جامعة محمد خيضر- بسكرة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري

اطروحة مقدمة من طرف الطالبة علي خوجة خيرة

لنيل درجة دكتوراه علوم في الحقوق

تخصص عقود و مسؤولية

تحت اشراف الاستاذة الدكتورة لشهب حورية

لجنة المناقشة :

الاعضاء	الرتبة	الصفة	الجامعة
أ.د /عزري الزين	استاذ	رئيسا	جامعة بسكرة
أ.د / لشهب حورية	استاذ	مشرفا و مقررا	جامعة بسكرة
أ.د / زرارة صالحي الواسعة	استاذ	ممتحنا	جامعة باتنة
د/ بن عبد القادر زهرة	استاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة قسنطينة
د/ خلف فاروق	استاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة الوادي
د/ مستاري عادل	استاذ محاضر أ	ممتحنا	جامعة بسكرة

2016-2015

الاهداء

اهدي هذا العمل الى روح ابي الطاهرة رحمه الله و الى والدتي الكريمة اطال الله في عمرها ،كما اهديه الى كل من يطلع عليه .

الشكـــــر

الحمد لله الذي يسر لنا دروب المعرفة و اعاننا بالصبر فكان العلم غاية و العمل وسيلة ، فشكرا للقدير العلي الذي هداني بنوره و اعانني بفضله على اتمام هذه الدراسة ، و اصلي على خير خلق الله عليه افضل و ا زكى السلام.

كما لا يسعني الا ان أتقدم بالشكر الجزيل الى المشرفة على هذا العمل الاستاذة لدكتورة الفاضلة لشهب حورية على كل التوجيهات القيمة و المساعدات و النصائح التي قدمتها لي طيلة فترة انجاز البحث ،كما انني ممتنة لها لمواقفها النبيلة التي كانت لي الحافز الكبير لانجاز هذا البحث .

و اشكر كثيرا الاساتذة الافاضل اعضاء لجنة المناقشة

أ.د /عزري الزين

أ.د / زرارة صالحي الواسعة

د/ بن عبد القادر زهرة

د/ خلف فاروق

د/مستاري عادل

على قبولهم مناقشة هذا البحث رغم انشغالاتهم و مسؤولياتهم الكبيرة .

مقدمـــــة

ان الانسان منـــذ ان جعله الله خليفـة في الارض و هو الهدف و الوسيلـة لتحقيق التقـدم و الازدهار،و على هذا الاساس كانت حمايته و الالتزام بتوفير احتياجاته من الضروريات التي التزمت كل التشريعات بتحقيقها ، وباعتباره مستهلكا بالدرجة الاولى فان تحقيق هذه الحماية اصبح التزاما على كل الدول ، ذلك ان مجال حقوقه توسع ليشمل الحقوق الاجتماعية و الاقتصادية ، و هذا لانه طرف اساسي في العلاقات التعاقدية من جهة و من جهة اخرى فهو محور العملية الاقتصادية من كل جوانبها.

فتعتبر فكرة حماية المستهلك في الوقت الحاضر ابرز المشكلات التي ظهرت مع تطور الحياة الاجتماعية عن طريق تكاثر وتنوع الإنتاج وزيادة الاستهلاك وما صاحب ذلك من أضرار تلحق به وخاصة بعد الدخول في مرحلة اقتصاد السوق واستيراد وإنتاج عدد هائل من السلع ، الشيء الذي جعلها تاتي في مقدمة الاهتمامات الاساسية للدول في الوقت الحالي .

و من جهة اخرى فقد نتج عن هذا التطور ان عملية التوزيع اصبحت بيد شركات كبيرة يقتصر دورها على استخدام اساليب الدعاية المختلفة لاقناع المستهلك باهمية السلعة و جعله يتعاقد بشانها،وصار في الكثير من الاحيان لا يعتمد على المنتج او البائع ، انما اصبح يعتمد بشكل اساسي على الوثائق و البيانات المصاحبة للسلعة ، الشيء الذي ادى الى ظهور عدة اخطار سببها عدم كفاية البيانات او عدم دقتها او كتابتها بلغة لا يفهمها المستهلك .غير انه و رغم ادراكه لهذه الخطورة الا انه يبقى دائما مقبلا على هذه المنتوجات و هذا نظرا لاهميتها في حياته اليومية من جهة و لان وجودها يحقق له الرفاهية و يسهل عليه حياته من جهة اخرى.

و في ضوء هذا المناخ الجديد الذي خلقته المتغيرات الجديدة ، اصبح المستهلك في حاجة اكثر من اي وقت الى توفير الوسائل التي تضمن له الحصول على سلع لا تلحق به الاذى و الضرر و في نفس الوقت تضمن له التعويض المناسب في حالة تعرضه للضرر .

اهمية البحث :

من خلال ما تم عرضه و في ظل هذه التحولات التي جعلت من المستهلك طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية ، و ضحية للمنتوجات الخطرة و الرديئة تعاظمت حاجته لوجود آليات قانونية لحمايته. و القانون باعتباره الوسيلة التي تنظم المجتمع من جهة ولأنه وليد التطورات الاجتماعية و الاقتصادية من جهة اخرى ، فانه يجدر به ان يتصدى لهذه التطورات باستحداث قواعد قانونية لمواجهة الاخطار التي قد تحدث للمستهلك سواء عن طريق الوقاية او المعالجة منها .

تبرز اهمية البحث في فكرة حماية المستهلك ، التي اصبحت من المواضيع الشائكة التي تستدعي الدراسة على اعتبار انه موضوع متجدد و متطور بتطور الحياة الاجتماعية للوصول به الى بر الامان عن طريق تعاقد متوازن يضمن له الامن و السلامة و تلبية حاجياته وفقا لما تم الاتفاق عليه .

و عليه وحتى يتحقق ذلك و تتوفر الحماية الفعالة للمستهلك يجب تضمين قواعد القانون المدني احكاما يتحصل بموجبها هذا الاخير على اكبر قدر ممكن من الضمانات حتي تؤمن له و تشجعه على ابرام العقود و المعاملات بدون اي ضرر او تعويضه في حالة حصول الضرر ، ذلك ان اغلبية القوانين المدنية تم وضعها في ظل مبدا سلطان الارادة اين كانت حماية المشتري حينها تعتمد على هذا المبدا الذي كان مضمونه تكافؤ المتعاقدين في جميع مجالات و مراحل المعاملة ، في حين ان المعطيات الحالية اظهرت اختلالا واضحا لهذه العلاقة التعاقدية ، الشيء الذي جعل المستهلك محاط بالعديد من الاخطار و العوامل التي لا يمكن الاستهانة بها . فهذه العوامل جعلته لا يستطيع ان يتفاوض لعدم قدرته على النقاش حول ما يتعلق بموضوع التعاقد . و ذلك ما يعكس بشكل واضح و مباشر عدم توفر المساواة بين الاطراف اي وجود طرف قوي و طرف ضعيف .

و بالمقابل و رغم ان التشريعات الحالية تضمنت العديد من النصوص و القواعد القانونية التي تحكم و تنظم العلاقات بين المتعاقدين في جميع مراحل التعاقد ، غير ان تطور المجتمع قد اثبت ان ثمة عدم قدرة هذه القواعد و النصوص على حكم و تسيير هذه المسائل الجديدة خاصة في عقود الاستهلاك حيث ان قواعد القانون المدني هي التي تطبق عليها رغم انها لم توضع لحماية المستهلك ، على اعتبار ان مفهوم المستهلك وقت وضع هذه القوانين لم يكن شائعا خاصة في المجال القانوني لان كما سيتم توضيحه ان هذا المفهوم عرف عند رجال الاقتصاد ثم نقله عنهم رجال القانون .

ان ضرورة حماية المستهلك و اعطائه كل الضمانات لتحفيزه على التعاقد و كذا تعويضه عن اي ضرر يصيبه جراء استعماله لاي منتوج ، اوجبت ان ينظر للمستهلك لا على انه متعاقد او طرف محتمل في العلاقة التعاقدية ، بل على انه عنصر رئيسي في الحياة الاقتصادية وشريك اقتصادي في المجتمع المعاصر فمن هنا برزت أهمية حمايته ، هذه الحماية التي لابد ان تظهر:

اولا في مرحلة ما قبل التعاقد من خلال الاعلانات التجارية التي يجب ان تكون وفق الضوابط المحددة قانونا ، و من خلال كذلك الالتزام بالاعلام الذي لابد ان يقدم بموجبه المدين به للمستهلك كل المعلومات الاساسية المتعلقة بالسلعة او الخدمة موضوع التعاقد ، حتى يتمكن من تكوين فكرة كاملة على هذه السلعة ، تجعله يبدي رضا مستنيرا وواعيا .

ثانيا لابد ان تظهر كذلك هذه الحماية و كذا الضمانات في مرحلة ابرام العقد التي تتحدد خلالها التزامات الطرفين ، ففي هذه المرحلة بالذات يحاول المنتج من خلالها ان ينال من رضا المستهلك لانه اقبل على التعاقد و هو يجهل ملابساته. الشيء الذي يؤدي الى اختلال التوازن بشكل واضح .و لان كذلك في هذه المرحلة قد تظهر مشكلات هامة تنعكس على الارادة فتتقيد بذلك ارادة المستهلك حتى تصل الى التعيب كما تظهر مشكلات كبيرة تتعلق بتعيين المحل.

ثالثا في مرحلة تنفيذ العقد ففي هذه المرحلة يستعد كل من الطرفين لتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد المبرم بينهما، فيلتزم البائع بتسليم للمستهلك مبيعا خال من العيوب و مطابق للمواصفات المتفق عليها حتى يلبي الغرض الذي اقتناه من اجله المستهلك .

كما انه في هذه المرحلة دائما ، تثور مشكلة الاضرار التي تلحق المستهلك و التي تسببها المنتوجات سواء منها التي تنشا عن استعمالها او التي تنشا عن خطورتها وتثور كذلك مسالة كيفية التعويض عنها ، و على هذا لابد من حماية المستهلك و توفير له كل الضمانات اللازمة لتعويضه عن كل ضرر يصيبه في هذه المرحلة ، لما له من حق في حماية صحته و امنه .

ان مسالة حماية المستهلك شكلت موضع اهتمام و عناية كل التشريعات المتحضرة ،مما ادى بها الى اعادة النظر و استحداث نصوص تتلائم و التطورات الجديدة في جميع الميادين ، تضمن بموجبها امن و سلامة المستهلك ، وهذا ما ادى بالمشرع الجزائري من جهة الى اعادة النظر في قواعد القانون المدني بعدما اصبحت غير قادرة على تحقيق التوازن بين المهنيين والمستهلكين و توفير الحماية لهم مع اعطائهم الضمانات المتعلقة بتعويضهم عن اي ضرر ، و من جهة اخرى الى استحداث أول قانون

للمستهلك و هو القانون الذي صدر سنة 1989 لا سيما القانون رقم 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ومجموعة من المراسيم التنظيمية التابعة لهذا القانون ، ثم سن بعد ذلك القانون رقم 03/09 المتصمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش ، هاته النصوص تكرس حق المستهلك في سلامته من المخاطر التي تمس صحته و أمنه او تضر بمصالحه المادية ، وحقه في توفر المنتوج او الخدمة على المقاييس و المواصفات القانونية و التنظيمية ، وكذا التزام المطابقة لرغبته المشروعة في الاستهلاك الى غير ذلك من الحقوق .

و بهذا يكون قانون حماية المستهلك قد ساهم في تجديد القانون العام للالتزامات كما ان القانون المدني ساهم بدوره في مد قانون حماية المستهلك بأهم المبادئ والقواعد الحمائية دون ان يؤثر على قيمة النظرية العامة للعقود بوجه عام .

غير ان هذه النصوص المتعلقة بحماية المستهلك من الأضرار التي تلحق بسلامتهم نتيجة استعمال السلع المعيبة لم تأت بقواعد خاصة عن مسؤولية المنتجين او المستوردين او البائعين المتوسطين بحيث نرجع في هذه الحالة الى القواعد العامة لا سيما ما جاءت به المادة 140 مكرر من القانون رقم 10/05 المؤرخ في : 20 يونيو 2005 المعدل للقانون المدني الجزائري التي تنص على انه يكون المنتج مسئولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية

وعلى اعتبار ان علاقة المستهلك بالمنتج تكون محل عقود القانون الخاص وبالأخص عقد البيع فتكون حمايته على أساس قواعد الضمان المقررة في عقد البيع المدني طبقا للمسؤولية العقدية كما قد تكون على أساس المسؤولية التقصيرية طبقا لعبارة النص ((ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية)).

ففي المجال التعاقدي تتجه نصوص القانون المدني الى تحقيق المبيع الهدف الذي أراده منه المشتري أي تامين فائدة ومطابقة المبيع لما جاء في العقد فهي لم توضع بقصد ضمان سلامة المستهلك من الاخطار التي قد تسببها هذه المنتوجات رغم انها غير مشوبة بعيب ، فهل يمكن استعمالها لتحقيق هذه الحماية ؟ .

أما في النطاق التقصيري فالقاعدة العامة هي ضمان عدم الإضرار بالغير وحماية امن وسلامة الاخرين بفرض التزام قانوني ببذل عناية ، و الذي بموجبه يتحلى الشخص في سلوكه باليقظة حتى لا يضر بغيره ، فان انحرف عن السلوك الواجب التحلي به انعقدت مسؤوليته ، فهل يمكن تفسيرها لصالح المستهلكين سواء في نطاق القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية وفقا للمادة 124 من القانون المدني

الجزائري التي تنص على ان كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضرر للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض ،و هنا على المستهلك ان يثبت الخطا ، الشئ الذي لا يتحقق دائما باعتبار ان المستهلك محدود المعرفة فيما يتعلق بتقنيات هذا المنتوج . او تفسيرها في نطاق المسؤولية عن الأشياء طبقا للمواد من 138 الى 140 مكرر من القانون المدني الجزائري.

وعليه ومن خلال ما تقدم نلاحظ ان المشرع الجزائري قد حاول حماية سلامة المستهلك سواء عن طريق القواعد العامة من خلال النصوص المتعلقة بعقد البيع او من خلال قانون حماية المستهلك والنصوص اللاحقة به . وعلى اعتبار ان همزة الربط بين الطرفين (بائع ومشتري – منتج ومستهلك) هو عقد البيع الذي تنظمه القواعد العامة في القانون المدني فان الحماية في ظله لا تكون إلا في تاريخ لاحق على التصرف القانوني . و اشير انني طبقت هذه الدراسة على عقد البيع الذي اعتبره العقد الاكثر شيوعا في مجال الاستهلاك .

أما في ظل قانون حماية المستهلك فان المشرع من خلاله أرادها ان تكون حماية سابقة للتعاقد لوضع سلامة المستهلك في مأمن من كل خطر تسببه المنتجات .

وعليه ينبغي البحث عن مواطن عدم التوازن والوسائل القانونية لحماية المستهلك و اعطائه الضمانات القانونية قبل واثناء و بعد إبرام البيع سواء كانت هذه الضمانات و تلك الحماية في القانون المدني او في النصوص الخاصة بحماية المستهلك .

اسباب اختيار البحث

ان السبب الرئيسي الذي دفعني الى اختيار هذا الموضوع هو ما يتعرض له المستهلك في الجزائر من اخطار نتيجة كثرة المنتوجات التي ظهرت في السوق على اختلاف مصادرها ، في ظل ضعف او غياب الرقابة على السوق من جهة ، و من جهة اخرى اندفاعه لاقتنائها رغم ضعف خبرته و قلة معلوماته و جهله الناتج عن عدم حصوله عن البيانات الاساسية المتعلقة بهذه المنتوجات ، مما يجعله يتعرض لاضرار عند استعمالها .كل هذا خلق فرق و اختلال واضح و كبير بين التزامات كل من المنتج و المستهلك و سبب وقوع اضرارا لهذا الاخير يجب تداركها بالبحث عن وسائل حماية فعالة تقيه و تجبر هذه الاضرار.

بالاضافة الى جهله بحقوقه اتجاه المنتج ، و عزوفه عن ممارسة حقه في التوجه الى الجهات القضائية و رفع الدعاوى القضائية من اجل الحصول على تعويضات عن الضرر الذي يصيبه في سلامته نتيجة استعماله لهذه المنتوجات سواء كانت خطرة او معيبة او غير مطابقة لما تم الاتفاق عليه او لعيب قد يظهر في المبيع بعد تسلمه .

عنوان البحث :

انه و لما تقدم فانني استطيع ان اقول ان اختيار عنوان البحث لم يكن بالامر السهل على اعتبار انه لا بد ان يكون جديدا و لم يتم تناوله من قبل . و بعد تفكير اخترت " **الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري** " هذا العنوان الذي اعتقد انني اخرج به عن العناوين المالوفة التي سبقت دراستها في هذا المجال كمسؤولية المنتج و حماية المستهلك وقانون حماية المستهلك دراسة مقارنة و شرح قانون حماية المستهلك .

و بهذا يكون مضمون الدراسة محل البحث يختلف عن الدراسات السابقة . على اعتبار ان المستهلك و هو بصدد اقتناء حاجياته فانه يقدم على التعاقد متسرعا و بدون تفكير في عواقب هذا التصرف لانه يفتقر للمعلومات التي تتعلق بالمعقود عليه ، فهو في هذه الحالة يتعرض الى اضرار يستوجب التعويض عنها و بالتالي فانه يبحث عن الضمانات التي يوفرها له القانون لتحفيزه على التعاقد و تضمن له جبر الضرر الذي وقع له سواء بسبب منتوج معييب و خطر او عن طريق ضرر لحقه من جرا ء منتوج غير مطابق للمواصفات المتفق عليها ادى بالاضرار بسلامته .باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية يحتاج الى حماية قانونية في ظل التطور الاقتصادي المتسارع الذي زاد في قوة المنتج و اضعف المستهلك بسبب قلة وعيه و درايته بالمعلومات المتعلقة بالمعقود عليه ، الشيء الذي يجعله غير قادر على التفاوض .

فاختيار هذا العنوان يسمح لي بدراسة هذا الموضوع طبقا للقواعد العامة في القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة من جهة و طبقا لقواعد قانون حماية المستهلك و نصوصه التنظيمية الذي يعتبر القانون الخاص بكل المعاملات التي يقوم بها المستهلك في جميع الميادين من جهة ثانية . حتى نتمكن من استخلاص ايهما يوفر اكثر ضمانات للمستهلك وفقا لما وصلت اليه التطورات التكنولوجية و العلمية في جميع الميادين .

اشكالية البحث :

يتمثل الهدف من البحث في الوقوف على مدى كفاية و فعالية النصوص التي اتى بها المشرع الجزائري من اجل تحفيز المستهلك على التعاقد و تحقيق ضمانات قانونية تعوضه عن الاضرار التي تصيبه من جراء استعماله للمنتوجات ، و على هذا الاساس فان الاشكالية الرئيسية التي تعرضت لها بالبحث يدور محورها حول الاجابة على السؤال التالي:

ما هو النظام القانوني المنتهج من قبل المشرع الجزائري لتوفير الحماية العقدية للمستهلك و لضمان تعويضه عن الاضرار التي تصيب سلامته ؟

منهج البحث :

اتبعت في دراستي هذه المنهج الوصفي التحليلي الذي اعتمدت من خلاله على جمع المعلومات و مقارنتها بكل ما يتعلق بالبحث ، كما انني قمت بمقارنة ما هو مشرع في الجزائر وما تضمنته القوانين المقارنة لا سيما الفرنسية والمصرية كلما دعت الضرورة لذلك على الرغم من ان هذه الدراسة ليست بالدراسة المقارنة .انما تعمدت ذلك لاثرائها ، و هذا لقلة النصوص االجزائرية اذا ما قرناها بالنصوص الفرنسية ، و على اعتبار ان التجربة الفرنسية في مجال حماية المستهلك غنية بكثير سواء من ناحية النصوص او من ناحية الاحكام و الاجتهادات القضائية التي يمكنني ان اقوال انها منعدمة في الجرائر.

و اشير كذلك انني اردتها ان تكون دراسة في طابعها المدني بحيث لم اتطرق الى الجانب الجزائي ، ذلك ان من يقرر مدى اهمية تحريك الحماية الجزائية هو في الغالب النيابة العامة اما في الجانب المدني فالمستهلك وحده هو الذي يقدر و يثير طلب الحماية و التعويض بالنظر الى مدى اختلال التوازن العقدي ، و كذا الضرر الذي اصابه في سلامته .

خطة البحث :

و للاجابة على هذه الاشكالية درست الموضوع وفقا للخطة التالية :

لقد قسمت خطة البحث الى باب تمهيدي و قسمين :

الباب التمهيدي : مفهوم المستهلك و اسباب حمايته

الفصل الأول : اطراف العلاقة التعاقدية

الفصل الثاني : اسباب الحاجة الى الحماية

القسم الأول : حماية المستهلك في مرحلتي الدعوة الى التعاقد و ابرام العقد

الباب الأول : حماية المستهلك في مرحلة الدعوة الى التعاقد او التفاوض

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد

القسم الثاني : حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد و تعويضه عن الاضرار التي تصيبه بسلامته

الباب الأول : مشكلات تسليم محل العقد

الباب الثاني: نظام تعويض المستهلك عما يصيبه من اضرار بسلامته

الخاتمة

الباب التمهيدي

مفهوم المستهلك و أسباب حمايته

يثير موضوع حماية المستهلك العديد من المشاكل القانونية التي تستدعي ضرورة معرفة أطراف العلاقة التعاقدية المتمثلة في المستهلك و غير المهني من ناحية و المهني من ناحية أخرى، فما المقصود بالمستهلك ، و هل غير المهني يعد مرادفا للمستهلك و هل المهني الذي يتعاقد خارج نطاق مهنته يعتبر غير مهني و يأخذ حكم المستهلك .

كما يثور التساؤل حول ما المقصود بالمهني و ما هي العناصر اللازمة لاكتساب الشخص صفة المهني ، ثم ماهو عقد الإذعان ، و ما هي خصائصه و ما المقصود بالشروط التعسفية و ما هي معايير هذه الشروط .

و يثير أيضا هذا موضوع طرق حماية المستهلك المتمثلة في الحماية التشريعية في ظل القانون المدني ، وكذلك القوانين الخاصة بحماية المستهلك ، كما تتمثل في حمايته عن طريق القضاء من خلال مراجعة الشروط التعسفية و تفسيرها و تعديلها أو استبعادها .

و للإجابة على هذه التساؤلات و غيرها يستوجب البحث في اطراف العلاقة التعاقدية و اسباب الحاجة الى الحماية و هذا في فصلين مستقلين .

الفصل الأول : أطراف العلاقة التعاقدية

الفصل الثاني : أسباب الحاجة إلى الحماية

الفصل الأول

أطراف عقد الاستهلاك

نشير بداية انه لا القانون المدني الفرنسي و لا المصري و لا القانون المدني الجزائري من بعدهم اتى بتعريف لمصطلح المستهلك ، فهذا المصطلح هو مجموعة من الافكار المستعارة من علم الاقتصاد[1]،غير انه في الغالب فان المفاهيم الاقتصادية لابد و ان تترك اثارها على العديد من المفاهيم القانونية ، ففكرة البائع و المشتري التي كانت سائدة في الماضي قد تراجعت بشكل واضح و حلت محلها فكرة المنتج و المستهلك . و ان هذا التراجع اصبح ظاهرة عامة ان لم تكن في جميع العقود فعلى الاقل في عقد البيع بصفة خاصة [2] .

ودخل مصطلح المستهلك لغة القانون نتيجة اتجاه أنظار رجال القانون و اهتمامهم بحماية المستهلك فأصبح من الضروري تحديد المقصود به في المجال القانوني ، غير أن هذا المصطلح خلق خلاف في الفقه و القضاء ، و التشريع ، على اعتبار أن لفظ المستهلك يطلق على الشخص الذي يقوم بإبرام عقود شراء السلع ، و استخدام مرفق عام أو خدمة ، و كذلك على الشخص الذي يبرم عقد تامين و على شخص يقتني مالا أو خدمة ، لسد حاجاته الشخصية أو العائلية ، بحيث ينتج أو يترتب عن هذه العملية انتهاء منفعة السلعة .

وفكرة المستهلك تعد فكرة محورية هامة في إطار أحكام قانون الاستهلاك مما يستدعي بيان المقصود بها بشكل دقيق لأنها من جهة تعتبر الأساس الذي يتم طبقا له تحديد نطاق تطبيق هذا القانون و معرفة الأشخاص الذين تمتد إليهم و تطولهم الحماية التي يقررها ، و كذلك الأحوال التي تثبت فيها هذه الحماية [3] ، ومن جهة أخرى لفهم قانون حماية المستهلك ذاته [4].

وان ما يهم من الناحية القانونية بالدرجة الأولى ليس فعل الاستهلاك في حد ذاته ، و إنما التصرف الذي يبرمه المستهلك لإشباع حاجته الخاصة أو العائلية ، و بهذا يتميز المفهوم القانوني للاستهلاك عن مفهومه الاقتصادي [5]. و ترتيبا على ذلك فان مفهوم المستهلك من الناحية الاقتصادية يتسع عنه من

[1] -PAZZIO Jean Pierre « l'introduction de la notion du consommateur en droit Français » D1982 p 91.

[2] -عبد البديع المهدي علي غانم المسؤولية المدنية للبائع عن الأضرار التي تصيب المستهلك و كيفية حمايته في ضوء القانون الوضعي و الفقه الإسلامي رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق 2005 ص1 .

[3] -محمد حسين عبد العال مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة) دار النهضة العربية ط 2011 ص 96

[4] -محمد بودالي حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) دار الكتاب الحديث ص 21 – منى ابو بكر الصديق محمد حسان الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات رسالة دكتوراه جامعة المنصورة 2011 ص 15 .

[5] -حسن عبد الباسط جميعي حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك)دار النهضة العربية القاهرة 1996 ص 8

الناحية القانونية ، حيث يخرج من مجال المفهوم القانوني للمستهلك الاشخاص الذين يقومون بافعال الاستهلاك المادية دون ان يقوموا بابرام العقود ، ففي عقد البيع مثلا فان ابناء المشتري او من يعولهم يكون موقعهم القانوني خارج الاطراف المعترف بها في قوانين حماية المستهلك فتدخل حمايتهم في اطار قواعد المسؤولية المدنية العادية [1] ..

و في المقابل فان فئة المستهلكين هذه تقابلها فئة المحترفين او المهنيين من المنتجين الذين يقومون بانتاج السلع ، و البائعين والموزعين ، و لا يوجد اي خلاف من ان هؤلاء المحترفين و المهنيين لا تشملهم الحماية المقررة في قوانين حماية المستهلك ، فتمتعهم بالخبرة و المعرفة يجعلهم بعيدين تماما عن اي ضعف ، ذلك ان هاته الميزات تجعلهم في مركز قوة .و هذا يعني ان الطرف المقابل ليس طرفا متساويا مع المستهلك سواء من ناحية القدرة الاقتصادية او المعلوماتية . فيكون المنتج او البائع المهني من جهة و المستهلك من جهة اخرى هما اطراف عقد الاستهلاك ، فيكون المستهلك ضعيف من الناحية الاقتصلدية ، و من ناحية التخصص الفني . و بالتالي ينتج عن هذا التفاوت اختلال في التوازن العقدي بين اطراف العقد . هذه الوضعية المتفاوتة تتطلب بالضرورة التدخل من جانب المشرع لوضع قوانين حمائية خاصة للطرف الضعيف من اجل اعادة التوازن في العلاقات التعاقدية الخاصة بالاستهلاك بما يرفع الضرر و الخطر عن المستهلكين .

وقد اجتهد الفقه و القضاء في تحديد مفهوم المستهلك الذي يستفيد من الحماية التي تضمنتها قوانين حماية المستهلك و كذلك تحديد المقصود بالمهني باعتباره طرفا في عقد الاستهلاك المبرم بين المستهلك و المهني ، و ذلك ما يفسر و جود خلافات في الرأي حول تحديد مفهوم "المستهلك " و " المهني "و وجود خلاف أيضا بشان ما إذا كان المهنيون يدخلون في فئة المستهلكين عندما يقومون بإبرام عقود استهلاك خارج نطاق اختصاصهم المهني [2].

وعلى هذا الأساس اصبح من الضروري الوقوف على مفهوم المستهلك و كذا المهني .و هذا ما سنتناوله من خلال مبحثين مستقلين .

المبحث الأول : مفهوم المستهلك

المبحث الثاني: مفهوم المهني

[1]-ابو العلا علي ابو العلا النمر حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي دار النهضة العربية الطبعة الاولى 1998 ص 5.
- [2] حمد الله محمد حمد الله حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)دار الفكر العربي 1997 ص 8 .

المبحث الأول

مفهوم المستهلك

لقد اجتهد الفقه و القضاء في تحديد مفهوم المستهلك الذي يستفيد من الحماية التي اولتها له النصوص القانونية التي عنيت بحمايته ، طالما أن تقنين الاستهلاك الفرنسي لم يتضمن تعريفا له على نحو مباشر، في حين ان قانون التجارة الانجليزي الصادر عام 1973 عرفه تعريفا يظهر نوعا ما غريب و اعتبر المستهلك هو " الشخص الذي لا يتعاقد في عمل ينفذه و لكنه يتعامل مع الشخص الذي يقوم بتنفيذه "[1] و لقد اثارت فكرة المستهلك جدلا فقهيا كبيرا ، أدى إلى اختلاف في أحكام القضاء ،و تضاربها عند اضفاء الحماية على هذا المستهلك[2] .

و حتى نتمكن من تحديد مفهوم المستهلك بشكل ينفي الجهالة و يرفع كل لبس ، يعترضنا سؤال مهم جدا و هو هل يستفيد المنتج او البائع المحترف الذي يتعاقد في غير تخصصه من القواعد القانونية المقررة لحماية المستهلك ، لان صفة المستهلك يمكن ان نطلقها ليس فقط على من يحصل على متطلباته لاشباع حاجاته الشخصية او حاجات عائلته ، انما نطلقها على من يقتني سلعة او خدمة لاغراض صناعته او حرفته .

و ترتيبا على ذلك ، و في اطار دراستنا لمفهوم المستهلك سوف نناقش موضوعين اولهما تعريف المستهلك و عناصر ذلك التعريف و ثانهما مدى اعتبار المهنين الذين يتعاملون في غير تخصصهم من قبيل المستهلكين للوقوف حول مدى امكانية استفادتهم من القواعد القانونية المقررة لحمايتهم .و على هذا نتناول في مطلبين مختلفين تعريف المستهلك و مدى اعتبار بعض الاشخاص مستهلكين بالمفهوم الواسع ة هذا كما سياتي :

المطلب الأول : تعريف المستهلك

المطلب الثاني : مدى اعتبار بعض الاشخاص مستهلكين بالمفهوم الواسع

[1]-السيد خليل هيكل نحو القانون الاداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك دار النهضة العربية بدون تاريخ النشر ص 9

[2] -Vincent Vigneau « trente ans de jurisprudence sur la notion du consommateur recueil gaz de pal Sep /Oct 2002 p1279.

المطلب الأول

تعريف المستهلك

يعد مفهوما المستهلك و المهني معايير خاصة لرسم الحدود المتعلقة بمفهوم المستهلك لانه اذا لم توجد صعوبة في تحديد مفهوم المهني باعتباره كل من يمارس نشاطا تجاريا او مدنيا على سبيل الاحتراف، فان الصعوبة تكمن في تحديد مفهوم المستهلك [1]

ان دخول مصطلح المستهلك في اللغة القانونية ارغم رجال القانون على تحديد معناه القانوني مستندين في ذلك على المفهوم الاقتصادي ، و بالتالي يمكن استخلاص تعريفه من دور عملية الاستهلاك في المعاملات القانونية ، و رغم ذلك فقد اثار مصطلح " المستهلك " جدلا فقهيا كبيرا حول تحديد مفهومه وبهذا الصدد انقسم الفقه الى اتجاهين ، الاول يضيق من مفهوم المستهلك و له ما يبرره على اعتبار ان قواعد حماية المستهلك تشكل عادة خروج عن القواعد العامة ، و من ثم يجب ان لا يتمتع بها الا من هو في حاجة حقيقية و ماسة اليها .و الاتجاه الثاني يوسع في مفهوم المستهلك حيث يعتبر مستهلكا كل من هو بحاجة للحماية بدافع العلة او الحكمة من الحماية و سنتناول كل من هذين الاتجاهين من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : الاتجاه المضيق لفكرة المستهلك

الفرع الثاني : الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك

الفرع الثالث : موقف القضاء والتشريع من تعريف المستهلك

[1]-كيلاني عبد الراضي محمود مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي دار النهضة العربية ط 2005 ص 20

الفرع الأول

الاتجاه المضيق لفكرة المستهلك

لقد تبنى اغلب الفقه مفهوما ضيقا للمستهلك ، وفي هذا الصدد تعددت التعريفات التي جاء بها انصار هذا المذهب على النحو التالي :

التعريف الاول :

" ان المستهلك هو الشخص الطبيعي الذي يتعاقد او يتصرف لاشباع حاجاته الشخصية او حاجات من يعولهم "[1] .

نلاحظ على هذا التعريف انه لا يدخل في مجموعة المستهلكين من كان تعاقده لأغراض تتعلق بمهنته أو مشروعا يديره أو خدمة يؤديها أو حرفة يحترفها ، و على هذا فانه يؤخذ على هذا التعريف انه حصر مفهوم المستهلك في الشخص الطبيعي ، و اخرج بذلك الأشخاص المعنوية من هذا التعريف، على الرغم من انه من بين الأشخاص المعنوية من يستحق الحماية الخاصة التي نوليها للمستهلك، كالشركات و الجمعيات ، فهذا التعريف منتقد لأنه يصور المستهلك بأنه شخص لا هم له سوى إشباع حاجاته الشخصية من مأكل و مشرب فقط ، رغم انه في الواقع له أهداف و رغبات و تطلعات أخرى كثيرة و مختلفة ، ذلك انه قد يبرم عقود كثيرة كعقد شراء سيارة او منزل ، او عقد نقل بضائع ، او عقد تامين او قرض الخ ...لا تدخل في عمليات الاشباع المادي المذكور ، و لكنها جديرة بالحماية و تدخل في دائرة عقود الاستهلاك .

التعريف الثاني :

المستهلك هو: "" كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية و العائلية"" ويخرج من وصف المستهلك وفقا لهذا التعريف كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الخدمة معنى ذلك أن المستهلك هو الذي يمارس عمليات الاستهلاك بمعناها القانوني اي التصرفات التي تسمح له بالحصول على شيء أو خدمة بهدف إشباع حاجة شخصية أو عائلية ، فهو من يقوم بإبرام عقود تامين و عقود شراء مواد غذائية و الحصول على سيارة إلى غير ذلك . فهذا التعريف يستند الى معيار محدد هو تخصيص المال او الخدمة للأغراض الشخصية .

[1]- محمودعبد الرحيم الديب الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدية ص 10 – حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 10

التعريف الثالث :

عرف C Auloy تعريفا ضيقا للمستهلك ، و هو التعريف الذي تبنته لجنة تنقيح و صياغة تقنين الاستهلاك الفرنسي ، و يعتبر هذا التعريف أن " المستهلكين " هم الأشخاص الذين يحصلون أو يستعملون السلع أو الأموال و الخدمات للاستعمال غير المهني [1].و بناء على ذلك لا يعتبر مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه الشخص الذي يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج أي غرض مهني و أخر غير مهني، كأن يشتري وكيل عقاري سيارة يستعملها ليس فقط من اجل تنقلاته المهنية و لكن أيضا من اجل استعمالها لاغراض شخصية كنقل اسرته مثلا ، وهذا ما يسمى بالاستعمال المختلط .فالمستهلك وفقا لهذا التعريف لا بد أن تتوفر فيه ثلاث خصائص تتمثل فيما يلي :

أ–ان يكون من الأشخاص الذين يحصلون أو يستعملون السلع و الخدمات و عليه تنقسم فئة المستهلكين الى فئتين .

الفئة الاولى : تشمل هذه الفئة أولئك الذين يحصلون على السلع و الخدمات لغرض غير مهني، وتحقيقا لذلك يقوم المستهلك بإبرام عقد مع شخص آخر و هو المهني . وهذا العقد الذي يبرم بين الطرفين يسمى بعقد الاستهلاك ، كعقد بيع و شرا ء السلع و عقد التامين ... الخ.

الفئة الثانية : تشمل أولئك الذين يستعملون السلع و الخدمات لغرض غير مهني ، كما إذا اشترى شخص ما سلعة أو منتوج معين ليستعمله أفراد أسرته ، فيكون في هذه الحالة المشتري مستهلكا كما يكتسب أفراد أسرته صفة المستهلك .

ب –أن يكون محل عقد الاستهلاك سلعة أو خدمة ، و لكن لا تقتصر عملية الاستهلاك على الأشياء التي تستهلك أو تنتهي من أول استعمال لها. كالأدوية مثلا ، فهناك أشياء مستديمة و لكنها قابلة للاستهلاك كالسيارات و الأجهزة المنزلية كما يتضح نطاق الحماية فيما يتعلق بالخدمات سواء أكانت خدمات مادية كإصلاح السيارات مثلا ، أو خدمات ذات طابع مالي كعقود التامين و القروض ، أو ذات طابع ذهني كالعقود مع الأطباء و غيرهم في مجال الخدمات الطبية .

[1]-حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 12 – محمود عبد الرحيم الديب المرجع السابق ص 12

ج –الغرض غير المهني : فالمستهلك هو الذي يحصل أو يستعمل السلعة أو الخدمة لغرض غير مهني أي لأغراض شخصية أو عائلية كشراء مواد غذائية .و يتفق الفقه على ان الطابع غير المهني لنشاط المستهلك هو فيصل التفرقة بينه و بين المهني .

و يبرر أنصار هذا المفهوم الأخذ بالمعنى الضيق للمستهلك ، بان فكرة " المستهلك " هي أداة لسياسة قانونية تتعلق بالأفراد ، و إذا تم التوسع في هذه الفكرة إلى حد كبير فلن تستطيع السلطات العامة أن تقوم بشؤون الاستهلاك [1].و قد استندوا في ذلك على عدة حجج تتمثل فيما يلي :

– أن الاتجاه المضيق هو الاتجاه الأقرب لبيان ذاتية المستهلك ، كما انه لا يثير صعوبات في التطبيق لما يتسم به من البساطة و الدقة .

–ان هذا الاتجاه ينشا أمانا قانونيا لما ينطوي عليه من تحديد دقيق لمفهوم المستهلك اذ لا يتحقق ذلك في ظل المفهوم الواسع .

–كما أن الشخص يتعاقد تحقيقا لغاية استهلاكية محضة تتمثل في الحصول على سلعة او خدمة هو في أمس الحاجة إليها ، فانه يجد نفسه في موقف اقتصادي ضعيف نتيجة افتقاره إلى الأدوات الخاصة بالإنتاج مما يتعذر عليه الاستفادة من عمليات التصنيع أو الشراء من اجل إعادة البيع .فالنصوص الحمائية انطلقت من منطلق اساسي هو ضرورة حماية الطرف الضعيف في التعاقد ، و الذي يجسده المستهلك بمفهومه الضيق [2] .

الفرع الثاني

الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك

إن هذا الاتجاه يرمي إلى التوسيع حتى يوسع في بسط نطاق الحماية التي يتمتع بها هذا الأخير لتشمل اكبر عدد ممكن .و بذلك تخلى أصحاب هذا الاتجاه عن الفكرة الجوهرية التي سيطرت على الاتجاه المضيق لمصطلح المستهلك و التي تركز على الطابع الشخصي لاستعمال المال أو الخدمة أوالسلعة.و عليه يصبح المقصود من مصطلح المستهلك طبقا لهذا الاتجاه هو :

[1]-محمود عبد الرحيم الديب المرجع السابق ص 14 –د/ حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 14-15
[2]- منى ابو بكر الصديق محمد حسان المرجع السابق ص 19-20 .

كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك أي بمعنى استعمال أو استخدام مال أو خدمة ، إذ يعتبر مستهلكا من يشتري سيارة لاستعماله الشخصي ، و من يشتري سيارة لاستعماله المهني . ويستبعد من هذا التصور لمفهوم المستهلك قرض الشراء من اجل إعادة البيع لان المال لا يستهلك في هذه الحالة [1].

و يهدف أنصار هذا الاتجاه إلى توسيع نطاق الحماية التشريعية إلى المهني عندما يبرم تصرفات قانونية لإشباع حاجته المهنية ، و لكنها ليست داخلة في نطاق مهنته مثل التاجر الذي يشتري كمبيوتر لاستخدامه في نشاطه التجاري و من ثم يعتبر أصحاب هذا الاتجاه أن المستهلك هو المهني الذي يتعاقد خارج نطاق مهنته أو حرفته بالمعنى الدقيق حتى لو تم التعاقد لمصلحة الخدمة أو المهنة [2] .وعليه يدخل في طائفة المستهلكين الشخص الذي يستهلك في إطار مهنته .

و يستند أصحاب الاتجاه الموسع لتحديد المقصود بالمستهلك إلى حكم المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير سنة 1978 الخاص بحماية و إعلام المستهلكين للسلع و الخدمات .ذلك أن المشرع استخدم مصطلح غير المهنيين مع الإبقاء على لفظ المستهلكين ، قاصدا بذلك مد الحماية القانونية إلى المهني الذي يتعاقد خارج مجال تخصصه الفني و مهنته الأساسية ، فيكون في هذه الحالة غير مهني فيأخذ حكم المستهلك ، و بالتالي يصبح مستهلكا ضعيفا يحتاج إلى الحماية كل مهني تعاقد في غير تخصصه و ذلك بالنظر إلى عدم إلمامه بالدقائق الفنية و التقنية للشيء موضوع التعاقد [3] .

[1]- عاطف عبد الحميد حسن حماية المستهلك الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاذعان و في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين .دار النهضة 1996 ص25 .- حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 17 .

[2]-محمود عبد الرحيم الديب المرجع السابق ص 15 .

[3]-عاطف عبد الحميد حسن المرجع السابق ص 26 – عمر محمد عبد الباقي خلبفة الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون رسالة دكتوراه جاممعة عين شمس 2004 ص 40..- منى ابو بكر الصديق محمد حسان المرجع السابق ص 34 .

الفرع الثالث

موقف القضاء والتشريع من تعريف المستهلك

سوف نتناول في هذا الفرع موقف كل من القضاء و التشريع من تعريف المستهلك .

أ موقف القضاء :

ان غياب تعريف لمصطلح المستهلك في تقنين الاستهلاك رقم 92/949 الصادر بتاريخ 26 افريل 1992 ادى الى وجود خلافات فقهية و تضارب في احكام القضاء الفرنسي [1] .و نستطيع ان نقول ان القضاء الفرنسي قد مر بمرحلتين اساسيتين في تحديده لمفهوم المستهلك [2] .

المرحلة الاولى :

تبنى فيها القضاء الفرنسي معيار التخصص المهني فاعتبر المهني مستهلكا و يكون جدير بالحماية بالنسبة للعقود التي يبرمها خارج نطاق تخصصه حيث يرى ان هذا المهني يعتبر في حالة الجهل نفسها التي يوجد فيها أي مستهلك [3] ، و في هذا الاطار قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1978 بان المهني الذي يبرم تصرفا تجاريا يتعلق بتجارته و لكن خارج نطاق تخصصه الدقيق ، فانه في وضع مشابه للمستهلك عديم الخبرة و التجربة [4].

المرحلة الثانية :

ففي هذه المرحلة اعتمدت محكمة النقض الفرنسية على معيار الصلة او العلاقة المباشرة لكي تستبعد تطبيق الحماية على المستهلك من الشروط التعسفية اذا كان للعقد الذي يبرمه الشخص صلة او علاقة مباشرة بنشاطه المهني [5]

ب موقف المشرع :

كما سبقت الاشارة اليه لقد جاء كل من القانون المدني الجزائري و المصري و كذا الفرنسي خاليين من اي تعريف للمستهلك بل و حتى من ذكر لفظ المستهلك صراحة كما خلت هذه القوانين من اية احكام

[1] -Gilles Paisant « à la recherche du consommateur pour en finir avec L'actuelle confusion nèe de l'Application du critère du (rapport direct) J.c.p éd =G= 2003 n °13 p 549 .

[2] -نبيل محمد احمد صبيح حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية(دراسة مقارنة) مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الثاني السنة الثانية و الثلاثون يونيو 2008 ص 178 .

[3] - نفس المرجع ص 178 .

[4] -Vincent Vigneau op cit p1279

[5] - نفس المرجع ص 179 .

تنظم عقود الاستهلاك ، و من ثم فان حماية المستهلك و تنظيم عقود الاستهلاك فيها تخضع للقواعد العامة .

فبالنسبة للقانون الفرنسي و رغم صدور قانون الاستهلاك رقم 93-949 المؤرخ في 26 يوليو 1993 و الذي يضم العديد من القوانين التي تهدف الى حماية المستهلك ، غير انه لم ينص بصفة مباشرة على تعريف المستهلك ، إنما نجده و هو بصدد تحديد نطاق سريان قواعد الحماية التي يقررها تقنين الاستهلاك يستبعد من الخضوع لأحكامه العمليات التي تتم لأغراض مهنية بما يفهم ان هذه الحماية تمس الأشخاص الذين يتعاقدون لاغراض غير مهنية .

غير ان لجنة تنقيح قانون الاستهلاك عرفت المستهلكين " بأنهم الأشخاص الذين يحصلون على الأموال و الخدمات او يستخدمونها للاستعمال غير المهني "[1] .

على هذا فان المشرع الفرنسي قد تبنى المفهوم الضيق للمستهلك و يظهر جليا في نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية المستهلكين من المنتجات و الخدمات في مواجهة الشروط التعسفية في المادة 35 و المواد 121 ،123 ،3/311 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 26 يونيو 1993 .

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الأوروبي هو الأخر اخذ بالمفهوم الضيق ويظهر ذلك في توجيهاته الصادرة بتاريخ 19 يوليوا 1979 بخصوص تحديد أسعار المواد الغذائية و بتاريخ 25 سبتمبر 1974 بخصوص الدعاية الكاذبة او المضللة ، وبتاريخ 25 يوليوا 1985 بخصوص المسؤولية عن المنتجات المعيبة ، والصادر بتاريخ 20 ديسمبر 1985 بخصوص عقود البيع في المنازل بشان الشروط التعسفية .

أما قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 فقد نص صراحة في المادة الأولى منه على إمكانية اكتساب الشخص الطبيعي و الشخص المعنوي لصفة المستهلك على السواء .فنصت هذه المادة على انه يقصد بمصطلح " الأشخاص " في تطبيق هذا القانون " الأشخاص الطبيعيون و الأشخاص الاعتبارية و منها الشركات بجميع أشكالها ... ".

[1]- عمر عبد الباقي خليفة الحماية العقدية للمستهلك مرجع سابق ص 21

و من جهة أخرى عرفت المادة المذكورة المستهلك بانه " كل شخص تقدم اليه احد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص ". و يظهر من الوارد في نص المادة أن المشرع المصري قد عرف المستهلك بالنظر إلى الغرض من التصرف ، ذلك انه إذا كان الغرض منه إشباع حاجات غير مهنية أي حاجات شخصية أو عائلية كان المتعاقد مستهلكا ، و العكس صحيح فلا يعد مستهلكا من تعاقد لأغراض مهنية .

أما المشرع الجزائري فقد أورد تعريفا من خلال المادة الثالثة من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش . بان المستهلك هو "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا ، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من اجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به ".

كما عرفه من خلال المادة 03 /2 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية [1] المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 2010/08/15.[2]

""بانه كل شخص طبيعي او معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع او يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني ."

نلاحظ أن المشرع الجزائري حذ حذو المشرع المصري و عرف المستهلك بالنظر الى الغرض من التصرف ، كما انه وسع في مفهوم المستهلك بحيث مده إلى الشخص المعنوي و من خلال ما تم استعراضه من التعريفات التشريعية فإننا نلاحظ انه رغم أنهما قد وسعا في دائرة المستفيدين من أحكامه بما يشمل الأشخاص الطبيعية و المعنوية ، إلا أنهما تبنيا الاتجاه الضيق في تعريفه للمستهلك [3]، ذلك انه جعل الاستفادة من أحكامه منوطة بالشخص الذي يتصرف لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ، كما أنهما لم يتعرضا لمصطلح "غير المهني " أو المهني غير المتخصص" و بالتالي لم يحسما الخلاف القائم بين الفقهاء حول أحقية المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه في التمتع بالحماية المقررة للمستهلك .

[1]-الجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 2004/06/27..
[2]-الجريدة الرسمية رقم 46 المؤرخة في 2010/08/18 .
[3]-شانهما في ذلك شان معظم النصوص التشريعية التي صدرت خلال السبيعنيات و التي في مجملها قد تبنت المفهوم الضيق للمستهلك و ذلك بتشبيه بغير المهني اي كل من يتعاقد بهدف الوفاء باحتياجاته الشخصية و هو ما طبقته الاحكام القضائية و ايده معظم القضاء ارجع في ذلك بالتفصيل الى كيلاني عيد الراضي محمود المرجع السابق ص 20.

المطلب الثاني

مدى اعتبار بعض الاشخاص مستهلكين بالمفهوم الواسع

اختلفت الأراء حول إمكانية إضفاء صفة المستهلك ليشمل اكبر عدد ممكن من الأشخاص حتى يمكنهم الاستفادة من الحماية التي قررها قانون حماية المستهلك ، و قد ثار الخلاف خاصة حول الشخص المعنوي ، و الشخص الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه ،وكذلك المدخر و هو ما نتناوله في ثلاثة فروع مستقلة وفقا لما يلي :

الفرع الأول : مدى اكتساب الشخص المعنوي صفة المستهلك

الفرع الثاني : مدى اكتساب المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه صفة المستهلك

الفرع الثالث : مدى اكتساب المدخر صفة المستهلك

الفرع الأول

مدى اكتساب الشخص المعنوي صفة المستهلك

لقد استبعدت الاشخاص المعنوية او الاعتبارية من شريحة المستهلكين ، و استند الفقه و القضاء الفرنسيين في ذلك على العديد من نصوص قوانين الاستهلاك و نصوص تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر في 1993 ، و عليه فالمستهلك هو بالدرجة الاولى شخص طبيعي يتصرف و يتعاقد لتلبية اغراض شخصية او عائلية . و قد ظهر ذلك في نص المادة الاولى من قانون 1978 التي اصبحت الان المادة 121-21 من تقنين الاستهلاك الفرنسي ، والتي احتفظت بصفة المستهلك للاشخاص الطبيعية فقط .

غير ان باقي النصوص الخاصة بالشروط التعسفية ، تناولت المستهلك دون اي تحديد آخر، و على ذلك فانها لا تتعارض مع توسيع مفهوم المستهلك ليشمل الاشخاص الاعتبارية [1] .

و يؤيد جانب من الفقه و القضاء [2] اطلاق صفة المستهلك على الشخص الاعتباري ، و هذا الموقف يتفق مع تعريف لجنة صياغة و تنقيح قانون حماية المستهلك الذي يضفي صفة المستهلك على بعض الأشخاص الاعتبارية كالجمعيات التي لا تهدف الى تحقيق

[1]- حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 22 بند 25 .
[2]- نفس المرجع ص 22 بند 25 .

الربح ، و النقابات التعاونية اي تلك الأشخاص التي تحصل على السلع و الخدمات او المؤسسات لغرض غير مهني . كما يتفق مع ما ذهب اليه المشرع الجزائري و المصري ، ذلك انهما وسعا اضفاء صفة المستهلك على الشخص المعنوي

و نستخلص مما تقدم ان اصحاب الاتجاه الموسع يبسطون صفة المستهلك لتطول كل مهني او شخص معنوي يباشر تصرفات لا تدخل في نشاطه المهني .

الفرع الثاني

مدى اكتساب المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه صفة المستهلك

لقد اختلفت الاراء حول اعتبار المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه من المستهلكين ام لا فبعض الفقه يرى ضرورة امتداد الحماية القانونية المقررة للمستهلك الى المهني الذي يقوم بابرام التصرفات التي تخدم مهنته خارج نطاق تخصصه.اما البعض الاخر فيعارض اعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلكا و لتوضيح هذا التعارض يجدر بنا ان نتطرق لهذين الاتجاهين المتناقضين.

اولا : الاتجاه المعارض لاكتساب المهني الذي يتعامل في غير تخصصه صفة المستهلك

لقد اختلفت الاراء حول اعتبار المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه من المستهلكين ام لا فبعض الفقه و القضاء يرفض التوسع في مفهوم المستهلك ، و ياخذ بالمفهوم الضيق .و بالتالي لا يستفيد في اطار هذا المفهوم من قواعد قانون الاستهلاك الشخص او المهني الذي يتصرف لغرض مهني حتى ولو كان هذا التصرف خارج نطاق اختصاصه .فالمهني الذي يتعاقد مع الغير لغرض مهني و لو كان خارج نطاق اختصاصه لا يعتبر من المستهلكين ، لانه ليس من المؤكد ان يكون ضعيفا مثل المستهلك العادي البسيط .

و يدعم اصحاب هذا الاتجاه رايهم بحجة أن الأخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك ينتج عليه عدم تحديد نطاق قانون الاستهلاك و يتطلب البحث في كل حالة على حدا لمعرفة ما إذا كان المهني يتصرف داخل تخصصه أم خارجه .و تكون نتيجة هذا البحث غير معلومة مسبقا في كل الحالات ، في حين ان المتعاقدين في حاجة ماسة إلى أن يعرفوا مقدما القانون الذي ينظم علاقتهم . فالمفهوم الضيق للمستهلك محدد نسبيا و ينشئ أمانا قانونيا لا يتحقق في حالة الأخذ بالمفهوم الواسع الغامض إلى حد كبير [1] .

[1]-حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 26

هذا بالاضافة الى ان المهني في ضوء خبراته المكتسبة ، يستطيع ان يدافع عن مصالحه العقدية بشكل افضل [1] و ذلك اذا ما قرناه بالمستهلك البسيط الذي يمكن له ان يستفيد باي صورة من الصور من عمليات التصنيع او من عمليات الشراء بقصد اعادة البيع.

ثانيا :الاتجاه المؤيد لاعتبار المهني الذي يتعامل في غير تخصصه مستهلكا

يري اصحاب هذا الراي تمديد الحماية المقررة للمستهلك الى المهني الذي يقوم بابرام التصرفات التي تخرج عن نطاق تخصصه و هذا لكي يستفيد اكبر عدد ممكن من الاشخاص الذين يقومون بمعاملات استهلاكية من القواعد المقررة لحماية المستهلك ، و على سبيل المثال التاجر الذي يشتري المعدات اللازمة لمباشرة نشاطه [2]. فالمستهلك وفقا لهذا الاتجاه هو من يتعاقد من اجل استعمال او استخدام مال او خدمة اما لاستخدامه الشخصي او المهني [3]. ويستمد هذا الاتجاه اساسه من نص المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير1978 و الذي جمع بين المستهلك و غير المهني كما يبرر اصحاب هذا الاتجاه في ان المهني على علم بكل ما يتعلق بمجال تخصصه و له خبرة ، الا انه ليس بالضرورة ان تطول خبرته الى المجال الذي يتعاقد فيه . و على هذا يمكن القول ان المهنيين الذين يتعاملون في غير تخصصهم معرضون ايضا عند تعاقدهم للخطر و هذا ما يجعلهم في مركز ضعيف بالمقارنة بمركز المهني المتخصص الذي يتعامل معهم [4].

غير انه قد وجهت انتقادات عديدة الى هذا الاتجاه نحصرها في النقاط التالية:

من حيث معيار عدم التخصص او عدم الخبرة .

ان الراي العام في الفقه و القضاء الفرنسيين يعتبر ان اصحاب المهن الذين بتعاقدون خارج نطاق اختصاصهم من المستهلكين لانهم ليس لديهم الخبرة الكافية رغم ان تصرفاتهم لها غرض مهني فهم معرضون لخطر معين على اعتبار انهم في مركز ضعيف بالمقارنة بمركز المهني المتخصص الذي يتعاقد معه [5]. و يضربون لذلك مثال شراء احد التجار لجهاز انذار ضد الحريق او ضد السرقة لتركيبه في متجره ، فالمهني يكون خارج تخصصه عديم الخبرة و غير العالم باسرار المهن الاخرى ، و على هذا

[1]-عمر عبد الباقي خليفة الحماية العقدية لمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 2004 ص 36.
[2]-حسن عبد الباسط جميعي الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك المرجع السابق ص 11
[3] J-P pizzio L introduction de la notion de consommation en droit français D.S 1982.chron 91et s
[4] - J-P pizzio op cit
[5]-J-P pizzio L' introduction de la notion de consommation en droit français D.S 1982.chron 91et s

الاساس مد القضاء الفرنسي الحماية التي يتمتع بها المستهلك العادي الى المهني في مجال البيع في محال الاقامة كما في حالة بيع جهاز لاطفاء الحريق لاحد اصحاب الكافتيريات [1] .

اما المشرع الفرنسي فيلاحظ البعض انه اتجه الى حماية المستهلك بالمعنى الضيق لهذا اللفظ و كذا المهني غير المتخصص كما هو الحال في مسائل الشروط التعسفية [2] ، ذلك ان المادة 35 من قانون 10 يناير 1978 قضت بتطبيق القانون المذكور على العقود المبرمة بين المهنيين و بين غير المهنيين او المستهلكين فالمادة اطلقت عبارة "غير المهني " على الشخص الذي يتعاقد اثناء او بمناسبة مباشرة مهنته .و لكنه لا يحوز الخبرة التي يحوزها المتعاقد معه في نفس المجال .

غير انه اذا كان المهني يقوم بنشاطات يخرج بها عن تخصصه و لكنه يتمتع بدرجة كبيرة من الخبرة و الدراية في المجال الذي يتعاقد فيه فانه يخرج عن مجال الحماية و لا يعتبر مستهلكا .

من حيث معيار العلاقة المباشرة .

الى جانب معيار عدم تخصص المهني الذي يتعاقد خارج نطاق اختصاصه تم اضافة المعيار المتضمن العلاقة المباشرة ، هذا المعيار يشترط الا يكون للتصرف الذي قام به المهني علاقة مباشرة مع نشاطه . على عكس القضاء الفرنسي الحديث ، فانه يفضل تطبيق معيار العلاقة المباشرة بين العقد و بين نشاط المهني .

و هذا الاتجاه هو مقارب للحل الموجود في القانون الاوربي المشترك الذي يعتبر المستهلك هو الشخص الطبيعي الذي يقوم بتصرف يمكن اعتباره بعيدا عن نشاطه المهني و هو ما اخذت به كل من اتفاقية بروكسل بتاريخ 29 سبتمبر 1968 و اتفاقية روما بتاريخ 19 يونيو 1980 و المراسيم التي صدرت لصالح المستهلكين [3].

ثالثا : الاتجاه الذي يعتبر المهني الذي يتعامل خارج مجال تخصصه مستهلكا كلما كان الارتباط بين التخصص و المعاملة غير مباشر

امام هذه الانتقادات التي وجهت للاتجاهين ظهر اتجاه ثالث يرى ضرورة الا تكون العملية المتعاقد عليها ذات صلة مباشرة بممارسة مهنته معنى ذلك انه يكون مستهلكا في الحالة التي لا يكون مضمون

[1]-حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص27 .
[2]-نفس المرجع ص 27-28
[3]-نفس المرجع ص 33

تعاقده تنفيذا لتخصص من تخصصات مهنته حتى و ان كان تعاقده بمناسبة نشاطه المهني فان عمله يجب الا ينصب على غايات مربحة . وعلى ذلك و في راي هذا الاتجاه انه لا يكفي ان نعتبر المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه فقط مستهلك ، بل يجب بالاضافة الى ذلك ان يكون التصرف ذو طبيعة معينة لا يمكن القول معها بانه يرتبط بمحل نشاط او مشروع هذا المهني [1] .

و يستند اصحاب هذا الاتجاه الى انه يتفق مع اعتبارات العدالة العقدية و يحافظ على الحدود التي ينبغي ان يحدث فيها قانون الاستهلاك اثاره .

الفرع الثالث

مدى اكتساب المدخر صفة المستهلك

حسب رجال الاقتصاد فان التفرقة بين المستهلكين و بين المدخرين تكمن في ان المستهلك هو من يستخدم امكانيته المالية من اجل الاشباع الفوري لحاجاته ، اما المدخر فيحتفظ بموارده و يوفرها لاشباع حاجاته المتوقعة في المستقبل .

فالمدخر مثله مثل المستهلك كلاهما ليست له صفة المهني . فكل منهما يتعاقد مع المهني ، و على الرغم من هذه المحاولة للتقريب بين المستهلك و المدخر ، الا ان الاتجاه السائد في التشريع و الفقه و القضاء[2] يعارض ادخال المدخر ضمن فئة المستهلكين ، ذلك انه توجد قواعد قانونية تخص المستهلكين و حدهم و لا يوجد اتجاه نحو تطبيقها على المدخرين ، كما انه في الوقت الحاضر تستبعد عملية الادخار من دائرة قانون الاستهلاك .

غير ان بعض الاتجاه يذهب الى توسيع مفهوم المستهلك ليطول المدخر ذلك ان الاعتبارات العملية التي دفعت المشرع الى حماية المستهلك تبرر في بعض الحالات حماية المدخر و يستند هؤولاء على انه و ان كان هناك تعارض بين المدخر و بين المستهلك من ناحية الوظيفة الاقتصادية لكل منهما الا ان الادخار و الاستهلاك يتوحدان عندما يتعلق الامر بحماية الافراد في مواجهة المهنيين [3].

و على ذلك يرى البعض و نشاطرهم الراي ضرورة ادخال المدخر في فئة المستهلكين على اعتبار انه يمكن ان يفقد العميل المتعاقد مع احد البنوك امواله المودعة لدى هذا البنك بسبب افلاس البنك مثلا، فان هذا العميل او المدخر جدير بحماية مماثلة للحماية التي يتمتع بها المستهلك .

[1]-عمر محمد عبد الباقي المرجع السابق ص .
[2]-حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 20.
[3]- نفس المرجع ص 21.

من خلال ما تقدم من استعراض للاراء و الاتجاهات التي ظهرت بخصوص تعريف المستهلك نرى استبعاد الاخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك ، ذلك انه يقلص من مجال الحماية القانونية لعدد كبير من المستهلكين ، حيث نرجح الاخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك الذي يمتد الى الشخص الطبيعي الذي يتعاقد للحصول على السلع و الخدمات لحاجته الشخصية او العائلية ، و الاشخاص المعنوية و كذلك الذين يتعاقدون خارج نطاق تخصصهم .على اعتبار ان المهني عند تعاقده في غير تخصصه يصبح مستهلكا ضعيفا يحتاج الى نفس الحماية التي يحتاج اليها المستهلك .لانه لا يحوز على التفاصيل الفنية لموضوع التعاقد و هو ما يؤيده نص المادة 35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978 الخاص بحماية المستهلك من الشروط التعسفية الذي وضع المهني في ناحية و غير المهني في ناحية اخرى ، و هو مايؤكد ان المشرع يريد ان يبسط حمايته القانونية على غير المهني.

و على ذلك يمكن ان نستخلص تعريفا شاملا للمستهلك ليصبح ""هو الشخص الطبيعي او المعنوي او المهني الذي يتعامل خارج مجال تخصصه ،و الذي يقوم بالتصرفات القانونية للحصول على مال او خدمة لسد حاجاته او حاجات عائلته الشخصية "".

المبحث الثاني

مفهوم المهني

ان مصطلح المهني في المجال القانوني قرينا لمصطلح المستهلك و هو الطرف الاخر في عقود الاستهلاك . و تتنوع العقود التي يبرمها المستهلكون مع المهنيون ، بالنظر الى محلها فقد يكون محل العقود مالا او سلعة معينة ، مثل بيع المواد الغذائية و عمليات بناء المنازل و بيعها للافراد ، و قد يتعلق الامر بتقديم خدمة معينة مثل تامين او ايداع ... الخ .[1]

و بناءا على ما تقدم فلكي يحصل المستهلك على ما يحتاج من خدمات فانه يدخل في معاملات مع المهنيين الذين يمدونه بهذه الخدمات ، و بالتالي فان العلاقة بينهما تكون بالطبع غير متكافئة ، فقدرة المهني و المعلومات التي يملكها او مقدرته المالية تسمح له بفرض ارادته على المستهلك . و من هنا نقسم البحث في مفهوم المهني الى تعريف المهني و مدى اعتبار الاشخاص المعنوية مهنيين ، و التمييز بين المهني و المحترف من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تعريف المهني و مدى اعتبار الاشخاص المعنوية مهنيون

المطلب الثاني : المهني و المحترف.

[1]- حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 35.

المطلب الأول

تعريف المهني و مدى اعتبار الاشخاص المعنوية مهنيون

بعد ان تعرضنا في المطلب الاول من المبحث الأول لمفهوم المستهلك سنتناول في هذا المطلب تعريف المهني باعتباره الشخص الثاني في العلاقة التعاقدية ، و الذي تعددت محاولات الفقهاء من اجل ايجاد تعريفا له و هو ما سنتناوله من خلال هذين الفرعين :

الفرع الأول : تعريف المهني

الفرع الثاني : مدى اعتبار الاشخاص المعنوية مهنيون

الفرع الأول

تعريف المهني

لقد حاول بعض الفقه [1] تعريف المهني عن طريق كيفية اكتساب الشخص صفة المهني، ذلك انه لكي يكتسب الشخص صفة المهني لابد ان يتحلى بثلاث خصائص و المتمثلة في التفوق و القدرة الفنية التي تمكنه من الناحية الفنية بمعرفة كل العناصر المختلفة لمنتوجاته و الخدمات التي يقدمها للمستهلك، و كذا القدرة على العلم بان السلعة و الخدمة تكون محل للاحتكار القانوني او الفعلي ، و خبرته بهذا النوع من النشاط او التجارة.

اما البعض الاخر فحاول تقديم تعريف دقيق للمهني [2] بانه كل شخص طبيعي او اعتباري يكتسب مالا او يطلب خدمة لغرض مهني ، بما في ذلك الشراء لاجل البيع ، او الايجار و الحصول على قرض لتمويل مشروع تجارب او تطويره ...الخ .

و عرفه بعض الفقه [3] " ان المهني ببساطة هو شخص يكرس نشاطه الرئيسي و المعتاد بمهنته ايا كانت بقصد الحصول على ربح ..او هو [4] كل شخص طبيعي او معنوي يباشر حرفة تجارية او صناعية او فنية او مهنية او حرة او زراعية او مدنية على وجه الاحتراف بحيث تمكنه هذه الحرفة من الحصول على السلع و الخدمات و تقديمها للجمهور بمقابل مادي بغرض الحصول على الربح ، كما قد

[1] J.P.Gridel .remarques de principes sur l'article 35 de la loi n^0 78/23 du 10 janv 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives R.D.S.1984 chron 153 .

[2]-منى ابو بكر الصديق محمد حسان الالتزام باعلام المستهلك عن المنتجات مرجع سابق ص 51 .

[3]-محمود عبد الرحيم الديب مرجع سابق ص 19 .

[4]- حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 40 .

يكون هذا الشخص منتجا او موزعا او تاجرا بالجملة ، او تاجرا بالتجزئة ، او يتخذ شكل المشروع الفردي او شكل الشركة او المؤسسة التي تدخل في اطار القطاع الخاص او القطاع العام .

كما عرفه اتجاه اخر من الفقه على انه " كل شخص طبيعي او معنوي خاص او عام و الذي يظهر في العقد كمهني محترف ، فهو الشخص الذي يعمل من اجل حاجات نشاطه المهني سواء كان هذا النشاط تجاري ام صناعي ام زراعي ، فيمتلك مكانا او محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه او يشتري البضائع بقصد اعادة بيعها [1] .

و على هذا يشترط في المهني اجتماع عنصرين الاول هو العرض لاموال او خدمات ، و الثاني هو ممارسة نشاط بصفة اعتيادية و على وجه الاحتراف [2].

نشير الى ان المشرع الفرنسي من خلال القانون الصادر في 2014/03/17 قد ادخل ضمن قانون الاستهلاك تعريف المستهلك غير انه لم يتطرق الى تعريف المهني [3]. غير انه يمكن تعريف المهني على انه كل شخص طبيعي او معنوي خاص او عام ، يعمل من اجل حاجات نشاطه المهني سواء كان هذا النشاط تجاري، صناعي، حرفي ، حر او غيره [4].

اما المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009 فلم يعرف المهني و لكن عرف المتدخل على انه كل شخص طبيعي او معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك فنلاحظ ان المشرع قد استخدم مصطلح المتدخل للدلالة على المهني .

اما من خلال القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم فقد عرف العون الاقتصادي على انه : كل منتج او تاجر او حرفي او مقدم خدمات ايا كانت صفته القانونية ، يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي او بقصد تحقيق الغاية التي تاسس من اجلها .

و على ذلك فمن خلال التعريفات التي استعرضت ، فان المهني هو كل شخص طبيعي او معنوي يمارس نشاطا تجاريا بهدف الحصول على الربح و ليس بهدف الاستعمال الشخصي او العائلي و هذا على عكس المستهلك .

[1]-خالد ممدوح ابراهيم حماية المستهلك في العقد الالكتروني دار الفكر العربي ط 2008 ص 33.
[2]- حمد محمد محمد الرفاعي الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي رسالة دكتوراه دار النهضة العربية ط 1994 ص31.
[3] -Jean Calais-Auloy Henri temple- droit de la consommation Dalloz 9e éd 2015 n3 p 4.
[4]--Jean Calais-Auloy Henri temple- droit de la consommation Dalloz 9e éd 2015 n3 p 4 .

الفرع الثاني

مدى اعتبار الاشخاص المعنوية مهنيون

على عكس مفهوم المستهلك ، فانه لا يوجد خلاف حول شمول مفهوم المهني للاشخاص الطبيعية و المعنوية على اعتبار ان فكرة المهني ترتبط ارتباطا و ثيقا بالمشاريع ، و المشروع ما هو الا تعبيرا اقتصاديا يدل على نشاط المهني الذي قد يمارسه شخص طبيعي كالتاجر بمفرده او شخص معنوي كالشركة [1] ، و بالتالي فقد يكون المهني الذي يعرض السلع او يقدم الخدمة شخصا طبيعيا يقوم بمهنة تجارية او حرفية او زراعية ، و قد يكون شخصا معنويا شركة او مؤسسة تنتمي الى القطاع الخاص او العام ، مثل هيئة السكك الحديدية و مرفق الكهرباء و مرفق المياه ...الخ [2] .

و يتمشى هذا المفهوم مع قانون الاستهلاك الفرنسي ، و لجنة الشروط التعسفية و مع المادة الثانية من التوجيه الاوربي لسنة 1993 التي تعتبر من المهنيين ذلك الذي يقوم بالتصرف داخل اطار نشاطه المهني سواء كان هذا النشاط عاما ام خاصا [3].

المطلب الثاني

المهني و المحترف

تناولنا في المطلب الأول تعريف المهني بشكل يمكننا من تمييزه عن المحترف ، و لكن قبل ان نميز بين المهني و المحترف يجدر بنا ان نتناول مفهوم المحترف و هذا من خلال الفروع التالية :

الفرع الأول : تعريف المحترف

الفرع الثاني : خصائص الشخص المحترف

الفرع الثالث : تمييز المهني عن المحترف

[1]- منى ابو بكر الصديق محمد حسان المرجع السابق ص 56 .

[2] -calais Auloy (J)droit de la consommation Dalloz 3e éd 1992 n7 p 5.

[3]-حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 40 .

الفرع الأول

تعريف المحترف

ان الاحتراف لغة اصله من كلمة حرفة و التي تعني وسيلة الكسب من زراعة و صناعة و تجارة و غيرها .و على هذا تم تقديم عدة تعريفات من قبل الفقه للمحترف نستعرضها فيما يلي :

عرف بعض الفقه المحترف بانه " كل شخص طبيعي او معنوي يقوم بممارسة نشاط ما على سبيل الاعتياد و الانتظام ، كالانتاج و التوزيع و تقديم الخدمات "[1] .

كما عرفه البعض الاخرعلى انه :" تركز نشاط الشخص في ابرام عقود معينة ، و تنفيذها بحيث يعتمد على هذا النشاط في اكتساب مورد رزقه ." [2]

الا انه يؤخذ على هذه التعريفات انها اغفلت جوهر فكرة الاحتراف الذي لا يقوم فقط على اعتياد ممارسة نشاط معين ، و انما يقوم على حجم الخبرة و الدراية و التخصص و هو ما يسمو الى مصاف المحترفين و عليه يمكن تعريف المحترف بانه شخص طبيعي او معنوي اعتاد ممارسة مهنة او حرفة او نشاط ما على سبيل الانتظام و الاستمرار ، بحيث و صل الى اعلى درجات الخبرة و التخصص و الدراية بخبايا هذه المهنة او تلك الحرفة او ذلك النشاط [3] .

الفرع الثاني

خصائص الشخص المحترف

لقد تعرض الفقه من خلال التعريفات السابقة لأهم خصائص و عناصر المحترف و هي التي سنتناولها فيما يلي :

اولا :الظهور بمظهر المحترف .

ان الشخص المحترف غالبا ما يظهر بالمظهر الذي يعطي انطباعا للاخرين بتوافر هذه الصفة ، ذلك انه لو لا هذا الايحاء لما اقدم الغير على التعامل معه، فيرون انه في صفته هذه مصلحتهم الاقتصادية[4].

ثانيا :.مشروعية النشاط .

[1] -« Le professionnel Peut être défini comme une personne physique ou morale agissant dans le cadre d une activité habituelle et organisée de production ;de distribution ou de prestation de service »-picod (Y)et davo (H)droit de consommation ;éd Armond colin , 2005 p 25 n 39.

[2]- نزيه محمد الصادق المهدي المتعاقد المحترف (مفهومه-التزاماته-مسؤوليته) دراسة مقارنة دار النهضة العربية 2009 ص 12 .

[3]- المرجع السابق ص 13 .

[4] - نفس المرجع ص 15 .

من الضروري و الوجوبية ان تكون المهنة او النشاط الذي يمارسه الشخص على سبيل الاعتياد و الاستمرار مشروعة و يقرها القانون ، ذلك انه مثلا لا يمكن ان نصف الشخص الذي يمارس تجارة مواد ممنوعة او يمارس مهنة بدون ترخيص بالمحترف ، رغم انه يمارس هذا النشاط على سبيل الاعتياد و الاستمرار و الانتظام .

الا ان جانب من الفقه يرى عكس ذلك ، ذلك انه يرى بان مشروعية النشاط ليست من عناصر و شروط اكتساب صفة الاحتراف ، على اعتبار انها تقوم على توافر عوامل موضوعية ، هي الاعتياد و الاستمرار و الانتظام في ممارسة النشاط بقصد الربح ، فمتى توافرت هذه العوامل يكتسب الشخص صفة المحترف [1] .

ثالثا : اعتياد ممارسة النشاط .

الاعتياد هو عنصر ضروري و بديهي لاكتساب الشخص لصفة الاحتراف ، ذلك ان تكرار ممارسة النشاط بصفة مستمرة هو الذي يكسب الشخص المعرفة و الخبرة و العلم بكل ما يتعلق بهذا النشاط . و على هذا فان عنصر الاعتياد و تكرار ممارسة النشاط بصفة مستمرة و منتظمة هو من اهم عناصر صفة الاحتراف ، فهو لا يتحقق بمجرد ممارسة النشاط لمرة او مرتين .

رابعا : قصد الربح .

ان الشخص المحترف هو الذي يمارس نشاطه بقصد الربح و تحقيق المكسب و عليه فالشخص الذي يمارس نشاطات دون مقابل لا يمكن ان يطلق عليه وصف المحترف حتى و لو كانت هذه الممارسة على سبيل الاعتياد و الاستمرار.

خامسا : الخبرة و التفوق .

ان الخبرة و التفوق هما جوهر صفة الاحتراف ، فالشخص الذي يمارس نشاطا مشروعا على سبيل الاعتياد و الانتظام و الاستمرار، لابد ان يكون قد اكتسب الخبرة و المعرفة و العلم الكافي بكل جوانب هذا النشاط ، الشيء الذي يجعله يتفوق . و يلاحظ و كما سيتم بيانه لا حقا ان عنصر الخبرة و التفوق هو الذي يخلق اختلال التوازن فيما بين الشخص المحترف و الشخص العادي او المستهلك ، و هو ما

[1]- نزيه محمد الصادق المهدي المتعاقد المحترف (مفهومه-التزاماته-مسؤوليته) المرجع السابق ص 16 .

نسميه بعدم التوازن العقدي . فعنصر الخبرة و التفوق ، هو الذي يجذب عملاء الشخص المحترف و يدفعهم الى الوثوق فيه و التعاقد معه .

سادسا : السلطة و القيادة .

ان السلطة هي التي تمنح المحترف القدرة على مواجهة المتعاقدين معه و تجعلهم يتبعون تعليماته و توجيهاته و ياتمرون باوامره ، ويؤكد الفقه الفرنسي ان هذه السلطة او القيادة هي مصدر الالتزامات المتعددة تجاه المتعاقدين مع المحترف [1] . فالمحترف بما له من خبرة و كفاءة في مجال نشاطه يتولى زمام الامور و يتمتع بسلطة اتخاذ القرارات فيما يتعلق بخبايا النشاط التي يجهلها المستهلك او العميل .

الفرع الثالث

تمييز المهني عن المحترف

من خلال التعريفات التي تم استعراضها سواء المتعلقة بالمهني او بالمحترف يلاحظ انه قد تم الخلط بين المهني و المحترف ، ذلك ان كلا الاصطلاحين يعبر عنهما في اللغة الفرنسية بلفظ واحد و هو " LE PROFESSIONNEL" رغم ان المفهوم و الاثر القانوني لهذا اللفظ يختلف اختلافا كبيرا بحسب ما اذا كان المقصود منه " المحترف " ام " المهني ".

و عليه يمكن القول انه ليس بالضرورة ان يكون كل مهني محترفا ، فالشخص الذي يمارس مهنة معينة دون اعتياد او انتظام و استمرار ، و دون كذلك ان يكون قد اكتسب خبرة و دراية لا يمكن وصفه بالمحترف . و من خلال ما سبق يمكن ان نتصور وجود مهني محترف اي ما يطلق عليه بالفرنسية LE PROFESSIONNEL و كذلك مهني غير محترف LE PROFESSIONNEL NON PROFESSIONNEL .

ولقد اقر الفقه الفرنسي [2] هذا التمييز بين LE PROFESSIONNEL بمعنى المحترف و LE PROFESSIONNEL بمعنى المهني ، حيث وضح ان الشخص قد يكون مهنيا ممارسا لمهنة حرة ، دون ان يكون محترفا .

و لان عملية التمييز بين كل من المهني و المحترف لها اهمية بالغة تظهر في الاثر القانوني الذي يترتب على اضفاء صفة الاحتراف على الشخص ، فان هذه الصفة كما سنرى تشدد من التزامات الشخص المحترف تجاه المتعاقدين معه ، و تعطيهم حقوقا اكثر بهدف حمايتهم سواء في المرحلة السابقة

[1]-معتز نزيه محمد الصادق المتعاقد المحترف المرجع السابق ص 21 .
[2]-نفس المرجع ص 23 .

على التعاقد او اثناء مرحلة تكوين العقد و ايضا في مرحلة التنازع فضلا عن امكانية تغيير طبيعة الالتزامات القانونية من التزامات القانونية ببذل عناية الى التزامات بتحقيق نتيجة .

و نصل في الاخير الى انه من خلال ما اشارت اليه و تناولته الدراسة فاننا نقول ان المهني الذي يعنينا هو الشخص الذي تتوفر فيه الخصائص التي ذكرناها و التي تجعله يتميز عن المستهلك بالتفوق و المعرفة و العلم بمجال النشاط الذي ابرم العقد من اجله . و على ذلك فانه عندما نذكر المهني فاننا نقصد المهني المحترف اي الشخص المحترف كما وضحته هذه الاخيرة .

الفصل الثاني

أسباب الحاجة الى الحماية

تنحصر حماية المستهلك في مجالات أربعة تتمثل في صحته و سلامته ، ومصالحه الاقتصادية و إرادته التعاقدية . فالارادات الحرة للافراد غير قادرة على اشباع حاجياتهم لانها من جهة لا يمكنها ذلك، ومن جهة اخرى لان الطرف الاقوى اقتصاديا و اجتماعيا يفرض دائما ارادته على الطرف الضعيف . و على هذا لا يمكن القول ان الافراد متساوون في الحقوق ، و احرارا في التعبير عن اراداتهم، ذلك ان المساواة الفعلية بينهم تستلزم تدخلا قانونيا كبيرا يتمثل في اتخاذ المشرع كل ما من شانه القضاء على عدم المساواة الاقتصادية بين الافراد .

وعلى هذا الأساس أصبح المشرع معنيا بحماية الضعفاء تعاقديا ، مركزا في هذه الحماية على العلاقات التعاقدية التي تنشا بين اطرافها اي القوي اقتصاديا و الضعيف . و يحد بذلك من تسلط الطرف القوي في فرض ارادته على الطرف الضعيف ، و من هنا ظهرت فكرة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، و اصبحت حمايته من اكبر اهتمامات المشرع ، القضاء و الفقه على حد سواء ، و تبعا لذلك و زيادة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، نشا نظام عام عقدي ، ينمو باطراد متسما بطابع الحماية، يهدف الى حماية احد المتعاقدين ضد الطرف الاخر سواء في مرحلة ابرام العقد او تنفيذه و اصبحت حماية الجانب الضعيف في العقد هدفا رئيسيا للنظام العام الاقتصادي .[1]

وقد اهتم التشريع بتحقيق هذه الحماية اهتماما كبيرا حتى جعل الفقه يرى في هذه الحماية مفهوما مستقلا عن فكرة النظام العام الاقتصادي ، يعرف بالنظام العام الحمائي ، و هذا لكثرة القيود التي وضعها المشرع بهدف حماية مصالح الطرف الضعيف في العديد من العقود .[2]

غير ان الهدف من حماية الطرف الضعيف الذي هو المستهلك في دراستنا هذه ، ليس هو تغليب مصالح طائفة اجتماعية معينة على مصالح طائفة اخرى ، انما الهدف من الحماية هو اقامة نوع من المساواة في العلاقة التعاقدية عندما تتعرض هذه المساواة الى الاضرار باحد طرفي العقد و هو المستهلك

[1]- محمد حسين عبد العال مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية دار النهضة العربية طبعة 2011 ص 8

[2] -Ghestin (J) :Traite de droit civil ;les obligations ,la formation du contrat ,3 eme éd ,LGDJ,1993n,136 p 115 et s

فمفهوم الحماية اذن يتمثل في كفالة حق المستهلك في الحصول على منتج او سلعة يحقق احتياجاته و يلبي رغباته ، و لا يعرضه لاي ضرر و لا يمس بسلامته ، في مقابل الثمن الذي يقدمه للحصول على المنتوج او الخدمة طبقا لمحل العقد المتفق عليه مع المورد .

و فكرة عدم المساواة الواقعية بين الطرف الضعيف و الطرف القوي تقود بالضرورة الى عدم توازن عقدي بينهما ، و لتوضيح هذا سندرس واقع عدم المساواة ثم تحقيق توازن عقدي عن طريق مكافحة الشروط التعسفية و هذا من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : واقع عدم المساواة

المبحث الثاني : تحقيق توازن عقدي بمكافحة الشروط التعسفية

المبحث الأول

واقع عدم المساواة

ان المساواة بين البائع و المشتري ليست شرطا لصحة البيع ، و ليست في نفس الوقت هي الوضع الطبيعي بين الطرفين ، ذلك ان المألوف هو دائما ان يكون اطراف التعاقد في وضعية غير متساوية [1] فالمحترف او البائع يتفاوض مع اي متعاقد يرغب في شراء منتوجه ، فمصلحته قائمة و محققة و يكون مستعدا لمواجهة كل احتمالات التعاقد بموجب ممارسته اليومية على وجه الاعتياد و الاحتراف بغرض تحقيق الربح فهو بالضرورة مهني محترف .

اما المشتري اي المستهلك فهو شخص في الغالب ليس محترفا ، انما يريد من وراء عملية الشراء تلبية احتياجاته او احتياجات عائلته اليومية . فهو يتعاقد و يرتبط ببيع و معاملات ليست له اي خبرة بشانها . ومن ثمة يتغير وضعه الواقعي في هذا الاطار من حيث قدرته المالية و النفسية ، و الاختصاص و العلم ، ومدى الدراية الكافية بالمنتوج الذي اشتراه .

و بذلك فالمستهلك يبدو طرفا ضعيفا في مواجهة البائع المحترف (اوالمنتج) الذي يستقل وحده بصياغة العقود ، و يضمنها ما يشاء من الشروط التي تخدم مصلحته الاقتصادية ، ويقوم بتقديم هذه الشروط جاهزة مطبوعة للمستهلك الذي لا يكون امامه سوى الموافقة عليها ، و قبول ما فيها من شروط مجحفة و تعسفية .

و بالنظر الى ما يميز المحترف اذن هو وجوده في وضعية تفوق وضعية المستهلك بالنظر لما يحوزه من معارف تقنية و معلومات فضلا عن القدرات المالية ، فقد جاءت قوانين حماية المستهلك لمحاولة اعادة التوازن المفقود في العلاقة بين المحترف و المستهلك ، وذلك بمنح المستهلك حقوقا من شانها ان تعدل الكفة التي هي في الاصل راجحة لصالح المحترف . و نتساءل هنا عن حالة عدم التوازن هذه ، هل هناك ما يبررها ؟

تتحدد الترجمة القانونية لذلك في مبدا سلطان الارادة [2] ذلك انه في نهاية القرن التاسع عشر كان ثمة سلطان الارادة الفردية مع التحفظ بوجود حصر ضيق لهذا السلطان . فطبقا لهذا المبدا فان العقد شريعة المتعاقدين ، و ان الانسان لا يلتزم الا بمحض ارادته و في الحدود التي يريدها و بالكيفية التي يختارها فالارادة الحرة هي مصدر الحقوق و الواجبات و هي تنشىء الالتزام و تحدد مضمونه و تكسبه قوته

1- – اسامة احمد بدر ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة ص 18.

[2] - نفس المرجع ص 20 .

الالزامية [1] و عليه يصبح العقد قانون الاطراف الذي يحتكمان اليه و يخضعان لقواعده على قدم المساواة . فلا يجوز للمشرع او القاضي ان يتدخل في نطاق العقد لمناصرة احد طرفيه ضد الاخر حتى لا تختل المساواة الواجبة بينهما .

غير ان تطور المجتمع خاصة في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي جعل الدولة تتدخل في الميدان الاقتصادي و تتحكم في تسييره و توجيهه من جهة و تتكفل بحماية الفئة الضعيفة اجتماعيا اقتصاديا و ثقافيا من جهة اخرى ، فاصبحت الدولة تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الافراد، وذلك بتقييد ارادتها من عدة جوانب . كما ان تكفلها بحماية المتعاقد الضعيف اقتصاديا او اجتماعيا او ثقافيا جعل العقد يخرج من نزعته الفردية الى نزعة جماعية ، حيث اصبح يعتبر وسيلة من وسائل الحياة الجماعية بعدما كان يخص المتعاقدين دون غيرهم . و من ثم ظهر تدخل التشريع و القضاء لمناصرة احد المتعاقدين و حمايته بصفته طرفا ضعيفا في الرابطة العقدية .

و بهذا يكون المشرع قد قيد هذا المبدا[2] حتى يوفر حماية اكثر للمستهلك و ذلك ببطلان الشروط التي تدرج في عقد البيع المبرم بين مهني طرف بائع و مستهلك طرف مشتري ، كالشروط التي تقضي مثلا بالغاء او تخفيض التعويض المستحق للمستهلك في حالة اخلال المهني (المتعاقد معه) باحد التزامات التي تنتقل كاملة .

و رغم تطبيقات هذا الاتجاه في عصرنا الحالي في اطار تشريعات خاصة بحماية الطرف الضعيف في بعض العقود الا ان هذه الفكرة ليست جديدة على القواعد العامة التي تسود نظرية العقد .

ويجب التوضيح ان تطرقنا لواقع عدم المساواة كان لزاما علينا لانه في راينا هو جوهر الاشكال الذي يصل بنا الى ايجاد الضوابط الحقيقية التي تحمي اثار عقد بيع قائم بين بائع و مشتري مستهلك محدود المعرفة ، ذلك ان عقد البيع هو عقد رضائي طرفاه هما اللذان يحددان بنوده . و ان ما ذكرناه فيما يتعلق بمبدا سلطان الارادة [3] فهو توطئة تصل بنا الى استنتاج يتمثل في مدى قدرة القانون على التدخل الفعال في حماية عقد بيع طرفيه مهني محترف ، و مستهلك عادي بسيط . و لتوضيح ما تم تقديمه نرى انه لابد من التطرق للحالات التي يكون فيها المتعاقد طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية و ما هي اسباب هذا الضعف ، ثم بعد ذلك ناخذ تطبيقات لهذا الضعف في مطلبين اثنين و هذا طبقا لما يلي

[1] -علي فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد مطبعة الكاهنة ص 38.
[2] - مساعد زيد عبد الله المطيري الحماية المدنية للمستهلك في القانون المصري و الكويتي رسالة دكتوراه كلية عين شمس 2007 ص 323..
[3] -ارجع الى ذلك بالتفصيل في الباب الثاني من القسم الثاني .

المطلب الأول : الطرف الضعيف في الرابطة العقدية

المطلب الثاني : تطبيقات خاصة لفكرة الطرف الضعيف

المطلب الأول
الطرف الضعيف في الرابطة العقدية

ان العلاقة التعاقدية تقوم على مبدا التوازن العقدي الذي يوفر نوع من المساواة بين اطراف العلاقة التعاقدية ، سواء من حيث الحقوق و الالتزامات او من حيث مضمون و شروط و احكام العقد ذاته، فاذا اختل هذا التوازن العقدي نكون بصدد الضعف التعاقدي الذي ينشا عن عدم وجود مساواة فعلية بين طرفي العقد سواء من حيث التزامات و حقوق كل منهما او من حيث احكام و شروط العقد ذاته [1] بمعنى ان يوجد احدهما في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة المتعاقد الاخر .هذا الضعف عندما يمس ارادة المتعاقد نصبح بصدد ارادة قوية تقابلها ارادة ضعيفة ، و قد تكون منعدمة الشيء الذي ينعكس في الغالب على مضمون العقد و شروطه .

و تختلف مظاهر الضعف التعاقدي تبعا لاختلاف اسبابه التي قد تكون نابعة من الشخص المتعاقد ذاته، كما في حالات انعدام الاهلية مثلا و هذا ما يسمى بالضعف الذاتي .كما قد تكون هذه الاسباب خارجة عنه ،فنكون بصدد ضعف نسبي ناتج عن ظروف و ملابسات احاطت بالمتعاقد تجعله مجبرا على قبول ما يفرضه عليه الطرف الثاني و في هذه الحالة لا يكون امامه خيار آخر.

كما قد ينتج هذا الضعف عن عدم تساوي المتعاقدين من حيث الدراية و الخبرة اي ان المتعاقد ليست له دراية و معرفة كاملة بالشيء محل التعاقد ، و يسمى هذا الضعف بالضعف المعرفي .و في هذا الاطار ميز الفقه بين نوعين من الضعف الذي يعتري احد المتعاقدان اولهما الضعف الملازم او الذاتي ، و الثاني ضعف نسبي و هناك نوع ثالث و هو الضعف المعرفي.و هذا ما سندرسه تباعا في فروع ثلاثة مستقلة :

الفرع الأول : الضعف الملازم او الذاتي

الفرع الثاني : الضعف النسبي

الفرع الثالث : الضعف المعرفي

[1]-حسن عبد الباسط جميعي اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية 1991 ص 97 و ما بعدها .

الفرع الأول

الضعف الملازم او الذاتي

يرجع الضعف الذاتي الى شخص المتعاقد نفسه ، كانعدام او نقصان الاهلية بالنسبة لعديم التمييز و الصبي المميز ، او ان يلحقه عارض من عوارض الاهلية كالجنون و السفه و الغفلة . و يعتبر هذا تطبيقا اول للقواعد العامة ، اما التطبيق الثاني فيشمل حالات تعيب ارادة المتعاقد او اضطراب تمييزة لسبب عارض و استثنائي ، و هذا ما يحدث في نطاق عيوب الارادة و هنا تبدو حالة الضعف بصفة مؤقتة و بصدد حالة معينة عند ابرام العقد .

و مما تجدر الاشارة اليه انه من الضروري ان نفرق بين حالة نقص الاهلية و حالة عيوب الرضا، ذلك انه في الحالتين يهدف المشرع الى حماية ارادة المتعاقد تبعا لما يصدر عنها ، فالحالة الاولى تتعلق بارادة غير سليمة ، اما الثانية فتتعلق بارادة عادية و لكنها قد تكون غير سليمة في حالة معينة .

و هذا الفرق في راينا هو الذي يفسر اختلاف الحماية التي قررها المشرع للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في الحالتين ، ذلك انه في حالة عيوب الرضا يكون لهذا المتعاقد الضعيف الحق في ابطال العقد اما في الحالة الثانية أي عند انعدام الاهلية او نقصانها ، فانه يتم تطبيق نظام الولاية على المال بالاضافة الى طلب ابطال العقد . فنظام الولاية على المال يتلائم مع دوام حالة الضعف الذي يعتري الشخص في هذه الحالة .[1] و نحن نرى ان خير تطبيق للضعف العاقدي الذاتي هو نظرية الاستغلال.

الفرع الثاني

الضعف النسبي

قد يقدم المتعاقد على ابرام العقد و هو اهل للتعاقد أي مميزا و مدركا جيدا لما يلتزم به ، كما ان رضاه سليما ، غير انه يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية ، و هذه الحالة تتحقق عندما يضطر الى قبول ابرام عقد بشروط يضعها الطرف الاخر نظرا لما يتمتع به من تفوق و نفوذ اقتصادي و سيطرة في سوق المعاملات ، لانه في حاجة اكيدة الى السلعة او الخدمة ، و هو ما ادى جانب من الفقه الى اطلاق مصطلح "الضعف الاقتصادي" على هذا الفرض [2] ، و نحن نقدر ان احسن تطبيق للضعف النسبي هو عقود الاذعان .

[1]-ارجع في ذلك بمزيد من التفصيل الى محمد حسين عبد العال المرجع السابق ص18 .
[2]- معتز نزيه المتعاقد المحترف المرجع السابق ص 27 .

الفرع الثالث

الضعف المعرفي

ان الضعف المعرفي هو الذي يعنينا في هذه الدراسة ، و ينشا عن عدم المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة و الخبرة بموضوع التعاقد . ففي الوقت الذي يتمتع فيه طرف بخبرة كبيرة بشان محل التعاقد ، نجد الطرف الاخر يعتريه جهل كبير بمعلومات و بيانات تتعلق بالعقد ، فيكون الفرق بين الطرفين تفاوت في العلم و المعرفة و الدراية و على هذا الاساس سمي بالضعف المعرفي . و من هنا اصبحت الحاجة الى البحث عن سبيل لحماية هذا الطرف الضعيف في مواجهة المهني المحترف، و ما يترتب على ذلك من تشديد التزاماته و مسؤوليته، و هذا ماسنراه في المواضع اللاحقة للدراسة .

المطلب الثاني

تطبيقات خاصة لفكرة الطرف الضعيف

لقد سبق و ان راينا ان ضعف احد الطرفين في علاقة التعاقد قد ترجع الى الضعف الذاتي كانعدام او نقص الاهلية او اصابة رضاه بعيب من عيوب الارادة التي قد ترجع لضعف نسبي و هي الحالة التي يجد فيها المتعاقد نفسه مضطر لابرام العقد بالشروط التي يضعها الطرف الاخر نظرا لما له من قوة اقتصادية ، او قد يرجع الى ضعف معرفي ، فيكون احد الاطراف ضعيف كونه دخل مجال هذه المعاملة و تعاقد بشانها و هو يجهل معلومات كثيرة تخص هذه المعاملة .و في هذا الصدد ظهرت نظريات قانونية تدور حول فكرة المتعاقد الضعيف ، هذه النظريات تمثلت في نظرية الاستغلال ، نظرية عقود الاذعان و نظرية عقود الاستهلاك .

و على هذا نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع ندرس من خلالها الطرف الضعيف في كل نظرية

الفرع الأول : الطرف الضعيف في اطار نظرية الاستغلال

الفرع الثاني :الطرف الضعيف في عقود الاذعان

الفرع الثالث: الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك

الفرع الأول

الطرف الضعيف في اطار نظرية الاستغلال

الاستغلال هو نظام قانوني مفاده ان يعمد شخص الى الاستفادة من حالة الضعف الذي يوجد فيه شخص آخر ، فيجعله يبرم عقدا ينطوي على تفاوت شديد بين ما ياخذه و ما يعطيه فيؤدي الى غرم فادح [1].و على هذا فللاستغلال عنصران عنصر مادي و عنصر نفسي :

1 –العنصر المادي : هو اختلال التعادل و التوازن بين ما يحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد و بين ما يتحمله من التزامات ، و هذه القيمة تقدر باعتبار حال المتعاقد اي ظروفه الشخصية وقت التعاقد. حيث ان عدم التعادل هذا لم يرمز اليه المشرع برقم معين ، انما ترك تقديره للقاضي بالنظر الى ظروف المتعاقد و قيمة محل التعاقد و كذا شروط العقد . ذلك ان ما يهم هو عدم التعادل الفادح و هو ما يعبر عنه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني الجزائري على انه "اذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع .....".

2 –العنصر النفسي : هو استغلال احد المتعاقدين لما في المتعاقد الاخر من نقص ذهني . فالمادة 90 تنص على "....و تبين ان المتعاقد المغبون لم يبرم العقد الا لان المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا او هوى جامحا ."

وقد ذكرت المادة هاتين الحالتين على سبيل الحصر مضيقة بذلك للدائرة التي يطبق فيها الاستغلال، فقصرتها على حالة الطيش و الهوى و اشترط ان يكون الطيش البين و الهوى الجامح ، و استبعد استغلال الحاجة و عدم الخبرة من نطاق تطبيق الاستغلال رغم مالها من اهمية كبيرة في العمل و رغم انها مأخوذة في الاعتبار في اغلب التشريعات المقارنة[2].

و في راينا انه لو نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري على عنصري استغلال الحاجة و عدم الخبرة ، كان ذلك سيوفر قدرا كبيرا من الحماية للمستهلك خاصة في حالة استغلال عدم خبرته وقت ابرام العقد التي تعتبر تخلفا لمعرفته في نطاق المعاملات .

ان عدم الخبرة يعد حالة من الضعف الذي يعتري المستهلك ، ويظهر و يتحقق ، اذا ما التزم بشروط لم يفهمها او يدركها بدقة مثلا عند ابرام عقود البيع الواردة على منتجات صناعية او تكنولوجية

[1] - محمد حسين عبد العال المرجع السابق فس المرجع ص 19 .

[2] -و هو ما اخذ به القانون المدني الالماني في المادة 138 –القانون السويسري في المادة 21 –و القانون اللبناني في المادة 214 –و العراقي م 125 –و القانون الكويتي م 159 .

معقدة كاجهزة الكمبيوتر، فهنا يتعذر على المستهلك البسيط و العادي فهمها او ادراك مداها،فيستغل المتعاقد الاخر جهله و عدم خبرته الفنية فيدفعه الى ابرام مثل هذه العقود محققا من ورائه ارباحا طائلة .

ان القضاء في مصر ياخذ بهذا الراي في ظل التقنين المدني السابق مقررا ان استغلال عدم الخبرة يعيب الرضا فقضى بان " رضا المشتري يعتبر معيبا بالنسبة الى الشيء اذا استغل جهله و عدم خبرته الفنية و ذلك بجعله يشتري كميات كبيرة من احد المنتوجات الصناعية الجديدة لا تتناسب بشكل معقول مع صفته كمالك بسيط من الملاك الزراعيين ..."[1].و بالتالي فان الاخذ بفكرة استغلال عدم الخبرة يساهم في دعم الحماية القانونية للمستهلك ، ذلك ان نظام الاستغلال هو نظام مرن سواء فيما يتعلق بشروط تحققه او الجزاء المترتب عليه .

فمن حيث شروطه فيجب توافر عنصره المادي الذي يظهر في اختلال فادح و شديد بين ما يقدمه المتعاقدين كل واحد للاخر ، و تحديد هذا الاختلال يخضع لتقدير قاضي الموضوع فهو يمحص في كل حالة على حده ما اذا كان الاختلال في التعادل كبير و فادحا على نحو يتحقق معه معنى الاستغلال.

اما من حيث الجزاء المترتب ، فيمكن للمتعاقد المغبون طبقا للنص ان يطالب بابطال العقد او الانقاص من التزاماته و ذلك خلال سنة من تاريخ العقد و الا اعتبر طلبه غير مقبول .فالجزاء المترتب عليه لا يؤدي بالضرورة الى ابطال العقد بل يجوز للمتعاقد المغبون ان يحصر طلبه في انقاص التزاماته المرهقة ، فليس للقاضي هنا ان يحكم بابطال العقد ، اذ يكون قد حكم باكثر مما طلب الخصوم ، وليس للقاضي ان يقضي بزيادة التزامات المستغل (المستفيد) انما المستغل نفسه هو الذي يعرض ما يراه القاضي كافيا للتعادل [2].

ان انقاص التزامات المتعاقد المغبون يتم بناءا على المقارنة بين الالتزامات المتقابلة في العقد و ما يوجد بينهما من عدم تعادل واضح و هو ما عبرت عنه المادة 90 من خلال عبارة "اذا كانت التزامات احد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد او مع التزامات المتعاقد الاخر ."

و في راينا و بناءا على ما تقدم فان انقاص التزامات المتعاقد المغبون كجزاء للاستغلال يمكن ان يتضمن صورة استبعاد الشروط التعسفية التي يفرضها المستغل و هو ما يستجيب لمقتضيات الحماية

[1] -محمد حسين عبد العال المرجع السابق ص 30 .
[2] - علي علي سليمان نفس المرجع ص 168-169 .

القانونية للمستهلك الذي وقع ضحية استغلال بسبب عدم خبرته .و هو الراي الذي يلتقي مع الحلول التي تضمنتها التشريعات الحديثة التي تهدف الى حماية المستهلك .فقد سعت هذه التشريعات كما سنرى الى توفير هذه الحماية باتباع اساليب اهمها يتمثل في استبعاد ما يسمى بالشروط التعسفية ، و بالتالي فانه من الاجدر تعديل المادة 90 و ذلك بالاخذ بالمفهوم الواسع لمظاهر الضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون و بذلك تعدل المادة بتضمينها لعبارة عدم الخبرة بالاضافة الى ذكرها للطيش و الهوى الجامح .

الا انه و فيما يتعلق بمدة و طبيعة الاجل المعين لرفع الدعوى فهنا تطرح العديد من التساؤلات ذلك ان مثل هذا الاجل سواء من حيث مدته او مواعيد انطلاقه او طبيعته ، يخص عادة حالات الغبن سواء في بيع العقارات التي اشار اليها القانون المدني الجزائري في المادة 359 المتعلقة بالغبن في بيع العقار . او القسمة طبقا للمادة 732 . ففي هذه الحالات يعتبر الغبن عيبا في العقد لا علاقة له بسلامة رضا المتعاقد المغبون . فمن الطبيعي جدا ان تكون مدة الطعن في صحة العقد قصيرة يبدا حسابها من تاريخ العقد و ان يكون الاجل اجل اسقاط لا تقادم [1] بحيث لا تخضع للوقف و لا للانقطاع كمدد التقادم .و ان اعتماد مثل هذا الاجل بالنسبة للاستغلال معناه رفض الحماية القانونية للمغبون على اعتبار ان المغبون الذي يعتريه طيش او هوى لا بد ان يتفطن و يطعن في العقد في هذه المدة القصيرة او ان يضيع حقة.

الفرع الثاني

الطرف الضعيف في عقود الاذعان

حتى نتمكن من ضبط مفهوم الطرف الضعيف في عقود الاذعان لا بد من التطرق الى تعريف عقد الاذعان اولا ثم حقيقة عقد الاذعان و في الاخير نتطرق الى نطاق تطبيق نظرية عقد الاذعان .

أولا : تعريف عقد الاذعان :

يعرف عقد الاذعان على انه "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع او مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني او فعلي او تكون المناقشة محدودة النطاق في شانها "[2]. معنى ذلك انه في عقود الاذعان يسيطر احد المتعاقدين على الآخر فينفرد باعداد مشروع العقد و تحديد شروطه فلا يملك الطرف الاخر سوى ان يقبل التعاقد بهذه الشروط او يرفضه برمته و هو مضطر الى القبول تبعا لتعلق العقد بسلعة او خدمة ضرورية بالنسبة له يحتكرها المتعاقد القوي . ففي هذه العقود يكون القبول اذعانا لما يمليه الموجب ، فالقابل للعقد لم يصدر

[1] - علي علي سليمان نفس المرجع ص 169 .
[2] -تعريف اورده محمد بودالي حماية المستهلك في القانون المقارن دراسة مع القانون الفرنسي دار الكتاب الحديث ص258 .

قبوله بعد مناقشة و مفاوضة فهو لا يملك الا ان يتعاقد او يرفض هذا ، و اذا كان في حاجة الى التعاقد فهو مضطر الى القبول [1] . فرضاه موجود و لكن مفروض عليه لهذا السبب سميت هذه العقود بعقود الاذعان .

و يسمي الفرنسيون العقود لتي يكون فيها القبول على هذا النحو بعقود الانضمام contrat d' adhesion لانه متى يقبل انما ينضم الى العقد فقط دون ان يناقشه .اما في البلدان العربية سميت هذه العقود بعقود الاذعان نظرا للاضطرار على القبول ، و اصبحت هذه التسمية شائعة في اللغة القانونية[2].

غير ان طائفة من الفقهاء و خصوصا فقهاء القانون العام رفضت ان تخلع على هذه العقود اسم العقد و اعتبروها نظاما .ولكن اغلبية فقهاء القانون المدني سموها عقودا و لو لم تتساوى فيها الارادتان [3] فهو عقد حقيقي يخضع لنفس القواعد التي تحكم سائر العقود .

و يقول بهذا الصدد الاستاذ الدكتور علي فيلالي ان عملية الاذعان هي عملية معقدة تتكون على الاقل من الناحية النظرية من عمليتين ، تتمثل الاولى في تطابق الارادتين ، ارادة الطرف القوي و ارادة الطرف المذعن ، و لايمكن لاحد ان ينازع في عدم وجود احدى الارادتين ، وتتمثل العملية الثانية التي ينفرد بها المتعاقد القوي في وضع و تحديد شروط العلاقة العقدية و التي لا يقبل مناقشتها و بما ان العملية الرئيسية و الجوهرية الثانية التي ينفرد بها المتعاقد القوي فان مثل هذا التعامل لا يمكن ادراجه ضمن نطاق العقد [4] .

اما المشرع الجزائري فلا ينكر طبيعة العقد لعملية الاذعان و يضفي عليها الخصائص التالية من خلال المادة 70 من القانون المدني الجزائري . التي تنص على انه "يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل المناقشة فيها ". و تتمثل هذه الخصائص في :

أ– انها شروط مقررة من طرف المتعاقد الموجب ومن خلال هذه العبارة يريد المشرع ابراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه التي قد يتعسف في وضعها .

[1] -هذا النوع من الاكراه ليس هو المعروف في عيوب الارادة بل هو اكراه يتصل بعوامل اقتصادية نظرا لتعلق العقد العقد بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة الى المستهلكين او المنتفعين .
[2]- عبد الرزاق احمد الستهوري الوسيط الجزء الاول ط 2004 ص 191 .
[3] - علي علي سليمان المرجع السابق ص 25-د- علي فيلالي المرجع السابق ص 60 .
[4] - علي فيلالي المرجع السابق ص 60 .

ب–انها شروط غير قابلة للنقاش : معنى ذلك انه لا يجوز للموجب له ان يقترح اي تعديل فكل ما يستطيع فعله ان يقبل او يرفض الايجاب .

ج–ان الموجب له او الطرف الاخر له "التسليم بشروط مقررة" و هنا كذلك اراد المشرع بكلمة " التسليم " اظهار قوة الموجب و ضعف الموجب له اي الطرف المذعن و منه فان هذا القبول هو قبول اضطراري نظرا للتفاوت الاقتصادي بين طرفي العقد .

د–ان يتعلق العقد بسلع او مرافق تعتبر من الضروريات الاولى بالنسبة للمستهلكين و المنتفعين .

هـ–احتكار الموجب لهذه السلع او المرافق احتكارا قانونيا او فعليا .

ي–انفراد الموجب بصياغة العقد و تحديد شروطه بما لا يدع مجالا للمفاوضة على ان يكون الايجاب عاما و دائما.

و من خلال هذه الخصائص يظهر ان نظرية عقد الاذعان نشات بهدف حماية المستهلك و لو لم يذكر هذا المصطلح صراحة في التعريفات الفقهية لعقد الاذعان ، ذلك ان مصطلح المستهلك هو مصطلح حديث النشاة بالمقارنة مع هذه النظرية .فبدون ادنى شك ان المستهلك هو الشخص المعني بهذه النظرية و عليه فان الطرف المذعن في هذا العقد يكون دائما المستهلك .

ان هدف و دور نظرية الاستغلال من خلال ما تقدم هو حماية و تقوية الطرف المذعن اي المستهلك بسبب ضعفه الناشيء عن ضعف مركزه الاقتصادي في العقد . فهي لا تواجه كل مظاهر الضعف الذي يعتريه ، وانما تعنى به باعتباره ضعيفا من الناحية الاقتصادية. و على هذا و بدون شك ان نظرية او عملية عقود الاذعان بهذا المعنى تتضمن مفهوما خاصا لفكرة الطرف الضعيف في هذه العملية و هو الطرف المذعن .غير انه و رغم اهمية العنصر الاقتصادي لتحقق نظرية الاذعان ، فلا ينبغي ان نبالغ في وزنه بشكل يؤثر على طبيعة التصرف ، على اعتبار ان عقد الاذعان يحتفظ دائما بطبيعته كونه عقدا حقيقيا يخضع لنفس القواعد التي تنظم و تحكم سائر العقود كما سبقت الاشارة الى ذلك في موضع سابق .

ثانيا : حقيقة عقد الاذعان :

يرى البعض ان حقيقة عقد الاذعان تكمن في التفاوت الاقتصادي الكبير بين طرفيه على اعتبار ان احدهما له قوة اقتصادية عظيمة تجعله يفرض ارادته و يملي شروطه على الطرف الاخر الضعيف

اقتصاديا حيث انه لا يمكن له امام وضعه و حاجته الكبيرة الى التعاقد إلا التسليم و الانحناء لمشيئة الطرف القوي [1] .

غير ان بعض الفقه الفرنسي يرى ان المعيار الاقتصادي لا يكفي وحده لتحديد فكرة الاذعان انما ينبغي ان يعتد بالحقيقة القانونية التي تتمثل في ان "احد المتعاقدين يقبل جملة واحدة دون القدرة و الامكانية على التفاوض على شروط العقد انما يكون له اما القبول او الرفض " [2].

ولكن في الواقع يمكن ان ينعقد العقد بدون مفاوضات ، و لا يعتبر في هذه الحالة عقد اذعان ، فالميزة الحقيقية اذن لعقد الاذعان هو منع التفاوض الذي يفرضه الطرف القوي على الطرف الضعيف و عليه فالاذعان لا يتحقق بغياب المفاوضات ، و انما يتحقق عند منعها .فالمستهلك في عقود التجارة الاليكترونية لا يملك امكانية التفاوض مع البائع او المورد بحرية كافية ، و ان توافرت له هذه الفرصة فسوف تكون مكلفة بالنسبة له [3].

و في راينا لا يمكن الفصل بين العنصرين الاقتصادي و القانوني بصدد تحديد عقود الاذعان حيث تربطها علاقة سببية تامة ، بمقتضاها يعد احد العنصرين نتيجة طبيعية للعنصر الاخر [4]. ذلك ان المركز الاقتصادي الذي يتمتع به الموجب يعد سببا يقود الى النتيجة المتمثلة في انفراده بوضع شروط العقد و منع التفاوض بشانها ، الشيء الذي يجعل المتعاقد الاخر مضطر الى القبول .هذا القبول الذي يعتبر العنصر القانوني يرجع الى التفاوت الاقتصادي الكبير جدا بين طرفي العقد .

و يميل معظم الفقه في مصر و فرنسا الي تمييز عقود الاذعان من خلال النظر الى العنصرين القانوني و الاقتصادي و الاعتداد بهما في وقت واحد [5] .وهو ما اخذ به المشرع الجزائري من خلال المادة 70 من القانون المدني الجزائري . و تجدر الاشارة الى انه يجب ان يتصف الايجاب بالعمومية والتجريد بان يتضمن شروط عامة يتوجه بها الموجب عامة للجمهور او الى فئة منهم و ليس الى اشخاص معينين بالذات، بحيث يتم العقد مع اي شخص يقبل التعاقد بهذه الشروط دون نقاش و هو ما يسمى بالعقد النموذجي.

ثالثا : نطاق تطبيق نظرية الاذعان :

[1] -محمد حسين عبد العال نفس المرجع ص 78 .
[2] - نفس المرجع ص 79 .
[3] -عبد الفتاح بيومي حجازي حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت دار الفكر الجامعي الطبعة الاولى 2006 ص 47 .
[4] - حمد الله محمد حمد الله حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك دار الفكر العربي طبعة 1997 ص 58 .
[5] -محمد حسين عبد العال المرجع السابق ص 81 .

مما تقدم نستنتج ان نظرية عقود الاذعان تتناول مظهرا واحدا من مظاهر الضعف الذي يعتري المذعن اي الطرف الضعيف اقتصاديا ، وحمايته لا تطول او تتعلق الا بهذا الضعف وحده على اعتبار ان هذه النظرية لا تمتد الى الانواع الاخرى من الضعف اي الضعف الذاتي و المعرفي الناشيء عن الجهل او نقص الخبرة و هو ضعف يكتنف المستهلك في حالات عديدة و هو يختلف عن مفهوم الضعف الاقتصادي الذي تدور حوله عقود الاذعان .

و بالتالي نستطيع ان نقول ان الحماية التي توفرها نظرية الاذعان للطرف المذعن هي حماية ناقصة او جزئية فهي تهتم به كطرف ضعيف من الناحية الاقتصادية فقط و لا تهتم بجهله المعرفي و عدم خبرته . و الدليل على ذلك ان نطاق هذه الحماية يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد و لا يمتد الى مرحلة تكوينه ذلك ان هذه المرحلة هي التي يظهر فيها اثر الجهل .كما اننا بالرجوع الى نصوص القانون المدني المصري او الفرنسي [1] و كذا الجزائري فلا نجد اي حماية للطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد ، انما حماية الطرف المذعن في القانون المدني الجزائري تتقرر من خلال المادة 110 . و ذلك باعطاء القاضي سلطة في تعديل الشروط التعسفية في العقد او طبقا لما جاء في المادة 111 و ذلك من خلال تفسير الغموض في العقد لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان او مدينا،على اعتبار ان انفراد الطرف القوي اي الموجب بناءا على قوته و نفوذه الاقتصادي بصياغة العقد يجعله يتحمل و يسئل عن غموض عباراته لان الطرف المذعن لم يشترك في صياغة عبارت العقد و من ثم لا يجوز ان يكون تفسير هذه العبارات ضارا بمصلحته [2].

ان الثابت و من خلال ما تناولناه بخصوص نظرية الاذعان انها لا تتضمن حماية خاصة لرضاء المذعن فهي لا توفر وسائل تذكر لاعلامه و تنويره بمضمون التزامه و الاحاطة بتفاصيله على نحو مستنير .و تعتبر تسليم الطرف المذعن بالشروط المقررة فيه قبولا .و هذا ما دعى بعض الفقه الى تكملة الحماية التي يحتاج اليها المذعن بالاستعانة بوسائل اخرى اهمها الاخذ بفكرة الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي .رغم ان هذا الالتزام يعتبر عاما لا يقتصر تطبيقه على عقود الاذعان فحسب بل يمتد الى عقود اخرى.

ونصل في النهاية الى ان نظرية عقود الاذعان تحمل مفهوما واحدا لمظاهر الضعف التعاقدي و هو الضعف الاقتصادي الذي ينشا عن تدني مركز المتعاقد الاقتصادي امام قوة المتعاقد الاخر ، كما ان

[1] راجع في ذلك الى حسن عبد الباسط جميعي حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود االاستهلاك) دار النهضة العربية ط 1996 ص 24.

[2] - عبد الرزاق احمد السنهورى مرجع سابق ص .

الحماية التي تقررها النظرية انما تستهدف المستهلك ولكن بمفهومه الضيق في حين انه يتعرض لمظهرين من مظاهر الضعف الاول اقتصادي و الثاني معرفي ناتج عن عدم خبرته .

الفرع الثالث

مفهوم الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك

ان عقود الاستهلاك تعتمد على فكرة جوهرية مفادها ان احد طرفي العقد هو مهني او محترف له من القدرات المالية و المعلوماتية و القانونية ما يجعله يتفوق بها على الطرف الاخر الذي يحتاج بالتاكيد لما يقدمه الاول من سلع و خدمات .و الواقع ان معظم الفقه لم يهتم بوضع تعريف جامع مانع لعقود الاستهلاك و يرجع ذلك الى ان هذه العقود لا تمثل طائفة او تقسيما مستقلا قائما بذاته [1] فهذه العقود في الواقع ليست سوى تطبيقا حديثا للعقود المعروفة كالبيع و التامين و غيرها على ان هذه العقود تتميز بكون احد المتعاقدين هو المستهلك الاولى بالحماية .

فعقود الاستهلاك هي عقود يكون احد طرفيها مستهلكا و الثاني مهنيا او حرفيا ، و بالتالي فان الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية كما هو ظاهر جليا هو المستهلك و هذا نظرا لوضعه القانوني و الاقتصادي . و كما سبق بيانه ان فكرة المستهلك هي فكرة اساسية هامة في اطار احكام قانون الاستهلاك فهي من جهة تعتبر المحور الذي يتم وفقا له تحديد نطاق تطبيق هذا القانون و معرفة كذلك الاشخاص الذين تمسهم الحماية الواردة به و الاحوال التي تثبت فيها هذه الحماية .

و من جهة اخرى يعد المستهلك طرفا ضعيفا في الرابطة العقدية و على هذا الاساس تقررت حمايته بمقتضى نظرية عقود الاذعان ، فهو المقصود بهذه الحماية حيث كما راينا يعتبر متعاقدا مذعنا ، و هنا نطرح السؤال من هو الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك هل هو المستهلك بمفهومه الواسع ام المستهلك بمفهومه الضيق ؟

اولا : المستهلك بمفهومه الضيق كطرف ضعيف في العقد .

كما سبق بيانه من خلال التعريفات التي قدمت ان المستهلك يتعاقد تحقيقا لغاية استهلاكية محضة تتمثل في الحصول على سلعة او خدمة هو في امس الحاجة اليها ، و تعريف المستهلك على هذا النحو يتضمن اشارة واضحة الى ما يعتريه من ضعف اقتصادي راجع الى مركزه الاقتصادي في مواجهة المنتج

[1] - مصطفى احمد ابو عمرو الالتزام بالاعلام في عقود الاستهلاك دراسة في القانون الفرنسي و التشريعات العربية دار الجامعة الجديدة ط 2010 ص 22.

و الموزع . فانه يوجد في مركز اقتصادي ضعيف نتيجة افتقاره الى الادوات الخاصة بالانتاج مما يتعذر عليه الاستفادة من عمليات التصنيع او الشراء من اجل اعادة البيع .

فمفهوم المستهلك بهذا المعنى هو مماثل لمفهوم المستهلك الذي تضمنته عقود الاذعان التي تتعلق كما راينا بسلع او مرافق تعتبر ضرورية بالنسبة اليه و هذه السلع محتكرة .

غير ان اقتصار تعريف المستهلك على الاعتداد بمعناه الاقتصادي و الاخذ به في مجال القانون يطرح عدة تساؤلات عما اذا كان كافيا من الناحية القانونية لتكوين فكرة واضحة و محددة لما يجب ان يكون عليه المستهلك ، فهل يجب حمايته لمجرد انه يتعاقد بقصد الاستهلاك ، و ليس بقصد الانتاج و التوزيع ؟ ام تجب حمايته باعتباره شخصا عديم الخبرة ؟ ام لانه يعد طرفا ضعيفا وقت ابرام العقد ؟ .

ثانيا :المستهلك بمفهومه الواسع كطرف ضعيف في العقد .

ان المستهلك بالمفهوم الواسع كما راينا هو كل شخص طبيعي او معنوي يتعاقد للحصول على سلعة او خدمة بهدف استعمالها فيما لايدخل في دائرة اختصاصه المهني . يؤيد الفقه هذا التعريف طالما ان الشخص المعنوي لا يباشر في هذه الاحوال نشاطا مهنيا يحصل من ورائه على موارده المالية و من ثم مستهلكا كالشخص الطبيعي تماما [1].

كما ان معيار التفرقة بين المستهلك و المهني لا يكمن في تخصيص سلعة او خدمة للاستعمال الشخصي او العائلي انما يجب اطلاق صفة المستهلك على كل شخص يتعاقد للحصول على سلعة او خدمة لغرض مهني و لكن ليس في دائرة تخصصه .و بالتالي فان المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه و لو لاشباع حاجة مهنية يجب اعتباره مستهلكا و تمتد اليه الحماية التي يقررها القانون او قوانين الاستهلاك [2].

و هذا يؤدي الى ان صفة المهني لا تستبعد صفة المستهلك على اعتبار ان المعيار هو عدم الخبرة وهو ما يجعل المهني في نفس حالة الجهل التي يوجد فيها غيره . و بالتالي كلما تعاقد مهني خارج نطاق تخصصه و تنعدم خبرته فهو مستهلك ، يجب ان تمتد اليه الحماية المقررة للمستهلك .

من خلال ما تقدم نخلص الى ان المستهلك سواء بمفهومه الضيق او الواسع يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية. فهذا الاخير بمفهومه الواسع او حتى المحترف خارج مجال تخصصه ، يعتبر طرفا

[1] - حمد الله محمد حمد الله مرجع سابق ص 24 - معتز نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص35

[2]- محمد حسين عبد العال نفس المرجع ص 103 .

ضعيفا طالما انه يتعاقد خارج نطاق اختصاصه ، فانه يعتبر مستهلكا اذ ليس لديه الخبرة و الدراية الكافية بهذه الاعمال على الرغم من ان تصرفه يكون له غرض مهني ، الا انه عرضة لخطر معين هو ان يكون في مركز ضعيف بالمقارنة مع مركز المهني المتخصص الذي يتعاقد معهم .

و رغم ان المهني يفترض فيه الالمام بالامور الفنية المتصلة بمهمته فيكون في مركز ضعيف في مواجهة المتخصص الذي يتعاقد معه مثله مثل اي متعاقد اخر .

و ناخذ المثال الشائع الذي يضربه اغلبية شراح قانون الاستهلاك و هو انه اذا تعاقد احد تجار مجوهرات مع شركة متخصصة لتزويد متجره بنظام الانذار ضد السرقة فان هذا العقد و ان تعلق باشباع حاجة مهنية لا يمنع من اعتبار هذا التاجر المهني مستهلكا .لانه يتعاقد خارج نطاق تخصصه و لا تتوافر فيه كاي مستهلك اخر الخبرة و الدراية بالجوانب الفنية المتعلقة بانظمة الانذار ضد السرقة.

و اذا كان قانون الاستهلاك يهدف الى حماية المستهلك باعتباره طرفا ضعيفا في مواجهة المهني فان مظاهر هذا الضعف لا تنحصر في التفاوت الاقتصادي، فكثير ما يرتد الى جهل المستهلك و عدم خبرته في المسائل الفنية المتعلقة بالمهنة . ذلك ان عدم الخبرة و الجهل بالمسائل الفنية يمكن ان يمس المستهلك العادي كما يمس المهني الذي يتعاقد خارج تخصصه و بالتالي فله الحق ان يطالب و يتمسك بالحماية المقررة للمستهلكين بوجه عام باعتبارهم طرفا ضعيفا في الرابطة العقدية.

و في راينا ان المستهلك سواء بمفهومه الواسع او الضيق يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية ما دام انه يبرم معاملات تعاقدية في مجال خارج عن تخصصه ، و بالتالي تستوجب حمايته طبقا لما تقرر في قوانين الاستهلاك .

المبحث الثاني

نحو تحقيق توازن عقدي بمكافحة الشروط التعسفية

من خلال ما تم التطرق اليه نستطيع ان نتبين ان نظرية عقد الاذعان تهتم بمظهر واحد للضعف الذي يمس المستهلك و الذي هو الضعف الاقتصادي . هذا الضعف ناتج عن تدني المركز الاقتصادي للمستهلك في مواجهة المنتج او الموزع للسلعة او الخدمة فهذه النظرية اذن تهتم بالمستهلك باعتباره متعاقدا ضعيفا من الناحية الاقتصادية فقط .

على عكس نظرية عقود الاذعان فان النظرية الحديثة لعقود الاستهلاك تعالج بالإضافة الى الضعف الاقتصادي ، الضعف الذي يعتري المستهلك نتيجة جهله و عدم خبرته فيما يتعلق بالمتعاقد عليه ، معنى ذلك ان النظرية الحديثة لعقود الاستهلاك لا تهتم فقط بالتفاوت الاقتصادي الكبير الواضح بين المستهلك و المنتج ، انما تطول التفاوت القائم بينهما من حيث المعرفة و الخبرة بالجوانب الفنية و القانونية المتعلقة بالعقد .

ولقد ثبت ان عقد الاستهلاك قد اصبح في اغلب الاحوال من عقود الاذعان و ليس عقدا رضائيا، ذلك انه كثرت فيه الشروط التعسفية التي يفرضها و يمليها المهني على المستهلك ، الشيء الذي يجعل من الواجب اعادة التوازن في المراكز الاقتصادية لطرفي العقد اي المهني و المستهلك [1].و بالتالي اصبحت الحماية ضد الشروط التعسفية الاسلوب الاوسع انتشارا في التشريعات الحديثة لمواجهة الضعف الاقتصادي للمستهلك و اعادة التوازن الاقتصادي للعقود التي يبرمها هذا الاخير .

كما نستطيع ان نستنتج كذلك مما تقدم ان حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية لم تكن لتتجسد او تتحقق الا في اطار نظرية عقود الاذعان و هذا يتفق مع ما انتهينا اليه من ان هذه النظرية لا تعالج سوى الاثر المترتب على ضعف المركز الاقتصادي للمستهلك في مواجهة المنتج على اعتبار ان هذا الشرط يتولد اصلا عن الضعف الذي يعتري المستهلك .و يترتب على ذلك ضرورة دراسة هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب و فقا للعناوين التالية :

المطلب الأول : حماية المستهلك من الشروط التعسفية

المطلب الثاني : نطاق تطبيق الشرط التعسفي و الجزاء المترتب عنه

[1] - حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 43 .

المطلب الثالث : دور القاضي في مراجعة الشروط التعسفية .

المطلب الأول

حماية المستهلك من الشروط التعسفية

تجدر الاشارة الى ان فكرة محاربة الشروط التعسفية ظهرت اول مرة في الولايات المتحدة الامريكية سنة 1960 اما في اوربا فظهرت نتيجة وضع مجلس الاتحاد الاوربي بتاريخ 14 افريل 1975 "لمبدا سياسة حماية و اعلام المستهلك " و جعل محاربة الشروط التعسفية من الاولويات [1] .

و حتى تتضح وتتحدد لنا معالم الحماية الواجب توفيرها للمستهلك ضد الشروط التعسفية لا بد ان ان نعرف ما هو الشرط التعسفي و ما هي العناصر الواجب توفرها لاعتبار الشرط تعسفيا ، و هو ما سنتناوله من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعريف الشروط التعسفية .

الفرع الثاني : العناصر الواجب توافرها لاعتبار الشرط تعسفيا .

الفرع الأول

تعريف الشروط التعسفية

لقد تدخل المشرع و القضاء و الفقه بهدف حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية التي يتضمنها عادة عقد الاستهلاك سواء على المستوى الوطني او على المستوى الدولي . و قد ظهر بخصوص الشرط التعسفي عدة تعريفات نتعرض لبعضها فيما يلي :

اولا : التعريف الفقهي للشروط التعسفية .

ان التعسف لغة يقصد به الاستخدام السيء mauvais usage اما كاصطلاح قانوني فهو الاستخدام الفاحش لميزة قانونية usage excessif [2]

عرفه بعض الفقه [3] على انه هو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب ان يسود التعامل من شرف و نزاهة و حسن نية و الذي يتنافى ايضا مع روح الحق و العدالة .

[1] -Stephane Piedeliere DROIT DE LA CONSOMMATION ed ECONOMICA 2008 p 343 .

[2] - محمد احمد محمد الرفاعي المرجع السابق ص 212 .

[3] -محمد ابراهيم بنداري حماية المستهلك في عقد الاذعان بحث مقدم الى ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون التي نظمتها كلية الشريعة و القانون بجامعة الامارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6-7 ديسمبر 1998 .

كما يعرفه البعض الاخر [1] على انه هو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي اليه من وجود اختلال في توازنه.

و يعرفه البعض الاخر [2] "على انه الشرط الذي يخلق عدم توازن معتبرا اتجاه احد المتعاقدين "

اما في فرنسا فقد جرى الفقه و استنادا الى نص المادة 132-1 من تقنين الاستهلاك على تعريف الشرط بانه الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك نتيجة اساءة استعمال نفوذه الاقتصادي و بغرض الحصول على مزية مجحفة.

و يتضح من هذا النص ان الشرط لا يعتبر تعسفيا الا اذا توفر فيه عنصران الاول هو تعسف المهني في استعماله للقوة الاقتصادية التي يتمتع بها بحيث يفرض هذا الشرط على المستهلك بسبب الاستغلال السيء للمهني لنفوذه الاقتصادي l'Abus de la Puissance Economique .
والثاني هو ان يستفيد بسبب هذا الاستغلال من مزية مفرطة او مجحفة Avantage excessif بالنظر الى عدم توازن التزامات الطرفين اما بزيادة الالتزامات على عاتق المستهلك او انقاص التزامات المهني.

ثانيا : تعريف المشرع

على عكس المشرع المصري فان المشرع الفرنسي و الجزائري تناولا الشرط التعسفي ، ذلك ان المشرع الجزائري عرفه من خلال المادة 5/03 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على انه "" كل بند او شرط بمفرده او مشتركا مع بند واحد او عدة بنود او شروط اخرى من شانه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد "" كما حدد ما يمكن اعتباره شرطا تعسفيا من خلال المادة 29 من نفس القانون .

غير ان المشرع الفرنسي اعطى اهمية كبيرة للشرط التعسفي و نظمه بقدر كبير من التعمق و التفصيل و هذا بموجب القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي سنة 1978 المتعلق بحماية و اعلام المستهلكين[3] . ذلك ان هذا القانون اهتم بتحديد الشرط التعسفي و عناصره و نطاقه و اسلوب تعيينه فقد عرفه في المادة 35 منه على ان " الشروط التي تبدو مفروضة على غير المهنيين او المستهلكين من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي للطرف الاخر –المهني –و تمنحه ميزة فاحشة .[4] و قد نصت هذه المادة على مجموعة من الشروط تعتبرها تعسفية تتمثل في الشروط المتعلقة بتغير الثمن او

[1] -احمد محمد الرفاعي المرجع السابق ص 212 .
[2] --Stephane Piedeliere DROIT DE LA CONSOMMATION ed ECONOMICA 2008 p 347
[3] -هذا القانون صار فيما بعد جزء من تقنين الاستهلاك م 132-1 و ما بعدها .
[4] Les clauses abusives apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l autre partie et confèrent a cette dernière un avantage excessif.

قابليته للتعيين، وخصائص الشيء و تسليم الشيء و تحمل المخاطر و نطاق المسؤوليات و الضمانات و شروط التنفيذ و شروط الفسخ و الانفساخ ، و التجديد للعقد . فمن خلال هذه المادة يمكن ان نستنتج الافتراضين التاليين :

-الافتراض الاول :

هو ان تكون هذه الشروط قد وردت على سبيل الحصر و بالتالي فانه لا يمكن توفير حماية للمستهلك الا من خلال هذه الشروط الواردة في المادة و منه يضيق مجال هذه الحماية .

-الافتراض الثاني :

يتمثل في ان هذه الشروط وردت على سبيل المثال و بالتالي يتسع مجال الحماية اكثر من الافتراض الاول حيث يمكن للقضاء ان يعتبر شرطا معينا من الشروط التعسفية و لو لم يرد في المادة.[1]

الا ان الفقه الفرنسي اتفق على ان قائمة الشروط التي وردت في المادة 35 وردت على سبيل الحصر ، و اكد على ذلك احد الفقهاء الفرنسيين ان وضع المشرع لهذه القائمة على سبيل الحصر قد خالف الاصل العام و جعلها في نطاق محدد ، بالاضافة الى ان المشرع اراد ان يبين ان القانون الصادر سنة 78 جاء لمقاومة شروط تعسفية معينة و ليس لضمان التعادل الكلي بين الاداء و الثمن [2].

اما القضاء الفرنسي فاكد على ان قائمة الشروط التعسفية الواردة في المادة 35 وردت على سبيل الحصر ، وتجدر الملاحظة الى ان هذه القائمة رغم طولها فانها لا تغطي كافة الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية [3] .الا انه هناك مجموعة من الشروط لم تشملها القائمة رغم انها تعسفية و هي شروط لم ترد في الوثائق المكتوبة الموقعة من المستهلك .اما المجموعة الثانية فتتمثل في الشروط المتعلقة بالتزامات المورد مثل الشرط التعسفي الذي يمنح هذا الاخير فترة طويلة من التفكير للرد على عرض المستهلك بهدف شراء سلعة او خدمة [4] . و منه كان الاجدر بالمشرع الفرنسي ان يجعل هذه الشروط على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر . كما يمكن ان يلاحظ ان هذه النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تطبق على جميع العقود ايا كان شكلها او سندها .

[1] - احمد محمد الرفاعي المرجع السابق ص 225 .حسن عبد الباسط جميعي اثر عدم التكافؤ بين التعاقدين على شروط العقد المرجع ص 263 .

[2] -عاطف عبد الحميد حسن حماية المستهلك –الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاذعان و في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين او المستهلكين و فقا للمادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 يناير 1978 المتعلق بحماية و اعلام المستهلكين بالسلع و الخدمات ص 89 .

[3] -نفس المرجع ص ص 89 .

[4] - عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 263 .

و من خلال كل ما تقدم من تعريفات للشروط التعسفية يمكن ان نستخلص تعريفا شاملا جامعا اورده الدكتور عمر محمد عبد الباقي و نحن نشاطره فيه ، فيعرف الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك بانه " بند في العقد يؤدي الى اختلال توازنه ، اشترطه طرفه القوي بما له من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشة له على حساب الطرف الاخر دون مقتضى "[1].

الفرع الثاني

العناصر الواجب توافرها لاعتبار الشرط تعسفيا

كما سبق بيانه و الوصول اليه من خلال التعريفات الفقهية ، فان للشرط التعسفي عنصران الاول ان يكون الشرط مفروضا على المستهلك من جانب المهني بسبب سوء استغلال الاخير لما يتمتع به من نفوذ اقتصادي ، و الثاني هو حصوله بسبب ذلك على مزية مجحفة الا انه و بعد صدور التوجيه الاوربي رقم 13/93 المؤرخ في 1993/04/05 بخصوص الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين تغير الامر ، ذلك ان المادة 1/3 منه نصت على ان " الشرط العقدي يعتبر تعسفيا اذا لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية ، و ذلك عندما ينشئ مخالفا لما يقضي به حسن النية و ضد مصلحة المستهلك تفاوتا فادحا un déséquilibre significatif بين حقوق و التزامات الطرفين الناشئة عن العقد ."

و طبقا لهذا التوجيه عدلت المادة 132-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بمقتضى القانون رقم 95-96 الصادر في 1 فيفري 1995 بحيث تنص على انه " تعتبر شروط العقد المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين او المستهلكين تعسفية اذا كان من شانها ان تنشئ ضد مصلحة غير المهني او المستهلك تفاوتا ظاهرا بين حقوق و التزامات طرفي العقد " .

غير ان هذا النص لم يتضمن ما جاء به التوجيه الاوروبي الذي لا يعتبر الشرط تعسفيا اذا خضع لمفاوضة سابقة بين الطرفين ، اي لابد ان يكون الشرط قد تم فرضه على المستهلك دون تمكينه من مناقشته نتيجة استعمال المهني لنفوذه الاقتصادي ، فالمشرع الفرنسي في المادة 132-1 من تقنين الاستهلاك لم يشر الى اساءة استعمال النفوذ الاقتصادي . وعلى ذلك يرى بعض الفقه ان هذه المادة لم تعد تتضمن الا عنصرا واحدا لابد من توفره حتى يقوم الشرط التعسفي و هو التفاوت الواضح بين حقوق و التزامات الطرفين . هذا التعبير يشير الى عنصر المزية المجحفة الذي كان وارد بالنص قبل تعديله .

و الراجح في الفقه الفرنسي و نحن نشاطره و نستحسنه و هو ما عرضناه في البداية من ان للشرط التعسفي عنصران هما التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي و التفاوت الظاهر و الواضح بين التزامات الطرفين على اعتبار ان العنصرين تربطهما علاقة سببية تامة ، اذ يعد العنصر الثاني نتيجة للعنصر

[1] -عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 115 .

الاول فهذا التفاوت ياتي نتيجة لتعسف المهني في استعمال نفوذه الاقتصادي .[1] و في هذا الاطار لابد من التطرق لمعنى القوة الاقتصادية للمهني و كذلك للميزة المفرطة .

ا :**القوة الاقتصادية للمهني** : يذهب البعض [2] في تفسير القوة الاقتصادية على انها تقاس في ضوء حجم المشروع الذي يستغله المهني ، و كذا الوسائل التي يملكها لممارسة نشاطه ، وكذلك حصة هذا المشروع في السوق ، الا ان هذا ليس بالضرورة ، فضخامة المشروع لا تفسر دائما القوة فقد يتمكن حرفي بسيط او تاجر صغير من احتكار محلي يجعله يتمتع بقوة و نفوذ تشبه قوة مشروع كبير.الا انه في نظرنا يمكن تفسير استعمال النفوذ و القوة الاقتصادية للمهني الى انه في الوقت الذي يكون عدم تعادل فاحش و جسيم بين الطرفين ، فهنا يكون المؤشرعلى التفوق الاقتصادي و يكفي لاعتبار الشرط باطلا ، مع الاخذ في الاعتبار بطبيعة الحال وضع المستهلك نفسه على اعتبار ان المستهلك العادي ليس له الا التعاقد او الرفض لان وضعه في الغالب لا يسمح له بمناقشة العناصر الاساسية للعقد .

ب–**الميزة المفرطة** :ان الميزة المفرطة او الفاحشة التي يحصل عليها المهني ، تعتبر نتيجة لاستخدامه التفوق الاقتصادي في مشروعه ، فيفرض الشروط التعسفية على غير المهني او المستهلك ، ذلك انه لا يعتبر الشرط تعسفيا اذا منح المهني ميزة فاحشة .

و يؤكد البعض على ان الامر لا يتعلق فقط بثمن السلعة ، بل انها تعني عدم توازن بين الالتزامات المترتبة على العقد .سواء في رفع التزامات المستهلك او في تخفيض التزامات المهني [3] .

[1] -حمد الله محمد حمد الله مرجع سابق ص 58 .و تجدر الاشارة ان هذا الحل يتفق مع ما انتهينا اليه سابقا بصدد كلامنا عن مفهوم الطرف الضعيف في التعاقد في اطر نظرية الاستغلال .

[2] - حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق ص 59

[3] -نفس المرجع السابق ص 59 .

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الشرط التعسفي و الجزاء المترتب عنه

تطرقنا في المطلب الأول الى تعريف الشروط التعسفية و قلنا انها هي الشروط التي يترتب عليها تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي اليه من وجود اختلال في توازنه . و تطرقنا كذلك الى العناصر اللازمة لاعتبار الشرط تعسفيا .و يبقى ان ندرس من خلال هذا المطلب نطاق تطبيق الشرط التعسفي و الجزاء المترتب عليه و كذلك اسلوب تعيين الشرط التعسفي من من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : نطاق تطبيق الشرط التعسفي و الجزاء المترتب عنه

الفرع الثاني : اسلوب تعيين الشرط التعسفي

الفرع الأول

نطاق تطبيق الشرط التعسفي و الجزاء المترتب عنه

و نحن بصدد تحديد نطاق الشروط التعسفية صادفتنا الكثير من الاسئلة التي يجب ان نجيب عليها حتى يتم تحديد نطاق هذه الشروط ، تتمثل هذه الاسئلة في ما هي العقود التي تحتوى على شروط تعسفية ، و من هم المتعاقدون الواجب حمايتهم في مواجهة هذه الشروط و ما هو الشكل الذي يجب ان تتخذه هذه العقود و هذا ما سنتناوله في هذا الفرع من خلال النقاط التالية :

1-من حيث العقد في حد ذاته .

ان المشرع الفرنسي بصدور القانون المؤرخ في 10 يناير 1978 يهدف من ورائه الى حماية واعلام المستهلك بالسلع و الخدمات و كذلك حمايته من الشروط التعسفية ، ذلك ان الفصل الرابع منه تضمن حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، و يعتبر هذا القانون خطوة جريئة [1] في مجال مقاومة الشروط التعسفية ، فالمادة 35 منه بينت ان خطر الشروط التعسفية لا يتعلق بعقد معين و انما يطول جميع العقود التي يتم ابرامها بين محترف و مستهلك كما يوضح النص ذاته ان القانون يهدف الى مقاومة ادراج الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك التي تبرم بين المهنيين من جهة و المستهلكين او غير المهنيين من جهة اخرى .

[1]-اسماعيل محمد المحافري–الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية دراسة فقهية قضائية مقارينة–مقال منشور في مجلة الحقوق العدد الرابع السنة الثلاثون ديسمبر 2006 ص 331 .

ان الغالب ان تكون اكثر العقود التي ترد فيها الشروط التعسفية هي عقود الاذعان ، و هذا ما اشارت اليه المادة 2/3 [1] من التوجيه الاوربي رقم 93-13 الصادر بتاريخ 1993/04/05 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين ، حيث اعتبرت ان "" الشرط لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية اذا تمت صياغته سلفا دون ان يكون باستطاعة المستهلك نتيجة لذلك ان يؤثر في مضمونه و بخاصة في عقد الاذعان "". كما تضيف هذه المادة على انه "اذا تبين ان بعض عناصر شرط ما او شرطا بمفرده كان موضوعا لمفاوضة فردية ، فهذا لا يمنع من تطبيق هذه المادة على بقية العقد متى كان تكييفه اجمالا يسمح بالقول بان الامر يتعلق رغم ذلك بعقد اذعان ".

اما المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لم تتضمن اشارة مماثلة الى عقود الاذعان بل اكتفت بورود الشرط التعسفي في العقود المبرمة بين المهنيين و المستهلكين ، و هذا ما يجعلنا نفهم ان الحماية ضد الشروط التعسفية تمتد الى جميع عقود الاستهلاك سواء تعلقت هذه العقود بعقود اذعان او غيرها طالما ان طرفيها مهني و مستهلك اي ايا كانت طبيعتها (عقود بيع او تامين ..الخ) وايا كان محلها (منقولات ، عقارات) و هذا هو الحل الذي اخذ به قانون اول فيفري 1995 .

اما المشرع الجزائري من خلال المادة 5/03 من القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية عندما عرف الشرط التعسفي على انه "... من شانه الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات اطراف العقد ".و عند الرجوع الى الفقرة الرابعة من نفس المادة نجدها تعرف العقد على انه : " كل اتفاق او اتفاقية تهدف الى بيع سلعة او تادية خدمة حرر مسبقا من احد اطراف الاتفاق مع اذعان الطرف الاخر بحيث لا يمكن هذا الاخير احداث تغيير حقيقي فيه ". نجده يوفر الحماية ضد الشروط التعسفية فقط عندما نكون بصدد عقود الاذعان .

و على هذا الاساس فان المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الاوربي فيما اتجه اليه بموجب التوجيه الاوربي لسنة 1993 الذي لا ينطبق الا على شروط عقد الاذعان التي لم تكن محلا للمفاوضات الفردية .و بالتالي فان تقنين الاستهلاك الفرنسي يحقق حماية افضل من تلك التي يحققها التوجيه الاوربي و المشرع الجزائري .

[1] -Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d' une négociation individuelle lorsqu' elle a été rédigée prélablement et le consommateur n'a , de ce fait ,pas pu avoir d'influence sur son contenu,notamment dans le cadre dun contrat d'adhésion .
Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'éxclut pas l' application du présent article au reste dun contrat si l'aplication globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion.

2-**من حيث اطراف العقد .**

حيث انه بالاضافة الى تحديد نطاق تطبيق الشروط التعسفية من حيث العقد ، فانه يجب الاخذ في الاعتبار اطرافه فقواعد تقنين الاستهلاك الفرنسي لا تحمي جميع المتعاقدين الذين يكونون في مركز ضعيف ، بل تنطبق هذه القواعد على عقود الاستهلاك المبرمة بين المهنين و غير المهنيين [1]، ذلك انه لا يمكن تفعيل الحماية القانونية في مواجهة الشروط التعسفية الا اذا وجد عقد طرفيه مهني و مستهلك.

3- **من حيث شكل العقد .**

يجب ان تدرج الشروط في العقود بغض النظر عن طبيعة و شكل العقد ، و هذا طبقا لنص المادة 1/122 من تقنين الاستهلاك الفرنسي .و لكن يجب ان ناخذ في الاعتبار ايضا الاتفاقات و العقود التي يحتمل ان تتضمن شروطا تعسفية .

نستخلص في النهاية ان المستهلك يستطيع ان يستفيد من الحماية القانونية في كل مرة يكون طرفا في عقد من عقود الاستهلاك مهما كانت طبيعة العقد او شكله ، المهم ان يكون بين مستهلك و مهني .

الفرع الثاني

أسلوب تعيين الشرط التعسفي

تتنوع و تختلف الاساليب التي يمكن اللجوء اليها حتى يمكن من خلالها تفادي عيوب وجود الشروط التعسفية التي يمكن ان ترد في عقود الاستهلاك . و يمكن القول ان هناك ثلاث اساليب قانونية لمعرفة و مقاومة الشروط التعسفية ، يمكن للمشرع ان يلجا اليها و اختيار واحد منها او اكثر لمقاومة هذه الشروط التعسفية ، وسنتعرض لهذه الاساليب و موقف المشرع الجزائري و المصري و الفرنسي منها .

ا- **الاسلوب الاول : السلطة التقديرية للقاضي .**

عمد المشرع الى اخضاع عملية تعيين الشرط التعسفي الى السلطة التقديرية الكاملة للقاضي ، و التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض . فالقاضي هو الذي يقدر ما ان كانت هذه الشروط تعسفية تاسيسا على التعريف مثل الشروط المفروضة على المستهلك بسبب اساءة استعمال المهني لقوته الاقتصادية التي تمنحه ميزة مفرطة او مبالغ فيها بشكل لا يتفق و العدالة .

[1] -حمد الله محمد حمد الله المرجع السابق

ان هذا الاسلوب الذي يمنح للقاضي سلطة معالجة التفاوت التعاقدي يتمتع بالمرونة و السهولة و بتفق في راينا مع الاسلوب الذي نصت عليه المادة 110 من القانون المدني الجزائري، المقابلة للمادة 149 من القانون المدني المصري ، الا انه لا يتضمن معايير واضحة تقيد القاضي عند تحديده للطابع التعسفي للشرط ، الشيء الذي يفتح الباب واسعا امام احتمالات تحكم القضاة و اساءة استعمال السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة لهم حتى انه قيل بان هذا الاسلوب لا يحقق الامان القانوني للمتقاضين [1] .

ب–الاسلوب الثاني : اسلوب القائمة

يعتمد هذا الاسلوب على اعداد قائمة تحتوي على الشروط التي تعتبر تعسفية و التي تعتبر بناءا عليها باطلة ، و هو اهم الاساليب و اكثرها انتشارا .هذا الاسلوب يفترض الطابع التعسفي في الشروط الواردة او المدرجة بالقائمة ، هذا الافتراض الذي قد يكون بسيطا يمكن نفيه و قد يكون قطعيا لا يمكن نفيه و قد جرى التمييز بين نوعين من هذه القوائم بالنظر الى طبيعة القرينة هل هي بسيطة ام قطعية، فالنوع الاول يعرف بالقائمة السوداء و الثاني يعرف بالقائمة الرمادية .

و قد انتقد هذا الاسلوب على انه اكثر جمودا من الاسلوب السابق ، ذلك ان القاضي في ظل اسلوب القائمة يفقد سلطته التقديرية هذا من جهة و من جهة اخرى يترتب على هذا الاسلوب عدم منع او ابطال بعض الشروط التي تكون تعسفية الا انها لم تدرج بالقائمة .

ان القائمة السوداء la liste noire تسمى ايضا بالقائمة الحصرية او الامرة liste exhaustive ou impérative تحصر الشروط التعسفية بما لايقبل اثبات العكس بحيث اذا ورد احد هذه الشروط في عقد مبرم بين مهني و مستهلك ، وجب الحكم ببطلانه و هنا لا يمكن او لا يجوز للمهني ان يثبت انتفاء الطابع التعسفي عن هذا الشرط كما لا يتمتع القاضي باي سلطة تقديرية لابطاله من عدمه ، فهو شرط تعسفي باطل لمجرد ادراجه بالقائمة . كما تدرج بالقائمة السوداء عادة مظاهر التعسف الاكثر جسامة و اضرارا بالمستهلك ، فتصبح هذه الشروط باطلة بقوة القانون و هذا يسمح للمشروعات التجارية بان تعلم مصير هذه العقود مع المستهلكين مقدما عندما تحتوي على هذه الشروط [2].

و على هذا فان القائمة السوداء تؤدي دورا و قائيا مانعا يحقق الاستقرار القانوني في المعاملات بين المهنيين و المستهلكين ، على اعتبار ان الشروط الواردة بها هي شروط باطلة و بالتالي يتفادى المهنيين ادراجها في عقود الاستهلاك سعيا منهم لحماية مصالحهم .

[1]- في هذا المعنى راجع حمد الله محمد حمد الله مرجع سابق ص 62 -63 .
[2] -في هذا المعنى راجع د محمد حسين عبد العال المرجع السابق ص 119 .

اما القائمة الرمادية la liste grise و التي تعرف ايضا بالقائمة الاسترشادية ترد فيها الشروط التعسفية على سبيل المثال لا الحصر ، فيفترض انها باطلة غير انه لا يجوز للمهني ان يثبت عكس ذلك باقامة الدليل على عدم وجود التعسف في هذه الشروط على عكس القائمة السوداء .

و مما هو جدير بالذكر ان التوجيه الاوروبي الصادر بتاريخ 05 افريل 1993 قد اخذ بنظام القائمة الرمادية ، ذلك انه اورد ملحقا يتضمن قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية بحيث نصت [1] المادة 3/3 على ان " الملحق يتضمن قائمة استرشادية لا حصرية بالشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية ". و لتفادي ما قد يطرء من شروط تعسفية لم تدرج بالقائمة فقد وضعت المادة 1/3 من هذا التوجيه معيارا عاما لفكرة الشرط التعسفي بمقتضاه يعتبر الشرط تعسفيا اذا لم يكن موضوعا لمفاوضة فردية وكان ينشئ خلافا لما يقضي به حسن النية و ضد مصلحة المستهلك تفاوتا ظاهرا بين حقوق و التزامات الطرفين الناشئة عن العقد [2].

و قد حذى قانون الاستهلاك الفرنسي حذو التوجيه ذلك ان المادة 1/132 منه نصت على ان "هناك ملحق بهذا القانون يشتمل على قائمة استرشادية لا حصرية بالشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية اذا توافرت فيها الشروط التعسفية الواردة بالفقرة الاولى ".

ج- اسلوب تعيين الشروط التعسفية في القانون المصري و الجزائري .

1-اسلوب تعيين الشروط التعسفية في القانون المصري :

ان المشرع المصري لم ياتي على ذكر الشروط التعسفية ، ذلك انه اعتمد على مادة و حيدة أي المادة 149 من القانون المدني التي تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتقدير ما اذا كان عقد الاذعان يتضمن شروطا تعسفية ام لا ، ذلك انه لم يضع معيارا واضحا يتقيد به القاضي في تحديده للشرط التعسفي .

و على هذا يرى بعض الفقه المصري انه " يمكن للقاضي ان يستهدي في بحثه عما اذا كان الشرط تعسفيا ام لا بمعايير التعسف في استعمال الحق ، فيعتبر الشرط تعسفيا اذا لم يقصد به سوى الاضرار باحد المتعاقدين "

[1]- Art 3/3 l'annexe contient une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées Abusives.

[2]- Art 3/1 une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objetd'unenégociation individuelle est considérée comme abusive lorsque ,en dépit de l'exigence de bonne foi ,elle crée au détriment du consommateur un déséquilibresignificatif entre les droit et obligation des parties découlant du contrat.

اما بالنسبة لقانون حماية المستهلك المصري رقم 67 الصادر سنة 2006 فقد تصت المادة 10 منه على انه " يقع باطلا كل شرط او وثيقة او مستندا او غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك ، اذا كان من شان هذا الشرط اعفاء مورد السلعة او مقدم الخدمة من اي من التزاماته الواردة بهذا القانون "

كما نصت المادة الثانية من نفس القانون على ان " حرية ممارسة النشاط الاقتصادي مكفولة للجميع و يحظر على اي شخص ابرام اي اتفاق او ممارسة اي نشاط يكون من شانه الاخلال بحقوق المستهلك الاساسية ..." فهنا يمكننا [1] اعتبار بان المشرع المصري قد اخذ بشكل غير مباشر بنظام القائمة الاسترشادية كاسلوب لتعيين الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك .

2-اسلوب تعيين الشروط التعسفية في القانون الجزائري :

فبالاضافة الى نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري ، فان القانون رقم:03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش نص في المادة 13 منه على انه " يستفيد كل مقتن لاي منتوج سواء كان جهازا او اداة او الة او عتادا او مركبة او اي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون و يمتد هذا الضمان الى الخدمات .

يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله او ارجاع ثمنه،او تصليح المنتوج او تعديل الخدمة على نفقته .

يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه اعلاه دون اعباء اضافية يعتبر باطلا كل شرط مخالف لاحكام هذه المادة ."

و في راينا ان ما جاء من حكم في هذه المادة يشير الى تحديد الشرط التعسفي و تحديد معيار الاخذ به، اذ يقضي بان الشرط يقع باطلا اذا كان يعفي المهني من بعض الالتزامات القانونية ، و ان بطلان هذا الشرط تقرر للتفاوت الواضح بين التزامات الطرفين ، هذا التفاوت الذي يعفي المهني من التزاماته و يضر بمصلحة المستهلك .

و نشير الى ان قانون حماية المستهلك الجزائري لم ينص على حقوق المستهلك في مادة واحدة كما فعل المشرع المصري في المادة الثانية انما اتي على ذكر كل هذه الحقوق و لكن في مواد مختلفة مثل

[1] - محمد حسين عبد العال المرجع السابق ص 125 -126

حقه في سلامة المواد الغذائية و امن المنتوجات و حقه في الزامية مطابقة المنتوجات و حقه في حماية المصالح المادية و المعنوية مستهلكين .

و عليه فان المهني يكون و فقا لقانون حماية المستهلك و قمع الغش ملزما باحترام الحقوق الاساسية للمستهلك بوجه عام خاصة تلك التي اشار المشرع على ضرورة احترامها ، فلا يجوز للمهني ان يبرم اتفاقا مع المستهلك على الاتفاق على عكسها .

و بالرجوع الى القانون رقم 04-02 المؤرخ 23 2004/06 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فانه يعتبر بنودا و شروطا تعسفية بين المستهلك و البائع لا سيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الاخير :

1-اخذ حقوق و/ او امتيازات لا تقابلها حقوق و / او امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك .

2-فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود ، في حين انه يتعاقد هو بشروط يحققها متى اراد .

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الاساسية او مميزات المنتوج المسلم او الخدمة دون موافقة المستهلك.

4-التفرد بحق تفسير شرط من العقد او التفرد في اتخاذ قرارات البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية .

5-الزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون ان يلتزم هو بها .

6-رفض حق المستهلك في فسخ العقد اذا اخل هو بالالتزام او عدة التزامات في ذمته .

7- التفرد بتغيير اجال تسليم منتوج او اجال تنفيذ خدمة .

8-تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة .

و بالرجوع كذلك الى المرسوم التنفيذي رقم:06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير سنة 2008 ، فان المشرع يكون قد حدد

ما يمكن اعتباره شروطا تعسفية و هذا من خلال المادة 05 منه التي تنص على انه "تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما ياتي :

1-تقليص العناصر الاساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 اعلاه .اي العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالاعلام المسبق للمستهلك و نزاهة و شفافية العمليات التجارية و امن و مطابقة السلع و / او الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع .

تتعلق هذه العناصر الاساسية :

-بخصوصيات السلع و / او الخدمات و طبيعتها .

-الاسعار و التعريفات.

-كيفيات الدفع .

-شروط التسليم و اجاله .

-عقوبات التاخير عن عدم الدفع و /او التسليم .

-كيفيات الضمان و مطابقة السلع و/او الخدمات .

-شروط تسوية النزاعات .

-اجراءات فسخ العقد .

2-الاحتفاظ بحق تعديل العقد او فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك .

3-عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد الا بمقابل دفع تعويض .

4-التخلي عن المسؤولية بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي او الجزئي او التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

5-النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الاخير عن اللجوء الى اية وسيلة طعن ضده.

6-فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل ابرام العقد .

7-الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما اذا امتنع هذا الاخير عن تنفيذ العقد او قام بفسخه دون اعطائه الحق في التعويض في حالة ما اذا تخلى العون الاقتصادي هو نفسه عن تنفيذ العقد او قام بفسخه .

8-تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته ، دون ان يحدد مقابل تعويض يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته .

9-فرض واجبات اضافية غير مبررة على المستهلك .

-الاحتفاظ بحق اجبار المستهلك على تعويض المصاريف و الاتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الاجباري للعقد دون ان يمنحه نفس الحق .

10-يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه .

11-يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.

و على هذا نقول ان المشرع الجزائري قد اخذ بالقائمة السوداء التي تحصر كل الشروط التي تعتبر تعسفية ، و في حالة وجود شرط من هذه الشروط في العقد المبرم بين المهني و المستهلك يعتبر باطلا فهو شرط تعسفي باطل لمجرد ادراجه في القائمة .

المطلب الثالث

دور القاضي في مراجعة الشروط التعسفية

ان التطورات العلمية و الفنية في جميع الميادين جعلت من المتعاقد القوي انانيا في فرض شروط العقد بما يخدم مصالحه ، وهذا نظرا لما يتمتع به من قوة اقتصادية و علمية و معرفية ، هذه الشروط المجحفة تصل في الكثير من الاحيان الى شروط تعسفية .و هو ما دفع بالمشرع الجزائري الى محاربة الشروط التعسفية في عقود الاذعان بمقتضى النص 110 من القانون المدني الجزائري . الا ان هذا لا يعني ان الشروط التعسفية ترتبط بعقود الاذعان ، فرغم تماس دوائرهما الا انه لكل منهما ذاتيته المستقلة و نطاقه الذي يحدث فيه اثاره ، ذلك ان عقود الاذعان تتطلب احتكارا و تفوقا اقتصاديا ، في حين ان تضمين العقد شروطا تعسفية و العمل على حماية المستهلك منها في ظل عدم توازن عقدي ليست محصورة في نطاق هذا الاطار الضيق ، هذا من جهة و من جهة اخرى فان انفراد الطرف القوي

بصياغة عقد ووضع شروطه و ان كانت تعسفية امر لا يكفي في حد ذاته للقول اننا بصدد عقد من عقود الاذعان بمعناها الحقيقي [1].

غير انه الى غاية الان لا يوجد في الجزائر او مصر قانون خاص لحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية التي تفرض عليه غالبية العقود .كما انه لا يوجد قانون موحد لشؤون الاستهلاك في شتى المجالات ، كالبيع و الشراء للسلع و المنتجات و التامين و النقل و الايجار و القروض ...الخ .

و بالتالي و حتى يتم مقاومة و مواجه الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك يجب الاستعانة بتطبيق القواعد العامة في القانون المدني .رغم و جود النص القانوني [2] المتمثل في المادة 106 من القانون المدني الجزائري المقابل لنص المادة 1/147 من القانون المدني المصري و 1134 من القانون المدني الفرنسي ، التي تنص على ان " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله الا باتفاق الطرفين او للاسباب التي يقررها القانون " .

فبموجب هذا النص يمنع المشرع القاضي من التدخل و مراجعة محتوى او مضمون العقد ما دامت عباراته واضحة لا غموض فيها و ان الارادة المشتركة للمتعاقدين حقيقية .و ان شروط التعاقد غير مخالفة للنظام العام و الاداب .غير انه من خلال دراسة متانية لنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري [3] الذي يحمي من خلاله المشرع الطرف المذعن ، تظهر رغبة المشرع في اعطاء للقضاء سلطات تقديرية واسعة في اعادة التوازن المفقود في هذا النوع من العقود متى تضمنت شروطا تعسفية ، تاكيدا منه على تحقيق حماية حقيقية فعلية لهذا الطرف الضعيف و ليس حماية نظرية مجردة ، و اكثر ما يدل على ذلك هو الجزاء الذي رتبه المشرع لدى الاتفاق على مخالفة ما جاء بنص هذه المادة و هو البطلان ، الامر الذي جعل سلطة القاضي في هذا الخصوص من الموضوعات المتعلقة بالصالح العام.

و لكن رغم عدم منح سلطة للقاضي ان يتدخل في مضمون العقد الا ان المشرع في هذه الحالة اعطاه سلطة تعديل هذا العقد عند وجود شروط غامضة او كانت ارادة الاطراف غير واضحة ، و بهذا يمكن للقاضي محاربة الشروط التعسفية التي ترد في العقود سواء كان هذا العقد من عقود الاذعان او من

[1]-حسن عبد الباسط جميعي اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية طبعة 1997 ص 103

[2] - و يقول في ذلك الاستاذ الدكتور السنهوري ان الاصل في ابرام العقود هو مبدا سلطان الارادة الذي مفاده ان كل الالتزامات بل كل النظم القانونية ترجع في مصدرها الى الارادة الحرة و لا تقتصر على ان تكون مصدر الالتزامات بل هي المرجع الاعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من اثار د /عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 122 .

[3]-هو نص ورد في العديد من القوانين العربية و هو مستمد من القانون الفرنسي .

عقود الاستهلاك المبرمة بين المهني و المستهلك ، على اعتبار ان نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري جاء عاما اي يخص جميع العقود ايا كانت صفة المتعاقدين .

ولتوضيح دور القاضي في مجال مراجعة العقد في حالة وجود الظروف التعسفية فانه من الضروري ان ندرس سلطة القاضي في تعديل العقد و تفسير الشروط التعسفية و هذا من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

الفرع الأول

سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية او الغائها

تتجلى مظاهر حماية الطرف المذعن في عقد الاذعان فيما اعطاه المشرع للقاضي من حرية و سلطة تقديرية في تعديل الشرط التعسفي او اعفاء الطرف المذعن او المستهلك منه ، وسلطة القاضي في ذلك لا يجوز الاتفاق على خلافها او استبعادها على اعتبار ان الامر يتعلق بالنظام العام [1] .

هذه السلطة التي خرج بها المشرع عن القاعدة العامة هي سلطة استثنائية تتيح للقاضي دور اهدار الشروط الواردة في العقد و تعديلها اذا تبين له انها تعسفية بغية اعادة التوازن بين المتعاقدين .فمن خلال هذه السلطة التي لا تخضع لرقابة محكمة النقص يراعي فيها القاضي مقتضيات العدالة ، و رغم ان الامر يتعلق بالنظام العام ، الا انه لا يجوز للقاضي ان يحكم من تلقاء نفسه بتعديل او الغاء الشرط التعسفي ، انما يجب ان يكون ذلك بطلب من الطرف المذعن نفسه او المستهلك و الا يعتبر راضيا بالشرط الوارد في العقد عملا بمبدا حياد القاضي المدني [2] .

فقد نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري . على انه " اذا تم العقد بطريق الاذعان و كان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي ان يعدل هذه الشروط او ان يعفي الطرف المذعن منها ، و ذلك و فقا لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ."

و يرى الاستاذ السنهوري ان هذا النص في عمومه هو اداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار [3] .فبموجب هذا النص حدد المشرع سلطة

[1] - محي الدين اسماعيل علم الدين نظرية العقد (مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الاسلامية) دار الكتاب الحديث بدون رقم الطبعة و لا تاريخ ص 204

[2] - محمد بودالي المرجع السابق ص 260 .

[3] - السنهوري المرجع السابق ص 195 .

القاضي ازاء الشروط التعسفية في تعديل او في اعفاء الطرف المذعن منها ، و بالتالي يكون المشرع قد وفر حماية فعالة للمستهلك على اعتبار انه لا يستطيع مناقشة هذه الشروط التي يستقل المهني بوضعها و صياغتها . و على ذلك اذا تمسك المستهلك او الغير مهني في مواجهة مهني بان العقد يحتوي على شرط تعسفي ، فان قاضي الموضوع يستطيع ان يستبعد هذا الشرط و يقضي ببطلانه و يبقى العقد ساريا دون تطبيق هذه الشروط .

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية

و من مظاهر الحماية كذلك ان تفسير العبارات الغامضة في عقد الاذعان لا يجوز ان يكون ضارا بمصلحة الطرف المذعن مدينا كان او دائنا ، مادام ان الشرط يكون في غير مصلحته على اعتبار ان الشروط كلها و لا سيما الغامضة منها تكون من وضع الطرف القوي ، فهو الذي يتحمل نتيجة خطئه في صياغتها بصفة غامضة . فقد نصت الفقرة الاولى من المادة 112 من القانون المدني الجزائري .على انه" يؤول الشك في مصلحة المدين .غير انه لا يجوز ان يكون تاويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن " .

ان القاعدة التي نصت عليها المادة 1/112 من القانون المدني الجزائري المتمثلة في ان الشك يفسر لمصلحة المدين هي من القواعد الامرة التي يتعين على قاضي الموضوع ان يلتزم بحكمها ، و اذا خالفها فانه يكون قد اخطا في تطبيق القانون الآمر الموجب لالغاء حكمه [1]. كما يفهم من خلال هذا النص انه لايقصد بالمدين كما جرت العادة الشخص الذي يتحمل عبء الاثبات ، و انما المقصود به هو الشخص الذي يؤدي تطبيق هذا الشرط الى الاضرار به ، و لو كان دائنا في الالتزام ، ذلك ان التفسير يرد على الشرط الغامض فيتعين ان يفسر الشك لمصلحة من يضره وجود هذا الشرط .[2]

و الجدير بالذكر ان هذا الغموض الذي يكتنف العقد ليس و ليد الصدفة دائما او رعونة المحترف لانه هو الذي يضعه ، انما يكون متعمدا ، على اعتبار ان المتعاقد القوي له دائما ان يمرر اشتراطات معينة يكتنفها بعض الغموض ، حتى يجعل المتعاقد الاخر يبرم العقد ، لانه اذا كان واضحا يمتنع عن ذلك .و اذا ثار النزاع حولها فان المشرع اعطى للقاضي سلطة تفسير الشروط الغامضة او المبهمة و

[1]- عاطف عبد الحميد حسن المرجع السابق ص 143 .
[2]-نفس المرجع ص 145 –د/ عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 420 .

هذا ما نصت عليه المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري على انه "اذا كان هناك محل لتاويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ ...".

و تضع هذه المادة بين يدي القاضي و سائل يستهدي بها للكشف عن ابهام و غموض عبارة العقد، فيبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في اعماق الارادة الباطنة ، اذا تعذر عليه التعرف عليها من الارادة الظاهرة ، و هذه الوسائل منها ما ذكره النص على سبيل المثال ، كطبيعة التعامل ، و الثقة و العرف الجاري في المعاملات و منها ما استخلصه الفقه من نصوص القانون المدني الفرنسي التي تفيد انه اذا احتملت العبارة اكثر من معنى واحد ، فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج اثرا قانونيا و ان عبارات العقد تفسر بعضها البعض [1]. و ما نص الفقرة الثانية من المادة 112 [2] من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها انه "لايجوز ان يكون تاويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذهن و لو كان دائنا " ،الا للدلالة على انه في عقود الاذعان تغيب الارادة المشتركة للمتعاقدين بسبب انفراد احد المتعاقدين بوضع شروط العقد.

وطبقا لهذه الفقرة فان ما جاء به المشرع هو خلافا للقاعدة السابقة التي تقضي ان يكون التفسير عند الشك لمصلحة المتعاقد المدين ، على اساس انه اذا كان فيها لبس او ابهام فمن العدل ان يتحمل هذا الاخير نتيجة غموض العقد و ان لا يستفيد من غموض الشروط التي املاها و فرضها على المستهلك.

و ينطبق هذا الاستثناء على كافة شروط العقد العامة المطبوعة ، و الشروط الخاصة المكتوبة بالالة او باليد ، اذ الحكمة من هذا الاستثناء تتمثل في حماية العاقد المذعن ، و الشك الذي يحتاج الى تفسير يمكن ان يتولد من الشروط العامة و الشروط الخاصة في العقد .

و اذا كان الموجب يستقل بوضع الشروط العامة المطبوعة ، فله ايضا نفوذ لوضع الشروط الخاصة المكتوبة . و قد جرت العادة في عقد التامين مثلا على ان تقوم الشركة المؤمن لديها بتحرير هذه الشروط في العقد [3].و لا يصح القول بجعل قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن قاصرة في التطبيق على

[1]- بودالي محمد المرجع السابق ص 263

[2]-تقابلها المادة 1162 ق م ف.و يعتبر القانون الفرنسي اكثر و ضوحا في مجال تفسير العقود للمستهلك فنص المادة 1602 مدنب بعد ان حملت البائع بالالتزام بالايضاح une obligation de clarte اضافت الى ان كل تصرف مبهم او غامض يفسر ضد البائع الذي غالبا من يكتب العقد

[3]-عاطف عبد الحميد حسن المرجع السابق ص 146 .

الشروط المطبوعة في عقد التامين ، باعتبار ان المؤمن تولى صياغة هذه الشروط و اعدادها ، فيتحمل نتيجة خطاه فيفسر الشك ضده و لمصلحة المؤمن له .[1]

و ان قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن تعتبر جزءا جوهريا من نظرية تفسير عقود الاذعان تكملها القاعدة الواردة في المادة 110 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر .و عليه اذا اتسمت شروط العقد بالغموض او بالرغم من وضوح هذه الشروط الا انها لا تدل او لا توضح النية المشتركة للمتعاقدين ، فان قاضي الموضوع يلجا الى استعمال و سائل التفسير لازالة هذا الغموض و لاستخلاص الارادة المشتركة للطرفين.و عندما يقوم قاضي الموضوع بتفسير شروط العقد لاستخلاص الارادة الحقيقية للمتعاقدين،فان التفسير يكون في ضوء الظروف المحيطة بالتعاقد طبقا لما جاءت به الفقرة الثانية من المادة 111/ من القانون المدني الجزائري .

ان وضع الطرف الضعيف في العقد الذي يقبل شروط التعاقد بشانه دون مناقشتها لا يجيز فقط للقاضي تعديل هذه الشروط لمصلحة العاقد المذعن بما اتجهت اليه نيته اثناء التعاقد ، بل تجيز للقاضي ايضا اعفاء هذا الاخير من الشروط التعسفية التي لم تتجه نيته اليها او تشترك مع ارادة الطرف القوي في هذه الشروط[2].

في نهاية هذا الباب التمهيدي نكون قد حددنا اطراف عقد الاستهلاك المتمثلين في المهني و المستهلك الذي و صلت الدراسة بشانه الى انه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، و لانه طرفا ضعيفا يستوجب حمايته ، و لان هذه الحماية ظهرت بسبب وجود عدم توازن في العلاقة التعاقدية من حيث عدم تكافؤ التزامات الطرفين الشيء الذي جعل المشرع يتدخل لاعادة التوازن بمحاربة الشروط التعسفية ، و منح سلطة للقاضي من اجل تعديلها و الغائها و تفسيرها .

و المستهلك و ان اعتبرناه طرفا ضعيفا الا انه لابد ان يدخل مفاوضات حتى يتمكن من ابرام عقود و تنفيذها للوصول الى تلبية حاجياته ، فاثناء هذه المراحل فان المشرع حاول دائما امداده بالحماية و الضمانات حتى يعادل بين كفتي ميزان المعاملة و هذا ما سنراه في القسم الأول و الثاني من هذه الدراسة.

[1]-عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط عقود الغرر –عقود المقامرة و الرهان و المرتب مدى الحياة الجزء السابع الصفحة 1527 و ما بعدها فقرة 592 .

[2]-حسن عبد الباسط جميعي اثر عدم تكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد المرجع السابق ص 154 فقرة 325 .

القسم الأول

حماية المستهلك في مرحلتي الدعوة إلى التعاقد و إبرام العقد

قبل ان يبرم المتعاقد العقد لابد ان يدخل مرحلة تسمى بمرحلة المفاوضات التي يفترض فيها وجود مناقشة متبادلة بين طرفي العقد المحتمل ، يتوضح فيها كل ما يريده الاطراف بهدف تكوين تصور مشترك حول مضمون العقد و مصيره .

و لهذه المفاوضات اهمية كبيرة تظهر في الدور الذي تلعبه اثناء مرحلتي الدعوة الى التعاقد و ابرام العقد ، ذلك انها اذا دارت بشكل جيد ، فان هذا يمنع نشوء اي منازعات في المستقبل .

ان الحماية التقليدية للمستهلك في مواجهة المنتج و البائع كانت تظهر بعد نشوء العقد ، غير ان الحماية الحديثة تقتضي وجودها في هذه المرحلة اي مرحلة التفاوض التي تسبق ابرام العقد ، ذلك ان افادة المستهلك بكل المعلومات عن السلعة او الخدمة المراد التعاقد بشانها في هذه المرحلة يساعده على تنوير رضائه و من ثم توجيه ارادته الى تعاقد سليم بعيد عن كل خطا .

كما ان هذه الحماية تمتد كذلك الى مرحلة ابرام العقد ، هذه المرحلة التي لها هي الاخرى اهمية بالغة خاصة بالنسبة للمنتج و البائع .لانه يتولد عنها العقد . و يتحدد خلالها بكل دقة قدر الحقوق و الالتزامات المتقابلة ، ففي هذه المرحلة يستعمل هذا المنتج و البائع كل خبراته في مجال هذه المعاملة للنيل من رضا المستهلك .

و على هذا سندرس في هذا القسم هذه الحماية التي وفرها المشرع في هاتين المرحلتين المهمتين و هما مرحلة الدعوة الى التعاقد و مرحلة ابرام العقد من خلال بابين .

الباب الأول : حماية المستهلك في مرحلة الدعوة الى التعاقد او التفاوض

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد

الباب الأول

حماية المستهلك في مرحلة الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض

لقد ترتب على التطور التكنولوجي ازدحام الاسواق باشكال مختلفة من المنتجات لم تكن معهودة من قبل ، كالاغذية و مستحضرات التجميل ، و اجهزة منزلية ، و حاسبات آلية و سيارات الى اخره ... هذا التطور غير من اسلوب بيع هذه المنتجات الذي كان يتم عن طريق المساومة التقليدية و ينتهي الى تحديد شروط البيع التي يتكون بموجبها التراضي الذي يعتبر جوهر عقد البيع . و اصبحت بموجبه عمليات الانتاج و التوزيع بيد شركات ضخمة تقوم بوضع شروط موحدة ، تسمى بالشروط العامة للبيع يتم على اساسها التعامل بين المنتج و المستهلك .

ان موضوع حماية المستهلك اصبح من الموضوعات الصعبة و المعقدة التي تثير العديد من المشاكل على اعتبار انه موضوع متحرك لا يمكن ضبطه ، كما انه من المواضيع الهامة جدا لانه اصبح يهدف من الناحية القانونية الى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية في ظل عدم وعي المستهلك من جهة ، و من جهة اخرى وجود نصوص لم توضع اصلا لحمايته .

و نظرا لاتساع طبقة المستهلكين وكثرة السلع و تنوعها ، و الحاجة الى اقتنائها اصبح المستهلك في مواجهة العديد من العقود التي يبرمها للحصول على السلع و الخدمات ، فمن هنا تعاظمت الحاجة الى حمايته في جميع مراحل ابرامه لهذه المعاملات و أصبح من الضروري التدخل لحمايته و ظبط قواعد هذه المعاملات سواء في مرحلة التفاوض او في مرحلة تكوين العقد او حتى في مرحلة تنفيذه .

ان اهم ما يحتاج اليه المستهلك في المرحلة التي تسبق التعاقد هو احاطته علما بالبيانات المتعلقة بالسلعة او الخدمة محل التعاقد ، حتى يتمكن من تكوين فكرة شاملة و يقف على حقيقة هذا المنتوج او الخدمة مما تجعله يبرم علاقة تعاقدية متوازنة ، و على ذلك فان تزويده بهذا القدر من المعلومات التي تتعلق بالسلعة او الخدمة هو ما يدعم نظم حمايته و الدفاع عن حقوقه .

و تعد الاعلانات التجارية من اهم الوسائل التي يتم بها اعلام المستهلك ، و هذا من جهة لما تتمتع به من تقنيات للتعريف بالسلع و الخدمات و تقديمها الى جمهور المستهلكين حتى يقدموا على اقتنائها و من جهة اخرى لما لها من فاعلية في الانتشار في جميع الاوقات و الاماكن . رغم انها في كثير من الاحيان لا توفر للمستهلك الاحاطة الشاملة بكل المعلومات المتعلقة بالسلعة محل التعاقد المستقبلي في

وقت يحوز المحترف على جميع المعلومات المتعلقة بمحل التعاقد ، الشيء الذي يجعله دائما متفوقا و في مركز قوة يسمح له بترجيح كفة التعاقد لصالحه ، بما يؤدي الى اختلال في توازن العقد.

و لان عدم توازن العلاقة التعاقدية يعتبر مخالفا لما تقضي به مبادئ العدالة التي يجب ان تسود المعاملات التعاقدية فقد اصبح لزاما على المهني في مرحلة الدعوة الى التعاقد بان يمد المستهلك بكل المعلومات الكافية المتعلقة بالمتعاقد عليه حتى تساعده على تكوين رضاءا صحيحا و مستنيرا ، يجعل ارادته خالية من اي عيب يشوبها ، و بذلك تتجه الى تعاقد صحيح و هذا هو المقصود بحماية المستهلك في المرحله السابقة عن التعاقد و ترتيبا على ذلك ساتناول الحماية المقررة في هذه المرحلة من خلال حماية المستهلك من الاعلان التجاري ، و كذا حمايته عن طريق فرض التزام المهني بالاعلام ، و قد ارتئيت ان اتناول هذين العنصرين في نفس المرحلة وهي المرحلة التي تسبق التعاقد لارتباطهما ببعض و على اساس ان كل واحد منهما يعتبر وسيلة لاعلام المستهلك ، و على هذا سنقسم هذا الباب الى فصلين طبقا لما يلي :

الفصل الأول : حماية المستهلك من الإعلان التجاري

الفصل الثاني : حماية المستهلك بفرض التزام المهني بالاعلام

الفصل الأول

حماية المستهلك من الإعلان التجاري

عرف الإعلان التجاري منذ القديم أي منذ النظام الاجتماعي القائم على أساس أن القبيلة هي المجتمع ، ذلك انه عند إنتاج بعض المنتجات بكمية تزيد عن حاجة القبيلة ، فتلجا إلى الإعلان كوسيلة لتعرف باقي القبائل بهذه المنتجات حتى يتم توزيعها ، فكانت تستخدم الإعلان الشفهي أو الصيحات فكان البائعين في بلاد الإغريق ينادون على السلع لتباع ، وفي روما كان النداء بصوت شبيه بالغناء .كما عرف قدماء المصريون هذا الأسلوب من الإعلان عن السلع خاصة عند وصول السفن التي تحمل السلع من فنيقيا فكان الإعلان يتميز حينئذ ببيان نوع السلعة و السعر لجذب المستهلكين لها [1].و إذا كانت السوق في المفهوم الاقتصادي هي لقاء العرض بالطلب فان الإعلانات التجارية هي التي تخلق السوق ولا سوق بلا دعاية [2] .

و قد تطور الإعلان التجاري عبر تطور المنافسة التجارية التي يقوم عليها الاقتصاد الحر إلى أن أصبح إحدى سمات هذا العصر . و أدرك المنتجون عبر العالم أهمية الإعلان نظرا لفعاليته في ممارسة وظيفته التسويقية المستمدة من مقوماته الذاتية التي ترقى به إلى اعتباره من أهم الوسائل التي تثير الطلب على السلع و الخدمات في المرحلة التي تسبق التعاقد أو مرحلة المفاوضات . وهكذا كان الإعلان عاملا من عوامل التسويق و مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة ، و الإعلان في قيامه بوظيفة التسويق و الترويج للسلع يساهم في تخفيض الأسعار و تحسين نوعية الإنتاج .

فقد ادى التطور الصناعي الى تطور هائل في اساليب الدعاية و الاعلان ، و اصبحت هذه الدعاية تطارد المستهلكين ، فتكاد تنسيهم اضرار المنتوج المحتملة ، ذلك ان بعض المنتجين يلجئون احيانا الى الدعاية المضللة التي تحمل الكثير من المغالطات ، لتصل الى تحقيق اعلى ارقام من المبيعات تجعلها تحقق اعلى عائد من الارباح على حساب المستهلك الذي خدع بهذه الدعاية [3].

[1] -عمر عبد الباقي الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة رسالة دكتوراه عين شمس 2004 ص 88

[2] -احمد السعيد الزقرد الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي المقارن مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت السنة 19 العدد الرابع ديسمبر 1995 ص 143 .-عبد المنعم موسى ابراهيم حماية المستهلك دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بدون تاريخ الطبعة ص 175.

[3]-جابر محجوب علي ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة دراسة في القانون الكويتي و القانونين المصري و الفرنسي (القسم الاول) مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت السنة العشرون العدد الثالث سبتمبر 1996 ص 210.

و على هذا أصبح المستهلك هو المحور الذي يدور حوله الإعلان. فهو موجه إليه بالدرجة الأولى و الأخيرة ، لذلك اشترط فيه أن يكون شريفا و أن لا يجعل المستهلك ضحية له . ومن هنا برزت أهمية حماية المستهلك في نطاق الإعلان [1] لأنه و رغم ما يمكن أن يكون للإعلان التجاري من فوائد لتلبية الحاجات و الوصول إلى الأهداف ، غير انه قد يخبئ عدة أخطار للمستهلك في حالة ما إذا كان كاذبا أو خادعا ، أو كان الهدف منه هو تحقيق الربح الفاحش على حساب المستهلكين أو الصالح العام .و في هذا الإطار و لحماية المستهلك من خطورة هذا النوع من الإعلان سارع المشرع إلى إيجاد منظومة قانونية يتمحور حولها الإعلان التجاري حتى لا يتجاوز أهدافه و يضر بمصلحة المستهلك .كما منع وحرم الإعلانات المضللة .

و عليه و من خلال ما تقدم يمكن دراسة الإعلان التجاري في إطار حماية المستهلك في الفترة السابقة عن التعاقد من خلال مفهوم الاعلان التجاري ، و مضمونه و دوره في حماية المستهلك ، كما انه قد تكون هناك اعلانات كاذبة و خادعة لابد من مواجهتها ، و هذا من خلال المباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول : مفهوم الاعلان التجاري

المبحث الثاني : مضمون الاعلان التجاري و دوره في حماية المستهلك

المبحث الثالث : ضرورة مواجهة الاعلانات الكادبة و الخادعة .

[1] -محمد بودالي المرجع السابق ص 166 .

المبحث الأول

مفهوم الإعلان التجاري

كما سبق ذكره فان للإعلان أهداف و مجالات مختلفة تستدعي منا ضرورة تحديد مفهومه لإبراز عناصره التي تميزه عن غيره من العبارات المشابهة له ، و على هذا الأساس فإننا نتعرض بالدراسة الى تعريف الاعلان التجاري ثم تمييزه عما يشابهه كما نرى من الضروري ان نشير الى صورة خاصة للاعلان التجاري من خلال المطلبين التاليين .

المطلب الأول : تعريف الإعلان التجاري و تمييزه عما يتشابه معه من صور

المطلب الثاني : اعتبار الإعلان المقارن صورة للإعلان التجاري

المطلب الأول

تعريف الإعلان التجاري و تمييزه عما يتشابه معه من صور

انه ليس من السهل إيجاد تعريف جامع مانع لكلمة الإعلان ، فهي كلمة لها عدة معان تختلف بحسب استعمالها في المجالات العلمية و العملية المختلفة منها الصحافة و الإعلام و القانون ، و لكن ما نريد ان نصل اليه في هذا المقام هو تعريف ذلك الإعلان الموجه إلى المستهلك الذي يعمل المشرع جاهدا على حمايته باعتباره طرفا ضعيفا في عقد الاستهلاك و هو مستعمل السلع و الخدمات ، وكذا تمييزه عما يتشابه معه من صور .و على هذا الاساس سنتناول تعريف الاعلان و كذا تمييزه عما يتشابه معه من الصور من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعريف الاعلان التجاري

الفرع الثاني : تمييز الإعلان التجاري عما قد يتشابه معه من صور

الفرع الأول

تعريف الاعلان التجاري

فالإعلان لغة ، هو كل ما ينشره التاجر و غيره في الصحف السيارة أو في نشرات خاصة تعلق على الجدران أو توزع على الناس و يعلن فيه ما يريد إعلانه ترويجا له [1] .و قد تعددت التعريفات حسب اختلاف الفقه و القضاء و التشريع ، ولتوضيح ذلك سنتناول ما يلي :

اولا : التعريف الفقهي للاعلان

إذا أردنا تعريف الإعلان فإننا نواجه ثلاث عناصر يمكن أن نعرف على أساسها الإعلان التجاري.

1 : تعريف الاعلان بالنظر الى الهدف منه

يعرف الإعلان التجاري بالنظر إلى الهدف منه على انه[2] ""هو كل تصرف يستهدف جذب العميل أو الزبون أيا كان الشكل الذي يتخذه و الشخص الذي يصدر عنه أو يوجه إليه ""

او هو [3]"" اخبار يتولاه شخص محترف بقصد التعريف بمنتوج او خدمة معينة و ذلك بابراز مزاياها و مدح محاسنها بغرض ترك انطباع مقبول عنها لدى جمهور المخاطبين بها يؤدي الى اقباله على المنتجات و الخدمات محل الاعلان "" .

2: تعريف الاعلان بالنظر الى وسيلة الاعلان

فيعرف الفقه الفرنسي ان الإعلان التجاري هو كل رسالة يوجهها صاحب مهنة للجمهور بهدف حثه على طلب أموال أو خدمات و منها على سبيل المثال الملصق في الشارع او صفحة في مجلة مصورة أواعلان في التلفزيون [4] .

3: تعريفه بالنظر الى العنصر النفسي

فيعرفه بعض الفقه على انه هو العرض المغري لأي شيء قابل للتعامل القانوني لقاء اجر معلوم بواسطة وسيلة من وسائل الاعلان بغية تقبل هذا الشيء بشرائه او استعماله او استغلاله او ممارسته[5].

[1] -مشار اليه في مقال احمد السعيد الزقرد المرجع السابق ص 148 –عمر عبد الباقي المرجع السابق ص92 .
[2] -مشار اليه في مقال لفتيحة محمد قوراري الحماية الجنائية للمستهك من الاعلانات المضللة دراسة في القانون الاماراتي و المقارن،مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت السنة الثالثة و الثلاثون العدد الثالث سبتمبر 2009 ص 259
[3] -محمد بودالي المرجع السابق ص 166 .
[4] - عمر عبد الباقي المرجع السابق دكره ص:93
[5] - نفس المرجع ص 94 .

و هو كذلك [1] "" كل وسيلة تهدف الى التاثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية "".

كما يعرفه البعض الاخر[2]"" على انه هو تقنية ذات اثر نفسي تمارس على الجمهور لغايات نفعية ""

و يتبين مما سبق ان الاعلان يتكون من عنصرين :

عنصر مادي: يتمثل في استخدام ادات من أدوات التعبير كالصحف و الملصقات و الرسوم و الإذاعة و التلفزيون .

عنصر معنوي : يتمثل في كون الغرض من الإعلان هو تحقيق الربح و يفترض[3] في الاعلان او الإشهار كما سماه المشرع الجزائري وجود ثلاثة أشخاص و التي قد تكون طبيعية او معنوية و هي :

1-المعلن annonceur : و الذي غالبا ما يكون تاجرا او هيئة او جمعية او هيئة حكومية أي كل محترف يستخدم الاعلان في سبيل التعريف بمنتوج او خدمة بهدف جلب العملاء.
2-وكالة الاعلان agence de publicite: و هي جهة تقوم بتنظيم و إعداد الحملة او الرسالة الإعلانية عبر اداة او أدوات الاعلان و قد تكون وسيطا بين المعلن و أداة الاعلان.
3-أداة او ركيزة الاعلان . le support publicitaire: و هي الوسيلة التي تستعمل لنقل او نشر او إذاعة الاعلان بين الجمهور كالصحف و غيرها.

ثانيا :التعريف القضائي

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي فقد حذا حذو التوجيه الأوربي الصادر في1984/09/10 و عرف الاعلان التجاري على انه كل شكل من أشكال الاتصال في مجال النشاط التجاري او الصناعي او الحرفي او المهني بهدف تشجيع او تقديم المنتجات و الخدمات و التعريف بها بما في ذلك الأموال العقارية و الحقوق و الالتزامات المرتبطة بها[4].

ثالثا :تعريف المشرع

1- تعريف المشرع الاوربي و المشرع الفرنسي للاعلان .

[1]- خالد ممدوح ابراهيم حماية المستهلك في العقد الالكتروني دار الفكر الجامعي 2008 ص 135 .
[2] - voir Merle et vitu Traite du Droit criminel ,Droit pénal Spécial tome 1 .
[3]- محمد بودالي المرجع السابق ص:167
[1]-احمد السعيد الزرقرد المرجع السابق ص.105

يعرف التوجيه الأوربي الصادر في 10سبتمبر 1984 في مادته الثانية ،الاعلان التجاري على انه "" هو كل صيغة اتصال تتم في إطار نشاط تجاري او صناعي او حرفي او عمل حر بقصد الترويج للاموال و الخدمات بما في ذلك الأموال العقارية الحقوق و الالتزامات ""[1]

أما المشرع الفرنسي فقد جاء بقانون الاستهلاك الفرنسي خاليا من نص يعرف الاعلان ، و لما كان المشرع الفرنسي قد استخدم في المادة 121-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي عبارة كل اعلان دون جديد ، فقد حذى بذلك حذو الفقه في تعريف الاعلان بانه كل تصرف يستهدف جذب العميل او الزبون ايا كان الشكل الذي يتخذه و الشخص الذي يصدر عنه او يوجه اليه [2].

2- : تعريف المشرع الجزائري للإعلان التجاري .

عرف المشرع الجزائري الاعلان و سماه الإشهار بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315المؤرخ في 16اكتوبر 2001. على أن الإشهار هو : ""جميع الاقتراحات او الدعايات او البيانات او العروض او الإعلانات او المنشورات او التعليمات المعدة لتوزيع تسويق سلعة او خدمة بواسطة اسناد بصرية او سمعية بصرية ."".

اما القانون [3] رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بالقانون [4] رقم 10-06 المؤرخ في 15 غشت 2010 ، فيعرف الاشهار في مادته الثالثة على انه ""كل اعلان يهدف بصفة مباشرة او غير مباشرة الى ترويج بيع السلع او الخدمات مهما كان المكان او وسائل الاتصال المستعملة "" .

و يلاحظ على هذين التعريفين الذي جاء بهما المشرع الجزائري انه قد أورد فيهما عنصران للإعلان و هما : العنصر المادي من حيث إشارته لأدوات التعبير المستخدمة في الاعلان و هي الاسناد البصرية او سمعية بصرية، و العنصر النفسي من حيث الإشارة الى الهدف من استخدامها و هو الترويج و تسيير

2-La Publicité :toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale ,industrielle ,artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou de services ,y compris les biens immeubles ,les droits et les obligations.

[2] -Chavanne (A) :Publicité fausse ou de nature à induire en erreur J.C.P 1994.p5 فتيحة محمد قوراري المرجع السابق ص

[3]-جريدة رسمية رقم 41 المؤرخة في 2004/06/27

[4]-جريدة رسمية رقم 46 المؤرخة في 2010/08/18

و تسويق السلع و الخدمات لدى الجمهور، غير انه يعاب عليهما على انهما لم يشيرا الى الأطراف الأخرى و هي : المعلن و وكالات الاعلان.

أما المشرع المصري فقد عرفه في القانون رقم 66 سنة 1956 الصادر بشان تنظيم الإعلانات حيث نص في مادته الأولى على انه :

"" يقصد بالإعلان في تطبيق أحكام هذا القانون أية وسيلة او تركيبة او لوحة صنعت من الخشب او المعدن او الورق او القماش او البلاستيك او الزجاج او أي مادة أخرى و تكون معدة للعرض او النشر بقصد الاعلان بحيث تشاهد من الطريق او من خارج وسائل النقل العام[1] "".

و رغم ان قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 فانه جاء خال من تعريف للإعلان ، إلا ان المادة الأولى عرفت المعلن على انه : ""كل شخص يقوم بالإعلان عن سلعة او خدمة او الترويج لها بذاته او بواسطة غيره باستخدام أي وسيلة من الوسائل"" .

من خلال التعريفات الفقهية و القضائية و التشريعية التي قدمناها محاولين الوصول الى تعريف شامل و مانع للإعلان التجاري وهو الشيء الذي يعتبر من الصعوبة الوصول إليه ، يمكن ان نستخلص او نقترح تعريف قد يؤدي بنا الى تحديد أكثر دقة للإعلان التجاري و هو كالآتي : "" يعتبر الاعلان التجاري كل نشاط يعمل على عرض منتوج او خدمة معينة موجهة للجمهور بأي وسيلة من وسائل الاعلان بطريقة مغرية و مثيرة مقابل اجر بهدف جذب الانتباه إليه حتى يحفز على التعاقد من اجل تحقيق ربح مادي "".

[1]- اشار اليه عمر عبد الباقي المرجع السابق ص:94

الفرع الثاني

تمييز الإعلان التجاري عما قد يتشابه معه من صور

قد تتشابه وسائل الاتصال العديدة مع الاعلان التجاري من جهة لأنها هي كذلك تعتبر مصدرا للمعلومات التي تقدم للتعريف بالسلع و الخدمات المعروضة في السوق و من جهة أخرى لأنها تحتوي على عناصر لها دور في دفع المستهلك على الإقبال على التعاقد بدون حتى ان تكون له رغبة حقيقية و أكيدة للتعاقد بشأن هذا المنتوج او الآخر و في هذا المطلب نحاول ان نأخذ نماذج لهذه الوسائل و تكون على سبيل المثال و ليس على سبيل الحصر يمكن ان نصل بموجبها الى التفرقة بينها و بين الاعلان التجاري من خلال االنقاط التالية .

اولا : الاعلان التجاري و الاعلام:L'information

في البداية يجب ان نذكر انه لا يجب الخلط بين الاعلام و الاعلان التجاري على اعتبار ان الاعلان لا يهدف الى اعلام المستهلك ، انما هدفه هو جلب و حث المستهلك لاقتناء السلع المعروضة [1]

الإعلام هو عرض الحقائق و المعلومات على الجمهور بهدف تثقيفهم و تعريفهم بالشيء و ليس بهدف الربح ، ذلك انه يهتم أساسا بتنمية الوعي و بهذا يصبح من وسائل الربط و الاتصال بين الأفراد فالإعلام اذن يتميز بالموضوعية من الناحية النظرية على خلاف الاعلان الذي يعتمد على المبالغة و التهويل ، كما ان الاعلام لا يهدف الى ترويج السلع و الخدمات بل يعمل على تكوين او تصحيح فكرة معينة او دعم الثقة في نظام معين[2] .

أما الاعلان فهو كما سبق و ان تقدم فهو يهدف الى الترويج بهدف تسويق السلع و الخدمات أي بهدف تحقيق الأرباح في حين ان الاعلام لا يهدف الى ذلك و ان الاعلان التجاري احد أهم وسائل تمويل الاعلام[3] .

غير ان جانب من الفقه لا يرى أي فرق بينهما بل ذهب الى المساواة بين الاعلام و الاعلان و اعتبر الاعلام إعلانا متى تعلق الأمر بمنشاة تجارية او منتجاتها او الخدمات التي تقدمها دون أي تحريض او ترغيب في الشراء.

[1] -Jean Calais-Auloy Henri Temple –Droit de la consommation 9eedition 2015 p55 .

2- اماني جمال عبد الوهاب.حماية المستهلك من وسائل الدعية و الاعلان في ضوء القانون المدني و الفقه الاسلامي،رسالة دكتوراه جامعة طنطا سنة 2010 ص:24، د/سعيد الزقرد المرجع السابق ص:159.

[3] - احمد السعيد الزقرد .المرجع السابق ص 160

و في رأينا ان الاعلان التجاري له هدفا محددا وهو تحقيق الربح عن طريق الترويج للسلع و الخدمات وهو العنصر الغائب في الاعلام او ما يفتقده الاعلام .

ثانيا :الترويج و الاعلان

يرى بعض الفقه ان الترويج و الاعلان التجاري يشتركان في الرغبة في تحسين صورة المنتج او الخدمة او إظهار مزاياها بالنسبة للمستهلك من خلال عرض أكثر جاذبية و إثارة غير ان الترويج يمنح المخاطبين شيئا ملموسا مثل تخفيض السعر و تقديم العينات المجانية و الهدايا، و قد يصل الأمر الى تنظيم دورات للتدريب على استخدام السلع و الخدمات[1] ولا شك ان المستهلك يتأثر بهذا النوع من الهدايا.

ثالثا : التجارب المقارنة للمنتوجات

فالإعلان المقارن معناه ان يقوم المنتج او الموزع او البائع بالدعاية لمنتجاته عن طريق المقارنة، و ذلك بان يبرز السلعة المعلن عنها مقارنة بعيوب غيرها من السلع المنافسة.و يتم ذلك عن طريق الصحف العادية و المجلات المتخصصة في شؤون الاستهلاك او منظمات حماية المستهلك بأن تعرض نتائج الدراسات العلمية التي أجريت بواسطة معامل فنية متخصصة حول مزايا و عيوب السلع و الخدمات المعروضة في السوق، و تجري مقارنة عناصر ما تماثل منها في العديد من المجالات مثل السعر و الجودة و المكونات الداخلية و أمور أخرى[2].

و ان هذه المؤسسات لا تسعى الى تحقيق الربح بل هدفها الوحيد هو حماية حق المستهلك في ان يختار السلع و الخدمات.و بذلك فان التجارب المقارنة للمنتجات تساعد على تحسين شروط المنافسة الحرة و تمد المستهلك بالمعلومات الصادقة و الموضوعية عن السلع و الخدمات المطروحة في الأسواق.لأنها تتم بواسطة منظمات او جمعيات مستقلة تماما عن مجالات الإنتاج و التوزيع كما أنها تتم على أسس علمية بواسطة معامل متخصصة.

رابعا: الإعلان و الدعاية

يرى الاستاذ C.R. HASS و هو احد ابرز خبراء الدعاية و الاعلان التجاري حيث يشير الى الدعاية بوصفها احد وسائل الاتصال التي تهدف الى الترويج لبعض الأفكار او في العلاقات الاقتصادية في الترويج للبضائع و الخدمات بين المنتجين و المستهلكين و قال بان الدعاية لها هدفين احدهما

[1]- احمد السعيد الزقرد المرجع السابق ص:95-96
[2]- عمر محمد عبد الباقي المرجع السابق ص:92

اقتصادي و الآخر إيديولوجي[1]. و يجب الإشارة هنا الى أهمية التفرقة بين الدعاية و الاعلان التجاري عبر شبكة الانترنت فالإعلان مدفوع الأجر في حين يغلب ان تكون الدعاية مجانية ، فهي لا تهدف الى تحقيق كسب مادي ، كالدعاية الى الانضمام الى جمعية خيرية على عكس الاعلان التجاري الذي يهدف الى التأثير في عقيدة المستهلكين بغرض جعلهم يقبلون على التعاقد مع المعلن[2]

أما البعض الآخر[3] يعتبر ان الدعاية التجاريةفهي صورة للإعلان التجاري الذي يصل فيه المعلن الى أقصى الحدود في ترويج و تسويق السلع و الخدمات.

و عليه فان تحقيق الأرباح هو الهدف الأساسي الذي يسعى إليه المعلن، وهو هدف يتحقق مباشرة في الدعاية او الاعلان التجاري او بصورة غير مباشرة عن طريق ما يسمى بالعلاقات العامة.

المطلب الثاني

اعتبار الاعلان المقارن صورة للاعلان التجاري

يعتبر الاعلان المقارن صورة خاصة للاعلان التجاري و على هذا يجدر بنا ان نعرفه و نوضح شروط صحته ، و الاثار المترتبة على الاعلان المقارن غير المشروع و هذا من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول : تعريف الاعلان المقارن و شروط صحته

الفرع الثاني : الاثار المترتبة على الاعلان المقارن غير المشروع

الفرع الأول

تعريف الاعلان المقارن و شروط صحته

اولا :تعريف الاعلان التجاري :

الاعلان المقارن هو ذلك الاعلان الذي يسعى المعلن من خلاله الى إقناع المستهلكين بأن الفائدة التي سيحصلون عليها من السلعة او الخدمة محل الاعلان ستكون بشكل أفضل من تلك التي سيحصلون عليها من سلعة او خدمة أخرى منافسة[4]

[1]- اشار الى هذا اماني عبد المنعم عبد الوهاب المرجع السابق ص:20
[2]- خالد ممدوح ابراهيم المرجع السابق ص:140
[3]- عبد منعم موسى ابراهيم السابق ص:176
[4]-عمر عبد الباقي المرجع السابق ص:98 نفس المعنى الذي جاء به في نص المادة 121-6 من قانون الاستهلاك الفرنسي..

و من خلال هذا التعريف يظهر ان الاعلان المقارن يختلف عن الباقي فالمعلن لا يكتفي فيه بإظهار خصائص و مميزات السلعة او الخدمة محل الاعلان إنما يحاول إظهار عيوب سلعة مماثلة.و على ذلك تعتبر الإعلانات المقارنة وسيلة للمنافسة غير المشروعة .

و يعاب على هذا الاعلان انه يفتقد للصدق و الموضوعية باعتبار ان مصدره هو المعلن نفسه الذي يسعى دائما الى تحقيق الربح على حساب الآخرين،كما ان هذه المقارنة لا تؤسس على أي تجارب فنية او عملية كتلك التي تقوم بها جهات علمية متخصصة وهو الشيء الذي يجعله يفتقر الى النزاهة و يدفع بالعديد من التشريعات الى تنظيمه .

و على ذلك تعتبر الإعلانات المقارنة وسيلة للمنافسة غير المشروعة مما ادى الى وجود اختلاف بين التشريعات بين مجيز للإعلان المقارن باعتباره مفيد للمستهلك[1]، و بين محرم له كالقانون الفرنسي الذي لم يجز الاعلان المقارن الا بموجب قانون 18جانفي1992 المتعلق بدعم حماية المستهلكين من خلال المادة 10 منه ولكن بشروط جد قاسية حتى اعتقد البعض انه جاء في الواقع لتحريم الاعلان المقارن لا الى إجازته[2] .

ومنه أوردت المادة 121-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر سنة93 تعريفا للإعلان المقارن يتمثل فيما يلي : ""هو ذلك الاعلان الذي يقوم فيه المعلن بمقارنة منتجاته بمنتجات الغير،و يكون ذلك من خلال تناول علامة او ماركة منتجات هذا الغير او اسم الشركة المنتجة او اسم المحل التجاري و نوع هذه التجارة ""

ثانيا : شروط صحة الاعلان المقارن

طبقا لنص المادة 121-8 من القانون الصادر سنة1993 فانه يشترط في الاعلان المقارن ما يلي:

1-أن يكون الاعلان المقارن واقعيا وصادقا لا يراد من ورائه تضليل المستهلك و إيقاعه في الغلط ، و ان يقارن بين أموال وخدمات تلبي نفس الاحتياجات ولها نفس الهدف.

2-أن يكون الاعلان مشروعا بحيث لا يتضمن قدحا لمنافس او لمنتجاته او علامته و يعتبر القضاء[3] ان الاعلان المقارن مشروعا مادام انه يستند الى معلومات صحيحة و استعمال عبارات موزونة و لو اختار

[1]-ان الاصل في القانون البلجيكي هو مشروعية الاعلان المقارن و يستفاد ذلك من نص م07/27من القانون الصادر في 14يوليو1991الذي يمنع القيام باي مقارنات اعلانية خادعة او محقرة

[2] -Fourgoux (J-C) <L'Article 10 de la loi du 18-01-1992 feu sur la publicité comparative >GAZ pal 1992 p 5.

[3]-محمد بودالي المرجع السابق ص:185

المعلن ان يجري المقارنة بين العناصر التي يراها في مصلحته و اغفل باقي العناصر التي تتفوق فيها المنتجات الأخرى.

3-أن الاعلان المقارن موضوعيا بحيث لا تقوم المقارنة استنادا الى أي آراء و تقديرات فردية او جماعية و ان لا يقلل من قيمة العلامات التجارية او احد المنافسين و بالتالي يجب الابتعاد عن المقارنات الغامضة و الذاتية.

4-و أضاف نفس القانون بموجب المادة 121-14 على ان يكون نشر الاعلان مسبوقا باطلاع أصحاب المهن المستفيدين من الاعلان بهدف حدوث منافسة موضوعية حول هذا الاعلان حتى و لو وصل الأمر الى عدم نشره . غير ان بعض الفقه اعتبر هذا الشرط مبالغ فيه مما أدى ذلك عدول اصحاب المهن عن هذا النوع من الاعلان و هذا ما تؤكده الإحصاءات من انه في فرنسا بلغ عدد الإعلانات المقارنة سنة1992 عشر إعلانات فقط[1].

5-كما نصت المادة 121-12 من تقنين الاستهلاك على انه "" ينبغي ان يكون المعلن خلال مدة وجيزة قادرا على إثبات صحة البيانات التي يحتويها الاعلان "" كما ذهب بعض الفقه [2]الى ان طبيعة الاعلان المقارن تختلف عن طبيعة تلك المحاولات المقارنة التي تنشرها جمعيات او منظمات المستهلكين . فالإعلان المقارن هدفه هو جذب المستهلك و حثه على التعاقد وبالتالي لا يتصور كما يثبته الواقع العلمي ان لا يمس بقواعد المنافسة بالنظر الى الدور الذي يلعبه الاعلان التجاري في تسويق و توزيع السلع و الخدمات.

[1]-عمر عبد الباقي نفس المرجع ص:100

[2] - CALAIS AULOY (J) et STEINMETZ (F) :droit de la consommation dalloz 4è éd 1996 op .cit p 112.

الفرع الثاني

الاثار المترتبة على الاعلان المقارن غير المشروع

بتوافر الشروط المتعلقة بالإعلان المقارن المذكور سابقا يكون الاعلان مشروعا اما في حالة تخلف شرط واحد او أكثر من هذه الشروط أصبحنا في مواجهة إعلان مقارن غير مشروع ، فالاجتهاد القضائي الفرنسي[1] قبل صدور قانون1992 كان يذهب الى ان كل إعلان مقارن يعتبر عملا من أعمال المنافسة غير المشروعة و بالتالي يعتبر خطأ يسأل عنه صاحبه.

و نفس الموقف اتخذه المشرع الفرنسي من خلال القانون الصادر سنة 1992 من ان الاعلان المقارن غير المشروع يرتب جزاءا مدنيا على أساس ارتكاب المعلن خطأ تقصيري يخول للمنافس الحضور و رفع دعوى المسؤولية على أساس المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي للمطالبة بأمرين وقف الاعلان المقارن الضار و المطالبة بالتعويضات من جهة أخرى.كما يجوز بالإضافة الى ذلك رفع دعوى وقف الاعلان أمام قاضي الاستعجال اذا كان الضرر جسيما.

[1]-خالد ممدوح ابراهيم المرجع السابق ص:137

المبحث الثاني

مضمون الاعلان التجاري و دوره في حماية المستهلك

إن حماية المستهلك بموجب الاعلان التجاري تكمن في صدق و موضوعية المعلومات التي يتضمنها و يقدمها بالإضافة الى انه لا يخلف أي ضرر للمستهلك، و لهذا سوف نتعرض لمضمون الاعلان التجاري حتى نقف على مدى مساهمته في إعانة المستهلك على اتخاذ قرار التعاقد في ظل رضا صحيح و نتناول كذلك ضوابط الاعلان التجاري التي من الضروري الالتزام بها حتى لا يخرج عن مساره المشروع. ثم القيمة القانونية للاعلان التجاري ، و كذا دوره في حماية المستهلك من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : مضمون الاعلان التجاري و ضوابطه

المطلب الثاني : القيمة و الطبيعة القانونية للاعلان التجاري

المطلب الثالث : دور الاعلان التجاري في حماية المستهلك

المطلب الأول

مضمون الاعلان التجاري وضوابطه

نتناول من خلال هذا المطلب موضوع الاعلان التجاري عناصره و البيانات التي يجب ان يتضمنها الاعلان من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : موضوع الاعلان التجاري و عناصره

الفرع الثاني : ضوابط الاعلان التجاري

الفرع الأول

موضوع الاعلان التجاري و عناصره

اولا : موضوع الاعلان التجاري

ينصب الاعلان التجاري على خدمة تقدم للمستهلك او على منتج تجاري او سلعة يكون الهدف من إنتاجها و توزيعها تحقيق الربح . و الخدمات تفهم هنا بمعنى واسع بحيث تشمل أنشطة متنوعة و مختلفة مثل أعمال وكالات السفر و السياحة و أعمال الوساطة و تنظيم العروض و المؤتمرات [1] وتنقسم الإعلانات إلى أنواع مختلفة نذكر على سبيل المثال لا على سبيل الحصر إعلانات حسب الجمهور المستهدف منه او الهدف من الاعلان او المنطقة الجغرافية التي يغطيها الاعلان او نوعية النشاط المعلن او الأداة المستخدمة او السلعة او الخدمة محل الاعلان او حسب الاستجابة المطلوبة للاعلان[2].

ثانيا : عناصر الإعلان التجاري

فمن خلال التعريفات المستعرضة سابقا نستخلص ان للإعلان التجاري عنصران :

1/ العنصر المادي : و هو كل فعل او نشاط يتمثل في استخدام أداة من أدوات التعبير تدرك بالحواس كالصحف و الملصقات و الرسوم و الإذاعة و التلفزيون. و قد جرى العمل ان تصنف أدوات الاعلان الى أربعة أنواع هي :[3]

أ–**الاعلان بطريق الصحافة المكتوبة:** و هو جملة الاعلانات المكتوبة او المقروءة او المطبوعة.

ب– **الاعلان السمعي البصري:** و يشمل الاعلانات التي تتم عن طريق الإذاعة و التلفزيون و السينما والمسرح.

ج– **الاعلانات الثابتة** : و يشمل الملصقات و اللوحات الإعلانية.

د– **أما النوع الرابع:** فهو يشمل جميع أدوات الاعلان التي لا تدخل ضمن الطوائف الثلاثة المذكورة كواجهات المحلات و غيرها.

[1]-خالد ممدوح ابراهيم المرجع السابق ص 137 .
[2]-راجع في انواع الاعلانات و تقسيماتها احمد ابراهيم مصطفى عطية.النظام القانوني للاعلانات في القانون المدني رسالة دكتوراه حقوق القاهرة 2006ص:21 وما بعدها
[3]- محمد بودالي المرجع السابق ص:166

2/ العنصر المعنوي : و يتمثل في الغرض من الاعلان الذي يكمن في تحقيق الربح و هو ما يطلق عليه الهدف التجاري أي دفع الجمهور الى الإقبال على السلع و المنتجات محل الاعلان.

الفرع الثاني

ضوابط الاعلان التجاري

يخضع الاعلان التجاري الى مجموعة من الضوابط يجب مراعاتها و تتمثل فيما يلي :

–ان يكون محل الاعلان التجاري مشروعا و غير مخالفا للنظام و الآداب العامة فمثلا الاعلان المتضمن تحريضا على استخدام المخدرات و تعاطيها يكون غير مشروع.

–ان يتفق الاعلان مع القانون و ان يكون صادقا و ان لا تحمل الرسالة الإعلانية في طياتها استغلال نقص الخبرة و العلم لدى المستهلك.

–يجب ان لا يكون الاعلان مخادعا او كاذبا او مضللا حتى لا يكون السبب في إيقاع المستهلك في الخطأ.

–يجب ان يتضمن الاعلان البيانات الكافية عن السلعة او الخدمة المقدمة و التي من شأنها ان تنير و تبصر إرادة المستهلك المقبلة على التعاقد.

–يجب ان يخلو الاعلان من العبارات التي قد تكون لدى المستهلك فكرة خاطئة عن منتوج معين او خدمة معينة.

–يجب ان لا يشير الاعلان الى العنف سواء بطريقة مباشرة او غير مباشرة.

و في هذا الإطار اقر القانون الفرنسي الرقابة اللاحقة على نشر الاعلان وذلك من خلال إيقاف نشر بعض الاعلانات التي قد تمس مجالات ذات طبيعة حساسة نظرا لخطورة الاعلان بشأنها و مثال لذلك ما قامت به إحدى شركات الاعلان عن أدوات طبية رغما عن وزارة الصحة[1] و عليه انشأ المعلنون و وكالات الاعلان في فرنسا مكتبا للتحقق من الاعلان يتكون مجلس إدارته من اثنين وثلاثين عضوا من مختلف الطوائف المهنية بالإضافة الى ثلاثة أعضاء من المكتب الوطني للاستهلاك ويرأس هذا المكتب شخصية عامة مستقلة و قد أعلن هذا المكتب بعض القواعد التي تمثل آداب المهنة في شكل توصيات و هي مستوحاة من الممارسات الصادقة للإعلان.

[1]-عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص:103

المطلب الثاني

القيمة و الطبيعة القانونية للاعلان التجاري

ان الاعلان التجاري الصادر عن وسائل الاعلام المختلفة وفق الضوابط القانونية المحددة قدر كبير من الثقة عند المستهلك بحيث يدفعه الى حيازة السلعة المعلن عنها او الانتفاع من الخدمة بكل اطمئنان وذلك عن طريق اتخاذ إجراءات التعاقد بشأنها.

غير انه و في الوقت الذي اختار فيه المستهلك السلعة المعلن عنها و أعلن رغبته في الحصول عليها ، و لسبب او لآخر قد لا يوفي المعلن بما جاء في الرسالة الاعلانية و هذا بسبب نفاذ او عدم كفاية السلعة المعلن عنها ، او وجودها و لكن بمواصفات غير مطابقة لما تضمنه الاعلان وهنا يثور تساؤل مهم جدا وهو هل يمكن للمستهلك متى أعلن عن رغبته في التعاقد ان يطلب من المعلن ان يضع تحت تصرفه سلعة مماثلة و بنفس مواصفات التي وردت بالإعلان او تعويضه إذا كان هناك مقتضى لذلك؟ بمعنى هل المعلن ملزم تجاه المستهلك بأن يسلم منتوج او سلعة او خدمة من نفس المواصفات المعلن عنها.؟ او هل للاعلان التجاري قيمة قانونية يمكن ان تتأسس عليها مسؤولية المنتج ؟و منه سوف نتعرض للقيمة القانونية للاعلان التجاري و للطبيعة القانونية للاعلان التجاري من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : القيمة القانونية للاعلان التجاري

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للاعلان التجاري

الفرع الأول

القيمة القانونية للاعلان التجاري

نعني بالقيمة القانونية للاعلان قوته الإلزامية أو بمعنى اخر هل يرتب الاعلان التجاري اثار و التزامات على عاتق المعلن ؟

ينقسم الفقه بالنسبة الى القيمة القانونية للاعلان التجاري الى فريقين الفريق الأول لا يعترف للاعلان التجاري بأية قيمة أما الفريق الآخر يعترف له بهذه القيمة و هذا ما سوف نتعرض له.

ويرى بعض الفقه[1] انه رغم أهمية الاعلان و الدور الذي يلعبه في توجيه ارادة المستهلك الا ان هذا لا يؤدي بالضرورة الى الاعتراف له بالقيمة القانونية ذلك على اعتبار ان الاعلان يمثل صورة من صور المبالغات التي يسمح بها القانون او يعتاد عليها العرف التجاري، و منه فان المعلن لا يلتزم بتسليم شيء من نفس مواصفات الشيء المعلن عنه، كما لا يجوز للمستهلك إقامة دعوى تتضمن التنفيذ العيني لدى الإخلال بتنفيذ الالتزام بالتسليم تأسيسا على التفرقة بين التدليس المباح و الممنوع وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي في بادئ الأمر[2].

أما الفريق الآخر من الفقه[3] فيعترف بالقيمة القانونية للإعلان التجاري مستمدين قناعتهم من الدور البارز الذي يلعبه هذا الاعلان في التأثير على رضا المستهلك و اختياره ، باعتباره أول مصدر للمعلومات المتعلقة بالسلع المعروضة للتعاقد وبذلك و على عكس ما ذهب إليه الفريق الأول فانه يجوز للمستهلك إقامة دعوى تتضمن التنفيذ العني عند الإخلال بتنفيذ الالتزام بالتسليم وفقا للقواعد المطبقة في عقد البيع فضلا عن انعقاد مسؤولية المعلن التعاقدية متى تضمن الاعلان بيانات محددة لا يتم الوفاء بها أيا كانت الصورة التي تم بها الاعلان[4] .

و في اعتقادي ان عدم الاعتراف للاعلان التجاري بهذه القيمة القانونية يؤدي ذلك الى هدم دوره الاعلامي ، ذلك انه يعتبر وسيلة لاعلام الجمهور بالمنتوجات و الخدمات المعروضة في الاسواق من جهة و من جهة اخرى فهو يعتبر همزة وصل بين المنتج و المستهلك ، كما ان عدم الاعتراف له بهذه

[1]- حسن عبد الباسط جمعي،اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل.انتشارالشروط التعسفية،دراسة مقارنة بين القانون المصري و قانون دولة الامارات و القوانين الاوربية مع الاشارة للقوانين الانجلو امريكية،دار النهضة العربية القاهرة 1996 ص:72

[2]-عمر عبد الباقي المرجع السابق ص:110

[3]- احمد السعيد الزقرد الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة و المضللة بدون ناشر او تاريخ النشر ص 182

[4]-نفس المرجع ص:182

القيمة يؤدي الى خرق المنافسة التجارية الشريفة الشيء الذي يجعل المنتج يستغله لتحقيق الارباح على حساب المنافسين الاخرين .[1]

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للاعلان التجاري

كما سبق التطرق إليه من خلال استعراضنا للتعريفات المقدمة او المعطاة للإعلان التجاري فقد توصلنا الى ان الهدف من الاعلان التجاري باعتباره موجه إلى جمهور المستهلكين هو إحاطتهم علما بوظائف و خصائص السلع و الخدمات المعروضة في السوق و من ثم دعوتهم الى التعاقد بطريقة غير مباشرة هذه الخصائص التي يرى المستهلك انها تلبي رغباته و تجعله يعلن قبوله للتعاقد فينعقد العقد فهنا تظهر أهمية تحديد الطبيعة القانونية للاعلان التجاري هل يعتبر دعوة للتعاقد او إيجاباو ما هي اهمية التفرقة بين الايجاب و الدعوة الى التعاقد في نطاق الاعلان التجاري .

أولا : الاعلان التجاري بين الإيجاب و الدعوة الى التعاقد

الايجاب هو العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به عن وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين فينعقد العقد بمجرد صدور القبول[2]

أما الدعوة الى التفاوض تتميز عن الإيجاب كون الهدف منها انطلاق المفاوضات التي تعتبر مجرد عمل مادي يقوم به كل من المتفاوضين [3]، فهي مرحلة استطلاع للآراء و إيداع اقتراحات غير دقيقة ذلك ان هذه المفاوضات قد لا يتحقق من ورائها أي شيء و قد تنتهي الى إيجاب و يتقدم احد المفاوضين بعرض يتضمن الشروط اللازمة لانعقاد العقد المرغوب فيه وهذا هو معيار التمييز بين الإيجاب و المفاوضات[4] . و عليه فان العرض حتى يكون إيجابا يجب ان يكون حازما و يعبر عن ارادة عازمة على إبرام العقد اذا اقترن به قبولا مطابقا كما يجب ان يكون محددا و كاملا و موضحا لكل الشروط الأساسية المتعلقة بالعقد و محله دون غموض او لبس بحيث لا يبقى على انعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق .

اما العرض الذي لا يأتي بهذه الصفة فانه يظل مجرد دعوى الى التفاوض أما فيما يتعلق بالإعلان التجاري فقد سبق و ان اشرنا الى ان للاعلان عنصران مادي و هو كل فعل او نشاط او كل استخدام

[1]-نائل عبد الرحمن صالح حماية المستهلك في التشريع الاردني مرجع سابق ص 32. .
[2]--علي فيلالي المرجع السابق ص:88
[3]-عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط الجزء الاول مصادر الالتزام ط 2004 ص 172 .
[4]-علي فيلالي المرجع السابق ص 88 .

لأداة تعبير تدرك بالحواس و العنصر المعنوي هو القصد المتمثل في تحقيق ربح مادي من خلال إقناع الجمهور الى اقتناء المنتجات و الخدمات محل الاعلان و من خلال ذلك يمكن ان نعتبر الاعلان التجاري من قبيل العروض التي تصلح ان تكون محلا للتفرقة السابقة . و على ذلك فإذا أحاط الاعلان التجاري بجميع الشروط الأساسية للعقد المراد إبرامه و كذا السلعة المعلن عنها و أشار الى أسعارها يعد إيجابا صحيحا و بمجرد ان يصادفه قبولا مطابقا ينعقد العقد أما اذا لم يتناول الاعلان كل الشروط الأساسية او لم يشر الى العناصر الجوهرية لإبرام العقد يبقى دعوة الى التفاوض فقط.

ان اعتبار الاعلان التجاري إيجابا في المرحلة التي تسبق إبرام العقد يتلائم مع ضرورة و متطلبات حماية المستهلك ذلك ان إلزام المعلن بما ورد في رسالته الإعلانية في ظل مسؤولية عقدية يدفعه بالتأكيد الى التحلي بالحيطة و الحذر قبل نشر الاعلان و هذا ما يؤدي مستقبلا الى صدق و موضوعية الاعلان التجاري .

ثانيا: أهمية التفرقة بين الإيجاب و الدعوة الى التعاقد في نطاق الاعلان التجاري

ان التفرقة بين الإيجاب و الدعوة الى التفاوض في نطاق الاعلان التجاري أهمية بالغة تظهر في الاثر الذي يترتب عند استعمال الحق في العدول و من جهة أخرى بتحديد طبيعة المسؤولية المترتبة عندما لا يلتزم المعلن بتنفيذ ما جاء في الاعلان التجاري.

1-استعمال الحق في العدول :

ان التفاوض او المفاوضات كما سبق التطرق اليه مجرد عمل مادي يقوم به المتفاوضين بحيث لا يرقى الى مرتبة التصرف القانوني و بالتالي يمكن العدول عنه دون ان يترتب على هذا العدول أي اثر قانوني إلا اذا سبب ضرر الى المتفاوض الآخر و بالتالي تكون المسؤولية عن السلوك غير المألوف الذي اقترن بالعدول و ليس عن العدول في حد ذاته لأن العدول أصلا لا يصح ان يكون سببا للمسؤولية.

أما العدول عن الإيجاب فانه رغم ان المبدأ سواء في القانون الفرنسي او المصري او الجزائري هو حرية العدول أيضا و هو ما يفهم بمفهوم المخالفة من نص المادة1/63 من القانون المدني الجزائري[1] الا انه يلتزم وفقا لهذه المادة أيضا بالبقاء على إيجابه اذا عين ميعادا للقبول.

[1]-تقابلها نص المادة 1/93 ق المصري على انه اذا عين اجل اذا عين اجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الاجل .

و اذا ما طبقنا هذا المبدأ في مجال الاعلان التجاري فان المعلن ملزم بان يقدم السلعة التي تم الاعلان عنها خلال فترة معينة تبدأ غالبا من تاريخ نشر الاعلان و تنتهي بانتهاء المدة التي يحددها المعلن بإرادته – هذا ما لم يحدد تاريخا اخر –، او حسب ما تقتضيه ظروف المعاملات او الى حين نفاذ كمية السلعة ، على اعتبار انه لا يمكن ان نتصور قدرة المعلن على تلبية حاجة جميع المستهلكين لمنتوج معين و بصفة دائمة . و بالتالي يلتزم المعلن بالبقاء على إيجابه خلال مدة الإيجاب بحسب التحديد السابق.

2- طبيعة المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ ما ورد في الاعلان التجاري

تختلف طبيعة المسؤولية باختلاف ما اذا اعتبر الاعلان التجاري إيجابا او مجرد دعوة الى التعاقد فإذا اعتبرنا الاعلان إيجابا فانه ليس للموجب بعد القبول ان يعدل عنه و إلا كان مسؤولا على التعويض و يكون مصدر المسؤولية هنا هو العدول نفسه.

أما اذا اعتبرنا الاعلان مجرد دعوة الى التعاقد فلا يكون المعلن مسئولا و لا يطالب بالتعويض على اعتبار ان المفاوضة لا يترتب عليها أي اثر قانوني ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون ان يتعرض لأية مسؤولية او يبدي مبررا لعدوله . ولا يرتب على هذا العدول المسؤولية الا اذا اقترن به خطأ اضر بالطرف المتفاوض الآخر [1] تتحقق معه المسؤولية التقصيرية .

المطلب الثالث
دور الاعلان التجاري في حماية المستهلك

ان الاعلان التجاري كما سبق و ان تطرقنا إليه يلعب دورا كبيرا في تنشيط رغبات المستهلك تجاه سلعة او خدمة معينة مما يدفعه الى التعاقد بشأنها ، و اشرنا كذالك خلال تناولنا للاعلان التجاري الى المعلومات و البيانات التي يجب ان يتضمنها هذا الاعلان كما انه يخضع لضوابط محددة قانونا من شأنها ان تجعله صحيحا و مشروعا حتى يمكن تحقيق اكبر قدر من الحماية للمستهلك في المرحلة التي تسبق إبرام العقد.

غير انه في الواقع فان الاعلان التجاري ليس بهذه الصورة المثالية فهو كذلك يعتبر من وسائل الاتصال التي تحمل في طياتها العديد من المخاطر التي قد تؤدي الى إفراغ الرسالة الإعلانية من

[1]- عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص:172

ايجابياتها و تكون بذلك في غير فائدة المستهلك بحيث تجعل ارادته معيبة. و بهذا الشأن ذهب بعض الفقه الفرنسي[1] الى الاعلان التجاري الذي يصاغ أساسا بغية حث المستهلكين على التعاقد، فهو يحمل في نفس الوقت في طياته بعض المخاطر بالنسبة لهم ، على اعتبار ان الاعلان مبني أساسا على الإغراء ، الشيء الذي يجعله يحول دون تحقيق او الوصول الى غاية الإعلام الكامل و الموضوعي.

و على هذا الاساس سوف نحاول ان نقف على مدى مساهمة الاعلان التجاري في حماية المستهلك في المرحلة التي تسبق ابرام العقد و هنا لابد ان نتطرق الى الآثار الإيجابية للاعلان التجاري بوصفه مصدرا للمعلومات التي يقدمها و المتعلقة بالسلع و الخدمات المعروضة في السوق والانتقادات التي وجهت في هذا الشأن ، و هذا من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مساهمة الاعلان التجاري في تحقيق حماية المستهلك

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة للاعلان التجاري و تقييمها

الفرع الأول

مساهمة الاعلان التجاري في تحقيق حماية المستهلك

كما سبق و عرفنا ان الاعلان يقدم سلعة للمستهلك و يعرفه بخصائصها و مميزاتها وكيفية استخدامها و الاستفادة منها و تجنب اخطارها ، و بذلك اذا كان الاعلان التجاري وفقا للضوابط التي سبق و ان ذكرناها فإنه يوفر حماية وقائية للمستهلك تتحقق عن طريق معرفته بالسلع المعروضة و المراد ابرام عقد بشأنها ، و هذا مهم جدا في هذه المرحلة التي تسبق ابرام العقد ، ذلك انه من خلال معرفته الكاملة بالسلعة يستطيع ان يختار السلعة الافضل ليتمكن من اشباع رغباته بعدما قارنها بسلعة أخرى .و بهذا يتكون رضا صحيح و مستنير لدى المستهلك قبل بدأ المفاوضات ، فتكون لديه فكرة كاملة عن المنافع التي قد تحققها هذه السلعة و عن ما اذا كانت هذه السلعة تحقق غايته و مبتغاه منها بالشكل الذي تم عرضه و عن الالتزامات التي قد يتحملها من جراء التعامل بشأنها ، و من هنا ينشأ تعاقد يقوم على أساس سليم نابع عن اختيار واع و متبصر يعيد للعقد جزء من التوازن المفقود.

[1] CALAIS AULOY (J) et STEINMETZ (F) droit de la consommation dalloz 4è éd 1996. P 107

الفرع الثاني

الانتقادات الموجهة للاعلان التجاري وتقييمها

اولا : الانتقادات الموجهة للاعلان التجاري : توجه للاعلان التجاري عدة انتقادات تتمثل فيما يلي :

1–ان الاعلان التجاري يتسم بعدم الموضوعية لانه يكون في بعض الاحيان خاليا من بعض المعلومات المهمة عن السلعة المعلن عنها او ياتي ببعض المعلومات غير الدقيقة او الخاطئة ، كما ان الاعلان التجاري عادة يتضمن فقط الجوانب الايجابية للسلعة فيعلن عن مزاياها و فوائدها بينما يغفل عن ذكر ما يعيبها من نقائص او احتوائها عن مكونات خطرة او ضارة او المخاطر التي تنتج عن استخدامها.و بالتالي فانه من غير الممكن ان نجد اعلان يقوم بشرح خصائص و مزايا سلعة ثم يبين بعد ذلك عيوبها[1].

2–إن أهم ما يعرف به الاعلان التجاري هو تأثيره على نفسية و ذهنية المتلقي ، حتى يغير سلوكه،ويقبل على المنتجات المعروضة ، و للوصول الى ذلك فانه يستخدم وسائل معينة لإثارة رغبات المستهلك و في هذا الصدد يرى بعض الفقه الفرنسي[2] الى اعتبار هذه الوسائل بمثابة صورة مصغرة من وسائل الإكراه و أمثلة من أنواع الإغراء لأن ما يهم المعلن هو الوصول الى إضعاف مقاومة المستهلك و جعله يتعاقد.

3– ان المعلومات التي يتضمنها الاعلام مصدرها هو المنتج نفسه و بالتالي فهو الذي يحدد ما يجب ان يطلع عليه المستهلك من معلومات و ما لا يجب ، و أمام الظهور السريع للسلع الحديثة غير المعروفة لدى المستهلكين نظرا لخصوصياتها الحديثة فان الاستعاب و الاستفادة من المعلومات المتعلقة بها يعتبر أمرا معقدا فلا يفهمها المستهلك على اختلاف درجاته المعرفية ، الشيء الذي يجعل المعلن يتنبا لهذا الفارق الثقافي و المعرفي و جعله يخاطب كل مستهلك حسب درجة فهمه عن طريق توجيه رسائل إعلانية لنفس المنتج كل حسب مستواه المعرفي.

4–يشجع الاعلان التجاري الزيادة في الاستهلاك لسلع و منتجات لا ينصح استهلاكها بكثرة ، خاصة ما يمثل خطرا على الصحة بشكل عام .كما انه يمس بقواعد المنافسة ، و ذلك عندما يتضمن التشهير بمنتجات منتج اخر و نقد ها ، الشيء الذي جعل البعض يقول ان الاعلان التجاري لا يؤدي الى ارتفاع او الزيادة في الطلب على السلعة بقدر ما يؤدي الى تحويل انظار المستهلكين من سلعة الى اخرى [3]. كما يساهم الاعلان في الترويج لسلعة اقل جودة عن طريق حث المستهلك على التعاقد بشانها .كما انه

[1]- احمد السعيد الزرقرد الحماية من الدعاية الكاذبة و المضللة مرجع سابق ص:47

[2]-عمر محمد عبد الباقي المرجع السابق ص:121

[3]-نائل عبد الرحمن صالح حماية المستهلك في التشريع الاردني المرجع السابق ص 58 .

يساهم في ارتفاع اسعار السلع على اعتبار ان نفقاته يتحملها المنتج و التي من شانها ان تؤدي الى ارتفاع تكاليف الانتاج .

ثانيا : تقييم هذه الانتقادات

ان الانتقادات الموجهة للاعلان التجاري قد تكون صحيحة في حالة ما اذا كان هذا الاخير رديئا بحيث لا يعكس من خلاله المعلن حقيقة و أهمية دور الاعلان في إعلام المستهلك بخصائص و مميزات السلع و كيفية استخدامها ، او انه لا يستند الى الأسس العلمية خاصة فيما يتعلق بدراسة تفاعلات السوق و حاجيات المستهلك او اذا كانت السلعة المعلن عنها ضارة بسلامته من ناحية او اخرى

و ما يمكن قوله و الاعتراف به خاصة في ضوء التقدم الكبير في جميع المجالات ان الاعلان التجاري أصبح ضروريا ، و هو في الوقت الحالي وسيلة و علما يفرض نفسه في المجال الاقتصادي و الاجتماعي ، و ان المنتج لا يمكن ان يستغنى عليه و بدونه لا يمكن له تسويق منتجاته ، كما ان وسائل الاعلام في حاجة اليه ، على اعتبار انه يمثل مصدرا لدخل ثابت لها و يمثل جزءا كبيرا من ميزانيتها.و بالتالي و امام ما وصل اليه الاعلان التجاري من اهمية في مجالات تسويق السلع ، فانه اصبح من الضروري عمل الجميع على معالجته و توجيهه لصالح المستهلكين بصفة خاصة و على الدولة و أجهزتها ان تراقب الاعلان في مختلف مراحله.

المبحث الثالث

ضرورة مواجهة الاعلانات الكاذبة و الخادعة

كما سبقت الدراسة فان الهدف من الاعلان التجاري هو إقناع المستهلك لاتخاذ قراره باقتناء السلع او الخدمات ، لهذا ينبغي على منتجي السلع و مقدمي الخدمات تحري الصدق عند مخاطبة المستهلك ، لان ترك الأمر لشركات الاعلان و المعلنين يشكل خطرا عليه ، ذلك ان التجربة أثبتت انه يمكن استخدام الاعلان استخداما سيئا فيكون بذلك وسيلة لخداع مستهلكي المنتجات و الخدمات ، كما ان تحول النظام الاقتصادي من نظام يسيطر عليه القطاع العام او الدولة الى نظام حر يعتمد على اقتصاد السوق جعل المنافسة تشتد بين المنتجين مما جعل الاعلان التجاري ينحرف عن منهجه الموضوعي الى منهج جديد يعتمد على المبالغة و التهويل في عرض مزايا السلع و الخدمات لدرجة الكذب و الخداع.

و في هذا الإطار فانه يجدر بالمشرع ان يتخذ الإجراءات اللازمة لمواجهة هذه الظواهر السلبية للحد من خطورة الاعلان على المستهلك و الأضرار التي قد تنشأ عنها لان الكذب و الخداع في الاعلان التجاري من أهم مصادر الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال الفترة التي تسبق إبرام العقد و من هنا نطرح سؤال مهم و هو هل حقق المشرع الحماية الكافية للمستهلك بنصوص صارمة تحد من خطر الاعلان ؟ و للجواب على هذا التساؤل نتناول مفهوم الكذب و التضليل ،و حماية المستهلك من الاعلانات الكاذبة او الخادعة و هذا وفقا للمطلبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم الكذب و التضليل

المطلب الثاني :حماية المستهلك من الاعلانات الكاذبة او الخادعة

المطلب الأول

ماهية الاعلان التجاري الكاذب و المضلل

لتوضيح مفهوم الاعلان الكاذب نتطرق الى مفهوم الكذب و التضليل و عناصرهما من خلال :

الفرع الأول : مفهوم الكذب و التضليل في الاعلان التجاري

الفرع الثاني :عناصر الكذب و التضليل في الاعلان التجاري

الفرع الأول

مفهوم الكذب و التضليل في الاعلان التجاري

يعرف الاعلان التجاري الكاذب على انه هو الاعلان الذي يتضمن بيانات غير حقيقية بشكل يعرض المخاطبين به الى الخداع[1].

وذهب جانب من الفقه [2] في فرنسا الى ان التضليل يرادف الكذب ، فالعقاب في جريمة الاعلان المضلل يتوقف على وجود الكذب في الاعلان ، غير ان الكذب هنا له مدلوله الخاص ، فهو لا يعني كل تغيير للحقيقة ، و الا دخلت المبالغة و الاثارة و هما من دعائم الحملات الاعلانية في نطاق الكذب المحرم .

و يجدر بنا ان نفرق بين الاعلان الكاذب و الاعلان الخادع او المضلل ، فالاعلان المضلل او الخادع لا يتضمن بيانات كاذبة ولكنه يستعمل عبارات تؤدي الى خداع المستهلك فالمعلومات الواردة فيه غير كاذبة ولكن الدليل الذي يستخدم في إثبات صحتها دليل مزيف و يقول الدكتور محمد عبد الباقي ان الخداع في الاعلان الكاذب يكون اكثر وضوحا و يترتب على ذلك ان نطاق الاعلان المضلل يكون أوسع من نطاق الاعلان الكاذب [3].

و عليه ينبغي الفصل بين ما يعد كذبا في الاعلان ويخضع للعقاب و بين المبالغة و الاثارة في الاعلان للثناء على السلعة و ابراز محاسن الخدمة و هذه تدخل في نطاق الاباحة. و الفيصل بين ما يعد كذبا في الاعلان يخضع للعقاب و ما يعد مبالغة تفلت من العقاب هو المستهلك المعتاد متوسط الذكاء و الاحتياط ، فاذا تضمن الاعلان بيانات غير مطابقة للحقيقة و انطلت على المستهلك المعتاد ، فذلك يعد كذبا تقوم به الجريمة ، اما اذا تضمن الاعلان عبارات الاثارة و المبالغة في بيان محاسن السلعة ، و

[1]- احمد السعيد الزقرد الحماية القانونيو من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي و المقارن المرجع السابق ص 170 .
[2]-فتيحة محمد قوراري المرجع السابق ص 268 .
[3]-عمر محمد عبد الباقي ص:128

كانت مما يتفطن لها المستهلك المعتاد ، فان التضليل ينعدم و تنعدم او تنتفي معه جريمة الاعلان المضلل .

الفرع الثاني

عناصر الكذب و التضليل في الاعلان التجاري

حتى نكون بصدد كذب و تضليل في الاعلان التجاري يشترط المشرع الفرنسي وجود واقعة غير حقيقية او مضللة و هنا يتشكل العنصر المادي لهذا الاعلان فإذا انعدم العنصر المادي لا يمكن مساءلة المعلن المتعاقد بالتعويض أما العنصر المعنوي في الاعلان الكاذب يتمثل في سوء نية المعلن .

اولا : العنصر المادي

ان من شروط تحقق العنصر المادي في الاعلان الكاذب او المضلل ان يرد هذا الكذب او ذلك التضليل على عنصر او أكثر من عناصر السلعة او الخدمة محل الاعلان كأن يعلن مثلا عن سلعة و هي غير موجودة أصلا او إنها موجودة بغير المواصفات المعلن عنها او انها موجودة و لكنها ليست جاهزة للتسليم الى غير ذلك ، و حتى يمكننا الإحاطة علما بهذا العنصر يجب ان ندرس صور الكذب و التضليل في الاعلان التجاري و كذا نطاقه و معيار تقديره و هذا في النقاط التالية

أ :صور الكذب و التضليل في الاعلان التجاري

ان أي سلوك من شانه ان يخدع المستهلك او يضلله يكون العنصر المادي في الاعلان التجاري،ويتحقق الخداع و التضليل من خلال الكذب الذي يقوم به المعلن في الرسالة الاعلانية عندما يخبر و يعلن عن سلعة او خدمة محل الاعلان بصورة مخالفة على ما هي عليه الحقيقية ليصل بذلك الى خداع المستهلك و حمله على التعاقد .

و قد اشترطت المادة 121-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي انه حتى يكون الاعلان كاذبا لابد من وجود ادعاءات او بيانات او عروض مضللة ، و يقصد بها كل ما هو مقروء او مكتوب او مصور او محفور او مسموع ، أيا كان الشكل الذي يتخذه الاعلان ، ويثور هنا التساؤل حول سكوت المعلن او تحفظه عن ذكر بيانات او معلومات معينة حول سلعة او خدمة محل الاعلان هل يعتبر كذبا يؤدي الى الخداع و التضليل؟

في الواقع ان سكوت المعلن لا يعتبر كذبا ولكن قد تكون المعلومة التي سكت عنها المعلن هامة جدا بحيث لو علمها المستهلك لما اقدم على التعاقد .و على هذا يرى بعض الفقه ان الكذب يمكن ان يتحقق إيجابا او سلبا و هذا عندما يتعمد فيه المعلن الامتناع عن ذكر بيان ما عن السلعة او الخدمة مجال الاعلان و يكون في هذا البيان او المعلومة بعدا مؤثرا في سلوك المستهلك حتى يتخذ قرار التعاقد و ذلك الى الحد الذي يقترب فيه الكذب من السكوت او الكتمان المنصوص عليه في القانون المدني[1].

و بالتالي و نظرا للتقارب الموجود بين الكذب بطريق السلب و التدليس عن طريق الكتمان فانه لا يمكن ان ندرس هذا الموضوع بمعزل عن نص المادة 86 /02 من القانون المدني الجزائري المقابلة للمادة 02/125 من القانون المصري و التي تنص على انه" يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة" ، و يضع[2] هذا الحكم المستلهم من القضاء الفرنسي حدا لكل تردد حيث كان من الصعب اعتبار السكوت العمدي تدليسا،خاصة و ان المتعاقد غير ملزما بالاضفاء ، فالمذهب الفردي الذي تمحض عنه مبدأ سلطان الإرادة يرى ان الفرد لا يلتزم إلا بإرادته وهو كفيل كذلك بالدفاع عن نفسه وحماية مصالحه و من ثمة لا يمكن اعتبار السكوت العمدي تدليسا ، فعلى المتعاقد ان يحتاط لنفسه عند إقدامه لإبرام العقد و ان يتحمل نتائج تهاونه الى جانب ذلك فالعادة المألوفة بين الناس هي ان البائع لا يذكر الا محاسن المنتوج و يسكت عن مساوئه .

وتجاوزا لهذه العقبة يقول الدكتور علي فيلالي ان المشرع اقر في بعض الحالات التزاما بالإفضاء على عاتق المتعاقد بحيث يصبح الإخلال بالإفضاء أي الكتمان تدليسا . فالقاعدة اذن هي ان السكوت العمدي يكون تدليسا كلما اخل المتعاقد بالالتزام بالإفضاء الذي رتبه عليه القانون او الاتفاق . ولقد رتب المشرع على المتعاقد من خلال الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني الجزائري التزاما عاما بالافضاء كلما كانت الواقعة او الملابسة التي يجهلها المتعاقد معه مؤثرة و يلزم المتعاقد بالإفضاء على وجه الخصوص كلما تعذر على المدلس عليه من دون إفضاء المتعاقد المدلس التعرف او الاطلاع على وقائع و ملابسات مؤثرة كما يتحمل المهني او الأخصائي او الفني إلزاما بالإفضاء في تعامله مع من لا خبرة له.

و يمكن ان نستخلص ان الكتمان يكون تدليسا عند توفر الشروط الثلاثة الآتية:

[1]- احمد السعيد الزقرد الحماية المدنية من الدعاية الكاذبة و المضللة مرجع سابق ص 66 .
[2]- علي فيلالي المرجع السابق ص 129

–ان يتعلق الامر بواقعة او ملابسة مؤثرة.

–ان يكون المدلس على علم بهذه الواقعة او الملابسة.

–ان يكون المدلس عليه يجهل هذه الملابسة او الواقعة و لا يستطيع العلم بها عن طريق آخر غير إفضاء المتعاقد.

و يعتبر التضليل كالكذب فانه يمكن ان يقع بعمل ايجابي كما يمكن ان يقع أيضا بطريق السلب و قد نص التوجيه الأوربي الصادر في 10سبتمبر1984 صراحة في المادة الثالثة منه على ان الاعلان المضلل يقع عن طريق إغفال إحدى الخصائص الجوهرية للسلعة محل الاعلان[1]

و تجدر الإشارة الى ان بعض الفقه الفرنسي[2] ذهب الى اعتبار الإغفال اللاإرادي يمكن ان يكون محلا للجزاء.و عليه يجب التفرقة بين التدليس المدني و التدليس الجزائي التي تكمن في التفاوت في درجة الأفعال ، و ليس في طبيعة الأفعال في حد ذاتها ، فالتدليس المدني يقتضي مثل التدليس الجزائي حيل و نية الخداع وكلاهما غير مشروع ، ذلك انه يجب ان يشترط في التدليس الجزائي الشروط المنصوص عليها في المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري ففي النصب لا يكفي لقيام الجريمة وجود الطرق الاحتيالية بل يلزم ان تقترن بوسائل أخرى.

ب: معيار تقدير التضليل

هنا نتساءل عن معيار التقدير هل هو معيار شخصي نأخذ فيه بعين الاعتبار شخص المتلقي في كل حالة على حده أم هو معيار موضوعي يعتد فيه بشخص المتلقي العادي ؟

ان أحكام القضاء الفرنسي[3] قد أخذت بمعيار المتلقي العادي ذلك ان التضليل في الاعلان لا يتحقق الا اذا كان من شأنه خداع المتلقي العادي ، و هو المعيار الذي ينظر فيه الى الشخص المتوسط الذكاء او المستهلك متوسط الحذر.

[1] -Art 3 < Pour déterminer si une publicité est trompeuse ,il est tenu compte de tous ses éléments et notamment de ses indications concernant …..>

[2] -LEROY (M)et MOUFFE (B)le droit de la publicite Bruxelles Bruylants 1996.

[3] - احمد السعيد الزقرد الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي المرجع السابق ص173

ورغم ان بعض الاحكام أخذت بالمعيار الشخصي الا ان الالتجاء الى المعيار الموضوعي في هذا المقام أمرا مندوحا تأسيسا على واقع عملي مقتصاه ان الاعلان التجاري كأصل عام و بوصفه ذو طبيعة جماهرية يوجه الى العامة دون تمييز و دون ان يعبأ بدرجة ذكاء هؤلاء المستهلكين او مستوى قدراتهم فشخصية المستهلك الذي له ظروف خاصة تتلاشى بين مجموع المخاطبين بالإعلان التجاري[1].

ثانيا :العنصر المعنوي

يتمثل العنصر المعنوي في توافر سوء النية لدى المعلن حتى يتم تجريم الدعاية الكاذبة او المضللة،غير انه بهذا الشأن اختلفت الآراء فذهب بعض الفقه[2] الى ان سوء نية المعلن لا تعتبر شرطا ضروريا للتجريم بل يكفي ان يرتكب المعلن أي خطأ في الرسالة الاعلانية و استند المشرع الى ان سكوت المشرع الفرنسي عن هذا الشرط يريد من ورائه التغاضي عنه، ولان كذلك القضاء الفرنسي ياخذ في الاعتبار صفة المعلن الذي يتمتع بالمهنية و الاحترافية، يقع عليه التزام اليقظة و الحيطة في مراجعة و مراقبة الرسائل الاعلانية قبل نشرها.

فأصحاب هذا الرأي يرون ان الدعاية الكاذبة تعتبر جريمة مادية تقوم لمجرد الاعلان عن منتوج ما ببيانات و معلومات لا تتطابق مع الواقع ، أما الاتجاه الثاني فيرى ان سكوت المشرع ليس بالضرورة عدم اعتبار سوء نية المعلن شرط لتجريم الدعاية الكاذبة ، لان المشرع لو كان يقصد استبعاد هذا الشرط لنص على ذلك صراحة،و بالتالي فان إهمال المعلن في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع بيانات كاذبة او مضللة لا يكفي لانعقاد مسؤوليتة جنائيا عن جريمة الخداع انطلاقا من ان قواعد العدالة تقتضي عدم المساواة في التجريم بين المعلن الحسن النية و المعلن سيء النية[3].

و أنصار هذا الاتجاه يرى ان المعلن في الدعاية الكاذبة يفترض فيه سوء النية لأنه محترف متخصص و ان الدعاية التجارية تلعب دورا مهما في تسويق المنتجات فيجب ان تكون صادقة و ان حماية المستهلك تستوجب إعفائه من إثبات سوء النية.

[1]- عمر محمد عبد الباقي المرجع السابق ص:162

[2]- ارجع في عرض هذا الرأي الى .احمد السعيد الزقرد الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة و المضللة المرجع السابق ص:81- مساعد زيد عبد الله المطري.رسالة دكتوراه عين شمس 2007ص:139

[3]- احمد السعيد الزقرد الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة و المضللة المرجع السابق نفس المرجع ص:85 و 140

أما الاتجاه الثالث[1] فيذهب إلى التفرقة بين الدعاية الكاذبة بسوء نية المعلن فهذه جنحة تستلزم تطبيق العقوبة المقابلة لها و بين الدعاية التي يكون فيها المعلن حسن النية و يعاقب بعقوبة المخالفة فقط.

اما الرأي الرابع[2] فيعتبر ان سكوت المشرع عن شرط سوء نية ليس معناه التغاضي عن هذا الشرط إنما هو إعفاء القاضي من عبء إثبات سوء نية المعلن و بالتالي فان سوء نية المعلن مفترض وينتقل عبء إثبات العكس على المعلن مع احتفاظ القاضي في هذه الحالة بسلطة توقيع الجزاء الذي يراه مناسبا.

المطلب الثاني

حماية المستهلك من الإعلانات الكاذبة او الخادعة

كما سبق و ان رأينا ان الخداع و الكذب في الإعلان التجاري يعد من أهم مصادر الأضرار التي قد تلحق بالمستهلك خلال الفترة السابقة لإبرام العقد ، و على هذا الأساس و طبقا للقواعد العامة في القانون المدني ، ان يطالب بإبطال العقد للتدليس باعتبار ان الكذب هو صورة من صور الخداع اذا كان الاعلان الكاذب قد أدى الى إبرام العقد ، كما يجوز له أيضا ان يرفع دعوى تنفيذ الإلزام التعاقدي مطالبا المعلن بتسليمه منتوجا من نفس خصائص الشيء المعلن عنه و عليه نتناول دعوى التدليس و دعوى تنفيذ الالتزام من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : دعوى التدليس

الفرع الثاني : دعوى التنفيذ العيني

[1]- احمد السعيد الزقرد الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة و المضللة المرجع السابق نفس المرجع ص:86و140

[2]- زيد عبد الله المطري.المرجع السابق ص:141

الفرع الأول

دعوى التدليس

التدليس"هو استعمال الحيلة بقصد إيقاع المتعاقد قي غلط يحمله على التعاقد"[1] .او هو"إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة عن طريق استعمال طرق احتيالية بقصد دفعه الى إبرام العقد"[2].

و على هذا يجوز للمضرور وفقا للقواعد العامة طلب إبطال العقد لعيب التدليس اذا توافرت الشروط المذكورة في المادة 86 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه "يجوز إبطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ إليها احد المتعاقدين او النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد.

و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة اذا ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة او هذه الملابسة"

و التدليس نوعان[3] النوع الأول ايجابي و هو استعمال الحيل لإيقاع المتعاقد في غلط يدفعه الى التعاقد و النوع الثاني سلبي يتمثل في سكوت احد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة لو علم بها المتعاقد لما ابرم العقد.كما يمكن التمييز كذلك بين التدليس المباح و التدليس الممنوع[4] .

غير ان تكييف التدليس على انه مباح او ممنوع في إطار التعامل يضيق من مجال الحماية من الشروط التعسفية على اعتبار ان القائم بالتدليس هو المسيطر في عقود الاحتكار و الإذعان و عقود التعامل على السلع و الخدمات و لا يستطيع المدلس عليه في هذه الحالة الا محاولة إقناع القاضي في مجال سلطته التقديرية بهدف السيطرة على المبالغات في مجال التدليس المباح[5].

وعليه فاعتبار الاعلان المضلل تدليسا لا يكون إلا بتوافر ثلاثة شروط و هي استعمال طرق احتيالية تحمل على التعاقد، و نية التضليل للوصول الى غرض غير مشروع وان يكون التدليس هو الدافع الى التعاقد.

كما يجوز للمستهلك المدلس عليه ان يرفع دعوى لتعويض الاضرار الناجمة عن استعمال المعلن لوسائل احتيالية حتى اذا كانت غير جسيمة،و ذلك استنادا الى قواعد المسؤولية التقصيرية.

---

[1]-انور سلطان الموجز في النظرية العامة للالتزام.مصادر الالتزام ط 1998.دار المطبوعات الجامعية

[2]-خالد ممدوح ابراهيم .حماية المستهلك في العقد الالكتروني.دار الفكر الجامعي ط2008 ص:158

[3]- عبد الرزاق السنهوري الوسيط مرجع سابق

[4]- حسن عبد الباسط جميعي.اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية 1996 ص:72

[5]- نفس .المرجع ص:73

و وفقا لقانون حماية المستهلك المصري[1] فان المعلن يستطيع ان يتقي وقوع التدليس من جانبه و يدفع المسؤولية اذا اثبت ان المعلومات التي تضمنها فنية و تقنية بحيث يتعذر على المعلن المعتاد التأكد من صحتها و هذا ما نصت عليه المادة 6 /2 منه و الملاحظ هنا ان المشرع اخذ بمعيار موضوعي و ليس معيار شخصي أي انه ترك تقدير اذا ما كان الاعلان يتضمن معلومات فنية و تقنية يصعب على المعلن العادي التأكد من صحتها من عدمه لتقدير محكمة الموضوع.

اما المشرع الجزائري لم يأتي بنص خاص مثل المشرع المصري و ترك ذلك للقواعد العامة في القانون المدني، غير ان دعوى التدليس لا تضمن للمستهلك حماية آمنة في مواجهة الاعلان التجاري الكاذب او المضلل، ذلك ان المادة 86 من القانون المدني الجزائري تشترط لقيام التدليس ان نكون بصدد عقد و ان تصدر الأعمال الاحتيالية من المتعاقد الآخر فهذا الشرط الذي وضعته المادة غالبا ما يصطدم في الاعلان التجاري بكثير من العقبات حيث تتعدد أطراف هذه العلاقة التي قد تشمل الصانع و المنتج و الموزع و تاجر الجملة وتاجر التجزئة الأمر الذي تتلاشى معه معالم العلاقة المباشرة بين المعلن و المستهلك[2].

كما ان اثبات التدليس قد يثير صعوبات كثيرة بالنسبة للمستهلك العادي الذي يفتقر الى الخبرة في مواجهة المعلن المحترف..و نستطيع القول ان الحماية المدنية تفترض من الناحية العملية اذا كان المضرور مستهلكا وجود عقد مبرم بين المعلن و المضرور على اثر الاحتمال الكاذب و هو احتمال نادر[3] .

[1]- قانون حماية المستهلك المصري رقم67 لسنة 2006
[2]- خالد ممدوح ابراهيم المرجع السابق ص:160
[3]- محمد بودالي، المرجع السابق ص:191

الفرع الثاني

دعوى التنفيذ العيني

يجوز للمستهلك اذا لم يقم المعلن بتنفيذ التزامه ان يلجا الى دعوى التنفيذ العيني فيجوز له ان يطالب المعلن بتنفيذ العقد و إلزامه بالقضاء بتسليمه سلعة او خدمة مطابقة للاعلان. فقد نصت المادة 164 من القانون المدني الجزائري على انه"يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادة180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكننا"

كما نصت المادة 166 /2 من القانون المدني الجزائري على انه " فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي،كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض" .

فطبقا للمادتين المذكورتين ، فان المشرع يبسط حمايته على المستهلك المتعاقد في الفترة التي تبدأ بإبرام العقد،و حتى قيام المعلن بتنفيذ التزامه الوارد في الاعلان ، بل و يؤدي العمل بهاتين المادتين الى غلق باب الكذب و الخداع أمام المعلن من خلال علمه بأن ما ورد بإعلانه التجاري أمر لازم الوفاء به، و هو الأمر الذي يمنح بعض القوة للمستهلك في مواجهة المنتج على نحو يساهم بعض الشيء في إعادة التوازن المفقود بين المستهلك و المنتج[1].

[1]- عمر محمد عبد الباقي خلبيفة،الحماية العقدية للمستهلك،المرجع السابق ص:169

الفصل الثاني

حماية المستهلك بفرض التزام المهني بالاعلام

ان انعدام التكافؤ بين المتعاقدين من ناحية العلم و الدراية بالعناصر الجوهرية المتصلة بالعقود ، هو من ابرز الضرورات العملية التي أملت على كل المعنيين بمعالجة المشاكل القانونية التي يعانيها المتعاملون في مجال العقود ضرورة المناداة بتقرير الالتزام بالاعلام قبل التعاقد كالتزام قانوني لتحقيق التوازن العقدي الذي كادت ان تتلاشى معالمه و مظاهره في مجال التعامل نتيجة للتطور المذهل الذي اصاب الحياة المدنية المعاصرة وما احدثته من فجوة كبيرة وهوة واسعة في مستوى العلم و الدراية بما يتصل بالمعاملات من امور جوهرية بين المتعاملين .لذلك فقد بات وجود الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي ضرورة حتمية لمعالجة الاختلال الفادح بين المتعاملين في مرحلة ما قبل التعاقد[1].

فهذه التطورات اوجدت العديد من العقود يقبل احد اطرافها التعاقد دون ان تكون له خبرة و دراية كافية في هذا المجال ، و بالتالي تخلق نوع من عدم التوازن بين طرفي العقد و من اجل ذلك ناد الفقه و القضاء بتقرير التزام على عاتق الطرف القوي تعاقديا و اقتصاديا و معرفيا بان يعلم الطرف الاخر بكافة البيانات و المعلومات التي تتعلق بالعقد و التي من شانها ان تساهم في ايجاد رضا مستنير للطرف الاخر في جميع مراحل العقد بما يتفق مع موجبات و مقتضيات حسن النية و قواعد العرف و العدالة العقدية [2] .

لقد عرف النظام القانوني للعقود منذ زمن بعيد الالتزام بالاعلام خاصة في المرحلة السابقة على التعاقد ، غير ان المشرع في الدول العربية لم يتناوله بنصوص قانونية خاصة الا في السنوات الاخيرة، و نفس الشيء بالنسبة للفقه الذي لم يهتم بالدراسات في هذا الشان الا حديثا ، و قد اصبح هذا الالتزام محلا لقوانين حماية المستهلك المستحدثة التي نظمته بشيء من التفصيل و الى جانب ذلك فقد عنيت به ايضا بعض النصوص الخاصة بتنظيم عقد التامين و غيره من عقود الاستهلاك ، و على ذلك فان تطور التشريع و الفقه و القضاء و تزايد صور و اغراض المنتجات ادى في مجمله لنشوء هذا الالتزام و امتداد نطاقه ليشمل عقود لم نعهدها من قبل بقصد حماية المستهلك بغرض تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين [3]،على اعتبار ان ارادة المستهلك تخضع الى ضغط و اغراء تصعب مقاومته نظرا للحملات

[1]-خالد جمال احمد المرجع السابق ص 275 .

[2]-اشرف محمد مصطفى ابوحسين التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل احكام القانون المدني و الفقه الاسلامي منشاة المعارف بدون تاريخ النشر ص 91 .

[3]-مصطفى احمد ابو عمرو الالتزام بالاعلام في عقود الاستهلاك دار الجامعة الجديدةبدون طبعة ولا تاريخ النشر ص 11 .

الاعلانية المكثفة التي يلجا اليها المنتجون دائما لحمله على التعاقد على السلع و الخدمات التي ينتجونها و يقدمونها [1] .

لذلك انشا القضاء الفرنسي التزاما بالاعلام على عاتق منتجي و بائعي السلع و الخدمات اتجاه المستهلكين لها ، كما ان التشريعات المختلفة كرست هذا الالتزام بنصوص صريحة .فرتبت التزام على عاتق البائع المحترف و المهني بان يعلم المستهلك بكل المعلومات الحاسمة التي تتعلق بعقد البيع .

فالمشرع الفرنسي نظم الكثير من القوانين كفل بها حماية المستهلك و المشتري الطرف الضعيف في عقد البيع و من اهم هذه النصوص القانون رقم رقم 78 المؤرخ في 10 يناير 1978 بشان الحماية و الاعلام للمستهلكين للسلع و الخدمات .

اما المشرع الجزائري فقد نظم هذا الالتزام بموجب القانون رقم03/09 المؤرخ في 25فبراير سنة2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش لا سيما في المادة 17 منه التي تنص على انه "يجب على كل متدخل ان يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات او بأية وسيلة اخرى مناسبة و تحدد شروط و كيفيات تطبيق احكام هذه المادة عن طريق التنظيم"

وتطبيقا لهذا النص اصدر المرسوم التنفيذي[2] رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك.هذا و ان كان الالتزام بالاعلام في هذين النصين لم يات على الصورة التي كنا نتمنى ، فيبقى ان لهذه النصوص اهميتها في حماية المستهلك في تنوير الرضا الصادر عنه .

و الالتزام بالاعلام قد يقع على عاتق البائع سواء في مرحلة ما قبل ابرام العقد او في مرحلة تنفيذ العقد ، و بالتالي يكون لهذا الالتزام صورتان و هما الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي و الالتزام بالاعلام التعاقدي .

فالالتزام بالاعلام قبل التعاقدي رغم وجوده في كثير من التنظيمات القانونية القديمة و الحديثة [3] و رغم انه ضرورة عملية قانونية [4] الا انه لم يحظ بالدراسات القانونية الا من وقت قريب . فهو التزاما

[1]-مساعد زيد المطيري المرجع السابق ص 8 و ما بعدها .
[2]-الجريدة الرسمية رقم 58 بتاريخ 14 محرم 1435هـ الموافق لتاريخ 18 نوفمبر 2013 .
[3]-اشرف محمد مصطفى ابو حسين المرجع السابق ص 97.
[4] -GUY Raymond DROIT DE LA CONSOMMATION 2e ed LexisNexis Litec p 209

مستقلا و له ذاتيته الخاصة و ذلك بالنظر للدور الذي يلعبه في تحقيق التوازن العقدي بين الطرفين . و فرض هذا الالتزام اثار التساؤل حول احكامه و نطاقه و جزاء الاخلال به .و على هذا يستلزم دراسة هذه العناصر من خلال المبحثين التالين :

المبحث الأول : احكام الالتزام بالاعلام

المبحث الثاني : جزاء الاخلال بالاتزام بالاعلام .

المبحث الأول

احكام الالتزام بالاعلام

يستلزم بيان احكام الالتزام بالاعلام تحديد مفهومه، ذلك ان الوصول الى التعريف الدقيق لهذا الالتزام يسهل استخلاص خصائصه و شروطه كما يساعد على استنباط العناصر او المعايير التي تميزه عن الالتزامات الاخرى المشابهة له .و عليه سنعرف الالتزام و شروط نشوئه و نميز بينه و بين ما يشابهه من التزامات كما نتطرق الى طبيعته القانونية .

المطلب الأول : تعريف الالتزام بالاعلام خصائصه و مبرراته

المطلب الثاني : تمييز الالتزام بالاعلام عما يشابهه من التزامات و طبيعته القانونية

المطلب الثالث : شروط نشوء الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام

المطلب الأول

تعريف الالتزام بالاعلام وخصائصه و مبرراته

ان اول التزام يقع على عاتق البائع هو الالتزام بالاعلام ، رغم ان واضعوا القانون المدني لم يستعملوا صراحة مصطلح الاعلام .[1] وعلى هذا سيتم من خلال هذا المبحث التطرق و القاء الضوء على مفهوم الالتزام بالاعلام حتى نصل الى تعريف ملائم يعبر عن مضمونه لنصل الى استخراج خصائصه التي تجعله يتميز عن باقي الالتزامات التي تتشابه معه ، و على هذا سندرس تعريف الالتزام و خصائصه و مبرراته من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعريف الالتزام و خصائصه

الفرع الثاني : مبرراته

[1] -Carole BLOND la protection de l' acheteur insatisfait de l'etzt de l'immeuble PRESSES UNIVERCITAIRE D'AIX – MARSEILLE p 250

الفرع الأول

تعريف الالتزام بالاعلام و خصائصه

اولا : تعريف الالتزام بالاعلام

ان الحق في الاعلام و بصفة عامة هو انه يجب على المتعاقد ان يمد الطرف الاخر بالمعلومات الضرورية اللازمة لمساعدته في اتخاذ قرار بالتعاقد [1].

قبل ان نتطرق الى تعريف هذا الالتزام تجدر الاشارة الى ان الفقه يطلق على الالتزام عدة تسميات فالبعض يرى انه التزام بالاعلام او التزام بالتبصير و البعض الاخر يرى انه التزام بالافضاء بالبيانات و المعلومات و البعض الاخر يرى انه التزام بالاخبار [2] . غير انه و بغض النظر عن التسميات المختلفة التي اطلقت الا اننا نرى انه لا المشرع الفرنسي و لا المصري و لا الجزائري قد عرف هذا الالتزام رغم ان المشرع الجزائري قد اصدر المرسوم التنفيذي[3] رقم 13-378 الـــــــــــمؤرخ في : 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك الا انه لم يعطي التعريف الجامع المانع و الشامل لهذا الالتزام ، انما ترك وضع التعريف المناسب للفقه و القضاء .

فعرفه البعض [4]على انه " التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام احد المتعاقدين بان يقدم للمتعاقد الاخر عند تكوين العقد البيانات الازمة لايجاد رضاء سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد.وذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة قد ترجع الى طبيعة هذا العقد اوصفة احد طرفيه او طبيعة محله او اي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على احدهما ان يلم ببيانات معينة او يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الاخر الذي يلتزم بناءا على جميع هذه الاعتبارات بالتزام بالادلاء بالبيانات ".يلاحظ على هذا التعريف انه يتسم بالاسهاب و اقتصر على المرحلة السابقة على التعاقد في اعتقادي لان صاحبه خصص دراسته على الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام.

[1]-عبد الفتاح بيومي حجازي المرجع السابق ص 38 .
[2]-مصطفى احمد ابو عمروا المرجع السابق ص 32 .
[3]-الجريدة الرسمية رقم 58 بتاريخ 2013/11/18 .
[4]-نزيه محمد الصادق المهدي الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض انواع العقود –دراسة فقهية قضائية مقارنة دار النهضة العربية 1982 ص 15

و عرفه جانب اخر[1] بانه " التزام قانوني عام سابق على التعاقد يلتزم فيه المدين باعلام الدائن في ظروف معينة ، اعلانا صحيحا و صادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد ابرامه ، و التي يعجز عن الاحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاءه بالعقد ".

فمن خلال هذا التعريف يمكن ملاحظة ما يلي :

–ان الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي كما يبدو هو التزام سابق على التعاقد ينشا و ينفذ في مرحلة سابقة على نشاة العقد و هو بالتالي يختلف عن الالتزام بالاعلام التعاقدي .

–ان هذا الالتزام هو التزام قانوني يستمد وجوده من المبادء العامة للقانون (كمبدا حسن النية قبل التعاقد).و من مبادئ الشريعة ، و لا يستمد وجوده من العقد اللاحق عليه .

–ان المدين بهذا الالتزام مطالب باعلام دائنه بتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد الدائن في ابرام العقد و لا يتمكن من الحصول عليها بوسائله الخاصة .

–على المدين بالاعلام قبل التعاقد ان يتحرى الدقة و الصدق فيما يقدمه الى دائنه من معلومات تتصل بالعقد ، و الا صار مخلا بالتزاماته على نحو يوجب المساءلة و التعويض.

و حاول البعض [2] تقديم تعريف مستقل للالتزام بالاعلام قبل التعاقدي عن الالتزام بالاعلام في مرحلة تنفيذ العقد .

فاما بالنسبة للالتزام بالاعلام قبل التعاقد فعرفه بانه "التزام البائع السابق على التعاقد بتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد المشتري ولا يتمكن من الحصول عليها بوسائله الخاصة نظرا لطبيعة العقد "

اما الالتزام بالاعلام التعاقدي و الخاص بمرحلة تنفيذ العقد فانه "التزام البائع بالادلاء بالبيانات و المعلومات للمشتري بما يتفق مع موجبات حسن النية في التعامل و التي من شانها ان تشكل رضاءا حرا مستنيرا ".

و يعرف البعض الاخر من الفقه [3] بانه "التزام يقع على الطرف المقابل للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، في مرحلة ما قبل ابرام العقد و في مرحلة تكوينه او ابرامه و يستمر حتى بعد ابرام العقد ".

[1]-خالد جمال احمد الالتزام بالاعلام قبل التعاقد دار النهضة العربية بدون سنة الطبع ص 82 .
[2]-اشرف محمد مصطفى ابوحسين المرجع السابق ص 102.
[3]- خالد ممدوح ابراهيم حماية المستهلك في العقد الالكتروني ص 10

غير ان المشرع الفرنسي قد حسم الامر في تقنين الاستهلاك عندما فرض الالتزام بالاعلام في المرحلة السابقة لابرام العقد على عاتق البائع.

من خلال كل التعريفات التي استعرضناها يمكن ملاحظة او استخلاص ما يلي :

–ان غالبية التعاريف لا تقصر صفة المدين بالالتزام على المهني او المحترف بل تجعل من الطرف الاخر في بعض الاحيان مدينا بالاتزام بالاعلام ، وان عقد التامين خير دليل على ذلك .

–ان كل هذه التعاريف لم تجعل هذا الالتزام قاصرا على تنفيذ عقد معين بل شمل كافة عقود الاستهلاك.

–ان التعريفات السابقة تفيد ان محل الالتزام بالاعلام يتمثل في اعلام الدائن بالالتزام الذي هو غالبا المستهلك ، بالبيانات و المعلومات الجوهرية المرتبطة بالمنتوج محل العقد المزمع ابرامه [1] .

و عليه يمكن استخلاص نفس التعريف الذي جاء به الدكتور مصطفى احمد ابو عمرو ، و الذي يعرف الالتزام بالاعلام على انه " التزام يفرض على احد طرفي عقد الاستهلاك اعلام الطرف الاخر بما يجهله من بيانات جوهرية مرتبطة بالتعاقد و ذلك في الوقت المناسب مستخدما في ذلك اللغة و الوسيلة الملائمة لطبيعة العقد و محله ".

هذا التعريف في اعتقادي انه يتميز بشموله من حيث توقيت استلزامه او الوسيلة المستخدمة و المضمون الذي يرد عليه ، ذلك انه يشمل المرحلة السابقة و الاحقة عن التعاقد كما يتفق مع قوانين حماية المستهلك التي تستلزم استخدام اللغة الوطنية في الادلاء بالبيانات التي تمثل محلا للافضاء او الادلاء تنفيذا لهذا الالتزام .

ثانيا : خصائص الالتزام بالاعلام

يمكن رد خصائص هذا الالتزام الى معايير التفرقة بين التزام و اخر و هي النطاق و الهدف و النشاة و هذا على النحو التالي :

ا : الخاصية الاولى : فهو التزام يتصف بالعمومية ، ذلك انه التزام سابق على ابرام جميع انواع العقود ، فهو ليس التزاما خاصا بعقد معين ، الا ان التطبيق العملي اكد اهمية وجوده في بعض العقود اكثر من بعضها الاخر ، كتلك التي محلها اشياء معقدة فنيا ، او ينطوي استعمالها على خطورة ما ،عملا على تحقيق الفائدة المرجوة منها و حفاظا على امن وسلامة المستهلكين[2] .

[1]-مصطفى احمد ابو عمرو المرجع السابق ص 36 .
[2]- عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 196 .

ب : الخاصية الثانية : هو التزام ذو طبيعة وقائية ، ذلك ان اداء المدين لالتزامه بالاعلام قبل التعاقد يؤدي الى تنوير رضا الطرف الاخر حتى يقدم على ابرام العقد ، الشيء الذي يؤدي الى تفادي الحكم بابطال العقد خاصة في مجال الغلط و التدليس .

ج : الخاصية الثالثة : فهو التزام مستقل ، ذلك ان نظرة القضاء الفرنسي الى هذا الالتزام كالتزام مستقل هو الامر الذي برر نشاته و وجوده [1]. ومما يؤكد استقلال الالتزام قبل التعاقدي عن التزامات اخرى يظهر في النقاط التالية :

–انه يتميز عن نظرية عيوب الرضا في قيام المسؤولية لدى الاخلال بهذا الالتزام رغم عدم تعيب ارادة الدائن باي عيب من عيوب الرضا ، و يتميز ايضا عن نظرية الضمان في ان امر قيامه غير مرتبط بحدوث شيء يوجب الضمان على عاتق المدين .

–كما انه ليس تطبيقا من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الاذعان لانه ليس في نصوص القانون المدني المصري او الفرنسي او الجزائري اي حماية للطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد و قد كان الهدف من انشاء هذا الالتزام هو مراجعة اختلال التوازن القائم بين المنتج و المستهلك في المرحلة ما قبل التعاقد .

الفرع الثاني

مبررات الالتزام

ان البيانات و المعلومات التي يلتزم البائع بتقديمها للمستهلك تؤدي الى تنوير ارادته حتى يقدم على ابرام العقد . وللالتزام بالاعلام او الادلاء بالبيانات و المعلومات فيما يتعلق بعقود الاستهلاك اهمية خاصة و كبيرة جدا نظرا للتفاوت الكبير في مستوى العلم و الخبرة بين المستهلك و البائع المحترف الذي يتعاقد معه ، الشيء الذي يؤدي الى اختلال التوازن العقدي . وعلى هذا الاساس تقرر الالتزام بالاعلام الذي يعتبر وسيلة لاعادة المساواة في العلم بين الاطراف و بالتالي اعادة التوازن الى العقد .

وعليه فان مبررات نشاة الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام تستند الى عنصرين الاول هو اعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين و الثاني اعادة التوازن الى العقد .

اولا : إعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين

[1]-د/عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 197 .

ان عدم المساواة بين المتعاقدين في العلم هو من المبررات و الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام [1] .إن هذا التفاوت في المعرفة تزايد بسبب التقدم الصناعي و التكنولوجي،و ظهور المخترعات الحديثة و الآلات المعقدة الشيء الذي جعل المستهلك ينصرف عن التفصيلات الفنية و دقائق السلع المعروضة [2] ، و على اثر هذا الاختلال في المعرفة فان المستهلك حين يقدم على إبرام العقد فانه يكون مفتقرا بالتأكيد إلى البيانات و المعلومات الأساسية التي ترشده إلى تحديد أوصاف محل العقد و تحديد ما اذا كان هذا المحل يتطابق مع رغباته و بالنتيجة يشبع حاجاته .

و على هذا الأساس اهتم القضاء بالبحث عن وسيلة يعيد بها التوازن المفقود في العلم بين المتعاقدين خاصة في مرحلة ماقبل التعاقد لاهمية هذا في حماية المستهلك عند إقباله على التعاقد ، و عليه فان تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام جاء لإعادة التوازن في العلم و المعرفة بين المحترف اي البائع و المستهلك ، و هذا لتحقيق العدالة العقدية خلال المرحلة السابقة عن التعاقد و هي المرحلة التي يبحث فيها الرضا عن مصادر سلامته من خلال دور هذا الالتزام في مكافحة عدم التكافؤ الناشئ بين الأطراف، خاصة عندما يستحيل على احدهما ان يعلم بالبيانات العقدية مستقلا عن الطرف الآخر .و هذا التفاوت نفسه في المعرفة الفنية هو الذي أدى بالقضاء و الفقه إلى إحلال معيار رجل الحرفة و الخبرة محل معيار الرجل العادي أو رب الأسرة الطيب في تقدير التزام المهنيين و الحرفيين في مواجهة المستهلك [3].

و على ذلك فان الفقه و القضاء في فرنسا يتجهان الى ان البائع المحترف ملزما ايضا بازالة الشك حول استخدام الجهاز الفني او المنزلي اذا ما كان شكل الجهاز يختلط مع اجهزة اخرى مخصصة لاغراض مختلفة ، هذا بالاضافة الى ذكر البيانات العادية الخاصة بالمبيع [4] .

و يجب التركيز على ان تقرير الالتزام بالاعلام يرتبط بجهل المستهلك و عدم خبرته وفقا لما اوضحته الدراسة سابقا ، على انه يجب ان يلاحظ ان جهل المستهلك الذي يبرر قيام هذا الالتزام هو الجهل المشروع و ليس الجهل غير المغتفر او غير المقبول .

ثانيا : اعادة التوازن الى العقد .

[1]-عبد المنعم موسى ابراهيم حماية المستهلك (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية بدون تاريخ النشر ص 381 .
[2]-حسن عبد الباسط جميعي حماية المستهلك دار النهضة العربية 1996 ص 21 .
[3]-عبد المنعم موسى ابراهيم نفس المرجع ص 382 .
[4]-حسن عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 22.

يلعب الالتزام باعلام المستهلك و افادته بالبيانات و المعلومات دورا هاما في حماية رضائه ، ذلك انه بسبب مركزه العقدي الضعيف لا يتمكن من الوصول الى هذه المعلومات و البيانات .و هذه الحماية ينظر اليها على انها تطبيق من تطبيقات الحماية المقررة للطرف المذعن في عقود الاذعان [1] .و بالتالي يتصور هذا الفقه الحماية التقليدية للطرف المذعن هي الاساس في تقرير هذا الالتزام و ان المعالجة التشريعية بقصد حماية الطرف المذعن تؤدي في ذات الوقت الى حماية المستهلك [2].

ان هذا الراي وجيه غير اننا نرى بانه و ان تشابه الامر الا ان هناك اختلاف جوهري و كبير بين الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الاذعان و بين الحماية المقررة للمستهلك من خلال التزام المتعاقد معه بالاعلام قبل التعاقدي [3] .و في الحقيقة و كما اشارت الدراسة اليه فانه لا يوجد في نصوص القانون المدني اي حماية للطرف المذعن في المرحلة السابقة على التعاقد بل ان حماية الطرف المذعن تتقرر في القانون المدني الجزائري من خلال المادة 110 [4] ، وهذا عن طريق منح القاضي سلطة تقديرية في تعديل و الغاء ما قد يرد في العقد من شروط تعسفية على اعتبار ان الطرف الاقوى في العقد غالبا ما يسئ استعمال سلطته و قدرته فيضع شروط العقد و بنوده وفق رغبته و بما يتلائم مع مصالحه و على ذلك فان الهدف من تقرير هذا الالتزام هو حماية المستهلك من اخطار هذا النوع من العقود [5] .و على ذلك فان الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي هو التزام مستقل و اصيل .

و ان اصالة هذا الالتزام في عقود الاستهلاك لا تتنافى مع ضرورة تقريره في عقود الاذعان و نستخلص من هنا و مما سبق للدراسة ان اشارت اليه ان عقود الاستهلاك تمثل في ذاتها مجموعة مميزة داخل النظام القانوني ، و تقتضي تخصيص الحماية للمستهلك من خلال فرض الالتزام على المتعاقد معه بغض النظر عن وصف هذه العقود بانها عقود اذعان او ينتفي عنها هذا الوصف .

[1]-عبد المنعم موسى ابراهيم نفس المرجع ص 384 .
[2]- نفس المرجع ص 384 .
[3]-عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 23.
[4]-ارجع الى ما تمت دراسته بالتفصيل في الفصل الاول من الباب الاول من القسم الاول
[5]-عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 193 .

المطلب الثاني

تمييز الالتزام بالاعلام عما يشابهه من التزامات و طبيعته القانونية

رغم التشابه الموجود بين الالتزام بالاعلام و بعض الالتزامات الاخرى في جوانب عديدة الا انه يبقى دائما متميزا عنها و مستقلا باحكامه ، و نستطيع ان نقول ان اكثر الالتزامات ارتباطا بالالتزام بالاعلام و تتشابه معه الالتزام بالتحذير و الالتزام بتقديم النصيحة او المشورة كما سنتطرق في هذا المطلب الى الطبيعة القانونية لهذا الالتزام .و سنبين هذا من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تمييز الالتزام بالاعلام عما يشابهه من الالتزامات .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للالتزام بالاعلام .

الفرع الأول

تمييز الالتزام بالاعلام عم يشابهه من الالتزامات

اولا : تمييز الالتزام بالاعلام عن الالتزام بالتعاون

ان الالتزام بالتعاون من الالتزامات التي اصبحت تحتل مكانة هامة سواء في مرحلة ابرام العقد او حال تنفيذه ، الشيء الذي يدل ان الالتزام بالتعاون اصبح مالوفا بين المتعاقدين في المجال التعاقدي و هذا حتى يتم الارتقاء بين الطرفين معنويا و اخلاقيا للتخلص من نزعة الانانية [1] التي تسود المعاملات.

ويقصد بالتعاون في المجال التعاقدي هو العمل المشترك بين اطراف العقد سواء في مرحلة التكوين او التنفيذ بهدف خدمة طرفيه و تحقيق المصلحة المشتركة لهما ، و بهذا فان الالتزام بالتعاون يعد و بحق تطبيقا واضحا لمبدا حسن النية في التعاقد بمفهومه الواسع [2] .غير ان الالتزام بالتعاون يختلف و يتميز عن الالتزام بالاعلام ، ذلك ان الالتزام بالاعلام هو سلوك فردي يسلكه طرف واحد من طرفي عقد الاستهلاك عندما يدلي بالبيانات الجوهرية و الاساسية الخاصة بمحل العقد .

كما انه يوجد اختلاف اخر من حيث الهدف فالالتزام بالاعلام يهدف الى تنوير ارادة المتعاقد الاخر حتى يبرم العقد عن بينة، و بالتالي فهو يعيد التوازن العقدي بين المهني و المستهلك ، و هو الطرف الضعيف سواء من الناحية الاقتصادية او القانونية او المعنوية .

ثانيا : تمييز الالتزام بالاعلام عن الالتزام بالتحذير

[1] -M.De Juglar Lobligation de renseignements dans les contrats Rtd civ 1945 p 1-45.

[2] -مصطفى احمد ابو عمرو المرجع السابق ص 39 .

قبل ان نخوض في المقارنة بين الالتزامين يجدر بنا ان نشير الى ان الالتزام بالتحذير يثور عندما يكون المتعاقد في مواجهة خطر او ضرر يحدق به عند التعامل سواء كان هذا الخطر او الضرر راجع الى شخصية من سيتعامل معه او الى طبيعة الشيء الذي سيتعاقد عليه .

و يمكن ان نعرف الالتزام بالتحذير بانه التزام سابق على التعاقد يلتزم بمقتضاه احد طرفي المعاملة المزمع ابرامها او غيرهما بتحذير الطرف الاخر او كليهما من مغبة الضرر او الخطر الذي قد يحدق بهما عند التعامل او عند الاستعمال [1] .

و تعرف الفقيهة الفرنسية MURIEL الالتزام بالتحذير في رسالتها بانه التزام ينطوي على جذب انتباه المتعاقد الاخر بخصوص اثر سلبي في العقد او في الشيء محل التعاقد و ان هذا الاثر هو في الحقيقة خطر او مخاطرة يتم التحذير بسببها من جانب الطرف الاخر [2] .

و يهدف هذا الالتزام الى حماية المستهلك او وقايته من المخاطر التي يمكن[3] ان تلحقه بسبب استعمال او حيازة بعض المنتجات او الانتفاع ببعض الخدمات .وعليه فان هذا الالتزام يركز على اعلام المستهلك بمصادر خطورة المنتجات و كيفية التعامل معها بشكل يقيه المخاطر التي قد تنجم عنها في حالة عدم اتباع التحذيرات اللازمة . غير انه في الحقيقة رغم التشابه الموجود بين الالتزامين الا انه هناك نقاط اختلاف بينهما تتمثل في توقيت و نطاق و اساس كلا منهما ..

– **فمن حيث وقت تنفيذ الالتزام** : فانه كما ذكرنا سابقا ان الالتزام بالاعلام قد يتعلق بمرحلة ابرام العقد و بالمرحلة السابقة عن التعاقد ، الا ان الفقه انقسم فيما يخص وقت الالتزام بالتحذير فالبعض يعتقد انه التزام سابق عن التعاقد في حين ان البعض الاخر يرى انه يثار في مرحلة تنفيذ العقد حيث يرتبط بالالتزام بالتسليم و يعد تابعا له .

و في المقابل يعتقد البعض الاخر من الفقه ان المخاطر التي يجب التحذير منها تنقسم الى مخاطر ترتبط بطبيعة المنتوج او صفاته الاساسية و اخرى ترجع لاستعماله ، و يجب على المهني ان يحذر

[1]-خالد جمال احمد المرجع السايق ص 100.

[2] -Muriel fabre –Magnan <Essai D une théorie de L'obligation D'information dans les contrats >thèse paris 1991 la mise en garde consiste à attirer l'attention du cocontractant sur un Aspect négatif du contrat ;ou de la chose objet du contrat ;C est principalement contre un danger ; un risque ;que l'on est tenu de mètre .

[3]-نزيه محمد الصادق المهدي الالتزام قبل التعاقدي مرجع سابقص 217 .عمر محمد عبد الباقي الحماية العقدية للمستهلك المرجع السابق ص 17 . مصطفى احمد ابو عمرو المرجع السابق ص 41 .

المستهلك بشان النوع الاول في المرحلة السابقة على التعاقد ، بينما يكون عليه ان يحذره من النوع الاخر خلال مرحلة التنفيذ .[1]

-**من حيث النطاق** :ان نطاق الالتزام بالتحذير يكون اضيق اذا ما قرناه بالالتزام بالاعلام ، ذلك ان الالتزام بالتحذير يقتصر على بيان المعلومات المتصلة بالصفة الخطرة للمنتجات ، بينما الالتزام بالاعلام فان المدين به ملزما بالادلاء بكل البيانات و المعلومات المطلوبة لتنوير ارادة المستهلك ، و على ذلك فان ذمة المدين بالالتزام بالاعلام لا تبرا الا اذا تحققت الغاية منه بصرف النظر عن مقدار البيانات او المعلومات التي ادلى بها [2] .

-**من حيث الاساس القانوني** :ان الاساس القانوني للالتزام بالتحذير يختلف عن اساس الالتزام بالاعلام و تجدر الاشارة الى ان الفقه كان منقسما فيما يتعلق بالالتزام بالاعلام فمنهم من يري ان اساسه يكمن في مبدا حسن النية [3] و البعض الاخر يرى ان اساس هذا الالتزام هو الاساس المشترك الذي يجمع بين الاعتبارات القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية و الاخلاقية [4] .و على ذلك فان الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام يستمد اساسه من نظرية صحة و سلامة الرضا على اعتبار انه في هذا الالتزام يلتزم احد الطرفين باعلام الطرف الاخر بكافة ظروف العقد المزمع ابرامه حتى يستطيع التعاقد في ظل رضا مستنيرا في حين يجد الالتزام بالتحذير اساسه في فكرة الالتزام بضمان السلامة [5] .

و في اعتقادنا و من خلال ما سبق فان الالتزام بالتحذير ليس التزاما مستقلا او منفصلا عن الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي على اعتبار ان التحذير يعتبر لونا من الوان الاعلام و شكلا و صورة من صوره و اشكاله [6].

و الاعلام يتخذ عند التعامل الصورة التي يتطلبها ظرف التعامل ، فقد يكون على شكل معلومة بسيطة عندما يكون طلب المعني مجرد العلم فقط ببعض المعطيات المتعلقة بالشيء محل التعاقد ، و قد يكون في شكل مشورة او نصيحة و هذا عندما يكون احد الطرفين بحاجة الى تكوين راي او اتخاذ موقف بشان معاملة معينة كما قد يتخذ الاعلام شكل التحذير من بعض المخاطر و الاضرار التي قد تصيب احد الاطراف عند التعامل .

ثالثا : تمييز الالتزام بالاعلام عن الالتزام بتقديم النصيحة او المشورة

[1]-راجع في ذلك نزيه محمد لصادق المهدي المرجع السابق ص 17 .
[2]-مصطفى احمد ابو عمرو المرجع السابق ص 43
[3]-نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص 58 و ما بعدها .
[4]- خالد جمال احمد المرجع السابق ص 340 و ما بعدها .
[5]-نفس المرجع ص 340. و ما بعدها -عمر محمد عبد الباقي المرجع السابق ص 221 .
6-/خالد جمال احمد المرجع السابق ص 101 .

ان الالتزام بالاعلام هو التزاما عاما مستقلا خاصة في المرحلة السابقة على ابرام العقد ، و على هذا الاساس نميز بينه و بين غيره من الالتزامات العقدية المشابهة له و هو الالتزام بالنصيحة او بتقديم المشورة [1] .و هذا من الجوانب التالية :

1-: اوجه التشابه .

يتفق الالتزام بالاعلام مع كل من الالتزام بالنصيحة و الالتزام بتقديم المشورة او المساعدة الفنية من حيث انها كلها ترتكز على تقديم البيانات او المعلومات و ذلك في سبيل مساعدته على اتخاذ قرار معين .و تجدر الاشارة الى ان جانب من الفقه[2] يرى انه من الصعب التمييز بين هذه الالتزامات نظرا لشدة التشابه بينهما من حيث المحل .

2-:اوجه الاختلاف .

يتميز الالتزام بالاعلام عن الالتزام بتقديم النصيحة او المشورة من حيث المدين بالالتزام ، من حيث المحل و الغاية و من حيث طبيعة الالتزام .

أ- **من حيث المدين بالالتزام** . قد يقع الالتزام بالاعلام على عاتق المستهلك وفقا لطبيعة العقد ، و ما يلزم من بيانات او معلومات ، رغم انه عادة ما يقع الالتزام بالاعلام على عاتق المهني او المحترف ، و بالتالي فان شخصية المدين بالالتزام بالنصيحة هي محل اعتبار اذا ما قرناه بالالتزامات الاخرى .فالمدين بهذا الالتزام يكون مهنيا او ذا خبرة في مجال معين و بالتالي فان الخبرة او المعرفة الفنية هي السبب الدافع للتعاقد في مجال هذه العقود [3] .

ب- من حيث المحل و الغاية . كما اشرنا سابقا فان محل الالتزام بالاعلام يرتكز على تقديم المعلومات و البيانات للدائن به و التي تؤثر في قراره و تعمل على تنوير ارادته ، اما الالتزام بالنصيحة فهو يركز على تقديم البيانات و المعلومات و التوجيهات المرتبطة بالوسائل الفنية الخاصة بالانتاج او ادارة المشروعات التي تتصف بالدقة و التعقيد و ترتكز في عملها على الوسائل التقنية الدقيقة [4] . وطبقا لهذا التقارب و التشابه الكبير و الواضح بين الالتزامين ، يرى بعض الفقه[5] ان الالتزام بتقديم النصيحة هو

[1] -F.Patrice L'obligation D'information et de conseil en matière D'assurance .p.u Aix-Marseille 1996.
[2]- J.Ghestin et B. desche .traite des contrats ;la vente ,Lgdj 1990 p 920-921 .

[3]- مصطفى احمد ابو عمرو المرجع السابق ص 45 .
[4]- نفس المرجع ص 46
[5]-اشرف محمد مصطفى ابو حسين المرجع السابق ص 159 .

صورة من صور الالتزام بالاعلام .فهو جزء لا يتجزا منه و هو درجة متقدمة من درجاته فهو كذلك التزام متشدد بالاعلام.

و من هنا كان التزام المدين بالنصح في المجال المعلوماتي اكثر شدة من الالتزام بالادلاء بالبيانات او التحذير، اذ انه يتجاوز مجرد ادلاء المورد لمن يتعاقد معه ببيانات حول خصائص المعدات و البرامج بايجابياتها و سلبياتها ، فالادلاء بالبيانات انما يتم على سبيل الحث و الايصاء [1] .

ج –من حيث طبيعة الالتزام . ان الالتزام بتقديم المشورة او النصيحة هو التزام ببذل عناية كقاعدة عامة غير انه في بعض الاحيان قد يكون التزاما بتحقيق نتيجة [2] و هذا عندما يضمن المدين به نتيجة القرار الذي يتخذه الدائن اعتمادا على تلك المشورة ، و بالتالي فان دور المدين المحترف هنا لا يقتصر على مجرد تقديم الاستشارة و بذل العناية اللازمة لتوجيه قرار الدائن انما يذهب لما هو ابعد من ذلك .

اما الالتزام بالاعلام قد يحمل في طياته ايجابا ملزما ينعقد به عقد الاستهلاك اذا صادفه قبول مطابق من جانب المستهلك ، و قد يتمثل هذا الالتزام بتحقيق نتيجة تتمثل في اتخاذ الدائن بهذا الالتزام قرارا او احجامه عنه بناءا على ما قدمه له من نصيحة .

و مما سبق ، ان الالتزام بالاعلام خاصة قبل التعاقدي هو التزام قانوني لا يحتاج لاتفاق خاص لوجوده و ذلك خلافا للالتزامات محل المقارنة و التي يستلزم لوجودها اتفاق خاص يفرضه و يحدد مضمونه [3].

–رابعا : تمييز الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي عن الالتزام التعاقدي بالاعلام

رغم انه لكل من الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي و الالتزام التعاقدي بالاعلام نفس الغاية و الهدف على اعتبار انهما يهدفان على حد سواء الى تنوير و تبصير الطرف الاخر بالامور الاساسية التي تهمه بخصوص العقد و التي يصعب عليه الاحاطة بها و الحصول عليها الا من الطرف الاخر .غير ان هذا لا يعني انه لا يوجد اختلاف بينهما .و هو ما سنبينه من خلال اوجه التشابه و اوجه الاختلاف .

1–اوجه الاختلاف :يختلف الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي عن الالتزام التعاقدي بالاعلام من حيث المصدر و من حيث وقت النشاة

[1]- اشرف محمد مصطفى ابو حسين المرجع السابق ص 160 .
[2]-مصطفى احمد ابو عمرو المرجع السابق ص 46 .
[3]-نفس المرجع ص 46 .

أ- من حيث المصدر :

يختلف الالتزامين عن بعضهما البعض من حيث المصدر الذي يستمد كل واحد منهما وجوده و نشاته في مجال التعامل ، ذلك ان الالتزام بالاعلام قبل التعاقد يستمد اساسه من غير العقد الذي يبرم من بعده،فلا يمكن ان ننسب هذا الالتزام الى العقد رغم نشوئه في مرحلة سابقة عن العقد .فهو يجد اساسه و مصدره من المبادئ العامة للقانون كمبدا حسن النية بوجه عام هذا من جهة و من جهة اخرى فان بعض القوانين نصت عليه صراحة مثل قانون 10 يناير الصادر سنة 1978 الخاص بحماية و اعلام المستهلك و ما لحقته من قوانين اخرى خاصة بكفالة الاعلام و الحماية للمستهلكين ،قانون حماية المستهلك الجزائري و المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 2013/11/9 السالف ذكره الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك .

و يرى جانب كبير من الفقه [1] ان مبدا حسن النية في الالتزام قبل التعاقدي يوجب اثناء مرحلة المفاوضات التزاما ايجابيا بالصدق و الامانة في مواجهة الطرف الاخر .

اما الالتزام التعاقدي بالاعلام فيجد مصدره في العقد الذي يتضمن التزام احد الطرفين باعلام الطرف الاخر بالمعلومات الهامة و الاساسية اثناء تنفيذ العقد كما ان الالتزام بالاعلام التعاقدي قد يمثل الالتزام الاصيل في العقد بحيث يكون محل الالتزام في حد ذاته هو قيام احد طرفي العقد بتزويد الطرف الاخر بمعلومات و بيانات تتعلق بالعقد .

وقد يكون الالتزام التعاقدي بالاعلام في حالات كثيرة التزاما ثانويا او فرعيا يتفرع عن جملة من الالتزامات الرئيسية التي يقوم عليها العقد ، و بهذا يصبح الالتزام التعاقدي بالاعلام احد مظاهر واجب التعاون الذي تجب مراعاته بين المتعاقدين اثناء تنفيذ العقد [2] .

ب-من حيث وقت النشاة : كما تدل عليه العبارات ، فان الالتزام قبل التعاقدي التزام سابق على التعاقد ينشا و ينفذ في المرحلة السابقة على العقد اي قبل تكوين العقد و ابرامه فهو التزام غير تعاقدي كما سبق و ان راينا .اما الالتزام التعاقدي بالاعلام فهو ناتج عن العقد ، ذلك انه ينشا و ينفذ في مرحلة لاحقة لمرحلة ابرام العقد وتكوينه

[1]-خالد جمال احمد المرجع السابق ص 104 .

[2] Boyer Yves ;Lobligation de renseignement dans la formation du contrat ,These ;Aix –Marseille ;1977 n 14 ;p 29

و يذهب راي في الفقه المصري [1] نؤيده الى ان المعيار الذي يميز الالتزامين من حيث وقت النشاة يستند الى لحظة او وقت تطلب توافر الالتزام و تنفيذه ، فاذا كان هذا الالتزام مطلوب تنفيذه قبل ابرام العقد فانه يكون عندئذ التزاما قبل تعاقدي بالادلاء بالبيانات .اما اذا كان تنفيذ هذا الالتزام بعد ابرام العقد و اثناء تنفيذه فانه يكون التزاما تعاقديا و الحقيقة ان هذا راي منطقي .

خامسا : تمييز الالتزام بالاعلام عن الالتزام بالاستعلام

ان الحماية المتكاملة للمستهلك فرضت وجود التزام جديد على عاتق المحترف و هو التزام بالاستعلام من اجل الاعلام و الذي يتمثل في حرص المدين به على البحث عن المعلومات محل الاعلام لتنوير ارادة المستهلك .

و الجدير بالذكر ان هذا الالتزام يختلف عن واجب الاستعلام الذي يفرض على كل طرف ان يبحث بنفسه عن المعلومات التي تجعله يتخذ قرار التعاقد من عدمه .و بالتالي لا يمكن للمهني ان يتحلل من التزامه باعلام المستهلك و يتخلص من الجزاء المقرر عند الاخلال به استنادا الى ان االمستهلك كان بوسعه الاستعلام بنفسه ، طالما ان الحرفي او المدين بالمعلومات و البيانات مطالب بتنوير ارادة الدائن المستهلك ، فان جهله بهذه المعلومات و البيانات لا يمكن ان يعفيه من التزامه بالاعلام ، بل يتوجب عليه ان يعلم او يستعلم عن كل ما يتعلق بمحل التعاقد .

و يرى بعض الفقه في فرنسا [2] ان الالتزام بالاستعلام تظهر بشانه ثلاث فرضيات ، فهو كاصل عام التزام بوسيلة او ببذل عناية ، و في هذه الحالة يكتفي المستهلك ان يثبت ان المدين لم يبذل العناية المطلوبة للاستعلام عن المعلومات محل الالتزام .

و قد يكون الالتزام بالاستعلام بتحقيق نتيجة اذا تعلق الامر بمعلومات ضرورية و جوهرية ،و هنا لا يمكن للمدين ان يتحلل من مسؤوليته الا اذا اثبت وجود السبب الاجنبي الذي حال دون الوفاء بالتزامه .و اذا تحقق السبب الاجنبي نكون امام الفرضية الثالثة و هي التي يندمج فيها الالتزام بالاستعلام بالالتزام العام بالضمان .

غير ان البعض الاخر يرى [1] انه التزام ببذل عناية في جميع احواله . اما الفقه المصري [2] فيرى ان الالتزام بالاستعلام يحمل نفس الوصف القانوني للالتزام بالاعلام المرتبط به ، فهو التزام بنتيجة اذا

[1]-خالد جمال احمد المرجع السابق ص 108 .

[2] -J.Ghestin ,Traite de droit civil …op .cit ,p .374 .

تعلق الامر بالمعلومات الجوهرية ، و يكون التزام بعناية اذا تعلق الامر بمعلومات فنية و دقيقة او غير الجوهرية .

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للالتزام بالاعلام

يتمحور هذا الفرع حول بيان الطبيعة القانونية للالتزام بالاعلام و كذلك حول ما اذا كان هذا الالتزام بنتيجة او التزام ببذل عناية، و لذلك سنقسم هذا الفرع الى شقين : الشق الاول يتضمن مدى الاعتراف بالطبيعة العقدية للالتزام قبل التعاقدي بالاعلام، و الشق الثاني نتناول فيه مدى اعتبار الالتزام بالاعلام التزاما بتحقيق نتيجة ام ببذل عناية.

اولا : مدى الاعتراف بالطبيعة العقدية للالتزام قبل التعاقدي بالاعلام :

اشرنا في دراستنا لمفهوم الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام ان المدين بهذا اللالتزام يدلي بالمعلومات في هذه المرحلة التي من شأنها ان تهدف الى تنوير رضا المستهلك و ابرام عقد صحيح، و هذه المعلومات تتميز عن المعلومات المطلوب تقديمها بعد ابرام العقد او اثناء تنفيذه. و تجدر الاشارة ان الالتزام بتقديم معلومات بعد التعاقد هو ذا طبيعة عقدية ولكن يثور الخلاف حول الطبيعة القانونية للالتزام قبل التعاقدي في الفترة ما قبل التعاقد. و يرجع هذا الاختلاف الى الخلاف حول المصدر الذي ينشأ عنه هذا الالتزام و بهذا الصدد ظهر هنالك رايين نبحثهما فيما يلي:

أ- الرأي الأول: الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام ذو طبيعة عقدية

انصار هذا الراي يضفون على هذا الالتزام الطبيعة العقدية و سندهم في ذلك ان نظرية الخطأ في تكوين العقد التي تعتبر الالتزامات السابقة على التعاقد التزامات عقدية تاسيسا على قيام المسؤولية العقدية كاثر للاخطاء التي تقع بمناسبة ابرام العقد او تلك التي حالت دون انعقاده ، بافتراض وجود عقد سابق عن العقد الاصلي عبارة عن عقد ضمان مفترض لكل متعاقد يعد مصدرا لهذا الالتزام[3].

ب-الرأي الثاني:الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام ذو طبيعة غير عقدية

[1]-مصطفى احمد ابو عمرو المرجع السابق ص 50 .
[2]-نفس الرجع ص 51
[3]-ارجع في ذلك بكثير من التفصيل . الى خالد جمال احمد.الالتزام بالاعلام قبل التعاقد.المرجع السابق.ص:334 .حسن عبد الباسط جمعي.اعلام المستهلك.مرجع سابق.ص:22 .نزيه محمد الصادق المهدي.الالتزام قبل التعاقدي. المرجع السابق ص:302-305

يقول انصار هذا الرأي انه من غير المعقول ان ينشأ فرع قبل نشوء أصله او ان ينشأ التزام قبل نشوء مصدره فالعقد لم ينشا بعد ، حتى يتسنى القول بأن هذا الالتزام عقدي[1].على اعتبار انه التزام يفرض في مرحلة سابقة على العقد على عاتق المدين به قبل التراضي على العقد مع المستهلك و عليه فانه التزام غير عقدي لأنه لا يستمد من العقد.

الا اننا نعتقد ان الالتزام بالاعلام في المرحلة السابقة على التعاقد يبقى التزاما قانونيا يجد مصدره في نصوص القانون التي تفرضه و تحدد محله و نطاقه و لايمكن القول بأن الالتزام قبل التعاقدي هو ذا طبيعة عقدية اذ قد يؤثر الاخلال به على صحة العقد مما يؤدي الى بطلانه من الاساس.

ثانيا : مدى اعتبار الالتزام بالاعلام التزاما بتحقيق نتيجة ام التزاما بوسيلة

ان المقصود بالالتزام بتحقيق نتيجة هو الالتزام الذي يجب على المدين به ان يحقق نتيجة معينة، فمحتوى الاداء الذي يلتزم به المدين هو نفسه الغاية او الهدف الذي يسعى اليه الدائن أي المستهلك.

اما الالتزام ببذل عناية يفرض على المدين بذل العناية في تنفيذ الالتزام ولكنه لا يكون ضامنا لتحقيق النتيجة او ملتزما ببلوغها.وقد انقسم الفقه في هذا الصدد الى اتجاهين: احدهما يرى انه التزام ببذل عناية و الآخر يعتبره التزاما بتحقيق نتيجة و سنتناول هذين الاتجاهين فيما يلي :

أ/الالتزام بالاعلام التزام بوسيلة أي ببذل عناية

يرى غالبية الفقه[2]ان الالتزام الواقع على عاتق المدين هو التزام ببذل عناية على اعتبار ان هذا الالتزام يكون في حدود تزويد المستهلك بالبيانات و المعلومات التي تعلمه بكيفية استعمال المبيع و مخاطره و ما ينبغي ان يتخذه من احتياطات لتفادي هذه المخاطر ولكن دون ان يضمن النتيجة،و بهذا الشكل يكون قد وفى بالتزاماته متى بذل عناية الرجل المعتاد في التزامه،حيث يتوقف الامر على مدى اهتمام الدائن و فهمه للمعلومات،و يلاحظ ان محكمة النقض الفرنسية تؤكد ان الالتزام بالاعلام هو التزام بوسيلة،و لكنها تتشدد اذا كان المنتوج جديدا او كان المكتسب قليل الحذر،و تعتبره التزام بنتيجة كما يفرض عليه التزام بنتيجة ، يتضمن تسليم منتوج خال من كل خطر في الاستعمال[3].

[1]- خالد جمال احمد.الالتزام بالاعلام قبل التعاقد.المرجع السابق.ص:335

[2]-منى ابو بكر الصديق محمد حسان.الالتزام باعلام المستهلك عن المنتجات.المرجع السابق.ص:119.

[3]-فتحي عبد الرحيم عبد الله.نظام تعويض الاضرار التي تلحق بأمن وسلامة المستهلك في القانون المدني المصري و المقارن.مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية.العدد25.ابريل1999.جامعة المنصورة.

و بهذا تلعب ارادة المستهلك الدائن في الالزام بالاعلام دورا اساسيا في مجال ابرام العقد،او في مرحلة تنفيذه في التعامل و التجاوب مع المعلومات و البيانات التي قدمت له.و هنا المستهلك أي الدائن قد يفهم المعلومات و يستفيد منها في تكوين رأيه و تحديد قراره في ابرام العقد،و قد لا يهتم بما ادلى به المدين من البيانات و المعلومات التي كان من شأنها تنوير ارادته.

و نفس الشيء بالنسبة لمرحلة تنفيذ العقد،فان المستهلك الدائن قد يغفل ما حصل عليه من معلومات او تحذيرات،و في هذه الحالة لن ينفع ما تم الادلاء به من معلومات في اصابته باللضرر.فمن هنا تظهر اهمية ارادة الدائن و الدور الايجابي الذي تلعبه.

و عليه فان القضاء الفرنسي يؤكد على اعتبار الالتزام بالاعلام التزاما ببذل عناية و ذلك من خلال العديد من الاحكام التي تؤكد صراحة على ذلك[1].

و تجدر الاشارة ان الالتزام باعلام المستهلك يختلف من طبيعته عن الالتزام بضمان مطابقة المبيع رغم ان هذا الالتزام يهدف كذلك الى حماية المستهلك. فالفقه يرجح ان هذا الالتزام اي الالتزام بالمطابقة هو التزام بتحقيق نتيجة ذلك انه من المنطقي ان يسلم المهني الى المستهلك مبيعا مطابقا للاتفاق.غير ان الالتزام ببذل عناية يثقل كاهل المستهلك ذلك انه يقع على عاتقه اثبات خطأ البائع حتى تتقرر مسؤوليته،أي انه يثبت خطأ البائع في انه اعطى معلومات غير صحيحة،او ان ما تم ارفاق المبيع من بيانات كان غير كاف.

ب-**الالتزام بالاعلام هو التزام بتحقيق نتيجة :**

يذهب بعض الفقه[2] الى ان الالتزام المهني باعلام المستهلك ، خاصة في مجال العقود التي ترد على الاشياء الخطرة هو التزام بتحقيق نتيجة و يستند اصحاب هذا الراي على ان هدف هذا الالتزام لن يتحقق الا من خلال اعتباره تطبيقا للالتزام المحدد أي الالتزام بتحقيق نتيجة .

كما يستند على ان القول بان الالتزام بالاعلام هو التزام بوسيلة يؤدي الى تغاير الاحكام التي تطبق على الاضرار الناشئة عن المنتجات،ذلك انه يتم تعويض ما ينشأ منها من عيوب الشيء في اطار المسؤولية الموضوعية ، في حين لايعوض ما يكون منها ناتجا عن الخطورة الكامنة في الشيء الا على اساس المسؤولية الخطئية .

[1]-ارجع في ذلك الى مصطفى احمد ابو عمرو.المرجع السابق.ص:76

[2]جابر محجوب علي.ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون المصري و الكويتي.دار النهضة العربية.بدون تاريخ النشر.ص:276

غير ان هذا الراي يستحدث معيارا جديدا لتحديد طبيعة الالتزام مستمد من جدوى الالتزام بالنسبة للدائن مخالفا بذلك المعايير التي استقر عليها الفقه و القضاء في هذا الصدد.كما ان هذا الاتجاه يؤدي بنا الى القول بان جميع الالتزامات يجب ان تكون محددة،أي التزامات بتحقيق نتيجة حتى تكون لها جدوى بالنسبة للدائن[1] .

المطلب الثالث

شروط نشوء الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام

لقد قرر القضاء الفرنسي شروط الالتزام بالاعلام و ايده جمهور الفقه في ذلك و تتمثل هذه الشروط من ناحية في ضرورة ان يكون البائع (المدين) عالما او بامكانه العلم بالبيانات و المعلومات المطلوب الافضاء بها و من ناحية ثانية ان يكون المستهلك (الدائن) جاهلا جهلا مشروعا بهذه البيانات و المعلومات [2] و يرى بعض الفقه الفرنسي ضرورة ان تكون هذه البيانات و المعلومات على قدر من الاهمية بالنسبة الى الدائن بحيث يكون العلم بها اساسيا في تكوين رضائه [3] .

غير انه لا يكفي ان يكون المدين بالالتزام بالاعلام على علم و معرفة بهذه البيانات التي يلتزم ان يدلي بها الى الدائن بهذا الالتزام ، انما يجب ان يكون عالما باهمية هذه البيانات و المعلومات بالنسبة للمتعاقد و اهميتها في تكوين رضائه حتى يصبح مستنيرا [4] .

و ان معيار الالتزام بالادلاء يتطلب لقيامه قانونا جهل المتعاقد الدائن بالبيانات جهلا مبررا مشروعا،و علم المتعاقد الاخر المدين بالبيانات و بمدى تاثيرها على رضاء الدائن [5] و عليه يتعين لقيام هذا الالتزام ان يتوفر علم المدين او امكانية علمه و الجهل المشروع من قبل الدائن و اهمية البيانات محل الافضاء ، و عليه فان هذا الالتزام يجد شرطيه اللازمين لقيامه في جهل الدائن بالمعلومات و البيانات العقدية اللازمة لابرام العقد ، اضافة الى علم المدين بالبيانات العقدية و بمدى اهميتها بالنسبة للدائن . و الجدير بالذكر ان وجود احد الشرطين لا يغني عن توافر الشرط الاخر ، لان توافرهما معا هو الذي يعكس وجود حالة من حالات الاختلال الفادح في مستوى الدراية بين الراغبين في التعاقد .و هو

[1]-مصطفى احمد ابو عمرو.المرجع السابق.ص:84

[2]-رمضان المقطوف عمر عبد الله التزام البائع بعلام المشتري و تبصيره في المرحلة السابقة على ابرام البيع رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2012 ص 139 .

[3] - Murie Fabre Magnan ; Essai D une Théorie de L’obligation D’information dans les contrats op cite n 190 p243.

[4]-رمضان المقطوف عمر عبد الله المرجع السابق ص 140 .

[5]-نزيه محمد الصادق المهدي المرجع السابق ص 81 .

الوضع الذي قصد القضاء معالجته من خلال تقرير الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام [1] .و على هذا سنتناول بالدراسة هذا الشرطيين من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : جهل الدائن بالمعلومات و البيانات العقدية اللازمة لابرام العقد جهلا مبررا و مشروعا

الفرع الثاني : علم المدين بالبيانات العقدية و بمدى اهميتها بالنسبة للدائن

الفرع الأول

جهل الدائن بالمعلومات و البيانات العقدية اللازمة لابرام العقد جهلا مبررا و مشروعا

يعتبر جهل الدائن المتعاقد بالبيانات و المعلومات المتعلقة بموضوع العقد المزمع انعقاده الشرط الاول لنشأة الالتزام بالاعلام في المرحلة السابقة عن التعاقد ، ذلك انه اذا انتفى هذا الشرط تنتفي الحكمة من اقراره ، و كما سبق قوله فانه لا يكفي لفرض الالتزام على المتعاقد الآخر بالبيانات و المعلومات اللازمة لابرام العقد و بمدى اهميتها، و انما يجب فوق ذلك ان يكون المستهلك جاهلا بتلك البيانات،غير انه ليس للمستهلك الحق في ان يحتج او يتذرع بالجهل في اي حالة ليلقي على عاتق البائع الالتزام بالاعلام بكافة البيانات و المعلومات عن المبيع ، و يحمله جزاء الاخلال به، و هذا ما اكدت عليه الدائرة المدنية الاولى بمحكمة النقض الفرنسية حين قضت في حكم لها بأن الاصل ان يبذل كل متعاقد جهدا معقولا لكي يتحرى و يتحقق من البيانات و المعلومات المتعلقة بالعقد،ذلك انه من واجب المتعاقد ان يستعلم عن المواصفات و بيانات المنتوج كلما كان ذلك ممكنا،و في حالة عدم الاستعلام فلا يلزم الا نفسه[2].

و حتى يعتد به كشرط لقيام هذا الالتزام يجب ان يكون هذا الجهل مشروعا ذلك ان الفقيه GHESTIN يقول انه لايكفي لكي يكون المرء دائنا بالالتزام قبل التعاقدي بالاعلام ان يدفع بجهله ، بل يجب ان يكون هذا الجهل مشروعا[3].و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية برفض ابطال العقد للكتمان التدليسي استنادا الى ان المتعاقد كان ينبغي عليه الاستعلام بنفسه عن البيانات المطلوبة[4].وحتى تتضح لنا معالم هذا العنصرفاننا سنتناوله من خلال دراسة الاسباب التي تحول دون احاطة المستهلك

[1]-خالد جمال احمد المرجع السابق ص 294

[2]- حكم محكمة النقض الفرنسية اشير اليه في رمضان المقطوف عمر عبد الله.رسالة دكتوراه.التزام البائع باعلام المشتري و تبصيره في المرحلة السابقة على ابرام البيع.مرجع سابق ص:141

[3]-GHESTIN.<traite de droit civil ;la formation du contrat n 646 p 623 3 e édition L.G.D.J.1993.

[4]- نقض مشار اليه في عمر محمد عبد الباقي خليفة.المرجع السابق ص 240

بالبيانات العقدية المطلوبة من خلال محورين ، الاول نتناول فيه الجهل المستند الى استحالة العلم و الثاني نخصصه للجهل المستند الى اعتبارات الثقة العقدية المشروعة.

اولا : الجهل الراجع الى استحالة العلم :

ان استحالة علم الطرف المقبل على التعاقد بالبيانات اللازمة لابرام العقد قد تكون موضوعية اي ترتبط بالشيء محل التعاقد،و قد تكون شخصية اي تتعلق بشخص الدائن بهذا الالتزام .

أ الاستحالة الموضوعية للاستعلام : و يقصد بها استحالة العلم بالبيانات المتعلقة بالشيء محل التعاقد سواء كانت هذه المعلومات تتعلق بوضع الشيء القانوني او المادي او بطرق استخدامه. ذلك انه قد يواجه المستهلك بعض العوائق و الموانع تحول دون امكانية استعلامه عن البيانات و المعلومات المتعلقة بالمبيع سواء ما تعلق منها بالوضع المادي او بالوضع القانوني، بحيث يصبح استعلامه امرا مستحيلا، في هذه الحالة تتحقق الاستحالة الموضوعية للاستعلام و بالنتيجة ينشا على عاتق البائع الالتزام باعلام المستهلك بجميع البيانات و المعلومات المتعلقة بالمبيع .

و تتمثل عوائق الاستعلام التي تتحقق بها الاستحالة الموضوعية بالنسبة للمستهلك عندما يكون المبيع في حيازة البائع و تحت سيطرته ، فهنا يستحيل على المستهلك او المشتري فحص المبيع و الحصول على معلومات بشأنه تجعله يبني قرار التعاقد من عدمه.

الا ان جانب من الفقه[1] يرى انه في حالة حيازة المشتري او المستهلك للمبيع حيازة عرضية بصفته مستعيرا او مستأجرا و تحول بعد ذلك الى حائز قانونيا بصفته مالكا فلا يقوم من ثم الالتزام بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالوضع القانوني و الصفات المادية للشيء المبيع على عاتق البائع ، و ذلك لأن المتعاقد أي المشتري كان على علم بالمبيع بسبب حيازته السابقة على التعاقد او على عقد البيع.

كما ان هناك استحالة يفرضها تفاوت المعرفة بين البائع و المشتري المتمثلة في نقص البيانات و المعلومات عن المبيع من حيث تكوينه و كيفية استعماله و مخاطره الى آخره.

ب- الاستحالة الشخصية : تتحقق الاستحالة الشخصية عندما يحول دون علم المستهلك او المشتري بالمبيع ظروف شخصية او اسباب خاصة تمنعه او تبرر عدم قيامه بالاستعلام عن البيانات المتعلقة بالمبيع. و خير تطبيق للاستحالة الشخصية عندما يكون المقبل على التعاقد اي المستهلك عديم الدراية او

[1]- رمضان المقطوف عمر عبد الله المرجع السابق

قليل الخبرة بموضوع العقد الى درجة انه لا يمكنه الاحاطة بهذه المعلومات و استيعاب مضمونها بمفرده فينطبق عليه وصف غير المهني او غير المحترف فيما يتعلق بمجال المعاملة[1]

ويفرض نفسه التساءل عن المعيار المأخوذ به لاعتداد بالاسباب الشخصية لاستحالة علم الدائن بالمعلومات و البيانات الواجب توافرها.و بهذا الصدد تباينت الآراء في كل من فرنسا و مصر[2] فيما يتعلق بطبيعة هذا المعيار الذي يتم من خلاله تقدير مدى صلاحية الاسباب التي تقوم في جانب المتعاقد و تحول دون استعلامه عن البيانات، فهل يؤخذ بالمعيار الشخصي الذي يتم فيه مراعاة ظروف و أحوال المستهلك او الاخذ بالمعيار الموضوعي الذي يتم من خلاله تقدير هذه الاسباب وفقا لمعيار الرجل المعتاد في مثل ظروف المستهلك؟ ام بمعيار مختلط يمزج بين هذين المعيارين؟ و سنتعرض لهذه الآراء فيما يلي :

الرأي الأول : يرجح أصحاب هذا الرأي الى الأخذ بالمعيار الشخصي للقول بوجود الاستحالة الشخصية للاستعلام ، و هذا المعيار يستوجب الاخذ في الاعتبار الاستحالة الشخصية التي تحول دون علم المستهلك بالبيانات و المعلومات المتعلقة بمحل العقد. و هذه الاستحالة راجعة الى وضعه الخاص المتمثل في عدم خبرته و درايته بالمبيع الراجع لنقص كفائته، و بالتالي يقع على البائع الالتزام باعلام المستهلك بكافة هذه البيانات التي استحال عليه معرفتها. و نشير هنا الى ان وجود هذه الاستحالة او عدم وجودها و فقا للمعيار الشخصي يدخل في اعتباره كافة ظروف المستهلك الشخصية دون مقارنتها بمسلك الرجل المعتاد.

الرأي الثاني : يرجح اصحاب هذا الرأي المعيار الموضوعي للقول بوجود الاستحالة الشخصية للاستعلام بحيث لا يكفي اعتبار جهل المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمبيع مشروعا ، الا اذا اثبت انه بذل العناية التي يبذلها الرجل المعتاد من اجل الاستعلام عن هذه البيانات لكنه لم يتمكن من ذلك، بمعنى ان الالتزام بالاعلام لا يترتب على عاتق البائع الا اذا ثبت فعلا ان المعلومات التي غفل عنها المستهلك يغفل عنها الرجل المعتاد في نفس ظروف المستهلك، فهنا فقط ينتقل عبء اللالتزام بالاعلام على البائع، و ينتفي بذلك الالتزام بالاستعلام من على عاتق المستهلك[3].

[1]-نزيه محمد الصادق المهدي.الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد.مرجع سابق ص 152
[2]-رمضان المقطوف عمر عبد الله المرجع السابق ص:146
[3]- نفس المرجع ص:147

الرأي الثالث : الا انه هناك رأي ثالث يأخذ بضرورة الاعتداد بمعيار مختلط يمزج بين المعيار الموضوعي و الذاتي لتبرير مشروعية استحالة العلم بالمعلومات المتعلقة بالشيء المبيع من طرف المستهلك، و لكن يجب مراعاة تغليب المعيار الشخصي على المعيار الموضوعي، ذلك انه يجب ان يكون التركيز منذ البداية على المعيار الشخصي في تقدير ظروف المستهلك الشخصية مع الحد من اطلاقه بظبطه ببعض قواعد و حدود المعيار الموضوعي[1].

من خلال ما تم استعراضه من آراء، نلاحظ ان الفقه منقسم الى ثلاثة آراء منه من يرجح المعيار الشخصي و الثاني يرجح المعيار الموضوعي و الرأي الثالث يرجح المعيار المختلط.غير ان المعيار الشخصي يؤخذ عليه ان المستهلك سيتخاذل في البحث عن المعلومات المتعلقة بالشيء المبيع او الاستعلام عنه طالما ان البائع هو شخص محترف من ذوي الخبرة و هو ملزم باخبارهم بكل هذه البيانات المتعلقة المبيع،على الرغم من ان المستهلك كان بوسعه الاستعلام عنها،الشيء الذي يؤدي الى تثبيط عزائم المتعاقدين المحترفين نتيجة الزامهم بالإدلاء بالبيانات و المعلومات المتعلقة بالعقد المزمع ابرامه الى المستهلك.

اما المعيار الموضوعي فيؤخذ عليه رغم ان فيه مصلحة المتعاقد المحترف الا انه يضر بالمستهلك الذي حالت ظروفه الخاصة دون استعلامه. وعلى هذا الاساس نرى انه من المنطقي جدا الاخذ بمعيار مختلط لتفادي كل الاثار السلبية التي قد تحدث ، تحقيقا لحماية المستهلك و حفاظا على استقرار المعاملات فيكون التركيز منذ البداية على المعيار الشخصي في تقدير ظروف المتعاقد الشخصية مع ضبطه ببعض قواعد المعيار الموضوعي و لاسيما طبيعة العقد، التي تحدد عادة نوع البيانات الهامة التي يجب على البائع ان يوفرها للمستهلك و يعلمه بها ، باعتبارها ذات اهمية في تكوين رضائه و كافة الظروف الموضوعية الملا بسة للمعاملة و المحيطة بمركز المستهلك و خاصة حرفته ، فمن المفروض ان يكون المستهلك ملما بحد ادنى من الدراية ببيانات العقد الذي سيقدم على ابرامه ، خاصة اذا كان يدخل في نطاق اختصاصه ، الا ان هذا لا يعفي من ان يكون البائع حريصا على ان يوفر له الحد الادنى من البيانات عن الشيء المبيع [2].

[1]-نزيه محمد الصادق المهدي.الالتزام قبل التعاقد بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد.المرجع السابق ص:169-170

[2]- رمضان المقطوف عمر عبد الله. المرجع السابق.ص:148-149

ثانيا : الجهل الراجع الى اعتبارات الثقة المشروعة

قد تحول دون قيام المستهلك بواجب الاستعلام عن البيانات العقدية التي من المفروض انه ملزم بتوافرها لديه قبل او اثناء ابرام العقد، بعض الاعتبارات الخاصة التي تتولد بسبب ثقته في شخص الطرف الآخر، على اعتبار انه من تلقاء نفسه سيقوم بأداء التزامه قبل التعاقدي، المتضمن اعلامه الكامل بجميع المعلومات المتعلقة بالمبيع و هذه الاعتبارات اطلق عليها اعتبارات الثقة المشروعة.

و هنا ذهب الفقه الفرنسي[1] الى القول بان احد الطرفين يضع ثقته في قرينه، فهو ليس بحاجة الى اثبات انه كان يستحيل عليه ان يستعلم من تلقاء نفسه انما كان ينتظر من هذا الاخير ان يقدم له كافة البيانات و المعلومات الضرورية. ونشير هنا الى ان هذا النوع من انواع الثقة يختلف تماما عن اعتبارات حسن النية التي يجب ان تسود المعاملات على اختلاف مراحلها سواء مرحلة التفاوض او مرحلتي ابرام العقد و تنفيذه.

و على هذا الاساس يذهب بعض الفقه[2] الى انه يقصد بالثقة التي تحدث هذا الاثر ليس مجرد واجب حسن النية في صورته البسيطة و انما هي ثقة خاصة تؤدي بصاحبها الى عدم الشك في سلامة موقف قرينه. و اعتبارات الثقة المشروعة تكون اما بسبب طبيعة العقد،او بسبب توافر صفة معينة في الاطراف المتعاقدة و هذا ما سنبحثه من خلال ما يلي :

1-الثقة المشروعة القائمة على طبيعة العقد

هناك بعض العقود لا تتعارض فيها بحسب الاصل مصالح اطرافها، بل يكون التزام كل طرف فيها يكمل التزام الطرف الآخر في مواجهة الغير، فيتحول العقد من مجرد حقوق و التزامات متقابلة الى نوع من العلاقة موحدة المصالح[3] مثال عقد الوكالة ، الشركة و العمل ، فيكون طبيعيا ان يتولد قدر من الثقة بين هذه العقود لوحدة الهدف و غيره .

ففي هذه العقود لابد على كل متعاقد ان يدلي الى الطرف الآخر بالمعلومات الجوهرية التي تهمه من تلقاء نفسه، و لايطالب الطرف الآخر بالاستعلام عن مثل هذه المعلومات، بالنظر لما تقتضيه طبيعة هذه العقود من ثقة متبادلة، و امانة في تقديم المعلومات من جانب اطرافها الى بعضهم البعض[4].

[1] -V GHESTIN .(J) .<traite de droit civil ;la formation du contrat op cit n 657p 634

[2]- مصطفى ابو مندور موسي،دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية.رسالة دكتوراه.جامعة القاهرة.سنة2000ص:131

[3]-نزيه محمد الصادق المهدي.المرجع السابق.ص183

[4]-خالد جمال احمد.الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي.مرجع سابق.ص:325

2-الثقة المشروعة المستندة الى صفة الاطراف

ان الثقة المشروعة المستندة الى صفة الاطراف تجد مجالها في تطبيقات عديدة مثالها الثقة المشروعة في تعاملات ذوي القربة او التي تكون في حالة قيام موظف بالادلاء بمعلومات حول العقد في نطاق اختصاصه او تلك الناجمة عن احتراف المتعاقد الآخر و هذا ما سنتناوله على النحو التالي :

أ- الثقة المشروعة في تعاملات ذوي القربى

تزداد هذه الثقة في هذه المعاملات عمقا و رسوخا نظرا لأواصر القرابة وروابط المحبة التي ينبغي ان تشيع بين المتقاربين، و هو ما يتناسب عكسيا مع واجب الاستعلام الملقى على عاتق احدهما لدى التعاقد تأسيسا على وجود فرضية ، مفهومها قيام الطرف الآخر بأداء واجبه قبل التعاقدي بالاعلام بصورة كاملة و واضحة و صحيحة[1].غير ان القضاء الفرنسي لم يعتد بصلة القرابة سببا لإعفاء المتعاقد من واجبه بالاستعلام خاصة اذا ترتب على ذلك حدوث بعض الاضرار للغير[2].

ب-الثقة المشروعة حول المعلومات المقدمة من موظف في نطاق تخصصه

في هذا النطاق تتوافر الثقة المشروعة عند الاقبال على التعاقد، كأثر لممارسة الطرف الآخر او الغير لسلطات وظيفية مقتضاها الادلاء بمعلومات او بيانات تتعلق بظروف التعاقد او محله بشكل يجعل الدائن يطمئن لهذه المعلومات سواء من حيث كفايتها او من حيث صحتها،الامر الذي يجعله لا يستعلم عن أي معلومات اخرى من مصادر اخرى.

وفي هذا الاطار حكمت محكمة النقض الفرنسية ببطلان العقد على اساس الكتمان التدليسي استنادا الى عدم قيام موثق العقود بالافضاء للمتعاقد بحقيقة التكليفات و الحقوق المقررة على العقار محل العقد رغم الثقة التي يوليها المشتري لهذا الموثق بسبب مهنته و تخصصه في هذا المجال[3].

ج- تقدير وجود الثقة الناجمة عن احتراف الطرف الآخر

نظرا لموقفه الضعيف و قلة خبرته الشيء الذي تم توضيحه من خلال ما تقدم فان المستهلك لا يجد امامه سوى الاعتماد على ثقته في المتعاقد المحترف، ذلك انه ينتظر منه اعلامه بكافة الامور اللازمة

[1]-مصطفى ابو مندور موسى المرجع السابق ص 124.
[2]- عمر محمد عبد الباقي خليفة مرجع سابق.ص: 248
[3]-نقص اشار اليه عمر محمد عبد الباقي.المرجع السابق.ص:249

لتنوير و سلامة رضائه.خاصة و ان المحترف ليس له الحق بأن يحتج ان المستهلك باستطاعته الحصول عن المعلومة بطريقته او وسيلته الخاصة.

و بالتالي فان هذه الثقة تعفي المستهلك او غير المحترف من واجبه في الاستعلام و التحري في حين تلقي على عاتق المحترف التزاما باعلام المستهلك و تنوير ارادته بشكل يدفعه الى تعاقد صحيح . و في هذا الصدد ايدت محكمة النقض الفرنسية القضاء بابطال عقد بيع قطعة ارض مملوكة لشركة متخصصة في بيع و تقسيم الاراضي معتمدة في ذلك على ان الشركة المدعى عليها و مديرها مهنيون محترفون في تلك العمليات العقارية و لديهم خبرة واسعة في هندسة و تنظيم المدن، و بالتالي كان من واجبهم اتجاه المشترين الذين ليست لديهم الخبرة الكافية في هذا المجال التحقق من مركز قطعة الارض المبيعة من حيث شبكات الطرق و الخدمة العامة[1].

و عليه يظهر ان القضاء تساهل في تبرير مشروعية جهل المستهلك و اعفاءه مباشرة من واجب الاستعلام، مستندا في ذلك الى ان المستهلك تتولد لديه ثقة مباشرة عند تعامله مع شخص محترف، و ان تقدير هذه الثقة مسالة تخضع لقاضي الموضوع،الذي يأخذ بعين الاعتبار الظروف الخاصة بالمستهلك و طبيعة المهنة التي يشغلها الشخص المحترف و كذا الاعراف السائدة[2].

الفرع الثاني

علم المدين بالبيانات العقدية و بمدى اهميتها بالنسبة للدائن

لا يكفي ان يكون المستهلك المتعاقد جاهلا بالبيانات و المعلومات المتعلقة بالمبيع و ان يكون جهله هذا مشروع حتى يتقرر الالتزام بالاعلام لمصلحته على عاتق البائع ، انما يستوجب كذلك ان يكون البائع عالما بتلك البيانات و المعلومات. و هنا يمكن القول[3] ان القصاء الفرنسي لم يكتفي بمجرد العلم الفعلي للبائع او المحترف بل ذهب الى ابعد من ذلك و اعتبر ان مجرد امكانية العلم بالمعلومات كافية لتحميله بالالتزام بالاعلام. كما انه يجب اثبات علم المدين بهذه المعلومات و بمدى اهميتها و تأثيرها على رضا الدائن[4] حتى يمكن القول بمسؤوليته عند عدم تنفيذ التزامه،لأنه من غير العدل و لا المنطقي ان نلزمه بالادلاء بمعلومات او بيانات لا يعلمها.ولدراسة هذا الشرط يستوجب دراسة مضمونه فيما يتعلق

[1]-عمر محمدعبد الباقي.ص:249. .V cass .3jan 1981 D1984 .Jur,p 457
[2]-نفس المرجع ص:250
[3]-رمضان المقطوف عمر عبد الله.المرجع السابق.ص:160
[4]-مصطفى احمد ابو عمور .المرجع السابق.ص:56

بمدى علم المدين بالمعلومات و البيانات العقدية محل هذا اللالتزام و كيف يمكن اثبات هذا العلم،و عليه تتضح معالم دراستنا لهذا الموضوع من خلال تناول النقاط التالية :

اولا : مضمون الشرط :

و حتى يلتزم المدين بهذا الالتزام و الذي هو عادة ما يكون المحترف يستوجب ان يكون عالما بكل البيانات و المعلومات المتعلقة بالمبيع محل التعاقد[1] .ويشترط المشرع الادلاء بهذه البيانات في المرحلة السابقة لإبرام العقد و معلوم انها تختلف من عقد لآخر وفقا لمحله و طبيعته و اطرافه[2]. كما ان البيانات و المعلومات اللازمة في مرحلة التفاوض و ابرام العقد تختلف عن تلك المعلومات التي يدلي بها في مرحلة تنفيذ العقد.

و الحقيقة ان استلزام هذا الشرط هو امرا منطقيا و معقولا، ذلك ان غير المنطقي هو الزام المدين بالادلاء ببيانات او معلومات هو يجهلها اصلا، بل و قد لا يكون في امكانه اصلا العلم بها[3].

و للاشارة يجب ان يتحقق علم المدين بتلك البيانات و المعلومات في اللحظة التي عليه الادلاء فيها بهذه المعلومات [4] و يختلف مقدار المعلومات و اهميتها وفقا لصفة المدين غير ان تشدد القضاء الفرنسي تجاه المعني فيما يتعلق بالالتزام بالاعلام لا يعفي كلية الدائن من العلم بالمعلومات الجوهرية و الاساسية التي تتعلق بالعقد و التي يكون باستطاعته الحصول عليها،انما كل مافي الامر مراعاة المستهلك الذي يتسم دائما بقلة الخبرة و المعرفة، و بالتالي يكون مقبولا جهل المستهلك بالمعلومات الفنية المعقدة التي يصعب عليه ان لم يستحيل عليه الالمام بها[5]. غير انه و فيما يتعلق بالمعلومات الاساسية و الجوهرية المتعلقة بموضوع العقد فان المدين المهني و غير المهني كلاهما ملزم بمعرفتها و اعلام الدائن بالالتزام بالاعلام بها، و لايقبل من احد الادعاء بجهلها.

و يمكن ان نستخلص مما تقدم، بأن البيانات التي يفترض علم المدين بها تتضمن نقطة او فكرة الصفات الاساسية للمنتجات محل التعاقد،و مدى ملائمة هذه البيانات للدائن أي المستهلك[6].

---

[1]-بالتفصيل ارجع الى Y .Boyer ,l'obligation de renseignement .op cit p,350 et s

[2]-مصطفى ابو مندور موسى.المرجع السابق.ص320. د/خالد ممدوح ابراهيم.حماية المستهلك في العقد الالكتروني المرجع السابق ص:97

[3]-في نفس المعنى خالد جمال احمد حسين.المرجع السابق:277

[4]-خالد ممدوح ابراهيم.المرجع السابقص:99 –نزيه عبد الصادق المهدي المرجع السابق ص:225 و ما بعدها

[5]-خالد جمال.مرجع سابق.ص:281

[6]-خالد ممدوح ابراهيم.المرجع السابق ص:98

ثانيا :اثبات علم المدين بالمعلومات العقدية محل الالتزام بالاعلام قبل التعاقد:

ان اثبات معرفة المدين بالمعلومات و البيانات المطلوب الادلاء بها يقع على عاتق الدائن أي المستهلك على اعتبار ان هذا الالتزام تقرر لمصلحته[1]. غير انه اذا حملنا المستهلك عبء الإثبات بشكل مطلق فهذا يتناقض مع الهدف الذي تم سن قانون حماية المستهلك من اجله، و ان القاء عبء الاثبات على المستهلك فان هذا ييسر على المدين أي المحترف التخلص من التزامه على ان المستهلك أي الدائن يعجز عن اثبات علمه و في الحقيقة و امام هذا الوضع فانه من الضروري التخفيف من عبء الاثبات،و هذا عن طريق التيسير في وسائل الاثبات بحيث يستطيع المستهلك الاثبات بجميع طرق الاثبات[2].

كما يستطيع الدائن أي المستهلك ان يثبت ان المهني المدين بالالتزام بالاعلام و ان كان لم يعلم بالبيانات او المعلومات فانه كان بامكانه العلم بها اذا بذل العناية اللازمة في ذلك[3].

و مما تجدر الاشارة اليه ان محكمة النقض الفرنسية اكدت في العديد من احكامها على ضرورة التيسير على المستهلك كدائن فيما يتعلق باثبات اخلال المدين بالتزامه بالاعلام و انه كان يعلم بالبيانات الاساسية او كان يمكنه كمهني ان يعلم بها[4].

ثالثا : ان تكون البيانات و المعلومات من شانها التأثير على ارادة المستهلك:

لا يكفي ان يكون المدين بالالتزام عالما بهذه المعلومات، لكن لابد ان يكون من شأنها التأثير على قرار المستهلك ازاء التعاقد،و عليه لايمكن ان نآخذ المدين على عدم الادلاء بمعلومات لا يكون لها تأثير على قراره، لان ما يهم ليس مجرد العلم بالبيانات و انما الاهم هو مدى تأثيرها على ارادة المستهلك الذي تقرر الالتزام بالاعلام لمصلحته و لحمايته [5].

[1]-عمر محمد عبد الباقي.المرجع السابق.ص:261. -مصطفى احمد ابو عمرو.المرجع السابق.ص:58

[2]-مصطفى احمد ابو عمور.المرجع السابق.ص:58

[3]-نزيه محمد الصادق المهدي.الالتزام قبل التعاقدي.مرجع سابق.ص:245-عمر محمد عبد الباقي.المرجع السابق.ص:262-مصطفى احمد ابو عمرو.المرجع السابق.ص:58

[4]- مصطفى احمد ابو عمور.المرجع السابق.ص:58 . cass .civ .27 nov 1972 : D 1972 p 211 –cass ,civ .27 avril : JCP1972 –II 17280.

[5]- راجع في ذلك الى نزيه محمد الصادق المهدي.الالتزام قبل التعاقدي.مرجع سابق.ص:242.-مصطفى ابو مندور موسى.دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية.مرجع سابق.ص:322.-خالد ممدوح ابراهيم.المرجع السابق.ص:98. مساعد...المطري.المرجع السابق.ص:124. و ارجع الى الفقه الفرنسي. J.Ghestin ;traite de droit civil ;la formation du contrat ;3 e ed –LGDJ ; 1993 p 616-

و يمكن استخلاص اهمية البيانات و مدى تأثيرها على رضا المستهلك و التي يخضع تقديرها الى قاض الموضوع.من خلال حرص المستهلك على طبيعتها و الاستفسار بشأنها و كذلك دورها في تحديد نطاق و آثار العقد و ما يرتبه من التزامات[1].

و تجدر الاشارة الى انه في ظل وجود تشريعات مستقلة لحماية المستهلك سواء في فرنسا او في العديد من الدول العربية،لاسيما الجزائر و مصر فان المشرع يتولى بنفسه تحديد البيانات التي ينبغي على المهني الادلاء بها حتى ينور رضا المستهلك، ذلك ان المشرع الجزائري و تطبيقا للمادة 17 من القانون رقم03/09 المؤرخ في 25فبراير سنة2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش سن المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك.هذا و ان كان الالتزام بالاعلام في هذين النصين لم يات على الصورة التي كنا نتمنى ، الا انه يبقى ان لهذه النصوص اهميتها في حماية المستهلك .و تنوير الرضا الصادر عنه .

[1]-نزيه محمد الصادق المهدي.مرجع سابق.ص:252 و مابعدها.

المبحث الثاني

جزاء الاخلال بالالتزام بالاعلام

اشارت الدراسة الى ان الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام انشأه القضاء و انه الى غاية الآن لم يقم بتنظيمه بنصوص خاصة تجعله التزام قانوني مستقل و بالتالي ففيما عدا بعض الحالات التي ينظم فيها القانون العقابي جزاء كتمان المعلومات او عدم الادلاء بها باعتبارها من حالات الغش او التدليس المعاقب عليه جنائيا، فان هذا الالتزام لم يحض بعد بوضع الجزاءات المدنية المترتبة على مخالفته في المرحلة السابقة على التعاقد، فبعض المحاكم الفرنسية اعتمدت على التدليس ، فسمحت بابطال العقد بموجب المادة 1116 من القانون المدني الفرنسي المقررة لهذا العيب من عيوب الارادة [1]، لذلك يجب البحث عن الجزاءات المدنية المترتبة على الاخلال بهذا الالتزام في ضوء النصوص القانونية الحالية و في ظل القواعد القانونية العامة و المتمثلة في قابلية العقد للابطال لمصلحة المستهلك و قيام المسؤولية المدنية و هذا من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : قابلية العقد للابطال .

المطلب الثاني : قيام المسؤولية المدنية

المطلب الأول

قابلية العقد للابطال لمصلحة المستهلك

ان بطلان التصرف القانوني يترتب نتيجة مخالفته للنصوص و القواعد القانونية التي تشترط اركانا معينة و شروطا محددة بحيث يبطل التصرف عند مخالفتها ، و اذا حاولنا تطبيق ذلك على احكام الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام،و بماانه التزاما من انشاء القضاء و بما انه لايوجد نص قانوني ينظم احكامه كالتزام مستقل، و خاصة فيما يتعلق بالجزاء المترتب على مخالفته فان المحاكم لم تجد ما تبرر به احكامها سوى ان تستند لبعض المبادئ القانونية المستقرة، فضلا عن قيامها بالبحث عن ابعاد اخرى للنصوص القانونية، تناولت موضوع الرضا بوجه عام و ذلك حتى تتجنب بطلان الحكم من قبل محكمة النقض[2].

[1]- -GUY Raymond DROIT DE LA CONSOMMATION 2e ed LexisNexis Litec p 217
عدنان ابراهيم سرحان مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية جامعة الاسكندرية العدد الثاني سنة 2007 ص 334 .و في الفقه الفرنسي

[2]- احمد محمد محمد الرفاعي.الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي.المرجع السابق.ص:170.

و في سبيل ذلك عملت هذه المحاكم على البحث على النصوص و القواعد القانونية التي يمكن ان يرتكز عليها الحكم ببطلان العقد.كجزاء للالتزام قبل التعاقدي بالاعلام و كاثر من آثار المسؤولية العقدية،حتى وجدت ضالتها في بعض الانظمة القانونية المختلفة كنظرية عيوب الارادة،اضافة الى الجزاء المقرر لعدم علم المشتري بالمبيع علما كافيا[1].

و سنبحث في هذا المقام البطلان المؤسس على كل من الغلط و التدليس و عدم العلم الكافي بالمبيع.

اولا :المطالبة بالبطلان لوقوع المستهلك في الغلط

صوف لن اتوسع في دراسة الغلط كعيب من عيوب الارادة [2] ، على اعتبار انني ساتناوله بقليل من التفصيل في موضع قادم من هذه الدراسة ، اما بصدد المطالبة بالبطلان للوقوع في الغلط ، فهنا يرى الاستاذ علي فيلالي[3] و اشاطره الراي ان المشرع الجزائري لا يشترط اشتراك المتعاقدين في الغلط و انما اخذ بنظرتهما المشتركة او بالمعيار الموضوعي لتحديد الصفة الجوهرية للشيء ، و مادام الامر كذلك فعندما يقع احد المتعاقدين في الغلط فان المتعاقد الثاني يكون على علم به او كان بامكانه ان يعلم به.و عليه يشترط طبقا للمادة81 من القانون المدني الجزائري انه يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت ابرام العقد ان يطلب ابطاله.

و بالتالي قد يؤدي اخلال المحترف او البائع الى وقوع المستهلك في هذا الغلط مما يؤدي الى نشوء حق لهذا الاخير في المطالبة بالابطال غير انه بالرغم من ان الشروط القانونية تقيد من استخدام الغلط التعاقدي في ابطال العقد، فان وجود الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي يسهل كثيرا في المطالبة بالبطلان،استنادا الى الغلط على اعتبار ان وجود الالتزام بالاعلام يعتبر قرينة على ان الغلط كان جوهريا لان العلم بالبيانات محل الالتزام بالاعلام كان من شأنه ان يمنع المستهلك من ابرام العقد[4].

ثانيا :المطالبة بالبطلان للتدليس

صوف لن اتعمق في دراسة التدليس على اعتبار انه قد تم تناوله بما يتلائم مع الدراسة [5] ، غير انه ما يمكن قوله في هذا المجال ، انه طبقا للمادة 86 من القانون المدني الجزائري فانه يجوز إبطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجأ اليها احد المتعاقدين او النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما

[1]-خالد جمال احمد.الالتزام بالاعلام قبل التعاقدي.ص:من 432الى434.-عمر محمد عبد الباقي خليفة.المرجع السابق.ص:270.
[2]-ارجع في ذلك الى الصفحة 158 و ما بعدها من هذه الدراسة .
[3]-علي قبلالي.المرجع السابق.ص:123.
[4]-عبد المنعم موسى ابراهيم.حماية المستهلك.المرجع السابق.ص:381-382.
[5]-ارجع في ذلك الى الصفحة 103 و ما بعدها من الدراسة .

ابرم الطرف الثاني العقد ، و على هذا يشترط لابطال العقد للتدليس قيام المدلس بافعال تعد من قبيل التدليس و ان تتوافر لدى المتعاقد الآخر نية التضليل استنادا الى هذه الافعال.

ان الاخلال بالالتزام بالادلاء بالمعلومات و البيانات هو احد حالات الكتمان التدليسي المكون للعنصر المادي في التدليس المؤدي لبطلان العقد، و على المستهلك ان يثبت نية التضليل لدى البائع.

و اعتبارا لما اشارت اليه الدراسة من ان الالتزام قبل التعاقدي التزام مستقل فهذا يجعل المشرع يتبنى حق المستهلك في المطالبة بابطال عقد الاستهلاك لمجرد الاخلال بهذا الالتزام.

ثالثا : ابطال العقد لعدم العلم الكافي بالمبيع

تنص المادة 352 /1 من القانون المدني الجزائري على انه "يجب ان يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع و اوصافه الاساسية بحيث يمكن التعرف عليه"و من خلال هذه المادة فان الاخلال بالالتزام باعلام المستهلك في عقد البيع يؤدي الى تطبيق هذه المادة على حالة المستهلك فاذا لم يعلم البائع المستهلك علما كافيا بالمبيع فان الجزاء على عدم اعلامه يؤدي الى بطلان العقد.

و مما تجدر الاشارة اليه ان تطبيق هذه المادة في حالة الاخلال بالالتزام بالاعلام قبل التعاقدي يسهل مهمة المستهلك في المطالبة بابطال العقد.على اعتبار انه يشترط عدم علم المستهلك بالمبيع، و عدم العلم يسهل اثباته وجود الالتزام في حد ذاته باعتباره قرينة على استحالة علم المستهلك بالبيانات محل هذا الالتزام[1].

[1]-نزيه محمد الصادق المهدي.المرجع السابق.ص277

المطلب الثاني

قيام المسؤولية المدنية

اختلفت الاراء حول قيام المسؤولية المدنية التي تقع على عاتق المحترف كجزاء مدني عن اخلاله بالالتزام بالاعلام قبل التعاقدي،هل هي مسؤولية عقدية ام مسؤولية تقصيرية،و في هذا الصدد ظهر هناك رأيين:

الرأي الاول : الطبيعة العقدية للمسؤولية الناتجة عن الاخلال بالالتزام قبل التعاقدي

يرى هذا الرأي بأن هذه المسؤولية هي مسؤولية عقدية، ذلك ان الخطأ الناجم عن عدم الادلاء بالبيانات هو خطأ عقدي، يستلزم افتراض و جود عقد سابق على ان العقد الاصلي يعتبر هو مصدر الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام. غير ان اغلب الفقه يرفض هذا التكييف الخاطىء للالتزام و بالتالي للمسؤولية الناتجة عن الاخلال به.

الراي الثاني : الطبيعة التقصيرية للمسؤولية الناتجة عن الاخلال بالالتزام بالاعلام قبل التعاقدي

استقر الفقه و القضاء في مصر و فرنسا[1] على ان طبيعة المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالالتزام قبل التعاقدي هي مسؤولية تقصيرية[2] على اعتبار ان الخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد ، و لايمكن توقيع الجزاء عند الاخلال به الا في اطار تطبيق احكام المسؤولية التقصيرية طبقا للمادة 124 من القانون المدني الجزائري و التي يحصل من خلالها المستهلك على تعويض.

و ان الاعتراف بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الاخلال بالالتزام قبل التعاقدي باعلام المستهلك، يسهل على المستهلك الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه،على اعتبار ان وجود هذا الالزام في حد ذاته يعد تسهيلا عليه في اثبات خطا المحترف، كما ان صفة المحترف تعتبر قرينة على سوء نيته في عدم الادلاء بالمعلومات، لانه يفترض فيه علمه الشخصي بهذه المعلومات، و على هذا يعفى الدائن أي المستهلك من اثبات خطأ المدين بهذا الالتزام.

[1]-عبد المنعم موسى ابراهيم.حماية المستهلك المرجع السابق
[2]-نفس النتيجة المتوصل اليها عند دراسة الطبيعة العقدية للالتزام قبل التعاقدي ص

ملخص و نتائج الباب الأول من القسم الأول

ان اهم ما يحتاج اليه المستهلك في المرحلة التي تسبق التعاقد هو احاطته علما بالبيانات المتعلقة بالسلعة او الخدمة محل التعاقد ، حتى يتمكن من تكوين فكرة شاملة و يقف على حقيقة هذا المنتوج او الخدمة مما تجعله يبرم علاقة تعاقدية متوازنة ، و على ذلك فان تزويده بهذا القدر من المعلومات التي تتعلق بالسلعة او الخدمة يكون اما عن طريق الاعلانات التجارية او عن فرض التزام على عاتق المهني بتزويد المستهلك بكل ما يتعلق بالمبيع من معلومات حتى يمكنه من تكوين رضا صحيحا و مستنيرا و هو المقصود بحماية المستهلك في المرحلة السابقة على التعاقد .

و على ذلك ما هو دور الاعلانات التجارية و كذا التزام المهني بالاعلام في حماية المستهلك ؟ و للاجابة على هذا السؤال قسمنا هذا الباب من القسم الأول الى فصلين الفصل الأول تناولنا فيه حماية المستهلك من الاعلان التجاري و قسمناه الى ثلاث مباحث تناولنا في المبحث الأول مفهوم الاعلان التجاري و في المبحث الثاني مضمون الاعلان التجاري و في المبحت الثالث ضرورة مواجهة الاعلانات الكاذبة و الخادعة .

و في الفصل الثاني تناولنا حماية المستهلك بفرض التزام المهني بالاعلام و الذي قسمناه الى مبحثين المبحث الأول درسنا فيه احكام الالتزام بالاعلام و في المبحث الثاني درسنا جزاء الاخلال بالالتزام بالاعلام .

و ما توصلنا اليه من نتائج هو انه ما يمكن قوله و الاعتراف به خاصة في ضوء التقدم الكبير في جميع المجالات ان الاعلان التجاري أصبح ضروريا ، و هو في الوقت الحالي وسيلة و علما يفرض نفسه في المجال الاقتصادي و الاجتماعي ، و ان المنتج لا يمكن ان يستغنى عليه و بدونه لا يمكن له تسويق منتجاته ، فانه اصبح من الضروري عمل الجميع على معالجته و توجيهه لصالح المستهلكين بصفة خاصة و على الدولة و أجهزتها ان تراقب الاعلان في مختلف مراحله.و على المشرع الجزائري الاهتمام اكثر بهذه الوسيلة و ان ينظمها بقوانين جديدة تكون مواكبة للتطور الكبير و المتسارع في مجال تصنيع المنتوجات و تكون من جهة اخرى كفيلة بان تحمي المستهلك من هذه الوسيلة التي اصبحت لا يمكن الاستغناء غنها سواء من طرف المنتج او من طرف المستهلك .

اما فيما يتعلق بالالتزام بالاعلام فانه الى غاية الآن ، و ما عدا المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة2013 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك. فان المشرع

الجزائري لم يقم بتنظيمه بنصوص خاصة تجعله التزام قانوني مستقل و بالتالي ففيما عدا بعض الحالات التي ينظم فيها القانون العقابي جزاء كتمان المعلومات او عدم الادلاء بها باعتبارها من حالات الغش او التدليس المعاقب عليه جنائيا، فان هذا الالتزام لم يحض بعد بوضع الجزاءات المدنية المترتبة على مخالفته في المرحلة السابقة على التعاقد.

غير ان الاعتراف بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الاخلال بالالتزام قبل التعاقدي باعلام المستهلك، سهل على المستهلك الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه،على اعتبار ان وجود هذا الالتزام في حد ذاته يعد تسهيلا عليه في اثبات خطا المحترف،كما ان صفة المحترف تعتبر قرينة على سوء نيته في عدم الادلاء بالمعلومات، لانه يفترض فيه علمه الشخصي بهذه المعلومات، و على هذا يعفى الدائن أي المستهلك من اثبات خطأ المدين بهذا الالتزام.

الباب الثاني

حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد

أوضحت الدراسة الخطورة التي تواجه المستهلك في مرحلة ما قبل إبرام العقد على اعتبار انه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية سواء في عقود الإذعان أو عقود الاستهلاك ، فالمستهلك معرض لأن يجد نفسه دائما في وضع ضعيف من الناحية المعرفية ، وعلى هذا الأساس واجه كل من الفقه و التشريع و القضاء هذه الخطورة من خلال تحريم الإعلانات التجارية الكاذبة والمظللة كما فرض الالتزام قبل التعاقدي و الزام المهني بأن يدلي بكل المعلومات و البيانات الأساسية بالمبيع والتي من شأنها أن تنور إرادة المستهلك و إقدامه على التعاقد على وجه العلم و الاقتناع وفي هذه الحالة يكون المستهلك قد اجتاز مرحلة الدعوة للتعاقد أو مرحلة المفاوضات ليدخل مرحلة إبرام العقد التي يظهر فيها كل من الطرفين رغبته في التعاقد مع الطرف الآخر ويحاول كل منهما تقوية مركزه للحصول على ما يريده من وراء هذا التعاقد مع الطرف الآخر ويحاول كل منهما النيل من رضا وإرادة الطرف الآخر.

وتجدر الإشارة إلى انه في غالب الأحيان ما يكون المهني هو الذي نال من رضا المستهلك وإرادته لان رضاه في كثير من الحالات لا يكون معبرا عن حقيقة مصالحه ، وبالمقابل يحصل المهني على كل ما يريده من العقد باعتباره أكثر خبره و دراية في هذا المجال . وانه و أمام هذا الوضع فانه من الضروري أن تمتد حماية المستهلك لتغطي مرحلة إبرام العقد ، هذه المرحلة المهمة جدا في العلاقة التعاقدية ، وهذا لإعادة تنظيم أركان هذا التعاقد في ظل وجوب حماية المستهلك و ذلك بتحقيق توازن بين التزامات المتعاقدين .

لقد كانت الحماية التعاقدية للمستهلك تظهر بعد نشوء العقد وهذا ما سنراه في الباب الثاني من القسم الثاني من الدراسة ، غير انه في الوقت الحالي فقد اوجد كل من الفقه و القضاء والكثير من التشريعات الحديثة حماية تتجسد في المرحلة التي تنتهي بإبرام العقد ، وتظهر هذه الحماية خاصة في أركان العقد ، أي حماية ركن الرضا، ومحل العقد المراد إبرامه ، ذلك أن وضعية المتعاقدين أصبحت متفاوتة جدا من حيث المعرفة على اعتبار ان البائع يكون محترفا وعلى دراية كبيره بمقومات محل التعاقد ، و بالمقابل يكون المشتري أو المستهلك قليل المعرفة بالتفصيلات الفنيه و الدقيقة لهذا المحل وبالتالي يكون رضائه غير مستنير عند إقدامه على مرحلة إبرام العقد. وعلى هذا الأساس تم إيجاد حماية تساعد على خلق إرادة صحيحة و توفر لها سلامتها و فعاليتها و كذلك محلا يمكن تعيينه وتحديده.و في هذا

الصدد نطرح اشكالية التالية : كيف تظهر الحماية التي وفرها المشرع للمستهلك في هذه المرحلة ؟و للاجابة على هذه الاشكالية ارتئينا دراستها من خلال الفصلين التاليين :

الفصل الأول : مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بارادته

الفصل الثاني : مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بمحل العقد.

الفصل الأول

مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بارادته

إن التطورات العلمية في مجال السلع و الخدمات ادت الى صعوبة في التعاقد ، الشيء الذي جعل من حماية المستهلك مهمة ضرورية خاصة عندما يتعلق الأمر بإرادة المستهلك بجميع جوانبها المتعلقة بخلوها من العيوب و في ضرورة تحررها من الضغوطات الواقعة عليها خاصة في ظل وجود اختلال في التوازن المفترض و المفروض في مجال المعرفة و المركز الاجتماعي بين طرفي العقد الذي سيتم إبرامه و على هذا سنبحث في قوة ارادة المستهلك في تكوين العقد ، و اثار عيوب الرضا في تحقيق التوازن العقدي و هذا من خلال مبحثين اثنين وفقا لما يلي :

المبحث الأول : قوة ارادة المستهلك في تكوين العقد

المبحث الثاني : اثار عيوب الرضا و علاقتها بحماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي

المبحث الأول

قوة ارادة المستهلك في تكوين العقد

تلعب الإرادة دورا هاما في مرحلة ما قبل التعاقد على اعتبار أن الأصل في إبرام العقود هو مبدأ سلطان الإرادة الذي يعني أن كل الالتزامات وحتى كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، كما أنها لا تقتصر على أن تكون مصدر الالتزامات بل هي المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من أثار، وعليه فالإراده الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام.[1]

و أساس هذا المبدأ أي سلطان الإرادة هو المذهب الفردي الذي يرى ان الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، و كذا الآثار التي تترتب عليه ، ذلك أنها بمقتضاه تنطلق حرية الارادة بما لديها من قوة ذاتية لتضفي على العقد الذي تبرمه قوة ملزمة لتصبح شريعة علاقتهم . فالإرادة الحرة هي إذن مبدأ القانون و الغاية التي ينتهي إليها ، و مهمة القانون هنا هي تحقيق حرية كل فرد، بحيث لا تتعارض مع حريات الآخرين و هذا التوازن ما بين الحريات جميعها هو ما يجب على المشرع أن يعنى به.[2]

وقد كان لمبدا سلطان الارادة تأثير كبير على القوانين الحديثة و العربية لا يتوقف من حيث الأثر عند وقت تكوين العقد وما ينتج عنه من حرية الفرد في التعاقد أو في عدمه ، و إنما يطول قدرة الأطراف على تحديد مضمون العقد. و فرض الشروط التعاقدية .

لقد ازدهر هذا المبدأ بعد انتشار المذهب الفردي على اثر تطور النظم الاقتصادية لكن استمرار هذه النظم في التطور، و ظهور الصناعات الكبيرة و اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية مهد لانتشار المذاهب الاشتراكية و جعل مبدأ سلطان الإرادة ينتكس ، و بهذا أصبحت الحرية التعاقدية التي يجب أن تتمتع بها الأطراف المقبلة على التعاقد ، كأحد أثار هذا المبدأ ذات طبيعة نظرية ، الأمر الذي لا يجوز معه اعتبار مضمون العقد صحيحا[3].و هذا ما يميز معاملات الوقت الحاضر من اختلال التوازن في العلاقات التعاقدية و استغلال الطرف القوي للطرف الضعيف سواء رجع هذا إلى التفوق الاقتصادي أوالفني او المعرفي ، و منه أصبح الطرف القوي يملي و يفرض شروطه من خلال بنود العقد بما يخدم مصالحه و يهدد مصالح الطرف الضعيف سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه. وعليه لم يعتبر المشرع أن مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ الوحيد الذي يقوم عليه التشريع الحديث. فأوجد إلى جانبه العديد من

[1]- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط الجزء الأول - مرجع سابق بند 42 ص 122.
[2]- نفس المرجع ص 120.
[3]- عمر محمد عبد الباقي خليفة الحماية العقدية للمستهلك المرجع السابق ص 306.

الاعتبارات الأقوى مثل العدالة و حسن النية و الصالح العام. على اعتبار فشل و تضاؤل مبدأ سلطان الإرادة وحده في مواجهة متطلبات العصر الحديث[1].

وكان لمبدأ سلطان الارادة نتائج ذات أهميه تتمثل في مبدأ الحرية التعاقدية و مبدأ الرضائيه و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين الذي مفاده أن العقد سيستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة.و لتوضيح ذلك سندرس هذه النتائج من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : مبدا الحرية في التعاقد .

المطلب الثاني : مبدا الرضائية

المطلب الثالث : مبدا لقوة الملزمة للعقد

المطلب الأول

مبدا الحرية في التعاقد

هي ذلك المبدأ الذي يحكم فترة انعقاد العقد، فهو يتعلق بحرية الدخول في عملية التعاقد أو رفضه و تحديد الطرف الذي يتم التعاقد معه.و يقصد بحرية التعاقد ، الحرية في إقامة العلاقة التعاقدية أي الحرية في اختيار المتعاقد ، و الحرية في تحديد مضمون العقد و شروط التعاقد ، ذلك أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها ولا يمكن لاحد ان يتقيد إلا بإرادته نفسها ، و يترتب على ذلك ان النصوص القانونية لا يمكن أن تكون أكثر من مكملة لإرادة الأطراف المتعاقدة ، لان معظم قواعد التنظيم القانوني للعقود المسماة هي قواعد مكمله وليست آمره ، كما أنه إذا كان هناك مجال لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين.

و يقوم مبدأ الحرية التعاقدية على الحرية الكاملة في الاختيار وعلى القدرة على التفاوض و المساومة، وعلى هذا الأساس فان الإرادة الحرة للمتعاقدين هي التي تنشأ العقد و تحدد محتواه و آثاره.

و لما كانت الإرادة حرة وواعية فانه يترتب على ذلك انه على كل طرف في العلاقة التعاقدية ان يحرص و يتولى الدفاع على مصالحه و حاجاته،و بهذا لا ينتظر أية حماية خارجة عن أطراف التعاقد،و بهذا تكون الحرية التعاقدية هي أساس التعامل و التعاقد دون أية حاجه إلى تعديله.

[1]- عمر محمد عبد الباقي نفس المرجع . ص306.

كما انه في ظل مبدأ الحرية التعاقدية للأطراف أن يتعاقدوا على أي شيء ، المهم أن يكون مشروعا، فهم لا يتقيدون بالتنظيم القانوني الخاص ببعض العقود، فالتنظيم القانوني للعقود المسماة لا يقيد إرادة المتعاقدين في اختيار نوع المعاملات ، فنطاق التعاقد يتسع لأي عقد ، ولا تحكمه إرادة المتعاقدين و القواعد العامة[1] .

إلا أن التطورات التي حدثت في جميع المجالات الاقتصادية و الاجتماعية، زادت من المخاطر و عقدت المعاملات التعاقدية من ناحية و من ناحية أخرى أصبح المستهلك في أمس الحاجة إلى هذه السلع و الخدمات، و أصبح لا يمكن الاستغناء عن التعاقد على هذه الأخيرة. و على هذا وقع الاصطدام بمبدأ الحرية التعاقدية و اختل ميزان القوه في العلاقة التي تقوم بين المستهلك و المحترف ، فأصبح من غير الممكن أن يقف المستهلك ندا لند في علاقته مع المحترف ، الذي يتمتع بالقوة الاقتصادية و الخبرات و القدرات التي تؤهله للسيطرة على العقد . و بهذا تتقيد حرية المتعاقدين و نأخذ هنا مثال الشائع و هو عقود الإذعان لأنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلك كالتعاقد مع شركات الكهرباء و الغاز و من ناحية أخرى فان الطرف الاخر اي المستهلك لا يملك إزاء هذه العقود إلا التسليم فقط بشروط يضعها الموجب و لا يملك هو القدرة على مناقشتها[2] لتفوق الطرف الآخر عليه اقتصاديا.

و عليه تعد عقود الإذعان خروج عن الأصل العام الذي مفاده المساواة بين الاطراف و القدرة على التفاوض ، فالأطراف لم يتعاقدوا إلا بمراعاة الحقوق و الإلتزامات التي تم الاتفاق عليها ، معنى ذلك أن هناك طرفين على قدم المساواة لهما القدرة على مناقشة بنود العقد بكل حرية.

غير انه في عقود الإذعان ليس هناك أي اثر للإرادة الحرة للمستهلك ، ذلك أنه يتعاقد تحت الحاجة الملحة للمنتوج أو الخدمة محل التعاقد و التي يحتكرها الطرف القوي، وهنا يظهر ضعف المستهلك الذي يضر به و بمصالحه و بهذا تتقيد حرية المستهلك التعاقدية مما يصيب مبدأ سلطان الإرادة في مجمله بالشلل التام[3].فنستطيع أن نقول انه في هذه العقود يكون رضا المتعاقد موجود ولكنه مفروض عليه[4].

[1]- حسن عبد الباسط جميعي اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد . المرجع السابق ص 14.
[2]- ارجع إلى ما تم شرحه في القسم الأول الباب الأول الفصل الثاني من الدراسة في مجال عقود الإذعان.
[3]- عمر محمد عبد الباقي خليفه المرجع السابق ص 310 .
[4]- عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق بند.131 و هو نفس مضمون المادة 70 ق م ج.

المطلب الثاني

مبدا الرضائيه

قبل أن نتكلم عن الرضائيه ، يجدر بنا أن نوضح أن الهدف من افرادها بمطلب مستقل من هذه الدراسة ، هو محاولة الكشف عن هدف المشرع للتصدي و معالجة الآثار الضارة والتي نتجت عن إطلاق الأخذ بها في مجال العقود ، في ظل الظروف الاقتصادية و الاجتماعية الراهنة تحقيقا لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد.

أن مبدأ الرضائيه هو نتيجة من نتائج مبدأ سلطان الإرادة ، فهو يترجم حرية المتعاقدين فيما يتعلق بكيفية التعبير عن إرادة الأطراف، ذلك أن العقد الرضائي ينشأ بمجرد تطابق إرادة الأطراف بغض النظر عن الطريقة التي تم بها هذا التعبير.فالمقصود بالرضائيه هو الاكتفاء بتحقيق الرضا عند إبرام العقد،ذلك أن الإرادة بحسب الأصل العام حرة لا تتقيد عند التعاقد بأي إجراءات أخرى[1] .

و على ذلك فيرفض أي تدخل من أي كان في تنظيم العقد المراد إبرامه سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع، على اعتبار أن هذه الإرادة لا يمكن لها أن تخطئ في تحقيق العدالة و التوازن العقدي،كما أن اختلال التوازن الذي تعتقده الأطراف الخارجة عن التعاقد لا يمكن قياسه في ضوء هذا التصور، و لا يمكن أن يكون سببا في تعطيل التزامات احد المتعاقدين ، كما أن العدالة و توازن العقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة لا يمكن قياسهما بطريقه موضوعيه أو من خلال أشخاص خارجين عن العقد[2] .

و من حهة اخرى فأن الإرادة لن تكون حرة و لا يمكنها أن تحتفظ بقدرتها في إنشاء الالتزام إذا تعطلت آثارها ، غير أن هذا المبدأ عرف بعض القيود الناتجة عن إرادة المشرع في التدخل لحماية المستهلك في هذه المرحلة من مراحل التعاقد على اعتبار انه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، وهذا بإفراغ الإرادة في شكل معين يفرضه القانون و من جهة اخرى بتحرير العقود بلغة المستهلك . و نتناول هذه القيود من خلال ما يلي :

الفرع الأول : اشتراط الشكلية في بعض العقود

الفرع الثاني : شرط تحرير العقود بلغة المستهلك

[1]- على فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد . المرجع السابق ص 54.
[2]- حسن عبد الباسط جميعي . اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد .المرجع السابق ص 12.

الفرع الأول

اشتراط الشكلية في بعض العقود

أن اشتراط الشكلية في بعض العقود هو شرط استثنائي لان الأصل العام في المعاملات هو الرضائيه ، أي كفاية الرضا لإبرام العقد، لأنه لا يتطلب شكلا معينا يفرغ فيه الأطراف رضائهم،حيث اخذ المشرع بمبدأ الرضائيه وفقا لما جاء في المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "

و أتى المشرع بهذا الاستثناء نظرا لمساوئ الرضائيه التي قد يتضرر بسببها المتعاقدين و خاصة المتعاقد الضعيف أي المستهلك ، كما أشارت إليه الدراسة بالتفصيل ، فالرضائيه تزيد من تسرع المستهلك في إبرام العقد قبل أن يقدر خطورته ، و على هذا لم يكتفي المشرع بمجرد التعبير عن الإرادة إنما ألزم إفراغ هذا التعبير في قالب معين تحت طائلة البطلان[1].و هذا الاستثناء يعتبر قيدا على الإرادة في حالات معينه يرى المشرع فيها انه من الضروري تنوير إرادة المستهلك عند التعاقد لكي يلفت انتباهه إلى ما سيتم التعاقد عليه.إلا انه في هذا المجال نرى من الضروري التفريق بين نوعين من الشكلية.

اولا : الشكلية المباشرة

هي التي تكون ركنا في العقد فهي تتصل مباشرة بتكوين العقد " فهناك تلازم بين الرضا و الشكل و تأثير متبادل بينهما ، فدور الإرادة هو تحديد الآثار الموضوعة للتصرف بينما يتولى الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينه ، فالشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف الشكلي كما كان الوضع في الشرائع القديمة بل لا بد من وجود الرضا "[2] معنى ذلك أن الشكل الذي يفرضه القانون لا يكفي لصحة التصرف بل يجب أن تكون وراءه إرادة حرة مستنيرة تتجه إلى إبرام العقد و تحقيق الهدف. ويظهر الفرق بين التصرف أو العقد الشكلي و التصرف أو العقد الرضائي في أن العقد الشكلي له أربعة أركان وهي التراضي و المحل و السبب و الشكلية ، بينما العقد الرضائي له ثلاثة أركان وهي التراضي و المحل و السبب. وحرصا من المشرع على حماية المستهلك، فقد رتب بطلان العقد إذا لم يفرغ في الشكل الذي حدده القانون .

[1]MALINVAUD. Ph) la protection des consommateurs OP.cit p 54-

[2]- علي فيلاي .المرجع السابق ص 213 هامش 09.

ثاني : الشكلية غير المباشرة

سميت بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني ، كما أنها ليست ركنا فيه، فهي لا تؤثر على صحة التصرف، و إنما تحد من فعاليته و نفاذه فهي عبارة عن مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل و بعد إبرام العقد و هذا لتحقيق أغراض مختلفة[1].

الفرع الثاني

شرط تحرير العقود بلغة المستهلك

إن اشتراط تحرير العقود بلغة المستهلك لا يهدف فقط إلى حماية اللغة الوطنية فحسب ، إنما يهدف إلى حماية رضا المستهلك ، لأن هذا يمكنه من الاطلاع على العقد و فهم مضمونه و استنتاج الآثار التي ترمي إليها شروطه.

وعلى ذلك و باعتبار الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي الغرض منه تنوير رضا المستهلك ، فان المادة 18 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تنص على وجوب تحرير بيانات الوسم وطريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا ، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغه او عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين و بطريقه مرئية و مقروءة و متعذر محوها.

والجدير بالذكر انه و إن لم يكن مثل هذا الشرط موجود فانه من الناحية العملية وعند اللجوء إلى القضاء فانه لا بد من ترجمة هذه العقود المبرمة بلغة غير العربية ، لأن اللغة العربية هي لغة التقاضي تحت طائلة عدم القبول ، وهذا طبقا لأحكام القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية [2]

[1]- علي فيلالي المرجع السابق ص 242.
[2]-الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008

المطلب الثالث

مبدا القوه الملزمة للعقد

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة فان العقد شريعة المتعاقدين جسده المشرع في المادة 106 من القانون المدني الجزائري التي تنص على " ان العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ".

إن أنصار المذهب الفردي يجعلون للإرادة سلطان مطلق تظهر مظاهره في تمتعها بقوه ذاتيه تضفي على العقد الذي تبرمه قوة ملزمه. فاذا ابرم العقد فان أيا من الأطراف لا يستطيع أن يتراجع عنه.فبمجرد التقاء الإيجاب بالقبول قام العقد و أصبح تنفيذه ملزما ، وعلى ذلك فمتى ابرم المستهلك عقدا من اجل الحصول على سلعة أو خدمة ، فهو يلتزم بذلك العقد و بتنفيذه مهما كانت الظروف ، في حين أن المستهلك كطرف ضعيف لا تتوفر لديه القدرات الفنية و القانونية و الوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه من عقود ، كما انه و طالما يقع على عاتق المتعاقد السهر على حماية حقوقه و مصالحه ، لا يمكن له الادعاء بأنه قد خدع بوسيلة أو بأخرى من وسائل الدعاية الحديثة ، كما انه لا يمكنه الادعاء بان إرادته قد شابها عيب نتيجة خفته و إهماله ، الأمر الذي يلزمه بتنفيذ كل ما التزم به، فلا يستطيع المطالبة بإبطال العقد إلا في حدود الوسائل المتاحة طبقا للقواعد التقليدية العامة المتعلقة بعيوب الإرادة إذا توفرت شروطها.

إن المتعاقد في ظل التطور العلمي الهائل في جميع المجالات ، وما ظهر معه من تعاقد بوسائل الاتصال الحديثة عن بعد ، يصدر رضا لا يعبر في الواقع عن إرادته الفعلية، إما لأنه قد تسرع أو لانه لم يفكر بشأن التعاقد أو محله، وهذا راجع إلى عدم خبرته بموضوع العقد أو إلى ظهور الصور الجديدة للبيع التي لم يتعود عليها من قبل، كالبيوع التي تتم في المنازل أو البيع عبر الشاشات أو بالكمبيوتر ففي هذه الحالات لا يستطيع المستهلك بحسب الأصل أن ينفرد بالانسحاب و الرجوع عن العقد أو تعديله طبقا لمبدأ القوه الملزمة للعقد. وهنا ينعدم التوازن العقدي في هذه العلاقة ، و في هذا الصدد يقول الأستاذ ريبير "لو أن احد المتعاقدين أمكنه فرض إرادته فان الطرف الآخر يكون مجبرا بسبب الحاجة إلى الإذعان دون نقاش والعقد لن يكون في هذه الحالة سوى تعبير عن قانون الطرف القوي "[1].

[1]- ذكره عبد المنعم موسى إبراهيم.حماية المستهلك .المرجع السابق ص 70.

وعلى هذا الاساس يجدر بالمشرع الجزائري أن يبني قواعد جديدة من خلال قانون حماية المستهلك أو تعديل أحكام القانون المدني ليواكب هذا التطور لحماية المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ذلك انه يفتقر للحماية في ظل المبادئ العامة وهذا لتفادي ما يقع فيه المستهلك من أضرار اقتصاديه و اجتماعيه.

المبحث الثاني

آثار عيوب الرضا و علاقتها بحماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي

إن اختلال التوازن العقدي بالشكل الذي تناولته الدراسة و الذي يظهر عند احتياج المستهلك للتعاقد للحصول على سلعة أو خدمة رغم ضعفه و عدم قدرته أو خبرته ، لا يعتبر من قبيل عيوب الإرادة فالمستهلك هنا لا يعتبر مذعنا ولا مكرها عندما يتعاقد مع تاجر أجهزة إعلام آلي ،ذلك أن الفرصة متاحة له لاختيار أي جهاز يلبي رغته والتعامل مع أي بائع في ظل القدرة على المناقشة والتفاوض على الأسعار ،فلا يمكن أن نقول أن الاحتياج إلى سلعة ما يعد عيبا من عيوب الإرادة ،وإنما ما نواجه هو اختلاف القدرة والكفاءة بين الأطراف المتعاقدة عندما يكون التعاقد في غياب الإحاطة الكاملة بعناصر التعاقد و شروطه. فنستطيع أن نقول انه لا يمكن اعتبار التفوق الاقتصادي و المعرفي أو القانوني للمحترف يعيب إرادة المستهلك،ولكن الطرف القوي في هذه الحالة يستغل هذه القوه لترجيح كفة التعاقد لصالحه مما يؤدي إلى نشوء علاقة عقدية غير متكافئة .

بينما في إطار نظرية عيوب الإرادة نجد ثلاث حالات للرضا يمكن أن نميز بينها فالحالة الأولى ينعدم فيها وجود الرضا تماما وفي هذه الحالة لا يكون للعقد أي وجود قانوني ، والحالة الثانية يكون فيها الرضا موجودا ويحقق العقد كل آثاره القانونية،أما الحالة الثالثة فيكون فيها الرضا موجودا ولكنه معيبا وينعقد به العقد غير انه لا يرتب نفس الآثار التي يرتبها الرضا الصحيح في الحالة الثانية .

وعلى اعتبار أن الرضا قوام العقد و أساسه، فإذا شابه عيب من عيوب الإرادة فالشخص الذي عيبت إرادته له أن يطالب بإبطال العقد.و من خلال هذا المطلب نريد ان نتوصل الى نتيجة معينة من خلال هذا السؤال : هل أن نظرية عيوب الإرادة توفر حماية فعلية و أكيدة للمستهلك ؟

أن عيوب الإرادة تنشأ كأثر من أثار التعاقد ،عندما يتم دون التعرف على عناصر العقد وشروطه وعلى ذلك فإن معالجة هذه العيوب تهدف إلى إزالة كل ما يمس بالمعاملات التعاقدية. فنظرية عيوب الإرادة لم تطلق العنان للتعاقد الذي عيبت إرادته في طلب إبطال العقد، بل جعلته حقا موضوعيا يقوم بتوافر شروط معينة ليس لإرادته أي دخل فيها، بل للقاضي السلطة الواسعة لتقديرها.

و نشير انه قبل مناقشة عيوب الإرادة ومدى تأثيرها على حماية المستهلك نستبعد عيب الإكراه من هذه الدراسة على اعتبار أن أي تصرف يقوم به المكره بسبب الإكراه لا يمكن أن ننسبه إلى الإرادة، وبالتالي فإننا نعتقد أن هذا العيب ليست له أهمية في دراستنا. كما أن عيب الاستغلال والذي تمت دراسته بنوع من التوسع في القسم الأول والذي لا يمكن أن نتكلم عن وجوده في العقود إلا في الحالة التي يكون فيها عدم التعادل بين الالتزامات فادح و كبير جدا ،أي ما يطلق عليه في بعض النصوص بالغبن الفاحش.وعلى هذا سنتناول نظرية الغلط و التدليس و مدى تاثيرهما في حماية المستهلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : نظرية الغلط ومدى تأثيرها في حماية المستهلك وتحقيق التوازن العقدي

المطلب الثاني : نظرية التدليس ومدى تأثيرها في حماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي

المطلب الأول

نظرية الغلط ومدى تأثيرها في حماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي

أن موضوع الغلط قد كان مجالا خصبا للبحث و الكتابة ذلك أنه صدر بشأنه العديد من المؤلفات الشيء الذي يجعلنا في هذه الدراسة نتناول من موضوع الغلط سوى ما يمكن أن يبين لنا مدى أهميته في حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد.

أولا : تعريف الغلط

عرفه الفقه[1] بأنه "وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع" وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها[2].والغلط أنواع متفاوتة منها ما يؤثر على سلامة الرضاء ومنها ما هو دون ذلك و في هذا الصدد[3] يميز الفقه فيما يتعلق بالغلط الذي يتأثر به رضا المتعاقد بين الغلط المانع و الغلط المعيب للرضا .

فالغلط المانع يحول دون تطابق الإيجاب و القبول الشيء الذي يمنع قيام العقد وهذا الغلط يرتب البطلان المطلق للعقد.أما الغلط المعيب وهو اقل درجة من الغلط المانع فيكون القبول فيه مطابقا للإيجاب إلا أن رضا المتعاقد غير سليم.ويترتب بذلك على هذا النوع من الغلط البطلان النسبي .

غير ان المشرع الجزائري اكتفى بمعالجة الغلط الجوهري المعيب للرضا فقط والذي يقع فيه المتعاقد عند إبرام العقد وهذا من خلال المواد من 81 الى 85 من القانون المدني الجزائري .

ثانيا :شروط الغلط

نصت المادة 82 من القانون المدني الجزائري "على انه يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط" من خلال هذه المادة اشترط المشرع الجزائري وحتى يعتد بالغلط كعيب من عيوب الرضا أن يكون جوهريا وبهذا فانه لم يترك تقدير هذه الصفة لاعتبار المتعاقدين إنما وضع لها معيارا و اعتبره معيارا شخصيا وابرز ان الصفة الجوهرية في الغلط أن يكون هو الباعث الدافع إلى التعاقد.

[1]- أنور سلطان .الموجز في النظرية العامة للالتزام .مصادر الالتزام دار المطبوعات الجامعية 1998 ص 90
[2]- انظر عبد الرزاق السنهوري .المرجع السابق ص 238
[3]- على فيلالي المرجع السابق.

كما أنه قد وسع في مدلول الغلط الجوهري وهذا ما يظهر من نص المادة 2/82 قانون مدني جزائري التي تنص على أنه "يعتبر الغلط جوهريا على الاخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرية أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد"

هذا بالإضافة إلى ما تنص عليه المادة 83 على أنه " يكون العقد قابل للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط الواقع طبقا للمادتين 81، 82 ما لم ينص القانون بغير ذلك "

يظهر من خلال المواد المذكورة أن المشرع اشترط في الغلط أن يكون جوهريا .ويقصد بالغلط الجوهري الغلط الذي يصل إلى درجة معينه من الجسامة بحيث انه لولاه لما ابرم الشخص العقد[1] .

و تحديد ما إذا كان الغلط هو الباعث الدافع إلى التعاقد أم لا له أهمية ليس بالغلط ذاته ولكن بتأثيره على إرادة المستهلك ودفعه إلى التعاقد.وهذا يؤدي بنا إلى القول أن معيار الغلط هو معيار شخصي أو ذاتي وليس موضوعي[2] . وبالتالي فإن الغلط الدافع إلى التعاقد يختلف من شخص لآخر فما يعتبر دافعا لمتعاقد قد لا يكون كذلك لمتعاقد آخر. فتحديد الغلط الذي ثار في ذهن المستهلك و صور له امر غير مطابق للحقيقة كان هو الدافع أم لا. فهذه المسألة موضوعية تخضع في تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي .وعلى هذا الأساس لا بد على القاضي من الوقوف والبحث على الدافع الرئيسي للتعاقد في نفسية المستهلك ، و يظهر له ذلك من خلال الأدلة وظروف وملابسات النزاع المطروح أمامه.

كما تشترط المادة أن يكون هذا الغلط في صفة يراها المتعاقدان جوهرية على اعتبار أن حصر الغلط في متعاقد واحد .دون اتصاله بالثاني فإن هذا الإبطال سوف يفاجئ المتعاقد رغم عدم ارتكابه لخطأ . وعلى هذا يرى بعض الفقهاء أن الغلط الفردي لا يكفي للمطالبة بإبطال العقد وهذا حفاظا على استقرار المعاملات والحد من التعسف في استعمال حق إبطال العقد من طرف المتعاقد الذي وقع في الغلط[3].

وفي المقابل ظهر رأي ثالث يستند إلى أنه لا حاجة للغلط المشترك من أجل المطالبة بإبطال العقد و إنما يكفي أن يكون الغلط الفردي كافيا إذا كان المتعاقد الثاني يعلم به أو كان من السهل أن يعلم

[1]- مساعد زيد عبد الله المطيري . الحماية المدنية للمستهلك في القانون المطيري و الكويتي .رسالة دكتوراه القاهرة 2007 ص 101.
[2]- أرجع في ذلك بالتفصيل إلى علي فيلالي المرجع السابق ص111.مساعد زيد عبد الله المطيري المرجع السابق ص 102.
[3]-علي فيلالي المرجع السابق ص 122

به[1].فهذا الرأي يوفق بين حماية المتعاقد الذي يهدف إليها الرأي الأول ويبني استقرار المعاملات التي يهدف إليها أصحاب الرأي الثاني.

وفي رأينا أن المشرع الجزائري اخذ بالرأي الثالث ذلك انه اخذ بنظرتهما المشتركة لتحديد الصفة الجوهرية للشيء وهذا ما نصت عليه المادة 2/82 في نصها على انه يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع احد المتعاقدين في الغلط فان المتعاقد الثاني يكون على علم به أو بإمكانه أن يعلم به.

ان مفهوم الغلط المتصل يتطلب الفصل بين الغلط المشترك و الغلط الفردي و لم يكتف المشرع باشتراط أن يكون المتعاقد الآخر على علم فعلي أو حكمي بهذا الغلط أي أن الغلط المتصل يكون في مرحلة وسط بين الفردي و المشترك[2].

ثالثا: مدى تأثير نظرية الغلط في حماية المستهلك

تتضح مظاهر حماية المستهلك بموجب نظرية الغلط في انه حتى يقع المتعاقد في غلط جوهري بالصورة التي تناولتها الدراسة يصبح له الحق طبقا للمادة 81 من القانون المدني الجزائري في طلب إبطال العقد واستعمال هذا الحق يتوقف على مشيئته ومصالحه. و على هذا يتضح أن المشرع الجزائري لم يوفر القدر الكافي من الحماية للمستهلك أو المتعاقد الغالط تمكنه من الحد من الأضرار التي تترتب على معاملات كانت بناءا على إرادته التي جاءت مخالفة لما أراد في الحقيقة.

غير أن الواقع الذي نعيشه اليوم وما تتسم به المعاملات في الوقت الحاضر نظرا للتفاوت في القدرة الاقتصادية والمعرفة الفنية بمحل التعاقد بين المتعاقدين . يجعلنا نطرح سؤال مهم وهو :هل هذا القدر من الحماية يعد كافيا لحماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد ؟.

وفقا للنصوص السابقه فإن الغلط وصف من أوصاف المبيع يسمح بإبطال العقد. وعلى هذا يجوز للمستهلك الذي عيبت ارادته ان يرفع دعوى يطلب من خلالها إبطال العقد .و الاصل ان يكون المستهلك قد تعاقد بارادة حرة وخالية من أي عيب وعلى هذا اذا رأى المستهلك تعييب ارداته عن طريق وقوعه في غلط فإن هذا يؤدي به ادعاء خلاف الوضع الثابت أصلا وبالتالي يقع عليه عبء الإثبات ، وعلى إعتبار أن الغلط هو واقعة مادية فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الاثبما في ذلك شهادة الشهود والقرائن.و

[1]- علي فيلالي نفس المرجع ص123.
[2]- مساعد زيد عبد الله المطيري المرجع السابق ص106.

عليه فإذا توافرت شروط الغلط فإنه يجب على قاضي الموضوع القضاء بإبطال العقد وهنا فإن قاضي الموضوع ليست له سلطة تقديرية في هذا الإبطال .

وقد حدد المشرع الجزائري آجال رفع دعوى الإبطال طبقا للمادة 101 من القانون المدني الجزائري بمدة 5 سنوات وهي مدة سقوط وليست مدة تقادم يبدأ سريانها في حالة الغلط من اليوم الذي يكشف فيه ومدة 10 سنوات من وقت تمام العقد .غير ان الحق في طلب ابطال العقد لوجود غلط يخضع لنظرية التعسف في استعمال الحق على اعتبار ان هذه النظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق وهذا ما نص عليه المشرع 1/85 على أنه " ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية .

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد ابرامه اذا اظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد ".

ومن هنا نقول أن المشرع قد قيد الاعمال بهذه النظرية على اعتبار أن هدفه هو استقرار المعاملات في المجتمع أكثر من توفير حماية حقيقية للمستهلك المتعاقد الذي وقع في غلط.

و غنى عن البيان أن نظرية الغلط بالشكل الذي جاء به المشرع و بالشكل الذي تناولته الدراسة لا توفر حماية حقيقية للمستهلك على اعتبار أن المستهلك طبقا لهذه النظرية ملزم بإثبات أنه وقع في غلط جوهري دفعه الى التعاقد كما عليه أن يثبت ان المتعاقد الآخر على علم بهذا الغلط ومن هنا تظهر مظاهر ضعف هذه النظرية.

و أمام هذه القيود التي تحول دون استفادة المستهلك من هذه النظرية نجد أن القضاء الفرنسي لم يتوقف عند المفهوم السابق الذي تناولته الدراسة بل توسع في المقصود من الغلط في محل العقد بحيث يمكن حاليا للمستهلك ان يطلب ابطال العقد للغلط في اي وصف من اوصاف محل العقد و ليس فقط في مادة الشيء محل العقد.[1]

كما ان الغلط في الصفات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد لم يعد فقط وسيلة لتقييم الرضاء التعاقدي ولكنه اصبح ايضا وسيلة لاعادة التوازن الى العقود باعادة تقييم سلوك المحترف ووضع حسن النية في ميزان المسؤولية [2] و ان اثبات نتيجة التظليل الذي مارسه المحترف نتيجة سوء النية يتيح للمستهلك المطالبة بالتعويض وعلى هذا استقر قضاء محكمة التمييز الفرنسية على حق المستهلك الذي وقع في

[1]-عبد المنعم موسى ابراهيم المرجع السابق ص 56.
[2]- نفس المرجع ص 57.

غلط في المطالبة بالتعويض إذا كانت المطالبة بابطال العقد غير كافية للتعويض عن الاضرار التي لحقت به وهذا ما يظهر في الحكم الصادر عن هذه المحكمة بتاريخ 29 نوفمبر 1968.[1]

المطلب الثاني

نظرية التدليس ومدى تأثيرها في حماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي

كما سبقت الاشارة اليه فانه تم التعرض للتدليس في مواضع مختلفة بما يتلائم مع هذه الدراسة [2] ، غير انه ما يمكن التطرق اليه في هذا الموضع هو مدي تاثير نظرية التدليس في حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد و على هذا و من خلال قراءة المواد 86 و 87 من القانون المدني الجزائري نستطيع ان نقول ان نظرية التدليس يمكن ان تكون كافية لحماية المستهلك من الحيل التدليسية في مرحلة ابرام العقد وهذا من خلال ما سيتم بيانه.

انه من خلال هذه المواد وعلى عكس المواد التي نظمت الغلط فان المشرع لم يوضح مفهوم الطرق الاحتيالية بل اكتفى بوصفها بالجسامة وهذا أظنه في صالح المستهلك المتعاقد على اعتبار أن هذه الصور تتسع مجالاتها لتشمل كافة الوسائل والطرق التي تستعمل لكي يوهم بها المتعاقد الآخر الغير بما هو ليس حقيقة ، فقضت محكمة فرساي بابطال العقد الذي تم ابرامه من أجل رفع كفاءة جهاز حاسب آلي لاستيعاب برامج جديدة ، وهذا لأنه ثبت أن الشركة المقدمة للخدمة قد استعملت أفعال تدليسية (تدليس ايجابي) كما أنه ثبت للمحكمة أن هذه الأفعال قد بلغت من الجسامة حدا جعلت الشركة الطالبة تبرم العقد بحيث لولا هذه الأفعال لما أقدمت هذه الشركة على التعاقد[3] .

و قد توسع المشرع الجزائري أكثر في معيار تحديد الطرق الاحتيالية في نص المادة 2/86 من القانون المدني الجزائري الذي اعتبر السكوت.عمدا عن واقعة او ملابسة من قبيل التدليس في الحالات التي لم يكن للمدلس عليه ابرام العقد لو علم بهذه الملابسة او هذه الواقعة، رغم ا ن الاصل ألا يكون الكتمان تدليسا و هنا يظهر ان العبرة ليست في وقوع هذه الحيل، و انما في عيب الرضا الذي ينشأ عن هذه الحيل.

و من الضروري ان نشير الى ان ما جاء به هذا النص هو حكم مستلهم من القضاء الفرنسي فقد وضع حدا لكل تردد لأنه من الصعب ان نعتبر السكوت العمدي تدليسا.لأن المتعاقد غير ملزم بالاعلام

[1]- ن عبد المنعم موسى ابراهيم المرجع السابق ص 57.
[2]-ارجع في ذلك الى الصفحة 103 و ما بعدها و كذا الصفحة 139 و ما بعدها من هذه الدراسة .
[3] - versailles, 12e ch,14 AVRIL 1988 ,BULL.CIV.N 2822/87.

لانه في ظل مبدأ سلطان الارادة ، لا يلتزم الفرد الا بإرادته و بالتالي هو مؤهل للدفاع عن نفسه و مصالحه، و على هذا الاساس لا يعتبر السكوت العمدي تدليسا، فلابد على المتعاقد ان يحتاط لنفسه عند اقدامه على ابرام العقد،خاصة و انه من المعروف عند العامة ان البائع لا يذكر الا محاسن المبيع و يسكت عن مساوئه[1] .

اما القضاء الفرنسي فقد ذهب الى ان كتمان المعلومات عمدا من اجل اخفاء امر لو علم به المتعاقد الآخر لما ابرم العقد يعتبر من قبيل التدليس السلبي، و في هذا الاطار ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى ان مجرد صمت احد طرفي العقد يعتبر تدليسا كلما كان الغرض منه اخفاء امر لو علم به المتعاقد الآخر لما ابرم العقد[2].

و مع اتجاه القضاء الى ان السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر نوع من انواع التدليس،فان هذا يؤدي الى قيام التزام بالاعلام على عاتق الساكت اذا اخل به يعتبر تدليسا يستطيع معه المدلس ان يطلب ابطال العقد.

كما ان القضاء قرر في العديد من الحالات قيام التزام على المحترفين بتقديم النصح للمتعاقدين معهم و اعلامهم بكل ما يتعلق بظروف التعاقد،حتى يتحدد في ضوئها رضا المتعاقد المستهلك[3].

و في غياب راي المشرع في اعتبار الكتمان تدليسا ذهب بعض الفقه الفرنسي [4] الى انه لا يعتبر الكتمان تدليسا في العقود التي قررها المشرع صراحة كعقد التأمين فقط . انما في كل مرة يكون المتعاقد بسكوته الارادي قد اخل بمبدا حسن النية الذي يعتمد عليه المتعاقد الآخر . فالسكوت العمدي يعتبر تدليسا في كل مرة يخل المتعاقد بالتزامه بالاعلام الذي رتبه عليه سواء القانون او الاتفاق، و تطبيقا لهذا فان المشرع الجزائري قد رتب على المتعاقد التزاما عاما بالاعلام عندما يتعلق الامر بواقعة او ملابسة يجهلها المستهلك و تكون مؤثرة و يكون التزامه على وجه الخصوص اذا تعذر على المستهلك المدلس عليه ان يعلم بالوقائع و الملابسات المؤثرة دون ان يعلمه بها المتعاقد معه.

و من خلال كل ما تقدم يظهر التطابق بين ضرورة حماية المستهلك و اعتبار الكتمان تدليسا خاصة من الجانب الذي يتعلق بضعف المستهلك و قلة قدرته المعرفية و الفنية بشأن المعقود عليه.

[1]- علي فيلالي المرجع السابق ص :129.

[2] -CaSS.CIV.15JANV.1971.BULL..CIV.III P25.

[3]-حسن عبد الباسط جمعي .أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد.المرجع السابق ص:81

[4] MAZEAUD (H.L et J) et CHABAS (F) leçons du droit civil ;obligations théorie générale Montchrestien 8e éd 1991 .p 170

و نكتشف مجالا آخرا من مجالات حماية المستهلك من خلال نظرية التدليس و هو المعيار الذي يتم من خلاله وجود الحيل فانه على الرغم من ان المستهلك ملزم باثبات ان الحيل التدليسية هي التي دفعته الى التعاقد الا انه في نفس الوقت يقدر اندفاعه من خلال معيار ذاتي بحيث يركز على حالة المستهلك المدلس عليه من حيث الخبرة و الذكاء، ذلك انه وفقا لهذا المعيار فانه يقدر ما اذا كانت هذه الحيل التي لجا اليها المحترف جسيمة او غير جسيمة و مدى تاثيرها على المستهلك نفسه و عليه فإن وجود التضليل مرتبط بكل متعاقد على حده[1] و لابد من الاعتداد بنية المستهلك أي المدلس عليه حتى يتم التعرف على دوافع المتعاقد بالنسبة اليه لان الواقع العملي اثبتت ان المدلس او المهني يختار دائما الاشخاص الاقل خبرة،او المقدرة على اكتشاف ذلك التدليس.

و من هنا يظهر تطابق اخر بين وضع المدلس عليه و بين ما آل اليه وضع المستهلك في ظل ما اتسمت به المعاملات في الوقت الراهن كما بينته الدراسة في مواضع سابقة و في هذا يرى الفقه[2] ان تقدير الصفة التي تحدد التدليس مرتبط وفقا لدرجة خبرة المستهلك بالاضافة الى الثقة التي يجعلها في المحترف او المتعاقد الآخر.

اما في مجال الاثبات فانه على خلاف ما اشترطه المشرع بالنسبة لنظرية الخطأ نجد ان المشرع لم يشترط لامكان التمسك بالتدليس نفس الشروط التي سبق ان الزم بها المتعاقد تلقائيا و هي ان يكون الغلط جوهريا، و ان يقع على صفة من صفات المتعاقد الآخر،او صفات الشيء محل العقد.

و هذا لما يظهر من جهة ان التدليس لا يكون الا عمديا و من جهة ثانية الاعتبار في التدليس اعمالا ايجابية تتمثل في وجود حيل تدليسية ، فهنا من الطبيعي ان يخفف من عبء الاثبات الذي يقع على عاتق المستهلك.

و يبقى ان نؤكد تطابق حماية المستهلك و نظرية التدليس في مجال الجزاء المترتب عليه و المتمثل في ابطال العقد،حيث يكون للمستهلك الحق في ابطال العقد او الابقاء عليه كما هو. و له الحق كذلك ان يختار بين المطالبة بالتعويض و بين ابطال العقد او ان يجمع بينهما،على اعتبار ان الحيل التدليسية هي من قبيل الافعال التي يقوم بسببها ركن الخطأ في المسؤولية[3]، و على هذا يرى الفقه في فرنسا ان

[1]- عبد الرزاق السنهوري.المرجع السابق. ص:268.

[2] -FERRIER (Didier) la protection des consommateur p 53.

[3]- حسن عبد الباسط جميعي .اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد.مرجع سابق.ص:76.

التدليس يعيب رضاء الضحية الذي هو المستهلك و من ناحية اخرى يشكل خطأ لمرتكبه الذي هو البائع و المحترف[1].

وكتقييم لمدى مساهمة نظرية التدليس في حماية المستهلك نستطيع ان نقول و على خلاف نظرية الغلط انها كافية الى حد بعيد في حمايته في مرحلة ابرام العقد.

[1] MAZEAUD (H.L et J) et CHABAS (F) leçons du droit civil ;obligations théorie générale op cit n°197 p 179.

الفصل الثاني

مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بمحل العقد

لقد اثار ركن المحل تساؤلات فقهية ذلك ، ان الفقه انقسم بشانه ، فالقسم الأول يرى ان محل العقد هو العملية القانونية التي تراضى الاطراف على تحقيقها ، و القسم الثاني يرى في محل العقد الاداء الذي اتفقت عليه ارادة المتعاقدين و هناك راي ثالث يرى ان محل عقد البيع اذا ما اخذنا عقد البيع نموذجا، انه يتمثل في السلعة المبيعة من ناحية،و من ناحية اخرى في الثمن[1] و يخضعان في تحديدهما في الواقع العملي لسلطة البائع بشكل يخل بالتوقعات المشروعة للمستهلك العادي الذي لا تتوفر لديه الخبرة .

و هذا الراي هو الذي يهمنا في هذه الدراسة، و كما سبق و ان تناولنا اثر نظرية عيوب الرضا في حماية المستهلك سنحاول تبيان هذا الاثر بالنسبة الى محل العقد من خلال شروطه طبقا للاحكام الواردة في المواد من :92 الى 95 من القانون المدني الجزائري و الذي استعمل مصطلح محل العقد.

و في هذا الاطار تثور المشكلة بسبب قصور في تعيين محل العقد في مرحلة ابرام العقد و هذا ما يبرر التعرض اليها في هذا المقام و حتى نوضح اثر المحل في تحقيق حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد سوف نتناول الشروط المرتبطة بمحل العقد و كذا الثمن ما يلي :

المبحث الأول : الشروط الواجب توافرها في محل العقد .

المبحث الثاني : الشروط المرتبطة بالثمن.

[1]- عبد الباسط جمعي .اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد.مرجع سابق.ص:19.

المبحث الأول

شروط الواجب توافرها في محل العقد

بالرجوع الى نصوص المواد من92 الى 95 من القانون المدني الجزائري نجد ان شروط المحل هي ان يكون معينا ، قابلا للتعيين و ممكننا و ان يكون مشروعا. و سنتناول في هذا المقام ما يتناسب مع الدراسة و ما يمكن ان يؤثر في حماية المستهلك، ذلك اننا سنتناول شرطي المحل المتمثلين في التعيين او القابلية للتعيين، و ان يكون ممكننا و هذا ما سنتناوله من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : ان يكون المحل معينا او قابلا للتعيين .

المطلب الثاني : ان يكون المحل ممكنا

المطلب الأول

المحل معيننا او قابلا للتعيين

نصت المادة 94 من القانون المدني الجزائري . على انه" اذا لم يكن محل الالتزام معيننا بذاته وجب ان يكون معيننا بنوعه و مقداره و الا كان العقد باطلا " و يعتبر تعيين المحل ذا اهمية كبيرة بالنسبة للمستهلك، لانه يلعب دورا كبيرا في تحديد موقفه و اتخاذ قرار التعاقد من عدمه[1]. ذلك انه اذا كان التعيين غير كاف فكثيرا ما يؤدي الى عدم تفاهم الاطراف وعدم قيام العقد، و على هذا الاساس فلابد ان يعلم المدين جيدا بمضمون العقد . غير انه اذا كان تعيين المحل امرا ضروريا فهذا لا يعني انه يجب في كل مرة ان يكون معيننا تعيننا دقيقا،انما يكفي ان يكون قابلا للتعيين و هذا ما نصت عليه المادتين 94 و356 من القانون المدني الجزائري .

ان العمل على سلامة العقود هو ما يبرر وجود هذا الشرط خاصة في ظل عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين[2] التي ترافق جل المعاملات في الوقت الحالي نظرا لاختلاف المستوى المعرفي و التقني بين المحترف و المستهلك و نتناول من العناصر في هذا الشرط ما يمكن ان يهمنا و يوضح اثر هذا الشرط في تحقيق حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد الذي يكفي لانعقاده طبقا للقواعد العامة أن يكون المبيع معيننا او قابلا للتعيين وقت العقد.

[1]- ارجع في ذلك الى علي فيلالي المرجع السابق ص:176.
[2]- احمد محمد الرفاعي المرجع السابق ص:105.

و نشير الى ان المعاملات الحديثة اظهرت العديد من المشاكل ازاء تعيين محل العقد، و هنا نطرح تساؤل مهم و هو ما مدى مساهمة القواعد العامة في تعيين محل العقد في تحقيق حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد في ظل التعاملات الجديدة ؟.و نجيب على هذا السؤال من خلال دراسة تعيين المحل و اثر القواعد العامة في تعيين محل العقد و هذا من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعيين محل العقد وفقا للمعاملات الحديثة

الفرع الثاني : اثر القواعد العامة في تعيين محل العقد على تحقيق حماية المستهلك

الفرع الأول

تعيين محل العقد وفقا للمعاملات الحديثة

بما انه في هذه الدراسه قد تناولنا عقد البيع نموذجا فنقول ان هذا العقد اصبح تحت سيطرة و سلطة البائع ، الشيء الذي يخل بالتوقعات المشروعة للمشتري او المستهلك العادي وهذا ما يؤدي الى عدم كفاية القواعد العامة في تحديد المحل في تحقيق توازن العقد.

وكما سبق ذكره ان المعاملات في ظل التطور الصناعي والتكنولوجي و كذا الاقتصادي . خلقت عدم توازن عقدي هائل بين الاطراف المتعاقدة ، الشيء الذي يسمح و يشجع البائع بتضمين العقد شروطا يهدف من ورائها التخفيف من الزاماته في حين يرهق كاهل المشتري بالتزامات في غير استطاعته واذا ما طبقنا هذا على احكام العقد نجد ان المستهلك يفاجأ حين يسلم له البائع المبيع على غير ما تم تحديده في العقد.ذلك انه يتضح فيما بعد ان العقد قد تضمن شروطا تفيد امكانية تسليم شيء مختلف في مواصفاته على ما تم الاتفاق عليه.

انه يمكننا ان نتصور ان محل العقد لابد ان يكون متطابقا مع ما تم الاتفاق عليه بين البائع و المستهلك ، و هذا حتى يمكن حماية المستهلك و تجنيبه تسلم شيء لم يختره هو ، غير ان هذا التصور لا يمكن ان يستقيم مع وجود الشروط التي يضعها البائع المحترف للتخلص من هذه القيود [1].

و ما يمليه المنطق انه ان استطاع المشتري ان يثبت ان الشرط الذي وضعه البائع يؤدي الى تجهيل المبيع فان له الحق في ان يتمسك بالبطلان المطلق للعقد .على ان البائع يكون عادة قد تحصل على مقدم الثمن او الثمن كله قبل التسليم و اكتشاف المشتري لاختلاف مواصفاته عن تلك الاوصاف التي تم

[1]-عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 21

تحديدها قبل التعاقد [1]. و على هذا الاساس تركز حماية المستهلك في مجال تعيين محل العقد من خلال العمل على عدم وقوعه تحت رحمة المتعاقد الآخر او سيطرته، فلا يمكن تصور وجود العقد الا بتعيين او قابلية تعيين ما يلتزم به كل متعاقد[2].

الفرع الثاني

اثر القواعد العامة في تعيين محل العقد على تحقيق حماية المستهلك

يظهر موقف المشرع الجزائري ازاء تحقيق حماية المستهلك من خلال تعيين محل العقد في الحكم الذي جاءت به المادة 94 من القانون المدني الجزائري التي وسعت في مفهوم التعيين فلم تشترط بالضرورة ان يكون المحل معينا بذاته بل سمح بأن يكون معينا بنوعه ومقداره . كما يظهر موقفه من خلال ما جاء في المادة 352 من القانون المدني الجزائري[3] التي تنص على انه : "يجب ان يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم الكافي اذا اشتمل العقد على بيان المبيع و اوصافه الاساسية بحيث يمكن التعرف عليه ". فرغم ان المشرع لم يكتف بالقواعد العامة في تعيين المبيع حيث استلزم العلم الكافي ، الا انه اكتفى لدى تعريفه بأنه ذلك الذي يؤدي الى بيان المبيع و اوصافه الاساسية بيانا يمكن من تعرفه .

من خلال هذين النصين يظهر ان المشرع الجزائري لم يكن متشددا في تحديد اوصاف المبيع وهو نفس المنهج الذي انتهجه المشرع المصري و الفرنسي.ذلك ان المشرع الفرنسي نص في المادة: 1108 من القانون المدني الفرنسي على ان محل العقد هو المحل الذي يتم تحديده في العقد الذي يعتبر أساسا للإلتزام .كما ورد بنص المادة في 1129 من نفس القانون على انه " يجب ان يكون محل الالزام شيئا محددا على الاقل من حيث نوعه اما مقدار الشيء فيمكن ان يكون قابلا للتحديد".

وعلى هذا ذهب رأي الفقه المصري[4] الى ان فهم النصوص التشريعية على هذا النحو يؤدي الى قبول الشروط التي تسمح للبائع بتعديل اوصاف المبيع بما انها لا تؤدي الى تعيين نوعه ولكن دون المساس بحق المشتري في التمسك بالبطلان المطلق للعقد كلما استطاع ان يثبت ان الشروط التي تضمنها العقد قد ادت الى تجهيل المبيع.

[1]- عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص 24
[2]- حسام الدين الاهواني النظرية العامة للالتزام الجزء الاول المصادر الارادية للالتزام دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 2000 ص257
[3]- يقابلها المادة 419 من القانون المدني المصري .
[4]- عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 357.

مما تقدم يتضح ان حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد من خلال تعيين المحل غير كافية ومازالت قاصرة على تحقيق الاهداف المرجوة منها نصا و هو ما اثبتته الدراسة والواقع ، ذلك ان المستهلك يجد نفسه امام طلب الابطال. لان طلب ابطال العقد او التمسك به ياتي بعد استلام البائع للثمن . فالمستهلك بالرغم من انه لم يستلم المبيع بالصورة التي تحقق غرضه من التعاقد .فنجده يتحمل معناة و مصاريف المطالبة القضائية بكل مايترتب عليها من ضياع جهد و وقت و نفقات .وهذا ما يجعله يفضل الابقاء على العقد بدلا من ان يحرم من السلعة او الخدمة بصفة كاملة ومن هنا تتجلى عدم كفاية الحماية التي توفرها النصوص التشريعية لهذا المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

المطلب الثاني

ان يكون المحل ممكنا

طبقا لنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري.التي تنص على انه " اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته او مخالفا للنظام العام او الاداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا " و بمفهوم المخالفة نجد ان من شروط المحل ان يكون ممكنا ، و حتى يتحقق هذا الشرط لا بد من توافر عنصرين اساسين نتناولهما من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : ضرورة امكانية المحل .

الفرع الثاني : قابلية محل الالتزام للتنفيذ.

الفرع الأول

ضرورة امكانية المحل

طبقا لهذا الشرط يجب ان يكون الشيء محل الالزام موجود قبل نشوء الالزام او اثناءه لكي ينعقد العقد .ويظهر عدم وجود الشيء في صورتين .الصورة الاولى تتمثل في عدم سابقة الوجود اما الصورة الثانية هي ان يكون المحل موجودا ثم يهلك او يتعرض للتلف كليا[1] .ويرجع انعدام الشيء الى حالتين انعدام الشيء اصلا او هلاكه.

فانعدام الشيء اصلا يعني انه لم يكن موجودا اصلا و سوف لن يوجد في المستقبل كأن يتعاقد شخص على سيارة غير موجودة تماما.فهذه الحالة و ان كانت نادرة الا انه ينعدم معها قيام العقد لتخلف ركن المحل.

[1]-و في هذا نصت المادة 1601 قانون مدني فرنسي:"ان البيع يكون باطلا اذا ما هلك المبيع كليا وقت البيع."

اما هلاك الشي فيعني انه كان موجودا الا انه هلك ، كأن يقوم شخص بتأجير عين على انها موجودة وقت التعاقد بينما هي في الحقيقة كانت قد هلكت قبل ذلك ، فالتزام المؤجر في هذه الحالة والمتمثل في تمكين المستهلك من الانتفاع بالعين المؤجرة امر يستحيل تنفيذه فيتخلف بذلك شرط الامكان غير انه اذا هلك الشيء محل العقد بعد انعقاده.فهذا لا يؤثر على صحة العقد الذي ينشأ صحيحا و هو ما قضت به المادة 369 من القانون المدني الجزائري على انه "اذا هلك المبيع ففي هذه الحالة يسقط البيع و لا يكون باطلا" فهنا تنشأ فكرة تحمل تبعة الهلاك فبطلان العقد لا يكون الا بهلاك الشيء قبل او خلال ابرام العقد كأن يتنازل المستأجر عن ايجار مفسوخ . فهنا الايجار كان موجود من البداية و لكنه انقضى قبل التنازل وعليه يكون التنازل باطلا.

وتنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على انه اذا كان محل الالزام مستحيلا في ذاته او مخالفا للنظام العام او الاداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا[1]. لقد قرر المشرع من خلال هذه المادة البطلان كجزاء يترتب عند تخلف وجود محل العقد وهذا يعني ان نص المادة 93 يعد من القواعد الامرة التي لا يجوز مخالفتها حتى ولو اتفق الطرفان على ذلك.

ولا شك ان المشرع قدم للمستهلك حماية من نوع خاص تظهر من خلال اثارها في الجزاء الذي رتبه وبهذا يكون قد تصدى لكل من المنتج والبائع او المحترف الذي يريد ان يوقع بالمستهلك الضعيف .ذلك ان المحل هو ركن هام في العقد وان عدم وجوده يجعل العقد معدوما.

فهنا يرتب المشرع بطلان العقد لانعدام المحل بدون حاجة الى البحث فيما اذا كان المتعاقدين على علم بذلك . وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن عقد الايجار من الباطن يرد على حق المستأجر الأصلي في الانتفاع بالعين المؤجرة .ومفاده ان انقضاء هذا العقد ينقضي حتما بانقضاء عقد الإيجار الأصلي .ولا يغير من هذا علم المستأجر من الباطن او عدم علمه بسبب انقضاء عقد الإيجار الأصلي فيبطل عقد الإيجار من الباطن لانعدام المحل اذا كان عقد الإيجار الأصلي قد انقضى قبل إبرام الإيجار من الباطن[2]. هذا وان حماية المستهلك تتاثر كثيرا في حالة ما اذا كان الشيء غير موجود وسيوجد في المستقبل وعلى هذا فإن هذه الحماية تستوجب التشدد في شرط الوجود او امكان الوجود لانه عادة ما يتعاقد المستهلك و يتراخى وجود المعقود عليه الى وقت اخر حيث تثار غالبا مشاكل المطابقة لما تم الاتفاق عليه.

[1]- هذه المادة تقابلها 132 من القانون المدني المصري التي تنص على انه "اذا كان محل الالزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا "
[2]- نقض مدني اشار الية عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 364.

الفرع الثاني
قابلية محل الالتزام للتنفيذ

لابد من أن يكون محل الالتزام ممكننا حيث يقضي المبدأ العام انه"لا تكليف الا بمستطاع" كما ان المادة 93 من القانون المدني الجزائري نصت على انه اذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته او مخالفا للنظام العام او الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا. فلابد من التمييز بين الاستحالة التي ترجع الى الاعتبارات الشخصية للمتعاقد او الاستحالة النسبية التي لا تمنع قيام العقد،و تلك التي ترتبط باعتبارات موضوعية أي الاستحالة المطلقة التي تؤدي الى بطلان العقد.

ان في استحالة تنفيذ محل الالتزام او استحالة تسليم محل العقد ما يؤدي الى بطلان العقد و بالتالي نستطيع ان نقول ان هذا الشرط يمثل مظهر آخر من مظاهر اتساع حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد.ذلك ان القانون يرتب نفس الجزاء و هو البطلان رغم ان محل الالتزام موجود.

وعملا على تحقيق استقرار المعاملات فقد عمد الفقه الى تحديد ابعاد هذه الاستحالة و اعتبر ان الاستحالة التي تحول دون نشاة الالتزام هي الاستحالة الموضوعية أي استحالة محل الالتزام في ذاته [1]أي تكون هذه الاستحالة بالنسبة للجميع [2]و بالتالي يكون معها العقد باطل لهذه الاستحالة اذ لم يكن في استطاعة المدين او غيره من الاشخاص تنفيذ الالتزام بالتسليم هذا من جهة، و من جهة اخرى يجب توافر الاستحالة وقت انعقاد العقد [3]، كما في في حالة الالتزام بالقيام بعمل ثم يتبين ان العمل تم القيام به بالفعل كما انه اذا كان الالتزام باعطاء فانه يصعب القول باستحالة تنفيذ موضوع الالتزام لانه يمكن الحصول على هذا الشيء من أي مصدر متى كان معيننا بالنوع[4] .

من خلال ما تقدم نستخلص ان المشرع قد اعطى اهمية كبيرة للمستهلك و وفر له حماية في مرحلة ابرام العقد و هذا عندما اشترط ان يكون محل العقد معيننا او قابلا للتعيين و ان يكون ممكننا و قد اشترط في شرط الامكان ضرورة وجود عنصرين الاول يتمثل في وجود محل العقد و العنصر الثاني يتمثل في القدرة على تسليمه . كما ان المشرع قد رتب عند عدم توافر أي من هذه الشروط جزاء البطلان مساويا بذلك اثر عدم التعيين او عدم القابلية للتعيين بأثر عدم وجود المحل او عدم القدرة على

[1]-حسام الدين الاهواني المرجع السابق ص 257 .
[2]-ابراهيم الدسوقي ابو اليل مبداحرية التعاقد مضمونه و مداه دراسة تحليلية لمدى دور الارادة في التعاقد مجلة المحامي الكويتية السنة التاسعة عشر ابريل مايو يونيو 1990 ص 22
[3]-نفس المرجع ص 24 .
[4]- حسام الدين الاهواني المرجع السابق ص 265 ..

تسليمه. وان المشرع بهذا الموقف نجده وفر حماية معتبرة للمستهلك في هذه المرحلة الهامة من مراحل التعاقد، فمن جهة اجاز التعامل في الاشياء المستقبلية،و من جهة ثانية اعتبر الاستحالة الموضوعية هي وحددها فقط التي تحول دون نشوء الالتزام.

المبحث الثاني

الشروط المرتبطة بالثمن

الثمن هو المبلغ النقدي الذي يلتزم المشتري الوفاء به للبائع مقابل الحصول على المبيع[1] وعلى هذا فهو محل التزام المشتري وهو عنصر اساسي في عقد البيع لا ينعقد البيع الا اذا تم الاتفاق عليه بالاضافة الى الاتفاق على المبيع .

فالثمن هو صورة من صور محل العقد على اعتبار ان الصورة الاولى هي المعقود عليه والثانية هي الثمن وبالتالي لا تقل اهمية تحديده عن اهمية تعيين المعقود عليه على اعتبار انه يلعب دورا هاما في بناء قرار المستهلك في التعاقد او عدمه و هذا بالنظر الى امكانياته المادية مع الحرص على الا يدفع مقابلا للسلعة او ثمنا يفوق قيمتها الحقيقية[2]. و يعد الثمن في عقود الاستهلاك احد العناصر الموضوعية للعقود على اعتبار انه في حالة عدم تحديده ماينال من الوظيفة الاجتماعية للعقد كأداة ضرورية لاشباع الحاجيات الفردية[3].

و بما ان المحترف قد يرغب دائما في الحصول على الثمن حتى قبل ان يسلم المبيع للمستهلك فانه قد يشترط تعجيل الثمن و هذا ما يحرم المستهلك من حقه في استعمال الدفع المتعلق بعدم التنفيذ عندما يخل البائع بالتزاماته،هذا من جهة و من جهة اخرى فان المحترف قد يضع شروط يريد من ورائها الانفراد بتحديد الثمن او ترك تحديده في المستقبل لظروف تخرج عن إرادتيهما،هذا الشيء يؤدي بالمستهلك الى مواجهة ارتفاع الأسعار بصفة تتجاوز توقعاته التي اسس عليها قرار الاقتناء ،على اعتبار انه تعاقد من اجل الشراء في حدود إمكانياته و في نفس الوقت لا يريد ان يدفع في السلعة ثمننا يفوق قيمتها الحقيقية.

و نجد من الضروري التذكير انه يجب التفرقة بين تحديد الثمن و التسعيرة ذلك ان هذه الأخيرة تقوم بها الدولة من اجل تحقيق اهداف اقتصادية و اجتماعية في حين ان تحديد الثمن يكون من قبل الاطراف المتعاقدة (البائع و المستهلك) بشكل يسمح بتحقيق حماية للمستهلك في مواجهة البائع.

و حتى نواصل منهج الدراسة المتبع يقتصر البحث على التطرق الى الحماية التي تقدمها نظرية العقد خلال مرحلة ابرام العقد من خلال عنصر الثمن لنصل الى التوازن العقدي، وهذا بدراستنا لحالة عدم

[1]-محمد حسن قاسم.الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية و التشريعية الحديثة و تشريعات حماية المستهلك.دار الجامعة الجديدة .طبعة2011.ص:191.

[2]- حسن عبد الباسط جميعي .اثر عدم تكافؤ بين المتعاقدين المرجع السابق ص :29.

[3]- عمر محمد عبد الباقي خليفة.المرجع السابق.ص:373.

تحديد الثمن في هذه المرحلة ، و كذا ضرورة مواجهة انفراد احد المتعاقدين او الغير بتحديد الثمن و هذا من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : عدم تحديد الثمن في مرحلة ابرام العقد .

المطلب الثاني : ضرورة مواجهة انفراد احد المتعاقدين او الغير بتحديد الثمن .

المطلب الأول

عدم تحديد الثمن في مرحلة ابرام العقد

كما سبق و أن قدمنا أن المشتري يبني قرار التعاقد من اجل شراء السلعة وفقا لقدرته المالية مع الحرص في نفس الوقت على أن لا يدفع مبلغ أكثر من القيمة الحقيقية للسلعة أو الخدمة.

كما لا يتصور أن هناك عقد يتم بدون تحديد الثمن حتى مراحله الاخيرة و انما المشاكل التي قد تثور في هذا الاطار انما تكمن في عدم تحديده عند ابرام العقد،هذا الوقت الذي يتم فيه تقدير الاداءات المتقابلة لاتخاذ قرار التعاقد. غير انه قد ترد بعض الشروط في عقود مكتوبة سلفا كالعقود الخاصة بتصنيع المركبات لحساب العملاء، يكون مضمون هذا الشرط أن الأسعار الظاهرة في الوثائق و الكتالوجات و النشرات واردة على سبيل التقريب إنما الأسعار التي يتم التعامل بها فهي الأسعار المعمول بها يوم تسلم المشتري السيارة، ولو تم التسليم بعد الاعذاربانتهاء المهلة التي يجب التسلم في نهايتها.

ان التعامل بهذه الصفة و عدم تحديد السعر يضع المستهلك في حالة توتر و قلق و عدم ثقة لأنه لا يمكنه العدول عن التعاقد حتى في الحالات التي يرتفع فيها الثمن بمقدار يزيد عن توقعاته و من جهة اخرى تعتبر هذه الشروط مجحفة .و من جهة ثالثة فان عدم تحديد الثمن وقت ابرام العقد يسمح للبائع او المنتج ان يتحكم في ثمنها فيبقى المستهلك معرض لمفاجآت ارتفاع الاثمان بصفة تفوق قدراته المالية.

و على هذا يمكننا القول ان المشرع سمح بان يكون الثمن قابلا للتحديد في مرحلة لاحقة لابرام العقد،كما ان تحديد الثمن عن طريق شخص آخر غير المتعاقدين او تركه ليحدد عن طريق سعر السوق مازال قائما و معترف به من قبل اغلب الفقه.

1- تحديد الثمن بواسطة البائع او مقدم الخدمة

طبقا لنص المادة 01/356 من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه "يجوز ان يقتصر تقدير ثمن المبيع على بيان الاسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد". ان الاتجاه الفقهي[1] الذي يسمح باسناد تحديد الثمن للبائع يعتمد على انه من المستبعد ان تتجه ارادة المتعاقدين الى ان يسيطر من يترك له الاتفاق تحديد الثمن سيطرة مطلقة ، فمن وجهة نظرهم ان الطرف الذي ترك له تحديد الثمن سيقوم بهذه المهمة في حدود المعقول.الا انه بالرغم من ذلك فان اغلب الفقه في مصر و فرنسا يرفض ترك تحديد الثمن للبائع[2] .في الحقيقة انه يجب تحديد الثمن بواسطة الطرفين على اعتبار ان تقدير البائع للثمن يرهق المستهلك و يوقعه في الغبن ، كما انه إذا قدره المشتري فانه قد يبخس الثمن و يؤدي بذلك إلى غبن البائع[3].

كما انه قد يرد شرط في العقد يسمح للبائع بالانفراد في تحديد الثمن، فهذا يعني تحديد الثمن بالارادة المنفردة للبائع، وهو ما يؤدي بشكل واضح الى انعدام التراضي على الثمن و بالتالي عدم تعيينه في الاتفاق فيكون البيع باطلا بطلاننا مطلقا.

و على هذا لايجوز ترك تقدير الثمن لاحد المتعاقدين حتى و لو يشترط ان يكون الثمن الذي سيحدده عادلا على اعتبار ان ما سيتفق عليه الاطراف في هذه الحالة هو ان يكون الثمن عادلا و هذا الاتفاق في حد ذاته غير كاف لتحديد الثمن[4].

و بناء على ماسبق نعتقد بأن الشروط التي تترك تحديد او تعديل الثمن من طرف البائع تعد باطلة و تؤدي بدورها الى بطلان العقد.

2- تحديد الثمن بواسطة الغير

قد يتفق المتعاقدان على ان يقوم شخص أجنبي عنهما بتقدير الثمن ، و في هذه الحالة لا يكون الثمن مقدرا وقت ابرام العقد ، و إنما قابلا للتقدير. فاذا قام الأجنبي بهذه المهمة التزم كل من المشتري و البائع بالثمن الذي حدده . فقد نص المشرع الفرنسي صراحة بجواز ترك تحديد الثمن في عقد البيع لشخص آخر وهذا من خلال نص المادة 1592 من القانون المدني. والتي تجيز لطرفي عقد البيع ان

[1]- حسن عبد الباسط جميعي اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين المرجع السابق ص: 31 .
[2]- نفس المرجع ص :31.
[3]- خليل احمد حسن قدادة.الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء(عقد البيع) ط 2000 ص:90.
[4]- نفس المرجع ص:90.

يتركا تعيين الثمن لحكم اجنبي [1] ، بينما في التشريع المصري والجزائري لم يرد نص يقضي بتفويض الغير من اجل تحديد الثمن . وان وجود نص صريح في القانون المدني الفرنسي يفوض للغير تحديد الثمن ، فهذا ادى لظهور مشكلات عملية .الا ان الجهود التشريعية و القضائية الحديثة تمشيا مع ضرورة حماية المستهلك قيدت هذه المكنة الى اقصى حد ممكن عملا على الحد من اضرار هذه المشكلات خاصة في عقود الاستهلاك[2].

ويرى الاستاذ حسن عبد الباسط جميعي و هو راي منطقي جدا ، انه لا يجوز ترك تقدير ثمن المبيع للغير على اطلاقه، فلا يمكن الاستناد الى نص المادة 01/356 من القانون المدني الجزائري التي تسمح بتحديد الثمن بالاعتماد على بيان الاسس التي يتم تحديده بمقتضاها، حتى نقبل بالشروط التي يضعها البائع لترك تحديد الثمن للمنتج او الموزع بما قد يخل بتوقعات المستهلك و قدرته المالية،ذلك ان الارادة المنفردة للمفوض او الغير الذي يحدد الثمن لايمكن اعتبارها اساسا موضوعيا لتحديد الثمن[3].

و على هذا يمكن ان نقول ان ترك تحديد الثمن من الغير مع عدم بيان اسس موضوعية لتحديده هو يسبب وجود الشروط المجحفة في بعض العقود التي تؤدي الى تجهيل الثمن ، و بالتالي لبطلان العقد لعدم تعيين الثمن فيه تعيينا نافيا للجهالة. غير ان البعض[4] يرى ان المفوض يلتزم في تحديد الثمن بالقيمة الحقيقية التي يساويها المبيع فهو يحدد بمعيار موضوعي ينفي الجهالة عن الثمن،على اعتبار ان هذا الغير يكون من اهل الخبرة.

لكن اذا اخذنا بضرورة تعيين الغير لتحديد الثمن نظرا للحاجة الملحة لذلك في اطار المعاملات الحديثة فانه لابد من تقرير حق المستهلك في طلب ابطال العقد في مثل هذه الحالات خاصة اذا كان هناك تواطؤ من البائع و استطاع المستهلك ان يثبته، فعلى المشرع استحداث وسائل يرجع اليها المستهلك عند المنازعة و هذا للوصول الى توازن عقدي.

3 – مدى امكانية تحديد الثمن في وقت لاحق لابرام العقد

على خلاف ما يعتقده البعض ان خطورة عدم تحديد الثمن لحظة ابرام العقد تكمن في سماح المشرع تكمن في الاعتماد على الاسس التي يمكن من خلالها تحديد الثمن ، ذلك انه من خلال المادة

[1]- يعاب على هذا النص استعمال لفظ التحكيم فالغير المعين بواسطة الطرفين في مفهوم النص لايمكن اعتباره حكما نظرا لعدم وجود النزاع بين الاطراف.
[2]- حسن عبد الباسط جميعي .اثر عدم تكافؤ بين المتعاقدين المرجع السابق ص :37.
[3]-نفس المرجع ص 37
[4]- نفس المرجع ص :38.

356 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الاولى التي اجازت ان يقتصر تقدير الثمن على بيان الاسس التي يمكن تحديد الثمن من خلالها. لكن من خلال الدراسة الدقيقة لاحكام هذه المادة فإنها لم تترك المستهلك تحت رحمة البائع من جهة و من جهة اخرى فان هذا لا يعني تجهيل الثمن ولكنها امور قد يفرضها العرف او تفرضها طبيعة المعاملة، بحيث انه ليس من الضروري تحديد الثمن وقت ابرام العقد على اعتبار انه امر سيتحقق يقينا في المستقبل . و انه حفاظا على استقرار المعاملات فان العقد لا يحتاج لاتفاق جديد بين الاطراف لتحديد الثمن.

ولكن قد تثور مشكلة جدية في احكام المادة 356 /01 عندما يتفق المتعاقدان على اسس من اجل تحديد الثمن، ولكن لا يمكن البناء عليها لتحديد الثمن وقت ابرام العقد، ذلك انه لا يوجد ما يمكن الاستناد اليه في تحديد مدى صحة الشروط المتعلقة بتحديد الثمن،الشيء الذي يجعل العقد يتجه الى البطلان،و على هذا فان وجود مثل هذه الشروط في ظل عدم توافر الحماية الكافية للأطراف الأقل خبرة أو كفاءة له اثر سلبي على استقرار المعاملات[1].

و في هذا السياق انتقدت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في 1995/05/10 حكما لمخالفته نص المادة 1591 من القانون المدني الفرنسي عندما قرر ان الثمن يقبل التحديد في حين ان المقدار النهائي للثمن كان موضوعا لتحديد لاحق، في ضوء الاعمال التي لم يتحدد مداها او تكلفتها[2].

و على هذا اهتم المشرع الجزائري و هذا دائما لحماية المستهلك بوضع امثلة للاسس التي يمكن على ضوئها تحديد الثمن، و منها سعر السوق، و السعر المتداول في التجارة و السعر الذي يجري التعامل به بين المتعاقدين[3].

فالمشرع الجزائري و حرصا منه على تقديم حماية اكثر للمستهلك فقد نص في المادة02/356 على انه " اذا اتفق على ان الثمن هو سعر السوق، و جب عند الشك ان يكون الثمن سعر السوق في المكان و الزمان الذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري فاذا لم يكن في مكان التسليم سوق و جب الرجوع الى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف ان تكون اسعاره هي السارية ".

[1]- حسن عبد الباسط جميعي اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين المرجع السابق ص 29 .

[2]- عمر محمد عبد الباقي خليفة.المرجع السابق.ص:378.

[3]- تنص المادة 357على انه (اذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين من ان المتعاقدين قد نويا الاعتماد على السعر المتداول في التجارة او السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما).

و تجدر الاشارة الى ان حماية المستهلك في حد ذاتها تجعل الاطراف في حالة اتفاقهما على تحديد الثمن في وقت لاحق على ابرام العقد،ان يحددا وسيلة لا تعتمد على ارادة احدهما و هذا لتفادي اية منازعة مستقبلا تؤدي الى ابطال العقد.

و نصل في النهاية الى ان تحديد الثمن وقت ابرام العقد تخضع لتاثير العديد من العوامل التي تتحكم فيه ، فالمركز الاقتصادي للمنتج او البائع و كذا ندرة السلعة او الخدمة و الحاجة الملحة للمستهلك ايضا، كل هذا يؤدي الى ارتفاع الاسعار، و هذا ما يشكل خطورة على المستهلك في مرحلة ابرام العقد،و على هذا يجب ان يؤخذ كل هذا بعين الاعتبار من خلال سن قوانين لحماية المستهلك ، تتماشى مع الواقع المعاش و مواكبة التطورات السريعة التي يفرضها الواقع الاقتصادي،حتى يكون الثمن عادلا، بحيث يعبر عن القيمة الواقعية للمحل المبيع.

المطلب الثاني

ضرورة مواجهة انفراد احد المتعاقدين او الغير بتحديد الثمن

ان استقلال احد الطرفين بتحديد الثمن كما سبق بيانه يؤدي الى انعدام التراضي و هو يعني ايضا عدم وجود اتفاق بين الإرادات بخصوص هذا العنصر الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد.فان الفقه في مصر[1] يرفض مثل هذا الشرط و جعل مصيره البطلان ، رغم ان المستهلك قد قبل به و رغم ان هذا قد يكون تطبيقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

و يجد هذا الاتجاه اساسه في انفراد احد المتعاقدين بتحديد الثمن ما يؤدي الى الغبن و في هذا يقول الاستاذ السنهوري "ان تعيين الثمن او قابليته للتعيين يجب ان يكون متفقا عليه من المتبايعين فلا يستقل به احدهما دون الآخر،.فلا يستقل به البائع لأنه قد يغبن المشتري و لا يستقل به المشتري لأنه قد يبخس الثمن فيغبن البائع" . و على هذا الاساس يجب ان يقيد اتفاق المتعاقدين بأن يحدد احدهما الثمن في اطار الثمن المعقول او العادل .

غير انه قد يؤدي الثمن المعقول او العادل الى المنازعة ايضا لاختلاف وجهات النظر بالنسبة اليه،و هو ما يتعارض مع ما تطلبه المشرع من ان تكون الاسس التي يضعها المتعاقدان لتحديد الثمن غير مؤدية او منتهية بنزاع.و يظهر هذا الاتجاه ايضا في قضاء محكمة النقض الفرنسية[2] و التي

[1]- عمر محمد عبد الباقي خليفة.المرجع السابق. 378.
[2]- ارجع الى ذلك بالتفصيل الى نفس المرجع ص:390.

حكمت برفض الطعن المقدم من البائع في الحكم المستأنف الصادر بابطال عقد بيع تضمن شرطا مؤداه تقدير الثمن يوم تسليم البضاعة.

كذالك فانه غالبا ما يكون شرط تحديد الثمن بواسطة احد المتعاقدين مصحوبا بان يتم التحديد بعد ابرام العقد،و يرى الفقه في هذا الصدد[1] ضرورة بطلان العقد حيث يرى انه لا يجب ان يكون تعيين المحل لاحق لابرام العقد خاضع لارادة المتعاقدين او لأحدهما، فيبطل البيع الذي يتم الاتفاق فيه على ان يكون تحديد الثمن لاحقا بمعرفة احد المتعاقدين.

و نستخلص من كل ماسبق ان المستهلك لا يستوعب خطورة نتائج الاخذ بهذا الشرط من الناحية العملية رغم امكانية التمسك بالبطلان، و على هذا الاساس فانه من الاجدر التصدي لهذا الشرط،لأنه في الحقيقة يهدر مصالح المستهلك،خاصة اذا كان هذا المستهلك مظطرا لقبول السلعة او الخدمة بالثمن المحدد من قبل المنتج او البائع،لأنه في حاجة ماسة اليها او انه لا يريد اضاعة الوقت،بالاضافة الى الجهد و المصاريف التي يتحملها اذا لجأ الى القضاء لإثبات حقه.

[1]- عمر محمد عبد الباقي خليفة.المرجع السابق ص:391.

ملخص و نتائج الباب الثاني من القسم الأول

في اطار المحاولة عن البحث عن مدى الحماية التي وفرها المشرع للمستهلك اثناء مرحلة ابرام العقد، نجد ان كل من الفقه و القضاء والكثير من التشريعات الحديثة او جدوا حماية تتجسد في المرحلة التي تنتهي بإبرام العقد ، وتظهر هذه الحماية خاصة في أركان العقد ، أي حماية ركن الرضا، ومحل العقد المراد إبرامه ، ذلك أن وضعية المتعاقدين أصبحت متفاوتة جدا من حيث المعرفة على اعتبار ان البائع يكون محترفا وعلى دراية كبيره بمقومات محل التعاقد ، و بالمقابل يكون المشتري أو المستهلك قليل المعرفة بالتفصيلات الفنيه و الدقيقة لهذا المحل ، وبالتالي يكون رضاه غير مستنير عند إقدامه على مرحلة إبرام العقد. وعلى هذا الأساس تم إيجاد حماية تساعد على خلق إرادة صحيحة و توفر لها سلامتها و فعاليتها و كذلك محلا يمكن تعيينه وتحديده.و في هذا الصدد تم طرح اشكالية تتمثل في كيف تظهر الحماية التي وفرها المشرع للمستهلك في هذه المرحلة ؟

و على هذا خصصت الباب الثاني من القسم الأول لدراسة حماية المستهلك اثناء مرحلة ابرام العقد و قسمت هذا الباب الى فصلين :

حيث تناولت في الفصل الأول مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بارادته على اعتبار ان الارادة هي اساس التعاقد فاذا صحت صح التعاقد معها و اذا انعدمت بطل التعاقد و هي بذلك تلعب دورا هاما في مرحلة التعاقد لان الاصل في ابرام العقود هو مبدا سلطان الارادة .

ولقد قسمت هذا الفصل الى مبحثين ، تناولت في المبحث الأول قوة ارادة المستهلك في تكوين العقد و في المبحث الثاني اثار عيوب الرضا و علاقتها بحماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي . و في هذه المرحلة بالذات توصلت الى النتائج التالية :

أن نظرية الغلط بالشكل الذي جاء به المشرع و بالشكل الذي تناولته الدراسة لا توفر حماية حقيقية للمستهلك على اعتبار أنه طبقا لهذه النظرية فهو ملزم بإثبات أنه وقع في غلط جوهري دفعه الى التعاقد كما عليه أن يثبت اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر ومن هنا تظهر مظاهر ضعف هذه النظرية .

وكتقييم لمدى مساهمة نظرية التدليس في حماية المستهلك نستطيع ان نقول انها كافية الى حد بعيد في حمايته في مرحلة ابرام العقد.

اما في الفصل الثاني تناولت من خلاله مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بمحل العقد ، و قسمته الى مبحثين تناولت في المبحث الأول الشروط الواجب توافرها في محل العقد و في المبحث الثاني الشروط المرتبطة بالثمن و توصلنا الى النتائج التالية :

ان هذه الحماية في مرحلة ابرام العقد من خلال تعيين المحل غير كافية ومازالت قاصرة على تحقيق الاهداف المرجوة منها نصا و هو ما اثبتته الدراسة ، والواقع ، ان المستهلك يجد نفسه امام طلب الابطال. لان طلب ابطال العقد او التمسك به ياتي بعد استلام البائع للثمن . فالمستهلك بالرغم من انه لم يستلم المبيع بالصورة التي تحقق غرضه من التعاقد .فنجده يتحمل معناة و مصاريف المطالبة القضائية بكل مايترتب عليها من ضياع جهد و وقت و نفقات .وهذا ما يجعله يفضل الابقاء على العقد بدلا من ان يحرم من السلعة او الخدمة بصفة كاملة ومن هنا تتجلى عدم كفاية الحماية التي توفرها النصوص التشريعية لهذا المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

اما فيما يتعلق بتحديد الثمن نستنتج ان عملية تحديد الثمن وقت ابرام العقد تخضع لتاثير العديد من العوامل التي تتحكم فيه ، فالمركز الاقتصادي للمنتج او البائع و كذا ندرة السلعة او الخدمة و الحاجة الملحة للمستهلك ايضا، كل هذا يؤدي الى ارتفاع الاسعار، و هذا ما يشكل خطورة على المستهلك في مرحلة ابرام العقد،و على هذا يجب ان يؤخذ كل هذا بعين الاعتبار من خلال سن قوانين لحماية المستهلك ، تتمشى مع الواقع المعاش و تواكب التطورات السريعة التي يفرضها الواقع الاقتصادي، حتى يكون الثمن عادلا، بحيث يعبر عن القيمة الواقعية للمحل المبيع.

القسم الثاني

حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد و تعويضه عن الاضرار التي تصيبه بسلامته

اذا وفر المهني كل مقومات العقد الصحيح التي بموجبها يكون المستهلك قد حرر ارادته من كل القيود ، و في نفس الوقت لم يشوبها اي عيب من عيوب الارادة كما انه تم تعيين محل العقد تعيينا نافيا للجهالة سواء فيما تعلق بالمعقود عليه او بالثمن ، يكون المستهلك قد دخل مرحلة تنفيذ العقد التي تبدا بوضع محل العقد بيد المستهلك ، و هنا تقع بعض المشاكل العملية التي تؤدي الى وقوع اضرار بالمستهلك و بسلامته يستوجب جبرها و التعويض عنها و على هذا الاساس سوف نتناول في هذا القسم ما يمكن ان يتعرض له المستهلك من مشاكل عند تسليم و تسلمه للمحل ، وكذا كيفية تعويضه عن الاضرار التي قد تصيبه نتيجة استعمال محل التعاقد و هذا من خلال بابين على النحو التالي :

الباب الأول : المشاكل التي تظهر عند تسليم المحل

الباب الثاني : نظام تعويض المستهلك عما يصيبه من اضرار تمس بسلامته

الباب الأول

المشاكل التي تظهر عند تسليم المحل

أشارت الدراسة في قسمها الأول إلى أن حماية المستهلك في مرحلتي التفاوض وإبرام العقد، تتعلق غالبا بالإرادة والرضا من جهة ، وبالعقد وشروطه من جهة أخرى ، أما فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ العقد فإن هذه الحماية تصطدم بمشكلات تتعلق بتسليم محل العقد .

و تبدا مرحلة تنفيذ العقد بمجموعة من الالتزامات على عاتق البائع او المهني جاءت بها القواعد العامة في القانون المدني في صورة مجموعة من الحقوق يستفيد منها المستهلك او المشتري، والتي تعد من وسائل الحماية الخاصة له و تستمد مصدرها اما من القانون او من العقد .

وعلى اساس ان الدراسة تنطبق على عقد البيع كنموذج فإن أهم ما يمكن أن يظهر من مشاكل هو أن يتم تسليم مبيع معيب لا يؤدي الغرض الذي تم العقد من أجله ، هذا بالإضافة إلى أن السلع بالنظر إلى التطور التكنولوجي فإنها غالبا ما تكتسب بعض صفات الخطورة تجعل المنتج ملزم بضمان أمن وسلامة المستهلك عند تسلمه وحيازته هذه السلع واستعمالها .غير أنه قد تكون السلعة لا يشوبها أي عيب وليست خطرة إنما هي مخالفة للمواصفات المتفق عليها في العقد ، بحيث تصبح غير صالحة للاستعمال الذي خصصت من أجله .

وفي هذا المقام تحاول الدراسة أن تلقي الضوء على هذه المشكلات التي تبين لنا مدى قدرة أحكام العقد للقيام بدور حماية المستهلك إزاء هذه المشكلات خاصة في ظل عدم توازن عقدي ، و تظهر حماية المستهلك و ضمان سلامته من خلال التزام البائع بضمان العيوب الخفية ، و التزامه بتسليم مبيع مطابق للمواصفات و هذا ما سنبينه من الفصلين التاليين :

الفصل الأول : إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية كوسيلة لضمان السلامة

الفصل الثاني : إلتزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات

الفصل الأول

إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية كوسيلة لضمان السلامة

إن ضمان العيوب الخفية هو وسيلة جيدة في يد المستهلك تؤدي إلى إلزام البائع بتسليم مبيع خال من العيوب [1] التي تنقص من قيمته أو من الانتفاع بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ، ذلك أن الانتفاع يعد شرطا من شروط البيع .فيعتبر هذا الالتزام التزام بتحقيق غاية [2]، ويلتزم البائع بضمان العيوب الخفية على اعتبار أن المشتري اخذ في الاعتبار عند تحديد الثمن الفائدة المرجوة من المبيع ، فإذا كان في المبيع عيب ينقص من مقدار هذه الفائدة فإن وجود الثمن تحت يد البائع بلا مبرر مشروع [3] .

ويجد هذا الالتزام سنده في نص المادة 379 من القانون المدني [4] التي تنص على أنه " يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها .غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان باستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه " .

إن المشرع الجزائري قد توسع في مفهوم العيب الذي يضمنه البائع وجعله يشمل حتى تخلف صفة في المبيع كان قد كفل البائع وجودها للمشتري [5] وقد عرفت محكمة النقض المصرية [6] العيب الخفي على " أنه هو الآفة التي تخلو منها الفترة السليمة للمبيع " على اعتبار أن هذا ينقص من قيمة الشيء ومدى وفائه للغرض الذي خصص من أجله ، والأصل أن ضمان العيوب الخفية يتعلق بكل

[1] - حسن عبد الباسط جميعي ، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ، مرجع سابق ، ص 52 .

[2] -عمر احمد عيد المنعم دبش النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في عقد البيع في اطار القانون المدني رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 2009 ص 168 و ما بعدها .

[3] - أنور سلطان ، العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة ، 1992 ، ص 25 .

[4] - يقابلها نص المادة 447 ق م م والمادة 1641 ق م ق .

[5] - يطلق الفقه على تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري العيب التعاقدي على اعتبار أن البائع لا يضمنها إلا إذا اتفق عليها صراحة أو ضمنا ، محمد حسن قاسم ، الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك ، دار الجامعة الجديدة ، ط 2011 ، ص 328 .

[6] - محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، 327 .

عقود البيع بدون أي تمييز و بغض النظر كذلك عن صفة المتعاقد مع البائع سواء كان المشتري مستهلكا أم شخصا آخر .

وينشأ التزام البائع بضمان العيوب الخفية وفقا للنصوص الحالية في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع يؤدي إلى عدم صلاحيته للأغراض التي أعد من أجلها أو المتفق عليها أو إلى إنقاص قيمة هذا المبيع [1] . و يفترض التزام البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع وفقا لنصوص القانون المدني الجزائري ، أن يكون العيب خفيا لأنه إذا كان ظاهرا فهذه قرينة على أن المشتري قد قبله .

وإذا كان هناك تطور خاص في شأن مسؤولية البائع المحترف فإن ذلك قد حدث بفعل توسع القضاء في فهم النصوص القانونية على اعتبار أن النصوص المتعلقة بدعاوى ضمان العيوب الخفية لم تتغير إلا أن القضاء قد طوعها لخدمة أهداف حماية المستهلك .فقد اتجهت جهود القضاء اولا الى تقرير حق المستهلك في التعويض عن الاضرار التي تحدثها المنتوجات نتيجة ما فيها من عيوب ، ذلك انه فسر النصوص الخاصة بضمان العيوب الخفية تفسيرا يختلف عن قصد المشرع ، بحيث تكفل مسؤولية المنتج او الموزع كل الاضرار التي تلحق المستهلك في نفسه او امواله بسبب العيب الموجود في المبيع غير انه عندما ظهر للمحاكم عدم جدوى الحماية التي تحققها قواعد ضمان العيوب الخفية، قصر هذا الضمان على الهدف الذي وضع له ، اي ضمان حصول المشتري على مبيع صالح للاستعمال الذي خصص من اجله ، اما مهمة ضمان سلامة المستهلك من الاضرار التي يحدثها المبيع نتيجة العيوب تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية مستندا على فكرة الالتزام بالتسليم المطابق اولا ، ثم فكرة الالتزام بضمان السلامة الذي استوحاها من التوجيه الاوروبي الصادر سنة 1976 [2].

وفي هذا الإطار و تاسيسا على نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري .فإننا من خلال هذه الدراسة سوف نتناول كل ما يتعلق بنظرية العيوب الخفية ومدى مساهمتها في حماية المستهلك باعتبار أنه يبرم عقود مع المحترفين تتميز بتفاوت كبير جدا بين طرفيها من حيث القدرة الفنية والاقتصادية والعلمية الشيء الذي يؤثر في أحكام الضمان بصفة عامة .لآن المنتج بالنظر إلى مركزه الاقتصادي القوي فإنه يسعى دائما إلى تخفيف التزامه في جميع مراحل العقد .

[1] - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حماية المستهلك (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية بدون تاريخ الطبع ، ص 463 .

[2] –جابر محجوب علي (ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة (دراسة مقارنة في القانون الكويتي و القانونين المصري و الفرنسي(القسم الاول) مجلة الحقوق السنة العشرون العد الثالث سبتمبر 1996 ص 212)

وعلى هذا سوف نتناول في دراستنا هذه مدى تأثر شروط وجوب هذا الضمان في ضوء مقتضيات هذه الحماية . و عليه نتناول اثر شروط الضمان في حماية المستهلك ، و مسؤولية البائع على ضوء احكام ضمان العيوب الخفية من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : اثر شروط الضمان في حماية المستهلك

المبحث الثاني : مسؤولية البائع من خلال أحكام ضمان العيوب الخفية

المبحث الأول

اثر شروط الضمان في حماية المستهلك

ان ضمان العيوب الخفية تتطلبه طبيعة الاشياء ، و كذلك قصد المتعاقدين ، فالشخص عند تعاقده على محل ما ، يفترض دائما خلوه من اي عيب و يفترض كذلك انه صالح للغرض الذي اقتناه من اجله،لانه لو علم بان فيه عيب معين او لا يصلح للغرض الذي يريده منه ، فان ذلك يحول دون شرائه و دون دفع ثمنه .

و عمليا يجب على المشتري عند تسلمه للمبيع ان يفحصه و يتحقق من عدم وجود عيب فيه ، ذلك انه ان وجد عيب موجب للضمان تنعقد مسؤولية البائع او المنتج . و لكي يضمن البائع العيب الذي طرأ على المبيع يجب أن تتوافر فيه شروط معينة حددتها المادة 379 وهي أن يكون العيب مؤثرا وخفيا وقديما كما يجب أن لا يكون المشتري عالما بوجود العيب في المبيع .

وعلى هذا نتناول في هذه الدراسة مدى تأثر شروط الضمان بضرورة حماية المستهلك ، وهذا من خلال شرطي خفاء العيب وقدمه ثم نتعرض لمدى علم البائع بوجود العيب .من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : شرط خفاء العيب و قدرة المستهلك على اكتشافه .

المطلب الثاني : تقدير قدم العيب بالنظر لقدرات المستهلك .

المطلب الثالث : افتراض علم المحترف بالعيوب الخفية .

المطلب الأول

شرط خفاء العيب وقدرة المستهلك على اكتشافه

إن شرط الخفاء يجب أن يتوافر بشقيه لكي يكون موجبا للضمان ذلك أنه يستلزم أن يكون خفيا وأن يكون غير معلوم للمشتري [1] .وسنبحث من خلال هذا المطلب توافر شقي هذا الشرط بالنظر إلى وضع المستهلك والظروف التي يتم فيها إبرام عقد الاستهلاك ، فنتناول خفاء العيب ، و عدم علم المستهلك بهدا العيب من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : خفاء العيب

الفرع الثاني : عدم علم المشتري بالعيب.

الفرع الأول

خفاء العيب

معنى خفاء العيب الا يكون ظاهرا وقت البيع وأن لا يكون في وسع المشتري المستهلك أن يكتشفه حتى ولو بذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد ، كما يقصد به العيب الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع او لا يتبينه الشخص العادي او لا يكشفه غير خبير او لا يظهر الا بالتجربة [2]. ويرى بعض الفقه [3] أن الخفاء هي فكرة قانونية وليست واقعية تقوم على العلم الفعلي أو الحكمي ، بإمكانية كشف العيب عند الفحص ، وعلى ذلك يعتبر العيب خفيا عندما يفحص فحصا عاديا ولا يمكن الاطلاع عليه لا من طرف المستهلك ولا من غيره من أهل الخبرة .

وعلى ذلك يمكن أن نقول أن العيب الخفي هو الذي لا يستطيع المشتري أن يعلمه ، ذلك ان المشتري لا يستطيع الرجوع على البائع بالضمان اذا كان يعلم بالعيب [4]وبالتالي فإن العيب لا يستوجب الضمان إذا كان عدم علم المشتري به يرجع إلى إهماله في فحص المبيع أو إلى نقص خبرته بالنسبة للشخص العادي ، حيث يعتبر العيب في كلا الحالتين عيبا ظاهرا [5] . وعلى العكس فإن العيب يكون خفيا، فيضمنه البائع في الفرضيتين الآتيتين :

[1] - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج الرابع ، ص 636 .
[2] -خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2011 ص 602
[3] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 532 .
[4] -سيد محمد سيد شعراوي الحماية المدنية للمستهلك رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 2010 ص 383 .
[5] - عمر محمد عبد الباقي ، نفس المرجع ، ص 532 .

1 – إذا لم يكن العيب ظاهرا ، وكذلك لم يكن المشتري يستطيع أن يثبته لو أنه فحص المبيع وقت البيع بعناية الرجل العادي ولا يتطلب من المشتري عناية الرجل الخبير كما لا يجوز أن تقل العناية التي يقاس بها امكان العلم بالعيب عن عناية الرجل العادي ولو كانت خبرة المشتري أقل من خبرة الرجل العادي .

2– يضمن البائع العيب حتى و لو امكن اكتشافه بعناية الرجل العادي ، اذا ثبت المشتري ان البائع أكد له خلو المبيع من العيب أو تعمد إخفاء العيب غشا منه .

وفي هاتين الحالتين فإن قرينة رضا المشتري بالعيب تكون قد سقطت ويكون البائع ضامنا لهذا العيب للمشتري [1] .

أولا : معيار تقدير خفاء العيب ومدى فعاليته في حماية المستهلك

1 – معيار تقدير خفاء العيب :

جاء في نص المادة 2/379 من القانون المدني الجزائري على أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا عنه .

من هذا النص يتضح لنا ان المشرع أخذ بمعيار موضوعي في تقدير خفاء العيب ، لا ينظر فيه إلى ذات الشخص إنما ينظر فيه إلى العيب من وجهة نظر عامة الناس ، غير أنه لا يمنع الأخذ بمعيار عناية الرجل المعتاد من الاستعانة بأهل الخبرة عندما تقتضي الضرورة ذلك [2] . فمثلا شخص يريد أن يشتري كمبيوتر دون أن يكون لديه أي معلومات عنه فهنا يجب عليه استشارة من له دراية ، وعلى ذلك فإن العبرة في إعتبار العيب خفيا لا تكمن في عدم اكتشاف المشتري له وإنما في عدم تمكنه من اكتشافه لهذا العيب [3] .

[1] - سمير عبد السيد تناغو ، عقد البيع ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 سنة 2009 ، ص 294 – 295 .
[2] - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج الرابع ، ص 633 .
[3] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، نفس المرجع ، ص 536 .

وبذلك يكون معيار العيب هو المعيار الموضوعي وليس الشخصي ، فهذا المعيار يحقق ضمانة في التعاملات لجميع الأطراف من البائعين والمشترين المستهلكين [1] ذلك أن هذا المعيار يجد أساسه في العمل على استقرار المعاملات المتمثلة في عدم تحميل البائع بأعباء ثقيلة [2] .

وقد أيدت الأخذ بهذا المعيار محكمة النقض المصرية عندما قضت " أن العيب في المبيع يعتبر خفيا ، متى كان المشتري غير عالما به ، ولا يستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذي تعارف الناس على القيام به . كأن يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا لا يتوافران في المشتري " [3] .

ثانيا: مدى فعالية المعيار الموضوعي في تقدير خفاء العيب على حماية المستهلك

سبق وأن قلنا أن هذا المعيار يستمد أساسه في العمل على استقرار المعاملات وعدم تحميل البائع بأعباء ثقيلة ، وبالتالي ومن خلال ما أوضحته الدراسة فإن هذا المعيار لم يحمل ولم يحقق أي قدر من الحماية للمستهلك ، عند تضرره من المبيعات المعيبة ، وعلى هذا وفي اعتقادي فإنه من الأرجح وللحفاظ على علاقات تعاقدية متوازنة في مواجهة المحترفين ، الأخذ بالمعيار الشخصي في تقدير خفاء العيب،هذا المعيار الذي يركز على صفات المشتري وما لديه من قدرات فنية تساعده على معاينة المبيع وكشف عيوبه [4].

هذا المعيار الذي أعتقد أن له أثر كبير في حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد في ظل وجود المنتجات الحديثة المسايرة لآخر التكنولوجيا ، الشيء الذي يجعل المحترفين يحرصون على إظهار عيوب منتجاتهم للمستهلك حتى لا يتمسك بوجود عيب في المبيع يؤدي إلى فسخ العقد .

ثالثا : الاستثناءات الواردة على المادة 379 من القانون المدني الجزائري .

إن نص المادة 379 حدد معيار لبيان ما يعد وما لا يعد عيبا خفيا وهذا المعيار هو مدى استطاعة الرجل العادي على اكتشاف هذا العيب .كما بين أن هناك حالات لا يضمن فيها البائع عيوب المبيع وهي حالات تعتبر استثناءا من القاعدة الأصلية ، وهذه الحالات هي :

[1] - عمرو أحمد عبد المنعم الدبش ، الواقي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع) ، دار الفكر العربي ، ط الأولى 2012 .
[2] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 536 .
[3] - نقض مدني مصير 1985/02/28 ، الطعن رقم 1674 س 54 منشور في مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات 1980 – 1985 ، المجلد الثاني في المواد المدنية والإثبات 1989 .
[4]-سمير كامل ضمان العيوب الخفية في بيع الاشياء المستعملة-دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي دار النهضة العربية ط 1991 ص 44 .

1 – تأكيد البائع للمشتري خلو المبيع من العيب

فبعد أن نص المشرع على أن البائع لا يضمن العيب الظاهر ، أو ما يمكن اكتشافه بواسطة المشتري إذا بذل عناية الشخص العادي في فحص المبيع ، نص على استثناء من هذه القاعدة وهي أن البائع يضمن العيب الظاهر أو العيب الذي يستطيع المشتري أن يكتشفه لو بذل عناية الشخص العادي وإن لم يفعل في حالة ما إذا أكد البائع لهذا المشتري خلو المبيع من العيوب .

وفي هذا الاستثناء يرى بعض الفقه أنه إهدار لكل محاولة من البائع تنطوي على غش إتجاه المشتري ، وهذا على أساس أن تأكيد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب يعد بمثابة اتفاق ضمني fبينهما على أن البائع يضمن للمشتري هذا العيب بالذات [1] في حالة ظهوره بالمبيع ، وعلى ذلك فعدم فحص المشتري للمبيع يعتمد على ما تعهد به البائع اتجاه المشتري [2] . فالبائع ملزم بضمان هذا العيب حتى ولو كان ظاهرا متى أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من أي عيب .

غير أننا نرى مع ما يذهب إليه الفقه من أنه لا بد من أن تكون عبارات التأكيد ظاهرة في معناها وتصل إلى مرتبة الاتفاق ، ولا نأخذ في الاعتبار مجرد عبارات قد يفهم منها هذا التأكيد أولا يفهم منها كما أنه يجب أن يكون التأكيد يحمل معنى الضمان [3] .

2 – أن يتعمد البائع إخفاء العيب غشا منه

ويجد هذا الاستثناء أساسه في أن خطأ البائع في هذه الحالة يستغرق خطأ المشتري لأن خطأ البائع عمدي [4] ، في حين أن خطأ المشتري يكمن في مجرد الإهمال والتقصير في فحص المبيع ، كما أنه لا يجوز أن يستفيد البائع من غشه فمصلحة المشتري هنا أولى بالحماية .

إن الغش الذي يستعمله البائع في مواجهة المستهلك يستدعي ضرورة مواجهته بتوفير حماية فعالة تتلائم مع عقود الاستهلاك المبرمة بين المحترفين والمستهلكين في ظل التقدم التكنولوجي كما سبقت الدراسة أن أشارت إليه . على اعتبار أن المستهلك بمناسبة إبرام هذه العقود يكون مفردا ومجردا من أية خبرة ومعرفة في مواجهة محترف خبير في صياغة عقوده ، و هو الشيء الذي يولد لدى المستهلك ثقة تجعله يطمئن إلى خلو المبيع من أي عيب ، هذه الثقة تعتبر هي نفسها تأكيد البائع للمشتري خلو المبيع

[1] - عمرو أحمد عبد المنعم دبش ، الواقي في شرح ضمان العيوب الخفية ، المرجع السابق ، ص 67 ، سنهوري ، ج 4 ، ص 726 .
[2] - سنهوري ، نفس المرجع ، بند 367 ص 726 .
[3] - سليمان مرقص ، الواقي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة مجلد أول عقد للبيع ، ط 5 1990 ، ص 567 .
[4] - سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ط 1985 ، ص 23 .

من أي عيب خاصة في ظل وجود الإعلانات بمختلف صورها والتي تتسم بالخداع والتظليل وهو ما سبق تناوله في جانب من هذه الدراسة ، كتأكيد البائع على أن هذه السلعة تحصلت على شهادة الجودة من الجهات المختصة وتدوين ذلك على عبواتها [1] .

ومع كل هذه الاعتبارات نطرح سؤال مهم وهو ما مدى قدرة المستهلك وهو يجهل موضوع المعاملة على ان يثبت تأكيد البائع له خلو المبيع من العيوب أو قيامه بالغش وعلى هذا الأساس فإننا نقول أنه من الضروري إعفاء المستهلك من عبء إثبات ذلك في العقود المبرمة بين المنتجين والمستهلكين .

الفرع الثاني

عدم علم المشتري بالعيب

إشترط المشرع الجزائري في العيب الذي يضمنه البائع أن يكون هذا العيب غير معلوم لدى المشتري ، ذلك أن الفقرة الثانية من المادة 2/379 نصت على أنه " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع ... " .

لقد اجتهد الفقه والقضاء [2] بخصوص الشق الثاني من شرط الخفاء لكي يكون عيبا موجبا للضمان لاستخلاص مبادئ توافقت في مجملها مع مصلحة المستهلك أو المشتري ، عملا على التخفيف من آثار المعيار الضيق الذي اعتنقه المشرع ، وهذا بهدف استفادة المشتري من أحكام هذا الضمان .

فإذا كان المشتري يعلم بوجود العيب بالمنتوج حتى ولو كان خفيا ، بحيث لا يمكن تبينه لو فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، فإنه ليس للمشتري حق الرجوع على البائع بالضمان ، وذلك لأن علم المشتري بالعيب وسكوته عن ذلك يؤدي إلى الفهم أنه قد قبل بالمبيع ، وبالتالي قد تنازل عن حقه بالضمان [3] ، وهذا ما ينص عليه صراحة صدر الفقرة الثانية من المادة 379 ، وهذه قرينة قانونية تقبل إثبات العكس [4] .

وفي هذا الإطار وبالنظر إلى أهداف الدراسة سنحاول أن نستعرض مدى مساهمة كل من الفقه والقضاء من خلال هذا النص في تحقيق الحماية للمشتري أو المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد من خلال

[1] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 539 .
[2] - نفس المرجع ، ص 540 .
[3] - خليل أحمد حسن قدادة ، المرجع السابق ، ص 177 – سعيد سليمان جبر ، العقود المسماة (البيع والإيجار) ، 2007 ط 1، دار النهضة ، ص 192
[4] - سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 294 .

محورين ، الأول يرتبط بعلم المشتري بالعيب من حيث طبيعته ونطاقه والثاني بالوقت الذي يعتد به في هذا العلم .

أولا : طبيعة علم المشتري بالعيب ونطاقه

إن هذا النص يجد مبرره في أن علم المشتري بالعيب وسكوته عنه وإقدامه على التعاقد رغم علمه به يعد رضا منه ، وبالتالي نزوله على حقه في الرجوع بالضمان [1] ذلك أن هذا يعد تعبيرا منه على أن هذا العيب لا يؤثر ولا ينقص من مردود المبيع ومن جانب آخر فإنه يفترض أن المشتري قد أخذ في اعتباره هذا العيب عند تحديد الثمن .ومن هنا نبحث في أمرين :

1 – طبيعة العلم

للوصول إلى تحقيق حماية أكثر للمشتري والمستهلك فيما يتعلق بطبيعة العلم بالعيب فقد تم إشتراط أن يكون هذا العلم حقيقيا وليس مفترضا [2] كما يجب أن يكون هذا العلم يقينا [3] .

ويترتب على ذلك نتيجتان مهمتان [4] ، الأولى أن علم المشتري بعيب معين في المبيع لا يتطلب بالضرورة أن يشمل عيوب أخرى قد تظهر مستقبلا ، كما أن علمه بعيب في المبيع لا يمنعه من الرجوع على البائع ، إذا ما وجد بالمبيع عيبا خفيا لم يكن يعلم به ، والنتيجة الثانية أن إقرار المشتري في عقد البيع بمعاينته للمبيع معاينة نافية للجهالة لا يعتبر علما حقيقيا بالعيب .

2 – تاريخ العلم بالعيب

لقد نصت المادة 379 على أن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع معنى ذلك انه يضمن العيوب التي يجهلها المشتري وقت البيع ، ومن خلال هذا النص يظهر ان المستهلك ليس مستفيدا منه ، ذلك أن بعض العقود يتأخر فيها وقت تسليم المبيع عن وقت البيع ، فتكون هذه الفترة بدون أية حماية .

[1] - سليمان مرقص ، المرجع السابق ، بند 217 ص 563 وما بعدها .
[2] - نقض مدني 14 يونيو 1962 ، مجموعة أحكام النقض السنة 13 ، ص 808 .
[3] - نقض مدني مصري 25/03/27 ، مجموعة عمر ، ج 1 رقم 242 ، ص 2665 .
[4] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 542 .

و انه حرصا على حماية المستهلك ،ظهر هناك خلاف حول الوقت المعتد به للعلم بالعيب فالرأي الأول ذهب إلى أنه وقت العقد بالنسبة للمبيع المعين بالذات ، و وقت التسليم بالنسبة للمبيع المعين بالنوع في حين ذهب رأي آخر إلى أن الوقت المعتمد به للعلم بالعيب هو وقت التسليم في كل الحالات [1] .

وبناء على هذا الخلاف ظهر خلاف في النتائج ، وذلك أنه بالأخذ بالرأي الأول فإنه من الضروري التمسك بصريح النص القانوني بالنسبة للوقت المعتد به للعلم بالعيب . معنى ذلك أن العلم الذي يعتد به لسقوط الضمان عن البائع هو العلم الذي يتحقق وجوده وقت البيع ، أما إذا علم المشتري في الفترة الممتدة من بعد العقد وقبل التسليم فإن علمه يسقط ضمان البائع .

غير أنه إذا أخذنا بالرأي الثاني فإن عدم علم المشتري بالعيب لابد أن يظل موجودا إلى غاية وقت التسليم ، ذلك أنه إذا تحقق علم المشتري في أي وقت قبل ذلك ثم تم التسليم فإن هذا يعتبر رضا منه بالحالة التي هو عليها . ولا يمكن أن يكون البائع ضامنا في هذه الحالة ، ولا فرق هنا بين المبيع المعين بذاته والمبيع المعين بنوعه [2] .

ونحن نتفق مع الرأي الذي يرى أن الوقت الذي يعتد به بعلم المشتري هو وقت التسليم ونعتقد أنه الأكثر صوابا على إعتبار أن وقت التسليم هو الذي يمكن للمستهلك ان يطلع فيه على العيب فعلا ، كما أن هذا الوقت يشمل الفترة ما بين العقد والتسليم في حالة ما إذا تراخى التسليم عن العقد ، لأن المبيع يكون ما زال في حيازة البائع وقد تصيبه بعض العيوب خلال هذه الفترة وبهذا تتحقق أكثر حماية المستهلك .

3 – نطاق العلم :

يمتد نطاق العلم بالعيب من طرف المشتري في نظر الفقه الفرنسي ليشمل العلم بجميع النتائج التي تنجم عن هذا العيب ، وإلا يعتبر عنصر الخفاء ما زال قائما وكذلك حقه في الضمان ما زال قائما [3] .

أما محكمة النقض المصرية فقد قررت أن البيوع التي يتفق فيها على ضمان البائع لوجود صفات معينة في المبيع يكون البائع ملزما فيها بالضمان عند خلو المبيع من هذه الصفات وقت التسليم حتى لو

[1] - عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج 4 .
[2] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، نفس المرجع ، ص 545 .
[3] - Planiol et Ripert traite pratique de droit civil français , 2 éd t 10 n° 130 .

كان المشتري عالما بإنتفاء هذه الصفات وقت العقد [1] ، وذلك أنها إعتبرت شرط علم المشتري بالعيب لا ينطبق على تخلف الصفة التي كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع .

كما ثار بعض الجدل في الفقه الإسلامي حول وجوب الضمان في حالة اعتقاد المشتري عدم تأثير العيب . فيذهب بعض الفقه [2] إلى أن علم المشتري بالعيب يفقده حقه في الضمان دون الأخذ في الاعتبار إعتقاده أنه غير مؤثر على إعتبار أنه كان في وسعه لدى علمه بوجود العيب أن يستشعر مدى تأثيره على المبيع ، وطالما أنه لم يقم بذلك فهذا يدل على عدم إهتمامه به ، وهو بالتالي من وجهة نظره بدون أهمية فهنا يمكن القول أن إعتقاد المشتري بعدم تأثير العيب يثبت له الحق في الضمان ، ذلك أن علم المشتري بالعيب يقترن بالعلم بأثره ، فإذا علم المشتري بالعيب وإعتقد أنه غير مؤثر فيعتبر كأنه لم يعلم به ، ويظل حقه في إلزام البائع بالضمان قائما .

ويرجح الفقه الحديث [3] الرأي الأول ، إنما في الواقع فإن الرأي الثاني أكثر صوابا وتوفيقا ، فيما يتعلق بالعقود المبرمة بين المستهلكين والمنتجين المحترفين بالنظر إلى ما تهتم به الدراسة ، ذلك أن المستهلك بغرض علمه بالعيب فهو من خلال قلة معلوماته فيما يتعلق بموضوع المعاملة لا يستطيع الإلمام بآثار هذا العيب فمن جهة لأن البائع يقوم دائما بما يحول بينه وبين العلم بالمبيع ومن جهة أخرى يرجع ذلك إلى التقدم التكنولوجي الذي يصاحب إنتاج السلع .

[1] - نقض مدني مصري 75/10/27 – 26 – 1345 ، مجموعة أحكام النقض .
[2] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 543 .
[3] - نفس المرجع ، ص 544 .

المطلب الثاني

تقدير قدم العيب بالنظر لقدرات المستهلك.

يقصد بشرط القدم أن يكون العيب موجودا في المبيع وهو عند البائع [1] أي أن يكون موجودا في المبيع وقت أن يتسلمه المشتري من البائع [2] على إعتبار أن العيب إما أن يكون موجودا وقت البيع ويبقى إلى وقت التسليم ، ويكون البائع مسؤولا عن الضمان ، وإما أن يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم ، فيكون أيضا موجودا وقت التسليم ، ويكون البائع مسؤولا عن ضمانه كذلك .

أما البعض فيرى أن المقصود بذلك العيب ان يكون موجودا في المبيع وقت التسليم [3] ، ويكفي أن يكون العيب موجودا وقت العقد ، فالبائع ضامن للعيب الذي كان موجودا وقت العقد والذي ينشأ بعد العقد وقبل التسليم ، فبالنسبة للعيب الذي ينشأ بعد التسليم فإن البائع لا يضمنه ، إنما على المشتري هنا ان يرجع هنا على من تسبب في إحداث هذا العيب ، و اما يتحمل هو نتيجة العيب . وفيما يتعلق بشرط القدم فإننا يمكن أن نبحث في مسالة الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب و مسالة اثبات قدم العيب من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب

الفرع الثاني : إثبات قدم العيب

الفرع الأول

الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب

ظهر بشأن الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب إتجاهين ، فالاتجاه الأول يرى أن الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب هو وقت البيع أما الجانب الثاني من الفقه فيذهب إلى أنه وقت التسليم وعلى هذا سوف نتناول أوجه هذا الخلاف في مرحلة أولى وفي المرحلة الثانية نتناول الاخذ بوقت التسليم حتى يتلائم مع حماية أكبر للمستهلك .

[1] - رمضان علي السيد الشرنباصي ، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، مطبعة الأمانة ، الطبعة الأولى 1404 هـ ، ص 222 .
[2] - السنهوري ، الوسيط ، ج 4 بند 366 ، ص 722 .
[3] - سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 293 . السنهوري ، الوسيط ج 4 بند 366 هـ ، 722 . أشرف محمد مصطفى أبو حسين ، المرجع السابق ص 371 .

أولا : الخلاف حول تحديد الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب :

في هذا الاطار ظهر هناك رايين نرى انه من الضروري مناقشتهما لتحديد الوقت المعتد به لتقدير قدم العبب .

الرأي الأول : الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب هو وقت التسليم

تنص المادة 379 على أنه يكون البائع ملزما بالضمان اذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري ... " . إن المشرع الجزائري من خلال هذا النص يشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون موجودا وقت التسليم وليس وقت العقد ، وبهذا يكون المشرع قد نسق بين ضمان العيوب الخفية وبين تحمل تبعة الهلاك ، فقد جعل البائع ضامنا للعيب الموجود بالمبيع وقت التسليم تمشيا مع إرتباط تبعة الهلاك بالتسليم على إعتبار أن مفهوم العيب لا يخرج عن كونه هلاكا جزئيا للمبيع [1] وبالرغم من الفرق الموجود بين أحكام الضمان وأحكام تبعة الهلاك إلا أنه لا يكون ثمة تعارض في هذا الموضع بين أحكامهما ، ومن ثمة يتحقق بينهما قدر من التشابه يسمح بإخضاعهما في هذه الجزئية لأحكام واحدة [2] .

فيكفي أن يكون العيب موجودا في المبيع وقت التسليم ولو كان غير موجود وقت العقد، فالبائع يكون ضامن للعيب الذي يكون موجودا وقت العقد وكذلك العيب الذي نشأ بعد العقد وقبل التسليم ، ذلك أن العيب الذي ينشأ بعد التسليم فالبائع لا يكون ضامنا له [3] . ونفس القاعدة تنطبق على المبيع المعين بالنوع ، فالبائع يضمن عيوبه عند افرازه وإنتقال ملكيته بعد الافراز للمشتري ، ويضمن ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك حتى يتسلمه المشتري .

وعليه فإنه وإن كان نص المادة 1/379 يوحي بأن وقت التسليم يسري فقط على تخلف الصفة،إلا أن الرأي الغالب يرى بتعميم هذا الحكم ، فيجعل البائع ضامنا للعيب حتى وقت التسليم في جميع الحالات سواء كنا بصدد تخلف صفة كفل وجودها البائع للمشتري أو بصدد العيب الخفي [4] ذلك أنه

[1] - محمد حسن قاسم ، الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك ، دار الجامعة الجديدة ، ط 2011 ، ص 341 .
[2] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 539 .
[3] - سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص 293 .
[4] - محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 341 .

واضح من النص إنصراف عبارة وقت التسليم إلى حالة عدم توافر الصفات وإلى حالة توافر العيب بمعنى الافة على إعتبار أن المشرع عطف العيب على تخلف الصفة .

وبالتالي لا معنى للتفرقة بين الحالتين فلا يوجد ما يبرر أن يكون البائع ضامنا لصفة كانت متوافرة وقت البيع ثم تخلفت وقت التسليم ولا يكون ضامنا لعيب لم يكن موجودا وقت البيع و وجد قبل التسليم ، كما أن وجود عيب ما هو إلا تخلف لصفة في المبيع هي صفة السلامة من العيوب الخفية [1] .

الرأي الثاني : الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب هو وقت البيع

يرى أنصار هذا الرأي [2] أن قدم العيب يتحدد مفهومه بحسب معنى العيب ، فإن تخلف الصفة يعتد بقدمه من وقت التسليم ، فإذا تخلفت وقت التسليم فإن العيب يعتبر قديما ، أما إذا كنا بصدد العيب بمعنى الآفة الطارئة فإنه يكون قديما في المبيع المعين بالذات إذا كان موجودا وقت العقد ، أما المبيع المعين بالنوع فيكون قديما إذا كان موجودا وقت الإقراز ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن النص يذكر وقت التسليم إذا تعلق الأمر بتخلف الصفة بينما فيما يتعلق بالعيب فلم يذكر وقت وجوده .

مناقشة الرأيين :

طبقا لنص المادة 1/379 توجد حالتان لضمان البائع ، الحالة الأولى تخلف الصفة والحالة الثانية وجود العيب ، في حين أنه نص على تحديد واحد بشأن وقت العيب الذي يضمنه البائع وهو وقت التسليم [3] وعلى هذا فمن المنطقي أن يعتد بنفس هذا الوقت لتحديد مسؤولية البائع في كلا الصورتين .

وما يدعم هذا الرأي هو أنه بالرجوع إلى المادة 380 من القانون المدني الجزائري ، التي تنص على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية... " فيفهم من هذا النص أن المشتري يتفحص المبيع عندما يتمكن من ذلك أي عندما يتسلمه ، فلو أراد المشرع أن يضمن البائع وقت البيع لألزم المشتري بأن يفحص المبيع وقت البيع .

وعليه واتفاقا مع ضرورة حماية المستهلك ، نرى أن الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب هو وقت التسليم ، حيث أن العيب لكي يكون موجبا للضمان يجب أن يكون موجودا في الشيء المبيع وقت التسليم[1] سواء وجد العيب وقت أو بعد إنعقاد العقد .

[1] - أنور سلطان وجلال العدوي ، العقود المسماة ، الجزء الأول ، البيع ، دار المعارف 1963 ، ص 211 .
[2] - سعيد سليمان جبر ، العقود المسماة البيع والإيجار ، دار النهضة العربية ، ط 2007 ، ص 185 ، سليمان مرقص ، المرجع السابق ، ص 559 .
[3] - السنهوري ، الوسيط ، ج 4 ن ص 722 وما بعدها ، أنور سلطان وجلال العدوي ، المرجع السابق .

ثانيا : أثر الاعتداد بوقت التسليم على ضرورة حماية المستهلك

إن إعتماد الرأي الذي يعتد بوقت تسليم المبيع هو الوقت الأصوب للاعتداد بقدم العيب ، هذا يوفر للمستهلك حماية تتحقق كلما تعددت مواطن مسؤولية البائع واتسعت رقعتها . على إعتبار أنه إذا اخذنا كما سبق القول بوقت إبرام العقد فإن الفترة ما بين إبرام العقد وتسليم المبيع تبقى بدون حماية ولاضمان ، غير أن البائع يجب أن يضمن خلو المبيع من العيوب وقت العقد وفي نفس الوقت يضمن أن لا تطرأ عليه أية عيوب في الفترة ما بين الانعقاد والتسليم .

كما أنه من جهة أخرى إذا جعلنا فترة الضمان تقتصر على العيوب الموجودة وقت البيع دون تمديدها إلى وقت التسليم هذا يؤدي إلى إرهاق كاهل المشتري المستهلك بأن يثبت أن العيب كان موجودا بالمبيع وقت البيع وحتى التسليم ، وهذا ليس بالسهل على المستهلك ، كما أنه يدخل المستهلك في منازعات ليست له القوة ولا القدرة المعرفية للدخول فيها بالنظر إلى التعاملات الحالية المواكبة للتطور التكنولوجي وهو ما تفاداه المشرع عند تنظيمه لأحكام ضمان العيوب الخفية .

كما أن بعض الفقه [2] يرى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية هو إلتزام يتفرع عن الالتزام بالتسليم وبالتالي فالبائع لا يعتبر موفيا بالتزامه طالما أنه لم يسلم مبيعا تتوافر فيه الصفات المتفق عليها وبالتالي يكون العيب قديما إذا كان موجودا قبل التسليم .ودائما في إطار تحقيق حماية أفضل للمستهلك ، فيرى بعض الفقه [3] ضرورة إمتداد مسؤولية البائع لتطول العيوب التي تظهر بعد التسليم ، كلما كان مصدر العيب موجودا قبل التسليم ، فإذا كان المبيع حيوانا مثلا وهذا المثل يضربه العديد من الفقهاء ، فقد توجد به جرثومة ، ثم يحدث المرض قبل أن يتسلمه المشتري ، فإذا تمكن المشتري أن يثبت ذلك فإن العيب الذي يرجع سببه إلى ما قبل التسليم يعتبر كأنه موجود قبل التسليم ويضمنه بالتالي البائع .

[1] - المقصود بالتسليم هنا التسليم الفعلي الذي يتمكن من خلاله المستهلك من فحص المبيع .
[2] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 551 .
[3] - السنهوري ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص 723 ، سمير عبد السيد تناغو ، ص 293 .

الفرع الثاني
إثبات قدم العيب

على اعتبار أن ظهور العيب هو واقعة مادية وليست واقعة قانونية فإنه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات ، وعليه سنحاول التطرق من خلال هذا الفرع على من يقع عبء الإثبات ثم مدى افتراض قدم العيب وأثر ذلك على الإثبات .

أولا : عبء إثبات قدم العيب

إن الأصل هو سلامة الشيء المبيع ، فإذا إدعى المشتري عكس ذلك فيقع عليه عبء الإثبات وبالتالي فإنه يقع إثبات وجود العيب في فترة سابقة على تسليم المبيع على عاتق المشتري لأنه يدعي خلاف الأصل ، ومن جهة أخرى فإنه هو المكلف بفحص المبيع فور استلامه وإخطار البائع في حالة وجود العيب طبقا للمادة 1/380 [1] من القانون المدني الجزائري وهو ما استقر عليه الفقه [2] من ان يتحمل المشتري عبء إثبات قدم العيب دون ثمة خلاف ، وهذا لا يتعارض بطبيعة الحال مع حق محكمة الموضوع في الاستعانة بمن تراه من الخبراء للتأكد من هذه المسائل ، والجدير [3] بالذكر أنه لا يحول دون إثبات المشتري وجود عيب خفي في الشيء وقت التعاقد ، حصول المشتري على شهادة من البائع تفيد بأن الشيء المبيع سليما وخاليا من العيوب .

ثانيا : مدى إمكانية إفتراض العيب وأثر ذلك على الإثبات

كما سبق للدراسة أن أشارت في كل مرة أن ظروف التعامل وإبرام العقود قد تغيرت عن الطريقة التقليدية نظرا للتطورات التكنولوجية والصناعية الهائلة ونظرا كذلك لقدرة وإمكانية المستهلك بالمقارنة مع القدرات الهائلة للمنتج و المحترف ، ففي مثل هذه الحالة فإننا نستطيع أن نقول أنه يتعذر على المستهلك القيام بإثبات قدم العيب وهذا لقلة حرفيته وقصور معلوماته في مجال المعاملة التي هو بصددها وهذا ما يجعل المستهلك يعزف عن تسجيل دعاوى ضمان العيب ، لضعف الأمل في الحصول على حكم لصالحه ، بالإضافة إلى كثرة النفقات التي يتحملها المستهلك زد على ذلك الجهد الذي يبذله بدون أن ننسى ضياع الوقت . ومما تجدر الإشارة إليه أن صعوبة إثبات المستهلك لا تنحصر في بعض المنتجات فقط إنما يجب أن تمتد إلى كل المنتجات الحديثة مثل أجهزة الهاتف والتلفزيون والسيارات وغيرها .

[1] - تقابلها المادة 1/449 ق م م .
[2] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 555 .
[3] - مساعد زيد عبد الله المطير ، المرجع السابق ، ص 218 – 219 .

وعلى هذا الأساس نرى أنه بالنسبة لعقود الاستهلاك التي تبرم بين المحترفين والمستهلكين ضرورة انقلاب عبء إثبات قدم العيب من المشتري إلى البائع حتى يثبت أن العيب حديثا ، وهنا يستعين بأحد الخبراء حتى تنتفي مسؤولية البائع عن ضمان هذا العيب المدعى به وهذا أمر سهل بالنسبة إلى البائع في ظل ما يملكه من خبرة وقدرة فنية في مجال المعاملة التي قام بها .

هذا الانتقال في عبء الاثبات يؤدي بالمحترفين إلى تسليم مبيع خالي من أي عيب طالما أنهم سيتحملون إثبات أن هذه العيوب ظهرت عند المشتري ، مما يبقي على توازن العقد وعدالته ، اللذان لا يختلان إلا بوجود مستهلك ضعيف غير قادر على إثبات العيب .

ويعتبر هذا الرأي معالجة للواقع بصورة واقعية ذات طابع استثنائي تتناسب مع ضرورة ذلك التفاوت بين خبرات وقدرات كل من المستهلك والحرفي الذي يؤدي بشكل دائم إلى غياب التوازن الحقيقي للعقد .

المطلب الثالث

افتراض علم المحترف بالعيوب الخفية

إن علم البائع بوجود عيب في المبيع ليس بشرط حتى يكون العيب موجبا للضمان ، ذلك أن البائع يضمن العيب سواء كان عالما به أم لا [1] ويتضح هذا صراحة من نص المادة 1/379 [2] من القانون المدني الجزائري التي تنص على : " فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها " .

إن افتراض علم البائع المحترف بتلك العيوب يعتبر من القرائن التي ابتكرها القضاء الفرنسي وهذا لتوفير حماية للمستهلك الذي أقدم على التعاقد بإرادة تجهل عيوب المبيع [3] وعلى هذا الأساس يكون القضاء الفرنسي قد ساوى بين البائع المحترف والبائع سيء النية ، الشيء الذي يبرر دراستنا لعلم البائع بوجود العيب في هذا المقام .

وعلى ذلك وحتى نتوصل إلى إلقاء الضوء على مقومات الحماية المراد تحقيقها للمستهلك في هذه المرحلة المتمثلة في تنفيذ العقد ، من خلال علم البائع بوجود عيب في المبيع نتناول بالدراسة أثار علم البائع بوجود العيب على الضمان ، كما نتناول اهمية تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع و هذا من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : آثار علم البائع بوجود العيب على الضمان .

الفرع الثاني : أهمية تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع في حماية المستهلك .

[1]- سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، طبعة 1985 ، ص 15 .

[2] - هذه المادة يقابلها نص المادة 1/447 ق م م والمادة 1643 ق م ف والتي تقضي أيضا بأن << البائع ضامن للعيوب الخفية ولو لم يكن عالما بها >> .

[3] - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 467 .

الفرع الأول

أثر علم البائع بوجود العيب على الضمان

يظهر أثر علم البائع على الضمان في ثلاث حالات نتناولها تباعا :

1 – الحالة الأولى : مدة التقادم

تنص المادة 383 من القانون المدني الجزائري [1] على انه : " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد إنقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول " .

رغم أنه يظهر من هذا النص أن المشرع قد أراد من ورائه حماية البائع وهذا يجعل مدة رفع دعوى الضمان مدة قصيرة وهذا لاستقرار التعاملات كما لا يظل البائع مهدد بدعوى الضمان لمدة طويلة غير أن المشرع في نفس الوقت رفع عنه هذه الحماية إذا كان سيء النية ، ذلك أنه لا يجوز له التمسك بمدة سنة في حالة قيامه بغش ، وهذا ما يظهر من الفقرة الثانية التي تنص على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه .

ففيما يتعلق بتحديد الالتزام بالضمان يرى بوتييه pothier ، أنه لا بد من التفرقة بين البائع الذي يجهل وجود العيب والبائع الذي يعلم بوجوده ، ذلك أن البائع الذي يجهل العيب يقتصر إلتزامه على ضمان الشيء المبيع ، وبالنتيجة يرد للمشتري الثمن الذي تلقاه منه .أما البائع الذي يعلم بالعيب فإنه بالاضافة إلى رد الثمن فيلتزم بتعويض المشتري عن الأضرار التي ألحقها العيب الذي لم يكشف عنه في أمواله الأخرى على اعتبار أن كتمان البائع للعيب يعد بمثابة تدليس على المشتري يسأل البائع عما سببه من أضرار ، والبائع يسأل عن نتائج العيب ولو كان لا يعلمه على وجه اليقين [2] .

كما يقول[3] بوتييه << أنه بالنسبة للبائع المحترف فهناك حالة أقوى يلتزم فيها البائع على الرغم من أنه يجهل جهلا تاما بالمبيع بتعويض المشتري عن الضرر الذي يصيبه في سائر أمواله نتيجة هذا العيب وهي حالة ما إذا كان البائع صانعا أو تاجرا يبيع أشياء من صنعه أو من تجارته ، على اعتبار أن الصانع بالنظر إلى مهنته مسؤول تجاه جميع من يتعاملون معه ، عن جودة منتجاته ، فعدم خبرته أو

[1] - تقابلها المادة 1/452 ق م م .

[2] - جابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة ، مجلة الحقوق ، تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت ، السنة العشرون ، العدد الثالث سبتمبر 1996 ص 228.

[3]- علي سيد حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية ، 1990 ، ص 51

عدم علمه في كل ما يتعلق بصناعته ، يعتبر خطأ في جانبه ، ذلك أنه لا يجوز لأي شخص أن يحترف حرفة إذا لم يكن لديه المعرفة اللازمة لممارستها ونفس الشيء بالنسبة للتاجر سواء أكان يصنع ما يبيع أم لا ، لأنه بموجب مهنة التجارة التي أحترفها أمام العامة ، يصبح مسؤولا عن صلاحية السلع التي يبيعها للاستعمال الذي أعدت من أجله ، فإذا كان صانعا يجب أن يستخدم في تصنيعها عمالا مهرة يسأل عن فعلهم ، وإذا لم يكن صانعا فيجب أن لا يعرض للبيع سوى السلع الجيدة ، التي يعرفها ولا يبيع سواها >> .

فالمنتج باعتباره هو الذي صنع المنتوجات التي طرحها للبيع لا يمكن ان نعتبره بائعا عاديا و نعامله على هذا الاساس ، و انما يفترض فيه علمه بالعيوب التي تشوب منتوجاته ، و من ثم فلا يعفى من المسؤولية ، حتى يقيم الدليل على ان ما خفي عليه انما كان من العيوب التي يمكن اكتشافها .

و قد راى الفقه في هذا الافتراض ، تقرير قرينة لمصلحة المضرور على سوء نية المنتج ، و انتهى البعض الى ضرورة القول بعدم قابليتها لاثبات العكس ، ذلك انه يراد منها حماية فعالة للمضرورين رغم ان القرينة القضائية لابد ان تكون قرينة بسيطة بحكم طبيعتها [1].

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية " أنه في حالة تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه فإنه بجانب التزامه بالضمان ، وإن كان من الممكن اكتشاف العيب بمعيار الرجل المعتاد ، فإن مدة سقوط دعوى الضمان في هذه الحالة لا تكون سنة واحدة بل خمس عشرة سنة " [2] .

الحالة الثانية : عدم سقوط حق المشتري في الضمان بسبب إهماله في فحص المبيع أو إهماله في إخطار البائع بوجود العيب فيه

تنص المادة 380 على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية ، فإذا اكتشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع .

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي ، وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك ، وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب " .

[1]-محمد شكري سرور مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة دار الفكر العربي الطبعة الاولى 1983 ص 50 -51 .
[2] - نقض مدني مصري 22 آفريل 1970 . وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص مخالف لما استقرت عليه الشريعة الإسلامية ، ذلك أنها لا تعرف التقادم كقاعدة عامة فالمطالبة بالحقوق لا تسقط بالتقادم.

أراد المشرع من خلال نص هذه المادة أن يحفز المشتري على أن يسرع في القيام بهذا الفحص واخطار البائع إذا لزم الأمر حرصا منه على استقرار المعاملات ، والقاضي هو الذي يقدر ما إذا كان المشتري قد فحص المبيع لكشف عيبه بمجرد تمكنه من ذلك وفقا لما هو معمول به ، أم أنه تماطل في ذلك وما إذا كان الإخطار تم قبل فوات المهلة المعقولة أو لا .

فإذا أهمل المشتري فحص المبيع وإخطار البائع اعتبر قابلا بالمبيع وسقط حقه في الرجوع على البائع ، ولا يمكن إنقاص المدة اللازمة لتقادم دعوى الضمان ، إلا إذا كان البائع يعلم بوجود العيب وتعمد إخفاؤه فهذا يمنع سقوط حق المشتري في الضمان بسبب إهماله في فحص المبيع ، ذلك لأنه لا يجوز للبائع سيء النية الذي علم بالعيب وأخفاه أن يتمسك بعدم إخطار المشتري له ليتحلل من الضمان .

الحالة الثالثة : مقدار التعويض

إن التعويض المقرر للمشتري يزيد وينقص تبعا لما إذا كان البائع سيء أو حسن النية ففي حالة حسن النية فلا يسأل إلا عن الضرر المباشر المتوقع ، أما إذا كان سيء النية فهو يسأل عن الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع [1] .

فالمادة 375 من القانون المدني الجزائري [2] تنص على أنه يلزم البائع متى كان سيء النية بالمصروفات الكمالية ، و نلاحظ أنه من خلال هذه المادة فإن هذا هو الفرق الوحيد بين البائع حسن النية والبائع سيء النية ، ويعتبر هذا بدون أهمية تذكر . في حين أن المشرع الفرنسي ذهب إلى أبعد من ذلك من خلال نص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي يلزم البائع سيء النية برد الثمن الذي قبضه بالاضافة عن تعويضه عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب ، كما أن المادة 1646 لا تلزم البائع حسن النية إلا برد الثمن والمصاريف التي سببها المبيع .

[1] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 560 .
[2] - تقابلها المادة 443 ق م م .

الفرع الثاني

أهمية تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع في حماية المستهلك

إن القضاء الفرنسي كان حريصا على التطبيق الحرفي لنص المادتين 1645 و1646 وفقا لمعيار حسن النية إلى غاية النصف الأول من القرن 19 حيث كانت الأضرار التي يحدثها الشيء المبيع محدودة الآثار على اعتبار أن السلع والمنتجات في ذلك الوقت بسيطة فكانت المنازعات التي تثار في ذلك الوقت إما تتعلق بالمنتجات الطبيعية أو في المواد الأولية [1] .

ومع بداية النصف الثاني للقرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين ظهرت العديد من المنتجات الصناعية المعقدة وارتبطت بوجود قدر من المخاطر والأضرار تسببها استعمال هذه المنتجات مما أظهر الحاجة إلى اتساع مسؤولية منتج هذه السلع . فرأى القضاء الفرنسي أن التفرقة بين البائع حسن النية والبائع سيء النية لمواجهة هذه التطورات غير كافية لتحقيق التوازن العقدي الذي يكمن في التفاوت الجسيم بين الخبرات والقدرات الفنية للبائع وبين القدرة المحدودة للمستهلك ، مما يستوجب التوسع والتوغل في قواعد المسؤولية وأحكامها لإعادة التوازن المفقود في هذه المرحلة الهامة من التعاقد [2] .

ودائما وحرصا من القضاء على تحقيق التوازن العقدي أخذ في اعتباره شخصية المستهلك فيما يتعلق بمستوى استيعابه للمعاملة التي هو بصدد الإقدام عليها لأنه هو محل هذه الحماية ، كما أنه هو المستفيد من النصوص التي تعمل على توسيع مسؤولية البائع ، وبالتالي فهو ملزم بأن يثبت علم البائع بالعيب .

غير أن محدودية وضعف قدرات المستهلك في مواجهة قوة المنتج لم يعد مجديا ان يتكبد المستهلك عناء الاثبات ، فجعل القضاء سوء نية البائع مفترضا واستمد هذا من واقع احترافه في مجال المعاملة ، فاصبح البائع هو الملزم باثبات عدم علمه .

فقد ذهبت العديد من أحكام القضاء الفرنسي إلى تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع نظرا لتعذر جهله بها في ضوء احترافه بموضوع المعاملة . دون أن يتطرق إلى الأسانيد التي

[1] - v. Malinvaud (ph) la responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose J.C.P 1968-1-2153

[2] - عمر محمد عبد الباقي ، المرجع السابق ، ص 566 .

اعتمد عليها في هذا التشبيه والتاصيل القانوني له [1] إنما سنتطرق إلى ما قدمته نظرية افتراض علم البائع في تحقيق حماية المستهلك مع إلقاء الضوء على موقف المشرع في الجزائر إزاء هذا الافتراض .

أولا : تشبيه القضاء الفرنسي البائع المهني بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع

أعلنت محكمة النقض الفرنسية مبدأ التشبيه في دعوى عرفت بقضية الخبز الملعون [2] حيث جاء فيه " أنه يتضح من نص المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي أن البائع الذي يعرف العيب ويشبهه ويأخذ حكمه أيضا البائع الذي لا يمكن أن يجهل العيب بسبب مهنته ، يلتزم بالاضافة إلى رد الثمن و بتعويض المشتري عن كل الأضرار التي لحقت به " .وهذا الحكم يوحي باتجاه القضاء الفرنسي إلى توحيد النظر لكل من البائع المهني والبائع الذي يعلم بعيوب المبيع ، فكلاهما في نظر القضاء يجب أن يلتزم بتعويض المشتري عن جميع النتائج المضرة التي نشئت عن عيوب المبيع .

ثانيا : أثر التشبيه على حماية المستهلك

من خلال هذه الجزئية سنبرز الآثار التي رتبها القضاء في فرنسا عند أعماله بقرينة تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع بصفة خاصة ، ويمكن أن نلمس مظاهر هذه الحماية فيما يلي :

1-فيما يتعلق بعبء الاثبات :

إن تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع يعفي المستهلك من عبء إثبات علم البائع بالعيب ، ذلك أنه كان يقع عليه اثبات ذلك إذا كان يريد أن يستفيد من اتساع نطاق ضمان البائع السيئ النية [3]. ويترتب على ذلك أن يثبت البائع إذا أراد أن ينفي مسؤوليتة عدم علمه بالعيب .

2-فيما يتعلق بنطاق الضمان من حيث شخص الدائن به :

إن تشديد مسؤولية المهني سواء كان بائعا أو منتجا على ما هو وارد في القواعد العامة لا يمكن تطبيقه إلا في العلاقة التعاقدية التي تبرم بين المهني والمستهلك الذي يفتقر إلى الخبرة والقدرة الفنية ، أما

[1] - أرجع في ذلك بالتفصيل إلى د . علي سيد حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع ، المرجع السابق وجابر محجوب علي ، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنشآت الصناعية المبيعة ، سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، ط 1985 ، ص 110 – 112 .

[2] - حكم تطرق إليه عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 567 – 568 .

[3]-Houtmann (Marie Ange)la mauvaise foi effective des vendeur professionnels en matiere de garantie deviction et des vices caches ,droit des contrats petites Affiches 1ere Aout 2002 no163 p6 ets

إذا كانت العلاقة التعاقدية أطرافها مهنيون فيما بينهم وبالتالي فهم على قدم المساواة فلا مجال لتفضيل أحدهم عن الآخر [1] .

3-فما يتعلق بالضمان من حيث شخص المدين به :

من أجل حماية أوسع للمستهلك فقد توسعت محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بشخص المدين بالضمان إذا كان مهنيا ، فشملت إلى جانب البائع والصانع و مورد الألبان وبائع السيارات المستعملة وبائع الأبقار [2] .أما فيما يتعلق بمسؤولية الشخص المدين فنجد أن التوجيه الصادر من المجموعة الأوروبية بتاريخ 28 يوليو 1985 يحدد أنه في الحالة التي لا يمكن فيها التعرف على الصانع الحقيقي للسلعة ، فقد نصت المادة 3/31 [3] منه على أنه "في حالة عدم إمكانية التعرف على شخصية الصانع أو تحديده ، فإن من قام بتوريد السلعة يعتبر هو صانعا لها ، ما لم يبين للمضرور في وقت مناسب هوية صانعها ، أو ذلك الذي ورد إليه السلعة ، ويطبق نفس الحكم في حالة السلع المستوردة ، إذا لم تحمل تحديدا لشخص من قام باستيرادها على النحو المشار إليه في الفقرة الثانية ، ولا يحول دون تطبيق هذا الحكم صانع هذه السلع " .

كما يتبين مبدأ المسؤولية التضامنية بين الصناع المستوردين لسلعة واحدة أو بينهم وبين البائع المهني لتعويض المستهلك في الحالات التي قد يصعب فيها على مستهلك الشيء أن يحدد دور كل شريك في الانتاج ، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من نفس التوجيه بقولها " تطبيقا لاحكام هذا التوجيه إذا كان هناك عدة أشخاص مسؤولين عن نفس الضرر فإن مسؤوليتهم تكون بالتضامن وذلك دون الاخلال بأحكام القوانين الداخلية أو الوطنية المتعلقة بالحق في الرجوع "[4] .

وفي نفس هذا الإطار صدر القانون الفرنسي 389 في 19 مايو 1998 الذي أعلن بمقتضى نص المادة 7/1386-1 منه عن المسؤولية الكاملة للمورد بشأن البائع أو المنتج عن عدم توافر عنصر الأمن في ظل الشروط المطبقة على المنتج [5] .

[1] -[1]-Houtmann (Marie Ange) op cit p 6et s

[2] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 572 .

[3] - Art3/3 Si le Producteur de produit ne peut être identifier ,chaque fournisseur en sera considéré comme producteur ,à moins qu'il n'indique à la victime ,dans un délai raisonnable l'identité du producteur ou de celui qui lui a fourni le produit, il en est de même dans le cas d'un produit importe ,si ce produit n'indique pas l'identité de l'importateur vise au paragraphe 2, même si le nom du producteur est indique .

[4] -si en application de la présente directive ,plusieurs personne sont responsable du même dommage ,leur responsabilité est solidaire ,sans préjudice des disposition du droit national relative au droit du recours.

[5] -Laport (christian),responsabilité du fait des produit défectueux la France à nouveau épinglée .cont.conc.cons.ed juris classeur .juillet 2000.chron 11 p45.

4 – فيما يتعلق بنطاق الضمان من حيث طبيعة المنتجات محل المعاملة

على اعتبار أن القضاء يرى أن المستهلك دائما في حاجة إلى الحماية لمواجهة اختلال التوازن العقدي فقد وسعها بجعل التشبيه يمتد إلى مجال المنتجات الطبيعية ولم يفرق بينها وبين المنتجات المصنعة [1] في حين كان بإمكانه أن يقصر أعمال قرينة التشبيه بالنسبة للمنتجات ذات التقنية الحديثة فقط . وعلى هذا الأساس ألزم الشركة التي تتخصص في تسويق المنتجات الطبيعية بالتعرف على عيوب هذه المنتجات [2] .

5 – من حيث مقدار الضمان

كما سبق وأن رأينا أن المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي تلزم البائع الذي كان يعلم بالعيب ، برد الثمن بالاضافة إلى تعويض المشتري عن كافة الأضرار التي أصابته نتيجة هذا العيب ، وطالما أن البائع المهني يشبه البائع الذي كان يعلم بالعيب فإنه ينطبق عليه نفس النص ، هذا ما أقرته محكمة النقض الفرنسية [3].

ثالثا : موقف القضاء والمشرع الجزائري إزاء تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم عيب المبيع

إن القضاء عند تطبيق نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري لا يأخذ في اعتباره أوصاف المتعاقدين أو ان عقد البيع قد أبرم بين مستهلك وبائع محترف ، بالاضافة إلى أن المشرع الجزائري لم يفرق في النصوص المدنية المتعلقة بضمان العيب الخفي بين البائعين من حيث مدى التزامهم بالضمان ، فمن خلال النصوص الموجودة ضمن القانون المدني فلم يفرق بين البائع المحترف أو المهني وبين البائع العرضي[4].و على هذا لم نجد احكاما صدرت بالصفة التي اصدرتها المحاكم الفرنسية ، ذلك ان اغلبية الاجتهادات القضائية الجزائرية كانت تدور حول عدم شمول المبيع على الصفات التي تعهد البائع بوجودها وقت التسليم او اذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته . في حين ان القضاء الفرنسي رتب على هذا المبدا نتيجتين اساسيتين ، الاولى التزام البائع المهني بتعويض المشتري عن جميع الاضرار التي اصابته سواء في النفس او في المال ، متوقعة و غير متوقعة .اما النتيجة الثانية فهي

[1] -cass 1er civ ,11 mars 1980 .bull.civ I no 84.
[2] -cass 1er civ 1er ,11 mars 1980 .bull.civ I no 84.p 69

[3]-Houtmann (Marie Ange) op cit p 6et s

[4] - أرجع إلى ذلك بالتفصيل إلى .علي سيد حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع – دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ط 1990 ، ص 73 ، ذلك أنه يقصد بالبائع العرضي كل من يقدم على بيع شيء بصفة عارضة دون أن يتخذ من هذا العمل حرفة له .

بطلان شروط انقاص الضمان او اسقاطه ، انما البائع ملزم بتعويض المشتري عن كل الاضرار الناتجة عن عيب في المبيع حتى و لو قضى العقد بالاعفاء من الضمان كليا او جزئيا [1] .

[1]-عبد القادر اقصاصي الالتزام بضمان السلامة في العقد (نحو نظرية عامة) رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية 2007-2008 ص79 .

المبحث الثاني

مسؤولية البائع من خلال أحكام ضمان العيوب الخفية

إن النصوص التي نظمت أحكام ضمان العيوب الخفية ليست من القواعد الآمرة على اعتبار أنها ليست من النظام العام ذلك أنه يجوز تعديلها إما بالزيادة أو بالنقصان [1] فالضمانات الاتفاقية كما يتضح من تسميتها لا تقوم إلا باتفاق مسبق بين اطراف المعاملة .

وقد يكون تعديل أحكام الضمان بزيادة التزامات البائع لصالح المشتري كما قد يكون لصالح البائع غير أن التعديل بانقاص التزامات البائع واعفائه منها فهو أمر لصالح البائع طبعا ، فنظرا للتطور العلمي والتكنولوجي الذي صاحب انتاج السلع وتقديم الخدمات التي تعتبر جديدة بالنسبة للمستهلك و غير متعود على استعمالها ، فوجد البائع نفسه مسؤولا عن تعويض المشترين عن العديد من الأضرار يفوق في مجمله الأرباح التي يحققها من تجارته الشيء الذي جعله يخفف من التزاماته ، وهذا بالاتفاق مع المشتري على انقاص ضمان العيب الذي قد يوجد في المبيع ، أو الإعفاء منه تماما رغم تعارضه مع مصالح المستهلك .

وهذا الاتفاق اباحه المشرع حرصا منه على مصالح البائع لأن اهمال مصالح البائع كذلك يؤدي إلى إعاقة حركة الانتاج ، وفي هذا الاطار نقول إن اتساع نطاق المسؤولية والضمان يحدد نشاط أصحاب المشروعات ويمثل عقبة أمام حرصهم على زيادة النشاط وتطور المنتجات .

ورغم ان الفقه [2] كان يرى في وقت مضى أن الضمانات الاتفاقية ليست إلا نوع من التعديل والتوسع في الضمان القانوني للعيوب الخفية إلا أن استقلالية كل من النوعين من الضمانات أصبحت أمرا مسلما به ، ذلك أن البائع يلتزم من خلال ضمان العيوب الخفية بتحمل نتائج وجود عيب خفي في المبيع عند التسليم في حين أن الضمان الاتفاقي له صور أكثر تنوعا وتشددا فمثلا في التزام البائع بصلاحية المبيع للعمل مدة معينة فهنا نجد البائع يلتزم بضمان كافة العيوب التي تحول دون صلاحية المبيع للوفاء بالاستعمال الذي اشتراه المستهلك من أجله ، وهنا نؤكد على أن المشتري ليس ملزما بأن

[1] - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، الجزء 4 ، ص 756 .
[2] - حسن عبد الباسط جميعي ، حماية المستهلك – الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ،المرجع السابق ، ص 62 .

يثبت وجود العيب في المبيع قبل التسليم ، كما أنه ليس مفيدا بان يكون العيب خفيا ، ذلك أن البائع من خلال هذا الضمان يلتزم بإصلاح العيب حتى ولو كان ظاهرا [1].

وتمشيا مع أهداف هذه الدراسة الرامية إلى إبراز كل ما له دور وأثر في تحقيق حماية المستهلك في أثناء فترة تنفيذ العقد ، فإننا سنتناول بالدراسة عوامل التشدد في مسؤولية البائع ذلك أن الواقع العملي يبرز تعمد المنتجين والبائعين دس نوع من الشروط التي تضر بالمستهلك ضمن الشروط العامة الواردة بالعقد النموذجي بما يتنافى مع حق المستهلك في العلم بالشروط المقيدة للضمانات القانونية التي تتعارض مع الحماية التي قررتها نصوص القانون [2] .

غير أن هذه الاتفاقات تبدو خطيرة وتظهر هذه الخطورة عندما لا يهتم البائع بتنفيذ العقد تنفيذا صحيحا كما انه لا يهتم بانتاج المبيع و تصنيعه ، الشيء الذي ينعكس سلبا على المجتمع ، وهذا نظرا للاضرار التي ستلحق به و التي يصعب تحديدها ، و تزداد خطورتها في الوقت الحاضر عندما يلجأ البائع إلى وسائل دعاية ضخمة من اجل اغراء المستهلك و تحفيزه على التعاقد ، إلى أن يفاجأ بهذه الشروط التي تتركه تحت رحمة البائع .لهذا و للتوضيح اكثر سنبحث في هذا المقام نطاق الاتفاقات المقيدة للضمان تمشيا مع ضرورة حماية المستهلك ثم بطلانها كما سنقيم ضمان العيوب الخفية في توفير الحماية للمستهلك ، و حتى تكون الدراسة اكثر دقة نتناول كذلك ضمان العيوب الخفية وفقا لقانون حماية المستهلك و هذا من خلال الاربعة مطالب التالية :

المطلب الأول : نطاق الاتفاقات المقيدة للضمان تمشيا مع ضرورة حماية المستهلك

المطلب الثاني : بطلان هذه الاتفاقات

المطلب الثالث : مدى كفاية ضمان العيوب الخفية في توفير الحماية للمستهلك

المطلب الرابع : ضمان العيوب الخفية وفقا لقانون حماية المستهلك

[1] - غير أن البائع قد يشترط في أغلب العقود أنه لا يلتزم بضمان المبيع إذا نشأ العيب عن سوء استخدام المشتري للمبيع ، وعلى هذا على القضاء نقل عبء الاثبات من على عاتق المستهلك إلى عاتق البائع ، فيجعلوا البائع ملزم بإثبات سوء استعمال المبيع من قبل المستهلك وليس على المشتري ، حتى لا يشكل الاثبات عائق في تحقيق حماية المستهلك في إطار الضمانات الاتفاقية .

[2] - حسن عبد الباسط جميعي ، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي ، وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو 1998 ، دار النهضة العربية ، ط 2000 ، ص 49 .

المطلب الأول

نطاق الاتفاقات المقيدة للضمان تمشيا مع ضرورة حماية المستهلك

نتناول في هذا المقام من الدراسة تمشيا مع ضرورة تحقيق حماية المستهلك الشروط المدرجة لتقييد الضمان والاعتبارات التي يجب مراعاتها في هذا المجال ثم صور الاتفاقات المقيدة لضمان العيب من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : الشروط المدرجة لتقييد الضمان و الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند وضعها

الفرع الثاني : صور الاتفاقات المقيدة لضمان العيب

الفرع الأول

الشروط المدرجة لتقييد الضمان و الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند وضعها

اولا : الشروط المدرجة لتقييد الضمان .

تنص المادة 384 من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه " .

كما تنص المادة 2/178 من القانون المدني الجزائري على أنه "وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي ، إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأه الجسيم ... " .

من خلال هذين النصين [1] نلاحظ أن المشرع الجزائري أجاز اتفاقات تخفيف المسؤولية عن الأضرار أو الإعفاء منها سواء في مجال العيوب الخفية أو في مجال المسؤولية التعاقدية .

كما أنه بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي لا يوجد نص يمنع أو يقيد من شروط التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية ، ذلك أن المادة 1643 منه نصت على أن شرط الاعفاء من الضمان شرطا صحيحا ونافذا على الأقل في مواجهة البائع الذي لم يكن يعلم بعيوب المبيع ، فقد يدرج شرط تخفيف المسؤولية أو الاعفاء منها كبند في عقد البيع نفسه أو قد يرد في وثيقة ملحقة بالعقد .

[1] - يقابلها المادة 453 و2/217 من القانون المدني المصري .

فإذا كان وارد في عقد البيع وقبله بمحض إرادته كان شرطا صحيحا ، فهو غالبا ما يكون في مقابل امتيازات تتعلق بالثمن [1] أما إذا كان وارد في وثيقة ملحقة بالعقد ، ففي هذا الصدد انقسم القضاء في فرنسا إلى شقين فقد قضى برفض الأخذ بالشروط التي ترد في مستندات منفصلة عن العقد الذي وقع عليه المشتري ، كما قضى في حالات أخرى بقبول هذه الشروط على اعتبار أنه كان بإمكان المستهلك الاطلاع على الوثيقة المنفصلة والتعرف على ما ورد من شروط ويعتبر هذا في غير مصلحة المستهلك ولا يوفر له الحماية المنشودة .

ثانيا : الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند وضع شروط تقييد الضمان

إن ضمان العيوب من طرف البائع هو القاعدة العامة لضمان حقوق المشتري بصفة خاصة أما الاتفاقات الواردة عليه بتخفيف هذا الضمان هي استثناء من الأصل العام وبالتالي لا يمكن أن نتوسع في الاستثناء حتى لا نهدر حقوق المشتري ، لأن شروط التخفيف هذه يضعها عادة المحترف الذي هو في مركز أقوى الغرض منها حماية مصالحه على حساب الإضرار بالطرف الضعيف الذي هو المستهلك وعلى هذا لابد من مراعاة الاعتبارات التالية :

1 – ضرورة التحقق من وجود هذه الاتفاقات بين الطرفين ، ولا بد أن لا تحمل هذه الشروط العبارات الغامضة فإذا تبين أن الشرط قد طبع على إيصالات وقوانين تجارية لاحقة لتاريخ إبرام العقد ، فتكون هذه الشروط غير صحيحة وباطلة .

2 – لا يأخذ في الاعتبار شرط الإعفاء إذا كان لا يتلاءم مع الالتزام الذي هو ملزم للبائع ، بمعنى أنه لا يمكن قبول الشرط الذي يعفي البائع من المسؤولية إذا تخلفت صفة أو عدم وجود خاصية تلزم ضمان تحققها في المبيع أصلا .

3 – يجب أن تنحصر الاتفاقات بتقييد الضمان في المجال التعاقدي ولا تتعداه إلى المجال ألتقصيري لأن المسؤولية التقصيرية تتعلق بالنظام العام .

4 – إن هذه الاتفاقات لا تسري على المسؤولية الناتجة عن الخطأ التدليسي بمفهومه العمدي .

[1] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 579 .

الفرع الثاني

صور الاتفاقات المقيدة لضمان العيب

إن الشروط المشددة للضمان والتي تناولناها في الفرع الأول هي أقل استعمالا إذا ما قارناها بالشروط التي تحدد الضمان ، فهذه الشروط يحرص المحترفون على إدراجها في عقودهم لتحديد مسؤولياتهم في العيوب التي قد تظهر في المبيع وهي أيضا قد تثير الجدل حول صحتها كما سنرى ذلك بالتفصيل عند ما نبحث في مدى صحة شروط الضمان الاتفاقي .

والاتفاقات المقيدة التي يبرمها المحترف مع المستهلك قد تتعلق بالتخفيف من المسؤولية وقد تتعلق بالإعفاء منها ، وإن ما يعنينا بالدراسة في هذا المقام هي الصور التي تبرز حرص المنتج أو المحترف في مجال المعاملة المبرمة مع المستهلك على التخفيف أو الاعفاء من التزامه بالضمان بدون الاخذ في الاعتبار الأضرار التي قد تلحق المستهلك ، وعلى هذا سنتناول صور الاتفاقات االمخففة من المسؤولية عن الضمان و صور الاتفاقات المعفية من المسؤولية عن ضمان العيب .

<u>أولا</u> : صور الاتفاقات المخففة من المسؤولية

في عرضنا للشروط المحددة للضمان سوف نتناول بالتحليل ثلاث صور نعرضها كما يلي :

الصورة الأولى : عدم ضمان الملحقات

يرد شرط عدم ضمان الملحقات في بعض البيوع خاصة بيوع السيارات [1] فيشترط البائع بأن لا يشمل ضمانه الملحقات أو التوابع ، غير أن تحديد الملحقات ليس بالامر السهل ، ومما يزيد المشكلة تعقيدا أن بعض المنتجين يعتبرون في حكم ملحقات المبيع الأجزاء التي ليست من صنعهم بل من صنع منتج آخر وردها لهم وقاموا بتركيبها في المبيع . ولذلك يظل مفهوم الملحقات أمر غامض في الكثير من الأحيان [2] يمكن أن يفسر قصد منتجي وبائعي السيارات من إدراج شرط عدم ضمان ملحقات المبيع هو رغبتهم في التنصل من مسؤوليتهم عن ضمان بعض أجزاء السيارات لأن هذه الأجزاء تتعرض للعطب أو الاستهلاك السريع أو لأنها تكون من انتاج أطراف أخرى .

[1] - DE.chauveron ;les clause de garantie dans la vente des véhicule ,automobiles neuf et d'occasion thèse ,paris 1960,p 53 et s .

[2] - سعيد جبر ، الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية ، المرجع السابق ، ص 64 .

وعلى ذلك نقول أن شرط عدم ضمان الملحقات لا يستند إلى أي معيار موضوعي يحدد المقصود بالملحقات إنما هذا الشرط هو مفروض على المشتري من قبل منتجي السيارات . وبالتالي من قبل موزعيها الذين يتقيدون في عقودهم مع عملائهم بالشروط العامة التي حددها لهم المنتجون .

الصورة الثانية : قصر الضمان على اصلاح المبيع دون أي تعويض

قد يدرج المحترف أو المنتج مثل هذا الشرط المتضمن أنه في حالة وجود عطب في المبيع فإنه يقتصر ضمان البائع على إصلاح هذا العطب بما يقتضيه هذا الاصلاح من استبدال بعض الأجزاء المعيبة دون أي تعويض يقدمه البائع للمشتري مهما كان سببه .

هذا الشرط لأول وهلة يظهر أنه يحقق للمستهلك ذلك الاشباع العيني الذي يستهدفه العقد ويمثل الفائدة الاجتماعية له [1] على اعتبار أن ما ينشده المشتري هو ضمان أن المبيع يؤدي الغرض الذي اشتراه من أجله .

لكن اذا توغلنا في محتوى هذا الشرط نجده محدد ومخفف لضمان البائع من عدة جوانب ، فمن جهة فإن البائع وإن كان يقدم قطعة الغيار مجانا إلا أنه غالبا ما يحمل المستهلك مصاريف التركيب وغيرها ، والتي يمكن أن تفوق قيمة القطعة ، ومن جهة ثانية لا يلتزم البائع بتعويض المشتري عن أي ضرر يلحقه بسبب عدم الاستفادة من المبيع طوال المدة التي يتطلبها الاصلاح [2] وقد يظل المبيع فترة طويلة في الاصلاح وهذا ما يفوت على المشتري كسبه ويلحقه خسارة ومن جهة ثالثة فإن إصلاح المبيع لا يأتي دائما بالنتائج المرجوة في حالة ما إذا تعلق العيب في أصل التصميم .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قصر الضمان على إصلاح أو تغيير القطع المعنية يعتبر من قبيل الشروط المحددة للضمان التي لا تصح إلا إذا كان البائع يجهل وجود العيب في المبيع[3].

الصورة الثالثة : الانقاص من التعويض المستحق للمشتري

طبقا لأحكام الضمان القانوني للعيوب الخفية فأنه في حالة العيب الجسيم يكون المشتري مخيرا بين أن يرد المبيع وما أفاده منه مقابل الحصول على عدة تعويضات أو أن يستبقي المبيع مع مطالبة

[1] - سعيد جبر ، المرجع السابق ، ص 71 .

[2] -V. - DE.chauveron ;les clause de garantie dans la vente des véhicule ,automobiles neuf et d'occasion thèse op cit p 128.

[3] -civ ,17 mai 1965,BULL civ I p 240

البائع بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بسبب العيب (المواد 375 – 381 من القانون المدني الجزائري) .

وهنا قد يتفق البائع مع المشتري على الانقاص من التعويض المستحق للمشتري فقد يتفقا على أنه في حالة ما يرد المشتري المبيع إلى البائع لا يستحق إلا أقل القيمتين ، قيمة المبيع سليما أو الثمن أو قيمة المبيع سليما فقط [1] وبالتالي لا يكون له الحق في أن يتقاضى فوائد هذه القيمة ولا المصروفات التي انفقها على المبيع مهما كان نوعها ولا مصروفات دعوى الضمان ولا أية تعويضات أخرى تمثل ما فاته من كسب أو لحقه من خسارة .

ثانيا : صور الاتفاقات المعفية من المسؤولية عن الضمان

الصورة الأولى : الاتفاق على الاعفاء من الضمان

قد يتفق المتعاقدان صراحة في العقد على اعفاء البائع من ضمان العيوب الخفية [2] غير أن هذه الصورة تثير التساؤل عما إذا كان البائع يعفى من ضمان العيوب الموجودة في المبيع وقت العقد وكذلك التي تظهر في المبيع في الفترة ما بين العقد والتسليم ، أم يكون الاعفاء على الأولى دون الثانية غير أن الرأي الراجح يرى الأقرب إلى تفسير قصد المتعاقدين هو أن يقتصر الاعفاء من الضمان على العيوب التي توجد بالمبيع وقت العقد دون التي تطرأ بعده وقبل التسليم لأن الأصل أن المتعاقدين يحددان حالة المبيع التي يرتضيها المشتري وقت التعاقد بشأنه [3] .

ويكون هذا الاتفاق صحيحا بشرط ألا يكون البائع قد تعمد بطريق الغش إخفاء العيب عن المشتري ، وهنا يمتنع على المشتري أن يرجع بأي شيء على البائع منذ ظهور العيب فلا يجوز له طلب رد قيمة المبيع ولا طلب التعويض حتى ولو كان العيب جسيما [4] .

فالمشرع الجزائري من خلال المادة 384 من القانون المدني الجزائري ، كما أجاز للمتعاقدين زيادة الضمان أجاز لهما أيضا الاتفاق على انقاص هذا الضمان أو اسقاطه كلية ، غير أنه جعل الاتفاق في الحالتين الأخيرتين باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه .والجدير بالذكر أن شرط انقاص الضمان أو اسقاطه لا يبطل إلا بالنسبة للعيب الذي تعمد البائع إخفاءه غشا منه ، أما في حالة

[1] - السنهوري ، المرجع السابق .
[2] - سعيد جبر ، المرجع السابق ، ص 72 .
[3] - نفس المرجع ، ص 73 .
[4] - محمد عبد السلام نصر عماشة ، مسؤولية المنتج عن ضمان العيوب الخفية (دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الاسلامية) ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، 2007 ، ص 247 .

ظهور عيب آخر لم يتعمد البائع اخفاءه فإن شرط عدم الضمان يكون صحيحا ويرتب آثره بالنسبة لهذا العيب [1] .

غير أننا يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري لم يوفق حين تطلب شروط الانقاص من الضمان أو الاعفاء منه وجوب علم البائع بالعيب وتعمد اخفاءه غشا منه للمشتري حيث كان الأجدر به الاكتفاء باشتراط فقط علم البائع بالعيب دون اشتراط توافر الغش في جانبه مما يؤدي إلى توفير حماية أوسع للمشتري [2] الذي يعتبر الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، طالما أن المحترف هو الذي يهيمن على بنود العقد .

الصورة الثانية : الاتفاق على حرمان المشتري من رفع دعوى الضمان

قد يتفق المتعاقدان على حرمان المشتري من رفع دعوى الضمان رغم توافر شروط العيب ، ويصح هذا الشرط فلا يكون البائع في هذه الحالة ضامنا لأي عيب يظهر في المبيع .غير أنه يمكننا القول بأن الاعفاء الكلي لا يلاقي قبولا لدى المستهلك ، كما أنه لا يستصاغ أن يدرج أحد البائعين في العقد شروطا تهدف إلى اعفائه كلية من ضمان الشيء المبيع على اعتبار أن مثل هذه الشروط تؤكد بوضوح سوء نية البائع .

في الأخير ومن خلال ما تقدم فإن هذه الاتفاقات تؤكد حرص المحترف عليها وعلى اللجوء اليها حتى يخفف من التزاماته بصفة عامة . وتعتبر هذه الاتفاقات خطيرة إذا تعلق الأمر ببائع محترف يملك جميع القدرات الفنية والقانونية التي تساعده على اشتراط تخفيف مسؤوليته ومن جهة ثانية أمام مستهلك ضعيف تحت سيطرة رغبات البائع مدفوعا بحاجته إلى السلعة محل التعاقد على اعتبار أنه لا يستطيع تحديد مصالحه .

[1] - محمد عبد السلام نصر عماشة ، نفس المرجع ، ص 252 .
[2] - على سيد حسن ، الالتزام بالسلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية ، 1990 ، ص 166 -167.

المطلب الثاني

بطلان الاتفاقات المقيدة للضمان

يرتبط بطلان الاتفاقات المقيدة للضمان باسباب إما تتعلق بشخص البائع واما بشخص المشتري واخرى بطبيعة الشرط ، وهذا ما سنراه فيما يلي من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : أسباب ترتبط بشخص البائع و المشتري

الفرع الثاني : اسباب ترتبط بطبيعة الشرط

الفرع الأول

أسباب ترتبط بشخص البائع و المشتري

اولا : اسباب ترتبط بشخص البائع

لقد مر بنا أن المشرع الجزائري وكذا المصري والفرنسي قد أجازوا شروط التخفيف وشروط الاعفاء من ضمان العيوب الخفية على شرط أن يكون البائع حسن النية ، ذلك أن هذا الشرط يصبح غير صحيح إذا ثبت سوء نية البائع .

1 – أثر سوء نية البائع على ضرورة حماية المستهلك

رأينا في موضع سابق من الدراسة أن القضاء الفرنسي أقام قرينة تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع ، وعلى ذلك فإن البائع المحترف والمتخصص في مجال المعاملة يعد سيء النية ولا يستحق الاستفادة من أحكام هذا الضمان [1] وعلى ذلك فإن شروط انقاص الضمان تبقى صحيحة عندما لا يكون البائع محترفا . ويتمشى هذا الاتجاه مع ما تهدف إليه هذه الدراسة من حماية المستهلك ليس في مواجهة بائع عرضي وإنما في مواجهة بائع محترف الذي يعمل جاهدا إلى تخفيف التزاماته وزيادة التزامات المستهلك . وعلى هذا الأساس قضى ببطلان كل شرط يعفي الصانع أو المحترف من الضمان على أساس افتراض غير قابل لاثبات العكس لسوء نيته ، وهذه القرينة مفترضة من خلال التصور التقني والصناعي الحديث [2] .

[1] -V Bourgoignie (Thierry) les clauses limitatives ou exonératoire de la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur : clauses en sursis ? actes du colloque du 13et 14 déc. 1990 L.G.D.J 1991 pp(263-278)p 269.
[2] -cass com 22 AVRIL 1975 D 1975 somm 92

غير أن المشرع الجزائري من خلال المادة 384 من القانون المدني الجزائري والمشرع المصري من خلال المادة 453 من القانن المدني المصري قد اتجها اتجاها ضيقا لمفهوم سوء نية البائع فلم يكتف بعدم علم البائع بالعيب حتى يصبح سيء النية ، إنما اشترط زيادة على ذلك أن يكون هذا البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه .

هذا النص كما سبق وأن قلنا فإنه يضيق من الحماية المنشودة للمستهلك ، هذا ما ادى بعض الفقه [1] إلى استشفاف الحماية من خلال تفسير واقعي لحكم هذه المادة .

كما يضيف [2] بعض الفقه أيضا أن بطلان شرط الاعفاء من الضمان لا يمكن ان يستند على اثبات تعمد البائع اخفاء العيب عن طريق الغش ، بل يكفي إقامة الدليل على علمه بالعيب الذي يعتري المبيع ، لأن البائع يفترض فيه دائما سوء النية ، ونتيجة ذلك ألا يستفيد هذا البائع من شرط الاعفاء الذي يضعه في العقد أيا كانت طبيعته حتى يثبت حسن نيته وهو اثبات ليس بالسهل في الغالب من الأحوال .

وعلى هذا يبدوا الحل فيما اتجه إليه جانب آخر من الفقه [3] في ضرورة فهم عبارة – تعمد إخفاء العيب – على أنها تشمل بالاضافة إلى القيام بعمل مادي للإخفاء ، الكتمان والسكوت وعدم المصارحة طالما كان ذلك في ظروف تفرض على البائع واجب المصارحة بمعنى أن التوسع في مفهوم الغش يسمح بإبطال هذه الشروط لمجرد علم البائع بالعيوب الخفية وتكتمه عن إبلاغ ذلك للمشتري وعلى هذا يكون استنتاج الغش في جانب البائع أو الصانع أمرا سهلا ، على اعتبار أن التعامل مع هؤلاء الاشخاص توجب عليهم قدرا من المصارحة لايلتزم به البائع العرضي [4] .

وفي الأخير نقول أن البائع الذي يعلم بالعيب ويتعمد اخفاءه ولا يخطر به المشتري يكون مدلسا ولا يمكن اعفاؤه من المسؤولية لأن شرط التقييد من الضمان أو اعفاءه منه في هذه الحالة يعد منافيا للأخلاق المهنية .

ثانيا : أسباب تتعلق بشخص المستهلك

إن حاجة المستهلك في علاقته مع المحترف إلى حماية خاصة تحقق التقارب بينهما في المعرفة والمعلومات وتعالج الاختلال الحاصل بينهما في المجال الاقتصادي ، كل هذا دفع بالقضاء إلى تشديد

[1] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 592 .
[2] - على سيد حسن ، الالتزام بضمان السلامة في عقد البيع ، المرجع السابق ، ص 166 .
[3] - عمر محمد عبد الباقي خليفة ، المرجع السابق ، ص 593 .
[4] - نفس المرجع ، ص 594 .

مسؤولية البائع المحترف عن العيوب التي تعتري المبيع وتجعله غير صالح للاستعمال في الغرض الذي اشتري من أجله .

وعلى إثر ذلك فرق الفقه[1] بين وضعين ، فقد أقر بطلان هذه الشروط إذا كان المتعاقد مع المهني أو المحترف مستهلكا ، أما إذا كان المتعاقد شخص آخر في نفس التخصص فلا تبطل هذه الشروط لأن المتعاقدين في هذه الحالة متساويان تقريبا من حيث القوة الاقتصادية و المعرفة الفنية والتقنية ، وعلى فرض وجود هذه المساواة فيجب أن يترتب على ذلك المساواة في المعاملة بينهما .

و انه يمكن القول أن المستهلك وحده هو المعني والمستفيد من هذه الحماية ، وهذا ما أكدته [2] محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1978 حيث قالت : " بما أنه قد ثبت لدى محكمة الموضوع أن المشتري مستعمل للشيء وليس مهنيا من نفس التخصص فإن المحترف لا يمكن له التمسك بشرط عدم الضمان للتحلل من مسؤوليته التي نشأت عن عيوب المبيع ".

الفرع الثاني
أسباب تتعلق بطبيعة الشرط

تجدر الاشارة إلى أنه لا القانون المدني الجزائري ولا المصري ولا حتى الفرنسي أتى بنص صريح يقضي ببطلان شرط الاعفاء أو التخفيف من المسؤولية إلا أن القضاء الفرنسي وبناء على قرينة افتراض علم البائع المحترف بعيوب المبيع واعتباره سيء النية قد أبطل الشروط التي تؤدي إلى الاعفاء من الضمان القانوني أو التقييد منه لفائدة المحترف ، فإن هذا التوجه [3] القضائي يجد اليوم سندا أساسيا من صريح نصوص القانون. إلا أن المشرع الفرنسي أقر صراحة ببطلان شروط تخفيف المسؤولية أو الاعفاء منها باعتبارها غير موجودة على اعتبار أنها تعسفية ، لأنها واردة في عقد أطرافه مهني ومستهلك وعلى اعتبار كذلك أنها مفروضة على هذا المستهلك من حيث الواقع ، لان المادة 35 من القانون الفرنسي رقم 23 سنة 78 الصادر في 10 يناير 1978 بشأن إعلام وحماية المستهلك حددت الشروط المعتبرة غير موجودة ، ومن بينها هذه الشروط .

وتطبيقا لنص المادة 35 من القانون الصادر في 10 يناير 1978 فإن نص المادة الثانية من المرسوم الصادر بتاريخ 24 مارس 1978 تنص على أنه : في عقود البيع التي يتم إبرامها بين المحترفين

[1] -V Houtmann (Marier -Ange) op cit
[2] -cass.civ.3e30 oct 1978.
[3] -BIHL Luc ,la loi 78-23 du 10 Janv 1978 sur la protection et l'information du consommateur des produits et de services D 1979 ,ch p 15 et s.

من ناحية وغير المحترفين أو المستهلكين من ناحية أخرى ، يحظر تضمين هذه العقود أي شرط من الشروط التي من شأنها ومن خلال مضمونها أو أهدافها استبعاد أو انتقاص الحق في التعويض المقرر لمصلحة غير المحترف أو المستهلك في حالة تخلف أو امتناع المحترف عن تنفيذ أي من التزاماته التعاقدية ، إذ تعد هذه الشروط من قبيل الشروط التعسفية وفقا لما ورد به نص الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون ".

ويقول الدكتور حسن عبد الباسط جميعي [1] " إن الالتزامات التي اوردها نص المادة الثانية من المرسوم المذكور تتضمن الالتزام بضمان العيوب الخفية ، والذي أصبح في حدود ما ورد به نص المرسوم ضمانا متعلقا بالنظام العام في حدود العلاقة بين البائع المحترف وبين المشتري غير المحترف أو المستهلك ، فإن ما تقدم يعني عدم جواز تضمين عقود بيع المنتجات أي من الشروط المخففة أو المعفية من المسؤولية عن ضمان العيب الخفي بما يحقق مصلحة المحترف على حساب غير المحترف ". فالمشرع الفرنسي قصد بطلان هذه الشروط كلما وردت في عقود مبرمة بين مستهلكين ، أما الاتفاق بين مهني وبائع عرضي لم يتوافر له هذا النوع من الحماية حتى ولو تعاقد مهني من غير تخصص البائع ، فإنه لا يتمتع بهذه الحماية أيضا ويعكس ذلك أن سبب صدور هذا القانون هو توفير حماية حقيقية للمستهلك عديم الخبرة .

[1] - حسن عبد الباسط جميعي ، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة ، مرجع سابق ، ص 50 .

المطلب الثالث

مدى كفاية ضمان العيوب الخفية في توفير الحماية للمستهلك

بعد أن تناولنا تعريف العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع في القانون المدني الجزائري وعرفنا ما معنى العيب ومعنى الضمان كان لا بد علينا أن نتعرض لمدى كفاية ضمان العيوب الخفية في توفير الحماية للمستهلك من حيث الدعوى التي يرفعها المشتري المستهلك وما يترتب من آثار عن هذه الدعوى وبعد ذلك نتعرض لتقييم هذه الآثار ومدى نجاعتها في حماية المستهلك ، وهذا ما سنراه من خلال اثار قيام البائع بضمان العيب الخفي و دعوى الضمان و مدى فعاليتها في حماية المستهلك من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول :اثار قيام البائع بضمان العيب الخفي

الفرع الثاني : دعوى الضمان ومدى فعاليتها في حماية المستهلك

الفرع الأول

آثار قيام البائع بضمان العيب الخفي

ألزم القانون المدني الجزائري المشتري المستهلك بفحص الشيء المبيع مباشرة بعد استلامه له ، وهذا للتحقق من حالته وبيان إذا ما كان به عيوب أو لا ، ذلك أنه قد لا يتمكن المشتري من فحص الشيء المبيع قبل استلامه ، فإذا تبين له وجود عيب معين يضمنه البائع وجب عليه أن يخطر البائع بوجود هذا العيب خلال فترة محددة وهذا قبل أن يشرع في رفع الدعوى أمام الجهات القضائية والتي حدد لها المشرع مدة زمنية محددة ، وعلى ذلك سنتعرض من خلال هذا الفرع إلى مسالتين أساسيتين تتمثل الاولى في وجوب إخطار البائع بوجود عيب في الشيء المبيع و الثانية تتمثل في وجوب رفع الدعوى في الميعاد المحدد قانونا .

أولا : واجبات المشتري للحصول على الضمان

تنص المادة [1] 380 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية ، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضيا بالمبيع ، غير أنه إذا

[1] - تقابلها المادة 441 ق م م .

كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب " .

ومن خلال هذا النص يفهم أن المشتري حتى يتمكن من الحفاظ على حقه في الضمان اتجاه البائع ، يجب عليه أن يقوم بفحص المبيع مباشرة بعد استلامه للتأكد من سلامته ، فإذا تبين له عيب ينقص من قيمة المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به .و المقصود بالتسليم هنا هو التسليم الفعلي وليس التسليم الحكمي ، لأن التسليم الفعلي هو الذي يمكن المشتري المستهلك من القيام بفحصه حتى يتمكن من المحافظة على حقه في الضمان ، وعلى المشتري أن يبذل في فحص المبيع عناية الرجل العادي .

وإخطار المشتري للبائع بالعيب ليس له شكلا محددا ، فالمشرع لم يحدد طريقة إخطار البائع ولا حتى الصيغة التي يجب أن يخطره بها وترك الأمر بدون توضيح .

وهذا الإخطار هو تصرف قانوني يصدر بإرادة المشتري المنفردة ولا ينتج أثرا الا إذا اتصل بالبائع والهدف منه هو إلزام البائع بالقيام بما يوجبه عليه القانون للقضاء على أوجه النقص في هذا المبيع وكذلك لتفادي تفسير سكوت المشتري بأنه قبل بالمبيع على حالته [1] ويقع عبء اثبات وصول الاخطار للبائع على المشتري وهذا عملا بمبدأ البينة على من ادعى .

كذلك يختلف الاخطار عن الانذار ، فالاخطار هو اعلام البائع بوجود ما يستوجب الضمان ، أما الانذار فهو تكليف للمدين بتنفيذ الالتزام ، أما فيما يتعلق بالمدة التي يجب على المشتري اخطار البائع فيها بوجود العيب فإنه بالرجوع إلى نص المادة 380 فنجد أنها فرقت بين حالتين فالحالة الأولى هي الحالة العادية التي يكتشف فيها المشتري بدون أية صعوبة وجود العيب الخفي ولا يستلزم تبيين هذا العيب بمساعدة أهل الخبرة ، ففي هذه الحالة أوجب المشرع على المشتري أن يخطر البائع بوجود هذا العيب خلال مدة معقولة تركها لتقدير قاضي الموضوع .

ويترتب على عدم إخطار البائع بالعيب إذا اكتشفه المشتري في المدة الزمنية المعقولة من وقت اكتشاف العيب فإنه بذلك يكون قابلا للمبيع بما فيه من عيوب ، وبالتالي يسقط حقه في مطالبة البائع بضمان هذا العيب .

[1] - عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الرابع ، المرجع السابق ، فقرة 373 ص 737 .

أما الحالة الثانية والتي يتطلب العيب فيها فحصا خاصا يصعب على المشتري العادي اكتشافه بمجرد فحص الشيء المبيع ، فهنا على المشتري إخطار البائع بوجود هذا العيب بمجرد ظهوره ودون تأخير دون التقيد بفترة زمنية معقولة .

ثانيا : وجوب رفع الدعوى في الميعاد المحدد قانونا

تنص المادة 383 من القانون المدني الجزائري على أنه " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم بالضمان لمدة أطول .

غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه " [1] .

يتضح من مضمون هذه المادة أنها تناولت فكرتين أساسيتين ، الاولى تتعلق بالمدة التي يجب رفع دعوى الضمان خلالها والثانية تتعلق بأثر سوء نية البائع على المدة التي يجب رفع الدعوى خلالها .

1 – المدة التي يجب رفع دعوى الضمان خلالها

لم يكتف المشرع الجزائري بضرورة إخطار البائع بوجود العيب في الشيء المبيع حتى تقبل دعوى الضمان إنما اشترط على المشتري أن يرفع دعواه خلال فترة زمنية محددة بسنة من يوم تسليم المبيع الى المشتري[2]. فعلى المشتري اذن حتى يحافظ على حقه بضمان العيب أن يرفع دعوى الضمان خلال سنة من وقت التسليم الفعلي .فإذا انقضت السنة من تاريخ التسليم دون أن يرفع المشتري الدعوى يسقط حقه في المطالبة بضمان العيب الخفي ، حتى وإن ادعى المشتري بأنه لم يكتشف العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل .

وتجدر الاشارة إلى أن هذه المدة ليست من القواعد الآمرة ، وبالتالي يجوز مخالفتها ، على اعتبار أنه قد يتفق البائع والمشتري على مدة أكبر من المدة التي حددتها المادة ، فإذا وجد مثل هذا الاتفاق وجب العمل به طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

[1] - المقابلة لنص المادة 452 ق م م .

[2] - المشرع الفرنسي من خلال المادة 1647 ق م لم يحدد المدة التي ترفع خلالها دعوى الضمان ، وهذا يتناقض مع ما يتطلبه استقرار المعاملات ومقتضيات التجارة ، ويفسح بذلك المجال لضياع الحقوق بين البائع والمشتري الشيء الذي ينتج عنه تعارض في الحكام القضائية ، أرجع بالتفصيل في ذلك إلى عمرو أحمد عبد المنعم الدبش ، المرجع السابق ، ص 150 .

2 – أثر سوء نية البائع على المدة التي يجوز خلالها رفع دعوى الضمان

طبقا للفقرة الثانية من المادة 383 فإنه في حالة تعمد البائع غش المشتري عن قصد منه، فلا يجوز له أن يتمسك بالتقادم القصير الذي حددته المادة وإنما بالتقادم الطويل وهو خمسة عشر عاما من تاريخ إبرام العقد وهذا وفقا للقواعد العامة وهذا لكي لا يستفيد البائع سيء النية من سوء نيته ويظل مهددا بالضمان لأطول مدة ممكنة .

الفرع الثاني

دعوى الضمان ومدى فعاليتها في حماية المستهلك

استنادا إلى ما سبق وأن تناولته الدراسة من تطور الاتجاه الفرنسي في التوسع في فهم النصوص يمكننا أن نتصور أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يوفر قدر كافي من الحماية للمستهلك .غير أنه يجدر بنا أن نشير إلى بعض الصعوبات التي تجعل الحماية التي توفرها دعاوى العيوب الخفية غير كافية [1] .

أنه لا يستطيع المستهلك أن يستفيد من هذا الضمان إلا إذا كان المبيع معيبا بشكل يؤثر على أدائه للغرض المرجو منه ، كما أن الضمان لا يوفر حماية المستهلك في كل الحالات التي لا يتطابق فيها المبيع مع المواصفات المتفق عليها ، على اعتبار أن دعوى ضمان العيب الخفي لن تقبل في حالة ما إذا كان المبيع من نوعية أقل درجة من المتفق عليها في العقد [2] .

هذا من جهة ومن جهة اخرى فإن ميعاد رفع دعوى ضمان العيوب الخفية محدد بمدة قصيرة وهي سنة من وقت تسليم المبيع ، حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب ، طبقا لما جاءت به المادة 383 فهذه المدة القصيرة لا يتمكن معها غالبا المستهلك رفع الدعوى ، خاصة وأنها تبدأ مباشرة بعد تسليم المبيع بغض النظر عن علم المشتري بالعيب .

ونفس الشيء من الناحية العملية في فرنسا بالرغم من أن حدود مدة التقادم أي تقادم الدعوى أكثر اتساعا لذلك إن المستهلك لا يتصور لجوئه إلى القضاء إلا بعد استنفاذ كل وسائل التفاوض مع البائع، فإذا بالمدة المحددة تنقضي في هذه الأثناء [3] .

[1] - السنهوري ، المرجع السابق ، ج 4 ، ص 752 .

[2] -J.Ghestin ,conformité et garantie dans la vente L.G.D.J1983 ,p 207

[3] - عبد المنعم موسى إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 472 .

كذلك من حيث نتائج دعوى الضمان فإنها عادة ما لا تتلائم مع احتياجات المستهلك ، على اعتبار أن المستهلك قلا ما يبحث عن فسخ عقد البيع أو انقاص ثمن المبيع ، إنما يبحث عن مبيع يؤدي الغرض الذي تم التعاقد من أجله وهو ما لا تصل إليه دعوى الضمان دائما .

هذا ناهيك على أن المستهلك العادي لا يعرف عادة بأن له حق اتجاه البائع وهو التزامه بضمان العيوب الخفية وفي حالة علمه به فإنه إذا لجأ إلى القضاء فهذا يكلفه مصاريف تثقل عاتقه، كما أنها تكلفه وقتا طويلا الشيء الذي يجعله يمتنع عن اللجوء إلى القضاء بالاضافة إلى أن عبء الاثبات في حد ذاته يشكل عقبة يواجهها المستهلك ذلك أنه مجبر على اثبات وجود العيب وقت استلام المبيع وعلى هذا كنا تناولنا في موضع سابق من هذه الدراسة ضرورة نقل عبء الاثبات من على عاتق المستهلك إلى عاتق البائع ، وهذا بافتراض أن العيب موجود منذ التسليم ، وهذا تخفيفا على المستهلك لتفادي صعوبات الاثبات ، وقبل ذلك كنا رأينا أنه على المستهلك أو المشتري أن يقوم بفحص المبيع والتحقق من حالته مباشرة بعد استلامه وقيامه بإخطار البائع بوجود العيب خلال مدة معقولة وإلا اعتبر قابلا للمبيع ، فمن هنا ظهرت محدودية أثر أحكام ضمان العيوب الخفية كما تناولناها طبقا للقواعد العامة في توفير حماية فعالة للمستهلك .

المطلب الرابع

ضمان العيوب الخفية وفقا لقانون حماية المستهلك

من خلال ما سبقت الاشارة إليه و بينته الدراسة أن القواعد العامة تظل قاصرة وعاجزة على توفير حماية فعالة للمستهلك فقد حرصت التشريعات الخاصة بحماية المستهلك على توفير حماية أكثر فعالية للمستهلك في مواجهة العيوب التي تظهر بالمبيع ، باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التي تربطه بالمحترف الذي يظل دائما الطرف القوي في هذه العلاقة التعاقدية .

هذا ما حاول المشرع الجزائري تحقيقه عندما سن القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 و المتضمن قانون حماية المستهلك و قمع الغش والذي سنبين أحكامه الخاصة بضمان العيوب الخفية للسلع فيما يلي :

أول ما يمكن قوله أن قانون حماية المستهلك تقتصر أحكامه على المعاملات وهي في مجال دراستنا عقد البيع ، ذلك أنه يعتبر وكما أشارت إليه الدراسة في مادته الأولى مستهلكا كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة من اجل تلبية حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر .

فمن خلال هذا النص فإن المستهلك الذي تطوله الحماية بموجب احكام العيوب الخفية هو الشخص الذي يشتري السلعة أو المنتوج لاشباع حاجاته أو حاجات عائلته الشخصية ، وهذا الشخص قد يكون من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية .

كما أنه عرف بموجب نفس المادة الضمان بأنه " الزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتوج باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل السلعة على نفقته ".

أما المادة 13 منه فأوجبت على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته .

فيتضح من هذه النصوص أنه من حيث مضمون الحماية التي كفلها المشرع للمستهلك فهي حماية علاجية فيكون فيها للمستهلك الخيار بين استبدال السلعة المعنية بأخرى ، او ردها و إرجاع الثمن دون أية تكلفة أخرى إضافية ، وهذا خلال فترة الضمان ، وتجدر الإشارة هنا إلى أن قانون حماية المستهلك لم يحدد الفترة الزمنية الممنوحة للمستهلك لكي يستبدل المبيع أو يسترد الثمن ، ففي هذه الحالة إما أن يكون المشرع قد تركها لتحديد الأطراف على اعتبار أن المدة المحددة قانونا يمكن مخالفتها من طرف الأطراف والاتفاق على غيرها وإما تركها للقاعدة العامة في القانون المدني .

وتطبيقا لأحكام المادة 13 فقد صدر المرسوم التنفيذي [1] رقم 13–327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ . وبالتالي فإنه بالرجوع إلى القانون ونصه التنفيذي نرى ان هذا القانون لم يأتي بجديد ولم يوفر حماية فعالة للمستهلك كما كنا نأمل أن يكون قد واكب التطورات التكنولوجية وأعطى لأحكام الضمان أكثر فعالية تتمشى مع خطورة السلعة .

فمن حيث مدة الضمان : إن هذا المرسوم التنفيذي نص في المادة 16 منه على أنه : "لا يمكن أن تقل مدة الضمان عن سنة (06) أشهر من تاريخ تسليم السلعة الجديدة أو تقديم الخدمة " . و على ذلك فأن المشرع حدد مدة الضمان الدنيا أي أن مدة الضمان لا تقل عن ستة أشهر من تاريخ التسليم دون أن يحدد المدة القصوى للضمان ، وأحالنا هذا النص على القرار الوزاري المشترك [2] المؤرخ في

[1] - جريدة رسمية رقم 49 سنة 2013 .
[2] - جريدة رسمية رقم 03 بتاريخ 27 يناير 2015 .

2014/12/14 الذي يحدد مدة ضمان السلع الجديدة المقتناة بمقابل أو مجانا حسب طبيعة السلعة كما هو مبين في القوائم ، فحدد مدة الضمان حسب طبيعة المنتوج بمدة تتراوح من 06 أشهر إلى 24 شهرا .

كما أكدت المادة 04 منه على انه " يجب أن ترافق كل سلعة مضمونة بشهادة الضمان وحسب طبيعتها بدليل الاستعمال .

ويجب أن تبين شهادة الضمان مدة الضمان وتاريخ سريان الضمان " .

أما المادة 05 فأكدت على أنه " عندما يقوم المتدخل باصلاح واستبدال السلعة يجب أن توقف مدة الضمان ويسري مفعولها بعد إعادة السلعة إلى حالتها الطبيعية .

وفي حالة إعادة بيع سلعة مضمونة يستفيد المقتني الجديد من مدة الضمان المتبقية وبنفس المزايا المرتبطة بها " .

من حيث الاتفاق على تخفيف أو زيادة الضمان :

فقد نصت المادة 13 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش على أنه يعتبر باطلا كل شرط مخالفا لأحكام هذه المادة ، إذن فإنه يقع باطلا كل شرط من شأنه اعفاء مورد السلعة أو مقدم السلعة من التزاماته الواردة بهذا القانون.

غير أنه بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي فلم يتطرق لشرط الاعفاء على عكس المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات الملغى ، الذي ينص في مادته العاشرة على أنه " يبطل كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله .

والمراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها " .

فنص المادة 13 من القانون يبطل شرط إعفاء المحترف من ضمان العيوب الخفية غير أنه لم يشر كما أشار إليه نص المادة 10 من المرسوم 90-266 عندما يتعلق الأمر بإنقاص إلتزامات المحترف القانونية كأن يكون للمستهلك مثلا الحق في استبدال السلعة المعنية دون أن يكون له الحق في إعادتها واسترجاع الضمان ، فهنا كنا نأمل كذلك أن ينص القانون أو مرسومه التنفيذي صراحة على بطلان كل شرط يكون من شأنه إعفاء المورد من إلتزاماته أو انقاصها .

من حيث شروط الاستفادة من الضمان :

نصت المادة 21 من المرسوم على أنه : " لا يستفيد المستهلك من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية ، أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخل " .

أعتقد أن هذا النص جاء ليزيد من صعوبة الحصول على الضمان ذلك أنه كما أشارت الدراسة إليه أن المستهلك قد لا يعلم بأن له حق في الضمان فكيف له أن يعلم بضرورة تقديم شكوى لدى المتدخل حتى يحصل عليه فإذا أراد المشرع توضيح هذا الشرط فكان يستوجب أن يذكر هذا الشرط في شهادة الضمان المنصوص عليها في المادة 06 من نفس المرسوم ، حتى يتفطن المستهلك بأنه لحصوله على الضمان لا بد من تقديم شكوى لدى المتدخل .

حيث أنه لا يوجد مبرر لهذا الشرط خاصة وأن المرسوم الملغى رقم 90 – 266 لم يشر إليه أصلا وكأن المشرع بهذا الشرط يريد أن يعطي قوة أكثر للمتدخل مما هو عليه ، وبهذا تتقلص الحماية المنشودة للمستهلك .

وبهذا نستطيع أن نقول أن قانون حماية المستهلك لم يوفر الحماية المنشودة للمستهلك في ظل تفوق كبير للمحترف في جميع المجالات وضعف كبير للمستهلك على جميع المستويات .

وبهذا تكون الدراسة قد ألقت الضوء على ضمان العيوب الخفية ومدى كفايته لمواجهة تعيب المبيع وهذا من خلال دراسة مدى تأثر شروط الضمان بمقتضيات حماية المستهلك وكذا مسألة التشدد في مسؤولية البائع من خلال أحكام الضمان سواء من خلال القواعد العامة او من خلال قانون حماية المستهلك و قمع الغش و النصوص التطبيقية له .

الفصل الثاني

الإلتزام بتسليم مبيع مطابق للمواصفات

قد يتفق المتعاقدان في عقد البيع على أن يحدد المستهلك بعض الموصفات للسلعة التي يرى من الضروري توافرها فيها حتى تؤدي الغرض الذي من أجله تعاقد بشأنها و بالنتيجة إشباع حاجاته، و في حالة عدم تسليم البائع للسلعة بهذه المواصفات يصبح مخلا بإلتزامه بتسليم مبيع مطابق للمواصفات رغم خلوه من أي عيب.

و يعتبر ضمان مطابقة المبيع في عقد البيع نظاما جديدا لحماية المستهلك يقوم على اعتبارات العدالة و مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود[1]، و قد ظهر هذا الالتزام في بداية القرن الحادي و العشرون في البيوع التي تتم بين البائعين المهنيين والمستهلكين لتيسير و تشجيع حرية تداول السلع و المنتجات و في نفس الوقت ضمان حماية معتبرة للمستهلك[2].

و يرى بعض الفقه الفرنسي[3] أن المشرع قد تبنى مفهوما واسعا للمطابقة هذا ما تظهره المادة 1/212 من تقنين الاستهلاك التي تنص على أنه " لا بد من استجابة المنتجات عند طرحها الأول في الأسواق للتعليمات المتعلقة بصحة الأشخاص و سلامتهم و بنزاهة التعاملات التجارية و بحماية المستهلكين ".

و يفهم من هذا النص أن مفهوم المطابقة للمواصفات لا يتوقف على ما يشترطه المتعاقدان في اتفاقهم، و لكن يمتد ليطول ما يقرره المشرع من أحكام في هذا الشأن، حماية منه لمصالح المستهلك، عندما يعجز هذا الأخير على أن يتفق على وجود بعض المواصفات في السلع التي لا تشبع رغباته التي تعاقد من أجلها.و هذا ما أثار حفيظة الفقه و القضاء بهدف تحقيق قدر ممكن من الحماية للمستهلك في هذه المرحلة الهامة من مراحل العقد فبدأ يلتمسان وجودها في أكثر من موضع في النصوص التي تنظم عقد البيع.

و قد تتطابق الآثار التي تترتب على عدم المطابقة للمواصفات و العيب الخفي و أهم هذه الأثار عدم صلاحية المبيع للغرض الذي خصص من أجله على نحو قد يلحق بالمستهلك أضرارا كثيرة تنقص

[1] ممدوح محمد علي مبروك ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك (دراسة تحليلية في القانون المدني و قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006) دار النهضة العربية 2008 ص2.

[2] Jean Calais –Auloy, une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité, RTD, civ, 2005,P702.

[3] عمر عبد الباقي خليفة، المرجع السابق، ص 687.

من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغرض المقصود فهنا نرى أنه من الضروري التعرض إلى العلاقة بين العيب الخفي و بين عدم المطابقة أو تخلف الصفة من جانب أخر. رغم أن المبيع لا يعتريه أي عيب إلا أنه يكون غير مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد.

و على ذلك فإننا سندرس في هذا الفصل مضمون مطابقة المبيع من خلال ماهية مطابقة المبيع للمواصفات و العلاقة بين عدم المطابقة للمواصفات و العيب الخفي و هذا في المبحثين التاليين :

المبحث الأول : ماهية مطابقة المبيع للمواصفات

المبحث الثاني : العلاقة بين عدم المطابقة للمواصفات و العيب الخفي

المبحث الأول

ماهية مطابقة المبيع للمواصفات

تجدر الإشارة في البداية إلى أن القانون المدني الجزائري و قوانين الاستهلاك لم تاتي على تعريف الإلتزام بضمان المطابقة ذلك أن قوانين الاستهلاك اقتصرت على تقرير الحق للمستهلك في الحصول على سلعة تتطابق مع المواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله لاقتناء هذه السلعة، و إلتزام البائع بأن يسلم المشتري شيئا مطابقا للعقد و الا ثبت لهذا الأخير الحق في المطالبة بضمان المطابقة .و عدم المطابقة قد يتخذ مظهرا ماديا بتسليم شيء غير مطابق أو مختلف عما تم الاتفاق عليه، كما قد يتخذ مظهرا وظيفيا بتسليم شيء غير ملائم لاحتياجات المستهلك [1].

و على هذا سندرس ماهية مطابقة المبيع للمواصفات من خلال مفهوم الالتزام بضمان المطابقة و خصائصه و ندرس كذلك اساس الالتزام بضمان المطابقة من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مفهوم الإلتزام بضمان المطابقة و خصائصه

المطلب الثاني : أساس الالتزام بضمان المطابقة

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بضمان بالمطابقة و خصائصه

في هذا المطلب سنحاول القاء الضوء على الالتزام بالمطابقة من خلال تعريف الالتزام و خصائصه و كذا شروط الالتزام بضمان المطابقة من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تعريف الالتزام بضمان المطابقة و خصائصه

الفرع الثاني : شروط الالتزام بضمان المطابقة

[1] -اشرف محمد مصطفى أبو حسين المرجع السابق ص 301.

الفرع الأول

تعريف الالتزام بضمان المطابقة و خصائصه.

أولا: تعريف الالتزام بضمان المطابقة

أعطى الفقه الفرنسي تعريفا للمطابقة و آخر لعدم المطابقة فعرفوا المطابقة على أنها "مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد و للشروط الصريحة أو الضمنية فيه "[1].

أما عدم المطابقة فعرفوها بأنها "الاختلاف بين الشيء المسلم حقيقة و الشيء المتفق عليه في العقد"[2].

وعلى ذلك نادى بعض الفقهاء في فرنسا بضرورة تعديل القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بالضمان في عقد البيع و ادخال ضمان المطابقة كاحد الالتزامات و الضمانات الجديدة التي تقع على عاتق البائع لمصلحة المستهلك ، و بمقتضاه يجب ان يكون الشيء المبيع مطابقا للعقد [3].

غير أن الفقه المصري عرف عدم المطابقة بأنها " صلاحية المبيع للإستعمال المقصود بحسب طبيعته أو حسب الغرض الذي أعد له أو وفقا لما هو مبين في بنود العقد"[4].

أما بالنسبة لقوانين الاستهلاك سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر فنجد أنه في القانون الفرنسي يتقرر الالتزام بضمان المطابقة بنص المادة 4/211 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بتاريخ 26 جويلية 1993 المعدل بقانون 17 فبراير 2005 المتضمن مطابقة المبيع للعقد المفروض على عاتق البائع لمصلحة المستهلك و التي تنص على أنه" يلتزم البائع بأن يسلم شيئا مطابقا للعقد و يضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم"[5].

وفي القانون المصري فيتقرر الالتزام بضمان المطابقة في قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 الصادر في 19 مايو 2006 بموجب المادة 2/2 التي حظرت الإخلال بالحقوق الأساسية

[1]Jean calais-auloy, article précite,P701 et 705- droit des contrats-Laurent leveneur droit des contrats 10 ans de jurisprudence commentée 1999-2000 éd litec n° :347p564

[2]Le Tourneau (Ph)et Loic (cadiet)droit de la responsabilité et des contrats éd DALLOZ 2002-2003 n° :5464 P1055.

[3] -خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2011 ص 656-607.

[4]ممدوح محمد علي مبروك المرجع السابق ص 9.

[5]Art L.211-4 (ord, n° 2005-136) – Le vendeur est tenu de liner un bien conforme au contrat et repond des défauts de conformité existant lors de la délivrance.

للمستهلك و التي نصت على «الحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة و المطابقة للمواصفات".

كما نصت المادة 1/8 منه على أن "للمستهلك خلال أربعة عشر يوما من تسلم أية سلعة الحق في استبدالها أو إعادتها مع استرداد قيمتها و ذلك إذا شاب السلعة عيب أو كانت غير مطابقة للموصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله و يلتزم المورد في هذه الأحوال بناء على طلب المستهلك بإبدال السلعة أو استبعادها مع رد قيمتها دون أية تكلفة إضافية".

أما قانون حماية المستهلك و قمع الغش الجزائري فقد تقرر الالتزام بضمان المطابقة فيه من خلال نص المادة 11 التي تنص على انه « يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفته و منشئه و مميزاته الأساسية و تركيبته و نسبة مقوماته اللازمة و هويته و كمياته و قابليته للاستعمال و الأخطار الناجمة عن استعماله.

كما يجب أن يستجيب المنتوج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه و تاريخ صنعه و التاريخ الأقصى لاستهلاكه و كيفية استعماله و شروط حفظه و الاحتياطات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه ".

أما المادة 12 فتنص على أنه " ينبغي على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة المنتوج قبل عرضه للإستهلاك طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية السارية المفعول تتناسب هذه الرقابة مع طبيعة العمليات التي يقوم بها المتدخل حسب حجم و تنوع المنتوجات التي يضعها للاستهلاك و الوسائل التي يجب أن يمتلكها مراعاة لاختصاصه و القواعد و العادات المتعارف عليها في هذا المجال".

أما طبقا للقواعد العامة فقد أشار القانون المدني الجزائري و كذا المصري ضمنا إلى مضمون المطابقة للمواصفات من خلال نصوص متفرقة لا سيما المادتين[1] 365 و 366 التي تعرض من خلالهما لصور المطابقة المتعلقة بمقدار المبيع و في المادة[2] 379 كذلك تعرض لحالة تخلف الصفة و إلزام البائع بالضمان أما في المادة[3] 386 منه فواجه التزام البائع بضمان صلاحية المبيع لمدة معلومة.

[1] تقابلهما المادتين 433 و 434 من القانون المدني المصري .
[2] تقابلها المادة 447 ق م م
[3] تقابلها المادة 455 ق م م

فيتضح من خلال هذه النصوص أن الحق في المطابقة أصبح من حقوق المشتري والمستهلك الأساسية ، و أن البائع يلتزم بضمان مطابقة السلعة المبيعة للمواصفات و الغرض الذي تم التعاقد من أجله و في حالة الإخلال تترتب على عاتق البائع المسؤولية.

أن التعريفات المستعرضة لم تعطي تعريفا للالتزام بضمان المطابقة، إنما بعضها عرفت المطابقة باعتبارها المحل الذي ينصب عليه التزام البائع بما تتضمنه من مواصفات أو شروط متفق عليها صراحة أو ضمنا في العقد أما البعض الأخر فعرفت فقط عدم المطابقة باعتبارها الشرط الأساسي لقيام التزام البائع بالمطابقة أو العيب.

و على هذا يعرف الدكتور ممدوح محمد علي المبروك الالتزام بضمان مطابقة الشيء المبيع بأنه " تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم موافقا للشروط المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمنا و محتويا على المواصفات التي تجعله صالحا للاستعمال بحسب طبيعته و وفقا لغرض المشتري بما يضمن حسن الانتفاع به و توقي أضراره".

ثانيا: خصائص الالتزام بضمان المطابقة

يتميز الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع عن غيره من الالتزامات بالخصائص التالية :

1-هو تعهد أو ضمان قانوني بتحقيق نتيجة لمصلحة المشتري.

2-هو التزام بضرورة تحقق المطابقة وقت تسليم المبيع و إن كانت غير متوفرة وقت البيع .

3-هو التزام يتضمن تحديد المطابقة و فقا للشروط و المواصفات المتفق عليها في عقد البيع صراحة أو ضمنا.

4-هو التزام يستوجب مطابقة صلاحية المبيع للاستعمال بحسب طبيعته و تخصصه و وفقا لغرض المشتري الخاص و توقعه المشروع .

5-هو التزام يشترط توفر المبيع على عناصر و مواصفات الأمان التي تضمن للمشتري الحق في الصحة و السلامة عند استعماله للمبيع و تمكنه من الانتفاع به على أحسن وجه.

الفرع الثاني

شروط الالتزام بضمان المطابقة

يشترط لقيام الالتزام بضمان المطابقة أن يتوافر شرطان و هما:

أولا: عدم المطابقة وقت التسليم

يتحقق هذا الشرط بتوافر عنصران ، يتمثل العنصر الاول في عدم مطابقة المبيع و العنصر الثاني يتمثل في وجود عيب عدم المطابقة وقت التسليم و خلال فترة الضمان ، و هذا ما سنتناوله بشئ من التفصيل فيما يلي :

1 –أن يكون المبيع غير مطابق

إن عدم مطابقة المبيع لما تم الاتفاق عليه في العقد هو الشرط الأساسي الذي يثير مسألة الضمان و يرتب مسؤولية البائع عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة[1].و يقصد بعدم مطابقة المبيع هو اختلاف المبيع المسلم فعلا عما كان يجب تسليمه و فقا للعقد، أو تسليم شيء آخر غير الشيء الذي تم الاتفاق عليه[2].

و بالتالي فكل مبيع لا تتوفر فيه الشروط و المواصفات المتفق عليها ضمنا أو صراحة في العقد أو كان غير صالح للاستعمال للغرض الذي تم التعاقد عليه يكون معيبا بعيب عدم المطابقة.

و طبقا للمادة 211–8 من قانون الاستهلاك الفرنسي يجب أن يكون عيب عدم المطابقة خفيا وقت إبرام العقد ذلك أنه إذا كان ظاهرا فلا يكون للمشتري الحق في التمسك بضمان المطابقة على اعتبار أنه لا يمكن للمشتري أن ينكر المطابقة بالاستناد إلى عيب كان يعرفه أو لا يمكن أن يجهله و قت التعاقد[3].غير أنه لا يشترط أن يكون عيب عدم المطابقة خفيا و قت التسليم، و على ذلك يمكن للمشتري أن يستند إلى ضمان المطابقة و لو كان عيب عدم المطابقة ظاهرا وقت التسليم على اعتبار أن عيب عدم المطابقة لا بد أن يكون خفيا وقت إبرام العقد.

[1]Jean Calais-Auloy, article précité P701 et 705
[2]LeTourneau(ph) et loic codiet, op cit n°5464 P1055
[3]Art L 211-8:L'acheteur est en droit d'exiger la conformité du bien au contrat, Il ne peut cependant contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté, Il en va de même lorsque le défaut a son origine dans les matériaux qu'il a lui-même fournis.

و عليه فإن عيب عدم المطابقة يمكن إثارته و لو كان المبيع خاليا من العيوب الخفية و يشتمل على جميع المواصفات التي تجعله صالحا للاستعمال للغرض المخصص له بحسب طبيعته، و هذا إذا كان الشيء المبيع مختلف وقت التسليم عما كان متفقا عليه وقت العقد.

2- أن يكون عيب عدم المطابقة موجودا وقت التسليم و خلال فترة الضمان

يجب أن يكون عيب المطابقة موجودا وقت التسليم حتى وإن كان غير موجود وقت البيع و هذا ما نصت عليه المادة 211-4 من قانون الاستهلاك الفرنسي و المادة 1/8 من قانون حماية المستهلك المصري التي تم ذكرهما سابقا، أما المشرع الجزائري لم يحدد وقت إثارة عدم المطابقة على عكس ما قام به المشرع الفرنسي و المصري.و بالتالي إذا و جد عيب عدم المطابقة بعد التسليم فلا يكون البائع ضامنا له على اعتبار أن البائع لا يضمن العيوب التي تعتري المبيع بعد التسليم[1].

و على هذا الأساس فإنه يعتد بوقت التسليم لاعتبار عيب عدم المطابقة موجودا ،أما إذا كان العيب موجودا وقت التسليم ولكنه لم يكتشفه إلا بعد التسليم فعلى المشتري أن يثبت أقدمية العيب طبقا للقواعد العامة في القانون المدني.

كما أن المادة 211-7 من قانون الاستهلاك الفرنسي نصت على أن " عيوب المطابقة التي تظهر خلال مدة ستة أشهر بداية من تسليم الشيء المبيع تعتبر موجودة وقت التسليم ما لم يثبت العكس"[2].و بهذا تكون المادة قد افترضت وجود عيب عدم المطابقة وقت التسليم و اعفت المستهلك من إثبات أقدمية العيب خلال ستة أشهر بعد التسليم، و هذا حتى توفر حماية أكثر للمستهلك.

غير أنه إذا ظهر عيب بعد مرور ستة أشهر من تاريخ التسليم فإنه على المستهلك إثبات أقدميته. فتقوم هنا قرينة بسيطة تفترض أن كل عيب في المطابقة يظهر في المبيع في فترة الضمان يرجع إلى عيب قديم في المبيع، و تطبيق هذه القرينة يستلزم نقل عبء الإثبات من على عاتق المستهلك إلى عاتق البائع فيثبت البائع إذا أراد التخلص من المسؤولية أن العيب يرجع إلى خطأ المشتري[3].

[1]Jean Calais-Auloy, opcité P706

[2]Art L. 211-7 :Les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de six mois à partir de la délivrance du bien sont présumés exister au moment de la délivrance, sauf preuve contraire.

[3]JacqueGhestin, Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers) éd L.G.9.J. Paris 1983 n°294 PP310 et 311.

ثانيا: فحص المبيع و اخطار البائع بعدم المطابقة

لا يكفي لقيام الإلتزام بضمان المطابقة و ثبوت الحق للمشتري في الرجوع على البائع بدعوى عدم المطابقة أن يكون المبيع معيبا فإنه يشترط أيضا أن يقوم المشتري بفحص المبيع و إخطار البائع بعدم المطابقة.و ان القوانين سواء الفرنسي او المصري او الجزائري لم تنص على التزام المشتري بفحص المبيع و هذا لتفادي اثقال كاهل المشتري بالتزام جديد ، وان كان من مصلحته قيامه بفحص الميع بمجرد وضعه تحت تصرفه [1].غير ان الواقع العملي قد جرى على ان يقوم المشتري بعملية الفحص للمبيع في زمان و مكان التسليم .

و سوف لا نتوسع في هذا العنصر على اعتبار أنه قد تم التطرق إليه عند دراسة ضمان العيب الخفي.غير أنه يمكننا أن نضيف أنه بالنسبة للمدة اللازمة للإخطار بعدم المطابقة فإن المادة الخامسة من التوجيه الأوربي رقم 1999/44 الصادر بتاريخ 25 مايو 1999 حددت المدة اللازمة للأخطار بعدم المطابقة بأنها مدة شهرين من تاريخ فحص المبيع و التحقق من عدم مطابقته[2].

و أنه طبقا للمادة 121-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإنه على المشتري أن يطلب استرداد الثمن خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم أما قانون حماية المستهلك المصري فتكون خلال أربعة عشر يوما من تاريخ تسليم السلعة.

غير أن قانون حماية المستهلك الجزائري عندما نص على المطابقة لم يحدد الفترة الزمنية التي بموجبها يكون للمستهلك الحق في استرداد الثمن و يكون قد تركها للقواعد العامة.

و متى أبلغ البائع بعدم المطابقة ، تثور مسألة الإثبات ذلك أنه إذا نازع البائع في ذلك فلا بد على المشتري أن يثبت أن المبيع لم تتغير حالته عما كان وقت البيع إن كان قيميا أو أنه من الصنف المتفق عليه أو من الصنف المتوسط أن كان مثليا أو مطابق للعينة في حالة المبيع بالعينة و على البائع أن يثبت المطابقة ، و تسقط دعوى المطابقة على أساس أنها دعوى ترجع إلى عدم تنفيذ التزام تعاقدي أي التزام بالتسليم بمضي خمسة عشر سنة.

[1] -اشرف محمد مصطفى ابو حسين المرجع السابق ص 302 .

[2]le Tourneau responsabilité des vendeurs et fabricants éd dalloz 2001 n° 812 P 139.

المطلب الثاني

أساس الالتزام بضمان المطابقة

و يمكن ان نقول ان الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع يقوم على أساس تشريعي يتمثل في النصوص الواردة في قوانين الاستهلاك و المبادئ العامة في القانون المدني ، كما أنه يقوم على أساس عقدي لأنه يرتبط بالالتزام بالتسليم في عقد البيع و الإلزام بالإعلام عند دخوله في النطاق العقدي و هذا ما سنتناوله في الفرعين المستقلين التاليين :

الفرع الأول : الاساس التشريعي للالتزام بضمان المطابقة

الفرع الثاني : الاسس العقدية للالتزام بضمان المطابقة

الفرع الأول

الأساس التشريعي للالتزام بضمان المطابقة

إن الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع يستمد اساسه إما من نصوص قوانين الاستهلاك أو من المبادئ العامة في القانون المدني و هذا ما سنتناوله فيما يلي :

أولا: الاساس المستمد من نصوص قوانين الاستهلاك

لقد ظهر الالتزام بضمان المطابقة كنظام جديد لحماية المشتري المستهلك بموجب التوجيه الاوربي رقم 1999/44 الصادر بتاريخ 25 ماي 1999[1]. هذا النظام الجديد نقله المشرع الفرنسي و فرضه كالتزام بموجب القانون الصادر في 17 فبراير 2005 على عاتق البائع المهني لفائدة المستهلك يلزمه بأن يكون الشيء المبيع مطابقا للعقد.

و بموجب هذا القانون تم تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93/949 المؤرخ في: 26 جويلية 1993 و تم النص فيه على الالزام بالمطابقة في العلاقة بين البائع المهني و المشتري المستهلك بالمواد من 211-1 إلى 218-18.و جعل الإخلال بهذا الالتزام يرتب ثبوت الحق للمشتري في رد السلعة التي لا تتطابق مع السلعة المتفق عليها في العقد إلى البائع لاستبدالها بأخرى مطابقة أو استرجاع الثمن خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم.

[1] ممدوح محمد علي مبروك المرجع السابق ص30

و على هذا الأساس نادى بعض الفقهاء في فرنسا بضرورة تعديل القانون المدني الفرنسي و هذا بالنص إضافة إلى الضمان في عقد البيع على ضمان المطابقة كالتزام جديد يقع على عاتق البائع يستفيد منه المستهلك في كل عقود البيع[1].

كما أن هذا الإلتزام يجد له أساس في قانون حماية المستهلك المصري الذي نص صراحة على ثبوت الحق للمستهلك في أن يرد السلعة التي لا تتطابق مع ما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد و يمكن له كذلك أن يسترجع قيمتها ، كما أعطى للمستهلك الحق في الاختيار الحر للمنتجات التي تتوافر فيها شروط الجودة و المطابقة للمواصفات و تكون مسؤولية الموردين (البائع و الموزع الوسيط و المنتج) في مواجهة المستهلك مسؤولية تضامنية ذلك أن المستهلك يستطيع أن يرجع عليهم جميعا أو على أي واحد منهم منفردا ليطالب بحقه و هذا ما نصت عليه المادة 2/8 كما أنه شدد مسؤولية البائع فلم يجز الاتفاق على إعفاء البائع من مسؤوليتة المترتبة على اخلاله بالالتزام بالمطابقة و أن كل شرط يعفي البائع من هذا الالتزام يكون باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة 10.

أما بالنسبة لقانون حماية المستهلك الجزائري فقد نص كذلك صراحة على الالتزام بضمان المطابقة ذلك أنه ألزم البائع ضرورة أن يتطابق كل منتوج معروض للاستهلاك مع الرغبات المشروعة للمستهلك سواء من حيث طبيعته و صنفه و منشئه و مميزاته الأساسية و تركيبته و نسبة مقوماته اللازمة و هويته و كيانه و قابليته للاستعمال أو من حيث الأخطار الناجمة عن الاستعمال.

كما ألزم البائع أن يسلم منتوج يستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك و أن يوفي الغرض المرجو منه.و نص صراحة على ثبوت الحق للمستهلك في رد السلعة الغير مطابقة أو استبدالها بأخرى مطابقة أو استرجاع ثمنها أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته و إفادته من تنفيذ الضمان دون أية أعباء إضافية كما أنه اعتبر كل شرط يعفي البائع من الضمان باطلا و راح إلى أبعد من ذلك حيث اعتبر من خلال المادة 14 منه أن كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا لا يلغ الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13.

[1]Jean CALAIS op cit P701.

ثانيا: الاساس المستمد من المبادئ العامة من القانون المدني

يتأسس الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع طبقا للقواعد العامة في القانون المدني على مبدأ حسن النية و قاعدة الزام المتعاقد بمستلزمات العقد.

-مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بضمان المطابقة

يرى بعض الفقه الفرنسي[1] أن الالتزام بالمطابقة يستمد اساسه من مبدأ حسن النية الواجب مراعاته عند تنفيذ العقد تطبيقا لنص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي . و المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري و المادة 1/148 من القانون المدني المصري .على اعتبار أن هذا المبدأ يلزم المتعاقدين أن يراعيا الامانة و التعاون الذي يحقق الثقة العقدية بينهما و يصلان الى تنفيذ العقد بطريقة صحيحة ، فالبائع يلتزم بتسليم مبيع مطابق لما تم الاتفاق عليه و المشتري يلتزم بأن يبذل العناية اللازمة في فحص المبيع وقت التسليم . و في حالة ما إذا سلم البائع مبيعا لا يتطابق مع ما تم الاتفاق عليه في العقد ، فان هذا الشيء يتنافى مع مبدأ حسن النية و يرتب مسؤولية البائع اتجاه المستهلك .

-قاعدة إلزام المتعاقد بمستلزمات العقد

يتقرر الالتزام بضمان المطابقة من نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي و المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري والمادة 2/148 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام ، فهذا الالتزام اصبح من مستلزمات عقد البيع ، ذلك أن العدالة تقتضي أن يضيفه القاضي إلى مضمون العقد حتى يتحقق التوازن العقدي بين الطرفين و تتوفر الحماية الكافية للمستهلك الطرف الضعيف في العلاقة[2].

و يمكن أن نقول أن الالتزام يتجسد بصفة خاصة في البيوع التي تتم بالوسائل الإلكترونية عبر الأنترنت أو عن طريق التلفزيون لأن المشتري لا يستطيع التحقق من مطابقة المبيع وقت التعاقد فتترتب مباشرة مسؤولية البائع عند ما يسلم مبيع غير مطابق لما تم الاتفاق عليه و غير مطابق للموصفات المعروضة على الشاشة .

[1] - خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2011 ص 676.
[2] ممدوح محمد علي مبروك المرجع السابق ص 35.

الفرع الثاني

الأسس العقدية للالتزام بضمان المطابقة

يستمد الالتزام بضمان المطابقة أساسه و يرتبط ارتباطا وثيقا بالالتزام بالتسليم في عقد البيع و الالتزام بالاعلام عند دخوله في النطاق العقدي بالاتفاق على مضمونه لأن البائع لا يستطيع أن ينفذ هذه الالتزامات تنفيذا كاملا إلا إذا نفذ إلتزامه بضمان المطابقة.

و على هذا سنتناول تباعا الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بضمان المطابقة و الالتزام بالإعلام كأساس للالتزام بضمان المطابقة .

أولا: الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بضمان المطابقة

إن غالبية الفقه و القضاء الفرنسيين يذهب إلى القول بأن الالتزام بضمان المطابقة يرتبط بالالتزام بالتسليم لأن التسليم لا يتم إلا إذا سلم البائع للمشتري مبيعا مطابقا للمواصفات التي تم التعاقد من أجلها أو مبيع يتطابق تماما مع الغرض الذي يبحث عنه المشتري [1].

و طالما أن موضوع التسليم هو الشيء المتفق عليه في عقد البيع فإن التسليم يجب أن ينصب على شيء مطابق على اعتبار أن الاتفاق على الشيء يتضمن ضرورة مطابقتة للمواصفات حسب تقدير الطرفين[2]. و عليه و في حالة تسليم شيء يختلف عما كان متفق عليه في العقد فإن البائع يعتبر مخلا بالتزامه. كأن تكون مثلا سعة جهاز الكمبيوتر المسلم أو كفاءته أقل مما كان متفق عليه في العقد أو كان الجهاز غير صالح لاستعماله في الغرض المخصص له[3]. و الجدير بالذكر أنه في الحالة التي يسلم فيها البائع للمشتري مبيعا لا يتطابق مع ما تم الاتفاق عليه فهنا لا نعتبر أن المشتري وقع في غلط انما يكون البائع هو المخل بالتزامه بالتسليم.

و في هذا الصدد شبهت محكمة النقض الفرنسية التسليم الذي يقع على شيء غير مطابق بغياب أو انعدام التسليم و بالتالي لا يلتزم المشتري بدفع الثمن إلا إذا نفذ البائع التزامه بتسليم شيء مطابق[4].

[1] -Ph Malaurie et L Aynes .cours de droit civil .les contrats spéciaux civils et commerciaux .tome VIII 14 éd ciyas 2001-2002.

[2]-Ph- Letourneau .responsabilite des vendeur et fabriquant op cit n^{0}831 p141.

[3] -[3]LeTourneau(ph) et loic codiet, op cit n°5464 P1055

[4]ممدوح محمد علي مبروك المرجع السابق ص37.

كما يذهب بعض الفقه المصري إلى القول بأن رجوع المشتري على البائع بدعوى عدم المطابقة أساسه إخلال البائع بالتزامه بالتسليم و على هذا فإن دعوى عدم المطابقة تخضع للتقادم الطويل و هو خمس عشرة سنة من وقت العقد[1].

غير ان بعض الفقه[2] يرى ضرورة وجود التزام مستقل يقع على البائع مفاده بأن لا يسلم المشتري شيئا مغايرا لما كان متفق عليه و هذا عن طريق تعديل نصوص القانون المدني التي تنظم التزام البائع بتسليم المبيع و إضافة عنصر المطابقة و بهذا يكون للمشتري حق مستقل و اصيل في تسلم شيء مطابق كالتزام مستقل على عاتق البائع.

ثانيا: الالتزام بالإعلام كأساس للالتزام بضمان المطابقة

يذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن الالتزام بضمان المطابقة يقوم على أساس الالتزام بالإعلام ذلك أنه إذا قدم البائع للمشتري بيانات و مواصفات معينة عن حقيقة السلعة المبيعة و المشتري في هذه الحالة حسن النية فيعتقد صحة هذه البيانات و يعتقد كذلك أن تكون السلعة وقت التسليم مطابقة لهذه البيانات فيصدر رضائه و قبوله بالشراء ففي هذه الحالة تدخل هذه البيانات في النطاق العقدي و يصبح البائع ملزما بتنفيذها و هذا بتسليمه مبيع مطابق لهذه البيانات بحيث في حالة المنازعة يرجع حق المشتري في رفع دعوى التنفيذ ليطالب بتسليم شيء مطابق للبيانات و المواصفات الى الاثر الإجباري للالتزام بالإعلام[3].

غير أن الفقه المصري يرى أنه لا يمكن إقامة الالتزام بالمطابقة على أساس عدم العلم الكافي بالمبيع على اعتبار أن المشتري على علم كاف بالمبيع و يعرف كل الصفات التي يجب أن تتوافر في المبيع4. و أسسوا رأيهم على و جود عدة فروقات بين الالتزام بالإعلام أو العلم الكافي بالمبيع و بين الالتزام بالمطابقة تتمثل في النقاط التالية:

[1] ممدوح محمدعلي مبروك المرجع السابق ص38
[2] عمر خالد الزريقات عقد البيع عبر الانترنت دراسة تحليلية، رسالة دكتواره، كلية الحقوق عين شمس ص 327 (328)
[3] ممدوح محمد علي مبروك المرجع السابق ص40
[4] نفس المرجع ص40

1-من حيث الأساس:

يقوم حق المشتري في العلم الكافي بالمبيع والتزام البائع باعلام المشتري بحقيقة المبيع على أساس المادة[1] 352 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه" يجب أن يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه" و المادة 17 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش التي تنص على أنه " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

2-من حيث التوقيت:

يكون المشتري عالما علما كافيا بالمبيع وقت إبرام العقد أو قبله حتى يكون رضاه مستنيرا و يمكنه من اختيار المبيع الذي يلبي أغراضه و يمتد بعد ذلك الى إبرام العقد و تنفيذه حتى يساعده في حسن التعامل مع المبيع[2] . أما ضرورة تحقق المطابقة فيجب أن بكون المبيع مطابقا لما تم الاتفاق عليه في العقد وقت تسليم المبيع و تنفيذ العقد لأن الغرض منها هو تمكين المستهلك من الحصول على المبيع الذي يتلائم مع حاجياته و يحقق له ما يأمل منه.

3-من حيث الجزاء:

عندما لا يتحقق العلم الكافي بالمبيع يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري غير أن العقد يكون صحيحا و منتجا لكافة أثاره إلى أن يبطله المشتري كما يسقط حقه في طلب الإبطال بدافع عدم علمه بالمبيع إذا لم يتمسك به خلال خمس سنوات من وقت زوال سبب الإبطال.

بينما إذا أخل البائع بالتزامه بالمطابقة ، يثبت حق المشتري في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ لعدم التنفيذ مع التعويض في الحالتين إذا تطلب الأمر ذلك ، و يثبت أيضا للمستهلك الحق في استبدال المبيع بأخر مطابق أو رده مع استرجاع الثمن.

و عليه و رغم هذه الفروق التي يراها الفقه بين الالتزام بالإعلام و الالتزام بالمطابقة فإننا نرى أنه لا يمكن الاستهانة بالترابط الموجود بينهما ذلك أن المعلومات و البيانات المقدمة من البائع هي المعيار

[1] المقابلة للمادة 419 ق م م

[2]- ph MALAURIE et L.AYNES op cit n^{0}314 p 215.

الذي يؤخذ في الاعتبار عند تقدير المطابقة[1] على اعتبار أن المعلومات و البيانات التي قدمها البائع للمشتري هي التي حددت حالة الشيء الذي رضي به المستهلك أو المشتري وجعله يتعاقد. حيث يجبر المشتري البائع على تنفيذ مضمون الإعلام الصادر منه بتسليم شيء مطابق له و إلا ترتبت مسؤوليته في حالة عدم المطابقة.

و على هذا يصلح الالتزام بالإعلام أن يكون أساسا قويا للالتزام بضمان المطابقة. غير أننا نرجح الرأي الغالب في الفقه و القضاء و نقول بتأسيس الالتزام بضمان المطابقة كالتزام يتبع و يكمل الالتزام بالتسليم وفقا للمادة[2] 1/367 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك...".

و على هذا نرى أنه يجب تعديل هذا النص بإضافة كلمة «المطابق» إلى المبيع و بهذا يكون التسليم بوضع المبيع المطابق تحت تصرف المشتري على اعتبار أن الإلتزام بضمان المطابقة يتفق في طبيعته مع الإلزام بالتسليم فهو التزام عقدي بتحقيق نتيجة تنشأ من العقد و يهدف إلى تسهيل تنفيذه.و من جهة أخرى فإن التسليم الكامل لا يتم إلا بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع إذ لا يقتصر التسليم على تمكين المشتري من حيازة الشيء المبيع فقط و بهذا فإنه لن يتحقق انتفاع المشتري بالمبيع على الوجه المطلوب إلا إذا كان المبيع مطابقا للمواصفات و الغرض الذي تم من أجله التعاقد و على هذا فإننا نقول أن الالتزام بالمطابقة اصبح ملازما للالتزام بالتسليم.

[1] تنص المادة الثانية من توجيه الاوربي رقم 99/44 الصادر في 25/ مايو 1999 على أنه « يؤخذ في الاعتبار عند تقدير المطابقة بصفة خاصة الشروط المتفق عليها و البيانات و المواصفات المقدمة من البائع و التي تضمنها الاعلان عن السلعة.» .

[2] يقابلها نص المادة 1/435 ق م م و المادة 1615 ق م ف

المبحث الثاني

العلاقة بين عدم المطابقة للمواصفات و العيب الخفي

يقضي نص المادة 1603 من التقنين المدني الفرنسي بأن البائع يلتزم بالتزامين أساسيين التسليم و ضمان الشيء الذي باعه[1]. فالبائع ملزم بتسليم الشيء المبيع بذاته إذا ورد البيع على مبيع معين بالذات و يلتزم بتسليم شيء مطابق لما تم الاتفاق عليه متى كان المتعاقد عليه شيئا معينا بالنوع كما أنه يلتزم فوق ذلك بضمان ما يعتري الشيء من عيوب تجعله غير صالح للاستعمال المخصص له وتنقص من صلاحية استعماله بدرجة كبيرة.

و أن هذين الالتزامين يتوحدان من حيث الأثر و هو الأثر المتمثل في عدم صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال و على هذا ارتأينا أن نبحث في هذه الدراسة في العلاقة الموجودة بينهما من جانبها الذي يتمشى مع مقتضيات حماية المستهلك و ذلك من خلال دراسة التمييز بين العيب الخفي و عدم المطابقة و المعيار المتبع في ذلك و كذا البحث عن التقارب بين مفهوم العيب الخفي و عدم المطابقة للمواصفات و هذا من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : معيار التمييز بين العيب الخفي و عدم المطابقة

المطلب الثاني : تقارب مفهوم العيب الخفي بمفهوم عدم المطابقة للمواصفات

[1]-L'Article 1603 dispose que :IL(le vendeur) a deux obligations principales celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend .

المطلب الأول

معيار التمييز بين العيب الخفي و عدم المطابقة

في هذا المقام سنتناول بالدراسة معيار التمييز بين العيب الخفي و عدم المطابقة للمواصفات من ناحيتين الأولى تتعلق بطبيعة كل منهما و الثانية من ناحية اتفاق البائع و المشتري أو المستهلك على وجود صفة المبيع و هذا من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : معيار التمييز حسب طبيعة كل من العيب الخفي و عدم المطابقة للموصفات

الفرع الثاني : معيار التمييز بالنظر إلى اتفاق المتعاقدين

الفرع الأول

معيار التمييز حسب طبيعة كل من العيب الخفي و عدم المطابقة للموصفات

يرى جانب من الفقه الفرنسي[1] أن مضمون المطابقة واسع يشمل وجود الصفات المنصوص عليها في العقد و كذلك ضرورة تقديم منتجات خالية من العيوب و هذا رغم اعتقادهم بوجود العديد من الفروق بين المطابقة إذا ما نظرنا اليها بالمفهوم الضيق و بين العيب، و رغم كذلك أن لكل منهما طبيعته المستقلة.

فمن الوجهة المادية فإن العيب هو نقيصة بمعنى آفة طارئة أو تلف أو عطب يؤثر على حسن اداء الشيء لوظيفته أو يؤثر على متانته أو حتى على مظهره الخارجي أما عدم المطابقة فهي تفترض قيام البائع بتسليم شيء خال من العيوب و لكنه يختلف في جوهره أو في أحد عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد[2].

فعندما يكون المبيع مثلا قطعة من قطع الاثاث يكون هناك عيب خفي إذا كانت قطع الخشب المصنوع منها هذه القطعة قد داخلها السوس أما إذا كانت سليمة و لكنها تختلف من حيث المقاسات أو التصميم أو غيرها من العناصر التي تم الاتفاق عليها في العقد فإننا نكون بصدد عدم مطابقة و على هذا فإن عدم المطابقة لا يعد من قبيل العيب و لا يندرج تحت تعريفه.

[1]-V CALAIS AULOY (JEAN) droit de la consommation DALLOZ 3[e]ed 1992.

[2]د.جابر محجوب علي ضمان سلامة المستهلك، المرجع السابق ص97.

غير أن بعض الفقه يذهب[1] إلى أن تخلف الصفة يعد من قبيل العيب ، فاذا ضمن البائع للمشتري وجود صفات معينة في المبيع إلا أنه وقت التسليم تبين عدم توافر هذه الصفات كان هذا عيبا مؤثرا موجبا للضمان رغم أن خلو المبيع من هذه الصفات ليس في حد ذاته عيب بحسب المألوف في التعامل بين الناس ما دام البائع قد كفل للمشتري هذه الصفات و هذا بغض النظر عن أهمية هذه الصفة المتخلفة أو علم المشتري بتخلفها و قت المبيع حتى يستحق الضمان[2].

و أن المشرع أجرى على تخلف الصفة أحكام العيب و بالتالي ما كان لتخلف الصفة أن تخضع لهذه القواعد لولا وجود نص صريح بذلك و هذا رغبة من المشرع في حسم المنازعات و استقرار المعاملات ، إلا أن المساواة بينهما هي مساواة في أحكام الضمان فقط التي تطبق في الحالتين و ليس المساواة في الشروط التي يجب توافرها[3].

و يظهر من خلال النص أن المستهلك يتمتع في التشريع الجزائري بحماية حقيقية عند تخلف إحدى الصفات التي كفل البائع وجودها للمشتري في المبيع و بغض النظر عن أهمية الصفة.

و قد ذهب بعض الفقه الفرنسي[4] أنه للتمييز بين العيب الخفي و عدم المطابقة لابد أن نفرق بداية بين صورتين للعيب الأولى العيب الوظيفي و الثانية العيب التكويني. فالصورة الأولى كما يدل اسمها تتحقق عندما يكون الشيء غير صالح للاستعمال و أن هذه الصورة وحدها هي التي تميل إلى الاختلاط بعدم المطابقة على اعتبار أن الشيء غير المطابق يعتبر غير صالح للاستعمال أيضا في الغرض الذي خصص من أجله و أن الاحتفاظ بهذا المفهوم الوظيفي للعيب يؤدي بمحاولة التمييز بينه وبين عدم المطابقة إلى طريق مسدود.

و الحل في نظر هذا الفقه أنه عند الحاجة إلى العمل بهذا التمييز، يقتصر الامر على التعريف التكويني للعيب و المقصود به اعتبار المبيع معيبا وفق مفهوم مادي.

و تكمن الصعوبة لدى إعمال هذا التمييز عندما نكون بصدد عدم صلاحية المبيع للاستعمال دون سبب معروف ، غير انه يمكن أن تزول هذه الصعوبة إذا كان بالإمكان تحديد مصدر الخلل حتى يمكن الوقوف على ما إذا كان ذلك ناتجا عن رداءة في الصنع أو عن تسليم مبيع غير مطابق.

[1] عبد الرزاق السنهوري الوسيط جزء4 .... 365 ص 719
[2] انظر حسن عبد الباسط جميعي الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك ص 54
[3] عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 742
[4] -نفس المرجع 742

و بالرجوع إلى نص المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي فقد عرفت العيب على انه هو الشائبة الخفية التي تجعل الشيء غير صالح للاستعمال الذي خصص له .فإن هذا الاتجاه يصطدم بنص هذه المادة لأنها أكدت المعنى الوظيفي للعيب و سكتت عن جوهره التكويني.

و في الأخير نقول أن حماية المستهلك لن تتحقق بالمعنى الحقيقي إلا من خلال اتساع نطاق عدم المطابقة إذا تماس مع نطاق العيب و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 29 مايو 1997 عندما نقضت حكم الاستئناف الذي تبنى تصورا واسعا للعيب الخفي دون علاقة تربطه بالعيب الوظيفي و قد كيف قضاء النقض هذه الحالة على أنها عدم مطابقة في ضوء ما غلب على اتجاهها من تصور ضيق للعيب[1].

الفرع الثاني

معيار التمييز بالنظر إلى اتفاق المتعاقدين

إن أهم ما يميز الفرق بين عدم المطابقة التي تترتب كأثر على تخلف هذه الصفة،عن وجود عيب في المبيع هو اشتراط المشتري و قبول البائع ، أي اتفاقهماعلى وجود صفة معينة في المبيع على أساس أن البائع لا يضمن تخلف صفة معينة إلا إذا اشترط المشتري وجودها في العقد ، او كفل البائع توافرها في المبيع و لهذا أطلق على تخلف الصفة بالعيب العقدي كما سبق الإشارة إليه. أما العيب فيضمنه البائع دون حاجة إلى اشتراطه في العقد لأن ضمانه من مقتضيات عقد البيع ذاته و هو محدد بنص القانون و لا يسقط إلا إذا اتفق المتعاقدان على ذلك صراحة في العقد.

وعليه يقوم الالتزام بضمان العيوب الخفية على أساس نصوص تشريعية صريحة في القانون المدني حيث نصت عليه المواد من379 الى 385 من القانون المدني الجزائري [2]. أما الالتزام بالمطابقة لم ينص عليه القانون المدني صراحة لأنه يستفاد من المبادئ و القواعد العامة على أساس أنه من مستلزمات عقد البيع و يوجبه مبدأ حسن النية طبقا لنص المادة[3] 107 من القانون المدني الجزائري ، كما أنه ينشأ باتفاق الطرفين . غير أنه ورد النص عليه في القانون 03-09 المتضمن حماية المستهلك و قمع الغش .

و يرى بعض الفقه[4] و أشاطره الرأي أن أساس ضمان البائع للصفة هو الاتفاق لأن البائع قد التزم في العقد بأن يكون المبيع متضمنا لصفات معينة فإذا تخلف الوصف يكون البائع قد أخل بشرط من شروط

[1] حكم أشار إليه عمر عبد الباقي خليفة
[2] تقابلها 447-454 ق م م 1641 – 1649 ق م ف
[3] تقابلها المواد 148 ق م م و المادتين 03/1134 - 1135
[4] -عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 745 .

العقد. و قد يكون هذا الاتفاق صريحا و قد يكون ضمنيا و تكمن الصعوبة عندما يكون ضمنيا لأنه ليس بالسهل و ضع معيار حاسم لهذا الأمر إذ لابد من بحث كل حالة على حدى في ظل ما يستلزمه شرف و أمانة التعامل و حقيقة قصد المتعاقدين.

و في هذا الإطار فإنه يعتبر عدم المطابقة تسليم بذور أحد النباتات لم يتم معالجتها وفقا للأصول الفنية المتبعة في مثل هذه الأمور في حين أن الطرفين تربط بينهما علاقات تعامل سابقة قد اسس بينهما عرفا مقتضاه أن تسليم هذه البذور لا يكون الا بعد معالجتها[1].

و من هنا يظهر وجها اخر للتمييز بينهما غاية في الدقة و الأهمية فيذهب بعض الفقه إلى أن الصفة تنصرف إلى الخصائص المادية و القانونية للشيء و طالما أن البائع يكفل للمشتري وجود هذه الصفة فنستنتج من ذلك أننا بصدد صفة إيجابية أي لابد من وجود هذه الصفة في المبيع أما إذا كفل البائع عدم وجود صفة معينة في المبيع فإننا في الواقع نكون بصدد عيب يكفل البائع خلو المبيع منه[2].

و بالتالي فإنه إذا اشترط المشتري في المبيع صفة معينة ، و غابت لا تعد عيبا فإنها تصبح مستحقة و هذا يدل على أن معيار وجودها أو تخلفها هو الاشتراط بمعنى الاتفاق .

المطلب الثاني

تقارب مفهوم العيب الخفي بمفهوم عدم المطابقة للمواصفات

لقد بينت الدراسة أن هناك فرق و تمييز بين مفهوم العيب و مفهوم عدم المطابقة سواء من حيث الطبيعة او من حيث المصدر او من حيث الأثر، غير أن هذا لا يعني أنه لا يوجد تقارب و اختلاط بين المفاهيم التي تتجاذب القواعد التي تحكم كل منهما الشيء الذي يجعلنا ندرس هذا التقارب بين المفهومين حتى نصل إلى ملائمة هذا التداخل مع ضرورة حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد من خلال اثر اختلاط مفهومي العيب الخفي و عدم المطابقة في حماية المستهلك ، و موقف المشرع من اختلاط المفهومين و هذا من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : أثر اختلاط مفهومي العيب الخفي و عدم المطابقة في حماية المستهلك

الفرع الثاني : موقف المشرع من مسألة اختلاط المفهومين

[1] عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 747
[2] نفس المرجع ص 745

الفرع الأول

أثر اختلاط مفهومي العيب الخفي و عدم المطابقة في حماية المستهلك

كقاعدة عامة و كما أوضحته الدراسة في موضع سابق أنه في حالة عدم توافر الصفة التي اشترطها المشتري أو كفل البائع وجودها في المبيع لا يشكل عيبا بالمعنى المشار إليه و هذا رغم التطابق الملحوظ في الأثر بين المطابقة للمواصفات – على الأقل في صورتها الوظيفية – و بين حالة خلو المبيع من العيوب سواء من حيث أن تخلف هذه الصفات يؤدي إلى عدم صلاحية المبيع للاستعمال المطلوب أو من حيث أن هذه المطابقة الوظيفية التي يقصد بها صلاحية الشيء الذي يتم تسليمه للاستعمال المطلوب، و هو ما لا يتم التحقق منه إلا باستعمال الشيء بعد استلامه من طرف المشتري[1] و هذا نظرا لأن طبيعة العيب الخفي لا يتم اكتشافه إلا بعد التسليم و الاستعمال.

وهذا التداخل يؤدي إلى اتساع و امتداد احد المفهومين ليختلط بالثاني فالتوسع في معنى المطابقة يؤدي إلى الخلط التام بين الالتزام بالتسليم و الالتزام بالضمان ، فاذا كان عدم المطابقة يتمثل وفقا لنص المفهوم في عدم صلاحية الشيء للاستعمال المخصص له و كان العيب الخفي كما اشرنا له هو نقيصه في الشيء تجعله غير صالح للاستعمال المخصص له فإن الأمرين يختلطان تماما بحيث يمكن القول أن كل عيب ينطوي بالضرورة على عدم مطابقة ، و عدم المطابقة هي بلا شك أوسع من العيب حيث توجد صور يكون فيها الشيء غير مطابق دون أن يكون معيبا[2].

كما يؤدي هذا التوسع كذلك إلى تعديل نطاق الالتزام بالتسليم بحيث يمتد إلى ما بعد تسلم المشتري للمبيع فالتسليم لا يسقط حق المشتري في التمسك بدعاوى التسليم ذلك أن المشتري الذي لم يقنع بالشيء بسبب ما كشف عنه الاستعمال من عيوب فيه يمكن له أن يثير مسؤولية البائع على أساس عدم مطابقة التسليم في حين أن الطريق الطبيعي للمنازعة في عدم المطابقة التي يكشف عنها الاستعمال هو ضمان العيوب الخفية متى توافرت شروطها[3].

و مما لاشك فيه أن هذا التوسع يهدف إلى توفير قدر أكبر من الحماية بالنسبة للمستهلك يتحقق من خلال تخليص هذا المستهلك من القيود الصارمة التي يتميز بها النظام القانوني لدعوى الضمان[4] على أساس اعتبار ان كل عيب يظهر في المبيع هو من قبيل عدم المطابقة و هذا الأمر يسمح بإعادة تكييف

[1] جابر محجوب علي المرجع السابق ص106
[2] نفس المرجع ص 107
[3] جابر محجوب علي المرجع السابق ص 107
[4] عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 747

دعوى الضمان و اعتبارها دعوى مسؤولية عقدية عن مخالفة الالتزام بالتسليم1 و من ثم قبول دعوى المشتري عما هو في الحقيقة و الواقع عيبا خفيا حتى بعد انتهاء المدة القصيرة المحددة لقبول دعوى الضمان.

الفرع الثاني

موقف المشرع من مسألة اختلاط المفهومين

طبقا للمادة 379 من القانون المدني الجزائري فان البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم للمشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب و لو لم يكن عالما بوجودها .

يلاحظ أن المشرع الجزائري قد سوى بين العيب الخفي و بين تخلف الصفة التي يكفلها البائع و هذا حين أخضع كليهما لأحكام الضمان ليوحد ضوابط المطالبة في شأن دعوين من الصعب الفصل بينهما في أغلب الأحيان رغم أن الضمان بسبب عدم المطابقة لا يقوم على وجود عيب خفي بل يقوم على تخلف صفة مشروطة و هما حالتان مختلفتان .

و يؤخذ على هذا الموقف أو الاتجاه أن المستهلك و هو بصدد إقامة دعوى تعويض تأسيا على تخلف الصفة التي كفل البائع توفرها في المبيع فهذه الدعوى ستخضع لأحكام دعوى الضمان خاصة للمادة 1/383 من القانون المدني الجزائري ، و التي يستلزم بموجبها رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ التسليم ، و نعتقد أن هذا ما يقصده المشرع من خلال نص المادة 1/379 التي وحدت بين قواعد و ضوابط المسؤولية المترتبة عن الإخلال بضمان العيب و الإخلال بالتسليم المطابق للمواصفات على نحو قد يفهم معه أن هذا النص قد أغلق أبواب الاجتهاد القضائي بالنظر إلى توحيد المدة الزمنية للمطالبة في كل من الدعوتين[2].و على هذا اعتقد كذلك ان هذا النص لا يحمي المشتري او المستهلك حماية كافية و كاملة في حالة انتهاء مدة الضمان ، لان اختيار المشتري او المستهلك للجوء الى دعوى الضمان او دعوى الفسخ طبقا للقواعد العامة يؤدي الى اهدار الاجال الزمنية التي حددها المشرع لرفع دعوى الضمان و هو ما يؤدي الى عدم استقرار المعاملات .

[1] جابر محجوب علي المرجع السابق ص 107

[2] ارجع بالتفصيل الى عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 756

و إذا قارنا تطبيق هذا المبدأ مع مضمون دراستنا هذه فإننا نستطيع أن نقول أن المستهلك و نظرا لقلة خبرته و درايته بموضوع المعاملة فإنه ليس من السهل عليه اكتشاف عدم تتطابق المبيع في المدة المحددة لإقامة دعوى الضمان خاصة في ظل التطور العلمي و التكنولوجي الذي أدى إلى ابتكار تقنيات جديدة أدخلت على انتاج السلع و تقديم الخدمات لايعلمها المستهلك ، في حين أن البائع محترف يسعى دائما إلى تضييع منتجاته من عناصر أقل جودة تمنع المستهلك من اكتشاف فعالية المبيع و ملائمته للغرض المقصود إلا بعد فوات المدة المحددة للضمان.

و على ذلك و لتحقيق حماية اكثر بالنسبة للمستهلك فانه يجب توسيع نطاق المطابقة ليشمل خصائص المبيع التي يمكن ان بتصف بها حتى تلك التي لم يتم التطرق اليها ضمن العقد المبرم ، لان المستهلك بالنظر الى مركزه الضعيف لا يمكن له ان يحدد الصفات التي من الضروري ان تكون في المبيع حتى يشبع رغبته التي تعاقد من اجلها .

و على هذا ، فيجب اذن بالاضافة الى نص هذه المادة البحث عن معايير و قواعد اخرى لحماية المستهلك ، على اعتبار ان خلو السلعة من العيوب و صلاحيتها للاستعمال المراد منها هو وجه من اوجه المطابقة يلتزم البائع بتحقيقها في السلعة التي يسلمها للمشتري او المستهلك . فيكون وجود العيب و اصابة المشتري بالضرر نتيجة هذا العيب ، هو اخلالا من البائع بالتزامه بالتسليم ،يرتب مسؤوليته ، الشيء الذي من شانه ان يسمح للمشتري المطالبة بفسخ عقد البيع او التعويض على اساس قواعد المسؤولية العقدية . فيتخلص بذلك من التقادم القصير المقرر لدعوى ضمان العيب الخفي و المطالبة بالتعويض التي يتم على اساسها [1].

إن الخلط بين عيوب المبيع الخفية و عدم المطابقة للمواصفات على هذا النحو يؤدي إلى اعطاء فرص كافية للمشتري تساعده على التخلص من المشاكل التي قد يصادفها عندما يستعمل دعوى ضمان العيوب الخفية و يدفع به في هذه الحالة إلى التمسك بمسؤولية البائع عن توريد مبيع غير مطابق للمواصفات[2].

و بانتهائنا من دراسة موقف المشرع من مسالة الاختلاط بين مفهوم العيب الخفي و مفهوم المطابقة نكون قد انتهينا من دراسة المشاكل المهمة التي تظهر عند تسليم المبيع و هي مرحلة اساسية في تنفيذ العقد .

[1] -ارجع في ذلك بالتفصيل الى جابرمحجوب على المرجع السابق ص 142 .
[2] عمر محمد عبد الباقي خليفة المرجع السابق ص 757.

ملخص و نتائج الباب الأول من القسم الثاني

ودائما و تمشيا مع هدف الدراسة للبحث و الوصول الى كل ما يمكن ان يوفر الحماية الفعالة للمستهلك في أثناء فترة تنفيذ العقد وعلى اساس ان الدراسة تنطبق على عقد البيع كنموذج فإن أهم ما يمكن أن يظهر من مشاكل هو أن يتم تسليم مبيع معيب لا يؤدي الغرض الذي تم العقد من أجله ، هذا بالإضافة إلى أن السلع بالنظر إلى التطور التكنولوجي فإنها غالبا ما تكتسب بعض صفات الخطورة تجعل البائع ملزم بضمان أمن وسلامة المستهلك عند تسلمه وحيازته هذه السلع واستعمالها .غير أنه قد تكون السلعة لا يشوبها أي عيب وليست خطرة إنما هي مخالفة للمواصفات المتفق عليها في العقد، بحيث تصبح غير صالحة للاستعمال الذي خصصت من أجله .

و على هذا تناولنا في هذا الباب الأول من القسم الثاني المشاكل التي تظهر عند تسليم المبيع و الذي قسمناه الى فصلين الفصل الأول تناولنا فيه التزام البائع بضمان العيوب الخفية كوسيلة لضمان السلامة . والفصل الثاني تناولنا فيه التزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات .

اما الفصل الأول فتضمن مبحثين درسنا في المبحث الأول أثر شروط الضمان في حماية المستهلك و في المبحث الثاني مسؤولية البائع من خلال أحكام ضمان العيوب الخفية حيث توصلنا الى النتائج التالية :

لقد اثبتت الدراسة ان قواعد ضمان العيوب الخفية سواء في اطار القواعد العامة او من خلال قانون حماية المستهلك غير كافية لحماية المستهلك من الاضرار التي تصيبه جراء اقتنائه لمبيع معيب وخطر و غير مطابق للمواصفات المتفق عليها وعلى هذا الاساس استحدث المشرع نظام جديد لحمايته و تعويضه يتمثل في مسؤولية المنتج .

اما في الفصل الثاني تناولنا فيه التزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات و قسمناه الى مبحثين المبحث الأول درسنا من خلاله ماهية مطابقة المبيع للمواصفات و المبحث الثاني درسنا فيه العلاقة بين عدم المطابقة للموصفات و العيب الخفي حيث توصلنا الى النتائج التالية :

نرى أنه يجب تعديل نص المادة 1/367 من القانون المدني الجزائري بإضافة كلمة «المطابق» إلى المبيع و بهذا يكون التسليم بوضع المبيع المطابق تحت تصرف المشتري على اعتبار أن الإلتزام بضمان المطابقة يتفق في طبيعته مع الإلتزام بالتسليم فهو التزام عقدي بتحقيق نتيجة تنشأ من العقد و يهدف إلى تسهيل تنفيذه.و من جهة أخرى فإن التسليم الكامل لا يتم إلا بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع إذ لا يقتصر التسليم على تمكين المشتري من حيازة الشيء المبيع فقط و بهذا فإنه لن يتحقق انتفاع المشتري بالمبيع على الوجه المطلوب إلا إذا كان المبيع مطابقا للمواصفات و الغرض الذي تم من أجله التعاقد و على هذا فإننا نقول أن الالتزام بالمطابقة اصبح ملازما للالتزام بالتسليم.

اما بالنسبة للمقاربة بين الالتزام بضمان العيوب الخفية و الالتزام بعدم المطابقة نقول أن حماية المستهلك لن تتحقق بالمعنى الحقيقي إلا من خلال اتساع نطاق عدم المطابقة إذا تماس مع نطاق العيب.

و إننا نستطيع أن نقول أن المستهلك و نظرا لقلة خبرته و درايته بموضوع المعاملة فإنه ليس من السهل عليه اكتشاف عدم مطابقة المبيع في المدة المحددة لإقامة دعوى الضمان خاصة في ظل التطور العلمي و التكنولوجي الذي أدى إلى ابتكار تقنيات جديدة أدخلت على انتاج السلع و تقديم الخدمات لايعلمها المستهلك في حين أن البائع محترف يسعى دائما إلى تصنيع منتجاته من عناصر أقل جودة تمنع المستهلك من اكتشاف فعالية المبيع و ملائمته للغرض المقصود إلا بعد فوات المدة المحددة للضمان.

و إن الخلط بين عيوب المبيع الخفية و عدم المطابقة للمواصفات على النحو الذي تناولته الدراسة يؤدي إلى اعطاء فرص كافية للمشتري تساعده على التخلص من المشاكل التي قد يصادفها عندما يستعمل دعوى ضمان العيوب الخفية و يدفع به في هذه الحالة إلى التمسك بمسؤولية البائع عن توريد مبيع غير مطابق للمواصفات.

الباب الثاني

نظام تعويض المستهلك عما يصيبه من اضرار تمس بسلامته

رأينا في الباب الاول من هذا القسم انه يمكن للقضاء ان يطوع نصوص القانون المدني الجزائري بحيث يصل الى تحقيق حماية فعالة للمستهلك ، و هذا كما فعل القضاء الفرنسي عندما مكن المستهلك من الرجوع على البائع المحترف على اساس دعوى العيوب الخفية بتوسيع فكرة العيب بحيث تطول نقص الامان في السلعة . و ان البائع المحترف عالما بها على اساس قرينة لا تقبل اثبات العكس، فيصبح ضمان العيوب الخفية نوعا من ضمان المخاطر التي تنتج عن السلعة نفسها .

غير انه و بما ان نصوص القانون المدني تطبق حرفيا في مجال العيوب الخفية و المطابقة ، فان الدراسة اثبتت ان قواعد ضمان العيوب الخفية سواء في اطار القواعد العامة او من خلال قانون حماية المستهلك غير كافية لحمايته عن الاضرار التي تصيبه جراء اقتنائه لمبيع معيب وخطر و غير مطابق للمواصفات المتفق عليها وعلى هذا الاساس اتجه المشرع الجزائري الى استحداث نظام جديد لحماية و تعويض المستهلك عن الاضرار التي تصيبه من نقص الامان في المنتوجات بحيث لا يؤثر فيه وجود او عدم وجود علاقة عقدية و يتمثل هذا النظام في مسؤولية المنتج ، و يكون بهذا قد اعتنق ما جاء به المشرع الفرنسي في هذا المجال ، في سبيل الوصول الى حماية فعالة للمستهلك و تعويضه عن كل الاضرار التي تصيبه نتيجة استعمال منتوجات معيبة ، و على هذا الاساس و حتى نقف على مدى نجاعة هذا النظام الجديد سنقسم هذا الباب الى فصلين :

الفصل الأول : استحداث مسؤولية المنتج كضمان لتعويض المستهلك عن الاضرار التي تصيبه

الفصل الثاني : دفع المسؤولية و تقييم دور القواعد الحديثة لمسؤولية المنتج في تعويض المستهلك

الفصل الأول

استحداث مسؤولية المنتج كضمان لتعويض المستهلك عن الاضرار التي تصيبه

من خلال مقام سابق من هذه الدراسة رأينا كيف ان المشرع وفر حماية للطرف الضعيف من خلال احكام مواد القانون المدني الجزائري من 379 الى غاية 386، المتضمنة ضمان العيوب الخفية و كيف يمكنه الحصول على منتوج مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد، مع ضرورة وجوب تلبية هذا المنتوج للحاجيات المخصص لأجلها. غير ان التطور الصناعي و العلمي ادى الى ظهور منتجات متنوعة اصبحت تتسم بالتعقيد الفني الشيء الذي ساعد على زيادة اختلال التوازن بين المستهلكين و المنتجين فيما يتعلق بالعلم بمكوناتها و حدود استخدامها و ما يمكن ان يؤدي اليه استخدامها من مخاطر.

غير ان هذه النصوص في الواقع اصبحت لا تستجيب للحاجيات العملية في هذا الشان ذلك ان حرفية نصوص القانون المدني لا توفر لضحايا الحوادث التي تقع نتيجة استعمال منتجات خطرة او معيبة وسائل قانونية مناسبة لوضع منتجي هذه المواد او حتى البائعين او الوسطاء موضع المسؤولية، كما ان المنتج لا يخضع لتشريع خاص و انما يخضع للقواعد العامة في القانون المدني.

و لمعالجة هذا الوضع استحدث المشرع الجزائري بمقتضى القانون رقم 05-10 المعدل و المتمم للقانون المدني مسؤولية المنتج فجاء نص المادة 140 مكرر ينص على انه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمضرور علاقة عقدية.

يعتبر منتوجا كل مال منقول و لو كان متصلا بعقار لاسيما المنتوج الزراعي و المنتوج الصناعي و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية و الصيد البري و البحري و الطاقة الكهربائية".

و لقد لخصت [1] الوثيقة المتضمنة عرض اسباب مشروع القانون رقم 05-10 الذي يعدل و يتمم القانون المدني اسباب التعديل بقولها " ان الظروف السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية التي وضع على ضوئها القانون المدني سنة 1975 عرفت تغيرات جذرية....مما سبق يستدعي مراجعة التشريع فيتعلق الامر باعادة التوازن المفقود و ذلك بحماية الفئة الضعيفة و في نفس الوقت ضمان العدالة الاجتماعية

[1]- علي هتاك – تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج-دار الفكر الجامعي- ط2007-ص:207 ومابعدها.

.....خاصة و ان السياسة الحالية للدولة تسعى الى جلب المستثمرين الاجانب،و تعمل على تكريس حقوق الانسان،و الاخذ بالتدابير الضرورية للتطور العلمي و التكنولوجي و متطلبات العولمة و قد حان الوقت لتكييف قانوننا المدني مع الاتفاقيات الدولية التي انظمت اليها الجزائر.

و انطلاقا من هذه المعطيات تمت مراجعة القانون المدني بمراجعة المحاور التالية....3-العدالة الاجتماعية و ذلك بتوفير الحماية للطرف الضعيف حيث اخذ بعين الاعتبار المساواة الحقيقية للاطراف(اقتصادية ،اجتماعية و ثقافية) مستبعدا المساواة المجردة و في هذا الشأن أعيد النظر في .....-احكام المسؤولية المدنية....لقد تم كذلك اقرار مسؤولية المنتج عن الاضرار التي يسببها المنتوج للمستهلك(المادة140) و تلزم الدولة بتعويض الاضرار الجسمانية في حالة عدم وجود مسؤول و هذا على غرار الحماية التي يستفيد منها ضحايا حوادث المرور(المادة140مكرر 01).

ان استحداث مسؤولية المنتج المفترضة عن الضرر الذي يسببه منتوجه الضار و لو لم تربطه بالمضرور اية علاقة تعاقدية الى جانب انواع المسؤولية التي تضمنتها المواد من 124 الى 140 لدليل قاطع على رغبة المشرع و سعيه لتوفير حماية اكثر للضحية بعدما ثبت ان المسؤولية طبقا للقواعد لا تلبي فعلا هذا الغرض.

هذه المادة الوحيدة اقتبسها المشرع الجزائري من احكام المادة 1386-1 من القانون الفرنسي المعدل و المتمم ، في حين ان المشرع الفرنسي عالج مسؤولية المنتج من خلال ثمانية عشر مادة أي من المادة 1386-01 الى غاية 1386-18 و يقول الاستاذ علي فيلالي[1] لعل المشرع يهدف من وراء سن مادة واحدة تعالج مسؤولية المنتج ، الى فسح المجال للإجتهاد القضائي لتنظيم هذه المسؤولية الجديدة على ضوء المحيط القانوني و الواقع الجزائري.و يثير هذا النص الجديد الذي جاء ضمن القسم الثالث المعنون بالمسؤولية الناشئة عن الاشياء عدة تساؤلات تتعلق بأحكام هذه المسؤولية ماهي خصوصياتها و ماهو نطاقها كل هذا سنبحث فيه من خلال نظام مسؤولية المنتج ثم اركان هذه المسؤولية من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : نظام مسؤولية المنتج

المبحث الثاني : أركان مسؤولية المنتج

[1]- على فيلالي-الالتزامات الفعل المستحق للتعويض –الطبعة الثالثة بدون تاريخ-موقع للنشر-ص:259.

المبحث الأول

نظام مسؤولية المنتج

ان نظام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة يدور نطاقه حول المنتج او الصانع لأنهما صانعا هذه السلعة المعيبة التي سببت الاضرار للمستهلك ، فهما المسئولان عنها و عن المنتجات لأنها تسببت في وقوع تلك الاضرار. كما ان طبيعتها تقوم على اساس ازدواج نظام المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة اذ تتردد مسؤولية المنتج بين قواعد المسؤولية العقدية تارة و المسؤولية التقصيرية تارة أخرى.فمن هنا لابد ان نحدد مجال تطبيق هذه المسؤولية و نبين طبيعتها و هذا ما سنتناوله في هذا المبحث من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول : مجال تطبيق مسؤولية المنتج

المطلب الثاني : طبيعة مسؤولية المنتج

المطلب الأول

مجال تطبيق مسؤولية المنتج

حتى نتمكن من تحديد مسؤولية المنتج لابد ان نحدد مجال تطبيقها من حيث الاشخاص و من حيث المنتجات المعيبة من خلال الفرعين التالين :

الفرع الأول : المنتج

الفرع الثاني : المنتوج

الفرع الأول

المنتج

ان تحديد لفظ المنتج يعد امرا مهما و ضروريا على اعتبار انه بناء على هذا التحديد يمكن حصر المسؤول الاول و الاساسي عن السلعة التي تصل الى يد المستهلك، ذلك ان السلعة محل الانتاج تمر منذ بداية انتاجها الى غاية وصولها الى يد المستهلك بمرحلتين :

المرحلة الاولى :

تتمثل هذه المرحلة في مرحلة الانتاج و تبدأ من الفترة التي تهيء فيها المادة الاولية الداخلة في تركيب السلعة و تنتهي باخراجها على شكل منتوج كامل الصنع معد للاستهلاك تمهيدا لتسويقها بعد ذلك

.و في وقتنا الحالي غالبا ماتقوم عدة شركات بانتاج سلعة واحدة يتولى كل واحد منها احدى العمليات الازمة لانتاجها حتى تصل في النهاية الى المستهلك في شكل نهائي. لكن هنا يثور سؤال مهم و هو أي من هذه الشركات يمكن وصفها بمنتج السلعة ، و من ثم يخضع لقواعد المسؤولية[1].

المرحلة الثانية:

تتمثل هذه المرحلة في التوزيع و تأتي بعد الانتهاء من عملية التصنيع و هذه المرحلة التي يتلقى فيها الموزع او التاجر المستورد السلعة حتى تصل الى يد المستهلك، و تجدر الاشارة انه قد يثور نفس السؤال على اعتبار انه قد يتولى هذه المرحلة عدة متدخلين كالتاجر و المصدر و التاجر المستورد و تاجر الجملة و تاجر التجزئة فهل تكون مسؤولية هؤلاء او أي منهم هي نفس مسؤولية المنتج؟ و سوف نجيب على هذه الاسئلة من خلال تحديد المقصود بالمنتج .

-المقصود بالمنتج في التشريع الأوربي و الفرنسي :

طبقا لمضمون نص المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي [2] يظهر ان المنتج هو الشخص المسؤول عن تعويض الاضرار التي يسببها منتوجه المعيب و على اعتبار ان مسؤولية المنتج هي مسؤولية موضوعية و على اعتبار الطابع الاستثنائي و الخاص لدعوى المسؤولية الموضوعية كذلك فهذا يقتضي تحديد هذا المصطلح حتى يتمكن المضرور من الادعاء عليه بهذه الدعوى.

فلقد اختلفت الآراء حول تحديد المقصود بالمنتج و على من يطلق وصف المنتج . فيرى بعض الفقه من الضروري ان يقتصر تحديد شخص واحد من المسؤولين عن الانتاج و التوزيع لانه اذا طال هذا الوصف عدد كبير من الاشخاص فيؤدي هذا الى التعارض مع حسن السياسة التشريعية خاصة و ان هذه المسؤولية هي مسؤولية احتياطية ، خاصة من حيث اركانها و آثارها[3]، مستندا في ذلك الى ان اضفاء صفة المنتج على اكثر من شخص في سلسلة الانتاج و التوزيع سوف يؤدي الى اضطراب العلاقات التعاقدية بين هؤلاء الأشخاص.

[1]-محمد عبد القادر علي الحاج-مسؤولية المنتج و الموزع-دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الاسلامي-رسالة دكتوراه-حقوق-القاهرة مطبعة الامانة 1982 ص:42،43.

[2] L'article 1386-1 du code civil français dispose : « le producteur est responsable du dommage cause par un défaut de son produit ,qu'il soit ou non lie par un contrat avec la victime . »

[3]-حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة(دراسة مقارنة في ضوء تطور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنج عن عيوب المبيع –في19مايو1998-دار النهضة العربية-ط2000ص:235.

و يرى جانب من اصحاب هذا الرأي انه لابد ان تحدد المسؤولية في المرحلة النهائية للانتاج و يعتبر القائم على الانتاج في هذه المرحلة هو المنتج وبالتالي هو من تقع عليه المسؤولية الموضوعية[1]،على اعتبار ان المسؤولية الموضوعية تعد المقابل العادل للمغانم التي يحققها المنتج النهائي من ممارسة نشاطه كما انه يمكن ان يخفف من اعبائها عن طريق التامين . و ان اعتبار المنتج النهائي هو المنتج المسؤول في نطاق المسؤولية الموضوعية ، فهذا يسهل على المضرور و يجنبه مشقة اثبات المرحلة التي تعاب فيها السلعة.

غير ان هناك راي اخر يرى انه من الضروري التوسع في تحديد المسؤول عن الضرر في اطار المسؤولية الموضوعية . حتى تتوسع الحماية التي تعد السبب في انشاء هذه المسؤولية الخاصة و على ذلك لابد من الرجوع على كل من ساهم في تصميم و انتاج و توزيع المنتجات المعيبة[2].

ان كل من التوجيه الأوربي [3]و القانون الفرنسي الصادر سنة 1998 قد اخذ بالاتجاه الموسع في تحديد مفهوم المنتج فاعتبر كل من شارك في الانتاج مسؤولا عن تعويض الاضرار التي سببتها عيوب السلعة،و قد بررت حيثات التوجيه الاوربي تبني هذا الاتجاه ، بان التوسع في تحديد مفهوم المنتج المسؤول يتفق مع منطق حماية المستهلك و الذي صدر التوجيه من اجل تحقيقها [4]. و يدعم الفقه هذا الاختيار لأنه يسمح للمضرور بان يختار المنتوج الاكثر ملائمة و يتجنب المشكلات الفنية المتعلقة بتحديد مرحلة نشوء العيب عندما يتعلق الامر بالمنتجات المعقدة من الناحية التكنولوجية، و ان التوسع في تحديد المقصود بالمنتج يسمح بتوزيع العبء على كل المتدخلين في عملية الانتاج تفاديا لأن يتحمل واحد منهم فقط كل المسؤولية التي من الممكن ان يكون المتسبب فيها شخص او اشخاص آخرين [5].

فقد نصت المادة الثانية من هذا التوجيه على انه : في تطبيق التوجيه الحالي يقصد بمصطلح ""المنتوج "" كل منقول باستثناء المنتجات الزراعية الاولية و منتجات الصيد و لو كان مندمجا في منقول اخر او في عقار و يدخل في حكم المواد الزراعية كل المنتجات المستخرجة من الارض،و نواتج التربية الحيوانية و الصيد بكل اشكاله ماعدا المنتجات التي خضعت لمعالجة اولية،كذلك فان تعبير منتج يشمل الكهرباء".

[1]- نفس المرجع ص 235

[2] .M FALLON ,les accidents de la consommation et le droit ,thèse Bruxelles éd Brylant ,1982.p.151 et s

[3] -Directive 85/374/CCE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matiere de responsabilité du fait des produits défectueux.

[4]-المرجع السابق ص 236-237 .

[5]- نفس المرجع ص 237 .

و قد حصرت المادة الثالثة منه و المقابلة للمادة 06/1386 من القانون المدني الفرنسي،مفهوم المنتج في طائفتين من الاشخاص،الطائفة الاولى تعتبر كل من يدخل في حكمها منتجا فعليا،و طائفة ثانية يعد من يدخل في حكمها في حكم المنتج الفعلي و ان لم يكن كذلك من جانب الواقع.

الطائفة الاولى: المنتج الفعلي او الحقيقي

لقد حددت هذه المادة شخصية المنتج في الفقرة الاولى منها و نصت على ان : مصطلح " المنتج" يعني صانع المنتوج النهائي،و منتج المادة الاولية،او صانع المكونات الداخلية في تركيب المكونات النهائية،او أي شخص يقدم نفسه كمنتج عن طريق وضع اسمه او علامته او أي علامة مميزة اخرى على منتوج يعرضه"[1] .و على هذا الاساس فان هذا النص يحصر المنتج الفعلي او الحقيقي في ثلاث فئات ، صانع المنتجات النهائية، و منتج المواد الاولية، و صانع المكونات الداخلية في تكوين المنتوجات النهائية.و هو نفس ما نصت عليه المادة 1/1386من القانون المدني الفرنسي على انه يعد منتجا صانع المنتوجات النهائية و منتج المواد الاولية و صانع المكونات الداخلة في تكوين المنتوجات النهائية .

ان هذا التعريف يعتبر جامعا و شاملا لجميع المنتجين للمنتجات الصناعية و الزراعية و الحيوانية والمواد الاولية و يشمل كذلك منتجو المواد الكيميائية و المشتقات الحيوية. و تجدر الاشارة الى انه رغم ان القانون الفرنسي و التوجيه الاوربي قد اخذا بالاتجاه الموسع في تحديد المقصود بالمنتج،غير ان المشرع قد وضع ضوابط لهذا ، فقد وضع شروط لقيام مسؤولية المنتج الموضوعية ، ذلك ان يكون المنتج قد انتح السلعة في اطار نشاطه المهني و هذا ماجاء في المادة11/1386 من القانون المدني الفرنسي و المادة 01/05 من التوجيه الاوربي[2].و عليه فيجب ان يجتمع في الفئات الثلاثة المذكورة صفة واحدة و هي الاحتراف فيجب ان يقومو هؤولاء بانتاج السلعة باعتبارهم محترفين في ذلك المجال و بالنتيجة فان المنتجات التي تصنع للاستخدام الشخصي للمنتج لا يكون مسؤولا عنها بوصفه منتجا محترفا[3].

و يرى الاستاذ فيلالي و نحن نشاطره الراي ان شرط الاحتراف الذي اورده المشرع الفرنسي لابد منه لان صفة الاحتراف هي التي تؤدي الى التفاوت بين و ضع الطرفين المنتج و المضرور و هذا ما يبرر الحماية الخاصة التي قررها القانون لصالح المضرور و على هذا فانه يرى ان حماية الضحية تقتضي

[1] Article3 :le terme « producteur »désigne le fabriquant d'un produit fini ,le producteur dune matière première ou le fabriquant dune partie composante ,et toute personne qui se pressente comme producteur en apposant sur le produit son nom ,sa marque ou un autre signe distinctif .

[2] Malinvaud PH la loi du 19 mai ,relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction D 1999p 86 et s .

[3]-عبد الحميد الديسطي عبد الحميد حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج –دراسة مقارنة -.ط2009-ص:507

الرجوع على المنتج النهائي و لهذا الاخير الرجوع عند الحاجة على منتج المكونات او منتج المادة الاولية او غيرهما من المتدخلين في سلسلة الانتاج[1]

كما انه طبقا لما تقدم فان المنتج يستطيع ان يدفع المسؤولية اذا اثبت انه يقصد من عملية الانتاج تحقيق اغراض شخصية فقط،و في هذه الحالة فان مسؤولية المنتج تخضع للقواعد العامة دون الاحكام الخاصة بالمسؤولية الموضوعية محل الدراسة[2].

الطائفة الثانية: المنتج الظاهر

نظرا للتطور الهائل في اساليب الانتاج الذي تشهده الصناعة على مختلف انواعها اصبح هناك تنافس شديد بين المشروعات التجارية و الصناعية سواء من ناحية الانتاج او السيطرة على دوائر الانتاج بهدف توسيع شبكات التوزيع باكبر قدر ممكن . فشبكة التوزيع تربط المهنيين المحترفين بمجموعة متنوعة من العقود ذات العلاقات المختلفة ، ذلك ان الخاصية الغالبة في نظام التوزيع الحديث ان السلعة الواحدة اصبحت محلا لعقود بيع متوالية بحيث المنتوج يتولاه الصانع ثم يبيعه الى تاجر الجملة ثم يبيع بدوره هذه المنتوجات الى تاجر التجزئة الذي يعرضها على المستهلك و بالتالي فان سلسلة المعاملة اصبحت تنطلق من المنتج مرورا بالبائع المباشر للمستهلك و على هذا مد واضعو التوجيه الاوربي احكام مسؤولية المنتج الفعلي الى كل الاشخاص الذين شاركو في سلسلة توزيع المنتوج و هم :

1-صاحب العلامة الظاهرة :

لقد اعتبر المشرع الفرنسي و كذلك التوجيه الاوربي في حكم المنتجين المحترفين الذين يقومون بوضع اسمائهم و علاماتهم الصناعية او أي علامة مميزة اخرى تنسب بموجبها المنتجات اليهم. و في اعتقادي ان هذا النص يحقق حماية للمتعاملين الذين يثقون في علامة معينة لانها تحقق الجودة و الامان هذا من جهة و من جهة اخرى فان اعتبار المحترفين الذين يقومون بوضع اسمائهم على السلعة مسؤولون بموجب نصوص هذا القانون . فانهم سيضطرون الى اخذ احتياطاتهم لمراقبة جودة السلع التي يقومون بتوزيعها حتى يتأكدوا من خلوها من العيوب[3].

[1]- علي فيلالي-الالتزامات العمل المستحق للتعويض-موقم للنشر الطبعة الثالثة-بدون تاريخ الطبع ص:273

[2]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :258.

[3]- نفس لمرجع ص :258.

2-المستورد:

اعتبر كل من التوجيه الاوربي و القانون المدني الفرنسي المستورد منتجا تطبق عليه احكام النصوص التي تنظم المسؤولية الخاصة في مواجهة من يصيبه ضرر نتيجة استعماله للمنتجات ، ذلك ان الفقرة الثانية من المادة الثالثة من التوجيه المقابلة للمادة 6/1386-2 من القانون الفرنسي نصت على انه "بدون الاخلال بمسؤولية المنتج فان اي شخص يستورد منتوجا في الجماعة الاوربية بقصد البيع او الايجار او بأي شكل آخر من اشكال التوزيع في مجال اعماله يعد في حكم المنتج الداخل في مفهوم هذا التوجيه و يعد مسؤولا كمنتج " .و يتبين من هذا النص امران:

الاول: يشير النص الى ان مستورد المنتوج يكون من خارج مجموعة الدول الاعضاء في الاتحاد الاوربي و ليس من بين الدول الاعضاء و قد اراد من وراء ذلك حماية المستهلك المضرور الذي قد يضطر الى مقاضاة منتج السلعة في دول اخرى خارج الاتحاد الاوربي و هذا ما يشكل ارهاقا بالنسبة له و يجعله يخضع الى احكام قانون اجنبي غالبا لايحقق له نفس القدر من الحماية.

الثاني: فقد قيد المشرع مسؤولية المستورد بأن يكون الاستيراد تم بهدف البيع او التاجير او التوزيع بأي طريقة من الطرق و ليس لأغراض شخصية او خاصة[1].

-المقصود بالمنتج في التشريع الجزائري و المصري :

المنتج في القانون الجزائري :

لقد نصت المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري . على انه "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمضرور علاقة عقدية " ومن خلال هذا النص يظهر ان المشرع الجزائري قد تأثر بالقانون الفرنسي ، غير ان القانون الفرنسي تناول مسؤولية المنتج من خلال 18 مادة اي من المادة 1386-1 الى 1386-18 في حين لم يخصص لها المشرع الجزائري سوى مادة واحدة فقط، و نعتقد انه يهدف من ذلك ترك الاجتهاد القضائي ليعرف المنتج و ينظم هذه المسؤولية تمشيا مع المحيط القانوني و الواقع الجزائري كما سبق ذكره .

و على ذلك لابد من الرجوع الى قانون حماية المستهلك و قمع الغش و كذا نصوصه التنظيمية . الا ان هذا القانون كذلك لم يأتي بنص صريح يعرف من خلاله المنتج و لكن بالرجوع الى المادة 03 منه

[1] د-عبد الحميد الديسطي المرجع السابق ص:511

في فقرتها السابعة فقد عرف المتدخل على انه " كل شخص طبيعي او معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك" . ثم يعرف في الفقرة الثامنة عملية وضع المنتوج للاستهلاك على انها" مجموع مراحل الانتاج و الاستيراد و التخزين و النقل و التوزيع بالجملة و بالتجزئة . اما الفقرة التاسعة تعرف الانتاج على انه " العمليات التي تتمثل في تربية المواشي و جمع المحصول و الجني و الصيد البحري و الذبح، و المعالجة و التصنيع و التحويل و التركيب و توضيب المنتوج بما في ذلك تخزينه اثناء مرحلة تصنيعه و هذا قبل تسويقه الاول .

اما بالرجوع الى المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 06 ماي 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال امن المنتوجات [1] فينص في مادته العاشرة على انه " يجب على المنتجين و المستوردين و مقدمي الخدمات وضع في متناول المستهلك ..." فهذه المادة ذكرت لفظ المنتج و لكن لم تقدم تعريفا خاصا به.

و من خلال هذه النصوص نستخلص نفس التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي او التوجيه الاوربي. فمضمون هذه المواد يشمل كل الفئات التي يمكن ان تشارك في تداول السلعة الى غاية وصولها الى المستهلك و يبدو ان هذه النصوص تسعى الى تقرير ضمانات اكبر امام المستهلكين المتضررين من خلال توسيع مجال تطبيق المسؤولية من حيث الاشخاص.

كما ان هذه النصوص لا تطبق فقط على مقدم السلعة للمستهلك و لكن على مقدم الخدمة له و هذا على اعتبار ان الاضرار المتولدة عن تقديم الخدمات لا تقل عن اضرار المنتجات خاصة مع انتشار خدمات الانترنت و غيرها[2].وهذا طبقا للمادة 02 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش ، و طبقا كذلك للمادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26سبتمبر 2013 [3] الذي يحدد شروط و كيفيات و ضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ التي تنص على انه" في اطار تنفيذ الضمان يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة او خدمة مطابقة لعقد البيع..".

[1]- منشور بالجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 2012/05/09

[2]- قادة .شهيدة المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة المرجع السابق –دار الجامعة الجديدة طبعة 2007 ص:57

[3]- منشور بالجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 2013/10/02 .

المنتج في القانون المصري:

يمكن القول في البداية الى انه اذا كان قانون التجارة المصري حدد مفهوم المنتج في كل من المنتج النهائي و المستورد و تاجر الجملة وتاجر التجزئة فان قانون حماية المستهلك جاء اكثر اتساعا رغم انه استعمل لفظ " المورد" فقد نصت المادة الاولى من قانون حماية المستهلك على انه "في تطبيق احكام هذا القانون يقصد بالمصطلحات التالية المعنى المبين قرين كل منها :

المورد: كل شخص يقوم بتقديم خدمة او بانتاج او استيراد او توزيع او عرض او تداول او اتجار في احد المنتوجات او التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها الى المستهلك او التعاقد او التعامل عليها معه بأية طريقة من الطرق.

المعلن: كل شخص يقوم بالاعلان عن سلعة او خدمة او الترويج لها بذاته او بواسطة غيره باستخدام اي وسيلة من الوسائل.

كما حددت اللائحة التنفيذية لقانون المستهلك مفهوم المورد الوارد بنص المادة الاولى من القانون فنصت المادة 07 على ان المورد هو" كل شخص طبيعي او اعتباري يقوم بتقديم خدمة او بانتاج او استيراد او عرض او تداول او الاتجار في احد المنتجات او التعامل عليها وذلك بهدف تقديمها الى المستهلك او المتعاقد او التعامل معه عليها يأية طريقة من الطرق بما في ذلك الوسائل الالكترونية و غيرها من الوسائل التقنية الحديثة " فقد شمل هذا التعريف كل الفئات التي يمكن ان تشارك في تداول السلعة حتى وصولها ليد المستهلك انطلاقا من المنتج او المستورد و مرورا بالموزع او الوسيط او البائع المباشر حتى تصل السلعة الى حيازة المستهلك و ايضا على مقدم الخدمة له[1] .

و مما تجدر الاشارة اليه ان المشرع المصري نص على مسؤولية.المعلن باعتبار ان الغالب في التشريعات و خاصة في مجال حماية المستهلك ان تقرر مسؤولية طالب الاعلان و ليس مسؤولية المعلن الذي نفذه و هذا لأن المعلن اصبح يروج لأشياء لا تمت بصلة للواقع الامر الذي يقتضي اعتباره شريكا للمنتج في تضليل المستهلك[2]،و هذا حتى لا يقع المستهلك فريسة سهلة لاشتراك كل من المعلن و المنتج او المورد في الاعلان عن السلع من شأنها الاضرار بالمستهلك.

[1]-. د-عبد الحميد الديسطي عبد الحميد المرجع السابق ص:533

[2]د-نفس المرجع ص:534.

الفرع الثاني

المنتوج

ان تحديد المنتوج يعتبر امرا محوريا في ظل نظام مسؤولية المنتج و ترجع اهمية تحديد المنتوجات الداخلة في نطاق القانون الى عدة اسباب فالسبب الاول يرجع الى ان الغالب في الصناعات الحديثة ان يشترك العديد من المنتجين في صناعة منتوج واحد حتى يصل الى يد المستهلك بحيث يتولى كل منتج مرحلة من مراحل انتاج السلعة النهائية فهنا لابد من تحديد من يتحمل المسؤولية عن عيب السلعة عندما تصل الى يد المستهلك .

اما السبب الثاني فيعود الى ان المنتوج هو محل دعوى مسؤولية المنتج ، وبالتالي يجب تحديده بدقة و السبب الثالث ان المسؤولية الموضوعية تقع بسبب الاضرار التي يتسبب فيها المنتوج و ليس بسبب خطأ المنتج و على هذا فان تحديد المنتجات الداخلة في نطاق القانون فهو احد العناصر الهامة في تحديد نطاق المسؤولية الموضوعية الخاصة بالمقارنة بنطاق المسؤولية المدنية التي تطبق بشأنها القواعد العامة.

و هناك تعريفات عامة كثيرة للمنتوج رددها الفقه منها انه "منقول مادي قابل للبيع و الشراء في مجال التجارة " و بعض المنتوجات هي سلع للاستهلاك كالاغذية والمنتجات الصيدلانية و مستحضرات التجميل....الخ و بعض المنتوجات الاخرى هي اموال او سلع معمرة او مستديمة كالاثاث الاجهزة المنزلية ، السيارة ، العربات....الخ[1] .

اولا :المقصود بالمنتوج في القانون المدني الفرنسي و التوجيه الاوربي

فقد نصت المادة 1386 /3 من القانون المدني الفرنسي على انه " يعد منتوجا كل مال منقول حتى و لو كان مندمجا في عقار بما في ذلك منتوجات الارض و تربية الحيوان و الصيد البري والصيد البحري و تعد الكهرباء منتوجا"[2]. ان هذا النص يردد نص المادة الثانية من التوجيه الاوربي فيما يتعلق باعتبار السلع المنقولة من المنتوجات رغم انه تم ادخالها في بناء العقارات غير ان نص القانون الفرنسي توسع اكثر من نص التوجيه الاوربي فاضاف ما يمكن اعتباره من المنتوجات كل المنتوجات الزراعية و نواتج التربية الحيوانية و الصيد بجميع انواعه بالاضافة الى الكهرباء ، ذلك ان المادة الثانية

[1]- حمد الله محمد حمد الله-مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي ص:08

[2]Art 1386-3 est un produit tout bien meuble ,même s'il est incorpore dans un immeuble , y compris les produits du sol ,de l élevage , de la chasse et de la pèche ,l électricité est considérée comme un produit .

من التوجيه الاوربي بينت المقصود بلفظ المنتج حيث نصت على انه " في تطبيق التوجيه الحالي يقصد بمصطلح منتج كل منقول باستثناء المنتجات الزراعية الاولية و منتجات الصيد و لو كان مندمجا في منقول آخر او في عقار و يدخل في حكم المواد الزراعية كل المنتوجات المستخرجة من الارض و نواتج التربية الحيوانية و الصيد بكل اشكاله ماعدا المنتوجات التي خضعت لمعالجة اولية كذلك فان تعبير منتج يشمل الكهرباء "[1].

و بالرجوع الى حيثيات التوجيه فقد ورد فيها ان "المسؤولية دون الخطأ و التي يوجبها التوجيه اصبحت الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها مواجهة المشاكل التي تنجم عن الزيادة الهائلة في تقنيات تصنيع المنتوجات و ضرورة التقييم العادل للمخاطر التي تنجم عن المنتوجات التكنولوجية الحديثة و على ذلك لابد من حصر نظام المسؤولية الذي قرره التوجيه على كل منتوج صناعي و استبعاد المنتوجات الطبيعية التي لم تخضع الى أي معالجة صناعية . و من هنا يمكن القول ان التوجيه لم يفرق في شأن المنتوج بين كونه خطرا او غير خطر و كذلك لم يحدد درجة هذه الخطورة.

و تجدر الاشارة الى ان التوجيه قد استبعد بعض المنتوجات من نطاقه ، و هذا ما سنتطرق اليه .

1- استبعاد الخدمات من نطاق المسؤولية الموضوعية

ان كلمة خدمة تعني كل اداء او عمل يمكن تقديمه بمقابل . و الخدمة قد تكون مادية (اصلاح او تنظيف او نقل..) او مالية (تأمين،إئتمان...) او ذهنية (العناية الطبية او الاستشارات القانونية....) و لذلك لايمكن اعتبارها مالا منقولا ماديا[2].و على هذا فهي مستبعدة من نطاق التوجيه ،و هذا راجع لأن الطبيعة الخاصة للخدمات تقتضي تنظيم المسؤولية عن الاضرار الناجمة عنها تنظيما مستقلا و مختلفا عن تنظيم المنتوجات[3].و قد تطابق القانون الفرنسي مع التوجيه في استبعاد الخدمات من نطاق التطبيق.

2- استبعاد العقارات من نطاق تطبيق التوجيه

نجد كذالك تطابق القانون الفرنسي مع التوجيه في استبعاد العقارات من نطاق تطبيق القانون فقد نص التوجيه صراحة على ان لفظ المنتوج يعني كل مال منقول و هذا يدل بمفهوم المخالفة على ان

[1] Pour l'application de la présente directive , le terme « produit »désigne tout meuble à l'exception des matières premières agricoles et des produits de la chasse , même sil est incorpore dans un autre meuble ou dans un immeuble ,par « matières premières agricoles » , on entend les produits du sol, de l'élevage et de la pêcherie l'exclusion des produits ayant subi une première transformation .le terme « produit » désigne également l' électricité .

[2]- حمد الله محمد حمد الله-مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي ص:08.

[3]- د-عبد الحميد الديسطي عبد الحميد المرجع السابق ص:555.

العقارات او المباني لا تعد من المنتوجات التي يطبق عليها التوجيه ، و على ذلك فان الأضرار الناجمة عن العقارات تخضع للتشريعات الوطنية الخاصة[1] غير ان المشرع الفرنسي و التوجيه الاوربي قد اتيا باستثناء على هذا المبدأ لما نصا على امتداد المسؤولية القانونية الى منتج المكونات المنقولة التي تدخل في تكوين العقار[2] . و نرى ان هذا الاستثناء جاء في محله لأن الضرر الناتج عن المنقولات المستخدمة في بناء العقارات يجب ان يتحمله المنتج باعتباره المسؤول عن الضرر الذي تسببه عيوب منتوجاته[3].

3- :استبعاد المنتوجات الزراعية و الحيوانية و منتوجات الصيد

لقد استبعد التوجيه الاوربي صراحة المنتوجات الزراعية و منتوجات التربية الحيوانية و منتوجات الصيد من نطاق تطبيق احكام المسؤولية الواردة التي نظمها التوجيه و في اعتقادنا انه تم الاستبعاد تفاديا للمشاكل الاقتصادية و السياسية بين دول المجموعة الاوربية فيما يتعلق بالانتاج الزراعي خصوصا و أن التشديد في المسؤولية لاقى هجوما شرسا من خلال تجمعات المزارعين[4]. هذا من جهة و من جهة أخرى أن سبب حصر التوجيه المنتوج فقط في المنتوجات الصناعية دون الزراعية يرجع إلى أن اغلب المشاكل التي تسببها المنتوجات ينتج عن عيوب وقعت في مرحلة التصنيع خاصة بعد ظهور الزيادة التقنية الكبيرة في تصنيع المنتوجات هذا اضافة إلى المشاكل العملية التي يسببها الانتاج الزراعي نفسه[5]،كما يمكن أن نقول أن اسبعاد المنتوجات الزراعية ناتج عن أسباب سياسية و ليس عن أسباب قانونية[6].

ونظرا لوجود اقتراح لتعديل التوجيه الاوربي بادخال هذا النوع من المنتوجات الزراعية و الحيوانية في نطاقه فقد نصت المادة 15 منه على انه "يجوز لكل دولة عضوا أن تستبعد المادة الثانية و تنص في تشريعها على أن مصطلح منتوج يعني المواد الزراعية الاولية و منتوجات الصيد البري [7].

[1]- د-عبد الحميد الديسطي عبد الحميد المرجع السابق ص:553.

[2] -Malinvaud PH ,la loi du 19 mai ,relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction D 1999 .p 85 et s .

[3]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :228.

[4]- نفس المرجع :228.

[5]ABDELHAMID sarwat obligation et responsabilité du fabriquant de produits dangereux thèse Montpelier 1989.p.294-295.-

[6]- ELZUKRED Ahmed ELseaid ,las droits des consommateurs à la sécurité et la sante, en droit Français et en droit égyptien, these université.de montpelier janvier 1990 p 248.

[7].ART 15

1chaque Etat membre peut M

A) par dérogation à l'article 2 ,prévoir dans sa législation qu' au sens de l article 1 er, le terme « produit » désigne également les matière agricoles et le produit de la chasse.

و اخذ في الاعتبار التوجيهات الحمائية للمستهلك في النظام القانوني و بمقترح التعديل و على هذا الأساس فقد ورد نص القانون الفرنسي مضيفا هذا النوع من المنتوجات في نطاق تطبيقه و هو ما يفسر انعقاد مسؤولية المنتج عن عيوب المنتوجات كلما لحقت اضرارا بمستعمليها[1] .

و رغم أن القانون الفرنسي قد خالف التوجيه الأوربي في هذا الصدد إلا انه في النهاية فا المشرع الأوربي قد حذا حذو القانون الفرنسي و عدل نصوص التوجيه حتى تشمل مسؤولية المنتج المنتوجات الزراعية بموجب التوجيه رقم 34 المؤرخ في 10مايو1999 و الذي دخل حيز التنفيذ في 04 ديسمبر2000.

ثانيا : المقصود بالمنتوج في القانون المصري و الجزائري

نتناول اولا المقصود بالمنتوج في القانون القانون المصري ثم في القانون الجزائري .

1-المقصود بالمنتوج في القانون المصري

لقد تناول المشرع المصري تعريف المنتوج في كل من القانون التجاري الجديد و كذا قانون حماية المستهلك.

أ-في القانون التجاري الجديد :

ففيما يتعلق بالقانون التجاري الجديد فانه نص في المادة 67 منه على تعريف كل من "العيب" و "المنتوج"و"الموزع" إلا انه لم يحدد مفهوم المنتوج الذي يعتبر اهم اركان مسؤولية المنتج فالواضح أن النص يقتصر على المنتوجات الصناعية و لاينصرف إلى المنتوجات الزراعية ذلك أن المادة 02/67 تؤكد على أن عيب المنتوج يكون في تصميمه او تركيبه او اعداده للاستهلاك و هي كلها عناصر تنصرف إلى المنتوج الصناعي.

و يرى الدكتور هاني دويدار[2] أن مرد استبعاد المنتوجات الزراعية من مجال تطبيق هذا القانون هو أن هذه المنتوجات هي محصلات تفاعل قوى الطبيعة و الإنسان و من الصعب اثبات مساهمة المزارع في العيوب و أن كان يرد على هذا الرأي أن الزراعة لم تعد من محض الطبيعة بل طالتها الصناعة في كل جوانبها و ما يلاحظ على هذا النص انه كذالك فيما عدا اثبات العيب بدلا من الخطأ تطبق على

[1]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :227.
[2]- قادة شهيدة لمسؤولية المدنية للمنتج –المرجع السابق ص:32

قواعد اثبات مسؤولية المنتج في ظل نص المادة 67 ، القواعد العامة في الاثبات فهذا النص لم يخص الدعوى الجديدة بقواعد خاصة في الاثبات.

ب- في قانون حماية المستهلك :

اما فيما يتعلق بقانون حماية المستهلك فقد عرف المنتوجات في المادة الاولى منه على أنها السلع و الخددمات المقدمة من اشخاص القانون العام او الخاص و تشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال مورد. فهذا القانون استعمل لفظ "سلع "و لم يحدد كما فعل المشرع الفرنسي و الاوربي الذي حدد السلعة بالمنقولة حتى و أن كانت جزء من مباني عقار، و بالتالي نستطيع أن نقول أن المشرع المصري قد اتى بكلمة سلعة دون تحديد ، حتى يفتح المجال للاجتهاد القضائي في التوسع في مفهوم السلعة و هذا في اعتقادي لتوفير حماية أكثر للمستهلك ، حيث نصت المادة 07 منه على انه يلزم المورد خلال مدة اقصاها سبعة ايام منذ اكتشافه او علمه بوجود عيب في المنتوج أن يبلغ الجهاز عن هذا العيب و اضراره المحتملة، فان كان يترتب على هذا العيب اضرار صحية او سلامة المستهلك التزم المورد بان يبلغ الجهاز بهذا العيب فور اكتشافه او التعامل عليه،و يحذر المستهلكين بعدم استخدام هذا المنتوج. إذن فبمجرد ظهور العيب يتخذ المستهلك الاجراءات المنصوص عليها في هذه المادة.

و يلاحظ على هذا القانون مراعاة الطبيعة الجنائية لكثير من قواعده و ما يستتبع ذلك من ضرورة تطبيق قواعد الاثبات الجنائية غير أن المشرع حدد كيفيات اثبات العيب بشكل قاطع فبالرجوع إلى نص المادة08 فانه في حالة وجود خلاف حول وجود عيب بالسلعة او مطابقتها للمواصفات او الغرض الذي تم التعاقد عليها من اجله يحال الأمر إلى الجهاز ليصدر قرار ملزما في شانه و على ذلك فقد خفف عبء الاثبات على المستهلك ذلك انه يكفي الادعاء بعيب في السلعة حتى يحال الأمر إلى جهاز حماية المستهلك لكي يفصل في مدى تعيب السلعة من عدمه . اما و في حالة ثبوت أنها معيبة تطبق احكام المادة 19 التي تنص على انه "على الجهاز عند ثبوت مخالفة أي من احكام هذا القانون ، الزام المخالف بتعديل او صياغة او ازالة المخالفة فورا او خلال فترة زمنية يحددها مجلس ادارته و ذلك كله دون الاخلال باحكام المسؤولية الناشئة عن هذه المخالفات " فجهاز حماية المستهلك هو الذي يتولى معاينة و تحديد مدى تعيب المنتوج وهذا بالاستعانة بخبراء متخصصين و تطبيقا للمادة 22 من نفس القانون فان قرارات الجهاز نهائية و يكون الطعن فيها مباشرة امام القضاء الاداري.

ثانيا : المنتوج في القانون الجزائري

إلى غاية تاريخ 07 فبراير 1989 و هو تاريخ صدور اول قانون لحماية المستهلك في الجزائر و هو القانون رقم 89-02[1]،و كذلك تاريخ 15 سبتمبر 1990و هو تاريخ صدور المرسوم التنفيذي [2]رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات لم يكن مصطلح "المنتوج " واردا في النصوص القانونية الجزائرية. فقد استعمل المشرع الجزائري لأول مرة لفظ المنتوج كمصطلح قانوني بموجب هذا القانون .

اما المنتوج طبقا للقواعد العامة فقد نص عليه المشرع بموجب المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري و على هذا سنتناول المنتوج طبقا لقانون حماية المستهلك ثم طبقا للقواعد العامة للقانون المدني.

أ- المنتوج طبقا لقانون حماية المستهلك:

نصت المادة 13 من القانون 89-02 [3]على أنه" يحدد بمفهوم المصطلحات التالية : انتاج – منتوج–خدمات –تسويق و غيرها الواردة في هذا القانون عن طريق التنظيم. و تطبيقا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم90-266 المؤرخ في 15سبتمبر 1990 يتعلق بضمان المنتجات و الخدمات فنص في مادته الثانية على أن " المنتوج هو كل مايقتنيه المستهلك من منتوج مادي او خدمة " اما بصدور القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش و نصوصه التطبيقية فقد الغى القانون 89-02 و معه المرسوم التنفيذي. فعرفت المادة الثالثة من قانون 09-03 المنتوج على انه " كل سلعة او خدمة يمكن أن تكون موضوع تنازل بمقابل او مجانا" .

و يعرف الخدمة على أنها " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان هذا التسليم تابعا او مدعما للخدمة "المقدمة".

و يعرف السلعة على أنها "كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل او مجانا".

و بالتالي نستطيع أن نستخلص تعريف للمنتج طبقا لقانون حماية المستهلك على انه "هو كل شيء مادي او عمل مقدم قابل للتنازل عنه بمقابل او مجانا ".

[1]منشور بالجريدة الرسمية عدد 07 بتاريخ 1989/02/07 .
[2]- منشور بالجريدة رسمية عدد 40 بتاريخ 1990/09/15 .
[3]-القانون ملغى بموجب القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009

فالمشرع نص على شيء مادي دون أن يعرف إذا كان هذا الشيء المادي حي او غير حي و بالتالي إذا اردنا أن نعرف الشيء المادي على اعتبار انه محلا للحقوق فنشير إلى أن المشرع الجزائري قد تعرض له في العديد من مواد القانون المدني لاسيما المادة 675 و 676 و 682 و 683 و685 و 686 إلا انه لم يعرفه صراحة ، فوصف الاشياء على أنها العقارات و المنقولات و الاشياء غير المادية.

اما في اطار تطبيق المادة 138 من القانون المدني فيقصد بالشيء هو كل شيء مادي غير حي بغض النظر عن صفته او نوعه (عقار او منقول،جامد او سائل،غازي او صوتي،صغير او كبير،متحرك او ساكن،ذاتيا او بفعل الإنسان، به عيب او خال منه،خطر او غير ذلك)[1].باستثناء الحالات التي تحكمها نصوص خاصة.

و على اعتبار انه من الناحية القانونية لا يوجد فرق بين الشيء و الحيوان ذلك انه من حيث الاحكام القانونية يعتبر كل منهما محلا للحق قابلا للتمليك و التداول و يخضعان لنفس الاحكام المتعلقة بالمسؤولية التي قد يتحملها الشخص القانوني بسبب الاضرار التي يتسببان فيها و أن كان الحيوان شيئا حيا على عكس الاشياء غير الحية غير انه لا يترتب على هذا الاختلاف اثر قانوني[2] .

فنلاحظ من خلال هذا التعريف الذي اتى به قانون حماية المستهلك انه قد توسع فيه بحيث يطول المنتوج الاشياء المادية زائد الخدمات. هذا أن دل على شيء فانما يدل على أن المشرع هنا يريد توفير حقوق أكثر و حماية أكثر للمستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

ب-المنتوج في مسؤولية المنتج الواردة في القانون المدني :

ان المشرع لم يعرف المنتوج تعريفا جامعا مانعا ينفي الجهالة انما اكتفى بسرد الاشياء التي تعتبر منتوجا . و هذا من خلال نص المادة 140 مكرر /2 التي تنص على انه " يعتبر منتوجا كل مال منقول و لو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي و المنتوج الصناعي و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية و الصيد البري و البحري و الطاقة الكهربائية " فالمقصود بالمنتوج في مجال مسؤولية المنتج هو كل مال منقول و حتى المنقول المتمثل بعقار سواء كان هذا المنقول ماديا او معنويا.

[1]- علي فيلالي –الفعل المستحق للتعويض –المرجع السابق ص:182-183.
[2]- نفس المرجع ص:181-182.

و المقصود بالمال المنقول في هذا المجال هي الاشياء المنقولة[1] وعلى ذلك فان المنتوج في مجال حماية المستهلك يقتصر على المنقول المادي فقط و يشمل الخدمات فالمنتوج في مسؤولية المنتج يشمل المنقول المادي و المعنوي ويستبعد الخدمات.

و على هذا نستطيع القول ان المشرع الجزائري قد ردد نص المادة03/1386 من القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق باعتبار المنتوج هو السلع المنقولة غير ان النص الجزائري قد توسع اكثر من نص القانون الفرنسي فاضاف ما يمكن اعتباره من المنتجات الصناعة الغذائية.

اما اذا قارنا التعريف الوارد في قانون حماية المستهلك و قمع الغش رقم 09-03 و التعريف الوارد في المادة 140مكرر من القانون المدني ، فنلاحظ ان قانون حماية المستهلك قد جاء بتعريف اشمل ، ذلك انه اعتبر المنتوج كل شيء مادي او عمل مقدم قابل للتنازل عنه بمقابل او مجانا بمعنى ان هذا الشيء يمكن التعامل بشأنه.

هذا ما يعيبه الاستاذ[2]علي فيلالي على التعريف الوارد في المادة 140 مكرر ان العناصر التي جاءت بها المادة غير كافية لضبط مفهوم المنتوج في مجال المسؤولية،ذلك انه ينبغي توفر شرط اضافي لكي يصبح المال المنقول منتوجا،و هو جعل المال محل تداول فيتحول المنقول من تاريخ الشروع في تسويقه الى منتوج ابتداء من اول مراحل التسويق و انه لا يتحقق شرط التسويق اذا كان الغرض من عرض الشيء هو القيام بتجارب او فحوصات او تحليلات باعتباره نموذجا فقط ، و لايعد الشيء المتداول في السوق منتوجا اذا كان متداولا دون رضاء المنتج .

[1]- نفس المرجع ص:264.
[2]- علي فيلالي –الفعل المستحق للتعويض –المرجع السابق ص:

المطلب الثاني

طبيعة مسؤولية المنتج

قبل صدور قانون98-389 الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة في فرنسا كان القضاء يعتمد على قواعد احكام عقد البيع او القواعد العامة للمسؤولية من اجل تعويض المتضررين و تحقيق مصلحة حوادث الاستهلاك سواء في نطاق المسؤولية العقدية او التقصيرية،غير ان هذا الاجتهاد لصالح المستهلكين ادى الى نتائج غير منطقية لقيامه على اسس قانونية متفاوتة ولاستعمالها كذلك نصوص تشريعية لمجازاة الاعتداء على امن وسلامة المستهلك وضعت اصلا بقصد احترام الالتزام بتسليم منتج مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد[1].

وعلى هذا الاساس كان هناك اتجاه قوي لوضع نظام مستقل لمسؤولية المنتجين على الاضرار التي تلحق بامن وسلامة المستهلك، و التمييز بين المسؤولية عن تخلف الامان في المنتوجات و المسؤولية عن عدم المطابقة. فصدر التوجيه الاوربي رقم 384/85 الصادر في 25 يوليو لسنة 1985 بشأن المسؤولية الموضوعية للمنتج في ظل رغبة الدول الاوربية لتحقيق ارضية موحدة للمنافسة بين المنتجين الاوربيين من جهة و من جهة تحقيق نوع من التنسيق مع القواعد المطبقة في شان المسؤولية على المستوى الدولي من جهة ثانية[2].

و اصبح هذا التوجيه اساس صدور القوانين المتعلقة بمسؤولية المنتج في الدول الاوربية لاسيما فرنسا رغم انها تأخرت في تطبيق التوجيه الاوربي فقد اصدرت القانون رقم:98-389 المؤرخ في 19مايو1998 الذي ينظم المسؤولية الموضوعية للمنتج و تجدر الاشارة الى ان هذا القانون لم يصدر مستقلا عن القانون المدني انما ادخلت نصوصه في القانون المدني بالمواد:01/1386 الى غاية المادة:18/1386 بموجب المادة الاولى من القانون رقم: 389/98.

و ان تبني هذا التوجه يعتبر خطوة تشريعية هامة للقضاء على الاختلاف في مدى مسؤولية المنتج فبالرغم من جهود القضاء الفرنسي في التقريب بين المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية فان نجاحه لم و لن يكون الا نجاحا نسبيا ذلك ان توحيد نظام المسؤولية المدنية ،لايعتبر مسألة يملكها القضاء و انما هي مسالة يملكها المشرع وحده[3] .

[1]-فتحي عبد الرحيم عبد الله-نظام تعويض الاضرار التي تلحق بأمن و سلامة المستهلك في القانون المدني المصري و المقارن-مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية مجلة فصلية محكمة تصدر في جامعة منصورة كلية الحقوق العدد 25 أفريل1999 ص:06

[2]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :174.

[3]- نفس المرجع ص :175.

اما المشرع الجزائري فقد استحدث مسؤولية المنتج كما سبق ذكره بموجب القانون رقم:05-10 المتمم و المعدل للقانون المدني.و اقتبسها من القانون الفرنسي السالف الذكر الا انه اكتفى بمادة واحدة فقط و هي المادة: 140مكرر و على هذا فان البحث عن طبيعة مسؤولية المنتج ليس سهلا ، و للوصول الى تحديد طبيعة هذه المسؤولية فسنبحث في فكرة ان مسؤولية المنتج هي مسؤولية قانونية ذات طبيعة موضوعية ثم بعد ذلك سنبحث في خصائص هذه المسؤولية من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : مسؤولية المنتج هي مسؤولية قانونية ذات طبيعة موضوعية

الفرع الثاني : خصائص مسؤولية المنتج

الفرع الأول

مسؤولية المنتج هي مسؤولية قانونية ذات طبيعة موضوعية

لاقامة نظام قانوني لمسؤولية المنتج او المستورد او البائع المحترف عن الضرر الذي يلحق بالمستهلك يمكن ان نستند على نصوص القانون المدني التي تنظم عقد البيع خاصة منها المادة:379 و مابعدها التي تنظم ضمان العيوب الخفية و يمكن الاستناد الى دعوى المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة لمجازاة نفس التقصير في تنفيذ الالتزامات طبقا المواد من(164 الى 178من القانون المدني) و كلاهما يستفيد منها كل من المتعاقد المباشر و كذا المكتسبون المتعاقبون على المنتوج بما في ذلك المستهلك النهائي ، لأن المبيع ينتقل الى الخلف الخاص بالحقوق و الدعاوى التي تؤكده .

وتاسيسا على ذلك يمكن اعطاء دعوى ضمان العيوب الخفية قوة و فاعلية لوضع البائعين المحترفين و خاصة منتجي السلع موضع المسؤولية اذا امكن توسيع الامان في السلعة او المنتوج الذي يرجع الى التطور الفني و مايترتب عليه من حوادث الاستهلاك و اضرار المستهلكين فاذا امكن توسيع فكرة(العيب) و اعتبار نقص الامان بمثابة العيب و اعتبار المحترف عالما بعيوب الشيء و اعتبار هذا العلم قرينة لاتقبل اثبات العكس فان هذا يؤدي الى القول بمسؤولية المنتج و البائع المحترف.

فالقضاء الفرنسي فعل هذه الدعوى و وضع المنتج موضع المسؤولية و ذلك بتوسيع فكرة العيب باعتبار نقص الامان من قبيل التعيب المادي للشيء و من ناحية تبنى التفسير الجزئي للنصوص المنظمة لآثار الضمان خاصة المواد1645-1646 من القانون المدني الفرنسي التي لا تسئل البائع الا

اذا كان عالما بالعيب و نصت المحاكم بأنه يجب اعتبار البائع المحترف عالما بعيوب الشيء و هذا ما يجعله ملزما بالتعويض الكامل للمستهلكين[1].

وعلى ذلك اعتبرت المحاكم المنتج و المحترف سيء النية ليس لانهم لم يستطيعوا معرفة عيوب المنتج و إنما لأنهم ملزمون بأن يعرفوا كما انهم ملزمون أن يسلموا منتوجا خاليا من العيوب[2] كما قررت المحاكم انه بمجرد أن لا يوفر المنتوج الامان و السلامة المشروعة التي ينتظرها المستهلك من المحترف فان المبيع معيبا[3].

إلا انه يمكن القول و كما سبقت أن قدمته الدراسة فان دعوى العيوب الخفية و رغم تطورها إلا أنها وضعت شروطا قد تمنع حصول ضحايا حوادث الاستهلاك على التعويض ذلك أن المادة 383 من القانون المدني الجزائري ، اشترطت اجل قصير لرفع دعوى العيب الخفي و إلا سقط حق المستهلك في ذلك، كما أن المستهلك ملزم باثبات شروط العيب من قدم و تأثير إلى غير ذلك في حين انه يعجز في الكثير من الاحوال على ذلك.

و قد يختار المستهلك أن يؤسس دعواه على أساس المسؤولية العقدية و فقا للقواعد العامة لتعويضه عما اصابه من ضرر و في هذا الاطار انتهى القضاء الفرنسي إلى انه لو تم اكتشاف عدم مطابقة سلعة بعد التسليم من طرف المستهلك فان هذا يقيم مسؤولية البائع على أساس القواعد العامة فهنا يتجنب المستهلك شروط رفع دعوى الضمان الخاصة لاجل قصير و على هذا يجب توسيع نطاق الالتزامات المفروضة على البائعين المحترفين حتى يتم توفير امان وسلامة أكثر للمستهلك و هذا الأمر يساعد بالطبع على تطور دعوى المسؤولية العقدية وفقا للقواعد العامة.

كما يمكن أن تؤسس دعوى التعويض على أساس القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية فيرجع المضرور على أساس المادة 124 من من القانون المدني الجزائري التي تنص على انه " كل فعل ايا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" .على اعتبار وجود الالتزام الذي يفرض على الجميع عدم الاضرار بالغير. و الخطأ الذي تتظمنه المادة هو الخطأ الواجب الاثبات معنى ذلك ان ضحية حادث استهلاك ملزمة باثبات خطأ المنتج الذي كان أساس العيب

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:14-15.

[2] . [2]- ELZUKRED Ahmed ELseaid ,las droits des consommateurs op cit p183..

[3]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:18.

و العلاقة السببية بين العيب في المنتوج و الضرر الذي اصابه على اعتبار أن للمسؤولية اركان ثلاثة الخطأ و الضرر و العلاقة السببية بينهما.

و في هذا الصدد قبل القضاء الفرنسي دعوى المسؤولية التقصيرية من ضحايا السلعة المعيبة او الخطرة ضد المنتج على أساس الخطأ الواجب الاثبات و فقا للمادة 1382 من القانون المدني المقابلة للمادة 124 من القانون المدني الجزائري على سند وجوب الاعتراف بأن الاخلال بالتزام تعاقدي عندما يؤدي الى الاضرار بغير المتعاقدين فانه يعد واقعة مادية و يعتبر من قبيل الخطا التقصيري فهذا التفسير الواسع للخطا مكن للغير ضحايا المنتجات المعيبة التمسك باخلال البائع المحترف او المنتج بالالتزامات العقدية فضلا عن القانونية المفروضة عليه و المتعلقة بالامان في منتوجه سواء في مرحلة التصميم او التصنيع او التسويق ، في اقامة الدعوى التقصيرية[1] . و على ذلك وطبقا لما جاء به القضاء الفرنسي يمكن ان نعتبر ان اخلال المنتج بالتزامه بمخاطر السلعة المنتجة او عدم مراعاته التزامه بتحقيق السلامة و الامان في منتوجه كافيا لانعقاد مسؤولية المنتج على اساس م 124 و على هذا الاساس يتساوى في الحماية الغير، ضحية السلعة المعيبة الذي يستند على اساس المسؤولية التقصيرية مع تلك الحماية المقررة للمتعاقد.

غير انه تبقى دائما صعوبة امام المستهلك و هي عندما يكون امام ضرورة اثبات ان السلعة معيبة خاصة اذا كانت السلعة هلكت بالكامل و ان كان بامكان اعتبار الاضرار التي كشف عنها الاستعمال قرينة على العيب و الاخلال بالتزام البائع بتقديم سلعة آمنة الذي هو دليل على خطا المنتج.

اما اذا اسس الضحية دعواه على اساس الخطا المفترض الغير قابل لاثبات العكس طبقا للمادة 138 من القانون المدني الجزائري [2] فهذه مسؤولية اساسها الضرر و ليس الخطا الذي قد يصعب اثباته فانه قد تتوفر حماية للضحية اكثر مما توفرها المادة 124 ،على اعتبار ان الخطأ المفترض افتراضا لايقبل اثبات العكس هو خطا لا وجود له انما هو حيلة لاقامة مسؤولية على اساس خطا وهمي، ذلك ان الحارس لايستطيع نفي الخطا في الحراسة و هذه المسؤولية تستلزم بالاضافة الى وقوع الضرر بفعل الشيء لابد ان يتوفر في المنتج شرط الحراسة أي السيطرة المادية على الشيء او السيطرة الفعلية أي لابد من اجتماع العناصر الثلاثة و هي الاستعمال و المباشرة و الرقابة ، و هو ما يميز فكرة الحراسة،

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:28.
[2]-المقابلة للمادة 178 من القانون المدني المصري .

و بهذا نصبح امام تطبيق نظام المسؤولية الشيئية على المنتج على نحو ما قضت به الدوائر المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في قضية فرانك الشهيرة .

ولكن بانتقال السلعة من المنتج الى المستهلك بعد تسليمها هذا يعني ان المنتج فقد السيطرة بفقدانه للحراسة،و هذا ما يجعل استناد الضحية على هذا غير مجدي.و بهذا الصدد توسع الفقه و القضاء[1] في فرنسا في مفهوم الحراسة و عندما فسرا المادة 1384 من القانون المدني الفرنسي بالنسبة للاشياء التي تمتلك ديناميكية ذاتية قابلة لأن تنتشر بخطورة بحيث تطول في حالة الضرر الناشىء عن الشيء ذاته و تكوينه بالاضافة الى الضرر الناتج عن استعماله فنكون امام حراسة تكوين في الحالة الاولى و حراسة استعمال في الحالة الثانية. و بهذا يكون للمضرور الرجوع مباشرة على حارس الشيء الذي يكون له سلطة استعماله و ادارته او على حارس البنية اذا كان الضرر بسبب عيب داخلي او عيب في التكوين. غير ان الدكتور شكري سرور يرى بان نطاق مسؤولية الحارس يختلف عن نطاق مسؤولية المنتج على اعتبار ان الحارس يكون مسؤولا عن الاضرار التي تسببها الاشياء الخطرة عندما تفلت من سيطرته ، دون الاخذ في الاعتبار ان كانت في ذاتها معيبة او غير معيبة .اما مسؤولية المنتج فينظر لهذه الاشياء من زاوية الاحتياطات الواجب تقديمها للمستهلكين ، للتحقق من ان المنتج قد اتخذ هذه الاحتياطات ام لا ، و من ثم فانها تواجه بحالتها تحت يد هؤولاء.[2]

و من خلال ما تقدم فان هذا التفسير الواسع الذي اتى به القضاء الفرنسي اثقل به كاهل المنتج على اعتبار ان هذه المسؤولية لاتخضع لاثبات الخطأ و لا حتى اثبات العيب في الشيء ،متى وقع الضرر نتيجة تدخل ايجابي للشيء .

و نخلص في النهاية الى ضرورة توحيد القواعد القابلة للتطبيق في كل من نظامي المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية على ضحايا حوادث الاستهلاك على اعتبار ان ازدواجية المسؤولية المدنية للمحترف و تعدد اساسها يجعل نظام تعويض ضحية حادث الاستهلاك معقد جدا الشيء الذي يجعل المضرور بعيدا عن الاطمئنان و لا يرض المحترف من ناحية اخرى[3].

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:31.
[2]-محمد شكري سرور مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة دار الفكر العربي طبعة 1983 ص 8
[3]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:34.

كما ان هذا الازدواج يؤدي الى الاختلاف في الاساس القانوني و الاحكام و هو امر غير مرغوب فيه لأنه ينقصه الدقة و اليقين و على هذا اتجه الاتحاد الاوربي نحو وضع نظام خاص بمسؤولية المنتج على الاضرار التي تصيب المنتجين.

ان فكرة انشاء نظام موحد لمسؤولية المنتج يعتبر اهم سمات المسؤولية، التي نص عليها التوجيه رغم انه لم ينص صراحة على توحيد قواعد المسؤولية العقدية و التقصيرية عن فعل المنتجات المعيبة،و لكن نستشف هذا التوحيد من خلال صياغة النصوص ذلك انه لايوجد ما يشير بشكل مباشر او غير مباشر للتفرقة بين المضرور المتعاقد و غير المتعاقد[1].

لقد محى كل من نص المادة 01/1386 من القانون المدني الفرنسي و نص المادة 140مكرر من القانون المدني الجزائري كل تمييز بين المسؤولية االعقدية و المسؤولية التقصيرية عن فعل المنتجات المعيبة بحيث تكون حماية المضرور بنفس الطريقة سواء كان متعاقدا او غير متعاقد مع المنتج فتتم بذلك تأمين حماية متساوية لكل المستهلكين مشترين و غير مشترين[2].

و يؤيد اتفاق النصين مع التوجيه الاوربي في توحيد قواعد المسؤولية العقدية و التقصيرية ماجاء به نص المادة13 من التوجيه[3] التي تنص انه "لا يخل التوجيه الحالي بحقوق الضحية في التعويض بالتمسك بصفته بالمسؤولية العقدية او غير العقدية و بالتمسك بأي نظام مسؤولية موجودة و قت اعلان هذا التوجه".وعلى هذا فان التوجيه اعطى ضحايا المنتجات المعيبة نظاما موحدا للمسؤولية يضاف الى الانظمة الموجودة في القوانين الوطنية قبل 30 يوليو1985 و الى الحقوق التي يستطيع الضحية ان يتمسك بها استنادا للمسؤولية العقدية و غير العقدية[4].

ويمكننا القول انه اذا كانت مسؤولية المنتج قد وضعت حدا للتمييز بين المسؤولية العقدية و التقصيرية و سوت بين الضحايا الا انها تبقى مسؤولية احتياطية فتستطيع الضحية حسب مصلحتها ان تعتد بمسؤولية الحارس باعتبار ان الضرر يكون بفعل الشيء أي المنتوج و لها ايضا ان تعتد بالقواعد العامة في المسؤولية أي المسؤولية الشخصية[5].

---

[1]. Larrroumet, la responsabilite du fait des produits defectueux apres la loi du 19 mai 1998 D1998 chron N12 p 313.

[2]-علي هتاك –تاثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج-دار الفكر العربي-طبعة2007 ص:210.

[3] Art 13 la présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive .-

[4]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:54.

[5]- علي فيلالي –الفعل المستحق للتعويض –المرجع السابق ص:260-261.

الفرع الثاني

خصائص مسؤولية المنتج

ان ما تطرقنا اليه في الفرع الأول ادى بنا الى استنتاج خصائص مسؤولية المنتج و المتمثلة فيما يلي :

أولا : مسؤولية المنتج هي مسؤولية خاصة ليست عقدية و لا تقصيرية

ان نص المادتين من القانون المدني الجزائري و الفرنسي و كذلك التوجيه الاوربي قد أنشأ نظاما خاصا للمسؤولية يطبق على جميع المضرورين من عيوب المنتوجات بغض النظر اذا كانت تربطهم علاقة تعاقدية بالمنتج كونهم من الغير و على هذا فان المسؤولية الموحدة تعتبر مسؤولية خاصة لا هي مسؤولية تقصيرية و لاهي عقدية.

ثانيا : هي مسؤولية موضوعية

بالرجوع الى النصوص القانونية المذكورة اعلاه و المتعلقة بمسؤولية المنتج و التي تنص على انها تقوم على الاضرار الناجمة عن عيوب المنتوجات ، يظهر ان وجود العيب لا يعني بالضرورة خطا المنتج و انما هو في حد ذاته اساسا لقيام المسؤولية.و على هذا فان تحديد العيب يتم على اساس تقدير درجة الامان التي كان المنتج يستطيع الوصول اليها لو انه اتخذ كافة الاحتياطات و الاجراءات اللازمة و بذل اقصى جهده في شأنها و انما يتم تحديد العيب كاساس للمسؤولية المقررة بموجب القانون على اساس التوقعات المشروعة للمستخدمين أي بمعيار موضوعي[1].

ثالثا : تعلق قواعد المسؤولية الموضوعية بالنظام العام

ان قواعد المسؤولية الموحدة تتصل بالنظام العام و يعني ذلك ان كل شرط يتضمن استبعاد هذه المسؤولية او التخفيف منها يعد باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة 15/1386 من القانون الفرنسي المقابلة للمادة 02 من التوجيه.اما بالنسبة للمضرور فله الخيار بين تطبيق قواعد المسؤولية الموضوعية او التمسك بالقواعد التقليدية للمسؤولية المدنية بما فيها العقدية و التقصيرية.

[1]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :180.

المبحث الثاني

أركان مسؤولية المنتج

كما سبق و ان اشارت اليه الدراسة ان المشرع الجزائري قد اقتبس المادة 140مكرر من القانون الفرنسي الا انه لم يحدد بموجبها طبيعة هذه المسؤولية و لم يحدد اركانها و اكتفى بالنص على ان المنتج يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.و عرف في الفقرة الثانية المنتوج الذي يرتب تعيبه المسؤولية، و على هذا الاساس سنبحث في أركان مسؤولية المنتج بالاعتماد على ماجاء به القانون الفرنسي لسنة 1998المضاف الى القانون المدني الذي يحدد شروط المسؤولية الموحدة لصانع المنتجات و هي المسؤولية التي لا تقوم على الخطأ او العيب بالمعنى التقليدي بل تقوم على اساس عدم كفاية الامان و السلامة في المنتجات بالنظر الى التوقعات المشروعة للمستهلك،و هذا من خلال ثلاث مطالب كما سيتم تفصيله :

المطلب الأول : يجب ان يكون الضرر ناتج عن عيب في منتوج طرح للتداول

المطلب الثاني : الضرر

المطلب الثالث : العلاقة السببية بين العيب والضرر

المطلب الأول

يجب ان يكون الضرر ناتج عن عيب في منتوج طرح للتداول

ان مسؤولية المنتج تترتب اما بسبب خطا في الصناعة يؤدي الى طرح منتوجات معيبة في الاسواق تسبب ضررا للمستهلكين ، او لعدم اخذ الحيطة و الحذر في لفت انتباه هؤلاء الى المخاطر الملازمة للمنتوجات بطبيعتها، رغم انه لا يشوبها اي عيب[1] .

فلا يكفي لانعقاد مسؤولية المنتج ان يثبت المستهلك المتضرر تدخل المنتوج في تحقيق الضرر و انما يشترط ان يكون هذا الضرر ناتج عن تعيب المنتوج كما تقضي به المادة 01/1386 المقابلة للمادة 140مكرر من القانون المدني الجزائري و رغم ان المشرع الجزائري اشترط ان يكون الضرر ناتجا عن عيب في المنتوج الا انه لم يعرف ماهو العيب.

كما انه بالرجوع الى القانون رقم 09-03 المتضمن حماية المستهلك و قمع الغش لا نجد تعريفا للعيب ، انما نص بموجب المادة الثالثة منه على ان المنتوج السليم و النزيه و القابل للتسويق هو "منتوج خال من أي نقص و/او عيب خفي يضمن عدم الاضرار بصحة و سلامة المستهلك و/او مصالحه المادية و المعنوية" . و عرف المنتوج المضمون على انه "كل منتوج في شروط استعماله العادية او الممكن توقعها بما في ذلك المدة،لايشكل أي خطر او يشكل اخطارا محدودة في ادنى مستوى تناسب مع استعمال المنتوج و تعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية بصحة وسلامة الاشخاص".

على هذا يجدر بنا ان نحدد العيب الموجب للمسؤولية الموضوعية و كذا المقصود بطرح المنتوج للتداول من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : تحديد العيب الموجب للمسؤولية الموضوعية للمنتج

الفرع الثاني : نتناول طرح المنتوج للتداول

[1]-محمد شكري سرور مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة دار الفكر العربي طبعة 1983 ص 8.

الفرع الأول

تحديد العيب الموجب للمسؤولية الموضوعية للمنتج

لتحديد المقصود بالعيب فقد نص المشرع الفرنسي في المادة 4/1386 من القانون الفرنسي المقابلة للمادة01/06 من التوجيه بأنه" تعتبر السلعة معيبة حينما لا توفر السلامة التي يحق لاي شخص و في حدود المشروعية أن يتوقعها "[1].معنى ذلك ان عيب المنتوج يتمثل في المخاطر التي ينطوي عليها ذلك المنتوج .

و ما يمكن ملاحظته في هذا المجال ان العيب الذي يحدده هذا التشريع الخاص بمسؤولية المنتج هو اضيق من حيث المفهوم و التحديد من مفهوم العيب الذي تحدده القواعد التقليدية خاصة في شان ضمان العيوب الخفية. ذلك ان هذا النص لايهتم الا بضمان السلامة و الامن الذان يوفرهما المنتوج و لايهتم اصلا بالمنفعة التي تعود منه،على عكس القواعد المنظمة للمسؤولية عن العيوب الخفية و التي تعتبر عدم قدرة السلعة على تلبية الغرض المنتظر منها هو عيبا في حد ذاته وكذلك عيب عدم المطابقة و حتى صلاحية استعمال المنتوج يرتب مسؤولية البائع العقدية و تعد ضمانا للمشتري دون غيره[2]. و يتضح كذلك من النصوص السابقة ان المشرع قد وضع محددات موضوعية لتقدير العيب سوف نتناولها من خلال النقاط التالية:

اولا : معيار تقدير العيب

لقد تبنى المشرع المعيار الموضوعي أي معيار الرجل المعتاد الذي يتم على اساسه اعتبار وجود العيب ، و بهذا يكون المشرع قد استبعد أي اعتبار شخصي في تقييم العيب ، ذلك ان العيب لايقدر على اساس توقعات المضرور او احتياجاته. و الاستناد هنا على ان المشرع قد جعل من وقوع الحادث الذي سبب الضرر قرينة على وجود عيب في السلعة و هذا يغني عن الزام المضرور باثبات توقعاته المشروعة فوقوع الضرر هو في حد ذاته مخلا بالتوقعات المشروعة للشخص المعتاد و في هذه الحالة اذا اراد المنتج ان يتخلص من المسؤولية فهو ملزم بان يثبت عدم تعيب المنتوج .

[1] Art 1386/1 un produit est défectueux lorsqu’il n’offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s’ attendre ..

[2]- في هذا المعنى راجع علي فيلالي الالتزامات الفعل المستحق للتعويض المرجع السابق ص:268.

ثانيا: التوقع المشروع للشخص المعتاد

ان التوقع المشروع لايحدد بظروف المضرور الشخصية انما هذا التوقع يقاس بمعيار موضوعي و على هذا الاساس فان تحديد المقصود بهذه المشروعية يكون على اساس مقتضيات العدالة و بما لايخالف نصا تشريعيا[1].و على هذا فان تحديد العيب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي رغم انه من الممكن الاستناد على المواصفات القياسية لاثبات مطابقة السلعة عليها و لكن قد لا تتطابق هذه المواصفات مع التوقع المشروع للشخص المعتاد. و تكون بذلك السلطة التقديرية للقاضي هي الفيصل في التوقعات المشروعة للشخص المعتاد.

و تجدر الاشارة الى ان القاضي و هو بصدد مشروعية التوقع يلجأ بالاضافة الى المواصفات الفنية الى تقدير الاعتقاد السائد لدى المستخدمين(معيار الشخص المعتاد) فان ذلك يؤدي الى اعتبار المشروعية نسبية و ليست امرا ثابتا،الشيء الذي يجعل المشروعية تتحدد بالظروف التي تحيط بانتاج و تسويق السلعة و تؤثر على الشعور السائد لدى جمهور المستخدمين للسلعة[2] .

و على هذا الاساس و ضع المشرع الضوابط الموضوعية للسلطة التقديرية للقاضي في تقييم مشروعية التوقع فقد اورد العناصر التي يتحدد بها تقدير و سلامة محل التوقع المشروع[3] و هو ماسنراه فيمايلي.

ثالثا :كيفية تقدير السلامة المنتظرة من السلعة في ظل التوقعات المشروعة

ان تقدير سلامة المنتوج على ضوء الظروف الموضوعية يرتبط بمدى تطور الصناعة و تقدمها لكن هذا لايعني ان السلعة تكون معيبة لمجرد انتاج سلعة اكثر تطورا منها[4] انما ابتكرت تقنيات جديدة تحقق درجة عالية جدا من الامان لم تكن معروفة من قبل فيصبح المنتوج الذي لا يتوفر على هذه التقنيات معيبا[5].

لقد حدد نص المادة 04/1386 من القانون المدني الفرنسي يقابله المادة 01/06 من التوجيه ما يعد من قبيل التوقع المشروع و ما لايعد كذلك ، و منه يتضح ان استخدام المنتجات و التوقع المشروع لسلامتها يعتمد بصفة اساسية على الوضع الظاهر لها و الذي يبني عليه المستخدم ثقته من جهة ومن

[1] G VINEY ,l'introduction en droit Français de la directive europeenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilite du fait des produit defectueux D1998.p294 n^{0}12.

[2]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :186-187.

[3]- نفس المرجع ص :186-187.

[4] Voir art 1386-4 al 3

[5]- نفس المرجع ص :188-189.

جهة أخرى الى التعليمات المتعلقة بالاستخدام التي يقدمها اليه المنتج و على هذا فان العناصر التي اوردها المشرع و التي تؤثر على التوقعات بالسلامة التي تعيب السلعة في حال تعيبها ترجع تارة الى المنتج و هذا بالنظر الى مدى التزامه بتوفير المعلومات المتعلقة بالسلعة و تارة اخرى ترجع الى المستهلك المتضرر بالنظر الى استخدامه للسلعة.

1- العناصر التي ترجع الى المنتج على اعتبار انه ملزم بالاعلام.

طبقا لنص المادة01/1386 من القانون الفرنسي يجب ان ياخذ في الاعتبار عند تحديد التوقعات المشروعة بشان السلامة المطلوب توفرها في المنتجات بكيفية طرح المنتوج للتداول و على وجه الخصوص تأثير المعلومات المتعلقة بالسلعة في تحديد هذه المعلومات. فالمنتج عند عرضه المنتوج للتداول يلزم باعلام المستهلك بكل ما يتعلق بالمنتوج فيتعين عليه تقديم كل المعلومات المتعلقة بالمنتوج على الوجه المطلوب بما في ذلك مواصفاته و مكوناته و كيفية استعماله و التحذيرات اللازمة عند الاقتضاء.....الخ[1].

فالمعلومات التي يقدمها المنتج عن السلعة تلعب دورا هاما في تحديد التوقعات المشروعة بالسلامة ذلك ان عدم تحققها يؤدي الى اعتبار السلعة معيبة ، و على هذا فان المعلومات الخاصة بطريقة الاستخدام و التحذيرات الخاصة باخطار الاستخدام الخاطىء يعد من العناصر التي يجب ان تاخذ بعين الاعتبار من طرف القاضي عند تقديره للتوقعات المشروعة . بشان سلامة السلعة[2]

2-العناصر التي ترجع على المستهلك بالنظر الى استخدامه للسلعة

طبقا لنص المادة4/1386 من القانون الفرنسي ان الاستخدام من العناصر المحددة للتوقعات المشروعة بسلامة المنتجات و التي تؤدي الى تحديد العيب الذي تقوم عليه المسؤولية الموضوعية.فيبقى على المستهلك ان يحترم تعليمات المنتج و ان يستعمل المنتوج بطريقة معقولة.

و بالتالي فان الاستخدام السيء و التعسفي و غير المعقول يعتبر خطأ من المستخدم يتمسك به المنتج لدفع و تخفيف مسؤوليته عن عيب المنتوج، كما يمكن اعتبار الضرر الناجم عن الاستخدام المعقول للمنتوج دليلا على وجود العيب الذي يقيم المسؤولية.

[1]- علي فيلالي –الفعل المستحق للتعويض –المرجع السابق ص:269.
[2]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :189.

رابعا: خصوصية العيب الذي يرتب المسؤولية

تنص المادة06/1386 من القانون الفرنسي ان المنتوج يعد معيبا اذا لم يكن من شانه ان يوفر الامان الذي يمكن للشخص ان يتوقعه بشكل مشروع. و يفهم من ذلك ان العيب الذي تطوله المسؤولية الموضوعية هو العيب الذي يهدد سلامة الاشخاص و على ذلك فان المضرور ليس مطالب باثبات خطا المنتج في تصميم السلعة او في انتاجها و لا باثبات نشوء العيب في مرحلة من مراحل الانتاج على اعتبار ان مسؤولية المنتج تقوم بمجرد عدم تحقيق المنتوج للسلامة و الامان المتوقعان بشكل مشروع،كما انه ليس بحاجة الى اثبات عدم صلاحية المنتوج للاستعمال و لا باثبات خطورة المنتجات ،على اعتبار انه في مجال المسؤولية الموضوعية فان استبعاد معيار عدم الصلاحية للاستعمال يتوافق مع فلسفة هذا النظام الخاص و مقتضياته[1].

الفرع الثاني
طرح المنتوج للتداول

يتضح من كل ماتقدم انه يشترط لانعقاد مسؤولية المنتج عن سلعته المعيبة ان يطرحها للتداول ذلك ان طرح المنتوج للتداول يعتبر شرطا مكملا لشرط العيب.و على هذا يجدر بنا ان نبحث عن المقصود بطرح المنتوج للتداول و كذلك ما هو الوقت الذي يقدر فيه العيب .

اولا: المقصود بطرح المنتوج للتداول

لقد عرف القانون الفرنسي في مادته5/1386 طرح المنتوج للتداول على انه : "ان المنتوج يكون مطروحا للتداول عندما يخرج عن سيطرة الصانع او المستورد و من في حكمهما ارادیا و ان المنتوج لا يكون موضع طرح في السوق الا مرة واحدة "[2] . و على ذلك فانه يقصد بلحظة اطلاق المنتوج في التداول هو خروجه ماديا من حيازة المنتج .

وبالتالي فانه حتى تقوم المسؤولية الموضوعية للمنتج يجب ان يكون اطلاق السلعة في التداول قد تم بارادته فاذا خرجت السلعة من حيازة المنتج عن طريق السرقة او الحجز او أي طريق آخر فهذا لا يؤدي الى مسائلته و لو تعيبت هذه السلعة .

[1]- حسن عبد الباسط جميعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :198-199.

[2] Art 1386/5 : un produit est mis en circulation lorsque le producteur s’ en est dessaisi volontairement , un produit ne fait l’objet que d’ une seule mide en circulation ..

و هذا التعريف لايمكن التمسك به في مواجهة الصانع و من في حكمه اذا احتفظ بحراسة المنتوج لاستعماله الشخصي فالمسؤولية التي تتولد عن هذه الحالة تدخل في مجال القواعد العامة المؤسسة على حراسة الشيء.

ثانيا: وقت تقدير العيب

ان تاريخ وضع المنتوج في التداول يعتبر نقطة البداية بالنسبة لحساب مدة تقادم دعوى المسؤولية ذلك ان المادة 4/1386 من القانون الفرنسي المقابلة للمادة01/6 من التوجيه اعتبرت ان تقدير العيب يؤخذ في الاعتبار منذ لحظة اطلاق المنتوج في التداول و هذا يفيد ان المسؤولية الموضوعية للمنتج لاتقوم اذا لم يكن المنتج قد وضع السلعة في التداول و هو ماجاء بنص المادة 11/1386 المقابلة لنص المادة 07-أ من التوجيه و ان العيب لم يكن موجودا وقت اطلاق السلعة في التداول او اذا اثبت ان العيب قد نشأ بعد اطلاق المنتوج في التداول و هذا طبقا المادة11/1386-02-قانون فرنسي مقابلة للمادة 07 من التوجيه. و رغم انه يمكن لتحديد لحظة الاطلاق في التداول الاستعانة بوقت خروج السلعة من المصنع او بوقت تسليمها الى تاجر الجملة او غير ذلك من المؤشرات الا ان تقدير هذه اللحظة يخضع للسلطة التقديرية للقاضي[1].

المطلب الثاني

الضرر

يعتبر الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية االمدنية ايا كان نوعها سواء كانت مسؤولية عقدية او تقصيرية، و ان الضرر ليس بركن فقط في المسؤولية المدنية انما يقاس على اساسه مقدار التعويض المستحق للضحية. وان غياب الضرر يؤدي الى عدم قبول دعوى المسؤولية لانعدام المصلحة و المقصود منها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء الى القضاء[2] و هذا ما نصت عليه المادة 13 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات و المدنية و الادارية [3]على انه " لايجوز لأي شخص التقاضي مالم تكن له صفة و له مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون" . و لذلك يجب على المدعي في دعوى المسؤولية ان يبدأ باثبات الضرر قبل اثبات ركن الخطأ و السببية[4].

[1]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :202.
[2]-بربارة عبد الرحمان شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية منشورات بغدادي طبعة 2009 ص:38.
[3]-منشور بالجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008 .
[4]- بلحاج العربي-النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري-ديوان المطبوعات الجامعية-ط 2001 ص:145.

ان التطورات التي طرأت على المسؤولية المدنية زادت من اهمية الضرر بحيث اصبحت هذه المسؤولية تقوم على اساس الضرر و الضرر فقط[1]. و الضرر هو الاذى الذي يصيب الشخص جراء المساس بحق من حقوقه او بمصلحة مشروعة او هو اخلال بمصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مادية او ادبية[2].

و الضرر نوعان ضرر مادي و ضرر معنوي و بالتطبيق على مسؤولية المنتج فانه يمكن القول انه كما رأينا فيما تقدم انه ينسب عيب المنتوج الى حق الفرد في امنه و سلامته الجسدية و كذا امن وسلامة ممتلكاته وعلى هذا يتحمل المنتج ضمان سلامة منتوجه من أي خطر على صحة او ممتلكات الغير و قد يرجع خطر المنتوج الى عيب في تصنيعه و قد يكون المنتوج خطيرا بطبيعته او عند استعماله غير ان العبرة هنا ليست بسبب العيب و انما بالنتيجة[3] المتمثلة في حدوث الضرر .

ان مسؤولية المنتج تقوم على اساس الاعتراف للمضرور بحقه في التعويض عن الاضرار التي سببها عيب المنتوج فالمنتج ملزم بتعويض المتضرر على الاضرار الجسدية او المادية التي تصيبه و التي تتمثل في الاضرار التي تصيبه في جسده و كذا الاضرار التي تترتب عليها وفاته و كذا كل الاضرار الادبية نتيجة للالام التي تصيبه بسبب الجروح. كما تتمثل الاضرار التي يتحمل المنتج تعويضها في الاضرار المادية التي تلحق اموال الضحية.

و في هذا الاطار فان المشرع الفرنسي قد توسع من ناحية في تحديد الاضرار التي يجب التعويض عنها و ذلك بسماحه بتعويض كافة الاضرار المادية بما في ذلك الاضرار التي تصيب السلعة في حد ذاتها[4]،و من ناحية اخرى فان المشرع الفرنسي لم يحدد اسبقها للتعويض كما فعل المشرع الاوربي[5].

و على هذا سوف نتناول التعويض عن الاضرار الجسدية و الادبية و التعويض عن الاضرار المادية. من خلال فرعين مستقلين وفقا لما يلي :

الفرع الأول : التعويض عن الاضرار الجسدية و الادبية

الفرع الثاني : التعويض عن الاضرار المادية

[1]- علي فيلالي –الفعل المستحق للتعويض –المرجع السابق ص:282.
[2]-العربي بلحاج المرجع السابق ص:143.
[3]- علي فيلالي –الفعل المستحق للتعويض –المرجع السابق ص:268-269.
[4]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :203-204.
[5]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:64.

الفرع الأول

التعويض عن الاضرار الجسدية و الادبية

ان الاضرار الجسدية هي كل ما يصيب الانسان في جسده و يترتب عنه وفاته او ما يصيب جسده فيؤدي الى اصابات او عجزا ايا كان نوعه كما ان الآلام التي تنجر على الجروح هي كذلك من قبيل الاضرار الادبية التي تلحق بالشخص ذاته. و قد نصت المادة 02/1386 من التقنين المدني الفرنسي وفقا ما جاء في التوجيه الاوربي على تعويض الضحية عن الاضرار الجسدية التي تصيب الانسان في بدنه وصحته و على هذا سنتناول تعويض الاضرار الجسدية و ثانيا تعويض الاضرار الادبية.

اولا:التعويض عن الاضرار الجسدية

ان الهدف من المسؤولية الموضوعية هو تحقيق الحماية للضحية عن طريق تعويض الاضرار الجسدية. و بالرجوع الى نص المادة التاسعة من التوجيه نجد انه جعل التعويض عن أي اصابة او تلف او عجز يصيب أي عضو من اعضاء الجسد ،و هذا يعني ان التعويض عن الاضرار الجسدية يكون عن الاضرار التي تنجم عن وفاة مستخدم المنتوج و تشمل التعويض عن فقد الحياة و كافة الاضرار التي تنتج عن ما يعانيه المضرور. وكما يدخل في اعتبار التعويض الجسدي التعويض عن مصروفات العلاج و يدخل في ذلك نفقات الاطباء و الادوية و غيرها كما يدخل في اطار التعويضات الجسدية تعويض اقارب المتوفي ممن كانو تحت نفقته قانونا.

ثانيا: تعويض الاضرار الادبية

يقصد بالضرر الادبي هو الضرر الذي يصيب الإنسان في شعوره او عاطفته او كرامته او شرفه دون أن يسبب له خسارة مادية[1]. فيدخل ضمن اطار الاضرار الادبية التي تصيب المضرور عند استخدامه المنتجات الآلام الجسدية التي تصيبه و يعاني منها و الراجعة إلى التشوهات و العاهات التي تصيبه بسبب الحادث، كما تدخل ضمن الضرر الادبي الآلام النفسية التي يحس بها نتيجة قلقه على ما سيؤول اليه[2] .و تجدر الاشارة ان نص المادة التاسعة فقرة اخيرة من التوجيه الاوربي يدرج الآلام و الاضرار الادبية أي غير المادية ضمن الاضرار المستوجب التعويض عليها بموجب مسؤولية المنتج.

[1]-محمود جلال حمزة –العمل الغير مشروع باعتباره مصدر للالتزام-ديوان المكبوعات الجامعية ط1985 ص:106.
[2]-محمد عبد القادر على الحاج- المرجع السابق ص:240.

الفرع الثاني

التعويض عن الاضرار المادية

لقد تطرقنا في الفرع الأول إلى التعويض عن النوع الاول من الاضرار المادية و التي تمثلت في الضرر الجسدي و المستوجب التعويض عنه ، فان المشرع الفرنسي بالاتفاق مع التوجيه اكد على ضرورة تعويض الاضرار المادية المباشرة و التي اضطر المشرع لمعالجتها بصفة مستقلة عن النوع الاول بسبب اختلاف المصطلحات المستخدمة في دول السوق الاوربية بشأنها[1].

اولا : الاضرار المعوض عنها في القانون الفرنسي

اما القانون الفرنسي فقد اورد نص المادة 2/1386 المطابقة لنص المادة التاسعة /ب و التي اعتبرت الضرر الذي وقع على الشيء او المتمثل في هلاك الشيء غير السلعة المعيبة ذاتها يرتب المسؤولية و يوجب التعويض بشرط أن يكون الشيء الذي وقع عليه الضرر من الاشياء المخصصة او المستخدمة للاستهلاك الخاص و بشرط أن يكون الشخص الواقع عليه الضرر قد استخدم هذا الشيء للاستعمال و الاستهلاك الخاص[2].

و على هذا الأساس فان المسؤولية عن عيوب المنتجات تغطي[3] :

-كل المصاريف اللازمة لتعويض الشيء الذي اصابه التلف او الهلاك و خصوصا ثمن شراء سلعة أخرى بدلا عن الاولى لاسيما المصروفات المتعلقة بالنقل و غيرها.

-كما انه إذا كان الشيء الذي اصابه الضرر يحتاج إلى اصلاحات فان التعويض لابد أن يغطي نفقات الاصلاح و النقل وغيرها.

و تجدر الاشارة أن المشرع الفرنسي قد استثنى من التعويض بموجب دعوى المسؤولية الموضوعية نوعان من الاضرار المادية الاول يتعلق بالسلعة المعيبة ذاتها و الثاني يتعلق بالاضرار التي تلحق الاشياء او الاموال التي لم تخصص للاستهلاك الخاص و تلك التي تملكها الشخص او استخدمها في اغراض تجارية او مهنة او حرفة.

---

[1]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :208.

[2] -Art 9-b Au sens de l' article 1[e], le terme « dommage ».désigne le dommage cause à une chose ou la destruction d' une chose ,autre que le produit défectueux lui-même à condition que cette chose :
I) soit d'un type normalement destine à l'usage ou à la consommation privée.
II)ait été utilise par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée .

[3]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :209.

كما انه استبعد الاضرار التي تلحق بالمنتوجات المعيبة ذاتها من مجال الاضرار المستوجب تعويضها على اعتبار وجود علاقة تعاقدية تربط بين مالكها و بين المنتج و في هذا الصدد يمكن الاتجاه إلى رفع دعاوى ضمان العيب الخفي و دعاوى المسؤولية العقدية التقليدية[1].

إلا انه تم انتقاد المشرع الفرنسي على أساس انه يحرم المتعاقد من الاستفادة من المفهوم الواسع للعيب الذي يستند على التوقع المشروع للسلامة و يجعله يستفيد فقط من دعوى ضمان العيب الخفي او دعوى تسليم مبيع غير مطابق للمواصفات هذا من جهة و من جهة أخرى فان هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الفرنسي و الذي يميز بموجبه بين الضرر الذي يلحق بالسلعة المعيبة و بين الضرر الذي يلحق المضرور، يشتت جهد المضرور بالزامه برفع دعويين مختلفتين على نفس المنتج و بسبب ذات الواقعة فليس له ما يبرره و يرى الاستاذ[2] حسن عبد الباسط جمعي و نحن نشاطره الراي انه لافائدة من استبعاد الضرر الذي يلحق بالمنتوج المعيب ذاته و ضرورة الغاء التمييز بين الضرر الذي يصيب المنتجات ذاتها و الضرر الذي يصيب الاشياء الاخرى و المساواة بين الاضرار المادية التي تلحق بالاشياء فتؤدي إلى تلفها او هلاكها من حيث وجوب التعويض عنها بموجب المسؤولية الموضوعية.

ثانيا: الأضرار المعوض عنها في القانون الجزائري

أن المشرع الجزائري بالإضافة إلى المادة 140مكرر المتضمنة مسؤولية المنتج عن كل ما يسببه من اضرار اقر بموجبها هذه المسؤولية رغم وجود الحالات السابقة التي ترتب المسؤولية و التي تضمنها القانون المدني من المواد 124الى140 كما سن القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش و كذا النصوص التنظيمية و التطبيقية له التي تلزم المنتج بضمان منتوج خال من العيوب و الزامه بضمان السلامة اتجاه المستهلك .

كل هذه النصوص تدل على أن المشرع يريد توفير حماية أكثر للضحية و تعويضه عن كل ما يصيبه من اضرار سواء مادية او معنوية خاصة انه كما سبقت الاشارة اليه انه اقتبس هذه المادة أي المادة 140 مكرر من القانون الفرنسي رقم98-389 و على ذلك يكون قد تبنى كل ماتوصل اليه التشريع و الفقه و القضاء الفرنسي في مجال هذه المسؤولية الجديدة.

[1] TASCHNER H.C la future responsabilité du fait des produits défectueux dans la communauté européenne ,revue du marche commun , mai 1986 p 257.

[2]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :210.

و بعد استعراض النصوص الواردة في القانون 09-03 و النصوص التطبيقية له يثير انتباهنا التوسع في مفهوم الضرر الذي تبناه المشرع الجزائري من خلال نصوص هذا القانون ، و هذا على عكس القانون الفرنسي رقم98-389 او قانون التجارة المصري رقم 99-17 فهي تشمل الاضرار الناتجة عن البيع أي تتعلق بالمبيع المعيب ذاته و تطول ايضا الاضرار المتولدة عن المنتوج المعيب و التي تمس الاشخاص ماديا او معنويا او الاموال غير المنتوج المعيب.

فتنص المادة 09 من قانون 09-03 على انه " يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة و تتوفر على الامن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها و أن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك و امنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال او الشروط الاخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين"

حيث يفهم من هذه المادة أن المنتج ملزم حتى قبل وقوع الضرر من أن يضع للاستهلاك منتوجات تتوفر على الامن بمعنى انه في حالة الإضرار بصحته أي اضرار جسدية و معنوية و امنه و مصالحه هي الاضرار المادية فهنا يقع على عاتق المنتج تعويضه بما يناسب الضرر الواقع.

كما نصت المادة 12 من نفس القانون على انه " يتعين على كل متدخل اجراء رقابة مطابقة المنتوج قبل عرضه للاستهلاك طبقا للاحكام التشريعية و التنظيمية سارية المفعول "و المقصود من هذه المادة هو تفادي المخاطر التي قد تهدد صحة و امن المستهلك او تمس مصالحه المادية.

اما بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 13-203 المؤرخ في 06 مايو سنة 2012 يتعلق بالقواعد المطبقة في مجال امن المنتوجات لاسيما في مادته الخامسة التي تنص على انه "يجب أن تستجيب السلعة السلعة و/او الخدمة بمجرد وضعها رهن الاستهلاك للتعليمات التنظيمية المتعلقة بها في مجال امن وصحة المستهلكين و حمايتهم....".

كما تنص المادة 06 منه كذلك على انه " تثبت مطابقة السلعة او الخدمة من حيث الزامية الامن بالنظر للاخطار التي يمكن أن تؤثر على صحة المستهلك و امنه و تقييم مطابقة السلعة او الخدمة من حيث الزامية الامن بمراعاة :

-التنظيمات و المقاييس الخاصة المتعلقة بها.

-المستوى الحالي للمعارف و التكنولوجيا.

-الامن الذي يحق للمستهلكين انتظاره.

الاستعمالات المرتبطة بحسن السير في مجال الامن او الصحة "

اما المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ . تنص على انه : في اطار تنفيذ الضمان يتعين على كل متدخل تسليم المستهلك سلعة او خدمة مطابقة لعقد البيع و يكون مسؤولا عن العيوب الموجودة اثناء تسليمها او تقديم خدمة "

اما المادة 10 فتنص على انه" يجب أن يكون المنتوج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له و عند الاقتضاء :

يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل و حائزا كل الخصائص التي يقدمها هذا المتدخل للمستهلك في شكل عينة او نموذج.

-يقدم الخصائص التي يجوز للمستهلك أن يتوقعها بصفة مشروعة و التي اعلنها المتدخل او المتمثلة علنا ولاسيما عن طريق الاظهار او الوسم.

-يتوفر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول به" .

فهذه المادة تلزم المنتج بان يسلم منتوج صالح للاستعمال المخصص له ،ذلك انه إذا لم ينفذ المنتج التزامه و يقدم منتوج غير صالح للاستعمال المخصص له ، معنى ذلك انه تسبب في اعتقادي في اضرار تجارية على اعتبار أن المستهلك يتعرض لخسارة و هي نقص القيمة الاقتصادية بالمقارنة مع الثمن المدفوع في المنتوج او تلك المتمثلة في المصروفات التي يدفعها لاصلاح الشيء وجعله قابلا للاستعمال .

فالاضرار التجارية تجعل المنتوج بدون قيمة اقتصادية و هو نفس ما جاء به المشرع في المادة03 من المرسوم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات الملغى و التي تنص على انه " يجب على المحترف أن يضمن سلامة المنتوج الذي يقدمه من أي عيب يجعله غير صالح للاستعمال المخصص له او من أي خطر ينطوي عليه و يسري مفعول هذا الضمان لدى تسليم المنتوج".

فمن خلال هذه النصوص التي استعرضناها يتضح ان المشرع قد توسع في مفهوم الضرر ذلك انه لم يحدد الضرر، و على هذا يفترض انه يعوض جميع الاضرار سواء كانت مادية او جسدية او معنوية كما انه لم يحدد نوع العيب فبمجرد ظهور أي عيب سواء خطير او غير خطير يجعل المنتوج غير صالح للاستعمال المخصص له يلتزم المنتج بجبر هذا الضرر الذي ينتج عنه .

كما يتضح أن المشرع يهدف و يسعى من خلال هذه النصوص لتوفير حماية كاملة لصحة و امن و سلامة المستهلك سواء من خلال آلية الوقاية او التعويض[1].

المطلب الثالث

علاقة السببية بين العيب و الضرر

العلاقة السببية هي الركن الثالث في المسؤولية التقصيرية و تتفق فيه مع المسؤولية العقدية فلقيام المسؤولية لابد من توافر علاقة سببية بين الخطأ و الضرر و نفس الشيء بالنسبة لمسؤولية المنتج فيتعين على المضرور اثبات العلاقة السببية بين الضرر الذي اصابه و عيب المنتوج فنصت المادة 09/1386 مدني فرنسي على انه " يجب على المدعي اثبات الضرر و العيب و العلاقة السببية بين العيب و الضرر"

هذا النص لم يفرض على المدعي اثبات أي خطا في جانب المنتج و قد حذا في هذا حذو التوجيه الاوربي من ان المسؤولية بدون خطأ تسهل حل مشكلة التطور التقني المتزايد في الوقت الحاضر و الاستناد العادل للمخاطر المتصلة بالانتاج بتقنية حديثة[2]. فمجرد تورط المنتوج في احداث الضرر لا يكفي لانعقاد مسؤولية المنتج، فيجب على المضرور اثبات عيب يتمثل في عدم توافر الامان المشروع الذي ينتظره المستهلكون في السلعة وقت طرحها في السوق و كذا اثبات علاقة سببية بين العيب و الضرر الذي يطلب اصلاحه سواء كان المدعي متعاقدا او غير متعاقد.

و نلاحظ ايضا ان ان كل من المشرع الفرنسي و التوجيه الاوربي قد القيا على عاتق المضرور عبء اثبات العلاقة السببية لاقامة مسؤولية المنتج عن عيوب المنتوجات و لكن في المقابل استخلص الفقه الفرنسي قرينتين بشأن علاقة السببية[3] تتعلق الاولى بافتراض وجود العيب لحظة اطلاق المنتوج في

[1]- قادة شهيدة-المسؤولية المدنية للمنتج-المرجع السابق ص85.
[2]- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:61.
[3]- علي فيلالي –الفعل المستحق للتعويض –المرجع السابق ص:280- فتحي عبد الرحيم عبد الله-المرجع السابق ص:62.

التداول وفقا للمادة11/1386ف/2 و هي العنصر المادي في العلاقة السببية[1] .و القرينة الثانية و تتعلق باطلاق المنتوج بارادة المنتج على اساس المادة5/1386 و هي العنصر المعنوي في العلاقة السببية[2] .

و هو ما سنتانوله من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : العنصر المادي في علاقة السببية

الفرع الثاني : العنصر المعنوي في علاقة السببية

الفرع الأول

العنصر المادي في علاقة السببية

لقد نصت المادة 11/1386-2 من القانون الفرنسي على امكانية دفع المسؤولية من طرف المنتج و هذا باثبات وجود العيب في لحظة اطلاقه المنتوج في التداول و على هذا فان المشرع اقام القرينة على أن العيب يعتبر موجودا في السلعة عند اطلاقها في التداول إذا لم يقم المنتج باثبات العكس،و بهذا يكون قد انقلب عبء الاثبات من على عاتق المضرور إلى المنتج.

و لقد اوضحت الاعمال التحضيرية للتوجيه الاوربي اهمية هذا الافتراض بالنظر الى ان المسؤولية الموضوعية التي انشأها المشرع يجب أن تتميز عن المسؤولية القائمة على اثبات الخطأ خصوصا من خلال تيسير حصول المضرور على التعويض بتذليل مشكلات الاثبات[3].

فالمشرع اقام بموجب هذه المادة قرينة بسيطة على وجود احد عناصر علاقة السببية التي تشكل العنصر المادي. و الذي يقابله العنصر المعنوي الذي يتمثل في إرادة المنتج في اطلاق السلعة في التداول. فلقد ورد في نص المادة 11/1386-02 من القانون المدني الفرنسي المقابلة لنص المادة 7/ب من التوجيه الاوربي[4].على أن المنتج لا يعد مسؤولا وفقا لنصوص القانون إذا اثبت انه في ضوء ظروف الحال ان عيب السلعة الذي ادى إلى حدوث الضرر لم يكن موجودا لحظة اطلاق السلعة في التداول بواسطته او اثبت فعلا أن العيب ظهر بعد ذلك.

[1]- حسن عبد الباسط جمعي –مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص :212.
[2]- نفس المرجع ص :212.
[3]- نفس المرجع ص :214.
[4] Art 7/b : que compte tenu des circonstance ;il ya lieu d' estimer que défaut ayant cause le dommage n'existe pas au moment ou le produit à été mis en circulation par lui ou que défaut est ne postérieurement.

الفرع الثاني

العنصر المعنوي في العلاقة السببية

يتمثل العنصر المعنوي في ثبوت اطلاق المنتجات في التداول بارادة المنتج و نظرا لاستحالته في بعض الاحيان على اعتبار تعلقه بعوامل نفسية تتعلق بالمنتج لذلك فقد افترض في نص المادة 5/1386 من القانون الفرنسي انه بمجرد أن يتخلى المنتج عن السلعة يعتبر انه اطلقها في التداول.و هذه القرينة تعتبر قرينة بسيطة على اعتبار أن المنتج يستطيع أن يثبت عكس ماورد بهذه القرينة بكافة الطرق،و يريد المشرع من وراء ذلك تحقيق التوازن في العلاقة بين المنتج و المضرور.

الفصل الثاني

دفع المسؤولية و تقييم دور القواعد الحديثة لمسؤولية المنتج في تعويض المستهلك

اشارت الدراسة في الفصل الاول من هذا الباب أن مسؤولية المنتج او البائع طبقا للقواعد العامة تقوم على أساس الخطأ سواء كان خطا مفترضا او واجب الاثبات ففي هذه الحالة يمكن دفع هذه المسؤولية باثبات عدم وقوعه في خطا او أن يقطع علاقة السببية بين الخطا و الضرر.

غير انه و عند استحداث مسؤولية المنتج و تنظيمها بنصوص و قواعد خاصة بها أصبح بموجبها المنتج لايمكن له أن يتخلص من مسؤوليته بما كان يمكن أن يتمسك به في ظل القواعد العامة،على اعتبار انها لم تعد تتعلق بخطئه او خطا غيره،إنما اصبحت ترتبط مباشرة بعيوب المنتوجات فطالما أن الضرر وقع من جراء نشاطه و لو بغير خطؤه فهو المسؤول عنه .

وباستحداث مسؤولية المنتج كذلك و من خلال ما تطرقت اليه الدراسة حول نطاق هذه المسؤولية و شروطها و غير ذلك يمكن أن نطرح التساؤل المتضمن هل حققت هذه المسؤولية مستوى الحماية المطلوبة للمستهلك و تعويضه عن الاضرار التي تصيبه من جراء استخدامه للمنتوجات المعيبة ؟.وللاجابة على هذا السؤال سنتناول وسائل دفع المسؤولية و تقييم دور القواعد الحديثة لمسؤولية المنتج في حماية المستهلك و تعويضه عن الاضرار التي تصيبه من جراء استخدامه لمنتوجات معيبة و هذا من خلال المبحثين التاليين :

المبحث الأول : وسائل دفع مسؤولية المنتج

المبحث الثاني : تقييم مسؤولية المنتج من خلال احكام القانون المدني و قانون حماية المستهلك تجاه حماية المستهلك

المبحث الأول

وسائل دفع مسؤولية المنتج

لقد نتج عن الطبيعة الخاصة لمسؤولية المنتج عن عيوب المنتجات أن منح المشرع وسائل عديدة لدفع هذه المسؤوبية و يمكن حصرها في عدم توافر الشروط اللازمة لقيام المسؤولية،و اثبات السبب الاجنبي و تقادم الدعوى ، كما انه قرر عدم الاعفاء منها .و هذا ما سنتناوله في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : انتفاء عناصر المسؤولية

المطلب الثاني : جواز شروط تخفيف او اعفاء المنتج من مسؤوليته .

المطلب الأول

إنتفاء عناصر المسؤولية

لقد حصر التوجيه الاوربي و كذا المشرع الفرنسي الوسائل التي يمكن أن يدفع بها المنتج مسؤوليته و جعلها وسيلتين ، فقد يدفع المنتج بعدم توفر الشروط لقيام المسؤولية او أن يدفع المسؤولية عن طريق السبب الاجنبي او القوة القاهرة و سنفصل هاته الوسيلتين من خلال الفرعين التاليين :

الفرع الأول : دفع المسؤولية عن طريق عدم توافر شروطها

الفرع الثاني : دفع المسؤولية عن طريق السبب الاجنبي

الفرع الأول

دفع المسؤولية عن طريق عدم توافر شروطها

لم تنص المادة 140مكرر من القانون المدني الجزائري على هذه االوسيلة مما جعلنا تقول انه يجب الرجوع إلى القواعد العامة في شانها.اما نص المادة07 من التوجيه الاوربي المقابلة لنص المادة11/1386 من القانون الفرنسي فقد اورد وسائل لدفع المسؤولية من خلال نفي شروط قيامها،اذ قررت أنه " يعفى المنتج من المسؤولية في ضوء هذا التوجيه إذا اثبت :

1- انه لم يطرح المنتوج في التداول ، فبموجب هذا النص يستطيع المنتج أن يدفع المسؤولية باثبات انه لم يطرح المنتوج في التداول فيثبت انه يحتفظ به لاغراض بحتة او لاحتياجات شخصية ، او انه لم

يتخلى عن حيازته بمحض ارادته ، و إنما طرح في الاسواق دون علمه او رغما عنه و ينبغي التاكيد أن توزيع المنتوج للمعامل و المستودعات لايعد في حد ذاته طرحا للتداول[1] .

2–أن العيب لم يكن قائما في اللحظة التي طرح فيها المنتوج للتداول ذلك انه إذا اثبت ان العيب قد ظهر بعد طرح المنتوج للتداول فيتمكن من دفع مسؤوليته عن الاضرار التي تتسبب فيها هذه العيوب.

3–أن المنتوج لم يصنع لغرض البيع او لاي شكل آخر من اشكال التوزيع لهدف اقتصادي، كما انه لم يوضع او يوزع في اطار النشاط المهني للمنتج مثال ذلك أن يقوم المنتج بنقل منتوجه لشخص آخر دون مقابل إنما على سبيل الهدية، في هذه الحالة يستطيع المنتج أن يتخلص من مسؤوليته إذا اثبت انه قام بصناعة تلك المنتوجات للاستعمال الشخصي له او لاسرته او من اجل أن يقدمها للآخرين على سبيل الهدية ، و ليس على سبيل الربح[2] غير انه إذا قام المنتج بتصنيع سلعة معينة في اطار مهنته و تجارته و قدمها للغير دون مقابل فانه يكون مسؤولا عنها وفقا للتوجيه،على اعتبار انها تكون على سبيل الدعاية لمنتوجه، بالاضافة إلى أن المنتج الذي يصنع المنتوج خارج نطاق مهنته و تجارته من اجل تحقيق الربح فهو مسؤول ايضا و فقا للتوجيه[3]

4–أن العيب يرجع إلى مطابقته للقواعد الآمرة للنظام التشريعي او اللائحي و التي لم يكن بامكانه مخالفتها. يعد هذا السبب جوهريا في دفع المسؤولية ذلك أن التشريعات و اللوائح الحكومية تأخذ حكم السبب الاجنبي فلا يصبح المنتج مسؤولا وفقا لقواعد المسؤولية الموضوعية إذا استطاع أن يقيم الدليل على أن العيب الموجود بالمنتوج يرجع إلى تنفيذه لما اوردته القواعد الآمرة بالنظام التشريعي او اللائحي من تعليمات و موجبات لم يكن بامكانه مخالفتها،بمعنى اخر أن المنتج يستطيع أن يتخلص من المسؤولية إذا اثبت أن العيب في التشريع ذاته مما ترتب عليه وجود العيب بالمنتوج الذي انتجه المنتج اتباعا للتعليمات و التي لا يحق له مخالفتها.

5– أن حالة المعرفة العلمية او التقنية لم تسمح له باكتشاف العيب وقت طرح المنتوج للتداول.

6– انه لم يقم بتصنيع سوى جزء من منتوج مكون من مجموعة اجزاء و أن العيب لاينسب إلى هذا الجزء إنما يرجع إلى تصميم المنتوج الذي اندمج فيه هذا الجزء او نتيجة للتعليمات التي وجهها له المنتج في

[1]-محمد سامي عبد الصادق-مسؤولية منج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة(دراسة مقارنة)-دار النهضة العربية-بدون تاريخ الطبع ص:145.
[2]ABDELHAMID Sarwet .op.cit.p282 et 283.
[3] GHESTIN J la directive communautaire et son introduction en droit Français ,bibliothèque de droit prive ,securite des consommateur et responsabilité du fait des produits défectueux paris 1987 .p121..

صورته النهائية ، هذا السبب يمكن أن يتمسك به صانع المنتوج المركب لاستبعاد مسؤوليته و ليس صانع المنتوج النهائي، ذلك انه يستطيع ان يدفع المسؤولية عن نفسه إذا اثبت أن منتوجه كان خاليا من العيب لحظة تسليمه إلى المنتج النهائي لكي يقوم بادماجه فيه ، و أن العيب يرجع إلى تصميم المنتوج الذي اندمج فيه منتوجه.او إلى التعليمات الصادرة من قبل المنتج النهائي و مبرر هذا الاستثناء غياب علاقة سببية بين الضرر و هذا الجزء المركب[1].

أن هذا السبب يرتبط بمبدأ المسؤولية التضامنية بين المنتجين و من في حكمهم ذلك أن المادة الخامسة من التوجيه الاوربي تنص على انه "في تطبيق التوجيه الحالي يكون هناك عدة اشخاص مسؤولين عن نفس الضرر و مسؤوليتهم تكون تضامنية فيما بينهم دون الاخلال بنصوص القانون الوطني المتعلق بحق الرجوع " .

و يعني هذا النص أن منتج المكونات لا يمكنه التمسك بهذا الدفع في مواجهة المستهلك المضرور في حالة ما إذا فضل هذا الاخير أن يرجع عليه، غير انه يمكنه التمسك بهذا الدفع تجاه المنتج الذي قام بالتصميمات الفنية او اصدر اليه التعليمات حيث يكون له حق الرجوع عليه بما دفعه للمضرور[2].

الفرع الثاني

دفع المسؤولية عن طريق السبب الاجنبي

قد يستعمل المنتج لاستبعاد مسؤوليته الوسائل المنصوص عليها في القواعد العامة بالاعتماد على السبب الاجنبي. و يعد السبب الاجنبي من الوسائل التقليدية الجوهرية التي تقطع العلاقة السببية بين الخطا و الضرر في المسؤولية التي تقوم على الخطا سواء كان هذا الخطا مفترضا او واجب الاثبات غير انه في المسؤولية الموضوعية الأصل فيها أن المسؤول لايستطيع أن يستبعد مسؤوليته ذلك أنها لاتتعلق باخطائه او خطا غيره،و إنما ترتبط بالنشاط نفسه فهي الغرم الذي يكون مقابل ما يغنمه[3].

و لكن باعتبار أن المشرع يسعى دائما إلى تحقيق نوع من التوازن في العلاقة بين المستهلك و المنتج ، منح لهذا الاخير وسيلة للتخفيف من حدة مسؤوليته الموضوعية تتمثل في السبب الاجنبي.

و السبب الاجنبي هو كل حادث ليس من فعل المدعي عليه أي لايد له فيه ، و يكون هو سبب الضرر، مما يعدم الرابطة السببية بين الضرر وعيب السلعة ، و قد يتمثل هذا السبب في القوة القاهرة ،او

[1]- عبد الحميد الديسطي عبد الحميد –المرجع السابق-ص659.
[2]- نفس المرجع -ص:659.
[3]- محمد عبد القادر بالحاج-مسؤولية المنتج و الموزع –المرجع السابق-ص:228.

خطأ المضرور او خطأ الغير[1]. كما يعرفه البعض الآخر بأنه " أمر غير منسوب إلى الدائن ادى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن "[2].

و تجدر الاشارة أن المادة 140 مكرر من القانون المدني لم تنص على نفي المسؤولية الموضوعية للمنتج بالسبب الاجنبي كوسيلة من وسائل دفع مسؤولية المنتج، و بذلك نرجع إلى القواعد العامة في شأن تطبيق السبب الاجنبي، ذلك أن المادة127 من القانون المدني الجزائري نصت على انه " إذا اثبت الشخص أن الضرر نشأ عن سبب لايد له فيه كحادث مفاجيء او قوة قاهرة او خطا صدر من المضرور او من الغير كان غير ملزم بتعويض هذه الاضرار مالم مالم يوجد نص قانوني او اتفاق يخالف ذلك".

و من خلال نصوص التوجيه الاوربي وما يقابلها من القانون المدني الفرنسي فلقد عالج هذا الدفع بنصوص واضحة في شان تحديد المقصود بالسبب الاجنبي و تحديد اثره في نفي المسؤولية الموضوعية لذلك فقد نظمت النصوص التشريعية خطأ الغير و خطأ المضرور[3].وان لم ينص على القوة القاهرة و على ذلك فانه يمكن للمنتج في ظل التوجيه الاوربي او القانون الفرنسي أن يدفع مسؤوليته باثبات السبب الاجنبي الذي ينقسم إلى ثلاثة انواع : القوة القاهرة ، خطا المضرور، خطأ الغير. و هذا ماسنعالجه على التوالي:

اولا: القوة القاهرة

أ-تعريفها :

تعتبر القوة القاهرة من الاسباب التي تنقطع بها العلاقة السببية بين الخطا و الضرر في القواعد العامة، على الرغم من أن التوجيه الاوربي لم ينص عليه كسبب من أسباب اعفاء المنتج من المسؤولية. ومع ذلك تظل القوة القاهرة سبب من أسباب الاعفاء من المسؤولية فمن ناحية ان عدم النص عليها يرجع إلى عدم اتفاق الدول الاوربية على تحديد المقصود بها ، لا يعني اعتراضهم عن اعتبارها سببا من أسباب الاعفاء و من ناحية أخرى فان التزام المضرور باثبات علاقة السببية بين الضرر و العيب يعني أن القوة القاهرة تصبح من تلقاء نفسها من أسباب الاعفاء باعتبار أنها تقطع العلاقة السببية[4] .

[1]-فتحي عبد الرحيم عبد الله-الوجيز في النظرية العامة للالتزامات –الكتاب الاول-مصادار الالتزام(غير الارادية)-مكتبة الحلاء الجديدة المنصورة-بدون سنة نشر.

[2]- محمد جلال حمزة-الفعل غير المشروع باعتباره مصدر للالتزام-المرجع السابق ص:126

[3]- عبد الحميد الديسطي عبد الحميد –المرجع السابق-ص:667.

[4]- حسن عبد الباسط جمعي-مسؤولية المنتج ص:256. و في الفقه الفرنسي ارجع الى

LARROUMET (Ch).la responssabilite du fait des produits defectueux apres la loi du 19 mai 1998 .dalloz 1998 ,chron p316

و على هذا الأساس فان المنتج يستطيع أن يتمسك بالقوة القاهرة إذا توفر شرطين وهما عدم التوقع و استحالة الدفع بالإضافة إلى شرط بديهي آخر و هو أن يكون خارجيا ، أي لا يتعلق بالمنتجات ذاتها ذلك أن البعض يعرفها على أنها " حادث غير متوقع و غير ممكن الدفع يكون مصدره خارجا عن الشيء الضار" [1] . و عدم توقع المنتج لهذا الحادث يقاس بمعيار موضوعي و ليس ذاتي اذ العبرة ليس بعدم توقع وفقا لمعيار الشخص العادي ، و انما ايضا من جانب اشد الاشخاص يقظة و حرصا [2]

ب :الآثار التي تترتب على القوة القاهرة

إذا كان الضرر ناتج عن قوة قاهرة اعتبرت القوة القاهرة هي السبب الوحيد في احداث الضرر و اعفى المنتج من مسؤوليته اعفاءا تاما اما إذا كان عيب السلعة هو السبب في حدوث الضرر و لم يكن الضرر ليحدث بدونه فهنا لا مجال للحديث عن القوة القاهرة وكانت المسؤولية على عاتق المنتج كليا.

اما إذا اشترك عيب المنتوج مع القوة القاهرة فان المنتج يسال كليا عن الضرر على اعتبار أن القوة القاهرة لايمكن نسبتها إلى شخص آخر حتى يشترك مع المنتج في تحمل المسؤولية، بعد أن كان القضاء الفرنسي يرتب على اشتراك القوة القاهرة مع خطا المسؤول مسؤولية جزئية[3].

ثانيا : خطأ المضرور

نصت المادة02/08 من التوجيه الاوربي المقابلة لنص المادة 13/1386 من القانون الفرنسي على أن "مسؤولية المنتج يمكن أن تخفف او تلغى مع الاخذ في الاعتبار كل الظروف عندما يشترك في احداث الضرر كل من عيب السلعة و خطا المضرور او شخص يكون المضرور مسؤولا عنه"[4].

نلاحظ أن هذا النص ما هو إلا تكرار لاحكام القواعد العامة في القانون المدني فيما تقرره من خطا المضرور الذي يخفف او يعفي من المسؤولية. فهذا النص يمنح للمنتج دفعين يجعله اما أن يتخلص من مسؤوليته كليا و اما أن يخففها إذا اثبت خطأ المضرور، غير أن هذا النص لم يحدد كيفية التمييز بين الحالات التي يؤدي فيها خطأ المضرور إلى اعفاء من المسؤولية و الحالات التي يؤدي فيها خطأ

[1]- محمود جلال حمزة-المرجع السابق ص:129.
[2]-محمد سامي عبد الصادق مسؤولية منتج الدواء المرجع السابق ص 184 .
[3]- محمود جلال حمزة-المرجع السابق ص:135.
[4] La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toute les circonstances ,lorsque le dommage est cause conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable .

المضرور إلى التخفيف من المسؤولية في اعتقادنا انه من المنطقي الاخذ بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني في هذا الشان.

فالمنتج يثبت خطأ المضرور و مدى مساهمته في احداث الضرر و في هذا الغرض فانه يجب ان ياخذ في الاعتبار عند تقدير خطا المضرور كل الظروف المحيطة. وفي هذا المجال يقول الاستاذ عبد الباسط جميعي [1] أن الاعفاء من المسؤولية في هذا المجال يجب الا ينظر اليه على انه قائم على أساس السبب الاجنبي بقدر ماهو راجع إلى اهدار احد شروط قيام المسؤولية الموضوعية، ذلك أن خطا المضرور يعني في واقع الأمر أن التوقعات بشان السلامة التي تحققها السلعة منطورا إليها في ضوء خطأ المضرور لا يمكن أن تكون توقعات مشروعة و هو ما يعني انتفاء عيب السلعة و هكذا فان عدم تعيب السلعة يؤدي إلى انهيار احد الشروط الاساسية لقيام المسؤولية الموضوعية.

و في هذا الصدد لابد أن نميز بين صدور الخطا الذي يمكن أن يرتكبه المضرور فيمكن للقاضي أن يعتمد على معايير القواعد العامة في ذلك الشان و طبقا لهذه المعايير هناك صورتان لهذا الخطأ[2].

الصورة الاولى: استعمال السلعة استعمال خاطىء

و يكون استعمال السلعة استعمالا خاطئا او غير عادي عندما يكون هذا الاستعمال على خلاف الغرض المخصص لها بطبيعتها كاستعمال الكحول الطبيعي كمشروبات كحولية على أن هذا الدفع يسقط إذا كان المضرور قد ابلغ المنتج بالاستعمال الخاص الذي ينوي استعمال السلعة بشأنه و وافقه هذا الاخير[3].

و حتى يعفى المنتج كليا من المسؤولية يجب أن يثبت أن خطأ المضرور هو السبب الاساسي في حدوث الضرر لان منتوجه خال من أي عيب و لولا خطا المضرور لما وقع الضرر فاذا استطاع المنتج أن يثبت أن الضرر نتج عن عيب في المنتوج من جهة و من جهة ثانية إلى الاستعمال الخاطىء للمضرور في نفس الوقت فهذا يخفف من مسؤوليته[4] .

غير أن بعض الفقه يرى انه إذا اثبت المنتج أن خطأ المضرور هو السبب الاساسي او الوحيد في احداث الضرر ، فاننا لسنا بحاجة الى ان نبحث في كون المنتوج معيبا ام لا ، على اعتبار أن مجرد

[1]- حسن عبد الباسط جمعي-مسؤولية المنتج –المرجع السابق ص:259.
[2]-قادة شهيدة-المسؤولية المدنية للمنج-المرجع السابق ص:294 و مابعدها.
[3]- نفس المرجع ص294.
[4]- عبد الحميد الديسطي المرجع السابق ص 669 .

توافر هذا السبب ينفي مسؤولية المنتج و لو كان المنتوج معيبا[1] وعلى هذا يجب أن يكون خطا المضرور الذي يستبعد مسؤولية المنتج فادحا و جسيما لا يعذر به[2].

الصورة الثانية: عدم التحقق من صلاحية المنتوجات للاستعمال

و تظهر هذه الصورة عندما يكون للمنتوج تاريخ صلاحية و المستهلك يعلم بذلك و مع ذلك يقوم المضرور باستعمال هذا المنتوج فهنا يكون المضرور قد اخطا خطا كبيرا لاستعماله المنتوج.و قد تكون صلاحية المنتوج غير منتهية و لكن المضرور لم يقم بفحص المنتوج قبل استعماله فهنا يكون اهمل عملية الفحص غير أن اهماله هذا لا يبرر اعفاء المنتج من مسؤوليته،حتى ولو كان عيب المنتج ظاهرا للعيان،لأن الأصل هو أن يطرح المنتج منتوجا خاليا من أي عيب للتداول، سواء اقام المضرور بفحص المنتوج او لم يقم ، و هذا هو المقصود من عبارة نص التوجيه (اخذ في الاعتبار كل الظروف) بمعنى أن يترك للقاضي سلطة تقدير مدى اهمية الخطا الذي ارتكبه المضرور بالمقارنة بعيب السلعة[3]

الآثار التي تترتب على خطأ المضرور

اما فيما يتعلق باثر خطأ المضرور في اعفاء المنتج من مسؤوليته الموضوعية فانه قد يحدث أن يكون خطأ المضرور سببا وحيدا و منتجا للضرر ففي هذه الحالة يكون له اثر ايجابي في اعفاء المنتج من مسؤوليته غير انه قد يشترك عيب المنتوج و خطا المضرور في احداث الضرر فهنا نكون بصدد صورتين:

الصورة الاولى : أن يستغرق فيها خطا احدهما الآخر: ان المبدأ في هذه الحالة هو أن نرجح تغليب الخطأ الجسيم و الذي من شانه ان يحتوى الخطأ الاقل منه جسامة ، فقد يستغرق عيب المنتوج خطأ المضرور فهنا لا تنتفي مسؤولية المنتج .و قد يستغرق خطا المضرور خطا المنتج ، و هنا تنتفي المسؤولية .

الصورة الثانية : هي صورة الخطأ المشترك ففي هذه الحالة لا تنقطع فيها رابطة السببية بين عيب المنتوج و خطا المضرور و الضرر على اعتبار انه لابد أن يتحمل المضرور تبعات خطئه بقدر مساهمته في احداث الضرر و هذا ما تقتضيه العدالة كما يساهم المنتج في التعويض بدرجة مشاركة عيب منتوجه في حدوث الضرر. و هذا ما يفهم من نص المادة02/08 من التوجيه و نعتقد انه لا

[1]- حسن عبد الباسط جمعي-مسؤولية المنتج – المرجع السابق ص:259.
[2]- عبد الحميد الديسطي عبد الحميد –المرجع السابق-ص:669.
[3]- انفس المرجع -ص:670.

يختلف مع نص المادة 177 من القانون المدني الجزائري على انه "يجوز للقاضي ان ينقص مقدار التعويض او لا يحكم بالتعويض،إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في احداث الضرر او زاد فيه"

ثالثا : خطأ الغير

لقد عالج نص المادة 14/1386 من القانون المدني الفرنسي و نص المادتين 05 و07 من التوجيه العروض التي تؤدي مساهمة الغير فيها إلى احداث الضرر و من خلال هذه العروض نجد أنها تنقسم إلى حالتين :

أ –الحالة الاولى: تعدد المنتجين و اثره على المسؤولية

طبقا للقانون الفرنسي و التوجيه الاوربي فان المنتجين ملزمون حال تعددهم بالتضامن في مواجهة المضرور، و على ذلك فان المنتج لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته رغم اثبات خطأ احد المنتجين الآخرين او تعيب السلعة في مرحلة انتاجهم لها[1] . كما أن المشرع الفرنسي و الاوربي قد نص على حالة خاصة يتاح فيها لمنتج احد المكونات الداخلة في تكوين السلعة النهائية بان يدفع مسؤوليته عن طريق اثبات رجوع الخطأ إلى عيب في التصميم و أن الانتاج الذي تم تحت يده قد تم وفقا للتعليمات التي اصدرها المنتج المشرف على تنفيذ التصميم و اخراج السلعة بشكل نهائي ثم طرحها للتداول[2] .

ب–الحالة الثانية: مساهمة الغير في احداث الضرر و اثره على مسؤولية المنتج

نصت المادة 01/08 من التوجيه المقابلة للمادة 14/1386 على انه " دون الاخلال بنصوص القانون الوطني المتعلقة بحق الرجوع لا تنقص مسؤولية المنتج اذا كان الضرر ناتجا عن كل من عيب المنتوج و تدخل الغير" [3]. فرغم ان خطا الغير يعد تطبيقا للقواعد العامة لاستبعاد المسؤولية الا ان هذا النص قد قرر بشأنه ما يميزه عن القواعد العامة و هو ان خطا الغير في القواعد العامة يعد سببا من اسباب قطع العلاقة السببية فاذا ثبت انه السبب الحقيقي للضرر انتفت مسؤولية المنتج غير انه في التوجيه فان مسؤولية المنتج لاتتأثر باشتراك الغير معه في احداث الضرر.

[1]- حسن عبد الباسط جمعي- المرجع السابق ص:257.
[2]- نفس المرجع ص:257.
[3]« Sans prejudice des disposition du droit national relatives au droit de recours , la responsabilite du producteur n est pas reduite lorsque le dommage est cause conjointement par un defaut du produit et par l'intervention d'un tiers ».

ونلاحظ ان نص التوجيه يقتصر على الفرض الذي يشترك فيه خطأ الغير مع عيب المنتوج في احداث الضرر، في حين انه يمكن للمنتج ان يدفع مسؤوليته بخطأ الغير في الحالة التي يكون فيها خطأ الغير هو السبب الوحيد للضرر و ان كانت صعوبة اثبات مدى مشاركة خطأ الغير او مدى استغراقه لعيب السلعة يؤدي من الناحية العملية الى استمرار مسؤولية المنتج المنفردة عن عيوب منتجاته[1].

المطلب الثاني

جواز شروط تخفيف او اعفاء مسؤولية المنتج

ان اعمال مبدأ حرية الاثبات على شروط تحديد المسؤولية او الاعفاء منها يتوافق مع مبدا سلطان الارادة على اعتبار ان هذه الارادة تتجه دائما الى اختيار الاصلح و على الرغم من ان هذه الشروط تحقق فائدة للمنتج لان اتساع نطاق المسؤولية يمس بنشاطه غير ان آثار هذه الشروط تكون ضارة لأنها تعود بالضرر على النظام الاقتصادي بكامله،اذ قد تؤدي الى عدم اهتمام المنتجين او البائعين بمصالح المستهلكين الشيء الذي يخل بالثقة في التعامل و يؤدي الى اضطراب في السوق[2] .

كما ان هذه الشروط تلحق مشاكل عملية و اخرى قانونية[3] فالمشاكل العملية تتجسد في عدم استطاعة المشتري مطاالبة المنتج بالتعويض عن الاضرار التي تلحق به عند استخدام سلعة خاصة انه في كثير من الاحيان لايمكن الرجوع على الشركات التامين لأنها لاتقبل تأمين المنتجات الجديدة او لأن المنتج لم يقم بعملية التأمين حتى يخفض تكلفة الانتاج .

اما فيما يتعلق بالمشاكل القانونية فان وضع غير المتعاقد يكون افضل من وضع المتعاقد لأنه يتمكن من المطالبة بالتعويض عن الاضرار التي تلحق به عند استعمال سلعة اشتراها شخص اخر على اساس المسؤولية التقصيرية ، في حين ان المتعاقد لن يتمكن من المطالبة بالتعويض عن اضرار مماثلة و التي ربما تنجم عن استعمال غير المتعاقد الذي سيتمكن من المطالبة بالتعويض.

و نظرا لما لهذه الشروط من اهمية سواء في المجال التعاقدي او في مجال عقود شراء السلع و المنتجات فان غالبية التشريعات الحديثة نصت على بطلان هذه الشروط التي تعفي او تخفف من مسؤولية المنتج. و على هذا الاساس سنتناول موقف التوجيه الاوربي و المشرع الفرنسي وكذا موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط من خلال الفروع التالية :

[1]- عبد الحميد الديسطي عبد الحميد –المرجع السابق-ص:671.
[2]- نفس المرجع -ص:673.
[3]- نفس المرجع -ص:673-674.

الفرع الأول : موقف التوجيه الاوربي و المشرع الفرنسي من هذه الشروط

الفرع الثاني : و موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط

الفرع الأول

موقف التوجيه الاوربي و المشرع الفرنسي من الشروط المقيدة لمسؤولية المنتج

رغبة من المشرع الاوربي في تحقيق حماية جدية و فعالة للمستهلك فقد ابطل كل شرط يقيد او يعفي المنتج من مسؤوليته اتجاه المستهلك،غير انه في العلاقة بين المنتجين فقد اباح هذا الشرط بالنظر الى ان دعاوى الرجوع بين المنتجين لم يعالجها التوجيه بل تركها للقوانين الداخلية هذا من جهة و من جهة اخرى فان مراكز المنتجين متساوية تقريبا و هذا ما يستنتج من نصوص التوجيه بصورة غير مباشرة.

و تجدر الاشارة الى ان البطلان لا يتضمن فقط الشروط التي تستبعد او تخفف المسؤولية بشكل مباشر انما يتضمن ايضا كل شرط يؤثر على حق المضرور في الحصول على تعويض كالشروط التي تتضمن انقاص المدة الزمنية التي يمكن للمضرور ان يرفع دعواه خلالها[1].

و بالرجوع الى المادة 12 من التوجيه [2]يتضح ان نصوصه لا تؤثر على أي حق للمدعي بموجب نظام آخر للمسؤولية، و على ذلك فانه يمكن للمضرور ان يطالب بحقه في التعويض،وفقا لنظام آخر غير نظام مسؤولية المنتج،و هذا في اعتقادنا لا يتناقض مع المبادىء الاساسية لحماية المستهلك.

اما فيما يتعلق بالمشرع الفرنسي فقد نصت المادة15/1386 على ان" الشروط التي تستهدف الغاء او تحديد مسؤولية المهني باطلة و تعتبر غير مكتوبة " .من خلال هذا النص نقف على الطابع الآمر لأحكام مسؤولية المنتج على الاقل في علاقات المنتجيين بالمستهلكين[3] فهي ترتبط بالنظام العام .

و بهذا يكون المشرع الفرنسي قد سلك مسلك التوجيه الاوربي الذي فسح المجال امام القوانين الاوربية لاختيار بين سريان هذا الشرط على المستهلكين او انسحابها على المنتجين ايضا ،و بالتالي

[1]- حسن عبد الباسط جميعي- المرجع السابق ص:256.

[2] -La responssabilité du producteur en application de la présente directive ne peut etre limitée ou écartée à l' égard de la victime par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

[3]- قادة شهيدة-المرجع السابق ص276.

يكون المشرع الفرنسي قد جعل هذا الشرط أي شرط استبعاد او تخفيف المسؤولية باطل فيما بين المستهلك و المنتج و جعله صحيحا في العلاقة بين المهنيين[1] .

الفرع الثاني

موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط

1-موقف المشرع من خلال قانون حماية المستهلك

لقد حرص المشرع الجزائري من خلال القانون رقم : 09-03 على تكريس نفس الاحكام التي كرسها التوجيه الاوربي و كذا القانون المدني الفرنسي.و تجدر الاشارة الى ان المشرع الجزائري كان قد كرس هذه الاحكام من خلال اول قانون لحماية المستهلك رقم 89-02 لاسيما في مادته السابعة التي تنص على ان " الضمان المنصوص عليه في المادة 06 من هذا القانون حق للمستهلك دون مصاريف اضافية وكل شرط مخالفا لذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا " اما المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الصادر في 15 سبتمبر 1990 تنص على انه " يبطل كل شرط بعدم الضمان و يبطل مفعوله و المراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية او بتنفيذها".

-اما القانون الجديد رقم 09-03 فقد نصت المادة 13 منه على انه " يستفيد كل مقتن لاي منتوج سواء كان جهاز او اداة او آلة او عتاد او مركبة او أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون.

و يمتد هذا الضمان ايضا الى الخدمات

يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله او ارجاع ثمنه او تصليح المنتوج او تعديل الخدمة على نفقته.

يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه اعلاه دون اعباء اضافية يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة ".

كما نصت المادة12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 بتاريخ 26 سبتمبر 2013 على انه " يجب تنفيذ وجوب الضمان ... دون تحميل المستهلك أي مصاريف اضافية اما :

-باصلاح السلعة او اعادة مطابقة الخدمة

[1] LARROUMET (Ch).op cit p 314

-باستبدالها .

-برد ثمنها

و في حالة العطب المتكرر يجب ان يستبدل المنتوج موضوع الضمان او يرد ثمنه ".

و بناء على هذا النص فانه لايجوز الاتفاق على اعفاء المنتج من أي التزام من الالتزامات الواردة بهذا القانون ذلك ان المشرع قد فرض اجراءات مدنية تتمثل في ان للمستهلك الحق في استبدال السلعة او ارجاعها مع استرداد قيمتها دون أي تكلفة اضافية في حالة اذا ما شاب السلعة أي عيب و هذا حتى ينسحب حكم البطلان على أي شرط يرد في العقد سواء تعلق بالاعفاء او التخفيف من مسؤوليته.و بالتالي فانه يمكن القول انه لا يجوز للمنتج ان يضع أي شرط يمكن بموجبه ان يعفي نفسه من المسؤولية عن تغيير او رد او اصلاح السلعة.

2 : موقف المشرع من خلال القانون المدني

ان المشرع الجزائري اجاز للمتعاقدين ابرام اتفاق خاص بينهما يتم بموجبه الزيادة في الضمان او الانقاص منه او اسقاطه بحيث اعتبر ان كل شرط يسقط الضمان او ينقصه يكون صحيحا و جائزا الا في حالة تعمد البائع اخفاء العيب الذي في المبيع غشا منه فيكون هذا الشرط باطلا و هذا ما نصت عليه المادة 384 من القانون المدني و هذا لأنه اعتبر احكام الضمان القانوني للعيوب الخفية ليست من النظام العام و هذا لأن الاضرار التي تكون محل دعوى الضمان هي اضرار تجارية أي ناجمة عن عيوب السلعة ذاتها و ليست اضرار بدنية .

و نلاحظ ان المشرع من خلال قانون حماية المستهلك كان اكثر دقة و صرامة من القانون المدني على اعتبار ان قانون حماية المستهلك اعتبر أي شرط بالتخفيف او الاعفاء يكون باطلا في حين ان القانون المدني اعتبر هذا الشرط باطلا في حالة الغش فقط.

غير انه عندما استحدث المادة140مكرر اقر ان المنتج يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية ، دون ان يحدد احكام هذه المسؤولية ولا وسائل دفعها و مدة تقادمها ، او امكانية الاتفاق على الاعفاء منها او تخفيفها ،في اعتقادنا انه ترك كل هذا اما للقواعد العامة او لاجتهاد القضاء الجزائري الذي بامكانه ان يصدر احكاما يمكن ان توضح نية المشرع من استحداث هذه المادة .

اما المشرع المصري فقد تبنى نفس الفلسفة التي تبناها المشرع الفرنسي و هذا يظهر من خلال قانون التجارة المصري رقم 18/99 لسنة99. فقد نص في المادة 06/67 على انه " يقع باطلا كل شرط او بيان يكون من شانه اعفاء المنتج او الموزع من المسؤولية او تحديدها او تخفيض مدة تقادمها" . و من هذا النص يتضح كذلك ان المشرع المصري اعتبر نظام مسؤولية المنتج و الموزع من النظام العام حيث منع المنتج او الموزع من ثلاثة انواع من الشروط و هي:

أ–الشروط التي تعفي المنتج او الموزع من المسؤولية التي تنشا عن الاضرار التي تحدثها السلعة بسبب عيب فيها.

ب–الشروط التي تخفف من مسؤولية المنتج او الموزع عن الاضرار التي يمكن ان تحدث للمشتري من السلعة كأن يضع المنتج او البائع حدا اقصى للتعويض للاضرار التي يمكن ان تصيب المشتري عند استعماله للسلعة.

ج–الشروط التي من شانها ان تخفض من مدة التقادم و بالتالي فانه لايجوز الاتفاق على تقديم مواعيد التقادم التي قررها القانون لا بالزيادة و لا بالنقصان اما موقف المشرع من خلال قانون حماية المستهلك رقم 67 سنة2006 فقد نص في المادة 10 منه على انه " يقع باطلا كل شرط يرد في عقد او وثيقة او مستند او غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك اذا كان من شان هذا الشرط اعفاء مورد السلعة او مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون "

كما ان المادة 08 منه نصت على انه " للمستهلك خلال اربعة عشر يوما من تسلم أي سلعة الحق في استبدالها او اعادتها مع استرداد قيمتها و ذلك اذا شاب السلعة عيب او كانت غير مطابقة للمواصفات او الغرض الذي يتم التعاقد عليها من اجله، و يلتزم المورد في هذه الاحوال بناء على طلب المستهلك –بابدال السلعة اواستعادتها مع رد قيمتها دون اية تكلفة اضافية " .

و لكن نلاحظ ان قانون التجارة المصري جاء منفصلا فيما يتعلق ببطلان الشرط ذلك انه حدد بطلان الشرط اذا تعلق باعفاء المنتج من المسؤولية او تحديدها او تخفيض مدة تقادمها في حين ان قانون حماية المستهلك نص على بطلان الشرط في حالة اعفاء مورد السلعة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون.

المبحث الثاني

تقييم مسؤولية المنتج من خلال احكام القانون المدني و قانون حماية المستهلك تجاه حماية المستهلك

رأينا من خلال ما عالجته الدراسة بشان سن مسؤولية المنتج و رغبة المشرع من خلالها لتحقيق التوازن في العلاقة بين المنتجين و المستهلكين و ذلك من خلال جعلها مسؤولية موضوعية لا هي عقدية و لا تقصيرية انما تترتب بمجرد حدوث ضرر نتيجة عيب في المنتوج ، وليست نتيجة خطا المنتج كما انه منع او ابطل كل شرط يتعلق باعفاء او تخفيف مسؤولية المنتج اذا كانت المعاملة بين المنتج و المستهلك، بالاضافة الى سن قانون لحماية المستهلك الذي اراد بموجبه توفير حماية فعالة للمستهلك و على هذا يستوجب علينا في ضوء ما وصلت اليه الدراسة ان نطرح سؤال مهم و هو هل يعتبر صدور قانون حماية المستهلك و قمع الغش واستحداث مسؤولية المنتج كمسؤولية استثنائية لا خطئية ، ساهم فعلا في تحقيق التوازن في العلاقات التعاقدية بين المنتج و المستهلك؟ و نجيب على هذا السؤال من خلال تقييم مسؤولية المنتج تجاه المستهلك من خلال القانون المدني الجزائري و دور قانون حماية المستهلك في حماية المستهلك من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول: تقييم مسؤولية المنتج تجاه المستهلك من احكام خلال القانون المدني الجزائري

المطلب الثاني: دور القانون رقم 09-03 في حماية المستهلك .

المطلب الأول

تقييم مسؤولية المنتج تجاه المستهلك من خلال احكام القانون المدني الجزائري

ان المادة 140مكرر من القانون المدني الجزائري . قد احدثت نقلة نوعية و مهمة في مجال حماية المستهلك على اعتبار انه لأول مرة يعرف التشريع الجزائري دعوى يرفعها المستهلك مباشرة ضد المنتج ليحصل بموجبها على التعويض عن الاضرار البدنية و المالية،ذلك ان دعوى العيوب الخفية و دعوى عدم المطابقة للمواصفات تقتصر فقط على التعويض عن الاضرار التجارية و على اطراف العلاقة التعاقدية .

ان استحداث المشرع لمسؤولية المنتج و جعلها مسؤولية موضوعية لا خطئية يكون بذلك قد خرج عن القواعد العامة التي تؤسس المسؤولية على الخطا. غير انه بالرجوع الى القوانين الاوربية التي تناولت مسؤولية المنتج نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يعرها الاهتمام الذي تستحقه ذلك ان اضافتها من خلال مادة وحيدة متكونة من فقرتين الفقرة الاولى نصت على شروط قيام المسؤولية و الفقرة الثانية عرفت المقصود بالمنتوج. و على هذا يمكننا القول ان هذه الدعوى جاءت غير متكاملة على اعتبار انه قرر بعض قواعدها و ترك الباقي للقواعد العامة اوللاجتهاد القضائي و يظهر عدم التكامل فيما يلي:

1-ان المشرع لم يعرف المنتج بل اكتفى بتعريف المنتوج،على الرغم من ان اغلبية التشريعات عرفت المنتج بمفهومه الواسع و هذا حتى تتوصل الى اكبر حماية للمستهلك ذلك انه لا نعرف هل اراد المشرع بلفظ "منتج " هو المنتج النهائي للسلعة او منتج الاجزاء المكونة لها ، الشيء الذي يعني ترك امر تقديره للقضاء، وهذا يؤدي الى اختلاف مفهومه باختلاف تقدير القاضي .

2-جعلت المادة المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب ، غير انها لم تحدد طبيعة هذا العيب و لم تضع له تعريفا جامعا مانعا ، فكان على المشرع ان يربط عيب المنتج بكل عيب يهدد سلامة و صحة المستهلك و هذا من اجل توحيد معيار التطبيق لدى جميع المحاكم و لايختلف باختلاف تقدير القاضي.

3-رغم ان دعوى مسؤولية المنتج لها نفس الاهمية كدعوى العيوب الخفية غير ان المشرع لم يقرر لها تنظيما متكاملا، كما اقره في دعوى العيوب الخفية ، انما اعتقد انه ترك تنظيم دعوى مسؤولية المنتج للقواعد العامة للتقاضي الواردة في القانون المدني،و قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

ومن مظاهر ترك هذه الدعوى للقواعد العامة هي انها تؤدي الى تحميل المدعي بعبء اثبات العيب و الضرر و علاقة السببية و هذا ما يحول دون تحقيق رغبة المشرع من سن هذه المسؤولية و هذا

لصعوبة الاثبات او استحالته كما في الحالة التي تهلك فيها السلعة المعيبة في الحادث، كما انه لم يحدد مدة التقادم و لا كيفية دفع هذه المسؤولية و شروط رفعها.

غير اننا نصل في الاخير انه و بما ان مسؤولية المنتج حديثة النشاة فإننا لم نتمكن من العثور على الوسائل التي تمكننا من بحث آثار هذه الدعوى على المستوى التطبيقي في تحقيق حماية المستهلك.

المطلب الثاني

دور القانون رقم 09-03 في حماية المستهلك

كان يجب الانتظار حتى عام 1989 ليبدأ المشرع الجزائري باصدار النصوص القانونية ذات الصلة بحماية المستهلك من خلال اولا القانون رقم 89-02 المؤرخ في 1989/02/07 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك،و كذا نصوصه التنظيمية، هذا القانون الذي استوحى معظم احكامه من القانون الفرنسي رقم 83-660 المؤرخ في 1983/07/21 المتعلق بسلامة المستهلكين[1]،و على ذلك فان قانون 89-02 يكون اول قانون اهتم بصحة و سلامة المستهلك في الجزائر و جاء بعده التعديل الذي مس القانون المدني في 2005 الذي تضمن احكام مسؤولية المنتج .

و بصدور القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الغي القانون رقم 89-02 و على هذا الاساس صوف نقييم دور القانون رقم 09-03 في حماية المستهلك. الذي تميز بعدة مميزات اهمها:

1-انه وسع نطاق حماية المستهلك من خلال توسيع نطاق تطبيقه ذلك انه يشمل السلع و الخدمات و الاشخاص الطبيعية و المعنوية[2] و ايضا المنتجات الجديدة و المستعملة[3].

2-كما انه اهتم و ركز على حق المستهلك في السلامة و عدم الاضرار بمصالحه المادية و المعنوية،في الحصول على السلع و الخدمات الضرورية، و في التعويض عن أي ضرر يصيبه،كما ركز على حقه في استبدال و اصلاح و اعادة و استرداد قيمة السلعة المعيبة.

3-السماح لجمعيات حماية المستهلك في المشاركة في تشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين[4].

[1]-علي هتاك –تاثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج-المرجع السابق ص:183.

[2]-ارجع في ذلك الى نص المادة 02و03 من القانون.

[3]-ارجع في ذلك الى المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 17-327 المؤرخ في 26سبتمبر سنة 2013 المحدد لشروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ-جريدة رسمية عدد 49 بتاريخ 02اكتوبر2013.

[4]-ارجع الى المادة03 من المرسوم التنفيذي رقم 12-355 المؤرخ في 2اكتوبر2012 المحدد لتشكيلة المجلس الوطني لحماية المستهلكين –جريدة رسمية عدد56 بتاريخ 11 اكتوبر2012.

4-انه انشأ جهازا استشاريا في مجال حماية المستهلكين ، مكلف باداء رأيه و اقتراح تدابير من شأنها أن تساهم في تطوير و ترقية سياسة حماية المستهلك[1]، و زوده بالصلاحيات التي تكفل له تحقيق هدفه في حماية المستهلك و هذا بالتعاون مع مؤسسات المجتمع المدني و الوزارات التي تدخل في تشكيلة المجلس.

5-كما انه اعطى صلاحيات لجمعيات حماية المستهلك للقيام بدور التحسيس و التوجيه و التمثيل للمستهلك ، و هذا لضمان حمايته من خلال المادة 21 من القانون التي تنص على ان جمعية حماية المستهلكين هي كل جمعية منشاة طبقا للقانون ، تهدف الى ضمان حماية المستهلك من خلال اعلامه و تحسيسه و توجيهه و تمثيله .

و بموجب نص المادة 23 من نفس القانون انه يمكن لها في حالة تعرض المستهلك او عدة مستهلكين لاضرار تسبب فيها نفس المتدخل و ذات اصل مشترك ان تتاسس كطرف مدني .

غير انه و رغم أن هذا القانون اتى بالجديد و فعل حماية المستهلك بشكل افضل مما كانت عليه، ذلك انه ثمن حصوله على التعويض بشكل نستطيع أن نقول انه عادل إلا انه لم ينظم كيفية الحصول على هذا الحق بشكل ينفي كل جهالة،على اعتبار انه لم يحدد الشخص الذي يمكن للمستهلك أن يرفع الدعوى ضده،هل هو المنتج او المستورد ام الموزع ام البائع بالتجزئة ام على الجميع،و هذا ما يصعب مهمته ، خاصة و أن القانون لم يعرف المنتج كما سبق التطرق اليه في مقام سابق من الدراسة كما انه لم يحدد طبيعة الضرر الذي يتم التعويض عليه هل هي الاضرار التجارية وحدها ام تشمل الاضرار البدنية و المالية و هل تشمل كذلك الاضرار المعنوية.

كما انه لم يحدد للمستهلك متى يجوز للمنتج دفع المسؤولية عن نفسه و ماهي وسائل دفعها و لم يحدد له كذلك الآجال التي يمكن أن ترفع خلالها الدعوى ضد المنتج .

و بالاضافة الى انه لم يحدد كذلك طبيعة العيب الذي يسبب الضرر هل من الضروري أن يكون خفي ام يكفي أن يكون أي عيب و لو كان ظاهرا ، و هذا شيء مهم لأنه يترك تحديد العيب للسلطة التقديرية للقاضي فهنا تختلف تفسيرات العيب بالنسبة لكل محكمة و يصبح هناك تضارب في الاحكام.

و اننا نعتقد من جهة ان هذه الحماية لم تصل الى المستوى المطلوب كذلك بسبب غياب دور جمعيات حماية المستهلك في تحقيق الحماية المراد الوصول اليها من خلال الدفاع على مصالح

[1]-ارجع الى المرسوم التنفيذي رقم 12-358 المؤرخ في 2اكتوبر2012 المشار اليه و الذي جاء تطبيقا للمادة 24 من القانون 09-03.

المستهلك و توعيته بالحقوق التي منحه اياها قانون حماية المستهلك . فهذه الجمعيات تعتبر جمعيات خاصة و لم تزود باية صلاحيات بالنسبة للتحقيق في حوادث الاستهلاك و وجود عيب في المنتوج ، كما انه لم يقرر لها صلاحية رفع الدعاوى و الحلول محل المستهلكين ضد المنتجين او البائعين عن السلع المعيبة.

و من جهة اخرى فان ما نلاحظه عمليا ان القضاء لا يؤدي دوره و لم يقدم الاجتهادات التي يمكن من خلالها تفعيل حماية المستهلك عن طريق تفسير الغموض الذي شاب النصوص القانونية ، و هذا راجع لندرة قضايا ضحايا المنتوجات المعيبة الذي يرجع الى عدم وعي المستهلك في المجال القانوني و القضائي ، و كذا عدم قدرة جمعيات حماية المستهلك لتمثيل المستهلك امام الجهات القضائية على اعتبار ان المادة 23 من القانون تمنح للجمعية الصفة في ان تتاسس كطرف مدني امام الجهات القضائية الجزائية فقط و لم تنص على الحلول محل المستهلك امام جميع الجهات القضائية .

ملخص و نتائج الباب الثاني من القسم الثاني

تناولنا بالدراسة في هذا الباب الثاني من القسم الثاني نظام تعويض المستهلك عما يصيبه من اضرار حيث قسمناه الى فصلين تناولنا في الفصل الأول استحداث مسؤولية المنتج كضمان لتعويض المستهلك عن الاضرار التي تصيبه ، و في الفصل الثاني تناولنا دفع المسؤولية و تقييم دور القواعد الحديثة لمسؤولية المنتج في تعويض المستهلك.

حيث قسمت الفصل الأول الى مبحثين المبحث الأول يتعلق بنظام مسؤولية المنتج و المبحث الثاني يتعلق باركان المسؤولية .في المبحث الأول تناولنا نطاقها من حيث المنتج و المنتوج وكذلك تطرقنا الى طبيعتها القانونية .

اما في المبحث الثاني تطرقنا الى اركان مسؤولية المنتج المتمثلة في ضرورة ان يكون الضرر ناتج عن عيب في منتوج طرح للتداول و الركن الثاني هو الضرر و الركن الثالث يتمثل في علاقة السببية بين الضرر و العيب .ذلك انه توصلنا الى النتائج التالية :

انه اذا كانت مسؤولية المنتج قد وضعت حدا للتمييز بين المسؤولية العقدية و التقصيرية و سوت بين الضحايا الا انها تبقى مسؤولية احتياطية فتستطيع الضحية حسب مصلحتها ان تعتد بمسؤولية الحارس باعتبار ان الضرر يكون بفعل الشيء أي المنتوج و لها ايضا ان تعتد بالقواعد العامة في المسؤولية أي المسؤولية الشخصية.

فمن خلال النصوص التي استعرضناها يتضح ان المشرع قد توسع في مفهوم الضرر ذلك انه لم يحدد الضرر، و على هذا يفترض انه يعوض جميع الاضرار سواء كانت مادية او جسدية او معنوية كما انه لم يحدد نوع العيب فبمجرد ظهور أي عيب سواء خطير او غير خطير يجعل المنتوج غير صالح للاستعمال المخصص له يلزم المنتج بجبر هذا الضرر الذي ينتج عنه .

كما يتضح أن المشرع يهدف و يسعى من خلال هذه النصوص لتوفير حماية كاملة لصحة و امن و سلامة المستهلك سواء من خلال آلية الوقاية او التعويض.

اما في الفصل الثاني من هذا الباب فقد تناولنا بالدراسة فيه موضوع دفع المسؤولية و تقييم دور القواعد الحديثة لمسؤولية المنتج في تعويض المستهلك. حيث قسمناه الى مبحثين الاول يتعلق بوسائل

دفع مسؤولية المنتج ، و المبحث الثاني خصصناه لتقييم مسؤولية المنتج من خلال احكام القانون المدني و قانون رقم 03/09 تجاه حماية المستهلك حيث توصلنا للنتائج التالية :

ان المادة 140مكرر من القانون المدني الجزائري . قد احدثت نقلة نوعية و مهمة في مجال حماية المستهلك على اعتبار انه لأول مرة يعرف التشريع الجزائري دعوى يرفعها المستهلك مباشرة ضد المنتج ليحصل بموجبها على التعويض عن الاضرار البدنية و المالية، ذلك ان دعوى العيوب الخفية و دعوى عدم المطابقة للمواصفات تقتصر فقط على التعويض عن الاضرار التجارية و على اطراف العلاقة التعاقدية، و بهذه المسؤولية الموضوعية اللاخطئية يكون المشرع قد خرج بها عن القواعد العامة التي تؤسس على الخطأ .

الا اننا نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يعرها الاهتمام الذي تستحقه ذلك ان اضافتها كانت من خلال مادة وحيدة متكونة من فقرتين الفقرة الاولى نصت على شروط قيام المسؤولية و الفقرة الثانية عرفت المقصود بالمنتوج. و على هذا يمكننا القول ان هذه الدعوى جاءت غير متكاملة على اعتبار انه قرر بعض قواعدها و ترك الباقي للقواعد العامة اوللاجتهاد القضائي .

غير اننا نصل في الاخير انه و بما ان مسؤولية المنتج حديثة النشاة فإننا لم نتمكن من العثور على الوسائل التي تمكننا من بحث آثار هذه الدعوى على المستوى التطبيقي في تحقيق حماية المستهلك.

كما انه فيما يتعلق بقانون حماية المستهلك ، فانه و رغم أنه اتى بالجديد و فعل حماية المستهلك بشكل افضل مما كانت عليه، ذلك انه ثمن حصوله على التعويض بشكل نستطيع أن نقول انه عادل إلا انه لم ينظم كيفية الحصول على هذا الحق بشكل ينفي كل جهالة،على اعتبار انه لم يحدد الشخص الذي يمكن للمستهلك أن يرفع الدعوى ضده ،هل هو المنتج او المستورد ام الموزع ام البائع بالتجزئة ام على الجميع،و هذا ما يصعب مهمته و خاصة و أن القانون لم يعرف المنتج كما سبقت الاشارة اليه، كما انه لم يحدد طبيعة الضرر الذي يتم التعويض عليه هل هي الاضرار التجارية وحدها ام تشمل الاضرار البدنية و المالية و هل تشمل كذلك الاضرار المعنوية.

كما انه لم يحدد للمستهلك متى يجوز للمنتج دفع المسؤولية عن نفسه و ماهي وسائل دفعها و لم يحدد له كذلك الآجال التي يمكن أن ترفع خلالها الدعوى ضد المنتج.

و لم يحدد كذلك طبيعة العيب الذي يسبب الضرر هل من الضروري أن يكون خفي ام يكفي أن يكون أي عيب و لو كان ظاهرا .

و توصلنا في النهاية الى ان هذه الحماية لم تصل الى المستوى المطلوب كذلك بسبب غياب دور الجمعيات في تحقيق الحماية المراد الوصول اليها من خلال الدفاع على مصالح المستهلك و توعيته بالحقوق التي منحه اياها قانون حماية المستهلك . فهذه الجمعيات تعتبر جمعيات خاصة و لم تزود باية صلاحيات بالنسبة للتحقيق في حوادث الاستهلاك و وجود عيب في المنتوج ، كما انه لم يقرر لها صلاحية رفع الدعاوى و الحلول محل المستهلكين ضد المنتجين او البائعين عن السلع المعيبة امام جميع الجهات القضائية .

خاتمة

لما كان موضوع البحث يتمحور حول مدى نجاح المشرع الجزائري في ايجاد نظام قانوني فعال لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته نتيجة استعماله للمنتوجات بالنظر الى التطورات التكنولوجية السريعة وازدياد السلع و تنوعها في الاسواق و كذلك التفاوت في القدرات التعاقدية باعتبار ان المستهلك طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية . و المهني له كل الخبرات و المهارات و الدراية الكاملة بالمنتوج محل التعاقد ، الشيء الذي جعل من الضروري اعادة التوازن المفقود بين الطرفين لتحقيق قدر معقول من العدالة العقدية . فانه بعد الانتهاء من الموضوع يجب توضيح النتائج المتوصل اليها و ذلك بعرض موجز للمواضيع التي تم التطرق اليها ثم ننتهي بعرض اهم التوصيات و هذا على النحو التالي :

لقد رايت انه من الضروري قبل ان اخوض في موضوع الدراسة و هذا للاهمية التي اعتقدها ، ان امهد للموضوع بباب تمهيدي تحت عنوان مفهوم المستهلك و اسباب حمايته بشيء من التفصيل بحيث قسمته الى فصلين الفصل الأول تناولت فيه اطراف العلاقة التعاقدية .

فكان تحديد اطراف العلاقة التعاقدية في هذا المقام من الضروري التطرق اليه لتوضيح الفرق ما بين المستهلك و المهني و ما هي العناصر اللازمة لاكتساب الشخص صفة المهني ، ثم ماهية عقد الإذعان ، و ما هي خصائصه و ما المقصود بالشروط التعسفية التي تستعمل ضد المستهلك ، و ما هي معايير هذه الشروط .كل هاته العناصر كان من الضروري التطرق اليها قبل الخوض في صلب الموضوع حتى ندخل الموضوع على بينة و حتى تتحد عناصر الدراسة من البداية .

و توصلنا الى تعريف المستهلك بانه الشخص الطبيعي او المعنوي او المهني الذي يتعامل خارج مجال تخصصه ، و الذي يقوم بالتصرفات القانونية للحصول على مال او خدمة لسد حاجاته او حاجات عائلته الشخصية .

كما ان المهني هو كل شخص طبيعي او معنوي يمارس نشاطا تجاريا بهدف الحصول على الربح و ليس بهدف الاستعمال الشخصي او العائلي و هذا على عكس المستهلك .

و لان لعملية التمييز بين كل من المهني و المحترف اهمية بالغة تظهر في الاثر القانوني الذي يترتب على اضفاء صفة الاحتراف على الشخص ، فهذه الصفة كما راينا تشدد من التزامات الشخص المحترف

تجاه المتعاقدين معه ، و بالتالي تعطيهم حقوقا اكثر بهدف حمايتهم سواء في المرحلة السابقة على التعاقد او اثناء مرحلة تكوين العقد و ايضا في مرحلة التنازع فضلا عن امكانية تغيير طبيعة الالتزامات القانونية من التزامات القانونية ببذل عناية الى التزامات بتحقيق نتيجة .

اما في الفصل الثاني فتطرقنا الى واقع عدم المساواة ويجب التوضيح ان تطرقنا له كان لزاما علينا لانه في راينا هو جوهر الاشكال الذي يصل بنا الى ايجاد الضوابط الحقيقية التي تحمي اثار عقد بيع قائم بين بائع و مشتري مستهلك ، محدود المعرفة . ان الهدف من حماية الطرف الضعيف الذي هو المستهلك في دراستنا هذه ، هو اقامة نوع من المساواة في العلاقة التعاقدية عندما تتعرض هذه المساواة الى الاضرار باحد طرفي العقد و هو المستهلك .

و تطرقنا الى تطبيقات الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية و درسنا الطرف الضعيف في اطار نظرية الاستغلال ونظرية عقود الاذعان و عقود الاستهلاك استخلصنا النتائج التالية :

ان انقاص التزامات المتعاقد المغبون كجزاء للاستغلال يمكن ان يتضمن صورة استبعاد الشروط التعسفية التي يفرضها المستغل و هو ما يستجيب لمقتضيات الحماية القانونية للمستهلك الذي وقع ضحية استغلال بسبب عدم خبرته . و بالتالي فانه من الاجدر تعديل المادة 90 من القانون المدني الجزائري . و ذلك بالاخذ بالمفهوم الواسع لمظاهر الضعف الذي يعتري المتعاقد المغبون و بذلك تصبح المادة بالاضافة الى ذكرها للطيش و الهوى الجامح ان تتضمن عدم الخبرة .

اما فيما يتعلق بعقود الاذعان توصلنا الى ان نظرية عقود الاذعان تحمل مفهوما واحدا لمظاهر الضعف التعاقدي و هو الضعف الاقتصادي الذي ينشا عن تدني مركز المتعاقد الاقتصادي امام قوة المتعاقد الاخر ، في حين ان المستهلك يتعرض لمظهرين من مظاهر الضعف الاول اقتصادي و الثاني معرفي ناتج عن عدم خبرته .

و بالنسبة لعقود الاستهلاك استخلصنا ان المستهلك سواء بمفهومه الضيق او الواسع يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية. و حتى المحترف خارج مجال تخصصه ، يعتبر طرفا ضعيفا طالما انه يتعاقد خارج نطاق اختصاصه ، لانه ليس لديه الخبرة و الدراية الكافية بهذه الاعمال على الرغم من ان تصرفه يكون له غرض مهني ، الا انه عرضة لخطر معين هو ان يكون في مركز ضعيف بالمقارنة مع مركز المهني المتخصص الذي يتعاقد معهم .

و على هذا فان المستهلك سواء بمفهومه الواسع او الضيق يعتبر طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية ما دام انه يتعاقد في مجال خارج عن تخصصه ، و بالتالي تستوجب حمايته طبقا لما تقرر في قوانين الاستهلاك .

و لما كان هدف الدراسة هو البحث و تتبع مدى فعالية مقومات الحماية التي وفرها المشرع للمستهلك استدعى الامر ان اتعرض لهذه المقومات خلال مختلف مراحل التعاقد ، ابتداءا من مرحلة التفاوض مرورا بمرحلة ابرام العقد لنصل في النهاية الى مرحلة تنفيذ العقد .و على هذا قسمت الدراسة الى قسمين :

فتناولت في القسم الأول حماية المستهلك في مرحلة الدعوة الى التعاقد و ابرام العقد . حيث قسمت هذا القسم الى بابين الباب الاول تناولت فيه حماية المستهلك في مرحلة الدعوة الى التعاقد او التفاوض و قسمته الى فصلين : الفصل الاول تحت عنوان حماية المستهلك من الاعلان التجاري ، و الفصل الثاني : حماية المستهلك بفرض التزام المهني بالاعلام .و الباب الثاني تناولت فيه حماية المستهلك في مرحلة ابرام العقد .و الذي قسمته الى فصلين : الفصل الاول تحت عنوان مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بارادته على اعتبار ان الارادة هي اساس التعاقد فاذا صحت صح التعاقد معها و اذا انعدمت بطل التعاقد و هي بذلك تلعب دورا هاما في مرحلة التعاقد لان الاصل في ابرام العقود هو مبدا سلطان الارادة . و تناولت في الفصل الثاني مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بمحل التعاقد .

ولقد قسمت الفصل الأول الى مبحثين ، تناولت في المبحث الأول قوة ارادة المستهلك في تكوين العقد و في المبحث الثاني اثار عيوب الارادة و علاقتها بحماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي

و الفصل الثاني المتعلق بمظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بمحل العقد فقد قسمته الى مبحثين تناولت في المبحث الأول الشروط الواجب توافرها في محل العقد و في المبحث الثاني الشروط المرتبطة بالثمن .

و قد توصلت الدراسة بعد البحث في المراحل التي يمر بها المستهلك من بداية تعرفه على السلعة الى غاية التعاقد بشانها ، و بعد تحليل للنصوص القانونية بغية الوقوف على مدى فعالية هذه الاخيرة في حماية المستهلك توصلنا الى النتائج التالية :

ان ما يمكن قوله و الاعتراف به خاصة في ضوء التقدم الكبير في جميع المجالات ان الاعلان التجاري أصبح ضروريا ، و هو في الوقت الحالي وسيلة و علما يفرض نفسه في المجال الاقتصادي و الاجتماعي ، و ان المنتج لا يمكن ان يستغنى عليه و بدونه لا يمكن له تسويق منتجاته ، فانه اصبح من الضروري عمل الجميع على معالجته و توجيهه لصالح المستهلكين بصفة خاصة و على الدولة و أجهزتها ان تراقب الاعلان في مختلف مراحله.و على المشرع الجزائري الاهتمام اكثر بهذه الوسيلة و ان ينظمها بقوانين جديدة تكون مواكبة للتطور الكبير و المتسارع في مجال تصنيع المنتوجات و تكون من جهة اخرى كفيلة بان تحمي المستهلك من هذه الوسيلة التي اصبحت لا يمكن الاستغناء غنها سواء من طرف المنتج او من طرف المستهلك .

اما فيما يتعلق بالالتزام بالاعلام ورغم اهميته و ضرورة الوفاء به في اطار مبادئ حسن النية ، الا انه الى غاية الآن لم يقم المشرع بتنظيمه بنصوص خاصة تجعله التزام قانوني مستقل رغم صدور المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك. و بالتالي وفيما عدا بعض الحالات التي ينظم فيها القانون العقابي جزاء كتمان المعلومات او عدم الادلاء بها باعتبارها من حالات الغش او التدليس المعاقب عليه جنائيا،فان هذا الالتزام لم يحض بعد بوضع الجزاءات المدنية المترتبة على مخالفته في المرحلة السابقة على التعاقد، لذلك يجب البحث عن الجزاءات المدنية المترتبة على الاخلال بهذا الالتزام في ضوء النصوص القانونية الحالية و في ظل القواعد القانونية العامة و المتمثلة في قابلية العقد للابطال لمصلحة المستهلك و قيام المسؤولية المدنية .

اما فيما يتعلق بمرحلة ابرام العقد فانه رغم حرص المشرع الجزائري على توفير قدر كبير من الحماية للطرف الذي وقع في الغلط ، غير انه لازال حتى الان يعتمد على احكام الغلط في القانون المدني خاصة فيما يتعلق بشروطه ، و لكن انه من الصعب ان يثبت المستهلك االذي وقع في الغلط ، شروط الغلط المتمثلة في ان يكون الغلط جوهريا و ان المتعاقد الاخرعلى علم بهذا الغلط و على هذا يتضح أن المشرع الجزائري لم يوفر القدر الكافي من الحماية للمستهلك أو المتعاقد الذي وقع في الغلط تمكنه من الحد من الأضرار التي تترتب على معاملات كانت بناءا على إرادته التي جاءت مخالفة لما أراد في الحقيقة.

كما ان المشرع الجزائري حدد آجال رفع دعوى الإبطال طبقا للمادة 101 من القانون المدني الجزائري بمدة 5 سنوات يبدأ سريانها في حالة الغلط في اليوم الذي يكتشف فيه الغلط ومدة 10 سنوات

من وقت تمام العقد .غير ان الحق في طلب ابطال العقد لوجود غلط يخضع لنظرية التعسف في استعمال الحق على اعتبار ان هذه النظرية عامة تنطبق على جميع الحقوق .

و على هذا فان نظرية الغلط طبقا لما جاء به المشرع لا توفر حماية حقيقية للمستهلك على اعتبار أن المستهلك طبقا لهذه النظرية ملزم بإثبات أنه وقع في غلط جوهري دفعه الى التعاقد كما عليه أن يثبت اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر ومن هنا تظهر مظاهر ضعف هذه النظرية.

كما ان المشرع اراد حماية المستهلك من خلال نظرية التدليس ، ذلك انه على الرغم من ان المستهلك ملزم باثبات ان الحيل التدليسية هي التي دفعته الى التعاقد الا انه في نفس الوقت يقدر اندفاعه من خلال معيار ذاتي بحيث يركز على حالة المستهلك المدلس عليه من حيث الخبرة و الذكاء، و عليه فإن وجود التضليل مرتبط بكل متعاقد على حده .

و في مجال الاثبات نجد ان المشرع لم يشترط لامكان التمسك بالتدليس نفس الشروط التي في الغلط ، كما تظهر مظاهر الحماية كذلك من خلال نظرية التدليس في مجال الجزاء المترتب عليه و المتمثل في ابطال العقد،حيث يكون للمستهلك الحق في ابطال العقد او الابقاء عليه كما هو.و له الحق كذلك ان يختار بين المطالبة بالتعويض و بين ابطال العقد او ان يجمع بينهما،على اعتبار ان الحيل التدليسية هي من قبيل الافعال التي يقوم بسببها ركن الخطأ في المسؤولية.

وكتقييم لمدى مساهمة نظرية التدليس في حماية المستهلك نستطيع ان نقول انها كافية الى حد بعيد في حمايته في مرحلة ابرام العقد .الا ان المستهلك لا يريد ابطال العقد ، و انما يريد الحصول على ما يشبع رغبته من التعاقد .

اما فيما يتعلق بمحل التعاقد توصلنا الى ان المشرع قد اعطى اهمية كبيرة للمستهلك و وفر له حماية في مرحلة ابرام العقد و هذا عندما اشترط ان يكون محل العقد معيننا او قابلا للتعيين و ان يكون ممكننا، ورتب المشرع على عدم توافر أي من هذه الشروط جزاء البطلان مساويا بذلك اثر عدم التعيين او عدم القابلية للتعيين بأثر عدم وجود المحل او عدم القدرة على تسليمه .

غير ان هذه الحماية في مرحلة ابرام العقد من خلال تعيين المحل غير كافية ومازالت قاصرة على تحقيق الاهداف المرجوة منها نصا و هو ما اثبتته الدراسة ، والواقع ، ذلك ان المستهلك يجد نفسه امام طلب الابطال. لان طلب ابطال العقد او التمسك به ياتي بعد استلام البائع للثمن . فالمستهلك بالرغم

من انه لم يستلم المبيع بالصورة التي تحقق غرضه من التعاقد .فنجده يتحمل معناة و مصاريف المطالبة القضائية بكل مايترتب عليها من ضياع جهد و وقت و نفقات .وهذا ما يجعله يفضل الابقاء على العقد بدلا من ان يحرم من السلعة او الخدمة بصفة كاملة ومن هنا تتجلى عدم كفاية الحماية التي توفرها النصوص التشريعية لهذا المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

اما فيما يتعلق بتحديد الثمن نستنتج ان تحديد الثمن وقت ابرام العقد يخضع لتاثير العديد من العوامل التي تتحكم فيه فالمركز الاقتصادي للمنتج او البائع و كذا ندرة السلعة او الخدمة و الحاجة الملحة للمستهلك ايضا، كل هذا يؤدي الى ارتفاع الاسعار، و هذا ما يشكل خطورة على المستهلك في مرحلة ابرام العقد،و على هذا يجب ان يؤخذ كل هذا بعين الاعتبار من خلال سن قوانين لحماية المستهلك ، تتمشى مع الواقع المعاش و مواكبة التطورات السريعة التي يفرضها الواقع الاقتصادي،حتى يكون الثمن عادلا، بحيث يعبر عن القيمة الواقعية للمحل المبيع.

اما القسم الثاني فخصصته لمرحلة تنفيذ العقد و قسمته كذلك الى بابين الباب الأول تناولت فيه المشاكل التي تظهر عند تسليم المحل و قسمته الى فصلين : الفصل الأول يتعلق بالتزام البائع بضمان العيوب الخفية كوسيلة لضمان السلامة . و قسمته الى مبحثين المبحث الأول تناولنا فيه اثر شروط الضمان في حماية المستهلك و في المبحث الثاني مسؤولية البائع من خلال أحكام ضمان العيوب الخفية .

اما الفصل الثاني يتعلق بالتزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات، و قسمته الى مبحثين المبحث الأول درست من خلاله ماهية مطابقة المبيع للمواصفات و المبحث الثاني درست من خلاله مقومات العلاقة بين عدم المطابقة للموصفات و العيب الخفي.

اما الباب الثاني خصصته لدراسة موضوع بالغ في الاهمية و هو نظام تعويض المستهلك عما يصيبه من اضرار بسلامته ، و قسمته الى فصلين :

الفصل الاول تحت عنوان استحداث مسؤولية المنتج كضمان لتعويض المستهلك عن الاضرار التي تصيبه ، و قسمته بدوره الى مبحثين الاول نظام مسؤولية المنتج و المبحث الثاني اركان مسؤولية المنتج.

اما الفصل الثاني درست من خلاله وسائل دفع المسؤولية و تقييم دور القواعد الحديثة لمسؤولية المنتج في تعويض المستهلك ، و قسمته الى مبحثين الاول درست من خلاله وسائل دفع المسؤولية و في

المبحث الثاني تعلق بتقييم مسؤولية المنتج من خلال احكام القانون المدني و قانون حماية المستهلك تجاه حماية المستهلك حيث توصلت الى النتائج التالية :

انه و فيما يتعلق بالعيب الخفي وبخصوص عبء اثبات قدم العيب و على اعتبار ان ظروف التعامل وإبرام العقود قد تغيرت عن الطريقة التقليدية نظرا للتطورات التكنولوجية والصناعية الهائلة ونظرا كذلك لقدرة وإمكانية المستهلك بالمقارنة مع القدرات الهائلة للمنتج و المحترف ففي مثل هذه الحالة فإننا نستطيع أن نقول أنه يتعذر على المستهلك القيام بإثبات قدم العيب وهذا ما يجعل المستهلك يعزف عن تسجيل دعاوى ضمان العيب ، لضعف الأمل في الحصول على حكم لصالحه ، وعلى هذا الأساس نرى أنه بالنسبة لعقود الاستهلاك التي تبرم بين المحترفين والمستهلكين ضرورة قلب عبء إثبات قدم العيب من المشتري إلى البائع حتى يثبت أن العيب حديثا وهذا أمر سهل بالنسبة إلى البائع في ظل ما يملكه من خبرة وقدرة فنية في مجال المعاملة التي قام بها .

هذا الانتقال في عبء الاثبات يجبر المحترفين على تسليم مبيع خالي من أي عيب طالما أنهم سيتحملون إثبات أن هذه العيوب ظهرت عند المشتري ، مما يبقي على توازن العقد وعدالته ، اللذان لا يختلان إلا بوجود مستهلك ضعيف غير قادر على إثبات العيب .

ويعتبر هذا الرأي معالجة للواقع بصورة واقعية ذات طابع استثنائي تتناسب مع ضرورة الحد من ذلك التفاوت بين خبرات وقدرات كل من المستهلك والحرفي الذي يؤدي بشكل دائم إلى غياب التوازن الحقيقي للعقد .

اما فيما يتعلق بافتراض علم البائع بوجود العيب ، فقد توصلت الدراسة الى ان تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم عيوب المبيع ، يعد دعما قويا لحماية المستهلك بحيث يقع على البائع اثبات عدم علمه بالعيب اذا ارد ان ينفي مسؤوليته ، في حين ان المشرع الجزائري اشترط ان يكون البائع قد تعمد اخفاء العيب غشا منه ، و هذا ما لا يتناسب مع العقود التي اصبحت تبرم ما بين المستهلك و البائع المحترف .

وبخصوص مسؤولية البائع فقد تم التشدد في هذه المسؤولية من خلال الاتفاقات المقيدة التي يبرمها المحترف مع المستهلك ، فالمشرع الجزائري من خلال المادة 384 من القانون المدني ، أجاز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة او انقاص هذا الضمان أو اسقاطه كلية ، غير أنه جعل الاتفاق في الحالتين الأخيرتين باطلا إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه .

غير أننا يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري لم يوفق حين تطلب شروط الانقاص من الضمان أو الاعفاء منه وجوب علم البائع بالعيب وتعمد اخفاءه غشا منه للمشتري حيث كان الأجدر به الاكتفاء باشتراط فقط علم البائع بالعيب دون اشتراط توافر الغش في جانبه مما يؤدي إلى توفير حماية أوسع للمشتري ، طالما أن المحترف هو الذي يهيمن على بنود العقد .

اما فيما يتعلق بما وفره المشرع من حماية في اطار العيوب الخفية من خلال قانون حماية المستهلك فقد استخلصت ان المرسوم التنفيذي رقم 13–327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ فلم يتطرق لشرط الاعفاء من الضمان على عكس المرسوم التنفيذي رقم 90–266 المؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات الملغى ، الذي ينص في مادته العاشرة على على بطلان كل شرط بعدم الضمان ويبطل مفعوله .والمراد بشرط عدم الضمان هو كل شرط يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدها

فنص المادة 13 من القانون لم يشر كما أشار إليه نص المادة 10 المذكورة عندما يتعلق الأمر بإنقاص إلتزامات المحترف القانونية ، فهنا كنا نأمل أن ينص القانون أو مرسومه التنفيذي صراحة على بطلان كل شرط يكون من شأنه إعفاء المورد من إلتزاماته أو انقاصها .فهنا نلاحظ ان المرسوم الملغى كان اكثر فعالية في حماية المستهلك .

و بالنسبة الى الاستفادة من الضمان فانني أعتقد أن نص المادة 21 من نفس المرسوم جاء ليزيد من صعوبة الحصول على الضمان ذلك أن المستهلك قد لا يعلم بأن له حق في الضمان فكيف له أن يعلم بضرورة تقديم شكوى لدى المتدخل حتى يحصل عليه ، فإذا أراد المشرع توضيح هذا الشرط فكان يستوجب أن يذكر هذا الشرط في شهادة الضمان المنصوص عليها في المادة 06 من نفس المرسوم ، حتى يتفطن المستهلك بأنه لحصوله على الضمان لا بد من تقديم شكوى لدى المتدخل .

اما بالنسبة الى الالتزام بتقديم مبيع مطابق لما تم الاتفاق عليه توصلنا الى أنه يجب تعديل نص المادة 1/367 من القانون المدني الجزائري بإضافة كلمة «المطابق» إلى المبيع و بهذا يكون التسليم بوضع المبيع المطابق تحت تصرف المشتري على اعتبار أن الإلتزام بضمان المطابقة يتفق في طبيعته مع الإلزام بالتسليم فهو التزام عقدي بتحقيق نتيجة تنشأ من العقد و يهدف إلى تسهيل تنفيذه.و من جهة أخرى فإن التسليم الكامل لا يتم إلا بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع إذ لا يقتصر التسليم على تمكين المشتري من حيازة الشيء المبيع فقط و بهذا فإنه لن يتحقق انتفاع المشتري بالمبيع على الوجه المطلوب

إلا إذا كان المبيع مطابقا للمواصفات و الغرض الذي تم من أجله التعاقد و على هذا فإننا نقول أن الالتزام بالمطابقة اصبح ملازما للالتزام بالتسليم.

اما بالنسبة للمقاربة بين الالتزام بضمان العيوب الخفية و الالتزام بعدم المطابقة نقول أن حماية المستهلك لن تتحقق بالمعنى الحقيقي إلا من خلال اتساع نطاق عدم المطابقة إذا تماس مع نطاق العيب

و مما لاشك فيه أن هذا التوسع يهدف إلى توفير قدر أكبر من الحماية بالنسبة للمستهلك يتحقق من خلال تخليص هذا المستهلك من القيود الصارمة التي يتميز بها النظام القانوني لدعوى الضمان على أساس اعتبار ان كل عيب يظهر في المبيع هو من قبيل عدم المطابقة و هذا الأمر يسمح بإعادة تكييف دعوى الضمان و اعتبارها دعوى مسؤولية عقدية عن مخالفة الالتزام بالتسليم و من ثم قبول دعوى المشتري عما هو في الحقيقة و الواقع عيبا خفيا حتى بعد انتهاء المدة القصيرة المحددة لقبول دعوى الضمان.

و إنني استطيع أن اقول أن المستهلك و نظرا لقلة خبرته و درايته بموضوع المعاملة فإنه ليس من السهل عليه اكتشاف عدم مطابقة المبيع في المدة المحددة لإقامة دعوى الضمان خاصة في ظل التطور العلمي و التكنولوجي الذي أدى إلى ابتكار تقنيات جديدة أدخلت على انتاج السلع و تقديم الخدمات لا يعلمها المستهلك في حين أن البائع محترف يسعى دائما إلى تصنيع منتجاته من عناصر أقل جودة تمنع المستهلك من اكتشاف فعالية المبيع و ملائمته للغرض المقصود إلا بعد فوات المدة المحددة للضمان.

و من هنا استخلصت ان قواعد ضمان العيوب الخفية سواء في اطار القواعد العامة او من خلال قانون حماية المستهلك غير كافية لحماية المستهلك عن الاضرار التي تصيبه جراء اقتنائه لمبيع معيب وخطر و غير مطابق للمواصفات المتفق عليها وعلى هذا الاساس استحدث المشرع نظام جديد لحمايته و تعويضه يتمثل في مسؤولية المنتج .

اما فيما يتعلق بمسؤولية المنتج ، طبقا المادة 140 مكرر من القانون المدني بقولها ان المنتج يكون مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى و لو لم تربطه بالمضرور علاقة عقدية

و توصلت من خلال تحليل هذه المادة الى ان المشرع الجزائري قد محى بموجب كل تمييز بين المسؤولية االعقدية و المسؤولية التقصيرية عن فعل المنتوجات المعيبة بحيث تكون حماية المضرور

بنفس الطريقة سواء كان متعاقدا او غير متعاقد مع المنتج فيتم بذلك تأمين حماية متساوية لكل المستهلكين مشتريين و غير مشترين.

ويمكننا القول انه اذا كانت مسؤولية المنتج قد وضعت حدا للتمييز بين المسؤولية العقدية و التقصيرية و سوت بين الضحايا الا انها تبقى مسؤولية احتياطية فتستطيع الضحية حسب مصلحتها ان تعتد بمسؤولية الحارس باعتبار ان الضرر يكون بفعل الشيء أي المنتوج و لها ايضا ان تعتد بالقواعد العامة في المسؤولية أي المسؤولية الشخصية.

و بالنسبة الى اركان هذه المسؤولية ، فمن خلال النصوص التي استعرضناها يتضح ان المشرع قد توسع في مفهوم الضرر ذلك انه لم يحدده ، و على هذا يفترض انه يعوض جميع الاضرار سواء كانت مادية او جسدية او معنوية كما انه لم يحدد نوع العيب فبمجرد ظهوره سواء خطير او غير خطير يجعل المنتوج غير صالح للاستعمال المخصص له يلزم المنتج بجبر هذا الضرر الذي ينتج عنه .

وفيما يتعلق بدفع المسؤولية فان المادة 140مكرر قد احدثت نقلة نوعية و مهمة في مجال حماية المستهلك على اعتبار انه لأول مرة يعرف التشريع الجزائري دعوى يرفعها المستهلك مباشرة ضد المنتج ليحصل بموجبها على التعويض عن الاضرار البدنية و المالية،ذلك ان دعوى العيوب الخفية و دعوى عدم المطابقة للمواصفات تقتصر فقط على التعويض عن الاضرار التجارية و على اطراف العلاقة التعاقدية، و بهذه المسؤولية الموضوعية اللاخطئية يكون المشرع قد خرج بها عن القواعد العامة التي تؤسس على الخطا .

الا اننا نلاحظ ان المشرع الجزائري لم يعرها الاهتمام الذي تستحقه ذلك ان اضافتها كانت من خلال مادة وحيدة متكونة من فقرتين الفقرة الاولى نصت على شروط قيام المسؤولية و الفقرة الثانية عرفت المقصود بالمنتوج. و على هذا يمكننا القول ان هذه الدعوى جاءت غير متكاملة على اعتبار انه قرر بعض قواعدها و ترك الباقي للقواعد العامة اوللاجتهاد القضائي .

غير اننا نصل في الاخير انه و بما ان مسؤولية المنتج حديثة النشاة فإننا لم نتمكن من العثور على الوسائل التي تمكننا من بحث آثار هذه الدعوى على المستوى التطبيقي في تحقيق حماية المستهلك.

كما انه فيما يتعلق بقانون حماية المستهلك ، فانه و رغم أنه اتى بالجديد و فعل حماية المستهلك بشكل افضل مما كانت عليه، ذلك انه ثمن حصوله على التعويض بشكل نستطيع أن نقول انه عادل إلا

انه لم ينظم كيفية الحصول على هذا الحق بشكل ينفي كل جهالة،على اعتبار انه لم يحدد الشخص الذي للمستهلك أن يرفع الدعوى ضده ،هل هو المنتج او المستورد ام الموزع ام البائع بالتجزئة ام على الجميع،و هذا ما يصعب مهمته خاصة و أن القانون لم يعرف المنتج ، كما انه لم يحدد طبيعة الاضرار الذي يتم التعويض عنها هل هي الاضرار التجارية وحدها ام تشمل الاضرار البدنية و المالية و هل تشمل كذلك الاضرار المعنوية.

و انني اعتقد ان هذه الحماية لم تصل الى المستوى المطلوب بسبب غياب دور جمعيات حماية المستهلك في تحقيق الحماية المراد الوصول اليها من خلال الدفاع على مصالح المستهلك و توعيته بالحقوق التي منحه اياها قانون حماية المستهلك .فهذه الجمعيات تعتبر جمعيات خاصة و لم تزود باية صلاحيات بالنسبة للتحقيق في حوادث الاستهلاك ووجود عيب في المنتوج ، كما انها لم تزود بصلاحية رفع الدعاوى على المنتجين او البائعين عن السلع المعيبة .

و ما نلاحظه عمليا ان القضاء لم يؤدي دوره ، و هذا لندرة قضايا ضحايا المنتجات المعيبة الذي يرجع من جهة الى عدم وعي المستهلك في المجال القانوني و القضائي ، و من جهة اخرى الى عدم قدرة جمعيات حماية المستهلك لتمثيل المستهلك امام الجهات القضائية على اعتبار ان المادة 21 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش تمنح للجمعية الصفة في ان تتاسس كطرف مدني و لم تنص على منحها نفس الحق في لتمثيل امام جميع الجهات القضائية .

و في الاخير نقول انه رغم كل النصوص التي اتى بها المشرع بغية حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ، الا انه يبقى يحتاج الى حماية اكثر نظرا لضعفه من جميع النواحي ، وقوة البائع المحترف في جميع الميادين ، الا ان هذا لا يعني اننا نريد اهدار حقوق و مصالح المنتج و البائع لان في واقع الامر حتى هؤولاء يسعون الى تحقيق نوع من التوازن العقدي لما هم ملتزمين به من تقديم كل المعلومات المتعلقة بالسلع و الخدمات التي يقدمونها و يعرضونها للمستهلك .و بالتالي فهم يساهمون في اعادة التوازن العقد القائم بينهم .

و في نهاية الخاتمة نتعرض الى اهم التوصيات حول الموضوع وفقا لما يلي :

التوصيات :

–فيما يتعلق بحماية المستهلك في اطار نظرية الاستغلال ، فانه من الاجدر تعديل المادة 90 و ذلك بالاخذ بالمفهوم الواسع لمظاهر الضعف الذي يعتري المستهلك المتعاقد المغبون و بذلك تعدل المادة بتضمينها لعبارة عدم الخبرة بالاضافة الى ذكرها للطيش و الهوى الجامح .

–فيما يتعلق بالالتزام قبل التعاقدي فلابد كما وضحته الدراسة من تنظيم الجزاءات المدنية و ترتيب المسؤولية و المطالبة بالتعويض عند الاخلال به ، و هذا حتي يلتزم كل منتج او بائع بتقديم كل المعلومات اللازمة المتعلقة بالشيء المبيع ، و تحذير المستهلك من مخاطر هذا المبيع في حالة استعماله بصفة خاطئة او مخالفة الارشادات المقدمة بالاضافة الى انه في حالة المنازعة جعل عبء اثبات الوفاء به على عاتق المنتجين و البائعين المحترفين .

–بالنسبة الى العيوب الخفية و على اعتبار ان المشرع الجزائري طبقا للمادة 379 من القانون المدني قد وسع في مفهوم العيب ليشمل الصفات التي تعهد البائع بوجودها فانني ارى ان يمد هذا التوسيع و يعتبر عيبا عدم صلاحية المبيع للغرض الذي تم التعاقد بشانه ، كما يجب ان يحل مفهوم السلامة المتوقعة من المبيع المعيب او الخطر محل مفهوم حصول المشتري على المنفعة الكاملة من المبيع ، و هذا لتوفير حماية اكثر للمستهلك .

–نقل عبء اثبات قدم العيب من المستهلك الى البائع المحترف ليثبت انه عيب ظهر بعد التسليم

–زيادة المدة التي تتقادم فيها دعوى ضمان العيب الخفي ، خاصة بالنسبة للسلع ذات التقنيات العالية و جعلها اكثر من سنة على اعتبار ان المستهلك لا يتمتع بخبرة و لا دراية بهذه السلع و من الصعب عليه ان يكتشف عيرب هذه السلع في خلال السنة المحددة قانونا الا بعد مرور اكثر من سنة .

–اعتبار مسؤولية البائع او المنتج من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، و هذا يؤدي بنا الى اعتبار شروط الاعفاء او التخفيف منها باطلة في جميع الحالات و ليس فقط في الحالات التي نصت عليها المادة 384 من القانون المدني الجزائري . على اعتبار ان المنتج او البائع نظرا لقوته الاقتصادية يحاول دائما اشتراط التخفيف من مسؤوليته ان لم نقل الاعفاء منها .

–اما بالنسبة الى الالتزام بتسليم مبيع مطابق لما تم الاتفاق يجب تعديل نص المادة 1/367 من القانون المدني الجزائري بإضافة كلمة «المطابق» إلى المبيع و بهذا يكون التسليم بوضع المبيع المطابق تحت تصرف المشتري على اعتبار أن الإلتزام بضمان المطابقة يتفق في طبيعته مع الإلزام بالتسليم فهو التزام عقدي بتحقيق نتيجة تنشأ من العقد، و يهدف إلى تسهيل تنفيذه.و من جهة أخرى فإن التسليم الكامل لا يتم إلا بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع إذ لا يقتصر التسليم على تمكين المشتري من حيازة الشيء

المبيع فقط و بهذا فإنه لن يتحقق انتفاع المشتري بالمبيع على الوجه المطلوب إلا إذا كان المبيع مطابقا للمواصفات و الغرض الذي تم من أجله التعاقد .

–اما فيما يتعلق بمسؤولية المنتج لابد من وضع نظام محدد لهذه المسؤولية سواء من خلال قانون حماية المستهلك و قمع الغش او من خلال القانون المدني و هذا بتحديد مدة تقادمها ، ووسائل دفعها ، و تحديد الشخص الذي للمستهلك أن يرفع الدعوى ضده ،هل هو المنتج او المستورد ام الموزع ام البائع بالتجزئة ام على الجميع حتى يسهل حصوله على التعويض .

–تحديد طبيعة الاضرار الذي يتم التعويض عليها هل هي الاضرار التجارية وحدها ام تشمل الاضرار البدنية و المالية و هل تشمل كذلك الاضرار المعنوية.

–تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك في تحقيق الحماية المراد الوصول اليها من خلال تزويدهم بكل الصلاحيات للتحقيق في حوادث الاستهلاك ووجود عيب في المنتوج ، والحلول محل المستهلكين في رفع الدعاوى على المنتجين او البائعين في حالة اصابة المستهلك باضرار ناتجة عن السلع المعيبة و الخطرة .بحيث تنتهي بحكم قضائي يستفيد منه مباشرة المستهلك المتضرر من حادثة الاستهلاك .

الحمد لله رب العالمين انني انتهيت من هذا البحث الذي لم اعترف بصعوبته في البداية الا انني اعترف بها في النهاية .انني احمد الله على ان اعانني على استكمال هذا البحث الذي اعتبره لبنة في بناء اتمنى اكتماله و اراه صرحا شامخا يحمي كل المستهلكين في الجزائر .

قائمة المراجع

أولا: قائمة المراجع باللغة العربية

1/ المؤلفات :

- **ابو العلا علي ابو العلا النمر**

–حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي دار النهضة العربية الطبعة الاولى 1998.

- **احمد السعيد الزقرد**

–الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة و المضللة بدون ناشر او تاريخ النشر

- **احمد محمد محمد الرفاعي**

–الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي دار النهضة العربية ط 1994.

- **اسامة احمد بدر**

– ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة .

- **اشرف محمد مصطفى ابو حسين**

–التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل احكام القانون المدني و الفقه الاسلامي منشاة المعارف بدون تاريخ النشر .

- **أنور سلطان وجلال العدوي**

– العقود المسماة ، الجزء الأول ، البيع ، دار المعارف 1963.

- **أنور سلطان**

–الموجز في النظرية العامة للالتزام .مصادر الالتزام دار المطبوعات الجامعية 1998 .–العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة ، 1992 .

- **بربارة عبد الرحمان**

–شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية منشورات بغدادي طبعة 2009.

- **بلحاج العربي**

–النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري–ديوان المطبوعات الجامعية–ط 2001 .

- **جابر محجوب علي**

–ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المبيعة دراسة مقارنة بين القانون الفرنسي و القانون المصري و الكويتي.دار النهضة العربية.بدون تاريخ النشر.

حسام الدين الاهواني

-النظرية العامة للالتزام الجزء الاول المصادر الارادية للالتزام دار النهضة العربية الطبعة الثالثة 2000

- **حسن عبد الباسط جمعي**

-مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته المعيبة(دراسة مقارنة في ضوء تطور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنج عن عيوب المبيع -في19مايو1998-دار النهضة العربية-ط2000.

-اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ظاهرة اختلال التوازن بين الالتزامات التعاقدية في ظل.انتشارالشروط التعسفية،دراسة مقارنة بين القانون المصري و قانون دولة الامارات و القوانين الاوربية مع الاشارة للقوانين الانجلوامريكية،دار النهضة العربية القاهرة 1996 .

-مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة دراسة مقارنة في ضوء تطور القضاء الفرنسي ، وصدور القانون الفرنسي بشأن مسؤولية المنتج عن عيوب المبيع في 19 مايو 1998 ، دار النهضة العربية ، ط 2000 .

- اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد دار النهضة العربية طبعة 1997 .

- حماية المستهلك (الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك)دار النهضة العربية القاهرة 1996 .

- **حمد الله محمد حمد الله**

-حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)دار الفكر العربي،طبعة 1997 .

-مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي الجزء الاول بدون ناشر طبعة 2000 .

- **خالد جمال احمد**

-الالتزام بالاعلام قبل التعاقد دار النهضة العربية بدون سنة الطبع .

- **خالد ممدوح ابراهيم**

-حماية المستهلك في العقد الالكتروني دار الفكر العربي ط 2008 .

- **خليل احمد حسن قدادة**

-الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء(عقد البيع) ط 2000 .

- **رمضان علي السيد الشرنباصي**

- حماية المستهلك في الفقه الإسلامي ، مطبعة الأمانة ، الطبعة الأولى 1404 هـ .

- **سعيد جبر**

- الضمان الاتفاقي للعيوب الخفية في عقد البيع ، دار النهضة العربية ، طبعة 1985.

- **سعيد سليمان جبر**

- العقود المسماة (البيع والإيجار) ، 2007 ط 1، دار النهضة .

- **سليمان مرقص**

–الواقي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة مجلد أول عقد للبيع ، ط:5 1990.

- **سمير عبد السيد تناغو**

– عقد البيع ، مكتبة الوفاء القانونية ، ط1 سنة 2009 .

- **سمير كامل**

– ضمان العيوب الخفية في بيع الاشياء المستعملة–دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي دراسة مقارنة بين القانون المصري و القانون الفرنسي دار النهضة العربية ط 1991 .

السيد خليل هيكل

–نحو القانون الاداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك دار النهضة العربية بدون تاريخ النشر.

- **عاطف عبد الحميد حسن**

–حماية المستهلك الحماية المدنية للمستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاذعان و في العقود المبرمة بين المهنيين و غير المهنيين .دار النهضة 1996.

- **عبد الحميد الديسطي عبد الحميد**

–حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج –دراسة مقارنة ––كلية الحقوق –جامعة المنصورة.ط2009.

- **عبد الرزاق احمد السنهوري**

–الوسيط الجزء السابع عقود الغرر –عقود المقامرة و الرهان و المرتب مدى الحياة الجزء السابع

– الوسيط الجزء الرابع .العقود التي تقع على الملكية البيع و المقايضة.

–الوسيط الجزء الاول نظرية الالتزام بوجه عام ط 2004 .

- **عبد الفتاح بيومي حجازي**

–حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت دار الفكر الجامعي الطبعة الاولى 2006.

- **عبد المنعم موسى إبراهيم**

– حماية المستهلك (دراسة مقارنة) منشورات الحلبي الحقوقية بدون تاريخ الطبع .

- **على سيد حسن**

–الالتزام بالسلامة في عقد البيع (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية ، 1990.

- **علي علي سليمان**

–النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية.

- **على فيلالي**

–الالتزامات الفعل المستحق للتعويض –الطبعة الثالثة بدون تاريخ–موقع للنشر.

–الالتزامات النظرية العامة للعقد مطبعة الكاهنة ط

- **علي هتاك**

– تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتوج–دار الفكر الجامعي– ط2007.

- **عمرو أحمد عبد المنعم الدبش**

– الواقي في شرح ضمان العيوب الخفية (في عقد البيع) ، دار الفكر العربي ، ط الأولى 012 .

- **فتحي عبد الرحيم عبد الله**

–الوجيز في النظرية العامة للالتزامات –الكتاب الاول–مصادر الالتزام(غير الارادية)–مكتبة الحلاء الجديدة المنصورة–بدون سنة نشر.

- **قادة شهيدة**

–المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة ط 2007

- **كيلاني عبد الراضي محمود**

–مفهوم المستهلك كأساس لتحديد نطاق تطبيق تقنين الاستهلاك الفرنسي دار النهضة العربية ط 2005 .

- **محمد بودالي**

–حماية المستهلك في القانون المقارن (دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي) دار الكتاب الحديث.

- **محمد حسن قاسم**

– الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك ، دار الجامعة الجديدة ، ط 2011 .

- **محمد حسين عبد العال**

–مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية (دراسة تحليلية مقارنة) دار النهضة العربية ط 2011 .

- **محمد سامي عبد الصادق**–مسؤولية منج الدواء عن مضار منتجاته المعيبة(دراسة مقارنة)–دار النهضة العربية–بدون تاريخ الطبع .

محمد شكري سرور

– مسؤولية المنتج عن الاضرار التي تسببها منتجاته الخطرة دار الفكر العربي الطبعة الاولى 1983.

- **محمود جلال حمزة**

–العمل الغير مشروع باعتباره مصدر للالتزام–ديوان المطبوعات الجامعية ط1985 .

- **محمودعبد الرحيم الديب**

–الحماية المدنية للمستهلك (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدية .

- **محي الدين اسماعيل علم الدين**

–نظرية العقد (مقارنة بين القوانين العربية و الشريعة الاسلامية) دار الكتاب الحديث بدون رقم الطبعة و لا تاريخ النشر.

- **مصطفى احمد ابو عمرو**

–الالتزام بالاعلام في عقود الاستهلاك دراسة في القانون الفرنسي و التشريعات العربية دار الجامعة الجديدة ط 2010.

- **معتز نزيه محمد الصادق المهدي**

–المتعاقد المحترف مفهومه–التزاماته –مسؤوليته –دراسة مقارنة دار النهضة العربية 2009 .

–الالتزام قبل التعاقدي بالادلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد و تطبيقاته على بعض انواع العقود –دراسة فقهية قضائية مقارنة دار النهضة العربية 1982 .

- **ممدوح محمد علي مبروك**

– ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك (دراسة تحليلية في القانون المدني و قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006) دار النهضة العربية 2008

- **نائل عبد الرحمن صالح**

–حماية المستهلك في التشريع الاردني .زهران للنشر و التوزيع عمان 1991 .

2/ الرسائل الجامعية :

- **احمد ابراهيم مصطفى عطية**

–النظام القانوني للاعلانات في القانون المدني رسالة دكتوراه حقوق القاهرة 2006.

–الحماية المدنية للمستهلك ازاء المضمون العقدي رسالة دكتوراه دار النهضة العربية ط 1994.

- **اماني جمال عبد الوهاب**

–حماية المستهلك من وسائل الدعية و الاعلان في ضوء القانون المدني و الفقه الاسلامي،رسالة دكتوراه جامعة طنطا سنة 2010.

- **خالد عبد المنعم ابراهيم مصطفى**

–حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2011 .

- **رمضان المقطوف عمر عبد الله**

–التزام البائع بعلام المشتري و تبصيره في المرحلة السابقة على ابرام البيع رسالة دكتوراه جامعة القاهرة 2012.

- **سيد محمد سيد شعراوي**

–الحماية المدنية للمستهلك رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 2010 .

- **عبد البديع المهدي علي غانم**

–المسؤولية المدنية للبائع عن الأضرار التي تصيب المستهلك و كيفية حمايته في ضوء القانون الوضعي و الفقه الإسلامي رسالة دكتوراه جامعة الزقازيق 2005 .

- **عبد القادر اقصاصي**

–الالتزام بضمان السلامة في العقد (نحو نظرية عامة) رسالة دكتوراه جامعة الاسكندرية 2007–2008

- **عمر احمد عيد المنعم دبش**

–النظام القانوني لضمان العيوب الخفية في عقد البيع في اطار القانون المدني رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 2009 .

- **عمر خالد الزريقات**

–عقد البيع عبر الانترنت دراسة تحليلية، رسالة دكتواره، كلية الحقوق عين شمس .

- **عمر محمد عبد الباقي خليفة**

–الحماية العقدية للمستهلك رسالة دكتوراه جامعة عين شمس سنة 2004 .

- **محمد حسان**

–الالتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات رسالة دكتوراه جامعة المنصورة 2011 .

- **محمد عبد السلام نصر عماشة**

– مسؤولية المنتج عن ضمان العيوب الخفية (دراسة مقارنة بين القانون المدني والشريعة الاسلامية) ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنوفية ، 2007 .

- **محمد عبد القادر علي الحاج**

–مسؤولية المنتج و الموزع–دراسة في قانون التجارة الدولية مع المقارنة بالفقه الاسلامي–رسالة دكتوراه–حقوق–القاهرة مطبعة الامانة 1982 .

- **مساعد زيد عبد الله المطيري**

– الحماية المدنية للمستهلك في القانون المطيري و الكويتي .رسالة دكتوراه القاهرة 2007 .

- **مصطفى ابو مندور موسي**

–دور العلم بالبيانات عند تكوين العلاقة العقدية.رسالة دكتوراه.جامعة القاهرة.سنة2000.

- **منى ابو بكر الصديق محمد حسان**

–الالتزام باعلام المستهلك عن المنتجات رسالة دكتوراة جامعة المنصورة 2001

3/ المقالات :

- **ابراهيم الدسوقي ابو اليل**–مبدا حرية التعاقد مضمونه و مداه دراسة تحليلية لمدى دور الارادة في التعاقد مجلة المحامي الكويتية السنة التاسعة عشر ابريل مايو يونيو 1990من صفحة 11 الى ص 82

- **احمد السعيد الزقرد**

–الحماية القانونية من الخداع الاعلاني في القانون الكويتي المقارن مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت السنة 19 العدد الرابع ديسمبر 1995 .

- **اسماعيل محمد المحافري**

–الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية دراسة فقهية قضائية مقارنة–مقال منشور في مجلة الحقوق العدد الرابع السنة الثلاثون ديسمبر 2006.

- **جابر محجوب علي**

–ضمان سلامة المستهلك من الاضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة دراسة في القانون الكويتي و القانونين المصري و الفرنسي (القسم الأول) مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت السنة العشرون العدد الثالث سبتمبر 1996 .

- **عبد المنعم موسى ابراهيم**

–حماية المستهلك دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية بدون تاريخ الطبعة.

- **فتحي عبد الرحيم عبد الله**

–نظام تعويض الاضرار التي تلحق بأمن و سلامة المستهلك في القانون المدني المصري و المقارن–مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية مجلة فصلية محكمة تصدر في جامعة منصورة كلية الحقوق العدد 25 أفريل1999 .

- **فتيحة محمد قوراري**

–الحماية الجنائية للمستهك من الاعلانات المضللة دراسة في القانون الاماراتي و المقارن،مجلة الحقوق تصدر عن مجلس النشر العلمي جامعة الكويت السنة الثالثة و الثلاثون العدد الثالث سبتمبر 2009 .

- **نبيل محمد احمد صبيح**

–حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية(دراسة مقارنة) مجلة الحقوق جامعة الكويت العدد الثاني السنة الثانية و الثلاثون يونيو 2008 .

- **عدنان ابراهيم سرحان**

–التزام المحترف بتزويد المستهلك بالمعلومات مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية جامعة الاسكندرية العدد الثاني سنة 2007 .

- **محمد ابراهيم بنداري**

–حماية المستهلك في عقد الاذعان بحث مقدم الى ندوة حماية المستهلك في الشريعة و القانون التي نظمتها كلية الشريعة والقانون بجامعة الامارات العربية المتحدة خلال الفترة من 6–7 ديسمبر1998

4/القوانين و النصوص القانونية :

الأوامر و القوانين :

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم المنشور بالجريدة رسمية رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30 .
- القانون رقم : 89-02 المؤرخ 7 فبراير 1989 و المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك منشور بالجريدة الرسمية عدد 07 بتاريخ 1989/02/07.
- القانون 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية منشور بالجريدة الرسمية رقم 41 المؤرخة في 2004/06/27 .
- القانون رقم 04-08 المؤرخ في 2004/08/14 يتعلق بشروط ممارسة الانشطة التجارية منشور بالجريدة الرسمية رقم 52 المؤرخة في 2004/08/18 .
- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية منشور بالجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008 .
- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش منشور بالجريدة الرسمية رقم 15 مؤرخة في 2009/03/08 .
- القانون المدني المصري .
- قانون حماية المستهلك المصري رقم67 لسنة 2006
- قانون التجارة المصري .
- القانون المدني الفرنسي .
- قانون حماية المستهلك الفرنسي .

المراسيم التنفيذية و القرارات الوزارية المشتركة:

- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر سنة 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات منشور بالجريدة الرسمية رقم 40 المؤرخة في 1990/09/15 .
- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 01-315المؤرخ في 16امتوبر 2001 منشور بالجريدة الرسمية رقم 05 بتاريخ 1990/10/30.
- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44 المؤرخ في 03 فبراير سنة 2008 منشور بالجريدة الرسمية رقم 56 بتاريخ 2006/09/11.

- المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المؤرخ في 6 مايو سنة 2012 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال امن المنتوجات منشور بالجريدة الرسمية رقم 28 المؤرخة في 2012/05/09.
- المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26سبتمبر سنة 2013 المحدد لشروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ منشور بالجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 2013/10/02 .
- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 09 نوفمبر سنة2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك منشور بالجريدة الرسمية رقم 58 المؤرخة في 2013/11/18 .
- قرار وزاري مشترك مؤرخ في 14 ديسمبر 2014 يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة منشور بالجريدة الرسمية رقم 03 المؤرخة في 2015/01/27 .
-

التوجيهات الأوروبية :

- التوجيه الاوروبي رقم 450/84 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1984 المتعلق بتقريب الاحكام التشريعية و التنظيمية و الادارية للدول الاعضاء فيما يتعلق بالاعلانات المضللة .
- التوجيه الاوربي رقم 85-374 المؤرخ في 25 جويلية المتعلق بتقريب الاحكام التشريعية و التنظيمية و الادارية للدول الاعضاء فيما يتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة .
- التوجيه الاوروبي رقم 13/93 الصادر بتاريخ 05 افريل 1993 المتعلق بتقريب الاحكام التشريعية و التنظيمية و الادارية للدول الاعضاء فيما يتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين .

الاجتهادات القضائية :

- مجموعة أحكام النقض السنة 13 ، ص 808 .
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات 1980 – 1985 ، المجلد الثاني في المواد المدنية والإثبات 1989 .

ثانيا : قائمة المراجع باللغة الأجنبيـة

−**ABDELHAMID sarwat**

− obligation et responsabilité du fabriquant de produits dangereux thèse Montpelier 1989

BIHL Luc

−،la loi 78−23 du 10 Janv 1978 sur la protection et l'information du consommateur des produits et de −services D 1979 ،ch p 15 et s.

Bourgoignie (Thierry)

les clauses limitatives ou exonératoire de la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur : clauses en sursis ? actes du colloque du 13et 14 déc. 1990 L.G.D.J 1991 pp(263-278)p 269.

−**Boyer Yves**

−Lobligation de renseignement dans la formation du contrat ،These ;Aix – Marseille ;1977 n 14

CALAIS AULOY (J) et STEINMETZ (F)

−droit de la consommation dalloz 4è éd 1996.

−**CALAIS AULOY (JEAN)**

− droit de la consommation DALLOZ 3^{e}ed 1992.

− une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité، RTD، civ، 2005،P702

-Carole BLOND

- la protection de l' acheteur insatisfait de l'etzt de l'immeuble PRESSES UNIVERCITAIRE D'AIX –MARSEILLE

−**Chavanne (A)**

−Publicité fausse ou de nature à induire en erreur J.C.P 1994.p5

−**DE.chauveron**

−les clause de garantie dans la vente des véhicule ،automobiles neuf et d'occasion thèse ،paris 1960.

−**ELZUKRED Ahmed ELseaid**

-les droits des consommateurs à la sécurité et la sante، en droit Français et en droit égyptien، these université.de montpelier janvier 1990.

-**F.Patrice**

- L'obligation D'information et de conseil en matière D'assurance .p.u Aix-Marseille 1996.

-**FERRIER (Didier)**

- la protection des consommateur

-**Fourgoux (J-C)**

- <L'Article 10 de la loi du 18-01-1992 feu sur la publicité comparative >GAZ pal 1992 p 5.

-GUY Raymond

- DROIT DE LA CONSOMMATION 2e ed LexisNexis Litec p 209

-**G VINEY**

-l'introduction en droit Français de la directive europeenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilite du fait des produit defectueux D1998.p294 n012.

-**Ghestin (J)**

-Traite de droit civil ;les obligations ،la formation du contrat ،3 eme éd ،LGDJ،1993n،136

-la directive communautaire et son introduction en droit Français ،bibliothèque de droit prive ،securite des consommateur et responsabilité du fait des produits défectueux paris 1987 .p121..

- Conformité et garanties dans la vente (produits mobiliers) éd L.G.D.J. Paris 1983 n°294

-**Gilles Paisant**

-« à la recherche du consommateur pour en finir avec L'actuelle confusion née de l'Application du critère du (rapport direct) J.c.p éd =G= 2003 n °13 p 549 .

-**Houtmann (Marie Ange)**

-la mauvaise foi effective des vendeur professionnels en matiere de garantie deviction et des vices caches ،droit des contrats petites Affiches 1ere ed Aout 2002 no163

-**J.Ghestin et B. desche**

-.traite des contrats ;la vente ،Lgdj 1990.

-**J.P.Gridel**

-remarques de principes sur l'article 35 de la loi n^{0} 78/23 du 10 janv 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives R.D.S.1984 chron 153 .

Jean Calais-Auloy Henri Temple

-Droit de la consommation 9^{e}edition 2015 .

-**Laurent leveneur**

- droit des contrats 10 ans de jurisprudence commentée 1999-2000 éd litec n° :347p564

J-P pizzio

- L' introduction de la notion de consommation en droit français D.S 1982.chron 91et s

-**Laport (christian)**

-responsabilité du fait des produit défectueux la France à nouveau épinglée .cont.conc.cons.ed juris classeur .juillet 2000.chron 11 p45.

LARROUMET (Ch)

-la responssabilite du fait des produits defectueux apres la loi du 19 mai 1998 .dalloz 1998 ،chron p316

-**Le Tourneau (Ph)et Loic (cadiet)**

-droit de la responsabilité et des contrats éd DALLOZ 2002-2003 n° :5464 P1055.

-**le Tourneau**

-responsabilité des vendeurs et fabricants éd dalloz 2001 n° 812 P 139.

- **LEROY (M)et MOUFFE (B)**

le droit de la publicite Bruxelles Bruylants 1996.

-**M FALLON ،**

-les accidents de la consommation et le droit ،thèse Bruxelles éd Brylant ،1982.p.151 et s

-**M.De Juglar**

- Lobligation de renseignements dans les contrats Rtd civ 1945 p 1-45.

-**Malinvaud PH**

- la loi du 19 mai ،relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction D 1999p 86 et s .

- la responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose J.C.P 1968-1-2153

-**MAZEAUD (H.L et J) et CHABAS (F)**

- leçons du droit civil ;obligations théorie générale Montchrestien 8e éd 1991 .p 170

-**Merle et vitu**

- Traite du Droit criminel ،Droit pénal Spécial tome 1 .

-**Muriel fabre –Magnan**

- <Essai D une théorie de L'obligation D'information dans les contrats >thèse paris 1991

-**Ph Malaurie et L Aynes**

-cours de droit civil .les contrats spéciaux civils et commerciaux .tome VIII 14 éd ciyas 2001-2002.

-**Planiol et Ripert**

- traite pratique de droit civil français ، 2 éd t 10 n° 130 .

-Stephane Piedeliere

- DROIT DE LA CONSOMMATION ed ECONOMICA 2008 .

-**TASCHNER H.C**

- la future responsabilité du fait des produits défectueux dans la communauté européenne ،revue du marche commun ، mai 1986 p 257.

- **Bourgoignie (Thierry)**

- les clauses limitatives ou exonératoire de la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur : clauses en sursis ? actes du colloque du 13et 14 déc. 1990 L.G.D.J 1991 pp(263-278)p 269..

-**Vincent Vigneau**

- « trente ans de jurisprudence sur la notion du consommateur recueil gaz de pal Sep /Oct 2002 p1279.

الفهـــــــرس

مقدمـــة _____ أ

الباب التمهيدي

مفهوم المستهلك و أسباب حمايته

الفصل الأول : أطراف عقد الاستهلاك _____ 9

المبحث الأول : مفهوم المستهلك _____ 11

المطلب الأول : تعريف المستهلك _____ 12

الفرع الأول : الاتجاه المضيق لفكرة المستهلك _____ 13

الفرع الثاني : الاتجاه الموسع لفكرة المستهلك _____ 15

الفرع الثالث : موقف القضاء والتشريع من تعريف المستهلك _____ 17

المطلب الثاني : مدى اعتبار بعض الاشخاص مستهلكين بالمفهوم الواسع _____ 20

الفرع الأول : مدى اكتساب الشخص المعنوي صفة المستهلك _____ 20

الفرع الثاني : مدى اكتساب المهني الذي يتعاقد خارج نطاق تخصصه صفة المستهلك _____ 21

الفرع الثالث : مدى اكتساب المدخر صفة المستهلك _____ 24

المبحث الثاني : مفهوم المهني _____ 26

المطلب الأول : تعريف المهني و مدى اعتبار الاشخاص المعنوية مهنيون _____ 27

الفرع الأول : تعريف المهني _____ 27

الفرع الثاني : مدى اعتبار الاشخاص المعنوية مهنيون _____ 29

المطلب الثاني : المهني و المحترف _____ 29

الفرع الأول : تعريف المحترف _____ 30
الفرع الثاني : خصائص الشخص المحترف_____ 30
الفرع الثالث : تمييز المهني عن المحترف _____ 32
الفصل الثاني : أسباب الحاجة الى الحماية _____ 34
المبحث الأول : واقع عدم المساواة _____ 36
المطلب الأول : الطرف الضعيف في الرابطة العقدية _____ 38
الفرع الأول : الضعف الملازم او الذاتي _____ 39
الفرع الثاني : الضعف النسبي_____ 39
الفرع الثالث : الضعف المعرفي _____ 40
المطلب الثاني : تطبيقات خاصة لفكرة الطرف الضعيف _____ 40
الفرع الأول : الطرف الضعيف في اطار نظرية الاستغلال _____ 41
الفرع الثاني : الطرف الضعيف في عقود الاذعان _____ 43
الفرع الثالث : مفهوم الطرف الضعيف في عقود الاستهلاك_____ 48
المبحث الثاني : نحو تحقيق توازن عقدي بمكافحة الشروط التعسفية_____ 51
المطلب الأول : حماية المستهلك من الشروط التعسفية_____ 52
الفرع الأول : تعريف الشروط التعسفية _____ 52
الفرع الثاني : العناصر الواجب توافرها لاعتبار الشرط تعسفيا _____ 55
المطلب الثاني : نطاق تطبيق الشرط التعسفي و الجزاء المترتب عنه _____ 57
الفرع الأول : نطاق تطبيق الشرط التعسفي و الجزاء المترتب عنه _____ 57
الفرع الثاني : أسلوب تعيين الشرط التعسفي _____ 59
المطلب الثالث : دور القاضي في مراجعة الشروط التعسفية _____ 65
الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية او الغائها _____ 67

الفرع الثاني : سلطة القاضي في تفسير الشروط التعسفية _____ 68

القسم الأول

حماية المستهلك في مرحلتي الدعوة إلى التعاقد و إبرام العقد

الباب الأول : حماية المستهلك في مرحلة الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض _____72

الفصل الأول : حماية المستهلك من الإعلان التجاري_____ 74

المبحث الأول : مفهوم الإعلان التجاري_____ 76

المطلب الأول : تعريف الإعلان التجاري و تمييزه عما يتشابه معه من صور _____ 76

الفرع الأول : تعريف الاعلان التجاري _____ 77

الفرع الثاني : تمييز الإعلان التجاري عما قد يتشابه معه من صور _____ 81

المطلب الثاني : اعتبار الاعلان المقارن صورة للاعلان التجاري _____ 83

الفرع الأول : تعريف الاعلان المقارن و شروط صحته _____ 83

الفرع الثاني : الاثار المترتبة على الاعلان المقارن غير المشروع _____ 86

المبحث الثاني : مضمون الاعلان التجاري و دوره في حماية المستهلك _____ 87

المطلب الأول : مضمون الاعلان التجاري وضوابطه _____ 87

الفرع الأول : موضوع الاعلان التجاري و عناصره _____ 88

الفرع الثاني : ضوابط الاعلان التجاري_____ 89

المطلب الثاني : القيمة و الطبيعة القانونية للاعلان التجاري_____ 90

الفرع الأول : القيمة القانونية للاعلان التجاري_____ 91

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للاعلان التجاري _____ 92

المطلب الثالث : دور الاعلان التجاري في حماية المستهلك _____ 94

الفرع الأول : مساهمة الاعلان التجاري في تحقيق حماية المستهلك _____ 95

الفرع الثاني : الانتقادات الموجهة للاعلان التجاري وتقييمها _____ 96

المبحث الثالث : ضرورة مواجهة الاعلانات الكاذبة و الخادعة _____ 98

المطلب الأول : ماهية الاعلان التجاري الكاذب و المضلل _____ 99

الفرع الأول : مفهوم الكذب و التضليل في الاعلان التجاري_____ 99

الفرع الثاني : عناصر الكذب و التضليل في الاعلان التجاري_____ 100

المطلب الثاني : حماية المستهلك من الإعلانات الكاذبة او الخادعة _____ 104

الفرع الأول : دعوى التدليس_____ 105

الفرع الثاني : دعوى التنفيذ العيني _____ 107

الفصل الثاني : حماية المستهلك بفرض التزام المهني بالاعلام _____ 108

المبحث الأول : احكام الالتزام بالاعلام _____ 111

المطلب الأول : تعريف الالتزام بالاعلام وخصائصه و مبرراته _____ 111

الفرع الأول : تعريف الالتزام بالاعلام و خصائصه _____ 112

الفرع الثاني : مبررات الالتزام _____ 115

المطلب الثاني : تمييز الالتزام بالاعلام عما يشابهه من التزامات و طبيعته القانونية_____ 118

الفرع الأول : تمييز الالتزام بالاعلام عم يشابهه من الالتزامات_____ 118

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للالتزام بالاعلام _____ 125

المطلب الثالث : شروط نشوء الالتزام قبل التعاقدي بالاعلام _____ 128

الفرع الأول : جهل الدائن بالمعلومات و البيانات العقدية اللازمة لابرام العقد جهلا مبررا و مشروعا ___ 129

الفرع الثاني : علم المدين بالبيانات العقدية و بمدى اهميتها بالنسبة للدائن _____ 135

المبحث الثاني : جزاء الاخلال بالالتزام بالاعلام _____ 139

المطلب الأول : قابلية العقد للابطال لمصلحة المستهلك_____ 139

المطلب الثاني : قيام المسؤولية المدنية _____ 142

ملخص و نتائج الباب الأول من القسم الأول _____ 143

الباب الثاني : حماية المستهلك في مرحلة إبرام العقد _____ 145

الفصل الأول : مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بارادته _____ 147

المبحث الأول : قوة ارادة المستهلك في تكوين العقد _____ 148

المطلب الأول : مبدا الحرية في التعاقد _____ 149

المطلب الثاني : مبدا الرضائيه _____ 151

الفرع الأول : اشتراط الشكلية في بعض العقود _____ 152

الفرع الثاني : شرط تحرير العقود بلغة المستهلك _____ 153

المطلب الثالث : مبدا القوه الملزمة للعقد _____ 154

المبحث الثاني : آثار عيوب الرضا و علاقتها بحماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي _____ 156

المطلب الأول : نظرية الغلط ومدى تأثيرها في حماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي _____ 158

المطلب الثاني : نظرية التدليس ومدى تأثيرها في حماية المستهلك و تحقيق التوازن العقدي _____ 162

الفصل الثاني : مظاهر حماية المستهلك فيما يتعلق بمحل العقد _____ 166

المبحث الأول : شروط الواجب توافرها في محل العقد _____ 167

المطلب الأول : المحل معيننا او قابلا للتعيين _____ 167

الفرع الأول : تعيين محل العقد وفقا للمعاملات الحديثة _____ 168

الفرع الثاني : اثر القواعد العامة في تعيين محل العقد على تحقيق حماية المستهلك _____ 169

المطلب الثاني : ان يكون المحل ممكنا _____ 170

الفرع الأول : ضرورة امكانية المحل _____ 170

الفرع الثاني : قابلية محل الالتزام للتنفيذ _____ 172

المبحث الثاني : الشروط المرتبطة بالثمن _____ 174

المطلب الأول : عدم تحديد الثمن في مرحلة ابرام العقد _____ 175

المطلب الثاني : ضرورة مواجهة انفراد احد المتعاقدين او الغير بتحديد الثمن_____ 179

ملخص و نتائج الباب الثاني من القسم الأول _____ 181

القسم الثاني

حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد و تعويضه عن الاضرار التي تصيبه بسلامته

الباب الأول : المشاكل التي تظهر عند تسليم المحل _____ 184

الفصل الأول : إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية كوسيلة لضمان السلامة _____ 185

المبحث الأول : اثر شروط الضمان في حماية المستهلك_____ 188

المطلب الأول : شرط خفاء العيب وقدرة المستهلك على اكتشافه _____ 189

الفرع الأول : خفاء العيب _____ 189

الفرع الثاني : عدم علم المشتري بالعيب _____ 193

المطلب الثاني : تقدير قدم العيب بالنظر لقدرات المستهلك._____ 197

الفرع الأول : الوقت المعتد به لتقدير قدم العيب _____ 197

الفرع الثاني : إثبات قدم العيب _____ 201

المطلب الثالث : افتراض علم المحترف بالعيوب الخفية _____ 203

الفرع الأول : أثر علم البائع بوجود العيب على الضمان _____ 204

الفرع الثاني : أهمية تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع في حماية المستهلك _____ 207

المبحث الثاني : مسؤولية البائع من خلال أحكام ضمان العيوب الخفية _____ 212

المطلب الأول : نطاق الاتفاقات المقيدة للضمان تمشيا مع ضرورة حماية المستهلك_____ 214

الفرع الأول : الشروط المدرجة لتقييد الضمان و الاعتبارات التي يجب مراعاتها عند وضعها _____ 214

الفرع الثاني : صور الاتفاقات المقيدة لضمان العيب _____ 216

المطلب الثاني : بطلان الاتفاقات المقيدة للضمان _____ 220

الفرع الأول : أسباب ترتبط بشخص البائع و المشتري _____ 220

الفرع الثاني : أسباب تتعلق بطبيعة الشرط _____ 222

المطلب الثالث : مدى كفاية ضمان العيوب الخفية في توفير الحماية للمستهلك _____ 224

الفرع الأول : آثار قيام البائع بضمان العيب الخفي _____ 224

الفرع الثاني : دعوى الضمان ومدى فعاليتها في حماية المستهلك _____ 227

المطلب الرابع : ضمان العيوب الخفية وفقا لقانون حماية المستهلك _____ 228

الفصل الثاني : الإلتزام بتسليم مبيع مطابق للمواصفات _____ 232

المبحث الأول : ماهية مطابقة المبيع للمواصفات _____ 234

المطلب الأول : مفهوم الالتزام بضمان بالمطابقة و خصائصه _____ 234

الفرع الأول : تعريف الالتزام بضمان المطابقة و خصائصه. _____ 235

الفرع الثاني : شروط الالتزام بضمان المطابقة _____ 238

المطلب الثاني : أساس الالتزام بضمان المطابقة _____ 241

الفرع الأول : الأساس التشريعي للالتزام بضمان المطابقة _____ 241

الفرع الثاني : الأسس العقدية للالتزام بضمان المطابقة _____ 244

المبحث الثاني : العلاقة بين عدم المطابقة للمواصفات و العيب الخفي _____ 248

المطلب الأول : معيار التمييز بين العيب الخفي و عدم المطابقة _____ 249

الفرع الأول : معيار التمييز حسب طبيعة كل من العيب الخفي و عدم المطابقة للموصفات _____ 249

الفرع الثاني : معيار التمييز بالنظر إلى اتفاق المتعاقدين _____ 251

المطلب الثاني : تقارب مفهوم العيب الخفي بمفهوم عدم المطابقة للمواصفات _____ 252

الفرع الأول : أثر اختلاط مفهومي العيب الخفي و عدم المطابقة في حماية المستهلك _____ 253

الفرع الثاني : موقف المشرع من مسألة اختلاط المفهومين _____ 254

ملخص و نتائج الباب الأول من القسم الثاني _____ 256

الباب الثاني : نظام تعويض المستهلك عما يصيبه من اضرار تمس بسلامته _____ 258

الفصل الأول : استحداث مسؤولية المنتج كضمان لتعويض المستهلك عن الاضرار التي تصيبه_____ 259

المبحث الأول : نظام مسؤولية المنتج _____ 261

المطلب الأول : مجال تطبيق مسؤولية المنتج _____ 261

الفرع الأول : المنتج_____ 261

الفرع الثاني : المنتوج _____ 269

المطلب الثاني : طبيعة مسؤولية المنتج _____ 277

الفرع الأول : مسؤولية المنتج هي مسؤولية قانونية ذات طبيعة موضوعية_____ 278

الفرع الثاني : خصائص مسؤولية المنتج _____ 283

المبحث الثاني : أركان مسؤولية المنتج_____ 284

المطلب الأول : يجب ان يكون الضرر ناتج عن عيب في منتوج طرح للتداول _____ 285

الفرع الأول : تحديد العيب الموجب للمسؤولية الموضوعية للمنتج_____ 286

الفرع الثاني : طرح المنتوج للتداول _____ 289

المطلب الثاني : الضرر _____ 290

الفرع الأول : التعويض عن الاضرار الجسدية و الادبية _____ 292

الفرع الثاني : التعويض عن الاضرار المادية _____ 293

المطلب الثالث : علاقة السببية بين العيب و الضرر _____ 297

الفرع الأول : العنصر المادي في علاقة السببية _____ 298

الفرع الثاني : العنصر المعنوي في العلاقة السببية_____ 299

الفصل الثاني : دفع المسؤولية و تقييم دور القواعد الحديثة لمسؤولية المنتج في تعويض المستهلك _____ 300

المبحث الأول : وسائل دفع مسؤولية المنتج_____ 301

المطلب الأول : إنتفاء عناصر المسؤولية _____ 301

الفرع الأول : دفع المسؤولية عن طريق عدم توافر شروطها_____ 301

الفرع الثاني : دفع المسؤولية عن طريق السبب الاجنبي _____ 303

المطلب الثاني : جواز شروط تخفيف او اعفاء مسؤولية المنتج _____ 309

الفرع الأول : موقف التوجيه الاوربي و المشرع الفرنسي من الشروط المقيدة لمسؤولية المنتج_____ 310

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من هذه الشروط _____ 311

المبحث الثاني : تقييم مسؤولية المنتج من خلال احكام القانون المدني و قانون حماية المستهلك تجاه حماية المستهلك

_____ 314

المطلب الأول : تقييم مسؤولية المنتج تجاه المستهلك من خلال القانون المدني الجزائري _____ 315

المطلب الثاني : دور القانون رقم 09-03 في حماية المستهلك _____ 316

ملخص و نتائج الباب الثاني من القسم الثاني_____ 319

خاتمـــــــة _____ 322

قائمة المراجع _____ 335

الفهـــــرس _____ 348