذه المصطلحات.

2 – تمييز أهلية الأداء عن بعض المصلحات المشابهة: إن أهلية الأداء يلزم لتوافرها في الشخص قدرته على التمييز والإدراك، ويمكن أن تختلط في مفهومها ببعض المصلحات، مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لمصطلح الولاية على المال **(أ)**، وكذلك المنع من التصرف **(ب)**، لذلك فإنه من الأهمية بما كان تمييزها عنهما.

أ – تمييز أهلية الأداء عن الولاية على المال: قد يوكل القانون أو القضاء أو الاتفاق التصرف في مال شخص معين إلى شخص آخر فتنفذ هذه التصرفات في حق الشخص الثاني وهذا ما يطلق عليه في القانون مصطلح الولاية على المال، حيث يقصد بها في المجال القانوني تلك السلطة التي يتمتع بها الشخص والتي تخوله القيام بالتصرفات القانونية في أموال الغير، فتنتج هذه التصرفات آثارها القانونية في حقهم، وتتقرر هذه الولاية عادة لحماية صاحب المال الذي ليس له القدرة على إبرام التصرفات القانونية في أمواله بسبب نقص أهليته حقيقة أو حكما[2]، ومثالها الولي والقيم والوصي والوكيل عن الغائب فكل هؤلاء يتمتعون بالولاية على مال القاصر والمحجور عليه والغائب[3]، فكل هؤلاء تثبت لهم الولاية على المال ولا نقول لهم الأهلية للتصرف في أموال غيرهم، فالولاية على المال تختلف عن أهلية الأداء ويمكن إبراز هذا الاختلاف من خلال الأوجه التالية[4]:

- الولاية على المال تمنح للشخص الحق في إبرام تصرفات قانونية في أموال غيره ولحسابه، بينما تمنح أهلية الأداء للشخص الحق في إبرام تصرفات قانونية في أمواله الشخصية.
- تعتبر الولاية حادث طارئ واستثنائي فلا تمنح للشخص إلا في حالات محددة، عكس أهلية الأداء الملازمة للشخص.

---

[1] - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان-، 2010، ص168.

[2] - أنظر رمضان محمد أحمد ابو السعود، شرح مقدمة القانون المدني ـ النظرية العامة للحق -، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 177.

[3] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 268.

[4] - أنظر بوكرزازة أحمد، المرجع السابق، ص 31.

- تختلف أهلية الأداء عن الولاية عن المال أيضا من حيث الآثار المترتبة على كلٍ منهما، فإذا كان فقدان أهلية الأداء الذي يجعل رضا الشخص معيبا، ويترتب عليه آثار بحسب ما إذا كانت أهلية الأداء ناقصة أو منعدمة، ففي الحالة الأولى يثبت للشخص الحق في المطالبة بإبطال التصرف لنقص أهليته، أما في الحالة الثانية فإن التصرف يكون باطلا نظرا لانعدام الأهلية، بينما فقدان الولاية فيترتب عنه أثر واحد يتمثل في عدم نفاذ تصرفه في أموال الغير، تطبيقا لمبدأ نسبية التصرف القانوني بين أطرافه والذي يعني أن إرادة الشخص لا تلزمه إلا هو دون غيره.
- إذا كان وجود أهلية الأداء مرتبطا بالقدرة والتمييز والإرادة الواعية، فإن الولاية على المال ترتبط بوجود نيابة عن الغير[1].

وفي مجال إبرام العقود يمكن القول بأنه إذ كانت أهلية الأداء تمنح الشخص القدرة على إبرام العقود لحسابه، فإن الولاية على المال تمنح صاحبها الحق في إبرام عقود لحساب الغير، وهو وجه آخر من الأوجه التي نرى بأن أهلية الأداء تختلف فيه عن الولاية عن المال.

ب – تمييز أهلية الأداء عن المنع من التصرف القانوني: قد يمنع على الشخص في بعض الأحيان مباشرة التصرفات القانونية لا سيما المالية منها ومن بينها القيام بالتعاقد، وذلك ليس لأن الشخص غير مميز أو مؤهل أو لأن المال مما يمنع التصرف فيه، ولكن لأسباب قد تتعلق بحماية بعض الأشخاص مثل ما هو عليه من منع المريض مرض الموت من التصرف في ماله مراعاة لمصلحة الورثة[2]، كما يعتبر من قبيل المنع من التصرف القانوني تعليق التصرفات المالية للزوجة على إذن زوجها في بعض التشريعات التي تأخذ بنظام وحدة الذمة المالية للزوجين وذلك مراعاة للمصلحة المالية المشتركة بين الزوجين ومصلحة رئيسها الزوج[3]، أو كمنع المحكوم عليه في جناية من مباشرة التصرفات القانونية أثناء تأدية عقوبته[4]، ومن خلال ما تقدم يتضح الفرق بين أهلية الأداء والمنع من التصرف فإذا كانت الأولى تلحق الشخص، فإن الثاني يلحق المال[5]

---

[1] - ويشترط هنا أن تتوفر في الولي أهلية الأداء أيضا، ذلك أن الذي ليس له القدرة في إدارة أمواله لا يمكن أن تكون له القدرة في إدارة أموال غيــره.

[2] - أنظر المادة 408 ق م بأنه " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة. أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابل للإبطال**"**. ويلاحظ أن نص المادة يعلق عقد البيع الذي يبرمه الشخص المريض مرض الموت على إجازة باقي الورثة، بينما يجعل العقد المبرم مع الغير قابل للإبطال ورغم ذلك فإن نص المادة 409 يستثني الغير حسن النية الذي أبرم عقد بيع مع المريض مرض الموت من الحكم الوارد في نص المادة 408 وهذا ما يشكل بدوره حماية للغير حسن النية. أنظر في المادتين السابقتين الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ج رج، ع78.

[3] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 269.

[4] - لقد ذهبت المحكمة العليا إلى نقض القرار الذي قضى بصحة العقد الذي أبرمه الشخص المحكوم عليه بالحجز القانوني لارتكابه جناية تأسيسًا على أنه يحرم على الشخص أثناء تنفيذ العقوبة مباشرة حقوقه المالية. أنظر القرار رقم 43476 والمؤرخ في 1986/06/29، المجلة القضائية لسنة 1993، ع1، ص 14، راجع في القرار عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر- بريكة-،2001، ص ص 20-21.

[5] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 270.

ثانيا – مدى تعلق أحكام أهلية الأداء بالنظام العام: نظرا لأهمية شرط أهلية الأداء في حماية الأشخاص وكذلك في ضبط التصرفات القانونية وحماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد فإن أحكامها كلها تتعلق بالنظام العام وهذا ما يمكن أن نستخلصه من نص المادة 45 من ق م التي جاء فيها ما يلي" ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها".

ويترتب على القول بأن أحكام أهلية الأداء في إبرام التصرفات القانونية، ومن بينها إبرام العقد من النظام العام، آثارا مهمة من بينها أنه لا يجوز للأشخاص الاتفاق على ما يخالف النصوص التي تحدد الأهلية وفي حالة وجود مثل هذا الاتفاق فإنه يقع باطلا ونوع البطلان هنا هو البطلان المطلق، وهو البطلان الذي لا يعتد فيه بتراضي الطرفين[1].

ومن الآثار المترتبة أيضا على اعتبار أحكام الأهلية من النظام العام، أنه ليس لأحد الادعاء تلقائيا بأنه فاقد الأهلية إذ أن هذه الأحكام يحددها القانون وتبعا لذلك فقد ذهب المحكمة العليا في اجتهاد لها إلى أنه لا يمكن إبطال العقد الذي أبرم بين شخصين والذي يدعي فيه أحد أطرافه أن المدعي عليه غير أهل لإبرام عقد تبادل مسكنين استنادا إلى شهادة طبية في إثبات عدم أهلية المدعي عليه[2].

وفي اعتقادنا أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري وكرسه القضاء من اعتبار أحكام أهلية الأداء من النظام العام، هو عين الصواب ذلك أنه إذا اعتبرنا أن أهلية الأداء ضمانة لحماية الأشخاص غير المؤهلين، فإنه من الضروري عدم ترك هذه الضمانة في تنظيم أحكامه خاضعة لاتفاق الأشخاص، إذ أن مثل هذا الاتفاق في حد ذاته قد يضر بالشخص غير المؤهل، خاصة في مجال العقود وبالضبط في مرحلة إبرام العقد.

الفرع الثاني: أسباب عدم أهلية الشخص للتعاقد

رأينا فيما سبق أن أهلية الأداء المشترطة في التعاقد مناطها التمييز والإدراك وهما الأمرين اللذين لا يتوفران في جميع الأشخاص وذلك إما بسبب عامل السن**(أولا)**، أو بسبب بعض العوارض التي تعتري الشخص فتجعله غير مؤهل لإبرام العقود **(ثانيا)**.

أولا - الأسباب المتعلقة بسن المتعاقد: إن أهليه الأداء لا تتوفر في الإنسان بمجرد وجوده في الحياة، فهي تبدأ في الوجود مع مرور فترة زمنية محددة من حياته وتنمو وتكتمل إلى أن يصبح الشخص قادرا على التمييز بين النفع والضرر، أي إلى أن يصبح الشخص مدركا ومميزا أو كامل الأهلية[3]، فأهلية الأداء تتدرج مع سن الإنسان وعمره من الانعدام**(1)**، إلى النقص**(2)**، حتى تصل إلى الكمال[4]**(3)**.

---

[1] - أنظر خليل حسن أحمد قدادة، المرجع السابق، ص49.

[2] - القرار رقم 59.327، المؤرخ في 1990/05/21، المجلة القضائية لسنة 1993، ع1، ص 116، راجع عمر بن سعيد المرجع السابق، ص 20.

[3] - رمضان محمد أحمد ابو السعود، شرح مقدمة القانون المدني ـ النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص105.

[4] - يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية حياة الإنسان باعتبار الأهلية إلى خمسة مراحل، مرحلة الجنين (**الحمل المستكين**) وتثبت له أهلية وجوب ناقصة، مرحلة الطفولة من وقت الميلاد إلى غاية بلوغ سن السبع سنوات (**سن التمييز**) وتثبت له أهلية وجوب كاملة دون أهلية الأداء، (**مرحلة التمييز**) وتبدأ من سن السابعة إلى غاية ظهور العلامات الطبيعية كالاحتلام والحيض وتثبت للشخص في هذه المرحلة إلى جانب أهلية الوجوب الكاملة أهلية أداء كاملة، (**مرحلة البلوغ**) وتبدأ من

1 - مرحلة انعدام أهلية التعاقد: وهي المرحلة التي يكون فيها الإنسان في سن لا تسمح له بتقدير ما يمكن أن يعود عليه من نفع أو ضرر نظرا لعدم بلوغه السن التي تسمح له بالإدراك والتمييز، وهذا ما يجعل أهلية الأداء في هذه المرحلة منعدمة، أي عدم قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية والمالية وعدم قدرته على إبرام العقود وكل ذلك في سبيل حمايته من عدم أهليته.

وقد حدد المشرع الجزائري السن التي يكون فيه الشخص فاقدا لأهلية الأداء –أهلية التعاقد– بموجب نص المادة 2/42 ق م[1]بالفترة الممتدة من ولادة الإنسان إلى غاية سن 13سنة، وهي الفترة التي يكون فيه الشخص عديم التمييز لصغر سنه وبالتالي عدم الأهلية للتعاقد.

وقد خالف المشرع الجزائري في تحديده لسن التمييز بـ13 سنة معظم التشريعات العربية كالقانون المصري والليبي والعراقي والأردني حيث حددت هذه التشريعات سن التمييزبـ7 سنوات تماشيا مع أحكام الشريعة الإسلامية[2].

وفي اعتقادنا أن ما ذهب إليه المشرع الجزائري من مخالفة لباقي التشريعات العربية وأحكام الشريعة الإسلامية ليس له ما يبرره، بل أن هذا الاتجاه بعيد كل البعد عن الناحية الواقعية والعملية التي تثبت ممارسة أشخاص في المرحلة الممتدة من7سنوات إلى 13 سنة تصرفات عديدة بل وإبرامهم لعقود كثيرة وإن كانت هذه العقود ليست ذات أهمية كبيرة من الناحية المالية كاقتناء مستلزمات المنازل وغيرها، فلو طبقنا اتجاه المشرع في تحديده لسن التمييز بـ 13 سنة في الحياة العملية لأدى ذلك إلى إبطال كثيرٍ من العقود التي يبرمها الأشخاص في المرحلة الممتدة من7 سنوات إلى13 سنة، ذلك أن تصرفاتهم تقع باطلة نظرا لانعدام أهلية التعاقد في جانبهم، وهذا ما يشكل ضربا في استقرار المعاملات، كما أن التذرع بحماية الشخص في هذه المرحلة لتقرير وجعل سن التمييز 13 سنة ليس له ما يبرره فالشريعة الإسلامية تقرر سن التمييز بـ7 سنوات مع منح الشخص أهلية أداء ناقصة أي أنه يمكن حصر أهلية الأداء في هذه المرحلة في إبرام تصرفات دون الأخرى وكذلك إبرام عقود ليست ذات أهمية كبيرة من الناحية المالية[3].

2 - مرحلة نقص أهلية التعاقد: يرتبط نقص الأهلية بنقص التمييز والإدراك لدى الشخص، إما من ناحية السن أو بسبب بعض العوارض التي تصيب أهلية الشخص، ومن ناحية السن فإن هذه المرحلة

سن البلوغ إلى سن الرشد ويكون الشخص هنا مكلفا بكل التكاليف الشرعية ومن جهة الأهلية المدنية فإن الشخص في هذه المرحلة تكون له أهلية أداء كاملة بشرط أن يبلغ الولد راشدا، (**مرحلة الرشد**) ولم يحدد فقها الشريعة الإسلامية سن هذه المرحلة وكل ما في الأمر أن هذه المرحلة ترتبط بحسن التصرف في المال وقد تكون متزامنة مع سن البلوغ أو متأخرة عنه بوقت قصير. راجع محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية- نظرية القانون ونظرية الفقه، دار العلوم لنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر- ، 2006، ص150. ويكون سن صلوح الشخص للتعاقد حسب رأي المالكية والحنفية بلوغ الشخص سن السابعة وهو السن الذي يكسبه التمييز والعقل، أنظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 115.

[1] - أنظر المادة 2/42 من الأمر58/75 المتضمن ق م ، المرجع السابق. التي نصت على مايلي: " يعتبر غير مميزا من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

[2] - راجع علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري-، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر2003، ص ص 48 -49.

[3] - لقد ذهب بعض فقهاء القانون إلى أنه من الضروري مسايرة أحكام الأهلية في القانون المدني لأحكامها في الفقه الإسلامي، أنظر المرجع نفسه، ص 49.

تحدد وفقا لنص المادة 43 ق م التي نصت بأنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد... يكون ناقص أهلية وفقا لما يقرره القانون".

وبما أن سن التمييز وفقا لنص المادة 2/42 ق م محدد ببلوغ ثلاثة عشر سنة (13)، بينما حدد بلوغ مرحلة الرشد بسن 19 سنة، فإن المرحلة التي يكون فيها الشخص ناقص أهلية هي الفترة الممتدة بين سن الثالثة عشر والتاسعة عشر.

وتجدر الإشارة إلى أن مرحلة نقص الأهلية عكس المرحلة التي تكون فيها الأهلية منعدمة حيث يمكن للشخص في هذه المرحلة إبرام العقود لكن ليس على إطلاقها فهناك من العقود ما تستلزم الأهلية الكاملة نظرا لخطورتها على الذمة المالية للشخص مثل عقود التبرع وغيرها، وبعبارة أخرى فإن نقص الأهلية يجعل العقود التي تضر بمصلحة ناقص الأهلية باطلة، أما العقود التي تصب في مصلحته فتكون صحيحة كقبول ناقص الأهلية للهبة، بينما تخضع العقود الدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال حسب القانون المدني الجزائري[1]، ومتوقفة على إجازة الولي حسب نصوص قانون الأسرة[2].

وغني عن البيان أن المشرع الجزائري بتحديده سن التمييز ببلوغ 13 سنة قد خالف في ذلك ما ذهب إليه علماء وفقها الشريعة الإسلامية الذين حددوا هذه المرحلة ببلوغ سن 7 سنوات إلى غاية ظهور علامات معينة كالاحتلام والحيض، وهذه العلامات هي محل خلاف بين علماء الفقه الإسلامي وهي محددة ببلوغ سن 18 سنة لدى فقهاء المالكية، وكما أشرنا في مرحلة نقص الأهلية فإن مخالفة المشرع الجزائري لأحكام الشريعة الإسلامية هو اتجاه لا مبرر له، إذ يجب على المشرع الجزائري في هذا الشأن تعديل أحكام الأهلية بشكل يتوافق مع أحكامها في الفقه الإسلامي فذلك هو الأقرب إلى الناحية العملية والواقعية كما فصلنا سابقا.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري لم ينص صراحة على نظام الترشيد الذي يعد استثناءً يمكن من خلاله للقاصر المرشد بإجراء مجموعة من التصرفات القانونية في أمواله وإبرام عقود معينة وذلك في الحدود التي يرسمها ويضعها الإذن القاضي بالترشيد وبذلك يكون المشرع الجزائري قد خالف القانون الفرنسي الذي أخذ بهذا الاستثناء عن معظم التشريعات العربية[3]، رغم أن المشرع الجزائري قد أشار بطريقة غير مباشرة إلى هذا النظام عندما نص في المادة 2/38 ق م[4] على أن للقاصر موطن خاص بالتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى نظام الترشيد ضمن أحكام القانون المدني فإنه وبالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجده ينص على هذا الاستثناء صراحة وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 83

---

[1] - أنظر نص المادة 43 من الأمـر 58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق.

[2] - أنظر نص المادة 83 من القانون 84-11 المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج ر ج، ع 24.

[3] - أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 50.

[4] - أنظر نص المادة 38الفقرة2 التي نصت على ما يلي "... غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

ق أ والذي مفاده إمكانية منح القاصر الإذن في التصرف في مجالات معينة من طرف القاضي حيث جاء في نص هذه المادة أنه " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت له ما يبرر ذلك".

كما أخذ المشرع الجزائري بنظام الترشيد ضمن أحكام القانون التجاري التي تخضع للقواعد العامة فيما يتعلق بأهلية التعاقد حيث نصت المادة 5 من ق ت[1]بأنه " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكرا أم أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشد بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

-إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفيا أو غائبا أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم...".

يفهم من نص المادة 5 أعلاه أنه يمكن أن يؤذن للقاصر المرشد الذي بلغ ثمانية عشر سنة كاملة، وبعد الحصول على إذن أبوه أو أمه أو مجلس العائلة مصادق عليه من قبل المحكمة ومقيد في السجل التجاري، أن يمارس الأنشطة التجارية بصفة مطلقة بالنسبة للأموال المنقولة حيث يكتسب القاصر في هذه الحالة أهلية أداء كاملة، غير أن هذا الاستثناء بدوره يخضع لاستثناءات أخرى تتعلق بالأموال العقارية، أين يخضع المشرع مسألة التصرف فيها من قبل القاصر المرشد للإجراءات المتبعة في بيع أموال القصر وعديمي الأهلية، لكن هذا لا يعني أن القاصر المرشد لا يستطيع أن يرتب بعض الالتزامات والرهون على هذه العقارات وهذا ما تقضي به المادة 6 ق ت[2].

وبمقارنة نظام الترشيد المنصوص عليه في قانون الأسرة مع نظام الترشيد في القانون التجاري، يتضح لنا مدى الاختلاف بين النظامين، فإذا كان قانون الأسرة يسمح للقاضي بترشيد الصبي المميز الذي بلغ سن الثالثة عشر سنة، فإن القانون التجاري يقيد الحصول على إذن الترشيد ببلوغ سن الثمانية عشر سنة كاملة وهي مدة يرى البعض ونؤيدهم في هذا الرأي بأنها مدة غير كافية لتدريب القاصر على ممارسة الأعمال والنشاطات التجارية وإدارة أمواله[3].

وفي اعتقادنا أنه يحبذ توحيد نظام الترشيد في مجال الأعمال التجارية و نظام الترشيد في قانون الأسرة من أجل إعطاء فرصة أكبر للقاصر وتدريبه بشكل أفضل على ممارسة أعماله التجارية قبل بلوغ سن الرشد و ذلك بجعل نظام الترشيد محدد ببلوغ سن 16 سنة ذلك أن هذه المدة تسمح للقاصر بالتدريب على ممارسة مصالحه خاصة المالية منها من جهة، ومن جهة أخرى فإن تحديد سن الترشيد بـ 16 سنة

[1] - أنظر القانون رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن ق ت، ج رج، ع 78.

[2] - أنظر نص المادة 6 من القانون 59/75 المتضمن ق ت. " يجوز للتجار القصر المرخص لهم طبقا للأحكام الواردة في المادة 5، أن يرتبوا التزاما أو رهنا على عقاراتهم". غير أن التصرف في هذه الأموال سواء كان اختياريا أو جبريا لا يمكن أن يكون إلا بإتباع أشكال الإجراءات المتعلقة بيع أموال القصر أو عديمي الأهلية".

[3] - أنظر علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، 1999، ص 268.

سوف يسمح بتفادي المدة الطويلة بين سن الترشيد المنصوص عليه في قانون الأسرة والمحددة ببلوغ سن 13 سنة وسن البلوغ المحدد بسن 19سنة.

هذا ونشير بأنه لا يجب الاكتفاء بالإشارة إلى موطن أعمال القاصر ضمن قواعد أحكام القانون المدني بل يجب التطرق إلى نظام الترشيد وذلك تماشيا مع ما ذهبت إليه معظم التشريعات المقارنة، التي إضافة إلى تحديدها لموطن القاصر، عالجت نظام الترشيد ضمن أحكام خاصة[1]، وهو ما يجب على المشرع الجزائري الاقتداء به في قواعد القانون المدني من أجل إعطاء القاصر فرصة في إدارة شؤونه المالية إلى غاية بلوغه سن الرشد وكمال أهليته ومنه قدرته على إبرام العقود.

3 - مرحلة كمال أهلية المتعاقد (سن الرشد): إذا بلغ الشخص سن الرشد وكان متمتعا بكامل قوته العقلية وغير محجور عليه قانونا أصبح قادرا على التمييز والإدراك بين النفع والضرر وهذا ما يكسبه أهليه أداء كاملة لإجراء التصرفات القانونية وإبرام العقود على اختلافها، وسن الرشد 19 سنة حسب نص المادة 40 الفقرة 2 ق م.

وبخلاف نصوص القانون المدني، فإن أحكام الشريعة الإسلامية تفرق بين سن الرشد وسن البلوغ، فإذا كان سن البلوغ في القانون المدني هو نفسه سن الرشد والمحدد ببلوغ سن 19 سنة، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية يفرقون بين سن البلوغ الذي يبدأ بظهور علامة معينة كالاحتلام عند الرجل والحيض عند المرأة، وبين سن الرشد الذي قد يصاحب سن البلوغ أو يتأخر عنه بعض الشيء، ومعيار تحديد هذا السن هو القدرة على التصرف الحسن في الأموال بالنسبة للحنفية والمالكية، أما بالنسبة للشافعية فإنهم يشترطون صلاح الدين والدنيا معا[2].

بتطبيق النصوص السالفة الذكر والمتعلقة ببلوغ الشخص سن الرشد في القانون المدني فإنه ومتى بلغ الشخص سن 19 سنة أصبح أهلا وبصفة كلية وكاملة لإبرام جميع العقود دون التمييز بينها، بخلاف الشخص المميز الذي لا تثبت له إلا أهلية أداء ناقصة فيكون له القدرة على إبرام بعض العقود دون الأخرى، غير أن اكتساب أهلية الأداء سواء كانت كاملة أو ناقصة يشترط فيها خلو هذه الأهلية من العوارض التي قد تنقصها أو تعدمها بحسب نوع العارض الطارئ عليها، فإلى جانب الأسباب المرتبطة بالسن تشكل عوارض الأهلية سببا من أسباب عدم الأهلية للتعاقد.

ثانيا – الأسباب المتعلقة بالعوارض الطارئة على أهلية المتعاقد: لقد وصلنا فيما يتعلق باكتساب أهلية التعاقد من ناحية السن بأن هذه الأهلية لا تكتسب بصفة كلية إلا إذا بلغ الشخص سن الرشد المقدر تسعة عشر سنة كاملة، وذلك لارتباط القدرة على التمييز والإدراك بنضوج عقله الذي عادة ما يبدأ من هذه السن، غير أن بلوغ سن الرشد لوحده لا يكفي للقول بأن الشخص أصبحت له القدرة الكاملة لإبرام

[1] - عالج المشرع المصري نظام الترشيد بنص خاص وهو نص المادة 112 من القانون المدني المصري، إضافة إلى نصه على موطن القاصر ضمن نص المادة 42الفقرة2 مدني.

[2] - أنظر أحمد كرزازة، المرجع السابق، ص35.

التصرفات القانونية والدخول في علاقات تعاقدية، إذا أنه حتى بعد البلوغ قد تطرأ على الأهلية مجموعة من العوارض التي قد تعدمها **(1)**، أو تنقصها**(2)**[1].

1 – العوارض التي تعدم أهلية التعاقد: يلحق هذا النوع من العوارض على عقل الإنسان فيفقده التمييز والإدراك، بحيث يجعله ذلك في حكم الصبي غير المميز أقل من ثلاثة عشر سنة (13)، أي عديم الأهلية فيفقد بذلك القدرة على إبرام العقود، وتتمثل هذه العوارض في الجنون(أ)، والعته(ب).

أ – **الجنون:** لقد قدم الفقه القانوني تعريفات متعددة للجنون كعارض من عوارض الأهلية حيث عرف بأنه مرض يصيب العقل، فيفقده ويعدمه التمييز أو هو اضطراب يؤدي إلى عدم انتظام قوى العقل واختلال توازنه على نحو يؤدي إلى انعدام الإدراك والتمييز لدى صاحبه[2]،أو هو آفة تصيب عقل الإنسان فتجعله كعديم الأهلية، لا يقدر على التمييز، فيفقده بذلك القدرة على القيام بالتصرفات القانونية سواء تلك التي هي في صالحه أو التي هي في غير صالحه، ومن ثم تعتبر تصرفاته كلها باطلة بطلانا مطلقا[3].

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد قدموا للجنون بعض التعريفات منها أن الجنون آفة تحل بالدماغ فتبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى العقل من غير ضعف في أعضائه، أو هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها و يصاحبه اضطراب و هيجان غالبا[4].

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من تعريف الجنون فقد اكتفى بالإشارة إليه كعارض من عوارض الأهلية وتنظيم أحكامه ضمن قانون الأسرة[5]دون تعريفه وهو ما سارت عليه مختلف التشريعات المقارنة.

وفيما يتعلق بموقف القضاء من تعريف الجنون فبالنسبة للقضاء الجزائري لا نكاد نجد حكما أو اجتهاد يعرف الجنون على خلاف القضاء المصري الذي عرف المجنون بأنه" من أصيب باختلال في عقله يفقده الإدراك تماما وتكون حالته حالة اضطراب وحكمه أن تصرفاته القولية تكون باطلة بطلانا كليا، فلا تصح له عبارة أصلا ولا ينبني عليها أي حكم من الأحكام"[6].

وتجدر الإشارة بأن الجنون الذي يعتبر عارض من عوارض الأهلية هو الذي يلحق الشخص بعد بلوغه سن الرشد والذي يوجب الحجر على المجنون وتعيين قيم له، أما الجنون الذي يصيب الشخص قبل بلوغه والذي يترتب عليه تعين وصي واستمرار الوصاية حتى بعد بلوغ سن الرشد فلا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية، فإن الإنسان المصاب به لم تكتمل له أهلية أداء كاملة ولا ناقصة فتثبت له فقط أهلية

---

[1] - يقسم فقهاء الشريعة الإسلامية عوارض الأهلية إلى نوعان: عوارض سماوية وعوارض مكتسبة، فالأولى هي تلك التي ليست من اختيار الإنسان كالجنون، والعته، والنوم، ومرض الموت. أما الثانية فهي العوارض التي يكون لاختيار الإنسان دخل في تحصيلها كالسفه، والغفلة، والسكر، والتدين بدين مستغرق. راجع محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية -نظرية القانون ونظرية الحق-، دار العلوم لنشر والتوزيع، عنابة- الجزائر-، 2006.، المرجع السابق، ص153.

[2] - راجع سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، دار الكتب القانونية، مصر ،1987، ص768.

[3] - أنظر خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص48.

[4] - أنظر في هذين التعريفين أحمد بوكرزازة، المرجع السابق، ص43.

[5] - أنظر في تنظيم المشرع لتصرفات المجنون المواد 43 و44 من الأمر75-58، المتضمن ق م، المرجع السابق.

[6] - أنظر نقض مدني مصري، جوان 1981، سنة 32، ص1907، مشار إليه في مرجع كمال حمدي، الولاية على المال، دار نشرة منشاة المعارف، 2003، ص186.

وجوب أي القدرة على اكتساب الحقوق[1]، ومنه فإن مثل هذا الشخص لم تثبت له أهلية التعاقد أصلا سواءً كانت كاملة أو ناقصة.

إن إصابة الشخص بالجنون يجعل أهلية الأداء لدية منعدمة تماما فتصبح تصرفاته في حكم المعدومة شأنها في ذلك شأن تصرفات الصبي غير المميز، وهذا ما يجعل الشخص في هذه الحالة غير قادر على إبرام العقود، ويشترك الجنون من هذا الجانب مع عارض آخر من عوارض الأهلية وهو العته.

ب – العته: العته هو العارض الثاني الذي يشترك مع الجنون في أن كلاهما يؤثر على عقل الشخص فيفقده الإدراك والتمييز بحيث تنعدم أهلية التعاقد لديه، والعته بهذا المعنى هو عبارة عن نقصان العقل واختلاله ويجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام دون أن يصل إلى مرتبة الجنون، أو هو الحالة التي تعتري عقل الإنسان فيفقده القدرة على التمييز، على الرغم من أنه لا يفقد العقل تماما كالمجنون[2].

وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية العته بأنه حالة تعتري الشخص تجعله عليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير، وتبعا لذلك فإن الفرق بينه وبين الجنون أنه لا يفقد العقل وإنما يجعل الوعي والإدراك ضعيفين، كما أن العته لا يتبعه الهيجان والاضطرابات، وحكمه عند فقهاء الشريعة الإسلامية حكم الصبي المميز أي لا يكتسب صاحبه إلا أهلية أداء ناقصة، إلا في الحالة التي يفقد فيه المعتوه عقله وينعدم عنده التمييز، فيصبح في حكم المجنون[3]، وهذا بخلاف القانون الذي يجعل المعتوه والمجنون في حكم الصبي غير المميز وبالتالي فإن كلاهما يعدم الأهلية ويخضع صاحبه لنظام الحجر، ويعين له قيم إذ لم يكن له ولي أو وصي.

وبما أن المشرع الجزائري قد ساوى بين المعتوه والمجنون في الحكم من حيث التصرفات ونظام الحجر فإن عارض العته في هذه الحالة يصبح من العوارض التي تعدم أهلية التعاقد لدى الشخص، فتصبح العقود التي يبرمها باطلة بطلان مطلقا[4]، وهذا خلافا لقواعد الشريعة الإسلامية التي تكسب الشخص المعتوه أهلية أداء ناقصة ومنه إمكانية إبرامه لبعض العقود التي تأتي في مصلحته، وهو ما نؤيده في هذا المجال أي أن المعتوه لابد أن يخضع لنفس الأحكام التي تخضع لها العوارض المنقصة للأهلية، بما أن العته لا يفقد الشخص عقله بصفة كلية بل يضعفه فقط فتكون بذلك للمعتوه أهلية أداء ناقصة تمنحه القدرة على إبرام بعض العقود.

2 – العوارض التي تنقص الأهلية: نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أنه " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيه أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

---

[1] - أنظرموسى أبو ملوح، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق - الكتاب الثاني، ط3، دون درا نشر، 2003، ص 181.

[2] - راجع نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 184. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص154. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص39.

[3] - أنظر محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص153.

[4] - أنظر المادة 42 من الأمر58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق. والتي نصت بأنه " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو العته، أو الجنون".

يفهم من نص المادة 43 أعلاه أن العوارض التي تصيب الشخص بعد بلوغه فتنقص تمييزه ويترتب عنها نقص في أهلية أدائه وبالتالي حصر قدرته في التعاقد على عقود معينة دون عقود أخرى إنما تتمثل في السفه(أ)، والغفلة(ب).

أ – **السفه:** يعرف السفه في اللغة بأنه ضد الحُلم وأصله الخفة والحركة يقال تسفهت الرياح الشجر أي مالت به، تسفهت فلانا عن ماله إذا خدعته عنه، وقيل السفيه هو الجاهل.

أما في الاصطلاح القانوني فإن السفيه هو من يبذر المال على غير مقتض العقل والشرع، سواء أكان ذلك في وجوه الخير أو الشر، فالسفيه كامل العقل، ولكن العلة في تدبير أمره لأنه يسرف في إنفاق ماله، فالسفه حالة تعتري الإنسان تجعله غير قادر على إدارة أمواله والتصرف فيها لإسرافه وتبذيره حتى ولو كان في وجه الخير والإحسان فالإسراف في التبرعات كالإدمان على المقامرة، كلاهما يحتوي مخالفة لمقتضى العقل في الإنفاق[1].

والسفيه الذي يستحق الحجر عليه في الفقه الإسلامي هو ذلك الذي يبذل المال في المباحات قدرا زائدا عن المصلحة أو يبذله في المعاصي، وفي كلاهما تبذير[2]، لذلك وجب الحجر عليه لما في ذلك من مصلحة خاصة وعامة له وللمجتمع[3]، وهذا الحجر يفقد السفيه أهلية التعاقد في الفقه الإسلامي.

وبما أن السفه يؤثر على التمييز لدى الشخص، فقد جعل القانون السفيه في منزلة الصبي المميز الذي بلغ سن 13 سنة[4]، وهذا ما يجعل السفيه يتمتع بأهلية أداء ناقصة، تجعله قدرته على التعاقد مرتبطة بنوع العقد الذي يبرمه أي أنه يجب التمييز بين ما يمكن أن يعود عليه تعاقد السفيه من ضرر وما يعود عليه من نفع، وبين العقد الدائر بينهما، حيث تكون الأولى باطلة والثانية مقبولة، والثالثة قابلة للإبطال، و السفه بهذه الصفة يشترك في نفس الحكم القانوني مع الغفلة.

ب – الغفلة: تعرف الغفلة لدى فقهاء القانون بأنها، سهولة الوقوع في الغبن، بسبب سلامة القلب وضعف الإدراك[5]، وهذا ما يؤدى بالشخص إلى كثرة الخطأ عند التصرف[6].

وقد عرف فقها الشريعة الإسلامية ذا الغفلة بأنه ذلك الذي لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في عقود المعاوضات لسهولة خدعه، وقد ألحقه جمهور الفقهاء وهم مالك وابن حنبل، والشافعي بالسفيه

---

[1] - أنظر أنور العمروسى، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، ط2، دار العدالة، القاهرة، د س، ص280. وراجع كذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص162، أحمد بوكرزازة، المرجع السابق، ص 46، سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 770، موسى سلمان أبو ملوح، المرجع السابق، ص53 .

[2] - أنظر ابن تيمة، العقود، دار السنة المحمدية للطباعة، القاهرة، مصر، د س، ص19.

[3] - أنظر محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 153.

[4] - أنظر نص المادة 43 من الأمر 58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق.

[5] - راجع موسى أبو ملوح، المرجع السابق، ص55، سليمان مرقص، المرجع السابق ص771.

[6] - أنظر محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 155.

حيث يحجر عليه صيانة لماله، وخالفهم في ذلك الإمام أبو حنفية حيث رأى بأنه لا يحجر على البالغ العاقل إلا إذا أصابته آفة في عقله فأعجزته عن تدبير أمره[1].

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من تعريف الغفلة فإنه لم يرد أي نص يتعلق بتعريف الغفلة واكتفى فقط بالنص عليها كعارض من العوارض التي تلحق أهلية الشخص فتنقصها ولا تعدمها أي حكمها حكم السفه، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق رأي جهور الفقهاء من الشريعة الإسلامية الذين يلحقون الغفلة بالسفه، هذا وقد سكتت معظم التشريعات المقارنة ولم تورد نصا يتعلق بتعريف الغفلة وقد خالف القضاء المقارن ذلك حيث تطرق إلى تعريفها بمناسبة بعض الأحكام حيث عرفت محكمة النقض المصرية الغفلة بأنها: " من العوارض التي تعتري الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى اخصها الإدارة وحسن التقدير وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على تصرفات دون أن يهتدي إلى الربح فيها أو بقبوله فاحش الغبن في تصرفاته أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع"[2].

ونخلص في الأخير إلى أن أهلية التعاقد لدى ذا الغفلة وفقا للقانون المدني الجزائري تكون ناقصة شأنها شأن أهلية السفيه، أما إذا بلغ الشخص ولم تعتري أهليته العوارض التي تنقصها أو تعدمها فإن أهلية التعاقد تكون أهلية كاملة، غير أن المتعاقد قد يكون ضحية لعيوب الإرادة، فما هي هذه العيوب؟.

المطلب الثاني: مضمون نظرية عيوب الإرادة في ضمان صحة رضا المتعاقد

في القواعد العامة للتعاقد التي أساسها مبدأ سلطان الإرادة تلعب الإرادة دورا مهما في مرحلة إبرام العقد، وهذا ما يتطلب إرادة واعية وخالية من أي عيب يؤثر عليها فيجعلها تبرم عقد في غير مصلحة صاحبها تحت تأثير هذه العيوب، لذلك فإن المشرع الجزائري ينص على مجموعة من العيوب التي إذ تم التعاقد تحت تأثيرها جاز للمتعاقد المطالبة بإبطال العقد، حيث أخذ المشرع الجزائري في القواعد العامة للتعاقد بنظرية عيوب الإرادة[3] التي مفادها خلو إرادة المتعاقد من الغلط **(فرع أول)**، والتدليس**(فرع ثاني)**، والإكراه (فرع **ثالث)**، والاستغلال**(فرع رابع)**.

[1] - أنظر رابح بن غريب، النزعة الخلقية وأثرها في التصرفات القانونية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012، ص252.

[2] - أنظر طعن القضاء المصري رقم 5 لسنة 24 أحوال شخصية جلسة 1954/12/23، مشار إليه في مرجع حسن الفكاهي، وعبد المنعم حسنى، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصري، الإصدار المدني، ج3، الدار العربية للموسوعات، 1991، ص 541.

[3] - هناك من الفقه من يطلق عليها نظرية عيوبا الرضا، وهناك من يطلق عليها نظرية عيوب الإرادة، أنظر أكثر تفصيلا في هذه النقطة، محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2006، ص7، وفي رأينا أنه لا يوجد فرق بين الأمرين فإذا اعتبرناها عيوبا في الرضا فهذا يعني أنها كانت عيوبا في الإرادة التي أنشأت الرضا ابتداء، أما إذا اعتبرناها عيوبا في الإرادة فهذا يعني أن الرضا سوف يأتي معيبا ومنه فإن كلتا الحالتين تؤديان إلى نفس النتيجة، وفيما يتعلق بأخذ المشرع الجزائري بنظرية عيوب الإرادة أنظر المواد من 81 إلى 90 من الأمر85/75 المتضمن ق م، المرجع السابق.

الفرع الأول: الغلط

إن دراسة الغلط كعيب من عيوب الإرادة يتطلب منا التعريف به وتحديد أنواعه(**أولا**)، قبل تحديد شروط إعماله(**ثانيا**).

أولا- تعريف الغلط وبيان أنواعه: قبل دراسة أنواع الغلط وتحديد النوع الذي يمكن أن يعيب إرادة المتعاقد(2)، لا بد من تعريف الغلط (1).

1- تعريف الغلط: لقد عرف فقهاء القانون الغلط بأنه وهم تلقائي يقع فيه المتعاقد عند إبرامه للعقد مما يجعله يتصور الأمور والأشياء التي يتعاقد من أجلها تصورا غير حقيقي، أو هو حالة تقع في نفس الشخص تجعله يتوهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن تكون واقعة صحيحة يتوهم الإنسان عدم صحتها، أو واقعة غير صحيحة يتوهم صحتها[1].

أما المشرع الجزائري فقد نص على الغلط كعيب من عيوب الإرادة لكن دون التطرق إلى تعريفه حيث جاء في نص المادة 81 ق م أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

إن المفهوم أو التعريف السابق الذي قدمه الفقه للغلط هو تعريف شامل لجميع أنواعه وهذا ما يقودنا إلى دراسة أنواع الغلط وتحديد النوع الذي يعيب الإرادة.

2 - أنواع الغلط : الغلط الذي يمكن أن يشوب إرادة المتعاقد أثناء إبرام العقد أنواع كثيرة، وهذا ما يجعلنا نتساءل عن الغلط الذي يعتبر عيب من عيوب الإرادة خاصة وأن المشرع الجزائري يشترط في الغلط الذي يعتد به كعيب من عيوب الإرادة للمطالبة بإبطال العقد أن يكون جوهريا، وقد تنازع هذه المسألة نظريتين النظرية التقليدية(أ)، والنظرية الحديثة التي يبدو أن المشرع الجزائري قد أخذ بها(ب).

أ - النظرية التقليدية في الغلط: طبقا للنظرية التقليدية فإن الغلط ينقسم إلى ثلاثة أنواع غلط يعدم الرضا، وغلط يؤثر في الرضا فيعيبه دون أن يعدمه، وغلط لا يؤثر بتاتا على رضا المتعاقد، وتبعا لذلك فإن الغلط الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة هو الغلط المؤثر في الرضا ذلك أن النوعين الآخرين إما أن يعدما الإرادة بتاتا فتكون غير موجودة مثل الغلط المانع، وإما أن لا يؤثرا على صحة الرضا فتكون الإرادة موجودة وصحيحة وذلك في حالة الغلط غير المؤثر، أما الغلط المؤثر في الرضا فإنه لا يعدم الرضا ومع ذلك فإنه يؤثر قي صحته وصحة الإرادة التعاقدية التي صدر عنها الرضا وهذا النوع من الغلط إما أن ينصب على مادة في الشيء، أو على صفة جوهرية فيه، ومثال الأول كمن يشتري ساعة معتقدا بأنها من الذهب فإذا بها مصنوعة من النحاس المطلي بالذهب، أما الثاني فمثاله الشخص الذي يشتري تحفة على أنها أثرية فيتبن أنها غير أثرية أو أنها محل تقليد[2].

---

[1] - Ali (B), op , cit, p92. WEILL (A) , TERRE (FR), Droit civil, les obligations, précis Dalloz, Ed, 1986, p75, و راجع كذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 289. أنور العمروسى، المرجع السابق، ص294.

[2] - أنظر في تقسيم الغلط في النظرية التقليدية، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 166، وراجع كذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص 158. وكذلك محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 14.

لقد انتقدت[1] النظرية التقليدية في الغلط من قبل الفقه الحديث انتقادا لاذعا وذلك من جانبين، أولهما عدم صلاحية فكرة الغلط المانع ذلك أن هذا النوع من الغلط يجعل الإرادة منعدمة وبالتالي ينعدم رضا المتعاقد في حين أن الغلط المقصود هو ذلك الغلط الذي يعيب الإرادة ولا يعدمها ويعدم معها الرضا، أما النقد الثاني فيتمثل في أن التفرقة بين الغلط المؤثر والغلط غير المؤثر في النظرية التقليدية هي تفرقة مادية إذا يمكن أن يقع الغلط في صفة الشيء وجوهره مؤثرا كما يمكن أن يكون غير مؤثر، وإن كان في كثير من الأحيان يكون مؤثرا، فإن الكثرة لا تعني بالضرورة الشمول[2]، ونظرا لهذه الانتقادات تم هجر هذه النظرية وظهرت النظرية الحديثة في الغلط.

ب – النظرية الحديثة في الغلط: تفاديا للانتقادات التي وقعت فيه النظرية التقليدية في الغلط، فإن النظرية الحديثة لا تعتد بالغلط المانع المذهب للإرادة وتفرق بين أنواع الغلط الأخرى فتجعل من الغلط الجوهري الدافع إلى التعاقد هو الغلط المعيب للإرادة، بينما لا يعتبر الغلط غير الدافع عيبا في الإرادة، فطبقا لهذا النظرية التي أخذ بها المشرع في المواد من 81 إلى 85 ق م فإنه لا يعتد إلا بالغلط الجوهري كعيب من عيوب الإرادة وهذا ما يتطلب منا دراسة مواصفات الغلط الجوهري وأنواعه قبل تحديد شروطه.

ب – أ – مواصفات الغلط الجوهري: إن الغلط الجوهري الذي يمكن أن يعتد به كعيب من عيوب الإرادة هو الغلط الجوهري الجسيم، والمؤثر على الإرادة التعاقدية.

وبالنسبة لوصف الجسامة في الغلط فيبرره أمرين، أما الأمر الأول فيتعلق بضمان استقرار المعاملات ذلك أن السماح بإبطال العقد حتى ولو كان الغلط تافها وغير جسيما سوف يجعل المعاملات والعلاقة العقدية مهددة بالبطلان بشكل دائم، أما الأمر الثاني فيتعلق بفلسفة الحماية القانونية والتي لا يمكن استحقاقها إلا إذا كان هناك دافع ومبرر جدي، أما التجاوز والتفاوت البسيط بين الأفراد فإن القانون لا يعتد به ولا يقيم له وزنا، بل إنه يفترض في المتعاقد الذي يتعامل بأهلية كاملة أن يحتاط لنفسه في بعض الأحيان ويتحمل تبعة تصرفاته.

ويمكن القول أن الغلط قد بلغ حد من الجسامة إذا بلغ من الخطورة ما يستدعي تدخل القانون من أجل حماية المتعاقد الضعيف الذي وقع ضحية له، ويلاحظ أن تقدير جسامة الغلط هنا هي من الأمور النسبية التي تختلف من متعاقد إلى آخر ومن ظروف إلى أخرى، وعادة ما يرجع في تقدير مدى جسامة الغلط إلى عوامل شخصية وذاتية في المتعاقد، كما يمكن الاكتفاء بمعيار الرجل العادي الذي وقع في نفس الظروف، أما المشرع الجزائري في نص المادة 1/82[3] ق م فقد أخذ بمعيار ذاتي وطبقا لهذا المعيار يكون الغلط جسيما بالعودة إلى نفسية المتعاقد وما رتبه هذا الغلط من اعتقاد خاطئ، غير أن هناك من يرى بضرورة الأخذ بمعيار مجرد، وذلك من أجل تجنيب القضاء الصعوبات المتعلقة بالبحث في نفسية

[1] - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 168.

[2] - ويلاحظ أن القضاء خاصة في فرنسا لم يأخذ بالنظرية التقليدية في الغلط: أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 294.

[3] - جاء في نص المادة ما يلي " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط".

المتعاقد التي لا تعتبر بالأمر الهين واليسير، إضافة إلى الأسباب المتعلقة بوضع حد لتعسف المتعاقد والأنانية الشخصية التي قد تنجر على المعيار الذاتي[1]، وهو ما نؤيده في هذا المجال ، ذلك أن الأخذ بالمعيار المادي من شأنه أن يحقق التوازن في مجال الرضا بين المتعاقدين الذي قد يكون ضحية للرغبات غير المشروعية والنوايا غير الحسنة إذا ما أخذنا بالمعيار الذاتي.

ومن مواصفات الغلط الجوهري أيضا أن يكون الغلط مؤثرا ومعنى تأثير الغلط أن يكون هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد بحيث لولاه لما أقدم المتعاقد على التعاقد، أي أن المتعاقد قد أبرم العقد تحت تأثير الأوهام الخاطئة التي قامت في ذهنه ويحبذ هنا الأخذ بمعيار مجرد في تحديد مدى تأثير هذه الاعتقادات والأوهام الخاطئة على إرادة المتعاقد[2].

من خلال ما تقدم يتضح بأن الغلط الذي يعيب الإرادة هو الغلط الجوهري، وهو بدوره يتخذ أنواع عديدة فما هي أنواع الغلط الجوهري.

ب – ب – أنواع الغلط الجوهري: لقد حدد المشرع الجزائري في القانون المدني صور الغلط الجوهري الذي يمكن أن يعتبر عيبا في الإرادة بشكل يؤثر على رضا المتعاقد وذلك من خلال نصي المادتين 3/2/82[3]، والمادة83 ق م[4]، وطبقا لهذان النصان فإن الغلط يكون جوهريا، أذا وقع في صفة جوهرية في الشيء، أو الغلط الواقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، أو كان الغلط في القانون[5].

ب – ب – أ– الغلط في صفة جوهرية في الشيء: يمكن القول بأن المتعاقد قد وقع في غلط في صفة جوهرية في الشيء عندما يبرم هذا المتعاقد عقدا معتقدا بأنه سوف يجد صفة جوهرية في الشيء غير أن ذلك لا يتحقق له، وسرعان ما يكتشف المتعاقد بأن الصفة التي كان يعتقد بأنها موجودة في الشيء هي من نسيج الوهم الذي قام في ذهنه.

ومن أمثلة الغلط في صفة جوهرية في الشيء كمن يشتري قطعة أرضية معتقدا بأن هذه القطعة ملتصقة بالطريق العام فإذا به يكتشف أنها محصورة من جميع الجهات، أو كمن يشتري قطعة معينة على أساس أنها تحفة أثرية فإذا بها حديثة الصنع، و يعتقد البعض أنه لا يعتبر من قبيل الغلط الجوهري في صفة الشيء من يشتري قطعة أرض مرتبطة بطريق معتقدا أن هذا الطريق هو طريق عام فإذا به طريقا خاصا[6]، غير أننا لا نؤيد هذا الرأي وفي اعتقادنا أن الفرق بين الطريق العام والطريق الخاص فرقا شاسعا

---

[1] - أنظر في فكرة الغلط الجسيم وضرورة الاعتداد بالمعيار المجرد لتحديده، علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 159-160.

[2] - أنظر المرجع نفسه، ص 161.

[3] - أنظر نص 82 الفقرة2 و3 من الأمر 58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق، والذي نص على ما يلي**"...** ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد وحسن النية.

وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

[4] - جاء في نص المادة ما يلي: " يكون الغلط قابلا للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع...".

[5] - تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعتبر من قبيل الغلط الجوهري الغلط المادي حيث نصت المادة 84 ق م الأمر58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق " لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط".

[6] - أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص87.

يجعل الغلط فيهما غلطا جوهريا خاصة إذا تبين سوء نية المتعاقد الآخر الذي يستغل الغلط الواقع في ذهن المتعاقد من أجل بيع القطعة الأرضية بثمن أكبر من ثمنها الحقيقي، فثمن قطعة الأرض الملتصقة بالطريق العام ليس هو نفسه ثمن قطعة الأرض الملتصقة بالطريق الخاص.

وفي الحقيقة إن تحديد الصفة الجوهرية في الشيء ليس بالأمر الهين، وعادة ما يتم تحديد هذه الصفة من خلال الرجوع إلى نية المتعاقدين، ومن خلال النظر في ظروف وطبيعة المعاملة ذاتها وما يجب أن يطبع عليها من تعاون ونزاهة ، والتي يفرضها مبدأ حسن النية على المتعاقدين في التعامل، كالشخص الذي يقدم على شراء خاتم من نحاس معتقدا بأنه من ذهب رغم أنه أخبر البائع بأن هذا الخاتم هو خاتم زواج[1].

ب – ب – ب – الغلط في ذات أو صفة المتعاقد: نص المشرع على هذا النوع من الغلط من خلال نص المادة 3/82 ق م التي جاء فيها "... إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

ويكون الغلط في هذه الحالة واقعا في صفة المتعاقد إما لأمانته وشرفه، أو ليساره، أو في ذات المتعاقد معه، ويشترط في هذه الحالة أن تكون هذه الذات أو الصفة محل اعتبار كي يوجد الغلط[2]، وهذا الشرط إنما يتحقق في بعض العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد محل اعتبار ومن أمثلتها عقد الوكالة، وعقد الهبة وعقد العمل، وعقد شركة الأشخاص، ففي هذه العقود يكون شخص كل من الموهوب له، والعامل والشريك محل اعتبار ومنه فإن الغلط فيها يعد أمرا جوهريا يجعل العقد قابل للإبطال[3].

لقد أخذ القضاء الجزائري بمسألة الغلط في شخص المتعاقد في مناسبات عدة، وهذا ما أدى إلى نقض بعض القرارات التي لم يراع فيها شخص المتعاقد، حيث ذهبت المحكمة العليا في اجتهاد لها[4] إلى نقض القرار الذي ذهب فيه قضاة المجلس إلى تأييد الحكم الذي لم يراعي أن الشخص لم يتعاقد إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده والذي لم يقدم أي وثيقة تثبت له هذه الصفة، وذهبوا إلى إلزام الطاعن بدفع التعويضات المستحقة للمطعون ضده.

ب – ب – ج – الغلط في القانون: يمكن أن نستشف هذا النوع من الغلط من خلال نص المادة 83 ق م حيت نصت على ما يلي" يكون العقد قابل للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقا للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

من خلال نص المادة 83 ق م يتضح بأن المشرع الجزائري يعتبر الغلط في القانون من قبيل الغلط الجوهري الذي يجعل العقد قابل للإبطال، وذلك متى ثبت أن التعاقد قد تم بسبب هذا الغلط، أي أن الغلط في القانون كان الدافع الرئيسي لإبرام العقد.

---

[1] - Voir Marty (G) , Raynaud (P), droit civil les obligation 2 éme Ed. T.1. les sources Sirey 1988. p181.

[2] - Ali (B), op, cit, p93, WEILL (A.) , TERRE (FR), op, cit, p145 .

[3] - أنظر علي فيلالي المرجع السابق، ص165.

[4] - أنظر القرار رقم 49339 المؤرخ في 14-11-1988، المجلة القضائية لسنة 1990، ع4، ص147، مشار إليه في في مرجع عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص 25.

وتجدر الإشارة بأن الغلط في القانون لم يكن مقبولا كسبب من أسباب إبطال العقد خاصة في القانون الروماني الذي كان لا يغفر مثل هذا النوع من الغلط، وقد امتدت هذه الفكرة إلى الفقه الفرنسي القديم، ويعود الفضل في تقرير فكرة الغلط في القانون إلى الفقيه دوما(Domat) الذي جعل من الغلط في القانون سببا لإبطال العقد إذا كان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد، على الرغم من أن الأخذ بهذه الفكرة يوحي بأنها تتعارض مع قاعدة مهمة في تطبيق القواعد القانونية ألا وهي قاعدة" **لا عذر بجهل القانون**"، وقد حاول بعض الفقه التخفيف من هذا التعارض بين الفكرتين من خلال قولهم بأن قاعدة لا عذر بجهل القانون لا يعمل بها إلا بصدد القواعد المتعلقة بالنظام العام مثل قواعد القانون الجنائي، القواعد الآمرة في القانون المدني، وأن هذه القاعدة لا تطال القوانين التي يستعصى معرفتها على الناس، حيث يكون العذر هنا مقبول والجهل بها يمكن أن يكون سببا للمطالبة بالإبطال[1]، غير أننا و إلى جانب كبير من الفقه لا نؤيد هذا التبرير فقاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون تطبق على جميع القوانين دون أي فرق بينها كما أنه تعني في مضمونها أنه لا يمكن لأحد أن يحتج بعدم علمه بالقانون لتفادي تطبيقه عليه، ولا يوجد في هذا المعنى ما يتعارض مع إبطال العقد لغلط في القانون إذا كان هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد، فالقاعدة القانونية تطبق على المتعاقدين سواء علما بها أو لم يعلما، غير أن إقدام الشخص على إبرام عقد مع توهمه الخاطئ لحكم القاعدة القانونية في أمر معين وهو يجهل الحكم الحقيقي للقاعدة القانونية في المسألة فإنه من غير المعقول اعتبار رضاه سليما، فإذا تعهد شخص مثلا بدفع دين طبيعي وهو يجهل حكم القانون في الالتزام الطبيعي من أنه لا جبر في تنفيذه، فإن رضاه بالتعهد يكون معيبا، ولا يمكن الاحتجاج بقاعدة عدم الاعتذار بجهل القانون ، فالمتعاقد في هذه الحالة لا يستبعد تطبيق القاعدة القانونية بقدر ما هو يطالب بالتطبيق الصحيح لها[2]، فالغلط في القانون يشكل سببا من أسباب المطالبة بإبطال العقد، أما الجهل بالقانون فلا يعتبر عذرا، فالغلط هو الوهم والعلم الخاطئ بالقانون، أما الجهل فهو عدم العلم بالقانون[3].

ثانيا - شروط إعمال الغلط: يشترط لإعمال الغلط كعيب في إرادة المتعاقد، مراعاة مدى حسن نية المتعاقد الآخر **(1)** ومدى اتصاله علمه بهذا الغلط**(2)**.

1 - ضرورة مراعاة حسن النية في التمسك بالغلط: نصت على هذا الشرط المادة 85 ق م والتي جاء فيها مايلي" ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية.

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد".

ويتضح من خلال نص المادة أنه لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط وكان هذا الغلط هو الدافع لإبرامه العقد مادام أن المتعاقد الآخر حسن النية أو أظهر استعداده لتفادي ما وقع فيه المتعاقد معه من غلط، ومن أمثلة ذلك أن يشتري الشخص شيء معتقدا بأنه أثري، ويتضح بعد ذلك أن هذا الشيء خال

[1] - أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص58.
[2] - أنظر رمضان محمد أحمد ابو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص118.
[3] - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص178.

من هذه الصفة، ففي هذه الحالة وتطبيقا لمبدأ حسن النية فإنه لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في الغلط المطالبة بإبطال العقد، إذا قدم له البائع الشيء الذي كان يبحث عنه فإذا أصر على ذلك اعتبر متعسفا في استعمال حقه في إبطال العقد[1]، وهذا لا يعني أن المتعاقد الذي كان ضحية للغط يلزم بإبرام عقد جديد لم تتجه إرادته إلى الدخول فيه، وإنما يلزم بالعقد الذي اتجهت إرادته بداية إلى الدخول فيه، كما لا يلزم بإبرام نفس العقد بفرض شرط من أجل قيام العقد الجديد[2].

2 - **علم المتعاقد الآخر بالغلط:** لقد أنقسم الفقه في هذا المجال إلى ثلاثة اتجاهات، حيث ظهر اتجاه يقول بعدم كفاية الغلط الفردي للمطالبة بإبطال العقد بل لابد من أن يكون الغلط مشتركا بين المتعاقدين، في حين ذهب اتجاه آخر إلى أن الغلط الفردي كافٍ لإبطال العقد على أساس الغلط، وبين هذا وذاك ظهر اتجاه ثالث يرى بأن الغلط الفردي كافٍ لإبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر عالما به أو من السهل عليه العلم به.

وقد اختلف الفقه[3] حول موقف المشرع الجزائري من النظريات السالفة الذكر حيث ذهب البعض إلى أن المشرع الجزائري قد أخذ بنظرية الغلط الفردي ولم يعتد بالغلط المشترك ولا بمبدأ حسن النية في المتعاقد الآخر وطبقا لهذا الرأي فإنه يمكن للمتعاقد المطالبة بإبطال العقد دون مراعاة لعلم المتعاقد الآخر أو عدم علمه أو حسن نيته من عدمها، غير أن جانب آخر من الفقه[4] قد ذهب إلى أن المشرع الجزائري يأخذ بالغلط الفردي مع ضرورة اتصال هذا الغلط بعلم المتعاقد الآخر أو إمكانية علمه.

ومن خلال ما تقدم نصل إلى أنه حتى يتمكن المتعاقد من إبطال العقد على أساس الغلط لا بد أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر ويكون الغلط كذلك إذا كان مشتركا بين المتعاقدين، أو كان المتعاقد الآخر عالما به أو من السهل عليه العلم به، لكن هل يغني الغلط عن التدليس؟.

ثانيا - التدليس: قد يقدم أحد المتعاقدين إلى استعمال بعض الحيل من أجل التأثير على إرادة المتعاقد الآخر فتصبح هذه الإرادة معيبة ولا يتحقق معها شرط الرضا الصحيح في العقد، حيث يبرم المتعاقد المدلس عليه عقد تحت تأثير الغلط الناتج عن استعمال الحيل التدليسية، وهذا ما يطلق عليه الفقه القانوني التدليس الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة والذي سوف يتبين خلال تعريفه بأنه يتميز عن الغلط(**1**)، خاصة من خلال عناصره(**2**)، وشروطه(**3**).

1 - تعريف التدليس وتمييزه عن الغلط: إن تعريف التدليس سوف يكشف لنا أنه قد يقترب من الغلط، وهذا ما يتطلب منا التطرق لتعريف التدليس(**أ**)، قبل تمييزه عن الغلط(**ب**).

أ - تعريف التدليس: لقد قدم الفقه القانوني تعريفات متعددة للتدليس ومن بين هذه التعريفات نذكر:

التدليس هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيل والخداع لحمله على التعاقد[5].

---

[1] - أنظر فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص84.
[2] - أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص171.
[3] - راجع علي علي سليمان، المرجع السابق، ص60.
[4] - أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص173.
[5] - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص181.

كما عرف بأنه استعمال الحيل بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد[1].

أو هو غلط مستثار ومدبر يجعل العقد قابل للإبطال ليس بسبب التدليس في حد ذاته ولكن بسبب الغلط الذي أوقع فيه المتعاقد[2].

ويقترب التدليس[3] في المفهوم القانوني من التغرير لدى فقهاء الشريعة الإسلامية حيث يعرف التغرير بأنه الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد أو حمله عليه[4].

أما فيما يتعلق بموقف المشرع الجزائري من التدليس فقد أشار إليه ضمن نص المادة 86 ق م لكن دون تعريفه حيث نصت هذه المادة على أنه " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد....".

ويمكن القول بأن التدليس هو استعمال أحد المتعاقدين وسائل احتيالية مهما كان شكلها سواء كانت فعلية أو قولية، أو كتمان بعض البيانات أو كلها بهدف خداع المتعاقد الآخر وجعله يبرم عقد في غير مصلحته، حيث يبرم هذا الأخير العقد تحت الوهم الذي صنعته في ذهنه تلك الحيل التدليسية ومنها يقترب التدليس من الغلط فكيف يمكن أن نميز بينهما؟.

ب - التمييز بين التدليس والغلط: لقد ثار خلاف فقهي كبير حول مدى إمكانية الاستغناء عن نظرية التدليس والاكتفاء بنظرية الغلط، على اعتبار أن كلا العيبين يجعلان المتعاقد يقع في وهم، فيكون هذا الوهم هو السبب والدافع إلى التعاقد، وقد انقسم الفقه تبعا لذلك إلى اتجاهين.

فقد ذهب اتجاه أول وهم أنصار النظرية الحديثة إلى أن نظرية الغلط تغني عن التدليس وأن نظرية التدليس لم تأتي بأي جديدا يضاف إلى نظرية الغلط يجعلها نظرية مستقلة بذاتها في مجال عيوب الرضا، فشروط التدليس هي نفسها شروط الغلط، وحسب هذا الاتجاه فإنه لا يمكن أن يوجد عقد قابل للإبطال للتدليس دون أن يكون قابل للإبطال على أساس الغلط، ومبرر ذلك واضح فالتدليس لا يبطل العقد إلا إذا كان دافعا للتعاقد، ولا يكون كذلك إلا إذا أوقع المتعاقد في غلط، فالغلط الذي ينشأ بسببه التدليس هو غلط دافع، والغلط الدافع يؤدي دائما إلى إبطال العقد سواء كان هذا الغلط في القيمة أو في الباعث، وتبعا لذلك فإن كل عقد قابل للإبطال على أساس التدليس يمكن إبطاله على أساس الغلط، وهذا

---

[1] - أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 99.

[2] - أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص 175.

[3] - يطلق فقهاء الشريعة الإسلامية على التدليس اصطلاح الخلابة، بمعنى الخديعة، حيث يفضل أكثرهم استعمال هذا المصطلح على اعتبار أنه يستوعب كل أنواع الخديعة في التعاقد، وطبقا لذلك يكون التدليس صورة من صور الخلابة، أنظر في هذا الرأي الشيخ الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، ج1، فقرة 186، أشار إلى هذا المرجع، محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص154.

[4] - أنظر في هذا التعريف الشيخ مصطفى الزرقاء، أشار إليه، مازن مصباح صباح، سامي عدنان العجوري، عيوب الرضا وآثاره على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقاء دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، المجلد الثامن عشر، ع1، ص102-142، ص117.

ما يجعل نظرية الغلط تغني عن نظرية التدليس[1]، ومن التشريعات التي تأثرت بهذا الاتجاه نجد القانون البرتغالي والنمساوي، حيث تم الاستغناء عن نظرية التدليس والاكتفاء بنظرية الغلط[2].

غير أنه وبخلاف النظرية الحديثة فإن أصحاب النظرية التقليدية يرون باستقلالية نظرية التدليس عن نظرية الغلط ويبررون ذلك بما يلي[3]:

– الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، بينما يقع المدلس عليه في غلط مستثار وتحت تأثير الحيل التدليسية.

– يكون إثبات التدليس أمرا يسيرا نظرا لتعلقه غالبا باستعمال وسائل مادية، بينما يصعب إثبات الغلط لتعلقه بالوهم.

– قد يكون مجرد الغلط غير كافٍ للمطالبة بإبطال العقد مثل الغلط في القيمة والغلط في الحساب، أما إذا استعمل المتعاقد طرقا احتيالية من أجل إيقاع المتعاقد معه في غلط في القيمة أو في الحساب، جاز المطالبة بإبطال العقد على أساس التدليس.

– لا يكفي مجرد الغلط في القانون من أجل المطالبة بإبطال عقد الصلح، أما إذا كان هذا الغلط ناتجا عن استعمال طرق احتيالية فإنه يمكن المطالبة بالإبطال للتدليس.

– يشترط في التدليس أن يكون صادرا من المتعاقد الآخر أو أن يكون عالما به إذا كان صادر من الغير، وهذا الشرط غير موجود في الغلط.

وفي رأينا أن المشرع الجزائري قد تأثر بهذه الاعتبارات وهذا ما جعله ينص على التدليس كعيب مستقل بذاته عن الغلط من خلال نص المادة 86 ق م، وهو ما أخذت به أيضا بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع المصري والفرنسي.

ويمكن القول أن ما ذهبت إلية النظرية التقليدية وما أخذ به المشرع الجزائري وبعض التشريعات المقارنة من استقلالية بين الغلط والتدليس هو عين الصواب، وهذا ما يتضح من المبررات التي قدمها أنصار النظرية التقليدية، ونضيف إلى ذلك أن أنصار النظرية الحديثة قد اهتموا بوجه الشبه الطفيف بين الغلط والتدليس والمتمثل في الوهم الذي يقع فيه المتعاقد في كلتا الحالتين وتناسوا الفارق الجوهري بينهما والمتمثل في أن الوهم في الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، بينما يكون الوهم في التدليس نتيجة الحيل التدليسية، وتبعا لذلك فإن سوء النية في المتعاقد الذي لجأ إلى الحيل التدليسية موجود من البداية، بينما لا يمكن القول بسوء نية المتعاقد الآخر في الغلط الذي قد يكون عالما أو غير عالما به، كما أن القول بأن التمسك بالغلط يمنح المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض لا مبرر له إذا أن المطالبة

[1] - أنظر في هذا الرأي، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص190. وراجع في نفس الفكرة عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص332. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام-، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص141. خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 55.

[2] - أنظر علي علي سليمان المرجع السابق، ص62.

[3] - راجع في مبررات استقلالية نظرية التدليس عن نظرية الغلط، خاصة علي فيلالي المرجع السابق، ص176، علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 63.

بالتعويض يمكن أن تكون في الغلط كما يمكن أن تكون في التدليس، والتدليس له عناصره التي تميزه عن الغلط.

2 - عناصر التدليس: لا يقوم التدليس إلا إذا لجأ المتعاقد إلى مجموعة من الحيل التي من شأنها إيهام المتعاقد وتغليطه، وبذلك يكون للتدليس عنصرين، عنصر مادي(أ)، وآخر معنوي(ب).

أ - العنصر المادي للتدليس: يتمثل العنصر المادي للتدليس في الحيل المختلفة التي يلجأ إليها المتعاقد من أجل إيقاع المتعاقد معه في وهم يدفعه من خلاله للتعاقد في غير مصلحته، وهذه الوسائل يمكن أن تكون ايجابية باتخاذ أفعال وتصرفات معينة، كما يمكن أن تكون سلبية، وكمثال عن الحيل الإيجابية تقديم بيانات ومعلومات كاذبة، أو وثائق تتعلق بمحل العقد على أنها صحيحة في حين أنها مزورة، كما يمكن أن تكون الأساليب المستعملة سلبية ومثالها تكتم المتعاقد وسكوته عمدا على معلومات مهمة، وذلك كمن يكتم أن المنزل المراد بيعه معرض لنزع الملكية من قبل الإدارة العامة، أو ككتمان المؤمن على حياته إصابته بمرض مميت عند إبرامه لعقد التأمين[1]، أو كبائع المحل التجاري الذي يكتم بأنه قد صدر قرار بإغلاقه نظرا لعدم توفره على الشروط الصحية المعمول بها قانونا[2].

ورغم أن المشرع الجزائري نص على أن السكوت على واقعة مهمة في العقد يعتبر تدليسا ويعرض العقد للإبطال، فإن القضاء يرفض الادعاء بالتدليس من المتعاقد المحترف إذا كان بإمكانه معاينة محل العقد قبل إبرامه[3]، وفي اعتقادنا أن ما ذهب إليه القضاء الجزائري فيه ما يقال خاصة أن نص المادة 2/86 ق م[4] قد نص على اعتبار السكوت عن واقعة مهمة في العقد تدليسا إذا كانت هذه الواقعة سببا ودافعا للتعاقد دون تمييز بين أنواع العقود، أو بين شخصية المتعاقد، فيستوي حينئذ أن يكون العقد عقد بيع بالمزاد العلني أو عقد بيع بصورة عادية، كما يستوي أن يكون المتعاقد محترفا أو غير محترف للقول بالتدليس نتيجة السكوت عن واقعة مهمة تدفع الشخص إلى التعاقد.

ب - العنصر المعنوي للتدليس: يتمثل العنصر المعنوي في التدليس في وجود نية الخداع والتدليس لدى المدلس، الذي يقصد من خلالهما الوصول إلى غرض غير مشروع، إذا أن التدليس يقوم على العمد، بمعنى أن نية المدلس لابد أن تتجه إلى تضليل المتعاقد الآخر، فلا يعد تدليسا انخداع المتعاقد من تلقاء نفسه بعمل الغير رغم أن هذا الغير لم يكن ينوي خديعته بهذه الأفعال، وتبعا لذلك لا يعتبر من قبيل التدليس وصف الشخص سلعته بأحسن الأوصاف بقصد لفت وجلب الزبائن، ذلك أن هذه الأفعال أمورا مألوفة لدى التجار في الأسواق[5].

---

[1] - Voir Marty. (G) . Raynaud. (P), op, cit, p159.

[2] - أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 61.

[3] - حيث رفض القضاء الجزائري مثلا تمسك المشتري في عقد بيع بالمزاد العلني بالتدليس، على أساس أنه محترف، وأنه كان بإمكانه معاينة الشيء المبيع قبل إبرام العقد، أنظر القرار رقم 101365 المؤرخ في1993/06/23 قرار غير منشور، أنظر، عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص30.

[4] - لقد نص المشرع الجزائري على أن السكوت أو الكتمان يعتبر تدليسا وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 86الفقرة2 الأمر75-58 المتضمن ق م، المرجع السابق، التي جاء فيها مايلي" ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة".

[5] - راجع أنور سلطان، المرجع السابق، ص 102، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 184.

4 – شروط التدليس: حتى يقوم التدليس لابد من توافر شروطه والمتمثلة في أنه يجب أن يكون التدليس مؤثرا و دافعا للتعاقد(**أ**)، كما لابد أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد أو من نائبة (**ب**).

أ - أن يكون التدليس مؤثر ودافعا للتعاقد: لا يشكل التدليس عيب من عيوب الإرادة إلا إذا كان دافعا وسببا للتعاقد وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 1/86 ق م التي نصت بأنه " يجوز ابطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة، بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد".

ويفرق الفقهاء وشراح القانون بين التدليس الدافع والتدليس غير الدافع، فالتدليس الدافع يعتبر عيبا من عيوب الإرادة ذلك أنه يجعل المتعاقد يقبل عقدا ما كان ليقبله لو أنه اكتشف هذا التدليس، فيعتبر التدليس حينئذ دافعا للتعاقد، أما التدليس غير الدافع فهو ذلك الذي يجعل المتعاقد يقبل بشروط أشد من تلك التي كان يقبلها لولا وقوعه في هذا التدليس[1].

وعلى العموم فإنه لا يمكن الاعتداد بالتدليس كعيب في الإرادة التعاقدية إلا إذا كان مؤثرا ودافعا إلى التعاقد ويقصد بذلك أنه لولا الطرق الاحتيالية وغير النزيهة لما أبرم المدلس عليه العقد أصلا، أما إذا كان سوف يبرم العقد لكن وفقا لشروط مغايرة فإنه لا مجال للكلام عن التدليس، ويكون له في هذه الحالة فقط الحق في التعويض جراء الحيل التدليسية التي لجأ إليها المدلس[2].

ب - صدور التدليس من المتعاقد أو من نائبه: طبقا لنص المادة 1/86 ق م السالفة الذكر فإنه لا يمكن المطالبة بإبطال العقد إلا إذا كان التدليس صادرا من المتعاقد أو من نائبه، حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة، بحيث لولاها لم ابرم الطرف الثاني العقد".

أما بالنسبة للتدليس الصادر من الغير فإنه لا يجيز للمتعاقد المدلس عليه التمسك ببطلان العقد إلا في الحالة التي يثبت فيها علم المتعاقد معه بهذا التدليس أو إمكانية علمه به[3]، فعلة رفض التمسك بالتدليس هنا هي ليس أن التدليس الصادر من الغير لم يؤدي إلى تعيب الإرادة كما يرى البعض[4]، وإنما يعود إلى أن المتعاقد معه لم يكن يعلم أو بإمكانه أن يعلم بالتدليس الصادر عن الغير، ويذهب الفقه الراجح إلى أنه يثبت للمتعاقد في هذه الحالة الحق فقط في المطالبة بالتعويض من الغير المدلس[5]، دون أن يكون له الحق في المطالبة بإبطال العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن الاختلاف بين التشريعات العربية ومن بينها المشرع الجزائري، مع المشرع الفرنسي حول مسألة الأخذ أو عدم الأخذ بالتدليس الصادر من الغير، حيث يشترط نص المادة 1/1116

---

[1] - أنظر رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص124.

[2] -Voir WEILL (A.) , TERRE (F), op, cit, p204.

[3] - أنظر نص المادة 87 من الأمر75-58 التضمن ق م، المرجع السابق.

[4] - يرى الأستاذ محمد سعيد جعفور أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 87 ق م يقرر عدم اعتبار التدليس الصادر من الغير عيب من عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص62.

[5] - أنظر المرجع نفسه، ص63.

من القانون المدني الفرنسي[1] أن يكون التدليس صادرا من أحد المتعاقدين حتى يعتد به في المطالبة بإبطال العقد، أما إن صدر التدليس من غير المتعاقدين فإنه لا يؤثر في صحة العقد[2]، غير أن الانتقادات الكثيرة التي وجهت لهذا الاتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي والذي يبدو أنه أخذه عن القانون الروماني الذي لم يكن يجعل من التدليس عيبا من عيوب الرضا التي تؤثر على صحة العقد على اعتبار أنه جريمة، ومن هذه الانتقادات أن التدليس لم يعد جريمة كما كان عليه الحال في القانون الروماني، ويبدو أن القضاء الفرنسي بدأ فعلا يتأثر بهذه الانتقادات حيث بدأ يضيق من مضمون نص المادة1/1116 أين تم قصر حكمها على عقود محددة دون العقود الانفرادية مثل الهبة والوصية التي يمكن المطالبة بإبطالها للتدليس الصادر من الغير[3].

ونخلص في الأخير إلى أنه مهما كان سبب التدليس سواء باستعمال وسائل ايجابية أو سلبية كالكتمان، وسواء أصدر التدليس من المتعاقد أو من الغير، وكان المتعاقد معه عالما به فإنه يمكن المطالبة بإبطال العقد للتدليس، غير أن المتعاقد قد يتعاقد تحت الضغط والإكراه فالمقصود بالإكراه؟.

الفرع الثالث: الإكراه

يمكن أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة تم بعثها في نفس المتعاقد، مما يجعل إرادته ضحية لهذه الرهبة فيبرم المتعاقد عقدا لم يكن يرغب فيه أصلا وهذا ما يطلق عليه ضمن نظرية عيوب الإرادة بالإكراه الذي نتناوله بالدراسة من خلال تعريفه وبيان أنواعه(**أولا**)، قبل تحديد شروطه (**ثانيا**).

أولا- تعريف الإكراه وبيان أنواعه: إن الإكراه الذي يمكن أن يعيب الإرادة التعاقدية أنواع كثيرة، وهذا ما يتطلب منا تحديد هذه الأنواع(**ب**)، لكن قبل ذلك لابد من تعريف الإكراه(**أ**).

1 - تعريف الإكراه: الإكراه الذي يمكن أن يعيب الإرادة ويجعلها تتعاقد نتيجة الخوف والرهبة، هو ذلك الإكراه الذي تستعمل فيه وسائل الشدة والتخويف التي يمارسها شخص ضد شخص آخر لإلزامه كرها عن الرضا بالعقد والتي يتولد في نفسه رهبة تحمله على التعاقد خشية الأذى[4].

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد قدموا للإكراه تعريفات كثيرة ومتعددة، حيث عرفه السرخسي بأنه " أي فعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الأهلية في حق المكره أو يسقط عنه الخطاب".

---

[1] - أنظر نص المادة 1/1116 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على مايلي:
" Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l' une des parties sont telles, qu' il est évident que, sans ces manœuvres , l' autre partie n aurait contracté "

[2] - Voir WEILL (A.) , TERRE (FR), op, cit, p205.

[3] - أنظر قرار محكمة النقض الفرنسية (دائرة العرائض)، بتاريخ 27 جوان1887 منشور بدالوز لعام 1888، 1، 304، راجع محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص ص 64-65.

[4] - أنظرالمرجع نفسه، ص67، وراجع أيضا عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 334، علي علي سليمان المرجع السابق، ص64. وراجع كذلك:
-FLOUR (J.) , AUBERT (J-L) : Droit Civil, les obligations, ,Vol.1, l'acte juridique, éd,1977, p131.

أما الشيخ مصطفى الزرقاء فقد عرفه بأنه " الضغط على إنسان بوسيلة مؤذية أو بتهديده بها لإجباره على فعل أو ترك"[1].

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالإكراه ضمن نظرية عيوب الإرادة وهذا ما يتضح من خلال المادة 88 ق م وذلك إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بعثها فيه المتعاقد الآخر دون أدنى وجه حق، حيث يكون للمتعاقد المكره في هذه الحالة الحق في المطالبة بإبطال العقد للإكراه[2] لكن ما هي أنواع الإكراه؟.

2- أنواع الإكراه: الإكراه الذي يعيب الإرادة يمكن أن يكون ماديا، كما يمكن أن يكون معنويا[3].

أ- الإكراه المادي: يكون الإكراه ماديا في بعض الأحيان خاصة إذا وصل إلى درجة من الجسامة بحيث يجعله ذلك يعدم الإرادة ولا يقتصر على تعيبها فحسب، وذلك كأن يجبر شخص على التعاقد تحت ضغط و استعمال وسائل مادية مثل الحالة التي يقدم فيها أحد المتعاقدين على الإمساك بيد متعاقد آخر وحمله بالقوة على التوقيع على عقد لا يرغب فيه، فهذا النوع من الإكراه يعدم الإرادة ويجعل العقد بطلانا بطلان مطلقا[4]، وليس قابل للإبطال.

ونظرا لجسامة الإكراه المادي وخطورة الطرق التي يحصل بها فإنه يجعل الإرادة غير موجودة تماما وليست معيبة فقط، لذلك فإن هذا النوع من الإكراه لا يعتبر من قبيل عيوب الإرادة التي تعالج مسألة تعيب الإرادة وليس انعدامها، وهذا ما جعل الفقهاء يذهبون إلى أن الإكراه المقصود في نظرية عيوب الإرادة هو الإكراه المعنوي.

ب - الإكراه المعنوي: الإكراه المعنوي الذي يعتبر عيبا في الإرادة هو ذلك التهديد الذي يوجه إلى المتعاقد، فيخلق فيه حالة نفسية من الخوف والفزع تجعله يندفع إلى التعاقد[5]، ومثال الإكراه المعنوي أن يقوم شخص بضرب شخص آخر، أو يهدده بالقتل، أو بالاعتداء على عرضة، أو بخطف ابنه كي يدفعه لإبرام العقد.

---

[1] - أنظر مازن مصباح صباح، سامي عدنان العجوري، المرجع السابق، ص 108.

[2] - أنظر نص المادة 88 من الأمر75-58 المتضمن ق م، المرجع السابق، ص108.

[3] - لقد نظم المشرع الفرنسي نوع آخر من الإكراه وهو **الإكراه الاقتصادي** (***violence économique***) حيث أخذ بالمبدأ القضائي الذي كان يتضمن هذه الفكرة وهو ما يتضح من خلال المادة 1143 المضافة بموجب تعديل 2016/1/1 المتضمن تعديل القانون المدني الفرنسي، لقد كان هدف النص هو منع أي طرف من أن يكون مرتبطا بالتزام لشخص استغل الضعف الاقتصادي للطرف الأول. لقد أبدت الشركات الفرنسية تخوفها ،حين رأت مسودة هذه المادة بأن تمنح المحكمة سلطة واسعة في إبطال (نقض) هذه العقود. لقد سبب هذا بأن المادة 1143، هي مسايرة للمادة 3.2.7 من مبادئ العقود التجارية الدولية، قد وضعت شرطا وهو بأن يكون الطرف الذي يستغل حالة الضعف الاقتصادي للطرف الأخر قد حاز " ميزة مفرطة بشكل واضح". لقد قلل هذا الشرط الأهمية العملية لهذا النص. أنظر في هذه الفكرة - جان سمتس و كارولاين كالوم ترجمة نبيل مهدي زوين، الإصلاحات المدخلة على النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفرنسي-، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مجلة إلكترونية تصدر عن مركز جيل البحث العلمي، ع20، صادرة بتاريخ ديسمبر 2017، ص 125. http://jilrc-magazines.com/، تاريخ الاطلاع 20-04-2018.

[4] - أنظر نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 183.

[5] - أنظر بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008، ص 117.

وتجدر الإشارة بأن الإكراه المعنوي بخلاف الإكراه المادي يعيب الإرادة دون أن يعدمها، لذلك فإن هذا النوع من الإكراه هو الذي يعتبر عيب في الإرادة التعاقدية، ويمنح المتعاقد الحق في المطالبة بإبطال العقد، لكن إذا توفرت شروطه.

ثانيا - شروط الإكراه: لا يمكن اعتبار الإكراه عيب في الإرادة، إلا إذا كان المتعاقد قد أبرم العقد تحت سلطان وتأثير رهبة غير مشروعة **(1)**، دفعته إلى التعاقد**(2)**، وأن تكون هذه الرهبة والخشية متصلة بالمتعاقد الآخر**(3)**.

1 - الرهبة غير المشروعة[1]: إن علة وسبب اعتبار الإكراه عيب في رضا المتعاقد هو هدفه غير المشروع، وذلك من خلال إرغام المتعاقد وحمله على إبرام عقد لا رغبة له فيه، ومن أجل تحقيق ذلك عادة ما يلجأ مرتكب الإكراه إلى وسائل غير قانونية ولا شرعية، كالتهديد بالقتل أو بتبديد وإتلاف المال بوسائل وطرق مختلفة، فيبعث بذلك رهبة غير مشروعة في نفس المتعاقد معه، حيث يشترط في هذه الرهبة البينة والواضحة أن تكون بدون حق، أما إذا استندت إلى حق مشروع فإن رضا المتعاقد يكون سليما وينعقد العقد صحيحا، والرهبة غير المشروعة هي التي يستعمل فيها المتعاقد عادة نفوذه الأدبي، أو التهديد باستعمال حق معينٍ للوصول إلى هدف غير مشروع[2].

2 - أن تكون الرهبة دافعا للتعاقد: حتى يتحقق هذا الشرط لا بد أن تكون الرهبة التي بعثت في نفس المتعاقد المكره نتيجة لخطر جسيم يهدد النفس أو المال أو الشرف والعرض، وأن تكون هذه الرهبة قد وضعت إرادته و اختياره تحت ضغط جعله مسلوب الحرية ولا خيار له فيما أراده، بحيث يمكن القول فعلا بأن هذه الرهبة هي التي حملته على التعاقد ودفعته إليه[3]، ونظرا لأن هذه المسألة مسألة دقيقة وجوهرية فإنه يتم تحديدها عاده وفقا لمعيار ذاتي يراع فيه سن و جنس المكره ومستواه الثقافي ووضعيته الاجتماعية ويجب أن تكون هذه الرهبة والخوف هو الذي دفع المكره للتعاقد[4].

3 - اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر: لا يمكن التمسك بالإكراه من قبل المتعاقد المكره إلا إذا كان متصل بالمتعاقد الآخر، ويكون كذلك إذا كان صادر منه شخصيا، أو كان عالم به أو بإمكانه أن يعلم به إذا كان صادر من الغير وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 89 ق م التي تقضي بأنه" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه".

وانطلاقا من نص المادة 89 ق م يمكن القول بأنه لا يمكن المطالبة بإبطال العقد للإكراه الصادر من الغير إلا إذا كان المتعاقد الذي استفاد من هذا الإكراه سيء النية، وذلك إذا ثبت أنه كان يعلم بالإكراه

---

[1] - Voir Ali (B), op cit, p101.

[2] - راجع علي فيلالي، المرجع السابق، ص 190، ويرى المؤلف أن استعمال النفوذ و التهديد بحق من الحقوق للوصول إلى هدف مشروع، من خلال إكراه المتعاقد وحمله على التعاقد لا يعتبر إكراه معيبا للرضا، أما إذا كان يهدف إلى للوصول إلى غاية غير مشروعة فهنا تكون الرهبة غير مشروعة وهذا ما يشكل إكراه معيبا للرضا.

[3] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 349.

[4] -Voir WEILL (A) , TERRE (F), op, cit, p223.

أو كان قادر على أن يعلم به، أما إذا كان المتعاقد حسن النية بحيث أنه لم يكن يعلم بهذا الإكراه أو باستطاعته أن يعلم به، فإنه لا يمكن المطالبة بإبطال العقد للإكراه في هذه الحالة، ويكون للمتعاقد المكره فقط الحق في المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية[1]. وطبقا لما سبق فإنه إذا تحققت شروط الإكراه أصبح عيب في الإرادة وانتفت بذلك صحة رضا المتعاقد، وهذا ما يجعل المتعاقد المكره أهل للحماية القانونية، وبالإضافة إلى الإكراه يمكن أن يقع المتعاقد ضحية للاستغلال نتيجة بعض العوامل.

الفرع الرابع: الاستغلال

إذا ذكر الاستغلال فنحن نتكلم عن الحالة التي يتم فيها استغلال بعض الظروف التي تؤثر في المتعاقد فتضعف نفسيته وتجعله يبرم عقدا تحت هذا التأثير وهذا ما يسبب وقوع المتعاقد في غبن يجعل التزاماته متفاوتة بشكل كبير مقارنة مما يعود عليه من فائدة، ونظرا لهذا الغبن فقد راع المشرع الجزائري[2] هذه المسألة والحالة، حيث اعتبر الاستغلال عيب من عيوب الإرادة، يوجب الحق للمتعاقد الذي وقع فيه أن يطالب بإبطال العقد أو أن يطالب بإنقاص التزاماته و هو ما سيتطلب منا دراسة مفهوم الاستغلال**(أولا)**، وتحديد شروطه **(ثانيا)**.

أولا - مفهوم الاستغلال: إن تحديد مفهوم الاستغلال يتطلب منا تعريفه **(1)**، ثم تمييزه عن الغبن الذي قد يختلط ويشترك معه في نقاط معينة**(2)**.

1- تعريف الاستغلال: يعرف الاستغلال بأنه إقدام شخص من الأشخاص وتعمده أن يستفيد من جهة أو ناحية من نواحي الضعف الإنساني يلتمسها في شخص آخر، فيجعله يبرم تصرفا معينا على مزايا لا تقابلها منفعة لهذا الأخير أو تتفاوت مع هذه المنفعة تفاوتا غير مألوف، أو بعبارة أخرى يتمثل الاستغلال في الحالات التي يستغل فيها أحد المتعاقدين في الآخر حالة ضعف في أمر من الأمور بحيث يحجب عنه هذا الضعف ملكة الموازنة والتبصر، فينتهز المتعاقد معه الفرصة ويجره إلى إبرام تصرف ينتج عنه لحاق غبن به، ما كان ليقدم على إبرامه لولا هذا الاستغلال[3].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص على الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة من خلال نص المادة 90 ق م لكن دون تعريفه، بخلاف بعض التشريعات المقارنة الحديثة التي عرفت الاستغلال مثل القانون الألماني والقانون السويسري، كما أن القانون المدني الفرنسي أيضا لم يعرف الاستغلال، وأن كان يبدو أن القضاء في هذا المجال قد ذهب إلى إبطال العقد للاستهواء والإيحاء اللذان يختلفان عن الغبن[4].

---

[1] - راجع محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 197-198.

[2] - نصت المادة 90 الفقرة1 من الأمر75- 58 المتضمن ق م، المرجع السابق، بأنه " إذا كانت التزامات أحد 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 الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب من المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد..."**.**

[3] - أنظر محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص ص 90-91.

[4] - أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص67.

2 - تمييز الاستغلال عن الغبن: يصف الفقه القانوني الغبن بأنه المظهر المادي للاستغلال، حيث يعرف الغبن بأنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه[1]، فالغبن هو الخسارة المادية التي تلحق أحد المتعاقدين في عقود المعاوضة نتيجة لعدم التعادل بين الالتزامات، وهكذا فإن الغبن يمكن تمييزه عن الاستغلال من جانبين:

أولهما أنه إذا كان الغبن كعيب في الإرادة محصور فقط في عقود المعاوضة، فإن الاستغلال يمكن أن يكون حتى في عقود التبرعات إضافة إلى عقود المعاوضة[2].

أما الأمر الثاني الذي يجعل الاستغلال مختلفا عن الغبن فيتمثل في أن هذا الأخير يقاس وفقا لمعيار مادي يراع فيه ما يوجد من تفاوت مادي بين الآداءات المتقابلة، على عكس الاستغلال الذي يتم تقديره وفقا لمعيار شخصي وذاتي[3].

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تفطن للفرق الموجود بين الاستغلال والغبن لذلك فقد نص من خلال نص المادة 90 ق م على الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة، بينما نص على الغبن في النصوص المتفرقة المنظمة لعقود معينة، غير أنه ورغم اعتبار المشرع الجزائري الاستغلال عيب في الإرادة فإنه لا يمكن التمسك به بهذه الصفة إلا إذا توفرت شروطه.

ثانيا - شروط الاستغلال: صحيح أن المشرع الجزائري قد اعتبر الاستغلال عيب في الإرادة، غير أن ادعاء المتعاقد بوقوعه في الاستغلال، يوجب عليه أن يثبت شروطه، أين يجب أن يثبت المتعاقد أنه تعاقد تحت تأثير الضعف النفسي المتمثل في الطيش البين أو الهوى الجامح**(1)**، وأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه هذه الضعف من أجل دفعه إلى إبرام العقد**(2)**، كما لا بد أن يثبت الشرط المتعلق بالجانب المادي والمتمثل في أن هذا المتعاقد قد وصل بسبب هذه الاستغلال إلى نتيجة مفادها عدم تعادل أداءات المتعاقدين في العقد**(3)**، وأن عدم التعادل كان نتيجة للاستغلال أي أن الاستغلال كان دافعا إلى التعاقد**(4)**.

1 - التعاقد تحت تأثير الضعف النفسي: حتى يستفيد المتعاقد من الحماية تحت غطاء الاستغلال لابد أن يثبت بأنه كان ضحية للضعف النفسي، الذي يعود حسب نص المادة 90 ق م، إلى وجود المتعاقد في حالة طيش بين، أو هوى جامح.

فبالنسبة للطيش البين فقد عرفه الفقه القانوني بأنه عدم البصر بالأمور وقلة المبالاة بعواقب الأعمال، أو هو الاهتمام بالمنافع الحالة وإغفال المضار المستقبلة، أو هو الاعتقاد بسلامة التصرف على ما فيه من غبن وهو على هذا النحو مرض يصيب الأشخاص الطبيعية دون المعنوية[4]، أو هو عدم

[1] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 355.
[2] - أنظر رابح بن غريب، المرجع السابق، ص369.
[3] - أنظر محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص92.
[4] - أنظر أنور سلطان، المرجع السابق، ص 117.

الخبرة بالأمور والاستهانة الشديدة بها و بعواقبها كالشاب الذي يدفعه الطيش البين نتيجة للمال الكثير الذي ورثه، فيندفع في تصرفاته من غير تدقيق ولا وزن للعواقب[1].

أما الهوى الجامح فيعرف بأنه الميل الشديد أو الشعور العنيف اتجاه شخص أو شيء، حيث يؤدي هذا الميل أو الشعور إلى فقدان الشخص ملكة التدبر، بأن يفقد سلامة الحكم على ما يتصل بموضوع ميله أو تعلقه، والمثال الأكثر شيوعا في هذا المجال هو تعلق الزوج العجوز الثري بزوجته الشابة، مما يجعله يبرم عقود وتصرفات لصالحها أو لصالح أولادها، وكذلك استغلال الشاب الزوج لزوجته العجوز حيث يستغل هذا التعلق في ابتزازها عن طريق ما يمليه عليها من عقود وتصرفات، ولا يعتد بمجرد العطف والمودة التي يكنها متعاقد للمتعاقد الآخر، فهي غير كافية لتحقق الاستغلال، ومثال ذلك إيثار الوالد لأحد أبنائه عن طريق تخصيصه بالهبة، لاسيما إذا كان لهذا الإيثار والعطف ما يبرره من عناية خاصة بذلها هذا الابن لأبيه دون سائر إخوته[2].

وإذا كان من الضروري وجود المتعاقد في حالة ضعف نفسي ناتج عن الطيش البين والهوى الجامح للقول بوقوع المتعاقد في استغلال، فإن ثبوت وجود هذين العاملين غير كافٍ للقول بوجود الاستغلال فلابد أن يكون المتعاقد الآخر قد استغل هذه الظروف النفسية في دفع المتعاقد معه لإبرام العقد.

2 - استغلال الضعف النفسي من طرف المتعاقد الآخر: لا يكفي وجود المتعاقد في حالة ضعف نفسي للقول بوجود الاستغلال، فحسب نص المادة 90 ق م يجب أن يكون المتعاقد الآخر قد استغل هذا الضعف لدفع المتعاقد إلى إبرام العقد، حيث يمكن القول هنا أن المشرع يشترط لتطبيق نظرية الاستغلال سوء النية في المتعاقد الآخر.

ومعنى القول بأن المتعاقد الآخر يجب أن يكون سيئ النية لثبوت حق المتعاقد المغبون في التمسك بالاستغلال أنه يجب أن تكون لدى المتعاقد المُستغِل نية خبيثة يهدف من خلالها إلى الاستفادة من الضعف الذي يعتري المتعاقد المُستغَل، سواء كان سبب هذا الضعف الطيش البين أو الهوى الجامح[3].

إن اشتراط عنصر النية السيئة في المتعاقد الذي استغل الضعف النفسي في الشخص المتعاقد معه، يفترض علم المتعاقد المستغل بوقوع المتعاقد المستغل في هوى جامح أو طيش بين، وهذا ما يطرح إشكالا في حالة عدم علم المتعاقد الذي استفاد من هذا الضعف، أن المتعاقد المغبون قد تعاقد تحت تأثير هذا الضعف النفسي، أي أنه ماذا لو تعاقد الشخص مع المتعاقد المغبون بحسن نية؟.

يبدو أن الفقه القانوني قد تنبه فعلا إلى هذه المسألة، وقد ظهر بصدد معالجة هذا الإشكال نظريات مختلفة، حيث ذهب البعض إلى ضرورة إثبات الاستغلال، إضافة إلى إثبات أنه هو الدافع إلى التعاقد، بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن العبرة هنا تكون بخطأ المتعاقد الذي استفاد من الاستغلال الناتج عن الهوى الجامح والطيش البين حيث يجب إثبات هذا الخطأ، في حين ذهب رأي آخر إلى أن التفاوت

[1] - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 205.
[2] - أنظر رمضان محمد أحمد ابو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 140.
[3] - Voir Vialard (A), op, cit, p114 .

الكبير بين التزامات المتعاقدين، يفترض وجود الاستغلال، مما يؤدي إلى استفادة المغبون من الحماية القانونية، أما إذا تثب سوء نية المتعاقد الآخر فإنه يلتزم بالتعويض زيادة عن الحق في البطلان[1].

وفي هذا المجال نحن نؤيد الرأي الفقهي[2] الذي يرى بأنه إذا كان الاستغلال عيبا في الرضا، فإن رضا المغبون يكون فاسدا لمجرد توفر العنصر المعنوي، وكذا الضعف النفسي، سواء علم المتعاقد الآخر بوجود هذا الضعف النفسي أم لم يعلم به، حيث يتضح أن المشرع قد وضع هذا الشرط بهدف التقليل من اللجوء إلى استعمال الاستغلال وتطبيقه.

3 - ضرورة عدم تعادل الآداءات الناتجة عن استغلال الضعف النفسي: من بين المظاهر المادية التي تنتج عن استغلال العنصر النفسي في المتعاقد هو الاختلال وعدم التكافؤ الواضح بين آداءات المتعاقدين، فإن لم ينتج عن الاستغلال اختلال في الآداءات فلا فائدة من الكلام عن الاستغلال في هذه الحالة.

ويجب الإشارة إلى أنه لا يقصد باختلال الأداءات التفاوت البسيط والضئيل بين التزامات الطرفين، فهذا يعد من الأمور المألوفة التي تحدث بشكل يومي في عمليات البيع والشراء حيث يمكن أن يكون ثمن الشراء أكبر من قيمة الشيء المبيع، بل يشترط أن يكون عدم التعادل فادحا أو كما يعبر عليه في القانون الفرنسي Hors de toute proportion، ويلاحظ هنا بأنه لا فرق بين ما إذا كان التفاوت قد حصل في الفائدة التي حصل عليها الطرف المستغل مقارنة بين ما التزم به من التزامات مرهقة، كالبيع بثمن زهيد، أو أن يكون ما تحمله من التزامات غير متكافئ مع التزامات الطرف المستغل[3].

وتقدير الاختلال في آداءات المتعاقدين متروك للقضاء الذي يجب أن يراعي في ذلك ظروف الطرفين والملابسات التي أحاطت بالتعاقد ولا يعتد هنا بما وقع من اختلال في الآداءات بعد إبرام العقد، فذلك مجال آخر يمكن أن يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة[4].

4 - أن يكون استغلال الضعف النفسي دافعا لإبرام العقد: إن الشروط الثلاثة السالفة الذكر غير كافية للقول بوجود الاستغلال، حيث يشترط إضافة إلى ذلك توافر شرط رابع مفاده أن الاستغلال هو ما حمل المتعاقد إلى إبرام العقد، أي أن هذا الأخير ما كان ليبرم العقد لولا الطيش والهوى الجامح الذي وقع فيه المتعاقد، وما بذله المتعاقد الآخر في استغلال هذه العوامل، فلا يمكن القول بأن الاستغلال قد أثر في صحة العقد إلا إذا كان هو ما حمل المتعاقد إلى إبرام العقد.

ويمكن استخلاص هذا الشرط من خلال نص المادة 90 ق م التي جاء فيها ما يلي "... وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هو جامحا...".

---

[1] - Voir Vialard (A), op, cit, p114.

[2] - أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص112.

[3] - أنظر علي علي سليمان، المرجع السابق، ص ص 66-67.

[4] - أنظر محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 102.

وفي اعتقادنا أن هذا الشرط هو شرط منطقي ذلك أنه إذا كان القانون قد وفر الحماية للمتعاقد نتيجة الاستغلال الذي يدفعه إلى إبرام عقد في غير صالحه، فإن السماح للمتعاقد بإبطال العقد للاستغلال رغم أن هذا الاستغلال لم يكن دافعا للتعاقد فيه نوعا من التعسف.

المطلب الثالث: الالتزام العام بالإعلام

يبدو من خلال نصوص القواعد العامة، أن المشرع قد تبنى صراحة فكرة أهلية الأداء كشرط للتعاقد، وكذا نظرية عيوب الإرادة في سبيل تحقيق حماية فعالة لرضا المتعاقد الضعيف في العقد، غير أن القضاء والفقه لم يكتفيا بالحماية الواردة في النصوص القانونية لحماية رضا المتعاقد حيث وصل القضاء في هذا المجال إلى إنشاء التزامات جديدة على عاتق المتعاقد القوي حماية لرضا المتعاقد الضعيف، ومن بين هذه الالتزامات نجد الالتزام بالإعلام، والذي عرفه بعض الفقه[1] بأنه ذلك الالتزام الذي يوجب على المتعاقد المحترف أو ببساطة المتعاقد المفترض أنه أكثر علما ودراية، أن يعلم المتعاقد معه بكل المعلومات المرتبطة والمتعلقة بموضوع التعاقد، فهو التزام عام يقتضي الإدلاء والإفصاح عن كل المعلومات التي من شأنها السماح للمتعاقد بإبداء رضا سليم ومستنير وعلى علم ودراية كافية لإبرام العقد. إلا أن فرض وتطبيق هذا الالتزام ليس بالسهولة التي يمكن تصورها فالقاضي يلزمه للنطق بهذا الالتزام في الأحكام التي يصدرها أساس قانوني يستند إليه **(الفرع الأول)**، كما لابد من تحديد محتوى هذا الالتزام الجديد**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: أساس الالتزام العام بالإعلام

إن أول ما أثاره ظهور وفرض الالتزام بالإعلام في العقود على عاتق أحد المتعاقدين بسبب تفوقه من جهة الدراية والعلم بمحل العقد، هو الأساس القانوني الذي يستند إليه في فرض مثل هذا الالتزام، وتبعا لذلك فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس الالتزام بالإعلام ومصدره هو ما يحكم قواعد القانون المدني من مبادئ العدالة التعاقدية، ومن بينها مبدأ حسن النية، فهذا المبدأ الأخلاقي يفرض نوعا من الأمانة والصدق بين المتعاقدين ما يجعل أحدهما ملزما بإعلام الطرف الآخر بكل تفاصيل العقد من جهة، ومن جهة أخرى فإن الكتمان التدليسي يعتبر مصدرا مهما من مصادر الالتزام العام بالإعلام، فمن خلال ما تقدم يتضح أن أساس الالتزام بإعلام يتمحور حول مبدأ حسن النية **(أولا)**، والكتمان التدليسي **(ثانيا)**[2].

أولا- مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام: إذا كان جانب كبير من الفقه قد ذهب إلى تأسيس الالتزام العام بالإعلام على مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود التعاقد، فإننا نتساءل عن الكيفية التي

[1] - Voir Boris (s) et Henir (R) et Lauren (B), Droit civil Les obligation – Le contrat- , 6éme édition, Litec, Paris, 1998, p116.

[2] - يبدو أن أساس الالتزام بالإعلام واضح بشكل جلي حيث يجد أساسه سواءً في القرآن أو السنة، فمن ناحية القرآن الكريم يجد الالتزام بالإعلام أساسه في قوله تعالى **: « وأقيموا الوزن بالقسط و لا تخسروا الميزان»** الآية 9 من سورة الرحمن، ومن السنة ما روي عن عقبة بن عامر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: « **المسلم أخو المسلم لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب إلا بينَه»** . أنظر في هذا الحديث، سنن ابن ماجة ج 2، باب رقم 45، رقم الحديث،2246، ص755.

يمكن أن يكون بها مبدأ حسن النية أساسا للالتزام العام بالإعلام(**1**)، وعن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة(**2**).

1- كيفية تأسيس الالتزام العام بالإعلام على مبدأ حسن النية: يعد الالتزام العام بالإعلام من الالتزامات التي وصل القضاء والفقه إلى ابتكارها في سبيل مجابهة التطورات الحاصلة في المجالات التعاقدية وكذا حماية للأطراف الضعيفة في العقد، وهو بدوره ما ألزم القضاء والفقه على البحث في أساس يمكن أن يرتكز عليه في فرض مثل هذا الالتزام وتبعا لذلك فقد اهتدى القضاء والفقه إلى أن مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود مرحلة إبرام العقد يمكن أن يكون أساسا للالتزام العام بالإعلام لكن كيف ذلك؟.

يجب على المتعاقدين أثناء إبرام العقد أن يلتزما بمبدأ حسن النية ومصدر هذا المبدأ هو تلك القاعدة التي تفرض على الأشخاص الأمانة والنزاهة المطلقة بعيدا عن أية نية للإضرار بالغير، أي أنه يجب أن يتصرف كل متعاقد بإخلاص وأن يمتنع عن أي عمل يخالف الأمانة والنزاهة المتطلبتين، وتبعا لذلك فإن أي متعاقد يستغل ضعف الغير وجهله هادفا من وراء ذلك إلى تحقيق منفعه معينة، يكون قد خالف مبدأ حسن النية، ومنه فإن امتناع أحد المتعاقدين عن إعلام المتعاقد معه بالمعلومات الضرورية لإبرام العقد، يكون بذلك سيء النية والقصد من الناحية الأخلاقية[1].

و يفرض مبدأ حسن النية ، إضافة إلى الالتزام بالنزاهة والأمانة ، الالتزام بالتعاون على كل متعاقد تجاه المتعاقد الآخر، حيث يلتزم المتعاقد تبعا لهذا الالتزام بإشعار وإعلام المتعاقد بكل ما يطرأ على العقد وبجميع المعلومات المهمة والمتعلقة بإبرام العقد وتنفيذه، حيث يمكن القول أن الالتزام بالتعاون قد أضحى المبدأ الأصلح الذي يمكن أن يتأسس عليه الالتزام بالإعلام، خلافا لمبدأ حسن النية بمعناه المتمثل في الأمانة والنزاهة الذي لم يعد كافٍ كمبرر لوجود وفرض الالتزام بالإعلام، وبعبارة أخرى يمكن القول أن الالتزام بالإعلام قد أصبح تطبيقا من تطبيقات مبدأ حسن النية لكن بمعناه الواسع[2].

من خلال ما تقدم يتضح أن مبدأ حسن النية يصلح فعلا بأن يكون أساسا للالتزام بالإعلام، من خلال المبادئ المنبثقة عنه، والمتمثلة في الالتزام بالنزاهة والأمانة، وخاصة الالتزام بالتعاون، وهذا مقبولا ولا جدل فيه من الناحية الأخلاقية التي لا تتنافى مع مثل هذه المبادئ سواءً في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه، غير أن مبدأ حسن النية غير كافٍ في بعده الأخلاقي لفرض التزامات على المتعاقدين، فهذا المبدأ يجب أن يستند بدوره إلى أساس قانوني، فما هو الأساس القانوني لمبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد حتى يكون بدوره أساسا للالتزام العام بالإعلام؟.

1- الأساس القانوني لمبدأ حسن النية كأساس للالتزام العام بالإعلام: إذا سلمنا بالرأي القائل بأن أساس الالتزام العام بالإعلام هو مبدأ حسن النية، فإن ذلك يتطلب منا البحث على أساس قانوني لهذا المبدأ، إذ لا يمكن تأسيس التزام على مبدأ لا أساس قانوني له من جانب النصوص.

---

[1] - أنظر حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة للحصول على دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2009/2008، ص 20.

[2] - أنظر المرجع نفسه، ص ص20-21.

إذا رجعنا إلى قواعد القانون المدني الجزائري فإننا لا نجد ضمنها نصا واضحا وصريحا يفرض على المتعاقدين الالتزام بمبدأ حسن النية في مرحلة إبرام العقد، أو كشرط لصحته، بخلاف مرحلة تنفيذ العقد التي تستوجب على المتعاقدين التحلي بحسن النية في التنفيذ وذلك وفقا لنص المادة 1/107 ق م[1].

إن عدم النص على مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد ضمن نص المادة 107 لم يمنع بعض الفقه في الجزائر من القول بضرورة أن يسود هذا المبدأ عند إبرام العقد، رغم أن القضاء الجزائري لم يذهب ضمن اجتهاداته إلى تكريس هذا المبدأ[2]، وهذا ما يلاحظ من خلال القرارات والاجتهادات التي فرض فيها القضاء الالتزام بالإعلام وفقا للقواعد العامة حيث أستند القضاء الجزائري مثلا في فرض واجب الالتزام العام بالإعلام على عاتق البنك إلى نص المادة 106 ق م، وتبعا لذلك فقد ذهب القضاء بأن المبدأ هو واجب إعلام وتوجيه البنك للمقترض، إلى مصالح الصندوق الوطني للسكن، أين يكون بإمكانه الحصول على دعم مالي من هذا الأخير[3].

أما بالنسبة للفقه في فرنسا فهو متفق حول الاتجاه الذي يرى بأن مبدأ حسن النية يجب أن يسود جميع مراحل العقد بما في ذلك مرحلة تكوينه[4]، وحسب هذا الاتجاه فإن سبب غياب مبدأ حسن النية من مشروع المادة 1134 والصياغة النهائية لها[5]، إنما يعود إلى خطأ شكلي محض وتبعا لذلك فقد ظل الاعتقاد السائد أن مبدأ حسن النية يعد عنصرا أساسيا في إبرام العقد[6]، ويبدو أن القضاء الفرنسي قد سار في هذا الطرح حيث ذهب في بعض أحكامه وقراراته إلى اعتبار مبدأ حسن النية أساسا للالتزام بالإعلام[7]. وهو ما سار عليه المشرع الفرنسي فيما بعد[8].

من خلال ما تقدم يتضح بأنه لم يعد ثمة شك لدى الفقه بأن مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقدين التعاون فيما بينهما والالتزام بالأمانة والنزاهة يصلح فعلا بأن يكون أساسا للالتزام بالإعلام، وهذا ما دفع بالقضاء في فرنسا إلى تكريس ذلك في أحكامه، بخلاف القضاء الجزائري الذي لا يزال

---

[1] - جاء نص المادة من الأمر 75-58 المتضمن ق م **" ...** يجب تنفيذ العقد طبقا لم اشتمل عليه وبحسن نية **"**.

[2] - Voir Zennaki (D), L information comme source de protection des consommateurs, séminaire sur la protection en matière de consommation, Université d Oran, 14 et 15 mai 2000, p 21.

[3] - أنظر القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم، 181228، بتاريخ 2010/07/22، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2010.

[4] - Voir Alisse (J), L obligation de renseignements dans les contrats, thèse, Paris, 1975, p55.

[5] - ينص الفصل 1134 / 3 على ما يلي: "يجب تنفيذ الاتفاقات بحسن نية".
(les conventions doivent être exécutées de bonne foi)

[6] - Voir Magnin (F), Réflexions critiques sur extension possible de la nation de dol dans la formation des actes juridiques L'abus de situation, J.C.B, 1976, p7.
018.

[7] - Cass. Civ. 1 Ch. 10 Janvier 1989. -أنظر في هذا القرار، حامق ذهبية، المرجع السابق، ص19.

[8]- وقد سار المشرع الفرنسي في هذا الاتجاه من خلال تعديله للقانون المدني الفرنسي سنة 2016 حيث جاء في نص المادة **1104** النص على نظرية عامة لمبدأ حسن النية من حيث وجوب توفر هذا المبدأ في مرحلة الإبرام والتنفيذ، أنظر حسن جليل بشات الساعدي، مستجدات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ بتاريخ 2016/10/1، ندوة علمية توعيوية، بتاريخ 2016-10-25. منشورعلى الموقع الإلكتروني الأتي: http://www.colaw.uobaghdad.edu.iq/ArticleShow.aspx?ID=151، - تاريخ الإطلاع24-3-2018. وراجع ر كذلك جان سمتس وكارولاين كالوم تعريب نبيل مهدي زوين، المرجع السابق، ص 127.

مترددا حول تأسيس الالتزام بالإعلام على أساس مبدأ حسن النية، ومن أجل تجاوز هذا التردد وكذلك من أجل تفادي اللجوء إلى التفسير الذي تقدم به الفقه الفرنسي من أن عدم النص على مبدأ حسن النية ضمن أحكام الماد 3/1134 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديله سنة 2016، والتي تقابل نص المادة 107 ق م يعود إلى سبب شكلي محض، ذلك أن هذا التفسير ليس التفسير الوحيد، فقد يفسر البعض بأن المشرع أراد صراحة استبعاد هذا المبدأ من مرحلة إبرام العقد هادفين من خلال هذا التفسير إلى التهرب من واجب الالتزام بالإعلام، ومن أجل تدارك مثل هذه النقص والتردد الذي مازال ينتاب القضاء فإنه من الضروري في رأينا تعديل نص المادة 107 ق م بصورة لا تدع مجالا للشك بالنص صراحة بأن مبدأ حسن النية يجب أن يسود مرحلة إبرام العقد كما في مرحلة تنفيذه حيث يمكن أن تصبح صياغة هذه المادة بالشكل التالي "يجب أن تبرم العقود وتنفذ بحسن نية".

وإضافة إلى ذلك فإنه لا يوجد ما يمنع من إدراج الالتزام العام بإعلام ضمن أحكام القانون المدني، حيث يصبح عدم الإعلام عيبا من عيوب الإرادة، وإلى حين تحقق ذلك فإنه يمكن تأسيس الالتزام العام بالإعلام إلى جانب مبدأ حسن النية على أساس الكتمان التدليسي.

ثانيا - الكتمان التدليسي كأساس الالتزام بالإعلام: يعتبر الكتمان التدليسي أول شكل ظهر فيه الالتزام بالإعلام وذلك عندما طرح الفقه إشكالية تتعلق بمدى إمكانية وجود تدليس بطرق أخرى غير الطرق التدليسية الايجابية كالكذب واستعمال الوثائق المزورة، أو بعبارة أخرى هل يصلح السكوت عمدا عن معلومات مهمة في العقد أن يكون تدليسا؟.، وقد نتج عن ذلك أن اعتبر السكوت عن واقعة مهمة من قبل أحد المتعاقدين سبب لإبطال العقد، غير أن ذلك قد طبق بصدد بعض العقود التي تحتوي نصا صريحا يجيز تطبيق هذا الجزاء مثل عقود التأمين، أو في عقود البيع استناد إلى نظرية العيوب الخفية، حيث لم يظهر الالتزام العام بالإعلام كالتزام مستقل إلا بعد التطور الذي عرفه القضاء خاصة في فرنسا من خلال تفسيره لنص المادة 1116 ق م فرنسي فهذه المادة التي جعلت وجود التدليس مرتبطا بشرط مهم وهو استعمال أحد المتعاقدين لوسائل وطرق احتيالية، حيث اعتبر القضاء أن التدليس يمكن أن ينشأ عن مجرد سكوت أحد المتعاقدين عن واقعة أو ملابسة مؤثرة، وأن يكون بهدف خداع الطرف الآخر[1]، حيث اعتبر السكوت أو الكتمان خطأ مرتبطا بوجود التزام آخر بالكلام، حيث وصل الفقه إلى استنتاج مفاده أن الكتمان التدليسي يساوي الالتزام بالإعلام في جميع الحالات، أي أن السكوت العمدي والالتزام بالإعلام يعتبران وجهان لعملة واحدة، وبما أن تفسير الاعتراف بوجود كتمان تدليسي لا يمكن إلا من خلال وجود التزام بالإعلام اتجاه المتعاقد الآخر، فإنه من الثابت أن الالتزام بالإعلام له وجود مستقل[2].

إن ما وصل إليه الفقه والقضاء الفرنسيين، من اعتبار الكتمان التدليسي، المنصوص عليه في نص المادة 1116 أساسا للالتزام بالإعلام، يقودنا إلى القول بأن الكتمان التدليسي المنصوص عليه ضمن

[1] - Cass. Civ, 1ère, 19 Mai 1958, Bull. civ. I, n° 251(arrêt de principe).

[2] - أنظر في تطور رأي الفقه والقضاء الفرنسي في اعتبار الكتمان التدليسي أساس للالتزام بالإعلام، حامق ذهبية المرجع المرجع السابق، ص ص 2-3.

نص المادة 2/86 ق م يمكن أن يكون أساسا للالتزام العام بالإعلام حيث جاء في نص هذه المادة بأنه " ويعتبر السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "، وإن كان القضاء الجزائري لا يزال متردد بشأن هذه المسألة حيث ذهب في إبطال اتفاقية القرض بين البنك والمقترض تأسيسا على أن عدم الالتزام بالإعلام قد أوقع المقترض في غلط جوهري[1]، وفي رأينا أنه كان بالإمكان تأسيس عدم الالتزام بالإعلام في هذه الحالة وإبطال اتفاقية القرض على أساس الكتمان التدليسي، فالكتمان التدليسي في رأينا ما هو إلا الالتزام العام بالإعلام، لكن ما هي شروط هذا الالتزام؟.

الفرع الثاني: شروط الالتزام العام بالإعلام

إن القول بأن هناك التزام عام بالإعلام يستوجب توافر شروطه، أي أن قيام الالتزام العام بالإعلام على عاتق أحد المتعاقدين أو على كلاهما، يستوجب شروط تتعلق بمحل هذا الالتزام **(أولا)**، وأخرى تتعلق بأطراف العقد أو الأشخاص الذين يقع على عاتقهم هذا الالتزام **(ثانيا)**.

أولا - الشروط المتعلقة بمحل الالتزام بالإعلام: إن الكلام عن الشروط المتعلقة بمحل الالتزام العام بالإعلام يستلزم منا تحديد الشروط والأوصاف المتعلقة بالبيانات التي يجب على أحد المتعاقدين الإدلاء بها إلى المتعاقد الآخر، وبعبارة أخرى فإن التساؤل الذي يطرح هنا هو ماهية المعلومات التي يجب على أحد المتعاقدين الإدلاء بها للمتعاقد الآخر وفقا لما يقتضيه الالتزام العام بالإعلام؟، فاتجاه في الفقه يميل إلى التوسيع من نطاق الالتزام العام بالإعلام (1) بينما يذهب جانب آخر إلى ضرورة التضييق من هذا النطاق **(2)**.

1 – الاتجاه الموسع من نطاق الالتزام العام بالإعلام: إن الإجابة عن التساؤل السابق قد دفعت جانبا من الفقه، وهو الاتجاه الذي يرغب من توسيع نطاق الالتزام العام بالإعلام من حيث البيانات الواجب الإدلاء بها من أحد المتعاقدين، وذلك انطلاقا خاصة من الوظيفة التي يؤديها الالتزام العام والمتمثلة في تعزيز رضا المتعاقد عند إبرام العقد، حتى يصدر قراره عن حرية وتبصر، ويدخل في العقد وهو على علم ودراية تامة بموضوعه وبما له من حقوق وما عليه من التزامات وتبعا لذلك فإن المعلومات التي يجب على أحد المتعاقدين الإدلاء بها للمتعاقد الآخر حتى يكون رضاه حرا ومتبصرا هي كل المعلومات التي تمكن المتعاقد من الاطلاع على المعطيات التفاوضية التي يمكن أن تدفعه إلى التراجع عن إبرام العقد[2].

وتبعا لما تقدم فإنه يقع على كل متعاقد أن يدلي للمتعاقد معه، بكافة المعلومات والبيانات صغيرة كانت أو كبيرة، يعتقد بأنه ضرورية بالنسبة للمتعاقد الآخر، و أنه من شأنها أن تؤثر على قراره في إبرام العقد من عدمه، ومتى قصر المتعاقد بالإدلاء بهذه البيانات عد مخلا بالالتزام العام بالإعلام، لكن هذا الاتجاه ليس هو الاتجاه الوحيد في الفقه فهناك من بين الفقهاء من يميل إلى التضييق من نطاق هذا الالتزام.

[1] - أنظر القرار رقم 181228، المرجع السابق.

[2] - Voir Alisse (JK), op, cit, p 142.

2 - الاتجاه المضيق من نطاق الالتزام العام بالإعلام: ليس الاتجاه الموسع من نطاق الالتزام العام بالإعلام هو الاتجاه الوحيد فيما يتعلق بتحديد شروط الالتزام العام بالإعلام من حيث البيانات والمعلومات التي يجب الإدلاء بها، حيث يذهب جانب آخر من الفقه وهو الاتجاه الذي يميل إلى التضييق من نطاق الالتزام العام بالإعلام، ومن بين الاتجاهات القائلة بهذه الرأي نجد الرأي الذي يذهب إلى القول بأن مضمون الالتزام العام بالإعلام من حيث المعلومات التي يجب أن يدلي بها أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر، هي تلك المعلومات الداخلية في الشيء بمعنى المعلومات المتعلقة بما هو كائن في الشيء[1]، ووفقا لهذا الرأي فإن المعلومات تكون داخلية في الشيء إذا تعلقت مباشرة بخصائصه أي بما هو كائن داخل الشيء، في حين تعتبر معلومات خارجة عن الشيء إذا لم تتعلق بخصائصه[2].

وخلافا للرأي السابق فقد ذهب رأي آخر يرى ضرورة التضييق من نطاق الالتزام العام، أن نطاق الالتزام العام بالإعلام يجب أن يتحدد ليس على أساس المعلومات أو الصفات المتعلقة بالشيء، ولكن على أساس المعلومات المتصلة بالصفة الجوهرية للشيء، حيث ترتبط المعلومات التي يجب أن يدلي بها أحد المتعاقدين أو كلاهما في هذه الحالة بعيب الغلط، غير أن هذا الرأي بدوره قد وقع في إشكالية حول المعيار المعتمد في تحديد المعلومات الجوهرية المتصلة بالشيء، حيث يذهب أنصار التيار الشخصي في الغلط إلى أن المعلومات تكون جوهرية إذا اعتبره الشخص أو المتعاقد كذلك وكانت دافعا له على التعاقد، بينما يذهب أنصار الاتجاه الموضوعي إلى تحديد مضمون الالتزام العام بالإعلام بالمعلومات المتعلقة بذاتية الشيء، بغض النظر عن الدوافع الشخصية التي تدفع الشخص إلى التعاقد، وهذا جعل جانب من الفقه يرى بأن المعلومات التي يجب أن يدلي بها أحد المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر بمقتضى الالتزام العام بالإعلام لا يمكن حصره في المعلومات المتصلة بالصفات الجوهرية في الشيء[3]. وتبعا لذلك يبقى في اعتقادنا الرأي الأول الذي يميل إلى التوسيع في نطاق الالتزام العام بالإعلام هو الرأي الأكثر قبولا، وكل ذلك مع مراعاة الشروط المتعلقة بإطراف العقد.

ثانيا - الشروط المتعلقة بأطراف العقد: إن قيام الالتزام العام بالإعلام يفترض توافر مجموعة من الشروط تتعلق بإطراف العقد، حيث يفترض في هذه الحالة جهل الدائن بالالتزام العام بالإعلام بالمعلومات والبيانات العقدية اللازمة لإبرام العقد**(1)**، كما لابد من أن يكون المتعاقد المدين بالالتزام بالإعلام عالما بالبيانات العقدية وبمدى أهميتها بالنسبة للدائن**(2)**.

1 - جهل الدائن بالمعلومات وبالبيانات العقدية الضرورية لإبرام العقد: إن أساس وجود وفرض الالتزام العام بالإعلام، هو وضع واجب على أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر بكل ما يحوزه من بيانات ومعلومات جوهرية تتعلق مباشرة بالعقد، حيث يستحيل عليه الإطلاع عليها بنفسه، فعلى حد تعبير بعض الفقه فإن عدم المساواة بين المتعاقدين في الاطلاع على هذه المعلومات هو ما أدى إلى وجود التزام عام

[1] - Voir Magnin (F), op, cit, p 123.

[2] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص60.

[3] - راجع فيما يتعلق بالاتجاه الذي يميل إلى التضييق من نطاق الالتزام العام بالإعلام، حامق ذهبية، المرجع نفسه، ص ص 59-64.

بالإعلام، حيث يتوفر هذا الشرط متى كان المتعاقد الدائن لا يعلم بهذه المعلومات التي تهمه في إبرام العقد عن علم ودراية، أما إذا كان على علم بها، أو بإمكانه أن يستعلم عنها، فلا مجال لإعلامه، فيظهر أن صفة الدائن ترتبط بجهله لبعض المعلومات[1].

يتضح مما سبق أن الالتزام العام بالإعلام المفروض في ظل مبدأ حسن النية المفترض بين المتعاقدين لا يكون له أي مبرر، إلا في حالة جهل أحد المتعاقدين وعدم قدرته على الاستعلام عن بعض البيانات المهمة لإبرام العقد أو إتمام إبرامه.

فإذا كان هذا الالتزام يمنح للمتعاقد الحق في الحصول على البيانات التي تهمه في العقد، فإنه يضع على عاتقه أيضا واجبا بالاستعلام، قبل أن يلقي بجهله على المتعاقد الآخر. فواجب الاستعلام الذي يقع على الدائن كما يري بعض الفقه هو الواجب الذي يقابل واجب الإعلام، كما أنه يقابله أيضا من حيث أن كلاهما ناتجين عن مبدأ حسن النية[2].

يتضح مما سبق أن الالتزام العام بالإعلام مقيد بضرورة جهل الدائن بالمعلومات التي تهمه في العقد، والذي يستتبعه واجب بالاستعلام الملقى على عاتقه، فمتى كان هنالك التزام بالاستعلام كان هناك بالمقابل واجب بالإعلام على المتعاقد الآخر، ومن هنا يتضح أن الالتزام العام بالإعلام هو واجب مقيد، وذلك أن مصدره وأساسه هو مبدأ حسن النية، الذي يفترض التكافؤ بين المتعاقدين في المعلومات، كما أن هذا الالتزام يفترض أيضا ضرورة علم المدين بالمعلومات التي يجهلها الدائن وبأهميتها للمتعاقد الآخر.

2 - علم المدين بالبيانات العقدية وبأهميتها للمتعاقد الآخر: حتى يعتبر المتعاقد مدينا بالالتزام بالإعلام، لا بد أن يكون على عالم بالبيانات والمعلومات العقدية، وفي هذا الصدد يذهب جانب من الفقه[3] إلى أنه لقيام الالتزام العام بالإعلام لابد من أن يكون المدين على علم بكافة الوقائع والمعلومات المطلوبة منه ومدى أهميتها بالنسبة للمتعاقد معه – الدائن بالالتزام بالإعلام –، فكما يقال فإن فاقد الشيء لا يعطيه، لذلك فإنه لا يمكن إلزام أحد المتعاقدين بالإعلام عن وقائع يجهلها هو في حد ذاته.

لقد ذهب القضاء خاصة في فرنسا إلى ضرورة علم المدين وتوافر المعرفة في جانبه فيما يتعلق بالمعلومات المرتبطة بمحل الالتزام بالإعلام، كشرط لقيامه، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الالتزام العام بالإعلام الذي يقع على عاتق المخابر الخاصة بمضادات الاستعمال والنتائج الثانوية للأدوية، لا يمكن أن يتعلق إلا بما هو معروف وقت دخولها السوق، وتلك التي كانت على علمها منذ ذلك التاريخ[4].

---

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص 85.

[2] - راجع عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك – دراسة مقارنة -، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت – لبنان، 2007، ص ص 24-26.

[3] - أنظر المهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص237.

[4] - Cass. Civ, 1er 8 Avril 1986, Bull.civ., I, n°82,P81 :« L'obligation de renseignements des laboratoires, relatives aux contre-indications et effets secondaires des médicaments ne peut s'appliquer qu'a ce qui est connu au

إن الشرط السالف الذكر معناه أن المدين لا يكون ملزما بنقل المعلومات الخاصة بالعقد إلى المتعاقد معه، إلا إذا كان هذا الأخير على علم بها، و يشترط في هذه الحالة أن تكون المعلومات التي يلتزم بنقلها صحيحة، فإذا كانت خاطئة، فيفترض أنه غير عالم بها، أما إذا لم يتوفر شرط العلم لدى المدين، لم يقع على عاتقه التزام بالإعلام، فلا يقع على عاتقه هنا التزام بنقل المعلومات الصحيحة بما أنه يجهلها، كما أنه غير ملزم بنقل المعلومات الخاطئة التي هي بحوزته[1].

وغني عن البيان أن المعلومات التي يلتزم المدين بالالتزام بالإعلام بتقديمها إلى الدائن بالإعلام، لا بد أن يكون عالما بمدى أهميتها بالنسبة للمتعاقد معه، وإلا انتفى مبرر الالتزام العام بالإعلام، الذي يهدف إلى إعادة التوازن في العلاقة التعاقدية، غير أن تحقيق هذا التوازن في العلاقة التي يكون فيها أحد الأطراف مستهلكا أصبح يفرض وجود ضمانات خاصة، وذات فعالية أكبر من الضمانات الموجودة في القواعد العامة.

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة بحماية صحة رضا المستهلك من انعدام التوازن العقدي

يبدو أن المساواة التي كانت مفترضة بين المتعاقدين في ظل مبدأ سلطان الإرادة لم يعد بالإمكان الحديث عنها في العقود التي يكون أحد طرفيها متعاقد مستهلكا، فاكتساب المتعاقد لهذه الصفة خاصة في مواجه متعاقد محترف يجعل العلاقة العقدية منعدمة التوازن من بدايتها، كما أن التطور الحاصل في المجال الصناعي والتكنولوجي قد نتج عنه منتوجات من سلع وخدمات غاية في التعقيد في الصنع والاستعمال، حيث وجد المستهلك نفسه أمام منتوجات لا يعلم عنها شيئا في موجهة متدخل محترف ومتفوق خاصة من جهة درايته بهذه المعلومات، وأمام هذا الوضع خاصة بعد سياسة الانفتاح الاقتصادي وحرية التجارة التي عرفتها الجزائر بعد دستور 1989، والتي كرست فيما بعد ضمن أحكام دستور 1996، فقد أوجد المشرع ضمانات خاصة بحماية رضا المستهلك، وذلك نظرا لأسباب عدة، وهو ما يدفعنا إلى دراسة أسباب فرض ضمانات خاصة لحماية رضا المستهلك **(مطلب أول)**، قبل تحديد هذه الضمانات **(مطلب ثانٍ)**.

المطلب الأول: أسباب فرض ضمانات خاصة لحماية رضا المستهلك

إن تدخل المشرع من أجل فرض ضمانات خاصة بحماية المستهلك عامة، والتي نجد من ضمنها ضمانات خاصة موجهة لحماية رضاه، لم تكن محض الصدفة، كما أنها لم تأتي من العدم، إذ أن هذا التدخل ورائه أسباب متعددة وكثيرة، فزيادة عن الأسباب السياسة والاقتصادية والتي هي ليست محل دراستنا والمتمثلة في التوجه من النظام السياسي الاقتصادي الاشتراكي إلى نظام اقتصاد السوق، وكذلك محاولة من المشرع الجزائري مواكبة التطورات التشريعية العالمية ، خاصة وأن الجزائر تسعى منذ فترة

moment de l'introduction du médicament sur le marché et a ce qui a été porté à la connaissance des dits laboratoires depuis cette date ». أنظرفي هذا القرار حامق ذهبية، المرجع السابق، ص74. –

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص75.

طويلة للإنظمام إلى المنظمة العالمية للتجارة(OMC)، وهذا ما يفرض عليها تكييف منظومتها القانونية مع متطلبات هذا المسعى.

إن الأسباب المقصود بالدراسة هنا هي تلك الأسباب القانونية والواقعية، والمتمثلة في ضعف وفشل القواعد العامة خاصة نظرية عيوب الإرادة في توفير حماية كافية وفعالة لرضا المستهلك **(فرع أول)**، وكذلك الخصوصية المتعلقة باكتساب المتعاقد لصفة المستهلك وما أصبح يتميز به محل عقد الاستهلاك المتمثل في منتوجات مختلفة من السلع والخدمات المختلفة من تعقيد في الصنع والتركيب وصعوبة الاستعمال**(فرع ثانٍ)**.

الفرع الأول: فشل نظرية عيوب الإرادة في حماية رضا المتعاقد المستهلك

إن نظرية عيوب الإرادة التي تهدف إلى حماية رضا المتعاقد من هذه العيوب، تفرض على المتعاقد إثبات بعض الشروط وهذا ما هو عليه الحال بالنسبة للتدليس والغلط مثلا ، غير أن هذا الإثبات قد يتعذر على المستهلك الذي يوجد دائما في مركز ضعيف، كما أن باقي العيوب والمتمثلة في الإكراه والاستغلال يصعب إعمالها في مجال حماية المستهلك نظرا للخصوصية التي أحاطها بها المشرع، وتبعا لذلك فإن فشل نظرية عيوب الإرادة في حماية رضا المستهلك إنما يتمحور حول صعوبة إثبات بعض العيوب **(أولا)**، وعدم فعالية نوع معين من العيوب في مجال حماية رضا المستهلك **(ثانيا)**.

أولا - القصور المتعلق بصعوبة إثبات بعض العيوب: صحيح أن المستهلك باعتباره متعاقد، وأن القواعد العامة باعتبارها القواعد الأصل في تنظيم العقود – الشريعة العامة– تسمح للمستهلك كأي متعاقد بالتمسك بالتدليس والغلط للمطالبة بإبطال العقد في حالة ما إذا كان ضحية لهذين العيبين، غير أن ذلك يوجب عليه إثبات شروطها، وهو ما ليس بالأمر السهل ولا اليسير خاصة أمام ضعف المستهلك وعدم تخصصه مقارنة بالمتدخل المحترف، وهذا ما يدفعنا إلى دراسة صعوبة إثبات التدليس **(1)**، والغلط **(2)**، كأسباب ومظهر من مظاهر قصور النظرية العامة في حماية رضا المستهلك وإرادته.

1 - صعوبة إثبات التدليس: التدليس كما أشرنا في المبحث الأول هو استعمال أحد المتعاقدين لمجموعة من الحيل من أجل تغليط المتعاقد الآخر، وطبقا للقواعد العامة، فإنه لا يمكن التمسك بإبطال العقد للتدليس إلا إذا أثبت المتعاقد الشروط التي يجب توفرها للقول بأن المتعاقد كان فعلا ضحية للتدليس، وفيما يلي نبين فشل وقصور نظرية التدليس في حماية رضا المستهلك خاصة من جهة صعوبة إثبات بعض الشروط.

فبالنسبة للشرط الأول المتمثل في ضرورة استعمال وسائل احتيالية غير مشروعة للوصول إلى التدليس، فيرى البعض أن هذا الشرط يقف مانعا وحاجزا في وجه المستهلك من أجل اللجوء إلى التدليس[1]، وفي رأينا أن مثل هذا الشرط فضلا عن كونه سوف يرهق المستهلك في إثبات وسائل التدليس،

[1] - أنظر عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص24.

يضع عليه عبئا آخرا يتمثل في إثبات مشروعية هذه الوسائل من عدمها، وهذا ما يضع المستهلك في موقف صعب بدلا من توفير الحماية له.

أما بالنسبة للشرط المتمثل في ضرورة توافر نية التضليل لدى المدلس لتحقيق الهدف غير المشروع من جانبه، أو ما يطلق عليه العنصر المعنوي في التدليس[1]، ويقصد بهذا الشرط أنه يجب أن تتوافر لدى الشخص الذي اتخذ احدى الطرق التدليسية نية التدليس والتغرير بالمستهلك لحمله على التعاقد[2]، وبالنسبة لهذا الشرط فإنه أكثر صعوبة في الإثبات من سابقه، ذلك أن نية التضليل أمر نفسي عادة ما يصعب إثباته في الواقع، وهذا ما لا يخدم حماية المستهلك.

إضافة إلى ما سبق هناك شرط آخر يقضي بضرورة أن يكون التدليس صادر من المتعاقد نفسه أو متصل بعلمه إذا كان صادر عن الغير، وهنا تتجلى صعوبة أخرى تتعلق بالتدليس الصادر عن الغير، فهذا النوع من التدليس لا يمكن أن يستفيد منه المستهلك للمطالبة بإبطال العقد إلا إذا اتصل بعلم المتعاقد الذي يستفيد من هذا النوع من التدليس في مرحلة إبرام العقد، وهو ما لا يمكن تصوره في معظم المعاملات الاستهلاكية[3].

ويستفاد مما سبق أنه وإن كان بإمكان المستهلك اللجوء إلى نظرية التدليس للمطالبة بإبطال العقد، الذي كان رضاه فيه ضحية للوسائل التدليسية من قبل المتدخل، إلا أن الشروط المتعلقة بضرورة توافر التدليس تقف حائلا دون الحماية المرجوة للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، ذلك أن نظرية التدليس قد وضعت أساسا من أجل معالجة احتلال التوازن المفقود بسبب التدليس، ولم يراعي فيها المشرع انعدم التوازن بين المستهلك والمتدخل في العلاقة العقدية الاستهلاكية وما يوجد فيه المستهلك من مركز ضعف، فالنظرة إلى إطراف العقد في القواعد العامة هي نظرة مجردة من كل صفة، وهذا ما يجعل شروط التدليس لا تخدم حماية المستهلك في عقد الاستهلاك التي يكتسب فيه المتدخل صفة المتعاقد القوي، والمستهلك صفة المتعاقد الضعيف، وتبعا لذلك فإننا نتساءل عن وضع الحماية وفعاليته بالنسبة لنظرية الغلط؟.

2 - فشل نظرية الغلط في حماية رضا المستهلك: الغلط عبارة عن وهم يصور للمتعاقد الواقع على غير حقيقته ويدفعه إلى التعاقد نتيجة لهذا التصور الخاطئ بحيث ما كان ليتعاقد لو علم هذه الحقيقة، وقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية الغلط ضمن القواعد العامة التي تحكم التعاقد، من خلال نص المادة 81 ق م أعلاه.

---

[1] - أنظر عادل عميرات، مداخلة بعنوان حماية رضا المستهلك أثناء التعاقد، قدمت ضمن فعليات الملتقى الوطني حماية المستهلك في ظل سياسة الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعية بالوادي، أيام 13-14 أفريل 2008، ص7.

[2] - أنظر مساعد زيد عبد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانونيين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص155.

[3] - أنظر نبيلة بن عائشة، مدى فعالية النصوص القانونية في حماية المستهلك، الملتقى الوطني الخامس حول الحماية القانونية للمستهلك، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس بالمدية، أيام 16-17 ماي 2012، ص6.

إن نظرية الغلط المنصوص عليها ضمن القواعد العامة للعقد، تسمح للمستهلك الذي كانت إرادته ضحية الغلط أن يطلب إبطال العقد، غير أن المستقر عليه من الناحية القانونية أن التمسك بالغلط لا يمكن أن يتعارض مع مبدأ حسن النية، أي أن المستهلك الذي يلجأ إلى الغلط لا بد أن يكون حسن النية، كما أن مقتضيات حسن النية تفترض أنه إذا عرض المتدخل المحترف نيته لتنفيذ العقد طبقا للاعتقاد الحقيقي للمستهلك، يفقده ذلك الحق في المطالبة بإبطال العقد طبقا لنظرية الغلط، وهو الحكم المنصوص عليه ضمن المادة 85 ق م السابقة الذكر، وهو المبدأ المعمول به لدى كثير من التشريعات المقارنة، كالمشرع المصري، والكويتي، والفرنسي[1].

ويبدو من الواضح أن حماية رضا المستهلك من خلال هذا الحكم غير ممكنة، ذلك أن هذه القواعد قد صيغت من أجل هدف رئيسي وهو المحافظة على استقرار المعاملات في المجتمع، ولم توضع من أجل هدف حمائي حقيقي للمتعاقد الضعيف، الذي يكون ضحية للغلط، ولعل هذا ما دفع بالقضاء الفرنسي إلى التوسع في تفسير الغلط حول الصفات الأساسية، وتبعا لذلك فقد ذهب إلى إبطال العقود التي يكون التوازن فيها بين الشيئين المتبادلين، والتي أبرمت لصالح المتعاقد القوي على أساس غلطه في الصفات الجوهرية في المحل، رغم أنه غلط في قيمة الشيء محل العقد[2].

وإضافة إلى ما تقدم فإن المشرع يشترط من أجل التمسك بالغلط لإبطال العقد، أن يكون الغلط جوهريا، وأن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر، وهذا ما يجعل عبء إثبات هذين الشرطين يقع على عاتق المستهلك، وهو ما يتنافى مع فلسفة الحماية المقصودة لهذا المتعاقد الضعيف[3].

إنه وإن كان بإمكان المستهلك اللجوء إلى قواعد التدليس والغلط، من أجل المطالبة بإبطال العقد، في حالة ما إذا كانت ارادته ضحية لهذين العيبين، رغم عدم فعالية هاتين النظريتين في تقديم حماية مجدية لرضا المستهلك، ذلك أن هذه النظريات قد وضعت أساسا من أجل معالجة اختلال التوازن في الرضا في القواعد العامة، و لم توضع من أجل مجابهة انعدام التوازن في العلاقة الاستهلاكية من جانب رضا المستهلك، وإلى جانب ذلك فإن مظاهر قصور نظرية عيوب الإرادة في حماية رضا المستهلك تتجلى أيضا في عدم إمكانية الاستعانة ببعض العيوب في مجال حماية المستهلك.

ثانيا - عدم إمكانية الاستعانة ببعض العيوب في مجال حماية المستهلك: إلى جانب التدليس والغلط، فقد نص المشرع على الإكراه و الاستغلال كعيبين في الإرادة، حيث يمكن إبطال العقد من قبل المتعاقد الذي كان ضحية لهذين العيبين، إلا أننا نتساءل إذا كان بالإمكان الاستعانة بهاتين النظريتين فعلا في مجال حماية المستهلك، خاصة أن المشرع قد ضيق من نطاقيهما وشروطهما، فما هي المظاهر التي تجعل من هذين العيبين عديمي الفائدة في مجال حماية رضا المستهلك؟.

---

[1] - أنظر في النص على ضرورة التمسك بالغلط على وجه لا يتعارض مع مبدأ حسن النية، بالنسبة للقانوني المدني المصري 124، وبالنسبة للقانون المدني الكويتي 149، وبالنسبة القانون المدني الفرنسي 1111.

[2] - أنظر مساعد زيد عبد الله المطيري، المرجع السابق، ص 108.

[3] - أنظر المرجع نفسه، ص 109.

1 - عدم إمكانية الاستعانة بنظرية الإكراه: لقد تبنى المشرع الجزائري نظرية الإكراه كعيب من عيوب الإرادة من خلال نص المادة 81 ق م[1]، والتي مفادها أن الشخص الذي تعاقد تحت سلطان رهبة يبعثها فيه المتعاقد الآخر يحق له المطالبة بإبطال العقد، لكن هل يمكن تطبيق هذه النظرية في مجال حماية رضا المستهلك؟.

يمكن أن يذهب البعض في تحليلهم وتوسيعهم من نطاق نظرية الإكراه بغية جعلها صالحة وممكنة التطبيق حماية لرضا المستهلك، إلى تصورات متعددة لتطبيق نظرية الإكراه ومثال ذلك أن يتصور البعض أن المستهلك يكون ضحية للإكراه عند توقيعه على عقد جاهز والإكراه هنا لا يكون ناتجا عن الضغط والإجبار وإنما عن حالة الضرورة، ومثال ذلك الشخص الذي يقدم على إبرام عقد استهلاك مع شركة للاتصالات محتكرة في هذا المجال، إذ أن المستهلك هنا يكون بين سيف ذو حدين أولهما هاجس إشباع حاجياته، وثانيهما صعوبة التفاوض حول بنود العقد التي لا حول ولا قوة له إلا بقبولها كما هي أو العدول عنها، فهذا إكراه ضمني يواجه به المستهلك.

إن التصور السابق مرفوضا نظريا عند الفقه التقليدي في مجال القانون المدني، إذ أن الاضطرار لا يمكن احتسابه من قبيل الإكراه، ذلك أنه يفترض لقيام هذا الأخير أن يقدم المتدخل الذي يسعى على إكراه المستهلك وسيلة من أجل نزع رضا المستهلك المُكره، أما الاضطرار فقد نتج عن ظروف جاءت بمحض الصدفة[2].

ونحن نرى إلى جانب من الفقه[3]، أن الضغوط العملية التي يتعرض لها المتعاملون على المنتوجات المختلفة من سلع وخدمات، لا يمكن أن يطلق عليها وصف الإكراه، الذي يسمح للمستهلك المطالبة بإبطال العقد، وسبب ذلك أن اعتبار مثل هذه الضغوط من قبيل الإكراه سوف يجعل جميع العقود مهددة بالإبطال وهذا ما يشكل بدوره اضطرابا في السوق، كما أن الإبقاء على هذا النوع من العقود قد أصبح ضرورة وحتمية اقتصادية تستجيب وتتماشى مع مقتضيات ومتطلبات الحياة المعاصرة من منتوجات إلكترونية ومنزلية ومعاملات مصرفية مختلفة وغيرها من المنتوجات والخدمات المستحدثة التي مازال التطور الصناعي يسفر عنها.

وانطلاقا من ما تقدم نصل إلى أن نظرية الإكراه ليست ذات قيمة، ولا تحتوي ما يمكن أن يصلح لحماية رضا المستهلك.

2 - عدم إمكانية الاستعانة بنظرية الاستغلال: لقد سبقت الإشارة إلى أن حالة الاستغلال التي أقرها المشرع الجزائري ضمن القواعد العامة للعقد من خلال نص المادة 90 ق م، تثبت عندما يلجأ أحد المتعاقدين إلى استغلال الضعف النفسي في المتعاقد، حيث حصر المشرع الحالة التي يمكن أن تؤدي

[1] - أنظر نص المادة 81 من الأمر 75-58 المتضمن ق م، المرجع السابق.
[2] - أنظر عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص19.
[3] - أنظر المرجع نفسه، ص ص، 19-20.

إلى هذا الضعف في الطيش البين والهوى الجامح، كما لابد أن يسفر استغلال هذا الضعف عن عدم تعادل في الآداءات بين المتعاقدين وهو العنصر المادي في الاستغلال.

وانطلاقا من ما تقدم فإن المستهلك إذا أراد التمسك بعيب الاستغلال للمطالبة بإبطال العقد، عليه دائما أن يثبت أنه كان ضحية للطيش البين والهوى الجامح، وأن هذا الضعف قد أوقعه في غبن جعله يحصل على عطاءات غير متكافئة مع ما قدمه من آداءات.

إضافة إلى ما تقدم من إلزامية إثبات عناصر الاستغلال، فإن الإشكالية التي طرحت أيضا هي حول إمكانية تصور وقوع المستهلك في استغلال، وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه إلى أنه من الممكن أن نتصور وجود قدر من استغلال المتعاقد المستهلك في بعض العقود غير المتكافئة مما يسمح بتطبيق هذه النظرية، خاصة في حالة المتعاقد المذعن والطرف قليل الخبرة والكفاءة والذي يمكن أن نطلق عليه في هذه الحالة المتعاقد المستغل، أمام طرف آخر وهو المتعاقد القوي الذي يدفعه إلى التعاقد بشروط مجحفة تؤدي إلى عدم توازن الالتزامات التعاقدية.

إن الطرح السابق قد أسال لعاب بعض الفقه[1] حول إمكانية التوسيع والتعميم في مفهوم نظرية الاستغلال كي تخدم مصلحة المستهلك، غير أن هذا الرأي قد اصطدم باعتبارات وحقائق واقعية يمكن إجمالها كمايلي:

- إن المشرع الجزائري ومختلف التشريعات المقارنة كالمشرع المصري والفرنسي والكويتي التي أخذت بنظرية الاستغلال، تشترط دائما أن يكون عدم التعادل فادحا للمطالبة بإبطال العقد على أساس نظرية الاستغلال، حيث يعود للقاضي تقدير جسامة الاختلال الحاصل في الأداءات، وبالتالي إقصاء بعض العقود التي لا ينطبق عليها هذا الشرط وذلك بمناسبة تقدير القاضي وجود أو عدم وجود اختلال في الآداءات والعطاءات بين المتعاقدين، أو أن الاختلال الموجود لم يكن فادحا وجسيما، وهذا ما يجعل النص قاصرا وغير شامل لباقي الحالات التي يختل فيها التوازن في العقد، وفي رأينا أن هذا الشرط يجعل النص قاصر في مجال حماية المستهلك التي يجب أن لا ينظر فيها إلى مقدار الخلل ولا وصف الاستغلال.
- يشترط النص المتعلق بالاستغلال أن يثبت المتعاقد الذي أراد التمسك به، أنه كان ضحية للاستغلال من قبل الشخص المتعاقد معه الذي استغل فيه عيبا أو ضعفا في إرادته، وأن وضع المستهلك في هذا الموقف يجعله مجبرا على إثبات هذا لاستغلال وهو ما ليس بالأمر السهل ولا اليسير.
- لقد حدد المشرع وتبعه في ذلك الفقه والقضاء، الحالات النفسية التي يمكن أن تجعل المتعاقد ضحية للاستغلال، وهذه الحالة استقر على أنها الطيش البين والهوى الجامح، وبذلك يكون المشرع قد حصرها في نطاق ضيق جدا لا يخدم مصلحة المستهلك.

[1] - أنظر عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص ص 20-21.

وفي الأخير نصل إلى أن نظرية عيوب الإرادة، أصبحت قاصرة فعلا في مجال حماية رضا المستهلك وهذا ما يتبين لنا من خلال نظرية الغلط والتدليس اللتان وإن كانتا توفران شيء من الحماية، إلا أنها حماية متبوعة بإرهاق كبير للمستهلك خاصة من حيث إثبات شروط هذين العيبين، أما نظريتي الإكراه والاستغلال فإنه ووفقا لما تقدم لا نكاد نجد لهما تطبيقا في مجال حماية المستهلك خاصة وأن المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة التي أخذت بهاذين العيبين قد حصرتهما في مجال ضيق لا يمكن توسيعه وتعميمه في حماية لرضا المستهلك، غير أن قصور وفشل نظرية عيوب الإرادة في حماية رضا المستهلك، ليستا السبب الوحيد لتقرير حماية خاصة له، فهذه الحماية قد فرضتها الخصوصية التي أصبح يتمتع بها هذا المتعاقد المستهلك، وكذلك ما يمتاز به تعقد المحل في عقد الاستهلاك.

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة باكتساب المتعاقد لصفة المستهلك وتعقد محل عقد الاستهلاك

من الأسباب التي فرضت وجود نظام خاص بحماية المستهلك هو اكتسابه لهذه الصفة التي تجعله في مركز ضعف أمام الطرف الآخر في العلاقات الاستهلاكية الذي يتميز بتفوقه من حيث الدراية والكفاءة والعلم بكل ما يحيط بالتعاقد، كما أن التطور الصناعي والتكنولوجي قد نتج عنه ظهور منتوجات مختلقة غاية في التعقيد في الصنع وصعوبة الاستعمال، وهذا جعل محل عقد الاستهلاك يتصف بالتعقيد والغموض، فخصوصية صفة المستهلك، وتعقد محله، أصبحت من الأسباب التي فرضت وجود نظام خاص بحماية رضا المستهلك. وهو ما يقودنا إلى دراسة هذه الصفة(**أولا**)، وذاك المحل (**ثانيا**).

أولا - اكتساب المتعاقد لصفة المستهلك: من أبرز الأسباب التي فرضت تكريس حماية خاصة لرضا المستهلك، هي الخصوصية التي يتمتع بها فهذه الصفة تجعله في مركز ضعف يحتاج فيه إلى حماية خاصة، وهذا ما يتطلب منا تعريف المستهلك(**1**)، قبل تحديد شروط اكتسابه لهذا الصفة(**2**).

1 - تعريف المستهلك: المستهلك في اللغة مأخوذ من هلكَ، الَهلكُ، هلك، يهلكُ، وأستهلك المال أي أنفقه وأنفذه. فالمستهلك من الناحية اللغوية هو المنفق.

أما مصطلح المستهلك في العلوم الاقتصادية فيقصد به " من يقوم باستعمال السلع والخدمات لإشباع حاجياته الشخصية وحاجيات من بعولهم وليس بهدف إعادة بيعها أو تحويلها أو استخدمها في نطاق نشاطه المهني"[1].

وإذا كان هذا ما يحمله معنى المستهلك في المجالين اللغوي والاقتصادي، فإن معناه في المجال القانوني يختلف من اتجاه إلى آخر ومن مشرع إلى آخر.

أ – **التعريف بمصطلح المستهلك في الفقه:** مصطلح المستهلك يعتبر مصطلحا دخيلا على اللغة القانونية إذ أن مجاله الأصلي علم الاقتصاد، فالاستهلاك يعتبر مرحلة من مراحل العملية الاقتصادية فهو

[1] - أنظر في المعنى الاقتصادي لمصطلح المستهلك ـ أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص ص50–51.

يأتي في مؤخرة هذه العملية يسبقه في ذلك مرحلتي الإنتاج والتوزيع، ولما كان المعنى الاقتصادي لا يخدم الغرض الذي وضع من أجله مصطلح المستهلك في اللغة القانونية فقد حاول فقهاء القانون إيجاد معنى قانوني خاص بالمستهلك[1]، ولعل هذا ما يبرر الاختلاف الذي وقع فيه فقهاء القانون عند محاولتهم إيجاد معنى قانوني لهذا الأخير وقد نتج عن هذا الاختلاف ظهور اتجاهين مختلفين اتجاه يوسع من معنى المستهلك، واتجاه يضيق من هذا المعنى.

أ - أ - الاتجاه الموسع لمعنى المستهلك: ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى التوسيع من فكرة المستهلك حتى تشمل القواعد الحمائية المقررة له أشخاصا ليس لهم صفة المستهلك بمعناه الضيق، وحسب هذا الرأي فإنه يقصد بالمستهلك " كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أي بمعنى استخدام مال أو خدمة فيعتبر مستهلكا من يشتري سيارة لاستعمالها الشخصي ومن يشتريها لاستعمالها المهني "[2]، أو هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يبرم تصرفا قانونيا للحصول على منتوج بقصد أن يكون هو أو ذويه المستهلك النهائي له وتمتد نفس الصفة إلى المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه"[3].

إن الأخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك يجعل الحماية المقررة له تشمل المهني الذي يقتني منتوجات خارج مجال تخصصه، ففي بعض الحالات التي يتصرف فيها المحترف مع محترف آخر متفوق عليه اقتصاديا يجد نفسه في وضعية ضعف تجعله صاحب حق في الحماية التي يقررها المشرع للمستهلك الذي يقتني المنتوج للاستعمال الشخصي[4].

واعتبار المهني من قبيل المستهلكين وفقا لهذا الاتجاه يستند إلى أنّ المهني متى تصرّف خارج مجال اختصاصه يعتبر كغير المهنيين، لأنّه يبدو في الواقع كمستهلك عادي، كالمزارع الذي يعقد تأمينا على زراعته، والتاجر الذي يقيم نظاما للإنذار في متجره، فهؤلاء يتصرفون خارج مجال اختصاصهم، وبالتالي فهم في وضع مشابه لوضعية المستهلك العادي في مواجهة متعاقد مهني يفوقهم قوة وخبرة[5].

وقد ذهب أصحاب الرأي القائل بالمفهوم الموسع للمستهلك في تبرير رأيهم، أن قانون الاستهلاك إنما وجد ليحقق وظيفة واسعة، تفرض شموليته للوظيفة الاقتصادية برمتها وهذا ما يتنافى وقصر الحماية على المستهلكين بالمفهوم الضيق أي الذين يقتنون المنتوجات للاستعمال الشخصي دون غيرهم من

[1] - أنظر السّيد محمّد السّيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2003، ص8.
[2] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 182.
[3] - أنظر شعباني (حنين) نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت في 2012/03/08، ص26.
[4] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
[5] - أنظر بولنور عبد الرزاق، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية(دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع9، 2013، ص9.

المستهلكين، فحسب هذا الرأي فإن قانون الاستهلاك لا بدأن يأخذ مفهوما موضوعيا ينطلق من اعتبار المستهلك مستخدما للمنتوجات(سلع، خدمات)، على اعتبار أنه يساهم في تنظيم الوظيفة الاقتصادية[1].

وقد أخذ القضاء الفرنسي في كثير من الأحكام بهذا المفهوم حيث قضت الدائرة المدنية الأولى بمحكمة النقض في **15 أبريل 1982** بحق مزارع أبرم عقدا مع أحد بيوت الخبرة لشراء أجهزة إطفاء الحريق عندما تلقى عرضا آخر من شركة أخرى، في العدول عن الاتفاق الأول بموجب رخصة العدول المقررة بموجب المادة الثانية من قانون **22 ديسمبر 1972**، على أساس أنّ عقد الخبرة الأول المبرم يخرج من اختصاصه المهني المتمثل في الاستغلال الزراعي، وبالتالي من حقه الاستفادة من النصوص الحمائية بموجب قانون 22 ديسمبر 1972، والمقررة أصلا لصالح المستهلكين، وذلك بوصف هذا المزارع مستهلكا مادام قد تعاقد خارج نشاطه المهني المعتاد[2].

وإذا كان القضاء الفرنسي قد أخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك في بداية الأمر حسب ما يتضح من الأحكام السابقة فإنه سرعان ما تراجع عن توجهه هذا، حيث ذهب فيما بعد إلى عدم استفادة فئة المهنيين من الحماية المقررة للمستهلك على النحو السابق ذكره، ويتضح ذلك جليا من الصيغة الجديدة التي استعملتها محكمة النقض الفرنسية حيث ذهبت إلى ما يلي " لا يعتبر مستهلكا ولا يستفيد من القواعد الخاصة بحماية المستهلك، كل من أبرم عقد له صلة مباشرة بنشاطه المهني"[3].

إن الأخذ بالرأي القائل بالمفهوم الموضوعي الذي يوسع من مصطلح المستهلك يجعل المهني الذي يقتني منتوجا خارج تخصصه يستفيد من الحماية الخاصة لرضا المستهلك الخاص بالسلع والخدمات المنصوص عليها في القواعد المتعلقة بالمستهلك، وهذا ما جعل جانب آخر من الفقه يضيق من فكرة المستهلك.

أ - ب - الاتجاه المضيق من مفهوم المستهلك: يرى هذا الاتجاه ضرورة التضييق من مفهوم المستهلك، بحيث يقصد به"...كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية، أو العائلية "[4]، أو هو "الذي يقوم بشراء السلع والخدمات لاستعمالها الشخصي أو استعمال أفراد عائلته أو الأفراد الذين يعيلهم"[5] ، فطبقا لهذا الاتجاه لا يكتسب صفة المستهلك الشخص الذي يتعاقد لأغراض مهنته، أو مشروعه.

وإذا كان أنصار هذا الاتجاه قد اتفقوا على التضييق من مفهوم المستهلك بحيث هو الشخص الذي يقتني منتوجات للاستعمال الشخصي والنهائي، فقد ثار إشكال حول طبيعة هذا الشخص هل هو الشخص الطبيعي فقط ؟ أم أن المستهلك يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا على حدا سواء؟.

---

[1] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 184.

[2] - أنظر بو لنور عبد الرزاق، المرجع السايق، ص10.

[3] - Cass. Civ. 1ère ch., 28 Avril 1987, R.T.D.Civ. 1987,573, Obs. MESTRE

[4] - أنظر محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص21.

[5] - أنظر ذيب عبد الله، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني ـ دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين،2009، ص8.

وفي هذا المجال ذهب اتجاه في الفقه[1] بأن المستهلك هو فقط الشخص الطبيعي، بينما يرى جانبا آخر أن المستهلك يمكن أن يكون شخصا طبيعيا كما يمكن أن يكون شخصا معنويا، فمصطلح المستهلك حسب رأيهم يمكن أن يشمل بعض الأشخاص المعنوية، ومنها الجمعيات الخيرية، والنقابات التي لا تهدف إلى تحقيق الربح.

وفيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من هذه المسألة فإنه لم يتصدى لهذه الحالة إلى يومنا هذا، بخلاف القضاء المقارن فعلى سبيل المثال نجد أن القضاء الفرنسي في موقفه من الخلاف الذي أثارته مسألة إمكانية اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا من عدمه قد مر بمرحلتين:

ففي مرحلة أولى وهي مرحلة ما قبل 1987 كان القضاء الفرنسي يعرف المستهلك " الفرد الذي من أجل حاجاته الشخصية يصبح طرفا في عقد يتعلق بالتزويد بالمال (السلع) والخدمات "، فمن الواضح من مثل هذا التعريف الذي أصدرته أحدى محاكم الدرجة الأولى أن مصطلح المستهلك يقصد به الشخص الطبيعي دون المعنوي، كما يوحي بأنه يحصر الحماية في الاستعمال الشخصي دون العائلي[2].

وفي مرحلة ثانية بعد 1987 أصبح القضاء خاصة في فرنسا يطبق وصف المستهلك على الشخص المعنوي إلى جانب الشخص الطبيعي، وفي هذا الصدد نجد أن محكمة النقض الفرنسية في الدائرة المدنية الأولى قد ذهبت في حكم لها في 28 أفريل 1987 إلى اعتبار شركة تجارية مستهلكة، ومنحتها الحق في الاستفادة من أحكام قانون 10جانفي1987 المتعلق بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية، وذلك بغض النظر عن كونها شخصا معنويا[3]. ومن ذلك الوقت أصبح من المستقر عليه أن الشخص المعنوي يمكن أن يكون مستهلكا إلى جانب الشخص الطبيعي.

ما يمكن استخلاصه من الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك، أن المستهلك هو من يقتني السلع أو يستخدم الخدمات، وأن يكون هذا الاكتساب أو الاستعمال للسلع والخدمات بهدف الاستهلاك، وألا يكون لهدف مهني، وأن وصف المستهلك يمكن إطلاقه على الشخص الطبيعي أو المعنوي بشرط ألا يكون نشاطه غير مهني وأن يرتبط هذا باقتناء سلع أو خدمات.

وإذا كان الفقه قد انقسم حول مفهوم المستهلك بين موسع ومضيق، فكيف كان تأثير ذلك على مختلف التشريعات المقارنة وما موقف المشرع الجزائري من مفهوم المستهلك الذي يستحق حماية خاصة لرضاه؟.

ب - التعريف التشريعي للمستهلك: تأخذ معظم التشريعات المقارنة بالمعنى الضيق للمستهلك، فما هو موقف المشرع الجزائري من المسألة؟.

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص9.
[2] - أنظر أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص53.
[3] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ب – أ - تعريف المستهلك في التشريعات المقارنة: بالرجوع إلى القوانين والتشريعات المقارنة نجد أن معظمها تقريبا قد اعتمدت المفهوم الضيق للمستهلك.

فبالنسبة للتشريعات العربية نجد أن غالبية النصوص المتعلقة بالمستهلك تأخذ بالمفهوم الضيق له، وفي هذا الصدد نجد بأن المادة 1 من قانون حماية المستهلك المصري وهو القانون رقم67 لسنة 2006 قد نصت على أنه "المستهلك : كل شخص تقدم إليه إحدى المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص"[1] ، يفهم من هذا النص أن المشرع المصري قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، وذلك أنه قصر صفة المستهلك على الشخص الذي يتعاقد من أجل إشباع حاجياته الشخصية دون المهنية.

كما أن التشريع اللبناني بدوره أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك في قانونه المتعلق بحماية المستهلك لسنة 2006، وكذلك التشريع السوري في القانون رقم 2 المتعلق بحماية المستهلك[2].

ومن التشريعات العربية التي توحي نصوصه بأنه قد أخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك نجد التشريع التونسي أين جاء في القانون رقم 171-92 لسنة 1992 المتعلق بحماية المستهلك بأن المستهلك هو " الطرف الذي يشتري منتوجا لغرض استهلاكه"، فاستعمال مصطلح **لغرض استهلاكه** يجعلنا نتساءل عما إذا كان المقصود من هذا الاستهلاك الشخصي فقط، أم أنه يشمل أيضا الاستهلاك للغرض المهني، فهذا النص فعلا يوحي بأن المشرع التونسي قد أخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك[3].

فيما يتعلق بالتشريعات الجرمانية، والأنجلوسكسونية، واللاتينية، نجد بأن معظمها قد أخذت بالمفهوم الضيق للمستهلك، فعلى سبيل المثال وفي فرنسا نصّت المادة 02 من القانون رقم 78–22 الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية المستهلك في مجال بعض عمليات الائتمان جاء فيها أنّه « يطبق القانون الحالي على كل عمليات الائتمان (القروض) التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين أو المعنويين والتي لا تكون مخصّصة لتمويل نشاط مهني"[4]. وبالتالي تم إقصاء المهنيين من طائفة المستهلكين متى كان نشاطهم يوحي بذلك.

لقد طبق القضاء الفرنسي النص السابق في عدة مناسبات، فمثلا تم استبعاد القروض التي أبرمها أحد الصيادلة من أجل تركيب منبه في مستودعه، وكذا استبعدت القروض التي طلبها أحد تجار الأجهزة

---

[1] - أنظر محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص416.

[2] - أنظر يوسف الزوجال، مفهوم المستهلك في التشريع والفقه والقضاء المغربي والمقارن، مجلة الفقه والقانون، www.majalah.new.ma، تاريخ الاطلاع 2016/01/23، ص21.

[3] - أنظر المرجع نفسه، ص20.

[4] - أنظر خالد عبد الفتاح محمّد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص22.

الإلكترونية والمنزلية والإذاعية، والتي يهدف من خلالها إلى شراء آلات طباعة بغرض طباعة بطاقات زيارة لتوسيع النشاط الممارس[1].

وفي النّمسا تقضي المادة الأولى من القانون النمساوي الصادر في 01 أكتوبر 1979 بشأن حماية المستهلك في فقرتها الأولى بأنّ المستهلك هو الشخص الذي لا يتصرّف في إطار نشاطه المهني، وفي سويسرا نصت المادة 120 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 18 ديسمبر 1987 على تطبيق قانون محل الإقامة المعتادة للمستهلك على العقود التي تتعلّق بأداء استهلاكي معد للاستعمال الشّخصي أو العائلي للمستهلك و التي لا ترتبط بالنّشاط المهني أو التجاري له...[2].

كما يلاحظ أن الاتفاقيات الدولية قد أشارت إلى المفهوم المقيد(الضيق) للمستهلك حيث نصت مثلا المادة 13 من اتفاقية أكتوبر 1978 والمعدلة لاتفاقية بروكسل المؤرخة في 27 سبتمبر 1968 والمتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام المدنية والتجارية على أنه " العقود التي يبرمها الشخص للاستعمال يعتبر خارجا عن نشاطه المهني، فيسمى مستهلكا "[3].

من خلال ما سبق، يمكن القول بأن معظم التشريعات المقارنة، والاتفاقيات الدولية، تميل إلى الأخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، لكن ما موقف المشرع الجزائري من المسألة؟.

أ - ب - تعريف المستهلك في التشريع الجزائري: لقد عرف المشرع الجزائري المستهلك في عدة نصوص سواء تلك التي تم إلغاؤها أو التي هي سارية المفعول حاليا فبالرجوع إلى ق ح م ق غ 03/09 نجده يعرف المستهلك في المادة 3 منه على أنه" المستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا خدمة أو سلعة موجهة لاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

يفهم من نص المادة أعلاه بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعنى المقيد والضيق للمستهلك، مع التوسيع في مجال الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من الحماية المقررة في هذه النصوص، ليشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية.

يبدو أن المشرع قد قصد من التعريف السابق المستهلك العادي دون المهني، وهذا يمكن استنتاجه من بعض العبارات كعبارة **الاستعمال النهائي**، أي استعمال المنتوجات فورا أو في خلال مدة زمنية معينة، وكذلك استعمال عبارة **حاجاته الشخصية**، وإن كان استعمال مثل هذه العبارة يتنافى وما ذهب إليه نفس التعريف من إمكانية أن يكون المستهلك شخصا معنويا، والذي لا يمكن أن يتصور بأنه يقتني

[1] - Cass .Civ.1ere,23 juin1987,Bull. Civ.1,n°209,P. 154. - أنظر في هذا القرار حامق ذهبية، مرجع سابق، ص186.

[2] - أنظر خالد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 24-26.

[3] - أنظر بولنور عبد الرزاق، المرجع السابق، ص11.

منتوجات للاستعمال الشخصي، إذ أن الشخص الطبيعي يستعمل كل ما يقتنيه لتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله أي بغرض تحقيق مهنته[1].

لقد عُرف مصطلح المستهلك في التشريع الجزائري في نصوص كثيرة وكلها تفيد بأن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك[2]، ما عدا التعريف الوارد في المرسوم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الذي يوحي بتوسيع المشرع من مفهوم المستهلك.

والذي يهمنا هنا أن المشرع قد أقر بالحماية للمتعاقد الذي يكتسب صفة المستهلك بالمفهوم الضيق، فهذه الصفة تعد السبب الرئيسي الذي جعل المشرع يكسبه حماية خاصة، غير أن اكتساب هذه الصفة بدوره يلزم توافر بعض الشروط فما هي شروط اكتساب صفة المستهلك العادي التي تجعله يستفيد من الحماية الخاصة لرضا المستهلك؟.

2 - شروط اكتساب صفة المتعاقد المستهلك: حتى يكتسب المتعاقد صفة المستهلك العادي أي غير المهني لا بد أن يكون شخصا طبيعيا ومعنويا**(أ)**، وأن يقتني هذا المتعاقد منتوجات تتمثل في السلع والخدمات **(ب)**، وأن تكون هذه المنتوجات موجهة للاستعمال غير المهني**(ج)**. وأن يهدف المستهلك من وراء اقتناء هذا المنتوجات تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية أو حيوانات متكفل بها **(د)**.

أ – أن يكون المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا: وهذا ما يستفاد من نص المادة 3 من ق ح م التي عرفته بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا أو خدمات، ويشترط في هذه الحالة أن يكون استعمال المنتوج موجها للغرض غير المهني، وأن يكونُ مقدِم هذه المنتوجات متدخل محترف ومهني في مجال تخصصه.

ب – اقتناء سلع أو خدمات: فلا يتصور أصلا وجود عقد الاستهلاك ولا المستهلك، من دون وجود سلع وخدمات معروضة للاستهلاك.

ويلاحظ في هذا الصدد اتساع مجال المستهلك ليشمل السلع بمختلف أنواعها والشرط الوحيد حينئذ أن تكون هذه السلع، موجهة للاستهلاك النهائي وغير المهني، سواء تم هذا الاستهلاك من الوهلة الأولى، أو كانت هذه السلع مما يتطلب استهلاكها فترة زمنية أي أن استهلاكها يتراخى عبر الزمان[3].

ويتسع مفهوم المستهلك أيضا ليشمل الخدمات التي لا نجدها ضمن قواعد القانون المدني، والتي تجد مجالها في القانون الاقتصادي، ويدخل في مفهومها كل الأموال التي يمكن أن تقيِم بالمال ما عد

---

[1] - أنظر لحراري(شالح) ويزة، المرجع السابق، ص15.

[2] - نصت المادة 3 من قانون الممارسات التجارية على ما يلي " مستهلك كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني " ، أنظر القانون 04-02، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 يونيو، ج رج، ع41.

[3] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 191، وتجدر الإشارة بأنه قدم تم استعمال مصطلح المال في هذا المرجع بمعنى السلعة.

تسليم السلع ومن أمثلة الخدمات الاستهلاكية خدمة التصليح والفندقة واللتان تعتبران خدمات مادية، بالإضافة إلى الخدمات الفكرية كالعلاج الطبي، والخدمات المالية كخدمة التأمين[1].

ورغم أن هذه المسألة تبدو واضحة، إلا أن هناك إشكال يثار عندما يكون اقتناء الخدمة، أو شراء السلعة ذو طابع مزدوج، أي عندما يقتني الشخص السلعة والخدمة للاستعمال الشخصي والمهني في نفس الوقت، فما مدى إمكانية استفادة هذا الشخص من قواعد الحماية المقررة للمستهلك؟.

إن الاتجاه الذي يريد توسيع الحماية إلى المهني الذي يقتني منتوجات لكن خارج تخصصه يمنح هذا الشخص الحماية المقررة في هذه الحالة، غير أن هذا الطرح لا يمكن الأخذ به لدى الاتجاه الفقهي الذي يميل إلى التضييق من مفهوم المستهلك وهذا هو الاتجاه الذي أخذ به المشرع الجزائري في مجال حماية المستهلك، فحتى يستفيد الشخص من الحماية لا بد أن تكون موجهة للاستعمال الشخصي والنهائي أي للهدف غير المهني.

ج – الهدف غير المهني: المعيار الأساسي في تعريف المستهلك هو الهدف غير المهني، ونعني بهذا العنصر أن المتعاقد يكتسب صفة المستهلك عندما يقدم على اقتناء المنتوجات سلع كانت أو خدمات، لغير هدفه المهني أي من أجل تحقيق هدف شخصي أو عائلي، وطبقا لهذا الشرط فإن المنتوجات التي يقتنيها الشخص من أجل تحقيق مهنته لا يعتبر فيها مستهلكا ولا يستفيد من الحماية المقررة لهذا الأخير.

د – أن تكون المنتوجات موجهة للاستعمال الشخصي أو للأشخاص والحيوانات المتكفل بهم: لم تخالف النصوص القانونية في التشريع الجزائري هذا العنصر، فبالرجوع إلى النصوص التي تناولت تعريف المستهلك نجد بأنها تحث على ضرورة أن تكون المنتوجات التي يقتنيها المتعاقد موجهة للاستهلاك الشخصي والعائلي حتى يستحق وصف المستهلك فمثلا نجد المادة 3 من ق ح م ق ع تنص على ما يلي "... من أجل تلبية حاجته الشخصية أو العائلية أو حاجة شخص أخر أو حيوان متكفل به".

إن تعريف المستهلك خاصة من الجانب الضيق الذي أخذ به المشرع الجزائري للاستفادة من الحماية الخاصة الواردة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، والشروط اللازمة لاكتساب صفة المتعاقد المستهلك توحي وتبين لنا مدى الخصوصية التي أصبح يتمتع بها المتعاقد المستهلك، فهذه الخصوصية تعد سببا من الأسباب الخاصة بفرض حماية إضافية لهذا المتعاقد بصفة عامة، وبصفة خاصة لرضاه عند إبرامه للعقد، وبالإضافة إلى ذلك فإن تعقد محل عقد الاستهلاك يعد هو الآخر سببا من الأسباب التي دفعت بالمشرع إلى فرض نظام حماية خاص لرضا المستهلك.

ثانيا – تعقد محل عقد الاستهلاك: إن التطور الصناعي والتكنولوجي الحاصل في المجال الاقتصادي، قد نتج عنه سلع متنوعة ما جعل حياة الأشخاص تمتاز بالسهولة والبساطة، كما أن الحياة العادية أصبحت ترتكز على خدمات أساسية لا يمكن للشخص الاستغناء عنها، وبالمقابل فإن هذه السلع والخدمات أصبحت تتسم بطابع معقد لا يمكن للمستهلك بصفته العادية أن يتعامل معها، وهذا ما فرض

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص191.

ضرورة توفير حماية خاصة لرضا المستهلك عند اقتنائه لهذه المنتوجات المعقدة، سواء كانت سلعا(**1**)، أو خدمات(**2**).

1 – السلع: السِّلْعَةُ لغة يقصد بها: جَمِيعُ البَضَائِعِ الّتِي يُتَّجَرُ بِهَا . المتاعُ جمع سِلَعُ، ومنه قوله صلى الله عليه سلم " **لا تَتَلَقَّوُا السِّلَعَ حَتَّى يُهْبَطَ بِهَا إِلىَ السُّوق**"[1].

أما في الاصطلاح القانوني فقد عرف الفقه السلعة بأنها" منقول مادي قابل للتعامل فيه تجاريا بالبيع والشراء، وفي هذا المجال تكون السلع المقصودة تلك المقدمة للمستهلك أي في آخر مراحل الدورة الاقتصادية"[2].

وتجدر الإشارة إلى أن هناك من الفقه من يعرف السلع من منظور تجاري حيث يقصد بالسلعة كل ما يباع ويشترى، فكل ما يخرج من دائرة التعامل التجاري لا يعتبر من السلع، وهناك من ينظر إلى السلعة على أنها كل شيء قابل للنقل والحيازة، سواء كان ذا طبيعة تجارية أو لا[3].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يَعرف مصطلح السلعة عند إصداره لأول قانون متعلق بحماية المستهلك ولا في القوانين التي جاءت بعده، وبالرجوع إلى هذه النصوص يتضح فعلا أن المشرع في بعض الأحيان كان يستعمل مصطلح منتوج ويقصد به الشيء المادي(السلعة) والخدمة كما يتضح من خلال نص المادة 2 من القانون 89-02 المتعلقة بحماية المستهلك التي كانت تنص " كل منتوج سواء كان شيء مادي أو خدمة..."، وفي بعض الأحيان كان يقصد به الشيء المادي فقط كما هو واضح من نص المادة 3 من نفس القانون والتي كانت تنص على أنه "يجب أن تتوفر في المنتوج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك...".

ولقد عرف المشرع الجزائري المنتوج أيضا في نص المادة 2 من المرسوم 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش بأنه " المنتوج كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية"، ثم استعمل المشرع بعد ذلك في نص المادة 2 من المرسوم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات مصطلح آخر وهو مصطلح المنتوج المادي، والذي يقوم مقام مصطلح السلعة.

يتضح من خلال المصطلحات السابقة، الصعوبات التي واجهها المشرع في تحديد مفهوم المنتوج والتي أدت به في بعض الأحيان إلى الخلط بين المنتوج والشيء المادي، وبين المنتوج والخدمة.

لكن يبدو أن المشرع قد تجاوز جميع الإشكالات السابقة بعد إصداره للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش حيث أستقر على استعمال مصطلح سلعة، وهو المصطلح الذي كانت تقصده النصوص السابقة دون أن تصل إليه، وبالرجوع إلى نص المادة18/3 منه نجدها تعرف السلعة على أنها " السلعة : كل شيء مادي قابل للتنازل بمقابل أو مجانا"

---

[1] - أنظر بن هادية علي، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحى، القاموس الجديد الطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1994، ص 480.

[2] - Voir Jean (C), FRANK(S) , Droit de la consommation 5émé édition, Dalloz, Paris,2010 , p 185.

[3] - أنظر محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، ط1، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص 12.

والملاحظ على هذا النص أنه ذكر الأشياء المادية على سبيل الإطلاق ولم يحصرها في الأشياء المادية المنقولة مثلما كان عليه الحال في النصوص السابقة، فاستعمال هذا المصطلح يجعلنا نتساءل فيما إذا كان مفهوم السلع باعتبارها أشياء مادية قابلة للتنازل تمتد لتشمل العقارات.

لا يمكن الإجابة عن مثل هذا التساؤل إلا بالرجوع إلى نص المادة 13 من ق ح م ق غ والتي عددت بعض الأشياء التي يمكن أن تكون سلعا، وإن كانت هذه المادة قد استعملت مصطلح المنتوج فإن المقصود به هنا هو السلعة حيث جاء في نص المادة ما يلي "...كل منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتاد أو مركبة أو مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون...".

يتضح من خلال نص المادة 13 المذكور أعلاه أن المقصود بالسلع هي المواد التجهيزية التي تتسم بالطابع المعقد في الاستعمال بسبب عدم خبرة المستهلك بها، ومن بينها المادة الغذائية. أما العقارات فإنها تستثنى من مفهوم السلعة المقصودة في مجال حماية المستهلك[1]، وبالتالي فإنها لا تخضع للحماية المقررة في قواعد حماية المستهلك.

كما يخرج من مفهوم السلعة في مجال حماية المستهلك، الأموال المنقولة المعنوية كبراءة الاختراع مثلا، و العديد من السلع نظرا للخصوصية التي تتميز بها، إما من حيث خطورتها على المستهلك كالأسلحة والمتفجرات، وكذلك المواد السامة وكذا عناصر ومستخلصات الدم البشرية، كما أنه هناك من يرى بأن السيارات تخرج من نطاق السلع الخاضعة للحماية نظرا لتميزها من حيث طبيعتها وظروف استعمالها[2]، وكذلك نظرا لوجود نصوص خاصة تنظم المعاملات عندما يتعلق الأمر بعقد حول هذه الأشياء.

2 – الخدمات: الخدمات هي الجزء الثاني من المنتوج، ويستعمل هذا المصطلح عندما يكون محل عقد الاستهلاك أو موضوعه أداءات يمكن أن تقوم نقدا خارج إطار المال المادي، والخدمة قد تتخذ شكلا ماديا كخدمات تصليح العُطل والتنظيف وخدمات الاتصال، كما يمكن أن تكون الخدمات ذات طابع مالي مثل خدمات الإئتمان والتأمين، كما يمكن أن تكون الخدمات ذهنية كالخدمة التي يقدمها الطبيب[3] والمحامي.

أما المشرع الجزائري وبالرجوع إلى النصوص المتعلقة بحماية المستهلك، نجد بأنه لم يعرف الخدمة في قانون حماية المستهلك لسنة 1989 واكتفى بالإشارة إلى أن المنتوج يشمل الخدمة، غير أن المادة 13 من قانون حماية المستهلك الملغى كانت قد أحالت فيما يتعلق بتحديد بعض المفاهيم إلى التنظيم ومن بين هذه المفاهيم نجد **الخدمات**، وبالرجوع إلى التنظيم نجد أن المرسوم 90-39 المتعلق

[1] - نظرا لطبيعتها الخاصة فإنها تخضع لنظام خاص، أنظر في هذا الصدد حامق ذهبية، المرجع السابق، ص212.
[2] - أنظر شعباني (حنين) نوال، المرجع السابق، ص ص41-45.
[3] - طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007، ص155. والعقد الطبي" هو ذلك العقد الذي يبرم بين المريض الذي يلتزم بتقديم ثمن للطبيب مقابل أن يلتزم هذا الأخير ببذل كل العناية لمنحة وصفة طبية وعلاج كافٍ".

برقابة الجودة وقمع الغش قد عرف الخدمة في المادة 2 منه بأنها" كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له".

بعد صدور القانون 09-03 نجد بأنه قد عرف الخدمة في المادة 17/3 منه بأنها " الخدمة: كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة".

والذي يمكن استنباطه من مصطلح **كل عمل مقدم**، هو أن المشرع قصد بالخدمة هنا الآداءات والجهود التي يمكن أن تقوم بالمال مادية كانت أو معنوية، ويستثنى منها هنا العملية المتمثلة في تسليم المنتوج ذلك أن هذا التصرف يعتبر التزاما في ذمة المتدخل.

إن تعقد محل الاستهلاك من سلع وخدمات قد بات إذن سببا مهما من الأسباب التي فرضت على المشرع تكريس حماية إضافية لرضا المستهلك عند إقدامه على إبرام العقد من أجل اقتناء المنتوجات المختلفة من السلع والخدمات.

المطلب الثاني: فرض التزامات إضافية حماية لإرادة المستهلك

إن الاعتبارات والأسباب السالفة الذكر قد أدت بالتشريعات المختلفة ومن بينها المشرع الجزائري إلى فرض ضمانات خاصة لحماية المستهلكين ، وقد نتج عنها توفير ضمانات تهدف إلى حماية رضاه عند إقدامه على إبرام العقد، حيث أصبح المشرع يفرض التزامات إضافية من أجل تحقيق حماية أكبر لرضا المستهلك، هذه الالتزامات يمكن أيضا تقسيمها إلى التزامات عامة هادفة إلى حماية رضا المستهلك في جميع العقود الاستهلاكية أي أن هذه الالتزامات تفرض على المتدخل مهما كانت نوعية وتكييف العقد الاستهلاكي سواء كان عقد بيع أو إيجار...الخ **(فرع أول)**، وإضافة إلى ذلك فإن المشرع يفرض التزامات أخرى في إطار ما يعرف بالقرض الاستهلاكي نظرا لما يحتاجه المستهلك من حماية في هذا المجال الذي وأن كان يبدو بأنه ذا أهمية بالنسبة للمستهلك من حيث تسهيل عملية اقتناء المنتوجات إلا أنه قد يكون له مخاطر كبيرة ولعل هذا ما يفسر فرض المشرع الجزائري لالتزامات إضافية في إطار عملية القرض الاستهلاكي **(فرع ثانٍ)**.

الفرع الأول: الالتزامات الهادفة إلى حماية رضا المستهلك في جميع عقود الاستهلاك

يفرض المشرع الجزائري مجوعة من الالتزامات في سبيل حماية رضا المستهلك، هذه الالتزامات يجب على المتدخل أن يلتزم بها مهما كانت طبيعة العقد المبرم سواء كان عقد بيع أو غيرها من العقود ويمكن إجمال هذه الالتزامات في الالتزام الخاص بإعلام المستهلك **(أولا)**، وكذلك في الالتزام بعدم غش وخداع المستهلك**(ثانيا)**.

أولا – الالتزام الخاص بإعلام المستهلك: من أهم الالتزامات التي فرضها المشرع من أجل تكريس حماية رضا المستهلك نجد الالتزام بالإعلام، ونظرا لأهمية هذا الالتزام فإن النصوص القانونية هي التي تحدد مضمون هذا الالتزام الذي يجب أن يوجه إلى المستهلك**(1)**، كما تحدد شروطه**(2)** ووسائل تقديمه**(3)**.

1 – مضمون الالتزام بإعلام المستهلك: صحيح أن مضمون الالتزام بالإعلام الخاص بالمستهلك محدد بالنصوص القانونية، غير أن هذا المضمون قد يختلف بحسب النص أو المجال الذي جاء النص من أجل تنظيمه، وتبعا لذلك فإن مضمون الالتزام بإعلام المستهلك يختلف من قانون حماية المستهلك إلى القانون المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

أ – مضمون الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك: بالرجوع إلى نص المادة 17 من ق ح م ق غ نجدها تنص على إلزامية إعلام المستهلك من قبل المتدخل حيث جاء في نص المادة ما يلي: " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة، تحدد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم". كما أشارت المادة 18 إلى الوسم كآلية لتنفيذ إلزامية الإعلام، فما هو مضمون الالتزام بالإعلام وشروطه في مجال قواعد حماية المستهلك، وما هي وسائل تنفيذه؟.

يتحدد مضمون الالتزام بالإعلام حسب نص المادة 17 ق ح م ق غ في ضرورة قيام المتدخل بإحاطة للمستهلك، بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج وذلك مهما كانت وسيلة الإعلام وتبعا لذلك فإن المتدخل يقع عليه واجب إعلام المستهلك بكل ما يتعلق بطبيعة وخصائص المنتوج ومنشأه وكيفية استعماله وذلك عن طريق الوسم الذي يجب أن يحتوي على كل المعلومات المتعلقة بطبيعة المنتوج.

إن تحديد مضمون الالتزام بالإعلام إذن يتحدد بالمعلومات التي يجب على المتدخل تقديمها عن طريق الوسم، وقد أحالت النصوص المتعلقة بإعلام المستهلك فيما يتعلق بالوسم إلى التنظيم حيث صدر المرسوم 387/13 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[1]، الذي ميز المشرع من خلاله بالنسبة للمعلومات والبيانات التي يجب ذكرها في إعلام المستهلك بين البيانات اللازمة الذكر في المنتوجات الغذائية والمنتوجات غير الغذائية، كما خص الخدمات باعتبارها محلا لعقد الاستهلاك بمجموعة من البيانات، ونص في الأحكام الختامية منه على معلومات تشمل جميع المنتوجات دون استثناء.

أ – أ – مضمون الالتزام بالإعلام بالنسبة للمواد الغذائية: حسب المرسوم 13–387 المذكور أعلاه فإن إعلام المستهلك عن طريق وسم المنتوجات الغذائية يكون من خلال ذكر كل البيانات التي نص عليها المشرع خاصة في القسم الثاني من الفصل الأول، حيث يلزم المتدخل في هذه الحالة بذكر كل البيانات التي تتعلق خاصة بتسمية المواد الغذائية، وإعداد قائمة بالمكونات الداخلة في تصنيع المادة الغذائية، والكمية الصافية المعبر عنها حسب النظام المتري الدولي، وكل ما يتعلق بالتواريخ سواء التاريخ الأدنى للصلاحية أو التاريخ الأقصى للاستهلاك والشروط الخاصة والملائمة لحفظ واستعمال السلعة الغذائية، كما لابد من ذكر كل ما يتعلق بالاسم أو التسمية التجارية أو العلامة المسجلة وعنوان المنتج أو الموضب الموزع وبلد المنشأ أو البلد المصدر في حالة المواد الغذائية المستوردة، ويجب أن يحتوي وسم

[1] - أنظر المرسوم 13/ 387، المؤرخ 9 نوفمبر 2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج رج، ع 58.

المادة الغذائية على تحديد وبيان طريقة الاستعمال خاصة إذا كان استعمال المنتوج بغير هذه الطريقة يؤدي إلى استعمال غير مناسب، ولأن تاريخ الصنع والتوضيب وحصة الصنع وكذلك تاريخ التجميد والتجميد المكثف من البيانات المهمة، فقد ألزم المشرع المتدخل على ذكرها أيضا إضافة إلى ضرورة الإشارة إلى المواد التي يمكن أن ينجم عن استعمالها بعض الحساسيات وكذلك بيان نسبة الكحول بالنسبة للمنتوجات التي تحتوي على نسبة أكثر من 1,2%من الكحول، ووضع مصطلح "حلال" بالنسبة لبعض المواد الغذائية المعنية، كما ألزم المتدخل بذكر الرمز الإشعاعي للمادة الغذائية سواء بعبارة مؤين أو مشع[1].

وإضافة إلى المعلومات المذكورة في نص المادة 12 من المرسوم 187/13 فقد أشارت المواد من 13 إلى 17 من نفس المرسوم إلى بعض المعلومات التي يجب ذكرها في وسم بعض المواد الغذائية فبالنسبة للمنتوجات الغذائية التي تحتوي على محلى أو عدة محليات، فإنه لابد من إتباع تسمية المبيع بتسمية **منتوج محلى جزئيا بدون إضافة سكر**، أما عندما تحتوى المادة الغذائية على منتوج محلى وفي نفس الوقت يحتوي على مضاف من السكر، فإنه لابد من إضافة مصطلح عبارة **مسكر جزئيا** إلى عبارة **منتوج محلى**، كما بينت باقي المواد المعلومات الخاصة ببعض المنتوجات مثل القارورات الموجهة لإعادة الاستعمال[2]، وكذلك وسم الوحدات الصغيرة[3]. أما المادة 14 من نفس المرسوم فقد أشارت إلى ضرورة أن يتضمن الوسم الغذائي كل المعلومات المتعلقة بمضمون العناصر المغذية للمواد الغذائية حيث يتم تحديد هذه العناصر عن طريق قرار وزاري مشترك.

إن مضمون الالتزام بالإعلام بالنسبة للمادة الغذائية وفقا لما تقدم يتحدد بالإشارة إلى كل البيانات الإلزامية الواجب ذكرها في وسم المنتوج الغذائي، حيث تسمح هذه البيانات للمستهلك أن يبرم العقد وهو على علم بكل ما يتعلق بخصوصية المنتوج الغذائي الذي يقتنيه وهذا ما يشكل حماية للمستهلك ليس في علاقته العقدية من الجانب المالي فحسب بل أيضا من الناحية الصحية، ذلك أن المستهلك يبرم العقد هنا من أجل اقتناء المواد الغذائية وهو على علم كاف يجعل إرادته مستنيرة حول كل ما يحيط بخصائص المنتوج الغذائي وتركيبته، ولعل هذا ما جعل المشرع يخص المنتوج الغذائي بالتمييز في البيانات اللازمة الذكر في الوسم عن باقي المنتوجات، غير أن ذلك لا يعني أن المشرع قد أهمل مسألة تحديد مضمون الالتزام بالإعلام لباقي المنتوجات غير الغذائية.

أ – ب – مضمون الالتزام بالإعلام بالنسبة للمنتوجات غير الغذائية: بالنسبة للمنتوجات غير الغذائية فإن مضمون الالتزام بالإعلام حسب المرسوم 13–387، يتحدد بإعلام المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتوج(أ– **ب** – أ)، إضافة إلى التحذير من مخاطر المنتوج (أ– **ب** – **ب**).

[1] - أنظر المادة 12 من المرسوم 387/13، المرجع نفسه.
[2] - أنظر المادة 16 المرجع نفسه.
[3] - أنظر المادة 14 المرجع نفسه.

أ- ب - أ - الإعلام بالمعلومات المتعلقة بالمنتوج: لقد أشار المشرع إلى المعلومات التي يجب أن يحتويها وسم المنتوج غير الغذائي وذلك من خلال الفصل الرابع من المرسوم 387/13 خاصة من خلال نص المادة 38 منه، حيث يجب أن يتضمن ويحتوي وسم المنتوجات غير الغذائية على مجموعة من البيانات الإلزامية المتمثلة خاصة في ضرورة ذكر تسمية المنتوج وبيان الكمية الصافية له المعبر عنها بوحدة النظام المتري الدولي، ومعلومات متعلقة بالمتدخل سواء كان منتجا أو موزعا أو موضبا وبيان الاسم التجاري أو الشركة أو العلامة المسجلة، وضرورة تحديد بلد المنشأ أو اسم المصدر في حالة المنتوج أو المنتوجات المستوردة، إضافة إلى ضرورة بيان كل ما يتعلق بالمنتوج غير الغذائي من تحديد لتاريخ الصلاحية وبيان كيفية استخدام واستعمال المنتوج، وتاريخ الصلاحية والاحتياطات اللازمة في مجال الأمن، وكذلك كل ما يتعلق بشروط التخزين وعلامة المطابقة المتعلقة بأمن المنتوج، ومن المعلومات الأساسية التي يجب أن يحتوي عليه وسم المنتوج غير الغذائي أيضا بيان كل الرموز والإشارات التي توضح الأخطار المتعلقة بالمنتوج وفقا لما حدده الملحق الرابع من المرسوم 387/13.

ولم يكتفي المشرع بالنص على ضرورة توفر هذه البيانات، بل بين في نصوص أخرى كيفية كتابة ووضعها، خاصة عندما يتعلق الأمر ببيانات ضرورية، فعلى سبيل المثال نصت المواد44 و45 من المرسوم 13-387 بأن البيانات الإجبارية المتعلقة بمنشأ المنتوج وعلامته وتحديد الحصة والسلسلة يجب أن تكون موضوعة بطريقة تتماشى مع طبيعة المنتوج بحيث يتعذر محوها.

يتضح من خلال ما تقدم مدى حرص المشرع على حماية رضا المستهلك وضمان سلامته من خلال المعلومات التي ألزم بها المتدخل عند وسم المنتوج، وهذا ما من شأنه أن يحمي المستهلك عند إقدامه على إبرام العقد من أجل اقتناء المنتوجات على اختلافها، خاصة أمام التعقيد في الصنع والتركيب والاستعمال التي أصبحت تتميز به بعض المنتوجات خاصة الإلكترونية وغيرها، ومع ذلك فقد خص المشرع الخدمات باعتبارها النوع الثاني الذي يمكن أن يكون محلا لعقد الاستهلاك إلى جانب السلع بمعلومات معينة.

أ - ب - ب - شمولية مضمون الالتزام بالإعلام للالتزام بالتحذير في المنتوجات غير الغذائية: يدخل في مضمون الالتزام بالإعلام حول المنتوجات غير الغذائية وفقا للمرسوم 13-387 الالتزام بتحذير المستهلك، وهو ما يمكن أن نفهمه من خلال نص المادة 41 منه والتي نصت بأنه" يجب أن يحتوي الإعلام حول الاحتياطات المتخذة لاستعمالات المنتوجات غير الغذائية على التحذيرات المتعلقة بالأخطار المرتبطة باستعمالها حسب طبيعتها أو حسب الاستعمال الموجهة له".

يبدو من الواضح بأن المشرع الجزائري يضع على عاتق المتدخل تضمين الالتزام بالإعلام التحذيرات الكاملة عندما يتعلق الأمر بالمنتوجات الخطرة، غير أنه يؤخذ على هذا النص ما يلي:

- إدخاله للالتزام بالتحذير في نطاق الالتزام بالإعلام رغم أن الفرق بينهما واضح، فالالتزام بالتحذير يفترض زيادة على المعلومات الواجب ذكرها في تحديد طبيعة المنتوج وجود مخاطر يمكن أن

تنجر عن استعمال المنتوج أو حيازته توجب التحذير من هذه المخاطر، حيث يجب حث إرادة المستهلك في هذه الحالة إلى مخاطر الشيء المبيع وإحاطته بكافة الوسائل التي تمكنه من تجنبها، كما يضيف بعض الفقه إلى أن الالتزام بالتحذير يختلف عن الالتزام بالإعلام من حيث الشدة المتطلبة في تقديم كل منهما.

– أن المشرع حصر الالتزام بالتحذير في نطاق المواد والسلع غير الغذائية، في حين أن هذا الالتزام في اعتقادنا يجب أن يفرض في جميع المنتوجات خاصة بالنسبة للمنتوجات الغذائية التي يؤدي استعمالها بطرق أو في ظروف غير ملائمة إلى الإضرار بصحة المستهلك ، كما لابد من شمولية الالتزام بالتحذير للخدمات خاصة إذ كان تقديم هذه الخدمات مرتبط باستعمال بعض السلع التي تنطوي على خطورة.

أ – ج – مضمون الالتزام بالإعلام بالنسبة للخدمات: نظرا للخصوصية التي تتمتع بها الخدمات باعتبارها محلا لعقد الاستهلاك فقد خصها المشرع بنوع معين من البيانات وذلك في الفصل الخامس، حيث نصت المادة 52 من المرسوم 13–387 بأنه يجب على مقدم الخدمة أن يعلم المستهلك بكل ما يتعلق بالخدمات المقدمة والتعريفات والحدود المحتملة للمسؤولية العقدية، وكل الشروط المتعلقة بتقديم الخدمة وذلك عن طريق الإشهار أو الإعلان المتضمن التعريف بالخدمة أو بأية وسيلة كانت، حيث يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع اعتبر الإشهار وسيلة للإعلام.

وإضافة إلى النص السابق فقد حدد المشرع البيانات الواجبة الذكر من طرف مقدم الخدمة من خلال نصي المادتين 54 و55 من المرسوم 13–387، حيث جاء في نص المادة 54 بأن مقدم الخدمة ملزم بذكر البيانات المتعلقة باسم أو عنوان الشركة وكل المعلومات المتعلقة بمقدم الخدمة، كما لابد أن يحيطه علما بكل الشروط العامة المطبقة على العقد بوضوح كامل ودون أي لبس، أما المادة 55 فإنها تلزم المتدخل في تقديم الخدمة بأن يعلم المستهلك بكل البيانات المتعلقة خاصة باسم مقدم الخدمة وعنوانه وإذا تعلق الأمر بمقدم خدمة شخص معنوي، فيجب تحديد مقره وعنوان المؤسسة المسؤولة عن تقديم الخدمة في حالة إذا ما كان المسؤول عن تقديم الخدمة شخصا آخر، كما لابد من ذكر كل المعلومات المتعلقة بالقيد في السجل التجاري أو سجل الصناعة التقليدية والحرف، مع ضرورة بيان رقم وتاريخ الحصة واسم المؤسسة أو الهيئة التي سلمتها في حالة ما إذا تعلق الأمر بتقديم خدمة عن طريق نشاط أو مهنة مقننة، كما يلتزم مقدم الخدمة أيضا بتقديم كل المعلومات المتعلقة بالخدمة في حد ذاتها من تكاليف النقل والتسليم والتركيب وكيفية التنفيذ والدفع، وكذا مدة صلاحية العرض وسعره وبيان المدة الدنيا للعرض المتعلق بالخدمة عندما يكون تقديم الخدمة أو التزويد بها مستمر أو بشكل دوري، كما لابد من بيان أو ذكر كل المعلومات المتعلقة ببنود الضمان والشروط الخاصة بالفسخ.

إن تخصيص المشرع للخدمات بمعلومات معينة لم يكن اعتباطيا في رأينا، بل أن هذا التخصيص نابع وناتج من الخصوصية التي تتميز بها الخدمات سواء من حيث طبيعتها في كونها تتمثل في أشياء

غير مادية وهذا ما يتطلب خصوصية معينة في المعلومات الواجب تقديمها أو في طريقة تقديم هذه المعلومات، وكذلك تتضح خصوصية الخدمة من خلال الأهمية التي أصبحت تشكلها كمنتوج استهلاكي، فهذا الخصوصية المتعلقة بطبيعة الخدمات وأهميتها بالنسبة للمستهلك دفعت المشرع إلى تخصيصها من حيث البيانات الواجب ذكرها عند وسم الخدمات، وهذا ما يجعل مضمون الالتزام بالإعلام متميز عندما يتعلق الأمر بالخدمات.

ب- مضمون الالتزام بالإعلام في قانون الممارسات التجارية: إذا كان مضمون الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك يتحدد بتحديد طبيعة المنتوج من خلال التعريف به ووصفه وذكر كل الخصائص المتعلق به، فإن مضمون الالتزام بالإعلام في القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أوسع نطاقا، حيث يشمل الإعلام في هذا المجال الإعلام بالأسعار(**ب – أ**)، إلى جانب الإعلام بشروط البيع وتحديد طبيعة المنتوج(**ب – ب**).

ب – أ- الإعلام حول الأسعار والتعريفات: إن مضمون الالتزام بالإعلام المتمثل في إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات يمكن استنتاجه مباشرة من نص المادة 4 من القانون المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[1] حيث نصت على ما يلي" يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات...".

يتضح من خلال نص المادة 4 أعلاه بأن هناك التزام بالإعلام حول الأسعار والتعريفات غير أن صياغة النص في رأينا غامضة وذلك في العبارة المستعملة لتحديد الملتزم بالإعلام، حيث يلاحظ أن النص استعمل مصطلح **البائع** بدلا من العون الاقتصادي، وهذا ما يثير إشكالين أساسين:

يتمثل الإشكال الأول في أن استعمال مصطلح أو عبارة **البائع** والتي توحي بأن الالتزام بالإعلام بالأسعار والتعريفات حكر على نوع واحد من العقود وهو عقد البيع، وهو ما لا نجد له مبررا هنا إذ أنه لا يوجد سبب رئيس يجعل الالتزام بالإعلام بالأسعار حكرا على عقد البيع دون غيره من البيوع، إذ أن حماية رضا المستهلك من خلال الإعلام بالأسعار و التعريفات يجب أن تمتد إلى جميع العقود.

أما الإشكال الثاني فيتمثل فيما يثيره استعمال مصطلح **بائع** فيتمثل في حصر الالتزام بالإعلام على البائع دون باقي السلسلة التي تتدخل في العملية الاستهلاكية من منتجين ومستوردين وغيرها، وهذا ما يشكل ذريعة للتهرب من واجب الإعلام بالأسعار من قبل هذه الفئة وهذا ما لا يخدم مسألة حماية رضا المستهلك.

وفي رأينا أن تجاوز الإشكالين السابقين في نص المادة 4 أعلاه، يكون من خلال استبدال مصطلح بائع بمصطلح عون اقتصادي، والذي عرفته المادة 3 بند1 من نفس القانون[2] بأنه:عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي، أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

[1] - أنظر القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.
[2] - أنظر القانون 04-02، المرجع نفسه.

وحتى يكون الالتزام بإعلام المستهلك ذا فائدة فقد نص المشرع على الشروط اللازم توفرها والكيفيات والوسائل التي يتم بها إعلام المستهلك بالأسعار، والمتمثلة في ضرورة الوسم أو عن طريق وضع لافتات وعلامات أو أية وسيلة مناسبة تسمح للمستهلك بالإطلاع على الأسعار بسهولة، إضافة إلى ضرورة التحلي ببعض الشروط عند الإعلام والمتمثلة في ضرورة وضع الإعلام في شكل مقروء ومرئي[1]، ولا يترك مجالا للشك حول سعر المنتوج سلعة كانت أو خدمة، كما أن العون الاقتصادي ملزم أيضا بإعلام المستهلك حول شروط البيع وطبيعة المنتوج.

ب – ب – الإعلام بشروط البيع وطبيعة المنتوج: يلتزم العون الاقتصادي إضافة إلى إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات، بالإعلام حول شروط البيع وهو ما يفهم من الفصل الأول من الباب الثاني من القانون 04-02 المتعلق قانون الممارسات التجارية حيث جاء عنوان هذا الفصل بإعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات وشروط البيع كما نصت المادة 4 منه بأنه : يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع"، يتضح من خلال هذا النص أن المشرع يضع على عاتق العون الاقتصادي التزاما مفاده إعلام المستهلك بكل الشروط المتضمنة في عقد البيع، ونلاحظ مرة أخرى تكرار المشرع لعبارة **عقد البيع**، بدلا من الاكتفاء بمصطلح **عقد** الذي عرفه من خلال نص المادة 2 بند4 فقرة 1 بأنه " عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حررا مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."، فباستعمال هذا المعنى للعقد سوف يشمل الالتزام بالإعلام جميع العقود بما فيها عقد البيع الذي وإن كان أكثر العقود انتشارا إلى أنه ليس العقد الوحيد الذي يتم من خلاله اقتناء السلع والخدمات، كما أن شفافية الممارسات التجارية التي جاء تحتها عنوان هذا الفصل لا ينبغي أن تكون حكرا على عقد البيع دون سواه من العقود.

وإضافة إلى إعلام المستهلك بشروط البيع فإن البائع يلتزم وجوبا وقبل اختتام عملية البيع ، أي قبل انتهاء مرحلة إبرام العقد والدخول في مرحلة تنفيذه بأن يخبر المستهلك بأية طريقة كانت تتناسب مع طبيعة المنتوج بكل المعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج سواء كان سلعة أو خدمة، إضافة إلى إخباره بشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية العقدية في بيع السلع أو اقتناء الخدمات[2].

من خلال ما تقدم يتضح بأن مضمون الالتزام بالإعلام في عمومه سواء في قانون حماية المستهلك أو القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، يدور حول هدف مشترك واحد وهو إعلام المستهلك بطبيعة المنتوج، وشروط العقد وطبيعته، إضافة إلى إعلامه بأسعار المنتوجات، غير أن هذا الإعلام لن يكتمل إلا إذا احترمت فيه شروطه.

[1] - أنظر المادة 5 من القانون 04-02، المرجع نفسه.
[2] - أنظر نص المادة 8، المرجع نفسه.

2 – شروط الالتزام بالإعلام: إن الالتزام بالإعلام المفروض على المتدخل، والذي يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك وحماية رضاه لن يكون ذا فائدة أو أهمية، إلا إذا التزم فيه المتدخل بشروط معينة، هذه الشروط حددها المشرع سواء من خلال نص المادة 17 من القانون 09-03 ق ح م ق غ أو من خلال المرسوم 13-387 المتعلق بكيفية إعلام المستهلك، حيث يتضح بأن المشرع يشترط أن يتصف المستهلك بالصدق والدقة(أ)، والكمال والكفاية(ب)، كما لابد أن يكون مرئيا ومتعذر المحو(ج)، وأخيرا فإن الالتزام بالإعلام يجب أن يقدم باللغة الوطنية أو اللغة التي يفهمها المستهلك(د).

أ – صدق ودقة الالتزام بالإعلام: يقصد بهذا الشرط أنه على المتدخل الذي يلتزم بتقديم معلومات معينة حول طبيعة المنتوج للمستهلك، أن يتصف بالصدق والأمانة وأن يقدم كل المعلومات وبدقة، وإلا فإن الالتزام بالإعلام لن يكون ذا فائدة من الناحية العملية والمنطقية.

ففيما يتعلق بدقة الالتزام بالإعلام من قبل المتدخل، فإن تحقق هذا الوصف يعتبر ذا أهمية كبيرة من الناحية العملية للمستهلك، ذلك أن عدم الدقة في الإعلام من شأنه أن يفرغه من محتواه وهدفه، فيتحول بذلك إلى مجرد إعلام خيالي[1].

إن شرط الدقة في تقديم المعلومات المتضمنة في الالتزام بالإعلام يمكن استنتاجه من النصوص المتعلقة بتحديد مضمون الالتزام بالإعلام سواء بالنسبة للمواد الغذائية أو غير الغذائية أو الخدمات، كما سبق الإشارة إليها في مضمون الالتزام بالإعلام والمتضمنة في المرسوم 13-387 المتعلق بتحديد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك أين يتضح أن المشرع حدد المعلومات التي يجب أن يدلي بها المتدخل إلى المستهلك تحديدا دقيقا لا يعتريه أي لبس أو غموض يمكن أن يكون ذريعة للتهرب من قبل المتدخل في الإدلاء ببعض البيانات.

وإضافة إلى ما سبق فإن المتدخل ملزم أيضا بالصدق في تقديم المعلومات، لذلك فقد نص المشرع بأن المتدخل يجب أن يمتنع عن استعمال كل البيانات أو الإشارات والتسميات الخيالية أو كل طريقة تقديم للوسم أو العرض أو الإشهار للبيع التي من شأنها أن تدخل اللبس والشك إلى ذهن المستهلك حول طبيعة المنتوج، خاصة من ناحية تركيبته ونوعيته الأساسية ومقدار العناصر الأساسية وطريقة التناول وتاريخ الإنتاج وتاريخ الحد الأقصى للاستهلاك وكل ما يتعلق بالمنتوج من كميته ومنشأه ومصدره[2].

ب – أن يكون الالتزام بالإعلام كاملا وكافيا: نصت المادة 17 من ق ح م ق غ بأنه " يجب على المتدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج...". ويفهم من خلال ذلك أن المعلومات التي يتقدم بها المتدخل يجب أن تكون كاملة وكافية، ذلك أن الالتزام بالإعلام إنما فرض من أجل تعريف المستهلك بخصائص المنتوج ولا يكون كذلك إلا إذا اتصفت المعلومات بصفة الكمال والكفاية.

وحرصا من المشرع على شرطي كمال وكفاية الالتزام بالإعلام الموجه إلى المستهلك ، فقد بينت النصوص التنظيمية المتعلقة ببيان كيفية إعلام المستهلك خاصة المرسوم 13-387 كل البيانات الواجب

[1] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص259.
[2] - أنظر المادة 60 من المرسوم 387/13، المرجع السابق.

ذكرها في مختلف المنتوجات، حيث لا يمكن القول أن المتدخل قد التزم بتقديم إعلام كاف وكامل إلا إذا اشتمل على البيانات الإلزامية المحددة، حيث يشكل تخلف هذه البيانات مخالفة تعرض المتدخل للعقوبة المكرسة بسبب عدم إعلام المستهلك.

ويذهب البعض من الفقه في تبريرهم لحرص وسعي المشرع إلى توفير معلومات كاملة وكافية للمستهلك، بغياب الحوار والتفاوض العقدي الذي يفترض فيه تقديم المعلومات الكافية للمستهلك، فتحقق مثل هذا الحوار من شأنه أن يعطي فرصة للمستهلك للاستعلام بنفسه عن المعلومات والبيانات التي تعتبر ضرورية في اتخاذ قراره عند إبرامه للعقد، غير أن هذا الشرط لوحده غير كاف حيث يجب أن يكون إعلام المستهلك مرئيا ومتعذر المحو.

ج – أن يكون الالتزام بالإعلام مرئيا ومتعذر المحو: يفهم من نص المادة 18 من ق ح م ق غ بأن الإعلام الموجه للمستهلك لابد أن يكون مرئيا بشكل جيد ومتعذر المحو، وهذا ما أكدته أيضا المادة 7 من المرسوم13–387 المتعلق بالقواعد المحددة لكيفيات إعلام المستهلك.

ففيما يتعلق بضرورة توفر شرط الرؤية فإنه يشترط أن تقدم البيانات بشكل يلفت انتباه المستهلك من الوهلة الأولى، وهذه هي الطريقة التي تجعل من الالتزام بالإعلام مثمرا، حيث يلفت انتباه المستهلك على الفور، وذلك من خلال اصطدامه بنظره من أول وهلة يقع فيها نظره على المنتوج، ويجب الإشارة هنا بأن للمتدخل كامل الحرية في اختيار الوسيلة الأنسب إلى إيصال إفضاءه للمستهلك[1].

أما فيما يتعلق بشرط تعذر محو الالتزام بالإعلام فهذا يعني أن البيانات المكتوبة على الوسم باعتباره آداه للإعلام يجب أن توضع بطريقة جيدة، بحيث يستحيل أو يتعذر محوها، وهذا حفاظا على حق المستهلك في إعلامه وسلامته أيضا، وذلك بالنسبة للمنتوجات التي يكون الإعلام فيها عن طريق الوسم، حيث أن اختلال هذا الشرط من شأنه أن يعرض حق المستهلك في الإعلام للانتهاك، كما أن سهولة محو بعض البيانات قد تجعل بعض المتدخلين خاصة بائعي التجزئة في حالة انتهاء مدة الصلاحية بمحو البيانات الصحيحة وهذا ما من شأنه أن يعيب رضا المستهلك بخصوص بيانات السلعة فيبرم عقد وهو جاهل ببعض البيانات الأساسية.

د– أن يكون الالتزام بالإعلام مكتوبا باللغة العربية: لقد نص المشرع الجزائري على أن كل البيانات التي يشتمل عليها الوسم يجب أن تحرر باللغة العربية مع إمكانية إضافة لغة أو لغات أخرى سهلة الفهم بالنسبة للمستهلكين وقد أكد المشرع هذا الشرط من خلال نص المادة 7 من المرسوم 13–387 حيث جاء فيها مايلي" يجب أن تحرر البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك..."[2].

[1] - أنظر شعباني حنين نوال، المرجع السابق، ص78.

[2] - لقد أكد المشرع ضرورة كتابة البيانات المتعلقة بالمنتوجات باللغة العربية، وذلك بموجب المرسوم 91-05 المؤرخ في 13-01-1991، والمتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج رج، ع3.

انطلاقا من النصين السابقين فإن المتدخل ملزم بتحرير بيانات الوسم باللغة العربية وهذا شرط ضروري، مع إمكانية إضافة لغة شائعة الاستعمال كاللغة الفرنسية أو الإنجليزية، وهذه الإضافة في رأينا يحبذ أن تكون شرطا أساسيا خاصة بالنسبة للغتين المذكورتين على أساس أنه ليس كل المستهلكين الموجه لهم الإعلام يفهمون اللغة العربية فهناك مستهلكين أجانب، فيجب إعلامهم بلغة يفهمونها.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط كتابة أو تحرير بيان الوسم باللغة العربية لا يخص المنتوجات المحلية فقط بل أن هذا الشرط يشمل أيضا المنتوجات المستوردة من الخارج، لذلك فإنه على المستورد أن يحرص على تحرير بيانات الوسم باللغة العربية، ذلك أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية الشائعة الاستعمال وهذا ما من شأنه أن يحقق الهدف من الالتزام بالإعلام والمتمثل في تنوير إرادة المستهلك.

1 – وسائل إعلام المستهلك: يفهم من النصوص التي تحرص على إعلام المستهلك، أن وسيلة الإعلام هي الوسم، غير أن المشرع نص أيضا على أن إعلام المستهلك يمكن أن يكون بأية وسيلة أخرى[1]، وهذا ما يتطلب منا دراسة الوسم كأداة لإعلام المستهلك**(أ)**، ثم دراسة الوسائل الأخرى لإعلامه**(ب)**.

أ – الوسم كأداة لإعلام المستهلك: لقد عرف المشرع الجزائري الوسم كأداة للإعلام المستهلك في قانون حماية المستهلك وكذلك في النصوص التنظيمية المتعلقة بتحديد كيفية إعلام المستهلك، فبالنسبة لقانون حماية المستهلك فقد عرف الوسم من خلال نص المادة 3 الفقرة 5 بأنه " كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة تظهر على غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة أو مرفقة أو دالة على طبيعة منتوج مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها".

يبدو من خلال التعريف المذكور في النص أعلاه مدى الصعوبة التي واجهها المشرع في تحديد مفهوم الوسم، ولعل هذا ما جعله يختم التعريف بعبارات توحي بالتوسيع من شكل الوسم حيث عبر عن ذلك في آخر النص بعبارات مهما كان شكلها أو سندها بعض النظر عن طريقة وضعها، وهذا ما يوحي فعلا بصعوبة تصور كل الأشكال المتعلقة بوسم السلع.

غير أن المشرع قد تخلى عن التوسيع في تعريف الوسم في نصوص أخرى وبمناسبة تخصيص التعريف بالوسم في بعض المنتوجات خاصة المنتوجات الغذائية، حيث تمكن من تقديم مفهوم مختصر للوسم في المادة 3 من المرسوم 387/13 التي عرفت الوسم الغذائي بأنه:" وصف لخصائص التغذية لمادة غذائية قصد إعلام المستهلك"، إن هذا التعريف وإن كان يبدو مختصرا بالنسبة للتعريف الأول إلا أن هذا الاختصار قد أثر على المفهوم والمعنى الحقيقي لوسم المنتوجات الغذائية، حيث أن خصائص المادة الغذائية ما هي إلا بيان أو معلومة من المعلومات التي يجب أن يحتوي عليها وسم المنتوج الغذائي إضافة إلى البيانات أخرى.

[1] - أنظر نص المادة 17 من 03/09، المتضمن ق ح م ق غ، المرجع السابق.

إن التعريف الذي نراه أنسب لوسم المنتوج هو التعريف الذي يركز على ضرورة ذكر كل البيانات اللازمة وذلك مهما كانت وسيلة الإعلام، حيث يمكن تعريف الوسم بأنه، وسيلة لإعلام المستهلك بشكل واضح ومرئي وبلغة يفهمها توضح البيانات الإلزامية لطبيعة المنتوج أو المحددة في النصوص التنظيمية.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن مضمون الوسم يتحدد وفقا لما تم ذكره في مضمون الالتزام بالإعلام أي بذكر جميع البيانات الإلزامية المتعلقة بوصف وخصائص المنتوجات المتعددة سواء كانت بيانات متعلقة بالمواد الغذائية أو غير الغذائية أو بالخدمات وعموما فإن الالتزام بإعلام المستهلك يمكن أن يتم عن طريق وسائل أخرى غير الوسم.

ب – الوسائل الأخرى لإعلام المستهلك: إضافة إلى الوسم توجد وسائل أخرى لإعلام المستهلك ومن الوسائل التي يعتبرها الفقه أداة لإعلام المستهلك نذكر مثلا الكتالوج، أو عن طريق البريد، أو الإنترنت أو أدوات الإعلام والاتصال المختلفة أو عن طريق كراس الدعاية أو عن طريق الشكلية الإعلامية التي تتم من خلال إعداد استمارة في شكل عقود نموذجية تحدد شروط العقد وتشير إلى البيانات الإلزامية المتعلقة بالمنتوج[1].

ونظرا لخصوصية الإعلام الموجه في المعاملات الاستهلاكية التي يمكن أن تتم من خلال التكنولوجيات الحديثة للاتصال فقد أكد المشرع أن الإعلام في هذه الحالات لابد أن يكون عن طريق الدعائم التي تم بها البيع عن بعد، حيث يكون ذلك قبل إتمام عملية الشراء، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من المرسوم 378/13 والتي جاء فيها ما يلي " بغض النظر عن أحكام هذا المرسوم تطبق على المنتوجات المعروضة للبيع عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد القواعد الآتية:

تقدم البيانات الإجبارية المنصوص عليها في هذا المرسوم باستثناء تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتوجات. قبل إتمام الشراء وتظهر على دعامة البيع عن بعد حيث ترسل بأية طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل المعني...".

وفيما يتعلق بالدعائم التي يمكن أن يتم من خلالها التعامل عن بعد والتي تعد من جهة أخرى وسيلة لإعلام المستهلك حسب نص المادة 5 أعلاه فإنها كثيرة، حيث يمكن أن تتم المعاملات عن طريق الفاكس أو البريد الإلكتروني أو عن طريق المحادثة الإلكترونية، أو عبر مواقع الواب، فمهما كانت الوسيلة المستعملة في البيع لابد أن تحتوي التزاما كاملا بالإعلام للمستهلك.

ومهما كانت وسيلة الإعلام سواء كانت عن طريق الوسم أو الوسائل المختلفة الأخرى لابد أن يذكر فيها كل البيانات الإلزامية التي تحدد للمستهلك مواصفات المنتوج حتى يبرم العقد على بينة ورضا كامل وكافٍ، وهذا هو الهدف من وراء تكريس حق المستهلك في الإعلام، غير أن المشرع يفرض على المتدخل التزامات إضافية في إطار عمليات القرض الاستهلاكي.

[1] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص288.

ثانيا – الالتزام بعدم خداع وغش المستهلك: من الالتزامات المفروضة على المتدخل بغية حماية رضا المستهلك عند إبرامه للعقد، نجد الالتزام بعدم خداع أو غش المستهلك وهذا ما يتطلب تعريف وتحديد طبيعة هذا الالتزام(**1**)، قبل تحديد مجال ووسائل غش وخداع المستهلك(**2**).

1 – تعريف خداع وغش المستهلك: تلزم النصوص القانونية سواء في القواعد المتعلقة بحماية المستهلك أو في قانون العقوبات المتدخل بعدم خداع أو محاولة خداع المستهلك، وكذلك بعدم غشه في المنتوجات التي يقتنيها[1]، ورغم ذلك فإن هذه النصوص لم تعرف المصطلحين، لذلك فقد بقيت مسألة تعريف الخداع والغش من اختصاص وعمل الفقه والقضاء، أمام سكوت النصوص القانونية سواء في التشريع الجزائري أو المقارن حول مسألة تعريف غش وخداع المستهلك ، فقد حاول الفقه تقديم تعريفات لهذين المصطلحين وتبعا لذلك فقد عرف الخداع بأنه " القيام بأعمال أو أكاذيب من شأنها إظهار الشيء على غير حقيقته أو إلباسه مظهرا يخالف ما هو عليه في الحقيقة والواقع، فهو عبارة عن تصرف من شأنه إيقاع أحد المتعاقدين (بائع أو مشتري) في الغلط حول البضاعة التي استلمها أو وصلت إليه"[2]. أما الغش فقد عرف بأنه" كل تغيير أو تشويه يقع على جوهر المادة أو السلعة أو تكوينها الطبيعي، وتكون هذه المادة أو السلعة معدة للبيع – موجهة للاستهلاك–، بحيث يترتب على هذا التغيير والتعديل التأثير أو النيل من خواصها الأساسية أو إخفاء عيب بها أو إكسابها أو إعطاءها مظهراً أو شكلا لسلعة أخرى تختلف عنها في الحقيقة، وذلك بهدف الاستفادة من الخواص المسلوبة أو الانتفاع بالفوائد المستخلصة للحصول على كسب مادي عن طريق فارق الثمن"[3]. كما عرفت محكمة النقض الفرنسية العش بأنه" كل لجوء إلى التلاعب أو المعالجة غير المشروعة التي لا تتفق مع التنظيم وتؤدي بطبيعتها إلى التحريف في التركيب المادي للمنتوج"[4].

وتجدر الإشارة إلى أن الفقه انطلاقا من تعريفه للخداع والغش قد وصل إلى التمييز بينهما وذلك من ناحيتين أو جانبين ، حيث يتعلق الجانب الأول بموضوع كلا منهما فإذا كان الغش يقع على مادة أو سلعة معدة للبيع فإن الخداع يقع على شخص المتعاقد الآخر، كما أن جريمة الغش ينصب موضوعها على أنواع معينة من السلع الغذائية والمشروبات الخاصة بالإنسان والحيوان وكذا المواد الطبية والمحاصيل الفلاحية و المنتوجات الصناعية، وذلك بخلاف الخداع الذي يقع على كل ما يعتبر سلعة

[1] - أنظر نصي المادتين 68 و70 من قانون 03/09، والتي يتضح بأنها تحيل أيضا إلى نص المادة 429 من الأمر 66-156، المؤرخ في 18 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ج ر ج، ع 49، نصت على تجريم فعل الغش في السلع.

[2] - أنظر مجدي محب حافظ، موسوعة تشريعات الغش والتدليس، ج1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002، ص19.

[3] - أنظر عبد الله عبد العزيز الصعيدي، الأهمية الاقتصادية لتشريعات حماية المستهلك، بحث مقدم ضمن فعاليات ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 6-7 ديسمبر1998 بفندق هيلتون العين، ص13.

[4] - Crim, 15 décember1993,DCP, EDG.1994IVp103.

راجع في هذا القرار محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، المرجع السابق، ص27.

مهما كان نوعها، وهذا ما يجعل نطاقه أوسع من نطاق الغش، أما الجانب الثاني الذي انطلق منه الفقه في التمييز بين الغش والخداع فيتعلق بغاية أو مبرر تجريم كل منهما، فإذا كانت الغاية من وراء تجريم الغش المحافظة على الصحة العامة، فإن الغاية من تجريم الخداع هي ضمان سلامة العقود والاتفاقات، وينجر عن ذلك نتيجة مهمة تتمثل في أن فعل الغش يتحقق فور وقوعه، بعض النظر عما إذا كان هناك متعاقد أم لا، بينما لا يقوم فعل الخداع إلا إذا كان هناك متعاقد، وتبعا لذلك فقد وصل الفقه إلى مقولة مفادها بأن جريمة الغش هي نوع من الخداع وأنه في حالة ما إذا كانت هناك إمكانية لإطلاق التكييفين معا على واقعة واحدة فإنها تكيف على أنها جريمة خداع[1].

إن النتيجة التي وصل إليها الفقه والمتعلقة باعتبار فعل الخداع أوسع نطاقا من جريمة الغش هي التي أخذ بها المشرع الجزائري و ذلك عندما اعتبر الغش صورة للخداع في نص المادة 68 ق ح م ق غ، حيث اعتبر أن خداع المستهلك يمكن أن يتم عن طريق الوسائل التي ترمي إلى التغليط في عمليات التحليل أو المقدار أو الوزن أو الكيل أو التغيير عن طريق الغش في تركيب أو وزن أو حجم المنتوج، ولعله من مظاهر الاختلاف بين الغش والخداع هي الطرق والوسائل التي يتم بها كلا منها.

1 – مجال خداع وغش المستهلك: لقد حدد المشرع الجزائري المجالات التي يمكن أن يتم فيها خداع وغش المستهلك وذلك سواء من خلال المواد 68 إلى70 من ق ح م ق غ، أو من خلال قانون العقوبات عبر نصي المادتين 429 و431 ، أما الوسائل التي يمكن أن يتم بها الخداع فإن المشرع لم يحددها وهذا ما يمكن أن نستشفه مثلا من خلال نص المادة 68 التي جاء فيها ما يلي" يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 429 من قانون العقوبات كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت..."، حيث يفهم من استعمال أية وسيلة أو طريقة أن المشرع لم يحدد الوسائل التي يمكن أن يتم بها خداع المستهلك.

أ – مجال خداع المستهلك: يقصد بتحديد مجال خداع المستهلك هنا تحديد الحالات التي يمكن أن يتم فيها خداع المستهلك، حيث حدد المشرع الحالات التي يمكن أن يتصور فيها خداع المستهلك حسب نص المادة 69 ق ح م ق غ، في كمية المنتوج أو فيما يتعلق بنوعية المنتوج، أو قابلية المنتوج للاستعمال، أو تاريخ ومدة استعمال المنتوج أو النتائج المنتظرة منه، أو طرق الاستعمال والاحتياطات اللازمة عند استعمال المنتوج.

أ – أ – خداع المستهلك في كمية المنتوجات المسلمة: يمكن أن يتصور خداع المستهلك في هذه الحالة في الوزن والعدد والكيل المتعلق بالمنتوج، حيث يتحقق الخداع في هذه الحالة بالنسبة لمن يسلم السلعة بكل وسيلة خداع تهدف إلى تغيير كمية السلعة سواء في الوزن أوفي الكيل أو العدد والسعة والحجم، أما بالنسبة للخدمات فإن التغيير في الكمية يمكن أن نتصوره مثلا في حالة طلاء العمارة بعدد من الطبقات غير مطابق للعدد المحدد في مقاييس البناء[2].

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص28.

[2] - أنظر محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، المرجع السابق، ص20.

أ – ب – تسليم منتوجات غير تلك المعينة مسبقا: يمكن تصور هذه الحالة مثلا عندما يتم استبدال أو تغيير المبيع – محل عقد الاستهلاك– دون أن يعلم الطرف الآخر– المستهلك في هذه الحالة–، حيث يصبح الشيء المسلم مختلفا عن الشيء المتعاقد عليه[1]، أي أن المتدخل في هذه الحالة يسلم للمستهلك منتوجا من سلعة أو خدمة غير ذلك المنتوج الذي تم الاتفاق عليه في العقد.

أ – ج – قابلية استعمال المنتوج: إذا سلمنا بأن قابلية المنتوج للاستعمال معناها أن المتدخل ملزم بأن يضمن استعمال المنتوج في الغرض الذي أعد من أجله[2]، فمعناه أن أي خداع حول هذه الصفة أو الخاصية في المنتوج تعتبر ضمن مجال الخداع المنصوص عليها في نص المادة 68 من ق ح م ق غ، وذلك مهما كانت وسيلة أو طريقة الخداع المستعملة.

أ – د – التاريخ ومدة الصلاحية والنتائج المنتظرة من المنتوج: يعد التاريخ ومدة الاستعمال من الأهمية بما كان بالنسبة للمستهلك سواء في ضمان سلامته وصحته، أو من خلال ضمان حصوله على منتوج غير منتهي الصلاحية حيث ينتفي في هذه الحالة الهدف الذي جعل المستهلك يقدم على إبرام العقد والمتمثل في الحصول على منتوج صالح للاستعمال، فإذا قام المتعاقد– المتدخل في مجال حماية المستهلك– بأية أفعال أو مناورات تهدف إلى تغليط المستهلك حول البيانات المتعلقة بمدة الصلاحية أو تاريخ الاستعمال اعتبر هذا من قبيل الخداع المنصوص عليه في نص المادة 68 ق ح م ق غ، وكذلك الحال بالنسبة للأفعال الماسة بالنتائج المنتظرة من المنتوج.

أ – هـ – طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج: من المفترض أن طرق الاستعمال وبيان الاحتياطات اللازمة عند استعمال المنتوجات خاصة المنتوجات الخطرة، هي التي تمكن المستهلك من الاستعمال السليم للمنتوج، وتبعا لذلك فقد أدرج المشرع هذه الحالة ضمن حالات أو مظاهر الخداع التي يمكن أن يتعرض لها المستهلك.

ب – مجال غش المستهلك: بخلاف فعل الخداع، فقد حدد المشرع مجال الغش من حيث المنتوجات التي يمكن أن ينصب عليها فعل الغش، حيث أحالت المادة 70 من ق ح م ق غ، إلى نص المادة 431 ق ع وبالرجوع إلى هذه الأخيرة نجدها تحدد المنتوجات التي يمكن أن تكون مجالا للغش حيث تتمثل هذه المنتوجات في ما يلي:

ب – أ – المواد الصالحة لتغذية الإنسان والحيوان: يدخل ضمن نطاق الغش المنصوص عليه في أحكام المادة 431 من ق ع والتي أحالت إليها المادة 70 من ق ح م ق غ كل المواد الصالحة لتغذية الإنسان، وقد عرف المشرع الجزائري المادة الغذائية من خلال نص المادة 3 الفقرة 2 بأنها " المادة الغذائية كل مادة معالجة أو معالجة جزئيا أو خام موجهة لتغذية إنسان أو حيوان بما في ذلك المشروبات

[1] - أنظر معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص50.

[2] - أنظر فتيحة خالدي، الحماية الجزائية للمستهلك دراسة في ضوء القانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة معارف، ع8، المركز الجامعي محند أكلي، 2010، ص54.

وعلك المضغ وكل المواد المستعملة في تصنيع الأغذية وتحضيرها ومعالجتها باستثناء المواد المستخدمة فقط في شكل أدوية أو مواد التجميل أو مواد التبغ".

يلاحظ أن نطاق الغش ومنه نطاق حماية رضا المستهلك من الغش تمتد إلى كل المنتوجات المذكورة أعلاه حيث خص المشرع المستهلك بالحماية من الغش حتى في أبسط المواد مثل علك المضغ، كما وسع المشرع أيضا في الحماية من الغش لتشمل حتى السلع الموجهة لتغذية للحيوانات.

ب – ب – المواد الطبية: يمتد نطاق الغش إلى المواد المستعملة في المجال الطبي أيضا وقد عرف بعض الفقه[1] المادة الطبية بأنها كل المواد والمستحضرات التي تمتاز بخصائص علاجية أو وقائية للإنسان أو الحيوان، وقد أخضع المشرع المواد الطبية كي يستفيد المستهلك من الحماية من الغش الذي قد يقع على هذه المنتوجات ، حيث يلاحظ أن هذه المنتوجات تمتاز بالخطورة نظرا لارتباطها بحياة الإنسان وكذلك سلامته خاصة من الناحية الجسدية، كما تتضح خطورتها خاصة من حيث آثارها الجانبية التي قد لا تظهر بمجرد تناولها[2].

ب – جـ – المنتوجات الفلاحية والطبيعية: يدخل ضمن نطاق الغش المنتوج الفلاحي والذي يقصد به كل ما تنتجه الأرض من وراء فلاحة المزارع لها، سواء تمثل هذا الإنتاج في مواد غذائية من حبوب وفاكهة، أو كان المنتوج حيوانيا كاللحوم والألبان وغيرها، كما يدخل ضمن نطاق المنتوج الفلاحي كل المنتوجات الموجهة للصناعة كالحرير والقطن[3].

الفرع الثاني: الالتزامات المفروضة على المتدخل في إطار عمليات القرض الاستهلاكي

إضافة إلى الالتزامات العامة التي فرضها المشرع على المتدخل اتجاه المستهلك حماية لرضاه في مرحلة إبرام العقد، فقد فرض التزامات إضافية في إطار عمليات القرض الاستهلاكي[4]، هذه الالتزامات يمكن إجمالها في أن المشرع قد فرض على المؤسسة المتمثلة في البنك هنا الالتزام بشفافية العرض المسبق وكتابة عقد القرض **(أولا)**، كما فرض عليه تمكين المستهلك من العدول على عقد القرض في مهلة معينة **(ثانيا)**.

أولا – الالتزام بشفافية العرض المسبق وكتابة عقد القرض: لقد فرض المشرع على المتدخل – البنك– في إطار عمليات القرض الاستهلاكي وحماية للرغبات المشروعة للمستهلك، أن يلتزم بشفافية العرض المسبق للقرض سواء من حيث مضمونه وطبيعته أو حتى من خلال مدة الالتزام **(1)** وكضمان إضافي منه لحماية المستهلك في هذا الإطار نص على ضرورة أن يحرر عقد بكل المعلومات المذكورة في العرض المسبق **(2)** وهذا ما نصت عليه المادة 20 من القانون 03/09 المتضمن ق ح م ق غ التي

[1] - أنظر في تعريف المواد الطبية، أحمد محمد محمود علي خلف، المرجع السابق، ص192.

[2] - أنظر محمد بودالي، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية، المرجع السابق، ص29.

[3] - أنظر المرجع نفسه، ص29.

[4] - عرفت المادة 3 بند 21 من القانون 03/09، المرجع السابق. قرض الاستهلاك بأنه "كل عملية بيع للسلع أو الخدمات يكون فيها الدفع مقسطا أو مؤجلا أو مجزئا"، كما عرفته المادة 2 بند 1 بأنه" كل بيع لسلعة يكون الدفع فيه على أقساط، مؤجلا أو مجزأ" ويلاحظ أن التعريف الثاني أقصى الخدمة من مجال فروض الاستهلاك وهذا ما لا يتماشى مع مفهوم المنتوج في مجال حماية المستهلك.

جاء فيها ما يلي "دون الإخلال بالأحكام التشريعية السارية المفعول يجب أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعته ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال التسديد ويحرر عقد بذلك.

تحدد شروط وكيفيات العروض في مجال قروض الاستهلاك عن طريق التنظيم".

1 – الالتزام بشفافية العرض المسبق: إن المقصود بشفافية العرض المسبق هو تحديد وتوضيح كل المسائل المرتبطة بالقرض الاستهلاكي[1]، وإن كان يفهم من خلال نص المادة 20 من ق ح م ق غ أن العرض المسبق يجب أن يقدم في مرحلة ما قبل إبرام العقد، غير أن هذه المعلومات التي يتقدم بها المتدخل في المرحلة السابقة على إبرام العقد يجب أن يلتزم بها أيضا في مرحلة إبرام العقد ولعل هذا ما يفسر نص المشرع على ضرورة تحرير عقد بالبيانات المتضمنة في العرض المسبق المتعلق بعملية القرض، كي لا يكون هناك تحايل بشأن هذه المعلومات.

ويظهر من خلال نص المادة 20 من ق ح م ق غ أيضا أنها تحيل فيما يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القروض الاستهلاكية إلى التنظيم، وفي هذا المجال صدر مؤخرا مرسوم يتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي[2]، حيث نص في الفصل الرابع وخاصة المادة 7 منه التي تنص على مضمون العرض المسبق ، والذي يتمثل خاصة في ضرورة تحديد أطراف العقد، موضوع القرض ومدته والمبلغ الخام والصافي للقرض وكيفيات التسديد والأقساط وكذا نسبة الفوائد الإجمالية، مع ضرورة تحديد الشروط المؤهلة للقرض والإشارة إلى الملف المطلوب للحصول على القرض وتحديد كل الضمانات التي قدمها المقرض أو البائع، كما لابد وأن يتضمن العرض المسبق حقوق وواجبات البائع والمقرض والمقترض وكذا التدابير المطبقة في حالة إخلال الأطراف بالتزاماتهم.

2 – كتابة بيانات العرض المسبق: لقد نص المشرع على ضرورة أن يحرر العقد بالبيانات الواردة في العرض المسبق، وهذا ما يفهم منه أن المشرع يشترط في عقد أو اتفاقية العرض المسبق الكتابة نظرا لما يمكن أن تحملها الكتابة من حماية لرضا المستهلك خاصة في مجال الإثبات.

ويلاحظ على نص المادة 20 من ق ح م ق غ أن المشرع لم يحدد نوع الكتابة فيستوي أن تكون الكتابة عرفية أو رسمية، مع أنه في رأيينا من الأفضل في مجال حماية رضا المستهلك اشتراط الكتابة الرسمية في مثل هذه الحالة، وذلك نظرا لأن المستهلك ضعيف ولا يمكنه في بعض الأحيان حتى قراءة الشروط الواردة في العرض المسبق، فإذا كانت الكتابة رسمية فإن الموظف – الموثق– المكلف بتحرير

[1] - لقد نص المشرع على الالتزام بشفافية العرض المسبق أيضا من خلال القانون 03-11 المؤرخ في26 غشت سنة 2003، والمتضمن قانون النقد والقرض، ج ر ج، ع52. وذلك من خلال نص المادة 119 مكرر1 فقرة2 والتي جاء فيها ما يلي" يجب أن تستوفي عروض القروض مطلب الشفافية وتشير بوضوح لكل الشروط المتعلقة بها".

[2] - أنظر المرسوم 15-114، المؤرخ في 12 مايو 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج رج، ع10.

هذه البيانات ملزم بإعلام ونصح وإرشاد[1] المستهلك بكل ما يتعلق بالبيانات الواردة في العقد وهذا ما يشكل ضمانة إضافية وحماية أكبر لرضا المستهلك.

لقد نص المشرع إذن على ضرورة الالتزام بمطلب شفافية العرض المسبق، وتحرير كل البيانات الواردة في هذا العرض في شكل عقد، وهذا ما من شأنه تنوير وحماية إرادة المستهلك، غير أن المشرع يلزم المقرض بتمكين المستهلك من حقه في العدول على التعهد الذي اكتتبه خلال مدة معينة.

ثانيا – الالتزام بتمكين المستهلك من حقه في العدول: يمنح المشرع الجزائري[2] كل شخص اكتتب عقدا من العدول عنه، وهذا ما نصت عليه المادة 119 مكرر1 فقرة 2 من القانون 03–11 المتعلق بالنقد والقرض التي جاء فيها ما يلي" يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد" وهو ما ذهبت إليه المادة 12 الفقرة1 بند2 من المرسوم 15–114 التي جاء فيها ما يلي " لا تسري آثار عقد البيع، إذا: مارس المستهلك حقه في العدول في الآجال المقررة له...".

يتضح من خلال النصين المذكورين أنهما يمنحان المستهلك الحق في الرجوع عن قرض الاستهلاك، وهذا ما يتطلب منا التعريف بهذا الحق **(1)** ثم دراسة آثار ممارسة حق العدول**(2)**، كما أننا نتساءل عما إذا كان حق المستهلك في العدول لا يزال محصورا في قرض الاستهلاك في ظل تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش لسنة 2018 أم أن نطاق هذا الحق قد اتسع ليشمل عمليات وعقود أخرى؟**(3)**.

1 – تعريف حق المستهلك في العدول: تعتبر رخصة العدول أو الرجوع عن العقد وسيلة قانونية يستطيع من خلالها المستهلك أن يعيد النظر في عقد القرض الذي أبرمه بإرادته، وذلك بإرادته المنفردة ودون أن يحمله ذلك مسؤولية أو واجبا اتجاه المتعاقد معه[3]، أو هو سلطة تمنح أحد المتعاقدين – المستهلك في هذه الحالة– الحق في نقض العقد والتحلل منه بإرادته المنفردة، ودون حاجة إلى وجود إرادة المتعاقد الآخر[4]. فالغاية الأساسية في تكريس حق المستهلك في العدول هي التأكد من صحة رضا المستهلك من عدمه عند إبرامه للعقد[5].

يتضح من خلال ما تقدم بأن لُب ومضمون حق المستهلك في العدول إنما يتمثل في تمكين المستهلك بأن ينهي العقد في فترة محددة مقابل استرداده لما دفعه من ثمن، ورده للمنتوج محل العقد،

---

[1] - أنظر في واجب الموثق في نصح و إرشاد أطراف العقد: بلحو نسيم، المسؤولية القانونية للموثق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015، ص66.

[2] - تمنح مختلف التشريعات المقارنة المستهلك الحق في العدول أو الرجوع عن العقد، فالمشرع الفرنسي يمنح المستهلك هذا الحق من خلال المـواد (L331-16– 15-311-L) من قانون الاستهلاك الفرنسي في مجال الائتمان، كما وسعه إلى عقود متعددة منها العقود المبرمة عن بعد، وعقود التعليم بالمراسلة، وكذلك المشرع الأردني الذي يمنح المستهلك الحق في الرجوع عن العقد خلال مدة 10 أيام في نص المادة 7 من مشروع قانون حماية المستهلك، بينما أغفل المشرع المصري النص على هذا الحق في قانون حماية المستهلك المصري رقم67 لسنة 2006.

[3] - أنظر مساعد زيد عبد الله المطيري، المرجع السابق، ص189.

[4] - أنظر عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص768.

[5] - أنظر عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد27 (1)، 2013، ص16.

ويجب تمكين المستهلك من ممارسة حقه في العدول دون مصاريف إضافية أو تعويضات[1]، كما لا يلتزم المستهلك في حالة ممارسته لحقه في العدول أو الرجوع أن يقدم للمتدخل أية تبريرات أو توضيحات بشأن الأسباب التي جعلته يعدل عن العقد، إذ أن المشرع يكفل للمستهلك ممارسة هذا الحق دون أي قيد أو شرط.

إن الحق في العدول ومنح المستهلك الحق في الرجوع خلال فترة معينة عن عقد القرض معناه أن العقد لا ينفذ خلال مهلة الرجوع، بما يعني أن الالتزامات الناشئة عن العقد لا تنفذ، إلى غاية أن يهتدي المستهلك بعد التروي والتفكير إلى الاستمرار فيه، وهذا يخدم مصلحة المستهلك أكثر، فطبقا لهذا التصور فإنه لا يتم إقحام المستهلك في عقد ثم يمنح الحق في استرداده بعدما نفذه إن هو مارس حقه في الرجوع، فتنفيذ العقد من شأنه أن يؤثر على إرادة المستهلك في العدول على عقد القرض، وطبقا لذلك فإن الحق في العدول من آثاره إيقاف تنفيذ العقد، فهو يبقى المتعاقدين في مرحلة الإبرام.

ما يلاحظ على نص119 مكرر1 فقرة 4 من القانون 03-11 المتعلق بالنقد والقرض والتي تمنح المستهلك الحق في العدول عن العقد أنها لم تحدد الشكل أو الكيفية التي يمكن أن يمارس بها هذا الحق، وهذا بخلاف التشريعات المقارنة حيث نجد بأن المشرع الفرنسي مثلا ومن أجل تسهيل ممارسة حق العدول أو الرجوع على المستهلك يلزم مانح الائتمان بأن يلحق العرض بنموذج معين قابل للفصل، وما على المقترض في هذه الحالة إلا ملأ البيانات الواردة في هذا النموذج وإرسالها إلى مانح الائتمان، وبهذا يعتبر المستهلك متراجعا عن العقد. ورغم ذلك فإن هذه الطريقة ليست ملزمة للمستهلك إذ يمكنه أن يمارس حقه في العدول بأية طريقة أخرى يراها مناسبة، حيث يمكن في هذه الحالة أن يرسل عدوله سواء إلى المؤسسة مانحة الائتمان، كما يمكنه أن يرسله إلى البائع وذلك في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير وكيلا، سواء بصفة حقيقية أو ظاهرة، للمؤسسة –البنك– مانحة الائتمان كما قرر المشرع الفرنسي جزاءات على مانح الإئتمان في حالة عدم تمكين المستهلك من ممارسة حقه في الرجوع متمثلة خاصة في الغرامة المقدرة ب 1800 يورو، إضافة الجزاء المدني المتمثل في إمكانية المطالبة ببطلان عقد الائتمان[2].

إن موقف المشرع الجزائري السلبي من الوسيلة التي يمكن للمستهلك من خلالها ممارسة حقه في العدول أو الرجوع ، يعتبر في نظرنا قصورا ضمن القواعد الهادفة إلى حماية رضا المستهلك، ومع ذلك يبدو أن موقف المشرع الجزائري كان إيجابيا بشأن تحديد مدة العدول.

2 – آثار ممارسة الحق في العدول في مدة معينة: صحيح أن النصوص القانونية تمنح المستهلك الحق في العدول عن القرض الاستهلاكي، غير أن ممارسة هذا الحق مرتبط بمدة معينة هذه المدة قد حددها

[1] - أنظر زغبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع 09، ص ص 117-132، ص 123.

[2] - وهذا ما جاء في المواد (L311-34 .L311-15-) من قانون الاستهلاك الفرنسي، راجع في تفصيل هذه المواد: نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الإئتمان (في القانون الفرنسي) دراسة القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص26.

المشرع الجزائري ب8 أيام يبدأ احتسابها من يوم أو من تاريخ التوقيع بالنسبة للقرض الاستهلاكي[1]، أما بالنسبة لمهلة العدول فيما يتعلق بالبيوع التي تتم في المنزل[2] فقد حددها المشرع ب7 أيام عمل من تاريخ تسليم السلعة[3].

وفي الحقيقة أن تحديد مهلة العدول لم تكن حكرا على المشرع الجزائري، فالتشريعات المقارنة في معظمها تحدد المهلة التي يجب فيها على المستهلك ممارسة هذا الحق فالمشرع الفرنسي مثلا يحدد مهلة العدول بـ7 أيام من تاريخ قبوله للعرض[4]، غير أن الاختلاف الموجود بين المشرع الجزائري والفرنسي في هذا المجال إضافة إلى مدة مهلة العدول، يبرز كذلك من خلال أن المشرع الفرنسي يسمح للمستهلك الذي يرغب في الحصول على الائتمان بغية إشباع حاجاته تقليص هذه المدة إلى ثلاثة أيام حيث يمكن مطالبة البائع بتسليم المبيع بعد انقضاء مدة ثلاثة أيام من تاريخ العقد[5]، وهو ما أغفله المشرع الجزائري.

من خلال ما تقدم يلاحظ بأن المتدخل ملزم بأن يمكن المستهلك إن هو أراد العدول على التعهد الذي قبل به خلال مدة معينة والتي حددها المشرع الجزائري بمدة 8 أيام، فإذا مارس المستهلك حقه في العدول خلال هذه المدة ترتبت آثار العدول والمتمثلة في تحلل المستهلك من التعهد أو العقد الذي أبرمه، وبالمقابل فإن المتدخل أيضا يتحلل من جميع التزاماته العقدية أي أن ممارسة الحق في العدول يترتب عليه أثر يتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد في مرحلة ما بعد إبرامه ومرحلة الرجوع، يعتبر في حالة عدم نفاذ طوال هذه المدة، وهو ما يشكل وقف لتنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد، ويرجع تفسير ذلك بأن المشرع قد انتبه إلى مسألة مهمة تتعلق بالإرهاق الذي يمكن أن يتعرض له المستهلك جراء تنفيذ العقد ثم العدول عنه، ورغم ذلك فإن حق المستهلك في الرجوع لا يمنع من أن يقوم المتدخل بتنفيذ بنود العقد بشرط أن يتحمل جميع المخاطر التي يمكن أن تنشأ عن هذا التنفيذ، ومن بينها تحمله لتبعة هلاك المنتوج نظرا لأن الملكية لم تنتقل للمستهلك حتى وإن استلم المستهلك المنتوج استلاما فعليا[6]، فحق المستهلك في العدول وفقا لما تقدم من آثاره أنه يوقف تنفيذ العقد، وهو ما يمنح المستهلك مهلة للتفكير والتي أغفلها المشرع الجزائري ولم ينص عليها ضمن أحكامه، بخلاف المشرع الفرنسي مثلا الذي يمنح المستهلك

---

[1] - أنظر نص المادة 119 مكرر1 من القانون 11/03، المرجع السابق.

[2] - نكون بصدد البيع بالمنزل عندما يتوجه التاجر أو من ينوب عنه، إلى أماكن إقامة المستهلكين من مما يؤدي إلى مفاجئة هذه الطائفة، ودون أدنى سابق إنذار بمنتوجات من سلع وخدمات تعرض عليهم، حيث لا يكون أمام المستهلك في هذه الحالة فرصة لمقارنة المنتوجات التي تعرض عليه بما يقابلها في الأسواق المحلية وهو ما يسهل عملية خداع المستهلك وغشه في هذه الحالة: أنظر في تعريف البيع بالمنزل خاصة، محمد السيد عمران المرجع السابق، ص 27.

[3] - وهو ما نصت عليه المادة 14 من المرسوم 14-115، المرجع السابق.

[4] - وهو ما نصن عليه المواد (L-311-16– L-311-15) من قانون الاستهلاك الفرنسي، كما يمنح قانون 22 ديسمبر 1972 من خلال نص المادة L121- 25الخاص بإبرام الصفقات والبيع بالمنزل المشتري في بيوع الأموال ذات الطابع الشخصي أو العائلي الحق في العدول عن العقد خلال مدة سبعة أيام عن طريق خطاب موصى عليه بعلم الوصول راجع في هذه النقطة : أميرة حسن الرفاعي، موسوعة التشريعات الاقتصادية العربية المحاكم الاقتصادية قوانين الاستثمار – وقوانين حماية المستهلك، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009، ص ص 422-423.

[5] - نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الإئتمان في القانون الفرنسي، المرجع السابق26.

[6] - أنظر زغبي عمار، المرجع السابق، ص127.

بالإضافة إلى الحق في العدول مهلة للتفكير والتروي حيث فرض المشرع مرور فترة زمنية قبل قبوله للعرض المطروح عليه[1]، حيث تلزم النصوص القانونية في مجال الائتمان مثلا صاحب العرض بأن يبقى على عرضه لمدة 15 يوما يبدأ احتسابها من تاريخ الإعلان عن العرض[2]، هذا بالنسبة للائمان الاستهلاكي، أما بالنسبة لمهلة التروي في الائتمان العقاري فهي محددة بـ30 يوما.

3 – نطاق حق المستهلك في العدول في ظل القانون18–09: يبدو أن المشرع الجزائري قد خرج عن صمته فيما يتعلق بحق المستهلك في ممارسة العدول، حيث أضاف ثلاثة فقرات إلى نص المادة 19 من القانون 09-03 بموجب القانون 18– 09 المتضمن تعديل ق ح م ق غ تتعلق الفقرة 2 من المادة 19 بتعريف حق المستهلك في العدول وذلك كمايلي " العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب...".

يفهم من نص الفقرة أعلاه أن المشرع قد وسع من نطاق حق المستهلك في العدول ليشمل جميع العمليات المرتبطة باقتناء المنتوجات، سواء كان هذا المنتوج سلعة أو خدمة، وبالتالي فإن ممارسة الحق في العدول لم تعد حسب رأينا مرتبطة بعقد القرض الاستهلاكي في ظل القانون 18–09 ومما يدعم هذا الرأي نذكر النقاط التالية:

- إن المشرع لم يورد النص المتعلق بحق المستهلك في العدول ضمن المادة التي تتكلم عن القرض الاستهلاكي وهي المادة 20 من ق ح م ق غ، وإنما أوردها ضمن المادة 19 منه والتي تتكلم عن حقوق المستهلك المادية والمعنوية كلما تعلق الأمر باقتناء منتوج معين.
- ربط المشرع مسألة ممارسة الحق في العدول بعملية اقتناء المنتوج ولم يربطها بعقد بعينه، وهو ما يفهم منه أن حق المستهلك في العدول لا يرتبط بعقد معين، وإنما يمتد ليشمل جميع العقود، وهو توجه محمود من قبل المشرع الجزائري.

وإضافة إلى الفقرة 2 فقد أورد المشرع فقرة 3 تتكلم عن كيفية وشروط ممارسة الحق في العدول، أين يجب مراعاة شروط التعاقد عند ممارسة الحق في العدول، كما أن ممارسة هذا الحق يجب أن تكون دائما مجانية ودون أعباء أو مصاريف إضافية تفرض على المستهلك، نتيجة ممارسته لهذا الحق[3].

وفيما يتعلق بشروط ممارسة الحق في العدول، وآجاله، وكذا تحديد المنتوجات التي يمكن أن يشملها الحق في العدول فإن المشرع قد أحال بشأنها إلى التنظيم[4].

وكخلاصة لما تقدم في هذا الفصل يمكن القول بأن ضمانات صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، تتمثل حسب المشرع الجزائري في ضرورة توافر الأهلية اللازمة للتعاقد وخلو الإرادة من العيوب ، كما أضاف القضاء ضمانة أخرى انطلاقا من عيوب الإرادة وبالضبط في الكتمان التدليسي تتمثل في الالتزام العام بالإعلام أين يبدو أن القضاء الجزائري بدأ يسير في هذا الاتجاه من خلال اجتهاداته القضائية، أما

[1] - أنظر أمين حسن الرافعي، المرجع السابق، ص 419.
[2] - أنظر المادة (L-311-8) من قانون الاستهلاك الفرنسي.
[3] - أنظر المادة 19 الفقرة3 من القانون09-03، المتضمن ق ح م ق غ، المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[4] - أنظر الفقرة 4 نص المادة 19، المرجع نفسه.

عندما يتعلق الأمر بمتعاقد مستهلك فإن المشرع لم يقف عند الضمانات السالفة الذكر وإنما توسع في توفير ضمانات جديدة هذه الضمانات يمكن أجمالها في الضمانات الهادفة إلى ضمان صحة رضا المستهلك في جميع العقود الاستهلاكية مثل الالتزام الخاص بالإعلام المفروض على المتدخل ومنع الغش والخداع، كما فرض ضمانات خاصة عندما يتعلق الأمر بالقروض الاستهلاكية نظر لخطورة هذا النوع من العقود حيث فرض المشرع في هذه الحالة أن تتم هذه العقود في شفافية كاملة ، أين فرض على المتدخل الالتزام بشفافية العرض المسبق وكتابة هذه القروض، كما مكن المشرع كل مستهلك في هذه النوع من العقود من العدول عن كل عقد اكتبته هذا الأخير، وإن كان يبدو أنه كان مقتصرا على العقود المرتبطة بعمليات القرض الاستهلاكي إلا أن المشرع قد وسعه إلى جميع العقود الاستهلاكية وفقا للتعديل الأخير لقانون حماية المستهلك وقمع الغش بموجب القانون18-09 فأصبح بذلك ضمانة لجميع المستهلكين وفي كل العقود الاستهلاكية، فإذا كانت ضمانات حماية صحة رضا المتعاقد متنوعة بين القواعد العامة والقواعد الخاصة بحماية المستهلك فماذا عن الآليات التي فرضها المشرع لضمان تطبيق هذه الضمانات؟.

الفصل الثاني:
آليات ضمان صحة رضا المتعاقد

الفصل الثاني

آليات ضمان صحة رضا المتعاقد

صحيح أن المشرع الجزائري قد وضع ضمانات من أجل حماية أو ضمان صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، من اختلال توازن العقد وانعدامه، إلا أن هذه الضمانات ليست دائما مكفولة التطبيق، فقد تنتهك هذه الضمانات لسبب أو لآخر بغية تحقيق أهداف متعددة خاصة منها الحصول على الربح، الذي يستفيد منه المتعاقد نتيجة اختلال وانعدام التوازن العقدي الناتج عن غياب هذه الضمانات، وتبعا لذلك كان لزاما على المشرع الجزائري، إيجاد آليات تضمن تكريس وتطبيق الضمانات الهادفة إلى صحة وسلامة رضا المتعاقد عند إقدامه على إبرام العقود على اختلافها، وبالفعل فإن هذا ما نجده بالرجوع إلى القواعد العامة للتعاقد، أو إلى القواعد الخاصة بحماية المستهلك، حيث أوجد آليات تهدف إلى ضمان صحة رضا المتعاقد في القواعد العامة **(مبحث أول)**، بالإضافة إلى الآليات الهادفة إلى ضمان سلامة رضا المستهلك **(مبحث ثانٍ)**.

المبحث الأول: آليات ضمان صحة رضا المتعاقد في القواعد العامة

تدور آليات ضمان صحة رضا المتعاقد في القواعد العامة كلها، حول ضمان وجود الإرادة الصحيحة والواعية للتعبير الصحيح عن رغبة الشخص في التعاقد، وهذا ما يتطلب كما سبق أن درسنا توافر لاسيما عنصر الأهلية، وخلو الإرادة من العيوب، لذا فإن الآليات في هذه الحالة تتلخص في آليات تهدف إلى ضمان صحة رضا المتعاقد بسب غياب عنصر الأهلية **(مطلب أول)**، وأخرى تهدف إلى ضمان صحة الرضا من عيوب الإرادة **(مطلب ثانٍ)**.

المطلب الأول: آليات ضمان صحة رضا المتعاقد بسب غياب الأهلية اللازمة للتعاقد

رأينا في الفصل الأول أن المشرع وحرصا منه على حماية المتعاقد في إرادته، عمد إلى وضع ضمانة مهمة تتعلق بتحديد الأهلية اللازمة في المتعاقد بسن معينة، يفترض فيها أن الشخص أصبح مدركا وقادرا على التمييز بين التصرفات والعقود التي يمكن أن تعود عليه بالنفع وتلك التي يمكن أن تضر بمصلحته، غير أن هذه الضمانة لن تكون ذات فعالية إذا لم يرفقها المشرع بآليات تضمن تطبيقها، لذلك فقد نص المشرع على بعض الآليات التي من شأنها ضمان تطبيق الضمانة المتعلقة بضرورة توفر الأهلية اللازمة في المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، حيث تبدو هذه الآليات خاضعة من خلال إخضاع التصرفات القانونية والعقود التي تبرم على أموال القصر عديمي الأهلية وناقصيها إلى أحكام النيابة الشرعية في قانون الأسرة **(فرع أول)**، وكذلك من خلال إخضاع العقود التي يبرمها القصر إلى أحكام خاصة من حيث الجزاء **(فرع ثانٍ)**.

الفرع الأول: خضوع العقود المبرمة على أموال القصر إلى أحكام النيابة الشرعية

صحيح أن المشرع يهدف من خلال تحديد أهلية التعاقد بأهلية الأداء لحماية المتعاقد في إرادته في مرحلة إبرام العقد، غير أن هذا الهدف قد يتعارض مع حق من حقوق القاصر والمتمثل في حقه في

تنمية واستثمار أمواله من خلال ممارسة مختلف العقود والتصرفات المالية المختلفة[1]، لكن يبدو أن المشرع قد تنبه إلى هذه المسألة وذلك من خلال النص على إمكانية ممارسة هذه التصرفات والعقود من قبل بعض الأشخاص والأنظمة المنصوص عليها تحت ما يسمى بأحكام النيابة[2] الشرعية [3]والتي تعني في طياتها أنه يمكن أن تبرم عقود على أموال القاصر من قبل بعض الأشخاص قصد تنمية هذه الأموال واستثمارها، حيث يمكن أن تبرم هذه العقود إما من قبل ولي القاصر، أو الوصي أو القيم[4]، لذلك فإن آلية حماية القاصر في هذه الحالة تتحقق من خلال خضوع العقود الواردة على أموال القاصر إما لنظام الولاية **(أولا)**، أو من خلال تعيين وصي وقيم ينوب على القاصر في إبرام العقود **(ثانيا)**.

أولا– نظام الولاية: من الأنظمة التي يمكن أن يتحقق بتطبيقها حماية للقاصر في مجال إبرام العقود نجد الولاية – الولاية على المال في هذه الحالة–[5]حيث يقصد بها في الاصطلاح القانوني صلاحية الشخص لإجراء تصرفات قانونية ترتب آثارها في حق الغير. أو هي سلطة قانونية لشخص معين في مباشرة التصرفات القانونية باسم غيره ولحساب هذا الغير بما ينتج آثارا في حقه[6]، كما عرفت الولاية لدى فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها الإشراف على شؤون القاصر المالية من استثمار وتصرفات وإبرام العقود والتصرفات المتعلقة بالمال[7].

---

[1] - تحقق النيابة الشرعية على أموال القاصر فائدة مزدوجة فهي من جهة تسمح بإقامة أشخاص ينبون عن عديمي الأهلية أو ناقصيها فيحلون محلهم في إبرام التصرفات القانونية، وهو ما ينتج عنة فائدة مهمة تتمثل في حماية هذه الفئة من ضياع أموالها وتبديدها، ومن جهة أخرى فإن هذا النظام يسمح بتحقق نماء تلك الأموال، وهو ما يبرر ضرورة وجود النيابة شرعية على أموال القصر، أنظر في هذه النقطة، اياد محمد جاد الحق، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مكتبة ومطبعة جامعة الأزهر، 2009، ص122.

[2] - تعرف النيابة بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لتلك الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت من الأصيل. أنظر في هذا التعريف عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص189، وكذلك موسى أبو ملوح، المرجع السابق، ص107.

[3] - لقد نظم المشرع الجزائري أحكام النيابة الشرعية من خلال الكتاب الثاني من القانون 84-11، المتضمن ق أ، المرجع السابق.

[4] - تتمثل حالات النيابة الشرعية وفقا لنص المادة 81 من 84-11 المتضمن ق أ، في الولاية والوصاية والقوامة، وهي نفس حالات النيابة الشرعية لدى الفقهاء، غير أنهم يطلقون على هذه الحالات الثالثة تسمية الولاية، حيث تنقسم الولاية تبعا لذلك إلى نوعين، ولاية أصلية وتثبت إلزاميا وبقوة الشرع والقانون دونما حاجة إلى وجود حكم من القاضي وذلك مثل ولاية الأب والأم والجد، أما النوع الثاني من الولاية فهي الولاية النيابية وهي التي يستمدها صاحبها من شخص آخر فالوصي يستمد وصايته من الولي أو القاضي، والقيم يستمد القوامة من القاضي، كما يستمد الوكيل وكالته من موكله، راجع محمد سعيد جعفور، المدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دروس في نظرية الحق، المرجع السابق، ص601. والولاية المقصودة هنا هي الولاية على المال.

[5] - حيث تقسم الولاية إلى ولاية على المال والتي يقصد بها مباشرة التصرفات القانونية لحساب الغير فهي ترد فقط على أموال هذا الغير، وولاية على النفس والمقصود بها القيام بشؤون الغير ورعايته من حيث تلبية كل متطلبات من تربية ومعيشة فهي إذا ترد على شخص الغير.

[6] - أنظر على الحفيف، أحكام المعاملات الشرعية،، القاهرة، دار الفكر العربي، ط1، 1996، ص281. أشار إلى هذا المرجع أحمد بوكرزازة، المرجع السابق، 263.

[7] - أنظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 141 .

وتجدر الإشارة إلى أن الولاية المقصود هنا هي الولاية الأصلية أو الطبيعية، وهي الولاية التي تثبت بقوة القانون والشرع من دون حاجة إلى حكم القاضي، فهي ولاية إجبارية لا يمكن للشخص التنصل منها فهي خارجة عن رغبته وإرادته[1].

لقد نص المشرع الجزائري على نظام الولاية على أموال القصر وذلك من خلال نص المادة 81 وما بعدها من ق أ، من خلال الفصل الثاني من الكتاب الثاني من نفس القانون، أين حدد المشرع مجال الولاية على أموال القصر من حيث الأشخاص**(1)**، كما وضع شروطا من أجل ضمان ناجعة ونجاح نظام الولاية**(2)**، وتحقيقها لآثارها**(3)**، وحدد الحالات التي تنهي بها **(4)**.

1 – مجال الولاية في العقود المبرمة من قبل القصر: إن الكلام عن مجال الولاية على أموال القاصر، يقودنا مباشرة إلى تحديد الأشخاص الذين تقع عليهم هذه المهمة أي الأشخاص الملزمين بممارسة الولاية على مال القاصر ومن ثمة التعاقد باسمه والحرص على تحقيق الربح في العقود التي يدخلونها باسم هذا القاصر من جهة، ومن جهة أخرى لابد من تحديد الأشخاص المعنيين بهذا النظام.

أما فيما يتعلق بالأشخاص المعنيين بممارسة الولاية على مال القاصر فقد نص المشرع الجزائري على أن الولاية تثب كمبدأ وأصل عام للأب، وتنتقل إلى الأم في حالة وفاة الأب، أو في حالة وجوده مع تعذر ممارسته للولاية على الأولاد بسب حدوث مانع حال دون ذلك، أما في حالة الطلاق فإن الولاية تنتقل إلى من أسندت إليه الحضانة[2].

ما يمكن ملاحظته بخصوص موقف المشرع الجزائري من ترتيب الولاية على مال القاصر من حيث الأشخاص الذين يمكنهم ممارستها أنه خالف رأي جمهور فقهاء المسلمين الذين ذهبوا إلى عدم منح الولاية للأم مطلقا إذ الولاية تثبت بالشرع، ولم تثبت الولاية لها بالنكاح، غير أنه يجوز الإيصاء لها بالولاية فتصير وصية بالايصاء، بينما ذهب بعض الشافعية وهم في قول ذكره الشيخ تقي الدين بن تيمية من الحنابلة، بأنه تكون له الولاية بعد الأب والجد، لأنها أكثر شفقة على الولد[3].

ومن خلال قراءة نص المادة 87 ق أ أيضا يتضح بأن المشرع الجزائري لم يمنح الوصاية للجد رغم أن جانب من الفقه يستند في منح الجد حق الولاية على مال القاصر على نص المادة 92 ق أ التي تقضي بأنه " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أما تتولى أموره..."، حيث وصل الفقه[4] من خلال هذا النص إلى أن الولاية تؤول للجد بعد الأب والأم مباشرة، انطلاقا من أنه إذا كان المشرع قد منح الجد الحق في تعيين وصي للقاصر فمن باب أولى أن تثبت لها الوصاية على مال هذا القاصر.

---

[1] - يقصد بالولاية النيابة أيضا كما سبق ذكره، فتشمل في هذه الحالة الوصاية والقوامة والذين لا يثبتان إلا بحكم القاضي.

[2] - أنظر المادة 87 من القانون 84-11، المتضمن ق أ، المرجع السابق، والمعدلة بموجب الأمر 05-02 التضمن تعديل أحكام ق أ، الصادر في 27 فيفري، ج رج، ع15.

[3] - أنظر أحمد بوكرزازة، المرجع السابق، ص 266.

[4] - أنظر بلقاسم شلوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، مطبعة منار، ط1، الجزائر، 2011، ص260.

وبخصوص الأشخاص الخاضعين لنظام الولاية، فهم الأشخاص فاقدي الأهلية أو وناقصيها، سواء كان ذلك النقص والانعدام راجع إلى صغر السن، أو بسب وجود عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه والغفلة[1] كما هو منصوص عليه في المادة 81 ق أ، بينما لم تشر هذه المادة على وجوب الولاية على ذى الغفلة وهو ما يشكل قصور في هذا النص حسب رأينا.

يستشف من خلال ما تقدم أنه حتى يستفيد الشخص المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، يجب أن يكون ناقص الأهلية أو عديمها، وفي هذه الحالة يحل محله الأشخاص الذين أوكلت لهم الولاية وهم في القانون الجزائري الأب والأم أو الجد أو من أسندت إليه الحضانة، وهذا ما يشكل حماية للمتعاقد في هذه الحالة كون الرضا الذي سوف يصدر في عقد أبرم على مال القاصر هو رضا صحيح صادر عن وليه الذي يجب أن تتوفر فيه مجوعة من الشروط.

2 – شروط الولاية: يمكن تقسيم الشروط التي من شأنها ضمان إنجاح نظام الولاية على مال القاصر ومن ثمة حمايته عند إبرام العقد إلى شروط واجبة في شخص الولي(أ)، وشروط هادفة إلى ضمان حسن تصرف أو تعاقد الولي في مال القاصر(ب).

أ – الشروط المتعلقة بالولي للتعاقد في مال المولى عليه: عندما كانت الولاية على مال القاصر أمرا مهما على أساس أنها شرعت ووضعت من أجل حمايته من ما قد ينجر عنه من خسارة عندما يتصرف بنفسه في هذه الأموال، فإن ذلك يرتب أن تفرض مجموعة من الشروط في الشخص الذي يمارس هذه الولاية، وهو ما يبدو أن المشرع الجزائري قد أغفله حيث لا نجده يتكلم عن الشروط الواجب توافرها في الولي، وأمام هذا الوضع وهذا الموقف السلبي من المشرع الجزائري إزاء شروط الولاية فإنه لا مناص من العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية حيث نصت المادة 222 ق أ بأنه " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوافر في الولي، هذه الشروط تتمثل أساسا في إلزامية أن يكون الولي كامل الأهلية، وأن يكون أمينا وعادلا، كما يشترط فيه أن يكون مسلما في حالة ما إذا كان القاصر مسلما.

أ – أ – كمال أهلية الولي: من الأسباب التي شرعت من أجلها الولاية على مال القاصر، هي عدم أهلية هذا الأخير لمباشرة تصرفاته وعقوده بنفسه، وتبعا لذلك فإن المنطق يقتضي توافر هذا الشرط في الولي أيضا، لذا فإن شرط الأهلية عند فقهاء الشريعة الإسلامية شرط لا خلاف فيه.

ويقتضي كمال أهلية الولي عند فقهاء الشريعة الإسلامية، أن يكون الولي بالغا، وعاقلا، وحرا، فيكون الشخص بالغا عند انقضاء مرحلة الصغر[2]، ويتم معرفة انتهاء هذه المرحلة عند فقهاء الشريعة

[1] - أنظر محمد مصطفى شحاتة الحسي، الأحوال الشخصية في الوصاية والولاية والوقف، مطبعة دار التأليف، دون مكان نشر، 1976، ص34.

[2] - أنظر محمد أمين بن عامر عابدين، رد المختار على الدار المختار حاشية ابن عابدين، ج 5، ط2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1987، ص97.

الإسلامية بظهور بعض العلامات الطبيعية[1]، أما في التشريع الجزائري فإن هذه المرحلة تنتهي ببلوغ الشخص سن 19 سنة مع الخلو من عوارا ض الأهلية كالجنون والسفه والغفلة والعته.

ومن مقتضيات أهلية الولي أيضا ألا يكون سفيها، ولا يقصد بالسفه هنا الشخص الذي حجر عليه، ذلك أن هذا الشخص لا ولاية له على غيره، وإنما يقصد بالسفيه هنا الشخص الذي يبذر المال على غير مقتضى الشرع والدين بحيث يخشى منه على مال القاصر إن هو تصرف فيه ، كمثل الشخص الذي ينفق المال ويدفع للمغنين ويجمع أهل الفسق واللهو والشرب، والقيام على إطعامهم وسقايتهم مع الإسراف في النفقة وفتح باب الجائزة والعطاء عليهم[2]، أو كمثال الشخص الذي يدخل بالمال في عقود ممنوعة كعقود القمار من ما قد يكبد القاصر خسارة أكثر من تلك التي يمكن تصورها في حالة ما إذا تصرف القاصر بنفسه في أمواله.

أ – ب – **أن يكون الولي أمينا عادلا:** يفترض في الشخص الذي يتولى أمور القاصر لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن يكون أمينا وعادلا، ومقتضى هذا الشرط أنه لا يمكن تولية الفاسق فسقا من شأنه أن يضر بمصلحة مال القاصر عن طريق تبذيره وتبديده، ذلك أن مثل هذه التصرفات سوف تنعكس بالسلب على مال القاصر، كما أنه لا يعقل تولية الفاسق نظرا لانعدام أمانته وإفساده لدينه الأمر الذي يجعله غير محل ثقة في حفظ المال، لذا وجب أن يكون الولي أمينا وعادلا لما في ذلك من حفظ لأموال القاصر من الضياع وضمان لحقوقه[3].

أ – ج – **وحدة الديـن:** من الشروط الواجبة في الولي أن يكون الولي مسلما، أي أنه لابد أن يكون الولي متحدا في الدين مع المولى عليه – أي القاصر– وتبعا لذلك فإنه لا تثبت لغير المسلم الولاية على المسلم، كما لا تثبت الولاية في الإسلام للمسلم على غير المسلم [4]وقد استنتج فقهاء الشريعة الإسلامية هذا الشرط من القرآن الكريم في قوله تعالى « **يأيها الذين ءامنوا لا تتخذوا اليهود والنصارى أولياآء بعضهم أولياآء بعض ومن يتولهم منكم فإنه منهم وإن الله لا يهدِى القوم الظالمين**»[5].

ب – الشروط المتعلقة بضمان حسن تصرف الولي: بالإضافة إلى الشروط التي يجب أن تتوفر في الولي، فقد نص المشرع على شروط أخرى تتعلق بحسن تصرف الولي في أموال القاصر، وهذه الشروط منها ما يتعلق بطبيعة العناية التي يجب أن يبذلها الولي عند تصرفه وتعاقده باسم القاصر، كما ألزم المشرع الولي بضرورة حصوله على إذن من القاضي عندما يتعلق الأمر بعقود معينة، وبما أن تعارض مصلحة الولي مع مصلحة المولى عليه واردة فقد نص المشرع على ضرورة تعيين متصرف خاص.

---

[1] - أنظر في تفصيل أراء فقهاء الشريعة الإسلامية حول البلوغ الفصل الأول، من هذا الباب.

[2] - أنظر اللبناني سليم رستم باز، سرح المجلة، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د ت، ص537.

[3] - أنظر قزامل سيف رجب، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان –الأردن-،2010، ص111، وكذلك، أحمد فراج حسين، المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي والملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص511.

[4] - أنظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص148.

[5] - الآية **51** من سورة المائدة.

ب – أ – بذل عناية الرجل الحريص عند التصرف– التعاقد– باسم القاصر: نصت المادة 88 فقرة 1 ق أ على ما يلي" على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طيقا لمقتضيات القانون العام".

يستشف من النص السابق أن المشرع يضع شرطا على عاتق الولي من أجل ضمان حسن التصرف في أموال القاصر، مفاده أنه يجب على الولي عند تصرفه أو إبرامه لعقود في أموال القاصر، أن يبذل عناية كبيرة في الحفاظ على هذه الأموال، وهذه العناية هي عناية الرجل الحريص، أي الشخص الذي يبرم تصرفات في أمواله ويبذل قصارى جهده من أجل توخي الخسارة وتحقيق الربح، إذا لا يعتد بعناية الرجل العادي في هذا المجال، ويمكن القول أن هذه العناية تظهر في مجال العقود بشكل جلي، فعند إبرام الولي عقد بيع على مال القاصر مثلا، لابد أن يراعي حجم الفائدة التي سوف تعود على القاصر من وراء هذا العقد ويعمل على تحققها بكل الوسائل والطرق المشروعة، و أن يبذل عناية الشخص المعتاد على مثل هذه العقود في توخي وتجنب الخسارة.

إن أهمية شرط العناية المبذولة من قبل الولي في تصرفاته على أموال القاصر، قد جعلت المشرع يخضع الولي للمسؤولية المنصوص عليها في القانون العام في حالة ما إذا تم إثبات عكس هذا الشرط وهذا أمر طبيعي نظرا لأن المسائل المتعلقة بالأهلية والولاية هي من مقتضيات النظام العام[1].

ب – ب – إلزامية الحصول على إذن من القاضي في إبرام عقود معينة: لقد نص المشرع على شرط آخر لممارسة التصرفات والتعاقد باسم القاصر، وذلك عندما يتعلق الأمر بأموال معينة، هذه الأموال يبدو أن المشرع قد قدر بأنها ذات أهمية بحيث لا يمكن إطلاق يد الولي للتصرف والتعاقد فيها من تلقاء نفسه[2]، إذ يجب عليه في هذه الحالة الحصول على إذن من القاضي، وعلى هذا الأخير أن يقدر ويراعي حالات الضرورة والمصلحة، وأن تتم عملية بيع العقار وفقا لطريقة البيع بالمزاد العلني[3] لما تحقه هذه العملية من ربح أكبر بالنسبة للقاصر.

ويجب على الولي الحصول على إذن إذا تعلق التصرف أو كان العقد واردا على مال من الأموال المنصوص عليها ضمن نص المادة 88 ق أ، ومن بين هذه الأموال نجد العقار، فبيع العقار أو رهنه أو إبرام مصالحة عليه كلها تخضع للحصول على إذن، وكذلك الإيجار عندما تزيد مدة الإيجار على ثلاث سنوات أو عندما تمتد لسنة من بلوغ القاصر لسن الرشد، كون أن هذه العقود أو التصرفات من شأنها إما أن تنقل الملكية فتخرج العقار بصفة نهائية من ذمة القاصر، أو أن تجعل العقار مثقلا بحق من الحقوق العينة التبعية كحق الرهن الرسمي الوارد على عقار وهذا ما يفقد العقار قيمته الحقيقة في التعامل جراء تخوف كل شخص يقدم على شرائه من هذه الحقوق اللصيقة به[4]، كما أن المصالحة المبرمة من قبل

[1] - أنظر الجندي أحمد ناصر، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص 176.
[2] - أنظر نص المادة 88 من القانون 84- 11 المتضمن ق أ، المرجع السابق.
[3] - أنظر نص المادة 89 من القانون 84 -11 المتضمن ق أ، المرجع نفسه.
[4] - يمنح حق الرهن الرسمي الوارد على عقار الدائن المرتهن الحق في استيفاء حقه من العقار في أي يد كان، أنظر نص المادة882 من الأمر 75-58 المتضمن ق م، المرجع السابق، وتجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري نص على حكم

الولي في نزاع على عقار فيه طرف قاصر يمكن أن تؤدي إلى إسقاط حق من حقوق هذا القاصر، وهذا ما يبرر اتجاه المشرع إلى ضرورة الحصول على إذن من القاضي الذي يمكن أن يقدر في هذه الحالة ما إذا كان الصلح وباقي التصرفات سوف تعود بالنفع على القاصر فيمنح الإذن للولي، أو أن هذا الصلح يضر بمصلحته مما يؤدي بالقاضي إلى رفض منح الإذن.

ويشمل شرط الحصول على الإذن العمليات والعقود المتعلقة ببيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، مع أن المشرع لم يحدد أو يأخذ بمعيار خاص يمكن من خلاله التفرقة بين الأموال ذات الأهمية الخاصة وغيرها من الأموال التي لا ترقى إلى هذا القدر من الأهمية، ورغم ذلك فقد قدمت بعض الأمثلة على الأموال ذات الأهمية الخاصة، مثل أسهم البورصات، والحقوق المعنوية كحق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية وكذلك المحلات التجارية[1].

وإضافة إلى ما تقدم فإنه يشترط للحصول على إذن من القاضي عندما يتعلق الأمر بالتصرف أو التعاقد في أموال القاصر بعقود القرض سواء كان القرض لمصلحة القاصر لأن ذلك من شأنه أن يثقل الذمة المالية للقاصر بمثل هذا القرض، أو كان القرض لمصلحة الولي أو الغير على أموال القاصر وقد برر بعض الفقه[2] حظر المشرع لعملية القرض لمصلحة الغير على أموال القاصر في كون أن هذه العملية من شأنها أن تعطل مال القاصر فتجعله جامدا طوال مرحلة القرض فلا يلحقه استثمار في هذه الحالة[3]، كما أن إقراض أو اقتراض أموال القاصر قد تؤدي إلى ترتيب مسؤوليات على أموال القاصر كما أن القرض ينطوي على المخاطرة بأمواله وهذا ما يوجب ضرورة تحقق المحكمة من ضرورة إجراء هذه التصرفات على أموال القاصر[4].

ويجب الحصول على إذن أيضا في حالة ما إذا أراد الولي الدخول بأموال القاصر كحصة في شركة، وهذا لخطورة هذه التصرفات وما تعرفه من مسؤولية تضامنية بين الشركاء مثل ما هو عليه الحال مثلا في شركة التضامن[5]، وكذا الأنظمة القاسية المعروفة في القانون التجاري والتي قد يتعرض لها

مطلق يتعلق بالمنع الكلي للتصرف برهن عقار القاصر سواء كان هذا الرهن ضمانا لدين الولي أو لدين القاصر، وذلك خلافا للمشرع المصري الذي يشترط الحصول على إذن لإبرام رهن على عقار القاصر فقط في حالة إذا تعلق الأمر بالرهن الضامن لدين الولي أنظر نص المادة 6 الفقرة2 من قانون الولاية على المال المصري.

[1] - أنظر عبد العزيز مقفولجى، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2003، ص46.

[2] - أنظر سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص257.

[3] - فكما رأينا سابقا فإنه من أسباب وضع أو تكريس نظام الولاية سواء بمعناه الواسع أو الضيق على أموال القاصر، هو تنمية واستثمار هذه الأخيرة، ولما كان العقد المنصب على إقراض هذه الأموال يتنافى مع هذا الغرض فقد أخضعه المشرع إلى شرط الحصول على إذن من القاضي، وهو ما يشكل آلية إضافية لحماية أموال القاصر.

[4] - أنظر سليمان مرقص، المرجع السابق، ص 784.

[5] - يقصد بالمسؤولية التضامنية هي أن جميع الشركاء في شركة التضامن يسألون عن ديون الشركة على وجه التضامن، حيث يترتب على هذا التضامن السلبي حق دائني الشركة في مطالبة الشركة أو في مطالبة أي شريك بأن يدفع ما على الشركة من ديون دون أن يحق له أن يتمسك بميزة التجريد أو بميزة التقسيم كما هو الحال بالنسبة للمدين بدين مدني. أنظر عموره عمار، شرح القانون التجاري الجزائري- الأعمال التجارية – التاجر- الشركات التجارية-، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص190.

القاصر في أمواله من إفلاس وتسوية قضائية وغيرها[1]، فهذه الخطورة في رأينا هي السبب الذي جعل المشرع يخضع عملية الدخول بأموال القاصر كحصة في شركة لإذن القاضي.

ب – ج – تعيين متصرف خاص في حالة تعارض مصلحة الولي مع مصلحة القاصر: صحيح أن تدخل الولي من أجل التعاقد باسم القاصر في أمواله، يكسب هذا الأخير حماية في رضاه في مرحلة إبرام العقد بما أن هذا الولي قادر على التمييز بين ما هو ضار وما هو نافع عند إبرامه للعقد لحساب القاصر، فهذا الولي هو أهل للتعاقد، وهذا ما يشكل حماية للقاصر، غير أنه قد يحدث وأن تتعارض مصلحة هذا الولي مع مصلحة القاصر فما هو الحل في هذه الحالة؟.

إن الحل الذي وضعه المشرع الجزائري في مثل الحالة السابقة أنه مكن القاضي من تعيين متصرف خاص بصفة تلقائية أو بناءً على طلب ممن له مصلحة[2]، وكمثال على ذلك الحالة التي يتولى فيها الولي قسمة تركة يكون هو طرفا أو صاحب نصيب فيها إلى جانب القاصر، وهذا ما يجعل فرض تضحية الولي بحصة القاصر لمصلحته أمرا قائما ومحتملا، لذا فإنه من الضروري تعيين متصرف خاص يكون هدفه فقط تحقيق مصلحة القاصر دون أية أغراض أخرى، وهو ما كرسته المادة 182 فقرة 2 التي قضت بأنه " في حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء"، وهو ما كرسه القضاء الجزائري في اجتهاد له، أين ذهب إلى أنه في حال قسمة تركة يكون فيها أحد الورثة قاصرا لابد أن تكون هذه القسمة عن طريق القضاء، وذلك ضمانا لعدم الإجحاف بحق القاصر[3].

وتفاديا لحالة التعارض أيضا بين مصلحة الولي ومصلحة القاصر، فإنه لا يمكن للولي أن يتعاقد مع نفسه في أموال القاصر حيث جاء في نص المادة 410 ق م " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة والواردة في نصوص قانونية أخرى". كما نصت المادة 77 من ق م بأنه " لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم الشخص الذي ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه أو لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه من ما يقضي به القانون وقواعد التجارة".

---

[1] - الإفلاس هو نظام أو جزاء ينتهي إليه التاجر الذي عجز عن تسديد ديونه، وهو طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي توقف عن سدد ديونه في ميعاد استحقاقها، مما يؤدي على تصفية أمواله وبيعها تمهيدا لتوزيع ثمنها على الدائنين قسمة غرماء، أما التسوية القضائية فهي نظام أقل خطورة من الإفلاس، أنظر نادية فوضيل، الإفلاس والتسوية القضائية، في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص5 و66.

[2] - أنظر المادة 90 من القانون 84-11 المتضمن ق أ، المرجع السابق. وهو ما أخذ به أيضا المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 389-3 من التقنين المدني الفرنسي، حيث أخذ بفكرة الوصي الخاص في حالتين، تتمثل الحالة الأولى في حالة تعارض مصالح الولي مع مصالح القاصر، أما الحالة الثانية فهي الحالة التي يمنح فيها القاصر هبة أو وصية متمثلة في أموال بشرط أن يديرها شخصا غير الولي.

[3] - أنظر القرار رقم 84559، قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 22-12-1992.

وقد ذهب المشرع المصري خلاف ما ذهب إليه المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 14 من المرسوم المتعلق بالولاية على المال، بأنه للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أو لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص على ضرورة تعيين متصرف خاص في حالة تعارض مصلحة الولي مع مصلحة القاصر إلا أنه لم يبين الشروط الواجب توافرها في المتصرف في هذه الحالة، وفي اعتقادنا أن الشروط الواجب توافرها في الولي والمتمثل في كمال الأهلية ووحدة الدين والقدرة، هي نفسها الواجب توافرها في المتصرف الخاص مع ضرورة مراعاة مصلحة القاصر.

من المسائل التي تثار أيضا بشأن منح الإذن في ما يتعلق بالتصرفات التي أخضعها المشرع إلى هذا الشرط هي مسألة القاضي أو الجهة المختصة بمنح هذا الإذن، وهنا يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد ضمن القواعد الموضوعية القاضي المختص بمنح مثل هذا الإذن، إلا أنه بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد بأن المشرع قد منح مثل هذا الاختصاص إلى قاضي شؤون الأسرة[2].

3 – آثار الولاية على أموال القاصر في مجال التعاقد: ترتب الولاية على مال القاصر أثرا مهما في مجال التعاقد والتصرف في هذا المال، ويكون بذلك للولي القدرة على إبرام جميع العقود التي تعود على القاصر بالنفع المحض، ما عدا التصرفات والتعاقد في المجالات التي خصصها المشرع بشرط الحصول على إذن من القاضي، حيث يمكن للولي هنا إبرام كل عقود الاعتناء وهي العقود التي تعود على القاصر بالنفع الخالص والتي لا يدفع مقابلها أي مقابل مادي أو ما يطلق عليه تصرفات الاغتناء[3].

أما فيما يتعلق بالعقود والتصرفات التي تضر بمصلحة القاصر ضررا محضا، ففي اعتقادنا أنه يمنع على الولي أن يدخل بأموال القاصر في مثل هذه العقود، رغم أن المشرع الجزائري لم يأتي على ذكر مثل هذا الحكم ضمن النصوص الموضوعية التي تنظم الولاية على مال القاصر، إلا أن الرأي الراجح في هذا المجال أن تمنع مثل هذه التصرفات لتنافيها مع الحكمة التي شرعت من أجلها الولاية على مال القاصر، فيمنع على الولي مثلا أن يدخل بأموال القاصر في عقود احتمالية، كعقود المقامرة والرهن والتأمين، وكذلك عقد البيع إذا كان فيه إيراد مرتبا لمدى الحياة[4].

وقد تكون العقود أو التصرفات التي يبرمها الولي دائرة بين النفع والضرر، فالأصل أن هذه التصرفات من صلاحية الولي ممارستها، مع مراعاة ضرورة الحصول على إذن في الحالات المحددة في

---

[1] - أنظر مصطفى مجدي هرجه، المرجع السابق، ص234.

[2] - حيث جاء في نص المادة 479 من القانون 08-09 المؤرخ في 15 فبراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رج، ع21. مايلي " يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة".

[3] - أنظرعبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007، ص508.

[4] - العقد الاحتمالي: هو ذلك العقد الذي لا يستطيع كل من طرفيه وقت إبرام العقد معرفة ما يأخذه ومقدار ما يعطيه بل يتوقف ذلك على حادثة غير محققة أو غير معينة وقت وقوعها، أنظر رمضان محمد أحمد ابو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص62.

نص المادة 88 فقرة 2 ق أ، وذلك حتى تنظر المحكمة أو القاضي المختص بمنح إذن في مدى أهمية هذه التصرفات للقاصر، فإن كانت العقود والتصرفات التي يبرمها الولي دائرة بين النفع والضرر وفي الوقت نفسه ليست ذات أهمية للقاصر قدر القاضي في هذه الحالة عدم منح الإذن بإجراء مثل هذا التصرف.

4 – نهاية الولاية: لقد نص المشرع الجزائري على الحالات التي تنتهي بها وظيفة الولي من خلال نص المادة 91 ق أ والتي جاء فيها ما يلي " تنتهي وظيفة الولي:

1- بعجزه،

2- بموته،

3- بالحجر عليه،

4- بإسقاط الولاية عنه."

أما فيما يتعلق بالصورة الأولى التي تنتهي بها وظيفة الولي فتتمثل في العجز، والملاحظ أن هذه الحالة تتعلق مباشرة بالشرط الذي يفترض ضرورة قدرة الولي على ممارسة الولاية على مال القاصر، حيث تتحقق حالة العجز مثلا إذا أصبحت حالة الولي الصحية أو العقلية لا تسمح له بتأدية مهمته ووظيفته في الولاية مثل ما هو واجب عليه، كأن يصبح الولي طاعنا في السن، أو في حالة إصابته بشلل أو دخوله في حالة إغماء طويلة، حيث ذهب الفقه[1] إلى أنه ورغم أن الولاية إلزامية إلا أن القانون أجاز للولي أن يطلب إعفائه منها إذا رأى أنه أصبح عاجزا عن القيام بأعباء الولاية بسب الظروف التي أحاطت به، حيث تتمتع المحكمة هنا بسلطة تقديرية في منح الإعفاء من الولاية أو عدم منحه بعد التأكد من صحة أو عدم صحة دواعي هذا الطلب، كما يجوز لكل من له مصلحة طلب ذلك من المحكمة إذا أصبحت حالة عجز الولي عن مباشرة ولايته بادية، فإذا قبلت المحكمة طلب التنحية عن الولاية، تنتقل الولاية إلى الشخص الذي يأتي بعد الولي مباشرة في المرتبة فإن ثبت عدم وجود ولي. وجب تعيين وصي على أموال القاصر، الذي له أن يباشر جميع التصرفات المالية للقاصر بما فيها التعاقد باسمه.

وبالنسبة للحالة الثانية المتمثلة في موت الولي، فإنها صورة طبيعية تنتهي بها الولاية، حيث تنتهي الولاية من يوم الوفاة الطبيعية للولي، أما في حالة الموت الحكمي بموجب حكم قضائي، فإن الولاية في هذه الحالة تنتهي بصدور الحكم بالوفاة[2].

كما تنتهي وظيفية الولي وفقا لنص المادة 91 ق أ أعلاه بالحجر على الولي والحجر هو الإجراء الذي يتعرض له الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد غير أن أهليتهم قد أصيبت بعارض من العوارض

[1] - أنظر سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص137.

[2] - حيث أجاز القانون للقاضي أن يحكم بوفاة الشخص المفقود في حالتين، خالة غلبة الهلاك، وذلك كالشخص الذي يفقد في حالات يغلب فيها الهلاك كحالة الحرب مثلا، أما الحالة التي لا يغلب فيها الهلاك بل تغلب فيه السلامة فيترك الأمر فيها لتقدير القاضي، وفي الحالتين لا يحكم القاضي بموت المفقود إلا بمرور أربع سنوات على الفقدان، أنظر محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص ص 136-137. وهو ما نضت المادة 113 من القانون 84-11 المتضمن ق أ، المرجع السابق.

المتمثلة في السفه والجنون والعته، فإذا كانت الولاية قد وضعت أصلا من أجل النيابة على مال القاصر لنقص أهليته، فإن نيابة الولي بعد أصابته بعوارض الأهلية هي أمر غير منطقي إذا أن فاقد الشيء لا يعطيه، وهذا ما يجعل وظيفة الولي تنتهي في مثل هذه الحالة.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى حالة الحجر القانوني بسبب الحكم على الولي في جناية يمنع معها التصرف في أمواله طبقا للعقوبات التكميلية المنصوص عليها ضمن نص المادة 9 مكرر والتي جاء فيها ما يلي" في حالة الحكم بعقوبة جناية، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية"، وتبعا لذلك يكون المشرع قد أغفل هذه الحالة وفي اعتقادنا أنه من الضروري أن تضاف إلى حالة الحجر في قانون الأسرة ضمن الحالات السابقة، ذلك أن الشخص المحكوم عليه في جناية من غير المنطقي أن يمارس الولاية على مال القاصر، وذلك لسببين، أولهما يتعلق بسلب حرية هذا الولي مما يتعذر معه ممارسة مهامه ووظيفته كولي، والسبب الثاني أن الشخص الذي حكم عليه في جناية لم يعد محل ثقة كافية حتى يتولى النيابة على مال القاصر.

وإضافة إلى ما تقدم فإن الولاية تنتهي بعزل الولي، حيث يمكن عزل الولي إذا ثبت للقاضي أو بطلب من له مصلحة، أن الولي أصبح يسيء التصرف في أموال القاصر، مما يضر بمصلحته، وهذا سبب كاف لأن تصرف الولي أصبح يتنافى مع الغرض الذي شرعت من أجله الولاية، فتنتهي الولاية بهذا السبب وبالأسباب السابقة ويعين في هذه الحالة إما وصي أو مقدم ينوب على القاصر في تصرفاته وفي إبرام العقود باسمه.

ثانيا – تعيين وصي أو مقدم ينوب عن القاصر: في حالة عدم وجود ولي فإن المحكمة هنا تعين شخصا ينوب عن القاصر في تصرفاته وفي القيام مكانه في إبرام العقد، هذا الشخص إما وصي أو قيم حسب الحالة وهذا ما يتطلب منا التعريف بكل منهما(1)، ثم تحديد أحكام الوصي التي يبدو أنها تسري أيضا على القيم (2).

1 – تعريف الوصي القيم: ونتناول على الترتيب التعريف بالوصي(أ)، ثم تعريف المقدم(**ب**).

أ – **تعريف الوصي:** كلمة وصي في اللغة مأخوذة من الفعل وَصَّى، توصِيَة فلانًا بكذا عهد إليه فيه وأوعز إليه به، ووصى إلى فلان جعله وصيًّا على ماله وأطفالهِ بعد موته، ووصى فلانًا بولده أي استعطفه عليه[1].

أما في الاصطلاح فقد عرف الوصي بأنه كل شخص ليس أبا أو جدا وتثبت له سلطة على مال القاصر[2]، فالوصاية بالمعنى السابق هي نوع من أنواع الولاية[3] ولذلك فإن وسيلتها القانونية هي النيابة عن الصغير في إدارة أمواله، فهي كالولاية تهدف إلى صيانة أموال القاصر واستثمارها على وجه يعود

[1] - المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص904.
[2] - ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص 103.
[3] - يقصد بالولاية هنا المعنى الواسع الذي يشمل النيابة والوصاية والتقديم أو القوامة.

عليه بالخير والمنفعة، غير أن الفارق بينهما – بين الولاية بالمعنى الضيق والوصاية– أن الوصاية تثبت لأي شخص من غير الأب والجد إذا توافرت فيه الشروط المقررة قانونا، وتبعا لذلك فإن الوصاية لا تثبت بقوة القانون وإنما يعين الوصي من قبل الشخص الأب والجد في التشريع الجزائري[1].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على الوصي من دون أن يعرفه وذلك من خلال نص المادة 92 ق أ التي جاء فيها مايلي " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية وإذا تعدد الأوصياء فللقاضي اختيار الأصلح منهم مع مراعاة أحكام المادة 86 من هذا القانون".

فمن خلال نص المادة 92 ق أ أعلاه يمكن أن نعرف الوصي بأنه ذلك الشخص الذي يعينه الأب أو الجد وصيا على أموال الولد القاصر الذي ليس له ولي إما بوفاة من يحق أن تثبت الولاية في حقه أو في حالة وجود أم غير قادرة أو غير مؤهلة قانونا لإدارة أموال القاصر.

ب – تعريف القيم: كلمة قيم في اللغة مأخوذ من قام يَقُوم قَوْمًا وقِيَامًا وقامة بالأمر تولاه، ويقال قام بي وقعد أي نشر عني أخبار السوء وأهله قام بشأنهم واعتنى بهم، والقيم على الأمر مفرد قَيمَّةَ، متوليه كقِيم الوقف ونحوه[2].

أما من الناحية الاصطلاحية فيقصد به من يعينه الحاكم لتنفيذ وصايا من لم يوص معينا لتنفيذ وصيته، والقيام بأمر المحجورين من أولاده من أطفال ومجانين وسفهاء وحفظ أموال المفقودين ممن ليس لهم وكيل. ويطلق عليه عند فقهاء المالكية مقدم القاضي أو نائب القاضي[3]، كما تعرف القوامة بأنها نوع من أنواع الولاية بالمعنى الواسع، ووسيلتها النيابة القانونية، وسببها قيام عارض من عوارض الأهلية سواء كان من العوارض المعدمة للأهلية أو المنقصة لها، كالجنون والسفه والعته والغفلة ففي هذه الحالات تعين المحكمة قيما لإدارة أمواله[4].

وقد تبنى المشرع الجزائري فكرة القوامة أو التقديم كما سماها وهذا ما يتضح من خلال نص المادة 99 ق أ التي جاء فيها ما يلي " المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة".

يتضح من نص المادة 99 ق أ أعلاه أن المشرع الجزائري يأخذ فعلا بنظام القوامة غير أنه استعمل مصطلح المقدم بدلا من مصطلح القيم ويشمل كل شخص معين من قبل المحكمة لإدارة أموال فافد الأهلية أو ناقصها الذي لم يكن له وليا ولا وصيا، حيث تعين المحكمة المقدم في هذه الحالة بناءً على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو بناءً على الطلب المقدم من قبل النيابة العامة، فالقوامة أو التقديم هو نظام يطبق على القاصر في حالة عدم وجود ولي أو وصي، أو كان بالغا محجورا عليه، إلى

[1] - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق، ص187.
[2] - أنظر المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص ص 663- 664.
[3] - أنظر الدردير محمد، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي، ج3، دار الفكر، بيروت، د س، ص300. أشار إليه أحمد بوكرزازة المرجع السابق، ص284.
[4] - أنظر نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى العلوم القانونية نظرية الحق، المرجع السابق، ص ص 196- 197.

غاية تاريخ رفع الحجر، حيث نصت المادة 100 ق أ أن المقدم يخضع إلى نفس الأحكام التي تسري على الوصي، فما هي الأحكام المشتركة بينهما؟.

2 – الأحكام المشتركة المطبقة على الوصي والقيم: لقد وضع المشرع الجزائري مجموعة من الأحكام تسري وتطبق على الوصي، وفي الوقت ذاته أشار من خلال نص المادة 100 ق أ إلى أن المقدم يخضع إلى نفس الأحكام التي يخضع لها الوصي[1]، وهو ما يدفعنا إلى شروط تعيين الوصي شروطهما(أ)، وكيفية انقضاء الوصاية والتقديم **(ب)**.

أ- شروط الوصي وبيان سلطة القاضي في تثبيت أو رفض الوصاية: بخلاف الولي الذي لم توضح النصوص الشروط الواجب توافرها فيه، فقد نصت المادة 93 ق أ صراحة على الشروط التي يجب أن تتوافر في الوصي وهي الشروط نفسها المشترطة في القيم بما أن نص المادة 100 ق أ قد أخضع القيم إلى نفس الأحكام التي يخضع لها الوصي، وتتمثل هذه الشروط في ضرورة أن يكون الوصي مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف، وقد سبق شرح هذه الشروط بمناسبة التطرق إلى شروط الولي.

ورغم أن الوصاية تتم بناءً على وصية الأب أو الجد، إلى أن المشرع جعل للقاضي دورا وسلطة في تثبيت هذه الوصاية أو رفضها حيث جاء في نص المادة 94 ق أ " يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها". وهو ما ذهبت إليه أيضا المادة 472 فقرة 1 ق إ م إ التي جاء فيها مايلي " يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد الوفاة".

من خلال النصين المذكورين أعلاه يتضح أنه لا بد من عرض الوصاية على القاضي، والذي تكون له في هذه الحالة سلطة إجازة أو رفض الوصاية، غير أنه في حالة الرفض يجب على القاضي في نفس الحكم تعيين مقدم، أو اتخاذ التدابير اللازمة لحماية القاصر إلى غاية تعيين مقدم مستوفي للشروط.

وتجدر الإشارة إلى أنه متى توفرت شروط الوصاية المتعلقة بالولي، وبإقرار القاضي للوصاية، يمكن للوصي ممارسة سلطته على أموال القاصر ومن بينها إبرام مختلف العقود التي يمكن أن تعود عليه بالنفع مع ضرورة مراعاة حدود ممارسة هذه التصرفات مثل ما هو منصوص عليه في حدود ممارسة الولي لسلطة الولاية على أموال القاصر[2].

ب – نهاية الوصاية: مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للولاية فإنه للوصاية حالات وظروف تنتهي بها، حيث يترتب على هذا الانتهاء مجموعة من الآثار، لذا وجب علينا تحديد الكيفية التي تنتهي بها الوصاية والآثار المترتبة على هذا الانتهاء.

ب – أ – كيفية انتهاء الوصاية: لقد حدد المشرع الجزائري الطرق والحالات التي تنتهي بها الوصاية وهذا ما يفهم من نص المادة 96 ق أ التي نصت على ما يلي " تنتهي مهمة الوصي:

---

[1] - أنظر نص المادة 100 ق أ " يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".

[2] - حيث جاء في نص المادة95 من 84-11 المتضمن ق أ مايلي " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 89 90) من هذا القانون".

1- بموت القاصر، أو زوال أهلية الوصي أو موته،

2- ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه،

3- بانتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها،

4- بقبول عذره في التخلي عن مهمته،

5- بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

باستقراء المادة 96 ق أ أعلاه يلاحظ أن جميع الحالات التي نص عليها المشرع الجزائري والمتعلقة بانتهاء الوصاية، هي حالات منطقية، ذلك أن الحالات المذكورة أعلاه إما أنها تتعلق بعدم جدوى أو ضرورة الوصاية مثل حالة بلوغ القاصر سن الرشد مع كمال أهليته وعدم الحجر عليه من قبل القاضي، أو أن شروط الوصاية قد أصبحت غير متوفرة حيث تنتفي الحكمة التي وجدت من أجلها مثل موت الوصي[1] أو عدم أهليته، وكذلك الحالة التي يثبت فيها سوء تصرف الوصي في أموال القاصر، ومنها ما يتعلق برغبة الوصي في حد ذاته في التخلي عن ممارسة الوصاية على مال القاصر نتيجة وجود عذر يمنعه من ذلك.

ب – ب – آثار انتهاء الوصاية: بما أن الوصاية تمنح الوصي سلطة التصرف في أموال القاصر فإنه من الطبيعي أن يترتب على انتهائها آثار تتعلق بهذه الأموال، لذا فإنه يجب على الوصي الذي انتهت وصايته على أموال القاصر أن يسلم الأموال التي كانت تحت يده وفي عهدته مع تقديم جميع الحسابات بالمستندات إلى الشخص الذي يخلفه في أعمال الوصاية، أو إلى القاصر الذي بلغ سن الرشد أو إلى ورثته، حيث يكون ذلك خلال مدة زمنية لا يمكن أن تتجاوز مدة شهرين[2] يبدأ حسابها من تاريخ انتهاء الوصاية، كما يلتزم بتقديم صورة عن الحساب المذكور إلى القضاء[3].

إن الحالة السابقة تتعلق بالحالة التي تنتهي فيها الوصاية بحالة معينة غير الوفاة أو الفقدان، فإذا كان سبب انتهاء الوصاية هو وفاة الوصي أو فقده، فإن تسليم هذه الأموال في هذه الحالة يقع على عاتق الورثة حيث يوجب عليهم القانون في هذه الحالة تسليم الأموال عن طريق القضاء إلى الشخص المعني.

وفي مجال سلطة الوصي في إبرام العقود باسم القاصر، يمكن القول أن انتهاء الوصاية ينهي كل سلطة للوصي من أجل إبرام عقود باسم القاصر أو في أمواله، أي أن جميع العقود التي يبرمها الوصي بعد انتهاء الوصاية تقع باطلة في اعتقادنا، إلا إذا أجازها الوصي الجديد أو القاصر الذي بلغ سن الرشد.

عموما إن المتمعن في فكرة النيابة الشرعية التي تسمح بأن يمارس شخص بالغ ومتوفر على الشروط القانونية اللازمة إبرام العقد بدلا عن القاصر، سوف يلاحظ دون أدنى شك بأنها تشكل آلية هامة

---

[1] - يرجع سبب انتهاء الوصاية بالموت إلى كون أنها شخصية، ولا يمكن أن تنتقل إلى الورثة عن طريق الوصاية، وفي هذه الحالة يمكن تعيين وصي آخر بدلا من الوصي الهالك، سواء كانت وفاته حقيقية أو حكمية. راجع محمد سعيد جعفور المرجع السابق، ص617.

[2] - بخلاف المشرع الجزائري، فقد حدد المشرع المصري الفترة التي يجب فيها على الوصي تسليم أموال الموصى عليه في حالة انتهاء مهمة الوصاية بـ 30 يوما يبدأ حسابها من تاريخ انتهاء الوصاية في قانون الولاية على المال المصري، وفي اعتقادنا أنها مدة كافية لهذا التسليم بدلا من مدة شهرين التي يمكن أن تعود بالضرر على القاصر.

[3] - أنظر المادة 97 فقرة 01 من القانون 84-11، المتضمن ق أ، المرجع السابق.

لحماية رضا المتعاقد القاصر، كون أنها تسمح بأن يبرم شخص مؤهل العقد فيكون مدركا تمام الإدراك لما هو ضار أو نافع لمصلحة هذا القاصر من جهة، ومن جهة أخرى فإن النيابة على مال القاصر تسمح بتنمية هذا المال واستثماره، غير أنه يمكن أن يبرم القصر عقودا بأنفسهم فما هي الآلية التي تدخل بها المشرع من أجل حماية القاصر في هذه الحالة؟.

الفرع الثاني: إخضاع العقود المبرمة من قبل أشخاص قصر إلى أحكام خاصة

من بين مظاهر حماية المشرع للمتعاقد القاصر في مجال العقود أنه قد أخضع العقود التي يبرمها إلى أحكام خاصة من حيث الجزاء المترتب في حالة إبرام القاصر للعقود وتختلف هذه الأحكام بين ما إذا كان القاصر عديم الأهلية(**أولا**)، أو أن القاصر مميز(**ثانيا**).

أولا- أحكام العقد المبرم من قبل القصر عديمي الأهلية: تضع القواعد العامة في القانون المدني حكما عاما لتصرفات عديم الأهلية مفاده بطلان كل التصرفات التي يبرمها عديم الأهلية حتى وإن كانت هذه التصرفات نافعة له نفعا محضا وهذا ما يمكن أن نستنتجه من نص المادة 42 ق م التي جاء فيها مايلي: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أوعته، أو جنون.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

وهو ما أكدته المادة 82 من ق أ التي نصت بأنه " من لم يبلغ سن التمييز لصغر سنه طبقا للمادة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

يفهم من نصي المادتين المذكورتين أعلاه، بأن المشرع الجزائري قد رتب أثرا في حالة التصرفات التي يبرمها القاصر عديم الأهلية مفاده البطلان المطلق لتصرفاته، دون مراعاة لقيمة التصرف وفائدته بالنسبة للصبي غير المميز، ويعتقد بعض الفقه[1] بأن ما ذهب إليه المشرع من منع القاصر غير المميز من مباشرة التصرفات القانونية بنفسه وترتيب البطلان على مثل هذه التصرفات سببه هو أن المشرع وضع قرينة قاطعة لا يمكن إثبات عكسها على أن الصبي غير المميز لا تمييز له ومن ثم فإنه عديم الأهلية، وهذا يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية ولو كانت نافعة له نفعا محضا.

إن الحكم العام الذي رتبه المشرع الجزائري على تصرفات الصبي غير المميز، هو الذي يمكن تطبيقه في حالة ما إذا كان المتعاقد قاصر عديم التمييز، حيث تكون جميع العقود التي يبرمها القاصر غير المميز باطلة بطلانا مطلقا، وفائدة ذلك أن المشرع أراد حماية القاصر غير المميز من عدم أهليته، وما قد ينجر عليه عند إبرامه لهذه العقود من ضرر خاصة أن التمييز منعدم في حالته، لغياب القدرة العقلية الكافية للتمييز بين ما هو نافع وما هو ضار له وتكون العقود باطلة في هذه الحالة سواء كانت عقود تبرع أو إدارة أو عقود تصرف.

إن القول بالبطلان المطلق للعقد المبرم من قبل عديم الأهلية، من آثاره عدم إمكانية إجازة هذا العقد سواء من قبله بعد بلوغه سن الرشد أو من قبل وليه أو المحكمة، كما يترتب على نوع البطلان هنا أنه

[1] - أنظر مصطفى مجدي هرجه، العقد المدني أركانه آثاره بطلانه، دار محمود للنشر والتوزيع، 9 شارع البارودي، مصر، 2002، ص170.

يمكن لكل ذي مصلحة التمسك به، كما يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه وذلك لارتباط البطلان هنا بمسألة تتعلق بالنظام العام وهي الأهلية[1].

وما تجدر الإشارة إليه أيضا أن المشرع الجزائري بتقريره لبطلان جميع تصرفات القاصر غير المميز ومن بينها العقود التي يبرمها، قد وافق رأي فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة التصرفات التي يبرمها الصبي غير المميز حيث يضع الفقه الإسلامي حكما مفاده بطلان جميع التصرفات التي يبرمها غير المميز حتى وإن كانت تصرفاته نافعة له نفعا محضا لانعدام أهلية آدائه[2]، فالفقه الإسلامي أيضا تنبه إلى مسألة ضرورية تتمثل في ضرورة حماية عديم الأهلية من انعدام أهليته.

والحكم السابق المتعلق بالبطلان المطلق لتصرفات القاصر غير المميز ليس حكر على هذه الفئة من المتعاقدين فقط، فبالرجوع إلى قواعد القانون المدني نجد بأنها تخضع فئة أخرى لنفس الحكم وهم الأشخاص الذين بلغوا سن الرشد 19 سنة لكنهم أصيبوا بجنون أو عته ، أين يلاحظ أن المشرع قد اعتبر هذه الفئة حكمها حكم فاقد التمييز فهم فاقدون للأهلية أو عديموها، وهذا ما يستشف من نص المادة 42 ق م التي جاء فيها ما يلي" لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته أو جنون...".

وانطلاقا مما سبق فإن العقود التي يبرمها الأشخاص الذين ثبت بأنهم مصابين بآفتي الجنون أو العته تكون باطلة بطلانا مطلقا، حيث اعتبر المشرع كل شخص مصاب بهاتين العاهتين حكمه حكم الشخص غير المميز فهو معدوم الأهلية اللازمة لصحة إرادته.

وتثير مسألة إبطال العقد بسبب الجنون أو العته مسألة مهمة تتعلق بكيفية إثبات هاتين الآفتين أمام القضاء، وبتعبير آخر هل يكفي مجرد شهادة طبية من أجل اعتبار الشخص عديم الأهلية ومن ثم إبطال العقد الذي أبرمه؟.

ما يمكن قوله حول الإشكال السابق أن إعطاء وصف الجنون أو العته لشخص معين هو من المسائل التي تختص بها المحكمة فهي وحدها الكفيلة بإعطاء قرار بجنون الشخص[3]، فالقاضي هو الذي يعطي الوصف القانوني لحالة الشخص المرضية التي يشاهدها، فالشأن في ذلك للقاضي الذي له أن يحكم ببطلان العقود أو بصحتها انطلاقا من استماعه لشهادة الشهود ومختلف القرائن، حتى وإن كان هذا الرأي مخالفا لرأي الطبيب، أي أن القاضي يملك سلطة تقديرية حول الآراء التي تقدم إليه من قبل الخبير[4] والذي هو الطبيب في هذه الحالة، وهو ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي الجزائري الذي ذهب إلى أن إفقاد

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص 170.
[2] - أنظر أحمد بوكرزازة، المرجع السابق 67.
[3] - أنظر محمد ناجي، فؤاد فارس، الإجراءات القضائية في الأحوال الشخصية وأصول المحاكمات الشرعية، ط2، دون مكان نشر، 2002، ص192.
[4] - أنظر عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر والقانون، دار المنصورة مصر، 1999، ص117.

أهلية الشخص على أساس شهادة طبية مخالف للقانون، وتبعا لذلك تم نقض الحكم القاضي بإبطال اتفاقية تبادل مسكنين على أساس أن المتعاقد غير أهل للتعاقد، مستندين في ذلك إلى شهادة طبية[1].

وينبغي التمييز فيما يتعلق ببطلان عقود وتصرفات المجنون والمعتوه بين التصرفات الصادرة قبل الحكم بهاتين الآفتين وبعد الحكم، فقبل الحكم بجنون الشخص أو عتهه تكون العقود التي يبرمها صحيحة ومرتبة لجميع آثارها ولعل في ذلك حماية للغير الذي يتعامل مع المجنون أو المعتوه وهم على غير بينة من أمرهم، غير أنه إذ كانت أسباب الحجر المتمثلة هنا في الجنون والعته بادية وتم إثباتها بواسطة الخبرة قبل صدور الحكم ووقت إبرام العقد فإن العقد يكون باطلا أيضا[2]، وهو نفس الحكم الذي ينطبق على العقود التي صدرت بعد صدور الحكم بالحجر حيث تعتبر باطلة بطلانا مطلقا[3].

والاستنتاج الذي يمكن أن نخرج به من خلال كل ما تقدم هو أن المشرع وحماية منه لرضا المتعاقد القاصر عديم الأهلية، إما لصغر سنه أو لجنونه وعتهه جعل كل العقود التي يبرمها باطلة بطلانا مطلقا حتى وإن كانت هذه العقود تصب في مصلحته، وذلك لانعدام الإرادة التعاقدية لديه، لكن ما هو الحال بالنسبة للعقود التي يبرمها متعاقد قاصر مميز أو ناقص الأهلية؟.

ثانيا–أحكام العقود المبرمة من قبل ناقص الأهلية: لما كان ناقص الأهلية يتمتع بنوع من التمييز، فقد أخضع المشرع تصرفاته لأحكام تختلف عن أحكام تصرفات الصبي أو القاصر غير المميز، ويلاحظ في هذا الصدد أن أحكام العقود التي يبرمها القاصر المميز تخضع في أحكامها إلى تقدير ما إذا كان العقد ضارا بمصلحة ناقص الأهلية ضررا محضا، أو أنه نافعا له أو أنه دائر بين النفع والضرر.

1 – أحكام العقود النافعة لناقص الأهلية: الهدف الرئيسي من وراء إخضاع التصرفات والعقود التي يبرمها ناقص الأهلية إلى أحكام خاصة، هو حمايته بالدرجة الأولى، ولما كانت بعض العقود تأتي في مصلحته فقد اعتبرها المشرع صحيحة مادامت لا تشكل أي ضرر بمصلحة ناقص الأهلية، بل على العكس من ذلك فإنها تعود عليه بالنفع المحض وهو الحكم الذي يمكن أن نستخلصه من نص المادة 83 ق أ والتي نصت على أنه " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 القانون المدني الجزائري تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له...".

إن الحكم القاضي بصحة ونفاذ العقود النافعة للصبي غير المميز يفهم منه أنه بإمكان الصبي قبول العقود التي تعود عليه بالنفع ومن بين هذه العقود عقود التبرعات التي تبرم لصالح ناقص الأهلية

---

[1] - أنظر القرار رقم 59.327، عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص21.

[2] - ذهب القضاء الجزائري في اجتهاداته إلى أن تصرفات المحجور عليه قبل صدور الحكم بالحجر تعتبر صحيحة، إلا إذا أثبتت الخبرة بأن المرض كان متفشيا وظاهرا، فإذا لم يتوافر الشرطان فإنه لا يمكن الحكم على التصرفات القانونية للمريض الواقعة قبل الحجر بالبطلان، وهذا ما يشكل سببا لنقض وإبطال القرار الذي ذهب إلى غير ذلك، حيث تم إعادة القرار إلى المجلس لينظر فيه بتشكيلة جديدة، أنظر القرار رقم 230962، المؤرخ في 05-06-2002، راجع نبيل صقر، قمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، 2008، ص182.

[3] - أنظر مصطفى مجدي هرجه، المرجع السابق، ص ص 186- 185. وهو ما أشارت إليه المادة 107 من القانون 84- 11، المتضمن ق أ، المرجع السابق.

كقبول الهبة[1] بشرط أن تكون خالية من كل شرط أو تكليف، كما يمكنه في هذه الحالة قبول عقد الكفالة الذي يقضي بكفالة دين له على الغير[2].

ومما ينبغي الإشارة إليه أيضا أن صحة العقود التي يبرمها ناقص الأهلية وهو الشخص الذي بلغ سن 13 ولم يتجاوز سن 19، لا تقتصر على الشخص ناقص الأهلية بسب السن وإنما تشمل أيضا نقص الأهلية بسب العوارض الطارئة عليه والمتمثلة في الغفلة والعته، حيث تعتبر تصرفات وعقود هؤلاء صحيحة أيضا متى كانت نافعة لهم نفعا محضا.

ولعل العبرة من اعتبار المشرع لتصرفات القاصر المميز ومن بينها العقود التي يبرمها صحيحة متى كانت نافعة له نفعا محضا، تكمن في أن المشرع يبحث على مصلحة المتعاقد ناقص الأهلية المادية والمعنوية، حيث تكمن المصلحة المادية بالنسبة للمتعاقد ناقص الأهلية الذي يبرم عقود تعود عليه بالنفع المادي المحض، كما أن المشرع راع في هذا الحكم المصلحة المعنوية للقاصر المميز وما قد تعود عليه به مسألة إبرام بعض العقود من فائدة تتمثل في تدريبه على إبرام التصرفات والعقود واكتساب الخبرة على تقدير الأرباح وتجنب الخسائر، دون أن يلحق ماله نقص أو خسارة[3]، لكن ماذا لو أن المتعاقد ناقص الأهلية أبرم عقودا تضر بمصلحته؟.

2 – أحكام العقود الضارة بمصلحة ناقص الأهلية: ليست جميع العقود التي يبرمها المتعاقد ناقص الأهلية تأتي في مصلحته فهناك من العقود ما يحتوي على ضرر محض للمتعاقد ناقص الأهلية، وتبعا لذلك فقد نص المشرع على أن تصرفات الصبي المميز التي تكون ضارة له ضررا محضا تعتبر باطلة بطلانا مطلقا، ويدخل في هذا الحكم تصرفات البالغ أو الراشد المصاب بعارض من العوارض التي تنقص الأهلية وهي السفه والغفلة.

إن الحكم القاضي بالبطلان المطلق لتصرفات الصبي غير المميز والذي يمتد ليشمل العقود الضارة بمصلحة ناقص الأهلية يمكن أن نستشفه مباشرة من نص المادة 83 ق أ التي جاء فيها ما يلي: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني الجزائري تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به...".

طبقا لما تقدم فإن جميع العقود التي يبرمها ناقص الأهلية وتكون مشتملة على ضرر له تقع باطلة بطلانا مطلقا، فإذا كانت عقود التبرعات التي تصب في مصلحة ناقص الأهلية صحيحة، فإن العكس هو الذي يطبق في حالة عقود التبرعات التي يبرمها ناقص الأهلية للغير، وتبعا لذلك فإنه يقع باطلا بطلانا مطلقا عقد الهبة الذي يلتزم بمقتضاه ناقص الأهلية بتقديم مال من أمواله إلى الغير دون أي مقابل،

[1] - عرف المشرع الجزائري الهبة من خلال نص المادة 202 فقرة 01 من القانون 84-11 المتضمن ق أ، المرجع السابق، بأنها " الهبة تمليك بلا عوض".

[2] - أنظر عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 510.

[3] - أنظر محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، درا هومه، الجزائر، 2010، ص105.

ويشمل هذا الحكم كل الحقوق العينية التي يرتبها ناقص الأهلية للغير على أمواله دون مقابل[1]، وكذلك يقع باطلا بطلانا مطلقا الوقف الذي يرتبه ناقص الأهلية على ماله للغير، سواء كان هذا الوقف[2] عاما أو خاصا[3] وهذا ما نصت عليه المادة 30 من القانون 91-10 المتضمن قانون الأوقاف التي نصت بأنه " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء مميز أو غير مميز ولو أذن بذلك الوصي"، وقد رتب المشرع على هذه العقود البطلان المطلق نظرا لما تشكله من أثر سلبي على الذمة المالية لناقص الأهلية.

إن القول بالبطلان المطلق للعقود الضارة التي يبرمها ناقص الأهلية يترتب عليه آثار هذا النوع من البطلان، وتتمثل هذه الآثار في هذه الحالة بالنسبة للمتعاقدين في إعادتهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، ويترتب على ذلك أن يسترد كل طرف ما تسلمه من الثاني وفي حالة استحالة إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد يحكم القاضي بتعويض عادل[4] وذلك وفقا لنص المادة 103 من ق م، غير أن المشرع أورد استثناء يتعلق بناقص الأهلية من الحكم القاضي برد الطرفين إلى حالتهما قبل التعاقد حيث لا يلزم ناقص الأهلية في حالة بطلان العقد إلا برد ما عاد عليه بمنفعة بسب تنفيذ العقد[5]، ولعل مثل هذا الحكم فيه حماية لناقص الأهلية الذي قد يقدم على إبرام العقود دون أن يعود عليه ذلك بمنفعة، كما يحتوي هذا الاستثناء على جانب ردعي يتمثل في عدم التفكير من قبل الأشخاص في التعاقد مع القاصر ناقص الأهلية نظرا للخسارة التي قد يتكبدونها بسب التعاقد مع ناقص الأهلية خاصة إذا لم يعد عليه تنفيذ العقد بأية منفعة كانت فلا يلزم في هذه الحالة برد أي مقابل.

ومن الناحية القانونية فإن هذا النوع من العقود معدوم الوجود أو لا وجود له نظرا لأن البطلان المطلق في هذه الحالة يتعلق بالنظام العام، أما فيما يتعلق بالحق في التمسك بالبطلان في هذه الحالة فإن يثبت للمتعاقدين وكذا لخلفهما العام والخاص ولكل ذي مصلحة يهمه بطلان العقد كما تثيره المحكمة

---

[1] - أنظر خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص47.

[2] - عرف المشرع الوقف في القانون 84-11 المتضمن ق أ، المرجع السابق، من خلال المادة 213 بأنه **"** الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق**".** أما القانون 91-10المؤرخ في 27 أفريل1991، المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم، ج رج، ع21، فقد عرف الوقف من خلال نص المادة 3 بأنه " الوقف حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجه البر والخير**"**، حيث يرى بعض الفقه أن المشرع الجزائري قد أخذ في مسألة تعريف الوقف برأي جمهور الفقهاء وهم الشافعية والحنابلة الذين عرفوا الوقف بأنه **"**حبس العين على ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء وانتهاء**"** .وطبقا لهذا التعريف فإن الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه ويترتب عنه منع الواقف في التصرف في المال الموقوف، على عكس المذهب المالكي الذي يرى بأن العين الموقوفة تبقى في ملك الواقف، مع منعه من التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية، عكس الحنفية الذين يرون أن العين الموقوفة تبقى في ملك الواقف كما يجوز له التصرف فيها بكل أنواع التصرف بما فيها التصرفات الناقلة للملكية، راجع في ذلك حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة الوصية- الوقف، دار هومه للنشر، الجزائر، 2004، ص ص 74-75. خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية- الوقف،ج1، ط1، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص ص 20-22.

[3] - يقسم الوقف إلى عام وخاص، ويقصد بالوقف العام حبس المال على جهات خيرية من وقت إنشائه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات وقد يكون محدد الجهة إذا عين فيه الواقف الجهة، وقد يكون غير محدد الجهة إذا لم يحدد فيه الواقف جهة الخير المقصودة بالوقف، أما الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم. راجع في أنواع الوقف حمدي باشا، المرجع السابق، ص82.

[4] - Voir Marty. (G) . Raynaud. (P), op.cit, p242.

[5] - وهذا ما نصت عليه المادة 103 فقرة 01 من الأمر 75-58 المتضمن ق م، المرجع السابق.

من تلقاء نفسها نظرا لتعلق نوع البطلان هنا بالنظام العام، ولا يصحح هذا النوع من البطلان بالإجازة من قبل الولي أو من قبل ناقص الأهلية بعد بلوغه[1].

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن رفع دعوى البطلان بسب عيب الأهلية يخضع للتقادم المسقط حيث تسقط دعوى البطلان بمرور خمسة عشرة سنة، غير أن خضوع هذه الدعوى للتقادم لا تعني أبدا أن العقود الباطلة تصحح بالتقادم ويترتب على ذلك أن التمسك بالبطلان كدفع لا يسقط أبد تطبيقا للقاعدة القائلة بأبدية الدفوع حيث يمكن للمتعاقد الدفع ببطلان العقد في أي وقت شاء حتى بعد مرور المدة المحددة للتمسك بالبطلان، وكمثال على ذلك عقد الهبة الذي يبرمه ناقص الأهلية مع عدم تسليم الشيء الموهوب للموهوب له، فإذا مضى على الهبة خمسة عشر سنة وطالب الموهوب له بتسليمه الشيء الموهوب يجوز للواهب في هذه الحالة الدفع ببطلان عقد الهبة حتى بعد مضي خمسة عشر سنة[2].

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع ومراعاة منه لمصلحة القاصر المميز الذي ليس له إدراك كامل جعل من العقود التي يمكن أن تضر بمصلحته المالية باطلة بطلانا مطلقا، غير أن هناك عقود أخرى تدور بين النفع والضرر فما هو حكم هذا النوع من العقود؟.

3- أحكام العقود الدائرة بين النفع والضرر: هناك نوع آخر من العقود لا يمكن القول بأنها في مصلحة ناقص الأهلية، كما لا يمكن الحكم من البداية بأنها ضارة بمصلحته المالية فهذه العقود تدور بين النفع والضرر، ونظرا لأن المشرع راع مصلحة القاصر المميز في إبرام هذه العقود، كما راع أيضا مسألة الضرر الذي يمكن أن تلحقه مثل هذه العقود بالذمة المالية للقاصر فقد أخضعها إلى أحكام خاصة تختلف من القانون المدني إلى قانون الأسرة وهذا ما يتطلب منا دراسة أحكام العقود الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني(**أ**)، ثم في قانون الأسرة(**ب**)، مع التمييز بين نظام البطلان النسبي في القانون المدني ونظام العقد الموقوف في قانون الأسرة (**ج**).

أ- قابلية العقود الدائرة بين النفع والضرر للبطلان في القانون المدني: صحيح أن المشرع الجزائري قد أحال فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز إلى أحكام قانون الأسرة والتي يستنبط منها حكم العقود التي يبرمها، غير أن بعض الفقه[3] يرى بأن المشرع قد أورد حكما خاصا بالتصرفات والعقود التي يبرمها ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر مفاده قابلية هذه العقود للبطلان أو ما يعرف بالبطلان النسبي، وقد تم استنتاج هذا الحكم من نص المادة 101 ق م والتي جاء فيها ما يلي: " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمسة (5) سنوات.

ويبدأ حساب هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب..."

---

[1] - راجع في هذه الآثار علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 321-326.

[2] - أنظر عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص45، مع الإشارة إلى أن الكاتب أشار إلى أن سبب البطلان هو شكل الهبة، بينما نحن هنا نتكلم على عيب يتعلق بشروط الهبة والمتمثلة في توافر الأهلية اللازمة لإبرام مثل هذا التصرف أو العقد.

[3] - أنظر محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 18.

يبدو من خلال قراءة نص المادة 101 ق م أن الحكم القاضي بسقوط الحق في البطلان هو حكم عام لم يبن فيه المشرع نوع العقد المقصود بالبطلان، غير أن الرأي الراجح في هذا المجال أن المشرع قد قصد بهذا الحكم تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر[1]، أي العقود الدائرة بين النفع والضرر وهو ما نؤيده هنا، خاصة وأن نص المادة 101 ق م، الذي يقابله نص المادة 111 من القانون المدني المصري يتطابق إلى حد كبير معه باستثناء المدة المحددة للبطلان، فهذا النص يقرر صراحة قابلية العقود الدائرة بين النفع والضرر للبطلان لمصلحة ناقص الأهلية.

إن الحكم السابق يترتب عليه أن ناقص الأهلية ليس بإمكانه إبرام عقود دائرة بين النفع والضرر كالبيع والإيجار أي عقود المعاوضات على اختلافها، فإذا أبرمها اعتبر ناقص الأهلية بالنسبة لها لا عديمها، ومتى باشرها كانت هذه العقود قابلة للإبطال لمصلحة الصبي المميز أو ناقص الأهلية، أو بتعبير آخر باطلة بطلانا نسبيا لمصلحته، حيث يترتب على هذه العقود جميع آثارها القانونية إلى أن يصدر حكم يقضي ببطلانها، وذلك بعد الطلب الذي يتقدم به كل ذي مصلحة في بطلان هذا العقد، فتزول هذه الآثار بأثر رجعي وكأنها لم تكن أصلا، غير أن الحق أو قابلية العقد الدائر بين النفع والضرر للبطلان يسقط متى تم إجازته سواء من قبل الولي أو الوصي أو من قبل ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، فيصبح العقد الذي كان قابلا للإبطال صحيحا بعد الإجازة و يضمحل ويتلاشى حكم قابلية البطلان الذي كان يهدد هذا العقد، وتكون العبرة في تحديد إذ ما كان العقد الدائر بين النفع والضرر، في طبيعة العقد ذاته، لا في النتيجة المترتبة عنه، فإذا قلنا بأن عقد البيع عقد دائر بين النفع والضرر ولو كان بأكثر من القيمة وترتب عليه خسارة للمشتري، أو كان أقل من القيمة رتب خسارة للبائع[2].

ب – العقود الدائرة بين النفع والضرر عقود موقوفة وفقا لقانون الأسرة: بالرجوع إلى قواعد قانون الأسرة نجدها تنص على حكم مغاير للحكم المنصوص عليه في القواعد العامة حيث تجعل العقود الدائرة بين النفع والضرر متوقفة على الإجازة سواء من طرف الولي أو الوصي[3]، أين يلاحظ أن المشرع في قانون الأسرة قد أخذ بنظرية العقد الموقوف المعروفة في الفقه الإسلامي، وهذا ما يتطلب التعريف بهذه النظرية، ثم تحديد النتائج المترتبة على الأخذ بها في مجال عقود ناقص الأهلية الدائرة بين النفع والضرر.

ب – أ – تعريف العقد الموقوف: صحيح أن المشرع الجزائري قد أخذ بفكرة العقد الموقوف بالنسبة لتصرفات الصبي الدائرة بين النفع و الضرر ضمن أحكام قانون الأسرة، غير أن المشرع قد اكتفى بالنص على هذا الحكم دون تعريفه، وبالرجوع إلى مختلف التشريعات العربية التي أخذت بفكرة العقد الموقوف في

[1] - أنظر علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 192، ص 271.
[2] - أنظر رابح بن غريب، المرجع السابق، ص241.
[3] - أنظر نص المادة 83 من الأمر 84-11، المتضمن ق أ، المرجع السابق.

قوانينها المدنية نجد بأنها أيضا لم تعرف العقد الموقوف[1]، أما التشريعات الغربية فإنها لا تعرف فكرة العقد الموقوف وإنما تقرر حكما آخر لتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر وهو ما يعرف بالبطلان النسبي أو قابلية العقد للإبطال.

وبما أن المشرع لم يقدم تعريفا محددا وواضحا للعقد الموقوف، فقد حاول الفقه القانوني التصدي لمسألة تعريف العقد الموقوف حيث عرف مثلا بأنه هو العقد الذي انعقد صحيحا لتوافر عناصر الانعقاد، وعناصر الصحة فيه، ولكن نقصه أحد عنصري النفاذ: الملك أو الأهلية[2].

كما عرف العقد الموقوف بأنه عقد ينشأ صحيحا مكتمل الأركان غير مرتب لأي أثر إلى حين إقراره، فإذا صدر الإقرار رتب أثره منذ لحظته[3].

لقد انتقد التعريف السابق من وجهين، إذ أن هذا التعريف لم يبن سبب وقف تنفيذ العقد من جهة، ومن جهة أخرى فإنه لا يفرق بين الإجازة والإقرار[4]، وقد ذهب جانب من الفقه[5] ونؤيدهم في ذلك إلى أن التعريف الذي قدمه **الأستاذ إبراهيم الدسوقي** هو تعريف شامل وجامع حيث عرف العقد الموقوف بأنه "العقد الموقوف هو العقد الذي يستجمع شرائطه وعناصر صحته. غير أنه لا ينفذ لأن شرائط الولاية على المحل أو نوع التصرف قد تخلف ويبقى موقوفا إلى حين الإقرار أو الإجازة"[6].

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم للعقد الموقوف بأنه العقد الذي لا ينتج حكمه منذ انعقاده بل – رغم انعقاده صحيحًا– تكون آثاره الخاصة النوعية وسائر نتائجه الحقوقية متوقفة، أي معلقة محجورة لا تتحقق ولا تسري لوجود مانع يمنع تحقق سريانها شرعًا[7].

ومن خلال جملة التعاريف المقدمة سواء من قبل فقهاء القانون أو من قبل فقهاء الشريعة الإسلامية خاصة التعريف الأخير يمكن فعلا أن نخلص إلى أن العقد الموقوف هو عقد صحيح، غير أنه لا يمكن تنفيذه إلا إذا تمت إجازته من طرف من تثبت له الإجازة. فما هي الآثار المترتبة على القول بوقف العقد الدائر بين النفع والضرر المبرم من قبل ناقص الأهلية؟.

[1] - على سبيل المثال بأخذ القانون الأردني ضمن أحكام القانون المدني بفكرة العقد الموقوف، غيـر أنه لم يورد له تعريفا، أنظر صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، ط1، الدر العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، 2001، ص25.

[2] - أنظرعبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه العربي، درا الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، المجلد الثاني، ج4، د س، ص128.

[3] - Voir Chafik Chehata, Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé, Revue juridique et économiques. 5eme, 1963, p7.

[4] - أنظر اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تبزي وزو، تاريخ المناقشة 16 جوان2015، ص23.

[5] - أنظر المرجع نفسه، ص24.

[6] - أنظر في إشارة إلى هذا التعريف، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[7] - أنظر أحمد الزرقاء، المرجع السابق، ص45.

ب – ب – آثار وقف عقود الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر: يترتب على وقف تصرفات وعقود الصبي غير المميز، أن هذه العقود تقع صحيحة غير أنها عديمة الأثر، حيث تبقى في إعطاء آثارها معلقة على الإجازة[1] أو الإقرار من قبل الشخص الذي يخوله القانون ذلك.

إن القول بأن عقد الصبي المميز الدائر بين النفع والضرر هو عقد موقوف لا يعني أن هذا العقد باطل، بل هو صحيح وإنما كل ما في الأمر أنه لا ينتج آثاره إلا بعد الإجازة، وفي هذا الشأن نحن نؤيد تعليق الدكتور محمد سعيد جعفور على مقولة الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري التي مفادها " العقد الموقوف باطل حتى ينفذ بالإجازة، أما العقد القابل للإبطال فنافذ حتى يبطل بعدم الإجازة"[2]، حيث ذهب الدكتور محمد سعيد جعفور إلى أنه وإن كانت مقولة هذا الفقيه صحيحة في شقها الأول الذي مفاده أن العقد القابل للإبطال نافذ حتى يبطل بعدم الإجازة، فإن الشق الثاني الذي مفاده أن العقد الموقوف باطل حتى ينفذ بالإجازة غير صحيح وذلك للاعتبارات التالية[3]:

– العقد الموقوف في الفترة بين انعقاده وبين الإجازة ليس باطلا، فهو صحيح، وإنما موقوف النفاذ على الإجازة.

– القول ببطلان العقد الموقوف، يعني عدم إمكانية إجازته، ذلك أن العقد الباطل لا تصححه الإجازة وفقا لنص المادة 102 ق م.

ومن آثار العقد الموقوف أيضا أن إجازته لا تكون إلا من قبل الأشخاص الذين يمنحهم القانون سلطة الإجازة، فبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده يمنح هذا السلطة إلى الولي والوصي متى كانت هذه العقود دائرة بين النفع والضرر[4]، أين يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يشر إلى إمكانية إجازة العقد الموقوف من قبل ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد، وهذا خلافا للقوانين العربية التي تأخذ بنظرية العقد الموقوف حيث تمنح الحق في الإجازة إلى ناقص الأهلية بعد بلوغه سن الرشد[5]، وهو نفس ما ذهب إليه الفقه الإسلامي أيضا الذي يجيز للصبي المميز إجازة العقد الموقوف بعد بلوغه سن الرشد[6].

وفي اعتقادنا أن موقف المشرع الجزائري من عدم منح الصبي المميز بعد بلوغه الحق في إجازة العقد الدائر بين النفع والضرر، ليس له ما يبرره، فإذا كانت علة أو سبب وقف العقد الدائر بين النفع

---

[1] - تعرف الإجازة بأنها " تصرف انفرادي يصدر من صاحب الحق فيه لإبقاء تصرف قانوني أو مادي موقوف النفاذ في حقه، فيترتب عليه نفاذ التصرف وإنتاجه آثاره كافة بأثر رجعي أو بأثر حالي حسب طبيعة التصرف الموقوف" أنظر في هذا التعريف، صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص 123، وراجع في نفس المعنى، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 123. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 179-180، علي فيلالي المرجع السابق، ص334، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 259.

[2] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص276.

[3] - أنظر محمد سعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2010، ص ص 52-53.

[4] - أنظر نص المادة 83 من الأمر 84-11، المتضمن ق أ، المرجع السابق.

[5] - أنظر على سبيل المثال في التشريعات التي تمنح الإجازة للصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد، بالنسبة للمشرع الأردني نص المادة 172 قانون مدني أردني، وكذلك المادة 214 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، نص المادة 88 من التقنين المدني السوداني.

[6] - أنظر اسعد فاطمة، المرجع السابق ص150.

والضرر المتمثلة في نقص الأهلية، قد زالت ببلوغ سن الرشد حيث يصبح الشخص كامل الأهلية واعيا لجميع تصرفاته، ففي رأينا أن هذا ما يمنحه القدرة أيضا على إجازة العقد الذي أبرمه عندما كان ناقص أهلية، لذا وجب تعديل نص المادة 83 ق أ بما يتماشى و هذا الطرح الذي يمنح الشخص القاصر بعد بلوغه الحق في إجازة عقد دائر بين النفع والضرر كان قد أبرمه وهو ناقص أهلية.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الحق في الإجازة الممنوح للقاصر على العقد الدائر بين النفع والضرر بعد بلوغه، يسقط في حالة رفض الولي أو الوصي على القاصر إجازة هذا العقد قبل اكتمال أهلية المتعاقد، ذلك أن العقد الموقوف الذي كان صحيحا، قد أصبح عقد باطلا بعد الطلب الذي تقدم به ممثل القاصر والمتمثل في إبطال العقد الموقوف، فالإجازة لا تصحح العقد الباطل[1].

ج – **المقارنة بين نظام البطلان النسبي في القانون المدني والعقد الموقوف في قانون الأسرة:** من خلال دراستنا لموقف المشرع الجزائري من العقود الدائرة بين النفع والضرر التي يبرمها ناقص الأهلية، لاحظنا بأن المشرع يخضع هذه العقود إلى حكمين مختلفين، فبينما يعتبر هذه العقود قابلة للإبطال وفقا للقانون المدني، فقد نص على حكم آخر في إطار قانون الأسرة ألا وهو إخضاع التصرفات السابقة بصفة عامة ومن بينها العقود إلى فكرة العقد الموقوف، وفي الحقيقة إنه وإن كانت هناك مظاهر تشابه بين النظامين، غير أن هناك أوجه اختلاف ما يجعل كلا منهما بعيدا عن الآخر، وهو ما يوجب على المشرع الجزائري الأخذ بنظام من هذين النظامين تفاديا لهذا الخلط.

ج – أ– أوجه الشبه بين النظامين: من الأوجه والنقاط التي يلتقي ويتشابه فيها نظامي العقد الموقوف مع العقد القابل للإبطال يمكن أن نذكر وجهين، فبالنسبة لوجه الشبه الأول فيتعلق بأن كلا من العقدين ترد عليهما الإجازة، فإذا كانت الإجازة في العقد القابل للإبطال تزيل حق الشخص في إبطال العقد بأثر رجعي[2]، بينما لا يكون للإجازة هذا الأثر في العقد الموقوف حيث يتمثل دورها هنا في إزالة العيب الذي كان يعتري العقد ويجعله قابلا للإبطال من وقت انعقاده[3].

أما وجه الشبه الثاني فيتعلق بحالة رفض إجازة كلا منهما، حيث تكون النتيجة واحدة فبالنسبة للعقد الموقوف يتحول من عقد صحيح إلى عقد باطل، وكذلك بالنسبة للعقد القابل للإبطال فإن رفض إجازته من قبل صاحب الحق في الإجازة ينتج عنها بطلان العقد بطلانا مطلقا.

صحيح أن هناك أوجه شبه بين العقد الموقوف والعقد القابل للإبطال وفقا لما تقدم الإشارة إليه، غير أن أوجه الشبه هذه غير كافية للقول بتشابه النظامين، إذا هناك من أوجه الاختلاف ما يجعلهما متباينين تباينا كليًا.

---

[1] - أنظر محمد سعيد جعفور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص180.

[2] - راجع في آثار الإجازة بالنسبة للعقد القابل للإبطال، علي فيلالي المرجع السابق، ص337، وكذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق ص262، محمد سعيد جعفور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، المرجع السابق، ص ص 155 -156.

[3] - أنظر اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص64.

ج – ب – أوجه الاختلاف بين النظامين: يمكن إبراز أهم النقاط التي يختلف فيها العقد الموقوف عن العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا كما يلي:

- من حيث نفاذ العقد أو ترتيبه لآثاره، فبالنسبة للعقد الموقوف فإنه لا يرتب أي أثر إلا بعد الإجازة أي أنه يبقى موقوف النفاذ في المرحلة ما بين إبرامه وما بين إجازته، في حين أن العقد القابل للإبطال يرتب جميع آثاره من وقت إبرامه، فإذا رُفِض إجازة هذا العقد زالت هذه الآثار رجعيا ويتم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[1].
- ويختلف العقد الموقوف أيضا عن العقد القابل للإبطال من حيث آثار الإجازة فإذا قلنا أن للإجازة دور إيجابي في العقد الموقوف وذلك من حيث أن تقرير الإجازة على العقد يجعل آثارها تسري من تاريخ إبرامه[2]، فإن دورها يختلف بالنسبة للعقد القابل للإبطال حيث يقتصر دور الإجازة على تقرير وإجازة ما تم إنتاجه من آثار العقد القابل للإبطال من وقت إبرامه، أي أن أثر الإجازة ينصرف إلى المستقبل بالنسبة للعقد القابل للإبطال[3].
- هناك وجه اختلاف آخر يتعلق بالتقادم، فبالنسبة للعقد القابل للإبطال فإن الخطر الذي يهدده بالبطلان يزول بالتقادم في حالة عدم تمسك ناقص الأهلية أو صاحب الشأن بهذا الحق في مدة أو أجل معين[4]، بينما العقد الموقوف فإنه يبقى غير نافذ فقط في حالة عدم إجازته وانقضاء مدة التقادم[5].

من خلال ما تقدم يتضح بأن هناك اختلاف كبير بين نظام العقد الموقوف ونظام العقد القابل للإبطال، ونظرا لأن الأخذ بالنظامين قد يؤدي إلى تضارب في النتائج والأحكام الصادرة عن الجهات القضائية، فإننا نرى بضرورة إعادة النظر في موقف المشرع الجزائري في الأخذ بالنظامين معا.

ج – د – ضرورة إعادة النظر في موقف المشرع الجزائري في الأخذ بالنظامين: لم يعد ثمة شك بأن نظامي العقد الموقوف والعقد القابل للبطلان مختلفان عن بعضهما البعض اختلافا جوهريا، بل أن هناك من الفقه من يرى بأنهما ضدين[6]، وإنه من غير المنطقي الأخذ بالنظامين معا فيما يتعلق بتصرفات الصبي الدائرة بين النفع والضرر عامة والعقود خاصة، لذلك فإن معظم التشريعات والأنظمة[7] تأخذ إما بالعقد الباطل بطلانا نسبيا أو بالعقد الموقوف، وفي اعتقادنا أن موقف المشرع الجزائري من الأخذ بالفكرتين معا بالنسبة لعقود الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر هو موقف خاطئ وذلك لما قد ينتج

---

[1] - أنظر صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص28.

[2] -. أنظر خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص87.

[3] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4 ،المرجع السابق، ص127.

[4] - حيث نصت المادة 101 من الأمر 58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق، على ما يلي" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات،
ويبدأ حساب هذه المدة بالنسبة لناقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب".

[5] - أنظر اسعد فاطمة، المرجع السابق، ص66.

[6] - أنظر صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص28.

[7] - حيث أخذت الأنظمة القانونية العربية بنظام البطلان النسبي فيما يتعلق بتصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر، فقد أخذ فقهاء الشريعة الإسلامية بفكرة العقد الموقوف بالنسبة للرأي الذي يعتبر تصرفات الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر صحيحة،، وقد انقسمت التشريعات العربية بين من تأثر بالفقه الإسلامي فأخذ بفكرة العقد الموقوف أما الاتجاه الذي تأثر بالتشريعات الغربية فقد أخذ بفكرة العقد القابل للإبطال أو الباطل بطلانا نسبيا.

عن الأخذ بالنظامين من تذبذب في الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في قضايا متشابهة تتعلق بعقود وتصرفات الصبي المميز وهو ما يوجب إعادة النظر في موقوف المشرع الجزائري عن طريق الاستغناء عن أحد النظامين والإبقاء على أحدهما.

صحيح أننا وصلنا إلى نتيجة منطقية مفادها ضرورة إعادة النظر في موقف المشرع الجزائري من الأخذ بالنظامين معا، غير أن الأخذ بهذه النتيجة يستلزم منا تحديد النظام الأفضل في تطبيقه على عقود الصبي المميز وفي هذا ذهب جانب من الفقه ونؤيدهم[1] في ذلك أن النظام الأنسب لحكم التصرفات ومن بينها العقود التي يبرمها الصبي المميز هو نظام العقد الموقوف، كما نرى أنه و أمام استحالة تطبيق النظامين معا ضرورة تطبيق فكرة العقد الموقوف في قانون الأسرة بدلا من فكرة العقد القابل للإبطال في القانون المدني، إلى حين عدول المشرع الجزائري عن فكرة العقد القابل للإبطال في القانون المدني ويمكن إبراز تبرير ذلك كما يلي:

- من باب أولى أن تعتبر عقود الصبي غير المميز موقوفة إلى أن تلحقها الإجازة من قبل الولي أو الوصي أو حتى من قبل ناقص الأهلية نفسه بعد بلوغه سن الرشد، وذلك حتى تبين نفع هذا العقد من عدمه، خاصة ونحن نعلم بأن ناقص الأهلية غير مكتمل التمييز وهذا ما يجعل الاعتقاد بالضرر الذي يمكن أن يلحقه من وراء العقد راجحا[2]، وهذا ما يشكل حماية أكبر لرضا المتعاقد الذي كان ناقص أهلية وقت التعاقد.
- أن المشرع الجزائري قد أخضع صراحة تصرفات القصر ومن بينها عقود الصبي غير المميز إلى قانون الأسرة وفقا لنص المادة 79 ق م[3]، بينما تم استنتاج الحكم القائل بقابلية العقد من نص المادة 101 ق م التي تتكلم أصلا عن التقادم وليس عن نوع الحكم الذي يخضع إليه تصرف الصبي غير المميز.
- لقد ذهب جانب من الفقه في تفسير موقفهم بخصوص إخضاع تصرفات الصبي المميز لفكرة العقد الموقوف إلى مبرر زمني مفاده أن نص 83 ق أ التي وضع سنة 1984 هي لاحقة لنص المادة 101 من ق م الذي تم وضعه سنة 1975 وبما أن المادتين تنظمان نفس الموضوع فإن القاعدة التي يمكن تطبيقها عليهما في هذه الحالة هي قاعدة أن القانون اللاحق يلغي السابق وبذلك بمكن القول بأن نص المادة 83 ق أ يلغي حكم نص المادة 101 ق م، غير أن جانب من الفقه[4] يرى استنادا إلى إلى نفس القاعدة أن نص المادة 101 ق م الذي تم تعديله سنة 2005 هو الذي يلغي أحكام المادة83 ق أ، إلا أن الرد الذي يمكن توجيهه لهذا الرأي الأخير أن تعديل المادة 101 إنما يتعلق

[1] - أنظر صلاح الدين محمد شوشاري، المرجع السابق، ص29.
[2] - أنظر المرجع نفسه، ص29.
[3] - حيث جاء في نص المادة ما يلي " يسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو وناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة".
[4] - أنظر محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في نظرية الحق، دار هومه، الجزائر،2011 ، ص ص 556-558.

بالآجال المحددة للتقادم ولم يتعرض إلى حكم تصرفات الصبي المميز وأن القول بالإلغاء الضمني يستلزم أن ينظم النصين نفس الموضوع.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على إبرام عقد تحت تأثير إرادة غير سليمة

تتمثل آليات الحماية بالنسبية للمتعاقد الذي وقع ضحية لعيوب الإرادة في مرحلة إبرام العقد في حقه في المطالبة بإبطال العقد الذي أبرمه تحت تأثير هذه العيوب **(فرع أول)**، كما يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تلحقه من وراء هذا التعاقد تحت تأثير إرادة غير سليمة والتي كان المتعاقد الآخر سببا فيها**(فرع ثانٍ)**[1].

الفرع الأول: حق المتعاقد في المطالبة بإبطال العقد

صحيح أن النصوص القانونية تكفل الحق في المطالبة بإبطال العقد المبرم تحت تأثير عيوب الإرادة حيث يتضح من خلال هذه النصوص أن نوع البطلان في هذه الحالة هو بطلان نسبي **(أولا)**، غير أنه إذا كان نوع وأساس البطلان واضح في حالة عيوب الإرادة لوجود نصوص صريحة وواضحة تدل على ذلك فإن البطلان المترتب كجزاء عن الإخلال بالالتزام العام بالإعلام ليس بهذا الوضوح سواء من حيث نوعه أو أساسه **(ثانيا)**.

أولا – البطلان النسبي المترتب كجزاء عن عيوب الإرادة: ليس ثمة أي شك حول طبيعة البطلان المترتب في حالة إبرام عقد تحت تأثير عيوب الإرادة، فالبطلان في هذه الحالة هو البطلان النسبي، وبما أن الأمر أصبح محسوما اليوم حول طبيعة هذا النوع من البطلان فإنه يتوجب علينا فقط تبيان كيفية تقرير هذا النوع من البطلان **(1)** وبيان صاحب الحق في التمسك به **(2)**، وكذا بيان الأسباب المؤدية إلى سقوط الحق في المطالبة بالبطلان لوجود عيب في الإرادة**(3)**.

1 – تقرير البطلان النسبي: إن تقرير الحق في بطلان العقد نتيجة لعيب في الإرادة قد يكون بالتراضي بين طرفي العقد (أ)، وقد يكون عن طريق اللجوء إلى القضاء**(ب)**.

أ – تقرير البطلان بالتراضي: متى كان العقد قابلا للإبطال بسب عيب من عيوب الإرادة جاز للمتعاقدين أن يبرما اتفاقا موضوعه تقرير إبطال هذا العقد دون اللجوء إلى المحاكم، حيث يتم وفقا لبعض الفقه إلغاء العقد القابل للإبطال بموجب عقد آخر يشترط أن تتوافر فيه جميع الأركان والشروط اللازمة لإبرام التصرفات القانونية، فيشترط في هذه الحالة توافر الرضا والمحل والسبب كما يشترط لصحته أن يصدر الرضا في هذا العقد من شخص مؤهل قانونا، وأن تكون إرادته خالية من عيوب الرضا من غلط وتدليس وإكراه واستغلال، فإذا توافرت هذه الشروط والأركان تم إبطال العقد وزالت آثاره، أو بتعبير آخر صار

[1] - بخلاف الفقه القانوني الذي وضع نظاما موحدا من حيث الجزاء المطبق في حالة عيوب الإرادة والمتمثل في قابلية العقد للإبطال حيث تعد هذه نقطة ايجابية تحسب له، فإن فقهاء الشريعة الإسلامية لم ينجحوا في وضع نظام موحد لهذه العيب، حيث يتمثل الجزاء تارة في البطلان، وتارة أخرى في فساد العقد، وطورا آخر في الانعدام، ويلاحظ في هذا الصدد أن الجزاء المترتب على عيوب الإرادة لدى فقها الشريعة الإسلامية ليس اختلافا بين المذاهب فحسب، بل إن هذا الاختلاف قد امتد ليشمل أصحاب المذهب الواحد وهذا ما يجعل مسألة تحديد الجزاء المطبق أمر صعب، راجع محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص205.

حكمه حكم العقد الباطل بطلانا مطلقا، وهو الأمر المعمول به لدى كثير من الفقه في فرنسا حيث يمكن تقرير هذا النوع من البطلان في رأيهم وفقا لطرق ودية[1]، غير أن المتعاقدين قد يصعب عليهما الاتفاق حول مسألة إبطال العقد لعيب في الإرادة، فلا يجوز للمتعاقد الذي وقع ضحية لعيب من عيوب الإرادة إعلان البطلان بإرادته المنفردة[2]، بل يجب عليه اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بإبطال العقد.

أ – **التقرير القضائي للبطلان:** إضافة إلى الطريقة الودية في إبطال العقد نجد أيضا أن تقرير البطلان يمكن أن يكون عن طريق القضاء وذلك سواء من خلال الدعوى الأصلية التي يرفعها صاحب الحق في المطالبة بإبطال العقد، أومن خلال الدفع بالبطلان.

ب – أ – المطالبة بإبطال العقد عن طريق الدعوى الأصلية: في حالة ما إذا اكتشف المتعاقد أنه كان ضحية لعيوب الإرادة، فإن القانون يكفل له الحق في اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بإبطال العقد لأن المتعاقد هو صاحب حق في المطالبة بالبطلان في هذه الحالة وفي هذا يقضي نص المادة 3 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بما يلي[3] " يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته"، ويلزم في هذه الحالة رفع الدعوى من صاحب المصلحة والصفة في البطلان حيث تقضي المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة أو مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

من خلال ما تقدم يتضح بأن تقرير البطلان يمكن أن يكون عن طريق حكم قضائي في الدعوى التي يرفعها صحب الحق في ذلك، وتجدر الإشارة هنا أن الفقه[4] قد ذهب إلى أن الحكم القاضي ببطلان العقد يعتبر منشأ للبطلان لا كاشفا له كما هو عليه الحال بالنسبة للعقد الباطل، حتى وإن كان أثر الحكم هنا يستند إلى الماضي، ويلاحظ هنا أنه في حالة رفع دعوى ببطلان العقد وتبين للقاضي أن سبب الإبطال متوفر– عيب من عيوب الإرادة في هذه الحالة – وجب عليه أن يبطل العقد فليس له هنا سلطة تقديرية كما هو عليه الحال في الفسخ[5]، وبالإضافة إلى الدعوى الأصلية بالبطلان، فإن البطلان يمكن أن يتقرر بمناسبة الدفع بالبطلان.

---

[1] - عبد الحكيم فوده، عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر والقانون، دار المنصورة، مصر، 1999، ص ص 559-560. وكذلك علي علي سليمان، المرجع السابق، ص187. ومن الفقه الفرنسي الذي أشار إلى إمكانية الإبطال الودي نجدي Palniol et Ripert راجع في رأي هذين الفقهين، عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص559. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 4، المرجع السابق، ص87، وأنظر نفس المؤلف، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص430.

[2] - يجب الإشارة بأن هناك من القوانين من تمنح المتعاقد الحق في إعلان بطلان العقد القابل للإبطال بالإرادة المنفردة، مثل القانون الألماني المادة 143 الفقرة 1 من التقنين المدني الألماني، وكذلك المادة 31 من قانون الالتزامات السويسري، أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص87.

[3] - أنظر في هذا النص الأحكام التمهيدية للقانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق.

[4] - أنظر بلحاج العربي، المرجع السابق، ص187. وراجع كذلك محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص ص251 252.

[5] - بخلاف قابلية العقد للإبطال فإن القاضي في الفسخ يملك سلطة تقديرية واسعة في الاستجابة أو عدم الاستجابة لطلب فسخ العقد، فيجوز له في هذا الصدد اختيار الحل الأنسب وفقا للظروف التي وقع فيها الإخلال بتنفيذ العقد، أنظر محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص445.

ب – ب – بطلان العقد عن طريق الدفع: إن تقرير بطلان العقد بسب عيوب الإرادة من طرف القضاء لا يقتصر على الدعوى الأصلية التي يرفعها صاحب الحق في المطالبة بالبطلان، حيث يمكن أن يكون تقرير البطلان بمناسبة الدفع به في مواجهة المتعاقد الآخر الذي استفاد من العقد نتيجة عيوب الإرادة، فإذا افترضنا مثلا بأن المشتري في عقد البيع كان ضحية لعيوب الإرادة ونتيجة لذلك امتنع عن تنفيذ التزاماته للبائع، فإذا رفع البائع دعوى أمام القضاء يطالب فيها المشتري بتنفيذ التزاماته، فللمشتري هنا الحق في الدفع ببطلان العقد نتيجة وقوعه ضحية لعيوب الإرادة.

فالدفع بالبطلان وفقا لما تقدم دفع موضوعي يثيره من أصيبت إرادته بعيب من عيوب الإرادة، بمناسبة دعوى قائمة رفعها المتعاقد الآخر يطالب فيها بتنفيذ العقد القابل للإبطال، وهو حق يثبت أيضا لورثة صاحب الحق، وكذلك الموصى لهم والخلف الخاص والدائنون[1].

2 – صاحب الحق في التمسك بالبطلان في حالة عيوب الإرادة: إن دعوى البطلان النسبي للعقد بسبب عيوب الإرادة إنما ترمي فيما ترمي إليه إلى حماية حقوق الفرد[2]، ونتيجة لذلك فإنه من المنطقي أن يكون حق ممارسة هذه الدعوى في حالة عيوب الإرادة حقا للشخص الذي عيبت إرادته بعيب التدليس أو الغلط أو الإكراه أو الاستغلال، وليس للمتعاقد الآخر حق المطالبة بإبطال العقد نتيجة العيب الذي وقع فيه المتعاقد معه، كما أنه ليس للقاضي أن يقرر بطلان العقد نتيجة هذه العيوب بدلا من الشخص الذي تقرر البطلان لمصلحته [3]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز الفرنسية حيث نقضت قرارا تم فيه الإعلان عن بطلان عقد للغلط في حين أن الطرف الذي كان ضحية له لم يتذرع به، كما اعتبرت أن مسألة قانونية تبليغ إنذار بالإخلاء تشكل موضوع بطلان نسبي ولا يحق لمن يدلي به بوجهه أن يطلب إعلان بطلانه[4].

إن المبدأ السابق الذي يقضي بأن التمسك بالبطلان هو حق لمن تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر والذي يطبق في حالة البطلان النسبي بسبب عيوب الإرادة، هو المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري حيث نصت المادة 99 ق م على أنه " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق".

يستشف من نص المادة 99 ق م أن الحق في المطالبة بالبطلان النسبي يمكن أن يتمسك به المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته، وهو في هذه الحالة المتعاقد الذي كان ضحية لعيوب الإرادة.

---

[1] - أنظرعبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص562.

[2] - أنظر مصطفى العوجى، القانون المدني العقد مع مقدمات في الموجبات، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2007، ص528.

[3] - راجع المرجع نفسه، ص 528، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص249.

[4] - Cass. civ 20 déc. 1982. 3 .N257.

وإضافة إلى ما سبق فإن الحق في التمسك بالبطلان النسبي بسبب عيوب الإرادة يثبت أيضا إلى خلف المتعاقد العام والخاص[1]، كما يثبت لدائني المتعاقد عن طريق الدعوى غير المباشرة وليس بصفتهم الشخصية[2]، فالبطلان النسبي مقرر في الأصل لمصلحة شخص معين – معيب الإرادة هنا – وليس للغير ولا بحكم طبيعة الأشياء أو لمخالفة النظام العام والآداب العامة، كما هو الشأن في البطلان المطلق[3]، لذلك فإنه من الطبيعي أن يستفيد من هذا الحق من تقرر لمصلحته فحسب، لكن على من يقع عبء إثبات عيوب الإرادة كسبب للبطلان النسبي؟.

3 – كيفية زوال الحق في البطلان: صحيح أن المشرع يسعى من خلال إعطاء المتعاقد الحق في المطالبة ببطلان العقد بسبب عيوب الإرادة إلى حمايته، غير أن الهدف السابق قد يتعارض مع هدف آخر يسعى إليه المشرع دائما وهو الحفاظ على استقرار المعاملات والعقود، ونظرا لأن جعل الحق في البطلان حقا مؤبدا يتعارض مع الهدف الأخير فقد نص المشرع على كيفيات ينتهي ويزول بها الحق في التمسك بالبطلان المترتب على وجود عيب في إرادة المتعاقد، وذلك سواء من خلال الإجازة **(أ)** أو التقادم **(ب)**.

أ – زوال الحق في البطلان بالإجازة [4]: إن حق المتعاقد في البطلان بصفة عامة. والبطلان المترتب على وجود عيب في الإرادة خاصة، يزول عندما يقدم صاحب هذا الحق على النزول عنه عن طريق الإجازة، وفي هذا الصدد نصت المادة 100 ق م بأنه " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه تاريخ العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

إذا كانت مسألة زوال حق المتعاقد بالإجازة واضحة وصريحة في نص المادة 100 ق م، فإن النص على إمكانية زوال الحق في البطلان بالإجازة هو محل خلاف بين الفقه، وفي هذا الصدد يرى جانب من الفقه أن لفظ الإجازة في نص المادة 100 ق م هو خطأ، والحقيقة أن العقد المشوب بعيب من عيوب الإرادة عقد صحيح منتج لجميع آثاره، وليس بحاجة إلى إجازة تصححه، ذلك أن الإجازة لن تزيده صحة في هذه الحالة فالعقد هنا هو عقدا صحيح من يوم إبرامه[5]، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي ونرى أن اللفظ الصحيح الذي يمكن أن يحل محل الإجازة هو التنازل عن الحق في المطالبة في إبطال العقد، حيث يمكن في هذه الحالة أن يكون التنازل عن الحق في المطالبة بإبطال العقد إما بطريقة صريحة كأن يعلن المتعاقد بصفة صريحة وبألفاظ دالة على التنازل عن حقه في المطالبة بإبطال العقد بسب عيب في الإرادة، كما يمكن أن يكون التنازل ضمنيا وذلك في حالة عدم مطالبة المتعاقد بإبطال العقد إما عن

---

[1] - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 187، ويلاحظ أن المؤلف هنا قد أشار إلى الحلف العام دون الخلف الخاص، وراجع أيضا في تفصيل حق الخلف العام والخف الخاص في التمسك بالبطلان النسبي بما فيها البطلان المترتب عن وجود عيب في إرادة المتعاقد، عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص250، رمضان محمد أحمد ابو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص171، وراجع كذلك .Vialard.A, op, cit, p228-

[2] - أنظر في تفصيل حق الدائنين في التمسك بالبطلان النسبي، عبد الحكيم فوده، المرجع السابق، ص250.

[3] - أنظر العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 187.

[4] - لقد سبق التطرق إلى مسألة تعريف الإجازة بمناسبة دراسة إجازة العقد الموقوف.

[5] - أنظر العربي بلحاج، المرجع السابق، ص182

طريق عدم المطالبة به سواء بالتراضي أو بالتقاضي عن طريق الدعوى الأصلية بالبطلان، أو عدم إثارته كدفع في دعوى فرعية، إلى غاية زوال هذا الحق بالتقادم.

ب – زوال الحق في البطلان بالتقادم: بالإضافة إلى إمكانية سقوط حق المتعاقد معيب الإرادة في الإبطال بالإجازة، فإن هذا الحق ينتهي أيضا بالتقادم أي بعد مرور فترة زمنية معينة على عدم تمسك المتعاقد في حقه في إبطال العقد، فالتقادم هنا هو على حد تعبير بعض الفقهاء جزاء تهاون الشخص الذي امتنع مدة من التزامه عن التمسك به، كما أنه ضرورة اقتضتها قاعدة استقرار المعاملات التي تقتضي المحافظة على المراكز والحقوق القانونية التي تم اكتسابها منذ مدة زمنية، كما أن التقادم قد يهدف إلى وضع حد لأوضاع قانونية غامضة وغير مستقرة[1].

ونظرا للاعتبارات السالفة الذكر فقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 101 ق م على ما يلي" يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس سنوات.

ويبدأ احتساب هذه المدة في حالة الغلط والتدليس من اليوم الذي يكتشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم انقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بالحق في الإبطال لغلط أو تدليس إذا انقضت عشرة (10) سنوات من يوم تمام العقد".

لم يترك المشرع من خلال نص المادة101 ق م أدنى شك على تبنيه لفكرة التقادم فيما يتعلق بإبطال العقد بسبب عيوب الإرادة، غير أن الذي يلاحظ على هذا النص أنه وإن حدد مدة التقادم بخمس سنوات، إلا أنه أخضع كيفية حساب هذه المدة لطبيعة العيب الذي وقع فيه المتعاقد، فإذا كان المتعاقد ضحية للتدليس أو الغلط فإن مدة الخمس سنوات يبدأ حسابها من اليوم الذي يتم فيه اكتشاف هذا العيب، أما في حالة الإكراه فإن احتساب مدة الخمس سنوات يبدأ من اليوم الذي ينقطع فيه الإكراه، غير أن المشرع قد قيد هذه المدة بمرور عشر سنوات يتم احتسابها من وقت تمام أو إبرام العقد.

ويلاحظ أنه إذا كان الحق في رفع دعوى إبطال العقد تتقادم بمرور عشر سنوات، فإن التمسك به كدفع لا يسقط أبدا تطبيقا لقاعدة أبدية الدفوع.

ثانيا – البطلان المترتب على الإخلال بالالتزام العام بالإعلام: رأينا في الفصل الأول من هذا الباب بأن الفقه والقضاء قد وصلا إلى فرض التزام بالإعلام في سبيل ضمان أكثر لصحة إرادة المتعاقد، إضافة إلى الالتزام بالابتعاد على إيقاع شخص أو استغلال عيب من عيوب الإرادة من أجل إبرام عقد يصب في مصلحة متعاقد واحد دون المتعاقد الآخر، وقد تطرقنا في ذلك إلى الصعوبات التي واجهت الفقه والقضاء في الأساس الذي يستند إليه مثل هذا الالتزام، ويبدو أن هذه الصعوبة قد ظهرت مجددا وذلك بمناسبة تحديد نوع وأساس الجزاء المترتب على عدم الالتزام العام بالإعلام وفقا لنصوص القواعد العامة، وهذا ما يتطلب تحديد نوع البطلان المترتب في حالة الإخلال بالالتزام العام بالإعلام **(1)**، وكذا الأساس الذي يمكن الاستناد إليه عند إبطال العقد(2).

[1] - علي فيلالي، المرجع السابق، ص338.

1 – تحديد نوع البطلان المترتب في حالة الإخلال بالالتزام العام بالإعلام: لم تشر النصوص القانونية إلى جزاء البطلان المترتب على الإخلال بالالتزام العام بالإعلام، وهذا أمر طبيعي ما دام أن هذه النصوص لم تنص أصلا على التزام عام صريح بالإعلام، فهذا الالتزام وكما سبق الذكر كان من ابتكار الفقه والقضاء استنادا إلى أسس معينة، وتبعا لذلك فإن تحديد نوع البطلان قد بقي بدوره من اختصاص الفقه والقضاء.

وانطلاقا مما تقدم ومن خلال دراسة الفقه لأسس البطلان فقد توصل إلى نتيجة حتمية تتمثل في أن نوع البطلان المترتب كجزاء عن الإخلال بالالتزام العام بالإعلام المبني على أساس الغلط هو البطلان النسبي[1]، وكذلك بالنسبة لبطلان العقد بسبب عدم الالتزام العام على أساس التدليس فإن البطلان يكون نسبيا[2]، ومن نتائج هذا النوع من البطلان كما توصلنا إليه سابقا أنه لا يمكن أن يتمسك به إلا من تقرر لمصلحته.

وفي الحقيقة أن النتيجة التي توصل إليها الفقه والمتعلقة بأن نوع البطلان المترتب كجزاء للإخلال بالالتزام بالإعلام هو البطلان النسبي نتيجة منطقية وحتمية في نظرنا، ذلك أن الأساس الذي وجد على ضوئه الالتزام بالإعلام ابتداء، والذي بني عليه الجزاء المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام في القواعد العامة للعقد إنما هو عيوب الإرادة وبما أن نوع الجزاء المترتب في هذه الحالة هو البطلان النسبي، فإنه من الضروري أن يكون البطلان المترتب عن إخلال المتعاقد بالالتزام العام بالإعلام هو بطلان نسبي.

2 – أساس المطالبة بالإبطال بسب عدم الإعلام العام في القواعد العامة للعقد: بما أن الفقه قد وصل إلى فرض الالتزام العام بالإعلام في القواعد العامة من خلال نظرية عيوب الإرادة التي شكلت أساسا مهما لهذا الالتزام، وتبعا لذلك فقد ذهب الفقه في بحثه عن الجزاء الذي يمكن أن يطبق في حالة الإخلال بالالتزام العام بالإعلام المتمثل في البطلان النسبي إلى أن أساس هذا البطلان هو عيوب الإرادة، حيث وصل الفقه إلى أنه يمكن إبطال العقد بسبب الإخلال بالالتزام العام بالإعلام إما على أساس الغلط، أو على أساس التدليس[3].

أ – البطلان على أساس نظرية الغلط: إن عدم التزام المتعاقد الذي يقع عليه واجب الإعلام بهذا الالتزام، يمكن أن يكون سببا لإبطال العقد على أساس الغلط، ذلك أن امتناع المتعاقد المدين بالإدلاء بالمعلومات العقدية المهمة التي يجهلها المتعاقد الآخر ولا يستطيع الحصول عليها بنفسه، من شأنه أن يوقع المتعاقد معه ضحية لغلط جوهري وفقا لنصوص المواد 81 و82 ق م فيصبح هذا المتعاقد في هذه الحالة صاحب حق في المطالبة بإبطال العقد للغلط.

---

[1] - حامق ذهبية، المرجع السابق، ص118.

[2] -Voir GHESIN(J). Traité de Droit Civil : la Formation du contrat,4è éd., L.G.D.J, 1996.P646.

[3] - يضع الفقه أسس أخرى للبطلان في حالة الإخلال بالالتزام العام بالإعلام مثل ما هو عليه الحال مثلا من إمكانية المطالبة بالبطلان على أساس نظرية العلم الكافي في عقد البيع، غير أن هذا الأساس يصلح فقط عندما يكون العقد عقد بيع استهلاكي، بينما الأسس الموجودة في القواعد العامة فهي صالحة لأن تكون أساسا للبطلان في حالة الإخلال بالالتزام العام بالإعلام في جميع العقود .

إن الرأي السابق هو الرأي السائد لدى الفقه القانوني[1]، كما أن القضاء خاصة في فرنسا قد وصل في كثير من الحالات إلى إبطال العقد نتيجة لوجود التزام بالإعلام ملقى على عاتق المدعى عليه، حيث تم الحكم بالبطلان في هذه الحالة وفقا لنص المادة 1111 من القانون المدني الفرنسي، أي أن القضاء الفرنسي قد أستند إلى الغلط كأساس لإبطال العقد الذي يمتنع فيه أحد المتعاقدين عن واجبه بالإعلام[2].

يبدو أن القضاء الجزائري قد وصل أخيرا ومن خلال قراراته الصادرة عن المحكمة العليا إلى إمكانية إبطال العقد نتيجة الإخلال بواجب الالتزام العام بالإعلام على أساس الغلط، حيث ذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى إلغاء اتفاقية القرض التي لم يلتزم فيها البنك بإعلام وتوجيه المتعاقد معها حول إمكانية حصوله على دعم من الصندوق الوطني للسكن، أين اعتبر القضاة أن عدم الإعلام من قبل البنك يعد خرقا لنص المادة 7 من اتفاقية القرض التي تلزم البنك بإعلام وتوجيه المطعون ضدها إلى مصالح الصندوق الوطني للسكن، مما ترتب عنه إيقاع المتعاقد في غلط جوهري وتم إبطال الاتفاقية على هذا الأساس[3].

من خلال اتجاه الفقه الذي كرسه القضاء فيما بعد لم يعد ثمة أي شك أنه في حالة عدم إعلام أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر بالمعلومات المهمة التي كان يعلم بها ويعلم بمدى أهميتها للمتعاقد الآخر، يمكن لهذا الطرف الذي كان ضحية للغلط بسب عدم الإعلام أن يبطل العقد على أساس الغلط، حيث يصبح النص الذي يمنح الشخص الحق في الإبطال بسب الغلط، الأساس القانوني لإبطال العقد بسب عدم الالتزام بالإعلام[4]، عير أن هذا الأساس ليس الأساس الوحيد أين يبدو أنه يمكن إبطال العقد لعدم الإعلام على أساس التدليس أيضا.

ب – البطلان على أساس نظرية التدليس: إن الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام العام بالإعلام والمتمثل في البطلان النسبي يمكن أن يجد أساسه أيضا في نظرية التدليس وبالضبط في صورة أو حالة الكتمان التدليسي التي نصت عليها المادة 2/86 ق م والتي جاء فيها ما يلي" ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

يذهب معظم الفقه إلى أن عدم الالتزام بالإعلام يمكن أن يوصف بالكتمان – السكوت– المخادع[5]، وخاصة عندما يكون السبب المباشر للتعاقد أو أنه شكل عاملا أساسيا في حصوله، فالكتمان في حد ذاته إذا حصل خداعاً، يشكل عيبا من عيوب الرضا دون حاجة إلى شرط اقترانه بمناورات كذب أخرى[6]، وهو

---

[1] -Voir Alisse (J), op, cit, p177.

[2] - Cass. Com. 8 Mars.1965,civ,3. N173.p147.

[3] - أنظر القرار الصادر عن المحكمة العليا، رقم 5س81228 ، الغرفة المدنية، بتاريخ 2010/07/22.

[4] - تنص المادة 81 من الأمر 75-58 المتضمن ق م، المرجع السابق، على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهريا وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

[5] - يمكن تعريف السكوت العمدي أو الكتمان بأنه كتمان معلومات مهمة بنية سيئة قصد تضليل المتعاقد الآخر وإقحامه في عقد في غير مصلحته

[6] - أنظر مصطفى العوجى، المرجع السابق، ص368.

نفس الرأي الذي وصل إليه القضاء خاصة في فرنسا[1]، أما القضاء الجزائري فيبدو أنه لا يزال متردد في الأخذ بهذا الأساس بخلاف أساس إبطال العقد للغلط.

صحيح أنه يمكن الاستناد إلى نظرية التدليس كأساس لإبطال العقد بسب إخلال أحد المتعاقدين بواجبه بالإعلام، غير أنه يشترط في هذه الحالة على المتعاقد الذي بتمسك بالبطلان استنادا على الكتمان التدليسي، أن يثب أركان التدليس المادية والمعنوية، إذا يقع عليه في هذه الحالة عبء إثبات العنصر المادي المتمثل في سكوت المتعاقد الآخر عن واقعة ذات قيمة ومؤثرة في العقد، وكذلك العنصر المعنوي حيث يقع عليه في هذه الحالة عبء إثبات علم المتعاقد الآخر بالواقعة وكذا علمه بمدى أهميتها بالنسبة للمتعاقد الآخر وأن إخفاء هذه الواقعة كان بنية سيئة قصد تضليله ودفعه إلى إبرام عقد في غير مصلحته، وهي العناصر التي تم الإشارة إليه في الفصل الأول، وفي جميع الحالات فإنه يثبت للمتعاقد الذي أبرم عقدا بإرادة غير سليمة أو معيبة نتيجة لوجود عيوب في إرادته أو نتيجة إخلال المتعاقد الآخر بالإدلاء بالبيانات المهمة في العقد أن يطالب بالتعويض نتيجة للأضرار التي تلحقه من وراء هذا التعاقد.

الفرع الثاني: الحق في التعويض بسب إبطال العقد

بالإضافة إلى حق المتعاقد الذي وقع ضحية لعيوب الإرادة عند إبرامه للعقد في الإبطال، فإنه يثبت أيضا للمتعاقد الذي أصابه أو لحقه ضرر نتيجة التعاقد تحت تأثير هذه العيوب أو الإخلال بواجب الإعلام المطالبة بالتعويض ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية لا العقدية[2] حيث تنص المادة 124 ق م على ما يلي" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

وبما أن أساس المطالبة بالتعويض في حالة الضرر الناتج عن عيوب الإرادة يكون على أساس المسؤولية التقصيرية، فإنه يقع على المتعاقد في هذه الحالة، إثبات أركان هذا النوع من المسؤولية، أي أن المتعاقد ملزم هنا بإثبات الخطأ(**أولا**)، والضرر(**ثانيا**)، والعلاقة السببية بينهما(**ثالثا**).

أولا – الخطأ الموجب للتعويض في عيوب الإرادة: حتى يتم الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض يجب على الشخص أن يثبت الخطأ الذي تسبب فيه الشخص الآخر، والخطأ كما استقر عليه معظم الفقه والقضاء يقصد به إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال. وهذا الالتزام القانوني هو دائما التزام ببذل عناية، بمعنى أنه على الشخص أن يتوخى في سلوكه اليقظة أو التبصير حتى لا يضر بالغير، فإذا انحرف عن هذا السلوك وكان قادراً على التمييز كان هذا الانحراف خطأ مستوجبا للمسؤولية التقصيرية[3].

---

[1] - Cass. Com. 27 oct. 1965 RTDC 1966.
- Cass Civ. 13 fév. 1967. D. 1967 som.74.

[2] - لا يمكن الكلام هنا عن المسؤولية العقدية بما أن العقد أصبح باطلا بعد تمسك الشخص بالبطلان لوجود عيب في الإرادة لأن العقد الباطل لا يرتب أي التزام، وتبعا لذلك فإن المطالبة بالتعويض هنا تكون على أساس المسؤولية التقصيرية، أنظر في هذه النقطة، محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص 688-689.

[3] - راجع رمضان محمد أحمد أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص331. أنور العمروسى، المرجع السابق، ص 468، وينبغي الإشارة إلى أن مسألة تعريف أو تحديد الخطأ في المسؤولية التقصيرية قد كانت محل خلاف بين الفقه

ويقوم الخطأ وفقا للتعريف المذكور على ركنين، هما الركن المادي والركن المعنوي، حيث يقصد بالركن المادي التعدي، بينما يقصد بالركن المعنوي الإدراك[1]. وحتى يتمكن المتعاقد من إثبات حقه في التعويض بسبب إبرامه لعقد تحت إرادة معيبة لا بد أن يتوافر الركنين اللذان يقوم عليهما الركن المادي للمسؤولية التقصيرية.

ووفقا لما تقدم فإن على المتعاقد أن يثب الأفعال التي أدت إلى وقوعه كضحية لعيوب الإرادة، ففيما يتعلق بعيب الإكراه مثلا فإن المتعاقد في هذه الحالة ملزم بأن يثبت فعلا جود الإكراه وتوافر شروطه، أي أنه ملزم في هذه الحالة بإثبات وسيلة الضغط غير المشروعة التي تم استخدامها وأنها ولدت في نفسه رهبة دفعته إلى التعاقد. أما في حالة التدليس فإنه يقع على المتعاقد الذي كان ضحية لهذا العيب أن يثبت فعل التدليس، وذلك بأن يثب الأفعال المادية أو الحيل التي لجأ إليها المتعاقد الآخر من أجل إقحامه في عقد في غير مصلحته، وهكذا فإنه كلما طالب المتعاقد بالتعويض بسبب وقوعه ضحية لعيوب الإرادة وقع عليه أن يثبت خطأ المتعاقد الآخر المتمثل في قيامة بأفعال كانت سببا في وقوعه تحت تأثير هذه العيوب.

ولا تقتصر المطالبة بالتعويض على الأفعال المادية الايجابية المؤدية إلى تعيب أو عدم سلامة إرادة المتعاقد، بل أن الامتناع أو ما يسمى بالفعل السلبي الذي ينتج عنه عيب في إرادة المتعاقد، وينتج عنه ضرر لهذا الأخير كافٍ لثبوت حقه في المطالبة بالتعويض، فإذا كان التدليس مثلا سببه ليست الحيل المادية التي لجأ إليها المتعاقد، وإنما نتج التدليس عن كتمان وقائع مهمة في مرحلة إبرام العقد فإن هذا الكتمان يشكل خطأ يوجب التعويض للمدلس، وهو ما يمكن أن يقال أيضا بالنسبة لعدم التزام المتعاقد بإعلام المتعاقد الآخر حيث ذهب الفقه[2] إلى أن عدم تزويد أحد المتعاقدين بالمعلومات المهمة في العقد والتي كانت محل استعلام من المتعاقد الذي كان ضحية لعدم الإعلام يعد خداعاً يرتب المسؤولية التقصيرية في حق المتعاقد الذي امتنع عن إعطاء المعلومات المهمة في العقد، وقد أستنتج الفقه هذا الحكم من خلال نظرية الغلط فالمتعاقد الذي يعلم بأن المتعاقد معه يتعاقد تحت تأثير الغلط ولم ينبه إلى هذا الغلط وتركه يواصل التعاقد تحت تأثيره، يكون قد اتخذ موقفا سلبيا حيث يعد هذا الموقف خطأ يسأل عنه، وخطؤه هذا يعد إخلال بواجبه في إخبار المتعاقد الآخر بما يجب أن يعلمه.

و قد ظهر نتيجة لذلك عدة آراء واتجاهاته ومن أهم هذه الاتجاهات أن بعض الفقه وهو رأي شائع قد ذهب إلى أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع، أي العمل الضار المخالف للقانون، وذهب رأي ثانٍ قال به الأستاذ بلا نبول، أن الخطأ هو الإخلال بالتزام سابق، بينما ذهب رأي ثالث للأستاذ إيمانويل ليقى بأن تحديد الخطأ ينبغي أن يراع فيه أمرين، الأمر الأول ويتعلق بالمقدار المعقول من الثقة الذي توليه الناس للشخص فمن حقهم عليه أن يحجم عن الأعمال التي تضر بهم، ومقدار آخر يتعلق بالثقة التي يبغي على الشخص أن يوليه لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون توقيع الإضرار بالغير، أما الاتجاه الرابع فإنه يحلل الخطأ إلى عنصرين فهو اعتداء على حق يدرك المعتدي فيه جانب الاعتداء. راجع أكثر تفصيل في هذه النقطة عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ص ص879-881.

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص882.

[2] - أنظر عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، ط3، دار منشورات عويدات، بيروت، 1984، ص238. وتجدر الإشارة بأن الكاتب يتكلم عن الإخلال بالالتزام بالإعلام والسكوت عن التنبيه بالغلط في المرحلة السابقة على العقد، غير أننا نرى بأن هذه الحالة أو السكوت أيضا يمتد ليشمل مرحلة إبرام العقد.

وبما أن الخطأ المؤدي إلى تعيب إرادة المتعاقد ومنه إلحاق الضرر به نتيجة هذا التعاقد، عادة ما يتضمن وقائع مادية، فإن عبء إثباته في هذه الحالة يقع على المتعاقد الذي كان ضحية لهذا الخطأ، حيث يقع عليه في هذه الحالة عبء إثبات الخطأ في جانب المتعاقد المدعى عليه بالمسؤولية، فهذه الأخيرة لا تقوم بمجرد رجوع البطلان لسبب في جانبه بل يجب أن يثبت وجود نسبة خطأ في حقه، وأن يكون الضرر الذي لحق المتعاقد الآخر قد نشأ نتيجة ذلك الخطأ، فإن تبين أن المتعاقد المطالب بالتعويض كان يعلم بسبب البطلان، أو كان باستطاعته العلم به، فلا تقوم المسؤولية، ذلك أن الضرر في هذه الحالة يرجع إلى خطأ المدعى ذاته وليس إلى خطأ المدعى عليه[1].

أما فيما يتعلق بركن الإدراك فإن هذا الركن يستلزم أن يكون الشخص سببا في الأفعال التي أدت إلى تعيب إرادة المتعاقد، مدركا ويقصد بالإدراك هنا التمييز فالمسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا إذا تحقق هذا الركن، أما في حالة افتقاده فإنها تتخلف أيضا، فالشخص غير المميز لا يكون مسؤولا عن أفعاله الضارة لانعدام الإدراك لديه[2]، ولعل هذا ما عبر عنه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 125 ق م والتي جاء فيها بأنه " لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا".

ثانيا – وجود ضرر مستحق للتعويض: لا يستحق المتعاقد تحت تأثير إرادة غير سليمة، بسب الأفعال المرتكبة من المتعاقد الآخر التعويض وفقا للمسؤولية التقصيرية إلا إذا أثبت أن هذه الأفعال قد نتج عنها ضرر في جانبه، والضرر الذي يرتب المسؤولية المدنية بصفة عامة، هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق الحق أو المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه و اعتباره أو غير ذلك[3].

وانطلاقا مما تقدم فإنه يثبت للمتعاقد الذي كان ضحية لعيوب الإرادة أو عدم الالتزام بالإعلام، الحق في التعويض سواء أكان الضرر ماديا أو أدبيا، بشرط توافر عناصر الضرر التقليدية، فيشترط في هذه الحالة أن يكون الضرر مشروعا، ومؤكدا ومباشرا، فإذا توافرت هذه الشروط استحق المتعاقد التعويض سواء كان الضرر ماديا أو معنويا[4] متوقعا أو غير متوقع[5].

عموما فإن الأضرار في حالة بطلان العقد بسبب تعيب إرادة المتعاقد تشمل بصورة رئيسية فرصة الدخول في عقد صحيح كان المتعاقد المتضرر يتوقع المنفعة من وراء إبرامه، غير أن العكس هو الذي

---

[1] - أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 289.

[2] - أنظر رمضان محمد أحمد أبو السعود، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ص334-335.

[3] - أنظر أنور العمروسى، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني – الأركان الجمع بينها والتعويض- دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004، ص49.

[4] - الضرر المادي هو الضرر الذي يصيب الشخص في ماله وجسده، أما الضرر المعنوي فهو ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في عاطفته وشرفه وسمعته. أنظر أنور العمروسى، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص ص370-371.، وكذلك محمد فتح الله النشار، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص ص 178 180.

[5] - فليب لوتورنو، ترجمة سعادنة العيد، المسؤولية المدنية المهنية، دار الخدمات التجارية والجمركية للاستثمارات (ITCIS)، عين البنيان- الجزائر، 2010، ص69.

يحدث، وتشمل أيضا التعويض عن الأضرار التي استوجبها العقد والتي تخرج عن تلك التي يتطلبها النشاط العادي للمدعي والتي تعتبر ضمن مصاريفه الإدارية. كما يشمل التعويض الضرر المعنوي في حالة تحقق عناصره، ومثال ذلك إبطال عقد النقل الجوي بسب خداع شركة الطيران الناقلة، مما ألحق ضررا بسمعة مكتب سياحي لنقل زبائنه، بالإضافة إلى التعويض المستحق للزبائن جراء الضرر الذي لحقهم من عدم نقلهم وفقا لما هو متضمن في عقد النقل[1].

ولا يكفي وجود الضرر وحده للمطالبة بالتعويض، إذا لابد أن يكون هناك علاقة بين الخطأ المؤدي إلى إبطال العقد، والضرر الذي لحق المتعاقد جراء هذا التعاقد وهو ما يعرف في المسؤولية التقصيرية بركن العلاقة السببية.

ثالثا – وجود علاقة سببية بين الضرر والخطأ: إن المسؤولية المدنية بصفة عامة تفترض وبصفة منطقية ضرورة وجود رابطة سببية بين الضرر والفعل الضار، إذ يجب أن يكون هذا الأخير هو السبب المحدث للضرر[2]، فالمسؤولية المدنية بما فيها المسؤولية التقصيرية لا يكفي لقيامها حصول ضرر لشخص معين ووقوع الخطأ من شخص آخر، بل لابد من أن يكون هذا الخطأ هو السبب المباشر في حدوث الضرر وإلا انعدمت المسؤولية[3].

وحتى يكون الضرر موجبا للتعويض في حالة بطلان العقد بسب تعيب إرادة المتعاقد، لابد أن يكون الخطأ المؤدي إلى إبطال العقد أو قابليته للإبطال، هو السبب المباشر الذي أدى إلى وقوع الضرر في جانب المتعاقد معيب الإرادة، فإذا ثبت أن الضرر كان بسبب أجنبي وليس له علاقة بإبطال العقد، أو بالعيوب والأسباب المؤدية إلى إبطال العقد، فإنه لا يمكن الكلام عن حق المتعاقد في التعويض لانتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، حيث وصل الفقه إلى أن المدعي عليه وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية يمكنه أن يدفع بانتفاء العلاقة السببية بين الخطأ والضرر[4]. وذلك بأن يثبت أن الضرر الذي لحق بالمتعاقد لم يكن بسبب الفعل الضار وإنما كان بسبب أجنبي.

المبحث الثاني: آليات ضمان صحة رضا المستهلك

رأينا فيما سبق بأن المشرع قد فرض التزامات تشكل ضمانات مهمة في حماية رضا المستهلك سواء في إطار العقد أو خارجه، وسواء كان ذلك في مرحلة إبرام العقد أو في أي مرحلة كانت فيها عملية التعاقد، غير أنه قد يحدث وأن تكون هذه الالتزامات محل خرقٍ من قبل الأشخاص الذين فرضت عليهم، لذا فإن المشرع قد سعى إلى إيجاد آليات من أجل ضمان تطبيق هذه الضمانات التي من شأنها أن تقدم حماية كبيرة لرضا المستهلك في مرحلة إبرام العقد، هذه الآليات تتمثل أساسا في إنشاء أجهزة وآليات

[1] - أنظر مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص550.
[2] - أنظر فليب لوتورنو، المرجع السابق، ص75.
[3] - أنظر أنور العمروسى، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، المرجع السابق، ص485.
[4] - أنظر عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، ط3، دار الأمان، الرباط المغرب، 2011، ص ص 118 – 119.

تسهر على تطبيق هذه الالتزامات والضمانات(**مطلب أول**)، أو من خلال الجزاء المتنوع المطبق في حالة الإخلال بها (**مطلب ثانٍ**).

المطلب الأول: الأجهزة المكلفة بالرقابة على الالتزامات المفروضة لحماية رضا المستهلك

تتمثل الأجهزة التي أوكل لها المشرع عملية الرقابة[1] على ضمان تطبيق الالتزامات التي تهدف إلى حماية المستهلك عموما وحماية رضاه على الخصوص، في أجهزة إدارية تتبع الدولة (**فرع أول**)، كما مكن جمهور المستهلكين من إنشاء جمعيات يطلق عليها جمعيات حماية المستهلكين وأكسبها الصفة القانونية من أجل تمثيل المستهلكين في حالة تعرضهم إلى أضرار ناتجة عن عدم احترام الالتزامات الإلزامية عند إبرامهم للعقد(**فرع ثانٍ**).

الفرع الأول: دور الأجهزة الإدارية في ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك

من أجل ضمان تطبيق الالتزامات الواردة في النصوص الهادفة إلى حماية المستهلك، فقد أوكل المشرع مسألة الرقابة على مدى تطبيق هذه الالتزامات من طرف الأشخاص الذين فرضت عليهم[2] إلى مؤسسات وهيئات إدارية تراقب ذلك، وإلا أصبح قانون حماية المستهلك وقمع الغش لا معنى له من الناحية الواقعية، وهذا ما فرض إيجاد هذه الأجهزة لمراقبة مدى تطبيق هذه النصوص، هذه الهيئات يمكن تقسيمها أيضا إلى هيئات إدارية متخصصة وهيئات إدارية غير متخصصة[3]، غير أننا سوف نتكلم عن الهيئات الإدارية المتخصصة باعتبارها هيئات تسهر مباشرة على تطبيق الضمانات المكرسة لضمان صحة رضا المتعاقد، حيث نتلكم في هذا الإطار خاصة عن وزارة التجارة (**أولا**)، ثم عن مجلس المنافسة (**ثانيا**)، كما أن المجلس الوطني لحماية المستهلك يلعب دورا مهما في هذا المجال (**ثالثا**).

أولا – دور وزارة التجارة في ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك: تسعى وزارة التجارة باعتبارها الهيئة المنوط بها حماية المستهلك في الجزائر، إلى ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك، وذلك سواء من خلال الأجهزة المركزية التابعة لها(**1**)، أو من خلال مصالحها المحلية(**2**).

1 – المصالح المركزية التابعة لوزرة التجارة: من بين المصالح المركزية التابعة لوزرة التجارة والتي تسهر على ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة على حماية رضا المستهلك، نجد وزير التجارة، أو من خلال المصالح الخارجية المختلفة التي تتبع وزارة التجارة.

---

[1] - يقصد بالرقابة هنا " خضوع شيء معين بذاته لرقابة هيئة أو جهاز معين يحدده القانون وذلك للقيام بالتحري والكشف عن الحقائق المقررة قانونا" ، أنظر في هذا التعريف، علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص19.

[2] - فحسب بعض الفقه فإن الرقابة على السوق تشكل آلية إجرائية هامة في حماية المستهلك من جنوح التجار، وذلك من عدة زوايا حيث توفر له الحماية من الغلاء الفاحش، وتحقق له ضمان سلامة السلع من الفساد الصحي، كما تفتح فرص أمام رواج السلع، مما يسمح بتحقيق عرض وجودة عالية، أنظر في هذه النقطة، مختار حمحامي، الرقابة الشرعية للسوق وأثرها في حماية المستهلك، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، أيام 13-14 أفريل 2008. ص7.

[3] - يتم استبعاد الهيئات الإدارية غير المتخصصة في هذا المجال، باعتبار أن رقابتها عادة ما تنصب أكثر على كيفية تنظيم الأسواق، وكيفية عرض السلع، مما يجعل هذه الرقابة بعيدة نوع الما على حماية رضا المستهلك في مجال العقد بخلاف الهيئات المتخصصة.

أ – **وزير التجارة:** يناط بوزير التجارة باعتباره المسؤول على الهيئة التي أوكلت لها مهمة حماية المستهلك، السهر على تفعيل وتطبيق جميع القوانين التي تحمل ضمانات من أجل حماية هذا الأخير، وهذا ما يستشف من المادة 5 من المرسوم التنفيذي 02/ 453[1] المحدد لصلاحيات وزير التجارة و من بين هذه الصلاحيات التي لها علاقة مباشرة بدور وزير التجارة في مجال حماية المستهلك نجد ما يلي"

- يحدد بالتشاور مع الدوائر الوزارية والهيئات المعنية شروط وضع السلع والخدمات رهن الاستهلاك في مجال الجودة.
- يساهم في إرساء قانون الاستهلاك وتطويره.
- يعد وينفذ استراتيجية الإعلام والاتصال تتعلق بالوقاية من الأخطار الغذائية وغير الغذائية تجاه الجمعيات المهنية والمستهلكين التي يشجع إنشائها.

وبالإضافة إلى الأدوار السابقة فإنه لوزير التجارة أيضا مهام أخرى في إطار حماية المستهلك، مثل السهر على ضمان الجودة في المنتوجات، وحماية العلامة التجارية التي لها علاقة بموضوع حماية المستهلك، وبهذا يتجلى بوضوح الدور المهم لوزير التجارة في ضمان تطبيق قواعد حماية المستهلك، وهذا ما يشكل آلية لضمان رضا المستهلك في مرحلة إبرام العقد، إضافة إلى الدور الذي تلعبه المصالح الخارجية التابعة لوزارة التجارة.

ب – المصالح الخارجية التابعة لوزارة التجارة: هناك عدة هيئات أو مصالح خارجية تابعة لوزارة التجارة، منحها المشرع صلاحية حماية المستهلك، حيث تتمثل هذه الهيئات حسب المرسوم 08–266 المتعلق بتنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة[2]، في المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش بالإضافة إلى المديرية العامة لضبط وتنظيم النشاطات والتقنين، اللتان تتمتعان بصلاحية واسعة في حماية المستهلك، إضافة إلى الشبكة التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم التنفيذي 12–203[3] والتي تدعى في صلب النص **بشبكة الإنذار السريع**، تهتم بصفة خاصة بضمان حماية المستهلك من المخاطر التي يمكن أن تتسبب فيها المنتوجات الخطرة.

وأما المديرية العامة للرقابة الاقتصادية وقمع الغش، فيبرز دورها في مجال حماية المستهلك والسهر على تطبيق الضمانات المكرسة لحمايته ومن بينها الضمانات التي أوجدت من أجل ضمان سلامة رضا المستهلك عند التعاقد، خاصة من خلال رسم ووضع السياسة الوطنية التي يجب تبنيها في مجال المراقبة من أجل ضمان الجودة وقمع الغش، كما تلعب دورا مهما في الرقابة على بعض الأجهزة

[1] - أنظر المرسوم 453/02، المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المحدد لصلاحيات وزير التجارة، ج ر ج، ع85 .
[2] - المرسوم التنفيذي 08-266 المؤرخ في 13 غشت 2008، المتضمن تعديل المرسوم التنفيذي 02- 454 المؤرخ في 21 ديسمبر2002، والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج ر ج، ع 48.
[3] - المرسوم التنفيذي 12-203، المؤرخ في 06 مايو 2012، المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، ج رج، ع28.

مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لمخابر التجارب، وتقييم النوعية[1]، بما ينجر عنه دون أدنى شك حماية المستهلك من الغش، والخداع في مجال المنتوجات المختلفة.

أما بالنسبة للمديرية العامة للنشاطات وتنظيمها، فإن أهم مجال يمكن أن يلاحظ فيها تدخل هذه المديرية من أجل حماية رضا المستهلك هو مجال الرقابة على الأسعار وهوامش الأرباح. كما تساهم في وضع وتطوير القوانين التي لها علاقة بضمان الجودة في مجال المنتوجات من سلع وخدمات بغية تحقيق حماية المستهلك في هذا المجال.

وإضافة إلى المصالح الخارجية لوزارة التجارة، فإنه يسهر على ضمان حماية المستهلك وتطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية رضاه آليات أخرى على المستوى المحلي.

2 – دور المصالح المحلية لوزارة التجارة في ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك

تتمثل المصالح المحلية التابعة لوزارة التجارة في مديرية التجارة الجهوية ومديرية التجارة الولائية[2]، فلكل من هذين المديريتين دور مهم في حماية المستهلك وضمان تطبيق القواعد التي شرعت من أجل حمايته.

أ – المديرية الجهوية للتجارة: تعلب المديرية الجهوية دورا مهما في تكريس وضمان تطبيق القواعد الهادف لحماية المستهلكين، وهذا ما يتضح من خلال المهام المنوط بها، والمتمثلة أساسا في متابعة وتقييم أعمال المديريات الولائية التابعة لها، وكذلك تسهر على القيام بكل التحقيقات التي لها علاقة بالمنافسة والجودة وأمن المستهلك، من خلال التنسيق مع الهياكل المركزية للتجارة، حيث تقوم بتحضير برامج الرقابة وتسهر على تنفيذها، كما تنسق عملية الرقابة ما بين الولايات[3].

ب – المديرية الولائية للتجارة: تسهر مديرية التجارة على ضمان حماية المستهلك، وذلك خاصة من خلال المهام التي أوكلت لها لا سيما في مجال تنظيم المنافسة، وضمان الجودة وقمع الغش، وفي مجال الرقابة أيضا فهي تضطلع مباشرة بمراقبة التشريعات والتنظيمات المعمول بها في هذا الميدان، كما تضع حيز التنفيذ برامج الرقابة الاقتصادية، واقتراح كل التدابير الرامية إلى دعم وتطوير مهام الرقابة[4].

هذا وتقوم المديرية الولائية بضمان ومراقبة مدى تطبيق القواعد الهادفة إلى حماية المستهلك، إما من خلال الرقابة المفروضة من قبل الأعوان التابعين لها[5]، أو من خلال الشكاوى التي تتلقاها من قبل المستهلكين إما بطريقة مباشرة عن طريق حضورهم أمام مديرية التجارة، أو عن طريق الرقم الأخضر 1020 والذي تم وضعه من قبل وزارة التجارة.

---

[1] - أنظر المادة 4 من المرسوم 02-454، المتضمن تنظيم الإدارة المركزية بوزارة التجارة، المرجع السابق.

[2] - أنظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 11-09 المؤرخ في 20 يناير 2011، والمتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحيتها وعملها، ج ر ج، ع 4.

[3] - أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 11-09، والمتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحيتها وعملها، المرجع نفسه.

[4] - أنظر شعباني (حنين) نوال، المرجع السابق، ص111.

[5] - فعلى سبيل المثال تم تجنيد 190 عون من قبل مديرية التجارة لولاية البليدة، موزعين على 95 فرقة للمراقبة وقمع الغش، في إطار تسطير برنامج تدخل مكيف تحسبا لشهر رمضان، أنظر جريدة النهار ع2867، الصادرة يوم الثلاثاء 25 أفريل 2017.

ثانيا – دور مجلس المنافسة في ضمان فعالية وتطبيق قواعد حماية المستهلك: يرجع ظهور هذه الهيئة في الجزائر إلى سنة 1995، وذلك تزامنا مع صدور الأمر95–06 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالمنافسة[1]، حيث أوجد مجلس المنافسة من أجل السهر على تنظيم المنافسة وضبطها في السوق وحماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، أين أسندت لهذه الهيئة عدة اختصاصات استشارية منها وقمعية وذلك بقصد تحسين مستوى معيشة المستهلك وحماية مصالحه المختلفة[2].

يساهم مجلس المنافسة في ضمان تطبيق وفعالية القواعد الهادفة إلى حماية المستهلك وذلك من خلال مهامه سواء الاستشارية حول النصوص المتعلق بحماية المستهلك، أو المهام القمعية في ضمان تطبيق قواعد المنافسة التي تهدف دون أدنى شك إلى حماية المستهلك لا سيما فيما يتعلق بالأسعار وغيرها.

1 – ضمان فعالية نصوص حماية المستهلك من خلال المهام الاستشارية لمجلس المنافسة: من بين المهام التي يمارسها مجلس المنافسة، المهام الاستشارية المتعلقة بقواعد المنافسة، والتي لها علاقة بحماية المستهلك، حيث يمارس مجلس المنافسة في هذا المجال مهام استشارية إلزامية وأخرى اختيارية.

ومن بين مظاهر المهام الاستشارية الإلزامية في مجال المنافسة والتي لها علاقة بحماية المستهلك نجد المهام الاستشارية المتعلقة بالأسعار وتقلبات السوق وهو ما أشارت إليه المادة 5 من القانون 08–12 [3] من ضرورة وإلزامية استشارة مجلس المنافسة عندما يتعلق الأمر بحالة اتخاذ إجراءات استثنائية من ارتفاع الأسعار أو تحديدها في حالة ارتفاعها الناتج عن تقلبات في السوق أو نتيجة وجود بعض الكوارث أو صعوبات في التموين داخل قطاع أو نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو في حالات الاحتكار الطبيعية.

وبالإضافة إلى الاستشارة الإلزامية، فإنه يمكن أن يستشار مجلس المنافسة في مواضيع أخرى من قبل مجموعة من الأشخاص[4]، ومن بين هؤلاء الأشخاص الذين يمكنهم استشارة مجلس المنافسة، نجد جمعية حماية المستهلكين، في كل مسألة طارئة تتعلق مباشرة بمصلحة المستهلك أو بحماية مصالحة المادية والمعنوية[5]، ولا شك أن الالتزامات التي خصصت لحماية رضا المستهلك في قانون المنافسة سوف سوف تكون من قبيل هذه المسائل.

---

[1] - تم تبني هذه الهيئة أيضا ضمن نصوص الأمر 03-03 المتعلق المنافسة، المرجع السابق.

[2] - أنظر عباشي كريمة، دور مجلس المنافسة في حماية المستهلك من الممارسات المنافية للمنافسة، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني الخامس، الحماية القانونية للمستهلك، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس بالمدية، أيام 16-17 ماي 2012، ص3.

[3] - وهو القانون المؤرخ في 25 يونيو2008، ج ر ج، ع 36، المعدل والمتمم للأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.

[4] - راجع في شرخ الأشخاص الذين يمكنه طلب الاستشارة من مجلس المنافسة، عباشي كريمة، المرجع السابق، ص ص 5-4.

[5] - جاء في نص المادة 35 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق أنه " يبدي مجلس المنافسة رأيه في كل كل مسألة ترتبط بالمنافسة إذا طلبت منه الحكومة ذلك ويبدي كل الاقتراح في مجالات المنافسة،
يمكن أن تستشيره أيضا في المواضيع نفسها الجماعات المحلية والهيئات الاقتصادية والمالية والمؤسسات والجمعيات المهنية والنقابية وكذا جمعيات حماية المستهلكين".

2 – ضمان تطبيق قواعد حماية المستهلك من خلال الصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة: لمجلس المنافسة وظيفة تنازعيه يمتلك بموجبها صلاحيات في إطار محاربة الممارسات المنافية للمنافسة، إذا أنه وبعد القيام بإخطاره بهذه المخالفات مباشرة يقوم مجلس المنافسة بفتح التحقيقات[1] التي تسمح له بإثبات هذه المخالفات، وفي حالة ثبوتها يقوم بتطبيق الجزاءات القانونية المقررة لقمعها.

ويمارس مجلس المنافسة صلاحياته في التحقيق، عن طريق البحث والتحري الموكل للمقرر بموجب نص المادة 51 من الأمر 03–03 بعد تلقيه الشكاوى المتعلقة بالممارسات المقيدة للمنافسة، والتي نجد ضمنها عدم الالتزام بالإعلام بالأسعار، حيث يتمتع المقرر في هذه الحالات بصلاحية واسعة في مجال التحقيق والاطلاع على الوثائق اللازمة لإثبات هذه المخالفات، ولا يمنعه من ذلك التستر من قبل العون الاقتصادي تحت ما يعرف بالسر المنهي[2].

وفي حالة ما إذا أثبتت التحقيقات التي قام بها مجلس المنافسة عن طريق المقرر، وجود مخالفات مقيدة للمنافسة، فإنه تثبت صلاحيته في هذه الحالة في توقيع الجزاء، حيث يتمتع مجلس المنافسة بسلطة توقيع الجزاء على الأطراف الذين ارتكبوا المخالفات المقيدة للمنافسة من جهة[3]، والضارة بالمستهلك من جهة أخرى، وهذا ما يبرز دور مجلس المنافسة في ضمان تطبيق قواعد حماية المستهلك من خلال السهر على تجسيد القواعد غير المباشرة التي لها علاقة بحمايته في قانون المنافسة.

ثالثا – دور المجلس الوطني لحماية المستهلكين في ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك: يحدد وينظم صلاحية هذه الهيئة المرسوم 12– 355[4]، حيث يتكون هذا المجلس، من ممثلين عن مجموعة من الوزارات المختلفة والهيئات والمؤسسات العمومية، وكل جمعية يتعلق نشاطها بمجال حماية المستهلك ويعترف بها القانون بهذه الصفة، إضافة إلى خمسة خبراء في مجال حماية المستهلك وأمن المنتوجات يختارهم الوزير المكلف بالتجارة[5].

ويمكن تلخيص مهام المجلس الوطني لحماية المستهلكين في مجال حماية المستهلك من خلال الآراء والاقتراحات التي يقوم بها ، خاصة في المجالات المتعلقة بالمساهمة في الوقاية من الأخطار التي يمكن أن تتسبب فيها المنتوجات المعروضة في السوق وتحسينها من أجل حماية صحة المستهلكين، والسهر على سلامتهم سواء من الناحية المادية أو المعنوية، كما يساهم في وضع القوانين التي من شأنها التأثير على الاستهلاك ووضع البرامج السنوية لمراقبة الجودة وقمع الغش، وكذا السهر على إستراتيجية ترقية جودة المنتوجات وحماية المستهلك وجمع كل المعلومات المتعلقة بمجال حماية المستهلكين

[1] - أنظر في صلاحية مجلس المنافسة في التحقيق المادة 37 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة، المرجع السابق.
[2] - أنظر المادة 51 من الأمر 03-03 المتعلق بالمنافسة. المرجع نفسه.
[3] - أنظر عباشي كريمة، المرجع السابق، ص 10.
[4] - المرسوم التنفيذي رقم 12-355، المؤرخ في 2 أكتوبر 2012، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، ج ر ج، ع 56 . نص على إنشاء هذا المجلس بصدور القانون 89-02 المتضمن قانون حماية المستهلك المرجع السابق، ثم نظمت صلاحياته واختصاصاته بموجب المرسوم92- 272 الملغى.
[5] - أنظر في تشكيلة وتنظيم المجلس الوطني لحماية المستهلكين نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 12-355، المرجع نفسه.

واستغلالها وتوزيعها، كما يقدم كل الاقتراحات المتعلقة ببرامج مساعدة جمعيات حماية المستهلكين ووضع التدابير الوقائية لضبط السوق، والآليات التي من شأنها حماية القدرة الشرائية للمستهلك[1].

الفرع الثاني: جمعيات حماية المستهلك

صحيح أن المشرع قد أنشأ هيئات إدارية تتكفل بالرقابة في مجال حماية المستهلك، غير أن هذه الهيئات لوحدها غير كافية لتحقيق هذه الحماية، كما أن هذه الأخيرة قد لا تؤدي دورها كما ينبغي إما لسبب أو للأخر، لذلك فقد كفل المشرع لجمهور المستهلكين الوقوف على حماية أنفسهم من خلال إعطائهم الحق في إنشاء جمعيات حماية المستهلك، التي تلعب دورا مهما في حماية المستهلك[2]، وذلك من خلال توعيته بحقوقه وكيفية حمايتها **(أولا)**، أو من خلال تمثيله أمام القضاء **(ثانيا)**.

أولا – دور جمعيات حماية المستهلك في توعيته: من أهم الأدوار التي تلعبها جمعية حماية المستهلك في حمايته، الدور التوعوي، وفي هذا المجال فإن جمعية حماية المستهلك تعمل دائما على تحسيسه**(1)**، كما يقع على عاتقها واجب إعلامه**(2)**.

1 – دور جمعيات حماية المستهلك في تحسيسه: يقع على عاتق جمعية حماية المستهلك واجب أساسي يتمثل في ضرورة تحسيس المستهلك بكل المخاطر التي يمكن أن تهدده في أمنه وماله وصحته[3]، فهذا الدور التحسيسي لجمعية حماية المستهلك يجعله يحتاط لنفسه عند إقدامه على إبرام العقد، فلا يكون ضحية للغش والخداع، كما يحميه أيضا من أن يقع ضحية لسلوكه وذلك من خلال الدور التربوي الذي تلعبه من هذا الجانب.

إن أهمية الدور التحسيسي لجمعية حماية المستهلك في حمايته، قد فرض من الهيئات الرسمية القائمة على حماية المستهلك، مشاركة هذه الجمعيات في كل الأيام التحسيسية التي تتوجه بها إلى المستهلك، وهذا ما يتضح مثلا من البيان الإعلامي المتعلق بالحملة الوطنية للوقاية من التسممات الغذائية[4]، حيث جاء في هذا البيان أن هذه الحملة سوف تقام بمعية مجموعة من الأشخاص من بينهم جمعية حماية المستهلك.

ولعله من بين أهم مظاهر حماية المستهلك من قبل هذه الجمعيات، نجد المساهمة في نشر ثقافة حقوق المستهلك، وتوعية المواطنين بحقوقهم، ذلك أن المستهلك لا يمكنه أن يتوجه إلى القضاء من أجل حماية حقوقه إلا إذا كان على وعي كامل وواضح بهذه الحقوق، كما لا بد أن تخلق لدى المستهلك قناعة بأن تعاونه مع الجمعية لابد أن ينطلق من وعيه التام بالدور الذي يمكن أن تقدمه هذه الجمعية له، حيث يكون تثقيف المستهلك في هذا المجال عن طريق العمل على تنمية وعيه الاستهلاكي للسلع الأساسية

---

[1] - أنظر المادة 22 من المرسوم 12-355، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين واختصاصاته، المرجع السابق.

[2] - نصت المادة 21 الفقرة1 09-03، ق ح م ق غ، المرجع السابق بأنه " جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشأة طبقا للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه وتمثيله".

[3] - أنظر علي بولحية بن بوخميس، المرجع السابق، ص 66.

[4] - أنظر البيان الإعلامي الصادر عن وزارة التجارة، يتعلق بالحملة الوطنية للتحسيس والوقاية من التسممات الغذائية، المقامة أيام 08 إلى 19 ماي 2016، بيان منشور في الموقع الرسمي لوزارة التجارة www.mincommerce.gov.dz-

والاستهلاكية ومدى ملاءمتها لصحته[1]، ولا يكون ذلك إلا من خلال توعيته بكيفية التأكد من البيانات والمعلومة الواردة في الوسم أو الوسيلة التي أعدت لإعلامه.

إن الدور التحسيسي لجمعية حماية المستهلك مهم دون أدنى شك في حماية رضا المستهلك عند إقدامه على إبرام العقد، وذلك من جوانب متعددة فهو كما يسمح له بالإقدام على التعاقد في سلوك مضبوط يجعله في حماية من التسرع، فإنه يكون أيضا على بينة كاملة بحقوقه التي تسمح له بمواجهة المتدخل في حالة وجود أي انتهاك للضمانات التي وضعت لحمايته، ويزداد دور هذه الجمعيات أهمية عندما يرتقي إلى إعلام المستهلك بخصائص المنتوجات محل العقد.

2 – دور جمعيات حماية المستهلك في إعلامه: من بين المهام الأساسية التي تقع على عاتق جمعية حماية المستهلك هي إعلام المستهلك وتبصيره بطبيعة وخصائص المنتوجات، حيث يرى بعض الفقه[2] أنه يقصد بالإعلام الملقى على عاتق جمعية حماية المستهلك إحاطة المستهلك بجميع المعلومات والمعارف القانونية والعلمية المتعلقة بالسلع والخدمات، وتعريفيه بحقوقه اتجاه المتدخلين، وواجباته اتجاه نفسه.

إن الدور الإعلامي المهم الذي تلعبه جمعيات حماية المستهلك، في تبصير وتنوير إرادة هذا الأخير، من حيث المعلومات خاصة تلك المتعلقة بالمنتوجات المختلفة من السلع والخدمات عند إقدامه على إبرام العقد، قد جعل بعض الفقه[3] يذهب إلى القول بأن هذا الدور من شأنه خلق التوازن المفقود والمنعدم بين المستهلكين وفئة المهنيين –المتدخلين–، وذلك بإحاطة المستهلك بالمعلومات التي يفتقد إليها والمتعلقة بالعقد، كما يضيف البعض الأخر[4] بأن الدور الإعلامي الذي تقوم به جمعية حماية المستهلك يعتبر أكثر نفعا من ذلك الإعلام الذي يقوم به المحترفون اتجاه المستهلكين، بالإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة لتنويرهم.

وينبغي الإشارة إلى أن جمعية حماية المستهلك، ومن أجل قيامها بواجبها بإعلام المستهلك قد تلجأ إلى وسائل كثيرة من أهمها الدوريات والصحف والمجلات المتخصصة والإذاعة والتلفزيون، حيث تهدف من خلال ذلك إلى إعطاء المشتركين فيها من المستهلكين كافة المعلومات والبيانات عن خصائص السلع والخدمات المطروحة في السوق[5].

ويمكن القول بأن الإعلام الذي تقوم به جمعية حماية المستهلك يشبه إلى حد كبير الإعلام الملقى على عاتق الغير المنصوص عليه في قواعد الشريعة الإسلامية والذي يفرض على كل شخص يكون له معلومات تهم المتعاقد، خاصة المعلومات المتعلقة بالعيوب، أن يحيط أخاه المسلم بها حيث استنتج الفقه

---

[1] - أنظر إسلام هشام عبد المقصود سعد، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة- ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص322.

[2] - أنظر بن لحرش نوال، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر – دور وفعالية -، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعية قسنطينة1، 2012-2013، ص91.

[3] - أنظر محمد يودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 100.

[4] - أنظر عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص349.

[5] - أنظر حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك – الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص39.

هذا الالتزام من بعض من أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم، فقد جاء في ما روي عن وائلة بن الأصقع (رضي الله عنه) أنه قال: " **(قال رسول الله صلى الله عليه وسلم)** " « **لا يحل لأحد أن يبيع شيئا إلا بين ما فيه ولا يحل لأحد يعلم ذلك إلا بينه»**[1]. حيث ذهب الفقه[2] إلى أن الشريعة الإسلامية تضع واجب الالتزام بالإعلام على عاتق الغير إضافة إلى المتعاقدين، وأساس هذا الواجب هو ضرورة التعاون بين المسلمين باعتبار أنهم أسرة واحدة، تجعل من مصالحهم ورغباتهم موحدة، وعلى الفرد باعتباره عضوا في هذه الأسرة تقديم يد المساعدة لها.

ورغم التشابه السابق بين الالتزام بالإعلام المفروض على الغير فيما يتعلق بالشريعة الإسلامية والالتزام بالإعلام الملقى على عاتق جمعية حماية المستهلك، فإنه يمكن إبراز بعض أوجه الاختلاف أولهما أن الالتزام بالإعلام لدى جمعية حماية المستهلك أصبح يمارس بشكل منظم في إطار قانوني، لا تكتفي فيه جمعية حماية المستهلك بالإدلاء بالبيانات المتوفرة لديه فحسب، بل إن هذا الدور يفرض عليها البحث على هذه المعلومات من أجل إيصالها إلى المستهلك، كما أن دورها مقتصر على فئة معينة من المجتمع وهي فئة المستهلكين، بخلاف الالتزام بالإعلام في الشريعة الإسلامية الموجه إلى كافة المسلمين دون استثناء.

يظهر من طبيعة الإعلام الذي تمارسه جمعية حماية المستهلك أنه إعلام قبل التعاقد، وإن كان لا يوجد مانع من أن يكون الإعلام عند إبرام العقد خاصة عند إقدام المستهلك على طلب المعلومات والاستشارة مباشرة من جمعية حماية المستهلك التي يمكن أن تفيده بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج محل العقد، وهذا ما يشكل حماية إضافية ووقائية لإرادة المستهلك في مواجهة المتدخل عند إقامة على إبرام العقد، ويجنبه الدخول في عناء المطالبة بحقوقه أمام القضاء، وإضافة إلى هذا الدور فإن جمعية حماية المستهلك تعلب دورا كبيرا في حماية المستهلك من خلال تمثيله أمام القضاء.

ثانيا – دور جمعيات حماية المستهلك في تمثيله أمام القضاء: تُمكِن معظم التشريعات المقارنة جمعيات حماية المستهلك[3]، من التقاضي ورفع الدعاوى فيما يتعلق بالمخالفات والجرائم التي تمس بمصالح المستهلك، وفلسفة ذلك ومقصده هو حلول الجماعة في حماية المستهلك باعتباره فردا ضعيفا، في مواجهة شخص قوي وهو المتدخل، مما يجعل المستهلك يحجم ربما عن رفع الدعوى ضد المتدخل، خوفا من ما قد ينجر عن رفع هذه الدعوى من مصاريف وخاسرة في الوقت والجهد.

---

[1] - مسند الإمام ابن حنبل، ج3، ص491 مشار إليه في مرجع خالد جمال أحمد حسن، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، 1996، ص22، أشار إلى هذا المرجع حامق ذهبية، المرجع السابق، ص8.

[2] - عن خالد جمال احمد حسن، المرجع السابق28، نقلا عن حامق ذهبية، المرجع نفسه،8.

[3] - من بين التشريعات المقارنة التي سمحت لجمعية حماية المستهلك برفع الدعاوى خاصة أمام القضاء الجنائي في الدعاوى التي تمس بأمن المستهلك نجد التشريع البلجيكي، والإسباني، والفرنسي خاصة بعد قانون 27 ديسمبر 1973 المعروف بقانون روير" Loi Rouir" الذي حسم به المشرع الفرنسي موقفه من التردد الذي كان سائدا في القضاء من هذه المسألة، أنظر في إشارة إلى ذلك، أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، ص 506 وما يليها.

إن الموقف السابق من مسألة منح جمعية حماية المستهلك، الحق في رفع الدعاوى في المسائل المتعلقة بالمستهلك لا سيما في ميدان الجرائم الماسة بأمنه ومصالحه ليس محل تأييد من قبل جميع التشريعات، فهناك من التشريعات[1] من ذهب إلى أن دور جمعيات حماية المستهلك يقتصر فقط على تمثيل أعضاء هذه الجمعيات في مرحلة التشريع لتشجيع سن القوانين التي من شأنها حماية المستهلك، وكذلك يمكن أن تشكل جماعة ضغط للتأثير على الرأي العام بهدف إحالة الجرائم الماسة بمصالح المستهلك إلى المحاكم الجنائية[2].

وفي إطار ما سبق من التباين من مدى صلاحية أو صفة جمعيات حماية المستهلك في رفع الدعاوى فإننا نتساءل عن موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة؟.

إن الإجابة عن التساؤل السابق، سوف تكون من خلال تتبع بعض المراحل التاريخية لموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة خاصة منذ مرحلة صدور قانون حماية المستهلك 89-02، إلى غاية إلغائه بموجب القانون 09-03 المتضمن ق ح م ق غ، فالنسبة لقانون حماية المستهلك 89-02 فإنه كان يبدو بأنه يمنح جمعيات حماية المستهلك المنشأة وفقا للقانون صراحة الصفة في رفع الدعاوى أمام المحاكم المختصة من أجل المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي لحق بها نتيجة الضرر الذي مس المصالح المشتركة للمستهلكين[3].

ويبدو أن موقف المشرع الجزائري من مسألة منح جمعيات حماية المستهلك الصفة في رفع الدعوى الهادفة إلى المطالبة بالتعويض عن الأضرار الماسة بالمصالح المشتركة للمستهلكين، قد تغير في ظل القانون 09-03، حيث نزعت هذه الخاصية المتمثلة في الصفة في رفع الدعوى من جمعيات حماية المستهلك، وأصبح فقط من حقها التأسيس كطرف مدني إلى جانب المستهلك أو جماعة المستهلكين من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار الفردية وذات الأصل المشترك التي تسبب فيها نفس المتدخل[4].

إن موقف المشرع الجزائري السابق من مسألة نزع الصفة من جمعيات حماية المستهلك في رفع الدعوى، وإن كان بإمكانه أن يجد مبررا لدى بعض الذين هاجموا جمعيات حماية المستهلك على أساس أن هذه الجمعيات قد حادت عن هدفها وتحولت من آلية لحماية المستهلك، إلى وسيلة ضغط وابتزاز على فئة المتدخلين من أجل تحقيق أغراض خاصة، غير أن هذا الرأي وأن كان يبدو مقبولا مبدئيا إلا أننا لا نؤيده، ونعتقد اعتقادا جازما بأن موقف المشرع الجزائري هذا قد جاء تحت ضغط فئة المتدخلين التي أصبحت تهاجم جمعيات حماية المستهلك، التي أصبحت فعلا مصدر قلق من حيث وجودها ونشاطها

---

[1] - ففي الولايات المتحدة الأمريكية لا تملك جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع الدعاوى، وهو الأمر الذي كان معمولا به في مصر أيضا إلى غاية صدور قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 والذي نص صراحة على حق جمعيات حماية المستهلك في مباشرة الدعاوى التي تتعلق مباشرة بمصالح المستهلكين أو التدخل فيها، وهو ما نصت عليه المادة 23 بند (أ) من القانون المذكور.

[2] - أنظر أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، ص 509.

[3] - وهو ما كانت تنص عليه المادة 12 الفقرة 2 من قانون 89-02 المتعلق بحماية المستهلك الملغى، المرجع السابق.

[4] - يمكن أن يستشف موقف المشرع الجزائري هذا من خلال نص المادة 23 من القانون 09-03 المتضمن ق ح م ق غ، المرجع السابق.

لهذه الفئات، لذا فإننا نؤكد بأنه لا بد من إعادة منح الصفة لجمعيات حماية المستهلك من أجل رفع الدعاوى سواء الرامية إلى المطالبة بالتعويض، أوفي تحريك الدعوى العمومية حول الجرائم الماسة بأمن المستهلك خاصة الجرائم المتعلقة بغش وخداع المستهلك، وهذا ما ننتظره من المشرع الجزائري في المستقبل.

المطلب الثاني: تنوع الجزاء المطبق في حالة الإخلال بالالتزامات المفروضة لحماية رضا المستهلك

من بين أهم الآليات التي من شأنها ضمان تطبيق الالتزامات المفروضة من أجل حماية المستهلك عموما، وحماية رضاه عند إبرام العقد خصوصا، هو التنوع في الجزاء المفروض في حالة انتهاك هذه الالتزامات وعدم التقيد بها، حيث نجد أن المشرع في هذا الصدد قد فرض عقوبات جزائية على مثل هذه الانتهاكات، وكذا وجود جزاء إداري يطبق على كل من لم يلتزم بها، مع الجزاء المدني الذي يمكن أن يكفل للمستهلك حقه في المطالبة بالتعويض والبطلان، لذا سوف نتطرق في هذا المطلب إلى دراسة الجزاء في حالة الإخلال بحق المستهلك بإعلام في جميع المجالات(**فرع أول**)، ثم إلى الجزاءات المرتبطة بالإخلال بالالتزامات المفروضة على المتدخل في إطار عملية القرص الاستهلاكي(**فرع ثانٍ**)، وكذلك الجزاء المترتب على خداع وغش المستهلك(**فرع ثالث**).

الفرع الأول: جزاء الإخلال بعدم إعلام المستهلك

رأينا فيما سبق أن النصوص القانونية تضع على عاتق المتدخل التزاما مهما هدفه حماية المستهلك وتنوير إرادته عند إبرام العقد، ومع ذلك فإنه قد يحدث وأن لا يلتزم المتدخل بهذا الالتزام وهذا ما دفع بالمشرع إلى وضع جزاء جنائي على عاتق المتدخل الذي خالف هذا الالتزام عند إبرام العقد(**أولا**)، أما فيما يتعلق بحقوق المستهلك من تعويض وحق في إبطال العقد فإنه مكفول لكن في إطار القواعد العامة(**ثانيا**).

أولا– الجزاء الجنائي: يتمثل الجزاء الذي نص عليه المشرع الجزائري في حالة الإخلال بإعلام المستهلك في أنه اعتبر عدم الإعلام في هذه الحالة جريمة تكيف على أساس أنها مخالفة، حيث يمكن أن نميز في هذه الحالة بين مخالفة عدم إعلام المستهلك بخصائص وطبيعة المنتوج وشروط الوسم المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وبين مخالفة عدم إعلام المستهلك بالأسعار وشروط البيع المنصوص عليها ضمن قواعد الممارسات التجارية.

فبالنسبة للمخالفة الأولى والمتعلقة بعدم إعلام المتدخل للمستهلك بطبيعة وخصائص المنتوج ومخالفة قواعد وشروط الوسم الذي يتم من خلاله إعلام المستهلك، فقد اعتبرها المشرع مخالفة، حيث تتمثل العقوبة في هذه الحالة في الغرامة التي تتراوح بين (100.000دج) و (1000000 دج)، تطبق

على كل من يخالف إلزامية الوسم التي تؤدي دون أدنى شك إلى تغليط المستهلك وتظليل إرادته حول خصائص وطبيعة المنتوج[1].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد أدخل تعديلا على نص المادة 78 بموجب القانون18-09[2] يتعلق باستبدال مصطلح **وسم** بمصلح **إعلام**، حيث أصبح يفهم من هذا النص أن الجزاء المنصوص عليه ضمن نص المادة 78 موجه لمخالفة عدم الالتزام بالإعلام وليس مقتصرا على عدم الالتزام بالوسم وهو مجرد وسيلة من وسائل الإعلام غير أنه ليس الوسيلة الوحيدة، وهو توجه يحمد عليه المشرع الجزائري، إذ أن هذا التعديل من شأنه فعلا أن يرفع كل لبس يمكن أن يتبادر إلى الأذهان حول عدم امتداد الجزاء المنصوص عليه ضمن المادة 78 إلى مخالفة الالتزام بالإعلام عندما يتعلق الأمر بوسائل أخرى للإعلام.

أما فيما يتعلق بالمخالفة الثانية والمتمثلة في عدم إعلام المستهلك بالأسعار والتعريفات وبشروط البيع، نجد أن المشرع قد اعتبرهما مخالفتين أيضا من خلال قواعد الممارسات التجارية، حيث يتعرض مرتكب مخالفة عدم الإعلام بالأسعار إلى الغرامة التي تتراوح بين 5.000 دج إلى 100.000 دج بينما تتراوح الغرامة في حال مخالفة عدم الإعلام بشروط البيع بين 10.000 دج و 100.000 دج[3].

إن ما ذهب إليه المشرع من تجريم الفعل الذي يمس بالالتزام بإعلام المستهلك يشكل حماية كبيرة لإرادة ورضا المستهلك، نظرا لما في ذلك من جانب ردعي لكل متدخل تسول له نفسه انتهاك هذا الالتزام، كما أن الغاية التي جعلته يسعى إلى تحقيق الربح من وراء تغليط المستهلك وعدم إعلامه يمكن أن تتسبب له في نفس الوقت بخسارة فادحة بسب الغرامة التي يمكن أن يتعرض لها.

وعموما فإن الجزاء الجنائي لا يحول دون حصول المستهلك على حقوقه في إطار الجزاء المدني المترتب على عدم إعلام المستهلك.

ثانيا – الجزاء المدني: بخلاف الجزاء الجنائي المطبق في حالة إخلال المتدخل أو العون الاقتصادي بالالتزام بإعلام المستهلك الذي أشارت إليه النصوص صراحة، فإننا لا نجد ضمن هذه النصوص ما يشير إلى الجزاء المدني خاصة فيما يتعلق بحق المستهلك في المطالبة بإبطال العقد بسب عدم الإعلام أو فيما يتعلق بحقه في المطالبة بالتعويض جراء الأضرار التي لحقته من وراء إبرام عقد لم يحصل فيه على المعلومات الكافية عند إبرامه للعقد نتيجة عدم التزام المتدخل بالإعلام.

---

[1] - أنظر نص المادة 78 من القانون 09-03 المتضمن ق ح م ق غ، المرجع السابق.

[2] - حيث أصبحت صياغة المادة 78 بعد التعديل كمايلي " يعاقب بغرامة من مائة ألف دينار (100.000دج) إلى مليون دينار(1000.000دج) كل من يخالف إلزامية إعلام المستهلك المنصوص عليها في المادتين 17 و18 من هذا القانون".

[3] - أنظر في مسألة مخالفة عدم الإعلام بالأسعار، وعدم الإعلام بشروط البيع على التوالي نصي المادتين 31 و32 من القانون 02-04 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق. ويجب الإشارة إلى أن المادة 31 لم تشر إلى الجزاء المطبق في حالة مخالفة المادة 5، وقد ذهب البعض في تفسير ذلك أن المشرع قد اعتبر المادة 5 امتدادا للمادة 4، أنظر عادل عميرات، المرجع السابق، ص193.

إن الوضع السالف الذكر لم يمنع الفقه من تمكين المستهلك من الاستفادة من الجزاء المدني، سواء من خلال منح المستهلك الحق في المطالبة بإبطال العقد(**1**)، أو من خلال تمكينه من المطالبة بالتعويض وذلك وفقا للقواعد العامة(**2**).

1 – حق المستهلك في إبطال العقد: رغم أن المشرع لم يشر ضمن النصوص التي تقرر واجب الإعلام على المتدخل إلا أن الفقه قد توصل إلى أن الإخلال بهذا الالتزام يمنح المستهلك الحق في المطالبة بإبطال العقد، وفقا لعيوب الإرادة في القواعد العامة، حيث يمكن إبطال العقد هنا إما على أساس التدليس(أ)، أو على أساس الغلط(**ب**).

أ – المطالبة بإبطال العقد وفقا لنظرية التدليس: من بين القواعد التي يمكن أن يلجأ إليها المستهلك للمطالبة بإبطال العقد نجد نظرية التدليس ضمن القواعد العامة، غير أن السؤال الذي يمكن طرحه هل من السهل على المستهلك أن يطالب بإبطال العقد على أساس نظرية التدليس؟.

إن الإجابة عن هذا التساؤل تعود بنا إلى سبب مهم من الأسباب التي جعلت المشرع يفرض التزامات إضافية لحماية رضا المستهلك، وهو عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة بما فيها نظرية التدليس في حماية رضا المستهلك، إذا إن اللجوء إلى هذه النظرية سوف يحتم على المستهلك إثبات شروط التدليس التي رأينا فيما سبق بأنه ليس من السهل إثباتها، فإذا كانت نظرية التدليس تعتبر أساسا قانونيا للمطالبة بإبطال العقد بسبب عدم الإعلام، فإن الاستعانة بها لن يكون بالأمر السهل، أمام صعوبة إثبات شروط التدليس وهو ما يتنافى مع الهدف من حماية المستهلك.

إن الوضع السالف الذكر قد أدى بالفقه والقضاء خاصة في فرنسا إلى إعفاء المستهلك عند تمسكه بقواعد التدليس من أجل المطالبة بإبطال العقد من إثبات شروط التدليس، بالرغم من تردد القضاء الفرنسي في بداية الأمر في هذا الاتجاه، إلا أن محكمة النقض الفرنسية سرعان ما أكدت إمكانية استعانة المستهلك بعيوب الرضا بما فيه التدليس للتمسك ببطلان العقد طبقا لنص المادة (L111.1) من قانون الاستهلاك[1].

وبخلاف موقف القضاء الفرنسي الواضح من مسألة إمكانية استعانة المستهلك بنظرية التدليس للمطالبة بإبطال العقد، فإن القضاء الجزائري لم يصدر عنه بعد ما يشير إلى موقفه من هذه المسألة،

[1] - حيث ذهبت المحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، إلى عدم إمكانية إبطال اتفاقية تسليم الأثاث التي لم يحترم فيها البائع الشروط الواجب ذكرها وفقا للمرسوم 86-583 ومن بينها المواد الأولية التي تتكون منها الأشياء، نوع الطرز ...الخ لعدم وجود نص يسمح بذلك في القرار.Cass. Civ. 1ère Ch., 19 Janvier1977, Bull Civ.1977, 1,n°40, P.30 préc
غير أن محكمة النقض نقضت هذا القرار معتبرة بأن عدم وجود نص يقضي بحق المستهلك بالبطلان لا يمنع من استناد المستهلك على القواعد العامة في المطالبة بإبطال العقد، خاصة نظرية عيوب الإرادة أنظر القرار:
Cass. Civ. 1ère Ch. 07 Décembre 2004, D.2005.I. Cité et commenté par C. RONDEY dans : actualité jurisprudentielle, R. Dalloz 2005, n°1 : information du consommateur. Quelle sanction ? p75 : « Contrairement à la sphère pénale au principe de légalité des délits et des peines, la sanction civile du non-respect d'une obligation d'information n'a nul besoin d'être spécialement prévue par un texte, les dispositions du code civil, comme les vices du consentement retrouvent leur application et permettent de sanctionner le non-respect de l'obligation générale d'information du professionnel vis-à-vis du consommateur (Art. L.111.1) ".
أنظر في إشارة مفصلة إلى والقرارين السابقين، حامق ذهبية، المرجع السابق، ص ص 292-293.

غير أننا نرى إلى جانب من الفقه[1] بأن القرار الذي يجب أن يتجه إليه القضاء الجزائري في هذه المسألة هو الرأي الذي وصل إليه القضاء الفرنسي، أي أنه لا بد على القضاء الجزائري عند فصله في قضايا يكون محلها المطالبة بإبطال العقد من قبل المستهلك، بسب عدم التزام المتدخل بالإعلام، أن يأخذ بنفس الرأي الذي وصل إليه الاجتهاد القضائي في فرنسا.

أ – المطالبة بإبطال العقد وفقا لنظرية الغلط: إضافة إلى حق المستهلك في المطالبة ببطلان العقد على أساس التدليس، فإنه يمكن أن يستند أيضا إلى قواعد الغلط لإبطال العقد نتيجة عدم التزام المتدخل بإعلام المستهلك، وفي هذه الحالة يجب على المستهلك أن يثبت شروط الغلط، أي أنه ملزم بأن يثبت أن المعلومات التي لم يلتزم المتدخل بتقديمها هي معلومات جوهرية، وأن يثبت أيضا اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر[2]، غير أن هذا الرأي يحقق أكثر هدف المشرع في الحد من المطالبة بالبطلان بسبب الغلط، وهذا ما دفع بالبعض إلى اعتباره وسيلة محدودة في حماية المستهلك، نظرا للشروط والقيود التي تحد من إمكانية تمسك المستهلك بإبطال العقد[3].

صحيح أنه يظهر من نص المادة 82 ق م صعوبة إثبات شروط التمسك بالغلط من قبل المستهلك من أجل المطالبة بإبطال العقد، غير أن الفقه والقضاء خاصة في فرنسا قد وصلا إلى نتيجة مهمة مفادها بأنه في حالة الإخلال بالالتزام بالإعلام يمكن للمستهلك أن يطالب بإبطال العقد حتى وإن لم تكن شروط الغلط متوفرة، حيث يفترض في المتدخل في هذه الحالة بأنه كان يعلم باهتمامات هذا الأخير، من بيانات وصفات جوهرية في محل الالتزام، وأن هذه الصفات الجوهرية هي التي دفعته على التعاقد[4].

وإذا كان موقف القضاء الفرنسي واضحا كل الوضوح من حيث مدى إمكانية التمسك بالغلط كأساس للمطالبة ببطلان العقد في حالة عدم التزام المتدخل بالإعلام، وكذا من حيث إعفاء المستهلك من إثبات شروط الغلط، فإن موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة ليس بهذا الوضوح، فإذا كان القضاء الجزائري قد وصل إلى إمكانية إبطال العقد بسب عدم الإعلام الذي أوقع المتعاقد في غلط جوهري[5]، فإن موقفه لم يتحدد بعد حول إعفاء المستهلك من إثبات شروط الغلط، وفي اعتقادنا أن مصلحة المستهلك تقتضي أن يسلك القضاء الجزائري هذا المسلك.

لم يعد ثمة أدنى شك حول مدى إمكانية تمسك المستهلك بإبطال العقد في حالة إخلال المتدخل بالتزامه بالإعلام، لكن هل يمكن للمستهلك المطالبة بالتعويض في هذه الحالة؟.

1 – حق المستهلك في المطالبة بالتعويض: إضافة إلى حق المستهلك في إبطال العقد نتيجة لعدم توفر الالتزام بالإعلام الذي أثر على إرادته تأثيرا سلبيا دفعه إلى إبرام عقد في غير مصلحته، يمكن للمستهلك أن يطالب بالتعويض نتيجة للضرر الذي لحقه من وراء إبرام عقد تحت تأثير إرادة غير سليمة ومعيبة

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص293.
[2] - وهي شروط الغلط حسب نص المادة 82 من الأمر75-58 المتضمن ق م، المرجع السابق.
[3] - أنظر عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص271.
[4] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 295.
[5] - أنظر القرار الصادر عن المحكمة العليا، رقم 5س81228 ، الغرفة المدنية، بتاريخ 2010/07/22.

بسب عدم قيام المتدخل بواجبه بالإعلام الذي تفرضه عليه النصوص القانونية ويكون ذلك في هذه الحالة على أساس المسؤولية التقصيرية من خلال نص المادة 124 ق م، التي جاء فيها ما يلي" كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص يخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض". غير أن لجوء المستهلك إلى هذا النوع من المسؤولية يفرض عليه إثبات أركان هذه المسؤولية من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية، وهو ما لا يخدم مصلحة المستهلك، لذا فإننا نأمل بأن يتم إعفاء المستهلك من عبء الإثبات في هذه الحالة ووضعه عاتق المتدخل.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بضمانات رضا المستهلك في إطار القرض الاستهلاكي

رأينا في المبحث الأول من الفصل الثاني أن المشرع ورغبة منه في حماية رضا المستهلك في مجال القروض الاستهلاكية، فرض التزامات خاصة على المتدخل تشكل ضمانات إضافية لحماية رضا المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي نظرا لخطورة هذه النوع من العقود، ومن أجل ضمان تطبيق هذه الالتزامات فقد فرض جزاءات على كل متدخل يتهرب منها، وهذا ما يدفعنا إلى دراسة هذه الجزاءات، حيث نتطرق في بداية الأمر إلى الجزاء المترتب على مخالفة شفافية العرض المسبق وتحرير بيانات القرض(**أولا**) ، ثم إلى الجزاء المترتب في حالة عدم تمكين المستهلك من ممارسة حقه في العدول عن عقد القرض الاستهلاكي(**ثانيا**)، وفي الأخير لابد من الإشارة إلى القصور الموجود في الجزاءات المطبقة لحماية رضا المستهلك في مجال القرض الاستهلاكي(**ثالثا**).

أولا – جزاء الإخلال بشفافية العرض المسبق وتحرير بيانات القرض: يمكن تقسيم الجزاء المترتب على عدم احترام المتدخل لشفافية العرض المسبق وضرورة تحرير بيانات القرض الاستهلاكي إلى جزاء جنائي(**أ**) وجزاء مدني(**ب**).

أ – الجزاء الجنائي: لقد نص المشرع الجزائري على جزاء جنائي في حالة إخلال المتدخل بواجب الالتزام بشفافية العرض المسبق وتحرير بيانات العرض، حيث اعتبر هذا الفعل مخالفة يمكن أن تعرض المتدخل إلى الغرامة المنصوص عليها في نص المادة 81 من قانون حماية المستهلك التي جاء فيها ما يلي " مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول يعاقب بغرامة مالية من خمسمائة ألف دينار جزائري (500.000دج) إلى مليون دينار (1.000.000دج) كل من يخالف الالتزامات المتعلقة بعرض القروض للاستهلاك المنصوص عليها في المادة 20 من هذا القانون".

إضافة إلى العقوبة المنصوص عليها في نص المادة81 أعلاه فقد نص المشرع من خلال أحكام قانون القرض والنقد في نص المادة 139 بأنه "يعاقب على كل مخالفة للأحكام الواردة في الكتاب السادس أعلاه والأنظمة المتخذة لتطبيقه، بالحبس من شهر إلى ستة أشهر(6) وبغرامة يمكن أن تصل إلى 20% من قيمة الاستثمار".

وبالرجوع إلى قانون القرض والنقد نجد بأن نص المادة الذي أوجب إلزامية احترام شفافية العرض المسبق فيما بتعلق بعروض القروض، قد جاء ضمن الباب السادس من الكتاب السادس[1]، وهذا ما يعني أن العقوبة المطبقة في حالة الإخلال بمبدأ شفافية العرض المسبق هي نفسها التي نصت عليها المادة 139.

يتضح أن العقوبة المطبقة في حالة الإخلال بشفافية العرض المسبق وعدم تحرير البيانات الضرورية المتعلقة بالقرض هي الغرامة، وهي نفس العقوبة التي نصت عليها التشريعات المقارنة حيث نجد مثلا بأن المشرع الفرنسي قد نص من خلال قانون الاستهلاك على أن العقوبة المطبقة في حالة الإخلال بمبدأ الشافية أو البيانات المتعلقة بالعرض المسبق للقرض هي الغرامة والتي تقدر بـ 1800 يورو[2]، وهي عقوبة ليست رادعة حسب بعض الدارسين[3].

ب – الجزاء المدني: لم تشر النصوص القانونية سواءً في قانون حماية المستهلك، أو قانون القرض والنقد إلى جزاء مدني معين يمكن تطبيقه في حالة إخلال البنك بالقواعد المتعلقة بالعرض المسبق في القرض الاستهلاكي سواء فيما يتعلق بغياب البيانات الضرورية واللازمة لتحقق مبدأ شفافية العرض المسبق، أو فيما يتعلق بحالة عدم كتابة وتحرير بيانات هذا العرض وهذا ما يشكل قصورا تشريعيا في نظرنا.

خلافا لموقف المشرع الجزائري من عدم ذكر نص تشريعي يحدد الجزاء المدني على عاتق المتدخل – البنك– الذي لا يحترم القواعد المتعلقة بالعرض المسبق، فإن المشرع الفرنسي أورد جزاءا مدنيا مهما يتعلق بحالة عدم تقديم عرض قبل إبرام العقد مستوفي للشروط القانونية، حيث يتمثل هذا الجزاء في حرمان المقرض من الحق في الفوائد، أي أن المقترض في هذه الحالة لا يلتزم إلا برد مبلغ القرض في تاريخ الاستحقاق[4]، وتعتبر هذه القاعدة قاعدة آمرة ليس للمحكمة أي سلطة تقديرية بخصوصها من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن للمقترض المستهلك التنازل عنها بموجب اتفاق بينه وبين المقرض، حيث يرى البعض بأن هذا الجزاء أي الجزاء المدني أكثر ردعا من الجزاء الجنائي[5].

وفي اعتقادنا أنه لابد على المشرع الجزائري أن يكون أكثر جرأة في حماية المستهلك في مجال القرض الاستهلاكي من خلال وضع نصوص تحتوي على جزاء مدني في حالة مخالفة البنك للقواعد المتعلقة بالعرض المسبق، وقد يكون ذلك بانتهاج نهج المشرع الفرنسي ووضع جزاء مفاده حرمان البنك من الفوائد في حالة عدم احترام القواعد المتعلقة العرض المسبق.

---

[1] - أنظر الباب السادس من الكتاب السادس وبالضبط نص المادة 119 من القانون 03-11 المتضمن قانون القرض والنقد، المرجع السابق.

[2] - أنظر نص المادة (L-311-34) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[3] - أنظر نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص24.

[4] - أنظر نص المادة (L-311-33) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[5] - أنظر إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان، المرجع السابق، ص24.

ثانيا – جزاء عدم تمكين المستهلك من حقه في العدول: ونتطرق في هذا الصدد إلى جزاء عدم تمكين المستهلك من ممارسة حقه في العدول أو مخالفة القواعد المنظمة له قبل صدور القانون 18-09 المتضمن تعديل ق ح م ق غ **(1)**، وبعد صدور هذا الأخير **(2)**.

1 – جزاء مخالفة قواعد حق المستهلك في العدول قبل صدور القانون 18-09: إن عدم تمكين المستهلك من ممارسة حقه في الرجوع عن القرض الذي اكتتبه يُعرض من كان سببا في ذلك إلى جزاء جنائي نصت عليه المادة 139 من قانون القرض والنقد المذكورة أعلاه.

ونلاحظ في هذا الصدد أن النص السابق، قد أشار إلى عقوبتين في هذا المجال، بما أن نص المادة 139 قد أشارت بصفة عامة إلى الجزاء المطبق على مخالفة الأحكام الواردة في الكتاب السادس، والتي نجد من ضمنها الأحكام المتعلقة بالحق في العدول، فإذا اعتبرنا أن هذا النص هو الذي يطبق في حالة الإخلال بحق المستهلك في العدول فإن الغرامة التي تطبق على المقرض في هذه الحالة تقدر بـ 20% من قيمة القرض، فإذا كانت قيمة القرض مثلا 100.000 دج، فإن الغرامة في هذه الحالة تقدر بـ 20000 دج.

أما عقوبة السجن التي نص عليها المشرع بأنها تتراوح من شهر إلى ستة أشهر والتي لا يمكن تطبيقها على المقرض بما أنه شخص معنوي، فإننا نتساءل إذ كان المشرع قد قصد من هذا النص المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي الموظف الذي اتخذ قرار عدم تمكين المستهلك من حقه في العدول، إن هذا الطرح مستبعد في نظرنا، إذ أن هذا النوع من المعاملات والإخلال بالالتزامات لا يمكن أن يرقى إلى مثل هذه العقوبات وتفسير هذه العقوبة ربما أن المشرع قصد بها حماية القواعد المرتبطة بقانون القرض والنقد.

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن المشرع لم ينص على جزاء مدني معين يطبق في حالة الإخلال بحق المستهلك في العدول في مجال القواعد المباشرة والمتعلقة بحمايته ، وهذا ما يشكل قصورا في هذه القواعد إلى جانب القصور الكبير في تنظيم الالتزامات الهادفة إلى حماية رضا المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي.

إن عدم تخصيص نصوص واضحة تنظم عملية القرض الاستهلاكي، والحماية المقررة للمستهلك في هذا المجال قد جعل مسألة البحث عن النصوص التي يمكن أن تحمل التزامات من شأنها أن تحمي المستهلك، والجزاءات المطبقة في حالة الإخلال بها أمر صعب، وهذا ما يجعلنا ننتقد موقف المشرع الجزائري الذي مازال في رأينا متأخرا كثيرا في هذا المجال، مقارنة ببعض التشريعات، فالمشرع الفرنسي مثلا ينظم عملية الائتمان سواء في مجال الائتمان الاستهلاكي أو في مجال الائتمان العقاري، حيث أدرجت النصوص المتعلقة بتنظيم هذه العمليات وحماية المستهلك فيها بشكل مفصل وواضح في قانون الاستهلاك الفرنسي، وهذا ما ننتظره في المستقبل بالنسبة للمشرع الجزائري.

2 – جزاء مخالفة قواعد حق المستهلك في العدول بعد صدور القانون 18-09: لقد أضاف المشرع بموجب تعديل سنة 2018 مادة إلى القانون 09-03 وهي المادة 78 مكرر تتعلق بالجزاء الذي يمكن أن يوقع على كل متدخل يخالف القواعد والأحكام المتعلقة بحق المستهلك في العدول، والمتمثلة حسب هذا النص في الغرامة التي تتراوح بين 50.000 و500.000دج.

وإذا كان موقف المشرع قد بات واضحا من مسألة الجزاء الجنائي المترتب على مخالفة القواعد المنظمة لحق المستهلك في العدول، فإن موقفه من الجزاء المدني لم يظهر ضمن هذه النصوص، وهو ما يجعل حق المستهلك في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحقه من عدم تمكينه من ممارسة حقه في العدول مرتبط بالقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية.

وعلى العموم فإنه ورغم اكتفاء المشرع بالنص على الجزاء الجنائي دون المدني، فإن موقف المشرع من حق المستهلك في العدول والجزاء المترتب على مخالفة القواعد المنظمة له يعد موقفا ايجابيا، خلافا لما كان عليه قبل تعديل 2018، أين لم ينص المشرع على هذا الحق بتاتا وهو موقف يحمد عليه المشرع.

الفرع الثالث: جزاء خداع وغش المستهلك

من بين الجزاءات التي فرضها المشرع في إطار حماية المستهلك نجد الجزاءات المطبقة في حالة خداع وغش المستهلك، ونظرا لخطورة هذه التصرفات على رضا المستهلك والتي من شأنها أن تجعله ضحية لهذه الأفعال ليس على المستوى المادي فحسب بحيث يخسر من وراء هذا التعاقد أمواله، بل أن هذه التصرفات والأفعال قد تجعل المستهلك يقتني منتوجات بدلا من أن تحقق الرغبة المشروعة التي كان المستهلك يسعى إلى الحصول عليها من وراء التعاقد، فإنها تؤدي إلى وقوع أضرار قد تصل في بعض الأحيان إلى فقدان الحق في الحياة، أين يبدو أن المشرع قد تنبه إلى خطورة مثل هذه الأفعال مما جعله يعتبرها جرائما، غير أن طبيعة هذه الجرائم ومجالها يجعل لكل خصوصية معينة وهذا ما يدفعنا إلى دراسة كل جريمة بوجه مستقل، حيث نتطرق في بداية الأمر إلى جريمة خداع المستهلك **(أولا)**، ثم إلى جريمة الغش **(ثانيا)**، وبعد ذلك نتطرق إلى الجزاء والمتابعة في كلا الجريمتين **(ثالثا)**.

أولا- جريمة خداع المستهلك: نظرا لأن جريمة الخداع تفترض دائما وجود شخص متعاقد لقيامها، فهي لا تتعلق بالأشياء الاستهلاكية بقدر ما تقع على إرادة المتعاقد، وهذا ما يجعل جريمة الخداع ذات طبيعة خاصة، تجعلنا نميز بين أركان قيام جريمة الخداع باعتبار أن مجالها الأصلي هو وجود معاملة مالية**(1)**، ثم نتطرق بعد ذلك إلى أركان جريمة خداع المستهلك من جانب الأركان التقليدية للجريمة**(2)**.

1 – أركان جريمة خداع المستهلك باعتبار مجالها في المعاملات المدنية: على اعتبار أن جنحة الخداع مجالها الأصلي هو المعاملات المدنية فإننا نتساءل عن مدى تأثر المشرع عند تجريمه لهذا الفعل بالقواعد الخاصة بالمعاملات المدنية؟، وهو ما يدفعنا إلى دراسة مدى اشتراط وجود عقد للكلام عن حماية

المستهلك من الخداع (أ)، وإلى تكييف العقد (ب)، ومن جهة أخرى فإن محل العقد يثير إشكالا يتعلق بتطبيق الخداع من هذا الجانب(ج).

أ – **وجود عقد:** لقد ذهب جانب من الفقه في الجزائر[1] من خلال تحليلهم لنص المادة 429 ق ع ومقارنتها مع نص المادة 1/28 من القانون 89–02 المتعلق بحماية المستهلك (الملغى)، أن المشرع الجزائري وإن كان يشترط صراحة وجود عقد من خلال نص المادة 429 ق ع لقيام جريمة الخداع، فإنه لا يشترط ذلك بمناسبة خداع المستهلك في نص المادة 2/28 من قانون 89– 02، ذلك أن نص هذه المادة لم يستعمل مصطلح العقد أو المتعاقد حيث أشار فقط إلى طائفة من المتدخلين في العملية الاستهلاكية مثل الموزع المنتج ...الخ، وهي صفة يكتسبونها بصورة دائمة سواء كانوا متعاقدين أو غير متعاقدين، وهو رأي يمكن التسليم به نسبيا، فنص المادة 28–02 وإن لم يشر صراحة إلى مصطلح المتعاقد أو العقد، فإنه أحال على نص المادة 429 والذي يستعمل مصطلح المتعاقد مما يدل على ضرورة وجود عقد بمناسبة الإحالة على هذا النص.

إن نص المادة 1/28 من القانون 89–02 قد تم إلغاؤه بصدور القانون 09–03 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش حيث حل محله نص المادة 68 والمادة 429 من ق ع، وباستقراء ومقارنة النصين نجد بأن كلاهما يربط جريمة الخداع بوجود عقد وهذا ما يفهم من استعمال المشرع في نص المادة 68 للفظ مستهلك "... كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك...". والمستهلك في الحقيقة ما هو إلا متعاقد، كما أن نص المادة 429 قد استعمل صراحة مصطلح المتعاقد، وهو أمر طبيعي بما أننا قد وصلنا عند تعريف الخداع وتمييزه عن الغش بأن هذا الفعل يرتبط دائما بوجود عقد ومتعاقد يقع على إرادته بخلاف الغش الذي يرتبط بطبيعة المنتوج.

مما يدعم رأينا حول اشتراط المشرع وجود عقد لقيام جريمة الخداع أو محاولة خداع المستهلك من خلال نص المادة 68، هو استعمال المشرع لحالة خداع متعلقة مباشرة بالعقد، ومثال ذلك عندما نص المشرع على أنه من بين صور خداع المستهلك الخداع حول كمية المنتوج، وتسليم منتوجات غير تلك التي تم تحديدها مسبقا، والتسليم وتحديد كمية المنتوج لا يكون إلا من خلال الاتفاق المؤدي إلى إبرام العقد.

إن التحليل السابق قد أفرز بصورة واضحة ضرورة وجود عقد لقيام جريمة خداع المستهلك، غير أن التساؤل الذي يطرح نفسه، هل تمتد الحماية لتشمل المتعاقد أو المستهلك في جميع العقود و أنوعها؟.

ب – **تكييف العقد:** بما أنه أصبح من الواضح ضرورة وجود عقد لقيام جريمة خداع المستهلك، فإنه من الواجب تحديد العقد الذي يجب أن نكون بصدده من أجل قيام جريمة الخداع، أي ما هي العقود التي حددها المشرع لقيام الخداع؟.

[1] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص350.

إن الإجابة عن التساؤل السابق تتطلب منا الإجابة على سؤالين آخرين أيضا، هل يقع الخداع فقط في عقود معينة أما أنه يمتد ليشمل جميع العقود؟ وهل تقتصر جريمة الخداع على عقود الاستهلاك فقط أم أنه تشمل أيضا العقود التي يكون أحد أطرافها محترفا؟.

فبالنسبة للإجابة على التساؤل الأول فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 429 ق ع والتي استعملت مصطلح **متعاقد** وكذلك نص المادة 68 الذي استعمل مصطلح **مستهلك** وهو متعاقد أيضا، فإن كلا النصين لم يربطا جريمة الخداع بعقد معين، لذلك فإننا في هذا الصدد نؤيد الرأي الفقهي الذي يذهب إلى أن جريمة الخداع كما يمكن أن تقع في عقد البيع وهي الصورة المألوفة من الناحية العملية، فإن نطاق الخداع يمكن أن يمتد أيضا بالإضافة إلى عقد البيع إلى عقود أخرى كقد الاستصناع أو الرهن أو عارية الاستعمال أو حتى إيجار المنقول، أي أن جريمة الخداع يمتد نطاقها إلى كل العقود سواءً كانت هذه العقود عقودا شكلية أو عينية أو رضائية، وكل ما في الأمر أنه يجب أن يكون العقد من عقود المعاوضة، فلا يتصور أن يقع الخداع في عقود التبرع مثل الهبة والعارية بدون أجر ذلك أنها من العقود التي يقدم فيها أحد المتعاقدين منفعة للآخر دون أن ينتظر منه مقابل[1].

ولا يعتد أيضا بالمرحلة التي يقع فيها الخداع، فجريمة خداع المستهلك تقوم مهما كانت المرحلة التي ارتكب المتدخل أو حاول أن يرتكب جريمة الخداع، سواء في مرحلة إبرام العقد، أو تنفيذه أو حتى خارج هذه المرحلة بما أن المشرع الجزائري يعاقب على مجرد الشروع في الجريمة.

أما فيما يتعلق بالإجابة على التساؤل الثاني، والمتعلق بمدى اعتبار العقد عقد استهلاك لقيام جريمة خداع المستهلك، فإنه وبالرجوع إلى نصي المادتين 68 ق ح م ق غ و429 من ق ع، نجد بأن الإجابة سوف تتباين من نص إلى آخر، فبالنسبة إلى نص المادة 429 من ق ع والذي استعمل عبارة المتعاقد، فلا يبدو أنه يميز بين عقد الاستهلاك والعقود غير الاستهلاكية فتقع جريمة الخداع هنا سواء كان العقد بين المستهلك والمهني أو المحترف، أو كان العقد بين محترفين، أي أن تجريم الخداع وفقا لنص المادة 429 ق ع يشكل حماية جنائية للمتعاقد من الخداع بغض النظر عن طبيعة العقد وعن صفة المتعاقد، وذلك بخلاف نص المادة 68 ق ح م ق غ والذي استعمل عبارة **مستهلك** بدلا من **متعاقد** مما يدل بأن جريمة الخداع وفقا لنص المادة 68 ق ح م ق غ توجب أن يكيف العقد الذي وقع فيه الخداع بأنه عقد استهلاك، وهذا ما يوحي إلى التكرار الموجود في النصوص، غير أن إشارة المادة 68 ق ح م ق غ إلى جريمة الخداع رغم وجودها في نص المادة 429 ق ع لم يكن حسب رأينا أمرا اعتباطيا بل فرضته خصوصية محل عقد الاستهلاك الذي يختلف عن محل العقد في القواعد العامة.

ج – محل العقد: يختلف محل العقد في القواعد العامة عنه في عقد الاستهلاك ولعل هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى استعمال مصطلح المنتوج ضمن نص المادة 68 ق ح م ق غ ، بدلا من مصطلح السلعة

[1] - أنظر مجدي محمود محب حافظ، موسوعة تشريعات الغش والتدليس، المرجع السابق، ص ص 36-37، وراجع كذلك بودالي محمد، شرح جرائم الغش والتدليس في بيع السلع في المواد الغذائية والطبية، المرجع السابق ص16.

المستعمل في نص المادة 429 ق ع، حيث جاء في نص المادة 429 من صور الخداع " ... سواء في الطبيعة أو في الصفات الجوهرية، أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع...".

إن الأخذ بالمصطلح الوارد ضمن نص المادة 429 ق ع أي **السلعة** يعني أنه لا يمكن تصور الخداع إلا إذا كان محل العقد سلعة، والسلعة[1] حسب ما عرفها قانون حماية المستهلك هي كل شيء مادي قابل للتنازل بمقابل[2]، وبهذا فإن نطاق تطبيق جريمة الخداع في نص المادة 429 ق ع يتحدد بالمحل المتمثل في السلع والذي يشمل كل السلع الزراعية والصناعية والطبيعية، والمواد الغذائية والعقاقير الطبية، والنباتات والجمادات والحيوانات بصفة عامة، وكذلك التحف والجواهر والأشياء الثمينة والملابس، كما تشمل الآلات والمواد الخام[3]، ويخرج من نطاق الحماية وفقا لنص المادة 429 ق ع الخدمات.

وخلافا لنص المادة 429 ق ع الذي قصر جريمة الخداع على السلع فقط، فإن نص المادة 68 ق ح م ق غ يستعمل مصطلحا أوسع يتمثل في المنتوج بدلا من السلعة، وهذا ما يوسع من نطاق الحماية من حيث محل العقد الذي يمكن أن يكون محلا لجريمة الخداع ليشمل إضافة إلى السلع الخدمات.

فالمنتوج في مجال حماية المستهلك يشمل الخدمات أيضا إلى جانب السلع، حيث يمكن تصور جريمة خداع أو محاولة خداع المستهلك عندما يتعلق الأمر بخدمات معنوية كخدمة التأمين والغسيل والفندقة وغيرها.

إن الأركان السابقة تتعلق بخصوصية جريمة خداع المستهلك، هذه الخصوصية فرضها المجال الذي شرعت فيه أي مجال العقود، غير أن ذلك لا يعني أن جريمة الخداع لا تخضع للأركان التقليدية في الجريمة.

1 – أركان جريمة خداع المستهلك باعتبار الأركان التقليدية للجريمة: توجب المبادئ التقليدية للجريمة توافر مجموعة من الأركان من أجل وجود وقيام الجرائم وكذلك وجود مبرر للعقاب، وبغض النظر عن الاختلاف[4] الواقع بين رجال القانون حول عدد هذه الأركان وطبيعتها، فإن الرأي السائد في المفهوم العام

---

[1] - يستعمل المشرع المصري خلافا للمشرع الجزائري مصطلح آخر يتمثل في البضاعة، غير أن شراح القانون يعطونه نفس المدلول المقدم لمصطلح السلعة المستعمل من طرف المشرع الجزائري حيث تعرف البضاعة لدى الفقه الراجح بأنها" كل منقول قابلا للتعامل ناتج عن زراعة أو صناعة، وسواء كان صلبا أم سائلا أم غازيا ". أنظر مجدي محمود محب حافظ، المرجع السابق، ص14. كما عرف البعض البضاعة بأنها " الأشياء المادية المنقولة والتي يمكن أن تحسب أو توزن أو تقاس". أنظر في هذا التعريف أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة دراسة مقارنة، ط1، المكتبة العصرية، مصر، 2008، ص190.

[2] - لقد ذهب بعض الفقه إلى أن العقارات تخرج من نطاق مفهوم السلعة المقصودة كمحل للعقد الذي يمكن أن يتصور فيه الخداع، انطلاقا من أن المشرع قد خص العقارات بحماية خاصة مثل ما هو علية في جنحة التعدي على المنزل، و جنحة التعدي على الملكية الخاصة، كما خصه بقواعد خاصة في القانون المدني، أنظر محمد بودالي، شرح جرائم الغش والتدليس في بيع السلع في المواد الغذائية والطبية، المرجع السابق، ص15.

[3] - أنظر مجدي محمود محب حافظ، المرجع السابق، ص16.

[4] - راجع في إبراز الاختلاف السائد بين فقهاء القانون الجنائي حول أركان الجريمة بين من يعتبرها ركنين هما الركن المادي والركن المعنوي فقط وبين من يعتبر النص التجريمي شرطا لقيام الجريمة، وبين الرأي الذي يعتبر نص التجريم ركن في الجريمة لتصبح أركان الجريمة ثلاثة أركان، منصور رحماني، الوجيز في القانون الجنائي العام – فقه قضايا-، دار العلوم للنشر، عنابة - الجزائر-، 2006، ص92.

للجريمة أنه حتى تقوم هذه الجريمة لا بد من توافر ثلاثة أركان هي الركن الشرعي، والركن المادي، وكذلك الركن المعنوي، وهذا ما يتطلب منا دراسة مدى توافر هذه الأركان في جريمة خداع المستهلك.

أ – **الركن الشرعي:** يتمثل الركن الشرعي للجريمة بصفة عامة في النص التجريمي الذي تجد الجريمة مصدرها وأساسها القانوني فيه، إذ أن المبدأ السائد في قانون العقوبات هو منع العقاب والتجريم دون النص وهو ما يعبر عنه بمبدأ الشرعية فلا جريمة ولا عقوبة دون قانون، وهو ما يلزم علينا قبل دراسة باقي الأركان تحديد الركن الشرعي لجريمة خداع المستهلك أي المصدر لهذه الجريمة.

إن جريمة الخداع هي جريمة منصوص عليها في قانون العقوبات الجزائري قبل صدور قانون حماية المستهلك حيث تجد مصدرها في نص المادة 429 و430 من ق ع، حيث جاء في نص المادة 429 ما يلي" يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاثة سنوات وبغرامة من 20000 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد..."، حيث أشارت هذه المادة إلى جريمة خداع المتعاقد صراحة، بينما أشارت المادة 430 إلى الحالات المؤدية إلى تشديد العقوبة بالنسبة لجريمة خداع المتعاقد، حيث يمكن أن يستفيد المستهلك من الحماية في إطار هذا النص على اعتبار أن المستهلك ما هو إلا متعاقد في نهاية المطاف ورغم ذلك فإن المشرع الجزائري لم يكتفي بنص المادة 429 كإطار عام لحماية المستهلك من الخداع حيث نجده قد أورد نصا خاص بجريمة خداع المستهلك ضمن النصوص التي خصصت لحمايته.

بالرجوع إلى القواعد التي تضمنت قانون حماية المستهلك سواء الملغاة منها أو السارية المفعول نجد بأن المشرع نص على جريمة خداع المستهلك، فنجد مثلا بأن قانون حماية المستهلك الحالي قد ذهب إلى تكريس نص خاص لجريمة خداع المستهلك وهو نص المادة 68 والتي جاء فيها ما يلي " كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك بأية وسيلة أو طريقة كانت"، ويلاحظ في هذا الصدد أن نص 68 الذي حل محل نص المادة 28 من القانون 89–02 قد وسع من نطاق الخداع في إطار حماية المستهلك حيث كان النص القديم يقر محاولات الخداع على مجرد عدم المطابقة المنصوص عليه في النص المادة 3 منه.

وفي اعتقادنا أن تكرار المشرع الجزائري النص على جريمة الخداع في قانون حماية المستهلك، وإن كانت تحيل فيما يتعلق بمسألة العقاب على نص المادة 429 لم يكن أمرا اعتباطيا وإنما فرضته خصوصية الحماية اللازمة للمستهلك، فلو اكتفى المشرع مثلا بنص المادة 429 ق ع في محاربة خداع المستهلك لأخرج مثلا من نطاق جريمة الخداع الخدمات، بما أن المشرع الجزائري قد استعمل مصطلح السلعة فقط ضمن نص المادة 429 وهو ما لا يجيز للقاضي التوسع في تفسير النص لجعله شاملا للخداع الواقع في العقود التي يكون محلها خدمات، فالقاضي الجنائي لا يملك ما يملكه القاضي المدني من حرية في تطويع النصوص بل هو ملزم بتطبيق النص كما ورد في المادة القانونية، ومن هنا أصبح من الواضح أن الركن الشرعي لجريمة خداع المستهلك تتضمنه النصوص المتمثلة في نص المادة 429

و430 ق ع، والمادة 68 ق ح م ق غ، فما هي الأفعال التي تشكل الركن المادي لجريمة خداع المستهلك وفقا للنصوص السابقة؟.

أ – **الركن المادي:** يقصد بالركن المادي الفعل الذي يمكن أن يتحقق به الخداع، وبالرجوع إلى النصوص التي تعتبر الأساس القانوني لجريمة الخداع، نجد بأن المشرع الجزائري في نص المادة 429 ق ع قد نص على أنه"... كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد..." إذ نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد وسيلة معينة يمكن أن يتصور بها وقوع الخداع، كما أنه لم يشر إلى أن الخداع يمكن أن يتم بأية وسيلة كانت، وذلك خلافا للمشرع الفرنسي الذي نص في قانون الاستهلاك في نص المادة 213–1 قانون الاستهلاك الفرنسي على أن الخداع يمكن أن يكون بأية وسيلة كانت، تتعلق بخصائص السلعة أو الخدمة، وهذا ما دفع جانب من الفقه[1] إلى انتقاد المشرع الجزائري الذي جاء أصله مبتورا من كلمة بأية وسيلة كانت أو إجراء، وهو ما يعتبر قصورا ضمن نص المادة 429 ق ع، إذا ما تمت مقارنته مع الأصل التاريخي لهذا النص، لكن ماذا عن النصوص التي تضمنت جريمة خداع المستهلك في القواعد المتعلقة بحمايته؟.

إن دراسة موقف المشرع الجزائري من مسألة تحديد الركن المادي لجريمة الخداع ضمن نصوص قانون حماية المستهلك تستلزم منا دراسة كل النصوص التي نظمت هذه المسألة سواء في القانون الملغى أو القانون الجديد، فالنسبة لنص المادة 28 الملغاة[2] فقد كانت تنص بأنه " دون الإخلال بالأحكام التشريعية في هذا المجال تطبق على كل منتج أو وسيط أو موزع أو متدخل خالف أحكام المادة 3 الفقرة الثانية من هذا القانون العقوبات المنصوص عليها في المواد 429، 430، 431، من قانون العقوبات".

حيث يفهم من نص المادة 28 التي كانت تشير إلى نص المادة 3 فقرة 2 بأنها لم تحدد الركن المادي لجريمة الخداع، وإنما أشارت فقط إلى الحالات التي يمكن أن يتصور فيها خداع المستهلك حول الرغبات المشروعة التي يتوخاها من وراء اقتنائه للمنتوج، فهذه الحالات في القانون الملغى تتمثل في كل ما يتعلق بالمنتوج حول طبيعته ومنشئه ومميزاته الأساسية وتركيبه ونسبة المقومات اللازمة له وهويته وكميته[3]، أي أن القانون الملغى لم يشر إلى الركن المادي صراحة، كما أنه لم يشر بأن الخداع يمكن أن يكون بأية وسيلة كانت وبذلك فإن المشرع لم يتخط الانتقاد السابق الذي كان موجه لنصوص قانون العقوبات التي سقطت منها عبارة " **بأي وسيلة كانت**".

وخلافا للنص الملغى فإن المشرع ومن خلال نص المادة 68 ق ح م ق غ الجديد قد أشار إلى أن خداع المستهلك يمكن أن يتم بأية وسيلة كانت، حيث يبدو أن المشرع قد تدارك السهو الذي جعله يسقط هذه العبارة في نصوص قانون حماية المستهلك الملغى ونصوص قانون العقوبات التي أشارت إلى جريمة الخداع، غير أن الأمر المشترك بين هذه النصوص هو أن المشرع لم يحدد صراحة الفعل الذي يمكن أن

[1] - أنظر بودالي محمد، شرح جرائم الغش والتدليس في بيع السلع في المواد الغذائية والطبية، ص17.
[2] - جاءت هذه المادة ضمن نصوص القانون 89-02 المتضمن قانون حماية المستهلك الملغي، الصادر في 8 فبراير، 1989، ج رج، ع6.
[3] - أنظر نص المادة 3 الفقرة 2 من القانون 89-02 المتضمن قانون حماية المستهلك الملغى، المرجع السابق.

يشكل الركن المادي لجريمة الخداع[1]، كما أنه نص صراحة على الحالات التي يمكن أن يتصور أو يقع فيها خداع المستهلك حيث حددت المادة 68 هذه الحالات في الحالات التالية:

" ... كمية المنتوجات المسلمة.

تسليم منتوجات غير تلك المعينة مسبقا،

قابلية استعمال المنتوج،

تاريخ أو مدة صلاحية المنتوج، النتائج المنتظرة من المنتوج،

طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج".

والتفسير الذي يمكن تقديمه لعدم رغبة المشرع الجزائري وكذلك مختلف التشريعات المقارنة في تحديد وسائل الخداع، يرجع ربما إلى الرغبة في عدم حصر وسائل الخداع في نطاق معين، وذلك حتى لا يؤدي ذلك إلى إفلات المتحايلين من تطبيق أحكام القانون عليهم، ولذلك فقد ترك المشرع لقاضي الموضوع سلطة استخلاص وسيلة الخداع في كل حالة على حدة[2]، وهو حسب رأينا ما يتماشى مع مسألة ومتطلبات حماية المستهلك من الخداع.

وفي مجال عمل القضاء في تحديد والوسائل التي يمكن أن يقع بها الخداع، فقد ذهب القضاء في فرنسا إلى عدم اعتباره من الخداع مجرد بيع سلعة بأكثر من قيمتها[3]، وبالمقابل فإنه يمكن اعتبار من قبيل الخداع إذا اتخذت المبالغة في السعر وسيلة للخداع، وذلك إذا ما أدى الرفع في ثمن السلعة إلى بعث فكرة في ذهن المتعاقد بأنه لا يوجد عيب في تلك السلعة أو الخدمة[4].

وتجب الإشارة أيضا إلى أن عدم تحديد المشرع للركن المادي الذي يمكن أن يتحقق به الخداع بصفة عامة، وخداع المستهلك خاصة، لا يعني بأن المشرع لا يحدد مطلقا بعض الأفعال التي تدخل ضمن الركن المادي لجريمة الخداع، وهذا ما فعله المشرع الجزائري مثلا عندما ذهب إلى تحديد بعض الوسائل التي يمكن أن تشكل فعلا ماديا لجريمة الخداع، وذلك بمناسبة تشديد عقوبة الخداع إذا كانت جريمة الخداع قد ارتكبت بإحدى الوسائل التي حددتها المادة 69 ق ح م ق غ، حيث تتمثل الوسائل التي يمكن أن تعتبر الركن المادي لجريمة الخداع في هذه الحالة في ما يلي:

- الوزن أو الكيل أو بأدوات أخرى مزورة أو غير مطابقة
- 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، حيث يلاحظ في هذه الحالة أن المشرع أيضا نص على حالات

[1] - إن عدم تحديد المشرع للركن المادي لجريمة خداع المستهلك على سبيل الحصر، يدخل ضمن الخصوصية التي تتمتع بها الجريمة الاقتصادية التي يتميز فيها الركن المادي بالغموض وهو ما يعتبر خروجا عن المعايير المعمول بها في نطاق التجريم حيث تقتضي القواعد العامة للجريمة تحديد الركن المادي للجريمة تحديدا دقيقا، أي أن عدم تحديد الركن المادي لجريمة خداع المستهلك الذي يجعله غامضا يدخل ضمن السمات البارزة للقواعد الجزائية في المادة الاقتصادية. أنظر إيهاب الروسان، خصائص الجريمة الاقتصادية – دراسة في المفهوم والأركان، مجلة دفاتر السياسة والقانون، مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ع9، جوان 2012، ص 73.

[2] - أنظر مجدي محمود محب حافظ، المرجع السابق، ص37.

[3] - Crim, 25 October 1900 ; Bull . Crim . N° 358 – P .211.

[4] - Crim , 14 Janvier 1985 ; D 1986. I . R . P 132.

يمكن أن يقع فيها الخداع فتكون بذلك عقوبة الخداع مشددة، إلا أنه لم يحدد طريقة الخداع وهذا ما يفهم من استعمال المشرع لمصطلح **طرق**.

- إشارات أو إدعاءات تدليسية
- كتيبات أو منشورات أو معلقات أو إعلانات أو بطاقات أو أية تعليمات أخرى.

وتجدر الإشارة أيضا أنه في مجال جريمة خداع المستهلك، فإن المشرع يعاقب على الشروع في جريمة الخداع كما يعاقب على الخداع التام، وهذا ما يفهم من نص المادة 68 ق ح م ق غ التي استعلمت عبارة "**كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المستهلك...** "، كما استعملت نص المادة 429 ق ع نفس المصطلح أيضا **كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد**، فيلاحظ فعلا بأن المشرع الجزائري قد ساوى بين العقوبة الموجه للخداع التام والشروع في الخداع من حيث العقوبة، وترتيبا على ذلك ذهب الفقه[1] إلى أن الشروع في جريمة الخداع يتحقق بمجرد أن يقوم البائع بأكاذيب يوجهها إلى المجني عليه في شأن البضاعة أو مقدارها أو ذاتيتها، بشرط أن تكون هذه الأكذوبة في مقام تعاقد، أو بقصد حمل المتعاقد على قبول التعاقد على صورة ما كانت لتقع لولا هذه الأكذوبة.

إن اعتبار المشرع الجزائري للشروع في الخداع جريمة تامة، يستتبعه نتيجة أخرى مفادها عدم أهمية تحقق النتيجة الإجرامية، **فالشروع هو عدم النتيجة**[2]، ولا تشترط النتيجة أيضا في جريمة الخداع أو محاولة الخداع المقترنة بظروف التشديد والمنصوص عليها ضمن المادة 69 ق ح م ق غ وكذلك المادة 430 ق ع، وهذا ما ذهب بالبعض إلى القول بأن عدم اشتراط المشرع لوقوع ضرر للمستهلك لقيام جريمة الخداع، يجعل من جريمة خداع المستهلك من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر[3].

خلاصة القول أنه في جريمة الخداع ومحاولة خداع المستهلك لم يحدد المشرع الأفعال التي تدخل ضمن الركن المادي لجريمة الخداع حيث يتحقق هذا الركن بأية وسيلة كانت، ماعدا الأفعال المحددة بموجب التشديد في عقوبة جريمة الخداع، كما أنه لا عبرة للنتيجة لقيام جريمة خداع المستهلك إذ أن المشرع يعاقب على مجرد الشروع، وهو ما يشكل خصوصية لجريمة الخداع في الركن المادي، لكن هل توجد خصوصية أخرى على مستوى الركن المعنوي في جريمة خداع أو محاولة خداع المستهلك.

ج – الركن المعنوي: تعد جريمة الخداع من الجرائم العمدية سواء لدى المشرع الجزائري، أو لدى مختلف التشريعات المقارنة[4]، وتبعا لذلك فإن الركن المعنوي فيها يتخذ صورة القصد الجنائي بركنيه العلم والإرادة،

---

[1] - أنظر مجدي محمود محب حافظ، المرجع السابق، ص41.

[2] - أنظر منصور رحماني، المرجع السابق، ص159.

[3] - أنظر العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000-2001، ص281.

[4] - فعلى سبيل المثال تعتبر جريمة الخداع جريمة عمديه لدى المشرع المصري، وهو ما يظهر من خلال نص المادة 1 من قانون قمع التدليس والغش، كما تعتبر جريمة عمديه أيضا بالنسبة للمشرع الفرنسي من خلال نص المادة 213-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

إذ ينبغي أن تتجه إرادة الجاني صوب ارتكاب النشاط المكون للركن المادي للجريمة وهو فعل الخداع أو الشروع في الخداع، وأن يكون الجاني على علم بعناصر الواقعة الإجرامية[1].

إن الفرض السابق معناه أن النصوص القانونية لا تعاقب إلا على الخداع الذي يتم بطريقة غير مشروعة، ومنه فإنه لا يعاقب على الجهل أو الغلط الذي يقع فيه المتدخل تجاه المتعاقد معه، على اعتبار أن جريمة الخداع جريمة عمديه، وتبعا لذلك فإن الإهمال حتى ولو كان جسيما لا يعادل الغش، ذلك أن الإهمال صورة للخطأ العمدي، إذا لا يعتبر المتعاقد مخادعا إلا إذا ثبت سوء النية في جانبه[2].

والقول بأن القصد الجنائي ركن من أركان جريمة الخداع، يرتب نتيجة مفادها بأن جريمة خداع المستهلك لا يمكن أن تقوم دون توافر هذا الركن، وطبقا لذلك فإن محكمة الموضوع ملزمة بأن تتكلم في حكمها عن توافره وقيام الدليل عليه وإلا كان حكمها قاصرا يتعين نقضه، بما أن هذه المسألة من المسائل التي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض(المحكمة العليا في الجزائر)[3].

وتجدر الإشارة بأنه من المسائل المهمة التي تطرح عند دراسة جريمة خداع المستهلك، نجد مسألة توافر نية الخداع من عدمها، وفي هذه المسألة بالضبط فقد ذهب القضاء المقارن خاصة في فرنسا إلى أكثر من النظر في مدى توافر عنصر القصد الجنائي، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن النص الأصلي المتعلق بالخداع لا يقيم أية قرينة على سوء النية، ومنه فإنه يقع على القضاة أن يلتمسوا بين عناصر الدعوى والظروف المشددة المحيطة ما يدل على سوء نية الجاني[4].

وقد ذهب القضاء الفرنسي في اجتهاداته بالنسبة للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير سوء النية إلى أنه يكفي أن يلاحظ القاضي وجود نية الخداع[5]، فتكون هذه النية ثابتة بمجرد عدم قيام المتهم بعملية الرقابة التي تجري على المنتوجات والتي تقع على عاتقه[6]، حيث ذهب بعض الفقه[7] في الجزائر إلى تشبيه تشبيه هذه المسألة بالمسألة المتعلقة بكفاية كتمان المهني لمعلومات متعلقة بالعقد وتهم الطرف الآخر، لقيام نية التضليل لديه.

وإذ كان لا يوجد اجتهاد قضائي في الجزائر يعالج المسألة السابقة، فإن الفقه يذهب إلى أن القضاء في الجزائر سوف يأخذ بالموقف الذي وصل وسار إليه القضاء والفقه الفرنسيين[8].

وخلاصة القول أن جريمة الخداع تستلزم إضافة إلى الركنين السابقين وهما الركن الشرعي والمادي وجود القصد الجنائي، حيث يجب أن يتوافر هذا القصد في مرحلة إبرام العقد، بالنسبة للجريمة التامة، أو في وقت تقديم البضاعة أو عرضها في حالة الشروع.

---

[1] - أنظر مجدي محمود محب حافظ، المرجع السابق، ص43.
[2] - أنظر أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، المرجع السابق، ص213.
[3] - أنظر المرجع نفسه، ص214.
[4] - Crim , 4 Janvier 1977 .D.1977 ; J .p 336 . note . fourgoux (J- c).
[5] - Crim., 4 Mai 1972. Bull. Crim. n°154.
[6] - Crim., 17 Mars 1993 : Bull. Crim. n°123.
[7] - أنظر حامق ذهبية المرجع السابق، ص 354.
[8] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ثانيا – جريمة الغش: بخلاف جريمة الخدع فإن جريمة الغش لا تعرف أركانا خاصة متعلقة بالعقد ومحل العقد وغيرها، فجريمة الغش لا ترتبط بوجود متعاقد أو عقد، بقدر ما هي منصبة على المنتوج في خد ذاته، وإنما يحكم جريمة الغش فقط الأركان المتعارف عليها في القواعد العامة للجريمة والمتمثلة أساسا في الركن الشرعي، والركن المادي، والركن المعنوي، وهذا ما يتطلب منا دراسة هذه الأركان.

1 – الركن الشرعي: إن الركن الشرعي هو النص الذي يجرم فعل الغش في المنتوجات ويتحدد بالمواد المنصوص عليها سواء في قانون العقوبات، أو قانون حماية المستهلك وقمع الغش، فبالنسبة لقانون العقوبات نجد أن فعل الغش مجرم بموجب نص المادة 431 منه والتي نصت على ما يلي" يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 20.000دج إلى 100.000دج كل من:

– يغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتوجات فلاحيه أو طبية مخصصة للاستهلاك

– يعرض أو يضع للبيع أو يبيع مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوانات أو مواد طبية أو مشروبات أو منتوجات فلاحيه أو طبية، بعلم أنها مغشوشة أو فاسدة أو مسمومة.

– يعرض أو يضع للبيع أو بيع مواد خاصة تستعمل لغش مواد صالحة لتغذية الإنسان أو الحيوان أو مشروبات أو منتوجات فلاحية أو طبية أو يحث علا استعمالها بواسطة كتيبات أو منشورات أو نشرات أو معلقات أو إعلانات، أو تعليمات وهو يعلم أنها محددة"

أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك فقد نصت المادة 70 منه بأنه " يعاقب بالعقوبات المنصوص عليها في المادة 431 من قانون العقوبات كل من:

- يزور أي منتوج موجه للاستهلاك أو الاستعمال البشري أو الحيواني
- يعرض أو يضع للبيع أو بيع منتوجا يعلم أنه مزور أو فاسد أو سام أو خطير للاستعمال البشري أو الحيواني
- يعرض أو يضع للبيع أو يبيع مع علمه بوجهتها مواد أو أدوات أو أجهزة أو كل مادة خاصة من شأنها أن تؤدي إلى تزوير أي منتوج موجه للاستعمال البشري أو الحيواني"

ومن خلال ما تقدم يتضح أن الإطار أو الأساس القانوني لجريمة الغش يتحدد بنص المادتين السابقتين، وهذا ما قد يوحي لدى البعض بأن المشرع قد وقع في التكرار، مما يؤدي بهم إلى القول بأن المشرع كان عليه أن يكتفي بنص المادة 431 ق ع بما أن هذا النص يجرم فعل الغش، وعدم الإشارة إليه من جديد ضمن نصوص حماية المستهلك إلا أنه يمكن الرد على التصور السابق من خلال النقاط التالية:

إن المشرع في قانون العقوبات يحصر جريمة الغش على بعض السلع دون الخدمات، حيث استعمل المشرع هنا عبارة **مواد** ثم عدد مجموعة من المواد التي تشكل مجالا للغش فيفهم من تعداد المواد بهذا الشكل بأن المشرع قد قصد السلع وهي معظمها سلع مرتبطة بتغذية الإنسان أو بالناحية الطبية له،

بينما ذهب المشرع من خلال نص المادة 70 ق ح م ق غ، إلى أن الغش يمتد إلى جميع المنتوجات حيث يشمل إلى جانب السلع الخدمات، وهذا ما يتضح من خلال استعمال المشرع في نص المادة 70 ق ح م ق غ لعبارة **منتوج** بدلا من سعلة.

أما الطرح الثاني الذي يبرر إعادة تجريم المشرع للغش في مجال قانون حماية المستهلك، هو أن المشرع عندما نص على جريمة الغش في قانون العقوبات حصرها في بعض المواد الموجه للاستهلاك وتغذية الإنسان، بينما يدل مصطلح المنتوج الذي يشمل مصطلح السلعة إلى جانب الخدمات أن المشرع قصد جميع المواد أو السلع الاستهلاكية دون استثناء، وهذا ما يعد رأيا أو توجها صائبا في نظرنا نظرا لما يشكله فعل الغش من خطر على المستهلك والذي قد يصل إلى حد المساس بحياته.

وعلى العموم فإنه وبالإضافة إلى أوجه الفرق بين نص تجريم فعل الغش في مجال حماية المستهلك، ونص قانون العقوبات، فإنه يمكن أن توجد فروق أخرى، وهذا ما سوف يتضح معنا عند دراسة الركن المادي لجريمة الغش.

2 – الركن المادي لجريمة الغش: إن تحديد الفعل المادي الذي يمكن أن يقع به الغش، يفرض علينا بالضرورة الرجوع إلى النصوص التي تجرم فعل الغش، وهذا ما يتطلب منا دراسة هذه البنود التي حددت الأفعال المادية الداخلة في الغش بندا ببند مع مقارنة البنود الواردة في نص المادة 431 ق ع، بالبنود الواردة في نص المادة 70 ق ح م ق غ .

بالنسبة للبند الأول من المادة 431 ق ع فنلاحظ أن المشرع قد استعمل مصطلح **يغش مواد،** وطبقا لهذه العبارة فإن المشرع لم يحدد في البند الأول الفعل أو الأفعال التي يمكن أن ترتكب بها جريمة الغش، وذلك راجع حسب البعض[1] إلى أن فعل الغش يكون عادة بطريقة غير مقررة في النصوص التشريعية الآمرة، إلا أن نفس الاتجاه يرى بأن الغش المقصود في البند الأول من المادة 431 ق ع، قد يكون عن طريق وسائل مختلفة تتمثل في:

- **الغش عن طريق الخلط والإضافة للسلعة:** ويتحقق ذلك خاص بمزج سلعة بأخرى تختلف عنها في الكم والنوع أومن نفس النوع لكن بأقل جودة.
- **الغش في التصنيع:** وذلك كصناعة بضاعة معينة وعدم إدخال المواد الأساسية التي تتكون منها.
- **الغش بالانتزاع أو الإنقاص:** وذلك من خلال نزع كل جزء من العناصر الحقيقية المركبة للمادة الطبيعية، مع الاحتفاظ بنفس تسمية السلعة، وبيعها بنفس ثمن السعلة ذات الجودة العالية، ومثاله نزع دسم الحليب الذي يقلل من خواصه.

وبخلاف البند الأول من نص المادة 431 ق ع، نجد أن المشرع استعمل مصطلحا آخر في البند الأول من نص المادة 70 ق ح م ق غ وهو مصطلح **كل من يزور أي منتوج،** غير أن الاعتقاد

[1] - أنظر ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته – دراسة مقارنة -، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010، ص 255، وراجع كذلك محمد بودالي ، شرح جرائم الغش والتدليس في بيع السلع في المواد الغذائية والطبية، ص32.

الصحيح في هذا المجال هو أن المشرع ورغم استعماله لمصطلح تزوير بدلا من الغش، هو أن المشرع قد قصد الغش وهذا ما يفهم من أن نص المادة 70 ق ح م ق غ التي أحالت على نص المادة 431 ق ع، وفي اعتقادنا أن المشرع باستعماله لمصطلح تزوير لم يكن موفقا، فبالإضافة إلى كون مصطلح تزوير له دلالته القانونية الأخرى حيث عادة ما يستعمل عندما يتعلق الأمر بجرائم التزوير في المحررات وغيرها، فإن استعمال هذا المصطلح من شأنه أن يضيق من الركن المادي عن طريق حصر فعل الغش في مجرد التزوير.

ولا يكاد يوجد أيضا أي اختلاف في البندين الثاني والثالث من المواد 70 ق ح م ق غ، و المادة 431 ق ع، فيما عد استعمال المشرع لمصطلح تزوير في نص المادة الأولى، واستعمال مصطلح غش في نص المادة الثانية، وإن كنا نأخذ على كلا النصين في البندين الثاني والثالث أنهما قصرا جريمة الغش على عقد البيع، دون سواه من العقود، سواء تعلق الأمر ببيع أو عرض للبيع المنتوجات المغشوشة، أو المواد والوسائل التي تساعد على الغش، وفي اعتقادنا أن استعمال مصطلح بيع أو عرض للبيع هو استعمال خاطئ وذلك للأسباب التالية:

- قصر الغش على عقد البيع معناه عدم سريان قواعد الغش في المعاملات والعقود الأخرى كعقد الإيجار وغيره من العقود وهذا أمرا غير مقبول.
- إن الوسائل التي يستعملها المتدخل في الغش لا يحصل عليها عن طريق عقد البيع فحسب بل يمكن أن يحصل عليها من خلال طرق أحرى كالإعارة والإيجار وغيرها.

إن الوضع السالف الذكر والمتعلق باستعمال المشرع لمصطلح عقد البيع في جريمة الغش قد دفع ببعض الفقه إلى التوسع في تفسير نصوص المواد، حيث ذهبوا إلى القول بعدم حصر العقاب على البيع أو طرح السلع للبيع، وإنما لا بد من توسيع النص ليشمل كل العقود الناقلة للملكية بعوض، غير أن هذا الرأي قد انتقد من قبل بعض الفقه وفي رأيهم أنه لا اجتهاد مع نص ولا قياس في التجريم، حيث يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة في حالة واحدة وهي الحالة التي أشار إليها النص والمتمثلة في الطرح للبيع أو بيع مواد مغشوشة[1].

إن قراءة البندين الأول والثاني من النصين السابقين يقودنا إلى القول بأنه يدخل ضمن الركن المادي لجريمة الغش الأفعال التالية:

- عرض أو بيع منتوجات مزورة أو فاسدة أو سامة أو خطيرة على الاستعمال البشري
- عرض أو يبيع منتوجات تساعد في تزوير المنتوجات

وفي رأينا أن تفادي الأخطاء الواردة لا سيما في بنود المادة 70 ق ح م ق غ باعتبارها تتعلق بخصوصية جريمة الغش عندما يتعلق الأمر بالمنتوجات الاستهلاكية يكون بإعادة صياغة هذه البنود وذلك كما يلي:

[1] - أحمد محمد محمود علي خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة، المرجع السابق، ص234.

بالنسبة للبند الأول: كل من يغش في منتوج موجه للاستهلاك أو الاستعمال البشري أو الحيواني.
بالنسبة للبند الثاني: يعرض أو يساعد في الحصول على منتوج مهما كانت طريقة المساعدة أو نوع العقد مع علمه بأنه مغشوش أو فاسد أو سام أو خطير للاستعمال البشري.
البند الثالث: يعرض أو يساعد في الحصول مهما كانت طريقة المساعدة أو نوع العقد مع علمه بوجهتها مواد أو أجهزة أو كل مادة خاصة من شأنها أن تؤدي إلى الغش في أي منتوج موجه للاستعمال البشري أو الحيواني.

إن إعادة صياغة نص هذه المادة المذكورة أعلاه بالشكل السابق، سوف يسمح دون شك بتفادي الخطأ الوارد في نص المادة 70 ق ح م ق غ والتي استعملت مصطلح تزوير بدلا من غش أولا، كما يسمح بتفادي الخطأ المتعلق باستعمال نصي المادتين 70 ق ح م ق غ و431 ق ع لمصطلح عقد البيع ليشمل التجريم كل الوسائل والعقود التي تساعد على الغش أو عرض المنتوجات المغشوشة بغض النظر عن طبيعة العقد أو الوسيلة التي كانت سببا في المساعدة على الغش أو عرض مواد مغشوشة، وبهذا يتضح أكثر الركن المادي لجريمة الغش، غير أن وجود هذا الركن غير كاف لوحده لقيام هذه الأخيرة، إذ لابد من توفر الركن المعنوي في جريمة الغش.

3- الركن المعنوي لجريمة الغش: تشترك جريمة الغش مع جريمة الخداع من هذا الجانب، حيث نجد أن جريمة الغش هي أيضا من الجرائم العمدية، أي أنها لا تتوافر ولا تتحقق إلا بوجود القصد الجنائي الذي يتطلب أن ترتكب الأفعال الداخلة في تكوين الركن المادي لجريمة الغش عن إرادة سليمة وإدراك تام[1].

إن أول ما يتطلبه قيام جريمة الغش باعتبارها جريمة عمديه، هو علم الجاني، ويتحقق ذلك بأن يقدم على ارتكاب الأفعال أو السلوك رغم علمه بما تنطوي عليه من غش في المنتوج، وأن ينبعث ذلك من نية على أن ما يتم طرحة هو إما مغشوش أو فاسد أو سام، أو أنه وسيلة تساعد على الغش في المنتوجات[2].

ومسألة توافر أو عدم توافر علم الجاني بالغش في المنتوج محل الجريمة أو فسادها، من المسائل الموضوعية التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض – المحكمة العليا- بما أنه قد بنى رأيه على أسباب سائغة[3]، حيث يمكن للقاضي في هذه الحالة أن يستخلص العلم من ظروف الدعوى أو من اعتراف المتهم أو شهادة الشهود، أو من الظروف التي تم فيها ارتكاب الغش أو من القرائن[4].

ولا يكفي علم الجاني لقيام جريمة الغش إذ لابد من وجود الإرادة و أن تكون هذه الإرادة طائعة مختارة، وأن تتجه نحو إحداث التغيير في طبيعة وخواص المواد التي أدخلت عليها لتحقيق فعل الغش[5].

---

[1] - راجع فتيحة خالدي، المرجع السابق، ص56. ولد عمر طيب، المرجع السابق، ص256.
[2] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.
[3] - أنظر مجدي محبوب محب حافظ، المرجع السابق، ص89.
[4] - أنظر شكري قلفاط، المرجع السابق، ص256.
[5] - أنظر مجدي محبوب محب حافظ، المرجع السابق، ص90.

إن توافر القصد الجنائي بركنية العلم و الإرادة يجعل جريمة الغش قائمة وهذا ما يرتب الجزاء المقرر لها.

ثالثا – جزاء جريمة خداع وغش المستهلك: وندرس في ما يلي الجزاء المقرر لجريمة خداع المستهلك(1)، ثم الجزاء المقرر لجريمة الغش في المنتوجات(2).

1 – جزاء جريمة خداع المستهلك: بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك وبالضبط إلى النصوص التي أشارت إلى جريمة الخداع وهما المادتين 68 و69 ق ح م ق غ ، نجدها تحيل فيما يتعلق بمسألة العقاب إلى نص المادتين 429 و 430 ق ع، حيث يفهم من هذين النصين إن الجزاء المطبق في حالة جريمة الخداع، هو جزاء جنائي(أ)، إضافة إلى الجزاء المدني الذي أشارت إليه الفقرة الأخيرة من المادة 429 ق ع، وهذا في رأينا أمر طبيعي ما دام أن جريمة الخداع ترتبط دائما بوجود عقد **(ب)**.

أ – الجزاء الجنائي المقرر لجريمة خداع المستهلك: جريمة خداع المستهلك هي في جميع حالاتها جنحة وفقا لنصي المادتين 429 و430 ق ع، يمكن التمييز فيما يتعلق بالعقوبة المقررة لها بين جنحة الخداع في حالتها البسيطة، وجنحة الخداع في حالة اقترانها بظروف التشديد.

وبالنسبة لعقوبة جنحة الخداع في حالتها البسيطة، فقد نصت عليها المادة 429 الفقرة 1 حيث يتمثل الجزاء في هذه الحالة في الحبس الذي تتراوح مدته بين شهرين وثلاثة سنوات، والغرامة المالية ما بين 20.000 دج، و100.000 دج، ويمكن للقاضي أن يحكم بالغرامة دون الحبس، كما يمكنه أن يحكم بالغرامة مع وقف التنفيذ إذا رأى أن الجاني يمكن أن يستفيد من ظروف التخفيف المنصوص عليها في نص المادة 53 مكرر4 من قانون العقوبات[1].

أما بالنسبة للجزاء المطبق في حالة اقتران جنحة خداع المستهلك، بإحدى الظروف المنصوص عليها في نص المادتين 69 ق ح م ق غ و430 ق ع، فإن العقوبة هي الغرامة التي يمكن أن تصل إلى 500.000، أما عقوبة الحبس فإنها يمكن أن تصل إلى مدة أقصاها 5 سنوات، حيث يلاحظ أن المشرع في هذه الحالة قد رفع من الحد الأقصى لعقوبة جنحة الخداع المشددة، سواء بالنسبة للغرامة أو الحبس، وفي جميع الحالات فقد نصت الفقرة الأخيرة من نص المادة 429 ق ع على نوع آخر من العقوبات يمكن تصنفيه في رينا بأنه جزاء مدني.

ب – الجزاء المدني المقرر لجريمة خداع المستهلك: لقد نص المشرع في الفقرة الأخيرة من نص المادة 429 ق ع على أنه يجب على الشخص أو المتدخل الذي استعمل وسيلة الخداع من أجل دفع المتعاقد الآخر إلى إبرام عقد في غير مصلحته، بدافع الحصول على أرباح طائلة بأن يرد هذه الأرباح. وهذا في رأينا اتجاه صائب من المشرع الجزائري، وذلك لاعتبارين أو لسببين، أما الاعتبار الأول فيتمثل في أن

[1] - حيث جاء في نص المادة 53 مكرر 4 ما يلي" إذا كانت العقوبة المقررة قانونا في مادة الجنح هي الحبس و/أو الغرامة، وتقرر إفادة الشخص الطبيعي غير المسبوق قضائيا بالظروف المخففة، يجوز تخفيض عقوبة الحبس إلى شهرين (2) والغرامة إلى 20.000 دج.
كما يمكن الحكم بإحدى هاتين العقوبتين فقط، على أن لا تقل عن الحد الأدنى المقرر قانونا للجريمة المرتكبة، وإذ كانت عقوبة الحبس هي وحدها المقررة، يجوز استبدالها بغرامة لا تقل عن 20.000 دج وان لا تتجاوز 500.000 دج...".

الغرامة المفروضة على الجاني هي غرامة تعود للدولة وليس للمستهلك فلا يستفيد منها هذا الأخير بعكس الأرباح التي يجب عليه إعادتها للمستهلك والتي أخذها منه بغير وجه حق عن طريق الخداع، وهو ما يحقق الإنصاف أكثر من الغرامة، أما السبب الثاني الذي يشكل دافعا لوجهة نظر المشرع هو أن الغرامة المفروضة على المتعاقد الذي استعمل وسيلة الخداع قد تكون أقل بكثير مما حصل عليه من أرباح، فتأتي هذه العقوبة التي قررها المشرع والمتمثلة في إجبار المتدخل على رد هذه الأرباح إلى المستهلك الذي كان ضحية للخداع لتغطي هذا النقص والخلل، رغم أن نص هذه المادة لم يتكلم عن الجهة التي يجب أن تعود إليها الأرباح، وهو ما يشكل قصورا في هذا النص، يمكن تجاوزه من خلال النص صراحة على أن هذه الأرباح يجب أن تعود إلى المتعاقد الذي كان ضحية للخداع وهو المستهلك حسب نص المادة68 ق ح م ق غ .

إن الجزاء السابق الذكر يذكرنا بنوع مهم من الجزاءات المدنية والتي تهدف إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فتطبيق هذا الجزاء سوف يرتب أثرا مهما لا نقصد هنا الحكم على الجاني بالغرامة أو بالعقوبة السالبة للحرية، وإنما تبدو هذه الأهمية في إعادة كل ما نتج عن هذا العقد الفاسد إلى الحالة التي كانت عليها قبل إبرامه.

وفي جميع الحالات فإنه يمكن للمستهلك الذي وقع ضحية للخداع، أن يطالب بإبطال العقد، كما يمكنه أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقته نتيجة لهذا التعاقد، ويكون ذلك على أساس المسؤولية التقصيرية في القواعد العامة.

2 – جزاء جريمة غش المستهلك: جريمة الغش حسب نص المادة 431 ق ع هي جنحة، تتمثل العقوبة التي قررها لها المشرع الجزائري في الحبس، إلى جانب الغرامة، حيث حدد المشرع الجزائري عقوبة الحبس بالنسبة لجنحة الغش بمدة تتراوح ما بين سنتين وخمس سنوات بينما تتراوح الغرامة ما بين 20.000 دج و 100.000 دج.

ويلاحظ بالنسبة للنص الذي حدد الجزاء بالنسبة لجنحة الغش أنه ربط بين الحكم على الجاني بالحبس والغرامة، مما يجعل جريمة الغش مختلفة عن جريمة الخداع، إذا أن القاضي مجبر هنا بالحكم بالجزاءين معا ولا يمكنه النطق مثلا بالحبس دون الغرامة أو الغرامة دون الحبس بخلاف جنحة الخداع التي نص المشرع صراحة على أنه يمكن الحكم على الجاني فيها بإحدى العقوبتين دون الأخرى.

إن الاختلاف السابق في كيفية تطبيق الجزاء بالنسبة لجنحة الخداع وجنحة الغش، مبعثه في اعتقادنا، أن جريمة الغش تشكل أكثر خطورة على المستهلك، فهي بحكم أنها تقع على المنتوج وطبيعته وخصائصه، وليست مقتصرة على إرادة المتعاقد مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لجريمة الخداع، يمكن أن تشكل خطورة أكثر على المتعاقد أو المستهلك، حيث يمكن أن تصل خطورتها إلى حد المساس بحياة هذا الأخير، فلا يتوقف الأمر عند الجانب المادي فحسب.

ما يمكن قوله في خلاصة هذا الفصل الثاني أن الآليات المتعلقة بضمان صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، قد تنوعت بين القواعد العامة للعقد وقواعد حماية المستهلك أين يلاحظ بأن هذه الآليات قد تمثلت في إخضاع تصرفات الصبي غير المميز لأحكام النيابة الشرعية، و كذلك في فرض الجزاء المتمثل في البطلان النسبي الذي منح كل متعاقد مهما كانت صفته أن يطالب ببطلان العقد إذا كانت إرادته التعاقدية غير سليمة نتيجة نقض في الأهلية أو عيب في الإرادة أو عدم الإعلام، وإضافة إلى ذلك فإنه بمكنه المطالبة بالتعويض عن الإضرار التي لحقته من التعاقد تحت تأثير الحالات السابقة، وقد زاد المشرع من هذه الآليات عندما يتعلق الأمر بضمان صحة رضا المتعاقد المستهلك، أين يلاحظ أن المشرع قد أنشأ هيئات خاصة تتولى الرقابة على ضمانات صحة رضا هذا الأخير في مرحلة إبرام العقد، وإضافة إلى ذلك تخطى في ما يتعلق مسألة الجزاء المدني المتمثل في البطلان والتعويض إلى فرض عقوبات إدارية وجزائية على كل متدخل تسول له نفسه عدم احترام الضمانات المتعلقة بحماية المستهلك، أين يمكن أن تفرض على المتدخل عقوبات إدارية تتمثل في الغلق الإداري للمحل، الشطب من السجل التجاري، كما يمكن أن تفرض عليه أيضا عقوبات جزائية تتمثل معظمها في صورة مخالفة تعرض المتدخل إلى تحمل غرامة مالية، قد تتطور لتصبح جنحة في بعض الحالات المتعلقة بالغش والخداع عندما يمسان ليس بالمصالحة المالية للمستهلك فحسب بل يعرضان حياته للخطر، وكل ذلك دون إخلال بحق المستهلك في الجزاء المدني المتمثل في حقه في المطالبة ببطلان العقد والمطالبة بالتعويض، لكن بالرجوع دائما إلى القواعد العامة.

صفوة القول في نهاية الباب الأول أنه من أجل ضمان صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، وتحقيق التوازن في العلاقة التعاقدية، عمد المشرع الجزائري إلى فرض ضمانات، وتجسيدها بآليات معينة، هذه الضمانات والآليات يبدو أنها تختلف بين القواعد العامة الهادفة إلى تنظيم العقد والقواعد الخاصة بحماية المستهلك، وهذا شيء طبيعي في نظرنا باعتبار أن الضمانات التي تدور حول أهلية المتعاقد وسلامة إرادته من العيوب، والآليات المتمثلة في خضوع العقود التي يبرمها ناقص الأهلية أو عديمها أو معيب الإرادة إلى أحكام وجزاءات معينة، قد وضعت في فترة كان التوازن العقدي فيها مفترضا، وأن هذه الضمانات والآليات إنما وضعت من أجل معالجة الخلل الذي قد يطرأ العلاقة العقدية، بينما إذا رجعنا إلى سبب فرض الضمانات والآليات الخاصة بحماية رضا المستهلك، نجد بأن هذه الضمانات والتي من بينها الالتزام بالإعلام، الالتزام بتمكين المستهلك من حقه في العدول الالتزام بالشفافية...الخ، وكذا الآليات المتمثلة في إنشاء أجهزة متخصصة في الرقابة على مدى تطبيق هذه الالتزامات من جهة، ومن جهة أخرى من خلال فرض جزاء متنوع – جنائي، مدني، إداري – على مخالفة هذه الالتزامات، إنما هو معالجة ومواجهة الانعدام في التوازن في العلاقة التعاقدية من بدايتها وحماية المستهلك، وإعادة التوازن المفقود إلى العلاقة العقدية الاستهلاكية، وإضافة إلى ما سبق فقد يجد المتعاقد الضعيف نفسه نتيجة

لاعتبارات معينة تحت رحمة المتعاقد القوي، الذي قد يستغل مركزه في فرض شروط تعسفية ومجحفة عليه، فكيف يمكن معالجة الانعدام في التوازن العقدي المفضي إلى فرض شروط تعسفية؟.

الباب الثاني:

حماية رضا المتعاقد من انعدام التوازن العقدي المفضي إلى الشروط التعسفية

الباب الثاني:

حماية رضا المتعاقد من انعدام التوازن العقدي المفضي إلى الشروط التعسفية

إذا كان الهدف من فرض الضمانات والآليات المشار إليها في الباب الأول هو ضمان صحة رضا المتعاقد، من أجل تمكينه من إبرام العقد على بينة ودراية كافية تمكنه من تقدير التزاماته وحقوقه الناجمة من وراء إبرام العقد، فإن المركز الضعيف الذي قد يوجد فيه المتعاقد لسبب من الأسباب، وكذا المركز القوي للمتعاقد الآخر، يعد سببا في انعدام التوازن في العلاقة العقدية، وهذا ما يسمح للمتعاقد القوي بأن يملي شروطه على المتعاقد الضعيف، وهذه الشروط قد تكون في أغلب الأحيان شروطا تعسفية يستغل المتعاقد القوي ضعف وحاجة المتعاقد الضعيف، الذي لا يكون أمامه خيار آخر إلا القبول بهذه الشروط و منه إبرام العقد، أو رفضه مع تحمل خسارة العقد الذي هو بصدد إبرامه ومنه عدم تلبية حاجياته التي تكون في أغلب الأحيان حاجيات ضرورية خاصة مع التنوع الحاصل في المنتوجات نتيجة التطور الصناعي والتكنولوجي ، والذي أدى إلى جعل منتوجات هي في الأصل من قبل الكماليات في وزن وقيمة المنتوجات الضرورية، كالثلاجة والتلفاز في مجال السلع، وفي مجال الخدمات نذكر مثلا خدمة الهاتف و خدمة الانترنت و خدمة تقديم الكهرباء وغيرها من الخدمات المهمة ، ولما كان الوضع السالف مرتبط بمسألة مهمة وهي مسألة انعدام التوازن العقدي، فإنه من الضروري والمهم دراسة مفهوم انعدام التوازن العقدي المفضي إلى فرض شروط تعسفية **(الفصل الأول)**، ثم دراسة الآليات المخصصة لمحاربة هذه الظاهرة وحماية المتعاقد منها**(الفصل الثاني)**.

الفصل الأول:

مفهوم انعدام التوازن العقدي المفضي إلى فرض الشروط التعسفية

الفصل الأول:

مفهوم انعدام التوازن العقدي المفضي إلى فرض الشروط التعسفية

لقد باتت مسألة الانعدام في توازن العلاقات العقدية من المسائل التي تؤرق الباحثين القانونيين، لما لها من تأثير على رضا المتعاقد الضعيف ووضعه تحت رحمة المتعاقد القوي، وفي الحقيقية أن الكلام عن انعدام التوازن في العلاقة العقدية الذي من شأنه أن يجعل أحد المتعاقدين وهو الطرف الضعيف في العقد، تحت رحمة الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي مستغلا مركزه وقوته في العقد وضعف المتعاقد معه، من أجل الاستئثار بحق معين أو مجموعة من الحقوق ليس متصور في جميع العقود، أو في عقد معين بذاته، وتبعا لذلك فإن مسألة تحديد مفهوم انعدام التوازن العقدي المفضي و المؤدي إلى فرض شروط تعسفية، يتطلب تحديد طبيعة العلاقة العقدية، أو نوع العقد الذي يمكن أن يتصور فيه انعدام التوازن العقدي من جهة، ومن جهة أخرى فإنه ليس كل عقد يوجد فيه متعاقد قوي ومتعاقد ضعيف، يؤدي بنا إلى القول أن الشرط المفروض أو الموضوع من أحد المتعاقدين هو شرط تعسفي، لذلك وجب أيضا في إطار هذا الفصل تحديد مفهوم الشروط التعسفية، وتبعا لما تقدم فإن دراستنا في هذا الفصل ستتمحور حول فكرتين أساسيتين، هما مسألة تحديد نطاق انعدام التوازن العقدي وهو ما سوف ندرسه في **(مبحث أول)**، كما لابد من دراسة مفهوم الشروط التعسفية التي يمكن أن يتعرض لها المتعاقد تحت الوضع السالف الذكر **(مبحث ثانٍ)**.

المبحث الأول: نطاق انعدام التوازن العقدي

إن فكرة التوازن العقدي ليست فكرة حديثة، بل هي قديمة سواء من حيث نشأتها، أو من حيث وجودها في النصوص القانونية، فقد عالج المشرع الجزائري هذه الفكرة في إطار القواعد العامة ضمن نظرية العقد في القانون المدني قبل ظهور القواعد الخاصة بحماية المستهلك، وهذا ما يبرز دون أدنى شك مدى اهتمامه بحماية الطرف الضعيف من انعدام التوازن العقدي، الذي يجعله عرضة للظلم وجشع المتعاقد القوي، فيتعرض لخسارة قد تكون فادحة نتيجة الشروط التي قد تفرض عليه فتزيد من التزاماته في مقابل ما يتحصل عليه من ربح أو فائدة، وبما أن المشرع الجزائري قد عالج هذه الفكرة في القواعد العامة للعقد قبل ظهور القواعد المتعلقة بحماية المستهلك، فإنه من الضروري تحديد نطاق انعدام التوازن العقدي في القواعد العامة**(مطلب أول)**، ثم تحديد نطاق التوازن العقدي في ظل القواعد المتعلقة بحماية المستهلك**(مطلب ثانٍ)**.

المطلب الأول: نطاق انعدم التوازن العقدي في القواعد العامة

من بين تقسيمات العقود في القواعد العامة، نجد التقسيم الذي يرتكزعلى مدى إمكانية مناقشة بنود العقد أو من حيث مدى مساواة المتعاقدين بالنسبة لشروط التعاقد، حيث تقسم العقود من هذا الجانب إلى عقود مساومة (العقود التفاوضية) وعقود إذعان[1]، فإذا كان عقد المساومة هو العقد الذي يملك فيه كلا طرفي العقد إمكانية مناقشة شروطه، فإن عقد الإذعان على العكس من ذلك، لأن نطاق انعدام التوازن العقدي في القواعد العامة إنما يرتبط مباشرة بعقد الإذعان دون عقد المساومة، وهذا ما يتطلب منا دراسة أو تحديد مفهوم عقد الإذعان(**فرع أول**)، قبل بيان شروط اعتباره كذلك(**فرع ثانٍ**).

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

إن تحديد مفهوم عقد الإذعان كعقد يغيب وينعدم فيه التوازن العقدي، بين المتعاقد المذعِن، والمتعاقد المذعُن، يستوجب التعريف به وتحديد موقف الفقه منه (**أولا**)، كما لابد من تمييزه عن بعض المصطلحات المشابهة له (**ثانيا**).

أولا - تعريف فكرة عقد الإذعان وبيان موقف الفقه منها: نتناول فيمايلي تعريف عقد الإذعان(**1**)، كما لا بد من تحديد موقف الفقه منه (**2**).

1 - تعريف عقد الإذعان، إن فكرة الإذعان المرتبطة بالعقد تتطلب منا بيان هذه المصطلح في اللغة(**أ**)، ثم التطرق إلى التعريفات التي قدمت له كمصطلح قانوني(**ب**).

أ - تعريف عقد الإذعان لغة: ونحن بصدد تعريف عقد الإذعان لغة فإنه لا توجد كلمة في القواميس العربية بهذا المعني مباشرة، وبالتالي فنحن بصدد تعريف كلمتين، هما كلمة **عقد** من جهة، ومن جهة أخرى كلمة **إذعان**.

أما بالنسبة للكلمة الأولى، فإن كلمة العقد يقصد بها في لغة العرب الربط أو الإحكام أو الإبرام بين أطراف الشيء سواءً أكان ربطا حسيا أم معنويا، من جانب واحد، أو من جانبين، جاء في المصباح المنير وغيره، عقد الحبل، أو البيع، أو العهد فانعقد، ويقال عقد النية والعزم على شيء، وعقد اليمين، أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به، وعقد البيع والزواج والإجارة، أي ارتبط مع شخص آخر[2].

أما كلمة إذعان في اللغة معناه الرضوخ والانقياد، وأذعن الشخص بالحق أي أقر به[3]، ومنه قوله تعالى: « **وإن يكُن لَهم الْحقّ ياتُواْ إليه مُذعِنِينَ**»[4].

---

[1] - أنظر علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، منشورات كتاب الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014-2015، ص ص113- 114، وراجع أيضا علي فيلالي، المرجع السابق، ص 71،p38, op, cit ,(B), Ali-

[2] - أنظر وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته – النظريات الفقهية والعقود-، ج4، المرجع السابق، ص80.

[3] - أنظر المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، مصر، 1989، ص245.

[4] - الآية 49 من سورة النور.

ب - تعريف عقد الإذعان في الاصطلاح: لقد قدمت لعقد الإذعان تعريفات كثيرة من قبل الفقه، حيث عرفه البعض بأنه[1] " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانونيا أو فعليا، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها".

وقد اقترح الأستاذ محفوظ لعشب تعريفا لعقد الإذعان مفاده أن "عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يُعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة، غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة"[2].

و قد عرف من جهته الأستاذ علي فيلالي عقد الإذعان بأنه عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني الذي ليس له إلا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة إلى احتكار فعلي أو قانوني للسلع أو الخدمات من طرف المتعاقد القوي[3].

وقد عرف عقد الإذعان أيضا بأنه العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، فيما يتعلق بسلعة، أو مرفق ضروري، يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المناقشة محدودة النطاق في شأنه أو شأنها[4].

وقد تطرق بعض الفقهاء[5] إلى عقد الإذعان بالشرح عند دراسة القبول في العقد، دون تقديم تعريف معين له، فيرى البعض بأنه قد يكون القبول مجرد إذعان لما يمليه الموجب، فالقابل للعقد لم يصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقف من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو أن يدع، ولما كان في حاجة إلى التعاقد على شيء لا غنى عنه، فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود، ولكنه مفروض عليه، ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان.

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم لعقد الإذعان بأنه " العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على أنموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة، ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو يتضمنها ولا أن يدخل في مجاذبة أو مساومة على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد"[6].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف مصطلح عقد الإذعان، واكتفى بالإشارة إليه فقط بمناسبة الكلام عن طريقة القبول في هذا النوع من العقود من خلال نص المادة 70 ق م التي جاء فيها مايلي " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".

---

[1]- أنظر عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في بلاد القوانين العربية، دار النهضة العربية، 1974، القاهرة، ص136.

[2] - أنظر محفوظ لعشب، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص31.

[3] - أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 72-73.

[4] - أنظر محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص27.

[5] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرخ القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص229.

[6] - أنظر في هذا التعريف، محمد علي القرى بن عيد، مدير مركز أبحاث الفقه الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي14(3/305).

يتضح من نص المادة 70 ق م أعلاه أن المشرع الجزائري قد انتهج نهجا مختلفا للتشريعات المقارنة التي لم تعرف عقد الإذعان على غرار المشرع المصري مثلا، إلا أنه يلاحظ أن المشرع في هذه المادة قد تأثر بالتعريفات المقدمة لعقد الإذعان من قبل الفقه والتي تربط عقد الإذعان بقبول الطرف المذعن للشروط المفروض عليه دون مناقشتها.

وبالنسبة للقضاء الجزائري أيضا فإنه لم يصدر منه في أحكامه أو اجتهاداته ما يدل على موقفه من تعريف عقد الإذعان، بخلاف القضاء المقارن حيث نجد مثلا بأن القضاء المصري قد عرف عقود الإذعان بأنها " تلك العقود التي يملي فيها أحد المتعاقدين على الآخر شروطه كعقود التأمين البري والبحري وعقود توريد المياه والنور إلى المستهلكين وهذه العقود لم تخرج عن كونها عقودا مطبوعة تضمنت شروطا متشابهة وضعت لجميع العملاء"[1].

وفي الأخير يمكن القول بأن عقد الإذعان هو العقد الذي لا يكون فيه للمتعاقد القابل خيارا من غير القبول بالعقد وبالشروط التي يضعها الموجب، أو رفضها جملة دون مناقشتها، نظرا لحاجته للخدمة أو السلعة التي يستأثر الموجب بتقديمها كليا أو جزئيا، فعليا أو قانونيا، ولعل هذا ما جعل عقد الإذعان محل جدل بين فقاء القانون.

2 - الجدل الفقهي حول عقود الإذعان: إن عقود الإذعان باعتبارها مصطلحا جديدا قد لاقت جدلا كبيرا بين فقهاء القانون، فتارة ثار الجدل حول هذه التسمية في حد ذاتها(**أ**)، وتارة أخرى حول الطبيعة العقدية لعقود الإذعان(**ب**).

أ - الجدل الفقهي حول تسمية عقد الإذعان: ظهرت فكرة عقد الإذعان في القانون المدني الفرنسي في بداية القرن العشرين حيث سميت بعقود الانضمام (**contrats d' adhésion**)[2]، وقد استمدت التشريعات العربية أحكام هذا النوع من العقود منه، و أطلقت عليها بعض التشريعات تسمية عقود الموافقة[3]، بينما ذهب بعض الفقه[4] إلى تسميتها بعقود الإذعان.

لقد انتقد بعض الفقه[5] وهم خاصة من فقهاء الاقتصاد الإسلامي تسمية عقد الإذعان، انطلاقا من أن هذه التسمية قد أدت إلى الإساءة في الحكم على هذا النوع من العقود، وفي اعتقادهم أن هذه التسمية كانت السبب والمسؤولة عن كثير من اللبس والخطأ في المواقف الفقهية المعاصرة من هذه العقود، وقد اقترح هذا الاتجاه

---

[1] - صدر هذا التعريف عن الدائرة التجارية، محكمة مصر الابتدائية، 21 أفريل 1940، دائرة القضاة محمد كامل أمين ملش، مصطفى فاضل، مصطفى حسن، المحاماة 21 رقم 126، ص267. أنظر محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص29.

[2] - يعتبر الفقيه الفرنسي سالي (Saleilles)، أول من استعمل مصطلح(Contrat d'adhesion) في كتابه Déclaration de volonté ويقصد بتعبير adhesion موافقة الشخص على قرار اتخذه غيره، وأما الاصطلاح العربي وهو الإذعان فيتضمن فكرة الخضوع والطاعة، أنظر محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص27.

[3] - من التشريعات العربية التي أطلقت على عقود الإذعان تسمية عقد الموافقة نجد مثلا المشرع اللبناني.

[4] - ترجع تسمية عقود الإذعان إلى الفقيه عبد الرزاق أحمد السنهوري، راجع في هذه النقطة مؤلفه الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص229.

[5] - أنظر رفيق يونس، الخطر والتأمين، دمشق، سوريا، دار القلم، ط1، 2001، ص ص 79-81.

تسميتها بعقود الانضمام بدلا من عقود الإذعان، لأن هذه التسمية أقرب إلى المصطلح الفرنسي، وأشمل من لفظ الإذعان، لأن الإذعان لا يعدو أن يكون حالة خاصة من الانضمام.

وقد رأى بعض الفقه[1] فيما يتعلق بالرأي الأخير، أنه قد جانب الصواب بتسمية عقود الانضمام بدلا من عقد الإذعان، وقد برر هذا الاتجاه رأيهم هذا بمجموعة من الحجج والأدلة يمكن إبرازها كما يلي:

- إن الاجتهاد الفقهي في هذه المسائل يأتي بعد دراسة موضوعية متعمقة وفاحصة لحقيقة العقد، وليست أحكام سطحية تقف عند حدود الأسماء والمصطلحات، لأن الحكم على الشيء فرع من تصوره.
- إن عقود الإذعان لها خصائص متميزة، نص عليها الفقهاء والقانونيون، فليس كل انضمام هو إذعان، فجوهر الإشكال في هذه العقود ليس في نمطية العقد، وإنما في اشتماله على شروط تعسفية لا تقبل المساومة.
- إن القرب من اللفظ الفرنسي أو البعد عنه لا يقدم شيئا في هذه المسألة، وليس اللفظ الفرنسي هو الحجة المعتبرة.

وتبعا لذلك فقد بقيت تسمية عقود الإذعان هي الرائجة والمستعملة من قبل فقه القانون وكذلك معظم التشريعات العربية، غير أن الفقهاء قد اختلفوا مرة أخرى وثار جدلا فقهي كبير حول الطبيعة العقدية لهذا النوع من العقود.

ب - الجدل الفقهي حول الطبيعة العقدية لعقود الإذعان: اختلف الفقه القانوني حول الطبيعة العقدية لعقد الإذعان وإذا ما كان يمكن أن يطلق عليها فعلا وصف العقد، وانقسموا في ذلك إلى قسمين حيث ذهب اتجاه في الفقه بالقول بعدم الطبيعة العقدية لعقود الإذعان، بينما لا شك عند جانب كبير من الفقه في إضفاء صفة العقد عليها.

ب – أ - الاتجاه المنكر للطبيعة العقدية لعقد الإذعان: إن النتيجة التي خرجنا بها من خلال تعريف عقد الإذعان، أنه عقد يفرض شروطه طرف من أطراف العقد وهو الطرف القوي، ولا يكون أمام الطرف الآخر إلا القبول بهذه الشروط جملة وتفصيلا، أو رفضها وبالتالي رفض التعاقد، فهذا الوضع أو السمة في عقد الإذعان لم يرق إلى جانب من الفقه وهو الاتجاه الذي ينكر الطبيعة العقدية لعقد الإذعان، حيث اعتبروه مركزا قانونيا منظما، وحجتهم في ذلك أن وضع الطرف المذعن مماثل تماما لمستعمل المرفق العمومي[2].

ويضيف أنصار الاتجاه القائل بإنكار الطبيعة العقدية لعقود الإذعان أن العقد عبارة عن توافق إرادتين عن حرية واختيار، أما في هذه الحالة فالقبول مجرد رضوخ وإذعان، وأن الحرية والاختيار لا تتوافر في هذه النماذج

[1] - أنظر أحمد سعيد قرني، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة بالقانون الوضعي -، رسالة ماجستير، جامعة الشارقة، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، تاريخ المناقشة 23- 12- 2007، ص ص 29-30.

[2] - H L J. Mazeaud, Leçons de droit civil, 1,2,4 éme p p 87-63. نقلا عن علي فيلالي، المرجع السابق، ص73

من التعاقدات، وبالتالي لا تخرج من نطاق العقود، حيث اعتبر أنصار هذا الرأي عقود الإذعان مجرد مراكز قانونية منظمة توحدها إرادة الموجب المنفردة، فيه أقرب ما تكون من القانون أو اللائحة منها إلى العقد[1].

وانطلاقا من اعتبار أن عقود الإذعان ليست عقودا بالمعنى الحقيقي بقدر ما هي مركز قانوني منظم، فقد انتهى أنصار هذا الرأي إلى فكرة مفادها أن تفسير هذه العقود، وتحديد ما تولده من التزامات، يجب أن يكون في ظل هذه الاعتبارات فيفسر العقد كما يفسر القانون، ولا يفسر بحسبان واعتبار أنه وليد إرادة الأفراد، بل يفسر على أساس أنه رابطة قانونية تنظم المصلحة العامة لمجتمع الأفراد الذين يخضعون لها، فيطبق هذا القانون التعاقدي تطبيقا تراعى فيه مقتضيات العدالة، وحسن النية، ينظر فيه إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضع لتنظيمها[2].

وقد بنى أصحاب هذا الاتجاه رأيهم على اعتبارات وحجج متمثلة في مايلي[3]:

- إن هذا النوع من العقود لا تتوافر فيه الإرادة التعاقدية (الإرادة المشتركة)
- إن هذا العقد لا توجد فيه فكرة المساواة التي تفترضها فكرة العقد.
- قبول المذعن في هذه العقود لا يكون عن حرية وبينة.

غير أن الحجج والإدالة التي أستند إليها أصحاب هذا التيار في إنكار وصف العقد، على عقود الإذعان واعتباره مجرد مركز قانوني، قد لاقت انتقادا واسعا من الاتجاه القائل والمؤيد بالطبيعة العقدية لعقود الإذعان.

ب - ب - الاتجاه المؤيد للطبيعة العقدية لعقود الإذعان: يذهب أنصار هذا الاتجاه وهم في غالبيتهم من أساتذة وفقهاء القانون المدني، إلى إعطاء عقود الإذعان وصف العقد الحقيقي، حيث تخضع للقواعد التي تخضع لها مختلف وسائر العقود، بما أنه هناك توافق لإرادتين فنحن بصدد عقد حقيقي، فمن الناحية الاقتصادية والاجتماعية لا تشترط المساواة بين أطراف العقد. والقول بأن هناك متعاقد ضعيف أمام المتعاقد الآخر، فإن هذه تبقى ظاهرة اقتصادية وليست قانونية[4].

ولقد قدم أصحاب الرأي القائل بالصفة العقدية لعقود الإذعان مجموعة من الأدلة والحجج استندوا إليها في مواجهة الرأي الذي ينفي الصفة العقدية على عقود الإذعان من جهة، ومن جهة أخرى إثبات رأيهم وتوجههم في أن عقود الإذعان هي عقود بالمعنى الحقيقي وذلك كمايلي:

---

[1] - على رأس الاتجاه المنكر للطبيعة العقدية لعقود الإذعان نجد الأستاذ سالي (Saleilles)، أنظر محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية العلوم الإسلامية والاجتماعية،2011-2012، ص153، وراجع أيضا في عرض آراء بعض الفقهاء المنكرين للصفة العقدية لعقود الإذعان وهم في غالبيتهم من فقهاء القانون العام، محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص ص 42-52.

[2] - راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق، ص 231.

[3] - أنظر أحمد سعيد قرني، المرجع السابق، ص48.

[4] - راجع محمد بوكماش، المرجع السابق، ص ص 162-163.

– يرى أصحاب هذا الرأي بأن أكثر العقود يتحقق فيه اضطرار أحد أطرافها، أو كلاهما للتعاقد، ومنه فإن عدم المساواة والتعادل بين أطراف العقد لا يمكن توقيه، إضافة إلى أن الضرر الواقع على طرف من أطراف العقد في عقود الإذعان أقل بكثير من الضرر الواقع عليه في العقود الأخرى[1].

– إن الضرر في عقود الإذعان يعم جميع من يبرم العقد مع المُذْعن له، فالكل فيه على قدم المساواة، فالإيجاب فيه معروض على الكافة، غير أن هذا الانتقاد غير سليم حسب نظر البعض، لأن الضرر يزال شرعا إذا كان خاصا، فإزالته إذا كان عاما أولى، فمسألة عموم الضرر الذي يلحق بالكافة تعد من عوامل ضعف هذا الضرب من العقود[2].

– ليس ثمة في القانون ما يشترط أنه لاتفاق إرادتين اتفاقا صحيحا يجب أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق، وأن يكون من عمل الطرفين، وكل ما يرد على حرية التعاقد في عقد الإذعان لا يعدو أن يكون نوعا من الضغط الاقتصادي الذي لا يؤثر على صحة التراضي، وجميع العقود مقيدة بدرجة أو بأخرى، قليلا أو كثيرا، بضرورات النظام الاقتصادي والسلطة اللائحية التي يراد إعطاؤها للموجب وهي سلطة خطرة لأنها تؤدي إلى الإضرار بصالح الطرف المذعن[3].

– من الحجج التي قدمها أصحاب هذه النظرية أيضا، بأن الطرف الذي يملي شروط العقد، هو نفسه خاضع للملابسات الاقتصادية المحيطة به، فهي التي تملي تلك الشروط التعاقدية، وليس هو الذي يمليها على الطرف الآخر، فهو مضطر إلى مراعاة ما تقضي به الأحوال الاقتصادية[4].

– قد يتألبوا جمهور المستهلكين الذين وجه لهم الإيجاب من الطرف المُذْعن، فيحاربوه بمقاطعة السلعة التي يعرضها عليهم، فيصيبه الضرر من وراء صنيعهم، أي بتعبير آخر أن المذعن قد يكون ضحية لشروطه التي لم تلقى إعجاب الجهور الذي وجه له.

إن الأدلة السابقة والتي سمحت لأنصار هذا الاتجاه من الرد على مزاعم الأنصار المنكرين للطبيعة العقدية لعقود الإذعان، كانت سببا في جعل هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب في القانون، ومتبع من أغلبية التشريعات التي تعترف بالطبيعة العقدية لعقود الإذعان مثل المشرع المصري من خلال نص المادة 100 من القانون المدني المصري، وكذلك القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 70 ق م، مع إعطاء حماية للطرف الضعيف في هذه النوع من العقود، وهذا ما يجعلنا اليوم نؤمن ونقول فعلا بالطبيعة العقدية لعقود الإذعان. غير أن هذا المصطلح قد يقترب من بعض المصطلحات، لذا وجب تمييزه عنها.

ثانيا - تمييز عقد الإذعان عن بعض المصطلحات المشابهة: إن القول بأن عقود الإذعان، هي عقود تغيب فيها قدرة أحد أطراف العقد وهو القابل عادة، على مناقشة شروط وبنود العقد، قد يجعلها تتشابه مع بعض

[1] - راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق، ص283.
[2] - أنظر محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها – أنموذج الهيئة القومية للكهرباء- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع3، لسنة 2004، ص 21.
[3] - انظر عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص13.
[4] - أنظر محمود حمودة صالح، المرجع السابق، ص21.

المصطلحات القريبة منها من هذا الجانب، مثل ما هو عليه الحال مثلا بالنسبة للعقود النموذجية والعقود الجبرية، لذا فإنه من الضروري تميز عقد الإذعان عن العقد النموذجي(**1**)، وكذلك تمييزه عن العقد الجبري(**2**).

1 - تمييز عقد الإذعان عن العقد النموذجي: قد يتشابه عقد الإذعان مع العقد النموذجي وهو ذلك العقد الذي يحتوي صيغة معدة مسبقا لبنود تعاقدية ستبرم مستقبلا في ظروف موحدة، وذلك توفيرا للوقت والجهد والنفقات في عمليات التعاقد التي تتميز إما بالإذعان من قبل الطرف الآخر المنظم للعقد، أو بعدم قدرته على التفاوض في مجال التعاقد لنقص خبرته وقلة كفاءته، وقد يكون العقد النموذجي عقدا فرديا أعد مسبقا لحالة بعينها، وقد يكون من العقود النموذجية التي تضعها جماعات مهنية أو جمعيات تستهدف حماية الطرف الأقل خبرة أو كفاءة، وربما تتدخل الدولة كذلك بإيعاز من المشرع لوضع بنود تعاقدية في تلك العقود[1]. كما عرف البعض العقود النموذجية بأنها عقود تنطوي على حقيقة التعاقد وتحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته، أو أقرته سلطة عامة، أو هيئات نظامية مثل التجمعات المزودة الوطنية[2].

ومن خلال قراءة التعريفين السابقين يتضح أن العقود النموذجية، قد تعد من قبل جهات متعددة، حيث يمكن أن تعد هذه العقود من قبل تجار نفس السلعة في منطقة جغرافية معينة، ويلتزمون بإرادتهم الحرة باتباعها فيما يبرمونه من صفقات تتعلق بهذه السلعة[3]، فهذا النوع من العقود النموذجية هي عبارة عن عقود معدة من قبل جماعات مهنية هم التجار، حيث تظهر بصورة واضحة وجليه فائدة هذا النوع من العقود النموذجية في اختصار الوقت وملاءمتها لخاصية السرعة التي تتميز بها الحياة التجارية.

وإضافة إلى ما سبق فإن العقد النموذجي يمكن أن يعد من قبل أحد المتعاقدين، وهو في الغالب المتعاقد القوي في العلاقة، حيث يقدم هذا النموذج للتوقيع عليه من قبل المتعاقدين فيما بعد دون مناقشته، ويكون نموذج العقد هنا خاصا بعملية تعاقدية معينة وسلعة معينة، حيث ترجع عدم قدرة المتعاقد على مناقشة بنود العقد لسببين رئيسيين عادة، يتعلق أحدهما بإذعان المتعاقد القابل بالشروط الواردة في العقد النموذجي، بينما يتعلق السبب الثاني بعدم قدرة وكفاءة المتعاقد الثاني على المناقشة في حد ذاتها. وإلى جانب ذلك فإنه يمكن أن توضع العقود النموذجية من قبل الدولة أو الهيئات الإدارية.

وقد ذهب جانبا من الفقه[4] إلى أن العقود النموذجية تختلف عن عقود الإذعان، من حيث أنة العقود النموذجية ليست عقدا بالمعنى الصحيح والدقيق بقدر ما هي صياغة ملزمة من شخص معين يلزم شخصا آخرا أن يضع العقود التي تحمل نفس موضوعها الصادر في المستقبل على شاكلة تلك العقود النموذجية، بينما عقود الإذعان هي عبارة عن عقود حقيقة تلتقي فيها إرادتان على إحداث أثر قانوني معين.

---

[1] - أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص107.

[2] - راجع الشنطي سهى نمر، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في عقود الاستهلاك، رسالة ماجستير، جامعة بير زيت، فلسطين، 2008، ص41، أشار إلى هذا المرجع عبد الله ذيب عبد الله محمود، المرجع السابق، ص41.

[3] - أنظر نغم حنا رؤف، العقود النموذجية للجنة الأوربية الاقتصادية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، مجلد 14، ع 6، حزيران 2007، ص328.

[4] - أنظر أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقود المعاوضة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014، ص164.

ومن خصوصية العقود النموذجية أيضا أنه عقود موجهة للعامة، أي لعدد غير محدد من الأشخاص، وليس لشخص محدد بذاته، فهو يهدف إلى توفير الوقت والنفقات، إضافة إلى أنه يمكن أن تتكون من أكثر من نموذج، وهو ما يضفي عليها صفة وسمة الاختيارية، وهذا ما يجعله يتم بنوع من التفاوض حول نماذج هذا العقد واختيار أفضلها والتفاوض على بعض بنودها، وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار العقد النموذجي عقد إذعان في حالة انتفاء القدرة على التفاوض، وعدم قدرة المتعاقد على مناقشة نموذج من النماذج المتعلقة بالعقد[1].

ومن بين مظاهر الاختلاف بين العقود النموذجية وعقود الإذعان، أن الأولى تعتبر من عقود المساومة التي يتمتع فيها المتعاقد بحرية أمكانية مناقشة شروط العقد، أما في عقود الإذعان فلا يمكن ذلك لأن شروط العقد يفرضها أحد المتعاقدين ولا يمكن للمتعاقد الآخر مناقشتها[2].

إن الاختلاف الذي أبرزه الفقه بين العقود النموذجية وعقد الإذعان، لا يمنع من القول بأن العقود النموذجية يمكن أن تكون طريقا إلى عقد الإذعان[3]، إذا توافرت عناصره خاصة ما تعلق منها باحتكار السلعة فعليا أو قانونيا، وهو ما يجعل المتعاقد مجبر على القبول بالعقد في نهاية المطاف، غير أنه وخارج هذا الطرح والفرض تبقى في رأينا العقود النموذجية مختلفة عن عقود الإذعان، فكما يرى بعض الفقه[4] فإن عدم إطلاق وصف عقد الإذعان على العقود النموذجية رغم أن المتعاقد لا يملك مناقشة شروط هذه الأخيرة، إلا أنه لا تتوفر فيها باقي عناصر الإذعان بالمعنى الفني الدقيق التي سوف يتم تبيانه لاحقا.

2 - تمييز عقد الإذعان عن العقد الجبري: مع مرور الزمن والتطورات الهائلة التي عرفتها البشرية، فرض على الإنسان والمجتمع ضرورة الدخول في أشكال وأنواع جديدة من التعاقد، ومن بين أهم هذه العقود نجد العقود الجبرية أو كما يعبر عنها البعض العقود المفروضة، فهذا النوع من العقود الذي يغيب فيه أهم عنصر من عناصر التعاقد والمتمثل في عدم إمكانية المناقشة أو المساومة أو الأخذ والعطاء بخصوص شروطه، يجعل الحرية التعاقدية في مثل هذه النوع من العقود غائبة تماما.

والعقد الجبري كنموذج عن العقود الحديثة التي فرضته التطورات، خاصة ما تعلق منها بضرورة تدخل الدولة، قد عرفه بعض الفقه[5] بأنه العقد الذي يفرض على الشخص إما التعاقد في ذاته أو التعاقد مع شخص معين إذا أراد إبرام العقد، ومن هنا اكتسب هذا العقد تسمية العقد الجبري، حيث أنه يجبر الشخص إما على إبرام عقد معين، أو التعاقد مع شخص معين إذا رغب في التعاقد، بل إن القانون قد يجبر الشخص على إبرام عقد معين ومع شخص معين، بحيث تنعدم حريته في إبرام العقد بالإضافة إلى عدم الحرية في اختيار شخص المتعاقد.

---

[1] - أنظر عبد الله ذيب محمود، المرجع السابق، ص130.

[2] - أنظر المرجع نفسه، ص164.

[3] - وفي هذا الصدد يرى الأستاذ محفوظ لعشب أن فائدة العقود النموذجية تظهر أكثر عندما تكون العقود النموذجية طريقا إلى عقود الإذعان، حيث تسهل العقود النموذجية في هذه الحالة عملية إثبات العقد، راجع محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص104.

[4] - أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص ص108-109.

[5] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص163.

ولعل أهم مثال يقدمه الفقه[1] عن العقود الجبرية عقد التأمين، حيث تعتبر الشكلية في مثل هذا النوع من العقود شرطا لنفاذه، وهو ما نصت عليه المواد من 616 إلى 622 ق م، إضافة إلى نص المادة 7 من الأمر95-07[2]، ففي هذا النوع من العقود أي عقد التأمين يرى بعض الفقه[3] أنه هو خير مثال لصورة إجبار الشخص على التعاقد، أين يفرض القانون على الشخص إبرام عقد التأمين عن المسؤولية من حوادث السيارات، فالقانون هنا يفرض على كل مالك سيارة أن يبرم عقد تأمين من أجل تغطية المسؤولية المدنية التي تنجم عن الحوادث التي تتسبب فيها.

إن الخاصية التي تتسم بها العقود الجبرية من عدم إمكانية مناقشة بنود العقد، قد تذهب بالبعض إلى القول بأنها عقود إذعان بالمعني الحقيقي، غير أن الرأي الراجح[4] في هذا المجال والذي نؤيده، هو أن عقود الإذعان وإن كانت تتفق مع العقود الجبرية في أن كلاهما يتضمن اعتداء على الحرية التعاقدية، حيث يقيد أو ينعدم مبدأ سلطان الإرادة في مثل هذه الحالة، إلا أن الفرق بينهما واضح، حيث يكون مصدر الإجبار أو الإذعان في العقود الجبرية هو القانون، بينما يجد الإجبار مصدره في عقود الإذعان في إرادة الطرف القوي أو المهيمن.

لقد اتضح من خلال ما تقدم الفرق بين عقد الإذعان، وغيره من المصطلحات، وسوف يتضح هذا الفرق أكثر، عند بيان شروط اعتبار العقد عقد إذعان.

الفرع الثاني: شروط اعتبار العقد عقد إذعان

لقد سبق وأن قلنا أن نطاق انعدام التوازن العقدي في القواعد العامة هو عقود الإذعان، ولا يمكن اعتبار العقد كذلك إلا إذا توفرت فيه شروط هذا النوع من العقود، فحتى نكون أمام أو بصدد عقد إذعان، لا بد من أن يكون هناك احتكار من قبل شخص معين أو أشخاص معينين **(أولا)**، كما لا بد أن تكون السلعة أو الخدمة المحتكرة من قبيل الضروريات **(ثانيا)**.

أولا - الاحتكار: إن أول شرط يجب توفره كي يمكن أن يكيف العقد على أنه عقد إذعان، هو ضرورة وجود احتكار لسلعة أو خدمة معينة، لذا وجب تعريف هذا الشرط**(1)**، ثم بيان أنواع الاحتكار**(2)**.

1 - تعريف الاحتكار: نتناول في مايلي تعريف الاحتكار وبيان أصله اللغوي(أ)، ثم بيان معناه اصطلاحا**(ب)**.

أ - **تعريف الاحتكار لغة:** جاء في لسان العرب لابن منظور" حكر، الْحَكْر: ادِّخارُ الطَّعام للتَّرَبُّصِ، وصاحِبُهُ مُحْتكِرُ، وابْنُ سيدَهْ، الاِحْتَكارُ جَمْعُ الطَّعام ونَحوِهِ مِمَّا يُوكل وَاحِتباسُه انْتِظارَ وَقْتِ الْغلاءِ بِه[5]. وحَكَرَهْ حْكراً ظَلَمهُ

[1] - أنظر زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم حقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2013-2014، ص ص 38-39.

[2] - وهو الأمر الصادر في 25 يناير، المتعلق بالتأمينات، ج ر ج، ع 2 المعدل بالقانون 06-04 المؤرخ في20 فيفري 2006، ج ر ج، ع 15.

[3] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص163.

[4] - راجع فيما يتعلق بالرأي الذي يرى بضرورة التفرقة بين العقود الجبرية و عقود الإذعان، المرجع نفسه، ص 164.

[5] - أنظر محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ط1، ص949.

وتَنَقَّصهُ، فَهو حَكِرُ. والسِّلعَةَ: جَمَعَها ليَنْفَرد بالتصُّرف فيها (احْتَكَرَ) السِّلعةً حَكَرَها[1]. هذا عن المعنى أو الأصل اللغوي لكمة احتكار لكن ما هو المعنى الذي تفيده كلمة احتكار في الاصطلاح؟.

ب - التعريف بكلمة احتكار في الاصطلاح: إن المتأمل في النصوص القانونية يدرك لا محال أن المشرع الجزائري لم يورد نصا خاصا بتعريف الاحتكار، فقواعد المنافسة وهي القواعد التي يجب أن تعنى بهذا الموضوع نظرا لما لها من تأثير مباشر على المنافسة المشروعة، كما أنها تؤثر على الهدف غير المباشر لهذه النصوص والمتمثل في حماية المستهلك لا سيما في مجال الأسعار، نجد بأنها لم تعرف الاحتكار رغم أنها أوردته عدة مرات حيت تم ذكره مثلا في نص المادة 5 الفقرة 2 من قانون المنافسة التي تتكلم عن إمكانية اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار، والتي قد يكون من أسبابها حالات الاحتكارات الطبيعية[2]، وأمام عزوف المشرع الجزائري عن تعريف الاحتكار فإن هذه المسألة بقيت من اختصاص الفقه والقضاء.

فبالنسبة للفقه فقد تم تناول مصطلح الاحتكار بالتعريف من قبل العديد من الأساتذة والدارسين، حيث عرف الاحتكار بأنه " القدرة من فرض شروط العقد مع التيقن من عدم انصراف المتعاقد الآخر عند التعاقد، نظر لأنه لا يجد بديلا عن المتعاقد المحتكر، ولا يتمكن من الحصول على محل التعاقد بشروط مختلفة عما يفرضه"[3]. كما عرف الاحتكار بأنه ظاهرة الهيمنة والتحكم في السوق من حيث الكمية أو سعر السلعة أو أيهما أو الخدمة المتداولة وذلك بواسطة فرد أو فئة معينة أو مجموعة من الأفراد محدودة العدد تتميز بتداولها بيعا أو شراءً لنسبة مؤثرة من إجمالي الكمية المتداولة في السوق مما يؤدي إلى إقصاء المنافسين عن السوق والإضرار بمبدأ حرية المنافسة في تقديم السلع أو الخدمات[4].

ومن جهتهم فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا الاحتكار فمثلا عن فقهاء المذهب المالكي، قال **بن الوليد الباجي:** فالذي رواه ابن الموازة وابن القاسم عن مالك أن الطعام وغيره من الكتان والقطن وجميع ما يحتاج إليه من ذلك، فيمنع من احتكاره ما أضر ذلك بالناس. كما عرفه الإمام النووي وهو من المذهب الشافعي بأنه" هو أن يشتري الطعام وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه في الحال بل يدخره ليغلو ثمنه"[5]. حيث يلاحظ على هذا التعريف الأخير أنه قد ضيق من نطاق الاحتكار من خلال وضع شروط لقيامه أين يشترط لاعتبار التصرف من تصرفات الاحتكار أن يكون هناك شراء متعلق بالطعام– كل ما يتعلق بقوت الإنسان– دون باقي المنتوجات،

---

[1] - أنظر في إشارة إلى التعريف اللغوي، إسلام هشام عبد المقصود، المرجع السابق، ص91.

[2] - حيث جاء في نص المادة 5الفقرة2 من الأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة، المرجع السابق، **"** كما يمكن اتخاذ تدابير استثنائية للحد من ارتفاع الأسعار أو تحديد الأسعار في حالة ارتفاعها المفرط بسبب اضطراب خطير للسوق أو كارثة أو صعوبات مزمنة في التموين داخل قطاع نشاط معين أو في منطقة جغرافية معينة أو بسبب حالات الاحتكارات الطبيعية**"**.

[3] - أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص104.

[4] - أنظر أمير الفونس عريان، اقتصاديات حماية المنافسة ومنع الاحتكار محليا ودوليا، المؤتمر السنوي التاسع لكلية الحقوق – جامعة المنصورة- بعنوان تنظيم المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية الضارة – المنعقد في 29-30 مارس 2005 م بفندق هيلتون رمسيس، القاهرة، ص2، مشار إليه في مرجع إسلام هشام عبد المقصود، المرجع السابق ص ص93-94.

[5] - راجع في التعريفين السابقين، بالنسبة للمذهب المالكي المدونة الكبرى(10-123)، مطبعة السعادة بمصر (1323)، وبالنسبة للمذهب الشافعي شرح صحيح مسلم (46/11)، أشار إلى ذلك محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2004، ص119.

كما أنه يشترط كذلك أن يكون هذا الشراء وقت الغلاء وأن لا يكون وقت الرخاء والوفرة حيث لا يعتبر من قبيل الاحتكار الشراء في مثل هذه المرحلة.

أما فقهاء المذهب الحنبلي فقد عرفوا الاحتكار بأنه: " أن يعمد المحتكر لشراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحتبسه عنده يريد إعلاؤه عليهم"[1]. وهو تعريف يقترب أيضا من حيث الشروط المعتبرة المفروضة لقيام حالة الاحتكار من التعريف المقدم من قبل فقهاء المذهب الشافعي. بينما عرف أنصار أو فقهاء المهذب الحنفي الاحتكار بأنه "شراء الطعام ونحوه وحبسه إلى العلاء أربعين يوما"[2]. حيث يلاحظ هذا التعريف رغم أنه يشترط وجود عملية شراء سابقة لقيام حالة الاحتكار، إلا أنه لا يحصر الاحتكار في المنتوجات المتعلقة بطعام الإنسان، وإنما يوسعه إلى كل ما هو من قبيل حاجيات الآدميين.

إن المتمعن في المعنى أو التعريف المقدم من قبل فقها الشريعة الإسلامية، سوف يدرك دون أدن شك، أن هذا المعنى لا يتماشى مع مفهوم الاحتكار كشرط لعقود الإذعان، ذلك أن معظم التعريفات السابقة تشترط أن يكون هناك نية من المحتكر في الإضرار بالناس عن طريق شراء المنتوجات المتمثلة في الطعام حسب رأيهم في وقت الرخاء من أجل بيعها بأثمان باهظة وقت الحاجة والعوز إليها، بينما يكتفي فقهاء القانون في تقديمهم للاحتكار كشرط لقيام وتوافر حالة الإذعان بأن يكون الطرف القوي أو المذعن متفردا بتقديم سلعة أو خدمة معينة بحيث لا يمكن للمتعاقد الذي يرفض التعاقد معه، أن يحصل على حاجته من غيره.

ومما سبق نعتقد أن المصطلح الأنسب في شرط اعتبار العقد من قبيل عقود الإذعان هو الانفراد أو التفرد، بدلا من الاحتكار[3]، ذلك أن الاحتكار له مفهوم خاص يفترض بالضرورة قيام المتعاقد سابقا بشراء سلعة معينة في وقت الرخاء، بنية الاستئثار ببيعها بأثمان باهظة وقت الغلاء، فالاحتكار قد يكون طريقا للتفرد، لكنه ليس هو الطريق الوحيد، حيث يمكن أن تنشأ حالات التفرد بتقديم المنتوجات نتيجة لحالات قانونية وهو ما يسمى بالاحتكار القانوني، كما أن التفرد قد ينشأ نتيجة لحالات طبيعة أو فعلية تضع مقدم السلعة أو الخدمة في هذا الموضع، وهي ما يطلق عليها الفقه أنواع الاحتكار.

---

[1] - أنظر ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الجبل للطباعة والنشر، المجلد 4، ط1، بيروت لبنان، 1997، ص38.

[2] - هذا التعريف لابن عابدين، مشار إليه في مرجع حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من الاحتكار، منشأة المعرف، الإسكندرية، دس، ص4.

[3] - يتوافق معنى الإحتكار المقصود كشرط من شروط عقود الإذعان عند فقهاء القانون مع المعنى الاقتصادي له، حيث يقصد به في المجال الاقتصادي الحالة التي يكون السوق فيها عبارة عن شركة واحدة فقط تؤمن منتوج أو خدمة إلى جميع المستهلكين. بمعنى آخر هذه الشركة تكون مسيطرة على كامل السوق ولهذا تسمى الشركة حينها بالمحتكِرة. إذن السوق يسمى مُحتكر، الشركة مُحتكِرة والحالة احتكار. في هذه الحالة، تستطيع الشركة أن تفرض الأسعار كيفما تشاء لأنه لا يوجد شركات أخرى لمنافستها في هذا السوق. كل الشركات تسعى للوصول إلى هذه المرحلة لكي تتحكم بالمنتج وبسعره وبالتالي كي تزيد من أرباحها. يتشعّب من الاحتكار حالات كثيرة، قد يوجد في السوق مثلاً شركات أخرى منافسة على نفس المنتج أو الخدمة ولكن عندما تكون هذه المنافسة هامشية مع الشركة المسيطرة على السوق، تُسمى الحال بالاحتكار الشبه كامل عندما يسيطر على السوق عدد قليل من الشركات تُسمى حينها هذه الحالة باحتكار القِلّة. أنظر حسام العيسوي إبراهيم، الاحتكار دراسة تحليلية نقدية، www.alukah.net، تاريخ الاطلاع 20-01-2018.

2 - أنواع الاحتكار: إن حالات الاحتكار التي قد تجعل شخصا معينا ينفرد بتقديم منتوجات معينة من سلع وخدمات، يمكن أن تنتج عن عدة أسباب، حيث يمكن أن يتجه الشخص نفسه إلى الحصول على هذا الموضع وهو ما يسمى أو يطلق عليه بالاحتكار المقصود (أ)، كما يمكن أن يكون الاحتكار نتيجة لنصوص قانونية تمنح الشخص هذا الامتياز أي أن الاحتكار هنا هو احتكار قانوني **(ب)**، ومن جهة أخرى فإن حالة الاحتكار قد يصنعها الواقع أو الطبيعة وهو ما يسمى بالاحتكار الفعلي أو الطبيعي **(ج)**.

أ - الاحتكار المقصود: وفي هذا النوع من الاحتكار يسعى المحتكر إلى وضع نفسه في هذا الموضوع، من خلال السعي إلى إقصاء جميع المنافسين. أو بعبارة أخرى الاحتكار المقصود هو ذلك الاحتكار الذي قصد فيه المحتكر إعاقة منافسيه عن دخول السوق بقصد، أي أن نيته قد اتجهت فعلا إلى إخراج جميع منافسيه من السوق[1].

وكمثال على هذا النوع من الاحتكار نذكر الصورة التي يعمد فيها المحتكر إلى شراء مادة أولية من السوق لاستخدامها في مصنعه، حيث يقوم بشراء السلع كليا لاستخدامه كمادة أولية لما يقوم بصناعته، وذلك كأن يقوم مصنع بطاطس بشرائها من كل بائعيها، وهذا ما يطلق عليه احتكار الشراء[2]، وهو في اعتقادنا صورة من صور الاحتكار المقصود.

إننا نعتقد أن المشرع الجزائري قد قصد هذا النوع من الاحتكار، وذلك من أجل حماية المنافسة بصورة مباشرة وحماية المستهلك، وذلك من خلال الأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة، حيث حظر كل اتفاق أو تدبير أو تعسف ناتج عن وضعية هيمنه يهدف إلى الحد من الدخول في السوق وممارسة النشاطات التجارية[3]، كما يجب إخضاع كل تجميع من شأنه المساس بالمنافسة، خاصة إذا كان هذا التجميع يرمي إلى تعزيز وضعية هيمنة مؤسسة على سوق معينة إلى رقابة مجلس المنافسة[4]، أي أن هذا النوع من الاحتكار مرفوضا ومجرما من الناحية القانونية، لذلك فإن الحماية منه تكون حماية في جلها وقائية وذلك بمنع هذا النوع من الاحتكار أصلا، وذلك بخلاف الاحتكار الفعلي و الاحتكار القانوني.

ب - الاحتكار القانوني: نكون بصدد هذا النوع من الاحتكار عندما توجد نصوص قانونية، تمنح شخصا معينا الحق في احتكار إنتاج وتوزيع وتقديم منتوج معين، أي أن هذا النوع من الاحتكار هو من أنواع الاحتكار المسموح بها بل أكثر من ذلك فإنه يستند ويرتكز على نص قانوني في وجوده، كما أن هذا النص في حد ذاته يمنع من وجود منافسة في النشاط الذي حدد القانون الأشخاص الذين يمكنهم مزاولته.

ومن أمثلة الأشخاص الذين يمنحهم القانون الحق في احتكار نشاطات معينة في الجزائر نذكر مثلا الشركة الوطنية سونلغاز التي يمنحها القانون حق احتكار عملية إنتاج وتوزيع الكهرباء، وكذلك مؤسسة اتصالات الجزائر التي تستأثر بتقديم خدمة الانترنت عن طريق الأسلاك، وكذا الشركة الوطنية للنقل بالسكك

---

[1] - أنظر إسلام هاشم عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص 107.
[2] - أنظر المرجع نفسه، ص ص 105 106. و يطلق المؤلف هنا على هذا النوع من الاحتكار احتكار الشراء.
[3]- أنظر المواد 6 و7 من الأمر 03-03 المتضمن قانون المنافسة المعدل والمتمم، المرجع السابق.
[4]- أنظر المادة 17 من الأمر 03-03، المرجع نفسه.

الحديدية التي لا ينازعها شخص آخر في هذا المجال، حيث تحتكر المؤسسات السالفة الذكر النشاطات التي أو كلت إليها احتكارا كليا.

إذا كان الاحتكار القانوني لا ينشأ إلا بموجب قانون، فإنه قد ينشأ الاحتكار نتيجة ظروف طبيعية معينة تجعل شخص واحدا يحتكر نشاطا معينا احتكارا فعليا.

ج - الاحتكار الفعلي أو الطبيعي: إذا كان الاحتكار القانوني ينشأ بموجب نص قانوني ، فإن الاحتكار الطبيعي أو الفعلي ليس دائما احتكارا مقصودا، بل إن العكس هو الصحيح فالاحتكار الفعلي كما عرفه بعض الفقه بأنه هو الاحتكار الذي ينشأ دون تدخل حكومي بسبب تمتع الشركة بمميزات تكلفة على المنافسين الآخرين وهو ما يسمى بالتدرج الاقتصادي، وإما بسبب تفوقه التكنولوجي[1].

كما أننا نرى من جهتنا بأن الاحتكار الطبيعي هو حالة يجد الشخص فيه نفسه تلقائيا منفردا بتقديم أو إنتاج أو توزيع منتوجات معينة، نتيجة لظروف طبيعية دون أن تكون هناك نية في الاحتكار سواء من قبل المحتكر أو من قبل الدولة.

ومن خلال تعريفنا للاحتكار الطبيعي يتضح أن هذا النوع من الاحتكار، لا يكون فيه للمحتكر أي دخل، والمثال الواضح عن حالة التفرد أو الاحتكار الطبيعي هو أن تكون هنالك عدة مؤسسات، أو شركات متنافسة حول تقديم منتوج معين، وفجأة ونتيجة لظروف معينة تعلن إفلاسها، أو ضعفها، وتنسحب هذه المؤسسات من السوق فتجد شركة معينة وحدها في السوق محتكرة لتقديم المنتوجات التي كانت محل منافسة من قبل الشركات أو المؤسسات المنسحبة نتيجة لظروف معينة لا دخل فيها للمحتكر.

ويتميز الاحتكار الطبيعي في رأينا عن الاحتكار المقصود خاصة من جهتين أو نقطتين، فمن جهة السماح والمنع القانونين، فإنه إذا كان الاحتكار المقصود عادة ما يكون ممنوعا قانونا ومجرما، فإن الاحتكار أو التفرد الطبيعي مسموح به من الناحية القانونية وكل ما في الأمر أن النصوص القانونية أو المشرع يضع قواعد لحماية الطرف الضعيف في مواجهة المحتكر بصفته طرف مُذَعن. أما النقطة الثانية التي يختلفان فيها عن بعضهما البعض فتتعلق بمدى تدخل المحتكر في إيجاد الوضعية الاحتكارية، فبينما يكون الاحتكار المقصود بفعل المحتكر من أجل إقصاء المنافسين والتفرد بالسوق، فإن الاحتكار الطبيعي أو الفعلي هو حالة تنشأ نتيجة ظروف طبيعية لا دخل للمحتكر فيها.

وفي الأخير نقول أنه ومهما كان نوع الاحتكار سواء أكان احتكارا طبيعيا أو قانونيا، فإنه يؤدي إلى نتيجة واحدة وهي إعطاء شخص معين القدرة على احتكار توزيع أو تقديم منتوجات معينة، وهو ما يجعله يفرض شروطه بمناسبة إبرام العقد الهادف إلى تزويد شخص معين بمنتوج احتكاري، لكن هل كل منتوج محتكر يمكن أن يكون محلا لعقد إذعان أم أنه يشترط أن يكون هذا المنتوج من قبيل الضروريات؟.

[1] - آمل محمد شلبي، الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية -، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص4.

ثانيا - أن يكون المنتوج من قبيل الضروريات: لا شك أن الوضع السالف الذكر والمتمثل في الاحتكار يجعل الشخص مجبر على التعاقد مع المحتكر لأنه لا يجد بديلا آخر عنه، لكن يبدو أن وضعية الاحتكار ليست هي السبب الوحيد التي تجعل الشخص يجبر على إبرام عقد إذعان وتحمل أعباء هذا التعاقد، فالحاجة الملحة للمنتوج المراد الحصول عليه هي الدافع الأساسي إلى التعاقد.

وتبعا لما تقدم فإنه يشترط أن تكون السلعة أو الخدمة من قبيل الضروريات بالنسبة للمنتفعين أو المستهلكين، حيث لا يمكن أن يتصور استغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو الخدمة في حياتهم دون أن يلحقهم ضرر أو مشقة[1].

إن الطرح السابق والمتمثل في اشتراط أن تكون الخدمة أو السلعة من قبيل الضروريات كي يمكن اعتبار العقد عقد إذعان، يطرح مسألة مهمة تتعلق بالمعيار الذي يمكن اعتماده في تحديد الحاجات الضرورية من عدمها، خاصة أمام التطور الصناعي والتكنولوجي الذي أصبح يسفر على حاجات من سلع وخدمات لا يمكن الاستغناء عنها من قبل الأشخاص في حياتهم اليومية حيث أن عدم توفرها قد يتسبب لهم في مشقة كبيرة.

وفي اعتقادنا أنه يجب عدم الاكتفاء بالمعيار التقليدي في تحديد الحاجات الضرورية للإنسان، فإذا كان فيما مضى وإلى وقت ليس ببعيد، كانت تعتبر الحاجيات ضرورية فقط عندما يتعلق الأمر بطعام ولباس وسكن الإنسان، فالواقع اليوم على خلاف ذلك، خاصة مع التطور التكنولوجي والصناعي الذي عرفته البشرية في الفترة الأخيرة.

إن الواقع اليوم يفرض علينا إلى جانب المعيار التقليدي، الأخذ بمعيار حديث يراع فيه طبيعة بعض المنتوجات التي وإن كانت تظهر أنها من قبيل الكمالية وفقا للمعيار التقليدي، إلا أنها يجب اعتبارها من قبيل الضرورية وفقا لمعيار حديث ينطلق من ما هو موجود في الواقع المعاش، فهناك سلع وإن كانت لا ترتبط بحياة الإنسان من حيث الوجود والعدم كالتلفاز والثلاجة بالنسبة للسلع، وخدمة الانترنت وخدمة الهاتف والكهرباء، فهذه المنتوجات أصبحت اليوم من قبيل الضروريات التي لا يمكن لأحد الاستغناء عنها في حياته، وفي سبيل الحصول عليها قد يلجأ إلى التعاقد مهما كان شكل وطبيعة العقد، حتى وإن كان التعاقد في شكل إذعان يجعله يتحمل شروطا مجحفة من أجل تلبية رغبته من الحاجيات السالفة الذكر نظرا لأهميتها في حياته اليومية.

المطلب الثاني: نطاق انعدام التوازن العقدي في مجال القواعد الخاصة بحماية المستهلك

يتحدد نطاق انعدام التوازن العقدي الذي يمكن أن يؤدي إلى وضع المستهلك تحت رحمة الشروط التعسفية في القواعد المتعلقة بحمايته بعقد الاستهلاك، فهذا النوع من العقود يرتبط بعملية مهمة من الناحية الاقتصادية آلا وهي عملية الاستهلاك، فالاستهلاك كما يرى البعض[2] يعبر عن نشاط اقتصادي يتمثل في استخدام السلع والخدمات الاستهلاكية من أجل إشباع الحاجات الإنسانية، والاستهلاك بهذا المعنى يعتبر نشاطاً اقتصادياً

[1] - أنظر محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص59، مع ملاحظة أن الأستاذ قد استعمل مصطلح مستهلكين في حين نعتقد أن المصطلح الأنسب هو مصطلح المتعاقدين، ذلك أن عقد الإذعان لا يشترط فيه أن يكتسب المتعاقد صفة المستهلك، فقد تكون الخدمة موجهة إلى فئات متعددة من بينهم مهنيين ورغم ذلك يعتبر العقد عقد إذعان.

[2] - أنظرعبد الله عبد العزيز الصعيدي، المرجع السابق، ص97.

يمارسه جميع الأشخاص في المجتمع، ويختلف عن جميع الأنشطة الاقتصادية الأخرى كالإنتاج والادخار والاستثمار والتسويق وغيرها من الأنشطة الاقتصادية. من هذا المنطلق فإن أفراد المجتمع من المستهلكين قد لا يكونون بالضرورة مدخرين أو منتجين، وهؤلاء المستهلكون بحاجة إلى ضمان حقوقهم في الحصول على سلع وخدمات ذات جودة عالية وبأسعار مناسبة، إشباعا لحاجاتهم وتحقيقا لرفاهيتهم، عن طريق عقد يوصف بأنه عقد استهلاك الذي يجب تعريفه بما أن نطاق انعدام التوازن العقدي في قواعد حماية المستهلك يتحدد به **(فرع أول)**، كما لا بد من بيان خصائص هذا العقد **(فرع ثانٍ)**.

الفرع الأول: تعريف عقد الاستهلاك

نتناول في هذا الفرع التعريف بعقد الاستهلاك وذلك من الناحية اللغوية**(أولا)**، ثم من الناحية الاصطلاحية **(ثانيا)**

أولا - تعريف عقد الاستهلاك لغة: إن تعريف عقد الاستهلاك من الناحية اللغوية، يتطلب منا التعريف بكلمة عقد، ثم كلمة استهلاك، إذ لا يوجد في القاموس العربي كلمة عقد استهلاك فهي كلمة مركبة من كلمتين، عقد واستهلاك وبالنسبة لكلمة عقد من الناحية اللغوية [1]فقد سبق التعريف بها بمناسبة تعريف عقد الإذعان.

أما كلمة استهلاك فهي تعني في اللغة استهلك أو أفنى أو استنفد أو أهلك أو التهم أو أكل[2]، ويقابلها في المصطلح الفرنسي consommer[3].

ثانيا - تعريف عقد لاستهلاك اصطلاحا: ونتناول في التعريف الاصطلاحي تعريف المشرع **(1)**، ثم التعريف الفقهي لعقد الاستهلاك**(2)**.

1 - التعريف التشريعي لعقد الاستهلاك: بالرجوع إلى القواعد المتعلقة بحماية المستهلك لا نجد بأن المشرع الجزائري قد أورد نصا خاصا بتعريف عقد الاستهلاك، رغم أنه قد عرف المقصود بكلمة عقد في القانون المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4] من خلال نص المادة 2 والتي عرفت العقد بأنه " عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من قبل أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

وإضافة إلى نص المادة 2 أعلاه فقد نص المشرع من خلال نص المادة 29 الفقرة 1 من القانون 04-02 بمناسبة تحديد الممارسات التعاقدية التعسفية " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع...".

إن نص المادة 29 الفقرة 1 من القانون 04-02 ، يجعلنا نقول بأن المشرع الجزائري قد ربط مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية بضرورة وجود عقد، إلا أنه لم يعطي تعريفا خاصا لعقد الاستهلاك، وهذا ما يتطلب منا العودة لنص المادة 2 أعلاه التي عرفت العقد في مفهوم القواعد المطبقة على الممارسات التجارية أين يتضح أن المشرع ربط مسألة وجود عقد استهلاك بوجود اتفاقية محررة مسبقا أي كتابة اتفاقية العقد، كما أنه

[1] - أنظر فيما يتعلق بالتعريف اللغوي بكلمة عقد، ص218.
[2] - أنظر المنجد في اللغة والأعلام، المرجع السابق، ص871.
[3] - أنظر ممدوح حقي، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية فرنسي-عربي، المرجع السابق، ص122.
[4] - أنظر القانون 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

يستلزم ضرورة إذعان المستهلك كي تتحقق الحماية المشار إليها في القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

وفي اعتقادنا أن المشرع لم يصب عندما أورد تعريفا واحدا للعقد في القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية وذلك للأسباب التالية:

- إن القواعد المنصوص عليها في قانون الممارسات التجارية، ذات تطبيق مزدوج، أي أنها تطبق بمناسبة عقدين مختلفين من حيث الخصائص، فهي تطبق إما بمناسبة العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين أنفسهم وهي عقود توريد، كما أنها تطبيق على العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين وهي عقود استهلاك، ولذا فإنه في اعتقادنا كان يجب على المشرع أن يقدم تعريفا لكل عقد من العقدين السابقين يراع فيه خصائص ومميزات كل عقد.

- إن المشرع من خلال التعريف السابق ذكر شرط الإذعان، وهو ما لا يشترط في مجال حماية المستهلك، إذ أن حماية المستهلك ترتبط باكتسابه لهذه الصفة، وليس لكون طبيعة عقد الاستهلاك عقد إذعان، كما أن عقود الاستهلاك ليست دائما عقود إذعان وإن كانت في الغالب تكون كذلك.

وإضافة إلى ما سبق فإننا نوجهه انتقادنا لنص المادة 29 من القانون 04-02 وذلك من خلال استعمالها لعبارة **بائع**، بينما يعد المصطلح الأنسب هو مصطلح **عون اقتصادي**[1]، فكان على المشرع في هذه المادة أن يتقيد بهذا المصطلح لتوسيع شمولية حماية المستهلك إلى باقي المتدخلين في العملية الاستهلاكية وعدم حصرها في طرف واحد وهو البائع.

إن الملاحظات السابقة تجعلنا نقول أنه أصبح على المشرع اليوم تقديم تعريف خاص بعقد الاستهلاك، يراع فيه خاصة مسألة صفة أطراف العقد، والهدف من وراء إبرامه، حيث نقترح في هذا الصدد إدراج نص مادة يعرف فيها عقد الاستهلاك بأنه الاتفاق الذي يتم بين العون الاقتصادي والمستهلك، ويكون الهدف منه اقتناء منتوج للاستعمال الشخصي.

2 - التعريف الفقهي لعقد الاستهلاك: إن التعريف بعقد الاستهلاك في الاصطلاح ليس بأسهل منه في اللغة، إذ أن هذا المصطلح هو مصطلح حديث نسبيا في الوسط أو المجال القانوني فمصطلح الاستهلاك والمستهلكون، حديثي العهد بالنسبة لرجال القانون لأنهما في الأصل هما من اهتمام رجال الاقتصاد، ونظرا لدخول هذه المصطلحات في اللغة القانونية فإن رجال القانون يضطرون لتحديد معناها القانوني مستوحين إياه من المفهوم الاقتصادي[2].

---

[1] - العون الاقتصادي حسب نص المادة 3 البند 1 من القانون 04-02، المتضمن القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع نفسه. هو " عون اقتصادي : كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها ". كما أكد المشرع على هذا التعريف من خلال نص المادة 1 من المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر ج، ع 56.

[2] - أنظر إسلام هشام عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص20.

وفي إطار تحديد التعريف الاصطلاحي لعقد الاستهلاك، يجب الإشارة إلى فكرة مهمة قد يوحي بها هذا المصطلح، حيث يمكن أن يوحي بأن هناك طائفة من العقود مستقلة بذاتها إلى جانب باقي أنواع العقود يطلق عليها عقود الاستهلاك، غير أن هذا الطرح أو التصور هو تصور خاطئ رغم الشيوع الذي عرفه هذا المصطلح في أوساط المصطلحات القانونية الحديثة، والصحيح هو أن هذا المصطلح أصبح يطلق على أي عقد سواءً كان عقد مسمى أو غير مسمى، شريطة أن يكون طرفي هذا العقد أحدهما مستهلكا، والآخر مهني[1].

ويترتب على الطرح السابق أنه لا يمكن اعتبارها من قبيل عقد الاستهلاك، تلك العقود التي يكون كلا طرفيها تاجرا أو مهنيا، فعقد البيع مثلا لا يمكن أن يطلق عليه عقد بيع استهلاكي إلا إذا كان أحد طرفيه مهني – متدخل– والآخر مستهلك، والشيء نفسه بالنسبة لعقد القرض، حيث لا يمكن اعتباره عقد قرض استهلاكي إلا إذا كان المقترض مستهلكا، أما إذ كان أطرف هذه العقود من التجار فقط أو المهنيين فإنه لا يمكن أن يطلق عليها عقود استهلاك، كما لا يمكن أن يعتبر من عقد الاستهلاك العقد الذي يتم بين مستهلكين[2].

وقد قدم الفقه لعقد الاستهلاك عدة تعاريف، حيث عرف عقد الاستهلاك انطلاقا من كونه عقد إذعان بأنه" كل عقد مكتوب يبرم عن طريق الانضمام أو الإذعان بين المستهلك والمحترف المهني"[3].

وفي اعتقادنا أن التعريف السابق هو تعريف خاطئ ومنتقد، فإلى جانب أن هذا التعريف يربط عقد الاستهلاك بفكرة الإذعان، وهو تصور خاطئ لأن عقد الاستهلاك لا يتم دائما في صورة عقد إذعان، فإذا كانت الغاية هي حماية المستهلك انطلاقا من صفته، فإن فلسفة هذه الحماية تقتضي عدم اشتراط ضرورة فكرة الإذعان في عقود الاستهلاك.

كما أن التعريف السابق يشترط أن يكون العقد مكتوبا لإعطائه وصف عقد الاستهلاك، وبالتالي فإن القول بهذا الشرط سوف يجعل من مسألة حماية المستهلك من الشروط التعسفية وغيرها مرتبطة بمسألة كتابة العقد، وهو ما يضيق من نطاق الحماية في العقود بالنسبة للعقود غير المكتوبة بينما واقع الحال يثبت أن معظم العقود التي تبرم بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين، هي عقود غير مكتوبة.

وإضافة إلى ما سبق، فإن التعريف السابق إذا كان يمكن أن يكون مقبولا نوع ما بالنسبة للرأي الذي يميل إلى عدم تخصيص المستهلك بحماية خاصة من الشروط التعسفية، وجعلها شاملة لجميع أنواع عقود الإذعان، أي حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية بغض النظر عن صفته مستهلكا كان أو مهنيا، فإن ذلك لا يتماشى مع المنطق الذي يميل إلى تخصيص المستهلك بحماية خاصة من الشروط التعسفية.

وقد حاول بعض الفقه[4] إعطاء تعريف لعقد الاستهلاك انطلاق من مفهوم العملية الاستهلاكية والمستهلك تقريبا حيث عرفت عقود الاستهلاك مثلا بأنها " تلك العقود التي يكون موضوعها توريد أو تقديم أشياء منقولة أو

---

[1] - أنظر سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص14.

[2] - أنظر خالد عبد الفتاح محمّد خليل، المرجع السابق، ص ص 21-22.

[3] -Voir BRICKS (H), Les clauses abusives, L.G.D.J., 1982, p3.

[4] - أنظر أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، دراسة مقدمة ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول حول " الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية" الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي بتاريخ 26-28 ابريل 2003، ص5.

مادية أو خدمات لفرد – شخص– هو المستهلك، وذلك من أجل استخدامها الشخصي أو العائلي والذي لا صلة له بنشاطه التجاري أو المهني".

إننا نعتقد بأن التعريف الأخير هو تعريف وجيه، وذلك لأن هذا التعريف قد تم فيه مراعاة صفة أطراف العقد، وبالضبط مراعاة صفة المستهلك المقصود بالحماية، لذلك فإن التعريف الأخير يشكل في اعتقادنا تعريفا دقيقا لعقد الاستهلاك الذي يعد مجالا لنطاق انعدام التوازن العقدي، الذي يفرض تخصيص المستهلك بحماية خاصة من الشروط التعسفية، كما أن هذا التعريف يشمل معظم خصائص عقد الاستهلاك الذي يشكل مجالا لانعدام التوازن العقدي وفرض الشروط التعسفية في قواعد حماية المستهلك، لذا فإنه يحبذ أن يقتدي المشرع بهذا التعريف إذا كانت رغبته وهدفه فعلا هو منح حماية خاصة للمستهلك من الشروط التعسفية.

الفرع الثاني: خصائص عقد الاستهلاك

لعله قد أتضح من خلال التعريف بعقد الاستهلاك خصوصية ومميزات هذا العقد، غير أن هذه الخصوصية سوف تتباين كما سبق وأن لاحظنا في التعريف التشريعي والتعريف الفقهي لعقد الاستهلاك، فعقد الاستهلاك إذا كان في نظر الفقه عقدا رضائيا، فهو عقد شكلي في مفهوم قانون الممارسات التجارية **(أولا)**، كما أنه عقد يتميز بالتباين في المراكز بين أطرافه **(ثانيا)**، إضافة إلى كونه عقد مرتبط بالسلع والخدمات وفقا لمفهوم قواعد حماية المستهلك **(ثالثا)**، ومن جهة أخرى فهو من عقود المعاوضة **(رابعا)**.

أولا- عقد الاستهلاك عقد شكلي في مفهوم قانون الممارسات التجارية: رغم أن العقد الذي يتم بين طرفي عقد الاستهلاك ليس دائما عقدا مكتوبا، إلا أن المشرع الجزائري يشترط أن يكون العقد **محررا مسبقا**[1] من قبل أحد أطراف العقد، للقول بأن هناك عقد في مفهوم قانون الممارسات التجارية، وهو القانون الذي يهدف إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية[2].

ولقد استعمل المشرع من خلال نص المادة 29 من القانون 04–02 عبارة العقود المبرمة بين المستهلك والبائع، إلا أنه اكتفى بتحديد أو تقديم معنى واحد للعقد في قانون الممارسات التجارية، وهذا ما يجعلنا نرتبط بهذا التعريف، ومنه القول فعلا بأن عقد الاستهلاك عقد شكلي يفترض ضرورة كتابة شروط العقد مسبقا من أحد أطرافه وهو في الغالب العون الاقتصادي الذي يوجد في مركز قوي ومهيمن، رغم أن المشرع في نص المادة 29 من القانون 04–02 قد استعمل مصطلح بائع وهو ما يوحي بتضييق دائرة الحماية من الشروط التعسفية وحصرها في دائرة ضيقة من العقود وهي عقود البيع، وطائفة معينة من الأعوان الاقتصاديين وهي طائفة البائعين، لذا فإنه وكما سبق الذكر من الأفضل استعمال مصطلح **عون الاقتصادي** بدلا من مصطلح **بائع**.

[1] - استعمل المشرع هذه العبارة في نص المادة 3 البند 4 من القانون 04-02، المرجع السابق.

[2] - أنظر نص المادة 29 الفقرة1 من 04-02 المرجع نفسه، والتي نصت على مايلي" تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لا سيما الشروط والبنود التي تمنح هذا الأخير".

إن توجه المشرع الجزائري إلى اعتبار عقد الاستهلاك عقدا شكليا، يتماشى في مضمونه مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، فهذا الأخير أيضا يستوجب ضرورة كتابة الشرط التعسفي[1]. أي أنه يعتبر الكتابة شرطا لاعتبار العقد عقد استهلاك.

ومما تجدر الإشارة إليه أيضا أن المشرع الجزائري وإن اشترط الكتابة صراحة من خلال نص المادة 3 من القانون 04-02 لاعتبار العقد عقد الاستهلاك، إلا أنه لم يحدد نوع وطبيعة الكتابة، وتبعا لذلك فإن الكتابة يمكن أن تكون رسمية، كما يمكن أن تكون كتابة عرفية. بل إنه وكما يرى البعض[2] ونؤيدهم في ذلك أن مجرد إيراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان، وصل التسليم وغيرها تعتبر من قبيل الكتابة التي يعتد بها لاعتبار العقد عقد استهلاك، ومنه محاربة الشروط التعسفية التي يمكن أن ترد فيه.

إن اشترط المشرع الجزائري لكتابة شروط العقد بصفة مسبقة، يجعل من نطاق الحماية يتقلص ليشمل فقط العقود التي تحتوي شروط تعسفية مكتوبة وبصفة مسبقة، وبذلك يخرج من نطاق الحماية العقود التي تتم دون كتابة رغم أنها تحتوي على شروط تعسفية.

ويبدو أن المشرع قد أراد تسهيل عملية إثبات الشروط التعسفية من خلال اشتراط الكتابة، إلا أن ذلك لا يبرر في رأينا هذا الشرط، إذ أنه يمكن عدم اشتراط الكتابة وفتح مجال إثبات الشروط التعسفية بأية وسيلة كانت، وهكذا فإن مجال الحماية من الشروط التعسفية سوف يمتد إلى العقود غير المكتوبة من جهة، ومن جهة أخرى تسهيل عملية إثبات هذه الشروط من طرف المستهلك، لذلك فإننا نقترح تعديل نص المادة 3 من القانون 04-02 في هذه الجزئية واستبدال عبارة **حرر مسبقا**، بعبارة و**ضع مسبقا**، وهذا ما يجعل الحماية من الشروط شاملة لجميع العقود سواء مكتوبة أو غير مكتوبة.

ثانيا. التباين في المراكز بين أطراف عقد الاستهلاك: إن أهم خاصية في عقد الاستهلاك أنه عقد تطبع فيها اللامساواة الصارخة بين أطرافه ففي هذا العقد نجد بأن هناك مستهلك وهو طرف ضعيف في العلاقة العقدية(**1**)، في مواجهة عون اقتصادي هو الطرف القوي والمهيمن في العلاقة التعاقدية(**2**)،

1 **- المستهلك طرف ضعيف:** إن المستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية يقصد به حسب نص المادة 3 البند 2 من القانون 04-02 مايلي" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

---

[1] - أنظر سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص108.

[2] - أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة -، دار الفجر الجديد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص118. ولعل هذا ما أراد المشرع الجزائري الإشارة إليه أيضا من خلال الفقرة 2 البند 4 من نص المادة 2 من القانون 04-02 المرجع السابق، والذي جاء فيه مايلي **"** يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو إي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطبقة لشروط البيع سلفا**".**

يفهم من نص المادة أعلاه أن المشرع قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك في إطار القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، لذا فإنه لا يستفيد من الحماية في إطار قواعد الممارسات التجارية إلا المتعاقد الذي يكتسب صفة المستهلك بالمفهوم الضيق والذي سبقت الإشارة إليه[1].

2 - العون الاقتصادي طرف قوي: العون الاقتصادي هو الطرف الذي يتميز بالقوة في عقد الاستهلاك وهو ما يتطلب منا التعريف به(**أ**)، قبل تحديد الأشخاص المعتبرين من فئة الأعوان الاقتصاديين(**ب**).

أ - تعريف العون الاقتصادي: خلافا لقانون حماية المستهلك، فقد استعمل المشرع مصطلح العون الاقتصادي بدلا من مصطلح أوعبارة **متدخل**[2]، حيث أثار استعمال هذا المصطلح تساؤلات بعض الفقه[3] عن المقصود به، إذ أن عبارة عون عادة ما تطلق على بعض الأسلاك المساعدين لمرفق معين من مرافق الدولة، فعلى سبيل المثال يطلق هذا المصطلح على أعوان القضاء الذين يقدمون الحقائق في النزاعات والخدمات المساعدة للفصل في القضايا المطروحة عليهم، كما يطلق هذا المصطلح أيضا على أعوان الأمن وهم أشخاص يعملون مع جهات أمنية معينة ويسهرون على حفظ الأمن، فهل يقصد بمصطلح الأعوان الاقتصاديين بأنهم مساعدين ومساهمين في اقتصاد الدولة؟.

إن الإجابة عن التساؤل المطروح حول طبيعة مصطلح العون الاقتصادي، لا يمكن أن تتضح إلا من خلال دراسة التعريف التشريعي، والفقهي لمصطلح العون الاقتصادي.

أ – أ - التعريف التشريعي للعون الاقتصادي: لقد عرف المشرع الجزائري العون الاقتصادي من خلال نص المادة 3 البند 1 من قانون الممارسات التجارية بأنه "عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

ويرى البعض[4] أن المشرع في تعريفه للعون الاقتصادي من خلال نص المادة 3 أعلاه، قد ذهب إلى تعدد الأشخاص الذين يمكن وصفهم بصفة العون الاقتصادي، وهو ما من شأنه التضييق من مفهوم العون الاقتصادي، وهو ما يلاحظ مثلا عندما أقصى المشرع بعض الفئات التي يمكن أن تكون من قبيل الأعوان الاقتصاديين كالموزع والمستورد و الصانع و الوسيط.

وإضافة إلى نص المادة 3 من قانون الممارسات التجارية فقد أشارت المادة 2 من نفس القانون المعدلة[5] إلى المجالات التي تطبق بخصوصها قواعد الممارسات التجارية والتي جاء فيها مايلي " بغض النظر عن الأحكام الأخرى المخالفة، يطبق هذا القانون على نشاطات الإنتاج، بما فيه النشاطات الفلاحية وتربية المواشي،

---

[1] - أنظر في تعريف المستهلك، الباب الأول، ص ص 59 -64 .

[2] - أنظر نص المادة 3 من القانون 09-03 المتضمن ق ح م ق غ، المرجع السابق، حيث جاء في البند الثامن من نص هذه المادة مايلي**"** متدخل كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك**".**

[3] - أنظر عادل عميرات المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون – تخصص قانون خاص -، جامعة ابي بكر بلقايد بتملسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016، ص11.

[4] - أنظر المرجع نفسه، ص 15.

[5] - عدلت المادة 2 بموجب القانون10-06 المؤرخ في 15 غشت سنة 2010، المعدل للقانون 04-02، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر ج، ع46.

وعلى نشاطات التوزيع ومنها تلك التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها، والوكلاء، ووسطاء بيع المواشي، وبائعو اللحوم بالجملة، وكذا على نشاطات الخدمات والصناعات التقليدية والصيد البحري التي يمارسها أي عون اقتصادي، مهما كانت طبيعته القانونية".

وبمقارنة نص المادة 2 أعلاه الذي يحدد النشاطات التي يطبق عليها قانون الممارسات التجارية مع نص المادة 3 البند 1 من نفس القانون الذي يعرف العون الاقتصادي، سوف يلاحظ وبصورة واضحة التعارض بين النصين، فإذا كان نص هذه المادة مثلا قد أقصى بعض الفئات من صفة العون الاقتصادي، مثل الموزع والمستورد والوكيل والوسيط، فإن نص المادة 2 قد نص على امتداد تطبيق قانون الممارسات التجارية لهذه النشاطات، بما يوحي أن هذه القواعد تطبق عليها أيضا، ومن ثمة فإن مجابهة ومحاربة الشروط التعسفية في اعتقادنا يمكن أن يمتد أيضا لتشمل العقود التي يكون أحد أطرافها شخص يمارس نشاطا من النشاطات التي أشار إليها نص المادة 2 من قانون الممارسات التجارية، وإضافة إلى تعريف المشرع فقد أورد الفقه بعض التعريفات للعون الاقتصادي.

أ - ب - التعريف الفقهي للعون الاقتصادي: لقد حاول بعض الفقه إعطاء تعريف لمصطلح العون الاقتصادي بإعتباره مصطلحا جديدا في مجال الدراسات القانونية، حيث عرف العون الاقتصادي انطلاقا من كونه شخصا محترفا بأنه ذلك الشخص الذي يتمتع بعنصر من الأفضلية والتفوق والمقدرة، بحيث يكون على معرفة تامة بما يقدمه من منتوجات أو خدمات مما يسمح له استنادا إلى هذه القدرة أن يكون في موقف أقوى من موقف المستهلك فنيا وقانونيا واقتصاديا[1].

لقد انتقد التعريف السابق من طرف بعض الفقه[2] انطلاقا من أنه يركز فقط على أحد جوانب العون الاقتصادي، وهو الجانب المتعلق بالقدرة الفنية والتفوق، وهذا ما من شأنه إقصاء مجموعة كبيرة من الأشخاص قد لا يتمتعون بهذه العناصر المذكورة في التعريف، غير أنه لا يمكن استبعادهم من وصف العون الاقتصادي بما أنهم ينتجون ويقدمون خدمات مختلفة، فاستبعادهم يمكن أن يكون له أثر لاحق في ضبط وتحديد المسؤوليات من جهة، ومن جهة أخرى فإن مسألة التفوق الاقتصادي والأفضلية والمقدرة الفنية من المسائل النسبية التي يصعب تقديرها، ووضع درجة معينة تكتسب بموجبها صفة العون الاقتصادي، ومن جهة أخرى فإن نفس التعريف يشير إلى كون العون الاقتصادي أقوى من المستهلك فنيا واقتصاديا، وفي حالة تقبل هاتين القوتين، فإنه من غير المستطاع تصور فكرة القوة القانونية التي تم الإشارة إليها بالمقارنة مع المستهلك.

إننا نعتقد أنه من الأفضل لو عرف العون الاقتصادي انطلاقا من معيار النشاط الذي يمارسه وهو النشاط الاقتصادي، حيث يمكن أن نعرف العون الاقتصادي في هذه الحالة بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس

[1] - قدم هذا التعريف، بمناسبة شرح فكرة المحترف، التي كان يستعملها المشرع الجزائري في ظل 89-02 المتضمن قانون حماية المستهلك الملغى. أنظر ليندة عبد الله، المهني والمستهلك مفهومان متباينان. مداخلة مقدمة ضمن أعمال الملتقى الوطني، حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، بمعهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي، أيام 13-14 أفريل 2008، ص31.

[2] - أنظر عادل عميرات، المرجع السابق، ص13.

أحد أو كل النشاطات المتمثلة في الإنتاج والتوزيع والاستيراد والتجارة سواء كانت تجارة جملة أو تجزئة، أو الصناعة اليدوية، بحيث ينصب هذا النشاط على السلع والخدمات المختلفة، بغرض تحقيق الربح، وأن يمارسه على وجه الاحتراف.

إن التعريف السابق في نظرنا سوف يسمح أكثر بتحديد الأشخاص المعتبرين من قبيل الأعوان الاقتصاديين من جهة، ومن جهة أخرى فهو يحدد كذلك النشاطات التي يطبق عليها قانون الممارسات التجارية، لذا فإنه من المحبذ أن يأخذ به المشرع الجزائري وذلك من خلال الدمج بين البند 1 من نص المادة 3 من قانون الممارسات التجارية الذي يعرف العون الاقتصادي، وبين نص المادة 2 الذي يحدد النشاطات الخاضعة لقانون الممارسات التجارية، وفي انتظار ذلك فإنه من الضروري تحديد الأشخاص الذين يكتسبون صفة العون الاقتصادي في ظل القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ب - تحديد الأشخاص المعتبرين أعوانا اقتصاديين: لا شك أن مسألة تحديد الأشخاص المعتبرين من قبيل الأعوان الاقتصاديين، سوف يعود بنا مباشرة إلى نص المادة 3 البند1 من القانون 04-02، غير أن هذا النص في نظرنا ليس النص الوحيد، ففي اعتقادنا أنه يمكن إضافة أشخاص آخرين انطلاقا من نص المادة 2 الذي يحدد المجالات التي يشملها تطبيق قواعد الممارسات التجارية.

فمن خلال هذين النصين نلاحظ أنه وإن كان المشرع قد ضيق من نطاق الأشخاص الذين يمكن إعطاؤهم وصف العون الاقتصادي من خلال نص المادة3 **(ب – أ)**، إلا أنه يمكن التوسيع في دائرة الأشخاص المعتبرين أعوانا اقتصاديين من خلال نص المادة2 **(ب – ب)**.

ب – أ - تضييق المشرع من صفة العون الاقتصادي في المادة 3 البند1 من القانون 04-02: لقد جاء في نص المادة 3 البند1 المتضمن تعريف العون الاقتصادي بأن العون الاقتصادي هو كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات، كما أضاف المشرع عبارة أخرى في نهاية تعداد هذه المفاهيم، وهي عبارة أيا كانت صفته القانونية، وهو ما يتطلب منا دراسة كل هذه المفاهيم.

ب - أ – أ - المنتج: بالرجوع إلى النصوص القانونية سواء في القانون المدني، أو في التشريع المتعلق بحماية المستهلك، نجد بأن هذه النصوص لم تعرف المنتج رغم أنها قد أشارت إليه في عدة مواضع، حيث نجد مثلا أن المادة 140 مكرر من القانون المدني قد نصت على مسؤولية المنتج عن الضرر الذي يتسبب فيه العيب الذي ينطوي عليه منتوجه، غير أنها لم تعرف لنا المقصود بالمنتج ، أما القواعد المتعلقة بالمستهلك فكانت النصوص القديمة المتعلقة بحماية المستهلك، تشير إلى المنتج ضمن تعريف المحترف لكن دون تعريفه أيضا، وبعد إلغاء النصوص القديمة، فقد استعمل مصطلح المتدخل والذي يبدو أنه يشمل المنتج، وهذا ما يفهم من خلال تعريف المتدخل بأنه كل من يتدخل في عملية وضع المنتوج للاستهلاك والتي تشمل عملية الإنتاج.

وإذا كان المشرع الجزائري لم يورد تعريفا للمنتج في إطار نصوص القانون المدني والقواعد المتعلقة بحماية المستهلك، فإنه وبالبحث خارج هذه النصوص نجد أنه قد أورد تعريفا للمنتج ضمن المادة 1 الفقرة 3 من الأمر 65/76[1] حيث عرف المنتج بأنه " كل مستغل لمنتجات طبيعية وكل زارع أو صانع ماهر أو صناعي".

وقد قدم الفقه القانوني تعريفات متعددة للمنتج ومن بينها: المنتج "هو ذلك الذي، يعرض السلعة في السوق ويحرص على وجود اسمه أو علامته أو أية علامة أخرى عليها دون سواها، وحتى ولو لم يكن هو المنتج الحقيقي لها، أو الذي يتولى الشيء حتى يؤتي إنتاجه أو المنفعة المطلوبة منه"[2].

وعُرف المنتج أيضا بأنه: "هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو إنتاج وإنشاء أو تركيب منقولات مهما كانت طبيعتها، وتكون هذه المنقولات معدة للاستعمال من طرف الغير حيث يقوم بتحويل هذه المنقولات، أو بإدخالها في منتجاته، فيكون المنتج صانعا لمواد معدة للاستهلاك مباشرة، أو صانعا لقطع تدخل في صناعة منتوجات أخرى"[3].

وإذا كانت هذه بعض التعاريف التي قدمها الفقه القانوني للمنتج والتي يفهم منها بأنه الشخص الطبيعي والمعنوي الذي ينتج قطعا لتحويلها إلى سلع، أو تحويل قطع تم إنتاجها من طرف منتجين آخرين إلى سلع قابلة للتداول عن الطريق التسويق و بيعها للاستهلاك. فما المقصود بالتاجر؟.

ب - أ - ب - التاجر: التاجر كما عرفته المادة 1 من القانون التجاري" كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقضي القانون بخلاف ذلك"[4].

ويفهم من نص المادة أعلاه أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمعيار الموضوعي في تحديد صفة التاجر، الذي يرتكز أساسا على طبيعة العمل بغض النظر عن الشخص القائم به، غير أن المشرع لم يكتفي بهذا المعيار كأساس للقانون التجاري، بل أخذ كذلك بالمعيار الشخصي، حيث أشارت المادة 1 المعدلة بالأمر 27/96 على الصفة الشخصية لاكتساب الصفة التجارية، بما يفيد أن المشرع قد أخذ فعلا بالمعيار الشخصي[5].

وتجدر الإشارة أيضا إلى أن صفة التاجر لا تقتصر على الأشخاص الطبيعية من التجار الأفراد، بل تحترفها أيضا الأشخاص المعنوية مثل الشركات، ويخضع كلاهما للالتزامات التجارية من مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري، وكذلك لهم وحدهم حق الانتخاب للغرف التجارية والعضوية فيها، إلا أن هناك نظام خاص بكلا الطائفتين من التجار، من حيث أن التجار الأفراد يجب أن تتوافر فيهم الأهلية القانونية اللازمة لاحتراف التجارة بينما تخضع الشركات التجارية – الأشخاص المعنوية– لقواعد خاصة، وإضافة إلى ذلك فإن

---

[1] - أنظر الأمر 65/76، المؤرخ في 16 جوان 1976، المتعلق بتسمية المنشأ، ج ر ج، ع59.

[2] - راجع محمد عبد القادر عبد الحاج، ص42، مشار إليه في مرجع سي يوسف زاهية، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، 2009.، ص23، وترى المؤلفة بأن هذا التعريف جاء كخلاصة لدمج التعريف اللغوي للإنتاج بالتعريف الاصطلاحي، لهذا نجد بأنه يشير في شقه الأول إلى السلعة، وفي الشق الثاني إلى منتج السلع الصناعية.

[3] -Voir Bachir (L), Les responsabilités du Fabricant en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques , 1976, p774.

[4] - الأمر رقم 59/75 المتضمن ق ت، المرجع السابق، ع 28.

[5] - أنظر عبد القادر البقيرات، المرجع السابق، ص33.

التجارة لا تمارس فقط من قبل التجار الأفراد والأشخاص المعنوية الخاصة، بل تزاول أيضا من قبل الدولة ممثلة في المؤسسات العامة التجارية والصناعية التابعة للقطاع العام[1].

وعليه يمكن القول بأن كل هؤلاء الأشخاص يكتسبون صفة العون الاقتصادي في مفهوم قانون الممارسات التجارية باعتبارهم تجارا، ويخضعون للقواعد المتضمن فيه.

ب - أ - ج - الحرفي: الحرفي كما عرفه نص المادة 10 من الأمر المحدد للقواعد التي تحكم الصناعات التقليدية[2] هو " كل شخص طبيعي مسجل في سجل الصناعات التقليدية والحرف يمارس نشاطا تقليدا يثبت تأهيلا، ويتولى بنفسه مباشرة تنفيذ العمل وإدارة نشاطه وتسيره وتحمل مسؤوليته".

إن اعتبار المشرع الحرفي من قبيل الأعوان الاقتصاديين كما عرفته المادة 10 أعلاه ، يفهم منه أمرين، أولهما أن المشرع أراد تنظيم المنافسة والممارسات فيما بين هؤلاء الأشخاص أنفسهم، والمسألة الثانية أن المشرع أراد أيضا حماية المستهلك في مواجهة هؤلاء الأشخاص، من خلال إخضاعهم لقواعد الممارسات التجارية ومن بينها حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي يمكن أن تفرض عليه بمناسبة تعامله مع هذه الفئة.

ب - أ - د - مقدم الخدمة: لقد خصص المشرع مقدم الخدمة بالذكر عند تعداده للأشخاص المكتسبين لصفة العون الاقتصادي رغم أنه يمكن أن يكون من قبل الأشخاص السابقين، فمقدم الخدمة يمكن أن يكون تاجرا مثلا، وفي اعتقادنا أن ذلك لا يعود لصفة هذا الشخص في حد ذاته بقدر ما هو متعلق بطبيعة الخدمة التي تعتبر صورة جديدة من صور المنتوج إلى جانب السلعة.

ومقدم الخدمة كما عرفه البعض[3] هو كل شخص طبيعي أو معنوي يبذل مجهودا لأداء عمل أو منفعة لهما قيمة اقتصادية ضمن إطار منظم وقابل للتقدير النقدي مع استبعاد تسليم المنتوج.

ورغم أن التعريف السابق دقيق إلى حد ما، إلا أننا نعلق عليه فيما يتعلق باستبعاد تسليم المنتوج من جهتين، فمن جهة أولى فإنه كان على مقدم هذا التعريف استعمال عبارة سلعة وليس منتوج، إذ أن مصطلح المنتوج يشمل السعلة إلى جانب الخدمة، ومن جهة أخرى فإن ارتباط تقديم الخدمة بتسليم سلعة معينة لا ينفي عليه طبيعة تقديم الخدمة، فكثيرا من الخدمات يقدم أصحابه إلى جانبها سلعة معينة مثل تقديم خدمة الكهرباء فإنها لا يمكن تصورها دون تقديم عداد كهربائي مثلا وهو من قبيل السلع، ومع ذلك فإن هذه العملية تبقى عملية تقديم خدمة الكهرباء لأن الهدف الأصلي هو تقديم خدمة الكهرباء وليس بيع السلعة المتمثلة في هذه الحالة في العداد الكهربائي، كما أن الطبيب الذي يقدم خدمة الفحص يمكنه أن يقدم أدوية في عيادته ورغم ذلك فإن تسليم هذه السلعة المتمثلة في تقديم الدواء لا تنفي عن عمله طبيعة تقديم الخدمة، ومقدم الخدمة، بالمفهوم السابق يمكن أن يكون شخصا طبيعيا كالمحامي والطبيب كما يمكن أن يكون شخصا معنويا، كشركة النقل[4].

---

[1] - أنظر عموره عمار، المرجع السابق، ص87.
[2] - وهو الأمر رقم 96-01، المؤرخ في 10 يناير 1996، ج رج، ع 3.
[3] - أنظر عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، المرجع السابق، ص28.
[4] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

ب - أ - هـ - أيا كانت صفته القانونية: لقد استعمل المشرع الجزائري في تعريفه للعون الاقتصادي وبالضبط في نهاية هذا التعريف في نص المادة 3 البند 1 القانون 04-02 **مصطلح أيا كانت صفته القانونية**، وهو ما يجعلنا نتساءل عما إذا كان هذا المصطلح يصلح لأن يكون أساسا لإضفاء صفة العون الاقتصادي على المرافق العامة؟.

نستطيع القول أن ثمة مرفق عام عندما يقوم شخص من الأشخاص العامة بتأمين حاجات ذات منفعة عامة، هذه الأشخاص المعنوية العمومية قد تساءل الفقه[1] خاصة في فرنسا هل تكتسب صفة المهني- العون الاقتصادي، كي نخضعها إلى قانون حماية المستهلك؟.

لا يمكن الإجابة عن التساؤل السابق إلا من خلال التمييز بين أنواع المرافق العمومية، وبالضبط بين المرافق العمومية الاقتصادية والمرافق العمومية الإدارية أو ذات الطابع الإداري.

ب - أ - هـ - أ- المرافق العمومية الاقتصادية: يمكن تعريف المرافق العامة الاقتصادية **(** الصناعية والتجارية**)** بأنها "مجموعة المرافق العمومية التي تمارس نشاطا يهدف إلى تحقيق حاجة عامة صناعية أو تجارية مثلها في ذلك مثل النشاط الذي يمارسه الأفراد، وهي تخضع في ذلك إلى مزيج من قواعد القانون العمومي وقواعد القانون الخاص"[2].

وما يجعل المرافق العمومية ذات الطابع الاقتصادي في وضعية متميزة هو نشاطها الشبيه بالنشاط الذي تمارسه الأشخاص الخاصة، والذي يؤدي في كثير من الأحيان إلى وجود منافسة بينها في سبيل تحقيق مصلحة الأفراد، ومن أمثلتها مرافق الغاز والكهرباء[3].

كما أن هذا النوع من المرافق الاقتصادية يتميز من حيث نظامه القانوني، فهو يخضع لنظام تختلط فيه قواعد القانون الإداري بكل ما تتميز به من أساليب السلطة العامة في بعض جوانبه، وقواعد القانون الخاص بما تتصف به من مرونة في جوانب أخرى[4].

لا يوجد أي شك أو اختلاف لدى الفقه خاصة في فرنسا[5] في خضوع هذا النوع من المرافق الاقتصادية أي ذات الطابع التجاري والصناعي إلى قواعد القانون الخاص بما فيها قواعد حماية المستهلك، فقد تأكد ذلك منذ أن أصدرت محكمة المنازعات قرارا تقضي فيه بخضوع هذه المرافق لقواعد القانون الخاص، وأنها تكتسب صفة المهني – العون الاقتصادي – المتفوق اقتصاديا وقانونيا والذي يجعلها في مركز سيطرة واحتكار تجاه عملائها، وتبعا لهذا فقد ذهب القضاء في فرنسا إلى تطبيق قانون الاستهلاك على النزاع الذي ثار بين الشركة الفرنسية للغاز وبين المشتركين المنتفعين، وقد جاء في حيثيات هذا الحكم : إنه ليس من شك أن العلاقة بين شركة الكهرباء الفرنسية وبين المنتفعين من طبيعة تعاقدية، وليس من شك أن الإمداد بالطاقة الكهربائية له

[1] -Voir Jean (C) et FRANK(S) ,op. cit, p 5.
[2] - أنظر لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، الجزائر، ط4، 2010، ص 196.
[3] - أنظر محمد بودالي، الحماية القانون للمستهلك في القانون-دراسة مقارنة-، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص34.
[4] - أنظر محمد الصغير بعلي، القانون الإداري -التنظيم الإداري، النشاط الإداري-، دار العلوم للنشر، 2004، ص 211.
[5] - أنظر أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 35.

خاصية البيع...(E.D.F) فالشركة الفرنسية تمثل إذن كل خصائص المهني وبصفة خصوصية التفوق التقني والقانوني وكذلك الوضع الاحتكاري، بينما يمثل المشتركون المتعاملون معها كل خصائص المستهلك[1].

كما أن مجلس الدولة في فرنسا قد ذهب إلى إخضاع هذه المرافق الاقتصادية، في تعاملها مع المنتفعين إلى قواعد القانون الخاص، وبالتالي خضوع منازعاتها إلى اختصاص القضاء الخاص في عدة مناسبات[2].

وبخصوص موقف المشرع الجزائري فإنه وبالرجوع إلى المادة 880 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد بأنها تستبعد المرافق التجارية والصناعية من اختصاص القضاء الإداري وتخضعها إلى القضاء العادي[3]، وهذا ما يؤكد موقف المشرع الجزائري من إمكانية إخضاع المرافق العمومية لقواعد القانون الخاص، بما فيها قواعد حماية المستهلك.

وأخيرا يمكن القول أن نشاط المرافق العامة الاقتصادية شبيه ومماثل لنشاط الأفراد، حيث تهدف إلى جلب الزبائن واستخدام أساليب التسويق الحديثة، يدفعنا إلى الإجابة بأن هذا النوع من المرافق العمومية يعتبرا فعلا مهنيا – عون اقتصادي – فهو يخضع للقانون الخاص والقضاء العادي من حيث تنظيم علاقته بالمنتفعين[4]. لذا فإنه يمكن القول بأن هذا النوع من المرفق العمومية يدخل ضمن فئة الأعوان الاقتصاديين ومن ثم إخضاعهم إلى قواعد الممارسات التجارية، بما فيها تلك القواعد المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، لكن إذا كان الأمر كذلك بالنسبة إلى المرافق الاقتصادية، فما هو الوضع بالنسبة للمرافق ذات الطابع الإداري وهل يمكن إخضاعها للقانون الخاص ومنه اعتبارها من فئة الأعوان الاقتصاديين؟.

ب - أ - هـ - ب - المرافق العمومية الإدارية: يطلق الفقه على هذا النوع من المرافق تسمية المرافق الإدارية البحتة أو المحضة أو المرافق الإدارية بالمعنى الدقيق[5].

تُنشأ الإدارات العامة لممارسة وظيفتها الإدارية المتمثلة أساسا في النشاط التقليدي للدولة كالتعليم والصحة والدفاع ...إلخ، إدارات وهذه الإدارات هي التي يطلق عليها تسمية المرافق العامة الإدارية[6].

يجب الإشارة إلى أن هناك من الفقه من يذهب في تحديد مفهوم المرافق العامة الإدارية إلى التعريف السلبي، فالمرافق العامة الإدارية هي: تلك التي لا تعتبر مرافق صناعية أو تجارية أو مهنية أو اجتماعية، فالمرافق العامة الإدارية إذن هي المرافق غير الصناعية أو التجارية[7].

والمرافق العامة ذات الطابع الإداري هي تلك المرافق التي تمارس نشاطا مختلفا عن نشاط الأشخاص الخاصة، وتخضع بحسب الأصل للقانون العام، واستثناء للقانون الخاص[8].

---

[1] - Voir Tribunal G.I. Angers, 11 Mars1986. J.C.P.1987,11,207 89,note J.P. GUDEL.
- راجع في هذا القرار حامق ذهبية، المرجع السابق، ص 160.

[2] - محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك- دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 34.

[3] - أنظر نص المادة 880 من القانون 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 /2008/02، ج رج، ع 21، ص3.

[4] -Voir M.Kahloula, G.Mékamcha, La protection du consommateur. In Idara, N°5, 1995, P14.

[5] - أنظر لباد ناصر، المرجع السابق، ص197.

[6] - أنظر محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص210.

[7] - أنظر لباد ناصر، المرجع السابق، ص197.

[8] - Voir Jean (C) et FRANK(S),op, cit , p05.

لقد ذهب الفقه خاصة في فرنسا إلى التمييز بين نوعين من المؤسسات ذات الطابع الإداري، فهناك مؤسسات ذات طابع إداري تمارس نشاطها دون مقابل أي بصورة مجانية وجماعية كمرفقي العدالة والشرطة فهذا النوع من المرافق يستبعد من نطاق قانون الاستهلاك، أما النوع الثاني من المؤسسات ذات الطابع الإداري فهي المؤسسات التي تمارس نشاطها و تقدم خدماتها للأفراد بمقابل وهذا النوع من المرافق ذات الطابع الإداري هي التي يمكن إخضاعه إلى قانون الاستهلاك[1].

إن الذي نراه أن المرافق العمومية الإدارية تخرج من نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك ولا تكتسب صفة العون الاقتصادي، لأن علاقتها بالمنتفعين تخضع لقواعد خاصة.

ب - ب - إمكانية التوسيع من صفة العون الاقتصادي من خلال نص المادة 2 من القانون04-02: لقد نص المشرع على المجالات التي يمتد إليها تطبيق القانون المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية من خلال نص المادة 2 من القانون04-02 ، وهي مجال الإنتاج بما فيه الإنتاج الفلاحي وتربية المواشي وعلى نشاطات التوزيع التي تشمل عملية الاستيراد، وعمل الوكلاء ووسطاء بيع المواشي، وبائعوا اللحوم بالجملة وكذا على نشاطات وخدمات الصيد البحري، وإنه من غير المعقول أن يطبق القانون هنا على النشاط وحده دون أن يشمل الأشخاص الذين يمارسونه، وهذا ربما ما نجده في النص الذي يشير إلى نوع النشاط من خلال الشخص الذي يمارسه، لذلك فإنه ومن خلال ما تقدم يمكن إضافة بعض الأشخاص إلى مفهوم العون الاقتصادي، والمتمثلين في الموزع، الأشخاص الذين يمارسون الخدمات والصناعات التقليدية والصيد البحري.

ب - ب – أ - الموزع: لقد جاء في نص المادة 2 من القانون04-02 أنه من بين النشاطات التي يشملها تطبيق القانون المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نشاطات التوزيع ومن بينهم، هؤلاء الأشخاص نجد مستوردو السلع على طبيعتها لإعادة بيعها على حالها، الوكلاء، ووسطاء بيع المواشي، وبائعي اللحوم بالجملة.

ب - ب – ب - مستوردو السلع على طبيعته لإعادة بيعها: لم تعرف نصوص الأمر 04/03 المحدد للقواعد المطبقة على البضائع المستوردة ، المستورد ويمكن تعريفه بأنه" هو كل شخص يتولى عملية جلب المنتوجات من خارج القطر عل سبيل الاحتراف"[2].

ومهمة المستورد تتمثل في جلب المنتوجات من خارج الإقليم الجزائري، و يمكن اعتبار المستورد من فئة الأعوان الاقتصاديين، بالنظر إلى الموقع الحساس والمهم الذي يشغله في عمليه تداول وتوزيع السلع، وهو ما يجعله ربما في مركز قوي خاصة إذا كان هذا المستورد هو الوحيد الذي يشرف على إستراد سلعة معينة فيتفرد بتوزيعها في السوق، وقد يستغل هذا المركز فيفرض شروطا تعسفية قد تضر بالمستهلكين.

[1] - أنظر حامق ذهبية، المرجع السابق، ص160.

[2] - أنظر لحراري (شالح) ويزه، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش والمنافسة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت في 2012/02/29، ص20. ويلاحظ أن التعريف استعمل مصطلح قطر، والأصح هو مصطلح إقليم.

ب - ب - ج - الوكيل: لقد اعتبر المشرع الجزائري النشاط الذي يمارسه الوكيل أيضا من بين النشاطات الخاضعة للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فهو بذلك وفي حسب رأينا يمتد أيضا ليطبق على العقد الذي يمكن أن يبرم بين المستهلك ووكيل العون الاقتصادي، أو بين وكيل المستهلك وعون اقتصادي آخر.

الوكيل أو الوكالة كما عرفها المشرع الجزائري من خلال نصوص القانون المدني فهي " الوكالة أو الإنابة هو عقدا بمقتضاه يفوض شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه"[1].

ويلاحظ على التعريف الذي أوردته المادة 571 ق م أعلاه أنه ربط بين الوكالة والإنابة، غير أنه يجب التمييز بين الوكالة والإنابة، ففي الوكالة يتعامل الوكيل مع الغير باسم ولحساب الموكل، وأما الإنابة فهي أيضا عملية ذات ثلاثة أشخاص، حيث يتطلب بموجبها شخص يسمى المنيب (déléguant) من شخص آخر يسمى المناب (délégue) أن يلتزم تجاه شخص ثالث يسمى المناب إليه (délégataire)، غير أن المناب يتعامل باسمه الشخصي لحساب المنيب[2].

ومن خلال التفرقة بين المصطلحين وفقا لما تقدم، فإن الوكيل وحده هو الذي يدخل نشاطه ضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية دون النائب، فهو إذن وحده الذي يكتسب صفة العون الاقتصادي.

ب - ب - د - وسطاء بيع المواشي و بائعوا اللحوم بالجملة: من بين النشاطات التي رأى المشرع بأنها تدخل ضمن نشاط التوزيع وتخضع للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجد النشاط الذي يقوم به وسطاء بيع المواشي، وبائعو اللحوم بالجملة، وفي اعتقادنا أن المصطلحين فيهما ما يقال.

فبالنسبة للمصطلح الأول والمتعلق بوسطاء بيع المواشي، فإننا نتساءل مثلا من ناحية المقصود بمصطلح وسيط هنا وهل يقصد به الوكيل أو السمسار، فمصطلح الوسيط في حد ذاته مصطلح غامض لا يصلح أن يكون في نص قانوني من شأنه أن يزيل الإبهام بدلا من أن يخلقه، والدليل على غموض هذا المصطلح هو غموض التعريف ذاته الذي قدمه بعض الفقه لمصطلح الوسيط، حيث عرف بأنه " كل من يباشر على سبيل الاحتراف التوسط في تصريف منتوجات غيره إما على سبيل الوكالة، أو على سبيل السمسرة أو على سبيل التمثيل وما إلى ذلك"[3].

ويلاحظ على التعريف السابق أنه اعتمد في تعريف مصطلح الوسيط على تعداد مجموعة من الأشخاص الذين يمكنهم ممارسة عمل الوساطة في تقديم المنتوجات، كما أنه قدم مصطلح آخر وهو مصطلح غامض والمتمثل في مصطلح تقديم المنتوجات على سبيل المثال، وهو ما يبرز غموض مصطلح الوسيط فعلا.

وإضافة إلى ما تقدم حول غموض مصطلح الوسيط، فإننا نتساءل أيضا عن سبب قصر إخضاع هذه العملية لقواعد الممارسات التجارية على الوساطة التي تتم في بيع المواشي، رغم أن هذه العملية إذا كان

---

[1] - أنظر نص المادة 571 من الأمر75-58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

[2] - أنظرعلي فيلالي، المرجع السابق، ص 127.

[3] - أنظر هشام بوعياد، المسؤولية العقدية للمهني مقارنة في عقود الاستهلاك، وحدة التكوين والبحث قانون المنافسة والاستهلاك، مجلة الفقه والقانون، ص125، www.majalaha new .ma، تاريخ الاطلاع 14-09-2017.

المقصود بها هو السمسرة أو الوكالة كما يوحي به التعريف السابق، فهي توجد في كثير من المنتوجات غير بيع المواشي، لذا فإنه من الأفضل ترك هذه العلمية مفتوحة وعدم حصرها في نشاط معين.

ومن بين النشاطات أيضا فقد نص المشرع على النشاط المتمثل في بيع اللحوم بالجملة دون التجزئة، وتبعا ذلك فإن كل شخص يمارس هذا النشاط يمكن اعتباره من قبيل الأعوان الاقتصاديين الخاضعين في عقودهم ومعاملتهم للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

ب - ب - هـ - ممارسو نشاطات الخدمات التقليدية والصناعية والصيد البحري: وفقا لنص المادة 2 من القانون04-04 فإنه يخضع للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية أيضا جميع النشاطات المتعلقة بالخدمات التقليدية والصناعية، وربما يقصد بهذا النشاط الذي يمارسه الحرفي الذي اعتبرته المادة 1 البند 3 من نفس القانون من بين الفئات المعتبرين أعواننا اقتصاديين، وكذلك كل شخص يمارس نشاطات مرتبطة بهذا النشاط.

وانطلاقا مما تقديم فإن كل شخص يمارس نشاطا من النشاطات المرتبطة بالخدمات التقليدية والصناعية، ونشاطات الصيد البحري يمكن أن يكتسب صفة العون الاقتصادي.

ثالثا-عقد يرد على خدمة أو سلعة: من بين الأمور أو الخصائص التي يتميز بها عقد الاستهلاك أنه عقد يرد على أحد المنتوجات من السلع والخدمات[1]، حيث يمكن أن تستنتج هذه الخاصية من خلال نص المادة 3 البند 4 التي عرفت العقد وجاء فيها مايلي :"عقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة...".

وإضافة إلى كون عقد الاستهلاك مرتبط فقط بالسلع والخدمات، فإن هذا الاقتناء بجب أن يكون من أجل تلبية الحاجات الشخصية وليست المهنية، وإلا فإنه لا مجال للكلام عن الحماية من الشروط التعسفية.

رابعا - عقد الاستهلاك عقد إذعان في منظور المشرع الجزائري: يفهم من النصوص التي تحمي المستهلك من الشروط التعسفية وهي النصوص الواردة في قانون الممارسات التجارية، أن عقد الاستهلاك هو عقد إذعان، وهو ما يفهم من نص المادة 3 البند 4 من القانون04-02 التي عرفت العقد بأنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر...".

واشتراط توافر صفة الإذعان في عقد الاستهلاك من قبل المشرع الجزائري، تفترض توفر شروط عقد الإذعان كما رأينها سابقا، وهو ما لا يخدم فكرة حماية المستهلك بصفة عامة وحمايته من الشروط التعسفية خاصة.

إن التوجه الذي ذهب إليه المشرع من اعتبار عقد الاستهلاك عقد إذعان، رغم أنه يسعى إلى تخصيص فئة معينة بالحماية من الشروط التعسفية وهي فئة المستهلكين، توجه منتقد في نظرنا وذلك للأسباب التالية:

– إن فكرة الإذعان ليست مرادفا بالضرورة لفكرة الاستهلاك، فقد يكون العقد عقد إذعان ورغم ذلك فإنه لا يمكن أن يطبق عليه صفة عقد الاستهلاك، وذلك مثل العقد الذي يتم بين مهنيين أو عونين اقتصاديين، كالعقد

[1] - أنظر في تعريف السعلة والخدمة، الباب الأول، ص66 و67.

الذي يتم بين بائع الجملة الذي يحتكر سوقا معينة أو توزيع منتوجات معينة، وبائع التجزئة الذي يكون مجبرا على اقتناء سلعة من أجل تغطية عجز محله، كما أن عقد الاستهلاك ليس دائما عقد إذعان[1].

– إن الحماية من الشروط التعسفية مرتبطة بصفة المستهلك لا بعقد الإذعان، وعليه فإنه ومتى كان أحد أطراف العلاقة مستهلكا في مواجهة عون اقتصادي، توجب حماية المستهلك في هذا العقد من الشروط التعسفية التي يمكن أن يتضمنها، بغض النظر عما إذا كان عقد الاستهلاك عقد إذعان أم لا.

– إن قصر الحماية من الشروط التعسفية على عقود الاستهلاك الذي تتوافر فيه صفة الإذعان، من شأنه أن يقصي الكثير من عقود المساومة التي تتضمن شروطا تعسفية والتي يتحملها المستهلك نتيجة ضعفه، أو نتيجة رغبته الملحة في الحصول على منتوج معين.

وانطلاقا مما تقدم فإنه ينبغي أن لا ترتبط حماية المستهلك من الشروط التعسفية، بعقد الاستهلاك الذي يوصف بأنه عقد إذعان وإنما لا بد من توسيع الحماية إلى عقود المساومة أيضا التي يمكن أن تتضمن أيضا شروطا تعسفية الناتجة عن انعدام التوازن العقدي بين أطراف العقد.

المبحث الثاني: مفهوم الشروط التعسفية الناتجة عن انعدام التوازن العقد

إن أهم الأسباب الرئيسية لتحديد العقود التي توصف بأنها عقود ينعدم فيها التوازن بين طرفي العقد، هو أن هذه العقود كثيرا ما تكون طريقا إلى استغلال المتعاقد القوي لمكانته وقوته في فرض شروط تعسفية تضر بمصلحة المتعاقد الضعيف المتمثل في الطرف المذعن في القواعد العامة، وفي المستهلك بالمفهوم الضيق في القواعد الخاصة بهذا الطرف، لكن لا يمكن دائما اعتبار الشروط الموجودة في هذا النوع من العقود شروطا تعسفية لمجرد أنها وجدت في عقد ينعدم فيه التوازن، فقد يوجد شرط في مثل هذا النوع من العقود غير أنه يكون شرطا معقولا لا يضر بمصلحة الطرف الضعيف، وتبعا لذلك فإن مسألة مكافحة أو محاربة الشروط التعسفية، تتطلب منا تحديد مفهوم هذا النوع من الشروط، وذلك من خلال التعريف بها والتمييز بينها وبين بعض الشروط التي يمكن أن تقترب منها في المفهوم **(مطلب أول)**، كما لا بد أيضا من التطرق إلى الأسس أو الاعتبارات التي تؤدي بنا إلى القول بأن شرط معين يمكن أن يكون تعسفيا **(مطلب ثانٍ)**.

المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية وتمييزه عن بعض الشروط

سنتطرق في هذا المطلب أولا إلى تحديد معنى الشرط التعسفي من خلال التعريف به وبيان عناصره **(فرع أول)**، وكذلك لا بد من التمييز بينه وبين بعض الشروط التي يمكن أن تقترب منه في المفهوم **(فرع ثانٍ)**.

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية وبيان عناصرها

لا شك أن مسألة التعريف بالشرط التعسفي **(أولا)**، سوف يكشف لنا دون أدن شك أن هذا الشرط له عناصر معينة يمكن أن يعرف بها **(ثانيا)**.

[1] - وفي هذا الاتجاه يرى جانبا من الفقه أن الشروط التعسفية يمكن أيضا أن تفرض في عقود المساومة التي تبرم بين مهني ومستهلك، ومعنى ذلك أن إضفاء التعسف على شرط معين، ليس مرتبطا بكون العقد الذي أدرج فيه من عقود الإذعان. أنظر مساعد زيد عبد الله المطيري، المرجع السابق، ص351.

أولا - تعريف الشرط التعسفي: إن مسألة التعريف عادة ما يعنى به الفقه وكذلك القضاء بمناسبة الفصل في القضايا المطروحة عليه، غير أن المشرع أيضا يمكن أن يعرف في بعض الأحيان، وهذا ما يدفعنا إلى دراسة التعريف التشريعي للشرط التعسفي(**1**)، ثم التعريف القضائي(**2**)، وبعدها تعريف الفقه للشرط التعسفي(**3**).

1 - التعريف التشريعي: بالنسبة للمشرع الجزائري الذي مكن المستهلك من حماية خاصة من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، نجد بأنه قد عرف الشرط التعسفي من خلال نص المادة 3 البند 5 من القانون 04-02 وذلك كما يلي " شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق ووجبات أطراف العقد".

وقد عرف الشرط التعسفي أيضا من قبل بعض التشريعات المقارنة، فقد عرفه المشرع الفرنسي منذ إصداره للقانون 73-23 الصادر في 10 جانفي 1973 والمتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، وذلك من خلال نص المادة 35 منه التي جاء فيها ما يلي " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين قد تكون محظورة، أو محددة أو منظمة... الشروط المتعلقة بـ ... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة التعسف والنفوذ الاقتصادي للطرف الآخر، وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة"[1].

وقد أعاد المشرع الفرنسي تعريف الشرط التعسفي بمناسبة إصداره لقانون الاستهلاك لسنة 1995[2]، متأثر في ذلك بنص المادة 3 من التوجيه الأوربي لسنة 1993[3]، حيث عرفت المادة L132-1 منه الشروط التعسفية بأنها " تلك الشروط التي ترد في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، ويكون من مقتضاها أو من الآثار المترتبة عليها خلق عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد"[4].

ورغم أن اتجاه المشرع الجزائري هو نفس اتجاه المشرع الفرنسي[5] والمتمثل في تخصيص المستهلك بحماية خاصة من الشروط التعسفية، التي من شأنها إحداث اختلال في التوازن من حيث الحقوق والواجبات، إلا أن

---

[1] - « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, 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 conférant à cette derniére un avantage excessif ».

[2] – صدر قانون الاستهلاك الفرنسي رقم95-96 في 1 فيفري 1995. وهو القانون الذي عدل بموجبه قانون الاستهلاك 93-949، الصادر في 26 جويلية 1993.

[3] - عرفت المادة 3 من التوجيه الأوربي93-13 الصادر 5 أبريل 1993، والمتعلق بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين الشرط التعسفي كما يلي" الشرط الذي يرد في العقد وينطوي على إخلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف فيه على حساب المستهلك وتتعارض مع مبدأ حسن النية".

[4] - L 132-1« Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. ».

[5] - رغم أننا أوردنا التعريف المقدم من قبل المشرع الفرنسي، إلا أنه تجدر الملاحظة أنه لم يكن التشريع السابق في مكافحة الشروط التعسفية، بل أن المشرع الألماني كان قد أصدر قبل ذلك بتاريخ 09 ديسمبر 1976 قانونا يتعلق بالشروط العامة للعقود والذي دخل حيز النفاذ في 1 أفريل 1971، ورغم أنه لم يعرف الشرط التعسفي إلا أنه أشار إلى معناه من خلال نص المادة الأولى التي جاء فيها ما يلي " تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل، على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما يمكن أن تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها لا للشكل الذي ترد فيه".

موقف المشرع الفرنسي كان واضحا أكثر من موقف المشرع الجزائري، حيث ذكر المشرع الفرنسي في تعريفه للشروط التعسفية صراحة أن مجال محاربة الشروط التعسفية هي تلك العقود التي تبرم بين المحترفين والمستهلكين، بينما يكتفي المشرع الجزائري بالإشارة إلى أطراف العقد، ولا يفهم موقفه من تعريف الشروط التعسفية بأن المقصود بالحماية هو المستهلك، إلا بالرجوع إلى نص المادة 29 من القانون 04-02 التي تشير صراحة بأن مجال مكافحة الشرط التعسفي هي العقود المبرمة بيم المستهلك والبائع[1].

وانطلاقا من نص المادة 29 من القانون 04-02، فإننا نذهب إلى خلاف ما وصل إليه بعض الفقه[2] في الجزائر من القول بأن المشرع الجزائري قد شمل بالحماية من الشروط التعسفية العون الاقتصادي أيضا انطلاقا من نص المادة الأولى من قانون الممارسات التجارية الذي جاء فيه مايلي " يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين، وكذا حماية المستهلك وإعلامه"، وفي رأيهم أن المشرع عندما نص على أن قانون الممارسات التجارية ينظم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين دليلا على شمولية الحماية للعون الاقتصادي من الحماية من الشروط التعسفية التي يمكن أن يفرضها عليه عون اقتصادي آخر، وفي رأينا أنه يمكن تفنيد هذا الرأي وذلك كمايلي:

– بالاستناد إلى نفس النص أي نص المادة الأولى من القانون 04-02، يتضح بأن المشرع نص على أن الهدف من تطبيق قانون الممارسات التجارية يهدف إلى حماية المستهلك، أي أنه قانون ذا طبيعة مزدوجة، فهو يهدف إلى تنظيم العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين من جهة، ومن جهة أخرى يهدف إلى حماية المستهلكين لذا فإن هذا القانون قد يوجد في طياته نصوصا تهدف فقط إلى حماية المستهلك.

إن نص المادة 29 من القانون 04-02 الذي أشار إلى الحماية من الشروط التعسفية، قد نص صراحة بأن مجال الحماية من الشروط التعسفية هي تلك العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، حيث جاء في هذا النص" تعتبر بنود وشروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع...". فهذا النص يزيل كل إدعاء يجعلنا نقول بأن المشرع قد قصد بالحماية من الشروط التعسفية العون اقتصادي أيضا، غير أن المشرع لم يكن موفقا في استعمال بائع بدلا من العون اقتصادي، وهو ما يؤكده المرسوم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، حيث جاء في نص المادة الأولى منه أن هذا المرسوم قد جاء تطبيقا لنص المادة 30 من القانون 04-02 التي أحالت إلى كيفية حماية المستهلك من الشروط التعسفية على النصوص التنظيمية، حيث حدد تطبيق هذا المرسوم صراحة على تلك العقود التي تقوم بين المستهلك والعون اقتصادي واضعا الحد لمجال الحماية من الشروط التعسفية في هذا

[1] - أنظر نص المادة 29 الذي جاء فيه ما يلي " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود المبرمة بين المستهلك والبائع..."، وكان يأخذ على هذا النص بدوره أنه يحصر حماية المستهلك من الشروط التعسفية مع البائع، فانه يحصرها في نطاق عقد البيع، فهذا النص وإن كان وضح لنا أن المقصود بالحماية من الشروط التعسفية هو المستهلك إلا أنه حصر هذه الحماية في عقد البيع.

[2] - راجع عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2014-2015، ص175. محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية، المرجع السابق، ص123. حيث ذهب أنصار هذا الرأي بأن المشرع الجزائري قد تأثر بالاتجاه الفقهي في فرنسا الذي يميل إلى توسيع الحماية من الشروط التعسفية لتشمل المهني أيضا.

المرسوم بالمستهلك، أين يلاحظ الفرق بين المشرع الجزائري الذي ضيق من نطاق الأشخاص المسؤولين عن حماية المستهلك من الشروط التعسفية حيث حصرها في البائع بينما وسع المشرع الفرنسي من الأشخاص المسؤولين أمام المستهلك في الشروط المعتبرة تعسفية إلى جميع المهنيين.

وانطلاقا من المبررات التي قدمنها فإننا نساند الرأي الفقهي في الجزائر[1] الذي يرى بأن المشرع الجزائري قد خص المستهلك بالمفهوم الضيق بالحماية من الشروط التعسفية في القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ولا يمكن أن تشمل هذه الحماية العون الاقتصادي، غير أننا نختلف معهم حول نقطة معينة وهي أن المشرع الجزائري قد خالف المشرع الفرنسي من حيث نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، حيث ذهب هذا الاتجاه إلى أن المشرع الجزائري يقصر الحماية من الشروط التعسفية في المستهلك، بينما يوسع المشرع الفرنسي من هذه الحماية إلى المهنيين[2]، بل ونذهب أكثر من ذلك فليس المشرع الفرنسي فقط من اتجه إلى توفير حماية خاصة للمستهلك من الشروط التعسفية، بل إن القضاء و الهيئات القائمة على مكافحة الشروط التعسفية تشترط أن تكون العلاقة التعاقدية بين مستهلك ومهني لاعتبار الشرط تعسفيا. وهو ما ذهبت إليه لجنة البنود التعسفية الفرنسية في موقفها في 14 سبتمبر 1994، حين طلبت المحكمة التجارية **بسان بازار**، الرأي في دعوى ناشئة بين شركتين في شأن الصفة المزعوم بأنها تعسفية لشرط متعلق بعقد خاص بصيانة جهاز تليفون، ورأت اللجنة أن الشرط المتنازع في شأنه وارد في عقد مبرم بين اثنين من أصحاب المهن بغية تلبية احتياجات مهنية، ومن ثم أعربت عن رأيها بأنها غير مختصة بتقديم مشورتها، وتمسكت بأن صفة غير المهني أو المستهلك لا يعتد بها إطلاقا إزاء صاحب المهنة الذي يتعاقد من أجل احتياجيات مهنية[3].

وانطلاقا مما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي وكذا التوجه الأوربي، بخصوص مسألة تخصيص المستهلك بحماية خاصة من الشروط التعسفية.

ومن التشريعات العربية التي تأثرت بتعريف المشرع الفرنسي نجد المشرع المغربي حيث عرف الشرط التعسفي من خلال نص المادة 15 من القانون 08-31 الذي يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي " يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك".

وقد عرف أيضا الشرط التعسفي من قبل المشرع الكندي في مقاطعة كيباك من خلال نص المادة 1437 من القانون المدني حيث جاء فيه بأنه " كل شرط يضر المستهلك أو المُذعن بشكل مفرط (فاحش) وغير معقول... ويعتبر تعسفيا بالأخص الشرط الذي يستبعد التزامات أساسية مترتبة عن القواعد التي تحكم العقد عادة، فيغير منها ذلك الشرط"[4].

---

[1] - أنظر أحمد رباحي، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، مجلة اقتصاديا شمال أفريقا، ع3، 359.

[2] - أنظر المرجع نفسه، ص359.

[3] - أنظر هشام عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص35.

[4] - أنظر أحمد رباحي، المرجع السابق، ص345.

إننا نعتقد بأن التعريف الذي تقدم به المشرع الكندي في مقاطعة كيباك هو تعريف في غاية الدقة، وذلك من جهتين، فمن جهة أولى نجد بأن هذا التعريف قد راعى المجال ونطاق الحماية من الشروط التعسفية، من حيث الأشخاص والعقود، فاستعمال مصطلح الطرف المذعن للدلالة على عقد الإذعان، واستعمل من جهة أخرى مصطلح المستهلك للدلالة على عقود الاستهلاك.

أما الناحية الثانية التي جعلتنا نعتقد بدقة التعريف الذي تقدم به المشرع الكندي في مقاطعة كيباك في قانونه المدني، هو أن المشرع ركز أيضا على أثر هذا الشرط والمتمثل في إلحاق ضرر بالطرف الضعيف فيزيد في التزاماته، بينما يمنح الطرق القوي الذي وضع هذا الشرط مزايا وحقوق غير معقولة.

ونظرا لدقة التعريف الأخير فإننا نعتقد بأنه التعريف الأنسب على الأقل إذا أراد المشرع الجزائري تقديم تعريف للشرط التعسفي في القواعد العامة للعقد، مع مراعاة مجال الشروط التعسفية في القواعد الخاصة بحماية المستهلك.

2 - التعريف القضائي: إن القضاء عادة ما يتولى مسألة تعريف بعض المصطلحات القانونية، وذلك بمناسبة فصله في القضايا المطروحة أمامه، غير أن القضاء الجزائري لم يتقدم إلى يومنا هذا بتعريف الشرط التعسفي، سواء من خلال النظر في عقود الإذعان بمفهوم نص المادة 110 ق م، أو من خلال النظر في القواعد المطبقة على الممارسات التجارية والهادفة إلى مكافحة الشروط التعسفية.

وخلافا لموقف القضاء الجزائري الذي التزم الصمت إلى يومنا هذا من مسألة تعريف الشروط التعسفية، فإن هناك من القضاء المقارن من ذهب إلى تعريفه حيث عرفت محكمة النقض في فرنسا الشرط التعسفي، انطلاقا من نص المادة 35 من قانون سنة 1975 بأنه " الشرط الذي من شأن محله وأثره إلغاء أو تخفيض حق المستهلك في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيا كانت"[1]. حيث يلاحظ على التعريف الأخير أن محكمة النقض الفرنسية لم تخرج تقريبا على التعريف الذي قدمه المشرع الفرنسي.

و قد عرف من جهته القضاء المصري الشرط التعسفي أيضا، وهو ما يتضح من خلال القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية والتي ذهبت إلى أن الشرط التعسفي "هو ذلك الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام"[2].

ويلاحظ على التعريف الأخير الذي قدمته محكمة النقض المصرية أنه تعريف غير دقيق وغير واضح من حيث عباراته ومفهومه، فبدلا من أن يشار فيه إلى أثر هذا الشرط والمتمثل في الإخلال الواضح بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ومن جهة أخرى فإن عبارة **متناقضا مع جوهر العقد** واسعة وذات دلالة متعددة ومتكررة، إضافة إلى استعمال المشرع مصطلح النظام العام وهي عبارة في حد ذاتها توحي بالكثير من المفاهيم تختلف باختلاف الزمان والمكان.

[1] - Cass.civ. N298- 25/02/1990.

[2] - أنظر نقض مدني مصري، 12- أفريل-1990، مجلة أحكام النقض، سنة 1، رقم 50، ص330.

إن مقارنة التعريفين السابقين وهما تعريف كل من القضاء الفرنسي والمصري، للشرط التعسفي تجعلنا نقول بأنه في حالة خروج القضاء الجزائري من صمته حيال تعريف الشروط التعسفية، عليه أن يقتدي بالتعريف المقدم من قبل القضاء الفرنسي، كونه أكثر دقة ووضوحا، كما يمكنه أيضا الاقتداء ربما ببعض التعريفات الفقهية الدقيقة.

3 - تعريف الفقه: لقد أهتم الفقه بمسألة تعريف الشروط التعسفية نظرا للاختلال الواضح الذي تتسبب فيه بين حقوق ووجبات أطرف العقد، فيجد طرف معين نفسه أمام رحمة الطرف القوي الذي يستغل مركزه وقوته في فرض مثل هذه الشروط، وتبعا لذلك فقد عرف بعض الفقه الشرط التعسفي بأنه ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف حيث يمكن القول أن الشروط التعسفية ترد خاصة في عقود الإذعان أو العقود النمطية، يتولى إعدادها مسبقا مختصون يتمتعون بالتفوق الاقتصادي والكفاءة الفنية تبدو وفقا للقواعد العامة شروطا عادية لا تنال من سلامة الرضا، ولكنها في حقيقتها مجحفة ظالمة، ترهق المتعاقد وتثقل من التزامه[1]. كما عرف البند أو الشرط التعسفي بأنه" البند الذي يدرج في العقد من قبل احد أطرافه وقد أملى إرادته على الفريق الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة ومفرطة من حقوق الطرف الآخر الذي أذعن له لتسلط من فرضه على العقد"[2].

ويلاحظ على هذا التعريف نوع من الشمولية لتعريف الشرط التعسفي انطلاقا من آثاره المتمثلة في الانتقاص من حقوق الطرف الضعيف والذي قد يكون الطرف المُذعِن حسب القواعد العامة، أو المستهلك حسب قواعد حماية المستهلك، لصالح الطرف القوي وهو الطرف المُذعن في القواعد العامة أو العون الاقتصادي في قواعد الممارسات التجارية، فمركز الضعف الذي يجعل متعاقد يفرض شروطا تعسفية على متعاقد آخر، قد يكون سببه طبيعة العقد المتمثل في عقد الإذعان في القواعد العامة للعقد، وقد يكون سببه ضعف المتعاقد المتمثل في المستهلك في عقد لاستهلاك.

إن الإشادة بالتعريف السابق لم تكن اعتباطية، إذا أنه من الصعب إيجاد تعريف موحد للشرط التعسفي نظرا للمجالات التي يوجد فيها، ونظرا أيضا لاختلاف الزوايا التي ينظر منه كل فقيه للشروط التعسفية، ولعل هذا ما جعل جانبا كبيرا من الفقه، يتناول الشرط التعسفي بالتعريف من خلال عدة زوايا وذلك كما يلي[3]:

لقد عرف الشرط التعسفي من حيث مصدره بأنه" ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف".

أما من حيث طبيعته فقد عرف بأنه "الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف وحسن نية، والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة".

---

[1] - أنظر منير البصري- أحمد المنصوري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور على الموقع التالي: Droitcivil.over-blog.com/article-5144865.html، تاريخ الإطلاع،21-10-2017.

[2] - أنظر مصطفى العوجى، المرجع السابق، ص764.

[3] - راجع في عرض التعاريف المقدمة من قبل الفقه للشرط التعسفي من زوايا مختلفة، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص ص 400، 403. أحمد رباحي، المرجع السابق، ص ص 346-347.

ومن حيث الآثار التي يرتبها الشرط التعسفي فقد تم تعريفه بأنه" التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود في اختلال في التوازن".

ومن جهة أخرى ونظرا للحماية الخاصة من الشروط التعسفية التي أصبح يتمتع بها المستهلك، فقد عرف الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك بأنه" شرط في العقد رتبت عليه عدم توازن واضح – ممقوت – بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة على عقد الاستهلاك، تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك". كما عرف بعض الفقه[1] من هذا الجانب الشرط التعسفي بأنه" الشرط الذي يفرض على غير المهني، أو المستهلك، من قبل مهني، نتيجة لتعسفه في استعمال سلطته الاقتصادية، بغرض الحصول على ميزة تكون – في نفس الوقت – مجحفة لمن تعاقد معه".

وعرف الشرط التعسفي أيضا انطلاقا من مركز كل متعاقد بأنه " ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر لديه الخبرة أو الدراية الفنية أو الاقتصادية"[2].

وقد ذهب بعض الفقه في فرنسا في تعريفهم للشرط التعسفي إلى القول بأنه "هو ذلك الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة، ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر، فتعريفه إذن شيء غير محدد، ويمكن أن يعتبر تعسفيا تطبيقا لذلك شروط الإعفاء من المسؤولية أو المحددة لها، الشروط الجزائية وشروط الاختصاص"[3].

إن تباين التعاريف المقدمة للشرط التعسفي سببها تعدد المجالات التي يمكن أن تفرض فيها مثل هذه الشروط، فالشروط التعسفية التي كان يعتقد أن مجالها عقود الإذعان، ومن الضرورة حماية الطرف المذعن فيها، قد بات الكلام عنها اليوم يكثر في مجال عقود الاستهلاك، وضرورة حماية المستهلك منها، لذا نعتقد بأن إعطاء تعريف موحد للشروط التعسفية لا يمكن إلا من خلال تقديم تعريف يشمل مجالها وآثارها، وهنا يمكن تعريف الشروط التعسفية، بأنها تلك الشروط التي يفرضها المتعاقد القوي في العقد، وهو إما الطرف المذعن في عقود الإذعان، أو العون الاقتصادي في عقود الاستهلاك، على الطرف الضعيف والمتمثل في المتعاقد المُذعِن، أو المستهلك، من أجل الحصول على حقوق أو التهرب من التزامات معينة، بشكل ينعدم فيه التوازن بين أطراف العقد.

ومن خلال تعريف الشروط التعسفية يتضح أنها تقوم على عناصر معينة، مثل هذه العناصر، لا يمكن استنتاجها فقط من التعريف الذي تقدمنا به، بل لا بد من مراعاة النصوص القانونية مثل ما هي عليه في الشكل الحالي، وهنا سوف يتبين لنا، بأن عناصر الشرط التعسفي قد تختلف بين القواعد العامة للعقد، وبين القواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

---

[1] - أنظر محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص32.

[2] - أنظر خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص459.

[3] -Voir Jean (C), Frank(S),op, cit, p 134.

ثانيا - عناصر الشرط التعسفي: لعله قد اتضح من خلال التعريف بالشرط التعسفي، أن هذا الأخير له عناصر تسمح بتحديده، حيث يمكن أن تستنتج هذه العناصر من النصوص، أين يتضح أن الشرط التعسفي مرتبط دائما بضرورة وجود عقد(**1**)، وكذا عنصر الكتابة الذي يبدو لنا أنه فيه ما يقال بين النصوص المنظمة للشروط التعسفية في عقد الإذعان في القواعد العامة، وبين النصوص المنظمة للشروط التعسفية في قواعد الممارسات التجارية(**2**)، كما يعتبر من العناصر الأساسية للشرط التعسفي عنصر الإخلال الظاهر في التوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد(**3**)، وكذا فإنه يجب أن يتعلق الأمر إما بطرف مذعِن في القواعد العامة أو بمتعاقد مستهلك في قواعد الممارسات التجارية(**4**).

1 - ارتباط الشرط التعسفي بضرورة وجود عقد: هذا العنصر في الحقيقة قد سبق بيانه عند الحديث عن مجال انعدم التوازن العقدي المفضي إلى فرض شروط تعسفية، حيث يتضح أن مجال فرض الشروط التعسفية هو عقد الإذعان في القواعد العامة وهذا ما بينه نص المادة 110 ق م التي جاء فيها ما يلي " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية..."، بينما أشار المشرع في نص المادة 3 البند 5 من القانون 04-02 في تعريفه للشرط التعسفي في قواعد الممارسات التجارية أنه ذلك الشرط الذي يؤدي إلى الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

ولم يكتفي المشرع الجزائري بمسألة اشتراط وجود عقد للقول بأنه ثمة شرط تعسفي، بل أن المشرع يشترط في هذا العقد سواء في القواعد العامة، أو قواعد الممارسات التجارية، أن يكون عقد إذعان، وقد سبق أن انتقدنا هذا التوجه من قبل المشرع، وذلك لأن مسألة الحماية من الشروط التعسفية ينبغي النظر إليها من زاويتين، زاوية الحماية من الشروط التعسفية في القواعد العامة وهنا يشترط فعلا أن يكون العقد عقد إذعان للقول بأن هناك شرط تعسفي، بينما لا يمكن اشتراط صفة الإذعان في عقد الاستهلاك، لأن الحماية من الشروط التعسفية في هذه الحالة مرتبطة بصفة المستهلك لا بطبيعة العقد.

وخروجا عن اشتراط المشرع لصفة الإذعان في العقد للحديث عن الحماية من الشروط التعسفية، فإنه من المؤكد أن هذه الحماية تستلزم قيام أو وجود عقد، هذا العقد ينبغي أن يكون عقد إذعان في حالة الكلام أو الحديث عن الشرط التعسفي بمفهوم المادة 110 ق م، وهذا ما يستلزم توافر شروط هذا النوع من العقود، أو أن يكون العقد عقد استهلاك وارد على سلعة أو خدمة في حالة الكلام عن الحماية من الشروط التعسفية في مفهوم قانون الممارسات التجارية مثل ما سبق بيانه.

2 - اشتراط عنصر الكتابة في الشرط التعسفي: لقد استخلص بعض الفقه[1]العنصر المتعلق بضرورة كتابة الشرط التعسفي من خلال تعريف المشرع للعقد وبالضبط عندما استعمل المشرع عبارة **حرر مسبقا**. حيث وردت هذه العبارة في نص المادة 3 البند5 من القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بينما أكدت الفقرة الثانية من نفس المادة بأن العقد يمكن أن ينجز في شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو

[1] - محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص117.

جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها، حيث يتضح من خلال ذلك أن الكتابة المقصودة هنا ليست الكتابة الرسمية، بل المهم أن يتم التعاقد في وثيقة تثبت هذه المعاملة.

صحيح أنه لا غبار على النص الذي يشترط الكتابة في العقد، والذي من خلاله أيضا يمكن القول بأن الكتابة هي عنصر من عناصر الشروط التعسفية، غير أن هذا الطرح مسموح ومسلم به فقط بالنسبة للشرط التعسفي في قواعد الممارسات التجارية، بينما نؤكد من جهتنا بأنه في حالة الكلام عن الشروط التعسفية بمفهوم نص المادة 110 ق م فلا مجال للكلام عن عنصر الكتابة في الشروط التعسفية ، ذلك أن هذا النص يتكلم عن إمكانية تعديل الشرط التعسفي أو إلغائه دون اشتراط مسألة الكتابة فيستوي في نظرنا أن يكون الشرط مكتوبا أو غير مكتوب.

خلاصة القول أنه عند الكلام عن عنصر الكتابة في مجال الشروط التعسفية يجب التمييز بين حالتين حالة مفهوم الشرط التعسفي في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية في القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ففي هذه الحالة فإن الكتابة تعد عنصرا جوهريا بمفهوم نص المادة 3 البند من القانون 04-02، بينما لا تعتبر كذلك في محاربة الشروط التعسفية في عقود الإذعان في القواعد العامة.

3 - أن يتعلق الأمر بمتعاقد مذعن أو مستهلك: من بين عناصر الشرط التعسفي العنصر المتعلق بالطرف المراد حمايته، هذا الطرف هو المتعاقد المُذعِن في عقد الإذعان، وهو المتعاقد الذي يقبل بالشروط التي تفرض عليه دون إمكانية مناقشتها نتيجة لوجوده في عقد إذن وهو الطرف القابل، فهذه الصفة قد تتحقق في أي طرف من أطراف العقد فإذا وصف عقد البيع مثلا بأنه عقد إذعان فإن الطرف المذعن قد يكون البائع كما قد يكون المشتري، فوصف الإذعان قد ينطبق على أي متعاقد، كما أنه يستمد من طبيعة العقد وإذا ما كان يحتوي على شروط أو عناصر الإذعان، فإذا توفرت هذه الصفة حاز المتعاقد الحق في الحماية من الشروط التعسفية وفقا لما نصت عليه المادة 110 ق م.

أما بالنسبة للشرط التعسفي في القواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإنه يشترط أن يكتسب المتعاقد صفة المستهلك[1] بالمفهوم الضيق[2] حتى يستفيد من الحماية من الشروط التعسفية كما نصت عليها المادة 29 من القانون 04-02، فلا يستفيد من الحماية العون الاقتصادي مثل ما وضحنا عند التعريف القانوني للشرط التعسفي.

4 - إخلال الشرط التعسفي بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد: وهو الهدف الأساسي من الحماية من الشروط التعسفية في نظرنا، ذلك أنه إذا وجد شرط في العقد ولم يكن له أي أثر على مسألة التوازن في الحقوق والالتزامات فإنه لا يمكن اعتباره تعسفيا ولا تطبق عليه أحكام الشرط التعسفي، وهي المسألة التي أشار إليها المشرع الجزائري من خلال نص المادة 2 البند 5 المتعلق بتعرف الشرط التعسفي حيث نص على ما يلي " شرط تعسفي... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

[1] - حيث عرفت المادة 3 البند 2 المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

[2] - أنظر في تعريف المستهلك بالمفهوم الضيق، الباب الأول ص 60.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذا العنصر أي عنصر الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، في القواعد العامة المتضمنة مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فإنه وإن لم يشر إلى هذا العنصر صراحة، إلا أنه يمكن أن يفهم من السلطة التي أعطاها للقاضي في إلغاء أو تعديل الشرط التعسفي و إرجاعه إلى الحد المعقول، أنه قد أشار ضمنيا إلى أن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون فيه خلل واضح إما في الالتزامات أو في الحقوق الناتجة عن العقد الذي أبرم بطريقة الإذعان وتضمن شروطا تعسفية.

لا شك إذن أن المشرع الجزائري يشترط أن يؤدي الشرط التعسفي إلى إخلال ظاهر في الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد الإذعان أو تلك المفروضة على المستهلك لاعتبار الشرط تعسفيا، ونظرا لأهمية هذا العنصر أصبح العنصر المعتمد كمعيار للشرط التعسفي عن باقي المعايير الأخرى كما سوف نرى عند دراسة معايير الشرط التعسفي، لكن قبل ذلك لا بد من تمييز الشرط التعسفي عن بعض الشروط الأخرى.

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الشروط

قد يقترب الشرط التعسفي في معناه ومفهومه من بعض الشروط لذا وجب تمييزه عن بعض الشروط التي تقترب منه في المعنى، وفي هذا الصدد فإننا نميز بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي(**أولا**)، كما لا بد من تمييزه أيضا عن الشروط التنظيمية(**ثانيا**)، والشروط المتعلقة بشكل العقد(**ثالثا**).

أولا - التمييز بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي: الشرط الجزائي أو كما يطلق عليه البعض التعويض الاتفاقي[1]، هو"عبارة عن اتفاق المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يجب على المدين دفعه في حالة عدم تنفيذ الالتزام، أو التأخير في تنفيذه، جزاءا لما سببه المدين من ضرر لحق بالدائن"[2].

إن الشرط الجزائي وفقا لما تقدم يشترك مع الشرط التعسفي في كون أن كلاهما من الشروط التي تقترن بالعقد[3] وهي شروط تقييدية تقيد حكم العقد المقترنة به، وكذلك مضمون كلا منهما يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي مما يتطلب إعادة تنظيم العقد من أجل تحقيق العدالة التعاقدية في العقد[4].

فالشرط الجزائي والشرط التعسفي شرطان يقترنان بالعقد ويقيدان حكمه فالشرط المقترن بالعقد هو التزام في التصرف القولي لا تستلزمه طبيعة التصرف والقيد هنا هو الشرط الذي التزم به المتعاقد علاوة على ما التزم به في الحكم الأصلي للعقد، فالعقد في حالة التقييد هو منجز ليس معلق وجوده على شيء، لأن معنى التقييد يشعر بوجود الأمر المقيد، فهي شروط مقترنة بالعقد كونها تتعلق بما يتفق عليه المتعاقدان لتحديد العلاقة التعاقدية بينهما من التزامات وحقوق، فالشرط بهذا المعنى هو جزء من العقد وبنداً من بنوده، فأي تغيير عليه

[1] - أنظر منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية -، دار ئارس للطباعة والنشر، العرق- إربيل-، د س، ص471.

[2] - أنظر رابح بن غريب، المرجع السابق، ص 613.

[3] - الشرط في العقد هو ما يطلق عنه بعض الفقه وصف الشرط المقيد أو الشرط التقييدي، أو الشرط في العقد، راجع في ذلك محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة – دراسة فقهية مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة الملك سعود، كلية التربية، 1425 -1426هـ، ص69.

[4] - أنظر منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي – دراسة مقارنة -، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع4، السنة السابعة 2015، ص169.

يعد تغيير في جزء من أجزاء العقد، لذلك عرف بأنه " التزام بأمر مستقبل ممكن مشروع يضيفه المتعاقدان إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقدم به حكم العقد تغييرا أو تعديلا أو إضافة[1]".

و قد اهتم المشرع الجزائري بتنظيم الشرط الجزائي بالمفهوم السابق شأنه شأن التشريعات المقارنة[2]، وذلك ما يظهر من خلال نص المادة 183 ق م التي جاء فيها ما يلي "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد، أو في اتفاق لاحق وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

يتضح من خلال نص المادة السابقة الاختلاف الواضح بين الشرط الجزائي، والشرط التعسفي، رغم أوجه التشابه التي سبق بيانها، فإذا كان الأول مسموحا به من الناحية القانونية، بل والأكثر من ذلك فإن المشرع هو الذي نظم الأحكام التي تطبق في حالة وجود مثل هذا الشرط فإن الشرط التعسفي هو شرط غير قانوني ومحظور بنصوص القانون.

و يبرز الاختلاف أيضا بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي من خلال سلطة القاضي في مواجهة كل منهما، وفي هذا المجال ذهب المشرع الفرنسي وحماية منه للطرف الضعيف من المغالاة التي يمكن أن تنتج عن استعمال الشرط الجزائي خاصة في مجال القروض، حيث اعترف المشرع للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي – استثناء من مبدأ سلطان الإرادة– إذا كان مبالغا فيه أو تافها، أين يلاحظ أن دور القاضي يقتصر في هذه الحالة على تعديل الشرط الجزائي، وبالتالي فإنه لا يمكنه إبطاله استنادا إلى نص المادة 1152، إلا إذا كان تعسفيا وعلى أساس قانون آخر وهو نص المادة 132–1 من قانون الاستهلاك[3]. بينما يكون للقاضي مباشرة سلطة إبطال أو تعديل الشرط التعسفي في حالة وجوده في العقد استنادا إلى النص السابق، وهو ما يمكن قوله بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من المسألة.

ومن جهة أخرى فإن السلطة المعطاة للمحكمة في التدخل لتعديل العقد وإعادة التوازن العقدي في حالة الشرط الجزائي متعلقة بالنظام العام فأي اتفاق يحرم المحكمة من هذه السلطة يعد باطلا، غير أن الشرط الجزائي لا يكون باطلا، أما تدخل القاضي في التعديل فليس من تلقاء نفسه بل بطلب من أحد أطراف العقد الدائن أو المدين، فالمحكمة لا تتحرك من تلقاء نفسها إلا بناء على هذا الطلب، بينما في حالة الشرط التعسفي فإن القاضي يمكنه التدخل من تلقاء نفسه لإعادة التوازن العقدي للعقد وذلك بالنص على بطلان الشرط التعسفي، ومثال ذلك ما نصت عليه كل من القانونين المصري واللبناني وهو ما سار عليه أيضا المشرع الجزائري، فالبطلان المتعلق بالشرط التعسفي هو بطلان متعلق بالنظام العام خاصة في القواعد الخاصة بحماية

---

[1] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[2] - عرف المشرع الفرنسي الشرط الجزائي من خلال نصي المادتين 1226 و1229 من القانون المدني الفرنسي، حيث جاء في نص المادة 1226 أنه " الشرط الجزائي هو الشرط الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص ضمانا لتنفيذ اتفاق بتقديم شيء في حالة عدم التنفيذ". وكذلك جاء في نص المادة 1229 مايلي " تعويض الدائن عن الإضرار التي تلحقه من جراء عدم تنفيذ الالتزام الأصلي".

[3] - راجع محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، ص ص85-86.

المستهلك[1]، وهذا ما يمنح القاضي سلطة في إثارته من تلقاء نفسه، في حين أن وجود شرط جزائي لا يصل إلى جزاء البطلان[2].

إن وجه الاختلاف بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي من ناحية سلطة القاضي في مواجهة كلا منهما، يكشف لنا أيضا نقاط التقاطع بين هذين الشرطين، فالشرط الجزائي المبالغ فيه و الشرط التعسفي من شأنهما أن يؤديا إلى الإخلال الظاهر في التوازن العقدي، وذلك في حالة المبالغة في هذا الشرط، لكن رغم ذلك يبقى كلا منهما متميزا عن الآخر كما سبق بيان ذلك.

ثانيا - التمييز بين الشرط التعسفي والقواعد الآمرة المتعلقة ببعض العقود: في سبيل تدخل الدولة من أجل تنظيم العلاقة العقدية بين المتعاقدين، يفرض المشرع بعض القواعد الآمرة التي يجب احترامها من طرفهما ومن الأمثلة التي تقدم بها الفقه[3] لمثل هذه الشروط ما ذهب إليه المشرع الجزائري في ما يتعلق بعقد القرض المبرم بين الأفراد الذي فرض المشرع أن يكون دائما بدون فائدة، وأن كل شرط يخالف ذلك يقع باطلا[4]، وكذلك عندما نص بالنسبة لعقد التأمين على تقرير بطلان كل شرط يخالف أحكام النصوص الواردة في الفصل الخاص بعقد التأمين، إلا إذا كان ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد[5]، كما ألزم المشرع من خلال نص المادة 21 من المرسوم التشريعي 93-03 [6]على أن تجسد العلاقة بين المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار طبقا لنموذج عقد الإيجار الذي بينه المرسوم التنفيذي 94-69 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المرسوم التشريعي رقم 93-03[7]. وهو ما أكده التعديل الوارد على نصوص القانون المدني لسنة 2007[8].

يتضح من النصوص السابقة نية ورغبة المشرع الجزائري في حماية الطرف الضعيف، وأنها هي السبب وراء تدخله بالتنظيم السابق للالتزامات الناشئة عن بعض العقود كما هو الحال في عقد التأمين وعقد الإيجار مما يرتب أثرا مهما يتمثل في بطلان الشروط المخالفة له حتى ولو كانت ناشئة عن اتفاق بين إرادتي الطرفين، الأمر الذي جعلها تقترب مما يسمى بالتصرف الشرطي[9].

وتبعا لما تقدم فإنه إذا تم إبرام عقد، وتضمن هذا الأخير شرطا مخالفا للقواعد الآمرة المتعلقة بعقد من العقود السابقة أو عقد ينظمه المشرع بموجب قواعد آمرة، وتسببت هذه المخالفة في إجحاف بحق أحد المتعاقدين فإنه لا يمكن أن نطلق على هذا الشرط وصف الشرط التعسفي، لأن هذا الأخير يصدر عن بينة واختبار ولا

---

[1] - لقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذه الفكرة انطلاقا من أن ترك مسألة إثارة البطلان بيد المستهلك تجعل الجزاء المتمثل في البطلان من غير معنى أوفائدة. -Voir J.Calais – Auloy et Frank(Steinmetz) , op, cit ,p14. .

[2] - أنظر منصور حاتم محسن، المرجع السابق، ص ص 172-173.

[3] - أنظر محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص104.

[4] - أنظر نص المادة 454 من الأمر 75-58، المتضمن ق م، المرجع السابق.

[5] - أنظر نص المادة 625، من الأمر 75-07 المتضمن قانون التأمينات، المعدل والمتمم، المرجع السابق.

[6] - المرسوم المؤرخ، في 1 مارس 1993، والمتعلق بالنشاط العقاري، ج ر ج، ع14.

[7] - صدر هذا المرسوم في 19 مارس 1994، ج ر ج، ع17.

[8] - حيث عدل القانون المدني بالقانون 07-05، المؤرخ في13-05-2007، ج ر ج، ع31.

[9] - محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ص104 - 105.

يخالف النظام العام[1] والآداب العامة، وجزاؤه يختلف عن جزاء الشرط المخالف للقانون، فقد يبقي القاضي على الشرط التعسفي مع تعديله إلى الحد المعقول، كما أنه قد يرجئ تنفيذه إلى الوقت المناسب، غير أنه لا يملك أبدا إمكانية الإبقاء أو تعديل الشرط المخالف لنص آمر، وجزاؤه هو البطلان دائما[2].

يلاحظ من خلال ما تقدم أن تدخل القاضي من أجل تعديل الشروط التعسفية لا يمكنه أن يطال النصوص التشريعية أو التنظيمية لعقد من العقود، حتى وإن كانت متضمنة أحكاما في غير فائدة المستهلكين[3]. فهو يبحث عن مدى تطبيق هذه النصوص أكثر مما يبحث عن الحماية للطرف الضعيف، فلا حماية للطرف الضعيف هنا إلا إذا نصت عليها النصوص الآمرة المتعلقة بشروط العقد في حد ذاتها.

ثالثا- التمييز بين الشرط التعسفي والشروط المتعلقة بشكل العقد: لقد ذهب جانب من الفقه[4] إلى ضرورة التمييز بين الشرط التعسفي والشروط المتعلقة بشكل العقد وهي تلك الشروط التي ترسم الإطار العام للعقد، مثل الشروط الخاصة بهوية المتعاقدين، أو بمكان انعقاد العقد، أو بتحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة على العقد... الخ. فهذه الشروط إذا خالفت النصوص التي تنظمها، أو جانبت الحقيقة، فإنها لا تعتبر تعسفية، ومنه فإنه لا يمكن أن تخضع للأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية، وإنما تحكمها النصوص التي تتضمن صدور إرادة المتعاقد عن بينة واختيار، مثل الشروط المتعلقة بعيوب الإرادة، أو بصحة العقد.

المطلب الثاني: أساس اعتبار الشرط تعسفيا

ليس كل شرط مدرج في العقد يعتبر تعسفيا، لذا فإن مسألة دراسة تحديد الشرط التعسفي تقتضي بيان الأساس والمعيار الذي يمكن أن نطلق من خلاله على شرط ما وصف الشرط التعسفي، هذا المعيار يبدو أنه لم يكن معيارا واحد سواء بالنسبة إلى الفقه أو إلى المشرع، فبالنسبة إلى المشرع الجزائري مثلا سوف نرى بأن نظرته إلى المعيار الذي يمكن أن يتحدد من خلاله الشرط التعسفي قد اختلفت من القواعد العامة التي نظمت هذا المعيار في تحديد الشرط التعسفي في عقد الإذعان، وبين القواعد الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري قد استند في تحديد الشرط التعسفي في عقد الإذعان إلى معيار العدالة العقدية **(فرع أول)**، بينما تحديد المعيار الذي يجب أن يتحدد من خلاله الشرط التعسفي في القواعد الخاصة بحماية المستهلك لم يكن محل اتفاق من قبل الفقه لذا فإننا نتساءل عن المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري في هذا المجال**(فرع ثان)**

الفرع الأول: معيار العدالة في القواعد العامة

يمكن استنتاج هذا المعيار بالنسبة للمشرع الجزائري من نص المادة 110 ق م التي تمنح القاضي الحق في إبطال أو تعديل الشروط التعسفية التي يمكن أن يتضمنها عقد الإذعان، مراعاة لمتطلبات العدالة التي عرفها

---

[1] - إننا نعتقد خلاف ذلك لأن الشرط التعسفي فعلا يمس بالنظام العام الاقتصادي الحمائي. وهو ما أشار إليه أيضا بعض الفقه في الجزائر ،أنظر على سبيل المثال علي فيلالي، المرجع السابق، 290، الذي يرى بأن الجزاء المتمثل في الإعفاء من الشرط التعسفي أو تعيله، وإبقاء العقد لا إبطاله من أثار النظام العام الاجتماعي أو الحمائي.

[2] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص85.

[3] - أنظر محمد بودالي ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص105.

[4] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص85.

بعض الفقه" بأنها شعور كامن في النفس يكشف عنه العقل السليم ويوحي به الضمير المستنير ويهدي إلى إعطاء كل ذي حق حقه، دون الجور على حقوق الآخرين"[1].

وقد عرفت العدالة أيضا بأنها " الإنصاف والعدل كما يتصوره الفرد بغض النظر عن أحكام القانون الوضعي"[2].

إن فكرة العدالة بالمفهوم السابق فكرة متغيرة لا تعطي الحلول الحاسمة و القاطعة ولا تلهم القاضي معيارا دقيقا ليستخلص أحكامه منه ويأتي أثره على تكملة النقص حتى لا تكون ظالمة ، لأنه عند عدم الاهتداء إلى نص قانوني يجتهد القاضي للوصول إلى حل النزاع المعروض أمامه بحسب ظروفه وما يتفق مع روح العدالة والإنصاف في تحقيق الحق ، حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء وتلزمه أن يستنبط القاعدة التي يضعها لو عهد إليه أمر التشريع في موضوع ذلك النزاع مسترشدا في ذلك بعدة أمور لأنها غير محددة وتنطوي على أسس وتوجيهات عامة يستنبطاها من شعور كامن في النفس عن طريق العقل السليم لإيفاء كل ذي حق حقه في المجتمع[3].

وإذا كان من الممكن أن يفهم مما تقدم أن معيار العدالة معيار غير دقيق وغامض، غير أن ذلك لم يمنع بعض الفقه[4] من القول بأنه مبدأ أخلاقي هدفه تحقيق المساواة بين الأفراد بشكل يحقق التوازن بينهم، وبجنبهم التعسف، فهذا الأساس الطبيعي هو الذي يحرك القاضي في تعديله للشرط أو الإعفاء منه. فجوهر فكرة العدالة هو حصول كل إنسان على حقه فهي وسيلة لتحيق المصالح المتعارضة والمحافظة على النظام اللازم لبقاء المجتمع فلا وجود للنظام بدون العدالة[5].

إننا نعتقد بأن العدالة بالمفهوم السابق، هي توجيه للقاضي للاجتهاد في النزاع الذي طرح أمامه من أجل إيجاد الحل الملائم، أكثر منه معيار للشرط التعسفي، فإذا وجد القاضي أساسا قانونيا يستند إليه لاعتبار الشرط تعسفي فإن هذا النص يقيد سلطته في اللجوء إلى قواعد العدالة مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية ، أين نجد بأن المشرع قد حدد بعض الشروط المعتبرة تعسفية بموجب نص، وهذا ما يجعلنا نقول بأن مبدأ العدالة هو حل عام للقاضي أكثر منه معيارا للشرط التعسفي، فهو مرتبط بمسائل كثيرة وليس حكرا على الشروط التعسفية، ولعل هذا ما جعل الفقه والمشرع يعتمد معايير أخرى في تحديد الشروط التعسفية خاصة في القواعد الخاصة بحماية المستهلك.

---

[1] - أنظر خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان-، 2012، ص118.

[2] - أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص268.

[3] - أنظر خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص118.

[4] - أنظر عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص439. أحمد بورزق، المرجع السابق، ص168.

[5] - أنظر خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص ص118- 119.

الفرع الثاني: المعايير المحددة للشرط التعسفي في القواعد الخاصة

إن غموض معيار العدالة في تحديد الشرط التعسفي في مجال عقد الإذعان، قد دفع بفقهاء القانون إلى البحث عن معيار جديد خاصة في ظل الحماية الخاصة التي أصبحت مخصصة للمستهلك من الشروط التعسفية، غير أن إيجاد معيار دقيق لم يكن بالأمر الهين ولا السهل ففي فرنسا مثلا أدت مسألة البحث عن معيار محدد للشرط التعسفي إلى ظهور حوالي أربعة اتجاهات، ومن بين هذه المعايير ندرس معيار عدم التعادل المفرط **(أولا)**، ثم معيار التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي**(ثانيا)**، وأخيرا معيار الاختلال الظاهر في الحقوق والالتزامات **(ثالثا)**.

أولا - معيار عدم التعادل المفرط: يقصد بالميزة الفاحشة أو عدم التعادل المفرط التي اعتمدته بعض الاتجاهات الفقهية كمعيار لتحديد الشرط التعسفي، أن يؤدي الشرط الذي تم فرضه من جانب المهني من خلال استخدام نفوذه الاقتصادي إلى تحقيق ميزة فاحشة للمهني على حساب المستهلك، والميزة الفاحشة تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي في مجال حقوق والتزامات طرفيه، وبهذا يقترب من الغبن، لكن الاختلاف يظهر بينهما في المحل الذي يقع عليه التعسف، حيث ينصب في الغبن على الثمن بينما ينصب في الشروط التعسفية على شروط العقد[1]، أو هي كما عرفها البعض المقابل المغالى فيه وذلك بواسطة شرط أو عدة شروط تكون مخالفة للقانون المدني أو التجاري[2].

لقد استخلص الفقه خاصة في فرنسا هذا المعيار من خلال نص المادة 35 الفقرة 1 من قانون الاستهلاك التي نصت بأنه " في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تعتبر تعسفية الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترف أو المستهلك، نتيجة التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي تسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها".

وانطلاقا من النص السابق فقد ذهب الفقه إلى أنه لا يمكن القول بأن استعمال التفوق الاقتصادي يكون لمجرد فرض شرط تعسفي في عقد الاستهلاك يجعل الشرط يصبغ بصفة التعسف، ما لم يعد هذا الشرط على المهني بميزة فاحشة أي فائدة مفرطة، فالميزة الفاحشة أو المبالغ فيها هي نتيجة سوء استخدام النفوذ الاقتصادي أي بطريقة تعسفية ومنه فإن الميزة المفرطة، قرينة على التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، وهي ميزة يجب أن تكون غير معهود منحها في مثل هذه العقود التي ورد الشرط فيها[3].

إن عدم دقة المعيار السابق قد جعلته يتلقى انتقادا لاذعا من قبل الفقه[4]، وحسب هذا الرأي فإن المشرع الفرنسي وإن تبنى هذا المعيار كأساس لاعتبار الشرط تعسفي إلا أنه، لم يحدد رقما معينا تصل إليه هذه الميزة على غرار الغبن الذي يكون سببا لإبطال بعض العقود فقط إذا بلغ حدا معينا، فظهر من خلال ذلك أن هذا المعيار لا يصلح وحده لاعتبار الشرط تعسفيا، نظرا لعدم وضوحه وعدم تحديده برقم معين.

---

[1] - أنظر أمانح رحيم أحمد، حماية المستهلك في نطاق العقد، ط1، شرطة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 2010، ص211.

[2] -Voir Larrounet (C). Droit civil, les obligations, 3éme édition, Delta, Paris, 1996, p46.

[3] - راجع أيمن سعيد سليم، الشروط التعسفية في العقود- دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، 2011، ص56، مشار إليه في مرجع عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص182.

[4] - أنظر بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص129.

وقد ذهب بعض الفقه[1] إلى أن فكرة الميزة المفرطة، تقترب في معناها من فكرة الغبن المعروفة في القواعد العامة، حيث أن الفكرتين تؤديان إلى ضرر مباشر يلحق بالعدالة العقدية يؤدي إلى عدم التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين.

ورغم التشابه بين فكرة الميزة المفرطة وبين الغبن، إلا أنه هناك من ذهب إلى التمييز بينهما من حيث محل التعسف في كل منهما، فإذا كان محل الغبن المنصوص عليه في القواعد العامة ينصب على ثمن العقد، فإن محل التعسف في الشروط التعسفية يرد على الشروط المقترنة بالعقد[2]، فالميزة الفاحشة التي يتحصل عليها المهني أثناء التعاقد لا ترد على الطابع المالي فحسب، بل أن الشرط التعسفي قد يرد على نظام تنفيذ الالتزامات التعاقدية وكيفية فسخ العقد أو تجديده كما يمكن أن يرد على نظام تسليم الشيء محل العقد، وغير ذلك كما أنه يعطي مزايا لأحد أطراف العقد إذ أنه من الممكن أن يكون أحد الشروط موجها لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن للعقد في مجمله[3].

ومن بين أهم المسائل التي أثارها معيار الميزة المفرطة كما سبق هو كيفية تقدير الميزة، وبتعبير آخر، متى يمكن القول بأن الميزة المتحصل عليها من طرف المهني هي ميزة مفرطة؟ وهل ينظر في تقدير اعتبار الشرط تعسفيا إلى كل شرط على حدى أم أنه يجب النظر إلى كل شروط العقد متكاملة للقول بأنه ثمة تعسف؟[4].

بالنسبة للإجابة عن التساؤل الأول فقد ذهب اتجاه في الفقه[5] إلى أن الميزة الفاحشة التي يتحصل عليها المهني أثناء التعاقد لا ترد على الطابع المالي فحسب، بل أن الشرط التعسفي قد يرد على نظام تنفيذ الالتزامات التعاقدية وكيفية فسخ العقد أو تجديده كما يمكن أن يرد على نظام تسليم الشيء محل العقد، وغير ذلك كما أنه يعطي مزايا لأحد أطراف العقد إذ أنه من الممكن أن يكون أحد الشروط موجها لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن للعقد في مجمله، وهذا ما يبرر الاختلاف بين فكرة الغبن والشرط التعسفي.

أما فيما يتعلق بالإجابة عن التساؤل الثاني، فإن المسألة لم تكن بالسهولة التي يمكن أن نتصورها، ودليل ذلك أن الفقه قد انقسم بشأن ذلك إلى اتجاهات متعددة و قد ذهب إلى ضرورة عدم التسرع في إطلاق وصف التعسف على الشرط لمجرد أنه يمنح بعض المزايا لأحد أطراف العقد[6]، ويضيف الاتجاه الراجح في الفقه الفرنسي[7] في هذه المسألة وهو اتجاه يتفق مع المشرع الفرنسي قبل تعديل نص المادة L131-1 الفقرة 5، أن الشرط إذا تم النظر إليه منفردا قد يبدو تعسفيا، إلا أنه يكون مبررا إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص131.
[2] - أنظر عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص405.وكذلك GHESIN (J). op, cit, p686 –
[3] - أنظر احمد عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص139.
[4] - أنظر سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص116.
[5] - أنظر عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص139.
[6] - أنظر المرجع نفسه، ص 140.
[7] -Voir Brlcks (H), op.cit.p113.

كما هو الحال بالنسبة لشرط تحديد مسؤولية المحترف الذي يقابله شروط أخرى تتناول تخفيضا في ثمن السلعة لفائدة المستهلك[1].

ورغم أن الرأي السابق قد احتل الصدارة ونال قبول الفقه إلا أنه لا يعني بأنه رأي سديد بصورة كلية، فقد أبرز نفس الفقه[2] الذي رجح هذا الرأي مسألة عملية بعيدا عن الجانب النظري مضمونها، أن الرأي السابق من الناحية التطبيقية قد تواجهه بعض الصعوبات، حيث طرح هذا الاتجاه إشكالا متمثلا في كيف يتم حساب التوازن بين التزامات من طبيعة مختلفة؟، وهل يتوازن العقد الذي ورد به تقييد لمسؤولية المحترف لأنه يعطي المستهلك الحق في الفسخ بإرادته المنفردة؟ وفي أي مدى وفي ظل أي حدود يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات؟.

وقد حاول بعض الفقه الإجابة عن التساؤل أو الإشكال العملي المطروح بالنسبة للرأي الذي يميل إلى الأخذ بمجوع شروط العقد لتقدير الشرط التعسفي، حيث يرى[3] البعض بأنه ورغم ذلك يبقى كلا واحداً منصوص فيه على شروط عديدة، ولتقدير الصفة التعسفية لشرط ما، فإنه يبدو من الضروري الأخذ في الاعتبار الآداءات المتبادلة في مجموعها، من أجل عدم التحقيق من التوازن العقدي، ويكون الشرط تعسفيا إذا كان يؤدي إلى عدم توازن في مبادئ العقد، فهذه المسألة تتوقف على حكمة القاضي.

إن معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة ليس معيار قائما بذاته بل أنه يفترض دائما وجود معيار آخر إلى جانبه، وهو معيار التفوق الاقتصادي.

ثانيا - التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي: سبق وأن رأينا بأن المشرع الفرنسي يشترط لاعتبار الشرط تعسفيا ليس فقط أن يحصل المتعاقد على ميزة مفرطة، بل أن هذا الشرط يجب أن يكون قد فرض نتيجة تعسف ناتج عن وضعية تفوق اقتصادي وهو ما أشارت إليه المادة L 131-1 الفقرة 5 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تحديد المقصود بالتعسف قد نتج عنها اختلاف كبير بين فقهاء القانون وقد ترتب عن ذلك ظهور رأيين بارزين في هذا المجال، حيث ذهب الرأي الأول إلى محاولة إعطاء مفهوم للتعسف انطلاقا من فكرة عيوب الرضا التي تلحق الإرادة[4]، وحسب هذا الرأي فإن أول ما يتبادر إلى الذهن أنه قد حدث عيب في الرضا، وهو ما يلحق الإرادة في عنصر الاختيار، وبتعبير آخر أن المقصود بالتعسف هو ذلك الموقف الذي يسمح لأحد أطراف العقد بفرض شروطه على الآخر، هو ذلك التعسف الذي يقترب من التدليس بمعنى أن التعسف المستخدم في نطاق إبرام التصرفات القانونية، يطلق على سلوك المتعاقد الذي من خلال

---

[1] - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 140. ويضيف جانب من الفقه في مسألة الصعوبة في تحديد العنصر الذي يعد نقطة الانطلاق في تحديد أو تقدير الميزة المفرطة، أنه لا يجب تقدير المنفعة التي حصل عليها المهني والوضع المتميز له دون مراعاة مضمون العقد الذي تضمن الشرط الذي نص على هذه المنفعة، وغيره من العقود الأخرى المرتبطة بذلك العقد، فقد يبدو الشرط تعسفيا ولكنه يكون مبررا إذا نظرنا إليه في ضوء مجموع العمليات التي ظهر بمناسبتها، فمثلا قد يترتب على شرط تحديد مسؤولية المهني، تخفيض ثمن السلعة وسعرها المعروض على المستهلك. أنظر: منير البصري- احمد المنصوري، المرجع السابق، ص8.

[2] - أنظر عامر قاسم أحمد القيسي، ص140.

[3] - راجع في عرض هذا الاتجاه، سي طيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص117.

[4] - أنظر عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص404.

استخدامه لوسائل غير آمنة والاستغلال لوضع الضعف للطرف الآخر، قد أدى بهذا الأخير لإبرام تصرف قانوني والذي يحصل منه هذا المتعاقد على ميزة فاحشة[1].

أما أنصار الاتجاه الثاني فقد ذهبوا في تبريرهم لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، استنادا إلى معيار التعسف في استخدام الحق المنصوص عليه في القواعد العامة[2]، وقد تم استنتاج هذا الرأي خاصة من النقاش الحاد الذي جرى بالبرلمان الفرنسي أين ذهب أحد النواب في فرنسا إلى أن مشروع هذا القانون يحرم على المهني الذي يملي شروطه تجاوز هذه السلطة إضرارا بالمستهلك، وبالنظر إلى هذا التصريح وتحليله فإن ذلك لا يعني سوى التعريف التقليدي للتعسف في استخدام الحق الذي يعني تجاوز الغائية الاجتماعية للحقوق الشخصية وهذا ما يثير مسألة ما إذا كان التحرير المنفرد للعقود المعروضة على المستهلكين هو بمثابة حق شخصي أم لا؟. فالتحرير المنفرد للعقود النموذجية قد أصبح اليوم ضرورة لا غنى عنها، وأنه ليس واضحا أن هذا التحرير المنفرد أمر مشروع، وهو ما يمثل ممارسة سلطة وليس حق شخص، وعلى هذا فإنه يبدوا من الصعب في هذه الظروف النظر في تحريم الشروط التعسفية على أنها مجرد تطبيق لمفهوم التعسف في استعمال الحق، إذن فالاستناد إلى مفهوم التعسف في استعمال الحق أمر منتقد[3].

لقد انتقد جانب من الفقه مسألة تأسيس معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية على أساس نظرية التعسف في استعمال الحق[4]، خاصة بعد صدور القانون الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية مبررين انتقادهم بما يلي:

– إن أصحاب فكرة الربط بين معيار التفوق الاقتصادي وفكرة التعسف في استعمال الحق يرون بأن التعسف ينحصر في ثلاث حالات كما هو منصوص عليه في نص المادة 5 من القانون المدني المصري، وهو ما يشكل تجميدا لفكرة الشروط التعسفية التي لا ينبغي حصر دائرتها و حالاتها في صور معدودة ومحدودة، فتنحصر مع ذلك الحماية التي يجب توفيرها للمتعاقد المتضرر من تلك الشروط.

– أما الانتقاد الثاني فيتعلق بموقف المشرع الجزائري من نظرية التعسف في استعمال الحق، حيث أخرجها بموجب تعديل 2005[5] من القواعد العامة المتعلقة بالأهلية[6]، وأدخلها ضمن أحكام نص المادة 124 ق

---

[1] - أنظر أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص218.

[2] - يتحدد مضمون نظرية التعسف في استعمال الحق، في أنه ليس للشخص أن يستعمل حقه بكيفية مطلقة، إذ يجب عليه أن يستعمله في نطاق وحدود القانون ووفقا للقيود الواردة عليه، أنظر محمد صغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، المرجع السابق، ص181. وتجدر الإشارة بأن المشرع الجزائري، قد أخذ بهذه النظرية من خلال نص المادة 690 من الأمر 58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق.

[3] - أنظر أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص217، وراجع في نفس الرأي الذي ساند مسألة تأسيس معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية استنادا إلى معيار التعسف في استعمال الحق:

– Gérard BLANC, l'abus de droit dans les contrats en droit français , inL'abus de droit, comparaison Franco-suisses, Actes du séminaire de Genève mai 1998, Publication universitaire de Saint-Etienne, 2001. PP117-129.

نقلا عن عنتري بوزار شهناز، التعسف في العقود، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2013-2014، ص13.

[4] - أنظر أحمد رباحي، المرجع السابق، ص351.

[5] - وهو القانون 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني، المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ج، ع44.

[6] - حيث نصت المادة 41 من الأمر58/75 المتضمن ق م، المرجع السابق، قبل إلغائها على مايلي " يعتبر استعمال الحق تعسفيا في الأحوال التالية

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

م[1]، أي أنه اعتبرها من ضمن الخطأ الذي تقوم عليه المسؤولية عن الفعل الشخصي، وهذا الرأي الذي تبناه المشرع هو رأي مهجور سواء بالنسبة للفقه العربي أو الفقه الغربي، فلو أن المشرع الجزائري قد أدرج نظرية التعسف في استعمال الحق ضمن القواعد العامة لكان من الممكن القول بأنها تنطبق على جميع نواحي القانون[2].

– وقد أضاف جانب من الفقه[3] انتقادا آخرا متعلق بمحل التعسف في استعمال الحق، فإذا كان هذا الأخير مرتبطا بالحق الشخصي، فإنه لا بد من البحث في ما إذا كان الانفراد بوضع شروط العقد يعد حقا شخصيا.

يظهر من خلال محاولة تحديد مفهوم التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، مدى غموض هذا المعيار، فإذ كان من المسلم به أنه لا بد من وجدود نفوذ لفرض شرط فاحش، غير أن النفوذ ليس مرادفا دائما للقوة فهناك حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني لا يمكنه ذلك لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب كارثة تجارية[4].

– وقد انتقد معيار التفوق الاقتصادي أيضا من جهة أخرى وهي أن التفوق ليس دائما مرده إلى الجانب الاقتصادي، بل أن الغالب أن يكون هذا التفوق نتاج السيطرة الفنية والتقنية أكثر من القوة الاقتصادية، وأن التفوق الفني هو من يمكن المهني أو المحترف في غالب الأحيان من فرض الشروط التعسفية، فالمحترف وانطلاقا من تعوده على إبرام العقود يكون أكثر دراية ووعيا من حيث ما يمكن أن ترتبه العقود من حقوق أو التزامات، كما أنه أكثر اطلاعا على ما هو معمولا به في مجال حرفته، كما يمتلك كل الوسائل التي تجعله في موضع يمكنه من تحديد الالتزامات التي يستطيع تنفيذها، وكذلك الشروط التي يمكن أن يفرضها على من يتعاقد معه[5].

ومن الصعوبات التي يطرحها معيار النفوذ أو التفوق الاقتصادي، نجد المسألة المتعلقة بعبء إثبات التعسف، أي من هو الذي يتحمل عبء الإثبات في هذه الحالة؟.

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

[1] - نصت المادة 124 مكرر المضاف بموجب القانون 05-10 المتضمن تعديل القانون المدني، المرجع السابق، على مايلي " يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطا لا سيما في الحالة التالية:
- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- ا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة،".

[2] - أنظر عنتري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص15.

[3] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[4] - راجع أحمد محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص218، محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري - دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر-، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010، ص93. ويضيف الأستاذ محمد بودالي " إن ضخامة المشروع لا تعني دائما القوة مادام بإمكان تاجر صغير أن يتمتع باحتكار محلي يماثل مشروعا وطنيا". وراجع كذلك بوهنتالة آمال، البنود التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي، مداخلة مقدمة ضمن أعمال اليوم الدراسي بعنوان البنود التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، يوم 14 أفريل 2016، ص4.

[5] - أنظر عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص141.

ونظرا لأن معظم الدراسات الفقهية لم تورد إجابة محددة على هذا السؤال، وأمام سكوت القضاء خاصة في فرنسا، فقد ذهب بعض الفقه[1] إلى أنه من الأفضل في هذا المجال عدم جعل عبء الإثبات على المستهلك، لأن ذلك سوف يعتبر عبأ إضافيا على عاتقه، وبينما يفترض في هذه الحالة أن المحترف قد تعسف في استعمال قوته الاقتصادية أو قدرته الفينة، فإذا أراد المحترف التمسك بالشرط فإنه يقع عليه في هذه الحالة عبء إثبات أنه لم يكن متعسفا في استعمال مقدرته وخبرته وأنه قد منح المستهلك فرصة كافية للاختيار بأن يكون قد عرض عليه عددا من الشروط يختار من بينها بملء إرادته واختياره، فاختار هذا الشرط الذي أعطى للمحترف مزايا مبالغ فيها.

إن المعيارين السابقين وهما معيار الميزة المفرطة، ومعيار التفوق اقتصادي هما معيارين مرتبطين ارتباط السبب والنتيجة حسب الفقه، ذلك أن الميزة المفرطة التي يحصل عليها هي نتيجة للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها، فالميزة المفرطة تفترض التعسف في القوة الاقتصادية[2]، ونظرا لعدم دقة هذين المعيارين وانتقادهما من قبل الفقه فقد تم تبني معيار آخر وهو معيار الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات طرفي العقد.

ثالثا - معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد: إن الانتقادات التي وجهها الفقه للمعيارين السابقين، قد أدت بالمشرع الجزائري[3]ومختلف التشريعات المقارنة[4] إلى تبني معيار جديد، هذا المعيار ينظر فيه إلى مدى الاختلال الموجود بين الالتزامات وحقوق أطراف العقد، وهذا ما يدفعنا إلى التعريف بهذا المعيار(**1**)، وكيفية تقديره (**2**)، كما لابد من التطرق إلى بعض الانتقادات التي وجهها الفقه لهذا المعيار المعتمد حاليا(**3**).

1 - تعريف معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد: إن تبني المشرع الجزائري ومختلف التشريعات المقارنة لمعيار الاختلال الظاهر في تحديد الشرط التعسفي، لا يعني أن مسألة الخلاف لم تعد مطروحة فعلى العكس، فإن أول ما أثاره هذا المعيار هو مسألة تحديد تعريفه ومفهومه وفي هذا الشأن بالذات ظهرت عدة آراء في تحديد مفهوم معيار الاختلال الظاهر كلا حسب الزاوية التي ينظر منها في تحديد مفهوم هذا المعيار فظهر بذلك تيارين مهمين أحدهما قائم على منظور أخلاقي والآخر على اعتبار اقتصادي[5]:

---

[1] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[2] - أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص131.

[3] - يبدو موقف المشرع الجزائري واضحا في الأخذ بمعيار الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف من خلال نص المادة 3 البند 5 من القانون 04-02، المرجع السابق، حيث جاء في هذا النص مايلي" شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبا أطراف العقد".

[4] - بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص على هذا المعيار من خلال نص المادة L1-131 البند 5 " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهني أو المستهلكين تعتبر تعسفية تلك الشروط التي يكون هدفها أو من شأنها إحداث تفاوتا جليا وظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد". وقد استلهم المشرع الفرنسي هذا المعيار عن التوجيه الأوربي لسنة 1993 الصادر في 5 أفريل، والذي جاء في تعريفه للشرط التعسفي من خلال نص المادة 3 الفقرة 1 بأنه " ذلك الشرط في العقد الذي لم يكن محل مناقشة شخصية، عندما يكون مخالفا لمقتضيات حسن النية، ويرتب ضررا للمستهلك يتمثل في عدم توازن ظاهر في الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد بين أطرافه".

[5] - أنظر في تفصيل هذه الآراء والتيارات عنتري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص ص 25-26.

فبالنسبة لأصحاب المنظور الأخلاقي فقد قدموا تعريفا لمعيار الاختلال الظاهر بالتوازن انطلاقا من السبب الذي أدى إلى ظهور هذا المعيار، حيث ذهبوا إلى أن الاختلال يكون ظاهرا بسب خطأ يرتكبه المهني عن طريق التعسف في استعمال قوته للتفاوض مخالفا بذلك مبدأ حسن النية في التعاقد، ومنه فإن هذا المعيار يقصد به خطأ المحترف لعدم احترامه للمبادئ الأخلاقية المتعلقة بالعقد.

أما أصحاب النظرة أو النزعة الاقتصادية فقد برروا معيار الاختلال الظاهر على أساس فكرة الغبن، وقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن معيار الاختلال الظاهر وفكرة الغبن هما نتيجتين لفكرة واحدة وهي الضرر المباشر الذي يلحق بالعدالة العقدية، بمعنى عدم التعادل في الالتزامات والحقوق بين أطراف العقد.

وبين الرأيين السابقين ظهر اتجاه أو تيار آخر وهو تيار مختلط بين الاتجاه الاقتصادي والقانوني، يرى بأن معيار الاختلال الظاهر بالتوازن له بعد قانوني واقتصادي في الوقت نفسه، إذا فالتوازن الاقتصادي والقانوني مرتبطان ذلك بأن التوازن القانوني ما هو إلا تعبير عن التوازن الاقتصادي للعقد، واختلال التوازن ما هو إلا نتيجة اقتصادية تأخذ أحد الصورتين إما تحقيق المتعسف لأرباح اقتصادية أو تفاديه للخسارة[1].

ومن خلال قراءة التعاريف السابقة لمعيار الاختلال الظاهر يبدو أنها لم تخرج في تبريرها لمعيار الاختلال الظاهر في الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد عن المعايير السابقة المتمثلة في معيار التعسف في استعمال القوة الإقتصادية مثل ما هو عليه الحال بالنسبة لأصحاب المذهب الأخلاقي، أو معيار الميزة المفرطة بالنسبة لأنصار المنظور الاقتصادي والمنظور المختلط بين المعيار الاقتصادي والقانوني.

وإضافة إلى القراءة السابقة فقد ذهب جانب من الفقه[2] إلى أن معيار الاختلال الظاهر ليس سوى ترديدا لمعيار الميزة المفرطة – إذا لا يوجد فرق بينهما من حيث الموضوع – والذي يقترب بدوره من فكرة الغبن وفقا لنظريته المادية، فهذا المعيار يتبنى فكرة الغبن المجرد أي النظرية المادية للغبن، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة، إلا أن معيار الاختلال الظاهر يختلف عن فكرة الغبن من عدة أوجه، منها عدم تحديده لعدم التكافؤ بين الآداءات المتقابلة برقم معين، ومن حيث عدم اقتصاره على عدم التعادل في الثمن، وامتداده لمختلف الشروط التي يتضمنها عقد الإذعان، ومن حيث عدم اقتصاره على المزايا المالية، كونه يشمل كذلك المزايا غير المالية.

يبدو أن المشرع الفرنسي قد انتبه إلى مسألة التشابه الذي يمكن أن يحصل بين فكرة الغبن المجرد وبين معيار الاختلال الظاهر، وهذا ما دفعة حسب بعض الفقه[3] إلى التأكيد على الاختلاف بينهما وذلك بإضافة الفقرة 7 إلى المادة 132-1 من قانون الاستهلاك التي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، وهو ما يؤكد على أن الهدف من هذا النظام

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص26، كما عبر بعض الفقه عن هذه الظاهرة بمصطلح عدم التناسب Une disproportion في مضمون العقد أنظر :

- Claire- Marie PEGLION-ZIKA, La notion de clause abusive au sens de l'article L-132-1 du code de consommation, Thèse pour le doctorat en droit privé, université Panthéon-Assas, 2013 ,p 245

[2] -Voir J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, op. cit., p. 192.

[3] - أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص134.

هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الآداءات المتقابلة. وهو ما لم يقتدي به المشرع الجزائري وهذا ما دفع ببعض الفقه[1] في الجزائر إلى القول بأن معيار الاختلال الظاهر يبقى يقترب من فكرة الغبن بالنسبة إليه.

فمن بين الإشكالات التي طرحها معيار الإختلال الظاهر نجد الإشكال المتعلق بكيفية تقديره، فكيف يمكن تقدير هذا الاختلال؟.

2 - كيفية تقدير الاختلال في التزامات وحقوق أطراف العقد: إن مسألة تقدير التفاوت الذي يعتبر إخلالا ظاهرا بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، لا تطرح إشكالا واحدا فحسب بل تطرح إشكالات متعددة، فمن جهة هل يتم تقدير التفاوت أو الاختلال بالنظر إلى شرط واحد من شروط العقد أو إلى مجموع شروط العقد؟. وهل يتحدد الاختلال بالطابع المالي فحسب أي هل يقع الاختلال على الثمن فقط؟ كما يطرح تساؤل يتعلق بوقت تقدير التفاوت أو بتعبير آخر هل يجب مراعاة الظروف التي أحاطت بالعقد عند تقدير مسألة الاختلال؟.

أ - ضرورة مراعاة مجموع الشروط: إن الإجابة عن هذا الإشكال لم ترتبط فقط بمعيار الاختلال الظاهر، حيث سبق وأن رأينا بأن هذا الإشكال قد طرح أيضا بالنسبة لمعيار الميزة المفرطة، وفي الحقيقة أن هذا الإشكال تتوجب الإجابة عنه التمييز بين حالتين، أولها حالة وجود عقد واحد متضمن عدة شروط (**أ - أ**)، وثانيهما يتعلق بحالة وجود عقدين متضمنين شروطا مرتبطة بإبرامهما وتنفيذهما(**أ - ب**).

أ - أ - تقدير الطابع التعسفي للشرط في حالة العقد الواحد: جاء في نص المادة 2 البند 5 من القانون 04-02 عند تعريف الشرط التعسفي بأنه " شرط تعسفي كل بند بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى...".

وانطلاقا من النص أعلاه فقد ذهب الفقه[2]إلى أن مسألة تقدير الطابع التعسفي للشرط أو البند بالنسبة للمشرع الجزائري لا يجب أن ينظر إليها بصورة منعزلة، بل ينظر إليها في إطار كلي للعقد وللشروط المختلفة التي يضمنها.

لقد أيد بعض الفقه[3] الاتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري وفي اعتقادهم أنه في بعض الحالات التي يقتصر على معالجة شرط واحد دون النظر إلى الشروط الأخرى، سوف نجد أنفسنا أمام شرط قد يلزم طرف على حساب طرف آخر، وبالنتيجة فإن القول بأننا أمام شرط قد يلزم طرفا على حساب الطرف الآخر ميزة مجحفة تدفع إلى الاعتقاد أننا أمام شرط تعسفي، بيمنا العكس هو الصحيح، وتبعا لذلك فإن مسألة جعل تقدير الاختلال مرتبط بمجوع شروط العقد هو أمر منطقي وعادل، لأنه قد يحدث و أن يقودنا مظهر احد الشروط إلى تصور وجود اختلال في التوازن بين الحقوق والالتزامات، كون أنه يمنح ميزة مفرطة لطرف على حساب الآخر، فيظهر هذا بأنه قاس بالنسبة للمستهلك، غير أنه بالرجوع إلى الشروط الأخرى للعقد، يمكن تبريره بالثمن الضعيف المتفق عليه من قبل أطراف العقد، كما أن هذه الطريقة أيضا يمكن أن تستعمل في الحالة التي نكون

[1] - أنظر سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص119.
[2] - أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص132.
[3] - أنظر عنتري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص27.

فيها أمام آداءات مختلفة مثل ما هو عليه الحالة بالنسبة لحالة وجود شروط تحد من مسؤولية أحد أطراف العقد، ويقابله شرط آخر يمنح للمتعاقد معه الحق في فسح العقد بإرادته المنفردة، فلا يمكن تقدير الطابع التعسفي في مثل هذه الحالة إلا من خلال الإلمام والأخذ بعين الاعتبار جميع شروط العقد.

ومن جهتنا فإننا نؤيد الرأي الذي يميل في تقدير الطابع التعسفي للشرط، الأخذ بعين الاعتبار مجموع شروط العقد، بل أننا نؤكد بأنه الرأي الراجح والصواب، فإذا قلنا بأن الهدف من مكافحة الشروط التعسفية هو إعادة التوازن المفقود إلى العقد، فإن ذلك لن يتحقق إلا بالنظر في مجموع شروط العقد، لأن النظر إلى شرط واحد والحكم عليه بأنه شرط تعسفي قد يعيدنا إلى نقطة الصفر، فبدلا من أن نعيد التوازن المفقود فإذا نحن نعدمه في جهة متعاقد آخر، لا لاشيء إلا لأننا أغفلنا النظر إلى باقي الشروط التي تمنح المتعاقد الآخر مزايا أخرى، غير أن هذا الرأي لا ينبغي أن يفهم منه أنه في حالة وجود شرط تعسفي واحد لا يأخذ بعين الاعتبار، وإنما كل ما في الأمر أن طابعه التعسفي يجب أن يقدر في ضوء باقي الشروط فإذا لوحظ مثلا في عقد معين أن شرط من شروطه يحتوي على عدم توازن باحتوائه على حقوق مجحفة لصالح العون الاقتصادي، فإنه يجب الرجوع إلى باقي الشروط والنظر إذا ما كانت هذه الشروط تمنح المستهلك مزايا أخرى فإذا لم توجد مثل هذه المزايا عد الشرط تعسفيا بمفرده، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في نظرنا في البند 5 من المادة 2 من القانون 04-02 " شرط تعسفي كل بند بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى..."، وهو ما يفهم منه في نظرنا رغبة المشرع الجزائري في توفير الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية في جميع الحالات، لكن ماذا لو أن هذه الشروط تفرقت على عدة عقود مرتبطة؟.

أ - ب - تقدير الطابع التعسفي للشرط في حالات العقود المرتبطة: يمكن تصور هذه الحالة في حالة وجود عقدين أو كثر عندما تكون شروط إبرام أو تنفيذ هذين العقدين مرتبطين ببعضهما البعض، بحيث يخضع فيهما أو كلاهما إلى الآخر كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض المقترن بعقد بيع[1].

رغم أن المشرع الجزائري لم يشر إلى هذه الحالة مباشرة، خلافا للمشرع الفرنسي الذي عالج هذه المسألة من خلال نص المادة L131-1 فقرة 5 من قانون الاستهلاك المتعلقة بمعالجة الاختلال العقدي في حالة العقود التي تكون شروطها مرتبطة، فإن بعض الفقه[2] يرى بأن ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 2 البند 5 يمكن أن يشمل هذه الحالة.

ومن جهتنا نعتقد أنه لا يوجد ما يمنع القاضي في تقديره للطابع التعسفي من الرجوع إلى الشروط التي تربط بين تكوين أو تنفيذ عقدين من أجل تقدير الطابع التعسفي للشرط، إلا أنه ومن أجل تنظيم الأمر بشكل واضح وصريح ينبغي الإشارة إلى ذلك صراحة من خلال إضافة فقرة إلى البند 5 يشير فيه المشرع صراحة إلى أنه في حالة تعدد العقود المرتبطة بنفس الشروط يكون تقدير الطابع التعسفي للشرط بالنظر إلى جميع هذه الشروط حيث نأمل أن يتم تعديل البند5 المادة 2 من القانون 04-02 كما يلي" شرط تعسفي كل بند أو شرط

[1] - أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص30.
[2] - أنظر عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص186.

بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنها الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

يتم تقدير الطابع التعسفي للشرط في حالة العقود المرتبطة بنفس الشروط من حيث تكوينها أو تنفذيها بالنظر إلى مجموع شروط هذه العقود".

ب - مسألة الطابع المالي: لقد طرحت مسألة الجانب أو الطابع المالي في تقدير الطابع التعسفي للشرط من منظور أو معيار الاختلال الظاهر عندما وجد إشكال حول مدى إلزامية ارتباط الاختلال الظاهر بالتوازن العقدي بالطابع المالي، أي مدى ارتباط الاختلال الظاهر بالثمن، وفي هذا الصدد ذهب جانب من الفقه في الجزائر إلى أن الاعتماد على الجانب المالي يعد عنصرا جوهريا لتحديد اختلال التوازن العقدي من عدمه[1]، وطبقا لهذا الرأي فإنه لا يمكن الحديث عن وجود اختلال في التوازن العقدي إلا إذا قلنا بوجود اختلال في الآداءات المالية للعقد.

وعلى عكس الاتجاه الأول فقد ذهب جانب آخر من الفقه[2] في إجابته على التساؤل السابق انطلاقا من القائمة الملحقة بالمادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 306/06، والتي تضمنت عددا من الشروط التعسفية قد يبرز فيها الطابع المالي في إطار المادة الخامسة من خلال الفقرات التالية 1، 2، 3، 4،7، 8. حيث جاء في نص المادة 5 البند 2 أنه "الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسحه بصفة منفردة بدون تعويض"، وكذلك ما ذهب إليه البند 3 من المادة 5 والتي نصت بأنه " عدم السماح للمستهلك بفسخ العقد في حالة القوة القاهرة إلا بمقابل دفع تعويض". إلا أنه ليست جميع الشروط متعلقة بالطابع المالي للميزة المجحفة، وهذا مثلا في البنود المتعلقة بشروط التنفيذ ، الفسخ، الانحلال، وتجديد الاتفاق، حيث حاء في نص المادة5 البند 6 " فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد"، ومنه تم استخلاص أن تقدير الطابع التعسفي – الاختلال الظاهر– لا يمكن أن يرتبط فقط بالطابع المالي.

ولعل الرأي الأخير يدعمه ما ذهب إليه أيضا المشرع الفرنسي من خلال نص المادة L131-1 البند 7 التي جاء فيها ما يلي " تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي، ولا على تعادل الثمن مع المبيع والخدمة".

إن توجه المشرع الفرنسي دفع بجاب من الفقه[3] إلى القول بأنه تأكيد على أن الهدف من النظام العام هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الاقتصادي الملازم لشروط العقد، وليس اجتناب عدم التوازن الاقتصادي المتعلق بالشيء المبيع أو الخدمة، وبين الثمن المؤدى.

ومن جهتنا نؤكد على دعم الرأي الأخير، أي أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا ينبغي النظر إليه فقط من منظور الثمن، وقيمة المنتوج ومدى توفقهما أو عدم توافقهما، للقول بالتوازن أو عدم التوازن في العقد، بل

[1] - أنظر خوتة بختة، بن كوريدم غانية، مفهوم اختلال التوازن العقدي من خلال الشروط التعسفية، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، يوم 12 و13 نوفمبر 2013، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ص 02.

[2] - أنظر عنتري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص28.

[3] - Voir Jean (C), Frank (S), op cit .p 212

- راجع في نفس الرأي أيضا محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص134.

إنه يجب النظر إلى كل شروط العقد، لكن ما هو الوقت الذي يجب أن ينظر فيه إلى الاختلال الحاصل في العقد؟.

ج - وقت وظروف تقدير الاختلال في التوازن العقدي: هنا نحن بصدد تساؤلين مفادهما هل يتم تقدير الطابع التعسفي للشرط وقت إبرام العقد أو عند تنفيذه؟. وما هي الظروف التي يجب مراعاتها عند تقدير هذا التعسف؟.

بالنسبة للتشريع الجزائري لا يوجد ضمن نصوصه ما يفيد الإجابة على التساؤلين السابقين أي أنه لم يتطرق إلى هذه المسألة، خلافا للتشريع الفرنسي مثلا الذي تأثر بالتوجيه الأوربي لسنة 1993 في هذا المجال حيث ذهب من خلال نص المادة L131-1 إلى أن تقدير الطابع التعسفي ينظر إليه وقت إبرام العقد مع مراعاة الظروف والملابسات المحيطة بإبرامه، أين ذهب جانب من الفقه[1] إلى أنه إذا تم تقدير الطابع التعسفي لشرط في عقد تم إبرامه، يجب في هذه الحالة الأخذ بعين الاعتبار الظروف المحيطة بالمستهلك عند إبرامه للعقد، ولكن إذا كان التقدير متعلقا بالشروط العامة للعقد، فإنه من الضروري أن يكون التقدير على أساس المستهلك العادي والظروف العادية لإبرام العقد.

ثالثا - الانتقاد الفقهي لمعيار الاختلال الظاهر: لقد انتقد جانب من الفقه معيار الاختلال الظاهر في تحديدي الطابع التعسفي للشرط، وذلك من جهتين أو جانبين[2]:

فمن جهة أولى انتقد هذا المعيار نظرا لتناقض منطقه مع النصوص القانونية، فالمشرع الجزائري قد حدد مثلا من خلال المادة 3 البند 5 من القانون 04-02 الكيفية التي يتم من خلالها تقدير معيار الإخلال الظاهر بالتوازن، وذلك بالنظر إما للشرط بصفة منفردة، أو في صورة المجموع الكلي للشروط، فإذا كان النظر للشرط بصفة منفردة يتماشى مع القائمة السوداء بالشروط التعسفية التي وضعها المشرع في هذا القانون، وكذلك ما نص عليه في المادة الخامسة من المرسوم التنفيذي 306/06 المحدد للعناصر الأساسية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، إلا أنه توجه غير منطقي ولا يتماشى مع فكرة الاختلال الظاهر بالتوازن، فلا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا بمجرد أنه يمنح أحد الأطراف مزايا معينة، ذلك بأنه من الممكن أن يكون هنالك شرط في العقد يعطي المتعاقد الآخر مزايا قد تعيد التوازن للعقد، إضافة إلى أنه يجب النظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجموعها لإطلاق صفة الطابع التعسفي على الشرط، وهذا ما من شأنه أن يوقع القاضي في لبس عند تحديده للطابع التعسفي للشرط.

أما الانتقاد الثاني الموجه لمعيار الاختلال الظاهر فيتعلق مباشرة بقصور أدوات تقدير الطابع التعسفي، إذ أن المقارنة بين حقوق والتزامات أطراف العقد ليست بالأمر الهين، حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري وان نص على هذا المعيار صراحة إلا أنه لم يحدد معيارا دقيقا لتقديره، وهذا ربما ما جعل المشرع يعتمد في تقدير الطابع التعسفي على أدوات أو معايير متعددة، وذلك بمناسبة تحديده لبعض الشروط التعسفية سواء من خلال نص المادة 29 من القانون 04-02، أو من خلال نص المادة 5 من المرسوم 306/6.

---

[1] - Voir Jean (C), Frank (S), op cit. P 212.

[2] - راجع في عرض الانتقادات الموجه لمعيار الاختلال الظاهر، عنتري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص ص29-30.

إن دراسة مفهوم نطاق التوازن العقد المؤدي إلى فرض شروط تعسفية قد سمحت لنا بتحديد مجال انعدام التوازن العقدي المؤدي إلى فرض شروط تعسفية، حيث يتحدد مجال هذا الانعدام وفقا للقواعد العامة في عقود الإذعان، بينما يتحدد في قواعد حماية المستهلك بعقود الاستهلاك التي يبدوا أن المشرع قد اشترط لاعتبارها مجالا لانعدام التوازن العقدي أن تكون عقود إذعان وهو ما لا نؤيده في هذا المجال، إذا أن مسألة الحماية تتعلق بصفة المستهلك وليس بمسألة الإذعان من عدمه، كما تم أيضا تحديد مفهوم الشرط التعسفي سواء في عقود الإذعان في القواعد العامة أو قواعد حماية المستهلك، أين يلاحظ أنه يوجد اختلاف في معايير إطلاق وصف الطابع التعسفي على الشرط بينهما، فإذا كان معيار تحديد ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا في القواعد العامة هو معيار العدالة الذي يدو بأنه معيار شامل لحالات متعددة وليس مقتصرا على الشروط التعسفية، فإن المشرع قد أخذ بمعيار آخر في تحديد الشرط التعسفي في القواعد الخاصة بحماية المستهلك وهو معيار الاختلال الظاهر في الحقوق والواجبات الناتجة عن العقد، كما أنه نص على شروط يجب توافرها لإطلاق وصف الشرط التعسفي على الشرط من بينها الكتابة ووجود حالة إذعان وأن يتعلق الأمر بعقد استهلاك.

الفصل الثاني:

آليات حماية رضا المتعاقد من الشروط التعسفية الناتجة عن انعدام التوازن العقدي

الفصل الثاني:

آليات حماية رضا المتعاقد من الشروط التعسفية الناتجة عن انعدام التوازن العقدي

صحيح أن المشرع الجزائري قد وضع ضمانات يهدف من خلالها إلى محاربة الشروط التعسفية التي قد تنجم أو تفرض جراء استغلال متعاقد معين لموقعه المهيمن في العقود التي يطبع و يغلب عليها الانعدام في التوازن رغبة منه في حماية الطرف الضعيف، غير أنه لم يكتفي بوضع هذه الضمانات، فدعمها بآليات حتى لا تكون عرضة للانتهاك وحتى لا تكون هذه الضمانات دون جدوى.

غير أنه ما يلاحظ على هذه الآليات أنها تختلف بين القواعد العامة للتعاقد والقواعد الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، فعلى قدر زيادة ورغبة المشرع في فرض حماية أكبر، وكذلك رغبة منه في مسايرة الأوضاع الحاصلة على المستوى الدولي، وكذا الواقع الذي أصبح يحتم مسألة تخصيص فئة معينة بالحماية وهي فئة المستهلكين، اضطر المشرع لفرض أو إيجاد الآليات و ميكانيزمات يهدف من خلالها إلى مكافحة الشروط التعسفية سواء من السلطات الممنوحة للقاضي في هذا المجال، أو من حيث الأجهزة المكلفة بالرقابة على مثل هذه الشروط أو حتى من حيث الجزاء الموقع عند ارتكاب هذه التجاوزات المتمثلة في فرض شروط تعسفية، وكل ذلك لأن المشرع أدراك مسألة وأهمية هذه الحماية، ومن أجل بيان الاختلاف الموجود بين الآليات الموجهة لمكافحة الشروط التعسفية في القواعد العامة والقواعد الخاصة بحماية المستهلك، فإننا نتطرق إلى آليات مكافحة الشروط التعسفية في القواعد العامة **(مبحث أول)**، ثم إلى آليات مكافحة الشروط التعسفية في القواعد الخاصة بحماية المستهلك **(مبحث ثانٍ)**.

المبحث الأول: آليات مكافحة الشروط التعسفية في القواعد العامة

لقد سبق وأن رأينا بأن مجال الشروط التعسفية في القواعد العامة هو عقود الإذعان، فهذه العقود ونظرا لعدم قدرة أحد أطرافها على مناقشة بنود وشروط العقد فإنه قد يستغل المتعاقد القوي – المذعن – مكانته في فرض شروط تعسفية على المتعاقد الضعيف، وتبعا لذلك فقد أوجد المشرع آليات تضمن حماية الطرف الضعيف – المُذعِن – هذه الآليات تتمثل في أن المشرع مكن القاضي من سلطات مهمة في هذا المجال تتمثل أساسا في سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية كما اعتبر أي شرط يخالف ما ذهب إليه نص المادة 110 ق م يعتبر باطلا **(مطلب أول)**، ومن جهة أخرى فقد ألزم القاضي بأن يكون تفسيره للعبارات الغامضة التي تحرر بها شروط عقد الإذعان لمصلحة الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن في عقد الإذعان **(مطلب ثاني)**.

المطلب الأول: آليات الحماية من الشروط التعسفية من خلال نص المادة 110 ق م

إدراكا من المشرع الجزائري لما قد يتعرض له المتعاقد المذعن من شروط تعسفية يفرضها عليه المتعاقد القوي في عقد الإذعان فقد نص في المادة 110 ق م على أنه " إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن

شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطل كل اتفاق على خلاف ذلك".

يفهم من نص المادة 110 ق م الآليات المباشرة لحماية المتعاقد المذعن من الشروط التعسفية في عقد الإذعان، تتمثل في السلطة التي منحها القاضي للمشرع في مواجهة هذه الشروط(**الفرع الأول**)، وكذلك ما نص عليه من اعتبار كل شرط في العقد يخالف مضمون نص المادة 110 يقع باطلا (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية

يفهم من نص المادة 110 ق م أعلاه أن المشرع وفي إطار حماية المتعاقد المذعن من الشروط التعسفية في القواعد العامة منح القاضي مجموعة من السلطات والصلاحيات، هذه السلطات تتمثل أساسا في سلطة القاضي إما في تعديل الشرط التعسفي(**أولا**)، كما يمكنه أن يعفي المتعاقد المذعن من هذا الشرط[1] (**ثانيا**).

أولا- سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية: للقاضي دور مهم في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، ومن بين أهم هذه الأدوار نجد الدور الذي يلعبه القاضي في تعديل العقد عن طريق التخفيف من الالتزامات إذا ظهر له وجود اختلال في التوازن العقدي، نتيجة الشروط التعسفية التي اقترنت بالعقد والتي فرضها أحد المتعاقدين على الآخر استغلالا لحاجة هذا الطرف الضعيف لهذه الخدمة أو السعلة التي يقدمها الطرف القوي اقتصاديا، أو نتيجة لوجود شرط جزائي ينطوي على نوع من المغالاة اشترطه أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر[2].

إن سلطة القاضي في تعديل العقد، قد تتشابه مع بعض المصطلحات لا سيما عندما نتكلم عن تصحيح العقد المعيب، فإذا قلنا بأن سلطة القاضي في إجراء تعديلات معينة تتمثل في التغيير في بنود العقد فينزل منزلة المتعاقد منه، فإن ذلك يبين لنا التشابه بين تصحيح العقد المعيب وبين تعديله، ففي كل من المفهومين نكون أمام تغيير العقد، ولكن يختلفان من حيث إرادة المتعاقد في تصحيح العقد تكون واضحة فعمل القاضي في تصيح العقد يكون مرهونا بإرادة المتعاقدين في حين أن سلطة القاضي في تعديل العقد تحصل على الرغم من إرادة المتعاقدين، أي جبرًا على إرادتهما[3].

ومن جهة أخرى فإن تعديل العقد، يختلف عن تصحيحيه، ذلك بأن تعديل العقد يمكن تصوره في حالتين فقد يكون في حالة العقد المعيب منذ نشأته كما في حالة العقد المشوب بعيب الاستغلال أو في عقد الإذعان،

---

[1] - تعد السلطات التي منحها المشرع للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية في القواعد العامة في عقود الإذعان، خروجا منه على المبادئ العامة التي تحكم التعاقد لا سيما مبدأ القوة الملزمة للعقد، فالأصل أنه لا يمكن تعديل أو إلغاء بنود وشروط العقد إلا باتفاق الطرفين أو وفقا لما تقضي به النصوص القانونية وفقا لما يقضي به مبدأ سلطان الإرادة الذي يحكم العقود فقد جاء في نص المادة 106 ق م بأنه " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون". أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص132، ويرى المؤلف في هذا الصدد أن هذه السلطات التي منحها المشرع للقاضي هي سلطات استثنائية أراد من خلالها رفع الظلم عن المتعاقد الضعيف في عقد الإذعان المتمثل هنا في المتعاقد المذعن.

[2] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص254.

[3] - إيمان طارق الشكري، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة بابل، المجلد10،ع6، الصادرةفي2005، ص11، منشورة على الموقع الإلكتروني:

https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=4136&uiLanguage=ar ، تاريخ الاطلاع 10-12-2017.

ويمكن أن يحصل تعديل العقد في حالة العقد الذي يكون صحيا منذ نشأته، كما في حالة استكمال القاضي للمسائل غير الجوهرية التي لم يتفق عليها المتعاقدين، وهذا ما يكشف الاختلاف فتعديل العقد من قبل القاضي يمكن أن يكون في العقد المعيب منذ نشأته، كما أنه يمكن أن يحصل في العقد الصحيح منذ البداية، بينما لا يمكن أن يكون تصحيح العقد المعيب إلا في العقد الذي شابه عيب منذ البداية[1].

وإدراكا من المشرع للدور الفعال للآلية السابقة فقد منح القاضي سلطة تقديرية تتمثل في إمكانية تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع لهذه الشروط، إلا أن السلطة التي منحها المشرع للقاضي في هذه الحالة هي سلطة جوازيه وليست وجوبيه[2]، أي أنه يمكن للقاضي أن يستعمل هذه السلطة كما يمكنه أن لا يستعملها حتى وإن كانت هناك شروط تعسفية ظاهرة[3]. وهذا ما يشكل قصورا في الحماية من هذا الجانب في نظرنا.

وسلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي وإبقاء العقد يمكن تصورها في حالة متعددة، إذ أن هذه الحالات تتعدد بحسب ما يضمنه ويضعه الطرف المذعن من بنود أو شروط تعسفية في العقد، ومن بين هذه الحالات يذكر الفقه الحالات التالية[4]:

– إذا كانت الشروط متصلة بالمقابل الذي يفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها في عقد العمل أو الثمن في عقد البيع أو القيمة الإيجارية في عقد الإيجار، أو ما شاب ذلك مما يجعله شرطا جوهريا في العقد، يصعب الإعفاء منه دون المساس بالعملية التعاقدية في حد ذاتها، فتكون وسيلة التعديل في هذه الحالة هي أنسب وأصلح وسيلة يمكن من خلالها رفع الإجحاف والظلم الذي تعرض له المتعاقد[5].

ويضرب بعض الفقه[6] مثالا للحالة السابقة مفاده أنه في عقد العمل، وإذا كان الشرط المدرج في لائحة المصنع من شأنه فرض غرامات مالية على العمال كجزاء عن أخطاء بسيطة، كان للقاضي إذا ما قدر أنه شرط تعسفي أن يعدله بتخفيض الغرامة لتتناسب مع مقدار الخطأ الواقع من العامل، وكذلك إذا كان الشرط التعسفي يتمثل في عدم تحديده موعد التسليم، جاز للقاضي تعديله بتحديد الموعد، وإذا كان الثمن أو المقابل مبالغا فيه، جاز للقاضي تخفيضه.

– ويمكن أن تكون الشروط التعسفية متعلقة بوسائل تنفيذ العقد، أو مدته، فيكون التعديل إما بالزيادة أو بالنقصان بحيث يتحقق مع ذلك إزالة مظهر التعسف على الشرط بما يحقق الهدف أو الغرض الذي أراده المشرع عندما منح القاضي مثل هذه السلطة، وهو تحقيق التوازن بين الآداءات المختلفة.

---

[1] - أنظر المرجع نفسه، ص ص 11-12.

[2] - أنظر نص المادة 110 من الأمر 58/75 المتضمن ق م. المرجع السابق.

[3] - أنظر حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تطويع الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، 2012-2013، ص 115.

[4] - أنظر محمد بوكماش، المرجع السابق، ص164.

[5] - أنظر حميد بن شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1996، ص164.

[6] - أنظر محمد بوكماش، المرجع السابق، ص164.

وقد قدم الفقه[1] مثالا عن الحالة السابقة متعلقا بعقد توزيع الكهرباء وذلك في الحالة التي يوجد فيها شرط في عقد توزيع الكهرباء يقر بحق شركة الكهرباء أن تقطع التيار عن المستهلك في اليوم التالي من استحقاق الفاتورة في حال عدم دفعها، فتخلص المحكمة إلى أن هذا الشرط تعسفي وبالتالي تقرر تعديله بإعطاء الشركة الحق بقطع التيار بعد أسبوع من إشعار المستهلك بدفع الفاتورة في حالة ما إذا انقضت المدة دون دفع.

وقد أضاف الفقه أمثلة عن الصور التي يمكن أن يتصور فيها تدخل القاضي من أجل تعديل الشرط كونه تعسفي كما يلي[2]:

– قد يتمثل الشرط التعسفي في صورة من صور الغبن، أو حالة من حالاته بمعناه المادي، فيقوم القاضي بالإنقاص أو الزيادة بحسب الحالة، بما من شأنه إزالة الغبن، والقاضي هنا لا يتقيد بالشرط أو القيود المتطلبة قانونا للتعديل بسب الغبن، إذ أن القاضي هنا لا يعدل الشرط على أساس الطعن بالغبن أو الاستغلال، لأن ذلك له مجاله، وإنما يؤسس تعديله على مبرر آخر وهو الطعن بتعسف الشرط الوارد في العقد، والمطالبة بتعديله بموجب النص القانوني، الذي يخول للقاضي ممارسة هذه السلطة، إذا ما توفرت الشروط القانونية لذلك.

– يمكن أن يكون الشرط المطعون فيه شرطا جزائيا، مبالغ في تقديره، وتتمثل سلطة القاضي هنا في تعديله أو إعفاء المتعاقد المذعن منه باعتبار أن مثل هذا الشرط ينطوي على مظهر من مظاهر التعسف، أو أنه ذا طبيعة تعسفية.

يتضح مما تقدم أن سلطة القاضي في تعديل الشرط التعسفي، تمنحه الحق في جعل التزامات المتعاقدين أو حقوقهما متساوية بعدما كانت مختلة نتيجة الشرط التعسفي، وذلك باستعمال سلطته التقديرية في الكشف عن مدى المساواة من عدمها، ونظرا لعدم رسم المشرع للحدود الفاصلة التي يجب أن يتقيد بها القاضي في حالة ممارسته لسلطته في تعديل العقد، فقد أكد بعض الفقه[3] أنه يجب على القاضي أثناء قيامه بعمليه التعديل أن يلتزم الحذر بعدم تحريفه لمدلول هذه الشروط، ذلك أن هذه الأخيرة يمكن أن تكون شروطا جوهرية في العقد مما يجعل من الصعب الإعفاء منها دون المساس بالعملية التعاقدية في حد ذاتها فتكون وسيلة التعديل من أنسب الطرق لإزالة التعسف، غير أن ذلك لا يعني أن القاضي لا يمكنه استعمال سلطته في الإعفاء من الشرط التعسفي.

ثانيا - سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية: عندما يرى القاضي بأن وسيلة التعديل ليست مناسبة لرفع مظهر وأثر التعسف الذي يشوب الشرط، وأنه لا سبيل لتحقيق العدالة العقدية بالتعديل، يلجأ إلى الوسيلة الثانية التي منحها له المشرع والمتمثلة في إعفاء الطرف المذعن كلية من الشرط الظالم علما أن الشرط يبقى في العقد بمعنى أن القاضي في هذه الحالة لا يلغي الشرط من العقد وإنما يعفي الطرف المذعن منه[4].

[1] - أنظر محمد بوكماش، المرجع السابق، ص165.
[2] - أنظر المرجع نفسه، ص165.
[3] - أنظربن شنيتي حميد، المرجع السابق، ص46.
[4] - أنظر عنتر بوزار شهناز، المرجع السابق، ص ص81-82.

ويلاحظ على هذه السلطة الأخيرة الممنوحة للقاضي، أنها سلطة خطيرة، وتنطوي على جرأة أكبر من وسيلة التعديل، فهي كما عبر عنها البعض[1] سلاح ذا خطورة في يد القضاء، إذا أن القاضي ومن خلال هذا السلاح الذي يملكه يمكنه إذا رأى بأن الشرط ذا طابع تعسفي، أن يعطله ويعفي الطرف المذعن منه، مخالفا بذلك المبدأ المهم الذي يحكم العقد في القواعد العامة والمتمثل في مبدأ سلطان الإرادة، فتعديل الشرط والإعفاء منه وفقا لما تم ذكره يعد إلغاءا لهذا الشرط، حيث يلجأ القاضي إلى استخدام هذه السلطة، عندما يدرك بأن تعديل الشرط بالتخفيف من الالتزام المقابل ليس هو الوسيلة المجدية في إزالة مظهر التعسف الذي وصف به الشرط، ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط نفسه هو مظهر التعسف في العقد، حيث أن العدالة العقدية لن تأخذ مجراها إلا بإلغاء هذا الشرط[2]، ونظرا لخطورة هذه السلطة التي منحها المشرع للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية، فقد تباينت آراء الفقه منها.

ثالثا - تقدير سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية وفقا لنص المادة 110 ق م: إن السلطة التي منحها المشرع للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية في نص المادة 110 ق م يمكن أن نبدي عليها بعض الملاحظات وذلك كما يلي:

- ترك المشرع للقاضي حرية تقدير الطابع التعسفي للشرط في ضوء وملابسات كل حالة منفصلة عن الأخرى، مع مراعاة ظروف ومقتضيات تحقيق العدالة.
- إن سلطة القاصي في التدخل من أجل تعديل الشرط التعسفي أو الإعفاء منه هي سلطة جوازية، وهو ما يشكل تقصيرا من طرف المشرع، ذلك أن مسألة تحقيق العدالة ودفع الظلم أمر واجب، خاصة في ظل النظام العام الاجتماعي الذي يفرض على عاتق الدولة حماية الأطراف الضعيفة في العقود التي يطغى عليها انعدام التوازن في العلاقة العقدية، لذا فإنه من الأفضل لو تم تعديل هذه المادة بشكل يجعل سلطة القاضي وجوبيه وذلك باستبدال عبارة "...جاز للقاضي تعديل هذه الشروط أو الإعفاء..." من نص المادة 110 ق م بعبارة وجب على القاضي تعديل هذه الشروط أو الإعفاء منها، وهو ما يخدم مصلحة الطرف الضعيف أكثر في نظرنا.
- إن السلطة التي منحها المشرع للقاضي في نص المادة 110 ق م تقتصر فقط على تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها، ولا يملك القاضي سلطة إبطال عقد الإذعان انطلاقا من أن العقد ينطوي على شروط تعسفية.
- إن المشرع قد منع أي اتفاق يحد أو يلغى سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي، وهو ما يشكل آلية أخرى لحماية الطرف الضعيف من الشرط التعسفي كما سوف نتطرق إليه لاحقا.

[1] - أنظر عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص438.
[2] - أنظر محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص102.

رابعا - موقف الفقه من سلطة القاضي في عقود الإذعان: نظرا لخطورة السلطة التي منحها المشرع للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية، وحماية المتعاقد المذعن منها، فقد كانت محل خلاف بين الفقه، حيث ذهب اتجاه إلى رفض هذه السلطة(**1**)، بينما رحب جانب آخر بها(**2**).

1 - الاتجاه الرافض لسلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية: لقد انتقد جانب من الفقه[1] توجه المشرع في حماية الطرف المذعن من خلال منح القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية في عقد الإذعان، وفي رأيهم أن ذلك يشكل خروجا عن حدود مهمته ووظيفته العادية والمألوفة والمتمثلة في تفسير العقد للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه بأن إعطاء القاضي سلطة النظر في شروط العقد انطلاقا من نظام خاص بعقود الإذعان طريقة لها أخطارها التي تدعو إلى التخوف منها، كما أنها تنطوي على قلة حكمة، لأن ذلك من شأنه أن يهدم توازن العقد ويحدث اضطرابات غير متوقعة في العلاقات الاقتصادية بسلطة تحكيمه[2].

لقد قدم أنصار هذا الاتجاه مبررات لرأيهم متمثلة في ما يلي:

– إن إعطاء مثل هذه السلطة للقاضي من شأنه أن يعرض العلاقات التعاقدية لعدم الاستقرار المطلوب للمعاملات، ذلك أن الأفراد عندما يتعاقدون، يعرف كل متعاقد مقدما الآثار الناجمة عن العقد وبالتالي يعرف حقوقه وواجباته.

– إن السلطة الممنوحة للقاضي سوف تؤدي في تطبيقها إلى الخروج بحلول مختلفة في المسائل المتشابهة لعدم وجود معايير دقيقة لتحديد الطابع التعسفي للشرط، وهذا ما يتطلب الحد من حرية القاضي بموجب نصوص تشريعية تحدد مفهوم البند التعسفي وتعدد البنود التعسفية الواقعة تحت طائلة البطلان[3].

لكن رغم المبررات التي قدمها أنصار هذا الاتجاه إلا أن ذلك لم يمنع جانبا كبيرا من الفقه من تأييد فكرة السلطة الممنوحة للقاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

2 - الاتجاه المؤيد لسلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية: يذهب أنصار هذه الاتجاه ليس فقط إلى قبول وتأييد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، بل إلى الإشادة بهذه السلطة، فحسب هذه الفقه[4] فإن الانتقادات التي وجهت لهذه السلطة هي انتقادات غير صحيحة وخاطئة، لذا فإن توجه المشرع لحماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان أمر محمود ويتماشى مع تطورات التشريعات في العالم، كما أنه يتفق مع التغيرات الاقتصادية الحاصلة في المجتمع الحديث والمعاصر، ويرد أنصار هذا الاتجاه على أصحاب الرأي الرافض لسلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية، والذين ذهبوا إلى أنها خروج عن القواعد العامة المتعلقة بتفسير العقد بأن المشرع هو صاحب الحق في تقدير ضرورة الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقا

---

[1] - راجع عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 37.

[2] - راجع المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] - أنظر مصطفى العوجى، المرجع السابق، ص753.

[4] - راجع حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص 265. عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص38.

للظروف والمقتضيات المستجدة التي تقتضي ذلك، ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم المبادئ العامة في عقود الإذعان.

ونضيف من جهتنا ردا عن المبرر السابق أن القواعد العامة تبقى دائما هي المبدأ العام الذي يقبل الاستثناء متى دعت الضرورة إلى ذلك، ومتى وجدت حالة خاصة وجب معالجتها خروجا عن المبدأ العام، ونحن بصدد عقود الإذعان أمام حالة خاصة من التعاقد التي غابت فيها إرادة أحد المتعاقدين في مناقشة بنود العقد، وهو ما يجعل من غير المعقول إخضاع هذه العقود للقواعد العامة في تفسير العقد، لأن التعاقد فيها لم يتم وفقا للحالة العامة التي وجدت من أجله هذه القواعد.

أما فيما يتعلق بالمبرر المتمثل في أن تدخل القاضي من شأنه أحداث عدم توازن، فيرد أنصار هذا الاتجاه بأن التوازن قد انعدم قبل تدخل القاضي، والذي يتمثل دوره لإعادة هذا التوازن إلى طبيعته، برفع التعسف عنه، كما أن سلامة العلاقات الاقتصادية، لا يجب أن تجعلنا ننسى بأن هذه العلاقات تقوم أيضا على مبادئ أخلاقية من حسن النية والعدالة، وأنه يجب رد المتعاقدين إليها، أما بشأن التحكم فإن في رقابة محكمة النقض – المحكمة العليا– عن طريق كفاية الأسباب من شأنها أن تضع حدا لأي تطرف يحدث[1]، ويضف جانب آخر من الفقه بأن منح هذه السلطة للقاضي أولى من ترك الطرف المذعن تحت رحمة الطرف القوي[2].

إننا وانطلاقا من المبررات السابقة نؤيد توجه المشرع في منح القاضي سلطة تعديل أو إعفاء الطرف المذعن من الشروط التعسفية، التي يمكن أن تفرض عليه بمناسبة عقود الإذعان، بل ونضيف بأن هذه السلطة التي جعلها المشرع مسألة جوازيه، يجب أن ترقى إلى مستوى السلطة الوجوبية، وهنا تتحقق الحماية المرجوة فعلا للمتعاقد المذعن، فلا يقع ضحية للسلطة الجوازية للقاضي التي إن شاء استعملها وإن شاء لم يستعملها، لكن هل يمكن الاتفاق على مخالفة نص المادة الذي يمنح القاضي هذه السلطة؟.

الفرع الثاني: بطلان الشرط المخالف لمقتضيات نص المادة 110 ق م

لقد جاء في نص المادة **110** ق **م** التي منحت القاضي سطلة تعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية بأنه "... ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك".

يفهم من هذا النص أن القاعدة التي منحت القاضي سلطة في مواجهة الشروط التعسفية التي يمكن أن تعتري عقد الإذعان هي قاعدة آمرة أي من النظام العام، لا يمكن مخالفتها بمقتضى اتفاق بين أطراف العقد، وهو توجه جيد من قبل المشرع إذ أنه لا فائدة في رأينا من منح القاضي سلطة في تعديل أو إلغاء الشروط التعسفية، ثم في نفس الوقت إعطاء أطراف العقد الحق في الاتفاق على استبعاد هذه السلطة، فلو ترك الأمر كذلك لكان أول شرط يضعه المتعاقد القوي في عقد الإذعان هو الشرط المتعلق باستبعاد سلطة القاضي في إمكانية تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها.

[1] - راجع عبد الحكيم فوده، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص438. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص265.

[2] - أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، ص265.

ولم يكن المشرع الجزائري الوحيد الذي سار في الاتجاه الذي يعتبر سلطة القاضي في تعديل شروط العقد أو إلغائها من النظام العام، فالتشريعات المقارنة قد انتهجت هذا النهج أيضا وهو ما سار عليه مثلا المشرع المصري والمشرع الإماراتي الذين نصا في عجز المادة التي تمنح القاضي سلطة مراقبة الشروط التعسفية بأنه " يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك" وهذا ما يفهم منه بأن سلطة القاضي في هذا الشأن تتعلق بالنظام العام (ordre public) أي أنه لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق على سلب القاضي سلطة تعديل أو إلغاء بعض الشروط التي يقدر بأنها تعسفية[1].

إن الاتجاه الذي سلكه المشرع الجزائري من خلال اعتبار القاعدة المانحة للقاضي سلطة مراقبة الشروط التعسفية وتعديلها أو إلغاءها من النظام العام، يشكل في رأينا آلية أخرى للحماية من الشروط التعسفية، كونه يقيد سلطة المتعاقد القوي في فرض شرط يتهرب من خلاله من هذه السلطة. إلا أنه لا ينبغي أن نفهم من كون أن سلطة القاضي في مراقبة الشروط التعسفية أن القاضي يحكم من تلقاء نفسه بتعديل أو إلغاء الشروط التعسفية ولكن يجب أن يطلب المذعن هذه الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضي الموضوع، ولكن لا يجوز أن يطلب ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض – المحكمة العليا في الجزائر – لأن هذا الطلب يختلط فيه الواقع مع القانون[2]، وعلى العموم فإن القاضي يملك سلطة أخرى لحماية الطرف المذعن من خلال سلطته في تفسير عقود الإذعان.

المطلب الثاني: منح القاضي سلطة تفسير عقد الإذعان

من الآليات التي تدخل بها المشرع الجزائري من أجل حماية المتعاقد الضعيف في عقد الإذعان نجد الآلية المتعلقة بمنح القاضي سلطة تفسير عقود الإذعان[3] رغم أن المبدأ العام يقضي بتقيد القاضي بعبارات نص العقد فالقاضي لا يمكنه الانحراف عن عبارات العقد الواضحة عن طريق تأويلها وفي هذا تقضي الفقرة 1

[1] - أنظر محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، مداخلة مقدمة ضمن أعمال ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون بفندق هيلتون العيون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 6-7 ديسمبر1998، ص20.

[2] - أنظر المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[3] - ينبغي الإشارة بأن سلطة تفسير العقد الممنوح للقاضي، تختلف عن تكميله، رغم التشابه بينهما ومن أهمم أوجه الاختلاف انطلاقا من الخصائص المميزة لكل منهما، ومن بين هذه النقاط، أن النتائج المتحصلة في عملية التفسير هي نتائج متحصل في التعبير ذاته وبصورة مباشرة، لذا فهي نتائج اتفاقية مصدرها الإرادة، أما النتائج من عملية التكميل فهي نتائج متحصلة من عملية موضوعية مضافة إلى التعبير عن الإرادة، والتفسير تبرز أهميته إذا كانت عبارات العقد غامضة وتحتاج إلى استجلاء معناها، أما التكميل فيقوم به القاضي إذا كان مضمون العقد يشويه النقص، وذلك بأن يترك المتعاقدان بعض المسائل المهمة دون تنظيم أو لم يشر العقد إلى الالتزامات التي يتعذر على أحدهما أو كلاهما تنفيذ التزاماته بدونها، فتفسير العقد يفترض وجود تعبير غامض لا يفصح عما قصده المتعاقدان، لذا يشرع القاضي في البحث عما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين لاستجلاء المعنى الذي يورداني الوصول إليه، أما تكميل العقد فيفترض وجود نقص في تنظيم العقد فيعمل القاضي على تكميله بأن يضيف إليه النية المشتركة ما لم تتناوله سهوا أو عمدا ولكنه يعد من مستلزماتها، لذا فإن الحل الذي يتوصل إليه القاضي من التفسير يكون كامنا في العقد نفسه ولكن كان يكتنفه الغموض ويتوصل القاضي للكشف عنه عن طريق قواعد التفسير لذا فإن الالتزام الذي يتقرر وجوده في العقد في طريق التفسير يمكن رده إلى لفظ أو جملة في العقد، أما تكميل العقد فإنه لا يقتصر على ما قصد إليه المتعاقدين، بل يجاوز ذلك إلى ما يرتبه العقد من التزامات تفرضها طبيعته، ولو لم يتفق عليها المتعاقدين صراحة أو ضمنا فتكميل العقد يعني إضافة التزامات لا يمكن ردها إلى نصوص العقد، بل تضاف استنادا إلى عوامل خارجية عن العقد نفسه، راجع خالد عبد حسين الحديثي، المرجع السابق، ص ص 62-63.

من المادة 111 ق م بأنه" إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف عن إرادة المتعاقدين"..

إذا كان المبدأ العام يقضي بتقييد القاضي بعبارات العقد الواضحة، إلا أن المشرع قد خرج عن هذا المبدأ ومنح القاضي إمكانية تفسير العقد، متى كانت العبارات التي حرر بها هذا العقد تنطوي على شك أو لبس أو متى كانت هذه العبارات غامضة وهذا ما يفهم من الفقرة 2 من المادة 111 ق م والتي جاء فيها ما يلي " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".كما نصت المادة 112 ق م الفقرة 1 "يؤل الشك لمصلحة المدين"

وانطلاقا من النصين السابقين فقد خلص معظم الفقه إلى أن سلطة القاضي في تفسير العقد تتحدد بعبارته، وهذه الأخيرة لا تعدو أن تنحصر في ثلاثة حالات حالة وضوح العبارات المستعملة في العقد **(فرع أول)**، حالة غموض العبارات المستعملة في العقد **(فرع ثانٍ)**، حالة العبارات التي يعتريها شك **(فرع ثالث)**.

الفرع الأول: حالة وضوح العبارات المستعملة في العقد

انطلاقا من نص المادة 111 ق م الفقرة الأولى، فإن العبارات الواضحة لا تحتاج إلى تفسير[1]. أي أن وضوح عبارة العقد يمنع على القاضي الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، وهذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري في عدة مناسبات، أين تم نقض أحد القرارات الصادرة عن المجلس القضائي انطلاقا من أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، وأن خرق هذه القاعدة يعتبر خرقا للقانون، وأنه لم تثبت في القضية المتنازع فيها أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاة الموضوع بتحويليه إلى عقد إيجار بحجة مقتضيات المادة 203 من ق ت قد خرقوا القانون وهو ما عرض قرارهم للنقض[2].

وانطلاقا من نص المادة 111 الفقرة 1 وكذلك من الاجتهادات القضائية، فقد ذهب الفقه[3] إلى أن العبرة عند وضوح عبارات العقد بالإرادة الظاهرة، حيث يمنع على القاضي البحث عن الإرادة الباطنة، وإلا وقع تحت طائلة تحريف أو تشويه العقد، ولعل هذا ما أخذ به القضاء الجزائري والذي يفهم من حيثيات قراراته[4] التي جاء فيها " حيث يجدر القول بأن الأمر في القضية الراهنة يتعلق بإيجار تسيير حر ثابت بعقد توثيقي مؤرخ في 17 ديسمبر 1975 ومنشور في جريدة الإعلانات الرسمية بتاريخ 25-12-1975 تحت رقم 7053 وليس بإيجار

[1] - راجع رمضان محمد أحمد أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني ـ النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص198. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص348. علي كحلون، المرجع السابق، ص363.

[2] - أنظر القرار رقم 80.816 المؤرخ في 16- 06-1991، المجلة القضائية لسنة 1993، ع، ص151. أشار إلى هذا القرار عمر بن سعيد، المرجع السابق، ص41.

[3] - أنظر علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص385.

[4] - قرر في القضية رقم 36596، المؤرخ في 13-07-1985، المجلة القضائية لسنة 1989، ع 3، ص90، أنظر القرار علي فيلالي، المرجع السابق، ص386.

من الباطن كما كيفه حكم الدرجة الأولى وقرار المجلس القضائي... وحيث أن هذا القرار المنتقد الرسمي لم يرد عليه رغم أنه أشار في تصريحات الطاعن...".

إلا أن الرأي السابق ليس مسلم به لدى الفقه، فهناك من يرى عكس ذلك أي ضرورة البحث عن الإرادة الباطنة حتى في حالة وضوح العبارات دون الانحراف عنها، أما بخصوص المنع الذي أورده المشرع الجزائري في نص المادة 111 ق م فهو حسب رأيهم مجرد منع إجرائي يمكن تفاديه بتسبيب الحكم[1] وهو الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي والقانون المصري القديم[2]. وطبقه القضاء الجزائري أيضا في بعض قراراته[3].

ولقد طبق القضاء المقارن أيضا الحل الأخير حيث ذهبت محكمة النقض السورية، بأن وضوح عبارات العقد غير وضوح الإرادة، فقد يكون المتعاقدان أساءا استعمال التفسير الواضح، وقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم معه، وعندها يعدل القاضي عن العبارة الواضحة إلى مدلول الإرادة ، كما قضت نفس المحكمة بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة لكن نية المتعاقدين انصرفت إلى سواها كان من حق المحكمة أن تفسر العقد وفق الإرادة الحقيقية[4].

الفرع الثاني: حالة غموض العبارات المستعملة في العقد

يمكن أن نستشف هذه الحالة من خلال نص المادة 111 الفقرة 2 ق م والتي جاء فيها ما يلي " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

يفهم من خلال الفقرة السابقة أنه إذا شاب عبارات العقد غموض أو شك، فإن المسألة هنا تفرض على القضاء تفسير هذه العبارات، وفي هذه الحالة يجب على القاضي الاجتهاد في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقد ذهب القضاء الجزائري إلى تأييد هذا الحل في قراراته أين تم تأييد قرار صادر عن المجلس القضائي، والذي قضى بتفسير العقد العرفي الذي شابه غموض يتعلق باحتوائه على مبلغين مختلفين فيما يتعلق بالنفقات المترتبة على حفر بئر أين يتضح بأن القضاة قد لجؤو إلى استعمال حقهم أو سلطتهم في تأويل العقد بما أنه قد انتابه غموض متعلق بالنفقات الواجب تسديدها[5].

---

[1] - يجب على القاضي في هذه الحالة أن يبن الظروف والأسباب التي دفعته إلى ترك المعنى الواضح، فإذا لم يفعل ذلك كان حكمه باطلا ومعرضا للنقض، أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص291.

[2] - علي فيلالي، الالتزامات، المرجع السابق، ص386.

[3] - أنظر القرار الصاد رفي القضية رقم 208925، المؤرخ في 18-01-2000. المجلة القضائية لسنة 2002، ع1، ص221.

[4] - راجع برهان رزيق، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري، مطبعة الارشاد اللاذقية، دون مكان نشر، د س، ص ص 43-44.

[5] - أنظر القرار رقم 149300، المؤرخ في 23-07-1997، قررا صادر عن المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1997، ع2، ص51.

صحيح أن المشرع قد أعطى للقاضي سلطة تفسير العبارات الغامضة في العقد، إلا أنه لم يحدد مفهوم أو المقصود بالعبارات الغامضة، وهذا ما دفع بالفقه إلى البحث عن أنواع العبارات الغامضة[1] ومحاولة حصر بعض حالاتها:

- العبارات المبهمة وهي عبارات لا تفيد شيئا، فيصعب من خلالها الإطلاع على إرادة المتعاقدين.
- العبارات التي تحمل أكثر من دلالة، فهي عبارات غير دقيقة تجعلنا نتساءل عن المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.
- العبارات الواضحة في حد ذاتها والتي تتعارض مع عبارات أخرى واضحة، هذا التعارض بين العبارات يرتب غموضا بخصوص إرادة المتعاقدين، ومثاله القرار أعلاه المتعلق بوجود عبارتين واضحتين في عقد واحد كل واحدة منهما تحمل قيمة مختلفة للنفقات المترتبة على حفر بئر.

فإذا وجدت عبارات غامضة في العقد مثل الحالات التي سبق ذكرها فإن ذلك يضع على عاتق القاضي سلطة تفسير هذه العبارات من أجل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، والتي تتمثل عند بعض الفقه[2] في الإيجاب الذي يتلقاه الموجب له ويفهمه أو يستطيع أن يفهمه على نحو معين وتكون العبرة بهذا الفهم الحاصل فعلا أو حكما لكون مقدار الفهم المؤكد الذي انصرفت إليه إرادة المتعاقدين.

ومن أجل الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإن القاضي يلجأ إلى عوامل داخلية تكون في العقد ذاته، وعوامل أخرى خارجية عن العقد[3].

وبالنسبة للعوامل الداخلية في العقد فإن القاضي يستأنس في تفسيره بالرجوع إلى العقد ذاته، حيث لخص بعض الفقه[4] هذه الوسائل فيما يلي:

- العبرة بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، فلا يقف القاضي عند المعنى الحرفي للألفاظ المستعملة، فيجب ترجيح المعنى الأكثر انطباقا على روح العقد والغرض المقصود منه.
- إذا كان أحد المعاني يجعل العبارة ذات أثر، والمعنى الآخر لا يجعل له أثر في العقد، فيجب ترجيح المعنى الأول، ويعبر عن ذلك في أصول الفقه الإسلامي بأن إعمال الكلام خير من إهماله.
- بنود العقد كاملة تفسر بعضها البعض، فلابد من النظر إلى العقد بصفته وحدة مجملة فلا يصح تفسير كل بند على حدة بمنأى عن البنود الأخرى.
- إن تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم، فإذا باع شخص مزرعة وكان من توابعها أبقار خصت بالذكر في عقد البيع، فليس معنى ذلك أن الأبقار وحدها هي التي تدخل في الشيء المبيع دون التوابع

---

[1] - Voir Ali. (B), op , cit , p90. وراجع كذلك علي فيلالي، المرجع السابق، ص387.

[2] - راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العامة للالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص ص 605-607.

[3] - أنظر محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص295.

[4] - أنظر المرجع نفسه، ص295.

الأخرى من آلات زراعة ومبان ومخازن، فهذه التوابع تدخل أيضا، إذ أن تخصيص الأبقار بالذكر يمكن أن يكون خشية قيام الشك في شمول المبيع لها وأردها المتعاقدان إزالة للشك.

وإضافة إلى العوامل الداخلية في العقد فإن القاضي يمكنه أيضا أن يستأنس بعوامل أخرى خارجية في تفسيره للعقد وهو ما نصت عليها المادة 111 الفقرة 2 ق م والتي جاء فيها ما يلي " مع الاهتداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

والعوامل الخارجية للبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في حالة العبارات الغامضة، معناها أنه يجب على القاضي في تفسيره الاستعانة ببعض الوسائل الخارجية للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين وهي متمثلة حسب بعض الفقه[1] فيما يلي:

– الظروف المحيطة بإبرام العقد وتنفيذه أين يثبت لمحكمة الموضوع سلطة البحث في حقيقة العقد المتنازع فيه واستظهار مدلوله مما تتضمنه عبارته على ضوء الظروف التي أحاطت بتحريره وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات و أورق متبادلة بين الطرفين، ومثاله بالنسبة لحالة إبرام العقد أو التعاقد الغرض من العقد وصفة المتعاقدين ومهنتهم وعلاقتهم، ويمكن الاستعانة أيضاً بمحاضر جلسات التفاوض ومشروع العقد، بقدر من التحفظ باعتبارهما من قبيل الأعمال التحضيرية، ويجوز اللجوء في التفسير إلى الاتفاقات المعاصرة، مثل ورقة الضد التي يتم التوقيع عليها عادة وقت إبرام التصرف القانوني، و الإقرار الوارد في ورقة مستقلة.

– يستعين القاضي في التفسير بطبيعة التعامل، أي موضوع وطبيعة العقد على ضوء الهدف العام المقصود من الطرفين.

– يستهدي القاضي كذلك بما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، حيث يجب الاعتداد بسلوك الشخص العادي في معاملة من نفس الطبيعة في إطار مبدأ الثقة وحسن النية.

– يتم التفسير أيضا على ضوء العرف الجاري في المعاملات فالقاضي يستعين في تفسير العبارات الغامضة بالعرف، أي ما يجري عليه العمل في مثل هذه الحالة.

إن الظروف والعوامل السابقة سواء كانت عوامل خارجية أو داخلية، فإن الهدف منها هو التعرف على المعنى أو القصد الحقيقي لإرادة المتعاقدين في حالة عبارات العقد الغامضة، لكن ماذا لو كانت العبارات المستعملة في العقد محلا للشك؟.

الفرع الثالث: حالة الشك في العبارات المستعملة في العقد

حالة الشك هي الحالة الثالثة لتفسير عبارات العقد، وهذا ما يتطلب منا التعريف بهذه الحالة **(1)**، ثم تحديد القواعد التي تحكمها **(2)**.

1 - تعريف حالة الشك: تقوم حالة الشك كلما تعذر على القاضي الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين[2]، أو عندما يتعذر أحيانا تحديد مقاصد المتعاقدين رغم الاستعانة بوسائل التفسير السابقة، حيث لا تجدي تلك

[1] - أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ص357-358.
[2] - أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص392.

الوسائل في ترجيح معنى على آخر من المعاني التي تؤخذ من التعبير عن الإرادة، ويثور الشك في التعرف على الإرادة المشتركة للطرفين، ويظل الشك قائما حول مدلول عبارة العقد الغامضة التي يتراوح معناها بين وجوه متعددة كل وجه منها محتمل، ولا ترجيح لوجه على الآخر[1]، أما إذا استحال التفسير ولم يستطع القاضي أن يتبين ولو وجها واحدا لتفسير العقد مهما كان جانب الشك فيه فهذه قرينة على أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدين التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئاً لم يرده الآخر، فلم ينعقد العقد[2].

إذا وجد القاضي نفسه أمام حالة الشك بالمعنى السابق ذكره فإنه يلجأ إلى تفسير عبارة العقد محل الشك من أجل الوصول إلى النية المشتركة للطرفين، غير أن هذه السلطة ليست مطلقة إذا قيدها المشرع بقواعد معينة.

2 - القواعد التي تحكم تفسير حالة الشك: إن سلطة القاضي في تفسير حالة الشك التي يمكن أن تعتري عبارات العقد، ليست سلطة مطلقة، حيث أخضعها المشرع إلى قواعد ومبادئ تحكمها، هذه المبادئ تقتضي أنه يجب على القاضي عند ممارسته لسلطة تفسير الشك في العبارات المستعملة في العقد من أجل الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، مراعاة مصلحة الطرف المدين في عقود المساومة **(أ)**، إلا أن المشرع قد أورد استثناءا على المبدأ عندما يتعلق الأمر بتفسير عبارة الشك في عقود الإذعان أين يجب عليه في هذه الحالة مراعاة مصلحة الطرف المذعن **(ب)**.

أ - المبدأ تأويل الشك لمصلحة الطرف المدين في عقود المساومة: يتمثل المبدأ الذي يحكم تفسير عقود المساومة، في أنه يجب على القاضي عند قيامه بتفسير الشك الذي يعتري عبارات العقد أن يراعي مصلحة المدين، وهو المبدأ الذي تبناه المشرع من خلال نص المادة 112 ق م الفقرة 1 والتي جاء فيها بأنه " **يؤول الشك في مصلحة المدين**".

وقد تبنت معظم التشريعات المقارنة مبدأ تفسير الشك لمصلحة الطرف المدين أيضا، فالمشرع العراقي مثلا تبنى هذا المبدأ من خلال نص المادة 122 من القانون المدني، وكذلك المشرع المصري من خلال نص المادة 141 الفقرة 1.

إن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين قد قدم لها الفقه مبررات متمثلة في ما يلي[3]:

- تقضي الأصول العامة للقانون بأن الأصل في الإنسان براءة الذمة والالتزام هو الاستثناء، فإذا قام الشك في وجود التزام على عاتق شخص، فإعمال هذا الأصل يوجب نفي الالتزام، وإذا قام الشك حول مدى التزام المدين فسر هذا الشك بالطريقة التي تجعل الالتزام في أضيق الحدود، لأن الالتزام هو الاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه.

[1] - أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص359.
[2] - أنظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص615.
[3] - راجع المرجع نفسه، ص614. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص459. علي فيلالي، المرجع السابق، ص ص 394-393.

- تقضي القواعد العامة في الإثبات بأنه يقع على عاتق الدائن عبء إثبات الالتزام، فإذا قام الشك في هذا الالتزام أو في مداه، كان معنى ذلك أن الدائن لم ينجح في إثباته، لهذا لا يؤخذ فيه إلا بما يثبت يقينا ويعتد بالمدى الضيق للالتزام.
- الدائن هو من يملي الالتزام على المدين، فإذا أملى الالتزام بطريقة غامضة تحمل تبعة ذلك حيث يتم تفسير الشك ضده، والميل إلى جانب المدين، فقد كان بإمكان الدائن أن يجعل وجود الالتزام أو مداه أمراً واضحا في صياغة العقد.

والمقصود بالمدين طبقا للمعنى المألوف، هو الشخص الذي يتحمل عبء الالتزام، فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد وجب تفسير الشك لمصلحة الطرف الذي يقع عليه الالتزام، أما إذا كان العقد ملزما لجانبين فإنه يجب تفسير العبارات المتعلقة بالتزام كل من الطرفين لصالحه، فالتزام البائع بالتسليم والضمان يفسر لصالحه، بينما تفسر العبارات المتعلقة بالتزام المشتري بدفع الثمن لصالحه[1]، غير أن المشرع وضع استثناء على هذه القاعدة عندما يتعلق الأمر بتفسير عبارات عقد الإذعان.

ب - الاستثناء تأويل الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان: لقد أورد المشرع الجزائري ومختلف التشريعات المقارنة[2] التي تأخذ بمبدأ أو قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف الضعيف استثناء عندما يتعلق الأمر بتفسير الشك في عقود الإذعان وفي هذه الحالة لابد أن لا يكون التفسير ضارا بمصلحة الطرف المذعن وهذا ما جاء في نص المادة 112 الفقرة 2 ق م ج والتي نصت على ما يلي : " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

أن مقتضى الاستثناء السابق حسب بعض الفقه[3] أنه إذا كان العقد عقد إذعان وكان في عباراته غموض تعذر إيضاحه عن طريق التفسير، فإن الشك لا يصح تفسيره لمصلحة المدين، كما تقضي بذلك القاعدة المتقدمة، بل يجب تفسيره دائما لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا، على اعتبار أنه دائما هو الطرف الضعيف في العقد.

يمكن تبرير الاستثناء المتمثل في ضرورة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان كما يلي:

- أن القانون يسلم بأن يكون الطرف القوي المُذعِن هو الذي وضع شروط العقد ومشتملاته وفرضها على الطرف الضعيف المُذعَن، الذي ليس أمامه خيارا إلا بالقبول شروط العقد جميعا، أو رفضها، بحيث لا يكون له الحق في قبول البعض ورفض البعض الآخر مما يعني أن الطرف المذعن له الذي يفرض الشروط على الطرف الضعيف المذعن، ويصيغها بما يتناسب مع وضعه، يفترض دائما أن هذه الشروط هي في

[1] - أنظر محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص460.

[2] - لقد أورد المشرع المصري مثلا هذا الاستثناء من خلال نص المادة 141 الفقرة 2 من القانون المدني المصري، وكذلك المشرع السوري من خلال والمادة 153 من القانون المدني السوري.

[3] - أنظر مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي – دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران السانيا، 2008-2009، ص147.

مصلحته، ولذلك يجب أن يتحمل ما يعتريها من غموض لا تفلح وسائل التفسير في توضيحه فقد كان في وسعه أن يتحاشى غموض العبارة خاصة وأنه في غالب الأحيان هو رجل فني ومتخصص في غالب الأحيان (شركة التأمين مثلا)، وكان عليه أن يتحاشى ذلك الشك بأن يورد عبارات واضحة دقيقة وسليمة، وبما أنه لم يفعل فإنه يتحمل تبعات وعواقب عدم تبصره وعدم الاستفادة بالتالي من خطئه وهي قاعدة بديهية تقتضيها قواعد العدالة والمنطق[1].

- أما المبرر الثاني فيتمثل في منطق وفلسفة حماية الطرف الضعيف، وبما أن الطرف المذعن في عقود الإذعان يكون دائما في مركز الطرف الضعيف، لذا فإن القواعد العامة تقضي دائما حماية الطرف الضعيف حتى ولو كان الطرف المذعن هو الذي أضاف الشرط الذي اكتنفه الغموض، فإن التفسير يكون لصالح الطرف المذعن، لأن الطرف أو العاقد المحتكر هو الطرف الذي يقدر والذي له وسائل تمكنه من تبيين صيغ الشروط وتوضيحها[2].

ومن جهتنا نعتقد بأن الاستثناء الذي أورده المشرع الجزائري ومختلف التشريعات المقارنة، والمتعلقة بتفسير الشك في عبارات عقود الإذعان، هو عين الصواب، نظرا لأن هذه الفكرة تأتي أو تصب في مصلحة الطرف المذعن وهو دائما الطرف الضعيف، في هذا النوع من العقود، وهو ما يجعل القاضي عند قيامه بتفسير الشك يسعى دائما إلى تحقيق مصلحة الطرف الضعيف، كما أنه يمنع أي تواطؤ يمكن أن يقع ضد الطرف الضعيف حيث يعد هذا الاستثناء قيد على سلطة القاضي في تفسير الشك الذي يمكن أن يعتري عقود الإذعان.

المبحث الثاني: الآليات الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية

إذا كانت رغبة المشرع الجزائري في حماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية في العقود التي يغلب عليها عدم التوازن، قد دفعته إلى ايحاد آليات تهدف إلى تكريس القواعد التي وجدت من أجل ذلك في القواعد العامة، فإنه وبصدد حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، قد عمد إلى ايجاد آليات جديدة، رغبة منه في توفير حماية أكبر نجاعة لهذه الفئة التي اضحت ضحية للاستغلال من طرف فئة المتدخلين أو الأعوان الاقتصاديين، الذين لا هدف لهم إلا الحصول على الربح مهما كانت الوسيلة، وهو ما يدفعهم في أغلب الأحيان إلى فرض شروط تعسفية على عاتق المستهلك، مستغلين في ذلك وضعيتهم المسيطرة، وحاجة المستهلك الذي ليس أمامه بديل أمام رغبته في اقتناء المنتوجات المختلفة، وهو ما دفع بالمشرع إلى إيجاد آليات خاصة من أجل حماية هذه الفئة الضعيفة، ولعل من أبرز مظاهر الحماية أن المشرع تفطن لبعض الشروط التعسفية التي يمكن إدراجها من قبل الأعوان الاقتصاديين، فتدخل عن طريق اعتبار

[1] - المرجع نفسه، الصفحة نفسها. مع الإشارة بأن المؤلف قد اعتبر بأن الدائن هو المذعن أي الطرف القوي، بينما المدين هو المذعن أي الطرف الضعيف، بينما الطرف الضعيف أو القوي قد يكون الدائن كما قد يكون المدين. وتجدر الإشارة بأن المبرر الأول هو المبرر نفسه الذي أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، والتي ذهبت إلى أن اتجاه تفسير الشك في عقود الإذعان إلى غير مصلحة المذعن له بمثابة جزاء له لأنه لم يحرص على اتضاح تعبيره، وهو القادر على ذلك فإذا توافر لديه من المسائل ما يمكنه من أن يفرض على المتعاقد المذعن شروطا بينة، فإذا لم يفعل أخذا بخطئه وتقصيره، وتحمل تبعته لأنه يعتبر مسؤولا عن ذلك الغموض، أنظر برهان زريق، المرجع السابق، ص144.

[2] - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعرف، الإسكندرية، 1974، ص68.

تحديد بعض صور الشروط التعسفية بموجب القانون(**مطلب أول**)، ومن جهة أخرى فإنه لا يمكن الحديث عن حماية المستهلك من الشروط التعسفية دون الإشارة إلى الحماية المدنية التي يمكن أن يستفيد منها في هذا الإطار(**مطلب ثاني**)، كما أن المشرع ومن أجل ضمان حماية أكبر أوجد آليات ردعية سواء من الجانب الجزائي أو الإداري (**مطلب ثالث**).

المطلب الأول: تدخل المشرع عن طريق تحديد بعض صور الشروط التعسفية

إن رغبة المشرع الجزائري في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، قد دفعته إلى إيجاد آلية مهمة في هذا المجال، من خلال تعداد بعض الشروط المعتبرة تعسفية في النصوص القانونية، هذه الشروط قد أيقن المشرع نتيجة الواقع ونتيجة نظرة عملية ربما أن الأعوان الاقتصاديين كثيرا ما يلجؤون إلى فرضها في العقود التي يبرمونها مع المستهلكين، مستغلين ضعف وحاجة هذه الفئة، فيتدخل المشرع من أجل الفصل في اعتبار بعض الشروط بأنها تعسفية، فيسد كل مدخل يمكن من خلاله التهرب في نفي الطابع التعسفي عن هذه الشروط التي يمكن أن تفرض من طرف الأعوان الاقتصاديين بالتواطؤ مع الجهات المكلفة بالحماية، وقد حدد المشرع الجزائري بعض الشروط المعتبرة تعسفية في بداية الأمر من خلال القانون 04-02 المتضمن قانون الممارسات التجارية من خلال نص المادة 29 التي جاء فيها ما يلي: " تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلكين والبائع لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق وامتيازات لا تقابلها حقوق و أو امتيازات معترف بها للمستهلك،
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،
- امتلاك حق تعديل العناصر 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 يتغير آجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذه،
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

وإضافة إلى نص المادة 29 من القانون 04-02 فقد أضاف المشرع من خلال نص المادة 5 من المرسوم الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية[1] بعض الشروط حيث نصت بأنه " تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلال العون الاقتصادي بما يأتي:

- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه،
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسحه بصفة منفرة، بدون تعويض المستهلك،
- عدم السماح للمستهلك بفسخ العقد في حالة القوة القاهرة، إلا بمقابل دفع تعويض،

[1] - أنظر المرسوم التنفيذي 06-306، المرجع السابق.

- التخلي عن مسؤوليته بصفة منفرة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ، الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة إذا ما امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه،
- تحديد مبلغ التعويض الذي يجب دفعه من قبل المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته،
- فرض واجبات إضافية غير مبرر على المستهلك،
- الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه،
- يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته."

إن قراءة نصي المادتين 29 من القانون 04-02، و 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 سوف يسمح لنا بحصر هذه البنود التي اعتبرها المشرع تعسفية، فهي إما أنها شروط أو بنود متعلقة بالتهرب من الواجبات أو الحصول على حقوق من قبل العون الاقتصادي **(فرع أول)**، أو بفرض تعويض على المستهلك أو التهرب من تعويض من قبل العون الاقتصادي **(فرع ثانٍ)**، أو أنها بنود تدور حول فرض واجبات إضافية على المستهلك **(فرع ثالث)**، وفي الأخير فإنه لابد من دراسة موقف الفقه من تحديد المشرع للشروط التعسفية وتبرير أساب اعتبارها آلية للحماية **(فرع رابع)**.

الفرع الأول: شروط أو بنود متعلقة بالحصول على حقوق أو التهرب من الواجبات من قبل العون الاقتصادي

نكون هنا أمام حالتين، تتمثل الحالة الأولى في فرض العون الاقتصادي لشروط أو بنود يهدف من خلالها إلى الحصول على حقوق **(أولا)**، أما الحالة الثانية فتتمثل في فرض شروط وبنود تهدف إلى التهرب من بعض الواجبات**(ثانيا)**.

أولا - الشروط والبنود التي يهدف من خلالها العون الاقتصادي إلى اكتساب بعض الحقوق: من أبرز صور الشروط التعسفية التي حددها المشرع الجزائري، من خلال نصي كل من المادتين 29 من القانون 04-02، ونص المادة 5 من المرسوم 06-03 نجد تلك الشروط التي يسعى من خلالها العون الاقتصادي إلى الحصول على حقوق معينة دون وجه حق.

ومن أهم الشروط التي قدر المشرع ضرورة اعتبارها شروطا تعسفية ذلك الشرط الذي يمكن أن يدرجه العون الاقتصادي، والذي يهدف من خلاله إلى الاستئثار ببعض الحقوق والامتيازات في العقد، في حين أن تلك

الحقوق أو الامتيازات لا تقابلها حقوق أو امتيازات يحصل عليها المستهلك تكون مقابلة لما حصل عليه العون الاقتصادي[1]، ولعل أهم مثالين يمكن تقديمها في هذا المجال المثالين الذين أشار إليهما بعض الفقه[2]، حيث يتعلق المثال الأول باحتفاظ البائع بتحديد مهلة تسليم وتحديد شروط إلغاء العقد، عندما يتبن أن البائع المتمتع بمركز قوة اقتصادية في العقد قد فرضه على المشتري، كما يشكل بندا تعسفيا البند الذي يعطي المستأجر وحده الحق بتمديد عقد الإيجار.

نلاحظ بأنه في كلا المثالين السابقين يحصل العون الاقتصادي على حقوق دون أن يمنح المستهلك حقوق أخرى، فلو أن العون الاقتصادي في مثال عقد البيع السابق، قد منح المستهلك الحق في الانفراد بتقدير التعويض عن الضرر الذي ينشأ عن التأخر في تحديد مهلة التسليم، و إعطائه أيضا الحق في التفرد بتقدير إذا ما كانت شروط إلغاء العقد ضارة أو نافعة للمستهلك، لازال في هذه الحالة وصف التعسف عن الشرط لأن الحقوق التي تحصل عليها العون الاقتصادي أصبحت لها حقوق تقابلها بالنسبة للمستهلك.

هذا ونصت المادة 29 من القانون 04-02 على شرط في مجال الحالة التي يمكن أن نتصور فيها فرض شرط من قبل العون الاقتصادي يهدف من خلاله إلى الحصول على حقوق، لا تقابلها امتيازات بالنسبة للمستهلك، من خلال البند 3 وذلك عندما يقوم العون الاقتصادي بفرض شرط يسعى من خلاله إلى امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون حاجة إلى موافقة المستهلك.

وكذلك الحال بالنسبة للحالة المشار إليها في البند 4 من نفس المادة عندما يتعلق الأمر باحتفاظ العون الاقتصادي بالحق في التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية. فهذا الشرط الأخير يحتوي نوعين من الشروط التي يمكن أن يدرجها البائع أو العون الاقتصادي من أجل الاستئثار ببعض الحقوق، حيث يقضي الشرط الأول بمنع الشرط الذي يمنح العون الاقتصادي التفرد بحق تفسير العقد، بينما يقضي الشرط الثاني بمنح البائع الحق في تقرير مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

ويعتبر تعسفيا أيضا في هذا المجال الشرط الذي يحتفظ فيه البائع أو العون الاقتصادي لنفسه بحق فرض شروط فورية ونهائية على المستهلك في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد، وتذكرنا هذه المادة بما هو منصوص عليه في نص المادة 205 ق م ج التي جاء فيها ما يلي " لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم"، فمقتضى هذا النص أن الالتزام الذي

---

[1] - أنظر البند 1 المادة 29 من القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وقد بينت إحصائيات مقدمة من طرف مديرية التجارة لولاية باتنة، أنه تم حصر شرطين من هذا النوع على مدار إحصائيات الشروط التعسفية المرتكبة على مدار السنوات الثالثة 2013، 2014، 2015، والسداسي الأول من سنة 2016، تم إحصاء شرطين من هذا النوع في هذا المجال سنة 2016. أنظر برنة عبد العزيز، مداخلة بعنوان دور مصالح التجارة في معالجة البنود التعسفية في مجال تسويق المركبات الجديدة، مقدمة ضمن أعمال اليوم الدراسي البنود التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 14 أفريل 2016، ص11.

[2] - أنظر مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص766.

يعلق تنفيذه على شرط إرادي يعتبر غير قائم أي كأن لم يكن، وهذا ما يعبر عنه قول بعض الفقه[1] بأن ترك زمام الرابطة القانونية في يد المدين وحده يتنافى مع وجود الالتزام ذاته إذ سيكون له أن يلتزم إن شاء أو لا يلتزم إن شاء أيضا، بمعنى أنه لم يلتزم في الحقيقة بأي التزام.

وانطلاقا مما تقدم يرى بعض الفقه[2] أنه إذا تم إسقاط الحكم الأخير على الشرط السابق، فإن تعاقد البائع بشروط يحققها متى أراد يجعل التزاماته غير قائمة أي كأن لم تكن، وبالتالي لا وجود للعقد من أساسه، بما أنه لا يوجد التزام مقابل لالتزام المستهلك، وهي نتيجة لا تصب في صالح المستهلك ولا تخدمه، نظرا لكونه دائما يسعى إلى تحقيق وتلبية حاجاته المختلفة من وراء التعاقد فإذا به يفاجئ في الأخير ببطلان العقد.

غير أن تفطن المشرع الجزائري لهذه المسألة جعله يخرج عن هذه القاعدة من خلال نص المادة 29 المذكورة أعلاه التي اعتبرت الشرط الإرادي شرطا تعسفيا مصيره البطلان إذا ما قوبل بفرض التزامات فورية ونهائية في جانب المستهلك، أما الالتزام المعلق على هذا الشرط فيبقى قائما، وبالتالي إذا تعاقد البائع بشروط يحققها متى أراد فإن هذه الشروط تبطل لأن فيها تعسفا ، أما الالتزامات التي علقت عليها تصير قاطعة أي باتة وفورية شأنها شأن التزامات المستهلك، وهنا تتجلى أهمية هذه الصورة للمستهلك، وخصوصيتها بالمقارنة مع القواعد العامة، إذ أنها تحافظ على كيان العقد مقابل درء ما لازمه من إجحاف وتعسف[3].

وكذلك يمكن القول أن المشرع قد تصور الحالة المتعلقة بحصول العون الاقتصادي على حقوق بالنسبة للمرسوم التنفيذي 06-306، في حالة إدراج العون الاقتصادي لشروط معينة لم يكن المستهلك على علم بها عند إبرام العقد[4]، فهذه الشروط قد يعمد من خلالها العون الاقتصادي إلى الحصول على حقوق، لم يكن المستهلك على علم بها عند إقدامه على إبرام العقد، كما يعتبر في هذا الصدد من قبيل الشروط التعسفية كل شرط يسعى من خلاله العون الاقتصادي إلى الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة امتناع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض، أو في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه[5]، أين يلاحظ هنا مدى استئثار العون الاقتصادي بحق الاحتفاظ بالمبلغ في حالة الفسخ من قبل المستهلك، وبالمقابل حرمان المستهلك من هذا الحق في حالة ما إذا كان هو السبب في فسخ العقد.

ومن بين الحقوق التي يمكن أن يكتسبها أو يهدف العون الاقتصادي إلى اكتسابها، هو إدراج شرط يمنح هذا الأخير الحق في تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية

---

[1] - أنظر محمد حسين منصور، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص229.

[2] - أنظر عياض محمد عماد الدين، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية دراسة على ضوء القانون 04-02، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، 2005-2006، ص 161.

[3] - أنظر المرجع نفسه، الصفة نفسها.

[4] - أنظر البند 6 المادة 5 من المرسوم 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[5] - أنظر البند 7 المادة 5 من المرسوم 06-306، المرجع نفسه.

جديدة غير متكافئة[1]، وهذا النوع من الشروط يتناسب في العادة مع العقود المستمرة التي يتطلب تنفيذها فترة زمنية معينة[2]، والتي عادة ما يكون محلها آداء خدمات، كعقد العمل أو التوريد، فتحسبا لما قد يطرأ من ظروف أو تطورات قد لا تخدم مصلحة البائع أو مقدم الخدمة – العون الاقتصادي – يضع هذا الأخير شروطا تمكنه من تضمين العقد شروطا جديدة، وحتى يتفادى خطر رفض المستهلك لهذه الشروط يضع البائع أو مقدم الخدمة شرطا منذ البداية يقضي بإمكانية قطع العلاقة التعاقدية في حال رفض المستهلك لهذه الشروط، ووجه التعسف في هذا النوع من الشروط جلي لكونها تترك الباب مفتوحا أمام البائع – العون الاقتصادي – لكي يكرس هيمنته على العلاقة التعاقدية دون أن يعترض المستهلك على ذلك في شيء فيكون المستهلك بذلك عاجزا عن تقدير مركزه في العقد، كما أن قطع العلاقة التعاقدية في حالة تجرأ المستهلك على الرفض يعنى الرجوع إلى حالة ما قبل التعاقد وهو الأثر الذي لا يخدم مصلحة المستهلك الذي يسعى أساسا لتلبية حاجاته من وراء التعاقد[3].

ثانيا - الشروط والبنود التي يهدف من خلالها العون الاقتصادي إلى التهرب من بعض الواجبات: أما الحالة المتعلقة بفرض شروط يهدف من خلالها العون الاقتصادي إلى التهرب من واجبات معينة فيمكن تصورها في عدة حالات أو شروط اعتبرها المشرع بأنها تعسفية، حيث اعتبر المشرع بأنه شرط تعسفي الشرط الذي يدرجه العون الاقتصادي ويهدف من خلاله إلى تحميل المستهلك عبء الواجبات التي يفرضها عليه القانون[4]، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ[5]، والتي جاء فيها ما يلي " إذا لم يقم المتدخل بإصلاح العيب في الآجال المتعارف عليها مهنيا، حسب طبيعة السلعة، فإنه يمكن المستهلك القيام بهذا الإصلاح، إن أمكن ذلك عن طريق مهني مؤهل من اختياره وعلى حساب المتدخل"، فإذا كان مثل هذا النص يجعل من المصاريف التي تنتج عن إصلاح المنتوج من قبل المستهلك واجبات والتزامات ملقاة على عاتق المتدخل أو العون الاقتصادي، وهو عبء يحمله إياه القانون، لذا فإن أي شرط يضعه العون الاقتصادي يقضي بتحميل المستهلك هذا العبء، يعتبر شرطا تعسفيا، إضافة إلى كونه شرطا مخالفا للقانون.

وكذلك يعتبر تعسفيا الشرط الذي يهدف من خلاله العون الاقتصادي إلى التهرب من واجباته ومن مسؤوليته تجاه المستهلك، كل شرط يمكنه من التهرب أو التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أوغير الصحيح لواجباته[6].

---

[1] - أنظر البند 8 المادة 29، من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

[2] - تقسم العقود من حيث مدى أهمية عنصر الزمن فيها إلى عقود فورية وهي التي تنفذ مباشرة ولا يكون لعنصر الزمن أهمية في تنفيذها، وعقود مستمرة وهي العقود التي يتطلب تنفيذها فترة محددة من الزمن كعقد الإيجار مثلا لذا فإن عنصر الزمن يشكل عنصر أساسيا وجوهريا فيها. أنظر علي فيلالي، المرجع السابق، ص69.

[3] - أنظر عياض محمد عماد الدين، المرجع السابق، ص 166.

[4] - أنظر البند 12 المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306، المرجع نفسه.

[5] - المرسوم رقم 13-327، الصادر في 12 أكتوبر 2013، ج ر ج، ع 49.

[6] - أنظر البند 4 المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

وفي الأخير يمكن القول بأنه إذا كان العقد، خاصة العقد الملزم لجانين، يحمل كل المتعاقدين التزامات كما يمنحهما حقوقا، فإن المشرع اعتبر من قبيل التعسف، كل شرط يهدف من خلاله العون الاقتصادي إلى الحصول على حقوق بطريقة مجحفة لا تقابلها حقوقا أخرى للمستهلك، أو تلك الشروط التي تهدف إلى تهرب العون الاقتصادي من بعض الواجبات سواءً تلك الواجبات التي تمليها عليه الأحكام العامة للعقد، أو الواجبات التي فرضها عليه القانون بمناسبة إعادة التوازن للعلاقة التعاقدية الاستهلاكية.

الفرع الثاني: البنود والشروط الهادفة إلى فرض تعويض على المستهلك أو التهرب من تعويض من قبل العون الاقتصادي

من أهم الجزاءات المدنية المترتبة عن عدم تنفيذ أو التنفيذ غير الصحيح أو الناقص للالتزامات نجد الجزاء المتمثل في التعويض، وهذا الجزاء ينظمه القانون ويضع له شروطا، لذا فإن أي شرط يهدف إلى إجبار المستهلك على تعويض العون الاقتصادي بمجرد ممارسة بعض الحقوق يعتبر شرطا تعسفيا **(أولا)**، وكذلك الأمر بالنسبة للشرط الذي يقضي بحرمان المستهلك من حقه في التعويض في حالة معينة **(ثانيا)**.

أولا - الشروط والبنود الهادفة إلى فرض تعويض على المستهلك أو التحكم في مبلغ التعويض: هناك بعض الحقوق يمنحها القانون لأي متعاقد مهما كانت صفته، كما يرتب التزامات على كلا أطراف العقد قي بعض الأحيان، غير أن الصفة المسيطرة والمهيمنة للعون الاقتصادي في عقود الاستهلاك، والتي تجعله في موضع أو مركز قوة، مقابل المستهلك الضعيف، قد تدفع بالعون الاقتصادي في بعض الأحيان إلى إدراج شروط أو بنود يهدف من خلالها إلى حرمان المستهلك أو ربط ممارسة بعض الحقوق التي يمنحها إياه القانون بتعويض يدفعه إلى العون الاقتصادي.

إن النظرة العملية للمشرع في حماية المستهلك جعلته يتفطن إلى المسألة السالفة الذكر، وذلك من خلال جعل كل الشروط والبنود التي تربط بين ممارسة حق من الحقوق من قبل المستهلك، بتعويض يدفعه إلى العون الاقتصادي شروطا وبنودا تعسفية، ومن أمثلة هذه الشروط التي ذكرها المشرع سواء في نص المادة 29 من القانون 04-02، أو المادة 5 من المرسوم 06-306، نذكر الشروط التالية:

- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته[1]، ويلاحظ أن هذا الشرط يخالف ما ذهبت إليه القواعد العامة في القانون المدني التي تسمح للمتعاقدين بالاتفاق على التعويض مسبقا[2]، وهو ما يعرف بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي، لأن العون الاقتصادي في مثل الشرط السالف الذكر يتحكم لوحده في قيمة التعويض الذي يدفعه المستهلك، كما أنه يعفي نفسه من هذا التعويض في الحالة التي يتسبب فيها

[1] - أنظر البند 8 المادة 5 من المرسوم 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[2] - أنظر المادة 183 من الأمر 75-58 المتضمن ق م، التي نصت على مايلي **"** يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لا حقا...".

هو في الضرر للمستهلك، لذا فإن منطق إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية يقضي باعتبار مثل هذا الشرط شرطا تعسفيا.

- الشرط الذي يضعه العون الاقتصادي من أجل إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق[1]، فإذا كان الشرط أو البند يمنح المستهلك نفس الحق انتفى عنه وصف الطابع التعسفي.

وإضافة إلى الشروط التي تهدف إلى فرض تعويض على المستهلك، هناك شروط تهدف إلى حرمان المستهلك من حقه في المطالبة بالتعويض.

ثانيا - الشروط والبنود الهادفة إلى حرمان المستهلك من حقه في التعويض: من الجزاءات المهمة التي تكفل للمتعاقد حقوقه المالية، نجد الجزاء المتمثل في التعويض، فهذا الجزاء هو الذي يضمن للمتعاقد جبر الضرر المادي أو المعنوي الذي قد يلحقه به المتعاقد الآخر، لذا فإن العون الاقتصادي كثير ما يسعى إلى فرض شرط يحرم المستهلك من المطالبة بالتعويض، وهذا ما يمكن تصوره مثلا في الشرط الذي يدرجه العون الاقتصادي والذي يحتفظ من خلاله بحق تعديل العقد أو فسحه بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك.

فطبقا للقواعد العامة للعقد فإنه لا يمكن لأحد من المتعاقدين أن يعدل أو يفسخ العقد بإرادته المنفردة، حيث تقضي المادة 106 ق م بأنه" العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون". فإضافة إلى انتهاك العون الاقتصادي لهذه المادة وإدراكا منه أن هذا الانتهاك قد ينجر عنه ضرر للمستهلك، فقد ربطه بشرط آخر وهو حرمان المستهلك من الحق في التعويض في حالة إعمال مثل هذا الشرط، فإذا كان الشرط يقضي فقط بإكساب العون الاقتصادي حق إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، فإنه لا يمكن القول بأن هذا الشرط تعسفي، لأنه وكما يرى بعض الفقه[2] من الاستثناءات الواردة على قاعدة عدم إمكانية إنهاء العقد بالإرادة المنفرة وجود شرط أو اتفاق يجيز لأحد المتعاقدين ذلك.

ومن أمثلة الشروط التي منعها القانون أيضا نجد الشرط الذي يقضي بالاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة إذا ما تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه[3]، وكذلك الشرط الذي يقضي بحرمان المستهلك من حقه في التعويض، في حالة عدم تنفيذ العون الاقتصادي لالتزاماته كليا أو جزئيا، أو أنه نفذها تنفيذا غير صحيح[4].

---

[1] - أنظر البند 10 المادة 5 من المرسوم 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[2] - أنظر محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 316.

[3] - أنظر البند 7 المادة 5 من المرسوم 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[4] - أنظر البند 4 المادة 5 المرسوم 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع نفسه.

الفرع الثالث: فرض واجبات إضافية على المستهلك أو حرمانه من حقوق معينة

من بين الحالات التي تصور فيها المشرع أيضا إمكانية إدراج شروط تعسفية من قبل العون الاقتصادي، تلك الشروط التي يمكن أن تهدف إلى فرض واجبات إضافية أو هي في الأصل واجبات يضعها القانون على عاتق العون الاقتصادي(**أولا**)، وكذا الحالة المتعلقة بحرمان المستهلك من حقوق معينة (**ثانيا**).

أولا - الشروط والبنود المتعلقة بفرض واجبات على المستهلك: قد يسعى العون الاقتصادي إلى فرض شروط يسعى من خلالها إلى فرض واجبات إضافية على المستهلك، وذلك كإلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته، بينما يمتنع هو عن تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه[1]، أو كأن يشترط شرطا يقوم بموجبه تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته[2]، فمثلا المادة 16 ق ح م ق غ، تفرض على المتدخل في إطار ما يسمى بضمان خدمة ما بعد البيع، التي تأتي بعد انقضاء فترة الضمان المحددة بموجب القانون، ضمان آخر يسعى من خلاله إلى ضمان صيانة المنتوج المعروض في السوق، وهو عبء يضعه المشرع على عاتق المتدخل أو العون الاقتصادي لذا فإن أي شرط أو بند ينقل هذا العبء من العون الاقتصادي ويضعه على عاتق المستهلك يعتبر تعسفياً.

ويدخل في نطاق الصورة السابقة أيضا المثال الذي يدرجه بعض الفقه[3] حول ما ورد في عقد نموذجي لإحدى وكالات السياحة الفرنسية ربط تسجيل العميل في الرحلة نهائيا بأن يدفع عربونا لبدء تنفيذ العقد، مقداره 20 % من التكلفة الإجمالية لها، إضافة إلى مبلغ ثابت كرسوم للتسجيل، ويجب أن يقوم كل مشارك بتسديد قيمة المشاركة قبل قيام الرحلة، ومع ذلك فإن المشارك في الرحلة يبقى مهددا بإلغاء الرحلة من جانب الشركة ومماطلتها في إعادة هذا المبلغ إليه، ولا شك أنه من التعسف أن يفرض على المشارك (المستهلك) الوفاء بكل التزاماته قبل قيام الرحلة ثم يفاجئ بإلغائها لسبب أو لآخر.

ومن أجل محاربة مثل هذه الشروط التي يسعى من خلالها العون الاقتصادي إلى فرض واجبات على المستهلك، فقد نص بأنه يعتبر من قبيل الشروط التعسفية، كل شرط يسعى من خلاله العون الاقتصادي إلى فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك[4]، ومثال ذلك نص المادة 13 من ق ح م ق غ، تنص على حق المستهلك في ضمان المنتوجات من العيوب، وهو ما يستفيد منه المستهلك دون أية أعباء إضافية يفرضها عليه المتدخل مقابل استفادته من هذا الضمان وفقا للفقرة 3 من نفس المادة، لذا فإن أي شرط يقضي بتحميل المستهلك أعباء إضافية سواء كانت في شكل خدمات يقدمها المستهلك للمتدخل أو في شكل مبالغ مالية يعتبر شرطا تعسفيا، إضافة إلى كونه شرطا باطلا وفقا للفقرة 4 من المادة 13 من ق ح م ق غ.

---

[1] - أنظر البند 5 المادة 29 من القانون 04-02، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

[2] - أنظر البند 12 المادة 5 المرسوم التنفيذي 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[3] - أنظر حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، المرجع السابق، 28.

[4] - أنظر البند 10 المادة 5، المرسوم التنفيذي 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

ومن أجل تفادي زيادة الواجبات والالتزامات على عاتق المستهلك، فقد اعتبر المشرع بأنه من قبيل الشروط التعسفية كل شرط يضعه العون الاقتصادي في حين أن المستهلك لم يكن عالما به وقت إبرام العقد[1]، وذلك تفاديا لأية شروط يمكن أن يدرجها العون الاقتصادي بعد العقد، أو أنه كان يخفيها على المستهلك في حين أن هذه الشروط تحمل المستهلك واجبا لو علم به لما أقدم على إبرام العقد. غير أن العون الاقتصادي قد لا يكتفي بالشروط التي تزيد من واجبات المستهلك، فيدرج شروط أخرى تهدف إلى حرمانه من بعض الحقوق.

ثانيا - الشروط والبنود الهادفة إلى حرمان المستهلك من حقوق معينة: تمنح النصوص القانونية في بعض الأحيان لا سيما في العقود الملزمة لجانبين بعض الحقوق، كحق كل متعاقد في فسح العقد في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته[2]، فهو حق لكل متعاقد يثبت أن المتعاقد الآخر لم يقم بتنفيذ التزاماته[3]، كما تنص المادة 123 ق م بأنه " في العقود الملزمة لجانبين إذ كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به". غير أن العون الاقتصادي قد يسعى إلى وضع شروط يحرم من خلالها المستهلك من الحقوق التي يمنحها إياه القانون بصفته متعاقد، كالشرط الذي يهدف ويسعى من خلاله إلى رفض حق المستهلك في فسخ العقد في حالة إذا ما أخل هو بالتزام أو عدة التزامات ملقاة على عاتقه[4]، رغم أن القواعد العامة في العقد تمنح هذا الحق لكلا المتعاقدين، إضافة إلى أن حرمان المستهلك من هذا الحق، يستتبعه بالضرورة حرمانه من الحق في التعويض عن الأضرار المترتبة عن عدم تنفيذ العون الاقتصادي لالتزاماته، بما أن نص المادة 119 ق م قد ربط بين الحق في الفسخ والمطالبة بالتعويض.

ومن الشروط التي اعتبر المشرع الجزائري بأنها شروطا تعسفية أيضا في إطار حماية حقوق المستهلك، الشرط الذي بمقتضاه يسعى العون الاقتصادي إلى تقليص العناصر الأساسية للعقود المنصوص عليها في نصي المادتين 2 و 3 [5]من المرسوم التنفيذي 06-306. والتي نصت عليها المادة 2 من المرسوم التنفيذي 06-306 والتي جاء فيها ما يلي " تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي والمستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك والتي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك ونزاهة وشفافية العمليات التجارية وأمن ومطابقة السلع و/ أو الخدمات وكذا الضمان والخدمة ما بعد البيع". وقد بينت المادة 3 من نفس المرسوم العناصر الأساسية المقصودة من خلال نص المادة 2 حيث نصت بأنه " تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في نص المادة 2 أعلاه، أساسا بما يأتي"

---

[1] - أنظر البند 6 المادة 5 من المرسوم التنفيذ06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[2] - الفسخ هو الجزاء الذي يمكن أن يلجأ إليه أحد المتعاقدين في العقود الملزمة لجانبين نظرا لعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزاماته، راجع عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص694. علي علي سليمان المرجع السابق، ص104.

[3] - تنص المادة 119 من الأمر 75-58 المتضمن ق م على مايلي **"** في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بعد أعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسحه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الأمر**"**.

[4] - أنظر البند 6 المادة 29 من القانون 04-02، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

[5] - أنظر البند 1 المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306، المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

- خصوصيات السلع / أو الخدمات وطبيعتها،
- الأسعار والتعريفات،
- كيفيات الدفع،
- شروط التسليم وآجاله،
- عقوبات التأخير عن الدفع و/ أو التسليم،
- كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات،
- شروط تعديل البنود التعاقدية،
- شروط تسوية النزاعات،
- إجراءات فسخ العقد.".

وفقا لنص المادتين المذكورتين أعلاه فإن جميع العناصر المذكورة في نصي المادتين 2 و3 تعتبر من حقوق المستهلك، لذا فقد اعتبر المشرع أن أي شرط يقضي بخلاف هذين النصين، يعتبر شرطا تعسفيا.

ويعتبر من أهم الحقوق أيضا الحق الذي يمنحه القانون لكل متعاقد بغض النظر عن صفته مستهلك كان أو غير مستهلك، أنه يمكنه من الطعن – اللجوء إلى القضاء – ضد المتعاقد معه الذي ثار معه خلاف يتعلق بالعقد، لذلك فقد اعتبر المشرع أن أي شرط يقضي بحرمان المستهلك من حقه في الطعن في حالة ما إذا ثار بينه وبين العون الاقتصادي خلاف يعتبر من قبيل الشروط التعسفية[1].

صحيح بأن المشرع الجزائري قد تدخل من أجل تحديد بعض الشروط المعتبرة بأنها تعسفية لكن ما هو موقف الفقه من هذا التدخل؟ وما هي أسباب اعتبار أن هذا التدخل هو وسيلة وآلية لحماية المستهلك؟.

الفرع الرابع: موقف الفقه من تحديد التشريع للشروط التعسفية ومبررات اعتباره التدخل آلية للحماية

لا شك أن موقف المشرع الجزائري وموقف تشريعات أخرى مقارنة[2]، أصبح واضحا من مسألة تحديد بعض الشروط التعسفية عن طريق القانون، لكن لا بد من دراسة موقف الفقه من هذا التدخل **(أولا)**، كما لا بد أن نقدم تبريرا لموقفنا من اعتبار هذا التدخل آلية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية **(ثانيا)**.

أولا - موقف الفقه من تدخل المشرع في تحديد بعض الشروط التعسفية: لقد انتقد الأسلوب المتمثل في تدخل المشرع عن طريق النصوص القانونية في تحديد الشروط التعسفية وذلك من النواحي والجوانب التالية[3]:

– يعتبر أسلوب القائمة أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر بأنها تعسفية.

---

[1] - أنظر البند 5 المادة 5، المرجع نفسه.

[2] - بالنسبة للتشريعات المقارنة يعتبر المشرع الألماني أول من لجأ إلى أسلوب القائمة في تحديد الشروط التعسفية، وذلك عن طريق نوعين من القوائم، **القائمة السوداء** المنصوص عليها ضمن نص المادة 10 من القانون الألماني المتعلق بالقواعد العامة للعقد الصادر في 9-12-1972 وهي القائمة التي تنص على مجموعة من الشروط التعسفية تمنع على القاضي إعمال أي سلطة تقديرية اتجاهها، فتقتصر سلطته هنا على القضاء ببطلان مثل هذه الشروط، أما القائمة الثانية وهي **القائمة الرمادية** والتي نصت عليها المادة 11 من نفس القانون وهي شروط قابلة للتقويم من قبل القاضي الذي له أن يقدر بأنها تعسفية أو لا. كما حدد المشرع الفرنسي أيضا الشروط التعسفية من خلال قانون الاستهلاك95 -964 لسنة 1995.

[3] - أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، ص ص 136 137.

– انتقد أيضا أسلوب القائمة، انطلاقا من أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توفرها على خصائص الشروط التعسفية، لأنها لم تذكر بالقائمة القانونية الواردة على سبيل الحصر.

– إن أسلوب القائمة يفرض على السلطات العامة أن تحرص دوما على إتمام الشروط التعسفية من وقت لآخر، بعدما يتبين قصورها وفقا لمستجدات الواقع الاقتصادي.

ورغم الانتقادات التي وجهت لأسلوب القائمة إلا أننا نعتقد إلى جانب من الفقه[1] أن هذا الأسلوب يحمل كثيرا من المزايا التي تعتبر في نظرنا ردا أيضا على الاتجاه الذي ينتقد هذا الأسلوب يمكن إبرازها كما يلي:

– إن المشرع عندما حدد بعض صور الشروط التعسفية، كان ذلك على سبيل المثال لا الحصر، أي أنه حتى خارج هذه القائمة يمكن أن يعتبر القاضي شروطا أخرى بأنها تعسفية وذلك من خلال المعيار العام في تحديد الشروط التعسفية الذي تبناه المشرع الجزائري والمتمثل في معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة، الذي ورد ضمن تعريف الشرط التعسفي، وفي هذا رد على الانتقاد الذي يرى بأنه لا يمكن اعتبار بعض الشروط تعسفية رغم كونها كذلك خارج نطاق القائمة.

– إن المشرع من خلال هذا الأسلوب، يعمل على تسهيل الأمر للجهات المختصة بالرقابة على الشروط التعسفية، بحيث يتم اكتشافها بمجرد الاطلاع عليها ودون حاجة إلى تدقيق.

وبالإضافة إلى المبررات السالفة الذكر فإن هناك مزايا أخرى لأسلوبي القائمة، نذكرها ضمن مبررات اعتبار هذا الأسلوب كآلية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية.

ثانيا - مبررات اعتبار تدخل المشرع في تحديد الشروط التعسفية آلية للحماية: إن اعتبارنا لتدخل المشرع الجزائري وباقي التشريعات المقارنة وسيلة وآلية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية[2]، لم يكن أمرا اعتباطيا، رغم ما فيه من خلاف لبعض الفقه[3] الذي يعتبره أسلوبا أو معيارا لتحديد الشرط التعسفية، حيث تتمثل مبررات هذا الرأي في ما يلي:

– إن القول بأن تدخل المشرع الجزائري من أجل تحديد الشروط التعسفية، هو معيار في تحديد هذه الشروط يعتبر طرح غير مقبول في نظرنا، لأن المشرع نفسه عند تحديد هذه الشروط لا يخرج عن المعيار الذي تبناه في تحديد الشروط التعسفية من خلال تعريف الشرط التعسفي وهو معيار الاختلال الظاهر في الحقوق والالتزامات بين العون الاقتصادي والمستهلك، وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن تدخل المشرع هنا هو وسيلة للحماية أكثر منه معيارا في تحديد الشرط التعسفي.

– إن تدخل المشرع عن طريق تحديد بعض الشروط التعسفية، يمنع أي تواطؤ يمكن أن يقع ضد المستهلك في هذا المجال، سواء من طرف الجهات الإدارية المكلفة بالرقابة، أو من طرف القاضي عند حكمه في النزاع، إذ

---

[1] - انظر المرجع نفسه، ص137.

[2] - يؤيد الرأي الذي مفادها أن أسلوب القائمة في تحديد الشروط التعسفية، هو وسيلة لمحاربة هذه الأخير بعض الاتجاهات الفقهية، راجع في هذا الاتجاه، أحمد بورزق، المرجع السابق، ص 228.

[3] - راجع في الجانب الذي يرى بأن تدخل المشرع عن طريق نظام القائمة يعد معيارا لتحديد الطابع التعسفي للشرط، عنتري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص16.

أن عدم حكم القاضي مثلا بأن الشرط المدرج في العقد هو شرط تعسفي، رغم ورود الشرط ضمن القائمة التي حددها المشرع، سوف يعرض حكمه للنقض.

– يعد أسلوب القائمة وسيلة لتسهيل مهمة الرقابة أمام أعوان المكلفين بالرقابة على بعض الشروط التعسفية، خاصة أمام ضعف تكوين هؤلاء الأشخاص في هذا المجال.

– إن أسلوب القائمة يعد وسيلة في يد المشرع، من أجل مكافحة الشروط المنتشرة في الواقع العملي بصورة كبيرة.

– في أسلوب القائمة سد للباب أمام الأعوان الإقتصادين في إيجاد الشروط التعسفية التي يفرضونها على المستهلك، إذا يجد نفسه محاصرا بنظام القائمة وهذا ما يجعله من جهة يبحث عن شروط خارج هذه القائمة وهو أمر ليس باليسير، ومن جهة أخرى يتخوف من وضع مثل هذه الشروط وهو ما يشكل آلية وقائية للحماية من الشروط التعسفية. غير أن هذه الحماية لا تعني بأن المستهلك بإمكانه أن يستفيد أيضا من حماية مدنية من الشروط التعسفية.

المطلب الثاني: الحماية المدنية من الشروط التعسفية

تقتضي الحماية المدنية من الشروط التعسفية أن ينص المشرع على بطلان الشرط التعسفي الذي يدرجه العون لاقتصادي في العقد **(الفرع الأول)**، كما لا بد من منح المستهلك الحق في التعويض نتيجة الأضرار التي تعرض لها من جراء إدراج هذا الشرط**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول: بطلان الشرط التعسفي.

ينبغي أن نشير في هذا الصدد بأن المشرع الجزائري لم ينص على الجزاء المتمثل في بطلان الشرط التعسفي، وهذا ما يدفعنا إلى دراسة وتحليل موقف المشرع الجزائري **(أولا)**، ثم دراسة موقف بعض التشريعات المقارنة التي ذهبت فعلا إلى تقرير الجزاء المتمثل في البطلان عندما يتعلق الأمر بالشروط التعسفية **(ثانيا)**.

أولا - دراسة موقف المشرع الجزائري من بطلان الشرط التعسفي: إن المتأمل والمتمعن في نصوص القانون 04–02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سوف يلاحظ دون أدنى شك بأن المشرع الجزائري لم ينص على جزاء مدني، وخاصة الجزاء المتمثل في إمكانية إبطال الشروط التعسفية في حالة فرضها من قبل العون الاقتصادي.

يرى بعض الفقه[1] بأنه لا مبرر لسكوت المشرع الجزائري عن الجزاء المدني – خاصة الجزاء المتمثل في بطلان الشرط التعسفي– حتى وأن كان يتصور بأن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني وخاصة نص المادة 110 السالفة الذكر، لأن ذلك التفسير يتعارض خاصة مع ما أوردته نص المادة 29 من القانون 04-02 كقائمة سوداء بالشروط التعسفية، والتي لا يكون للقاضي إزاءها أي سلطة تقديرية، بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 ق م بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء الطرف المذعن من الخضوع للشرط، فضلا على أن سلطة القاضي وفقا لعبارات المادة 110

[1] - أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص ص 141-142.

في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها جوازيه، وليست وجوبية فيجوز لقاضي الموضوع أن لا يستعمل الرخصة المخولة له من قبل المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان، وهو ما يشكل في رأينا قصورا في حماية المستهلك من الشروط التعسفية في حالة ما إذا كان المقصود من قبل المشرع الجزائري هو إعمال هذا النص فعلا.

ويرفض نفس الفقه أيضا تبرير موقف المشرع الجزائري من عدم النص على الجزاء المدني، انطلاقا من نظرية إنقاص العقد[1] في هذه الحالة، على أساس أن هناك من الفقه[2]من انتقد هذه النظرية على أساس أنها تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد، وبالتالي للعقد ذاته، كما أن فكرة انقاص العقد تمثل جزاء غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان.

وأخير ينبغي أن نشير بأن هناك من الفقه[3] في الجزائر من يرى، بضرورة إعمال الجزاء المتمثل في البطلان، رغم عدم النص الصريح عليه من طرف المشرع الجزائري في قانون الممارسات التجارية، وقد برر أصحاب هذا الاتجاه موقفهم هذا بما يلي:

– إن الطابع التجريمي للممارسات التعاقدية التعسفية ينقل هذه الشروط العقدية إلى دائرة النظام العام، بمعنى أن هذه الشروط مخالفة للأحكام المتعلقة بالنظام العام، وبما أنها وردت تحت طائلة العقوبة، فكل شرط مخالف للنظام العام يقع باطلا بطلانا مطلقا[4].

– أما المبرر الثاني فيتعلق بالعبارة التي جاءت في نهاية المادة 30 من القانون 04–02 والتي يمكن أن يستشف منها البطلان حيث نصت هذه المادة على 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". فعبارة منع التي وردت في نص هذه المادة يمكن أن يستشف منها أن العمل بالشروط التعسفية في **العقود** أمر ممنوع قانونا وهذ ما يقتضي بطلانها، رغم أن هذا المنع قد ورد بصورة محتشمة، وفي سياق الاحالة على التنظيم، وليس من صلب القانون 04–02، بل إن المادة 30 المذكورة أعلاه نصت على المنع ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية، وكأن المنع لا يشمل جميع الشروط التعسفية.

إن المبررات السابقة لا سيما المبرر الأول، قد انتهى بجانب من الفقه إلى القول بأن الجزاء –المدني– المترتب على مخالفة إدراج شروط تعسفية في العقود هو بطلان الشروط التعسفية مع استمرار العقد من دونها. وهو ما نؤيده من جهتنا، وهو أيضا ما سارت عليه بعض التشريعات المقارنة.

---

[1] - تقتضي هذه النظرية التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 104 ق م بأنه عندما يكون جزء من العقد باطل أو قابلا للإبطال، فينصب البطلان عليه وحده، ويبقى الجزء الآخر صحيحا متى تبين أن هذا الجزء الباطل لم يكن هو الباعث والدافع إلى إبرام العقد، وإلا كان العقد باطلا كله، راجع في عرض نظرية انتقاص العقد علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ص79، وكذلك محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص276، علي فيلالي، المرجع السابق، ص354.

[2]- أنظر محمد بودالي، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص142.

[3] - أنظر عياض محمد عماد الدين، المرجع السابق، ص176.

[4] - نؤيد أصحاب هذه الاتجاه في طبيعة البطلان، وهو البطلان المطلق نظرا لأن القواعد المتعلقة بالممارسات التجارية التعسفية تهدف إلى حماية المستهلك لكنها جاءت ضمن قواعد الممارسات التجارية التي تهدف بالأساس إلى تنظيم المنافسة وبالتالي تندرج ضمن أحكام النظام العام الاقتصادي، وهو ما يدفع بنا إلى القول بأن نوع البطلان المترتب على إدراج الشروط التعسفية هو **البطلان المطلق**.

ثانيا - دراسة موقف التشريعات المقارنة من مسألة بطلان الشرط التعسفي: إن المشرع الجزائري بعدم إدراجه للجزاء المدني خاصة في صورة البطلان، عندما يتعلق الأمر بالشروط التعسفية قد خالف التشريعات المقارنة، لاسيما المشرع الفرنسي، الذي ذهب من خلال نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين للسلع والخدمات من الشروط التعسفية على أن "... الشروط التعسفية، التي تم الاتفاق عليها بالمخالفة للنصوص القانونية السابقة تعتبر غير مكتوبة"، ثم أعاد المشرع الفرنسي فيما بعد نفس الحكم من خلال المادة L132-1/6 من قانون الاستهلاك لسنة1993[1].

لقد اتجه المشرع المغربي نفس الاتجاه، حينما نص من خلال القانون 11–03 الصادر في 18 فبراير2011 الذي جاء في نص المادة 19 منه " يعتبر باطلا ولاغيا الشرط التعسفي الوارد في العقد المبرم بين المورد والمستهلك،

تطبق باقي مقتضيات العقد الأخرى إذا أمكن أن يبقى العقد قائما بدون الشرط التعسفي المذكور"[2].

يؤكد الفقه على أن العبارة التي أوردها المشرع الفرنسي وهي عبارة **يعتبر كأنه غير مكتوب**، يقصد بها بطلان الشرط التعسفي، غير أن الفقه لم يتفق على نوع هذا البطلان، وهل هو البطلان النسبي أو البطلان المطلق؟.

ذهب جانب من الفقه[3] إلى أن المقصود بالبطلان هنا هو البطلان المطلق، وهو يمثل جزاء فعالا لحماية المستهلك، كونه يتيح الفرصة لجمعيات حماية المستهلكين لرفع دعوى حذف الشروط التعسفية، غير أن هذا النوع من البطلان يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحصول على السلعة أو الخدمة محل العقد الباطل، والتي لا غنى له عنها، وهو ما يتعارض مع مصلحته، التي دفعته إلى إبرام العقد ألا وهي الحاجة إلى المنتوج.

لقد خالف بعض الفقه[4] الرأي السابق واعتبروا أن نوع البطلان المقصود من خلال نص المادة **L 132-1/6** هو البطلان النسبي أي أن البطلان يلحق الشرط لا العقد إذا أمكن، وذلك ما يفهم من الفقرة 8 من نفس المادة التي تنص على بقاء العقد قائما دون الشرط، وهذا ما يعني بأنه من الممكن أن يؤدي بطلان الشرط إلى بطلان العقد كله، وذلك في الحالة التي يكون فيها الشرط جوهريا في العقد.

من جهتنا فإننا نؤيد الرأي الأخير ونضيف إلى ذلك تبريرا يتعلق بطبيعة القواعد موضوع الدراسة، والمتعلق بحماية المستهلك، فهذه القواعد تنتمي إلى النظام العام الحمائي أو الاجتماعي، ولا تندرج ضمن النظام

[1] - Voir Calais Auloy(J) et. Steinmetz(F), Op. Cil. p200.

[2] - ظهير شريف رقم 1.11.03 الذي يحدد تدابير تطبيق حماية المستهلك، المرجع السابق.

[3] - Voir GHESTIN (J) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I), Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996, p55.

[4] - أنظر عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 203، عنتري بوزار شهناز، المرجع السابق، ص75.

العام الاقتصادي،حيث يترتب على مخالفة الأولى البطلان المطلق باعتبار أنها مماثلة للنظام العام السياسي، بينما يترتب على مخالفة الثانية البطلان النسبي[1].

وفي الأخير نقول أن ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والتشريعات المقارنة التي نصت على بطلان الشروط التعسفية اتجاه صائب، عكس المشرع الجزائري الذي لم يكن موقفه صريحا من هذه المسألة وهو اتجاه منتقد، حتى وإن اعتبره بعض الفقه[2] أنه سهو من قبله. لذا فإننا نأمل أن يعدل المشرع عن هذا التوجه و ينص من خلال التعديلات المتعلقة بالشروط التعسفية على الجزاء المتمثل في البطلان. لكن ماذا عن الجزاء المتمثل في التعويض؟.

الفرع الثاني: حق المستهلك في التعويض

إذا قلنا بأن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى الجزاء المدني المترتب على إدراج شرط تعسفي من قبل العون الاقتصادي في العقد، فإن هذا السكوت يشمل أيضا حق المستهلك في المطالبة بالتعويض، فما هو الحل في هذه الحالة؟.

إن الحل الذي يبقى أمام المستهلك، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه جراء إدراج العون الاقتصادي لشرط تعسفي في العقد، هو اللجوء إلى القواعد العامة، وبالضبط إلى قواعد المسؤولية التقصيرية أي بالاستناد إلى نص المادة 124 ق م، وهو ما ليس بالأمر السهل حيث يترتب على المستهلك في هذه الحالة إثبات كل ما يتعلق بالفعل الضار والضرر والعلاقة السببية بينهما. وهذا ما من شأنه أن يرهق المستهلك في مواجهة العون الاقتصادي.

وإضافة إلى ما سبق فقد جاء في نص المادة 65 من القانون 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه " دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي، ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

يلاحظ من خلال النص الأخير أنه يمنح بعض الهيئات الحق في التأسيس كطرف مدني إلى جانب المستهلك في ارتكاب مخالفة إيراد شروط تعسفية ضد المستهلك، للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقها، وتكون المطالبة بالتعويض في هذه الحالة أمام القضاء الجنائي أي ما يسمى بالدعوى المدنية التبعية للدعوى الجزائية، وهو ما يفهم من نص المادة 65 أعلاه، إضافة إلى أن النص الأخير جاء تحت أحكام الفصل الثاني المتعلق بمتابعة المخالفات والجنح، وهذا الأخير كما نعلم من اختصاص القضاء الجزائي وهذا طبقا لنص المادة 60 من القانون 04-02 التي جاء فيها ما يلي " تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية".

[1] - أنظر علي فيلالي، ص ص 289-290.

[2] - أنظر شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، ع2، 2009، ص185.

وعليه فإنه يعود له الاختصاص في الفصل في التعويض[1]، وإن كانت هذه المادة قد ذكرت الجهات القضائية على سبيل الإطلاق، ولم تحدد هل هي الجهات القضائية المدنية أم الجزائية، إلا أنه وبما أننا أمام مخالفات في شكل جرائم فإن الاختصاص هنا يعود للجهات القضائية الجزائية.

المطلب الثالث: الحماية الردعية من الشروط التعسفية

إضافة إلى الآليتين السابقتين في حماية المستهلك من الشروط التعسفية، فقد أدرج المشرع ضمن نطاق القواعد التي تهتم بمكافحة الشروط التعسفية، حماية أخرى ردعية، تشكل أكثر فعالية و نجاعة من أجل ضمان تطبيق هذه القواعد وتفادي انتهاكها من قبل العون الاقتصادي، وذلك من خلال إنشاء أجهزة إدارية، وإعطائها المكنات القانونية والمادية والبشرية من أجل السهر على مراقبة وضمان تطبيق النصوص المتعلقة بمحاربة ومكافحة الشروط التعسفية (**فرع أول**)، كما سمح لجمهور المستهلكين من إنشاء جمعيات يمكنها أن تلعب دورا مهما في مجال مكافحة الشروط التعسفية (**فرع ثانٍ**)، كما زاد على ذلك بأن جرم الأفعال التي تصدر عن الأعوان الاقتصاديين والتي تهدف إلى انتهاك القواعد التي تجرم إدراج الشروط التعسفية في العقود المبرمة بينهم وبين المستهلكين(**فرع ثالث**).

الفرع الأول: الحماية الإدارية من الشروط التعسفية

بالنسبة للحماية الإدارية المفروضة من قبل المشرع من أجل مكافحة الشروط التعسفية فإنها تقودنا مباشرة إلى، تحديده الأجهزة الإدارية التي خولها المشرع هذا الاختصاص (**أولا**)، وكذا تحديد المكنات القانونية التي أعطاها إياها المشرع في مواجه هذه المخالفات أي الجزاءات الإدارية التي يمكن تسليطها على العون الاقتصادي(**ثانيا**)، كما لا بد من تحديد الأشخاص المؤهلين لمعاينة مثل هذه المخالفات (**ثالثا**).

أولا - الأجهزة الإدارية المكلفة بالرقابة على الشروط التعسفية: من أجل ضمان ومراقبة مدى تطبيق الأحكام المتعلقة بمنع الشروط التعسفية، أنشأ المشرع الجزائري مجموعة من الأجهزة وأوكل إليها اختصاصات تتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، ومن بين أهم هذه الأجهزة، نجد لجنة البنود التعسفية (**1**)، كما تلعب مديرة التجارة دورا مهما في هذا المجال (**2**)، ومن بين هذا الأجهزة أيضا المجلس الوطني لحماية المستهلكين(**3**).

1 - لجنة البنود التعسفية: من أجل فهم دور اللجنة المتعلقة بالشروط التعسفية، في مقاومة ومكافحة هذه الأخيرة، لا بد من التعريج على مفهوم هذا الجهاز(**أ**)، ثم بيان اختصاصاته(**ب**).

أ - مفهوم لجنة البنود التعسفية: تقتضي منا مسألة بيان مفهوم لجنة البنود التعسفية، التعريف بهذه الأخيرة(**أ – أ**)، وبيان كيفية نشأتها (**أ – ب**)، ثم التطرق إلى كيفية تكوين أو تشكيل هذه اللجنة (**أ – ج**).

أ – أ – تعريف لجنة البنود التعسفية: لم يورد المشرع الجزائري ضمن النصوص التي أنشئت من خلالها لجنة البنود التعسفية تعريفا لها، واكتفت ببيان مهامها، في هذا المجال. وانطلاقا من هذه النصوص خاصة نص المادة 6 و 7 من المرسوم 06–306 المذكور أعلاه، يمكن تعريفها بأنها هيئة إدارية أنشأها المشرع من أجل

[1] - أنظر عنتري يوزار شهناز، المرجع السابق، ص 76.

ممارسة مهام الرقابة وتقديم استشارتها وتوصياتها في كل ما يتعلق بالشروط التعسفية التي يمكن أن تدرج في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، وممارسة أعمال الدراسة والخبرة في كل ما يتعلق بكيفية تطبيق هذه العقود، وجميع ما يتعلق بالمسائل المرتبطة باختصاصاتها.

هذا وقد عرف بعض الفقه[1] لجنة البنود التعسفية بأنها تنظيم قانوني أوجده المشرع الفرنسي بالإضافة إلى الأنظمة القانونية الأخرى – القضاء – لدعم الحماية المرجوة لمصالح المستهلكين المعرضين للاعتداء من جانب المهنيين الذين يرتبطون مع الأولين بعقود استهلاك يغلب عليها طابع عقود الإذعان.

ويبدو أنه من دواعي وأسباب إنشاء هذه اللجنة، تولي المهام المرتبطة بالرقابة على البنود التعسفية التي يدرجها الأعوان الاقتصاديين ورفع تقارير بذلك إلى الجهة أو الهيئة الوصية وهي وزارة التجارة، وهذه الأخيرة يمكنها أيضا اتخاذ تدابير بهذا الشأن، كالقيام بتحيين القائمة التي تحدد بعض الشروط التعسفية المعمول بها في الواقع، فهي بمثابة عين للجهة الوصية على العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، فيما يتعلق بالشروط التعسفية. لكن متى تم إنشاء هذه اللجنة في الجزائر؟.

أ – ب – نشأة لجنة البنود التعسفية: بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يعرف لجنة البنود التعسفية إلا منذ صدور المرسوم التنفيذي 06–306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، وذلك من خلال الفصل الثالث، تحت عنوان لجنة البنود التعسفية في المواد من 6 إلى 16 من هذا المرسوم.

ويبدو أن نشأة لجنة البنود التعسفية في الجزائر حديثة مقارنة بالقانون الفرنسي الذي أنشأ هذه اللجنة في قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بإعلام وحماية المستهلك بالسلع والخدمات، من خلال المادة 36 منه، أين استهدف المشرع الفرنسي من خلال ذلك استبعاد الشروط التعسفية التي تحتويها عقود الاستهلاك، وقد كان المشروع المقدم من الحكومة ينص في البداية، على إسناد هذه المهمة إلى المحاكم، وبعد الانتقادات التي وجهت إلى ذلك المشروع عند عرضه على الجمعية العامة (البرلمان)، عهد المشرع الفرنسي هذه المهمة إلى الحكومة، على أن يعاونها في ذلك لجنة البنود التعسفية، التي تتبع وزير الاستهلاك[2].

وقد أخذ المشرع الفرنسي بهذا الحل الأخير سنة 1993، وأقر بتبعية لجنة البنود التعسفية إلى وزير شؤون الاستهلاك من خلال المادة L132-2[3]، إلا أنه وبموجب الإصلاح الذي قام به المشرع الفرنسي سنة 2010 بموجب القانون 2010/737 المؤرخ في 1 جويلية 2010 والساري المفعول في 1 جانفي 2011 قام بإلحاق هذه اللجنة بأجهزة المعهد الوطني للاستهلاك[4].

وإذا كان موقف المشرع الجزائري يبدو متأخرا، مقارنة بالمشرع الفرنسي في استحداث الهيئة المتمثلة في لحنة البنود التعسفية، إلا أنه يعتبر من متصدري إنشاء هذه اللجنة إذا ما تمت مقارنته بالتشريعات العربية، التي

[1] - راجع حمد الله محمد حمد الله، حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية- دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1997، ص 135. نقلا عن، أحمد بورزق، المرجع السابق، ص299.

[2] - أنظر المرجع نفسه، ص136.

[3] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص299.

[4] -Voir Claire- Marie PEGLION-ZIKA, op cit, p 284.

مازالت معظمها لم تتبنى هذه اللجنة، رغم إصدارها لقوانين متعلقة بحماية المستهلك، وعلى الرغم من نصها على مكافحة الشروط التعسفية مثل المشرع المغربي مثلا، كما أن المشرع المصري لم يشر إلى هذه الهيئة ضمن قانون حماية المستهلك لسنة 2006.

أ – ج – **كيفية تشكيل لجنة البنود التعسفية:** لقد نص المشرع الجزائري على التشكيلة التي تتكون منها لجنة البنود التعسفية[1]، وذلك من خلال نص المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06–306 والتي جاء فيها ما يلي " تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

– ممثل واحد (1) عن الوزير المكلف بالتجارة مختص في مجال الممارسات التجارية رئيسا،

– ممثل واحد (1) عن وزير العدل مختص في قانون العقود،

– عضو (1) من مجلس المنافسة،

– متعاملين اقتصاديين (2) عضوين في الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة ومؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود،

– ممثلين (2) عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود، يمكن للجنة أن تستعين بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها".

ويلاحظ من متن نص المادة 8 أعلاه، أن لجنة البنود التعسفية تتكون من 7 أعضاء راع فيهم المشرع عدة عوامل، منها الخبرة ومسألة الاختصاص الإداري، ومن أجل تحقيق التوازن بين فئة الأعوان الاقتصاديين وفئة المستهلكين فقد، جعل ممثلين عن هذه الأخيرة، كما منح المشرع اللجنة سلطة اختيار بعض الأشخاص الذين يمكن أن يساعد تعيينهم في أداء اللجنة للمهام المنوطة بها.

وقد عدل المشرع عن التشكيلة السابقة بموجب المرسوم التنفيذي 08–44 المؤرخ في 3 فبراير 2008 [2]حيث جاء في نص المادة 8 منه بأنه " تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين موزعين كما يلي:

– ممثلان (2) عن الوزير المكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسات التجارية.

– ممثلان (2) عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.

---

[1] - Selon l'article R. 534-1 du Code de la consommation, la Commission des clauses abusives est composée de treize membres :

-un magistrat de l'ordre judiciaire, président;

-deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'État (l'un deux est vice-président),

-deux personnalités qualifiées en matière de droit ou de technique des contrats , choisies après avis du Conseil national de la consommation;

-quatre représentants des professionnels;

-quatre représentants des consommateurs.

Cette composition originale qui repose sur la parité entre professionnels et consommateurs révèle l'intention du législateur de « résoudre le problème des clauses abusives par la concertation plutôt que par la contrainte, par soft Law plutôt que hard law. Voir Claire- Marie PEGLION-ZIKA, op cit, p 284.

[2] - وهو المرسوم الذي يعدل المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر ج، ع07.

- ممثلان (2) عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان (2) يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة و للصناعة مؤهلان في مجال القانون والعقود.
- ممثلان (2) عن جمعية حماية المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.

يمكن للجنة أن تستعين بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها"

يلاحظ من خلال نص المادة 8 من المرسوم 08-44 المذكور أعلاه التغيير الذي أحدثه المشرع، على مستوى التشكيلة من حيث العدد، حيث أصبح عددهم 10 أعضاء بعدما كان سبعة أعضاء، كما جعل من التشكيلة مقسمة إلى مجموعتين، مجموعة الأعضاء الدائمين، ومجموعة الأعضاء المستخلفين.

وفيما يتعلق بكيفية تعيين الأشخاص المذكورين في نص المادة 8 المذكور أعلاه ومدة تعيينهم فقد نصت المادة 9 من المرسوم 06-306 المذكور أعلاه بأنه " تحدد القائمة الاسمية لأعضاء اللجنة بقرار من الوزير المكلف بالتجارة، باقتراح من الوزراء والمؤسسات المعنية.

يعين أعضاء اللجنة لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد.

تنتهي عهدتهم حسب الأشكال نفسها".

وقد عالج المشرع أيضا مسألة مهمة تتعلق بأعضاء اللجنة، وهي الحالة التي يقوم فيها أحد الأعضاء بالانقطاع عن ممارسة مهامه داخل اللجنة، حيث تنهى مهام هذا العضو، وقد نص المشرع على أن إنهاء المهام يكون عن طريق نفس الطريقة التي يتم بها التعين إما عن طريق قرار صادر من الوزير المكلف بالتجارة، الذي يعين عضوا آخر يخلفه مع احترم التشكيلة المنصوص عليها في نص المادة 8 المذكور أعلاه ، ويمارس العضو الجديد نفس المهام المنوطة بالعضو الذي تم استبداله إلى غاية انتهاء العهدة[1].

ب – اختصاصات لجنة البنود التعسفية: تمارس لجنة البنود التعسفية مجموعة من الاختصاصات التي أوكلها لها المشرع من خلال المرسوم 06-306 المذكور أعلاه، عن طريق اتخاذ بعض القرارات في مجال الشروط التعسفية، وإرسال محاضر بذالك، وهذا يتطلب تحديد الاختصاصات التي أوكلها المشرع لهذه الهيئة **(ب – أ)**، ثم التطرق إلى الكيفية التي تمارس بها هذه الاختصاصات **(ب– ب)**.

ب – أ– تحديد اختصاصات لجنة البنود التعسفية: حدد المشرع اختصاصات لجنة البنود التعسفية من خلال المادة 7 من المرسوم 06-306 والتي نصت على ما يلي " تكلف اللجنة لا سيما بالمهام الآتية:

- تبحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبنود ذات الطابع التعسفي، كما تصنع توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية،
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/ أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين،
- يمكنها مباشرة كل عمل آخر يدخل في مجال اختصاصها".

[1] - أنظر المادة 9 من المرسوم التنفيذي 06-306 المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

يلاحظ من خلال نص المادة 7 المذكور أعلاه أن المشرع وإن حدد بعض اختصاصات لجنة البنود التعسفية والمتعلقة بالرقابة على العقود التي يوجهها الأعوان الاقتصاديين إلى المستهلكين والشروط ذات الطابع التعسفي، وكذا ممارسة أعمال الخبرة والدراسة التي من شأنها الكشف عن كل طابع تعسفي يمكن أن تتصف به بعض الشروط في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، فإنه منحها أيضا الحرية من خلال الفقرة الأخيرة من نص هذه المادة الذي يوحي بإطلاق اختصاص لجنة البنود التعسفية في ممارسة جميع الأعمال التي ترى بأنها تدخل في مجال اختصاصها، وهو ما يجعلنا نقول بأن اختصاص لجنة البنود التعسفية في التشريع الجزائري هو اختصاص مطلق وغير مقيد، فمتى قدرت اللجنة أن مباشرة عمل معين يدخل ضمن نطاق اختصاصها قامت بهذا العمل.

وإضافة إلى المهام المسندة إلى لجنة البنود التعسفية من خلال نص المادة 7 المذكور أعلاه، فإنه تختص بمهام أخرى، تتمثل في العمل على نشر الآراء والتوصيات وكل المعلومات المفيدة، عن طريق الوسيلة الملائمة لذلك، زيادة على إعداد تقرير يسمى تقرير نشاط، يتم تبليغ هذا التقرير إلى الوزير المكلف بالتجارة، وينشر بشكل كلي، أو عن طريق مستخرجات منه، بالوسائل الملائمة لذلك[1].

وإذا ما قارنا المهام والاختصاصات السالفة الذكر للجنة البنود التعسفية في الجزائر، بالمهام الموكلة إلى لجنة الشروط التعسفية في فرنسا، والمتمثلة في إبداء الرأي حول مشروعات النصوص التشريعية المتعلقة بالشروط التعسفية، وكذا إصدار توصيات تتعلق بالشروط التعسفية، وتقديم المشورة بناء على طلب القضاء، ونشر تقرير سنوي عن نشاطها[2]، فإنه يمكن القول بأن نشاط لجنة البنود التعسفية في الجزائر شبيه بدرجة كبيرة بنشاط لجنة الشروط التعسفية في فرنسا، ما عدا ما تعلق منه بتقديم الاستشارة إلى القضاء التي لم يشر إليها المشرع الجزائري.

ويجب الإشارة إلى أن اختصاص لجنة البنود التعسفية، يتحدد بالرقابة على العقود، والشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها هذه العقود، عندما يتعلق الأمر بعقود مبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، ولا علاقة لها بالعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين أو الشروط التعسفية في العلاقة التعاقدية بينهم، وهذا ما يفهم سواء من خلال تسمية المرسوم في حد ذاته، أو من خلال المهام المسندة للجنة البنود التعسفية، أعلاه فكلها تشير بأن اختصاص لجنة البنود التعسفية، نطاقه يتحدد بالعلاقة بين الأعوان الاقتصاديين، والمستهلكين، وهو ما يعزز رأينا، السابق، والاتجاه الفقهي أيضا الذي ذهب إلى أن المشرع قد قصد من الحماية من الشروط التعسفية في قواعد الممارسات التجارية فئة المستهلكين[3].

إن الرأي الأخير الذي خلصنا إليه، يوافق موقف لجنة الشروط التعسفية في فرنسا، في 14 سبتمبر 1994، حيث كانت المحكمة التجارية **بسان نازار**، قد طلبت الرأي في دعوى ناشئة بين شركتين في شأن الصفة

---

[1] - أنظر المادة 12 من المرسوم التنفيذي 06-306 المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[2] - أنظر في نشاط لجنة الشروط التعسفية في فرنسا، المادة2 /1-132 L, L132-4, R132-6, L132-5.

[3] - أنظر الصفحة 46.

المزعوم بأنها تعسفية لشرط متعلق بعقد خاص بصيانة جهاز تليفوني، ورأت اللجنة أن الشرط المتنازع في شأنه وارد في عقد مبرم بين اثنين من أصحاب المهن، بغية تلبية احتياجات مهنية، ومن ثم أعربت عن رأيها بأنها غير مختصة بتقديم مشورتها، وتمسكت بأن صفة غير المهني أو المستهلك لا يعتد بها إطلاقا إزاء صاحب المهنة الذي يتعاقد من أجل احتياجات مهنية[1].

إن الحل الذي توصلنا إليه، والذي ذهبت إليه لجنة البنود التعسفية في فرنسا، والمتعلق بتحديد اختصاصها في مجال مكافحة الشروط التعسفية بعقود الاستهلاك، واكتساب المتعاقد لصفة المستهلك، هو الرأي نفسه الذي يجب أن تتبناه لجنة البنود التعسفية في الجزائر، عندما يطلب منها أو تخطر من أجل معاينة شروط تعسفية، في عقود بين الأعوان الاقتصاديين، فيجب عليها في هذه الحالة أن تدفع بعدم الاختصاص لعدم توافر صفة المستهلك في المتعاقد.

ب – ب – كيفية ممارسة لجنة البنود التعسفية لاختصاصاتها: تنبغي الإشارة إلى أن ممارسة لجنة البنود التعسفية للأعمال التي تدخل ضمن اختصاصها، مرتبط ابتداء بإجراء أولي يتمثل في الإخطار، وهذا الإجراء يمكن أن يكون من طرف اللجنة في حد ذاتها، كما يمكن أن يمارس من قبل أطراف وهيئات أخرى، تتمثل أساسا في الوزير المكلف بالتجارة، أو من قبل كل إدارة أو جمعية مهنية وكل جمعية حماية المستهلكين، وأية مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك[2].

وينبغي الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي يشترط نفس الإجراء أيضا، حيث أن ممارسة لجنة البنود التعسفية لعملها، مرتبط إما بطلب من الوزير المكلف بالاستهلاك، وإما بطلب من الجمعيات المعتمدة للدفاع عن المستهلكين، أو بطلب من المهنيين المعنيين بتلك الشروط، كما أنها تستطيع أن تقوم بممارسة عملها من تلقاء نفسها[3].

وفيما يتعلق بأعمال لجنة البنود التعسفية، فإن اللجنة تمارس أعمالها عن طريق دورات عادية، حددها القانون بمرة على الأقل كل ثلاثة أشهر، كما يمكن للجنة أن تعقد دورة استثنائية، وفي جميع الحالات فإن اجتماع اللجنة يجب أن تحترم فيه مجموعة من الشروط وذلك كما يلي[4]:

- يجب أن يكون الانعقاد بحضور نصف أعضاء اللجنة على الأقل، إلا أن المشرع يضع استثناء على هذا الشرط وذلك في حالة ما إذا تم استدعاء الأعضاء لمرة ثانية، بعد 8 أيام من تاريخ الاستدعاء، ويكون الاجتماع في هذه الحالة، حتى وإن لم يكتمل النصاب.
- تأخذ قرارات اللجنة بأغلبية الأصوات الحاضرين، أي النصف زائد واحد، وفي حالة التساوي ترجح الكفة عن طريق صوت الرئيس.

---

[1] - أنظر إسلام عبد المقصود سعد، المرجع السابق، ص35.

[2] - أنظر المادة 11 من المرسوم التنفيذي 06-306 المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[3] - أنظر سي الطيب محمد الأمين، المرجع السابق، ص128.

[4] - أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 06-306 المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

وبالإضافة إلى الشروط السابقة المنصوص عليها، في المادة 13 من المرسوم 06-306، فهناك شروط أخرى تتعلق بكيفية إرسال الاستدعاءات إلى الأعضاء، وأخرى تتعلق بحالات التنافي لحضور جلسات اللجنة.

وفيما يتعلق بالحالة المتعلقة باستدعاء أعضاء اللجنة، فإنه يجب استدعاء الأعضاء وفقا للشكل الذي نص عليه المشرع في المادة 14 من المرسوم 06-306 التي جاء فيها ما يلي " ترسل استدعاءات فردية إلى أعضاء اللجنة مع تحديد تاريخ الاجتماع وتوقيته ومكانه وجداول أعمال قبل خمسة عشر (15) يوما على الأقل من تاريخ الاجتماع، ويمكن تقليص الأجل إلى ثمانية أيام فيما يخص الدورات الاستثنائية".

أما الشرط أو الحالة المتعلقة بحالة التنافي، لحضور اجتماع مداولات اللجنة من قبل أحد الأعضاء، فتتمثل في الحالات التالية[1]:

- الحالة التي يكون فيها للعضو مصلحة في المداولة، وذلك أن يكون أحد الأعوان الاقتصاديين وممثلا للأعوان الاقتصاديين لدى للجنة من جهة أخرى، وتتعلق المداولة بالبحث على عقد طبقه هو على المستهلكين، والنظر فيما إذا كانت الشروط التي تضمنها هذا العقد شروط تعسفية، ففي هذه الحالة لا يمكن للعون الاقتصادي أن يحضر المداولة، لأن مصلحته جلية في عدم اعتبار الشرط تعسفي رغم أنه كذلك، ونفس الأمر بالنسبة للمستهلك عندما يكون المستهلك ممثلا عن المستهلكين، وفي نفس الوقت طرفا في العقد، إذا تبدو مصلحة المستهلك في هذه الحالة، في اعتبار الشرط تعسفيا حتى وإن لم يكن الشرط يحمل هذا الطابع، وهو اتجاه محمود من قبل المشرع من أجل عدم جعل مداولات اللجنة تحت رحمة المصالح الشخصية، وهذا ما قد يجعلها تخرج من أداة لحماية المستهلكين من الشروط التعسفية إلى أداة للصراع بين هاتين الطائفتين.
- كذلك يدخل في حالات التنافي حالات القرابة، إلى غاية الدرجة الرابعة، وذلك كأن يكون أحد الأعضاء أخ، أو أب، أو عم كما يعد من جهة أخرى أقارب الزوج في نفس الدرجة للزوجة، والعكس صحيح، وعلى العموم فإن تحديد درجة القرابة يتم وفقا لما هو منصوص عليه في القواعد العامة[2]، فإذا ثبتت القرابة إلى غاية الدرجة الرابعة، يستبعد العضو من حضور المداولة، وإلا كانت المداولة باطلة.
- ومن بين حالات التنافي أيضا الحالة التي يكون فيها العضو قد مثل، أو يمثل أحد الأطراف المعنية، وذلك مثلا بأن يكون ممثل العون الاقتصادي، ممثلا لشركة معينة، أو سبق له أن مثلها، ويكون العقد محل البحث من إبرام هذه الشركة، لأن القانون في مثل هذه الحالة يمنع على العضو حضور المداولة، فهو تحت حالات التنافي.

---

[1] - أنظر المادة 16 من المرسوم التنفيذي 06-306 المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[2] - حيث نصت المادة 34 من الأمر 75-58 المضمن ق م بأنه **"** يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل ما عد هذا الأصل، وعند ترتيب درجة الحواشي، تعد الدرجات صعودا من الفرع إلى الأصل المشترك، ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عد الأصل المشترك يعد درجة**"**. كما نصت المادة 35 من القانون نفسه، بأنه **"** يعتبر أقارب الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر**".**

ووفقا لما تقدم فإن أي عضو، تثبت فيه حالة من الحالات السابقة، يمنع عليه حضور المداولة، فإذا حدث وأن حضر المداولة رغم توفر حالة من الحالات السابقة، فإن المداولة في هذه الحالة تقع باطلة.

وتجدر الإشارة إلى أن مداولة لجنة البنود التعسفية، يجب أن تكلل في الأخير بإعداد محاضر مرقمة ومرتبة، وموقعة من طرف رئيس اللجنة[1].

1- مديرية التجارة: تلعب مديرية التجارة دورا بارزا في مكافحة أو محاربة الشروط التعسفية، رغم أن مختلف الدراسات التي قدمت في مجال محاربة الشروط التعسفية لم تشر إلى هذا الدور، فعلى سبيل المثال، فإن مديرية التجارة تلعب دورا مهما في مجال مكافحة الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين.

وفي مجال الحديث عن دور مديرية التجارة في مكافحة الشروط التعسفية، يمكن مثلا ذكر الدور الذي لعبته، بعض المديريات على مستوى الوطن في مكافحة الشروط التعسفية، في العقود المتعلقة ببيع السيارات الجديدة، حيث تقوم مديرية التجارة لولاية باتنة في هذا المجال بمعالجة الشكاوى التي تقدم لها في إطار تسويق المركبات الجديدة، بمجرد إيداع الشكوى إلى المصالح المختصة فإن الفرقة الخاصة بهذا الغرض تقوم بمعالجتها بإتباع المراحل التالية[2]:

- التحقق من صحة الشكوى وبأنها لا تمس الأنظمة والقوانين المعمول بها.
- المعاينة الميدانية للعون الاقتصادي المشتكى منه (وكيل معتمد، تجارة بالجملة للسيارات الجديدة، تجارة بالتجزئة للسيارات الجديدة)، وفي هذه الحالة يمكن أن يطلب منه كل الوثائق اللازمة للمعاينة.
- التحقق من صحة جميع الوثائق (بالنسبة للمستهلك والعون الاقتصادي)، ومن أهم هذه الوثائق:
- سند الطلبية (BON DE COMMANDE)، حيث يعتبر سند الطلبية في هذه الحالة بمثابة العقد الذي يبرم بين العون الاقتصادي والمستهلك، وفيه يتم تحديد جميع المواصفات التقنية والشكلية للسيارة، ثمن السيارة بجميع الرسوم وكذا أجل التسليم.
- صك الدفع (RECU DE VERSSMENT) حيث يجب أن يكون الثمن الذي تبينه صكوك الدفع مطابق للثمن المقرر في سند الطلبية.
- وصل التسليم (BON DE LIVRAISION)، والذي يوضح تاريخ التسليم ويبين أن السيارة مطابقة للمواصفات وخالية من العيوب.

وفي حالة ما إذا أثبتت المعاينة صحة الشكوى، ووجود مخالفة تتعلق بالشروط التعسفية في المجال المذكور، فإنها تقوم بمجموعة من الإجراءات، إما اتجاه العون الاقتصادي مرتكب المخالفة، أو اتجاه المستهلك[3].

---

[1] - أنظر المادة 15 من المرسوم التنفيذي، 06-306 المتضمن العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المرجع السابق.

[2] - أنظر برنة عبد العزيز، المرجع السابق، ص8.

[3] - راجع في الإجراءات المتخذة في حالة معاينة المخالفة، المرجع نفسه، ص ص 8 -9.

وبالنسبة للإجراءات التي يتم اتخاذها ضد العون الاقتصادي، فإنه يتم تحرير محضر رسمي ضده في هذه الحالة، أو إعطائه إعذار من أجل تسوية وضعيته وذلك حسب المخالفة المرتكبة، وفي حالة ارتكابه لمخالفة ممارسات تعاقدية تعسفية، يتم تحرير محضر رسمي ضده، حيث يتم اقتراح مبلغ المصالحة على العون الاقتصادي بقيمة تتراوح ما بين (50.000 دج و 5.000.000 دج)، وفي حال رفض العون الاقتصادي لغرامة المصالحة فإنه يتم تحويل المحضر إلى المصالح الاقتصادية من أجل اتخاذ الإجراءات المناسبة.

أما بالنسبة للمستهلك، فإنه يمكن أن تتم حل الشكوى المقدمة عن طريق التراضي بين الطرفين، وفقا لما هو منصوص عليه في المادة 32 من المرسوم التنفيذي 15-58 حيث جاء في نص هذه المادة بأنه:" في حالة عدم احترام شروط الطلبية يمكن للطرفين أن يتفقا على حل بالتراضي، وفي حالة رفض الزبون للحل المقترح يجب على الوكيل أن يقوم في غضون ثمانية أيام بإرجاع مبلغ التسبيق أو المبلغ الإجمالي المدفوع للزبون مع غرامة قدرها عشرة في المائة (10%) من سعر المبلغ".

صحيح أن لجنة مديرية التجارة قد تلعب دورا مهما في مكافحة الشروط والبنود المعتبرة بأنها تعسفية في العقود مثلما وضحنا في المثال المقدم حول تسويق المركبات الجديدة، غير أن التخوف هنا أن قلة التخصص، وقلة خبرة بعض المراقبين قد تجعلهم يطبقون القواعد المتعلق بالحماية من الممارسات التجارية التعسفية، حتى في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين، أي عدم مراعاة ضرورة توافر صفة المستهلك، وكمثال على ذلك فإنه لا يستفيد من الحماية من الممارسات التعسفية في مفهوم القانون 04-02، والمرسوم التنفيذي 06-306 الشخص الذي يقتني سيارة من أجل مهنته وليس من أجل تلبية حاجياته الشخصية، كالشخص الذي يقتني مثلا سيارة من أجل استخدامها في أمور تجارته، كالخباز الذي يقتني سيارة من أجل توزيع الخبز، والشخص الذي يقتني سيارة من أجل استعمالها كسيارة أجرة، فكل هؤلاء لا يستفيدون من الحماية من الشروط التعسفية.

2 - المجلس الوطني لحماية المستهلكين: تم إنشاء المجلس الوطني لحماية المستهلكين في الجزائر لأول مرة بموجب القانون 89-02، المتعلق بحماية المستهلك الملغى، وذلك بموجب المادة 24 منه التي كانت تنص على أنه " ينشأ مجلس وطني لحماية المستهلكين، يقوم بإبداء الرأي واقتراح الترتيبات التي تساهم في تحسين الوقاية من المخاطر في مجال سلامة المنتوجات والخدمات المقدمة للمستهلكين.

ويحدد تشكليه واختصاصه عن طريق التنظيم".

وبما أن المادة التي نصت على إنشاء المجلس قد أحالت على التنظيم فيما يتعلق بتحديد اختصاصاته، وتشكيلته فقد صدر فيما بعد المرسوم التنفيذي رقم 272/92 في 6 جويلية 1992[1].

وقد احتفظ المشرع الجزائري، بالهيئة المتمثلة في المجلس الوطني للمستهلكين، بموجب قانون 09-03 المتضمن ق ح م ق غ، وذلك من خلال نص المادة 24 منه التي جاء فيها ما يلي " ينشأ مجلس وطني لحماية المستهلكين يقوم بإبداء الرأي واقتراح التدابير التي تساهم في تطوير وترقية سياسات حماية المستهلك.

تحدد تشكيلة المجلس واختصاصاته عن طريق التنظيم".

[1] - المرسوم الذي يحدد تشكيلة واختصاصات المجلس الوطني لحماية المستهلكين، ج ر ج، ع52.

وقد صدر المرسوم التنفيذي الذي يحدد اختصاصات المجلس وتشكيلته، سنة 2012[1]، أين تم إلغاء المرسوم السابق 272/92.

ويمارس المجلس الوطني لحماية المستهلكين حاليا في الجزائر دور استشاري في كل ما له علاقة بحماية المستهلك، ومن خلال هذه الدور يمكن تقديم آراء أو توصيات تتعلق باستبعاد ومحاربة الشروط التعسفية التي يمكن أن يتعرض لها المستهلكين، خاصة وأنه يبدي رأيه في مشاريع القوانين والتنظيمات المتعلقة بهذا المجال[2]. إلا أن الواقع يثبت اليوم عدم فعالية هذا الجهاز في الواقع.

ثانيا - الجزاءات الإدارية المفروضة على الشروط التعسفية: لقد نص المشرع الجزائري على عقوبات إدارية تطبيق على العون الاقتصادي الذي خالف أحكام القانون 04-02، ومن بينها تلك المخالفات المتعلقة بالممارسات التعاقدية التعسفية حيث نصت المادة 47 منه على ما يلي " يتخذ إجراء الغلق الإداري المنصوص عليه في المادة 46 أعلاه وفق نفس الشروط في حالة العود لكل مخالفات أحكام هذا القانون.

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

تضاعف العقوبة في حالة العود، ويمكن القاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة، أو شطبه من السجل التجاري...".

وقد أضافت المادة 48 من نفس القانون " يمكن للوالي المختص إقليميا، وكذا القاضي أن يأمرا على نفقة مرتكب المخالفة، أو المحكوم عليه نهائيا، بنشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددنها".

يُستشف من النصين السابقين، أن العقوبات الإدارية التي يمكن أن تسلط أو تطبق على العون الاقتصادي عند ارتكابه لمخالفة ممارسات تعاقدية تعسفية، تتمثل في الغلق الإداري **(1)**، المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري **(2)**، نشر القرار المتخذ ضد العون الاقتصادي **(3)**.

1 - الغلق الإداري: نص المشرع الجزائري على الجزاء الإداري المتمثل في غلق المحلات، من خلال نص المادة 46 من قانون الممارسات التجارية، إلا أنه ربطه بارتكاب مخالفات معينة، لم تكن من ضمنها المخالفات المتعلقة بمخالفات ممارسات تجاربه تعسفية، غير أن نص المادة 47 قد نص على أن إجراء الغلق بمفهوم المادة 46 يطبق في حالة العود لجميع أحكام القانون 04-02، ومن بينها حالة العود لارتكاب مخالفة ممارسات تجارية تعسفية[3].

إن تطبيق عقوبة الغلق كما يتضح في مجال ارتكاب مخالفات ممارسات تجارية تعسفية مرتبطة بحالة بالعود، والعود في الحقيقة هو نظام في الأصل معروف في قانون العقوبات، إلا أن المشرع هنا خصه بأحكام

[1] - أنظر المرسوم التنفيذي 12-355 المؤرخ في 02 أكتوبر 2012م، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلك واختصاصاته، ج ر ج، ع56.
[2] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص307.
[3] - أنظر المادة 47 الفقرة 1 من القانون 04-02، المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

خاصة، حيث يعتبر في حالة عود في مفهوم قانون الممارسات التجارية كل عون اقتصادي، يقوم بمخالفة أخرى، رغم صدور عقوبة في حقه منذ أقل من سنة[1].

وفيما يتعلق بإجراءات وآثار العقوبة المتمثلة في الغلق الإداري للمحلات، فقد نص عليها المشرع من خلال المادة 47 من قانون الممارسات التجارية حيث تتم إجراءات الغلق من طرف هيئة معينة، وهي الوالي المختص إقليما، بناءً على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة، بواسطة قرار، لمدة لا تتجاوز 30 يوما[2].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد غير من الهيئة التي تختص بإصدار قرار الغلق في القانون 04-02، فبعدما كان قرار الغلق يصدر بموجب مقرر صادر عن الوزير المكلف بالتجارة، ويكون من تنفيذ الوالي المختص إقليميا في ضوء المرسوم التنفيذ 95-06 الملغى، فقد أصبح من اختصاص الوالي، بناء على اقتراح من المدير الولائي المكلف بالتجارة وفقا لما تقدم.

ومن أجل ضمان عدم ظلم العون الاقتصادي، فقد كفل له المشرع حق الطعن في القرار الصادر من الوالي أمام العدالة، واستعمل المشرع هنا مصطلح العدالة، إلا أن الاختصاص هنا يعود إلى القضاء الإداري وبالضبط إلى المحكمة الإدارية لأننا أمام قرار صادر عن والي وهذا ما تقضي به المواد 800 و801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3].

وفي حالة ما إذا تم إلغاء القرار المتضمن غلق المحل من طرف القضاء، وكان هذا القرار قد تسبب له في أضرار معينة، فإنه يمكن للعون الاقتصادي المطالبة بالتعويض على هذه الأضرار[4]، التي قد تكون أضرارا مادية ناتجة عن غلق المحل وعدم استغلاله، كما يمكن أن تكون أضرارا معنوية نتيجة خسارة المحل لزبائنه وسمعته جراء هذا الغلق.

وتجدر الإشارة إلى موقف الفقه الايجابي من عقوبة الغلق الإدارية، حيث ذهب البعض إلى أن عقوبة الغلق عقوبة فعالة في إزالة الاضطرابات التي أحدثتها الأفعال المجرمة والمخالفة للتنظيمات والقوانين، ومنع تكرارها في المستقبل فضلا على أنها تحقق العدالة وتعيد التوازن في المراكز الاقتصادية للمؤسسات المتشابهة، ولهذا فإن الحكم بهذه العقوبة يغلب استخدامها في القضايا الماسة بالمستهلك أو القضايا الاقتصادية عموما،

---

[1] - أنظر المادة 47 الفقرة 2، المرجع نفسه.

[2] - أنظر المادة 46 الفقرة 1، المرجع نفسه.

[3] - حيث نصت المادة 800 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق بأنه " المحاكم الإدارية هي جهة الولاية العامة في المنازعات الإدارية.
تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها". كما نصت المادة 801 بأنه " تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:
1- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:
– الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الدولة"..."
- أنظر في اختصاص المحاكم الإدارية في القرارات الصادرة عن الولاية، محمد صغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر- ، 2009، ص ص 261 262.

[4] - أنظر المادة 46 الفقرة 3 من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

نظرا لأن عقوبة الغلق من شأنها أن تضع حد للخطر وذلك بمنع العون الاقتصادي من ممارسة النشاط المخصص له من خلال المنشأة التي يمارس فيها نشاطه[1].

2 - المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري: قد تضاعف عقوبة الغلق الإداري للمحل في حالة العود، إلى المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري، وقد تصل إلى الشطب النهائي من السجل التجاري، وللقاضي سلطة واسعة فيما يخص تسليط أي من العقوبتين، إما المنع المؤقت من ممارسة النشاط التجاري، وإما الشطب نهائيا من السجل التجاري، وكذلك في تحديد مدة المنع، وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 47 الفقرة 2 من القانون 04-02 التي جاء فيها ما يلي " تضاعف العقوبة في حالة العود، ويمكن للقاضي أن يمنع العون الاقتصادي المحكوم عليه من ممارسة نشاطه بصفة مؤقتة، أو شطب سجله التجاري".

3 - نشر القرارات المتخذة ضد العون الاقتصادي: إن نشر الحكم القاضي بالإدانة يعتبر جزاءً مكملا للجزاء الأصلي، ونادرا ما ينص عليه في القانون العام، إلا أنه يغلب النص عليه في مجال حماية المستهلك، لما له من أثر فعال في مكافحة جرائم الإضرار بالمستهلك، حيث يصيب المحكوم عليه في شرفه واعتباره، لذلك لا يجوز الحكم به إلا إذا نص المشرع على ذلك صراحة[2].

وقد تبنى المشرع الجزائري الجزاء المتمثل في النشر كجزاء على مخالفة أحكام قانون الممارسات التجارية، بما فيها الأحكام المتعلقة بالممارسات التجارية التعسفية، وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 48 من القانون 04-02 التي جاء فيها ما يلي" يمكن للوالي المختص إقليميا وكذا القاضي، أن يأمر على نفقة مرتكب المخالفة أو المحكوم عليه نهائيا بنشر قراراتهما كاملة أو خلاصة منها في الصحافة الوطنية أو لصقها بأحرف بارزة في الأماكن التي يحددانها".

إن النص السابق، يمكن أن نستخلص و نستشف منه عدة نقاط تتعلق أساسا بما يلي:

- بالنسبة للجهة المختصة بإصدار أمر النشر، فهو إما من اختصاص الوالي المختص إقليميا، أو من اختصاص القاضي، لذا فإن أمر النشر يمكن أن يكون في شكل قرار إداري صادر عن الوالي، كما يمكن أن يكون في شكل أمر قضائي صادر عن القاضي المختص بنظر القضية المتعلقة بارتكاب مخالفة ممارسات تجارية تعسفية.
- بالنسبة للنفقة أو المصاريف المترتبة على نشر القرار القاضي بالعقوبة، فإن القانون يحملها على عاتق مرتكب المخالفة، أو المحكوم عليه نهائيا، أي أن الحكم بالنشر يمكن أن يكون بمجرد ارتكاب المخالفة، أين يمكن أن يصدر الأمر بالنشر مزامنة مع العقوبة، كما يمكن أن يكون بعد الحكم النهائي، أي بعد استنفاذ جميع طرق الطعن العادية في القرار المتعلق بالعقوبة الأصلية.
- بالنسبة لمضمون نشر القرار، فإنه يمكن أن يتم نشر القرار كاملا، كما يمكن أن يتضمن النشر مجرد عبارة عن الأمر القاضي بالعقوبة.

---

[1] - أنظر عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، المرجع السابق، ص423.

[2] - أنظر نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2010-2011، ص94.

- بالنسبة لوسيلة النشر، فقد نص المشرع بأن النشر يكون في الصحافة الوطنية، أو عن طريق لصقها في الأماكن التي خصصت لهذا الغرض، لذلك فإن نشر الأمر بالإدانة بعقوبة ارتكاب ممارسات تجارية تعسفية يمكن أن يكون عن طريق الصحافة الوطنية بأنواعها سواء المرئية كالتلفاز، أو المسموعة كالإذاعة، أو المقروءة كالجرائد المحتفلة، كما يمكن أن يكون عن طريق لصقه في أماكن مخصصة لنشرها.

وعقوبة نشر الحكم أو القرار القاضي بإدانة العون الاقتصادي تعتبر من أقصى العقوبات حسب رأي بعض الفقه[1]، حيث تؤدي إلى التشهير بالعون الاقتصادي، وزعزعة ثقة الغير المتعامل معه مما يدفعهم إلى الإحجام عن التعامل معه، من ما يضر بسمعة العون الاقتصادي وينعكس عل الذمة المالية له.

وفي رأينا ونظرا لخطورة هذه العقوبة فإنه لو تم تخيير العون الاقتصادي بين عقوبة النشر والغرامة المالية، لاختار الأخيرة لأن أثره مادي ومؤقت وبمكن تداركه بسهولة، عكس الأولى التي يصعب تدارك آثارها.

يلاحظ من خلال ما تقدم أن المشرع قد نص على مجموعة من العقوبات الإدارية، وهي عقوبات مهمة في مجال حماية المستهلك من مخالفة ارتكاب ممارسات تجارية تعسفية من قبل الأعوان الاقتصاديين التعسفية، لكن من هم الأشخاص المكلفون بمعاينة هذه المخالفات؟.

ثالثا - الأشخاص المكلفون بمعاينة ارتكاب مخالفات شروط تعسفية: لقد حدد المشرع الجزائري الأشخاص الذين يمكنهم معاينة المخالفات المترتبة من قبل الأعوان الاقتصاديين، والمنصوص عليها ضمن قواعد الممارسات التجارية، بما فيها المخالفات المتعلقة بالممارسات التجارية التعسفية وذلك من خلال نص المادة 49 من القانون 04-02 حيث نصت هذه المادة على ما يلي " في إطار تطبيق هذا القانون، يؤهل للتحقيق ومعاينة مخالفات، أحكامه، الموظفون الآتي ذكرهم:

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

يجب على الموظفين المذكورين أعلاه، خلال القيام بمهامهم، وتطبيقا لأحكام هذا القانون، أن يبينوا وظيفتهم وأن يقدموا تفويضهم بالعمل".

ومن أجل تسهيل ممارسة مهام الأعوان المنصوص عليهم في المادة 49، فقد أتاح لهم المشرع مجموعة من الصلاحيات نصت عليها المادة 50 من القانون 04-02 حيث يمكنهم في هذا الإطار تفحص كل المستندات الإدارية أو التجارية أو المالية أو المحاسبية، وكذا أية وسائل مغناطيسية أو معلوماتية دون أن يمنعوا من ذلك بحجة السر المهني، كم يمكنهم في هذه الحالة أن يشترطوا استلامها حيث وجدت والقيام بحجزها.

وعلى العموم فإنه ورغم ما قد يبدو من فعالية النصوص السابقة إلا أن الفقه[1]، بدأ يتساءل فعلا، حول إمكانية هؤلاء الموظفين في ظل الصلاحيات التي حددها لهم القانون، في الكشف عن الشروط التعسفية التي قد

[1] - أنظر عادل عمبرات، المسؤولية القانونية للمستهلك، المرجع السابق، ص 429.

تتضمنها العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين؟. فإذا كان الأمر يبدو سهلا بالنسبة للشروط التعسفية التي ورد ذكرها من خلال نص المادة 29 من القانون 04-02، ونص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306 لكن ما مصير الشروط التعسفية الغير مدرجة ضمن هذين النصين والتي بإمكانه أن تودي إلى اختلال ظاهر بالتوازن العقدي تطبيقا للبند السابع من المادة 3 من القانون 04-2؟.

إنه ولإن كان الأمر متيسرا بالنسبة للمخالفات المتعلقة بعدم الإعلام بالأسعار والتعريفات وكذا عدم الإعلام بشروط البيع أو عدم الفوترة والفوترة غير المطابقة، كون أن الأمر هنا يتعلق بوقائع مادية بحتة، فإن الأمر لا يعد بهذه البساطة بالنسبة لمعاينة المخالفات المتعلقة بالشروط التعسفية، لأن الأمر يتعلق بمسائل قانونية أو تقنية بحتة قد يتعذر على ذوي الاختصاص اكتشافها والتحقق منها[2].

يمكن الخروج من الإشكالية السابقة في رأينا وذلك من خلال حلين، إما تعيين مستشارين في مجال معاينة الشروط التعسفية في العقود من بين الأساتذة الجامعين المختصين، في مجال العقود وقانون الاستهلاك وحماية المستهلك، أو قانون الأعمال، بصفة متعاقدين. أو من خلال التعاقد مع الجامعة حول فتح ماستر مهني في مجال حماية المستهلك بما فيها الشروط التعسفية يستفيد منها الأعوان المختصين بمعاينة مخالفات قواعد حماية المستهلك.

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية

نظرا لأن الهيئات والمؤسسات التي أنشأها المشرع الجزائري، قد تتراخى أو تعجز عن تأدية المهمة المنوطة بها في مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية، ونظرا أيضا لعدم وعي جمهور المستهلكين بهذه الحماية وبصفتها وكيفية ممارستها، فقد منح المشرع جمهور المستهلكين الحق في إنشاء جمعيات تطالب بحماية هذه الفئة في جميع المجالات بما فيها مجال حماية المستهلك من الشروط التعسفية، ويبدو دور هذه الجمعيات في هذا المجال سواء من خلال تحسيس المستهلكين حول حقوقهم المتعلقة بالحماية من الشروط التعسفية **(أولا)**، أو من خلال الدور التنازعي الذي تعلبه في هذا المجال **(ثانيا)**.

أولا - الدور التحسيسي من الشروط التعسفية: هناك مقولة مهمة مفادها بأنه **الوقاية خير من العلاج** وفي هذا الصدد تقوم جمعية حماية المستهلك بتحسيس وإعلام المستهلك، وهو دور وقائي لأن الهدف منه هو منع الضرر قبل وقوعه، كما أن هذا الدور يعد دوراً أساسياً ومن أهم الأدوار التي تمارسها الجمعيات[3].

إننا نعتقد إضافة إلى ما سبق أن الدور الذي يمكن أن تلعبه جمعية حماية المستهلكين، عند قيامها بهذا الدور بجدية، يعد أيضا حلا للإشكال السابق الذي طرح فيما يتعلق بصعوبة الكشف عن المخالفات المتمثلة في إدراج شروط تعسفية ضمن العقود، من قبل الهيئات الإدارية التي أوكلها القانون هذه المهمة.

و من أهم الوسائل التحسيسية فيما يتعلق بالشروط التعسفية، هي خروج هذه الجمعيات عن طريق إقامة أيام تحسيسية، وربما يتم في هذه الأيام التحسيسية عرض نماذج عن بعض العقود التي تحتوي على بنود

[1] - أنظر أحمد بورزق، المرجع السابق، ص ص 258- 259.
[2] - أنظر المرجع نفسه، ص259.
[3] - أنظر بن لحرش نوال، المرجع السابق، ص81.

تعسفية، خاصة تلك البنود التي تحمل طابع التعسف ولم بنص عليها القانون، كما يمكن في هذا المجال تبيان كيفية إعمال معيار الاختلال الظاهر في الحقوق والالتزامات بين المستهلك والعون الاقتصادي، للكشف عن الطابع التعسفي للشرط أو الشروط المتضمنة في العقد.

ويمكن لجمعية حماية المستهلك في إطار مكافحة الشروط التعسفية وحماية المستهلك منها القيام بتوعية المستهلك وتوجيهه **(1)**، عن طريق استعمال مجموعة من الوسائل **(2)**.

1 - قيام جمعية حماية المستهلك بتوعيته وتوجيهه: تتمثل الأساليب الفعالة والناجعة في هذا الميدان في إعلام المستهلكين بالشروط التعسفية (أ)، والقيام بالدعاية المضادة **(ب)**، و دعوة جمهور المستهلكين إلى مقاطعة العون الاقتصادي الذي يقوم بإدراج مثل هذه الشروط في العقود التي يبرمها مع المستهلكين**(ج)**.

أ - إعلام المستهلكين بالشروط التعسفية: يتمثل دور جمعية حماية المستهلكين في هذه الحالة في تزويد المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة، بحقوق المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية، وكيفية مواجهتها، والإجراءات التي يجب عليه إتباعها عند تعرضه إلى مثل هذه المخالفات.

وكذلك يمكن ضمن نطاق الإعلام أن تقوم جمعية حماية المستهلكين، من شرح البنود التعسفية التي تضمنتها، المواد 29 من القانون 04-02، و المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306، وأن تبين للمستهلكين، أن هذه البنود التي نص عليها المشرع ليس على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، وأنه يمكن اعتبار بنود أخرى تعسفية انطلاقا من نص المادة 3 من القانون 04-02، والمرسوم التنفيذي 06-306 وذلك بإعمال معيار الاختلال الظاهر في الحقوق والالتزامات.

ب - الدعاية المضادة: الدعاية المضادة ومن خلال تسميتها فهي في العادة تكون بعد ترويج العون الاقتصادي لمنتوج معين، أو طريقة تعاقد معينة تسمح للمستهلك باقتناء منتوجات يرغب فيها، كالبيع بالتقسيط وغيرها، غير أن العون الاقتصادي داخل وسيلة التعاقد التي يعرضها و التي قد تبدو أنها في صالح المستهلك، إلا أنه يلجأ من جهة أخرى إلى تضمين هذه العقود محل الإشهار أو الترويج مجموعة من الشروط التعسفية يثقل بها كاهل المستهلك، أو اكتساب حقوق لا تقابلها التزامات من قبله، وقد لا يتنبه المستهلك لهذه الشروط أمام التهويل الذي يلجأ إليه العون الاقتصادي في ترويج هذه العقود، وأمام حاجة المستهلك الملحة للمنتوجات، فيأتي دور جمعية حماية المستهلك في هذه الحالة من أجل تنبيه المستهلكين ودعوتهم إلى مقاطعة هذه العقود.

ج - دعوة المستهلكين إلى المقاطعة: وإضافة إلى الدعوة المضادة التي تقوم بها جمعية حماية المستهلكين من أجل تبيان الشروط التعسفية في العقود التي يوجهها العون الاقتصادي إلى المستهلكين، وفي حالة عدم ارتداع العون الاقتصادي فإنه يمكن لجمعية حماية المستهلك الدعوى إلى مقاطعة هذا العون الاقتصادي. أو مقاطعة التعاقد بنماذج العقود التي تحتوي بنود تعسفية.

2 - وسائل عمل جمعيات حماية في تحسيس المستهلك: يمكن لجمعية حماية المستهلك في إطار القيام بالعمل التحسيسي وفقا لما تقدم الاستعانة بموجوعة من الوسائل تضمن نجاعة هذا الدور أو العمل، ومن بين أبرز هذه الوسائل يمكن أن نذكر الوسائل التالية[1]:

– تنظيم الأيام والمتلقيات الدراسية، وذلك بالاستناد إلى نص المادة 24 من القانون 12–06 المتعلق بالجمعيات[2]، التي تسمح للجمعيات في إطار التشريع المعمول به بتنظيم أيام دراسية وملتقيات وندوات وكل اللقاءات المرتبطة بنشاطها.

– المشاركة في الحصص التلفزيونية والإذاعية المتعلقة بحماية المستهلك.

– إصدار نشريات ومجلات دورية، حيث يسمح القانون للجمعيات بصفة عامة، بما فيها جمعية حماية المستهلك الحق في إصدار نشريات ومجلات دورية، ووثائق علمية لها علاقة بهدفها[3].

– إنشاء مواقع إلكترونية ومدها بنصائح وإرشادات المختصين.

ثانيا - الدور القضائي لجمعية حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية: إلى جانب الدور التحسيسي الذي تلعبه جمعية حماية المستهلك، من خلال إرشاد وتوعية المستهلك، عن طريق وسائل وأساليب مختلفة من أجل تعريفه وتمكينه من التعرف على مختلف الشروط التعسفية وكيفية مكافحتها، فإنها تلعب أيضا دور آخر في المجال القضائي، وهو ما يتضح من خلال نص المادة 65 من القانون 04–02 التي نصت على ما يلي : " دون المساس بأحكام المادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية، التي أنشئت طبقا للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون.

كما يمكنهم التأسيس كطرف مدني في الدعاوى للحصول على تعويض الضرر الذي لحقهم".

يفهم من خلال نص المادة السابقة أن جمعية حماية المستهلكين، يمكنها حماية المستهلك من الشروط التعسفية أمام القضاء، وذلك إما من خلال رفع الدعاوى ضد مخالفات الشروط التعسفية من قبل العون الاقتصادي**(1)**، أو من خلال الانضمام إلى الدعوى التي يرفعها المستهلك ضد العون الاقتصادي، حيث يمكنه في هذه الحالة التأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها **(2)**.

1 - رفع الدعوى ضد مخالفات الشروط التعسفية من قبل العون الاقتصادي: وهو الحق الذي يمكن أن نستشفه من خلال نص المادة 65 الفقرة 1 من القانون 04–02، إلا أن هذا النص وإن منح صراحة جمعية حماية المستهلك الحق في رفع الدعوى، فإنه وحسب رأينا قيد هذا الحق من حيث الجهة التي يمكن أن تلجأ إليها جمعيات حماية المستهلكين، وهي في رأينا الجهات القضائية الجزائية، دون المدنية، وهذا ما يمكن فهمه سواءً من خلال استعمال المشرع لعبارة "**دون الإخلال بالمادة 2 من قانون الإجراءات الجزائية**"، أو من خلال العبارة

[1] - راجع أكثر تفصيلا في وسائل وأساليب عمل جمعيات حماية المستهلك بغية الوصول إلى هذا الأخير، بن لحرش نوال، المرجع السابق، ص 84.

[2] - المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، ج ر ج، ع2.

[3] - أنظر المادة 12 من القانون 12-06،المتعلق بالجمعيات، المرجع نفسه.

الأخيرة في المادة " ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون" وإن كان بعض الدارسين[1] قد ذهبوا إلى أنه وانطلاقا من العبارة الأخيرة فإنه يمكن لجمعية حماية المستهلك رفع دعوى ضد العون الاقتصادي للمطالبة بإلغاء الشروط التعسفية من العقود التي يبرمها المستهلكين، خاصة وأن أحكام هذا القانون تهدف أصلا إلى مكافحة هذه الشروط، باعتبارها ممارسة تعسفية غير قانونية ومخالفة لنزاهة وشفافية الممارسات التجارية، وبما أن هذا القانون يمنع ويحظر العمل بهذه الشروط في العقود المبرمة بين المستهلكين والأعوان الاقتصاديين، فإن مخالفة هذه الأخيرة تمكن المستهلك – جمعية حماية المستهلك – من رفع دعوى ضدها من أجل إلغاء هذه الشروط، غير أننا نتمسك برأينا حول أن المشرع قد قصد من الحق في رفع الدعوى هنا الجهات القضائية الجزائية.

و من ضمن مبررات أن المشرع قد قصد من خلال نص المادة 65 أعلاه، الجهات القضائية الجزائية، أنه لم ينص أصلا على الجزاء المدني الذي يمكن أن يطبق في حالة إدراج العون الاقتصادي لشروط تعسفية ضمن العقود التي يبرمها مع المستهلك، وتبعا لذلك فإن هذا الإغفال يبقى بمثابة النقص الذي يعتري النصوص المتعلقة بحماية المستهلك والتي يجب أن تعدل في المستقبل القريب حسب رأينا ويجب أن يدرج في هذه الحالة، الجزاء المدني المتمثل في البطلان النسبي للشرط وليس للعقد، أي استبعاد الشرط التعسفي، وعلى حق المستهلك وجمعيات حماية المستهلك في اللجوء إلى القضاء المدني من أجل المطالبة بتطبيق هذا الجزاء.

إن التوجه السابق للمشرع الجزائري يخالف توجه المشرع الفرنسي الذي أجاز لجمعيات حماية المستهلكين بموجب دعوى إلغاء، أو حذف الشروط التعسفية[2]، أن تطلب من القضاء المدني استصدار أمر يتعلق بإلغاء الشروط التعسفية من نماذج الاتفاقات المعدة التي يطرحها المحترفون على المستهلكين، حيث يمكن تلخيص مميزات هذه الدعوى انطلاقا من نص L.421-6 من قانون الاستهلاك الفرنسي[3] في ما يلي[4]:

– ترفع جمعية حماية المستهلك المعتمدة قانونا دعوى حذف الشروط التعسفية أمام القضاء المدني.

– أن دعوى حذف الشروط التعسفية إنما تتعلق وترتبط بالعقود النموذجية المعتاد اقتراحها على المستهلكين، وبذلك فهي تقتصر على عقود الاستهلاك المعدة مسبقا فقط، والتي يحررها المحترف دون تفاوض أو مناقشة مع المستهلك مهما كان شكلها، عقد أو وصل طلبية أو وصل ضمان.

– يجوز لجمعية حماية المستهلك ممارسة دعوى حذف الشروط التعسفية بصفة أصلية، إذ لا يشترط أن ترفع دعوى قضائية مسبقا من طرف المستهلكين المتضررين، من هذه الشروط.

---

[1] - سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص185.

[2] - تعتبر دعوى حذف الشروط التعسفية دعوى عامة وجماعية ترفع من طرف جمعية حماية المستهلك، في نزاع اصطلح البعض بتسميته بالنزاع الجمعوي، للمطالبة بحذف الشروط المدرجة في العقود والتي تثبت التعامل بها، كما تمتد آثارها على نماذج العقود والاتفاقات التي تشكل قاعدة لمشاريع عقود مستقبلية. أنظر

- Nablot (Cyril), Droit de la consommation, lextenso editions, Paris , 2012, p144.

[3] - تجدر الإشارة إلى أنه تم تعديل نص هذه المادة مرتين، حيث عدل من خلال قانون Hamon في 17 مارس 2014، كما عدل من خلال قانون Macron بتاريخ سنة 2015. أنظر في هذا القرار

Mahasti Razavi et Charles Bouffier, contrat concurrence consummation ,n°2 ,Paris, fevrier2016,etude,p5.

[4] - أنظر سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص ض 186-187.

– تتعلق دعوى خذف الشروط التعسفية بنماذج عقود المحترف المعروضة على المستهلكين والمرفوعة ضده الدعوى، دون العقود المشابهة لها، والمقترحة من طرف محترفين آخرين، حيث تطالب جمعية حماية المستهلك المعتمدة قانونا بالحذف المادي للشروط التعسفية من نماذج عقود ذلك المحترف.

وعلى العموم فإنه وفي انتظار التعديل المنتظر، فإن نص المادة 65 الفقرة من القانون 04–02 يبقى ذا قيمة في مجال تفعيل وضمان دور جمعية حماية المستهلك في رفع الدعاوى ضد العون الاقتصادي الذي يرتكب محالفة ممارسة تجارية تعسفية، إذ أن هذا النص يمنحها الحق في التقاضي أمام الجهات الجزائية، وذلك خلافا لما رأيناه في الباب الأول حيث تمنع نصوص القانون 09–03 على الجمعيات رفع الدعاوى على مخالفة أحكام هذا القانون، ولا يسمح لها إلا بالتأسيس كطرف مدني للمطالبة بالتعويض إلى جانب المستهلك المتضرر من مخالفة هذه الأحكام.

وينبغي الإشارة بأن المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 65 أعلاه لم يحصر مسألة رفع الدعوى ضد العون الاقتصادي في حال ارتكابه مخالفة ممارسات تعسفية، في العقود التي يبرمها مع المستهلكين، على جمعيات حماية المستهلكين فحسب، بل نص المشرع بأن هذا الحق يثبت لجميع الجمعيات المهنية، كما يثبت لكل شخص طبيعي أو معنوي، بشرط أن تكون له مصلحة في رفع الدعوى، فهذا التوسع في الأشخاص الذين يمكنهم رفع دعوى ضد العون الاقتصادي المخالف للأحكام المتعلقة بقانون الممارسات التجارية بما فيها الممارسات التجارية التعسفية يعتبر في رأينا حماية إضافية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية.

2 - الانضمام كطرف مدني إلى جانب المستهلك للمطالبة بالتعويض: زيادة على حق جمعيات حماية المستهلكين في رفع الدعاوى المتعلقة بالممارسات التجارية التعسفية، فقد سمح لها المشرع من خلال المادة 65 الفقرة 1 من القانون 04–02 أيضا أن تتأسس كطرف مدني أمام الجهات القضائية الجزائية، من أجل المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تلحقها.

وتأسيس جمعية حماية المستهلك كطرف مدني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقتها أو لحقت أعضائها من العون الاقتصادي بسبب محاربتها للشروط التعسفية، مرتبط بوجود شكوى من المتضرر من ممارسة العون الاقتصادي لممارسات تجارية تعسفية وأن يكون هذا المتضرر مكتسب لصفة المستهلك.

ومن أمثلة الأضرار التي يمكن أن تطالب جمعية حماية المستهلك بها، الأضرار المادية التي تكبدتها في مواجهة الشروط التعسفية التي أدرجها المدعى عليه وكذلك المصاريف التي تم صرفها في إطار عملية الكشف عن الشروط التعسفية، إضافة إلى إمكانية المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي الذي يلحق أعضائها كالمعاملة السيئة و التشهير بهم من قبل العون الاقتصادي.

الفرع الثاني: الحماية الجزائية من الشروط التعسفية

إضافة إلى الجزاءات الإدارية، التي ذكرنها سابقا فقد نص المشرع على جزاءات أخرى جزائية يمكن تطبيقها على العون الاقتصادي الذي يرتكب مخالفة ممارسات تجارية تعسفية، حيث تختلف العقوبة في هذه الحالة بين الحالة البسيطة **(أولا)**، والحالة التي يكون فيها العون الاقتصادي في حالة عود لارتكاب هذه

المخالفة(**ثانيا**)، ومن جهة أخرى فقد مكن المشرع الجزائري الجهات القائمة على معاينة هذه المخالفة من إجراء المصالحة مع العون الاقتصادي(**ثالثا**).

أولا - جزاء ارتكاب ممارسة شروط تعسفية في حالته البسيطة: يتمثل الجزاء الجنائي لارتكاب مخالفة ممارسات تجارية تعسفية في الحالة البسيطة في الغرامة المالية وهذا ما يمكن أن نستنتجه من خلال نص المادة 38 من القانون 04-02 والتي نصت بأنه "تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة وممارسات تجارية تعسفية، مخالفة لأحكام المواد 26 و72 و28 و29 من هذا القانون، ويعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار(50.000 دج) جزائري إلى خمسة ملايين دينار جزائري (5.000.000 دج)".

إن عقوبة الغرامة المنصوص عليها من خلال المادة 38 أعلاه تبدو كافية، ومجدية، ذلك أن الجزاء من جنس العمل، فإذا كان العون الاقتصادي يسعى إلى تحقيق الربح على كاهل المستهلك من وراء فرض شروط تعسفية عليه، فإن الجزاء المناسب هو الغرامة التي تبدو بأنها معقولة حسب نص المادة 38 من حيث قيمتها، كما يظهر بأن فائدة العقوبة تتجلى في أمرين، أولهما أن العون الاقتصادي الذي كان يسعى إلى الربح، قد أصابته خسارة من وراء ارتكابه لممارسة عمل تجاري تعسفي، وثانيهما أنها تحقق الجانب الردعي له و لغيره، وفي حالة عدم ارتداعه أو عودته فإن العقوبة لا تتوقف عند الغرامة المالية.

ثانيا - جزاء ارتكاب ممارسة شروط تعسفية في حالة العود: في حالة عودة العون الاقتصادي إلى ارتكاب مخالفة ممارسات تجارية تعسفية، خلال سنة من الحكم عليه بنفس العقوبة، فإن العقوبة تشدد لتصل إلى عقوبة الحبس، وهو ما يستشف من نص المادة 47 الفقرة 4 من القانون 04-02 التي جاء فيها ما يلي " فضلا عن ذلك يمكن أن تضاف إلى هذه العقوبات، عقوبة حبس من ثلاثة أشهر إلى سنة (1) واحدة".

إننا لا نؤيد موقف المشرع الجزائري من إدراج عقوبة الحبس، في المجال الاقتصادي، خاصة في مجال الشروط التعسفية، وخاصة أن هذه الشروط لا تمس المستهلك في حياته من جهة، كما أن عقوبة الحبس له آثار اجتماعية وخيمة على أفراد العون الاقتصادي، وعلى سلوكه أيضا إذ يمكن أن يتحول العون الاقتصادي من شخص نشط ومنتج في المجتمع إلى مجرم بمناسبة زجه مع طائفة المجرمين في السجن، لذا فإننا نعتقد بأنه لا بد من استثناء الممارسات التجارية التعسفية من هذه العقوبة، وأما فيما يتعلق بحالة العود فيمكن معالجتها من خلال رفع قيمة الغرامة أو الزيادة فيها لتصبح العقوبة هي الغرامة مثلا من خمسة ملايين **(5000.000 دج)** إلى عشرة مليون(**10.000.000 دج**).

ثالثا - إمكانية إجراء المصالحة في مخالفات ممارسة أعمال تعسفية: رغم أن المشرع قد نص على عقوبات تجاه العون الاقتصادي، عند ارتكابها لمخالفة ممارسات تجارية تعسفية، إلا أن هذه العقوبات قد لا تطبق من طرف الجهات المختصة، حيث يمكن أن تشمل هذه الجهات العون الاقتصادي بالإجراء المتمثل في المصالحة التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال المادة 60 من القانون 04-02 حيث جاء في هذه المادة ما يلي " تخضع مخالفات أحكام هذا القانون لاختصاص الجهات القضائية.

غير أنه، يمكن المدير الولائي المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة، إذا كانت المخالفة المعاينة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار (1000.000دج) استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين.

وفي حالة إذا ما كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار (1000.000 دج) وتقل عن ثلاثة ملايين دينار (3000.000 دج) يمكن الوزير المكلف بالتجارة أن يقبل من الأعوان الاقتصاديين المخالفين بمصالحة، استنادا إل المخضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين والمرسل من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة.

عندما تكون المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق ثلاثة ملاين دينار (3000.000 دج)، فإن المحضر المعد من قبل الموظفين المؤهلين، يرسل مباشرة من طرف المدير الولائي المكلف بالتجارة إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا قصد المتابعات القضائية".

ومن خلال نص المادة السابقة يمكن أن نستخلص بعض النقاط، المتعلقة بإجراء المصالحة في إطار قواعد الممارسات التجارية بما فيها الممارسات التجارية التعسفية حيث تتمثل هذه النقاط في ما يلي:

- إن الإجراء المتمثل في المصالحة ليس إجراءا إجباريا للهيئات التي منحها القانون الحق في إجراء المصالحة، وإنما هو إجراء جوازي لها ويخضع لسلطتها التقديرية، وهذا ما يمكن أن يفهم من استعمال المشرع لعبارة "**يمكن**".
- لا يستفيد من إجراء المصالحة، العون الاقتصادي الذي ارتكب ممارسات تجارية تعسفية، وفرضت عليه غرامة تفوق قيمتها ثلاثة ملايين دينار (3000.000 دج)، حيث يحال الملف في هذه الحالة إلى وكيل الجمهورية، للمتابعة القضائية أمام الجهات القضائية الجزائية.
- يؤول الاختصاص في إجراء المصالحة إما للمدير الولائي المكلف بالتجارة، أو الوزير المكلف بالتجارة، وذلك حسب قيمة الغرامة، فإذا كانت الغرامة المفروضة على العون الاقتصادي في المحضر المعد من قبل الموظفين الذين عاينوا المخالفة تساوي أو تقل على 1000.000 دج مليون دينار جزائري فإن الاختصاص في هذه الحالة يعود إلى المدير الولائي المكلف بالتجارة، أما إذا جاوزت هذا المبلغ ولم تتعد قيمة 3000.000 دج فإن الاختصاص يعود إلى الوزير المكلف بالتجارة.

وإضافة إلى نص المادة 60 أعلاه فإنه لا يستفيد من إجراء المصالحة العون الاقتصادي، الذي يكون في حالة عود المنصوص عليها في المادة 47 الفقرة 2 من أعلاه[1].

وعلى العموم فإن إجراءات المصالحة بين العون الاقتصادي والهيئة المختصة، تنتهي بفرض غرامة صلح، حيث يثبت للعون الاقتصادي في هذه الحالة إمكانية المعارضة في هذه الغرامة في أجل قدره ثمانية أيام من تاريخ تسليم محضر المصالحة، أمام الجهة المختصة وفقا لما تقدم، حيث يمكن لهذه الأخيرة إجراء تعديل على غرامة الصلح المقترحة من طرف الموظفين المؤهلين، الذين حرروا المحضر في حدود العقوبة المالية

[1] - أنظر المادة 62 من القانون 04-02، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

المنصوص عليها في أحكام القانون 04-02، وفي حالة موافقة الأشخاص المتابعين على مبلغ المصالحة فإنهم يستفيدون من تخفيض قدره 20% من مبلغ الغرامة المحتسبة وبذلك تنتهي المتابعة القضائية[1].

ويجب على العون الاقتصادي الذي استفاد من إجراء المصالحة، أن يدفع مبلغ غرامة الصلح في أجل خمسة وأربعون يوما (45)، يبدأ احتسابها من تاريخ موافقته على الغرامة، وفي حالة عدم التزامه بهذا الأجل فإنه يتم إرسال ملفه إلى وكيل الجمهورية المختص إقليميا من أجل المتابعة[2].

وفي نهاية هذا الفصل يمكن القول بأن آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية هي آليات متنوعة ومختلفة بين القواعد العامة للعقد وقواعد حماية المستهلك، فإذا كانت آليات حماية المتعاقد من الشروط التعسفية في القواعد العامة مقتصرة على إعطاء ومنح القاضي سلطة تقديرية في تقدير وإلغاء الشرط التعسفي، ومنحه أيضا سلطة في تفسير عبارة عقد الإذعان الغامضة لمصلحة الطرف المذعن، فإن هذه الآليات قد تعززت في محاربة الشروط التعسفية التي يمكن أن يتعرض لها المستهلك، سواء من حيث الجزاء المتنوع وهو جزاء إداري متمثل في الغلق الإداري الشطب من السجل التجاري نشر الحكم القاضي بالإدانة، وجزاءات جنائية متمثلة في الغرامات المالية التي يمكن أن يتعرض لها كل عون اقتصادي يفرض شروطا تعسفية على المستهلك، وقد زاد المشرع على ذلك بأن أنشأ أجهزة متخصصة في محاربة هذه الشروط مثل ما هو عليه الحال مثلا بالنسبة للجنة البنود التعسفية وكذا مختلف الأجهزة المتخصصة على مستوى مديرية التجارة، كما مكن فئة المستهلكين في حد ذاتها من إنشاء جهاز يمكن أن يكون له دور مهم في هذا المجال وهو جهاز جمعية حماية المستهلك.

إن دراستنا لمحاربة انعدام التوازن العقدي المؤدي إلى فرض شروط تعسفية، قد سمحت لنا من تحديد مفهوم هذا الانعدام وذلك من خلال حصر العقود التي تعد مجالا لهذا الانعدام، وهي عقود الإذعان في القواعد العامة وعقود الاستهلاك في القواعد المتعلقة بحماية المستهلك، كما سمح لنا أيضا من تحديد مفهوم الشروط التعسفية التي يمكن أن تفرض في العقود المذكورة، من خلال تعريفها، وبيان المعايير الواجب إعمالها في تحديد هذه الشروط، وهي معيار العدالة في القواعد العامة، ومعيار الاختلال الظاهر في الحقوق والالتزامات بين المستهلك والعون الاقتصادي في القواعد المتعلقة بحماية المستهلك، كما تبين لنا أيضا أن آليات ووسائل محاربة الشروط التعسفية الناتجة عن انعدام التوازن العقدي تختلف أيضا بحسب اختلاف مجال الشروط فإذا كنا أمام شرط تعسفي في مفهوم القواعد العامة في مجال عقد الإذعان فإن الحماية هنا تتلخص في حماية مدنية بحتة تتمثل في إعطاء القاضي سلطات في مواجهة هذه الشروط من خلال تعديل وإلغاء الشرط التعسفي، و كذلك من خلال تفسير عقود الإذعان أين يلاحظ بأن المشرع قد قيد سلطة القاضي في تفسير الشك في عبارات عقد الإذعان بمصلحة المتعاقد المذعن، وهذا كله في سبيل حماية هذا الأخير، بينما أوجد المشرع آليات جديدة في سبيل حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، وذلك بأن أوجد آليات ردعية و إنشاء هيئات ومؤسسات متخصصة في مجال حماية المستهلك في هذا المجال مثل لجنة البنود التعسفية، مديرية التجارة ...

[1] - أنظر الفقرات 1 و2 و 3 و4 و5 من المادة 61 من القانون 04-02، المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق.

[2] - أنظر الفقرة 6 من المادة 61 من القانون 04-02 المرجع نفسه.

الخ، كما فرض جزاءات ليست معروفة في القواعد العامة مثل الجزاءات الإدارية المتمثلة في الغلق والمنع من ممارسة من النشاط وغيرها، كما زاد على ذلك بأن جعل مخالفة العون الاقتصادي لقواعد الممارسات التجارية التعسفية جريمة في شكل مخالفة يمكن أن تعرض صاحبها إلى غرامة مالية معتبرة.

الخاتمة:

إن دراسة موضوع حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، قد سمحت لنا ابتداء من الوقوف على الكيفية التي تدخل بها المشرع من أجل ضمان صحة رضا المتعاقد، وكذا كيفية التدخل من أجل ضمان حمايته من الشروط التعسفية التي قد تفرض عليه نتيجة الضعف الذي قد يطرأ على مركزه في العقد، وذلك سواء في القواعد العامة للعقد أو قواعد حماية المستهلك، فمن أجل ضمان صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد في القواعد المذكورة مثلا قد عمل المشرع الجزائري على وضع ضمانات وآليات تهدف إلى توفير هذه الحماية، فبالنسبة للضمانات المفروضة في القواعد العامة والمتمثلة في اشتراط سن الرشد المحدد في التشريع الجزائري في بـ19 سنة حتى يكون أهلا لمباشرة وإبرام العقود على اختلافها، كما اشترط أن تكون الإرادة التي صدر منها التعبير عن الرضا خالية من العيوب والتي تتمحور أساسا في الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال، والالتزام العام بالإعلام الذي ابتكره القضاء والفقه انطلاقا خاصة من عيوب الإرادة، إلا أن المشرع لم يقف عند هذه الضمانات عندما يتعلق الأمر بضمان صحة رضا المتعاقد المستهلك الذي لم تعد القواعد السالفة الذكر خاصة تلك المتعلقة بعيوب الإرادة تخدم مسألة حماية رضاه، فهذه المبررات ومبررات غيرها قد دفعت بالمشرع إلى إيجاد ضمانات خاصة بضمان صحة رضا المستهلك، هذه الضمانات يمكن إجمالها في ضمانات خاصة بحماية رضا المستهلك في جميع العقود وضمانات أخرى تهدف إلى ضمان صحة رضا المستهلك عندما يتعلق الأمر بالقرض الاستهلاكي، حيثتتمثل الأولى في فرض التزامات إضافية على المتدخل متمثلة أساسا في الالتزام القانوني بالإعلام، والالتزام بعدم خداع وغش المستهلك، كما فرض التزامات أخرى عندما يتعلق الأمر بالقرض الاستهلاكي تتمثل فيالالتزام بشفافية العرض المسبق وكتابة عقد القرض، الالتزام بتمكين المستهلك من حقه في العدول، ونظرا لنجاعة هذه الضمانة الأخيرة فقد عمد المشرع الجزائري إلى توسيعها إلى جميع العقود الاستهلاكية، وذلك بعد التعديل الذي مس قانون حماية المستهلك سنة 2018، أين يلاحظ أن حق المستهلك لم يعد مقتصرا على عمليات القرض الاستهلاكي مثل ما كانت توحي به النصوص التي كانت تشير إلى هذا الحق قبل التعديل.

ومن أجل فرض تطبيق الضمانات المتعلق بضمان صحة رضا المتعاقد فقد أوجد المشرع مجموعة من الآليات، منها ما يتعلق بضمان تطبيق الضمانات المنصوص عليها في القواعد العامة، حيث تتمثل هذه الآليات في آليات هادفة إلى ضمان تطبيق ضمانات صحة الرضا المتعلقة بأهلية المتعاقد مثلإخضاع العقود المبرمة على أموال القصر إلى أحكام النيابة الشرعية وما يمكن أن تحققه من حماية مزدوجة، فمن جهة تساهم في نماء مال القاصر، ومن جهة أخرى تحفظ ماله من التصرفات التعاقدية الغير متوازنة، التي قد تعود على القاصر

بالخسارة،كمتأخضع العقود المبرمة من قبل أشخاص قصر إلى أحكام خاصة من حيث الجزاء المطبق عليها، بينما تتعلق الآليات الهادفة إلى ضمان صحة رضا المتعاقد من عيوب الإرادة في الجزاءات المتمثلة في جزاء البطلان النسبي الذي وضع أساسا لصالح المتعاقد الذي عيبت إرادته بهذه العيوب، وفي حقه في المطالبة بالتعويض، وهو نفس الجزاء الذي يطبق عندما يتعلق الأمر بالإخلال بالالتزام العام بالإعلام، أما إذا تعلق الأمر بضمان تطبيق ضمانات صحة رضا المستهلك، فإن المشرع قد فرض آليات ذات خصوصية، ابتداء من إسناد ضمان تطبيق هذه النصوص إلى أجهزة وهيئات تصهر على تطبيق هذه النصوص، وكذا ترتيب جزاءات مختلفة عن تلك المنصوص عليها في القواعد العامة، خاصة الجزاءات الإدارية والجزائية، وهي جزاءات الغرض منها قمع وردع كل متدخل يسعى إلى انتهاك هذه الضمانات.

وفيما يتعلق بحماية رضا المتعاقد من انعدام التوازن العقدي المفضي إلى فرض شروط تعسفية، فقد بات من الواضح أن نطاق هذا الانعدام، إنما يتحدد بعقد الإذعان في القواعد العامة، وعقد الاستهلاك في قواعد حماية المستهلك، وإن كان المشرع اشترط أن يتصف عقد الاستهلاك بطابع عقد الإذعان، أما فيما يتعلق بتحديد الشرط التعسفي، فقد اعتمد المشرع على تحديد الطابع التعسفي للشرط من خلال مجموعة من المعايير تتمثل أساسا في معيار العدالة عندما يتعلق الأمر بتحديد طبيعة الشرط في عقد الإذعان في القواعد العامة العامة، ومعيار الإخلال الواضح في الحقوق والواجبات بين العون الاقتصادي والمستهلك في القواعد المتعلقة بحماية هذا الأخير، حيث نؤكد في هذا الصدد بأن المشرع قد قصد من وراء حماية المستهلك بالمفهوم الضيق من الشروط التعسفية وليس كما يرى البعض بأنه الحماية تمتد حتى إلى العون الاقتصادي.

وبالنسبة للآليات المتعلقة بحماية المتعاقد من الشروط التعسفية، في القواعد العامة المنظمة لعقد الإذعان فإنها متمثلة حسب المشرع الجزائر في الصلاحيات التي منحها المشرع للقاضي في هذه المجال، حيث تتمثل هذه الصلاحيات في سلطة القاضي في مواجهة هذه الشروط من خلال إمكانية تعديلها أو إلغاءها، أو من خلال تفسير الشك في عقد الإذعان لصالح الطرف المذعن وهو الطرف الضعيف، كما جعل المشرع هذه الصلاحية الممنوحة للقاضي من النظام العام أي أنه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها من قبل أطرف العقد، أما إذا تعلق الأمر بمحاربة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك فإن الآليات تزداد حدة في هذه الحالة، وذلك من خلال الرقابة المفروضة على هذه الشروط من طرف الهيئات المتخصصة مثل لجنة البنود التعسفية ومديرية التجارة وغيرها، كما منح المشرع فئة المستهلكين الحق في حماية أنفسهم، وفي هذا الإطار فإنه يمكن إنشاء جمعية حماية المستهلك التي تلعب دورا مهما في حماية المستهلك وذلك سواءً من خلال القيام بعملية التحسيس والتوعية، أو من خلال تمثيل المستهلكين أمام القضاء في النزاعات التي يكون موضوعها ارتكاب ممارسات تجارية تعسفية، كما نص المشرع على آليات متعلقة بالجزاء المطبق على العون الاقتصادي مرتكب مخالفة

ممارسات تجارية تعسفية تتمثل في العقوبات الإدارية مثل الغلق والشطب ونشر قرار الإدانة، إضافة إلى جزاءات جنائية والتي قد تصل إلى حد عقوبة الحبس في حالة العود، غير أن ذلك لا يعنى عدم إمكانية استفادة العون الاقتصادي من المصالحة في هذا المجال بشروط حددها القانون.

إن العرض السابق للضماناتوالآليات التي تدخل بها المشرع الجزائري من أجل حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، سواءً في القواعد العامة للعقد، أو في قواعد حماية المستهلك يبرز لنا مدى الاختلاف بينها، حيث أن رغبة المشرع الجزائري في توفير حماية كافية للمتعاقد المستهلك قد قادته إلى فرض ضمانات وآليات جديدة تهدف إلى توفير حماية أكثر فعالية ونجاعة لفئة المستهلكين التي أصبحت اليوم ضحية لفئة المتدخلين، التي لا هدف لها سوى تحقيق الربح، ولو كان ذلك على حساب مصلحة المستهلك المادية والمعنوية، بل وفي بعض الأحيان ولو كان على حساب صحته وحياته.

إنه ولأن كانت حماية رضا المتعاقد من خلال القواعد التي تطرقنا إليها، سواء في القواعد العامة للعقد أو قواعد حماية المستهلك، من خلال الضمانات والآليات المفروضة سواء لحماية وضمان صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد بغية تحيق التوازن العقدي بين المتعاقدين، أو لحمايته من الشروط التعسفية في العقود المنعدمة التوازن تبدو متنوعة، إلا أنه ومن أجل اكتمال نظام الحماية لاحظنا بأنه لا بد من استدراك بعض النقائص التي تشكل قصورا في نظام الحماية سواء في القواعد العامة للعقد المنصوص عليها في القانون المدني، أو في قواعد حماية المستهلك ومن أجل تدارك هذه النقائص فإننا نورد بعض **الاقتراحات:**

- النص صراحة على الالتزام العام بالإعلام كعيب من عيوب الإرادة، في حالة ما إذا لم يقدم له أحد المتعاقدين تجاه الآخر مع احترام خصوصية هذه الالتزام التي تميزه عن الالتزام الخاص بحماية المستهلك.
- تحديد موقف المشرع الجزائري من حكم العقود التي يبرمها الصبي المميز والتي تكون دائرة بين النفع والضرر، إما بالبطلان النسبي المنصوص عليه ضمن قواعد القانون المدني، أو العقد الموقف المنصوص عليه ضمن قانون الأسرة، وحبذا لو أخذ المشرع بالنظام الأخير.
- ضرورة تنظيم مسألة ترشيد القاصر في نصوص القانون المدني، وفي هذا الصدد حبذا لو أن المشرع يحدد سن الترشيد بـ 16 سنة.
- النص على بعض الالتزامات ذات الخصوصية بصورة مستقلة في مجال حماية المستهلك، كالالتزام بالتحذير، والالتزام بالنصيحة نظرا لما لهذه الالتزامات من خصوصية.
- تنظيم القواعد المتعلقة بالقرض الاستهلاكي بشكل أفضل مما هي عليه، وتخصيص فصل كامل لها ضمن قواعد حماية المستهلك، وتخصيص مواد ضمن هذا الفصل تعنى بالالتزامات المفروضة على المتدخل في

سبيل تنوير وتبصير المستهلك بكل ما يتعلق بهذا النوع من العقود من خصوصية ومخاطر قد يقع فيه المقترض –المستهلك– وعدم الاكتفاء بنص واحد كما هو موجود في ق ح م و ق غ الحالي.

- إصدار قانون استهلاك يشمل كل ما يتعلق بالاستهلاك من قواعد حماية المستهلك، وقواعد المنافسة، وقواعد الممارسات التجارية، وهو ما يسمح من تقييم نظام حماية المستهلك بشكل أفضل، وتوحيد المصطلحات القانونية المتعلقةبهذا المجال، وتفادي الاختلاف مثل الاختلاف مثلا في كلمة **متدخل** في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكلمة **عون اقتصادي** في قواعد الممارسات التجارية.
- النص على الجزاءات المدنية المترتبة على مخالفة بعض الالتزامات من قبل العون الاقتصادي، أو المتدخل، مثل الجزاء المدني المترتب على عدم الالتزام بالإعلام، وبطلان الشرط التعسفي، وإنشاء نظام خاص بتعويض المستهلك، وهذا ما يجنب المستهلك الرجوع إلى القواعد العامة، و التي قد ترهقه خاصة من حيث الإثبات.
- إنشاء قسم على مستوى القضاء، يختص بالنظر في القضايا المتعلقة بحماية المستهلك، مع إيجاد إجراءات بسيطة للتقاضي أمام هذا القسم.
- إنشاء مدارس خاصة بتكوين الأعوان والموظفين التابعين لوزارة التجارة، والمكلفين بالرقابة على تطبيق قواعد حماية المستهلك، من أجل ضمان تطبيق أنجع وأفضل لهذه الأخيرة، أو من خلال إدراج ماستر مهني بعنوان قانون الاستهلاك، خاص بالأعوان التابعين للهيئات المكلفة بالرقابة على القواعد الموجهة لحماية المستهلك.
- توجيه الدراسات والأبحاث الأكاديمية إلى موضوع حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد، وتخصيص أبحاث لعقود المتعلقة بالاستفادة من بعض الخدمات، مثل خدمات الاتصال، خدمات توصيل شبكات الأنترنت.
- إعفاء المستهلك من عبء إثبات عيوب الإرادة، عند الاستناد عليها للمطالبة بإبطال العقد عندما يكون ضحية لإخلال المتدخل بالالتزامات المفروضة عليه في قواعد حماية المستهلك، ذلك أن هذه الأخيرة في مجملها لم تنص على الجزاء المدني.
- إعادة منح صفة التقاضي لجمعية حماية المستهلكفي ق ح م ق غ عندما يتعلق الأمر بانتهاك المتدخل للالتزامات الهادفة إلى حماية رضا المستهلك، وعدم الاكتفاء بمنحها حق التأسيس كطرف مدني إلى جانب المستهلك، عندما يقدم هذا الأخير على رفع الدعاوى، وهذا ما من شأنه توفير حماية أكبر للمستهلك خاصة من الخداع والغش.
- توسيع الحماية الخاصة المنصوص عليها بالنسبة للمستهلك لتشمل المهني بالمفهوم البسيط، وهو الشخص الذي يقتني منتوجات لغرض مهني ولكنه ليس مختصب النسبة لهذه المنتوجات.

قائمة المراجع

أولا- المراجع باللغة العربية

01- المؤلفات

1) **ابن القيم الجوزية**، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، دار الجبل للطباعة والنشر، المجلد4، ط1، بيروت لبنان. د س.

2) **ابن حجر العسقلاني**، فتح الباري بشرح صحيح أبي عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري، ج4، المكتبة السلفية، دس.

3) **ابن تيمة**، العقود، دار السنة المحمدية للطباعة، القاهرة، مصر، د س.

4) **أحمد فراج حسين**، المدخل للفقه الإسلامي تاريخ الفقه الإسلامي والملكية ونظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

5) **أحمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

6) **أحمد محمد محمود علي خلف**، الحماية الجنائية للمستهلك (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي والشريعة الإسلامية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.

7) **أحمد محمد محمود علي خلف**، الحماية الجنائية للمستهلك في القوانين الخاصة دراسة مقارنة، ط1، المكتبة العصرية، مصر، 2008.

8) **أحمد ناصر الجندي**، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.

9) **أميرة حسن الرفاعي**، موسوعة التشريعات الاقتصادية العربية المحاكم الاقتصادية قوانين الاستثمار – وقوانين حماية المستهلك، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2009.

10) **أمانج رحيم أحمد**، حماية المستهلك في نطاق العقد، ط1، شرطة المطبوعات للتوزيع والنشر، لبنان، 2010.

11) **آمل محمد شلبي**، الحد من آليات الاحتكار – منع الإغراق والاحتكار من الوجهة القانونية –، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

12) **أنور العمروسى**، المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في القانون المدني –الأركان الجمع بينها والتعويض– دراسة تأصيلية مقارنة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2004.

13) **أنور العمروسى**، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، ط2، دار العدالة، القاهرة، دس.

14) **أنور سلطان**، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

15) **اياد محمد جاد الحق**، النظرية العامة للالتزامات، ط1، مكتبة ومطبعة جامعة الأزهر، 2009 .

16) **السّيد محمّد السّيد عمران**، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 2003.

17) **الشيخ الزرقاء**، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء، دون مكان نشر، دس.
18) **اللبناني سليم رستم باز**، شرح المجلة، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دس.
19) **المهدي نزيه محمد الصادق**، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982.

20) **برهان رزيق**، نظرية تفسير العقد في القانون المدني والإداري، مطبعة الإرشاد اللاذقية، دون مكان نشر، دس.
21) **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية،2008 .

22) **بلقاسم شلوان**، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، ط1، مطبعة منار، الجزائر، 2011.
23) **جميل الشرقاوي**، النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام–، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة1981.
24) **حسن الفكاهي**، وعبد المنعم حسنى، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض المصري، الإصدار المدني، ج3، الدار العربية للموسوعات، 1991.
25) **حسن عبد الباسط جميعي**، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد،، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.
26) **حسن عبد الباسط جميعي**، حماية المستهلك – الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

27) **حسني عبد السميع إبراهيم**، موقف الشريعة الإسلامية من الاحتكار، منشأة المعرف، الإسكندرية، د س.
28) **حمدي باشا**، عقود التبرعات الهبة الوصية– الوقف، دار هومه للنشر، الجزائر، 2004.

29) **خالد عبد الفتاح محمّد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
30) **خالد عبد حسين الحديثي**، تكميل العقد دراسة مقارنة، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان–، 2012.
31) **خالد ممدوح إبراهيم**، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، ط2، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
32) **خليل أحمد حسن قدادة**، الوجيز في شرح القانون المدني، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
33) **خير الدين موسى فنطازي**، عقود التبرعات الواردة على الملكية العقارية–الوقف،ج1 ، ط 1، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
34) **رفيق يونس**، الخطر والتأمين، دمشق، سوريا، دار القلم، ط1، 2001.

35) **رمضان محمد أحمد ابو السعود**، شرح مقدمة القانون المدني –النظرية العامة للحق –، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.

36) **رمضان محمد أحمد أبو السعود**، مصادر الالتزام، ط3، دار الفتح للطباعة والنشر، سوتير – الأزاريطة، 2003.

37) **سليمان مرقص**، الوافي في شرح القانون المدني، ج1، دار الكتب القانونية، مصر، 1987.

38) **سي يوسف زاهية**، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومه، الجزائر، 2009.

39) **صلاح الدين محمد شوشاري**، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني دراسة موازنة بالفقه الإسلامي، ط1، الدر العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع،2001.

40) **صوفي حسن أبو طالب**، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دون ناشر، دون مكان نشر، 2007.

41) **طرح البحور علي حسن**، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2007.

42) **عاطف النقيب**، النظرية العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي، ط3، دار منشورات عويدات، بيروت، 1984.

43) **عامر قاسم أحمد القيسي**، الحماية القانونية للمستهلك، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

44) **عبد الحكيم فوده**، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط2، دار الفكر والقانون، دار المنصورة، مصر، 1999.

45) **عبد الحكيم فوده**، تفسير العقد في القانون المصري والمقارن، منشأة المعارف، بالإسكندرية، 2002.

46) **عبد الحميد الشواربي**، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2007.

47) **عبد الحميد الشواربي**، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعرف، الإسكندرية، 1974.

48) **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، مصادر الحق في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي، المجلد الثاني، ج4، درا الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د س.

49) **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، ج4، البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، دس.

50) **عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دس.

51) **عبد القادر العرعاري**، مصادر الالتزامات الكتاب الثاني المسؤولية المدنية، ط3، دار الأمان، الرباط المغرب، 2011.

52) **عبد المنعم فرج الصدة**، نظرية العقد في بلاد القوانين العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974.

53) **عبد المنعم موسى إبراهيم**، حماية المستهلك – دراسة مقارنة –، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2007.

54) **عبد المقصود سعد**، الحماية القانونية للمستهلك بين القانون المدني والفقه الإسلامي – دراسة مقارنة–، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.

55) **علي علي سليمان**، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري–، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون– الجزائر2003.

56) **علي علي سليمان**، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

57) **عمر بن سعيد**، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، بريكة –الجزائر–، 2001.

58) **عموره عمار**، شرح القانون التجاري الجزائري– الأعمال التجارية – التاجر– الشركات التجارية، دار المعرفة، الجزائر، 2010.

59) **علي فيلالي**، الالتزامات – النظرية العامة للعقد–، موفم للنشر، الجزائر، 2010.

60) **علي كحلون**، النظرية العامة للالتزامات، منشورات كتاب الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2014–2015 .

61) **فاضلي إدريس**، الوجيز في النظرية العام للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.

62) **قزامل سيف رجب**، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دارسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان –الأردن–،2010.

63) **لباد ناصر**، الوجيز في القانون الإداري، ط4، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

64) **ماجدة مصطفى شبانة**، النيابة القانونية، ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.

65) **مجدي محب حافظ**، موسوعة تشريعات الغش والتدليس، ج1، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، 2002.

66) **محفوظ لعشب**، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

67) **محمد الصغير بعلي**، القانون الإداري– التنظيم الإداري، النشاط الإداري–، دار العلوم للنشر، عنابة – الجزائر–، 2004.

68) **محمد الصغير بعلي**، المدخل للعلوم القانونية– نظرية القانون ونظرية الحق–، دار العلوم لنشر والتوزيع، عنابة– الجزائر–، 2006.

69) **محمد الصغير بعلي**، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة – الجزائر–، 2009.

70) **محمد أمين بن عامر عابدين**، رد المختار على الدار المختار حاشية ابن عابدين، ج 5، ط2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، **1987**.

71) **محمد بودالي**، شرح جرائم الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية –دراسة مقارنة–، ط1، دار الفجر الجديد للنشر والتوزيع، القاهرة ، 2005.

72) **محمد بودالي**، الحماية القانون للمستهلك في القانون–دراسة مقارنة–، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.

73) **محمد بودالي**، مكافحة الشروط التعسفية في العقود – دراسة مقارنة –، دار الفجر الجديد للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

74) **محمد بودالي**، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري – دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر–، ط2، دار هومة، الجزائر، 2010.

75) **محمد حسن قاسم**، عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة – الإسكندرية، 2011.

76) **محمد حسين منصور**، نبيل إبراهيم سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

77) **محمد حسين منصور**، النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام–، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

78) **محمد فتح الله النشار**، حق التعويض المدني بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

79) محمد سعيد جعفور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2000.

80) **محمد سعيد جفور**، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2006.

81) **محمد سعيد جعفور**، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، درا هومه، الجزائر، 2010.

82) **محمد سعيد جعفور**، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، ط3، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، 2010.

83) **محمد سعيد جعفور**، مدخل إلى العلوم القانونية دروس في نظرية الحق، دار هومه، الجزائر،2011.

84) **محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزام– مصادر الالتزام التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط2، دار الهدى، عين مليلة الجزائر، 2004.

85) **محمد علي عبد الله الشرفي**، حكم التصرفات القانونية لفاقد الأهلية في القانون اليمني – دراسة مقارنة مع القانون، 1986.

86) **محمد محمد أحمد أبو سيد أحمد**، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، ط1، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، 2004.

87) **محمد مصطفى شحاتة الحسي**، الأحوال الشخصية في الوصاية والولاية والوقف، مطبعة دار التأليف، دون مكان نشر، 1976.

88) **محمد ناجي، فؤاد فارس**، الإجراءات القضائية في الأحوال الشخصية وأصول المحاكمات الشرعية، ط2، دون مكان نشر، 2002.

89) **محمود عبد المجيد المغربي**، المدخل إلى تاريخ الشرائع، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 1996.

90) **مصطفى أحمد الزرقاء**، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، ط1، دار القلم، دمشق، 1999.

91) **مصطفى العوجى**، القانون المدني العقد مع مقدمات في الموجبات، ج1، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان–، 2007.

92) **مصطفى مجدي هرجه**، العقد المدني أركانه آثاره– بطلانه، دار محمود للنشر والتوزيع، 9 شارع البارودي– باب الخلق، مصر،2002.

93) **مناع القطان**، تاريخ التشريع الإسلامي – والتشريع والفقه–، ط3، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1996.

94) **منذر الفضل**، الوسيط في شرح القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية والأجنبية –، دار ئارس للطباعة والنشر، العرق، د س.

95) **منصور رحماني**، الوجيز في القانون الجنائي العام – فقه قضايا–، دار العلوم للنشر، عنابة – الجزائر، 2006.

96) **موسى أبو ملوح**، المدخل لدراسة القانون، نظرية الحق . الكتاب الثاني، ط3، دون مكان نشر، 2003.

97) **نادية فوضيل**، الإفلاس والتسوية القضائية، في القانون الجزائري، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

98) **نبيل إبراهيم سعد**، المدخل إلى القانون نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان–، 2010.

99) **نبيل إبراهيم سعد**، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ج1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

100) **نبيل إبراهيم سعد**، ملامح حماية المستهلك في مجال الإئتمان (في القانون الفرنسي) دراسة القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

101) **نبيل صقر**، قمراوي عزالدين، قانون الأسرة نصا وتطبيقا، دار الهدى، عين مليلة– الجزائر، 2008.

102) **وهبة الزحيلي**، الفقه الإسلامي و أدلته – النظريات الفقهية والعقود–، ج4، ط2، دار الفكر العربي، دمشق، 1984.

02- الأطروحات والرسائل الجامعية

أ) أطروحات الدكتوراه

1) أحمد بورزق، الشروط التعسفية في عقود المعاوضة، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2013-2014.

2) حامق ذهبية، الالتزام بالإعلام في العقود، رسالة للحصول على دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2009/2008.

3) اسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، تاريخ المناقشة 16-جوان - 2015.

4) العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2000- 2001.

5) بلحو نسيم، المسؤولية القانونية للموثق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2014-2015.

6) بوكرزازة أحمد، المسؤولية المدنية للقصر- دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2013-2014.

7) رابح بن غريب، النزعة الخلقية وأثرها في التصرفات القانونية في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة دكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011-2012.

8) زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم حقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.

9) عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الاقتصادي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون - تخصص قانون خاص -، جامعة أبي بكر بلقايد بتملسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015-2016.

10) عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2014-2015.

11) مقني بن عمار، القواعد العامة للتفسير وتطبيقاتها في منازعات العمل والضمان الاجتماعي - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون الاجتماعي، كلية الحقوق، جامعة وهران السانيا، 2008-2009.

12) مساعد زيد عبد الله المطيري، الحماية المدنية للمستهلك في القانونيين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007.

13) ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته - دراسة مقارنة -، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2009-2010.

ب) رسائل الماجستير

1) **أحمد سعيد قرني**، عقود الإذعان في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الشارقة، تاريخ المناقشة 23- 12- 2007.
2) **بن لحرش نوال**، جمعيات حماية المستهلك في الجزائر – دور وفعالية –، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعية قسنطينة1، 2012 -2013.

3) **حدي لالة أحمد**، سلطة القاضي في تطويع الالتزام التعاقدي وتطويع العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، 2012- 2013.
4) **ذيب عبد الله**، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009.
5) **سويلم فضيلة**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران ، 2010-2011.
6) **سي الطيب محمد أمين**، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك – دراسة مقارنة –، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد يتلمسان، 2007-2008.
7) **شعباني (حنين) نوال**، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة، رسالة مقدمة لنيل الماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت في 08-03-2012.

8) **عبد العزيز مقفولجي**، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003.
9) **عنتري يوزار شهنارز**، التعسف في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013-2014.

10) **عياض محمد عماد الدين**، الحماية المدنية للمستهلك من خلال قواعد الممارسات التجارية دراسة على ضوء القانون 04-02، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2005-2006.
11) **لحراري (شالح) ويزه**، حماية المستهلك في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش والمنافسة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، نوقشت في 29-02-2012.

12) **نوال كيموش**، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الحقوق، 2010-2011.

03- المقالات والمداخلات

1) أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الالكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، دراسة مقدمة ضمن أعمال المؤتمر العلمي الأول حول "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية" الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي بتاريخ 26-28 ابريل 2003.

2) ايهاب الروسان، خصائص الجريمة الاقتصادية – دراسة في المفهوم والأركان، مجلة دفاتر السياسة والقانون، مجلة تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة، ع7، جوان 2012.

3) برنة عبد العزيز، مداخلة بعنوان دور مصالح التجارة في معالجة البنود التعسفية في مجال تسويق المركبات الجديدة، مداخلة مقدمة ضمن أعمال اليوم الدراسي، البنود التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، جامعة باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 24 أفريل 2016.

4) بولنوار عبد الرزاق، المهني والمستهلك طرفان متناقضان في العلاقة الاستهلاكية(دراسة في ضوء القانون الجزائري والفرنسي)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع9، 2013.

5) بوهنتالة آمال، البنود التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي، مداخلة مقدمة ضمن أعمال اليوم الدراسي بعنوان البنود التعسفية في العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة1، يوم 24 أفريل 2016.

6) خوتة بختة، بن كوريدم غانية، مفهوم اختلال التوازن العقدي من خلال الشروط التعسفية، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات الملتقى الوطني السادس حول ضمانات التوازن العقدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، يوم 12 و13 نوفمبر 2013.

7) رباحي أحمد، أثر التفوق الاقتصادي للمحترف في فرض الشروط التعسفية في القانون الجزائري والمقارن، مجلة اقتصاديا شمال أفريقا، مجلة تصدر عن جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، ع 5، جانفي2008.

8) زغبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ع 09، ماي2013.

9) شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية والقانونية والسياسية، ع2، 2009.

10)عادل عميرات، مداخلة حماية رضا المستهلك أثناء تكوين العقد، مداخلة منشورة ضمن مجموعة أعمال الملتقى الوطني حول حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي الوادي، أيام 13-14 افريل2008.

11) عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد27 (1)، 2013.

12)عبد الله عبد العزيز الصعيدي، الأهمية الاقتصادية لتشريعات حماية المستهلك، بحث مقدم ضمن فعاليات ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998 بفندق هيلتون العين.

13) فتيحة خالدي، الحماية الجزائية للمستهلك دراسة في ضوء القانون 03/09 المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مجلة معرف، ع8، المركز الجامعي محند أكلي، 2010.

14) مازن مصباح صباح، سامي عدنان العجوري، عيوب الرضا وآثارها على الإرادة العقدية عند الشيخ مصطفى الزرقاء دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة الأقصى (سلسلة العلوم الإنسانية)، المجلد الثامن عشر، ع1.

15) محمد إبراهيم بنداري، حماية المستهلك في عقد الإذعان، مداخلة مقدمة ضمن أعمال ندوة حماية المستهلك في الشريعة والقانون بفندق هيلتون العيون، كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 6-7 ديسمبر 1998.

16) محمد السكر وعلي الواحنة، أحكام الجودة في الفقه الإسلامي – البيع انموذجاً- ، دراسة منشورة في مجلة "دراسات" في علوم الشريعة والقانون الصادرة عن عمادة البحث العلمي بالجامعة الأردنية/ المجلد 36 / ع2، 2009، منشورات الجامعة الأردنية، عمان – الأردن، 2009.

17) محمود حمودة صالح، عقود الإذعان والممارسات المعيبة المصاحبة لها – أنموذج الهيئة القومية للكهرباء- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع3، لسنة 2004.

18) مختار حمحامي، الرقابة الشرعية للسوق وأثرها في حماية المستهلك، مداخلة منشورة ضمن مجموعة أعمال الملتقى الوطني حماية المستهلك في ظل الانفتاح الاقتصادي، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بالوادي، أيام 13-14 أفريل 2008.

19) منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط الجزائي والشرط التعسفي – دراسة مقارنة -، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع4، السنة السابعة 2015.

20) نبيلة بن عائشة، مدى فعالية النصوص القانونية في حماية المستهلك، الملتقى الوطني الخامس حول الحماية القانونية للمستهلك، كلية الحقوق، جامعة يحي فارس بالمدية، أيام 16-17 ماي 2012.

21) نغم حنا رؤف، العقود النموذجية للجنة الأوربية الاقتصادية، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإسلامية، مج 14، ع 6 حزيران 2007.

04- المواقع الإلكترونية

1) وزاروة التجارة، https://www.commerce.gov.dz/ar

2) **إيمان طارق ألشكري**، منصور حاتم محسن، تصحيح العقد المعيب في القانون المدني العراقي، مجلة جامعة بابل، المجلد10، ع6، الصادرة في2005، ص11، منشورة على الموقع الإلكتروني: https://www.iasj.net/iasj?func=issueTOC&isId=4136&uiLanguage=ar،تاريخ الاطلاع 10-12-2017.

3) **حسام العيساوي إبراهيم**، الاحتكار دراسة تحليلية نقدية، www.alukah.net، تاريخ الاطلاع 20-01-2018.

4) **حسن جليل بشات الساعدي**، مستجدات القانون المدني الفرنسي في ضوء التعديل النافذ بتاريخ 2016/10/1، ندوة علمية توعيوية، بتاريخ 25-10-2016. منشور على الموقع الإلكتروني http://www.colaw.uobaghdad.edu.iq/ArticleShow.aspx?ID=151تاريخ الإطلاع24 -03-2018.

5) **جان سمتس وكارولاين كالوم تعريب نبيل مهدي زوين**، الإصلاحات المدخلة على النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الفرنسي-، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة، مجلة إلكترونية تصدر عن مركز جيل البحث العلمي، ع20، صادرة بتاريخ ديسمبر 2017،http://jilrc-magazines.com/، تاريخ الاطلاع 29-03-2018.

6) **منير البصري و أحمد المنصوري**، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقال منشور على الموقع الألكتروني: Droitcivil.over-blog.com/article-5144865.html، تاريخ الإطلاع،21-10-2017.

7) **هشام بوعياد**، المسؤولية العقدية للمهني، مقارنة في عقود الاستهلاك، وحدة التكوين والبحث قانون المنافسة والاستهلاك، مجلة الفقه والقانون، ص125، .www.majalaha new .ma، تاريخ الاطلاع 14-09-2017.

8) **يوسف الزوجال**، مفهوم المستهلك في التشريع والفقه والقضاء المغربي والمقارن، مجلة الفقه والقانون، **www.majalah.new.ma**، تاريخ الاطلاع 2017/01/23.

05- المعاجم والقواميس

1) **بن هادية علي، بلحسن البليش، الجيلاني بن الحاج يحى**، القاموس الجديد الطلاب، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1994.

2) **محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ابن منظور**، لسان العرب، دار المعرف، القاهرة، ط1.

3) **ممدوح حقي**، قاموس المصطلحات الحقوقية والتجارية فرنسي-عربي، مكتبة لبنا، بيروت، دس.

4) **المنجد في اللغة والإعلام**، طبعة جديدة ومنقحة، دار المشرق بيروت، 1986.

5) **المعجم الوجيز**، مجمع اللغة العربية، مطابع شركة الإعلانات الشرقية، مصر، 1989.

06- النصوص القانونية

أ) الدستور

1) **دستور 1996** المؤرخ في 8 ديسمبر 1996، ج ر ج، ع 76، الصادرة في 24 نوفمبر1996، والمعدل بموجب القانون 16-01 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج رج، ع14، الصادرة في 06 مارس سنة 2016 م.

ب) القوانين العادية والعضوية والأوامر

1) **الأمر 66-156** المؤرخ في 18 يونيو1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم ج رج، ع20، الصادرة في 11 مارس سنة 1966 م.

2) **الأمر65/76**، المؤرخ في 16 جوان 1976، المتعلق بتسمية المنشأ، ج ر ج، ع59، الصادرة في23 يوليو سنة 1976 م.

3) **الأمر 58/75** المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج رج، ع78، الصادرة في30 سبتمبر سنة 1978 م.

4) **القانون رقم 59/75** المؤرخ في 26سيتمبر1975، المتضمن القانون التجاري، ج رج، ع 78، الصادرة في30 سبتمبر سنة 1978 م.

5) **القانون 84-11** المؤرخ في 1984/06/09، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج رج، ع24، الصادرة في12 يوليو سنة 1984 م .

6) **القانون89-02** المؤرخ في8 فبراير1989، المتضمن قانون حماية المستهلك – الملغى-، ج رج، ع6، الصادرة في 8 فبراير سنة 1989 م(الملغى).

7) **القانون 91-10** المؤرخ في 27 أفريل1991، المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم، ج رج، ع21، الصادرة في 8 مايو سنة 1991 م.

8) **المرسوم التشريعي 93-03** المؤرخ، في 1 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر ج، ع14، الصادرة في تاريخ 3 مارس سنة 1993 م.

10) **الأمر95-07** الصادر في 25 يناير1995، المتعلق بالتأمينات، ج رج، ع 13 المعدل بالقانون 06-04 المؤرخ في20 فيفري 2006، ج رج، ع 15، الصادرة في19 مارس سنة1995 م.

11) **الأمر96-01** المؤرخ في 10 يناير 1996، المحدد للقواعد التي تحكم الصناعات التقليدية ج رج، ع3، الصادرة في14 يناير سنة 1996 م.

12) **الأمر 03-03** المتعلق المنافسة، المؤرخ في 19 يوليو2003، ج رج، ع43، الصادرة في تاريخ 20 يوليو سنة 2003 م.

13) **القانون 03-11** المؤرخ في26 غشت سنة 2003، والمتضمن قانون النقد والقرض، ج رج، ع52، الصادرة في تاريخ 17 غشت2003 م.

14) **القانون 04-02** يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المؤرخ في 23 يونيو، ج رج، ع41، الصادرة في27 يونيو سنة 2004 م.

15) **الأمر 05-02** الصادر في 27المؤرخ فيفري2005، المتضمن تعديل أحكام قانون الأسرة ج رج، ع15، الصادرة في تاريخ 29 مارس سنة 2015 م.

16) **القانون 07-05** المؤرخ في 15 ماي2007 ، المتضمن تعديل القانون المدني، ج رج، ع31، الصادرة في تاريخ 13 مايو سنة 2007 م.

17) **القانون 08-09** المؤرخ في 15 فيراير2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج رج، ع21، الصادرة في 13 أبريل سنة 2008 م.

18) **القانون 08-12** المؤرخ في 25 يونيو2008، المعدل لأحكام قانون المنافسة، ج رج، ع36، الصادرة في 2 يوليو 2008 م.

19) **القانون 09-03** المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، ج رج، ع15، الصادرة في 08 مارس سنة2009 م.

20) **القانون 12-06** المؤرخ في 12 جانفي 2012، المتعلق بالجمعيات، ج ر ج، ع2، الصادرة في 15 فبراير سنة 2012 م.

21) **القانون 18-09** المؤرخ في 10-6-2018، المتضمن تعديل قانون حماية المستهلك وقمع الغش09-03، ج رج، ع35، الصادرة في 21 مارس سنة 2018 م.

ج) **المراسيم التنظيمية:**

1) المرسوم 91- 05 المؤرخ في 13-01-1991، المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، ج رج، ع3، الصادرة في تاريخ 16 يناير سنة 1991 م.

2) **المرسوم التنفيذي 94-69** المؤرخ في 19 مارس 1994، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03، ج ر ج، ع17، الصادرة في تاريخ 30 مارس سنة 1994 م.

3) **المرسوم 02-453** المؤرخ في 21 ديسمبر 2002، المحدد لصلاحيات وزير التجارة، ج رج، ع85، الصادرة في تاريخ 22 ديسمبر 2003 م.

4) **المرسوم التنفيذي 06-03** المؤرخ في والذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج رج، ع56، الصادرة في تاريخ 11 سبتمبر سنة 2006 م.

5) **المرسوم التنفيذي 08-44** المؤرخ في 3 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج رج، ع07، الصادرة في تاريخ 10 فبراير سنة 2008 م.

6) **المرسوم التنفيذي 266/08** المؤرخ في 13 غشت 2008، المتضمن تعديل المرسوم التنفيذي 02- 454 المؤرخ في 21 ديسمبر2002، والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة التجارة، ج رج، ع 48، الصادرة في تاريخ 24 غشت سنة 2008 م.

7) **المرسوم التنفيذي رقم 11-09** المؤرخ في 20 يناير 2011، والمتضمن تنظيم المصالح الخارجية في وزارة التجارة وصلاحيتها وعملها، ج رج، ع4، الصادرة في 23 يناير سنة 2011 م.

8) **المرسوم التنفيذي 12-203** المؤرخ في 06 مايو 2012، المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، ج رج، ع28، الصادرة في تاريخ 29 مايو سنة 2012 م.

9) **المرسوم التنفيذي 12-355** المؤرخ في 02 أكتوبر 2012م، يحدد تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلك واختصاصاته، ج ر ج، ع56، الصادرة في تاريخ 11 أكتوبر سنة 2012 م.

10) **المرسوم التنفيذي13-327** المؤرخ في 11 أكتوبر2013، بخدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج رج، ع49، الصادرة في تاريخ 2 أكتوبر سنة 2013 م.

11) **المرسوم 13 387** المؤرخ 9 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج رج، ع58، الصادر في 18 نوفمبر سنة 2013 م.

11) **المرسوم 15-114** المؤرخ في 12 مايو 2015، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج رج، ع10، الصادرة في 22 فبراير سنة 2015 م.

ثانيا- المراجع باللغة الفرنسية

1- Les Ouverages:

1) Ali.(B), Le droit algérien des contrats – Données fondamentales -, Editions Ajed ,2011.

2) BRICKS (H), Les clauses abusives, L.G.D.J., 1982.

3) Boris (s) et Henir (R) et Lauren (B), Droit civil Les obligation – Le contrat, 6éme édition, Litec, Paris, 1998.

4) GARBONNIER(J), Droit civil, 4-Les obligations, 20 ed puf 1996.

5) GHESIN(J), Traité de Droit Civil : la Formation du contrat,4è éd., L.G.D.J, 1996.

6) GHESTIN (J) et MARCHESSAUX-VAN MELLE (I), Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, L.G.D.J., 1996.

7) FLOUR (J.) , AUBERT (J-L), Droit Civil, les obligations,Vol.1, l acte juridique, éd,1977.

8) Jean (CALAIS, AULOY) et FRANK(STEINMETZ) , Droit de la consommation 5émé édition, Dalloz, Paris,2010.

9) Larrounet (C), Droit civil, les obligations, 3éme édition, Delta, Paris, 1996.

10) Mahasti Razavi et Charles Bouffier, contrat concurrence consummatio",n°2 ,Paris, février 2016.

11) Marty.(G) . Raynaud. (P), droit civil les obligations 2éme Ed. T.1. les sources Sirey 1988.

12) Nablot (Cyril), Droit de la consommation, lextenso editions, Paris, 2012.

13) Vialard (A), Droit civil. La Formation du contrat, O.P.U., Alger, 1981.

14) WEILL (A), TERRE (FR), Droit civil, les obligations, précis Dalloz, Ed, 1986.

2- Thèses et mémoires:

1) **Alisse (J)),** L'obligation de renseignements dans les contrats, thèse de doctorat, Paris, 1975**.**

3) **Claire- Marie PEGLION-ZIKA**, La notion de clause abusive au sens de l'article L-132-1 du code de consommation, Thèse pour de doctorat en droit privé, université Panthéon-Assas, 2013.

3- articles et Colloques:

1) **Bachir (L)**, Les responsabilités du Fabricant en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques , 1976.

2) Chafik (C), Le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé, Revue juridique et économiques. 5eme, 1963.

3)**Magnin (F)**, Réflexions critiques sur extension possible de la nation de dol dans la formation des actes juridiques L'abus de situation, J.C.B, 1976.

3**) M.Kahloula, G.Mékamcha**, La protection du consommateur. In Idara, N°5, 1995.

4) Zennaki (D) , L'information comme source de protection des consommateurs, séminaire sur la protection en matière de consommation, Université d'Oran, 14 et15 mai 2000.

فهرس العنوانين

العنـــوان: الصفحـة:

قائمة المختصرات.....2

مقدمة.....3

الباب الأول: إلزامية صحة رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد لفرض التوازن العقدي.....11

الفصـل الأول: ضمانات صحة رضـا المتعاقد.....13

المبحث الأول: الضمانات الهادفة إلى حماية صحة رضا المتعاقد من اختلال التوازن العقدي.....14

المطلب الأول: اشتراط أهلية الأداء في المتعاقد.....15

الفرع الأول: مفهوم أهلية الأداء.....15

أولا – تعريف أهلية الأداء وتمييزها عن بعض المصطلحات المشابهة.....15

1 – تعريف أهلية الأداء.....15

2 – تمييز أهلية الأداء عن بعض المصلحات المشابهة.....17

أ – تمييز أهلية الأداء عن الولاية على المال.....17

ب – تمييز أهلية الأداء عن المنع من التصرف القانوني.....18

ثانيا – مدى تعلق أحكام أهلية الأداء بالنظام العام.....19

الفرع الثاني: أسباب عدم أهلية الشخص للتعاقد.....19

أولا – الأسباب المتعلقة بسن المتعاقد.....19

1 – مرحلة انعدام أهلية التعاقد.....20

2 – مرحلة نقص أهلية التعاقد.....20

3 – مرحلة كمال أهلية التعاقد (سن الرشد).....23

ثانيا– الأسباب المتعلقة بالعوارض الطارئة على أهلية المتعاقد.....23

1– العوارض التي تعدم أهلية التعاقد.....24

أ – الجنون.....24

ب – العتـه.....25

2 – العوارض التي تنقص الأهلية.....25

أ – السفه.....26

ب – الغفلة.....26

المطلب الثاني: مضمون نظرية عيوب الإرادة في ضمان صحة رضا المتعاقد.....27

الفرع الأول: الغلط.....28

أولا – تعريف الغلط وبيان أنواعه 28

1 – تعريف الغلط.....28

2 – أنواع الغلط.....28

أ – النظرية التقليدية في الغلط 28

ب – النظرية الحديثة في الغلط..... 29

ب – أ– مواصفات الغلط الجوهري.....29

ب – ب – أنـواع الغلط الجوهري.....30

ب –ب – أ– الغلط في صفة جوهرية في الشيء.....30

ب – ب – ب – الغلط في ذات أو صفة المتعاقد.....31

ب – ب –ج – الغلط في القانون.....31

ثانيا– شروط إعمال الغلط.....32

1- ضرورة مراعاة حسن النية في التمسك بالغلط.....32

2- علم المتعاقد الآخر بالغلط.....33

الفرع الثاني: التدليس.....33

أولا – تعريف التدليس وتمييزه عن الغلط.....33

أ – تعريف التدليس.....33

ب – التمييز بين التدليس والغلط.....34

ثانيا – عناصر التدليس.....36

أ – العنصر مادي للتدليس.....36

ب – العنصر المعنوي للتدليس.....36

ثالثا – شروط التدليس.....37

1 – أن يكون التدليس مؤثر ودافعا للتعاقد.....37

2 – صدور التدليس من المتعاقد أو من نائبه.....37

الفرع الثالث: الإكراه.....38

أولا – تعريف الإكراه وبيان أنواعه.....38

1 – تعريف الإكراه.....38

2 – أنواع الإكراه.....39

أ – الإكراه المادي.....39

ب – الإكراه المعنوي.....39

ثانيا – شروط الإكراه.....40

1 – الرهبة غير المشروعة.....40

2 – أن تكون الرهبة دافعا للتعاقد.....40

3- اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر.....40

الفرع الرابع: الاستغلال.....41

أولا – مفهوم الاستغلال.....41

1 – تعريف الاستغلال.....41

2 – تمييز الاستغلال عن الغبن.....42

ثانيا – شروط الاستغلال.....42

1 – التعاقد تحت تأثير الضعف النفسي.....42

2 – استغلال الضعف النفسي من طرف المتعاقد الآخر.....43

3 – ضرورة عدم تعادل الأداءات الناتجة عن استغلال الضعف النفسي.....44

4 – أن يكون استغلال الضعف النفسي دافعا لإبرام العقد.....44

المطلب الثالث: الالتزام العام بالإعلام.....45

الفرع الأول: أساس الالتزام العام بالإعلام.....45

أولا – مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام.....45

1 – كيفية تأسيس الالتزام العام بالإعلام على مبدأ حسن النية.....46

2 – الأساس القانوني لمبدأ حسن النية كأساس للالتزام العام بالإعلام.....46

ثانيا- الكتمان التدليسي كأساس الالتزام بالإعلام.....48

الفرع الثاني: شروط الالتزام العام بالإعلام.....49

أولا – الشروط المتعلقة بمحل بالالتزام العام بالإعلام.....49

1 – الاتجاه الموسع من نطاق الالتزام بالإعلام.....49

2 – الاتجاه المضيق من نطاق الالتزام العام بالإعلام.....50

ثانيا – الشروط المتعلقة بأطراف العقد.....50

1 – جهل الدائن بالمعلومات وبالبيانات العقدية الضرورية لإبرام العقد.....50

2 – علم المدين بالبيانات العقدية وبأهميتها للمتعاقد الآخر.....51

المبحث الثاني: الضمانات الخاصة بحماية صحة رضا المستهلك من انعدام التوازن العقدي.....52

المطلب الأول: أسباب فرض ضمانات خاصة لحماية رضا المستهلك.....52

الفرع الأول: فشل نظرية عيوب الإرادة في حماية رضا المتعاقد المستهلك.....53

أولا – القصور المتعلق بصعوبة إثبات بعض العيوب.....53

1 – صعوبة إثبات التدليس.....53

2 – فشل نظرية الغلط في حماية رضا المستهلك..... 54

ثانيا – عدم إمكانية الاستعانة ببعض العيوب في مجال حماية المستهلك.....55

1– عدم إمكانية الاستعانة بنظرية الإكراه.....56

2 – عدم إمكانية الاستعانة بنظرية الاستغلال.....56

الفرع الثاني: الأسباب المتعلقة باكتساب المتعاقد لصفة المستهلك وتعقد محل عقد الاستهلاك.....58

أولا – اكتساب المتعاقد لصفة المستهلك.....58

1 – تعريف المستهلك.....58

أ – التعريف بمصطلح المستهلك في الفقه.....58

أ – أ – الاتجاه الموسع لمعنى المستهلك 59

أ – ب – الاتجاه المضيق من مفهوم المستهلك.....60

ب– التعريف التشريعي للمستهلك.....61

ب– أ – تعريف المستهلك في التشريعات المقارنة 62

ب– ب – تعريف المستهلك في التشريع الجزائري.....63

2 – شروط اكتساب صفة المتعاقد المستهلك.....64

أ – أن يكون المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا 64

ب – اقتناء سلع أو خدمات.....64

ج – الهدف غير المهني.....65

د – أن تكون المنتوجات موجهة للاستعمال الشخصي أو للأشخاص والحيوانات المتكفل بهم.....65

ثانيا – تعقد محل عقد الاستهلاك.....65

1 – السلع..... 66

2 – الخدمات.....67

المطلب الثاني: فرض التزامات إضافية حماية لإرادة المستهلك.....68

الفرع الأول: الالتزامات الهادفة إلى حماية رضا المستهلك في جميع عقود الاستهلاك.....68

أولا – الالتزام الخاص بإعلام المستهلك.....68

1 – مضمون الالتزام بإعلام المستهلك 69

أ – مضمون الالتزام بالإعلام في قانون حماية المستهلك.....69

أ – أ – مضمون الالتزام بالإعلام بالنسبة للمواد الغذائية.....69

أ – ب – مضمون الالتزام بالإعلام بالنسبة للمنتوجات غير الغذائية.....70

أ– ب – أ – الإعلام بالمعلومات المتعلقة بالمنتوج.....71

أ– ب – ب – شمولية مضمون الالتزام بالإعلام للالتزام بالتحذير في المنتوجات غير الغذائية.....71

أ– ج – مضمون الالتزام بالإعلام بالنسبة للخدمات.....72

ب – مضمون الالتزام بالإعلام في قانون الممارسات التجارية.....73

ب – أ – الإعلام حول الأسعار والتعريفات.....73

ب – ب – الإعلام بشروط البيع وطبيعة المنتوج.....74

2 – شروط الالتزام بالإعلام..... 75

أ – صدق ودقة الالتزام بالإعلام.....75

ب – أن يكون الالتزام بالإعلام كاملا وكافيا.....75

ج – أن يكون الالتزام بالإعلام مرئيا ومتعذر المحو.....76

د – أن يكون الالتزام بالإعلام مكتوبا باللغة العربية.....76

3 – وسائل إعلام المستهلك.....77

أ – الوسم كأداة لإعلام المستهلك.....77

ب – الوسائل الأخرى لإعلام المستهلك.....78

ثانيا – الالتزام بعدم خداع وغش المستهلك.....79

1 – تعريف خداع وغش المستهلك.....79

2 – مجال خداع وغش المستهلك.....80

أ – مجال خداع المستهلك.....80

أ – أ – خداع المستهلك في كمية المنتوجات المسلمة.....80

أ – ب – تسليم منتوجات غير تلك المعينة مسبقا.....81

أ – ج – قابلية استعمال المنتوج.....81

أ – د – التاريخ ومدة الصلاحية والنتائج المنتظرة من المنتوج 81

أ– هـ – طرق الاستعمال أو الاحتياطات اللازمة لاستعمال المنتوج.....81

ب – مجال غش المستهلك.....81

ب– أ – المواد الصالحة لتغذية الإنسان والحيوان.....81

ب – ب – المـواد الطبيـة.....82

ب – ج – المنتوجات الفلاحية والطبيعية.....82

الفرع الثاني: الالتزامات المفروضة على المتدخل في إطار عمليات القرض الاستهلاكي.....82

أولا – الالتزام بشفافية العرض المسبق وكتابة عقد القرض.....82

1 – الالتزام بشفافية العرض المسبق..... 83

2 – كتابة بيانات العرض المسبق.....83

ثانيا – الالتزام بتمكين المستهلك من حقه في العدول.....84

1 – تعريف حق المستهلك في العدول.....84

2 – آثار ممارسة الحق في العدول في مدة معينة.....85

3 – نطاق حق المستهلك في العدول في ظل القانون 18-09.....87

الفصل الثاني: آليات ضمان صحة رضا المتعاقد.....89

المبحث الأول: آليات ضمان صحة رضا المتعاقد في القواعد العامة.....90

المطلب الأول: آليات ضمان صحة رضا المتعاقد بسب غياب الأهلية اللازمة للتعاقد.....90

الفرع الأول: خضوع العقود المبرم على أموال القصر إلى أحكام النيابة الشرعية.....90

أولا – نظام الولاية.....91

1 – مجال الولاية في العقود المبرمة من قبل القصر.....92

2 – شروط الولاية.....93

أ – الشروط المتعلقة بالولي للتعاقد في مال المولى عليه.....93

أ– أ – كمال أهلية الولي.....93

أ – ب – أن يكون الولي أمينا عادلا.....94

أ – ج – وحدة الدين 94

ب – الشروط المتعلقة بضمان حسن تصرف الولي 94

ب – أ – بذل عناية الرجل الحريص عند التصرف– التعاقد– باسم القاصر.....95

ب – ب – إلزامية الحصول على إذن من القاضي في إبرام عقود معينة.....95

ب – ج – تعيين متصرف خاص في حالة تعارض مصلحة الولي مع مصلحة القاصر.....97

3 – آثار الولاية على أموال القاصر في مجال التعاقد.....98

4 – نهاية الولاية 99

ثانيا – تعيين وصي أو مقدم ينوب عن القاصر 100

1 – تعريف الوصي القيم.....100

أ – تعريف الوصي.....100

ب – تعريف القيم.....102

2 – الأحكام المشتركة المطبقة على الوصي والقيم.....102

أ – شروط الوصي وبيان سلطة القاضي في تثبيت أو رفض الوصاية.....102

ب– نهاية الوصاية..... 102

ب – أ – كيفية انتهاء الوصاية.....103

ب – ب– آثار انتهاء الوصاية.....103

الفرع الثاني: إخضاع العقود المبرمة من قبل أشخاص قصر إلى أحكام خاصة.....104

أولا – أحكام العقد المبرم من قبل القصر عديم الأهلية.....104

ثانيا – أحكام العقود المبرمة من قبل ناقص الأهلية.....106

1 – أحكام العقود النافعة لناقص الأهلية.....106

أ – أحكام العقود الضارة بمصلحة ناقص الأهلية.....107

ب – أحكام العقود الدائرة بين النفع والضرر..... 109

ب – ب – قابلية العقود الدائرة بين النفع والضرر للبطلان في القانون المدني 109

ب – أ – العقود الدائرة بين النفع والضرر عقود موقفة وفقا لقانون الأسرة.....110

ب – أ – أ – تعريف العقد الموقوف.....110

ب – ب – ب – آثار وقف عقود الصبي المميز الدائرة بين النفع والضرر.....112

ب – ج – المقارنة بين نظام البطلان النسبي في القانون المدني والعقد الموقوف في قانون الأسرة.....113

ب – ج – أ – أوجه الشبه بين النظامين.....113

ب – ج – ب – أوجه الاختلاف بين النظامين.....114

ب – ج – د – ضرورة إعادة النظر في موقف المشرع الجزائري في الأخذ بالنظامين.....114

المطلب الثاني: الجزاء المترتب على إبرام عقد تحت تأثير إرادة غير سليمة.....116

الفرع الأول: حق المتعاقد في المطالبة بإبطال العقد.....116

أولا – البطلان النسبي المترتب كجزاء عن عيوب الإرادة.....116

1 – تقرير البطلان النسبي.....116

أ – تقرير البطلان بالتراضي.....116

ب – التقرير القضائي للبطلان.....117

ب– أ – المطالبة بإبطال العقد عن طريق الدعوى الأصلية.....117

ب– ب – بطلان العقد عن طريق الدفع.....118

2 – صاحب الحق في التمسك بالبطلان في حالة عيوب الإرادة.....118

3 – كيفية زوال الحق في البطلان 119

أ – زوال الحق في البطلان بالإجازة.....119

ب – زوال الحق في البطلان بالتقادم.....120

ثانيا – البطلان المترتب على الإخلال بالالتزام العام بالإعلام.....120

1 – تحديد نوع البطلان المترتب في حالة الإخلال بالالتزام العام بالإعلام.....121

2 – أساس المطالبة بالإبطال بسب عدم الإعلام العام في القواعد العامة للعقد.....121

أ – البطلان على أساس نظرية الغلط.....121

ب – البطلان على أساس نظرية التدليس.....122

الفرع الثاني: الحق في التعويض بسب إبطال العقد.....123

أولا – الخطأ الموجب للتعويض في عيوب الإرادة.....123

ثانيا – وجود ضرر مستحق للتعويض.....125

ثالثا – وجود علاقة سببية بين الضرر والخطأ..... 126

المبحث الثاني: آليات ضمان صحة رضا المستهلك..... 126

المطلب الأول: الأجهزة المكلفة بالرقابة على الالتزامات المفروضة لحماية رضا المستهلك.....127

الفرع الأول: دور وزارة التجارة في ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك.....127

أولا– المصالح المركزية التابعة لوزرة التجارة.....127

1 – وزير التجارة.....128

2 – المصالح الخارجية التابعة لوزارة التجارة.....128

ثانيا – دور المصالح المحلية لوزارة التجارة في ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك.....129

1 – المديرية الجهوية للتجارة.....129

2 – المديرية الولائية للتجارة.....129

ثانيا – دور مجلس المنافسة في ضمان فعالية وتطبيق قواعد حماية المستهلك.....130

1 – ضمان فعالية نصوص حماية المستهلك من خلال المهام الاستشارية لمجلس المنافسة.....130

2 – ضمان تطبيق قواعد حماية المستهلك من خلال الصلاحيات التنازعية لمجلس المنافسة.....131

ثالثا – دور المجلس الوطني لحماية المستهلكين في ضمان تطبيق الالتزامات الهادفة إلى حماية المستهلك.....131

الفرع الثاني: جمعية حماية المستهلك.....132

أولا – دور جمعية حماية المستهلك في توعيته.....132

1 – دور جمعية حماية المستهلك في تحسيسه.....132

2 – دور جمعيات حماية المستهلك في إعلامه.....133

ثانيا – دور جمعيات حماية المستهلك في تمثيله أمام القضاء.....134

المطلب الثاني: تنوع الجزاء المطبق في حالة الإخلال بالالتزامات المفروضة لحماية رضا المستهلك.....136

الفرع الأول: جزاء الإخلال بعدم إعلام المستهلك.....136

أولا – الجزاء الجنائي.....136

ثانيا – الجزاء المدني.....137

1 – حق المستهلك في إبطال العقد.....138

أ – المطالبة بإبطال العقد وفقا لنظرية التدليس.....138

ب – المطالبة بإبطال العقد وفقا لنظرية الغلط.....139

2 – حق المستهلك في المطالبة بالتعويض.....139

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بضمانات رضا المستهلك في إطار القرض الاستهلاكي.....140

أولا – جزاء الإخلال بشفافية العرض المسبق وتحرير بيانات القرض.....140

أ – الجزاء الجنائي.....140

ب – الجزاء المدني..... 141

ثانيا – جزاء عدم تمكين المستهلك من حقه في العدول.....142

1 – جزاء مخالفة قواعد حق المستهلك في العدول قبل صدور القانون 18-09.....142

2 – جزاء مخالفة قواعد حق المستهلك في العدول بعد صدور القانون 18-09.....143

الفرع الثالث: جزاء خداع وغش المستهلك.....143

أولا – جريمة خداع المستهلك.....143

1 – أركان جريمة خداع المستهلك باعتبار مجالها في المعاملات المدنية.....143

أ – وجود عقد.....144

ب – تكيف العقد.....144

ج – محل العقد.....145

2 – أركان جريمة خداع المستهلك باعتبار الأركان التقليدية للجريمة.....146

أ – الركن الشرعي.....147

ب – الركن المادي.....148

ج – الركن المعنوي.....150

ثانيا – جريمة الغش.....152

1 – الركن الشرعي.....152

2 – الركن المادي لجريمة الغش.....152

3 – الركن المعنوي لجريمة الغش.....155

ثالثا – جزاء جريمة خداع وغش المستهلك.....156

1 – جزاء جريمة خداع المستهلك.....156

أ – الجزاء الجنائي المقرر لجريمة خداع المستهلك.....156

ب – الجزاء المدني المقرر لجريمة خداع المستهلك.....156

2 – جزاء جريمة غش المستهلك.....157

الباب الثاني: حماية رضا المتعاقد من انعدام التوازن العقدي المفضي إلى الشروط التعسفية.....160

الفصل الأول: مفهوم انعدام التوازن العقدي المفضي إلى فرض الشروط التعسفية.....162

المبحث الأول: نطاق انعدام التوازن العقدي.....163

المطلب الأول: نطاق انعدم التوازن العقدي في القواعد العامة.....164

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان.....164

أولا – تعريف فكرة عقد الإذعان وبيان موقف الفقه منها.....164

1 – تعريف عقد الإذعان 164

أ – تعريف عقد الإذعان لغة.....164

ب – تعريف عقد الإذعان في الاصطلاح 165

2 – الجدل الفقهي حول عقود الإذعان.....166

أ – الجدل الفقهي حول تسمية عقود الإذعان.....166

ب – الجدل الفقهي حول الطبيعة العقدية لعقود الإذعان.....167

ب – أ – الاتجاه المنكر للطبيعة العقدية الإذعان.....167

ب– ب – الاتجاه المؤيد للطبيعة العقدية لعقود الإذعان.....168

ثانيا – تمييز عقد الإذعان عن بعض المصطلحات المشابهة.....169

1 – تمييز عقد الإذعان عن العقد النموذجي.....170

2 – تمييز عقد الإذعان عن العقد الجبري.....171

الفرع الثاني: شروط اعتبار العقد عقد إذعان..... 172

أولا – الاحتكار 172

1 – تعريف الاحتكار.....172

أ – تعريف الاحتكار لغة.....172

ب – التعريف بكلمة احتكار في الاصطلاح..... 173

2 – أنواع الاحتكار.....175

أ – الاحتكار المقصود.....175

ب – الاحتكار القانوني.....175

ج – الاحتكار الفعلي أو الطبيعي.....176

ثانيا – أن يكون المنتوج من قبيل الضروريات.....177

المطلب الثاني: نطاق انعدام التوازن العقدي في مجال القواعد الخاصة بحماية المستهلك.....177

الفرع الأول: تعريف عقد الاستهلاك..... 178

أولا – تعريف عقد لاستهلاك لغة.....178

ثانيا – تعريف عقد الاستهلاك اصطلاحا.....178

1 – التعريف التشريعي لعقد الاستهلاك.....178

2 – التعريف الفقهي لعقد الاستهلاك.....179

الفرع الثاني: خصائص عقد الاستهلاك.....181

أولا – عقد الاستهلاك عقد شكلي في مفهوم قانون الممارسات التجارية.....181

ثانيا – التبيان في المراكز بين أطراف عقد الاستهلاك.....182

1 – المستهلك طرف ضعيف.....182

2 – العون الاقتصادي طرف قوي.....183

أ- تعريف العون الاقتصادي.....183

أ – أ – التعريف التشريعي للعون الاقتصادي.....183

أ – ب – التعريف الفقهي للعون الاقتصادي.....184

ب – تحديد الأشخاص المعتبرين أعوانا اقتصاديين.....185

ب – أ – تضييق المشرع من صفة العون الاقتصادي في المادة3 البند1.....185

ب – أ – أ – المنتج..... 185

ب – أ – ب – التاجر.....186

ب – أ – ج – الحرفي.....187

ب – أ – د – مقدم الخدمة.....187

ب –أ – هـ – أيا كانت صفته القانونية.....188

ب – أ – هـ – أ- المرافق العمومية الاقتصادية.....188

أ –أ- هـ – ب – المرافق العمومية الإدارية . ذات الطابع الإداري 189

ب – ب – إمكانية التوسيع من صفة العون الاقتصادي من خلال نص المادة2.....190

ب – ب – أ- الموزع.....190

ب – ب – ب – مستوردو السلع على طبيعته لإعادة بيعها.....190

ب – ب- ج – الوكيل.....191

ب – ب – د – وسطاء بيع المواشي وبائعوا و اللحوم بالجملة.....191

ب – ب – هـ – ممارسو نشاطات الخدمات التقليدية والصناعية و الصيد البحري.....192

ثالثا – عقد يرد على خدمة أو سلعة.....192

رابعا – عقد الاستهلاك عقد إذعان في منظور المشرع الجزائري.....192

المبحث الثاني: مفهوم الشروط التعسفية الناتجة عن انعدام التوازن العقد.....193

المطلب الأول: تعريف الشروط التعسفية وتمييزه عن بعض الشروط.....193

الفرع الأول: تعريف الشروط التعسفية وبيان عناصره.....193

أولا – تعريف الشرط التعسفي.....194

1 – التعريف التشريعي.....194

2 – التعريف القضائي..... 197

3 – تعريف الفقه.....198

ثانيا – عناصر الشرط التعسفي.....200

1 – ارتباط الشرط التعسفي بضرورة وجود عقد.....200

2 – اشتراط عنصر الكتابة في الشرط التعسفي.....200

3 – أن يتعلق الأمر بمتعاقد مذعن أو مستهلك.....201

4 – إخلال الشرط التعسفي بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.....201

الفرع الثاني: تمييز الشرط التعسفي عن بعض الشروط.....202

أولا – التمييز بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي.....202

ثانيا – التمييز بين الشرط التعسفي والقواعد الآمرة المتعلقة ببعض العقود.....204

ثالثا – التمييز بين الشرط التعسفي والشروط المتعلقة بشكل العقد.....207

المطلب الثاني: أساس اعتبار الشرط تعسفي..... 207

الفرع الأول: معيار العدالة في القواعد العامة.....205

الفرع الثاني: المعايير المحددة للشرط التعسفي في القواعد الخاصة.....207

ثانيا – معيار عدم التعادل المفرط.....207

أولا – التعسف في التفوق الاقتصادي.....209

ثالثا – معيار اختلال التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.....212

1 – تعريف معيار الاختلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد.....212

2 – كيفية تقدير الإختلال في التزامات وحقوق أطراف العقد.....214

أ – ضرورة مراعاة مجموع الشروط.....214

أ – أ – تقدير الطابع التعسفي للشرط في حالة العقد الواحد 214

أ – ب – تقدير الطابع التعسفي للشرط في حالات العقود المرتبطة.....215

ب – مسألة الطابع المالي.....216

ج – وقت وظروف تقدير الاختلال في التوازن العقدي.....217

ثالثا – الانتقاد الفقهي لمعيار الاختلال الظاهر.....217

الفصل الثاني: آليات حماية رضا المتعاقد من الشروط التعسفية الناتجة عن انعدام التوازن العقد.....219

المبحث الأول: آليات مكافحة الشروط التعسفية في القواعد العامة.....220

المطلب الأول: آليات الحماية من الشروط التعسفية من خلال نص المادة 110 ق م.....220

الفرع الأول: سلطة القاضي إزاء الشروط التعسفية.....221

أولا – سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية.....221

ثانيا – سلطة القاضي في الإعفاء من الشروط التعسفية.....223

ثالثا – تقدير سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية وفقا لنص المادة 110 ق م.....224

رابعا – موقف الفقه من سلطة القاضي في عقود الإذعان.....225

1 – الاتجاه الرافض لسلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية.....225

2 – الاتجاه المؤيد لسلطة القاضي في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية.....225

الفرع الثاني: بطلان الشرط المخالف لمقتضيات نص المادة 110 ق م.....226

المطلب الثالث: منح القاضي سلطة تفسير عقد الإذعان.....227

الفرع الأول: حالة وضوح العبارات المستعملة في العقد.....228

الفرع الثاني: حالة غموض العبارات المستعملة في العقد.....229

الفرع الثالث: حالة الشك في العبارات المستعملة في العقد.....231

1- تعريف حالة الشك.....231

2- القواعد التي تحكم تفسير حالة الشك.....232

أ – المبدأ تأويل الشك لمصلحة الطرف المدين في عقود المساومة.....232

ب – الاستثناء تأويل الشك لمصلحة الطرف المذعن في عقود الإذعان.....233

المبحث الثاني: الآليات الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية.....234

المطلب الأول: تدخل المشرع عن طريق تحديد بعض صور للشروط التعسفية.....235

الفرع الأول: شروط أو بنود متعلقة بالحصول على حقوق أو التهرب من الواجبات من قبل العون الاقتصادي.....236

أولا – الشروط و البنود التي يهدف من خلالها العون الاقتصادي إلى اكتساب بعض الحقوق.....236

ثانيا – الشروط و البنود التي يهدف من خلالها العون الاقتصادي إلى التهرب من بعض الواجبات.....239

الفرع الثاني: البنود والشروط الهادفة إلى فرض تعويض على المستهلك أو التهرب من تعويض من قبل العون الاقتصادي.....240

أولا- الشروط والبنود الهادفة إلى فرض تعويض على المستهلك أو التحكم في مبلغ التعويض.....240

ثانيا – الشروط والبنود الهادفة إلى حرمان المستهلك من حقه في التعويض.....241

الفرع الثالث: فرض واجبات إضافية على المستهلك أو حرمانه من حقوق معينة.....242

أولا – الشروط والبنود المتعلقة بفرض واجبات على المستهلك.....242

ثانيا – الشروط والبنود الهادفة إلى حرمان المستهلك من حقوق معينة.....243

الفرع الرابع: موقف الفقه من تحديد التشريع للشروط التعسفية و مبررات اعتبار هذا التدخل آلية للحماية.....244

أولا – موقف الفقه من تدخل المشرع في تحديد بعض الشروط التعسفية.....244

ثانيا – مبررات اعتبار تدخل المشرع في تحديد الشروط التعسفية آلية للحماية.....245

المطلب الثاني: الحماية المدنية من الشروط التعسفية.....246

الفرع الأول: بطلان الشرط التعسفي.....246

أولا – دراسة موقف المشرع الجزائري من بطلان الشرط التعسفي.....246

ثانيا – دراسة موقف التشريعات المقارنة من مسألة بطلان الشرط التعسفي.....248

الفرع الثاني: حق المستهلك في التعويض.....249

المطلب الثالث: الحماية الردعية من الشروط التعسفية.....250

الفرع الأول: الحماية الإدارية من الشروط التعسفية.....250

أولا – الأجهزة الإدارية المكلفة بالرقابة على الشروط التعسفية.....250

1 – لجنة البنود التعسفية.....250

أ – مفهوم اللجنة البنود التعسفية.....250

أ – أ – تعريف لجنة البنود التعسفية.....250

أ – ب – نشأة لجنة البنود التعسفية.....251

أ – ج – كيفية تشكيل لجنة البنود التعسفية.....252

ب – اختصاصات لجنة البنود التعسفية.....253

ب – أ – تحديد اختصاصات لجنة البنود التعسفية.....253

ب – ب – كيفية ممارسة لجنة البنود التعسفية لاختصاصاتها.....255

1 – مديرة التجارة.....257

2 – المجلس الوطني لحماية المستهلكين.....258

ثانيا– الجزاءات الإدارية المفروضة على الشروط التعسفية.....259

1 – الغلق الإداري.....259

2 – المنع المؤقت والشطب من السجل التجاري.....261

3 – نشر القرارات المتخذة ضد العون الاقتصادي.....261

ثالثا – الأشخاص المكلفون بمعينة ارتكاب مخالفات شروط تعسفية.....262

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلكين في مكافحة الشروط التعسفية.....263

أولا – الدور التحسيسي من الشروط التعسفية.....263

1 – قيام جمعية حماية المستهلك بتوعيته وتوجيهه.....264

أ – إعلام المستهلكين بالشروط التعسفية.....264

ب – الدعاية المضادة.....264

ج – دعوة المستهلكين إلى المقاطعة.....264

2 – وسائل عمل جمعيات حماية في تحسيس المستهلك 265

ثانيا – الدور القضائي لجمعية حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية.....265

1 – رفع الدعوى ضد مخالفات الشروط التعسفية من قبل العون الاقتصادي.....265

2 – الانضمام كطرف مدني إلى جانب المستهلك للمطالبة بالتعويض.....267

الفرع الثاني: الحماية الجزائية من الشروط التعسفية.....267

أولا – جزاء ارتكاب ممارسة شروط تعسفية في حالته البسيطة.....268

ثانيا – جزاء ارتكاب ممارسة شروط تعسفية في حالة العود.....268

ثالثا – إمكانية إجراء المصالحة في مخالفات ممارسة أعمال تعسفية.....268

الخاتمة.....272

قائمة المراجع..... 276

فهرس العناوين.....291

الملخص.....313

الملخص باللغة العربية:

إن مسألة حماية رضا المتعاقد بين القواعد العامة للعقد وقواعد حماية المستهلك يمكن حصرها في مسألتين، حيث تتعلق المسألة الأولى في ضرورة توفير الضمانات والآليات الهادفة إلى ضمان صحة رضا المتعاقد من أجل محاولة وضع المتعاقدين في مستوى واحد وخلق نوع من التوازن العقدي، أين يبدو أن هذه الضمانات والآليات قد اختلفت بين القواعد العامة للعقد التي تنظر إلى المتعاقدين نظرة مساواة، وبين قواعد حماية المستهلك التي تنظر إلى هذا الأخير بأنه طرف ضعيف في مواجهة متدخل في العلاقة الاستهلاكية الذي يمتاز بالقوة انطلاقا من مهنيته وتخصصه في المجال الذي يشغله.

أما المسألة الثانية فتتعلق بضرورة معالجة انعدام التوازن في العلاقة العقدية الناتج عن إذعان أحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر، فيضع أحدهما تحت رحمة الآخر ما يجعل الطرف الضعيف يستسلم للطرف القوي في الشروط التي يمليها ويضعها بإرادته المنفردة، حيث يستغل المتعاقد القوي هذا الوضع في وضع شروط تعسفية تؤدي إلى اختلال ظاهر في الحقوق والواجبات الناتجة عن العقد، حيث يلاحظ في هذا المجال أن المشرع الجزائري لم يكتفي بالضمانات والآليات المقررة لمكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان في القواعد العامة للعقد، وفرض ضمانات وآليات جديدة لحماية المتعاقد المستهلك من مثل هذه الشروط.

إن تدخل المشرع في حماية رضا المتعاقد في مرحلة إبرام العقد في المسألتين السابقتين، وإن لم تكن جديدة إلا أنها لم تتوقف عند الحماية التقليدية المنصوص عليها في القواعد العامة للعقد، حيث أن رغبة المشرع في حماية المتعاقد عندما يكتسب صفة المستهلك جعلته يتدخل ويضع قواعدا تتضمن آليات وضمانات جديدة تهدف إلى توفير حماية أنجع لهذه الفئة من المتعاقدين.

Abstract:

The issue of protecting the satisfaction of the contracting party among the general rules of the contract and the consumer protection rules can be limited in two issues. The first issue concerns the necessity of providing guarantees and mechanisms aiming to ensuring the sincerity of the contacting party in order to try to put the contracting parties in one level and create a kind of contractual balance. It seems that this guarantees and mechanisms differ between the general rules -of the contract that treat the contacting party equally, and the consumer protection rules that consider him as the weak party facing the intervention in the consumer relationship which is characterized by strength from his professionalism and specialization in the field he works in.

The second issue is related to the need to treat the imbalance in the contractual relationship resulting from the compliance of one contracting party to the other one which puts one party at the mercy of the other and makes the weak party surrenders to the strong party within the conditions he dictates and puts in his unilateral will. The

strong contracting party takes advantage of this situation to set abusive conditions leading to clear imbalance in the rights and obligations resulting from the contract. In fact, we note in this regard that the Algerian legislator did not been content by the guarantees and mechanisms established to fight the abusive conditions in the compliance contracts in general rules of contract but imposed new mechanisms and guarantees to protect the contracting party (the consumer) of such conditions.

The intervention of the legislative to protect the satisfaction of the contracting party at the stage of the Conclusion of the contract in the two previous issues, despite it was not new, it did not stop at the classical protection mentioned in the general rules of the contract. As the legislative desire to protect the contracting party when he acquires the quality of consumer made him intervene and develop new rules containing new mechanisms and guarantees aimed to provide more effective protection for this category of contracting parties.