

كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
الرقم التسلسلي:
رقم التسجيل:

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في الحقوق

تخصص: قانون مدني

العنوان:

أثر التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد
(قانون حماية المستهلك نموذجاً)

من إعداد الطالب:

بوداود خليفة

تاريخ المناقشة: 2023/03/11

أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة:

الاسم واللقب	الرتبة	المؤسسة الجامعية	الصفة
مهدي رضا	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف - المسيلة	رئيسا
لجلط فواز	أستاذ التعليم العالي	جامعة محمد بوضياف - المسيلة	مشرفا ومقررا
زبدة نور الدين	أستاذ محاضر "أ"	جامعة محمد بوضياف - المسيلة	مشرفا مساعدا
بوقرة العمرية	أستاذ محاضر "أ"	جامعة محمد بوضياف - المسيلة	مناقشا
مقدم ياسين	أستاذ محاضر "أ"	جامعة محمد بوضياف - المسيلة	مناقشا
رفاف لخضر	أستاذ محاضر "أ"	جامعة برج بوعرييج	مناقشا
بوشربي مريم	أستاذ محاضر "أ"	جامعة خنشلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022



"فَتَعَلَىٰ آلَ اللَّهِ الْمَلِكُ ٱلْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ
بِٱلْقُرْءَانِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَىٰ إِلَيْكَ وَحْيُهُ
وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا"

صدق الله العظيم

(سورة طه، الآية: 114)



إني رأيتُ أنه لا يكتب أحدًا كتاباً في يومه إلا قال في غَدِه:
لو غُيِّرَ هذا لكان أحسن، ولو زيد هذا لكان يُستَحسن، ولو قُدِّمَ هذا
لكان أفضل، ولو تُرِكَ هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العِبر، وهو دليل
على استيلاء النقص على جملة البشر.

عماد الدين الأصفهاني

إهداء

إلى من فارقاني بجسديهما ولم تفارقني روحهما، وَالِدَيَّ العزيزين رحمهما الله وطيب ثراههما
وَألمهما بوصل الدعاء الصالح، فاللهم جازهما عني خير الجزاء عمّا قدّماه لي من أشياء يتعذر
عدّها ويستحيل إحصاؤها... وإلى كل عزيز فقدناه.

إلى من عاشرت تفاصيل هذا العمل بآماله وآلامه زوجتي الفاضلة.

إلى آمال قلبي وقرّة عيني أبنائي وسيم، عماد ورفيق.

إلى من أشدّد بهم أزري ويفرح بهم ولهم قلبي كل إخوتي وأخواتي.

إلى كل من ساهم في إخراج هذا البحث حيز الوجود سواءً بالقول أو الفعل أو الدعوة
الصالحة.

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا البحث سائلاً المولى عز وجل أن يجعله في ميزان حسناتنا، وأن
ينفع به قارئه وكاتبه، وأن يثبتنا عليه في الدنيا والآخرة... آمين.

شكر وعرفان

لك الشكر ربي، يا من بشكرك تدوم النعم، ويفوز الشاكرين، ويتشرف الذاكرين، على نعمتك وفضلك الذي مننت به علي وعلى والدي.

أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من:

الأستاذ الدكتور لجلط فواز، والدكتور زبدة نور الدين حفظهما الله ورعاهما وأطال في عمريهما على تفضلهما بالإشراف على رسالتي هذه وإيلائي كل الرعاية والاهتمام فجزاها الله عني خير الجزاء.

الدكتور رزىقات بوبكر على المساعدة والدعم والنصح القيم أثناء انجاز هذا العمل.

كل الأساتذة الأفاضل في كلية الحقوق بجامعة المسيلة الذين تلقيت العلم على يدهم ولم يخلوا علي به.

الأساتذة الأفاضل لجنة المناقشة لما منحوني من وقتهم الثمين.

إلى كل من قدم لي المساعدة من قريب أو من بعيد لإتمام هذا العمل.

لهم مني جميعا تحية إكبار وتقدير.

خليفة بوداود

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات

ج	الجزء
ج.ر	الجريدة الرسمية
د.س.ط	دون سنة طبع
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
ق.ل.ع	قانون الالتزامات والعقود
ق.م.ف	القانون المدني الفرنسي
ق.م.م	القانون المدني المصري
A.C.L	Algerian civil law
Op.cit	cité ouvrage précédemment
Ed	Edition
Art	Article
Civ	civile
C .civ	Code civil
RDC	Revue des contrats
USA	United States of America

مقدمة

يعتبر العقد الوسيلة المثلى لإشباع حاجات الأفراد ورغباتهم، من خلال التبادل للأموال والخدمات، كما يُعتبر أداة للتوفيق بين المصالح المتعارضة ومن ثم تحقيق كل طرف لأكبر قدر من الربح كون أطراف العقد أعلم الناس بمصالحهم، حيث يصنعون عدالة العقد بأنفسهم ما داموا متساوون أمام القانون، هذه الأفكار وغيرها شكلت ذروة الأسس التي أقام عليها أنصار المذهب الفردي تصورهم لنظرية العقد، حيث سيطر مبدأ سلطان الإرادة وما ينبثق عنه من قواعد على حياة العقد، سواءً في مرحلة تكوينه أو في مرحلة تنفيذه فكان للأفراد كل الحرية في إبرام العقود وتضمينها ما يرغبون من شروط بما يجعل من الإرادة أساس الالتزام التعاقدي وأساس عدالة التعاقد ويجسد المساواة الذاتية النابعة من إرادة الشخص نفسه، من خلال فكرة "العدالة المجردة" التي تعني بدورها حرية أطراف العقد في ترتيب أوضاعهم التعاقدية حتى ولو كانت غير متوازنة موضوعياً طالما كان ذلك بمحض إرادة كل منهما بل ليس بإمكان أيّ منهما الطعن في العقد بدعوى عدم التوازن إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وضرورة لضمان الاتفاقات.

إلا أن التطور الاقتصادي الكبير الذي شهده المجتمع كان له الأثر البالغ في وجود تمايز واضح بين المراكز التعاقدية للطرفين بفعل انتشار التسلط الاقتصادي، ممّا أدى إلى ظهور فكرة الضعف التعاقدي ومن ثم غياب العدالة، الأمر الذي ترتب عنه انتكاس لمبدأ سلطان الإرادة من خلال ما تعرض له من انتقادات لعدم قدرته على مسايرة الظروف المستجدة للتعاقد والتي سادها اختلال موازين العدالة وهو ما شكل بيئة طبيعية لنشوء فكرة التوازن العقدي في بعدها الموضوعي، كأهم الموجهات الحديثة لقانون العقود في شكله الحديث.

لقد أسهم غياب المساواة الفعلية بشكل كبير في ظهور واتساع التفاوت بين المراكز التعاقدية للأطراف وانتشار اختلال التوازن الصارخ وعلى أوسع نطاق بين ما يُعرف بالمحترفين والمستهلكين على غرار العمال وأرباب العمل، والمؤمنين والمؤمن لهم، الأمر الذي أدى إلى ظهور أحد الأطراف في مركز ضعف، سواءً لوضعه الاقتصادي أو لجهله وعدم كفاءته فطفت إلى السطح فكرة الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية وأصبح السعي إلى حمايته محل انشغال كل التشريعات والبحث عن كيفية إحلال مساواة واقعية محل المساواة المجردة أمام القانون، ممّا جعل نظرية العقد في مظهرها التقليدي تتعرض للكثير من الانتقادات التي غيّرت بشكل عميق في أسسها مع الاحتفاظ بالإرادة بدورها المحوري في انشاء الرابطة العقدية في محاولة لجعل العقد أكثر انسجاماً مع المستجدات على الساحتين الاقتصادية والاجتماعية واضفاء المسحة الأخلاقية على الروابط التعاقدية التي غابت عنها طيلة عقود من الزمن.

الأمر الذي يكشف النقاب عن علاقة القانون بالاقتصاد كون التغيرات المذهلة عالمياً ومحلياً في الفترة الأخيرة أثبتت أنه لا يمكن الحديث عن القانون بمعزل عن الاقتصاد أو العكس، لذلك فإن العلاقة بين القانون والاقتصاد علاقة نفعية أكثر ممّا هي مسألة خدمة القانون للاقتصاد، فالتكامل بينهما ضروري لضمان الحق في التنمية كحق من حقوق الانسان فكان لتبدل وتغيّر الظروف الاقتصادية التي تمخض عنها مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد خاصة بعد الحرب العالمية الأولى وما خلفته من أزمات اقتصادية عالمية الأثر الكبير في تغيير القوانين التي تحكم الظواهر الاقتصادية لإتسام هذه الأخيرة بالمرونة، فإذا كان انتصار مبدأ سلطان الإرادة يرجع بالأساس إلى عوامل اقتصادية ساهمت في انتشار روح الفردية في فترة سادت فيها علاقات تعاقدية اتّسمت في حينها بقدر من التوازن والقدرة على

التفاوض وإمكانية الشخص العادي الامام بظروف التعاقد في ظل وضع صناعي واقتصادي وتقدم علمي وتكنولوجي لم يكن قد وصل إلى الحد الذي يشهده العالم اليوم، فإن في المقابل تطور العوامل ذاتها أدى إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية لأطراف العقد لاسيما ما تعلق بالعلاقات التعاقدية الاستهلاكية وبالتالي الانتقاص من قوة هذا المبدأ الذي قام على أساس اقتصادي وانتكس متأثراً بعوامل اقتصادية وجعل المبادئ التي تحكم العقد والمنبثقة عن هذا المبدأ أكثر عُرضة للتطور.

أولاً: أهمية الدراسة

تنبع أهمية هذه الدراسة من الاهتمام المتزايد بموضوع العقد، حيث يُعدّ موضوع هذا الأخير من القضايا الرئيسية على المستوى الدولي والمحلي خصوصاً في ظل ما لحق الظواهر الاقتصادية الكبرى التي يعرفها العالم من تحولات وتطورات فرضت على الدول لا سيما السائرة في طريق النمو ضرورة تحسين برامجها الاقتصادية بما يكفل مواجهة التحديات الكبرى والخطيرة للعولمة، من خلال تطوير آلياتها الإنتاجية والرفع من قدراتها التنافسية تحقيقاً لأهداف التنمية الاقتصادية التي تساهم سياسة المنافسة في تجسيدها وتأثير هذه التحولات على النظام التقليدي للعقد- كضابط حقيقي للتعاملات البشرية في إطار ما يسمى بالتعاقد يهدف إلى صيانة الحقوق والحفاظ على استقرار المعاملات الاقتصادية- والقائم على مبدأ سلطان الإرادة التعاقدية وما ينبثق عنه من مبادئ، من قبيل مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ نسبية أثر العقد كعوامل توفر عنصر الثبات للعقد.

الأمر الذي يُكسب نظرية العقد في الوقت الراهن أهمية بالغة، سواءً من الناحية القانونية من خلال إبراز مدى نجاح التشريعات المعاصرة في مسايرة الثورة الاقتصادية وما أفرزته من معادلات جديدة على مستوى المعاملات التعاقدية، أو من الناحية الاقتصادية من خلال رصد انعكاس المناخ الاقتصادي على العقود المبرمة بين الأشخاص برصد تجليات تأثير المبادئ التقليدية للعقد -التي كرسها النظرية العامة للعقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة- بالتحولات الاقتصادية والاجتماعية ومركز الأطراف المتعاقدة في ظل هذه التحولات، فضلاً عن رصد الآليات التي انتهجها المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة من أجل إعادة التوازن للعلاقات التعاقدية بما يتماشى وهذه التحولات والتطورات.

ثانياً: أهداف الدراسة

- يتمثل الهدف الرئيسي للدراسة في البحث عن تأثير التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد وفي سبيل تحقيق هذا الهدف نسعى إلى الآتي:
- دراسة وتحليل علاقة التحولات الاقتصادية بالعملية التعاقدية.
- دراسة وتحليل إرادة المتعاقدين في ظل التحولات الاقتصادية للوقوف على مدى استمرار هذا الأسلوب في التعامل خاصة في ظل ظهور أنماط جديدة للتعاقد تستجيب لسرعة المعاملات وحجمها المتزايد.
- دراسة وتحليل المبادئ العقدية التي لازمت العقد مدة طويلة من الزمن في ظل التحولات الاقتصادية وما طالها من تحديث وتجديد من أجل مسايرة هذه التحولات.

- دراسة وتحليل كيفية تعامل المشرع الجزائري لمسايرة هذه التحولات الاقتصادية لتحقيق التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف لا سيما في علاقة المستهلك بالمنتج، سواء في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة تنفيذه.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع

وقع اختيارنا على هذا الموضوع لأسباب موضوعية قائمة على الاعتبارات الآتية:

- أن موضوع العقد من المواضيع المتجددة الضاربة في القدم، الموغلة في الحداثة، بحيث يُعد الأداة الأكثر تداولاً في انشاء العلاقات بين الأشخاص وترتيبها كظاهرة تستحق الدراسة.
- ما طال آلية التعاقد من تغيير سعيًا إلى مواكبة مناخ الاستثمار والتنمية الاقتصادية والمعاملات الالكترونية، كنتيجة للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية الهائلة والتي كان لها عميق الأثر على العملية التعاقدية ووزنها الاقتصادي والقانوني والدولي وتعامل المشرع الجزائري مع الوضع.
- قلة الدراسات القانونية التي تناولت موضوع التحولات الاقتصادية وتركيز معظم الدراسات على البعد الاقتصادي للظاهرة دون البعد القانوني.

- تأثير تطور الحياة الاقتصادية على نظرية العقد، حيث لم يعد هذا الأخير مجرد تعبيرًا عن الإرادة الحرة لأطرافه، بل أصبح موجهاً ومفروضاً من خلال ظهور أشكال ونماذج جديدة من العقود تتسم بالتعدد والتخصص والتكامل في مجموعات، مما دفع بالفقه المعاصر إلى الحديث عن أزمة العقد وفقر الشريعة العامة وشيخوختها وعدم استقرار العقد وكذا الحديث عن مبادئ جديدة للعقود من قبيل التوازن العقدي والتضامن العقدي والتناسبية وبروز ظاهرة التخصص التشريعي من خلال تشريعات خاصة من قبيل قانون المستهلك وقانون المنافسة عنيت بالمصالح الخاصة للأفراد من الفئات الضعيفة وغيرها من المتغيرات في المجال، الأمر الذي يقود إلى التساؤل عن جوهر التجديد الذي جاءت به فكرة القوانين الخاصة وتنامي ظاهرة العقود الخاصة خارج مجال القانون المدني.

- لذلك فإن هذه الدراسة لن تقتصر على الجوانب القانونية البحتة، بل تتعرض أيضاً للجوانب الاقتصادية والسياسية التي لا تخرج عن نطاق البحث، كون موضوع "أثر التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد" من المواضيع المركبة التي تضم عناصر قانونية وأخرى اقتصادية وحتى سياسية، الأمر الذي يقتضي منا التعرض بالتحليل والتأصيل لما يحكم العقد من نصوص وقواعد وفي الوقت ذاته التعرض بالدراسة للمحيط الاقتصادي الذي تطبق فيه تلك النصوص من أجل الوقوف على ما تستند إليه من أهداف وما ينجم عنها من آثار.

رابعا: حدود الدراسة

دفعنا التحولات الاقتصادية بالمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى إصدار العديد من التشريعات الخاصة، من قبيل قانون الاستهلاك وقانون المنافسة وقانون العمل وكذا قانون التأمين وغيرها من القوانين الخاصة التي كان لها عميق الأثر على المبادئ الكلاسيكية للعقد وكحدود موضوعية ستقتصر دراستنا التطبيقية على حماية المتعاقد في ظل التحولات الاقتصادية في مجال الاستهلاك دون هذه الحماية في باقي القوانين الخاصة سالفه الذكر التي أفرزتها التحولات الاقتصادية.

خامسا: الدراسات السابقة

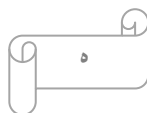
نستعرض بعض الدراسات ذات الصلة بالموضوع التي تمكنا من جمعها على النحو الآتي:

1- دراسة (عبد المجيد قدي، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر "محاولة تقييمية مقال 2002)، وهي دراسة اقتصادية حاولت تسليط الضوء على ما حققته السلطات الجزائرية في إطار الإصلاحات الاقتصادية من نتائج إيجابية على مستوى مؤشرات الاقتصاد الكلي خاصة ذات الطابع المالي والنقدي، إلا أنها لم تستطع تغيير وتحويل بنية الاقتصاد الجزائري القائم على أساس النفط رغم مصدر هشاشته ومنبع تعرضه لتقلبات مختلفة الجوانب والأبعاد التي يمتد تأثيرها في النهاية لباقي القطاعات لتصل هذه الدراسة في النهاية إلى نتيجة مفادها أن قيادة التحول الاقتصادي نحو مزيد من التحرير يُعد مستحيلاً في ظل غياب دولة قوية تتمتع بمؤسسات ذات مصداقية وتُخطى بدرجة مقبولة من الاجماع حول خياراتها، كجانب هام يجب دعمه أكثر في الجزائر.

2-دراسة (كربالي بغداد، نظرة عامة على التحولات الاقتصادية في الجزائر، مقال 2005) وهي دراسة اقتصادية أيضاً، تناولت أهم التحولات الاقتصادية التي مرت بها الجزائر وتأثيرها على المؤسسات الاقتصادية الجزائرية في جميع مجالات نشاطها والهدف من وراء هذه الدراسة هو تقييم مدى تأثير الإصلاحات ايجابية على القدرات التنافسية للمؤسسات وتأهيلها لمواجهة تحديات التنافسية التي أفرزها الوضع الدولي الجديد.

3-دراسة (خديجة فاضل، عيممة العقد، أطروحة دكتوراه 2014-2015) وهي دراسة قانونية تم فيها تسليط الضوء على ظاهرة "العيممة" كتقنية قانونية من خلال تشريعات خاصة سجلت تدخل الدولة في علاقات أشخاص القانون الخاص التي كانت في السابق متروكة لحرية الأطراف دون اختصاص الدولة بنصوص آمرة مقترنة بجزاءات مدنية وجزائية وإدارية تسعى الدولة من خلالها إلى حماية المصالح الاجتماعية بما يحقق حماية للمجتمع وحماية للطرف الضعيف كضرورة فرضتها التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي شهدها العالم إبان القرن التاسع عشر في ظل عدم كفاية المذهب الفردي-الذي يكرس الحرية العقدية -في تحقيق المساواة الفعلية بين المتعاقدين، حيث توصلت هذه الدراسة لنتيجة مفادها أن التشريعات الخاصة التي صاحبت العيممة ساهمت في تطور قانون العقود وإثرائه بمفاهيم قانونية أسفرت عن تراجع مبدأ سلطان الإرادة في العقد دون أن يعني ذلك انقضاء العقد وإنما تكييف هذا الأخير مع التغيرات الاجتماعية والاقتصادية والثقافية من تغيير التصور من ليبرالي إلى واقعة اجتماعية.

4- دراسة (شوقي بناسي أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة دكتوراه 2015-2016) وهي دراسة قانونية أيضاً حاولت تحديد أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد المتفرعة عن مبدأ سلطان الإرادة، من خلال مرحلتين تكوين العقد ومرحلة تنفيذه، حيث استعمل هذا النوع من التشريعات جملة من التقنيات، سواء في مرحلة تكوين العقد أو مرحلة تنفيذه منها ما هو مستعار من القواعد العامة، لكن بمضمون مغاير في قانون الاستهلاك من قبيل الشكلية والاعلام، السلامة والمطابقة وغيرها ومنها ما هو مستحدث لا يجد تبريره في النظريات المعروفة في القانون المدني، بل ينطلق من تصور جديد لا تعرفه القواعد العامة في القانون المدني من قبيل مهلة التفكير وحق الرجوع في التعاقد والعلاقة الترابطية بين البيع والقرض الاستهلاكي والائتمان العقاري وتوصلت الدراسة إلى نتائج تُشير إلى أن نظرية العقد تحتاج اليوم إلى اصلاح عميق، بحيث تأخذ بالمعطيات



الاجتماعية والاقتصادية الحديثة، ذلك أنه لم يعد من المقبول إطلاقاً الحديث عن مبدأ سلطان الإرادة واعتبار تقنيات تشريعات الاستهلاك- لا سيما في مرحلة تكوين العقد- مجرد استثناءات على هذا المبدأ.

5-دراسة (سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة دكتوراه 2017-2018)، دراسة قانونية حاولت رصد تأثير الواقع الاقتصادي الجديد على القانون المدني الجزائري الذي أقامه المشرع الجزائري على مبدأ سلطان الإرادة متأثراً في ذلك بقانون نابليون لسنة 1804، حيث أدى ذلك إلى انقسام المجتمع إلى فئتين غير متكافئتين اقتصادياً (المحترفين والمستهلكين الذين يمثلون أغلبية المجتمع)، مما أدى بالتشريعات التي كانت تتبنى السياسة الليبرالية للتدخل في حماية الطرف الضعيف من خلال قوانين حماية المستهلك.

6- دراسة (أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة دكتوراه 2018-2019) من الدراسات القانونية تناولت تراجع تصور العقد القائم على مبدأ سلطان الإرادة في ظل التطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية من خلال ظهور معطيات جديدة في القرن 19 سجلت اختلافها التام عمّا لقنته فرضية المساواة والحرية لأنصار المذهب الفردي ليعرف القرن العشرين ظاهرة التنظيم والتوجيه، حيث توصلت الدراسة إلى نتيجة مفادها تأثير التوجيه التشريعي الخاص على التوجيه العام والضيق الموجود في القواعد العامة عبر فكرة التوسع والتدعيم والبعث من جديد بما يشكل من التوجيه التشريعي عاملاً إيجابياً لتجديد النظرية العامة للعقد أكثر منه سلبى يشوش على النظرية، بما يفرض تجاوز التصور الفردي للعقد إلى تصور أكثر واقعية وتوازن تعاقدى.

وعليه فقد تنوعت الدراسات التي تطرقنا إليها بين الطابع الاقتصادي والطابع القانوني في تسليط الضوء على ظاهرة التحولات الاقتصادية، إلا أن الفصل فيها بين ما هو اقتصادي وما هو قانوني يبدو واضحاً من خلال خلو الدراسات السابقة للتحولات الاقتصادية من تأثير ذلك على العقد كظاهرة قانونية ووسيلة اقتصادية في ذات الوقت وفي المقابل خلو الدراسات القانونية من التطرق لطبيعة التحولات الاقتصادية، إلا ما تعلق بإشارة سطحية لهذه التحولات.

ودرستنا استفادات من إجراءات الدراسات السابقة ومن نتائجها، لكن تُقدم إضافة من خلال المزج بين ما هو اقتصادي بتسليط الضوء على هذه التحولات والتطورات الاقتصادية بالتعرض إلى مفهومها، ثم أهم التحولات التي عرفها الاقتصاد الجزائري منذ الاستقلال ومختلف الإصلاحات الاقتصادية المنتهجة لتجسيد هذا التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، وما هو قانوني برصد تأثير هذه التحولات والتغيرات على التعاملات البشرية في إطار ما يسمى بالتعاقد وما تركته من بصمات على النظام القانوني التقليدي للعقود القائم على مبدأ سلطان الإرادة التعاقدى.

خاصة إذا كان عنوان هذه التحولات في السنوات الأخيرة هو انتشار الوباء الخطير فيروس كورونا (COVID 19) الذي لم يرخي بضلال تأثيره على الجانب الصحي والجسدي فحسب، بل امتد تأثيره ليشمل أيضاً الناحية الاقتصادية والاجتماعية بشكل يطال العلاقات التعاقدية لاسيما الاستهلاكية منها والجانب القانوني بصفة عامة فلم تبقى الجزائر -على غرار دول العالم- مكتوفة الأيدي، حيث تجسد ذلك في تدابير استباقية واستثنائية من أجل الحد من استغلال الحرفيين والمهنيين لهذه الأوضاع للقيام بممارسات تعسفية مستغلين ضعف المستهلك وحاجته

الملحة في ظل هذه الأزمة وكذا طغيان المعاملات الالكترونية في مجال التعاقد على العقود العادية في ظل الأزمة، لذا نأمل أن تكون دراستنا هذه إضافة علمية من خلال توفير حقائق موضوعية حول موضوع في غاية الأهمية والمتعلق بآلية قانونية واقتصادية مجسدة في "العقد" لا تعرف الثبات والاستقرار من حيث الأحكام جراء التغير المستمر لما يحيط بها من ظروف.

سادسا: صعوبات الدراسة

صادفت الباحث صعوبات وعوائق أثناء إعداد هذا البحث على رأسها ندرة الكتابات، خاصة الوطنية لحدثة الموضوع نسبيا وتسارع تفاصيله وحيثياته نتيجة التحولات الاقتصادية المستمرة، خاصة الكتابات التي تجمع التحولات الاقتصادية بموضوع العقد، الأمر الذي يضطر معه الباحث- في الكثير من الأحيان- إلى الاستنجاد بالتجارب الأخرى خاصة الفرنسية منها كونها قطعت أشواطاً كبيرة في اصلاح قوانينها بما يتماشى والتحوللات الاقتصادية الحاصلة من جهة، ومن جهة أخرى باعتبارها تُشكل مرجعية أصلية لمختلف القوانين الجزائرية عموماً وقواعد حماية المستهلك على وجه الخصوص.

سابعا: إشكالية الدراسة

إذا كان العقد من الناحية القانونية تصرف قانوني يهدف من خلاله الأطراف إلى إحداث أثر قانوني، فإنه من الناحية الاقتصادية وسيلة فعالة لتبادل السلع والخدمات، بحيث يسعى كل متعاقد إلى تأمين مصالحه الخاصة بوسائله الذاتية إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة.

إلا أن التطور الذي شهدته العلاقات الاقتصادية والاجتماعية من خلال ما عرفته من تقدم اقتصادي وتقني جعل المفاهيم التقليدية التي قام عليها العقد -وما حملته من تقديس لحرية الفرد وتقوية دوره في جميع المجالات الاقتصادية والاجتماعية وكذا القانونية، كنزعة هيمنت على مدونة نابليون لسنة 1804 والتي كان لها عميق الأثر على التشريعات الأخرى التي استلهمت أحكامها- غير قادرة على مواكبة هذه التحولات نتيجة تعارض فكرة المساواة بين أطراف العقد مع واقع فرضته عوامل اقتصادية ساهمت في انتكاس المبدأ ذاته، أي مبدأ سلطان الإرادة وفرضت حتمية التوجه نحو حماية الطرف الضعيف في العقد من خلال قوانين خاصة سعيًا إلى تحقيق التوازن العقدي النسبي بين طرفي العلاقة ومن هنا يمكننا طرح الإشكالية الأساسية الآتية:

كيف أثرت التحولات الاقتصادية على العقد والمبادئ المنظمة له؟ وما دور المشرع لحماية المتعاقد في ظل هذه التحولات؟

ويندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من الأسئلة الفرعية التي بالإجابة عليها نكون قد أجبنا على الإشكالية الرئيسية بما يحقق الغرض من الدراسة وتتمثل هذه الأسئلة الفرعية في الآتي:

- ما الإطار التاريخي لهذه التحولات الاقتصادية والتطورات التكنولوجية التي لحقت بنظرية العقد؟

- هل شكل خروج المشرع الجزائري عن مبدأ سلطان الإرادة في القانون المدني الجزائري استجابة كافية لمسايرة التحولات الاقتصادية؟

- ما مظاهر هذه التحولات الاقتصادية على العقد؟

- ما جوهر التجديد الذي جاء به قانون حماية المستهلك كنموذج لفكرة القوانين الخاصة في ظل تنامي ظاهرة العقود الخاصة خارج مجال القانون المدني؟

ثامنا: منهج الدراسة

لتحقيق أهداف الدراسة سيتم الاعتماد على العديد من مناهج البحث من أجل الإحاطة قدر الإمكان بالمسائل القانونية التي تناولتها الدراسة، فكانت الاستعانة بالمنهج الوصفي عند التطرق للمفاهيم الرئيسية المتعلقة بالموضوع والمنهج التحليلي عند استقراء وتحليل بعض النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع خاصة إذا تعلق الأمر بتطبيقات لبعض الآليات في القانون الجزائري، في حين وظفنا المنهج المقارن عند التطرق لبعض جوانب الموضوع التي يُسجل فيها المشرع الجزائري تأخرًا في إقرارها لاسيما في مجال الاستهلاك وذلك من خلال جعلها دراسة مقارنة، سواء مع القانون الفرنسي، أو مع بعض التشريعات العربية التي كان لها السبق في هذا المجال سعيا إلى كشف التفاوت بين التشريعات في توفير الحماية اللازمة للمستهلك كطرف ضعيف، أما المنهج التاريخي فقد ظهرت ضرورة الاستعانة به، عند تتبع التطور التاريخي لفكرة التحولات الاقتصادية في الجزائر، أو تتبع مراحل تطور مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ جوهري سيطر على الحياة التعاقدية لفترة طويلة من الزمن.

تاسعا: هيكل الدراسة

على ضوء مشكلة الدراسة والهدف منها فإن خطة الدراسة ستكون مكونة من بابين رئيسيين وكل باب يتكون من فصلين على النحو الآتي:

الباب الأول: تحت عنوان "المنطلقات النظرية للتحولات الاقتصادية وفكرة العقد من المجال

الاقتصادي إلى المجال القانوني" حيث قسمنا هذا الباب إلى فصلين اقتضتها طبيعة الموضوع، فتناولنا في الفصل الأول التأصيل النظري لفكرة التحولات الاقتصادية والنظرية العامة للعقد من خلال التطرق إلى تحديد الإطار المفاهيمي لكل من التحولات الاقتصادية ومراحل هذا التحول في الجزائر، ثم التطرق إلى مفهوم التوازن العقدي في ضوء النظرية التقليدية للعقد في القانون المدني الجزائري والقائم على مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل من الفرد حرًا اقتصاديًا في ممارسة نشاطه وتملك أمواله بارتباطه مع غيره بعلاقات عقدية يهدف فيها كل طرف إلى تحقيق صالحه الخاص، كون الأساسيات النظرية فكرة مبدئية يجب طرحها قبل البحث في حقيقة آليات حماية المتعاقد وتحقيق التوازن العقدي في ظل هذه التحولات والخلفيات الفكرية والمرجعيات المعتمدة، ثم تبيان علاقة هذه التحولات وتأثيرها على التعاملات البشرية في إطار ما يسمى بالتعاقد كوسيلة لصيانة الحقوق والحفاظ على استقرار المعاملات الاقتصادية في حين خصصنا الفصل الثاني لمظاهر تأثر العقد بالتحولات الاقتصادية.

أما الباب الثاني فقد خصصناه "للآليات القانونية لحماية المتعاقد وتحقيق التوازن في ظل التحولات الاقتصادية"، متخذين من قانون حماية المستهلك نموذجاً لهذه الحماية، حيث قسمنا هذا الباب إلى فصلين تناولنا في الفصل الأول: لآليات الحماية القانونية المقررة للمستهلك في مرحلة تكوين العقد، في حين خصصنا الفصل الثاني لآليات الحماية القانونية المقررة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد.

وأخيراً هذه الدراسة بخاتمة ضمنها مختلف النتائج المتوصل إليها ومجموعة من الاقتراحات التي من شأنها التمكين من استيعاب أهم تطورات قانون العقود في المرحلة الراهنة في ظل ظروف تعرف تغيراً ديناميكياً متواصلاً ومستمرًا.

الباب الأول

المنطلقات النظرية للتحويلات الاقتصادية وفكرة

العقد من المجال الاقتصادي إلى المجال

القانوني

تمهيد الباب الأول

تتلاقى وتتعانق جميع العلوم الإنسانية فيما بينها لا سيما علمي الاقتصاد والقانون من أجل تحقيق أهداف المجتمع الإنساني، الأمر الذي أدى إلى ظهور مختلف الدراسات الإنسانية التي تسعى لإثبات وتأكيد ذلك الترابط والتناغم القائم بين هذه العلوم فكانت الولايات المتحدة الأمريكية السبّاقة لهذا النوع من الدراسات الفقهية التي ظهرت في أواخر الخمسينات وبداية الستينات من هذا القرن مبرزة الصلة بين القانون والاقتصاد، ثم توالى وتتابع الدراسات والمؤلفات لإثبات وتأكيد هذا الترابط الوثيق بين العلمين تزامناً مع اضطلاع الجامعات الأمريكية الكبرى بتدريس الاقتصاد في كليات القانون من قبل رجال ومفكرين اقتصاديين قبل تولي المفكرين القانونيين هذه المهمة بعد مزيد من التخصص في مجال الاقتصاد وظهور المجلات القانونية المتخصصة في مجالي القانون والاقتصاد، من قبيل "مجلة القانون والاقتصاد: journal of Law and economics" * و "مجلة الدراسات القانونية: journal of legal studies" **، ليعرف التحليل الاقتصادي كدراسة منهجية طريقه إلى الشيوع والانتشار في الكثير من الدول، فأنشأت في إنجلترا عام 1981 مجلة متخصصة عُيّنت بدراسة التحليل الاقتصادي في القانون أُطلق عليها اسم "المجلة الدولية في القانون والاقتصاد: Review Law and economics international"، كما قدّمت العديد الاقتراحات من جانب الفقه الفرنسي من أجل إدخال التحليل الاقتصادي ضمن القانون الفرنسي لا سيما في أبحاث الدكتوراه وتخصيص دروس في التحليل الاقتصادي للقانون بالجامعات الفرنسية، لتتوالى بعد ذلك المقالات المتخصصة في هذا المجال رغم ما يقابل ذلك من ندرة لهذا النوع من الدراسات بهذا المنهج بعالمنا العربي عمومًا وفي الجزائر خصوصًا.

ومّا لا شك فيه أن التحليل الاقتصادي كمنهج يُعنى بتقديم إضافات للقانون من خلال ضمان التكيف المستمر للنظام القانوني مع التطورات الاقتصادية الحاصلة في الدولة، كما يعد أداة لتقييم وتقدير نوعية القوانين ومدى تحقيقها للغايات التي سُنّت من أجلها، ناهيك عن دوره في المجال الاقتصادي بمنح القانون فعالية اقتصادية تسهم حتمًا في تحسين الموارد والرفع من الإنتاج وزيادة أداء المتعاملين بما يسمح لرجال الاقتصاد بالمشاركة في العملية التشريعية وبالتالي الرفع من الفعالية الاقتصادية للقانون، وعليه فإن القانون هو المنتج الاجتماعي في أي بلد والباعث لتطوره، فكل تطور اقتصادي واجتماعي يصاحبه بالضرورة تطور قانوني.

لقد فرضت هذه التحويلات الاقتصادية التي عرفها العالم على الدول، خاصةً السائرة في طريق النمو ضرورة تحسين برامجها الاقتصادية لمواجهة التحديات الكبرى والخطيرة للعملة من خلال تطوير آلياتها الإنتاجية والرفع من قدراتها التنافسية لتحقيق أهداف التنمية الاقتصادية التي تساهم سياسة المنافسة في تجسيدها وقد حدّدها خبراء الاقتصاد في أهداف تم الأداء الاقتصادي للشركات والأداء الاقتصادي للأنشطة الاقتصادية، وخدمة الأداء الفردي والجماعي وكذا التوزيع غير الممركز والأمثل للأنشطة الاقتصادية وإنعاش القواعد القانونية، الأمر الذي جعل من

* وهي مجلة كانت تصدر وتنشر بجامعة شيكاغو.

** تولى الاشراف على هذه المجلة الفقيه الاقتصادي Posner الذي يعد من القادة الأوائل لحركة التحليل الاقتصادي في القانون خلال فترة السبعينات من القرن العشرين.

الاقتصاد الجزائري يشهد مرحلة جديدة من مراحل تطوره وأخذ في التحول الواضح من نظام اقتصادي اشتراكي يعتمد على التخطيط المركزي وسيطرة القطاع العام، إلى نظام اقتصادي حرّ يعتمد على اقتصاد السوق والقطاع الخاص فساهمت هذه التطورات لما لها من مزايا كبيرة في تحديث الحياة العقدية.

يعتبر العقد - كمتصدر للنظم القانونية المختلفة - محور المعاملات سواءً على الصعيد الوطني أو الدولي بالنظر إلى دوره في تداول الثروات والخدمات وتنظيم علاقات الأشخاص وتحقيقه الغاية العظمى من الحقوق والالتزامات بما يُحقق الاستقرار للمراكز القانونية، الأمر الذي جعل من نظرية العقد تُحصى بمكانة بارزة ومهيمنة في التشريعات المعاصرة بتزايد أصدائها في جنبات الفقه والقضاء على حدّ سواء، إلّا أن التحويلات الاقتصادية الكبرى التي شهدتها وتشهدها البيئة العقدية قد مست الركائز الأكثر رسوخًا في الحياة القانونية وتركت بصمتها على النظام القانوني التقليدي المتجسد في مجموعة المبادئ التي تقوم عليها مؤسسة العقد من قبيل مبدأ سلطان الإرادة الذي قام على أساس اقتصادي وانتكس بعوامل اقتصادية اعتمدته كمطية بين ما هو اقتصادي وقانوني، حيث فقد هذا المبدأ صرامته في ظل استغلال المتعاقد القوي للمتعاقد الضعيف بسبب فرضية المساواة بين أطراف العقد كفرضية اصطدمت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين بواقع مناقض تمامًا تزامنًا مع تطور عقود الإذعان وانتشار احتلال التوازن الصارخ وعلى أوسع نطاق بشكل جعل الهوة تزداد اتساعًا بين العمال وأرباب العمل وبين المؤمنين والمؤمن لهم وبين المحترفين والمستهلكين وغيرها من العلاقات التعاقدية التي عرفت تفاوتًا كبيرًا بين مراكزها، لتتجه الأنظار إلى فكرة التوازن العقدي في القانون المعاصر والسعي إلى جعلها أحد أهم الموجهات الحديثة لقانون العقود من أجل إضفاء أكثر واقعية على العقد وأكثر انسجامًا مع المستجدات على الساحتين الاقتصادية والاجتماعية وإضفاء المسحة الأخلاقية على الروابط العقدية التي غابت عنها فترة من الزمن، فأصبحنا أمام مفهوم جديد للعقد يتقاطع فيه سلطان الإرادة وسلطان الضوابط القانونية الاقتصادية.

أدى ظهور أنواع جديدة من العقود غير المنظمة من قبل قانون العقود الذي أثبت عجزه عن مسايرة أو مواكبة هذه المتغيرات إلى ما يسمى "بأزمة العقد"، الأمر الذي نتج عنه تدخل المشرع لحماية الطرف الضعيف في العقد فأصبحت الدولة تحمل على عاتقها مسؤولية التوفيق بين هذه الأهداف التي أدّت بدورها إلى خلق علاقة تنافسية بين القانون الاقتصادي والقانون العقدي والقانون الدولي، هذا الأخير الذي يخضع باستمرار لتطورات الاقتصاد، أو لضغوطات دولية تفرض التدخل التشريعي لتوجيه الاقتصاد وتوجيه العقد من أجل التفاعل بين القانون والواقع الاقتصادي في صورة "مؤسسة العقد الاقتصادي والاجتماعي".

سنستطرق في هذا الباب لطبيعة التحويلات الاقتصادية من خلال تحديد الإطار المفاهيمي لكل من التحويلات الاقتصادية ومراحلها في الجزائر، ثمّ التطرق إلى مفهوم التوازن العقدي في ضوء النظرية التقليدية للعقد في القانون المدني الجزائري القائم على مبدأ سلطان الإرادة الذي يجعل من الفرد حرًا اقتصاديًا في ممارسة نشاطه وتملك أمواله بارتباطه مع غيره بعلاقات عقدية يهدف فيها كل طرف إلى تحقيق صالحه الخاص، لتتولد الثروات والسعادة من الصدام بين الأنانيات الفردية وهي الرؤية التي تبقى مقبولة في الإطار الذي لا تمس فيه بعدالة العقد من خلال ضمان قدر من التوازن بين الطرفين كفكرة عرفت تطورًا وتحولًا في ظل المتغيرات الراهنة، مع تحديد علاقة هذه التحويلات بالعقد

(فصل أول) كون الأساسيات النظرية فكرة مبدئية يجب طرحها قبل البحث في حقيقة آليات حماية المتعاقد وتحقيق التوازن العقدي في ظل هذه التحويلات والخلفيات الفكرية والمرجعيات المعتمدة، حيث تعددت مظاهر هذه التحويلات على النظرية العامة للعقد (فصل ثاني) بطريقة أصبح من الصعب حصرها نتيجة ما تشهده المعاملات الحديثة من تفاوت في المراكز الاقتصادية لطرفي العقد، بشكل فرض إعادة النظر في المبادئ الأساسية التي قام عليها العقد لفترة طويلة من الزمن.

الفصل الأول

التأصيل النظري لفكرة التحولات

الاقتصادية والنظرية العامة للعقد

ساد المجتمع الأوروبي في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر بساطة في تركيبته ومحدودية في تقدمه التقني والتكنولوجي وبوادر ثورة صناعية تلوح في الأفق، فجسدت هذه الفترة حرية الإرادة في إبرام العقود وتحديد آثارها من خلال هيمنة مبدأ سلطان الإرادة على المعاملات التعاقدية، لذلك فإن تثبيت مدونة نابليون الصادرة سنة 1804 لكل من "مبدأ الحرية التعاقدية" و"مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ القوة الملزمة للعقد" لم يكن ليثير إشكالاً في مجال التعاقد كونه مطلباً أساسياً لرجال الثورة الفرنسية، الأمر الذي يمكننا القول معه أنه إذا كان انتصار مبدأ سلطان الإرادة يرجع بالأساس إلى عوامل اقتصادية ساهمت في انتشار روح الفردية في تلك الفترة، فإن في المقابل تطور العوامل ذاتها أدى إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية وبالتالي انتقاص من قوة هذا المبدأ الذي قام على أساس اقتصادي وانتكس متأثراً بعوامل اقتصادية.

لذلك فإن العلاقة بين القانون والاقتصاد¹ علاقة نفعية أكثر مما هي مسألة خدمة القانون للاقتصاد، فالتكامل بينهما ضروري لضمان الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان، فكان لتبدل وتغير الظروف الاقتصادية التي تمخض عنها مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، خاصة بعد الحرب العالمية الأولى وما خلفته من أزمات اقتصادية عالمية سنة 1929 الأثر الكبير في تغيير القوانين التي تحكم الظواهر الاقتصادية باعتبار هذه الأخيرة تتسم بالمرونة.

والجزائر كغيرها من البلدان حديثة العهد بالاستقلال شكل النهوض باقتصادها أولويات انشغالها، فكان لزاماً عليها التدخل المباشر في مختلف القطاعات منتهجة في ذلك استراتيجية قائمة على نظام اقتصادي موجه هيمن فيه القطاع العام من خلال لعبه دوراً هاماً في الاقتصاد، خاصة في مجال احتكار الدولة للتجارة الخارجية والصناعة الاستخراجية، إلا أن تقهقر هذا النظام الذي كان يعتمد في تغطية عجزه على العائدات النفطية والذي أدخل الاقتصاد الجزائري في دوامة نتيجة الأزمة التي شهدتها العالم في نهاية الثمانينات وكذا الاضطرابات السياسية التي عرفت الجزائر في تلك الفترة وتأثيرها السلبي على الاستثمار، فرض إعادة النظر في السياسة الاقتصادية.

منذ ذلك الوقت بدأ التفكير الجدّي للخروج من الأزمة فجاءت فكرة التخلي عن النظام الموجه إلى اقتصاد السوق الذي رافقه قيام الجزائر بإصلاحات اقتصادية، سواءً بإرادتها أو بشكل فرضه التوجه الجديد، الأمر الذي انعكس على الجانب القانوني من خلال صدور الكثير من القوانين التي أُنعت احتكار القطاع العام لا سيما ما تعلق بمجال المنافسة والاستثمار.

يختص هذا الفصل بتسليط الضوء على هذه التحولات والتطورات الاقتصادية بالتعرض إلى مفهومها، ثم أهم التحولات التي عرفها الاقتصاد الجزائري منذ الاستقلال ومختلف الإصلاحات الاقتصادية المنتهجة لتحسيد هذا التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، وكذا التطرق في إطار النظرية العامة للعقد* التي أقامها المشرع

¹ محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني الممكن والمستبعد" دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 01، العدد التسلسلي 25، الكويت، رجب 1440 هـ، مارس 2019م، ص 123 وما بعدها.

* أثار تسمية "قانون العقود" بـ"النظرية العامة للعقد" جدلاً فقهيًا، كون أصل هذه الأخيرة هو الفكر القانوني النظري، في حين أن "قانون العقود" هو تلك النصوص القانونية المنظمة للعلاقة العقدية، لذلك يمكن القول أننا بصدد "قانون للعقد"، أما عبارة "النظرية العامة" فهي مجرد تسمية فقهية ليس إلا.

الجزائري على غرار التشريعات المقارنة على مبدأ سلطان الإرادة لكل من العقد وتطور هذا المبدأ، مع تبيان علاقة ذلك وتأثيره على التعاملات البشرية في إطار ما يسمى بالتعاقد كوسيلة لصيانة الحقوق والحفاظ على استقرار المعاملات الاقتصادية وهذا من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم التحول الاقتصادي ومراحل هذا التحول في الجزائر.

المبحث الثاني: النظرية العامة للعقد: مبدأ سلطان الإرادة أساساً للعقد.

المبحث الثاني: علاقة التحولات الاقتصادية بالعقد.

المبحث الأول: مفهوم التحول الاقتصادي ومراحل هذا التحول في الجزائر

لا يُعتبر التحول الاقتصادي مفهومًا اقتصاديًا محضًا بالنظر إلى التشابك الذي لا يمكن إنكاره والذي يربط كل من الظواهر الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، بما يجعل منه مفهومًا ديناميكيًا في مضمونه يُعبر عن الجهد المبذول في سبيل تغيير أوضاع قائمة نحو الأفضل من خلال تحديد الأهداف المراد تحقيقها انطلاقًا من أرضية معيارية وخلفية مذهبية معينة بما يضمن تغييرات جذرية في منهج الدولة الاقتصادي والاجتماعي والسياسي باعتمادها ديمقراطية سياسية وحرية اقتصادية تؤدي بدورها إلى تغيير في سلوك الأفراد ووحدة الإنتاج والخدمات.

لذلك فإن عملية التحول الاقتصادي لا ترتبط بطبيعة الإجراءات المعتمدة من قِبَل السلطات، بقدر ما تتعلق بالأهداف التي يُشكل تحديدها بشكل سليم ضمانًا أساسيًا من أجل تحقيقها على أرض الواقع، الأمر الذي يجعل من سلسلة التحولات أو إن صح التعبير الإصلاحات التي مرّت بها الجزائر لا تخرج عن دائرة تغيير القنوات المذهبية لدى دوائر القرار من خلال الانتقال من أيديولوجية إلى أخرى، آخرها أيديولوجية اقتصاد السوق، حيث توالى الإصلاحات من مرحلة إلى أخرى، وعليه سنتناول في هذا المبحث مفهوم التحول الاقتصادي وما يرتبط به من مفاهيم ذات الصلة (مطلب أول)، ثم نتناول في (مطلب ثاني)، مراحل هذا التحول في الجزائر.

المطلب الأول: مفاهيم حول فكرة التحولات الاقتصادية

يتطلب فهم أي موضوع وتوضيحه على الصورة المطلوبة تحديد المصطلحات والمفاهيم التي تدخل في نطاق الدراسة ووضعها في إطارها الزماني والمكاني، وبالنظر لطبيعة الموضوع وارتباطه بالجوانب الاقتصادية والقانونية سنتناول في هذا المطلب مفهوم التحول الاقتصادي وما يرتبط بهذا المفهوم من مفاهيم ذات الصلة وذلك من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: المقصود بالتحول الاقتصادي

تستند فلسفة التحول الاقتصادي إلى المفهوم الذي جاء به "joseph shumpiter" سنة 1942 في كتابه "capitalism socialism and democracy" "الاشتراكية الرأسمالية والديمقراطية" والمبنية على فكرة "الهدم - البناء" وعليه فالتحول هو عملية تشويه مستمرة داخل الهيكل الاقتصادي، بمعنى تشويه مستمر للنظام القديم وبناء مستمر لنظام جديد¹.

ولم ينتشر مفهوم التحول الاقتصادي على النحو الذي نتعامل معه الآن، إلا بعد انهيار الاتحاد السوفياتي وانفصال كثير من الدول عنه لتنفرد باقتصاداتها بعيدًا عن تمركز القرار.

فهو عبارة عن مصطلح اقتصادي يعني: "عملية تحول اقتصاد مركزي التخطيط إلى اقتصاد السوق، تخضع فيه جميع العمليات إلى آلية الطلب والعرض وحرية التسعير ورفع يد الدولة عن الملكيات والتدخل في الأسواق"².

¹havrylyshyn ,O., corski, I,IZV., rooden, r., **recovery and growth in transition economic , 1990-1997** , IMF WP/98/141,P4.

² سامر الرجوب، تجربة التحول الاقتصادي، مجلة البحث العلمي، العدد 9، الجمعية الأردنية للبحث العلمي، عمان، الأردن، 2017، ص 44.

كما يُقصد بالتحول أيضًا: " تلك الإجراءات التي تهدف إلى نقل ملكية المشروعات وأموال الدولة والهيئات الاقتصادية العامة وبنوك القطاع العام إلى القطاع الخاص، وذلك من خلال نقل ملكية الأسهم، أو الأنصبة، أو الأصول الإنتاجية، سواءً بمقابل أو بدون مقابل مادي طبقاً لسياسة الدولة"¹.

ويُعرّف التحول الاقتصادي أيضًا بأنه: " التحول من النظام القطاعي إلى النظام الرأسمالي، مثلما حدث في المجتمعات الأوروبية مع بداية النهضة الصناعية، من خلال ما طرأ من تغيرات على الأنشطة الاقتصادية وما صاحبه من تغيرات اجتماعية، لذلك هناك من يعتبره تحول في النظم الاقتصادية من نظام اشتراكي إلى نظام ليبرالي كما حدث مع دول المعسكر الشرقي في نهاية الثمانينات من القرن الماضي"².

وعليه يُمكن القول بأن مصطلح التحول الاقتصادي في الجزائر يعني تغيير السياسة الاقتصادية لتحقيق التنمية الشاملة، من خلال الانتقال من النظام الاقتصادي الاستعماري إلى النظام الاشتراكي إثر الاستقلال، ثم إلى النظام الرأسمالي في أواخر الثمانينات، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا من خلال تبني مجموعة من الإصلاحات الاقتصادية.

الفرع الثاني: المقصود بالإصلاح الاقتصادي

يُعرّف مصطلح الإصلاح عمومًا بأنه: "الجهد المبذول في سبيل تغيير أوضاع قائمة نحو الأفضل من خلال تحديد أهداف يراد إدراكها، انطلاقاً من أرضية معيارية وخلفية معينة"³.

والإصلاح أيضًا هو: "التعديل في الاتجاه المرغوب، وفي عُرف المؤسسات المالية الدولية، هو عمل يتوجب القيام به إزاء ما يُسمى بالصدمات الخارجية"⁴.

في حين تعددت مفاهيم الإصلاح الاقتصادي باختلاف تجارب الدول في تبني هذا النوع من الإصلاح كون مصطلح الإصلاح الاقتصادي في جوهره عملية تكيف هيكلي متعدد الأبعاد يهدف في أساسه إلى التكيف مع آليات السوق، الأمر الذي يستدعي إعادة النظر في أسلوب إدارة الاقتصاد الوطني"⁵.

لذلك يُعرّف الإصلاح الاقتصادي بأنه: " القيام بالتعديلات الاقتصادية اللازمة من أجل بناء هيكل الاقتصاد على نحو يعزز من قدرته على مواجهة الصدمات الخارجية والداخلية بمختلف أشكالها وأنواعها وذلك بانتهاج الدولة المعنية لمجموعة من أدوات السياسة الاقتصادية المتكاملة لتحقيق أهداف المجتمع الاقتصادية والاجتماعية، بحيث يُعبر عن تلك الأهداف في صورة قيم مستهدفة لمعدلات الأداء الاقتصادي، سواءً على المستوى الداخلي من خلال (معدلات عجز الموازنة العامة ومعدلات التضخم ومعدلات نمو العرض النقدي، وكذا معدلات

¹ مسعود كسرى، التحرر الاقتصادي والخصوصية، مجلة معهد العلوم الاقتصادية، المجلد 09، العدد 1، جامعة الجزائر 03، الجزائر، جوان 2005، ص 229.

² وليد محمد عبد الرحمن شعلان، شرح وفهم التحولات الاقتصادية، منشور على موقع <https://www.tijaratuna.com>، تاريخ الاطلاع 2021/05/07.

³ قدي عبد المجيد، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر محاولة تقييمية، مجلة (CDC) (CREAD)، مركز الدراسات الاقتصادية المطبقة من أجل التنمية، الفصل الثالث، المجلد 18، العدد 61، نوفمبر 2002، ص 01.

⁴ حاكمي بوحفص وعبد القادر دربال، أثر الإصلاحات الاقتصادية على النمو الاقتصادي: دراسة حالة الجزائر، مجلة دفاتر الميكا، المجلد 03، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، أبريل 2007، ص 331.

⁵ ناصري راضية، تقييم سياسة الخصوصية للمؤسسات العمومية الاقتصادية "دراسة حالة الجزائر"، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، فرع نقود ومالية، قسم علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 04.

نمو الناتج المحلي الإجمالي)، أو على المستوى الخارجي من خلال (معدلات عجز ميزان المدفوعات، ومستوى المديونية الخارجية وكذا مستوى الاحتياطات النقدية الدولية)¹.

كما حدّد البنك الدولي تعريفاً للإصلاح الاقتصادي، في تقرير له عن التنمية سنة 1988 بأنه: "يحتوي على المتغيرات الاقتصادية الكلية والجزئية وتشمل عملية الإصلاح مجال القطاع العام، كما يتضمن مختلف الإجراءات المتعلقة بتحرير الأسعار في قطاع معين ولسلعة معينة وبيع وحدات القطاع العام للقطاع الخاص"².

فضلاً عن إشارة مصطلح الإصلاح الاقتصادي (**Réformes économiques**) إلى الإجراءات الاقتصادية اللازمة للوصول إلى مستوى مرتفع من الكفاءة والتنافسية من خلال تحقيق علاقة متوازنة بين الموارد المتاحة للمجتمع ومتطلباته بما يؤدي إلى تصحيح الاختلالات الأساسية في الاقتصاد واستعادة التوازن الاقتصادي العام. ويُعرّف جويكم ايرنس (**Joachim Ahrenes**) الإصلاح الاقتصادي بأنه: "عملية اصلاح السياسة الاقتصادية باتجاه نظام السوق من أجل التغلب على مشاكل موازين المدفوعات وتحجيم التضخم، وتحقيق الشروط اللازمة لاستمرار الزيادة في دخل الفرد"³.

كما يُعرّف الإصلاح الاقتصادي على أنه: "حزمة السياسات والإجراءات المتكاملة التي تعمل على التعديل المرحلي والشامل للهيكل الاقتصادي، عن طريق إيجاد البدائل اللازمة للمشكلات التي تواجه الاقتصاد وتأمين المتطلبات الضرورية بعد أن يتحقق النمو الاقتصادي ويتحسن المستوى المعيشي وخفض معدل البطالة وتراجع معدل الفقر وزيادة الامكانية في بلوغ التنوع الاقتصادي، لذلك فإن تحقيق النتائج الإيجابية لعملية الإصلاح الاقتصادي مرهون بأن تكون سياسة الإصلاح ذات مرونة من حيث الشكل والوسائل والأدوات على أن تتصف تلك السياسات بالصرامة من حيث المعايير والغايات"⁴.

ومن خلال ما تقدم يرى الباحث أنه بالرغم من تعدّد مفاهيم الإصلاح الاقتصادي، إلّا أنّها تتفق في كون الإصلاح الاقتصادي يعني: "مجموعة السياسات والإجراءات الاقتصادية والاجتماعية المقدمة من قبل المؤسسات المالية الدولية والتي تهدف إلى تحرير الأسواق بتقليص دور الدولة في الاقتصاد من خلال إبعادها عن المجالات الإنتاجية والتوجه نحو العولمة، بجعل القطاع الخاص محور التنمية الاقتصادية".

الفرع الثالث: المقصود بالتححر الاقتصادي

التحرر الاقتصادي مفهوم يستخدمه بعض الاقتصاديين كبديل لمفهوم الإصلاح الاقتصادي، حيث قام هذا المصطلح على أنفاذ قصور سياسة تدخل الدولة ومركزية القرارات وما نتج عنه من تعرض اقتصاديات تلك الدول

¹ عبد القادر خليل، محاولة تقييم فعالية الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر للفترة (1990-2006)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، فرع اقتصاد سياسي، كلي العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007-2008، ص 05.

² عبد القادر خليل، المرجع نفسه، ص 05.

³ سوسن جبار عودة، مقال منشور على موقع الهيئة العامة لتشجيع الاستثمار وشؤون الخصخصة، فرع المنطقة الغربية، تاريخ الاطلاع 2021/05/07.

⁴ أحمد جبر سالم السالم وعباس علي محمد، متطلبات الإصلاح الاقتصادي في العراق، مجلة العلوم الاقتصادية، المجلد 13، العدد 49، جامعة البصرة، العراق، 2018، ص 73.

لصدّات داخلية وخارجية أدّت بدورها إلى تعثر عملية التنمية، وعليه فإنه إذا كانت عملية الإصلاح تتم في كل الدول فإن عملية التحرير تخص الاقتصاديات الموجهة سابقاً أو المغلقة¹.

لذلك وردت العديد من التعاريف لمصطلح **التحرير الاقتصادي** أهمها أنه: "مجموعة الإجراءات الاقتصادية الموصى بها من قبل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي والتي تهدف إلى الوصول بالاقتصاد إلى حالة الاستقرار من خلال معالجة الاختلالات المالية والنقدية التي يعاني منها، وكذا تحقيق نمو مستمر من خلال اجراء تعديل على هيكل هذا الاقتصاد"، رغم وصف بعض الاقتصاديين لسياسة التحرير الاقتصادي بالسياسة المتطرفة التي تدعو إلى رأسمالية متوحشة تتحدث عن التحرير الكلي والمطلق الذي لا يحُدّه شرعٌ ديني أو أخلاقي أو اجتماعي أو حكومي، الأمر الذي أدّى إلى نتائج كارثية ومزعجة في المجال الاقتصادي وعجز في الميزان التجاري وميزان المدفوعات، إضافة إلى ارتفاع معدل الوارد وتراجع معدل الصادر، مما نتج عنه انفتاح في السوق واختفاء القدرة التنافسية للسلع المحلية².

كما عرّف البنك الدولي **التحرير الاقتصادي** بأنه: "التخلي عن أنشطة قديمة وتبني أنشطة جديدة"، وعرّفه مصطفى عز العرب على أنه: "تحول في فلسفة وممارسة الإدارة الاقتصادية للنشاط الاقتصادي، أو هو القضاء على كل مصادر الخلل وأخطاء للسياسات الماضية بشكل يجعل النظام السعري يعكس الكفاءة في استخدام الموارد الطبيعية"، في حين عرّف عادل محمد المهدي **التحرير الاقتصادي** بأنه: "ترك إدارة النشاط الاقتصادي لقوى السوق، والتقليل من نطاق التدخل الحكومي بما يكفل تحسين الكفاءة التخصّصية لموارد المجتمع"، وعرّفه ديرك كروجر (Dirk Krueger)، بأنه: "كل عمل يستهدف تخفيض القيود للضوابط الاقتصادية الحكومية، وذلك إما بإلغاء هذه القيود، أو استبدالها بغيرها أكثر مرونة".

ليتضح من خلال هذه التعاريف أن مفهوم التحرير الاقتصادي يتضمن العناصر الآتية:

- إعادة النظر في دور الدولة لإدارة الاقتصاد الوطني، في مقابل إتاحة المزيد من الفرص لآليات السوق من أجل ترشيد القرار الاقتصادي.
- تشجيع القطاع الخاص.
- التقليل من القيود من خلال إعادة النظر في الجانب التشريعي³.

وعليه يمكن تعريف التحرير الاقتصادي بأنه: "تحرير القطاع الخاص من تدخل الدولة في أسواق المال والسلع النهائية والعمل"، رغم أننا نرى ضرورة وجود رقابة حكومية وإدارية على النشاط الاقتصادي الخاص وتدخل الدولة في التجارة الخارجية عند حدوث اختلالات في العرض والطلب المحليين.

¹ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص 07، ويقصد بالاقتصاد المغلق ذلك الاقتصاد الذي لا يتفاعل مع بلدان أخرى فلا يستورد ولا يصدر سلع أو خدمات، بل يسعى إلى تحقيق الاكتفاء الذاتي من خلال الإنتاج المحلي فقط.

² شهنواز خليفة، سياسة تحرير الاقتصاد... ما بين مزايا ومخاطر وسبلات تهدد اقتصاد الدول، مقال منشور على موقع <http://www.horytna.net/Articles/Details/177/121835>، تاريخ الاطلاع 2021/05/08.

³ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص 08.

الفرع الرابع: المقصود بالمشروطة التمويلية

ظهرت المشروطة كظاهرة جديدة في العلاقات الدولية في أواخر السبعينات وبداية الثمانينات من القرن العشرين، حيث ظهر ما يُعرف بالجيل الأول من المشروطة، التي ركزت على قضايا الإصلاح الاقتصادي، فسُمّيت بالمشروطة الاقتصادية¹.

وتتمثل هذه المشروطة في برامج التكيف الاقتصادي التي فرضتها الدول والمؤسسات المانحة خلال السبعينات والثمانينات من القرن العشرين على الدول المستقبلية للمساعدات وتعتبر هذه البرامج من أكثر القضايا إثارة للجدل من حيث أهدافها ونتائجها وإجراءاتها وكذا آليات تطبيقها نتيجة تبنيها من أهم المنظمات الاقتصادية الدولية (صندوق النقد الدولي والبنك الدولي)، لزيادة عدد الدول التي تبنتها كلياً أو جزئياً، وفي المقابل تزايد عدد الدول النامية المتجهة إلى تبني هذه السياسات أو الاسترشاد بها لتصميم برامج إصلاح اقتصادي محلية، ناهيك عن انعكاساتها على الوضع الاقتصادي والاجتماعي والسياسي للدول التي تطبقها وتتألف برامج التكيف الاقتصادي من جزأين هما:

- **برامج التثبيت الهيكلي:** كجملة من السياسات قصيرة المدى توضع بالأساس بوحى من "صندوق النقد الدولي" تهدف إلى خفض التضخم واستعادة قدرة العملة على التحويل وتحديد خدمة الديون، حيث تتضمن هذه السياسات إجراءات لتقليل النفقات، فضلاً عن تطبيق سياسات مالية وائتمانية ونقدية انكماشية صارمة لإصلاح عدم التوازن الخارجي المتعلق بالميزانية.
- **برامج التكيف الهيكلي:** كمجموعة من السياسات الاقتصادية تهدف إلى تحرير الاقتصاد والتجارة من خلال رفع السيطرة والضبط واتباع نظام الخصخصة وتطبيق سياسات موجهة نحو التصدير وإجراء تعديلات على هيكل الاقتصاد الوطني².

وعليه يمكن القول أن المشروطة الاقتصادية تتضمن ضرورة التزام الدول المقترضة بتنفيذ البرامج المعروضة عليها من قبل صندوق النقد الدولي والبنك الدولي دون أدنى مراعاة للخصوصية السياسية والاجتماعية والاقتصادية لكل بلد، كون هذه البرامج تحمل في طياتها أفكاراً رأسمالية لتزامن ذلك مع الوضع الذي كانت تعيشه العديد من الدول لاسيما ما تعلق بمشاكل المديونية الخارجية بسبب استنجاحها بصندوق النقد الدولي والبنك الدولي في ظل التعثرات التي عرفها الاقتصاد العالمي.

ففي الفترة 1980-1993 تم تنفيذ 566 برنامجاً للاستقرار الاقتصادي من قبل 70 بلداً نامياً فكانت النتائج الاقتصادية إيجابية لفترة قصيرة وحتى ماي 1998 أقدم 18 بلداً على دخول مغامرة إعادة جدولة الديون بقيمة 190 مليار دولار في رحاب نادي باريس أين تم تشديد الشروط والمساومات، ناهيك عن الفاتورة الباهظة التي دفعتها تلك البلدان من خلال تردي الأوضاع الاجتماعية بها وظهور أعلى معدلات الفقر والبطالة والامية، الأمر

¹ علي بلعري، الإصلاحات السياسية في الجزائر في ظل التحولات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية العلاقات الدولية، تخص العلاقات الدولية والأمن الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013-2014، ص 51.

² عصام عبد الشافي، بين المشروطة السياسية والحكم الراشد، المعهد المصري للدراسات السياسية والاستراتيجية، تركيا، ديسمبر 2016، ص 03.

الذي جعل برامج الاستقرار الاقتصادي محل انتقاد، في حين أرجعت المؤسسات المانحة ذلك إلى سوء البيئة السياسية التي طُبِّقت فيها هذه البرامج فتوجهت نحو إصلاحات أخرى على مستوى الشروط حملت الصبغة السياسية.

المطلب الثاني: التحولات الاقتصادية في الجزائر

يشكل استقلال الجزائر مرحلة عودة الاقتصاد الجزائري إلى السوق بعد مرور أكثر من 132 سنة من الغياب نتيجة الاحتلال إلى غاية 1988 فترة التحول أو الانتقال نحو اقتصاد السوق.

الفرع الأول: وضعية الاقتصاد الجزائري غداة الاستقلال ودوافع التحول

نتناول في هذا الفرع الوضع الاقتصادي غداة الاستقلال (أولاً)، ثم دوافع التحول الاقتصادي في الجزائر (ثانياً).

أولاً: الوضع الاقتصادي غداة الاستقلال

تبنّت الجزائر بعد استقلالها سياسة اقتصادية اشتراكية جسّدت هيمنة الدولة على كل المجالات الاقتصادية باستعمالها المؤسسات العمومية كأداة لتنفيذ سياستها، وبما أن المجتمع الجزائري مجتمعا زراعيا فقد قامت الدولة الجزائرية في تلك الفترة بإنشاء مزارع ضخمة بعد تأميمها معتمدة في ذلك على إيرادات ناجمة عن قطاع المحروقات، حيث عرفت هذه الإيرادات ارتفاعا باستثناء الفترة من 1986 إلى 1989 التي عرفت انخفاضاً في سعر البترول ومن أجل تحسين مستوى معيشة الأفراد وتحقيق مكانة ضمن دول العالم تبنّت السلطات الجزائرية عدة سياسات أهمها، اعتماد سياسة التصنيع كأساس لتحقيق النمو الاقتصادي وجعل وسائل الإنتاج ملكية عامة، إلى جانب الاهتمام بالسوق الوطنية أولاً والانضمام إلى السوق العالمية كهدف أخير، لتشهد الجزائر في سبيل تحقيق التنمية الاقتصادية مرحلتين أساسيتين تجسّدت في الآتي:

☞ مرحلة القرار المستقل والتي تمتد من 1962 إلى 1993، حيث تميزت هذه المرحلة بارتفاع إيرادات المحروقات خاصة البترول خلال السنوات (1973-1979-1981).

☞ مرحلة القرار غير المستقل ابتداءً من سنة 1993 بالنظر إلى الوضعية العامة للدولة الجزائرية لا سيما ثقل المديونية الخارجية، الأمر الذي دفعها إلى انتهاج إعادة الجدولة وتبني الإصلاحات الاقتصادية التي فرضها كل من الصندوق والبنك الدولي¹.

وقد تجسّدت مرحلة القرار المستقل في قيام الدولة الجزائرية بإصلاحات اقتصادية ذاتية دون ضغوطات خارجية، حيث اتصفت هذه المرحلة بصفة عامة بما يلي²:

1- مرحلة الانتظار (1962-1966)

أفرزت تلك المرحلة قطاعات مسيرة بواسطة العمال الجزائريين بعد مغادرة المعمرين (مراسيم 1963 حول التسيير الذاتي)، الأمر الذي نتج عنه مشاكل تسييرية للجهاز الإنتاجي، كما سُجل وجود القطاع الخاص في المجال

¹ كربالي بغداد، نظرة عامة على التحولات الاقتصادية في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثامن، سبتمبر 2005، ص ص 54-55.

² Behidli kamel, "Ajustement Structurel et Nouvelle politique Industrielle : Rupture ou Perpétuation ?", Revue Algérienne d'économie et gestion, N°2 Mai 1998, pp57-66.

الصناعي والفلاحي والتجاري وتعتبر هذه العملية أول مسيرة تصحيحية للاقتصاد بعد الاستقلال رغم غموض النموذج الوطني للتنمية الاقتصادية، حيث بدأت اللجان التسييرية في الزوال وحلول الشركات الوطنية محلّها بعد تأميم الدولة الجزائرية للأراضي الزراعية سنة 1963 وتأميم المناجم سنة 1966 وإنشاء من الأدوات ما يُمكنها من القيام بالتخطيط من خلال توفير الشروط المناسبة.

2- التصحيح الهيكلي الأول (1967-1979) (الاقتصاد الإداري المخطط)

في هذه المرحلة عملت الدولة الجزائرية على تجسيد عدة مخططات تنموية لا سيما ما تعلق بالمخطط الثلاثي 1967-1969 الذي ارتكز على الصناعة والأنشطة المرتبطة بالمحروقات بالدرجة الأولى والمخطط الرباعي الأول 1970-1973 الذي يظهر في قيام المؤسسات العمومية والجماعات المحلية وكذا الوزارات الوصية بتصور المشاريع الاستثمارية واختيارها اعتماداً على العديد من المعايير المحددة من قبل سكرتارية الدولة للتخطيط، حيث كان الهدف منه إنشاء صناعات قاعدية كدعامة لإنشاء صناعات خفيفة فيما بعد، وكذا المخطط الرباعي الثاني 1974-1977 الذي يعتبر بمثابة التكملة لسابقه من خلال اتجاه الجهود نحو تمويل المشاريع الاقتصادية الضخمة، خاصة الحديد والمحروقات ومواد البناء والميكانيك والكهرباء والإلكترونيك، وإيلاء القطاعات غير الاقتصادية نصيبها من الاهتمام في ظل ارتفاع إيرادات المحروقات.

رغم تميّز هذه المرحلة في عمومها بالتخطيط التوجيهي للاستثمارات والتنظيم التساهمي وسعي المخططات السالفة إلى بناء الاقتصاد الوطني من خلال السعي إلى إنشاء شركات وطنية كبرى تحتكر السوق الوطنية، إلّا أنّ هذا الأمر أدى إلى وجود ممارسات بيروقراطية وزيادة مُفرطة في عدد العمال، فضلاً عن عدم وجود توازن في حجم الاستثمارات.

3- التصحيح الهيكلي الثاني (1979-1987) (التخطيط اللامركزي)

تخلّل هذه المرحلة قيام الدولة الجزائرية بعدة إجراءات تمثلت أساساً في عملية التنازل 81-84، ثم القانون 87-19¹ المتعلق بإصلاح القطاع الفلاحي الذي أعاد تنظيم الأملاك الزراعية للدولة من خلال تقسيم الأراضي الفلاحية إلى مزارع فردية ومستثمرات فلاحية جماعية تشجيعاً للقطاع الذي كان يشهد التهميش مقارنة بغيره من القطاعات².

كما قامت السلطات الجزائرية بإعادة هيكلة عضوية المؤسسات العمومية من أجل ضمان التسيير المحكم والفعال لهذه المؤسسات وذلك بموجب المرسوم 80-242 الصادر في 04-10-1980 والتي طُبّقت في بداية 1981، حيث تم تقسيم خمسين مؤسسة عمومية كبيرة الحجم إلى ثلاثمائة (300) مؤسسة جديدة، ثم التوجه نحو إعادة الهيكلة المالية ابتداءً من سنة 1983 كتتويج مع النظام المالي والمصرفي، وقد استهدفت الإصلاحات الاقتصادية

¹ القانون رقم 87-19، المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1408 الموافق لـ 08 ديسمبر سنة 1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر العدد 50، المؤرخة في 18 ربيع الثاني عام 1408.

² كربالي بغداد، المرجع السابق، ص 57.

في البداية المؤسسات العمومية بهدف تغيير قانونها الأساسي وتنظيمها وكيفية عملها وعلاقتها مع الدولة ومحيطها من أجل إزالة القيود عنها واستعادة مهمتها الأساسية وجعل النظام الاقتصادي أكثر فعالية ونجاعة¹.

4-التصحيح الهيكلي الثالث (1988-1992)

تميزت هذه المرحلة باستمرار الإجراءات المتخذة من قبل السلطات الجزائرية والتي تَصُبُّ في إطار التصحيحات الهيكلية، أهمها ما تعلق باستقلالية المؤسسات العمومية بموجب القانون 88-201² الذي كرّس حرية اتخاذ القرارات واختيار الاستثمارات من قبل الهيئات المسؤولة عن هذا النوع من المؤسسات دون الرجوع للجهات المركزية، في محاولة للتفريق بين تسيير المؤسسات الاقتصادية بواسطة لجان إدارية تمثل الإدارة والمساهمين والملكية الإدارية التي تبقى في يد الدولة عن طريق صناديق المساهمة.

حيث أصبحت وفقاً للقانون 88-303³ شخصاً اعتبارياً يخضع للقانون التجاري ومنع لتراكم رأس المال ومولد للسلع والخدمات، وفيما يتعلق بالمبررات التي رافقت تبني النصوص الأولى للإصلاحات الاقتصادية المتعلقة باستقلالية المؤسسات فقد حصر الأستاذ "بوعقوب أحمد"⁴ هذه المبررات استناداً إلى التقرير الثاني* (جوان 1987)، في الآتي:

- إعادة تكيف الاقتصاد الوطني حسب المعطيات الجديدة، ومن ثم السعي إلى تحقيق فعالية السياسة الاقتصادية.
- الربط بين التخطيط وعمل السوق.
- إعادة بعث عملية الإصلاح التي انطلقت في بداية الثمانينات، والمتوقفة بسبب ما وجد من اختلالات بين المؤسسات والعمل الحقيقي، سواءً على مستوى الحقوق أو الاقتصاد⁴.
- كما مُنح بنك الجزائر* مسؤولية المراقبة النقدية والمصرفية بموجب القانون 90-10⁵ المتعلق بالنقد والقرض مع طرح إمكانية إنشاء بنوك خاصة، سواءً وطنية أو أجنبية واعفاء المؤسسات العامة من الديون الأجنبية والمحلية المستحقة.

وقد شكّل تحديد الأجور وعلاقات العمل والترخيص بتسريح العمال لأسباب اقتصادية خطوة لإدخال المرونة في سوق العمل، كما تم إبرام اتفاقيتين مع صندوق النقد الدولي الأولى في 30 ماي 1989 والثانية في 03 جوان 1991 بهدف حصول الجزائر على موارد مالية عن طريق الصندوق الدولي من خلال قرض بـ 300 مليون DTS

¹ ناصري راضية، المرجع السابق، ص 19.

² القانون 88-01، المؤرخ في 12-01-1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، العدد 02، الصادر في جانفي 1988.

³ القانون 88-03، المؤرخ في 12-01-1988، المتعلق بصناديق المساهمة، ج ر، العدد 02، الصادر في 13 جانفي 1988.

* أحمد بوعقوب، أستاذ وباحث بكلية العلوم الاقتصادية والتجارية والتسيير بجامعة وهران 2.

* ويتعلق الأمر بالأهداف والمبررات التي رافقت عملية تبني النصوص الأولى للإصلاحات الاقتصادية، المتعلقة باستقلالية المؤسسات، فكان التقرير الأول في ديسمبر

1986، والثاني في جوان 1987، والثالث في مارس 1988.

⁴ كيرالي بغداد، المرجع السابق، ص 58.

* كان يسمى "البنك المركزي".

⁵ القانون 90-10، المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر، العدد 16، الصادر في 1990، الملغى بالأمر 03-11.

مع منح قرض بـ 210 مليون DTS في حالة الاتفاق الثاني لجوان 1991 وكذا تحسين الوضعية المزرعية للجزائر في السوق الدولية لرؤوس الأموال في ظل تدهور الأوضاع الاقتصادية على المستوى الكلي وسعيًا لتحقيق التحرير الجزئي للاقتصاد، من خلال قيام السلطات الجزائرية بإصدار قانون ضبط الأسعار في جويلية 1989 من أجل تطبيق أسعار حقيقية والتخلي التدريجي عن دعم الدولة لبعض السلع والقيام بتغيير السجل التجاري للمؤسسات ووضع إطار قانوني للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وإعفاؤها من الضريبة من خلال تعديل قانون الضرائب المباشرة خلال سنتي 1989-1990 وكذا منح رخصة استيراد مباشرة للمتعاملين الخواص كخطوة نحو تحرير التجارة الخارجية¹.

وفي ضوء ما تقدم يمكن القول بأن تلك الإجراءات المتخذة من قبل السلطات الجزائرية في هذه الفترة قد اتّسمت بالصرامة في عمومها لا سيما ما تعلق بتخفيض قيمة العملة الوطنية وضبط الانفاق العمومي وامتصاص السيولة الزائدة وتحرير الأسعار بغية اقناع شركائها من الدائنين.

ثانيا: دوافع التحول الاقتصادي في الجزائر

لا يمكن للحكومات أن تتخلى عن الإصلاح إذا أرادت الهروب من فخ النمو المنخفض الذي تواجهه العديد منها وضمان أن تعود مكاسب النمو الاقتصادي بالفائدة على الغالبية العظمى من المواطنين². فكان التحرير الاقتصادي كأحد البدائل القائمة متاحًا أمام جميع الدول وعلى غرارها الجزائر، إلا أن الإدارة الاقتصادية في الدول النامية تفضل عدم اللجوء إليه والاكتفاء بالعمل على التخفيف من حدة المشاكل الاقتصادية القائمة بصفة مؤقتة بالنظر إلى ارتفاع تكلفة التحرير ومشاكل تطبيقه، إلا أنّ تفاقم السلبات بصورة يصعب علاجها دفع بهذه الدول إلى التفكير في سياسات شاملة للإصلاح الاقتصادي وهو الأمر الذي لا يتأتى إلا بتنفيذ السياسات العامة بما يتفاعل ويستجيب للمشاكل الداخلية والخارجية التي تواجهها.

والجزائر على غرار الدول النامية كانت تعيش في فترة الثمانينات ظروفًا صعبة اقتصادية واجتماعية، وسياسية تزامنت مع دخولها في أزمة المديونية من خلال مأزق الاقتراض وصعوبة تجاوز الوضع، الأمر الذي حتم على الدولة الجزائرية اللجوء إلى الهيئات الدولية من أجل طلب قروض لتسديد ما عليها من أعباء لكن دون جدوى، بعبارة أخرى يمكن القول بأن الاقتصاد الجزائري عرف وضعًا غير متكافئ منذ الاستقلال حتى أزمة المحروقات لسنة 1986، لذلك فإنه رغم تداخل دوافع التحول الاقتصادي في الجزائر، إلا أنه يمكن تقسيمها إلى دوافع داخلية وأخرى خارجية.

1-دوافع داخلية للتحول الاقتصادي في الجزائر

تنوعت الدوافع الداخلية للتحول الاقتصادي في الجزائر بين ما هو سياسي وبين ما هو اقتصادي، فمن الناحية السياسية تُعد القيود السياسية ذات أهمية حاسمة كون التحول عملية اقتصادية واسعة تنطوي على الفائزين والخاسرين، فهذا النوع من القيود بشكل خاص يعتبر ذا صلة في بلدان أوروبا الشرقية عندما سبق الإصلاح السياسي (التحول نحو الديمقراطية)، الإصلاح الاقتصادي (التحول نحو اقتصاد السوق) من خلال مسألة القيود السياسية المسبقة لإقناع النخبين ببدء عملية الإصلاح اللاحق، لذلك من المهم التأكيد على الدور الأساسي للقيود السياسية

¹ ناصري راضية، المرجع السابق، ص 20.

² OECD, **Economic Policy Reforms (Going For Growth)**, OECD Publishing, Paris, 2017, p 13.

في إصلاحات اقتصادية واسعة النطاق، كالانتقال وعملية عدم الفصل بين الاقتصاد وسياسات الإصلاح، فالسياسيين وجماعات المصالح يتخوفون من خسائرتهم المحتملة من الإصلاحات الاقتصادية، لذلك فإنه ليس هناك من سبب للاقتصاديين لتجاهل القيود السياسية الضمنية، تمامًا كعدم تجاهلهم لقيود الميزانية أو القيود الحافزة¹.

أما في الجزائر فقد أدى تضافر مجموعة من العوامل الداخلية إلى تشكيل ضغوط ومطالب دفعت النظام السياسي إلى التحول، لا سيما في ظل قصور التعبير المؤسسي نتيجة هيمنة الحزب الواحد الذي تجسد في العديد من النصوص الدستورية، منها دستور 1963 من خلال مادته 23²، ودستور 1976 في المادة 94 منه³، وكذا مختلف المواثيق، الأمر الذي أدى إلى خنق الحريات الفردية والعامة في ظل تدخل الدولة في جميع القطاعات وغلق الباب أمام المبادرات الفردية، خاصة في إطار النشاط الاقتصادي (التجارة والصناعة)، مما نتج عنه فقدان النظام السياسي لمصاديقته وشرعيته فظهرت حركات مطالبات بالتغيير السياسي والمؤسسي، حيث تركزت تلك المطالب على وضع برنامج للإصلاحات المؤسسية والاقتصادية وهو ما أدى إلى تأزم الوضع⁴.

فإذا كانت الإصلاحات قبل 1988 تتسم بالبطء الشديد، كون أن هناك معارضة داخلية ترفض التغيير حفاظاً على مكاسب حصّلتها في ظل التنظيم السابق، فإن أحداث أكتوبر 1988 سرّعت وتيرة الإصلاحات إلى حدّ فرضت معه على المجلس الشعبي الوطني سنّ سلسلة من القوانين خلال أجل سنتين لتتم المصادقة على التعديل الدستوري الثاني في 23 فيفري 1989 والذي تضمن عدّة تعديلات تجسّدت في التوجه نحو اقتصاد السوق بفتح الطريق أمام المبادرة الفردية وإعفاء الدولة من تحمل كل شيء وجعلها تقوم بالوظائف الكلاسيكية التي تقوم بها أي دولة في البلدان التي تنتهج سياسة اقتصاد السوق⁵.

أما من الناحية الاقتصادية فإن سعي البلدان النامية لتحقيق أهدافها التنموية يُوجب عليها القيام بالعديد من الإصلاحات، حيث تُمثل هذه الإصلاحات في الغالب تكيّفًا مع تغييرات داخلية وخارجية، سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة، وقد تكون هذه التغييرات إيجابية كتحسن غير متوقع في التبادل التجاري أو إضافات جديدة في رأس المال الأجنبي للاستثمارات المتاحة، أو منافع كبيرة من قسمة العمل الدولي، فيتجسد التحدي في الحصول على أعظم منفعة منها، وقد تكون هذه التغييرات غير إيجابية يتم التعامل معها بأقل تضحية ممكنة من الأهداف وبأقل التكاليف الاجتماعية والأعراض الجانبية غير المرغوب فيها⁶.

¹ Gérard, R., transition and economics, the MIT presse, 2000, pp 1-12

² نص المادة 23 من دستور 1963 على ما يلي: "جبهة التحرير الوطني هي حزب الطليعة الواحد في الجزائر".

³ نص المادة 94 من دستور 1976 على ما يلي: "يقوم النظام التأسيسي الجزائري على مبدأ الحزب الواحد".

⁴ ناجي عبد النور، تجربة التعددية الحزبية والتحول الديمقراطي (دراسة تطبيقية في الجزائر)، د ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2010، ص ص 46-47.

⁵ محمد زوزي، تجربة القطاع الصناعي الخاص ودوره في التنمية الاقتصادية في الجزائر (دراسة حالة ولاية غرداية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2009-2010، ص ص 138-139.

⁶ راضية اسمهان خراز، دور سياسات الإصلاح الاقتصادي في الدول النامية في تحقيق التنمية البشرية المستدامة (دراسة حالة الجزائر خلال الفترة 2001-2012)، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص الاقتصاد الدولي والتنمية المستدامة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 1، الجزائر، 2011-2012، ص 21.

أما في الجزائر فقد تبنت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال نظام التسيير الذاتي بعد خروج فرنسا من خلال تسيير العمال والفلاحين بأنفسهم للمزارع والمؤسسات الشاغرة، إلا أنَّ فشل هذا النوع من التسيير دفع بالدولة الجزائرية إلى الاعتماد على الشركة الوطنية في إدارة الشؤون الاقتصادية في الفترة من 1966 إلى 1970 كانطلاقة فعلية لتطبيق الفكر الاشتراكي كنموذج اقتصادي لاستغلال الثروات الوطنية بطريقة مدروسة، لكن هو الآخر انتهى بالفشل لعدة أسباب أهمها:

- تفاقم المشاكل داخل المؤسسات لصعوبة تسييرها، بالنظر لكبر حجمها.
 - صعوبة إقامة هياكل تنظيمية على مستوى كل الشركات.
 - انتشار البيروقراطية بسبب سوء الاتصال.
 - محاولة الإدارة بسط نفوذها، من خلال تعاملها السيء مع العمال والمسيرين¹.
- بعد فشل نظام الشركات الوطنية في دفع عجلة التنمية، تبنت الجزائر مرحلة التسيير الاشتراكي للمؤسسات في الفترة من 1971 إلى 1980 وذلك بالاعتماد على الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج والتخطيط المركزي الشامل الذي يُجسد سيطرة الدولة من أجل تحسين الظروف العملية من خلال إشراك العمال في عملية اتخاذ القرار ومحاولة وضع حد للفوارق الطبقية، إلا أنَّ جملة من الأسباب مجتمعة ساهمت في فشل هذا النوع من التسيير أيضا أهمها:
- انتشار الأمية في المجتمع، الأمر الذي حال دون مشاركة العمال في اتخاذ القرار.
 - انتشار البيروقراطية والمركزية الشديدة.
 - كثرة الإضرابات.
 - زيادة العبء المالي على الخزينة العمومية².

وعليه في ضوء ما تقدم يمكن القول أن النموذج الاشتراكي في الجزائر قد فشل في تحقيق الأهداف التنموية التي جاء من أجلها، حيث يرجع ذلك إلى تكريس المركزية الشديدة وانفراد الدولة بزمام القيادة وقيامها باستثمارات في مجال الصناعات الثقيلة والمشاريع الكبرى التي كانت تمول من عائدات المحروقات لارتفاع نسبة هذه العائدات في تلك الفترة، إلا أنَّ انتهاج الجزائر لهذه السياسة كدولة حديثة العهد بالاستقلال أدخلها في أزمت ومشاكل ازدادت تفاقمًا بمواصلة الدولة إنجازها لتلك المشاريع الضخمة واستيرادها للتكنولوجيا في مقابل افتقارها للإطارات المتخصصة، الأمر الذي نتج عنه ظهور عجز في الخزينة العمومية أدى إلى عدم قدرتها على تمويل التنمية.

كما تُعتبر الصدمة النفطية لسنة 1986 من أبرز دوافع التحول الاقتصادي في الجزائر، حيث أدى تدهور أسعار البترول وانخفاضها إلى اختلالات خطيرة في اقتصاديات الجزائر بظهور مشاكل هزت البناء الاقتصادي ككل أهمها توقُّف المشاريع الاقتصادية التي شرعت الدولة في إنجازها، الأمر الذي نتج عنه مخاطر كثيرة مسّت البيئة الاجتماعية وارتفاع المديونية الخارجية للدولة التي وصلت إلى 54% عام 1986 وانخفاض في نسبة النمو الذي

¹ أمين عبد القادر عليوش، أثر تأهيل المؤسسات الاقتصادية على الاقتصاد الوطني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006-2007، ص ص 33-35.

² أمين عبد القادر عليوش، المرجع نفسه، ص 36.

أصبح سلبياً من 1- % عام 1987 إلى 2- % عام 1988 بعد أن كان يتراوح بين 4 و 5 % مع بداية الثمانينات¹.

ويظهر أثر هذه الأزمة على الصادرات والواردات حيث ارتفعت نسبة الواردات لتصل 8 مليار دولار، أي ما يعادل الأرباح المتأتية من صادرات النفط والغاز التي تمثل 98% من مصادر العملة الصعبة في الجزائر، في حين عرفت الصادرات انخفاضاً محسوساً من 39% عام 1986 إلى 31% عام 1987، كما كان لهذه الأزمة أيضاً أثراً على ميزان المدفوعات الذي سجل بدوره عجزاً في تغطية المستحقات للخارج من الواردات وخدمات الدين من 1.27 مليار دولار لعام 1985 إلى 6.6 مليار دولار عام 1993، حيث استوجب تمويل هذا العجز اللجوء إلى الاقتراض السنوي قصير المدى المتكرر، الأمر الذي زاد من حدة المديونية الخارجية للبلاد التي بلغت ما قيمته 26 مليار دولار سنة 1993².

وعليه يمكن القول أن هذه الصدمة النفطية وما خلفته من آثار اقتصادية واجتماعية كانت بمثابة الدافع وراء قيام الجزائر بمجموعة من الإصلاحات التي استهدفت في البداية المؤسسات العمومية، فجاء القانون 88-01 المتعلق باستقلالية المؤسسات العمومية الذي أعطى للهيئات المسؤولة عن هذه المؤسسات حرية اتخاذ القرار واختيار الاستثمارات والتقييم دون الرجوع للجهات المركزية.

كما تعد بعض العوامل الاقتصادية الأخرى مجتمعة الدافع وراء التحول الاقتصادي في الجزائر ولعل من أهم هذه العوامل نذكر³:

- **الاتساع المباشر لفجوة الموارد المحلية:** الأمر الذي جسد أحد أشكال عدم التوازن الداخلي، حيث بلغت قيمة المدخرات الاجمالية والاستثمارات سنة 1987، 99.8 مليار دج و 94 مليار دج على الترتيب لتعكس ابتداءً من سنة 1988 وذلك ببلوغها 68.5 مليار دج و 98 مليار دج على الترتيب.
- **الاختلال بين الإنتاج والاستهلاك:** حيث بلغ الاستهلاك النهائي بنوعيه (العام والخاص) سنة 1989، 336.3 مليار دج في حين بلغ الناتج المحلي الخام ما قيمته 422 مليار دج، أي ما يعادل نسبة 80%.
- **عدم مرونة الجهاز الإنتاجي في مواجهة الطلب نتيجة تزايد عدد السكان:** وهو ما أدى إلى اختلال ميزان العرض والطلب كأحد أشكال انعدام التوازن الداخلي، ومن أهم المؤشرات الدالة على ارتفاع معدل التضخم وأثره على عجز الموازنة العامة.
- **انخفاض الناتج المحلي الخام الحقيقي:** حيث بلغ سنة 1987، -0.70% و -1%، سنة 1988 رغم ارتفاعه البسيط سنة 1990 إلى 4.4%، ليعود الانخفاض في نفس السنة إلى ما قيمته 10.1%.

¹ باية ساعو، الانتعاش الاقتصادي في الجزائر (واقع وآفاق)، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم العلوم الاقتصادية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 80.

² باية ساعو، المرجع نفسه، ص 82.

³ عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص 258.

- التوسع النقدي بما لا يتوافق والناتج المحلي الخام الحقيقي: وهو الأمر الذي من شأنه أحداث عدم التوازن الداخلي.
- فجوة الإيرادات والنفقات: أو ما يعبر عنه بعجز الموازنة العامة الناجم عن عجز الخزينة العامة المتضمن مخصصات صندوق التطهير وذلك سنة 1992.
- تدهور أسعار صرف العملة الوطنية: حيث كان ذلك كنتيجة للعجز المتفاقم والدائم في ميزان المدفوعات وكذا عمق مشكلة المديونية الخارجية الذي استوجب تعديل معدل صرف الدينار ليستجيب للواقع الاقتصادي، الأمر الذي انتقل معه معدل صرف الدينار من 4.9 دج/دولار نهاية 1987 إلى 17.7 دج/دولار نهاية مارس 1991، ليليه قرار مجلس النقد والقرض نهاية سبتمبر 1991 القاضي بتخفيض الدينار بنسبة 22 % للدولار، ليصل إلى 22.5 دج/دولار واستقر على ذلك إلى غاية مارس 2004، ثم شهد تعديلاً طفيفاً لم يتعدى 10%، ليأتي قرار مجلس النقد والقرض بتخفيضه بنسبة 40.17 % بتاريخ 10/04/1994.
- جفاف دائم وصعوبات هيكلية في القطاع الفلاحي: لا سيما ما تعلق بمشكلة العقار الفلاحي التي ظلت مطروحة منذ إعادة هيكلة المؤسسات الفلاحية سنة 1983، الأمر الذي ترتب عنه انخفاض إنتاج القطاع الزراعي بمعدل 4% سنة 1993.
- ضعف قدرات الاستعمال للقطاع الصناعي: حيث بلغ المعدل الوطني لطاقة الاستعمال 50% والذي نتج عنه ضعف معدل نمو الإنتاج الصناعي من غير المحروقات الذي تراجع من 5.2 % سنة 1986 إلى -1.4 % سنة 1989.
- الاختناق التشييدي: حيث شكل عدم القدرة على الوفاء الكامل بالأهداف المخططة وتأخر مواعيد التنفيذ أهم هذه الاختناقات، بالإضافة إلى حدوث تضخم في تكاليف الإنتاج وندرة بعض مواد البناء، ناهيك عن نقص السيولة لدى بعض المقاولات.
- عدم الاكتفاء الذاتي للمواد الغذائية: بمعنى عدم القدرة على تغطية الحصة الغذائية بالناتج المحلي والتي مثلت ما نسبته 50% لا غير.
- التحديد الإداري لمعدل الفائدة: وقصد الخروج من هذه المشكلة في إطار عملية الإصلاحات لجأت السلطات النقدية إلى انتهاز عملية تحرير تدريجي لمعدلات الفائدة على ودائع البنوك التجارية في ماي 1989، حيث ارتفع معدل الفائدة الإسمية بوتيرة عالية من 08% سنة 1990 إلى 18.5% كحد أقصى سنة 1994، لتعرف بعد ذلك انخفاضاً تزامناً مع تطبيق برنامج التعديل الهيكلي.
- محدودية الإصلاحات السابقة والبحث عن استراتيجية واضحة: إذا كانت الأزمة الناجمة عن صعوبات تسيير المؤسسات العمومية فرضت إصلاحات 1981، فإن الأزمة البترولية فرضت إصلاحات أخرى ورغم أن إصلاحات التسعينات جاءت على وقع الأزمة أيضاً، إلا أنها اعتمدت على اقتصاد السوق.

- نقص الاستثمار الأجنبي وحركة رؤوس الأموال تجاه الجزائر: رغم وجود بعض التشريعات المحفزة على ذلك بدءاً من سنة 1963¹، إلا أنها لم تحقق الهدف المنشود في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، حيث تم تأسيس 20 شركة مختلطة خلال الفترة 1966-1980 منها واحدة في صناعة الميكانيك والباقي معظمه في قطاع الخدمات البترولية، كما أنشئت في الفترة 1982-1986 شركتين مختلطتين وهذا النقص راجع للتوجه الاشتراكي المنتهج من قبل الجزائر، إلى أن جاء قانون النقد والقرض الذي كرس التوجه الليبرالي للاقتصاد الجزائري.
- تراجع الايدولوجية المركزية ونمو منطق السوق: حيث تزامن ذلك مع تدهور الأداء الاقتصادي للمؤسسات الاقتصادية العمومية بسبب العديد من العوامل لا سيما ما تعلق ببيروقراطية الإدارة والسياسات السعرية والعمالة الزائدة، في مقابل عدم القدرة على تدبير التمويل الكافي للإحلال والتجديد والتطوير، ناهيك عن المشاركة المترددة للقطاع الخاص.

2-دوافع خارجية للتحول الاقتصادي في الجزائر

- الاقتصاد الجزائري كأى اقتصاد وطني لا يمكن أن يعيش بمعزل عن التحولات الدولية، الأمر الذي يبرر عملية الإصلاح الاقتصادي بعوامل خارجية وتمثل هذه المبررات والدوافع الخارجية للتحول الاقتصادي في الجزائر في الآتي:
- التكيف مع التحولات الاقتصادية العالمية: أو ما يعرف بالعمولة الاقتصادية التي برزت بعد الحرب العالمية الثانية وبالضبط عند انشاء مؤسستي بريتون-وودز*، متمثلة في صندوق النقد الدولي، والبنك العالمي للإنشاء والتعمير، لعام 1944، وبعدها الاتفاقية العامة للتعريفات والتجارة "GAAT" لسنة 1947، كمفهوم للعمولة له ارتباط بالنظام

¹ نسجل في هذه الفترة التشريعات التالية:

- القانون 63-277، المتعلق بالاستثمار الصادر بتاريخ 1963/07/26 والذي يمنح ضمانات للمستثمرين.
 - الأمر 66-277، المؤرخ في 1966/09/15، المتضمن قانون الاستثمار، والمتميز بإدراج قيود على الاستثمارات الأجنبية والخاصة.
 - القانون 82-13، الصادر في 1982/08/28، المتعلق بالشركات ذات الاقتصاد المختلط، والذي يمنح بعض المزايا للشركاء الأجانب.
 - القانون 86-13، الصادر في 1986/08/19، المعدل والمتمم للقانون المتعلق بالشركات ذات الاقتصاد المختلط والذي تضمن منح مزيد من المزايا.
 - القانون 88-25، المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، الصادر في 1988/07/12.
- * بريتون وودز: اتفاقية دولية، سميت بهذا الاسم نسبة إلى ضاحية "بريتون وودز" في مدينة "نيوهامبشير" بالولايات المتحدة الأمريكية في يوليو 1944، شارك فيها 45 دولة من دول العالم، وقد جاءت الدعوة إلى عقد هذا المؤتمر بسبب الفوضى العارمة والنزاعات وعدم الاستقرار الاقتصادي والاجتماعي والسياسي قبيل الحرب العالمية الثانية، بهدف انشاء نظام نقدي عالمي، بعد ثبات فشل قاعدة الذهب والاستغناء عنها ومحاولة إيجاد صيغة جديدة تكون أساساً لنظام نقدي عالمي جديد، حيث عرض خلال هذا المؤتمر العديد من المقترحات كان أهمها المقترحاتان المقدمتان من الانجليزي "كينز" بخصوص "البنك الدولي"، والأمريكي "هوايت"، بخصوص "صندوق النقد الدولي" وتم الاتفاق بين المجتمعين على انشاء هاتين المؤسستين، ودخلت الاتفاقية حيز التنفيذ بتاريخ 1945/12/27.
- ** تعتبر منظمة التجارة العالمية، المنظمة العالمية الوحيدة المختصة بالقوانين الدولية المعنية بالتجارة ما بين الأمم والتي أنشأت من أجل ضمان انسياب التجارة بين الدول بأكبر قدر من السلامة واليسر والحرية، ويعود التفكير في انشاء مؤسسة دولية تشرف على التجارة العالمية إلى المفاوضات التي أجريت أثناء الحرب العالمية الثانية، لإصلاح النظام الاقتصادي العالمي، حيث تعتبر هذه المنظمة الركن الثالث من أركان هذا النظام، ويعتبر عام 1995 علامة فارقة على طريق تغيير هيكلية هذا النظام، كونه العام الذي أسست فيه أول منظمة ذات طابع دولي تشرف على النظام التجاري العالمي وهي منظمة التجارة العالمية، ويعد الوصول إلى تأسيس هذه المنظمة محصلة لمفاوضات تجارية استمرت لنصف قرن في إطار اتفاقية الجات التي لم تكتسب صفة العالمية بالنظر لمحدودية الدول المشاركة فيها، والتي سميت بالأطراف المتعاقدة، كما أن الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية لم تكتسب صفة المنظمة كونها مجرد إطار للتفاوض حول التجارة الدولية.

الرأسمالي في مراحله الأخيرة* التي عُرف بها في نهاية الثمانينيات والمتمثلة في فكرة تحييد الدولة، أو ما يعرف بتعدد الجنسيات¹.

- أزمة المديونية الخارجية للجزائر: حيث تمثل المديونية الخارجية أبرز اختلالات الاقتصاد الكلي وترجع أسبابها إلى السياسة التنموية السابقة، نتيجة الاقتراض الأجنبي لتلبية حاجات الأفراد وتسيير الاقتصاد الوطني تزامنا مع التسهيلات الممنوحة من الدول المتقدمة خلال فترة الركود التضخمي، وقد ظلت هذه الديون في ارتفاع مستمر إلى غاية ارتفاع أسعار البترول خلال الألفية الثالثة مُشكّلةً ارهاقًا ماليًا شديدًا للدولة الجزائرية، حيث بلغت مستويات مخيفة، وصلت نسبتها للنتاج المحلي الخام، بما يعادل 34.5%، سنة 1986، و 41.6%، سنة 1989، وترتبط المديونية الخارجية ارتباطًا وثيقًا بالعناصر الآتية:

- تدني حصة احتياطي الصرف؛
- الزيادة الحادة في أسعار الفائدة الحقيقية الأجنبية؛
- توريق المديونية الخارجية، وذلك بتحويلها إلى أوراق مالية تُتداول في الأسواق المالية العالمية².
- العجز في ميزان المدفوعات: والذي يرتبط أساسًا بالعناصر الآتية:
- تدهور شروط التبادل الدولي في غير صالح الجزائر، نتيجة ارتفاع أسعار الواردات، وانخفاض أسعار الصادرات.
- انخفاض عائدات الصادرات، خاصة خارج المحروقات وتأثير تدهور أسعار المحروقات على استمرار التنمية في الجزائر.
- تقلب أسعار النفط وما خلفه من آثار على مستويات الاحتياطي من العملة الصعبة، خاصة خلال النصف الثاني من الثمانينات.
- انخفاض قيمة الدولار مما ضاعف من تكلفة الواردات³.

الفرع الثاني: الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر والتحول نحو اقتصاد السوق

أدى بروز ظاهرة العجز الموازني وتراكم الديون الخارجية لمجموعة من الدول، خاصة النامية منها وعلى غرارها الجزائر إلى ضرورة إيجاد حل أمثل لمواجهة كل هذه الصعوبات والذي تمثل في الإصلاح الاقتصادي، حيث جاءت

* يرى المفكر الاقتصادي المصري "سمير أمين" أن النظام الرأسمالي مر بالأطوار الآتية:

- طور النشأة ويطلق عليه أيضًا طور الرأسمالية التجارية.
- طور الرأسمالية التنافسية (الرأسمالية الصناعية الناشئة).
- الطور الامبريالي أو الاحتكاري.
- ثم طور العولمة.

¹ نورالدين حامد، العولمة والإصلاحات الاقتصادية في الدول النامية، مداخلة أُلقيت في المنتدى الأول حول الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، الممارسة التسويقية،

المركز الجامعي بشار، يومي 20-21 أفريل 2004، ص 02.

² عبد القادر خليل، المرجع السابق، ص ص 266-268.

³ عبد القادر خليل، المرجع نفسه، ص 265.

برامج هذا الإصلاح على نوعين ذاتية تجسّدت في تكفل الدولة بإعداد برنامجاً للإصلاح وبرامج إصلاح مدعومة تقترحها الهيئات الدولية بهدف تحسين الأداء الاقتصادي من خلال العمل على إرساء قواعد اقتصاد السوق¹.

أولاً: الإصلاحات الذاتية للاقتصاد الجزائري

وهي إصلاحات تمت بإرادة سياسية فرضتها الضرورة بالنظر إلى حجم التدهور في الإيرادات البترولية وضعف أداء المؤسسات العمومية واختلال توازن المالية العمومية، حيث لجأت السلطات العمومية في إطار هذه الإصلاحات إلى مراجعة الكثير من الآليات المتحكمة في سير الاقتصاد واتخاذ الكثير من الإجراءات فتم التصديق على جملة من القوانين التي كانت ترمي في مجملها إلى إصلاح مؤسسات الدولة التي أصبحت منذ تلك الفترة خاضعة للقانون التجاري² وإقامة نظام المستثمرات الزراعية الفردية والجماعية سنة 1987 والذي تم بموجبه التنازل عن استغلال المزارع العمومية للمزارعين بهدف إعطاء استقلالية للمنتجين وتحريرهم من ضغط البيروقراطية وطرح قانون جديد للاستثمار سنة 1988 أكثر انفتاحاً على القطاع الخاص من خلال إلغاء الحدود القصوى المسموح له باستثمارها مع إلغاء التصريح المسبق وحل الهيئة المكلفة بذلك، خاصة في ظل تراجع مداخيل الدولة من العملة الصعبة وتقلص إيراداتها الجبائية، وكذا طرح قانون جديد للشركات ذات رأس المال المختلط باعتبارها القناة المفضلة لاستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية في ظل التخوف والحساسية تجاه الاستثمار الأجنبي المباشر، حيث سمح هذا القانون للشركاء الأجانب بتحويل الأرباح غير المعاد استثمارها ومصاريف المساعدة التقنية إلى الخارج، بالإضافة إلى مزايا جبائية أخرى³.

لم تقف هذه الإصلاحات عند هذا الحد، بل امتدت لتشمل تشجيع المؤسسات على التصدير من خلال اعتماد ميزانيات العملة الصعبة التي تسمح لهذه المؤسسات الاستفادة من عائدات التصدير في تغطية وارداتها من دون الحاجة إلى إجراءات الرقابة القبلية واعفاء السلع المصدرة من الرسوم، كما تم في هذا الإطار اضعاف نوع من المرونة على احتكار الدولة للتجارة الخارجية وذلك من خلال السماح للوكلاء وتجار الجملة بالتعامل في مجال التجارة الخارجية، الأمر الذي سمح بإدخال المنافسة⁴ كما تمّ إصلاح نظام الأسعار من خلال تبني نوع من المرونة في تحديدها وذلك بالتخلي عن التحديد الإداري لها⁵.

إلا أنّ المنافع المرجوة والمتوقعة من تلك الإجراءات التصحيحية للاقتصاد الوطني لم تتحقق في مجملها كونها لم تؤخذ في إطارها الشمولي، الأمر الذي انجرّ عنه تدهور الوضعية الاقتصادية لا سيما ما تعلق بانخفاض إجمالي الناتج المحلي الحقيقي خارج المحروقات بما نسبته 1.5% في المتوسط خلال الفترة 1986-1991 وتأزم الوضعية المالية للمؤسسات العمومية نتيجة القوانين المفروضة على الأسعار وتسريح العمال وما نتج عنه من تحول المهارات

¹ ناصري راضية، المرجع السابق، ص ب.

² كربالي بغداد، المرجع السابق، ص 59.

³ عبد المجيد قدي، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر (محاولة تقويمية)، مجلة (CDC) (CREAD)، مركز الدراسات الاقتصادية المطبقة من أجل التنمية، الفصل الثالث، المجلد 18، العدد 61، نوفمبر 2002، ص 09.

⁴ عبد المجيد قدي، فعالية التمويل بالضريبة في ظل التغيرات الدولية: دراسة حالة النظام الضريبي الجزائري في الفترة 1988-1995، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر 03، 1995، ص 124.

⁵ القانون 89-12، المؤرخ في 05 جويلية 1989، المتعلق بالأسعار (الملغى).

والكفاءات إلى القطاعات الأخرى خاصة القطاع الخاص، ناهيك عما ميز المرحلة المالية لمرحلة الإصلاحات الذاتية أو غير المفروضة من عدم استقرار سياسي واقتصادي وأمني نتيجة ظاهرة الإرهاب التي عمّت الوطن في سنوات التسعينيات وارتفاع المديونية وخدمات المديونية التي تمتص حوالي 80% من إيرادات المحروقات¹.

ويرى الباحث أن اقتصاد من قبيل الاقتصاد الجزائري والذي تم تسييره بآليات مركزية من الصعب أن يستجيب بسرعة لآليات تسيير ليبرالية كون الأمر يتطلب بدءاً تغييراً من حيث الذهنيات وأنماط التفكير، لذلك فإن الفعالية الاقتصادية لا تتحقق بمجرد اتخاذ قرار أو سن مرسوم، أو تشريع والدليل أن هذه الإصلاحات الذاتية لم تأتي أكلها رغم الجهود المبذولة ورغم تمحور اهتمام السلطات حول مشكل المديونية إلى الحد الذي غطى عن باقي القضايا، الأمر الذي دفع بالسلطات الجزائرية في ظل الوضعية المتردية للاقتصاد الوطني إلى العودة إلى صندوق النقد والبنك الدوليين من أجل إعادة جدولة ديونها وإبرام عقود معها وهي الفكرة التي كانت مرفوضة سابقاً بالنظر إلى الموقف الخاص للجزائريين تجاه الديون والتي يعتبرونها رديفاً للاستعمار، خاصة في ظل انهيار أسعار النفط مما يحول دون إمكانية استمرار التسديد فجاء ما يعرف بفكرة برامج الإصلاح المدعومة.

ثانياً: الإصلاحات الاقتصادية المفروضة من قبل المؤسسات المالية الدولية

عاشت الجزائر كباقي الدول النامية وضعية اقتصادية صعبة بسبب انتهاج سياسات التخطيط المركزي، بالإضافة إلى أزمات سياسية ودستورية، فرض الخروج منها بإصلاحات سياسية واقتصادية عاجلة من أجل إعادة بعث التنمية وتصحيح مسار النظام السياسي ومن أجل القيام بهذه الإصلاحات وجدت الجزائر نفسها بحاجة إلى مساعدات مالية من طرف المؤسسات المالية العالمية فكانت الوجهة مؤسستي " بريتون وودز " وتوقيع عدة اتفاقيات مع صندوق النقد والبنك الدوليين بهدف تصحيح الاختلالات التي عانت منها على المستوى الكلي فحصلت على قروض لأجل إنعاش اقتصادها وفي المقابل قامت بعدة إصلاحات اقتصادية وسياسية تحت توجيهات مؤسستي " بريتون وودز " في ظل خارطة طريق مُعدّة سلفاً في مخابر صندوق النقد والبنك الدوليين، حيث اتبعت الجزائر حزمة من البرامج والسياسات في هذا الصدد ويشترك صندوق النقد والبنك الدوليين في مجموعة من السياسات والبرامج تتجسد في الآتي:

- **برنامج التثبيت الاقتصادي (Stabilization Policy):** ويتابع تنفيذه صندوق النقد الدولي ويهدف هذا البرنامج إلى استعادة التوازن في الاقتصاديات الكلية في البلدان التي تعاني من عجز في ميزان المدفوعات من خلال سياسة مالية نقدية وأسعار الصرف ويكون ذلك في أجل قصير، لذلك فإن مدة برامج التثبيت عادة ما تكون بين عام وعامين وهي تمثل مشروطة الصندوق التي يتم الاتفاق عليها بين هذا الأخير والدولة المعنية، حيث يسعى الصندوق من وراء هذا البرنامج إلى تحقيق ثلاثة أهداف وهي²:

- تخفيض العجز في ميزان المدفوعات.

¹ كريالي بغداد، المرجع السابق، ص 59-60.

² عبد اللطيف باري، وعلي شتيوي، الإصلاحات الاقتصادية الجزائرية في ظل توجيهات المؤسسات المالية الدولية، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد السابع، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، أكتوبر 2018، ص 294.

- تخفيض معدلات التضخم.

- زيادة معدلات النمو الاقتصادي.

وهو الأمر الذي لا يتم إلا من خلال مجموعة من الإجراءات التقشفية التي تهدف إلى التحكم في جانب الطلب ومن هذه الإجراءات نذكر:

- زيادة موارد الخزينة العامة من خلال تنشيط الجهاز الضريبي وتقليص الدور الاجتماعي للدولة.

- تقليص الاستثمار الحكومي والحد من تدخل الدولة في الأمور الاقتصادية بترك الأمر للسوق.

- التركيز على إدارة الطلب بهدف التحكم في عملية الإصدار النقدي والإقلال من الإنفاق الحكومي وإلغاء الدعم بمختلف أشكاله.

- تخفيض مستويات الأجور الحقيقية سواءً بالتخفيض المباشر أو من خلال الضغط عليها بمحرك القوى العاملة والتخلي عن التوظيف الحكومي.

- **برامج التكيف الهيكلي: (Structural Adjustment Programs):** ويتابع تنفيذها البنك الدولي في الأجلين المتوسط والطويل، وتستند هذه البرامج بدورها على النظرية النيوكلاسيكية في تخصيص الموارد وتوزيعها، ومن أهم هذه البرامج نذكر:

- تحرير الأسعار سواءً للموارد أو للسلع النهائية بإلغاء دعم الدولة المقرر للسلع والخدمات بما يخفف العبء على ميزانية هذه الأخيرة مع استثناء الأجور من عملية إطلاق الأسعار.

- الخصخصة من خلال اسناد ملكية وإدارة العديد من المؤسسات المملوكة للقطاع العام إلى القطاع الخاص.

- تحرير التجارة من خلال تشجيع الصادرات وإزالة أي عوائق أمام الاستيراد من الخارج بغية الاندماج في الاقتصاد العالمي.

1- صور الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر

من أجل إعادة النظر في سياساتها الاقتصادية تبنت الجزائر برنامجًا إصلاحيًا مكثفًا من خلال ترتيب مجموعة أولى من السياسات بالاتفاق مع صندوق النقد الدولي تتعلق بالتوازنات الاقتصادية الكلية بغرض الحد من السياسة المالية التضخمية وتغيير كل من أسعار الفائدة وأسعار الصرف بما يتلاءم وقوى السوق ومن ثم تحسين ميزان المدفوعات، في حين تم الاتفاق مع البنك الدولي على مجموعة ثانية من هذه السياسات تهدف لتحقيق اقتصاد حر يمتاز بالكفاءة، الديناميكية والتخفيف من تدخل الدولة في الشؤون الاقتصادية كأحد أهم الأسباب المؤدية إلى الاختلالات ومنع الحوافز والتقليل من قدرة القطاع الخاص.

أ- السياسة النقدية

في هذا السياق يمكن القول أنه لا يمكن الحديث عن وجود سياسة نقدية واضحة في ظل التداخل بين الخزينة العامة والبنك المركزي من جهة وضعف الوساطة المالية من جهة أخرى، وكجزء من الترتيبات المتفق عليها مع صندوق النقد الدولي تم تطبيق إصلاحات واسعة في كل من سياسي سعر الفائدة ومنح الائتمان دعمًا للسياسة المالية

والتحكم في التوسع النقدي داخل الاقتصاد¹، لذلك فإن من أهم الأدوات التي أقرها الصندوق الدولي في هذا المجال تمثلت في الآتي:

- رفع أسعار الفائدة.
- تحديد السقوف الائتمانية الخاصة بالائتمان المحلي.
- التحكم في الإصدار النقدي وترشيده².

ب- إصلاحات الصرف الأجنبي

تهدف برامج التثبيت على مستوى سوق الصرف إلى توحيد سعر الصرف الرسمي والموازي من خلال اخضاع سعره للعرض والطلب، الأمر الذي يتيح توجيه تحويلات غير المقيمين عبر القنوات الرسمية وتطهير التبادلات الخارجية، فضلا عن زيادة شفافية نظام الصرف، حيث تمخض الأمر عن مرحلتين كما يلي:

- **مرحلة أولى تحضيرية وقائية:** تهدف إلى منح المؤسسات الوسائل الأساسية لتنفيذ عملياتها الخارجية، فتميزت بإنشاء الميزانيات بالعملة الصعبة، وقد دخل هذا البرنامج حيز التطبيق سنة 1990.
- **مرحلة ثانية:** جسدت تخفيض القيمة الخارجية للدينار، فكان برنامج التثبيت لسنة 1991 يهدف إلى تخفيض ما قيمته 25% من الفجوة الموجودة بين سعر الصرف الرسمي وسعر الصرف في السوق الموازية³.

ج- سياسة الميزانية

استهدفت سياسة الإصلاح المالي ضمن برنامج الإصلاح الاقتصادي السيطرة على عجز الميزانية العامة للدولة كأحد أسباب معاناة الاقتصاد الجزائري كونه كان يعتمد في تمويله بصفة أساسية على الاقتراض من الجهاز المصرفي، بل ويتجاوز المدخرات المحلية إلى الاقتراض من الخارج، الأمر الذي أدى إلى تزايد المديونية وارتفاع معدلات خدمة الدين الداخلي والخارجي وزيادة حدة التضخم ومن ثم انخفاض معدلات التنمية الاقتصادية⁴.

وعلى اعتبار أن العلاج الحقيقي لعجز الميزانية يكمن في زيادة الإنتاج ورفع مستوى الإنتاجية وزيادة النشاط الاقتصادي والإنتاج الوطني اتخذت الدولة مجموعة من الإجراءات المالية الفعالة من أجل زيادة الإيرادات العامة وترشيد الانفاق العام وفي إطار الإصلاحات الهيكلية ومن أهم هذه الإصلاحات ما يلي⁵:

- ادخال إصلاحات ضريبية على المنظومة الاقتصادية من أجل إنعاش الاقتصاد الوطني وذلك بإدخال نظام الرسم على القيمة المضافة.
- إدخال الضريبة على الدخل الإجمالي بتطبيق جدول متصاعد.
- إدخال الضريبة على أرباح الشركات.

¹ علي بطاهر، سياسات التحرير والإصلاح الاقتصادي في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، المجلد الأول، العدد الأول، جامعة حسنية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جوان 2004، ص 187.

² كربالي بغداد، المرجع السابق، ص 61.

³ علي بطاهر، المرجع السابق، ص 188.

⁴ كربالي بغداد، المرجع السابق، ص ص 60-61.

⁵ علي بطاهر، المرجع السابق، ص ص 191-193.

- تخفيض نفقات التسيير خلال فترة الإصلاح الهيكلي.
- تخفيض نفقات التحويلات الجارية.
- التخفيض التدريجي للدعم على كثير من السلع... الخ.

2- أهم الاتفاقيات المشروطة بالإصلاحات بين الجزائر وصندوق النقد الدولي

بعد إرسال وزير المالية الجزائري سنة 1989 خطاب النوايا للمدير التنفيذي لصندوق النقد الدولي والذي تعهدت فيه الحكومة الجزائرية على التزامها بالانخراط في اقتصاد السوق وتأكيدا على المضي في عملية اللامركزية الاقتصادية تدريجيا وخلق البيئة التي تسمح باتخاذ القرار على أساس المسؤولية والربحية والاعتماد على ميكانيزم الأسعار بما في ذلك سياسة سعر الصرف بالتركيز على توسيع دور القطاع الخاص¹.

تم في ماي 1989 أول اتفاق مع صندوق النقد الدولي في إطار اتفاق BY STAND الذي تحصلت بموجبه الجزائر على 155.7 مليون وحدة حقوق سحب خاصة، ليتم إعادة تكييف الاقتصاد الجزائري من خلال تحرير التجارة الخارجية والمدفوعات بإلغاء التخصيص المركزي للنقد الأجنبي وإلغاء احتكار الدولة للتجارة الخارجية والاعتماد على آليات السوق في تحديد سعر الصرف والفائدة، بالإضافة إلى تحرير الأسعار وتقليص الدعم².

وفي جوان 1991 عقد اتفاق ثاني مع صندوق النقد الدولي قصد دفع عجلة الإصلاحات تحصلت بموجبه الجزائر على قرض قدره 403 مليون دولار كان مشروطاً بوضع برنامج تثبيت يراعي الآتي:

- إعطاء الاستقلالية الكاملة للمؤسسات في اتخاذ القرارات الإدارية والمالية على أساس قواعد السوق.
- تقليص دور خزانة الدولة في تمويل عجز المؤسسات العمومية.
- حرية تحديد الأسعار ومراعاة مؤشرات الربحية الاقتصادية والمالية.
- إصلاح نظام الأجور وتغيير سياسة الإعانات ونظم الدعم.
- إصلاح النظام الضريبي، بما يستجيب ومعطيات اقتصاد السوق.
- إلغاء التمييز بين القطاع العام والخاص فيما يتعلق بالقروض وأسعار الفائدة.
- التقليص من حجم تدخل الدولة في الاقتصاد³.

وفي أبريل 1994 تم عقد اتفاق آخر مع صندوق النقد الدولي قصد معالجة الاختلالات الهيكلية التي ميزت الاقتصاد الجزائري، حيث تحصلت من خلاله الجزائر على قرض قدره 1037 مليون دولار وفي المقابل أخذت عدة إجراءات تمثلت في الآتي⁴:

- تحرير الأسعار وإزالة القيود الخارجية والحد من الدعم لمعظم السلع الأساسية.
- تخفيض قيمة العملة الوطنية بنا نسبته 50%.

¹ ناصر مراد، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 47، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010، ص 141.

² عبد اللطيف باري وعلي شتيوي، المرجع السابق، ص 296.

³ علي بطاهر، المرجع السابق، ص 182.

⁴ ناصر مراد، المرجع السابق، ص 141-142.

- إيجاد آليات وميكانيزمات للانتقال نحو اقتصاد السوق، من خلال إعادة الهيكلة، استقلالية المؤسسات، والخصوصية.
- تثبيت كتلة أجور الوظيف العمومي وضبط الانفاق العام.
- تقليص الكتلة النقدية عن طريق رفع معدل الفائدة على الادخار من 10%، إلى 14%، إلى جانب رفع معدلات الفائدة على القروض إلى 23.5%.
- أما في الفترة 1994-1995 فقد تم إعادة جدولة الديون العمومية مع نادي باريس* في حدود 13 مليار دولار، كما تم في جوان 1996 إعادة جدولة 03 مليار دولار من الديون الخاصة مع نادي لندن**.
- ليتم في ماي 1995 عقد الحكومة الجزائرية لاتفاق مع صندوق النقد الدولي في إطار برنامج التصحيح الهيكلي وذلك لمدة ثلاثة سنوات، أي إلى غاية 1998 سعيًا إلى تحقيق نمو متزايد واستقرار مالي وتدعيم الطبقات الاجتماعية المحرومة، وتوازن ميزان المدفوعات، وهو الأمر الذي لا يتأتى إلا باتخاذ مجموعة من الإجراءات تتجسد في الآتي¹:
- التطهير المالي للمؤسسات العمومية.
- انشاء شركة للتأمين على الصادرات قصد تنويع الصادرات خارج قطاع المحروقات.
- إنشاء البنوك الخاصة أو فروع لبنوك أجنبية.
- إنشاء بورصة القيم المنقولة لتدعيم خصوصية المؤسسات العمومية.
- إصلاح النظام الجبائي بموجب قانون المالية لسنة 1992 لإدخال المزيد من الشفافية على النظام وتخفيف الادخار والاستثمار.
- إصلاح نظام النقد والبنوك بإصدار قانون النقد والقرض سنة 1990 والذي كرّس استقلالية البنك المركزي في إدارة السياسة النقدية.
- تشجيع الاستثمار الأجنبي بموجب قانون الاستثمار لسنة 1993 الذي كرّس بدوره حرية الاستثمار.
- إقرار مبدأ خصوصية المؤسسات العمومية سنة 1996.
- ليتم بعد ذلك وبالضبط في سنة 2001 اعتماد برنامج دعم الإنعاش الاقتصادي الذي امتدّ إلى غاية 2004، حيث خُصص له غلاف مالي قدره 525 مليار دينار جزائري قصد تحفيز النمو من خلال تفعيل الطلب الكلي وترقية الاستثمار وكذا تهيئة البنية التحتية للاقتصاد الوطني بما يتوافق والتحولات التي تُميز المسار التنموي وتحفيز

* نادي باريس (Club de Paris) : هو مجموعة غير رسمية مكونة من مسؤولين ماليين ممولين من 19 دولة تعد من أكبر الاقتصادات في العالم، وانضم اليهم مؤخرا في 24 يونيو عام 2014 الكيان الإسرائيلي لتصبح المجموعة مكونة من 20 دولة، وهي مجموعة تقدم خدمات مالية مثل إعادة جدولة الديون للدول المديونة بدلا من اعلان افلاسها أو تخفيف عبء الديون بتخفيض الفائدة عليها، والغاء الديون بين الدول المثقلة بالديون ودائيتها.

** على عكس نادي باريس ليس لنادي لندن وجود صريح أو أهمية كنادي باريس، ففي بعض الأحيان، تجتمع لجان خاصة، تضم بعض المصارف الرئيسة الدائنة، في الحالات التي يكون فيها الوضع في دولة ما مدينة للمصارف التجارية الدولية، للبحث معها في عقد اتفاق ينضم التزاماتها المالية من جديد لعدم قدرتها على تسديد ما بدمتها من ديون سابقة.

¹ ناصر مراد، المرجع السابق، ص ص 142-143.

الاستثمار الأجنبي المباشر وكذا تدعيم خوصصة المؤسسات العمومية، لتشريع الحكومة سنة 2005 في تطبيق برنامج لدعم النمو الاقتصادي امتد إلى غاية 2009 خُصِّصَ له غلاف مالي قدره 4200 مليار دينار جزائري سعيًا إلى تحسين شروط عيش المواطنين وكذا ترقية محيط الاستثمار¹.

المطلب الثالث: أثر التحول الاقتصادي في الجزائر على المنظومة القانونية

كنتيجة للانفتاح الاقتصادي بانتقال الجزائر من النظام الاشتراكي -الذي اعتمد على احتكار الدولة للجانب الاقتصادي وتدخلها المستمر في جميع الميادين- إلى النظام الليبرالي الذي يعتمد فتح المجال الاقتصادي أمام المبادرات الخاصة، وتجسيدًا لواقعية العلوم القانونية من خلال تشجيع القانون على التفاعل والتجاوب مع المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، بعد بروز حالات اقتصادية تقتضي تجاوبا أكثر فاعلية من القانون، وجعل دور القانون مفعلاً للاقتصاد بما يعزز التنافسية الاقتصادية تحقيقًا لغاية أسمى هي المجتمع عملت الدولة الجزائرية من خلال مؤسساتها الدستورية على تكريس مبدأ المنافسة الحرة (فرع أول)، وفتح المجال أمام المستثمرين (فرع ثاني).

الفرع الأول: التكريس القانوني لمبدأ حرية المنافسة

في سعي الدولة الجزائرية إلى الاندماج في الاقتصاد العالمي قامت بإصدار النصوص القانونية التي تضبط قواعد المنافسة، حيث عمد المشرع الجزائري لتنظيم المنافسة بدءًا من سنة 1988 تاريخ صدور القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية الذي يعد بمثابة التجسيد لتحول الجزائر إلى اقتصاد السوق، ليصدر بعدها القانون 89-12 المتعلق بالأسعار، الذي يعتبر حجر الأساس في تحرير الأسعار وجعل هذه الأخيرة تخضع لقانون العرض والطلب، فضلًا عن إشارته الضمنية إلى حرية المنافسة من خلال منعه لبعض الممارسات المنافية لهذه الأخيرة رغم تعارض مفهوم المنافسة مع الواقع آنذاك، ناهيك عن نزاع مختلف مظاهر الاحتكار وخوصصة المؤسسات كإجراءات تضمنها برنامج الإصلاح الاقتصادي².

كل هذه النصوص كانت بمثابة التمهيد لأهم نص جسد بصورة فعلية، نهائية وبعد تردد كبير سياسة الانفتاح الاقتصادي القائمة على مبدأ المنافسة الحرة التي تقوم بدورها على حرية التعاقد وحرية تحديد الأسعار، حيث تجسد ذلك في الأمر 95-306³ المتعلق بالمنافسة الذي يعتبر نقطة تحول في وظيفة القاعدة القانونية التي أصبحت تعكس قوة تأثير المظهر الاقتصادي على الطبيعة القانونية للعلاقات الاجتماعية، كما تم تدعيم هذا النص دستوريا سنة 1996 من خلال الاقرار الصريح لمبدأ حرية الصناعة والتجارة بموجب المادة 37 من دستور 1996 بنصها: "حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون" وهو الأمر الذي يُعد تأكيدًا من المشرع على تنمية سياسته الإصلاحية وتبني المزيد من النصوص ذات النهج الليبرالي واستحداث مجموعة من المبادئ من قبيل إخضاع السوق للمنافسة الحرة وتحديد قواعد حمايتها وتكريس الشفافية والنزاهة في مجال الممارسات الاقتصادية، وتنظيم القواعد

¹ ناصر مراد، المرجع نفسه، ص 143.

² أنظر شعيب زواش، مبدأ حرية الاستثمار والتجارة أساس قانوني لحرية المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 03، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ديسمبر 2021، ص 69 وما بعدها.

³ الأمر 95-06، المؤرخ في 1995/01/25، المتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 09، لسنة 1995، الملغى بالأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر، العدد 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003.

القانونية للممارسات التي تمس بالمبادئ الجديدة للسوق، إلى جانب تنظيمه للقواعد المتعلقة بشفافية الممارسات التجارية ونزاهتها مع تحديد العقوبات المطبقة عند مخالفتها.

رغم أهمية الأمر 95-06 إلا أن ذلك لم يمنع تميزه ببعض المحدودية لا سيما من حيث أهدافه وتأسيسه، ذلك أن إرساء مبادئ المنافسة في نظام فتي لم يعرفها هذا النص من قبل وفي ظل التطورات المتسارعة والمتتالية التي فرضتها النقلة النوعية لنمط نمو الاقتصاد الوطني دفع بالمشروع الجزائري إلى إلغاء هذا الأمر بعد مرور حوالي ثماني سنوات من إصداره وذلك بموجب الأمر 03-03 المؤرخ في 19 يوليو 2003 والمتعلق بالمنافسة سالف الذكر الذي أتاح مجاًلاً أوسع للمنافسة في السوق بتصحيح الثغرات القانونية التي ميزت النص السابق من خلال ما جاء به من أهداف تمثلت في محاربة الاحتكار والحد من تركيز القوة الاقتصادية في يد مؤسسات بعينها وسيطرتها على السوق وكذا حرية تحديد الأسعار وحرية التعاقد بما يحقق الفعالية الاقتصادية التي تعني توفير السلع والخدمات بأقل الأسعار وأفضل نوعية، ناهيك عن حماية المستهلك ولو بصفة عرضية، وتماشياً مع النهج نفسه لم يسلم الأمر 03-03 من التعديل كل ما اقتضى الأمر ذلك، حيث تجسد هذا التعديل من خلال القانون 08-12 سالف الذكر الذي وسع من مجال تطبيق هذا القانون، ليتكرر هذا التعديل في أوت 2010 بموجب القانون 10-05.

وعليه فإن المنافسة تعد ركناً أساسياً من أركان اقتصاد السوق الحر وعنصراً فعالاً لضمان استمرارية هذا النظام الاقتصادي بما تعكسه من منافع لكافة أطراف السوق، سواءً بالنسبة للمستهلكين الذي يحصلون على السلع أو الخدمات بأسعار أقل وجودة أعلى أو بالنسبة للمنتجين من خلال ما تدعّمه المنافسة من الحصول على نصيب أكبر من السوق، علاوة على ما توفره من حافز لاستمرارية التطوير والابتكار ويساعدهم على توسيع أسواقهم رأسياً وأفقياً أو بالنسبة للمجتمع ككل بما توفره المنافسة من استخدام أمثل للموارد المتاحة.

الفرع الثاني: التكريس القانوني للاستثمار في الجزائر

تماشياً مع السياسة الاقتصادية الجديدة المتبعة من الجزائر والتحديات التي تواجهها سعت إلى مسايرة الدول المتقدمة في المجال وذلك من خلال سن تشريعات وقوانين محفزة ومشجعة للاستثمار استجابة للواقع المفروض فعالجت مسألة الاستثمارات منذ الاستقلال عن طريق مجموعة من القوانين المتعاقبة تضمنت العديد من الحوافز والمزايا للمستثمر ومن بين هذه القوانين، قانون الاستثمارات 63-277¹ الصادر في 26/07/1963، وقانون الاستثمارات 66/284² المؤرخ في 26/07/1966 أين تبنت الجزائر موقفاً حذراً من الاستثمار الأجنبي بإسنادها مبادرة تحقيق المشاريع الاستثمارية في القطاعات الحيوية للقطاع العمومي، ثم جاء القانون 82-11³، يليه القانون 88/25⁴، المؤرخ في 12 جويلية 1988، ثم قانون النقد والقرض 90-10، المؤرخ في 14/04/1990 سالف الذكر الذي حول بنك الجزائر مسؤولية مراقبة البنوك التجارية في توزيع القروض وكذا محاربة التضخم والترخيص

¹ القانون رقم 63-277، المؤرخ في 26 جويلية 1963، ج ر العدد 53، المؤرخة في 02 أوت 1963.

² الأمر 66-284، المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، ج ر العدد 80، المؤرخة في 17 سبتمبر 1966.

³ القانون 82-11، المؤرخ في 21 أوت 1982، المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج ر العدد 34، المؤرخة في 05 ذي القعدة عام 1402 هـ.

⁴ القانون 88-25، المؤرخ في 12 جويلية 1988، المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، ج ر العدد 64.

للاستثمارات الأجنبية وإلغاء الأحكام المتعلقة بنسبة الملكية بالنسبة للشركات المختلطة، وكذا إلغاء التمييز بين القطاعين العام والخاص مع حرية الاستثمار وحرية تحويل رؤوس الأموال بعد تأشيرة بنك الجزائر وضمانات ضد إجراء المصادرة، وصولاً إلى المرسوم التشريعي 93-12¹ المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 والمتعلق بتشجيع وترقية الاستثمار في الجزائر الذي جاء في سياق التوجه نحو اقتصاد السوق والاستعداد للاندماج في الاقتصاد العالمي، فلم يعد وفق هذا القانون أي تمييز بين الاستثمار الخاص والعام ولا بين المستثمر المقيم وغير المقيم، كما أعطيت حرية انجاز هذه الاستثمارات إلى المستثمر الذي يتولى التصريح بها، ثم جاء الأمر الرئاسي رقم 01-203² المؤرخ في 20 أوت 2001 والمتعلق بتطوير الاستثمار الذي جعل من تدخل الدولة لا يتم إلا بهدف تقديم الامتيازات التي يطلبها المستثمر وذلك عن طريق الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار "ANDI" * من خلال الشباك الوحيد الذي أنشأته لهذا الغرض، كما أكد هذا القانون على ضمان تحويل رأس المال والأرباح ** وإمكانية اللجوء إلى التحكيم الدولي في حالة نشوب نزاع بين الأطراف المتعاقدة ***، ليصبح مجال الاستثمار وكل ما يتعلق به واضح المعالم بموجب القانون 93-12 والأمر الرئاسي 01-303³.

لذلك فإنه يمكن القول أن السمة الغالبة للإصلاحات الاقتصادية في الجزائر هو ارتباطها الوثيق بالحركة التشريعية، حيث مثلت مختلف مراحل تطور هذه الإصلاحات ثمرة هذه الحركة التي اتسمت في بعض الأحيان بالتعقيد والغلو إلى حد التضخم في القوانين، كما تميزت في أحيان أخرى بالتبسيط والتخفيف إلى حد إزالة التنظيم، الأمر الذي أفرز أساليب متناقضة لمعالجة إشكالية الاستثمار الخاص في كل من النظامين الاشتراكي والرأسمالي، فتميز النظام

¹ المرسوم التشريعي 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر العدد 64.

² المرسوم الرئاسي 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر العدد 47، المعدل والمتمم بالأمر 06-08 المؤرخ في 15 يوليو 2006، ج ر العدد 47، والقانون 16-09 المؤرخ في 03 أوت 2016 ج ر العدد 46، والقانون 22-18 المؤرخ في 24 جويلية 2022، ج ر العدد 50.

* تماشيا مع ما يتطلع إليه المشرع الجزائري من دفع لعجلة الاستثمار تم بموجب قانون الاستثمار الجديد 22-18 وبالضبط في مادته 18، إعادة مهام الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار مع تغيير تسميتها إلى "الوكالة الجزائرية لترقية الاستثمار"، ومنحها دور المروج الحقيقي والمرافق للاستثمارات، عوضاً عن دورها السابق الذي انحصر في تسجيل الاستثمارات ومتابعتها لا أكثر.

** يعتبر هذا الحق من أهم الحقوق التي تحولها للمستثمر حل تشريعات الاستثمار ذات الطابع التحفيزي والانفتاحي في أغلب الدول النامية الجادة في انتهاز سياسة اقتصادية متفتحة على اقتصاد السوق، كآلية قانونية تلعب دوراً حاسماً في جلب رؤوس الأموال الأجنبية من خلال المستثمرين الأجانب الذين يولون أهمية كبيرة لاعتراف البلد المضيف لهم بهذا الحق تحقيقاً لمصالحهم المالية، واقتناعاً بذلك منح المشرع الجزائري من خلال الأمر 01-03 هذا الحق للمستثمر الأجنبي بموجب المادة 31 منه بنصها على ما يلي: "تستفيد الاستثمارات المنجزة انطلاقاً من مساهمة في رأس المال بواسطة عملة صعبة حرة التحويل يسعها بنك الجزائر بانتظام ويتحقق من استيرادها قانوناً من ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناتجة عنه. كما يشمل هذا الضمان المداخل الحقيقية الصافية الناتجة عن التنازل أو التصفية حتى وإن كان هذا المبلغ أكبر من الرأسمال المستثمر في البداية"، مع ملاحظة أن المشرع الجزائري أدرج هذه المادة في باب الأحكام الختامية من الأمر 01-03، على خلاف المرسوم التشريعي 93-12 الذي أدرج المادة 12 منه والمتعلقة بهذا الشأن في صلب النص القانوني، رغم عدم وجود اختلاف كثير في صياغة المادتين (12 و31).

*** نص الأمر 01-03 أيضاً على إمكانية لجوء المستثمر الأجنبي إلى هيئات التحكيم الدولية في حالة عدم التوصل عن طريق الجهات القضائية الجزائرية إلى تسوية مرضية للنزاع، ذلك أن العديد من الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر بهذا الخصوص تنص على شرط التحكيم وكذا هيئات التحكيم الدولية المتخصصة في تسوية النزاعات والتي انضمت إليها الجزائر، كالمركز الدولي لفض النزاعات المتعلقة بالاستثمار التي تنور بين الدولة ورعايا الدول الأخرى وغرفة التجارة الدولية واتفاقية واشنطن المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية المبرمة سنة 1958.

³ سارة محمد، الاستثمار الأجنبي في الجزائر-دراسة حالة أوراسكوم-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2009-2010، ص 14 وما بعدها.

الاشتراكي بقمع المبادرات الخاصة واستمر ذلك إلى غاية بداية الثمانينات، حيث أبقت السلطة على فكرة الرقابة إلى أن تم استبدالها بأسلوب الاستقلالية الذي تمت فيه ترقية المتعاملين الاقتصاديين من درجة العون الاقتصادي إلى درجة الشريك الاقتصادي، فكان من نتائج هذه الترقية انسحاب الدولة من الوظيفة الاقتصادية لتصبح ذات إرادة قوية في بعث وتطبيق سياسة استثمارية أكثر فاعلية وواقعية.

المبحث الثاني: النظرية العامة للعقد: مبدأ سلطان الإرادة أساسا للعقد

يعتبر العقد من أهم الالتزامات الإرادية التي عرفها الإنسان طيلة تاريخه الطويل وقد ازدادت أهميته إثر ظهور المذهب الفردي في القرن الثامن عشر والتاسع عشر الذي كان ينادي بمبدأ سلطان الإرادة ويقدر الحرية الفردية يجعلها أساس التعامل الاقتصادي من خلال النظر للإنسان من زاويتين، الأولى أنه غاية في ذاته وليس وسيلة فلا يلتزم بإرادة غيره، والثانية أنه ذو إرادة حرة وبالتالي فإن هذه الإرادة الحرة هي منبع التزامه، بل قانونه الخاص بشرط أن يتحمل نتائج هذه الإرادة.

وعليه سنبداً الكلام بمفهوم العقد من خلال بيان تعريفه، ثم نعرض لنطاقه (مطلب أول) وبعد ذلك نعرض لدور الإرادة في إنشاء العقد (مبدأ سلطان الإرادة) وما أورده المشرع الجزائري من استثناءات على هذا المبدأ تحقيقاً للعدالة العقدية واستقراراً للمعاملات (مطلب ثاني).

المطلب الأول: مفهوم العقد

يحصل في الحياة العملية عدد غير متناه من العقود، وكل هذه العقود باختلاف تسمياتها وأغراضها يجمعها عامل مشترك ألا وهو العقد القائم على التقاء إرادتين، وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف العقد، ثم بيان نطاقه.

الفرع الأول: تعريف العقد

حاول الفقه إعطاء تعريفات عديدة للعقد، من أهمها أنه: "اتفاقية تؤدي إلى التزامات يتم فرضها أو الاعتراف بها بموجب القانون"¹، بما يفيد تمييز الالتزامات التعاقدية عن الالتزامات القانونية الأخرى كونها تستند إلى اتفاق الأطراف المتعاقدة.

وعرفه البعض بأنه: "اتفاق ملزم قانوناً يتم إبرامه بين شخصين أو أكثر، ويتم بموجبه اكتساب الحقوق من قبل شخص واحد أو أكثر لأفعال أو أعباء من جانب الآخر أو الآخرين"².

كما حاولت بعض التشريعات المدنية تعريفه أيضاً³ ومن بينها القانون المدني الجزائري⁴ من خلال المادة 54 منه بنصها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

¹ Paul Richards, Law of Contract, foundations series, Tenth Edition, UK, 2011, p 9.

² Paul Richards, op cit, p 9.

³ عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2000، ص ص 24 و 25.

⁴ المادة 54 من القانون المدني قبل تعديلها بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر، عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 58-75 المضمن القانون المدني، تنص على أن: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

ليتضح من هذا التعريف أن القانون المدني الجزائري في تعريفه للعقد قد حذو القانون المدني الفرنسي في ذلك، حيث جمع بين تعريف العقد والالتزام مع أنه إذا كان موضوع العقد هو انشاء الالتزام، فإن موضوع الالتزام هو عمل إيجابي أو سلبي، ليصبح الالتزام بذلك مجرد أثر يترتب على العقد، ليظهر الفارق الجوهرى بين العقد والالتزام. كما أنه جعل العقد أحد أشكال الاتفاق وبذلك فهو يميز بينهما، رغم اندثار التفرقة بين المصطلحين واستقرار أغلب الفقه على ترادف اللفظان كونهما يؤديان نفس المدلول والمتمثل في توافق إرادتين أو أكثر على أحداث أثر قانوني مهما كانت طبيعة هذا الأثر.

لذلك فان التعريف الأقرب للعقد كمصدر للالتزام هو كالاتي: "كل اتفاق يقوم بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها"، كهدف يسعى إليه العقد ليرتب على هذه القاعدة نتيجة في غاية الأهمية وهي أن كل اتفاق لا يؤدي إلى إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها لا يعتبر عقداً بالمعنى الصحيح الذي يقصده التعريف¹، وعليه فإنه لوجود عقد لابد من توافر الشروط الآتية:

- 1- وجود إرادتين أو أكثر، باستثناء الوصية التي تتضمن طرف واحد.
- 2- تطابق أو توافق الإرادتين، كالإيجاب والقبول في عقد البيع.
- 3- اتجاه الإرادتين أو أكثر نحو إحداث أثر قانوني معين، إما بإنشاء التزامات وحقوق، أو نقلها، أو تعديلها، أو إنهاؤها.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الفرنسي بتعريفه الجديد للعقد من خلال المادة 1101² المعدلة سنة 2016³ كونه: "تعهد إرادتين أو أكثر على إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء التزام"، يكون قد وضع حداً لنقاش طال حوالي قرن من الزمن، خاض فيه كل من الفقه الفرنسي والعالم العربي الإسلامي الحديث المتأثر بمدونة نابليون، خاصة دول كمصر والعراق وعلى غرارها الجزائر، وذلك بتركيز المشرع الفرنسي في هذا التعريف الجديد على طبيعة التعاقد المؤسس على الإرادة المحدثه لأثر قانوني، خلافاً للتعريف القديم الذي اعتبره بعض الفقه تعريفاً عاماً وفضفاضاً كون مصطلح "اتفاق" (Convention) الوارد في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي قبل تعديل 2016 لم يحظى بترحيب أشهر الفقهاء⁴.

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 17 و 18.

² نص المادة 1101، المعدلة بالمرسوم 131-2016، بالفرنسية:

« Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

³ المرسوم رقم 131-2016، المتعلق بتعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0035، الصادر بتاريخ 11 فبراير 2016. انظر المرجع باللغة الفرنسية:

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, publié au J.O le 11 février 2016 et entrée en vigueur le 1er octobre de la même année, réécrit entièrement les titres III à IV bis du livre III du code civil français, soit 350 articles.

⁴ GUESTIN (Jacques). Traité de droit civil : les obligations, le contrat, Formation. T.2 Vol. II, 2ème éd. L.G.D.J, 1988.

الفرع الثاني: نطاق العقد

يتحدد نطاق العقد كمصدر للالتزامات والحقوق الشخصية والذي يخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني من خلال الأمرين الآتين:

أولاً: الطبيعة المالية لأداء المدين

ومعنى ذلك أن يكون محل العقد ذا قيمة مالية أو اقتصادية، فينشئ العقد التزامات يكون أداء المدين فيها مالياً، أو ما يمكن تقديره بالنقود، لذلك يخرج من معنى العقود والاتفاقات التي تقع في دائرة القانون الخاص، العقود والاتفاقات التي تكون متعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج¹، الذي من شأنه أن ينشئ واجبات قانونية بين أفراد الأسرة وليس انشاء روابط يكون الأداء فيها ذا قيمة مالية².

ثانياً: أن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص

لذلك فإن مجال العقد الذي نقصده يتحدد بالاتفاقات المنشئة للالتزامات بين أشخاص القانون الخاص، فتخرج من مجاله الاتفاقات المتعلقة بفروع القانون العام، كالاتفاق الدولي الذي ينعقد بين الدول والذي يخضع للقانون الدولي العام، والعقود التي تبرمها الدولة بوصفها ذات سلطة وسيادة مع الأفراد والتي تخضع للقانون الإداري، كعقد التزام المرفق العام³.

ويستثنى في هذا الشأن العقود التي تبرمها الدولة بوصفها شخصاً عادياً، فتعتبر في حكم الأفراد وتخضع لأحكام القانون المدني، كعقد إيجار، أو بيع مال من أموال الدولة الخاصة، كما تجدر الإشارة إلى التأثير الكبير للنظرية العامة للعقد سواءً على تنظيم المعاهدات الدولية أو العقود الإدارية⁴.

المطلب الثاني: مبدأ سلطان الإرادة

إذا كان العقد يُبنى أساساً على الإرادة وما تتمتع به من حرية، فإن ذلك يُعد ترجمة لمبدأ سلطان الإرادة الذي يُعدُّ نتاج الفلسفة السياسية الفردية في القرن الثامن عشر والحرية الرأسمالية في الاقتصاد التي بلغت أوجها في القرن التاسع عشر⁵، لذلك سوف نعرض لهذا المبدأ من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة كمبدأ تقليدي يهيمن على نظرية العقد الركيزة الأساسية التي تبنى عليها التصرفات القانونية بصفة عامة فهو ليس نتاج العصر الحالي بل يعود إلى القرون الوسطى، حيث مرَّ بعدها بمحطات تاريخية تأرجح فيها بين الهيمنة والانتكاس ويرجع الفضل في استحداث هذا المبدأ للقانون الروماني رغم ما كان يسيطر في

¹ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2004، ص 30.

² ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 41.

³ أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998، ص 12.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 31.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 31.

هذا القانون من شكيلات على العقود من أجل انعقادها، إلا أنه ما لبث أن اعترف- في مراحل تطوره المتعاقبة- للإرادة بسلطانها في انشاء العقود الرضائية¹.

وقد ازدهر هذا المبدأ في القرن الثامن عشر والتاسع عشر بسبب الثورة الفرنسية وما صاحبها من تطور سياسي واقتصادي واجتماعي من خلال تقديس قانون نابليون لعام 1804 لحرية الفرد والإمعان في احترام إرادته، كما أدى تشجيع التجارة والصناعة في ظل النظام الرأسمالي إلى ترسيخ مبدأ سلطان الإرادة، بما جعل من العقد القائم على الإرادة الفردية في نظر الفقه، سواء القانوني، أو الاقتصادي ظاهرة أساسية يقوم عليها نظام المعاملات الجارية في المجتمعات، لذلك فإنه من الطبيعي في ظل هذا التصور أن يكون مبدأ سلطان الإرادة وما يؤدي إليه من استقرار المجتمع من أهم قوانين النظام الاقتصادي²، وعليه سنتناول في هذا الفرع التعريف بمبدأ سلطان الإرادة (أولاً)، ثم بيان خصائصه (ثانياً).

أولاً: التعريف بمبدأ سلطان الإرادة

تعددت التعاريف الفقهية لمبدأ سلطان الإرادة ومن بينها: " أن الإرادة هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود دون التقيد بالأنواع التي نظمها المشرع، وتتمتع أيضاً بحرية الدخول في علاقة تعاقدية من عدمه، وكذا في تحديد ما يترتب على العقد من آثار قانونية وتعديلها بعد ترتبها، وإنهاء العقد بعد إبرامه مادامت تلتزم في ذلك بحدود النظام العام والآداب العامة"³، وعليه فإن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على شقين الأول يتعلق بالشكل وهو عبارة عن مبدأ الرضائية، والثاني يتعلق بالموضوع من خلال حرية الإرادة في تحديد آثار هذا العقد.

ثانياً: خصائص مبدأ سلطان الإرادة

يتميز مبدأ سلطان الإرادة بجملة من الخصائص يمكن أن نوردتها فيما يلي:

1- حرية الشخص في التعاقد

الأصل أن الشخص لا يلتزم إلا بإرادته⁴، لذلك فإنه استناداً لحرية الأفراد العقدية يمكنهم إنشاء ما يشاؤون من عقود وأن ينظموا آثارها وفق إرادتهم الحرة، ولا تقتصر هذه الحرية على موضوع العقد فحسب بل تمتد أيضاً إلى الشكل⁵.

¹ عبد الرؤوف دبابش وحملوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جوان 2016، ص 261.

² أحمد بورزق وخديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة. دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد 04، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2019، ص ص 135-136.

³ محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 48

⁴ - حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 11.

⁵ - فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 26.

2- عدم تعارض حرية المتعاقد مع حريات الآخرين

وهو ما يجسد نظرية العقد الاجتماعي، بحيث لا يجوز للفرد عند ممارسة حقه في التعاقد والالتزام، المساس بحريات الآخرين ولا بحقوقهم.

3- الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام

ومفاد هذه الخاصية أن دور القانون والقاضي يكون محايدا اتجاه حرية الفرد في التعاقد والالتزام، بحيث يسهر فقط على احترام الشخص لحريات الآخرين وحقوقهم عند ممارسته لهذا الحق¹.

الفرع الثاني: نطاق مبدأ سلطان الإرادة

يتحدد نطاق مبدأ سلطان الإرادة من خلال إرادة الفرد التي تملك سلطة انشاء العقد من جهة، وتحديد آثاره من جهة أخرى.

أولاً: من حيث تكوين العقد

يعتبر مبدأ الحرية العقدية، مبدأً عاماً تقوم عليه العقود، حيث ازدهر هذا المبدأ في ظل انتشار الفلسفة التي يقوم عليها المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة، فلا تعرف الحرية العقدية حدوداً إلا إذا تعلق الأمر بالنظام العام، كأول قيد على هذا المبدأ.

ويظهر دور مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد مجسداً في مبدأ الحرية العقدية من خلال حرية الأطراف في كيفية التعاقد من جهة، وهو ما يُعبر عنه بمبدأ الرضائية، وكذا حريتهم في تحديد مضمون العقد من جهة أخرى.

1- مبدأ الرضائية في إبرام العقود

ومفاد هذا المبدأ أن التراضي وحده كاف لإبرام العقد الذي ينشأ بمجرد تطابق إرادتي العاقلين²، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 59 ق م ج)³، بمعنى أن للمتعاقلين الحرية الكاملة في التعبير عن إرادتهما فلا يشترط القانون أن يكون التعبير بوسيلة معينة، أو شكل معين مع التمييز هنا بين وجود العقد وإثباته، فالعقد يبقى رضائياً حتى ولو اشترط القانون الكتابة لإثباته، كون انعقاد العقد لا يتوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي، بحيث يجوز إثبات العقد بطرق أخرى غير الكتابة في حال تخلف هذه الأخيرة، كالإقرار واليمين ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، كما هو الحال في عقد الكفالة⁴.

وقد أقام الفقه الإسلامي نظرية العقد منذ بدء الدعوى المحمدية على مبدأ الرضائية في التعاقد، فلا يحتاج انعقاد العقد إلى شكل خاص، إذ يكفي توافق إرادتين، باستثناء بعض العقود القليلة التي تتطلب الشهود، كعقد الزواج، لذلك فإن إقرار الفقه الإسلامي لقاعدة الرضائية في العقود جاء بشكل موسع وهو ما يؤيده القرآن والسنة

1 - محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة باتنة، 2012، ص6.

2 العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص45.

3 تنص المادة 59 من ق م ج على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

4 تنص المادة 645 ق م ج على ما يلي: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

النبوية الشريفة في الكثير من المواطن منها قوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)¹، وقوله صلى الله عليه وسلم فيما روي عنه (إنما البيع عن تراض)².

كما تم تكريس مبدأ الحرية التعاقدية في العديد من القوانين الأوربية مع بداية القرن السادس عشر، وعلى رأسها القانون الفرنسي من خلال التأكيد على مبدأ الرضائية، كأساس لتكوين العقد من خلال مقولة "لويزل" Loysel المعروفة: "تقييد الثيران بقرونها والرجال بكلامهم"³، لتبناه بعد ذلك مدونة نابليون وبالضبط في مادتها 1583⁴ والتي أكدت على تمام عقد البيع وانتقال الملكية إلى المشتري بمجرد التوافق على الشيء والتمن دونما حاجة إلى التسليم، كما جسد القضاء الفرنسي المبدأ ذاته من خلال اقراره كفاية التراضي لصحة البيع دونما أي شرط⁵، وقد سلك القانون الجزائري النهج نفسه بخصوص تقديسه لمبدأ الحرية العقدية وذلك من خلال تطبيقاته في أغلبية العقود المسماة على غرار عقد البيع والوكالة والقرض، والإيجار.

ويُجمع فقهاء القانون الحديث أن الرضائية أصبحت القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه، إلا أن عودة الشكلية مجدداً كان بشكل كبير لما لها من دور في تنبيه الأطراف حول مدى أهمية التصرفات التي يقدمون عليها، فضلاً عن إثبات التصرف القانوني⁶.

2- دور الإرادة في تحديد مضمون العقد

الأصل هو حرية الأطراف في تحديد مضمون العقد بإرادتيهما في حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها، فللمتعاقدين عند إبرام العقد أن يتفقا على ما يحقق مصالحهما في إطار القانون طبعاً، فالشخص -كقاعدة عامة- لا يلتزم إلا بإرادته وإن اقتضت حاجة المجتمع في بعض الحالات فرض التزامات عليه، فإنه يجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود كون الالتزامات غير الإرادية مجرد استثناء، ورغم تنظيم المشرع لطائفة من العقود فإن تدخله يكون عادةً عن طريق القواعد المكملة والمفسرة لإرادة الطرفين⁷، ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للطرفين الاتفاق على فسخ العقد طبقاً لنص المادة 120 ق م ج⁸، وذلك من خلال السماح لهما بوضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد، بحيث تتفاوت درجات الفسخ من حيث أثره على القاعدة العامة في إيقاع الفسخ بحكم القضاء،

¹ سورة النساء، الآية (29).

² الحديث أخرجه ابن ماجة، كتاب الإجازات، 3.13، وأحمد في مسنده، 2.702، حديث رقم (10928).

³ باللغة الفرنسية: «On lie le bœuf par les cornes et les hommes par les paroles»

⁴ نص المادة 1583 من مدونة نابليون بالفرنسية:

L'article 1583 du C.c français dispose : « La vente est parfaite entre les parties et la propriété est acquise de droit à l'acheteur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

⁵ نصه بالفرنسية: «Le consentement des parties à une vente n'est soumis à aucune condition»

⁶ F.TERRE, Ph Simler, Y. Lequette, Op Cite, p 131-132.

⁷ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، طبعة جديدة مزينة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 44.

⁸ نص المادة 120 ق م ج على ما يلي: "يجز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي. وهذا الشرط لا يعني من الاعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

فقد يتفق المتعاقدان على اعتبار العقد مفسوخاً إذا لم يقيم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه إعمالاً للقاعدة العامة للفسخ لعدم التنفيذ بعد إعدار المدين ودون الحاجة إلى حكم.

وقد يزيد المتعاقدان في قوة هذا الشرط حينما يتم الاتفاق على أن يكون الفسخ بدون حاجة إلى حكم من القاضي، ودون حاجة إلى إعدار المدين إذا لم يقيم هذا الأخير بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، بعبارة أخرى فإن سلطة القاضي في هذا النوع من الفسخ تنقيد مقارنة بالفسخ القضائي طبقاً لنص المادة 119 ق م ج¹، فلا يكون الحكم منشأً بل كاشفاً ومقررًا فقط للفسخ الاتفاقي².

ولا تقتصر النماذج التشريعية التي تجيز لأطراف العقد الاتفاق على ما يحقق مصالحهما عند انشاء العقد على الفسخ الاتفاقي فحسب، بل تتعداه إلى حالات أخرى أوردها المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري، فأجاز لهما أيضاً في المادة 183 ق م ج³ - وخروجاً عن القواعد العامة التي تعهد بتقدير التعويض إلى القضاء - التحكم في آثار المسؤولية العقدية بإجازته لهما تقدير التعويض (الشرط الجزائي) الذي يستحقه أحد المتعاقدين في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزاماته العقدية، أو التأخر في تنفيذها بصفة مسبقة وقبل وقوع الضرر، وفي ذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة في شقه الموضوعي والمعروف بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، كما أجاز بموجب المادة 363 ق م ج⁴ للبائع في عقد البيع متى كان البيع مؤجلاً أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري حتى تنتقل الملكية لهذا الأخير ولو تم تسليم الشيء المبيع، وأجاز للمتعاقدان في عقد البيع دائماً الاتفاق على الزيادة في ضمان نزع اليد، أو الانقاص منه أو حتى اسقاطه⁵ وكذا التحلي عن الضمان القانوني متى كان الضمان التعاقدي أكثر نفعاً وجدّية من الضمان القانوني⁶.

كما أجاز المشرع الجزائري اتفاق المتعاقدين على تعديل أحكام المسؤولية العقدية بموجب المادة 178 ق م ج من خلال منح المتعاقدين كل الحرية في الاتفاق على تعديل قواعد هذا النوع من المسؤولية، فأجاز الإعفاء منها من خلال إجازته للمدين اشتراط اعفائه من مسؤوليته العقدية، بحيث يكون اعفائه منها بالقدر الذي ينص عليه الشرط،

¹ تنص المادة 119 من ق م ج على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك. ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

² نجية معداوي، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 02، العدد الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، مارس 2017، ص 53.

³ تنص المادة 183 ق م ج على ما يلي: "يجوز للمتعاقدان أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في اتفاق لاحق. وتطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181".

⁴ تنص المادة 363 ق م ج على ما يلي: "إذا كان ثمن البيع مؤجلاً جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع".

⁵ تنص المادة 377 ق م ج على ما يلي: "يجوز للمتعاقدان بمقتضى اتفاق خاص أن يزيذا في ضمان نزع اليد، أو ينقصا منه، أو يسقطاه....".

⁶ المرسوم التنفيذي رقم 90-266، المؤرخ في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المتتوجات والخدمات، ج ر، العدد 40، تنص المادة 11 من على ما يلي: "يمكن للمحترف أن يمنح المستهلك مجانا ضمانا اتفاقيا أنفع من الضمان الخاضع للأحكام القانونية المعمول بها".

فإذا كان شرط الإعفاء باطلاً، بطلَ الشرط وحده وبقي العقد صحيحاً ويبطل العقد كله إذا كان هذا الشرط الباطل هو الدافع للتعاقد، ومن أمثلة الاعفاء من المسؤولية العقدية اتفاق المتعاقدين في عقد البيع على إسقاط الاستحقاق¹. كما أجاز لهما أيضاً الاتفاق على التخفيف من المسؤولية العقدية، بإجازته للمدين أيضاً اشتراط التخفيف من مسؤوليته العقدية، سواءً قامت هذه المسؤولية عن عدم التنفيذ، أو التأخر فيه، أو التنفيذ المعيب، أو الجزئي، باستثناء مسؤوليته العقدية الناشئة عن غشه، أو خطئه الجسيم، فلا يجوز في هذه الحالة التخفيف، أو الاعفاء منها. ولم يكتفي المشرع الجزائري بإجازته لأطراف العقد الاعفاء والتخفيف من المسؤولية العقدية فحسب، بل أجاز لهما أيضاً الاتفاق على تشديدها من خلال إجازته للدائن اشتراط التشديد من مسؤولية المدين العقدية، كأن يتحمل هذا الأخير أي (المدين) مسؤولية عدم التنفيذ حتى ولو كان عدم التنفيذ راجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، كالحادث المفاجئ، أو القوة القاهرة، ويعتبر هذا الاتفاق في العقد نوعاً من التأمين والذي عادةً ما يكون مقابل الزيادة التي يتقاضاها المدين في مقابل العقد، ويأخذ الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية العديد من الصور أهمها:

- الاتفاق على تحمل المدين الخطأ اليسير والتافه.
- الاتفاق على تحويل الالتزام من بذل عناية إلى تحقيق غاية.
- الاتفاق على تحمل المدين تعويض الأضرار غير المباشرة وغير المتوقعة.
- الاتفاق على تحمل المدين القوة القاهرة والحادث المفاجئ رغم اعفاء المدين - كقاعدة عامة - من المسؤولية العقدية نتيجةً لاستحالة تنفيذ الالتزام في حالة السبب الأجنبي طبقاً لنص المادة 127 ق م ج².

ثانياً: من حيث آثار العقد (الحرية في تحديد آثار العقد)

لا يقتصر دور الإرادة على تكوين العقد فحسب، بل يمتد إلى تحديد الآثار التي تترتب على هذا العقد، وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وما يتفرع عنه من مبادئ هامة، لذلك، فإن الحديث عن آثار العقد، يقتضي منا تناول مسألتين هامتين، يعتبران انعكاساً لمبدأ سلطان الإرادة، ويتعلق الأمر بمبدأ القوة الملزمة للعقد (العقد شريعة المتعاقدين)، من جهة، ومبدأ نسبية أثر العقد، كنطاق لهذه القوة الملزمة من جهة أخرى.

1- مبدأ القوة الملزمة للعقد

يعتبر مبدأ القوة الملزمة للعقد من المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة وهو بذلك من الآثار المترتبة عن التعاقد، فإذا نشأ العقد صحيحاً بأركانه وشروطه ترتبت عنه التزامات وأصبحت واجبة التنفيذ، لا يمكن التنصل منها أو المساس بها، سواءً بالنسبة لأطراف العقد أو بالنسبة للغير.

¹ نجية معداوي، المرجع السابق، ص 55-56.

² تنص المادة 127 ق م ج على ما يلي: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث فجائي، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

أ- المقصود بالقوة الملزمة للعقد

يُقصد بالقوة الملزمة للعقد، كمبدأ عالمي أنه وبمجرد انعقاد العقد بصفة صحيحة، صار بمثابة القانون لأطرافه وبالتالي لا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقضه، أو تعديله لبنود هذا العقد دون رضا المتعاقدين الآخرين، ومن ثم تصبح هذه البنود واجبة التنفيذ، وتستمر الإلزامية المقترنة بهذا العقد مع إرادة المتعاقدين¹.

ب- الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد

لقد وصفت أغلب التشريعات العقد بأنه "شريعة المتعاقدين"، فنجد المشرع الفرنسي قد جسّد هذا المبدأ في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي² التي تعتبر المصدر الرئيسي والحصن الحصين لسلطان الإرادة في العقود كما عبّر عن ذلك الفقيه الفرنسي جون كاربونييه "j.carbonnier"، حيث نصت هذه المادة على أن: "الاتفاقات التي تكونت على نحو شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها. هذه الاتفاقات لا تلغى إلا بالتراضي المشترك للأطراف، أو للأسباب التي يقرّها ويسمح بها القانون. ويجب تنفيذها بحسن نية"، في إشارة إلى ما يضيفه القانون من الزامية على العقد بما يضمن له ثباته واستقراره من خلال عدم قابليته للإلغاء، أو التعديل إلا بالإرادة المشتركة التي أنشأته، مع وجوب التزام أطرافه بحسن النية في تنفيذه استكمالاً للقوة الملزمة للاتفاقات وفقاً للمشرع الفرنسي، وجسّده المشرع المصري في المادة 147 من القانون المدني المصري³ التي تقرر بأن العقد الشريعة أو القانون الذي يحكم العلاقة بين المتعاقدين، كمبدأ يقتضي عدم المساس بهذه القوة التي اكتسبها العقد بعدم نقضه، أو تعديله، إلا بمقتضى اتفاق جديد بين المتعاقدين، أو بنص في القانون يسمح صراحة بذلك، وعلى غرارها المشرع الجزائري الذي جسّد هذا المبدأ في المادتين (106، و 107 ق م ج)، فنجد المادة 106 ق م ج تنص على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون"، في حين تنص المادة 107 ق م ج على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية...".

وعليه فإن إرادة المتعاقدين هي مصدر القوة الملزمة التي يكتسبها العقد والتي تضيفي عليه صفة القانون بالنسبة لأطرافه، فهي تفرض احترام قداسة مضمونه من جهة، وتستوجب تنفيذه من جهة أخرى، وهذا الالتزام لا يقتصر على المتعاقدين كأصل عام فقط، بل يلزم القاضي والمشرع أيضاً، إذ يُحظر عنهما التدخل والمساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين⁴.

فالقاضي عليه تنفيذ إرادة المتعاقدين وألاً يلحق تعديلاً بشروط وبنود العقد بدعوى أن هذا التعديل تقتضيه العدالة العقدية، كما يجب عليه أن يمد يد المساعدة من أجل تنفيذ العقد وفقاً لاتفاق أطرافه، وكذلك الحال بالنسبة

¹ الصادق عبد القادر، القوة الملزمة للعقد في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 01، العدد 01، جامعة أدرار، الجزائر، 2019، ص 33.

² نصها بالفرنسية:

V. Code civil Français, D. Paris, France, 103e éd. 2004, p. 921, Art. 1134: "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour des causes que la loi autorise, Elles doivent être exécutées de bonne foi".

³ تنص المادة 147 من القانون المدني المصري على ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون...".

⁴ عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد،

تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص 33.

للمشرع فإنه ملزم باحترام العقود المبرمة حتى وإن صدر قانون جديد، فيظل القانون القديم ساري المفعول على تلك العلاقات التعاقدية ما لم تكن قواعد القانون القديم متعلقة بالنظام العام، بمعنى آخر لا يمكن للمشرع التعدي على الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي¹.

ج- نطاق القوة الملزمة للعقد

يخضع نطاق القوة الملزمة للعقد لفكرة نسبية آثار العقد، سواءً تعلق الأمر بموضوع العلاقة العقدية من خلال التزام المتعاقدان- كأصل عام- بما يحقق مقصودهما وما يتفقان عليه من شروط، غير أن العقد يتسع كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته، الأمر الذي يحتم على القاضي تكملة العقد للوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها، من خلال اعتماد مصادر القانون المتعددة الأصلية والاحتياطية، أو تعلق الأمر بأشخاص العلاقة العقدية كون الأصل فيما يرتبه العقد من حقوق والتزامات لا ينصرف إلا لزمة المتعاقدين دون سواهما فلا يمتد إلى الغير.

د- أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها

يترتب على الالتزام في العلاقة العقدية أثر يتمثل في انقضائها بالتنفيذ، وهو ما يحقق غاية العقد الصحيح وبالتالي حل الرابطة العقدية، وإما أن تنتهي بالفسخ لعدم إمكان التنفيذ، أو ما يُعرف بالانفساخ فلا يمكن تنفيذها لأسباب ليس للمدين دخل فيها لا يمكن توقعها ولا مقاومتها تعم كافة الناس وتشمل كافة الالتزامات التي رتبها العقد، وعليه تنقضي هذه العلاقة العقدية والقوة الملزمة المقترنة بها تلقائياً مع انتفاء المسؤولية العقدية عن المدين بعد اثباته لهذا السبب الأجنبي حتى لا يبقى ملزماً بالعقد.

أما إذا أخلّ المدين بالتزاماته العقدية اتجاه الدائن فإن لهذا الأخير الحق في نهج عدة خيارات لاستيفاء حقوقه، كوسائل قانونية خوله إياها المشرع من بينها المطالبة بالتنفيذ العيني وما يعقب ذلك من تنفيذ جبري وترتب مسؤولية عقدية التي تخضع لقواعد خاصة، ناهيك عن حق الدائن في الرجوع على المدين بدعوى التعويض بسبب خطئه، كما يمكنه المطالبة بفسخ العقد، أو الدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين.

هـ- حل الرابطة العقدية بالفسخ

يعتبر طلب الفسخ حق لأحد المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين، كجزاء عن عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته وقد نص المشرع الجزائري على الفسخ في المادة (119 ق م ج) سالف الذكر، بحيث اشترط لقيام الحق في الفسخ أن يكون العقد ملزم للجانبين، وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخلّ فعلاً بالتزاماته، بالإضافة إلى إعدار المدين.

ويأخذ الفسخ صورتين فقد يكون الفسخ قضائياً يملك فيه القاضي سلطة تقديرية واسعة لما خوله القانون من سلطات في هذا النوع من الفسخ²، فله أن يقبل طلب الفسخ، أو يرفضه، أو أن يُقَرّر مهلة وفاء للمدين، أو منح تعويض للدائن، أو رفضه طلب الفسخ ومنح المدين أجلاً لتنفيذ ما تبقى إذا تبين له أن ما بقي في ذمة المدين من التزامات ضئيل بالنسبة لما تم تنفيذه وأن مصلحة الدائن لا تتأثر بذلك، وقد يتقيد القاضي بما طلبه المتعاقدان مراعاةً

¹ حسين بطيمي، مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد، مجلة دراسات، العدد 38، جامعة الأغواط، الجزائر، جانفي 2016، ص 209.

² تنص المادة 119 ق م ج في فقرتها الثانية على ما يلي: "... ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات".

لمصلحتهما ولظروف النزاع المعروض عليه، كأن يتجنب المتعاقدان فسخ العقد بتنفيذ المدين لالتزاماته عيناً، أو عن طريق التعويض وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها، نذكر منها القرار المؤيد لقرار المجلس القضائي بمنح المطعون ضدها أجلاً لتنفيذ التزاماتها بالنظر للظروف الأمنية الاستثنائية السائدة¹.

وقد يكون الفسخ اتفاقاً طبقاً لنص المادة 120 ق م ج تنقيد فيه سلطة القاضي، فلا يكون الحكم منشأً، بل كاشفاً ومقرراً فقط للفسخ الاتفاقي.

-الدفع بعدم التنفيذ

نص عليه المشرع الجزائري في المادة 123 ق م ج² ومعناه أن للمتعاقد في العقد الملزم للجانبين حق الامتناع عن تنفيذ التزاماته إذا أخلّ المتعاقد معه في ذات العلاقة العقدية بتنفيذ التزاماته، كجزاء له عن عدم تنفيذه لالتزاماته والغرض من ذلك هو الضغط على الممتنع قصد التنفيذ كهدف أساسي قبل طلب الفسخ³. ومن شروط مباشرة هذا الحق أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء، وأن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بالتزاماته، وألاً يتعسف الدائن في ممارسة هذا الحق.

ويُعد الدفع بعدم التنفيذ مكنة قانونية ووسيلة لضمان مصلحة الدائن، كجزاء عن رفض المدين تنفيذ التزاماته في العقد الملزم للجانبين وبالتالي المساس بقداصة الرابطة العقدية.

-التنفيذ عن طريق التعويض

إذا كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى المدين ترتبت عليه مسؤولية عقدية، كجزاء عن عدم تنفيذه لالتزاماته الناشئة عن العقد والحاقه الضرر بالدائن، وقد أدرج المشرع الجزائري هذه المسؤولية تحت عنوان "التنفيذ بطريق التعويض" في المادة 176 ق م ج⁴.

فبالرجوع إلى هذه المادة نجد أنها تُقرر التعويض للدائن عن عدم إمكان المدين الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، بحيث لا يستطيع المدين نفي هذه المسؤولية، إلا إذا أثبت أن عدم تنفيذه كان راجعاً لسبب أجنبي، بمعنى أن المسؤولية العقدية تترتب على كاهل المدين إذا لم يُنفذ التزاماته العقدية عيناً وبمفهوم المخالفة، فإنه متى كان بإمكان المدين أن يُنفذ عيناً فلا محل للتعويض عن عدم التنفيذ.

كما أن قيام المسؤولية العقدية يقتضي توافر أركانها من خطأ يسبب ضرراً، ووجود علاقة سببية بينهما ومن ثمة أمكن ترتيب هذا الجزاء المقرر لإخلال المدين بقوة العقد الملزمة.

¹ المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 212782، بتاريخ 2000/01/12، قضية "و.ع.و" ضد "ش.ج.ت"، المجلة القضائية، العدد 01، 2000.

² تنص المادة 123 ق م ج على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ص ص 294-295.

⁴ تنص المادة 176 ق م ج على ما يلي: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

هـ- استثناءات القوة الملزمة للعقد

الأصل أن العقود لا تنتج آثارها ولا تكون فعالة، إلا إذا اقترنت بقوة إلزامية تضمن تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها الأطراف، غير أن هذه القوة الإلزامية قد تحول دون تحقيق الغرض الذي أبرمت من أجله هذه العلاقات القانونية، لذلك أورد المشرع الجزائري -على غرار التشريعات المقارنة- استثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد وسوف نفصل ذلك كما يلي:

-إنهاء العقد بإرادة منفردة

الأصل أنه لا يجوز إنهاء العقد، أو تعديله، إلا باتفاق طرفيه اعملاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، التي جسدها المشرع الجزائري في (المادة 106 ق.م.ج)¹، غير أنه يجوز استثناءً وفي حالات معينة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين متى وُجد شرط في العقد يميز لأحد المتعاقدين إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كأن يُبرم عقد إيجار لمدة معينة على أن يكون لكل من طرفيه (المؤجر والمستأجر) الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة كل ثلاث سنوات مثلاً، أو وجود نص في القانون يميز لأحد المتعاقدين، أو لكليهما إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كأحقية الموكل في إنهاء الوكالة وكذا حق المعير في إنهاء العارية قبل انتهاء مدتها في حالات معينة طبقاً للمادتين (587 و 547 ق م ج)².

-إنهاء العقد أو تعديله بإرادة المشرع

استقراءً لنص (م 106 ق.م.ج)، فإن المشرع يتدخل في بعض الحالات لينهي العقد، أو يعدله رغم إرادة المتعاقدين تحقيقاً للعدالة العقدية وحماية للطرف الضعيف في العقد، ومثال ذلك انقضاء عقد شركة التضامن بموت أحد الشركاء (م 439 ق.م.ج)³، وتدخل المشرع في عقد الإيجار بإلغائه صراحة لحق البقاء في الأماكن المؤجرة بموجب القانون 05-07 المعدل للقانون المدني⁴ من خلال إلغائه للمواد المتعلقة بذلك بموجب (المادة 08 منه)، وتدخله في عقد العمل لحماية العامل كطرف ضعيف في العقد، وفرضه الشكالية في بعض العقود بكتابتها، أو شهرها

¹ أنظر الماد 106 ق م ج، سابقة الذكر.

² تنص المادة 587 ق م ج على ما يلي: "يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيد بها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك، فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب بغير عذر مقبول"، وتنص المادة 547 ق م ج على ما يلي: "يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية:

- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة.
- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه.
- إذا عسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسراً قبل ذلك دون علم المعير.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 301.

⁴ الأمر 05-07، المؤرخ في 13 ماي 2007، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم للأمر 58-75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، العدد 31.

أو تسجيلها كقيد على مبدأ الرضائية، فاشتراط الشكل الرسمي في بيع العقار (م324 مكرر 1 ق.م.ج)، واشتراط الكتابة في عقد التأمين (م07 من الأمر 95-09 المتعلق بالتأمينات)¹... الخ.

-تعديل العقد بواسطة القاضي

خروجاً عن مبدأ القوة الملزمة للعقد فإن هناك حالات استثنائية حول فيها المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد بحثاً عن التوازن في الروابط العقدية وتحقيقاً للعدالة العقدية، فحوله سلطة تخفيض الشرط الجزائي (التعويض الاتفاقي) إذا كان مبالغاً فيه طبقاً لنص المادة 184 ق م ج، ومنح المدين أجلاً للوفاء (نظرة الميسرة) طبقاً للمواد 2/119 و 210 و 2/281 ق م ج، وكذا تخويله سلطة تعديل العقد بسبب الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أو إعفاء الطرف المذعن منها طبقاً لنص المادة 110 ق م ج، وتفسيره الشك لمصلحة المدين كقاعدة عامة ولمصلحة الطرف المذعن دائماً كان أم مدينًا كاستثناء طبقاً لنص المادة 112 ق م ج².

كما تعتبر نظرية الظروف الطارئة من أهم الحالات التي حول فيها القانون للقاضي سلطة تعديل العقد استثناءً من خلال إجازته له ردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول³.

ويُقصد بنظرية الظروف الطارئة تلك الوقائع التي تحدث بعد انعقاد العقد وقبل اكمال تنفيذه، بحيث تؤدي إلى جعل التزام المدين مرهقاً له، أي يهدده بخسارة فادحة دون أن يصبح مستحيلاً⁴، حيث يرجع أصل هذه النظرية إلى القانون الكنسي في العصور الوسطى أين كان الفقهاء الكنسيون يحرمون الغبن في العقود، سواءً في إبرام العقد، أو إذا طرأ في تنفيذه ويعتبرونه ربّاً محرماً، كما عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة خاصة في عقد الإيجار، من خلال فسخ عقد الإيجار للعذر⁵.

أما في القانون والقضاء المدني الفرنسي فقد اندثرت هذه النظرية في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة لتعارضها مع هذا الأخير، كونها تسمح للقاضي بتعديل العقد بناءً على طلب أحد المتعاقدين دون رضا المتعاقد الآخر، الأمر الذي من شأنه أن يُشكل اهداراً للقوة الملزمة للعقد⁶.

غير أن هذه النظرية وجدت نصيراً لها في القضاء الإداري الفرنسي الذي يعود له الفضل في بعثها من سباتها خصوصاً بعد الظروف التي مرّت بها فرنسا بسبب الحرب العالمية الأولى، فأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي منذ ذلك الحين مراعيًا في ذلك ضرورة ضمان سير المرافق العامة⁷.

¹ الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج ر، العدد 13، الصادر في 09 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20/02/2006، ج ر، العدد 15، المؤرخة في 12/03/2006، حيث تنص المادة 07 منه على ما يلي: "يحرر عقد التأمين كتابيا وبحروف واضحة وينبغي أن يحتوي إجبارياً، زيادة على توقيع الطرفين البيانات التالية...".

² أنظر المواد 184، و 2/119، و 210، و 2/281، و 110، و 112 ق م ج.

³ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 286.

⁴ زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والارادة المنفردة)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 130.

⁵ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 288.

⁶ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 108.

⁷ عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ص 262-263.

ثم جاءت بعد ذلك الكثير من القوانين لتنص صراحة على نظرية الظروف الطارئة، منها العربية كالقانون المدني المصري في (م2/147 ق.م.م) والقانون المدني العراقي في (م146 ق.م.ع) والقانون المدني الكويتي في (م198 ق.م.ك)، والقانون المدني الجزائري في (م3/107 ق.م.ج)¹... الخ².

وتشترط المادة 107 ق م ج في فقرتها الثالثة للأخذ بنظرية الظروف الطارئة أن يكون العقد متراخياً في تنفيذه كالإيجار والتوريد وكذا العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل كون مجالها العقود الزمنية والمستمرة³، وأن يتزامن وقوع هذا الحادث الطارئ ما بين انعقاد العقد وتنفيذه تحت طائلة عدم تأثر العقد إذا كان هذا الظرف موجوداً قبل انعقاد العقد ولو كان أحد المتعاقدين أو كلاهما على علم به⁴، وأن يكون الحادث استثنائياً نادر الوقوع وغير مألوف، كحرب، أو زلزال، أو فيضان، وعاماً يشمل طائفة من الناس ولا يخص المدين وحده كمرضه، أو إفلاسه، وغير متوقع وقت إبرام العقد ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع، وأن يجعل هذا الحادث أو الظرف تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً في تمييزه عن القوة القاهرة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام بقوة القانون⁵.

فمتى توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي تعديل التزامات الطرفين بما يتخذ من فداحة الخسارة التي ستصيب المدين وله سلطة تقديرية في ذلك، فقد يرى إنقاص التزامات المدين في مقدارها أو إعفاءه من الجودة المشترطة مع الإبقاء على نفس المقدار، وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق مع الإبقاء على التزام المدين كما هو، وللقاضي أيضاً أن يأمر بوقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان مؤقتاً⁶.

2- مبدأ نسبية أثر العقد

يخضع نطاق القوة الملزمة للعقد لفكرة نسبية آثار العقد، سواءً تعلق الأمر بموضوع، أو بأشخاص العلاقة العقدية، وعليه سنتناول مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الموضوع، ثم نتناول مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص.

أ- مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الموضوع

الأصل أن يلتزم المتعاقدان بما يحقق مقصودهما وما يتفقان عليه من شروط، غير أن العقد يتسع كذلك للالتزام بما هو من مستلزماته، كون الغالب في العقود أن يتم الاتفاق فيها على المسائل الجوهرية وتترك المسائل التفصيلية دون تحديد، الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي من أجل استكمال القوة الملزمة للعقد من خلال مسألتين هامتين ويتعلق الأمر بتحديد مضمون العقد، وتنفيذه.

¹ تنص المادة 3/107 ق م ج على أنه: "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

² عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع نفسه، ص263.

³ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص111.

⁴ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص305.

⁵ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص ص290-291.

⁶ زكريا سرايش، المرجع السابق، ص132.

-تحديد مضمون العقد-

يتحدد مضمون العقد من خلال تفسيره وتكييفه، وتحديد نطاقه، ويقصد بالتفسير تحديد معنى عبارات العقد، أو ما أراده المتعاقدان من خلال هذه العبارات¹ عندما لا تكون النصوص واضحة ولا تكشف حقيقة قصد العاقلين² ويختلف التفسير من حالة إلى أخرى، ففي حالة وضوح عبارات العقد يكون القاضي ملزماً بمعناها الظاهر، فلا يجوز له الانحراف عنها³، أما إذا كان معناها الظاهر لا يتطابق مع الإرادة الحقيقية للمتعاقلين جاز للقاضي الانحراف عن المعنى الظاهر إلى المعنى الباطن المقصود شريطة تسبب القاضي لحكمه⁴، لكن إذا كانت عبارات العقد غامضة، بحيث تحتمل أكثر من معنى فإنها تصبح بحاجة إلى تفسير، مما يوجب على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة للعاقلين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ (م/2/111 ق.م.ج)، وقد حدّد القانون بعض العوامل التي يستهدي بها القاضي في هذا الشأن والمتمثلة في طبيعة التعامل، وكذا الأمانة والثقة الواجب توافرها بين المتعاقلين، أما في حالة الشك في معنى العبارة الغامضة فإن تفسير الشك يكون لمصلحة المدين كطرف ضعيف في العقد، وهو ما أخذت به معظم التشريعات⁵ وعلى غرارها المشرع الجزائري بنصه في (م/1/112 ق.م.ج) على أن الشك يفسر لمصلحة المدين، باستثناء عقود الادّعاء التي يكون تفسير الشك فيها لمصلحة الطرف المدّعين دائماً كان، أم مدينًا (م/2/112 ق.م.ج).

أما مسألة تكييف العقد فيقصد به إعطاء العقد وصفًا قانونيًا معينًا بعد تفسيره تمهيداً لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا العقد، فلا يتقيد القاضي في تكييفه للعقد بالوصف الذي أطلقه عليه المتعاقدان إذا كان تكييفهما لا يتناسب مع بنود العقد، أو مع آثاره التي اتفقا عليها، بل يتدخل لتصحيح هذا التكييف بإعطاء العقد وصفه الصحيح على ضوء ما اتجهت إليه النية المشتركة للعاقلين⁶.

في حين يقصد بتحديد نطاق العقد بيان مدى الالتزامات العقدية التي تترتب على العاقلين، والقاضي حينما يقوم بتحديد نطاق العقد لا يقتصر على ما ورد فيه صراحة فحسب، بل يضيف إليه ما هو من مستلزماته من أجل تكملته، حيث يستند القاضي في ذلك إلى عدة عوامل تتمثل في القانون، العرف وقواعد العدالة، بالإضافة إلى طبيعة الالتزام، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 2/107 ق.م.ج)⁷.

¹ زكريا سرايش، المرجع نفسه، ص 124.

² ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 381.

³ تنص المادة 1/111 ق م ج على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقلين..."

⁴ زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 124.

⁵ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 383.

⁶ سويلم فضيلة، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2017-2018، ص 48.

⁷ تنص المادة 107 ق م ج في فقرتها الثانية على ما يلي: "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام..."

-التزام العاقدين بتنفيذ العقد (القوة الملزمة للعقد)

يختلف تنفيذ العقد في الحالة العادية عنه في الحالة الاستثنائية، ففي الحالة العادية متى تم تحديد مضمون العقد تتضح الالتزامات والحقوق لكل من المتعاقدين، مما يوجب عليهما تنفيذها بمستلزماتها وبحسن نية، هذا الأخير الذي يعتبر كقاعدة عامة تهيمن على جميع العقود، وذلك اعملاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد الذي جسّده المشرع الجزائري في المادتين (106 و 107 ق.م.ج)، حيث تنص (المادة 106 ق.م.ج)، على أن: "العقد شريعة المتعاقدين..."، في حين نصت (المادة 107/1 ق.م.ج) على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..."، ولا يقتصر العقد على تنفيذ الالتزامات التي تضمنها صراحة فحسب، بل يمتد أيضاً إلى ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام طبقاً لنص (م 107/2 ق.م.ج)، (كما سبق بيانه).

أما تنفيذ العقد في الحالة الاستثنائية، كاستثناء على تنفيذ العقد وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن الأمر يتعلق بما هو اتفاقي، أو ما يمنحه القانون من إجازة نقض العقد بالإرادة المنفردة وكذا تحويل المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد في عديد الحالات (كما سبق بيانه).

ب-مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص

الأصل أن ما يرتبه العقد من حقوق والتزامات ينصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما، بمعنى أن العقد لا يفيد ولا يضر سوى طرفيه، فمن البديهي ألا يتأثر الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه وهو ما يترجمه مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص الذي جسّده المشرع الجزائري في المواد (108 و 113 ق م ج).
غير أن العقد يعتبر تصرفاً قانونياً بالنسبة لأطرافه، في حين يعتبر بالنسبة للغير واقعة قانونية لا يمكن إنكارها أو تجاهلها قد تُعَيَّر من مركزه القانوني.

- آثار العقد بالنسبة للمتعاقدين

ينصرف مصطلح المتعاقد إلى كل شخص شارك في إبرام العقد، سواءً بشخصه أو بواسطة نائب عنه، كما يمتد لفظ المتعاقد إلى كل شخص تربطه بالمتعاقد صلة معينة، كالخلف العام والخلف الخاص، وقد تؤثر آثار العقد بطريق غير مباشر في حقوق دائني المتعاقدين.

يقصد بالخلف العام كل من يخلف غيره (السلف) في كل ذمته المالية، أو في جزء منها، كالوارث، أو الموصى له بجزء شائع من التركة¹، وقد عرّف المشرع الفرنسي الخلف العام بأنه: "كل من له الكفاءة على تلقي كل أو جزء من ذمة سلفه، سواءً شخص طبيعي أو معنوي بكل جوانبها السلبية واليجابية، أي من حقوق والتزامات"².
والقاعدة العامة أن آثار العقد الذي يبرمه السلف من حقوق والتزامات تنصرف إلى الخلف العام¹، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات² جسّدها المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي في قواعد الميراث، اتفاق المتعاقدين، وطبيعة التعامل، بالإضافة نص القانون.

¹ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 115-116، انظر في الصدد أيضاً إيمان خليل، الخلف بين الطرفين والغيرية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد 12، ديسمبر 2017، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، ص 225.

² CHRISTIEN LARRIUMET droit civil tom 3 6EMME EDITION DELTA PARIS2008 P 9282.

فبالنسبة لقواعد الميراث فإنها تستوجب بدورها احترام قاعدتين في غاية الأهمية الأولى: أن أموال وحقوق السلف لا تنتقل إلى الخلف إلا بعد سداد الديون، أما الثانية: فهي أن الخلف لا يلتزم بالتزامات السلف إلا في حدود ما آل إليه من حقوق بطريق الميراث³.

أما اتفاق الأطراف فما هو إلا أعمال لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فقد يتفق السلف قبل موته مع المتعاقد معه على عدم انتقال الحقوق والتزامات المترتبة عن العقد إلى الخلف العام فلا تنتقل، كالاتفاق على انتهاء الإجارة بموت المستأجر⁴، وقد تحول طبيعة التعامل دون انتقال أثر العقد إلى غير المتعاقدين، أي من السلف إلى الخلف، كالحقوق والتزامات التي تقوم على أساس الاعتبار الشخصي، كحق الانتفاع الذي ينتهي بموت المنتفع، أو كمن يتعاقد مع ممثل، أو رسام⁵، كما قد يُقرر القانون بنصوص خاصة انقضاء العقد بوفاة المتعاقد فلا ينتقل أثره إلى الخلف العام، كما هو الحال في انتهاء الوكالة بموت الموكل، أو الوكيل (م 586 ق م ج)، أو انتهاء شركة التضامن بموت أحد الشركاء (م 439 ق م ج)⁶.

أما الخلف الخاص فقد كان محل نزاع فقهي حول مسألة مدى انتقال الحقوق والتزامات له من سلفه وذلك بسبب ما ساد نص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي من غموض من حيث المصطلحات، الأمر الذي ترتب عنه اختلاف في مفهوم الخلف الخاص في الفقه التقليدي عنه في الفقه الحديث، ونعني بالفقه الحديث بعد صدور المادة 109 من القانون المدني الجزائري، والتي تقابلها المادة 145 من القانون المدني المصري⁷.

لذلك فالمقصود بالخلف الخاص كل من يخلف السلف في ملكية شيء، أو حق عيني، أو حق شخصي كالموهور له يخلف الواهب والمشتري خلف خاص للبائع في الشيء المبيع وهو استخلاف في ملكية عين معينة، وصاحب الانتفاع خلف لمن تلقى منه هذا الحق وهو استخلاف في حق عيني واقع على عين معينة، والمحال له خلف للمحيل في الحق المحال له وهو استخلاف في حق شخصي⁸.

ولا تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص طبقاً لنص المادة 109 ق م ج، إلا بتوافر مجموعة من الشروط وهي أن يكون العقد سابقاً في إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف الخاص، وأن تكون الحقوق والتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف من مستلزمات الشيء الذي انتقل من السلف إلى الخلف الخاص، وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالتزامات الناشئة عن عقد سلفه وقت انتقال الشيء إليه⁹، ليُحدَّ المشرع الجزائري بذلك

¹ تنص المادة 108 ق م ج على ما يلي: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام..."

² تنص المادة 108 ق م ج في شقها الثاني على ما يلي: "...ما لم يبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

³ سويلم فضيلة، المرجع السابق، ص 44.

⁴ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 139.

⁵ عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 270.

⁶ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 323.

⁷ إيمان خليل، المرجع السابق، ص 229.

⁸ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 606.

⁹ عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ص 273-275.

من دائرة الحقوق والالتزامات من خلال اشتراطه أن تكون من مستلزمات الشيء المنقول للخلف الخاص، أي وجدت لمصلحة ذلك الشيء، الأمر الذي يرى معه الباحث ضرورة تعديل نص المادة 109 وذلك من خلال السماح بانتقال جميع الحقوق المتصلة بالشيء إلى الخلف الخاص حتى وإن لم تكن من مستلزماته، وحتى وإن لم يكن الخلف الخاص على علم بها، كون الحق المتصل بالعين يشكل فائدة ومصلحة للخلف الخاص، لذلك كان الأولى تسهيل انتقال هذه الحقوق إلى الخلف الخاص بدلاً من احاطتها بشروط تضيق من انتقالها له.

أما بالنسبة لدائني العاقدین، فإن المقصود بالدائن هنا الدائن العادي الذي لا يُعَدُّ من الخلف العام للمدين وليس هو بخلف خاص له أيضاً¹، والدائن بهذا المعنى لا يتأثر بآثار عقد مدينه حقوقاً كانت، أو التزامات فهي لا تنتقل إليه على خلاف انتقالها إلى الخلف العام أو الخاص².

إلا أن الدائن العادي يتأثر بالعقود التي يبرمها مدينه بطريق غير مباشر، من خلال زيادة الضمان العام أو نقصانه، كما أن أثر العقد بالنسبة للدائن لا يكون باعتباره تصرفاً قانونياً، بل باعتباره واقعة مادية على خلاف الخلف³، وحماية للدائن العادي من تصرفات المدين الضارة بالضمان العام حول له المشرع مجموعة من الدعاوى، مثل الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرف)، (م 191 ق.م.ج) والدعوى غير المباشرة، (م 189 ق.م.ج)، ودعوى الصورية (م 198 و 199 ق.م.ج)⁴.

– آثار العقد بالنسبة للغير

الأصل أن الغير الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في العقد ولم تربطه صلة بأي من طرفيه لا ينصرف إليه أثر العقد، سواء كان حقاً أو التزاماً (م 113 ق.م.ج).

إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، بل ترد عليها استثناءات وإن كانت نادرة وتتمثل في امكانية اكتساب الغير حقاً في هذا العقد (م 113 ق.م.ج في شقها الثاني)، هذه الاستثناءات قد يكون مصدرها القانون بنصه في بعض الحالات على امتداد أثر العقد إلى الغير ومن ضمن هذه الحالات، حالة الدعوى المباشرة التي لا تتقرر إلا بنص قانوني فهي دعوى تخول الدائن المطالبة بحق ناشئ عن عقد لم يكن طرفاً فيه ومن أمثلتها رجوع المؤجر بدعوى مباشرة على المستأجر من الباطن في حدود ما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي⁵ وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 507 ق م ج)⁶، وكذا الصلح الواقعي من الإفلاس في القانون التجاري الذي يسري على

¹ ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، المرجع السابق، ص 370.

² عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 275.

³ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 324.

⁴ زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 140.

⁵ نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص 337.

⁶ تنص المادة 507 ق م ج على ما يلي: " يكون المستأجر الفرعي ملتزماً مباشرة تجاه المؤجر بالقدر الذي يكون بدمته للمستأجر الأصلي، وذلك في الوقت الذي أنذره المؤجر...".

جميع الدائنين بعد تصديق المحكمة عليه حتى ولو لم يكن بعضهم قد وافق عليه¹، وعقد العمل الجماعي الذي تسري أحكامه على طائفة معينة من العمال حتى من لم يوافق عليه².

وقد يكون مصدر هذه الاستثناءات إرادة المتعاقدين، فإذا كان الأخيران لا يستطيعان إلزام الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه، فإنه يجوز لهما الخروج عن مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد بإرادتهما في شقه الإيجابي والمتمثل في إنشاء الحق، دون الشق السلبي المتمثل في إنشاء الالتزام ومن هذه الحالات نذكر حالة التعهد عن الغير طبقاً لنص المادة 114 ق م ج كعقد يتعهد بموجبه أحد طرفيه بأن يجعل شخصاً آخر من الغير يقبل التعاقد مع المتعاقد الآخر في أمر معين متى توافرت شروط ذلك³، كحال الشركاء الذين يتقدم إليهم شخص بقصد شراء عين من الأعيان مملوكة لهم على الشيوع، لكن أحد الشركاء غائب، وخوفاً من ضياع الصفقة يقبل الشركاء التعاقد عن أنفسهم والتعهد عن شريكهم بقبول البيع عند حضوره.

وحالة الاشتراط لمصلحة الغير طبقاً للمواد من 116 إلى 118 ق م ج كعقد يشترط فيه أحد العاقدين يسمى (المشترط) على الطرف الآخر ويسمى (المتعهد) بأن يؤدي مباشرة لشخص أجنبي عن العقد يسمى (المنتفع) أداءً معيناً يستمد من العقد مباشرة، ولعلّ من أبرز أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير عقود التأمين، فالمشترط هو المؤمن له والمتعهد هو شركة التأمين، والمستفيد أو المنتفع هو من يذهب التأمين لمصلحته، كحال من يؤمن على صحة أحد أبنائه.

ثالثاً: جائحة كورونا وتنفيذ الالتزامات التعاقدية: أي تأثير

أمام انتشار فيروس كورونا المستجد (كوفيد 19)، وتحوله إلى وباء عالمي بإقرار منظمة الصحة العالمية، بادرت الجزائر⁴ على غرار معظم دول العالم إلى الحظر الصحي كإجراء وقائي لمنع تفشي هذا الوباء الخطير، الأمر الذي انعكس سلباً على تعاقدات الأفراد والشركات على وجه يُنذر بمنازعات عديدة فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات المدنية والتجارية والإدارية.

من هذا المنطلق ثار النقاش والجدل حول طبيعة فيروس كورونا المستجد ومدى اعتباره قوة قاهرة، أم ظرف طارئ وبالتالي مدى امكانية وقانونية تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل الاجراءات الاحترازية المتخذة من الدول.

¹ عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 277.

² محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 328.

³ تشترط المادة 144 ق م ج لصحة التعهد عن الغير ما يلي:

- أن يتعاقد المتعهد باسمه هو، لا باسم الغير الذي يتعهد عنه،
- أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه، لا إلزام الغير،
- التزام المتعهد بالحصول على قبول الغير لإبرام العقد محل التعهد.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 20-69، المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج ر عدد 15، الذي نصت المادة 03 منه على ما يلي: "تُعلق نشاطات نقل الأشخاص الآتي ذكرها خلال الفترة المذكورة في المادة 2 أعلاه: -الخدمات الجوية للنقل العمومي للمسافرين على الشبكة الداخلية، -النقل البري في كل الاتجاهات الحضري وشبه الحضري وبين البلديات وبين الولايات، -نقل المسافرين بالسكك الحديدية، -النقل الموجه: المترو، والترامواي، والنقل بالمصاعد الهوائية، -النقل الجماعي بسيارات الأجرة..."

وإذا كان صلب خطابات دول العالم يضيفي إلى الاتفاق على اعتبار جائحة كورونا (كوفيد 19) قوة قاهرة، فإن ذلك لا يمنع من التساؤل عن إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كون انتشار هذا النوع من الأوبئة أقر واقعاً قانونياً جديداً أثر بشكل جلي على تنفيذ الالتزامات التعاقدية بكل المقاييس بما يرتب، إمّا إرهافاً لأحد المتعاقدين، وإمّا استحالة تنفيذ العقد على اختلاف المفهومين من حيث الشروط الواجب توافرها وكذا من حيث التطبيق.

فإذا كان تأثير جائحة كورونا (كوفيد 19) هو الإرهاف لأحد طرفي العقد كارتفاع للأسعار مثلاً، عُدّت هذه الجائحة من قبيل الظروف الطارئة، أمّا إذا تجسّد تأثيرها في استحالة تنفيذ الالتزام، كاستحالة نقل البضائع بسبب غلق الحدود مثلاً، فإن الجائحة تصبح من قبيل القوة القاهرة.

1- حالة اعتبار جائحة كورونا مجرد ظرف طارئ

يُقصد بالظرف الطارئ تلك الوقائع التي تحدث بعد انعقاد العقد وقبل اكمال تنفيذه، بحيث تؤدي إلى جعل التزام المدين مرهقاً له، أي يهدّده بخسارة فادحة دون أن يصبح مستحيلاً¹.

لذلك فإن التسليم بكون فيروس كورونا مجرد ظرف طارئ يحول دون النيل من القوة الملزمة للعقد متى نشأ هذا الأخير صحيحاً بحيث تنشأ معه قوته الملزمة التي تفرض تنفيذه طبقاً لما ورد فيه، فلا يمكن تعديله أو نقضه إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون، الأمر الذي تقرّه معظم التشريعات وعلى غرارها المشرع الجزائري في (م 106 ق.م.ج).

كما أن مجرد إرهاف المدين أثناء تنفيذ التزامه لا يعتبر سبباً لإهدار قانون العقد الذي يستمد قوته من إرادة طرفيه وبالتالي فإن ما يُستجد من الحوادث الاستثنائية، كالأوبئة مثلاً والتي يصبح معها تنفيذ الالتزام العقدي شديد الصعوبة ليس بمبرر لفسخ العقد، أو التحلل من الالتزامات الناشئة عنه.

لكن في المقابل لا بد من التسليم أيضاً أن اعتبارات العدالة التي لا بد أن تسود العلاقات التعاقدية لا تتفق في بعض الحالات مع الاقرار المطلق لمبدأ القوة الملزمة للعقد وبالتالي أعمال نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها²، الأمر الذي يترتب عنه نسبية مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث إذا كانت العقود فورية التنفيذ، أي تلك التي تقوم على عنصر الزمن هي المعنية بتطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن الأمر يختلف في العقود الزمنية والمستمرة، أو الفورية مؤجلة التنفيذ والتي قد تتأثر بتغير الظروف لوجود فاصل زمني بين انعقادها وتنفيذها، رغم انعقادها في ظروف عادية وهو ما يتحقق مع انتشار فيروس كورونا (كوفيد 19) الذي من شأنه الزيادة من أعباء المدين وإرهافه وتهديده بالحاق الخسارة الفادحة به بسبب ظروف استثنائية طارئة وعامة لم يكن بمقدوره توقعها أثناء إبرام العقد.

الأمر الذي يستدعي تدخل القاضي لتعديل العقد وفقاً لقواعد العدالة وتحقيقاً للتوازن العقدي متى توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كحل عملي من أجل تعديل شروط العقد قضائياً بالنسبة لمجموعة من العقود لا سيما تلك المتعلقة بقطاع النقل وتوريد السلع والبضائع، وعقود المقاولات، بالإضافة إلى عقود خدمات الفنادق

¹ زكريا سرايش، المرجع السابق، ص 39.

² أنظر ص 54 من المذكرة للاطلاع على شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

والتنشيط السياحي التي لم تعرف طريقها إلى التنفيذ نتيجة التدابير الحكومية الرامية إلى محاربة وحصر تفشي هذا الوباء العالمي¹.

2- حالة اعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة

لم يُعرّف المشرع الجزائري القوة القاهرة في القانون المدني وذلك على غرار المشرع المصري والفرنسي، وإنما أشار إليها كسبب أجنبي مُعفي من المسؤولية وذلك في نص (المادة 127 ق.م.ج)².

أما قانون الالتزامات والعقود المغربي فقد عرّف القوة القاهرة في (م269 منه)، على أنها: "كل أمر لا يستطيع الإنسان توقعه، كالظواهر الطبيعية، الفيضان، الجفاف، الحرائق، غارات العدو، وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا... لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين"³. إن التسليم باعتبار فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19) قوة القاهرة يؤدي إلى أكثر من مجرد ارهاق المدين عندما يكون هذا الأخير في وضعية يستحيل معها تنفيذ التزامه العقدي نتيجة تحقق شروط القوة القاهرة التي تؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه ما لم يثبت خطأ المدين كسبب لعدم التنفيذ⁴.

أ- شروط القوة القاهرة

لتحقق القوة القاهرة لابد من توافر الواقعة على مجموعة الشروط الآتية⁵:

- **شرط عدم التوقع:** يشترط في الحادث من أجل اعتباره قوة القاهرة ومن ثم إعفائه المدين من المسؤولية، أن يكون غير متوقع، أي أن يكون نادر الحدوث، كفيضان، أو زلزال، ومهما ذكرنا من الحالات فإنها تظل على سبيل المثال لا الحصر، كون كل حالة تتوافر على شروط القوة القاهرة فهي من حالاتها، كما هو الحال فيما يتعلق بالوباء الحالي فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19)، ومعيّار تحديد ما إذا كان الحادث متوقعاً أم لا هو معيار موضوعي يتمثل في معيار الرجل العادي الحريص على شؤونته.

- **شرط استحالة دفع الضرر الناشئ عن القوة القاهرة:** يتعين لتحقيق القوة القاهرة أن تكون واقعتها مستحيلة الدفع من قبل المدين الذي احتجّ بها للتحلل من التزامه التعاقدي، الأمر الذي يوجب توافر أمرين **الأول:** عدم استطاعته تفادي وجود الواقعة المكونة للقوة القاهرة، **والثاني:** عجزه بعد وقوع هذه الواقعة على تجنب الآثار الناجمة عنها، وهو ما يمكن تسميته مجازاً بالحالات الممتازة للقوة القاهرة، خصوصاً في ظل وباء كورونا المستجد (كوفيد-19) بالنظر إلى أن هناك فرضيات بإبرام بعض العقود أثناء تفشي الداء مما ينتفي معه ادعاء المدين بعدم إمكان توقع الوباء

¹ إبراهيم أخطاب، فيروس كورونا "كوفيد-19" بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، مقال منشور على الموقع <https://bit.ly/2Rcwj6M>، تاريخ الاطلاع 2022/05/17.

² تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور، أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني، أو اتفاق يخالف ذلك".

³ إبراهيم أخطاب، المرجع السابق.

⁴ إبراهيم أخطاب، المرجع نفسه.

⁵ خليفة بوداود والعمرية بوقرة، **مدى اعتبار جائحة كورونا قوة القاهرة لتبرير إنهاء العقد**، مداخلة أقيمت في إطار المؤتمر الدولي حول القوة القاهرة وأثرها على حركية التشريع والقضاء جائحة كورونا (covid 19) أنموذجاً، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يوم الأربعاء 29 أبريل 2020.

لحظة إبرام العقد وتنفيذه، غير أنه أعقب إبرام العقد نتيجة انتشار الوباء قرار السلطات بحظر التنقل وتفعيل اجراءات الحجر الصحي مكانياً و زمانياً، الأمر الذي ينجر عنه استحالة التنفيذ لتحقيق حالة القوة القاهرة ليس بفعل وباء كورونا وإنما على أساس فعل السلطة.

ب- آثار القوة القاهرة في إطار المسؤولية العقدية

الواضح أن فيروس كورونا المستجد يتوافر على شروط القوة القاهرة، لذلك إذا استحال على المدين تنفيذ التزاماته العقدية في ظل انتشار هذا الفيروس وما استتبعه من إجراءات صحية واقتصادية، فإن ذلك يشفع له في التحلل من مسؤوليته العقدية وبالتالي انقضاء الالتزام الأصلي وما يتفرع عنه من التزامات تابعة تطبيقاً لنص المادة 121 ق.م.ج¹ التي تقضي بانقضاء الالتزامات المقابلة للالتزام الذي ينقضي بسبب استحالة تنفيذه، مما يترتب عنه انفساخ العقد من تلقاء نفسه، بما يجعل من انتشار فيروس كورونا المستجد قوة القاهرة كلما كان سبباً في استحالة تنفيذ المتعاقد المدين لالتزاماته استحالة مطلقة².

لكن يشترط في هذه الاستحالة أن تكون مطلقة وهو أمر يختلف باختلاف نوعية النشاط الذي يزاوله المدين، كون بعض الأنشطة خصوصاً التجارية والخدماتية، والإلكترونية لم تتأثر بإجراءات الحد من انتشار فيروس كورونا المستجد³.

ج- استثناءات تطبيق حالة القوة القاهرة جراء فيروس كورونا

الأصل في القوة القاهرة- متى تحققت شروطها- أن تُعفى المدين من كامل مسؤوليته عن عدم تنفيذ الالتزام، إلا أن هناك حالات لا يُعفى فيها المدين من تنفيذ التزاماته العقدية رغم تحقق شروط القوة القاهرة وتمثل هذه الحالات في الآتي⁴:

- إذا كان المدين في حالة مطل قبل تحقق القوة القاهرة: قد يتماطل المدين في تنفيذ التزامه مع قدرته على ذلك في الأحوال العادية قبل حلول القوة القاهرة، الأمر الذي يحول دون اعفائه من مسؤوليته العقدية حتى لو أصبح التنفيذ مستحيلاً بسبب القوة القاهرة الناتجة عن فيروس كورونا المستجد.

- اتفاق الطرفان على تشديد مسؤولية المدين العقدية: أعمالاً لقاعدة: "العقد شريعة المتعاقدين"، فإنه يجوز لطرفي العقد أن يتفقا على تعديل أحكام المسؤولية العقدية، لا سيما بتشديدها وجعل المدين مسؤولاً عن عدم تنفيذ التزاماته العقدية حتى ولو كان ذلك راجعاً لقوة القاهرة، أو ظرف طارئ، وهو ما ينطبق على القوة القاهرة الناتجة عن فيروس

¹ تنص المادة 121 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد بحكم القانون".

² فطيمة نساخ، مآل تنفيذ العقد في زمن جائحة كورونا، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 03، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، عين الدفلة، الجزائر، 2021، ص 280.

³ دنياجي، إلى أي مدى يمكن للقوة القاهرة في زمن الكورونا أن تعفي المدين من التزاماته، مقال منشور على موقع <https://assabah.ma>، تاريخ الاطلاع 2022/05/18.

⁴ إبراهيم أحطاب، المرجع السابق.

كورونا المستجد (كوفيد-19)، بحيث يؤدي اتفاق الطرفان إلى عدم اعفاء المدين من التزامه رغم تحقق شروط القوة القاهرة.

وهو الأمر الذي يرى معه الباحث وجوب تمتع القاضي بمرونة كبيرة من خلال استحضار روح القانون ومراعاة كافة الجوانب والظروف في تكييفه للقضايا المعروضة أمامه، كون فيروس كورونا المستجد (كوفيد-19) لا يستقل بحكم محدد، فتارة يكون عدم الأثر على العقد فيصير واجب التنفيذ وفق ما تم الاتفاق عليه من الأطراف، وتارة أخرى ينزل منزلة القوة القاهرة أو الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن التغلب عليه، فيجعل الالتزام العقدي مستحيلاً وليس مرهقاً فحسب، كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة التي تستدعي تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول من أجل تحقيق التوازن المالي للعقد.

المبحث الثالث: علاقة التحولات الاقتصادية بالعقد

إذا كان الإصلاح الاقتصادي ينصب في جوهره على مبدأ حرية التجارة والصناعة الذي يقتضي عملياً إلغاء الرقابة الإدارية المسطرة على النشاط الاقتصادي وإلغاء مختلف الاحتكارات العامة منها والخاصة، وإحلال قانون المنافسة محلها كمتحكم في القرارات الاقتصادية مع دعم القطاع الخاص، بدعم برامج الخصوصية والزيادة من الامتيازات المحفزة له، وإذا كانت تحديات العولمة بدورها قد حتمت انسحاب الدولة من تسيير وإدارة النشاط الاقتصادي واقتصار دورها على أداء الوظائف الطبيعية لها، بما يضمن العدالة والمساواة بين الأفراد وكذا الاستقرار الاقتصادي.

فإن اتساع المجال الاقتصادي وتنوعه في ظل اقتصاد السوق، وما نتج عنه من أزمات صاحبت التقدم التكنولوجي والتقلبات الاقتصادية الكبرى مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وظهور فوارق واجحافات جسيمة لحقت طبقات عديدة في كل المجتمعات التي تنتهج الاقتصاد الليبرالي، أدى إلى فرض عملية تقسيم للأدوار بين الدولة والسوق من أجل تنظيمه وإدارته، كما أن فكرة اقتصاد السوق لا يمكن أن تقوم في غيبة دولة قوية وما تحققه من وضوح في إطار النشاط الاقتصادي واستقرار السوق والمراكز القانونية، في ظل توافر الأمن والاستقرار، فضلاً عن الاستقرار النقدي وما يحتاجه من قدرة على الحساب الاقتصادي والتخطيط للمستقبل، لذلك فإن الليبرالية لا تدعو إلى تقليص دور الدولة الاقتصادي، أو الغائه، بل على العكس فهي تدعو إلى إعادته إلى نصابه وزيادة فاعليته، من خلال استرجاع الدولة لدورها الرئيسي كسلطة تفرض بالقوانين والسياسات توجيه الاقتصاد، بعد أن تراجعت هذه السلطة بانغماس الدولة في تفاصيل العمل الإنتاجي الذي صرفها عن دورها الرئيسي في وضع إطار للنشاط، وكذا الرقابة والإشراف وتوفير الخدمات الرئيسية، فجاءت فكرة تدخل الدولة في توجيه الاقتصاد من أجل ضمان نمو منسجم ورفع الحيف عن الأطراف الضعيفة بما يتماشى والنظام الرأسمالي الذي يؤمن بضرورة تدخل الدولة لتوجيه الاقتصاد.

وبما أنّ علاقة القانون بالاقتصاد علاقة نفعية، تكاملية فإنها تعتبر ضرورية لضمان الحق في التنمية، وكما سبق الإشارة إليه إذا كان انتصار مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد يرجع بالأساس إلى عوامل اقتصادية ساهمت في انتشار روح الفردية في تلك الفترة، فإن في المقابل تطور العوامل ذاتها أدى إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية للعقد

الأمر الذي دفع بالدولة أيضاً إلى التدخل لتوجيه العقود حماية للطرف الضعيف من خلال السعي إلى تحقيق التوازن العقدي، مواكبة للاقتصاد العالمي والتنافسية الشرسية التي لا ترحم بشكل يتلاءم وازدواجية قانون العقود وقانون المنافسة في العلاقات الاتفاقية في الميدان الاقتصادي مجسدةً بذلك العلاقة العقدية في بُعدها الموضوعي دون الشخصي، وعليه نتناول في هذا المبحث تدخل الدولة لتوجيه الاقتصاد (مطلب أول)، ثم تدخل الدولة لتوجيه العقد (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تدخل الدولة لتوجيه الاقتصاد

يُعتبر موضوع تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي من الموضوعات التي تناولها المفكرون الاقتصاديون بالدراسة والتحليل قديماً وحديثاً، بالنظر إلى مكانة الدولة في المجتمع، كمدير ومنظم لشؤونه بتغلغل أجهزتها في شتى مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، حيث أصبح من الواضح ما للدولة من دور كبير في قيادة وتوجيه الاقتصاد بما يحقق الأهداف التنموية وهو ما حدث في الكثير من الدول التي تبنت التخطيط كوسيلة للتنمية الاقتصادية في فترة ما بعد الحرب العالمية الثانية، سواءً الرأسمالية منها كإنجلترا وفرنسا وهولندا وإيطاليا، أو الاشتراكية وعلى رأسها الاتحاد السوفياتي سابقاً والصين، وإن كان هناك اختلاف في كيفية وحجم هذا التدخل، إلا أن هناك اتفاق على حدّ أدنى من التدخل يجب على الدولة القيام به يختلف من دولة إلى أخرى ومن حقبة زمنية إلى أخرى مساهمةً للمستجدات التي تطرأ على الساحة الدولية والمتغيرات الفكرية والوقائع الاقتصادية¹.

لقد كان للأزمات الاقتصادية العديدة التي مرّ بها الاقتصاد في ظل الليبرالية الرأسمالية، خاصة عقب الأزمة المالية العالمية سنة 2008 (أزمة الرهن العقاري) الدور الكبير في اهتزاز ثوابت هذا النظام وأركانه التي قام عليها، ليعود الحديث مرة أخرى وترتفع الأصوات المنادية بضرورة عودة الدولة لإدارة وتوجيه الاقتصاد مع التأكيد على أن يكون هذا التدخل بشكل رقابي ومنظم لتحقيق التنمية المستدامة في إطار مبادئ الحكم الراشد وتبني مبادئ الحوكمة المؤسسية².

والجزائر على غرار غالبية الدول اتجهت في مستهل التسعينيات إلى زيادة الدور الذي يضطلع به السوق في توجيه الموارد والتقليل من دور الدولة مضافاً عليه طابع التدخل النسبي، لذلك سنتناول ماهية هذا الدور الذي تقوم به الدولة في ظل اقتصاد تنافسي من خلال الكشف عن مجالات ومواطن هذا التدخل وحدوده، بما يضمن الحفاظ على أسس اقتصاد السوق وتطوره وذلك من خلال التطرق إلى أسباب وأساليب تدخل الدولة في المجال الاقتصادي (فرع أول)، ثم ضوابط تدخل الدولة في المجال الاقتصادي (فرع ثاني).

¹ قويدر معزي، تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، مجلة الاقتصاد الجديد، المجلد 04، العدد 01، جامعة خيس مليانة، عين الدفلى، الجزائر، جوان 2013، ص 136.

² عزالدين عطية وآخرين، تحديث أدوات تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي "نحو تبني مفاهيم الحكم الراشد والحوكمة المؤسسية"، مجلة تنوير للدراسات الأدبية والإنسانية، المجلد 02، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان 2018، ص 203.

الفرع الأول: أسباب وأساليب تدخل الدولة في المجال الاقتصادي

يتفق الفقه على حد أدنى من تدخل الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي كمطلب أساسي وجوهري لضمان استمرارياتها وتحقيق الصالح العام الذي يصعب، إن لم نقل يستحيل على القطاع الخاص تحقيقه بمفرده، حيث ترتبط مسألة تدخل الدولة في هذا المجال من الناحية العملية بالعديد من الأسباب التي تبرره أهمها:

أولاً: تدخل الدولة لعلاج مظاهر فشل السوق

من أهم مبررات تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد تنافسي ما تعلق بعلاج الخلل في عمل السوق من أجل ضمان منافسة نزيهة، والمقصود بالخلل هنا الممارسات التي تشلُّ عمل السوق وتحول دون تحقق أهداف المجتمع¹، لا سيما ما تعلق بالافتقار إلى شروط المنافسة الحرة والفعالية التي لا تتحقق إلا من خلال وجود عدد كبير من الأعوان الاقتصاديين وتجانس السلعة لدى المنتجين وحرية التدخل من قبل الأعوان الاقتصاديين، أي حرية تجد أساسها فيما قرّره دستور 1996²، في مادته 37³ من مبدأ "حرية التجارة والصناعة".

وإن كان من الصعب إنَّ لم نقل من المستحيل تحقيق هذه الشروط مجتمعة من الناحية العملية، إلا أن الدولة تتدخل لعلاج الوضع من خلال سنِّ قوانين لمنع انشاء شركات ضخمة ومراقبة تعسف المؤسسات في وضعية الهيمنة، فنص المشرع الجزائري على منع كل الاتفاقات التي تسمح لمؤسسة ما بالسيطرة والاستئثار في ممارسة نشاطات متعلقة بالإنتاج والتوزيع، أو الخدمات وعقد الصفقات العمومية، فمنع التعسف في وضعية الهيمنة لأول مرة من خلال القانون 89-12، المتعلق بالأسعار⁴، ثم في قانون المنافسة من خلال الأمر 95-06 وبعده الأمر 03-03، هذا الأخير الذي نص في مادته 07⁵ على حظر كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق، أو احتكار لها، أو على جزء منها قصد تقييد المنافسة.

وقد تتدخل الدولة لمعالجة وضعية الاحتكار من خلال التحفيز المادي للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة دون الإخلال بمضمون اتفاقيات منظمة التجارة العالمية المتعلقة بالمنافسة، كمنحها حصة من الصفقات العمومية⁶، بما يعزز وضعيتها التنافسية أو الترخيص لها بالاتفاقات والممارسات المحظورة على المؤسسات الضخمة، أو إعفائها من دفع الضرائب لأجل محدّد واستفادتها من قروض مجرّدة من الفوائد، أو بفوائد متواضعة، كما قد تتدخل الدولة لتوفير البنية

¹ ربيعة صبايحي، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، جوان 2010، ص 231.

² دستور 1996، ج ر، العدد 76، الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

³ تنص المادة 37 من دستور 1996 على ما يلي: "حرية التجارة والصناعة مضمونة، وتمارس في إطار القانون".

⁴ القانون رقم 89-12، المؤرخ في 05 جويلية 1989، المتعلق بالأسعار(الملغى).

⁵ أنظر المادة 07 من الأمر 03-03، المتعلق بالمنافسة.

⁶ أنظر المادة 10 من الأمر 03-03، المعدلة والمتممة بموجب المادة 06 من القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25/06/2008، المتعلق بالمنافسة، ج ر، العدد 36، المؤرخة في 2008/06/02.

الأساسية اللازمة لإقامة هذا النوع من المؤسسات باعتبارها مصدر للإنتاج والدخل وفرص العمل والابتكارات التي تشجع صغار المقاولين¹.

وقد يأخذ تدخل الدولة في المجال الاقتصادي شكل مواجهة للآثار الجانبية والدورية للنشاط الإنتاجي التي تشمل كل النتائج المترتبة على نشاط ما يصيب الأفراد دون أن يتقاضون مقابلًا له، سواءً كان ذلك نافعًا، كقيمة يضيفها شق طريق للمباني المجاورة له، أو ضارًا كلاجوء رجال الأعمال إلى تسريح أعداد كبيرة من العمال وما ينتج عنه من بطالة وانتشار للفقر وهشاشة كبيرة في الطبقة الاجتماعية، ومدى تأثير ذلك على مسار الإصلاحات الاقتصادية وهو ما يُترجم بمبادرة الحكومات الجزائرية المتعاقبة للتدخل بموجب استراتيجية للتشغيل من أجل التوظيف الكامل القائم على أساس التشغيل المنتج، أو وضع تدابير متنوعة للحفاظ على الشغل من قبيل برنامج إعادة إدماج العمال المسرحين وإنشاء مراكز للبحث عن العمل وتشجيع العمل الحرّ، وقد يأخذ الفشل الاقتصادي صورة تدهور لحالة البيئة نتيجة التلوث، الأمر الذي يصبح معه تدخل الدولة وجوبًا للقضاء على تلك الأضرار، أو على الأقل التخفيف منها².

وهو ما تجسد في القانون رقم 03-10³ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة الذي تضمّن مختلف الآليات القانونية التي تسمح للدولة بالتدخل لحماية البيئة دون الإخلال بميكانيزمات السوق، حيث يتخذ هذا التدخل عدّة أوجه، كمنع المصانع والمؤسسات من رمي نفاياتها في مياه البحر، أو إلزام الوحدات الاقتصادية باتخاذ كل التدابير لاستعمال تكنولوجيا نظيفة والكف، أو التقليل من المواد المسببة في إفقار طبقة الأوزون، وقد يتخذ هذا التدخل شكل فرض غرامات على مخالفي قواعد حماية البيئة وتدرج هذه الغرامات بما يتناسب ومقدار خطر المخالفة، أو تطبيق مبدأ "الملوث الدافع" من خلال تحويل تكاليف التلوث من ميزانية الدولة إلى تكاليف داخلية يتحملها المتسبب في ذلك⁴.

ثانيا: تدخل الدولة لتحقيق الاستقرار الاقتصادي ومواجهة آثار العولمة

من الأدوار المنوطة بالدولة أيضًا العمل على تحقيق الاستقرار الاقتصادي من خلال السياسات الاقتصادية المختلفة، ويتضمن الاستقرار الاقتصادي تدخل الدولة لتوفير ما يلي:

1- تدخل الدولة لتوفير السلع العامة للأفراد وحماية المستهلك

يُقصد بالسلع العامة والخدمات الأساسية تلك التي تتوقف عليها حياة الأفراد واستمرارها من خدمات الدفاع والأمن والقضاء والتعليم والصحة، والبنية الأساسية، كالسدود والمياه والكهرباء والهاتف والإنترنت... إلخ، وحماية البيئة وحماية الملكية الصناعية، وحماية الطفولة والتنمية الريفية، وتقديم المواد الغذائية في حالة الكوارث، وقد تحولت هذه

¹ صافية إقلاوي ولد رايح، مكانة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 18، العدد 02، المدرسة الوطنية للإدارة، حيدرة، الجزائر، 2008، ص 08، وأنظر أيضا قويدر معيزي، المرجع السابق، ص 147.

² ربيعة صبايحي، المرجع السابق، ص 233.

³ القانون رقم 03-10، المؤرخ في 19/07/2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، العدد 43، المؤرخة في 20/07/2003.

⁴ أنظر المواد 45، و 51، و 55، و 84، من القانون 03-10، المتعلق بحماية البيئة.

السلع والخدمات إلى حقوق مكتسبة يؤدي التخلي عنها مقاومة عنيفة تهدد استقرار الدولة سياسيًا واجتماعيًا، واقتصاديًا¹.

لذلك تتدخل الدولة لتوفير تلك السلع والخدمات، إما بطريقة مباشرة من خلال قيام المؤسسات الحكومية ذات الكفاءة العالية بذلك، وإما بطريقة غير مباشرة من خلال تدخل القطاع الخاص بصورة كاملة، أو بمنافسة من الحكومة، كأن تسمح الدولة بإنشاء المدارس والعيادات الخاصة التي تمارس الخدمة في ضوء الإطار العام لقراراتها من خلال تدخلها بموجب قوانين لمراقبة حسن الممارسة وضمان الاستمرارية، كون غياب الدور الرقابي للدولة في هذا الشأن قد يؤدي إلى سوء تقديم الخدمة، الأمر الذي من شأنه أن ينعكس سلبًا على حياة الأفراد وطمأنينتهم².

وفي ظل اقتصاد السوق تتوقف حياة المستهلك على مجموع النشاط الاقتصادي الذي يخضع لقوانين قد تتعرض للخرق بسبب إطلاق حرية المنافسة بين الشركات التجارية وتزاحم منتجات محلية وأجنبية قد تلحق الضرر بالمستهلك بسبب طبيعتها الفنية، أو لجوء المنتج فيها إلى الغش والخداع وهو الوضع الذي ميّز السوق الجزائرية منذ التسعينات التي تم فيها تداول كميات واسعة من السلع الفاسدة والملوثة، أو المغشوشة بعدم مطابقتها للمواصفات القياسية الجزائرية والتي شملت اللحوم غير الصالحة للاستهلاك البشري والأدوية منتهية الصلاحية والاسمنت المغشوشة، وقطع غيار غير صالحة وغيرها من المواد، لذلك أصبح من واجب الدولة التدخل لحماية المستهلك من خلال تمكينه من الحصول على سلع وخدمات ذات جودة ونوعية تتناسب وقدرته الشرائية وتحافظ على صحته وسلامته وحقوقه وهي الحماية التي لا تؤدي ثمارها إلا من خلال تأمين سلامة السلع والخدمات وتحسين جودتها وتوعية المستهلك وإعلامه وإرشاده على استعمال أنماط الاستهلاك، وكذا وضع معايير للسلامة الصحية والأمنية وضبط قواعد الصنع وتمكين مؤسسات الرقابة من أداء دورها من خلال وضع أدوات الرقابة تحت تصرفها وإشراك جمعيات المجتمع المدني المهتمة بالموضوع في هذا المسعى³.

2- إعادة توزيع الدخل والثروة في المجتمع

من شأن تدخل الدولة لإعادة توزيع الدخل والثروة تحسين الكفاءة الاقتصادية، كونه يقلل من حالات الفقر في المجتمع وينشط حالات الاستهلاك والاستثمار، لذلك تستخدم الدولة في الواقع العملي أساليب عديدة لتحقيق الأهداف التوزيعية منها المدفوعات التحويلية، كالمعاشات وتقديم برامج رفاحية لإعانة العاطلين عن العمل والمحرومين ورفع الحد الأدنى للأجور والتأمين الاجتماعي، وتوفير الحاجات الضرورية للفقراء، مثل السكن الاجتماعي والتعليم المجاني والصحة، وكذا مساعدة محدودي الدخل من خلال الاقتراض من البنوك بمعدل فائدة منخفض أو بدون فائدة من أجل الاستثمار في بعض المشاريع الصغيرة⁴.

¹ ربيعة صبايحي، المرجع السابق، ص 243.

² ربيعة صبايحي، المرجع نفسه، ص 244.

³ قويدر معيزي، المرجع السابق، ص 156.

⁴ قويدر معيزي، المرجع نفسه، ص 146.

3- مواجهة الآثار السلبية للعولمة

يُجمع الاقتصاديون بأن هناك العديد من مظاهر العولمة التي من شأنها التأثير على طبيعة تدخل الدولة في الاقتصاد، لا سيما ما تعلق بإطلاق المبادرة الفردية وسيادة قوى السوق والحرية المطلقة، وسيطرة المؤسسات والهيئات المالية والنقدية الدولية وتحكُّمها في ضبط العلاقات الاقتصادية الدولية الخاصة بالسياسات الاقتصادية والمالية والنقدية للدول النامية بما يوافق الليبرالية الجديدة، وكذا تعاضم قوة وتأثير الشركات متعددة الجنسيات وبروز التكتلات والاتحادات الإقليمية والدولية¹، فضلاً عن ما شهده العالم من ثورة لتقنيات المعلومات والاتصالات التي عملت على إزالة الحدود بين الدول وجعل الوضع أشبه بالقرية الصغيرة².

لذلك بغض النظر عن مضمون العولمة وأبعادها فإنها ترتب آثاراً سلبية على الدول النامية من خلال فتحها الحدود لتدفق السياسات الاقتصادية للدول المتقدمة في ظل تقلبات أسعار الطاقة، الأمر الذي من شأنه أن يقلص أو يعدم فعالية الإدارة الاقتصادية المحلية، مما يتعين معه على الدولة التدخل بمجموعة من السياسات الوقائية والعلاجية لمواجهة هذا النوع من المخاطر³.

ولعلّ من أهم هذه السياسات تشجيع نشاط التصدير للبضائع والمنتجات خارج المحروقات من أجل تحقيق التوازن الاقتصادي في ميزان المدفوعات والاتجاه نحو تضيق حجم السلع المستوردة من خلال رفع الضريبة على المستوردين، أو الرسوم الجمركية على المصدرين من الخارج، كاستثناء على مبدأ حرية المبادلات التجارية وكذا فرض رقابة صارمة على حركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج للحدّ من عمليات التهريب وتبييض الأموال، هذه الأخيرة التي عرفت توسعاً في نطاقها لدرجة الإضرار بالاقتصاد الوطني، ناهيك عن تداعياتها السلبية على الناحية الاجتماعية⁴.

الفرع الثاني: ضوابط تدخل الدولة في المجال الاقتصادي

بعد الوقوف على مختلف الاعتبارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تُبرر تدخل الدولة في المجال الاقتصادي، فإنه لا بد من التساؤل حول ضمان نجاح هذا التدخل الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً باحترام مبادئ المنافسة النزيهة بما يضمن الاستقرار والتنمية المستدامة، وهو الهدف التي لا يتحقق في نظرنا إلاّ بالتزام الدولة ببعض الضوابط عند تدخلها والتي يمكن إيجازها في الآتي⁵:

أولاً: تعزيز مقومات الحكم الراشد بما يحقق كفاءة الدولة

ترتبط كفاءة الدولة في ظل اقتصاد السوق بضرورة تحقيق شروط المنافسة الكاملة في ظل تنوع سياسات ضمان التخصيص الأمثل للموارد مع كفاءة إنتاج الحدّ الأقصى من السلع والخدمات بما يغطي الاحتياجات المشروعة

¹ ناصر مراد، تشخيص ظاهرة العولمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 162.

² حازم البيلالي، دور الدولة في الاقتصاد، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 1998، ص ص 23-34.

³ ربيعة صبايحي، المرجع السابق، ص 250.

⁴ ربيعة صبايحي، المرجع نفسه، ص 250 وما بعدها، أنظر أيضاً في هذا الصدد ناصر مراد، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها.

⁵ ربيعة صبايحي، المرجع نفسه، ص 252.

للأفراد ويضمن الاستقرار الاقتصادي من خلال استخدام السياسات السليمة، من إصدار لتشريعات تهدف إلى تحرير البيئة الاقتصادية وترسيخ مبادئ اقتصاد السوق بما يؤمن حرية المبادرة وجعل المنافسة من أهم المبادئ لزيادة الكفاءة الاقتصادية للأعوان المتدخلة في السوق، وتبني لنظام التسعير الاقتصادي، وكذا تأمين الاستثمار وخفض القيود على التجارة الخارجية، بالإضافة إلى تطوير النظام القانوني للشركات التجارية ودعم القطاع الخاص في المجالات الإنتاجية، بدعم عمليات خوصصة المؤسسات العامة والاقتصادية بالنظر للقدرة المعترف بها للقطاع الخاص في تحقيق أرباح عالية وبتكلفة منخفضة وكفاءة إنتاجية مرتفعة، كون تدخله في السوق يخضع لاستراتيجية خاصة لا تقيد أهداف سياسية واجتماعية من حيث المبدأ على خلاف المؤسسات العامة، وهو الأمر الذي شرع في تطبيقه في الجزائر مع مطلع التسعينات والذي عرف تباطؤاً للأسباب الآتية:

- عدم دقة وانسجام الأهداف المسطرة.

- الإفراط في الاستدانة مما عمق من مضمون الأزمة ومعالجة آثارها.

- صعوبة تحقيق اجماع بين كل الأطراف المعنية حول حدود انسحاب الدولة من دائرة النشاط الاقتصادي.

ترتبط كفاءة الدولة في ظل اقتصاد السوق أيضاً من خلال السعي إلى تحقيق أفضل النتائج وذلك باستحداثها لمؤسسات مستقلة قادرة ومؤهلة لتحقيق النتائج المسطرة وبأقل التكاليف، كون أن ما يميز دور الدولة في رقابتها للأعوان الاقتصادية المتدخلة في السوق هو تدخلها غير المباشر من خلال تحويلها مهمة الضبط إلى هذا النوع من المؤسسات، بمتابعتها لنزاهة الممارسات التجارية ومحاربة كل أشكال التكتل والاحتكار المعرقل للمنافسة الحرة، فجاءت أول هيئة إدارية مستقلة في الجزائر مع بداية التسعينات والتي تجسدت في المجلس الأعلى للإعلام¹، ليليه في نفس السنة صدور قانون النقد والقرض وانشاء مجلس النقد والقرض، واللجنة المصرفية²، وفي سنة 1993 أنشئت لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة، ليليه في سنة 1995 إنشاء مجلس المنافسة وسلطة ضبط التأمينات³.

في سنة 2000 أنشئت لجنة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁴، ليليه في 2001 إنشاء لنتين لضبط القطاع المنجمي متمثلة في الوكالة الوطنية للممتلكات المنجمية والوكالة الوطنية للجيولوجية والمراقبة المنجمية⁵

¹ القانون رقم 90-07، المؤرخ في 03/04/1990، المتعلق بالإعلام، ج ر، العدد 14، وتم حل المجلس بموجب المرسوم الرئاسي 93-252، المؤرخ في 1993/10/26، ج ر، العدد 69، لسنة 1993.

² القانون 90-10، المتعلق بالنقد والقرض، سابق الذكر.

³ الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، سابق الذكر.

⁴ القانون رقم 2000-03، المؤرخ في 05/08/2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر، العدد 48، المؤرخة في 2000/08/06.

⁵ القانون رقم 2001-10، المؤرخ في 03/07/2001، المتضمن قانون المناجم، ج رن العدد 35، المؤرخة في 2001.

ثم بعد ذلك تم إنشاء لجنة ضبط الكهرباء والغاز¹، إضافة إلى سلطة لضبط النقل²، وفي سنة 2005 تم إنشاء هيئة لضبط المياه³ وكذا إنشاء سلطتي الضبط في قطاع المحروقات⁴.

ليتنبه المشرع في نهاية الألفية إلى ضرورة تدخل الدولة من جديد لتنشيط التفتيش المالي لأموالها وأموال المجموعات المحلية، حيث تجسد ذلك في إرسال مفتشين ماليين لمراجعة الحسابات والتأكد من سلامتها مع رفع التقارير بشأن ذلك إلى الوزارة المختصة منعًا للتبذير واستمرارًا للتنمية الاقتصادية، رغم ما تواجهه هذه المؤسسات من عقبات قانونية وإدارية تُصعب من أداء دورها في المجال الاقتصادي، الأمر الذي من شأنه أن ينعكس سلبًا على مستويات التنمية الاقتصادية⁵.

ثانيا: المبادرة بمحاربة الفساد

يعمل الفساد بشتى أشكاله على إعاقة الاستثمار الأجنبي المباشر والتقليل من فوائده، كما يعمل على انتشار جريمة غسيل الأموال الناجمة عن المخدرات وتجارة الأسلحة والاتجار بالرفيق الأبيض، والغش التجاري وغيرها، لذلك فهو يعمل على الهبوط بجودة البنية الأساسية وانخفاض الإيرادات العامة من خلال تقديم دافعي الضرائب لرشاوي من أجل خفض التزاماتهم الضريبية، وفي المقابل التقليل من فرص الفقراء في الكسب لعدم القدرة على المنافسة وكذا ارتفاع الأسعار في ظل انتشار الظاهرة وتفاقمها في كل الدول، خاصة النامية منها⁶.

لذلك وجب على الدولة مكافحة الفساد بكافة صوره من خلال المزيد من التحرر الاقتصادي والحد من القيود الحكومية وتقوية آليات الرصد والعقاب، وإصلاح الاختلالات المالية وتكريس الديمقراطية في الحياة السياسية، وكذا استقلالية القضاء وتقوية الجانب الأخلاقي لدى العاملين في الدولة، وزيادة الشفافية في شؤون الانفاق العام وغيرها⁷.

وعليه يمكن القول أن الدولة باعتبارها الموجه الأساسي للمجتمع اقتصاديًا واجتماعيًا وسياسيًا لعبت دورًا محوريًا منذ ظهورها من خلال تدخلها في النشاط الاقتصادي واضطلاعها بعدد المهام التقليدية التي مازالت تضطلع بها إلى اليوم، مع هذا لا بد من ملاحظة أن هذا الدور تزايد خاصة في ظل اقتصاد السوق بفعل الكثير من المتغيرات

¹ القانون رقم 01-2002، المؤرخ في 2002/02/05، المتعلق بالكهرباء ونقل الغاز عن طريق القنوات، ج ر، العدد 08، المؤرخة في 2002/02/06.

² القانون رقم 11-2002، المؤرخ في 2002/12/24، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر، العدد 86، المؤرخة في 2002/12/25، أنظر المادة 102 منه.

³ القانون رقم 05-12، المؤرخ في 2005/08/04، المتضمن قانون المياه، ج ر، العدد 60، المؤرخة في 2005/09/04.

⁴ القانون رقم 05-07، المؤرخ في 2005/04/28، المتعلق بالمحروقات، ج ر، العدد 50، المؤرخة في 2005، المعدل والمتمم بالأمر رقم 11/06، المؤرخ في 29 جويلية 2006، حيث أنشأت الجزائر بموجب هذا القانون سلطة ضبط لقطاع المحروقات كهيئة مستقلة، لها مهام تنظيمية ورقابية واستشارية وعقابية من خلال اختصاصات وسلطات واسعة، إضافة إلى إنشاء الوكالة الوطنية لتأمين موارد المحروقات "النفط".

⁵ Nachida BOUZIDI, «Gouvernance et dér, eloppement ésouomique, une introduction au c1éhr't'. Revue Idara. Vol. 15. N- 2. 2005. pp 110 - 115.

⁶ ربعة صبايحي، المرجع السابق، ص 118.

⁷ قويدر معيزي، المرجع السابق، ص ص 154-155.

الفكرية والوقائع الاقتصادية، لا سيما من خلال سنّ التشريعات ووضع السياسات التوجيهية ومراقبة وتنظيم السوق وحماية المستهلك، ومحاربة الجرائم المختلفة، كمجالات جديدة لتدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل العولمة، والهدف من ذلك تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية وسياسية، سواءً كان ذلك بطريقة مباشرة أو غير مباشرة منسجمة مع الاقتصاد، أو مصححةً له، في المقابل فإن انسحاب الدولة أو تفريطها في التدخل سيؤثر سلبيًا على الاقتصاد الوطني، وهو الأمر الذي لا يمكن تداركه إلا بعد فوات الأوان وبتكلفة اجتماعية باهضة.

المطلب الثاني: تدخل الدولة لتوجيه العقد

إذا كانت الحرية التعاقدية التي سادت خلال القرن الثامن عشر تقتضي قاعدة "كل التزام حرّ يعتبر عادلاً"، فإن التسليم بهذه الفكرة اليوم على إطلاقها في ظل التحولات الاقتصادية والقانونية التي شهدتها العالم معناه أن يبقى المشرع مكتوف الأيدي، فيمتنع عليه التدخل في الروابط العقدية كون الظروف الواقعية التي تمخض عنها مبدأ سلطان الإرادة لم تعد هي نفسها الشروط التي استجذت، حيث ظهرت أنماط جديدة من التعاقد، الأمر الذي نتج عنه اختلال في المراكز القانونية والاقتصادية بين المتعاقدين وفرض ضرورة تدخل الدولة من أجل تحقيق الغايات الاقتصادية والاجتماعية التي أصبحت تفرضها الظروف الجديدة، فكان لا بد من تدخل الدولة من أجل توجيه العقود أسوة بتوجيه الاقتصاد، من منطلق أن العقد يوجه الاقتصاد بما يخدم التنمية والتوازن والمساواة وبما يحفظ حقوق الأفراد ويحقق الأهداف المسطرة من قبل الدولة¹.

لقد أفرز التطور الاقتصادي الحديث والإنتاج الكبير للسلع والخدمات وما استتبعه من قيام شركات ضخمة شرخًا واسعًا بين المتعاملين الاقتصاديين والمستهلكين، فأصبح من الضروري تصحيح هذا الخلل في النظام التعاقدي بما يساير هذه التحولات الاقتصادية، من ضرورة قيام العقد على مبدأي حسن النية* والتعاون في التعامل التي ينبغي أن تسود العلاقة العقدية في ظل كثرة وتنوع العقود كمًّا وكيفًا من خلال تكريس نوع من العدالة الاجتماعية في إبرام العقود والتخفيف من حدة مبدأ سلطان الإرادة، وهو ما يعرف عند الفقهاء الفرنسيين بالتوجيهية التعاقدية**، وعليه سنتناول في هذا المطلب طبيعة العلاقات الاتفاقية الموجهة (فرع أول)، ثم تحليلات التوجيهية التعاقدية في التشريع الجزائري (فرع ثاني).

¹ صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017-2018، ص 183.

* يشكل حسن النية ثالث المبادئ التوجيهية للعقد، وهو في الحقيقة يعمل على الحد من تجاوزات الحرية العقدية، وفي نفس الوقت يُلطف من صرامة القوة الملزمة للعقد، ومن ثم فهو مبدأ لا يمكن الاستغناء عنه في جميع التشريعات المدنية لا سيما اللاتينية.

** الفقيه القانوني الفرنسي "جوسران"، والتوجيهية التعاقدية عمومًا ما هي إلا تدخل طرف ثالث ممثلًا في الضمير الحي الذي تمثله الدولة عند إبرام العقد، من أجل تحديد انصراف نية وإرادة المتعاقدين، وكذا خلق توازن بين أطراف العقد، الشيء الذي يؤدي إلى تقليص حدة مبدأ سلطان الإرادة، كما قد تعني هذه التوجيهية اتجاه إرادة المتدخل إلى إلزام إرادتين، أو أكثر على إبرام العقد من أجل حماية المصالح العامة للمجتمع.

الفرع الأول: طبيعة العلاقات الاتفاقية الموجهة

لم يعد مبدأ سلطان الإرادة يواكب التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي طرأت على العملية التعاقدية، حيث ظهرت أنماط جديدة من العقود اختلّ فيها عنصر التوازن بين طرفيها بفعل التفوق الاقتصادي والقانوني، الأمر الذي دفع بالتشريعات إلى التدخل في حدود مختلفة من أجل تنظيم العقود بوضع شروط لإنشائها تمنع تعسف القوي بالضعيف وتحول القضاء سلطة واسعة في تعديل الشروط المجحفة بأحد المتعاقدين، وهو ما ساهم في خلق نظام آخر للتعاقد تجسد في العقد الموجه كأداة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية وخدمة لحاجات المجتمع ومطالبه¹.

لقد أصبح العقد في ظل هذا التوجه يتوقف على إرادة المجتمع وليس على إرادة أطرافه، فلم يعد لمبدأ سلطان الإرادة الدور الأكبر في تكوين وإنشاء العقد، كون هذا الأخير لم يعد قاصراً على التعامل بين أشخاص القانون الخاص، بل تخطى ذلك ليصبح أداة يلجأ إليها أشخاص القانون العام في تعاملاتهم المختلفة لما تقدمه هذه التقنية من محاسن بما يحقق المصلحة العامة ويتمشى مع تطور المجتمع، الأمر الذي أدى إلى تراجع مفهوم العقد بمعناه التقليدي فأصبحنا أمام نظام تعاقدى جديد تفرض شروطه الدولة سعيًا لإعادة التوازن بين طرفي العقد وتحقيقًا للعدالة العقدية².

كما ساهم الاقتصاد الحرّ في انهيار حرية التعاقد فأصبح المتعاقد القوي يملّي شروطه على المتعاقد الضعيف، الأمر الذي دفع بالمشروع إلى التدخل لتنظيم بعض العلاقات العقدية تجنّبًا للتعسفات المحتملة، كاحتكار السلع والتحكم في الأسعار وضبط السوق من المنافسة غير المشروعة، ووضع عقود نموذجية وغيرها تحت عنوان النظام العام الاقتصادي التوجيهي، الحمائي، وموازاةً مع ذلك ظهرت مصطلحات جديدة تؤكد هذه النزعة من قبيل "عيممة العقد" و"جمعية العقد" وإعطاء العقد وظيفة اجتماعية، لتصبح بذلك مسألة توازن العقد موضوع الساعة لارتباطه الوثيق بفكرة العدالة والتي تعني المساواة أو التكافؤ بين أطرافه والتوازن بين الأداءات المتقابلة وهي الفكرة التي لم تتغير بل ظلت ثابتة ثبوت فكرة العدل والأخلاق، وإنما المتغير هو وسائل وتقنيات تحقيقها تماشيًا وتطور الفكر الاقتصادي والاجتماعي³.

الفرع الثاني: تجليات التوجيه التعاقدى في التشريع الجزائري

إثر التحولات الاقتصادية التي عرفت الجزائر والتي تهدف بالأساس إلى ترميم وإصلاح النظام الاقتصادي الذي كان له الأثر الواضح على مجال العقود، هذه الأخيرة التي لم تعد تنشأ في ظل التوجه الاقتصادي الجديد نتيجة إرادتين، بل تدخل المشرع الجزائري بموجب مجموعة من القوانين في محاولة لمسايرة المستجدات الاقتصادية وما يعرفه المجتمع من تغيرات سعيًا إلى إيجاد حلول لمشاكل النظام التعاقدى الذي قام لوقت طويل على مبدأ سلطان الإرادة، حيث يتجلى هذا النظام العام التوجيهي في العقود بالجزائر بالمبادئ التي تتطلب حماية الطرف الضعيف، كالعمال

¹ عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 72.

² صديق شيايط، المرجع السابق، ص 186.

³ لطيفة بوراس، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 03.

والمستأجرين والمستهلكين مراعيًا في ذلك الظرفية الاقتصادية العامة التي تستلزم تعديل بعض القواعد القانونية لمسايرة التغيرات ومواكبة التطورات والمستجدات التي تطرأ على الواقع الاجتماعي والاقتصادي من أجل سدّ الثغرات التي قد تخلفها تلك التحولات والتغيرات على العلاقة التعاقدية¹.

لقد دفعت التحولات الاقتصادية والاجتماعية بالمشروع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى إصدار العديد من التشريعات الخاصة، أهمها قانوني المستهلك والمنافسة اللذين كان لهما الأثر العميق على المبادئ الكلاسيكية للعقد²، فنجد المشروع الجزائري إضافة إلى إقراره أحكامًا عامة لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فقد واکب التطور التشريعي المقارن فيما يتعلق بقواعد حماية المستهلك وذلك بإقراره لقواعد خاصة لحمايته من خلال القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك³، حيث تضمن هذا القانون حقوق للمستهلكين التي هي في المقابل التزامات بالنسبة للمحترفين وإقراره بعض الإجراءات الإدارية الوقائية وأحكام جزائية ردعية ضمانًا لهذه الحماية، لتليه العديد من النصوص التنظيمية التي تهدف في مجملها إلى دفع المخاطر التي يمكن أن تمس بصحة وأمن المستهلك وتضر بمصالحه المادية⁴.

كما أقرّ المشروع الجزائري نظامًا لمكافحة الشروط التعسفية من خلال إصداره للقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁵ هادفًا من وراء ذلك إلى تنظيم العلاقات التعاقدية الاستهلاكية وحماية الطرف الضعيف فيها، ومن أجل ضمان فعالية وتطبيق هذه الأحكام صدر المرسوم 06-306⁶ لتنظيم العلاقات التعاقدية بين العون الاقتصادي والمستهلك، وذلك بتحديد العناصر الأساسية ذات الصلة بحقوقهما والتزامتهما وتحديد الشروط التعسفية، وإنشاءه للجنة الشروط التعسفية التي تأخذ طابعًا استشاريًا⁷.

ويبدو أن هذه القوانين الخاصة بقدر ما نالت من مبدأ الحرية العقدية، بقدر ما أسهمت في تكريس المساواة الفعلية والعدالة العقدية على حدّ سواء، الأمر الذي يمكن القول معه أنه تم احتواء كل تعقيد أو خصوصية في تطور

¹ عبد الرزاق حبابي، التدخل التشريعي في المجال التعاقدية، مجلة الحقوق، العدد 14، المغرب، 2013.

² جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصيص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 12، جامعة البليدة 2، الجزائر، جوان 2016، ص 233.

³ القانون 89-02، المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر، العدد 06، المؤرخة في 08 08 فبراير 1989.

⁴ عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 74.

⁵ القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، المؤرخة في 27 جوان 2004.

⁶ المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر، العدد 56، المؤرخة في 11 سبتمبر 2006.

⁷ أنظر المواد من 02 إلى 17 من المرسوم التنفيذي 06-306 المذكور أعلاه.

قانون العقود بواسطة تشريعات جديدة، إما تدعيمية، أو تحديدية في نطاق تطبيقها تزامناً مع ظهور العديد من العقود الخاصة، لا سيما حديثة النشأة على حساب النظرية العامة للعقد، مما يثير التساؤل حول مستقبل هذه النظرية¹. وعليه يمكن القول أن غاية المشرع من تدخله هذا تكمن في مظهرين أساسيين الأول: أن هذا التوجيه التشريعي للعمليات التعاقدية يهدف إلى حماية المصالح العامة، كون العقد في ظل التوجهات الحديثة يتعد كل البعد عن المصالح الشخصية الضيقة، بل يفرض خدمة النظام الاقتصادي للمجتمع بعيداً عن أفكار المصلحة الخاصة للفرد، أما المظهر الثاني: فهو أن هذه القوانين الاقتصادية الجديدة ترمي إلى حماية الطرف الضعيف الذي يعتبره المشرع ضعيفاً في العلاقة الاقتصادية والتجارية، ولعلّ خير دليل على ذلك ما أصبح يسمى اليوم بالمستهلك، حيث اتخذت في هذا الصدد العديد من التدابير بموجب العديد من النصوص، إما لتكملة أو تعديل النظرية العامة للعقد، أو التشريع خارجها ودون المساس بها، لتظهر إرادة المشرع على إرادة المتعاقدين كون دولة القانون في الميدان الاقتصادي تقتضي احترام إرادة القانون فلا يكون لأطراف العقد سوى الدور الذي أَرادَه المشرع، وهو الأمر الذي يجسّده استتباع هذا التطور بقيود على الإرادة في مجال التعاقد اقتضاها النظام العام الاقتصادي إماماً بهدف التوجيه وهو ما يعرف بالنظام العام الاقتصادي التوجيهي*، وإما بهدف الحماية أو ما يصطلح عليه أيضاً بالنظام العام الاقتصادي الحمائي**.

¹ أنظر في هذا الصدد جمعة زمام، المرجع السابق، ص 233 وما بعدها.

* يعد النظام العام التوجيهي فرعاً، أو قسماً من أقسام النظام العام، ومن خلاله تهدف الدولة إلى توجيه العلاقات الاقتصادية والمعاملات، وذلك لحاجة المجتمع لهذا التوجيه، من أجل تحقيق منفعة عامة، وأهداف اقتصادية واجتماعية معينة، وبذلك يوجه الفرد في معاملاته لتحقيق هذه الغايات والأهداف، ويدخل في إطار النظام العام التوجيهي ما يعرف بالنظام العام التنافسي، أو النظام العام الضبطي، والنظام العام البورصي.

** أما النظام العام الحمائي، فرغم أنه فرعاً من فروع النظام العام على غرار النظام العام التوجيهي، إلا أنه يختلف عنه من حيث الغاية كون قواعد النظام الحمائي تنصب على طرف من أطراف العلاقة العقدية باعتباره طرفاً ضعيفاً، مقارنة بالطرف الآخر الذي يتمتع بقوة اقتصادية، فيضمن حدّاً معيناً من الحماية لهذا المتعاقد الضعيف الذي تأثر رضاه بالقوة الاقتصادية للمتعاقد الآخر.

خلاصة الفصل الأول

اختص هذا الفصل بدراسة وتحليل للإطار المفاهيمي للتحولات الاقتصادية، وذلك من خلال دراسة وتحليل الإطار الفكري لفكرة التحولات الاقتصادية ودراسة الإطار المنظم لعملية التحول إلى اقتصاد السوق في الجزائر، وكذا دراسة وتحليل الإطار المفاهيمي للنظرية العامة للعقد وعلاقة هذه التحولات الاقتصادية بمجال التعاقد وقد خلص الباحث من خلال هذا الفصل إلى الآتي:

1- تعتبر فكرة التحولات الاقتصادية ذات جذورها عميقة، حيث شهد العالم في القرن العشرين تطورات كبيرة مست شتى جوانب الحياة نتيجة التقسيم الدولي للعمل والتطور التكنولوجي فتم الانتقال من الثورة الصناعية الثانية إلى الثورة الصناعية الثالثة*، وتبعاً لذلك تطورت اقتصاديات الدول وتباينت مستويات نموها فأصبحت الاختلالات الدورية المسجلة في العالم المتقدم تلقي بآثارها على الدول النامية، الأمر الذي عمق من مشاكلها وقصد التعاطي مع هذه المشاكل تلجأ الدول لتصحيح مسار اقتصادياتها من خلال اتخاذ إجراءات تعديلية ضمن إطار سياسات اقتصادية مختلفة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بطبيعة النظام الاقتصادي المتبع ويتم في معظم الدول النامية اللجوء إلى استيراد حلول جاهزة يتم اعدادها من قبل المنظمات الدولية.

2- قيام الجزائر على غرار الدول النامية بعدة إصلاحات منذ التسعينات قصد تصحيح هذه الاختلالات، مست هذه الإصلاحات مختلف جوانب الاقتصاد، حيث تعتبر فترة ما بعد سنة 1990 محورا مفصليا لهذه الإصلاحات كونها ارتبطت بتحرير الاقتصاد الوطني، والتراجع عن أيديولوجية التخطيط الموجه، وإعطاء أولوية لديناميكية السوق، وقد رافق ذلك تراجع لدور الدولة في الحياة الاقتصادية، فتباينت هذه الإصلاحات بين ما هو ذاتي (غير مدعوم) نابع من ظروف البلد ويراد منه الاستجابة لأهداف تحددها الدولة ذاتها، وبين ما هو مشروط (مدعوم) من أجل تكييف اقتصاد البلد للاندماج في الاقتصاد العالمي.

3- إقامة المشرع الجزائري للنظرية العامة للعقد على مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبادئ من قبيل مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ نسبة أثر العقد، متأثراً في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي استقى هذه المبادئ من مدونة نابليون سنة 1804، كنتيجة للثورة الفرنسية رغم ما أورده المشرع الجزائري على هذا المبدأ من استثناءات لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية.

* إذا كانت الثورة الصناعية الأولى قد تجسدت في فجر عصر التصنيع والقوة البخارية في منتصف القرن الثامن عشر، والثورة الصناعية الثانية في زيادة قدرة التصنيع بشدة باستخدام العلوم، والتي وصلت إلى ما يسمى بكثافة الإنتاج، فتزكت المحركات البخارية مكانها للمحركات التي تعمل بالبنزين، وظهرت الإضاءة الكهربائية والاتصالات السلكية واللاسلكية، من قبيل الراديو وظهرت وسائل المواصلات مثل السيارات والطائرات، في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، فإن الثورة الصناعية الثالثة كانت مطلع ستينات القرن الماضي، كنتيجة لتطور تكنولوجية أجهزة الكمبيوتر التي ظهرت في خمسينات القرن العشرين، فحسدت ثورة الرقمنة التي أدت إلى ظهور أجهزة الكمبيوتر فائقة السرعة والذكاء الاصطناعي، وإرهاصات ثورة الاتصالات التي أوصلتنا إلى الأنترنت، ويتم الحديث عن بدايات ثورة صناعية رابعة من خلال امتزاج ثلاث عناصر، " البيولوجيا، والأشياء التي نستخدمها في حياتنا اليومية، والرقمنة مشكلة ما يعرف بأنظمة الأشياء المتصلة، من خلال التحام وسائل الاتصالات وأجهزة الكمبيوتر بحياتنا وأجسامنا وعقولنا بشكل لم يشهده التاريخ من قبل.

4- أن هذه التحولات الاقتصادية والتكنولوجية التي مست دول العالم عامة والجزائر خاصة كان لها عميق الأثر على العملية التعاقدية، ووزنها الاقتصادي والقانوني والدولي، حيث ظهرت الكثير من العقود المركبة والمعقدة، بما يشكل ثورة على العقد والمبادئ التقليدية المنظمة لهذا الأخير.

5- لا تدعو الليبرالية إلى تقليص دور الدولة الاقتصادي أو الغائه، بل على العكس فهي تدعو إلى إعادته إلى نصابه وزيادة فاعليته من خلال استرجاع الدولة لدورها الرئيسي كسلطة تفرض بالقوانين والسياسات توجيه الاقتصاد بعد أن تراجعت هذه السلطة بانغماس الدولة في تفاصيل العمل الإنتاجي الذي صرفها عن دورها الرئيسي في وضع إطار للنشاط، وكذا الرقابة والاشراف وتوفير الخدمات الرئيسية، فجاءت فكرة تدخل الدولة في توجيه الاقتصاد، من أجل ضمان نمو منسجم ورفع الحيف عن الأطراف الضعيفة، بما يتماشى والنظام الرأسمالي الذي يؤمن بضرورة تدخل الدولة لتوجيه الاقتصاد.

6- أدى تطور العوامل الاقتصادية في ظل اقتصاد السوق إلى اختلال التوازن بين القوى الاقتصادية للعقد، الأمر الذي دفع بالدولة أيضا إلى التدخل لتوجيه العقود حماية للطرف الضعيف من خلال السعي إلى تحقيق التوازن العقدي مواكبة للاقتصاد العالمي والتنافسية الشرسة التي لا ترحم، بشكل يتلاءم وازدواجية قانون العقود وقانون المنافسة في العلاقات الاتفاقية في الميدان الاقتصادي مجسدةً بذلك العلاقة العقدية في بعدها الموضوعي.

الفصل الثاني

مظاهر تأثير العقد بالتحويلات الاقتصادية

إذا كانت المبادئ التقليدية للعقد وعلى رأسها مبدأ سلطان الإرادة التي تضمنتها التشريعات المدنية، قد تم وضعها وفقاً لعلاقات تعاقدية اتسمت في حينها بقدر من التوازن والقدرة على التفاوض وإمكانية الشخص العادي الإلمام بظروف التعاقد، فإن التحويلات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي لحقت الالتزام بصفة عامة، ونظرية العقد بصفة خاصة، باعتباره مصدراً مُهمّاً للالتزام، قد انعكست على العقد بصفة كبيرة وطوّرت من المبادئ التي تحكمه.

لقد ساهمت التحويلات الاقتصادية في تغيير ملامح نظرية العقد، فلم تعد القواعد العامة للعقد تُواكب التطور الذي عرفه النسيج الاقتصادي بصفة خاصة، الأمر الذي دفع بالمشروع إلى التخفيف من شدة هذه القواعد وجعلها وسيلة للتطور، وذلك من خلال اللجوء إلى مجموعة من التعديلات تمس المبادئ التي رافقت العقد مدة طويلة من الزمن، كونها لم تعد تتماشى مع الكثير من المعاملات الخاصة بالنظر لطبيعتها المعقّدة، كما ساهم الاقتصاد الحرّ في اختيار حرية التعاقد، فأصبح المتعاقد القوي يُبلي شروطه على المتعاقد الضعيف، ممّا أثر في نظرية العقد، من خلال تكريس فكرة عدم التكافؤ بين المراكز الاقتصادية لهذا الأخير.

الأمر الذي دفع بالمشروع إلى التدخل لتنظيم بعض العلاقات التعاقدية تجنّباً لتعسّفات محتملة، كاحتكار السلع والتحكم في الأسعار، وضبط السوق من المنافسة غير المشروعة، ووضع عقود نموذجية، وغيرها تحت عنوان النظام العام الاقتصادي التوجيهي الحمائي.

فرغم أن المشروع الجزائري لم يجعل المبادئ الموروثة عن القانون الفرنسي القاعدة الوحيدة لتنظيم العلاقات العقدية، بل أورد عليها استثناءات مهمة تمثلت في تكريس نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة النظر في القوة الإلزامية للعقد، ونظرية الاستغلال كآلية لتجسيد التوازن العقدي، وكذا نظام التعبير عن الإرادة الذي أضفى على العقد طابعه الموضوعي¹، فإن العقد كوسيلة لتنظيم علاقة الأفراد في المجتمع، وكسند لأي عملية اقتصادية لا يمكن أن يبقى جامداً، بل يعرف تطوراً مستمراً متأثراً بتطور الزمان والظروف، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى تحول العقد من خلال ظهور عقود جديدة، وظهور قوانين جديدة كقانون المنافسة وقانون الاستهلاك، حيث أخرج تكفل الدولة بحماية المتعاقد الضعيف اقتصادياً واجتماعياً ومعرفياً العقد من نزعة الفردية إلى النزعة الاجتماعية، فأصبح أداة لتحقيق النفع العام ووسيلة من وسائل الحياة، فظهرت مصطلحات جديدة تؤكد هذه النزعة من قبيل "عقيدة العقد"^{*}، و "جمعية العقد"، و "الوظيفة الاجتماعية للعقد"، كما أدّى الوضع الجديد إلى فرض المشروع للالتزامات وقائية تحقيقاً للمساواة والتوازن، كفكرة الالتزام بالإعلام وفكرة حسن النية، كمظاهر للتحويلات الاقتصادية التي كان لها شديد الأثر على النظرية العامة للعقد.

¹ أنظر المواد 107، 90، 59 من القانون المدني الجزائري.

* ويقصد بعقيدة العقد، أن العقد الخاص الذي كان من قبل مقصوراً على الإرادة الفردية، قد تدخلت الإرادة العامة (إرادة الدولة) فيه، فأصبحت تشارك إرادة الطرفين في تكوينه وتحديد مضمونه، ويعتبر الفقيه "لويس جوسران" من الأوائل الذين استعملوا تعبير "publicisation"، أي "العقيدة" في مقال تم نشره تحت عنوان "la publicisation du contrat"، أي "عقيدة العقد"، واعتبر الفقيه "جورج ريبير" بعد الحرب العالمية الثانية، أن عقيدة القانون هي تعبير جديد، محير وغير دقيق، كما استعمل الفقيه "روني سافاني" هذا المصطلح، وإن كان هناك فئة قليلة من الفقه من استعملت تعبير العقيدة، فإن غالبية الفقه لجأت إلى استعمال عبارة "غزو القانون العام للقانون الخاص"، أو "تغلغل القانون العام في القانون الخاص"، دون مصطلح العقيدة.

تأسيساً على ما سبق يُخصص هذا الفصل لعرض مظاهر التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد والتي سيتم تناولها من عدة زوايا، ولكن بالقدر الذي يتوافق مع موضوع الدراسة، ولتغطية جوانبه النظرية قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى المباحث الرئيسية الآتية:

المبحث الأول: إرادة المتعاقدين في ظل التحولات الاقتصادية.

المبحث الثاني: المبادئ العقدية في ظل التحولات الاقتصادية.

المبحث الثالث: ظاهرة التخصص التشريعي: كمظهر للتحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد.

المبحث الأول: إرادة المتعاقدين في ظل التحولات الاقتصادية

إذا كان الأصل في التعاقد يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يقوم بدوره على فرضيات من قبيل، صحة رضا الأطراف المتعاقدة، ورعاية كل متعاقد لمصالحه الخاصة، وكذا فرضية قدرة كل طرف على حماية هذه المصالح والدفاع عنها، الأمر الذي ينتج عنه عقدا متوازنا وملزما، لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو في الحالات التي يقرّها القانون، تجسيّدًا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، حيث يعتبر القانون المدني الجزائري من التشريعات المتشعبة بهذا المبدأ وما يتفرع عنه من مبادئ.

فإن التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي عرفت ولا زالت تعرفها المجتمعات المعاصرة، والتي أثّرت بشكل واضح على أسلوب التعامل، حالت دون استمرار هذا الأسلوب في التعاقد، خاصة في ظل ظهور أنماط جديدة للتعاقد تستجيب لسرعة المعاملات وحجمها المتزايد، الأمر الذي أسفر عن انتكاس وتراجع مبدأ سلطان الإرادة (مطلب أول)، كما ظهرت عقود الإذعان (مطلب ثاني)، التي تطورت في القرن العشرين في ظل التكتل الاقتصادي، وتركيز آليات الإنتاج في يد عدد قليل من المنشآت الصناعية الكبرى، حيث أصبح هذا النوع من العقود الوسيلة الأكثر استعمالاً وتداولاً وما ينطوي عليه من إعداد منفرد للعلاقات التعاقدية بين هذه المنشآت والمستهلك لمنتجاتها وخدماتها.

المطلب الأول: تراجع مبدأ سلطان الإرادة

شهد مبدأ سلطان الإرادة وما عرفه من تمجيد للإرادة واستخفاف بالعقل والمنطق تراجعاً في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، وذلك بسبب القيود التي عانى منها والتي امتدت إلى أساسه ممّا أدى إلى اهتزازه بشدة، فقد أثبت التطور الحاصل في المجتمع في شتى المجالات الاقتصادية والاجتماعية والفكرية نقائص المذهب الفردي وما نتج عنه من مبادئ وقواعد تحكم العقد، الأمر الذي قلّص من المبادئ التي وضعتها النظرية التقليدية، ممّا دفع بأصحاب المذهب الفردي إلى التنديد بالأزمة التي لحقت بالعقد في تصوره ومبادئه.

فظهر المذهب الاجتماعي الذي جاء بفلسفة جديدة تسمح بتدخل التشريع والقضاء لحماية للطرف الضعيف في مواجهة الطرف الأقوى، وطبعاً هذه التدخلات الكثيفة من قبل مؤسستي التشريع والقضاء لم تأتي لخرق مبدأ سلطان الإرادة بصفة عشوائية، بل أملت لها عدة مبررات أهمها إعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

وعليه سنتناول في هذا المطلب مقتضيات التقييد والتراجع من خلال التطرق لأهم المبررات التي ساهمت في تراجع مبدأ سلطان الإرادة الذي بدأ الخروج عنه يتزايد في العصر الحديث في مجال الالتزامات التعاقدية، وفي المقابل اتساع دور الدولة في النظام الاقتصادي، وذلك في الفروع الآتية:

الفرع الأول: انتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة: دعوى لاستعادة التوازن المفقود

على غرار نقد الأساس الفلسفي لمبدأ سلطان الإرادة من خلال نقد الفردية المطلقة، حيث يستند أنصار هذا النقد إلى أن الإرادة ليست وسيلة للحلق القانوني، إلا في الحدود التي تتوافق فيها مع الهدف الأعلى والأسمى ومع القوانين التي تنفرع عنها¹، فأى أثر قانوني منسوب للإنشاء الحر، أو للإرادة ليس له قيمة إلا بموجب القانون الذي أعطى هذه الإرادة الفردية إمكانية إنتاج هذا الأثر²، بمعنى أن إرادة القانون تعلو على إرادة الفرد، وأن الإرادة هي من وُجدت لخدمة القانون وليس العكس، تجسيداً للثنائية الضرورية ممثلة في "الإنسان والمجتمع"³.

وكذا المناداة باستبدال القانون كأساس لمبدأ سلطان الإرادة من خلال اعتبار العقد ضرورة من الضرورات الاجتماعية ووسيلة لتحقيق الخير العام الذي هو غاية القانون، والذي يُؤدّد القوة الملزمة للعقد، لذلك فإنّ القانون لا يعطي للإفراد إرادة حرة مطلقة وإنما يمنحهم حرية نسبية يحتاجونها للقيام بمهمتهم في الأرض من أجل تجميع أنشطتهم نحو الغايات المشتركة وتنظيم دور التضامات الاجتماعية التي تُمثل في حدّها الأقصى مصدر للخير وفي حدّها الأدنى مصدر للضرر، وعليه فإنّ الإرادة ليست غاية القانون، كونه لا يرتب عليها أثراً ملزماً تحقيقاً لسلطانها وإنما كوسيلة لتحقيق الخير العام والعدالة، وإلا فلا سبيل لإعطائها هذا الأثر الملزم⁴.

على غرار هذه الانتقادات فقد تعرض مبدأ سلطان الإرادة للنقد أيضا بخصوص أساسه الاقتصادي، حيث أفرز ظهور الحرية الاقتصادية ما يُعرف بالحرية العقدية التي جعلت للعقد في ذاته قدرة على خلق العدالة الذاتية التي لا يُمكن البحث عنها خارج العلاقة العقدية وذلك من خلال حرية الشخص في التعاقد، وحرية في اختيار المتعاقد معه، واختيار ما يرتضيه من شروط، واتجاه إرادته إلى ما يُحقق العدالة لعلاقته العقدية، إلا أن اغفال النظرية التقليدية احتمال عدم تعادل المتعاقدين من الناحية الواقعية الذي يتنافى تحققه مع افتراض وجود اختيار حرّ حقيقي جعلها محل نقد، كونها اهتمت بالعدالة التبادلية أو التصحيحية دون العدالة التوزيعية⁵ التي لم تدخل ضمن اختصاص قانون العقود⁶.

لذلك فقد أدّى ظهور الصناعات الكبيرة التي اتخذت الشكل المؤسسي أو المشروع إلى تغيير في الوضع، حيث أدّت الحرية المنادى بها إلى اضطرابات في توزيع الثروة بتكدّسها في يدّ قلة من أبناء كل دولة، وبذلك فإن

¹ سمير عبد السيد نتاغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون طبعة، ص 327.

² سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية الإرادة المنفردة، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1987، ص 213.

³ آدم أبكر صافي النور، انتقاد الأسس التي تقوم عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مجلة العدل، المجلد 8، العدد 19، جامعة الرباط الوطني، المغرب، جوان 2006، ص 390.

⁴ آدم أبكر صافي النور، المرجع نفسه، ص 390-393.

⁵ تعتبر العدالة التبادلية، أو التصحيحية أساس كل مسألة في نظرية العقد، كونها الأكثر توافقا وانسجاما مع مبدأ الحرية الفردية، ويقصد بها أن يدخل ذمة الشخص قدر ما خرج منها كل بقدر ما يستحقه وقدرته، وأي خروج عن هذه الغاية يعد ظلما، أما العدالة التوزيعية، فتقوم على مبدأ الاستحقاق، أي أن يحصل كل فرد على ما يستحقه وفق إمكاناته واستعداداته وظروفه.

⁶ أمال بن بريح، مدى تراجع دور الإرادة في المجال التعاقدية، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 22.

النظرية التقليدية لم تعد تتماشى مع الوضع الاقتصادي الجديد وذلك بإغفالها لضغوط اجتماعية واقتصادية غالبًا ما تدفع الشخص للتعاقد بدافع الحاجة للحصول على سلعة، أو خدمة بشروط تعسفية غير قابلة للنقاش، حيث استفحل هذا النوع من العقود على نطاق واسع إلى أن وصل بين رجال الأعمال أنفسهم¹.

إنَّ الافتراض الذي جاءت به النظرية التقليدية فيما يتعلق بحرية وعدالة المتعاقدين هو افتراض كذبته الحقائق التي بينت انعدام حرية أحد الأطراف في التعاقد، أو في قبول شروط معينة من عدمه، وهو ما يُجسد عدم التعادل الاقتصادي والذي يجعل من الإرادة الحرة مجرد إرادة تستطيع فرض نفسها على إرادة أخرى، الأمر الذي يجعل من عبارة "توافق الإرادة هو بالضرورة عادل" بمثابة ترخيص بالسلب والنهب للقراصنة وقُطّاع الطرق وتبرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم، كما أنَّ التسليم باتجاه إرادة الأطراف إلى ما هو عادل ثم طرأ من الظروف ما من شأنه الإخلال بتوازن الأداءات المتبادلة بين الأطراف يجعل الأخذ بمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" على إطلاقه مخالفًا للعدالة، كون المبدأ يُملّي على القاضي والأطراف العمل على تنفيذ هذه الأداءات حتى ولو أحدثت ضررًا كبيرًا بأحدهم².

وعليه فإنه لا بد من وجود آلية لإعادة التوازن بين أطراف العقد عند حدوث من الظروف ما يؤدي إلى اختلال هذا الأخير، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلّا بتدخل القانون من خلال السماح للقاضي ببسط سلطته الرقابية على العقد وحماية الطرف الضعيف من سطوة الطرف القوي، ومن ثمّ تجنب إضراره بالمصلحة العامة، لذلك فإنّ المشرع يضمن العدالة العقدية التي توصل إليها الأطراف من جهة، وكذا العدالة الموضوعية بما يتفق والمصلحة العامة من جهة أخرى، بمعنى آخر إذا كانت العدالة العقدية التي توصل إليها الأطراف تعني احترام الشخص لتعهده إعمالًا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإنّ هناك عدالة أخرى تتجسد في الانصاف والتي تعني احترام القاعدة القانونية³.

الفرع الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة وسيادة المذهب الاجتماعي

فالعقد وفقًا لهذا المذهب ما هو إلّا نظام اجتماعي يُرادُّ منه تحقيق التضامن الاجتماعي، وذلك من خلال توجيه الإرادة من سلطان إلى تحقيق هذا الغرض، فالقانون يجب أن يقوم على أساس واقعي وعملي يُستمد من المشاهدة والتجربة لا على أساس مُثل عليا أو مبادئ فلسفية، لذلك ينبغي أن يُستمد من المجتمع ذاته، كون الإنسان ككائن اجتماعي لا يملك إلّا أن يعيش في وسط اجتماعي متضامنًا مع غيره من الأفراد بغرض اشباع حاجاته ومتطلباته، على اعتبار تفاوت الأفراد من حيث القدرات والكفاءات يستدعي التعاون فيما بينهم، سواءً بتقسيم العمل أو تبادل الخدمات⁴.

لذلك أقام هذا المذهب (الاجتماعي) العلاقة العقدية على الجانب الاقتصادي والاجتماعي وليس على إرادة أطرافها فحسب، وذلك في ظل تراجع مبدأ سلطان الإرادة نتيجة ظهور معطيات وعوامل جديدة سمحت بتدخل

¹ آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق ص 394.

² سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 70، أنظر في الصدد أيضا صديق شياطين، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017-2018، ص ص 173-174.

³ آدم أبكر صافي النور، المرجع السابق، ص 397.

⁴ صديق شياطين، المرجع السابق، ص ص 167-168.

السلطة العامة في العقود وأخضعت إرادة المتعاقدين لفكرة النظام العام، الأمر الذي أدى إلى ظهور أزمة جديدة للعقد، فساد الفقه الفرنسي نقاشًا واسعًا بخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد حول تأكيده أو رفضه، فارتكز الاتجاه الراديكالي على الإقصاء الكلي للمبدأ وذلك بتجاهل وجوده، حيث يقول الفقيه روهات "rouhette" في هذا الصدد "...العقد ليس باتفاق إرادتين،... القوة الملزمة للعقد لم تؤسس عند محرري التقنين على احترام الإرادة ولكن على الضرورة الاجتماعية لاستقرار التعهدات التعاقدية... وإعمالًا بسنة التطور الحاصل في العالم منذ 1804 فقد اندثرت الفردانية ولم تعد الإرادة ملزمة، إلا لأنها تحت سلطة القانون..."¹.

أما الاتجاه الثاني فكان أكثر اعتدالًا حين أكد على: "...الإبقاء على المبدأ، مع ملاحظة أن قوة الإرادة ليست مطلقة، بل تصطدم بحقائق خارجة عنها وبضرورات التنظيم الاجتماعي وهذا ما يسميه فرانسوا جيني "François Gény" حرية البحث العلمي..."².

كما أن هناك اتجاه ثالث انتقد هو الآخر الأساس الفردي لقوة العقد بتأكيده على أن: "...احترام القوة الملزمة للعقد قد ينتج عنه اللأعدل، القوة الملزمة يجب أن تكون محدودة بفكرة التضامن التعاقدي، أو أيضًا بالنظرية الاجتماعية للعقد. إنَّ الرفض المعاصر لهذه النظرية هو مصدر الأزمة الجديدة للعقد... تطبيق هذه النظرية يتطلب تدخلًا قضائيًا مكثفًا ومركزًا..."³.

ومن خلال ما سبق يرى الباحث أنه إذا كان لا بد من ترجيح رأي على آخر في هذه المسألة، فإن هذا الترجيح ينصب على الرأيين الثاني والثالث، كونهما تميزا بالاعتدال في الطرح من خلال اقرارهما محدودية مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهو الأمر الذي يتجسد بتدخل المشرع والقاضي في العقد بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي للرابطة العقدية.

¹ MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., **Droit civil, Les obligations**, Defrénois , Paris, France , 2e éd., 2005, p.357: " ... le contrat n'est pas un accord de volontés ; ... la force obligatoire du contrat n'aurait pas été fondée chez les rédacteurs du code sur respect de le volonté mais plutôt sur la nécessité sociale de la stabilité des engagements contractuels,... en s'attachant à l'évolution depuis 1804, le monde a changé, l'individualisme s'efface, la volonté n'oblige que parce qu'elle est sous la dépendance de la loi... ".

² MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., op.cit. , p.358 : " ... on doit maintenir le principe, tout en soulignant que la puissance de la volonté n'est pas absolue : elle se heurte aux réalités qui lui sont extérieures et aux nécessités de l'organisation sociale, ce que François Gény appelait la libre recherche scientifique... ".

³ MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL- MUNCK Ph., op.cit...p.359 : "...respecter la force obligatoire du contrat peut s'avérer injuste, la force obligatoire devrait être bornée par le solidarisme contractuel ou encore la théorie sociale du contrat, le rejet contemporain de cette théorie serait à l'origine d'une nouvelle crise du contrat... en pratique, cette théorie réclame un interventionnisme judiciaire accru... ".

الفرع الثالث: محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام والآداب العامة

لم يُعرّف المشرع الجزائري النظام العام، إلا أنّ الفقهاء يتفقون على أنه مجموعة القواعد التي تهدف إلى الحفاظ على الحد الأدنى من الاستقرار السياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي الذي لا يمكن الاستغناء عنه من أجل ضمان تحقيق المصلحة العامة¹، وبهذا المعنى فإن فكرة النظام العام كما عبّر عنها الدكتور طارق البشري تُعد مظلة يتعين على جميع التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها وإلا كان البطلان جزاءً لها².

في حين تُمثل الآداب العامة الجانب الخلقي للنظام العام والتي تعني في زمان معين ومكان معين مجموعة القواعد والمبادئ التي يجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس يسود علاقاتهم الاجتماعية، هذا الناموس وليد الاعتقادات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواتر عليه الناس، حيث يعتبر الدين من أهم العوامل المؤثرة في الناموس الأدبي للأمة، يضاف إليه العرف والعادات والتقاليد التي يسير عليها المجتمع، كتجسيد لفكرة الآداب العامة التي يترتب على مخالفتها البطلان³.

وإذا كان الأفراد يتمتعون بحرية التصرف في روابط القانون الخاص كأصل عام، فإن هناك من العقود رغم ما تستلزمه من إرادة والذي يُفترض معه طغيان القواعد المكملّة فيها على نظيرتها الآمرة، إلا أنها تبقى دائماً في نطاق دائرة مرسومة المعالم والحدود، حيث أصبحت القواعد الآمرة تأخذ نصيباً أوفر في عديد التصرفات القانونية، كالإيجار والتأمين، والعمل وغيرها من العقود، ناهيك عن بعض الإجراءات والأشكال الجوهرية، كالشكلية والإشهار، وكذا قواعد الاختصاص النوعي في التقاضي التي جعلتها التشريعات المعاصرة من النظام العام لا يمكن مخالفتها، كون الغاية منها موازنة الإرادة مع العدالة والصالح العام والحفاظ على المراكز القانونية وحماية المصلحة الكلية للجماعة، وحماية الطرف الضعيف، بما يجسد تقييد حرية التعاقد باختيار الطرف المتعاقد معه وكذا تحديد التزامات المتعاقدين⁴.

وإذا كان بالإمكان القول أن تأثير فكرة النظام العام على مبدأ سلطان الإرادة في البداية كان في شكل تكريس للممنوعات فقط تاريخاً بذلك مجاًلاً واسعاً للحرية العقدية، فإن التطور الذي طرأ على جميع الميادين والذي أدى بدوره إلى تطور مبدأ سلطان الإرادة جعل من القيود المفروضة على الحرية العقدية تزداد بما يحقق حماية للطرف الضعيف وفي نفس الوقت تعزيز مبدأ سلطان الإرادة، كون البيئة الليبرالية المتشعبة بالفردية والتي نشأ وترعرع فيها مبدأ حرية التعاقد الذي يكرس حرية الفرد في إبرام وتحديد الشروط العقدية، تُحتم على فكرة النظام العام السير في نفس المنحنى بما يحقق حماية حرية التعاقد نتيجة عدم سماح النظام القانوني القائم آنذاك لها بالتدخل لإزالة التعارض الموجود بين المصالح الفردية، وهو ما دفع بالمشرع إلى التدخل وتغيير منحى الحماية مجسداً بذلك تطور أو تحول مفهوم النظام

¹ أسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009، ص 7.

² عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 16.

³ سعيد سيف السيوسي، النظام العام والآداب العامة وأثرهما على تنفيذ أحكام التحكيم، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 4، العدد 2، جامعة زيان عاشور، الخلفة، الجزائر، 2019، ص 358.

⁴ منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019، ص 144.

العام، من الاقتصادي إلى النظام العام الحمائي، وإن كان النظام العام الاقتصادي التوجيهي يلتقي مع النظام العام التقليدي في حماية المصالح العليا، فإن النظام العام الحمائي يُعنى بحماية الطرف الضعيف في العقد¹.

لذلك يرى البعض أن النظام العام الكلاسيكي ذو طابع سلبي، كون المشرع يمنع فيه بعض العقود أو بعض الشروط، في حين يتميز النظام العام المعاصر بطابعه الإيجابي من خلال فرض المشرع فيه لسلطان ومضمون العقد². وبناءً على ما سبق يمكن القول بأن النظام العام في التعاقد يشكل قيداً وتحديداً صريحاً لسلطان الإرادة من خلال تغليب الطابع العام والطابع الجماعي على إرادة الأفراد، ولعل الأرضية المثلى لهذه الحماية العقدية تظهر جلياً في عقد الإذعان الذي يُفسر ويُقرّر بإرادة أحد المتعاقدين، في حين يقف الطرف الآخر جامداً فيقتصر دوره على قبول العقد دون تفاوض.

الفرع الرابع: تطور وظيفة الدولة من الرقابة على الفرد في التعاقد إلى وضع تدابير الحماية والتوجيه

لقد أصبح العقد في ظل ظاهرة العولمة ذو مفهوم عالمي منفتح على كل المجتمعات وكل المنظومات القانونية في العالم، الأمر الذي كرّس هيمنة قانون الأعمال في المعاملات، فتم رفع الحدود بين القانون المدني والقانون التجاري وقانون البنوك والمنافسة والبيئة وغيرها³، وأصبحت الدولة تتدخل في المجال الاقتصادي من خلال التحكم في تسييره وتوجيهه من جهة، وتكفلها بحماية الفئة الضعيفة اجتماعياً واقتصادياً وثقافياً بتدخلها في المعاملات التعاقدية التي يباشرها الأفراد وتنفيذ إرادتهم من عدة جوانب من جهة أخرى، وهو الأمر الذي عبّر عنه الفقه "بتعميم العقد" "publicisation du contrat"، لتصبح إرادة الدولة بذلك تتدخل في العقد ومشاركة إرادة طرفيه في تكوينه وتحديد مضمونه بعد أن كان يُجسد الإرادة الفردية⁴.

فإذا كان الاقتصاد الليبرالي قائماً على الحرية العقدية بما يُقلص من دائرة النظام العام الاقتصادي وتدخل الدولة، فإنَّ اهتمام الدولة بالاقتصاد أدى إلى إعادة تنظيم العلاقات الاقتصادية من إنتاج وتوزيع وتبادل، الأمر الذي أسفر عن تطور في النظرية العامة للعقد من خلال استحداث صيغ جديدة للشكلية العقدية، كالرخصة والمصادقة تكريساً للنظام العام التوجيهي، ناهيك عن ظهور سلطات إدارية مستقلة بغرض ضبط اقتصاد السوق وما ينشأ به من عقود⁵.

¹ منال بوروح، المرجع نفسه، ص 144.

² FLOUR J., AUBERT J-L., et SAVEAUX E., **Droit civil, Les obligations, L'acte juridique**, éd. D. Delta, Paris, France, 10e éd. 2002, p.76 : "... L'ordre public classique était essentiellement négatif ; le législateur interdisait certains contrats au certaines clauses. L'ordre public d'aujourd'hui est souvent positif ; le législateur impose, d'autorité, le contenu du contrat ".

³ حفيفة عطوي، أثر الظروف الاقتصادية على العقد المدني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2020، ص 623.

⁴ حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012-2013، ص 31.

⁵ حفيفة عطوي، المرجع السابق، ص 624.

ولا يعني هذا التطور في وظيفة الدولة بأي حال من الأحوال القضاء على مبدأ سلطان الإرادة، بل هو تحول من مبدأ حرية الإرادة الفردية إلى مبدأ سلطان الإرادة الجماعية¹، وفي هذا السياق يقول الفقيه جوسران "Josserand" أن العقد أخذ يخرج أكثر فأكثر من العمل المشترك للأطراف ولم يعد اتفاقاً منعقدًا في ظل الحرية التعاقدية ومنجزا بفعل الإرادة المتساوية الحرة وأصبح موجهًا، سواءً من السلطة العمومية أو من أحد الأطراف الذي يفرض صيغته وشروطه على الأطراف الأخرى².

وعليه فقد انتكس مبدأ سلطان الإرادة نتيجة عوامل اقتصادية، حيث أصبحت الدولة تتدخل في مختلف المجالات الاقتصادية في المجتمع وأصبحت تقوم بتوجيه الاقتصاد وبالتالي رفع الحيف عن الطرف الضعيف، فالقانون لا يمكن اعتباره نظامًا مستقلاً عن الاقتصاد بل يؤدي القانون دورًا إيجابيًا في الميدان الاقتصادي، حيث تتدخل الدولة مباشرة في تنظيم العقود والإنتاج وتوزيع الأموال والخدمات ومراقبة الأسعار، وتحديد الإطار القانوني من خلال التدخّلات والتدابير التشريعية الملائمة، كما كان للعوامل السياسية أثرها الإيجابي على الحريات الفردية من خلال تقييد هذه الحريات لمنع إساءة الأفراد لها بالقدر الذي تراه الجماعة كافيًا بحماية هذه الحريات، فضلًا عن الأثر البالغ للمذهب الاجتماعي في المجال القانوني من خلال تكييف حقوق الأفراد، حيث أصبح للحق وظيفة اجتماعية³.

وكنتييجة لما سبق يتّضح أن المبادئ التي جاء بها المذهب الاجتماعي عجلت بالإطاحة بالمذهب الفردي وكشفت عيوبه ومساوئه، ذلك أن المساواة القانونية وحدها لا تكفي لإقامة مجتمع عادل في ظل انعدام مساواة فعلية بين الأفراد، لذلك فإن التضامن الاجتماعي ضرورة لا بد منها من أجل حماية الجماعة والمجتمع ككل، وعليه فإنه لا بدّ من تدخل الدولة للإشراف على المشاريع بالقدر اللازم لتحقيق النفع العام وتلبية الاحتياجات الضرورية التي لا يستطيع الأفراد بمفردهم تحقيقها، كون مصلحة الجماعة تقتضي تقييد مصلحة الفرد من طرف المشرع بقواعد آمرة، الأمر الذي من شأنه إزالة التناقض بين المصلحتين.

الفرع الخامس: تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام القواعد المقيدة لشكل العقد

أصبحت القوانين الحديثة تعتمد طريقة جديدة في التعبير عن الإرادة دون الالتفات إلى الطريقة التقليدية وذلك نتيجة عدم تسليمها بمبدأ الرضائية في كل التصرفات لما في ذلك من إرهاب للطرف الضعيف، فأصبح الفقه الحديث يعتمد مسألة الشكل في التصرف القانوني كوسيلة تقنية لحماية الطرف الضعيف، حيث أصبحت هذه الوسيلة ضرورة ملحة في تكوين التصرفات القانونية، فتنوعت وتوزعت في القانون الخاص، سواءً في المسائل المدنية أو التجارية وحتى مسائل الأحوال الشخصية، فجاءت القاعدة العامة في القانون المدني قائمة على فكرة بطلان التصرفات القانونية التي فرض فيها المشرع ركن الشكلية، كون الغاية من هذه الأخيرة - كما يرى بعض المتخصصين - حماية المصلحة الخاصة والمصلحة العامة على حدّ سواء، من خلال إسعاف أطراف التصرف القانوني وحتى الغير، لما

¹ محفوظ لعشب بن حامد، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط1990، ص 174.

² « ... Le contrat pour sortir de plus en plus de l'action conjointe des parties à l'accord n'est plus en session à la lumière de la liberté contractuelle et brisé par une volonté libre, égal, et a dirigé la fois l'autorité publique ou de l'une des parties, ce qui impose des conditions à la formule et les autres parties.

³ صديق شيايط، المرجع السابق، ص171.

لها من دور في تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء من خلال بعث الثقة لدى الأفراد وتحقيق الأمن وتقوية الائتمان ومن ثم استقرار المعاملات وتحقيق الأمن القانوني وهو ما تعجز الرضائية عن تحقيقه بصورة كافية¹.

لذلك يُمكن القول أن غالبية القوانين الوضعية فرضت هذه الشكلية كأداة لترقية الحياة الاقتصادية وانتعاشها وتنظيم الملكية العقارية، وتشجيع الاستثمار العقاري للمساهمة في التنمية الاقتصادية الوطنية، فكان من المساعي الأساسية للدولة توجيه الاقتصاد بفرض هذه الشكلية، وتمكين أجهزة الدولة من مراقبة المعاملات، بل وحتى الحد من بعض المعاملات التي لا تتماشى والتوجيهات السياسية والاقتصادية للدولة، فعبّرت بعض الآراء عن الشكلية بأنها المظهر الخارجي للعمل القانوني، فهي التعبير المادي عن إرادة من يشارك في تحضير العمل القانوني وإبرامه، لذلك فالإرادة هي جوهر التصرف والشكل هو إخراج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي².

وقد اتسعت مجالات الشكلية وتعددت صورها وتنوعت أغراضها، فمنها الشكلية المباشرة حيث لا يكتفي المشرع بمجرد توافر عنصر التراضي لانعقاد العقد، بل يستلزم ويستوجب كذلك توافر شكل معين تحت طائلة البطلان، ليصبح بذلك هذا النوع من الشكلية ركنًا في العقد، لاتصاله مباشرة بتكوين العقد، تحت طائلة انعدام العقد في حال تخلفها، وتتجلى الشكلية المباشرة في اشتراط الكتابة في العقود الشكلية، سواء الرسمية منها التي يشترطها المشرع الجزائري في عقود نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية، أو صناعية وغيرها طبقًا لنص المادة 324 مكرر 1 ق م ج، أو عقد الرهن طبقًا لنص المادة 883 ق م ج، أو عرفية باعتبارها ركنًا في العقد، أو يُمكن استعمالها في الإثبات مستقبلاً، كما هو الحال في المرتب مدى الحياة طبقًا لنص المادة 615 ق م ج³، أو عقد العمل الجماعي طبقًا للمادتين 50 و 86 من الأمر 75-31⁴ المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص والمادة 114 من القانون 90-11⁵ المتعلق بعلاقات العمل وغيرها.

وقد تتخذ الشكلية شكلاً غير مباشر كقيد على مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود، حيث تحدّ من إرادة المتعاقدين بعد تكوين العقد، سواءً تعلق الأمر باشتراط هذه الشكلية غير المباشرة للإثبات، كما هو الحال بالنسبة للتصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن 100 ألف دينار جزائري، طبقًا لنص المادة 333 ق م ج⁶، أو بالنسبة لعقد التأمين طبقًا للمواد 7 و 8 من الأمر 95-07⁷ المتعلق بالتأمينات، أو الزام المتعاقدين باتخاذ إجراءات معينة، كما هو الحال في اشتراط التسجيل والشهر إذا تعلق الأمر بانتقال الملكية في العقارات، أو الحقوق العينية العقارية طبقًا للمواد

¹ سناء شيخ، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011-2012، ص 34 وما بعدها.

² حسين بطيمي، مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والقييد، مجلة دراسات جامعة الأغواط، العدد 38، جانفي 2016، ص 217.

³ أنظر المواد 324 مكرر 1 و 883 و 615 من القانون المدني الجزائري.

⁴ أنظر المادتين 50 و 86 من الأمر 75-31، المؤرخ في 1175/04/29، المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج ر، العدد 39، المؤرخة في 1975/05/16.

⁵ أنظر المادة 114 من القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج ر، العدد 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990.

⁶ أنظر المادة 333 من القانون المدني الجزائري.

⁷ أنظر المادتين 7 و 8 من الأمر 95-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج ر، العدد 13، المؤرخة في 08 فيفري 1995، المعدل والمتمم.

165 و 793 ق م ج¹، أو اشتراط القيد والتصريح الإجباري، كالقيد في السجل التجاري من أجل الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية طبقاً لنص المادة 549 ق ت ج²، أو التصريح الإجباري عند توظيف اليد العاملة الأجنبية. ويرى الفقه الحديث أن الشككية اليوم في تطور مستمر بتعدد أشكالها وتنوع وظائفها بالنظر لدورها الوقائي، حيث أصبحت من الأدوات الأساسية للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي، الأمر الذي جعل الكثير من الفقهاء يتحدثون عما يُسمى اليوم بتجدد الشككية، أو عودة الشككية بسبب نقائص النظرية العامة للعقد التي عجزت عن تحقيق الحماية للمتعاقدين والمجتمع على حدّ سواء في مواجهة الليبرالية، فجاءت تشريعات الاستهلاك مثلاً من هذا المنطلق ذات نزعة شككية، حيث لم تكن في موضوع التصرف القانوني، بل نظمت شكله أيضاً وهذه الشككية اليوم في تنامي متواصل من خلال جمعها بين الشككية المكانية مجسّدة في شكلية الوثائق التعاقدية، وبين الشككية الزمانية ممثلة في شكلية اتخاذ قرار التعاقد³.

في ضوء ما تقدم يرى الباحث أن تدخل المشرع بفرض الشككية في الكثير من العقود بكتابتها، أو تسجيلها أو شهرها إنما الغاية منه حفظ مصالح المتعاقدين ومصالح الغير، الأمر الذي أدى إلى تراجع مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية في العقود، إلا أن هذا لا ينفى بأي حال من الأحوال وجود تلازم وتأثير متبادل بين الرضائية والشككية بحيث إذا كان للإرادة دوراً أساسياً في تحديد الآثار الموضوعية للتصرف القانوني، فإن الشككية تتولى إبراز هذه الوقائع بصورة معينة، لذلك فالشكل لا يُمثل العنصر الوحيد في التصرف القانوني كما كان الحال في القانون الروماني، بل لا بُدّ من وجود الرضائية بجانبه من أجل تحقيق الغاية.

المطلب الثاني: الازدعان سمة العقود في ظل التحولات الاقتصادية

يعتبر عقد الازدعان من العقود المستحدثة التي جاءت نتيجة التطور الصناعي والاقتصادي في ظل تزايد حجم المعاملات، حيث تعاضم دور المؤسسات والشركات الكبرى واختصاصها في إبرام هذا النوع من العقود التي تمس السلع والخدمات الضرورية للحياة الحديثة ولا يمكن الاستغناء عنها⁴، من قبيل عقود الاشتراك في الخدمات العامة وعقود التأمين وعقود العمل، وعقود النقل وغيرها، هذه العقود التي يجد المستهلك نفسه مضطراً لعقدها مهما كانت الشروط الواردة فيها لانعدام المنافسة بشأنها في الغالب، فيقتصر القبول فيها على مجرد التسليم بشروط مقرّرة سلفاً يضعها مُقدم الخدمة، أو السلعة ولا يقبل مناقشة فيها، وللشخص المحتاج (المستهلك) أن يقبل هذه الشروط جملة وتفصيلاً فينعقد العقد، أو أن يرفضها فلا ينعقد العقد، وهي الصفة التي قد تتسبب في الكثير من الضرر للمستهلك نتيجة لما قد تنطوي عليه من شروط تعسفية، هذه الأخيرة التي لم تعد حكرًا على عقد الازدعان بمفهومه التقليدي فحسب، بل يمتد أثرها إلى كل العقود رضائية كانت، أو نموذجية في ظل التحولات الاقتصادية وما نجم عنها من تنوع

¹ أنظر المادتين 165 و 793 من القانون المدني الجزائري.

² تنص المادة 549 من القانون التجاري الجزائري على أنه: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري...".

³ شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص33.

⁴ GHAZAL (J-P) , De la puissance économique en droit des obligations , Tome 1 , thèse pour l'obtention de doctorat en droit , nouveau régime , Université de PIERRE MENDES France , Grenoble , 1996 , P196 .

في السلع والخدمات والمنتجات وأثرها الفاعل في تطور صيغ العقود وتقوية النزعة الاستهلاكية لدى الأفراد وحثهم على التعاقد دون مناقشة، أو مفاوضة، الأمر الذي كان له الأثر الكبير في اختلال التوازن العقدي في ظل اتساع دائرة هذا النوع من العقود بشكل أصبح التفاوت فيه ملفتاً للنظر، وفي هذا الصدد يرى "جورج برليوز" أنه: "إذا كانت التحولات الاقتصادية قد ولدت عدم التوازن في العقد، فإن الوسائل والنظريات القانونية قد خلقت عقود الإذعان، وهذا التحول لا يرجع إلى طبيعة أطرافه ولا إلى طبيعة محله وإنما إلى طبيعة العقد ذاته"¹.

وقد ظهر مصطلح عقد الإذعان مطلع القرن العشرين نتيجةً لتراجع مبدأ سلطان الإرادة، حيث انتشر في الفقه الغربي الحديث خصوصاً في القانون المدني الفرنسي، وعنه أخذت أغلب الدول العربية والإسلامية وعلى غرارها الجزائر بالنص على بيان أحكامه في تشريعاتها المدنية، رغم ما أثارته هذه العقود من اختلاف فقهي حول طبيعتها القانونية ما إذا كانت عقوداً حقيقية تنشأ بتوافق إرادتين وبالتالي تخضع للأحكام العامة للعقود، أم أنّها عبارة عن مراكز، أو لوائح قانونية منظمة تُنشؤها إرادة الموجب وبالتالي لا تخضع لما تخضع له العقود من أحكام وقواعد وإنما تخضع لقواعد خاصة بهذه المراكز، أو اللوائح.

وإذا كان الحديث قديماً يدور حول عقود نمطية في ظل خدمات أساسية تقليدية، مثل الماء والكهرباء والغاز، فإن التطور الذي مس وسائل الاتصال قد ألقى بضالته على فكرة العقد التقليدية، الذي أصبح يتم بوسائل حديثة تعتمد أساساً على الافتراضية وعدم الحضور المادي للأطراف، في إشارة للتعاقد الإلكتروني الذي قلب مفاهيم العقد، سواءً في انشائه، أو تنفيذه، والذي يعرف تصاعداً مستمراً من سنة إلى أخرى وفقاً للإحصائيات العالمية فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مما يستوجب تكييف القواعد العامة ومراجعتها لاستيعاب هذا النوع من العقود، كونه أصبح يشكل قاعدة التعامل في الوقت الحاضر وليس الاستثناء، الأمر الذي يقودنا إلى الحديث عن كيفية تحقيق حماية قانونية فعالة للمستهلك في هذا النوع من العقود، لا سيما في ظل توجه دول العالم إلى ما يُعرف بالخصخصة في مختلف جوانب الحياة، خاصة السلع والخدمات، وعليه سنتناول في هذا المطلب تباعاً مفهوم عقد الإذعان، طبيعته القانونية، ثم وسائل حماية المستهلك في عقود الإذعان من خلال بيان سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان.

الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان

إذا كان الأصل في إبرام العقود أن تسودها مفاوضات ومناقشات فيما يتعلق بشروطها من أجل الوصول إلى أفضل الشروط بما يتناسب ومصلحة المتعاقدين، فإن ظروف الحياة في ظل تطور المجتمع أدت إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة تعمل على تلبية حاجات الأفراد الضرورية أطلق عليها عقود الإذعان، هذه الأخيرة التي اختلف الفقهاء

¹ أنظر محفوظ لعشب، المرجع السابق، ص 19، نصها بالفرنسية:

« En effet, si les transformations de l'économie ont créé des contrats dont le caractère d'adhésion résulte du déséquilibre des forces en présence ou de la nature des échanges, les moyens et les théories juridiques qui se sont développés dans le contexte créant des contrats d'adhésion non par la nature des parties ou de l'objet du contrat, mais par la nature des contrats lui-même ».

في تسميتها، حيث أطلق عليها القانون الفرنسي تسمية "عقود الانضمام في حين أطلقت عليها أغلب القوانين العربية تسمية "عقود الإذعان"، وصاحب التسمية هو الفقيه القانوني عبد الرزاق أحمد السنهوري، حيث يقول: «وقد أثرنا أن نسمي هذه العقود في العربية بعقود الإذعان لما يُشعر به هذا التعبير من معنى الاضطرار في القبول، وقد صادفت هذه التسمية رواجًا في اللغة القانونية من فقه وقضاء لتنتقل إلى التشريع الجديد، لذلك نتطرق لتعريف عقد الإذعان(أولاً)، ثم نتناول أهم خصائصه (ثانياً).

أولاً: تعريف عقد الإذعان

1-التعريف القانوني لعقد الإذعان

لم يقدم المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات تعريفاً لعقد الإذعان واكتفى بتنظيم أحكامه في ثلاثة نصوص قانونية تمثلت في الآتي¹:

-المادة 70 ق م ج بنصها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

-المادة 110 ق م ج بنصها: "إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يُعَدِّل هذه الشروط أو أن يُعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

-والمادة 112 ق م ج بنصها: "يؤول الشك في مصلحة المدين، غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن".

ليُتضح من خلال هذه النصوص حرص المشرع الجزائري على معالجة عقد الإذعان بحكم خاص يُعتبر استثناءً من الأصل المجسد في قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، وذلك من خلال تخويله القاضي سلطة تعديل الشروط التعسفية، أو إعفاء الطرف المدعن منها.

2-تعريف عقد الإذعان لغة

يقصد بالعقد لغة الربط، ويشمل الربط الحسي والمعنوي، في حين يقصد بالإذعان في اللغة الإقرار والخضوع والسرعة في الطاعة والانقياد، والملاحظة العامة حول معاني مفردتي العقد والإذعان في المدلول اللغوي تدل على أن هناك صلة بتفسير مضمون عقد الإذعان في الاصطلاح، وهو ما يتناسب مع طبيعة الموضوع، كون عقد الإذعان في المعنى الاصطلاحي يركز حول وجود عقد بين طرفين يمثل أحدهما الجانب الأقوى².

¹ أنظر المواد 70 و110 و112 من القانون المدني الجزائري.

² رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم لإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2012-2013، ص ص 14-15.

3-تعريف عقد الإذعان اصطلاحاً

تعددت تعريفات عقد الإذعان، سواءً من الناحية الفقهية القانونية، أو من الناحية الشرعية إلا أنها تُجمع كلها على كونه عقد بين طرفين يمثل أحدهما الجانب الأقوى وطرف ليس له سوى الرضوخ والانقياد بالقبول، أو الرضا لشروط العقد دون مناقشة.

أ-تعريف عقد الإذعان في الفقه القانوني

اختلفت التعاريف الفقهية القانونية لعقد الإذعان، وعليه سنعرض لأهم هذه التعاريف على النحو الآتي:
-عرّفه السنهوري مُركّزاً على القبول في هذا النوع من العقود بقوله: "قد يكون القبول مجرد إذعان لما يُملّيه الموجب فالقابل للعقد لم يُصدر قبوله بعد مناقشة ومفاوضة، بل هو في موقفه من الموجب لا يملك إلا أن يأخذ أو يدع، وإذا كان في حاجة إلى شيء لا غنى عنه فهو مضطر إلى القبول، فرضاؤه موجود ولكنه مفروض عليه ومن ثم سميت هذه العقود بعقود الإذعان"¹.

-وعرّفه الفقيه الفرنسي "سالي" بقوله: "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بإرادة منفردة وتملي قانونها ليس على فرد محدّد، بل على مجموعة غير محدّدة وتفرضها مسبقاً ومن جانب واحد، ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل العقد"².

-وعرّف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروط العقد، ويسلم الطرف الآخر بقبولها دون نقاش"، أو هو: "العقد الذي يكون فيه القبول مجرد إذعان لما يملّيه عليه الموجب"³.

-كما يُعرّف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه، بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلها، أو يرفضها كلها"⁴.

-وعرّف أيضاً بأنه: "ذلك العقد الذي يُعَدُّ فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطاً محدّدة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصفة دائمة قصد الانضمام ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة"⁵.

وما تجدر الإشارة إليه أن التعاريف السابقة تنطوي على مبادئ تقليدية في تحديد مفهوم عقد الإذعان، حيث تشترط من أجل اعتبار العقد إذعائاً أن يكون هناك احتكار للسلعة، أو الخدمة من قبل مُقدّمها، وأن تكون هذه السلعة، أو الخدمة ضرورية للمستخدم، وأن تُفرض شروط العقد على المستهلك فلا يكون له حق مناقشتها حاصراً بذلك نطاق هذا العقد في حدود ضيقة لم تعد تتلاءم وضرورات حماية المستهلك في مواجهة تجمعات الإنتاج وشبكات توزيع السلع والخدمات التي أصبحت لا تتعامل إلا من خلال شروط مُعدّة سلفاً، مُحَقَّقَةً للمنتج أقصى

¹ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 25-26، وأنظر أيضاً في هذا الصدد بوزيد كحيل ومسعودة حدادي، عقد الإذعان بين الفقه والقانون، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الثامن، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، الجزائر، جانفي 2017، ص 63.

² رجون عامر، المرجع السابق، ص 15.

³ الشريف بجاوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 2، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، جوان 2014، ص 100.

⁴ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 92.

⁵ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 31.

انتفاع ممكن وواضحة عنه العديد من الالتزامات إلى حدّ الاعفاء، في مقابل عدم جواز تعديل المستهلك لمضمونها، أو مناقشتها¹.

لذلك يسير الاتجاه المعاصر نحو هجر هذا المفهوم الضيق لعقد الإذعان إلى فكرة أكثر اتساعاً وهو الأمر الذي تبناه عدد غير قليل من الفقه الحديث، سواءً في فرنسا أو في مصر، حيث يُعرّف هذا الاتجاه عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يتحدّد مضمونه العقدي كلياً، أو جزئياً بصورة موحدة وعامة قبل الفترة التعاقدية"². -وعرّفه جاك غستان بأنه: "الانضمام إلى عقد نموذجي حرّر بصورة انفرادية من أحد الأطراف وينضم إليه الآخرون دون إمكانية حقيقية لتعديله"³.

- كما عرّفه جانب من الفقه الفرنسي بأنه: "انضمام لعقد نموذجي يُحرّره أحد المتعاقدين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه المتعاقد الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"، مقلّصاً بذلك هذا الاتجاه من الشروط الواجب توافرها من أجل اعتبار العقد اذعاناً واعتماده على شرط واحد فقط والمتجسد أساساً في قيام الطرف القوي في العقد بإعداد شروط العقد بشكل مُسبق وتحديد التزامات الأطراف وحقوقهم، وفي المقابل لا يكون للطرف الآخر (المستهلك) سوى توقيع هذه العقود دون أن يكون له حق مناقشتها، أو تعديلها⁴.

بمعنى آخر فإن هذا الجانب من الفقه يرى أن أي عقد يتم بين "مهني محترف" تُفترض فيه الخبرة الفنية والاقتصادية والقانونية، و"مستهلك" يفتقر للخبرة الفنية، أو الاقتصادية، أو القانونية هو عقد إذعان حتى وإن تخلف شرط احتكار الموجب للسلعة، أو الخدمة موضوع العقد⁵.

ويميل الباحث إلى تغليب الاتجاه الحديث في تحديد عقد الإذعان من خلال إصباح وصف الإذعان على كل عقد بين مهني ومستهلك احتل فيه التوازن العقدي، كونه ينسجم مع ما يهدف إليه المشرع بشكل رئيسي من تنظيم عقود الإذعان، لا سيما ما تعلق بحماية المستهلك من خلال تحقيق التوازن العقدي بين المتعاقدين، أو العمل على إعادة هذا التوازن في حالة اختلاله.

كما أن فكرة الاحتكار التي اتخذها الاتجاه التقليدي أساساً للفرقة بين عقد الإذعان وغيره من العقود هي فكرة نسبية فنّدها الواقع العملي من خلال ما أفرزه من عقود تتباين فيها صفة الإذعان من متعاقد إلى آخر بالنظر إلى حاجته لتلك السلعة، أو الخدمة محل العقد من عدمه.

لذلك فإن وصف الإذعان لا ينبع من احتكار السلعة، أو الخدمة الضرورية بل مصدره الشروط العقدية المعدّة مسبقاً بواسطة الموجب وتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد بما يحقق مصلحته دون أن يقبل فيها مناقشة.

¹ المعموري حولة كاظم محمد، الإيجاب في عقد الإذعان، مجلة الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، العراق، 2014، ص 380.

² رحون عامر، المرجع السابق، ص 17.

³ مشار إليه في محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 25.

⁴ رحون عامر، المرجع السابق، ص 17.

⁵ عبد الله تركي حمد العيال، ضمانات توازن عقد الإذعان المختل بالشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، جامعة كربلاء، العراق، 2015، ص 211.

ب-تعريف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي

اقتصر فقهاء الشريعة المعاصرين في تعريفهم لعقد الإذعان على التعريفات القانونية، كون هذا العقد من العقود المستحدثة التي ظهرت في الفقه الغربي ولم تكن معروفة في الفقه الإسلامي.

-فعرفه " محمد علي القرني بن عيد"، بأنه: "العقد الذي تكون فيه الصيغة من صيغ إبرام العقود التي تعتمد على نموذج نمطي للعقد يعقده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفرد ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموافقة عليه كما هو، أو رفضه"¹.

-وعرفه الدكتور "قطب سانو" بأنه: "عقد يقوم على اتفاق يضعه أحد طرفي العقد ويوجب على الطرف الآخر قبوله مطلقاً، أو رفضه مطلقاً ولا تكون هناك مساومة بين الأطراف حول بنود العقد"².

وعليه يتضح من خلال التعاريف السابقة لعقد الإذعان، سواءً في الفقه القانوني، أو في الفقه الإسلامي أنّ هناك من اعتمد في تعريفه لهذا العقد على فكرة احتكار الطرف القوي لسلعة، أو خدمة ضرورية مجسداً بذلك المفهوم التقليدي لعقد الإذعان وهو الاتجاه الذي سارت فيه معظم القوانين العربية، وهناك من أقام عقد الإذعان على فكرة "نمذجة العقد" من خلال قيام الطرف القوي في العقد بإعداد شروط العقد بشكل مسبق، الأمر الذي ينجّر عنه انعدام المساواة بين الأطراف لانعدام المساومة، لذلك ومن خلال ما سبق يمكن أن نقترح تعريفاً لعقد الإذعان كالآتي: «هو العقد الذي ينفرد فيه الموجب بوضع تفاصيل العقد وشروطه بشكل نموذجي، فلا يكون للقابل (المستهلك) سوى الانضمام إليه دون مساومة أو مناقشة، أو رفضه».

ثانياً: خصائص عقد الإذعان

من خلال ما سبق ذكره من مفاهيم تتحدّد الخصائص المميزة لعقد الإذعان في الآتي:

1-التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي: ويتجسد ذلك في التفوق الاقتصادي لأحد الطرفين واحتكاره للسلعة، أو الخدمة محل العقد بشكل يجعل المنافسة على السلع والخدمات المحتكرة محدودة النطاق، ومن ثمّ ينفرد بوضع تفاصيل العقد وشروطه دون أن يكون للطرف الآخر حق مناقشتها أو إلغاء شيء منها، أو تعديلها³.

وتعتبر هذه الميزة السبب الأساسي في ظهور هذا النوع من العقود، كون الموجب لا يستطيع إعداد عقوداً نمطية بصورة سابقة على التعاقد وتحديد شروطها لو لم يكن محتكراً لما يقدمه من سلع، أو خدمات، فلا وجود لعقد إذعان في غياب ميزة الاحتكار، سواءً كان هذا الأخير قانونياً بموجب قانون، كما هو الحال في احتكار الدولة للكهرباء والغاز، أو فعلياً بتقديم جهات متعدّدة لنفس الخدمة وبنفس الشروط، كما هو الحال في الفنادق وشركات التأمين وشركات الطيران وغيرها، بحيث لا يكون للمتعامل خياراً مع المحتكر سوى قبول العقد كما هو، أو رفضه⁴.

¹ محمد علي القرني بن عيد، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 14، جدة، السعودية، 2004، ص 03.

² رحمون عامر، المرجع السابق، ص 15.

³ الشريف بحماوي، المرجع السابق، ص 101.

⁴ حبيب يوسف القاضي مباهج، عقود الإذعان دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون التجاري، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، دون سنة، ص 21.

2-تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك: وتُجسد هذه الخاصية الاتجاه التقليدي في وصف الإذعان، فلا يمكن توفير هذه السلعة، أو الخدمة إلا من الطرف الذي استقل بوضع شروط العقد، وفي المقابل لا يمكن للمتعاقد المستهلك الاستغناء عن هذه السلعة، أو الخدمة ومثال ذلك: السلع والخدمات التي لا يمكن لكل شخص توفيرها لنفسه، كالماء والكهرباء، والنقل وغيرها والتي تكون محل احتكار من طرف شخص معين¹، وقد قضت محكمة النقض المصرية أن السلع الضرورية "هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطّرونهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة"².

3- صدور الإيجاب للجمهور بصيغة العموم والدوام: في الغالب يكون الإيجاب في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة أكثرها لمصلحة الموجب، بحيث تُخفف من مسؤولية هذا الأخير أحياناً وتشدّد من مسؤولية الطرف الآخر أحياناً أخرى، فلا يبقى للمتعاقد الآخر سوى التوقيع دون مناقشة³، كونه لا يشارك الموجب في وضع هذه الشروط، بل ينفرد الموجب بوضعها لوحده على خلاف عقود المساومة الحرة⁴.

ثالثاً: خصوصية التراضي في عقد الإذعان

إذا كانت محدودية النشاط الاقتصادي فيما مضى قد جعلت الأصل في التعاقد أن يملك المتعاقد حرية مناقشة شروط العقد، فتخضع بذلك العملية التعاقدية لمبدأ المساومة الحرة من أطراف هذا الأخير وهذا هو الشأن في العقود بصفة عامة.

فإنّ اتساع دائرة النشاط الاقتصادي وظهور المشروعات والشركات الاحتكارية استناداً لأسباب اقتصادية واجتماعية إستُحدثت في النظرية العامة للعقد في العصر الحديث جعل من أحد المتعاقدين يستقل غالباً بوضع شروط التعاقد مُقدِّماً وبشكل لا يسمح بقبول المناقشة فيها من الطرف الآخر، بل يقتصر دوره إمّا على قبول الصفقة برؤمتها، أو رفضها برؤمتها دون أن يكون له حق تعديلها، والحقيقة أنه غالباً ما يكون مُضطراً إلى قبولها لتعلّق موضوع التعاقد بمرفق أساسي لا غنى عنه وتلك هي عقود الإذعان⁵.

وإذا سلّمنا أن عقد الإذعان كأى عقد آخر يقوم على إيجاب وقبول، فإن اختلاف هذا العقد عن غيره من العقود من حيث الإيجاب يكمن في أن هذا الإيجاب يأتي بصيغة العموم فلا يوجه لشخص، أو أشخاص محددين بل يقدم بصيغة واحدة وشروط مُوحدة للجمهور ولمدة زمنية طويلة، على خلاف العقود الرضائية التي تتم بين أشخاص مُحددين واعتبارات مُحددة⁶، لذلك فإن قوة الإيجاب في عقد الإذعان تستند إلى أهم عنصر والمتمثل في طريقة عرض العقد من قِبَل مُعدّه على الطرف الآخر وما تتضمنه من شروط التي ما كان للطرف الآخر أن يقبلها لو

¹ بوزيد كحيل ومسعودة حداوي، المرجع السابق، ص 64.

² لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص 57.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 240.

⁴ رحمون عامر، المرجع السابق، ص 30.

⁵ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق ص 26.

⁶ عقود الإذعان، مقال منشور على الموقع <https://jordan-lawyer.com>، تاريخ الاطلاع 2021/07/16.

أعطي حرية المساومة، الأمر الذي يمكن القول معه بتغيب إرادة أحد الطرفين بما يتعارض والإرادة كأساس للقوة الملزمة للعقد التي تتحكم في تحديد مضمون العقد والتزامات الأطراف والتي لا تنشأ إلا إذا اتجهت الإرادة إلى إنشائها وبالحدّ والقدر الذي اتجهت إليه هذه الإرادة¹.

أما عن **القبول** في هذا النوع من العقود كثاني ما يصدر من المتعاقد الآخر دالاً على رضاه بما أوجبه المتعاقد الأول (الموجب)، فإنه يُعدّ تسليمًا للشروط التي وضعها هذا الأخير دون حوار مسبق، أو مساومة، سواءً من القابل أو من الغير، بل إنّ تحديد محتوى العقد ومضمونه كان بإرادة مقصودة لا يعوزها سوى انضمام إرادة أخرى كي تُعطي فعالية قانونية لتلك الإرادة المنفردة²، لذلك إذا كان لا بد من عدم إهمال إرادة القابل، فإن ذلك ليس لكونها تساهم مساهمة فعالة في تحديد شروط العقد وإنما لإعطائها الفعالية القانونية في إثبات وصف العقد على هذه الفئة من العقود، ليبقى تحديد محتوى العقد من طرف الموجب بما يتلاءم وأوضاع هذا الأخير، سواءً من حيث مركزه في العقد وقت إبرامه، أو كيفية تنفيذه باعتباره من يتحمل ما ينجم من مخاطر عن هذا التنفيذ³.

وحتى في الحالات التي يُفترض فيها مساهمة المنضم إلى هذه العقود في إعداد شروطها، فإنه يبقى دائماً في مركز التابع بالنسبة للموجب، تبعية ينبغي أن تُراعى في كل عملية خاصة على حدة وليس إلى القوى المحددة بمحمل الصفقات، لذلك فإن ضعف الطرف المنضم يتولد مبدئياً من ضعف تنبئه وتوقعه وإلمامه بمحتوى العقد، أو بعبارة أدقّ جهله بشروط العقد، كونه لم يساهم في تحرير هذه الشروط، بل لا يتعدى الأمر مجرد التوقيع على هذه الشروط بما يعطي للعقد حياته من خلال وضعه موضع التنفيذ.

وذلك على خلاف الوضع بالنسبة للموجب الذي يتعاقد وهو على بينة بمحتوى العقد من خلال الانفراد بكتابة شروطه بطريقة معقدة وذكية مستعينا في إعدادها بخبراء ومؤسسات قانونية متخصصة ومتمرسة ولها خبرة⁴، والوضع هكذا فإنه غالباً ما يلجأ المهني كطرف قوي إلى الغش والتضليل من أجل الحصول على قبول المتعاقد الآخر فيعتمد إلى كتابة الشروط بخط صغير وفي مكان من صفحات العقد الكثيرة، بحيث لا ينتبه لها عديم الخبرة، أو أن يُحيل إلى شروط عامة تخص المحترف الذي وضعها بنفسه ولا يعلمها الطرف الآخر، كما يزيد من الطابع الوهمي للرضا في هذا النوع من العقود طول النص وصياغته المبهمة بالنسبة لغير المطلعين، أو كتابة الشروط بألفاظ غريبة وغير معهودة وبمصطلحات قانونية معقدة وبصورة مختلفة عن المعتاد لا توحى في ظاهرها بما تؤدي إليه من خلل في الالتزامات التعاقدية، كأن يعفي نفسه من المسؤولية، أو الضمان بطريقة غير مباشرة، من قبيل تحديد مدة الضمان أو تخفيف العناية الواجب بذلها في تنفيذ العقد وغيرها من الأمور التي يبقى عديم الخبرة المقبل على التعاقد جاهلاً لها وهو الأمر

¹ المعموري حولة كاظم محمد، المرجع السابق، ص 379.

² خليفة عبد المنعم، **القبول في عقد الإذعان**، مقال منشور على موقع <http://research-in-private-law.blogspot.com>، تاريخ الاطلاع 2021/07/16.

³ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 27.

⁴ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع نفسه، ص ص 27-28.

الذي يجسد فكرة الاتجاه الحديث في اصباغه لوصف الإذعان على العقود متى تمت بين مهني محترف وغير محترف
عديم الخبرة¹.

ليتضح مما سبق أن للقبول في عقد الإذعان أوصافاً تميزه عن غيره من العقود، حيث لا يحق للطرف المذعن القابل المساومة، أو المناقشة في شيء من شروط العقد، بل يكون أمام خيارين إما القبول، أو الرفض كون الموجب يعرض إيجابه في صيغة نهائية لا تقبل المناقشة، الأمر الذي يدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان هذا الإذعان للتعاقد يشكل إكراهاً يعيب الرضا، أم أنه نوع من الاكراه الاقتصادي الذي لا أثر له في صحة التراضي ومن ثم التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا النوع من العلاقات العقدية.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان

شكّلت مسألة إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي وخضوعه ورضوخه لمشيئته خلافاً عنيقاً وحاداً خاصة في فرنسا، تمحور حول مدى اعتبار القبول في عقود الإذعان قبولاً بالمعنى الذي ينعقد العقد بصدوره، أم لا فاختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من الروابط العقدية بين من يرى أنها لا تعتبر عقوداً حقيقية، بل مجرد مراكز أو لوائح قانونية منظمة تنشؤها إرادة الموجب وبالتالي لا تخضع لما تخضع له العقود من أحكام وقواعد وإنما تخضع للقواعد الخاصة بهذه المراكز أو اللوائح، وبين من يرى أنها عقوداً حقيقية تنشأ بتوافق إرادتين وبالتالي تخضع للأحكام العامة للعقود، لذلك سنتناول الاتجاه الذي ينكر الصفة العقدية على عقد الإذعان (أولاً)، ثم الاتجاه الذي يضيفي الصفة العقدية على هذا النوع من العقود (ثانياً).

أولاً: الرأي الأول (الصفة غير التعاقدية لعقود الإذعان)

يذهب أنصار هذا الرأي وغالبيتهم من فقهاء القانون العام مثل "سالي" و"ديجيه" و"هوريو" إلى أن عقود الإذعان ما هي إلا مراكز قانونية منظمة تنشؤها إرادة واحدة ومنفردة هي إرادة المحتكر في شكل قانون، أو لائحة ومن ثم فإنها تخضع للقواعد المطبقة بخصوص اللوائح والتنظيمات، لذلك يجب أن تراعى فيها مقتضيات العدالة وحسن النية ويُنظر فيها إلى ما تستلزمه الروابط الاقتصادية التي وضعت لتنظيمها²، فلا تفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للعاقدين وإنما البحث عن نية المحتكر الذي وضع شروط العقد، وبذلك فهم ينكرون على هذا النوع من العقود صبغتها التعاقدية كون العقد هو توافق إرادتين عن حرية واختيار، في حين القبول فيها مجرد إذعان ورضوخ فانعدام حرية المناقشة يؤدي حتماً إلى انعدام المساواة ومن ثم إذعان الطرف الضعيف للمتعاقد الآخر، وكذا انعدام الإرادة التعاقدية المشتركة³، فعقد الإذعان أقرب ما يكون إلى قانون أخذت به شركات الاحتكار واتبه الناس لدرجة ترسخ معها الاعتقاد لدى المستهلك وهو يتلقى هذه العقود المعدّة سلفاً وما تحويه من وثائق تعاقدية يُصدرها المحترفون

¹ المعموري خولة كاظم محمد، المرجع السابق، ص 381-382.

² محفوظ لعشب بن حامد، المرجع نفسه، ص 33.

³ الشريف بجماي، المرجع السابق، ص 202-203.

أنه لا فرق بينها وبين النصوص التشريعية، أو التنظيمية كونها تُفرض عليه فرضاً، لذلك عقد الإذعان يجب أن يفسر كما يفسر القانون¹.

لذلك يرى الأستاذ "ديموج"، والذي يتفق في هذه المسألة مع فقهاء القانون العام أن عقد الإذعان هو مجرد مركز قانوني منظم يجب أن يُعنى تطبيقه لصالح العمل أولاً، ثم بما يستحق الحماية لصالح كل من طرفي العقد، لذلك فإن فكرة العقد لا تكفي لتفسير أغلبية آثاره القانونية، كما أن الاعتراف للقوى الخاصة التي تقوم بدور الموجب في عقد الإذعان بالسلطة اللائحية له ما يبرره لأنه يمكن لها التصرف بحرية وبلا تردد².

ويرى الأستاذ "سالي" الذي كرس جهده في العمل على توضيح فكرة التعبير عن الإرادة المنفردة في كتابه "التعبير عن الإرادة" أن الاعتراف بالقوة الملزمة في عقد الإذعان إنما ينبع من فكرة التعبير بالإرادة المنفردة³، لذلك كتب يقول أن "عقود الإذعان ليس لها من العقد سوى الاسم، كونها العقود التي تتغلب فيها إرادة واحدة تعمل كإرادة منفردة لا تملّي قانونها على فرد واحد فحسب، بل على مجموعة غير محدودة مع تحديد الالتزامات من جانب واحد، ثم يقع إذعان ممن يريدون قبول قانون العقد"، فالقيمة القانونية لعقد الإذعان حسب رأيه لا تجد مصدرها في التوافق الإرادي، بل في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشئه، وعليه فإن انضمام الطرف الآخر لا يأتي كعنصر منشئ وضروري للتصرف لأنه لا يتعلق بتكوينه، بل لا يتعدى كونه مكماً لشرط موضوع للتنفيذ من المنشئ ذاته⁴.

في حين يرى "ديجييه" أيضاً أن الأمر يتعلق هنا بعمل من أعمال الإرادة المنفردة، إلا أن هذه الإرادة، سواء إرادة الفرد أو الحاكم لا تستطيع وحدها خلق القانون، بل الذي يخلق القانون هي المنفعة العامة أو ما يسمى بالضرورات الاجتماعية، كون الإرادة لا تكون ذات قيمة قانونية، إلا إذا اتفقت مع تلك الضرورات الاجتماعية⁵. أما "هوريو" وفي تجسيد لفكرة عدم عقدية عقود الإذعان فيرى أن ما يسمى عقد إذعان ليس عقداً، وإنما هو نظام أو تنظيم، كون العقد أمر سريع الزوال ينشئ علاقات تنقضي بسرعة، في حين أن فكرة المشروع التي يُفترض معها بعض الدوام هي ما يتفق مع فكرة التنظيم أكثر من فكرة العقد⁶.

¹ جيلالي بن عيسى وأمين بن قردى، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمدّعين، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي إليزي، الجزائر، ديسمبر 2019، ص 05.

² رحون عامر، المرجع السابق، ص 38.

³ علي مصباح صالح الحبيصة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011، ص 30.

⁴ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 177.

⁵ محفوظ لعشب بن حامد، المرجع نفسه، ص 45.

⁶ رحون عامر، المرجع السابق، ص 39، وانظر أيضاً محفوظ لعشب بن حامد، المرجع نفسه، ص 46.

وبحسب هذا الاتجاه فإن ما يؤكد نفي صفة العقد عن عقود الإذعان هو قيام هذه الأخيرة على ثلاثة عناصر تميزها وتخرجها في ذات الوقت من النطاق العقدي وتتمثل هذه العناصر في الآتي:

- عنصر العمومية فيما يتعلق بالإيجاب.
- عنصر الإكراه المتجسد في التفوق الاقتصادي والاجتماعي للموجب والمتصل بعوامل اقتصادية.
- عنصر الإذعان مجسداً في استسلام المذعن لما فُرض عليه من شروط¹.

ثانياً: الرأي الثاني (الصفة التعاقدية لعقود الإذعان)

على خلاف الرأي الأول يرى أنصار هذا الرأي وغالبيتهم من فقهاء القانون المدني² أن عقود الإذعان عقوداً حقيقية تتم بتوافق إرادتين وتخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود حتى ولو كان أحد المتعاقدين ضعيفاً أمام الآخر، كون ذلك لا يؤثر على طبيعة العقد لإمكانية تنظيم عقد الإذعان كتنظيم عقد العمل³، وأن الإضرار الذي قال به أصحاب الاتجاه الأول قد يتحقق بأي عقد بتضرر أحد العاقدين أو كلاهما عند إبرام العقد، لذلك فإن عدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيه، بل إن الضرر في عقد الإذعان قد يكون أقل مقارنة ببعض العقود الأخرى لتساوي الجميع أمام مبدأ العقد⁴، كما أن كل تصرف يتم بإرادتين فهو عقد حتى ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية طالما أن المساواة القانونية محققة فيه والتراضي متوافر فيه، كون الطرف المذعن يقبل الإيجاب برضاه بعيداً عن أي إجبار أو إكراه⁵.

أما كون هذا النوع من العقود قد يشتمل على شروط تعسفية أو آثار مجحفة لصالح الطرف الموجب، فإن ذلك لا ينفي عنه صفة العقد لكنه يستدعي تدخل القاضي بتعديل، أو إلغاء الشروط التعسفية التي تضمنها العقد⁶ وبهذا فهم يفتنون مزايم الرأي الآخر بقولهم بوجود الإرادة التعاقدية في عقود الإذعان كون إرادة الموجب لا يمكن أن تنتج أثراً إلا بعد انضمام إرادة القابل إليها وبذلك تُساهم الإرادتان في إتمام العقد وتحقيق المساواة القانونية وهذا هو المطلوب في العقد، أما المساواة الاقتصادية فليست لازمة كون اتفاق الإرادتين في العقد لا يعني بالضرورة تعادل الإرادتين من حيث الدور، أو أن يكون مضمون العقد محل نقاش سابق، أو أن يكون من عمل الطرفين⁷.

كما أن القول بأن المحتكر هو الطرف الغالب في العقد هو قول مبالغ فيه، لا سيما وأنه هو الآخر يخضع للظروف الاقتصادية المحيطة به وأن هذه الأخيرة هي من أملت عليه شروط التعاقد، كونه ملزماً بمراعاتها أثناء تحديد هذه الشروط، بل على الأكثر من ذلك فإن المحتكر قد يكون في موقف أضعف مما يكون عليه موقف المستهلكين خاصة في حالة وقوف هؤلاء ضده واجتماع كلمتهم على محاربتة، لذلك لا مجال لتدخل القضاء لحماية هذا الطرف

¹ حمدي محمد اسماعيل سلطح، المرجع السابق، ص 178.

² وهم جمهور فقهاء القانون المدني في فرنسا، وجميعهم في مصر.

³ عبد الرزاق أحمد السهنوري، المرجع السابق، ص 247.

⁴ منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008، ص 53.

⁵ نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، دون سنة نشر، سوريا، 2007، ص 233.

⁶ نزيه حماد، عقود الإذعان، مجلة العدل، العدد 24، السعودية، 2004، ص 57.

⁷ علي مصبح صالح الحبيصة، المرجع السابق، ص 31.

(المستهلك) لأن ما يبرر تدخل القضاء هو استغلال الضعف لا الضعف في حد ذاته، وعليه فإن الحل الأنجع هو تقوية الطرف الضعيف حتى لا يكون عرضة للاستغلال من الطرف القوي، سواءً اقتصاديًا من خلال تجمع المستهلكين وتعاونهم على مقاومة التعسف من جانب المحتكر، أو تشريعياً من خلال تدخل المشرع لا القاضي لتنظيم عقود الإذعان بما يزيل هذا التعسف، وليس الحل بإنكار الصفة التعاقدية عن عقود الإذعان أو تفسير القاضي لبند العقد بما يحلو له بدعوى حماية الطرف الضعيف¹.

وقد حسم المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري² هذا الخلاف الفقهي الحاد حول تكييف عقود الإذعان وذلك بإضافته الصفة العقدية عليها من خلال إدراجها في الفصل الثاني من القانون المدني تحت عنوان "العقد" في القسم الثاني "شروط العقد" وتنظيم أحكامها في المادة 70 ق م ج بنصها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"، كما أفرد المشرع الجزائري تلك العقود بقواعد خاصة سعيًا إلى حماية الطرف المذعن فيها وهو ما سنبينه لاحقًا.

وعليه يتضح أن هذا الاختلاف القائم حول طبيعة عقد الإذعان إنما مرده الاختلاف حول مسألة القبول في هذا النوع من العقود بين من يرى أن القبول فيها متحقق المعنى والشروط وبالتالي فهي عقود حقيقية تخضع لما تخضع له سائر العقود، وهناك من يرى أن القبول في هذه العقود يكون ضمنيًا ينتفي معه الرضا وبالتالي فهي مجرد قاعدة قانونية وليست بعقود.

ويرى الباحث أن تغليب المذهب الثاني القائل بعقدية عقود الإذعان واعتبارها عقودًا حقيقية ملزمة بكل ما جاء فيها وبالتالي لا تختلف عن سائر العقود الأخرى هو الأرجح للأسباب الآتية:

- قوة الأدلة المستند إليها من قبل هذا المذهب.
- تنظيم المشرع لهذا النوع من الروابط العقدية في باب العقود³.
- موافقة الفقه الإسلامي لهذا المذهب من خلال اعتبارها عقودًا ارتبط فيها الإيجاب بالقبول على وجه شرعي وبالتالي فهي عقود بكل ما فيها من الاضطرار⁴.

الفرع الثالث: الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان

إذا كان تطبيق النظرية التقليدية للعقد يبدو أكثر قبولًا بالنسبة للعقود التي يتم إبرامها في ظل تساوي أطرافها، أو بدون إذعان أحدهما للآخر، فإن تطبيق هذه النظرية يبدو في غاية الخطورة عندما يتعلق الأمر بعقود يختل فيها التوازن بين المتعاقدين، خاصة عقود الإذعان التي ينصاع فيها المتعاقد لما يمليه عليه الطرف الآخر من شروط لذلك فإن تحويل المشرع للقاضي التدخل لحماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية يكون محكومًا بمبدأ ييسط هيمنته على المنظومة القانونية، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة، وعليه فإن تدخل القاضي في هذا المجال التعاقدية لا

¹ جيلالي بن عيسى وأمين بن قردى، المرجع السابق، ص 06.

² تنص المادة 100 من القانون المدني المصري على ما يلي: "القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها".

³ أنظر حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012، ص 48.

⁴ أنظر منال جهاد أحمد خلة، المرجع السابق، ص 54.

يكون إلا في حدود ما يسمح به هذا المبدأ، سواءً تعلق الأمر بسلطة القاضي في تعديل هذه الشروط، أو استبعادها أو تعلق الأمر بدوره في تفسير شروط العقد الغامضة.

أولاً: إمكانية تعديل القاضي للشروط التعسفية أو استبعادها

إذا كان المشرع الفرنسي لم يضع نصاً تشريعياً خاصاً بمواجهة الشروط التعسفية¹ في العقود التي تمتّ بطريق الإذعان، الأمر الذي جعل القضاء يستكمل هذا النقص التشريعي، فإن المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري قد تدخل تدخلاً مباشراً لمواجهة الشروط التعسفية فنصت (المادة 110 ق م ج) والتي تقابلها (المادة 149 ق م م) على أنه: "إذا تمّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يُعدل هذه الشروط أو أن يعني الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ليتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري أراد حماية الطرف المذعن، حماية فعالة من تعسف الطرف الأقوى الذي غالباً ما يُدرج شروطاً تعسفية في العقد لا يملك الطرف المذعن سوى قبولها، وبما أن عدم وضوح الشرط، أو غموضه يجعل من الصعب على المذعن التعرف على مضمونه، أو مداه، فقد حاول المشرع أن يلتمس للمتعاقد المذعن مخرجاً للتخلص من هذه الشروط التعسفية.

لكن عدم تحديد المشرع للمقصود بالشرط التعسفي يترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدة وبالنظر للظروف الشخصية لأطراف العقد، فيستطيع التدخل لتعديل الشرط متى قدر أنه جاء تعسفياً ولو كانت عبارات الشرط واضحة، كون وضوح العبارة لا يسلب القاضي سلطة التعديل على اعتبار أن الطرف المذعن لم يكن بوسعه فعل شيء رغم وضوح الشرط ودقته، فالغموض ليس بشرط حتى يتدخل القاضي لتعديل الشرط².

ويُتّخذ بتعديل الشرط التعسفي الإبقاء عليه مع رفع أوجه التعسف التي يتضمنها بالوسيلة التي يراها القاضي مناسبة، لأن هناك من الشروط ما لا يمكن للقاضي إعفاء الطرف المذعن منها باعتبارها جوهرية في العقد يؤدي الغاءها إلى القضاء على العقد برؤيته، كما هو الحال في الشروط المتصلة بالمقابل الذي يُفرض على الطرف المذعن نظير الخدمة التي سيؤديها الطرف الآخر³.

أما فيما يتعلق بسلطة القاضي في إلغاء الشروط التعسفية فإنها تعتبر الأكثر خطورة والأشدّ جرأة من سلطة التعديل كون القاضي يستطيع بموجبها تجاهل أحكام القوة الملزمة للعقد وقضائه بإلغاء الشرط متى وصفه بالتعسفي وأن مجرد التخفيف من الالتزام الذي يفرضه هذا الشرط على عاتق الطرف المذعن لا يفي بغرض الحماية المطلوبة له⁴. وعليه فإنه لا يُلغى سلطة القاضي في حماية الطرف المذعن (الضعيف) سوى انتفاء صفة التعسف حتى تصبح مراجعة الشروط من قبيل التحريف رغم اقتصار هذه الحماية على فئة محدّدة من العقود وهي عقود الإذعان

¹ تفادياً للتكرار، سنتناول الشروط التعسفية في الباب الثاني بشيء من التحليل والمقارنة بالحماية في قوانين الاستهلاك.

² عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015، ص 161-162.

³ فائزة طيب، دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي، العدد 58، الأغواط، الجزائر، سبتمبر 2017، ص 164.

⁴ عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 162.

ليستوي الأمر مع ما نُحجه المشرع فيما يتعلق بمسألة الغبن من خلال حمايته لفئة معينة من الاختلال، مما يثير التساؤل حول باقي العقود التي تتم بطريق المفاوضة متى تضمنت شرطاً تعسفياً.

ثانياً: سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة

لا يُعتبر التعديل أو الإلغاء الوسيلة الوحيدة التي منحها المشرع للقاضي من أجل معالجة اختلال التوازن العقدي في عقود الإذعان، بل إنّ الفقرة الثانية من المادة 112 ق م ج¹ تنص على أنه: "... غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعى".

ليكون المشرع الجزائري بذلك قد وقف إلى جانب الطرف المدّعى عند تفسير عبارات عقد الإذعان الغامضة من خلال تضمينه المادة 112 ق م ج استثناءً عن الأصل الذي يقضي بتفسير الشك في العقد لمصلحة المدين، مفاد هذا الاستثناء عدم جواز أن يكون تفسير العبارات الغامضة ضاراً بمصلحة الطرف المدّعى دائماً كان أم مدينًا بالنظر إلى انفراد الطرف القوي في عقد الإذعان بوضع شروط العقد وإملاء إرادته على المتعاقد الضعيف ومحاولته تمرير شروط تعسفية تحت ستار الغموض والإبهام، لأنه لو كانت هذه الشروط واضحة لأعرض المتعاقد الآخر عن التعاقد، فيُفسر الشرط الغامض لصالح الطرف المدّعى لوقوع تبعة الغموض على عاتق الموجب الذي انفرد بتحرير العقد².

مما سبق يرى الباحث أن هذه الحماية التقليدية من الشروط التعسفية تبقى غير كافية في ظل تطور العلاقات التعاقدية وتطور الحياة الاقتصادية وانتشار المحلات والمنشآت الكبرى التي تعرض بضائعها، أو خدماتها على الجمهور بأسعار وشروط معينة لا تقبل مناقشة فيها ولا تحيد عنها، مما يتعين على من يتعامل معها الإذعان لها والقبول بشروطها دون مساومة، ليشمل خطر الشروط التعسفية حتى عقود المساومة في معظم صورها المعاصرة من خلال وقوع المشتري تحت تعسف البائع ليس نتيجة ضعفه اقتصادياً وإنما لعدم خبرته الفنية في مجال التعاقد، الأمر الذي يمكن القول معه أن نظرية الإذعان ليست إلّا محاولة غير كافية لمواجهة مشكلة حماية المتعاقدين من خطر الشروط التعسفية خاصة المستهلك.

فوجود عقود لها وصف الإذعان يعني تحقيق الحماية لأطراف هذا النوع من العقود فحسب هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ عقود الإذعان تتطلب احتكاراً، أو تفوقاً اقتصادياً حتى يمكن الاعتراف لها بهذا الوصف، في حين أن المشكلة ليست محصورة في هذا الإطار الضيق كون الاحتكار لا يكون دائماً بشكل واضح، كما قد يكون فعلياً مما يصعب معه معرفته، أو تحديده قانوناً، الأمر الذي جعل تشريعات الدول وعلى غرارها الجزائر تستشعر الحاجة إلى إصدار تشريعات متخصصة، من قبيل قانون المستهلك وقانون المنافسة بهدف مقاومة الشروط التعسفية وتحقيق الحماية للمستهلكين ومن ثمّ إعادة التوازن للعلاقات العقدية المختلة بسبب الشروط التعسفية.

¹ تقابلها المادة 2/151 من القانون المدني المصري بنصها: "... ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدّعى".

² عرارة عسالي، المرجع السابق، ص 162، أنظر أيضاً في الصدد فائزة طبيب، المرجع السابق، ص 165.

المطلب الثالث: اتساع دائرة العقود الخاصة

لقد كان للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية الهائلة عميق الأثر في العملية التعاقدية ووزنها الاقتصادي والقانوني، وحتى الدولي، خاصة في ظل العولمة وحرية التجارة والتكتلات الاقتصادية والتقدم التقني الهائل الذي ربط أجزاء المعمورة من خلال الاتصالات الفضائية وشبكة الأنترنت، وتغيّر وظيفة الدولة من الدولة الحامية للحدود والأمن، إلى الدولة المتدخلة في المجال الاقتصادي، المتحكمة في تسييره وتوجيهه وتكفلها بحماية الطرف الضعيف اجتماعيًا واقتصاديًا وثقافيًا، الأمر الذي أدى إلى ظهور عقود جديدة إلى جانب العقود التقليدية من أجل مواكبة مناخ الاستثمار والتنمية الاقتصادية والمعاملات الالكترونية، ومن أهم هذه العقود ما يلي:

- عقود الادماج كآلية جديدة للتعاقد في ظل التحويلات الاقتصادية (فرع أول).

- التعاقد الجماعي كتقنية جديدة (فرع ثاني).

- عقد بيع العقار في طور الإنجاز (فرع ثالث).

- العقود البيئية كآلية لحماية مصالح بيئية في مواجهة مصالح اقتصادية (فرع رابع).

- العقود الالكترونية (فرع خامس).

الفرع الأول: عقود الادماج كآلية جديدة للتعاقد في ظل التحويلات الاقتصادية

يعتبر هذا النوع من العقود وسيلة في يد الدولة من أجل ترقية سياسة التشغيل من خلال إعادة توجيه العقد من حيث تعريفه وإبراز دوره من قبل الدولة لوظيفته الاجتماعية والمتمثلة في امتصاص البطالة والقضاء على تهميش الشباب، فيتم في صورة اتفاق بين الوكالة الوطنية للتشغيل والمستخدم والمستفيد من الإدماج، حيث يسمح إدراج التزامات قانونية وتنظيمية في ثوب عقد الإدماج، أو ما يعرف بعقود ما قبل التشغيل بإحداث آثار قانونية وتحقيق التبادل بين الأطراف، فيلتزم المستخدم بممارسة سلطاته وتقديم العمل وفي المقابل يلتزم المستفيد باحترام النظام الداخلي للهيئة المستخدمة¹.

وعقود الإدماج هي شكل من أشكال العقود النموذجية محدّدة المدة² تخضع في تنظيمها لقرار وزاري، كالقرار المتعلق بنماذج عقود الإدماج والتكوين الصادر في 2008/07/24³ وتخص فئة محدّدة كحاملي الشهادات والتكوين المهني، فضلاً عن أنها تضم ثلاثة أطراف مُثّلة في المستخدم والمستفيد والوسيط (الوكالة الوطنية للتشغيل) وهو ما يميزها عن عقود العمل التي ينظمها القانون 90-11⁴ المتعلق بعلاقات العمل والتي لا تخص فئة محدّدة، بل تخص كل طالب عمل مهما كان مؤهله أو سنه وتتم عادة بين طرفين.

¹ خديجة فاضل، عيمة العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016، ص 186.

² أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-126، المؤرخ في 19 أبريل 2008، المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، ج ر، العدد 22، المؤرخة في 30 أبريل 2008، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-105، المؤرخ في 06 مارس 2011، ج ر، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011، والمرسوم التنفيذي 13-142، المؤرخ في 10 أبريل 2013، ج ر، العدد 21، المؤرخة في 23 أبريل 2013.

³ القرار المؤرخ في 24 يوليو 2008، المحدد لنماذج عقود الادماج وعقود تكوين-تشغيل وعقود العمل المدعم، ج ر، العدد 49، المؤرخة في 03 سبتمبر 2008.

⁴ القانون 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج ر، العدد 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990، المعدل والمتمم.

وعليه فإن تدخل الدولة في العقد لإعادة المساواة بين طرفي العقد أسفر عنه نقل العقد من التصور الفردي إلى التصور الجماعي وتكريسه لمبدأ العدالة الاجتماعية والمساواة والتضامن الاجتماعي من أجل تحقيق السلم الاجتماعي، كما أن لجوء الدولة إلى أنماط جديدة للتعاقد من قبيل عقد الدمج ما هو إلا انعكاس للطابع الاجتماعي الذي أصبح يُميّز العقد في القرن الواحد والعشرين في محاولة من الدولة لضبط السوق والمساهمة في تطوير وتحديد نظرية العقد¹.

الفرع الثاني: التعاقد الجماعي كتقنية جديدة

يعتبر الطابع الجماعي للعقد ضرورة لمسايرة التحويلات الاقتصادية الجارية والتي يسعى المشرع من خلالها إلى تكيف العقد وتحقيق توازنه من خلال الرد على مطلب الحاجة في الاختلاف والتكيف في تحديد القواعد المرتبطة بشروط التشغيل والعمل والأجر، كون تدخل الدولة في العقد إنما مبرّره حماية الطرف الضعيف باسم الجماعة كالمستهلكين والعمال وغيرهم².

ويقصد باتفاقيات العمل الجماعية³ ذلك العقد الذي يقتضي توافق إرادات نقابات العمال من جهة وأرباب العمل من جهة أخرى، حيث يمتاز هذا الاتفاق بخاصية الجماعية من جانب العمال ناقلاً العقد من الفردية إلى العقد الجماعي، على اعتبار هذا العقد يتم بين أطراف لها مصالح متناقضة وتنصرف آثاره إلى كل العمال بما فيهم أولئك الذين لم ينضموا إليه أو لم يرضوا به، وهو الأمر الذي يُشكل مساساً بمبدأ الأثر النسبي للعقد والمبرر بتحقيق المصلحة الجماعية للعمال وأرباب العمل على حدّ سواء وإعادة المساواة بين الطرفين⁴.

وعليه فإن هذا النوع من التعاقد جاء كبديل لعقود العمل الفردية بهدف رفع الظلم والتعسف الذي كان يمارسه أصحاب العمل⁵، لذلك فهو نتيجة لتطور العقد بما يتوافق والمقتضيات الاجتماعية والاقتصادية بغية تحقيق التوازن العقدي والقضاء على كل اختلال في التزامات المتعاقدين وفقاً لمبادئ العدل التوزيعي والحياة الاقتصادية كهدف تسعى إليه الدولة من وراء انشاء العقود الجماعية في ظل عدم قدرة المذهب الفردي على تحقيق هذا التوازن⁶.

الفرع الثالث: عقد بيع العقار في طور الإنجاز

يعتبر عقد بيع العقار في طور الإنجاز من الأنماط الجديدة في التعاقد في مجال البناء مواكبة لاقتصاد السوق في الاستثمار العقاري الذي يعتبر من القطاعات الحيوية في ظل التقدم المسجل في الحاجيات المتزايدة، كتصور جديد للبيع يكون مخالفاً لما هو مستقر عليه، الأمر الذي جعل هذا النوع من البيع يستقل بمفهوم جديد وبعناصر جوهرية تميزه عن غيره من العقود، سواءً من حيث المحل باعتباره ينصب على بناية مستقبلية، أو من حيث الالتزام بالبناء

¹ جمعة زمام، المرجع السابق، ص 238.

² خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 161-162.

³ أنظر المادة 114 من القانون 90-11، المتعلق بعلاقات العمل.

⁴ جمعة زمام، المرجع السابق، ص 238.

⁵ فنيحي مجيدي، محاضرات في مقياس قانون العمل، مقدمة لطلبة السنة الثالثة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2011-2012، ص 356.

⁶ حفيفة عطوي، المرجع السابق، ص 621.

باعتباره ينصب على تحقيق غاية بإيجاد بناية، أو جزء منها خلال أجل محدد، أو من خلال طبيعته القانونية الخاصة التي تجعل منه عقداً يرد على الملكية باعتباره بيعاً من جهة، ومن جهة أخرى خدمة باعتباره مقاوله.

ويُقصد ببيع العقار في طور الإنجاز ذلك العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري* ببيع بناية قبل تشييدها مع ضرورة نقل ملكيتها وقت إبرام العقد أي قبل الإنجاز، وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن على أقساط، وقد نظم المشرع الجزائري نشاط الترقية العقارية من خلال القانون 11-04¹ المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بعد إلغاء المرسوم التشريعي 93-203²، حيث عُرف هذا النوع من البيوع ببيع البناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء³.

رغم أن المشرع الجزائري لم يأتي بالجديد من خلال القانون 11-04 مقارنةً بما سبقه من قوانين في هذا الشأن، إلا أنه كان واضحاً في تحديد صور هذا البيع والمتمثلة في صورة "بيع بناء على التصاميم"، كعقد حديث له من الخصوصية ما يجعله يخرج عن القواعد العامة لعقد البيع في كثير من أحكامه⁴، وكذا صورة "عقد حفظ الحق" الذي أعاد المشرع تبنيه من جديد بموجب القانون 11-04 بضوابط محددة تجعله مختلفاً عنه في القوانين السابقة⁵ من خلال جعله كضمان للمشتري والمرقي العقاري على حدٍّ سواء، ذلك أن التسبيق الذي يدفعه صاحب حفظ الحق يُعد ضماناً له يُمكنه من التمتع بأحقية الشراء دون غيره، ومن جهة أخرى ضماناً بالنسبة للمرقي العقاري في حالة تعرض صاحب حفظ الحق للإفلاس⁶.

الفرع الرابع: العقود البيئية كآلية لحماية مصالح بيئية في مواجهة مصالح اقتصادية

عرف قانون البيئة⁷ في مطلع القرن العشرين تطوراً كبيراً نتيجة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم، تجسد هذا التطور في دولية هذا القانون من جهة، ودستوريته من جهة أخرى، الأمر الذي جعل قانون البيئة يرتبط ويتقاطع مع النظرية العامة للعقد من خلال وجوب التكامل بين القانونين بفرض التزامات جديدة لم تكن معروفة في العقد المدني، من قبيل الالتزام بالإعلام البيئي الذي ما لبث أن تطور وبشكل متزايد آخذاً بعين الاعتبار خصوصية الواقع البيئي، حيث أصبح نشر المعلومات البيئية مطلباً قانونياً واتسع ليشمل المعلومات المتعلقة بحالة انجاز

* كانت الدولة في ظل النظام الاشتراكي هي المهيمنة على قطاع السكن، لكن بعد التحول إلى النظام الرأسمالي فتحت الدولة الباب أمام الخواص لخوض غمار الترقية العقارية ومساعدتها في إيجاد حلول لأزمة السكن التي باتت تعيشها البلاد من خلال انشاء دواوين خاصة بالترقية العقارية، دون انسحابها الكلي من القطاع، أنظر في الصدد سفيان ذبيح، النظام القانوني للمرقي العقاري في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 06، العدد 01، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، جانفي 2020.

¹ القانون 11-04، المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.

² المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.

³ أنظر المادة 31 من القانون 11-04 سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 28 من القانون 11-04 سالف الذكر، وأنظر في الصدد أيضا باي يزيد عربي، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009-2010، ص 75 وما بعدها.

⁵ أنظر المواد 27 و 31 و 33 من القانون 11-04 سالف الذكر.

⁶ أنظر المادة 27 من القانون 11-04 سالف الذكر.

⁷ القانون رقم 03-10، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، العدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم.

الشبكات الداخلية للغاز والكهرباء التي تعتمد على معطيات الوحدة السكنية في إطار الاستغلال الجماعي¹، وكذا تفعيل بطلان الاتفاقات تحت طائلة النظام العام البيئي².

لذلك يمكن القول أن القانون الخاص بالبيئة فرض تطوير وتحديث النظرية العامة للعقد من منطلق أن العقد سواءً في القانون العام، أو الخاص ليس غاية في حد ذاته، بل يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالمصلحة العامة التي من بين مظاهرها الحماية البيئية، حيث أصبح كل ما يسهم في حماية التوازن البيئي يتم بتقنية التعاقد المدني كنوع جديد ومتطور من العقود يهدف إلى حماية المصلحة العامة إلى جانب المصلحة الخاصة³.

وعليه فإن فكرة التأسيس لنظرية العقد البيئي، كنظرية جديدة من أجل حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ترجع في الأساس إلى الشروط البيئية الواردة في طائفة واسعة من العقود استناداً إلى الحق الممنوح للأفراد والأشخاص المعنوية من أجل إنشاء ما يروونه من عقود بمناسبة تصرفاتهم وأعمالهم القانونية المختلفة⁴.

وإذا كانت عقود الاستثمار كأهم عقود عادةً ما تُخصّص بنوداً متعلقة بالجوانب البيئية إلى جانب بنودها الاقتصادية المتعلقة بالجوانب الجبائية والربحية للمشروع، رغم ورود هذه البنود البيئية في شكل بنود هامشية مقارنة مع البنود الاقتصادية للمشروع الاستثماري، فإن التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم فرضت ضرورة الارتقاء بالبنود البيئية الواردة في مثل هذه العقود، خاصة الاقتصادية منها وذلك بصحبها في شكل عقد بيئي قائم بذاته يحفظ الحقوق ويوفر حماية قانونية للبيئة في إطار التنمية المستدامة⁵.

كما أن المشرع غالباً ما يدعو إلى ضرورة التخلص من انبعاثات غاز التدفئة عن طريق عقود خاصة لتصفية النفايات من خلال دمج العقود في إطار سياسة بيئية تهدف إلى حماية المصلحة العامة إلى جانب حماية المصلحة الخاصة للمتعاقدين في نفس العقد⁶، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأن التشريع البيئي من خلال العقود البيئية ساهم في تطوير نظرية العقد وذلك بالسعي إلى حماية المصلحة العامة من خلال أحكام العقد المدني اعتماداً على البعد المعياري الذي يحقق للعقد وظيفة اجتماعية تجعله يرتبط بالعالم الذي يدور حوله بعيداً عن أطرافه⁷.

مما سبق يرى الباحث أنه من أجل خلق نظرية عقدية بيئية خالصة، لا بد من دراسة مستفيضة ومتأنية لكافة الأنماط التعاقدية والتقنيات القانونية المنبثقة عن التشريع البيئي من أجل إثراء فكرة القانون الخاص البيئي، بما يعطي نفس جديد لنظرية العقد تماماً كما هو الحال بالنسبة لقانون حماية المستهلك وقانون المنافسة، من خلال السعي إلى إعادة تصنيف قانون البيئة وفق التقسيم القانوني الحديث بما يُحقق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة على حدٍّ سواء.

¹ محمد مزوالي، نظرية العقد والنظام القانوني البيئي قراءة في القانون الفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2017، ص 137

² جمعة زمام، المرجع السابق، ص 240.

³ حفيظة عطوي، المرجع السابق، ص 621-622.

⁴ مصطفى كرد الواد، التأسيس للعقد البيئي: كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، مقال منشور بالمجلة الالكترونية آفاق البيئة والتنمية، سبتمبر 2015، <https://www.maan-ctr.org>، تاريخ الاطلاع 2021/07/28.

⁵ مصطفى كرد الواد، المرجع نفسه.

⁶ حفيظة عطوي، المرجع السابق، ص 622.

⁷ محمد مزوالي، المرجع السابق، ص 142.

الفرع الخامس: العقود الالكترونية

تعتبر التحويلات التكنولوجية التي عرفها العالم في العقدین الأخيرین نتيجة المؤثرات الخارجية التي تصب في اتجاه العولمة الاقتصادية العامل الأساسي في إحداث التغير الذي لحق نظرية العقد، الأمر الذي خلق تحديات قانونية واسعة تمحورت في مجموعها حول أثر استخدام الوسائل الالكترونية في تنفيذ الأنشطة التجارية، مما دفع بالنظم القانونية المختلفة إلى معالجة المسألة من خلال حركة تشريعية تتماشى ومستجدات العصر.

ف نجد المشرع الفرنسي قد وضع تنظيمًا شاملاً للعقود الالكترونية في محاولة لتغيير نظم العلاقة التعاقدية من خلال التخلي ولو بصفة جزئية عن العقد الورقي نحو العمل بالعقد الالكتروني، وعلى غرار المشرع التونسي الذي أصدر قانوناً خاصاً بالتجارة لسنة 2000 رغم إخضاعه هذا النوع من العقود لنظام العقد الكتابي، لا سيما ما تعلق بالتعبير عن الإرادة وآثارها القانونية بما لا يتنافى وأحكام العقد التقليدي، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع المغربي الذي أصدر القانون 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات والذي تضمن أبرز الأمثلة على التعديل الجزئي وأثره على قانون الالتزامات والعقود، حيث تنوع هذا التعديل بين تقييم بعض الفصول بمقتضيات جديدة، أو إضافة فصول كاملة للفصل الأصلي، أو تجميد بعض النصوص التشريعية التي لا تلائم صيغة هذا العقد الالكتروني.

أما المشرع الجزائري فقد وجد نفسه ملزماً بوضع الإطار القانوني للتجارة الالكترونية كأسلوب جديد في التعاقد عند تعديل القانون المدني لسنة 2005، حيث نص على الكتابة الالكترونية في الماد 323 مكرر من ق م ج، كما نص على التوقيع الالكتروني في المادة 323 مكرر 1 من ق م ج، وفي سياق آخر نص على استخدام وسائل الدفع الالكتروني في المادة 69 من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، ونظم أيضاً الجرائم الالكترونية الناتجة عن المعاملات في نص المادة 394 مكرر من القانون 04-15 المؤرخ في 2004/11/10، وصولاً إلى القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية¹.

وقد أثارت هذه البيئة الرقمية الجديدة العديد من التساؤلات، إن لم نقل إشكالات بشأن التعاقد الالكتروني وما يتميز به من خصوصية لا سيما ما تعلق بضمان سلامة انعقاده عبر الأنترنت والأمر يتعلق بفضاء لا مادي والتقاء حكمي غير ملموس للمتعاقدین وأيضاً فكرة الإرادة الرقمية، خاصة وأن هذا التطور لا توافقه القواعد العامة الكلاسيكية في القانون المدني، وتأسيساً على ما سبق سنتناول في هذا الفرع الضوابط القانونية المتعلقة بالعقد الالكتروني في النقاط الآتية:

-التعريف بالعقد الالكتروني (أولاً).

-إشكالات التراضي في العقد الالكتروني (ثانياً).

-إثبات العقد الالكتروني (ثالثاً).

-التعايش مع جائحة كورونا: تمحور حول الرقمنة وانتعاش للتجارة الالكترونية (رابعاً).

¹ القانون رقم 05-18، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر، العدد 28، المؤرخة في 16 ماي 2018.

أولاً: التعريف بالعقد الالكتروني

نقوم فيما يلي بعرض التعريفات الواردة بشأن العقد الالكتروني في التشريعات، ثم التعاريف الفقهية.

1-التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

عرّف المشرع الكندي التعاقد عن بعد في القانون الخاص بولاية كيبك لحماية المستهلك والضبط في القسم العشرون منه بأنه: " تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما، سواءً في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين"¹.

وعرّفه المشرع التونسي في الفصل الثامن والعشرون من قانون المبادلات التجارية والالكترونية بقوله: " ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"، وهو تعريف ضمني للعقد الالكتروني من خلال تعريف المبادلات الالكترونية التي يُعد العقد الالكتروني أحد آلياتها، ليتبين في إطار هذا القانون أن العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه وتنفيذه الكترونياً².

كما عرّفه التوجيه الأوربي الصادر بتاريخ 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك بأنه: " أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحد أو أكثر من وسائل الاتصال الالكتروني حتى إتمام العقد"، وانطلاقاً من فرضية أن هذا النوع من التعاقد يتم بواسطة الوسائط الإلكترونية فقد عرّف كذلك على أنه: " أي وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما، وذلك حتى إتمام العقد بين الأطراف"³.

وعرّفه قانون الأونستيرال النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بتاريخ 12-06-1992 والمتعلق بالتجارة الالكترونية في المادة 2/أ منه في حضم تعريفه لرسالة البيانات بأنه: " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها واستلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو التلكس"⁴.

أمّا المشرع الجزائري فقد عرّف هذا العقد في المادة 06 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية كما يلي: "...يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصرياً لتقنية الاتصال الالكتروني..."، وهو تعريف شامل لكافة التصرفات التي يتم إبرامها عبر الأنترنت، وذلك من خلال عدم حصره في نوع محدّد من العقود تاركاً المجال مفتوحاً لإدراج تصرفات جديدة تتم بالصفة الالكترونية والتي قد توجد مستقبلاً.

¹ نورة جبارة، أثر التحويلات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد: العقد الالكتروني، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 172.

² القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، المؤرخ في 09 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات التجارية والالكترونية.

³ نور الدين بعجي، إشكاليات التراضي في العقد الالكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51، العدد 03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سبتمبر 2014، ص 205، أنظر أيضاً في الصدد مينة حوحو، عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 06.

⁴ حفيظة عطوي، المرجع السابق، ص 623.

2-التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

لم يدّخر الفقه جهداً في سبيل وضع تعريف محدّد للعقد الالكتروني، فظهرت العديد من المحاولات لتعريفه كل منها ينظر إلى العقد الالكتروني من منظور معين سعيًا إلى تحديد معالمه، فهناك من عرّفه من خلال التجارة الالكترونية التي يعتبر العقد الالكتروني العصب الأساسي لها فعُرفت التجارة الالكترونية بأنها: "أي أعمال تجارية تُبرم وتتم بطريقة الكترونية، سواءً كانت التعاملات التجارية تحدث بين طرفي العملية التجارية، أو بين الشركة وعملائها"¹.

وعرّف الفقه الأمريكي² العقد الالكتروني بأنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفًا ومعالجة الكترونياً تُنشئ التزامات تعاقدية".

وعرّفه الفقه الفرنسي بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل"³.

كما عرّفه الأستاذ الدكتور أمل لطفي حسن جاب الله بأنه: "العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات وبقصد انشاء التزامات تعاقدية"، وهو التعريف الذي يراه الباحث جدير بالاعتماد والسبب في ذلك أن جانبًا من الفقه في تعريفه للعقد الالكتروني حصر هذا الأخير في اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مقترحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية دون تبيان النتيجة المترتبة على التقاء هذا الإيجاب بالقبول والمتمثلة في انشاء التزامات تعاقدية، وهو الأمر الذي تداركه الأستاذ أمل لطفي حسن جاب الله في تعريفه.

ثانيا: إشكالات التراضي في العقد الالكتروني

من منطلق أن العقد نظام اجتماعي يضبط حياة الناس في المجتمع، فإنه من الطبيعي تأثر هذا العقد بما يلحق المجتمع من تقدم وتطور تقني في جميع المجالات، خاصة في مجال الاتصالات، حيث تُعدّ الأنترنت من أبرز وسائل الاتصال التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات لما لها من كبير الأثر على معظم فروع القانون بصفة عامة وعلى نظرية العقد في القانون المدني بصفة خاصة.

لذلك فقد أثار التعاقد عبر شبكة الأنترنت العديد من الإشكالات التي جعلت الفقه يتساءل عن مدى كفاية القواعد العامة لتنظيم هذا النوع من التعاقد، لا سيما ما تعلق بالأحكام الخاصة بصحة التراضي، كون هذا النوع من العقود يُبرم عن بعد ودون الحضور المادي للأطراف، الأمر الذي يستوجب تطوير وتحديث الكثير من المفاهيم القانونية في القوانين التقليدية بما يتلاءم وهذه التطورات في إبرام العقود.

ويُعرّف التراضي عمومًا بأنه تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني ممّا يستوجب صدور التعبير عن أحد الطرفين يدل على الرضا، وهو الإيجاب وصدور تعبير عن الطرف المقابل يدل على قبول الإيجاب، وهو ما يُعرف

¹ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 56.

² Michal S. Baim et Henry perit, electronic contrating, publishing and EDI lqz, Wiley Law puck Bilocation fan Wiley. sans 1991, p6.

³ Michal S. Baim et Henry perit, electronic contrating, publishingand EDI lqz, Wiley law puck Bilocation fan wiley. sans 1991, p6.-Olive Tenu ; internet et le durit, aspect juridiques du commerce électronique, edition eyalets, 1996, p23.

بالقبول وكذا ارتباط القبول بالإيجاب، والعقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت لا تخرج عن هذه القاعدة سوى أن الإيجاب والقبول فيها يتم بوسائل إلكترونية¹.

1-الإيجاب في العقد الالكتروني

يقصد بالإيجاب في العقد الإلكتروني تعبير الراغب في التعاقد عن إرادته عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 60 من ق م ج في وصفه للإيجاب على اعتبار أن معظم أحكام القواعد العامة المنظمة للعقود يمكن تطبيقها في مجال التعاقد الالكتروني أيضاً².

لذلك فإن من أهم الإشكالات التي أثارها الفقه في هذا الشأن مشكلة اختلاف اللغة والذي يترتب عليه اختلاف التعبير عن الإرادة مع القصد وهل يُعتد بالقصد أم التعبير، فإن حدث واختلف التعبير عن مضمون القصد الكامن في النفس كنا بصدد مشكلة حقيقية تثير التساؤل حول أي الإرادتين يُعتدُّ بها، وهل يلزم الاعتداد بالإرادة الظاهرة المتمثلة في التعبير، أم بالإرادة الحقيقية المتمثلة في القصد الكامن في النفس³.

كذلك من الإشكالات التي يثيرها الإيجاب في العقود الالكترونية لدى فقهاء القانون ما تعلق بالعقود النموذجية التي تظهر على الموقع الإلكتروني في شكل استمارة الكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد وتوجه بشروط مماثلة إلى الجمهور على وجه الدوام، مما يعني إلغاء التفاوض، خاصة للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، الأمر الذي ترتب عليه إمكانية إدراج العقد الإلكتروني ضمن عقود الإذعان متى عجز أحد طرفيه عن مناقشة شروطه⁴، كما أثار التعبير الالكتروني عن الإرادة عن طريق آلة الكمبيوتر خلافاً فقهيًا حول ما إذا كانت هذه الإرادة تُنسب إلى الآلة ذاتها، أم لصاحبها سواء كان شخصاً طبيعياً، أو معنوياً كالشركات، أم أن هذه الآلة تعتبر مجرد ناقل لا معبر⁵.

ومن الإشكالات التي يثيرها هذا النوع الجديد من التعاقد أيضاً في ظل هذا التطور التقني والتكنولوجي ما يُعرف بالشروط المخفية التي ظهرت نتيجة قيام بعض التجار بإدراج شروط التعاقد في ملحق متصل بالشروط الأساسية، بحيث لا تكون هذه الشروط ظاهرةً بشكل بارز عند التعاقد، فثار إشكال في هذا الصدد من قبيل ما إذا كان للإيجاب الالكتروني خصوصية بهذا الشأن من خلال اقتصار الإيجاب الالكتروني على العناصر الأساسية للعقد، أم لا بد أن ينطوي هذا الإيجاب على كافة شروط العقد مع إبرازها بشكل واضح، الأمر الذي يقودنا إلى أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، لما لهذه التفرقة من دور أساسي في التمييز بين التفاوض على العقد وبين إبرام العقد

¹ أحمد بوقرط، إشكالية التراضي في العقود الالكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد 02، العدد 06، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، أبريل 2019، ص 103-104.

² جمال بوشنافة، خصوصية التراضي في العقود الالكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد العاشر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2018، ص 130.

³ جمال بوشنافة، المرجع نفسه، ص 133.

⁴ عبد القادر مهداوي ومحمد المهدي بن السبحمو، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، 2018، ص 370.

⁵ حسن يحيى يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007، ص 18-19.

في حد ذاته، كون الدّعوة إلى التعاقد لا تكون ملزمة فلا يمكن إجبار أي من الطرفين على الاستمرار فيها، في حين يكون الإيجاب ملزمًا لصاحبه فلا يستطيع العدول عنه أو التعديل في محتواه¹.

كما أثارَت مسألة التزام البائع أو منتج السلعة أو الخدمة، أو موزعها بإعلام المستهلك ببعض الأمور المتعلقة بالسلعة موضوع التعاقد، أو ما يُعرف بالالتزام بالتبصير وهو التزام في غاية الأهمية عمومًا وتزداد أهميته بصفة خاصة في العديد من السلع التي تتميز بطابعها الفني، أو التقني وما أكثر مثل هذه السلع في مجال التجارة الالكترونية التي تثير اشكالات فقهية، من قبيل التساؤل ما إذا كان هذا الالتزام يُعد ركنًا من أركان الإيجاب، أم التزام مستقل عنه تفرضه اعتبارات حسن النية².

2-القبول في العقد الالكتروني

يُقصد بالقبول الالكتروني الرد الإيجابي عن الإيجاب من طرف الموجب له والذي يتم عن بعد من خلال تقنيات الاتصال الحديثة ويخضع للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي، إلّا أنه يثير بعض الإشكالات كونه يتم عبر وسائط ودعائم إلكترونية³.

فمن أهم الإشكالات التي أثارها الفقه بشأن القبول الالكتروني مدى التأكد من وصول هذا القبول إلى الموجب من عدمه في ظل فكرة التأكد اللاحق، الذي يقصد به عدم الاكتفاء بقبول القابل، بل يُشترط فوق ذلك ورود تأكيد من التاجر إلى المستهلك حول مضمون العقد، أو عند تنفيذ العقد، أو تسليم هذا الأخير خلال مدة معقولة، وكذا مدى اعتبار السكوت تعبيرًا عن إرادة أحد الأشخاص في العقد الإلكتروني غير التقليدي الذي لا يخضع للقواعد العامة من حيث اعتبار السكوت قبولًا متى كان هناك تعامل سابق بين الأطراف، أو اتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو تمخض الإيجاب عن منفعة لمن وجه إليه⁴، كون العرف لا يلعب دورًا هامًا وفعاليًا في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف، كما أن الإيجاب الموجه لمنفعة الموجب إليه فَرَضَ غير مألوف عبر الأنترنت، الأمر الذي يستوجب احاطة القبول الالكتروني بجملة من الضوابط سعيًا إلى الحصول على أكبر حماية ممكنة للطرف الضعيف في العقد الالكتروني (المستهلك)، حيث تُعد هذه الضوابط من قبيل الاستثناءات التي لا تُقرَّر إلّا بنص بالنظر إلى ما تنطوي عليه من خروج عن القواعد العامة⁵.

أيضًا من الإشكالات التي يثيرها الفقه في هذا النوع من التعاقد، مشكلة الأهلية في إطار التعاقد عبر شبكة الأنترنت وصعوبة إثباتها، لا سيما في ظل اختلاف التشريعات بشأن أهلية الأداء، ولعلّ من تطبيقات هذه المشكلة ما

¹ نور الهدى مرزوقي، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 110-108.

² نواف محمد مفلح الذيابات، الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013، ص 59 وما بعدها، أنظر أيضا في الصدد خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 306، وأنظر أيضا أمال بن قدور وصباح عسالي، مظاهر الاخلال بمبدأ حسن النية في الإيجاب والقبول للعقد الالكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13، العدد 03، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2021، ص 393 وما بعدها.

³ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 135، أنظر في الصدد أيضا نواف محمد مفلح الذيابات، المرجع السابق، ص 29-31.

⁴ أنظر المادة 2/68 من القانون المدني الجزائري.

⁵ جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 136-137.

يقوم به بعض القُصّر من صغار السن، أو ناقصوا الأهلية من استخدام للبطاقات المصرفية لذويهم في إجراء عمليات البيع والشراء عبر الأنترنت، ثم تمسكهم بعد إبرام هذه العقود بنقص أهليتهم ومن ثم بطلان هذه العقود¹.

لذلك فإن اختلاف التشريعات بشأن الأهلية اللازمة لصحة العقد بصفة عامة، والعقد الإلكتروني بصفة خاصة قد يترتب عنه أن يكون أحد المتعاقدين قاصرًا في قانون دولته وكامل الأهلية في قانون دولة المتعاقد الآخر، الأمر الذي ينجّر عنه النزاع حول صحة العقد، أو قابليته للإبطال، وكذا مدى كفاية تطبيق أحكام تنازع القوانين في هذا الشأن، خاصة في ظل ترك التشريعات العربية (المصري والجزائري والأردني وغيرهم) مسألة الأهلية في العقود الالكترونية للقواعد العامة².

كما تثير مسألة الإعلانات الكاذبة والمضلّلة أحد الإشكالات المثارة فقهاً، كونها تُعد من المشكلات الخطيرة التي تعترض صحة التراضي في العقد الإلكتروني، لأن الإعلان عن السلعة أو الخدمة ينطوي على عناصر تعريف وتميز للسلعة من خلال إبراز السمات المميزة لهذه الأخيرة، لذلك فقد يكون لهذه الإعلانات وظيفة إيجابية تتمثل في تعريف جمهور المستهلكين بالسلعة، كما قد يكون لها تأثيرات سلبية تتجسد في خداع الجمهور متى تمت المبالغة في وصف السلعة من خلال تحميلها بمواصفات تفتقدها، الأمر الذي ينعكس على تفكير الأفراد من خلال ابداء رغبتهم في التعامل بشأن السلع والمنتجات التي يتم عرضها³.

3- زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

إذا كانت العقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت تُوصف أحياناً بأنها تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، بالنظر إلى ما تقدمه هذه الشبكة من خدمات تسمح للمتعاقدين بإمكانية إبرام العقد بشكل تحاوري آني دون وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما هو الحال في برامج الشات (Chat) والتعاقد عن طريق الهاتف⁴، الأمر الذي لا يثير أي مشكلة في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

فإن هناك حالات للتعاقد عبر هذه الشبكة ذاتها يكون بها فاصل زمني بين صدور القبول من المرسل إليه وعلم الموجب بهذا القبول، كما هو الحال في التعاقد عبر برامج البريد الإلكتروني متى تأخر المرسل إليه في فتح صندوق بريده الإلكتروني، رغم وصول رسالة البيانات المتضمنة القبول في نفس الوقت الذي أرسلت فيه، الأمر الذي من شأنه إثارة صعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني⁵، ومن ثم التساؤل عن مدى إمكانية قياس أحكام تبادل التعبير الإلكتروني وتطابق الإرادتين على الأحكام والقواعد التي يخضع لها التعاقد بالمراسلة وعبر الهاتف على أساس أنها عقود

¹ نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 72-73، أنظر في الصدد أيضاً أحمد بوقوط، المرجع السابق، ص 108.

² نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص 74.

³ ليندة عبد الله، حماية المستهلك من الإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضلّلة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الثاني، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، 2014، ص 20 وما بعدها.

⁴ أنظر عبد العزيز زرداوي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 20، العدد 38، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان 2014، ص 263 وما بعدها.

⁵ عمر فارس فيصل الشطناوي، مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2010، ص 45.

تتم عن بعد، أم أنه يجب النظر إلى التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت كوسيلة ذات طابع خاص يحقق التفاعلية والتزامية وبالتالي يحتاج إلى أحكام وقواعد خاصة غير تلك التي تضمنتها نظرية العقد التقليدية¹.

والحقيقة أن مسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني تكتسي أهمية خاصة، فمعرفة زمان انعقاد العقد تحظر على الطرفين نقض هذا الأخير أو التحلل منه، كما يتيح ذلك بداية ترتيب العقد لآثاره ونشوء مختلف الالتزامات التي حددها الأطراف، وبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن الآراء الفقهية قد انقسمت في هذا الصدد إلى أربع نظريات (نظرية إعلان القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية تسلم القبول، ونظرية العلم بالقبول) وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني نكون أمام أربعة أوقات لإبرام العقد ونشأة الرابطة العقدية الإلكترونية².

ففرضية التعاقد الإلكتروني بين غائبين تقودنا إلى وجود فترة زمنية تفصل الإيجاب عن القبول، مما يثير إشكالية تحديد زمان انعقاد هذا العقد، وبالرجوع إلى "نظرية إعلان القبول" نجد أن العقد ينعقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب، رغم ما تثيره هذه النظرية من اختلاف مع الواقع كون القابل قد يُنكر إعلان قبوله دون أن يتمكن الموجب من إثبات إعلان القبول³، أما بإعمال "نظرية تصدير القبول" على هذا العقد فنجد أنه لا يُتصور تصدير القبول دون تسلمه، إلا في حالة البريد الإلكتروني، إذ يمكن إرسال رسالة القبول من القابل دون تسلمها من قبل الموجب لسبب فني أو لفقدانها، أما في حالة التعاقد عن طريق الموقع فيتلاشى كل فارق زمني بين التصدير والتسليم⁴، في حين نجد العقد في "نظرية تسلم القبول" ينعقد من لحظة استلام رسالة البيانات، أو المعلومات على الجهاز الخاص بالموجب، وهو ما ذهب إليه قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 في المادة 15 منه، وعلى نفس النهج سار المشرع الأردني حين اكتفى بتحديد زمان إرسال وتسليم رسالة البيانات، مما يفيد اعتماده ضمينا لنظرية تسلم القبول⁵ رغم ما وُجّه لهذه النظرية من انتقاد، كون وصول القبول شبيه بتصديره فهو لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية، لأن تسلم الموجب للقبول لا يعني علمه به⁶، أما "نظرية العلم بالقبول"، فإن العقد الإلكتروني وفقاً لهذه النظرية ينعقد من لحظة علم الموجب بالقبول ولا يكفي إرسال رسالة وإنما على الموجب فتحها وقراءتها ومعرفة مطابقتها للإيجاب⁷.

¹ عباس بن جبار، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجبلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2013-2014، ص 295.

² عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص 122.

³ هدى المقداد، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 09.

⁴ عباس بن جبار، المرجع السابق، ص 317-319.

⁵ عمر فارس فيصل الشطناوي، المرجع السابق، ص 49.

⁶ يوسف بو عيسى، التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر، 2019، ص 160.

⁷ فوزية صبيحي ونضرة قماري، تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في القانون المقارن والقانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 09، العدد 02، جامعة حسنية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جويلية 2017، ص 277، أنظر في الصدد أيضا نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 168.

رغم ما أخذ على هذه النظرية من كون علم الموجب بالقبول أمر شخصي يتم منفردًا دون تدخل القابل، أو علمه وصعوبة هذا العلم، فهي النظرية التي اعتنقها المشرع الجزائري مع وضعه مبدأ عامًا لها في تعيين الوقت الذي يُنتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، وذلك من خلال المادة 61 ق م ج، كما طُبِّق هذا المبدأ أيضًا على التعاقد بين غائبين من خلال المادة 67 ق م ج¹، الأمر الذي جعل بعض الفقه يعتقد أن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين حكمًا، أو بين غائبين ليس له أي تأثير من الناحية العملية على زمان ومكان انعقاد العقد طالما أن المشرع اعتمد نظرية العلم بالقبول، إلا أننا نختلف هذا الرأي من منطلق أن القاعدة التي جاءت بها المادة 67 من ق م ج قرينة بسيطة، بحيث يمكن للموجب أن يثبت عدم علمه بالقبول إلا في وقت لاحق، فضلًا عن الطبيعة التكميلية لهذه القاعدة من خلال جواز اتفاق المتعاقدان على مخالفتها، كأن يتفقا على اعتبار العقد منعقدًا وقت صدور القبول مثلاً.

أما قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في مادته 15 في فقرتها الأولى فقد اتجه إلى بحث هذه المسألة من خلال الإشارة إلى أن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي تخرج فيها رسالة البيانات عن سيطرة المنشأ وتدخل نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه الذي لا يخضع لسيطرة المنشأ، أو من ينوب عنه وهو الحل الذي يراه الباحث الأقرب إلى الواقع بما يكفل توفير حماية للمتعاقدين وتحصين للعقد.

كما أن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني لا يقل أهمية عن تحديد زمانه، وذلك من أجل تحديد الشكل الذي يخضع له العقد وكذا معرفة القانون واجب التطبيق عليه، لذلك فإن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني لا يخلو من بعض الصعوبات لا سيما ما تعلق بتحديد المكان الذي تُرسل منه الرسائل الإلكترونية ومكان استلامها، كون كلاهما يتم في فضاء خارجي صعب التحديد².

وقد فصل المشرع الجزائري في هذا الشأن في المادة 67 ق م ج سالف الذكر من أن التعاقد بين غائبين يكون قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق، أو نص قانوني يقضي بغير ذلك من منطلق أن علم الموجب بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل فيهما إليه هذا القبول أمر مفترض، رغم ما يطرحه هذا الأمر من إشكالات كون القبول قد لا يكون صريحًا، كأن يكون سكوًا ملابسًا مثلاً فلا يُعرف بالضبط متى تم القبول لتحديد مكان الانعقاد، أو أن يكون الموجب في دولة ما بينما مكان رسائله الإلكترونية وما تتضمنه من طلبات وقبول في دولة أخرى³.

أما قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية وبالضبط في مادته 15 في فقرتها الرابعة فنجد أنه منح المتعاقدين حرية تحديد مكان إبرام العقد، فحسب الاتفاق قد يكون مكان إبرام العقد هو المكان الذي أرسلت منه رسالة البيانات، أو المكان الذي استلمت فيه هذه الرسالة، فإذا لم يتفق المتعاقدان على ذلك فإن مكان الإرسال هو

¹ تنص المادة 61 ق م ج على ما يلي: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك"، في حين نصت المادة 67 ق م ج على ما يلي: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

² عبد الوهاب مخلوي، المرجع السابق، ص 122.

³ يوسف بو عيسى، المرجع السابق، ص 160.

مقر عمل المنشأ، ومكان الاستلام هو مقر عمل المرسل إليه، أو المكان الذي له صلة وثيقة بالمعاملة المعنية في حالة وجود أكثر من مقر واحد للمنشأ، أو المرسل إليه، فإذا لم يكن للمنشأ أو المرسل إليه مقر عمل أُعتبر محل الإقامة المعتاد هو مقر عمل كل منهما¹.

ثالثاً: إثبات العقد الإلكتروني

إذا كان العقد المبرم بالطريقة التقليدية يعتمد على الكتابة والتوقيع التقليديين كعامل إسناد في الإثبات²، فإن إبرام العقد الإلكتروني في فضاء إلكتروني لا مادي يثير صعوبة إثباته إلكترونياً كتصرف قانوني³ في ظل تعاملات تتم عن بعد في صورة بيانات رقمية ومعلومات معالجة إلكترونياً تنتقل من حاسوب إلى آخر عبر شبكة الأنترنت دون دعامات ورقية مكتوبة أو موقعة، الأمر الذي غيّر من مفهوم المحرّر المكتوب الذي تقوم عليه قواعد الإثبات بالكتابة موازاة مع ظهور أنواع جديدة من المحررات تعتمد على دعامات غير ورقية تُعرف بالمحررات الإلكترونية، ليتسع مفهوم المحرر في إطار قواعد الإثبات شاملاً المحرّر الإلكتروني والورقي على حدّ سواء⁴.

كما أثر هذا التطور التقني والتقدم في وسائل الاتصال على فكرة التوقيع كجوهر لعملية الإثبات وذلك بظهور التوقيع الإلكتروني في شكل بيانات رقمية مشفرة تتميز بالسرية، فلم يعد التوقيع يتم بخط يد الموقع باستعمال الحروف الأبجدية للتعبير عن الرضا وتحديد الهوية، الأمر الذي يثير الكثير من التساؤلات حول مدى تحديد هذا النوع من التوقيع لشخصية صاحبه وانصراف إرادته نهائياً إلى الالتزام بما وقّع عليه بشكل يُمكن معه الاعتداد به في مجال الإثبات⁵.

¹ كاظم كريم علي، العقد الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 01، جامعة بابل، العراق، حزيران 2009، ص 286، أنظر في الصدد أيضاً هدى المقداد، المرجع السابق، ص 10.

² كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص 287.

³ يمينه حوحو، المرجع السابق، ص 23.

⁴ حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي) دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السانبا، الجزائر، 2010-2011، ص 02.

⁵ حبيب بلقنيشي، المرجع نفسه، ص 02.

لذلك لم تعد فكرة المحرّر تقتصر على مفهومها القانوني التقليدي السائد، بل أصبحت تنصبّ على المحرّر الإلكتروني أيضًا طالما أنه ليس هناك ما يمنع أن تكون الكتابة كوسيلة أساسية لإثبات التصرفات القانونية محرّرة على دعائم وسائل الاتصال الحديث مُتخذةً الطابع الإلكتروني¹.

ويُقصد بالمحرّر الإلكتروني* تلك البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل الكترونية، سواءً كانت من خلال شبكة الأنترنت أو من خلال الأقراص الصلبة، أو شاشات الحاسب الآلي، أو أية وسائل الكترونية² ومن أجل اكتساب المحرّر الإلكتروني الحجية الكاملة في الإثبات ومضاهاته المحررات التقليدية من حيث القوة القانونية الثبوتية فإنه يُشترط التأكد من هوية مُصدر هذا المحرّر من خلال التأكد من أنّ ذات الشخص الذي يطلق على نفسه اللقب والاسم والجنسية..، أو من المفترض أن يكون على هذا النحو وذلك باستخدام وسائل التأكد من هوية مُصدر هذا النوع من المحرّرات التي أوجدها التطور التقني، من قبيل التوقيع الرقمي كأحد أنواع التوقيع الإلكتروني وكذا شهادة التصديق الإلكتروني المصدّرة عن جهة تصديق إلكتروني معتمدة، كما يُشترط سلامة المحرّر الإلكتروني من خلال إعداداته في ظروف تضمن سلامته وإنشائه على دعامة بصورة مستديمة³.

بحيث يظل المحرّر الإلكتروني على حالته التي أنشئ عليها دون أن يعتريه تحريف أو تغيير، كأعمال يُعاقب عليها القانون** وإمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرّر الإلكتروني لتفادي إتلافه أو المساس بسريته، بما يؤكد فكرة العلاقة الوطيدة بين سلامة المحرّر ومضمونه وسلامة الدعامة التي حُرّر عليها، كأحد الشروط اللازمة لتمتع المحرّر الإلكتروني بالحجية في الإثبات، وكذا من الشروط أيضًا ما يتعلق بحفظ المحرّر الإلكتروني من مخاطر التعديل والاتلاف بدءًا من اللحظة التي يكتسب فيها قيمة قانونية⁴، وهو الأمر الذي يُترجم ربط كل من المشرع الجزائري⁵

¹ كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص 287-288.

* كان المشرع الفرنسي السياق في وضع مقارنة واقعية وشاملة لحل مشكلة الإثبات إلكترونيًا من خلال نصه في المادة 1316 من القانون 2000-230 الصادر في 13 مارس 2000 المتضمن التقنين المدني الفرنسي على أن الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تابع للحروف، للخصائص، للأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أي كانت دعائمها وشكل إرسالها، ووضع قانون التوقيع المصري رقم 15 لسنة 2004، في مادته 1/ تعريفًا للكتابة الإلكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"، كما اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية ووضع لها تعريفًا، من خلال المادة 323 مكرر ق م ج بنصها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف، أو أوصاف، أو أرقام، أو أية علامات، أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"، وقد ساوت المادة 323 مكرر 1 ق م ج بين الإثبات بالكتابة على الورق والإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني لكن بشروط وذلك بنصها: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

² كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص 288.

³ حبيب بلقنيشي، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها.

** تقترب هذه الجريمة من جريمة الدخول العمدي غير المشروع إلى نظام المعالجة الآلية للبيانات المنصوص عليها في المادة 394 مكرر وما يليها من قانون العقوبات الجزائري، والتي تعاقب على مجرد الدخول بطريق الغش أو التدليس إلى كل أو جزء من نظام المعالجة الآلية، أو إبقاء الاتصال به على نحو غير مشروع، ويشدد المشرع العقاب في حالة ما إذا أسفر هذا الدخول في النظام أو البقاء فيه عن محو أو تعديل البيانات التي يحويها هذا النظام، أو إذا ترتب على هذا الدخول إتلاف النظام برمته، أما المشرع الفرنسي، وإن لم يتعرض إلى تجريم إتلاف المحرّر الإلكتروني بشكل مباشر، فإن ذلك يستشف من موقفه في تجريم إتلاف نظام التشغيل الذي يتضمن المحرّر الإلكتروني، أو إتلاف البيانات التي يحويها المحرّر، مما ينقل الحماية بالتبعية إلى المحرّر الإلكتروني.

⁴ حبيب بلقنيشي، المرجع نفسه، ص 73 وما بعدها.

⁵ أنظر المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

ونظيره الفرنسي¹ لحجية الكتابة والمحركات الالكترونية في الإثبات بحفظها في ظروف من شأنها ضمان سلامتها لمنحها ذات حجية المحرر الورقي في الإثبات، مما يُعد إقراراً من كلا المشرعين للمساواة الكاملة بين المحررين والسعي إلى إدماج نظام الاثبات الالكتروني في نظام الاثبات التقليدي.

هذا ويُعد التوقيع الالكتروني حجر الزاوية في نظام الاثبات الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي في شكله الكتابي فرضته الظروف والواقع العملي يؤدي نفس وظائفه من حيث التوثيق والإثبات، بما يتواءم والوسائل التقنية الحديثة وتحقيق الأمن والثقة للمتعاملين عبر شبكة الأنترنت كأساس للتبادل الإلكتروني².

ويُقصد بالتوقيع الإلكتروني* ذلك الرمز المصدري أو السري الذي يتم إدخاله في جهاز الحاسب عن طريق وسائل الادخال ليتم من خلاله إنجاز بعض المعاملات باتباع إجراءات محدّدة متفق عليها بين أطراف الالتزام، وضمن الحدود التي تم الاتفاق عليها بين طرفي العلاقة القانونية³.

وموازاة مع التوقيع التقليدي الذي يتم إمّا بالإمضاء أو الختم، أو البصمة، فقد تعددت صور التوقيع الالكتروني أيضاً، فهناك ما يُسمى بالتوقيع بالقلم الالكتروني الذي يتم عن طريق نقل التوقيع المحرر بخط اليد بالماسح الضوئي ثمّ تخزينه في جهاز الحاسب الآلي ليتحول إلى الشكّل الالكتروني، وهناك من التوقيع الالكتروني ما يُعرف بالبصمة الالكترونية التي يتم اشتقاقها بناءً على معادلات خوارزمية وتنقسم بدورها إلى عدة أقسام، فإمّا أن تكون بصمة بالصوت أو بصمة بالإصبع، أو بصمة بقزحية العين، ومن صور التوقيع الالكتروني أيضاً نجد التوقيع الرقمي الذي يتم باستخدام تقنيات التشفير وهذه الصورة يتم استخدامها لتحديد هوية طرفي العقد تحديداً تاماً ومميزاً⁴.

ومن أجل منح التوقيع الالكتروني القيمة القانونية في الإثبات ومساواته بالتوقيع التقليدي لابدّ من توافر شروط معينة تعزّز من مكانة هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة، وقد أوضح التوجيه الأوروبي في مادته 2/2 الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع الالكتروني من اقتصاره على صاحبه، وخضوعه لسيطرته الفعلية، وكذا قابليته للتحقق من صحته، مع ارتباطه بالبيانات التي يُثبتها⁵.

¹ أنظر المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي.

² خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 244.

* لم يبين المشرع الجزائري مفهوماً محدداً للتوقيع الالكتروني، وربما ذلك بسبب اهتمامه بوظيفة التوقيع دون شكله، اما المشرع الأردني فقد عرفه بأنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل الكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسائل معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"، وعرفه قانون الأونسترال للتوقيعات الالكترونية لعام 2001 في مادته 2/أ بأنه: "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً، يجوز أن تستخدم هوية الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

³ كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص 289.

⁴ كاظم كريم علي، المرجع السابق، ص 290.

⁵ هدى المقداد، المرجع السابق، ص 11.

رابعاً: التعايش مع جائحة كورونا: تمحور حول الرقمنة وانتعاش للتجارة الالكترونية

لم تقتصر آثار جائحة فيروس كورونا (COVID-19) على الحالة الصحية للمستهلكين ورفاهيتهم الاقتصادية فحسب بسبب تعطل الأسواق، بل كرسّت حرمان المستهلكين من الوصول إلى السلع والخدمات الأساسية لاسيما المستهلكين الضعفاء والمحرومين الذين بدى تأثرهم بذلك بشكل واضح، ناهيك عن وقوع عدد كبير من المستهلكين ضحية الممارسات التجارية غير العادلة، لذلك فإن الحجر الإلزامي الذي سارعت إلى تطبيقه العديد من البلدان نتيجة الوباء أدى إلى زيادة الطلب على الاقتصاد الرقمي الذي قدّم فُرصاً كبيرة للمستهلكين وسط الأزمة، حيث ازدهرت التجارة الإلكترونية للسلع والخدمات من خلال اعتماد المستهلكين وبشكل كبير على المنصات الرقمية بالتسوق عبر الإنترنت وعقد الاجتماعات الافتراضية والتعلم عن بعد... الخ.

كما يُعتبر الاقتصاد الرقمي أيضاً مصدراً لبعض التحديات الكبرى التي تواجه المستهلكين في أعقاب هذه الأزمة كانتشار تلاعب أسعار المعدات الطبية والسلع الاستهلاكية الأساسية، وذلك من خلال ظهور تقنيات تسويقية مضلّلة عبر الإنترنت تستغل المستهلكين من خلال الادّعاء الكاذب بأن المنتج يُمكن مثلاً أن يمنع أو يعالج العدوى من الفيروس وحيّل أخرى مثل الاحتيال المالي وسلب المعلومات، ناهيك عمّا اسفرت عنه الفجوة الرقمية من نقص وحرمان لدى المستهلكين الضعفاء.

لقد كان لفيروس كورونا المستجد - إلى جانب الآثار الصحية- آثاراً سياسية واقتصادية تجسّدت في انعكاسه الإيجابي على نمو وازدهار التجارة الالكترونية في جميع أنحاء العالم نتيجة بقاء ملايين الأشخاص في منازلهم في أوائل عام 2020 سعياً إلى احتواء انتشار الفيروس، ممّا دفع بالمستهلكين إلى اللجوء إلى الأنترنت لشراء موادهم اليومية¹. والجزائر كغيرها من دول العالم التي تنتشر فيها التجارة الالكترونية بشكل كبير، حيث تدخل المشرع الجزائري بوضع نظام قانوني خاص بالمعاملات التجارية الالكترونية تجسد في القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سالف الذكر، وكغيرها من دول العالم اتخذت الجزائر تدابير وقائية أكثر صرامة للحدّ من انتشار فيروس كورونا بفرض شروط التباعد الاجتماعي، ممّا أدى إلى تغير ملحوظ في أسلوب المستهلك الجزائري بتحول المزيد من الجزائريين إلى القنوات الرقمية والتجارة الالكترونية، الذين وجدوا أنفسهم مضطّرين للتعامل الالكتروني بسبب الحجر الصحي.

وقد اكتسب العقد الالكتروني أهمية خاصة في ظل جائحة كورونا بالنظر إلى سهولة الوسيلة التي يتم بها انعقاد هذا النوع من العقود بشكل يحدّ من انتشار الفيروس، سواءً تعلق الأمر بالتفاوض الالكتروني قبل إبرام العقد بين البائع والمشتري، أو إبرام العقد الذي يتم عن بعد بتطابق الإيجاب والقبول* بين أطرافه بمجلس عقد الكتروني وإثبات

¹ ياسمين طويل، مكاسب التجارة الالكترونية في ظل جائحة كورونا-لمحة عن التجارة الالكترونية في دولة السعودية خلال الجائحة-، مجلة الباحث الاقتصادي، المجلد 09، العدد 02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2021، ص 436.

* يكسب الإيجاب الالكتروني في ظل جائحة كورونا -كإيجاب دولي لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية- فائدة خاصة، فلبائع يعرض سلعته وهو في مكتبه، أو في منزله، الأمر الذي يساعد على تنفيذ قرار الحكومة بعدم فتح المحلات التجارية وحظر التجوال، وفي الوقت نفسه يساعد البائع في الحصول على دخله الذي كان يحصل عليه قبل جائحة كورونا، فضلاً عن دوره في الحد من انتشار الفيروس، ونفس الشيء بالنسبة للقبول الذي يتم الكترونياً، من خلال الضغط على خانة القبول، أو ملء استمارة بيانات، أو بواسطة غرف المحادثة، أو رسائل البريد الالكتروني، وغيرها، وبما أن المشتري في عقد البيع الالكتروني لا يستطيع الحكم بدقة على الشيء المبّيع، فإنه يتمتع بحق العدول، الذي يتم أيضاً الكترونياً، كحافز للمشتري على البيع الالكتروني.

العقد الكترونياً، من خلال محرّر الكتروني بالكتابة والتوقيع عليه الكترونياً من قبل الطرفين وهم في منازلهم، بل الأكثر من ذلك فقد يحدث الوفاء بطرق الكترونية وذلك بدفع المشتري ثمن المبيع بوسائل الدفع الالكتروني، وقد يُسلم البائع المبيع الكترونياً* بما يمنع أو على الأقل يقلّل من تجمع المستهلكين، الأمر الذي جعل من عقد البيع الالكتروني ذو تأثير فعال في ظل جائحة كورونا¹.

لقد كانت الأسواق الالكترونية أو ما يُعرف بالمتاجر الافتراضية الراجح الوحيد في ظل هذه الجائحة، حيث استفادت من إقبال الأفراد حول العالم على مواقع وتطبيقات التسوق الشبكي عبر الأنترنت بسبب إجراءات الحجر والمنع، الأمر الذي أسهم في زيادة نسبة الإقبال على التجارة الالكترونية بشكل ملحوظ مقارنة بالسنوات الماضية، فبعد أن كانت تقديرات نمو حركة التجارة الالكترونية قبل الجائحة تقدر بـ 25 % سنوياً في دول المنطقة العربية، فقد تجاوزت 28 مليار دولار حتى نهاية العام 2020، لتدخل التجارة الالكترونية بذلك فترة محورية في المنطقة بما يشكل فرصة للمستهلكين والشركات والمستثمرين، كما ساهم أيضاً في زيادة التوجه نحو التسوق الالكتروني إبان تفشي الوباء حالة التخبط وانعدام الشفافية في التأويل حول كيفية انتقال العدوى، هل تنتقل من خلال الرذاذ عبر الهواء، أو بملامسة الأسطح الخارجية كالعملات المعدنية والورقية².

بعد إعلان منظمة الصحة العالمية في نهاية شهر يناير 2020 عن تفشي الفيروس التاجي (كوفيد 19) مُصنفة إياه حالة طوارئ صحية عامة تثير قلقاً دولياً، فقد عادت في 11 مارس 2020 وأعلنته جائحة عالمية، داعية دول العالم للاتحاد والتعاون في مواجهته والحدّ من انتشاره، الأمر الذي أسهم في عزوف الكثير من المستهلكين عن التعامل المباشر مع المتاجر والمحلات واتجهوا للشراء الالكتروني ودفع ثمن السلع المشتراة بالوسائل الالكترونية، أو العملة الرقمية متجنبين العملات الورقية أو المعدنية، خاصة بعد صدور تقرير بقاءها حاملةً للفيروس لعدّة أيام بما يُسبب نقل العدوى والاصابة بالفيروس، وقد حدّرت منظمة الصحة العالمية من أنّ النقود الورقية قد تسهم في انتشار الفيروس، ممّا ساهم في تحول كبير نحو عمليات الدفع الرقمي غير التلامسي، ونتيجة لذلك تشير دراسة حديثة إلى أن نحو 26 % من المستهلكين يفضلون تجنب استخدام النقود الورقية منذ تفشي الجائحة، ما تسبب في نهاية المطاف في تراجع

* قد يكون محل عقد البيع الالكتروني شيئاً مادياً، أو غير مادي، مثل تقديم الخدمات كبرامج الحاسوب وكتاب الكتروني وغيره، فهذا النوع يتم التسليم فيه عبر شبكة الأنترنت ذاتها، فيتم التسليم إلكترونياً من خلال تنزيل، أو تحميل البرامج، أو النسخ من الموقع المتاح، أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به، كإعطائه الصلاحية للدخول إلى موقع معين للحصول على المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، كما يمكن تسليم هذه الخدمات مادياً من خلال تحميلها على أسطوانات، أو فلاشات وغيره، بما يستبعد معه ملامسة المبيع مادياً، وكذا عدم تحرك المشتري من بيته للاستلام، ناهيك عن أهمية ذلك من الناحية الاقتصادية بتوفير ثمن المواصلات لاستلام المبيع، من خلال التعامل مباشرة مع البائع الذي قد يكون منتجاً للمبيع فتقل تكلفته لعدم وجود وسطاء.

¹ أحمد كمال رمضان شاهين، دور البيع الالكتروني في ظل جائحة كورونا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المؤتمر الافتراضي العلمي الدولي الأول، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالى، العراق، 2020، ص 187 وما بعدها.

² بشير دالي وأسماء بوخاري، واقع التجارة الالكترونية في جائحة كورونا، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 08، العدد 02، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2021، ص ص 476-477.

استخدام النقود الورقية في المعاملات النقدية بنسبة 30% والاتجاه نحو عمليات الدفع غير التلامسي التي تضمن منع تفشي الوباء¹.

مما سبق يمكن القول أن التعاقد الإلكتروني كأساس للتجارة الإلكترونية بات يُلقى بضالته على الحياة التعاقدية كنتيجة للتحولات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، لا سيما في ظل جائحة كورونا التي كرّست سيطرة هذا النوع من العقود على المعاملات البشرية، حيث أصبح حقيقة لا يمكن تجاهلها بالنسبة لكل دول العالم وعلى غرارها الجزائر التي تشهد عملية عصنة لأجهزتها في كل المجالات، بعد أن أصبحت الأنترنت أداة مُتاحة للجميع، الأمر الذي دفع بالكثير من الدول - في ظل قصور القواعد العامة لنظرية العقد في التصدي لهذا النوع من العقود- إلى إصدار تشريعات تعالج فيها أحكام هذا العقد مُتخذةً قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1996 أساساً لذلك، وبما يتماشى ومحيطها الداخلي وبراغي خصوصياتها، لكن ما يجب التنويه إليه وأخذه في الحسبان هو الطبيعة العالمية للتجارة الإلكترونية وخصوصية هذا النوع من العقود، لا سيما ما تعلق بالنقاط المثارة في بحثنا هذا من إشكالات في التراضي، بدءاً من مسألة الصور الخاصة للإيجاب والقبول وطرق تطابقهما، وكذا مسألة الإثبات الذي يتطلب تنسيق دولي في المسائل التشريعية والتنظيمية لحماية حقوق مستخدمي الأنترنت.

وعلى هذا الأساس يرى الباحث تحديد مواقع موحدة لتطبيقها على المعاملات الإلكترونية بغض النظر عن مكانها، واعتماد النظام الزمني العالمي لتحديد وقت إبرام العقد تجنباً لمشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، وإيجاد سبل للتعاون على المستوى العربي فيما يتعلق بمعاملات التجارة الإلكترونية، خصوصاً فيما يتعلق بوضع مبادئ وقواعد خاصة بالإثبات، فضلاً عن تعديل بعض القوانين ذات الصلة بهذا النوع من العقود، من قبيل قانون العقوبات والقانون الجمركي، الضريبي وقوانين البنوك والملكية الفكرية، بما يتلاءم والتطور الحاصل في نظام المعلوماتية، ولما لا إيجاد تشريعات دولية موحدة بشأن التجارة الإلكترونية تُضاهي التشريعات الدولية الموحدة بشأن التجارة الدولية، مع ضرورة مواءمة تشريعات الدول لهذه القوانين والاتفاقيات الدولية من أجل تسهيل التجارة الإلكترونية في طابعها الدولي.

لا سيما في ظل جائحة كورونا (كوفيد 19) التي قفزت بالتحول الرقمي من الرفاهية إلى الحتمية نتيجة الاجراءات الوقائية والحجر المنزلي التي فرضت ضرورة تغيير الأولويات من خلال النظر إلى المستقبل بشكل أكثر اعتماداً على التكنولوجيا من أجل الاستفادة القصوى منها، تحقيقاً للفاعلية والكفاءة والربحية وتخفيفاً للخسائر أثناء الأزمات، خاصة وأن المنطقة العربية عُرضة للمخاطر على مختلف الأصعدة، ورغم التحديات التي تواجه الكثير من الدول العربية من قبيل قصور البنية التحتية والقانونية المشجعة على التحول الرقمي نتيجة عدم الترخيص لمزودي خدمات الهاتف المحمول، وعدم الترخيص للبنوك في إنشاء محافظ الكترونية تسهلاً لتداول العمليات المالية لكافة

¹ كرم محمد زيدان النجار، التجارة الإلكترونية ومدى تأثيرها بجائحة كورونا، ورقة منشورة في كتاب أعمال المؤتمر الدولي المحكم حول الحجر الصحي: التداعيات والحلول، لبنان، يومي 03 و04 أبريل 2021، ص 91.

القطاعات الاقتصادية، ناهيك عن تحديات شبكة الأنترنت وكذا المجهود المبذول من أجل التوعية وخلق ثقافة التعاملات النقدية الالكترونية لجميع الجهات والأعمال المستهدفة وغيرها من التحديات.

المبحث الثاني: المبادئ العقدية في ظل التحويلات الاقتصادية

أدت التحويلات الاقتصادية إلى تغيير ملامح نظرية العقد، كوسيلة لحماية الحقوق وتنفيذ الالتزامات مما أسفر عن تباين في المراكز العقدية بما يُكرس اختلال التوازن العقدي بشكل لم تعد معه القواعد العامة للعقد قادرة على مواكبة التطور الحاصل في النسيج الاقتصادي بصفة خاصة، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى التخفيف من شدة هذه القواعد وجعلها وسيلة للتطور من خلال تحديث المبادئ التي لازمت العقد مدة طويلة من الزمن والتي لم تعد تتماشى مع الروابط العقدية في ظل اقتصاد السوق (مطلب أول)، مع الأخذ بمبادئ جديدة لم تكن معتمدة من قبل ضمن النظرية العامة للعقد (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تحديث المبادئ التقليدية المنظمة للنظرية العامة للعقد

يُعتبر كل من مبدأ الحرية العقدية ومبدأ حسن النية بمثابة مرجعية جوهرية للقانون المدني الجزائري على وجه العموم وقانون العقود على وجه الخصوص، وعلى الرغم من انقسام الفقه القانوني حول تكييف هذين المبدأين من المبادئ التوجيهية للعقد¹، فإنّ غالبية التشريعات المعاصرة تعتبرهما كذلك، حيث يتجسد ذلك من خلال جعل المشرع الجزائري مبدأ الحرية العقدية أساساً لمعظم القواعد المنظمة للنظرية العامة للعقد من قبيل العقد شرعية المتعاقدين (م 106 ق م) وغيرها، كما يُعتبر مبدأ حسن النية، مبدأً توجيهياً (م 107 ق م ج) من شأنه الحفاظ على توازن العلاقة العقدية ومنع التعسف الناتج عن التطبيق المطلق للحرية التعاقدية.

إلا أنّ التحويلات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم وما ترتب عنها من تفاوت في المراكز العقدية فرضت ضرورة إيجاد الحلول المنصفة للإشكالات الجديدة التي أحدثتها تطور الواقع التعاقدى بفعل هذا التطور الاقتصادي والاجتماعي²، الأمر الذي نتج عنه اهتزازات كبيرة في موازين الأفكار القانونية التي أصبحت مُرغمة على استيعاب المعطيات الجديدة وتقديم الحلول اللازمة لهذه الفوارق تفادياً لاختلال التوازن العقدي من خلال تدخل التشريعات بما تتوفر عليه من وسائل التوجيهية والتحديث التي طالت المبادئ التقليدية التي يقوم عليها العقد من قبيل "مبدأ الحرية العقدية" (فرع أول)، و"مبدأ حسن النية" (فرع ثاني)، في ظل ظاهرة التخصص التشريعي.

الفرع الأول: مبدأ الحرية العقدية

إن المتتبع لمسار تطور مبدأ الحرية العقدية يجد أنه انتقل من الإفراط فيه في بعض صور المجال التعاقدى، نتيجة هيمنته على العلاقات التعاقدية واعتباره الركيزة الأساسية التي تبنى عليها كل المعاملات مهما كانت صفتها ونوعها متى اتخذت صفة العقد، إلى الوجود النسبي من خلال تدخل الدولة بالقدر اللازم والضروري لمنع أي تعارض واعتداء تجسيدا لمعالم تقييد القانون للإرادة (أولا).

¹ جمعة زمام، المرجع السابق، ص 224.

² محمد فوندو، الحرية التعاقدية الموجهة، مجلة القانون الاقتصادي المدني والقانون المقارن، المجلد 01، العدد 01، المغرب، 2020، ص 70.

لتظهر معالم انكماش وانحسار مجال ودائرة تطبيق هذا المبدأ في ظل المتغيرات الاجتماعية المعاصرة وعلى ضوء التوجهات الاقتصادية الجديدة، حيث أصبح التضييق عليه بشقّي القيود ظاهراً بشكل أكثر وضوحاً مُجسِّداً فكرة التنظيم والتوجيه لمبدأ الحرية العقدية، لينتقل هذا الأخير بعد ذلك من هذا التقييد بطغيان النصوص الآمرة والتنظيم والتوجيه إلى إعادة البعث من جديد من خلال نهضة الإرادة وبعث دورها من جديد (ثانياً).

أولاً: الحرية العقدية: من المفهوم التقليدي إلى بداية التقييد

لا تشمل نظريات الحكم الذاتي نظريات الإرادة للعقد فقط التي كانت شائعة في أوروبا في القرن التاسع عشر، بل تتسع أيضاً لأمثلة أكثر حداثة، كالنظرية الإذنية لشارلز فريد (Charles Fried) ونظرية الموافقة لراندي برينت (Randy Barnett)، التي تميل إلى التركيز على اختيار الأطراف المتعاقدة (المحتملة) وأهمية احترام وفرض مثل هذه الاختيارات كأساس للحرية العقدية، بما يمنح الأفراد سلطة كبيرة لاختيار الواجبات التي ستلتزمهم من حيث المبدأ، كما تتيح للشخص حرية الدخول في العقد من عدمه واختيار شروط العقد وحرية المتعاقدين في إنشاء حقوق والتزامات قابلة للتنفيذ قانوناً لمساعدتهم على تحقيق الأهداف التي يصعب تحقيقها دون الإنفاذ القانوني لتلك الالتزامات¹.

يعتبر مبدأ الحرية العقدية من أقدم المبادئ التي قامت عليها النظرية العامة للعقد المدني، وقد جعل القانون الفرنسي لعام 1804² من الحرية العقدية مبدأً عاماً ومطلقاً تخضع له كل العقود من خلال وصف العقد بالقانون الذي يحكم العلاقة بين الطرفين³.

لذلك فإن مبدأ الحرية العقدية يُترجم من خلال ثلاثة حقوق ويتعلق الأمر بحق الشخص في التعاقد من عدمه، وحقه في اختيار المتعاقد الآخر، وكذا حقه في اختيار مضمون العقد بما يُجسد ارتباط مبدأ سلطان الإرادة بالحرية العقدية كدلالة على التفاعل بين مرحلة تكوين العقد وعيوب الرضا، رغم عدم اقتران هذا المبدأ بالنظرية العامة للعقد بصفة شاملة⁴ وهو المقصود المتعارف عليه فقهاً وقضاً، وكثيراً ما يُستدل بأحكام القانون المدني لا سيما المواد 58، 60، 64 بتكريسها لمبدأ الرضائية، والمادة 106 كأساس للقوة الملزمة للعقد⁵.

كما لا يخرج عن هذا الفهم المتداول لمبدأ حرية التعاقد العقود التي تم تنظيمها بموجب بعض الأحكام الخاصة والتي تُعرف بالأصناف الكبرى من قبيل البيع والايجار والوكالة والشركة وغيرها، إلا في حالات استثنائية جداً كون ذوي الشأن أولى بتنظيم علاقاتهم، لذلك من الطبيعي أن تكون الأحكام المنظمة لهذه العقود ذات طابع مكمل ليبقى تدخل المشرع لتنظيم هذا النوع من العقود -الذي يبدو مناقضاً لفكرة الحرية العقدية- مجرد مساعدة للأطراف

¹ Pier Giuseppe Monateri, Comparative Contract Law, Edward Elgar Publishing Limited, USA, 2017, p 11.

² يعتبر القانون الفرنسي المصدر التاريخي للقانون الجزائري، من خلال تطبيقه في الدولة الجزائرية أثناء الاستعمار الفرنسي لها، ليستمر تطبيقه بعد الاستقلال بموجب القانون 157-62، الصادر في 31 ديسمبر 1962، وعلى الرغم من إلغاء المشرع الجزائري للتشريع الاستعماري بدء من 05 جويلية 1975، وصدر الأمر رقم 58-75، المتضمن القانون المدني، إلا أنه استلهم جل المبادئ الأساسية من القانون الفرنسي، مع الأخذ ببعض المبادئ الموجودة في الشريعة الإسلامية، والقانون المصري.

³ تنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي: "الحرية العقدية مبدأ عام ومطلق تخضع له كل العقود فالعقد قانون وهو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين".

⁴ جمعة زمام، المرجع السابق، ص 225.

⁵ سارة بيلامي، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد الثاني، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 80.

المتعاقدة عند الحاجة فقط، ذلك أنه قد يقتصر الإيجاب كأول عنصر في العقد على المسائل الجوهرية دون التفصيلية التي يتجاهلها العاقدان، كأن يتفق البائع والمشتري مثلاً على المبيع وثمنه دون تعرضهما لمكان وزمان تسليم هذا المبيع، فلا شك أن هذا الاتفاق كافٍ لإنشاء عقد البيع، إلا أن تنفيذه قد يكون محل صعوبات، الأمر الذي يبرر تدخل المشرع لتنظيم هذه المسائل التفصيلية التي أغفلها العاقدان¹.

كما طال مبدأ الحرية العقدية أيضاً حتى المرحلة السابقة عن التعاقد التي كانت خاضعة في مجملها لهذا المبدأ المنبثق عن مبدأ سلطان الإرادة، كون الأصل في هذه المرحلة أنها لا تُرتب أي أثر قانوني لسيطرة هذا المبدأ عليها من خلال مرافقته لعملية التفاوض إلى غاية الوصول إلى العقد النهائي، فلا مسؤولية على من يخرج من دائرة التفاوض في أي وقت يريد ما دام العقد النهائي لم يتم بعد، أو أنّ يختار مع من يتفاوض، أو أن يتفاوض مع أكثر من جهة، فما دام الفرد حرّ في أن يتعاقد أو لا يتعاقد، فإنه لا يمكن إجبار أي شخص على التعاقد كأصل عام، سواءً سبق ذلك إجراء مفاوضات أم لا، كما أن إجراء المفاوضات العقدية لا يعني بالضرورة إبرام العقد المستقبلي ليبقى هذا الأخير احتمالي الإبرام².

إلا أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية وما صاحبها من تطور في المجال التشريعي لم يقبل بفكرة الحرية العقدية كمبدأ منبثق عن مبدأ سلطان الإرادة على إطلاقها والتي أدى التطبيق غير المحدود لها إلى التضحية ببعض المصالح والحقوق، فسعت النصوص إلى الحدّ من آثارها كبدائية للتقييد.

فلم تعد المفاوضات التي تسبق العقد مجرد عمل مادي يتم من خلاله تبادل وُجُهِات النظر، بل تحولت إلى مرحلة من الأهمية بما كان لها نظامها القانوني وبها يتقرر وجود العقد ومصيره، الأمر الذي استوجب تقييد إرادة الأطراف في هذه المرحلة من منطلق أن المفاوضات التعاقدية السليمة، متكاملة البنيان ومحددة الأركان والأهداف القائمة على احترام مبدأ حسن النية والأمانة لها الدور الحاسم في الوصول إلى تحقيق الغاية بما يكفل تنفيذ العقد - في حالة التعاقد - بعيداً عن المشاكل والخصومات، أو الوصول إلى قناعة تامة بالعدول عن التعاقد إذا لم يكن في هذا الأخير مصلحة³.

كما أصبحت هذه المفاوضات كمرحلة تسبق التعاقد نابعة عن مبدأ عام يحكمها إلى جانب "حرية التعاقد" والمتمثل في "مبدأ حسن النية في تكوين العقد"⁴ الذي من تطبيقاته في هذه المرحلة، فرض جدية التفاوض والاستمرار فيه، كالتزامين في غاية الأهمية بالنسبة لهذه المرحلة، والالتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية متى اشترط المتفاوض على الطرف الآخر حصريّة التفاوض معه، أو إذا دلّ واقع التفاوض على حتمية توقيع العقد بين الطرفين على نحو لا يقبل

¹ علي فيلاي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد الثاني، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 09، أنظر في الصدد أيضاً سارة موهاب ولخضر حليس، علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2021، ص 544.

² سارة بيلامي، المرجع السابق، ص 70.

³ سارة بيلامي، المرجع نفسه، ص 74 وما بعدها.

⁴ أنظر سارة بيلامي، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016-2017.

الشك، الأمر الذي يمنع على صاحب العرض التفاوض مع طرف آخر، فضلاً عن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات كدلالة على جدية المفاوضات العقدية، لا سيما إذا تعلق الأمر بمستحدث العقود، كذلك الخاصة بنقل التكنولوجيا والعقود ذات التعقيدات الفنية العالية التي تحتاج فيها المفاوضات إلى كشف أسرار تخص موضوع العقد محل التفاوض، أو تلك الخاصة بالمتعاقد معه والمتعلقة بالعقد، كمركزه المالي والاقتصادي، وتعاملاته السابقة وغيرها في إطار الالتزام بالإعلام المعزز لحرية التعاقد، والمقيّد لها في ذات الوقت من خلال وجوب محافظة المتفاوض معه على سرية هذه المعلومات¹.

أما تمسك بعض الفقه بمبدأ سلطان الإرادة كأساس للحرية العقدية، رغم كل التطورات التي شهدتها نظرية الالتزام بصفة عامة ونظرية العقد بصفة خاصة، فقد أصبح محل نقد كون الأحكام الجديدة التي وُضعت لمواكبة المستجدات أثبتت عدم صلاحية هذا المبدأ، إذ لا خلاف أنّ القانون هو من صار يُؤهل العقد كمصدر للحقوق والالتزامات، فأصبحت العبرة في التعبير عن الإرادة تكمن في "الإرادة الظاهرة" بالنظر إلى ما تُقدمه من عوامل الاستقرار والأمن الاجتماعي والمصلحة العامة وليس "بالإرادة الباطنة" تجسيدا لفكرة موضوعية الإرادة التعاقدية من خلال الارتباط بالوضع الظاهر وحماية له²، وأن الغلط الذي يُعْتَدُّ به هو ذلك الذي يتعلق بالصفة الجوهرية التي يراها المتعاقدان أو تكون كذلك بالنظر إلى شروط العقد وحسن النية³، وكذا حالة تأويل العقد⁴ التي تستوجب البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة المعاملة وبما ينبغي أن يتوافر من أمن وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، وإن كان التفسير من صميم عمل القاضي فإنّ المشرع لم يترك له الحرية الكاملة في ذلك، بل ألزمه باتّباع قواعد معينة لضمان عدم خروجه عن مهمته المتمثلة في التفسير وليس التعديل، لا سيما ما تعلق بتفسير الشك لمصلحة الطرف المدين كأصل عام، وفي مصلحة الطرف المدّعين في عقود الاذعان دائئاً كان أم مديناً وغيرها من القواعد⁵.

كما يتولى القانون كمصدر غير مباشر أيضاً تحديد الأحكام التي تدير المصدر المباشر، كاشتراطه في العقد وجود رضا صحيح وخالٍ من العيوب، ومحل ممكن ومعين أو قابل للتعين وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وسبب مشروع، ناهيك عن تحديده لآثار العقد كمصدر مباشر، من قبيل القوة الإلزامية للعقد ونسبية آثاره وغيرها. كما لم تعد حرية التعاقد مبدأً مطلقاً أيضاً بورود فكرة النظام العام كقيّد على الإرادة في المجال التعاقدي، وكضابط تقليدي مستمر، وكفكرة مرنة تزداد أو تقل حسب قدرة التشريع في الدولة، حيث يظهر دور وأهمية القضاء في الاضطلاع بمهمة تحديد مدى تعارض التصرفات القانونية مع القبول الجماعي لهذا التصرف⁶، وكذا التوجه نحو

¹ هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2012-2013، ص 115 وما بعدها.

² خضر حليس، الإرادة بين الحرية والتقييد دراسة في نطاق القانون الخاص، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 19 وما بعدها.

³ أنظر المادة 2/82 من القانون المدني الجزائري، أنظر لخضر حليس، المرجع السابق، ص 24.

⁴ أنظر المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري.

⁵ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 17.

⁶ أسيا يسمينة مندي، المرجع السابق، ص 16.

تجسيد الشككية في الكثير من العقود بما يزيد من إمكانية مراقبتها وتوجيهها ويحفظ الصالح العام، ومصالح الأفراد على حدّ سواء، فالشكل وعلى الرغم من الغاية التي يسعى المشرع إليها من خلاله فإنه لا يُعدّ تأكيداً للإرادة بقدر ما هو قيد وحدّ من دورها¹، ليشهد العقد أدواراً من تصرف شكلي إلى تصرف رضائي، ثم من تصرف رضائي إلى تصرف مجرد تعاقبا فيه عاملاً "الاستقرار والإرادة" على مراحل متتابعة.

كما يظهر الالتزام القانوني في مجال التعاقد من خلال السعي إلى إبراز الوظيفة الاجتماعية للقاعدة القانونية عموماً، وللعقد بصفة خاصة بمنع حالات الاستغلال والغبن وتحويل القاضي السلطة التقديرية الواسعة في بعض الصور بالانقاص من مضمون العقد، أو التوسع فيه، أو تقويم سلبياته².

ثانياً: الحرية العقدية: من التوجيه والتنظيم إلى البعث من جديد

لم يتوقف الأمر عند هذا الحدّ في الانتقاص من دور الإرادة وتعطيل لفعاليتها، بل حملت التحولات الاقتصادية والاجتماعية معطيات أخرى، حيث لم يستمر المشرع في موقفه التوفيقي في تنظيم العلاقة التعاقدية، بل غلب من مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، سواءً من خلال تدخله المباشر في صورة نصوص أمرة يُحتم على المتعاقدين مراعاتها، أو تدخله غير المباشر بتحويله القاضي سلطة وصلاحيّة التدخل في العقد بالتعديل، أو الإلغاء لبعض الشروط والالتزامات التي يراها تعسفية، أو من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد فتحل إرادة القاضي محل إرادة المتعاقدين، لا سيما ما تعلق بنظرية الظروف الطارئة من خلال مراجعة التقدير المالي، أو الحدّ من الإرادة بحرمان المتعاقد في بعض الظروف من ممارسة حقوقه إعمالاً لفكرة التعسف في استعمال الحق، أو إعمالاً لقواعد التفسير.

وقد تزايد تقييد الإرادة والحدّ من دورها وبشكل خاص متى تعلق الأمر بمسألة التوازن بين الحرية في إبرام العقود وترتيب الآثار عليها وبين ضرورة تدخل المشرع فيها بتوجيهها أحياناً وتنظيمها أحياناً أخرى من أجل تحقيق مصلحة جديدة بالحماية عندما يختل التوازن بين طرفي العلاقة العقدية إعمالاً لفكرة الطرف الضعيف في العقد، من قبيل تنظيم علاقة المؤجر بالمستأجر وعلاقة العامل بصاحب العمل وعلاقة البائع بالمشتري، والمنتج بالمستهلك وغيرها³.

كما تجلّى تراجع مكانة ودور الإرادة بشكل شديد وواضح بظهور قوانين جديدة كرّست تقهقر الحرية التعاقدية وتراجعها إلى حدّ انعدامها بفقدان دورها في مباشرة بعض التصرفات القانونية، لا سيما ما تعلق ب بروز نماذج من العقود الجبرية، سواءً تعلق الأمر بالإجبار على التعاقد من قبيل إجبارية التأمين على السيارات والتأمين على الكوارث الطبيعية، أو مباشرة بعض المهن، أو المنع من التعاقد بحظر المشرع لبعض التصرفات⁴.

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 33، وأنظر أيضاً سناء شيخ، المرجع السابق، ص 34 وما بعدها.

² محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص 93.

³ عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 59 وما بعدها.

⁴ عبد الرحمان بوفلحة، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008، ص 74، أنظر في الصدد أيضاً خديجة فاضل، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها.

لكن في ظل ما آلت إليه الإرادة من تراجع في المجال التعاقدي، إلّا أن التحويلات الاقتصادية والاجتماعية حملت معها جديد المعطيات والتطورات من منطلق أن تدخل المشرع في تصرفات الأفراد لا يمكن أن يخلو من الخطأ، الأمر الذي يفرض ضرورة الموازنة بين عدم الإفراط في سنّ النصوص الآمرة إلّا عند الحاجة إليها تجنباً لظاهرة التضخم التشريعي، كون المبادئ العامة كافية لإيجاد الحلول بنفسها أو تفسير القوانين من بعضها البعض بطريقة متناسقة ضمناً للأمن القانوني في مجابهة تعدّد المصادر واضطراب المرجعيات بشأن العقد، وإبراز دور القاضي بما حوله إياه المشرع من سلطة تقديرية في تخريج الحلول من النظرية العامة للعقد، وبين عدم إطلاق العنان للحرية الفردية دون قيود¹ تجسيداً لفكرة "القدرة على التصرف ضمن قيود مقبولة" في محاولة من هذه النظريات لإعادة بناء فكرة الحرية التعاقدية على أساس موضوعي، سعيًا إلى تحقيق العدالة من خلال الموازنة بين الإطلاق والتوجيه وفقًا للحاجة الاجتماعية من منطلق أن العقد لم يعد واقعة قانونية فحسب، بل واقعة اجتماعية أيضًا.

وعليه فإن استبعاد الإرادة كعنصر أساسي للعمل القانوني على النحو السابق يعتبر من قبيل المغالاة والتشدد، كون الإرادة تتمتع بدور ومكانة لا يمكن إنكارهما، لذلك فإنّ الأزمة التي مرّت بها الإرادة في المجال التعاقدي أزمة عارضة زالت بزوال ظروفها²، الأمر الذي يُبرر بقاءها واستمرارها وإعادة بعث دورها من جديد في المجال التعاقدي الذي فرضته التحويلات الاقتصادية والاجتماعية، كمعطيات جديدة وجب إقرارها، وإنّ كانت صعبة التقبل³، وفي هذا الصدد يرى الأستاذ علي فيلاي أن القيود التي فرضها المشرع لم تؤدي إلى أزمة العقد ولا تمس بالحرية العقدية، بل بالعكس يتبين من الواقع الذي نعيشه أن العقد والحرية العقدية يعرفان فترة ازدهار وحجتنا في ذلك يقول الأستاذ "ظهور عقود مسمّاة جديدة باستمرار، واستعانة الدولة بالأسلوب التعاقدي في كثير من المجالات رغم أنّها ليست بحاجة إلى ذلك"⁴.

وهو الموقف الذي يرى الباحث أنه جدير بالتأييد كون التطور الحاصل في فلسفة الفكر القانوني لم يقبل بالمغالاة التي أبداها المناهضون لمبدأ الحرية العقدية بإنكارهم وجود أي دور للإرادة بحجة الوظيفة الاجتماعية للعقد لذلك فمن الواجب الوقوف موقفًا معتدلًا بين الرأيين، فلا يُؤخذ بالنقد الموجه للمبدأ على إطلاقه بالتخلي عنه نهائيًا، ولا يُؤخذ بالمبدأ كليًا بشكل يُهدر بالمقومات الأخرى، الأمر الذي يستوجب إيقاف الإرادة عند حدودها المعقولة بما يُحقق تراجع المفهوم الجامد والكلّاسيكي للعقد وازدهار ونحوض جديد لدور الإرادة في المجال التعاقدي في نفس الوقت، وهو ما نلمسه في التوجه الحديث لا سيما قانون الأعمال من خلال تكريس الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية بما يتناسب وحاجات الأفراد الاقتصادية والاجتماعية، وكذا بعض المظاهر والتطبيقات لإعادة بعث دور الإرادة في المجال التعاقدي بصدور قوانين جديدة أو تعديلات مست قوانين أخرى.

¹ جمعة زمام، المرجع السابق، ص 227.

² أمال بن بريح، المرجع السابق، ص ص 25-27.

³ Renaissance du phénomène contractuel, séminaire organisé à Liège les 22, 23 et 24 octobre, 1970, Université de Liège, Faculté de Droit, 1971, p 505.

⁴ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 17.

الفرع الثاني: مبدأ حسن النية

لقد أثبتت التحولات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية التي عرفها العالم قصور القواعد القانونية، أو إن صحَّ التعبير عدم اتفاقها ومقتضيات هذا التطور بالنظر للتفاوت الكبير وعلى كل الأصعدة بين المنتج والمستهلك، الأمر الذي فرض إعادة النظر في المبادئ العامة للقانون والتي يُعتبر مبدأ حسن النية واحدًا منها، على غرار مبدأ الحرية العقدية لما لهذه المبادئ من أهمية سواءً من الناحية النظرية، أو العملية وكمصدر خصب لنشأة القواعد القانونية.

ويُحظى مبدأ حسن النية بأهمية كبيرة في القوانين الحديثة كنتيجة لتقدم المجتمعات الذي يكشف عن أنواع جديدة من المعاملات والمصالح المعقدة التي تحمل في مضمونها أوسع احتمالات الضرر، سواءً لأطراف العلاقة التعاقدية أو للمجتمع ككل، الأمر الذي جعله من المبادئ التي عرفت تحولاً من مجرد قاعدة دينية أخلاقية إلى قاعدة قانونية هدفها نشر الأمان وخلق الثقة ومحاربة سوء النية، بما يحقق العدالة اللازمة في المجتمع (أولاً) ولم يتوقف الأمر عند هذا الحدّ، بل أصبح هذا المبدأ عنصراً أساسياً في النظرية الحديثة للعقد من شأنه منافسة المفاهيم التقليدية من قبيل حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد (ثانياً)، كما كان لهذا المبدأ الدور الفعّال في مواجهة تداعيات جائحة كورونا من خلال ما يفرضه من التزام بتخفيف الضرر في العقد (ثالثاً).

أولاً: حسن النية: من الأساس الديني الأخلاقي إلى الالتزام القانوني

يعتبر مبدأ حسن النية منهجاً واجب الإلتباع من طرف الأفراد يفرضه ضمير المتعاقد لتأثره بالجانب المعنوي فقد نشأ هذا المبدأ منذ ظهور القانون الروماني كمصدر من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة وبموجبه كان يتدخل القاضي الروماني لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، حيث كان للآلهة fides - كصورة لحسن النية تفوق كل الاعتبارات الشخصية في العلاقات العقدية - الأثر الكبير في تخطي الشكليات التي باتت تعطل مصالح الأفراد إلى الاعتراف بحسن النية، كون هذا الأخير وكلمة fides ذات المعاني المتعددة والتي تقترب كلها من مفهوم حسن النية في النظرية الحديثة للعقد يسعيان إلى تحقيق هدف مشترك، ألا وهو أخلاق الروابط القانونية¹.

¹ رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة دياي، العدد الرابع والستون، العراق، ص 176.

كما ساهم الوازع الديني في فرض الالتزام بحسن النية بين المتعاقدين، فلم تخلو الشريعة الإسلامية من مظاهر هذا الالتزام من خلال الحث على التخلي عن جميع أنواع الغش، لذلك نجد أن بعض الالتزامات المعروفة حالياً من قبيل الالتزام بالإعلام والنصيحة كانت مكرّسة في أحكام الشريعة الإسلامية من عدّة جوانب، سواءً في القرآن الكريم*، أو في السنة النبوية الشريفة**.

وقد بدا تأثر الفقه الفرنسي*** واضحاً بالمعاني المختلفة لحسن النية من خلال الاعتراف بالجانب المعنوي عند إبرام العقد وامتناع أي طرف عن القيام بأي سلوك يضر بالطرف الآخر نتيجة التأثير بالوازع الديني وإقامة نظرية حسن النية على ضرورة جعل مصلحة الطرف الآخر محل اعتبار عند إبرام العقد، سعياً نحو أخلاق العلاقة التعاقدية وكبح أنانية المتعاقد من خلال جعل العقد يقوم على أساس التوازن وتبادل المصالح وليس على أساس طغيان مصالح أحد المتعاقدين على مصالح المتعاقد الآخر، وهي الأفكار التي كان لها الأثر المباشر في تجسيد حسن النية كمبدأ قانوني في التقنين المدني الفرنسي¹.

وظلّ مبدأ حسن النية في العقود يفرض نفسه لما له من أهمية، خاصّةً في ظل التطورات والتحويلات التي تعرفها المجتمعات وما لهذا التطور والتحول من أثر على الحقوق التي أصبحت عرضةً للهدر والضياع بسبب التفنن في استعمال وسائل الغش والاحتيال والنصب، الأمر الذي يُبرر اهتمام التشريعات بهذا المبدأ ليتحول من مجرد قاعدة دينية أخلاقية إلى قاعدة قانونية لها مكانتها في المنظومة القانونية، تحقيقاً للتوافق بين الحد الأدنى من العدالة في العلاقات التعاقدية من خلال الاهتمام بالمقاصد والنيات الباعثة على التصرف، وأكبر قدر ممكن من الاستقرار في التعامل، وما يستلزمه من ضرورة التعويل على الظاهر في التصرفات²، لذلك فإنّ هذا المبدأ وإن كان قاعدة أخلاقية فإن تحوله إلى قاعدة قانونية أكسبه صفته القانونية المتميزة بالعمومية والتجريد والالزامية المفروضة أحياناً تحت طائلة الجزاء، سواءً من خلال التزام القاضي بتفسير العقد وتنفيذه بحسن نية، أو من خلال منع التعسف في استعمال الحق

* لقد ثبت في القرآن الكريم العديد من معاني حسن النية على الوجه المعروف حالياً في النصوص القانونية وذلك في العديد من الآيات، فقد فسر الطبري في كتابه "جامع البيان عن تأويل آي القرآن" الآية الأولى من سورة المائدة في قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود..." بضرورة الوفاء بالعقود، سواءً مع الله عز وجل أو مع باقي أفراد المجتمع وعدم نقض العقود بعد توكيدها، ليظهر أحد المعاني الأساسية لحسن النية من خلال احترام الكلمة الممنوحة للغير بالنظر إلى الثقة التي وضعها المتعاقد في المتعاقد الآخر، كما يظهر حسن النية في القرآن الكريم أيضاً في صورة منع لاستعمال جميع طرق الخداع، أو التدليس على حقوق الغير بطريق القمار والحيل المختلفة في الآية 29 من سورة النساء بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل..." وغيرها من الآيات.

** لم تخلو السنة النبوية من الحث على التعامل بحسن نية في العقود، فقد نعى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن استعمال الحيل من أجل الحصول على فائدة غير مستحقة أخذاً بذلك مصلحة المتعاقد الآخر بعين الاعتبار عند إبرام العقد، كأحد الأسس التي تقوم عليها النظرية الحديثة للعقد، فعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال ما هذا يا صاحب الطعام؟ قال: أصابته السماء يا رسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟، من غش فليس مني".

*** لقد كان للفقيهين جون دومو (Jean DOMAT)، وروبرت جوزيف بوتيه (Robert Joseph POTHIER) الفضل الكبير في وضع أسس التقنين المدني الفرنسي فكانا بمثابة الأبوين الروحيين، حيث بدا تأثر الفقيهين واضحاً بالمعاني المختلفة لحسن النية.

¹ فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص 12-13.

² مبدأ حسن النية في العقود، مقال منشور على الموقع <https://www.elkanounia.com>، تاريخ الاطلاع 2021/08/16.

لتجاوز حسن النية، كون هذا الأخير تتمحور في ظله مختلف المعاملات القانونية على اختلاف أوجهها وأشكالها، بل ويتسع ليشمل العديد من النظريات القانونية السائدة من قبيل نظرية التعسف ونظرية الأوضاع الظاهرة¹.

فنصت الكثير من القوانين الوضعية بما فيها القانون الفرنسي* - كنموذج عن النظام القانوني اللاتيني- والقانون الجزائري² على مبدأ حسن النية، فحرمت كل فعل، أو ترك يتعارض مع حسن النية ومقتضياته من خلال إلزام المتعاقدين بمراعاة هذا المبدأ، سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو في مرحلة التنفيذ، وكذا إلزام القاضي بحل خلافات المتعاقدين على ضوء ما تمليه القوة الملزمة للعقد وحسن النية³.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية رغم نصه على مبدأ حسن النية في العديد من مواد القانون المدني، إلا أنه لم يضع تعريفاً قانونياً محدداً لهذا المبدأ تاركاً ذلك للفقهاء الذي لا يزال منقسماً على نفسه حول وضع تعريفاً واضحاً لهذا المبدأ في القانون المدني وفي مرحلة تكوين العقد بالتحديد، خاصة في ظل غياب نص تشريعي صريح يعترف به كمبدأ عام يُخوله السيطرة على العقد تكويناً وتنفيذاً، وإن كان أخذ المشرع بهذا المبدأ في تنفيذ العقد⁴ لا يعني هيمنته على هذه المرحلة فحسب، بل يشمل ضمناً حتى المرحلة السابقة على التعاقد، أي فترة المفاوضات⁵.

وذلك على خلاف نظيره الفرنسي الذي جعل من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 مناسبة لتمديد مجال إعمال مبدأ حسن النية ليمتد لمرحلة المفاوضات وقطع العلاقة التعاقدية⁶، كتحديث جوهري طبقاً للمادتين 1104 و1112 من القانون المدني الفرنسي، بعد أن كان محصوراً في تنفيذ العقد طبقاً لنص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي، الأمر الذي كان مصدر تفاؤل لبعض الفقهاء الفرنسي⁷ كون هذا التعديل لقانون العقود سمح بتعدد النماذج القانونية في العقد على غرار مبدأ حسن النية، مما يمنح القاضي معيارية بشأن واجب النصيحة بين المتعاقدين، كما هو الحال في وجوب التزام البنك كمقرض بحسن النية، كالتزام يُعول عليه كثيراً في إثراء العقد، في حين رأى البعض الآخر⁸ بأن حسن النية يعيد التنوع للقواعد العامة من خلال فرض واجبات على

¹ فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 03.

* أشار المشرع الفرنسي إلى مبدأ حسن النية في نصوص عديدة، من بينها المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي، التي نصت على أن الاتفاقات يجب أن تنفذ بحسن نية، وأقر حماية للحائز حسن النية في المواد 2279 و2280، وكذا الباني في ملك الغير حسن النية في المادة 555 وغيرها، كما أشار إلى مبدأ حسن النية من خلال عيوب الإرادة، هذا وتأخذ بعض القواعد المتعلقة بتنفيذ العقد، كفسخ العقد والفسخ، والاخلال لعدم التنفيذ مصدرها من فكرة حسن النية.

² تنص المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..."

³ عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للدراسات الرياضية والاجتماعية والانسانية، المجلد 03، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جانفي 2021، ص 171.

⁴ أنظر المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري.

⁵ سارة بيلامي، المرجع السابق، ص 06، أنظر في الصدد أيضاً إيمان زكري، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، مارس 2018، ص 01.

⁶ حليلة بن دريس، فاعلية مبدأ حسن النية في تنويع الحلول لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ العقد، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد 02، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، جوان 2021، ص 923 وما بعدها.

⁷ D. Mazeaud, Observations conclusives, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, p54 et 57.

⁸ L. Aynès, le juge et le contrat : nouveaux roles ?, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série, p15.

المتعاقدين من قبيل واجب النزاهة في تنفيذ العقد، فضلاً عن إعادة التفاوض في تكوين العقد وجعل كل متعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته بصورة نزيهة¹، ليكون المشرع الفرنسي بهذا التعديل قد وسّع المظلة الحماية لمبدأ حسن النية لمختلف مراحل العقد، وإن كان البعض يرى أن عليه ألا يستبعد مرحلة إنهاء العقد من هذه الحماية من خلال إعادة النظر في موقفه الحالي من أجل الوصول إلى مظلة حماية عقدية مكتملة².

وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي عمد إلى تكريس مبدأ حسن النية بصفة واضحة في النصوص الخاصة من قبيل قانون حماية المستهلك الذي يُعتبر منبعاً للالتزام بحسن النية في العقد، بالنظر إلى طبيعة العلاقة التي يُنظمها وذلك من خلال المادة L.111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي³ التي فرضت على المهني التزاماً بإعلام المستهلك حول المنتجات والخدمات المعروضة عليه، قبل أن يتم تعميم هذا الالتزام في التقنين المدني، كما أشار إلى المبدأ أيضاً من خلال قانون العمل الفرنسي لا سيما ما تعلق بنص المادة L.1221-6⁴ التي تُلزم المترشح لمنصب عمل الإجابة وبحسن نية عن أسئلة ربّ العمل من أجل جعل هذا الأخير على بصيرة بإمكانيات المترشح ومدى تلاؤم قدراته والمنصب الذي سيوجه إليه.

أما النظام الأنجلوسكسوني فرغم رفضه للالتزام بحسن النية في العقد بحجة ما قد ينتج عن هذا الالتزام من اضطراب للعلاقة العقدية ومزاحمة لمبدأ الحرية العقدية، إلا أن هذا الرضا لم يكن على إطلاقه، حيث تجسد ذلك في اعتماد بعض المبادئ التي تؤدي الغرض نفسه، لا سيما ما تعلق بالمادة 304-1 § من القانون التجاري الموحد للولايات المتحدة الأمريكية⁵ التي اعتبرت حسن النية كشرط أساسي عند تنفيذ العقد، ونفس الشيء بالنسبة للتعديل الثاني لقانون العقود الأمريكي⁶ الذي كرّس هو الآخر حسن النية عند تنفيذ العقد وذلك في المادة 205 § منه. كما ظهرت في القانون الإنجليزي العديد من المفاهيم المقاربة لحسن النية تندرج معظمها تحت مفهوم شامل مُجسِّدًا في مصطلح equity بمعنى (العدالة)، من قبيل عبارة fiduciary Relationship والتي تعني (العلاقة

¹ أحمد بعجي، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 240.

² محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 02، يونيو 2019، ص 184.

³ Code français de la consommation, 22 éd., Dalloz, Paris, 2018. L'article L.111-1 du code français de la consommation stipule que : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes ... ».

⁴ Code français du travail, 80ème éd., Dalloz, Paris, 2017-2018. L'article L.1221-6 paragraphe 3 stipule que : « ... Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'informations. ».

⁵ Uniform Commercial Code of United states of America, in <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304/> Consulté le 17/08/2021 Traduction de l'article 304§1 via google translate : « Tout contrat ou toute obligation relevant du Code de commerce uniforme impose une obligation de bonne foi dans son exécution et son exécution. ».

نص المادة 1-304 § بالإنجليزية:

« Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement. »

⁶ RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS in United States of America, in <http://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>, Consulté la 17/08/2021 traduction de l'article 205 via google translate : « Chaque contrat impose à chaque partie un devoir de bonne foi et ses performances et son application ».

نص المادة 205 § بالإنجليزية:

« Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement. »

الائتمانية) التي تُستعمل في العقود التي تكون الثقة عنصرًا جوهريًا فيها، كالعقد الذي يربط المحامي بموكله أو البنك بربونه¹.

ثانيا: الالتزام بحسن النية: عنصر إضافي في المعادلة التعاقدية

لا يمكن انكار أن الالتزام بحسن النية قد أصبح عنصرًا أساسيًا في النظرية الحديثة للعقد، بل ومنافسًا للمفاهيم التقليدية من قبيل حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقد، وذلك بالنظر إلى الوظائف المختلفة التي يؤديها، سواءً في المرحلة السابقة للتعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد.

فقد اعترف المشرع الجزائري² على غرار بعض التشريعات المقارنة³ صراحةً بالوظيفة التفسيرية لحسن النية التي تتجلى في إرشاد النصوص القانونية للقاضي في حالة غموض العبارات بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند حرفية الكلمات، بما يمنع في نظر البعض⁴ التعنت في التمسك بحرفية بنود العقد والوصول إلى روحه ومغزاه النهائي، ويُعترف لحسن النية أيضًا بوظيفة تكميلية في العقد من خلال منح القاضي سلطة تكملة البنود المتفق عليها من الطرفين بإضافة التزامات وواجبات من أجل التنفيذ الأكمل للعقد، رغم ما يثيره ذلك من حفيظة الفقه المعارض لحسن النية لهذه الوظيفة كونها تسمح للقاضي بإضافة التزامات لم يتفق عليها الأطراف عند إبرام العقد، مما يُفقد العقد طبيعته (dénaturation du contrat)⁵.

كما يختص حسن النية أيضًا كمبدأ عام بوظيفتان في غاية الأهمية الأولى توجيهية من خلال تقديم حلول تكون الأسبقية فيها للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة، أما الثانية فتصحيحية تتجسد في تبني المبادئ الخاصة من خلال تصحيح المبدأ القانوني حتى يكون الحل عادلاً، أي التوفيق بين النظام التشريعي والمحيط الجديد⁶.

وقد أدت التحولات الاقتصادية إلى تحديث مبدأ حسن النية من خلال توسيع مفهومه فأصبح يُمثل مظهرين يتعلق الأول بالنزاهة في التعاقد بامتناع كل متعاقد عن أي غش أو تدليس من شأنه جعل تنفيذ الالتزام عسيرًا أو مستحيلًا⁷، أما الثاني فيتعلق بالتعاون من قبل المتعاقدين في تنفيذ العقد من خلال التزام إيجابي يتمثل في إطلاع وإشعار المتعاقد معه بكل الأحداث ذات الأهمية في تنفيذ العقد استنادًا إلى ما تعرفه العلاقة العقدية من تطورات تفرض مذهب التكافل التعاقدية، كون العقد أصبح علاقة تعاون وليس علاقة خصام، أو مجابهة كما كان سائدًا من قبل، كما وسعت هذه التحولات الاقتصادية من مجال مبدأ حسن النية من خلال فرضها ضرورة الاعتداد بهذا المبدأ

¹ MONTANIER Jean-Claude et SAMMUEL Geoffrey, **Le contrat en droit anglais**, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1999, p.21.

² أنظر المادة 2/111 من القانون المدني الجزائري.

³ LEGAIS Raymond et Al., **Code civil allemand (traduction commentée)**, Dalloz Juriscope, Paris, 2010, p.55, l'article 157 dispose que : « les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard des usages admis en affaires ».

⁴ الفقيه جون كاربونييه (Jean CARBONNIER)، الذي يعتبر أن حسن النية يمنع أي طرف من التعنت بالتمسك بحرفية بنود العقد، بل يجب الوصول إلى روحه، أو مغزاه النهائي.

⁵ فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع لسابق، ص 125 وما بعدها.

⁶ جمعة زمام، المرجع السابق، ص 228.

⁷ أنظر المادة 01 من القانون 02-04، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر.

في مرحلة انعقاد العقد حماية للمستهلك وتحقيقاً للتوازن والعدالة العقديين، ليصبح مبدأً عامًا له سيطرة على العقد تكوينًا وتنفيذًا بالنظر إلى مضمونه وطبيعته، رغم عدم نص المشرع الجزائري عليه في مرحلة الإبرام¹.

مما سبق يرى الباحث أن مبدأ حسن النية من المبادئ الهامة والضرورية ينبع من القواعد الأخلاقية التي تشكل مصدرًا هامًا للعديد من النظريات القانونية، لذلك من الأهمية بما كان أن يحكم جميع مراحل العقد بدءًا من مرحلة المفاوضات العقدية ومرحلة إبرام العقد، وتنفيذه، فلا يجب أن يقتصر فقط على مرحلة تنفيذ العقد أو تفسيره، فرغم عدم النص عليه صراحة في المراحل التي تسبق تنفيذ العقد، إلا أن العدالة العقدية تقتضي أن يكون لهذا المبدأ قوة ملزمة تسود جميع مراحل العقد.

لذلك نأمل النص على هذا المبدأ، كمبدأ عام يحكم الالتزامات والعقود بدءًا من مرحلة المفاوضات، مرورًا بمرحلة الإبرام، وصولًا إلى مرحلة تنفيذ العقد وتفسيره، ولما لا إعادة صياغة هذا المبدأ في شكل نظرية عامة في القانون لها إطارها القانوني ومقتضاياتها والالتزامات الناشئة بموجبها، والآثار والجزاء المترتبة عنها.

ثالثًا: الالتزام بتخفيف الضرر في العقد: تجسيد لفاعلية مبدأ حسن النية في مواجهة تداعيات جائحة كورونا

إذا كان تطبيق مبدأ حسن النية في العقود يقضي بالالتزام المدين بتعويض الدائن في حالة عدم تنفيذه لالتزاماته أو التأخر فيها، فإن المبدأ ذاته يُلزم الدائن بتخفيف الضرر الواقع عليه تجسيدًا لأخلقة التعامل مع الالتزامات العقدية من خلال اللجوء إلى قاعدة تنفيذ العقود بحسن نية والتعاون على حسن تنفيذ العقد، بأن يضع موضع التنفيذ التزام الدائن باتخاذ الوسائل المناسبة للتخفيف من الأضرار الواقعة عليه منعًا لتفاقمها، سواء كان مصدر هذا التخفيف إرادة أطراف العقد إعمالًا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أو كان مصدر ذلك القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد².

فقد يُضمّن المتعاقدين عقدهما شرطًا يقضي بضرورة اتخاذ الدائن المتضرر من عدم تنفيذ العقد كل الإجراءات الممكنة لتخفيف الضرر الناتج عن عدم التنفيذ، من خلال تعديل الدائن لالتزامه من أجل تذليل وتيسير عدم التنفيذ إبقاءً على العقد وحفاظًا عليه، بحيث يترتب على عدم اتخاذ الدائن لمثل هذا الإجراء حق المدين في المطالبة بالتعويض، دون حقه في فسخ العقد، ويُعبر الأطراف على هذا الالتزام بعدد الصيغ من قبيل "بذل قصار جهده"، إيجاد الإجراءات المعقولة، وغيرها من المصطلحات الدالة على الالتزام بتخفيف الضرر، ومن أمثلة الشروط التعاقدية التي تتضمن الالتزام بتخفيف الضرر، الشرط الذي ينص على التزام البائع بالتخفيف قدر الإمكان من حدث القوة القاهرة على العقد³.

¹ حفظة عطوي، المرجع السابق، ص 617.

² أحمد إشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي والبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 06، الكويت، شوال 1441 هـ يونيو 2020م، ص 760.

³ سميرة حصانم، آثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019، ص 265.

وقد بدا تأثير إجراءات الحجر الصحي والاغلاق المتخذة من قبل الدول لمنع تفشي وباء كورونا على المدين أكثر من الدائن، بما يجعل من الالتزام بتخفيف الضرر آلية لأحلقة التعامل مع الالتزامات التعاقدية يفرضها مبدأ حسن النية الذي يقضي بأمانة كل طرف في تنفيذ التزاماته اتجاه الطرف الآخر¹.

ولا يعني عدم ذكر الأطراف للالتزام بتخفيف الضرر وسكوتهم عنه في العقد-سواءً تعلق الأمر بعقود وطنية أو دولية- عدم اتفاقهم عليه، بل تركهم إياه للقواعد العامة التي تنظمه، حيث يجد هذا الالتزام أساسه في التشريعات الوطنية إما بنصوص صريحة أو ضمنية، فنجد المشرع الجزائري قد نص صراحة على هذا الالتزام بموجب المادة 21/182 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بتقدير القاضي للتعويض عن عدم وفاء المدين بالتزامه، أو التأخر فيه في حالة عدم تحديده في العقد أو القانون، حيث يشمل هذا التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب والتي اعتبرت الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، بما يُعبر عن مضمون الالتزام بتخفيف الضرر، أمّا إشارة المشرع الفرنسي لهذا النوع من الالتزام فقد كانت ضمنية من خلال أحكام المسؤولية العقدية وبالضبط في المادة 1151/3² التي أعطت المدين الحق في عدم تعويض الدائن عن الأضرار التي يُمكن لهذا الأخير تفاديها باتخاذ التدابير المعقولة⁴.

وبما أنّ الالتزام بتخفيف الضرر مؤسّس قانوناً، سواءً بإرادة الأطراف أو بنص القانون، فإنه يُرتب آثاره على طرفي العقد، ذلك أنّ قيام الدائن بمختلف الإجراءات لتخفيف ما أصابه من ضرر جرّاء عدم قدرة المدين على تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة تطبيقاً لمضمون الالتزام بتخفيف الضرر، وإن كانت هذه الإجراءات تختلف من عقد إلى آخر، سواءً كان العقد وطنياً أو دولياً فهي مسألة واقعية متروكة لتقديرها لقاضي الموضوع أو المحكّم، على اعتبار أن المسلّم به في الشروط التعاقدية واتفاقيات التجارة الدولية وقرارات التحكيم تُعرّض الدائن الذي لا يقوم بالإجراءات المعقولة لتخفيف خسائره لجزاء يتمثل عادة في نقص قيمة التعويض المستحق له⁵.

لذلك فإنّ اتخاذ الدائن الإجراءات اللازمة للحفاظ على الشيء المبيع في حالة عدم تسليمه للمشتري في عقد البيع يُعد من قبيل الالتزام بتخفيف الضرر، وقد يتخذ هذا الالتزام صورة تعديل أحد عناصر العقد تخفيفاً للضرر أو مراجعة الثمن، كأحد أكثر العناصر عُرضةً للتعديل أو تمديد لمدة التسليم، أو قبول التسليم في مكان آخر غير المتفق عليه، أو تقسيط في الثمن في حال نقص السيولة وغيرها من الإجراءات التي من شأنها تخفيف الضرر بحسب طبيعة كل عقد وخصوصيته، وبالنظر أيضاً إلى حدث القوة القاهرة في ذاته، كون تأثير جائحة كورونا لم يكن بنفس

¹ حليلة بن دريس، المرجع السابق، ص 917.

² تنص المادة 182 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء أو للتأخر في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول....".

³ نص المادة 1151 باللغة الفرنسية:

" Le débiteur ne répond pas des dommages que le créancier aurait pu éviter en prenant des mesures raisonnables "

⁴ سميرة حصانم، المرجع السابق، ص 267.

⁵ عبد الكريم موكة، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 415.

الدرجة بالنسبة لجميع الدول بل وبتفاوت لنسبة التفشي للوباء حتى في الدولة الواحدة، كعامل تخضع له التدابير التقييدية تحقيقاً للالتزام بتخفيف الضرر، كردّة فعل عن حسن نية الدائن في تقليل الخسارة التي يُمكن أن تلحقه ما لم يُوحي المدين بتصرفاته أنه سيتخذ جميع التدابير التي كان من المفروض أن يتخذها الدائن، أو عدم تمكّن الدائن من تخفيف الضرر لسبب يرجع إلى المدين، حينها يستحق الدائن تعويضاً كاملاً¹.

وقد أقرّت محكمة النقض الفرنسية هذا الالتزام بالنسبة للأضرار المادية حصراً، واتجه المشرع الفرنسي إلى اعتماد هذه القاعدة في القانون الفرنسي بتاريخ 13 مارس 2017 الذي حمل تعديلاً على قانون المسؤولية المدنية وذلك بالنص على أن الشخص الملزم بالتعويض غير مسؤول عن تفاقم الأضرار التي كان يُمكن للمتضرر أن يتفادها كأحد الحلول العادلة للنزاعات العقدية التي قد تنشأ في ظل هذه الأزمة الصحية والاقتصادية غير المسبوقة².

المطلب الثاني: استحداث مبادئ جديدة للعقد المدني: استجابة للتحولات الاقتصادية

رغم مكانة سلطان الإرادة كجوهر للنظرية العامة للعقد، إلّا أنّ التحولات الاقتصادية والاجتماعية أثبتت عدم قيام العقد على فكرة التعارض لمصالح متباينة وإنما وسيلة يسعى من خلالها كل طرف إلى تحقيق مصالحه، مع الأخذ بعين الاعتبار مصالح الطرف الآخر كفلسفة جديدة فرضت ضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية لنظرية العقد ليس بالتحديث فحسب، بل بظهور مبادئ وقيم جديدة مستنبطة من قيم العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية توسيعاً للنظرية العامة للعقد ومن أهم هذه المبادئ نذكر:

الفرع الأول: تحقيق مبدأ المساواة الفعلية بين المتعاقدين

إذا كان واضعوا القانون المدني لعام 1975 قد تصوروا حينها أنهم بنصهم على المساواة في الحقوق قد حقّقوا المساواة الفعلية³ كون العلاقات الاقتصادية والاجتماعية بين الأفراد والجماعات في نظر المذهب الليبرالي تستدعي استبعاد أي إعاقة أمام الحرية التعاقدية تحقيقاً للمنفعة والمصلحة العامة والعدالة الاجتماعية وتسهيل المبادلات الضرورية⁴، الأمر الذي يجعل توازن العقد في ظل النظرية التقليدية، توازن مجرّد، مُفترض ومُتّصل بإرادة المتعاقدين بما يتوافق ومبدأ سلطان الإرادة دون الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية لكل فرد على حدّ⁵.

فإن تطور المعطيات في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية أثبتت عدم تناسب الأفكار التي يقوم عليها المذهب الفردي مع الواقع، كون التطورات الحديثة للمجتمع وما نجم عنها من طرق جديدة في العلاقات العقدية أظهرت عدم التكافؤ بين الأطراف من حيث القوة الاقتصادية، أو المعرفة التقنية في بعض الحالات، الأمر الذي أدّى إلى اختلال في المراكز القانونية للمتعاقدين وفرض ضرورة استبدال المساواة المجردة بالمساواة الحقيقية من خلال تدخل

¹ حليلة بن دريس، المرجع السابق، ص 918 وما بعدها.

² أحمد إشراقية، المرجع السابق، ص 760.

³ خضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد (دراسة لبعض العقود الخاصة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 19.

⁴ عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 24.

⁵ بلال عثمان، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018، ص 97.

المشرع في تنظيم العلاقات العقدية حمايةً للطرف الضعيف وتغليب الطابع الاجتماعي في العقد على الطابع الفردي¹ بالتوجه نحو التشريعات الخاصة بهدف حماية الطرف الضعيف² في ظل عدم استجابة المساواة المكرسة في القانون المدني³ للتحول الاقتصادي والاجتماعي الذي أدى إلى اللامساواة⁴ بين المتعاقدين والبحث عن المساواة الحقيقية بتطوير التشريع الحمائي الذي يسعى إلى إعادة التوازن في العقد⁵، كتوجه جديد يقيم العقد على متطلبات المنفعة والعدالة ويفرض على أطراف المراكز القوية مراعاة الضوابط القانونية التي تأخذ بعين الاعتبار ضعف أحد الأطراف في العقد، تحقيقاً للعدالة التعاقدية الواقعية أو الحقيقية⁶.

الفرع الثاني: أخلاق الروابط العقدية

تعتبر الأخلاق أساس قانون العقود لارتباطها بالوعد كمبدأ يمكن للأشخاص بموجبه أن يفرضوا على أنفسهم التزامات لم تكن موجودة من قبل⁷، فإذا كان المشرع في ظل النظرة التقليدية للعقد ينظر لهذا الأخير نظرة ذاتية من خلال وجهة نظر الأشخاص الذين أبرموه والمتلتزمون بتنفيذه، فإن تأثير الظروف الاقتصادية غير من هذه النظرة فأصبح يُنظر إلى العقد باعتباره كيان مستقل ومنفصل عن الأشخاص الذين أبرموه، الأمر الذي جعل العقد غاية في حد ذاته ووسع الهوة بين المصالح المتعارضة إلى حد خلق أزمة للعقد، خاصة بحلول فكرة توزيع الحاجات بدل التبادل العقدي، ليصبح الرجوع إلى القيم والفضائل الأخلاقية أمر ضروري وحتمي، وإذا كان قول الفقه⁸ أن "كل ما هو تعاقدى فهو عادل" فإن العدالة في العقد تفترض تدخل المشرع للتضييق من حرية التعاقد في حالة تصارع وتنازع المصالح الذي من شأنه تهديد العقد بالزوال، في محاولة للتوفيق بين العدالة والحرية.

لقد أثبت الواقع في ظل التحويلات الاقتصادية والاجتماعية ضرورة اسناد نظرية العقد للمبادئ الأخلاقية، حيث أصبح لا يُتصور ربط علاقات بين الأشخاص دون رقابة الأخلاق لهذه العلاقات العقدية، كون هذه الأخيرة في حقيقتها ليست تبادلاً مادياً، بل تبادل أخلاقي بتأمين منافع مادية تعود بالخير على الأفراد والمجتمع على حد سواء. وقد اقتبس المشرع الجزائري أغلب الأحكام المنظمة للعقد من الجانب الأخلاقي وذلك على غرار نظيره الفرنسي، سعياً إلى إقرار قواعد الأخلاق وجعلها أساساً لتصرفات الأشخاص وأعمالهم من أجل حماية المتعاقدين،

¹ حفيظة عطوي، المرجع السابق، ص 618، أنظر في الصدد أيضاً ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، حويلات جامعة الجزائر 1، المجلد 30، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، أكتوبر 2016، ص 90 وما بعدها.

² سواء كانت عدم المساواة هذه بين رب العمل والعامل، أو بين المتدخل والمستهلك، أو المؤجر والمستأجر، أو المؤمن والمؤمن له، فيكون تدخل المشرع عن طريق قواعد النظام العام الحمائي لوضع حد للتجاوزات وتعسفات الطرف القوي حماية للطرف الضعيف.

³ يسين سعدون، أثر الأهداف الاقتصادية والاجتماعية على التوازن العقدي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، جامعة خنشلة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 138.

⁴ خديجة فاضل، عاصمة العقد، المرجع السابق، ص 45.

⁵ خديجة فاضل، تأثير قانون العمل على جميعة قانون العقود، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 34.

⁶ محمد فوندو، المرجع السابق، ص 84.

⁷ Charles Fried, Contract as promise: a theory of contractual obligation, Second Edit ion, Oxford University Press, USA, 2015, p 1.

⁸ قول الفقيه "فوييه" "Fouillée"، في النصف الثاني من القرن التاسع عشر حينما قال أن: "كل ما هو تعاقدى فهو عادل".

نصها بالفرنسية: "Qui dit contractuel, dit juste".

مراعياً في ذلك ما يتلاءم وظروف المجتمع والتوجه الاقتصادي للبلاد، وكذا الخصوصية الإسلامية للمجتمع الجزائري مانحاً القاضي سلطة تقديرية واسعة في البحث والتحري عن الحق، معتمداً في ذلك على قواعد الأخلاق الفاضلة كأساس لقياس أعمال الناس وتصرفاتهم، فلم يعد حكمه كاشفاً للحق فحسب بالوساطة في تنفيذ إرادة المتعاقدين، بل منشأً لهذا الحق من خلال التوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف بإقامة الإنصاف في العلاقات التعاقدية، الأمر الذي جعل من القاضي رقيباً على العقود التي تنظم علاقات الأفراد وتقدير المصالح والمنافع التي تُحددها هذه العقود من خلال تفسيره للعقد، أو تكملته، أو تعديله، فهو مُلزم في ذلك باحترام القواعد والمبادئ الأخلاقية التي يقوم عليها المجتمع، خاصة في حالة غياب نص تشريعي يُمكنه من الحكم بالقاعدة الأخلاقية المقررة فيه، مما يستدعي بحثه عنها وإقرارها فيبقى بموجبها على العقد أو يُعَدِّله، أو ينهيه وفقاً لما تقتضيه العدالة¹.

وعليه فإنَّ ضرورة ملائمة التصرفات القانونية لظروف الحياة الحديثة وكذا اخضاع الأحكام المنظمة للعقود للمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية، أدت إلى اقتناع المشرع بتنفيذ وتطوير دور العنصر الأخلاقي الذي يقوم على العدالة وحسن النية²، كون العقد لم يعد يُحظى بقوته الملزمة لمجرد توافق إرادتي طرفيه، بل لا بد من ارتباطه بالقيم والمبادئ الأخلاقية باعتبارها المقومة والمهذبة لسلوكيات وتصرفات الأشخاص، بما يكفل استقرار العقد وحماية أطرافه على حدٍّ سواء ويجعل من الحرية العقدية أداة نافعة إلى جانب العنصر الأخلاقي، ويؤثر بشكل كبير في تحديث قانون العقود باتجاه المشرع نحو أخلاقية العقود من خلال تنامي تكريسه للمبادئ الأخلاقية سواء في النظرية العامة للعقد التي وإن كانت تقوم على الحرية العقدية كأساس لها فإن ذلك لا يمكن أن يكون منافياً للأخلاق، حيث يتدخل المشرع لتحقيق ذلك سواء في مرحلة تكوين العقد من خلال اشتراطه صحة الرضا كسلوك أخلاقي، أو ما يُعرف بالآداب العامة التي تقوم بدور هام في تحديد مشروعية كل من السبب والمحل تحت طائلة بطلان العقود تجسيدا للقاعدة الأخلاقية، أو في مرحلة تنفيذ العقد من خلال التخفيف من حدة مبدأ القوة الملزمة للعقد³ بنقض العقد حماية للطرف الضعيف*، أو إعادة النظر فيه بواسطة القانون أو القاضي، والتلطيف من مبدأ نسبية أثر العقد بانصراف آثار العقد إلى الغير استثناءً لاعتبارات العدالة واستقرار المعاملات وتحقيقاً للتوازن العقدي، أو في القواعد الخاصة أيضاً التي يصبو من خلالها المشرع إلى حماية الطرف الأضعف في العلاقات العقدية من جهة، وكفالة استمرار العقود بما يُحقق حماية للسوق من جهة أخرى⁴.

¹ محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 4، العراق، 2014، ص 778.

² فطيمة نساخ، أخلاق العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 4، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2015 ص 301 وما بعدها، أنظر في الصدد أيضا محمد عدنان باقر، المرجع السابق، ص 780 وما بعدها.

³ محسن منصور حاتم، العدالة العقدية -دراسة مقارنة -، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 06، العراق، 2017، ص 2592-2594.

* تختلف صور التعاقد الضعيف باختلاف أنواع العقود، ولعل أهم صور هذه العقود تكمن في عقود الاستهلاك من خلال المستهلك كطرف ضعيف والذي يكتسب هذه الصفة نتيجة جهله وعدم خبرته في مجال التعاقد، وكذا عدم خبرته بالمسائل الفنية المتعلقة بالمهنة، فضلاً عن مركزه الاقتصادي الضعيف مقارنة بالمحترف وعقود الإذعان، كظاهرة أفرزتها الثورة الاقتصادية التي تتضمن مفهوماً خاصاً لفكرة الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، وهو مفهوم جرى التعبير عنه بالطرف المدعن الذي يتميز بالضعف الاقتصادي بما يعدم المساومة الفعلية بين طرفي العقد.

⁴ فاطمة شرشاري ومنصور مجاجي، حماية الطرف الضعيف بين المساس بالقواعد العامة وتحقيق العدالة العقدية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 02، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2020، ص 18، أنظر في الصدد أيضا فطيمة نساخ بولقان، المرجع السابق، ص 311.

لذلك فإنّ تكريس العنصر الأخلاقي في القوانين الخاصة من قبيل قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة، وقانون الممارسات التجارية وغيرها يُجسد التكامل فيما بينها وبين القانون المدني، بما يجعل الغاية من العقد ليس تبادل الثروات والخدمات والمنافع فحسب، بل تنظيم هذا التبادل بما يعود بالمنفعة على المجتمع من خلال أحلقة بيئة الأعمال على غرار أحلقة البيئة العقدية، بأحلقة السوق وما يتم فيها من تعاملات اقتصادية، وهو الأمر الذي يُفسر سنّ المشرع لهذا النوع من القوانين.

مما سبق يرى الباحث أنه بالنظر لدور القيم والمبادئ الأخلاقية في تكريس العدالة والانصاف وتهذيب الأحكام، والحفاظ على استقرار المعاملات، وتحقيق الأمن القانوني، فإنّه من الضروري تحديد القواعد القانونية بما يستوعب التطور التكنولوجي الحديث والتقدم العلمي المتسارع والمؤثر، من خلال تدخل المشرع بنصوص تشريعية لتزكية الواجبات الأخلاقية المنظمة لمرحلة إبرام العقد وتنفيذه، بوضعها في مقام الالتزامات القانونية في النظرية العامة للعقد، من قبيل واجب التعاون والإعلام السابق على التعاقد والاستعلام.

الفرع الثالث: مبدأ التضامن العقدي

يعتبر "مبدأ التضامن العقدي" على غرار "مبدأ المساواة العقدية"، و"مبدأ التوازن العقدي" من المبادئ الجديدة المعتمدة نتيجة التحويلات الرهيبة التي عرفها قانون العقود على جميع المستويات والتي حثّت إعادة النظر في النظرية الكلاسيكية للعقد، لا سيما ما تعلق بالمبادئ التي تحكمها، كون التمسك بمبدأ سلطان الإرادة في العقد والاكتفاء بإدراج كل المستجدات الحديثة التي يعرفها قانون العقود في شكل استثناءات لم يعد مقبولا، بل لا بد من توسيع النظرية العامة للعقد لتشمل مبادئ جديدة بما يتماشى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة¹.

وقد اقترح الفقه الحديث بزعامه أنصار التضامنية* التصور القائم على النزاهة، أو ما يُعرف بفلسفة التضامن العقدي كون العقد ليس منتوجا مؤسسا على المصالح المتعارضة، بل هو أداة ترقية للمصلحة المشتركة للمتعاقدين² من خلال فكرة أن العقد مؤسسة مصغرة تتعاون فيها الأطراف المتعاقدة من أجل تحقيق هدف مشترك، ومن ثم يلتزم كل طرف بأن يأخذ بعين الاعتبار - إضافة لمصلحته الشخصية- مصلحة العقد ومصلحة الطرف الآخر إلى درجة إمكانية التضحية بجزء من المصلحة الخاصة من أجل إعطاء الأولوية لإبرام العقد وتنفيذه والإبقاء عليه، ويتأكد ذلك متى جمع العقد بين طرفين أحدهما قوي والآخر ضعيف فنياً أو اقتصادياً³.

وقد عبّر "ليون بورجوا" (léon bourgeois) في كتابه "التضامن" وبالضبط في باب "دين الفرد تجاه المجتمع" عن فكرة التضامن الاجتماعي بقوله: "أن الإنسان لا يصبح مدينا خلال حياته لمعاصريه فقط، فهو ملزم من

¹ شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2020، ص 257.

* تجسدت الوجهة التضامنية للنظرية الحديثة للعقد في الفقه على يد مجموعة من الفقهاء الفرنسيين على غرار "رمن ساليلاس" (Raymond SALEILLES)، و"إتيان لويس جوسران" (Etienne Louis JOSSERAND)، و"روني ديموج" (René DEMOGUE)، حيث ساهم هؤلاء الفقهاء بأفكارهم في تطوير نظرية العقد بقيامها على أساس واجب عام بالتعاون بين المتعاقدين.

² جمعة زمام، المرجع السابق، ص 231.

³ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 258، أنظر في الصدد أيضا بلال عثمان، المرجع السابق، ص 85.

يوم ولادته. يولد الانسان مدينًا للارتباط البشري"¹ وهو ما مضمونه كمحور تفكير تدور حوله النظرية الحديثة للعقد أن الفرد مدين للمجتمع، كونه يتمتع بحرية في تصرفاته في هذا المجتمع، لذلك فإن مهمة القانون هي السهر على قيام كل فرد بتسديد هذ الدين نحو المجتمع من خلال قواعد آمرة، الأمر الذي يعكس فكرة أن حرية الفرد في إبرام العقد يُقابلها التزام هذا المتعاقد بدين نحو المجتمع بمراعاة مصالح المتعاقد الآخر، باعتباره عنصرًا في المجتمع الذي يُدين له بالالتزام، وذلك من خلال مجموعة من الالتزامات أو الواجبات، بدءً بعدم الإضرار به وصولًا إلى التعاون معه من أجل تحقيق الغاية من إبرام العقد، وقد تزامن ذلك بما وُجه لمبدأ سلطان الإرادة من انتقادات مفادها أن الإرادة ليست لوحدها مصدرًا لقوة العقد الملزمة، إنما القانون هو من منح للإرادة قوتها الإلزامية ثم للعقد، وأن هذا الأخير يفقد قوته الإلزامية متى فقد المصلحة الاجتماعية من إبرامه، فلم تعد فكرة " افتراض توازن العقد بمجرد اتجاه الإرادة إلى إبرامه" من المسلّمات وإنما المسلّم به هو فكرة " اتجاه الإرادة إلى إبرام العقد كونه متوازنًا"².

¹BOURGEOIS Léon, Solidarité, Armant Colin, Paris, 1896, p. 116, in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5533901g/f11.image/> Consulté le 25/08/2021.

نصه بالفرنسية:

« L'homme ne devient pas seulement, au cours de sa vie, le débiteur de ses contemporains ; dès le jour même de sa naissance, il est un obligé. L'homme naît débiteur de l'association humaine. »

²JAMIN Christophe, **Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Le contrat au début du XXIe siècle**, Étude offerte à Jaques GHESTIN, L.G.D.J., Paris, 2001, p p, 446-448.

وفكرة "التضامنية" في القانون الوضعي ما هي إلا تطور لمبدأ حسن النية المنصوص عليه في المادة 1/107 من ق م ج سالف الذكر، حيث يظهر ذلك جلياً في قانون حماية المستهلك 03-09 من خلال الجزاءات التي أقرها المشرع، كون الأمر لا يتعلق بالبطالان كجزاء كلاسيكي وإنما بالمفاهيم التضامنية التي تضمنها هذا القانون من خلال قواعد آمرة ترتبط بالنظام العام، يترتب عن الإخلال بها جزاءات جنائية وإدارية من قبيل حظر وضع مواد غذائية للاستهلاك بكمية غير مقبولة، والعقوبات المقررة في حالة الخداع والغش¹، ومبدأ المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالأمن من المنتجات المضرة والخطيرة، وكذا ما يقع على عاتق المتدخل من التزامات باعتباره طرفاً قوياً كالالتزام بأمن المنتجات² والالتزام بمطابقتها³، والالتزام بالضمان والخدمة ما بعد البيع⁴، وكذا الالتزام بإعلام المستهلك⁵ ومسألة حظر البنود التعسفية⁶ وتصدي المشرع لها بمنح القاضي سلطة تعديلها أو الاعفاء منها⁷، كصور لمبدأ التضامن العقدي⁸.

كما يتجلى مبدأ التضامن العقدي أيضاً في مجال القانون المدني من خلال بعض نصوصه، لا سيما ما تعلق باعتبار التدليس عيباً في الرضا⁹، ووجوب تنفيذ العقد بحسن نية¹⁰، ونظرية الظروف الطارئة¹¹ التي تتجسد سلطة القاضي فيها بمراجعة اقتصادية العقد، من خلال إعادة توازنه وتنفيذه وفقاً لمبدأ حسن النية تجسيدا لواجب التضامن العقدي وليس فسخ العقد، وكذا وجوب إخطار المشتري البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت المناسب¹² وإخطاره إياه أيضاً في أجل معقول متى وُجد عيب في المبيع¹³، وعدم جواز منع المستأجر، المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة الضرورية لحفظ العين¹⁴، ووجوب موافاة الوكيل، الموكل بما وصل إليه تنفيذ الوكالة وتقديم حساب عنها¹⁵، وغيرها من الصور التي تجسد الطابع التضامني في العقد.

¹ أنظر المادتين 4 و5 من القانون 03-09، المتعلق بحماية المستهلك سالف الذكر.

² أنظر المادتين 9 و10 من القانون 03-09، المتعلق بحماية المستهلك سالف الذكر.

³ أنظر المادتين 11 و12 من القانون 03-09، المتعلق بحماية المستهلك سالف الذكر.

⁴ أنظر المواد من 13 إلى 16 من القانون 03-09، المتعلق بحماية المستهلك سالف الذكر.

⁵ أنظر المادتين 17 و18 من القانون 03-09، المتعلق بحماية المستهلك سالف الذكر.

⁶ أنظر المادة 29 من القانون 02-04، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، سالف الذكر.

⁷ أنظر المادة 110 من القانون المدني الجزائري.

⁸ جمعة زمام، المرجع السابق، ص 231.

⁹ أنظر المادتين 86 و87 من القانون المدني الجزائري.

¹⁰ أنظر المادة 1/107 من القانون المدني الجزائري.

¹¹ أنظر المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري.

¹² أنظر المادة 1/372 من القانون المدني الجزائري.

¹³ أنظر المادة 1/380 من القانون المدني الجزائري.

¹⁴ أنظر المادة 1/482 من القانون المدني الجزائري.

¹⁵ أنظر المادة 577 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الرابع: مستلزمات أخرى جديدة ومهيمنة على الحياة العقدية

بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام نمو وركي التضامن والعدالة الاجتماعية في ظل عدم قدرة المبادئ الكلاسيكية المنظمة للعلاقات التعاقدية على مواكبة ما أنتجه الواقع من تطورات ومواقف، لم يقتصر الأمر على ما تم ذكره من مبادئ التي جاءت لتجدد وتكيف العقد والتطورات الحديثة في الحياة العملية والقانونية، بل أفرز قانون العقود العديد من الأفكار والمبادئ الجديدة سعيًا إلى تحقيق المساواة الفعلية بين الالتزامات و ضمان الفعالية الاقتصادية التي تسعى النظرية الحديثة للعقد إلى تحقيقها.

فهذه **نظرية النفع والعدل** لصاحبها الفقيه الفرنسي جاك غيستان J. ghestin والتي تجعل من المنفعة والعدل مبادئ جوهرية في النظرية العامة للعقد، كون اتفاق الأطراف ما هو إلا إجراء ضروري أثناء كافة مراحل العقد والقوة الملزمة لهذا العقد، كبنية أساسية في تركيبة السوق لا تتحقق إلا إذا كانت مفيدة اجتماعيًا وعادلة اقتصاديًا¹.

وقد نص المشرع الجزائري على العديد من التطبيقات بشأن هذه النظرية لا سيما ما تعلق بإعفاء ناقص الأهلية من ردّ محل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، إلا في حدود ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد كاستثناء على آثار العقد بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد²، ومبدأ التناسب بين الأداءات كعنصر مهم من عناصر العدالة العقدية والذي يتحقق متى تلقى المتعاقد مقابلًا معادلًا لما منحه للطرف الآخر، كتناسب موضوعي يحدده القانون وليس تناسب ذاتي مؤسس على إرادة المتعاقدين، وذلك بالتخفيف من اللامساواة بين المتعاقدين من خلال الربط بين الظروف المتبادلة في العناصر الذاتية والموضوعية المكونة للعقد، وقد يكون التناسب بالإبقاء على العقد دون فسخه أو إبطاله³، ومن أهم تطبيقات المشرع الجزائري بشأن مبدأ التناسب نذكر ما يتعلق بمنح المستأجر حق الخيار بين طلب فسخ عقد الإيجار، أو إنقاص الأجرة، بقدر ما نقّص من الانتفاع مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك، متى تم تسليم العين المؤجرة في حالة لا تصلح فيها للانتفاع⁴.

وكذا **نظرية إرساء واجب التعاون بين المتعاقدين** من أجل إرساء أكثر تضامن بين المتعاقدين من خلال تجاوز مجرد الامتناع عن الإضرار بمصالح المتعاقد الآخر، بل ضرورة التعامل معه من أجل تحقيق هدف موحد⁵، خاصة في ظل ما يشهده الواقع العملي من نمو متزايد لشروط التوافق الذاتي في العقد التي تفسح المجال بدورها أمام الأطراف لإعادة التفاوض مرة أخرى حول مضمون اتفاقاتهم، وتدعوهم إلى التعاون فيما بينهم عند الاقتضاء من أجل بقاء العقد واستمراره، كما يتجسد هذا الالتزام بالتعاون الملزم للطرفين حتى عند تنفيذ العقد من خلال شروط التوفيق والتسوية الودية المتكررة بهدف صرف نظر المتعاقدين عن اللجوء إلى القضاء، ومن تطبيقات مبدأ التعاون في القانون الجزائري ما تعلق بعقد الإيجار بسعي المشرع إلى إرساء تبادل أطراف هذا العقد لكل المعلومات من أجل تحقيق

¹ أنظر عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 101، وجمعة زمام، المرجع السابق، ص 232، وأنظر أيضا مفهوم العقد وتطوره: دراسة في الأسس التاريخية والفلسفية، مقال منشور على موقع www.maroclaw.com، تاريخ الاطلاع 2021/08/26.

² أنظر المادة 2/103 من القانون المدني الجزائري.

³ أنظر محسن منصور حاتم، المرجع السابق، ص 2587-2588، وجمعة زمام، المرجع السابق، ص 232، وأنظر أيضا صديق شياطين، المرجع السابق، ص 240.

⁴ أنظر المادة 477 من القانون المدني الجزائري.

⁵ بلال عثمان، المرجع السابق، ص 86، وأنظر أيضا لخضر حليس، المرجع السابق، ص 220.

المصلحة المشتركة بينهما، فألزم المؤجر بإعلام المستأجر بعيوب العين المؤجرة التي قد تحول دون استعمالها، وفي المقابل ألزم المستأجر بإعلام المؤجر بكل ما تتعرض له العين المؤجرة بما يجعل من واجب التعاون ليس مجرد قاعدة أخلاقية، أو قاعدة سلوك حسن، بل التزاماً عقدياً يقع على عاتق المتعاقدين بموجب مبدأ حسن النية¹، فضلاً عن مبدأ الملوث الدافع ذي المفهوم الاقتصادي، كأحد المبادئ التي عرفتها النظرية العامة للعقد نتيجة التطور الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي الذي تعرفه الحياة اليومية، والمرتبطة بالمجال البيئي بتحميل المسؤولية للمتسبب في أحداث التلوث البيئي سواءً بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، الأمر الذي أثار اهتمام المشرع بهذا المجال الحديث من خلال اصدار القانون رقم 10-03 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، حيث نص على هذا المبدأ الاقتصادي الحديث في المادة 03 من هذا القانون، والذي بات يفرض وجوده في العقد المدني من خلال قواعد المسؤولية باعتبارها من الأحكام العامة للنظرية العامة للعقد²، وغيرها من المبادئ والمستلزمات التي فرضتها التحويلات الاقتصادية والاجتماعية على الحياة العقدية.

المبحث الثالث: ظاهرة التخصص التشريعي: كمظهر للتحويلات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد

رغم سعي المشرع الجزائري المتكرر لتعديل القانون المدني من خلال إصلاح وتحسين هذه المنظومة القانونية بما يتماشى والتحويلات الاقتصادية والاجتماعية التي مست بالمبادئ الجوهرية للعقد، إلا أنه لم ينجح في تحقيق هذه الغايات كون هذه الآليات قائمة على فلسفة مغايرة عن الفلسفة الجديدة للعقد القائم على مفهوم التفاوت لا المساواة بين المتعاقدين، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى الاهتمام بالمصالح الخاصة للأفراد من خلال اعتماده فلسفة جديدة ألقت بظلالها على القانون، لا سيما ما تعلق بالتشريعات الاجتماعية أو ما يصطلح عليه بحماية الفئات الضعيفة، فجاءت التشريعات الخاصة من قبيل قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة اللذين كان لهما عميق الأثر على المبادئ الكلاسيكية للعقد، والتي أسهمت في تكريس المساواة الفعلية والعدالة العقدية على حدّ سواء رغم نيلها من مبدأ الحرية العقدية.

ومادام أن اهتمام كل من المشرع والفقه والقضاء على حدّ سواء هو الإبقاء على العقد بدل انهيائه، فإن كل من النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة تُعد وسيلة للمحافظة على العقد، التي لا تتحقق إلا بمراعاة مصالح كلا المتعاقدين، لذلك يمكن القول أن اختلاف التصور لكل من القانون المدني كشريعة عامة، والتشريعات الخاصة هو اختلاف في الجوهر وليس في الهدف، كون كلاهما يسعى إلى تحقيق العدالة والأمن والاستقرار في العقد ولو بآليات مختلفة، وعليه سنتعرض لاختلال العلاقة واختلاف الفلسفة بين النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة (مطلب أول)، ثم نتناول مظاهر تأثير التشريعات الخاصة على النظرية العامة للعقد (مطلب ثاني).

¹ ذهبية حامق، المرجع السابق، ص 98.

² أنظر منصور مجاحي، مبدأ الملوث الدافع - المدلول الاقتصادي والمفهوم القانوني -، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، وأنظر أيضا حفيظة عطوي، المرجع السابق، ص 619.

المطلب الأول: النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: اختلال في العلاقة واختلاف في الفلسفة

إذا كان هاجس المشرع من وراء تدخله في العلاقة العقدية إلى جانب طرفيها، إما لحماية الطرف الضعيف، أو تحقيقاً للمصلحة العامة هو الحفاظ على الاستقرار من خلال تشريعات خاصة، فإن ذلك لا يعني بالضرورة تدمير العقد بمفهومه التقليدي، إنما هو تدخل فرضته التغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي طرأت على العملية العقدية بطغيان اختلال عنصر التوازن في هذه الأخيرة، كون اهتمام كل من النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة واحد من خلال السعي إلى إقامة علاقة عقدية متوازنة من جهة، وحماية المتعاقد وإن اختلفت الصفة أو التسمية من جهة أخرى تجسيدا لفكرة "العقد كوليّد للإرادة التي يعتدُّ بها القانون ووسيلة قانونية في خدمة الاقتصاد".

إلا أنّ ذلك لم يمنع من وجود فوارق بين التصورين في ظل افتقاد النظرية العامة للعقد للحلول الكافية من أجل حماية الأطراف الضعيفة مع أنّها صاحبة الاختصاص في ذلك، وتشريعات خاصة جاءت مغايرة لما هي عليه هذه النظرية من خلال قواعد نوعية في صالح المتعاقد الضعيف.

الفرع الأول: المساواة المجردة أساس النظرية العامة للعقد

"كل ما هو تعاقدى فهو عادل" قاعدة أقامت عليها النظرية التقليدية للعقد هذا الأخير، تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة كمحرك للعقد وفقاً للفلسفة الفردية التي تُقدس الفرد وتجعل من مصلحته محوراً للقانون وألوية من أولوياته والمجتمع خادماً له، متى اختار التعاقد وتحمله مسؤولية ما قام به من علاقات تعاقدية، كون الشخص حرّاً في التعبير عن إرادته التي يتعهد العقد بوجودها وسلامة الرضا الصادر عنها، فلا يقيد في ذلك سوى ما تعلق بالنظام العام والآداب العامة، وتدخل المشرع لا يكون إلاّ لحماية هذه الإرادة متى كانت محل استغلال أو تدليس، أو إكراه، ومنح من عيب رضاه حق التمسك بإبطال العقد أو الإبقاء عليه، الأمر الذي يجعل المساواة العقدية في ظل النظرية التقليدية مساواة مجردة، مفترضة ومتصلة بإرادة المتعاقدين بما يتوافق ومبدأ سلطان الإرادة¹.

ويُتّخذ بالمساواة المجردة تلك المساواة السياسية من خلال مساواة في الحقوق والواجبات بغض النظر عن المراكز الاقتصادية للأطراف وبغض النظر عن معارفهم الفنية ومدى قدرتهم على مناقشة بنود العقد، كتصور تقليدي للعقد في ظل المبادئ التي قام عليها هذا الأخير ضمن المذهب الفردي الذي يُجسد الأفكار الفلسفية والاقتصادية للمجتمع الليبرالي، من قبيل مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبادئ، كمبدأ الرضائية الذي يُجسد كفاية الرضا لقيام العقد، ومبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يتخذ من الحرية أساساً له، ومبدأ نسبية أثر العقد الذي يحصر هذه الآثار بين المتعاقدين دون سواهما، ومبدأ الحرية العقدية الذي يخول الفرد حرية التعاقد من عدمه².

لم يعتدّ المشرع في ظل النظرية التقليدية للعقد بالتفاوت بين الأفراد فمنح الحماية للمتعاقدين كمتعاقد، فلا يُعتدّ وفقاً لهذا التصور بما يعانيه الفرد من ضعف سوى المنصوص عليه في الأحكام العامة وذلك من خلال اهتمام المشرع

¹ عزيزة حسيني، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 158.

² فطيمة نساخ، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020، ص 255.

بالإرادة الفردية، حيث جسد هذه الحماية فيما يُسمى بنظرية عيوب الإرادة¹، دون أن يشترط ضرورة مناقشة المضمون العقدي أو التوازن العقدي ما دام المتعاقد يلتزم بإرادته الحرّة الخالية من كل عيب.

لذلك فإن حماية المشرع للمتعاقد وفقاً للقواعد العامة هي حماية بعدية أو لاحقة لإبرام العقد وليست سابقة له، في شكل جزاء قضائي لا يخدم مصلحة الطرف الضعيف، إلّا في حدود ضيقة من قبيل إبطال الشروط التعسفية في عقود الإذعان، أو نظرية الظروف الطارئة بغرض إعادة التوازن للعقد، وكذا نظرية الضمان التي تعطي وفقاً للقواعد العامة حلولاً لا تكاد تكون ملائمة للمتعاقد، من قبيل ردّ المبيع أو الإبقاء عليه مع التعويض، مقارنة بقانون حماية المستهلك كتشريع خاص الذي جعل من هذا الالتزام مقررّاً بقوة القانون ومن النظام العام، دون الحاجة إلى الاتفاق عليه² وغيرها من الآليات المكرّسة في الشريعة العامة، بما يجعل من حماية المستهلك وفقاً لهذه القواعد باعتباره مشترياً وليس مستهلكاً، الأمر الذي يجعل من هذه الآليات الحماية قاصرة عن تحقيق الحماية للطرف الضعيف.

لقد أدّت سيادة الأفكار الفردية إلى اتساع مبدأ سلطان الإرادة فأصبح ما يختاره الفرد لنفسه يعتبر عادلاً ولا يمكن تصور خلاف ذلك، فتتحقق العدالة بمجرد اتجاه إرادة المتعاقدين إلى التعاقد، فلا يجوز للقاضي التدخل لتعديل شروط العقد ولو كان ذلك بداعي العدالة العقدية، بل هو ملزم باحترام إرادة المتعاقدين فيما تمّ الاتفاق عليه بينهما مادام هذا الاتفاق يُجسّد القاعدة القانونية المكتملة ولا يخالف القاعدة القانونية الآمرة³، إلّا أنّ الاختلال الواضح لمركزي المتعاقدين حتمّ على الدولة التدخل عن طريق التشريع لتنظيم العقد بفرض التزامات على المتعاقد صاحب المركز الأفضل، فظهرت تشريعات وُصفت بالحماية سعياً إلى تحقيق التوازن في الروابط العقدية بما يتماشى وما يشهده العالم من تحولات اقتصادية واجتماعية، وحتى تكنولوجية.

الفرع الثاني: التشريعات الخاصة كآلية لتحقيق المساواة الفعلية الواقعية

واجه المذهب الحرّ بمبادئه الفردية انتقاداً من قبل جانب كبير من الفقه الذين أدركوا البعد الاجتماعي للإنسان، فأصبح ما ينشأ عن العقد من التزامات لا يرجع إلى إرادة المتعاقدين وحدهما، بل لاعتبارات فرضتها ضرورة توافر الثبات والاستقرار والثقة في التعامل، الأمر الذي نتج عنه تراجع الإرادة أمام ازدياد تدخل المشرع في تنظيم العقود، فلم يعد التعاقد مقتصرًا على طرفيه، بل عملية قانونية تشترك في تكوينها مجموعة اتفاقات وليس اتفاقاً واحداً، ولم يعد كل ما هو تعاقد هو بالضرورة عادل، كون هذا القول يقوم على مبدأ المساواة المطلقة بين المتعاقدين التي هي مجرد مساواة نظرية بحتة تتضمنها الشروط القانونية وليست فعلية في القوة بين الطرفين، بل مجرد خُدعة للمتعاقد الضعيف⁴، الأمر الذي ساهم في البحث والتنقيب عن آليات قانونية تُلنّ وتحدّ من صلابة المبادئ التقليدية للعقد

¹ علي ماجد صاحب، دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد، مجلة أهل البيت، العدد 23، جامعة أهل البيت، العراق، أيلول 2018، ص 554.

² أنظر المادة 13 من القانون 09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

³ فائزة طبيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018-2019، ص ص 1-2، انظر في الصدد أيضاً عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 13 وما بعدها.

⁴ أمال بن بريج، المرجع السابق، ص ص 22-23.

وجمودها، خاصة في ظل ما تتميز به العمليات الاقتصادية اليوم من مرونة، فترتب عن ذلك تخصيص تشريعي مفرط بتصورات مغايرة تمامًا عما هو عليه الأمر في الشريعة العامة¹.

لقد أثبتت التحويلات الاقتصادية والاجتماعية مساوئ ممارسة الحرية الفردية وما نتج عنها من مظالم لا سيما ما تعلق بتشكيل جملة من الفوارق بين أفراد العلاقة العقدية، سواءً اقتصادية أو اجتماعية، أو معرفية مما أدى إلى عدم جدوى القواعد العامة في تحقيق المساواة الحقيقية بين الأفراد، كون القاعدة القانونية الكلاسيكية لم تعد تُسائر هذا التطور والتحول الذي عرفته العلاقات بين الافراد² فظهرت التشريعات الخاصة التي يمكن القول أنها جاءت نتيجة عوامل واقعية بحتة، حيث حملت في طياتها جملة من المبادئ والآليات التي تُجسد حماية سابقة عن حدوث الضرر (وقائية) للطرف الضعيف في العقد معتدّة في سعيها لتحقيق العدالة العقدية بالفوارق بين الأفراد.

لم تعد الفردية والحرية منذ مطلع القرن التاسع عشر من المقومات التي تُلهم القانون وذلك بدخول القانون مرحلة ما يُعرف بـ "اجتماعية القانون" التي اهتم فيها المشرع بالتضامن والمصلحة العامة وحماية المتعاقد الضعيف فلم تُعد الإرادة وحدها كافية لإنشاء الالتزامات ولم يعد العقد ذا قيمة إلا إذا وُظف في خدمة الجماعة، فأصبح للحرية وظيفة اجتماعية، وهو الأمر الذي تجسد في تدخل الدولة في العقد كون هذا الأخير لم يعد يُحقق المساواة الفعلية بين طرفيه في ظل احتكار أحدهما للتكنولوجيا والدراية الفنية والتقنية، واحتكار السلع والسيطرة على الإنتاج، في مواجهة آخر يفتقد لهذه الدراية، بل ويجد نفسه مضطراً لاستهلاك ما يُقدمه الطرف القوي والرضوخ لشروطه، فكان تدخل المشرع في إطار العلاقة العقدية بقواعد آمرة لا يجوز مخالفتها، أو الاتفاق على استبعادها من خلال الزيادة في حقوق الطرف الضعيف دون الطرف القوي كجديد في إطار القواعد الحمائية للطرف الضعيف³.

فإذا كانت النظرية التقليدية للعقد تقوم على أساس المساواة المجردة، فإن المشرع أقام التشريعات الخاصة على عامل التفاوت بين الأفراد سعياً إلى إقامة مساواة فعلية وتحقيقاً للعدالة العقدية من خلال تحقيق مصلحة المتعاقد الضعيف في العقد، الأمر الذي يُجسد التغير في التصور لا سيما ما تعلق بتعريف العقد في قانون الممارسات التجارية⁴ الذي جاء مغايراً للتعريف الوارد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري، وكأنّ المشرع يُريد أن يجعل من التعاقد وفق عقود الإذعان هو الأصل، بما يُعتبر تطوراً وتغيّراً في واقع الروابط العقدية وتحديدًا حقيقياً لنظرية العقد تماشياً مع الوضع الحالي.

ومن أجل رفع الغبن عن المتعاقد الضعيف في العقد وحمايته، كغاية قامت من أجلها التشريعات الخاصة، اهتم المشرع من خلالها بتحقيق العدالة العقدية في صورتها الجديدة القائمة على الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والمبنية على أساس التعاون والتضامن ما بين المتعاقدين من أجل تحقيق المصلحة لكل منهما، بما ينفي قاعدة "أن تحقيق العدالة محقق بممارسة الحرية"، كتصور أثبت الواقع عدم صحته، لا سيما في ظل عدم تكافؤ العلاقة بين المتعاقدين ليُصبح

¹ سارة موهاب ولخضر حليس، المرجع السابق، ص 542.

² لطيفة بوراس، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020 ص 04.

³ عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص 157-158.

⁴ تنص المادة 03 من القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في تعريفها للعقد على أنه: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع اذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."

للعقد بعد تراجع مبدأ سلطان الإرادة مفهوم جديد يسود فيه التعاون والتضامن بين أطراف العلاقة العقدية تحقيقاً للعدالة والتعاون، الذي لا يتحقق إلا بمراعاة الجو والمحيط الذي توجد فيه هذه العلاقات التعاقدية.

إنَّ تراجع الحرية العقدية وتنامي القواعد الخارجة عن الإطار الإرادي كانت سبباً في تغيير العقد بسبب حلول التوزيع محل التبادل الاقتصادي حسب الحاجات والضرورات، حيث استبدلت الدولة بنظام آخر في تنظيم العقد، من خلال توافق المصالح الخاصة مع بعضها، الأمر الذي ساهم في تطور قانون العقود بصورة الموازنة بين سياسة التدخل أو التوجيه وبين الإفراط في الحرية، ممّا جعل من العقد مفهوماً يُعبر عن اتحاد بين المصالح المتوازنة وأداة للتعاون الصادق، ونتاج للثقة المتبادلة بين الطرفين، وقد أثّرت هذه النظرة الخاصة والجديدة للعقد على القانون الجزائري بتغيير أبعاده تدريجياً بالنسبة للنظرية ككل، فأصبح هناك تنظيم لعلاقة بدلاً من عقد، ممّا استدعى إعادة النظر في أصل العقد وانبثق عنه إعادة ترتيب الأنظمة العقدية، من خلال تشريعات خاصة تطورت بأهداف وغايات أكثر أخلاقية انعكست على النصوص العامة، وفرضت تطوير اتجاهها¹، حيث أصبحت تدخلات المشرع في مجال التشريعات الخاصة، لا سيما قانون حماية المستهلك تتّجه نحو تصورات جديدة في ميدان التعاقد، من قبيل التضامن التعاقدى والتحضرّ التعاقدى، والإخاء التعاقدى، والإيثار التعاقدى وغيرها بما يجعلنا أمام التزامات بالتعاون والانسجام والتناسب، رغبة في انقاذ توازن العقد الذي سيكون لا محالة على حساب الطرف الضعيف (المستهلك)².

لذلك فقد اعتمد المشرع في مجال التشريعات الخاصة آليات جدّية لحماية الطرف الضعيف تراوحت بين ضبط سلوك المتعاقدين القوي تارة من خلال القاء بعض الالتزامات عليه، ومراقبته المضمون العقدي تارة أخرى من خلال إقصائه ما يعرف بالشروط التعسفية.

ولعلّ من أهم الالتزامات التي أقرّها المشرع على عاتق المتدخل كطرف قوي في عقود الاستهلاك، حماية للمستهلك كطرف ضعيف، ما تعلق بالالتزام بالإعلام وما له من دور فعال في تنوير إرادة المستهلك، ممّا يجعل هذا الأخير في مأمن، متى التزم المتدخل في تنفيذ التزامه هذا بحسن نية وبكل موضوعية، ومنح المشرع حقوقاً متنوعة للطرف الضعيف في كل من قانون العمل وقانون التأمين كضمانة قانونية مقابل فرض التزامات صارمة على كل من صاحب العمل وشركة التأمين بحسب الحالة، سعياً إلى تحقيق مساواة فعلية في أقصاها³.

أما فيما يتعلق بمسألة المضمون العقدي، فقد حارب المشرع وجود الشروط التعسفية التي يُدرجها المحترف في العقد بإرادته المنفردة، أو يشترطها شفهيّاً تحقيقاً لمصلحته الخاصة، سواءً في تكوين العقد وعادة ما تتعلق بزمان انعقاد العقد، أو محلّه، أو في تنفيذ العقد والمتعلقة عادةً بالتزامين رئيسيين على عاتق المحترف، وهما الالتزام بتسليم محل التعاقد، والالتزام بضمان عيوبه، كأن يجعل فسخ العقد على إرادته المنفردة دون تمكين المستهلك من حق مماثل.

¹ جعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013-2014، ص 46.

² عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدى وتحديات التنمية"، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، المغرب، 18 و19 أبريل 2014، ص 04.

³ سارة موهاب ولخضر حليس، المرجع السابق، ص 548، أنظر في الصدد أيضاً عزيزة حسيني، المرجع السابق، ص 163-164.

إنّ هذه الشروط التعسفية التي من شأنها الإضرار بمصلحة المستهلك والاخلال بتوازن العقد، جعلت المشرع يمنح للقاضي سلطة قانونية لمحاربتها، بإعفاء الطرف الضعيف منها مع الإبقاء على العقد، سعيًا إلى تحقيق الغاية المتوخاة من وجود هذا النوع من التشريعات والمتمثلة في تكريس الحماية الفعالة للطرف الضعيف في العقد¹. وعليه فإنّ التطور في المجال العقدي الذي فرضته التحولات الاقتصادية والاجتماعية دفع بالمشرع إلى الاهتمام بالمصالح الخاصة للفرد وخدمته - كوظيفة جديدة للقانون - منتهجًا في ذلك الطريق الاجتماعي من خلال التشريعات ذات الوظيفة الاجتماعية والاقتصادية، والانتقال من حماية المتعاقد كمتعاقد إلى حماية المتعاقد كطرف ضعيف، الأمر الذي فرض بدوره تجاوز أحكام النظرية العامة للعقد من خلال إصدار قوانين أمرة من النظام العام وليست مكملّة لإرادة المتعاقدين فحسب، سعيًا إلى المحافظة على العقد من الانهيار والعمل على ثباته وتحقيقًا للعدالة العقدية كمبدأ منظم للعلاقة العقدية القائمة في غالبها على عنصر التفاوت، ولعلّ خير دليل على ذلك استئثار المشرع بتنظيم بعض العقود تحت مظلة ما يُعرف بالتأطير القانوني للعقد عن طريق أحكام النظام العام الحمائي، التي لا يُمكن للأطراف مخالفة شروطها وفي المقابل تحوّل للطرف الضعيف في العقد من الضمانات ما يُمكنه من تقوية مركزه في مواجهة الطرف القوي، الأمر الذي يُجسد الدور الإيجابي للدولة كمتدخلة في الحياة الاقتصادية والاجتماعية وتوجيهها وليس كشُرطي حارس من أجل الحفاظ على العدل والأمن في المجتمع فحسب.

المطلب الثاني: مظاهر تأثير التشريعات الخاصة على النظرية العامة للعقد

لقد أدى الجمود والثبات والاستقرار الذي طبع النظرية العامة للعقد إلى استبدال قواعدها بقواعد تشريعية جديدة خاصة، تناولت موضوعات متنوعة لم تستوعبها نصوص الشريعة العامة، بالنظر إلى ما تعرفه هذه التشريعات الخاصة من تطور تمّ على حساب المبادئ والقواعد العامة لقانون العقود الذي عرف تراجعًا بظهور مبادئ جديدة معاكسة لما كان متعارفًا عليه في ظل المذهب الفردي، والتي تهدف إلى حماية الفئات الضعيفة وتطوير الاقتصاد الوطني من خلال تبني فكرة العقد الموجه دون التفرقة بين النظام العام الاقتصادي الحمائي والتوجيهي، تحقيقًا للمساواة الاقتصادية بين الأطراف كضرورة أفرزها تطور المجتمع اقتصاديًا واجتماعيًا، فأصبحت هذه التشريعات تُزاحم وتنافس النظرية العامة للعقد، كونها تتبنى فلسفةً وتصورًا مغايرًا تمامًا لفلسفة القانون المدني الذي أصبح يعيش عزلة أمامها (فرع أول)، بل أكثر من ذلك فإن تأثير هذا النوع من التشريعات طال البناء المفاهيمي للنظرية العامة للعقد من خلال اتساع قواعدها وتزايد قوة تأثيرها لدرجة منّحها القانون المدني من الآليات ما يُجسد الحلول الكافية والفعّالة (فرع ثاني).

¹ فطيمة نساخ، التشريعات الخاصة في خدمة قانون العقود: قانون الاستهلاك نموذج، مجلة صوت القانون، الجزء الثاني، العدد السابع، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائر، 2017، ص 217 وما بعدها.

الفرع الأول: التشريعات الخاصة والنظرية العامة للعقد: عزلة قانونية وأحكام تنافسية

أدى ابتعاد قانون العقود عن أي عملية مراجعة لفصوله إلى عدم قدرته على مواكبة التطورات الاقتصادية والاجتماعية المحيطة به، مما فرض عليه عزلة قانونية، جعلته يبتعد شيئاً فشيئاً عن تنظيم وتأطير الفاعلين الاقتصاديين بنفس القوة التي يصبوا إليها أطراف العلاقة العقدية، الأمر الذي فرض على قانون العقود ضرورة الانفتاح على الواقع الجزائري الاقتصادي والاجتماعي والثقافي الراهن، ومواكبة المستجدات التشريعية المتسارعة والمتلاحقة، التي اعتمدتها الدولة بغية تهيئة الإطار المناسب لجذب الاستثمارات الأجنبية، فلم تعد النظرية العامة للعقد لوحدها صاحبة الاختصاص في ضبط العلاقات التعاقدية، بالنظر إلى محدوديتها في ظل عدم اعترافها بمسألة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية إلا استثناءً، في حين أن العلاقات التعاقدية الحديثة أصبحت قائمة على التفاوت بين أطرافها، لذلك فقد وجدت تنظيمًا لها في إطار التشريعات الخاصة، فأصبحت هذه النظرية أمام حتمية قبول التوافق والاشتراك في الاختصاص مع هذا النوع من التشريعات، التي عرفت تزايداً شكّل تهديداً لبقاء النظرية العامة للعقد، في محاولة لاحتواء العلاقات التعاقدية ذات الطرف الضعيف والعمل على حماية هذا الأخير، تحقيقاً لغايات اقتصادية واجتماعية.

إذا كان من الممكن القول أن النظرية العامة للعقد ظلت تحتل الريادة في تنظيمها للعقود، بالنظر إلى تناسق مبادئها وشمولية وتجريد أحكامها، رغم استقلالية بعض القوانين عنها تنظيماً لمجالات معينة، من قبيل القانون التجاري بالنسبة للعقد التجاري، وقانون العمل بالنسبة لعقد العمل، وإن كان هذا النوع من القوانين لم يعرف استقلاله الذاتي عن النظرية العامة للعقد رغم طريقتة الخاصة، كونه وإن اختلف عن النظرية العامة للعقد في جزئياته فإنه لا محالة يجتمع معها في كليتها، فإن الأمر اليوم يختلف تماماً مع التشريعات الخاصة التي جسدت اختلافها التام مع النظرية العامة للعقد، سواءً في كليتها، أو في جزئياتها، فلم يتوقف الأمر عند تقاسمها الانشغالات مع النظرية العامة للعقد، بل كرس تفوقها على هذه الأخيرة، بالنظر إلى ما تحمله من قواعد نوعية، وكذا الغاية التي أنشأت من أجلها، بما يفتح مجال المنافسة واسعاً أمام هذا النوع من التشريعات، وهو الأمر الذي ما كان ليتحقق، بل لا يتصور أصلاً في ظل هيمنة التصور الكلاسيكي للنظرية العامة للعقد، ولعلّ ما يُجسّد هذا الجو التنافسي للتشريعات الخاصة في مواجهة النظرية العامة للعقد ما تعلق بالتنظيم المزدوج لعقود الإذعان في كل من القانون المدني¹ الذي أقامها على الضعف الاقتصادي فحسب، والقانون 02-04² المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فضلاً عن اكتساب معظم عقود الاستهلاك لصفة الإذعان بما يُعزز الجانب الحمائي لعقد الإذعان من خلال ما يُضاف للضعف الاقتصادي، من ضعف معرفي ناشئ عن الجهل وعدم الخبرة بأمور العقد ويستجيب لا محالة لتطلعات الطرف الضعيف من الحماية التي يُحقّقها قانون حماية المستهلك والقانون 02-04، دون القواعد العامة، وهو ما يُجسّد اختلاف الفلسفة الذي يُجسّد حتماً اختلاف الاستراتيجية المعتمدة من قبل التشريعات الخاصة القائمة على

¹ أنظر المواد 70 و 110 و 112 من القانون المدني الجزائري.

² تنص المادة 5/3 من القانون 02-04 على ما يلي: "... شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

واقعية وجود طرف ضعيف يتجسد في المستهلك، مما يُعطي الأولوية لهذه التشريعات على حساب القواعد العامة، كون القواعد الحمائية صارت أغلبها خارج القانون المدني من خلال قواعد أمرّة وأكثر تخصصًا، فضلًا عمّا يشكّله قانون الاستهلاك من تهديد مباشر للنظرية العامة للعقد بإحالة القواعد العامة إلى المستوى الثاني من حيث التطبيق.

كما تتجلى تنافسية التشريعات الخاصة للنظرية العامة للعقد أيضًا من خلال قيام هذه التشريعات على استراتيجية وقائية، علاجية في نفس الوقت، مثل ما هو الحال في قانون المستهلك كتشريع خاصّ الذي يتدخل لحماية المستهلك بصفة قبلية كإلزام المتدخل بالإعلام، وحماية بعدية كرفع دعوى التعويض لجبر الضرر وذلك على خلاف النظرية العامة للعقد التي يتدخل المشرع من خلالها لحماية المتعاقد الضعيف، حمايةً بعدية لا غير، من قبيل دعوى الإبطال المتعلقة بعيوب الرضا طبقًا لنص المادة 99 من القانون المدني الجزائري، كوسيلة تقليدية تجاوزها الزمن، فلم تعد تحقق الحماية المرجّوة للمتعاقد، فضلًا عن قيام هذا التشريع على استراتيجية جماعية، من خلال جمعيات حماية المستهلك التي تتولى الدفاع عن مصالح المستهلكين بصفتهم طائفة من المجتمع وليس فردًا في حد ذاته.

وعليه فإنّ تأثير التشريعات الخاصة على النظرية العامة للعقد يظهر من خلال تقنينها بمعزل عن هذه النظرية فلم يتعلق الأمر بتنقيح قوانين موجودة، بل بمراجعة جذرية لها شملت المفاهيم والأحكام في ذات الوقت، ممّا أدى إلى بروز قواعد قانونية جديدة زاحمت قواعد ومفاهيم قانون العقود نتيجة ظهور مجالات عقدية لا تسري عليها قواعد النظرية العامة للعقد، خاصة في ظل تبني الجزائر لخيار الخصوصية وتحرير الأسعار والانفتاح على الاستثمارات الأجنبية كمعطيات فرضتها التحولات الاقتصادية الجديدة لم تتكيف معها قواعد النظرية العامة للعقد التي تعرف تراجعًا مستمرًا، الأمر الذي يُفترض معه ضرورة تجديد قواعدها من خلال التخلي عن لباسها الجردّ والمثالي بما يضمن لها المنافسة.

الفرع الثاني: التشريعات الخاصة والنظرية العامة للعقد: تأثير على البناء المفاهيمي وتصدير للقواعد

أبرز الكم الكبير من النصوص القانونية الذي عرفته الجزائر في العقود الأخيرة تحولات ومفاهيم جديدة أثّرت بكيفية مباشرة على البنية المفاهيمية للنظرية العامة للعقد، حيث حملت موجة التشريعات الخاصة تصورات ومبادئ قانونية جديدة تجاوزت البناء المفاهيمي* لهذه النظرية، لعلّي أبرز أمثلتها تطور تعريف الشركة بين نص القانون المدني وقانون الشركات، كما تحولت الملكية كمفهوم من المفاهيم التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد من ملكية مادية محسوسة إلى ملكية رقمية مجردة سهلة الانتقال يتم تقييدها في سندات خاصة لتُصبح مجرد رقم مسجل لدى مؤسسة عمومية، فلم تعد الملكية تتلاءم في جانب كبير منها مع عالم سيمّته التطور والتجديد الدائمين لاحتواء هذا النوع من القوانين على مقاربات حديثة لإدارة رؤوس الأموال.

كما أثّر على البنية التقليدية للنظرية العامة للعقد، ظهور ما يُعرف بمصطلح "الأمن القانوني"، كأحد المفاهيم الاقتصادية الجديدة، تسعى من خلاله السلطات العامة إلى تحقيق قدر من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحدّ أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، فهو يفرض صياغة القاعدة القانونية بأسلوب واضح وسهل الاستيعاب من قبل

* يقصد بالبناء المفاهيمي لقانون العقود، مجموعة المبادئ والنظريات الفلسفية التي تأسس عليها، وكذا مجموع الروافد الثقافية والاجتماعية والسوسولوجية والمنطقية التي تدخل في صميم مقتضياته، كونه يشكل نظامًا متكاملًا يجمع بين الحقائق العلمية الفلسفية والمعطيات الواقعية الاجتماعية.

المخاطبين، كضرورة فرضتها التطورات الاقتصادية والمالية والتكنولوجية، من خلال الموازنة بين تطوير القانون وبين استقرار المعاملات والمراكز القانونية المترتبة عنها، بما يسمح بتجسيد الأمن القانوني في أبعاده ومقاصده وضمن ثبات المعاملات القانونية¹، حيث اصطدم هذا المفهوم بقدّم قواعد قانون العقود وعدم مواكبتها لمستجدات العصر الحديث الاقتصادية والتكنولوجية، الأمر الذي انجر عنه نفور المستثمر الأجنبي من نصوصه ومبادئه وعدم الاعتماد عليها في حماية العقد، فضلاً عن أنّ ما أثبتته مبدأ سلطان الإرادة من نجاعة في علاقات تعاقدية تتم بين أشخاص تتساوى وتتقارب مراكزهم القانونية والاقتصادية، فإنه لم يعد قادراً على ذلك في ظل التطور الاقتصادي والاجتماعي والتكنولوجي وما تم استحداثه من أساليب تعاقدية أحلّت بالحرية التعاقدية وخلقت طرفين غير متكافئين اقتصادياً وفنياً وقانونياً، طرف قوي خبير بما له وما عليه ومُحيط بكل خبايا ما يتعاقد حوله، وطرف ضعيف اقتصادياً يخضع لما يُعرض عليه من شروط².

لقد تراجعت مجالات تطبيق القوانين الكلاسيكية، كالقانون المدني لفائدة القوانين التقنية فأصبح العقد الكترونياً، وتقننة قانون الشركات بظهور الشركات الافتراضية، فلم يعد القانون يكتشف الواقع كما تعتقد النظرية الكلاسيكية للقانون، بل يبتدعه ليتحول من غاية اجتماعية إلى مجرد وسيلة عمل يُوفر حُكمها تقنين التقنية في حدّ ذاتها من كونها وقائع نافعة أو ضارة، أم تصرفات قانونية معينة³.

لذلك فإن إعادة توجيه الحماية، من الحماية الشاملة إلى الحماية الخاصة للمتعاقد الضعيف، لا سيما فئة المستهلكين التي لا تنتظر من القواعد العامة حماية خاصة وتفضيلية عن باقي المتعاقدين، أدّى إلى تعدّد مجالات التشريعات الخاصة وتخصّصها، بالنظر إلى كثرة تفرع وتنوع أصناف العلاقات التعاقدية الخاصة واستقلالها عن النظرية العامة للعقد، فاتفرد كل صنف بمجاله وأحكامه وقواعده مع بقاء التكامل في بعض الغايات والأهداف، الأمر الذي جسّد فكرة "تجزؤ القانون الخاص"، لا سيما ما تعلق بالقانون التجاري وقانون العمل وقانون حماية المستهلك من خلال الانفراد بتصوراتها واستقلالها عن الشريعة العامة سعياً إلى معالجة اختلالات التوازن العقدي وإرساء الحماية للمتعاقد الضعيف، وهو الأمر الذي فرضته أسباب اقتصادية بالدرجة الأولى من خلال تأثير الاقتصاد على القواعد القانونية نتيجة تطور الجانب الاقتصادي عبر اقتصاد السوق وتنوع وتعدّد الأموال والخدمات المطروحة في السوق وتعزيز مبدأ حرية المنافسة بين المؤسسات، وفي المقابل عدم احتواء القواعد العامة لمسألة التفاوت في القوة الاقتصادية والتعاقدية بالشكل اللازم⁴، الأمر الذي جعل من التشريعات الخاصة ثنّاطاً بابتكار وتطوير قواعدها الجديدة بما يتلاءم

¹ إسماعيل جابو ربي، أسس فكرة الأمن القانوني وعناصرها، مجلة تحولات، المجلد 01، العدد الثاني، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2018، ص 191 وما بعدها.

² عبد المجيد لحذاري وفطيمة بن جدوا، الأمن القانوني والأمن القضائي -علاقة تكامل-، مجلة الشهاب، المجلد 04، العدد 02، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2018، ص 389 وما بعدها.

³ كريمة كرم، تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني، مقال منشور على الموقع: <https://manifest.univ-ouargla.dz>، تاريخ الاطلاع: 2021/09/15.

⁴ أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018-2019، ص 36 وما بعدها.

والعلاقات التعاقدية ويفرض توازنًا عليها، لتتقلب المعادلة من خلال انتقال هذا النوع من التشريعات من فكرة استيراد القواعد والأحكام المجسدة في النظرية العامة للعقد إلى فكرة تصديرها لذات النظرية، خاصةً في ظل الحديث عن نظرية عامة للتشريعات الخاصة، والتساؤل حول ما بقي لمجال النظرية العامة للعقد في مواجهة هذا التكتل الخاص من التشريعات الخاصة¹.

وعليه فإن المبادئ التي جاءت بها التشريعات الخاصة، من قبيل "مبدأ المساواة الفعلية" و"مبدأ التوازن العقدي"، وأيضاً "مبدأ التضامن التعاقدي" لديها من القدرة ما يسمح بتفسير القواعد بما يُعكس النظرية العامة ويسمح بتطوير قواعد العقد عن طريق تطبيقات جديدة، لا سيما ما تعلق بالإكراه الاقتصادي، كفرضية جديدة للإكراه ومن ثم عيب جديد للرضا الذي اعترف به المشرع الفرنسي بعد تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وكرّسه تحت تأثير التشريعات الخاصة، خاصة القانون التجاري الذي يعترف بالممارسات المقيدة للمنافسة من خلال محاربة وضعية الهيمنة والتعسف في السوق، وكذا قانون المنافسة كتشريع خاص تناول علاقة أخرى تستدعي الحماية والتفرع لا تقل أهمية عن حماية قانون المستهلك للمستهلك كطرف ضعيف في مواجهة المتدخل والمتمثلة في علاقة المحترفين فيما بينهم، متى تعلق الأمر بطرف قوي وآخر ضعيف بعد عزل المشرع لهذه الفئة من الحماية ضمن قانون حماية المستهلك، فأصبح هذا القانون يمد القانون المدني بالآليات المناسبة باعتباره الأقرب للوضعية التعاقدية، وفي المقابل عدم امتلاك القانون المدني للحلول الكافية والفعالة، الأمر الذي جعل ثبات النظرية العامة للعقد من الماضي في ظل حركية التشريعات الخاصة وتعدد وتنوع أحكامها ودفع البعض إلى القول بضرورة تجديد هذه النظرية، بتجديد آلياتها الحمائية من خلال الالتفات للقيم التضامنية في العقد واقصاء معيار صفة المتعاقد كمعيار صارم ومتشدد في الحماية تجسيدا لحماية فعالة للمتعاقد الضعيف².

من خلال ما سبق يرى الباحث أنه رغم الإقبال على أحكام التشريعات الخاصة بالنظر إلى تزايد وانتشار العقود المتخصصة، في ظل عدم التفاعل الإيجابي للنظرية العامة للعقد مع الواقع المعاش كونها أصبحت محصورة في المعاملات البسيطة التي لا يحتاج الأطراف فيها لأي حماية، بما يجعل من تطبيق أحكامها على الواقع محل خلافات مستعصية تُثقل كاهل القضاء، ورغم مساهمة هذا النوع من التشريعات في تجديد المفاهيم العامة لنظرية العقد بما يعمل على إثراء الشريعة العامة وإصلاحها نحو عالم عقدي جديد، إلا أن ذلك لا ينزع عن هذه التشريعات الجانب السلبي لا سيما ما تعلق بتشتت وتعقد أحكام العقود الخاصة، بالنظر إلى تنظيمها على مستويات مختلفة، بما يُصعب من عملية البحث عن النصوص والتحكم فيها، خاصة وأن الاختلاف في نظرة كل من "التشريعات الخاصة" و"النظرية العامة" للعقد يكمن في التصور للمبادئ والأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم للعقد، بما يحفظ للنظرية العامة مكانتها ويستبعد قطع صلة التشريعات الخاصة بمفهوم العقد المنظم وفق الشريعة العامة.

¹ B. Montels, **la violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence**, RTDcom, n°3, 2002, p 417.

² شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 31 وما بعدها، وأنظر في الصدد أيضاً أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 143 وما بعدها.

لذلك فإنَّ اختلاف الفقه حول الغاء قانون العقود، أو صموده يبعثنا حتمًا عن ضبط التحويلات الاقتصادية على العقد، كون أن أحكام قانون العقود ليست عاجزة لدرجة الاستغناء عنها، بل لا بدَّ من تطويعها من خلال إصلاح وتحديد هذه النظرية، كمهمة صعبة لكنها ليست مستحيلة -أسوة بالقانون الفرنسي من خلال تعديل 2016 الذي مسَّ قانون العقود بالتجديد- لاستيعاب فلسفة التشريعات الخاصة واكتساب القوة والحيوية من جديد، وذلك بزرع المبادئ الجديدة وتوظيف الحلول التي تضمَّنها هذا النوع من التشريعات في صُلب قانون العقود، لا سيما في ظل خروج قانون العقود الخاصة من الطابع الاستثنائي إلى التعميم، كما أن الآليات المكرَّسة في التشريعات الخاصة لها من الجذور والمفهوم في الأحكام العامة ما يُزيل عنها صفة الغموض والدخالة، من قبيل نظرية الضمان، نظرية عيوب الإرادة ونظرية الشروط التعسفية بما يُحقِّق التحيين والتجديد في الأحكام العامة المنظَّمة للعلاقة العقدية، كضرورة حتمية من أجل مواكبة ما يعرفه المجتمع من تطورات وتحويلات في جميع النواحي والقضاء على ظاهرة التشتت والإفراط التشريعي، سعيًا إلى إقامة التوازن العقدي وتحقيق الاستقرار للمعاملات المدنية.

خلاصة الفصل الثاني

إنَّ الهدف الرئيسي لهذا الفصل هو محاولة التعرّف على مظاهر التحويلات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد، من خلال تناول إرادة المتعاقدين في ظل هذه التحويلات، ثم تطرّق الباحث إلى وضعية المبادئ العقدية في ظل هذه الظروف، وخُتم هذا الفصل بأهم هذه المظاهر، والمتمثل في التشريعات الخاصة كظاهرة أفرزتها التحويلات الاقتصادية، والتي كان لها عميق الأثر على النظرية العامة للعقد، وقد خلّصَ الباحث من خلال هذا الفصل إلى الآتي:

1- أقام المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة النظرية العامة للعقد على "مبدأ سلطان الإرادة"، هذا الأخير الذي مهّد لبروزه العديد من العوامل لا سيما في بداية القرن التاسع عشر من خلال السماح للنزعة الفردية من السيطرة على العلاقات التعاقدية بفرض الحرية المطلقة في تحديد مضمون العقد وترتيب آثاره، إلّا أنّ التحويلات والتغيرات الاقتصادية التي عرفتتها المجتمعات المعاصرة كان لها عميق الأثر على هذا المبدأ، حيث طالته قيود شتّى أدت إلى تراجعها لا سيما ما تعلق بانتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة القائم على قدرة العقد في خلق العدالة الذاتية، وإهمال احتمال عدم تعادل المتعاقدين من الناحية الواقعية، وانتشار المبادئ الاشتراكية التي تقوم على تقديم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد، نتيجة اختلال التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين بميمنة الطرف القوي على مجال التعاقد، حيث تجسّد ذلك في إقرار محدودية مبدأ القوة الملزمة للعقد، من خلال تدخّل المشرع والقاضي في العقد، سعياً إلى تحقيق التوازن الاقتصادي والاجتماعي للرابطة العقدية، وقد كان لفكرة النظام العام وتطوره الدور الكبير في تقييد سلطان الإرادة في العقد، من خلال تغليب الطابع العام والجماعي على إرادة الأفراد لا سيما في عقود الإذعان، كما ساهم تطور وظيفة الدولة من الرقابة على الفرد في التعاقد، إلى وضع تدابير الحماية والتوجيه في انتكاس مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد، من خلال تدخلها المباشر في تنظيم العقود والإنتاج، وتوزيع الأموال والخدمات، ومراقبة الأسعار، وغيرها من المهام سعياً إلى رفع الحيف عن الطرف الضعيف، فضلاً عن تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام القواعد المقيدة لشكل العقد، بالنظر إلى الدور الوقائي للشكلية، كأحد الأدوات الأساسية للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي في ظل عجز النظرية العامة للعقد في تحقيق الحماية للمتعاقدين والمجتمع على حدّ سواء.

2- الإذعان صفة طبعت أغلب العقود نتيجة التطور الاقتصادي والاجتماعي الذي عرفه المجتمع، فأصبح هذا النوع من العقود الوسيلة الأكثر استعمالاً وتداولاً في ظل التكتل الاقتصادي وتركيز آليات الإنتاج في يد عدد قليل من المنشآت الصناعية الكبرى، وما ينطوي عليه ذلك من إعداد منفرد للعلاقات التعاقدية، بين هذه المنشآت والمستهلك لمنتوجاتها وخدماتها، فلم تعد الحماية التقليدية من الشروط التعسفية كافية في ظل تطور العلاقات التعاقدية وتطور الحياة الاقتصادية، ليشمل خطر الشروط التعسفية حتى عقود المساومة في معظم صورها المعاصرة، الأمر الذي جعل تشريعات الدول، وعلى غرارها الجزائر تستشعر الحاجة إلى إصدار تشريعات متخصصة، من قبيل قانون المستهلك وقانون المنافسة، بهدف مقاومة الشروط التعسفية، وتحقيق الحماية للمستهلكين، ومن ثم إعادة التوازن للعلاقات العقدية المختلفة بسبب الشروط التعسفية، كما كان للتطورات الاقتصادية والاجتماعية والتكنولوجية الهائلة، عميق الأثر في العملية التعاقدية، وذلك بظهور عقود جديدة، إلى جانب العقود التقليدية، من أجل مواكبة مناخ الاستثمار

والتنمية الاقتصادية، والمعاملات الالكترونية، من قبيل التعاقد الجماعي، وعقود بيع العقار في طور الإنجاز، و العقود البيئية، وكذا العقود الالكترونية.

3- فرض التحولات الاقتصادية والاجتماعية التي عرفها العالم وما ترتب عنها من تفاوت في المراكز العقدية ضرورة إيجاد حلول منصفة للإشكالات الجديدة التي أحدثتها تطور الواقع التعاقدي بفعل هذا التطور الاقتصادي والاجتماعي، الأمر الذي نتج عنه اهتزازات كبيرة في موازين الأفكار القانونية التي أصبحت مرّغمة على استيعاب المعطيات الجديدة وتقديم الحلول اللازمة لهذه الفوارق، تفادياً لاحتلال التوازن العقدي من خلال تدخّل التشريعات بما تتوفر عليه من وسائل التوجيهية والتحديث التي طالت المبادئ التقليدية التي يقوم عليها العقد بالتحديث من قبيل "مبدأ الحرية العقدية" و"مبدأ حسن النية" في ظل ظاهرة التخصص التشريعي، ولم يتوقف الأمر عند تحديث بعض المبادئ فحسب، بل فرضت ضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية لنظرية العقد أيضاً ظهور مبادئ وقيم جديدة مستنبطة من قيم العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية توسيعاً للنظرية العامة للعقد، من قبيل "مبدأ المساواة الفعلية بين المتعاقدين" و"مبدأ أخلاقية الروابط العقدية"، وكذا "مبدأ التضامن العقدي" وغيرها من المستلزمات والمبادئ الجديدة التي هيمنت على الحياة العقدية.

4- دفع آليات النظرية العامة للعقد القائمة على فلسفة مغايرة لفلسفة العقد الجديدة القائمة على التفاوت، لا المساواة بين المتعاقدين، بما لا يتماشى والتحولات الاقتصادية والاجتماعية بالمشروع إلى الاهتمام بالمصالح الخاصة للأفراد من خلال اعتماده فلسفة جديدة ألقت بظلالها على القانون، لا سيما ما تعلق بالتشريعات الاجتماعية أو ما يصطلح عليه بحماية الفئات الضعيفة، فجاءت التشريعات الخاصة من قبيل قانون حماية المستهلك وقانون المنافسة اللذين كان لهما عميق الأثر على المبادئ الكلاسيكية للعقد، والتي أسهمت في تكريس المساواة الفعلية والعدالة العقدية على حدّ سواء رغم نيلها من مبدأ الحرية العقدية.

5- أن الاختلاف في نظرة كل من "التشريعات الخاصة" و"النظرية العامة" للعقد يكمن في التصور للمبادئ والأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم للعقد، بما يحفظ للنظرية العامة مكانتها ويستبعد قطع صلة التشريعات الخاصة بمفهوم العقد المنظم وفق الشريعة العامة، لذلك فإن أحكام قانون العقود ليست عاجزة لدرجة الاستغناء عنها، بل لا بد من تطويعها، من خلال إصلاح وتحديد هذه النظرية، كمهمة صعبة لكنها ليست مستحيلة -أسوة بالقانون الفرنسي من خلال تعديل 2016 الذي مس قانون العقود بالتجديد-، وذلك بزرع المبادئ الجديدة وتوظيف الحلول التي تضمنتها التشريعات الخاصة في صلب قانون العقود، مواكبة لما يعرفه المجتمع من تطورات وتحولات في جميع النواحي، والقضاء على ظاهرة التشتت والافراط التشريعي، سعياً إلى إقامة التوازن العقدي وتحقيق الاستقرار للمعاملات المدنية.

خلاصة الباب الأول

إذا كانت العلاقة بين القانون والاقتصاد علاقة نفعية أكثر مما هي مسألة خدمة القانون للاقتصاد، بما يوجب التكامل بينهما لضمان الحق في التنمية كحق من حقوق الإنسان، فإن ما ساد المجتمع الأوربي من بساطة في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر، سواءً في تركيبته أو محدودية تقدمه التقني والتكنولوجي لم يكن ليثير أي اشكال في تعاقد هيمن عليه "مبدأ سلطان الإرادة" كمطلب أساسي لرجال الثورة الفرنسية جسدته مدونة نابليون الصادرة سنة 1804، من خلال تثبيتها لكل من "مبدأ الحرية التعاقدية" و"مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ القوة الملزمة للعقد"، وهو النهج الذي سارت عليه معظم التشريعات وعلى غرارها المشرع الجزائري من خلال القانون المدني الصادر سنة 1975، وإن صاحب ذلك فرض بعض الاستثناءات على هذه المبادئ خففت من حدتها حماية للطرف الضعيف.

وإذا كانت تحديات العولمة-كنتيجة للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع الجزائري على غرار دول العالم- بدورها قد حتمت انسحاب الدولة من تسيير وإدارة النشاط الاقتصادي واقتصار دورها على أداء الوظائف الطبيعية لها بما يضمن العدالة والمساواة بين الأفراد وكذا الاستقرار الاقتصادي، فإن اتساع المجال الاقتصادي وتنوعه في ظل اقتصاد السوق الذي انتهجته الجزائر وظهور فوارق واجحافات جسيمة لحقت طبقات عديدة في كل المجتمعات التي تنتهج الاقتصاد الليبرالي، أدّى إلى فرض عملية تقسيم للأدوار بين الدولة والسوق من أجل تنظيمه وإدارته، من خلال فكرة تدخل الدولة في توجيه الاقتصاد من أجل ضمان نمو منسجم ورفع الحيف عن الأطراف الضعيفة بما يتماشى والنظام الرأسمالي، الأمر الذي دفع بالدولة أيضًا إلى التدخل لتوجيه العقود حماية للطرف الضعيف، من خلال السعي إلى تحقيق التوازن العقدي، مواكبة للاقتصاد العالمي والتنافسية الشرسية التي لا ترحم بشكل يتلاءم وازدواجية "قانون العقود وقانون المنافسة" في العلاقات الاتفاقية في الميدان الاقتصادي، بحسبة بذلك العلاقة العقدية في بعدها الموضوعي بما يُكرس فكرة أن "انتصار مبدأ سلطان الإرادة كان نتيجة عوامل اقتصادية وانتكاسه كان نتيجة تطور العوامل ذاتها".

والأكيد أن العقد كوسيلة لتنظيم علاقة الأفراد في المجتمع وكسند لأي عملية اقتصادية لا يمكن أن يبقى جامدًا، بل يعرف تطورًا مستمرًا متأثرًا بتطور الزمان والظروف، الأمر الذي فرض تحول العقد من خلال تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتزايد عقود الإذعان كنتيجة لتزايد حجم المعاملات واتساع لدائرة العقود الخاصة من قبيل عقود الادماج والعقود البيئية، والالكترونية وغيرها ومراجعة المبادئ العقدية، سواءً بتحديث مبادئ لازمت العقد لفترة طويلة من الزمن لم تعد تتماشى مع الروابط العقدية في ظل التحويلات الاقتصادية واقتصاد السوق، من قبيل مبدأ الحرية العقدية ومبدأ حسن النية، أو الأخذ بمبادئ جديدة لم تكن معتمدة من قبل ضمن النظرية العامة للعقد، من قبيل "مبدأ المساواة الفعلية بين المتعاقدين"، و"مبدأ أخلاق الروابط العقدية" وكذا "مبدأ التضامن العقدي" وغيرها من المستلزمات والمبادئ الجديدة التي هيمنت على الحياة العقدية، فضلًا عن ظهور قوانين جديدة -من قبيل قانون المنافسة وقانون الاستهلاك- آخذة بفلسفة مغايرة لأساس هذا العقد ومتجاوزةً بذلك العديد من المقتضيات التي تحكمه، كل ذلك كمظاهر للتحويلات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد.

الباب الثاني

الآليات القانونية لحماية المتعاقد وتحقيق

التوازن في ظل التحولات الاقتصادية

(قانون حماية المستهلك نموذجاً)

تمهيد الباب الثاني

تعد حماية المستهلك في الدول المتقدمة تعبيراً عن سياسة تشريعية عامة وثابتة فهي لم تأتي هكذا فجأة وبشكل اعتباطي، بل تمت بطريقة تراكمية على مدار ما يقارب خمسين عاماً صدر خلالها الكثير من التشريعات واللوائح، وأنشئ خلالها العديد والعديد من المنظمات والتنظيمات المتعلقة بالاستهلاك والمستهلكين، فبعد الولايات المتحدة الأمريكية التي كان لها السبق في الكشف عن مخاطر المجتمع الاستهلاكي*، استشعرت أوروبا الغربية بعد ذلك في الفترة ما بين 1970 - 1980 ضرورة الدفاع عن هذه الفئة نتيجة الأخطار التي يتعرضون لها ، ليُكَلَّل ذلك بفرع جديد من فروع القانون يُسمى بقانون الاستهلاك بصدور تقنين الاستهلاك بفرنسا عام 1993 الذي سبقه صدور ما يقرب من ستة عشر تشريعاً قبل صدوره ، لتتواصل التشريعات بعد هذا التقنين في ذات المجال، في حين لم يصل مدّ حماية المستهلك إلى الدول العربية إلاّ متأخراً بعد قرابة ما يزيد عن أربعين عاماً والذي لم تأخذ منه سوى المسمى دون المضمون، حيث صدرت تشريعات لهذا الغرض في العديد من الدول العربية كمصر ولبنان والامارات العربية جسّدت المفهوم الجزئي لحماية المستهلك في التشريعات العربية وقصوره.

أمّا في الجزائر فرغم الاستثناءات التي أوردها على مبدأ سلطان الإرادة، لا سيما ما تعلق بإمكانية وضع حدّاً للعلاقة العقدية من قبل الإرادة المنشئة لها وتدخل المشرع في مضمون بعض العقود بقواعد مكملّة للفراغ الذي قد يتركه المتعاقدين، وكذا تدخل القاضي في العقد لمقتضيات العدالة العقدية، فإن قانون العقود ظل أكثر القوانين إخلاصاً لمبدأ سلطان الإرادة الذي يُشكل أساس النظرية التقليدية للعقد، حيث أعطى هذا القانون للإرادة وبالنظر إلى الظرفية التي وُضِعَ فيها الحرية في إنشاء ما تشاء من العقود والاتفاقات وتضمينها ما تشاء من البنود والشروط ما لم يتعارض ذلك مع النظام العام والآداب العامة، وكنتيجة لذلك وطبقاً لنص المادة 106 ق م ج، فإن كل التزام عقدي صحيح يقوم مقام القانون بالنسبة لأطرافه، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي أيضاً من خلال المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تفيد أن ما أنشأته إرادتين لا يموت ولا يعدل إلا بإرادتين تجسيداً لهذا المبدأ وما ينطوي تحت لوائه من المبادئ المعبّرة عن سيادة وسمو الإرادة، من قبيل "مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ القوة الملزمة للعقد"، و"مبدأ نسبية أثر العقد".

لذلك فإنه بناءً على ما سبق لا تكون العقود فعّالة ومنتجة لآثارها إلاّ إذا اقترنت بقوة الزامية تضمن تنفيذ الالتزامات التي تعهد بها الأطراف، كمبدأ كرّسته سيادة المذهب الفردي على قانون العقود بإقراره من قبل أغلب القوانين المقارنة واجماع الفقه عليه واستقرار القضاء بشأنه أيضاً، فأبي رفض أو تراجع عن تنفيذ التعهدات يعتبر خرقاً ومساساً بالعقد والقوة الملزمة المقترنة به.

إذاً فرغم التدخل التشريعي وفقاً للقواعد العامة لحماية العلاقة العقدية، بدءاً من مرحلة تكوينها إلى تنفيذها

* لقد كان للفلاسفة والاقتصاديون في الولايات المتحدة الأمريكية السبق في الكشف عن مخاطر المجتمع الاستهلاكي، لتأخذ فكرة المستهلك والاستهلاك الزخم اللازم بعد خطاب الرئيس الأمريكي "Kennedy" الذي أعلن من خلاله أن "المستهلكين يمثلون قوة اقتصادية هي الأكثر أهمية والأقل تأثيراً في نفس الوقت"، حيث تمخى الرئيس إصدار تشريعات تجعلهم أكثر قدرة على ممارسة حقوقهم، كالحق في السلامة، والحق في أن يكون لهم صوتا، والحق في الإعلام، والحق في إنشاء جمعيات للدفاع عن مطالبهم، فظهر منذ ذلك التاريخ ما يسمى بـ "Consumérisme"، التي أعطاهها السياسي الأمريكي ذو الأصول اللبنانية "Ralph Nader" دفعة قوية في عام 1970.

منعًا لاختلال التوازن، كتلك القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة وضمن العيوب الخفية وكذا سلطة القاضي التقديرية في تعديل وإلغاء الشروط التعسفية، إلا أن التحولات الاقتصادية الاجتماعية والتكنولوجية التي عرفتتها وتعرفها المجتمعات المعاصرة لا سيما مع نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين وما صاحبها من أزمات وظهور فوارق جسيمة بين أطراف العلاقة العقدية أثّرت بشكل واضح على هذه المبادئ التقليدية التي كرّستها النظرية العامة للعقد والتي أثبت الواقع العملي عدم كفايتها في تحقيق التوازن العقدي، كغاية تسعى إليها التشريعات من وراء العلاقات التعاقدية، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى مسايرة هذه التحولات، من خلال إصدار مجموعة من القوانين الخاصة والحديثة ذات الطابع الحمائي والتي كان لها عميق الأثر على العقد لأخذها بأسس فلسفية مغايرة لأساس هذا العقد في ظل النظرية العامة، فتجاوزت بذلك العديد من المقتضيات التي تحكمه من أجل حماية الطرف الضعيف في العقد وخدمة لمصالح المجتمع ومطالبه، خاصة في ظل انتهاج الجزائر لاقتصاد السوق وتنظيمها للمنافسة بوضع قواعد تخدم الحرية التنافسية، وضوابط لتوجيه الاقتصاد سعيًا إلى ترميم وإصلاح النظام الاقتصادي الذي كان له الأثر الواضح على مجال العقود.

يُعتبر قانون حماية المستهلك -موضوع الدراسة- نموذجًا على هذه الحماية، حيث حاول المشرع الجزائري من خلال مقتضيات هذا القانون سنّ مجموعة من الضمانات القانونية الهادفة إلى تنوير إرادة المستهلك، سواءً تعلق الأمر بمرحلة تكوين العقد (فصل أول)، أو خلال مرحلة تنفيذه (فصل ثاني) كقفزة نوعية من المشريع لمسايرة هذه التطورات.

الفصل الأول

آليات الحماية المقررة للمستهلك أثناء

تكوين العقد: تحديث لمبادئ العقد

ظلت ظاهرة الاستهلاك محتفظة بطابعها الاقتصادي التقليدي بعيداً عن دراسة وتنظيم التشريع ودراسة وتحليل الفقه على اعتبار أن الاقتصاديون هم من كانوا السباقين لاستخدام مصطلح "مستهلك" و"استهلاك" من خلال نظرية القيمة والتوزيع، حيث احتل الاستهلاك الحلقة الأخيرة في العملية الاقتصادية (الإنتاج-التوزيع-الاستهلاك)، إلا أن ما شهدته العالم من تطور في شتى المجالات، الاقتصادية والصناعية والتكنولوجية، وما نتج عنه من منتجات وخدمات متنوعة ومعقدة يفتقد المستهلك لأدنى معرفة فنية في اقتناءها بشكل يجسد ضعفه في العلاقة التعاقدية في مواجهة المحترف، أدى إلى تحول هذه الظاهرة (الاستهلاك) من فكرة اقتصادية إلى فكرة قانونية احتلت مكانة بارزة في التشريع ونالت اهتمام رجال القانون حمايةً للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، سواء من الناحية الفنية لجهله بمكونات السلع وتركيبها، أو من الناحية الاقتصادية مقارنةً بالمحترف الذي يتمتع بمركز قوي يُحوّله إملاء شروط العقد وفرضها على المتعاقد معه (المستهلك).

بعد تأكد المشرع الجزائري من ضرورة الحماية الخاصة للمستهلك في ظل قصور القواعد العامة في نظرية العقد عن تحقيق هذه الحماية، سارعت الدولة إلى اتخاذ جملة من المواقف التي كرّست اهتمامها بالمستهلك والسعي إلى حماية إرادته التعاقدية لا سيما عند تكوين العقد، من خلال وضع ترسانة قانونية لخدمة مصالح المستهلكين سعياً إلى تحقيق نوعاً من التوازن بين المجتمع الاستهلاكي والنمو الاقتصادي، فتوالت النصوص القانونية المتعلقة بهذا الغرض منذ صدور القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الذي استعار أحكامه وقواعده وأُسسه من القانون المدني في محاولة تطويعها لخدمة هذا النوع من العقود، إلا أن عدم مسايرة هذه القواعد الكلاسيكية لجديد علاقات الأفراد فرض ضرورة ابتداع حلول وتقنيات لا تتماشى ومبادئ القانون المدني الأمر الذي يبرّر مراجعة قانون الاستهلاك بالإلغاء والتعديل، فجاء القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والعديد من النصوص التنظيمية في مجال الاستهلاك، بما يُجسد فكرة أن القانون المدني أصبح رهين أزمة تفرض إصلاحه في ظل تحديد تشريعات الاستهلاك وقوانين السوق له كقانون التوزيع والمنافسة.

وعليه فقد عمد المشرع الجزائري من خلال قانون الاستهلاك إلى تجاوز المبادئ العامة التي كرّستها نظرية العقد لفترة من الزمن، وذلك من خلال النص في هذا القانون على مجموعة من التدابير الحماية لفائدة المستهلك أثناء مرحلة تكوين العقد، وهو ما سيتم تناوله في هذا الفصل من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: تراجع مبدأ الرضائية في العلاقات الاستهلاكية: تجسيداً لخصوصية الحماية

المبحث الثاني: الحد من الحرية التعاقدية في مجال الاستهلاك: توسيع لنطاق الحماية

المبحث الأول: تراجع مبدأ الرضائية في العلاقات الاستهلاكية: تجسيداً لخصوصية الحماية

إذا كان دور مبدأ سلطان الإرادة في تكوين العقد وفقاً للنظرية العامة للعقد يظهر من خلال حرية الأطراف في كيفية التعاقد، أو ما يُعبر عنه بمبدأ الرضائية كقاعدة عامة تحكم إنشاء العقد وقيامه في العصر الحديث، والذي يُفيد بأن التراضي وحده كافٍ لإبرام العقد الذي ينشأ بمجرد تطابق إرادتي العاقلين، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في (المادة 59 والمادة 1/60 ق.م.ج)¹، من خلال السماح بحرية المتعاقدين في التعبير عن هذه الإرادة. فإن الدور الوقائي لقانون الاستهلاك—على خلاف القواعد العامة التي تتميز بالحماية البعدية للمتعاقدين—جعل المشرع يعتمد إلى إلزام المحترفين بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمستهلكين بقصد تنوير رضائهم عن طريق الالتزام بالإعلام، أو ما يُصطلح عليه بالشككية الإعلامية (مطلب أول)، كما فرض مهلة للتفكير والتروي حمايةً للمستهلك (مطلب ثاني)، الأمر الذي يُعتبر تخلياً واضحاً عن الرضائية في العقود الاستهلاكية.

المطلب الأول: الالتزام بالإعلام: شكلية جديدة لحماية رضا المستهلك

تُعَدُّ العلاقات العقدية التي يُبرمها المستهلك خير مثال على العلاقات المبرمة بين طرفين غير متكافئين، بما يفتح الباب على مصراعيه لإجحاف من يتعامل مع المستهلك ومردُّ ذلك أن تنظيم هذه العلاقات يعتمد في المقام الأول على إرادة الأطراف الذين يملكون حرية كبيرة في تحديد مضمون حقوقهم أو التزاماتهم المتبادلة، مما ينعكس سلباً على رضا المستهلك²، لذلك فإنه في ظل التحولات التي عرفها العالم في شتى مجالات الحياة المتفاعلة والمتكاملة الاجتماعية والاقتصادية، الثقافية والسياسية والتي كان لها عميق الأثر على العلاقات التعاقدية أصبحت حماية المستهلك من الواجبات الأساسية للدولة المعاصرة بمختلف أجهزتها، لا سيما في ظل اتساع مشكلة اختلال التوازن القائم بين المحترفين والمستهلكين الذي يعكسه تفاوت المعرفة بين الفئتين بما يُجسد ضعف المستهلك الناجم عن جهله بخصائص ومكونات السلعة، أو المنتج المعروض عليه وعدم الامام بخصائصه وكيفية استخدامه، في مواجهة عون اقتصادي* يمتلك من القوة الاقتصادية والخبرة الفنية ما يجعله ينفرد بإعداد العقد بشكل مسبق لا يملك معه المستهلك سوى قبول شروطه لحاجته للسلعة أو الخدمة، خاصة في ظل انتقال المنتج من النموذج المبسط المعهود إلى منتوجات وخدمات ذات تقنية عالية وتركيب صناعي معقد يدفعه إلى التعاقد على شيء قد يضره أكثر مما ينفعه، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى اتخاذ تدابير لحماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، سعيًا إلى ضمان استقرار المعاملات وتحقيق النزاهة والشفافية في السوق، فتجسدت الإرادة التشريعية في توفير حماية خاصة وقائية في مجال الاستهلاك، من خلال فرض العديد من الالتزامات على عاتق المتدخل تضمن الحد من رغبته وسعيه الدائم لتحقيق الربح، ولو على حساب مصالح المستهلك، فكان الالتزام بالإعلام من أهم هذه

¹ انظر المادتين 59 و60 من القانون المدني الجزائري.

² أحمد محمد أمين الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 17، مصر، ديسمبر 2007، ص 275.

* عرّف المشرع العون الاقتصادي من خلال نص المادة 01/03 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدل والمتمم بالقانون 10-06، المؤرخ في 2010/08/15 بأنه: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

الالتزامات كونه يجسد مصطلح "المعرفة" لدى المستهلك بحصوله على المعلومات والبيانات الكافية حول موضوع العقد.

رغم أن النظرية العامة للعقد كانت السبّاقة في التأصيل لهذا المبدأ لا سيما من خلال المادة 352 ق م ج¹ التي تُنشأ التزامًا بالإعلام على عاتق البائع من خلال إعلام المشتري علماً كافياً بالمبيع وذلك بتمكينه من معاينته بنفسه أو بواسطة نائبه أو من يراه مناسباً من ذوي الخبرة والاختصاص، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا من خلال بيان المبيع وأوصافه الأساسية بما يُمكن من التعرف عليه.

فإن مبدأ الالتزام بالإعلام يجد صداه بشكل أكبر في النصوص القانونية الخاصة لا سيما قانون حماية المستهلك، بحيث يُعتبر من أهم الحقوق المقررة لحماية هذا الأخير، الأمر الذي يُفسر اهتمام المشرع الجزائري بهذا الالتزام ضمن التشريعات المقررة لحماية المستهلك بدءاً بالمرسوم التنفيذي 90-367²، المؤرخ في 10/11/1990 والمتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، والقانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر، وصولاً إلى القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر، والذي نص من خلاله صراحةً على هذا الحق وأفرد له فصلاً خاصاً تحت عنوان "إلزامية إعلام المستهلك"، والذي رسم من خلاله الإطار القانوني لتنفيذ هذا الالتزام من خلال جملة من التشريعات كالمرسوم التنفيذي 09-65³، المحدد لكيفية الإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض القطاعات وبعض السلع والخدمات المعنية، والمرسوم التنفيذي رقم 13-378⁴ المحدد لشروط وكيفية إعلام المستهلك، بما يعكس الأهمية البالغة لهذا الالتزام في إعطاء شفافية أكبر للممارسات التجارية وحماية القدرة الشرائية للمستهلك من خلال إعلامه بالسعر، تجسيداً لحرية اختياره بإرادة حرة وواعية، مُدركة لما تُقبل عليه من تعامل اقتصادي، الأمر الذي يعكس خصوصية الالتزام بالإعلام في مجال عقود الاستهلاك بالنظر إلى صفة الأطراف المتعاقدة، وكذا نوعية المبيع في ظل ما تعرفه السلع والخدمات من تنوع نتيجة انفتاح الأسواق التجارية وازدياد الإقبال على الاستهلاك، وعليه سنتطرق لبعض جوانب هذا الالتزام من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالإعلام وصوره

يشكل الحق في المعرفة أو الحق في الإعلام أحد أهم دعائم السياسة الناجحة لحماية المستهلك، لذلك فهو من أهم المبادئ الحمائية المقررة لحماية المستهلك بدءاً من المرحلة السابقة للتعاقد إلى مرحلة الإبرام، وعليه سنتناول المقصود بالالتزام بالإعلام كأهم حق من الحقوق المقررة للمستهلك (أولاً)، ثم تحديد صور هذا الالتزام (ثانياً).

¹ تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه...".

² المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411، الموافق لـ 10 نوفمبر سنة 1990، يتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ج ر العدد 50، الصادرة بتاريخ 4 جمادي الأولى عام 1411، لسنة 2009.

³ المرسوم التنفيذي 09-65، المؤرخ في 11 صفر عام 1430، الموافق لـ 7 فبراير سنة 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع أو الخدمات المعنية، ج ر العدد 10، الصادرة سنة 2009.

⁴ المرسوم التنفيذي رقم 13-378، المؤرخ في 2013/11/18، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر العدد 58، الصادرة سنة 2013.

أولاً: المقصود بالالتزام بالإعلام

يرجع الفضل في إبراز الإطار المفاهيمي للالتزام بالإعلام إلى القضاء الفرنسي الذي رسم معالمه الأولى في العديد من القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا¹، الأمر الذي مهّد الطريق أمام الفقه من أجل تبيان مفهوم الالتزام بالإعلام بصورة واضحة تتلاءم وتطور عقود الاستهلاك ووسائل إبرامها، خاصة في ظل عزوف المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي عن وضع تعريف لهذا النوع من الالتزامات الملقة على عاتق المهني حمايةً للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية والاكتفاء بتكريس الزاميته وبعض وسائل تنفيذه².

حيث يتجلى ذلك من خلال المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03، التي تلزم المتدخل بإعلام المستهلك دون تمييز بين ما إذا كان ذلك قبل التعاقد، أم أثناءه وذلك بنصها: "يجب على كل متدخل أن يُعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"، والمادة 04 من القانون رقم 04-02 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر بنصها: "يتولى البائع وجوباً إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع." وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضاً من خلال أحكام المرسوم رقم 90-367 المتعلق بالوسم وتقديم المواد الغذائية سالف الذكر من وجوب الإعلام المادي للمستهلك.

كما تجدر الإشارة إلى عدم اقتصار الفقه في تسميته لهذا الالتزام "بالالتزام بالإعلام" فحسب، بل خصه بعديد التسميات من قبيل "الالتزام بالتبصير" و"التزام الإفضاء بالبيانات والمعلومات" وكذا "التزام بالإخبار أو الإفصاح"، إلا أن انقسام الفقه في هذا الشأن بتعدد التسميات لا ينفي انطلاقه من أرضية مشتركة مفادها أن الالتزام بالإعلام يمثل التزاماً عاماً في عقود الاستهلاك يتجسد بصفة أساسية في المرحلة السابقة على التعاقد بهدف تنوير إرادة المستهلك، كما يتجسد أيضاً في مرحلة إبرام العقد وحتى تنفيذه، سواءً تعلق الأمر بعقد الاستهلاك التقليدي، أو الإلكتروني، رغم اختلاف أحكامه في الحالتين³ كون الحكمة من فرض هذا الالتزام على عاتق المهني هو تزويد المستهلك بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة باستعمال المنتج بغية تمكينه من تحقيق أقصى استفادة ممكنة من هذا المبيع بتأديته الغرض من شرائه، فضلاً عن تحقيق أمن المستهلك من خلال تجنبه مخاطر ومضار هذا الاستعمال⁴.

لذلك يُعرّف **الالتزام بالإعلام بأنه**: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالالتزام أحد المتعاقدين بأن يُقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور، يجعله على علم بكافة تفاصيل

¹ مشار إليه في سه نكه رعلي رسول، حماية المستهلك وأحكامه، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2016، ص 135، ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 ماي 1999، والذي أقرت فيه المحكمة مسؤولية المنتج عن الضرر اللاحق بالمستهلك نتيجة عدم تحذيره بالتأثير السلبي لغسول الشعر على الجلد واحتمالية تسبب هذا الغسول في حساسية شديدة لمستعمله.

² المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018، ص 12.

³ زهيرة عوب، حق المستهلك في الإعلام، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 1، العدد 1، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ص 137.

⁴ المختار بن سالم، المرجع السابق، ص 24.

هذا العقد"، ويُعرّف أيضًا بأنه: "التزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه، بل تحذيره ولفت انتباهه ونظرة إذا استدعى الأمر ذلك"¹.

كما عرّفه الأستاذ جميعي، بأنه: "التزام عام يُغطي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك ويتعلق بالإدلاء بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لإيجاد رضا حر وسليم لدى المستهلك، وبذلك يؤدي بهذا الالتزام إلى اندماج المستهلك بالبدء في إبرام العقد وهو على علم بحقيقة التعاقد والبيانات التفصيلية المتعلقة بأركانه وشروطه ومدى ملاءمتها للغرض الذي يبتغيه من التعاقد"².

ويُعرّفه البعض الآخر بأنه: "تعريف البائع المحترف للمستهلك بكيفية استعمال السلعة بالشكل الذي يحقق له أقصى مدى من الأهداف التي يبتغيها من شرائها، أو البوح للمستهلك بكل ما يجعله على بينة من أمره بعيوب الشيء المباع وإدراك خصائصه وإبراز الاحتياطات التي يجب على المستهلك اتخاذها عند حيازته أو استعماله للمنتج وأن يُحذّر بوضوح من مغبة عدم اتخاذ هذه الاحتياطات، أو أنه تنبيه وإعلام طالب التعاقد بصورة من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما، أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع إقامته حتى يكون طالب التعاقد على بينة من أمره، بحيث يتخذ القرار الذي يراه مناسباً في ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد"³.

في حين حاول بعض الفقه نَحج سبيل مختلف بوضعه تعريفاً خاصاً ومستقلاً للالتزام بالإعلام قبل التعاقد عن نظيره التعاقد الخاص بمرحلة تنفيذ العقد، فعَرّف الأول على أنه: "التزام البائع السابق على التعاقد بتقديم المعلومات الجوهرية التي تفيد المشتري ولا يتمكن من الحصول عليها بوسائله الخاصة نظراً لطبيعة العقد"، في حين عَرّف الثاني بأنه: "التزام البائع بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمشتري بما يتفق مع موجبات حسن النية في التعامل"، والتي من شأنها أن تشكل رضاً حراً مستنيراً"⁴.

ليتضح من خلال ما تقدم من تعريفات للالتزام بالإعلام أن هناك تضيق لنطاق هذا الالتزام في معظمها وذلك بحصره في المرحلة السابقة على التعاقد، مما يُعد تعريفاً له بأحد صوره وهو الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، رغم أن هذا الالتزام يُغطي المرحلة السابقة على التعاقد ويمتد أيضاً إلى مرحلة تنفيذ العقد التي لا تخلو من فائدة ولا تقل أهمية عن نظيرتها السابقة على العقد، كما أن الهدف من هذا الالتزام ليس إيجاد رضاً حراً لدى المستهلك فحسب مثلما ذكرت التعريفات، بل أيضاً إعلام المشتري بطريقة استعمال الشيء وتحذيره من المخاطر التي قد تترتب على استعماله وكيفية تجنبها، وعليه يمكن تعريف الالتزام بالإعلام على أنه: "التزام يقع على الطرف المقابل للمستهلك في عقود

¹ محمد زايد، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مجلة آفاق علمية، المجلد 12، العدد 04، جامعة تامنغست، الجزائر، سبتمبر 2020، ص 541.

² المختار بن سالم، المرجع السابق، ص 25.

³ محمد حاج بن علي، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المباع (دراسة مقارنة)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 06، جامعة حسنية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2011، ص 75.

* يرد معظم فقهاء القانون مظاهر الالتزام بالإعلام إلى مظهرين أساسيين، وهما "الالتزام بالتحذير" و"الالتزام بالنصيحة"، وكلاهما يعد أكثر من مجرد الإدلاء بالبيانات الموضوعية، بحيث يجب على البائع فضلاً عن الإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد شفاهة أو كتابة أن يحذر المتعاقد الآخر، أو أن يلفت انتباهه إلى احتمال وجود خطورة مادية، أو قانونية ناتجة عن هذا التعاقد، كما يجب عليه أيضاً أن يقوم بتقديم النصيحة له كلما كان هناك مقتضى لذلك.

⁴ زهيرة عبوب، المرجع السابق، ص 139.

الاستهلاك، يلتزم بموجبه بالإدلاء في الوقت المناسب بكل البيانات الجوهرية والمؤثرة التي يجهلها الطرف الآخر والمرتبطة بالعقد، وذلك بكل وسيلة تتلاءم وطبيعة العقد ومحلّه"، الأمر الذي يمكن القول معه بشمولية هذا التعريف، لا سيما ما تعلق بتوقيت تطبيق الالتزام بالإعلام بما يفيد استيعابه لكل من المرحلة السابقة ونظيرتها اللاحقة لإبرام العقد، وكذا وسيلة تنفيذ هذا الالتزام في إشارة إلى التعاقد الإلكتروني ووسائله الإلكترونية في الإعلام إلى جانب التعاقد التقليدي.

ثانيا: صور الالتزام بالإعلام

أدى التطور المستمر للعلاقات الاقتصادية بين الأفراد إلى تباين في المراكز العقدية بين محترف يمتلك معرفة تقنية ومعلوماتية وقدرات مالية، ومستهلك متجرداً من أي غطاء معرفي يقيه ما يترتب من نتائج سيئة عن علاقة تعاقدية يحكمها عدم توازن معرفي، الأمر الذي يُفسر توسع المشرع في حماية المستهلك كطرف في علاقة تعاقدية غير متكافئة وذلك بسن قواعد حمائية سعيًا إلى إعادة التوازن لهذا النوع من العلاقات التعاقدية بجعل إرادة المستهلك مساوية لإرادة المنتج من حيث القوة وذلك بإحاطته بمضمون ونطاق العقد المزمع إبرامه من أجل ضمان إرادة صحيحة، مستندة إلى رضا مستنير وغير معيب، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلّا من خلال إحاطة المستهلك علمًا بكل ما قد يجهله عن الشيء المتعاقد عليه بما يحول دون وقوعه في الغلط تجسيدًا لفكرة الالتزام بالإعلام كأساس لمبدأ سلامة العقود إلى جانب فكرة حسن النية.

لذلك تتعدد صور الالتزام بالإعلام بتعدد نظرة فقهاء القانون له، إلا أن الرأي الفقهي الغالب يعتمد تقسيم ثنائي لهذا الالتزام والمتمثل في (الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي)، و(الالتزام بالإعلام التعاقدي)، كون المستهلك يحتاج إلى الحماية بدءً من فترة ما قبل التعاقد وتستمر إلى مرحلة ما بعد الاستهلاك، حيث يكون البائع (المحترف أو المهني) ملزمًا بإخبار المشتري (المستهلك) وتزويده بكل النصائح والمعلومات التي تساعد على تحديد موقفه من موضوع التعاقد.

ويستمد كل من الالتزامين وجوده في التعامل من المصدر الذي يجسد الاختلاف بينهما، فالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية، إلى جانب بعض القوانين الخاصة بنصها الصريح عليه، في حين يجد الالتزام بالإعلام التعاقدي مصدره في العقد ذاته، الذي يلزم أحد طرفي العقد أن يُعلم المتعاقد الآخر بمعلومات يحوزها بخصوص العقد.

1-الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي

وهو التزام ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام أي عقد، حيث يلزم المتدخل بإعلام المستهلك حول الخصائص الأساسية للمنتج وكذا شروط العقد من أجل تنوير رضا المستهلك قبل إبرام العقد، الأمر الذي يجعل من الضرر الناجم عن الإخلال بهذا النوع من الالتزام خاضعًا لقواعد المسؤولية التقصيرية¹، كونه التزامًا مستقلًا الهدف منه مواجهة احتلال التوازن في العلم القائم بين المنتج والمستهلك تحقيقًا للعدالة العقدية في المرحلة قبل التعاقدية في ظل

¹ منال بوروب، التزام المتدخل بإعلام المستهلك في ظل القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 55، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2018، ص 303.

عجز النظريات التقليدية عن مواجهة اختلال التوازن في هذه المرحلة، وهو الأمر الذي أكدّه محمد إبراهيم الدسوقي بقوله: "إنّ الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، التزام مستقل يقع على عاتق شخص ينوي التعاقد مع غيره وهو لا يقوم على حماية رضا الطرف الآخر، بل لتحقيق التكافؤ بين الطرفين إعمالاً لمقومات العدالة العقدية"¹.

ولا يُعتبر الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي من الالتزامات الحديثة، بل عرفه النظام القانوني للعقود منذ زمن، إلّا أن الفقه والتقنين في الدول العربية لم يخصّ هذا النوع من الالتزامات بالنصوص الخاصة والدراسات المستفيضة سوى مؤخراً، لا سيما بعد أن أصبح محلاً لقوانين حماية المستهلك، كقوانين مستحدثة في الجانب التشريعي والتي تولت تنظيمه بشيء من التفصيل، ليتزايد الاهتمام بهذا الالتزام واتساع نطاقه في ظل تزايد صور وأغراض المنتجات وامتدادها إلى التعاملات الالكترونية، ليشمل هذا الالتزام عقوداً لم يعهدها من قبل بغية تحقيق التوازن في المراكز العقدية للمتعاقدين في هذا النوع من العقود، الأمر الذي فرض تطوير المفاهيم القانونية لهذا الالتزام خلافاً لما كان سائداً، من أجل مواكبة البيئة العقدية للتطور التقني الحاصل، من خلال التسهيل على المستهلك اتخاذ القرار الصائب بشأن إبرام عقد الاستهلاك من عدمه².

2-الالتزام بالإعلام التعاقدي

وهو التزام تفرضه بنود العقد على طرفيه يتجسد في إلزام كل طرف بإعلام الطرف الآخر بكل المعلومات اللازمة والضرورية من أجل تنفيذ العقد على أحسن وجه وبحسن نية، بما يخدم مصلحة كل طرف، حيث يسري هذا الالتزام طوال فترة سريان العقد، ويختلف باختلاف طبيعة العقد وخصائصه، مجسداً تبعيته للعقد وعدم استقلاله كما هو الحال بالنسبة للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، لذلك فإن الإخلال بهذا الالتزام يترتب تطبيق أحكام المسؤولية العقدية³.

ورغم أن الالتزامين مجتمعين يشكلان معاً التزاماً مستقلاً بالإعلام يُعد ضروري لضمان توازن العقد، غايته واحدة وهي حماية المستهلك، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 17 من القانون 09-03، حين اكتفى بتقرير هذا الالتزام على عاتق المتدخل، دون أن يُميز ما إذا كان هذا الالتزام تعاقدية أم غير تعاقدية، بل جعله عامّاً يقع على كل مراحل عرض المنتج للاستهلاك، إلّا أن معايير التمييز بين الالتزامين، أي (الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية)، و(الالتزام بالإعلام التعاقدية) تعدد وتنوع، بما يجسد الاختلاف بينهما.

فمن حيث الأساس يجد الالتزام بالإعلام غير التعاقدية أساسه في حماية صحة وسلامة رضا المستهلك من خلال مساعدته على التعبير المستنير والسليم عن إرادته بما يخدم مصالحه بعيداً عن العقد الذي يبرمه، في حين يجد الالتزام بالإعلام التعاقدية أساسه في تنفيذ العقد، كونه التزاماً يفرض على أحد طرفي العقد تزويد الطرف الآخر بما

¹ أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، جوان 2010، ص 168.

² محمد حجاري، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وتطبيقاته على العقود الالكترونية (نطاقه وضمانات المستهلك الالكتروني)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد الثامن، العراق، 2013، ص 242.

³ رضوان الكبا، حماية المستهلك من خلال فرض الالتزام بالإعلام، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 14، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، الرباط، المغرب، 2016، ص 324.

يحتاجه من معلومات أو بيانات في مجال معين من المجالات التي يتعلق بها العقد محل الإبرام، حيث تأخذ هذه المعلومات شكلاً واسعاً تسهياً لتنفيذ التزام رئيسي وتحقيقاً لسلامة المستهلك¹.

أما من حيث وقت نشوء كل من الالتزامين، فإن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ينشأ في المرحلة السابقة على إبرام العقد، بينما ينشأ الالتزام بالإعلام التعاقد بعد إبرام العقد، ناهيك عما يجسده الجزء من اختلاف بين الالتزامين كون الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد يترتب قيام المسؤولية التقصيرية مع إمكانية طلب المتعاقد الدائن بهذا الالتزام إبطال العقد بسبب عيب الرضا، في حين يترتب الإخلال بالالتزام بالإعلام التعاقد قيام المسؤولية العقدية بما يُحول للمتعاقد طلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً أو الدفع بعدم التنفيذ، فضلاً عن طلب فسخ العقد متى توافرت شروطه².

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام ومبررات تقريره في مجال عقود الاستهلاك

نتناول في هذا الفرع الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام (أولاً)، ثم مبررات تقرير هذا الالتزام في عقود الاستهلاك (ثانياً).

أولاً: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام: اختلاف فقهي

يعتبر الالتزام بالإعلام ذو طبيعة قانونية تُلزم المتدخل بإعلام المستهلك بالمعلومات والبيانات اللازمة والضرورية، سواءً في المرحلة السابقة على التعاقد لتتوير رضا المستهلك لا سيما ما تعلق بمحل العقد وبنوده، أو في المرحلة اللاحقة على التعاقد بفرض المشرع على المتدخل إعلام المستهلك بالبيانات الضرورية والمتعلقة بكيفية استعمال المنتج والاحتياطات الواجب اتخاذها لتفادي وقوع أضرار بما يُحقق الاستعمال الجيد للمنتج، إلا أن هذه المعلومات والبيانات قد تجد أساسها في اتفاق المتعاقدين في عقد الاستهلاك المبرم بعيداً عن النصوص القانونية وذلك باسـتـراط الدائن بهذا الالتزام في عقود الاستهلاك إدلاء المدين له ببيانات معينة لم ترد في نص القانون، الأمر الذي يجعل من الالتزام بالإعلام ناشئ عن الاتفاق بينهما³.

لذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام من الأهمية بما كان من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق في حالة الإخلال بهذا الالتزام، وكذا تحديد نوع المسؤولية ما إذا كانت تقصيرية أم عقدية مادام الأمر يتعلق بالالتزام بالإعلام في مرحلتين متباينتين، إحداهما سابقة للتعاقد وأخرى لاحقة له.

الحقيقة أن الفقه المقارن منقسم في شأن تحديد الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام، حيث تباينت الآراء الفقهية حول التكييف القانوني لهذا الالتزام بين من يعتبره ذو طبيعة عقدية وبين من ينزع عنه هذه الصفة هذا من جهة، ومن جهة أخرى بين من يعتبره التزاماً ببذل عناية ومن يصف هذا الالتزام بالالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة وسوف نفصل ذلك في النقاط الآتية:

¹ المختار بن سالم، المرجع السابق، ص 32-33.

² نبيل بن عديدة، التزام المحترف بالإعلام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة السانبا، وهران، 2009-2010، ص 53.

³ حازم الرمحين، ماهية الالتزام بالإعلام وأثره في حماية المستهلك، مجلة الحقوق، المجلد 12، العدد 01، دمشق، سوريا، ص 22.

1- الطبيعة العقدية وغير العقدية للالتزام بالإعلام

إذا كان الالتزام بالإعلام التعاقدية لا يثير أي إشكال أو جدل حول كونه التزاماً ذو طبيعة عقدية محضة مُستمدة من العقد المبرم ذاته، فإن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية هو من يثير جدلاً فقهيًا حول ما إذا كان ذو طبيعة عقدية أم أنه مجرد التزام قانوني لا يحوز صفة العقد.

أ- الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقدية

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى القول بأن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية، التزام عقدي يستمد وجوده من العقد ذاته ويستندون في ذلك إلى نظرية الخطأ في تكوين العقد التي تعتبر الالتزامات السابقة على التعاقد التزامات عقدية، تأسيسًا على قيام المسؤولية العقدية كأثر للأخطاء التي تقع بمناسبة إبرام العقد، أو تلك التي حالت دون انعقاده، باعتباره عقدًا سابقًا على العقد الأصلي كضمان مُفترض لكل متعاقد ومصدرًا لهذا الالتزام يمنع على المتعاقدين القيام بما يعوق إبرام العقد، أو ما يؤدي إلى بطلانه، وهي النظرية التي تأخذ بها بعض التشريعات، كالتشريع السويسري¹، كما أن وجود هذا الالتزام لا يقتصر على زمن ما قبل العقد فحسب، بل يستمر إلى تنفيذه، كونه يهدف إلى تنوير إرادة المستهلك بمدى ملائمة الشيء محل العقد وحسن استعماله وتجنب أضراره²، فضلًا عن أن التزام المهني بالإعلام يجد أساسه في كل من الالتزام بضمان العيوب الخفية والالتزام بضمان الاستحقاق، والالتزام بالتسليم، وهي بلا شك التزامات من طبيعة عقدية، الأمر الذي يجعل -حسب هذه النظرية- من الصعب التمييز بين التزام المهني بالإعلام واجب التنفيذ قبل وأثناء إبرام العقد، والتزامه بالإعلام الناتج عن العقد ذاته، لدرجة أن عدم تنفيذ الالتزام الأول، يترتب عنه حتماً عدم تنفيذ الثاني، فمثلاً إخلال المهني بالتزامه بالإعلام عن عيوب الشيء المبيع وقت إبرام العقد، إنما يجسد إخلاله بالتزامه بضمان العيوب الخفية، هذا الأخير الذي يُعد من صميم الالتزامات العقدية التي يُوجب الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية متى توافرت أركانها³.

وفي إطار السعي الدائم لأنصار هذا الاتجاه من أجل إضفاء الصفة العقدية على الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدية، يرون أنه عملياً لا بد من تغليب الطبيعة العقدية على هذا الالتزام مادام أن الغاية هي تحقيق حماية أكثر للمستهلك، وذلك حتى لا نحرّم هذا الأخير من الاستفادة من قواعد الإثبات المعمول بها في المسؤولية العقدية متى أثبت عدم تنفيذ المدين بهذا الالتزام لالتزامه بالإعلام قبل التعاقدية⁴.

¹ مريم نابي، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقدية في حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 04، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018، ص 152، أنظر في الصدد أيضاً محمد خليل قارة سليمان، التزام البائع بإعلام المستهلك في عقد البيع الإلكتروني، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، المجلد 01، العدد الأول، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، مارس 2014، ص 248.

² عبد الحق ماني، حق المستهلك في الإعلام -دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008-2009، ص 52.

³ كريمة حدوش، الالتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، كلية محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2011-2012، ص 38.

⁴ كريمة حدوش، المرجع نفسه، ص 39.

ب- الطبيعة غير العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي

ينطلق أنصار الاتجاه القائل بالطبيعة غير العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي من فكرة مفادها أنه من غير المعقول نشوء الفرع (الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي)، قبل نشوء الأصل (العقد)، أو أن ينشأ الالتزام قبل نشوء مصدره، فطالما أن العقد لم ينشأ بعد فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال القول بعقدية هذا الالتزام، ذلك أن الرضا كأحد أركان العقد لم يتحقق بعد، كون الالتزام بالإعلام يتم في مرحلة سابقة على إبرام العقد¹.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أيضاً-تكريساً لعدم عقدية هذا الالتزام-أن الالتزام بإعلام المستهلك علمًا كافيًا بمحل العقد وكيفية استخدامه، والتحذير من مخاطره يُعد من العناصر المكملة لرضا المستهلك ووسيلة لإيجاد رضا سليم بما يجعلها ضرورية قبل إبرام العقد، وهو الأمر الذي يُجسد الطبيعة غير التعاقدية لهذا الالتزام، هذا الأخير الذي يجد أساسه حسبهم في المبادئ العامة للقانون، كمبدأ حسن النية الذي يُوجب على المتعاقد الذي يحوز معلومات بخصوص العقد أن يُعلم المتعاقد الآخر بها، كالالتزام قانوني على عاتقه متى تعذر على هذا الأخير العلم بها، أو الاستعلام عنها من تلقاء نفسه².

مما سبق يرى الباحث أنه على الرغم من أهمية الرأي القائل بعقدية الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي الذي يهدف بالأساس إلى التوسيع من الحماية المقررة للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، لا سيما من خلال تسهيل إثباته لخطأ المتدخل في أداءه لهذا الالتزام، إلا أن الرأي القائل بالطبيعة غير العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقدي يبقى هو الأرجح في نظرنا ولعل أهم مبرر لذلك هو زمن نشوئه ودوره الوقائي كونه يتم قبل إبرام العقد، كما أن من أهداف هذا الالتزام الوصول إلى رضا سليم مستقبلاً كأحد أركان العقد الذي لم ينعقد بعد.

2- الالتزام بالإعلام بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة

يثير الحديث عن طبيعة الالتزام بالإعلام التساؤل حول ما إذا كان المدين بهذا الالتزام ملزمًا ببذل جهد من أجل تنفيذ التزامه بإعلام المستهلك دون أن يُسأل عن النتيجة، أم أنه ملزمًا بتحقيق نتيجة، الأمر الذي يجعل هذه المسألة من الأهمية بما كان، لما لها من أثر على الأحكام القانونية لهذا الالتزام، لا سيما ما تعلق بإثبات مسؤولية المنتج عن الضرر الناجم عن عدم كفاية المعلومات المتعلقة بمنتوجه المعروض للاستهلاك، ذلك أنه يتعين على المضرور إثبات خطأ المنتج لقيام مسؤولية هذا الأخير، متى كنا بصدد "التزام ببذل عناية"، في حين يستطيع المضرور الحصول على التعويض دون الحاجة لإثبات خطأ المنتج إذا كنا بصدد "التزام بتحقيق نتيجة"، وسوف نتناول ذلك في ظل الخلاف الفقهي القائم بهذا الصدد.

¹ عادل عميرات، التزام العون الاقتصادي بالإعلام، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2016، ص 234، أنظر في الصدد أيضا هنية قادري، حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد المتخصصة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة 08 ماي 1945، قالمة، الجزائر، 2015-2016، ص 24.

² أنظر غازي خالد أبو عراي، حماية رضاء مستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 01، الأردن، 2009، ص 190.

أ-الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية

يُقصد بالالتزام ببذل عناية أن البائع، أو المهني ملزم ببذل عناية الشخص العادي من أجل تزويد المستهلك، أو المشتري بالمعلومات اللازمة التي من شأنها جعل الالتزام ناجحًا ومفيدًا للدائن به، دون أن يضمن تقيّد المشتري أو المستعمل بهذه التعليمات¹.

لذلك يرى هذا الاتجاه الذي يضم جانب كبير من الفقه أن التزام البائع بإعلام المشتري (المستهلك)، لا يعدو أن يكون مجرد التزام ببذل عناية، مستنديّن في ذلك إلى ما أقرّه القضاء الفرنسي² من كون البائع ملزمًا فقط بتقديم المعلومات الكافية حول كيفية استعمال المبيع وتجنب مخاطره، من خلال إحاطته المشتري علمًا بجميع البيانات والمعلومات اللازمة والضرورية، دون أن يكون له سلطة حمله على تطبيقها تمامًا كما تم شرحها له، الأمر الذي يجعل المشتري دائمًا في موقف إيجابي عند حلول الضرر، بشرط إقامته الدليل على تقاعس البائع عن إعلامه بطريقة تكفل له الاستعمال الجيد للشيء المبيع وتجنب مخاطره³.

لذلك حسب هذا الاتجاه فإن المتدخل متى بذل في تنفيذ التزامه بالإعلام ما يبذله الشخص العادي يكون قد وقيّ بهذا الالتزام، خاصة في ظل غياب نص صريح في القانون يُلزم بتحقيق نتيجة، ولا يقتصر الالتزام هنا على البيانات التي كان يعلمها فحسب، بل يشمل أيضًا ما كان من المفروض أن يعلمه منها، أو أن يكون قد بذل عناية الشخص المعتاد في الاستعمال عنها، فطالما أن المتدخل لا يملك إجبار المستهلك على إتباع نصائحه والأخذ بما يقدمه من تحذيرات في طريقة الاستعمال، فإن الالتزام بالإعلام هو التزام ببذل عناية، يلتزم فيه المتدخل بتقديم معلومات وبيانات صادقة ونصح وتوجيه ولفت نظر المستهلك، حيث يستطيع المدين بهذا الالتزام التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد في تنفيذ التزامه، من خلال تقديمه معلومات صادقة وصحيحة للمستهلك من أجل توافر هذا الأخير على رضا قبل اتخاذ قرار التعاقد⁴.

وعليه يرى أنصار هذا الاتجاه أنه مادام استعمال المنتج يتوقف على إرادة المشتري ومدى استجابته للمعلومات والبيانات المقدمة من طرف البائع أو المنتج وتنفيذها بما يحقق الغرض من إعلامه، فإنه لا يمكن القول بأن الالتزام بالإعلام، التزام بتحقيق نتيجة، بل التزام ببذل عناية، حيث لا تقوم المسؤولية العقدية للمدين بهذا الالتزام في حالة حدوث ضرر للمشتري كمستهلك في شخصه، أو أمواله جراء غياب المعلومات المتعلقة باستعمال المنتج، إلا بإثبات المشتري للخطأ الذي ارتكبه المنتج في هذا المجال⁵.

¹ كريمة حدوش، المرجع السابق، ص ص 35-36.

² حكم صادر عن محكمة استئناف باريس، المؤرخ في 1972/07/12، والذي مفاده أن: "مورد أجهزة الإعلام الآلي ليس ملزمًا بتحقيق نتيجة".

³ سميرة محرش، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، جامعة البليدة 02، الجزائر، جوان 2016، ص 345.

⁴ هادي حسين الكعبي ومحمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة بابل، العراق، 2005، ص 82.

⁵ بشير سليم وسليمة بوزيد، الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقا لأحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09-03، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05، العدد الأول، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017، ص 33.

ب-الالتزام بالإعلام بالتزام بتحقيق نتيجة

يقصد بالالتزام بتحقيق نتيجة، بلوغ غاية، وذلك بفرض القانون على المدين بالالتزام تحقيق نتيجة قانونية محددة، بحيث تنعقد مسؤوليته المدنية متى تخلف تحقيق النتيجة، ولا يستطيع المدين التخلص من هذه المسؤولية، إلا إذا أثبت أن السبب الأجنبي الذي عجز عن مواجهته، كالقوة القاهرة هو من حال دون قيامه بالتزامه تحت طائلة التزامه بالتعويض لتخلف النتيجة¹.

وعليه يرى أنصار هذا الاتجاه أن اعتبار الالتزام بالإعلام، التزامًا ببذل عناية، وصف لا يتحقق معه مبدأ ضمان السلامة لفائدة المستهلك، مادام المتدخل يكتفي بإثبات تنفيذه للعناية الواجبة حتى يتحلل من مسؤوليته، لذلك فهم يرون أن الالتزام بالإعلام هو التزام بتحقيق نتيجة، -مستندين في ذلك إلى القضاء الفرنسي، الذي لم يلتزم بمبدأ واحد، بتبنيه لهذا المفهوم أيضا في العديد من أحكامه²،- حيث يلتزم المدين بهذا الالتزام أثناء التعاقد بتزويد الطرف الآخر بالمعلومات الضرورية حسب طبيعة الالتزام الأساسي، الأمر الذي من شأنه حسبهم تخفيف عبء الإثبات على المستهلك في طلب التعويض بمجرد حصول الضرر، وعلى المتدخل إقامة الدليل على قيامه بواجب التحذير إذا أراد التحلل من هذه المسؤولية³.

كما يرى أنصار هذا الاتجاه أن حادثة وخطورة المنتج في ظل ما تعرفه السلع والخدمات من تنوع نتيجة انفتاح الأسواق التجارية وازدياد الإقبال على الاستهلاك، وبالنظر إلى خصوصية صفة الأطراف المتعاقدة في مجال الاستهلاك، يضيفي على الالتزام بالإعلام من القوة ما يجعله يندرج ضمن الالتزامات بتحقيق نتيجة، كون هذا الالتزام يتعلق بمعلومات قد تمس بسلامة المستهلك، الأمر الذي ينتقل بموجبه عبء الإثبات من المستهلك إلى العون الاقتصادي، بإقامة الدليل على قيامه بواجب التحذير والتبصير، إذا أراد أن يتنصل من مسؤولية التقصير في ذلك وهو ما يمكن القول معه أن الالتزام بالإعلام في هذه الحالة مبني على التزام البائع أو المهني بضمان السلامة⁴.

مما سبق يرى الباحث أنه إذا سلمنا بأن أهمية الالتزام بالإعلام تختلف من منتج لآخر بحسب الخطورة والأضرار المحتملة، وأن إصباغ صفة الالتزام بتحقيق نتيجة على هذا الالتزام يجعله أكثر فاعلية في توفير الحماية اللازمة والضرورية بالنسبة للمستهلك، فإننا في المقابل نُقر بصعوبة تحديد مسبب الضرر في ظل تداخل أدوار الأعوان الاقتصاديين بالنسبة للمنتج الواحد، ومدى سرعة وتعدد مراحل تداول هذا المنتج، الأمر الذي يُمكن القول معه بازدواجية طبيعة هذا الالتزام يكون الأصل فيه "الالتزام ببذل عناية"، حيث يلعب الدائن به دورًا في تحقيق النتيجة المطلوبة من هذا الالتزام، أو منعها، في حين قد يتدرج الالتزام بالإعلام من التزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة استثناءً، لا سيما إذا تعلق الأمر بالعقود التي تُنمي عن اختلال في المراكز العقدية والتي يكون فيها المدين بالالتزام بالإعلام شخص

¹ كريمة حدوش، المرجع السابق، ص 37.

² حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1982/12/14، مفاده أنه: "لا يجوز للبائع التنصل من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الإفضاء والإعلام على أكمل وجه"، وحكم آخر صادر عن المحكمة الاستئنافية دائما، بتاريخ 1954/06/04 مفاده: "التغاضي عن الخطأ الذي ارتكبه المشتري، واعتبار تقصير البائع في القيام بهذا الواجب هو السبب في حدوث الضرر".

³ سميرة محرش، المرجع السابق، ص 346.

⁴ عادل عميرات، المرجع السابق، ص 235.

محترف، أو مهني، أو صانع، أو منتج، كون الأساس الأول لوجود هذا الالتزام هو معالجة الاختلال الذي ينتاب هذه المراكز، رغم عدم تماشي هذا التكيف حتى في صورته الثانية (تحقيق نتيجة) مع فلسفة حماية المستهلك، مادام بإمكان المحترف التنصل من مسؤوليته متى أثبت وجود السبب الأجنبي، لذلك فإن علم المحترف بهذه المعلومات يكون مُفترضًا، كونه يملك كمحترف وسائل الاستعلام عنها، الأمر الذي من شأنه أن يجعل من التزام الاستعلام في حالة عدم علم المحترف بهذه المعلومات في نظرنا، التزام بالضمان يسد الطريق أمام هذا الأخير إذا أراد التنصل من مسؤوليته في حالة إخلاله بهذا الالتزام مهما كانت الأسباب التي يستند إليها*.

ثانيا: مبررات تقرير الالتزام بالإعلام في مجال عقود الاستهلاك

رغم قِدَم فكرة "عدم تكافؤ أطراف العقد"، من خلال المقارنة بين من يسعى إلى إشباع ضرورات يومية كطرف ضعيف، وبين من يقوم بتوفير السلع والخدمات كطرف قوي، إلا أن عدم التكافؤ هذا يبدو طبيعيا في مجتمعات قديمة، إذا ما قورن بما نشهده اليوم من جديد صور عدم التكافؤ بين المتعاقدين لم تكن معروفة قبل اليوم، في ظل ما تعرفه السلع والخدمات من تدفق وتعقيد فني، جعل المستهلك في مواجهة العديد من المنتجات ذات التقنيات العالية والحديثة، الأمر الذي عمّق من هوة التفاوت في المعرفة بين منتجي هذه السلع ومستهلكيها بشكل ملحوظ أصبح يهدد مبدأ سلامة العقود.

والحال هكذا، اهتم القضاء بالبحث عن وسيلة يعيد بها هذا التوازن المفقود في العلم بين المتعاقدين، مجسدا ذلك في الالتزام بالإعلام، لا سيما ما تعلق بمرحلة ما قبل العقد من أجل حماية المستهلك عند إقباله على التعاقد¹، كالالتزام متجدد أقل ما يقال عنه أنه يستند إلى واقع عملي شهد تفاعلاً بين النصوص القانونية المعمول بها في مجال حماية المستهلك، وبين معاملات الأفراد في مجال الاستهلاك، بصورة أبانت عن وجود ملامح القصور في تطبيقها وفرضت ضرورة المعالجة، كمبررات لنشوء الالتزام بالإعلام، وعليه سنتناول هذه المبررات على النحو الآتي:

1-المبررات الواقعية للالتزام بالإعلام في مجال الاستهلاك

فرضت التحولات الاقتصادية التي عرفها ويعرفها العالم ضرورة تطوير قواعد القانون الوضعي تجنبا للقصور في التماشي والتطورات الحاصلة، خاصة في ظل جديد العقود وتقنيات التعامل القانوني نتيجة التطور العلمي والاقتصادي الهائل وما أفرزه ذلك من تحرير للأسواق وتزايد الإنتاج، وسرعة إبرام المعاملات، حيث ظهر من المنتجات والخدمات المتنوعة والمعقدة ما أثر سلباً على إرادة المستهلك، الذي أصبح عرضة لعدم التروي بسبب افتقاده لعنصر المفاضلة بين هذه المنتجات والخدمات، لدرجة أصبح معها من المستحيل على أي متعاقد ادعاء علمه بكافة التفاصيل والدقائق

* وهو الرأي الذي أيده كل من الأستاذ بناسي شوقي بقوله: "الواقع أن تكييفنا للالتزام بالاستعلام هو اعتباره التزاما بالضمان، بحيث أنه يتعذر على المحترف الإفلات من مسؤوليته في حالة إخلاله بهذا الالتزام..."، والأستاذة ذهبية حامق بقولها: "إن الالتزام بالاستعلام التزام بالضمان، فنحن نعتقد أن قرينة العلم التي وضعها المشرع عندنا وكذا في فرنسا، كما شرحنا سابقا على عاتق المهني تؤدي حتما إلى تكييف الالتزام بالاستعلام التزام بالضمان، وبذلك يمكن أن يضع المشرع على عاتق المتعاقد المهني قرينة العلم بالمعلومات من جهة، ويسمح له بنفي مسؤوليته عن هذا الالتزام لأنه كان في استحالة مطلقة بالبحث عن هذه المعلومات من جهة أخرى، فنصل إلى نتيجة أن المتعاقد المهني لا يمكن أن يتخلص من التزامه بالاستعلام حتى في حالة إثباته أنه كان في استحالة الاطلاع على هذه المعلومات".

¹ خيرة خوجة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درج الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015-2016، ص 116.

الفنية في مثل هذه العقود، بشكل جسد تزايد التفاوت في المعرفة بين مستهلك بهذا الوصف، ومحترف يمتلك معرفة تقنية ومعلوماتية وقدرات مالية، وأدى إلى فرض الالتزام بالإعلام لإعادة التوازن الاقتصادي لهذا النوع من العقود.

أ-تزايد الإنتاج وسرعة إبرام المعاملات

أدى ازدهار الأسواق بأشكال من المنتجات التي لم تكن معهودة من قبل، من سلع استهلاكية وأجهزة منزلية، ووسائل اتصال متعددة الأشكال والأنواع، كنتاج للثورة التكنولوجية العلمية منذ منتصف القرن العشرين، إلى نوع من عدم التوازن في عقود الاستهلاك بسبب التفاوت المعرفي الملحوظ بين منتجي هذه السلع ومستهلكيها، أو ما يصطلح عليه بالتوازن المعرفي¹، في ظل الارتفاع المتزايد للإنتاج وما يصاحبه من مخاطر وكذا تزايد التعامل بعقود الإذعان، الأمر الذي استدعى توفير الحماية للمستهلك، لا سيما من خلال الالتزام بالإعلام، كالتزام فرضه التطور العلمي والتقدم التكنولوجي²، حتى أن بعض الفقه الفرنسي ذهب إلى القول بأن: "العصر الحديث يكاد لا يعرف الطرف الضعيف أو المذعن من الناحية الاقتصادية بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من ناحية العلم والدراسة"، في حين ذهب رأي آخر إلى القول بأن: "عدم التكافؤ بين طرفي العقد ليس اقتصاديا بقدر ما هو عدم تكافؤ في المعلومات المتصلة بالعقد"³.

كما يعتبر من صميم المبررات الواقعية لفرض الالتزام بالإعلام، ما صاحب وفرة الإنتاج وارتفاع وتيرته من سرعة في إبرام المعاملات من قبل المتدخل، والذي يقابله تسرع المستهلك في إبرام هذه المعاملات بسبب جهل هذا الأخير لما يُعرض عليه في الأسواق، أمام الكم الهائل والمتدفق من السلع والخدمات المعقدة فنيا بما يجسد عدم التوازن المعرفي بين الطرفين، لا سيما في ظل الانتشار المذهل للعقود الالكترونية التي باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة، سواء الدولية منها أو الداخلية، بل أكثر من ذلك فقد أصبحت المنشآت التجارية العالمية ترفض التعامل مع العملاء الجدد الذين لا يستخدمون أسلوب التعاقد الالكتروني، أو التبادل الالكتروني للبيانات، وبما أن العقد الالكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي، لا سيما فيما يتعلق باتصافه بالطابع التجاري والاستهلاكي، فإنه يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك، الأمر الذي يفرض على التاجر العديد من الالتزامات القانونية اتجاه المستهلك من أهمها الالتزام بالإعلام⁴، سواء في المرحلة السابقة للتعاقد، أو اللاحقة له، لأن أول ما يهم المستهلك معرفته في التعاقد الالكتروني هو البيانات والمعلومات التي تتصل بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى إلى الحصول عليه وكذا تحديد شخصية التاجر الالكتروني، كون هذا النوع من العقود يتم عن بعد، فلا تكون السلعة تحت يد المستهلك على خلاف التعاقد التقليدي، فضلاً عن غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة ووجود وسيط الكتروني قد

¹ مريم طويل، المرجع السابق، ص 147.

² حماية المستهلك في القانون المغربي، مقال منشور على الموقع <https://www.bibliojuriste.club>، تاريخ الاطلاع 2021/10/27.

³ مريم طويل، المرجع السابق، ص 147.

⁴ على نحو ما جاء بالتوجيه الأوربي بشأن حماية المستهلك رقم 07 لسنة 1997، وكذا القانون الفرنسي للاستهلاك والتوجيه لسنة 1997، والمصري لسنة 2006، والتونسي لسنة 2000، وذلك بالنص على تحديد شخصية المهني الالكتروني من خلال تحديد أماكن الاتصال به في الموقع الالكتروني الذي يحتوي على المعلومات الخاصة به.

يؤدي إلى تفاعل جماعي بين عدة أطراف، بما يثير التساؤل حول ضمانات المستهلك الإلكتروني في غياب مثل هذا الالتزام¹.

لذلك فإن السرعة في إتمام العقد الإلكتروني قد تؤدي إلى التسرع من قبل المستهلك لإبرامه دون العلم الكافي ببيانات التعاقد وخصائص محله، لا سيما في ظل ما تخضع له إرادة المستهلك من ضغط وإغراء تصعب مقاومته، بسبب الحملات الاعلانية التي يلجأ إليها المنتجون من أجل حمله على التعاقد حول ما ينتجونه أو يقدمونه من سلع وخدمات، أقل ما يقال عنها أنها تتسم بتطور تقني مستمر وتعقيد، بما قد يشكل خطرًا على صحة المستهلك وحياته ما لم يتبع ما يلزم من الاحتياطات عند استعمالها، أو حفظها، الأمر الذي فرض ضرورة إلزام المنتج بإعلام المتعاقد معه بكافة البيانات والمعلومات التي تكفل الاستخدام المفيد والأمن لهذه المنتجات، لما لهذا الالتزام من دور في خلق التوازن في العلاقة العقدية الاستهلاكية، بما يحقق المساواة في معرفة الشيء المباع من خلال البيانات المقدمة من المهني إلى المستهلك، ويُزيح الغموض حول السلعة أو الخدمة محل العقد، سواء ما تعلق بالوضع القانوني لها، أو أوصافها المادية، وكذا كيفية استخدامها والانتفاع بها من خلال معرفة بيانات استعمالها والتحذير من مخاطرها، خاصة إذا كان عرضها لأول مرة في السوق².

ب-التفاوت في العلم بين طرفي العقد

تُعتبر مسألة عدم المساواة في المعرفة بين طرفي عقد الاستهلاك في ظل التقدم العلمي والتكنولوجي، من المبررات الواقعية لتقرير الالتزام بالإعلام، ذلك أن اختلال التوازن المعرفي بين المتعاقدين يحول دون حصول الطرف الضعيف في العقد على البيانات والمعلومات الأساسية مما يحول دون تحديده لأوصاف محل العقد من سلع وخدمات يصعب على غير المتخصصين العلم بدقائقها وأسرارها، والإحاطة بطرق استعمالها وكيفية تفادي أخطارها، الأمر الذي يفسر إصدار معظم الدول لقوانين خاصة بحماية المستهلكين، سعيًا إلى كفالة رضا واعي ومستنير يُعبر عن إرادة واعية ومدركة لهذه الفئة فيما تُقبل عليه من عقود، كون الالتزام بالإعلام لا سيما ما تعلق منه بالمرحلة السابقة على التعاقد يجسد هذه الصفة في الرضا كركن جوهري في العقد وشرطًا لازمًا لصحته، من خلال كشف المدين بهذا الالتزام للدائن به كل ما يتصل بموضوع العقد من معلومات خصوصًا الجوهرية منها لتحديد موقفه من التعاقد³.

وقد اعتبر الفقه هذا التفاوت في المعرفة الفنية من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام بالإعلام في مرحلته السابقة على التعاقد، سعيًا إلى تحقيق المساواة والعدالة العقدية بين المتعاقدين في هذا النوع من العقود، الأمر الذي يُبرر تقرير الالتزام بالإعلام على عاتق المهني في مواجهة المستهلك، كالتزام يرتبط بجهل هذا الأخير المفترض وعدم

¹ محمد حجاري، المرجع نفسه، ص ص 240-241.

² دليلة معزز، الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدى فعالية وشمولية قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مجلة معارف، السنة الخامسة، العدد الثامن، جامعة البويرة، الجزائر، جوان 2010، ص 84.

³ هادي حسين الكعبي ومحمد جعفر هادي، المرجع السابق، ص ص 22-23.

خبرته، بشكل يُعادل عدم توازن العقد بسبب اختلاف المراكز القانونية في ظل استغلال الطرف الضعيف من قبل الطرف الأقوى، الذي يتصف في هذه الحالة بالخبرة والمعرفة¹.

2-المبررات القانونية للالتزام بالإعلام في مجال الاستهلاك

لا يعتبر الاهتمام بضمان إعلام صادق في العقد وليد اليوم، بل يجد هذا الالتزام جذوره في النظرية العامة للعقد، رغم تحققه من خلال الرضائية، إلا أن خصوصية عقود الاستهلاك، بالنظر إلى صفة الأطراف المتعاقدة، وكذا نوعية المبيع في ظل ما تعرفه السلع والخدمات من تنوع نتيجة انفتاح الأسواق التجارية وازدياد الإقبال على الاستهلاك، أثبتت قصور نصوص القانون المدني في ضمان الحرية العقدية، بسبب احتلال موازين القوة بين المتعاقدين، وصعوبة تحقيق الحماية المطلوبة بنفس الوسائل القانونية، الأمر الذي استدعى حلولاً جديدة مختلفة من أجل تنوير رضا المستهلك عند اقباله على التعاقد.

أ-قصور النظرية التقليدية في تحقيق الحماية للمستهلك

سعيًا إلى توفير حماية للمتعاقد في العقد، تولت النظرية العامة للعقد، حماية الرضا من خلال نظرية عيوب الإرادة، لا سيما عيبى الغلط والتدليس، من خلال منح المتعاقد الذي وقع في غلط، أو دُلس عليه بطرق احتيالية الحق في إبطال العقد²، إلا أن التطبيق العملي كشف عن قصور تلك النظرية في تحقيق الحماية المنشودة للمستهلك في بعض الحالات بسبب تشدد شروط تطبيقها³، الأمر الذي دفع بالفقه إلى القول بعجز الوسائل التقليدية في نظرية عيوب الرضاء عن توفير حماية كافية للمتعاقد، بالنظر إلى الصعوبات التي تواجه المتعاقد في الإثبات، كونه لا يستفيد من الحماية طبقاً لنظرية الغلط، أو نظرية ضمان العيوب الخفية مثلاً، إلا إذا أثبت الوقوع الفعلي لغلط في صفة جوهرية للشيء محل العقد، أو إثبات خفاء العيب وعدم ظهوره، وهو أمر من العُسْر بما كان في ظل قواعد وأحكام نظرية الرضا⁴.

لذلك فإنه إذا كانت معالجة النظرية العامة لعدم المساواة بين المتعاقدين، كأمر قائم وموجود بالضرورة بحكم التباين الحتمي بين الأشخاص في الملَكَات العقلية والمكّنات الطبيعية، فإن هذا التباين قد زادت هُوته واتسع نطاقه على نحو يشكل واقعاً مغايراً في معظم جوانبه في مجال الاستهلاك كواقع جديد أدى بالمشرع إلى التدخل بوضع تشريعاً خاصاً بحماية المستهلك وإقراره للالتزام بالإعلام الذي يهدف إلى إعادة التوازن للعقد المختل بسبب تباين المتعاقدين في المعرفة بمحل العقد، كأحد أهم مظاهر اختلال التوازن بين المتعاقدين وأشدّها خطراً وأعظمها تأثيراً، بما يجعل من هذا الالتزام، أي الالتزام بالإعلام لا سيما في صورته السابقة للتعاقد الوسيلة المثلى والأساسية التي يتعين

¹ فاطمة الزهراء فرحات ورمضان قنفود، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، جامعة محمد

خيضر، بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2020، ص 720.

² محمد جريفي، المرجع السابق، ص 127.

³ زهيرة عبوب، المرجع السابق، ص 142.

⁴ محمد جريفي، المرجع السابق، ص 128.

انتهاجها لإعادة التوازن في عقود الاستهلاك¹، نظرًا لتزايد الحاجة أكثر فأكثر لمبدأ "الوقاية خير من العلاج"، إذ يكفي أن يثبت المستهلك كطرف ضعيف وجود معلومات جوهرية ومتصلة بالعقد يجهلها، في حين أن الطرف الآخر على علم بها².

ب-تحقيق الرضا الواعي والمستنير للمستهلك

يعتبر الرضا الواعي والمستنير أحد أهم النقاط التي تتحقق عن طريق الالتزام بالإعلام، حيث يمكن تحقيق إرادة المستهلك من خلال توضيح كافة مشتملات التعاقد والمعرفة بكافة تفاصيل العقد، سواءً تعلق الأمر بمزايا محل العقد، أو عيوبه، فالصفة المهنية لأحد المتعاقدين في العقود الاستهلاكية تلقي على عاتق صاحب هذه الصفة عبء إعلام الطرف الآخر بالبيانات اللازمة لتنوير رضائه بما يعيد للعلاقة الاستهلاكية توازنها، ذلك أن المستهلك عادةً ما يكون عرضةً للتسرع في إبرام العقد دون أدنى تمعن، أو يقظة نتيجة ثقته العمياء بمنتج لا يعلم خفاياه، الأمر الذي يبرر التزام المهني بمساعدته من خلال تبصيره وإزالة جهله بما يُقدّم عليه، كالتزام قانوني تكرسه التشريعات الخاصة بحماية المستهلك.

كما تظهر الحماية القانونية لإرادة المتعاقد أيضًا في العقود الالكترونية التي لا تقل أهمية عن العقود التقليدية، وذلك بالنظر إلى غياب الطرفين عن مجلس العقد الفعلي بما يحول دون حصول المستهلك على إجابات كافية حول ما يدور في ذهنه من تساؤلات فيما يتعلق بمحل العقد، بما يبرر التزام المهني بالإعلام في مواجهة المستهلك من أجل الحصول على رضا فعلي وخال من كل العيوب.

الفرع الثالث: أساس الالتزام بالإعلام

رغم أن التعامل في إطار مبدأ سلطان الإرادة يقتضي تحرّي كل طرف عن ظروف العقد بنفسه وتولي الإرادة في العملية التعاقدية الدفاع عن مصالحها الخاصة، كون التزام أحد المتعاقدين بإعلام المتعاقد الآخر بكل المعلومات التي من شأنها التأثير على إرادة هذا الأخير من حيث إقدامه على التعاقد، أو عدوله عنه فيه نوع من إجبار الشخص على الدفاع عن مصالح غيره على حساب مصلحته الخاصة.

إلا أن الاهتمام بإعلام صادق للمستهلك حول معطيات العقد جعل من هذا الالتزام لا يقتصر على قانون حماية المستهلك كقانون خاص، بل يجد أساسه في النظرية العامة للعقود أيضًا من منطلق أن للالتزام بالإعلام دورًا كبيرًا في إشاعة الثقة والتعاون بين المتعاقدين، لذلك تقتضي الإحاطة بموضوع الأساس القانوني لهذا الالتزام تناوله وفقًا للنظرية العامة للعقد، قبل استعراض ملامح هذا الأساس في قانون حماية المستهلك كتشريع خاص.

¹ سعاد نويري، الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 03، العدد الأول، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، الجزائر، جانفي 2016، ص 229-230.

² محمد جريفي، المرجع السابق، ص 128، أنظر في الصدد أيضا نبيل بن عديدة، المرجع السابق، ص 28.

أولاً: أساس الالتزام بالإعلام وفقاً للنظرية العامة للعقد

من أجل ضمان مساواة حقيقية وفعالية في المعلومات والمعارف بين المتعاقدين حول ما يتعلق بمحل التعاقد، حاول الفقه التأسيس للالتزام بالإعلام، في القواعد العامة، لا سيما السابق لمرحلة التعاقد وذلك من خلال عديد المبادئ منها:

1- سلامة الرضا كأساس للالتزام بالإعلام

يجول الرضا في المرحلة السابقة على التعاقد بحثاً عن مصادر صحته وسلامته، لا سيما ما يتعلق بالالتزام بالإعلام، لذلك ذهب بعض الفقه إلى القول بأن هذا الالتزام يجد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا من خلال وجود رضا حُرٍّ ومستنير بوصفه أحد أركان العقد والذي لا يتحقق إلا من خلال إلمام المتعاقد في هذه المرحلة بجوهر وتفصيلات العقد المزمع إبرامه، إذ أن إلزام المدين بهذا النوع من الاعلام في مواجهة الدائن به من شأنه تمكين هذا الأخير من تحديد موقفه من التعاقد عن علم ودراية بشكل يجسد رضاءً سليماً ومعبراً عن إرادة حرة وواعية، بل وخالية من كل العيوب المخلة بها¹.

لذلك تُشكل نظرية عيوب الرضا - كأحد الأسس التي يُمكن الاستناد إليها للاعتراف بالوجود القانوني للالتزام بالإعلام في العقود - آلية قوية ومهمة لتوقيع الجزاء في حالة الإخلال بهذا الالتزام لما له من انعكاس على رضا المتعاقد، كون احتفاظ أحد المتعاقدين بمعلومات تتعلق ببعض عناصر العقد التي تقتضي مصلحة الطرف الآخر معرفتها، والتي لا يمكنه أن يعلمها بوسائله الخاصة، من شأنه أن يشكل سبباً في وقوع هذا المتعاقد في غلط حول بعض صفات، أو خصائص الشيء محل العقد، كما قد يكون التدليس في طابعه المتعمد مبرراً للتوسع في الإبطال متى كان هذا التدليس دافعاً لإبرام العقد، من خلال تمكين المدّلس عليه من المطالبة بإبطال العقد².

ويرجع الفضل في تطوير نظرية التدليس عن طريق الكتمان (الكتمان التدليسي) للقضاء الفرنسي، الذي أقرّ سنة 1958 إمكانية استنتاج التدليس لمجرد السكوت والكتمان، بعد أن كانت المحاكم وتطبيقاً للقواعد العامة ترفض ولوقت طويل اعتبار السكوت تدليساً كون السكوت وفقاً لهذه القواعد مقبول في مجال المعاملات، ولا يمكن أن يكون سبباً في الخداع والتضليل، الأمر الذي ساهم في الإقرار بوجود التزام عام بالإعلام يمنع السكوت عن الإعلام متى تعلق الأمر ببيانات ومعلومات لها تأثير على رضا المتعاقد الآخر يجب الإفصاح عنها، سعياً إلى تحقيق رضا متبصر ومتنور بكافة ظروف التعاقد³.

وعليه فإن ارتباط كل من عيوب الإرادة (سلامة الرضا) والالتزام بالإعلام بالفترة السابقة على إبرام العقد يُجسد العلاقة بين النظامين بشكل يجعل من التدليس وما يحويه من كذب واحتيال إخلالاً عقدياً بالتبصير والإعلام

¹ كريمة حدوش، المرجع السابق، ص 29.

² رضوان الكبا، حماية المستهلك من خلال فرض الالتزام بالإعلام، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 14، المغرب، 2016، ص 313.

³ رضوان الكبا، المرجع نفسه، ص 314، أنظر في الصدد أيضاً أحمد بومدين، المرجع السابق، ص 172.

رغم ما وُجه لهذا الرأي من انتقاد مفاده أن الالتزام بالإعلام جاء لمعالجة قصور نظرية عيوب الرضا في تحقيق الحماية الكافية للمشتري بما يفيد عدم اعتبار هذه النظرية أساسًا قويًا للالتزام بالإعلام¹.

2- مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام

سبق القول بأن مبدأ حسن النية يكتسي أهمية معتبرة، سواءً من الناحية النظرية أو العملية، باعتباره مصدرًا خصبًا لنشأة القواعد القانونية، الأمر الذي جعله من المبادئ التي عرفت تحولاً من مجرد قاعدة دينية أخلاقية، إلى قاعدة قانونية لها مكانتها في المنظومة القانونية تهدف إلى نشر الأمان وخلق الثقة ومحاربة سوء النية بما يحقق العدالة اللازمة في المجتمع، بل أصبح هذا المبدأ عنصراً أساسياً في النظرية الحديثة للعقد.

فنصت الكثير من القوانين الوضعية بما فيها القانون الفرنسي كنموذج عن النظام القانوني اللاتيني، والقانون الجزائري على مبدأ حسن النية، فحرّمت كل فعل، أو ترك يتعارض مع حسن النية ومقتضياته من خلال إلزام المتعاقدين بمراعاة هذا المبدأ، سواءً في المرحلة السابقة على التعاقد أو في مرحلة التنفيذ، وكذا إلزام القاضي بحل خلافات المتعاقدين على ضوء ما تمليه القوة الملزمة للعقد وحسن النية².

لذلك فقد ذهب جانب من الفقه³ إلى القول بأن الالتزام بالإعلام سواءً السابق لمرحلة التعاقد أو اللاحق لها، يجد أساسه في مبدأ حسن النية كون النية الحسنة تقتضي أن يتصرف المتعاقد بإخلاص اتجاه المتعاقد معه، فيمتنع عن كل تدليس وغش، ذلك أن أي إخلال بالالتزام بالإعلام سيؤدي حتماً إلى قيام الكتمان التدليسي.

وقد أيدت المحاكم الفرنسية هذا الاتجاه في العديد من الأحكام، فاستندت في إحدى قضاياها إلى مبدأ حسن النية في مساءلة الطرف الذي أخلّ بالتزامه بالإعلام، وبالضبط قبل التعاقد فقضت بأنه أعمالاً لمبدأ حسن النية يلتزم البائع بأن يُفضي إلى المشتري بكافة البيانات والمعلومات التي تعتبر عناصر تقدير يتوقف عليها رضاه بالعقد⁴، الأمر الذي يفسر التزام المحترف مستنداً لمبدأ حسن النية بإعلام المستهلك بكل المعلومات والبيانات التي تخص قيمة المبيع، أو تكوينه، أو كيفية استعماله وغيرها من المعلومات التي تهم المستهلك ويصعب، إن لم نقل يستحيل عليه الوصول إليها بمفرده دون مساعدة المحترف⁵.

3- نظرية عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين كأساس للالتزام بالإعلام

أسفرت التطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة عن عدم التكافؤ بين المتعاقدين فيما يتعلق بالمعلومات ذات الصلة بالعقد، سواءً من حيث مدى ملائمة السلعة للغرض الذي خُصّصت له، أو من حيث خطورة استخدامها بشكل جسّد في نظر بعض الفقه الإذعان في صورة جديدة تختلف عن صورته التقليدية، من خلال خضوع الطرف

¹ كريمة حدوش، المرجع السابق، ص 29.

² نصيرة غزالي والعربي بن مهدي رزق الله، حق المستهلك في الحصول على المعلومات لتكوين رضا سليم قبل التعاقد، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 11، العدد 04، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019، ص 72.

³ Ph. LE TOURNEAU et L. CADET, Droit de la Responsabilité, DALLOZ, 2000, p.13 et 14.

⁴ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 203.

⁵ نبيل بن عديدة، المرجع السابق، ص 44.

قليل الخبرة والدراية إلى الطرف الآخر صاحب المعرفة الواسعة، فيقبل على التعاقد وهو جاهل إلى حد كبير بجوانب العقد الهامة، التي لو علم بها قبل التعاقد لكان له موقف آخر¹.

في ظل هذه الظروف سعى كل من الفقه والقضاء إلى البحث عن وسيلة تعيد للعقد توازنه المفقود بسبب تباين درجة العلم بين المتعاقدين بمحل العقد، لا سيما في المرحلة السابقة على التعاقد وما تكتسبه هذه المرحلة من أهمية بالنسبة للمستهلك عند إقدامه على التعاقد، فحلَّ معيار رجل الحرفة أو الخبرة محل معيار الرجل المعتاد في التزام المهنيين والحرفيين في مواجهة المستهلكين، وهو الأمر الذي يبرّر تقرير الالتزام بالإعلام لا سيما قبل التعاقد استناداً لفكرة عدم المساواة في المعرفة بين أطراف العقد².

ثانياً: أساس الالتزام بالإعلام وفقاً للتشريعات الخاصة بحماية المستهلك

إذا كانت صياغة الفقه والقضاء الفرنسيين لنظرية عامة للالتزام بالإعلام في العقود أقامها على مبدأ حسن النية منعا لاختلال التوازن بين المتعاقدين في العلم بالبيانات الأساسية ذات الصلة بالعقد والذي تجسد في القواعد العامة من خلال عدم إلزام المدين بهذا الالتزام بنقل المعلومات إلى الدائن به إلا إذا كان عالماً بها، وفي المقابل لا يستفيد هذا الأخير من هذه المعلومات إلا إذا كان جاهلاً بها جهلاً مشروعاً، فإنَّ نُقِلَ هذا الالتزام إلى تشريعات الاستهلاك عرف أساساً مغايراً تماماً تجسد في اللامساواة بين المتعاقدين من خلال إقرار هذه التشريعات لقريضة قاطعة على علم المحترف بالمعلومات المتعلقة بالمنتجات والخدمات، وفي المقابل قريضة قاطعة على جهل المستهلك بهذه المعلومات.

1- القريضة القاطعة على علم المحترف بالبيانات

وضع المشرع الجزائري من خلال المادة 17³ من قانون حماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر و على غرار نظيره الفرنسي* التزاماً عاماً بالإعلام على عاتق المحترف من خلال إلزامه بإعلام المستهلك بكل المعلومات والبيانات المتعلقة بمحل العقد بالنظر إلى اللامساواة القائمة بين المحترفين والمستهلكين، بشكل لا يمكنه معه الادعاء بجهله بهذه المعلومات والبيانات ولو كان جهله جهلاً مشروعاً فإنه ملزم بالاستعلام عن هذه المنتجات والخدمات من أجل إعلام المستهلك بذلك، الأمر الذي جعل الفقه الحديث يصف هذا الالتزام بالقريضة القاطعة على علم المحترف بالمنتجات المعروضة والخدمات المقدمة بمجرد التعامل مع المستهلك⁴.

ويقع هذا الالتزام على عاتق مُقدّم السلعة، أو الخدمة ومن في حكمه كونه حائزاً لهذه المعلومات وخبيراً بها، بالنظر لما يحوزه من سبل العلم والمعرفة، بما يُمكنه من حيازة كل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه من معلومات وبيانات،

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 201.

² كريمة حدوش، المرجع السابق، ص 30.

³ تنص المادة 17/1 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

* يقابل المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري المادتين 1-111.L، و 2-111.L من قانون الاستهلاك الفرنسي.

⁴ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 253.

التي لا بد من الإدلاء بها إلى الطرف الآخر الذي يجهل مثل هذه المعلومات، كسبيل لتنوير إرادة هذا الأخير وتصحيح رضائه عند التعاقد¹.

وتماشياً مع فلسفة حماية المستهلك القائمة على توفير إعلام للمستهلك بمجرد تعامله مع المحترف، يجعل من الالتزام بالاستعلام في حالة عدم علم هذا الأخير بالمعلومات والبيانات اللازمة والضرورية للعقد -كما شرحنا سابقاً- التزاماً بالضمان، يجسد افتراض علم المحترف بهذه المعلومات، ويجعل من هذا العلم قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس مهما كانت الأسباب التي يستند إليها في تبريره، حتى ولو تعلق الأمر بالسبب الأجنبي، بما يضمن للمستهلك التزاماً جدياً بالإعلام ويُعيد للعقد توازنه المفقود بسبب تباين العلم بين المتعاقدين.

2- قرينة الجهل القاطعة عند المستهلك

إذا كان الأصل في القواعد العامة هو واجب الاستعلام الذي يقع على عاتق كل متعاقد، بما يجعل من الالتزام بالإعلام مجرد استثناء عن هذا الأصل، فإن الأمر على خلاف ذلك تماماً في تشريعات الاستهلاك التي وضعت قرينة قاطعة على جهل المستهلك جهلاً مشروعاً بالمعلومات بشكل يُعفيه من الالتزام بالاستعلام تجسيدا للفلسفة التي قام عليها هذا النوع من التشريعات، والمتمثلة في حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية. وترجع الأسباب التي تحول دون حصول المستهلك على البيانات والمعلومات المتصلة بالعقد، إما لأسباب ترتبط بالشيء محل التعاقد، من خلال الجهل بوضعه القانوني، أو المادي، أو بطرق استخدامه، وهو ما يُطلق عليه بالاستحالة الموضوعية، وإما لأسباب تتعلق بشخص الدائن بهذا الالتزام وهو ما يُعرف بالاستحالة الشخصية، هذه الأخيرة التي تتجسد في إقبال الدائن بهذا الالتزام على التعاقد بدراية معدومة، أو خبرة قليلة فيما يتعلق بموضوع المعاملة مع عدم إمكانية إحاطته بهذه المعلومات واستيعاب مضمونها بمفرده، وهو الأمر الذي يتفق ووضعية المستهلك هذا من جهة².

ومن جهة أخرى فقد يكون جهل الدائن بالالتزام بالإعلام مستنداً لاعتبارات الثقة المشروعة، من خلال ثقته في شخص الطرف الآخر (المدين) وعدم الشك في قيامه بأداء التزامه بالإعلام من تلقاء نفسه أداءً كاملاً وواضحاً، وهو الأمر الذي قد يتجسد بالنظر لطبيعة بعض العقود، لا سيما تلك التي تتميز بوحدة المصالح بين أطراف العقد والتي يكون التزام كل طرف فيها مكماً للالتزام الطرف الآخر في مواجهة الغير بما يجسد تحول العقد من مجرد حقوق والتزامات متقابلة إلى نوع من العلاقة موحدة المصالح، كعقد الوكالة، أو تلك العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي كعقد الشركة وعقد العمل، أو لتوافر صفة معينة في الأطراف المقابلة على التعاقد كتلك الثقة المشروعة في تعاملات ذوي القربى، أو تلك المتجسدة في قيام موظف بالإدلاء بمعلومات حول العقد في نطاق اختصاصه، أو تلك الناجمة عن احترام المتعاقدين الآخر³.

¹ أحمد بومدين، المرجع السابق، ص 179.

² أحمد بومدين، المرجع نفسه، ص 178.

³ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 245 وما بعدها.

وما يؤكد افتراض العلم في المحترف- بما يجسد التزامه بالاستعلام حول كل ما يجله بمحل العقد قصد إعلام المستهلك به، وفي المقابل حصول هذا الأخير على الاعلام دون الحاجة لاستعلامه حول موضوع العقد، كون هذا الحق مضمون له بقوة القانون كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية- هو الموقف الواضح لتشريعات الاستهلاك سواء في قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري، من خلال المادة 17 منه، أو قانون الاستهلاك الفرنسي من خلال المادتين 1-111.L، و2-111.L، التي لم تتضمن أي إشارة ولو بصفة ضمنية لإلزام المستهلك بالبحث عن المعلومات مراعية في ذلك قدراته الشخصية المحدودة مقارنة بالمحترف، مما يجسد اعفاؤه من أي التزام بالاستعلام حتى ولو كان ذلك في مقدوره، كطرح يتمشى والفلسفة التي تقوم عليها تشريعات الاستهلاك والمتمثلة في توفير الحماية الفعالة للمستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً في العلاقة العقدية¹، الأمر الذي يجب معه الاعتراف بأن الحق في الإعلام أصبح أحد الركائز الرئيسية لكل سياسة توضع لحماية المستهلكين، انطلاقاً من اللامساواة بين المتعاقدين في عقود الاستهلاك².

من خلال ما سبق يرى الباحث أنه رغم وحدة الغاية التي يسعى إليها كل من الالتزام العام بالإعلام في القواعد العامة والالتزام بالإعلام في تشريعات الاستهلاك، والمتمثلة في تنوير الرضاء ابتداءً وانتهاءً، إلا أن الوسائل المعتمدة في ذات الالتزام تختلف جذرياً بين التشريعين، ذلك أن مضمون الالتزام بالإعلام في تشريعات الاستهلاك يجعل من البيانات الإعلامية بيانات الزامية، كشرط شكلية يؤدي عدم احترامها إلى البطلان بما يضمن الطابع الشكلي على أغلب العقود الاستهلاكية بشكل يخرق القواعد العامة للعقد التي تستند لمبدأ الرضاءية، من خلال حرية الأطراف في اختيار الشكل الذي يفرغون فيه رضاهم، الأمر الذي يجسد صعوبة دمج قواعد حماية المستهلك في القانون المدني، لا سيما من خلال التزام كالاتزام بالإعلام في قواعد حماية المستهلك الذي أكد اختلاف أحكامه في هذا الأخير عنه في القواعد العامة مؤكداً استقلالية قانون حماية المستهلك كتشريع خاص.

الفرع الرابع: الاخلال بالالتزام بالإعلام الالكتروني ما قبل التعاقدي في ظل جائحة كورونا: بين المسؤولية المدنية والجزائية

حول المشرع الجزائري للمستهلك الالكتروني بموجب المادة 14³ من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية سالف الذكر، الحق في طلب إبطال العقد والتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة اخلال المورد الالكتروني بالتزامه المتمثل في تنوير إرادته في العقد بما يعيب هذه الأخيرة، تجسيدا للهدف من المسؤولية المدنية المترتبة عن الاخلال بالالتزام بالإعلام، والمتمثلة في جبر الضرر الذي يلحق بالمضرور (المستهلك)، من خلال تعويض الضرر الذي إما أن يكون نقداً وهو الصورة الغالبة، وإما أن يكون عينياً بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الفعل الضار، وبإسقاط ذلك على هذا النوع من الالتزامات في ظل جائحة كورونا نجد أن الأمر يختلف باختلاف التكييف

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 259.

² Calais – auloy (J) et Steinmetz (F), Droit de consommation, 5ème Edition, Dalloz 2000, p49.

³ تنص المادة 14 من القانون 18-05 سالف الذكر على ما يلي: " في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الالكتروني، يمكن المستهلك الالكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي يحق به".

القانوني للجائحة بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة بحسب درجة الاستحقاق، وهو أمر يخضع لسلطة القاضي التقديرية في التكيف القانوني لكل واقعة.

فإذا رأى القاضي أن هناك استحالة مطلقة في تنفيذ الالتزام في ظل هذه الإجراءات الاحترازية المتخذة من قبل الدول للحد من الفيروس بما يشكل قوة القاهرة فإن الأثر المترتب هو انفساخ العقد، أما إذا رأى القاضي أنه ليس هناك استحالة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وإنما هناك ارهاق في تنفيذها في ظل الجائحة بما يهدد المدين بخسارة فادحة، فإن الأمر يقتضي إعمال نظرية الظروف الطارئة فيعتمد القاضي إلى رد الالتزام إلى الحد المعقول، وبين هذا وذاك فإنه إذا لم يتأثر العقد بهذا الوضع مطلقاً تعين على المورد الالكتروني تنفيذ التزامه القانوني بالإعلام الالكتروني على أكمل وجه¹.

لم يكتفي المشرع بردع المهني عند الإخلال بالتزامه بالإعلام بجزاءات مدنية فحسب- لا سيما في ظروف فرضتها جائحة، كجائحة كورونا- بل أقرّ جزاءات أخرى ذات طابع جزائي عند الإخلال بهذا الالتزام من قبيل جزاء عدم الاعلام بالأسعار وعدم وسم المنتج، فالأول كعنصر أساسي في عقد الاستهلاك يرتب على عاتق المتدخل التزام بالإعلام عن الأسعار بطرق وكيفيات وردت على سبيل المثال تحت طائلة الجزاء الجنائي عند امتناع المتدخل عن تنفيذ التزامه بالإعلام بالأسعار تطبيقاً لنص المادة 31² من القانون 02-04 سالف الذكر، أمّا في مجال العقود الالكترونية فإن عقوبة المورد الالكتروني المحلّ بالتزامه تجاه المستهلك الالكتروني بالإعلام بالأسعار قد تمثلت في غرامة من 50000 دج إلى 500000 دج تطبيقاً لنص المادة 39³ من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية سالف الذكر، أما الثاني والمتمثل في عدم وسم المنتج فيُفرضُ على كل متدخل إعلام المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتج محل الاستهلاك، من خلال الوسم بوضع العلامات، أو أي وسيلة أخرى مناسبة تحت طائلة الجزاء الجنائي والمتمثل في الغرامة من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج تطبيقاً لنص المادة 478⁴ من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر، ناهيك عن جزاء عدم الإعلام بشروط البيع كالالتزام يُرتب على عاتق المورد الالكتروني ضرورة اعلام المستهلك قبل اختتام عملية البيع الالكتروني وبأية طريقة كانت، بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بميزات المنتج وشروط البيع، تحت طائلة اعتباره مخالفاً بالتزامه بالإعلام الالكتروني قبل التعاقدي ومرتكباً لجريمة يُعاقب عليها القانون بجزاء جنائي يتمثل في الغرامة من 10.000 دج إلى 100.000 دج تطبيقاً لنص المادة 32⁵ من القانون 02-04 سالف الذكر، أمّا في مجال المعاملات الالكترونية فقد ألزم المشرع المورد الالكتروني بتقديم عدة معلومات متعلقة بعرضه التجاري، من بينها الشروط العامة للبيع لاسيما البنود المتعلقة بحماية

¹ عصام بوعمامة وشارف بن يحيى، الالتزام بالإعلام الالكتروني قبل التعاقد في ظل جائحة كورونا، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 01، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائري، 2021، ص 87.

² تنص المادة 31 من القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على ما يلي: "يعتبر عدم الاعلام بالأسعار والتعريفات، مخالفاً للمواد 4 و6 و7 من هذا القانون ويعاقب عليه بغرامة من خمسة آلاف دينار 5000 دج إلى 100000 دج"

³ أنظر المادة 39 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 78 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

⁵ أنظر المادة 32 من القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر.

المعطيات ذات الطابع الشخصي وكيفيات وإجراءات الدفع تحت طائلة اعتبار المورد الالكتروني مخلاً بالتزامه بالإعلام وبالتالي معاقبته بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج تطبيقاً لأحكام المادة 139¹ من القانون 05-18 سالف الذكر.

المطلب الثاني: تكريس مهلة التفكير والتروي: حماية للمستهلك من التسرع

من غير المعقول إحاطة المستهلك بالمعلومات والبيانات دون إعطائه مهلة أو فرصة للتفكير قبل الإقدام على العقد²، لذلك فقد ذهب الفقه في سعيه الدائم لتنوير رضا المستهلك إلى ضرورة تكريس مهلة للتفكير والتروي قبل إبرام العقد إلى جانب الشكلية الإعلامية، كون المستهلك لا يتمتع عادة بفرصة كافية لمراجعة العقود المعروضة عليه من طرف المنتج، أو الموزع للسلعة، أو الخدمة وبالتالي تجنب حصول المهني على توقيع المستهلك على العقد المعروض مستغلاً في ذلك قصر الوقت المتاح للنظر في ذلك العقد، وهو الأمر الذي سعت إليه تشريعات الاستهلاك من خلال السماح للمستهلك بحماية نفسه من مختلف المخاطر التي قد يتعرض لها³.

فرغم أن مهلة التفكير والتروي ليست بالشيء الغريب عن القواعد العامة، بحيث تتجلى هذه الآلية القانونية من خلال نظريتي الإيجاب والقبول، إلا أن خصوصيتها تتجلى في تشريعات الاستهلاك، ذلك أن خصوصية العلاقة التعاقدية الاستهلاكية التي تربط المستهلك بالمتدخل وسرعة إبرام هذا النوع من العقود أثبت قصور القواعد العامة لنظرية العقد في توفير الحماية الفعالة للمستهلك، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تحويل الطرف الضعيف في العلاقة الاستهلاكية مهلة للتفكير والتدبر قبل إبرام العقد، كمكمل للالتزام بالإعلام وذلك من خلال منح المستهلك مهلة كافية للتفكير من أجل حسم أمره في الارتباط بعلاقة تعاقدية مع المتدخل من عدمه، كضرورة لتوعية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف وتبصيره- دون عجل وبعيداً عن كل أشكال الضغط- بالآثار المترتبة عن العقد، بشكل يؤكد اهتمام هذا النوع من التشريعات بركن الرضا والحرص على تنظيم أحكامه تنظيمًا مفصلاً سعيًا إلى تلاقي إرادتي طرفي العقد تلاقياً سليماً معبراً عن رضا واعي ومُستنير واشترакها اشتراكاً واقعياً في تكوين العقد، وعليه سنتناول بعض جوانب هذا الالتزام من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في التفكير والتروي

في ظل الزخم الهائل من الدعاية والإعلان الهادف إلى التأثير على المستهلك ودفعه إلى التعاقد، باتت المعاملات المالية اليوم تُبرم دون أخذ الوقت الكافي للتروي والتدبر في أمر العقد، فينشأ هذا الأخير في جو من التسرع، الأمر الذي دفع بالتشريعات إلى تقديم الضمانات اللازمة لحماية المستهلك من أجل تجسيد رضا حقيقي

¹ تنص المادة 39 من القانون 05-18 سالف الذكر على ما يلي: "يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج، كل مورد الكتروني يخالف أحد الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 من هذا القانون. كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الالكتروني، لمدة لا تتجاوز ستة أشهر."

² غازي خالد أبو عرابي، المرجع السابق، ص 191.

³ خليفة بوداود وفواز لجلط، قانون حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، المجلد 01، العدد الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ديسمبر 2020، ص 34.

وفعّلي في العقد، وإن تفاوتت مراكز طرفيه، وعليه سنتناول مفهوم مهلة التفكير والتروي، كآلية قانونية لحماية رضا المستهلك وذلك من خلال النقاط الآتية:

أولاً: تحديد المقصود بحق المستهلك في التروي والتفكير

لم يُعرّف المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي¹ مهلة التفكير والتروي واكتفى بالنص عليها صراحةً كآلية جديدة لحماية المتعاقد، وذلك من خلال المرسوم رقم 06-306² المتضمن العناصر الأساسية للعقود بين المهنيين والمستهلكين والبنود التعسفية من خلال نصه في المادة 04³ من ذات المرسوم على عبارة "منح مدة كافية لفحص العقد"، كالتزام يقع على عاتق العون الاقتصادي في مواجهة المستهلك، تاركاً بذلك أمر تعريف مهلة التفكير والتروي للفقهاء القانونيين الذي تعدّدت تعاريفه لهذه المكنة القانونية المخولة للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية فهناك من عرّفها بأنها: "خيار يمنح المستهلك مهلة إضافية للتروي والتدبر في أمر العقد الذي أبرمه مع المحترف درءً للأخطار التي قد تلحق به كأثر للتسرع في التعاقد"⁴، ومنهم من عرّف هذا الحق للمستهلك بالتروي في التعاقد بأنه: "منح المستهلك مهلة زمنية معينة قبل الارتباط بالعقد نهائياً، يلتزم خلالها المهني بالإبقاء على عرضه مدة من الزمن لا يستطيع الرجوع عن إيجابه خلال هذه الفترة، بحيث يتمكن المستهلك من قراءة العقد بحدوء وتدبر لمدة ملائمة العقد لمتطلباته"⁵، في حين عرّفها الفقه الفرنسي بأنها: "المدة الإلزامية التي يهدف من خلالها المشرع إلى حماية الطرف الذي وجه إليه العرض، وذلك بمنعه من التعاقد قبل حلول الأجل المحدد قانوناً"⁶، وعليه يمكن تعريف حق المستهلك في التروي والتفكير بأنه: "تلك المهلة الزمنية المحددة، الممنوحة للمستهلك قبل ارتباطه النهائي بالعقد، فيلتزم المهني خلال هذه المدة بالإبقاء على عرضه قائماً وذلك حتى يتمكن المستهلك من قراءة العقد بحدوء وتدبر، بل

¹ نص المشرع الفرنسي في المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي في تعديل 2016 على ما يلي: "يجوز أن ينص القانون، أو العقد على أجل للتفكير وهو أجل لا يجوز لمن وجه إليه العرض أن يبدي قبوله قبل انتهائه"، رابطاً بذلك القبول بمهلة التفكير، فجعل القبول الصادر من المتعاقد لا يعتد به قبل نهاية المدة الممنوحة للمتعاقد من أجل تفحص العقد قبل إبرامه، ويعد قانون التعليم بالمراسلة الفرنسي أول تقرير تشريعي لمهلة التفكير وهو ما نصه بالفرنسية:

Art 1122 : "la loi ou le contrat peuvent prévoir un délai de réflexion qui est le délai avant l'expiration duquel le destinataire de l'offre ne peut manifester son acceptation...", Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016.

² المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 17 شعبان 1427، الموافق لـ 10 سبتمبر 2006، المتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر العدد 56، المؤرخة في 11 سبتمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44، المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر العدد 07، المؤرخة في 10 فيفري 2008.

³ تنص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر على أنه: "يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع وأو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه".

⁴ الجعفري أسامة شهاب حمد، حق المستهلك بالتروي والتفكير (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد الثاني، جامعة بابل، العراق، 2017، ص 628.

⁵ محمد جريفي، المرجع السابق، ص 55.

⁶ نص التعريف بالفرنسية:

(la période impérative pendant laquelle le législateur a voulu renforcer la protection du destinataire de l'offre contre une acceptation précipitée, en lui interdisant de contracter avant l'expiration d'un délai incompressible), Laurent Bruneau, contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, pour l'obtention du grade de docteur en droit, Université des sciences sociales, Toulouse, soutenue le 2 septembre 2005. P: 303

وحتى استشارة ذوي الخبرة في موضوع العقد قبل إبرام، ومن ثم تحديد مدى ملائمة العقد لمتطلباته، حماية له من التسرع والاندفاع في إبرام العقد دون رضا وتبصر".

ليتضح من هذه التعاريف الفقهية أن مهلة التفكير والتروي كآلية لحماية المستهلك كطرف ضعيف في العقد تجد تبريرها في الصفة الاحترافية للمتدخل الذي يستخدم كل ما لديه من وسائل ضغط وإغراء من أجل إقناع المستهلك بشراء السلعة المعروضة عليه والتي قد لا تتطابق مع احتياجاته، أو أنها قد تخرج عن نطاق اهتماماته وحاجاته بسبب قلة خبرته والضغط الممارس عليه، وهو أمر طبيعي في إطار السعي إلى تكريس التوازن العقدي في مثل هذه العقود لصدور قرار مستنير من جانب المستهلك بشأن العقد بما يحقق استقرارًا للمعاملات.

لكن في المقابل لا بد من ملاحظة أن اغفال المشرع الجزائري -على خلاف نظيره الفرنسي* -تحديد ميعاد لهذه المدة ولا حتى تاريخًا لبدء سريانها واكتفائه بعبارة "كافية" كعبارة واسعة ومبهمة من شأنه إثارة أكثر من تأويل، ذلك أنه ليس من العدل بقاء المتدخل منتظرًا مدة طويلة ثم يُفاجأ بعزوف المستهلك عن إبرام العقد.

ثانيا: خصائص حق المستهلك في التروي والتفكير

استكمالاً لمفهوم حق المستهلك في التروي والتفكير قبل التعاقد، فإنه يتعين بيان ما يتمتع به هذا الحق من خصائص والتي من أهمها:

1- حق المستهلك في التروي والتفكير مكنة قانونية

يتفق أغلب الفقه على اعتبار حق المستهلك في التفكير والتروي مكنة قانونية، تمنح صاحبها حق إرادي يختلف عن الحقوق العادية، بالنظر إلى ما تتميز به هذه المكنة من قدرة صاحبها في إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة شخص آخر، الأمر الذي يُستبعد معه اعتبار هذا الحق حقًا شخصيًا، ذلك أن هذا الأخير يمثل علاقة اقتضاء لا يستطيع الدائن فيه اقتضاء حقه إلا من خلال تدخل المدين، ولا حقًا عينيًا يخول صاحبه سلطة على الشيء محل الحق¹.

2- حق المستهلك في التروي والتفكير حق مؤقت

رغم أن المشرع الجزائري لم يحدد ميعادا لمهلة التفكير والتروي قبل إبرام العقد، إلا أن هذا لا يمنع من القول ولو ضمنيًا أن حق المستهلك في التفكير والتروي في تشريعات الاستهلاك حقًا مؤقتًا، من خلال فرض المشرع أدوارًا على المتعاقدين لا سيما في قانون الائتمان يجعله المحترف المقرض في مركز الموجب والمستهلك المقترض في مركز مُصدّر القبول، وفرض احترام بعض المراحل الزمنية سواءً بالنسبة للإيجاب الصادر عن المحترف، أو بالنسبة للقبول الصادر عن المستهلك لاتخاذ قرار التعاقد.

* أزم المشرع الفرنسي مانح الائتمان في باب التمويل العقاري البقاء على إيجابه مدة 30 يوما بموجب المادة 8-312 L، ومدة 15 يوما في تمويل شراء المنقولات بموجب المادة 8-311 L، من قانون الاستهلاك الفرنسي 93-949 لسنة 1993، وفي المقابل أزم المستهلك طالب الائتمان العقاري عدم إظهار قبوله قبل مضي مدة عشرة أيام تبدأ من تاريخ تسلم العرض وذلك بموجب المادة 34-313 L من نفس القانون.

¹ الجعفري أسامة شهاب حمد، المرجع السابق، ص 629.

كما تتجلى فكرة التأقيت لحق المستهلك في التفكير والتروي من خلال المشرع الفرنسي بموجب قانون الاستهلاك الفرنسي* الذي جعل صراحةً من هذا الحق حقاً مؤقتاً محدداً بمدة معينة، إّما بنص القانون، أو بموجب اتفاق بين المتعاقدين يتوجب ممارسته خلال هذه المدة، فألزم من خلاله المحترف في أحوال معينة بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن وذلك بالإبقاء على عرضه المقدم للمستهلك مدة محدّدة لا يجوز له خلالها الرجوع عن إيجابه، بما يسمح للمستهلك بالتمهل في اتخاذ قرار التعاقد، بل أكثر من ذلك واستكمالاً لتكريس مهلة التفكير والتروي حماية للمستهلك ربط المدة التي ألزم المحترف البقاء خلالها على إيجابه بمدة موازية لها لا يجوز لمن وُجه له الإيجاب (المستهلك) أن يُبدي قبوله قبل انقضائها، ضمناً لصدور القبول من هذا الأخير بعد تفكير وتروي حقيقيين، بما يجعل كل قبول له قبل انقضاء هذه المدة عديم الأثر في تكوين العقد، الأمر الذي يُجسد خصوصية هذا النوع من التشريعات إذا ما قورنت بما هو مقرر في القواعد العامة بهذا الشأن والتي تجعل من مصدر إلزامية الإيجاب ومدته، سواءً في القانون المدني الجزائري، أو الفرنسي هو إرادة الموجب وليس نص القانون وفي المقابل منح القابل الحرية في ابداء قبوله خلال مدة الإيجاب دون الزامه بانتهاء هذه المدة¹.

3- حق المستهلك في التروي والتفكير حماية له من المجازفة

إذا كان حرص القواعد العامة للتعاقد في القانون المدني على سلامة الرضا يبدو واضحاً من خلال اشتراطها أن يكون هذا الرضا حرّاً وصحيحاً وواضحاً، فإن صدور هذا الأخير متروياً ومتمهلاً وغير متسرع لازال عازياً من الحماية في مثل هذه القواعد، الأمر الذي أسفر عن اللاتوازن في العلاقات العقدية وانتشار العقود النموذجية بشكل اختفت معه مقومات المناقشة لشروط العقد، بما يبرر تقرير مثل هذه الآلية من أجل إعادة للعقد توازنه المفقود. ذلك أن تقدم وسائل الإنتاج والتعقيد الذي ينتاب المنتجات، وكذا الزخم الهائل في الترويج لها عبر الإعلان عنها هو ما يفرض ضرورة منح المستهلك مثل هذا الحق باعتباره حقاً يهدف إلى حماية الرضا بما قد يعلق به من مجازفة قد تؤدي إلى الندم وذلك بمنحه مهلة للتروي والتفكير قبل إبرام العقد².

ثالثاً: تمييز مهلة التفكير والتروي عن حق التراجع

يتخذ حق المستهلك في التفكير والتروي في تشريعات الاستهلاك مظهرين اثنين الأول يتجسد في مهلة التفكير السابقة لإبرام العقد كخطوة وقائية قبل اتخاذ قرار التعاقد، في حين يتجسد الثاني في مهلة التفكير اللاحقة (حق الرجوع) كخطوة قهرية تكرر حق المستهلك في التراجع عن قرار التعاقد³. فإذا كان الهدف من الآليتين يتمثل أساساً في حماية المستهلك كمتعاقّد ضعيف في مواجهة المهني كطرف قوي، بما يجعل كلاهما من النظام العام الحمائي يمكن إثارتهما بنص القانون، أو باتفاق المتعاقدين على مهلة للتفكير

* تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي بموجب التعديل 2016 للقانون المدني الفرنسي نص صراحة بموجب الماد 1122 ق م ف على هذه المهلة مواكبا بذلك قانون الاستهلاك، بإعطائه الغطاء القانوني لآلية التفكير والتروي في القواعد العامة وفي جميع العقود بشكل صريح بعد أن كانت قاصرة على بعض العقود في قانون الاستهلاك وبعض القوانين الخاصة.

¹ خليفة بوداود وفواز جلفط، المرجع السابق، ص 35 وما بعدها.

² الجعفري أسامة شهاب حمد، المرجع السابق، ص 630.

³ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 126.

أو مهلة للتراجع وفق مبدأ الحرية التعاقدية¹ وذلك من خلال جوهر كلا الآليتين والمتمثل في المدة الزمنية المحددة لممارسة هذا الحق لارتباط انعقاد العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بالعامل الزمني المحدد من قبل المشرع كقيود تضمنته التشريعات الحديثة، بما يتيح للمستهلك الإعراض عن العقد أو الانسحاب منه، من خلال مهلة التراجع أو تجاهل هذا العقد إذا تعلق الأمر بمهلة التفكير والتروي.

فإنّ كل هذا لا يُخفي وجه الاختلاف بين الحقيين، ذلك أن غاية مهلة التفكير والتروي هي حماية رضا المستهلك قبل إقدامه على إبرام العقد، بينما غاية حق التراجع عن العقد فهي حماية للمتعاقد من خلال مدى تأكد رغبته في مواصلة العقد الذي ارتضاه سلفاً وبالتالي تنفيذ ما التزم به أو عدوله عنه، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بعد تعديل قانون العقود لسنة 2016 وبالضبط في المادة 1122 ق م ف سالفه الذكر، حين ذكر مهلة للتروي قبل إبرام العقد ومهلة للعدول بعد إبرام العقد.

ويتجلى الاختلاف بين الآليتين أيضاً من الناحية الاصطلاحية، فمصطلح "التروي أو التفكير" يوحي بمرحلة ما قبل إبرام العقد، في حين يوحي مصطلح "التراجع أو العدول" بقيام العقد مع إمكانية الانسحاب منه، كما أن العقد لا يتكون إذا كنّا بصدد مهلة التفكير والتروي إلّا بعد المدة الزمنية التي أقرها المشرع، بما يجسد تعلق هذه الآلية بمرحلة تكوين العقد، كشكلية جديدة تستبعد كفاية الرضا بين الأطراف لانعقاد العقد وتفرض مرور مدة زمنية لاتخاذ المستهلك لقرار التعاقد من عدمه، في حين أن آلية حق التراجع أو العدول تتعلق بعقد تام أصلاً، فتأخّر تنفيذه فترة زمنية محدّدة قانوناً مع إمكانية فسخه خلال هذه الفترة، الأمر الذي يجعل من مهلة التفكير تحديد للعقد في انعقاده كونها مهلة للارتباط بالعقد، بينما تهدّد مهلة التراجع العقد بزواله لأنها مهلة للتحلل منه².

أخيراً ممّا سبق يمكن القول بأن مهلة التفكير السابقة عن التعاقد تتعلق فعلاً بمرحلة تكوين العقد، كونها مظهرًا من مظاهر التراجع عن مبدأ الرضائية، بينما حق الرجوع أو العدول والذي سنتناوله بالدراسة لاحقاً يتعلق بمرحلة ما بعد إبرام العقد، بحيث يحق للمستهلك التراجع عن العقد بعد أن تم إبرامه بصورة صحيحة، بما يجعل من هذه الأخيرة مظهرًا من مظاهر إضعاف القوة الملزمة للعقد³.

الفرع الثاني: الأحكام القانونية لحق المستهلك في التفكير والتروي

بعد التطرق لمفهوم حق المستهلك بالتروي والتفكير، فإن مقتضيات البحث تستدعي تناول الأحكام التشريعية التي تنظم هذا الحق، ذلك أن منح المشرع للمستهلك فترة زمنية للتفكير في العقد الذي ينوي إبرامه لا يكون له أي أثر في حمايته ما لم يتكفل المشرع بتنظيم ذلك من خلال تحديده لهذه المدة واصباغ صفة الإلزامية عليها، وهو بالفعل ما يتجلى من خلال إلزام المشرع للموجب بالبقاء على إيجابه مدة معينة (أولاً)، وفي المقابل قيّد القبول أيضاً بمرور مدة زمنية محدّدة (ثانياً).

¹ أنظر المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديل 2016، سالفه الذكر، ص 182 من الأطروحة.

² الطيب بن جربوع وعمر بن الزوير، مهلة التفكير كآلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سبتمبر 2021، ص 1450.

³ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 126.

أولاً: الإيجاب الملزم (العرض المسبق)

يقصد بالإيجاب ذلك العرض الصادر من شخص يعبر فيه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد¹.

والأصل في الإيجاب أنه غير ملزم لصاحبه، بحيث يستطيع الرجوع فيه طالما أنه لم يقترن بقبول مطابق ممن وجه إليه هذا الإيجاب، إلا أنه ومن أجل استقرار المعاملات يردُّ على هذا الأصل استثناء مفاده الزامية هذا الإيجاب وعدم جواز الرجوع فيه متى اقترن بميعاد للقبول، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 63² من القانون المدني الجزائري والتي تقضي ببقاء الموجب على إيجابه متى عُيِّن أجل للقبول، وهو نفس النهج الذي سار عليه القضاء الفرنسي رغم خُلُو التقنين من نص على ذلك والذي اعتبر الإيجاب ملزماً إذا اقترن بتحديد مهلة للقبول، فلا يجوز للموجب الرجوع في إيجابه خلال هذه المهلة، كما لا يُشترط أن تكون هذه المدة محدّدة صراحةً وإنما يكفي أن تُستخلص من الظروف أو من طبيعة المعاملة³.

لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن أساس التزام الموجب بالبقاء على إيجابه في القواعد العامة خلال المدة المحدّدة صراحة، أو ضمناً هو إرادته المنفردة كحالة من الحالات التي ينشأ فيها الالتزام بمقتضى الإرادة المنفردة لوجود نص يخولها هذه القوة⁴.

إلا أن الأمر على اختلاف تأمُّ في تشريعات الاستهلاك، حيث فنّنت هذه الأخيرة ما يُسمى بالإيجاب المسبق وألزمت من خلاله المحترف بالبقاء على إيجابه مدة من الزمن، من خلال الإبقاء على عرضه المقدم للمستهلك مدة محدّدة لا يجوز له خلالها الرجوع عن إيجابه، تجسيداً لمهلة التفكير والتروي من خلال السماح للمستهلك بالتمهل في اتخاذ قرار التعاقد⁵.

فإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على مثل هذه المدة في المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، فإن المشرع الفرنسي لم يُغفل ذلك، بل حدّد مدة الإيجاب الملزم تحديداً يختلف باختلاف نوع كل عقد⁶ يعتقد بكفاية هذه المدة ليدرس المستهلك العقد خلالها، فألزم مانح الائتمان في باب التمويل العقاري البقاء على إيجابه مدة 30 يوماً بموجب المادة 8-312 L، ومدة 15 يوماً في تمويل شراء المنقولات بموجب المادة 8-311 L من قانون الاستهلاك الفرنسي 93-949 لسنة 1993، ومدة 07 أيام في تقديم خدمة التعليم بالمراسلة بموجب المادة 09 من قانون التعليم بالمراسلة الفرنسي رقم 71-566 لسنة 1971، وكل ذلك من أجل إتاحة الفرصة للمستهلك بقراءة الإيجاب والتفكير فيه بهدوء وتأمُّ⁷، الأمر الذي يؤكد الارتباط

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 110.

² تنص المادة 63 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة".

³ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 115.

⁴ نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 116.

⁵ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 128.

⁶ شوقي بناسي، المرجع نفسه، ص 136.

⁷ خليفة بوداود وفواز جلولط، المرجع السابق، ص 35.

بين تقنية العرض المسبق ومهلة التفكير والتروي، ذلك أن العرض المسبق وسيلة ملائمة لإعلام المتعاقد بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع، أو تأدية الخدمات وبالتالي منح المستهلك مدة كافية لفحص العقد*، كآلية لحصول المستهلك على رضا مستنير عند تكوين العقد والاستفادة بشكل كامل من الامتيازات المقررة لحمايته، من خلال الحيلولة دون إجبار المهني كطرف قوي للمستهلك كطرف ضعيف على إظهار قبوله قبل انتهاء المهلة المقررة له.

الأمر الذي يؤكد اختلاف معنى الإيجاب في نظرية العقد عنه في تشريعات الاستهلاك، فرغم استعمال نفس المصطلح، إلا أن الحقائق والتقنيات المحال إليها ليست نفسها، ذلك أن الإيجاب في إطار تشريعات الاستهلاك ليس تلك التقنية التي تسمح بتكوين العقد، بل الأمر يتعلق قبل كل شيء بوضع آلية لحماية المستهلك الذي عليه أن يأخذ في الحسبان خطورة ما يُقبل عليه من تصرفات، فلا تتحقق فكرة تكوين العقد في مثل هذه التشريعات إلا بعد أن يلحق مصطلح الإيجاب بعض التحويلات أو التشوهات، بما يُجسد أن تكييفات القواعد العامة تعرف تشويهاً حقيقياً عندما تستعملها تشريعات الاستهلاك، لا سيما ما تعلق بفكرة فرض الأدوار كفكرة نادى بعض الفقه بتعميمها في كل عقد يُرم دون نقاش مسبق، أو ما يُعرف بالعقود المتضمنة الشروط العامة للأعمال التي تتم بين المحترفين والمستهلكين أو بين المحترفين أنفسهم¹.

ثانياً: القبول المقيّد

يُقصد بالقبول التعبير عن الإرادة الصادر ممّن وجه إليه الإيجاب، والذي يأتي مطابقاً لهذا الإيجاب وبه ينعقد العقد، وبهذا الشكل فإن القَبُول يُعتبر الإرادة الثانية التي يتم بها العقد، لذلك فإنه يلزم بشأنه جدّية الإرادة واتجاهها إلى أثر قانوني، سواء كان ذلك صراحةً أو ضمناً².

لذلك واستكمالاً لتكريس مهلة التفكير والتروي كآلية لحماية رضا المستهلك، فقد ربط المشرع الفرنسي المدة التي ألزم المحترف البقاء خلالها على إيجابه، بمدة موازية لها لا يجوز لمن وجه له الإيجاب أن يبدي قبوله قبل انقضائها ضمناً لصدور القبول من هذا الأخير بعد تفكير وتروي حقيقيين، بحيث يكون كل قبول قبل انقضاء هذه المدة عديم الأثر في تكوين العقد، وتطبيقاً لذلك قرّر المشرع الفرنسي في المادة 34-313 L في فقرتها الثانية من قانون حماية المستهلك عدم جواز إظهار القَبُول الصادر من قبل طالب الائتمان العقاري قبل مضيّ مدة عشرة أيام، تبدأ من تاريخ تسلم العرض بالنظر لما يتميز به الائتمان العقاري من تعقيدات وما يحتاج إليه من مبالغ كبيرة يجب أن تُدفع وسبعة أيام في عقود التعليم بالمراسلة³، كما فرض مهلة تفكير قدرها سبعة أيام- بموجب المادة 1-271 L في فقرتها الثالثة من قانون البناء والإسكان- على كل مكتسب لعقار مخصص للاستعمال السكني، تُحسب من تبليغ أو تسليم مشروع التصرف وذلك عندما يجب أن يُجرر العقد في شكل رسمي⁴.

* وهو ما يستفاد من عبارة "الوسائل الملائمة"، الواردة في نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306 سألغة الذكر.

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 135-136.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 118.

³ أسامة شهاب حمد الجعفري، حق المستهلك بالتروي والتفكير، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،

العدد الثاني، السنة التاسعة، العراق، 2017، ص 632.

⁴ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 135-136.

لم يكتفي المشرع الفرنسي بتنبيه المستهلك إلى فرصة التفكير والتروي وعدم الاستعجال في الرد على الإيجاب المقدم له من المحترف فحسب، بل راعى في ذلك مصلحة المحترف أيضًا من خلال وضع حد أقصى لهذه المدة حتى لا تُعْلَق مصالح هذا الأخير مدة كبيرة بإرادة المستهلك الذي لا يمكنه إصدار قبوله قبل هذه المدة تحت طائلة عدم الاعتداد بأي قبول صادر قبل انقضائها¹، فلم يترك تحديد هذه المهلة للمستهلك، وفي المقابل لم يترك الأمر في كل الأحوال للمهني بوصفه الطرف الأقوى في العقد، أو لاتفاق الأطراف بالنظر لافتراضه صفة الضعف في المستهلك، فعمد إلى جعل هذه المدة تتناسب وطبيعة كل عقد من خلال مراعاة ما يترتب على عاتق المستهلك من التزامات بما يُطمئن هذا الأخير بعدم فوات فرصة التعاقد منه، ومن ثمّ عدم التسرع في اتخاذ القرار ويجسد وصف الفقه لهذه الآلية بالكابحة لتسرع المستهلك².

أما المشرع الجزائري فلم يُنظم مهلة التفكير والتروي بصفة صريحة، سواءً في القانون المدني أو في قانون حماية المستهلك وقمع الغش، إلا أنه أشار للعرض المسبق في معرض تنظيمه للقرض الاستهلاكي بموجب المرسوم 15-114 ونصّ على إلزاميته من خلال المادة 06 منه بنصها على أنه: "يجب أن يُسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض من شأنه السماح للمقترض بتقييم بيعه ومدى الالتزام المالي الذي يُمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد"، الأمر الذي يُستفاد منه ضمنيًا أنه قد منح المستهلك مدة لدراسة العرض قبل إبداء رغبته في التعاقد رغم أنه لم يحدّد ميعادًا لذلك على خلاف نظيره الفرنسي³، وكذلك الحال بالنسبة للعقد الإلكتروني من خلال القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية سالف الذكر بموجب المادة 10 منه التي أوجبت ضرورة أن تُسبق المعاملة الإلكترونية بعرض تجاري إلكتروني، والمادة 12⁴ من نفس القانون التي عدّدت المراحل التي يجب أن تمر بها طلبية منتج، أو خدمة قبل تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد، الأمر الذي يُفهم منه ضمنيًا أن المشرع قد منح المستهلك الإلكتروني مدة لدراسة العرض قبل إبداء رغبته في التعاقد⁵.

وإن تعدّدت تبريرات الفقه حول مدى خرق مسألة القبول المقيد لأحكام القبول في النظرية العامة للعقد التي تجعل ممن وجه له الإيجاب حرًا في إصدار قبوله دون أن يكون هناك أي سبب يمنعه من ذلك، بين من يرى أن مخالفة هذا النوع من القبول لقواعد النظرية العامة ظاهريًا فقط لا يُحدث أي خرق في مسار تكوين العقد، كون رضا القابل خلال هذه المهلة غير مؤهل لإتمام حقه في التعاقد، بما يجعل منها وقاية من التعسف المحتمل من المهنيين مستندين في ذلك لأحكام المادة 1/1145⁶ من القانون المدني الفرنسي، وبين من يرى أن المتعاقد حرّ في إبداء القبول وأنّ

¹ الجعفري أسامة شهاب حمد، المرجع السابق، ص 632.

² الطيب جربوع وعمر بن الزوير، مهلة التفكير آلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سبتمبر 2021، ص 1456.

³ خليفة بوداود وفواز جلفط، المرجع السابق، ص 36.

⁴ أنظر المادة 12 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية سالف الذكر.

⁵ أنظر المادتين 10 و12 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية سالف الذكر.

⁶ تنص المادة 1145 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "كل شخص يمكنه التعاقد إلا إذا كان غير مؤهل بواسطة القانون. ". نصها بالفرنسية:

Art.1145/1" toute personne physique peut contracter sauf en cas d'incapacité prévue par la loi."

المسألة لا تتعلق بأهلية القابل بل مجرد استثناء على القاعدة العامة جاءت به قوانين الاستهلاك، حيث خصّصت به عقود الائتمان بالنظر إلى الفجوة العميقة بين المتعاقدين وما ينطوي عليه مركز المستهلك من ضعف فني واقتصادي، الأمر الذي قد يؤدي به إلى التسرع في اتخاذ قرار التعاقد، مما يستوجب حماية المستهلك من نفسه ومن تعسف المهني، بل ويُحتم تقييد قبوله بهذا الشكل¹.

فإن هناك من الفقه² من يرى في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 دحض لكل هذه التبريرات، حيث نظم المشرع الفرنسي هذه المسألة من خلال جعله من هذه الاستثناءات قاعدة عامة تسري على جميع العقود، بما يجعل من مسألة تقييد القبول أمرًا جوازي بنص القانون قد يتم النص عليها في العقد، الأمر الذي جسّد من خلاله المشرع الفرنسي-على خلاف المشرع الجزائري- المساواة الفعلية بدل المساواة المجردة، وذلك بتكريسه لمهلة التفكير والتروي في القواعد العامة على غرار قانون الاستهلاك، كمفهوم جديد للمساواة أفرزته المعطيات الاقتصادية والاجتماعية بما يتماشى وفكرة حماية الطرف الضعيف في العقد بغض النظر عن صفته مستهلكًا كان أو غيره، استجابةً للمطالبة الفقهية بمدّ نطاق مهلة التفكير والتروي إلى عمليات قانونية عديدة، بما يُمكن المتعاقد من اتخاذ قرار التعاقد بعد تفكير صحيح وأخذ المشورة إذا لزم الأمر، وهو ما من شأنه تحقيق الاستقرار في المعاملات التجارية وزوال أسباب النزاع ومبررات طلب إبطال العقود بسبب عيوب الرضا.

ثالثًا: تطبيقات لمهلة التفكير والتروي في بعض العقود

تعتبر مهلة التفكير آلية لتحقيق توازن معرفي، نوعي بين أطراف العلاقة العقدية الاستهلاكية، ذلك أن منح المستهلك مهلة للتفكير يُعد بمثابة الحماية المتميزة في العلاقة العقدية وحماية مُضَاعَفَة لرضا هذا الأخير، ورغم أنّ المشرع الفرنسي جعل من هذه المهلة قاعدة عامة تسري على جميع العقود من خلال تعديل قانون العقود الفرنسي لسنة 2016 محقّقًا بذلك من أزمة القانون المدني في ظل اكتساح أحكام القوانين الخاصة، وتماشياً مع قانون حماية المستهلك، إلّا أن ما يهمننا من تطبيقات مهلة التفكير والتروي هو ما جاءت به نصوص قانون حماية المستهلك كتشريع خاص، لذلك فإنّ من بين العقود التي كرّست هذه الآلية نذكر ما يلي:

1- عقد التعليم عن بعد

تتجسد مهلة التفكير والتروي في هذا النوع من العقود من خلال إعطاء التلميذ مهلة تفكير قبل توقيع العقد، بنظر الشروط ذات العلاقة بهذا الصنف من أصناف التعليم ومن ثم تقرير ما سيعود عليه من منفعة بموجب هذا العقد، حيث يُعد القانون رقم 71-566 المؤرخ في 12 يوليو 1971 والمتعلق بإنشاء وتنظيم التعليم عن بعد اللبنة الأولى التي كرّس من خلالها المشرع الفرنسي آلية مهلة التفكير والتروي وبالضبط في المادتين 08 و 09 منه³ من خلال فرض إيجاب سابق للعقد يكون ممضيا من قِبَل هيئات التعليم ومُتضمّنًا جملة من البيانات الإجبارية التي تُجسّد

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 146 وما بعدها.

² محمد جريفي، المرجع السابق، ص 59.

³ Art. 8 et 9 de la loi 71-556 relative à la création et au fonctionnement des organismes privés dispensant un enseignement à distance, ainsi qu'à la publicité et au démarchage faits par les établissements d'enseignement.

مهلة للتفكير بالنسبة للمُرسل إليه¹، ليأتي بعد ذلك إقرارّ المشرع الفرنسي لمهلة التفكير والتروي السابقة لإبرام العقد بموجب نص المادة 1-134 L من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي تقضي بإلزام المهنيين بتسليم نماذج العقود الموجهة لكل مستهلك مُقَدِّم على التعاقد، في مواجهة ظاهرة شائعة عمليا تتعلق برفض بعض المهنيين وبخاصة شركات التأمين تسليم نماذج العقود للمستهلكين، إلّا بعد التوقيع عليها، الأمر الذي من شأنه حرمان هذه الفئة من أيّ إمكانية للتفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه².

ليتم بعد ذلك دمج أحكام القانون 71-566 في الأمر 2000-549، المؤرخ في 15 جوان 2000، المعدل والمتمم، والمتضمن قانون التربية الوطنية، الذي نص في مادته 8-444 L على أنه: "لا يجوز توقيع العقد إلا بانقضاء (07) سبعة أيام من تاريخ استلامه..."، وكل ذلك من أجل منح التلميذ فرصة للتفكير في مضمون العقد قبل إمضائه إياه، كما أوجبت المادة 7-444 L من نفس الأمر تحديد الشروط المتعلقة بالتعليم عن بعد في العقد، لا سيما ما يتعلق بخدمات المساعدة التعليمية، وكذا توجيهات العمل³.

2-العقود الائتمانية

تُعتبر العقود الائتمانية عقوداً تُجسد عدم التوازن العقدي بين أطرافها، كونها تتم بين مستهلك موارده محدودة ومؤسسات ذات إمكانيات مالية وفنية ضخمة تفرض شروط العقد، فرغم الكمّ الهائل من النصوص العامة* الذي كرسه المشرع الفرنسي لاستبعاد المخاطر الناشئة عن الائتمان، إلّا أن إيمانه بأن الحماية لا تتأتّى إلّا من خلال النصوص المخصصة مباشرة لتنظيم هذا الائتمان، دفعه إلى إصدار قانون 28 ديسمبر لسنة 1966 المتعلق بمحاربة الربا، الذي تم نقل معظمه إلى قانون الاستهلاك وبالضبط في المواد (1-313 L - 6-313 L) وكذا قانون 10 يناير 1978، كأهم قانون في هذا المجال خاص بتنظيم الائتمان الاستهلاكي، والذي عُرفَ باسم قانون (1 scrivener)، المعدّل والذي تم دمجهُ أيضاً في قانون الاستهلاك من خلال المواد (1-311 L - 311 L) (37)، وكذا قانون 13 يوليو 1979، المعدّل أيضاً لا يقل أهمية عن سابقه والمتعلق بتنظيم الائتمان العقاري والمعروف باسم (2 scrivener)، وعليه سنتناول مهلة التفكير والتروي في كل من عقديّ الائتمان الاستهلاكي والعقاري كما يلي:

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 128.

² محمد خليفة كرفة، التوازن العقدي في قانون الاستهلاك، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019، ص 177.

³ محمد جريفي، المرجع السابق، ص 60.

* اخضع المشرع الفرنسي هذا النوع من المؤسسات لقواعد معينة تحول دون تعسفها، منها ما هو وقائي تجسد في إصدار قانون 24 يناير 1984 الذي أنشأ ما يعرف بلجنة التنظيم البنكي، التي أنيط إليها تحديد التعليمات العامة الواجبة التطبيق على كل المؤسسات الائتمانية، وكذا لجنة مراقبة احترام القوانين واللوائح من جانب هذه المؤسسات، فضلا عن لجنة استشارية لدراسة المشاكل الناشئة عن العلاقات بين هذه المؤسسات وعمالها، ومنها ما هو حثائي تجسد في نصوص عامة متنوعة في تقنين الاستهلاك، مثل المادة 1-121 L وما بعدها، والتي تعاقب على الدعاية المضللة، وتعاقب المعلن عن ائتمان كاذب، وكذا المادة 21-121 L وما بعدها والمنظمة للدعاية في المنازل، والتي تطبق على المعلنين المختصين بذلك والذين يعرضون منتجات أو خدمات بالأجل.

أ- عقد الائتمان الاستهلاكي

نص قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 في معرض تنظيمه لعقد الائتمان الاستهلاكي على أنه يجب أن يسبق كل عقد قرض استهلاكي عرض مسبق، على أن يتضمن هذا العرض بيانات منها مبلغ الائتمان، طبيعته وموضوعه وكيفيات التعاقد مع وجوب كتابته وفق نموذج معين¹، وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين أشار للعرض المسبق في معرض تنظيمه للقرض الاستهلاكي بموجب المرسوم 15-114 سالف الذكر ونص على الزاميته من خلال المادة 06 منه بنصها على أنه: "يجب أن يُسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الالتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد"، الأمر الذي يُستفاد منه ضمناً أنه قد منح المستهلك مدة لدراسة العرض قبل إبداء رغبته في التعاقد، رغم أنه لم يحدد ميّعاداً لذلك على خلاف نظيره الفرنسي² الذي كرّس مهلةً للتفكير والتروي في القرض الاستهلاكي، وذلك من خلال إلزامه مانح الائتمان الإبقاء على عرضه مدة معينة تسمح للمستهلك بقراءة العقد بهدوء وتأنٍ، مع إمكانية طلب النصيحة، أو المشورة عن الفائدة التي تعود عليه من هذا العرض³ وذلك بموجب المادة 18-312 L، التي تقضي بالأقل تقل هذه المدة عن (15) خمسة عشر يوماً تبدأ من تاريخ استلام العرض⁴.

وفي المقابل ألزم المقترض بعدم إعلان قبوله إلاّ بعد مرور فترة (07) سبعة أيام من تاريخ استلامه العرض المسبق⁵، فلا يُعتدُّ بقبوله قبل مرور هذه المدة رغم أن مهلة الإبقاء على العرض حُدِّدَتْ بخمسة عشر يوماً، كما لا يجوز لمانح الائتمان خلال مدة سبعة أيام أن يُقدِّمَ للمقترض أيّ مبلغ بأيّ شكل من الأشكال، أو بأيّ وسيلة كانت وفي المقابل لا يجوز للمقترض أيضاً تقديم أيّ إيداع للمقرض أو في حسابه، وإذا حدث أن وقَّع المقترض تفويضاً بسحب أي مبالغ من حسابه المصرفي لصالح المقرض، فإن آثار ذلك تكون مرتبطةً بعقد القرض عند إبرامه⁶.

ب- عقد الائتمان العقاري

إذا كان المشرع الجزائري لم ينظم هذا النوع من الائتمان ما عدا في بعض النصوص المتفرقة تاركاً بذلك الأمر للممارسة البنكية، فإنّ المشرع الفرنسي نظم عقد الائتمان العقاري من خلال القانون 79-596، المؤرخ في 13 يوليو 1979 والمعروف باسم (2 scrivener) المتعلق بإعلام وحماية المقترضين ضمن الائتمان العقاري والذي تم دمجها فيما بعد في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 المعدّل بقانون الاستهلاك لسنة 2016، ليتم تعديل

¹ محمد جريفي، المرجع السابق، ص 61.

² خليفة بوداود وفواز جلط، المرجع السابق، ص 36.

³ نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال عقود الائتمان في القانون الفرنسي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزرطة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 24.

⁴ Article L313-18 : L'offre de contrat de crédit est établie par écrit ou sur un autre support durable. Elle est remise ou adressée en autant d'exemplaires que de parties et, le cas échéant, à chacune des cautions. La remise ou l'envoi de l'offre de contrat de crédit à l'emprunteur oblige le prêteur à en maintenir les conditions pendant une durée minimale de quinze jours à compter de cette remise ou de cet envoi

⁵ Article L312-24 code de la consommation 2016-partie Législative

⁶ Article L312-25 code de la consommation 2016-partie Législative

الأحكام المتعلقة بالائتمان العقاري في هذا الأخير، بموجب الأمر 351-2016، المؤرخ في 25 مارس 2016، المتعلق بعقود القرض الموجه للمستهلكين المتعلق بالأموال العقارية ذات الاستعمال السكني.

وتطبيقاً لذلك سعى المشرع الفرنسي إلى حماية رضاء المستهلك من خلال آلية الإيجاب المسبق الذي جاءت قواعده شبيهة بقواعد الإيجاب المسبق في مجال الائتمان الاستهلاكي مع بعض الاختلاف، لا سيما ما تعلق بالزام المقرض إرسال عرضاً مجانيًا مكتوبًا إلى المقترض عن طريق البريد، وكذا تَضَمُّن العرض بيانات إلزامية حدّدتها المادة L 312-8 من تقنين الاستهلاك وذلك بِتَضَمُّن العرض بيانات إعلام ذات طابع شخصي، من قبيل وجوب تحديد العرض، كيفية القرض وشروط وضع المبالغ تحت تصرف المقترض، وكذا شروط استحقاقها تحت طائلة عدم نفاذ أي بيانات في حق المقترض تظهر في الشروط العامة في عقد القرض لم تذكر في العرض المسبق¹.

كما كرّس المشرع الفرنسي مهلة للتفكير والتروي في عقد الائتمان العقاري من خلال الإيجاب الملزم في المادة L 312-10، حين ألزم مانح الائتمان العقاري البقاء على عرضه (إيجابه) مدّة لا تقل عن ثلاثين يومًا، تبدأ من تاريخ استلام العرض واعتبر أي تعديل في شروط الحصول على القرض بمثابة عرض جديد، وفي المقابل قيّد القبول في نفس المادة عندما قرّر عدم إمكانية قبول المقترض للعرض إلّا بمرور عشرة أيام من تاريخ استلامه إياه، مع وجوب أن يُرسل القبول بخطاب، حيث يُعتد في ذلك بختم البريد وعلى ذلك فإن مهلة التروي والتفكير يمكن أن تصل في ذلك إلى ثلاثين يومًا، بالنظر إلى ما يتسم به الائتمان العقاري من تعقيدات وما ينطوي عليه من مبالغ كبيرة يجب أن تُدفع².

مّا سبق يرى الباحث أن المشرع حاول تفعيل الحماية القانونية للمستهلك من خلال تكريس مهلة التفكير والتروي كاللزام على عاتق المتدخل لا يقل أهمية عن الالتزام بالإعلام، لا سيما ما تعلق بتنوير الرضا سعيًا منه إلى تقليص الفجوة بين المهني والمستهلك بما يضمن لهذا الأخير حرية التعاقد وحرية الاختيار، ذلك أن فرض التشريعات مرور مدة زمنية قبل إبرام العقد كأسلوب وقائي يهدف إلى درء الرعونة في إبرام العقد، خاصة عقود الائتمان من خلال ما يُعرف بالإيجاب المسبق من شأنه الكشف عن الدور الكبير والفعال لهذه الآلية في حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية وإعادة التوازن للعلاقة العقدية، بما يضمن لمهلة التفكير والتروي مكانتها في التشريع والفقه ويجعل منها غاية في الوضوح في القواعد الخاصة بحماية المستهلك رغم أن فكرة العرض المسبق مجرد امتداد لما يُعرف بالإيجاب الملزم في القواعد العامة.

المبحث الثاني: الحدّ من الحرية التعاقدية في مجال الاستهلاك: توسيع لنطاق الحماية

يُعتبر مبدأ الحرية التعاقدية، مبدأً عامًا تقوم عليه العقود بصفة عامة في ظل النظرية العامة للعقد يجعل للشخص كامل الحرية في إبرام العقود، أو عدم إبرامها، وتحديد مضمون وشكل العقد وأيضًا طريقة إنجازه، وقد ازدهر هذا المبدأ تماشياً وفلسفة المذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة فلا يحده سوى ما تعلق بالنظام العام كقيّد على هذا

¹ نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال عقود الائتمان في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 33.

² نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 34، أنظر في الصدد أيضا محمد جريفي، المرجع السابق، ص 63.

المبدأ يمنع بعض أنماط التعاقد، أو يُقيّدُها بشروط معينة تأكيداً للحرية التعاقدية وتحقيقاً للتوازن بين مصالح الأطراف المتعاقدة.

إلا أن هذا التوجه لم يعد مسلماً به في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية وما نتج عنها من فوارق في المراكز العقدية لا سيما في نطاق تشريعات حماية المستهلك التي جاءت لتوفير الحماية اللازمة للمستهلك كطرف ضعيف في علاقته بالمهني، كون العقود الاستهلاكية في الأصل عقود إذعان يُمثل المستهلك فيها الطرف الضعيف، حيث أثبتت هذه التشريعات عدم فعالية مبدأ الحرية التعاقدية وما يقوم عليه من عناصر في توفير الحماية للمستهلك، فعمد المشرع من خلال قانون الاستهلاك ومن أجل تحقيق هذه الحماية إلى تقييد هذه الحرية من خلال تنظيم مضمون العقد الاستهلاكي (مطلب أول)، كما عمد أيضاً إلى تقوية مضمون العقد من خلال فرض التزامات على عاتق المحترف مقررّاً أصلاً في القانون المدني، إلا أنه تمت تقويتها حماية للمستهلك على غرار الالتزام بالإعلام (مطلب ثاني).

المطلب الأول: القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية: تنظيم لمضمون العقد

فرض التوجه الاقتصادي للدولة على المتعاقدين أنماطاً تعاقدية جديدة ومضمون عقدي مُعدّ وموجه مُسبقاً لا يجوز للأطراف المتعاقدة الخروج عن هذا التنظيم الذي يمس العناصر الأساسية في العقد، أو العقد في مجمله تجسيدا لفكرة النظام العام التوجيهي والحماي، لا سيما في مجال حماية المستهلك¹، حيث لم يتوقف المشرع في تشريعات الاستهلاك عند توفير حماية فعالة لرضاء المستهلك من خلال الاعلام ومهلة التفكير فحسب، بل امتد اهتمامه إلى تنظيم مضمون العقد في حدّ ذاته تنظيمًا صارمًا، سعيًا إلى تحقيق توازن عقدي حقيقي في هذا النوع من العلاقات التعاقدية فتجسدت هذه الصرامة في فرض قواعد آمرة لتحقيق الغرض، ذلك أن إدراك المشرع للتأثير السلبي للحرية التعاقدية على المستهلك دفعه إلى التدخل للحدّ من هذا التأثير عن طريق تحديد مضمون عقد الاستهلاك بما يخدم مصالح المستهلك (فرع أول)، كما أن تنظيمه و حظره لبعض الممارسات التجارية يُعد تجسيداً للنظام العام في بعده الحماي (فرع ثاني).

الفرع الأول: تحديد المشرع لمضمون العقد تحقيقاً للتوازن في عقود الاستهلاك

إذا كان المشرع -وفقاً للقواعد العامة- قد نظم طائفة من العقود المسماة، فإن تدخله عادة يكون عن طريق النصوص المفسرة والمكملة لإرادة الأطراف، وإن وجدت بعض القواعد الآمرة فهي استثناء هدفها حماية إرادة المتعاقدين، كالقواعد المتعلقة بالأهلية إعمالاً لمبدأ حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد مضمون العقد، ولعلّ من أبرز النماذج التشريعية لحرية الأطراف في تحديد مضمون العقد نذكر الاتفاق على الفسخ (م 120 ق م ج)²، والاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية العقدية (م 178 ق م ج)³، فضلاً عن تنظيم المشرع لطائفة من العقود التي تَطْعَى فيها

¹ منصف بوعروية، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 57.

² تنص المادة 120 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي...".

³ وتنص المادة 178 من القانون المدني الجزائري دائماً على ما يلي: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة...".

إرادة الطرف القوي على إرادة الطرف الضعيف، وذلك بفرض شروط لا تقبل المناقشة نتيجة احتكاره سلعة، أو خدمة ضرورية، كنوع من العقود استفحل في ظل ازدهار مبدأ سلطان الإرادة بما يُترجم استغلال المهني لمركزه القوي في علاقته بالمستهلك، مجسداً هذا الاستغلال في شكل شروط تعسفية يُضْمَنُها ما يربطها من عقود، الأمر الذي يعكس الإرادة المنفردة للطرف المشتري ويمنع المستهلك من الدفاع عن مصالحه في مواجهته¹.

فإن تشريعات الاستهلاك قد جسدت مبدأ النظام العام الحمائي بدوره الإيجابي في العلاقات الاستهلاكية كمظهر حديث لفكرة النظام العام من خلال تدخل المشرع لتحديد مضمون هذه العلاقات متجاوزاً بذلك الدور السلبي لفكرة النظام العام التقليدي الذي يهدف إلى بطلان العقود لعدم مشروعيتها محل الالتزام، أو لعدم مشروعيتها السبب الذي يسعى المتعاقدان لتحقيقه²، وقد عرفت فكرة النظام العام في صورته التقليدية ازدهاراً في ظل المذهب الفردي ومذهب مبدأ سلطان الإرادة، فكانت الحرية العقدية أحد أهم ركائزها من خلال سعي النظام العام إلى حفظ وتنظيم هذه الإرادة ضمن الجماعة بفرض حدود ضيقة في أطر معينة لا تُعرقل الإرادة الحرة ولا تتعارض مع توجهات أنصار مبدأ سلطان الإرادة، بما يجعل من النظام العام مجرد دِرْع حامي للمصالح العليا للدولة وقِيمِها ومبادئها لا غير تحت مسمى "النظام العام السياسي والأخلاقي"³.

ويعتبر التحديد المسبق لمضمون العقد من الآليات التي يمكن الاعتماد عليها لتحقيق التوازن العقدي في العلاقات الاستهلاكية، بما يُعزز تراجع مبدأ سلطان الإرادة في العلاقات العقدية التي أصبحت تخضع لتوجيه تعاقدية تلعب فيه الإرادة دوراً شكلياً محضاً ينحصر في الانضمام إلى النموذج الذي حدده المشرع، خروجاً منه عن مبدأ الحرية التعاقدية الذي يجعل دون شك المستهلك في مركز الضحية، كون أن ضُغفه الاقتصادي والمعرفي يحول دون مناقشته لشروط العقد وتحديد مضمونه بما يخدم مصالحه⁴.

ومن أمثلة تدخل المشرع لتحديد مضمون عقود الاستهلاك ما تعلق بتنظيمه الأمر لعقد القرض الاستهلاكي، سعياً إلى توفير حماية فعالة للمستهلك وذلك من خلال تحديد التزامات المقرض المحترف، لا سيما التزامه بالإعلام، كون هذا النوع من الائتمان ينطوي على أخطار كبيرة خاصة بالنسبة لتراكم ديون المقرض، رغم عدم إعطاء المشرع الجزائري أهمية كبيرة لهذا الالتزام في المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مكثفياً بأحكام الالتزام بالإعلام الواردة في قانون الممارسات التجارية لا سيما المواد 4 و6، وكذا المرسوم التنفيذي 09-65⁵، المحدد للكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض

¹ خليفة بوداود وفواز جلط، المرجع السابق، ص 36.

² خليفة بوداود وفواز جلط، المرجع نفسه، ص 37.

³ عدة عليان، فكرة النظام وحرية التعاقد على ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 15.

⁴ عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 10، العدد 02، جامعة حسين بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جويلية 2018، ص 112.

⁵ المرسوم التنفيذي 09-65، المؤرخ في 11 صفر عام 1430، الموافق لـ 7 فبراير سنة 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعنية، ج ر العدد 10، المؤرخة في 11 فبراير 2009.

قطاعات النشاط، أو بعض السلع والخدمات المعنية، لا سيما المواد من 03 إلى 107¹، وقانون حماية المستهلك وقمع الغش 03-09 بموجب المادة 17 منه²، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 13-378³ المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك وبالضبط في المواد من 51 إلى 55 منه.

أما المشرع الفرنسي فقد ألزم المقرض بعدد من الالتزامات تُجسد الالتزام بالإعلام من قبيل ضرورة قيام المقرض بإعلام المقترض بالشروط التي يتم بموجبها التجديد ثلاثة أشهر قبل الاستحقاق، وتوجيه المقرض للمقترض شهرياً وفي أجل معقول قبل تاريخ الوفاء الوضعية الحالية لتنفيذ عقد الائتمان متضمنة معلومات مهمة من قبيل تاريخ الوفاء، مبلغ الاستحقاق، الفوائد، السعر الإجمالي... الخ، وكذا ضرورة ظهور السعر الفعلي للفوائد في الإيجاب وعلى كشف دوري يتلقاه المقترض دون احتجاج أو تحفظ، كما أُدخل المشرع الفرنسي سنة 2010 تعديلات عميقة على هذا النوع من الائتمان وذلك بموجب المواد من L 311-6 إلى L 311-10 والمعدلة هي الأخرى سنة 2013 بموجب القانون 672-2013 المؤرخ في 26 جويلية 2013، وأيضاً سنة 2014 بموجب القانون 344-2014 المؤرخ في 17 مارس 2014، حيث يُلزم المشرع المقرض من خلال هذه المواد بالالتزامات من قبيل تقديم المقرض للمقترض تفسيرات تسمح لهذا الأخير بتحديد تماشي العقد المقترح مع احتياجاته ووضعيته المالية من عدمه، وكذا وجوب إخطار المقرض للكفيل منذ أول تخلف للمدين الأصلي عن الوفاء، تحت طائلة إعفاء الكفيل من الوفاء بالشروط الجزائية والفوائد التأخيرية⁴.

هذا ولم تكتفي تشريعات الاستهلاك بتحديد التزامات المقرض المحترف في هذا النوع من الائتمان فحسب، بل حددت التزامات المقرض المستهلك أيضاً، فألزمت هذا الأخير بدفع الفوائد المستحقة على رأس المال، كحق قرره المشرع لمؤسسات القرض⁵، حيث حرصت تشريعات الاستهلاك على تحديد سعر هذه الفوائد الواجب على المقرض دفعها، حماية لهذا الأخير من محاولة هذه المؤسسات فرض فوائد مُبالغ فيها، رغم أن المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي لم يتضمن أي تحديد لنسبة الفائدة، تاركاً ذلك للوزير المكلف بالمستهلك، والوزير المكلف بالمالية، والوزير المكلف بالصناعة من أجل إصدار قرار بذلك مستقبلاً⁶، كما منع المشرع الفرنسي من خلال قانون الاستهلاك الفرنسي القروض ذات الفوائد المبالغ فيها، إذ جعل منها جريمة إقراض

¹ أنظر المواد من 03 إلى 07 من المرسوم التنفيذي 09-65.

² أنظر المادة 17 من القانون 03-09 سالف الذكر.

³ أنظر المواد من 51 إلى 55 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378، المؤرخ في 05 محرم عام 1435، الموافق لـ 09 نوفمبر 2013، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر العدد 58، المؤرخة في 18 نوفمبر 2013.

⁴ أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

⁵ تنص المادة 456 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز لمؤسسات القرض التي تمنح قروضا قصد تشجيع النشاط الاقتصادي الوطني أن تأخذ فائدة يحدد قدرها بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".

⁶ تنص المادة 18 من المرسوم التنفيذي 15-114 على ما يلي: "تحدد كيفيات تطبيق هذا المرسوم عند الحاجة، بقرار من الوزير بحماية المستهلك والوزير المكلف بالمالية والوزير المكلف بالصناعة".

برباً*، رغم أن القانون المدني الفرنسي-كشريعة عامة- يجيز القرض بفائدة ربوية، وفيما يخص مجال الائتمان الاستهلاكي فقد حدّدت المادة 3-313 L الفوائد الربوية في القروض الممنوحة في هذا المجال، كنص مأخوذ من قانون 31 ديسمبر 1989 المتعلق بالإسراف في الاستدانة¹، كما صدر قرار وزاري من وزير الاقتصاد يحدد الفوائد الربوية في قطاعات الائتمان المختلفة، والتي تختلف من فصل إلى آخر، ويتم تحديدها وفقاً لمؤشرات يحددها بنك فرنسا طبقاً لأسعار الفائدة الفعلية، وقد نصت المادة 4-313 L على جزاء مدني في حالة الإقراض بربا، والذي تمثّل في ردّ المقرض للمقترض المبالغ المتجاوزة للنسب المحددة من قبل المشرع، دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان العقد²، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نجد إلزام المشرع للمقترض بدفع التعويضات في حال وجودها، كون عقود الائتمان غالباً ما تتضمن شروطاً جزائية تُحدّد من خلالها وبصفة مسبقة التعويضات التي يتوجب على المدين دفعها في حالة تخلفه عن تنفيذ التزاماته، لذلك حاول المشرع وضع حدّاً للشروط الجزائية المبالغ فيها والتي تهدف من ورائها المؤسسات الائتمانية إلى الضغط على المقترض من أجل الوفاء بما هو مستحق عليه دون إبطاء، أو تأخير، وقد أجاز المشرع الجزائري في القانون المدني³ للقاضي التدخل لتخفيض الشرط الجزائي المبالغ فيه، وذلك على غرار نظيره الفرنسي الذي عدّل المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي⁴ بموجب قانون 19 جويلية 1975 وأجاز للقاضي تعديل الشرط الجزائي المبالغ فيه، ليجعل فيما بعد هذا التعديل يتم تلقائياً من طرف القاضي من خلال قانون 11 أكتوبر 1985، ولم يكتف المشرع الفرنسي في مجال حماية المستهلك بهذه النصوص، بل أورد نصوص خاصة من قبيل الغاء كل حق في التعويض في حالة الردّ المسبق للقرض من خلال المادة 29-311 L التي تقابلها المادة 22-311 L الجديدة، كما أنشأ نظاماً للتحديد الجزائي للتعويض في حالة تخلف المقترض عن الوفاء بالتزاماته في المواد من L. 30-311 إلى L. 32-311 التي تقابلها المواد من L. 23-311 إلى L. 25-311 الجديدة، الأمر الذي

* هذه الجريمة معرّفة ومعاقب عليها في التشريع الفرنسي بموجب قانون 23 ديسمبر 1966، ليتم إدماج أحكام هذه الجريمة في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، وبالضبط في المواد من L. 3-313 إلى L. 6-313 كنصوص تطبق على أغلب العمليات الائتمانية أيّاً كان المستفيد منها، وأيّاً كان مانحها، والتي عُدّلت بموجب القانون رقم 2014-344 المؤرخ في 17 مارس 2014.

¹Art. L. 313-3/1 Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment ou il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier.

²Art. L. 313-4 Lorsqu'un prêt conventionnel est usuraire, les perceptions excessives au regard des articles L. 313-1 à L. 313-3 sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance. Si la créance est éteinte en capital et intérêts, les sommes indument perçues doivent être restituées avec intérêts légaux du jour ou elles auront été payées.

³ تنص المادة 2/185 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "... ويجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطاً أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه...".

⁴Art. 1152 C. civ Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. (L. n 75-597, 9 juill. 1975, art. 1er) Néanmoins, le juge peut (L. n 85-1097, 11 oct. 1985, art. 1er), même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite.

يجعل المقترض بين خيارين، إما متابعة تنفيذ العقد، وإما فسخ هذا العقد، وأياً الخيارين يختار فإن مبلغ التعويض سيختلف من حالة إلى أخرى¹.

في حين نجد في ذات الصدد أن المشرع الجزائري من خلال أحكام المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي قد أجاز للمقترض تسديد كل القرض أو جزء منه قبل انتهاء مدة القرض، حيث اعتبر هذا الحكم من النظام العام، بما يجعل من كل بُد يخالف ذلك عديم الأثر، مع ذلك لا بد من ملاحظة اغفاله لأي نص يُلغي كل حق في التعويض في حالة التسديد المسبق للقرض، كما أنه لم يضع نظاماً للتحديد الجزائي عند عجز المقترض عن الدفع².

الفرع الثاني: تنظيم وحظر بعض الممارسات التجارية

أدى تزايد وتيرة المعاملات التجارية وتنوعها إلى تنافس كبير دفع بالأعوان الاقتصاديين إلى السعي نحو الظفر بأكبر عدد من الزبائن ولو كان ذلك على حساب النزاهة المهنية والشفافية المطلوبة وكذا مصلحة المستهلك، ويزداد الأمر خطورة وتعاضماً في ظل اتساع مجال هذه الممارسات وتنوعها في الحياة اليومية وكذا اتساع شريحة المستهلكين المعرضين لهذه الممارسات، الأمر الذي أدّى بالمشرع الجزائري إلى مساندة هذه التحولات والتفاعل معها من خلال السعي إلى إعادة التوازن في عقد الاستهلاك، بما يفسر تجاوزه للحماية التقليدية للمستهلك وما تلاها من نصوص تنظيمية وتشريعية منذ نهاية الثمانينات، منها المحدد لبعض الشروط وعمليات العرض للسلع، أو المبيّنة لطرق استغلال الأسعار المقننة وسن العديد من القوانين بدءاً من القانون 89-02 الملغى والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وما رافقه من قرارات ومراسيم تنفيذية وتنظيمية، وصولاً إلى القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، بما يقيّد مبدأ الحرية التعاقدية كمفهوم من المفاهيم الأساسية في القانون، فلم يترك مبدأ حرية التجارة والصناعة دون تنظيم من جهة (أولاً)، كما قام بحظر بعض الممارسات التجارية باعتبارها تمس بالمصلحة الاقتصادية للمستهلك (ثانياً).

أولاً: تنظيم بعض الممارسات التجارية

في سعيه الدائم إلى الحيلولة دون مغالطة المستهلك حول حقيقة الأسعار المطبّقة من جهة، وتعزيز المنافسة النزيهة والشريفة من جهة أخرى، أصدر المشرع الجزائري تشريعاً³ يضمن سلامة العملية التجارية التي تتم بين المستهلك والمتدخل من خلال تنظيمه لبعض طرق البيع أهمها:

¹ نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال عقود الائتمان في القانون الفرنسي، المرجع السابق، ص 30-31.

² أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 168 وما بعدها، وأنظر في الصدد أيضاً نبيل إبراهيم سعد، ملامح حماية المستهلك في مجال عقود الائتمان في القانون الفرنسي، المرجع نفسه، ص 30-31.

³ المرسوم التنفيذي 06-215، المؤرخ في 2006/06/18، يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج ر العدد 41، المؤرخة في 2006.

1- البيع بالتخفيض

يعتبر البيع بالتخفيض¹ من أقدم أشكال البيوع والذي يعود بالفائدة على المستهلك بحصوله على منتجات وخدمات بأقل سعر من سعر السوق، كما يعود بالفائدة أيضاً على المتدخل بتخلصه من بضاعة راكدة لديه، لذلك يُعرّف المشرع الجزائري البيع بالتخفيض بأنه "البيع بالتجزئة المسبوق، أو المرفق بالإشهار والذي يهدف عن طريق تخفيض في السعر إلى بيع السلع المودعة في المخزن بصفة سريعة².

وحمايةً من المشرع للمستهلك فرض ضرورة إعلان العون الاقتصادي على واجهة المحل عن طريق الاشهار تواريخ بداية ونهاية البيع بالتخفيض³ والسلع المعنية⁴ وكذا الأسعار المطبقة سابقاً، والأسعار المخفضة الممنوحة⁵، ناهيك عن عرض السلع موضوع البيع بالتخفيض منفصلة عن السلع الأخرى، والعلّة في ذلك منع تضليل المستهلك عند عدم وضع الأسعار من جهة، ومن جهة أخرى إمكانية لجوء العون الاقتصادي إلى سحب السلع الجديدة واستبدالها بسلع رديئة، فيتدافع المستهلكين إليها وبعد انتهاء البيع بالتخفيض يُعيد السلع التي تم سحبها وبهذا يكون العون الاقتصادي قد باع كل السلع الرديئة بسعر لا يمكنه الحصول عليه في الوضع العادي⁶.

2- البيع الترويجي

على خلاف البيع بالتخفيض فإن البيع الترويجي يُقرّره التاجر بنفسه، كما يشمل جميع السلع مهما كان شكلها والتي يُقرر العون الاقتصادي من خلالها جلب زبائنه وكسب وفائهم* ويظهر ذلك بوضوح من وصف المشرع للبيع الترويجي بأنه: "تقنية بيع سلع مهما يكن شكلها والتي يرمي المتدخل عن طريقها إلى جلب الزبائن وكسب وفائهم⁷.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من الممارسات التجارية من خلال ما فرضه على المتدخل من شروط ألزمه باحترامها حماية للمستهلك كطرف ضعيف في العلاقة الاستهلاكية، لا سيما ما تعلق بالتزام العون الاقتصادي بإعلام الزبائن عن طريق الاشهار على واجهة محله التجاري، أو بأي وسيلة ملائمة بتقنيات الترويج المستعملة ومدة الترويج وكذا المزايا المقدمة⁸.

¹ أنظر المواد من 02 إلى 06 من المرسوم التنفيذي 215-06.

² أنظر المادة 1/02 من المرسوم التنفيذي 215-06، وأنظر في الصدد أيضاً أمال جليل، تأثير قانون حماية المستهلك على عقد البيع، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2011-2012، ص 71.

³ أنظر المادة 03 من المرسوم التنفيذي 215-06.

⁴ تنص المادة 02/2 من المرسوم التنفيذي 215-06 على ما يلي: "...ولا يجوز أن يشمل البيع بالتخفيض إلا السلع التي يشتريها العون الاقتصادي منذ ثلاثة (3) أشهر على الأقل ابتداء من تاريخ بداية فترة البيع بالتخفيض".

⁵ أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي 215-16.

⁶ هندا زريف، القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد في عقد البيع، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد الثاني، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 311-312.

* لا تشمل عملية البيع بالتخفيض جميع السلع، بل تقتصر فقط على السلع التي يشتريها العون الاقتصادي منذ 03 أشهر على الأقل ابتداء من تاريخ بداية فترة البيع بالتخفيض.

⁷ أنظر المادة 1/07 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁸ أنظر المادة 3/07 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

كما أوجب المشرع على العون الاقتصادي الذي يريد ممارسة البيع الترويجي أن يُودع تصريحًا لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليميًا يُحدّد فيه وبدقّة فترة البيع الترويجي (بدايته ونهايته) ومختلف التقنيات المستعملة والأسعار الترويجية المراد تطبيقها، وكذا هوية المحضر القضائي المعين وعنوانه في حالة تنظيم عملية سحب القرعة، على أن يُرفق هذا الطلب بنسخة من مستخرج السجل التجاري وعند الضرورة نسخة من سجل الصناعة التقليدية والحرف، وكذا قائمة السلع موضوع الترويج، ليستلم العون الاقتصادي وفورًا رخصة تسمح له مباشرة بالشروع في البيع الترويجي خلال الآجال المحدّدة¹، وقد حمى المشرع المتدخل من التّجّار المتجولين حين حدّد مجال ممارسة المتدخلين للبيع الترويجي والمتمثل في المحلات التي يمارسون فيها نشاطهم².

فضلاً عن منع المشرع ارتباط عمليات البيع الترويجي بمنح الزبائن جوائز عن طريق تنظيم سحب بالقرعة بشراء سلعة، أو خدمة، أو معاً، أو المطالبة بمقابل مالي، بما يفيد مجانية المشاركة في السحب بالقرعة وتطبيقاً لذلك ألزم العون الاقتصادي بتبليغ المديرية الولائية للتجارة المختصة إقليميًا، وكذا المحضر القضائي بشروط تنظيم عمليات السحب بالقرعة وإعلان نتائجها³.

3- البيع في حالة تصفية المخزونات

يُقصد بالبيع في حالة تصفية المخزونات بأنه: "البيع المسبوق، أو المرفق بإشهار، والذي يهدف عن طريق تخفيض في السعر إلى بيع بصفة سريعة لكل أو جزء من السلع الموجودة، حيث يتم هذا البيع على إثر التوقف المؤقت أو النهائي عن النشاط، أو تغييره، أو تعديل جوهرى لشروط استغلاله"⁴، ويهدف هذا النوع من البيع على غرار البيع بالتخفيض إلى تسهيل التصريف السريع للمخزونات، حيث تعود هذه التقنية بفائدة على المتدخل تتجسد في تخلصه من بضاعة راكدة في متجره، كإسئال معطل عن الاستثمار.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من الممارسات التجارية بإلزامه المتدخل إعلان البيع في حالة تصفية المخزونات على واجهة محله التجاري من خلال الإلصاق، أو أي وسيلة ملائمة، مع تبيان بداية ونهاية البيع في هذه الحالة والسلع المعنية، وكذا تخفيضات الأسعار الممنوحة، كما ألزم المتدخلون بممارسة البيع في حالة تصفية المخزونات في المحلات التي يمارسون فيها نشاطهم حماية لهم من التجار المتجولين⁵.

وأوجب على العون الاقتصادي الذي يرغب في ممارسة البيع في حالة تصفية المخزونات بإيداع تصريح بذلك لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليميًا، حيث يتضمن هذا التصريح وجوبًا، بداية ونهاية البيع في حالة تصفية المخزونات على أن يُرفق هذا التصريح بالوثائق التالية:

- نسخة من مستخرج الشطب من السجل التجاري، أو نسخة من مستخرج الشطب من سجل الصناعة التقليدية والحرف، وذلك في حالة التوقف النهائي عن النشاط.

¹ أنظر المادة 08 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

² أنظر المادة 2/07 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

³ أنظر المادة 09 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 10 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁵ أنظر المادة 1/11 و 2 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

- نسخة من مستخرج السجل التجاري، أو نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف تثبت تغيير النشاط إذا تعلق الأمر بتغيير النشاط.
- جرد السلع التي ستكون محل التصفية، وأسعار بيعها¹.
- ليستلم العون الاقتصادي وفوراً رخصة تسمح له مباشرة بالشروع في البيع في حالة تصفية المخزونات خلال الآجال المحددة².

4- البيع عند مخازن المعامل

يعتبر البيع عند مخازن المعامل وفقاً للمشرع الجزائري: "كل بيع يقوم به المنتجون مباشرة إلى المستهلكين والمتدخلين، ويعني خصوصاً الجزء من إنتاجهم الذي لم يتم بيعه أو أعيد إليهم"³، في حين يُقصد بمخازن المعامل: "تلك المنشآت الأساسية التي يهيئها المنتجون خصيصاً على مستوى مقر الإنتاج لممارسة البيع للجمهور والتي تكون منفصلة على وحدات الإنتاج"⁴.

وقد نظم المشرع الجزائري هذا النوع من الممارسات التجارية من خلال ما أقرّه من التزامات على عاتق المنتجين الذين يرغبون في ممارسة البيع عند مخازن المعامل وذلك حماية للمستهلك، فألزمهم بجائزة كل الوثائق التي تُثبت مصدر السلع المعنية، كما ألزمهم أيضاً بضرورة إعلانهم بكل الوسائل الملائمة، بداية ونهاية البيع عند مخازن المعامل والسلع المعنية، وكذا التخفيضات في الأسعار الممنوحة⁵.

كما أوجب على المنتج الذي يرغب في ممارسة البيع عند مخازن المعامل بإيداع تصريح بذلك لدى المدير الولائي للتجارة المختص إقليمياً على أن يُرفق هذا التصريح بالوثائق التالية:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري، أو نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف.
- قائمة وكميات السلع موضوع البيع عند مخازن المعامل.
- جدول يبين الأسعار التي ستطبق⁶.

ليستلم المتدخل وفوراً رخصة تسمح له مباشرة بالشروع في البيع عند مخازن المعامل خلال الآجال المحددة⁷.

5- البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود

يُعَدُّ بيعاً خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود "بيع المتدخل لسلع عن طريق عرضها في المحلات والأماكن والمساحات و/أو بواسطة السيارات المعدة خصيصاً لهذا الغرض"⁸، وقد تشمل هذه المبيعات عرض جميع

¹ أنظر المادة 1/12 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

² أنظر المادة 2/12 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

³ أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 14 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁵ أنظر المادة 15 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁶ أنظر المادة 1/16 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁷ أنظر المادة 2/16 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

⁸ أنظر المادة 1/17 من المرسوم التنفيذي 215-06 سالف الذكر.

السلع، أو بعض العينات منها¹ على ألا تتعدى مدة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود شهرين قابلة للتجديد في السنة المدنية الواحدة².

يخضع البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود إلى ترخيص من الوالي المختص إقليمياً، من خلال ملف يُقدمه العون الاقتصادي يشمل الوثائق الآتية:

- نسخة من مستخرج السجل التجاري، أو عند الاقتضاء نسخة من مستخرج سجل الصناعة التقليدية والحرف.

- نسخة من البطاقة الرمادية للسيارة المعدة للبيع.

- قائمة وكميات السلع التي تكون محلاً للبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود³.

على أن يودع طلب الرخصة قبل شهرين من بداية فترة البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود⁴، ليفصل الوالي في طلب الرخصة خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً، ابتداءً من تاريخ إيداعه ويُعد عدم الرد في الأجل المحدد قبولاً ضمناً⁵ في حالة رفض طلب الرخصة الذي يجب أن يُبلغ للمعني كتابياً، ويُمكن للعون الاقتصادي تقديم طعن حسب الشروط المحددة في التشريع المعمول به⁶.

كما يتعين على كل متدخل إعلام المستهلك بكل الوسائل الملائمة ببداية ونهاية البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود والسلع المعنية، والأسعار الممارسة⁷، كما يُشترط أن تكون السلع التي تُباع في إطار ممارسة النشاطات المنظمة طبقاً لأحكام هذا المرسوم سليمةً ومطابقةً للمعايير ولا تتضمن أي خطر على البيئة وصحة المستهلكين⁸.

ثانياً: حظر بعض الممارسات التجارية

إذا كان التوجه الاقتصادي الجديد للبلاد والمتمثل في نظام اقتصاد السوق من خلال تبني مبدأ حرية التجارة والصناعة يقتضي تمتع الأعوان الاقتصاديون بحرية واسعة وكاملة في القيام بالممارسات التجارية كركيزة أساسية لأي اقتصاد والسعي إلى إحراز مكانة في السوق بغرض تحقيق أهداف اقتصادية وتجارية تعود عليهم بهامش ربح يزيد من رأس المال ويُحافظ على استمرارية النشاط، ممّا يجعل من بعض الأعوان الاقتصاديين يعمدون في سعيهم إلى تحقيق ذلك إلى تجاوز الوسائل المشروعة والاعتماد على الاحتيال وأساليب مخالفة للقانون، مجسدين بذلك تجاوزهم لحدود الممارسات التجارية الشرعية إلى ممارسات تجارية غير شرعية قد تمس برفاهية المستهلك، بل وتضر بالاقتصاد الوطني بشكل عام.

¹ أنظر المادة 2/17 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

² أنظر المادة 18 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

³ أنظر المادة 1/19 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 2/19 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

⁵ أنظر المادة 3/19 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

⁶ أنظر المادة 4/19 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

⁷ أنظر المادة 20 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

⁸ أنظر المادة 21 من المرسوم التنفيذي 06-215 سالف الذكر.

فإن حماية المستهلك كتوجه حديث في مجال التشريع تفرض ضرورة ضبط هذه الممارسات والحيلولة دون انحرافها عن المسار الشرعي لها، الأمر الذي دفع بالمشعر الجزائري -على غرار التشريعات المقارنة- إلى السعي لحماية مصالح جميع الأطراف الفاعلة في السوق من خلال تبنيه لقوانين* وإجراءات خاصة لردع ووقف هذا النمط من المخالفات على نحو أكثر فاعلية.

وتعتبر ممارسات تجارية غير شرعية، الممارسات التي يقوم بها الأعوان الاقتصاديين فيما بينهم، أو بينهم وبين المستهلكين الخارجة عن القانون وعن مبادئ الشفافية والنزاهة كمفهوم واسع، أو تلك الأعمال التي يقوم بها المهني في العقود المبرمة مع المستهلك، بحيث تعتبر ممنوعة ولا يُمكن اللجوء إليها لخطورتها، أو لاعتبارها في مصلحة المهني المحضة¹ وبناءً على ذلك فإننا نجد الممارسات التجارية تدور في فلك الممارسات غير الشرعية عندما يتعامل فيها الأشخاص بصفة الأعوان الاقتصاديين ويتعسفون في استخدام هذه الصفة من خلال ما يلجؤون إليه من أساليب الاشتراط، أو الامتناع عن تأدية الخدمة، أو رفض البيع².

وقد تناول المشعر الجزائري الممارسات التجارية غير الشرعية بصفة صريحة في القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية سالف الذكر، وبالضبط في المواد من 14 إلى 20 منه، مكتفياً بتعداد صورها وأشكالها دون تعريفها، لكن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن قواعد القانون 04-02 تستهدف نوعين من الممارسات التجارية وهي (الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين لتنظيم العلاقات فيما بينهم على أساس الشفافية والنزاهة بما يكرس ضوابط المنافسة في السوق)، و(ممارسات تجارية تقوم بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين، لإضفاء التوازن بين طرفي عقد الاستهلاك، من خلال القواعد التي رصدت لحماية المستهلك في هذا القانون)، وهذه الصورة الأخيرة هي ما يهمننا في دراستنا لذلك سنتناول الممارسات التجارية المحظورة لتعلقها بحماية المستهلك كما يلي:

1- ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التجارية

تعتبر ممارسة التجارة من الحريات الاقتصادية التي تتطلب استيفاء الشروط التي يتطلبها القانون والتي من أهمها على الإطلاق اكتساب الصفة القانونية التي تُحول صاحبها مزاوله النشاط التجاري الذي يرغب فيه في حدود ما

* ويتعلق الأمر بالأمر 03-03 المعدل والمتمم، والمتعلق بالمنافسة، والذي تضمن بصفة خاصة المنافسة والممارسات المقيدة لها، حيث أدخلت عليه عدة تعديلات بموجب القانون رقم 08-12، الذي وسع من مجال تطبيق الأمر 03-03 ليمتد إلى الصفقات العمومية، كما تم تعديله أيضا بموجب القانون 10-05، الذي تم بموجبه إدراج النشاطات الفلاحية وتربية المواشي ونشاطات التوزيع التي يقوم بها مستوردو السلع لإعادة بيعها على حالها، وكذا القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الذي كرس قواعد الشفافية والنزاهة على القواعد التجارية في المعاملات فيما بين الأعوان الاقتصاديين وبينهم وبين المستهلكين، حيث أضاف بعض القواعد المتعلقة بالممارسات غير النزيهة التي برزت بسبب تحوير الاقتصاد، ليتم تعديل هذا القانون بموجب القانون 10-06 لضمان أكثر شفافية ونزاهة على أنجاز المعاملات التجارية بهدف استقرار السوق، وتدعيما للمسار التشريعي في هذا المجال صدر القانون رقم 04-08، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، المعدل والمتمم بموجب القانون 13-06.

¹ عيسى حداد، حماية المستهلك وفقا لمبدأ نزاهة الممارسات التجارية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 09، العدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017، ص 1.

² بدره لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2013-2014، ص 184.

يسمح به القانون¹ بما يتفق وأحكام القانون التجاري² من خلال نص المادة الأولى منه³ وكذا أحكام القانون 04-08⁴ المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية وبالضبط في نص المادة 04 منه⁵ التي ربطت ممارسة النشاط التجاري بضرورة القيد في السجل التجاري، وهو الأمر الذي أكدّه أيضًا المشرع من خلال القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وبالضبط في المادة 14 منه⁶، لذلك يمنع المشرع أي ممارسة للأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التي تحدّدّها القوانين المعمول بها، كما يلزم الشخص الذي اكتسب الصفة التجارية من خلال امتهانه للأعمال التجارية بالقيد في السجل التجاري، كالتزام على التاجر سواء كان شخصًا طبيعيًا، أو معنويًا تحت طائلة سقوط حقه كتاجر مع بقاء الواجبات والمسؤولية الملازمة لهذه الصفة.

يتضح من نص المادة 14 من القانون 04-02 أنها تحمل في مضمونها جريمة خطيرة تمس بنزاهة الممارسات التجارية في شقها الشرعي، كونها تُخل بالثقة المفترضة في شخص القائم بالممارسات التجارية كمبدأ يقصده المستهلك وكُلُّه يقينًا أن المهني صاحب الخبرة والدراية في مجال ما من مجالات السلع، أو الخدمات.

كما أن هناك من الأنشطة ما يستدعي مزاولته الحصول على رخصة، أو اعتماد مسبق من الجهات الإدارية المعنية، كون هذا النوع من الأنشطة يتطلب توافر شروط خاصة لممارستها بالنظر لطبيعتها، أو محتواها، فتخضع بذلك في تنظيمها لنصوص خاصة⁷ ونظرًا لما يكتنف حالة غياب الصفة القانونية في شخص القائم بالممارسات التجارية من خطورة على المستهلك، بل وعلى النظام الاقتصادي برُمته بما من شأنه إعدام النشاط التجاري الخلاق المشبع بالنزاهة والقيم التجارية، جعل المشرع الجزائري من ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة القانونية على رأس قائمة الجرائم الماسة بنزاهة الممارسات التجارية⁸، رغم ما تواجهه هذه النصوص القانونية من صعوبة تطبيق، لا سيما تلك المتعلقة بتنظيم الجانب الاقتصادي بالنظر لما تشهد شوارع البلاد من انتشار للباعة المتطفلين بما شجع على تنامي الممارسات التجارية غير الشرعية وتفشي التهرب والغش الضريبي، وما يترتب على ذلك من أضرار على المحيط والإطار المعيشي للمستهلك.

2-رفض البيع أو تقديم خدمة بدون مبرر شرعي

ينطوي مبدأ حرية التعاقد وفقاً للنظرية العامة للعقد على فكرة حرية الشخص في إبرام العقد أو عدم إبرامه وكذا حرّيته في اختيار الشخص المتعاقد معه كأثر لمبدأ سلطان الإرادة، إلّا أنّ المشرع في تشريعات الاستهلاك وإعمالاً

¹ عادل بوجميل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، جامع مولود معمري، تيزي وزو، الجزائري، 2012، ص 73.

² الأمر 75-59، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري، ج ر العدد 101، المؤرخة في 19 ديسمبر 1975.

³ تنص المادة 01 من القانون التجاري الجزائري على ما يلي: "يعد تاجرًا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملاً تجاريًا ويتخذ مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك".

⁴ القانون رقم 04-08، المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1425 هـ الموافق لـ 14 غشت سنة 2004، المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية، ج ر العدد 52، المؤرخة في 18 غشت سنة 2004.

⁵ تنص المادة 04 من القانون 04-08 على ما يلي: "يلزم كل شخص طبيعي أو اعتباري يرغب في ممارسة نشاط تجاري بالقيد في السجل التجاري".

⁶ تنص المادة 14 من القانون 04-02 على ما يلي: "يمنع على أي شخص ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التي تحددها القوانين المعمول بها".

⁷ أمال جليل، المرجع السابق، ص 67.

⁸ بدرة لعور، المرجع السابق، ص 185.

لأحكام النظام العام الحمائي يهدف إلى حماية فئة المستهلكين كطرف ضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية، من خلال التدخل لتنظيم العلاقة العقدية، فالزعم المهني بأن يتعاقد مع كل من يطلب خدمة، أو سلعة إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع، أو كانت الخدمة المقدمة متوفرة¹ ورتب على رافض البيع والامتناع عن التعاقد بدون مبرر شرعي عقوبة رَدعية تمثلت في غرامة تساوي على الأقل مرة ونصف الربح المحقق الناتج عن استعمال الوضعية المهيمنة على السوق، دون أن تتجاوز ثلاثة أضعاف الربح غير المشروع وفي حالة غياب تقويم هذا الربح تساوي هذه الغرامة 07% على الأكثر من رقم الأعمال لآخر سنة مالية مختتمة، أو للسنة المالية الجارية للأعوان الاقتصاديين الذين لم يكملوا سنة من النشاط، هذا وقد يُحيل مجلس المنافسة الدعوى إلى وكيل الجمهورية المختص إقليمياً قصد المتابعة القضائية متى كان تنظيم وتنفيذ عملية رفض التعاقد يتحمل فيها أي شخص طبيعي مسؤولي شخصية، وللقاضي في هذه الحالة-زيادة على العقوبات سالف الذكر- أن يحكم بالحبس من شهر إلى سنة ضد الأشخاص الطبيعيين الذين تسببوا في الممارسات المذكورة أعلاه أو شاركوا فيها².

لذلك فإن النزاهة التي يُنشدها المشرع في المعاملات التجارية تُحتم على العون الاقتصادي معاملة الأفراد دون اعتبار لأي تمييز جنسي، أو عرقي، أو طائفي، أو سياسي، أو ديني، ذلك أنه من غير المقبول أن يرغب شخص في اقتناء حاجاته كغيره من الناس فيجد نفسه محروماً من شراء ما يُعرض للبيع دون مبرر شرعي، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى تقرير حظر هذا النوع من الممارسات متجاهلاً بذلك مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح الشخص حرية التعاقد من عدمه³.

وعليه فإن حظر رفض التعاقد يُعد بمثابة قيد على مبدأ الحرية التعاقدية الذي يطغى على النظرية التقليدية للعقد، كونه يُقيّد المحترف سواءً من ناحية حرّيته في التعاقد من عدمه، أو حرّيته في اختيار الشخص الذي يتعاقد معه، بما يُضفي على العلاقات التعاقدية طابعها الموضوعي والابتعاد بها عن الطابع الشخصي الضيق.

3- البيع أو أداء الخدمة المشروط

طبقاً لنص المادة 417 من القانون 04-02، فإنه يُحظر كل شرط يُلزم المستهلك بشراء كمية مفروضة من طرف البائع، أو أن ترتبط عملية البيع باقتناء سلع أخرى، أو خدمة والأمر نفسه إذا تعلق محل البيع بتأدية خدمة فيمنع كل شرط يقضي بأن ترتبط تأدية الخدمة محل الأداء باقتناء المستهلك لخدمة أخرى أو شراء سلعة. فقد يلجأ بعض الأعوان الاقتصاديين إلى بعض الأساليب التي من شأنها المساس بحرية المستهلك في اقتناء ما يرغب فيه من منتجات وخدمات لسدّ حاجاته من غير زيادة تُرهقه، وهو ما يُصطلح عليه بالبيع المتلازم الذي تلجأ

¹ أنظر المادة 15 من القانون 04-02 سالف الذكر.

² أنظر المادة 15 من الأمر 95-06، المؤرخ في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 09، المعدل والمتمم بالأمر 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، ج ر العدد 43.

³ خليفة بوداود وفواز جلط، المرجع السابق، ص 38.

⁴ تنص المادة 1/17 من القانون 04-02 على ما يلي: "يمنع اشتراط البيع بشراء كمية مفروضة، أو اشتراط البيع بشراء سلعة أخرى أو خدمات وكذلك اشتراط تأدية خدمة بخدمة أخرى أو بشراء سلعة".

من خلاله طائفة من التجار إلى بيع سلعهم مقابل فرضهم لسلع وخدمات أخرى إلى جانبها، كاشتراط المتدخل على المستهلك الراغب في اقتناء مواد غذائية، شراء مواد تنظيف إلى جانبها، أو شراء ضعف الكمية.

وقد نظم المشرع الجزائري البيع المشروط بالنظر لما فيه من مساس بحرية المستهلك، كونه يشكل إلزاماً للمستهلك بشراء أكثر مما يريد ولا يرغب فيه من خلال أشياء، أو خدمات مرتبطة تتجاوز حاجاته الحقيقية دون مراعاة ما إذا كان يريد هذه الأشياء أم لا¹.

إلا أن هذا البيع يمكن أن يكون مشروعاً متى توافرت فيه مجموعة من الشروط، كأن تكون السلع المفروضة والسلع المباعة من نفس النوع، وأن تُباع هذه السلع في شكل حصص مكونة من عدد معين وتُحدد للسلع حتى يكون المستهلك عالماً بها، وأخيراً إذا كانت هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة في شكل مجموعات، أو أكياس حتى يتضح للمستهلك أنها تُباع في شكل حصص².

4- البيع التمييزي

إذا كان مبدأ الحرية العقدية يقتضي اجراء العون الاقتصادي* لمعاملاته وفق شروط خاصة ومختلفة عن الشروط المعتمدة من طرف منافسيه، في سعيه الدائم لجذب الزبائن والتفوق على منافسيه من خلال المزايا والتسهيلات المقدمة، فإن هذه الحرية ليست مطلقة، بل يُقيدها مبدأ المساواة في المعاملة إزاء الشركاء الاقتصاديين كأساس للمنافسة الحرة والنزاهة القائمة على المساواة وتكافؤ الفرض بين الأعوان الاقتصاديين، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 18³ من القانون 04-02، حين منع كل أشكال النفوذ والتأثير لفرض شروط مجحفة على الشريك التجاري والحصول منه على مزايا مختلفة دون مقابل للمزايا المتحصل عليها.

ويُقصد بالبيع التمييزي ذلك البيع الذي تمنح بموجبه المؤسسة الممونة أحد زبائنهم الذي تربطها به علاقة تجارية -سواء كان تاجر جملة أو تاجر تجزئة- جملة من الامتيازات دون غيره من المؤسسات الأخرى بما يُجسد نفوذ عون اقتصادي على عون اقتصادي آخر بحصوله على ميزات لا يحصل عليها عون آخر، سواء تعلق الأمر بالأسعار أو آجال الدفع، أو شروط البيع، بما يجعله في وضعية أفضل مقارنة بباقي المؤسسات المنافسة الأخرى وقد يتجسد ذلك في نقل العون الاقتصادي سلماً لأحد الأعوان دون غيرهم، أو فرضه الدفع المسبق على بعض الأعوان في حين يمنح البعض الآخر أجلاً للدفع دون مبرر شرعي⁴.

¹ أحمد خديجي، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2016، ص ص 89-90.

² تنص المادة 17/2 من القانون 04-02 على ما يلي: "لا يعني هذا الحكم السلع من نفس النوع المباعة على شكل حصص بشرط أن تكون هذه السلع معروضة للبيع بصفة منفصلة".

* والمقصود بالعون الاقتصادي طبقاً لنص الماد 1/03 من القانون 04-02: "كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، بما يفيد أن البيع التمييزي يشمل جميع نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات، لذلك فإن المعاملة التمييزية قد يقوم بها البائع والمنتج والتاجر والموزع والصناعي ومقدم الخدمات والحرفي، سواء كان شخصاً طبيعياً، أو معنوياً عاماً، أو خاصاً، تاجراً كان أو غير تاجر.

³ أنظر المادة 18 من القانون 04-02 سالف الذكر.

⁴ أحمد خديجي، المرجع السابق، ص 93.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد هو أنه إذا كان حظر البيع التمييزي يستهدف حماية الأعوان الاقتصاديين فقط بما يستبعد البيع التمييزي الذي يكون ضحيته المستهلك، فإن ذلك لا يمنع من القول أن حماية الأعوان الاقتصاديين إنما هي حماية غير مباشرة للمستهلك، كون الممارسات التجارية التمييزية التي يكون مصدرها العلاقات بين الأعوان الاقتصاديين لا تخلو من الأثر السلبي على المستهلك، لا سيما ما تعلق بالبيع التمييزي الذي قد يؤدي إلى اضطراب الأسعار في السوق، أو صعوبة تموين السوق بالسلع التي يحتاجها المستهلك، فضلاً عن هيمنة التاجر الذي يشغل موقعه في السوق ببيع سلعته بطريقة تمييزية بين زبائنه المستهلكين، كتخفيضه للسعر، أو فرزه السلع الجيدة لبعض الزبائن دون الآخرين¹.

5- البيع بالمكافأة

استقراءً للنصوص القانونية² يمكن تعريف البيع بمكافأة بأنه: "وعُدَّ يمنح بموجبه العون الاقتصادي البائع لكل زبون يقتني من محلاته هدية مجانية، كوسيلة تتخذها الممارسات التجارية في صورة بيع للسلع، أو عرضها آجلاً أو عاجلاً، مما يشكل دافعاً للتعاقد مع هذا العون دون غيره، الأمر الذي من شأنه خلق منافسة غير مشروعة تؤثر حتماً على توازن السوق ومن ثم الإضرار بمصالح المستهلك"، ومثال ذلك تنظيم مؤسسة ما لمسابقة تُعَدُّ من خلالها زبائنها بمنح هدايا معتبرة لمن يشتري منتجاتها.

لذلك فإنَّ البيع بمكافأة يُعتبر صورة من صور التحريض على استهلاك أكبر كمية من المنتجات، أو الخدمات تمارسه عادة فئة من التجار الذين يتمتعون بمراكز اقتصادية قوية، بما يجعل الزبائن يتهافتون على شراء منتجات هذا العون الاقتصادي دون سواها، كوسيلة فرضها التطور الاقتصادي داخل السوق الاستهلاكية عموماً، الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي إلى حظر هذا النوع من الممارسات التجارية³ لما له من خطر على رضا المستهلك من خلال التأثير على قرار الشراء لهذا الأخير، خاصة إذا تم تدعيم مثل هذه الممارسات بالإشهارات بما يجعل ظاهرياً أن الهدية قد سُلِّمَتْ بدون مقابل للزبون، في حين أنها أُدرجت ضمن الثمن الذي قُيِّمَتْ به العملية التجارية، وقد تؤدي هذه الممارسات إلى الرِّفَع من القيمة الأصلية للمنتج، أو الخدمة بالرغم من قيمتها الزهيدة، الأمر الذي قد ينتج عنه المضاربة في الأسعار⁴.

إنَّ حظر المشروع لهذا النوع من الممارسات التجارية ينطوي على حماية لكل من الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين على حدٍّ سواء، بالنظر لما تخلفه المكافأة في ذهن المستهلك من وهم يُجسد الغبن في أوضح صوره عندما يدفع هذا المستهلك ماله معتقداً خطأً أنه سيحصل على ميزة مجانية تدفعه إلى الشراء على حساب النوعية المطلوبة، ناهيك عما يتضمنه ذلك من التحريض على شراء غير مرغوب فيه لمواد لا يحتاجها المستهلك أساساً، بما يجسد الشراء غير المجدي وغير النافع، في حين يعود هذا الحظر على الأعوان الاقتصاديين في حدِّ ذاتهم بالنفع والحماية من

¹ أمال جليل، المرجع السابق، ص 69-70، أنظر في الصدد أيضاً أحمد خديجي، المرجع السابق، ص 93.

² أنظر المادة 16 من القانون 04-02 سالف الذكر.

³ تنص المادة 1/16 من القانون 04-02 على ما يلي: "يمنع كل بيع لسلع وكذلك كل أداء خدمة أو عرضها عاجلاً أو آجلاً مشروطاً بمكافأة مجانية...".

⁴ أمال جليل، المرجع السابق، ص 70.

خلال استبعاد هذه الممارسات، كممارسات من شأنها الإخلال بقواعد المنافسة النزيهة وكأسلوب لا تطبيقه المؤسسات الصغيرة بما يعود عليها بالضرر بدلاً من تحقيق مصالحها¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع من خلال المادة 1/16 من القانون 04-02 دائماً، ورغم حصره لمجال هذه الممارسات في عقدي البيع وتقديم الخدمات، إلا أنه في المقابل لم يحصر ذلك في العقد التام فحسب، بل شمل بهذا الحظر حتى مجرد العرض الذي يأخذ نفس الحكم القانوني في كلا العقدين، كما لم يحدد مفهوم المكافأة ولم يحدد مجالها أيضاً بنصه على أن يكون تسليم هذه المكافأة مقترناً بإبرام العقد، أو مؤجلاً إلى تاريخ إبرام العقد، كما ترك النص أيضاً على عمومته ليشمل العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين في حد ذاتهم، أو بينهم وبين المستهلكين، هذا ويستثني المشرع من دائرة المنع المكافأة المجانية التي تكون من نفس السلع، أو الخدمات موضوع البيع، أو تأدية الخدمة شريطة ألا تتجاوز قيمتها 10% من المبلغ الإجمالي للسلع، أو الخدمات المعنية، وكذا الأشياء الزهيدة، أو الخدمات ضئيلة القيمة والعينات².

المطلب الثاني: القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية: تقوية لمضمون العقد

إذا كانت الالتزامات العقدية وفقاً للنظرية العامة للعقد تتنوع بين ما مصدره القانون مُجَسِّدَةً للالتزامات العقدية القانونية، وبين ما مصدره الاتفاق مُجَسِّدَةً للالتزامات العقدية الاتفاقية من خلال أحكام العقد، فإن الالتزامات العقدية في قانون حماية المستهلك كتشريع خاص تجمد مصدرها في القانون مباشرةً، مُجَسِّدَةً اختلاف مضمونها عن أحكام القواعد العامة رغم أن بعض هذه الالتزامات ليس بالغريب عن القانون المدني، إلا أنه تم تقويتها من أجل حماية المستهلك كطرف ضعيف مثلما هو الحال في الالتزام بالضمان³، كما كان للاجتهاد القضائي الفضل في تقرير بعض هذه الالتزامات قبل أن يجسدها المشرع في قواعد قانونية من خلال تشريعات الاستهلاك، مثل ما هو الشأن بالنسبة للالتزام بالمطابقة (فرع أول)، وكذا الالتزام بالسلامة (فرع ثاني) على غرار الالتزام بالإعلام كالتزامات على عاتق المحترف تتنوع بتنوع العقود الاستهلاكية تماشيًا مع ما يسعى المستهلك إلى اشباعه من حاجات.

الفرع الأول: الالتزام بالمطابقة لحماية رغبة المستهلك المشروعة

يقوم الالتزام بضمان مطابقة المنتوجات على أساس قانوني يُمكن استنباطه من أحكام النظرية العامة للعقد والنصوص الخاصة بحماية المستهلك، فرغم أن الهدف من التشريعين واحد وهو تحقيق الحماية الكافية للمستهلك، إلا أن هناك ما يميز هذا الالتزام في القواعد العامة عنه في تشريعات الاستهلاك.

فإذا كانت النظرية العامة للعقد-كتجسيد لمطابقة الحل المتفق عليه من طرف المتعاقدين- قد نصت على مبدأ المطابقة، كالتزام عقدي في القانون المدني ضمن قواعد ضمان تخلف الوصف من خلال نص المادة 379 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري وكذا المادة 353 من نفس القانون عند تنظيمه للبيع بالعينة، الأمر الذي يجعل من

¹ بدرة لعور، المرجع السابق، ص 215.

² أنظر المادة 2/16 من القانون 04-02 سالف الذكر.

³ أنظر محمد العروصي، ضمان العيب بين قانون الالتزامات والعقود وقانون تدابير حماية المستهلك، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد العاشر، المغرب، أكتوبر 2016، ص 14 وما بعدها.

تسليم الشيء مطابقاً للمواصفات المتفق عليها، وذلك بتحويل المشتري الذي تلقى منتجاً لا يلي رغباته المشروعة (ضمان تخلف الوصف) مجموعة من الدعاوى المقررة في قانون العقود بما يُمكنه من اللجوء إلى عيوب الرضا، لا سيما الغلط والتدليس، أو اللجوء إلى أحكام عدم التنفيذ من خلال الدفع بعدم التنفيذ، أو دعوى التنفيذ الجبري، أو دعوى فسخ العقد، أو طلب التعويض عمّا لحقه من ضرر بسبب عدم توفر ما كفل البائع وجوده في المبيع من صفات، أو تلك المقررة في القواعد الخاصة في عقد البيع من خلال اللجوء إلى ضمان العيوب الخفية وضمن المطابقة، بما يجسد الأساس الاتفاقي للالتزام المطابقة لضمان الصفة، كون البائع لا يلتزم بهذه الصفة إلا إذا كان عرضه (إيجابه) يتضمن شرطاً يقضي بذلك.

فإن المطابقة في تشريعات الاستهلاك مرتبطة بفكرة الرغبة المشروعة للمستهلك*، كطرف ضعيف بحاجة إلى حماية صحته وضمن سلامته من المخاطر بجميع أنواعها، بما يجعل من مطابقة المنتجات والخدمات للمقاييس والمواصفات القانونية أمر إلزامي سواءً للمنتجات الوطنية المحلية، أو للمنتجات المستوردة في جميع مراحل الإنتاج والتسويق والتصدير والاستيراد، كون اشتداد المنافسة أدى إلى إغراق الأسواق بمنتجات متنوعة أتاحت الفرصة أمام المستهلكين بالاختيار الواسع، الأمر الذي قد يؤدي إلى انفلات سلمي مشكوك النوعية في ظل حرية عرض المنتجات والخدمات في السوق، بما يجعل من الالتزام بضمان المطابقة للمواصفات إحدى الوسائل القانونية المستحدثة لحماية المستهلك، وعليه سنتناول الالتزام العام بضمان المطابقة في ظل القواعد العامة (أولاً)، ثم الالتزام بضمان المطابقة ضمن قانون حماية المستهلك (ثانياً).

أولاً: الالتزام العام بضمان المطابقة

جسدت القواعد العامة في القانون المدني الالتزام بالمطابقة من خلال مطابقة محل العقد لما اتفق عليه المتعاقدين تطبيقاً لنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري¹ التي تناولت شروط محل العقد، الذي يلتزم من خلاله البائع بتسليم المبيع للمشتري خالاً من أي عيب، وأن يكون مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد. كما تناول المشرع الجزائري مبدأ المطابقة، كالتزام عقدي في القانون المدني ضمن قواعد ضمان تخلف الوصف، من خلال نص المادة 379 في فقرتها الأولى² من القانون المدني الجزائري وكذا المادة 353 من نفس القانون عند تنظيمه للبيع بالعيّنة، الأمر الذي يجعل من تسليم الشيء مطابقاً للمواصفات المتفق عليها تحت طائلة حق المشتري في طلب الفسخ مع التعويض، أو الإبقاء على المبيع مع طلب التعويض عمّا لحقه من ضرر بسبب عدم توفر

* نص المشرع الجزائري على ضمان مطابقة المنتجات والخدمات لمواصفات المقاييس في القانون 09-03 باعتباره التزاماً قانونياً، وذلك من خلال نص المادة 11 منه، حيث فرض وجوب تلبية كل منتج معروض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك، كما نص في المادة 12 من نفس القانون على وجوب إجراء رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك، من خلال فرضه على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول.

¹ تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كان محل العقد معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره. وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط".

² تنص المادة 1/379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون البائع ملزماً للضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان البائع 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 ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها...".

ما كفل البائع وجوده في المبيع من صفات، بما يجسد الأساس الاتفاقي لضمان الصفة كون البائع لا يلتزم بهذه الصفة، إلا إذا كان عرضه (إيجابه) يتضمن شرطاً يقضي بذلك، وعليه سنتطرق لبعض جوانب هذا الالتزام في نطاق النظرية العامة للعقد من خلال النقاط الآتية:

1- مفهوم الالتزام العام بضمان المطابقة

يُعَدُّ ضمان مطابقة المبيع في عقد البيع نظاماً لحماية المشتري المستهلك يقوم على اعتبارات العدالة ومراعاة حسن النية في تنفيذ العقود، حيث ظهر هذا الالتزام مع بداية القرن الواحد والعشرين تشجيعاً لحرية تداول السلع والمنتجات بين البائعين والمستهلكين من خلال ضمان أقصى حماية لجمهور المستهلكين، لذلك سنتناول التعريف بالالتزام العام بالمطابقة، ثم نُبين أساس هذا الالتزام كما يلي:

أ- تعريف الالتزام العام بالمطابقة

يُقصد بالالتزام العام بالمطابقة في ظل القواعد العامة، مطابقة محل العقد لما اتفق عليه المتعاقدين، بما يجسد الطابع الاتفاقي للالتزام المطابقة متى تضمن عرض البائع شرطاً يقضي بذلك، وإلا فلا التزام على البائع إذا لم يكن هناك اتفاق على صفات معينة في المبيع تطبيقاً لنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري التي تناولت شروط محل العقد الذي يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم المبيع للمشتري حالاً من أي عيب، كما يكون مطابقاً للمواصفات المتفق عليها في العقد، الأمر الذي يربط الالتزام بالمطابقة بالالتزام بالتسليم تحريراً للمشتري من قيد قصور مدة التقادم في دعوى ضمان العيب الخفي، كمبدأ متفق عليه في القانون والقضاء الفرنسيين¹.

كما استخلص بعض الفقه الفرنسي تعريفاً للمطابقة وآخر لعدم المطابقة من خلال نص المادة 211 في فقرتها الرابعة من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 المعدل بقانون 17 فيفري 2005 والمتعلق بضمان مطابقة المبيع للعقد، كالالتزام على عاتق البائع لمصلحة المشتري بتسليمه شيئاً مطابقاً للعقد ويضمن عيوب المطابقة الموجودة عند التسليم فعرفوا المطابقة بأنها: "مطابقة الشيء المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد والاشتراطات الصريحة والضمنية فيه"، في حين عرفوا عدم المطابقة بأنها: "اختلاف الشيء المسلم حقيقة وفعلاً والشيء المتفق عليه في العقد"².

ويُعرفها البعض الآخر بأنها: "تعهد البائع بأن يكون المبيع وقت التسليم موافقاً للشروط المتفق عليها في العقد صراحة أو ضمناً ومحتوياً على المواصفات التي تجعله صالحاً للاستعمال بحسب طبيعته وفقاً لغرض المشتري بما يضمن حسن الانتفاع به وتوقي أضراره"³.

¹ كهيبة قونان، العلاقة القانونية بين الالتزام بالمطابقة والالتزام بسلامة المنتج في ظل القانون الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 09، العدد 01، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2021، ص 295.

² رضوان قرواش، الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012-2013، ص 115.

³ أحمد رباحي وفاطمة الزهراء قلاو، علاقة الالتزام بضمان عيوب المبيع ببعض الالتزامات الحديثة (الالتزام بالمطابقة والالتزام بالإعلام)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد الأول، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2017، ص 298.

ليُتضح من هذه التعاريف اتفاقية التزام المطابقة وفقاً للشروط المتفق عليها في عقد البيع، بما يجعل من هذا الالتزام عبارة عن تعهد، أو ضمان قانوني بتحقيق نتيجة لمصلحة المشتري وارتباطه بوقت تسليم المبيع، من خلال وجوب تحقق المطابقة في هذا الوقت حتى ولو كانت هذه المطابقة غير متوفرة وقت البيع، وذلك باحتواء المبيع على عناصر ومواصفات الأمان التي تضمن للمشتري الحق في الصحة والسلامة عند الاستعمال العادي للمبيع بما يضمن صلاحية هذا الأخير للاستعمال بحسب طبيعته وتخصصه ووفقاً لغرض المشتري وتوقعه المشروع.

كما يتضح من هذه التعاريف أيضاً عدم النص الصريح للقانون المدني على الالتزام بضمان المطابقة الذي يُستنبط من المبادئ والقواعد العامة باعتباره من مستلزمات عقد البيع وما يستوجبه مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات، أو قد يكون مصدره اتفاق الطرفين في العقد صراحةً أو ضمناً، وذلك على خلاف الالتزام بضمان العيوب الخفية مثلاً الذي نص عليه المشرع الجزائري صراحةً في القانون المدني من خلال المواد 380 إلى 386 من القانون المدني، الأمر الذي يُجسد أيضاً اختلاف التزام المطابقة في القواعد العامة عنه في قانون حماية المستهلك 09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي نص صراحةً على هذا الالتزام في المادتين 11 و12 منه، كالتزام قانوني على عاتق المتدخل لمصلحة المستهلك كما سنراه لاحقاً.

ب-أساس الالتزام العام بضمان المطابقة

يستند الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع إلى أسس عقدية، كونه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالالتزام بالتسليم في عقد البيع وكذا الالتزام بالإعلام التعاقدي هذا من جهة، كما يستند من جهة أخرى في وجوده إلى أسس تشريعية تتمثل أساساً في النصوص الخاصة الواردة في قوانين حماية المستهلك والمبادئ العامة في القانون المدني.

-الأسس العقدية للالتزام العام بضمان المطابقة

عند الحديث عن الأسس العقدية لهذا الالتزام، فإنّ هذا الأخير يجد أساسه العقدي في الالتزام بالتسليم، حيث يعتبر كل من الفقه والقضاء في فرنسا الالتزام بضمان المطابقة قائماً على أساس الالتزام بالتسليم، كون التسليم لا يتم إلا إذا التزم البائع بتسليم المشتري شيئاً مطابقاً للمواصفات، أو أن يضع تحت تصرف المشتري شيئاً يتطابق تماماً مع الغرض الذي يبحث عنه، بما يجعل من محل التسليم المتفق عليه في عقد البيع شيئاً مطابقاً للمواصفات وفقاً لتقديرات الطرفين، لذلك يُعتبر البائع مُخلاً بالتزامه بتسليم شيء مطابق متى كان هناك اختلاف بين الشيء المسلم وما تم الاتفاق عليه في العقد من أوصاف، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حين وصفت التسليم الوارد على شيء غير مطابق بغيباب، أو انعدام التسليم¹.

¹ خيرة علي حوجة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015-2016، ص 244-245.

كما ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي في إطار الأسس العقدية للالتزام بضمان المطابقة إلى اعتبار الالتزام بالإعلام التعاقدي أساساً عقدياً للالتزام بضمان المطابقة، فيرى أن الالتزام بالمطابقة يقوم على أساس الالتزام بالإعلام التعاقدي، كون تقديم البائع لبيانات ومواصفات معينة للمشتري تكشف حقيقة السلعة المباعة يدفع بالمشتري إلى الاعتقاد بصحة هذه البيانات ويمتد اعتقاده إلى مطابقة السلعة وقت التسليم لهذه البيانات أيضاً، وهو الأمر الذي يصدر بناءً عنه رضا المشتري وقبوله بالشراء، بما يجعل من هذه البيانات جزءاً من نطاق العقد فيُصبح البائع بذلك ملزماً بتنفيذها، بحيث يتجسد هذا الالتزام في تسليم شيئاً مطابقاً لتلك البيانات والمواصفات تحت طائلة حق المشتري في رفع دعوى التنفيذ مطالباً بشيءٍ مطابق للبيانات والمواصفات، بما يجسد الأثر الإجمالي للالتزام بالإعلام ويجعل من المعلومات والمواصفات المقدمة من البائع معياراً يُؤخذ في الاعتبار عند تقدير المطابقة، وهو ما ذهب إليه أيضاً التوجيه الأوروبي رقم 11-1999 الصادر بتاريخ 25 ماي 1999 في مادته الثانية بنصها على ما يلي: "يؤخذ في الاعتبار عند تقدير المطابقة بصفة خاصة الشروط المتفق عليها والبيانات والمواصفات المقدمة من البائع والتي تضمنها الإعلان عن السلعة".

مما سبق يرى الباحث أنه رغم الترابط الموجود بين الالتزام بالإعلام والالتزام بالمطابقة بما يضيفي على البيانات والمعلومات التي يُقدمها البائع للمشتري الدور الفعال بشكل يُقلّل من صور الدعاية الكاذبة والمضلّلة ويجعل من هذه المعلومات والبيانات معياراً في تحديد حالة الشيء الذي رضي به المشتري المستهلك ودفعه للتعاقد، الأمر الذي يُحول المشتري إجبار البائع على تنفيذ مضمون الاعلام الصادر منه بتسليم شيء مطابق له تحت طائلة قيام مسؤوليته في حالة عدم المطابقة، إلّا أننا نرجح الرأي الغالب في الفقه الفرنسي بتأسيس الالتزام بالمطابقة على الالتزام بالتسليم، بحيث يتبع الأول الثاني ويكملها، على اعتبار أن الالتزام بالمطابقة ملازماً فعلاً للالتزام بالتسليم، كون هذا الأخير التزام عقدي بتحقيق نتيجة ينشأ من العقد ويهدف إلى تسهيل تنفيذه بما يُحقق انتفاع المشتري بالمبيع على الوجه المطلوب، ويستقيم الأمر أكثر إذا تم تعديل نص المادة 367 في فقرتها الأولى التي تنص على أنه: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك..." وذلك بإضافة كلمة "المطابق" إلى المبيع، فيصبح النص: "...بوضع المبيع المطابق تحت تصرف المشتري..." بما يحقق الغرض.

- الأسس التشريعية للالتزام بضمان المطابقة

تتجسد الأسس التشريعية للالتزام بضمان المطابقة من خلال النصوص القانونية التشريعية والتنظيمية المتعلقة بحماية المستهلك، وكذا المبادئ العامة في القانون المدني.

ظَلَّ المستهلك لفترة طويلة دون حماية خاصة في تشريعات الاستهلاك في مجال الالتزام بالمطابقة إلى غاية ظهور هذا الالتزام بموجب التوجيه الأوروبي 44-1999، كنظام جديد لحماية المشتري المستهلك، ليتم نقله من قِبَل المشرع الفرنسي إلى تشريع الاستهلاك الفرنسي بموجب قانون 17 فبراير 2005 المعدل لقانون الاستهلاك الفرنسي 93-949 والذي فرض المطابقة كالتزام على عاتق البائع المهني لفائدة المستهلك يُلزمه فيه بمطابقة الشيء محل البيع للعقد¹ تحت طائلة حق المشتري في ردّ السلعة التي لا تتطابق مع ما هو متفق عليه في العقد واستبدالها بأخرى، أو استرجاع الثمن خلال سبعة أيام من تاريخ التسليم^{*}، وذلك بموجب المواد من 1- L.211 إلى 18- L. 211 من قانون الاستهلاك الفرنسي، الأمر الذي دفع ببعض الفقه الفرنسي إلى المناداة بضرورة تعديل القانون المدني الفرنسي، بفرض التزام ضمان المطابقة، كالتزام جديد إلى جانب الالتزام بالضمان يستفيد منه المستهلك في جميع عقود البيع².

أما قانون حماية المستهلك الجزائري 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش فقد نص أيضاً صراحةً على الالتزام بضمان المطابقة كالتزام قانوني، حيث ألزم البائع بضرورة تطابق كل منتج معروض للاستهلاك مع الرغبات المشروعة للمستهلك بما يُحقق الغرض المرجو منه، وذلك بوصفه للمطابقة في المادة 03 في فقرتها 18 منه بأنها: "استجابة كل منتج موضوع للاستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاصة به".

كما حدّد مضمون المطابقة في المادة 11³ من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، حين أوجب تلبية كل منتج معروض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشأه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمّياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله، وأن يستجيب المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك أيضاً من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه، والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله وشروط حفظه والاحتياطات المتعلقة بذلك، وكذا الرقابة التي أُجريت عليه، وفرض على المتدخل في المادة 12⁴ من نفس القانون ضرورة إجراء رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول، كما أخذ المشرع الجزائري بنظام التقييس كتقنية حديثة من أجل العمل على توفير منتجات تستجيب للرغبات المشروعة للمستهلكين من خلال القانون 04-04 المتعلق

¹ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 276.

^{*} وهو ما ذهب إليه أيضاً المشرع المصري، من خلال قانون حماية المستهلك المصري، حين نص صراحةً على ثبوت الحق للمستهلك في رد السلعة التي لا تتطابق مع ما تم الاتفاق عليه عند إبرام العقد، كما يمكنه أيضاً من استرجاع قيمتها، بل وجعل مسؤولية الموردين (البائع والموزع والوسيط والمنتج) مسؤولية تضامنية في مواجهة المستهلك من خلال منحه حق الرجوع عليهم جميعاً، أو على أي واحد منهم منفرداً مطالباً بحقه، طبقاً لنص المادة 2/8 من قانون الاستهلاك المصري، وجعل كل شرط يعني البائع من الالتزام بالمطابقة باطلاً بطلاناً مطلقاً طبقاً لنص المادة 10 من نفس القانون.

² خيرة علي خوجة، المرجع السابق، ص 241-242.

³ أنظر المادة 11 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 12 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

بالتقييس¹، ولم يُغفل الإخلال بالتزام المطابقة، حين نص على مجموعة من الجزاءات ضمن قانون حماية المستهلك وقمع الغش، وكذا المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش².

كما يجد الالتزام بالمطابقة في عقد البيع أساسه تشريعياً - وفقاً لبعض الفقه الفرنسي - في المبادئ العامة في القانون المدني من خلال حسن النية كمبدأ يجب احترامه ومراعاته عند تنفيذ العقد تطبيقاً لنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري، التي تقابلها المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي والمادة 148 من القانون المدني المصري، كون مبدأ حسن النية يُلزم المتعاقدين بمراعاة الأمانة والتعاون، بما يُحقق الثقة العقدية بينهما ويُمكن من تنفيذ العقد بطريقة صحيحة، فيلتزم البائع بتسليم مبيع مطابق لما تمّ الاتفاق عليه، وفي المقابل يلتزم المشتري ببذل العناية اللازمة في فحص المبيع وقت التسليم، ودون ذلك يُعتبر منافياً لمبدأ حسن النية ويُقيم مسؤولية البائع اتجاه المستهلك³.

أيضاً من بين الأسس التشريعية للالتزام بالمطابقة وفقاً للمبادئ العامة في القانون المدني، نجد قاعدة إلزام المتعاقد بمستلزمات العقد التي جسدها المشرع الجزائري في المادة 107 في فقرتها الثانية من القانون المدني الجزائري بنصها: "... لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام..."، الأمر الذي يجعل من الالتزام بالمطابقة من مستلزمات العقد فيضيفه القاضي إلى مضمون العقد اعمالاً لقواعد العدالة وتحقيقاً للتوازن العقدي، وحمايةً للمشتري المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، ولعلّ الفكرة تظهر بصورة جلية في البيوع الالكترونية في جميع مظاهرها، كون المشتري لا يُمكنه التأكد من مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها وقت التعاقد بما يُرتب مسؤولية البائع المباشرة عند تسليم مبيع غير مطابق لما تمّ الاتفاق عليه، أو غير مطابق لما تمّ عرضه على الشاشة.

ثانياً: الالتزام بمطابقة المنتوجات في نطاق قانون حماية المستهلك

إذا كانت قواعد ضمان المطابقة الواردة في القواعد العامة للقانون المدني في ظل نظرية العقد توجي بأنها كفيلة بإضفاء الحماية على المشتري، فإن الواقع أثبت وجود صعوبات وعقبات في التطبيق، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري ومن أجل تدارك هذه النقائص إلى النص على الالتزام بضمان مطابقة المنتجات والخدمات للمواصفات والمقاييس، كالتزام قانوني وذلك من خلال المادة 11 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،

¹ القانون 04-04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتعلق بالتقييس، ج ر العدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم بالقانون 16-04، المؤرخ في 19 ديسمبر 2016، ج ر العدد 37، المؤرخة في 22 يونيو 2016.

² المرسوم التنفيذي 90-39، المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر العدد 05، المؤرخة في 31 جانفي 1990، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-315، المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج ر العدد 61، المؤرخة في 21 أكتوبر 2001.

³ خيرة علي خوجة، المرجع السابق، ص 243، أنظر أيضاً في الصدد رضوان قرواش، المرجع السابق، ص 125.

وكذا المادة 12 من نفس القانون التي نص من خلالها على وجوب إجراء المتدخل رقابة مطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول.

لذلك فإن مبدأ المطابقة* في ظل قانون حماية المستهلك تحكمه مجموعة من القواعد ذات طبيعة وقائية، تهدف إلى ضمان المطابقة واستبعاد كل منتج، أو خدمة من السوق إذا كانت لا تستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك، حيث اعتمد المشرع الجزائري في ذلك ومن أجل تحقيق الغرض قواعد ردعية تُطبق في حالة انعدام المطابقة من خلال وسيلتين قانونيتين تجسدت في التقييس والرقابة.

وعليه فإن المقصود بالمطابقة في ظل قواعد حماية المستهلك هو مطابقة المنتج للمواصفات والمقاييس التي فرضها المشرع على المحترف احتراماً لأصول المهنة، من خلال القانون 09-03، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، كقانون خاص وكذا جملة النصوص التنفيذية الصادرة تطبيقاً له، بما يُفيد تركيز المشرع على وجوب مطابقة السلعة للمواصفات القياسية التي يصنفها إلى مواصفات وطنية ولوائح فنية، دون أن يُركز على المواصفات التي يكون مصدرها اشتراط، أو اتفاق المستهلك والمتدخل، لذلك نتناول هذا الالتزام في ظل قانون حماية المستهلك من خلال النقاط الآتية:

1-ضمان مطابقة المنتجات والخدمات للمقاييس

يُعتبر الالتزام بضمان المطابقة للمواصفات القياسية إحدى الوسائل الفعالة لإلزام المهني بتسليم المستهلك منتجات مطابقة للمقاييس والمواصفات القانونية، كأحد القواعد المترتبة على مبدأ المطابقة¹.

لذا فإن المقصود بالتقييس** ذلك الأسلوب أو النظام الذي يُحقق وضع المواصفات القياسية التي تُحدد الخصائص والأبعاد، ومعايير الجودة وطُرق التشغيل والأداء للمنتجات مع تبسيط وتوحيد أنواعها وأجزائها على قدر الإمكان إقلاً للتعدد الذي لا داعي له وتيسيراً للتبادلية في إنتاج الجملة وحفظاً للتكاليف، كما يشمل التقييس توحيد الطُرق والأساليب التي تُتبع عند الفحص والاختبار من أجل التأكد من مطابقة السلع والمنتجات للمواصفات المعتمدة، وكذلك المصطلحات والتعاريف والرموز الفنية وأسس الرسم².

كما عرّف المشرع الجزائري التقييس من خلال القانون 04-04 المتعلق بالتقييس بأنه: "النشاط الخاص المتعلق بوضع أحكام ذات استعمال موحد ومتكرر في مواجهة مشاكل حقيقية، أو محتملة يكون الغرض منها تحقيق

* تأخذ المطابقة ثلاث صور، فهناك مطابقة تتعلق بمقدار المبيع، ويعبر عنها بالمطابقة الكمية، وهناك مطابقة تتعلق بصفة المنتج وخصائصه الأساسية، ويعبر عنها بالمطابقة الوصفية، وأخيراً هناك مطابقة تتعلق بصلاحية المبيع، أو المنتج للاستهلاك، ويعبر عنها بالمطابقة الوظيفية.

¹ حبيبة كالم، حماية المستهلك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، ص 40-41.

** يعرف التقييس بشكل عام حسب المنظمة الدولية للتقييس "إيزو" بأنه: "وضع وتطبيق قواعد لتنظيم نشاط معين لصالح جميع الأطراف المعنية، وتعاونها وبصفة خاصة لتحقيق اقتصاد متكامل مع الاعتبار الواجب لظروف الأداء ومقتضيات الأمان"، كما عرفت نفس المنظمة المواصفة القياسية بأنها: "مجموعة القواعد والشروط والخصائص التي تضمن حسن أداء السلع للغرض الذي استحدثت من أجله، والمواصفة هي الأداة الرئيسية للتقييس".

² رضوان قرواش، مطابقة المنتجات والخدمات للمواصفات والمقاييس القانونية كضمانة لحماية المستهلك في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، المجلد 05، العدد 01، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، جوان 2014، ص 235.

الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين، ويُقدم وثائق مرجعية تحتوي على حلول لمشاكل تقنية وتجارية تخص المنتجات والسلع والخدمات التي تُطرح بصفة متكررة في العلاقات بين الشركاء الاقتصاديين والعلميين والتقنيين والاجتماعيين"¹، الأمر الذي تتضح معه أهمية التقييس من خلال ما يهدف إليه² من البحث في مسألة السلامة، كونه يستهدف بوجه خاص تحقيق الأهداف المشروعة، حيث نجد أن المشرع يستوجب أن تكون المنتجات التي تمس بأمن وصحة الأشخاص، أو الحيوانات والنباتات والبيئة موضوع إسهاد إجباري للمطابقة، بما يجعل من السلامة مظهرًا من مظاهر المطابقة.

ينقسم التقييس إلى التقييس الوطني الذي يتجسد في (المواصفات الوطنية)، والتقييس الخاص المتجسد في تلك (المواصفات المؤسسية)، حيث تختص الهيئة الوطنية للتقييس بإعداد المواصفات الوطنية³ التي تُعد قيدًا على المنتجات التي لا تتوفر على عناصر التقييس المعتمد عليها في القانون الوطني، والمحددة في القانون 04-04⁴، وذلك بمنع المتدخلين من إدخال هذا النوع من المنتجات إلى السوق، وتنقسم هذه المواصفات بدورها، إلى المواصفات المصادق عليها بعد القيام بالتحريات على المنتجات، وكذا المواصفات المسجلة التي تكون اختيارية التطبيق، فتُسجّل في سجل يُمسك من قبل الهيئة المكلفة بالتقييس، بعد أخذ رأي اللجان التقنية الوطنية، فتُدوّن فيها المقاييس الجزائرية المسجلة حسب ترتيبها العددي، مع ذكر رقم التسجيل، تاريخه، بيان المقاييس، وكذا تسميته⁵.

أما المواصفات المؤسسية فيتم إعدادها بمبادرة من المؤسسة المعنية بالنظر لخصائصها الذاتية، حيث ينفرد هذا النوع من المواصفات بكل المواضيع التي ليست محل مواصفات جزائرية، لا سيما المنتج من خلال إجراءات الصنع والآلات المستعملة، فتوضع وتنشر بمبادرة من مديرية المؤسسة مراعية في ذلك القوانين المتعلقة بالتقييس، فلا يجوز أن تكون مواصفات المؤسسة مخالفة لخصائص المواصفات الوطنية، كما يجب أن تُبلغ هذه المواصفات إلى المعهد الوطني للتقييس، ويُمكن لمواصفات المؤسسة أن تُعتمد كمقاييس وطنية⁶، ويُمكن للمعهد الجزائري للتقييس مّدة كل

¹ أنظر المادة 1/2 من القانون 04-04 المتعلق بالتقييس سالف الذكر.

² وقد حدد المشرع الجزائري أهداف التقييس من خلال نص المادة 03 من القانون 04-04 المتعلق بالتقييس سالف الذكر كما يلي:

- تحسين جودة السلع والخدمات ونقل التكنولوجيا.
- التخفيف من العوائق التقنية للتجارة وعدم التمييز.
- إشراك الأطراف المعنية في التقييس واحترام مبدأ الشفافية.
- تجنب التداخل والازدواجية في أعمال التقييس.
- التشجيع على الاعتراف المتبادل باللوائح الفنية والمواصفات وإجراءات التقييم ذات الأثر المطابق.
- اقتصاد الموارد وحماية البيئة.
- تحقيق الأهداف المشروعة.

³ أنظر المادة 12 من القانون 04-04 المتعلق بالتقييس سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 10 من القانون 04-04 المتعلق بالتقييس سالف الذكر.

⁵ زويير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص 140.

⁶ منال بوروح، حماية المستهلك من خلال أحكام الالتزام بالمطابقة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 54، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 332، انظر في الصدد أيضا زويير ارزقي، المرجع السابق، ص 140.

خمس سنوات إدخال تغييرات أو تحسينات، أو إضافات وحتى إلغاء المقاييس الوطنية، كما يجوز لكل طرف يهمه الأمر المبادرة بطلب هذا الفحص على مستوى المعهد الجزائري للتقييس¹.

2-آليات ضمان تحقيق التزام المتدخل بالمطابقة

من أجل ضمان تحقق مطابقة المنتجات للمواصفات المعتمدة واللوائح الفنية أسند المشرع هذه المهمة لهيئات متخصصة بعملية التقييس² والتي تكفل للمتدخل تنفيذ التزامه بالمطابقة من خلال إجراء تقييم المطابقة وتسليم شهادة المطابقة، أو صنع علامة المطابقة، كطريق موضوعي ومُنظم لتأكيد نوعية المنتجات ومعياري للجودة بالنسبة للمستهلك.

ويُقصد بإجراء تقييم المطابقة* كل الإجراءات المستخدمة بشكل مباشر أو غير مباشر لتحديد مدى احترام الشروط ذات الصلة باللوائح الفنية، أو المواصفات ومن ضمن ما تتضمنه الإجراءات الأخرى لأخذ العينات وإجراء التجارب والتفتيش، وإجراءات التقييم وضمن المطابقة وإجراءات التسجيل والاعتماد والمصادقة والمزج بينها³. ويُعتبر تقييم المطابقة إجراءً يهدف إلى احترام متطلبات الخصوصية المتعلقة بمنتج، أو مسار، أو نظام، أو شخص، أو هيئة، كما تشمل نشاطات كالتجارب والتفتيش والإشهاد على المطابقة واعتماد هيئات تقييم المطابقة⁴ فتخضع بذلك المواصفات واللوائح الفنية عند تطبيقها إلى إجراءات مطابقتها ويتم مطابقة منتج ما للوائح الفنية والمواصفات الوطنية بتسليم شهادة المطابقة، أو تجسيد ذلك بوضع علامة المطابقة على المنتج⁵، حيث تتولى تقييم المطابقة مجموعة من الهيئات مجسدة في المخابر، هيئات التفتيش، هيئات الإشهاد على المطابقة فتُكلف هذه الهيئات بالتحاليل والتجارب والتفتيش والإشهاد على مطابقة المنتجات والمسارات والأنظمة والأشخاص⁶.

¹ المرسوم التنفيذي رقم 05-464، المؤرخ في 04 ذو القعدة عام 1426هـ الموافق لـ 06 ديسمبر سنة 2005م، المتعلق بتنظيم التقييس وسيده، ج ر العدد 80، المؤرخة في 2005/12/11، حيث تنص المادة 19 منه على ما يلي: "يقوم المعهد الجزائري للتقييس بإجراء فحص منتظم للمواصفات الوطنية، مرة كل خمس سنوات قصد الإبقاء عليها أو مراجعتها أو إلغاؤها...".

² تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 05-464 سالف الذكر على أنه: "تعد أجهزة للتقييس: المجلس الوطني للتقييس، المعهد الجزائري للتقييس، اللجان التقنية الوطنية، الهيئات ذات النشاط التقييسي، الوزارات ضمن نشاطاتها في إعداد اللوائح الفنية".

* تجدر الإشارة أن مسألة تقييم المطابقة هي مسألة اختيارية، إلا أنه إذا كانت المنتجات تمس بأمن وبصحة الأشخاص أو الحيوانات أو النباتات والبيئة، فإن إشهاد المطابقة يكون إجباريا (المادة 22 من القانون 04-04)، دون تمييز بين المنتجات المصنعة محليا، أو المستوردة، حيث تتولى الهيئة الوطنية للتقييس بتطبيق ومتابعة تسليم الإشهاد الإجباري للمطابقة وإنشاء علامات المطابقة الإجبارية وتطبيقها وتسييرها (المادة 22 من القانون 04-04 والمادة 13 من المرسوم التنفيذي 05-465 سابق الذكر)، بما يجعل من المعهد الجزائري للتقييس المخول الوحيد لتسليم شهادة المطابقة الإجبارية للمنتجات المصنعة محليا، والتي ترخص بوضع علامة المطابقة الوطنية الإجبارية، كما يمكن للمعهد الجزائري للتقييس الاستعانة عند الحاجة بكل هيئة تقييم مطابقة معتمدة لإنجاز أشغال خصوصية محددة في دفتر شروط يعده المعهد لهذا الغرض (المادة 14 من المرسوم التنفيذي 05-465 سالف الذكر)، أما بالنسبة للمنتجات المستوردة فيجب أن تحمل علامة المطابقة الإجبارية التي تسلمها الهيئات المؤهلة لبلد المنشأ والتي تكون معترفا بها من طرف المعهد الجزائري للتقييس، تحت طائلة عدم السماح لمثل هذه المنتجات بالدخول إلى التراب الوطني (المواد 14 و15 و16 من المرسوم التنفيذي 05-465 سالف الذكر).

³ أنظر المادة 5/2 من القانون 04-04 المتعلق بالتقييس سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 05-465، المؤرخ في 04 ذي القعدة عام 1426 الموافق لـ 06 ديسمبر 2005، المتعلق بتقييم المطابقة، ج ر العدد 80، المؤرخة في 2005.

⁵ أنظر المادة 19 من القانون 04-04 المتعلق بالتقييس سالف الذكر.

⁶ أنظر المادة 04 من المرسوم التنفيذي 05-465 المتعلق بتقييم المطابقة سالف الذكر.

هذا وأوجب المشرع الجزائري على كل متدخل اتخاذ إجراءات التحري والرقابة لمطابقة المنتج قبل عرضه للاستهلاك طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول، حيث استلزم أن تتناسب هذه الرقابة مع طبيعة العمليات التي يقوم بها المتدخل حسب حجم وتنوع المنتوجات التي يضعها للاستهلاك، والوسائل التي يجب أن يمتلكها مراعاةً لاختصاصه وكذا القواعد والأعراف المتعارف عليها في هذا المجال، على غرار الرقابة التي يقوم بها أعوان قمع الغش المرخص لهم القيام بذلك بموجب النصوص القانونية¹.

مما سبق يرى الباحث أنه إذا كان الهدف من الالتزام بالمطابقة في إطار القواعد العامة يحمل في طياته تسليم منتج يتوافق مع ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين، فإن الالتزام بالمطابقة وفقاً للقواعد الخاصة بحماية المستهلك يهدف إلى احترام المواصفات والمقاييس المحددة قانوناً، وكل ذلك من أجل ضمان جودة المنتج.

لكن رغم الجهود المبذولة من طرف الدولة في مجال تحسين جودة المنتجات الوطنية، من خلال إلزام المنتج بمطابقة منتجاته للمواصفات والرغبة المشروعة للمستهلك، إلا أن ذلك يبقى في إطار محدود، كون القاعدة المقررة في قانون حماية المستهلك والمتعلقة بتوافر المنتج على المواصفات القانونية والتنظيمية استجابةً للرغبات المشروعة للمستهلك لا تزال تتعرض للاختراق، بما يجسد استمرار معاناة هذا الأخير من التلاعب من خلال الغش في المنتوجات وقيمتها، سواءً تعلق الأمر بمواد استهلاكية أساسية، أو غير أساسية لأن مجرد وجود النصوص القانونية التي تُقرر ضرورة توافر المواصفات القياسية في المنتجات لا يعني عدم وجود خروقات لهذه النصوص، الأمر الذي ينبغي معه اتخاذ بعض الإجراءات الوقائية التي تُلزم باتباع تلك النصوص والتحقق من مدى توافر الحماية الكاملة للمستهلك من خلال تفعيل الدور الرقابي على المنتجات ابتداءً من مرحلة الإنتاج والتغليف ومروراً بمرحلة الاستيراد وانتهاءً بمرحلة التوزيع، وتطبيق مقاييس الجودة وشهادة المطابقة عن طريق وضع بطاقة البيانات لكل منتج وتوفير كل المعلومات للمستهلك أثناء اقتنائه للسلع أو الخدمات.

الفرع الثاني: الالتزام بالسلامة لحماية المستهلك

جاء الاعتراف بوجود الالتزام بضمان السلامة على عاتق المنتج أو المحترف كالتزام مستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، في ظل قصور القواعد العامة في مواجهة ما أفرزه التطور التكنولوجي من منتجات تُشكل خطورة على سلامة المستهلك في صحته وممتلكاته، خاصة وأن بعض نصوص القانون المدني لا تحمل بحكم صياغتها تفسيراً موسعاً، مما يحول دون ضمان هذا النوع من الالتزامات في ظل القواعد العامة التعويض للمشتري المضروب، إلا إذا أثبت أن بالمبيع عيباً خفياً مؤثراً وسابقاً على البيع، وأن البائع كان على علم به، فضلاً عن قصر مدة رفع دعواه تحت طائلة عدم القبول، الأمر الذي دفع بالقضاء الفرنسي إلى تبني وسيلة أخرى تكون أكثر ملائمة لفكرة المسؤولية والتعويض عن الإخلال بقواعد الأمن والسلامة بالنسبة للمستهلك من خلال الالتزام بضمان السلامة على عاتق المنتج أو المحترف.

¹ أنظر المادة 12 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

وقد أولى المشرع الجزائري اهتمامًا بالالتزام بالسلامة مسايرًا في ذلك ما وصلت إليه مختلف التشريعات المقارنة من تطور في مجال ضمان سلامة المستهلك، ذلك أن التوجه الاقتصادي الذي انتهجته الجزائر أدى إلى إغراق السوق الوطنية بعدد المتوجات المقلدة والمغشوشة والتي من شأنها تهديد أمن وسلامة المستهلك مُشكِّلةً إلى جانب المنتجات المحلية مصدرًا للخطر، حيث تجسد ذلك في تبنيه لنظام أكثر تماشيًا مع متطلبات الوقت الراهن من خلال القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مرفوقًا بالعديد من المراسيم التنفيذية والنصوص التطبيقية الخاصة به، فضلًا عن استحداثه لمسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتوجاته المعيبة في المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري من خلال تعديله لسنة 2005 بموجب القانون 10-05 مقتدياً في ذلك بالقانون الفرنسي رقم 98-389 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة تنفيذًا للتوجيه الأوربي رقم 85-374، كمصدر لنظام قانوني متميز لمسؤولية المحترف، وعليه سنتناول هذا الالتزام من خلال النقاط الآتية:

- المقصود بالالتزام بضمان السلامة (أولاً).
- مضمون الالتزام بضمان السلامة (ثانياً).
- أساس الالتزام بضمان السلامة (ثالثاً).
- مبررات الالتزام بضمان السلامة في قانون الاستهلاك (رابعاً).

أولاً: المقصود بالالتزام بضمان السلامة

يُقصد بالالتزام بضمان السلامة فقهاً، ممارسة المدين (الملتزم) سيطرة فعلية على كل العناصر التي يمكن أن تسبب ضرراً للدائن المستفيد من السلعة أو الخدمة، كالتزام بتحقيق غاية ونتيجة وليس بذل عناية، الأمر الذي من شأنه أن يُحقق التكامل الصحي والجسدي للمتعاقد ويحفظه من أي أذى قد يسببه تنفيذ الالتزامات العقدية في الاتفاق المبرم بين الدائن بهذا الالتزام وبين الحرفي أو المهني الذي يلتزم بعدم تعريض الدائن لأي مكروه يمس سلامة جسمه وحياته، كنتيجة لا بد أن تتحقق حتى يُمكن القول بأن المدين قد وفى بالتزامه¹.

¹ أحمد موقاي بناني، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر، المجلد 09، العدد العاشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جانفي 2014، ص 415.

كما يجد الالتزام بضمان السلامة مفهوماً تشريعياً له من خلال استقراء بعض النصوص القانونية، حيث يتّضح من نص المادتين 04 و 09¹ من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش أن الالتزام بالسلامة يتجسد في الجهد الذي يبذله المدين بهذا الالتزام، باحترامه المقاييس التي تكون من خلالها السلعة التي يُقدمها للمستهلك غير ضارة بصحته، والمقصود بالجهد تحقيق نتيجة وليس بذل عناية فحسب*، بما يجعل من مسعى المدين لتنفيذ التزامه يكتسي طابع الوجوب، فكل تصرف منه هادف لحماية صحة المستهلك، يعتبر واجباً عليه ولا يقبل منه أقل من ذلك، فيحرص المدين عند تقديمه سلعة أو خدمة للدائن دون أن يكون من شأن ذلك المساس بسلامته إطلائاً، تحت طائلة إخلال المدين بتنفيذ التزامه بضمان السلامة.

أما من المفاهيم القضائية للالتزام بضمان السلامة فنجد ما جسّده أحد أحكام القضاء الفرنسي من أن: "التزام المنتج المحترف بتسليم منتجات خالية من العيوب، أو من العوارض التي من شأنها تعريض حياة الأشخاص، أو الأموال للخطر"، بما يجعل من هذا الالتزام من أهم المبادئ التي أقرّها القضاء الفرنسي لحماية المستهلك، خاصةً في ظل قصور القواعد العامة من خلال ضمان العيوب الخفية في تحقيق حماية فعّالة في مواجهة الأضرار الناجمة عن العيوب الماسّة بسلامة جسّد المستهلك، الأمر الذي دفع بالقضاء الفرنسي إلى ابتداء نوع من الالتزام بضمان السلامة المستقل عن ضمان العيوب الخفية، كالتزام على كاهل المنتج من أجل تحقيق أكبر قدر من الحماية للمستهلك**، بشكل يُترجم الحرص الشديد للقضاء على ضرورة تقييد المدين بالالتزام بضمان السلامة ولا سبيل للتهرب من تنفيذ التزامه وتحمّل مسؤولية الآثار والنتائج المترتبة عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة، الأمر الذي يُلاحظ معه تركيز القضاء على الهدف الذي وُجد من أجله هذا الالتزام والمتمثل في ضرورة المحافظة على سلامة المتعاقد الجسدية والمالية، بشكل يستوجب على المدين بهذا الالتزام اتخاذ كل الاحتياطات والإجراءات اللازمة من

¹ تنص المادة 04 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر على أنه: "يجب على كل متدخل في عملية وضع المواد الغذائية للاستهلاك، احترام الزامية سلامة هذه المواد والسهر على ألا تضر بصحة المستهلك"، في حين نصت المادة 09 من نفس القانون على أنه: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وألا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه..."

* رغم الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة، ما إذا كان التزام بتحقيق نتيجة، أو ببذل عناية، فإن المشرع الجزائري حسم الأمر باعتباره التزام بتحقيق نتيجة، وذلك من خلال نصوص صريحة تقضي بقيام المسؤولية المدنية عن الالتزام بضمان السلامة، بصرف النظر عن قيام الخطأ كونها تقوم على الضرر، ويتضح ذلك في المادة 03 و 06 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 سالف الذكر، والمادة 140 مكرر فقرة 01 من القانون المدني الجزائري، حيث تناول المشرع ضمن هذه النصوص مبدأ الالتزام بالسلامة، واعتبر المنتج مسؤولاً عن ضمان السلامة، وهو بذلك يعتبره ملزماً بتحقيق نتيجة، كون هذا الالتزام لا يحقق غايته إلا إذا كان التزاماً بتحقيق نتيجة.

** وقد قضت محكمة باريس بأن: "كل عقد يتضمن تنفيذاً لا ينشأ عنه خطر يتعارض مع روحه والنتيجة المرجوة منه، ومن ثمة ينشأ عن العقد على عاتق من يلتزم بالأداء التزاماً بضمان السلامة يتجاوز بعمومه وقوته الالتزام بضمان العيوب الخفية ويهيمن عليه ويقيم الإخلال مسؤولية المدين ما لم يرقم على أن هذا الإخلال نشأ على سبب أجنبي"، أما بالنسبة للقضاء الجزائري فقد جاء في القرار الصادر عن الغرفة المدنية للمجلس الأعلى سابقاً، المحكمة العليا حالياً، الصادر بتاريخ 1983/03/30 ما يلي: "ناقل المسافرين يضمن سلامة المسافرين ولا يجوز إعفاؤه من المسؤولية، إلا إذا أثبت أن الضرر سببه القوة القاهرة، أو خطأ المسافر وأنه لم يكن يتوقع ولا يمكن تفاديه، وأن رجوع المسافرين إلى عربات القطار بعد النزول منها أمر متوقع ويمكن تفاديه عن طريق الاعتناء الكامل من طرف حارس المحطة الذي عليه أن لا يعطي إشارة انطلاق القطار إلا بعد تأكد نزول كل المسافرين وغلق أبواب القطار، وبما أن قضاة مجلس سطيف لم يراعوا المبادئ المذكورة في قراراتهم المنتقدة، ولم يعطوا له الأساس القانوني السليم ولم يتأكدوا من شروط إعفاء الناقل التي تفهم من النصوص القانونية، يكون قرارهم معيباً يترتب عليه النقض"، وهو ما يظهر من خلال هذا القرار عدم وفاء الناقل بالتزامه بضمان السلامة تجاه المسافرين، من خلال عدم قدرته على السيطرة على العناصر المتوقعة، والتي كان من الممكن أن تلحق الضرر بالمسافر والمساس بسلامته، قرار رقم 27429 بتاريخ 1983/03/30، المجلس الأعلى سابقاً، المحكمة العليا حالياً، نشرة القضاء العدد 02، سنة 1985، ص 64. أنظر أيضاً أحمد موافي بناني، المرجع السابق، ص 416.

أجل منع حدوث أضرار يكون سببها المنتج المعيب تحت طائلة قيام مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تلحق المتضرر، دون الحاجة إلى إثبات الخطأ من جانب المنتج، وعدم إمكانية تخلص هذا الأخير من المسؤولية، إلا بإثبات السبب الأجنبي¹.

ثانيا: مضمون الالتزام بضمان السلامة

يتحدد مضمون الالتزام بضمان السلامة بمعرفة المطلوب من المدين من خلال التزام هذا الأخير بتوقع الحادث الذي يمكن أن يُحْلَ بِسلامة المتعاقد الآخر هذا من جهة، كما يلتزم أيضاً من جهة أخرى بالتصرف من أجل منع حدوثه من الأصل، أو على الأقل تجنب آثاره.

بالنسبة للالتزام الأول فإنه يُوجِبُ على المدين بالالتزام تَوَقُّعُ الحادث المستقبلي الذي من شأنه أن يسبب ضرراً للمتعاقد الآخر، مما يُوجب على المدين تَوَقُّعُ جميع الحوادث التي يمكن أن تُؤَلِّدَ أضراراً جسدية للمتعاقد الآخر² وتقدير مدى احتمالية وقوع هذا الحادث كالتزام بتحقيق نتيجة، وفي هذا الصدد رفض القضاء الفرنسي بصفة دائمة السبب الأجنبي كوسيلة لاستبعاد مسؤولية المدين، ليس فقط لأن هذا الأخير كان يمكنه توقع الحادث، بل لأن هذا الحادث كان محتملاً، كون توقع الحادث يُقَدِّمُ دائماً كنتيجة منطقية لا يستطيع المدين التخلص منها بإثبات وجود سبب أجنبي أدى إلى وقوع الضرر³، الأمر الذي يُترجم حرص القضاء على تكريس هذا الالتزام من خلال اقراره أن واجب اتخاذ إجراءات الحيلة وتوقع الحادث الضار يعتبر في حد ذاته التزاماً يقع على الملتزم بالسلامة، ويستبعد اعفاء كل هذه الظروف للمدين من الالتزام بالسلامة⁴.

أما بالنسبة للالتزام الثاني والمتعلق بالتزام المدين بالسلامة بالتصرف من أجل منع الحادث الضار، أو التقليل من آثاره، فإنه يتجسد في اتخاذ المدين لكل الاحتياطات والإجراءات اللازمة لمنع وقوع الحادث الضار، وهو الأمر الذي يتحقق إِمَّا من خلال تجنب وقوع الحادث نفسه، والذي يُفترض معه توقع المدين بهذا الالتزام وجود تهديد يمس أمن وسلامة المتعاقد الآخر فيلتزم باتخاذ إجراء فعال لمنع هذا التهديد، وهو ما كرّسه القضاء الفرنسي في عديد تطبيقاته، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية، بأن وضع كراسي مكدّسة لمنع الدخول إلى حمام السباحة في أحد المطاعم الذي وُجد فيه طفلاً ميتاً، لا يُشكل إجراءً فعالاً وكافياً للحماية، ومن ثم لا يستبعد مسؤولية مسؤول المطعم طبقاً لنص المادة 1147 من القانون المدني الفرنسي⁵، كما قضت ذات المحكمة بمسؤولية شركة النقل بالسكك الحديدية "SNCF" عن جرح أحد المسافرين، بتحديداتها للمدين الاحتياطات التي كان يجب عليه اتخاذها من أجل

¹ سليمة بوزيد، الالتزام بضمان السلامة وطبيعته الخاصة، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة 01، الجزائر، 2019، ص 82.

² محمد جريفيبي والشريف بحماوي، الالتزام بضمان السلامة كمبدأ لكفالة الحق في التعويض، مجلة الحقيقة، المجلد 15، العدد 04، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ديسمبر 2016، ص 138.

³ رضوان قرواش، الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك، المرجع السابق، ص 37.

⁴ محمد جريفيبي والشريف بحماوي، المرجع السابق، ص 138.

⁵ Arrêt de la cour de cassation, 1ere chambre civile, 14/03/ 1995, Bulletin des arrêts 3 de cour de cassation chambres civiles, No129, Information rapides 90, Dalloz, 1995.

تنفيذ التزامه بضمان السلامة تنفيذاً صحيحاً، مؤكدةً إمكانية تجنب الحادثة بوضع نظام مناسب من شأنه منع فتح أبواب القطار أثناء السير، مشيرةً إلى عدم استيفاء أحد عناصر السلامة لمنع حصول الحادث الضار¹.

وإما التقليل من الآثار الضارة إذا لم يكن في وسع المدين تجنب وقوع الحادث الضار، وذلك باتخاذ من الوسائل والإجراءات ما يُخفف من الآثار الضارة للحادث بالنسبة للمتعاقد الآخر مادام القضاء يشدد في اعتبار الحادث الضار غير متوقع، أو غير ممكن الدفع برفضه الدائم لعدم إمكانية دفع الحوادث الضارة بالسلامة الجسدية للمتعاقد، واعتباره ذلك تأكيداً على عدم وفاء المدين بالتزامه بضمان سلامة المتعاقد معه، كون سيطرة المدين على الأشياء والأشخاص لم تكن فعالة ومؤثرة، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضاً من خلال المادة 209² من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، عندما أوجب أن تكون كل المنتجات الموضوعة للاستهلاك مهما كانت طبيعتها مضمونة، فلا ينبغي أن تكون مصدر تهديد ينال من صحة، أو أمن المستهلك، كما حث المدين بالتزام السلامة بضرورة تنبيه المستهلك إلى الشروط المتعلقة بمحاذير الاستعمال والأخطار الناجمة عن عدم التقيد بها، بما يمكن الدائن بهذا الالتزام من تفادي المخاطر التي تم التحذير منها³، ويجعل من الالتزام بضمان السلامة ذو طابع وقائي هدفه توفير الضمانات المناسبة من أجل تفادي الأخطار والأضرار التي قد تصيب المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية الاستهلاكية⁴.

ثالثاً: أساس الالتزام بضمان السلامة

إذا كان تعويض المضرور عن الضرر الذي يصيب سلامة جسمه وحياته استناداً لمفهوم ضمان السلامة يُثبت للمضرور حتى ولو لم يتم النص عليه صراحةً في العقد، كون الهدف من إقرار فكرة الالتزام بالسلامة هو ضمان حماية المتعاقد مما يلحقه من أضرار، بما يجعل من المسؤولية العقدية أساساً للتعويض، فإن ما يواجهه القضاء أحياناً من صعوبة في تطبيق أحكام المسؤولية العقدية، يُلجؤه إلى اعتماد أساساً آخر للتعويض والمتمثل في المسؤولية التقصيرية.

1-المسؤولية العقدية كأساس للالتزام بضمان السلامة

أول ما نشأ الالتزام بضمان السلامة من قبل القضاء المدني الفرنسي* كان ذلك في الإطار العقدي من خلال اعتباره التزاماً ضمناً وتبعياً على عاتق أحد المتعاقدين في بعض العقود، فظهر لأول مرة في عقد النقل⁵، حيث

¹ أحمد مواقي بناني، المرجع السابق، ص 419.

² تنص المادة 09 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر على أنه: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وألا تلحق ضرراً بصحة المستهلك وأمنه ومصالح، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين".

³ أحمد مواقي بناني، المرجع السابق، ص 420.

⁴ سليمة بوزيد، الالتزام بضمان السلامة وطبيعته الخاصة، المرجع السابق، ص 84.

* انتقل الالتزام بالسلامة من القضاء إلى التشريع، إذ قننه المشرع الفرنسي بموجب قانون 21 جويلية 1983، وهي تمثل اليوم المادة 1-221 L وما يليها من قانون الاستهلاك الفرنسي، وهو النهج الذي سلكه المشرع الجزائري أيضاً حين قنن هذا الالتزام في المادة 2 من القانون 89-02 المتضمن قانون حماية المستهلك الملغى، وبعدها المادة 09 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 12-203، المؤرخ في 2012/05/06، والمتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتجات، ج ر العدد 28، المؤرخة في 2012/05/09.

⁵ أنظر نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة وهران 02، الجزائر، 2017-2018، ص 408 وما بعدها.

أكد الاجتهاد القضائي الفرنسي أن الناقل لا يلتزم بنقل المسافر فحسب، بل يستوجب عليه أيضًا أن ينقله سليمًا معافي، ليمتد هذا الالتزام إلى بقية العقود من قبيل عقد العمل وعقد البيع مع نهاية هذا القرن، وهو الأمر الذي سار ويسير عليه أيضًا الاجتهاد القضائي الجزائري من خلال الإشارة الصريحة لهذا الالتزام لا سيما في عقد النقل¹، الأمر الذي أدى بالفقه لا سيما في فرنسا إلى البحث عن تفسير وتبرير قانوني لهذا الازدهار والتوسع لهذا النوع من الالتزامات في قانون العقود، فاعتبر نص المادة 1135² من القانون المدني الفرنسي كأساس واضح لهذا الالتزام التبعي بالسلامة وكأساس لهذا التوسع والمرونة العقدية، وذلك بنصها على أن تحديد نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام³، كأساس لتدخل القاضي بصفة مرنة من خلال إضافة التزامات أخرى إلى الالتزامات التي اتفق عليها المتعاقدان، وهو نفس النهج الذي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية عندما اعتبرت أيضًا نفس المادة أساسًا منطقيًا لتبرير وتفسير التزام ضمان السلامة، كالتزام تبعي، أو ثانوي⁴.

لذلك فإنه لقيام المسؤولية العقدية عن إخلال المنتج المتعاقد بالتزامه بضمان السلامة لا بد من توافر الشروط الآتية⁵:

- وجود عقد يربط بين المنتج والمستهلك.
- أن يكون هذا العقد صحيحًا مستوفيًا لجميع أركانه.
- أن يكون الضرر الذي أصاب المستهلك ناتج عن الإخلال بالالتزام بضمان السلامة، أو ناتج عن عيب في المنتج، أو لخطورة هذا الأخير.

إلا أن اعتبار الالتزام بضمان السلامة، التزامًا عقديًا عرف نقدًا، كون إضفاء الطابع العقدي على هذا الالتزام لا يغطي سوى الأضرار المتوقعة، كما أن نقله إلى الميدان القانوني لا يكون إلا باعتماد بعض الحيل القانونية، من قبيل الاشتراط لمصلحة الغير، فضلًا عن وجود حالات لا يرتبط فيها الضحايا والمنتج، كحالة تسمم المدعوون في حفل مثلاً، كما أن المسؤولية العقدية قد تكون محلاً للتحديد والاعفاء في حالة المشاركات المدرجة في العقد بما يجعل من الالتزامات المرتبطة بها من قبيل الالتزام ببذل عناية، لذلك فإن مظلة المسؤولية العقدية تبدو أقصر من أن تكفل أوفر الحماية للضحايا عمليًا، مادام أن معاملة الضحايا الذين تلحقهم أضرارًا لا بد أن يكون على قدم المساواة سواءً

¹ قرار المحكمة العليا رقم 21830، بتاريخ 1981/07/01، القاضي بأن: "التزام مقاول الأدوية الصبائية هو التزام بالسلامة، وهو مسؤول عن كل ضرر يحصل للركاب، ما لم يثبت أن الحادث وقع بسبب قوة قاهرة، أو خطأ الضحية".

² تقابلها في القانون المدني الجزائري المادة 2/107، بنصها: "... لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضًا ما هو من مستلزماته وفقًا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام..."

³ نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي بالفرنسية:

L'article 1135 du Code civil : " Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ".

⁴ رضوان قرواش، الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك، المرجع السابق، ص 41.

⁵ حسين بطيمي، طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث عشر، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، الجزائر، مارس 2017، ص 70.

كانوا متعاقدين، أو غير ذلك¹، وهو الأمر الذي دفع بالقضاء الفرنسي في الآونة الأخيرة إلى تبني وسيلة أخرى أكثر ملائمة لفكرة المسؤولية والتعويض وحماية الالتزام بضمان السلامة، في إشارة للمسؤولية التقصيرية كأساس لهذا الالتزام، وكنظام يحمي المضررين من أضرار المنتجات والخدمات على نفس المنوال.

2-المسؤولية التقصيرية كأساس للالتزام بضمان السلامة

يُقصد بالمسؤولية التقصيرية عمومًا الجزء المترتب عن الإخلال بالالتزام الذي يفرضه القانون القائم أساسًا على عدم الإضرار بالغير، حيث أقام القانون هذا النوع من المسؤولية في عقود الاستهلاك عند انحراف المنتج عن سلوك الشخص العادي².

فخلافًا لما تقضي به المبادئ التقليدية للمسؤولية المدنية سعى القضاء نحو التوسع في تقرير دعوى المسؤولية التقصيرية رغبةً منه في تحقيق أكبر قدر ممكن من الحماية لمن يصيبه ضررًا جراء المنتجات المطروحة للتداول، من خلال التوسع في فهم المقصود بالخطأ التقصيري وتيسير إثباته، بل أكثر من ذلك فقد لجأ القضاء إلى تجزئة الحراسة لتيسير رجوع المضرور على المنتج باعتباره حارسًا للتكوين³، ذلك أن المتضرر في سلامة جسمه وصحته قد يعجز عن إثبات وجود العلاقة التعاقدية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه بعد استهلاكه لسلعة معينة⁴.

لقد تم تكريس هذا الأساس في فرنسا بموجب قانون 21 جويلية 1983 من خلال المادة 221 في فقرتها الأولى، فلم يعد الالتزام بالسلامة حبيس العقد الذي نشأ فيه، بل وليد متطلبات الحياة والمجتمع، كالتزام يقع على عاتق كل من يعرض منتج، أو خدمة في السوق⁵.

لذلك بعد صدور التوجيه الأوروبي في سنة 1985 كان على المشرع الفرنسي السير نحو إزالة النظام المزدوج للمسؤولية المدنية ومحاولة الوصول به ما أمكن إلى الطابع الموحد التقصيري على مسؤولية المنتج، وهو الأمر الذي جسّدته حقيقةً المادة 1386⁶ في فقرتها الأولى من القانون 98-389 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة بنصها على أن: "المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن النقص في منتوجه، سواء ارتبط بعقد مع الضحية أم لا"، ليتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي وعلى غرار باقي التشريعات الأوروبية المترجمة لأحكام الإرشاد الأوروبي اعتبر مسؤولية المنتج قانونية ذات طابع موحد تقصيري قائمة على فكرة الإخلال بالالتزام بالسلامة بمعزل عن العقد،

¹ شاهدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2004-2005، ص 146.

² تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررًا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

³ علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2007، ص 71.

⁴ فائزة واعمر وسامية خواترة، الالتزام بضمان السلامة في العقد الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الخامس، العدد الثاني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2021، ص 293.

⁵ حسين بطيمي، المرجع السابق، ص 70.

⁶ Art : 1386-1 : « le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou on lié par un contrat avec la victime », Code procédure civil Français.

فيكفي طرح منتج معيب من شأنه المساس بأمن وسلامة المستهلك وأمواله لتقوم مسؤولية المنتج سواءً كان المضرور متعاقدًا، أو من الغير¹.

فكان من بين الأحكام التي كرسّت هذا الأساس، الحكم الصادر بتاريخ 17 جانفي 1995 عن محكمة النقض الفرنسية الذي أقرت من خلاله التزام المهني بطرح منتج خالٍ من أي عيب قد يهدّد سلامة الأشخاص والأموال، فيكون مسؤولاً عنه في مواجهة الغير والمتعاقد معه².

أما المشرع الجزائري فقد وضع أساساً للالتزام بضمان السلامة استناداً لقواعد المسؤولية التقصيرية في حالة عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة، وذلك من خلال آخر تعديل له للقانون المدني وبالضبط في المادة 140 مكرر³، ووسّع من أنواع المنتجات التي من شأنها أن تمثل تهديداً ينال من الالتزام بضمان السلامة، سواءً من حيث مصدرها (زراعي، أو صناعي، أو نتاج تربية حيوانات)، أو من حيث طبيعتها، كما وسّع بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش من نطاق المسؤولية من حيث الأشخاص الذين يقع عليهم واجب الالتزام بضمان السلامة، وذلك بموجب المادتين 03 و14 منه⁴، فجعل كل من له علاقة بوضع المنتج في متناول المستهلك ضمن دائرة المسؤولية تفادياً لحالات الإهمال التي قد تظهر في أي مرحلة من مراحل التدخل، وأكثر من ذلك فقد شدد العقوبة لكل من ثبت قيامه بتقديم سلع مغشوشة وفاسدة للمستهلكين وألحقت الضرر بمن قدّم له من الأشخاص، وذلك بموجب قانون العقوبات⁵، الأمر الذي يعكس الأهمية البالغة التي يوليها المشرع الجزائري لحماية الأفراد من خلال اقراره للالتزام بضمان السلامة.

رابعاً: مبررات الالتزام بضمان السلامة في قانون الاستهلاك

أدى التطور الاقتصادي والتقدم العلمي وما صاحبه من زخم في إنتاج لسلع وتقديم خدمات تكتسي أهمية بالغة في الحياة اليومية لجمهور المستهلكين، إلى اكتساب العديد منها لصفة الخطورة، سواءً من حيث طبيعتها، أو بالنظر لظروف استخدامها، أو حتى كأثر لوجود عيب في صناعتها، بشكل أصبح يهدد عناصر السلامة الجسدية للمستهلك، خاصةً في ظل تطور أساليب الدعاية لتلك المنتجات بقصد استئثار المستهلك ودفعه للتعاقد بشأنها، الأمر الذي أثار قدراً من التساؤل حول مدى إمكانية ضمان الأضرار التي تترتب على صفة هذه الخطورة ضمن قواعد وأحكام ضمان العيوب الخفية، باعتبارها قد تُمثل انتقاصاً من نفع الشيء المعقود عليه والنيل من صلاحيته

¹ شاهدة قادة، المرجع السابق، ص 149.

² حسين بطيمي، المرجع السابق، ص 70.

³ تنص المادة 140 مكرر في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون المنتج مسؤول عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمضرر علاقة تعاقدية..."، وقد أدرج المشرع الجزائري هذه المادة المتعلقة بمسؤولية المنتج ضمن القسم الثالث المعنون بـ: المسؤولية الناشئة عن الأشياء، وتتكون هذه المادة من فقرتين، الفقرة الأولى تتعلق بمسؤولية المنتج، في حين عرفت الفقرة الثانية بالمنتج، وتجدر هذه المادة مصدرها في القانون الفرنسي رقم 98-389، الذي جاء تطبيقاً لتعليمة اتحاد المجموعة الأوروبية الصادر في 1985/07/25، في حين استحدث المشرع الجزائري هذه المادة لأول مرة في تعديل القانون المدني لسنة 2005، فاتخذت الفقرة الأولى من هذه المادة مصدرها، من المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي، والفقرة الثانية من المادة 3/1386 من القانون المدني الفرنسي، وقد نظم المشرع الفرنسي مسؤولية المنتج في ثمانية عشر مادة، من المادة 1/1386 إلى المادة 18/1386، في حين نظم المشرع الجزائري هذه المسؤولية في مادة وحيدة وهي المادة 140 مكرر.

⁴ أنظر المادتين 03 و14 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

⁵ أنظر المادة 432 من القانون رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر العدد 702، الصادرة بتاريخ 11 يونيو سنة 196، والمعدلة بالقانون 06-23، المؤرخ في 20 سبتمبر 2006، ج ر العدد 84.

لأداء الغرض الذي تم التعاقد من أجله، حيث أبان ذلك ضرورة البحث عن نوع آخر من الحماية من شأنها مواجهة مختلف الأخطار والأضرار التي قد تترتب كأثر لحيازة المستهلك لهذه المنتجات، أو استعمالها، فجاء الاعتراف بالالتزام بضمان السلامة كالتزام خاص، جديد تعددت مبررات وجوده والتي من أهمها:

1- الحاجة إلى حماية المستهلك خارج نطاق أحكام الضمان تأسيساً على فكرة الالتزام بضمان السلامة

ظلت مسؤولية المحترف المبنية على ضمان العيوب الخفية عاجزة عن توفير الحماية الكافية للمستهلك وقد بدى هذا العجز واضحاً في ظل ظهور المنتجات عالية التعقيد والخطورة والتي يصعب على المستهلك التعامل معها في مواجهة المتدخل الذي يتوفر على مهارة عالية واختصاص تقني متطور، بشكل جعل من هذه القواعد التقليدية لا تحمي سوى المصالح الاقتصادية لهذا الأخير الذي يسعى إلى تسجيل أعلى نسب التسويق دون مراعاة لمصالح المستهلك الاقتصادية وسلامته الجسدية، وفي مقابل ذلك تسجيل الزيادة المعتبرة في معدلات الاستهلاك دون وعي من المستهلك بمدى ملائمة السلع والخدمات المطروحة للتداول لصحته وسلامته، ليبقى المستهلك في حاجة ماسة للحماية من الأضرار التي تسببها المنتجات الماسة بسلامته الجسدية¹.

فإذا كان عدم ضمان العيوب الظاهرة يَصْدُقُ فيما يتعلق بالضرر التجاري بالنظر إلى إمكانية رضا المستهلك بالعيوب الظاهرة في هذه الحالة، وإن كان ذلك لا يمنع من النظر في مسؤولية البائع متى أقام المستهلك الدليل على وجود خطأ من جانبه، فإنه لا يسوغ القول بذلك فيما يتعلق بالأضرار التي تلحق المشتري، أو المستهلك في شخصه تأسيساً على تعذر التسليم بافتراض قبول المشتري أو المستهلك لها، أو اقتناعه بما بما يُجسد قصور أحكام ضمان العيوب الخفية في توفير الحماية الكافية بالنظر إلى اشتراط ضرورة توافر كافة شروط العيب حتى يكون موجباً للضمان^{**}، فضلاً عن إقامة الدعوى خلال المدة القصيرة التي افترضها المشرع^{**} كأسباب يمتنع معها القضاء عن تعويض المشتري الذي أخفق في استجماع شروط العيب الموجب للضمان وقد يُقَوِّث عليه البائع، أو المنتج- بما يحوزه

¹ نوال حنين شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة نيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 06.

^{*} إذا نظرنا لشرط القدم حتى يكون العيب موجبا للضمان، فنجد أنه لا يتناسب وافترض مسؤولية المنتج عن الأشياء الخطرة، كما أنه يمثل عقبة في طريق الأهداف المأمول تحقيقها من حماية المستهلك من الأضرار الناجمة عن خطورة المنتجات، أما فيما يتعلق بشرط جسامته العيب وتأثيره فإن عجزه في توفير الحماية للمستهلك إزاء الأضرار الناتجة عن المواد المعيبة، أو الخطرة بات واضحاً، كونه شرطاً يتعلق بالعيوب التي من شأنها أن تنتقص من قيمة المنتجات، أو نفعها بحسب الغاية المقصودة منها وفقاً لما ورد في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، كتحديد بنسحب على الضرر التجاري الذي يضمنه البائع بوصفه بائعاً عادياً، ولا يتفق تماماً والغاية من حماية المستهلك التي تتجاوز ذلك، كونها تهدف لحماية هذا الأخير من الأضرار الناجمة عن خطورة الشيء والتي قد تصيب سلامته، أو سلامة غيره بشكل ينبغي معه إطلاق مسؤولية المنتج، أو البائع خارج هذا النطاق الضيق ليشمل كل ما يكون من شأنه أن يجعل ما يصنعه المنتج، أو يبيعه البائع شيئاً خطراً على خلاف طبيعته.

^{**} تتفق معظم التشريعات على جعل مدة ممارسة دعوى الضمان قصيرة، فبالنسبة للمشرع الجزائري، وبالرجوع إلى نص المادة 383 من القانون المدني الجزائري، نجد أن موقفه جاء واضحاً وصريحاً بخصوص المدة القانونية التي يجب فيها على المشتري رفع دعواه، والتي حددت بنسبة كاملة دون أن يميز في ذلك بين ما إذا كان المبيع المعيب عقاراً، أو منقولاً، إلا ما استثنى صراحة في نص المادة، أما المشرع الفرنسي وطبقاً لنص المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، لم يحدد هذه المدة واعتبر الوقت الذي يجب إقامة الدعوى فيه وقتاً قصيراً، يحدد طبقاً لطبيعة العيب والعرف المتبع في الجهة التي تم فيها البيع، وفي حالة عدم وجود عرف أو اتفاق بين الطرفين يخضع الأمر لسلطة القاضي التقديرية في تحديد هذه المدة.

من احترافية- فرصة إقامة الدعوى خلال المدة المحددة، لذلك يُمكن القول أن هذه المعطيات وإن كانت تتناسب والتعامل مع مصالح اقتصادية فإنها لا تتناسب إطلاقاً مع أضرار تصيب المتعامل في صحته وسلامته الجسدية¹.

الأمر الذي يُجسد اختلاف الغاية في كل من أحكام ضمان العيب والالتزام بضمان السلامة، فإذا كانت غاية الأول ذات طابع مالي، أو اقتصادي تتمثل في ضمان حصول المشتري، أو المستهلك على مبيع صالح للاستعمال وقادر على تأدية الوظائف التي وُجد من أجلها فإن غاية الثاني (الالتزام بضمان السلامة) تتخذ أبعاداً أكثر أهمية كونها تسعى إلى ضمان حصول المشتري، أو المستهلك على مبيع تتوافر به مقومات الأمان فلا يكون مصدرًا للضرر، سواءً بالنسبة لحائزه أو مستعمله وحتى الغير، بما يجعل من القواعد الخاصة بضمان السلامة تتّصف بطابع الصرامة في اقرار مسؤولية البائع لا تتّصف بها القواعد الخاصة بضمان العيب².

2- الحاجة إلى وضع نظام خاص للمسؤولية عن الإضرار بأمن وسلامة الأشخاص من المنتجات المعيبة

تخضع علاقة المنتج بالمستهلك للقواعد العامة في القانون المدني والمتعلقة بكل شخص يتسبب في الإضرار بالغير، وذلك من خلال المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، كنظامين أثبتت قواعدهما عجزها عن توفير الحماية الكافية للمستهلك إزاء الأضرار الناشئة عن خطورة المنتجات.

فالمسؤولية العقدية-حسب بعض الفقه- يتضح خلوّها من أي دور فعال خارج إطار المتعاقدين اعمالاً لقاعدة نسبية العقد بما يشترط معه أن يكون المستهلك طرفاً في عقد مع المنتج، أو المستورد، أو البائع وهو الأمر الذي لا يتحقق في الغالب، أما المسؤولية التقصيرية فإن عجزها في تحقيق هذه الحماية يتضح من خلال تطلّبتها كقاعدة عامة إقامة الدليل على خطأ المنتج، أو المستورد، أو البائع بما يُشكل قدراً من الصعوبة بالنسبة للمستهلك بالنظر إلى عدم تخصّصه في مجال المعاملة وبحول دون إثباته وجود هذا الخطأ، أو رابطة السببية بين الخطأ والضرر ويجعل نظام تعويض المضرور غاية في التعقيد والاحتمال على نحو يُباعد بينه وبين اطمئنانه في الحصول على حقه.

والحال هكذا نشأت الحاجة إلى إنشاء نظام خاص لمسؤولية المنتج والبائع المحترف عن عدم أمان منتجاته على نحو يعمل على تعويض كافة المضرورين من فعل المنتجات الخطرة، سواءً كانوا أطرافاً في التعاقد، أم من الغير من خلال نَحج سبيلين، أولهما محاولة التقريب بين بعض قواعد المسؤوليتين العقدية والتقصيرية لا سيما ما تعلق بالتحديد، أو الاعفاء من المسؤولية، ذلك أنه إذا كان الأصل هو بطلان كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة عن العمل غير المشروع³ رغم أنه يُعد صحيحاً من حيث المبدأ في إطار المسؤولية العقدية⁴، إلا ما ينشأ عن الغش أو الخطأ الجسيم⁵، فإن هذه الصحة سرعان ما تصطدم بعراقيل تجرّدها من أي أثر حقيقي لها عندما يتعلق

¹ كهنية قونان، قصور ضمان العيب الخفي في حماية مستهلك المنتجات الخطيرة، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 03، العدد 01، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، جوان 2015، ص 35.

² أنظر عمر محمد عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 603 وما بعدها.

³ أنظر المادة 3/178 من القانون المدني الجزائري، والتي تقاها المادة 3/217 من القانون المدني المصري.

⁴ أنظر أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكّرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص 65 وما بعدها.

⁵ أنظر المادة 2/178 من القانون المدني الجزائري، والتي تقاها المادة 2/217 من القانون المدني المصري.

الأمر بشروط مفروضة من قبل مهني، خاصة عندما يؤدي إخلال المحترف بالتزاماته العقدية إلى الإضرار بالمستهلك بما يُسوّي الخطأ الجسيم بالخطأ العمدي من حيث الأثر ويستبعد شروط تحديد المسؤولية أو الاعفاء منها حتى ولو كانت هذه الشروط صحيحة من الناحية النظرية*، أو ما تعلق بتحديد مضمون التزامات المحترف من خلال اعتبار بعض الفقه نقص الاعلام بوصفه التزاماً عقدياً يقع على عاتق المحترف، واقعة مادية بالنسبة لغير أطرافه مرتباً بذلك المسؤولية التقصيرية بما يسمح بالرجوع على هذا المنتج، أو البائع المحترف الذي ساهم في طرح السلعة المعيبة في السوق سواءً على أساس تعاقدية أو تقصيري لإخلاله بأحد الالتزامات المفروضة عليه في مرحلة التصنيع والتسويق¹.

أما ثانيهما فيتعلق ببعض القواعد الخاصة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، حيث يرى بعض الفقه أن اعتناق المشرع الفرنسي والتوجيه الأوروبي وضع نظام خاص ومستقل وأكثر شفافية يُقرر المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة قد شارك دون شك في حماية المستهلكين من الأضرار الناتجة عن أفعال المنتجات المعيبة في دول الاتحاد الأوروبي بشكل يدفع عن التوجيه الأوروبي والقانون المدني الفرنسي الإخلال بحق المضرور في الرجوع وفقاً للقواعد العامة للمسؤولية العقدية، أو غير العقدية، أو أي نظام آخر منصوباً عليه في القوانين الوطنية من قبيل المادة 18/1386** من القانون المدني الفرنسي والمادة 13 من التوجيه الأوروبي بما يُحقق التكامل بين النظام الخاص والقواعد العامة في المسؤولية².

مما سبق يرى الباحث أنّ ما أصبحت تتسم به المنتجات من دقة وتعقيد وطرق إنتاج والكم الكبير للإنتاج وكذا اعتماد طرق التوزيع الحديثة على دعاية شديدة التأثير، فضلاً عن الفصل التام بين المنتج والمستهلك كلّها عوامل تُبرر الاهتمام البالغ من قِبَل الدول الصناعية الكبرى بمشكلة الأضرار الناشئة عن المنتجات سعياً إلى حماية المستهلك كطرف ضعيف وجدير بالحماية في مواجهة القائمين على الإنتاج والتوزيع وما يملكون من إمكانيات هائلة تُمكنهم من بسط هيمنتهم على السوق وفرض شروطهم على جمهور المستهلكين الذين يضطرون إلى الرضوخ لمثل هذه الشروط نظراً لحاجتهم للسلع المعروضة، خاصة في ظل عجز قواعد القانون المدني -التي اعتمدها المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات- في توفير حماية كافية للمستهلك من هذه الأضرار كقواعد سعى من خلالها المشرع إلى ضمان صحة رضا المشتري ومن ثم ضمان حسن تنفيذ العقد تجنباً لبطلانه، أو فسخه دون أن يُولي أي اهتمام بضمان أمن وسلامة وصحة المستهلك من تلك المنتجات، لِيُثَبِّت هذا النوع من القواعد عجزه في توفير حماية للمستهلك من حيث السلامة والأمن من الأضرار التي قد تُسببها المنتجات الخطيرة كونها مجرد حماية لاحقة عن طريق جبر الضرر

* وفي هذا الصدد أقام القضاء الفرنسي قرينة تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بعيوب المبيع، وقد تمت التسوية بناء على ذلك بين هذا البائع المحترف والبائع سيء النية الذي يعلم بالعيوب، الأمر الذي سمح للمحاكم بإقرار بطلان كل شرط يحد من مسؤولية البائع المحترف تطبيقاً لنص المادة 1150 من القانون المدني الفرنسي، التي تمنع التحديد، أو الاعفاء من المسؤولية عن الأضرار في حالة الغش أو الخطأ الجسيم.

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 680.

** أضاف المشرع الفرنسي بموجب القانون 98-389، المؤرخ في 19 ماي 1998، المواد من 1/1386 إلى 18/1386 من مدني فرنسي في الباب الرابع مكرر تحت عنوان: في المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع نفسه، ص 686.

بالتعويض، فضلاً عن تطلبها إثبات وجود خطأ وضرر وعلاقة سببية، كأمر يصعب إثباته في مجال الأضرار التي قد تحدثها السلع والمنتجات الخطرة.

الأمر الذي يُجسد اختلاف مضمون هذا الالتزام في تشريعات الاستهلاك عنه في القواعد العامة رغم وحدة المصطلحات ويُؤكد خصوصية الالتزام بضمان السلامة في تشريعات الاستهلاك على غرار الالتزام بالإعلام والمطابقة مقارنة بنظيرتها في القواعد العامة، سواءً في الجزائر أو في فرنسا، كالتزامات على عاتق المتدخل ارتبطت في قانون الاستهلاك بنظرية لا تعرفها القواعد العامة في القانون المدني والمتمثلة في نظرية الرغبة المشروعة للمستهلك كمقاربة أكثر موضوعية لرابطة الالتزام، كما يُجسد الالتزامات الثلاثة الطابع الجماعي لقانون الاستهلاك كضابط للسوق، فضلاً عن تجسيدها للنظام العام الاقتصادي التوجيهي لاقتراحها بجزاءات عقابية وبالتالي إعطائها مفهوم جديد للمساواة مُحسّداً في المساواة الفعلية يختلف تماماً عن مفهومها في القواعد العامة الذي اقتصر على التفاوت بين المتعاقدين في الحقوق والواجبات.

خلاصة الفصل الأول

اختص هذا الفصل بدراسة وتحليل ما جاءت به تشريعات الاستهلاك - في ظل قصور القواعد التقليدية في توفير الحماية للمستهلك - من مفاهيم وتقنيات جديدة كان لها شديد الأثر على المبادئ الكلاسيكية للعقد في مرحلة تكوينه، سعياً إلى توفير حماية فعّالة للمستهلك، بالنظر لما يُميز العلاقات الاستهلاكية من عدم توازن عقدي، الأمر الذي يُفسر الدور الوقائي لتشريعات الاستهلاك في مرحلة تكوين العقد، فلم تعد الرضائية - كأحد نتائج مبدأ سلطان الإرادة - كافية لإبرام العقد، حتى لا يُترك تحرير العقود لمحض أهواء المحترفين الذين لا يترددون في خدمة مصالحهم، حيث عمد هذا النوع من التشريعات إلى إلزام المحترفين بالالتزام بالإعلام، كشكلية إعلامية، من خلال إدلائهم بالبيانات والمعلومات للمستهلكين بقصد تنوير رضائهم، ومنح المستهلك مهلة للتفكير والتروي، كما تم تسجيل تراجع الحرية التعاقدية لصالح النصوص القانونية، من خلال تنظيم المشرع للالتزامات العقدية وتقرير الجزاء المترتب عليها، وفرض التزامات على عاتق المحترف بتنوع بتنوع العقود الاستهلاكية تماشيًا مع ما يسعى المستهلك إلى اشباعه من حاجات، لا سيما ما تعلق بالالتزام بالمطابقة، والالتزام بضمان السلامة، بما يجسد تجاوز الإطار العقدي لصالح الإطار القانوني، وقد خلص الباحث من خلال هذا الفصل إلى الآتي:

1- يعتبر فرض الالتزام بالإعلام - بطابعه الوقائي في قانون الاستهلاك - من المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة على عاتق أصحاب الخبرة الفنية والقدرة الاقتصادية من أهم الأساليب المستخدمة لإعادة التوازن لعلاقة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف، بمقدم السلع والخدمات كطرف قوي، سواءً قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه من خلال دوره الكبير في توفير الحماية اللازمة للمستهلك، لم تكن الوسائل التقليدية من قبيل عيوب الإرادة وضمان العيوب الخفية - كوسائل علاجية - كافية بتغطيتها، بما يُجسد خصوصية هذا الالتزام في تشريعات الاستهلاك من خلال تحقيق حماية موضوعية لرضا المستهلك مادام أن عدم الخبرة لا يندرج ضمن عيوب الرضا، لا سيما ما تعلق بقرينة افتراض علم المهني بكافة البيانات ذات العلاقة بالعقد، مع اعفاء المستهلك من إثبات هذا العلم، وقرينة ثانية لا تقل أهمية عن سابقتها والمتمثلة في افتراض جهل المستهلك للمعلومات التي يجب تقديمها إليه جهلاً مشروعاً مع إعفائه من الاستعلام عنها، رغم ترك المشرع لترتيب المسؤولية والتعويض في حالة الإخلال بهذا الالتزام للأحكام الواردة في القانون المدني والتي تُعد غير كافية لتحقيق الهدف الذي شُرع من أجله الالتزام بالإعلام، ممّا يستدعي تدخل المشرع لتحديد أحكام المسؤولية والتعويض عن الإخلال بهذا النوع من الالتزامات في ظل قانون حماية المستهلك وقمع الغش منعاً لتضارب النصوص والأحكام.

2- إثبات مهلة التفكير والتروي في قانون الاستهلاك إلى جانب الالتزام بالإعلام، مجسّدة في الإيجاب الملزم والقبول المقيد لدورها الكبير والفعال كآلية لحماية المستهلك وإعادة التوازن للعلاقة العقدية بينه وبين المهني من خلال تمكين المستهلك من دراسة مشروع العقد وحمايته من تسرّعه والحدّ من التعسف المحتمل من جانب المحترف، رغم التنظيم الهزيل للمشرع الجزائري لهذه التقنية - خلافاً لنظيره الفرنسي - فعلى الرغم أن عنصر الزمن يُشكل جوهر مهلة التفكير، إلّا أن المشرع الجزائري لم يحدّد المدة الزمنية الكافية لفحص المستهلك للعقد، ولا مدة العرض المسبق التي يلتزم بها المهني اتجاه المستهلك، الأمر الذي يُمكن القول معه أنه لم يستغل نظرية الإيجاب والقبول بما يُعزز حماية المستهلك من

خلال آلية التفكير والتروي في العقد، ويفرض ضرورة تدخل المشرع لضبط الأمور في هذا المجال، من خلال النص على مدة للإيجاب الملزم للمحترف، وفي المقابل تحديد المدة التي يُحظر على المستهلك إبداء قبوله خلالها، فضلاً عن ربط مخالفة التزام منح المستهلك مهلة للتفكير والتروي بجزء يضمن فاعليتها ويُحقق الغاية التي شُرعت من أجله.

3- أن التزام ضمان المطابقة في ظل القواعد العامة للقانون المدني من خلال نظرية العقد أثبت واقعياً، صعوبات وعقبات في التطبيق، كونها تُجسد الأساس الاتفاقي لالتزام المطابقة لضمان الصفة، بما أن البائع لا يلتزم بهذه الصفة، إلا إذا كان عرضه (إيجابه) يتضمن شرطاً يقضي بذلك، مما دفع بالمشرع الجزائري ومن أجل تدارك هذا النقص إلى النص في قانون حماية المستهلك وقمع الغش على الالتزام بضمان مطابقة المنتجات والخدمات للمواصفات والمقاييس، كالالتزام قانوني لا عقدي على عاتق المتدخل، الأمر الذي يجعل من هذا الالتزام في ظل قانون حماية المستهلك ذو قواعد من طبيعة وقائية، الهدف منها منع الإضرار بالمستهلك، من خلال ضمان المطابقة واستبعاد من السوق كل المنتجات والخدمات التي لا تستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك، وأخرى ردعية في حالة الإخلال بهذا الالتزام، سعياً إلى إعادة التوازن في العلاقة بين المستهلك كطرف ضعيف، والمتدخل كطرف قوي.

4- تبني المشرع الجزائري -على غرار نظيره الفرنسي- وأمام عجز الأنظمة القانونية التقليدية في تقديم حماية كافية للمستهلك عن الأضرار التي تتسبب فيها المنتجات المقلدة والمغشوشة كأحد نتائج نظام اقتصاد السوق والتي تُهدد أمنه وسلامته، لنظام أكثر تماشياً مع متطلبات الوضع الراهن وذلك بموجب قانون حماية المستهلك وقمع الغش من خلال إقراره لالتزام على عاتق جميع المتدخلين في عملية عرض المنتجات للاستهلاك بضمان سلامة المستهلك بشكل يُجسد اختلاف مضمون هذا الالتزام في تشريعات الاستهلاك عنه في القواعد العامة، رغم وحدة المصطلحات ويؤكد خصوصية الالتزام بضمان السلامة في تشريعات الاستهلاك على غرار الالتزام بالإعلام والمطابقة مقارنة بنظيرتها في القواعد العامة، سواء في الجزائر، أو في فرنسا، كالتزامات على عاتق المتدخل ارتبطت في قانون الاستهلاك بنظرية لا تعرفها القواعد العامة في القانون المدني والمتمثلة في نظرية الرغبة المشروعة للمستهلك، كمقاربة أكثر موضوعية لرابطة الالتزام وليس مجرد تفاوت بين المتعاقدين في الحقوق والواجبات.

الفصل الثاني

آليات الحماية المقررة للمستهلك في

مرحلة تنفيذ العقد: إعادة نظر بمبادئ العقد

إذا كان دور مبدأ سلطان الإرادة في تحديد آثار العقد يتجلى في إطار النظرية العامة للعقد من خلال مبدأ "القوة الملزمة للعقد" الذي يعني أنّ ما تُقرّره الإرادة ويدخل في نطاق العقد يُشكّل قوة ملزمة للطرفين كما لو كان قد نص عليه القانون، فيلزمهما بوجوب تنفيذ ما ينشأ لهما من حقوق وما يترتب عليهما من التزامات بموجب العقد، ويحظر على أحدهما تعديل العقد بإرادته المنفردة، ولا يقتصر هذا الحظر في التعديل على أحد المتعاقدين منفرداً فحسب، بل يشمل أيضاً القاضي الذي لا يملك سلطة الحلول محل الإرادة الفردية ولو كان ذلك بدعوى تحقيق العدالة أو منع الظلم¹، وهو ما جسّده المشرع الفرنسي في المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، وعلى غرار المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري بنصها: "العقد شريعة المتعاقدين...".

وكذا مبدأ "الأثر النسبي للعقد" الذي يعني انصراف آثار العقد لعاقديه دون سواهما على أساس أنّ هذا المبدأ هو الآخر استمد قوته من فكرة فلسفية مفادها أنّ الفرد لا يلزم إلا بإرادته الحرة، وهو ما جسّده المشرع الجزائري أيضاً في (المادة 108 ق.م.ج) بنصّها: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين..."، و(المادة 113 ق.م.ج) بنصها: "لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير..."، ورغم ما نص عليه القانون المدني من آليات قانونية في القواعد العامة من استثناءات على المبدئين، من أجل حماية الطرف الضعيف بما يُعيد للعقد توازنه في حالة اختلاله.

فإنّ ما أفرزته التحولات الاقتصادية والتكنولوجية، في ظل الثورة الصناعية وتطور عمليات التصنيع والتوزيع للسلع والخدمات، من اختلال في موازين العلاقة الاستهلاكية وسعي المتدخل بما يملك من سلطة وقدرة إلى تطويع العقد وتحقيق مصالحه على حساب المستهلك، أثبت عدم كفاية هذه القواعد التقليدية في حماية المستهلك وفرض على المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة، ضرورة إعادة النظر في المبدآن المذكوران أعلاه والأساس الذي قاما عليه - كمبدآن يتوقف عليهما تنفيذ العقد - من خلال إضافة قواعد قانونية جديدة، خاصة يرى أنّ من شأنها الحد من اختلال الالتزامات التعاقدية والتخفيف من حدة ما يحكم العقد من مبادئ في مرحلة تنفيذه، بما يتماشى واعتبارات حماية المستهلك كطرف ضعيف في العقد، كون العقد في مجال الاستهلاك لم يبرم بإرادة حرة كاملة من جانب هذا الأخير.

تأسيساً على ما سبق فقد خُصّص هذا الفصل لعرض مظاهر التحول في كل من مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية أثر العقد في مجال حماية المستهلك، بما يُجسد استقلالية هذا النوع من التشريعات على النظرية العامة للعقد، حيث قُمنّا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين كالآتي:

المبحث الأول: تدابير حماية المستهلك: اضعاف لمبدأ القوة الملزمة للعقد

المبحث الثاني: خصوصية حماية المستهلك: توسيع لاستثناءات مبدأ الأثر النسبي للعقد

¹ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 106.

المبحث الأول: تدابير حماية المستهلك: اضعاف لمبدأ القوة الملزمة للعقد

لقد وصفت أغلب التشريعات العقد بأنه شريعة المتعاقدين، وعلى غرارها المشرع الجزائري من خلال (المادة 106 ق.م.ج)، بنصّها: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، وكذا (المادة 107 ق.م.ج) بنصها: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، وبمحسن نية..."، وعليه إذا نشأ العقد صحيحاً بأركانه وشروطه، تحدّدت الالتزامات، وتولّدَت للعقد قوته الملزمة، ومن ثم وجب على المتعاقدين، والقاضي على حدّ سواء التقيّد به وتنفيذه في جميع ما اشتمل عليه، وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية من قبل طرفيه.

بما يجعل من إرادة المتعاقدين مصدراً للقوة الملزمة التي يكتسبها العقد والتي تضي عليه صفة القانون بالنسبة لأطرافه، كما يستمد العقد قوته أيضاً من القواعد الدينية والخلقية من خلال الوفاء بالعهد كدلالة أخلاقية، أو القواعد الاجتماعية والاقتصادية السائدة في المجتمع إلى جانب ذلك يجد العقد قوته الملزمة أيضاً في القانون والقضاء، حيث أحاطته معظم التشريعات بعناية فائقة، فضلاً عن دور الاجتهادات القضائية بشأن العقود ولا يمكن المساس بهذه القوة الملزمة إلا وفق اتفاق جديد للمتعاقدين، أو حسب الأحوال التي يقرّها القانون.

إلا أنّ الأمر على اختلاف تامّ في قانون حماية المستهلك، الذي فرض بعض الالتزامات على عاتق المحترفين - سواء كانوا منتجين أو موزعين - بشكل يُعدُّ خرقاً مباشراً لمبدأ القوة الملزمة للعقد في ظل النظرية العامة للعقد، لا سيما ما تعلق بمنح المستهلك في أحوال معينة الحق في العدول المنفرد عن عقد سبق له إبرامه سواء قبل، أو بعد تنفيذ العقد (مطلب أول)، وكذا معالجة هذا النوع من التشريعات لمسألة الشروط التعسفية في مجال الاستهلاك، كتجسيد لصفة الإذعان في هذا النوع من العقود، التي تطغى فيها إرادة الطرف القوي على إرادة الطرف الضعيف المدّعن، بفرض شروط لا تقبل المناقشة¹، نتيجة احتكاره سلعة أو خدمة ضرورية، وذلك بالسماح للقاضي بتعديل هذه الشروط وحتى الغائها (مطلب ثاني).

¹ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 39.

المطلب الأول: حق الرجوع (العدول) عن التعاقد: تضييق لإلزامية العقد

أدى فشل قواعد النظرية العامة في مواكبة متطلبات حماية المستهلك في حُلَّتْها الجديدة* إلى تحولات مهمة لهذه النظرية ضمن أحكام قانون الاستهلاك، برزتها حاجة المستهلك للحماية القانونية الخاصة، باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقد، حيث عمد المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة** -ومن أجل توفير هذا النوع من الحماية- إلى إتباع آليات حديثة وميكانيزمات جديدة تُعتبر بمثابة خرق مباشر لمبدأ القوة الملزمة للعقد، تداركاً لتسرع الكثير من المستهلكين في التعاقد تحت تأثير الدعاية والاعلانات الحديثة، في مقابل قلة خبرة المستهلك، إنّ لم نقل انعدامها، فكان من أهم الوسائل التي تدخلت بها هذه التشريعات حق المستهلك في الرجوع عن العقد، كآلية قانونية تُمكن المستهلك من مراجعة اختياراته وإعادة النظر في تعاقد، تجنباً لما ينجرُّ من نتائج عن القبول المتسرع.

ويرتبط هذا الحق ارتباطاً قوياً بظاهرة حماية المستهلك في بعض أنواع البيع، حيث قننه المشرع الفرنسي في بداية الأمر في التشريع الخاص بالتعليم بالمراسلة من خلال قانون 12 يوليو 1971، ثم في التشريع الخاص بالبيع في المنازل بموجب قانون 13 يناير 1972، ليتم تكريسها بصورة جلية في قانون إعلام وحماية المستهلك في نطاق بعض عمليات الائتمان بموجب قانون 10 يناير 1978، وبعدها في القانون المتعلق بالبيع عبر المسافات من خلال قانون 06 يناير 1988 ومؤخراً بموجب المرسوم 711-2001، ليضاف إلى قانون الاستهلاك، أمّا المشرع الجزائري*** فقد كرّس هذا الحق للمستهلك من خلال إجازته لهذا الأخير وفي أحوال معينة الرجوع عن العقد الذي أبرمه وإرادته المنفردة، خلال مهلة زمنية محدّدة، حيث نص في المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القروض على ما يكفل للمستهلك حق العدول عن القرض الاستهلاكي بموجب المادة 11 من هذا المرسوم، وكذا عقد البيع بالمنزل بموجب المادة 14 من نفس المرسوم¹.

* قبل صدور قانون حماية المستهلك في الجزائر، كان المشرع يضمن التوازن العقدي في مجال عقود الاستهلاك بموجب القواعد العامة في القانون المدني وفقاً لنظرية عيوب الإرادة والعيوب الخفية، فكان يوقع التزام المتدخل أو المحترف طبقاً للمسؤولية العقدية التي يرتبها على البائع في حالة إخلاله بالتزام تعاقدي، إضافة إلى إمكانية تحميله المسؤولية التقصيرية، متى كان المستهلك لا تربطه علاقة تعاقدية مباشرة بالمحترف، أنظر نورة جحايشية وعصام نجاح، حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، جامعة حمة لحضر، الوادي، الجزائر، أفريل 2020، ص 481.

** والواقع أن خيار الرجوع في التعاقد لا يقتصر على القوانين الوضعية الحديثة، بل يجد له تنظيمًا دقيقًا وشاملاً في الفقه الإسلامي يقوم على نظرية العقد غير لازم، التي تستند أساساً إلى نظرية الخيارات التي اشتهر بها الفقه الإسلامي الحنيف، بما يجعل من نظرية العقد غير لازم، نظرية عامة للرجوع في التعاقد لا تقتصر على حالة التسرع في التعاقد، بل تتسع لتشمل حالات أخرى تقررت حماية لركن الرضا بصفة عامة وليس فقط التسرع فيه. أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل، حماية رضا المستهلك تجاه تسرعه في التعاقد: دراسة لخيار المستهلك في الرجوع في تعاقد، دار المنظومة، المؤتمر العلمي الثاني، الإعلام والقانون، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، ص 281 وما بعدها، وأنظر أيضاً محمد أمين سعدي وأحمد رباحي، حق العدول عن العقد كآلية حامية للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 05، العدد 02، جامعة حسينية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2019، ص 48 وما بعدها.

*** عرف حق الرجوع عن العقد في التشريع الجزائري تطبيقات في نصوص متفرقة خارج مجال المستهلك، حيث جاءت الإشارة إليه في قانون التأمينات في المادتين 70 مكرر و90 مكرر 1 بخصوص التأمين على الأشخاص، بعد تعديل 2006 بموجب القانون 06-04 المؤرخ في 20 فبراير 2006، كما قننه المشرع أيضاً في الأمر 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، بعد تعديل 2010 بموجب الأمر 10-04، المؤرخ في 26 أوت 2010، وبالضبط في المادة 119 مكرر 1 في فقرتها الثالثة التي نصت على أنه: "يمكن لأي شخص اكتسب تعهداً أن يتراجع عنه في أجل ثمانية أيام من تاريخ التوقيع على العقد".

¹ تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 15-114 سالف الذكر على ما يلي: "...غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية أيام عمل، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، كما نصت المادة 14 منه على ما يلي: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة. لا يمكن إجراء أي دفع قدي قبل انتهاء هذه المدة".

كما أدت التطورات التكنولوجية وسرعة المعاملات إلى تغيّر في إبرام العقود فصارت تُبرم عبر شبكة الأنترنت، لا سيما ما فرضته جائحة كورونا (كوفيد19) من ضرورة التوجّه إلى المعاملات الالكترونية التي وإن كانت تتم عن بعد دون أن يجمع طرفيها مجلس عقد واحد كمزية، إلا أنها صعبت على المستهلك إمكانية معاينة ما يتعاقد بشأنه والامام بخصائصه، فأصبح يتعاقد حول منتجات لا يمكنه رؤيتها ولا حتى التحقق من مدى ملاءمتها لرغباته المشروعة، مما يُجسّد تخوفه من مخاطر التعاقد عن بعد أثبتت القواعد العامة عجزها عن حمايته منها، الأمر الذي دفع بالمشروع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى تكريس حق العدول، كآلية تُعطي المستهلك في هذا النوع من العقود حق إمكانية الرجوع عن تنفيذ العقد وإن كانت تُعدّ خرقاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، فإنها حتماً تنطوي على جلب للمصالح ودرء للمفاسد، فجاء القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ليليه القانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المعدل والمتمم للقانون 09-03، وتأسيساً على ما سبق سنتطرق لبعض جوانب هذا الحق من خلال الفروع الآتية:

- مفهوم حق المستهلك في الرجوع عن العقد (فرع أول).
- الطبيعة القانونية لحق الرجوع عن العقد (فرع ثاني).
- مبررات تقرير حق الرجوع في العقد (فرع ثالث).
- تطبيقات لحق المستهلك في الرجوع عن التعاقد (فرع رابع).

الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في الرجوع عن العقد

يرتبط محل عقد الاستهلاك تقليدياً كان، أم الكترونياً بحصول المستهلك على منتج، أو خدمة يلتزم المهني بأدائها إليه، وقد أقرّت جلّ التشريعات حق المستهلك في العدول عن العقد وإرجاع المنتج، أو رفض الخدمة دون أي أسباب طالما لم يخرج ذلك عن الآجال المحددة قانوناً، والحقيقة أنّ ذلك لا يعدو كونه تطبيقاً للقواعد العامة في القانون المدني بالتزام البائع بضمان العيوب الخفية، إلا أنّ هذا الحق على اختلاف تام في قانون الاستهلاك بالنظر إلى خصوصية هذا النوع من التشريعات التي تهدف في المقام الأول إلى حماية المستهلك كحلقة أضعف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، الأمر الذي يجعل من حق الرجوع بمثابة حماية متميزة في هذا النوع من العقود، كآلية توازن معرفي نوعي بين أطراف العلاقة التعاقدية، من خلال ابتداء قواعد حماية تُعدّ من النظام العام وتُمثّل الحماية في حدّها الأدنى، لا يجوز للمستهلك نفسه النزول عنها وتختلف تماماً عن القواعد التقليدية للعقود، وعليه فإنّ تحديد مفهوم حق المستهلك في الرجوع يقتضي بيان المقصود بهذا الحق (أولاً)، ثم خصائصه (ثانياً)، ثم طبيعته ونطاقه (ثالثاً).

أولاً: المقصود بحق المستهلك في الرجوع

لم تُعرّف التشريعات* التي منحت المستهلك الحق في الرجوع تعريفاً لهذا الحق واكتفت بتنظيمه من خلال النصّ عليه، فنصّ عليه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك الفرنسي المعدّل بالقانون 841-2005، حين نصّ في المادة L.121.20 منه¹ على أنّ: "للمستهلك أجل 07 أيام كاملة لممارسة حق الرجوع عن العقد دون أي سبب ودون دفع أي مبالغ باستثناء مصاريف الإرجاع"، في حين نظم التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد هذا الحق بنصه في المادة 1/06 منه على ما يلي: "يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون جزاءات، ودون بيان السبب والمصاريف المباشرة لردّ البضائع"².

أمّا المشرع الجزائري فقد نهج نهجاً مخالفاً تماماً حين أورد تعريفاً للحق في العدول ولم يكتف بالنصّ عليه، رغم أنه لم يحدّد مدته وكيفيته ولا حتى نطاقه وإجراءاته، فأقرّ حق المستهلك في العدول بموجب القانون 18-305، حيث ألزم المورد الإلكتروني بضرورة إعلام المستهلك بحقه في العدول وشروطه وآجاله بنصّه في البند ب من المادة 13 منه على أنه: "يجب أن يُقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني... ويجب أن يتضمن على الأقل المعلومات الآتية: شروط وآجال العدول عند الاقتضاء"، وعرفه بصفة مباشرة من خلال المادة 19 في فقرتها الثانية من القانون 18-409 المعدّل والمتّم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بنصّها: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب"، ليضيف في الفقرة الثالثة من نفس المادة أنّ: "للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ضمن احترام شروط التعاقد ودون دفعه مصاريف إضافية"، في حين أحالت الفقرة الرابعة من نفس المادة شروط وكيفيات ممارسة هذا الحق وآجاله وكذا قائمة المنتوجات المعنية إلى التنظيم.

أمّا من الناحية الفقهية، فرغم اختلاف الفقه القانوني في تحديد المقصود بحق العدول، أو خيار الرجوع-كما يفضل البعض أن يسميه*-إلا أنهم يتفقون على الأقل حول آثاره، كونه يُبين قدرة المتعاقد على المفاضلة، أو الاختيار بعد إبرام العقد بين إتمام هذا الأخير، أو الرجوع فيه.

* نص عليه المشرع التونسي بموجب الفصل 25 من القانون رقم 200-83، المؤرخ في 09 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 64، المؤرخة في 11 أوت 2000، ونص عليه المشرع المغربي بموجب المادة 32 من ظهير 03-11، المؤرخ في 18 فيفري 2011، المتعلق بتنفيذ القانون 08-31، القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج ر عدد 5932، المؤرخة في 07 أفريل 2011.

¹ Art. L. 121-20 : " le consommateur dispose d'un délai de sept jours pour exercer son droit de rétractation son avoir à justifier de motifs ni a payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour. "...

² مليكة جامع، المرجع السابق، ص 455.

³ القانون 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28، المؤرخة في 16 ماي 2018.

⁴ القانون 18-09، المؤرخ في 10 جوان 2018، المعدل والمتّم للقانون 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 35، المؤرخة في 13 جوان 2018.

* تباينت المصطلحات المعبر بها من قبل التشريعات والفقه القانوني عن مفهوم الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد، بين "الحق في العدول" و"الحق في الفسخ"، و"الحق في التراجع"، أو "الرجوع"، و"حق الندم"، و"حق الانسحاب"، و"الحق في إعادة النظر"، في حين أن المصطلح المتداول في الفقه الإسلامي ونصت عليه الكثير من التشريعات المستمدة منه هو "خيار الرؤية"، ويعد المصطلح الدقيق والمحدّد لمفهوم هذا الحق هو "الحق في الرجوع"، كون باقي المصطلحات لا سيما الفسخ تبقى ذات مدلول غير المدلول المراد في دراستنا هذه، أما عن المشرع الجزائري فقد استعمل مصطلح "الحق في التراجع" في قانون النقد والقرض، في حين استعمل مصطلح "العدول" في المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، حيث يعد هذا الحق وسيلة إضافية إلى جانب نظرية عيوب الإرادة تكفل الحماية

لذلك يُعرّف البعض حق العدول عن العقد بأنه: "وسيلة يُجيز من خلالها المشرع لأحد المتعاقدين بأن يُعيد النظر من جديد ومن جانب واحد في الالتزام الذي ارتبط به مسبقاً"، أو "وسيلة قانونية تسمح للمستهلك بإعادة النظر في العقد الذي ساهم بإرادته في إبرامه عن طريق الرجوع فيه بإرادته المنفردة، دون أدنى مسؤولية تقع على عاتقه"¹، و عُرّف بأنه: "حق يترتب للمستهلك خلال مدة معينة من تاريخ التسليم، يُثبت له الخيار بين ردّ المبيع غير المطابق واستبداله بآخر مطابق، أو إعادته، أو استرداد الثمن دون أن يتحمل نفقات، أو تكاليف إضافية"²، كما عُرّف أيضاً بأنه: "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن أبرم العقد صحيحاً، أو قبل إبرامه دون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك في تعويض المتعاقد الآخر عما يُصيبه من أضرار بسبب الرجوع"³، في حين عُرّفه البعض الآخر بأنه: "مكنة تشريعية، أو اتفاقية تُتيح للمستهلك-خلال مدة محدّدة- الرجوع عن العقد دون إبداء مبرر، بشرط تحمل نفقات ردّ المبيع"⁴.

كما عُرّفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "إعلان رجوع المتعاقد عن إرادته المعبر عنها من قبل وتجريدها من كل أثر في الحاضر والمستقبل، فهو تعبير عن إرادة عكسية"، بما يجعل من هذا الحق سلطة يمارسها أحد المتعاقدين (المستهلك)، تهدف إلى التحلل من العقد بالإرادة المنفردة دون اعتبار للطرف الآخر"⁵.

ليتضح من خلال التعاريف السابقة، أن جوهر الحق في الرجوع يكمن في تمكين المستهلك خلال مدة محدّدة من إنهاء العقد من خلال ردّ المنتج واسترداد ما دفع، دون إلزامه بالتعويض بسبب ممارسته لهذا الحق، كون الأضرار التي قد تلحق المهني بسبب ذلك ناتجة عن ممارسة حق كفله القانون للمستهلك، ما لم يتعسف هذا الأخير في ممارسة هذا الحق.

كما يتضح أيضاً اختلاف الحق في الرجوع عن الحق في التفكير، فعلى الرغم من أن الغاية من الحقين واحدة والمتمثلة في حماية المتعاقد الضعيف وإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، كفكرتين استُحدثتا في ظل الإنتاج الوفير والرغبة في التسويق الواسع من خلال المتاجر الكبرى التي تكون في مركز أقوى من المستهلك المتعاقد معها، فإنّ الأول لا يُمكن مباشرة إلا بعد إبرام العقد، حتى لا يضطر المستهلك للاستمرار في عقد لا يرضى عنه، ولا ينبغي الاستمرار في

للطرف الجدير بما، الذي صدر رضاؤه دون بينة من أمره، ومن تطبيقات هذا الحق في التشريع الجزائري أيضاً مصطلح "حق الندم" المقرر للمؤلف في سحب مؤلفه من التداول عندما لا يصبح مطابقاً لقناعاته الشخصية، حيث نصت على هذا الحق المادة 24 من الأمر 03-05 المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، ج ر العدد 44.

¹ مليكة جامع، حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد 01، جامعة غرداية، الجزائر، 2020، ص 455.

² Koju Hirose, A Behavioral Economic Analysis of Consumer Withdrawal Rights in the USA, EU, and Japan, Innovation and the Transformation of Consumer Law, p.456.

³ حورية سي يوسف زاهية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تامنغست، الجزائر، 2018، ص 14.

⁴ الزهرة جحريف، الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني بين إقرار المشرع الجزائري وغياب التنظيم، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الخامس، العدد الثالث، جامعة عاشور زيان، الجلفة، الجزائر، سبتمبر 2020، ص 227.

⁵ عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق، ص 768، أنظر في الصدد أيضاً سامية لموشية، خيار رجوع المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمّة لخضر، الوادي، الجزائري، جانفي 2018، ص 224.

الالتزام به بعدما تدبر وأمعن النظر في بنوده وجدواه، بينما الثاني فإنه يكون سابقاً على إبرام العقد، كون هذا الأخير (مهلة التفكير) يستهدف تنوير المستهلك، ومنحه فرصة كافية لدراسة مدى جدوى إبرام العقد وتناسبه مع مصالحه أي ضمن تكوين العقد وقبل إبرام العقد وقبل الالتزام به بشكل بات، فضلاً عن أنها عملية خاصة ينحصر وجودها في بعض العقود المنصوص عليها قانوناً بين المهنيين والمستهلكين، كما هو الحال في عقود الائتمان من خلال حاجة المستهلك للتفكير في جدوى القرض ومقداره والأعباء الناجمة عنه، كمقدار الفائدة والقسط الواجب دفعه، وغيرها من المسائل ذات الصلة.

وعليه وبعد عرض مفهوم الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد في الفقه القانوني والتشريع الجزائري، يمكن تعريف هذا الحق بأنه: "تلك السلطة التي يُخوّلها القانون للمستهلك، والتي تُمكنه من الرجوع عن تنفيذ العقد المبرم خلال مدة زمنية محدّدة وبإرادته المنفردة، دون أن يكون ملزماً بتقديم مبرّر عن سبب الرجوع، ودون ترتيب أي التزامات على عاتقه".

ثانياً: خصائص الحق في الرجوع عن العقد

من خلال تعريف الحق في العدول عن العقد، يتضح أنه يتميز بمجموعة من الخصائص التالية:

1- الحق في الرجوع عن العقد: محدّد المجال: ذلك أنّ هذا الحق لا يردّ إلا على عقد لازم كالبيع والإيجار، دون العقود التي تفتقد لهذه الصفة بطبيعتها، كعقد الوكالة، فضلاً عن أنه يردّ على عقد صحيح، كون العقد الباطل لا يُرتب أي أثر¹.

2- الحق في الرجوع عن العقد: محصور المصدر: فمصادر الحق في الرجوع عن العقد تنحصر إمّا في الاتفاق، أو في حكم الشرع، أو في نص القانون، فبالنسبة للعدول، أو الرجوع الاتفاقي فإنه يُعدّ استثناءً عن القوة الملزمة للعقد، حيث يكون بإمكان المتعاقدين الخروج عن هذه القاعدة وذلك بإعطاء خيار العدول عن العقد لكليهما، أو لأحدهما بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر، فيُصبح العقد في هذه الحالة غير لازم وقابل للرجوع عنه ويُعدّ اتفاق المتعاقدين هنا هو أساس الخيار بناءً على "مبدأ سلطان الإرادة" و"مبدأ العقد شريعة المتعاقدين" بشرط أن يكون الخيار مقيّداً بفترة زمنية محدّدة يتم خلالها إعمال خيار العدول ويصبح العقد بانتهائهما باتاً ونهائياً لا رجوع فيه، أما فيما يتعلق بالرجوع التشريعي المترتب عن نص خاص في القانون فقد اختلف الفقه في بيان أساسه القانوني بين من يقول بفكرة التكوين المتدرّج للعقد من منطلق أن عقود الاستهلاك لا تُبرم بمجرد ارتباط الإيجاب مع القبول، بل لا بدّ من مرور مدة زمنية قبل أن يرجع المستهلك عن عقده، وبين من يرى أن العدول الممنوح للمستهلك من قبل المشرع لا يؤثر في العلاقة التعاقدية شيئاً، وأنّ العقد يكتمل وجوده بمجرد توافر شروطه وأركانه وهنا يكون المستهلك صاحب الخيار في العدول عن عقد قد أبرمه فعلاً وأصبح تاماً ونافذاً، لكن يستطيع بإرادته المنفردة العدول عن هذا العقد خلال المهلة المحدّدة قانوناً²، ذلك أن العقد الذي يُبرمه المستهلك ويُقرّر له فيه

¹ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 768.

² علي أحمد صالح وعبد الحميد بن عيشة، العدول آلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2018، ص 819.

المشرع خيار العدول يكتمل وجوده القانوني تمامًا وتنتقل به الملكية إلى المستهلك، وكل ما في الأمر أن المشرع منحه -خلال مدة معينة- الخيار في نقض العقد والعدول عنه بإرادته المنفردة لحكمة شاءها المشرع تتمثل في حماية المستهلك من تسرعه في التعاقد، وخشية أن يُسلب المستهلك هذا الحق بموجب الاتفاق فإنَّ المشرع في القوانين التي قرّرت هذه المكنة يحظر الاتفاق عن النزول عنها مسبقًا أو تقييدها بغير ما قيدها به المشرع نفسه، وهو الرأي الذي يراه الباحث أساسًا للعدول التشريعي بما يُجسد استثنائية هذا الحق من "مبدأ القوة الملزمة للعقد" وضمانة للمتعاقدين الضعيف من خلال تمكينه من التراجع عمّا تعهّد به خلال المدة المحددة قانونًا أو اتفاقًا لذلك¹.

3-الحق في الرجوع عن التعاقد: يتعلق بالنظام العام: ذلك أنّ الإقرار الصريح من قبل المشرع لهذا الحق يجسد عدم جواز التنازل عنه مُسبقًا، كما يقع باطلًا كُلُّ شرطٍ، أو اتفاقٍ يُقيد، أو يحرم المستهلك من ممارسة هذا الحق قبل نشوئه، بما يضمن فعالية هذه الضمانة المقررة لحماية المستهلك، كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، لذلك فهو غالبًا ما يتعلق بالنظام العام الحمائي²، فحق الرجوع جاء لحماية الطرف الضعيف في العقد (المستهلك) من تعسف المتدخل الذي قد يفرض عليه التنازل عن هذا الحق بحكم مركزه الاقتصادي وملائته المالية وخبرته المهنية والمعرفية، الأمر الذي يُجسّد علاقة هذا الحق بالنظام العام بما يُعطي للحق في الرجوع قوة إلزامية بموجب قواعد آمرة تحقيقًا للتوازن العقدي بين طرفين غير متكافئين من الناحية الاقتصادية³.

4-الحق في الرجوع عن التعاقد: تصرف قانوني بإرادة منفردة: فالإرادة من خلال هذا الحق تتجه إلى إحداث أثر قانوني، الأمر الذي يُشترط معه ما يُشترط في التصرف القانوني من أهلية للتصرف وإرادة خالية من العيوب، كون ممارسة حق الرجوع في العقد يُجسّد تعبيرًا عن الإرادة في التراجع عن قرار سابق اتخذته المستهلك دون تبصر تحت تأثير أساليب الإغراء والإشهار⁴.

ثالثًا: شروط ممارسة الحق في الرجوع عن التعاقد

لم يُحدّد المشرع شروطًا معينة لممارسة المستهلك لحقه في الرجوع عن التعاقد، إذ يكفي إشعار هذا الأخير المتدخل برغبته في العدول عن العقد بطريقة واضحة، إلّا أنّه واستقراءً للنصوص القانونية التي تُقرّر هذا الحق يُمكن استخلاص شروط ممارسة هذا الحق والمتمثلة في شرطين أساسيين على المستهلك مراعاتهما لضمان صحة رجوعه وهما أنّ يتم الرجوع خلال المدة القانونية المحددة، وألا يكون العقد المبرم مع المستهلك من العقود المستثناة من نطاق الحق في الرجوع، أو تلك التي تحتاج إلى اتفاق خاص.

¹ عيسى بنحيت، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2017، ص ص 26-27.

² حورية سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 15، أنظر في الصدد أيضا عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 770.

³ وليد لعوامري، حق الرجوع كآلية لحماية المستهلك في العقد المبرم إلكترونيا، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد السابع، العدد الرابع عشر، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 42.

⁴ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 323.

1-أن يتم العدول خلال المدة القانونية المحددة

في سعيها إلى المحافظة على توازن العقد ومصالح المتعاقدين لم تجعل معظم التشريعات من آلية الحق في العدول حقاً مطلقاً، بل قيدت عملية ممارسته بفترة زمنية محدودة، عادةً ما تكون مدة قصيرة رعاية لمصالح الأطراف المتعاقدة¹ بما يمنع تعسف المستهلك في استعمال حقه في التراجع، لا سيما في ظل غياب أي تنظيم لمقتضيات قانونية ضمن قانون حماية المستهلك تحمي المهني من تعسف المستهلك في استعمال حقه هذا².

وتختلف هذه المدة من تشريع لآخر سواء قصرت، أو طالت يلتزم المستهلك باحترامها حتى يُنتج هذا الحق أثره القانوني، فحدّد التوجيه الأوروبي هذه المدة بسبعة أيام عمل من خلال المادة 06 منه³، في حين حدّدتها المشرع الفرنسي بموجب المادة L.121.18 من تقنين الاستهلاك الفرنسي⁴، كأصل عام بأربعة عشر يوماً تُحسب من الوقت الذي يتم فيه تسليم السلعة للمستهلك متى كان محل العقد سلعة، أما إذا كان محل العقد خدمة، فإن سريان مدة الأربعة عشر يوماً يبدأ من الوقت الذي يتم فيه العقد، مع إمكانية تمديد هذه المدة استثناءً، في حالة عدم قيام المهني بالتزامه اللاحق بالإعلام، حيث تُمدّد المدة إلى 12 شهراً ولا تعود إلى الأصل العام المتمثل في 14 يوماً، من اليوم الذي يقوم فيه المهني بتنفيذ التزامه بالتبصير اللاحق عن العقد⁵، أمّا في الولايات المتحدة الأمريكية، فنجد العديد من النصوص التي تُشير إلى حق المستهلك في الرجوع عن البيع وإعادة السلعة، إلّا أنّها في معظمها تُشير إلى مهلة ثلاثين يوماً من تاريخ الشراء⁶.

وعلى نفس النهج سار المشرع المصري حين نصّ على حق المستهلك في فسخ العقد المبرم إلكترونياً خلال 15 يوماً التالية لتاريخ تسلّمه للسلعة، أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة، دون الحاجة لتقديم مبررات⁷، وكذا المشرع التونسي الذي حدّد مدة (10) عشرة أيام كأجل لعدول المستهلك عن الشراء تُحسب بالنسبة للسلع من

¹ عمار زعي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك: دراسة مقارنة، مجلة المفكر، العدد التاسع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2013، ص 124.

² محمد خلوقي، الحق في التراجع عن العقود الاستهلاكية، دراسة على ضوء نظرية التعسف في استعمال الحق، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لمجلة القانون والأعمال، <https://www.droitetentreprise.com>، تاريخ الاطلاع 11 مارس 2022.

³ Article 6 : « Droit de rétractation : 1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises ».

⁴ v. art 221-18 code consommation Français : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu à distance, à la suite d'un démarchage téléphonique ou hors établissement, sans avoir à motiver sa décision ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25.

Le délai mentionné au premier alinéa court à compter du jour :

1° De la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnés à l'article L.221-4

2° De la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens. Pour les contrats conclus hors établissement, le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat».

⁵ مليكة جامع، المرجع السابق، ص 457.

⁶ فتحي بن جديد، حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، مجلة القانون، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة غليزان، الجزائر، ديسمبر 2014، ص 87.

⁷ تنص المادة 19 من قانون تنظيم أحكام التجارة الإلكترونية المصري على ما يلي: "مع عدم الإخلال بأحكام الضمان القانونية والاتفاقية، يجوز للمستهلك أن يفسخ العقد المبرم إلكترونياً خلال الخمسة عشر يوماً التالية على تاريخ تسلّمه للسلعة، أو من تاريخ التعاقد على تقديم الخدمة وذلك بدون حاجة إلى مبررات".

تاريخ تسلمها من قبل المستهلك وبدايةً من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمات¹، حيث يتعين على البائع في هذه الحالة إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة، أو العدول عن الخدمة². أمّا المشرع الجزائري فإنه على الرغم من إقراره لحق العدول من خلال تعديله للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بموجب القانون 09-18 سالف الذكر، إلّا أنّه لم يُحدّد المدة التي يتعين على المستهلك ممارسة هذا الحق خلالها واكتفى بالنص في المادة 19 في فقرتها الرابعة من نفس القانون على أنه: "تحدّد شروط وكيفيات ممارسة الحق في العدول وكذا آجال وقائمة المنتجات المعنية عن طريق التنظيم"، هذا الأخير الذي لم يصدر إلى غاية اللحظة.

2- ألا يكون العقد المبرم مع المستهلك من العقود المستثناة من نطاق الحق في الرجوع

منع المشرع حق الرجوع في بعض العقود بالنظر لطبيعتها، أو تلك التي ألزم فيها الأطراف باتفاق مسبق من أجل إقرار تنفيذ العقد، فإذا كان المشرع الجزائري لم يُصدر النص التنظيمي الذي يُحدّد بمقتضاه قائمة المنتجات المعنية بممارسة حق العدول، فإنّ الأمر ليس كذلك بالنسبة في بعض التشريعات، لذلك فإنّه استقراءً لنصوص التوجيه الأوروبي وقانون الاستهلاك الفرنسي لا سيما المادة L.121.20، وكذا القانون التونسي، فإنّ هناك طائفة من العقود لا يسري عليها الحق في العدول والمتمثلة في الآتي:

أ- عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول: ويتعلق هذا الاستثناء* بعقد من عقود الاستهلاك، لا سيما الالكترونية منها يكون محلّه تقديم خدمات، عندما يتم الاتفاق بين المهني والمستهلك على بدء تنفيذ العقد قبل انتهاء المدة القانونية المقررة لممارسة الحق في التراجع، الأمر الذي يحول دون تمسك المشتري (المستهلك) بالعدول عن العقد، وربما المهدف من وراء ذلك حسب بعض الفقه³، هو تفادي بدء المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدّمة، ثمّ عُدوله عن العقد بعد ذلك ممّا يلحق أضراراً بالمهني، خاصةً وأنّ المستهلك لا يمكنه أن يتأكد من توفر الخصائص في الخدمة المقدّمة، إلّا عند البدء في تلقي منافعتها⁴.

ب- العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها: يشمل هذا الاستثناء من ممارسة الحق في الرجوع السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها باستمرار تزامناً مع تقلبات السوق المالي، والعلة في استبعاد هذا النوع من العقود هو تفادي الإضرار بالمهني الذي يكون ملزماً برّد مبلغ السلعة، أو الخدمة الذي دفعه المستهلك عند إبرام العقد والذي حتماً لن يكون نفسه عند الرّد، بالنظر لتقلّبات أسعار السلع والخدمات نتيجة تقلّبات السوق المالي⁵.

¹ الفصل 30 من قانون مبادلات التجار الالكترونية التونسي.

² عمار زعبي، المرجع السابق، ص 124.

* أورد التوجيه الأوروبي رقم 97-07 هذا الاستثناء في المادة السادسة في فقرتها الثالثة منه، وأورده تقنين لاستهلاك الفرنسي في مادته L.121.20 فقرة 02، في حين أورده المشرع التونسي في المادة 32 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

³ أنظر عجالي بخالد، حق المستهلك الالكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017، ص 340.

⁴ فتحي بن جديد، المرجع السابق، ص 88.

⁵ عجالي بخالد، المرجع السابق، ص 341.

ج- عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها حسب المواصفات الشخصية التي يحددها المشتري: ومثال ذلك اتفاق شخص ما مع شركة لإنتاج السيارات على تصنيع سيارة بمواصفات معينة، كالسيارة المعدة لذوي الاحتياجات الخاصة¹، لذلك يُمكن القول أنّ هذا النوع من العقود لا يوجد في كل السلع، كون المستهلك الذي يطلب سلعة ذات مواصفات معينة يكون على دراية تامة بتحقيق مواصفات هذه السلعة لرغباته باعتبارها أُنتِجت وصُممت على مقاسه ولا يُمكن أن تصلح للجميع، فليس من العدل أنّ يطلب مستهلك سلعة خاصة به ثمّ يعدّل عن شرائها، الأمر الذي يصعب معه، إنّ لم نقل يستحيل تسويقها من جديد وبالتالي إلحاق الضرر بالمتدخل، بل ويُجسد تعسف المستهلك في استعماله لهذا الحق ويؤدي حتمًا إلى الإخلال بتوازن العقد، بما يُبرّر استثناء معظم التشريعات^{**} لهذه العقود من ممارسة حق الرجوع المقرر قانونًا لمصلحة المستهلك.

د- عقود توريد السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف: بعض السلع تكون واسعة الاستهلاك، نتيجة تداولها من الجميع بما يجعلها مألوفة لدى العام والخاص، كونها تُستهلك كل يوم، وتتميز بسرعة تلفها وعدم قابليتها للتخزين لمدة أطول، الأمر الذي يُفسر استثناء العقود المبرمة بشأن هذه السلع من نطاق تطبيق حق الرجوع في العقد من قبل المستهلك، من خلال استبعاد إرجاعها للمهني بالنظر لعدم صلاحيتها، ك بعض المنتجات الغذائية من قِبل الحليب ومشتقاته، والتي قد تكون مدّة صلاحيتها أقل من المدة المخصصة لخيار الرجوع في العقد²، أو تلك التي لا يُمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها، كالأدوية المركبة التي من شأن إرجاعها للبائع أحداث تغيير فيها³.

هـ- العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري: يُستثنى حق الرجوع في هذا النوع من العقود، متى قام المستهلك بنزع الغلاف الخاص بالتسجيل السمعي البصري، أو قام بفتح برامج الإعلام الآلي، أو القرص المضغوط، كون هذه المقتنيات يُمكن نسخها وإعادتها إلى حالتها الطبيعية قبل ممارسة الحق في العدول، والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد لهذا النوع من العقود، إنّما هو حماية حقوق الملكية الفكرية المثبتة على التسجيلات والبرامج، باعتبارها من الأعمال، أو المصنّفات التي تشملها حقوق المؤلف⁴، ذلك أن إعطاء المستهلك حق العدول عن تلك السلع إفتراض معه المشرع إمكانية الحصول عليها مجانًا بعد نزع ختمها من خلال نسخها، أو إعادة إنتاجها⁵.

¹ عجالي بخالد، المرجع نفسه، ص 342.

^{**} أورد التوجيه الأوروبي هذا الاستثناء في المادة 1/9 منه، والمشرع التونسي في المادة 32 في فقرتها الثانية من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية، كما أقره المشرع المغربي في المادة 3/38 من القانون المتعلق بحماية المستهلك التي جاء فيها: "لا يمكن أن يمارس حق التراجع عند التزود بالسلع التي طلبها المستهلك حسب مواصفات خاصة به"، وغيرها من القوانين المتعلقة بحماية المستهلك التي سارت على هذا النهج.

² سامية لموشية، المرجع السابق، ص 229.

³ عجالي بخالد، المرجع السابق، ص 342.

⁴ سميرة زوبة، الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016، ص 63.

⁵ فتحي بن جديد، المرجع السابق، ص 89.

و-العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات: لهذا الاستثناء* مبرره، الذي يتجسد من الناحية المنطقية في عدم جواز منح المستهلك الحق في الرجوع عن التعاقد، إذا تعلق الأمر بصحيفة، أو مجلة ذات طابع زمني في استعمالها، لا يكون لها أية قيمة بعد هذه المدة، أما بالنسبة للدوريات، فإنَّ العلة في استثنائها من حق الرجوع في العقد، إنّما يتجسد في حفظ حقوق الملكية الفكرية، تحببًا لقيام المستهلك بنسخها قبل إعدادها، متى مارس حقه في الرجوع، كما يشمل هذا الاستثناء أيضًا عقود شراء الجرائد والمجلات والدوريات التي يتم تنفيذها عبر شبكة الأنترنت¹.

مما سبق يرى الباحث أنه رغم بعض الاختلاف للتشريعات المتضمنة لاستثناءات حق الرجوع في التعاقد المقرر لمصلحة المستهلك، بحيث يرجع هذا الاختلاف لظروف كل دولة، إلا أنها تقاربت في تحديد هذه الاستثناءات، مع ذلك لا بد من ملاحظة خلو تشريعات حماية المستهلك في الجزائر من هذه المعاني، الأمر الذي يثير الاستغراب بهذا الشأن، في ظل نص العديد من التشريعات المقارنة على الحق في الرجوع، لا سيما العربية منها والقريبة من الجزائر، من قبيل القانون التونسي لسنة 2000، والقانون اللبناني لسنة 2005 وكذا القانون الفرنسي الصادر في تسعينيات القرن الماضي، دون أن يتأثر المشرع الجزائري بهذا السبق التشريعي، على الرغم من الأهمية التي يكتسبها موضوع تقنين هذا الحق واجراءاته، الأمر الذي من شأنه أن يجسد قصور وعدم فاعلية منظومة حماية المستهلك في الجزائر في ظل هذه النقائص، التي لا تُستدرك إلا من خلال السعي إلى مراجعة قانون حماية المستهلك وإثرائه بإضافة مواد قانونية تتكفل بتأطير المسائل المتعلقة بحق رجوع المستهلك عن العقد، متى رأى أن العقد الذي تسرع في إبرامه تحت تأثير إغراءات وسائل الدعاية والإعلام ودون تمعن وتبصر لا يستجيب لرغباته.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق الرجوع عن العقد

يثير خيار الرجوع عن العقد خلافًا فقهيًا حول تحديد الطبيعة القانونية لهذه الآلية، بين من يعتبره حقًا (أولاً)، رغم ما يثيره ذلك من اختلاف كونه حقًا عينيًا، أم حقًا شخصيًا، وبين من يعتبره رخصة (ثانيًا)، في حين هناك من ذهب إلى اعتباره مكنة قانونية (ثالثًا)، ذلك أنه يُمكن المستهلك من العدول بإرادته المنفردة عن عقد سبق إبرامه باتفاق إرادتين وهدمه، بما يجسد قدرة هذا الأخير على نقض العقد.

أولاً: رجوع المستهلك عن العقد: حق

إذا سلمنا أن الطبيعة القانونية لخيار المستهلك في العدول عن العقد تكمن في اعتباره حقًا، فإن الحق عمومًا، إمّا عينيًا يخول صاحبه سلطة على شيء، يخضع بمقتضاها هذا الشيء لصاحب الحق بشكل يمكنه من تمتعه به وبالتالي الاحتجاج على الكافة، وإمّا شخصيًا جوهره سلطة الدائن بالحق في مطالبة المدين به، من خلال القيام بأداء معين يتحقق معه استيفاء الدائن لحقه².

* نص المشرع التونسي على هذا الاستثناء بموجب المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، والتي تقابلها المادة 75 من مشروع قانون المبادلات الالكترونية لدولة فلسطين.

¹ عجلي بخالد، المرجع السابق، ص 344.

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 770.

لذلك فإن أصحاب هذا الاتجاه أنفسهم اختلفوا بين من اعتبر خيار رجوع المستهلك عن العقد حقاً شخصياً، مستندياً في ذلك إلى توفره على الرابطة، أو العلاقة بين الدائن والمدين، كميزة تميز الحق الشخصي، بين من تقرر الخيار لمصلحته، ومن يمارس الخيار في مواجهته، بما يمنح الأول سلطة تنفيذ العقد، أو العدول عنه والتحلل منه بإرادته المنفردة في مواجهة الثاني، لكن إذا أمعنا النظر في جوهر الحق الشخصي والمتمثل في تدخل المدين من خلال القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل، أو إعطاء شيء تنفيذاً لالتزامه، وطبقنا ذلك على الرجوع في التعاقد، نجد أن المتعاقد الذي يُمارس هذا الحق في مواجهته لا يقع عليه أي التزام بأداء دور ما إزاء ذلك، الأمر الذي يُستبعد معه إمكانية وصف خيار العدول بالحق الشخصي بأي شكل من الأشكال، وبين من يرى أن هذا الحق يقترب من الحق العيني، كونه يقع على عين معينة ويمنح المستهلك سلطة النقض على نحو يُشكل سلطة مباشرة على الشيء محل العقد، إلا أنه وبتطبيق ذلك على خيار الرجوع في التعاقد، نجد أنه لا يُقدم لصاحبه سلطة على شيء، بل يمنحه القدرة على هدم العقد بعد إبرامه، ومن ثم فهو ليس حقاً عينياً¹.

ثانياً: عدول المستهلك عن التعاقد: رخصة

يقصد بالرخصة، مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة، أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة².

لذلك يرى جانب من الفقه أن خيار الرجوع في مرتبة وسط بين الحق والحرية، أي مجرد رخصة تمنح صاحبها سلطة قانونية تقترب بها من مصاف الحقوق، من خلال تخويله سلطة الاختيار بين بدائل محدّدة سلفاً، حيث تظل الحالة مستقرة قبل ممارسة الرخصة، أو الخيار، فإذا تدخل صاحب الرخصة، أو الخيار ومارس خياره، تتضح الصورة وتستقر على أحد الأمرين، إما بترك مدة الخيار تنقضي دون طلب الرجوع، وبالتالي يصبح المستهلك مالِكاً بصفة نهائية، وإما أن يعود المبيع إلى البائع مرة أخرى، متى مارس المستهلك حقه في الرجوع بنقض العقد وهدمه بعد إبرامه³، إلا أن هذا الرأي أيضاً لم يسلم من النقد من قبل بعض الفقه الذي يرى أن الرخصة لا تعبر عن خيار الرجوع بالمعنى الدقيق، كونها ليست حكراً على المتعاقد وحده، بل يشاركه فيها الكافة، كحرية العمل، وحرية التعاقد، وحرية التنقل، وهي بذلك تتميز عن الحق في كونها لا تثبت لفرد معين على سبيل الاستثناء، أو الانفراد، بل تثبت لجميع الناس على حدّ سواء، فضلاً عن أنها أيضاً لا تثبت لسبب معين بذاته كالحقوق، وإنما تثبت بسبب الإذن العام من المشرع⁴، فضلاً عن أنه من بين الآثار القانونية التي يترتبها خيار الرجوع، نشوء التزام على عاتق الطرف المقابل، يتجسد في امتثاله للقرار المتخذ من قبل المستهلك بالعدول والخضوع للآثار المترتبة عليه، وهو الأمر الذي لا

¹ انظر عبد الحكيم فرحان، عدول المستهلك عن التعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 49 وما بعدهان وأنظر في الصدد أيضاً

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 771.

³ عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 06، العدد 03، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، سبتمبر 2021، ص 503.

⁴ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 771.

نجدّه في الرخص، التي يملك فيها الطرف المقابل حق الرّفص وعدم الامتثال لرغبة الطرف الأول، كالحرية في التعاقد من عدمه.

ثالثا: رجوع المستهلك عن العقد: مكنة قانونية

يقصد بالمكنة القانونية، قدرة الشخص بالتعبير المنفرد عن إرادته، دون الحاجة إلى تدخل الطرف المقابل على إنشاء، أو تعديل، أو الغاء مراكز قانونية¹.

لذلك فإنه وبين الاتجاهين السابقين يرى جانب آخر من الفقه أن خيار الرجوع في التعاقد يحتل منزلة وسطى بين الحق بالمعنى الدقيق، وبين الرخصة، وهي المنزلة التي تخول لصاحبها أكثر من مجرد الرخصة، وأدنى من الحق، ألا وهي المكنة القانونية²، من خلال قدرة صاحبها على إنشاء مركز قانوني، أو منع نشوئه بإرادته المنفردة، بحيث يتوقف استعمال هذه المكنة وممارستها على إرادة صاحبها، دون أن يتوقف ذلك على إرادة من تمارس هذه المكنة في مواجهته (المحترف)، هذا الأخير الذي، وعلى الرغم من عدم تدخله، فإن عليه الانصياع لإرادة المستهلك الذي عدل عن العقد، فيلتزم الأطراف بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد³.

من خلال ما سبق يرى الباحث أنه بالنظر لما تتميز به هذه المكنة القانونية، من قدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة ودون توقف ذلك على إرادة شخص آخر، بما يجسد اختلاف مضمونها عن مضمون الحقوق العادية كما سبق بيانه، يجعل من هذا الرأي الأرجح والأقرب إلى التأييد في تحديد الطبيعة القانونية لرجوع في التعاقد، لذلك نتفق مع ما ذهب إليه أنصار هذا الرأي من أن هذا الحق لا يخرج عن كونه مكنة قانونية خاصة وأن خيار الرجوع في التعاقد لا يقابله واجب، أو التزام على من يُستعمل هذا الحق في مواجهته، الأمر الذي يستبعد معه الإخلال بهذا الخيار، أو الاعتداء عليه، مادام حقًا إراديًا محضًا يدخل ضمن طائفة الحقوق المعروفة بالحقوق التقديرية، أو المطلقة غير المسببة، والتي يخرجها الاتجاه السائد فقهاً وقضاءً من رقابة القضاء فيما يتعلق باستعمالها، وهو الرأي الذي يدعمه الكثير من الفقهاء⁴.

الفرع الثالث: مبررات تقرير حق الرجوع في العقد

يقضي مبدأ القوة الملزمة للعقد، أن العقد إذا انعقد صحيحًا، مستوفيًا شروطه وأركانه، أصبح نافذًا، لازمًا لطرفيه، فلا يجوز لأي منهما التحلل منه بإرادته المنفردة، أو الادعاء بأن العقد لا يعبر تعبيرًا صادقًا عن إرادته نتيجة تسرعه فيه، كون التسرع، أو الإهمال وعدم التروي لا يُعد من عيوب الإرادة وفقًا للنظرية التقليدية للعقد⁵.

إلا أن ما أفرزه الواقع من صيغ تعاقدية جديدة، نتيجة التطور الكبير في الطابع الفني للسلع والخدمات على نحو لم يعد العقد يتم عن طريق تلاقي إرادتين تشترك كل منهما في صياغة المشروع العقدي، كما أن المستهلك لم يعد

¹ عبد الحكيم فرحان، عدول المستهلك عن التعاقد، المرجع السابق، ص 55.

² عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 771.

³ عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 504.

⁴ أنظر عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 772.

⁵ زهية ربيع، حماية خيار العدول للمستهلك في التعاقد الإلكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2021، ص 1428.

يتعاقد بناءً على حاجته للسلعة، أو الخدمة، بل نتيجة سعي المحترفين إلى انتزاع رضائه دون أن تتاح له فرصة التروي والتدبر*، الأمر الذي أدى إلى اختلال التوازن العقدي بين المحترف والمستهلك، وأبان عجز نظرية عيوب الإرادة في تقديم حل بهذا الصدد، ودفع بالفقه والقضاء إلى التدخل لحماية الطرف الضعيف، من خلال منحه مهلة للتأمل والتفكير حتى بعد إبرام العقد، بما يمكنه من الرجوع في تعاقدته¹.

لذلك فإن تبرير سعي معظم التشريعات* إلى منح المستهلك خيار الرجوع في العقد على الرغم من أثره الكبير على العملية التعاقدية²، كاستثناء على أحد الركائز الأساسية للنظرية العامة للعقود والمتمثلة في "مبدأ القوة الملزمة للعقد"³، إنما هو ما تفرضه العلاقة العقدية الاستهلاكية من ضرورة مدّ الحماية القانونية لإرادة المستهلك إلى المرحلة اللاحقة لإبرام العقد وعدم اقتصرها على المراحل السابقة لذلك، لا سيما في بعض أنواع العقود التي يبرمها المستهلك على عجل ودون دراسة متأنية، نتيجة الإغراءات والقدرة الإقناعية التي يتمتع بها المحترف، منتجاً كان، أم بائعاً ليكتشف المستهلك بعد فوات الأوان أنه ليس بحاجة لتلك السلعة، أو أنه لا يقدر على دفع ثمنها، أو أن شروط العقد الذي أبرمه لا يناسبه لسبب، أو لآخر، ذلك أن تحميل المستهلك عواقب ما أقدم عليه معناه التضحية بمصالح هذه الفئة⁴.

يُعد مجال عقود الاستهلاك التي يبرمها المستهلك عبر الانترنت دون حضور مادي بين طرفيه من أهم مبررات تقرير حق المستهلك في الرجوع عن العقد، كون المستهلك في هذا النوع من العقود يكتفي بوصف السلعة، أو الخدمة محل التعاقد من خلال الخدمات المتوفرة على الشبكة، التي تُمكن البائع من عرض منتجاته على المستهلكين، من خلال الصور والأفلام المتحركة، وقد تقتزن هذه المنتجات بشهادة المختصين على كفاءتها، الأمر الذي يحول دون معاينة المستهلك للسلعة وتقدير مزاياها وعيوبها بشكل دقيق، ناهيك عن السرعة التي يتم بها العقد الإلكتروني و تنفيذ ما يترتب عنه من التزامات، مما ينتج عنه لا محالة إرادة معيبة تفتقد للتوعية والتنوير، وهو ما لا يمكن مواجهته

* وهو ما يصطلح عليه بعض الفقه بصور التعاقد "الاستدراجية"، التي تهدف إلى انتزاع رضا المتعاقد، الأمر الذي تطلب ضرورة حماية المستهلك بصفة خاصة، من خلال منحه مهلة تدبر وتفكير في أمر التعاقد لحماية رضاه، بتمكينه من العدول عن التعاقد، أو الرجوع فيه، أنظر إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 299.

¹ أمال بوهنتالة، الحق في العدول عن التعاقد كوسيلة لحماية رضا المستهلك، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد 02، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص ص 139-140.

* تضمن التشريع الملحق بالتوجيه الأوروبي الصادر عام 2011، الغرض من التوجيه هو تحقيق مستوى عال من حماية المستهلك في جميع أنحاء الاتحاد الأوروبي والمساهمة في حسن سير العمل في السوق الداخلية عن تقريب بعض جوانب قوانين الدول الأعضاء واللوائح والأحكام الإدارية المتعلقة بالعقود المبرمة بين المستهلكين والتجار، لذلك كان من أهم مبررات إقرار الحق الإلزامي للمستهلك في الرجوع في التعاقد عن بعد، هو تشجيع المستهلكين منطلقاً إلى اللجوء إلى إبرام الصفقات من قبيل التعاقد عن بعد، بسبب ما يضيفه للمستهلك من قدرة على مواجهة الجهالة التي يمكن أن تصيبه، وعدم الثقة من التاجر، أو عدم اليقين من جودة السلع والخدمات المتعاقد عليها ومدى توافقيها مع احتياجات المستهلك ورغباته وطموحاته، وبالتالي سيزيد ذلك من ثقة المستهلك بنجاح الصفقة عن بعد، وتقليل حالات الشعور بالندم، أو الأسف الناتج عن دخوله لهذا النوع من التعامل.

² أنظر صدام الحمدي، نجاعة حق الرجوع في التعاقد الإلكتروني وفرضية تضرر المستهلك: دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 13، العدد 01، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، رمضان 1437هـ/يونيو 2016م، ص 103 و ص 106.

³ Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez & Joan Martínez Evora, The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: a comparative analysis of American and European law, Revista para el Análisis del Derecho, 3/2018, p.31.

⁴ صلاح الدين بوحلمة، حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع عن العقد كآلية لحماية، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد 02، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018، ص 238.

إلا بإعطاء المستهلك فرصة كافية للتروي والتأمل في العقد الذي أبرمه متسرعاً، دون فكرة واسعة عن المبيع، في ظل عدم المام المستهلك العادي بكل جوانب العملية التعاقدية التي يقدم عليها، بما يفرض توفير وسائل أكثر فعالية لحماية هذا الأخير من قبيل حق خيار الرجوع، أو العدول عن العقد¹، ذلك أن سعي التشريعات الحديثة إلى إعادة التوازن المفقود في عقود الاستهلاك، حتى في ظل تعاقد الشخص حول محل حاضر يراه، يجعل من هذا التدخل التشريعي لفرض حماية خاصة للطرف الضعيف الذي قد لا تسعفه القواعد العامة في توفير هذه الحماية، يكون من باب أولى إذا تعاقد حول محل غائب لا يستطيع رؤيته².

لذلك يمكن القول إن تقرير هذا الخيار لم يأتي لحماية المستهلك من الآثار السلبية لتطور وسائل التسويق فحسب³، بل لحمايته أيضاً من ضعفه الشخصي الذاتي وعدم خبرته، ذلك أن استغلال البائع للمستهلك نتيجة انعدام خبرته ومعرفته، وإن كان يؤثر على إرادة هذا الأخير، إلا أنه لا دخل له في تسرعه في التعاقد دون تروي وتمهل فمنحه المشرع، متى تبين تسرعه وعدم ملائمة العقد له خيار العدول، كحق يهدف إلى حماية مصلحة المستهلك أكثر من حماية إرادته، بما يجعل منه سبباً شخصياً لزوال العقد وليس سبباً موضوعياً⁴.

إذاً فإن حق الرجوع في التعاقد يُعد وسيلة في يد المستهلك للتأكد من صحة اختياره ومدى ملائمة السلعة لاحتياجاته، ذلك أنه ورغم تمكنه من رؤية المبيع بشكل كاف، فإنه غالباً ما يتخذ قراره بشكل متسرع ودون تروي الأمر الذي يبرر منحه خيار الرجوع عن العقد، كفرصة أخيرة للتخلص من أعباء وتبعات العقد الذي أبرمه متسرعاً بما يحمي مصالحه وحقوقه أكثر من السعي إلى حماية إرادته ذاتها، ويؤكد استقلال حق الرجوع في العقد عن نظرية عيوب الإرادة، كنظرية تهدف إلى حماية رضا المتعاقد بصفة عامة، وليس فقط بسبب عدم ترويه في إبرام العقد، فالقواعد العامة لا تضمن إرادة واعية وغير متسعة مادام المستهلك قد أبرم العقد بطريقة حرة بعيدة عن مفهوم الإكراه التقليدي، أو الغلط، وبالتالي لا يملك المستهلك فسخ العقد الذي ندم على إبرامه، خاصة في ظل اتساع دائرة التعاقد عموماً وعقود الاستهلاك خصوصاً، لا سيما التعاقد عبر الأنترنت، بما يفرض ضرورة وجود مثل هذا الحق كوسيلة قانونية لحماية المستهلك الذي يصعب عليه العلم الكافي بمحل عقد الاستهلاك.

لذلك فإن التدخل لحماية المستهلك ضرورة فرضتها عوامل عديدة، أهمها ما يتصف به التاجر من احترافية تمكنه من جلب المستهلك وإقناعه بالتعاقد، من خلال الدعاية والإغراء، وهو الأمر الذي يقابله حتماً ضعف خبرة المستهلك في هذا المجال، ناهيك عما تفرضه الضغوطات من إقدام المستهلك على شراء سلعة خارج نطاق إرادته، بما يفسر جعل خيار العدول من النظام العام، لا يحق للمستهلك التنازل المسبق عنه، واستبعاد تقييده بأي شكل من

¹ أمال بوهنتال، المرجع السابق، ص 140، أنظر في الصدد أيضاً بدر الدين مرغني حيزوم والعروسي حاققة، حق المستهلك الإلكتروني في العدول، مجلة إليزا للبحوث والدراسات، المجلد 05، العدد 01، المركز الجامعي البزري، الجزائر، 2020، ص 08.

² أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 2011-83 المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، جامعة عمار تليجي، الأغواط، الجزائر، جانفي 2016، ص 134.

³ عبد الحكيم فرحان، عدول المستهلك عن التعاقد، المرجع السابق، ص 37.

⁴ عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 786، أنظر في الصدد أيضاً عرعارة عسالي، المرجع السابق، ص 257.

الأشكال¹، ويبرر توجه تشريعات حماية المستهلك نحو الحد من "مبدأ القوة الملزمة للعقد" في مثل هذه العقود، بتحسيدا لقاعدة "عدم الزامية العقد ما لم يكن عادلا"، وتنفيذا لفرضية" أن العقد ملزم لأنه بالضرورة نافع، وإلا لما ارتضاه أطرافه"، كون عقود الاستهلاك، لا سيما تلك التي يبرمها المستهلك عبر الوسائط الالكترونية والتي تفتقر للتنوير المعلوماتي الكافي، تُبرم بطريقة غير تقليدية، لذلك كان لا بُد أن تُواجه مشاكلها بوسائل غير تقليدية أيضا، فتجسدت هذه الحماية من خلال حق الرجوع عن التعاقد²، كآلية لحماية توازن العقد عن طريق حماية رضا المستهلك، بما يتجاوز نظرية عيوب الرضا التي تجعل على عاتق الضحية عبء إثبات وجود عيب في الرضا خلافاً لحق الرجوع الذي يجعل من الأمر مفترض دون اجتهاد المستهلك بإثبات أي عيب، بحيث لا يكون العقد لازماً إلا إذا تنازل المستهلك عن مباشرة حقه في العدول خلال المهلة المحددة، كقرينة على رضائه بالعقد متى جاء محققاً لمصلحته ومتوافقاً مع رغباته، ليكون المشرع قد منح المستهلك مهلة للتروي قبل التعاقد ومهلة أخرى للعدول، كآليتين متكاملتين توفر الحماية القانونية المأمولة للمستهلك بما يؤدي لجبر ضعفه في مواجهة المتعاقد المحترف³.

الفرع الرابع: تطبيقات لحق المستهلك في الرجوع عن التعاقد

رغم الاعتراف المتأخر للمشرع الجزائري بحق المستهلك في الرجوع عن التعاقد ضمن قانون حماية المستهلك كإطار قانوني ملائم لهذا النوع من الحماية، وذلك من خلال القانون 09-18 المعدل والمتمم للقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر، وبموجب المادة 19 منه⁴ بنصها على حق المستهلك في التراجع عن العقد، دون إلزامه بتسبب ذلك ودون دفع مصاريف إضافية، إلا أنه جعل من هذا النص دون أثر، حين ربط ممارسة هذا الحق بصدر نص تنظيمي⁵ يبين شروط وكيفيات ممارسته وآجاله، وكذا قائمة المنتوجات المعنية بالعدول والذي لم يصدر لحد الساعة.

لكن ذلك لا يمنع من تقصي فكرة العدول عن التعاقد من طرف المستهلك سواء في النظام القانوني الجزائري الذي تتعدد فيه حالات حق الرجوع بتعدد الزوايا التي تحكم نطاق ممارسة هذا الحق، كحالات محدّدة على سبيل الحصر، منها ما مصدره التشريع ومنها ما مصدره التنظيم، أو في التشريعات الحديثة المقارنة، لا سيما تشريعات الاستهلاك، لذلك سنتناول هذه الحالات من خلال مجالين، يتعلق الأول بطبيعة العملية العقدية (أولاً)، في حين يتعلق الثاني بالتقنية المعتمدة في التوزيع من قبل المحترف كأساس لممارسة الحق في الرجوع (ثانياً).

¹ بدر الدين مرغني حيزوم والعروسي حاققة، المرجع السابق، ص 08.

² صلاح الدين بوهلمة، المرجع السابق، ص 238.

³ عبد الحكيم فرحان، عدول المستهلك عن التعاقد، المرجع السابق، ص 39-40.

⁴ تنص المادة 19 في فقرتيها 2 و3 من القانون 09-18 المعدل والمتمم للقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على ما يلي: "...العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتج ما دون وجه سبب. للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفع مصاريف إضافية..."

⁵ تنص المادة 19 في فقرتها الأخيرة من القانون 09-18 المعدل والمتمم للقانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: "...تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم..."

أولاً: تطبيقات حق المستهلك في الرجوع استناداً لطبيعة العملية العقدية

تختلف مجالات تطبيق حق المستهلك في الرجوع عن التعاقد باختلاف طبيعة العملية العقدية المراد إبرامها وأهمها:

1-التأمين على الحياة

إذا كانت القواعد العامة تقضي بعدم جواز مخالفة مبدأ حرية التعاقد كأساس للنظرية العامة للعقد، فإن المشرع من خلال النصوص المنظمة للتأمين، عمد إلى الحد من هذا المبدأ، بإضفاء الطبيعة الآمرة عليها ولو نسبياً باستبعاد تضمين العقد ما يخالفها، أو يخرج عن أحكامها، هادفاً من وراء ذلك إلى ضمان حد أدنى من الحماية للمؤمن له، ويُعد التأمين على الحياة من أبرز صور التأمين على الأشخاص، تفوق أهميته التأمين عن الأضرار الذي يكون فيه الخطر المؤمن منه أمراً يتعلق بمال المؤمن له¹.

وإذا كان المقصود بالتأمين على الحياة طبقاً لنص المادة 64 من الأمر 95-07، المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات أنه: "عقد يلتزم بموجبه المؤمن بدفع مبلغ محدد للمؤمن له عند تاريخ معين مقابل قسط إذا بقي المؤمن له على قيد الحياة عند هذا التاريخ"، بما يوحي خُلُو هذا النص من الإشارة إلى خيار المستهلك في العدول عن العقد، فإن المشرع الجزائري استدرك ذلك من خلال التعديل الذي طال قانون التأمينات، بموجب القانون رقم 06-04، المؤرخ في 20/02/2006، وبالضبط في المادة 70 مكرر، حين أقر إمكانية عدول المؤمن له عن التعاقد، وتجسيدها لذلك ألزم المؤمن في عقد التأمين على الأشخاص والرسملة بتسليم المكتب كشف معلومات تحتوي إجبارياً توضيحات إضافية تتعلق بجملة من الأمور منها "أجال وكيفيات التراجع عن التعاقد"، ليأتي هذا الحق واضحاً في التأمين على الحياة، من خلال المادة 90 مكرر²، التي قضت بجواز رجوع مكتب عقد التأمين على الأشخاص عن العقد برسالة مضمونه مع وصل استلام، مُحدّداً مدة 30 يوماً كأجل للرجوع يبدأ من الدفع الأول للقسط.

أما المشرع الفرنسي فقد أقر هذا الحق للمؤمن له من خلال القانون رقم 81-05، المؤرخ في 07 يناير 1981، بموجب مادته 1-5-132 L³، حيث رخص بالرجوع لكل شخص طبيعي وقع اقتراح تأمين، أو عقداً بخطاب مسجل بعلم الوصول خلال مدة ثلاثين (30) يوماً من تاريخ أول قسط، مستثنياً من هذا الحق العقود التي تكون مدتها القصوى شهرين، وذلك من خلال القانون رقم 94-05 المؤرخ في 04 يناير 1994⁴.

¹ عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 510.

² تنص المادة 90 مكرر 01 من القانون 06-04 المعدل والمتمم للقانون 95-07 المتعلق بالتأمينات على ما يلي: "باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين (2) كحد أدنى، أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين (30) يوماً ابتداء من الدفع الأول للقسط".

³ Art. L. 132-5-1: « Toute personne physique qui a signé proposition d'assurance ou un contrat a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pendant le délai de trente jours à compter du premier versement ».

⁴ أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 337.

2-القرض الاستهلاكي

تطبيقاً لنص المادة 20 في فقرتها الثانية من قانون حماية المستهلك وقمع الغش، نظم المشرع الجزائري القرض الاستهلاكي*، على غرار التشريعات المقارنة لا سيما العربية منها**، وذلك من خلال المرسوم التنفيذي 15-114، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي سالف الذكر، الذي كرس حق رجوع المستهلك عن التعاقد بصفة صريحة، حين نص في المادة 11 في فقرتها الثانية على ما يلي: "...غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام عمل، تُحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما."، كما نصت المادة 2/12 من ذات المرسوم على عدم سريان آثار العقد، متى مارس المقترض حقه في العدول ضمن الآجال المحددة له مبينة بوضوح مسألة الارتباط العقدي، بالنسبة لعقد الاستهلاك والعقود المرتبطة به، الأمر الذي يؤدي بالضرورة إلى زوال عقد البيع وعقد القرض الذي كان سبباً فيه، بمجرد ممارسة حق العدول، هذا وقد تضمن المرسوم التنفيذي 15-114 ضمن أحكامه الختامية وبالضبط في المادة 17 منه، خضوع العمليات المنصوص عليها في أحكامه لرقابة الأعيان المؤهلين طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما، والتي من بينها حق المستهلك في العدول عن العقد في الأجل المحدد له.

أما المشرع الفرنسي فقد نظم حق الرجوع بصورة رئيسية بموجب القانون رقم 78-22، المؤرخ في 10 يناير 1978 والمتعلق بإعلام وحماية المستهلكين في مجال بعض عمليات الائتمان الاستهلاكي والمعروف بقانون Scrivener¹، والذي تم دمج وتعديلاته في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، فمنح المستهلك بموجب المادة 311-15¹ L. أجل سبعة (7) أيام لممارسة حق الرجوع، تحسب بدءاً من يوم قبول العرض المكتوب المقدم من مانح الائتمان، على ألا يدخل اليوم الأول في حساب الأجل، وذلك على خلاف اليوم الأخير الذي يدخل في

* عرفت المادة 02 من المرسوم التنفيذي 15-114 القرض الاستهلاكي بنصها: "بغض النظر عن التعريفات المكرسة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، يقصد في مفهوم هذا المرسوم بما يأتي: "القرض الاستهلاكي: كل بيع لسلمة يكون الدفع فيه على أقساط، مؤجلاً أو مجزأ"، وهو تعريف جسد اختلاف القرض الاستهلاكي في هذا المرسوم عنه في القانون 09-03 سابق الذكر، باستثناءاته للخدمات من مجال القرض الاستهلاكي في حين أن القانون نص عليها، كما أن المشرع أعطى القوة للمرسوم التنفيذي في مواجهة القانون وذلك في قوله "بغض النظر عن التعريفات المكرسة بموجب التشريع..."، في الوقت الذي كان يفترض أن يكون فيه المرسوم التنفيذي تطبيقاً للقانون وليس مخالفاً له، الأمر الذي جعل من القرض الاستهلاكي في ظل المرسوم التنفيذي 15-114 يقتصر على بيع السلع فقط، وفي المقابل شمل نص القانون بيع السلع وتأدية الخدمات على حد سواء.

** نظم المشرع المغربي حق الرجوع في هذا النوع من العقود في قانون حماية المستهلك المغربي رقم 08-31، بموجب المادة 85 منه، والتي نصت على ما يلي: "...للمقترض أن يتراجع عن التزامه، داخل أجل سبعة (7) أيام ابتداء من تاريخ قبوله للعرض..."، كما حدد الطريقة التي يتم بها التراجع عن القرض، والمتمثلة في إيداع الاستمارة المرفقة بالعرض، مقابل وصل يحمل طابع وتوقيع المقرض، أما المشرع التونسي فقد تبنى هو الآخر هذا الحق ضمن قانون المبادلات والتجارة الالكترونية 83-2000 سالف الذكر، فأقر أن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض، حين نص في الفصل 33 من ذات القانون على ما يلي: "إذا كانت عملية الشراء ناتجة كلياً أو جزئياً عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإن عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض."

¹Art. L. 311-15 : «...Toutefois, l'emprunteur peut, dans un délai de sept jours à compter de son acceptation de l'offre, revenir sur son engagement...

حساب المدة، وطبقاً لنص المادة¹ 19-311 L، فإنه يمكن مدّ هذا الأجل إلى غاية يوم مفتوح تبعاً لانقضاء الأجل سواءً صادف هذا الانقضاء يوم السبت، أو الأحد، أو صادف يوم عطلة².

والممتنع لأحكام قانون الاستهلاك الفرنسي، يلمس سعي المشرع الفرنسي نحو تيسير ممارسة المستهلك لحقه في الرجوع خلال الأجل المحدد، وذلك بإلزامه مانح الائتمان، الحاق العرض المسبق باستمارة تسلم للمستهلك الذي يتولى ملء بياناتها وإرسالها لمانح الائتمان³، وأكثر من ذلك فإنه يمكن إنقاص أجل ممارسة حق الرجوع إلى ثلاثة (3) أيام، متى أراد المستهلك التسليم الفوري وأكد ذلك بطلب مكتوب، مؤرخ وموقع⁴، فضلاً عن إقرار المشرع الفرنسي امتناع الوفاء خلال الأجل المذكور تحت أي اسم أو شكل إذا لم تبرم العملية العقدية بصورة نهائية، إلا إذا كان الائتمان تابع لعقد بيع، الأمر الذي يجوز معه للبائع الحصول على جزء من الثمن الذي قبل المستهلك دفعه نقداً قبل انقضاء الأجل، فإذا مارس المستهلك حقه في الرجوع تعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع مسبقاً⁵.

ليحمل تعديل قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2010، بموجب قانون 01 جويلية 2010، أجل أربعة عشر (14) يوماً لممارسة حق الرجوع⁶، يُمنع كل وفاء خلال الأيام السبعة (7) الأولى من هذا الأجل⁷، من خلال منع المقرض، أو البائع من المطالبة بالوفاء تحت طائلة غرامة قدرها 30000 أورو⁸، بينما يسمح بالوفاء في الأيام السبعة (7) الموالية، فإذا مارس المستهلك حقه في الرجوع تعين عليه استرجاع المبالغ التي دفعها، بما يستبعد كل خطر في ممارسة المستهلك لحقه في الرجوع.

ثانياً: تطبيقات حق الرجوع استناداً لتقنيات التوزيع المستعملة

سعيًا إلى توفير الحماية اللازمة للمستهلك تعددت أسباب تبني تشريعات الاستهلاك الحديثة لحق المستهلك في الرجوع عن التعاقد، على غرار طبيعة العملية العقدية، لكن هذه المرة بالنظر لتقنيات التوزيع المستعملة من قبل المحترف، حيث يتجلى هذا النوع من التطبيقات لحق الرجوع في كل من البيع بالمنزل، وكذا البيع عن بعد.

¹Art. L. 311-19 : « Les délais, fixés au présent chapitre, qui expireraient normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, sont prorogés jusqu'au premier jour ouvrable suivant ».

² شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 334.

³Art. L. 311-15 : «... Pour permettre l'exercice de cette faculté de rétractation, un formulaire détachable est joint à l'offre préalable ».

⁴Art. L. 311-24 : «... Toutefois, lorsque par une demande expresse rédigée, datée et signée de sa main même, l'acheteur sollicite la livraison ou la fourniture immédiate du bien ou de la prestation de services, le délai de rétractation ouvert à l'emprunteur par les articles L. 311-15 à L. 311-17 expire à la date de la livraison ou de la fourniture, sans pouvoir ni excéder sept jours ni être inférieur à trois jours ».

⁵ Art. L. 311-17 : « Tant que l'opération n'est pas définitivement conclue, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de ce lui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Pendant ce même délai, l'emprunteur ne peut non plus faire, au titre de l'opération en cause, aucun dépôt au profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci. Si une autorisation du prélèvement sur son compte bancaire ou postal est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de crédit ».

⁶ المادة 311-12 L من قانون 01 جويلية 2010، المعدل لقانون الاستهلاك الفرنسي.

⁷ المادة 311-14 L من قانون 01 جويلية 2010، المعدل لقانون الاستهلاك الفرنسي، التي تقابلها المادة 311-17 L القديمة.

⁸ المادة 311-50 L من قانون 01 جويلية 2010، المعدل لقانون الاستهلاك الفرنسي، التي تقابلها المادة 311-35 L القديمة.

1- البيع بالمنزل

ورد النص على هذا النوع من البيوع في التشريع الجزائري ضمن المرسوم التنفيذي رقم 15-114 سالف الذكر، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، وبالضبط في المادة 1/14 منه¹، التي منحت المشتري أجلاً للعدول مدته سبعة (7) أيام عمل.

ويُقصد بالبيع بالمنزل، عرض المحترف أموالاً، أو خدمات على المستهلك على مستوى المنزل، لذلك يُعرف بـ: "vente à domicile"²، حيث ينطوي هذا النوع من البيع على بعض الإيجابيات، لا سيما تجنب المستهلك مشقة التنقل إلى غاية مقر المحترف، إلا أنه لا يخلو من سلبيات تدور عمومًا حول اعتباره أسلوبًا استفزازيًا "Agressif"، كونه يفاجئ المستهلك الساذج في عقر داره بطريقة احترازية تجعله يقدم على اقتناء منتجات غير ذات فائدة، وفي نفس الوقت مكلفة، فضلًا عن حرمانه من مقارنتها بمثيلاتها في السوق، بما يجرمه من معرفة ثمنها الحقيقي، الأمر الذي يُبرّر حاجة المستهلك الماسة للحماية³، خاصة في ظل خُلُو المادة 14 من المرسوم التنفيذي 15-114 من أحكام تفصيلية تتعلق بكيفية ممارسة هذا الحق وآثاره بالنسبة للطرفين، والزاميته للبائع، وتعلقه بالنظام العام⁴.

أما المشرع الفرنسي فقد تدخل لحماية المستهلك في هذا النوع من البيع من خلال قانون 22 ديسمبر 1972، المعدل سنة 1989، والمقنن في قانون الاستهلاك لسنة 1993، حيث نصت المادة 121-25 L. على منح المستهلك أجل سبعة أيام من أجل استعمال حقه في الرجوع، تسري من تاريخ الطلبية، أو التعهد بالشراء وذلك بعد ملء استمارة ترسل للمحترف الساعي برسالة موصى عليها مع العلم بالوصول⁵.

وتيسيرًا لممارسة المستهلك لحقه في الرجوع سمح له المشرع الفرنسي بموجب المادة 121-24 L. متى أراد الرجوع أن يقوم بإرسال الجزء القابل للانفصال عن العقد إلى المحترف⁶، والحامل لرغبة المستهلك في عدم الاستمرار في التعاقد دون أن تتوقف هذه الرغبة الظاهرة في الرجوع على موافقة المهني من عدمها ودون أن يضطرّ المستهلك لتقديم تبريرات لذلك، بل يعتبر مجرد إرسال الجزء الملحق بالعقد دليل كاف على نية وإرادة المستهلك في الرجوع عن التعاقد⁷، دون أن يستطيع أحد الاشتراط، أو الحصول من الزبون، سواء بطريق مباشر، أو غير مباشر على أي مقابل،

¹ تنص المادة 14 في فقرتها الأولى من المرسوم التنفيذي 15-114 سالف الذكر على ما يلي: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل، فإن مدة العدول تكون سبعة (7) أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم، أو تقديم السلعة..."

² عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 512.

³ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 340.

⁴ عبد الحكيم فرحان، عدول المستهلك عن التعاقد، المرجع السابق، ص 111.

⁵ Art. L. 121-25 : « Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. Si ce délai expire normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue. Le présent article ne s'applique pas aux contrats conclus dans les conditions prévues à l'article L. 121-27 ».

⁶ Art. L. 121-24 : « Le contrat visé à l'article L. 121-23 doit comprendre un formulaire détachable destiné à faciliter l'exercice de la faculté de renonciation dans les conditions prévues à l'article L. 121-25... ».

⁷ عمار زعبي، المرجع السابق، ص 127.

أو تعهد، أو أداء خدمات مهما كانت طبيعتها قبل انقضاء الأجل المذكور، وكل ذلك تشجيعاً للمستهلك من أجل ممارسة حقه في الرجوع¹.

2- البيع عن بعد (العقد الإلكتروني)

يُقصد بالبيع عن بعد، وفقاً لنص المادة 02 من التوجيه رقم 97-07 المؤرخ في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد: "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر اتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"²، كما يصطلح على هذا النوع من البيع أيضاً ببيع المسافات، كونها تتم دون الوجود المادي للبائع فهذا الأخير يتفاوض مع المشتري على عملية البيع بواسطة وسيلة الاتصال المسائي، وفي المقابل يبادل المشتري الموافقة بذات الوسيلة أيضاً³، فرغم أن هذا النوع من التعاقد يجنب المستهلك مشقة الانتقال، ويسمح له بالتفكير قبل اتخاذ قرار التعاقد، إلا أنه ينطوي على عديد السلبيات، لا سيما ما يتعلق بكثرة العروض المتهاطلة على المستهلك واتساع الوقت بين الطلب والتسليم وأكثر من ذلك فإن المستهلك قد لا يتلقى شيئاً رغم دفعه للثمن، نتيجة اعسار البائع أو اختفائه⁴.

إذا كان المشرع الجزائري قد أقر حق المستهلك في الرجوع عن العقد الإلكتروني، بموجب القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وأكد ذلك من خلال القانون رقم 18-09 المعدل والمتمم للقانون رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ثم أحال شروط وكيفية ممارسة هذا الحق من طرف المستهلك الإلكتروني وقائمة المنتوجات التي تدخل ضمن نطاق هذا الحق على التنظيم⁵.

فإن المشرع الفرنسي سلك مسلكاً مغايراً تماماً حين نظم هذا النوع من البيع حماية للمستهلك عن طريق مجموعة من القوانين، من قبيل قانون 06 يناير 1988، وقانون 23 جوان 1989، وكذا قانون 18 جانفي 1992، وهي القوانين التي تم دمجها في قانون الاستهلاك لسنة 1993، وبالضبط في المواد من 16-121 L. إلى 20-121 L.، ثم عدلت المادة 16-121 L.، بموجب الأمر المؤرخ في 23 أوت 2001، بعد صدور التعليمية الأوروبية المؤرخة في 20 مايو 1997، وبصدور الأمر 648-2005 المؤرخ في 06 جوان 2005، أصبح هناك تمييز بين العقود التي ترد على الخدمات المالية، وتلك التي لا ترد عليها⁶، كون الأمر الأخير جاء تطبيقاً للتعليمية الأوروبية المؤرخة في 23 سبتمبر 2002 والمتعلقة بالتجيز عن بعد للخدمات المالية بالقرب من المستهلكين

La commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs

¹Art. L. 121-26 : « Avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article L. 121-25, nul ne peut exiger ou obtenir du client, directement ou indirectement, à quelle titre ni sous quelle forme que ce soit une contrepartie quelconque ni aucun engagement ni effectuer des prestations de services de quelque nature que ce soit ».

² هدى المقداد، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، جامعة يحيى فارس، المدينة، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 4-5.

³ يسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د) في القانون الوضعي، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017-2018، ص 106.

⁴ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 342.

⁵ الزهرة جقريف، المرجع السابق، ص 224.

⁶ شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 342.

مما سبق يرى الباحث أن حق العدول وإن كان تعدياً صارخاً على أهم المبادئ التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة في العقد والمتمثل في "مبدأ القوة الملزمة للعقد"، فإنه يخدم عدالة العقد بعيداً عن الاستمرار في عقد لا يستجيب لرغبات المستهلك الذي استعجل في إبرام عقد دون تمعن وتبصر واقعاً تحت تأثير إغراءات وسائل الدعاية والإعلام، الأمر الذي يفرض ضرورة منح المستهلك كطرف ضعيف في العقد هذا النوع من الحقوق بمثابة مهلة إضافية تكفل له الحفاظ على رضا سليم مستنير ويجعل من هذا الحق ثابتاً بقوة القانون دون الحاجة إلى اتفاق بشأنه، بل ويخضع لمشيئة المستهلك دون حاجة إلى تبرير، أو أية أعباء، إلا ما تعلق بمصاريف ردّ المبيع إن وجدت، حماية لفئة المستهلكين عن طريق حماية إرادتهم في مواجهة مخلفات استخدام التقنيات الحديثة والمؤثرات الصوتية والبصرية المستعملة في عرض السلع والخدمات في مناخ من شأنه تشويه الإرادة، وإن لم تكن معيبة بأحد عيوب الإرادة وفقاً للنظرية العامة للعقد.

المطلب الثاني: الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية

تقوم نظرية العقد على حرية إرادة الأطراف، كأساس لقوة العقد الملزمة، -مالم تتجاوز الإرادة في ذلك مقتضيات النظام العام- فيُحظر التدخل في العقد وما يتضمنه من شروط بما يُعدّل من إرادة المتعاقدين وما دام أن طرفا العلاقة التعاقدية قد ارتضوا ما تضمنه العقد من بنود، فإنه لا بد من تحرير تلك الإرادة من أية قيود.

إلا أن التطورات الاقتصادية والاجتماعية التي يشهدها العالم اليوم في شتى مجالاته المتفاعلة، كمعطيات مستحدثة كان لها بالغ الأثر على الإرادة السليمة لطرفي العقد، بشكل سمح لأحد طرفي العلاقة -بما يملك من القوة والخبرة والمعرفة في مواجهة الطرف الآخر، الذي يفتقد لهذه المقومات- بالتفرد في إعداد وصياغة شروط العقد سلفاً دون أن يكون هناك تفاوض، أو مناقشة من جانب الطرف الآخر، هذا الأخير الذي لا يملك سوى قبول التعاقد أو رفضه، كما هو الحال في عقود الاستهلاك، خاصة في ظل زيادة معدل الطلب على السلع والخدمات، بما أدى بصورة آلية إلى تغيير حقيقي في الممارسات التجارية وعمق المركز القانوني لاثنتين من أبرز الأشخاص الفاعلين في الحياة الاقتصادية، ألا وهما المحترف* كطرف قوي، والمستهلك** كطرف ضعيف، الأمر الذي فرض الحاجة إلى إيجاد الوسائل والآليات التي تستهدف حماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية، كسلاح للمحترفين في مواجهة طائفة المستهلكين، في عقود محلها سلع وخدمات لا غنى للمستهلكين عنها، بما يعيد للعقد توازنه ويحقق العدالة العقدية حيث أصبحت هذه الشروط صُلب اهتمام التشريعات الحديثة، من خلال السعي إلى مكافحتها

* تجد كلمة محترف أو مهني مصدرها في مصطلح حرفة أو مهنة، والتي تعني في نطاق قانون حماية المستهلك، كل نشاط منظم لغرض الإنتاج أو التوزيع، أو تقديم الخدمات، حيث تعدد وصف المشرع الجزائري لهذا الطرف في العلاقة الاستهلاكية، فأطلق عليه في المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات اسم "المحترف"، وأطلق عليه اسم "المهني" في القرار المؤرخ في 10/05/1994 المتضمن كليات تطبيق المرسوم التنفيذي 90-266، في حين سماه "بالعون الاقتصادي" في القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ليصطلح عليه اسم "التدخل" في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، واصفا إياه بطل شخص يتدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك، انتاجاً، أو استيراداً، أو تخزيناً، أو نقلاً وتوزيعاً.

** عرف مفهوم المستهلك الجاهل، الأول موسع يضم كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك، من خلال اقتناء أو استعمال مال أو خدمة، سواء كان ذلك للاستعمال الشخصي أو المهني، والثاني ضيق يقتصر على الزبون غير المحترف الذي يقتني، أو يستعمل الأموال، أو الخدمات لغرض غير مهني، بل لإشباع حاجاته الشخصية، أو العائلية فقط.

والحد منها، حتى ولو اقتضى ذلك المساس بالمبادئ التي قام عليها العقد في ظل النظرية العامة لهذا الأخير، من قبيل "العقد شريعة المتعاقدين" و"مبدأ القوة الملزمة للعقد"، وعليه سنتناول بعض جوانب هذا النوع من الحماية في الفروع الآتية:

- مفهوم الشروط التعسفية (فرع أول).
- معايير تحديد الطابع التعسفي للشروط (فرع ثاني).
- النظرية العامة للعقد: قصور عن توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية (فرع ثالث).
- قانون حماية المستهلك: محاولة لتوفير حماية فعالة من الشروط التعسفية (فرع رابع).

الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية

إذا كان لبروز حاجات استهلاكية جديدة ومُتعددة لا يمكن الاستغناء عنها في وقتنا الحاضر، الفضل في جعل استخدام الشروط النموذجية* أثناء التعاقد تلعب دوراً أساسياً في الحياة الاقتصادية، بالنظر لما توفره من وقت وجهد ونفقات مبدولة في أعدادها، من خلال استخدام صيغ نموذجية مُعدة مسبقاً تتلاءم والظروف العقدية تكون مرجعاً لكافة المعاملات المماثلة لها بشكل يعمل على توحيد بنود العقد ويسهم في تعجيل إبرامه دون الدخول في مفاوضات طويلة بين طرفيه، فإن الواقع العملي أثبت اتساع هذه الشروط النموذجية بعدم العدالة إلى حدّ الإجحاف بحقوق أحد طرفي العقد -لا سيما في عقود الاستهلاك- بسبب عدم التكافؤ المفرط بينهما في العلم والمعرفة بالحقوق والواجبات، حيث أصبحت هذه الشروط النموذجية تكاد تكون في الغالب تعسفية بما يعيق مبدأ الحرية التعاقدية في هذا النوع من العقود¹.

فظهر مصطلح الشرط التعسفي في الولايات المتحدة الأمريكية خلال سنوات الستينات وبالضبط في سنة 1962 بموجب قانون التجارة الموحد، الذي منح القضاء سلطة تطبيق هذا القانون Consacrant et clarifiant d'une jurisprudence de commun Law. من خلال منح القاضي سلطة إلغاء كل شرط يرى أنه تعسفي، لتبدأ مواجهة هذا النوع من الشروط حماية للمستهلك في الدول الأوربية مع بداية السبعينيات فكانت البداية من السويد سنة 1971، ثم الدنمارك سنة 1974، تلتها ألمانيا سنة 1976، ثم بريطانيا سنة 1977، وأخيراً فرنسا سنة 1978 بموجب القانون 78-23 المعدل سنة 1988، ليُدْمَج في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، وبهدف توحيد جهود العديد من الدول الأوربية في هذا المجال أصدر الاتحاد الأوربي في 05 أفريل 1993، توجيهاً يتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك².

* الشروط النموذجية هي أحكام عامة تعد سلفاً من قبل أحد أطراف العقد المتمتع بقدرة فائقة على التفاوض، كي تشكل شروطاً عقدية للاستخدام العام والمتكرر، دون إجراء مفاوضات مع الطرف الآخر حولها، وعليه فالشرط النموذجي قد يتسم بالتوازن، فيكون شرطاً نموذجياً بمفهومه الإيجابي، وقد يظهر بطابع تعسفي، فيكون شرطاً نموذجياً تعسفياً بمفهومه السلبي، كما أن مجال الشرط النموذجي غير محدد، لا من حيث الأشخاص ولا من حيث العقود المعنية، على خلاف الشرط التعسفي الذي يصدر ضد المستهلك، ضمن عقود الاستهلاك.

¹ سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بير زيت، فلسطين، 2008، ص ص 1-2.

² سميرة زوية، المرجع السابق، ص 87.

أما المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات المقارنة لم يكن في ذلك بما أورده في القواعد العامة في القانون المدني¹، بل تدخل لمواجهة الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك حماية للمستهلك كطرف ضعيف في هذا النوع من العقود والذي كان من خلال نصوص خاصة، تجسدت في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الأمر الذي يمكن القول معه أن معظم التشريعات التي أصدرت من أجل مواجهة الشروط التعسفية وإن كانت ذات أثر على مبادئ العقد وفقاً للنظرية العامة للعقد، إلا أنها ضرورية لإعادة التوازن العقدي المفقود، هذا الأخير الذي قال عنه الفقيه Ripert سنة 1935 ما مضمونه أن المشرع عندما يمنع التقييد المدروس ويوقف إساءة استخدام الحقوق، فإنه يدافع أساساً على فكرة القوة التعاقدية استكمالاً لعمل القانون المدني².

وعليه فإن تحديد مفهوم الشروط التعسفية التي يمكن أن تتضمنها عقود الاستهلاك -كمحور اهتمام هذا البحث وكمحال خصب لظاهرة عقود الإذعان- يستدعي تحديد تعريف هذه الشروط (أولاً)، ثم تحديد عناصرها التي تُستكمل بها مقوماتها (ثانياً).

أولاً: تعريف الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك

إن إجحاف الشرط التعسفي بحق الطرف الضعيف في العقد -كمظهر لأغلب المعاملات اليومية دون شك- يجعل من تعريف الشرط التعسفي أمراً ضرورياً من أجل مقاومته، بالنظر لما يحمله من اختلال للعقد، من خلال ما يتضمنه من نفع في جانب المهني، يقابله ضرراً للمستهلك، بما يتنافى وما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية.

لذلك تعددت التعريفات الفقهية للشرط التعسفي فهناك من عرّفه بأنه: "الشرط المعد سلفاً من طرف المتعاقد القوي، بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة"، ويُعرّفه جانب آخر بأنه: "شرط محرّر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الآخر، كما يُعرّفه البعض الآخر بأنه: "شرط يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك، والمترتبة عن عقد الاستهلاك، تُمثل مكافئة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك"³.

في حين هناك من الفقه من عرّف الشروط التعسفية بأنها: "تلك الشروط التي يوردها المحترف عادةً في العقود التي يُبرمها مع الطرف غير المحترف، يهدف من خلالها إلى ترتيب الالتزامات العقدية على النحو الذي يحقق له أكبر

¹ نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري، التي نظم من خلالها المشرع الجزائري مسألة الشروط التعسفية، كما سبق الإشارة إليه.

² ما نصه بالفرنسية:

« Quand le législateur empêche l'adhésion irréfléchie, arrête l'abus de droit, il défend au fond l'idée de force contractuelle, et il peut se flatter de parachever l'œuvre du code civil. »

³ عبد القادر الصادق، حماية المستهلك من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 01، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، البزي، الجزائر، 2019، ص 40.

مصلحة ولو كان على حساب الطرف الآخر"، أو أنها: "الشروط التي يفرضها المهني على المستهلك مستخدماً نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة، ما يؤدي إلى إحداث خلل في التوازن العقدي"¹. كما عرّفه بعض الفقه الجزائري -متأثراً بنص المادة 110 من القانون المدني الجزائري، من خلال اعتماده لمعيارين في تحديد الصفة التعسفية للشرط، الأول يتعلق بالميزة الفاحشة، والثاني يتعلق بالعدالة-فعرّفه بأنه: "ذلك الشرط الذي يورده المحترف في تعاقد مع المستهلك، والذي يؤدي إعماله إلى عدم التوازن الفاحش بين حقوق والتزامات الطرفين ويُقدّر وقت إبرام العقد، بالرجوع إلى ظروف التعاقد وموضوعه وحالة طرفيه وفقاً لما تقتضي به العدالة"².

ليتضح من خلال هذه التعاريف الفقهية للشرط التعسفي أنه على الرغم من تعددها واختلافها من خلال اعتماد كل منها على زاوية معينة، أو عنصر معين من عناصر الشرط التعسفي، من قبيل مصدر الشرط، أو طبيعته، إلا أنها تتفق على أن مناط الشرط التعسفي إنما يتجلى من خلال الميزة المفرطة التي يحصل عليها المحترف على حساب المستهلك، الأمر الذي يترتب عنه لا محالة عدم توازن عقدي لصالح من يفرض هذا التعسف على شخص لا خبرة له، أو شخص وُجِدَ في موقف عدم مساواة قانونية، أو اقتصادية في مواجهة الطرف الآخر بما يجعل من تحديد معنى التعسف يختلف تماماً عن معنى التعسف بمعناه المتداول في نطاق القواعد العامة، والذي يُقصد به على وجه الخصوص "الانحراف بالحق عن الغايات الاجتماعية" وفقاً لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري³.

كما يُجسد تقسيم الشروط التعسفية إلى شروط تعسفية بذاتها تظهر بمجرد إدراجها في العقد، كونها تسمح بحصول المحترف على ميزات مبالغ فيها، من قبيل الاعفاء من المسؤولية، وشروط تعسفية بحكم استعمالها فلا تظهر إلا من خلال التطبيق وفقاً لنص المادة 622 من القانون المدني الجزائري⁴، لذلك فإنه يُمكن تعريف الشروط التعسفية بأنها: "تلك البنود التي يفرضها المتعاقد القوي اقتصادياً وفيئاً في العقد، على حساب الطرف الضعيف، ينتج عن تنفيذها اختلالاً فاحشاً بين التزامات الطرفين، ويلحق الضرر بالمتعاقد الضعيف (المستهلك)"، وهو تعريف دقيق من وجهة نظر الباحث كونه يأخذ بعين الاعتبار من العناصر ما ينطبق على وصف هذا الشرط، من قبيل

¹ عايدة مصطفوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد التاسع، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017، ص 11.

² عبد الرؤوف زبوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 02، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، 2020، ص 100.

³ تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الاضرار بالغير
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة للضرر الناشئ للغير
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة".

⁴ تنص المادة 622 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية:

- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التعويض بسبب خرق القوانين أو النظم إلا إذا كان ذلك الخرق خيانة أو جنحة عمدية
- الشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن...

ظروف التعاقد التي يُدرج من خلالها هذا النوع من الشروط والأسباب الدافعة لذلك، وكذا المراكز القانونية والاقتصادية لأطراف العقد، بالإضافة إلى الغاية من إدراج هذه الشروط وما يترتب على إدراجها من آثار عقدية. أمّا مسألة تعريف الشرط التعسفي من الناحية القانونية* فيمكن القول أنه إذا كان المشرع الجزائري وفقًا للقواعد العامة في القانون المدني وبالضبط في المادة 110 ق م ج لم يُعرف الشرط التعسفي-على غرار التشريعات المقارنة التي لم تتناول ذلك في قوانينها المدنية-تاركًا ذلك للفقه ومعتمدًا روح الحق والعدالة معيارًا لتعسفية الشرط وهو الأمر الذي لا يُمكن بأي حال من الأحوال أن يتحقق في عقد الاستهلاك القائم أصلًا على انعدام المساواة بين مراكز أطرافه.

فإن الأمر يختلف في القانون الخاص 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، حيث عرّف المشرع الجزائري الشروط التعسفية** بموجب المادة 03 في فقرتها الخامسة من هذا القانون بنصها على ما يلي: "... شرط تعسفي: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركًا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"¹، مستبعدًا معيار القوة الاقتصادية ومعيار الميزة المفرطة ومعتمدًا معيار الإخلال الظاهر بالتوازن العقدي ومتجنبًا الجدل القائم في الفقه الفرنسي حول عدم وضع تعريف مُحدّد للشرط التعسفي².

* يعتبر المشرع الألماني الأسبق في مجال الحماية من الشروط التعسفية وذلك بموجب المادة 09 من قانون 1976 الخاص بمقاومة عدم التوازن في العقود وحماية الطرف المذعن، والذي بدأ العمل به سنة 1977، حيث اعتبر الشروط العامة لاغية حينما تكون النصوص ضارة ومجحفة بالشريك في العقد مع المشرط بطريقة غير معقولة ومناقضة لمقتضيات حسن النية، مخرجًا بذلك اقتصار الشروط التعسفية على فئة المستهلكين فحسب، لتشمل المهنيين أنفسهم، فعُرف الشروط التعسفية بأنها: "تلك الشروط التي تصاغ في العديد من العقود والتي يفرضها أحد المتعاقدين وهو المستعمل على المتعاقد الآخر أثناء إبرام العقد، وكما قد تكون هذه الشروط منفصلة عن العقد فإنها قد تكون مندمجة في نصوصه دونما اعتبار لموادها ولا للشكل الذي ترد فيه"، كما عرف المشرع المصري الشرط التعسفي من خلال المادة 10 من قانون حماية المستهلك المصري بأنه: "كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند وغير ذلك يتعلق بالعقد مع مستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي التزاماته الواردة بهذا القانون"، في حين عرفه المشرع المغربي في القانون 31-08 المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك من خلال المادة 15 في فقرتها الأولى منه على أنه: "في العقود المبرمة بين المرد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك"، أنظر نجاة حملاوي وحسينة شرون، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص 53، وأنظر في الصدد أيضا عبد القادر الصادق، حماية المستهلك من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 01، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، البزري، الجزائر، 2019، ص 41 وما بعدها.

** قبل صدور القانون رقم 02-04، لم يولي المشرع الجزائري أي اهتمام لمسألة تنظيم الشروط التعسفية ضمن نصوص خاصة، إلا ما تعلق ببعض الأحكام ذات الصلة بفكرة الشروط التعسفية من قبيل المادتين 07 و 11 من القانون المدني الجزائري، والتي أشارت إلى الشروط التعسفية في عقود الإذعان، حيث تقابلها المادتين 1110 و 1171 من القانون المدني الفرنسي اللتين نصتا على الآتي:

Article 1110 de code civil français - dernière modification le 1Janvier 2017- Document génère le 5 Janvier 2017, dispose: « le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance' par l'une des parties », **et la art 1171 dispose** ; «... Dans un contrat d'adhésion tout clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droit et obligations des parties au contrat est réputée non écrite...»; Voir : <http://w w w. legifrance.gouv.fr>.

¹ أنظر المادة 03 من القانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

² فتحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكّرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة احمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2017-2018، ص 10.

في حين عرّف المشرع الفرنسي هذا النوع من الشروط في القانون 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978، المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات وبالضبط في المادة 35 منه بنصها على ما يلي: "في العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين قد تكون محظورة أو محدّدة أو منظمة الشروط المتعلقة بـ: متى يظهر أن هذه الشروط مفروضة على غير المحترفين، أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الآخر والذي يمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة"¹.

ليُتبع المشرع الفرنسي هذا القانون بالمرسوم الصادر في 24 مارس 1978 من أجل تطبيق هذا القانون والذي أُعْتَبِر الشرط التعسفي من خلاله: كل شرط يكون محله أو أثره يُؤكّد إدعان غير المهني أو المستهلك لاشتراطات عقدية غير مدرجة في المحرّر الذي يوقعه وكذلك الشرط الذي محله أو أثره يُلغى أو يُنقص حق غير المهني أو المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بالتزاماته أيّا كانت، فكان تعريفه للشرط التعسفي بأنه كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للإضرار بالمستهلك من خلال إيجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف وذلك في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين طبقاً لنموذج مُعدّد كلياً أو جزئياً من جانب المهني ويخضع له المستهلكين بدون أي إمكانية حقيقية لتعديله"².

ليعيد المشرع الفرنسي تعريف الشروط التعسفية من خلال القانون 95-96 في المادة 1-132 L. كما يلي: "تعتبر شروطاً تعسفية في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين تلك التي يكون موضوعها أو من أثارها إحداث اختلال واضح بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد"³.

مؤكدًا بذلك أن الهدف من نظام الشروط التعسفية إنّما هو مواجهة الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد وليس تحقيق التناسب الكلي بين الأداءات الاقتصادية، كون المشرع الفرنسي يحاول في كل مرة وضع تعريف دقيق للشرط التعسفي، بالنظر لمفهومه المتغير والمتطور لارتباطه بالعديد من المؤشرات والمؤثرات، بما يجسد ضرورة تضمينه من العناصر والشروط ما يُحدّد طبيعته التعسفية في أي مرحلة من مراحل إبرام العقد، أو آثار هذا الأخير عند تنفيذه بتلك الشروط.

كما كان للقضاء أيضاً دوره في تعريف الشرط التعسفي، حيث تضمنت محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها تعريفاً للشرط التعسفي معتبرة إياه أنه ذلك الشرط الذي من شأن وجوده أو أثر الغائه تخفيض حق المستهلك في التعويض في حالة عدم وفاء المهني بأحد التزاماته أيّا كانت⁴، متبينة ما تبناه المشرع من كون اعتبار الشرط تعسفياً متى تضمن تصرفاً غير مشروع يُعدّل المبادئ العامة بشكل لا يتوافق والاحترام الواجب لحسن النية⁵.

¹ سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014، ص 59.

² سلمة بن سعيدي، المرجع نفسه، ص 59.

³ القانون الصادر في فرنسا بتاريخ 01 فيفري 1995 المتعلق بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، أنظر في الصدد غازي خالد غازي أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 1، الجامعة الأردنية، 2009، ص 194.

⁴ أنظر: Cass.Civ.25.Janv.1989.N.264.

⁵ سلمة بن سعيدي، المرجع نفسه، ص 58.

كما عرّفت محكمة النقض المصرية هذا النوع من الشروط، بأنه الشرط الذي يأتي متناقضاً مع جوهر العقد باعتباره مخالفاً للنظام العام¹.

أما بالنسبة للقضاء الجزائري، فإنه لا يوجد ما يمكن من خلاله استخلاص موقفه حول تحديد مفهوم الشرط التعسفي، ولعلّ السبب في ذلك يكمن في كون المشرع الجزائري لم يترك مجالاً للقضاء من أجل تحديد هذه المفاهيم عندما تكفل بذلك.

وعليه من خلال هذه التعاريف على اختلاف أنواعها، سواء كانت فقهية، أو تشريعية وحتى قضائية فإنه يتعين تحديد العناصر المكونة لهذا النوع من الشروط والتي لا يتضح المفهوم الدقيق للشرط التعسفي إلا من خلالها، وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانياً: عناصر الشرط التعسفي

لدراسة العناصر المكونة للشرط التعسفي، لا بُدّ من الوقوف على اختلاف التشريعات في وصف هذا النوع من الشروط، فمن خلال تعريف المشرع الجزائري للشرط التعسفي والوارد في القانون 04-02 المعدل والمتمم في مادته الثالثة يُمكن استخلاص ثلاث عناصر للشرط التعسفي كما يلي:

1- أن يدرج الشرط التعسفي ضمن عقد إذعان

بالرجوع إلى المواد 03 في فقرتها الرابعة² من القانون 04-02 المعدل والمتمم، والمادة الأولى في فقرتها الثانية³ من المرسوم التنفيذي 06-306 واللذان تناولتا عقد الإذعان، يتضح أن المشرع الجزائري قد تبني المفهوم الموسع لعقود الإذعان، الأمر الذي قابله بالضرورة توسيع الحماية من الشروط التعسفية لتشمل المهنيين والمستهلكين معاً وهو ما تؤكدته المادة 01 من القانون 04-02 التي نصت على ما يلي: "يهدف هذا القانون إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين".

وقد حدّد المشرع الجزائري مجال هذه الشروط التعسفية حاصراً إياه في عقود الإذعان دون سواها، حين أكد من خلال المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306 على ضرورة إعلام الأعوان الاقتصاديين للمستهلكين بكل الوسائل الملزمة بالشروط العامة والخاصة لبيع و/أو تأدية الخدمات ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه، منتهجاً في ذلك نفس نهج المشرع الفرنسي الذي اشترط من خلال التعريف الذي جاء به قانون 1978 من أن يكون الشرط

¹ عبد العزيز زردازي، مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، أفريل 2017، ص 77.

² تنص المادة 4/3 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبق على الممارسات التجارية المعدل والمتمم على أنه: "...عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه..."

³ تنص المادة 2/1 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر على أنه: "...يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقاً للمادة 3 الحالة 4 من القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

التعسفي مُدرج في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين ونماذج الاتفاقيات ودفاتر الشروط التي يعرضها المهنيين على المستهلكين¹.

2- أن يكون العقد مكتوبًا

اشتراط المشرع الجزائري أن يكون عقد الإذعان- كمجال للشروط التعسفية- مكتوبًا، وذلك من خلال عبارة "...حُرِّرَ مسبقًا" الواردة في المادة 03 من القانون 04-02، الأمر الذي يُستبعد معه العقود المبرمة شفاهة والتي قد يشملها مفهوم مصطلح الإذعان، وإن كان المقصود بالكتابة في هذا المقام ليست الكتابة الرسمية فقط وإنما مجرد إبراد الشروط العامة للتعاقد في الوثائق المختلفة التي تصدر عن المحترف أو العون الاقتصادي، كما هو الحال في طلب الشراء، الفاتورة، سند الضمان ووصل التسليم وغيرها وفقًا لنص المادة 03 الحالة 04 الفقرة 02 من القانون 04-02.

وهو الموقف الذي يتفق وموقف المشرع الفرنسي الذي يشترط أن يكون الشرط التعسفي مكتوبًا، وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنّ تعداد المشرع للسندات المتضمنة شروطاً تعسفية جاء على سبيل المثال بما يفيد إمكانية إدراج هذه الشروط في أي وثيقة مهما كان شكلها تتضمن الشروط العامة المتعلقة بالعقد.

3- أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكًا أو عونًا اقتصاديًا

أصدر المشرع الجزائري القانون 04-02، كنظام عام لحماية المستهلك والعون الاقتصادي على حدّ سواء من تعسف العون الاقتصادي، ويتضح ذلك من خلال نصه في المادة الأولى من هذا القانون بأن هذا الأخير يهدف إلى تحديد قواعد ومبادئ شفافية ونزاهة الممارسات التجارية التي تقوم بين الأعوان الاقتصاديين وبين هؤلاء والمستهلكين وكذا إجابة المستهلك وإعلامه، بما يفيد إمكانية الاستفادة من قواعد الحماية التي يوفرها القانون 04-02 متى تحقق قيام عقد إذعان بين محترف ومحترف وبين محترف ومستهلك.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن موقف المشرع الجزائري جاء مغايرًا لموقف المشرع الفرنسي من حيث تحديد نطاق الحماية المقررة للأشخاص المتضررين من الشروط التعسفية، وذلك عندما تبنى المشرع الجزائري النطاق الموسع للحماية ليشمل جميع الأشخاص سواء كانوا مستهلكين أو محترفين، على خلاف المشرع الفرنسي الذي تبنى الاتجاه الضيق في ذلك مقتصرًا هذه الحماية على فئة المستهلكين فقط دون المحترفين، رغم التناقض المسجل من قبل المشرع الجزائري في ذلك، والذي يتجلى من خلال تبنيه النطاق الضيق في تحديده لمفهوم المستهلك في المادة 03 في فقرتها الثانية من نفس القانون، والتي نصت على ما يلي: "...مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعة قُدِّمَتْ للبيع أو يستفيد من خدمات عُرضت ومجردة من كل طابع مهني...".

¹ عبد الرزاق الوافي وجمال غريسي، الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها كآلية لحماية المستهلك في ضوء القانون 04-02، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 06، العدد 01 (عدد خاص)، المركز الجامعي البزري، الجزائر، جويلية 2021، ص 303.

² تنص المادة 03 الحالة 4 الفقرة 2 من القانون 04-02 سالف الذكر على ما يلي: "...يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفًا".

4-أن يكون الشرط سبباً في الاختلال الظاهر لتوازن العقد

أخذ المشرع الجزائري-من أجل اعتبار الشرط تعسفياً-بمعيار الاختلال الظاهر لتوازن العقد ويتجلى ذلك من خلال تعريفه للشرط التعسفي بموجب المادة 03 في فقرتها الخامسة من القانون 04-02 المعدل والمتمم سالف الذكر بنصها: "...من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

وهو الموقف نفسه الذي تبناه المشرع الفرنسي والذي نقله من التعليمات الأوربية لسنة 1993¹، كنظام وُضِع لمكافحة المظاهر البارزة لعدم التوازن العقدي الذي تسببه الشروط التعسفية وليس من أجل ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة، وهو ما يتجلى في تعديله لنص المادة 1-132 L. في فقرتها السابعة من قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب الأمر 2000-741 المؤرخ في 23 أوت 2000 لتأكيد أنه تقدير الطابع التعسفي لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد ولا على تعادل السعر مع المال أو الخدمة المقدمة².

الفرع الثاني: معايير تحديد الطابع التعسفي للشروط

إذا كان معيار العدالة-كمعيار تقليدي يتضمنه القانون المدني-هو المعتمد من قبل القاضي في الحكم ما إذا كان الشرط الوارد في عقد إذعان تعسفياً أم لا، فإن القواعد المستحدثة لحماية المستهلك من الشروط التعسفية وسَّعت من دائرة هذه المعايير المحددة لتعسفية الشرط لتشمل معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية (أولاً)، ومعيار الميزة الفاحشة أو المفرطة (ثانياً)، وكذا معيار الاختلال الظاهر بتوازن الالتزامات (ثالثاً)، وعليه سنتناول هذه المعايير تباعاً كالاتي:

أولاً: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

وهو معيار شخصي، كونه يتجلى من خلال القوة الاقتصادية للمهني وحجم المشروع الذي يستغله، وكذا الوسائل التي يستخدمها في ممارسة نشاطه، وقدر الاحتكار الذي يتمتع به بما يجعل من المستهلك في مرتبة أقل منه الأمر الذي يجعل منه معياراً معتمداً في تحديد الطابع التعسفي لشرط من الشروط التعاقدية وتحديد مدى إخلاله، أو عدم إخلاله بالتوازن العقدي إخلالاً ظاهراً بين حقوق والتزامات طرفي العقد، لذلك فهو يبحث في النتائج المترتبة على تضمين عقود الاستهلاك شرطاً تعسفياً، دون البحث في الأسباب والدواعي التي أدت إلى هذه النتائج³.

تتجسد القوة الاقتصادية في المكانة الهامة التي يُحظى بها المهني في السوق والتي تحوله أن يكون ذا نفوذ وهيبه بما يجعله معروفاً في السوق ويحقق وضعية الهيمنة، كون القوة الاقتصادية ووضعية الهيمنة وجهان لعملة واحدة حيث يستغل المهني هذه الوضعية للحصول على الميزة التي يصبو إليها عن طريق فرض الشروط التعاقدية بالطريقة التي

¹ وذلك من خلال أحكام المادة 1-132 L. من القانون 95-96 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين الصادر في 1995/02/01 سالف الذكر والتي نصت على ما يلي: "في العقود ما بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين، تكون تعسفية الشروط التي يحدث موضوعها أو آثارها إضراراً بغير المحترفين أو المستهلك، عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

² محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2007-2008، ص 105.

³ عبد القادر الصادق، المرجع السابق، ص 43.

يريد بها بالنظر لمركزه الاقتصادي القوي¹ وهو الأمر الذي يجد أساسه في المادة 35 من القانون الفرنسي 78-23 نصها على أنه: " في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو المستهلكين، يمكن أن تكون ممنوعة، محدّدة أو منظمة بلوائح صادرة عن مجلس الدولة بعد أخذ رأي اللجنة المنشأة بالمادة 36، تميز عند الاقتضاء وفقاً لطبيعة الأموال والخدمات المعنية الشروط المتعلقة بالطابع المحدّد أو الذي يُحدّد الثمن، كذلك طريقة الدفع، تسليم الشيء وحقيقته، تحمل المخاطر، زيادة المسؤولية والضمانات، شروط التنفيذ، شروط الفسخ عندما تبدو أنّها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين عن طريق التعسف في استعمال القوة الاقتصادية للطرف الآخر ممّا يحقق لهذا الأخير ميزة مفرطة"².

وقد انتقد هذا المعيار من قبل الفقه كونه يتسم بالغموض وعدم الدقة من جهة عندما ينظر للقوة الاقتصادية بالنظر لمكانة المهني في السوق وهو أمر لا يمكن تحديده في الغالب، أو إذا كان من السهل الكشف عنه في مشروعات معروفة فالأمر ليس كذلك في مشروعات صغيرة لم تبرز بعد في السوق، ومن جهة أخرى أنه ليس من الضروري أن يكون المحترف قوياً من الناحية الاقتصادية حتى يفرض إرادته على المستهلك، ذلك أنه قد نجد من الناحية العملية محترفاً بسيطاً يفرض شروطه مستخدماً نفوذه، في حين قد نجد مشروعاً كبيراً لا يفعل ذلك حفاظاً على سمعته المالية³.

لذلك فإن عدم وضوح معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية دفع بالقضاء الفرنسي في أغلب قضاياها إلى إعفاء المستهلك من عبء إثباته، فجرى العمل القضائي على اعتبار كشف المستهلك، أو غير المهني عن الميزة الفاحشة، إضافة إلى ملابسات القضية يؤدي إلى قيام قرينة على وجود تعسف في استعمال القوة الاقتصادية⁴.

ثانياً: معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة

نص المشرع الفرنسي على معيار الميزة الفاحشة في نفس المادة 35 من القانون رقم 78-23 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين سالف الذكر بنصها: "... ممّا يحقق لهذا الأخير ميزة مفرطة"، وهذا المعيار لا يختلف عن سابقه (التعسف في استعمال القوة الاقتصادية)، بل يعبّر الفقهاء هذين المعيارين مترابطين ارتباط السبب بالنتيجة، بما يجعل من أحدهما نتيجة للآخر⁵، فالميزة المفرطة-كعنصر موضوعي-التي يحصل عليها

¹ إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2011-2012، ص 64.

² Article 35 : " Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature de biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ". Voir l'article sur le site : www.Légifrance.gouv.fr

³ شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 48، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2011، ص 146.

⁴ إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 65.

⁵ شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص

146، أنظر في الصدد أيضاً عبير مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحماية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص 106.

المهني ما هي إلا نتيجة للتعسف في استخدام القوة الاقتصادية التي يتمتع بها هذا الأخير الذي يفرض شروطاً تعسفية على المستهلك تُخلُّ بالتوازن العقدي وتجعل المهني يستأثر بهذه الميزة الفاحشة¹.

وقد تعرض هذا المعيار-على غرار سابقه-لانتقادٍ شديد على أساس اقتراجه من فكرة الغبن في القواعد العامة، فضلاً عن غموضه وعدم تحديده لطبيعة هذه الميزة التي يتمتع بها المهني ما إذا كانت ذات طابع مادي، أو دون ذلك وهل يدخل الشرط في تقدير هذه الميزة منعزلاً عن العقد، أو متصلاً به، كون البعض يرى أنه من أجل تقدير عدم التوازن يجب النظر إلى مجموع الشروط العقدية التي نتج عنها وجود ميزة فاحشة، كون النظر للشرط بصفة منفردة قد يبدو تعسفياً للوهلة الأولى، إلا أنه قد يكون مبرراً إذا نظرنا إليه من خلال مجموع شروط العقد، لذلك يرون أنه من الحكمة عدم التسرع في جعل الشرط تعسفياً لمجرد أنه يرد مانحاً بعض المزايا للمهني، إذ أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجهاً لإعطاء المستهلك من المزايا ما يعيد التوازن للعقد في مجمله².

وهو النهج الذي سلكه المشرع الجزائري، حين أقر أن تقدير تعسفية الشرط لا يكون بالنظر لهذا الأخير منفرداً، بل بالنظر لمجموع شروط العقد وذلك بنصه في المادة 03 الحالة 05 من القانون 04-02 سالف الذكر على ما يلي: "...كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى..."

أما المشرع الفرنسي فقد تدارك النقص في هذا الصدد، وذلك عندما أخذ بهذه الفكرة في المادة 1-132 L. في فقرتها الخامسة من قانون الاستهلاك الفرنسي بنصها على أن الطابع التعسفي للشرط يُقدَّر وقت إبرام العقد بالاستناد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة للشروط الأخرى للعقد، كما يُقدَّر أيضاً بالرجوع إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر متى كان أحد هذين العقدين تابع للآخر سواء في الإبرام أو التنفيذ، كما هو الحال بالنسبة للقرض المقترن بالبيع.

ثالثاً: معيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات

وهو المعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي بعد تعديله لقانون الاستهلاك لعام 1995 وبالضبط في المادة L. 1-132 في فقرتها الخامسة، مستمداً إياه من التعليلة الأوربية لسنة 1993، الخاصة بالشروط التعسفية³، التي أقرت هذا المعيار، فكان لصدور هذا التوجيه أثره البالغ على النظام القانوني الفرنسي في هذا المجال، تجسد في تخلي المشرع الفرنسي عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 78-23 لسنة 1978 (معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية و معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة) لصالح المعيار الذي جاء به التوجيه الأوربي والمتمثل في (عدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد)⁴، وقد أخذ به المشرع الجزائري أيضاً من خلال نص المادة 03

¹ إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص 66.

² محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 116.

³ نجاة حملاوي وحسينة شرون، المرجع السابق، ص 59.

⁴ إيمان بوشارب، المرجع السابق، ص ص 67-68.

الحالة 05 من القانون 02-04 سالف الذكر، التي تُقرر أن تعسفية الشرط تحدد "بالإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"¹.

إلا أن بعض الفقه الفرنسي رأى أن هذا المعيار لا يعدو مجرد ترديدًا لميزة المفرطة من حيث الموضوع، فقط يكمن الاختلاف من حيث التسمية²، لذلك والحال هكذا فإن ما سبق قوله بشأن معيار الميزة المفرطة ينطبق أيضًا على معيار الإخلال الظاهر بالالتزامات، سواءً في القانون الفرنسي، أو القانون الجزائري.

وتسليمًا بالتشابه بين المعيارين، فإن معيار الإخلال الظاهر بالالتزامات يطرح نفس الاشكال الذي طُرح بشأن معيار الميزة المفرطة، بكونه يقترب من فكرة الغبن، بما يجعله هو الآخر مجرد تبني مغلف لفكرة الغبن المجرد (النظرية المادية للغبن)، مادام يُسلم بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة³، الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي إلى وضع حدّ لهذا الوصف بسعيه إلى تأكيد الاختلاف بين معيار عدم التوازن الظاهر، وفكرة الغبن، حيث تجسد ذلك من خلال إضافة الفقرة 07 إلى المادة 1-132 L. 4 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي نصت على أن تقدير الطابع التعسفي للشرط لا يقع على تعريف المحل الرئيسي للعقد، ولا على تعادل الثمن مع المبيع أو الخدمة، بما يجعل الهدف من هذا المعيار إنما هو مكافحة مظاهر عدم التوازن الملازم لشروط العقد وليس ضمان التعادل الكلي بين الأداءات المتقابلة، في حين سكت المشرع الجزائري عن هذه المسألة مبقيًا على الاشكال قائمًا بخصوص اقتراب هذا المعيار من فكرة الغبن المجرد⁵.

ويرى الباحث أنه رغم ما يطرحه معيار الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات كل من المستهلك والمهني من مسألة تقنية هامة تتعلق بكيفية تقديره، فإن هذا المعيار يظل أمثل معيار يمكن الاستناد عليه في إطار الشروط التعسفية، كونه يوسع من نطاق الحماية ضد كل المهنيين، حتى ولو كانوا غير متمتعين بقوة اقتصادية، كما أنه بعيد عن الانتقادات الموجهة لمعيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، من عدم إمكانية الكشف عن هذه القوة الاقتصادية في كثير الأحوال، فضلًا عن أن اعتماد هذا المعيار يجنب وضعيات تَفَوُّق أثبتت خطورتها في الواقع العملي، ناهيك عن دور هذا المعيار في مساعدة القاضي في الكشف عن اللون التعسفي للشرط، أو الشروط التعاقدية كمبدأ عام.

¹ نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011، ص 62.

² شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص 146

³ نجاة حملاوي وحسينة شرون، المرجع السابق، ص 59، أنظر في الصدد أيضا عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 405.

⁴ Article 132-1 alinéa 7 : " L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ". Voir : Code de la consommation.

⁵ محمد أمين سي الطيب، المرجع السابق، ص 118-119.

الفرع الثالث: النظرية العامة للعقد: قصور عن توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية

أدى غياب مبدأ عام في القانون الجزائري يضمن بشكل مباشر توازن العقد ويسمح بتعطيل أنواع الشروط التعسفية إلى سعي القضاء بدايةً باستخدام النظريات القانونية التقليدية لحماية الطرف الأقل قدرة، أو خبرة من الشروط المجحفة التي يفرضها الطرف القوي في العقد، ملتصقاً تارة وجود عيب في الرضا، وتارة أخرى إبطال الشروط التي تُخد من التزامات المهني كونها مخالفة للنظام العام، على الرغم من تضمن القواعد العامة في القانون المدني لعدد من الطرق التي يمكن أن يسهم إعمالها في محاربة عدم التوازن العقدي، من قبيل الغبن والاستغلال، و نظرية السبب، وكذا قاعدة حسن النية، من خلال المادة 107 ق م ج، التي تحول القاضي إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد بشكل يتفق وحسن النية، وورود في التشريعات العربية - كالتشريع المصري والتشريع الجزائري- من النصوص ما يعطي القاضي سلطة تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي الوارد في عقود الإذعان.

أولاً: عجز شروط صحة العقد ومبدأ حسن النية عن توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية

تضمن القانون المدني الجزائري بعض المبادئ التي حاولت تحقيق حماية للطرف الضعيف ضد اختلال التوازن الذي كان وما زال يطبع العديد من العلاقات التعاقدية، أهمها ما يرتبط بشروط صحة العقد من قبيل نظرية السبب ونظرية الغبن، بالإضافة لمبدأ حسن النية.

1- نظرية السبب

بالنسبة لنظرية السبب¹، كفكرة، أو تقنية تجتهد أساسها في النظرية التقليدية للسبب*، التي تقضي بأن التزام كل طرف هو سبب التزام الطرف الآخر، مع الأخذ بعين الاعتبار المقابل الذي يحصل عليه كل شخص يتحمل بالالتزام، وبالتالي فإن عدم وجود محل للالتزام المقابل معناه عدم وجود السبب، مما يؤدي إلى بطلان العقد، وهو ما ينطبق على الشرط التعسفي، الذي غالباً ما يضع على عاتق الطرف الآخر التزاماً لا يكون له مقابل حقيقي، بما يجعل من هذا الالتزام باطلاً لغياب السبب.

وإذا كان القضاء الفرنسي قد اعتمد من الناحية النظرية-بغية معالجة عدم التوازن الذي أصبح يطبع العديد من العلاقات التعاقدية- فكرة الغياب الكلي أو الجزئي للسبب، وذلك متى تضمن عقد من العقود شرطاً ليس له مقابل، فإن ذلك لا يتحقق من الناحية العملية، كون العقد كياناً واحداً يتضمن العديد من الشروط، بما يفرض النظر للالتزامات المتقابلة في مجموعها، من أجل اعتبار الشرط تعسفياً، وبالتالي التأكد من عدم وجود توازن عقدي، لذلك يصعب القول أن شرطاً ما يُرتب على أحد الأطراف التزاماً له مقابل، وآخر ليس له مقابل، كما أن غياب السبب

¹ نصت المادة 97 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو لآداب كان العقد باطلاً"، في حين نصت المادة 1/98 من نفس القانون على ما يلي: "كل التزام مفترض أن له سبب مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك..."

* انقسم الفقهاء بشأن نظرية السبب، فهناك من تمسك بالنظرية التقليدية للسبب، وهناك من أخذ بالنظرية الحديثة لهذا الأخير، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بما جاءت به كل من النظرية التقليدية وكذا النظرية الحديثة، وهو ما يتضح من النص المذكورين أعلاه، بما يفيد أنه يعتد بسبب العقد في المادة 97 ق م ج، وبسبب الالتزام في المادة 98 ق م ج، وبما أن النظرية الحديثة للسبب لا تخدم مجال الشروط التعسفية، كونها لا تأخذ بعين الاعتبار إلا البواعث التي دفعت الشخص إلى الالتزام، ولأن التزام الشخص لا يخلو في الغالب من باعث، فإن ذلك يجعل من النظرية الحديثة للسبب لا تتماشى وفكرة مواجهة الشروط التعسفية، لذلك فإن النظرية التقليدية للسبب هي الأقرب للتطبيق على موضوع الشروط التعسفية، كونها تتماشى مع فكرة غياب أو انعدام السبب.

بهذا المعنى لا وجود له في الغالب ضمن العلاقة العقدية بين المحترفين والمستهلكين التي تقوم على عدم تساوي الالتزامات المتبادلة، هذا الأخير الذي لا علاقة له بوجود السبب من عدمه بما يستبعد بطلان العقد غير المتوازن استناداً لنص المادة 98 ق م ج.

الأمر الذي يجعل من الاعتماد على نظرية السبب في استبعاد الشروط التعسفية من الصعوبة بما كان كونها عديمة الجدوى في استبعاد هذا النوع من الشروط، ببساطة لأن غياب السبب لا ينتج عنه مجرد انعدام التكافؤ الاقتصادي في الأداءات المتبادلة، بل أن يكون هناك انعدام حقيقي للمقابل هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن القول أن الالتزام بأداء ثقل ومرهق هو التزام بدون سبب.

2- بالنسبة لنظريتي الغبن والاستغلال

تَعَرَّضَ المشرع الجزائري لعب الاستغلال كأحد عيوب الإرادة ولكن فقط من الجانب الذي يؤدي إلى وجود غبن فاحش بسبب عدم التعادل الفادح بين ما يحصل عليه المتعاقد وبين ما يعطيه بموجب العقد.

وهناك فَرْقٌ بين الاستغلال والغبن، فالغبن له نظرة مادية باعتماده على المعيار المادي، كون العبرة في الغبن بالقيمة المادية للشيء لا بالقيمة الشخصية بالنسبة للمتعاقد، كما أن الغبن عيب مستقل عن عيوب الرضا على اعتباره عيب في العقد لا عيب في الرضا، أمّا الاستغلال فهو يعتمد على النظرة الشخصية، أي بالقيمة الشخصية متمثلة في قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، فقد يكون الشيء تافهًا، لكن المستهلك يريد الحصول عليه بناءً على ظروفه الشخصية، بحيث يقبل هذه الشروط التعسفية، أو دفع ثمن أكبر من قيمة الشيء وذلك لأنه واهم في قيمته أو مخدوع فيها، أو مضطر إلى إبرام العقد وكل هذا بسبب طيش أو هوى جامع، أو رعونة، أو عدم تجربة، أو حاجة¹.

فمن خلال نظرية الاستغلال تتبين مظاهر تقييد الإرادة والحدّ من دورها، إذّ يتعين محاربة الاستغلال، الأمر الذي يتعين معه الاعتدال بالمساواة الحقيقية وليست المجردة وإن كان المقصود بالمساواة الحقيقية ليس المساواة التامة، بل التعادل النسبي مع المضمون الحقيقي للعقد.

ليتضح الحل من خلال هذه النظرية في مواجهة الشروط التعسفية ومن ثمّ مواجهة عدم التعادل الجسيم بين التزامات المتعاقدين، كونها وسيلة فعّالة لتضييق الهوة بين طرفي عقد الاستهلاك ومن ثمة المساهمة في تحقيق التوازن الموضوعي، إلّا أن موقف القانون المدني الجزائري على غرار نظيره الفرنسي من نظرية الاستغلال كان موقفًا حادًا لنطاق هذه النظرية، وذلك بحصره لحالات الضعف التي تشملها في حالتي الطيش البين والهوى الجامح، الأمر الذي من شأنه جعل نظرية الاستغلال وسيلة غير فعّالة- وإن كانت مهمة لتحقيق التوازن الموضوعي في عقد الاستهلاك- في مجال الشروط التعسفية باقتصارها على استغلال الطيش البين والهوى الجامح في المستهلك²، في حين أن علاقة

¹ باج سعيدة، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة سطيف2، سطيف، الجزائر، 2013-2014، ص ص 116-117.

² مريم طويل، المرجع السابق، ص 90.

المستهلك بالمتدخل لا تقتصر على استغلال هذين المظهرين فحسب، بل يمتد هذا الاستغلال ليشمل حاجة، أو ضعف، أو عدم تجربة وخبرة المستهلك، ليفرض عليه عقوداً مثقلة بشروط تعسفية*.

ورغم تبني المشرع وتنظيمه لنظريتي الغبن والاستغلال، إلا أن المحاكم لم تشهد قضايا بهذا الشأن، سواء فيما يتعلق بالشروط التعسفية، أو غيرها بل هي من القلة لدرجة عدم جدوى النص، لأن التسليم به وافترض العمل به في مجال واسع قد يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، ضيف إلى ذلك صعوبة إثبات الغبن والاستغلال في مجال السلع فكيف الحال بالنسبة للخدمات كونه مجالاً أكثر تعقيداً، كل هذا أدى إلى عزوف المستهلكين عن سلوك هذا السبيل.

3- مبدأ حسن النية

كما سبق الإشارة إليه فإن مبدأ حسن النية يعتبر منهجاً واجب الإلتزام من طرف الأفراد يفرضه ضمير المتعاقد لتأثره بالجانب المعنوي، فقد نشأ هذا المبدأ منذ ظهور القانون الروماني كمصدر من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة وبموجبه كان يتدخل القاضي الروماني لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، حيث كان للآلهة fides - كصورة لحسن النية تفوق كل الاعتبارات الشخصية في العلاقات العقدية - الأثر الكبير في تخطي الشكليات التي باتت تعطل مصالح الأفراد إلى الاعتراف بحسن النية، كون هذا الأخير وكلمة fides ذات المعاني المتعددة والتي تقترب كلها من مفهوم حسن النية في النظرية الحديثة للعقد يسعيان إلى تحقيق هدف مشترك، ألا وهو أخلاق الروابط القانونية¹.

لذلك يُعدُّ هذا المبدأ من المبادئ التي تندرج ضمن أحكام القانون المدني لمحاربة الشروط التعسفية وتحقيق نوع من التوازن العقدي، حيث نص عليه المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة**، من خلال المادة 107 ق م ج التي جاء فيها ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية..."، وهي المادة التي تقابلها المادة 1134 في فقرتها الثانية من القانون المدني الفرنسي التي نصت بدورها على ما يلي: "...يجب تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية..."².

* على خلاف المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي فقد وسع المشرع الألماني من حالات الضعف، حين نص في المادة 2/38 من ق م الألماني على ما يلي: "يعتبر باطلاً بشكل خاص كل تصرف قانوني يستغل فيه الشخص حاجة الغير أو طيشه، أو عدم خبرته ليحصل لنفسه أو لغيره نظير شيء يؤديه على منافع مادية تزيد في قيمة هذا الشيء، بحيث يتبين من الظروف أن هناك احتلالاً فادحاً في قيمة تلك المنافع وقيمة هذا الشيء"، ونفس النهج سار عليه المشرع العراقي الذي نص في المادة 125 ق م العراقي على أنه: "إذا كان أحد المتعاقدين قد استغل حاجته، أو طيشه، أو هواه، أو عدم خبرته، أو ضعف إدراكه، فلحقه من تعاقد غبن فاحش، جاز في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول، ونفس النهج سار عليه أيضاً المشرع السويسري بنص في المادة 21 من قانون الالتزامات السويسري على ما يلي: "في حالة اختلال التكافؤ الواضح بين تعهد أحد المتعاقدين وتعهد الآخر، يجوز للمتعاقد المغبون في خلال سنة أن يطلب بطلان العقد ويسترد ما دفعه إذا كان قد دفع هذا الغبن عن طريق استغلال حاجة وقع فيها، أو طيش، أو عدم تجربة".

¹ رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة دياي، العدد الرابع والستون، العراق، ص 176.

** نص قانون الالتزامات السويسري على مبدأ حسن النية في المادة 02 منه بنصها: "يجب استعمال الإنسان لحقوقه وتنفيذ التزاماته طبقاً لمقتضى حسن النية وأن الإساءة الظاهرة في استعمالها لا يحميها القانون"، كما نص على هذا المبدأ القانون الألماني بموجب المادة 242 منه بنصها: "يكون المدين ملزوماً بتقديم الخدمة كما يفرضه حسن النية، بالنظر إلى العادات المعترف بها في مجال الأعمال".

² أنظر الصفحة 126 وما بعدها من الأطروحة لتفصيل أكثر حول مبدأ حسن النية.

إلا أن هذا المبدأ استُبعدَ من إمكانية الاعتماد عليه في استبعاد الشروط التعسفية بالنظر لصعوبة الجمع بين ما يمكن إعطاؤه من تعريف لحسن النية، ومنطق الشروط التعسفية، كون القضاء غالبًا ما يستعمل مفهوم حسن النية لمعاقبة سلوك المتعاقد، بما يجعل منه نتاج حكم قيمي حول سلوك شخص وليس نتاج حكم حول مشروعية شرط تعاقد، الذي يستند لأساس موضوعي، فلا يهم إن كان المتعاقد قد تصرف بما يخالف مبدأ حسن النية، بقدر ما هو مهم ملاحظة الاختلال في التوازن.

لذلك يمكن القول أن الأمر لا يتوقف عند عجز وقصور المبادئ العامة التي جاء بها المشرع الجزائري في ظل القانون المدني، عن توفير حماية فعّالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ضد اختلالات التوازن الناتجة عن إدراج شروط تعسفية، بل يتعدى إلى قصور من نوع آخر يتجلى في حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانيا: حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان

يُقصد بعقد الإذعان¹، العقد الذي يُعَدُّ فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطاً محدّدة غير قابلة للتعديل، أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه، يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة². هذا التعريف لعقد الإذعان لا يختلف عن باقي التعاريف التي سبق لنا التطرق إليها عند تناول عقد الإذعان كمظهر للتحويلات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد- في جزء سابق من المذكرة- والتي تنطوي على مبادئ تقليدية في تحديد مفهوم عقد الإذعان، حيث تشترط من أجل اعتبار العقد إذعانا، أن يكون هناك احتكار للسلعة، أو الخدمة من قبل مقدمها، وأن تكون هذه السلعة، أو الخدمة ضرورية للمستخدم، وأن تُفرض شروط العقد على المستهلك فلا يكون له حق مناقشتها، حاصرة بذلك نطاق هذا العقد في حدود ضيقة لم تعد تتلاءم وضرورات حماية المستهلك في مواجهة تجمعات الإنتاج وشبكات توزيع السلع والخدمات التي أصبحت لا تتعامل إلا من خلال شروط مُعدّة سلفاً، مُحَقَّقة للمنتج أقصى انتفاع ممكن، وواضعة عنه العديد من الالتزامات إلى حدّ الاعفاء، في مقابل عدم جواز تعديل المستهلك لمضمونها، أو مناقشتها، مُجَسِّدَةً تعسفية شروط العقد في أوسع صورها.

في الوقت الذي يسير فيه الاتجاه المعاصر نحو هجر هذا المفهوم الضيق لعقد الإذعان إلى فكرة أكثر اتساعاً وهو الأمر الذي تبناه عدد غير قليل من الفقه الحديث، سواءً في فرنسا أو في مصر، حيث يُعرّف هذا الاتجاه عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً، أو جزئياً بصورة موحدة وعامة قبل الفترة التعاقدية.

لذلك- كما سبق الإشارة إليه- فإن هذه الحماية التقليدية من الشروط التعسفية تبقى غير كافية في ظل تطور العلاقات التعاقدية وتطور الحياة الاقتصادية وانتشار المحلات والمنشآت الكبرى التي تعرض بضائعها، أو خدماتها على الجمهور بأسعار وشروط معينة لا تقبل مناقشة فيها ولا تحيد عنها، ممّا يتعين على من يتعامل معها الإذعان لها والقبول بشروطها دون مساومة، ليشمل خطر الشروط التعسفية حتى عقود المساومة في معظم صورها المعاصرة، من خلال وقوع المشتري تحت تعسف البائع، ليس نتيجة ضعفه اقتصادياً وإنما لعدم خبرته الفنية في مجال التعاقد، الأمر

¹ أنظر الصفحة 89 وما بعدها من الأطروحة لتفصيل أكثر حول عقود الإذعان.

² محفوظ لعشب بن حامد، المرجع السابق، ص 31.

الذي يُمكن القول معه أن نظرية الإذعان ليست إلّا محاولة غير كافية لمواجهة مشكلة حماية المتعاقدين من خطر الشروط التعسفية خاصة المستهلك، ذلك أن اختلال التوازن بين الالتزامات قد يتم حتى في ظل إمكانية مناقشة بنود العقد وغياب الاحتكار، الأمر الذي يفرض حماية المتعاقد الضعيف مهما كان شكل العقد كون الحماية الناجمة تقتضي ابطال الشروط التعسفية متى تبين أنها تنطوي على انحاف في حق المستهلك وتحمل اختلالاً ظاهراً في الحقوق المتولدة عن العقد.

الفرع الرابع: قانون حماية المستهلك: محاولة لتوفير حماية فعّالة من الشروط التعسفية

في ظل تفاقم ظاهرة استغلال الطرف القوي لحاجة وجعل الطرف الضعيف من خلال فرض شروط تعسفية في العقد، وقصور مقتضيات الشريعة العامة في توفير الحماية الفعّالة للطرف الضعيف من هذه الشروط، سعى المشرع الجزائري -على غرار التشريعات المقارنة- إلى تبني نصوص قانونية خاصة تهدف إلى حماية وقائية للطرف الضعيف من خطر هذه الشروط، لا سيما المستهلك، حيث تجسّد ذلك في النص صراحةً على استبعاد تلك الشروط (أولاً) التي تحدث اختلالاً ظاهراً في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة، كما تم توسيع دائرة الحق في مواجهة هذه الشروط التعسفية، من خلال انشاء لجنة البنود التعسفية (ثانياً)، فضلاً عن تفعيله لدور الجمعيات في حماية المستهلك من هذه الشروط (ثالثاً).

أولاً: نظام القائمة كآلية لمحاربة الشروط التعسفية

يُعتبر الاعتماد على نظام القائمة أحد أهم وأبرز الآليات المتبعة لمحاربة البنود التعسفية في عقود الاستهلاك ويتجسّد هذا الأسلوب في إعداد قوائم تتضمن تعداد للشروط التي تعتبر تعسفية، حيث يقوم هذا الأسلوب على افتراض الطابع التعسفي في الشروط المدرجة بالقائمة.

ويُعتبر المشرع الألماني السّبق إلى إصدار قانون يتعلق بالحماية من الشروط التعسفية وذلك ضمن قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود والذي أصبح ساري المفعول سنة 1977، حيث تضمن هذا القانون قائمتين من الشروط التعسفية، الأولى قائمة سوداء تُعتبر الشروط الواردة فيها باطلةً بقوة القانون فلا يكون للقاضي بشأنها أي سلطة تقديرية، أما الثانية فهي قائمة رمادية تُحوّل القاضي سلطة تقديرية بشأن إبطالها من عدمه من خلال تقدير مدى ملائمتها لبعض المعايير المحدّدة قانوناً للشرط التعسفي¹، محاولاً بذلك التوفيق بين بطلان الشرط بقوة القانون فيما يتعلق بالشروط السوداء، والشروط الواردة ضمن القائمة الرمادية، بتحويل القاضي سلطة الرقابة على هذه الشروط بإمكانية استبعادها متى تلاءمت مع معيار من المعايير التي حدّدها القانون لتعسفية الشرط².

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد قام في البداية بإيراد قائمة من العناصر الأساسية للعقود التي تكون محلاً للشروط التعسفية في حالة مخالفتها، وذلك بموجب المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، سالف الذكر، وتعلّق

¹ تضمنت القائمة السوداء في القانون الألماني ثمانية أصناف من الشروط المنوعة، نصت عليها المادة 10 من القانون الألماني، في حين تضمنت القائمة الرمادية عشرة أصناف نصت عليها المادة 11 من نفس القانون.

² مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2014-2015، ص 104.

هذه العناصر بتكوين العقد، وبالشروط المتعلقة بالخاصية المحددة أو قابلية التحديد للثمن ومدتها وشروط الفسخ أو التجديد، وكذلك تنفيذ العقد والشروط المتعلقة بعبء المخاطر ونطاق المسؤوليات والضمانات وشروط التنفيذ والفسخ، حيث جاءت هذه القائمة على سبيل الحصر، وهو الأمر الذي يؤكد القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 03 ديسمبر 1981.¹

وفي عام 1995 قام المشرع الفرنسي بإيراد ملحق بقانون الاستهلاك يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية، متى توافرت على العناصر الثلاثة للشرط التعسفي كما سبق الإشارة إليه²، وهي قائمة مستوحاة من التعليلة الأوروبية لعام 1993، وقد عيب عليها افتقارها للقوة الملزمة التي تتميز بها المراسيم، كما أنها تُحمّل المدعى عبء إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقاً لنص المادة 1-132 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي حيث تضمنت هذه القائمة سبعة عشر نوعاً من الشروط³.

لِيُضيف المشرع الفرنسي -بموجب قانون 28 جانفي 2005 المسمى بـ la loi ch tel، الذي عدل قانون الاستهلاك الفرنسي سنة 1993- إلى القائمة البيانية للشروط التي يُمكن عدّها تعسفية، الشرط الذي يُلزم المستهلك على قبول وبشكل خاص نظام بديل لتسوية النزاعات.

أما المشرع الجزائري فقد سار هو الآخر على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي، وذلك حين قام بإعداد قائمة من الشروط التعسفية بموجب المادة 29* من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل والمتمم سالف الذكر، رغم اقتصار الحماية من الشروط الواردة في هذه القائمة على المشتري المستهلك، دون المشتري المهني، فاعتبرت المادة بنوداً وشروطاً تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع، لا سيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.
- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.
- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة دون موافقة المستهلك.
- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

¹ Decision de la Cour d'Etat le 03 Decembre 1981.

² مولود بغدادي، المرجع السابق، ص 105.

³ سليمة أحمد يحيوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، الجزائري، 2010-2011، ص 54 وما بعدها.

* ما يمكن تسجيله من ملاحظات بخصوص المادة 29 من القانون 04-02 أنها قصرت الحماية من الشروط التعسفية التي تضمنتها هذه القائمة على المشتري المستهلك، دون المشتري المهني، وهذا واضح من خلال عبارة "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع..."، وهو الأمر الذي يعتبر تناقضا صارخا مع نصوص القانون 04-02 المتعلقة بالشروط التعسفية، والتي تحمي حتى المهني من هذه الشروط، لا سيما المادة 03 الحالة 4 فقرة 1، والحالة 05 من نفس القانون، كما يتضح أن القائمة بالشروط التعسفية الواردة في هذه المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر، وهو الأمر الواضح من عبارة "لاسيما"، كون الأصل في النصوص القانونية أنها ملزمة بطبيعتها، فإذا أراد المشرع استثناء على ذلك، فإنه يستعمل من الوسائل ما يدل على ذلك القصد صراحة، ولعل غاية المشرع من ذلك، إنما فسخ المجال أمام القضاء للحكم على شروط لم ترد في القائمة بأنها تعسفية، استنادا لتعريف الشرط التعسفي الوارد في المادة 03 الحالة 05 من القانون 04-02.

- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.
- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أحل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.
- التفرد بتغيير أجال تسليم منتج أو أجال تنفيذ خدمة.
- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.
- ليضيف لهذه القائمة- بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية المعدل والمتمم، قائمة أخرى للشروط التعسفية بنفس القوة مع الشروط السابقة، حيث نصت المادة على أن تعسفية الشرط تحدد من خلال قيام العون الاقتصادي بما يأتي:
- تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306.
- الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.
- عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض.
- تخلي العون الاقتصادي عن مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.
- النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده.
- فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.
- الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض، في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.
- تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لا يقوم بتنفيذ واجباته.
- فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.
- الاحتفاظ بحق اجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الاجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.
- أن يعفي العون الاقتصادي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته.
- تحميل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته.
- ليتضح من خلال عبارات المادة 05 من المرسوم 06-306 أن هذه القائمة قد جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وهو الأمر الذي من شأنه تجسيد التعارض بين نص هذه المادة، ونص المادة 130¹ من القانون 04-02، التي يجيز من خلاله المشرع للحكومة حق إصدار مراسيم تتضمن قوائم أخرى مُحَدَّدة للشروط التعسفية.

¹ تنص المادة 30 من القانون 04-02 سالف الذكر على ما يلي: "بهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية".

ثانيا: توسيع دائرة الحق لمواجهة الشروط التعسفية

لم يكتفي المشرع الجزائري في سعيه لمواكبة الجهود الدولية في مجال حماية المستهلك -لا سيما ما تعلق بحماية هذا الأخير من خطر الشروط التعسفية- بالنص صراحة على جملة الشروط التي تعتبر تعسفية، من خلال نظام القائمة، سواءً في القانون 04-02، أو المرسوم التنفيذي 06-306، بل وسَّع من هذه الحماية فاسحاً المجال أمام جمعيات حماية المستهلك لممارسة دورها في مواجهة الشروط التعسفية، كما رأى ضرورة وجود رقابة إدارية لدعم هذا النوع من الحماية، فتم إنشاء ما يعرف بـ "لجنة البنود التعسفية"، وهو ما سنتناوله تباعاً في النقاط الآتية:

1- دور جمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية

لقد كان لجمعيات حماية المستهلك* في دفاعها عن المصلحة الجماعية لفئة المستهلكين الدور الكبير والفعال من خلال ما تنتهجه من أساليب في سبيل وقف المهنيين من إدراج شروط تعسفية في ممارساتهم التعاقدية مع المستهلك، حيث تنوعت هذه الأساليب بين ما هو وقائي، وما هو علاجي².

فيتجلى الدور الوقائي لهذا النوع من الجمعيات في أسلوب التوعية، من خلال القيام بطبع بعض الدوريات من الصحف، أو المجلات، أو النشرات الأسبوعية، أو الشهرية وتوزيعها على المستهلكين بهدف إمدادهم بالبيانات والمعلومات عن خصائص السلع والخدمات المعروضة في السوق المحلي وتبصيرهم بأحسن وأجود المعروضات³.

كما يُمكن لهذه الجمعيات اللجوء لوسيلة أخرى من أجل تحقيق غرضها، من قبيل الدعاية المضادة، فتقوم بنشر، أو توزيع انتقادات مكتوبة، أو مسموعة للمنتوجات، أو الخدمات الموجودة بالسوق المحلية، كما قد تلجأ جمعيات حماية المستهلك -تجسيدا لدورها الوقائي في حماية المستهلك دائما- إلى دعوى المستهلكين إلى مقاطعة سلعة أو خدمة معينة، كأخطر وسيلة للدفاع بعد فشل كل محاولات الضغط والتفاهم مع المهنيين، بالنظر لتأثير هذه الوسيلة الفعال على المهنيين من الناحية الاقتصادية والمالية، رغم انعدام هذه الوسيلة في الواقع، لا سيما في مجال الشروط التعسفية⁴.

أما الدور العلاجي لجمعيات حماية المستهلك في مواجهة البنود التعسفية، فيتجلى في حقها في اللجوء إلى القضاء وتأسيسها كطرف مدني⁵، للدفاع عن حقوق هذه الفئة، تطبيقاً لأحكام المادة 23 من القانون 09-03

* عرفت الحركة الجمعوية في فرنسا تطوراً كبيراً منذ صدور قانون 01 يوليو 1901 المتعلق بعقود الجمعيات، وذلك من خلال تأسيس جمعيات فرنسية من أجل الدفاع عن جميع أنواع المصالح الجماعية للمواطنين، ومن أهم الجمعيات التي ظهرت بعد ذلك والأكثر تميزاً في فرنسا، هي الاتحاد الفيدرالي للمستهلكين، الذي تأسس سنة 1951 بهدف الدفاع عن المستهلكين، إلى جانب العديد من الفيدراليات الأخرى، التي أخذت على عاتقها مهمة الدفاع عن مصالح هذه الفئة أيضاً، أما المشرع الجزائري فقد اعترف بالحق في تأسيس الجمعيات بموجب أول قانون خاص بالجمعيات رقم 90-131 المتعلق بالجمعيات، كما نص الدستور على هذا الحق، نظراً لأهميتها ودورها في عملية التنمية، من خلال تنوع مجالات نشاطها، أما فيما يخص حماية المستهلك، فقد اعترف المشرع الجزائري بدور الجمعيات في حماية المستهلك بموجب القانون 89-02 الصادر في 04 فيفري 1989 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الملغى بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، حيث أفردها الفصل السابع بعنوان "جمعيات حماية المستهلك"، وتناول في المواد 21 و22 و23 و24 منه، مهام وتنظيم هذه الجمعيات، ضماناً لحماية مصالح المستهلكين.

² سليمة أحمد مجاوي، المرجع نفسه، ص 75.

³ عبير مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، المرجع السابق، ص 114.

⁴ مولود بغدادي، المرجع السابق، ص 125 وما بعدها.

⁵ صالح سيدي، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان وأمن وسلامة المستهلكين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2020، ص ص 146-147.

المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر، كما يمكنها أيضاً في إطار دورها العلاجي مباشرة دعوى إلغاء الشروط التعسفية، سواءً في العقود التي تم إبرامها، أو في نماذج العقود، طبقاً لنص المادة 65 من القانون 04-02، أو دعوى الاعفاء من الشروط التعسفية، التي تجدد أساسها في القواعد العامة من خلال المادة 110 ق م ج¹.

2- لجنة البنود التعسفية

سعيًا منه لضمان حماية جذية لمصالح المستهلكين وتحقيق التوازن العقدي المفقود في العلاقات الاستهلاكية جراء الشروط التعسفية رأى المشرع ضرورة دعم عمل جمعيات حماية المستهلك برقابة إدارية كإجراء وقائي لمنع ظهور الشروط التعسفية وانتشارها، دون انتظار نص قانوني، أو حكم قضائي يقضي بطلانها، فتجسد ذلك في إنشاء لجنة البنود التعسفية بموجب المادة 206 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر.

حيث تتحلى مهام هذه اللجنة في البحث بكل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين والبنود ذات الطابع التعسفي، وكذا تولي صياغة توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، كما تقوم هذه اللجنة بكل دراسة و/أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود اتجاه المستهلكين، بالإضافة إلى مباشرة كل عمل آخر في مجال اختصاصها³.

تجتمع اللجنة في دورة عادية مرة على الأقل كل ثلاثة أشهر باستدعاء من رئيسها، كما يمكنها الاجتماع في دورة استثنائية بمبادرة من رئيسها، أو بطلب من نصف أعضائها على الأقل، وتصح جلساتها بحضور نصف أعضائها على الأقل، مع صحة مداولاتها في حالة اكتمال النصاب القانوني لعدد الأعضاء الحاضرين، وذلك بعد استدعاء ثاني بعد 8 أيام من الاستدعاء الأول، كما تُأخذ قراراتها بأغلبية أصوات الحاضرين مع ترجيح صوت الرئيس عند تعادل الأصوات⁴.

رغم أن وجود هذه اللجنة لم يعرف النور-منذ استحداثها بموجب المرسوم التنفيذي 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006-إلا مؤخرًا، حيث تم تنصيبها في شهر فيفري 2018، بعد أن تم النص على القائمة الاسمية لأعضائها بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 27 نوفمبر 2017⁵، إلا أنها -على غرار نظيرتها الفرنسية- تلعب دور البوليس التعاقدية، والذي له هدف مزدوج من خلال توحيد قانون الشروط التعسفية من جهة، والعمل على تنوير

¹ تنص المادة 23 من القانون 03-09 على ما يلي: "عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، يمكن جمعيات حماية المستهلكين أن تتأسس كطرف مدني"، ونصت المادة 65 من القانون 02-04 على ما يلي: "دون المساس بأحكام الماد 2 من قانون الإجراءات الجزائية، يمكن جمعيات حماية المستهلك، والجمعيات المهنية التي أنشأت طبقاً للقانون، وكذلك كل شخص طبيعي أو معنوي ذي مصلحة، القيام برفع دعوى أمام العدالة ضد كل عون اقتصادي قام بمخالفة أحكام هذا القانون"، في حين نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعى منها، وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

² تنص المادة 06 من المرسوم التنفيذي 03-306 على ما يلي: "تشأ لدى الوزير المكلف بالتجارة لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري وتدعى في صلب النص اللجنة. يرأس ممثل الوزير المكلف بالتجارة. تعد اللجنة نظامها الداخلي الذي يصادق عليه بقرار من الوزير المكلف بالتجارة. تسير أمانة اللجنة من طرف المصالح المعنية للوزارة المكلفة بالتجارة".

³ أنظر المادة 07 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر.

⁴ أنظر المادة 13 من المرسوم التنفيذي 06-306 سالف الذكر.

⁵ قرار مؤرخ في 08 ربيع الأول عام 1439 هـ الموافق لـ 27 نوفمبر سنة 2017، يحدد القائمة الاسمية لأعضاء لجنة البنود التعسفية، ج ر العدد 75، المؤرخة في 8 ربيع الأول عام 1439 هـ الموافق لـ 27 ديسمبر 2017

رضا المستهلك من جهة أخرى، فضلاً عن أنها تعتبر بمثابة الحل لتجنب اللجوء للقضاء، كونها أداة لتجسيد أسلوب الحوار بعيداً عن الاكراه بما يُخفف ثقل العبء على القضاء¹.

المبحث الثاني: خصوصية حماية المستهلك: توسيع لاستثناءات مبدأ الأثر النسبي للعقد

يعتبر مبدأ نسبية آثار العقد من أهم المبادئ التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، سواءً تعلق الأمر بموضوع العلاقة العقدية من خلال التزام العاقدين بتنفيذ ما ورد فيه، أو بأشخاص العلاقة العقدية من خلال فكرة أن ما يرتبه العقد من حقوق والتزامات لا ينصرف إلا لخدمة المتعاقدين دون سواهما، فمن البديهي ألا يتأثر الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه، وإن كان يجوز أن يكسبه حقاً، وهو ما يُترجمه مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص²، الذي جسده المشرع الجزائري في المادة 108 ق م ج بنصها: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين..."، والمادة 113 ق.م.ج بنصها: "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير..."، فإذا كان ارتباط المتعاقدين بورثتهما وخلفهما ودائنيهما بمقتضى القرابة، أو المديونية قد يسمح بسرمان بعض الآثار العقدية في حق هؤلاء الأشخاص، فإن الأصل في الغير ألا تسري آثار العقد في حقهم، ما لم يكن هناك استثناء من المشرع يقضي بانصراف هذه الآثار إلى الغير، من قبيل التعهد عن الغير، أو الاشتراط لمصلحة الغير، كاستثناءات أقرها المشرع في ظل النظرية العامة للعقد لحماية للطرف الضعيف بما يُعيد للعقد توازنه في حالة احتلاله.

إلا أن تطور المعاملات في العصر الحديث وظهور عقود الاستهلاك، كأسلوب من الأساليب الجديدة للتصرفات العقدية وما يحيط بالعملية الاستهلاكية من ظروف تقتضي حماية المستهلك كطرف ضعيف في هذا النوع من العقود، بالنظر لطبيعة هذه الأخيرة، فرض على تشريعات الاستهلاك الخروج عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، فأقرت فكرة الارتباط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي (مطلب أول) خروجاً عن الأصل الذي يقضي ببقاء العقود التي يبرمها الشخص مستقلة عن بعضها البعض لعدم وجود رابطة بينها، فجسدت ذلك في تبعية عقد القرض للعملية الممولة من خلال ربط التزام المقترض بالتسديد بتنفيذ العملية الممولة.

وفتحت المجال أمام المستهلك بالرجوع مباشرة على أي من المتدخلين (مطلب ثاني) في مراحل عرض المنتج للاستهلاك عن طريق الدعوة المباشرة، خروجاً عن الأصل الذي يقضي بعدم جواز مقاضاة الشخص للغير مباشرة لعدم وجود رابطة عقدية تجمع بينهم، سعياً منها إلى توسيع الحماية للمستهلك، لتشمل هذه الحماية جميع من تدخل في عملية عرض المنتج ولو كان من الغير، كون هذا النوع من العلاقات لا يقتصر في كثير من الأحيان على وجود طرفين فقط في العقد، الأمر الذي دفع بالمشرع لاعتبارات تتعلق بحماية المستهلك إلى الخروج عن هذا المبدأ، كما اعترف المشرع الجزائري من خلال قانون حماية المستهلك-على غرار باقي التشريعات-لجمعيات حماية المستهلك

¹ أنظر نصيرة زوطاط، دور لجنة البود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 07، العدد 01، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، جوان 2019، ص 30.

² وهو ما عبرت عنه المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي بنصها: "إن الاتفاقيات ليس لها أثر إلا بين الأطراف المتعاقدة، وهي لا تضر الغير، ولا تنفعه إلا في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121". نصها بالفرنسية:

Art.1165. Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121".

بإمكانية تمثيل هذا الأخير والدفاع عنه (مطلب ثالث)، من خلال اللجوء إلى القضاء والتراجع عنه، مشكّلةً خروجًا عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، كون هذه الجمعيات أجنبية عن العقد المبرم بين المهني والمستهلك، إلّا أن حماية المستهلك فرضت ذلك.

المطلب الأول: الارتباط بين العقود: تجسيد لفكرة المجموع العقدي

يُساهم البنك بما يمنحه من قروض في تمكين المهني من إدارة وتطوير ما يقوم به من نشاط، وفي المقابل تمكين المستهلك من الحصول على أنواع السلع والخدمات، سواءً ما تعلق منها بمال منقول من أموال الاستهلاك، أو بمال عقاري، لذلك نجد المستهلك وهو بصدد ذلك يُبرم عقدين مع شخصين مختلفين، فيشتري ويبرم عقد ائتمان دون أن يكون بإمكانه الالتزام بأحد العقدين، إلّا إذا تم إبرام العقد الآخر.

وإذا كان أعمال مبدأ نسبية أثر العقد، وفقًا للقواعد العامة يقضي بالاستقلال القانوني بين عقد القرض وبين عقد البيع، أو تقديم الخدمة، بما يجعل من عدم تجسيد إحدى العلاقات التعاقدية لا يحول بالضرورة دون الاعتداد بوجود العقد الآخر، على اعتبار أن إبرام العقدين لا يتم في الأساس بين نفس الأطراف، وأن سبب التزام المقترض هو وضع البنك الأموال الضرورية التي يتطلبها تمويل البيع تحت تصرفه، فلا يزول سبب إبرام عقد القرض بثبوت عدم تسليم المبيع.

لذلك وبالنظر لما يمارسه كل عقد على الآخر من تأثير، فإنه يُستبعد معه كل إمكانية لمواجهة المشتري للبائع بطلب فسخ عقد البيع مستندًا في ذلك إلى قرار البنك القاضي برفض منحه القرض الذي تقدم هذا المشتري بطلب الحصول عليه، كما لا يمكن للمشتري مواجهة البنك مطالبًا بإياه بإعفائه من تسديد القرض المخصص له لدفع ثمن المبيع، فيصبح المشتري ملزمًا إمّا بدفع الثمن المحدّد في عقد بيع لم يحظى بالتمويل من طرف البنك، أو مرغّمًا على تحمل أعباء قرض لا يعود عليه بأي فائدة.

والحال هكذا حاولت تشريعات الدول حماية المستهلك في هذا النوع من المعاملات، من خلال إقرار فكرة الترابط بين عقد الائتمان والعقد الرئيسي كظاهرة لا يعرفها العقد في مفهومه التقليدي، ممّا يشكل تعديًا على مبدأ الأثر النسبي للعقد، بل وحرصت هذه التشريعات على مدّ هذه الحماية إلى نطاق التنفيذ تجسّدت في طائفة من القواعد الآمرة كتلك المحدّدة للالتزامات وعدم اقتصارها على نطاق الانعقاد فحسب، كون مهلة التفكير في مرحلة الانعقاد قد لا تسمح للمستهلك دائمًا بتقدير الآثار التي من شأنها أن تترتب على إبرام العقد، كما أن عدم التوازن العقدي الذي تميل كفته حتمًا للمؤسسة مانحة القرض قد يؤدي إلى تحميل المستهلك ما لا يطيقه من الالتزامات، وهو الأمر الذي كرّسته تشريعات الاستهلاك منذ 1978 و1979، بإقامة علاقة ترابطية بين العقد الرئيسي وعقد القرض، وكرّسه المشرع الجزائري -أسوة بهذه التشريعات- من خلال المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، وعليه سنتناول المقصود من القرضين (فرع أول)، ثم نتناول خصوصية الترابط المتبادل بين عقدي القرض والعملية التي يمولها (فرع ثاني)، كآلية حامية للمستهلك المقترض من مخاطر هذا النوع من القروض.

الفرع الأول: مفهوم عقد القرض

نتناول في هذا الفرع المقصود بكل من القرض العقاري والقرض الاستهلاكي.

أولاً: القرض العقاري

تتجسد فكرة القرض العقاري في توفير المال اللازم لتمويل العملية العقارية التي تتعلق بشراء عقار، أو بنائه، أو ترميمه، أو تحسينه، لذلك يُمكن القرض العقاري الأفراد من سدّ حاجاتهم للسكن، من خلال منحهم ائتماناً نقدياً طويل الأجل على أن يتم تسديد هذا القرض على شكل أقساط شهرية، مع تقديم التأمينات الضامنة لمبلغ القرض.

لذلك يُعرّف الفقه القرض العقاري بأنه: "اتفاق بين أطراف ثلاثة هم الممول والمستثمر (المقترض)، والمستفيد، بمقتضى هذا الاتفاق يلتزم الممول بأن يضع تحت تصرف المستثمر (المقترض) مبلغاً من المال للوفاء بالتزاماته الناشئة عن عملية قانونية تتعلق بعقار، وذلك للمستفيد في مقابل التزام (المقترض) بسداد مبلغ التمويل بالشروط المتفق عليها، والتزام المستفيد بالقيام بكافة الأعمال القانونية اللازمة لضمان حقوق الممول"، مجسداً الفقه من خلال هذا التعريف ثلاثية أطراف العلاقة العقدية، ومحددًا حقوق والتزامات كل طرف من أطرافها، ومؤكداً الصفة الاستهلاكية لهذا النوع من العقود، من خلال تحديد أطراف العلاقة العقدية، وكذا الغرض من العقد العقاري والمتمثل في اشباع الحاجات الشخصية والعائلية¹.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينظم القرض العقاري بنصوص محكمة تضمن حماية فعالة للمستهلك، بل ترك مجمل الأحكام للممارسة البنكية، على خلاف نظيره الفرنسي الذي وضع ربطاً للعملية العقارية بالنسبة للقرض، وربطاً للقرض بالنسبة للعملية العقارية.

ثانياً: عقد القرض الاستهلاكي

يُعد القرض الاستهلاكي من عقود المستهلك المنظمة حديثاً في التشريعات المقارنة، وقد ازدادت أهميته في الآونة الأخيرة بالنظر لمساهمة في الرفع من وتيرة الإنتاج وتداول السلع والمنتجات في إطار تلبية الحاجيات الاستهلاكية².

ويُقصد بالائتمان، تلك العملية التي تحول للشخص الحصول على أداء معين، قد يكون مبلغ من النقود، منتجاً معيناً، أو خدمة معينة، على أن يتم الوفاء بالمقابل لهذا الأداء في وقت لاحق³.

¹ سحى صاحب هذال، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2021، ص 13.

² مريم معصرى، النظام القانوني للقرض الاستهلاكي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، التخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2020-2021، ص 13.

³ محمد جريفي و شريف بجاوي، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 11، المركز الجامعي لتامغست، الجزائر، جانفي 2017، ص 26، أنظر غي الصدد أيضاً فتيحة مسعودان، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي بين القانون المدني الجزائري والقانون رقم 18-09 يعدل ويتمم القانون رقم 09-03 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 2، جامعة البشير الإبراهيمي، برج بوعريريج، الجزائر، ديسمبر 2015، ص 78.

وقد تناول المشرع الجزائري هذا النوع من العقود في إطار أحكام القانون المدني، ضمن طائفة العقود المتعلقة بالملكية، وبالضبط في الفصل الرابع من الباب السابع من الكتاب الثاني، متناولاً أحكامه في تسعة مواد، من المادة 450 إلى المادة 458، حيث عرّفت المادة 450 القرض الاستهلاكي بنصها: "قرض الاستهلاك هو عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يردّ إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره من النوع والقدر، والصفة"، بما يفيد أن هذا التعريف للقرض الاستهلاكي ضمن القواعد العامة جاء عامّاً اكتفى فيه المشرع بتحديد العلاقة بين طرفي العقد من خلال التزام المقرض بنقل ملكية محل عقد الاستهلاك وفي المقابل التزام المقرض برد نظيره عند انتهاء القرض.

وعرّفه أيضاً في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وبالضبط في المادة 20/03 بنصها: "...قرض الاستهلاك كل عملية بيع للسلع أو الخدمات، يكون فيها الدفع مقسّطاً أو مؤجّلاً أو معجّلاً"، مُبيناً بذلك طبيعة العقد المتمثل في عقد بيع وكذا مجاله المادي المنصب على السلع والخدمات، تقابلها عملية الدفع الذي قد يكون مقسّطاً أو مؤجّلاً أو مجزئاً¹.

كما عرّفه أيضاً من خلال المرسوم التنفيذي رقم 15-114، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي - كتنظيم حديث من المشرع للقرض الاستهلاكي - وذلك بموجب المادة 1/2 منه بنصها: "كل بيع لسلعة يكون الدفع فيه إلى أقساط مؤجّلاً أو مجزئاً..."، حاصراً هذا العقد في السلع دون الخدمات، وعرّف عقد القرض في الفقرة الثانية من نفس المادة بنصها: "...عقد يقبل بموجبه بائع أو مقرض أو يلتزم بالقبول تجاه مستهلك بقرض في شكل أجل دفع سلفة أو أي دفع بالتقسيط مماثل..."².

أما المشرع الفرنسي الذي نظم القرض الاستهلاكي في الفصل الخامس من القسم الخاص بالائتمان الاستهلاكي وبالضبط في المواد من L. 311-20 إلى L. 311-28 وهي المواد التي أصبحت بعد تعديل 2010 بموجب القانون رقم 737-2010 المواد من L. 311-30 إلى L. 311-39 عرّف هذا النوع من القروض في المادة L.311-1/9³ من قانون الاستهلاك بأنه: الائتمان الذي يسمح خصيصاً بتمويل عقد متعلق بتوريد أموال أو أداء خدمة خاصة⁴.

ليتضح ممّا تقدم أن القرض الاستهلاكي وفقاً لقانون حماية المستهلك الجزائري يُنشئ علاقة تبعية مباشرة بين عقدين مرتبطين ببعضهما البعض، فيكون القرض عملية بيع يأخذ فيها الدفع صورة التقسيط، أو التأجيل، أو التجزئة، بما يجعل من القرض الاستهلاكي في هذه الحالة يتصف بصفة التخصيص لارتباطه بعقد آخر، بحيث يُمنح

¹ أنظر المادة 20/03 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

² أنظر المادة 1/02 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114، المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، سالف الذكر.

³ Art. L. 311-1/9 Contrat de crédit affecté ou contrat de crédit lié, le crédit servant exclusivement à financer un contrat relatif à la fourniture de biens particuliers ou la prestation de services particuliers ; ces deux contrats constituent une opération commerciale unique. Une opération commerciale unique est réputée exister lorsque le vendeur ou le prestataire de services finance lui-même le crédit ou, en cas de financement par un tiers, lorsque le preteur recourt aux services du vendeur ou du prestataire pour la conclusion ou la préparation du contrat de crédit ou encore lorsque le contrat de crédit mentionne spécifiquement les biens ou les services concernés.

⁴ شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 471.

لتمويل شراء منتج، أو خدمة، فيكون المستهلك المقترض في هذا النوع من القروض أمام عقدين، عقد رئيسي من قبيل عقد شراء، أو إيجار، وعقد تابع هو عقد القرض، بحيث يرتبط كل منهما بالآخر¹.

فالقرض الاستهلاكي بهذا المفهوم يخترق مجموعة من العقود، كالبيع والإيجار وتقديم الخدمات فهو يشمل كل عملية إقراض أو اعتماد بغض النظر عن الشكل القانوني الذي ترد فيه، فالمهم هو أن تتحقق الغاية أو الوظيفة التي يقوم بها، أو التي يُراد له أن يقوم بها ألا وهي تحقيق الاعتماد من أجل الاستهلاك من خلال تحقيق الفرق في الزمن بما يُمكن المستهلك من الحصول على السلع والخدمات فوراً دون أن يكون من اللازم عليه توفير السيولة النقدية اللازمة في الحال، الأمر الذي يتضح معه تجاوز مفهوم القرض الاستهلاكي إطار العقد المحدد في القواعد العامة ويُرر تحديده بسياسة تشريعية جديدة مبنية على عنصر نهائية التصرف القانوني مُعبر عنها بمعايير اقتصادية أكثر منها قانونية كدليل على الأهمية التي تحتلها المؤثرات الاقتصادية ومعها الاجتماعية في التحديد الفقهي والقانوني لإرادة المستهلك على غرار مفهوم المستهلك والقرض الاستهلاكي، بالنظر لمجال تطبيق القرض الاستهلاكي المحدود كونه لا يرد على كل أنواع العقود²، كما لا يكون محل تطبيق من أي متعامل³.

الفرع الثاني: خصوصية الترابط المتبادل بين عقد القرض والعملية الممولة

حمايةً للمستهلك أقامت تشريعات الاستهلاك في إطار البيع الممول بواسطة القرض ربطاً بين عقد القرض والعقد الرئيس، كون المستهلك لا يستطيع الشراء دون أن يقترض وفي المقابل لا يستطيع أن يقترض دون أن يشتري فيبرم عقدين من أجل تحقيق عملية ذات طابع موحد، أحدهما مع المورد الذي يُوفر له التقديم المرغوب، والثاني مع البنك الذي يُؤمن له الأموال الضرورية من خلال مبلغ القرض، بما يُجسد ثلاثية أطراف العلاقة العقدية (البائع، المحترف المقرض والمستهلك المقترض)، ويستوجب النظر إلى مُجمل العملية التمويلية من أجل حماية المقتر، وتجنبيه تحمل قرض لم يعد له أي نفع إذا لم يُبرم العقد الذي تم طلب القرض لأجله، سواءً تعلق الأمر بالقرض الاستهلاكي (أولاً)، أو بالقرض العقاري (ثانياً).

أولاً: الربط بين القرض والعملية الممولة في مجال الائتمان الاستهلاكي

إذا كانت القواعد العامة لا تتلاءم والعملية القانونية المركبة كونها أُعدت لمواجهة فرض بسيط يتمثل في وجود عقد واحد، فإن حماية المستهلك المقترض فرضت وجود ترابط بين عقد القرض وعقود البيع، من خلال قواعد خاصة، دون أن تتجه نية المقترض للارتباط بأحد هذين العقدين دون العقد الآخر، كما أن الارتباط بين العقدين هو ارتباط متبادل يتجسد في تبعية القرض للعملية الممولة من جهة، ومن جهة أخرى تبعية العملية الممولة للقرض.

¹ نوال بن موسى وشهاب باسم، أحكام عقد القرض الاستهلاكي في القانون الجزائري على ضوء المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات

العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الأول، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، مارس 2021، ص 54.

² مريم معنصر، قراءة في الصيغ القانونية للائتمان الاستهلاكي (عقد القرض الاستهلاكي نموذجاً)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، جامعة ورقلة، الجزائر، 2018، ص 235 وما بعدها.

³ عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك: القرض الاستهلاكي نموذجاً، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الوطنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2007، ص 387

1-تبعية القرض للعملية الممولة

إذا كان هذا النوع من التبعية يجسد إبرام عقد البيع، ثم إبرام عقد القرض*، أو أن يُبرم المستهلك عقد القرض في نفس الوقت الذي يبرم فيه عقد البيع ولكن ليس قبله، لكن إن حدث استثناءً بأن أبرم المستهلك عقد القرض قبل عقد البيع، فإن المشرع الجزائري أقر قاعدة تسمح بطريقة غير مباشرة بحماية المستهلك من مخاطر عدم إبرام عقد البيع وذلك من خلال المادة 08 من المرسوم التنفيذي 15-114، بنصها: " لا تسري واجبات المقرض إلا ابتداءً من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها. وفي حالة عقد بيع بتنفيذ متوال، فإن واجبات المقرض تسري ابتداءً من تسليم السلعة وتتوقف في حالة انقطاع هذا التسليم".

وهي نفس القاعدة التي أقرها المشرع الفرنسي في المادة 31-311 L. من قانون الاستهلاك الفرنسي والتي أقرت عدم بدء التزامات المقرض في السريان، إلا منذ تسليم المال أو أداء الخدمة الممولة، المشار إليها في العرض المسبق، وفي حالة عقد بيع أو أداء خدمات ذات تنفيذ متتابع، فإن الالتزامات لا تبدأ في السريان إلا من بداية التسليم أو التوريد وتنقطع في حالة انقطاع هذه الأخيرة¹.

وعليه فإن حدث ولم يُبرم العقد الرئيسي، سواءً عقد بيع، أو خدمة، فإن التزامات المقرض لن تبدأ في السريان بالرغم من إبرام عقد القرض، بما يوحي أن عقد البيع هو الذي يتبع عقد القرض، الأمر الذي دفع إلى تكريس مبدأ الارتباط، من خلال تبعية عقد البيع لعقد القرض، كحماية للمستهلك من بطلان، أو فسخ عقد البيع².

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي من خلال قانون الاستهلاك، وحرصاً منه على حماية المستهلك في القرض الاستهلاكي، ربط بين فسخ، أو بطلان العملية الممولة، وفسخ أو بطلان القرض بقوة القانون، وذلك على خلاف المرسوم التنفيذي 15-114 الذي خلت نصوصه من مثل هذه الأحكام، وتجسيدياً لذلك قررت المادة L. 311-32³، أن عقد القرض يُفسخ أو يبطل بقوة القانون، متى صدر حكم القضاء بفسخ أو بطلان العقد الذي من أجله أبرم القرض، بما يبقى الترابط بين عقد القرض والعملية الممولة أثناء التنفيذ.

* وإن كان الفقه يُقر عدم وجود قاعدة مباشرة تنشئ تبعية بين إبرام عقد القرض وإبرام عقد البيع، كون هذه القاعدة دون فائدة في مجال الائتمان الاستهلاكي، لأن التسليم بتبعية عقد القرض لعقد البيع، قد يؤدي إلى عدم استفادة المستهلك من أحكام الحماية، متى تعذر إبرام عقد البيع لأي سبب من الأسباب، ليبقى عقد القرض مستمرا، وبالتالي فإن التزامات المقرض تبقى متواصلة، وهو الأمر الذي يعرض المستهلك لمخاطر الاستدانة، أنظر نبيل إبراهيم سعد، ملاحح حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصرن 2008، ص 27.

¹ Art. L. 311-31 Les obligations de l'emprunteur ne prennent effet qu'à compter de la livraison du bien ou de la fourniture de la prestation ; en cas de contrat de vente ou de prestation de services à exécution successive, elles prennent effet à compter du début de la livraison ou de la fourniture et cessent en cas d'interruption de celle-ci. Le vendeur ou le prestataire de services doit conserver une copie du contrat de crédit et le présenter sur leur demande aux agents chargés du contrôle.

² محمد حريفي، الضمانات القانونية لحماية المستهلك في مجال الائتمان دراسة في ضوء أحكام المادة 20 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك ونصوصها التنظيمية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 1، المركز الجامعي بالنعامة، الجزائر، جانفي 2017، ص 297.

³ Art. L. 311-32 En cas de contestation sur l'exécution du contrat principal, le tribunal pourra, jusqu'à la solution du litige, suspendre l'exécution du contrat de crédit. Celui-ci est résolu ou annulé de plein droit lorsque le contrat en vue duquel il a été conclu est lui-même judiciairement résolu ou annulé. Les dispositions de l'alinéa précédent ne seront applicables que si le prteur est intervenu à l'instance ou s'il a été mis en cause par le vendeur ou l'emprunteur.

لكن ما تطرحه مسألة إرجاع الأداءات المتبادلة¹ في حالة الفسخ، أو البطلان، هو مشكلة استحالة رد المبالغ التي يتلقاها البائع، أو مقدم الخدمة من قبل المستهلك، في حالة انتفاء خطأ المقرض في تسليم المبالغ، وهو الأمر الذي لم يغفل عنه المشرع الفرنسي، الذي تناول فرضية عجز المستهلك في المادة 311-33 L، من خلال تخويله المقرض رفع طلب للمحكمة، والتي بدورها تدين البائع بضمان تسديد المقرض للمقرض، في حالة ما إذا كان الفسخ، أو البطلان من فعل البائع².

2-تبعية العملية الممولة للقرض

حتى لا يجد المستهلك نفسه- متى رغب في شراء منتج، أو الحصول على خدمة، عن طريق الائتمان-مجبوراً على الشراء نقدا بسبب عدم إتمام إجراءات القرض، أقر المشرع أيضا قاعدة "تبعية العملية الممولة لعقد القرض"، من خلال منعه استلام البائع لأي دفع في أي شكل من الأشكال، ما لم يبرم العقد المتعلق بعملية القرض نهائياً، مجسداً ذلك في المادة 13 من المرسوم التنفيذي 15-114 بنصها: "لا يمكن أن يستلم البائع من المشتري أي دفع آخر في شكل من الأشكال ولا إيداع زيادة على الجزء من الثمن الذي وافق المشتري على دفعه نقداً، ما لم يبرم العقد المتعلق بعملية القرض نهائياً. عندما يمضي المشتري رخصة الاقتطاع من حساب بنكي أو بريدي فإن صلاحيتها والأخذ الفعلي بها تكون مرتبطة بعقد البيع..."، وهو نفس الحكم الذي تضمنته المادة 311-40³ L، التي قضت أيضاً بمنع تلقي البائع، أو مقدم الخدمة، من المشتري أي وفاء تحت أي شكل من الأشكال، ولا أي وديعة، زيادة على جزء الثمن الذي رضي المشتري دفعه نقداً، ما دام أن العقد المتعلق بالعملية لم يبرم نهائياً. وإذا وقع المكتسب على رخصة اقتطاع من حساب بنكي أو بريدي فإن صحتها وانتاجها للآثار يكون مرتبطاً بعقد البيع.

وما يُجسد تكريس المشرع لقاعدة تبعية العملية الممولة للقرض أيضاً ما تضمنته المادة 1/10 من المرسوم التنفيذي 15-114 بنصها أنه: "لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري اتجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي، ما لم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض..."⁴، وأضافت المادة 1/11 من نفس المرسوم على أنه: "لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على

¹ نوال سعد الدين، الحماية القانونية للمستهلك في مجال القروض الاستهلاكية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، 2015-2016، ص 184.

² شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 476 وما بعدها.

³ **Art. L. 311-40** Le vendeur ou le prestataire de services ne peut recevoir, de la part de l'acheteur, aucun paiement sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt, en sus de la partie du prix que l'acheteur a accepté de payer au comptant, tant que le contrat relatif à l'opération de crédit n'est pas définitivement conclu.

Si une autorisation de prélèvement sur compte bancaire est signée par l'acquéreur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de vente.

En cas de paiement d'une partie du prix au comptant, le vendeur ou prestataire de services doit remettre à l'acheteur un récépissé valant reçu et comportant la reproduction intégrale des dispositions de l'article L. 311-36 et de l'article L. 311-37.

⁴ وفي ذات المعنى نصت المادة 311-34 L من قانون الاستهلاك الفرنسي بأن أي تعهد لا يمكن أن يكون صحيحاً من طرف المشتري تجاه البائع، مادام لم يقبل العرض المسبق للقرض. إذا لم يحترم هذا الشرط لا يمكن للبائع تلقي أي وفاء، تحت أي شكل من الأشكال، ولا أي وديعة، أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 479، وهو ما نصه بالفرنسية:

Art. L. 311-34 ...Aucun engagement ne peut valablement être contracté par l'acheteur à l'égard du vendeur tant qu'il n'a pas accepté le contrat de crédit. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le vendeur ne peut recevoir aucun paiement, sous quelque forme que ce soit, ni aucun dépôt.

القرض"، كما أضافت المادة 12/10¹ من نفس المرسوم على أنه بتمام عقد القرض يجوز إبرام عقد البيع الذي يجب أن يتضمن ما يشير إلى أنه ممول عن طريق القرض.

وعليه مما سبق يُمكن القول بأن المشرع الجزائري أسوة بنظيره الفرنسي قد استجاب لرغبة المستهلك المقترض من خلال وضع قواعد آمرة جسدت الارتباط المتبادل بين العقد الرئيسي وعقد الائتمان الذي يعتبر تابعاً له، بما يجعل من هذه العلاقة ضرورة قانونية استجاب لها المشرع الجزائري بعد صدور المرسوم التنفيذي 15-114، مواكباً بذلك التطور التشريعي في هذا المجال، بعدما كان المقترض يلتزم برد المبالغ المستحقة عن الائتمان حتى في الحالة التي لم يستلم فيها الشيء المبيع، مثبتاً أن الإرادة لن تكون فعالة، إلا إذا كانت خاضعة للقانون من خلال إبرام عقد القرض الذي يُعدّ ثانوياً مقارنةً بإبرام البيع، وهو ما يجعل الترابط بين القرض والعملية الممولة ترابطاً متبادلاً بما يُجسد تبعية القرض للعملية الممولة، إلى جانب تبعية العملية الممولة للقرض.

ثانياً: الربط بين القرض والعملية الممولة في مجال الائتمان العقاري

إعمالاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد فإن عقد القرض وعقد البيع مستقلان قانوناً -وإن كانت هذه العملية مترابطة من وجهة نظر اقتصادية- الأمر الذي يترتب عنه أنه في حالة عدم إبرام أحد العقدين، فإن العقد الآخر لا بد أن يكون، لكن إذا كان الهدف من نشوء عقد القرض العقاري هو توفير السكن، بمعنى أنه لا يُبرم لذاته، وإنما لغرض تمويل عقد شراء عقار، أو بناءه، أو ترميمه، فإنه كان لزاماً النظر إلى مجمل العملية التمويلية من أجل حماية المقترض وتجنبيه تحمل قرض لم يعد له أي نفع إذا لم يُبرم العقد المطلوب لأجله القرض، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا بإقرار الارتباط المتبادل بين عقد القرض العقاري والعقد الرئيسي، على غرار القرض الاستهلاكي من أجل حماية المستهلك المقترض.

لكن بالرجوع إلى إل المشرع الجزائري- كما سبق الإشارة إليه- فإنه لم ينظم القرض العقاري بما يضمن حماية فعالة للمستهلك وترك أحكام ذلك للممارسة البنكية، إلا أن ذلك لا يمنع من تفصي هذا النوع من الحماية الذي يتجلى في الترابط بين عقد القرض العقاري والعقد الرئيس، من خلال التشريعات التي نظمت القرض العقاري، من قبيل التشريع الفرنسي والمغربي.

في مجال القرض العقاري يرتبط كل من عقد القرض والعقد المطلوب لأجله هذا القرض، حيث تجدد هذه التبعية تبريرها حسب التشريع والقضاء في- كما قلنا- تجنّب المقترض تحمل قرض لم يعد له أي نفع إذا لم يُبرم العقد الذي تم طلب القرض لأجله، وهو الأمر الذي تؤكد المادة 312-12 L. 2² من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي اعتبرت عرض القرض دائماً مقبولاً تحت شرط فاسخ هو عدم إبرام العقد الرئيسي في أجل أربع (04) أشهر تُحسب

¹ تنص المادة 10 في فقرتها الثانية من المرسوم التنفيذي 15-114 سالف الذكر على أنه: "...يجب أن يحدد عقد البيع إذا كان القرض يغطي جزئياً أو كلياً مبلغ السلعة موضوع المعاملة".

² Art. L. 312-12 : " L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé. Les parties peuvent convenir d'un délai plus long que celui défini à l'alinéa précédent".

من يوم القبول، وبالنظر للصعوبات المحيطة بالعمليات العقارية، فإن المشرع الفرنسي أجاز في الفقرة الثانية من نفس المادة للأطراف الاتفاق على أجل أطول¹.

وهو نفس النهج الذي انتهجه المشرع المغربي بموجب المادة 122 من القانون 08-31 التي نصت على أنه: "يُعلق قبول العرض على الشرط الفاسخ المتمثل في عدم إبرام العقد المطلوب القرض من أجله داخل أجل 4 أشهر من تاريخ قبول العرض. يجوز للطرفين الاتفاق على أجل أطول من الأجل المحدد في الفقرة السابقة". ويُستفاد من النصين أن تكوين عقد القرض يتوقف في إبرامه النهائي على تكوين العقد المطلوب القرض من أجله خلال أجل أربعة أشهر، ما لم يتفق الطرفان على أجل أطول، وتُحذر الإشارة أن هذه التبعة تتعلق بمرحلة التكوين ولا تنسحب إلى مرحلة التنفيذ.

وحمايةً للمستهلك المقترض من الالتزام بقرض قد لا يوجد ما يبرره، مدد الاجتهاد القضائي الفرنسي هذه الرابطة بين عقد القرض والعقد المطلوب من أجله القرض إلى ما بعد مرحلة التكوين، حيث صدر قرار عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية يقضي بإبطال عقد البيع بأثر رجعي، وبالتالي يؤدي إلى فسخ عقد القرض بقوة القانون، ورغم أن من الفقه من يرى صعوبة الاعتماد على هذا القضاء في استخلاص مبدأً عامًا لمسألة الارتباط أثناء التنفيذ، فإن هناك من يرى أن ازدواجية العلاقة الجزأة التي تربط المكتسب (المقترض) بالبائع من جهة، والمقرض من جهة أخرى تميل إلى التحول إلى علاقة ثلاثية².

المطلب الثاني: تقرير دعوى مباشرة للمستهلك على كل متدخل في عرض المنتج للتداول

الأصل وطبقًا لأحكام نظرية العقد فإن المستهلك كطرف في عقد الاستهلاك الذي يربطه مع تاجر التجزئة -هذا الأخير الذي يعتبر الحلقة الأخيرة لعملية عرض المنتج على المستهلك، كون العملية تتطلب تدخل عدة أطراف، بدءًا من المنتج، ومرورا بالموزع وتاجر التجزئة وصولًا إلى المستهلك- لا تربطه أي علاقة مع باقي أطراف عملية عرض المنتج، ببساطة لأنهم من الغير وليسوا أطرافًا في العقد، الأمر الذي يُستبعد معه رجوع المستهلك على هؤلاء قضاءً، أعمالاً لمبدأ نسبية العقد كأحد المظاهر الهامة للطابع الشخصي للالتزام، والذي يقضي بأن العقد لا ينتج أثره إلا فيما بين أطرافه فلا يتعداهم إلى الغير، فمن البديهي ألا يتأثر الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه.

إلا أن التطور الاقتصادي الذي شهدته الساحة من تطور لوسائل الإنتاج والتصنيع وتعزيز مكانة المحترف وتقوية مركزه وما اكتسبه من نفوذ اقتصادي باحتكاره لوسائل الإنتاج، بما جعل وضعية هذا الأخير كطرف في العلاقة العقدية، تُهدد الطرف الآخر (المستهلك) من حيث الإملاءات والتحرير المسبق لشروط العقد، بما يُجسد ضعف المستهلك وحاجته للحماية، كل ذلك أثبت عجز الحلول التي تقدمها النظرية العامة للعقد في هذا الصدد، خاصة في ظل ضيق مجال تطبيق الدعوى المباشرة كآلية للحماية وحفظ الحقوق في العقد (فرع أول) الأمر الذي دفع بالمشرع الاستهلاكي إلى تقرير دعوى مباشرة- بالرغم من خصوصية هذه الدعوى- يمارسها المستهلك ضد كل متدخل في

¹ ادريس كركين، حماية المستهلك في القروض العقارية، مجلة المنبر القانوني، العدد 5، المغرب، أكتوبر 2013، ص 36.

² شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، لمرجع السابق، ص 487 وما بعدها.

عملية عرض المنتج، موسعًا بذلك من نطاق مبدأ نسبية العقد وكاسرًا حصريّة هذه الدعوى من خلال تشريعات الاستهلاك (فرع ثاني).

الفرع الأول: الدعوى المباشرة في القواعد العامة: مجال محدود

تُعَدُّ الدعوى المباشرة وسيلة فعالة من وسائل الضمان، لا تُقرر إلّا بموجب نص خاص، كاستثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقد، الذي يقضي- كأصل عام- بأن العقد الذي نشأ صحيحًا، فإن آثاره القانونية تنصرف إلى المتعاقدين الأصليين، أو من يمثلهما ولا تنصرف هذه الآثار إلى الغير الأجنبي عن العقد.

لكن متى كان أحد المتعاقدين مدينًا لهذا الغير الأجنبي عن العقد وتتوافر في حقه حالة من الحالات المحددة بنص القانون، فإننا نسجل خروج المشرع عن الأصل العام مخرّجًا لهذا الدائن اللجوء إلى الدعوى المباشرة، مطالبًا مدين مدينه بالدين الثابت له في ذمة مدينه، لذلك فإن استثنائية هذه الدعوى تكمن في تحديد الحالات التي يتم اللجوء فيها إليها على سبيل الحصر.

وقد كان القانون الفرنسي السّابق للأخذ بالدعوى المباشرة متأثرًا بالقانون الروماني الذي يُعَدُّ من أهم المصادر التاريخية للتقنين الفرنسي، هذا الأخير الذي كان بدوره مصدرًا تاريخيًا للعديد من القوانين العربية الحديثة. فالدعوى المباشرة ليس لها أساس قانوني محض، بل كان الفضل للفقه والقضاء في الكشف عن بعض حالات هذه الدعوى معتمدًا في ذلك على تفسير النصوص القانونية، فصدر أول تقنين مدني في فرنسا عام 1804 والمعروف بقانون نابليون، الذي عرف الدعوى المباشرة المنصوص عليها في المادة 1798 من هذا القانون والتي تمنح البنائين والتجارين وغيرهم من العمال حق استيفاء أجورهم من رب العمل مباشرة، ليساهم كل من الفقه والقضاء مساهمةً فعالةً في الكشف عن حالات وتطبيقات الدعوى المباشرة، من خلال التوسع في تفسير النصوص القانونية، من قبيل الدعوى المباشرة لمؤجر تجاه المستأجر من الباطن من أجل استيفاء الأجرة الأصلية بموجب المادة 1753 ق م ف، ودعوى مؤجر السفينة ضد المستأجر من الباطن لاستيفاء أجرة السفينة، ودعوى المضور ضد شركة التأمين، هذه الأخيرة التي لم تعمم ولم تنتشر في فرنسا إلّا بعد صدور قانون 13 جويلية 1930، بموجب المادة 53 منه، وعليه سنتناول في هذا الفرع مفهوم الدعوى المباشرة (أولاً)، ثم طبيعة الدعوى المباشرة (ثانيًا).

أولاً: مفهوم الدعوى المباشرة

تُصنّف الدعوى المباشرة بأنها دعوى من نوع خاص، كونها تعطي الدائن نوعًا من الاستثناء بالحق موضوع الدعوى، من خلال حماية الضمان العام للدائن وحده وليس لباقي الدائنين بما يحفظ له حقه ويمنع مزاحمة باقي الدائنين له، وهو الأمر الذي يُعَدُّ خروجًا عن الأصل الذي يمنع انصراف أثر العقد لغير عاقيه مُجَسَّدًا في أهم المبادئ العقدية التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة، والمتمثل في مبدأ نسبية أثر العقد، وعليه لتحديد مفهوم الدعوى المباشرة يتعين الوقوف على تعريفها، ثم تحديد خصائصها.

1-تعريف الدعوى المباشرة

لم يتعرض التشريع، سواءً الفرنسي، أو الجزائري على غرار باقي التشريعات للدعوى المباشرة بنص عام، بل اقتصرت معالجته لهذا النوع من الدعاوى على حالات نظمها بنصوص خاصة، الأمر الذي جعل الفقه في تلك البلدان هو من يهتم بتنظيم أحكامها استنادًا لتلك النصوص فظهرت عدّة تعريفات للدعوى المباشرة.

حيث عرّفها الفقه بأنها: "دعوى أو وسيلة قانونية يرفعها الدائن على مدين مدينه، يمارس فيها باسمه وحسابه الخاص الحق الذي يكون لمدينه في ذمة ذلك المدين، وذلك دون أن توجد أي علاقة قانونية بين الدائن صاحب الدعوى المباشرة ومدين مدينه"، ويُعرّفها البعض على أنها: "الدعوى التي يرفعها الدائن باسمه وحسابه على مدين مدينه للمطالبة بالحق المترتب في ذمته للمدين وليستأثر بالمحكوم به فيها"¹.

كما عرّفها البعض الآخر بأنها: "وسيلة مقررة بنص قانوني خاص يلجأ إليها الدائن للمطالبة بما في ذمة مدينه في مواجهة مدين المدين، وتمنحه حقًا لا يزاحمه فيه الدائنون الآخرون، فتضفي على حقه نوعًا من أنواع الضمان"، وعُرّفت أيضًا بأنها: "دعوى مدنية استثنائية ومجرّدة، مقرّرة بنص قانوني خاص، يرفعها الدائن باسمه وحسابه تجاه مدين مدينه، مطالبًا إياه بالحق الثابت للمدين في ذمته، وبحدود ما للدائن في ذمة ذلك المدين، حيث يستأثر الدائن بنتائجها دون أن يتعرض لمزاحمة غيره من دائني المدين"².

ليتضح أن هذه التعاريف رغم اختلافها، إلا أنها تتفق على خصوصية هذه الدعوى، كضمان خاص يتيحها المشرع لصاحب الحق بما يجعلها لا تتقرر لأي دائن، بل لدائن معين وبموجب نص قانوني خاص، واستنادًا لما ذكرته محكمة النقض الفرنسية من كون الدعوى المباشرة حق لمضور يستند في وجوده إلى نص أمر في القانون مما يتعين عدم مخالفته، فإن ذلك يجعلها من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويجسد الفرق بينها وبين الدعوى غير المباشرة التي تستهدف المحافظة على الضمان العام للدائنين وحمايتهم، كونها دعوى يقيمها الدائن نيابة عن مدينه وباسم هذا المدين، ويختصم فيها مع مدين مدينه، بحيث يحق للدائن إقامة الدعوى غير المباشرة في الحالة التي يهمل فيها المدين، أو يتقاعس عن مطالبة مدينه بحقوقه³.

وعليه يُمكن تعريف هذه الدعوى بأنها: "وسيلة مقررة بنص قانوني خاص لدائن معين يستخدم فيها هذا الأخير سلطة مدينه ضد مدين المدين، باسمه الشخصي للمطالبة بحقوق مدينه من مدين مدينه، دون أن يتعرض لمزاحمة باقي الدائنين، فيستأثر لوحده بذلك الحق".

¹ جمال بدري، الدعوى المباشرة بين التكييف التقليدي والحديث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 54، العدد 4، بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2017، ص 248.

² سميرة مكريش، الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 4، العدد 46، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ديسمبر 2016، ص 501.

³ سميرة مكريش، المرجع نفسه، ص 502.

2- شروط الدعوى المباشرة

تُعد الدعوى المباشرة خروجًا عن مبدأ المساواة بين الدائنين الذي نص عليه المشرع الجزائري -على غرار غالبية التشريعات- في المادة 188 من القانون المدني الجزائري، لذلك فإنه يشترط لإقامة هذه الدعوى توافر مجموعة من الشروط الموضوعية كالآتي¹:

أ-وجود نص قانوني يجيز للدائن إقامة الدعوى المباشرة: بحيث يترتب على وجود مثل هذا النص أن يصبح للدائن مدنيًا ثانيًا يستطيع أن يُقيم عليه الدعوى ومطالبته بحقه، تمامًا كما له الحق في إقامة هذه الدعوى على مدينه الأصلي، متى لم يتم هذا الأخير بالوفاء بما عليه من التزامات، كما يقرر هذا النص للدائن أيضًا امتيازًا على غيره من الدائنين، فيتقدم على غيره من دائني مدينه الأصلي، الذين لم تقرر لهم هذه الدعوى، كما يزاحم بموجب هذا النص حتى دائني مدين المدين الذي أقيمت عليه الدعوى والتقدم عليهم في استيفاء حقه، وهو الأمر الذي يؤكد اكتساب هذه الدعوى شرعيتها من النص القانوني الذي يقرها.

ب-أن يكون حق الدائن حالًا ومقدّرًا: على اعتبار الدعوى المباشرة، وسيلة مباشرة يستوفي بموجبها الدائن حقه الثابت بذمة مدينه، مباشرة من ذمة مدين مدينه، فإنه لا بد من أن يكون حق الدائن الذي في ذمة مدينه الأصلي مستحق الأداء، أي أن يكون الدين قد حل أجله تحت طائلة عدم صحة الدعوى، أن يكون حق الدائن ثابتًا، كما يشترط لسماع الدعوى المباشرة أن يكون حق الدائن خاليًا من أي نزاع حول مقداره.

ج-وجود علاقيتين قانونيتين منفصلتين: ويحقق ذلك من خلال العلاقة الأولى بين الدائن ومدينه، والثانية ما بين مدين الدائن والغير (مدين المدين)، فكل من العلاقتين منفصل عن الأخرى وأطرافهما مختلفين، وإن كان أحد الأطراف (المدين الأصلي) يعتبر طرفًا مشتركًا بالعلاقتين بما يُشكل رابطة ما بين الدائن والغير، التي لولاها لما جاز للدائن إقامة هذه الدعوى على مدين مدينه.

ثانيا: طبيعة الدعوى المباشرة

في ظل عدم وجود نص عام ينظم أحكامها على غرار الدعوى غير المباشرة، اختلف الفقهاء والقضاء في تحديد الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن باسمه ولحسابه ضد مدين المدين ومطالبته بالحق الموجود في ذمته، فحاول كل اتجاه ردّها إلى إحدى النظم القانونية المعروفة، فظهرت في هذا السياق محاولات عدّة من قبل الفقهاء خاصة، فهناك من حاول إدراج هذه الدعوى ضمن الأنظمة التقليدية المعروفة، من قبيل التأمينات الشخصية والعينية كضمان خاص، بالنظر لتشابه القائم بينها وبين هذه الأنظمة، كاتجاه تقليدي، في حين ذهب اتجاه ثاني في تكييفه للدعوى المباشرة مراعيًا في ذلك التطورات الاقتصادية والاجتماعية الحاصلة وما صاحبها من تطور في المنظومة القانونية، خاصة في مجال العقود، كاتجاه حديث.

¹ أحمد محمد الخوامدة وعيسى غسان الرضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين: دراسة للتشريعات الاتحادية بدولة الإمارات بدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 01، الأردن، 2019، ص 121-122.

1-الاتجاه التقليدي في تكييف الدعوى المباشرة

لم يستقر هذا الاتجاه التقليدي على تكييف واحد للدعوى المباشرة، بل اختلف فقهاؤه حول ما يطابق هذه الدعوى من نظم قانونية، فهناك من أرجع أساسها إلى (حق امتياز)، وهناك من أرجع ذلك إلى (الاشتراط لمصلحة الغير)، في حين ردّ القضاء الفرنسي طبيعتها إلى (أحكام النيابة في الوفاء).

أ-حق الامتياز كأساس للدعوى المباشرة

يرى هذا الاتجاه أن أساس الدعوى المباشرة إنما يرجع إلى حق امتياز، ذلك أن المشرع في كل حالة يقرر فيها حق امتياز على دين للمدين في ذمة مدينه، يكون له بمقتضاه الحق في رفع الدعوى المباشرة ضد مدين مدينه ومطالبته بما في ذمته، كما يكون له حق امتياز على باقي الدائنين الآخرين للمدين الأصلي¹.

وبما أن حق الامتياز لا يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين، ويتقدم صاحبه على جميع الدائنين العاديين ويتزاحم مع الدائنين المتمتعين بضمان عيني عند بيع المال المحمل بحق الامتياز بحيث يستوفي حقه طبقاً لمرتبه بالنسبة لهؤلاء الدائنين، كما أن هذا الحق لا يتقرر إلاّ بنص قانوني، بما يمنع اتفاق الأطراف على ذلك وحتى تقرير القاضي له مهما كانت صفة الدين وبالنظر لتعريف الدعوى المباشرة، فإن ذلك كله يجعل من هذه الأخيرة تنطبق ونظام حق الامتياز، لا سيما ما تعلق بما يعطيه كلا النظامين من أولوية للدائن في تحصيل الحق الذي للمدين، وكذا تعزيزها لحق الدائن².

إلاّ أن هذا الرأي انتقد على أساس أن حق الامتياز يفرق عن الدعوى المباشرة، كون حق الامتياز يقره القانون لبعض الديون، ولا يظهر إلاّ بعد التنفيذ على أموال المدين والحجز عليها، أي عند تزاحم الدائنين، فيتقدم الدائن الممتاز عن باقي الدائنين الآخرين، كما أنه إذا كان الدائن الذي له حق امتياز يتقدم على جميع الدائنين الآخرين، سواء الذين لهم دعوى مباشرة، أو دعوى غير مباشرة، فإن الدائن الذي له دعوى مباشرة وإن كان يتقدم دائني المدين الأصلي، إلاّ أن ذلك لا يجنبه مزاحمة دائني مدين المدين، فيقتسمون أموال هذا الأخير قسمة غرماء³.

ب-الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للدعوى المباشرة

يرى هذا الاتجاه أن الدعوى المباشرة تجرّد أساسها في الاشتراط لمصلحة الغير كنظام قانوني وذلك للتشابه بينهما، حيث يُعدّ كلاهما استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقد، كون الاشتراط لمصلحة الغير اتفاق بين شخصين يسمى أحدهما "المشترط"، ويسمى الآخر "المتعهد"، على انصراف الحقوق لشخص آخر يسمى "المنتفع"، بما يجعل لهذا الأخير حقاً مباشراً اتجاه "المتعهد"، فيكون المدين الأصلي في الدعوى المباشرة قد اشترط ضمناً لا صراحةً على مدينه، حق دائنه في الرجوع عليه مباشرة ومطالبته بما في ذمته له⁴.

¹ جمال بدري، المرجع السابق، ص 252.

² جمال بدري، المرجع نفسه، ص 253.

³ لعموري خلوي، الدعوى المباشرة ضمان غير مسمى، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2018، ص 139.

⁴ سمية مكريش، المرجع السابق، ص 502.

إلا أن هذا الرأي تعرض هو الآخر للنقد على أساس أن هذا القول مجرد افتراض ليس له أساس قانوني، كون الاشتراط لمصلحة الغير اتفاق بين المشتري والمتعهد على انصراف الحق للمنتفع، ومن ثمة فإن حق هذا الأخير مصدره عقد الاشتراط الذي يمكن تعديله، في حين أن حق الدائن في الدعوى المباشرة، إنما مصدره النص القانوني، بما يجعله من النظام العام لا يمكن الاتفاق على تعديله¹.

ج- أحكام النيابة في الوفاء كأساس للدعوى المباشرة (موقف القضاء الفرنسي)

القضاء الفرنسي كان له رأي مخالف في تحديده للطبيعة القانونية للدعوى المباشرة، فرأى أنها مجرد نيابة في الوفاء كون هذه الأخيرة نظام قانوني يتولى بموجبه شخص يسمى "المناب" الوفاء بدين المدين "المنيب" متى رضي الدائن "المناب لديه" بذلك وهو ما ينطبق على الدعوى المباشرة، حيث يكتسب الدائن "المناب لديه" حقاً مباشراً قبل "المناب" الذي هو عادة مدين مدينه².

إلا أن هذا الرأي انتقد نقداً مفاده أن الإنابة تتم بين ثلاثة أطراف وهم المدين "المنيب"، والدائن "المناب لديه"، والغير "المناب"، وهذا ما لا يمكن تصوره في الدعوى المباشرة التي لا يعتبر الدائن فيها طرفاً في العقد، كما لا يمكن للمناب أن يتمسك في مواجهة "المناب لديه" بالدفع التي كانت له قبل "المنيب" ومرد ذلك أن مصدر الإنابة هو الاتفاق بين الأطراف الثلاثة الذي يؤلّد في ذمة الدائن "المناب لديه" التزاماً جديداً ومستقلاً عن التزامه في مواجهة المدين "المنيب"، بينما في الدعوى المباشرة يستطيع مدين المدين أن يدفع في مواجهة الدائن بالدفع التي له أن يتمسك بها في مواجهة المدين، من فيل الدفع بالبطان، أو الفسخ³.

2-الاتجاه الحديث في تكييف الدعوى المباشرة

أدت الفروق البينة بين الدعوى المباشرة والأنظمة التقليدية المشابهة إلى سعي الفقه نحو إيجاد تكييف مناسب لهذا النوع من الدعاوى، لكن هذه المرة من خلال بعض النظريات الحديثة، فظهرت النظريات الآتية:

أ- نظرية العدالة

والتي أرجعت أساس هذه الدعوى لفكرة العدالة، كأول قاعدة غير مكتوبة ظهرت بين البشر وهي مستمرة وباقية ما بقي القانون، فالعدالة هي من يسمح بالخروج عن مبدأ نسبية العقد وإعطاء المؤجر في عقد الإيجار من الباطن الحق في استيفاء بدل الإيجار من المستأجر من الباطن مباشرة وبالأولية على دائني المستأجر الأصلي، تجنباً لإثراء دائني المدين على حساب هذا الدائن (المؤجر)، وهو ما ينطبق على الحالات الأخرى للدعوى المباشرة. إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد كون ارجاع الدعوى المباشرة لفكرة العدالة ما هو إلا اسناد هذه الدعوى للقانون، على اعتبار أن الأساسان وجهان لعملة واحدة، كما أن التسليم بالعدالة كأساس للدعوى المباشرة معناه الاعتماد على أساس لا يمكن إدراكه والوقوف على حقيقته.

¹ لعموري خلوي، المرجع السابق، ص 139.

² لعموري خلوي، المرجع نفسه، ص 139.

³ لعموري خلوي، المرجع نفسه، ص 140.

ب- نظرية المجموعة العقدية

تمثل نظرية المجموعة العقدية إحدى المحاولات الجريئة للفكر الحديث* في تحديد أساس الدعوى المباشرة، حيث تقوم على فكرة أن الواقع العملي في ظل التطورات الاقتصادية جعل من مركز المدين سبباً، فلم يعد قادراً على تنفيذ التزاماته التعاقدية لوحده، الأمر الذي دفعه إلى الاستعانة بالغير في تنفيذ هذه الالتزامات.

ويتحقق ذلك من خلال مجموعة من العقود ذات طبيعة مختلطة تتكامل فيما بينها لأجل هدف واحد، تماثل إما في المحل أو السبب، وقد تأخذ شكل سلسلة عقدية، إما بالصِّم كما في البيوع المتتابعة، وإما عن طريق التفرع بلجوء المدين إلى التعاقد مع شخص آخر لتنفيذ كل أو جزء من الالتزامات الناشئة عن العقد، مثلما هو الحال في التعاقد من الباطن.

كما قد تأخذ هذه المجموعة من العقود صفة التجمع العقدي، حيث تماثل هذه الأخيرة في السبب كغاية اقتصادية تخلق رابطة بين عقود هذه المجموعة بشكل تجمع عقدي يهدف إلى تحقيق هدف واحد ومشترك، بما يحقق تماثل الشخص مع كل العقود المكونة لهذه المجموعة العقدية إما بواسطة المحل أو السبب فيتجرد بذلك من وصف الغير، وعليه يعتبر أصحاب هذا الاتجاه الدعوى المباشرة إحدى مظاهر هذه النظرية وقد أيد ذلك قسم من الفقه مدة من الزمن، كما تبناها القضاء الفرنسي قبل أن يتراجع عنها فيما بعد.

إلا أن هذه النظرية هي الأخرى لم تسلم من النقد** الذي تجسد في صعوبة تحديد معيار المجموعات العقدية، حيث أدى تراجع القضاء الفرنسي عن اعتماد نظرية المجموعة العقدية-من خلال القرار الصادر عن الجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 12 جويلية 1991***- إلى تراجعها أيضاً على المستوى الفقهي.

ج- الدعوى المباشرة ونظرية المراكز القانونية الممتازة

نتيجة الانتقادات الموجهة للنظريتين السابقتين لم تتوقف محاولات إيجاد تكييف منطقي يتناسب والدعوى المباشرة فظهرت نظرية المراكز القانونية الممتازة التي اعتبرت الدعوى المباشرة من قبيل التأمينات، فأخضعتها لعملية تحليل فني لأهم عناصرها واعطائها خصوصية من خلال الارتباط بين الديون التي تبرر منح الدعوى المباشرة للغير على

* يعتبر الفقيه الفرنسي تيسي "Teyssie" أول من نادى بنظرية المجموعة العقدية سنة 1975 من خلال رسالته للدكتوراه التي أسماها بالمجموعة العقدية "Les groups de contrats" التي سعى من خلالها إلى توحيد النظام القانوني للمسؤولية المدنية، كفكرة تمثل الدور الوظيفي لهذه النظرية، وذلك بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية بين أشخاص المجموعة العقدية، رغم عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة تربط المسؤول عن الإخلال بالتزامه والمتضرر، كما يعتبر الفقيه الفرنسي نيريه "néret" من مؤيدي هذه النظرية أيضاً وذلك من خلال دراسته المعنونة بـ "العقد من الباطن" "le sous contrat" التي يرى من خلالها إمكانية الرجوع المباشر للمتعاقد الأصلي على المتعاقد من الباطن بدعوى عقدية كون كلاهما يُعد طرفاً في مجموعة عقدية واحدة، أنظر في هذه النقطة محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص 37.

** من أبرز زعماء الاتجاه المنكر لنظرية المجموعة العقدية نجد الفقيه الفرنسي "جاك غستان" الذي يؤمن هو ومن معه بالتفسير التقليدي لقاعدة الأثر الملزم للعقود، من خلال تمسكهم بوجوب تطبيق المسؤولية التقصيرية على العلاقات الناشئة في إطار المجموعة العقدية وذلك في غياب ما يربط مباشرة المسؤول والمتضرر اللذين يدان من الغير بالنسبة للطرف الآخر، أنظر جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، بإشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت 2000، ص 931 وما بعدها.

*** بعد صدور القرار السابق عاد القضاء الفرنسي إلى تطبيق القواعد العامة فيما يتعلق برجوع المتعاقدين ضمن المجموعة العقدية فيما بينهم، وهو الأمر الذي يعد بمثابة إعادة اعتبار لمبدأ نسبية أثر العقد، بعد تراجعه لفترة من الزمن، لتصبح الدعوى بعد هذا التراجع ذي طبيعة تقصيرية في كل حالة تنتفي فيها الرابطة العقدية المباشرة بين المتضرر والمسؤول حتى ولو كانت تجمعهم مجموعة عقدية واحدة.

أحد المتعاقدين، أو كلاهما، وتُبرز فكرة لا إرادية المركز المتميز، الأمر الذي يستبعد معه انشاء دعوى مباشرة بإرادة الأطراف¹.

وعليه مما سبق يرى الباحث أن نظرية المراكز القانونية الممتازة بتبنيها لأفكار كل من النظرية القانونية الخاصة وفكرة المجموعة العقدية، وتصورها الفني لعناصر الدعوى المباشرة، يجعل منها أساساً منطقيًا لهذه الأخيرة، كون الدعوى المباشرة تبتعد عن فكرة الأولوية لعدم وجود تراحم بين الدائن صاحب الدعوى المباشرة وغيره من دائني المدين، كما تبتعد عن الضمان العام للدائنين لانتقال حق الدائن بموجب تلك الدعوى من ذمة مدينه إلى ذمة مدين مدينه، لذلك فإنه يمكن القول بتصنيف الدعوى المباشرة على أنها مركز قانوني ممتاز يكفله القانون، ولو بصفة مؤقتة، مع الأخذ في الحسبان أي جديد قد يطرأ في الساحة القانونية في هذا المجال.

الفرع الثاني: الدعوى المباشرة في قانون حماية المستهلك: تعميم فتوي

خروجًا منه عن مبدأ نسبية أثر العقد، منح المشرع الاستهلاكي الجزائري في القانون 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك لهذا الأخير الحق في إقامة دعوى المسؤولية - متى أخل المتدخل بالتزاماته- في مواجهة كل متدخل في عملية الاستهلاك والمطالبة بالتعويض، مستوحياً ذلك من الاجتهاد القضائي الفرنسي الذي كان السبّاق في ذلك، إلّا أن المشرع الجزائري بصدر القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى القانون 02-89 تراجع عن موقفه القاضي بإقرار هذه الدعوى المباشرة لصالح المستهلك وذلك بعدم النص عليها في هذا القانون الجديد، الأمر الذي يدفع إلى التساؤل هل معنى ذلك أن المشرع تخلى عن حماية المستهلك في هذا الصدد بتضييقه لحق هذا الأخير في المطالبة بالتعويض واقتصر هذه المطالبة على المتعاقد معه فقط دون بقية المتدخلين في عملية الاستهلاك؟

أولاً: الدعوى المباشرة في قانون حماية المستهلك الجزائري

اختلف موقف المشرع الاستهلاكي الجزائري فيما يتعلق بالدعوى المباشرة من خلال تشريعات الاستهلاك التي تم إصدارها والنصوص التنظيمية المتعلقة بها، فتضمن القانون رقم 02-89 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك إشارة صريحة للدعوى المباشرة، بينما خلت نصوص القانون 03-09 من النص على مثل هذه الدعوى.

1- القانون 02-89 الملغى: تكريس صريح للدعوى المباشرة

كرّس المشرع الجزائري الدعوى المباشرة في القانون 02-89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى*، بموجب المادة 1/12 منه التي نصت على ما يلي: "إن إلزام المطابقة كما نصت عليه المادة 03 من هذا القانون القانون ووجوب الضمان والتجربة من أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك حق للمستهلك

¹ جمال بدري، المرجع السابق، ص 262.

* يرى بعض الفقه أن هذا الإقرار للدعوى المباشرة من قبل المشرع الجزائري كان، إما نتيجة تأثره بما كان سائدا في الاجتهاد القضائي الفرنسي في تلك الفترة، أو أنه كان مطلعا على ما جاء في مشروع قانون الاستهلاك الفرنسي والذي تضمن مادة صريحة L. 130 التي تعتبر تكريسا لما كان سائدا في الاجتهاد القضائي الفرنسي آنذاك، أنظر شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 513.

ويكون للمتابع الحق في اتباع الطرق القانونية ضد كل المتدخلين أو بعضهم، كل حسب مسؤوليته الخاصة وفي حدود فعله"، الأمر الذي يتضح معه من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري بإقراره دعوى مباشرة للمستهلك ضد المتدخلين أو بعضهم يكون قد خرج عن مبدأ نسبية أثر العقد الذي جسده في المادة 113 ق م ج التي نصت على أنه: "لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير..." رغم تضييقه لنطاق هذه الدعوى حين اقتصرها على الالتزام بالمطابقة ووجوب الضمان دون باقي الالتزامات الأخرى كالالتزام بالإعلام والسلامة¹.

وهو الأمر الذي استدركه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 90-266² المتعلق بضمان المنتجات والخدمات (الملغى)، رغم تعلقه بضمان المنتجات والخدمات فحسب، إلا أن عموم عباراته يسمح للمستهلك بمتابعة كل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك زيادة عن المحترف المتعاقد معه وذلك من خلال المادة 20 منه، التي نصت على ما يلي: "يمكن للمستهلك، وفقاً للمادة 12 من القانون رقم 89-02 المؤرخ في 07 فبراير سنة 1989 المذكور أعلاه أن يتابع المحترف المتعاقد معه وكل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك"³.

وما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة لم يشير إلى طبيعة المسؤولية المترتبة على المحترف غير المتعاقد في حالة متابعة هذا الأخير من قبل المستهلك، ما إذا كانت مسؤولية تقصيرية باعتباره من الغير، أم مسؤولية عقدية آخذاً بنظرية المجموعة العقدية⁴.

2- قانون الاستهلاك 09-03: سكوت عن حق المستهلك في دعوى مباشرة

بصدور القانون الجديد 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي ألغى القانون 89-02 بموجب المادة 94 منه، تخلى المشرع الجزائري عن منح الحق في دعوى مباشرة للمستهلك، وقد تأكد ذلك من خلال عدم النص على هذه الدعوى ضمن أحكام هذا القانون الجديد، والغاء المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات حيز التنفيذ بموجب المادة 24 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327⁵ المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ⁶.

¹ خليفة بوداود وفواز جلاط، المرجع السابق، ص 40.

² المرسوم التنفيذي 90-266، المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق ل 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتجات والخدمات، ج ر، العدد 40، بتاريخ 19 سبتمبر 1990.

³ خليفة بوداود وفواز جلاط، المرجع السابق، ص 41.

⁴ أنظر نظرية المجموعة العقدية فيما سبق من المذكرة، ص 288.

⁵ المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر، العدد 49، المؤرخة في 02 أكتوبر 2013.

⁶ خليفة بوداود وفواز جلاط، المرجع السابق، ص 41.

الأمر الذي يمكن معه تصور دعوى مباشرة لا يكون مصدرها القانون، بل ذات مصدر قضائي، هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن المستهلك يستمد صفته من القانون وليس من العقد، بما يُكرس حقه في الرجوع على أي متدخل حتى ولو لم ينص القانون على حقه في ذلك¹.

وما يؤيد ذلك، ما يراه بعض الفقه من أن تأصيل الفقه الكلاسيكي للدعوى المباشرة، القائم على أن هذه الأخيرة لا تجد مصدرها إلا في نص القانون، كاستثناء على مبدأ نسبية العقد، بما يستبعد معه إمكانية الحديث عن هذه الدعوى في غياب نص قانوني لم يعد تأصيلًا صحيحًا، ومبرّرهم في ذلك أن الفقه الحديث أثبت أن هذا التأصيل لم يظهر إلا مع بداية القرن العشرين، في حين أن منشأ الدعوى المباشرة في القرن التاسع عشر إنما هو الاجتهاد القضائي اعتمادًا على فكرة العدالة، ومن ثمة فإنه-حسب الفقه الحديث- يمكن جدًا تصور وجود دعاوى مباشرة لا تستند إلى نص قانوني².

فضلاً عما يراه البعض الآخر من توجّه المشرع نحو توحيد أحكام المسؤولية بما يجعل من وصف الغير أمر غير ذي أهمية، كون هذا الوصف لا يلعب دورًا، سواءً في تحديد الخطأ أو في تحديد المسؤولية ولا يُشكل استثناءً على مبدأ نسبية العقد، كما أن تطور مفهوم الغير جعله يتجاوز المفهوم التقليدي لهذا الأخير فلم يعد مركز الغير قائمًا على أساس عدم مساهمته الإرادية في العقد وهذا ما يدل من دون شك أن الغير بدأ يحتل مركزًا ذو طابع موضوعي ويستبعد هذه الإرادة كميّار وحيد في تحديد هذا المركز³، الأمر الذي يخول المستهلك-في إطار قانون حماية المستهلك- الحق في الدعوى المباشرة ضد كل متدخل في عملية عرض المنتج من خلال خيار الرجوع ضد كل شخص يحمل صفة المتدخل ولو لم ينص القانون على ذلك ودون أن يكون مبدأ نسبية أثر العقد بصيغته التقليدية عائقًا في ذلك.

¹ أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث، تخصص القانون المدني وقانون التأمين، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018-2019، ص 134.

² شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 514.

³ أحمد بعجي، المرجع السابق، ص 134.

ثانيا: الدعوى المباشرة في الاجتهاد القضائي الفرنسي

كان الاجتهاد القضائي الفرنسي السبّاق لتبني الدعوى المباشرة، لا سيما في عقد البيع، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1820، بحق (مكتسب الملكية الفرعي) في الرجوع على (البائع الأصلي) بدعوى ضمان العيوب الخفية، ليعرف هذا الاجتهاد القضائي تطورا كبيرا في تحديد نطاق الدعوى المباشرة للمسؤولية*، أو الضمان¹. فقد رأى القضاء أن البائع النهائي الذي يتعامل معه المشتري الأخير (المستهلك) أقل ملاءة في سلسلة تداول السلعة، الأمر الذي يؤدي إلى إهدار حقوق المضرور متى اقتضت المساءلة على هذا الأخير دون غيره، فنجد الثورة الصناعية الهائلة والتنوع الشديد للمنتجات وظهور خطوط الإنتاج الكبرى، لا سيما في مجال المنتجات الدوائية والكيميائية الطبية مثلاً، جعل من العلاقة المباشرة بين المنتج والمشتري النهائي (المستهلك) شبه منعدمة، كون السلعة لا تصل لهذا الأخير، إلا بعد سلسلة متعاقبة من البيوع تشمل وسطاء البيع من تجار الجملة وتجار التجزئة².

وعلى الرغم من أن أعمال مبدأ الأثر النسبي للعقد يُعتبر بمثابة العقبة أمام استفادة المشتري النهائي (المستهلك) من دعوى مباشرة تُمكنه من مساءلة المنتج، بوصفه الأكثر ملاءة والمسؤول عن تصميم وتصنيع المنتجات بكل ما تتضمنه من عيوب، فإن ضرورة تعزيز حظوظ المشتري في الحصول على تعويض عادل دفع بمحكمة النقض الفرنسية³ إلى الاعتراف لهذا الأخير بالحق في رفع دعوى مباشرة ذات طبيعة عقدية على البائع المباشر والبائعين السابقين وصولاً إلى المنتج، وإن كان هذا الإقرار قد اصطدم مع مقتضيات مبدأ نسبية العقد، الأمر الذي دفع بالفقه إلى البحث عن أساس قانوني لهذه الدعوى⁴، كما سبق التطرق إليه.

* عرف الاجتهاد القضائي الفرنسي اختلافا وتباينا بين غرف محكمة النقض فيما يتعلق بتحديد طبيعة المسؤولية الناشئة عن دعوى الضمان، لا سيما فيما يتعلق بالعقود المتباينة، حيث يعد قرار محكمة النقض الفرنسية المعروف باسم "Besse" سنة 1991 بمثابة الفاصل بين مرحلتين في تحديد هذه المسؤولية، فقبل هذا القرار، كان رجوع مكتسب الملكية الفرعي على البائع الابتدائي، أو الصانع على أساس المسؤولية التقصيرية باعتباره من الغير بالنسبة للعقد الرئيسي، تطبيقاً لنظام المسؤولية عن الأشياء غير الحية (م 1/1384 ق م ف)، أو فكرة الخطأ (طبقاً للمادتين 1382 و 1383 ق م ف)، وفي تدخل للجمعية العامة لمحكمة النقض الفرنسية، لحسم التعارض بين الغرفة المدنية الأولى، التي قضت سنة 1979 بعقدية المسؤولية في الدعوى المباشرة لمكتسب الملكية الفرعي ضد الصانع في سلسلة عقود متحانسة تضمنت عدداً من عقود البيع المتتابعة، ونفس القرار سنة 1984، حين قضت بحق رب العمل في الرجوع بدعوى مباشرة ضد صانع المواد للمطالبة بضمان العيوب التي أصابت الشيء المبوع منذ تصنيعه وهي بالضرورة دعوى عقدية، والغرفة المدنية الثالثة، التي قضت سنة 1984 بجواز ممارسة الدعوى التقصيرية فقط عندما يتعلق الأمر بسلسلة عقود متباينة، كون قاعدة الملحق لا يتم اعمالها خارج مجال العقود الناقلة للملكية، فقضت الجمعية العامة سنة 1986 بتمتع رب العمل بدعوى عقدية مباشرة ضد الصانع لعدم مطابقة الشيء المسلم، أما بعد قرار "Besse" فقضت الجمعية العامة سنة 1991-حسماً للتعارض بين الغرفتين الأولى والثالثة- بتقصيرية دعوى رب العمل ضد المقاول الفرعي لتعلق الأمر بسلسلة عقود لا تتضمن أي عقد ناقل للملكية تمسكاً بمبدأ الأثر النسبي للعقد، الأمر الذي يمكن القول معه أن قرار "Besse" لم يحسم بصفة نهائية فيما يتعلق بطبيعة المسؤولية الناشئة عن الدعوى المباشرة، ما إذا كانت عقدية أم تقصيرية ليبقى الاختلاف بشأنها على مستوى الاجتهاد القضائي على غرار الاختلاف الفقهي بهذا الشأن، أنظر في الصدد فريدة زواوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992، ص 303 وما بعدها، وانظر أيضاً شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 516.

¹ شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع نفسه، ص 516.

² خليدة بن بعلاش، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجليلي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2017-2018، ص 34.

³ قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ 07 فبراير 1986.

⁴ خليدة بن بعلاش، المرجع السابق، ص 34.

كما أخذ الاجتهاد القضائي الفرنسي بفكرة ممارسة المشتري لحقوق ودعاوى البائع التي نقلها له مع الشيء المبيع، مستنداً في ذلك إلى قاعدة الفرع يتبع الأصل، -التي تبناها المشرع الفرنسي في المادة 1166 من القانون المدني الفرنسي- وداوم على ذلك، سواءً تعلق الأمر بالعقود المتجانسة (من طبيعة واحدة)، أو العقود المتباينة¹.

فجسد فكرة النقل لحقوق ودعاوى المدين لفائدة الدائن في بادئ الأمر في العقود المتتابعة من نفس الطبيعة وهي عادةً عقود البيع التي تقع على محل واحد، والتي اصطلاح على تسميتها بسلسلة العقود المتجانسة، بحيث يستفيد تاجر الحملة من دعوى ضمان الشيء المبيع في مواجهة الصانع، فينقلها بالتبعية لتاجر التجزئة، وهذا الأخير ينقلها للمشتري (المستهلك)، الأمر الذي يمنح هذا الأخير ثلاث دعاوى ضمان مختلفة، واحدة في مواجهة تاجر التجزئة والثانية في مواجهة تاجر الحملة، أما الثالثة فهي مواجهة الصانع، وهو الحل الذي كرسه الاجتهاد القضائي الفرنسي كثيراً في دعاوى ضمان العيوب الخفية²، ثم وسّع من نطاقه ليشمل دعاوى أخرى، من قبيل دعوى ضمان التعرض ودعوى عدم المطابقة للحصول على التعويض، أو فسخ العقد، وكذا دعوى الإخلال بالالتزام بالإعلام³.

أما فيما يخص دعوى الضمان في العقود المتباينة، فإن تكريس الاجتهاد القضائي الفرنسي للدعوى المباشرة في هذا النوع من العقود كان من خلال تمكين رب العمل -في عقد البيع وعقد المقاولة، كعقدين من طبيعة مختلفة يتضمنان نقل ملكية شيء- من رفع دعوى ضمان ضد صانع مواد مدرجة في البناء تتضمن عيوباً خفية، أو عيوب عدم المطابقة، كما سمح لمشتري العقار بالرجوع مباشرة على البنايين، على أساس فكرة الملحقات، طبقاً لنص المادتين 1792 و 1792-4 من القانون المدني الفرنسي، وهو الأمر الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ سنوات الستينات من القرن الماضي³.

المطلب الثالث: حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي

قد لا تُسَعِف الدعوى الفردية المستهلك، إمّا بسبب ضعف المركز الاقتصادي لهذا الأخير مقارنة بالمهني، وإمّا لطول وثقل إجراءات التقاضي بما يثبط من عزيمته في المضي فيها، كما أن ضآلة ما ترمي إليه هذه الدعوى الفردية قد يُشكّل سبباً في عدم مباشرته لها، لذلك يجد المستهلك في جمعيات حماية المستهلك بديلاً حقيقياً من أجل حماية مصالحه المادية والمعنوية التي كفلها له القانون وحال ما سبق من الأسباب الموضوعية دون مطالبته قضائياً باستحقاقها، الأمر الذي يجعل من الحماية التي يوفرها هذا النوع من الجمعيات -كصورة من صور الحماية الجماعية التي تبنتها جل النظم القانونية الحديثة ونظمت دورها -كفيل بسد ذلك القصور.

¹ شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع السابق، ص 516.

* حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 جانفي 1820، أنه بإمكان مكتسب الملكية الفرعي الرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية ضد البائع الأصلي، عندما تهدف الدعوى للحصول على التعويض، في الوقت الذي كان يمنع في على مكتسب الملكية الفرعي الرجوع على البائع الذي تعاقد معه، وبشكل أكثر وضوح قضت محكمة النقض الفرنسية في 12 نوفمبر 1884 بأن مكتسب الملكية الفرعي يتمتع بدعوى شخصية ومباشرة ضد البائع الأصلي، وهو ما يسمح له بممارستها، ولو كان العقد المبرم مع من تعاقد معه يتضمن بندا يمنع الضمان.

² شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع نفسه، ص 517.

³ شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، المرجع نفسه، ص 523.

لقد أدى ظهور جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر على غرار العديد من الدول إلى الاعتراف لها بالشخصية المعنوية والحق في ممارسة كل ما من شأنه حماية المستهلكين، بما في ذلك اللجوء إلى القضاء باسمها مباشرة في سبيل حماية هذه الحقوق، الأمر الذي يشكل خروجًا صارخًا عن مبدأ نسبية أثر العقد، بل ولا يتفق مع الشروط العامة للتقاضي من حيث الصفة في الدعوى، إلا أن ضرورة حماية المستهلك استدعت ذلك، وعليه تقتضي المكانة التي تُحظى بها جمعيات حماية المستهلكين في حماية هذه الفئة من أصحاب المشروعات والمهنيون الذين يُعرّضون مصالح المستهلكين للخطر من خلال آلية التقاضي، تقتضي الامام بالجوانب القانونية المرتبطة بهذه الجمعيات، وذلك من خلال تسليط الضوء على النظام القانوني لها، ثم بعد ذلك الوقوف على الدور الذي تؤديه في مجال حماية المستهلكين من خلال الدعاوى التي تكون طرفًا فيها.

الفرع الأول: النظام القانوني لجمعيات حماية المستهلك

تُعتبر جمعيات حماية المستهلكين من بين الهيئات التي تم استحداثها بموجب نصوص قانونية خاصة، وذلك بهدف حماية وتوعية المستهلك بحكم احتكاكها المباشر بفئة المستهلكين كونها تملك قدرة وميزة لا تتوفر في باقي الهيئات الأخرى، من خلال التحسيس والتوعية والإعلام وإشراك مختلف الشرائح في المجتمع من أجل نشر الوعي لدى المستهلك.

أولاً: نشأة جمعيات حماية المستهلك

ترجع نشأة الحركة الجمعوية إلى القرن التاسع عشر، حيث تم إنشاء أول جمعية لحماية المستهلك في العالم في أوائل الثلاثينات، ثم تطورت الفكرة خلال الخمسينات، وإن كان دور هذا النوع من الجمعيات آنذاك يقتصر على تنبيه السلطات العمومية إلى بعض الممارسات غير المشروعة والممارسة من قبل المنتجين والتجار الكبار، والتي تتنافى والقيم الاجتماعية وكذا الضوابط الأخلاقية¹.

وقد كانت أولى بوادر لظهور جمعيات تُعنى بحماية المستهلك في الدول الصناعية الكبرى وبالتحديد في الولايات المتحدة الأمريكية بعد خطاب الرئيس الأمريكي "جون كينيدي" في 15 مارس 1962 الذي جاء فيه ما يلي: "إن تعريف كلمة المستهلكين يشملنا جميعا، إنهم أكبر مجموعة اقتصادية تؤثر وتتأثر بجميع القرارات الاقتصادية العامة والخاصة، ومع ذلك وبالرغم من كونها أكبر مجموعة، إلا أن أصواتهم لا تزال غير مسموعة"²، كما تضمن الخطاب التصريح بالحقوق الأربعة للمستهلك، والمتمثلة في الحق في الأمان، الحق في المعرفة، الحق في الاختيار، وكذا حقه في الاستماع إلى آرائه، حيث أصبح تاريخ الخطاب بعد ذلك يوماً عالمياً لحقوق المستهلك، ثم امتد هذا التيار إلى مختلف الدول الغربية.

¹ زاهية سي يوسف، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، المجلد 14، العدد 3، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، سبتمبر 2015، ص 285.

² نادية ضريفي وفواز بلط، دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق المستهلكين، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 09، العدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017، ص 179.

ففي فرنسا مثلاً وإن كانت الحركة الجمعوية تعرف تطوراً كبيراً منذ صدور قانون 01 يوليو 1901 المتعلق بعقود الجمعيات، وذلك من خلال تأسيس جمعيات فرنسية من أجل الدفاع عن جميع أنواع المصالح الجماعية للمواطنين، فإن من أهم الجمعيات في مجال حماية المستهلك التي ظهرت بعد ذلك والأكثر تميزاً في فرنسا تجسّدت في الاتحاد الفيدرالي للمستهلكين الذي تأسس سنة 1951 بهدف الدفاع عن المستهلكين، إلى جانب العديد من الفيدراليات الأخرى التي أخذت على عاتقها مهمة الدفاع عن مصالح هذه الفئة أيضاً.

لكن ما تجدر الإشارة إليه أن في فرنسا لم يكن القانون يسمح لجمعيات المستهلكين بحق اللجوء إلى القضاء للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين، إلى غاية 1973، ومبرّر ذلك أن النيابة العامة هي التي تدافع عن المصلحة العامة، وبعد كفاح طويل من هذه الجمعيات تم الاعتراف لها بهذا الحق بموجب الفصل 46* من قانون 27 ديسمبر 1973، المعروف بقانون "Royer"، الذي منح لأول مرة لجمعيات حماية المستهلك المسجلة، أو المعتمدة حق ممارسة الدعوى المدنية أمام جميع المحاكم بشأن الوقائع والأعمال المسببة للضرر الماسة بصفة مباشرة أو غير مباشرة بالمصالح الجماعية للمستهلكين، وهو الأمر الذي عارضته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 16-01-1985، عندما اعتبرت أن مفهوم الدعوى المدنية لا يمكن أن يخرج عن دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن جريمة جنائية، بما يخرج الدعوى المدنية المستقلة عن الخطأ الجرمي من اختصاص الجمعية، وربما يفسر هذا الاتجاه بالتخوف من سيل الدعاوى التي يمكن أن ترفعها الجمعيات في هذا النطاق المدني المحض، المقصية منه، والذي يُشكل في الحقيقة الجانب الأكبر من عملها واهتماماتها¹، ليسمح قانون الاستهلاك لسنة 1993 لهذه الجمعيات بالتدخل في الدعاوى المدنية المباشرة، والمبنية على طلب التعويض عن الإضرار بالمصالح الفردية للمستهلكين في غير حالات المخالفات الجنائية².

أما في الجزائر فإن فكرة جمعيات حماية المستهلك تُعدّ حديثة، إذ ترجع إلى سنة 1971 بمقتضى الأمر 71-79³ المؤرخ في 03 ديسمبر 1971 المتعلق بالجمعيات كأول تشريع متخصص، ثم القانون 87-15⁴ المتعلق بالجمعيات، ليقوم المشرع الجزائري بإصدار القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (الملغى) سالف الذكر، محاولاً من خلاله إبراز دور جمعيات حماية المستهلك، فجاء في المادة 2/12 منه ما يلي: "...إضافة إلى ذلك، فإن جمعيات حماية المستهلكين المنشأة قانوناً لها الحق في رفع دعاوى أمام أي محكمة مختصة بشأن الضرر الذي لحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين قصد التعويض عن الضرر المعنوي الذي ألحق بها"، وكذا ما نصت عليه المادة 23

* تم الغاؤه بموجب المادة 9 من قانون 5 يناير 1988 المتعلق بالدعاوى القضائية لجمعيات حماية المستهلكين، حيث استحدث المشرع الفرنسي أربع أصناف من الدعاوى وهي: الدعوى المدنية، دعوى إيقاف أو منع الأعمال غير المشروعة، التدخل في الدعوى المدنية الفردية للمستهلك، ودعوى التمثيل المقترنة.

¹ محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة المعيار، العدد 38، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، كانون الأول 2007، ص 58

² هدى تريكي، نطاق دعاوى جمعيات حماية المستهلك وشروط اعتمادها: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مجلة الفقه والقانون، العدد 18، المملكة المغربية، أبريل 2014، ص 114.

³ الأمر رقم 71-79، المؤرخ في 03 ديسمبر سنة 1971، المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 105، المؤرخة في 06 ذو القعدة عام 1391 هـ الموافق لـ 24 ديسمبر سنة 1971.

⁴ القانون 87-15، 21 يوليو 1987، المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 31، المؤرخة في 03 ذو الحجة عام 1407 هـ الموافق لـ 29 يوليو 1987.

من نفس القانون على أنه: "يمكن لجمعيات المستهلكين أن تقوم بدراسات وإجراءات خبرات مرتبطة بالاستهلاك على نفقتها وتحت مسؤوليتها وبإمكانها أن تنشر ذلك حسب نفس الشروط"، فرغم إصرار المشرع على تفعيل الدور المنوط بهذا النوع من الجمعيات، إلا أن ذلك كان شبه مستحيل لعدم وجود قوانين تنظمها، حيث بقي الأمر على هذه الحال إلى غاية صدور القانون رقم 90-131¹، سالف الذكر المتعلق بالجمعيات (الملغى)، الذي أخضع له المشرع تأسيس جمعيات حماية المستهلك، إلا أن خلوه من أحكام خاصة بهذا النوع من الجمعيات، دفع بالمشرع الجزائري إلى الغاء بموجب القانون 12-206² المتعلق بالجمعيات.

ولا تختلف جمعيات حماية المستهلك عن الجمعيات العادية من حيث التكوين³، إلا أن الاختلاف بين الجمعيتين إنما يكمن في نوع النشاط الممارس، وكذا المجال التي تتواجد فيه كل جمعية، فضلاً عن المصالح التي تهدف لحمايتها، الأمر الذي يجعل من إنشاء هذا النوع من الجمعيات يخضع للقانون 12-06 المتعلق بالجمعيات، المحسّد لمبدأ من مبادئ الدستور⁴، القاضي بحق وحرية تكوين الجمعيات باعتبارها من الحريات العامة والأساسية المتعلقة مباشرة بحرية التعبير وإبداء الرأي⁵.

ثانياً تعريف الجمعية

عرّفت المادة 02 من القانون 12-06 سالف الذكر الجمعية بأنها: "اتفاقية تخضع للقوانين المعمول بها ويجتمع في إطارها أشخاص طبيعيون أو معنويون على أساس تعاقدية ولغرض غير مريح. كما يشتركون في تسخير معارفهم ووسائلهم لمدة محددة أو غير محددة، من أجل ترقية الأنشطة ذات الطابع المهني والاجتماعي والعلمي والديني والتربوي والرياضي على الخصوص"، محسّداً تقييده لهذا النوع من الهيئات بغرضها الذي يجب أن يحدد بدقة ومطابقة تسميتها لهدفها، وكذا غرضها الذي يجب أن يكون غير مريح.

كما عرّف قانون حماية المستهلك 09-03 جمعيات حماية المستهلك بموجب المادة 21 منه بأنها: "كل جمعية منشأة طبقاً للقانون تهدف إلى ضمان حماية المستهلك من خلال إعلامه وتحسيسه وتوجيهه"، وهو

¹ القانون 90-31، المؤرخ في 17 جمادى 1411 الموافق لـ 4 ديسمبر 1990، ج ر العدد 53، المؤرخة في 18 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق لـ 5 ديسمبر 1990 (الملغى).

² القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات، المؤرخ في 18 صفر عام 1414 الموافق لـ 12 يناير 2012، ج ر عدد 02، المؤرخة في 21 صفر عام 1433 الموافق لـ 15 يناير 2012، فقد تبنت الجزائر الحق في إنشاء الجمعيات في جميع دساتيرها، حيث سعى المشرع من خلال القوانين المختلفة المنظمة لنشاط الجمعيات لتكريس هذا الحق، الذي يدخل ضمن بنود العديد من الاتفاقيات التي وقعت عليها الجزائر، فشهدت القوانين المتعلقة بالجمعيات تطورات كبيرة بعد الانفتاح السياسي الذي شهدته البلاد في أعقاب إقرار دستور 1989 الذي تلاه صدور القانون 90-31 المتعلق بالجمعيات، واستمر العمل به إلى غاية هبوب رياح الربيع العربي في الدول العربية المجاورة، في ظل هذه الأحوال والتغيرات سارع النظام السياسي إلى تعديل جملة من القوانين والتي من أهمها قانون الجمعيات، فصدر القانون العضوي 12-06 المتعلق بالجمعيات.

³ نص القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات على كيفية تأسيس الجمعيات في المواد من 04 إلى 12 من الفصل الأول، تحت عنوان "تأسيس الجمعيات"، من الباب الثاني بعنوان "تأسيس الجمعيات وحقوقها وواجباتها".

⁴ تنص المادة 41 من دستور 1996 والمدرجة تحت فصل الحقوق والحريات على ما يلي: "حريات التعبير وإنشاء الجمعيات والاجتماع مضمونة للمواطن"، وتقابلها المادة 13 من الدستور الفرنسي.

⁵ محمد زغو، حرية إنشاء الجمعيات في القانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسنية بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جوان 2016، ص ص 143-145، وأنظر في الصدد أيضاً بوطيب بن ناصر، النظام القانوني للجمعيات في الجزائر-قراءة نقدية في ضوء القانون 12-06، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2014 ص 256 وما بعدها.

التعريف الذي لم يخرج فيه المشرع عن حصر هذا النوع من الجمعيات بين قانون الجمعيات 06-12، وأهدافها الخاصة التي تميزها عن غيرها من الجمعيات الأخرى.

والملاحظ أن التعريف الذي أورده المشرع في قانون الجمعيات جاء عامًا، يصلح لأي جمعية، في حين أن التعريف الذي أورده المشرع في قانون حماية المستهلك جاء مُركّزًا على أهداف جمعية حماية المستهلك، فكان الأجدر أن يفصل المشرع بين تعريف الجمعية وبين تعداد أهدافها، لذلك يُفَضَّل أن يكون التعريف موجزًا ومعبرًا عن حقيقة الواقع، دون الإفراط في الحديث عن الأهداف فنبتعد بالتالي عن المقصود¹.

من خلال ما سبق يمكن أن نخلص إلى أن الجمعية هي: " تلك التجمعات المنشأة بصورة منظمة، من خلال توافق إرادة مشكليها، ليس من أجل تحقيق أهداف مشتركة لهم فحسب، بل تحقيقًا للمصلحة العامة للمجتمع ككل، بما يُجسد فكرة التكافل الاجتماعي والطوعي ودون السعي إلى تحقيق أهداف ربحية، أو مكاسب مالية خاصة لهؤلاء الأعضاء".

ثالثًا: اقتران مفهوم جمعيات حماية المستهلك بفكرة المنفعة العمومية

إن إطلاق هذا الوصف على الجمعية يجعلها في موقع المستفيد من المشروعية والمصادقية لدى السلطات، بالإضافة إلى الاستفادة من إعانات ومساعدات مادية من الدولة، طبقًا لنص المادة 34² من قانون الجمعيات 06-12، وقد حدّد المرسوم 72-176 المحدّد لكيفية تطبيق الأمر 71-79 المتعلق بالجمعيات، شروط حصول الجمعية على هذه الصفة، حيث اشترط وجوب أداء عملها طيلة سنة ابتداءً من تاريخ الحصول على الموافقة، وأن تثبت قابليتها للحياة واستعدادها لتقديم الخدمات، وأن تضم 100 عضو على الأقل، وأن تُقدّر امكانياتها المادية من تجهيزات بقيمة خمسين ألف دينار جزائري، وأن يكون طلب الاعتراف بصفة المنفعة العمومية موقعًا من طرف جميع أعضاء اللجنة المسيرة للجمعية، أمّا مسألة الاعتراف بصفة المنفعة العمومية من عدمه، فإنها تخضع لسلطة الإدارة التقديرية³.

¹ زليخة رواحنة وسمية قلات، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05، العدد 01، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017، ص 259.

² أنظر المادة 34 من القانون 06-12 المتعلق بالجمعيات سالف الذكر.

³ المرسوم 72-176 المحدد لكيفية تطبيق الأمر 71-79 المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 65، المؤرخة في 06 رجب عام 1392 هـ الموافق ل 15 أوت 1972.

وتعتبر جمعيات حماية المستهلك من الجمعيات التي اقترنت بهذه الصفة بالنظر إلى الغاية التي تسعى هذه الجمعيات إلى تحقيقها، والمتمثلة أساساً في حماية المستهلك من كل الأخطار التي قد يتعرض لها أثناء عملية الاستهلاك، والتي تجعل من الصعب على المستهلك أن يتنبه لكل الأخطار التي قد تلحقه جراء العملية المعقدة للاستهلاك، التي تتداخل فيها مجموعة من العوامل والعناصر، أهمها الدعاية والاعلام، وكذا كثرة المنتجات وتركيباتها المعقدة، مما يجعل من هذا النوع من الجمعيات أمام مهام صعبة تستدعي توافرها على جملة من الامتيازات* تُسهّل لها القيام بدورها على أحسن وجه¹.

رابعاً: جمعيات حماية المستهلك: أي دور في ظل جائحة كورونا

رغم الإجراءات الاحترازية والوقائية المتخذة من قبل الدولة من أجل حماية المستهلك في ظل هذا الوضع وهذه الظرفية التي يعيشها في ظل جائحة كورونا، إلا أن ذلك لم يكن كافياً، الأمر الذي استدعى تدخل طرف ثاني أكثر حماية وضمانة في الأزمات ويتعلق الأمر بجمعيات حماية المستهلك التي كانت لها كلمتها في حماية المستهلك منذ بداية الجائحة، حيث عملت جاهدة لحماية هذا الأخير من كل تعسف صادر من كل متدخل لعرض المنتج للاستهلاك، من خلال رفع تقارير إلى الجهات المعنية لإعادة النظر في كل خرق مهما كان، لا سيما ما يتعلق بمراقبة التموين والزيادة غير المشروعة في الأسعار، والأكثر من ذلك ونحن أمام الطلب المتزايد على الكمادات الواقية من العدوى بالفيروس، حيث تم اكتشاف خروقات وتجاوزات من طرف بائعي هذا المنتج، خاصة ما يتعلق بسعرها الذي بلغ اسعاراً خيالية في حين أن تكلفتها الحقيقية لا تتجاوز 15 ديناراً.

وفي هذا الصدد أكد رئيس جمعية حماية المستهلك "مصطفى زدي" الذي نزل ضيفاً على برنامج "ضيف الصباح" للقناة الإذاعية الأولى أن ارتداء الكمامة في ظل انتشار وباء كورونا بات سلوكاً ضرورياً ولا يوجد أي مبرر لعدم الالتزام به، فيما اعترض على سعر 40 ديناراً مبرراً أن تكلفتها الحقيقية لا تتجاوز 15 ديناراً ومشدداً على ضرورة أن تُباع في الصيدليات لضمان جودتها، وأشار في هذا الخصوص إلى أن جمعياته طالبت رسمياً بإجبارية ارتداء الكمادات لجميع المواطنين، واستشهد في ذلك بسير للآراء أجرتة الجمعية وكانت نتيجته تجاوب 80 بالمائة من المشاركين لمطلب الجمعية².

* وعلى رأس هذه الامتيازات نجد الإعانات المالية المخصصة من الدولة لهذه الجمعيات، فعلى الرغم من نص المشرع صراحة في المادة 2/02 من القانون 12-06 على اشتراك مؤسسا الجمعيات بتسخير معارفهم ووسائلهم تطوعاً، إلا أن ذلك لا يكفي وقد يعيق عملها، لذا فإن المشرع لم يغفل ذلك، فخصص الفصل الثاني من الباب الثالث من هذا القانون لهذه المسألة تحت عنوان "موارد الجمعيات وأماكنها"، وذلك من خلال نص المادة 29 من نفس القانون، التي عدت هذه الموارد حاضرة إياها في "اشتراكات الأعضاء، المداخل المرتبطة بالنشاط الجمعوي للجمعية وأماكنها، الهبات النقدية والعينية والوصايا، مداخل جمع التبرعات، وأخيراً الإعانات التي تقدمها الدولة أو الولاية أو البلدية"، وفي هذا الصدد يرى بعض الفقه، أن كل هذه الموارد باستثناء الأخيرة منها، قد تكون معدومة بالنظر لصعوبة العمل التطوعي لارتباطه بدرجة الوعي والحسن المدني، الأمر الذي يجعل من إعانات الدولة تشكل الحيز الأكبر والمهم من موارد هذه الجمعيات، أنظر نادية ضريفي وفواز جلول ص 180، أيضاً من بين هذه الامتيازات، حق جمعيات حماية المستهلك في انتداب موظف للعمل لديها والاستفادة من خبراته، كتجسيد لفكرة المنفعة العمومية لهذه الجمعيات، بما يزيد من فعالية دورها في حماية المستهلك، خاصة وأن من يتولى هذا الموظف مالياً هي الإدارة الأصلية، بما يعطي الجمعية من مضاريف إضافية، أيضاً من بين هذه الامتيازات حق جمعيات حماية المستهلك في المساعدة القضائية، طبقاً لنص المادة 23 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

¹ نادية ضريفي وفواز جلول، المرجع السابق، ص 179.

² سعيد قسنطيني، حماية المستهلك: السعر الحقيقي للكمامة لا يتجاوز 40 ديناراً، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لجريدة الحوار الجزائرية www.elhiwardz.com، تاريخ النشر 26 مايو 2020، تاريخ الاطلاع 05 جوان 2022.

ضيف إلى ذلك الدور التحسيس والاعلامي للمستهلك في ظل هذه الجائحة من طرف الجمعيات حيث عملت هذه الأخيرة على إصدار العديد من البلاغات التي من خلالها تنصح و توجه وتحسس المستهلك بخطورة الوضعية وبضرورة الالتزام بالتعليمات الاحترازية والصحة من نظافة وكمامة وعدم الخروج إلا للحاجة الملحة، ناهيك عن قيامها بعمليات التطهير والتعقيم للعديد من المؤسسات والمتاجر والأسواق التي يقصدها و يتوجه إليها المستهلك لقضاء حوائجه الضرورية، كما تعمل على إصدار جملة من البلاغات التي من خلالها تُعلم وتُوعي المستهلك بأسعار الخضر والفواكه لكي لا يتعرض أحدهم إلى الاستغلال أو التعسف من التجار، كما وضعت رهن إشارتهم أرقام هاتفية من أجل التبليغ أو الاستشارة في أي ظرفية يتعرض لها المستهلك¹.

الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن مصالح المستهلك أمام القضاء

خروجاً عن مبدأ الأثر النسبي للعقد اعترف المشرع الاستهلاكي الجزائري-على غرار التشريعات المقارنة- بحق جمعيات حماية المستهلك في اللجوء إلى القضاء للدفاع عن المصلحة المشتركة للمستهلكين، سواءً في قانون حماية المستهلك 89-02 الملغى من خلال المادة 2/12 منه التي قضت بحق جمعيات حماية المستهلك المنشأة قانوناً في رفع دعاوى أمام أي محكمة مختصة بشأن الضرر الذي ألحق بالمصالح المشتركة-رغم اقتصار النص على الضرر المعنوي-أو في القانون 09-03 ساري المفعول الذي تدارك فيه المشرع الجزائري الموقف من خلال المادة 19 منه التي وسّعت من دائرة الضرر الذي يحميه القانون ليشمل إلى جانب الضرر المعنوي، الضرر المادي ومنح هذه الجمعيات الحق في المساعدة القضائية لمساعدتها في القيام بمهامها وذلك بموجب المادة 22 من نفس القانون، كما منح المشرع الجزائري هذا الحق لهذه الجمعيات أيضاً في القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية بموجب المادة 65 منه، بل ويمتد هذا الترخيص من المشرع لهذه الجمعيات في هذا الصدد أيضاً إلى القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات بالادعاء مدنياً* تطبيقاً لما ورد في نص المادة 3/17 منه.

وبالرجوع إلى نص المادة 23 من القانون 09-03 نجد أن إدراج المشرع الجزائري عبارة "لها الحق في رفع دعاوى" هي عبارة صريحة تمنح جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع أي دعوى، فلا تقتصر على طلب التعويضات بل تتعداه إلى تحريك الدعوى العمومية أمام القضاء الجنائي على أساس الخطأ ولو لم يلحق المستهلكين أي ضرر، لذلك يمكن القول أن صفة التقاضي تثبت لجمعيات حماية المستهلك بمجرد الاعتماد والاعتراف لها بالشخصية

¹ عز العرب الحسوني، أي دور لجمعيات حماية المستهلك في ظل أزمة كورونا، مقال منشور على الموقع www.coursdroitarab.com، تاريخ النشر 27 يونيو 2020، تاريخ الاطلاع 06 جوان 2022.

* وإن كان هناك من يرى غياب هذا الدور في كثير من القضايا على أرض الواقع، على غرار "فضية الكاشير الفاسد" التي ألحقت ضرراً كبيراً بصحة وأمن المستهلكين وتمت متابعة المتسببين فيها من طرف الجهة القضائية المختصة، إلا أنه ومن باب الانصاف لا يمكن انكار بعض المحاولات والجهود الخجولة لبعض الجمعيات التي لا تتوان أن تلعب دورها في تمثيل المستهلكين قضائياً، وإن كانت تعبر عن خطوات غير كافية، إلا أنها في الاتجاه الصحيح، أنظر بن قويدر زيري، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد 02، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان 2013، ص ص 183-184.

² الصادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2013-2014، ص 146.

المعنوية وفقاً لنص المادة 17 من قانون الجمعيات ومتى وجدت وقائع لها علاقة بمهدف الجمعية، وعليه يمكن اجمال الدعاوى التي يمكن لجمعيات حماية المستهلك مباشرة في الآتي:

أولاً: الدعاوى المرفوعة للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين

رغم الغموض الذي يلف فكرة المصالح المشتركة، بما يثير صعوبة في تحديدها، كونها تقع على الحدود بين المصالح الفردية التي يتولى حمايتها الفرد المتضرر، وبين المصالح العامة التي تهم المجتمع وتتولى حمايتها النيابة العامة¹، إلا أن المشرع من خلال المادة 23 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، أكد إمكانية رفع هذا النوع من الدعاوى في حالة الضرر الذي يلحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين^{**}، الأمر الذي يمكن معه تعريف المصالح الجماعية في هذا الصدد على أنها: "تلك المصلحة المشتركة لمجموعة من الأفراد تجمعهم مهنة معينة، أو يستهدفون غرضاً معيناً، كالدفاع عن حقوق المستهلك مثلاً، وليس مجموع المصالح الفردية لهؤلاء الأفراد"، أو أنها: "مجموع الحقوق والامتيازات المخولة للمستهلك بموجب قوانين وتنظيمات خاصة"².

وعلة قبول مثل هذه الدعاوى المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك، إنما يفرضه تطبيق النصوص الحمائية، سواء تلك المتصفة بالطابع الجزائي، أو غير الجزائي، كجرائم الغش والخداع والاشهار الكاذب ومحاربة الشروط التعسفية، لذلك ربط المشرع تأسيس جمعيات حماية المستهلك كطرف مدني والمطالبة بحقوق لصالح المستهلكين بتوافر شرطين³:

1-أن يكون العمل غير مشروع: لم يشترط المشرع الجزائري أن يشكل هذا العمل غير المشروع جريمة، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي ربط حق مطالبة جمعيات حماية المستهلكين بالتعويض بوقوع جريمة جزائية، الأمر الذي يجعل من الدعاوى المدنية المرفوعة من قبل جمعيات حماية المستهلك مقبولة ضمناً لاحترام النصوص الحمائية، سواء ذات الطابع الجزائي، أو غير الجزائي.

2-أن يكون الضرر قد مس المصالح المشتركة للمستهلكين: ويتحقق ذلك متى نجم عن العمل غير المشروع أضراراً فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك، ألحقت بمستهلك، أو عدة مستهلكين، كتضرر مستهلك، أو عدة مستهلكين من مادة غذائية فاسدة انتهت صلاحيتها، أو تلك الأضرار التي يتسبب فيها منتج

¹ الصادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2013-2014، ص 146.

^{**} تقابلها في التشريع الفرنسي دعوى التمثيل الزوجي، التي أنشأها المشرع الفرنسي بموجب قانون 1992/01/18، بمبادرة من السيدة "نيرتز" التي كانت آنذاك سكرتيرة دولة مكلفة بالاستهلاك، حيث أدمجت النصوص التي تحكم هذه الدعاوى في قانون الاستهلاك في المواد من 1-422 إلى 3-422 المتممة بالمواد من 1-422 إلى 10-422 وتمثل هذه الدعاوى في المطالبة بالتعويض عن أضرار فردية عدة ذات مصدر مشترك عن طريق دعوى واحدة ترفعها جمعية معتمدة تمثل المستهلكين المضربين، كما يقابلها في التشريع الأمريكي "دعوى الفوج الأمريكية"، وهي دعوى معروفة في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، حيث تتولى جمعية حماية المستهلكين رفع هذه الدعاوى في حالة إصابة عدة مستهلكين بأضرار من مصدر واحد، دون الحاجة لوجود توكيل، أو إخطار سابق، وعند صدور الحكم لصالح الجمعية يكون بإمكان أي واحد من المستهلكين تقديم طلب الاستفادة من هذا الحكم، أما الآخرون فيظلون أحراراً في مباشرة الدعاوى الفردية، أنظر هدى تريكي، المرجع السابق، 118-119.

² نصيرة بوعولي، حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2012، ص 133.

³ هدى تريكي، المرجع السابق، ص 117-118.

معيب، حيث يقتصر طلب الجمعية وفقاً للقانون الجزائري في طلب التعويض عن الأضرار الفردية التي تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك لحقت بمستهلك، أو عدة مستهلكين فلا يكون أمام جمعية حماية المستهلك في هذه الحالة سوى التأسس كطرف مدني للدفاع عن مصالح هذه الفئة طبقاً لنص المادة 23 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

ويمكن للجمعية أن تطالب في هذه الدعوى بثلاثة أشياء، **أولها:** المطالبة بالتعويض من أجل إصلاح الضرر اللاحق بالمصالح المشتركة للمستهلكين والذي يكون باسم الجمعية ولحسابها كشخص معنوي، **أما الثاني:** فيتجسد في المطالبة بوقف الممارسات غير المشروعة التي يقوم بها المنتجون، كوقف بث اشهار تضليلي، في حين يتجسد **الثالث:** في المطالبة بإعلام جمهور المستهلكين بالحكم الصادر على نفقة المحكوم عليه¹.

وتظل سلطة القاضي في هذه الدعوى قائمة، سواء في تقدير الضرر، أو في تحديد قيمة التعويض المستحق، كما بإمكانه أن يستجيب لطلبات الجمعية كلها، أو بعضها بحسب قدرتها على إقناعه بما تطلبه، لا سيما وأن مطالبة الجمعية بالتعويض عن الضرر اللاحق بعدد غير محدد من المستهلكين يجعل من مسألة تقدير هذا الضرر والتعويض المقابل له أمر في غاية الصعوبة بما يدفع بالقاضي إلى الحكم بتعويضات رمزية لا تفي بالغرض الذي قامت من أجله الدعوى²، الأمر الذي يُفهم منه أن التعويضات المحكوم بها عن الضرر تكون لفائدة الجمعية كممثل لمجموع المصالح الفردية وليس لفائدة المستهلكين المتضررين شخصياً³ الذين عليهم ممارسة دعواهم الخاصة إذا كانوا يرغبون في التعويض⁴.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أنه إذا كان تأسس جمعيات حماية المستهلك كطرف مدني في حالة الأضرار الفردية لعدة مستهلكين ناجمة عن نفس المنتج وتسبب فيها نفس المتدخل أمر واضح، فإن ما يثير الغموض في نص المادة 23 من القانون 03-09 هو إدراج شرط المساس بالمصالح المشتركة للمستهلكين في حالة تعرض مستهلك واحد للضرر من خلال عبارة "...عندما يتعرض مستهلك أو عدة مستهلكين.."، لذلك كان الأجدر بالمشرع الجزائري إسقاط هذا الشرط وإعطاء الحق للجمعيات في الادعاء المدني في كل الحالات التي يتعرض فيها كل مستهلك لضرر ناجم عن المنتجات، كغاية قام لأجلها قانون حماية المستهلك والقوانين المتعلقة به.

¹ زوليفة روائية وسومية قلات، المرجع السابق، ص 265.

² عمار زعي، **حماية المستهلك في الجزائر نصاً وتطبيقاً**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2007-2008، ص 111.

³ زوليفة روائية وسومية قلات، المرجع السابق، ص 266.

⁴ الصادق صباد، المرجع السابق، ص 148.

ثانيا: انضمام جمعيات حماية المستهلك إلى الدعاوى المرفوعة مسبقا من قبل المستهلك

في ظل غياب النص الصريح من قبل المشرع الجزائري على إمكانية تدخل جمعيات حماية المستهلك إلى جانب المستهلك أمام القضاء¹، فإن هذا الانضمام يجد مرجعه في المادة 194² من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقضي أن التدخل في الخصومة، سواء في أول درجة، أو في مرحلة الاستئناف يكون اختياريًا، أو وجوبيا متى توافرت في المتدخل، أو المدخل صفة ومصلحة³، لذلك فإن في مجال الاستهلاك قد يحدث أن ترفع الدعوى أمام القضاء ضد المهني من قبل مستهلك فرد، أو من قبل مجموعة من المستهلكين وبما أن جمعيات حماية المستهلك تحوز شرطي الصفة والمصلحة* للدفاع عن مصالح المستهلك، فإن لهذه الجمعيات الحق في الانضمام لهذه الدعاوى المرفوعة من قبل مستهلك واحد، أو عدة مستهلكين من خلال نظام التدخل من أجل الدفاع عن المصالح التي يسعى إلى تحقيقها رافع الدعوى، سواء بتأكيد ادعاءاته أو بإضافة طلبات إضافية⁴.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد أن المشرع الجزائري-على غرار نظيره الفرنسي- من خلال القانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك وبالضبط في المادة 12 منه نص على إمكانية رفع جمعيات حماية المستهلك دعاوى أمام أي محكمة، بشرط أن تكون مختصة دون أن يحدّد نوع الدعاوى التي يمكن للجمعية رفعها، بما يفيد أن المجال مفتوح لهذا النوع من الجمعيات لرفع أي دعوى بما فيها تلك المتعلقة بالانضمام إلى دعاوى مرفوعة مسبقًا من قبل المستهلك، أو ما يسمى بالتدخل الانضمامي، وهو الأمر الذي عدّل عنه في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ساري المفعول حين حصر هذا الحق في حالة وحيدة والمجسّدة في التأسس كطرف مدني.

ثالثا: الدعاوى المرفوعة من جمعيات حماية المستهلك للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة مستهلكين

أقر المشرع الجزائري هذا الحق لجمعيات حماية المستهلك بموجب نص المادة 23 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش التي لم تُحدّد نوع الدعاوى التي يمكن لهذه الأخيرة رفعها، بما يفيد ثبوت هذا الحق لجمعيات حماية المستهلك أمام القضاء والدفاع عن المصالح الفردية، أو الجماعية للمستهلكين متى تعلق الأمر بتعرض مستهلك، أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل وذات أصل مشترك.

¹ على خلاف المشرع الفرنسي الذي أقرّ في قانون الاستهلاك إمكانية تدعيم الجمعية للطلب الأولي الذي قام به المستهلك أمام القضاء والمطالبة بوقف السبب الذي نتج عنه الضرر.

² أنظر المادة 194 من القانون 08-09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.

³ تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعى أو المدعى عليه. كما يثير تلقائيا انعدام الاذن إذا ما اشترطه القانون".

* أعطى المشرع الجزائري للجمعيات بصفة عامة حق التقاضي (المادة 50 ق م ج) و اعتبرها من الأشخاص الاعتبارية (المادة 49 ق م ج)، بحيث تكتسب الجمعية المعتمدة الشخصية المعنوية والأهلية المدنية بمجرد تأسيسها وبممكنها بذلك القيام بكل الإجراءات أمام الجهات القضائية المختصة، بسبب وقائع لها علاقة بمهدف الجمعية الحققت ضرراً بمصالح الجمعية، أو المصالح الفردية، أو الجماعية لأعضائها (المادة 3/17 من القانون 12-06 المتعلق بالجمعيات) وبذلك فإن الصفة في رفع الدعوى من الجمعيات تكون من خلال وجود رابطة وثيق بين مصلحة المستهلك كصاحب للحق المدعى به، وبين المصلحة العامة والجماعية لهذه الجمعيات، وعليه فإن صفة جمعيات حماية المستهلك في رفع الدعاوى للدفاع عن المستهلكين قد ثبتت لها من خلال النصوص السابقة، أنظر عزوز سعدي وسيمري محمدي، جمعيات حماية المستهلك بين

الدور الوقائي والعلاجي، مداخلة في كتاب جماعي حول النظام القانوني لحماية المستهلك في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، مخر القانون والتنمية المحلية، جامعة أدرار، الجزائر، سبتمبر 2020، ص ص 424-425.

⁴ الصادق صباد، المرجع السابق، ص 149.

وحتى يتاح لجمعية حماية المستهلك مباشرة هذا النوع من الدعاوى وفقاً للمشرع، فإنه يُشترط توافر شرطين، الأول: يتعلق بتعرض عدة مستهلكين معروفي الهوية لأضرار فردية نجمت عن فعل متدخل واحد، تكون ذات مصدر مشترك، كبيع المهني جهاز تلفاز بأعداد كبيرة ثم يتعين فيما بعد أنه معيب ببيع في الصنع، أو التسممات الغذائية المسجلة بمطعم واحد، أما الثاني: فيتعلق بحصول الجمعية على توكيل من مستهلكين اثنين على الأقل، وأن تكون هذه الوكالة مكتوبة قبل رفع الدعوى¹.

وبما أن جمعية حماية المستهلك تهدف في هذه الحالة على اصلاح ضرر فردي، فإنه إذا اسفرت الدعوى عن الحكم بتعويضات معينة فإن هذه التعويضات لا تكون مخصصة للجمعية، كما هو الحال في الدعوى المرفوعة للمصلحة المشتركة للمستهلكين، بل تكون هذه التعويضات لفائدة المستهلكين المتضررين الممثلين من قبل الجمعية، أما في حالة خسارة الجمعية للدعوى، فإن المستهلكين الموكلين لا يحصلون على شيء، كما يسقط حقهم في رفع دعاوى فردية².

وقد استحدث المشرع الجزائري بموجب تعديل القانون المدني لسنة 2005³، المادة 140 مكرر والتي تقر مسؤولية المنتج في حالة الاضرار بالغير حتى في حالة عدم وجود علاقة تعاقدية، حيث نصت المادة على أنه: " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالضرر علاقة عقدية"، بما يجسد أخذ المشرع الجزائري بالمسؤولية العقدية والتقصيرية في هذا المجال.

وفي ظل اغفال المشرع الجزائري تحديد الحد الأدنى، أو الأقصى للتعويض عن الضرر اللاحق بالمستهلك، فإن ذلك يظل يخضع في هذه الدعوى أيضاً للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير الضرر وتحديد مبلغ التعويض، بما يتناسب وحجم الضرر.

كما يمكن لجمعية حماية المستهلك تمثيل المستهلكين أمام القضاء من أجل طلب إبطال الشروط التعسفية التي قد يدرجها بعض المهنيين في العقود المبرمة بينهم وبين المستهلك، من قبيل ادراج بند عدم الاستفادة من خدمة ما بعد البيع، وغيرها من البنود التي تمس بمصلحة المستهلك- كما سبق الإشارة إليه-.

وتجدر الإشارة إلى عدم فاعلية الدور الدفاعي لجمعية حماية المستهلك في السابق، بالنظر لغلاء تكاليف رفع الدعوى القضائية، الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري -تثميناً منه للدور الذي تلعبه هذه الجمعيات في حماية المستهلك كطرف ضعيف- إلى تحويل هذه الجمعيات الحق في الاستفادة من المساعدة القضائية وذلك بموجب المادة 422 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وما يمكن ملاحظته في الصدد أيضاً أن هذا الحق المخول لجمعية حماية المستهلك ليس مطلقاً، ذلك أنه إذا كانت الدعاوى المرفوعة من قِبَلِهَا لا تهدف بأي شكل من الأشكال إلى المساس بمصالح المهنيين، أو الإساءة إلى

¹ عمار زعي، حماية المستهلك في الجزائر نصاً وتطبيقاً، المرجع السابق، ص 113.

² نادية لاکلي، دور جمعيات حماية المستهلك في توشيد وحماية المستهلكين، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 3، جامعة الطاهر مولاى، سعيدة، الجزائر، سبتمبر 2020، ص 614.

³ القانون 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر العدد 44، المؤرخة في 26 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

⁴ أنظر المادة 22 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش سالف الذكر.

سمعتهم، كون قواعد السوق لا تتعارض مع المصالح الأساسية للمستهلك، فإنه ينبغي على هذه الجمعيات ألا تسيء استخدام الوسائل القانونية المتاحة لها لدرجة الاضرار بمصالح الآخرين تحت طائلة قيام مسؤوليتها عن كل ضرر تسببه للمتدخل بخطئها¹، الأمر الذي يرى معه البعض أن عليها عدم اللجوء إلى الدعوى كوسيلة للحماية، إلا في انعدام الوسائل القانونية الأخرى أو عدم فاعليتها في حماية المستهلك، كما يقع عليها التزام إعلام المهني قبل اللجوء إلى هذه الوسيلة الدفاعية تحقيقاً للتناسب بين هذه الأخيرة والهدف المنشود المتمثل أساساً في حماية مصلحة المستهلكين².

مما سبق يرى الباحث أنه رغم سعي الدولة إلى إيجاد نظام قانوني يسهر على حماية المستهلك كطرف ضعيف في الحلقة الاقتصادية، وذلك من خلال الجمع بين النصوص القانونية والآليات الموكلة لها حماية المستهلك، هذه الأخيرة التي من أهمها نجد جمعيات حماية المستهلك المنصوص عليها في المادة 21 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بما خولها المشرع من مهام وصلاحيات، لا سيما ما تعلق منها بالدور العلاجي لهذه الجمعيات باللجوء إلى القضاء للدفاع عن مصالح هذه الفئة كدور يُنتظر منه الكثير، إلا أن واقعها الميداني يبقى دون هذا الدور المنتظر منها وذلك بسبب العراقيل، لا سيما ما تعلق بجمود القوانين من جهة، وقلة الدعم المادي إن لم نقل انعدامه من جهة أخرى، بما يحدّ من فعاليتها ويجسد محدودية تأثيرها، وتقدم في المجال نجد بعض التشريعات - كالتشريع الأمريكي - الذي منح هذا الحق لمجموعة من المستهلكين لا ترتبط بتنظيم مسبق ولا تحضى بالشخصية المعنوية، فقط تربطهم وحدة السلعة المسببة للضرر من خلال ما يعرف بـ " العمل الجماعي " " the class action "، حيث تُضَم مطالب هؤلاء في دعوى واحدة ترفع ضد منتج السلعة ولا يخفى ما لهذا الموقف من إيجابيات خصوصاً فيما يتعلق بتفادي تنازع الأحكام من جهة، وتفادي ازدحام المحاكم بالقضايا المرفوعة في مواجهة نفس المنتج ولنفس الغرض من جهة أخرى.

ومع ذلك لا بد من ملاحظة أن تقرير هذه الصفة لجمعيات حماية المستهلك من أجل الدفاع عن مصالح فئة المستهلكين على النحو السابق يعد خروجاً صارخاً عن مبدأ من أهم المبادئ التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد والمتجسد في مبدأ نسبية آثار العقد، بما يجسد خصوصية قانون حماية المستهلك كقانون خاص مستقل عن القانون المدني، كشرعية عامة أثبتت قصورها في توفير هذه الحماية لجمهور المستهلكين في ظل التحولات الحاصلة على جميع الأصعدة بشكل لا يحتمل الجدل بشأن التأسيس السليم لهذا التطور، كون حماية المستهلك إنما هي مسؤولية تتطلب دعماً جماعياً بما يعود بالمردود على جموع المستهلكين.

¹ عمار زعي، حماية المستهلك في الجزائر نصاً وتطبيقاً، المرجع السابق، ص 113، أنظر في الصدد أيضاً هدى تريكي، المرجع السابق، ص 119.

² نادية لاکلي، المرجع السابق، ص 616.

خلاصة الفصل الثاني

تناول هذا الفصل تأثير قانون حماية المستهلك في مرحلة تنفيذ العقد على أهم مبدأين تقوم عليهما هذه المرحلة وهما "مبدأ القوة الملزمة للعقد" و"مبدأ نسبية آثار العقد" وقد خلص الباحث من خلال هذا الفصل إلى الآتي:

أولاً: بالنسبة لمبدأ القوة الملزمة للعقد

1- أن تقرير القوانين الاستهلاكية الاقتصادية الحديثة وعلى غرارها القانون الجزائري لحق المستهلك في الرجوع عن العقد عنصر كافي للقول بأنه لم يعد بإمكان القواعد التقليدية تقرير حماية كافية للمستهلك، باعتباره طرفاً ضعيفاً يستوجب الأمر حمايته من بطش المنتج كطرف قوي اقتصادياً وفنياً ومالياً، ويثبت خصوصية هذا النوع من التشريعات بما يُبرر الخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد كضرورة اقتضتها ليس حماية المستهلك من تعسف المهنيين فحسب، بل حمايته أيضاً من نفسه ومن ضعفه الشخصي وتسارعه في إبرام العقود الاستهلاكية على كثرتها واختلافها دون أن يمنح نفسه فرصة كافية لتقديم رضاء مستنير وواعي يُعبر عن إرادة حقيقية، ويجعل من حق الرجوع كآلية فرضتها التحولات الاقتصادية والتكنولوجية بقدر ما هي حماية للطرف الضعيف وصون حقه، بقدر ما هي اضعاف لمبدأ القوة الملزمة للعقد وتقليص لحيز هيمنته في هذا النوع من العقود.

2- دفع تفاقم ظاهرة استغلال الطرف القوي وحمل الطرف الضعيف من خلال فرض شروط تعسفية في العقد وقصور مقتضيات الشريعة العامة في توفير الحماية الفعالة للطرف الضعيف من هذه الشروط بالمشروع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة إلى تبني نصوص قانونية خاصة تهدف إلى حماية وقائية للمستهلك من خطر هذه الشروط، حيث تجسد ذلك في النص صراحةً على استبعاد تلك الشروط التي تحدث اختلالاً ظاهراً في التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة وتوجب على القاضي التدخل للحكم ببطالان هذه الشروط، كما تم توسيع دائرة الحق في مواجهة هذه الشروط التعسفية من خلال انشاء لجنة البنود التعسفية، فضلاً عن تفعيله لدور الجمعيات في حماية المستهلك من هذه الشروط بما يُشكل إعادة نظر بمبدأ القوة الملزمة للعقد ويستبعد إمكانية دمج هاتين الآليتين (حق الرجوع وخصوصية التصدي للشروط التعسفية في مجال الاستهلاك) في القانون المدني واعتبارهما مجرد استثناءات على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ليظل قانون حماية المستهلك - كتشريع خاص مستقل عن القانون المدني - المجال الخصب لإعمال الآليتين.

ثانياً: بالنسبة لمبدأ نسبية آثار العقد

1- انتهاج المشروع الجزائري-على غرار التشريعات المقارنة- لجملة من الميكانيزمات فرضتها خصوصية العملية الاستهلاكية وتباين الوضعية الاقتصادية والمراكز القانونية لأطرافها فخرج عن مبدأ الأثر النسبي للعقد بصيغته التقليدية موسعاً من استثناءات هذا الأخير المعروفة في القواعد العامة لحاجة المستهلك الملحة لذلك التوسع، فجسد ذلك في فكرة الترابطية بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي خروجاً عن الأصل الذي يقضي ببقاء العقود التي يُبرمها الشخص مستقلةً عن بعضها البعض لعدم وجود رابطة بينها، وذلك بإقراره تبعية عقد القرض للعملية الممولة من خلال ربط التزام المقرض بالتسديد بتنفيذ العملية الممولة، كما فتح المجال أمام المستهلك بالرجوع مباشرة على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك عن طريق الدعوة المباشرة خروجاً عن الأصل الذي يقضي بعدم جواز

مقاضاة الشخص للغير مباشرة لعدم وجود رابطة عقدية تجمع بينهم، سعيًا منه إلى توسيع الحماية للمستهلك لتشمل هذه الحماية جميع من تدخل في عملية عرض المنتج ولو كان من الغير، فخرج بآلية الدعوى المباشرة من حالات محدّدة على سبيل الحصر في القواعد العامة إلى تعميم شمل فئة المستهلكين متى أخل المتدخل بالتزاماته، كما امتد هذا التوسع لمبدأ نسبية العقد إلى منح جمعيات حماية المستهلك- كبديل حقيقي للدعوى الفردية للمستهلك- حق اللجوء إلى القضاء باسمها مباشرة في سبيل حماية حقوق هذه الفئة، بما يشكل خروجًا صارخًا عن مبدأ نسبية أثر العقد، بل ولا يتفق مع الشروط العامة للتقاضي من حيث الصفة في الدعوى، إلّا أن ضرورة حماية المستهلك استدعت ذلك.

2-تعتبر كل من فكرة الترابطية بين العقود والدعوى المباشرة وكذا جمعيات حماية المستهلك كاستثناءات على مبدأ نسبية العقد كلها آليات سجلت خصوصيتها واستقلاليتها في قانون حماية المستهلك في ظل محدودية المبادئ التقليدية في توفير الحماية الكافية للمستهلك، بما يخول هذا الأخير مجموعة من الضمانات القانونية في ممارسة التدابير الحماية التي جاء بها المشرع من أجل إعادة التوازن العقدي للعلاقة الاستهلاكية.

خلاصة الباب الثاني

بعد التأكد من ضرورة الحماية الخاصة للمستهلك، في ظل التحولات الاقتصادية والتكنولوجية التي عرفها العالم، وقصور القواعد العامة في نظرية العقد عن تحقيق هذه الحماية، من خلال تراجع مبادئها الكلاسيكية في تحقيق التوازن العقدي في علاقات الاستهلاك التي يختل فيها ميزان القوى بين المستهلك كطرف ضعيف لا يمكنه الوقوف وقفة الند للند في مواجهة المحترف كطرف قوي يسيطر بقدراته وتقنياته على مجريات العقد باحتكاره للمنتوج والخدمة وتحكمه في كل مراحل العلاقة العقدية، بما يجعل من العقد نموذجيًا يتصف بالإذعان، سارعت تشريعات الدول وعلى غرارها المشرع الجزائري إلى اتخاذ جملة من المواقف التي كرّست اهتمامها بالمستهلك والسعي إلى حماية إرادته التعاقدية، فتجسد ذلك بإضافة قواعد قانونية جديدة خاصة، للحدّ من اختلال الالتزامات التعاقدية و التخفيف من حدّة المبادئ العقدية التي قامت عليها النظرية العامة للعقد لفترة معتبرة من الزمن، بفرض التزامات على عاتق المهنيين، متحجّين كانوا أو موزعين، سواءً في مرحلة تكوين العقد، أو في مرحلة تنفيذه.

1- بالنسبة لمرحلة تكوين العقد

فإننا نسجل تراجع مبدأ الرضائية في العلاقات الاستهلاكية-كقاعدة عامة تحكم إنشاء العقد وقيامه في العصر الحديث- بشكل جسد خصوصية هذا النوع من الحماية، حيث عمد المشرع من خلال الدور الوقائي لقانون الاستهلاك -على خلاف القواعد العامة التي تتميز بالحماية البعدية للمتعاقد- إلى إلزام المحترفين بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمستهلكين بقصد تنوير رضائهم عن طريق الالتزام بالإعلام، أو ما يصطلح عليه بالشكلية الإعلامية، هذا الالتزام، الذي وإن كان ليس بالغريب على النظرية العامة للعقد التي كانت السبّاقة في التأصيل له، إلّا أن الوسائل المعتمدة في ذات الالتزام تختلف جذريًا بين هذه الأخيرة وتشريعات الاستهلاك، ذلك أن مضمون الالتزام بالإعلام في تشريعات الاستهلاك يجعل من البيانات الإعلامية بيانات الزامية، كشروط شكلية يؤدي عدم احترامها إلى البطلان بما يضفي الطابع الشكلي على أغلب العقود الاستهلاكية، بشكل يخرق القواعد العامة للعقد التي تستند لمبدأ الرضائية من خلال حرية الأطراف في اختيار الشكل الذي يفرغون فيه رضاهم، بما يؤكد اختلاف أحكام هذا الالتزام في تشريعات الاستهلاك عنه في القواعد العامة مؤكّدًا استقلالية قانون حماية المستهلك كتشريع خاص، ومن ثمة صعوبة دمج قواعد حماية المستهلك في القانون المدني، ومنح المستهلك مهلة للتفكير والتروي-كحق لا يقل أهمية عن الالتزام بالإعلام- فرغم أنه نظام مقرّر في القواعد العامة من خلال نظريتي الإيجاب والقبول، إلّا أن تنظيمه في تشريعات الاستهلاك كان له من الخصوصية ما يتفق وخصوصية العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، من خلال الإيجاب الملزم والقبول المقيد، كآلية تجد تبريرها في الصفة الاحترافية للمتدخل، في مواجهة قلة خبرة المستهلك والضغط الممارس عليه وهو أمر طبيعي في إطار السعي إلى تكريس التوازن العقدي في مثل هذه العقود، لصدور قرار مستنير من جانب المستهلك بشأن العقد، بما يحقق استقرارًا للمعاملات.

كما أدى التوسع في نطاق حماية المستهلك إلى الحد من مبدأ الحرية التعاقدية في مجال الاستهلاك-كمبدأ تقوم عليه العقود بصفة عامة في ظل النظرية العامة للعقد-من خلال تنظيم مضمون العقد، بفرض مضمون عقدي يمس العناصر الأساسية في العقد، أو العقد في مجمله لا يجوز للأطراف المتعاقدة الخروج عنه، أو حظر وتنظيم

بعض الممارسات التجارية، أو من خلال **تقوية مضمون العقد**، بفرض التزامات على عاتق المحترف، تتنوع بتنوع العقود الاستهلاكية تماشياً مع ما يسعى المستهلك إلى اشباعه من حاجات، من قبيل الالتزام بالمطابقة، والالتزام بالسلامة، والالتزام بالضمان، كالتزامات ليست بالغريبة عن القانون المدني، إلا أنه تم تقويتها من أجل حماية المستهلك كطرف ضعيف تجسيدا لفكرة النظام العام التوجيهي والحماائي.

2-أما بالنسبة لمرحلة تنفيذ العقد

فإننا نسجل تحولاً في كل من مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومبدأ نسبية أثر العقد في مجال حماية المستهلك كمبدأين يقوم عليهما تنفيذ العقد، بما يجسد استقلالية هذا النوع من التشريعات عن النظرية العامة للعقد، من خلال استمرار تدخل التشريع وفرضه لترسانة من القواعد الخاصة لتنظيم العلاقة العقدية الاستهلاكية، على نحو أثر بشكل مباشر وواضح على نظرية العقد وأنقص من فعالية المبدأين السابقين، فكان الاعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال منح المستهلك في أحوال معينة الحق في العدول المنفرد عن عقد سبق له إبرامه سواءً قبل، أو بعد تنفيذ العقد وكذا معالجة هذا النوع من التشريعات لمسألة الشروط التعسفية في مجال الاستهلاك، كتجسيد لصفة الإذعان في هذا النوع من العقود، بالسماح للقاضي بتعديل هذه الشروط، وحتى الغائها، في حين تجسدت إعادة النظر في مبدأ نسبية أثر العقد في مجال الاستهلاك بتوسيع نطاق استثناءاته، من خلال إقرار المشرع الاستهلاكي لفكرة الارتباط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي وفتح المجال أمام المستهلك بالرجوع مباشرة على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك عن طريق الدعوة المباشرة، فضلاً عن اعتراف المشرع لجمعيات حماية المستهلك بإمكانية تمثيل هذا الأخير والدفاع عنه أمام القضاء، كالتزامات قانونية جديدة خاصة يرى المشرع أن من شأنها الحد من اختلال الالتزامات التعاقدية والتخفيف من حدة ما يحكم العقد من مبادئ في مرحلة تنفيذه.

خاتمة

تناولت هذه الدراسة أحد أهم الموضوعات الخصبية والمتجددة، والتي من دون شك سيستمر البحث فيها طويلا ويتعلق الأمر "بأثر التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد"، حيث تناولنا بالدراسة والتحليل في باب أول كل من موضوع التحولات الاقتصادية والنظرية العامة للعقد، من خلال تسليط الضوء على هذه التحولات والتطورات الاقتصادية بالتعرض إلى مفهوميها، ثم أهم التحولات التي عرفها الاقتصاد الجزائري منذ الاستقلال ومختلف الإصلاحات الاقتصادية المنتهجة لتحسيد هذا التحول من النظام الاشتراكي إلى النظام الرأسمالي، وكذا التطرق في إطار النظرية العامة للعقد التي أقامها المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة على مبدأ سلطان الإرادة لكل من العقد وتطور هذا المبدأ مع تبيان علاقة ذلك وتأثيره على التعاملات البشرية في إطار ما يسمى بالعقد، كوسيلة لصيانة الحقوق والحفاظ على استقرار المعاملات الاقتصادية، وكذا عرض لمظاهر هذه التحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد بتناول إرادة المتعاقدين في ظل هذه التحولات، ثم التطرق لوضعية المبادئ العقدية في ظل هذه الظروف، وختم ذلك بأهم هذه المظاهر والمتمثل في التشريعات الخاصة كظاهرة أفرزتها هذه التحولات الاقتصادية والتي تنطلق من فرضية اللامساواة بين المتعاقدين، لا سيما قانون حماية المستهلك الذي يوجه حمايته لفئة المستهلكين من خلال تحديثاته المهمة في تنظيم العلاقة التعاقدية بفرض التزامات تحدّد مضمون العقد.

في حين تناول الباب الثاني قانون حماية المستهلك كنموذج للتشريعات الخاصة التي فرضتها مسايرة هذه التحولات الاقتصادية والذي عمد من خلاله المشرع الجزائري -على غرار التشريعات المقارنة- إلى تجاوز المبادئ العامة التي كرسها نظرية العقد لفترة من الزمن وذلك بالنص على مجموعة من التدابير الحمائية لفائدة المستهلك سواء أثناء مرحلة تكوين العقد بما تتضمنه هذه المرحلة من مبدأ الرضائية ومبدأ الحرية العقدية، أو في مرحلة تنفيذ العقد وما تتضمنه من مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية أثر العقد.

وقد توصل الباحث من خلال هذه الدراسة إلى بعض النتائج وبعض المقترحات موضحة في النقاط الآتية:

أولاً: نتائج الدراسة النظرية

أسفرت الدراسة النظرية عن النتائج الآتية:

1- تسجيل الاختلاف بين ما قامت به الجزائر -على غرار الدول النامية- من إصلاحات منذ التسعينات قصد تصحيح اختلالات ما شهدته العالم في القرن العشرين من تطورات كبيرة مست شتى جوانب الحياة، حيث شملت هذه الإصلاحات مختلف جوانب الاقتصاد، تعتبر فترة ما بعد سنة 1990 محورا مفصليا لهذه الإصلاحات، كونها ارتبطت بتحرير الاقتصاد الوطني والتراجع عن أيديولوجية التخطيط الموجه، وإعطاء أولوية لديناميكية السوق، وقد رافق ذلك تراجع لدور الدولة في الحياة الاقتصادية من أجل تكييف اقتصاد البلد للاندماج في الاقتصاد العالمي، وبين ما أقام عليه المشرع الجزائري النظرية العامة للعقد من مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبادئ من قبيل مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومبدأ نسبية أثر العقد متأثرا في ذلك بالمشرع الفرنسي الذي استقى هذه المبادئ من مدونة نابليون سنة 1804 كنتيجة للثورة الفرنسية، رغم ما أورده المشرع الجزائري على هذا المبدأ من استثناءات لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، الأمر الذي كان له عميق الأثر

على العملية التعاقدية ووزنها الاقتصادي والقانوني والدولي، حيث ظهرت الكثير من العقود المركبة والمعقدة بما يشكل ثورة على العقد والمبادئ التقليدية المنظمة لهذا الأخير.

2- تعتبر تحديات العولمة- كنتيجة للتحويلات الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع الجزائري على غرار دول العالم- التي حتمت انسحاب الدولة من تسيير وإدارة النشاط الاقتصادي واقتصار دورها على أداء الوظائف الطبيعية لها، بما يضمن العدالة والمساواة بين الأفراد وكذا الاستقرار الاقتصادي، هي نفسها من فرضت عملية تقسيم للأدوار بين الدولة والسوق من أجل تنظيمه وإدارته- نتيجة اتساع المجال الاقتصادي وتنوعه في ظل اقتصاد السوق - من خلال فكرة تدخل الدولة في توجيه الاقتصاد من أجل ضمان نمو منسجم ورفع الحيف عن الأطراف الضعيفة بما يتماشى والنظام الرأسمالي، الأمر الذي دفع بالدولة أيضًا إلى التدخل لتوجيه العقود حماية للطرف الضعيف، من خلال السعي إلى تحقيق التوازن العقدي مواكبة للاقتصاد العالمي والتنافسية الشرسية التي لا ترحم، بشكل يتلاءم وازدواجية "قانون العقود وقانون المنافسة" في العلاقات الاتفاقية في الميدان الاقتصادي، مجسدة بذلك العلاقة العقدية في بعدها الموضوعي، بما يكرس فكرة أن "انتصار مبدأ سلطان الإرادة كان نتيجة عوامل اقتصادية، وانتكاسه كان نتيجة تطور العوامل ذاتها".

3- بما أن العقد كوسيلة لتنظيم علاقة الأفراد في المجتمع، وكسند لأي عملية اقتصادية لا يمكن أن يبقى جامدا، بل يعرف تطورا مستمرا متأثرا بتطور الزمان والظروف، الأمر الذي فرض تحول العقد من خلال تراجع مبدأ سلطان الإرادة وتزايد سمة الإذعان في العقود كنتيجة لتزايد حجم المعاملات- في ظل قصور الأحكام الحمائية التي يوفرها عقد الإذعان في القواعد العامة باقتصاره على معالجة جانب واحد للضعف والمتمثل في الضعف الاقتصادي دون الضعف المعرفي- وكذا اتساع لدائرة العقود الخاصة، من قبيل عقود الاندماج والعقود البيئية، والالكترونية وغيرها ومراجعة المبادئ العقدية، سواء بتحديث مبادئ لازمت العقد لمدة طويلة من الزمن لم تعد تتماشى والروابط العقدية في ظل التحويلات الاقتصادية واقتصاد السوق، من قبيل مبدأ الحرية العقدية ومبدأ حسن النية، بما يجسد فكرة "ثبات العقد واندماجه أمام التطورات الاقتصادية"، أو الأخذ بمبادئ جديدة لم تكن معتمدة من قبل ضمن النظرية العامة للعقد، من قبيل "مبدأ المساواة الفعلية بين المتعاقدين" و "مبدأ أخلقة الروابط العقدية"، وكذا "مبدأ التضامن العقدي"، وغيرها من المستلزمات والمبادئ الجديدة التي هيمنت على الحياة العقدية، فضلاً عن ظهور قوانين جديدة من قبيل قانون المنافسة وقانون الاستهلاك، آخذة بفلسفة مغايرة لأساس هذا العقد ومتجاوزة بذلك العديد من المقتضيات التي تحكمه، كل ذلك كمظاهر للتحويلات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد جسدت فكرة "انهيار العقد وتراجعه أمام التحويلات الاقتصادية"، فلم تعد النظرية العامة للعقد لوحدها صاحبة الاختصاص في ضبط العلاقات التعاقدية، كون الاعتراف بمسألة حماية المتعاقد الضعيف فيها- كأصل عام- لا يكون إلا استثناءً، بما جسدت محدوديتها في العلاقات التعاقدية الحديثة وما يطبعها من تفاوت بين أطرافها وجعل هذا النوع من العلاقات أكثر تنظيمًا في التشريعات الخاصة، الأمر الذي جعل هذه النظرية أمام حتمية دفع خطر زوالها من خلال قبول التوافق والاشتراك في الاختصاص مع التشريعات الخاصة في ظل تزايد هذه الأخيرة.

ثانيا: نتائج الدراسة التطبيقية

أسفرت الدراسة التطبيقية -التي تناولت قانون حماية المستهلك كنموذج للتشريعات الخاصة التي فرضتها مساهرة هذه التحولات الاقتصادية- عن النتائج الآتية:

1- أن التحولات الاقتصادية والتكنولوجية التي عرفها العالم، وقصور القواعد العامة في نظرية العقد عن تحقيق الحماية اللازمة للمستهلك كطرف ضعيف، من خلال تراجع مبادئها الكلاسيكية في تحقيق التوازن العقدي في علاقات الاستهلاك، سجل في مرحلة تكوين العقد، تراجع مبدأ الرضاينة في العلاقات الاستهلاكية-كقاعدة عامة تحكم إنشاء العقد وقيامه في العصر الحديث- بشكل جسد خصوصية هذا النوع من الحماية، حيث عمد المشرع من خلال الدور الوقائي لقانون الاستهلاك -على خلاف القواعد العامة التي تتميز بالحماية البعدية للمتعاقد- إلى إلزام المحترفين بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمستهلكين بقصد تنوير رضائهم عن طريق الالتزام بالإعلام، أو ما يصطلح عليه بالشكلية الإعلامية، هذا الالتزام، الذي وإن كان ليس بالغريب على النظرية العامة للعقد التي كانت السبابة في التأصيل له، إلا أن الوسائل المعتمدة في ذات الالتزام تختلف جذريا بين هذه الأخيرة وتشريعات الاستهلاك، ذلك أن مضمون الالتزام بالإعلام في تشريعات الاستهلاك يجعل من البيانات الإعلامية بيانات الزامية، كشروط شكلية يؤدي عدم احترامها إلى البطلان، بما يضيف الطابع الشكلي على أغلب العقود الاستهلاكية، بشكل يخرق القواعد العامة للعقد التي تستند لمبدأ الرضاينة، من خلال حرية الأطراف في اختيار الشكل الذي يفرغون فيه رضاهم، ويؤكد اختلاف أحكام هذا الالتزام في تشريعات الاستهلاك عنه في القواعد العامة مؤكدا استقلالية قانون حماية المستهلك كتشريع خاص، ومن ثمة صعوبة دمج قواعد حماية المستهلك في القانون المدني، وكذا منح المستهلك مهلة للتفكير والتروي- كحق لا يقل أهمية عن الالتزام بالإعلام- فرغم أنه نظام مقرر في القواعد العامة من خلال نظريتي الإيجاب والقبول، إلا أن تنظيمه في تشريعات الاستهلاك كان له من الخصوصية، ما يتفق وخصوصية العلاقة التعاقدية الاستهلاكية، من خلال الإيجاب الملزم والقبول المقيد، كآلية تجد تبريرها في الصفة الاحترافية للمتدخل، في مواجهة قلة خبرة المستهلك والضغط الممارس عليه، وهو أمر طبيعي في إطار السعي إلى تكريس التوازن العقدي في مثل هذه العقود لصدور قرار مستنير من جانب المستهلك بشأن العقد، بما يحقق استقرارا للمعاملات، كما أدى التوسع في نطاق حماية المستهلك إلى الحد من مبدأ الحرية التعاقدية في مجال الاستهلاك- كمبدأ تقوم عليه العقود بصفة عامة في ظل النظرية العامة للعقد- من خلال تنظيم مضمون العقد بفرض المشرع لمضمون عقدي يمس العناصر الأساسية في العقد أو العقد في مجمله لا يجوز للأطراف المتعاقدة الخروج عنه، أو تنظيم وحظر بعض الممارسات التجارية، أو من خلال تقوية مضمون العقد بفرض التزامات على عاتق المحترف بتنوع بتنوع العقود الاستهلاكية تماشيًا مع ما يسعى المستهلك إلى اشباعه من حاجات، من قبيل الالتزام بالمطابقة والالتزام بالسلامة، والالتزام بالضمان، كالتزامات ليست بالغريبة عن القانون المدني، إلا أنه تم تقويتها من أجل حماية المستهلك كطرف ضعيف تجسيدا لفكرة النظام العام التوجيهي والحماي.

2- أن نفس الغرض الذي وُجد من أجله هذا النوع من التشريعات سجل في مرحلة تنفيذ العقد تحولاً في كل من مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ نسبية أثر العقد في مجال حماية المستهلك، كمبدأين يقوم عليهما تنفيذ العقد بما يُجسد استقلالية هذا النوع من التشريعات عن النظرية العامة للعقد من خلال استمرار تدخل التشريع وفرضه لترسانة من القواعد الخاصة لتنظيم العلاقة العقدية الاستهلاكية على نحو أثر بشكل مباشر وواضح على نظرية العقد وأنقص من فعالية المبدأين السابقين، فكان الاعتداء على مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال منح المستهلك في أحوال معينة الحق في العدول المنفرد عن عقد سبق له إبرامه سواءً قبل أو بعد تنفيذ العقد، وكذا معالجة هذا النوع من التشريعات لمسألة الشروط التعسفية في مجال الاستهلاك، كتجسيد لصفة الإذعان في هذا النوع من العقود وذلك بالسماح للقاضي بتعديل هذه الشروط وحتى الغائها، في حين تجسدت إعادة النظر في مبدأ نسبية أثر العقد في مجال الاستهلاك بتوسيع نطاق استثناءاته من خلال إقرار المشرع الاستهلاكي لفكرة الارتباط بين العقود في مجال القرض الاستهلاكي وفتح المجال أمام المستهلك بالرجوع مباشرة على أي من المتدخلين في مراحل عرض المنتج للاستهلاك عن طريق الدعوة المباشرة، فضلاً عن اعتراف المشرع لجمعيات حماية المستهلك بإمكانية تمثيل هذا الأخير والدفاع عنه أمام القضاء، كآليات قانونية جديدة خاصة يرى المشرع أن من شأنها الحد من احتلال الالتزامات التعاقدية والتخفيف من حدة ما يحكم العقد من مبادئ في مرحلة تنفيذه.

ثالثاً: الاقتراحات

1- اجراء المشرع الجزائري لإصلاحات على المنظومة التعاقدية في القانون المدني الجزائري- كضرورة يفرضها التطور الاقتصادي والاجتماعي-أسوة بما فعله نظيره الفرنسي بشأن إصلاح قانون العقود بموجب القانون 16-131 المؤرخ في 10 فيفري 2016.

2- تفعيل نماذج قانونية ضمن النظرية العامة للعقد تكون هذه الأخيرة منطلقها الأول وليس التشريعات الخاصة، من خلال تفعيل واحياء بعض المبادئ التي تكتنزها القواعد العامة وجعلها في خدمة المتعاقد الضعيف، من قبيل مبدأ حسن النية وذلك بنص المشرع الجزائري على هذا المبدأ كمبدأ عام يحكم الالتزامات والعقود بدءاً من مرحلة المفاوضات مروراً بمرحلة الإبرام، وصولاً إلى مرحلة تنفيذ العقد وتفسيره، ولما لا إعادة صياغة هذا المبدأ في شكل نظرية عامة في القانون لها إطارها القانوني ومقتضياتها والالتزامات الناشئة بموجبها والآثار والجزاء المترتبة عنها أسوة بنظيره الفرنسي الذي جعل من تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 مناسبةً لتمديد مجال أعمال مبدأ حسن النية ليمتد لمرحلة المفاوضات وقطع العلاقة التعاقدية كتحديث جوهري طبقاً للمادتين 1104 و1112 من القانون المدني الفرنسي، بعد أن كان محصوراً في تنفيذ العقد طبقاً لنص المادة 1134/3 من القانون المدني الفرنسي، ولما لا تضمين نظرية العقد مبادئ جديدة مستخلصة من التشريعات الخاصة، لا سيما تشريع الاستهلاك من قبيل "مبدأ المساواة الفعلية"، "مبدأ التوازن العقدي" و"مبدأ التضامن العقدي" بما يسمح بتفسير القواعد المناقضة لمبادئ العقد الكلاسيكية من جهة، وتطوير قانون العقود من خلال استنباط تطبيقات جديدة من جهة أخرى.

3- رغم افراد المشرع الجزائري العقود الالكترونية بتنظيم خاص من خلال القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، إلا أن هذا التنظيم كان الأولي أن يتضمنه القانون المدني بدل التدخل في كل مرة بنصوص خاصة تجنباً

لظاهرة "التضخم التشريعي"، كون المبادئ العامة كافية لإيجاد الحلول بنفسها ضمناً للأمن القانوني بمواجهة تعدد المصادر واضطراب المرجعيات بشأن العقد، وذلك أسوةً بالمشرع الفرنسي الذي شمل هذا النوع من العقود بتنظيم خاص في مواد تضمناها القانون المدني المعدل.

4- ضرورة تكريس المشرع الجزائري لمهلة التفكير والتروي في جميع العقود-كقاعدة عامة-تحقيقاً للمساواة العقدية وتكريساً للوعي في عمليات التعاقد مهما كانت صفة الطرف الضعيف في العقد، سواءً كان مستهلكاً أو غيره اقتداءً بالمشرع الفرنسي الذي نص صراحةً على هذه المهلة في معرض تعديله للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016 بموجب المادة 1122 ق م ف مواكباً بذلك قانون الاستهلاك بإعطائه الغطاء القانوني لآلية التفكير والتروي في القواعد العامة وفي جميع العقود بشكل صريح بعد أن كانت قاصرة على بعض العقود في قانون الاستهلاك وبعض القوانين الخاصة.

5- ضرورة لم شمل بعض النصوص المتفرقة والمتعلقة بحماية المستهلك في قانون الاستهلاك-أسوةً بالمشرع الفرنسي في هذا المجال على الأقل في انتظار اصلاح للقانون المدني-من قبيل مكافحة الشروط التعسفية المقنن في قانون الممارسات التجارية والقرض الاستهلاكي المقنن في المرسوم التنفيذي 15-114 ولما لا تنظيم بعض عقود الاستهلاك ضمن قانون حماية المستهلك، من قبيل البيع عن بعد وعقد الائتمان العقاري.

وبين هذا وذاك يبقى اصلاح القانون المدني هو الأهم بما يجعل من هذا الأخير فعلاً الشريعة العامة للعقود التي تدور حولها كل العقود مستوعباً في هذا التعديل مبادئ أساسية جديدة من قبيل "مبدأ المساواة الفعلية لا المجردة بين المتعاقدين"، "مبدأ أخلاقية الروابط العقدية"، "مبدأ التضامن العقدي" كمبادئ بإمكانها استيعاب أهم تطورات قانون العقود في المرحلة الراهنة في ظل ظروف اقتصادية لا تعرف الثبات والاستقرار.

تم بحمد الله وتوفيقه

قائمة المصادر

والمراجع

أولاً: المصادر المعتمدة

❖ النصوص التشريعية

أ-الدساتير

1. دستور 1996، ج ر، العدد 76، الصادر بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

ب-القوانين والأوامر

• القوانين والأوامر الجزائرية

1. القانون رقم 63-277، المؤرخ في 26 جويلية 1963، ج ر العدد 53، المؤرخة في 02 أوت 1963.

2. القانون 82-11، المؤرخ في 21 أوت 1982، المتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني، ج ر العدد 34، المؤرخة في 05 ذي القعدة عام 1402 هـ.

3. القانون 87-15، المؤرخ في 21 يوليو 1987، المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 31، المؤرخة في 03 ذو الحجة عام 1407 هـ الموافق لـ 29 يوليو 1987.

4. القانون رقم 87-19، المؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1408 الموافق لـ 08 ديسمبر سنة 1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، ج ر العدد 50، المؤرخة في 18 ربيع الثاني عام 1408.

5. القانون 88-01، المؤرخ في 12-01-1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر، العدد 02، الصادر في جانفي 1988.

6. القانون 88-03، المؤرخ في 12-01-1988، المتعلق بصناديق المساهمة، ج ر، العدد 02، الصادر في 13 جانفي 1988.

7. القانون 88-25، المؤرخ في 12 جويلية 1988، المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية، ج ر العدد 64.

8. القانون 89-02، المؤرخ في 07 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج ر، العدد 06، المؤرخة في 08 08 فبراير 1989.

9. القانون رقم 90-07، المؤرخ في 03/04/1990، المتعلق بالإعلام، ج ر، العدد 14، وتم حل المجلس بموجب المرسوم الرئاسي 93-252، المؤرخ في 26/10/1993، ج ر، العدد 69، لسنة 1993.

10. القانون 90-10، المؤرخ في 14 أبريل 1990، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر، العدد 16، الصادر في 1990، الملغى بالأمر 03-11.

11. القانون 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج ر، العدد 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990، المعدل والمتمم.

12. القانون 90-31، المؤرخ في 17 جمادي 1411 الموافق لـ 4 ديسمبر 1990، المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 53، المؤرخة في 18 جمادي الأولى عام 1411هـ الموافق لـ 5 ديسمبر 1990 (الملغى).
13. القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 05/08/2000، يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر، العدد 48، المؤرخة في 06/08/2000.
14. القانون رقم 10-2001، المؤرخ في 03/07/2001، المتضمن قانون المناجم، ج رن العدد 35، المؤرخة في 2001.
15. القانون رقم 01-2002، المؤرخ في 05/02/2002، المتعلق بالكهرباء ونقل الغاز عن طريق القنوات، ج ر، العدد 08، المؤرخة في 06/02/2002.
16. القانون رقم 11-2002، المؤرخ في 24/12/2002، المتضمن قانون المالية لسنة 2003، ج ر، العدد 86، المؤرخة في 25/12/2002.
17. القانون رقم 03-10، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر، العدد 43، المؤرخة في 20 يوليو 2003، المعدل والمتمم.
18. القانون رقم 04-02، المؤرخ في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، العدد 41، المؤرخة في 27 جوان 2004.
19. القانون 04-04، المؤرخ في 23 يونيو 2004، المتعلق بالتقييس، ج ر العدد 41، المؤرخة في 27 يونيو 2004، المعدل والمتمم بالقانون 16-04، المؤرخ في 19 ديسمبر 2016، ج ر العدد 37، المؤرخة في 22 يونيو 2016.
20. القانون رقم 05-07، المؤرخ في 28/04/2005، المتعلق بالحروقات، ج ر، العدد 50، المؤرخة في 2005.
21. القانون 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر العدد 44، المؤرخة في 26 جوان 2005، المعدل والمتمم للأمر 58-75 المتضمن القانون المدني.
22. القانون رقم 05-12، المؤرخ في 04/08/2005، المتضمن قانون المياه، ج ر، العدد 60، المؤرخة في 04/09/2005.
23. القانون رقم 08-12، المؤرخ في 25/06/2008، المتعلق بالمنافسة، ج ر، العدد 36، المؤرخة في 02/06/2008.
24. القانون 11-04، المؤرخ في 17 فيفري 2011، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ج ر، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.
25. القانون 12-06، المتعلق بالجمعيات، المؤرخ في 18 صفر عام 1414 الموافق لـ 12 يناير 2012، ج ر عدد 02، المؤرخة في 21 صفر عام 1433 الموافق لـ 15 يناير 2012.

26. القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر، العدد 28، المؤرخة في 16 ماي 2018.
27. القانون 18-09، المؤرخ في 10 جوان 2018، المعدل والمتمم للقانون 09-03، المؤرخ في 25 فيفري 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر عدد 35، المؤرخة في 13 جوان 2018.
28. الأمر 66-284، المؤرخ في 15 سبتمبر 1966، المتعلق بالاستثمار، ج ر العدد 80، المؤرخة في 17 سبتمبر 1966.
29. الأمر رقم 71-79، المؤرخ في 03 ديسمبر سنة 1971، المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 105، المؤرخة في 06 ذو القعدة عام 1391 هـ الموافق لـ 24 ديسمبر سنة 1971.
30. الأمر 75-31، المؤرخ في 29/04/1175، المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج ر، العدد 39، المؤرخة في 16/05/1975.
31. الأمر 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، المؤرخة في 30/09/1975، المعدل والمتمم بالقانون 05-10، المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر، العدد 44، والقانون 07-05، المؤرخ في 13 ماي 2007، ج ر العدد 31، المؤرخة في 13 ماي 2007.
32. الأمر 95-06، المؤرخ في 25/01/1995، المتعلق بالمنافسة، ج ر العدد 09، لسنة 1995، الملغى بالأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر، العدد 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003.
33. الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25 يناير 1995، المتعلق بالتأمينات، ج ر، العدد 13، الصادر في 09 مارس 1995، المعدل والمتمم بالقانون رقم 06-04، المؤرخ في 20/02/2006، ج ر، العدد 15، المؤرخة في 12/03/2006.
34. الأمر 01-03، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتطوير الاستثمار، ج ر العدد 47.
35. الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر، العدد 43، المؤرخة في 20 جويلية 2003.
36. المرسوم التشريعي رقم 93-03، المؤرخ في 01 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري، ج ر، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011.
37. المرسوم التشريعي 93-12، المؤرخ في 05 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر العدد 64.

● القوانين العربية

1. القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، المؤرخ في 09 أوت 2000، المتعلق بالمبادلات التجارية والالكترونية.
2. القانون المدني المصري رقم 131، الصادر في 29/07/1948، متوفر على الموقع الالكتروني:

<https://manshurat.org>

❖ النصوص التنظيمية

1. المرسوم 72-176 المحدد لكيفية تطبيق الأمر 79-71 المتعلق بالجمعيات، ج ر العدد 65، المؤرخة في 06 رجب عام 1392 هـ الموافق لـ 15 أوت 1972.

2. المرسوم التنفيذي 90-39، المؤرخ في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج ر العدد 05، المؤرخة في 31 جانفي 1990، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-315، المؤرخ في 16 أكتوبر 2001، ج ر العدد 61، المؤرخة في 21 أكتوبر 2001.
3. المرسوم التنفيذي 90-266، المؤرخ في 25 صفر عام 1411 الموافق ل 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات، ج ر، العدد 40، بتاريخ 19 سبتمبر 1990.
4. المرسوم التنفيذي 90-367 المؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1411، الموافق ل 10 نوفمبر سنة 1990، يتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ج ر العدد 50، الصادرة بتاريخ 4 جمادي الأولى عام 1411، لسنة 2009.
5. المرسوم التنفيذي رقم 05-464، المؤرخ في 04 ذو القعدة عام 1426هـ الموافق ل 06 ديسمبر سنة 2005م، المتعلق بتنظيم التقييس وسيره، ج ر العدد 80، المؤرخة في 2005/12/11.
6. المرسوم التنفيذي 05-465، المؤرخ في 04 ذي القعدة عام 1426 الموافق ل 06 ديسمبر 2005، المتعلق بتقييم المطابقة، ج ر العدد 80، المؤرخة في 2005.
7. المرسوم التنفيذي 06-215، المؤرخ في 2006/06/18، يحدد شروط وكيفيات ممارسة البيع بالتخفيض والبيع الترويجي والبيع في حالة تصفية المخزونات والبيع عند مخازن المعامل والبيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود، ج ر العدد 41، المؤرخة في 2006.
8. المرسوم التنفيذي رقم 06-306، المؤرخ في 17 شعبان 1427، الموافق ل 10 سبتمبر 2006، المتضمن تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، ج ر العدد 56، المؤرخة في 11 سبتمبر 2006، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-44، المؤرخ في 03 فيفري 2008، ج ر العدد 07، المؤرخة في 10 فيفري 2008.
9. المرسوم التنفيذي رقم 08-126، المؤرخ في 19 أفريل 2008، المتعلق بجهاز المساعدة على الإدماج المهني، ج ر، العدد 22، المؤرخة في 30 أفريل 2008، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 11-105، المؤرخ في 06 مارس 2011، ج ر، العدد 14، المؤرخة في 06 مارس 2011، والمرسوم التنفيذي 13-142، المؤرخ في 10 أفريل 2013، ج ر، العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2013.
10. المرسوم التنفيذي 09-65، المؤرخ في 11 صفر عام 1430، الموافق ل 7 فبراير سنة 2009، يحدد الكيفيات الخاصة المتعلقة بالإعلام حول الأسعار المطبقة في بعض قطاعات النشاط أو بعض السلع والخدمات المعنية، ج ر العدد 10، المؤرخة في 11 فبراير 2009.
11. المرسوم التنفيذي رقم 13-327، المؤرخ في 26 سبتمبر 2013، المحدد لشروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، ج ر، العدد 49، المؤرخة في 02 أكتوبر 2013.

12. المرسوم التنفيذي رقم 13-378، المؤرخ في 2013/11/18، يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، ج ر العدد 58، الصادرة سنة 2013.
13. المرسوم رقم 2016-131، المتعلق بتعديل قانون العقود والأحكام العامة للالتزامات والإثبات، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، العدد 0035، الصادر بتاريخ 11 فبراير 2016.
14. المرسوم التنفيذي رقم 20-69، المؤرخ في 21 مارس 2020، المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج ر عدد 15، المؤرخة في 2020.
15. القرار المؤرخ في 24 يوليو 2008، المحدد لنماذج عقود الدمج وعقود تكوين-تشغيل وعقود العمل المدعم، ج ر، العدد 49، المؤرخة في 03 سبتمبر 2008.

ثانيا: المراجع المعتمدة

❖ المراجع باللغة العربية

أ-الكتب

1. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1998.
2. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.
3. جاك غستان بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، بإشراف جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت 2000.
4. حازم الببلاوي، دور الدولة في الاقتصاد، الطبعة الأولى، د ط، دار الشروق، القاهرة، 1998.
5. حمدي محمد اسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
6. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2011.
7. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
8. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
9. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
10. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الأول، نظرية الإرادة المنفردة، ط4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1987.
11. سمير عبد السيد نتاغو، المبادئ الأساسية في نظرية الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، دون طبعة.
12. سه نكه رعلي رسول، حماية المستهلك وأحكامه، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2016.

13. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
14. عدنان ابراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2000.
15. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
16. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك (دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون)، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008.
17. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
18. محفوظ لعشيب بن حامد، عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دط، 1990.
19. محمد حسن منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000.
20. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، طبعة جديدة مزيّدة ومنقحة، دار الهدى، الجزائر، 2007.
21. محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعة العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
22. ناجي عبد النور، تجربة التعددية الحزبية والنحول الديمقراطي (دراسة تطبيقية في الجزائر)، د ط، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2010.
23. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2004.
24. نبيل إبراهيم سعد، ملاحم حماية المستهلك في مجال الائتمان في القانون الفرنسي، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الاسكندرية، مصر، 2008.
25. نزيه حماد، في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، دار القلم، دون سنة نشر، سوريا، 2007.
26. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، الجزء الأول، مصادر الحقوق الشخصية (مصادر الالتزامات)، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

ب- الأبحاث الجامعية

• أطروحات الدكتوراه

1. أحمد بعجي، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018-2019.

2. أحمد خديجي، قواعد الممارسات التجارية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2015-2016.
3. أحمد زوزي، تجربة القطاع الصناعي الخاص ودوره في التنمية الاقتصادية في الجزائر (دراسة حالة ولاية غرداية)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2009-2010.
4. بدرة لعور، آليات مكافحة جرائم الممارسات التجارية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2013-2014.
5. بلال عثماني، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والالتزام بحسن النية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2018.
6. جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013-2014.
7. حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الأنترنت (البريد المرئي) دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، السانبا، الجزائر، 2010-2011.
8. خديجة فاضل، عاصمة العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016.
9. خليدة بن بعلاش، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلاي، اليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2017-2018.
10. خيرة خوجة، الضمانات القانونية لتعويض المستهلك عن الإضرار بسلامته في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2015-2016.
11. رضوان قرواش، الضمانات القانونية لحماية أمن وسلامة المستهلك، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01 بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2012-2013.
12. سميرة حصام، آثار الحصار الاقتصادي على تنفيذ العقود الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2019.

13. سناء شيخ، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011-2012.
14. شوقي بناسي، أثر تشريعات الاستهلاك على المبادئ الكلاسيكية للعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
15. صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، تخصص قانون مدني، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017-2018.
16. عباس بن جبارة، تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2013-2014.
17. عبد القادر خليل، محاولة تقييم فعالية الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر للفترة (1990-2006)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، فرع اقتصاد سياسي، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2007-2008.
18. عبد الكريم موكة، تأثير تغير الظروف على استقرار الثمن في عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2016.
19. عبد المجيد قدي، فعالية التمويل بالضريبة في ظل التغيرات الدولية: دراسة حالة النظام الضريبي الجزائري في الفترة 1988-1995، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، كلية العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر 03، 1995.
20. عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الالكترونية عبر الأنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012.
21. عدة عليان، فكرة النظام وحرية التعاقد على ضوء القانون الجزائري والفقهاء الإسلاميين، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
22. عرارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2014-2015.

23. علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2007.
24. عليان عدة، فكرة النظام العام وحرية التعاقد في ضوء القانون الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
25. عمرو قريوح، الحماية القانونية للمستهلك: القرض الاستهلاكي نموذجا، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الوطنية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2007.
26. فاطمة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018.
27. فايزة طيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، الجزائر، 2018-2019.
28. فريدة زاوي، مبدأ نسبية العقد، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1992.
29. قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج-دراسة مقارنة-، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2004-2005.
30. لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد (دراسة لبعض العقود الخاصة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016.
31. محمد بوكماش، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه علوم في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012.
32. محمد خليفة كرفة، التوازن العقدي في قانون الاستهلاك، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2018-2019.
33. المختار بن سالم، الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون المنافسة والاستهلاك، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018.

34. مريم معنصري، النظام القانوني للقرض الاستهلاكي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث، التخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2020-2021.
35. منال بوروح، النظام العام والعقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2019.
36. نبيل بن عديدة، الالتزام بالإعلام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة وهران 02، الجزائر، 2017-2018.
37. يسين سعدون، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه الطور الثالث (ل.م.د.) في القانون الوضعي، تخصص القانون الخاص الداخلي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017-2018.
38. يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق، ابن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012.

• مذكرات الماجستير

1. أسيا يسمينة مندي، النظام العام والعقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.
2. أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014.
3. أمال جليل، تأثير قانون حماية المستهلك على عقد البيع، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال المقارن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة وهران، الجزائر، 2011-2012.
4. أمين عبد القادر عليواش، أثر تأهيل المؤسسات الاقتصادية على الاقتصاد الوطني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، قسم علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2006-2007.
5. إيمان بوشارب، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2011-2012.
6. باي يزيد عربي، النظام القانوني للترقية العقارية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009-2010.
7. حبيب يوسف القاضي مباحج، عقود الإذعان دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون التجاري، كلية القانون، جامعة الخرطوم، السودان، دون سنة.

8. حبيبة كالم، حماية المستهلك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.
9. حدي لالة أحمد، سلطة القاضي في تعديل الالتزام التعاقدية وتطويع العقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012-2013.
10. حسن يحيى يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2007.
11. حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011-2012.
12. راضية اسمهان خزاز، دور سياسات الإصلاح الاقتصادي في الدول النامية في تحقيق التنمية البشرية المستدامة (دراسة حالة الجزائر خلال الفترة 2001-2012)، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير، تخصص الاقتصاد الدولي والتنمية المستدامة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة سطيف 1، الجزائر، 2011-2012.
13. راضية ناصري، تقييم سياسة الخصخصة للمؤسسات العمومية الاقتصادية "دراسة حالة الجزائر"، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات لنيل شهادة الماجستير في علوم التسيير، فرع نقود ومالية، قسم علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008-2009.
14. رحمون عامر، عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
15. زوير ارزقي، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011.
16. سارة بيلامي، حسن النية في تكوين العقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2016-2017.
17. سارة محمد، الاستثمار الأجنبي في الجزائر-دراسة حالة أوراسكوم-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2009-2010.
18. سجي صاحب هذال، نحو تنظيم قانوني لعقد القرض العقاري (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2021.
19. سعيدة رباح، الحماية العقدية للمستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة سطيف 2، سطيف، الجزائر، 2013-2014.

20. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014.
21. سلمة بن سعيدي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص عقود ومسؤولية مدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2013-2014.
22. سليمة أحمد يحياوي، آليات حماية المستهلك من التعسف التعاقدية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، الجزائري، 2010-2011.
23. سهى نمر الشنطي، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الاستهلاكية (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بير زيت، فلسطين، 2008.
24. الصادق صياد، حماية المستهلك في ظل القانون الجديد رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، الجزائر، 2013-2014.
25. عادل بوجميل، مسؤولية العون الاقتصادي عن الممارسات المقيدة للمنافسة في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
26. عبد الحق ماني، حق المستهلك في الإعلام -دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والمصري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008-2009.
27. عبد الحكيم فرحان، عدول المستهلك عن التعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
28. عبد الرحمان بوفلحة، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008.
29. عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها-دراسة مقارنة-، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2007-2008.
30. علي العربي، الإصلاحات السياسية في الجزائر في ظل التحولات الدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية العلاقات الدولية، تخصص العلاقات الدولية والأمن الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2013-2014.
31. علي مصبح صالح الحيصبة، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2011.

32. عمار زعي، حماية المستهلك في الجزائر نصا وتطبيقا، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2007-2008.
33. عمر فارس فيصل الشطناوي، مجلس العقد في التعاقد الالكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، قسم القانون، جامعة آل البيت، الأردن، 2010.
34. فتيحة حماز، الرقابة القانونية لحماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2017-2018.
35. كريمة حدوش، الالتزام بالإعلام في إطار القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، كلية محمد بوقرة، بومرداس، الجزائر، 2011-2012.
36. لخضر حليس، الإرادة بين الحرية والتقييد دراسة في نطاق القانون الخاص، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011.
37. لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
38. محمد أمين سي الطيب، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، الجزائر، 2007-2008.
39. منال جهاد أحمد خلة، أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، 2008.
40. مولود بغدادي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقد الاستهلاك، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص حماية المستهلك والمنافسة، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2014-2015.
41. نبيل بن عديدة، التزام المحترف بالإعلام، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة السانبا، وهران، 2009-2010.
42. نصيرة بوعولي، حماية المصلحة الاقتصادية للمستهلك في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون العام للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2012.
43. نواف محمد مفلح الديابات، الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013.

44. نوال حنين شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
45. نوال سعد الدين، الحماية القانونية للمستهلك في مجال القروض الاستهلاكية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، 2015-2016.
46. نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010-2011.
47. نور الهدى مرزوقي، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012.
48. هدى بن يوب، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2012-2013.
49. هنية قادري، حماية المستهلك بين القواعد العامة والقواعد المتخصصة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، جامعة 08 ماي 1945، قلمة، الجزائر، 2015-2016.

ج-المقالات

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، حماية رضا المستهلك تجاه تسرعه في التعاقد: دراسة لخيار المستهلك في الرجوع في تعاقد، دار المنظومة، المؤتمر العلمي الثاني، الإعلام والقانون، جامعة حلوان، كلية الحقوق.
2. أحمد إشراقية، الوسائل القانونية الخاصة بمواجهة آثار جائحة فيروس كورونا المستجد على العلاقات التعاقدية: دراسة في القانونين الفرنسي واللبناني، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 06، الكويت، شوال 1441 هـ يونيو 2020م.
3. أحمد بعجي، من أجل إصلاح النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
4. أحمد بورزق وخديجة بورزق، مبدأ سلطان الإرادة، دراسة مقارنة، مجلة أبحاث، المجلد 04، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، ديسمبر 2019.
5. أحمد بوقرط، إشكالية التراضي في العقود الالكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، المجلد 02، العدد 06، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، أبريل 2019.
6. أحمد بومدين، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي بالوادي، الجزائر، جوان 2010.

7. أحمد رباحي وفاطمة الزهراء قلواز، علاقة الالتزام بضمان عيوب المبيع ببعض الالتزامات الحديثة (الالتزام بالمطابقة والالتزام بالإعلام)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 02، العدد الأول، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2017.
8. أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوربي رقم 2011-83 المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 01، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، جانفي 2016.
9. أحمد كمال رمضان شاهين، دور البيع الإلكتروني في ظل جائحة كورونا، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المؤتمر الافتراضي العلمي الدولي الأول، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة ديالي، العراق، 2020.
10. أحمد محمد الحوامدة وعيسى غسان الرضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين: دراسة لتشريعات الاتحادية بدولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 01، الأردن، 2019.
11. أحمد محمد أمين الهواري، مستحدث القول في حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 17، مصر، ديسمبر 2007.
12. أحمد موافي بناني، الالتزام بضمان السلامة (المفهوم، المضمون، أساس المسؤولية)، مجلة المفكر، المجلد 09، العدد العاشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جانفي 2014.
13. ادريس كركين، حماية المستهلك في القروض العقارية، مجلة المنبر القانوني، العدد 5، المغرب، أكتوبر 2013.
14. آدم أبكر صافي النور، انتقاد الأسس التي تقوم عليها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، مجلة العدل، المجلد 8، العدد 19، جامعة الرباط الوطني، المغرب، جوان 2006.
15. إسماعيل جابو ربي، أسس فكرة الامن القانوني وعناصرها، مجلة تحولات، المجلد 01، العدد الثاني، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2018.
16. أمال بن بريح، مدى تراجع دور الإرادة في المجال التعاقدي، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
17. أمال بن قدور وصباح عسالي، مظاهر الاخلال بمبدأ حسن النية في الايجاب والقبول للعقد الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 13، العدد 03، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2021.
18. أمال بوهنتالة، الحق في العدول عن التعاقد كوسيلة لحماية رضا المستهلك، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد 02، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018.
19. إيمان خليل، الخلف بين الطرفية والغيرية، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 12، جامعة يحي فارس، المديّة، الجزائر، ديسمبر 2017.

20. إيمان زكري، مبدأ حسن النية في الشركات التجارية: مظاهره وآثاره، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، لعدد 01، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، مارس 2018.
21. بدر الدين مرغني حيزوم والعروسي حاقة، حق المستهلك الإلكتروني في العدول، مجلة إليزا للبحوث والدراسات، المجلد 05، العدد 01، المركز الجامعي إليزي، الجزائر، 2020.
22. بشير دالي وأسماء بوخاري، واقع التجارة الإلكترونية في جائحة كورونا، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 08، العدد 02، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، 2021.
23. بشير سليم وسليمة بوزيد، الالتزام بالإعلام وطرق تنفيذه وفقا لأحكام قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09- 03، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05، العدد الأول، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017.
24. بن قويدر زيري، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد 02، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان 2013.
25. بوزيد كحيل ومسعودة حداوي، عقد الإذعان بين الفقه والقانون، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد الثامن، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، جانفي 2017.
26. بوطيب بن ناصر، النظام القانوني للجمعيات في الجزائر-قراءة نقدية في ضوء القانون 12-06، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، جامعة قاصدي مباح، ورقلة، الجزائر، جانفي 2014.
27. الجعفري أسامة شهاب حمد، حق المستهلك بالتروي والتفكير (دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد الثاني، جامعة بابل، العراق، 2017.
28. جمال بدري، الدعوى المباشرة بين التكيف التقليدي والحديث، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 54، العدد 4، جامعة بن خدة بن يوسف، الجزائر، ديسمبر 2017.
29. جمال بوشنافة، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد العاشر، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2018.
30. جمعة زمام، تحديث النظرية العامة للعقد في ضوء ظاهرة التخصص التشريعي، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 12، جامعة البليدة 2، الجزائر، جوان 2016.
31. جيلالي بن عيسى وأمين بن قردي، عقود الإذعان بين اختلال الالتزامات التعاقدية والحماية القانونية للمدعن، مجلة الأكاديمية للبحوث في العلوم الاجتماعية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي إليزي، الجزائر، ديسمبر 2019.
32. حازم الرخين، ماهية الالتزام بالإعلام وأثره في حماية المستهلك، مجلة الحقوق، المجلد 12، العدد 01، دمشق، سوريا.
33. حاكمي بوحفص وعبد القادر دربال، أثر الإصلاحات الاقتصادية على النمو الاقتصادي: دراسة حالة الجزائر، مجلة دفاتر الميكاف، المجلد 03، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، أبريل 2007.
34. حسين بطيمي، طبيعة وأساس الالتزام بضمان السلامة، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، العدد الثالث عشر، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، مارس 2017.

35. حسين بطيمي، مبدأ سلطان الإرادة بين الحرية والتقييد، مجلة دراسات، العدد 38، جامعة الأغواط، الجزائر، جانفي 2016.
36. حفيظة عطوي، أثر الظروف الاقتصادية على العقد المدني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2020.
37. حليلة بن دريس، فاعلية مبدأ حسن النية في تنويع الحلول لمواجهة تداعيات جائحة كورونا على تنفيذ العقد، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد 02، جامعة يحي فارس، المدينة، الجزائر، جوان 2021.
38. حمد جبر سالم السالم وعباس علي محمد، متطلبات الإصلاح الاقتصادي في العراق، مجلة العلوم الاقتصادية، المجلد 13، العدد 49، جامعة البصرة، العراق، 2018.
39. حورية سي يوسف زاهية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تامنغست، الجزائر، 2018.
40. خديجة فاضل، تأثير قانون العمل على جميعة قانون العقود، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
41. خليفة بوداود وفواز جملط، قانون حماية المستهلك كآلية لتجاوز قصور القواعد العامة في القانون المدني، المجلة الجزائرية لقانون الأعمال، المجلد 01، العدد الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، ديسمبر 2020.
42. دليلة معزوز، الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني ومدى فعالية وشمولية قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مجلة معارف، السنة الخامسة، العدد الثامن، جامعة البويرة، الجزائر، جوان 2010.
43. ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 30، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، أكتوبر 2016.
44. ربيعة صبايحي، حدود تدخل الدولة في المجال الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة مولود معمري، تيزي ويزو، الجزائر، جوان 2010.
45. رضوان الكبا، حماية المستهلك من خلال فرض الالتزام بالإعلام، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 14، مركز المنارة للدراسات والأبحاث، الرباط، المغرب، 2016.
- رضوان الكبا، حماية المستهلك من خلال فرض الالتزام بالإعلام، مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد 14، المغرب، 2016.
46. رضوان قرواش، مطابقة المنتوجات والخدمات للمواصفات والمقاييس القانونية كضمانة لحماية المستهلك في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية، المجلد 05، العدد 01، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، جوان 2014.
47. رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مجلة ديابي للبحوث الانسانية، العدد الرابع والستون، جامعة ديابي، العراق، 2014.

48. زاهية سي يوسف، دور جمعيات حماية المستهلك في حماية المستهلك، مجلة الحقيقة، المجلد 14، العدد 3، جامعة احمد دراية، أدرار، الجزائر، سبتمبر 2015.
49. زليخة رواحنة وسمية قلات، دور الجمعيات في حماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05، العدد 01، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017.
50. الزهرة جقريف، الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد كآلية لحماية المستهلك الالكتروني بين إقرار المشرع الجزائري وغياب التنظيم، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد الخامس، العدد الثالث، جامعة عاشور زيان، الجلفة، الجزائر، سبتمبر 2020.
51. زهية ربيع، حماية خيار العدول للمستهلك في التعاقد الالكتروني، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 06، العدد 01، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2021.
52. زهيرة عبوب، حق المستهلك في الإعلام، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 1، العدد 1، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ديسمبر 2015.
53. سارة بيلامي، نطاق حرية التعاقد في ظل تطور قانون العقود، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد الثاني، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018.
54. سارة موهاب ولخضر حليس، علاقة قانون العقود الخاصة بقانون العقود، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جوان 2021.
55. سامر الرجوب، تجربة التحول الاقتصادي، مجلة البحث العلمي، العدد 9، الجمعية الأردنية للبحث العلمي، عمان، الأردن، 2017.
56. سامية لموشية، خيار رجوع المشتري في عقد البيع الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائري، جانفي 2018.
57. سعاد نويري، الالتزام بالإعلام وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 03، العدد الأول، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، الجزائر، جانفي 2016.
58. سعيد سيف السبوسي، النظام العام والآداب العامة وأثرهما على تنفيذ أحكام التحكيم، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 4، العدد 2، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، 2019.
59. سفيان ذبيح، النظام القانوني للمرفق العقاري في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 06، العدد 01، جامعة يحي فارس، المديّة، الجزائر، جانفي 2020.
60. سليمة بوزيد، الالتزام بضمان السلامة وطبيعته الخاصة، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة 01، الجزائر، 2019.
61. سمية مكريش، الدعوى المباشرة في التأمين من المسؤولية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد أ، العدد 46، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ديسمبر 2016.

62. سميرة محرش، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، جامعة البليدة 02، الجزائر، جوان 2016.
63. الشريف بجماي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 2، المركز الجامعي تلمسان، الجزائر، جوان 2014.
64. شعيب زواش، مبدأ حرية الاستثمار والتجارة أساس قانوني لحرية المنافسة، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 32، العدد 03، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ديسمبر 2021.
65. شوقي بناسي، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2020.
66. شوقي بناسي، مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 48، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2011.
67. الصادق عبد القادر، القوة الملزمة للعقد في نطاق المسؤولية المدنية، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 01، العدد 01، جامعة أدرار، الجزائر، 2019.
68. صافية إقلولي ولد رايح، مكانة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في القانون الجزائري، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 18، العدد 02، المدرسة الوطنية للإدارة، حيدرة، الجزائر، 2008.
69. صالح سعدي، دور جمعيات حماية المستهلك في ضمان وأمن وسلامة المستهلكين، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 57، العدد 05، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2020.
70. صدام الحمدي، نجاعة حق الرجوع في التعاقد الإلكتروني وفرضية تضرر المستهلك: دراسة مقارنة، مجلة جامعة الشارقة، المجلد 13، العدد 01، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، رمضان 1437هـ/يونيو 2016م.
71. صلاح الدين بوحلمة، حق المستهلك الإلكتروني في الرجوع عن العقد كآلية لحمايته، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد 02، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018.
72. الطيب بن جربوع وعمر بن الزويزر، مهلة التفكير كآلية لحماية المستهلك، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، سبتمبر 2021.
73. أسامة شهاب حمد الجعفري، حق المستهلك بالتروي والتفكير، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، العراق، 2017.
74. عادل عميرات، التزام العون الاقتصادي بالإعلام، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 07، العدد 02، جامعة حمّة لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2016.
75. عايدة مصطفىاوي، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد التاسع، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017.

76. عبد الحكيم بن عيسى، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للدراسات الرياضية والاجتماعية والانسانية، المجلد 03، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جانفي 2021.
77. عبد الحكيم فرحان، حق المستهلك في العدول عن التعاقد وتطبيقاته في القانون الجزائري، مجلة الرسالة للدراسات والبحوث الإنسانية، المجلد 06، العدد 03، جامعة العربي التبسي، تبسة، الجزائر، سبتمبر 2021.
78. عبد الرزاق الوافي وجمال غريسي، الشروط التعسفية ووسائل مكافحتها كآلية لحماية المستهلك في ضوء القانون 02-04، مجلة إيليزا للبحوث والدراسات، المجلد 06، العدد 01 (عدد خاص)، المركز الجامعي اليزي، الجزائر، جويلية 2021.
79. عبد الرزاق حبابي، التدخل التشريعي في المجال التعاقدية، مجلة الحقوق، العدد 14، المغرب، 2013.
80. عبد الرؤوف دبابش وحملوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، جوان 2016.
81. عبد الرؤوف زيوش، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05، العدد 02، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، 2020.
82. عبد العزيز زرداوي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 20، العدد 38، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، جوان 2014.
83. عبد العزيز زرداوي، مواجهة الشروط التعسفية كآلية لحماية المستهلك، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05، العدد 01، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، أفريل 2017.
84. عبد القادر الصادق، حماية المستهلك من الشروط التعسفية (دراسة مقارنة)، مجلة آفاق علمية، المجلد 11، العدد 01، المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار، اليزي، الجزائر، 2019.
85. عبد القادر مهداوي ومحمد المهدي بن السبحمو، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 07، العدد 06، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، 2018.
86. عبد اللطيف باري، وعلي شتيوي، الإصلاحات الاقتصادية الجزائرية في ظل توجيهات المؤسسات المالية الدولية، مجلة البحوث السياسية والإدارية، المجلد السابع، العدد 01، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، أكتوبر 2018.
87. عبد الله تركي حمد العيال، ضمانات توازن عقد الإذعان المختل بالشروط التعسفية، دراسة مقارنة، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، جامعة كربلاء، العراق، 2015.
88. عبد المجيد قدي، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر "محاولة تقويمية"، مجلة (CDC) (CREAD)، مركز الدراسات الاقتصادية المطبقة من أجل التنمية، الفصل الثالث، المجلد 18، العدد 61، نوفمبر 2002.
89. عبد المجيد لخنداري وفطيمة بن جدوا، الأمن القانوني والأمن القضائي -علاقة تكامل-، مجلة الشهاب، المجلد 04، العدد 02، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، جوان 2018.
90. عيبر مزغيش ومحمد عدنان بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية، مجلة الحقوق والحريات، المجلد الخامس، العدد الأول، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.

91. عجالي بخالد، حق المستهلك الإلكتروني في التراجع عن العقد وأثره على النظرية العامة للعقد في ظل نظريات القانون الاقتصادي، مجلة الحقوق والحريات، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017.
92. عزالدين عطية وآخرين، تحديث أدوات تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي "نحو تبني مفاهيم الحكم الراشد والحوكمة المؤسسية"، مجلة تنوير للدراسات الأدبية والإنسانية، المجلد 02، العدد 02، جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، جوان 2018.
93. عزيزة حسيني، أثر صفة المتعاقد على النظرية العامة للعقد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
94. عصام بوعمامة وشارف بن يحيى، الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد في ظل جائحة كورونا، مجلة صوت القانون، المجلد الثامن، العدد 01، جامعة الجيلالي بوعمامة، خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائري، 2021.
95. عصام عبد الشافي، بين المشروطة السياسية والحكم الراشد، المعهد المصري للدراسات السياسية والاستراتيجية، تركيا، ديسمبر 2016.
96. علي أحمد صالح وعبد الحميد بن عيشة، العدول آلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثالث، العدد الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، جوان 2018.
97. علي بطاهر، سياسات التحرير والإصلاح الاقتصادي في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، المجلد الأول، العدد الأول، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جوان 2004.
98. علي فيلاي، الحرية العقدية: مفهوم قديم وواقع متجدد، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد الثاني، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018.
99. علي ماجد صاحب، دور الإرادة المنفردة في تعديل العقد، مجلة أهل البيت، العدد 23، جامعة أهل البيت، العراق، أيلول 2018.
100. عمار زعبي، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك: دراسة مقارنة، مجلة المفكر، العدد التاسع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، 2013.
101. عيسى بخيت، أثر تشريعات الاستهلاك على مبادئ النظرية التقليدية للعقد، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 10، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جويلية 2018.
102. عيسى بخيت، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2017.
103. عيسى حداد، حماية المستهلك وفقا لمبدأ نزاهة الممارسات التجارية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 09، العدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أبريل 2017.

104. غازي خالد أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 01، الأردن، 2009.
105. غازي خالد غازي أبو عرابي، حماية رضاء المستهلك (دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي ومشروع قانون حماية المستهلك الأردني)، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 36، العدد 1، الجامعة الأردنية، 2009.
106. فاطمة الزهراء فرحات ورمضان قنفود، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كآلية قانونية لحماية المستهلك، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أكتوبر 2020.
107. فاطمة شرشاري ومنصور مجاجي، حماية الطرف الضعيف بين المساس بالقواعد العامة وتحقيق العدالة العقدية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، المجلد 12، العدد 02، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2020.
108. فايزة طبيب، دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية في عقد الإذعان، مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي، العدد 58، الأغواط، الجزائر، سبتمبر 2017.
109. فايزة واعمر وسامية خواترة، الالتزام بضمان السلامة في العقد الالكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، المجلد الخامس، العدد الثاني، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، 2021.
110. فتحي بن جديد، حق المشتري في التراجع عن تنفيذ العقد المبرم عن بعد، مجلة القانون، المجلد 03، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة غليزان، الجزائر، ديسمبر 2014.
111. فتيحة مسعودان، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي بين القانون المدني الجزائري والقانون رقم 18-09 يعدل ويتمم القانون رقم 03-09 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مجلة البيان للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 5، العدد 2، جامعة البشير ابراهيمي، برج بوعرييج، الجزائر، ديسمبر 2015.
112. فطيمة نساخ، أخلقة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 4، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2015.
113. فطيمة نساخ، التشريعات الخاصة في خدمة قانون العقود: قانون الاستهلاك نموذج، مجلة صوت القانون، الجزء الثاني، العدد السابع، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائر، 2017.
114. فطيمة نساخ، النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: فلسفة مختلفة لكن الاهتمام واحد، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
115. فطيمة نساخ، مآل تنفيذ العقد في زمن جائحة كورونا، مجلة صوت القانون، المجلد 07، العدد 03، جامعة الجليلي بونعامة، خميس مليانة، عين الدفلة، الجزائر، 2021.

116. فوزية صبيحي ونضرة قماري، تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في القانون المقارن والقانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، المجلد 09، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جويلية 2017.
117. قويدر معيزي، تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي في ظل اقتصاد السوق، مجلة الاقتصاد الجديد، المجلد 04، العدد 01، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، الجزائر، جوان 2013.
118. كاظم كريم علي، العقد الإلكتروني، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد 01، جامعة بابل، العراق، حزيران 2009.
119. كربالي بغداد، نظرة عامة على التحولات الاقتصادية في الجزائر، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد الثامن، سبتمبر 2005.
120. كهينة قونان، العلاقة القانونية بين الالتزام بالمطابقة والالتزام بسلامة المنتج في ظل القانون الجزائري، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 09، العدد 01، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، 2021.
121. كهينة قونان، قصور ضمان العيب الخفي في حماية المستهلك المنتجات الخطيرة، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 03، العدد 01، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، جوان 2015.
122. لطيفة بوراس، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
123. لعموري خلوفي، الدعوى المباشرة ضمان غير مسمى، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 19، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2018.
124. ليندة عبد الله، حماية المستهلك من الإعلانات الالكترونية الكاذبة والمضللة، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد الثاني، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، 2014.
125. محسن منصور حاتم، العدالة العقدية - دراسة مقارنة -، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 06، العراق، 2017.
126. محمد العروصي، ضمان العيب بين قانون الالتزامات والعقود وقانون تدابير حماية المستهلك، المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية، العدد العاشر، المغرب، أكتوبر 2016.
127. محمد الهيني، إشكالية تمثيل جمعيات حماية المستهلك أمام القضاء، مجلة المعيار، العدد 38، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، كانون الأول 2007.
128. محمد أمين سعدي وأحمد رباحي، حق العدول عن العقد كآلية كفالة للمستهلك، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 05، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2019.
129. محمد جريفيلى والشريف بجاوي، الالتزام بضمان السلامة كمبدأ لكفالة الحق في التعويض، مجلة الحقيقة، المجلد 15، العدد 04، جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، ديسمبر 2016.

130. محمد جريفي و شريف بجاوي، حماية المستهلك في عقد القرض الاستهلاكي في التشريع الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 11، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، جانفي 2017
131. محمد حاج بن علي، تمييز الالتزام بالإعلام عن الالتزام بالنصيحة لضمان الصفة الخطرة للشيء المبيع (دراسة مقارنة)، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 06، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، 2011.
132. محمد حجاري، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد وتطبيقاته على العقود الالكترونية (نطاقه وضمانات المستهلك الالكتروني)، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 01، العدد الثامن، العراق، 2013.
133. محمد حريفي، الضمانات القانونية لحماية المستهلك في مجال الائتمان دراسة في ضوء أحكام المادة 20 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك ونصوصها التنظيمية، مجلة القانون والعلوم السياسية، المجلد 3، العدد 1، المركز الجامعي بالنعامة، الجزائر، جانفي 2017.
134. محمد خليل قارة سليمان، التزام البائع بإعلام المستهلك في عقد البيع الالكتروني، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، المجلد 01، العدد الأول، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، مارس 2014.
135. محمد زايد، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك، مجلة آفاق علمية، المجلد 12، العدد 04، جامعة تامنغست، الجزائر، سبتمبر 2020.
136. محمد زغو، حرية إنشاء الجمعيات في القانون الجزائري، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 16، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، جوان 2016.
137. محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 4، العراق، 2014.
138. محمد عرفان الخطيب، التحليل الاقتصادي لنظرية العقد من منظور قانوني الممكن والمستبعد "دراسة نقدية مقارنة من منظور المدرسة اللاتينية"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 01، العدد التسلسلي 25، رجب 1440 هـ، مارس 2019م.
139. محمد عرفان الخطيب، المبادئ المؤطرة لنظرية العقد في التشريع المدني الفرنسي الجديد: دراسة نقدية تأصيلية مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة السابعة، العدد 02، يونيو 2019.
140. محمد علي القرني بن عيد، عقود الإذعان، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد 14، جدة، السعودية، 2004.
141. محمد فوندو، الحرية التعاقدية الموجهة، مجلة القانون الاقتصادي المدني والقانون المقارن، المجلد 01، العدد 01، المغرب، 2020.
142. محمد مزوالي، نظرية العقد والنظام القانوني البيئي قراءة في القانون الفرنسي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 15، العدد 01، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2017.
143. مريم معنصري، قراءة في الصيغ القانونية للائتمان الاستهلاكي (عقد القرض الاستهلاكي نموذجاً)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، عدد خاص، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2018.

144. مريم ناي، دور الالتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 04، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، 2018.
145. مسعود كسرى، التحرر الاقتصادي والخصوصية، مجلة معهد العلوم الاقتصادية، المجلد 09، العدد 1، جامعة الجزائر 03، الجزائر، جوان 2005.
146. المعموري خولة كاظم محمد، الايجاب في عقد الإذعان، مجلة الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 6، العدد 1، العراق، 2014.
147. مليكة جامع، حق العدول عن العقد كآلية مستحدثة لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 13، العدد 01، جامعة غرداية، الجزائر، 2020.
148. منال بوروح، التزام المتدخل بإعلام المستهلك في ظل القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 55، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، جوان 2018.
149. منال بوروح، حماية المستهلك من خلال أحكام الالتزام بالمطابقة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 54، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، ديسمبر 2017.
150. منصف بوعريوة، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد الثاني، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018.
151. منصور مجاحي، مبدأ الملوث الدافع - المدلول الاقتصادي والمفهوم القانوني -، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
152. نادية ضريفي وفواز جلولط، دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن حقوق المستهلكين، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 09، العدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.
153. نادية لاكللي، دور جمعيات حماية المستهلك في ترشيد وحماية المستهلكين، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 7، العدد 3، جامعة الطاهر مولاي، سعيدة، الجزائر، سبتمبر 2020.
154. ناصر مراد، الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 47، العدد 02، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2010.
155. ناصر مراد، تشخيص ظاهرة العولمة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 45، العدد 04، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2008.
156. نجا حلاوي وحسينة شرون، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في ظل أحكام القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، أفريل 2017.

157. نجية معداوي، مضمون العقد بين حرية الإرادة وقيود المشرع، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 02، العدد الثاني، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، الجزائر، مارس 2017.
158. نزيه حماد، عقود الإذعان، مجلة العدل، العدد 24، الموقع الرسمي لوزارة العدل في المملكة العربية السعودية، السعودية، 2004.
159. نصيرة زوطاط، دور لجنة البنود التعسفية في حماية المستهلك، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد 07، العدد 01، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر، جوان 2019.
160. نصيرة غزالي والعربي بن مهدي رزق الله، حق المستهلك في الحصول على المعلومات لتكوين رضا سليم قبل التعاقد، مجلة الباحث في العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد 11، العدد 04، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2019.
161. نوال بن موسى وشهاب باسم، أحكام عقد القرض الاستهلاكي في القانون الجزائري على ضوء المرسوم التنفيذي 114-15 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد السادس، العدد الأول، جامعة زيان عاشور، الخلفة، الجزائر، مارس 2021.
162. نور الدين بعجي، إشكاليات التراضي في العقد الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، المجلد 51، العدد 03، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، سبتمبر 2014.
163. نورة جبارة، أثر التحولات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد: العقد الإلكتروني، بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2020.
164. نورة جحايشية وعصام نجاح، حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 01، جامعة حمة لخضر، الوادي، الجزائر، أبريل 2020.
165. هادي حسين الكعبي ومحمد جعفر هادي، الالتزام قبل التعاقد بالإعلام، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الخامسة، جامعة بابل، العراق، 2005.
166. هدى المقداد، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 03، العدد 02، جامعة يحي فارس، المدية، الجزائر، ديسمبر 2017.
167. هدى تريكي، نطاق دعاوى جمعيات حماية المستهلك وشروط اعتمادها: دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مجلة الفقه والقانون، العدد 18، المملكة المغربية، أبريل 2014.
168. هندة زفيزف، القيود الواردة على مبدأ حرية التعاقد في عقد البيع، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 03، العدد الثاني، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018.
169. وليد لعوامري، حق الرجوع كآلية لحماية المستهلك في العقد المبرم إلكترونياً، مجلة الشريعة والاقتصاد، المجلد السابع، العدد الرابع عشر، جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2018.

170. ياسمينه طويل، مكاسب التجارة الالكترونية في ظل جائحة كورونا-لمحة عن التجارة الالكترونية في دولة السعودية خلال الجائحة-، مجلة الباحث الاقتصادي، المجلد 09، العدد 02، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، الجزائر، 2021.

171. يسين سعدون، أثر الأهداف الاقتصادية والاجتماعية على التوازن العقدي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الحادي عشر، العدد الثالث، جامعة خنشلة، الجزائر، ديسمبر 2018.

172. يوسف بو عيسى، التراضي في العقود الالكترونية، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي نور البشير، البيض، الجزائر، 2019.

د-المدخلات والبحوث والمطبوعات

1. خليفة بوداود والعمرية بوقرة، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة لتبرير إنهاء العقد، مداخلة أقيمت في إطار المؤتمر الدولي حول القوة القاهرة وأثرها على حركية التشريع والقضاء جائحة كورونا (covid 19) أنموذجا، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، يوم الأربعاء 29 أبريل 2020.

2. نورالدين حامد، العولمة والإصلاحات الاقتصادية في الدول النامية، مداخلة أقيمت في الملتقى الأول حول الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر، الممارسة التسويقية، المركز الجامعي بشار، يومي 20-21 أبريل 2004.

3. عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدي وارتباطاته، عرض مقدم في اللقاء الدولي حول "الأمن التعاقدي وتحديات التنمية"، المنظم من قبل الهيئة الوطنية للموثقين، الصخيرات، المغرب، 18 و 19 أبريل 2014.

4. كرم محمد زيدان النجار، التجارة الالكترونية ومدى تأثيرها بجائحة كورونا، ورقة منشورة في كتاب أعمال المؤتمر الدولي المحكم حول الحجر الصحي: التداعيات والحلول، لبنان، يومي 03 و 04 أبريل 2021.

5. فتحي مجيدي، محاضرات في مقياس قانون العمل، مقدمة لطلبة السنة الثالثة علوم قانونية وإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2011-2012.

6. فضيلة سويلم، محاضرات في القانون المدني (مصادر الالتزام)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، 2017-2018.

ه-القرارات والأحكام القضائية

1. قرار المحكمة العليا رقم 21830، بتاريخ 1981/07/01، القاضي بأن: "التزام مقاول الأدواح الصبانية هو التزام

بالسلامة، وهو مسؤول عن كل ضرر يحصل للركاب، ما لم يثبت أن الحادث وقع بسبب قوة قاهرة، أو خطأ الضحية".

2. قرار المحكمة العليا، رقم 212782، الغرفة المدنية، بتاريخ 2000/01/12، قضية "و.ع.و" ضد "ش.ج.ت"، المجلة القضائية، العدد 01، 2000.

3. حكم صادر عن محكمة استئناف باريس، المؤرخ في 1972/07/12، والذي مفاده أن: "مورد أجهزة الإعلام الآلي ليس ملزما بتحقيق نتيجة".

4. حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية، بتاريخ 1982/12/14، مفاده أنه: "لا يجوز للبائع التنصل من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه قام بواجب الإفضاء والإعلام على أكمل وجه"، وحكم آخر صادر عن المحكمة الاستئنافية دائما، بتاريخ 1954/06/04 مفاده: "التغاضي عن الخطأ الذي ارتكبه المشتري، واعتبار تقصير البائع في القيام بهذا الواجب هو السبب في حدوث الضرر".

و-المواقع الالكترونية

1. وليد محمد عبد الرحمن شعلان، شرح وفهم التحولات الاقتصادية، منشور على موقع <https://www.tijaratuna.com>.
2. سوسن جبار عودة، مقال منشور على موقع الهيئة العامة لتشجيع الاستثمار وشؤون الخصخصة، <https://investinlibya.ly> فرع المنطقة الغربية.
3. شهيناز خليفة، سياسة تحرير الاقتصاد... ما بين مزايا مربحة وسلبات تهدد اقتصاد الدول، مقال منشور على موقع <http://www.horytna.net/Articles/Details/177/121835>.
4. ابراهيم أحطاب، فيروس كورونا "كوفيد-19" بين القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، مقال منشور على الموقع <https://bit.ly/2Rcwj6M>.
5. دنياجي، إلى أي مدى يمكن للقوة القاهرة في زمن الكورونا أن تعفي المدين من التزاماته، مقال منشور على موقع <https://assabah.ma>.
6. عقود الإذعان، مقال منشور على الموقع <https://jordan-lawyer.com>.
7. خليفة عبد المنعم، القبول في عقد الإذعان، مقال منشور على موقع <http://research-in-private-law.blogspot.com>.
8. مصطفى كرد الواد، التأسيس للعقد البيئي: كأداة لتحقيق التنمية المستدامة، مقال منشور بالمجلة الالكترونية آفاق البيئة والتنمية، سبتمبر 2015، <https://www.maan-ctr.org>.
9. مبدأ حسن النية في العقود، مقال منشور على الموقع <https://www.elkanounia.com>.
10. مفهوم العقد وتطوره: دراسة في الأسس التاريخية والفلسفية، مقال منشور على موقع www.maroclaw.com.
11. كريمة كرم، تأثير استعمال التقنيات الحديثة في تحقيق الأمن القانوني، مقال منشور على الموقع: <https://manifest.univ-ouargla.dz>.
12. حماية المستهلك في القانون المغربي، مقال منشور على الموقع <https://www.bibliojuriste.club>.
13. محمد خلوفي، الحق في التراجع عن العقود الاستهلاكية، دراسة على ضوء نظرية التعسف في استعمال الحق، مقال منشور على الموقع الالكتروني لمجلة القانون والأعمال، <https://www.droitentreprise.com>.

14. سعيد قسطيني، حماية المستهلك: السعر الحقيقي للكمامة لا يتجاوز 40 دينارا، مقال منشور على الموقع الالكتروني www.elhiwardz.com K، تاريخ النشر 26 مايو 2020.
15. عز العرب الحسوني، أي دور لجمعيات حماية المستهلك في ظل أزمة كورونا، مقال منشور على الموقع www.coursdroitarab.com، تاريخ النشر 27 يونيو 2020.

❖ المراجع باللغة الأجنبية

A- Ouvrages

1. Michal S .Baim et Henry perrit, electronic contrating, publishing and EDI lqz, Wiley Law puck Bilocation fan Wiley .sans 1991 .
2. Olive Tenu; internet et le durit, aspect juridiques du commerce électronique, edition eyalets, 1996.
3. MONTANIER Jean-Claude et SAMMUEL Geoffrey, Le contrat en droit anglais, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 1999.
4. Calais – auloy (J) et Steinmetz (F), Droit de consommation, 5éme Edition, Dalloz 2000.
5. Gérard, R., transition and economics, the MIT presse, 2000
6. Ph. LE TOURNEAU et L.CADET, Droit de la Responsabilité, DALLOZ, 2000
7. FLOUR J., AUBERT J-L., et SAVEAUX E., Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, éd. D. Delta, Paris, France, 10e éd. 2002.
8. MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., Droit civil, Les obligations, Defrénois, Paris, France, 2e éd., 2005.
9. MALLAURIE Ph., AYNES L., et STOFFEL– MUNCK Ph., Droit civil, Les obligations, Defrénois, Paris, France, 2e éd., 2005.
10. CHRISTIEN LARRIUMET droit civil tom 3 6EMME EDITION DELTA PARIS 2008 .
11. JAMIN Christophe, Plaidoyer pour le solidarisme contractuel, in Le contrat au début du XXIe siècle, Étude offerte à Jaques GHESTIN, L.G.D.J., Paris, 2001
12. Paul Richards, Law of Contract, foundations series, Tenth Edition, UK, 2011 .
13. Charles Fried, Contract as promise: a theory of contractual obligation, Second Edit ion, Oxford University Press, USA, 2015.
14. Pier Giuseppe Monateri, Comparative Contract Law, Edward Elgar Publishing Limited, USA, 2017.
15. OECD, Economic Policy Reforms (Going For Growth), OECD Publishing, Paris, 2017.

B- Articles et chroniques

1. Behidli kamel, "Ajustement Structurel et Nouvelle politique Industrielle : Rupture ou Perpétuation ?", Revue Algérienne d'économie et gestion, N°2 Mai 1998.
2. B. Montels, la violence économique, illustration du conflit entre droit commun des contrats et droit de la concurrence, RTDcom, n°3, 2002.
3. Nachida BOUZIDI, «Gouvernance et dér, eloppement ésouomique, une introduction au c1éhr't'. Revue Idara. Vol. 15. N- 2. 2005.
4. Patricia Sánchez Abril, Francisco Oliva Blázquez & Joan Martínez Evora, The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: a comparative analysis of American and European law, Revista para el Análisis del Derecho, 3/2018.
5. Havrylyshyn, O, corski, I, IZV. Rooden, r, recovery and growth in transition economic, 1990-1997, IMF WP/98/141.
6. Koju Hirose, A Behavioral Economic Analysis of Consumer Withdrawal Rights in the USA, EU, and Japan, Innovation and the Transformation of Consumer Law.
7. Renaissance du phénomène contractuel, séminaire organisé à Liège les 22, 23 et 24 octobre, 1970, Université de Liège, Faculté de Droit, 1971.
8. D. Mazeaud, Observations conclusives, colloque, la réforme du droit des contrats: quelles innovations?, R.D.C, avril 2016/hors-série.
9. L. Aynès, le juge et le contrat : nouveaux roles ?, colloque, la réforme du droit des contrats : quelles innovations ?, R.D.C, avril 2016/hors-série.

C– Theses et Memoirs

1. GHAZAL (J-P) , De la puissance économique en droit des obligations , Tome 1 , thèse pour l'obtention de doctorat en droit , nouveau régime , Université de PIERRE MENDES France , Grenoble , 1996

D– Lois

1. Code français de la consommation, 22 éd., Dalloz, Paris, 2018
2. Code français du travail, 80eme éd., Dalloz, Paris, 2017-2018.

E– jurisprudences

1. Arrêt de la cour de cassation, 1ere chambre civile, 14/03/ 1995, Bulletin des arrêts 3 de cour de cassation chambres civiles, No129, Information rapides 90, Dalloz, 1995.

F– Internet

1. RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS in United States of America, in <http://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf/>, Consulté la 17/08/2021.
2. Uniform Commercial Code of United states of America, in <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304/> Consulté le 17/08/2021.
3. BOURGEOIS Léon, Solidarité, Armant Colin, Paris, 1896 in <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5533901g/f11.image/> Consulté le 25/08/2021.

الفهرس العام

الفهرس العام

	آية قرآنية
	الإهداء
	شكر وعرفان
I	قائمة المختصرات
أ - ط	مقدمة
	الباب الأول: المنطلقات النظرية للتحويلات الاقتصادية وفكرة العقد من المجال الاقتصادي إلى المجال القانوني
11	تمهيد الباب الأول
15	الفصل الأول: التأصيل النظري لفكرة التحويلات الاقتصادية والنظرية العامة للعقد
17	المبحث الأول: مفهوم التحول الاقتصادي ومراحل هذا التحول في الجزائر
17	المطلب الأول: مفاهيم حول فكرة التحويلات الاقتصادية
17	الفرع الأول: مفهوم التحول الاقتصادي
18	الفرع الثاني: مفهوم الإصلاح الاقتصادي
19	الفرع الثالث: مفهوم التحرر الاقتصادي
21	الفرع الرابع: مفهوم المشروعية التمويلية
22	المطلب الثاني: التحويلات الاقتصادية في الجزائر
22	الفرع الأول: وضعية الاقتصاد الجزائري غداة الاستقلال ودوافع التحول
22	أولاً: الوضع الاقتصادي غداة الاستقلال
22	1- مرحلة الانتظار (1962-1966)
23	2- التصحيح الهيكلي الأول (1966-1966) (الاقتصاد الإداري المخطط)
23	3- التصحيح الهيكلي الثاني (1979-1987) (التخطيط اللامركزي)
24	4- التصحيح الهيكلي الثالث (1988-1992)
25	ثانياً: دوافع (مبررات) التحول الاقتصادي في الجزائر
25	1- دوافع داخلية للتحول الاقتصادي في الجزائر
30	2- دوافع خارجية للتحول الاقتصادي في الجزائر
31	الفرع الثاني: الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر والتحول نحو اقتصاد السوق
32	أولاً: الإصلاحات الذاتية للاقتصاد الجزائري
33	ثانياً: الإصلاحات الاقتصادية المفروضة من قبل المؤسسات المالية الدولية
34	1- صور الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر
34	أ- السياسة النقدية
35	ب- إصلاحات الصرف الأجنبي
35	ج- سياسة الميزانية

36	2- أهم الاتفاقيات المشروطة بالإصلاحات بين الجزائر وصندوق النقد الدولي
38	المطلب الثالث: أثر التحول الاقتصادي في الجزائر على المنظومة القانونية
38	الفرع الأول: التكريس القانوني لمبدأ حرية المنافسة
39	الفرع الثاني: التكريس القانوني للاستثمار في الجزائر
41	المبحث الثاني: النظرية العامة للعقد: مبدأ سلطان الإرادة أساسا للعقد
41	المطلب الأول: مفهوم العقد
41	الفرع الأول: تعريف العقد
43	الفرع الثاني: نطاق العقد
43	أولا: الطبيعة المالية لأداء المدين
43	ثانيا: أن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص
43	المطلب الثاني: مبدأ سلطان الإرادة
43	الفرع الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة
44	أولا: التعريف بمبدأ سلطان
44	ثانيا: خصائص مبدأ سلطان
44	1- حرية الشخص في التعاقد
45	2- عدم تعارض حرية التعاقد مع حريات الآخرين
45	3- الدور الضيق للقانون في الرقابة على حرية الفرد في التعاقد والالتزام
45	الفرع الثاني: نطاق مبدأ سلطان الإرادة
45	أولا: من حيث تكوين العقد
45	1- مبدأ الرضائية في إبرام العقود
46	2- دور الإرادة في تحديد مضمون العقد
48	ثانيا: من حيث آثار العقد (الحرية في تحديد آثار العقد)
48	1- مبدأ القوة الملزمة للعقد
49	أ- المقصود بالقوة الملزمة للعقد
49	ب- الأساس القانوني للقوة الملزمة للعقد
50	ج- نطاق القوة الملزمة للعقد
50	د- أثر القوة الملزمة للعقد وجزاء الإخلال بها
50	- حل الرابطة العقدية بالفسخ
51	- الدفع بعدم التنفيذ
51	- التنفيذ عن طريق التعويض
52	هـ- استثناءات القوة الملزمة للعقد
52	- إنهاء العقد بإرادة منفردة

52	-انهاء العقد أو تعديله بإرادة المشرع
53	-تعديل العقد بواسطة القاضي
54	2-مبدأ نسبية أثر العقد
54	أ-مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الموضوع
55	-تحديد مضمون العقد
56	-التزام العاقلين بتنفيذ العقد (القوة الملزمة للعقد)
56	ب-مبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص
56	- آثار العقد بالنسبة للمتعاقلين
58	- آثار العقد بالنسبة للغير
59	ثالثا: جائحة كورونا وتنفيذ الالتزامات التعاقدية: أي تأثير
60	1-حالة اعتبار جائحة كورونا مجرد ظرف طارئ
61	2-حالة اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة
61	أ-شروط القوة القاهرة
62	ب-آثار القوة القاهرة في إطار المسؤولية العقدية
62	ج-استثناءات تطبيق حالة القوة القاهرة جراء فيروس كورونا
63	المبحث الثالث: علاقة التحولات الاقتصادية بالعقد
64	المطلب الأول: تدخل الدولة لتوجيه الاقتصاد
65	الفرع الأول: أسباب وأساليب تدخل الدولة في المجال الاقتصادي
65	أولا: تدخل الدولة لعلاج مظاهر فشل السوق
66	ثانيا: تدخل الدولة لتحقيق الاستقرار الاقتصادي ومواجهة آثار العولمة
66	1-تدخل الدولة لتوفير السلع العامة للأفراد وحماية المستهلك
67	2-إعادة توزيع الدخل والثروة في المجتمع
68	3-مواجهة الآثار السلبية للعولمة
68	الفرع الثاني: ضوابط تدخل الدولة في المجال الاقتصادي
68	أولا: تعزيز مقومات الحكم الرشيد بما يحقق كفاءة الدولة
70	ثانيا: المبادرة بمحاربة الفساد
71	المطلب الثاني: تدخل الدولة لتوجيه العقد
72	الفرع الأول: طبيعة العلاقات الاتفاقية الموجهة
72	الفرع الثاني: تجليات التوجيه التعاقدي في التشريع الجزائري
75	خلاصة الفصل الأول
77	الفصل الثاني: مظاهر تأثير العقد بالتحولات الاقتصادية
80	المبحث الأول: إرادة المتعاقدين في ظل التحولات الاقتصادية

80	المطلب الأول: تراجع مبدأ سلطان الإرادة
81	الفرع الأول: انتقاد الأساس الاقتصادي لمبدأ سلطان الإرادة: دعوى لاستعادة التوازن المفقود
82	الفرع الثاني: تراجع مبدأ سلطان الإرادة وسيادة المذهب الاجتماعي
83	الفرع الثالث: محدودية الإرادة وخضوعها للنظام العام والآداب العامة
85	الفرع الرابع: تطور وظيفة الدولة من الرقابة على الفرد في التعاقد إلى وضع تدابير الحماية والتوجيه
86	الفرع الخامس: تراجع مبدأ سلطان الإرادة أمام القواعد المقيدة لشكل العقد
88	المطلب الثاني: الإذعان سمة العقود في ظل التحولات الاقتصادية
89	الفرع الأول: مفهوم عقد الإذعان
90	أولاً: تعريف عقد الإذعان
90	1- التعريف القانوني لعقد الإذعان
90	2- تعريف عقد الإذعان لغة
90	3- تعريف عقد الإذعان اصطلاحاً
90	أ- تعريف عقد الإذعان في الفقه القانوني
92	ب- تعريف عقد الإذعان في الفقه الإسلامي
93	ثانياً: خصائص عقد الإذعان
93	1- التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي
93	2- تعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية للمستهلك
94	3- صدور الإيجاب للجمهور بصيغة العموم والدوام
94	ثالثاً: خصوصية التراضي في عقد الإذعان
96	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقود الإذعان
96	أولاً: الرأي الأول (الصفة غير التعاقدية لعقود الإذعان)
97	ثانياً: الرأي الثاني (الصفة التعاقدية لعقود الإذعان)
99	الفرع الثالث: الحماية القانونية للطرف المذعن في عقود الإذعان
99	أولاً: إمكانية تعديل القاضي للشروط التعسفية أو استبعادها
100	ثانياً: سلطة القاضي في تفسير الشروط الغامضة
101	المطلب الثالث: اتساع دائرة العقود الخاصة
102	الفرع الأول: عقود الدمج كآلية جديدة للتعاقد في ظل التحولات الاقتصادية
102	الفرع الثاني: التعاقد الجماعي كتقنية جديدة
103	الفرع الثالث: عقد بيع العقار في طور الإنجاز
104	الفرع الرابع: العقود البيئية كآلية لحماية مصالح بيئية في مواجهة مصالح اقتصادية
105	الفرع الخامس: العقود الإلكترونية
106	أولاً: التعريف بالعقد الإلكتروني

106	1-التعريف التشريعي للعقد الالكتروني
107	2-التعريف الفقهي للعقد الالكتروني
108	ثانيا: إشكالات التراضي في العقد الالكتروني
108	1-الإيجاب في العقد الالكتروني
110	2-القبول في العقد الالكتروني
111	3-زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني
113	ثالثا: إثبات العقد الالكتروني
116	رابعا: التعايش مع جائحة كورونا: تمحور حول الرقمنة وانتعاش للتجارة الالكترونية
119	المبحث الثاني: المبادئ العقدية في ظل التحولات الاقتصادية
119	المطلب الأول: تحديث المبادئ التقليدية المنظمة للنظرية العامة للعقد
120	الفرع الأول: مبدأ الحرية العقدية
120	أولا: الحرية العقدية: من المفهوم التقليدي إلى بداية التقييد
123	ثانيا: الحرية العقدية: من التوجيه والتنظيم إلى البعث من جديد
125	الفرع الثاني: مبدأ حسن النية
125	أولا: حسن النية: من الأساس الديني الأخلاقي إلى الالتزام القانوني
129	ثانيا: الالتزام بحسن النية: عنصر إضافي في المعادلة التعاقدية
130	ثالثا: الالتزام بتخفيف الضرر في العقد: تجسيد لفاعلية مبدأ حسن النية في مواجهة تداعيات جائحة كورونا
132	المطلب الثاني: استحداث مبادئ جديدة للعقد المدني: استجابة للتحولات الاقتصادية
132	الفرع الأول: تحقيق مبدأ المساواة الفعلية بين المتعاقدين
133	الفرع الثاني: أخلاق الروابط العقدية
135	الفرع الثالث: مبدأ التضامن العقدي
137	الفرع الرابع: مستلزمات أخرى جديدة ومهيمنة على الحياة العقدية
138	المبحث الثالث: ظاهرة التخصص التشريعي: كمظهر للتحولات الاقتصادية على النظرية العامة للعقد
139	المطلب الأول: النظرية العامة للعقد والتشريعات الخاصة: اختلال في العلاقة واختلاف في الفلسفة
139	الفرع الأول: المساواة المجردة أساس النظرية العامة للعقد
141	الفرع الثاني: التشريعات الخاصة كآلية لتحقيق المساواة الفعلية الواقعية
143	المطلب الثاني: مظاهر تأثير التشريعات الخاصة على النظرية العامة للعقد
144	الفرع الأول: التشريعات الخاصة والنظرية العامة للعقد: عزلة قانونية وأحكام تنافسية
145	الفرع الثاني: التشريعات الخاصة والنظرية العامة للعقد: تأثير على البناء المفاهيمي وتصدير للقواعد
149	خلاصة الفصل الثاني
151	خلاصة الباب الأول

الباب الثاني: الآليات القانونية لحماية المتعاقد وتحقيق التوازن في ظل التحولات الاقتصادية (قانون حماية المستهلك نموذجاً)	
153	تمهيد الباب الثاني
155	الفصل الأول: آليات الحماية المقررة للمستهلك أثناء تكوين العقد: تحديث لمبادئ العقد
157	المبحث الأول: تراجع مبدأ الرضائية في العلاقات الاستهلاكية: تجسيد لخصوصية الحماية
157	المطلب الأول: الالتزام بالإعلام: شكلية جديدة لحماية رضا المستهلك
158	الفرع الأول: المقصود بالالتزام بالإعلام وصوره
159	أولاً: المقصود بالالتزام بالإعلام
161	ثانياً: صور الالتزام بالإعلام
161	1-الالتزام بالإعلام قبل التعاقد
162	2-الالتزام بالإعلام التعاقد
163	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام ومبررات تقريره في مجال عقود الاستهلاك
163	أولاً: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام: اختلاف فقهي
164	1-الطبيعة العقدية وغير العقدية للالتزام بالإعلام
164	أ-الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد
165	ب-الطبيعة غير العقدية للالتزام بالإعلام قبل التعاقد
165	2-الالتزام بالإعلام بين الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة
166	أ-الالتزام بالإعلام التزم ببذل عناية
167	ب-الالتزام بالإعلام التزم بتحقيق نتيجة
168	ثانياً: مبررات تقرير الالتزام بالإعلام في مجال عقود الاستهلاك
168	1-المبررات الواقعية للالتزام بالإعلام في مجال الاستهلاك
169	أ-تزايد الإنتاج وسرعة إبرام المعاملات
170	ب-التفاوت في العلم بين طرفي العقد
171	2-المبررات القانونية للالتزام بالإعلام في مجال الاستهلاك
171	أ-قصور النظرية التقليدية في تحقيق الحماية للمستهلك
172	ب-تحقيق الرضا الواعي والمستنير للمستهلك
172	الفرع الثالث: أساس الالتزام بالإعلام
173	أولاً: أساس الالتزام بالإعلام وفقاً للنظرية العامة للعقد
173	1-سلامة الرضا كأساس للالتزام بالإعلام
174	2-مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام
174	3-نظرية عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين كأساس للالتزام بالإعلام
175	ثانياً: أساس الالتزام بالإعلام وفقاً للتشريعات الخاصة بحماية المستهلك
175	1-القرينة القاطعة على علم المحترف بالبيانات

176	2- قرينة الجهل القاطعة عند المستهلك
177	الفرع الرابع: الاخلال بالالتزام بالإعلام الإلكتروني ما قبل التعاقد في ظل جائحة كورونا: بين المسؤولية المدنية والجزائية
179	المطلب الثاني: تكريس مهلة التفكير والتروي: حماية للمستهلك من التسرع
179	الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في التفكير والتروي
180	أولاً: تحديد المقصود بحق المستهلك في التروي والتفكير
181	ثانياً: خصائص حق المستهلك في التروي والتفكير
181	1- حق المستهلك في التروي والتفكير مكنة قانونية
181	2- حق المستهلك في التروي والتفكير حق مؤقت
182	3- حق المستهلك في التروي والتفكير حماية له من المجازفة
182	ثالثاً: تمييز مهلة التفكير والتروي عن حق التراجع
183	الفرع الثاني: الأحكام القانونية لحق المستهلك في التفكير والتروي
184	أولاً: الإيجاب الملزم (العرض المسبق)
185	ثانياً: القبول المقيد
187	ثالثاً: تطبيقات لمهلة التفكير والتروي في بعض العقود
187	1- عقد التعليم عن بعد
188	2- العقود الائتمانية
189	أ- عقد الائتمان الاستهلاكي
189	ب- عقد الائتمان العقاري
190	المبحث الثاني: الحد من الحرية التعاقدية في مجال الاستهلاك: توسيع لنطاق الحماية
191	المطلب الأول: القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية: تنظيم لمضمون العقد
191	الفرع الأول: تحديد المشرع لمضمون العقد لتحقيق التوازن في عقود الاستهلاك
195	الفرع الثاني: حظر وتنظيم بعض الممارسات التجارية
195	أولاً: تنظيم بعض الممارسات التجارية
196	1- البيع بالتخفيض
196	2- البيع الترويجي
197	3- البيع في حالة تصفية المخزونات
198	4- البيع عند مخازن المعامل
198	5- البيع خارج المحلات التجارية بواسطة فتح الطرود
199	ثانياً: حظر بعض الممارسات التجارية
200	1- ممارسة الأعمال التجارية دون اكتساب الصفة التجارية
201	2- رفض البيع أو تقديم خدمة بدون مبرر شرعي
202	3- البيع أو أداء الخدمة المشروط

203	4- البيع التمييزي
204	5- البيع بالمكافأة
205	المطلب الثاني: القيود الواردة على مبدأ الحرية التعاقدية: تقوية لمضمون العقد
205	الفرع الأول: الالتزام بالمطابقة لحماية رغبة المستهلك المشروعة
206	أولاً: الالتزام العام بضمان المطابقة
207	1- مفهوم الالتزام العام بضمان المطابقة
207	أ- تعريف الالتزام العام بالمطابقة
208	ب- أساس الالتزام العام بضمان المطابقة
208	- الأسس العقدية للالتزام العام بضمان المطابقة
209	- الأسس التشريعية للالتزام بضمان المطابقة
211	ثانياً: الالتزام بمطابقة المنتوجات في نطاق قانون حماية المستهلك
212	1- ضمان مطابقة المنتجات والخدمات للمقاييس
214	2- آليات ضمان تحقيق التزام المتدخل بالمطابقة
215	الفرع الثاني: الالتزام بضمان السلامة لحماية المستهلك
216	أولاً: المقصود بالالتزام بضمان السلامة
218	ثانياً: مضمون الالتزام بضمان السلامة
219	ثالثاً: أساس الالتزام بضمان السلامة
219	1- المسؤولية العقدية كأساس للالتزام بضمان السلامة
221	2- المسؤولية التقصيرية كأساس للالتزام بضمان السلامة
222	رابعاً: مبررات الالتزام بضمان السلامة في قانون الاستهلاك
223	1- الحاجة إلى حماية المستهلك خارج نطاق أحكام الضمان تأسيساً على فكرة الالتزام بضمان السلامة
224	2- الحاجة إلى وضع نظام خاص للمسؤولية عن الأضرار بأمن وسلامة الأشخاص من المنتجات المعيبة
227	خلاصة الفصل الأول
229	الفصل الثاني: آليات الحماية المقررة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد: إعادة نظر بمبادئ العقد
231	المبحث الأول: تدابير حماية المستهلك: اضعاف لمبدأ القوة الملزمة للعقد
231	المطلب الأول: حق الرجوع (العدول) عن التعاقد: تضييق لإلزامية العقد
233	الفرع الأول: مفهوم حق المستهلك في الرجوع عن العقد
233	أولاً: المقصود بحق المستهلك في الرجوع
236	ثانياً: خصائص الحق في الرجوع عن العقد
236	1- الحق في الرجوع عن العقد: محدد المجال
236	2- الحق في الرجوع عن العقد: محصور المصدر
236	3- الحق في الرجوع عن التعاقد: يتعلق بالنظام العام

237	4-الحق في الرجوع عن التعاقد: تصرف قانوني بإرادة منفردة
237	ثالثا: شروط ممارسة الحق في الرجوع عن التعاقد
237	1-أن يتم العدول خلال المدة القانونية المحددة
238	2-ألا يكون العقد المبرم مع المستهلك من العقود المستثناة من نطاق الحق في الرجوع
239	أ-عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول
239	ب-العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها
239	ج-عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها حسب المواصفات الشخصية التي يحددها المشتري
240	د-عقود توريد السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف
240	هـ-العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري
240	و-العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات
241	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحق الرجوع عن العقد
241	أولا: رجوع المستهلك عن العقد: حق
242	ثانيا: عدول المستهلك عن التعاقد: رخصة
242	ثالثا: رجوع المستهلك عن العقد: مكنة قانونية
243	الفرع الثالث: مبررات حق الرجوع في العقد
246	الفرع الرابع: تطبيقات لحق المستهلك في الرجوع عن التعاقد
246	أولا: تطبيقات حق المستهلك في الرجوع استنادا لطبيعة العملية العقدية
246	1-التأمين على الحياة
247	2-القرض الاستهلاكي
249	ثانيا: تطبيقات حق الرجوع استنادا لتقنيات التوزيع المستعملة
249	1-البيع بالمنزل
250	2-البيع عن بعد (العقد الإلكتروني)
252	المطلب الثاني: الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة الشروط التعسفية
253	الفرع الأول: مفهوم الشروط التعسفية
254	أولا: تعريف الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك
258	ثانيا: عناصر الشرط التعسفي
258	1-أن يدرج الشرط التعسفي ضمن عقد إذعان
259	2-أن يكون العقد مكتوبا
259	3-أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عون اقتصاديا
260	4-أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد
260	الفرع الثاني: معايير تحديد الطابع التعسفي للشروط
260	أولا: معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية

261	ثانيا: معيار الميزة الفاحشة أو المفرطة
262	ثالثا: معيار الاخلال الظاهر بتوازن الالتزامات
264	الفرع الثالث: النظرية العامة للعقد: قصور عن توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية
264	أولا: عجز شروط صحة العقد ومبدأ حسن النية عن توفير حماية فعالة من الشروط التعسفية
264	1-نظرية السبب
265	2-بالنسبة لنظريتي الغبن والاستغلال
266	3-مبدأ حسن النية
267	ثانيا: حصر مجال الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان
268	الفرع الرابع: قانون حماية المستهلك: محاولة لتوفير حماية فعالة من الشروط التعسفية
268	أولا: نظام القائمة كآلية لمحاربة الشروط التعسفية
271	ثانيا: توسيع دائرة الحق لمواجهة الشروط التعسفية
271	1-دور جمعيات حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية
272	2-لجنة البنود التعسفية
273	المبحث الثاني: خصوصية حماية المستهلك: توسيع لاستثناءات مبدأ الأثر النسبي للعقد
274	المطلب الأول: الارتباط بين العقود: تجسيد لفكرة المجموع العقدي
275	الفرع الأول: مفهوم عقد القرض
275	أولا: القرض العقاري
275	ثانيا: عقد القرض الاستهلاكي
277	الفرع الثاني: خصوصية الترابط المتبادل بين عقد القرض والعملية الممولة
277	أولا: الربط بين القرض والعملية الممولة في مجال الائتمان الاستهلاكي
278	1-تبعية القرض للعملية الممولة
279	2-تبعية العملية الممولة للقرض
280	ثانيا: الربط بين القرض والعملية الممولة في مجال الائتمان العقاري
281	المطلب الثاني: تقرير دعوى مباشرة للمستهلك على كل متدخل في عرض المنتج للتداول
282	الفرع الأول: الدعوى المباشرة في القواعد العامة: مجال محدود
282	أولا: مفهوم الدعوى المباشرة
283	1-تعريف الدعوى المباشرة
284	2-خصائص الدعوى المباشرة
284	أ-وجود نص قانوني يجيز للدائن إقامة الدعوى المباشرة
284	ب-أن يكون حق الدائن حالا ومقدرا
284	ج-وجود علاقيتين قانونيتين منفصلتين
284	ثانيا: طبيعة الدعوى المباشرة

285	1-الاتجاه التقليدي في تكييف الدعوى المباشرة
285	أ-حق الامتياز كأساس للدعوى المباشرة
285	ب-الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للدعوى المباشرة
286	ج-أحكام النيابة في الوفاء كأساس للدعوى المباشرة (موقف القضاء الفرنسي)
286	2-الاتجاه الحديث في تكييف الدعوى المباشرة
286	أ-نظرية العدالة
287	ب-نظرية المجموعة العقدية
287	ج-الدعوى المباشرة ونظرية المراكز القانونية الممتازة
288	الفرع الثاني: الدعوى المباشرة في قانون حماية المستهلك: تعميم فتوي
288	أولا: الدعوى المباشرة في قانون حماية المستهلك الجزائري
288	1-القانون 89-02 الملغى: تكريس صريح للدعوى المباشرة
289	2-قانون الاستهلاك 09-03: سكوت عن حق المستهلك في دعوى مباشرة
290	ثانيا: الدعوى المباشرة في الاجتهاد القضائي الفرنسي
292	المطلب الثالث: حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي
293	الفرع الأول: النظام القانوني لجمعيات حماية المستهلك
293	أولا: نشأة جمعيات حماية المستهلك
295	ثانيا: تعريف الجمعية
296	ثالثا: اقتران مفهوم جمعيات حماية المستهلك بفكرة المنفعة العمومية
296	رابعا: جمعيات حماية المستهلك: أي دور في ظل جائحة كورونا
297	الفرع الثاني: دور جمعيات حماية المستهلك في الدفاع عن مصالح المستهلك أمام القضاء
298	أولا: الدعوى المرفوعة للدفاع عن المصالح المشتركة للمستهلكين
300	ثانيا: انضمام جمعيات حماية المستهلك إلى الدعاوى المرفوعة مسبقا من قبل المستهلك
301	ثالثا: الدعاوى المرفوعة من جمعيات حماية المستهلك للدفاع عن المصلحة الفردية لمجموعة مستهلكين
304	خلاصة الفصل الثاني
306	خلاصة الباب الثاني
308	خاتمة
314	قائمة المراجع
345	الفهرس
357	الملخص

ملخص

أقام المشرع الجزائري النظرية العامة للعقد على مبدأ سلطان الإرادة، متأثرًا في ذلك بالمشرع الفرنسي، بحيث يتعين على الأطراف المتعاقدة في ظل هذا المبدأ احترام تعهداتهم اعمالًا لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" (م 106 ق ج)، الأمر الذي يُضفي على العقد قوته الملزمة التي تحظر كل محاولة للتدخل بتعديل الالتزامات غير المتكافئة في العقود ذات الطبيعة غير المتوازنة، ولا تقتصر هذه الالتزامية على المتعاقدين كأصل عام فحسب بل تُلزم القاضي والمشرع أيضًا، حيث يُحظر عليهما التدخل والمساس بالرابطة العقدية الناشئة بين المتعاقدين، حتى ولو كان ذلك بدافع العدالة العقدية.

إلا أن هذه الصورة تغيرت في ظل التحولات والتطورات الاقتصادية التي شهدتها المجتمع منذ منتصف القرن العشرين، الأمر الذي جعل مبادئ العقد التقليدية أمام تحدي كبير في ظل تطور الأشياء والخدمات على نحو لم يكن معروفًا، مما أثر بشكل واضح على أسلوب المعاملات وعلى القواعد التقليدية التي كرستها النظرية العامة للعقد، على مبدأ سلطان الإرادة وما يتفرع عنه من مبادئ وفرض على المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة ضرورة التدخل من أجل إعادة التوازن بين الأطراف من خلال إصدار نوع جديد من القوانين تسير هذه التحولات، لاسيما قانون حماية المستهلك وذلك من أجل تكريس نوع من العدالة الاجتماعية في إبرام العقود والتقليص من صلاية مبدأ سلطان الإرادة.

الكلمات المفتاحية: تحولات اقتصادية، نظرية العامة للعقد، مبدأ سلطان الإرادة، إعادة التوازن، قانون حماية

Abstract

The Algerian legislator established the general theory of the contract on the principle of the authority of the will, influenced by the French legislator, so that the contracting parties must, under this principle, respect their commitments, in accordance with the rule of "the law of contracting parties" (Article 106 a.c.l), which gives the contract its binding force. Which prohibits every attempt to interfere with the modification of unequal obligations in contracts of an unbalanced nature, and this obligation is not limited to the contracting parties only as a general asset, but also obliges the judge and the legislator, as they are prohibited from interfering and compromising the contractual bond emerging between the contracting parties, even if it is out of justice streptococcus.

However, this picture has changed in light of the economic transformations and developments that society has witnessed since the middle of the twentieth century, which made the traditional principles of the contract in front of a great challenge in light of the development of things and services in a way that was not known, which clearly affected the method of transactions and the traditional rules that were enshrined The general theory of the contract, based on the principle of the authority of the will and its principles, and imposed on the Algerian legislator, similar to comparative legislation, the need to intervene in order to restore balance between the parties through the issuance of a new type of laws that go along with these transformations, in order to establish a kind of social justice in Concluding contracts and reducing the rigidity of the principle of dominion of will.

Keywords: the general theory of the contract, the principle of the authority of the will, economic transformations and developments, rebalancing, a new type of laws.