

جامعة مولود معمري - تيزي وزو  
كلية الحقوق و العلوم السياسية

## الأحكام القانونية المستحدثة لحماية المستهلك المتعاقد

:

إعداد الطالبة: زوية سميرة  
تحت إشراف: الأستاذ: جبالي وأعمر  
لجنة المناقشة:

أ/د. سي يوسف كجار زاهية حورية، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو... رئيساً  
أ/د. جبالي وأعمر، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو... مقررًا  
أ/د. بن شويخ الرشيد، أستاذ، جامعة البليدة 2... ممتحنًا  
أ/د. كتو محمد الشريف، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو... ممتحنًا  
د. بوبكر مصطفى أستاذ محاضر "أ"، جامعة البليدة 2... ممتحنًا  
أ/د. فتاك علي، أستاذ، جامعة تيارت... ممتحنًا

2016-03-13:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

•  
سميرة

سميرة

قائمة أهم المختصرات:

أولا: بالعربية

ص: صفحة

ج ر: جريدة رسمية

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

ق.م.ف : قانون مدني فرنسي

ثانيا: بالفرنسية

**P : page**

**N : numéro**

**Op.cit** : ouvrage précédemment cité

**Fasc.** : fascicule

**L.G.D.J** : librairie générale de droit et de jurisprudence

**cass.civ** : chambre civile de la cour de cassation

**C.J.C.E** : cour de justice de communauté européenne

**RDC** : revue des contrats

**RTD.CIV** : revue trimestrielle de droit civil

**Rép.civ** : répertoire civile

**R.A.S.J.E.P** : revue algérienne des sciences juridiques-économiques et politiques

## مقدمة

أبرز ما يميز النشاط التجاري في عصرنا هذا، هو الازدياد المطرد في الإنتاج وما تبعه من تعقد الطابع الفني للسلع والخدمات فضلا عن التطور الكبير في آليات التعاقد، مما جعل طائفة من الناس تقدم على التعاقد على نحو غير متبصر بالسلع والخدمات التي يهدفون للحصول عليها، إلى جانب عدم معرفتهم الكافية بآليات التعاقد، أو بالجانب القانوني للشروط التعاقدية، على الرغم من تمتعهم بالأهلية القانونية للتعاقد. إزاء هذه الظاهرة التي بدت في جوانبها الأولى ظاهرة اقتصادية باعتبار الاستهلاك الحلقة الثالثة من العملية الاقتصادية بعد الإنتاج والتوزيع، سواء كانت السلع والخدمات مادية أو غير مادية، وبالتالي يشكل الاستهلاك الهدف النهائي الذي ترمي إليه العملية الاقتصادية. إلا أنها ما لبثت أن تحولت إلى ظاهرة قانونية. مع الإشارة إلى أن العملية الاستهلاكية لا تهم القانون بل محل اهتمامه هو التصرف القانوني الذي من خلاله المستهلك يقتني السلعة أو الخدمة. فأهداف الاقتصاد والقانون ليس نفسها، فاهتمام الاقتصاد ينصب على استعمال موارد المستعمل النهائي في حين القانون يهتم بالمستهلك لأجل حمايته.

وفيما سبق لم يعرف القانون المدني في دول اقتصاد السوق تعبير المستهلك أو المنتج، إذ أن المستهلك والمنتج، أو الإنتاج والتوزيع والاستهلاك هي أفكار مجالها علم الاقتصاد. إلا أن التغييرات الاقتصادية تترك دائما بصماتها على العديد من المفاهيم القانونية، فقد تراجعت فكرة البائع والمشتري أي فكرة التعاقد لتحل محلها فكرة المستهلك والمنتج. و إذا لم يكن هذا التراجع ظاهرة عامة في جميع العقود إلا أنه أصبح على الأقل في نطاق عقد البيع ظاهرة لا يمكن إنكارها.<sup>1</sup>

1- العيد حداد، " الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، دون ذكر تاريخ المناقشة، ص34.

إن المستهلك هو العامل الرئيسي لبقاء أي منشأة في السوق واستمرارها سواء تلك التي تنتج السلعة أو التي تقدم الخدمة لأنه هو الذي يدفع قيمة السلعة أو الخدمة ومنها يتم دفع الرواتب وتحقق الأرباح. هذه الميزة الخاصة للاستهلاك أدركتها العديد من الدول والمؤسسات، وأعطتها اهتماما كبيرا حيث اعتبرت المستهلك هو المحرك الأساسي لطبيعة عمل المنشأة الاقتصادية التي تعمل على تنفيذ رغباته وتلبية احتياجاته وتصنع وتنتج ما يطلبه المستهلك ويحتاجه<sup>1</sup>. وإذا كان هذا هو دور المستهلك في علم الاقتصاد، فإن المستهلك بالنسبة لقانون الاستهلاك هو الشخص الذي يحتاج إلى حماية. لأنه ضعيف بحيث يجهل أسرار الإنتاج، بالإضافة إلى عمليات التوظيف والعرض والبيع.

على عكس المحترف الذي يعلم أو يفترض فيه العلم بسبب مهنته، من هنا يتبين لنا عدم توازن علاقة المحترف بالمستهلك<sup>2</sup>.

إن هدف قانون الاستهلاك هو تحقيق التوازن بين المحترف والمستهلك، بحيث يضع التزامات على عاتق الأول والتي تعتبر بمثابة حقوق بالنسبة للثاني. لذا من الضروري

1 عبد الستار إبراهيم الهيتي، "حماية المستهلك في الفقه الإسلامي"، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد التاسع عشر، العدد السادس، 2004، ص 191.

2 منذ خمسينيات القرن الماضي، ارتفعت أصوات بعض الفلاسفة والاقتصاديين في الولايات المتحدة الأمريكية تشير إلى الظلم الواقع على المستهلكين الأمريكيين في ظل العولمة الاقتصادية وتعاضمها وتدعو إلى حماية المستهلك. وفي عام 1962 وفي كتابه الموجه إلى الأمة، لاحظ الرئيس الأمريكي جون كينيدي أن المستهلكين يشكلون العدد الأكبر من المواطنين الأمريكيين الذين لا يصغى إليهم، فشدد على أن من حق المستهلك أن يعلم وأن يصغى إليه، أن يختار وأن يكون في أمان، ثم هبّ المستهلكون الأمريكيون وانتظموا جماعات وجمعيات من أجل الدفاع عن مصالحهم فظهر *Consumérisme* في السبعينيات من القرن الماضي، وبعد سنوات، أحست أوروبا الغربية بدورها بالأخطار المحدقة بالمستهلك، وظهرت فيه الحركات الداعية إلى حماية المستهلك، وارتفعت أصوات الفقهاء تنادي بوضع تشريع خاص لحمايته على غرار ما جرى في الولايات المتحدة الأمريكية  
أنظر: فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 5.

تحديد مصطلحي المحترف والمستهلك ، بحيث يشكلان موضوع قانون الاستهلاك هذا من جهة، ويمكننا من فهم فلسفة المادة من جهة أخرى ولتحديد مفهوم المستهلك نجد بأن هناك اتجاهين.

فهناك اتجاه موسّع لمفهوم المستهلك، وساد هذا الاتجاه مع بداية ظهور الدعوة إلى حماية المستهلك، وتجسد في نداء الرئيس الأمريكي كينيدي من: أن المستهلكين هم نحن جميعا.

ويعتبر على الأخص مستهلكا - وفقا لهذا الاتجاه- كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك، أي بغرض اقتناء أو استعمال مال أو خدمة. كمن يقتني سيارة لاستعماله الشخصي ومن يقتنيها لاستعماله المهني، ما دام أن السيارة تستهلك في الحالتين عن طريق الاستعمال.

و يرى الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك بأنه الزبون غير المحترف، وأن المستهلك هو الشخص الذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. وبناء على ذلك لا يعتبر مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه الشخص الذي يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج، أي مهني وآخر غير مهني، كأن يشتري وكيل عقاري سيارة يستعملها ليس فقط من أجل جولاته المهنية، ولكن أيضا من أجل نقل أسرته. وهذا ما يسمى بالاستعمال المختلط<sup>1</sup>. أما عن موقف المشرع الجزائري اتجاه التعريفين السابقين فإنه وبصدور القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش<sup>2</sup> نجده قد أتى بتعريف المستهلك في المادة الثالثة منه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به".

1- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص22- ص23.

2- قانون رقم 09-03، مؤرخ في 25 - 2 - 2009، متعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جريدة رسمية عدد 15.

نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه المضيق لتعريف المستهلك، وهذا بإقصائه للمستهلك المهني حتى لو تعامل خارج مجال تخصصه. بحيث ينحصر تعريف المستهلك، في الشخص الذي يلبي حاجاته الخاصة أو العائلية، وليس حاجته المهنية<sup>1</sup>.

أما الطرف الثاني في العلاقة الاستهلاكية هو المحترف<sup>2</sup>، أو المهني. و كلمة محترف أو مهني متأتية من حرفة أو مهنة ومعناها في نطاق قانون حماية المستهلك كل نشاط منظم لغرض الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات.

والمحترف قد يكون شخصا طبيعيا، كما قد يكون شخصا اعتباريا مثل الشركات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري.

وأهم ما يميز المحترف هو وجوده في وضعية تفوق وضعية المستهلك، بما يحوزه من معارف تقنية ومعلومات، فضلا عن القدرات المالية<sup>3</sup>.

فاستخدم المشرع الجزائري في القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مصطلح المتدخل بدلا من مصطلح المحترف وعرفه في المادة 7/03، "بكونه

---

1- اعتنق المشرع الفرنسي، المفهوم الضيق "للمستهلك" ويظهر ذلك بصفة واضحة في نصوص قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية المستهلكين للمنتجات والخدمات في مواجهة الشروط التعسفية طبقا للمادة 35، وغيرها من القوانين الكثيرة الأخرى ونصوص تقنين الاستهلاك الفرنسي المواد 121، 132، 3/331. مع ملاحظة أنه لا يوجد تعريف محدود للفظ المستهلك الذي ورد في مواضع كثيرة في القوانين المختلفة وفي تقنين الاستهلاك. أنظر: العبد حداد، مرجع سابق، ص40.

2- مصطلح المحترف استخدمه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 90-266 متعلق بضمان المنتجات والخدمات، مؤرخ في 15-09-1990 جريدة رسمية عدد 40 فعره في المادة 2: " المحترف هو منتج ، أو صانع ، أو وسيط، أو حرفي، أو تاجر، أو مستورد، أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك .....". كما اعتمده المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 90-39 متعلق برقابة الجودة وقمع الغش مؤرخ في 31-01-1990، جريدة رسمية، عدد 05.

3- محمد بودالي، حماية المستهلك.....مرجع سابق، ص33.

الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتدخل في عملية عرض السلع والخدمات، مهما كانت صفته".

ولم يذكر المشرع الأشخاص الذين نعتبرهم في خانة المتدخل، لكن فتح المجال لكل من يتدخل في عملية عرض السلع والخدمات.

إن استفادة المستهلك من الحماية القانونية بإقرار قواعد قانونية خاصة لحماية المستهلك في إطار قانون الاستهلاك بالإضافة إلى حمايته من خلال القواعد العامة. تمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية لحماية حقوق الإنسان طبقاً للفلسفة السياسية والقانونية التي تسود النظم القانونية المعاصرة<sup>1</sup>. وهي الحماية التي أقرتها المواثيق والاتفاقيات والإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، فقد انتقلت العناية بهذه الحقوق من ميدان المبادئ الأخلاقية و النظريات الفلسفية إلى ميدان الممارسة الواقعية، وأصبح العمل يجري على إنشاء الوسائل والآليات القانونية اللازمة لتقرير هذه الحقوق وحمايتها، وقد عكست هذه الحماية على المستوى الدولي ما اعتمده الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها المرقم ب 39-248 الصادر بتاريخ 1985/04/09 والذي تضمن مبادئ توجيهية لحماية المستهلك في ثمانية مجالات هي الحق في السلامة والحق في الاختيار، الحق أن يكون صوته مسموعاً، والحق في إشباع حاجاته الأساسية، والحق في الإنصاف والتعويض، والحق في التعليم والتثقيف، الحق في بيئة صحية ملائمة<sup>2</sup>.

1- Il fallait corriger les excès de l'économie libérale, on peut cependant se demander si, du fait même de la loi par son caractère général et abstrait, elle ne tend pas à favoriser une certaine passivité du consommateur dans ses rapports contractuels. Car, comme l'écrivait le Doyen Ripert, « ce qu'il faut uniquement empêcher, c'est l'exploitation de la misère et de la faiblesse par le contrat. L'intervention du législateur ne doit pas avoir d'autre but ». Voir : HAMDY (A.CH), « Des clauses abusives, des parties et du juge », Mémoire de D.E.A de droit privé, Faculté de droit et de science politique, Aix-en- Provence, 1995, p54-p55.

2- موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، دون

ذكر مكان و سنة النشر، ص.9

بالإضافة إلى استفادته من التطور الاقتصادي إلا أنه في موقف ضعيف<sup>1</sup>. بحيث يعتبر محور اختصاصي التسويق، فهو في نفس الوقت ملك وعبد في المجتمع الاستهلاكي الحاضر<sup>2</sup>. فلقد ساعد على ترويج المنتجات، استخدام وسائل الاتصال والمعلوماتية الحديثة، وتلجأ الشركات إلى التأثير في القدرات النفسية للمستهلك وتطويعها. بحيث يطلب ما ليس بحاجة إليه ويدفع في مقابله، ما قد يورطه في الاستدانة ويستغني عن السلعة قبل أن تلبى حاجته، ولذلك فهو قد يطلب غيرها لمجرد أن زميلا له أو جاره قد اشتراها، وقد يلجأ البعض من المستهلكين إلى الاتجاه نحو الاستهلاك والاستنزاف بهدف التطلع إلى تغيير طبقة الاجتماعية عن طريق زيادة الاستهلاك.

ونظرا لكون أهم النتائج المترتبة عن مبدأ الحرية التعاقدية هي إطلاق الحرية للإرادة في تكوين العقود وفي ترتيب آثارها، فإنه من المتصور أن يقدم المستهلك على إبرام العقد متأثرا بوسائل الدعاية والإعلان فيأتي تعاقدته متسرعا دون تمهل بحيث يأتي التعاقد في غير صالحه ثم يريد التخلص من العقد والعدول عنه. وهو ما لا يتحقق في ظل القواعد العامة لأنها تثبت للعقد قوته الملزمة ولا تجيز لأي من عاقيه أن يتحلل منه بإرادته المنفردة.

---

1- L'incapacité du consommateur contractant, le consommateur est réputé se trouver dans une situation d'infériorité face aux professionnels.

Il est dépeint comme « un personnage incapable d'un calcul économique, d'un choix libre et éclairé, d'une décision mûrie » qu'il convient donc de protéger contre les professionnels mais aussi contre lui-même. Voir : Didier (F) & CAS (G), **Traité de droit de la consommation**, PUF, 1986, p381.

4Les consommateurs sont en situation de faiblesse, tout en bénéficiant matériellement du développement économique ils tendent à devenir de simples objets, manipulés par les spécialistes du marketing. Ils sont à la fois les rois et les esclaves de cette « société de consommation, qui caractérise les pays développés. La situation est particulièrement grave pour les consommateurs appartenant aux catégories les plus défavorisées, en raison de leur pauvreté, de leur ignorance ou de leur âge. Voir : Calais Auloy (J) & Steinmetz (F), **Droit de la consommation**, 6ème édition, DALLOZ, paris, 2003, p2.

كما أن المستهلك قد يجد نفسه عرضة لتعسف المحترف الذي يفرض شروطه التعسفية في العقد نتيجة اختلال التوازن في مراكز كل منهما لصالح المحترف. فإذا ما أراد المستهلك التّخلص من حكم الشروط التعسفية فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد يقف حائلا دون ذلك. لأن المبادئ التقليدية التي تقوم عليها النظرية العامة للعقد تتعارض مع إعادة النظر في الالتزامات المترتبة عن العقد<sup>1</sup>.

إن الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة من الناحية القانونية يؤدي إلى القول بأن أطراف العقد أحرار في إبرام ما يشاءون من العقود، وتضمنها ما شاءوا من الشروط التي تحقق مصالحهم، على أساس أن العقد هو قانون المتعاقدين وهو شريعتهم وأن أول نتيجة تترتب على الأخذ بالمبدأ السابق هي حرية إبرام الاتفاقيات والعقود، والتي تتولد عنها نتيجة منطقية أخرى ألا وهي التسليم بمبدأ الرضاينة، لما يعنيه من تحرير التعبير عن الإرادة من كل قيد، مما يؤدي إلى تشجيع التجارة وتيسير إبرام العقود.

وإن صح وجود تكافؤ بين أطراف العقد من الناحية القانونية وهو تكافؤ نظري، فإنهم بعيدين عن ذلك اقتصاديا واجتماعيا. وبعد أن يتأكد لديهم أن المتعاقد القوي هو الذي يفرض إرادته وبالتالي قانونه على الطرف الضعيف، فإن على هذا الأخير أن يذعن تحت ضغط الحاجة، وهكذا تحول العقد من أداة عدالة إلى أداة ضغط. وظلت الحياة القانونية خالية من أدوات حماية الطرف الضعيف، بل أن القوانين المدنية حتى في الدول التي تبنت النهج الاشتراكي البائد. ظلت تنصدر موادها مبادئ وقواعد هي من بنات الفكر الفردي والتي كان من نتائجها تكريس عدم المساواة السابقة. ولعل أهم مبدأ أسهم في

---

1- Le droit commun se fonde sur une égalité abstraite entre les personnes, réputées avoir des qualités semblables. Or, nous observons de grande différence de situation entre les contractants. Inégalités économiques, mais aussi inégalité intellectuelles.....

Il arrive souvent que les parties ne soient pas dans un rapport de force équilibré : la loi s'emploie à corriger ces inégalités. Voir : BALLEE – LONDICHE (F), « **Droit commun des contrats et dispositions protectrices** », thèse pour le doctorat en droit, université Paul. Cezanne – Aix Marseille III, 2008, p79.

تعميق عدم المساواة بين الأطراف المتعاقدة هو مبدأ سلطان الإرادة. على اعتبار أن الإرادة هي أساس العقد، واعتبار الفرد هو المحور الذي يتركز عليه القانون استنادا إلى أنه لما كانت إرادة الفرد حرة، فإنها وحدها الكفيلة بإنشاء العقود وما يترتب عنها من آثار. لكن الذي حدث أن الحرية الاقتصادية أدت إلى الحد من الحرية التعاقدية، فكان من نتائجه عقد الإذعان<sup>1</sup>.

فنتور النشاط الاقتصادي الذي يشهده العالم وما تمخض عنه من ظهور مؤسسات وشركات ضخمة عملاقة، قد أدى في الواقع إلى حدوث اختلال خطير في بعض العقود التي يكون أحد طرفيها تلك المؤسسة أو الشركة، بينما يكون الطرف الآخر هو الفرد المستهلك. وقد نجم هذا الاختلال عن اختلاف المراكز الاقتصادية لأطراف العقد<sup>2</sup>.

إن العقد مسألة ضرورية في حياة المستهلك. لذا لا بد أن يكون عادلا يحقق مصالح الأطراف، لكن عندما يصبح مهددا لمصالح المستهلك، لا بد من قواعد حامية، تحميه من العقد الذي أعده المحترف. فالالتزام العقدي يقوم على أساس التوازن بين الالتزامات المتقابلة بين أطرافه، ويجب على كل طرف الوفاء بما التزم به في الحدود التي ارتضاها

---

1- cette inégalité de puissance économique va influencer d'une manière certaine la puissance contractuelle de la partie la plus faible, de la manière suivante. D'abord, cette inégalité a contribué à l'élimination de la discussion dans le rapport contractuel d'adhésion...ensuite, l'inégalité de puissance économique se traduit par la domination de l'un des contractants par l'autre, c'est -à-dire que « si les contractants ne sont pas à égalités de forces, le plus puissant trouve dans le contrat une victoire trop facile ».voir :KASSEM(M), « **l'abus de domination en matière contractuelle :étude comparé** »,thèse pour le doctorat en droit ,université de droit ,d'économie et des sciences d'Aix-Marseille,1992,p54.

2 - Le développement de la production, de la distribution et de la consommation de masse a provoqué une évolution fondamentale des pratiques contractuelles.

Les contrats qui, au XIX siècle, étaient le fruit d'une véritable discussion, d'une négociation entre producteurs et consommateurs qui se connaissent personnellement, ne sont aujourd'hui que des documents standardisés, unilatéralement pré rédigés par les professionnels et soumis à l'adhésion des consommateurs sans aucune modification ne leur soit permise. Voir : DAVO (H), « **Clause abusive** », jurisclasseur- concurrence-consommation, fascicule 820, 1991, p2.

بإرادته الحرة الواعية دون زيادة أو نقصان، وفي حالة استغلال المحترف للمستهلك بحيث  
اختل التوازن، يتوجب إقرار قواعد خاصة لحماية المستهلك وإعادة التوازن إلى العقد المبرم  
بين المحترف والمستهلك (الباب الأول)، بالإضافة إلى أننا نعيش في عصر الإنتاج  
الواسع والمتطور تكنولوجياً والمتعذر تجنب مخاطره، فالكثير من المنتجات الضارة أو  
الخطرة تطرح في السوق لتكون في متناول جمهور المستهلكين دون أن يقع شك في  
سلامتها سيما وأن جمهور المستهلكين قد تم حثه بواسطة وسائل الدعاية على شراء  
المنتجات. وأصبح نظام المسؤولية المدنية المبني على ضرورة إثبات خطأ المنتج في  
حالة إصابة المستهلك بأضرار غير كاف. ففي الوقت الذي يحيط فيه المنتج بالمنتجات  
والخدمات المعروضة في السوق، يبقى المستهلك في الغالب غير قادر على الإحاطة بها  
وقد تتسبب في إصابته بأضرار، لذا كان لزاماً على المشرع أن يقر أحكاماً جديدة  
لمسؤولية المنتج (الباب الثاني).

إن تطوير تقنيات الإنتاج أدى إلى توحيد المنتجات الاستهلاكية، وأدى كذلك إلى  
توحيد العلاقات العقدية عن طريق (العقود النموذجية). فالمستهلك يواجه عقد ليس  
بإستطاعته مناقشته<sup>1</sup>، ومنتج لا يمكن له أن يكتشف عيوبه ليدراً أضراره. على عكس  
المحترف فهو في مركز قوي، فبفضل خبرته التقنية يستطيع أن يفرض ما يخدم مصلحته  
،ونجد المشرع يحاول في الدول المختلفة الملاءمة بين الاعتبارين، تطور القانون لمواكبة  
تلك التغيرات الاقتصادية والاجتماعية من جهة، واستقرار القواعد القانونية هو أمر لازم  
في الوقت نفسه يبرره استقرار المعاملات والثقة بين الناس من جهة أخرى. فلا يتدخل  
لتعديل القواعد القانونية إلا في الحالات التي تصبح فيها تلك القواعد عاجزة عن مواكبة  
التطور في المجتمع. وباعتبار المستهلك طرفاً ضعيفاً في العلاقة التي تربطه بالمحترف

---

1- c'est ainsi que le contrat, qui est conçu comme l'adaptation de la notion de contrat aux exigences de la vie moderne, est devenu un contrat indiscutable dans ses conditions, pour répondre à ces exigences de rapidité, de simplification et de normalisation. Voir :KASSEM(M),op.cit,p51.

---

وعجز مبدأ سلطان الإرادة عن تحقيق العدالة للمستهلك، فالكفة دائماً مرجحة للطرف القوي وهو معدّ العقد. أمام هذا الوضع أصبح هذا المبدأ ليس جديراً بالحماية مما استدعى تدخل المشرع لمواكبة التغييرات الحاصلة في التقنيات التعاقدية المستحدثة وضمان تعويض المستهلك في حالة إصابته بأضرار نتيجة تناوله أو استعماله لمنتج معيب.

لذا يحق لنا أن نتساءل عن الميكانيزمات التي أقرّها المشرع للحد من اختلال التوازن العقدي بين المحترف والمستهلك هذا من جهة، ومن جهة أخرى كيف تم تجسيد حق المستهلك في التعويض عما يصيبه من أضرار نتيجة استعماله منتجات معيبة؟.

لقد اعتمدت في الإجابة عن الإشكالية البحث المقارن أساساً بين القانونين الجزائري والفرنسي وبعض القوانين الأخرى، معتمدة في ذلك كله على خطة ثنائية تتكون من بابين يتناول الباب الأول الأحكام القانونية المتعلقة بتحقيق التوازن العقدي، ويتناول الباب الثاني: مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة.

## الباب الأول

### الأحكام القانونية المتعلقة بتحقيق التوازن العقدي

#### بين المستهلك والمحترف

إن نصوص القانون المدني في أغلبها نجدها قد خاطبت المتعاقد العادي بفرض أن الظروف التي أحاطته في التعاقد ظروف عادية، وأن من يتعاقد معه على قدم المساواة. وإذا كانت المساواة بين طرفي العقد المدني يمكن تحققها في مجالات كثيرة. إلا أنها في مجال الاستهلاك (مستهلك ومحترف) غير موجودة. فالمحترف نجده يستغل مبدأ المساواة بين طرفي العقد ويجعله لصالحه مما يمكنه من فرض إرادته على المستهلك<sup>1</sup>.

فالمجتمعات الحديثة قد عرفت تغييرات جذرية في نمط الحياة المعيشية مما جعل من الاستهلاك مشكلة يومية قد لا يستطيع المستهلك بمفرده التغلب عليها مستندا في ذلك إلى القواعد التقليدية. خصوصا مع ظهور العقود النموذجية التي تتميز بانفراد طرف واحد بوضع شروط التعاقد وبنوده التي لا تقبل أية مناقشة، بحيث تتعدم إرادة المتعاقد الضعيف (المستهلك) للتفاوض بشأن العقد المراد إبرامه، فبناء لمبدأ سلطان الإرادة نجد أن إرادة

1- السيد خليل هيكل، نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص4- ص6. أنظر كذلك:

La première cause de l'avènement de ce nouvel ordre contractuel réside dans l'affaiblissement des mythes sur lesquels était fondé le droit des contrats pendant de deux siècles produit de la philosophie individualiste et de libéralisme économique, qui imprégnaient le code civil. voir : MAZAUD (D), « **Le nouvel ordre contractuel** », revue des contrats, 2003,p295. voir aussi :RZEPECKI(N),**Droit de la consommation et théorie générale du contrat** ,presse universitaire ,Aix-Marseille,2002,p47.

Etablir un équilibre au sein de la relation contractuelle, c'est avant tout ,pour le droit de la consommation, essayer d'établir un équilibre entre les partenaires eux-mêmes. En cela, il s'oppose résolument à la théorie générale du contrat puisqu'il réfute le postulat de l'égalité des parties à partir duquel on déduit que tout contrat se conclut entre les individus libres et responsables.il s'est proposé de substituer à cette analyse individualiste, reposant sur le principe de l'autonomie de la volonté, une analyse sociologique du contrat qui révèle au grand jour la faiblesse inhérente à la qualité de consommateur.

الطرف المتعاقد تتمثل في قبوله للتعاقد أو في رفضه. حتى أن هناك شك في مدى توافر هذا الجانب بسبب الاحتياج المستمر للسلعة والخدمة محل العقد.

و إذا كان القانون قد وجد لخدمة المجتمع، فإن المشرع قد عمل على استكمال المنظومة القانونية بالأحكام التي تساهم في إعادة التوازن إلى العقد المبرم بين المحترف من جهة والمستهلك من جهة أخرى<sup>1</sup>. من خلال حماية الإرادة التعاقدية (الفصل الأول)، و من خلال مواجهة الشروط التعسفية (الفصل الثاني).

---

1-L'exigence d'équilibre concerne principalement le contrat de consommation modèle par excellence de contrat a priori déséquilibré en faveur de celui qui détient le savoir rédactionnel, mais la position du consommateur plaideur doit également être prise en considération et le pouvoir..... le code de la consommation cherche à éviter le déséquilibre juridique créé par les clauses d'un contrat et non pas un déséquilibre «économique» entre un bien ou un service et le prix à payer. Voir : PICOD (Y) « **Réflexions sur la refont du code de la consommation** », revue jurisclasser- contrat – concurrence – consommation, décembre 2008, p9.

## الفصل الأول

### حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك

من أهم جوانب حماية المستهلك في ظلّ التطورات العلمية و التكنولوجية الحديثة التي صاحبت إنتاج السلع و تقديم الخدمات، تلك الجوانب التي تتعلق بإرادته إجمالاً، والمتمثلة في أهمية خلوها من العيوب، وفي وجوب تحريرها من الضغوط الواقعة عليها والتي ترتبط بشكل مباشر بوجود اختلال في التوازن المفترض تحققه في العلم والمعرفة أو في المركز الاقتصادي بين طرفي العلاقة العقدية المزمع إقامتها، على نحو قد لا يسمح لهذا المستهلك بمناقشة شروط التعاقد بكفاءة وفعالية<sup>1</sup>.

يجب حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك باعتبارها مصدراً للتعبير عن الرغبة في التعاقد، لهذا يشترط أن يتكامل لها عناصر قوتها من الحرية، والوعي، والسلامة. ولا يتحقق هذا إلا إذا كانت الإرادة بمنأى عن الممارسات المجحفة الصادرة من المحترف، والتي يعدّ من أوضح مصادرها تلك العقود سابقة الإعداد التي تختفي معها قدرات المستهلك على مناقشة بنود العقد أو التفاوض بشأن شروطه أو العلم بها، وإن علم بها هل فهمها؟(المبحث الأول) .

ولكي يكون رضى المستهلك مستثيراً يجب أن تكون إرادته متحررة من الضغوط التي أتت بها وسائل البيع الحديثة. ولا يتحقق ذلك إلا من خلال منح المستهلك فترة للتروي ومنحه إمكانية الرجوع عن العقد المبرم إذا تبين له أنه لا يحقق له مصلحة (المبحث الثاني).

1- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص304.أنظر

كذلك.:KASSEM(M),op.cit,p59

L'absence d'information du contractant qui n'a pas participé à l'élaboration du contrat prédéterminé a pour conséquence de mettre en doute son consentement élément indispensable à la validité du contrat, par là assurer son information, c'est garantir la qualité voir l'intégrité de son consentement.

## المبحث الأول

### الالتزام بالوضوح في كتابة شروط العقد

#### وتمكن المستهلك من الاطلاع عليها

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة فيما سبق يضمن الحرية و توازن العقد، بيد أن طبيعة الأمور قد تغيرت اليوم عما كانت بسبب تغير روابط القوة بين المتعاقدين<sup>1</sup>. ولما كان العقد ملزماً لأطرافه لا يجوز لأي منهما أن يستقل بنقضه و على الأخص بتعديل شروطه. أصبح من الضروري تحديد هذه الشروط في حالة عدم وضوحها بما يحسم الخلاف في شأنها من خلال أعمال سلطة القاضي في تفسير العقد. لكن كل ذلك مرتبط بالوضع الطبيعي و المفترض، الذي يقوم على فكرة المساواة بين أطراف العقد والتي

تتقرر من خلال التفاوض بجدية و بحرية، وانطلاقاً من موقف لا يشوبه وهن بالنسبة لأحد الأطراف، لينهض العقد بعد ذلك وليد الإرادة المشتركة للأطراف، فيلزمها تبعاً لذلك.

لكن الوضع السائد في العمل يختلف عن هذا الفرض بالنسبة لأنواع كثيرة من العقود، يهيمن طرف فيها على الطرف الآخر. بحيث يتفنن فيها الطرف القوي من خلال صياغة شكل و طريقة أو كيفية إبرام نموذج العقد، فتارة يصاغ بأحرف دقيقة أو ناعمة أو بشكل مزدحم متعذر القراءة، أو من خلال وضع شروط جوهريّة و محل اعتبار في محل ثانوي و جانبي في الوثيقة حتى لا ينتبه إليها الطرف الضعيف، وتارة يوقع على وثيقة لا يعلم أنها تتطوي على عقد ملزم. ناهيك عن الاستعانة بأساليب ذكية من قبل الطرف القوي، قد تتطوي على حيل، و ذلك من أجل إدماج بنود معينة في العقد لم يرد لها ذكر في الوثيقة الموقعة من الطرف الضعيف. ومثال ذلك، كتابة شروط عقدية على غطاء دفتر

1-La liberté contractuelle implique que les parties soient sur un pied d'égalité lorsqu'elles contractent. Cette égalité des armes vise à permettre à chacun des contractants de défendre ses intérêts propres. L'égalité est liée à l'équilibre entre les parties. Voir : FORNAGE (A-CH), **la mise en œuvre des droits du consommateur contractants**, L.G.D.J, paris, 2011, p55.

الشيكات من قبل البنك و ذلك بعد توقيع العميل على عقد فتح الحساب والحصول على دفتر الشيكات، مما قد يحمل العميل على الظن أنها تعتبر جزءا من الوثيقة العقدية ومن ثم يرضخ لها<sup>1</sup>. و لمعالجة الضرورات التي تستدعيها معظم العمليات التعاقدية التي تقوم في وقتنا المعاصر، وتحت شعار مهم يتمثل في **حماية المستهلك**، بادر القضاء في العديد من الدول لتكريس هذا الشعار و تطبيقه من خلال أعمال سلطة القاضي في تفسير العقود، وتوسعة هذه السلطة بهدف حماية المستهلك. متماشيا مع واقع التعامل في وقتنا المعاصر، والضرورات الاقتصادية للعملية التعاقدية الاستهلاكية وطبيعتها التي تفرض هيمنة المنتج أو الموزع على المستهلك العادي. وإن كان المشرع الجزائري، وتشريعات أخرى-كالتشريع المصري- قد كرست في القانون المدني، قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعى والبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في حالة عدم وضوح عبارات العقد. فإنّه و بالنظر إلى الطريقة التي يتم بها إعداد العقود نجدها معدة من جانب واحد، مما يجعلنا نتساءل عن مكانة الإرادة المشتركة في هذا النوع من العقود. لذا ستكون دراستنا في هذا المبحث، للبحث عن الحلول التي أتى بها المشرع للحد من سلطة المحترف في إعداده للعقد لأجل حماية إرادة المستهلك، من خلال التزام المحترف بالوضوح في كتابة عبارات (شروط العقد)، و عن الجزاء المترتب على المحترف في حالة ما إذا كان هناك غموض في شروط العقد (المطلب الأول). وضرورة إطلاع المستهلك على كافة شروط العقد النموذجي (المطلب الثاني).

## المطلب الأول

### الالتزام بالوضوح في كتابة شروط العقد

لعلّ من أهم الظواهر المتنامية في المعاملات المعاصرة ظاهرة التعاقد وفقا لصيغ نمطية معدة سلفا بحيث يقتصر دور الطرفين غالبا على اعتمادها أو الإحالة إليها. ولا يملك المتعاملون إزاءها سوى القبول أو الرفض دون مناقشة، فهي عقود تعتمد

1- أحمد عبد الرحمان الملحم، "تماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها: دراسة مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو الأمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت"، مجلة الحقوق، العدد الأول و الثاني، 1996، ص 263.

صيغا مطبوعة يقدمها أحد الطرفين للآخر. الذي يقتصر دوره على ملء الفراغات المتروكة للبيانات الخاصة به و التوقيع عليها. فيصير العقد مبرما بهذا التوقيع<sup>1</sup>.

بالنظر بدقة في العقد النموذجي يتبين عدم احتوائه على تبادل إرادات طرفيه بما يعنيه من إيجاب و قبول طبقا للقواعد العامة في العقود. فالعقد النموذجي هو مجرد صيغة بسيطة توضع لكي تكون نموذجا لعقود تبرم في المستقبل لما يوحي بالشك في وضعها بأنها عقد، من هنا اتجه رأي إلى تسميتها بالصيغة النموذجية<sup>2</sup> واعتبرها البعض الآخر بأنها تتصف بالطابع التنظيمي - حسب الفقيهين هوريو ودوقى -، وحثهم في هذا الوصف راجع إلى اعتبارات اجتماعية يمنح فيها بعض أشخاص القانون الخاص سلطة تنظيمية. لهذا نجد المستهلكون يوقعون مثل هذه العقود ولا يجدون بأن هناك فرق بين النصوص التشريعية والتنظيمية و النماذج التي يحررها المحترف لأنها كلها تفرض عليه<sup>3</sup>. فالدور الذي يضطلع به الطرف القوي يماثل في جانب منه دور المشرع في صياغة وإصدار القوانين و اللوائح. ولما كانت هذه القوانين تحتوي على قواعد عامة و مجردة، تطبق على كافة الأفراد المشمولين بأحكامها، فإن نماذج العقود قد صيغت من أجل

1-AMIEL-DONAT(J), « **Contrat de consommation** », Revue juris-classeur, concurrence - consommation, fascicule 800, 1989, p7. voir aussi : GHESTIN(J) et MARCHESSAUX-VAN-MELLE(I), « **Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens** », centre de droit des obligations, université de paris, L.G.D.J, 1996, p7.

L'adhésion est psychologiquement facilitée par l'utilisation de textes imprimés, qui paraissent de ce fait intangibles, et par le sentiment d'une égalité de traitement, facilement confondue avec la justice. L'intervention de plus en plus fréquente de l'ordinateur accentue encore l'abstraction des relations contractuelles.

2- سمير عبد السميع الاودن، **العقد الالكتروني**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص730.

3 -un texte écrit, rédigé par une personne. tente à s'imposer à une masse d'autres personnes, quelques auteurs de droit public. HAURIO et DUGUIT attribuaient a cet acte un caractère réglementaire. Les nécessités sociales justifieraient l'attribution d'un pouvoir réglementaire à certaines personnes de droit privé, c'est bien ainsi que de nombreux consommateurs perçoivent les contrats pré rédigés ils ne voient pas de différence fondamentale entre les textes législatifs ou réglementaires et les documents contractuels d'origine professionnelle car les uns et les autres s'imposent à eux. Voir: CALAIS-AULOY (J) & steinmetz (F), op.cit, . p181. voir aussi : KASSEM(M), op.cit, p51. La présentation matérielle du document contractuel participe également, à coté des facteurs économiques à l'élimination de négociations. Le document contractuel étant généralement imprimé à l'avance, et de plus en plus informatisé, rend la discussion impossible, et psychologiquement l'adhérent a l'impression, et même la conviction qu'aucune discussion n'est plus possible. L'abstraction des relations contractuelles s'accroît incapable de traiter une donnée qui ne figure pas dans son programme, l'ordinateur, même lorsqu'il peut engager un dialogue, n'admet aucune discussion.

أن تطبق أحكامها و قواعدها على كافة الأفراد،الذين يدخلون أطراف في تلك العقود التي صاغها و أملاها الطرف القوي منفردا،دون النظر إلى موازنة مصالح أطراف العقد.إذن يعد نموذج العقد في جانبه هذا في حكم (القانون الخاص)مصاغ من طرف قوي كي يطبق على أشخاص معينين بصفاتهم مستهلكين أو تجارا و ليس بذواتهم،كما هو الشأن في المفهوم التقليدي لأطراف العقد<sup>1</sup>.و يرى الفقيه saleilles في عقد الإذعان بأنه عقد إدعائي لأنه من إنشاء إرادة جهة واحدة التي تفرض قانونها على الجماعة،و يجب أن يفسر كما يفسر النص القانوني.<sup>2</sup>

لكن هناك من يرى عكس ذلك (ونؤيدهم في الموقف) بأن تشبيه عقود الإذعان (بالقانون واللوائح) أمر يتنافى مع المنطق، ذلك أن القانون أو اللائحة يطبق على الناس من دون حاجة إلى قبولهم. أما عقد الإذعان

فإنه لا ينشأ إلا بهذا القبول<sup>3</sup>. في حين اتجه رأي آخر إلى اعتبار العقود النموذجية كغيرها من العقود، فهي تستمد قوتها استنادا إلى إرادة أطرافها، يبقى الاختلاف في كون إرادتي الطرفين ليست متعادلة.

حيث تجد الشخص المحترف الذي يقوم بإعداد العقد يعرف محتواه، على عكس الشخص المستهلك الذي يكتفي بالانضمام. وهو إما يجهل مضمون العقد أو أنه ينقصه فهم ذلك العقد. فالمحترف يقوم بإعداد العقد وما على المستهلك إلا أن يوقع لكن توقيعته لا يعني بأنه قد قرأ العقد.<sup>4</sup>

1-أحمد عبد الرحمان الملحم،مرجع سابق،ص 249

2-GHESTIN(J)&MARCHESSAUX(I),le contrat d'adhésion.....op.cit,p7.

3-محمود السامرائي، " سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان "، مجلة الأسمرية ، العدد السابع، الجماهيرية العظمى (ليبيا)، 2007، ص437.

4-le contrat d'adhésion reste formé par un accord de volonté .malgré l'absence de négociation, qui n'est pas essentielle, le contrat pré rédigé n'acquiert force obligatoire à l'égard de l'adhérent qu'à partir du moment ou ce dernier a donnée son consentement. Voir : GHESTIN(J) & MARCHESSAUX (I),le contrat d'adhésion.....op.cit,p8.

بالإضافة إلى ذلك إذا قام بقراءة العقد هل فهمه؟<sup>1</sup>، ويبدو أن الاتجاه القائل بعقديه عقد الإذعان هو الذي انتصر أخيراً، على أساس أن كل تصرف يتم بإرادتين هو عقد، ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية. وأنه مهما بلغ الضغط الذي يمليه الطرف القوي على الطرف المذعن، فإنه لا يبلغ حد الإكراه الذي يعدم الرضا أو على الأقل يفسده. وبالتالي فإن القبول في عقد الإذعان قبول صحيح ينعقد باقترانه بالإيجاب عقد حقيقي وصحيح، استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، ولا يخلو هذا الرأي من المبالغة والتصنع، مما أدى إلى وضع قواعد خاصة به، تُراعى عند انعقاده وتنفيذه وتفسيره بوصفه عقداً ذا طبيعة خاصة من حيث اعتبار القبول فيه أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى المشيئة<sup>2</sup>. وأياً ما كان الأمر، فإن نموذج العقد يستأهل تحميصاً لتلمس مشخصاته، للاستهداء إلى ما يناقض مفاهيم العقد التقليدي. ويمكننا أن نستخلص من الكتابات التي تعرضت لنماذج العقود، أنه يتعين لقيام هذا العقد توافر الأمور الثلاثة الآتية:

أولاً: أن يوجه العقد للعامة، أي لعدد غير محدد من الأفراد و ليس لشخص معين بذاته،

ثانياً: أن يعد العقد مسبقاً من أحد أطرافه الذي يتعين أن يتمتع بمقدرة نافذة على التعاقد،

1-CALAIS-AULOY (J)& STEINMETZ(F), op-cit, p182., voir aussi : AMIEL-DONAT (J), op-cit, p17 : Le législateur comme le juge s'est attaché à garantir la qualité de cette information. Des obligations de forme, a cette fin ont été imposées qui visent à assurer l'effectivité de la connaissance et de la compréhension des clauses contractuelles par le consommateur.

2-محمد بودالي، حماية المستهلك ..... مرجع سابق، ص232. أنظر كذلك: عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد: الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص284-ص285. إن أكثر العقود يتحقق فيها ما نراه في عقود الإذعان من اضطرار أحد الطرفين أو كليهما للتعاقد، فعدم التساوي بين المتعاقدين لا يمكن توقيه، بل أنه أقل ضرراً في عقود الإذعان منه في العقود الأخرى، فهو في عقود الإذعان يسري على جميع من يتعاقدون مع المحتكر، إذ الكل سواء أمامه، فإن الإيجاب معروض على الكافة كما قدمنا، فينذر أن يكون هناك محل للغلط أو للتدليس. على أن ما يقال من أن المحتكر له الغلبة في التعاقد مبالغ فيه كثيراً. أليس هو أيضاً خاضعاً للظروف الاقتصادية المحيطة به، فهي التي تملي عليه شروط التعاقد، و ليس هو الذي يملها على الطرف الآخر. فهو مضطر لأن يراعي في تحديد شروطه ما تقضي به القوانين الاقتصادية، وقد يكون في بعض الظروف في موقف أضعف من موقف المستهلكين، إذا تألب عليه هؤلاء و اجتمعت كلمتهم على محاربتة.

ثالثاً: يتعين أن يقبل الطرف الآخر الإيجاب كما ورد من الطرف القوي، ولا يحق للطرف الضعيف المفاوضة على بنوده، إما أن يقبل أو يدع.

و يبرم نموذج العقد المعد من جانب الطرف القوي مع الطرف الضعيف، ولا أهمية على الغالب فيما إذا كانت السلعة أو الخدمة تعد ضرورية و حيوية لكافة الأفراد، أو أن يتمتع الطرف القوي باحتكار فعلي أو قانوني على السلعة أو الخدمة، طالما كان كافة من يوفر السلعة أو الخدمة متوافقين في جوهر فحوى بنود نماذج عقودهم<sup>1</sup>. و حتى يتحقق مبدأ الرضائية في مثل هذا النوع من العقود، يتوجب علم الأطراف المتعاقدة بما تتضمنه المستندات التعاقدية، فإذا تبين بأن القبول قد حمل على مستند غير واضح، بسبب الطريقة التي عرض بها أو غير مفهوم بسبب صياغته لا ينعقد العقد. ويتعين على المعهود إليه أمر الصياغة، اختيار الطريقة المناسبة لظروف التعاقد وملاساته، على أن تأتي عبارات العقد، وألفاظه ترجمة لحقيقة الإرادة، وإلا كانت الصياغة معيبة تثير مشكلات في تنفيذ العقد، وتفسير بنوده<sup>2</sup>.

لذلك كان لزاماً على القضاء في بادئ الأمر وتبعه المشرع فيما بعد بالتص على ضرورة كتابة العقد النموذجي كتابة واضحة. أي الابتعاد عن الغموض (الفرع الأول)، بالإضافة إلى تكريس تقنية تفسير الشك في حالة الغموض لصالح المستهلك في العقد المبرم مع المحترف (الفرع الثاني).

1- ومثال ذلك نماذج عقود بطاقات الوفاء التي توفرها البنوك أو الشركات إذ لا تشكل الخدمة التي تمنحها البطاقة ضرورة حيوية لكافة أفراد المجتمع، وإنما تعد ضرورة قصوى لرجال الأعمال المعتاد بين على السفر المتكرر، و يكاد الناظر يجزم على التشابه البين في المضمون بين نماذج عقود بطاقات الوفاء التي تصدرها الشركات و البنوك. أنظر: أحمد عبد الرحمان الملحم، مرجع سابق، ص 246.

2- أحمد السعيد الزقرد، "تحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، 2001، ص 185.

## الفرع الأول

### الابتعاد عن الغموض في صياغة العقود النموذجية

لا يمكن القول بأن التفوق الاقتصادي أو التكنولوجي أو القانوني للمحترف على عميله يعيب في حد ذاته إرادة الطرف الأقل قدرة ، كما أن الاحتياج إلى السلعة أو الخدمة لا يمكن اعتباره كذلك، وإن كان الطرف الأكثر كفاءة أو خبرة قد يستغل تفوقه ليجعل ميزان الالتزامات التعاقدية يميل إلى ما يحقق مصلحته ومنها استعمال العبارات الغامضة التي تكون في غالب الحالات مستعملة كوسيلة لخدمة المحترف<sup>1</sup>. وليس هناك معيار فاصل لتمييز العبارة الواضحة عن العبارة الغامضة، بالإضافة إلى أن المشرع وفي كل التشريعات لم يعرف العبارة الواضحة ولا العبارة الغامضة، وإنما تولى الفقه والقضاء بحصر بعض العيوب التي تؤدي إلى غموض العبارات و من أكثر العيوب شيوعاً، هي الإبهام، والتناقض، والنقص<sup>2</sup>.

وتجب الإشارة إلى أن الإبهام الذي يكتنف بعض العقود ليس وليد الصدفة دائماً، وليس أيضاً وليد رعونة واضعه وهو المحترف، ولكن في أحيان كثيرة يكون متعمداً، لأنه يسمح للمتعاقدين القوي بتمرير اشتراطات معينة تحت ستار سحابة من الغموض والإبهام، بحيث لو كانت واضحة لأحجم المتعاقد الآخر عن التعاقد<sup>3</sup>.

1-حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص60.

2-يقصد بالغموض حالة القصور التي تكون عليها عبارات العقد، فلا تكشف بجلاء عن الإرادة الحقيقية للطرفين. لتردد العقد بين عدة وجوه للتفسير، كل منها محتمل و يتعذر ترجيح وجه على آخر الأمر الذي يبعث على الشك. انظر: نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، دون ذكر سنة النشر، ص261.

3-بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومة، الجزائر، 2007، ص61.

فكثيرا ما نجد عقودا يدخلها اللبس والإبهام، ويسري فيها الضعف و الركاكة فتأتي عباراتها مشوشة التأليف، حيث يتدخل أشخاص يستعملون عبارات تقنية صعبة الفهم<sup>1</sup>. ولا يظهر هذا التناقض إلا عند تنفيذ العقد، فهو المحك الحقيقي لنصوصه على أرض الواقع حيث يظهر التّضارب بين التّعبير و الإرادة. و يرى الأستاذ السنهوري أنه مهما قيل من أن أحد المتعاقدين ضعيف أمام الآخر، فهذا لا أثر له في طبيعة العقد، و لا يسوغ تدخل القضاء لحماية الجانب الضعيف ما دام لم يستغل، وإنما الذي يبرر التدخل هو استغلال الضعف لا الضعف في ذاته. و علاج الأمر لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي تم بتوافق إرادتين، و لا بتمكين القاضي من تفسير هذا العقد كما يشاء بدعوى حماية الضعيف، فتضطرب المعاملات و تعم الفوضى، بل أن العلاج الناجع هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي<sup>2</sup>. لذلك فإن أفضل صور هذه الحماية يكون من خلال تدخل تشريعي ينظم عقود الاستهلاك و يضع أسس الحماية المناسبة له. و هو ما نصّ عليه المشرع الفرنسي في المادة 133-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي على ضرورة الكتابة الواضحة في العقود التي تقدم للمستهلك.

**« Ces conventions doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible »**

ولقد نصّ المشرع الجزائري في قانون (09-03) المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش<sup>3</sup> في المادة 18 على الالتزام بالوضوح و كان مضمونها واسعا بحيث شملت العقد من خلال الإشارة إلى شروط ضمان المنتج : "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة

1-L'imprécision affecte le contenu de l'information, l'hermétisme altère la présentation de l'information. Celle-ci n'est pas faussée, elle n'est pas compréhensible. Le jargon professionnel : il existe une tendance traditionnelle chez les hommes de métier à ne pas livrer ou à masquer derrière les formules obscures...ils n'hésitent pas à s'abriter derrière des nécessités scientifiques ou techniques pour user d'un vocabulaire incompréhensible au profane. Le jargon juridique est considéré comme un générateur d'abus pour les professionnels qui l'utilisent, et comme un obstacle entre la justice et le justiciable. Voir : CAS (G)& FERRIER (D), op.cit, p403.voir aussi :KASSEM(M),op.cit,p50.Les conditions du contrat sont rédigées par des spécialistes qui établissent un texte destiné à prévoir toutes les éventualités.ces conditions sont destinées à gouverner toutes les relations contractuelles à venir et quel que soit le contractant .en plus ,la conclusion des contrats est confiée à des agents « subalternes »,qui ne disposent d'aucun pouvoir de négociation du contenu du contrat.

2-عبد الرزاق أحمد السنهوري،نظرية العقد:الجزء الأول.....،مرجع سابق،ص285.

3-قانون رقم 09-03، مرجع سابق.

الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتج و كل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا.

وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية مقروءة و متعذر محوها.<sup>1</sup>

إنّ العلم بمحتوى العقد النموذجي لا يكون بمجرد الاطلاع على العقد، وإنّما بفهم ما ورد فيه مع الإشارة إلى أن توقيع المستهلك يلزمه بكافة الشروط سواء التي فهمها و التي لم يفهمها، لما في ذلك من إهدار للحقوق و ترتيب التزامات<sup>1</sup>.

ولضمان إعلام المستهلك لا بد من توفير شروط تحقيقه، منها أن تكون شروط العقد واضحة. فالفقه السائد في ظل مبدأ سلطان الإرادة لم يراع أن القدرة على التفاوض ومعرفة بنود العقد تتفاوت من شخص إلى آخر. بالإضافة إلى أن هذا المبدأ يؤدي إلى الحرية التامة في التقديم المادي للمستندات العقدية، غير أنه لا يمكن أن يكون هناك رضا صحيح عندما يتناول القبول مستندا غير مقروء بسبب تقديمه المادي، أو غير مفهوم بسبب تحريره.

فالتطور الصناعي والاقتصادي المذهل الذي بدأ منذ هذا القرن كان كفيلا بتبنيه الفقه إلى أن حرية الإرادة وسلطان الإرادة المفترضان وبغض النظر عن السيطرة

1-يبدو منطقيا أول وهلة التزام من وقع على العقد بما ورد فيه من شروط، فالشخص المعتاد يبدو أيضا مكلفا بالقراءة المتأنية لشروط العقد الذي يوقع عليه، ويصبح من الصعب في مثل هذه الحالة أن يثبت ذلك الشخص أنه لم يقرأ أو لم يعلم بالشروط التي وقع عليها بالفعل.

ويحاول جانب من الفقه والقضاء الفرنسي إثبات أنه على الرغم من التوقيع على العقد، فإنه لا يجب أن يفترض أن المتعاقد قد وافق بشكل تلقائي على جميع الشروط التي ترد فيه. وفي جميع الأحوال فإنه لا يجب التمسك الا بالشروط التي علم بها فعلا ووافق عليها بمحض إرادته.

أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص33. أنظر كذلك:

L'acceptation donnée globalement entraine l'efficacité de toutes les stipulations constitutives de la proposition définitive, l'acceptation –en bloc- emporterait donc acceptation de contrat en détail. voir: AMIEL-DONAT(J), op-cit, p7. voir aussi :RZEPECKI(N),op.cit,p49. « **tout homme mal informé ne peut s'empêcher de mal raisonner** ».

الاقتصادية لطرف على طرف، يواجهان اليوم عقودا لا يكاد الشخص العادي معرفة محتواها ولا المقصود منها<sup>1</sup>.

وإذا كان الإعلام ضروريا لإنارة إرادة المستهلك فيجب العمل على تحقيقه من خلال إدراجه في نص قانوني يخصّ جميع العقود التي تبرم بين المحترف والمستهلك. وعلى المشرع الجزائري أن يكمل النقص الموجود بخصوص هذا النوع من التعامل،-ليس فقط شروط الضمان هي التي تكون واضحة- فالواقع يشير إلى أن هناك العديد من العقود النموذجية التي يوقعها المستهلك يوميا.

فلا بد من مراقبة الشروط التي تتضمنها تلك العقود من حيث صياغتها، و العبارات المستعملة فيها ليضمن إرادة واعية للمستهلك والغموض الذي يكتنف العقود النموذجية قد يكون بسبب اللغة المستعملة<sup>2</sup>، أو التناقض الحاصل بين شروط العقد، أو عدم اكتمال المضمون.<sup>3</sup> ففي وثيقة الضمان على سبيل المثال نجد البائع لا يبين الخدمة التي يوفرها في حالة اكتشاف أن الشيء المبيع معيب، فهل سيقوم باستبدال الشيء المبيع، أو تصليحه أو إرجاع الثمن.

وقد تتضمن الوثيقة شرطا عاما ينص على أن الضمان لا يسري إلا في اليوم التالي لسداد القسط الأول، وورد في الشروط الخاصة أن القسط الأول يستحق منذ يوم التوقيع على العقد<sup>4</sup>. مما يؤدي إلى تعارض بين أحكام العقد فهنا لا بد من تعطيل حكم

1-L'information la plus précieuse, la plus complète n'offre aucun intérêt si elle n'est pas claire, compréhensible à l'entendement de son destinataire. voir : CAS(G)&FERRIER(D), op.cit, p388.

2-S'interroger sur l'existence d'une obligation pour le professionnel d'informer le consommateur dans la langue de son Etat de domicile. La directive 93/13 CEE concernant les clauses abusives ne renseigne pas sur ce point. Voir : FORNAGE (A-CH), op. cit, p198.

3-L'ambiguïté peut aussi tenir à la contradiction qui apparaît entre plusieurs clauses du même contrat, une police d'assurance par exemple énonce à tel endroit qu'un sinistre est couvert par l'assurance, et indiqué à un autre endroit qu'il n'est pas couvert des deux clauses, laquelle doit l'emporter ? . voir : CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), op-cit, p191.

4-ليس هناك ما يبرر تغليب الشرط الخاص على الشرط العام إذا لم تتجه إرادة الطرفان صراحة إلى استبعاد الشرط العام الوارد في العقد: أنظر عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف،

الشرط العام بالنص على شرط خاص معارض له، و من ثم لزم إعمال ارادتيهما بيد أنه يتعين أن يكون هناك تعارض صريح و واضح، بحيث يتعذر التوفيق بين الشرطين فإذا لم يكن هناك ثمة تعارض حقيقي فلا محل للتغليب<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد يكون العقد الذي يبرمه المستهلك مع المحترف واضحا ولكنّه مصاغ في حروف غير مقروءة، لا تلتفت نظر الطرف المذعن (المستهلك) إليه رغم أهميته وبالتالي لم يأخذه في الحسبان، و بالتالي لم يتحقق شرط العلم لديه فلا أثر لهذا الشرط، وهذا ما درج عليه القضاء الفرنسي بشأن وثائق التأمين المحررة بحروف دقيقة يصعب قراءتها. إذ تم حظر استخدام الحروف الدقيقة في صياغة الشروط العامة التي تمس مصلحة المستأمن، حيث استلزم أن تكون مدونة بحروف واضحة متميزة عن باقي شروط الوثيقة، سواء كانت هذه الشروط المؤثرة مطبوعة أو مخطوطة، و لا يكفي أن تكون بأحرف كبيرة إذا كانت تماثل غيرها من شروط الوثيقة فلا تميزها عن سواها. و نجد المشرع الجزائري في نفس الاتجاه نص في المادة 622 ق.م.ج على أنه: "يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية....."

- كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر و كان متعلقا بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط.....".

الإسكندرية، 2002، ص 412. وهناك من يرى عكس ذلك أي ضرورة تغليب الشرط الخاص على الشرط العام. أنظر: KASS EM(M), op.cit, p99.

La règle est généralement justifiée par la considération qu'une stipulation particulière constituant une dérogation spécialement rédigée, représente avec plus d'exactitude la volonté des parties et que celles-ci lui ont prêté plus d'attention. la raison décisive est quelque peu différent, c'est surtout par ce que la stipulation particulière constitue une dérogation, apportée dans l'intérêt du contractant le plus faible, aux conditions générales établies par le plus fort que les tribunaux lui accordent cette prépondérance.

1- عبد الحكيم فودة ، المرجع السابق، ص 412-ص 413.

Voir aussi : NOGUERO (D), op. cit, p715-p714.

On admet que les conditions particulières sont censées mieux exprimer la volonté des parties que les conditions générales, d'où leur primauté.

En matière d'assurance, si les versions de chacune des parties sont inconciliable, il ya priorité pour la police de l'assuré. Condition sous- entendue : il n'ya pas de preuve de l'acceptation des autres conditions générales opposées par l'assureur, par exemple dès lors que la valeur d'un indice devant servir au calcul d'une indemnisation est différente dans l'exemplaire de la police remis à l'assuré et dans celui détenu par l'assureur, il ya lien de faire prévaloir le premier.

وقد يحدث تعارض بين شرط مخطوط و آخر مطبوع فان الغلبة تكون للأول<sup>1</sup>، مرجع ذلك أن الشرط المخطوط وليد نقاش بين طرفي التعاقد بعكس الشرط المطبوع الذي يذعن له الطرف الآخر. فإذا ثار شك حول شرط من شروط العقد لا بد من إيجاد حل يخدم مصلحة المستهلك الذي لم يتدخل في تحرير العقد الذي قام بتوقيعه.

فكان على المشرع الفرنسي أن يساير القضاء (الفرنسي) بتكريس تفسير الشك لمصلحة المستهلك في حالة ما إذا كان هناك غموض اكتنف شروط العقد و نتج عنه نزاع بينه و بين المحترف. -ما سنراه في الفرع الثاني-

## الفرع الثاني

### الجزء الذي يلحق العقد في حالة غموضه

يرجع الدافع إلى تفسير العقد هو ما اعتراه من غموض، وليس المقصود غموض اللفظ، بل غموض المعنى، فإذا كان المعنى واضحاً فلا حاجة للتفسير، ولا يقصد بالوضوح الوضوح الظاهري. بل الوضوح الحقيقي الذي يعكس الإرادة الحقيقية<sup>2</sup>. ونظراً إلى أن القواعد العامة للعدالة تقضي بأن "القوانين إنما سنت كي تمنع القوي من أن يسخر قدرته لفعل ما يشاء". كما تقضي قواعد التفسير بأن الغموض في عقد البيع يفسر ضد البائع (لمصلحة المشتري)، وكذلك تفسر العبارات ضد من استعملها. فإنه بناء على مميزات نموذج العقد، و مساهمة للتطور السريع في إبرام العمليات التجارية في

1-de façon générale, en cas de conflit, une clause manuscrite prévaut sur une clause imprimée car elle est supposée être plus révélatrice de l'intention commune.

Mais cette réalité est quelque peu dépassée avec l'utilisation quasi exclusive de documents produits sans intervention de la plume tenue par la main. Voir : NOGUERO (D), « **la détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation** », Gazette du palais, N2, 2012, p714.

2 -يقصد بالتفسير بصفة عامة، استجلاء المعنى الحقيقي للنص. ويراد بمناسبة تنفيذ العقد - بصفة خاصة- استجلاء معنى العقد، بالوقوف على الإرادة المشتركة للعاقدين، ويأتي ذلك من خلال عبارات العقد وعرف بعض شراح القانون التفسير بالنظر إلى الهدف من عملية التفسير فقالوا: تحديد معنى الشرط التعاقدية والغرض منه. إن تفسير العقد يعني بحث التعبير التعاقدية للتعرف منه على نية المتعاقدين، فالهدف من البحث التفسيري هو نية المتعاقدين. أنظر: وليد صالح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد و الاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009، ص139.

البيئة التجارية، يتعين القول بإلزام نموذج العقد سواء قرأ أو لم يقرأ، فهم أو لم يفهم من جانب الطرف الضعيف<sup>1</sup>، وحماية للطرف الضعيف من تعسف الطرف القوي و جبروته يتعين توفير الضمانات للمستهلك من خلال أعمال قواعد التفسير لمصلحته في كل حالة يثور فيها الشك.

لقد كان القضاء الفرنسي سباقا إلى أعمال مبدأ حسن النية في غياب النصوص التشريعية وذلك بإقراره في مختلف القضايا بعدم نفاذ الشرط الذي يكون موضع نزاع مع المستهلك. فإذا كانت المادة 1602 ق.م.ف تخص عقد البيع فإن القضاء قد وسّع من نطاق تطبيقها<sup>2</sup>. و نظر القضاء- خاصة البلجيكي- إلى العقود النمطية بصفة عامة على أنها عقود تحتوي على بنود موضوعة سلفا من جانب أحد الطرفين، و قد أولاهما اهتماما خاصا. بدأ-أولا- في البحث المكثف و الدقيق عن الإرادة الحقيقية للأطراف و التي تقف خلف إرادتهم المعلنة، و باسم الإرادة الحقيقية رجح القضاء الشروط الخاصة أو المضافة بمعرفة الطرفين على الشروط العامة الموضوعة سلفا من جانب أحدهما. و قد حل البحث عن الإرادة الحقيقية التناقض الذي قد يوجد بين الشروط العقدية الموضوعة مسبقا و خاصة عندما يحاول كل طرف فرض مفاهيمه الخاصة و التي لا تؤدي إليها بنود العقد نفسها، بل إن القضاء قد وصل إلى حد إبطال الشروط المتعارضة عندما يتضح أنها أو بعضها ليست محل اتفاق بين الطرفين<sup>3</sup>. لقد استشرع القضاء الحيف المنزل على الطرف الضعيف

1- أحمد عبد الرحمان الملحم، مرجع سابق، ص 265.

2- l'article 1602c.civ dispose que : « Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige » elle a été généralisée par la jurisprudence qui l'applique a toutes sortes de contrat. voir : CALAIS-AULOY(J)&STEINMETZ(F), op-cit, p52..

3- وقد حكم عملية البحث عن الإرادة الحقيقية اتجاهاً مهماً في التفسير: الأول: و يسمى بالتفسير المقيد و فيه يجتهد القاضي بتحديد مضمون البنود بشكل لا يؤدي إلى الخروج عن القواعد العامة كلما أمكنه ذلك. متقيداً بالبنود التي وردت بالعقد و بما يشير إليه مضمونها من خلال العبارات التي صيغت بها.

الثاني: و فيه يتوسع القاضي في عملية التفسير لدرجة أنه يقوم بتفسير الشروط الموضوعة سلفا ضد مصلحة المتعاقد الذي قام بوضعها و لصالح الطرف الآخر. و قد أيد الفقه هذا التوسع و خاصة في حالة ما إذا كانت الشروط المراد تفسيرها تولد التزاماً على عاتق الطرف المفروضة عليه. و قد ظهر هذا التفسير بشكل واضح في عقد التأمين حيث =

جراء التعاقد وفقا لنموذج عقد. و قد كان بديهيا بادئ ذي بدء، أن يعمل القضاء على إغاثة وإعانة الطرف الضعيف في حدود ما هو مسموح به قانونا و ما هو مستقر عليه قضاء، لذا فإن الأداة الأولى التي كان بوسع

القضاء استعمالها هي تفسير الشرط المجحف ضد مصلحة الطرف القوي ولا مندوحة أن قواعد التفسير القانونية تخدم الطرف الضعيف و تعين القضاء على تحقيق العدالة، "فمن لزم الحرفية لزم القشور وضيع اللباب"، و"تفسير العبارات ضد من استعملها"، و"القانون يعين المخدوعين لا الخادعين"، و"سنت القوانين كي تمنع القوي من أن يسخر قدرته لفعل ما يشاء"، و ينبغي الأخذ بالبساطة في إنشاء المستندات، كي لا يشكك فهمها على العامة و يضيع الغرض منها بدلا من أن يتضح على حقيقته و ينفذ<sup>1</sup>.

فمبدأ حرية الإرادة و ما يترتب عليه من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المقررة في القانون المدني، هما في الواقع قناع يخفي استغلال القوي للضعيف. لأن المساواة في كثير من العقود قد تكون مستحيلة، وإذا رضي الطرف الضعيف بشروط القوي يكون هذا مستساغا في نظر القانون إعمالا لمبدأ حرية الإرادة. أما في

القانون المدني الجزائري فقد نص المشرع في المادة 112 ق.م.ج على أن "يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعى".

لقد استعمل المشرع مصطلح التأويل بدلا من التفسير، وقد جاء في النص باللغة الفرنسية مصطلح والذي يعني التفسير والأرجح أن نستعمل التفسير بدلا من التأويل<sup>2</sup> (interprétation).

=وقف القضاء عموما أمام الشروط التي بمقتضاها يسقط حق المتعاقد في الحصول على مبلغ التأمين من الشركة موقف الشك و الريبة عن طريق تفسيرها لصالح المتعاقد و ضد الشركة. أنظر: محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص 755.

1- أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 273.

2- التأويل في الاصطلاح هو صرف اللفظ عن معناه الظاهر وإرادة معنى آخر يحتمل اللفظ للدلالة عليه، فالتفسير والتأويل يشتركان في أن النص المراد تفسيره أو تأويله هو نص غامض، ويختلفان فيعطينا التأويل المعنى المرجح من النص، أما التفسير المعنى المراد منه. إن مصطلح التفسير يكون أولى من استعمال مصطلح التأويل رغم تقارب المصطلحين.

ففي حالة الشك حيث يصعب الترجيح بين الاحتمالات المختلفة للعبارة الغامضة، فإن هذا الشك يفسر لمصلحة المدين بوصفه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية والذي يعمل المشرع على حمايته كما وأن الالتزام قيد استثنائي يجب حصره عند الشك في أضييق نطاق ويستفيد بتلك القاعدة المدين على وجه العموم بالنظر لكل شرط من شروط العقد، فقد يكون الشخص دائنا بالنسبة لبند في العقد ومدينا في بند آخر. و يذهب بعض الفقه إلى أن المدين بالشرط هو الذي يلقي عليه الشرط عبئا، لا نتصور بطبيعة الحال شرطا تعسفيا، خاصة في ظل انتشار العقود النموذجية، و انفراد المهني بوضع بنود العقد، أن يكون هناك بند يترتب على وجوده زيادة أعباء المهني، بل الأعباء تترتب في جانب المستهلك لذلك هو المدين في هذا الفرض. و يؤيد ذلك بعضا آخر من الفقه بقوله "إن المقصود بالمدين هو الشخص الذي من شأن أعمال الشرط أن يضره، و من ثم فإن تفسير الشرط يكون لمصلحة من يضر بوجوده، و لا يقدر في ذلك أن المشرع لم يستخدم إلا عبارة المدين، فإنه يجب أن يفهم أن المقصود بالمدين في الشرط أو الذي يضره الشرط، أو الذي يقع عليه عبء الشرط. و ترتيبا على ذلك فإن إثبات الشرط يكون على عاتق من يدعي وجوده<sup>1</sup>. وقد

1- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص421. أنظر كذلك: عبد الرزاق أحمد الرزاق السنهوري، نظرية العقد: الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص946-947. إن القاضي لا يلجأ إلى قاعدة -تفسير الالتزام عند الشك لمصلحة الملتزم- أولا: إلا إذا عجز عن تبين نية المتعاقدين، فهو إذا لجأ إليها فليس يفعل ذلك ليفسر نية المتعاقدين، فإن المفروض أنه عاجز عن هذا والأمر، بل هو يضع حد للشك من طريق افتراض قانوني وضعه المشرع. ثانيا: و تبني القاعدة أيضا على فكرة أن الأصل براءة الذمة، فالالتزام هو الاستثناء، و الاستثناء لا يتوسع فيه. ثالثا: و يقولون أيضا في تبرير القاعدة أن الالتزام يمليه الدائن لا المدين، فإذا أملاه مبهما يحوم حوله الشك فالخطأ خطأه، ووجب أن يفسر الالتزام لمصلحة المدين، إذا كان في مقدور الدائن أن يجعل الالتزام واضحا فلا يحتاج الى تفسير. رابعا: و بينون القاعدة على الأصل الذي يقضي بأن الدائن هو المكلف بإثبات الالتزام، فإذا كان في الالتزام شك من حيث مداه، و أراد الدائن الأخذ بمدى واسع، كان عاجزا عن إثبات ذلك، فلا يبقى إلا الأخذ بالمدى الضيق لأنه هو وحده الذي قام عليه الدليل. فتكون القاعدة على هذا الاعتبار قاعدة في الإثبات لا قاعدة في التفسير.

على أنه يمكن إدخال القاعدة ضمن قواعد التفسير إذا استندنا في تبريرها إلى أن النية المعقولة عند الملتزم هو أن يلتزم إلى أضييق مدى تتحملة عبارات العقد، فلا يمكن أن يكون هناك توافق بين إرادة الدائن و إرادة المدين إلا في حدود هذا المدى الضيق.

استثنى المشرع حالة الطرف المذعن في عقود الإذعان حيث قضى بتفسير الشك لمصلحته سواء كان هذا الطرف المذعن مدينا أو دائنا.

إن صياغة شروط عقد الإذعان من جانب الطرف القوي بطريقة غامضة يعتبر خطأ يترتب عليه مسؤولية المحترف، ولما كان أفضل التعويض هو ما كان عينا، فإن تفسير الشك لمصلحة المذعن يكون هو أفضل تعويض يمكن الأخير الحصول عليه ففي عقود الإذعان التي تتضمن شروطا مجحفة بأحد الطرفين فإن القاضي يعمل قواعد العدالة ويفسر الشرط لصالح الطرف المذعن أو الضعيف في العلاقة العقدية وعند قيام القاضي بمهمة التفسير فإنه يحاول الوقوف على الشروط التي تتصف بالإذعان وذلك من طبيعة العقد ذاته، وهل هو عقد نموذجي نشأ بعدم المناقشة والمداولة بين أطرافه، ويبحث عن مقدار الالتزامات المتقابلة حتى يصل إلى إسباغ وصف الإذعان على العقد. خاصة وان العقد لا يتضمن عبارة أنه عقد إذعان أو شرط إذعان فإذا اهتدى القاضي عن طريق التفسير إلى أنه أمام عقد إذعان أو شرط إذعان فإنه يفسر هذا الإذعان لصالح الطرف الضعيف وهو ما يمثل قيادا على إرادة الطرف الآخر الذي أملى شروط العقد ويتدخل القاضي بمقتضى ولايته العامة لتعديل ما لا يتلاءم من هذه الشروط مع مقتضى العقد<sup>1</sup>. فأصبح من السهل على القاضي تفسير عقد الإذعان ذلك أنه غير مجبر على الاجتهاد لحماية الطرف الضعيف، وإنما يفسر الشك لصالح المذعن سواء كان مدينا أو دائنا كونه الطرف الضعيف في عقد الإذعان دائما، إن تبعية الغموض تقع على عاتق الموجب الذي انفرد بتحرير العقد وهو الطرف الداعن وكان من الأولى تفسير الغموض لصالح الطرف المذعن<sup>2</sup>.

1- فؤاد محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص187.  
2- هناك من يرى أن أساس تفسير الشروط الغامضة في عقد الإذعان لمصلحة المذعن ليس هو مسؤوليته عن الغموض في التعبير، بقدر ما هو حماية الطرف الضعيف في عقد الإذعان، فأساس هذا النص الاستثنائي يكمن في العدالة لا في المسؤولية. فالقانون يريد أن يأخذ بيد الضعيف ويحميه من جور الطرف القوي. انظر: محمد إبراهيم بنداري، "تحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان" مجلة الأمن والقانون، السنة الثامنة، العدد الأول، 2000، ص104.

لقد قضى القضاء الفرنسي بعدم نفاذ الشروط الغامضة، في قضية عرضت على مجلس قضاء باريس حول عقد التأمين الذي كان يشتمل على عبارة مختصرة غير مفهومة، (03-DF): ومعناها ثلاثة أشهر غير قابلة للتجديد **Durée.Fix.3mois** بحيث المبلغ الذي دفعه المستأمن كان لثلاثة أشهر في حين اعتقد في البداية أنه قد تعاقد لمدة سنة، رفع المستأمن دعوى ضد شركة التأمين، نظرا للغموض الذي اكتنف صياغة بنود العقود.

وقضى القاضي بعدم نفاذ الشرط الغامض، لما في ذلك من حماية للمؤمن له<sup>1</sup>. إن العقد بالنظر إليه في وظيفته الرئيسية كأداة لتبادل الأموال والخدمات، هو مصدر من مصادر الالتزام خاضع لمبدأ العدالة المتبادلة. بمعنى أنه يحقق التوازن بين الذمم المالية مما يستدعي أن يتلقى كلا الطرفين معادل ما أعطاه للطرف الآخر<sup>2</sup>. و يبين العميد ريبير بأن حسن النية هو أحد الوسائل التي يستخدمها كلا من المشرع و المحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، ففي العقود التي تبرم في الواقع اليومي يقوم التزام على عاتق الأطراف بالصدق و الصراحة في مواجهة بعضهم البعض. وفق ما يقتضيه حسن النية في التعامل. إلا أنّ العمل بهذا الالتزام لا يكفي لتوفير حماية فعالة للمستهلك في وقتنا المعاصر. إن تزايد عدم المساواة بين المحترف و المستهلك لا بد أن يؤدي إلى تزايد الحماية بسن نصوص قانونية جديدة تكفل المساواة بين الطرفين. فإذا كان المشرع الجزائري على غرار المشرع المصري قد نص في المادة **112 ق.م.ج** على تفسير الشك لصالح الطرف المدين. فإذا كانت هناك

1-LABARTHE (F), **La notion de document contractuel**, L.G.D.J, paris, 1994, p22. Voir aussi :GHESTIN(J)&DESCHE(B), **Traité des contrats-la vente**, L.G.D.J, paris, 1990, p281.

Le principe du consensualisme conduit a admettre une liberté complète dans la présentation matérielle des documents contractuels. Il ne peut cependant y avoir de consentement valable lorsque l'acceptation a porté sur un document illisible en raison de sa présentation matérielle, ou incompréhensible. En raison de sa rédaction, en règle générale la jurisprudence examine concrètement la présentation matérielle et la rédaction des documents. Pour faire produire effet de l'engagement pris, ou pour refuser toute force obligatoire.

2-L'autonomie de la volonté ne signifie pas l'absolutisme de la volonté.....et l'on sait bien que la volonté du contractant économiquement faible trouve plus de limites dans la liberté que dans la loi. on se rappellera la belle formule de LACORDAIRE « entre le faible et le fort, c'est la liberté qui asservit et la loi qui libère »l'autonomie de la volonté n'implique donc pas que la loi laisse une entière liberté aux volontés individuelles, voir : LACHIEZE(C), **Droit des contrats**, ELLIPSES, Paris, 2003, p110.

بعض البنود التي لم يستطع المستهلك فهمها أو اعتقد بأنه فهمها، ثم ثار شك حولها فيما بعد فإنها ستفسر لمصلحته. وقد تكون النتيجة لهذا التفسير هي بطلان العقد إذا كانت محل النزاع مسائل أساسية كميعة التسليم، الثمن في عقد البيع، أما إذا كانت مسائل ثانوية فلا يبطل العقد و إنما يتولى القاضي حسم الخلاف بشأنها مهتديا في ذلك بطبيعة المعاملة محل العقد، والعرف الجاري، و مقتضيات العدالة وهي مسألة واقع تخضع لسلطة قاضي الموضوع. فلقاضي الموضوع السلطة التقديرية في الوصول إلى القول أن العقد غامض.

فهو لن يقف عند ادعاء الطرف الضعيف بغموض العقد بل عليه أن يستعين بكل الظروف التي تمكنه من تقدير ما إذا كانت العبارات غامضة مراعيًا في ذلك وضع الأطراف، ذلك أن ما هو غامض بالنسبة لأحد الأطراف قد لا يكون كذلك بالنسبة لغيره.

وفي عقود الإذعان يفسر الشك لصالح الطرف المذعن حتى ولو كان دائئا، إلا أن المشرع قد قيّد هذا الحل فقط فيما يخصّ العبارات الغامضة، وهناك معضلة أخرى تجابه القضاء في إغاثة الطرف الضعيف عند تطبيق المبادئ العامة للعقد، قوامها أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. و هكذا نلاحظ أن القضاء، و على حسب المبادئ العامة، يهب إلى إغاثة الطرف الضعيف إذا كانت عبارة العقد تتطوي على غموض أو شك، و قد يذهب إلى الأخذ بأصح التفسير لمصلحة الطرف الضعيف، و تغل يدها و تكبل إذا كانت عبارة العقد واضحة و لكنها مجحفة و طبقا لما سبق الإشارة إليه فإن الوضع الحالي لا يتناسب مع مثل هذا الحل، فالعقد قد لا يكون غامضا ولكنه مكتوب بطريقة غير مقروءة. فقد يلجأ الطرف القوي إلى الابتعاد عن الغموض فيصلح من عبارات العقد، و ضبطها بدقة، حتى لا يدع للقضاء فرصة للانحراف عن المعنى الطبيعي للعبارات، مما يشكل إخراجا للقضاء، لأن يدها تغل عن التفسير في حال وضوح عبارات العقد.

إن المشرع الفرنسي قد تقادى مثل هذا التقييد بحيث فتح المجال للقاضي في كل حالة تكون فيها شروط العقد محل شك، تفسر لمصلحة المستهلك<sup>1</sup> وهو الحل الذي نراه مناسباً ومراعياً لمصلحة المستهلك بإضافة نص قانوني إلى قانون الاستهلاك الجزائري، يقرّ فيه المشرّع هذه الإمكانية بدون قيدها بشأن عقود الإذعان، فكلما كان المستهلك طرفاً في عقد مع المحترف وثار شك حول إحدى بنود العقد، يتم تفسير العقد لمصلحة المستهلك.

إن استقلال أحد المتعاقدين بصياغة هذه العقود ووضع شروطها، يجعله مسؤولاً وحده عن الغموض أو النقص فيها مما يلزم معه ألا يكون تفسير الغموض أو تكملة النقص ضاراً بمصلحة الطرف الآخر. كما أن استقلاله بذلك يمكنه من صياغة وتوجيه محتواه لصالحه وضد صالح الطرف الآخر. مما يلزم معه إعفاء الطرف الآخر منها كلما صارت جوراً عليه<sup>2</sup>.

للقاضي السلطة الواسعة في تفسير العقد الاستهلاكي، على النحو الذي يحقق حماية أكيدة للمستهلك<sup>3</sup>، وعلى الأخصّ تفسير الشروط الواردة في عقود الاستهلاك أيّاً كان نوعها، بما يحقق مصلحة المستهلك، لا باعتباره طرفاً مذعناً، ولكن من خلال

1-L'article 133-2 c. consommation « les clauses des contrats proposées par les professionnels aux Consommateurs..... s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable aux consommateurs. " La sanction de l'obligation de clarté se trouve dans l'interprétation du contrat une clause obscure ou ambiguë sera interprétée, dans le sens le plus favorable au consommateur. La sanction ne peut être appliquée que par un juge, or les litiges de consommation échappent pour= =la plupart aux tribunaux, l'obligation de clarté reste donc dans bien des cas un vœu pieux sans conséquences pratiques. voir : CALAIS-AULOY(J)&STEINMETZ(F), op-cit, p183

2-مبدأ العدالة يعني حماية الجانب الضعيف في العقد، فالدائن هو الذي يفرض الالتزام ويحدد شروطه و من ثم فعليه أن يعين أبعاده في وضوح كامل. فإذا شابه غموض تعذر إزالته فسر ذلك لمصلحة المدين، كما يسري هذا المبدأ على مملي الشرط سواء كان دائماً أم مديناً في العقد فعليه أن يوضح ما يمليه. أنظر: نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص308. انظر كذلك: مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، دون ذكر مكان و سنة النشر، ص101. أنظر كذلك: عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك : دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص524 . إن سلطة القضاء في تفسير العقود التي تبرم للاستهلاك بقيت محصورة في نطاق الحماية التقليدية، التي توفرها النصوص المدنية، والقضاء لم يبادر إلى تطوير سلطاته في اتجاه حماية المستهلك، نجد القاضي لا يزال يفسر العقد بالاستناد إلى إرادة أطرافه.

3-جمال فاخر النكاس، "الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود و التصرفات: دراسة في قضاء التمييز الكويتي والقانون المقارن"، مجلة الحقوق الكويتية، 1999، ص58.

نظرية العقد الاستهلاكي الذي لا ينطبق بالضرورة على عقد الإذعان بمفهومه التقليدي، الذي ينفرد أحد أطرافه بوضعه جملة وتفصيلا. في حين يقتصر دور الطرف الثاني على التوقيع دون نقاش، بل يقرّ بعض الفقه الفرنسي أن ذلك ينطبق على كل العقود بمختلف أنواعها، مستندا في ذلك، إلى اتساع نطاق التشريعات التي تحمي المستهلك، وعدم ربطها بحماية الطرف المذعن فقط، في الإطار الضيق لعقود الإذعان.

بل ذهب بعض الفقه إلى أبعد من ذلك. فكانت التوسعة كبيرة في رأيه، حين يتعلق الأمر بعقود الإذعان باعتبارها عقودا من طبيعة مختلفة لنتسع سلطة القاضي في التفسير في شأنها بشكل غير محدود. وهو ما رفضه البعض الآخر من الفقه باعتبار عقد الإذعان عقد ككل العقود فينبغي أن يعامل على هذا الأساس. كل ما في الأمر أن بعض شروطه التي يستقل أحد الأطراف بوضعها من الممكن أن تكون مجهولة للطرف الآخر بما يعني عدم انطباقها عليه.

لذلك نادى بعض الفقه الفرنسي إلى ضرورة توحيد مبادئ التفسير القضائي للعقود النموذجية و أغلبها عقود الإذعان، بحيث لا تؤدي حرية القاضي إزاءها إلى اختلاف الأحكام في شأن العقود ذاتها في النزاعات المختلفة<sup>1</sup>.

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 21 جانفي 2003. نجدها قد طبقت نص المادة 134-2. من قانون الاستهلاك الفرنسي، وقضت بتفسير الشك لمصلحة المستهلك في قضية جمعت بنك وزوجين لأجل الحصول على قرض، وحتى يتم الحصول عليه اشترط البنك على الزوجين اكتتاب تأمين والشركة المؤمنة تكون مقترحة من طرف البنك وهو الأمر الغالب لأنه يتعامل معها، أو شركة يختارها المقترض.

وهي حالات قليلة، وتم اكتتاب التأمين وتضمن العقد شرطا يقضي بأن المقترض لا بد أن يكون سنه أقل من 65 سنة عند اكتتاب التأمين وهو الشرط الذي توفر لدى

1-II faut en déduire que le caractère obscur d'une clause n'oblige pas le juge national à la déclarer non écrite. Cette solution n'est pas satisfaisante.

En présence d'une clause illisible, le contrôle formel opéré par le juge national devrait se transformer en contrôle matériel. Voir : FORNAGE (A-CH), op. cit, p200.

الزوجين عند الاكتتاب. لكن العقد تضمّن صفحات كثيرة وفي إحداها أدرجت الشركة شرطاً آخر يقضي بأن التأمين لا يسري في حالة ما إذا توفي المؤمن له وهو يتجاوز 65 سنة، وهو الشرط الذي لم ينتبه إليه الزوجين.

إن الشرط الأول يكون حافظاً لكي يوقع الزوجين وثيقة التأمين، حيث أن المؤمن له (المقترض) يعتقد بأن التأمين يبقى قائماً إلى غاية حلول ميعاد سداد الدين، خاصة وأن أقساط التأمين تدفع دورياً.

وبوفاة أحد الزوجين، وهو يتجاوز 65 سنة، رفض المؤمن أن يكون ضامناً للدين باستعماله الشرط الذي يقضي بعدم سريان التأمين في حالة ما إذا أصيب المؤمن له بعجز دائم أو وفاة (و هو يتجاوز 65 سنة). فقضت محكمة النقض الفرنسية بضرورة إعلام المستهلك على مستوى المؤسسات المالية لصالح المستهلك التي تعتمد نظام التأمين، فلا يكفيها أن تسلم المتعامل معها الوثيقة المتضمنة شروط التعاقد. وإنما عليها شرح تلك الشروط، خاصة إذا اكتنفها غموض<sup>1</sup>.

فإذا كانت هناك بعض البنود التي لم يستطع فهمها من جانب المتعاقد فإنه يفسر لمصلحته. و قد تكون النتيجة الوحيدة لهذا التفسير هي بطلان العقد. إلا أن بطلان العقد لا يتقرر إلا إذا كانت الأحكام التي لم يعلم بها أساسية أو جوهرية كالثمن في عقد البيع مثلاً، أما إذا كانت الأحكام ثانوية فلا يبطل العقد و إنما يتولى القاضي حسم الخلاف بشأنها. و الأصل أن القاضي لا يخضع لرقابة محكمة النقض، إلا أن القضاء الفرنسي يخضع تفسير أحكام العقد النموذجي و بنوده لرقابة محكمة النقض استشعاراً منه بأهمية هذه الأحكام وخطورتها، وبالتالي ما يرد عليها من تفسير و ما يترتب على ذلك من تحديد لالتزامات أطراف العقد الذي يعد العقد النموذجي جزء منه<sup>2</sup>.

1-GUY(R), « **Contrat de consommation : crédit à la consommation et l'obligation D'information.** », Revue de juris-classeur, Paris, 2006, p321.

2-محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص732. أنظر كذلك: أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص250. إن الطابع العام لنموذج العقد دعا بعض الدول التي تسلك النظام اللاتيني إلى تقرير رقابة المحكمة العليا على محكمة الموضوع في صحة تفسير نماذج العقود، على الرغم من أن العقد لا يخضع في تفسيره إلى رقابة هذه المحكمة لاعتباره من قبيل الحقائق أو الوقائع.

لقد أصبح العقد النموذجي من الضرورات التي تفرضها الظروف الحديثة في الإنتاج الصناعي الكبير، واتساع النشاط التجاري على الخصوص، لكن بشرط أن لا يكون على حساب مصلحة المستهلك الطرف الضعيف. وعلى المشرع الجزائري أن يواكب التغيرات الحاصلة بمنح القاضي سلطة توسعية في تفسير العقود التي تبرم للاستهلاك. - أي عدم ربطها بصفة الإذعان.-

إن حماية المستهلك تكون من خلال إعلامه وحتى يتحقق هذا لابد من الابتعاد عن الغموض. تطبيقاً لمقولة: «SAUVY - être libre c'est être informé-»<sup>1</sup>  
Alfred»<sup>1</sup>

"

### المطلب الثاني:

#### وجوب اطلاع المستهلك على كافة شروط العقد النموذجي

إن العقد النموذجي يكاد ينال بحرية الطرف الذي ينضم إليه في التعبير عن إرادته. وتدفع سرعة التعامل إلى شراء السلع والخدمات اليومية إلى التوقيع على العديد من هذه العقود النموذجية. بما لا يترك مجالاً أمام المستهلك لتمحيص كل عقد على حدى (الفرع الأول)، وهكذا يتعاقد العميل بدون علمه ببند العقد أو من غير معرفته بأثرها خاصة تلك الشروط الواردة في الوثائق غير الموقعة (الفرع الثاني).

- إن رقابة محكمة التمييز لمحكمة الموضوع في صحة تطبيق و تفسير نماذج العقود يؤدي حتماً إلى توحيد أحكامها وتنقيتها. غير أن الطرف القوي يكون يقظاً دائماً في حال تفسير بنود نموذج العقد ضد مصلحته. فيلجأ إلى تحويلها حتى تتلاءم مع مصلحته، وفقاً لما انتهت إليه محكمة النقض. أنظر كذلك: نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 243. إن مسألة تفسير العقد تصبح مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ما دام أن الفرض ليس هو تفسير نية المتعاقدين بل تفسير نص العقد، فيكون حكم ذلك هو حكم تفسير نص القانون.

1-CAS(G) &FERRIER(D), op-cit, p388.

## الفرع الأول

### أثر توقيع المستهلك على العقد النموذجي

توفر النصوص القانونية (التقليدية) عادة قدرا من الحماية للمتعاقدين في تعاملهم مع بعضهم البعض على أساس المساواة فيما بينهم. على نحو يتمكن من خلاله كل من المتعاقدين (البائع والمشتري، المؤجر والمستأجر....) الإفادة من هذه الحماية القانونية في تحصيل حقوقه. إلا أنّ العملية الاستهلاكية تفترض وجود نوع من الخلل في العلاقة بين المستهلك والمحترف، حيث أن هذا الأخير بما له من قوة اقتصادية وبما لديه من وسائل، إنما يهيمن على العلاقة الاستهلاكية بكل ما تتضمنه و بكل آثارها وعليه فإن وسائل الحماية القانونية لا بد من أن تتطور لتواكب هذه الخاصية التي تنطوي عليها العملية الاستهلاكية<sup>1</sup> من إبرام العقود نموذجية. أين نجد القرينة على عدم توافر رضا المتعاقد الأقل قدرة، أو خبرة بالشروط العامة تبدو صعبة المنال. حينما يكون المتعاقد قد وقّع على العقد الذي يتضمن شرطا مكتوبا ينصّ على اطلاع الطرف غير المحترف، أو الأقل قدرة (المستهلك) على هذه الشروط و موافقته على ما ورد بها و التزامه بمضمونها<sup>2</sup>.

لذا لا بد من أن يبلغ (عديم الخبرة) الغاية من الحرص والحيلة والمعرفة عند التعاقد، لأن مجرد التوقيع على العقد سيفترض معه علمه ورضاه بكل ما ورد فيه<sup>3</sup>، وكذلك بالنسبة للعقود التي ليس من المطلوب أن يوقع عليها والسندات والفواتير ورسائل التأكيد التي أصبح من السائد التعاقد على أساسها. إن مجرد استلامها من المشتري (المستهلك) يفترض معه اطلاعه عليها وإحاطته علما بكل ما ورد فيها من

1-جمال النكاس، "حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، 1989. ص85.

2-Celui qui signe un contrat après avoir généralement été invité à écrire de sa main, lu et approuvé est censé en connaître toutes les clauses et ne saurait prétendre ensuite quelles sont pas opposables, aux motifs qu'il ne les aurait ni lu, ni approuvées. voir : AMIEL-DONAT(J), op-cit, p10.

3-le temps que prendraient la lecture et la compréhension de pages de clauses standardisée est souvent disproportionné à l'intérêt que contrat présente. Enfin, la lecture du contrat ne permettrait en rien de l'adopter au cas particulier, car les préposés chargés de la distribution du service N'ont pas le pouvoir de modifier les termes du contrat type. Voir :Stoffel- Munck (ph), « **Protection des consommateurs** », la semaine juridique, N14, 2005, p666.

شروط، ورضاه بها، إن لم يعترض بشكل معين وفي الوقت الذي يريده البائع، فإن قصر فلا يلومن إلا نفسه، وعليه أن يتحرى جيدا من محتوى أي ملصق موجود في باب متجر أو فندق لأنه قد يتم افتراض علمه ورضاه بما ورد فيه من شروط<sup>1</sup>.

ويلاحظ أنه لا يجوز للقاضي أن يتصدى من تلقاء نفسه للبحث في علم المتعاقد أو عدم علمه بأحكام العقد النموذجي، كما أنه ليس من سلطته إبعاد أحكام هذا العقد النموذجي إلا إذا تمسك المتعاقد الذي لم يعلم به.

أما معرفة مقدار العناية التي بذلها المتعاقد و ما قام به من مجهود لمعرفة بنود العقد النموذجي و أحكامه، فذلك منوط بقاضي الموضوع. إذ عليه تقدير مسلك المتعاقد و قياسه بالتطبيق لمعيار الرجل المعتاد بالنسبة للقدرة على الإطلاع و أيضا فيما يتعلق بالقدرة على الفهم و المعرفة لما ورد بالعقد النموذجي. و القاضي في هذه الخطوة الأخيرة سيضع في اعتباره الظروف المحيطة بالمتعاقد و أيضا مدى معرفته و ثقافته و قدرته على الفهم، خاصة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية أو أمور تكنولوجية معقدة، ليس من اليسير على أي متعاقد فهمها. أي أن القاضي هنا يطبق معيار الرجل المعتاد إذا وضع في نفس ظروف المتعاقد.<sup>2</sup>

لقد قضت محكمة باريس (الدرجة الأولى) على عدم نفاذ الشرط الوارد بعد التوقيع في مواجهة الطرف الأقل خبرة، حيث أن هذا الشرط قد ورد في الصفحة الموقع عليها و لكن في جزء من الصفحة تال توقيعات الأطراف و بدون أية إشارة مسبقة إلى وروده في

1-اسماعيل محمد المحارقي، "الحماية القانونية لعدم الخبرة من الشروط التعسفية: دراسة فقهية قضائية مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2006، ص359. أنظر كذلك: GHESTIN(J)et

MARCHESSAUX(I),les contrats d'adhésion....op.cit,p11.

Le contrat type ne figure souvent dans la convention que sous forme des références à des documents dont il faut demander la communication, ou sur des affiches ou au verso de bons de commande ou de livraison dont l'intéressé ne peut pratiquement prendre connaissance, ou qu'il ne peut en tout cas étudier, avant de s'engager. la longueur du texte, sa présentation peu lisible et sa rédaction souvent obscure pour les non initiés accentuent encore le caractère illusoire de consentement.

2-محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص731.

هذا الموضوع بالذات<sup>1</sup> إن معرفة المستهلك بالشرط هي التي تكون محل بحث لكي يطبق عليه.

لذلك نجد بعض التشريعات قد نصّت في قوانينها على ضرورة تحرير العقد من نسختين، نسخة من العقد تمنح للمتعاقد حتى يتمكن من الاطلاع على جميع الشروط ، وبهذا يصبح رضاه مستتيراً. فلقد شاعت لدى المحترفين، ظاهرة رفض تسليم نماذج العقود للمستهلكين، إلا بعد التوقيع عليها، وإتمام الصفقة، ما يؤدي إلى حرمان المستهلك من حقه في تمحيص شروط العقد، أو حتى من الوقوف عليها، قبل إنشائها، لذا تدخل المشرّع في قوانين حماية المستهلك ليلزم المحترف بتسليم نسخة من العقد للاطلاع عليه قبل توقيعه، كي يصدر رضاه عن روية وتبصير. و الحقيقة أن هدف المشرع من هذا التدخل هو القضاء على ظاهرة شائعة عمليا تتمثل برفض بعض المهنيين(و خاصة المؤمنين) تسليم نماذج العقود للمستهلكين إلا بعد التوقيع عليها، بما يفيد التعاقد، و هذا يؤدي إلى حرمان المستهلك من أي إمكانية للتفكير المسبق في شروط العقد قبل إبرامه. لهذا أصبح تسليم نماذج العقود إلى المستهلك قبل إبرام العقد أمراً إلزامياً<sup>2</sup>.

فالقانون الكندي ينصّ على وجوب تحرير العقد من وثيقتين، و أن هذه العقود لن تنتج أي أثر قانوني إلا بتسليم نسخة إلى الطرف الأقل قدرة ، أو خبرة قبل توقيعه على العقد. ونص المشرّع الفرنسي على إلزامية إعطاء المستهلك نسخة من العقد لكن بعد تقدمه بطلبها. فالمحترف لا يساءل إذا لم يطلبها المستهلك الذي غالباً ما يكون جاهلاً لحقوقه<sup>3</sup>.

1-حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص176. أنظر كذلك:

CAS(G)&FERRIER(D), op-cit, p401. La jurisprudence répute inopposable au consommateur les stipulations figurant au dos du document qu'il signe, ou placées dans le contrat après sa signature. Lorsque des clauses sont insérées au verso du document, il est indispensable qu'un renvoi soit fait de manière très apparente.

2-غازي خالد أبو عربي، "حماية رضا المستهلك:دراسة مقارنة في قانون حماية المستهلك الإماراتي و تقنين الاستهلاك الفرنسي و مشروع حماية المستهلك الأردني"،مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون،الجامعة الأردنية،العدد الأول،2009،ص191.

3-Le consommateur consent véritablement à l'essentiel-chose et prix-, mais ce faisant il est censé également donner son consentement à diverses clauses accessoires. le plus souvent pré rédigées et dénommées « conditions générales »le vendeur prend d'ailleurs soin de faire apposer la mention lu et approuvé, chacun sachant bien que le consommateur signe les yeux fermés. Voir : COLLART-

أما المشرّع الجزائري فقد نص في المرسوم التنفيذي رقم 06-306<sup>1</sup> بموجب المادة 4 على ما يلي:

"يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة و الخاصة لبيع السلع و/ أو تأدية الخدمات و منحهم مدة كافية لفحص العقد و إبرامه".

إنّ علم المستهلك بشروط العقد وإعطاء رضاه صحيح يتم من خلال ترك الفرصة له ليفكر فيما هو مقدم عليه بترك فترة تفكير له تسبق إبرام العقد.<sup>2</sup> و اعتبر المشرع الجزائري فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد بمثابة بنود تعسفية من خلال نص المادة 5 من المرسوم التنفيذي 06-306(سالف الذكر). حقيقة منح المشرع المستهلك و لأول مرة الحق في أن يتفحص العقد المقترح عليه من طرف العون الاقتصادي في مدة معينة، إلا أنه يعاب عليه عدم تحديد هذه المدة و اكتفائه بذكر مدة كافية. حيث أنه يمكن أن يكون هناك خلاف بين المستهلك و العون الاقتصادي حول هذه المدة، التي بالطبع ما دام القانون لم يحددها فإنه سيتم تحديدها من طرف العون الاقتصادي الذي يعتبر في مركز قوة بالنسبة للمستهلك. كما أنه ستكون هناك صعوبة بالنسبة للقاضي لتقدير المدة الكافية لفحص العقد من طرف المستهلك. لكن يمكن أن يفهم بأن المشرع لم يحدد مهلة تفكير المستهلك في هذا المرسوم و في هذه المادة الرابعة، باعتبارها قاعدة عامة تطبق على كل العقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و

=DUTILLEUL(F)&DELEBECQUE(PH), *Contrats civils et commerciaux*, 3ème édition, DALLOZ -DELTA , Paris, 1996,pp86-87

1-مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد56.

2-connaissant mieux le contenu du contrat, le consommateur est censé s'engager dans une opération qui ne le décevra pas, par ce qu'il connaît les caractéristiques essentielles voire secondaires de l'objet, son consentement gagnera en qualité. C'est à ce titre que le législateur a mis à la charge des professionnels une obligation d'information. Voir :BERENGER(F) , « **Le droit commun des contrats a l'épreuve du droit spécial de la consommation :renouvellement ou substitution** », thèse pour le doctorat en droit, université Paul Cézanne ,Aix-Marseille,2006,p44.

المستهلكين، و كلما تطلب الأمر تحديد مهلة معينة للمستهلك بمناسبة عقد معين، يتم تنظيمها بقاعدة خاصة<sup>1</sup>.

مثل هذا الالتزام - ضرورة منح نسخة من العقد للمستهلك - يحقق حماية للمستهلك لكن ما يلاحظ انعدام الجزاء في حالة عدم احترام هذا الالتزام.

فكيف يمكن ضمان التزام المحترف -بتسليم نسخة من العقد- بدون توقيع جزاء في حالة المخالفة، فيجب استدراك النقص بتوقيع جزاء وأهمه هو عدم الاعتداد بأي شرط لم يعلم به المستهلك . والمعمول به أن المحترف يرفض إعطاء المستهلك نسخة من العقد إذا لم يوقع عليه مسبقا. و في هذا ضياع لفرصة المستهلك ليبحث مضمون العقد قبل التوقيع.

## الفرع الثاني

### ضرورة إعلام المستهلك بالملاحق المرفقة بالعقد النموذجي

إن نمط الحياة الحديثة في زمن العولمة أصبح معقدا، الأمر الذي يفرض في نهاية الأمر إلى اضطرار المستهلك إلى الدخول في تعاقدات غير محددة الشروط، مما يضع المستهلك نفسه تحت رحمة الشركة المتعاقد معها أو البائع الذي يشتري منه بالأقساط، بحيث لا يصبح للمستهلك مفر إلا القبول في نهاية الأمر بكل ما يستجد من شروط لم يكن يتوقع إضافتها أو يعلم بها من قبل عند بداية التعاقد الأول. ولو أن المستهلك كان يدري عند التعاقد الأول بهذه البنود الإضافية لما ارتبط في هذا التعاقد. الأمر الذي يعني في النهاية أن مقدار الرفاهية أو حد الإشباع أصبح أقل بكثير مما كان يتوقعه عند التعاقد الأول، ولكن لا يعلم المستهلك بهذه المتغيرات إلا بعد فوات الأوان<sup>2</sup>.

1- بلقاسم فتيحة، "أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"، مجلة القانون الاقتصادي و البيئة، العدد الثاني، 2009، ص48.

2- من خلال علمه بشروط العقد هذا يقتضي ضرورة أن تكون تلك الشروط مدرجة في الوثيقة العقدية التي يوقع عليها، بطريقة ظاهرة و واضحة. وألا تكون تلك الشروط واردة بطريق الإحالة أو واردة في وثائق يطلع عليها بعد الموافقة=

ففي حال توقيع المتعاقدين على النموذج المعد سلفاً، يصبح هذا النموذج بذاته وثيقة العقد المبرم بينهما. لكن المتعاقدين كثيراً ما يوقعان على وثيقة عقدية مسبقاً يشار فيها إلى وثيقة أخرى<sup>1</sup> تتضمن صيغة أو شروط نموذجية، وتوجد الإحالة هذه في أعمال توثيق عديدة، سواء أكان المقصود مكان مملوك ملكية مشتركة أم البيع لحصة مفرزة في أرض "تقسيم قطع الأراضي للبيع أو التأجير"، أو المقصود البيع بالائتمان. إذن فإنه يكثر استخدامها في مجال إبرام الصفقات في بيوع العقارات والتوثيق. ففي هذه الحالات يكفي محرر العقد بأن يحصل على توقيع المتعاقد معه بأنه أحيط علماً بالشروط التي توجد في ملاحق تابعة في حين أنه لم يكن قد قرأها أو حتى رآها، ويلجأ المهني لذلك بدعوى أن هذه الشروط تكون مدونة في عدد كبير من الصفحات، قد يصل أحياناً إلى عشرات و مئات الصفحات فضخامة هذا العدد تحول دون إطلاع المتعاقد معه عليها. فكما يقول البعض أن حماية غير المهني أو المستهلك لا تتمثل في زيادة حجم الأوراق التي يوقعها، بل إنه يمكن الاعتقاد بأن الإحاطة أو العلم الحقيقي يكون متناسباً تناسباً عكسياً مع طول الوثائق العقدية. هذا يعني أنه كلما زاد حجم الوثيقة العقدية كلما كان علم و إحاطة المتعاقد بها غير فعال، بل يكون عالماً و مدركاً لمضمونها كلما قل حجم هذه الوثائق<sup>2</sup>.

= إعطاء الرضاء. ويجب لذلك فرض التزام بضرورة إدراجها في المحرر بطريقة واضحة. ويترتب على مخالفة ذلك عدم إمكان الاحتجاج بها في مواجهة المستهلك. انظر: احمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص97.. أنظر كذلك: NOGUERO (D), op. cit, p718.

en règle, le renvoi est permis, il convient donc d'insister sur les conditions à réunir pour pouvoir appliquer le principe de l'opposabilité du contenu du contrat par un tel renvoi. Il faut une connaissance préalable. Dès lors que l'assuré a bien signé. Ce renvoi ainsi formalisé, il « ne peut donc prétendre ne pas avoir eu connaissance des conditions générales définissant les modalités, d'application de la garantie ». la mention du renvoi figure bien sur le document signé.

1- إبراهيم الأخرس، الدعم و حماية المستهلك في ظل العولمة، مكتبة مدبولي، 2008، ص105.

2- تأتي هذه الشروط واردة في ملاحق أو لوائح ضمن شروط عامة، ليست مدونة في الوثيقة العقدية الرئيسية، التي تعرض على المتعاقد لحظة الإبرام للعقد، وإنما يكتفي العارض (المهني) بان يورد في تلك الوثيقة الأصلية إحالة إلى تلك الشروط. ومن ثم تثار مسألة مدى علم المتعاقد له وقبولها، طالما أنها ليست موضوعة أمامه لحظة إعطائه لرضائه. الاتجاه المؤيد لإدراج الشروط بطريق الإحالة. يرى أن الشيء المهم هو أن المستهلك، قبل التوقيع على العقد وطوال مهلة كافية، قد توافرت لديه الإمكانية في أن يحاط علماً بمختلف هذه الوثائق التي سيكون بوسعه، قبل التوقيع على الوثيقة أيضاً، أن يطلب كل الإيضاحات من جانب محرر هذه الوثائق و إن ثمة إشارة في المحرر، مفادها أن

إذا كانت أحكام العقد النموذجي تسري عند الاتفاق على الإحالة إليها على ما يبرم من عقود و يفترض بذلك علم كل من المتعاقدين عندئذ بهذه الأحكام، إلا أنه يجوز للمستهلك أن يثبت عدم علمه بها كلية أو ببعضها، فإن استطاع إقامة الدليل على ذلك، فلا يسري عليه ما لم يعلم به من أحكام العقد النموذجي .و معنى ذلك ،أن افتراض العلم هنا يعد قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس من جانب من له مصلحة في ذلك.و العلم المقصود هنا ليس مجرد الإطلاع على العقد أو اللائحة و إنما يلزم فهم ما ورد بهما. ويثور التساؤل عما إذا كان التوقيع على الوثيقة الأصلية يقيم قرينة على العلم بما ورد في الوثيقة الإضافية و يفيد من ثم الالتزام بها بحسبانها جزءا لا يتجزأ من العقد الموقع عليه<sup>1</sup>.

فهناك من يرى أن مجرد الإشارة إلى الوثيقة الحاملة لشروط التعاقد تكفي بذاتها لإقامة قرينة العلم كلما كانت هذه الإشارة واضحة ومحددة، لكن هذه القرينة تنتفي إذا ما أثبت من صدر عنه القبول أنه لم تكن له دراية سابقة بالوثيقة الإضافية وان الاطلاع عليها لم يكن متاحا له وقت التوقيع على الوثيقة الأصلية<sup>2</sup>.

وقد تكون الوثيقة الحاملة لشروط التعاقد النموذجية مجرد إعلان معلق في مكان مباشرة النشاط. أو في مكان استقبال الجمهور و في هذه الحالة لا يكون الإعلان وحده

---

الوثائق قد علم بها المستهلك..... لكن الحقيقة أن مجرد ورود إشارة أو بيان مفاد أن المستهلك قد علم الوثائق الملحقة لا يعد كافيا لإثبات أنه قد علم بالفعل بالمضمون العقدي وأنه قد قبله. أنظر: أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص61- ص62.

1-pour être acceptées, les clauses du contrat doivent avoir été connues. L'acceptation ne peut concerner que ce qui a été porté à la connaissance du cocontractant, de manière claire. Dès lors, une clause inconnue du contractant reste inopposable. L'acceptation doit porter sur un doucement intégré au champ contractuel. On se reporte à des documents connus et acceptés au moment de la formation du contrat. On peut parfois hésiter sur cette intégration afin de déterminer l'étendue exacte de l'accord. Voir : NOGUERO (D), op. cit, p716.

2-مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص97. أنظر كذلك:

LABARTHE(F), La notion de document.....,op.cit,p4 : Utiliser divers documents contractuels pour compléter le contrat est totalement entré dans les mœurs, et la majorité d'entre eux comportent des conditions qu'un contractant veut imposer à l'autre. Certains documents qualifiés d'annexes, jouent uniquement ce rôle .Mais d'autres documents dont la fonction essentielle est probatoire .....D'une fonction détournée l'exemple type est la facture dont la fonction est normalement probatoire, fiscale et comptable, mais qui, en outre est souvent revêtue des conditions générales.

قرينة على علم المتعاقد بما تضمنته من شروط و لا يعتبر المتعاقد قابلا له، والمحترف بإمكانه الاعتماد على كون الشرط المتنازع حوله كان معلنا لمدة طويلة حتى قبل إبرام العقد. و بالتالي فالمستهلك لا يمكنه الادعاء بأنه لم ير الإعلان. و اعترف القضاء الفرنسي في قرار أصدره في 3 جوان 1970 بحجية الشرط و هذا بالنظر إلى طول مدة الإعلان. إن محكمة النقض بفرنسا جد متشددة في مراقبة الإمكانية التي تخول المستهلك الاطلاع على الشروط المدونة على الملصقات<sup>1</sup>.

بحيث لا يوجد أي التزام يقع على الكافة بقراءة الملصقات، وبذلك يصبح من الضروري إعادة كتابة الشروط والبيانات الواردة في الملصقات في الوثائق التعاقدية محل التوقيع، وأن هذه الشروط كانت محلا لتبادل الرضى بين المتعاقدين. إن القضاء يتخذ من الرقابة على العلم بشروط الملصقات وسيلة غير مباشرة للرقابة على مضمون العقد ولمحاولة إعادة التوازن المفقود.

وحتى يتمكن المحترف من التمسك بأي شرط تجاه المستهلك عليه أن يعلمه به. ويقع عليه عبء الإثبات بأن المستهلك كان على دراية أثناء إبرام العقد بالشرط<sup>2</sup>، ويمكن له أن يثبت بأن المستهلك كان على علم بالاعتماد على أن النشرية كانت مرئية و ظاهرة، بالإضافة إلى كون المستهلك معتاد الذهاب إلى المحل<sup>3</sup>، على أن للمستند الملصق قوة إلزامية عندما يكون هذا الإلصاق متجاوبا مع تطلب قانوني للإعلان عن نص تنظم الإدارة محتواه أو تراقبه، وهذه القوة الإلزامية ناتجة عن الطابع النظامي للأحكام الملصقة أكثر مما هي عن اتفاق الإرادتين الحقيقية. وتجدر الإشارة إلى أنه في

1-AMIEL-DONAT(J), op-cit, p9.

2-أما من ناحية عبء إثبات عدم العلم بالشرط، فإنه يقع على عاتق ذلك الذي يطلب إبطال الشرط المتنازع فيه، ونتائج عدم العلم تكون متغيرة تبعا لأهمية الشرط محل الاعتبار. فعندما يكون هذا الشرط بمثابة الموجه لاتفاق الأطراف، فإن عدم مشروعية الشرط تؤدي لبطلان العقد بأكمله، وحينما يمثل الشرط بالعكس، صفة تبعية، فإن الشرط وحده هو الذي يقضي ببطلانه. أنظر: أحمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص58.

3-CAS(G)&FERRIER(F), op-cit, p402.

العديد من القضايا، قلما نجد المتقاضي ينازع في طبيعة الوثيقة حاملة الشروط هل لها قيمة عقدية أم لا<sup>1</sup>. المهم لديه أن ينازع الشرط الذي سبب له ضررا. وهو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي بشأن المستندات الدعائية (الكتالوجات) عندما تكون محددة بدقة ومفصلة بما فيه الكفاية تربط من استعمالها، وتلزمه بالشروط الواردة فيها حتى ولو نصت على أنها لا قيمة عقدية لها<sup>2</sup>. فهذه المستندات (النشرات أو الكتيبات) غالبا ما تصدر عن أحد الأطراف بقصد إقناع الطرف الآخر وحثه على التعاقد، ومن ثم فهي من الأمور التي أخذت في الاعتبار عند صدور الرضاء بالتعاقد، والقول بغير ذلك يؤدي إلى السماح بالدعاية المغرضة الخادعة للجمهور، فدور الإعلام يجب أن يكون تقديم المعلومات السليمة التي يعتمد عليها في اتخاذ القرار بإبرام العقد. فالكتيبات جزء لا يتجزأ من العقد حتى ولو نص فيها على أنها قد صدرت على سبيل الدعاية ودون أن تكون ملزمة، أو على أنها لا تعتبر جزءا من العقد<sup>3</sup>، فمثل هذا التحفظ يكون باطلا متى كانت المعلومات واضحة ومفصلة لأنه يتعارض مع مضمون الكتيب. إذ يبطل التحفظ متى كان من شأنه أن يجعل من المستند الذي ورد فيه لغوا ويتعارض بالتالي مع مبدأ

1-Un document ne peut être qualifié véritablement de document contractuel. Que s'il engage à titre d'élément du contrat. voir : LABARTHE(F), la notion de document....., op-cit, p9.

2-القاعدة العامة في مثل هذه النشرات أو الكتيبات الدعائية هي عدم اعتبارها جزءا من العقد المزمع إبرامه. و ذلك لاحتوائها على مجرد مدح للبضاعة محل العقد أو وصف لها، إلا انه قد توجد حالات نستنج منها أن مثل هذه النشرات قد أثرت بشكل مباشر أو غير مباشر على إرادة أحد المتعاقدين و دفعته إلى إبرام العقد. و لا مناص من النظر إلى هذه النشرات الدعائية على أنها جزء من العقد و ملزمة للطرفين بشرط توافر الأمور التالية:

- أن تتضمن هذه النشرات بنودا محددة، واضحة عن الشيء المراد التعاقد عليه بما يوحي بأنها تشكل مجموعة من الالتزامات...أما إذا وردت في شكل عبارات استثنائية، و كلمات مدح و ألفاظ تشويق أو إثارة فان اعتبارها جزءا من العقد يصعب قبوله أو الدفاع عنه./- أن يثبت بشكل أو بآخر تأثر الطرف الآخر بهذه النشرات أو الكتيبات عند إبرام العقد، بمعنى أن يكون ما ورد بها من بنود أو مواصفات محل اعتبار عنده و كانت تحت نظره عند تحديد بنود و شروط العقد المراد إبرامه. انظر: سمير عبد السميع الاودن، مرجع سابق، ص734.

3 -محمد عبد الظاهر حسين، مرجع سابق، ص17.

التناسق الذي من مقتضاه أنه إذا اختار الشخص مسلكا معينا فلا محل لوضع تحفظ  
يغير ويبلغى هذا المسلك

وفي قضية جمعت مقال وزوجين، تمثلت في إبرامهم لعقد بيع مسكن على  
مخطط، لكن المعاملة بدأت تتعقد. بحيث تضمنت إجراء آخر ألا وهو إبرام عقد وكالة  
بين المتعاقدين يتمثل في تسيير مصالح الزوجين حسب وثيقة قدمت إلى الزوجين، لكن  
هذه الوثيقة لا تتصف بالصبغة التعاقدية **Par prudence qualifié de document non contractuel.**

وفي العقد المبرم بين المتعاقدين (العقد الأول) حرص المفاوض (المحترف) بالنص  
على أن إبرام هذا العقد لا علاقة له بالامتيازات الجبائية التي أشير إليها في الوثيقة  
المقدمة إليهما. بل أن إبرام العقد يرجع للمزايا التي سيتمتع بها المسكن. **Les qualités**  
**intrinsèques de l'immeuble** بعد مضي مدة من إبرام العقد، جاء ما يسمى  
بالتسوية الجبائية - **Le redressement fiscal** - وأصبحت المزايا التي اعتمد عليها  
الزوجان كأنها حلم.

قاما الزوجان بمقاضاة المفاوض مطالبين بإبطال العقد مستنديين على نص المادة  
**1160 ق.م.ف**، بحيث أنهما كانا ضحية تدليس. لقد أسس قضاة الموضوع حكمهم على  
أساس أن الوثيقة الإشهارية كانت محل اعتبار وشكلت صفة جوهرية لدى الزوجين  
(المزايا الجبائية) لولاها لما تم إبرام العقد. لكن محكمة النقض بعد إعادة تكييف القضية  
توصلت إلى أن الشرط الذي كان محل نزاع يفتقد إلى أي وصف عقدي<sup>1</sup>.

و لقد غيرت محكمة النقض الفرنسية من موقفها في قرار أصدرته في  
2010، بحيث بينت الشروط الواجب توفرها في الوثيقة الإشهارية حتى يعترف لها بالقيمة  
العقدية<sup>2</sup>.

1-La haut juridiction, ôtait tout caractère déterminant au document publicitaire non contractuel.  
voir : GAUTIER (P.y), « **Contrats spéciaux : vente** », revue trimestrielle droit civil, 2001,  
p905.

2-Pour la première fois, la cour de cassation -l'arrêt du 6 mai 2010- indique quand et comment un  
document publicitaire peut acquérir valeur contractuelle - les documents publicitaires peuvent avoir

واعترف الفقه كذلك للكثييات الدعائية بقيمة قانونية ليس إلا لأثرها في حث المستهلك على التعاقد، و لصد السبيل أمام الممارسات الإعلانية الخادعة، لدرجة اعتبارها من مستندات العقد و جزء لا يتجزأ منه، حتى لو تضمن العقد أنها قد صدرت على سبيل الدعاية، فإن مثل هذا التحفظ يتعارض مع مضمون الكتيب و الهدف الذي صدر من أجله.

إذا كان المتعاقد يجهل أحد شروط التعاقد، فلا يمكن أخذه بأحكامه بمقولة وضوح الشرط و تحديده و توقيع المتعاقد على العقد. طالما أنه لم يعلم بالشرط فعلا و لم يكن في استطاعته ذلك. فلا يعني التوقيع على وثيقة التأمين أن المستأمن كان على علم كاف بكل شروطها، و أنه قبلها حرا مختارا . صحيح أن الأصل في كل شخص أبرم عقدا أنه قد تمكن من قراءته و الإحاطة بكل شروطه<sup>1</sup>، لكن هذا لا ينطبق حرفيا على عقود الإذعان-العقود النموذجية- و ذلك للظروف الخاصة التي تبرم فيها. و القول بخلاف ذلك يعني إسناد إرادة خيالية للطرف المذعن(المستهلك)، فإذا كان الأمر بالنسبة للعقود الرضائية لا يحتج على أحد بالشروط التي لم نعلم بها و لم تكن محلا للرضاء المتبادل بين طرفي التعاقد فمن الأولى أن نطبق ذلك على العقود النموذجية<sup>2</sup>. فلا يمكن أن يكون للمستندات المرفقة قوة عقدية إلا بشرط مزدوج، أوله أن يعرف المستهلك أنها تشكل جزءا من العقد، وثانيه أن يتمكن من الإطلاع عليها - ضرورة العلم المسبق-.

إن التعاقد بمقتضى نموذج عقد يؤهل البائع إلى إجراء صفقاته بطريق آلي لا يعترضه ما يكدر مساره. و عليه فإن محاولة الطرف الضعيف إلى ممارسة التفاوض للحصول على شرط أفضل، تجابه دائما بالرفض

une valeur contractuelle lorsque, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant. Voir : LABARTHE (F), « **Valeur contractuelle des documents publicitaires** », la semaine juridique, N38, 2010, p921- 922.

أنظر كذلك: عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص111.

1-sans tomber dans l'excès, la réaction du droit au phénomène de non lecture des conditions contractuelles par le consommateur a été de tempérer la force que leur donne normalement leur acceptation ou de réglementer leur contenu. Voir : Stoffel- Munck (ph), protection des consommateurs..... op. cit, p666.

2-عبد الحكيم فودة، مرجع سابق، ص410.

من الطرف القوي، ذلك لأن السماح بالتفاوض للوصول إلى صفقة خاصة قد يستغرق الربح العائد من تلك الصفقة بالنسبة للتاجر. بمعنى آخر هي ليست من الناحية الاقتصادية مربحة للتاجر. بالإضافة إلى ذلك فإن نموذج العقد يخول الطرف القوي إدارة صفقاته و التقليل من نسبة المخاطر التي قد تعترى مسارات تجارته و ذلك من خلال تضمين العقد شروطا تكفل عدم ظهور المخاطر التي يخشاها ، و لما كان الطرف القوي يستأثر في صياغة نموذج العقد، و يتعين قبوله من الطرف الضعيف كما ورد، فإنه يصاغ بأسلوب معقد من قبل محامين، و ذلك توخيا إلى تحقيق أمرين، أولهما حماية الطرف القوي من خلال زيادة ضماناته، و الحد

من حقوق الطرف الضعيف، و ثانيهما يولد شعور لدى الطرف الضعيف يزداد يوما بعد يوم تلقائيا بعدم جدوى قراءة هذا العقد لما يثيره من صعوبات في فهمه، و كلما مرّ الزمن و تقدم، كان سند الطرف القوي

عليها أقوى بحسبان أنها غدت من العادات و الأعراف التجارية، و كلما كان الضعيف أكثر إذعانا لها. مثل هذا الوضع يفسر التوجه الجديد الذي اتخذته المشرع في مختلف الدول حتى لو كان الأمر على حساب القواعد العامة التي حكمت التعاقد الكلاسيكي منذ أمد بعيد.

## المبحث الثاني

### خيار المستهلك في الرجوع عن العقد

الأصل أن إيجاب مع قبول مطابق له يكفي بحد ذاته لإبرام العقد و يصبح العقد بالتالي ملزما لكلا الطرفين. استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لكن هذا المبدأ أصبح لا يتماشى مع ما يشهده العالم في أنظمة الاتصالات الحديثة بحيث ظهرت وسائل

الاتصال الفوري في الميدان التعاقدية لذا تدخل المشرع في بعض التشريعات و منح المستهلك خيار الرجوع عن العقد<sup>1</sup>.

فالتعاقد عبر شبكة الانترنت على سبيل المثال يحقق العديد من المنافع للمستهلكين فهؤلاء يستطيعون الدخول إلى أي موقع تجاري على الشبكة الدولية وهم في منازلهم دون أدنى تكلفة تتعلق بالوقت والجهد في البحث والسعي إلى أماكن المراكز التجارية، كما أن المستهلك يتمتع بحرية الاختيار، فكل السلع أمامه، وله الحرية الكاملة في دراسة كل سلعة على حدة دون الدخول في مناقشات مع التاجر<sup>2</sup>، و على الرغم من أن التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري قد شاع على نطاق واسع في معاملات الأفراد

1-الخيار مشتق من الاختيار (لطلب خير الأمرين) و يريد به الفقهاء أن يكون لأحد العاقدين أو كليهما حق إمضاء العقد أو فسخه، و ترجع الحكمة من إقراره لكي يكون وسيلة لكاملة الرضا و التأكد من سلامته. لذا فقد تم إقراره في حالات = خاصة تدعو إلى التروي و التحري أو الرجوع إلى مشاوره النفس مرة أخرى: انظر عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص511. أنظر كذلك: عبارة "إعادة النظر" ترجمة للكلمة الفرنسية De repentir حيث يعيد المشتري النظر في البيع أو المبيع أو هما معا خلال المهلة المحددة. وقد ترجمها البعض إلى خيار الرجوع أو حق الندم وإعادة النظر تعتبر أشمل من الحق التشريعي المخول للمشتري، والذي قد يرغب ليس فقط، الرجوع في التعاقد وإنما أيضا طلب تغيير المبيع دون رجوع في العقد نفسه: أنظر: أحمد السعيد الزقرد، "حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 1995، ص204 .

2-فالتعاقد عبر شبكات الانترنت يعتمد على فكرة تجميع التجار في مراكز تجارية افتراضية، بحيث يستطيع التجار من خلال هذه المراكز الافتراضية عرض السلع والخدمات على المستهلكين، وهذه المراكز الافتراضية (المواقع على شبكة الانترنت) يمكن الدخول إليها لأنها خدمة إلكترونية مفتوحة لجميع الأطراف يمكنهم من خلالها إبرام العقود المختلفة. أنظر:

شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص25. أنظر كذلك:

أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2006، ص15. بفضل خدمات الانترنت و تطورها المستمر و المتسارع تبقى هذه العقود متميزة في بعض جوانبها، الأمر الذي يستوجب إعادة النظر في الكثير من المفاهيم و القواعد القانونية الراسخة في القوانين التقليدية في العالم المادي لكي لا تشكل عائقا أمامها و توفر بالتالي المزيد من الثقة و الإطمئنان من الناحية القانونية لدى المتعاملين على الشبكة. أنظر

كذلك: FORNAGE (A.CH), op. cit, p66.

Le développement des contrats de masse, et l'apparition de nouvelles techniques de communication permettront la conclusion de contrats, notamment par la voie électronique, a rendent les relations des parties au contrat impersonnelles et influent sur la liberté de décision du consommateur, celui-ci se trouve lié par sa manifestation de volonté, sans que celle-ci ne soit l'expression de sa volonté véritable.

و ازداد استخدام الأفراد له يوماً بعد يوم بسبب ازدهار التجارة وتقدم العلم . نجد التشريعات العربية في أغلبيتها

و منها التشريع الجزائري لم يبين الأحكام القانونية التي ستطبق بشأنها، بحيث قام المشرع بمبادرة ناقصة من خلال إدراج مادة واحدة متعلقة بالبيانات الإلزامية التي يتوجب ذكرها في البيع الذي ينعقد عن طريق تقنيات الاتصال عن بعد في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد للشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك<sup>1</sup>، على عكس الدول الغربية و منذ انتشار مثل هذه التقنيات في التعاقد قامت بسنّ تشريعات<sup>2</sup> تنظم هذا التعامل. لأن القواعد التقليدية أثبتت عجزها لحماية حقوق المتعاقدين و نعني هنا الطرف الضعيف ألا و هو المستهلك.

1-مرسوم تنفيذي رقم 13-378، مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية عدد 58. أنظر كذلك:

استثناء هناك بعض التشريعات العربية و هي قليلة كالتشريع اللبناني الذي ينص في المادة 55 من قانون حماية المستهلك "خلفاً لأي نص آخر يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل العدول على قراره بشراء سلعة أو استئجارها أو الاستفادة من الخدمة وذلك خلال مهلة عشرة أيام تسري اعتباراً إما من تاريخ التعاقد، فيما يتعلق بالخدمات أم من تاريخ التسليم فيما يتعلق بالسلعة". أنظر : عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 517.

- كما منح المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية للمستهلك هذا الحق، حيث أجاز له وخلال عشرة أيام عمل يعدل عن الشراء ويعيد السلعة دون تحمل أية نفقات سوى مصاريف الإرجاع. أما المشرع المصري فقد أعطى المستهلك حق فسخ العقد خلال خمسة عشر يوم لتاريخ إبرامه فقد جاء الفصل السابع من مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري جواز فسخ العقد المبرم الكترونياً من جانب المستهلك خلال خمسة عشر يوم التالية لتاريخ التعاقد أو تسلمه السلعة . أنظر: محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت، دون ذكر دار ومكان وسنة النشر، ص 147.

2- في مجتمع مثل المجتمع الأمريكي، تتبارى المحلات التجارية الكبيرة في إعطاء المستهلك حق إرجاع أية سلعة يكون قد اشتراها من المحل في حدود فترة زمنية معقولة، وذلك دون حاجة أحياناً إلى إبداء أسباب الإرجاع متخذين في ذلك شعاراً يقول للمستهلك أنه إذا لم تتل السلعة التي اشتراها رضاه الكامل لأي سبب فإن من حقه إرجاعها واسترداد ثمنها بالكامل..... وفي كثير من الأحيان - وخاصة في حالات التعامل عن طريق البريد- يعطي المستهلك كقاعدة عامة فترة زمنية عشرة أيام مثلاً يكون من حقه أن يعيد خلالها السلعة إذا وجد أنها لا تتل رضاه، وعلى العكس تماماً نجد أن العبارة الشائعة التي يعلقها الكثير من المحلات التجارية في مجتمعات الدول النامية تقول إن البضاعة المباعة غير قابلة للرد أو الاستبدال مهما كانت الأسباب. أنظر: أبو بكر مصطفى بغيره، "حماية المستهلك وحاجة الدول النامية إليها"، مجلة العربية للإدارة، مج 18، عدد2، 1998، ص79- ص80.

و لضمان حماية المستهلك المتعاقد عن بعد (عبر المسافات) و خصوصا بالوسائل الالكترونية كالانترنت، منح المشرع المستهلك حق العدول عن قبوله لما يمثله من معارضة لمبدأ القوة الملزمة للعقد(المطلب الأول)، لهذا كان ضروريا تبيان الطبيعة القانونية لحق الرجوع عن العقد(المطلب الثاني).

### المطلب الأول

#### إمكانية المستهلك الرجوع عن العقد المبرم عن بعد قبل التنفيذ وبعده

غالبا ما يفقد المستهلك الخبرة و القدرة على التفرقة بين سلعة، و أخرى من حيث جودتها، أو الفائدة التي تتضمنها، أو متانتها و قدرة تحملها. خاصة مع كثرة المنتجات الحديثة و نظم توزيعها، أدت إلى تفاقم الضغوط على المستهلكين و تعرضهم لمخاطر و أضرار كثيرة نتيجة لجوء المهنيين(المحترفين) إلى استخدام الإعلانات المضللة الكاذبة لإقناع المستهلكين بإبرام العقود تحت انبهارهم بهذه الإعلانات<sup>1</sup>.

إضافة إلى إخفاء المهنيين لكثير من المعلومات المتعلقة بموضوع العقد، و عليه فقد ظهرت حالة من عدم التكافؤ و التوازن في وجود متعاقد يعلم و متعاقد لا يعلم<sup>2</sup>.

خاصة مع يشهده العالم من تطور تكنولوجي خصوصا في مجال الاتصالات و المعلوماتية، و ما صاحبه من تعاقد بوسائل الاتصال الحديثة عن بعد. قد يصدر رضا المتعاقد لكنه في الواقع لا يعبر عن رغبته الحقيقية أو إرادته الفعلية، إما نتيجة تسرع منه

1-ماذا يفعل مخطط الإعلان في حالة عدم وجود حاجة لسلعة أو خدمة معينة عند الأفراد (المستهلكين) المتوقعين؟ هنا يبرز دور مخطط الإعلان بخلق هذه الحاجة عن طريق جملة عمليات بسلوكية (النفسية) يغرسها عند الفرد نتيجة لتأثير عملية الإعلان عليه إلى أن يشعر الفرد بحاجته للسلعة المطلوب الإعلان عنها، والذي يطلق عليها علماء النفس حالة التوتر وعدم الاتزان والهدف من ذلك هو إنجاز عملية الإيحاء المطلوبة عند الفرد "المستهلك المتوقع" أنظر: فليح عبد الزهرة، "الإعلان بين المنتج والمستهلك"، مجلة تنمية الراشدين، العدد الرابع عشر، 1985، ص 29.

2-La distance existant entre le consommateur et le professionnel qui propose ses produits ou services est source de difficultés pour le premier, il percevra mal les qualités ou défauts de ces prestations, le caractère impersonnel de la relation qui s'établit à travers le réseau rend difficile pour le professionnel de le conseiller, la séduction qu'exerce l'écran d'ordinateur, un peu comme celui du téléviseur risque d'inciter à contracter à la légère. Voir : HUET (J), « Commerce électronique : encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats à l'électronique », la semaine juridique, N°47, 2004, p2087.

و إقدامه على التعاقد دون أن يتخذ الوقت الكافي للتأمل و التدبير، أو إما نتيجة عدم خبرته بموضوع العقد ذاته<sup>1</sup>.

بالإضافة إلى المبالغة التي من خلالها تعرض السلع والخدمات. فالأعمال التجارية التي تتم عبر الانترنت تسبقها أشكال عديدة من الدعاية والإعلان، ولا شك أن هذه الأشكال تعد من أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح، بل هو من المعالم البارزة لعصر تكنولوجيا المعلومات. وهذه الإعلانات التجارية من شأنها التأثير في سلوك المستهلك وتؤثر في قراره في الإقبال على التعاقد من عدمه.

فضلا عن إغراءات الدعاية والإعلان بالمواقع الالكترونية والتسهيلات التي تمنحها السوق الالكترونية للمستهلك، مما يؤدي إلى اندفاعه وتسارعه إلى التعاقد وإدخال بيانات بطاقة الائتمان الخاصة به، مما يجعل رضاه معيبا<sup>2</sup>.

وإعمالا لمبدأ القوة الملزمة للعقد فلا يمكن التحلل منه بالإرادة المنفردة لأحد عاقديه. لكن بالنظر إلى العلاقة العقدية في وقتنا الحالي نجدتها تتميز بعدم التوازن، بين طرف قوي(المحترف)، و طرف ضعيف (المستهلك). قررت بعض التشريعات حماية إرادة المستهلك اللاحقة لإبرام العقد بإقرار الحق في الرجوع

1- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 84. أنظر كذلك: =

=WILFRID (J -D), **Droit pénal des affaire**, 2 eme édition, paris, 1996, p 401 : Il n'est pas excessif de comparer le consommateur à un enfant, émerveillé par tout ce qui lui proposé, étourdi par la multitude des produits et la rutilance de leur présentation, anesthésie par l'envie de posséder tout ce qui lui est offert. Voir aussi :=

=ZOIA(M), « **La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique** », 1ere partie, GAZETTE DU PALAIS, Recueil juillet-aout, 2001, p1130. Le contractant peut se tromper dans la saisie des informations, ou valider une commande à la suite d'une fausse manipulation.

2- نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية: دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد2، 2008، ص219.

أنظر كذلك: KASSEM(M), op.cit, p57

Cette infériorité technique de l'adhérent est aggravé par les méthodes de commercialisation. L'apparition des ventes libres services ont réduit ou supprimé tout contact personnalisé avec le vendeur pour que le consommateur reste seul en face de biens qu'il désire posséder. il est victime également de méthodes modernes de publicité utilisées de manière scientifique est destiné à lui ôter toute autonomie de décision ,méthodes avec lesquelles on a pu constater, à juste titre, l'apparition « d'un vice du consentement inconnu des rédacteurs du code civil....le vice de séduction ».

عن العقد الذي أبرمه مع المحترف سواء قبل البدء في تنفيذ العقد (الفرع الأول)، أو بعد البدء في تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### خيار المستهلك في الرجوع عن العقد قبل بدء التنفيذ

إن المستهلك متى أبرم عقدا للحصول على سلعة أو خدمة استهلاكية ما، إنما يلتزم بذلك العقد ويتنفيذه أيا كانت الظروف، حتى لو تبين له أن تلك السلع لا تفي بالغرض الذي يسعى إليه، أو لا تفيده أصلا. لكن المستهلك كفرد لا تتوفر له القدرات الفنية والقانونية والوقت الكافي للتفكير في جميع ما يبرمه من صفقات للاستهلاك، ويحتاج إلى حماية خاصة من خلال منحه خيار الرجوع في العقود التي يبرمها في عجلة من أمره خصوصا تلك التي يتم إبرامها عن بعد<sup>1</sup> لذا سنتناول الأحكام التي تنظم حق المستهلك في الرجوع عن العقد (أولا)، والآثار المترتبة عن ممارسة المستهلك لحقه في الرجوع عن العقد (ثانيا).

### أولا: الأحكام المنظمة لحق المستهلك في الرجوع عن العقد

كان لا بد من تدخل المشرع لحماية المستهلك بإعطائه الحق في الرجوع عن العقد الذي أبرمه عن بعد. ومن التشريعات التي أعطت للمستهلك هذا الحق قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>1</sup> في نص المادة 121-20 على أنه لمشتري البضائع في كل عملية بيع عن

1- L'origine du droit de rétractation demeure incertaine on n'en trouve guère de traces dans le code Napoléon, toutefois, avant le développement du droit de la consommation, le droit commercial. Ainsi la loi sur la propriété commerciale du 30 juin 1926 prévoit un droit de repentir..... Il existe également en matière de cession de droit d'auteur. Voir : BERNARDEAU (L), « **Le droit de rétractation du consommateur un pas vers une doctrine d'ensemble** », la semaine juridique, N14, 2000, p624. Voir aussi : : LEDOUJET-THOMAS(F), « **L'ordonnance du 23 aout 2001 portant transposition de la directive du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance : une erreur de perspective** », JURIS-CLASSEUR, contrat- concurrence-consommation, mai 2002, n°5,p7-p8.

La nécessité d'une protection nait de la technique utilisée, pour amener une personne à conclure Un Contrat. Alors qu'elle ne sait pas peut être avec qui elle contracte, ni quel est l'objet de la prestation, ou encore le prix. La seule vraie garantie du consommateur consiste dans l'obligation du professionnel de porter à la connaissance de son cocontractant les conditions et modalités d'exercice du droit de rétractation.

بعد، الحق في إعادة هذه المنتجات في مدة سبعة أيام كاملة ابتداء من تاريخ تسلم طلبيته لاسترداد الثمن دون مسؤوليته، أو نفقات، باستثناء مصاريف الرد<sup>1</sup>.

و تم تأكيد هذا الحق أيضا بموجب التوجيه الأوروبي رقم 7/97 والخاص بحماية المستهلك في العقود التي تبرم عبر المسافات. ولقد تم إلغاء هذا التوجيه بموجب توجيه أوروبي آخر صدر في 25 أكتوبر 2011 متعلق بحقوق المستهلكين الذي سيطبق ابتداء من 13 جوان 2014 بالنسبة للعقود التي تبرم بعد هذا التاريخ. لقد اعتمد التوجيه الجديد المتعلق بحقوق المستهلكين في المادة 9 منه مدة أربعة عشر يوما لممارسة المستهلك حقه في الرجوع. يبدأ حسابها من يوم تسلم المنتج، أما بالنسبة للخدمات من يوم إبرام العقد، ويعتمد في حساب المدة الميعاد الكامل، أي لا يحسب اليوم الأول واليوم الأخير<sup>1</sup>.

في حين منحت المادة السادسة من التوجيه الأوروبي (97-07) المستهلك الحق في الرجوع عن العقد خلال سبعة أيام تالية لإبرام العقد. بأن يعدل عن قبوله دون إبداء أسباب العدول ودون تحمل نفقات الرد وتحسب المدة من اليوم التالي لتسلم البضاعة، ومن يوم إبرام العقد بالنسبة للخدمة. وهذا التمييز بين السلع والخدمات في تحديد مهلة الرجوع منتقد، فإذا كان من المقبول القول بوجود علاقة بين استلام المستهلك للسلعة وإمكانية تجربته لها فإن ذلك لا ينطبق على مشتري الخدمة الذي لن يستطيع معرفة الخدمة بشكل أفضل بعد طلبها وقبل استلامها<sup>2</sup>.

إن حق المستهلك في العدول عن العقد هو حق تقديري فنظرية التعسف في استعمال الحق لا تلعب أي دور لتقييد حق المستهلك المطلق في العدول عن العقد، ذلك أن المستهلك غير ملزم بأن يعرض على المهني الأسباب التي دفعته إلى العدول عن

1-Cette nouvelle disposition est présentée comme une avancée pour les droits des consommateurs. En pratique, il reste néanmoins permis de s'interroger sur la réelle utilité de cet allongement qui est de nature à inciter le consommateur, notamment dans le cas d'une vente, à faire un usage inapproprié du bien livré avec les complications qui s'y rattacheront. Voir : PAISANT (G), « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », la semaine juridique, édition générale, N3, 2012, p109.

2-أحمد إبراهيم الحيازي، "عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت: دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 1، العدد 2، 2009، ص 130.

العقد ولا يملك المحترف إجباره على ذلك. وحق الرجوع لا يقبل الانقسام، فلا يملك المستهلك التمسك بجزء من العقد والرجوع عن الباقي، وإذا اختار المتعاقد الرجوع عن العقد الذي أبرمه كان رجوعه نهائياً، فليس له بعد ذلك أن يتمسك بهذا العقد. ولكنه حق مؤقت، ينقضي باستعماله أو بفوات المدة المحددة لاستخدامه.

يحقق التعاقد عن بعد (الانترنت) النفع الاقتصادي لفئتي الباعين والمشتريين، إذ يبعدهم عن الروتين التقليدي (المستندات الورقية) المؤدي لإضاعة الوقت والجهد، وزيادة النفقات، وتعقيد الإجراءات بدلا من تبسيطها، وكذلك يؤخر إصدار القرارات. فيسهل التعاقد عبر الانترنت مهمة التجار في الوصول لما يريدون من الأسواق البعيدة والمتنوعة وإعطاء الفرصة للمشتريين للاطلاع على السلع والخدمات،

ومزاياها دون التقييد بزمان أو مكان.<sup>1</sup> لكن بالرغم من كل هذه المزايا لا بد من إعطاء المستهلك فرصة للتفكير، ويرى جانب من الفقه القانوني أن المستهلك الإلكتروني له الحق في خيار الرؤية. ذلك أنه يشتري السلعة عن طريق الانترنت ولم يكن قد رأى البضاعة، وإنما رأى صورتها على شاشة الحاسب الآلي، فإذا ما تسلم السلعة لاحقا كان له حق خيار الرؤية و من ثم إمضاء العقد أو فسخه، شرط ألا يكون قد تسلم السلعة، لأن تسلمها ينفي حق خيار الرؤية وهذا الحق ثابت له حماية من أي تلاعب أو تغيير أو تدليس من البائع في نطاق عقود التجارة الإلكترونية.<sup>2</sup>

فإعطاء المستهلك حق الرجوع عن العقود التي يبرمها في عجلة من أمره، أو لأنه وقع ضحية الإغراء الدعائي المبالغ وجاء العقد المبرم مفتقرا إلى الاختيار السليم<sup>3</sup>، يبرر

1-بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت: دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديثة، اريد، الأردن، 2004، ص15.

2-ورغم تعارض هذه الرخصة مع مبدأ القوة الملزمة للعقد إلا أنها من أكثر وسائل حماية المستهلك، ملائمة لعقود التجارة الإلكترونية على وجه التحديد، حيث ينعدم التواصل ما بين المهني - المتعاقد- والمستهلك، وهذا الأخير تسيطر عليه إجراءات الدعاية والإعلان في المواقع الإلكترونية والتسهيلات التي تمنحها السوق الإلكترونية للمستهلك الذي يندفع نحو الاستجابة لهذه الإجراءات. أنظر : عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر ، 2008، ص42- ص43.

3-les hésitations et tressaillements de volonté qui auront pu agiter le contractant s'effaceront devant une volonté définitivement mûrie au terme du délai légal..... L'objectif du délai de

إعطاء المشرع للمستهلك حق الخيار بالرجوع عن العقد لأنه يعيد التوازن لصالح الطرف الضعيف على حساب الطرف القوي.<sup>1</sup> حيث تضاعف مسألة عدم التوازن العقدي إلى مسألة جهل المستهلك بمحل العقد الذي لم يره أثناء إبرام العقد.

و لتفعيل هذا الحق يجب تقرير حق المستهلك في رجوعه عن العقد دون إلزامه بتعويض، خاصة و أنه الحلقة الأضعف في العقود التي تبرم عن بعد<sup>2</sup>. فلو تقرّر التعويض عن حق الرجوع في التعاقد لأصبح عائفا أمامه. فمجانبة استعمال هذا الحق، يضمن فعاليته. ويبطل كل اتفاق يفرض مقابلا ماليا له.

وجاءت معظم القوانين الخاصة بحماية المستهلك لتقرر أنه في العقود المبرمة عن بعد و خصوصا في علاقة المهنيين بالمستهلكين. حق المستهلك في الرجوع عن العقد خلال مدة معينة دون أن يتحمل أية نتائج على عكس ما هو معمول به في ظل الأحكام العامة - القوة الملزمة للعقد-.

rétractation : un combat contre l'instant instrument de lutte contre la dictature de l'instantanéité de notre société qui étroit les parties pressées de contracter. Voir : BARBIER (H), « **Peut-on rétracter sa rétractation ? ou la question de l'effet sur le contrat d'une éclipse de volonté** », Revue Lamy droit civil, N96, 2012, p9.voir aussi :BERENGER(F),op.cit,p59.

=Si la finalité du droit de rétractation reposé sur l'idée qu'il est nécessaire d'obtenir une qualité de consentement lors de la formation du contrat, elle rejoint le code civil qui, par son analyse des vices du consentement, s'attache lui aussi à une telle qualité. Sous cet angle, l'inspiration de la règle spéciale et la règle générale est la même.....le droit de rétractation « s'est présenté comme un auxiliaire de la théorie classique des vices du consentement » qu'il « concourt à la saine application des règles du droit civil pour un consentement

1-من خلال خيار الرجوع عن العقد فإن المستهلكين يتمتعون بمهلة قانونية معقولة حتى يتدبروا ويتفكروا في بنوده على مهل وروية مما يتيح لهم أيضا استشارة من يريدون استشارته من معارفهم أو من أصحاب الخبرة. فالمستهلك لا يتمتع عادة بفرصة كافية لمراجعة العقود المعروضة عليه من قبل المنتج أو الموزع للسلعة أو الخدمة وعادة ما يستفيد مروج السلعة من قصر الوقت المعروض على المستهلك ليحصل منه على التوقيع بغض النظر عن احتمالات اعتراض المستهلك على بعض البنود في وقت لا حق على التوقيع، حيث لا جدوى من اعتراضاته.

أنظر: محمد رياض دغمان، إلزامية العقد : دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2010، ص69-ص73.

2-La directive (97-7) s'oppose à toute réglementation nationale qui prévoirait de manière général la possibilité pour le vendeur de réclamer au consommateur une indemnité compensatrice pour l'utilisation d'un bien acquis .... Dans le cas où ce dernier a exercé son droit de rétractation dans les délais.....ces mêmes dispositions ne s'opposent pas à ce que le paiement d'une indemnité compensatrice pour l'utilisation de ce bien soit imposé au consommateur dans l'hypothèse où celui-ci aurait fait usage, dudit bien d'une manière incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause. Voir : PIEDELIEVRE (S), « **Consommation: méthode de vente à distance, délai de rétractation....** », GAZETTE du palais, 2010, p22.

فإن أياً من الأطراف لا يستطيع أن يرجع عن العقد، فمتى تم التقاء إلا يجاب بالقبول قام العقد، وإن تنفيذه يصبح ملزماً ولا رجعة فيه، واستناداً إلى ذلك فإن المستهلك متى أبرم عقداً للحصول على سلعة أو خدمة استهلاكية ما، إنما يلتزم بذلك العقد ويتنفيذه أياً كانت الظروف حتى لو تبين أن تلك السلع لا تفي بالغرض الذي يسعى إليه ولا تفيده أصلاً<sup>1</sup>. إلا أن ما تعرضت له البشرية من تطور وتعقيد وظهور المخاطر وكثرتها، واختلال ميزان القوة في العلاقة التي تقوم بين المنتج أو الموزع المحترف، أو البائع من جهة، وبين المستهلك من جهة أخرى، فإنه من غير الجائز أن يترك مجال واسع لتطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين على اعتبار أنه كافٍ لتحقيق مصالح الأطراف<sup>2</sup>. في حين انتقد بعض الفقه -الحق في الرجوع عن العقد- الذي يتمتع به المستهلك بحيث أنه يعد إخلالاً وانتهاكاً واضحاً لمفهوم التوازن والمساواة العقدية، لأنه يلحق الضرر بالبائع ومركزه المالي من جهة ومخزون البضائع لديه من جهة أخرى، ويرى هذا الفقه

أنه لا بد من مراعاة مصلحة التاجر (البائع) إلى جانب مصلحة المستهلك، وهو من أبرم العقد برضاه، وذلك لحفظ التوازن في الحقوق بين طرفي العقد. ويؤيد بعض الفقه الأجنبي هذا الاتجاه حيث يرى عدم وجوب إلحاق الضرر بمصالح طرف أساسي في العلاقة وهو مقدم الخدمة أو متعهد توريد السلع، لأن هذا الأخير يلعب دوراً حيوياً في تطوير التجارة الإلكترونية. ويمكن الرد على ذلك بأن معظم عقود البيع عن بعد إنما هي عقود إذعان بالنسبة للمستهلك عبر الانترنت ولا تتيح له مناقشة شروطها، فضلاً عن أن البائع أو التاجر غالباً ما يكون شركات كبرى لها ثقل مالي وقدرة على الدعاية الهائلة،

1- إذا كانت السرعة من مزايا عقود التجارة الإلكترونية إلا أنها قد تشكل عائقاً أمام الاختيار الصحيح والصائب أمام المستهلك إذ قد يكون عرضة للسّهو أو الخطأ من غير قصد فيضغط على الزر الذي يفيد القبول لإيجاب معروض دون أن يقصد ذلك بحيث تأتي إرادته متسارعة متأثرة بوسائل الدعاية والإعلان الحديثة أو تحت ضغط إغراءات المحترف وتسهيلاته بحيث لم يأخذ المستهلك وقته الكافي للتدبر والتأمل. أنظر: موفق حماد، مرجع سابق، ص 195.

2- إسماعيل محمد المحاقري، مرجع سابق، ص 368.

هناك من يرى أن من الواجب اليوم التخلي عن تطبيق المبدأ الأساسي لسلطان الإرادة، فهو لا يسمح على الإطلاق اليوم بتحليل قواعد القانون المدني، ويجب استبداله بمفهوم آخر هو مبدأ عدالة العقد ونفعه، فالعقد ليس له القوة الملزمة ما لم يكن عادلاً ونافعا.

عكس الحال بالنسبة للمستهلك، خاصة و أن هذا الحق الذي يتمتع به المستهلك مقيدا من حيث الزمان ويرد عليه تحفظات.<sup>1</sup>

وسعيا من المشرع في حماية رضا المستهلك حتى يكون تعهده (تعاقده) على بينة حرص في العقود التي تبرم عن بعد. في المرحلة السابقة عن التعاقد بضرورة إعلام المحترف المستهلك بمجموعة من المعلومات منها ما يتعلق بالشخص البائع . والسلعة محل البيع<sup>2</sup>. فنجد التوجيه الأوروبي رقم 7/97 والخاص بحماية المستهلك في العقود التي تتم عبر المسافات قد نص في المادة الرابعة من هذا التوجيه أن على البائع ( مورد البضائع أو الخدمات) أن يقدم للمستهلك في وقت مناسب وسابق لإبرام العقد المعلومات التالية:

-تحديد ثمن البضائع أو الخدمات شاملا لجميع الضرائب ونفقات التسليم وطرق دفعها،

-تحديد حق العدول الذي يمنح للمستهلك وعن آليات وقواعد ممارسة هذا الحق،

-تحديد تكلفة وسيلة الإيصال المستخدمة في عمليات التسليم،

-تحديد مدة صلاحية العرض أو الفترة الدنيا التي يمكن إبرام العقد فيها،

إن تنفيذ الالتزام بتقديم المعلومات السابقة للتعاقد في العقود التي تبرم على شبكة الانترنت يقتضي من المهني أن يعرض هذه المعلومات بطريقة تمكن المستهلك من الاطلاع عليها والتفكير فيها بروية حتى يستطيع أن يتخذ قراره بالتعاقد أو عدمه وهو على بينة من أمره بصيرا بعواقب اختياره<sup>3</sup>.

1-نبيل محمد أحمد صبيح، مرجع سابق، ص220.

2-BENSOUSSAN (A), **Le marketing direct et le droit**, HERMES, paris, 1994, p 67.

3-محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 90- ص 120. أنظر كذلك:

FERRIER(D),"Comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique ", revue des contrats, avril 2005, p552- p553.

Le Professionnel est maître non seulement de la présentation de l'information nécessaire ou simplement utile à la conclusion du contrat, mais surtout dans le cadre d'une contractualisation par voie électronique de la consultation même de cette information=

الواقع أنه إذا كانت المعلومات التي يجب أن يقوم المهني بالإدلاء بها للمستهلك هي التزام على عاتقه، ولكنها في نفس الوقت ميزة له لأنها تؤدي إلى زيادة ثقة المستهلك في هذا المهني وزيادة الإقبال على التعاقد من خلال الموقع الخاص به.

فالهدف من الالتزام بالتبصير السابق على إبرام العقد هو أن يبرم المستهلك العقد بناء على رضا مستنير، دون أن يكون استخدام شبكة الانترنت في إبرام العقد عائقا في مواجهة تحقق الرضاء الكامل والمستنير للمستهلك. وقد وضع قانون الاستهلاك الفرنسي تنظيما كاملا لهذا الالتزام بالتبصير السابق على إبرام العقد من حيث مضمون الالتزام ومن حيث كيفية تنفيذه، وكذلك من حيث الجزاء على مخالفته، ثم جاء قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي ليضيف بعض المعلومات التي يجب أن يقوم المهني الذي يعمل في مجال التجارة الالكترونية بالإدلاء بها إلى المتعاقد معه. ونص قانون الاستهلاك (الفرنسي) على جزاء خاص يترتب على مخالفة المهني لالتزامه بتبصير المستهلك اللاحق لإبرام العقد، هذا الجزاء ورد في المادة 121-2/20<sup>1</sup>.

لقد استثنى التوجيه الأوروبي الذي سبقت الإشارة إليه من الإعلام، المواد الغذائية و الكحول و غيرها من المواد المستوردة للاستخدام المنزلي. في حين استثنى المشرع الجزائري المواد الغذائية المقترحة للبيع عن طريق الموزعين الآليين أو في محلات تجارية آلية من واجب ذكر البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 13-378،و يعتبر الفقه الفرنسي أن الالتزام بالإعلام لا يوجبه القانون فقط، و إنما تفرضه أيضا قواعد الأخلاق التي توجب حماية الطرف الضعيف في العقد، و مبدأ حسن

=Le professionnel est maitre du temps, la durée de la contractualisation peut être préétablie pour créer une pression sur le destinataire de l'offre placé dans une interrogation permanente quant à l'intérêt de poursuivre ou d'arrêter le processus.

La confiance dans l'économie numérique est pour une part affaire d'accoutumance mais pour une plus large part affaire de protocolarisation. En effet, la confiance ne s'impose pas, elle s'inspire .

1-ويتمثل في امتداد الأجل الذي يمكن للمستهلك أن يمارس فيه حقه في العدول عن العقد فهذا الأجل وفقا للقواعد العامة هو سبعة أيام، ولكن إذا أحل المهني بالتزامه بالتبصير اللاحق، يمتد الأجل إلى ثلاثة أشهر. أنظر: سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص268-ص269.

النية الذي يحكم تنفيذ سائر العقود والذي يفرض على كلا المتعاقدين الصدق و الأمانة نحو المتعاقد الآخر.

و نص التوجيه الأوروبي على إلزام الباعة بتقديم تأكيدات خطية للمستهلكين يثبتون فيها البيانات الإعلامية المصرح عنها، و هذا التأكيد يجب أن يتوجه به البائع إلى المستهلك قبل إبرام العقد، أو كمدة قصوى عند موعد التسليم بالنسبة للبضائع غير المعدّة للتصرف بها إلى الغير. كما أن التوجيه الأوروبي الصادر في سنة 2002 و المتعلق بالتجارة الالكترونية أوجب على موردي الخدمات. أن يقدموا للمستهلكين قبل التعاقد معهم معلومات حول تقنية إبرام العقد و اللغة المقترحة في التعاقد<sup>1</sup>.

إن حق المشتري في إعادة النظر (الرجوع) ينطبق على عقود البيع التي تتم بين غائبين أو بيوع ( **Toutes les opérations de vente à distance**) المسافات، وقد جاءت العبارة عامة مطلقة. وهكذا فإن حق إعادة النظر لا ينطبق إلا على عقود البيع ( **القانون الفرنسي**). و رخصة الرجوع في العقود مقررة لمصلحة المستهلك دون غيره، ولكن يحدّ كما يرى جانب من الفقه القانوني السّماح بالرجوع فقط في حالات محددة على سبيل الحصر في القانون وفي عقود محددة وهي عقود التجارة الإلكترونية، حتى لا تتقلب إلى عبء على التجارة يؤدي إلى خلل في المبادئ المستقرة في العلاقات العقدية. فالحق في الرجوع لم يسلم من النقد، من عدة أوجه، حيث أنه يخالف القوة الملزمة للعقد، ويسبب تأخيرا للمعاملات وعدم استقرارها، مما يترتب على ذلك عيوب ومضايقات أخرى، منها زيادة تكلفة التعاقد ونفقته وإجراءاته، والتمييز بين طرفي العقد، وعدم المساواة بينهما، وعدم ثبات العقود وما يؤدي إليه من عدم الاستقرار القانوني، و المساس بالأمن

1-L'article 15 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique –intégré dans le code civil-, ajoute deux nouveaux alinéas « le professionnel est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat à distance. Que ces obligations soient à exécuter par le professionnel qui a conclu ce contrat ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci.

Toutefois, il peut s'exonérer de tout partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit au consommateur soit au fait imprévisible et insurmontable, d'un tiers au contrat, soit à un cas de force majeure. », le caractère objectif de cette responsabilité est nettement affirmé –de plein droit- le consommateur n'a donc pas à établir la faute du professionnel contractant. Voir : BRUSCHI (M), « **Commerce électronique et droit de la consommation une rencontre incertaine** », revue des contrats, octobre, 2004, p960.

الاجتماعي، لذلك نجد أن التشريعات المختلفة لا تتوسع في فرض خيار الرجوع بنص تشريعي، كما أنها تحاول بالمقابل لهذا الخيار إذا ما تقرر رعاية مصالح الطرف الآخر<sup>1</sup>.

لعل المشرع الفرنسي قد وجد أن المشتري يواجه في مثل هذه البيوع جميعا مشكلة واحدة فأراد أن يضع لها حلا تشريعا يشملها جميعا بدلا من عدة نصوص مفترقة تواجه مشاكل من طبيعة واحدة. لأن المشتري لم ير المبيع. إما لأن العرض قد أعلن عنه في الصحف، أو النشرات التجارية العامة، أو سمع عنه في الإذاعة، أو رآه رؤية غير كافية، عن طريق الكتالوج، إن النصّ يواجه حماية المشتري من التأثير على إرادته في بيع يفصل فيه المسافة لا الزمن بين البائع والمشتري. وقد فضّل المشرع الفرنسي عدم تحديد وسائل الاتصال للتعاقد عن بعد، تحسبا لما يتم اكتشافه من وسائل جديدة في المستقبل، وبالتالي استخدم الألفاظ بعمومية. حتى يسمح بإدخال الوسائل الحديثة التي يمكن أن تظهر في المستقبل تحت مظلة هذا القانون، بحيث يكون قابلا للتطبيق على الصّور الحديثة للتعاقد التي يمكن ظهورها. فلا ينحصر تطبيقه على الوسائل الموجودة في الوقت الحالي فقط، وذلك نظرا للتطور التكنولوجي المتسارع في مجال الاتصالات عن بعد. وهو الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري في المرسوم 13-378 و المتعلق بإعلام المستهلك في نص المادة 3: ".....تقنية الاتصال عن بعد: كل وسيلة بدون الحضور الشخصي و المتزامن للمتدخل و المستهلك، يمكن استعمالها لإبرام العقد بين هذين الطرفين".

1- إن العلة الباعثة على إقرار حق المتصرف إليه في العدول عن العقد سند خيار الرؤية هو عدم تحققه من مقصده الأصلي في المعقود عليه، وليس عدم علمه بالمعقود عليه، والتحقق يفيد حصول العلم بالوصف لا بالمعقود عليه، ذلك أن العلم في بيع الغائب حاصل بوصفه وصفا نافيا للجهالة الفاحشة به، وأن العقد على غير المعلوم باطل. أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص44. أنظر كذلك: علي أحمد صالح المهداوي، "أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الإلكتروني"، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة العدد الثاني والأربعون، 2010، ص218. أنظر كذلك: علاء الدين محمد عبانية، "حق الرجوع في العقود المسافة دراسة موازنة بين حق الرجوع وفقا للإرشاد الأوربي رقم 7 لسنة 97 وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، وما يشته به في القانون المدني الأردني"، مجلة أبحاث اليرموك، إريد (الأردن). العدد 4، 2007، ص1510.

لكن هذه الانتقادات والسلبيات لم تستطع أن تصمد في وجه مبررات هذا الحق ومزاياه، وذلك أن إعطاء هذا الحق للمستهلك يمكنه من التروي و التبصر المتأنى كي لا يتم عقدا إلا بعد أن تكون إرادته في تنور كامل..

أما التوجيه الأوروبي 97-07 فقد ذكر أمثلة لهذه الوسائل في الملحق الأول منه، وبالتالي فإنه لم يضع حصرا لهذه الوسائل، وإنما ذكر تعريفاً واسعاً لها ثم وضع أمثلة لهذه الوسائل في الملحق الأول منه دون ذكرها على سبيل الحصر، وهو يهدف من ذلك إلى عدم تقييد نطاق تطبيقه بحيث يتسع لينطبق على وسائل الاتصال التي يمكن أن تظهر في المستقبل<sup>1</sup>.

### ثانياً: الآثار المترتبة عن ممارسة المستهلك لحق الرجوع عن العقد

يقضي قانون الاستهلاك الفرنسي والتعليمات الأوروبية بأحقية المستهلك في العدول عن الصفقة التي قبلها، دون أن يتعرض لأي جزاء و دون إبداء الأسباب و ذلك خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام<sup>2</sup>، وتزيد تلك المهلة في التوجيهات الأوروبية في حالة عدم احترام المورد للالتزامه بالإعلام المكتوب، فان المدة تصل إلى ثلاثة أشهر. وحسب التوجيه الجديد المتعلق بحقوق المستهلكين لسنة 2011 إذا أخلّ المحترف بواجب الإعلام فإنّ المدة تصل إلى مدة سنة لممارسة المستهلك حقه في العدول<sup>3</sup>، ومثل هذا التمديد إلى غاية سنة. يمثل حماية إضافية للمستهلك، ويبين مدى أهمية الالتزام الذي يقع على المحترف. - الالتزام بالإعلام - بحيث يتوجب عليه تنفيذه فلا يمكن له أن يتصلّ منه بسهولة فخير الرجوع في عقد الاستهلاك بطبيعته خيار مؤقت، إذ يجب على المستهلك ممارسته خلال فترة محددة، إذ لا يعقل أن يتقرّر هذا الخيار بصفة دائمة، ويرجع ذلك إلى ما يترتب على الرجوع من مساس باستقرار التعامل. لهذا كانت المدة مؤقتة لخيار الرجوع، و هي مدة قصيرة وليست مدة طويلة.

1- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في .....، مرجع سابق، ص 280.

2- Le délai de rétractation, il faut l'interpréter comme un délai de procédure et non un délai de prescription. Voir : GRYNBAUM (L) & LEPLAT (F), « Ordonnance : service financiers à distance de la relativité du code de la consommation comme code », la semaine juridique, N50, 2005, p2301.

ويذهب الفقه إلى أنها مدة سقوط وليست مدة تقادم، لأنها مدة قصيرة وطبيعتها لا تتفق مع أحكام التقادم، وبالتالي لا يرد عليها الوقف ولا الانقطاع.

3- La solution actuelle est plus favorable au consommateur puisque son droit ne s'éteint pas tant qu'il n'a pas été correctement informé de son existence. Le choix d'une limite déterminée s'explique par un souci de sécurité juridique. Voir : PAISANT (G), la directive.....op. cit, p110.

ويؤخذ على التوجيه الأوروبي (97-7) أنه لم يحدد الجزاء الذي يمكن توقيعه على البائع أو المهني في حالة عدم قيامه برد الثمن للمستهلك عند انتهاء الرابطة العقدية بينهما، أو تأخره في الرد، لذا وجب النصّ على الحلول البديلة التي تحمي المستهلك في التجارة عبر الانترنت (عن بعد). وهو ما نص عليه التوجيه الأوروبي المتعلق بحقوق المستهلكين لسنة 2011، فقد نصّ على أن المحترف في حالة قبضه لثمن المنتج فإن عليه ردّ الثمن للمستهلك خلال أربعة عشر يوماً يبدأ حسابها منذ يوم تسلمه قرار المستهلك في رجوعه عن العقد، ويتم إرجاع الثمن بالطريقة التي تم بها الدفع، إلا أنه يمكن الاتفاق على طريقة مغايرة بشرط أن لا تكلف المستهلك مصاريف أخرى<sup>1</sup>.

و نجد المشرّع الفرنسي قد نصّ على مدة شهر يجب فيها على المحترف رد الثمن للمستهلك وفقاً للمادة 121-20-1 من قانون الاستهلاك، وإذا لم يتم المهني بتنفيذ التزامه ترتبت عليه فوائد قانونية عن مدة التأخير بالإضافة إلى المبلغ الذي قبضه من المستهلك. لهذا نرى أنه من المستحسن أن لا يدفع المستهلك ثمن السلعة إلا بعد مرور المدة القانونية التي يمكن له فيها الرجوع عن العقد، وذلك حماية له من تماطل المهني في إرجاعه لثمن السلعة.

تنصّ التوجيهات الأوروبية على أنه في حالة عدم وجود اتفاق مخالف فإنّ حقّ العدول لا يمكن ممارسته بالنسبة لعقود توريد الخدمات التي بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل نهاية السبعة أيام.<sup>(2)</sup> غير أن جانباً من الفقه انتقد هذا الاستثناء معللاً ذلك أنّه إذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هو تقادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل بعد ذلك عن العقد، مما يلحق الضرر بالمهني، ففي الكثير من الحالات لا يتمكن المستهلك من الحكم على مدى توافر خصائص الخدمة المؤداة إليه إلا عند البدء في تلقي منافعتها. لذا فالتناقض يبدو واضحاً في هذه الحالة، فضلاً عن ذلك

1-Enfin, dans le cas particulier d'une vente, le professionnel sera en droit de retarder son remboursement jusqu'au moment de la restitution du bien par le consommateur ou de la preuve, parce dernier, de la date du renvoi. voir : PAISANT (G), la directive....., op. cit, p110.

2-علاء الدين محمد عبابنة، مرجع سابق، ص1516.

فإنّه يخشى في هذا المجال من قوة الإقناع والإلحاح الذي يمارسه المحترف غالبا في مواجهة المستهلك والذي قد يدفع الأخير إلى البدء في الحصول على منافع الخدمة. و هو الحل الذي أخذ به التوجيه الأوروبي المتعلق بحقوق المستهلكين في المادة 16 على إمكانية استفاضة المستهلك من الحق في الرجوع بالرغم من أنه قد بدأ في الاستفادة من الخدمة موضوع العقد شريطة أن لا تكون الخدمة قد استهلكت كليا من قبل المستهلك<sup>1</sup> و لقد نص التوجيه الأوروبي 97-07 على أنه لا يمكن ممارسة حق العدول في عقود توريد الصحف و المجلات و الدوريات، و عقود توريد التسجيلات الصوتية و المرئية و برامج الحاسب المصممة بناء على طلب المستهلك.

ويرجع السبب في امتناع ممارسة الحق في الرجوع في هذه الأحوال إلى المحافظة على حقوق الملكية الفكرية الثابتة على التسجيلات والبرامج باعتبار أنها من الأعمال أو المصنّفات التي يمكن نسخها بعد فتحها مما يؤدي إلى الاعتداء على حقوق المؤلف<sup>2</sup>. وعليه افترض المشرع أن تسليم هذه البضاعة ونزع الأختام عنها، يعني أنه قد تمّ التعرف على نوعيتها، وعدول المستهلك يترتب ضررا بحق البائع، وقياسا على هذا فإن صفقة شراء الصحف أو المجلات تستنفذ الغرض منها بمجرد الاطلاع عليها، فمجرد هذا الاطلاع كفيلا بتحقيق آثار العقد<sup>3</sup>. إضافة إلى أنه لا يمكن ممارسة حق الرجوع في عقود المراهنات أو اليانصيب المشروعة و عقود توريد السلع أو الخدمات التي يرتبط سعرها بتقلب الأسعار في الأسواق المالية. ذلك أن الانسحاب سيسبب الأضرار بالبائع و هو الأمر الذي يجعل منه في هذه الصورة الطرف الأضعف الذي يحتاج إلى حماية. ولقد

1-La directive (art 16, point a), de manière plus favorable au consommateur, n'exclut cette rétractation qu'une fois que cette prestation a été complètement exécutée et que le consommateur a reconnu que, dans ce cas, il perdrait son droit de se désister. Voir : PAISANT (G), op. cit, p109.

2-محمد حسنين منصور، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص154.

3-مسعودة سليمان بلخضر، "الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني"، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص118.

أضاف التوجيه رقم 2011-83 المتعلق بحقوق المستهلكين طائفة أخرى من المنتجات لا يطبق فيها حق الرجوع<sup>1</sup>.

ويرى رأي في الفقه بأن الاستثناءات التي أوردها القانون على الحق في العدول يقلل إلى حد بعيد من الحماية المقررة للمستهلك، ذلك لأن هذه الاستثناءات ستطبق على كثير من العقود التي سوف يتم إبرامها عبر الانترنت. لكن هذه الاستثناءات لها ما يبررها فيجب عدم الإضرار بالمهني عند ممارسة المستهلك لحقه في العدول. خاصة أن العدول هو استثناء على القوة الملزمة للعقد.

ورغم النصّ على هذه الاستثناءات إلا أنه يجوز الاتفاق بين المهني والمستهلك على إعطاء المستهلك الحق في العدول عن هذه العقود المستثناة أصلا في القانون، فيجوز الاتفاق بين المهني والمستهلك على توسيع الحق في العدول ليشمل العقد المبرم بينهما عبر الانترنت. حتى لو كان هذا العقد داخلا ضمن الاستثناءات المنصوص عليها، فهذا الاتفاق صحيح طالما أنه في مصلحة المستهلك<sup>2</sup>. على عكس هذا الأمر فإنه لا يمكن للمستهلك حتى ولو ارتضى ذلك أن يتنازل عن حقه في هذا الخيار.

فالهدف من هذا الخيار ليس حماية المستهلك فقط من تجاوزات المحترف وإنما تهدف بصورة واضحة إلى حماية المستهلك من نفسه. لأن قواعد حماية المستهلك في التجارة الالكترونية تعد من النظام العام وذلك بمقتضى المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، أي أنها قواعد أمرّة، فلا يجوز للمهني أن يتفق مع المستهلك على ما يخالفها وإلا وقع هذا الاتفاق باطلا ولا يعمل به، وله قبل البدء بتنفيذ العقد وقبل فوات المدة المقررة للخيار أن ينقض العقد وأن يطالب باسترداد ما دفعه من مبالغ. وهو ما أكدته المشرع الأوروبي في التوجيه 2011-83 في المادة 25.

1-La fourniture de biens scellés ne pouvant être renvoyés pour des raisons de protection de la santé ou hygiène et qui ont été descellés par le consommateur après la livraison (art 16,e)

- Les réparations urgentes et les travaux de maintenance (art 16, h)

- Les contrats conclus lors d'une en chère publique (art 16, k)

Voir : RAUDE (N) & NOTTE (G), « Directive 2011/83 U E du 25 octobre consommation », juris-classeur, janvier 2012, p3.

2-سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص331.

و تجدر الإشارة إلى أن هناك تناقض في أحكامه، إذا ما رجعنا إلى المادة 14 منه فيما يخص العقد الذي يكون محله توريد المعلومات الرقمية، فقد أشارت المادة إلى أن المستهلك لم يتنازل عن حقه في الرجوع عند صدور القبول من جهته<sup>1</sup> ما يوحي إلى إمكانية التنازل عن حق الرجوع من قبل المستهلك في هذا النوع من البيوع.

إن المستهلك في رجوعه عن العقد المبرم عن بعد لا يترتب عليه أي التزام من جانبه بتعويض البائع أو الموزع مما قد يلحقه من أضرار أو خسارة جزاء ممارسة حق الرجوع. بل يتحمل فقط مصاريف إرجاع السلعة ويمكن أن يعفى من هذه المصاريف في حالة عدم التزام المحترف بواجب إعلام المستهلك حسب المادة 6 من التوجيه المتعلق بحقوق المستهلكين. في الوقت الذي لا يتمتع فيه البائع أو الموزع بمثل هذا الخيار فيظل ملتزما بالعقد الذي تم إبرامه مع المستهلك، فان رجوع عنه كان عليه أن يعرض المستهلك عن كل ضرر يصيبه جزاء ذلك فهو كموجب ليس له أن يرجع عن إيجابه طالما لحق به قبول من قبل المستهلك. ويمارس المستهلك هذا الحق بإرادته المنفردة، ودون الرجوع إلى القضاء، وبغض النظر عن موقف الطرف الآخر لأن خيار العدول يهدف في الواقع إلى حماية مصلحة المتعاقد من خلال حماية إرادته، كما يتميز هذا الخيار بأنه سبب شخصي لزوال العقد و ليس سببا موضوعيا. لكن هل يقع على عاتق المستهلك التزاما بإتباع إجراء معين عند ممارسة حقه في الرجوع في التعاقد؟. إذا أراد المستهلك الرجوع في التعاقد، فإنه يلزم بإخطار المهني (البائع أو مقدم الخدمة) وأن يرد إلى هذا الأخير المنتج أو البضاعة التي تسلمها بمقتضى العقد. ولم يشترط تقنين الاستهلاك الفرنسي إتباع شكل خاص لهذا الإخطار<sup>2</sup>، فيجوز أن يتم بفاكس أو بالبريد الإلكتروني أو بغيره من الوسائل. ويمكن

1-Cette disposition semble vouloir signifier que le consommateur peut renoncer au droit de se rétracter dans le délai de quatorze jours prévu à l'article 9 s'il en était ainsi, il est fort à craindre que la renonciation devienne une clause de style dans les contrats à distance ou hors établissement. Elle serait en effet contraire à l'article 25 de la directive on peut en revanche penser que, pour les contrats de fournitures de contenu numérique, la possibilité de renoncement doit être admise, il appartiendra à la loi de transposition d'apporter les précisions nécessaires. Voir : Guy (R), « Directive droit des consommateurs 2011/ 83 U E du 25 octobre 2011 », contrats – concurrence- consommation, juris-classeur, février, 2012, p11.

2-Il peut se faire par une déclaration dénuée de toute ambiguïté du consommateur manifestant sa volonté de renoncer. Selon les dispositions internes à chaque Etat, cette

للمستهلك أن يعتمد الطريقة التي تعاقدها للرجوع عن العقد الذي أبرمه فإذا تم بواسطة الانترنت فيتم الإخطار بواسطة الانترنت إلا إذا أشار المحترف إلى وسيلة أخرى ذكرها في العقد<sup>1</sup>.

وتطرح مسألة أخرى ذات أهمية، فيما يخصّ تحمل تبعه هلاك أو نقص في السلعة التي يتم إرسالها إلى المستهلك<sup>2</sup>.

فالتوجيه المتعلق بحقوق المستهلكين 2011-83 في المادة 20 منه ينصّ على أن هلاك السلعة أو إصابتها بتلف أو أضرار فإنّها تقع على عاتق المحترف فالعبرة هي بالتسليم المادي للسلعة (الحيازة). في حين قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>3</sup> والتوجيه الأوروبي

=faculté de rétractation pourra s'effectuer par courriel sur le site du professionnel. Voir : GUY (R), directive consommateur.... . op.cit, p12.

1- ومع ذلك قد يفرض المشرع طريقة خاصة لإعمال الرجوع في التعاقد، من أمثلة ذلك أن المشرع الفرنسي في بعض حالات الرجوع البيع المنزلي يلزم البائع أن يرفق بالعقد نموذجاً معيناً يجب على من تقرر له خيار الرجوع استيفاءه وإعادته للمتعاقد الآخر، برسالة مسجلة مع علم الوصول..... لا يعد السكوت تعبيراً ضمناً لخيار الرجوع في التعاقد، لأن السكوت وعدم إفصاح المستهلك عن موقفه هو موقف سلبي، فالقاعدة هي أنه ( لا ينسب لسكوت قول) في حين أن التعبير الضمني هو موقف ايجابي يدل عليه ما يقوم به من تصرفات.

2-Il importe de préciser ce que l'on entend par « risque » le mot est en effet susceptible de deux définitions. Au sens le plus restreint, les risques sont les dégradations ou pertes fortuites de la chose. Voir : DESHAYES (O), « **Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée : un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance** », Revue des contrats, N1, 2012, p96.

3 - لم يتقطن المشرع الفرنسي لتنظيم هذه المسألة في قانون الاستهلاك، الأمر الذي جعلها تخضع للقواعد العامة الواردة.

أولاً: في المادة 1138 (مدني فرنسي) والتي خالفت المبدأ العام في تحمل التبعة، وجعلت الهلاك على المشتري بمجرد تمام العقد.

ثانياً: تلك الواردة في نص المادة 100 (تجاري فرنسي) التي حملت المشتري مخاطر النقل، وجعلت هلاك البضاعة المبيعة أثناء النقل على مالكها وهو المشتري. ولا يكون أمام هذا الأخير إلا الإثبات أن الشيء كان معيباً قبل إرساله، إذا أراد تحميل البائع المسؤولية، أو إثبات أن الشيء قد تعيب أثناء نقله لتحميل الناقل المسؤولية. وهو إثبات عسير، يجعل المشتري ضائعاً حقه أمام متصل البائع والناقل وتحميل كل منهما للأخر المسؤولية. كما أن دعوى المستهلك قد لا تكون مقبولة إذا لم يبادر وفقاً لنص المادة 105 تجاري فرنسي تبليغ الناقل احتجاجه في ظرف ثلاثة أيام، وهو أمر يخفي على المستهلكين. أما القانون المدني الجزائري فقد ربط بين تبعه الهلاك وبين التسليم، فجعل الهلاك قبل التسليم يقع على البائع بوصفه مدنياً بالتسليم، وعلى المشتري بعد التسليم. وذلك بغض النظر على انتقال الملكية أو عدم انتقالها إلى المشتري. أنظر: محمد بودالي، مرجع سابق، ص155.

**97-07** المتعلق بالبيوع عبر المسافات لم ينص على هذه مسألة، والحل الذي اعتمده التوجيه 2011-83 جاء موافقا لما اعتمدته محكمة النقض الفرنسية<sup>1</sup>. أما في الحالة المعاكسة أي إذا كانت السلعة بحيازة المستهلك ومارس حقه في الرجوع وقام برد السلعة إلى المحترف لكنها بحالة مغايرة مما كانت عليه عند تسلمه إياها، فإن التوجيه 2011-83 لم يحمل المستهلك أية مسؤولية، ولهذا يرى بعض الفقهاء لتفادي مثل هذه الحالات لابد من تقصير مدة أربعة عشر يوما لاستعمال المستهلك حقه في الرجوع.

إن هلاك المبيع في يد البائع قبل (القبض والتسليم) من شأنه أن يبطل البيع في جميع الأحوال وكان الهلاك على البائع وعليه أن يرد الثمن إلى المشتري إذا كان قد قبضه، أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد قبضه له اعتبرت يده يد ضمان لا يد أمانة لأنه قبض المبيع لحساب نفسه لا أمانة عنده لغيره. فإذا كان الخيار له فدخل المبيع في ملكه لزم البيع وهلك المبيع عليه بالثمن<sup>2</sup>. فيجب تحميل المستهلك تبعة الهلاك قبل استلام المزود له لأن المعقود عليه كان في حيازة المستهلك الإلكتروني، ولزمه إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ولأن المزود نفذ التزامه فكان بعد الفسخ من التزام المستهلك الإلكتروني، إلا إذا كان المعقود عليه عند وكيل المزود، فإن تبعة الهلاك بعد الفسخ يتحملها المزود، أو وكيله حال هلاك المحل بتعديه أو تقصيره فيلزم بالتعويض تجاه المزود، وذلك طبقا للقواعد العامة في تحمل تبعة الهلاك والمسؤولية عنها<sup>3</sup>.

1-La remise de la chose vendue au transporteur ne vaut pas exécution, par le vendeur, de son obligation de délivrance, restent ainsi à sa charge les conséquences de la mauvaise exécution, par le transporteur de son obligation de livraison. Dans le cas des ventes à distance, la cour de cassation s'était déjà prononcée en ce sens. Voir : PAISANT (G), la directive..... Op.cit, p108. Voir aussi : DESHAYES (o), op.cit, p93. il est prévu que le transfert des risques s'opère lors de la livraison au client quand le fournisseur organise le transport (soit qu'il s'en charge lui-même, soit qu'il en charge un tiers)..... La directive vise à régler avant tout les risques de la chose transportée, ces risques pèsent sur celui qui a organisé ou proposé le transport. En revanche, il n'est rien dit de la réparation des risques dans les contrats de vente sans transport. Ceux dans lesquels les choses est retirée directement des mains du vendeur par l'acheteur ou par un tiers-désigné par lui.

2-علي أحمد صالح المهداوي، مرجع سابق، ص223. أنظر كذلك: أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في..... مرجع سابق، ص229.

3-علي أحمد صالح المهداوي، مرجع سابق، ص223.

ورغم الصفة الشخصية التي يتمتع بها خيار الرجوع، إلا أن هذه الصفة لا تحول دون انتقاله لورثة صاحبه عند وفاته، وهذا ما يؤكد جانب من الفقه الإسلامي بالقول أن كل الخيارات تورث وقد استندوا في ذلك إلى قوله صلى الله عليه وسلم "من ترك مالا أو حقا فلورثته"، ولما كان الخيار حقا للمتوفى متعلقا بمال من أمواله فيثبت للورثة، في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول إن بعض الخيارات تورث، من ذلك خيار العيب والتعيين، والبعض الآخر لا يورث كخيار الشرط والرؤية<sup>1</sup>. وجاءت التشريعات الأوروبية، والتوجيهات الأوروبية خالية بالنسبة لهذه النقطة.

## الفرع الثاني

### خيار المستهلك في الرجوع عن العقد بعد البدء في التنفيذ

كثيرا ما يكتشف المستهلك بعد فوات الأوان أنه ليس بحاجة لتلك السلعة أولا يقدر على دفع ثمنها، أو أن شروط العقد الذي أبرمه لا تتناسبه لسبب أو لآخر، ولو ترك المستهلك لكي يتحمل عواقب ما أقدم عليه. لنتج عن ذلك التضحية بمصالح آلاف المستهلكين. ففسيية المستهلك تعتبر المحور الأساسي الذي تدور حوله العملية الإعلانية باعتباره نقطة البداية والنهاية لها، وبواسطتها يستطيع المسوق أو المنتج أن يتعرف عليه عن طريق الغور إلى أعماقه النفسية ومعرفة الكثير من حاجاته ورغباته ومحركات سلوكه الداخلي "الدوافع والحاجات" والخارجي "الحوافز". ولكي يستطيع المنتج أن يوفي بالتزاماته تجاه المستهلك عن طريق إنتاج ما يمكنه من إشباع رغبات وحاجات مادية ونفسية أو معنوية للمستهلك مع الأخذ بنظر الاعتبار الزمان والمكان الملائمين لذلك، "أي إنتاج ما يمكن بيعه وليس إنتاج ما يمكن إنتاجه أو إنتاج ما يمكن بيعه وليس بيع ما يمكن إنتاجه"<sup>2</sup>. لهذا السبب نجد المستهلك يشتري في بعض الأحيان دون أن يأخذ في عين الاعتبار إمكانياته المالية. لذا نجد بعض التشريعات لم تكثف بإقرار حق الرجوع عن

1-غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص199.

2-فليح عبد الزهرة، مرجع سابق، ص32.

العقد قبل البدء بتنفيذه، ولكن تخطت ذلك إلى إقرار الحق بالرجوع للمستهلكين عن العقد حتى بعد البدء بتنفيذه وخلال المراحل النهائية من ذلك التنفيذ.

إن رجوع المستهلك عن العقد قبل التنفيذ لا يمثل في حقيقته إلا تقويت لفرصة الموزع أو البائع في تسويق سلعته، بينما تشكل ممارسة الحق في الرجوع عن العقد بعد البدء في تنفيذه خسارة حقيقية له إذ يكف المستهلك عن تنفيذ بقية التزاماته التي بدأ في تنفيذها فعلا. ومن البديهي أن ممارسة مثل هذا الخيار لا يمكن أن يثبت إلا في العقود المستمرة التنفيذ. كعقود التأمين، أو العقود الزمنية وعلى رأسها عقود البيع بالتقسيط.

لقد منح المشرع الجزائري لمكتب عقد التأمين على الأشخاص حق الرجوع عن العقد الذي أبرمه مع شركة التأمين، فنصت المادة 90 مكرر من قانون رقم 06-104<sup>1</sup> "باستثناء عقود تأمين المساعدة، يجوز لمكتب عقد التأمين على الأشخاص لمدة شهرين كحد أدنى أن يتراجع عن العقد برسالة مضمونة مع وصل استلام خلال أجل ثلاثين يوما ابتداء من الدفع الأول للقسط.

يجب على هذا الأخير إعادة القسط الذي تقاضاه، بعد خصم تكلفة عقد التأمين، خلال الثلاثين يوما الموالية لاستلام الرسالة الموجهة من قبل المكتب إلى مؤمنة، والتي موضوعها التراجع عن العقد".

إن المشرع في نصّه هذا أراد أن يخفف من العبء الذي قد يقع فيه المستهلك (المكتب) مع مراعاة مصلحة المحترف (شركة التأمين) بأن تخصم تكلفة عقد التأمين، بحيث لا تخسر أية مصاريف في حالة رجوع المكتب عن العقد.

لقد روعيت اعتبارات اجتماعية، واقتصادية عند تقرير هذا الحق للمستهلك تتمثل في التطورات التي تطرأ على المستوى المعيشي لأسرته و عدد أفرادها، و قدراتها المالية

1-قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فيفري 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 95-07 المؤرخ في 25 جانفي 1995 والمتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 15.

لاسيما في ظل البطالة و خطر التسريح من العمل الذين تشهدهما دول العالم بأسره سواء متقدمة كانت أو متخلفة.<sup>1</sup>

و في ظل الوضعية التي يظهر فيها عدم التوازن بين طرفي العقد، و اللامساواة الاقتصادية و الاختلال في درجة المعرفة، و قصور قواعد القانون المدني<sup>2</sup>. كان لزاما على المشرع أن يصدر التشريعات التي تضمن المساواة و الموازنة بين أشخاص العلاقة الواحدة من خلال حماية إرادة، و حرية المستهلك. و بما أنّ النصوص القانونية هدفها تحقيق العدل و الإنصاف من جهة، و حماية النظام العام الاجتماعي من جهة أخرى. أصبح من الضروري الخروج عن القواعد العامة التي تحكم العقد و خلق قواعد جديدة تحكم توزيع السلع و الخدمات في المعاملات التي يتم إبرامها مع المستهلك<sup>3</sup>. ومثل هذه الإمكانية (الرجوع عن العقد بعد التنفيذ) فيها حماية للمستهلك لكن دون التضحية

1- و يعد القانون الانجليزي من أكثر التشريعات التي كرست هذا الحق للمستهلك. إذ يعطي الحق للمستهلك في نقض العقد في أي مرحلة من المراحل اللاحقة للبدء بالتنفيذ، و أيا كانت المدة التي انقضت على ذلك، و أيا كانت المبالغ التي أداها المستهلك للبائع أو تلك التي لم يؤديها بعد و لم يلزم المستهلك إلا بإخطار البائع برغبته باستعمال هذا الحق عن طريق إخطاره بذلك سبعة أيام قبل ممارسته لهذا الحق. و لما كانت ممارسة هذا الحق على هذا النحو تمثل تضحية أكيدة بمصلحة البائع فان المشرع الانجليزي قد سعى إلى ضمان مصلحة البائع من جهة أخرى، و قد كان ذلك من خلال قانون 1974 و الذي أكد على حق المستهلك في ممارسة هذا الخيار إلا أنه قيّد استعماله و حد من خطورته على مصلحة البائع. فلقد أكدت الفقرة 100 من هذا القانون على التزام المستهلك عند استعماله لهذا الحق بدفع على الأقل ما قيمته 50 بالمائة من الثمن الحقيقي للمبيع. أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 512 - ص513.

2- إن المجال الوحيد الذي يتوافر أمام المستهلك للاستفادة من خيار الرجوع ينحصر في اللجوء إلى التعاقد بالعربون. و من ثم يكون الخيار للمستهلك في الرجوع عن العقد بعد إبرامه على أساس خسارته للعربون الذي يدفعه مقابلا للاستفادة من هذا الحق و في غير تلك الحالة، فان المستهلكين لا يجدون مفرًا من اللجوء إلى القواعد العامة في شأن فسخ العقد للتخلص من العقود التي يبرمونها في عجلة من أمرهم، و من غير ترو و التي يكتشفون بعد حين عدم صلاحيتها لتحقيق ما يرمون إليه، أنظر: جمال النكاس، مرجع سابق، ص 109.

3- في ظل مبدأ القوة الملزمة للعقد، يمكن القول بأنّ رضاء الأطراف يفترض بأنه صحيح إذ أن على كل طرف السهر على مصالحه الخاصة والدفاع عنها طالما أن العقد قد أبرم في ظل مناقشة ومفاوضات بين الأطراف، ويفترض بأن العقد متوازن في هذه الحالة وبالتالي فإنه يكون ملزما بالعقد.

غياب النقاش الحقيقي بين طرفي العقد فلا يستطيع المستهلك أن يكون ندا للمهني نظرا لوضع الضعف الذي هو عليه، فالعلاقة بين قوي وضعيف لا يمكن أن تكون عادلة. أنظر: أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 3 - ص5.

بمصلحة المحترف. فمن المهم أن يكرّس المشرّع الجزائري هذه التقنية في معاملات أخرى كالبيع بالتقسيط لرفع المشقة على المستهلك الذي وضع نفسه في حرج، خاصة في ظل الوضع الاقتصادي الراهن أين المستهلك لا يستطيع أن يتأكد من ضمان منصب عمله ليصبح في مشاكل اجتماعية إذا تعاقد بمبالغ كبيرة .

لقد شرعت الخيارات على خلاف مقتضى العقود لأن الأصل في العقد أن يكون لازما لا خيار فيه ضمانا لاستقرار العقود والمعاملات بين الناس، وحكمة مشروعية الخيارات تحقق كمال الرضا بين المتعاقدين، والتأكد من سلامته وابتئائه على أساس صحيح، لذا شرعت الخيارات<sup>1</sup>. في أحوال خاصة تدعو العاقدين أو أحدهما إلى التروي والبحث أو الرجوع إلى مشاوره نفسه مرة أخرى، فقد يكون العاقد قليل الخبرة في التعامل فيقدم على شراء سلعة من غير إتاحة فرصة له للتروي والمشاوره خوفا من فوات السلعة (كالبيع المنزلية)، فشرّع له لأجل ذلك اشتراط الخيار ليتمكن من التروي والمشاوره. حتى لا يقع في الضيق والحرج<sup>2</sup>.

1- ثبت بالوجه القاطع أن للخيارات دورا رئيسيا في حماية المستهلك، ويتجلى هذا الدور من خلال الآتي:

- تمنحه المجال الأكيد للتروي، ومعاينة السلعة والتأكد من مواصفاتها.
- تؤكد في المستهلك صفة العقلانية.
- تدفع عنه الغبن والخديعة.
- تمنحه فترة كافية للتأكد من مدى حاجته الفعلية للسلعة من عدم ذلك.
- تعطيه حافزا قويا للبحث عن السلعة الأفضل والأجود ما دام أمامه مهلة لفعل ذلك.
- تحميه من ذهاب ماله عبثا وهدرا، دونما رقيب على ذلك، حيث أجاز له الإسلام رد الشيء المعيب.
- تمنحه الفرصة الكافية لتعيين السلعة التي تلائمه وتلائم دخله ووضع الاجتماعى كما في خيار التعيين.

في هذا كله صيانة لأمرين:

الأمر الأول: صيانة لأموال الجماعة والحفاظ عليها من عبث العابثين وتغريب الخادعين الأمر الثاني: في هذا إضافة نوعية للاقتصاد الوطني والمحافظة عليه عن طريق إشاعة جو الثقة في المبادلات و المعاملات الشرعية، مما يكون سببا أو حافزا في تنمية الموارد الاقتصادية عن طريق تنمية التجارة والمعاملات التجارية.... أنظر: عبد الحق حميش، حماية المستهلك من منظور إسلامي، النشر العلمي، جامعة الشارقة، 2004، ص99-100.

2- عبد المجيد محمود مطلوب، "خيار الرؤية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد 1-2، السنة 18، ص484.

لاشك أن ازدهار التجارة الإلكترونية و نموها يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني للمعاملات الإلكترونية، و قدرته على توفير الثقة للمتعاملين به بصفة عامة و المستهلك الإلكتروني بصفة خاصة، و إمداد المستهلك بوسائل الحماية المناسبة في العمليات التجارية الإلكترونية. و هو الموضوع الذي بقي دون تنظيم في بلدنا، فهناك تصريحات من الجهات المختصة تشير بأن هناك فراغا تشريعيًا فيما يخص المعاملات الإلكترونية و إلى يومنا هذا لم يصدر أي نص قانوني يحكم هذا المجال، فإدراج مادة قانونية حول عقد البيع الذي يتم عن بعد في المرسوم التنفيذي المتعلق بإعلام المستهلك غير كاف لحماية المستهلك.

إن التصريحات لوحدها لا تكفي لضمان حماية المستهلك، و إنما يجب أن تتجسد هذه الإرادة على أرض الواقع<sup>1</sup>، بتكريس نظام قانوني متكامل ينظم لنا مثل هذه المعاملات على غرار التشريعات الأخرى. فعدم إحاطة المستهلك بالحماية القانونية الفعالة والكافية قد يؤدي إلى عزوف المستهلك عن التعامل بهذه الوسيلة المتطورة، وتفضيل الوسائل التقليدية عليها وفي ذلك إضاعة لمزايا التجارة الإلكترونية، من ثم لا بد من توفير الغطاء القانوني للمستهلك وحمايته في هذا النوع من العقود.

1- إن التجارة الإلكترونية ستفرض نفسها على واقع المسلمين باعتبارها أحد أدوات العولمة الاقتصادية والمطلوب من البلاد العربية أن تضع هذه الوسيلة الجديدة على خريطة اهتماماتها التعليمية ولا يقتصر اهتمامنا بها على الحلقات النقاشية والندوات العلمية فقط، لأن لهذه التجارة تقنية معينة لا بد أن تتقنها قبل التعامل من خلالها. أنظر: عبد الحق حميش، مرجع سابق، ص 301. أنظر كذلك: نبيل محمد أحمد صبيح، مرجع سابق، ص 226.

من الملاحظ أن التنظيم القانوني للمعاملات الإلكترونية في دولنا العربية، ما زالت تسير ببطء شديد، بالنظر إلى التطور السريع في استخدام الوسائل الإلكترونية، وربما يرجع السبب في ذلك إلى هيمنة الأطر التقليدية والتفكير النمطي السائد بين القانونيين والتجار، وهذا التفكير يتحفظ على كل ما هو جديد، وربما يرجع ذلك إلى التخوف من المخاطر الأمنية التي تتمثل في الاختراقات الإلكترونية وعدم سرية المعلومات والبيانات التي تتداولها الشركات وغيرها عن طريق الانترنت. أنظر كذلك: غازي خالد أبو عربي، مرجع سابق، ص 198.

## المطلب الثاني:

### الطبيعة القانونية لحق الرجوع عن العقد

إن إمكانية الرجوع عن العقود المبرمة عن بعد يعد خروجاً عن مبدأ سلطان الإرادة، ومبدأ الرضائية في العقود. حيث يقضيان بعدم جواز الرجوع عن العقد من قبل أحد طرفي العقد و بإرادته المنفردة بعد أن يكون قد نشأ صحيحاً<sup>1</sup>.

لقد حاول الفقهاء تبيان طبيعة هذا الحق مستندين على وجهات نظر متعددة نتناولها في (الفرع الأول)، و هناك رأي الفقه الإسلامي يبين لنا خصوصية هذا الحق (الفرع الثاني).

### الفرع الأول:

#### اختلاف الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للحق في الرجوع عن العقد

تعددت الآراء الفقهية في تحديد الطبيعة القانونية للحق في الرجوع عن العقود المبرمة عن بعد. فهناك من جعله كعقد البيع بشرط التجربة المنصوص عليه في المادة 355 ق.م.ج: "في البيع على شرط التجربة، يجوز للمشتري أن يقبل المبيع أو يرفضه

أيذهب البعض إلى وجوب التخلص من المفهوم الإرادي المغالى فيه و الناتج عن مذهب استقلالية الإرادة، فالإرادة عاجزة عن توليد تعهد إلزامي نهائي قبل انقضاء مهلة معينة. و مما يجب التنبيه إليه أن تنفيذ العقد ممنوع قبل انقضاء مهلة الرجوع، و يتعلق الأمر واقعياً إلى تجنب إلزام المستهلك بتنفيذ العقد و يمكن القول بسهولة أكبر بأن العقد ليس في الحقيقة إلزامياً إلا ابتداء من الآونة التي يمكن أن يكون قابلاً للتنفيذ و تنحصر مهلة الرجوع تلك في تأخير هذه الآونة. أنظر: نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 141-142. أنظر كذلك:

RZEPECKI(N), op.cit,p114.....Les juges se donnent le pouvoir de vérifier le caractère satisfaisant ou non de l'essai, la question se pose alors de savoir si la technique peut servir de justification au droit de repentir spécialement à la faculté de retour qui est prévue au bénéfice de l'acheteur dans le cadre des contrats à distance. dans cette dernière hypothèse, la situation semble en effet quasi identique. la réponse est cependant négative et ceci pour deux raisons. la première est technique. Elle à ce que l'exercice du droit de repentir, contrairement à celui de la faculté de retour dans le cadre du contrat à l'essai, est discrétionnaire. la seconde est tirée de l'esprit des deux mécanismes : le délai de réflexion qui précède l'exercice du repentir n'est pas destiné à vérifier l'aptitude du bien à l'usage auquel il est destiné mais seulement à permettre au consommateur de s'assurer de l'opportunité de l'opération. En d'autres termes, ce n'est Pas le bien qui serait ici à l'essai, mais le consentement du consommateur.

وعلى البائع أن يمكنه من التجربة، فإذا رفض المشتري المبيع، يجب عليه أن يعلن الرفض في المدة المتفق عليها، فإن لم يكن هناك اتفاق على المدة، ففي مدة معقولة يعينها البائع، فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع، اعتبر سكوته مقبولاً.....".

لكن هناك فرقا بينهما من حيث نطاق التطبيق فالعقد القابل لإعادة النظر لا يشمل إلا بيوع المسافات، بينما يتسع نطاق التجربة ليشمل جميع البيوع بين حاضرين أو غائبين. و نجد أن الحق المخول في حق الرجوع أوسع نطاقا من البيع بشرط التجربة، بحيث يمثل حقا إراديا محضا يترك تقديره لمشئئة المشتري دون معقب عليه في قراره من خبير، أو قاض. بينما لا يجوز للمشتري في البيع بشرط التجربة إلا قبول العقد أو رفضه، و يستطيع القضاء أن يراقب مدى التعسف في رفض المبيع بل يحق للبائع أن يثبت أن نتيجة التجربة كانت مرضية.

بالإضافة إلى أن أساس المهلة التي تمنح للمشتري لإعادة النظر تهدف إلى حماية إرادة المستهلك من التسرع في إبرام العقد. أما مدة التجريب أو التذوق فالغاية منها تحقق المشتري من ملاءمة المبيع أو صلاحيته للغرض الذي اشتراه من أجله<sup>1</sup>.

أما الاتجاه الآخر فإنه يحدد الطبيعة القانونية من خلال الفرق بين تكوين العقد و فعاليته، فتوافق الإرادتين يؤدي إلى انعقاد العقد . لكن حماية للمستهلك يوقف المشرع فعاليته بحرمان المستهلك من تنفيذه قبل مضي مدة معينة تسمى مهلة الرجوع أو مهلة التروي، فإذا انتهت المدة و لم يمارس المستهلك حقه في الانسحاب اكتسب العقد الفعالية بتنفيذه و إذا مارسها ترتب على ذلك انتهاء العقد و ليس بطلانه<sup>2</sup> لكن نقول بأن المشرع لم يحرم المستهلك من التنفيذ خلال فترة التروي، فالسلطة التقديرية تعود إليه، وهذا دليل على أنه رضي بالعقد من الوهلة الأولى في حالة التنفيذ. فللعقد فعالية منذ توافق الإرادتين.

1- أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في....، مرجع سابق، ص 221.

2 - إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 142.

و آخرون يجعلون من العقد المقترن بفترة التروي كالببيع بالعربون. لكن المستهلك في العقد الأول لا يفقد أي جزء من ثمن المبيع على عكس المشتري الذي يدفع العربون<sup>1</sup>. بحيث يفقده إذا عدل. باعتباره ثمنا للعدول ثم إن خيار العدول في البيع عن بعد يتقرر لمصلحة المشتري، على عكس الحال في البيع بالعربون حيث لا يتقرر خيار العدول بحسب الأصل لمصلحة أحد المتعاقدين و إنما لكل من طرفي العقد للبائع و المشتري<sup>2</sup>.

وهناك من جعل الوعد بالتعاقد<sup>3</sup> أساسا لتحديد طبيعة الحق في الرجوع الذي يعني أن الموعد له يملك الحق في قبول العقد أو عدم قبوله خلال الفترة المحددة للوعد، وبالتالي فإن الوعد بالتعاقد قد لا يكون ملزما للموعد له إلا إذا قبله، أما في العقود عبر المسافة (كالعقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الانترنت)، فهو عقد يلتزم فيه الطرفان المتعاقدان بأداء الالتزامات المحددة في العقد، فنجد البائع ملتزما بتسليم الشيء والمشتري ملتزما بدفع الثمن<sup>4</sup>، فالحق في الرجوع ليس وعدا بالتعاقد.

1- تنص المادة 72 مكرر ق.م.ج "يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين، الحق في العدول عنه خلال المدة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقده.

وإذا عدل من قبضه رده ومثله ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر."

2- لأن الاعتبارات التي يقوم عليها حق العدول (الرجوع) في بيوع المسافات هي حماية إرادة المستهلك من التسرع في إبرام العقد. بينما الاعتبارات التي يقوم عليها خيار العدول في البيع بالعربون أنه مدفوع الثمن فإذا عدل من دفعه فقده، و إذا عدل من قبضه رد ضعفه. أنظر: احمد السعيد الزقرد، حق المشتري في...، مرجع سابق، ص 225. أنظر كذلك: يوسف شندي، "أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والأربعون، 2010، ص 267.

...يستحيل تطبيق ذات الحلول على خيار الرجوع الاتفاقي والقانوني، فهذا الأخير فرضه المشرع بموجب قواعد أمره لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، بمقتضاه يستطيع المستهلك ممارسة خياره في الرجوع دون أي مقابل مالي أو تعويض، باستثناء مصروفات إرجاع السلعة إذا كان لها مقتضى.

3- الوعد بالتعاقد عبارة عن الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، وهذا لا ينعقد إلا إذا تم تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، ويجب التنويه إلى أن القانون إذا اشترط لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يجب مراعاته أيضا في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد. وهو ما نصت عليه المادة 71 ق.م.ج.

4- شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني..... مرجع سابق، ص 64.

في حين ذهب البعض إلى القول بأن البيع القابل لإعادة النظر خلال مهلة محددة هو بيع يتم فيه رضا المشتري على مرحلتين متتابعتين، ففي المرحلة الأولى يولد البيع بتطابق إرادتي المتعاقدين وهي لا تكفي بذاتها لتمام العقد، ففيها يتشكك المشرع من تسرع المشتري لأسباب معينة في إبرام البيع لذا منحه مهلة زمنية بحيث لا يكتمل الوجود القانوني للعقد إلا بعد انتهاء المهلة الزمنية، وعندما تبدأ المرحلة الثانية التي يكتمل بها وجود العقد. أي أن العقد نفسه يظل مهددا بالزوال خلال هذه الفترة<sup>1</sup>. فعقد الاستهلاك ينعقد على مرحلتين تمتدان مع الزمن. فخلال مدة الرجوع، يعبر المستهلك عن رضا أولي يمهد لانعقاد العقد النهائي، ويشترط فيه الثبات طوال مدة الخيار، ولا يصبح العقد نهائيا إلا بانقضاء هذه المدة دون ممارسة خياره في الرجوع تعبيرا عن رضائه النهائي بالعقد. ويطلق جانب من الفقه على التعبير الأولي لرضا المستهلك "بالرضا المؤقت" تمييزا له عن "الرضا النهائي" بالعقد الذي يأتي بعد انتهاء مدة الرجوع. وهذا الرأي غير سديد لأنه يخلط بين حق التفكير وخيار الرجوع في التعاقد، إذ أن هذا الوصف ينطبق على حق التفكير و ليس خيار الرجوع.

فإذا كانت فترة التفكير تهدف إلى الاستيثاق من رضا المستهلك بصورة مسبقة على إبرام العقد، من خلال منحه فرصة للتروي والتفكير في شأن العقد قبل أن يقدم على إبرامه، فإن مدة الرجوع تهدف إلى التأكد من رغبة المستهلك في الاستمرار في العقد الذي

1- القول بالتكوين المتتابع للرضا، والذي يجيز لمن يثبت له خيار العدول أن يسحب الرضا الأول فيندم العقد، يفقد إلى أساس يستند إليه فكيف يكون رضا المتعاقد والفرض أنه صدر صحيحا غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة غير صالح بذاته لإبرام العقد، ولا يزال في حاجة إلى رضا آخر يسانده ويدعمه وأن هذا الرضا الأول بعد انتهاء المدة المحددة هو الذي ينعقد به العقد. انظر: أحمد السعيد الزقرد، مرجع سابق، ص 227-228. انظر كذلك: AMIEL-

DONAT(J), op. Cit, p12

La doctrine s'est interrogée sur la nature de la faculté de repentir, pour la majorité des auteurs, elle ne saurait s'intégrer dans le processus de formation du contrat car celui-ci serait valablement formé dès l'accord premier des contractants. Il s'agirait donc d'une possibilité de remettre en cause un contrat déjà formé.

Pour d'autres auteurs cependant, la faculté de rétractation ne défait pas un contrat déjà formé elle en diffère la formation elle en suspend la conclusion définitive il y aurait donc formation successive du contrat, le consentement prenant Corp. au fur et à mesure de l'écoulement du délai d'exercice de la rétractation.

أقدم على إبرامه، والتأكد من أن قبوله بالعقد الذي عبر عنه ابتداء قد أصبح جازماً لا رجعة فيه بناء على إرادة حرة ومستتيرة<sup>1</sup>.

إن جميع الأفكار السابقة لا تصلح أساساً لتبرير خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد وأثره على تحديد لحظة إبرام العقد، فهي إما تؤكد على عدم انعقاد عقد الاستهلاك بمجرد اتفاق الإرادتين، إنما يتم إرجاء إبرامه إلى حين انتهاء مدة الرجوع، وهذا غير صحيح، لأن خيار الرجوع لا يمنع حقيقة انعقاد عقد الاستهلاك من لحظة اتفاق الإرادتين وحتى قبل انتهاء مدة الرجوع. أو أنه يشبه ما هو وارد في الأحكام العامة. في حين طبيعة هذا الحق لا تتناسب مع أية تقنية حتى وإن كان هناك أوجه شبه، إلا هناك فوارق. فلم تصل محاولات فقهاء الغرب إلى تحديد طبيعة الحق في الرجوع بالاستناد على القواعد العامة<sup>2</sup>. أما في الفقه الإسلامي فإننا نجد إمكانية تحديد طبيعة الحق في الرجوع عن العقد وهو ما سنراه في الفرع الثاني.

## الفرع الثاني

### تحديد طبيعة الحق في الرجوع عن العقد وفقاً للفقه الإسلامي

قد يقدم المشتري على إمضاء العقد من غير رؤية المبيع أو من غير أن تكون له خبرة فيحتاج إلى مشورة أهل الخبرة، هذا وقد يعتري المعقود عليه عيب لا يقبل معه المتعاقد الشراء، أو يكون صاحب السلعة قد أغراه ليمضي العقد بأوصاف غير مطابقة للمتفق عليه فيقدم على العقد من غير أن يتحقق الرضا في نفسه فشرعت له

1- يوسف شندي، مرجع سابق، ص 261.

2-Le délai de rétractation ne peut être assimilé à aucune technique connue et semble déroger au principe de force obligatoire des contrats. Les efforts de la doctrine pour expliquer ce mécanisme eu ayant recours au droit commun semblent vouées à l'échec, ce qui peut faire conclure à la non compatibilité du délai de rétractation avec le droit commun. Voir : LONDICHE (F.B), « **Droit commun des contrats et dispositions protectrices** », thèse pour le doctorat en droit, université Paul Cézanne, Marseille III, 2008, p175.

الخيارات<sup>1</sup> بغية ضمان مراد المتعاقد ورغبته المبدئية في العقد. وهذا أمر يستوي فيه التعاقد سواء بالوسائل العادية أم بالوسائل المستحدثة.

ففي الفقه الإسلامي نجد أقسام للعقد فهناك الصحيح الذي قد يكون نافذاً، و قد يكون موقوفاً فيكون نافذاً إذا صدر من شخص له ولاية إصداره، سواء كانت هذه الولاية أصلية أو نيابية كالعقد الذي يعقده العاقل الرشيد لنفسه و في ماله. أو يعقده الولي أو الوصي للقاصر، و يكون العقد موقوفاً عندما يصدر من شخص له أهلية التعاقد دون أن تكون له ولاية إصداره كالعقد الذي يصدر من الفضولي أو من في حكمه .

و العقد الصحيح النافذ<sup>2</sup> أقسام، فهناك نافذ لازم و نافذ غير لازم.

1-العقد النافذ اللازم: يعرف فقهاء الشريعة الإسلامية العقد النافذ اللازم بأنه ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ولم يتعلق به حق الغير، ولا خيار فيه، ولا يرتفع إلا بالإقالة، أي هو العقد الذي لا يقبل الفسخ أو يقبله ولكن ليس لأحد طرفيه فسخه إلا إذا اتفقا على التقايل منه<sup>3</sup>.

2-العقد النافذ غير اللازم: هو العقد الذي يستطيع كل واحد من طرفيه أو أحدهما فقط أن يتحلل منه ويفسخه دون توقف على إرادة الطرف الآخر فهو ينقسم إلى قسمين، عقد نافذ غير لازم من الجانبين وعقد نافذ غير لازم من جانب واحد.<sup>4</sup>

1-الخيارات كثيرة، اختلف الفقهاء في عدّها و يعد كل من خيار الشرط وخيار العيب وخيار الرؤية أهم الخيارات التي يكثر وقوعها في العقود، فهذه الخيارات المذكورة تخول أحد المتعاقدين حق فسخ العقد أو إمضائه، فإذا وجد في العقد خيار لأحد طرفيه، كان له أن يرجع عن العقد بإرادته، ويكون العقد حينئذ غير لازم. أنظر: محمد السعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2003، ص 88.

2-العقد الصحيح هو العقد الذي ينتج آثاره المترتبة عليه ما لم يعرض له ما يوقفه أو يحول دون لزومه: أنظر: محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد.... مرجع سابق، ص 83 .

3-محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 397.

4-العقد النافذ غير اللازم من الجانبين: هو ذلك العقد الذي يكون فيه لكل من عاقيه كامل الحرية في فسخه سواء رضى الطرف الآخر أو لم يرضى، وذلك كعقود الشركة، الوكالة.

فاتجه البعض في الفقه الحديث ونؤيدهم في هذا إلى تبرير خيار الرجوع في التعاقد (عقود الاستهلاك) استنادا إلى فكرة العقد النافذ غير اللازم، بمعنى أن العقد لا يكون لازما في حق المشتري إلا بعد انقضاء المهلة المحددة اتفاقا، أو تشريعا بحيث يكون له الخيار بين قبوله أو رفضه. وفكرة العقد غير اللازم هي صفة استثنائية، مؤقتة. استثنائية لأنها تخالف الأصل العام وهو القوة الملزمة للعقد، فالعقد بمجرد انعقاده أصبح شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه، و مؤقتة لأنها تنتهي بانتهاء المهلة التي تمنح للمتعاقد بحيث يصبح العقد بعدها لازما. فكما يملك المتعاقدان جعل عقدهما غير لازم باتفاقهما على ذلك، أي باتفاقهما على جواز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحدهما أو لكليهما، فإن المشرع يملك أيضا، بأن يجعل التصرف النافذ اللازم لطبيعته ومقتضاه تصرفا غير لازم، وذلك بمنح أحد طرفيه حماية ورعاية له خيار الرجوع في خلال مهلة معينة وفي هذا الموضوع. مكنة الرجوع منحت للمستهلك لأن عدم التوازن الموجود في علاقة المهني بالمستهلك تستدعي ذلك<sup>1</sup>.

- العقد النافذ الغير اللازم من جانب واحد: هو ذلك الذي يكون فيه عدم اللزوم من جانب أحد العاقدين فقط، بمعنى أن العقد لازم في حق أحد طرفي العقد دون الآخر. أنظر كذلك: محمد سعيد جعفر، نظرات في صحة العقد.....مرجع سابق، ص86.

1- الفقه الإسلامي الحنيف قد أسس لهذا الرأي حيث أثبت خيار الرؤية للمشتري أو المستهلك، وهناك كذلك - نظرية العقد غير اللازم- في الشريعة الإسلامية الغراء، وهو عقد يقبل باتفاق الطرفين أو بطبيعته أو بحكم شرعي الرجوع عنه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين، دون أن يتوقف ذلك على رضا المتعاقد الآخر. أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص43. أنظر كذلك:

إن غياب المعقود عليه يستلزم استعمال الخيار عند رؤية المعقود عليه، وهو ما يقتضي تنفيذ المزود لالتزامه، فكان المستهلك الإلكتروني رد المعقود عليه عند فسخه العقد بإرادته المنفردة، دون حاجة إلى حصوله على رضا المزود لأنه ليس بفسخ اتفاقي، ودون اللجوء إلى القضاء للكشف عن توافر شروط الخيار. خيار الرؤية لا يمنع نفاذ العقد، فملكية المبيع في عقد البيع مثلا تنتقل إلى المشتري بالعقد، أي بمجرد انعقاده، ويثبت الملك للبائع في الثمن، ليقصر أثر خيار الرؤية على منعه تمام حكم العقد، فلا يتم حكم البيع إلا إذا رأى المشتري المبيع ولم يردده أنظر: علي أحمد صالح المهداوي، مرجع سابق، ص209-214. وهناك من يرى عكس ذلك بحيث هناك تطابق بين خيار الرؤية، والحق في الرجوع في بعض الأحكام فكلاهما يثبت دون حاجة إلى اتفاق، ولا يمنع من انعقاد العقد.... إلا أن هذا التشابه لا يصل إلى درجة التطابق بينهما، ذلك أنه إذا كانت نتيجة كل منها حق المستهلك في فسخ العقد، إلا أن العلة مختلفة، فعلة خيار الرؤية عدم رؤية المبيع، أما الغاية من الحق في الرجوع فهي إعطاء المستهلك المشتري دون المهني =

إن خيار الرجوع يعد تصرفاً انفرادياً يعبر عن قدرة ومكنة الإرادة المنفردة على العدول عن العقد المبرم دون توقف على رضا المتعاقد الآخر. فهذا الخيار يمثل الوسيلة التي من شأنها إعادة التوازن إلى ما اختل بسبب الطيش والتسرع من جانب أحد المتعاقدين الذي هنا هو المستهلك، وهذا يعني أن لصاحب الخيار

رخصة أو مكنة قانونية لها استقلالها القانوني تمكنه إما قبول العقد نهائياً وإما رفضه، ويتم ذلك بمحض ارادته ومشئنته، دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر<sup>1</sup>.

إن حماية المشتري (المستهلك) وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية عن طريق منحه مهلة من الزمن ليعيد التفكير في أمر العقد الذي أبرمه إما لإلحاح البائع، وإصراره على البيع بذهابه إلى المشتري في منزله أو من الضغط الأدبي أو النفسي الذي يجذبه إليه التلفزيون وهو يعرض للسلع والخدمات. تصلح أساساً قانونياً معقولاً في الإجابة عن السؤال لماذا ينعقد البيع أحياناً غير لازم في مواجهة المشتري، ولا يحتج على ذلك بأن الأصل العام في العقد أن يتقيد به المتعاقدان فلا يجوز لأي منهما الانفراد بتعديله<sup>2</sup>. فعدم رؤية المبيع لا يمنع تمام الصفقة، ولا يمنع النفاذ في حقه. ولأن جهالة الوصف تؤثر في الرضا، فتوجب خلافاً فيه، واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار، ولأن من الجائز اعتراض الندم لما عسى لا يصلح له إذا رآه، فيحتاج إلى التدارك، فيثبت الخيار لإمكان التدارك عند الندم نظراً له<sup>3</sup>.

=المشتري الحق في الرجوع وعلّة ذلك حماية المستهلك وجعل رضاه تاماً تحقيقاً لمبدأ "منتهى الرضا" أنظر: علاء الدين محمد عبابنة، مرجع سابق، ص1538.

1-غازي خالد ابو عرابي، مرجع سابق، ص197.

2-رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص226.

3-اختلفت آراء الفقهاء بالنسبة لمشروعية خيار الرؤية وعدمها، عند بيع الغائب.... و يترتب على القول بجواز خيار الرؤية، ومشروعيته عند الحنفية، ومن وافقهم من المالكية والحنابلة والشافعي في القديم. جواز بيع العين الغائبة، ويثبت للمشتري خيار الرؤية، إذا رأى المبيع، فإن شاء نفذ البيع، وإن شاء رده، سواء وصف له أولاً.

ويرى الشافعي في الجديد، أنه لا يصح عقد البيع أصلاً، عند عدم رؤية المبيع، ولا ينعقد بيع الغائب مطلقاً. سواء كان البيع بالصفة، أو بغير الصفة، لأن المبيع مجهول وكل ما كان مجهولاً فإن بيعه لا يجوز. أنظر: محمود عبد الله=

إن خيار الرؤية لا يمنع وقوع الملك للمشتري لكنه يمنع من اللزوم فالعقد غير لازم بالنسبة للممّلك، فيثبت الحل المشتري في المبيع ويثبت الملك للبائع في الثمن للحال لأن ركن البيع صدر مطلقاً من شرط كان ينبغي أن يلزم إلا أنه ثبت الخيار شرعاً لا شرطاً<sup>1</sup>. ف رؤية المعقود عليه عبر الصور الفوتوغرافية لا تسقط حق المشتري في إعادة النظر عند رؤية المعقود عليه رؤية حقيقية فيثبت له الخيار فهي تأخذ حكم الرؤية عبر المرآة، فضلاً عن احتمال التغيير ما بين رؤية الصورة ورؤية الحقيقة<sup>2</sup>.

ونظراً لأن تحقق رضا و رغبة المتعاقد في الشيء المعقود عليه هي المقصد، وحتى لا يدخل في ملكه شيء لا يرضى به. فقد يحتاج المتعاقد إلى التروي والتأمل فإذا ثبت للمشتري حق الرؤية بالوسائل التقليدية فإن التعاقد بالوسائل المستحدثة يستدعي كذلك ثبوت مثل هذا الحق للمشتري (المستهلك) ، لأنه مهما بلغ وصف البائع لسلعته من دقة وأمانة فلن يستطيع المستهلك أن يحكم عليها حكماً دقيقاً. إلا بعد حصوله عليها وتسلمه لها ولهذا فإن خيار الرؤية يجب أن يكون من حقه ويثبت له.

إن التكنولوجيا الرقمية قد أثرت بشكل كبير في حياة الأفراد، أدت إلى ظهور وسائل اتصال حديثة والتي بدورها أثرت تأثيراً كبيراً في العلاقات الاجتماعية لم تكن موجودة من

=العكازي، " خيار الرؤية بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 05

لسنة 1985"، دراسات في الشريعة الإسلامية، مجلة الأمن والقانون السنة الخامسة، العدد الأول، 1997، ص 63.

1- خيار الرؤية هو حق يثبت به للتملك فسخ العقد أو إمضاؤه عند رؤية محل العقد المعين، وهو من إضافة الشيء إلى شرطه، لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية وهو حق ثابت للمشتري، وليس للبائع حق الخيار. ما رواه الطحاوي: أن طلحة بن عبد الله اشترى من عثمان بن عفان مالا، وكان المال في الكوفة، فقيل لعثمان إنك قد غبنت فقال عثمان لي الخيار لأنني بعت ما لم أراه، وقيل مثل ذلك لطلحة فقال لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أراه فحكماً جبير بن مطعم ففضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد. وما روى عن أبي بكر بن أبي مريم عن مكحول ورفع الحديث إلى رسول الله (ص) قال: من اشترى ما لم يره. "فهو بالخيار إذ رآه إن شاء أخذه إن شاء تركه". أنظر: محمد سعيد محمد الرملاوي، مرجع سابق، ص 383-387

2- إن رؤية المصورات كالكتالوج، أو البروشور لا تسقط خيار الرؤية لاحتمال عدم التزام الجهة المسؤولة عن تنفيذ المعقود عليه بالموصفات المتفق عليها بين الطرفين فتجيء الصورة مخالفة للحقيقة فكان في إعادة الرؤية دفعا للضرر وقطعا للخصومة. أنظر: محمد سعيد الرملاوي، مرجع سابق، ص 395.

قبل، فعلى المشرع الجزائري في ظل الفراغ التشريعي الذي يعاني منه المستهلك الجزائري إذا أراد التعاقد بالوسائل الحديثة أن يكرس ضمانات تحميه من غش المنتجين وإغراءاتهم بحيث تصبح لديه الثقة وهو يستخدم هذه الوسائل لأنه على دراية مسبقة بأنه محمي. فبالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن الأحكام المقررة في مثل هذا الموضوع يتمثل فقط في استعمال خيار الرؤية، ونحن نعلم بأن الهدف من تقرير حق الرجوع ليس فقط رؤية محل العقد وإنما التروي والتدبير في القرار النهائي من قبل المستهلك للتعاقد عن طريق الانترنت - كإحدى صور التعاقد بين غائبين-. لهذا التعاقد خصوصية لا يمكن إنكارها لاسيما إذا جمع هذا العقد بين مستهلك ومنتج. هذه الخصوصية المتمثلة بإبرام عقد بين شخصين لا يجمعهما مجلس حقيقي واحد، وأن أحد المتعاقدين لم ير المعقود عليه حقيقة عند العقد. بل تعرف إليه من خلال الصور والنشرات والأوصاف التي أسبغها عليه الطرف الآخر، وقد يأتي رضاؤه متسرعاً تطلبت إيجاد قواعد خاصة لحماية المستهلك الذي أبرم العقد في مثل هذه الظروف، تسمح له بفسخ العقد واسترداد الثمن الذي دفعه إذا تبين له أن المعقود عليه لا يحتوي الأوصاف المأمولة. أو أن الأوصاف متوفرة لكن قراره جاء على عجلة من أمره تحت الضغط الإعلاني.

من الواجب القول أن مظهر رقي الدول وحضاراتها ورخاء شعوبها يكون بمدى تقدم تشريعاتها، ومدى مواكبه تلك التشريعات لمتطلبات العصر، فكلما تقدم العلم خطوة إلى الأمام يجب أن يسبقه القانون بخطوتين، لكي يجد حلاً لما ينجم عن هذا التقدم العلمي من آثار سلبية على الأمن الاجتماعي ولما سيجلب معه من إشكالات قانونية يجب أن يكون على استعداد لوضع الحلول لها. وعلى المشرع الجزائري أن يخطو خطواته على هذا النحو بتكريس تشريع متكامل ينظم لنا المعاملات الالكترونية التي يقوم بها المستهلك مع المحترف.

## الفصل الثاني

### مواجهة الشروط التعسفية

لقد ارتضى القانون المدني المساواة القانونية للإرادة الحرة السليمة للطرفين ولم يتطلب المساواة الفعلية<sup>1</sup>. ولاحظ الفقه منذ زمن طويل، التفاوت أو عدم المساواة في الواقع بين المتعاقدين. كما هو الحال في العلاقات بين المستخدمين والعمال. بيد أن الفكرة الجديدة للعلاقات التعاقدية لا تهدد الفكرة العامة للعقود، لكن ذلك لا يتفق مع نفس تطور العلاقات التعاقدية في مجال الاستهلاك.

فالتعاقد بموجب نموذج عقد الذي عمّ أوجه التعامل بعد الثورة الصناعية من أبرز الاعتداءات الموجهة إلى مبدأ الحرية التعاقدية. فكثر الشروط التعسفية التي من خلالها يمنح المحترف لنفسه امتيازات لا يتمتع بها المستهلك، وعلى فرض أن الشروط في مجملها مائلة نحو مصلحة الطرف القوي، وفي المقابل المخاطر على ذمة الطرف الضعيف فإنه في حال شكوى و تدمير الطرف الضعيف فإن الأمر لا يتعدى، إما أن يرفض الطرف القوي شكوى الطرف الضعيف، استناداً على بنود نموذج العقد. وهذا قد يكون من وجهة نظر الطرف الضعيف حقاً خالصاً للطرف القوي، لسبق موافقته عليه ابتداءً عند إبرام العقد. وإما أن يقوم الطرف القوي بإجابة الطرف الضعيف إلى طلبه متجاوزاً بذلك بنود العقد، مما يرفع من سمعته تجاه باقي المستهلكين، ويلجأ البائع إلى ذلك إذ كانت الشكاوى قليلة و يفضل كسب العملاء و زيادة سمعته في السوق، و يعمل بنود

1-Puisque la liberté et l'égalité en sont lors de la création du contrat.... incarne nécessairement la justice et par conséquent imperméable à l'intervention du juge et du législateur, lors de son exécution. Cette vision angélique du contrat n'a pas résisté à la marche du temps et s'est révélée, au cours de ces trente dernières années décalée par rapport à la réalité contractuelle.

La loi contractuelle est parfois le reflet de cette inégalité et la source d'une injustice qui se traduit par des abus et des excès de loi des parties, le contrat devient alors le diktat de l'une d'entre elle et l'instrument de l'épanouissement des volontés individuelles se mue en technique de domination et de dépendances. voir : MAZAUD (D), op. cit, p295, p296.

العقد إذا كان حجم الشكاوى ضخماً<sup>1</sup>(المبحث الأول). إذ ولما كان مبدأ الحرية التعاقدية ينهض على أساس قوام الأول حرية اختيار المتعاقد الآخر، وقوام الثاني حرية التفاوض وصولاً لما يحقق مصالح الأطراف، فإن الشرط الثاني من هذا المبدأ يختفي كلية من التعاقد وفقاً لنموذج عقد. وإذا لم تبين العلاقة التعاقدية على كلا شطري مبدأ حرية التعاقد. فيغدو هذا المبدأ المرادف وهو "حرمة العقد" غير مستوجب الاحترام. فتصدع مبدأ المساواة التي تتركز عليه فكرة العقود جعل المشرع يبحث عن وسائل إعادة توازن القوة الاقتصادية للطرف الضعيف. لأن موضوعية التنظيم لا يأتي من انتصار لمصالح مجموعة اجتماعية على حساب مجموعة أخرى بل بإعادة تأسيس المساواة التعاقدية بين الأطراف المتعاقدة(المبحث الثاني).

---

1- أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 265.

## المبحث الأول

### مفهوم الشروط التعسفية

لقد ظهر للعيان أن العقد في القانون المدني ظل يتلاءم مع صناعة الوحدة أو المقاس، ومع عقد المساواة أو المفاوضة. أما و أن التطور الاقتصادي الحديث اتجه نحو أسلوب الإنتاج الضخم، فإنه من الطبيعي أن يحل أسلوب التوزيع الواسع محل المساومة. ومثله مثل المنتج أصبح العقد ذاته صناعيا وموحدا، بحيث أن نفس النص الذي كرر نفس الشروط، يستعمل لبيع مئات الآلاف من السلع المتشابهة مما أدى إلى ميلاد العقود النموذجية أو عقود الجمهور وأصبح العمل واسعا بعقد الإذعان في المجتمع المعاصر تماشيا مع التطور الاقتصادي، وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من احتكار وسلطة على السلع والخدمات، والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها. و الإشكال لا يتعلق بتواجد هذه العقود في المعاملات، لأنها ضرورية و إنما الأمر يتعلق بتضمينها لشروط تعسفية. و تجدر الملاحظة إلى أن هذه الظاهرة (الشروط التعسفية) لا يمكن رصدها فقط في العلاقة بين المحترفين والمستهلكين، بل أننا نصادفها في كل مرة يكون فيها أحد المتعاقدين على قدر من القوة لفرض شروطه المتشابهة على فئة معينة من المتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة لأرباب العمل مع العمال، أو الموردين مع الموزعين. بل أن هذه الظاهرة تفتتحت حتى في العقود الدولية، لكن يجب الاعتراف أن ظاهرة عقود الإذعان هي أكثر انتشارا في العلاقات بين المستهلكين والمحترفين<sup>1</sup>. خاصة مع وسائل الضغط المعنوي من إلحاح على المستهلك لأهمية موضوع العقد<sup>2</sup>.

1-بودالي محمد، الشروط التعسفية.....مرجع سابق، ص11- ص13.

2-La séduction que peut exercer une des parties en vue de lier son cocontractant. Selon Loisel, si les bœufs se lient par les cornes, les hommes sont liés par leurs paroles c'est donc la force obligatoire, conjuguée aux diverses formes de vulnérabilité qui influencent, sa conclusion, qui fait le péril du contrat. Voir : LONDICHE (F-B), op. cit, p7.

إن المستهلك قد يحصل على ما يحتاجه عن طريق عقد رضائي، لكن غالباً ما يتم التصرف القانوني للاستهلاك بواسطة عقد إذعان. لذا فإن مواجهة ما ينطوي عليه عقد الإذعان من شروط تعسفية يعد واحداً من المطالب الأساسية للجمعيات ومنظمات المستهلكين، إدراكاً بأن العقد هو المحور لبدء الحماية القانونية للمستهلك، فحماية المستهلك هي حماية للمتعاقد. ففي ضوء المتغيرات الاقتصادية والصناعية المعاصرة، أصبحت الحرية التعاقدية التي يجب أن يتمتع بها الأطراف المقبلة على التعاقد - كأحد آثار مبدأ سلطان الإرادة - ذات طبيعة نظرية، الأمر الذي لا يجوز معه اعتبار مضمون العقد صحيحاً، ويؤيد ذلك ما تشهده معاملات الوقت الحاضر من استغلال الطرف الأكثر قوة لنظيره الآخر سواء تمثلت هذه القوة في مجالات تفوقه الاقتصادي أم الفني في مجال المعاملة، فراح يفرض شروطه ويشكل بنود العقد وفق مصالحه، مما أصاب هذه العلاقات بعدم التوازن<sup>1</sup>.

إن الخطر بالنسبة للمستهلك يكمن في مركزه الضعيف اقتصادياً وفنياً بالمقارنة بالمهني، الأمر الذي يفسد العلاقات التعاقدية لذا تصاعدت الرغبة التشريعية في توفير الحماية للمستهلكين في معظم دول العالم. فيمكن ملاحظة توجه التشريعات المعاصرة إلى التدخل بشكل مباشر لحظر بعض الشروط التي تبدو تعسفية (المطلب الأول) في نوع معين من أنواع العقود، وبين أطراف يكونوا محددتين المستهلك والمحترف (المطلب الثاني).

## المطلب الأول:

### تعريف الشرط التعسفي وأنواعه

انتشر مصطلح الشرط التعسفي منذ سنوات الستينات، وكان ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية في 1962 بموجب قانون التجارة الموحد الذي أعطى المرجع للقضاء سلطة تطبيق القانون الموحد. **Consacrant et clarifiant d'une jurisprudence de commun Law.**

1- عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص 306.

بحيث للقاضي سلطة إلغاء أي شرط يبدو أنه تعسفي، أما الدول الأوروبية حتى بداية السبعينات أين بدأت مواجهة الشروط التعسفية بهدف حماية المستهلك بدأت في السويد 1971، تلتها الدنمارك 1974، وألمانيا 1976، ثم بريطانيا 1977، ثم فرنسا 1978 الذي عدل في سنة 1988 وفي سنة 1993 أدرج قانون 78-23 في قانون الاستهلاك.

و بهدف توحيد جهود العديد من الدول الأوروبية أصدر الاتحاد الأوروبي توجيهها في 5 أبريل 1993 متعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك<sup>1</sup>. أما عن موقف المشرع الجزائري فقد تدخل في 2004 أين أصدر قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية<sup>2</sup>. وتعتبر معظم التشريعات التي أصدرت لأجل مواجهة الشروط التعسفية مؤثرة **portant atteinte** لمبادئ القانون المدني، ولكنها ضرورية لإعادة التوازن العقدي المفقود. وفي هذا المجال قد كتب الفقيه **Ripert** في سنة 1935 عن التوازن العقدي المفقود ما يلي:

« 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. »

1-il s'agit d'une directive minimale, les Etats ne peuvent faire moins pour protéger les consommateurs contre les clauses abusives. Mais ils peuvent faire plus. voir: CALAIS AULOY (j) & Steinmetz(f), op. cit, p 196.

2-قانون 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41.

## الفرع الأول

### تعريف الشرط التعسفي

معظم التشريعات التي كرّست حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية، أعطت تعريفا لهذا المصطلح<sup>1</sup>. نتناول بعض التعريفات للدول التي كرست هذه الحماية وصولا إلى التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري.

ففي الولايات المحددة الأمريكية عالج المشرع الأمريكي الشروط التعسفية ضمن مدونة التجارة الأمريكي الموحد، بعد أن برز قصور مبدأ التكافؤ في المقدرة التعاقدية الذي ابتدعه الكومن لو الانجليزي<sup>2</sup>. من حماية الطرف الضعيف وذلك لصعوبة التنبؤ لموقف المحكمة، من جهة ثانية شموله وعموميته، كل ذلك حدا بالمشرع الأمريكي إلى إصدار المادة 2/302 حول العقود أو البنود المنافية للضمير.

1- لقد أثرت مسألة تعريف الشرط التعسفي من قبل المشرع وانتقدت تلك الفكرة، وكان الاتجاه يتمثل في ترك تحديد التعريف للقضاء لكن هذا الخيار قد استبعد لأنه كان سيلزم عدة سنين لأجل أن تأخذ محكمة النقض موقفا إزاء كل شرط أو نموذج من الشروط. انظر: احمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 213.

تعني كلمة تعسف لغة: الاستخدام السيء وفي الاصطلاح القانوني: الاستخدام الفاحش لميزة قانونية. ويقسم البعض الشرط التعسفي إلى شرط تعسفي بذاته وهو الذي يظهر التعسف فيه منذ إدراجه وتكشف عنه ذات ألفاظه، فتأتي متناقضة مع جوهره. وشروط أخرى تعسفية بحكم استعمالها، فهي شروط عادية لا تظهر فيها صفة التعسف عند إدراجها في العقد ولكن تظهر عند التطبيق، بالتمسك بحرفيتها وعدم مراعاة روحها. وهناك من يرى أن التعريف الذي يقسم الشروط التعسفية إلى تعسفية بذاتها وأخرى تعسفية بحكم استعمالها فهذا لا يعتبر تعريفا بقدر ما يعتبر تصنيفا للشروط التعسفية. انظر: احمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 214. انظر كذلك: دريد محمود السامرائي، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان.....مرجع سابق، ص 440.

ويمكن تعريف الشروط التعسفية عموما بأنها تلك الشروط التي تتجافى مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف أو نزاهة، أو تتعارض مع ما يوجبه مبدأ حسن النية.

2- إن عدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية يكمن في كون أحد الأطراف يستغل الخبرة والخبراء مستفيدا من الوقت في اعداد مشروع نموذج العقد بينما الآخر تضمحل إرادته، ولا يكون لديه إلا القبول به أو تركه، وهذه الوضعية كما يبدو من آثار عدم التكافؤ في المكانة و المكنة الاقتصادية بين المتعاقدين، إذ بمقدور الطرف القوي عند غياب ما يردعه من سياسة عامة في الدولة أن يفرض ما بدا له من شروط ما كان مؤهلا أن يعدها لو كان الطرف الآخر مساويا له في المقدرة التعاقدية : انظر: أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 279. انظر كذلك: عبد المنعم موسى ابراهيم، مرجع سابق، ص 436-437..

## ضمن قانون التجارة الموحد. Un conscionable contractar clause

تنص المادة 302-02 على أن:

1- إذا وجدت المحكمة أن العقد أو الشرط ضمن عقد من الناحية القانونية ، منافيا للضمير وقت إبرامه، يجوز للمحكمة رفض تنفيذ العقد أو تنفيذ باقي بنوده ما عدا ما هو منافي للضمير، ولها كذلك تعديل أي شرط منافي للضمير وذلك لتفادي الآثار المجحفة.

2- عندما يدعي أو يتضح للمحكمة أن العقد أو أحد بنوده منافي للضمير، فإن المحكمة تمنح أطراف العقد فرصة معقولة لتقديم الدليل حول ملاءمته التجارية، غرضه وآثاره وذلك لمساندة المحكمة لاتخاذ قرارها".

والمادة السابقة غير مقصورة على التعاقد بمقتضى نموذج عقد بل تعتبر أداة لإحباط أي إجحاف يرد في العقد. وقد ورد في التعليمات الرسمية على هذه المادة أن علة إصدارها تهدف إلى تفادي التعسف والمفاجآت غير العادلة، فالمشرع الأمريكي ركن إلى منطق الوسطية في تغليب المصالح، ووضع يده على منبع الداء. إذ أن السياسة التشريعية حيال نماذج العقود قائمة على أساسين:

أولاً: أن قبول الطرف الضعيف لنموذج العقد كما ورد من الطرف القوي دون تعديل يعد صحيحاً و منتجاً لكافة آثاره القانونية،

ثانياً: يسعى المشرع إلى حماية الطرف الضعيف من الإجحاف و إرهاب شروط نموذج العقد. وكذا عندما يقوم الطرف القوي بتوزيع المخاطر توزيعاً مخلاً غير مراعى لمصلحة الطرف الضعيف نظراً لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية.<sup>1</sup>

وفي بريطانيا صدر قانون 1977 في حال تضمين نموذج العقد شرط إعفاء أو تقييد من المسؤولية، يتعين على الفريق الأقوى معد العقد أن يكون قادراً على إثبات عدالة هذا الشرط، وإلا غدا هذا الشرط غير ذي جدوى، إن المعيار الذي يستهدى به للوقوف على مدى فعالية شرط الإعفاء من المسؤولية هو ما إذا كان عادلاً ومعقولاً حتى يورد في

1- أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 252.

العقد بالنظر إلى الظروف التي كانت معروفة، أو ينبغي معرفتها حسب المجرى الطبيعي للأمر، أو من المتوقع معرفتها من قبل أطراف العقد وقت إبرامه والمعول عليه في هذا الشأن وقت إبرام العقد. وهذا يعني أن الظروف التي لم تكن معروفة من أحد الفريقين لا تجعل الشرط معقولاً، لأن في هذه الحالة تكون سلامة رضا هذا الفريق ونيته محل نظر، ويتعين رد سوء نية الفريق الثاني عليه وتحمله المسؤولية<sup>1</sup>. فالتشريع الانجليزي تبنى مبدأ عدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية والذي يكمن في كون أحد الأطراف يستغل الخبرة والخبراء مستفيداً من الوقت في إعداد مشروع نموذج العقد بينما الآخر تضحل إرادته، لا يكون لديه إلا القبول به أو تركه<sup>2</sup> (Sign it or leave it).

والقانون الألماني الصادر في 9 ديسمبر 1976 جسد منذ وقت بعيد رقابة القضاء للعقود (النموذجية وغير النموذجية)، بحيث إذا تبين بأن الشرط مجحف Défavorable اعتبر الشرط باطلاً إذا كان مخالفاً لمبدأ حسن النية<sup>3</sup>.

أما المشرع الفرنسي في إطار قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلك، يعرف الشروط التعسفية بصورة غير مباشرة في المادة 35 بأنها تلك الشروط التي تبدو مفروضة بواسطة المحترف على غير المحترفين أو على المستهلكين من خلال التعسف في النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر، وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة<sup>4</sup>.

1- عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 441.

2- محمود أحمد الكندري، "دور القانون التجاري في حماية المستهلك في الكويت: دراسة مقارنة في التشريع الانجليزي والأمريكي والفرنسي"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، 1998، ص 387.

3- Les législations suédoise et danoise se réfèrent au caractère raisonnable ou déraisonnable de la stipulation contractuelle en égard au contenu du contrat aux circonstances.

On constate a travers ces exemples d'extrême imprécision des clauses générales adaptées par divers droit européens, qui se réfèrent pour définir les clauses méritant la qualification d'abusives, à des notions fort imprécises telle que la bonne Foi, l'équité, ou la raison. Le législateur abandonne donc au juge le pouvoir de définir lui-même la notion de clause abusive. En se bornant A lui fournir des critères d'intervention très imprécis. Voir : GHESTIN(J), « L'annulation par le juge des clauses abusives » ,in acte de la table ronde du 12 décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, 1991, p146.

4 - هذا التعريف كان يقوم في تحديده للشرط التعسفي على معيارين اقتصادي وهو التعسف في النفوذ الاقتصادي. وقانوني وهو الميزة الفاحشة التي يحصل عليها المحترف، إن الفقه كان ينتقد المعيار الاقتصادي على الأقل لسببين: أولاً: لغموضه وعدم دقته، وثانياً: لأنه ليس من الضروري أن يكون المحترف قويا من الناحية الاقتصادية حتى يفرض =

لقد وجه نقد إلى معيار النفوذ الاقتصادي "القالمعيار غامض جدا"، فإذا كان صحيحا انه فرض شرطا فاحشا، فانه يجب أن يكون المحترف ذا نفوذ. لكن السلطة أو النفوذ ليس مرادفا للقوة أو عظم الشأن، فثمة حرفي بسيط أو ميكانيكي يمكنه أن يستخدم وضعه أو نفوذه المحلي المسيطر، بينما ثمة مشروع كبير على المستوى الوطني، لا يمكنه ذلك. لأنه يخشى على سمعته وعلى تجنب حدوث كارثة تجارية<sup>1</sup>. فالتعسف لا يأخذ دائما شكل التعسف في استعمال التفوق الاقتصادي بل قد يتعلق بأشكال أخرى من التفوق، كالتفوق الاجتماعي، التقني أو القانوني. ولعل سبب إلغاء معيار التعسف في التفوق الاقتصادي يعود إلى عدم ربط الشرط التعسفي بشكل واحد من أشكال التفوق.

وتم تعديل تعريف الشرط التعسفي في القانون الفرنسي في سنة 1995 وهذا بعد أن قام بإدراج التعلية الأوروبية الصادرة سنة 1993 المتعلقة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية و التي عرّفت الشرط التعسفي في المادة الثالثة: " بأنه ذلك الشرط، ورغم تطلب حسن النية. يؤدي إلى إيجاد عدم توازن ظاهر في غير صالح المستهلك، بين حقوق الأطراف والتزاماتها الناجمة".

وفي نفس الاتجاه سار المشرع الفرنسي بنص المادة 132/ الفقرة الأولى من قانون الاستهلاك الفرنسي "بأنها تلك التي يكون موضوعها أو من أثرها أن توجد على حساب غير المحترف أو المستهلك عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد".

فاشترط التعسف في استعمال النفوذ الاقتصادي قد اختلف في التعريف الحالي فلا يهم مصدر الاختلال الظاهر بين حقوق والتزامات الطرفين<sup>2</sup>. فما يميز الشرط التعسفي

=إرادته على المستهلك. فقد نجد من الناحية العملية محترفا بسيطا يفرض شروطه مستخدما نفوذه، في حين قد نجد مشروعا كبيرا لا يفعل ذلك حفاظا على سمعته المالية أنظر: شوقي بناسي، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية-الاقتصادية-السياسية، عدد 02، 2009، ص 144-ص145.

1- احمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 117-ص 118 .

2-A choisir, le critère du « déséquilibre manifeste » nous semble préférable au nouveau critère en ce

qu'il paraît se situer à un degré supérieur dans ce qu'il désigne, permettant ainsi une meilleure appréhension du déséquilibre par les juges. En effet, le terme « manifeste » désigne une situation

بالإضافة إلى عدم إمكانية مناقشة الشرط هو غياب التوازن بين طرفي العقد، طرف مستفيد وطرف لم يستفد<sup>1</sup>.

وكان هناك مشروع لتعديل التوجيه الأوروبي المتعلق بالشروط التعسفية صادر في 2008 بحيث أعاد صياغة التعريف الوارد في التوجيه الأوروبي سنة 1993 ولكنه ليس بتعديل جوهري، بحيث جعل من المعيار الوارد في التوجيه الأوروبي سنة 1993 (Significatif) مصطلح الظاهر إلى مصطلح آخر - محسوس - (Sensible) وأراد المشرع الأوروبي من خلال هذا المشروع أن يكرس الحد الأقصى للحماية على عكس ما هو عليه التوجيه الأوروبي لسنة 1993 فلقد كفل الحماية الدنيا، بحيث لا يمكن للدول أن تنقص من الحماية التي أوردتها التوجيه، بل يمكن لها أن تضيف ما تراه في مصلحة المستهلك<sup>2</sup>. لكن نظرا للاعتراضات التي وجهت لأجل الموافقة على مشروع

---

évidente, flagrante, indéniable ou, plus familièrement, une situation « qui saute, aux yeux » alors que le terme « significatif » exprime une situation nette, précise, mais moins immédiatement perceptible. Voir : HAMDI (A-ch), « **Des clauses abusives, des parties et du juge** », Mémoire de D.E.A de droit privé, faculté de droit et de science politique, Marseille III, 1995, p101. voir aussi : STOFFEL-MUNK (PH), « **L'abus dans le contrat : essai d'une théorie** », thèse pour le doctorat en droit, université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1999, p287.

Ce changement de rédaction ne témoigne pas d'une modification des objectifs du législateur. Sous l'ancienne rédaction, le souci de garantir au consommateur un certain équilibre de la convention était également primordial.....la substitution opérée était purement formelle, seulement destiné à reprendre la terminologie propre à la directive européenne que la loi de 1995 avait pour objet de transposer.

1-L'exigence d'un abus de puissance économique ayant disparu de la nouvelle définition de la clause abusive, il importe peu de rechercher la cause de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, il suffit de le constater. Ce qui caractérise la clause abusive, c'est outre le fait que la clause n'est pas négociée, l'absence d'équivalence entre les situations des parties au contrat. L'une étant désavantagée par rapport à l'autre. Voir : LARROUMET (CH), op.cit, p 423-424. Voir aussi : GUY (R), « **Clauses abusives- loi du 1er février 1995-** », juris-classeur, concurrence-consommation, fascicule 819, 1995, p3.

la loi nouvelle simplifié grandement, les critères d'appréciation du caractère abusif de la clause, mais ne facilitera sans doute pas la détermination des clauses abusive, alors que sous l'empire du texte antérieur, trois critères étaient retenus, un seul demeure la clause doit créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur entre les droits et obligations des parties au contrat. Il n'est plus question de dépendance économique, ni d'avantage excessif .

2-La critique de la révision, sans possibilité d'aménagements nationaux il est l'expression d'un droit qui se veut uniforme. il faut rappeler que l'article 95 du traité : invoqué par la commission n'envisage que le rapprochement : et non l'uniformisation des législation pour la réalisation du marché intérieur. Voir : PAISANT (G), « **Protection des consommateurs, proposition de directive relative aux droit des consommateurs** », la semaine juridique, N9, 2009, p14-p15.

التوجيه خاصة من طرف فرنسا التي أرادت تكريس أكبر حماية للمستهلك. لم يتم اعتماد مشروع التوجيه الخاص بالشروط التعسفية وضمن المنتجات المباعة<sup>1</sup>.

لقد عدل المشرع الفرنسي بموجب المادة 86 من القانون رقم 776-2008 الشروط الواجب توافرها لاعتبار شرط ما بأنه تعسفي لكي تعتمد عليه السلطة التنظيمية في إعدادها لقائمة الشروط التعسفية<sup>2</sup> مع بقاء التعريف السابق قائما، وهو أن يكون فيه إخلال خطير بالتوازن العقدي **Atteinte grave** بدلا من الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات الطرفين .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فوفقا للقانون رقم 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية نص في المادة 3/5: " شرط تعسفي، كل بند أو شرط بمفرده أو مشترك مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد سار في نفس اتجاه المشرع الفرنسي -قبل التعديل الأخير-. فالمهم في الشرط التعسفي هو الإخلال الظاهر بين حقوق وواجبات أطراف العقد. و هو المعيار المعتمد عليه لاعتبار الشرط بأنه تعسفي على مستوى التوجيه

1-En raison des fortes résistances rencontrés, ont été abandonnées les dispositions destinées à remplacer celles des directives 93/13 du 5 avril 1993 sur les clauses abusives et 1999/44 CE du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation.....la proposition de la commission aurait, en effet, eu pour conséquence de faire reculer les droits existants de millions de consommateurs de différents pays de l'union, dont la France, en matière de clauses abusives et de garanties, ce qui était inacceptable et fortement dénoncé dans le temps où l'on affichait une volonté d'accorder à ces derniers un « niveau élevé de protection ». Voir : PAISANT (G), la directive.....op.cit, p104.

2-L'article 86 de la loi du 4 aout 2008 ( 2008 -776 ..... ) avait modifié les conditions de détermination des clauses abusive par le pouvoir règlementaire (c. consommation, art 132/1) celui-ci devait édicter une liste de clauses présumées abusives, laissant au professionnel, en cas de litige la possibilité d'apporter la preuve que la clause litigieuse n'entraîne pas à son profit de déséquilibre significatif et une liste de clauses présumées abusives de manière irréfragable, en ce que, selon un nouveau critère de l'abus, elles portent une atteinte grave à l'équilibre du contrat. voir :SAUPHANOR – Brouillaud (N), « **Clauses abusives : les nouvelles « noires » et« grises » a propos du décret du 18 mars 2009** », la semaine juridique, édition générale, N :14,avril, 2009,p5.

الأوروبي ، ولا شك أنه معيار قانوني موضوعي لا يعتمد فيه على رقم معين لحساب عدم التوازن، مثلما هو الشأن بالنسبة للغبن<sup>1</sup>.

إن مصطلح عدم التوازن يبدو للوهلة الأولى، أنه مفهوم موضوعي، ويبقى السؤال المطروح متى يكون اختلال التوازن ظاهرا، وبالتالي فيه تعسف؟ يجيب عن هذا التساؤل الأستاذ BORYSEWICZ بأن المقارنة بين حقوق والتزامات الطرفين لا يمكن أن يكون بطريقة رياضية<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن هذا المعيار يطرح كذلك تساؤلا مهما يتعلق بكيفية تقدير عدم التوازن في العقد فهل يجب أن يتم التقدير بالنظر إلى الشرط في حد ذاته أم من خلال النظر إلى مجموع شروط وبنود العقد؟<sup>3</sup>.

بالرجوع إلى المادة 5/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي نجدها تقرر جوابا صريحا مضمونه أن الطابع التعسفي يقدر بالرجوع إلى وقت إبرام العقد وإلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه، وكذا بالنسبة لكل

1-La législation relative aux clauses abusives n'a pas été conçue pour que le consommateur puisse discuter le prix qu'il a payé. Elle a pour objet de pouvoir éluder d'un contrat une ou plusieurs clauses donnant à l'un des contractants un pouvoir exorbitant. On comprend aisément qu'il en soit ainsi pour la sécurité des transactions commerciales, d'autant qu'existent des moyens juridiques spécifiques (lésion, erreur sur la valeur, action estimatoire ....) permettant de revenir, dans des hypothèses précises, sur le prix payé le prix n'est pas en lui - même, une cause de nullité de telle ou telle clause inscrite au contrat, le prix « abusif » n'est que le résultat du « déséquilibre significatif des droits et obligations des parties au contrat ». Voir : COURTIEU (G), « **Présent et futur des clauses abusives en assurance** », GAZETTE du palais, N1, 1997, p131.

2-شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 147. أنظر كذلك:

HAMDI (A-CH), op. cit , p101.

GUY (R), clauses abusive....., op-cit, ص268-3: أنظر كذلك: حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص3.

Les clauses abusives sont donc des clauses insérées à l'intérieur d'un contrat qui ne servent pas à qualifier l'obligation principale des parties contractantes, en revanche elles peuvent concerner les clauses relatives aux autres obligations. Pour apprécier le caractère abusif, il faudra se situer dans le temps au moment de la conclusion du contrat. Voir aussi : - le champ d'application de la directive 5 avril 1993 est très large si l'on se réfère à l'article 4 selon le quel « le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant au moment de la conclusion du contrat à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat au d'un autre contrat dont il dépend . Voir : BENSOUSSAN (A),op.cit, p 83

الشروط الأخرى للعقد. ويقدر أيضا بالرجوع إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ هذين العقدين يرتبط أحدهما قانونا بالآخر.

لقد أراد المشرع الفرنسي التأكيد على أن الهدف من نظام الشروط التعسفية هو مواجهة الإخلال الظاهر بين حقوق والتزامات أطراف العقد، وليس تحقيق التناسب الكلي بين الأداءات الاقتصادية<sup>1</sup>.

من البديهي أنه يجب عدم التسرع باعتبار الشرط تعسفيا لمجرد أنه يرد معطيا بعض المزايا لأحد أطراف التعاقد، حيث أنه من الممكن أن يكون أحد شروط العقد الأخرى موجها لإعطاء الطرف الثاني من المزايا ما يعيد التوازن إلى العقد في مجمله. وإذا كان الحل يبدو صالحا من الناحية النظرية، إلا أنه يواجه صعوبات عملية، فكيف يتم حساب التوازن عن التزامات من طبيعة مختلفة. فهل يتوازن العقد الذي ورد به تقييد لمسؤولية المحترف لأنه يعطي المستهلك الحق في الفسخ بإرادته المنفردة، وفي أي مدى وفي ظل أي حدود يتم حساب التوازن بين هذه الالتزامات.<sup>2</sup>

إن العقد وهو يبدو ككيان واحد، يلزمنا بالنظر إلى الالتزامات المتقابلة في مجملها حتى يمكن القول بوجود عدم توازن في الالتزامات العقدية ناجم عن تمتع أحد الطرفين بمزايا مبالغ فيها.

1-Par exemple, une clause limitative de responsabilité dans une vente peut ne pas causer de déséquilibre entre les droits et obligations des parties si le prix payé est très faible. Les obligations de l'acquéreur et les obligations du vendeur sont équilibrées dans leur faiblesse respective. L'utilité économique du droit du vendeur est tenué, l'utilité économique du droit de l'acquéreur l'est pareillement. Voir :STOFFEL-MUNK(PH),l'abus dans le contrat....,op.cit,p318.

2-si la règle selon laquelle « on ne peut comparer que ce qui est comparable » recèle une vérité logique, force est de reconnaître que comparer des droits et des obligations très divers s'avère fort délicat .voir :op.cit,p319.

## الفرع الثاني

### أنواع الشروط التعسفية

لا تنحصر الشروط التعسفية التي يلجأ إليها البائعون والمنتجون (المحترفون) فهي تتغير وتتطور بحسب أنواع هذه العقود وتطورها.<sup>1</sup> والمشرع الفرنسي اعتبر الشرط تعسفيا إما بالنظر إلى محل التعاقد، أو بالنظر إلى الظروف التي قد تجعل من الشرط متصفا بالتعسف<sup>2</sup>. سنقوم بدراسة بعض الشروط التي ترد كثيرا في العقود التي يوقعها المستهلك معتمدين في ذلك بتقسيمها إلى نوعين، نوع يكرّس فيه المحترف إرادته المنفردة (أولا)، ونوع ثان نجد فيه المحترف يمنح لنفسه مزايا لم تمنح للمستهلك (ثانيا) وهي شروط أوردها المشرع الجزائري في المادة 29 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية وهو لم يحصرها<sup>3</sup> مستعملا مصطلح لاسيما، أي أن هذه الشروط ترد بصورة

1- إن حصر الشروط التعسفية بشكل مطلق أو نهائي يعد من الأمور المستحيلة لا سيما وأن حرية التعاقد تسمح دائما بالمزيد من التحايل حتى يستطيع الطرف الأكثر مقدرة وخبرة أن يوجه العقد لمصلحته ويغض النظر عن مصلحة الطرف الآخر التي قد يسعى المحترف إلى إهدارها أنظر: حسن عبد الباسط جمعي، مرجع سابق، ص 115. أنظر كذلك:

GHESTIN(J) & ISABELB MARCHESSAUX (I), « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, 1991. p53 -p54.

L'exemple Etalien montre effectivement qu'il n'est pas suffisant de prévoir une liste de clauses abusives, car l'évolution des technologies, des législations des modèles socioculturels ou plus simplement des techniques de distribution ainsi que l'ingéniosité des professionnels aboutissent sans cesse à l'apparition de nouvelles clauses contractuelles non visées par la liste qu' une fois établie, la solution la plus favorable à l'élimination des clauses abusives dans les contrat pré rédigés simple donc être celle qui consiste a prévoir une disposition générale définissant la notion de clause abusive.

2-.....qui ferait du déséquilibre un objet de la clause, sa finalité. Son existence même crée ce déséquilibre. Peut être aussi envisagée une lecture plus ouverte. Ce sont ici les conditions et les circonstances de l'application de la clause qui conduisent à ce qu'elle crée un tel déséquilibre ici le déséquilibre serait plus un effet (de l'application) de la clause qu'un objet. Voir : WALTER (J.B), « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », Revue de la recherche juridique, droit prospectif, 2011, N1, p353.

3- إذا كان التعداد واردا على سبيل المثال، فإن ذلك يعني أن نطاق الحماية للمستهلك نطاق واسع. ويمكن أن يشمل البطلان للشرط التعسفي أي شرط آخر غير وارد بالنص. وبالعكس إذا كان التعداد واردا على سبيل الحصر فإن ذلك = يعني تضيق نطاق الحماية للمستهلكين. إذ يكون البطلان للشرط التعسفي قاصرا على الشروط المحددة بالنص. أنظر: أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 225.

متكررة، وترك المجال لشروط أخرى تتحدد من طرف السلطة التنظيمية ( ندرسها في المبحث الثاني)، ونظرا لكون القضاء الجزائي لم يسعفنا في قرارات - تطبيق أحكام قانون 02-04 - فيما يخص الشروط التعسفية، نعطي أمثلة عن القضاء الفرنسي فيما يخص بعض الشروط التي صدرت فيها بعض القرارات.

### أولا: إدراج المحترف شروط ليحقق مصلحته وفقا لإرادته المنفردة

نجد المشرع الجزائري قد ذكر البعض منها في المادة 29 من قانون 04-02-02، منها شرط التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد، أو التفرد في اتخاذ قرار البتّ في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية، التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ الخدمة، امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم، أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك. سنتناول البعض منها.

#### 1- التفرد بتغيير آجال تسليم المنتج أو آجال تنفيذ الخدمة:

إن الشروط التعاقدية التي تتكرر في مجال بيع السلع النمطية، إنما تتجه إلى وضع تواريخ تقريبية تكاد لا تقيد البائع وتؤدي إلى استبعاد مسؤوليته عن التأخير في تسليم المبيع. ولا يملك المشتري إلا الانتظار إلى أن يقوم البائع بتنفيذ التزامه. مع حرمان المشتري من التمسك بمهلة التسليم في مواجهة البائع، إضافة إلى حق البائع في التمسك بفسخ العقد بقوة القانون عند تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بالتسلم مما يعبر في حد ذاته عن خلل واضح في العقد وعدم توازن ظاهر بين التزامات المتعاقدين<sup>1</sup>.

#### 2- التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية للشروط التعاقدية:

قد يتعمد المحترف في عدم إظهار خصوصية الشيء محل التعاقد، أو الغرض الذي يريد العميل أن يستخدمه من أجله في وثيقة العقد ذاته. و يتحرز المحترف لذلك بوضع شرط يتحفظ فيه بعدم لزوم توافق السلعة أو الخدمة مع الغرض الذي يتوقع العميل

1-المرجع السابق، ص 20.

استخدام محل التعاقد من أجله<sup>1</sup>.و يعتبر هذا الشرط من أشد الشروط التعسفية في الوقت الحالي، و الذي تظهر فيه كل يوم سلعة جديدة و تتطور فيه

خصائص السلع و الخدمات التي كنا نعرفها من قبل.ففي وقتنا الحالي تتزايد صعوبة استخدام الأجهزة الكهربائية و الإلكترونية و يزداد تعقيدها،و اليوم لا يمكن للعميل إلا أن يثق في مقدم السلعة سواء من حيث الكفاءة أو من حيث الأمانة.ليقوم بتعريفه في أي غرض يمكن استخدام السلعة أو المدى الزمني لصلاحيتها في الاستخدام من الناحيتين المادية و التكنولوجية،لذلك نجد أن الشروط التي تسمح بإعفاء مقدم السلعة من توافقتها مع الغرض الذي يتوجه إليه العميل في الاستخدام تؤدي إلى حصول هذا الأخير على سلع و خدمات لا يرغب فيها،و بالتالي إلى تقديم مقابل تعاقدية غير متوازن مع ما يحصل عليه من العقد.<sup>2</sup>

### 3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو

#### الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك<sup>3</sup>:

بالرغم من أن المشتري قد يتفق مع البائع على سلعة معينة ويحدد في العقد الكمية المطلوبة ودرجة جودتها وغير ذلك من المحددات التي يرغب فيها، إلا أنه قد يفاجأ عند تنفيذ العقد بتزويد شيء مختلف عما تم تحديده في العقد يفيد إمكانية تسليم شيء مختلف

1-e critère de l'abus réside ici dans l'octroi d'une prérogative unilatérale au professionnel que dans l'absence de contrepoids à ce pouvoir unilatéral .....dans les conditions générales de vente proposées par le constructeur automobile Daimler- Chrysler, figurait la clause bien connue de la pratique commerciale prévoyant que pour tout délai de livraison supérieur à trois mois, le prix serait celui en vigueur à la date de la livraison. Cette clause est jugée abusive par la cour de cassation au motif qu' « elle ne prévoyait pas la faculté pour le consommateur de refuser la modification et de résilier sa commande...le pouvoir unilatéral de modifier le prix cesse donc d'être abusif lorsqu'il se trouve contrebalancé par la faculté offerte au consommateur.de se délier du contrat s'il n'agrée pas à l'augmentation de prix .voir : SAUPHANOR –BROUILLAUD (N), « **Cluses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus** », Revue jurisclasser- contrats –concurrence –consommation – juin 2008, p11.

2-حسن عبد الباسط جميعي،مرجع سابق،ص25.

3-بالنسبة لشروط تغيير أوصاف المبيع أو تحديد الثمن بإرادة المدين المنفردة، هذا النوع من الشروط هو من الشروط الباطلة في الفقه الإسلامي، لأنه يؤدي إلى الجهالة والغرر، أي يؤدي إلى التجهيل بالمبيع أو الثمن الذي من شروطه أن يكون معلوما علما نافيا للجهالة. أنظر: إسماعيل محمد المحارقي، مرجع سابق، ص349.

في مواصفاته عما تمّ الاتفاق عليه<sup>1</sup>. مع الإشارة إلى أن هناك استثناء أورده المشرع الفرنسي في نص المادة 132-2 من قانون الاستهلاك تتمثل في إمكانية المحترف لتغيير مواصفات المبيع أو الخدمة في حالة ما إذا أثبت بأنّ هذا التّغيير كان نتيجة التقدم التقني، لكن مع ضرورة توفر شرطين، فيما يخصّ الشرط الأول يجب أن لا يكلف هذا التغيير في المواصفات زيادة في المصاريف على عاتق المستهلك، والشرط الثاني يجب أن لا يمسّ التغيير نوعية المنتج<sup>2</sup>.

### ثانياً: إدراج المحترف شروط تمنحه امتيازات لا يتمتع بها المستهلك

تتعدد الشروط التي تمنح المحترف امتيازات لا يتمتع بها المستهلك نذكر منها بعض الأمثلة:

#### 1- فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد

#### هو بشروط يحققها متى أراد:

يعتبر هذا الشرط من ضمن الشروط التعسفية التي تؤثر على توازن العقد بحيث نجد المحترف يمنح لنفسه إمكانية التعاقد متى أراد، و مثل هذا الشرط يطبق بكثرة في العقود التي تقدم للمستهلك للإمضاء أولاً ثم يعطي المحترف لنفسه فرصة لدراسة العقد الذي أمضاه المستهلك ونجد هذا في La clause de confirmation الطلبيات التي يعدها المحترف ويقوم المستهلك بإمضائها أولاً للحصول على السلعة أو الخدمة التي يعرضها المحترف، لكن هل سيستفيد المستهلك من السلعة أو الخدمة بمجرد إمضائه على الطلبية؟.

فعلى سبيل المثال: يقوم أولياء طفل ممتدرس بملء استمارة للتسجيل لدى مؤسسة تعليمية. و هم مطمئنون لأنهم قد سجلوا ابنهم، بعد مرور مدة قبل الدخول المدرسي يتم

1- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 40 ص42.

2 - .....la clause doit réserver au consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement. Si ces deux conditions sont réunies, la clause est considérée comme licite. Encore faut-il que ces limites au pouvoir du professionnel aient bien été précisées. Voir : SAUPHANOR- BROUILLAUD (N), clause abusive ....op.cit, p10.

إعلامهم بأن طلبهم مرفوض. في هذه الوضعية نجد المؤسسة التعليمية (المحترف) لديها السلطة التقديرية دون ارتباطها بأية مدة لإعلان رفضها<sup>1</sup>. مثل هذه الممارسات تبين تعسف المحترف وإجحاف في حقوق المستهلك.

## 2- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل المحترف بالالتزام أو عدة

### التزامات في ذمته:

في أغلب الأحوال، فإنّ المحترف يسعى إلى تضمين العقد ما يخوّله سلطة واسعة في فسخ العقد، بينما يقلص في ذات الوقت من سلطات المتعاقد الآخر في استخدام هذا الحق. فنجد المحترف بشتى الطرق يجعل الطرف الذي يتعامل معه يقبل ما يقوم به من أعمال دون أن يحق له المطالبة بفسخ العقد.

وقد يرغب المستهلك في فسخ العقد ليس فقط لأنّ المحترف لم ينفذ التزامه ولكن نظرا لكون مدة العقد يراها طويلة. والأعباء لا يستطيع تسديدها. فمثلا في العقود المستمرة كعقود الصيانة والاشتراك في الخدمات لمدة طويلة فإنّ مقدمو السلع والخدمات يذهبون إلى إيراد شروط تتمثل في تجديد العقود تلقائيا عند عدم إعلان

أحد الطرفين لرغبته في فسخ العقد في مهلة محددة قبل نهاية مدته الأصلية<sup>2</sup>، ويتم فرض شروط جزائية على المستهلك الذي يريد أن يتحلل من العقد. وهو ما حدث في قضية جمعت مستهلك مع شركة مختصة في المراقبة عن بعد **Télesurveillance**

1-Le professionnel est libre, dans les bons de commandes de s'engager alors que le consommateur se croit définitivement lié. L'intérêt pour les professionnels est d'empêcher que le consommateur puisse revenir sur son engagement tandis qu'il conserve la maîtrise unilatérale de la conclusion du contrat

En signant le bon de commande, le consommateur promet de conclure le contrat alors que le professionnel est libre de se désengager sans être sanctionné. Voir : ERHARDT (S), « **Clauses abusives : la clause de confirmation de commande à la lumière de la réglementation des clauses abusives** », juris classeur- contrats- concurrence- consommation- N1, 2007. p8.

2-حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 52. أنظر كذلك:

GUY (R), " **Actualité législative, en droit de la consommation**", revue juris classeur- contrats- consommation- N3, 2005, p8.

حيث قامت الشركة ببيع أجهزة للكشف والمراقبة عن بعد (Détection et de télésurveillance) في جويلية 1995 مقدر ب 29215,925 فرنك مخصصة لضمان أمن مسكن المستهلك.

وينصّ البند الثاني من العقد، بأنه في حالة ما إذا ابرم المشتري (المستهلك) عقد اشتراك لضمان صيانة أجهزة المراقبة، مقابل مبلغ 230 فرنك يدفعه شهريا. فإن مبلغ شراء الأجهزة سيكون 11686,40 فرنك (تم تخفيض ثمن الشراء) بالإضافة إلى مبلغ 900 فرنك لأجل تركيب الأجهزة.

أما البند 11 من العقد فقد نص بأن عقد الاشتراك يبرم لمدة سنة قابلة للتجديد وللزبون (Le client) عند انقضاء مدة العقد الحرية في عدم تجديد عقد الاشتراك .

لكن في حالة عدم تجديد العقد يشترط على المشترك أن يدفع الخصم (الفارق) الموجود بين المبلغ الأصلي (الشراء) والمبلغ الذي (خفض). بحيث ستقوم الشركة بحساب الفرق الموجود بين الثمن الفعلي لتركيب الأجهزة والثمن الذي تم دفعه أثناء إبرام العقد. ويتم دفعه من قبل المستهلك أخذا بعين الاعتبار تخفيض قدره 40 فرنك لكل شهر تم الاشتراك فيه وهي منحة الوفاء للشركة، بالإضافة إلى عمولة بنسبة 10% للمبلغ الذي تم دفعه دون حساب الضرائب.

La différence entre le prix réel de l'installation et la somme réglée lors de la Signature du contrat lui serait alors facturée.

بعد مرور ثلاث سنوات قرر الزبون المشترك أن يفسخ عقد الاشتراك بإرادته المنفردة، وبمبلغ من طرف الشركة بأنه عليه دفع مبلغ f52,644,1 وذلك بناء على بند 11 من عقد الاشتراك (الفارق بين المبلغ الحقيقي والمبلغ المخفض)، ومن جهة أخرى هناك شرط جزائي يقضي بتعويض البائع (الشركة) في حالة فسخ العقد قبل انتهاء مدة السنة للاشتراك (العقد المجدد).

=Dans le rapport ch tel, il était écrit de même, il n'est pas normale que le consommateur ne puisse disposer de la faculté réelle de sortir du contrat de l'utilisation généralisée des clauses de reconduction tacite..... du consommateur un véritable prisonnier du contrat.

اعتمد المستهلك (الزبون) على إثارة الشرط التعسفي فيما يخص ربط شرط الفسخ بالتعويض والمطالبة بعدم تطبيق الشرط الجزائي، وقد قضى قضاة الدرجة الأولى بأن الحق للشركة، أما قضاة النقض فقد ألغوا الحكم بحيث اعتبر قضاة محكمة النقض بأن الشركة قد قيّدت حق المستهلك في فسخ عقد الاشتراك بطريقة تحقق للمحترف مزايا لا يتمتع بها المستهلك (المشترك).<sup>1</sup>

### 1- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم المحترف نفسه بها<sup>2</sup>:

فعلى سبيل المثال لا يمكن للبائع أن يف بالتزامه بتسليم المبيع إلا إذا قام المشتري بتسلمه، لذلك فإن المشتري ملتزم بأن يقوم بكل ما يسمح بتسهيل مهمة البائع في تنفيذ التزامه بالتسليم، و من ذلك -على وجه الخصوص- أن يتسلم المبيع ماديا.

و يمكن للبائع أن يلقي بتبعية هلاك المبيع على المشتري بأن يعذره بالتسلم. فإن قصر المشتري في تسلم المبيع بعد إعداره، فإنه هو الذي يتحمل مخاطر تلف المبيع أو هلاكه منذ وجوب تسلمه له. بالإضافة إلى ذلك، فإن المشتري يتحمل نفقات حفظ الشيء لحسابه لدى البائع، كما يتحمل التعويضات عن الأضرار التي تصيب البائع نتيجة تكليفه بذلك. كذلك قد يؤدي امتناع المشتري عن تسلم المبيع إلى قيام البائع بوضعه تحت حراسة شخص آخر، أو بيع الشيء على حساب المشتري. وبالرغم من كل هذه الضمانات و الامتيازات التي يتمتع بها البائع عندما يعذر المشتري بتسلم المبيع، إلا أن العقود النموذجية في بيع السلع و الأجهزة لا تخلو من الشرط الذي يمنح البائع الحق في التمسك بفسخ العقد في الحالات التي يتخلف فيها المشتري عن تنفيذ التزامه بالتسلم في المهلة المحددة بالعقد و ذلك يتفق مع المبادئ العامة للقانون، إلا أن التناقض يتمثل في حرمان

1-Pour la cour de cassation, en effet si l'engagement pris de souscrire au près de la société un contrat d'abonnement trouvait sa contre partie dans la remise sur le prix du matériel vendu la cour de cassation trouve que les conditions auxquelles est subordonné l'exercice par l'abonné de la faculté de résilier. a tout moment le contrat d'abonnement créent au détriment de ce dernier un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à ces deux contrats. Voir : Davo (H), « **Clauses abusives** », juris classeur- concurrence- consommation, fascicule 320, 1991, p9.

2-.....la cour de cassation dans son arrêt du 30 octobre 2007, elle a pour effet « d'obliger le client au paiement de la rémunération convenue » tout en exonérant le professionnel « d'accomplir parfaitement sa prestation ». Voir : SAUPHANOR-BROUILLAUD (N), clause abusive.....op.cit, p13.

المشتري من التمسك بمهلة التسليم في مواجهة البائع ، و بين حق البائع في التمسك بفسخ العقد بقوة القانون عند تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بالتسليم يعبر في حد ذاته عن خلل واضح في العقد و عدم توازن ظاهر بين التزامات المتعاقدين<sup>1</sup>.

لقد كرس التوجيه المتعلق بحقوق المستهلكين حماية للمستهلك جديدة بالذكر حتى ولو لم تكن في إطار - الشروط التعسفية- إلا أنها تكفل مصلحة المستهلك في حالة ما إذا تأخر المحترف أو لم ينفذ التزامه بالتسليم، فحسب المادة 18 فقرة 2 فإن للمستهلك حق فسخ العقد في الحالتين-التأخر، أو عدم تنفيذ الالتزام بالتسليم-، لكن بعد إنذار المحترف<sup>2</sup>. إن التوجيه الأوروبي من خلال هذا النص، من شأنه إعادة التوازن إلى العقد الذي يبرمه المستهلك مع المحترف، بحيث لا يمكن إجبار المستهلك على الاستمرار في تنفيذ التزاماته عند تقاعس المحترف عن تنفيذ ما عليه.

مهما اختلفت الشروط التعسفية ، فإنها تتشابه في كون الطرف المذعن يقبل بدون مناقشة ما تم إعداده مسبقاً<sup>3</sup> وهي شروط من شأنها أن تسبب اختلالاً في التوازن العقدي، في خدمة الجانب القوي (المعد للعقد) ومجحفة للطرف المذعن (المستهلك)<sup>4</sup>.

1-حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص49.

2-AUBERT de VINCELLES (C), Adoption enfin.....op.cit, p1232.

3-إنه يمكن القول بأن عقود الإذعان تصبح اليوم بمثابة القاعدة، والعقود المتفاوض عليها لم تصبح سوى استثناء أخذاً في الاعتبار تزايد خصائص تلك العقود (عقود الإذعان) على حد تعبير البعض، والمهم أن عدم التوازن العقدي الموجود بين الأطراف هو مصدر للتعسف. إن عقود الإذعان يتولد عنها شروط تعسفية. أنظر: أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص14.

4-Toutes ces clauses abusives présentent des points communs, leur but tout d'abord il s'agit toujours en effet, d'améliorer la situation du professionnel, rédacteur du contrat atténuer ses obligations lui accorder des facilités pour leur exécution ou encore renforcer l'engagement de son contractant. Voir : Davo(H), op-cit, p 8. Voir aussi : LONDICHE (F.B), op.cit, p86.

La qualité des contractants est indifférente pour le droit commun, il ne faut pas en déduire que le droit civil exige une égalité arithmétique stricte. L'idée n'est pas de sanctionner celui qui a fait « une bonne affaire » mais de veiller à une certaine équivalence des prestations échangées entre les parties. Le terme d'égalité doit être compris dans le sens d'équilibre. En effet, ce n'est que lorsque les prestations sont manifestement déséquilibrées que le droit commun se permet de corriger cette inégalité.

## المطلب الثاني

### مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية

تثير هذه المسألة البحث عن نقطتين مهمتين تتمثلان في معرفة الأشخاص المعنية بالقواعد القانونية المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية (الفرع الأول)، والعقود التي تكون محلا لهذه النصوص (الفرع الثاني).

### الفرع الأول

#### الأشخاص المعنية بالأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية

اختلفت التشريعات الحديثة في تحديدها للأشخاص الذين يستفيدون من حماية المشرع في مواجهة الشروط التعسفية، فهناك تشريعات حصرتها في طائفة المستهلكين فحسب، ومنها من توسعت في ذلك فوسعت حمايتها لكل طرف في عقد إذعان سواء كان مستهلكا أم لا.

فالقانون الألماني على سبيل المثال يكرّس الحماية لكل طرف في عقد الإذعان. بحيث العبرة تكمن في كونهم لم يناقشوا العقد سواء كانوا مستهلكين أم محترفين، واتجه القانون الكندي (**Le droit québécois**) في نفس الاتجاه الألماني، وذلك في نص المادة 1437 قانون مدني كندي<sup>1</sup>.

1-La protection est elle réservée à certaines personnes ou bien doit- elle être admise au profit de quiconque peut souffrir d'une clause abusive. Voir : ERHARDT (S), op.cit, p29.

في حين اعتمدت بريطانيا حلا وسطا بحيث هناك من النصوص القانونية التي يستفيد منها المستهلك والمحترف على حد سواء، وهناك نصوص متعلقة فقط بالمستهلك<sup>1</sup>.

وهناك من يخصص الحماية للمستهلك - لوحده - دون المحترف، كالقانون الفرنسي و التوجيه الأوروبي لسنة 1993 لمواجهة الشروط التعسفية، وسبب هذا التقييد من حيث الأشخاص، كون أن المستهلك بدون سلاح فهو ضعيف اتجاه المحترف الذي هو في موقف يمكنه من إملاء شروطه ، بالإضافة إلى أن المستهلك يجهل حقيقة العقد عكس المحترف الذي قام بإعداده .ولقد تم انتقاد هذا الاتجاه.

فبالنسبة للحجة الأولى فيرون بأنه ليس المستهلك فقط هو بلا سلاح، فهناك عدد لا يستهان به من المحترفين لا يملكون سلاحا لمواجهة المحترف الأكثر نفوذا، أما بالنسبة للحجة الثانية فنجد الالتزام بالإعلام بحيث المستهلك يصبح على علم بالعقد<sup>2</sup>.

إن الأحكام المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية سوف تنقص فعاليتها إذا طبقت أو إذا استناد منها المحترف والمستهلك على حد سواء، فيمكن للمحترفين أن يمارسوا ضغوطات. وبذلك فإن الحماية تصبح ناقصة *affaibles* أو ضعيفة.

1Un tel système qui présentera, certes, l'inconvénient de rendre plus difficile l'intégration de l'ensemble du droit de la consommation dans le code de la consommation. Voir : GHESTIN, =l'annulation par le juge.....op.cit, p7.voir aussi :GHESTIN(J)&MARCHESSAUX(I),le contrat d'adhésion.....op.cit,p12.Une solution intermédiaire, qui a été adopté par diverses législations, consiste a se doter de deux catégories de dispositions, les unes à vocation générale, les autres règles de procédure ou listes noires, par exemple ne visant à protéger que les consommateurs. Le Luxembourg, par exemple, a adopté, le 25aout 1983 une loi relative à la protection juridique du consommateur, qui, comme son titre l'indique, ne s'applique que dans les relations des consommateurs avec des professionnels ,mais il a également introduit dans son code civil des dispositions de portée générale.

2-Larroumet(c) , op. cit, p425-p426. Voir aussi : calais – Auloy& STEINMETZ (F) ,op. cit, p214. même si les petits professionnels sont parfois en position d'infériorité le non professionnels mérite à notre sens une protection accrue et ceci explique un régime propre à ses besoins, en principe, un professionnel même petit n'est pas totalement dépourvu d'expérience quant à la protection de ses intérêts. Voir aussi : GHESTIN (J) MARCHESSAUX (I), op. cit, p5.

إن عدم التكافؤ الموجود بين المستهلك والمحترف هو السبب في تكريس حماية خاصة للطرف الضعيف ألا وهو المستهلك<sup>1</sup>. لذا يجب أن يتمتع بها المستهلك دون المحترف.

وفي نفس الاتجاه المضيق للحماية من حيث الأشخاص اتجه المشرع الجزائري على الرغم من أنه قد أشار في تعريفه للشرط التعسفي، إلى مصطلح واسع، الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد. فقد يفهم بأنه قد اتجه إلى المعنى الموسع. فعبارة أطراف العقد قد توحى إلى المستهلك و المحترف.

لكن بالرجوع إلى نص المادة 29 من قانون 02/04<sup>2</sup> نجده قد اتجه نحو التقييد (التضييق) "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع"، وان كان من الأفضل لو استخدم مصطلح العون الاقتصادي بدلا من مصطلح "البائع" مثلما نص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 306/06.<sup>3</sup> في نص المادة الأولى " يهدف هذا المرسوم إلى تحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية".

إن المحترف لديه من الوسائل القانونية التي تمكنه من حماية نفسه، فقانون المنافسة وجد لتنظيم المعاملات بين الأعوان الاقتصاديين ومهما ضعف أمام العون الأكثر نفوذ فلن يكون بضعف المستهلك، عديم الخبرة الفنية. وعديم القدرة من الناحية الاقتصادية<sup>4</sup>.

1-la liberté ne va pas sans l'égalité, seuls les contractants de même force ont réellement quelques chances d'établir entre eux un juste équilibre. Voir : HAMDY (A.CH), op.cit, p58.

2-قانون 02-04 ، مرجع سابق.

3-مرسوم تنفيذي رقم 306-06، مرجع سابق.

4-وهناك من يرى بأن معالجة ظاهرة اختلال التوازن العقدي، استتفل أمرها في عقود الإذعان المبرمة بين المستهلكين والمحترفين وبين المحترفين على حد سواء. فكما يجد المستهلك نفسه ضعيفا أمام محترف يمل عليه شروطه. يجد المحترف البسيط نفسه أيضا ضعيفا أمام محترف قوي، فالمعيار المعتمد لتحديد الشرط التعسفي يتمثل في وجود اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق والتزامات أطراف العقد، فهذا المعيار يركز على ظاهرة عدم التوازن العقدي. أنظر: شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 157.

وهناك مسألة لا بد من التطرق إليها تخص الشخص المعنوي، ذا الطابع العام الخاضع للقانون الإداري، فمحكمة النقض الفرنسية قد رفضت تطبيق قانون 1978 في نزاع جمع شركة توزيع المياه مع مستهلك، واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن النصوص التي تنظم هذا القطاع موجودة في دفتر الشروط. و أحيانا يتم الرجوع إلى المرسوم -فه طابع تنظيمي-، بالتالي فإن قضاة القضاء العادي لا يمكن لهم أن يخرقوا مبدأ الفصل بين قواعد الاختصاص القضائي<sup>1</sup>. فقط الشروط ذات الطابع التعاقدية هي التي تخضع للأحكام الخاصة بمواجهة الشروط التعسفية. بالرغم من أن الشروط ذات الطبيعة التنظيمية تتميز في بعض الأحيان بالتعسف وتسبب اختلالا في التوازن العقدي<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### مجال تطبيق النصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية من حيث العقود

طبقا لمبدأ سلطان الإرادة تعتبر الشروط التعسفية جائزة، وإذا أردنا أن نكون أكثر دقة اعتبارها بالتعسفية أمر خاطئ، طالما قد تم الموافقة عليها.

1-Les tribunaux de l'ordre judiciaire ne peuvent sans méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs déclarer que des clauses figurant dans ce décret ou reprise dans un règlement du service d'eau

=La loi doit être applicable aux contrats proposés à la clientèle par les personnes du secteur public soumises au droit privé, et inapplicable aux prestations fournies par les services public administratifs aux usagers. Voir : Davo(H), op.cit, p09.

2-le contrôle prévu par la directive 93/13 CEE concernant les clauses abusives souffre en outre de plusieurs exceptions. Les clauses qui sont l'expression de dispositions légales ou réglementaires impératives (art 1. al 2 de la directive sont en principe considérées comme ne contenant pas de clauses abusives. Néanmoins, les entreprises qui exercent une activité professionnelle à caractère public ne peuvent pas s'exonérer des obligations par la directive (consid-14) l'expression « dispositions impératives » ne reflète en effet pas la destination » qui a cours en droit civil entre les dispositions impératives et supplétives. Voir : FORNAGE (A.CH), op. cit, p195. Voir aussi :

و تأتي مراقبة الشروط التعسفية المدرجة في نصوص تنظيمية ضمن مراقبة القاضي لشرعية المراسيم، فإذا قبلنا أن القانون الذي تتم مناقشته في غرفتي البرلمان قد يكون غير دستوري، و قد يأتي مخالفا للدستور فلماذا لا نتقبل أن مرسوما قد يتضمن شروط تعسفية.أنظر: محمدي سليمان، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم"،المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية،العدد الثاني،2010،ص66.

## "Qui dit contractuel, dit juste."<sup>1</sup>

وإذا نظرنا إلى الصور الحديثة للتعاقد نجدها كثيرا ما تتميز بعدم التوازن نتيجة انفراد إعدادها من طرف جهة واحدة ألا وهو المحترف، والمستهلك بدوره يخضع للتعاقد ليس بصدد عقد معين من العقود، وإنما يتحقق تقريبا في معظم الصور المعاصرة للتعاقد<sup>2</sup> كما تؤدي ظاهرة انفراد المحترف بصياغة العقود التي ينضم إليها الآلاف من العملاء إلى تزايد الشروط المجحفة التعسفية التي تتيح للمحترف التخفيف من التزاماته الأصلية. وإذا ما تساءلنا عن العقود التي تخضع للنصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية نجد أن التشريعات قد اختلفت بشأنها فمنهم من يحصر نطاق التطبيق على عقود الإذعان فقط<sup>3</sup> فالإذعان بطبيعته يعني الخضوع وعدم القدرة على مناقشة الشروط المفروضة ولا يستطيع الطرف المذعن إلا الرضوخ إليها<sup>4</sup>. بحيث لا يوجد مبرر للتوسيع

1-Calais Auloy (J), « les clauses abusives en droit française », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990 les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, 1991, p11. voir aussi: CYTERMAN(A-S), « **Clauses pénales et clauses abusives: vers un rapprochement** », in acte de table ronde du 12 décembre 1991- les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J , 1991.p169.

La définition par un seul des contractants des obligations réciproques favorise cette tendance du rédacteur professionnel de l'acte, à réduire ses devoirs et à imposer à son cocontractant des charges excessives.

2-Bihil (L), dans son ouvrage « une histoire du mouvement : mille ans de lutte, note que « le contrat, instrument du progrès, peut devenir au contraire un moyen de servitude et d'oppression pour celui qui veut imposer sa volonté à l'autre. Voir : LONDICHE (F.B), op.cit, p8.

3-لا يتردد في حصر نطاق الحماية في عقود الإذعان مثل التشريع الألماني 1976 وهو التشريع الذي يحصر الحماية في عقود الإذعان لكنه في مقابل ذلك يوسع من نطاقها من حيث الأطراف والثاني تمثله التعليم الأوروبية لسنة 1993 والتي تحصر نطاق الحماية في عقود الإذعان، كما أنها تحصرها من حيث الأطراف في العقود المبرمة بين المحترفين والمستهلكين. أنظر: محمد بودالي، **مكافحة الشروط التعسفية في العقود: دراسة مقارنة**، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 163.

4-لقد قدر المشرع، أن قبول الطرف المذعن لا يعد في حقيقته قبولا بالمعنى القانوني المؤلف في سائر العقود الأخرى، بل إنه يعد رضوخا لإرادة الموجب وتسليما بالشروط التي وضعها، والتي لا يقبل أية مناقشة. وحيث أن قواعد القانون تسعى دائما إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، فقد اقتضى ذلك أن يتضمن القانون قدرا من الضمانات القانونية للطرف المذعن، تكفل إيجاد نوع من الموازنة بينه وبين الطرف الآخر. أنظر: دريد محمود السامرائي، سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان... مرجع سابق، ص438.

من نطاق الحماية، إذا استطاع المستهلك التعاقد أو التفاوض بشكل حر بخصوص شروط العقد على الأقل بالنسبة للشرط الذي يراه تعسفياً<sup>1</sup> فالحماية تتقرر فقط فيما

يخص عقد الإذعان. وعليه إذا صيغ مشروع عقد من أحد أطرافه، و تفاوض الطرفان حول بنوده، فلا تثور مسألة نموذج العقد موضوع الدراسة. وكذلك الحال فيما لو صيغ نموذج عقد من أحد أطرافه و قبل من الآخر دون مناقشة، و كان كلا الطرفين مساويا للآخر تقريبا في المقدرة التعاقدية. أما مشروع العقد الذي يعد من جانب طرف قوي و يقدم من جانب آخر إلى طرف ضعيف لوحده و بذاته للقبول كما ورد، فلا يصح تسمية نموذج عقد. بحسبان أن هذا الاصطلاح يفترض أولا صياغة مشروع نموذج العقد لكافة العملاء بشكل ثابت (بدون تعديل) و مستمر في كافة الصفقات، و ثانيا أن صفة العمومية للعقد هي التي تستدعي التدخل لإغاثة الطرف الضعيف، بحسبان أن العلة المنتشرة على نطاق واسع في المجتمع.<sup>2</sup>

والبعض الآخر من التشريعات توسع النصوص على جميع العقود. سواء أكانت عقودا رضائية أو عقود إذعان، المهم أن يكون المستهلك طرفا في العلاقة التعاقدية مع المحترف.

ويرى الأستاذ جستان ضرورة مد نطاق السيطرة على الشروط التعسفية إلى كل العقود حتى ولو لم تكن من عقود الإذعان<sup>3</sup>. وهو الاتجاه الذي اتبعه المشرع الفرنسي في نص المادة **132 / 2** من قانون - الاستهلاك.

« Aux modèles de convention habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs ... »

1- Lorsque le contrat est librement négocié, ce qui est une hypothèse concevable bien que non fréquente, le consommateur ne mérite aucune protection particulière. Voir : Iarroumet (C), op .cit, p 103.

2- أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 252.

3- Les clauses abusives sévissent le plus souvent dans des contrats d'adhésion, et si l'objet essentiel du texte (35 de la loi 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs) est d'éviter ces abus de ces contrats pré rédigés, la loi ne limite pas expressément son application aux contrats d'adhésion, la loi doit être aux contrats proposés à la clientèle. Voir : Davo (H), Op.cit, P9.

ولم يقيد المشرع الفرنسي موضوع العقد ولكن أبقى المجال مفتوحا لجميع مواضيع العقود من شراء، قرض، إيجار، تأمين وسواء كان موضوع التداول عقارا أو منقولاً.

أما المشرع الجزائري، فنجدّه خصّ حماية المستهلك في مجال واحد وهو عقد الإذعان: في نص المادة 3/4 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، "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".

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري أولاً حصره للحماية فقط فيما يخص عقد الإذعان، فعلى الرغم من أن عقود الإذعان تمثل مساحة كبيرة من العلاقات التعاقدية التي يختل فيها التوازن بين أطراف العقد من حيث المقدرة والخبرة، إلا أن العلاقات التعاقدية ليست كلها عقود إذعان. فقد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات مع غياب الإذعان، و مع إمكانية نظرية لمناقشة شروط العقد، فالذي يحدث عملياً هو عدم إمكانية المستهلك مناقشة شروط العقد وذلك لعدم مقدرة الفنية للفهم والمناقشة، وثانياً حصر المشرع الجزائري مواضيع عقد الإذعان بحيث نجده قد خص فقط العمليات الواردة على شكل عقد بيع<sup>1</sup>، وتجاهل كذلك مؤدي الخدمة، وقد ذكر في المادة 29 من قانون 04-02 الخدمة عندما تكون هي موضوع العقد ويكتنفها شروط تعسفية-حيث لا يسمح للعون الاقتصادي امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك - .ولم يكن الأمر مجرد سهو لأنه أعاد ذكر المصطلح-البيع- في نص المادة 29 من نفس القانون في ذكره للبائع فكان الأجدر لو استخدم الصياغة التالية.

1-ويبدو من الخطأ قصر هذه العقود على عقود بيع السلع فقط، لأن عقود الاستهلاك هي عقود ذات طبيعة متغيرة، والتي يعتبر البيع صورة واحدة فقط من صورها الكثيرة: كإيجار الأشياء والتأمين بل أن الشروط التعسفية أصبحت تجد مجالها الخصب في عقود أخرى غير بيع السلع. من هنا كان حزيًا بالمشرع استعمال مصطلح اقتناء بدلاً من بيع. أنظر: محمد بودالي، الشروط التعسفية....مرجع سابق، ص81.

"كل اتفاق أو اتفاقية تعرض على المستهلك، حرر مسبقا....."، فحماية المستهلك مطلوبة في أنواع أخرى من العقود، إيجار، تأمين إلى غير ذلك من العقود التي يعقدها المستهلك مع المحترف.

لم تعد فكرة عقد الإذعان تفهم بالمنظور التقليدي عندما كان مرتبطا بالسلع الضرورية بالإضافة إلى الاحتكار الفعلي أو القانوني (الموجب) بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر، من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة المهنية<sup>1</sup>.

إن اختلاف القدرة و الخبرة لا الاحتكار هو الذي يفرض هذه الحماية، فقد لا يكون الاحتكار فعليا إذا وجدت منافسة في السوق، لكن يجب توفير حماية للمستهلك بمجرد اختلاف في القدرات الفنية<sup>2</sup>. يقرر الفقيه "كسلر" بأن نماذج العقود تستعمل من قبل المؤسسات التي تتمتع بمقدرة قوية على فرض شروطها، والطرف الضعيف بحاجة إلى السلع أو الخدمات، وهو عادة ليس في مركز يؤهله للبحث عن شروط أفضل، ذلك لأن من صاغ العقد حائزا على احتكار فعلي أو قانوني، أو لأن كل المنافسين يستعملون عقود مشابهة<sup>3</sup>. فالمشرع الفرنسي و الجزائري لم يعطيا أهمية للشكل الذي يتخذه العقد. فيمكن

1- المفهوم الحديث للإذعان قد تطور ليستوعب ضرورات حماية المستهلك في مواجهة مجتمعات الإنتاج الضخمة. إذ يتوفر ضعف الطرف المدعن من مجرد أن إعداد العقد قائم مسبقا بواسطة الطرف الآخر الذي يقوم بتحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد بالصورة التي تحقق مصلحته. لا يقبل المناقشة أو التفاوض في شروطها أو أن يتضمن العقد الذي يبرم على هذا النحو بشروط مجحفة. أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 62.

2- يجب تقبل أن الاحتكار ليس شرطا في حد ذاته بل هو قرينة على اقتصار القبول على مجرد التسليم بشروط التعاقد. أنظر: محمدي سليمان، مرجع سابق، ص 65. إن زيادة الهوة بين قوة الأطراف في العقد، وكثرة الحالات التي تتباين فيها مراكزهم، بحيث نجد طرفا قويا يملك فرض شروطه و إملاء إرادته على الذي يصبح دوره محصورا في قبول التعاقد أو رفضه، و يجد نفسه مجبرا على التعاقد بالشروط التي وضعها الطرف الآخر، و هذا ما أدى إلى زيادة تطبيقات عقود الإذعان..... و ليس بشرط أن يرجع سبب هذه السلطة إلى الاحتكار الذي يتمتع به المتعاقد المدعن، وإنما قد يعود إلى ضعف المتعاقد الآخر أو لجهله أو تخلفه.

3- أحمد عبد الرحمن الملحم، مرجع سابق، ص 247.

هناك من يرى بأنه توجد صلة وثيقة لا يمكن تجاهلها بين العقد النموذجي وعقد الإذعان، لأن أسلوب التحرير السابق الذي يقوم عليه العقد النموذجي هو الوسيلة التي يبرم بها عقد الإذعان، ينفرد الطرف القوي بتحرير شروط العقد في صورة مطبوعة غالبا ومع ذلك، يمكن التمييز بين العقد النموذجي وعقود الإذعان على أساس أن التحرير السابق في

أن يكون 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 للشروط العامة المقررة سلفاً. فيجب أن تكون شروط العقد كافة، من حيث المبدأ وإرادة في المستند الذي يوقعه الطرفان. على أنه غالباً ما لا يكون العقد مجسداً إلا بتسليم مستند خال من أي توقيع و الأمر على هذا النحو بصورة خاصة فيما يتعلق ببطاقة النقل أو السفر التي يصدرها الناقلون. وقبول هذه البطاقة يؤدي إلى قبول الشروط الواردة فيها لا سيما الشروط التي تهدف إلى تحديد تبعة الناقل، وتشكل بطاقة المرور وثيقة العقد.

إن حماية المستهلك تقتضي عدم إعطاء أية أهمية للشكل الذي يتخذه العقد، فأصبحت معظم التعاملات تتم بهذه الوسائل، إذا الحماية يجب أن تطالها. بحيث كلما استجدت وسيلة جديدة وجب إدراجها حتى يستفيد المستهلك من الحماية<sup>1</sup>.

العقد النموذجي يكون نتيجة تفاهم بين المتعاقدين أو خلاصة لما استقر عليه العمل في هذا الشأن، بحيث يعتبر العقد من عقود المساومة لتمتع المتعاقد بحرية مناقشة شروط العقد. أما في عقد الإذعان فإن التحرير السابق لشروط العقد ينفرد به أحد المتعاقدين ثم يفرضه على المتعاقد الآخر نظراً لما يوجد فيه هذا الأخير من ضعف ظاهر بالمقارنة بمحرر العقد.

1-Des contrats de plus en plus nombreux comportent un ensemble de dispositions appelés "conditions générales" qui combinent extensions et restriction de responsabilité. Les uns soulignent ses effets bénéfiques sur le plan financier, certaines y voient un aiguillon du progrès techniques débarrassé du souci de sa responsabilité, l'industriel peut innover en toute tranquillité. voir : AYYNES(L), « **Les clauses limitative, ou exonératoires de responsabilité en Europe : droit français** », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990, les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, 1990. p8.

## المبحث الثاني:

### التقنيات المكرسة لمواجهة الشروط التعسفية والجزاءات المترتبة

كل من أنظمة القانون اللاتيني والقانون الأنجلو سكسوني، تعترف بمبادئ حرية التعاقد والقوة الملزمة للعقود، وعليه يقع على المشرع والقضاء الالتزام بعدم التدخل في الرابطة العقدية حتى وإن اتسمت تلك العقود بعدم التوازن لمصلحة أحد الطرفين في مواجهة الطرف الآخر<sup>1</sup>.

وإذا طبقت المبادئ العامة التقليدية للعقد فإن الأمر يصبح أكثر تعقيدا على الطرف الضعيف (المستهلك)، نظرا لكون هذا الأخير لا يكون في وضع يمكنه من المساومة الحقيقية مع المحترف<sup>2</sup>. فإذا كان تطبيق النظرية التقليدية يبدو أكثر قبولا للعقود التي يتم إبرامها في ضوء تساوي أطراف العقد أو بدون إذعان من

أحدهما للآخر، فإن تطبيق هذه النظرية يبدو في غاية الخطورة، حينما يتعلق الأمر بعقود يختل فيها التوازن بين المتعاقدين خصوصا في عقود الإذعان التي ينصاع فيها المستهلك لما يمليه عليه الطرف الآخر من شروط<sup>3</sup>.

فكان لزاما على المشرع أن يتدخل بالوسائل التي تكفل تحقيق التوازن العقدي، ومنح القضاء إمكانية التدخل في الرابطة العقدية لإغاثة المستهلك عند تعاقدته مع طرف قوي

1-بالاستناد إلى النظرية التقليدية نجد أنه في كل العقود بما في ذلك عقود الإذعان طالما وافق الشخص على إبرام العقد. فإن ذلك يعني قبوله بكافة الشروط الواردة فيه، وفي ظل هذه النظرية أيضا فقد منعت مبادئ الحرية التعاقدية وما يرتبط بها من فرض رقابة على حقيقة رضا المستهلك بالشروط الواردة فيه. أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص34.

2-Les clauses abusives sévissent, toutes dans des contrats d'adhésion et si, ces contrats pré rédigés sont aujourd'hui nécessaires, ils présentent incontestablement des dangers pour l'adhérent.

Ces clauses nombreuses et diverses lèsent le consommateur d'une façon manifeste et il convient de rechercher quels moyens, quelles règles de droit pourrait invoquée le consommateur pour éviter les effets néfastes de telles stipulation. voir : Davo, (H), op.cit, p3.

3- op-cit, p3.

من خلال العقد النموذجي (المطلب الأول). ولقد بدا من الضروري في ظل هذه الظاهرة المتفاقمة لعدم التكافؤ بين المتعاقدين البحث عن نقطة توازن في العلاقات التعاقدية، مراعاة لمصلحة المستهلك في حصوله على السلعة أو الخدمة أي بإبطال الشرط المخل بالتوازن والمحافظة على العقد. (المطلب الثاني) .

## المطلب الأول

### تقنيات مواجهة الشروط التعسفية

إن تطابق وتوافق إرادات المتعاقدين أصبحت تتعلق بموضوع واحد ألا وهو انعقاد العقد ذاته، أما عن الشروط الواردة فيه فإن الإرادات لا تتوافق ولا تتطابق بشأنها لأننا نكون بصدد إرادة واحدة، وهي إرادة مقدم السلعة أو الخدمة لا غير، لذا استدعت الضرورة حماية الطرف الضعيف (المستهلك).<sup>1</sup>

فكانت الحماية في البداية موضع اهتمام و عناية الدول المتقدمة، ثم تبعتها بعد ذلك باقي الدول و ذلك راجع لأهميتها و ضرورتها .فعدم التوازن بين المحترفين من ناحية، والمستهلكين من ناحية أخرى أدى إلى البحث عن الحلول الممكنة و التي اختلفت باختلاف الأزمنة و الأمكنة. فكل دولة استخدمت الوسائل التي رأت بأنها كفيلة لحماية المستهلك من خلال استبعاد الشروط التعسفية من العقود النموذجية<sup>2</sup>، فمنها من

1-II convient aussi de ne pas laisser la matière contractuelle devenir un terroir d'injustice, en y laissant perdurer des droits et obligations trop déséquilibrés, même si ces derniers ne devaient nullement traduire la déloyauté de ceux auxquelles ils profitent. Voir : WALTER (J.B), op. cit, p344.

2-La république fédérale allemande, ou de nombreuses chambres de commerce et d'industrie ou des métiers ont établi des commissions d'arbitrage dans lesquelles les consommateurs sont représentés. Chargées de donner suite aux plaintes émanant des consommateurs, ces commissions ont une réelle efficacité puisqu'elles permettent un règlement rapide des litiges sans frais et généralement de manière positive pour les consommateurs.

Le konsumentverk suédois négocie également avec les professionnels, producteurs et distributeurs afin d'obtenir d'eux des concessions favorables aux consommateurs il définit ensuite « des principes directeurs » de conduite ...constituent des références d'un grand poids plus moral que juridique.

Au Royaume-Uni, la loi de 1973 sur les pratiques commerciales...l'adoption de code de bonne conduite dont ses services négocient les termes avec les associations professionnels. En 1984 ces codes étaient au nombre de 21. Voir : GHESTIN(J) & MARCHESSAUX(I), op-cit, p34-p36.

استخدمت تقنية التدخل التشريعي (الفرع الأول)، و أخرى اتبعت تقنية التدخل القضائي (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### التدخل التشريعي لمواجهة الشروط التعسفية

يعاني مبدأ الحرية في التعاقد من اعتداءات تتخر في صلبه و تحدّ من تطبيقه<sup>1</sup>. نتيجة تزايد العمل بالشروط التعسفية، فلم يجد المشرع إلا التدّخل للحدّ و منع الشروط التي يراها تعسفية هذا من جهة(أولاً)، ومن جهة أخرى تدخّل في بعض المواضع ليضع ما يتعين أن يشتمل عليه العقد للحفاظ على موازنة مصالح الأطراف المتنازعة حتى لا يطغى طرف على طرف نتيجة عدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية التفاوضية<sup>2</sup>(ثانياً).

#### أولاً: حظر المشرع للشروط التعسفية في العقود النموذجية المبرمة مع المستهلك

إن تلاقي إرادة شخص أو أكثر يجعل من العقد قانوناً كافياً لحكم العلاقة التي تربط بينهم. فالعقد في ظل النظرية التقليدية هو القانون الأسمى، وهو أساس الإلزام في العلاقات بين أفراد المجتمع. لكن إذا تعسف الطرف القوي أو ضمن العقد بنوداً مجحفة ضد مصلحة الطرف الضعيف وجار أحد الأطراف على الآخر. أدى ذلك إلى اختلال في

1-Dans une société consacrant pour partie un modèle de l'auto régulation par ses acteurs et préservant la liberté individuelle en vue de garantir la diversité des objectifs ainsi poursuivi... dans une période de renonciation par l'autorité étatique à l'exercice de son pouvoir normatif, le contrat est donc le moyen de construire une éthique dans les relations d'affaires. Voir : BARBIERI (J), « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles », Revue des CONTRTS, L.G.D.J, 2006/2, p1306.

2-Il consiste à lutter contre les clauses abusives qui figurent dans les contrats pré rédigés (procédé négatif). L'autre procédé est positif il consiste à déterminer par avance des clauses équilibrées. Voir : CALAIS-AULOY(J) & STEINMETZ(F), op-cit, p19. voir aussi : TROCHU (D), & TERMORIN (Y),& BERCHON (P), « La protection des consommateurs contre les clauses abusives », revue droit et pratique du commerce international, N1, 1989, p50.

Ce n'est donc pas, à proprement parler, l'économie du contrat qui fait l'objet de ces réglementation, la tâche est plus étroitement et plus malaisément peut-être, de corriger les excès du libéralisme il s'agit en quelque sorte d'apurer le contexte de la transaction.

التوازن العقدي وزيادة استغلال الأقوياء لحاجة الضعفاء، كل ذلك تم تحت ستار الحرية التعاقدية.

وانطوى ذلك على إخلال بالمصالح التي يسعى المشرع إلى ترسيخها في المجتمع. مما أدى إلى تدخل المشرع<sup>1</sup> لمنع العمل بتلك الشروط.

فاختلفت قوانين الدول في الأسلوب المعتمد لحظر العمل بالشروط التعسفية فمنها من اعتمدت الأسلوب التشريعي ومنها من اعتمدت الأسلوب التنظيمي، وأخرى جمعت بين الأسلوبين معا و كلها تجتمع في نقطة واحدة ألا وهو تدخل المشرع بالمعنى الواسع ( نصوص تشريعية ونصوص تنظيمية).

فسلك المشرع الألماني الأسلوب التشريعي كأصل عام حيث وضع قائمتين لتحديد الشروط التعسفية الأولى سوداء و تضم ثمانية أنواع من الشروط تعتبر باطلة بقوة القانون، والثانية رمادية تضم عشرة أنواع يفترض فيها الطابع التعسفي ويقع على المحترف عبء الإثبات بأنها لا تحقق أية ميزة مفرطة<sup>2</sup> أما الأسلوب التنظيمي فقد أخذ به المشرع الفرنسي منذ 1978 في قانون 10 جانفي 1978، المتعلق بإعلام المستهلك، حيث سمحت المادة 35 منه للحكومة بتحريم، أو تحديد، أو تنظيم الشروط التعسفية،

1- لقد كتب الفقيه Josserand في هذا المجال أن التدخل من قبل الدولة بأي شكل وخصوصا من خلال التشريع يضعف من قوة العقد، يعتقد هذا الكاتب أن العقد هو أفضل وسيلة لحكم العلاقات بين الأفراد وأن التدخل بتنظيم العقود تشريعا يجب أن يبقى في أضيق نطاق. أنظر: حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 117. ويرى:

CALAIS-AULOY(J), « **Les clauses abusives en droit français** », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990-les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : sous la direction de GHESTIN Jacques, L.G.D.J,p115 .

Le législateur est intervenu pour tempérer les effets pervers du principe de l'autonomie de la volonté. Protéger le « consommateur » ou « l'adhérent » en interdisant les clauses jugées « abusives » ou « inéquitables » imposées par le « professionnel » ou le « stipulant » sans remettre en cause la pratique des contrats d'adhésion et des conditions générales de contrat, techniques que l'on juge parfaitement adaptées à la multiplication et à la standardisation des échanges. Voir aussi : TROCHU (M)& TERMORIN (Y)& BERCHON(P), op.cit, p48.

2-Le dispositif de listes réglementaires est avantageux pour le professionnel qui peut désormais mieux « mesurer le risque contractuel » qu'il encourt lorsqu'il insère dans un contrat l'une des clauses répertoriées le dispositif n'est évidemment pas sans faille, le professionnel peut avoir intérêt à prendre un risque, en rédigeant de façon subtile ses conventions de telle sorte que l'abus ne soit pas flagrant. Voir : BROUILLAUD (N-S), « **Droit de la consommation** », Recueil DALLOZ, N13, 2010, p793.

وأصدر مرسوم في 24 مارس 1978، بحيث جاء تطبيقاً لنص المادة 35 السالفة الذكر و نص فيه على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية. ومرسوم آخر صدر في 18 مارس 2009 الذي صدر تطبيقاً لنص المادة 1-132 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وانتهج المشرع الفرنسي في مرسوم 2009 نفس الأسلوب الألماني لاعتماده قائمتين، قائمة سوداء تضم 12 شرطاً تعسفياً<sup>1</sup> لا يحتاج المستهلك إلى إثباتها، وقائمة رمادية تضم 10 شروط تعسفية، وهنا هل يقع على المستهلك عبء الإثبات بحيث يثبت أن الشرط يتميز بالتعسف. أم المحترف هو الذي يقع عليه عبء الإثبات بأن الشرط محل النزاع لا يتصف بالتعسف. في هذه الحالة و رعاية لمصلحة المستهلك، فإن الشروط الواردة في القائمة الرمادية يفترض فيها التعسف و يقع على المحترف عبء الإثبات بأنها لا تتصف بالتعسف بحيث لم تتسبب في حدوث اختلال بين حقوق و التزامات الطرفين.<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى نص المادتين (المادة 35 من قانون 1978 و المادة 132-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي) يمكن أن يستفاد لكي يكون الشرط تعسفياً بصورة ملزمة- حالياً القائمة السوداء- يجب أن يكون منصوصاً عليه في مرسوم صادر من السلطة التنظيمية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية.

1-La création de la liste noire par le décret du 18 mars 2009 pouvait laisser entrevoir un effacement du rôle du juge. La présomption irréfragable d'abus attachée aux clauses noires écarte en effet toute appréciation judiciaire du déséquilibre significatif. Celle -ci n'a vocation à jouer désormais que lorsque la clauses litigieuse est grise, le professionnel devant alors tenter d'apporter la preuve contraire de l'abus. Elle également à s'appliquer dans l'hypothèse d'une clause non répertoriée. La source judiciaire de l'éradication des clauses abusives était donc susceptible. D'un assèchement, bien que relatif, du fait de l'édition du décret. Voir : SAUPHANOR- BROUILLAUD (N), « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation », Revue LAMY droit civil, N74, 2010, p8.

2-شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 171. أنظر كذلك:

.....il atteste un renforcement, quoique moins intense, de la protection l'abus étant désormais présumé, le consommateur est dispensé d'en rapporter la preuve, mais le professionnel pourra apporter la preuve contraire, si bien que la mise hors la loi de la clause n'est pas incontournable. Voir :FENOUILLET (D), « Clauses abusives », Revue des contrats, N4, 2009, p1424.

تقوم لجنة الشروط التعسفية بمراجعة العقود النموذجية التي يتعامل بها المحترفون في تعاقدهم مع المستهلكين، و تقوم بإصدار توصيات فعمل اللجنة ذو طابع استشاري.

Elle recommande la suppression ou la modification des clauses qui lui paraissent abusives.

بحيث لا تتمتع بأي سلطة قضائية وهي ليست سلطة تشريعية، فتوصياتها تفتقر لأي قوة ملزمة<sup>1</sup> و يقوم الوزير المنوط له حماية المستهلك بنشر إعلان يتضمن الشروط التي اعتبرتها اللجنة بأنها تعسفية، و من شأن هذا الإعلان أن يمارس ضغطا معنويا غير مباشر يؤدي إلى فرض التزام أدبي على مجموع المهنيين، قد يترتب عليه إحجامهم من فرض هذه الشروط في عقودهم مستقبلا. إلا أن بعض الفقه أنكر للقانون الذي أنشأ لجنة مواجهة الشروط التعسفية تقديم أي حماية للمستهلك في مرحلة إبرام العقد، فمن الناحية العملية نجد القضاء الفرنسي في قراره الصادر عن الغرفة المدنية الأولى -محكمة النقض- بتاريخ **1 فيفري 2005**.

اعتبر أن الشرط الوارد في العقد المبرم بين - المستهلك والمحترف- الذي يقضي بضرورة التسوية الودية كمرحلة أولية قبل اللجوء إلى القضاء اعتبره بأنه شرط مشروع، ولا يتصف بالتعسف. وهو نفس قرار محكمة النقض فيما يخص نفس الشرط بتاريخ **14 فيفري 2003**.

في حين اعتبرته لجنة الشروط التعسفية في إحدى توصياتها - التي لا تتميز بالإنزامية- بأن الشرط الذي يلزم المستهلك باللجوء إلى التسوية الودية للنزاع قبل اللجوء

1- إن لجنة الشروط التعسفية أنشئت بموجب قانون 10 جانفي 1978 وتنظم أحكامها اليوم المواد 132- 2 إلى 132-6، وهي لجنة موضوعة لدى الوزير المكلف بالاستهلاك وتتكون من 13 عضو، 4 ممثلين للمحترفين، و4 ممثلين للمستهلكين، و3 قضاة منهم رئيس اللجنة وشخصين مؤهلين في قانون العقود. أنظر: شوقي بناسي، مرجع سابق، ص147.

إلى القضاء. بأنه شرط تعسفي<sup>1</sup>. فالتوصيات التي تصدرها لجنة الشروط التعسفية بشأن الشروط التي تعتبرها تعسفية، ليس بالضرورة أن يعتمدها القضاة في قراراتهم. بحيث يمكن لهم مخالفتها إذا رأوا بأن الشرط لا يسبب أي إجحاف في حق المستهلك.

على عكس المشرع الفرنسي نجد المشرع البريطاني قد وسّع من صلاحية لجنة مواجهة الشروط التعسفية (**Office of fair trading**) بحيث لا يقتصر دورها في تقديم توصيات أو آراء، وإنما تقدم شهادات للمحترفين (المؤسسات) تثبت اعتمادهم عقود خالية من الشروط التعسفية.

وهناك من يرى بأن دور لجنة مواجهة الشروط التعسفية في فرنسا، سيتراجع في المستقبل نظرا لكثرة النصوص التشريعية والتنظيمية سواء على المستوى الأوروبي أو الوطني، بالإضافة إلى توسيع إمكانية تدخل القاضي، ونشاط جمعيات حماية المستهلك<sup>2</sup>.

أما عن الأسلوب الذي اتخذه المشرع الجزائري في مواجهة الشروط التعسفية فنجد أنه قد اعتمد الأسلوب التشريعي والتنظيمي معا لمواجهة الشروط التعسفية.

بحيث نجده قد نص في المادة 29 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية على الشروط التعسفية التعاقدية التي وردت على سبيل المثال، وجاء نصها كآتي:

**تعتبر بنودا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لاسيما البنود و الشروط التي تمنح هذا الأخير:**

1-s'il n'ya pas, en l'espèce, comme l'a juge la cour de cassation, de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, c'est par ce que le consommateur n'est pas privé définitivement de son droit fondamental à un recours juridictionnel. Voir : GHESTIN (J), « **Droit des obligations** », la semaine juridique, N22, 2005, p1009.

2-on pourrait imaginer la commission des clauses abusives demain désœuvrée, désarmée, rendue redondante et inutile par l'inflation législative et réglementaire communautaire et nationale, par la jurisprudence désormais abondante des juridictions de l'ordre judiciaire, par l'efficacité de l'action administrative, par l'activisme des associations de défense des droits des consommateurs, par l'émergence de nouvelles technologies de mise en relation des professionnels avec les consommateurs. Voir : ROTH (C ), « **La commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès** », Revue Lamy droit civil, N61, 2009, p9.

1-أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،

2-فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

3-امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

5-إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،

6-رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته،

7-التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ خدمة،

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

و الملاحظ أن هناك بعض من الشروط التعسفية الواردة في المادة 29 من قانون 04-02 قد أعيد ذكرها في المرسوم التنفيذي 06-306 في نص المادة 5 منه.

فالمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي حدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، قد نص في المادة الخامسة على 12 شرط اعتبرها تعسفية<sup>1</sup>.

1-تنص المادة الخامسة على: تعتبر تعسفية البنود التي يقوم من خلالها العون الاقتصادي بما يأتي: تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و3 أعلاه، الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، التخلي عن

وفي نفس اتجاه المشرع الفرنسي سار المشرع الجزائري، فقد نص على لجنة البنود التعسفية و هي ذات طابع استشاري. مهامها البحث في كل العقود المطبقة من طرف الأعوان الاقتصاديين على المستهلكين، والبحث عن البنود ذات الطابع التعسفي، كما تقوم بإعداد توصيات تبلغ إلى الوزير المكلف بالتجارة والمؤسسات المعنية، ويمكن أن تقوم بكل دراسة أو خبرة متعلقة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكين<sup>1</sup>.

أما عن الأعضاء الذين تتكون منهم اللجنة فعلى خلاف القانون الفرنسي الذي ينص على فئة القضاة كأعضاء في اللجنة، فإن المشرع الجزائري لم يدرجهم في التشكيلة. ولقد نصت المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06-306<sup>2</sup> على:

تتكون اللجنة من الأعضاء الآتي ذكرهم:

- ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، مختص في مجال الممارسات التجارية،  
رئيسيا .

- ممثل عن وزير العدل، مختص في قانون العقود، عضو من مجلس المنافسة،  
متعاملين اقتصاديين، عضوين من الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة مؤهلين في قانون الأعمال والعقود، ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني، مؤهلين في مجال قانون الأعمال والعقود."

و تم تقليص عدد الأعضاء المكونين للجنة لمواجهة الشروط التعسفية، بحيث تم تعديل المادة 8 من المرسوم التنفيذي 06-306 بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-44<sup>1</sup>.

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 تخلي العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه".

1- المادة 7 من المرسوم 06-306، مرجع سابق.

2- تنص المادة 8 من المرسوم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، مرجع سابق.

تنص المادة 8 على: تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة أعضاء مستخلفين يتوزعون كما يلي:

- ممثلان عن الوزير المكلف بالتجارة، مختصان في مجال الممارسات التجارية.
- ممثلان عن وزير العدل، حافظ الأختام، مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة
- ممثلان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود.
- ممثلان عن جمعيات حماية المستهلكين، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود....."

و تجدر الإشارة إلى كون ممثلي جمعيات حماية المستهلكين لم يعد يشترط فيهم أن يكونوا من جمعية ذات طابع وطني. فقد يكون مرد هذا التغيير أن المشرع قد تدارك واقع جمعيات حماية المستهلك فلم تبلغ المستوى الذي يؤهلها بأن تكون ذات طابع وطني- الناحية الواقعية- و هو ما كان منصوصا عليه في المرسوم 06-306-طبقا للمادة 8- أين اشترط ممثلين عن جمعيات حماية المستهلكين ذات طابع وطني.

لقد أنتقد أسلوب إعداد قائمة بالشروط التي تعتبر تعسفية، على أساس أنها أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يتجه إلى منح القاضي سلطة إبطال شروط العقد التي يقدر أنها تعسفية. كما يؤخذ على الأسلوب السابق أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية، لأنها لم تذكر بالقائمة القانونية. إذا كانت واردة على سبيل الحصر، أو لأن القاضي لم تعطى له سلطة التدخل في حالة ما إذا ذكرت الشروط على سبيل المثال. كما عيب على هذا الأسلوب أنه يفرض على السلطات

1- المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 44-08 مؤرخ في 3 فبراير 2008، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 306-06 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية ج ر عدد 07.

العامة أن تحرص دوماً على إتمام قائمة الشروط التعسفية من وقت لآخر، بعدما يتبين قصورها وفقاً لمستجدات الواقع الاقتصادي<sup>1</sup>. لذا كان من الضروري أن يتم الاعتراف للقضاء بإمكانية التدخل لإعادة التوازن المفقود بين المحترف والمستهلك وهو ما سنراه في الفرع الثاني.

### ثانياً: تحديد الشروط الأساسية للعقود النموذجية المبرمة مع المستهلك

إن تحديد مضمون العقد بنصوص أمرّة تعتبر من وسائل التسلط التي يتمتع بها المشرّع.

و التحديد المسبق لشروط العقد من شأنه ليس فقط التخلص من الشروط التعسفية، وإنما إنشاء العقد في مجمله. ويبقى هذا العقد معد من طرف واحد، لكن بدلاً من أن يكون المحترف هو المعد للعقد، أصبح من إعداد الجهة العامة التي تقوم بإصدار نصوص أمرّة<sup>2</sup>. مثل هذا الحل في نظر بعض الفقه يمثل إجراءً ضد الممارسات التعاقدية، وفي نفس الوقت سيواجه أحكام النظرية العامة للعقد.

ولا يمكن للمشرّع أن يحتكر كل العملية التعاقدية<sup>3</sup>، فله أن يقرر المحتوى الجزئي للعقد وهذه الطريقة غير كافية لحماية الطرف الضعيف (المستهلك) فهي حماية ثانوية (Protection subsidiaire)<sup>2</sup>.

1- إلا أنه ورغم عيوبه السابقة، فإنه يوصف هذا الأسلوب بأنه يحقق ميزة الأمن القانوني للمحترفين. أنظر: بودالي محمد، الشروط التعسفية.....مرجع سابق، ص99.

2-CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), op-cit, p219-p220. Le contrat se rapproche par là de l'acte que certains auteurs de droit publics appellent-acte condition-l'accord de volonté ne =détermine pas lui-même les obligations qu'il engendre, il se borne à déclencher l'application d'un statut légale ou règlementaire. On ne rencontre cependant aucun contrat de droit privé qui soit totalement devenu un acte- condition.les textes impératifs laissent toujours une marge de liberté contractuelle. Voir aussi : PIEZO (J.P), « **Le formalisme des contrats de la nécessité d'assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme** », les journées du droit de la consommation, INC, 1989. P66.

Il ne suffit pas de prévoir des mentions obligatoires, il faut encore faire en sorte qu'elles soient suffisamment efficaces et respectées l'efficacité de la réglementation dépend de la forme donnée aux mentions obligatoires et des sanctions prévues en cas de violation des règles.

3-La volonté contractuelle est aujourd'hui suspectée dans certaines relations la protection du salarié Puis celle du consommateur présumés inférieurs, font douter de la force de leur

هذا من جهة، و من جهة أخرى إذا كان التعسف فقط هو المحذور فيمكن إذا للمتعاقدين تحديد شروط العقد بكل حرية، لكن عليهم إعدادة بكل عناية.

إن الهدف من الأحكام المستحدثة هو حماية المستهلك إلا أنها ستحد من الحرية التعاقدية لأجل الحد من تعسف المحترفين<sup>1</sup>.

و بالرجوع إلى نص المادة 30 من قانون 04-02 نجدها قد نصت على إمكانية تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، "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". و هو ما قام به المشرع من خلال إصداره لمرسوم تنفيذي رقم 06-306 حيث نجده قد نص في المادة 2 منه على العناصر الأساسية التي يجب أن تتضمنها العقود المبرمة مع المستهلك،

"تعتبر عناصر أساسية يجب إدراجها في العقود المبرمة بين العون الاقتصادي و المستهلك، العناصر المرتبطة بالحقوق الجوهرية للمستهلك و التي تتعلق بالإعلام المسبق للمستهلك و نزاهة و شفافية العمليات التجارية و أمن السلع و/أو الخدمات و كذا الضمان و الخدمة ما بعد البيع".

يعتبر هذا النص قاعدة أمر لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، بما أن المشرع وظف كلمة يجب و هذا ما يجعل ذكر العناصر الأساسية إجباريا بالنسبة للعون الاقتصادي في العقود التي يبرمها مع المستهلك. كما أن المشرع ربط العناصر الأساسية للعقود بالحقوق الجوهرية للمستهلك أي الغاية من إدراج هذه العناصر هو حماية المستهلك، مما يؤدي إلى إدخال هذه القاعدة في النظام العام للحماية. كما نص المشرع على أن هذه العناصر الأساسية يتم إدراجها في العقد، مما يعني أن العقد يكون مكتوبا. و ينجز العقد المبرم بين العون الاقتصادي و المستهلك على شكل طلبية، أو فاتورة... أو أي وثيقة مهما كان

consentement. Un ordre public contractuel substitue à la volonté supposé faible et influençable. Voir : AYNES(L), op-cit, p13.

1-LONDICHE (F.B), op.cit, p11.

شكلها، أو سند تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة و الخاصة المقررة سلفا. هكذا أدت حماية المتعاقد

الضعيف إلى ظهور الشكلية من جديد خاصة في مجال الاستهلاك، و أيضا في حالات أخرى أين يوجد فيها عدم التوازن العقدي.<sup>1</sup>

لقد جاءت المادة الثالثة من نفس المرسوم<sup>2</sup> مفصلة لنص المادة الثانية السابقة الذكر، بحيث بينت العناصر الأساسية التي يجب أن يشتمل عليها العقد.

إن حاجات الحياة المعاصرة تجعل من التدخل التشريعي في عملية إبرام العقود و في تحديد مضمونه و آثاره أمر ضروري مما سيؤدي إلى خلق و تنظيم، وتوجيه النظام العام الاقتصادي للمجتمعات على حساب المبادئ الأساسية التي تحكم العقد<sup>3</sup>.

فأصبح من الضروري في ظل عدم التوازن بين طرفي العلاقة البحث عن نقطة توازن في العلاقات التعاقدية، بشروط تكون آمنة لكنها قد لا تكون كلها في مصلحة المستهلك،

و على الرغم من ذلك فإنها ستطبق عليه و لا يمكنه أن يحتج بعدم علمه بها، أو أنه لم يقبلها<sup>4</sup>.

1 - بلقاسم فتيحة، مرجع سابق، ص 80.

2- نص المادة الثالثة من المرسوم 06-306، مرجع سابق: تتعلق العناصر الأساسية المذكورة في المادة 2 أعلاه أساسا بما يأتي:

خصوصيات السلع و/أو الخدمات و طبيعتها، - الأسعار و التعريفات، -كيفية الدفع، -شروط التسليم و أجاله، - عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، -كيفية الضمان و مطابقة السلع و/أو الخدمات، -شروط تعديل البنود التعاقدية، -شروط تسوية النزاعات، - إجراءات فسخ العقد".

3- يجب ألا يغيب عنا أن هذه الحماية تثير مقاومات لم تتحطم بعد، فالشروط التعسفية بالرغم من تحريمها إلا أنها ما زالت تزين الشروط العامة في العقود. أنظر: السيد محمد السيد عمران، مرجع سابق، ص 172.

4-car nul n'est censé ignorer la loi...c'est la une différence notable avec les clauses contractuelles. Qui sans effet si elles n'ont pas été acceptées. Voir : CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), op-cit, p220.

بالإضافة إلى التحديد المسبق لشروط العقد من طرف المشرع، نجد دول اعتمدت حلولاً أخرى، بحيث فرضت على المحترفين وجوب الحصول على رخصة مسبقة لاستعمال الشروط العامة المنصوص عليها في العقود النموذجية، كـمجال التأمين، القرض و من هذه الدول نجد السويد، ألمانيا، فرنسا، اسبانيا، البرتغال. وقد تبين من خلال الممارسة العملية لهذه التقنية في تلك الدول فعاليتها، و دول أخرى أوجبت إرسال نماذج تلك العقود إلى الجهات المختصة قبل وضعها في السوق<sup>1</sup>. وحوّل المشرع الفرنسي أعوان المديرية العامة للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش مراقبة شروط العقد، وفي حالة ما إذا تضمن العقد شروط تعسفية بإمكان العون أن يوجه أوامر إلى المحترف لكي يكف عن إدراج الشروط التعسفية. في حين كانت الإدارة فيما سبق تطلب من الجهة القضائية بحذف الشروط التعسفية، أو غير المشروعة وفي حالة عدم تنفيذ المحترف للأمر يلزم عليه دفع غرامة<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني

### التدخل القضائي لمواجهة الشروط التعسفية

إن سلطة القاضي في تعديل العقد تشكل خرقاً لمبدأ قانوني مستقر في مجال التعاقد ألا وهو مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين). ومقتضى هذا المبدأ أنه يتعين على القاضي أن يحترم اتفاق المتعاقدين، وأن يلتزم بتطبيقه كما يلتزم باحترام القانون وتطبيقه. فليس من شأن العقد أن يلزم المتعاقدين فحسب بل من شأنه أيضاً أن يلزم القاضي بتطبيق أحكامه، وعلى الرغم من هذه القاعدة المقررة في جميع القوانين المقارنة،

1-Le remplacer par une simple obligation de communication des conditions générales a l'autorité compétente. Voir : GHESTIN(J)& MARCHESSAUX(I), op-cit, p49.

2-les agents de la DGCCRF disposent désormais d'un pouvoir d'injonction aux fins de faire supprimer par les professionnels toute clause contractuelle illicite, alors que leurs pouvoirs se limitant avant à la cessation d'un agissement illicite ce dispositif vient donc compléter celui issu de l'article R141-4 du code de la consommation.....voir : SAUPHANOR- BROUILLD (N), clause abusive dans les contrats.....op.cit, p7.

إلا أن المشرع الجزائري- والمصري- قد أناط القضاء استثناء، سلطة التدخل في العقد لإلغاء وتعديل بعض أحكامه الأخرى. وذلك بهدف تحقيق التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين، وبالتالي فإن هذا الاستثناء لا بد أن يستند على أساس قانوني متين، يبرر تقريره والنص عليه<sup>1</sup>. فقد يقترن العقد بشروط تعسفية جائرة فيها من العنت ما لا يتحمله الطرف المذعن الذي لم يرتض العقد إلا نزولا على حاجته الماسة للسلعة أو الخدمة. وهنا يتدخل القاضي للتخفيف من غلو هذه الشروط، وقد يصل به الحال إلى إقالة الطرف المذعن منها كلية أو تخفيفها بالتعديل حتى تتوازن العلاقة العقدية.

فإذا تم العقد بطريق الإذعان وتضمن شروطا تعسفية، للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به قواعد العدالة. مع اعتبار كل اتفاق يخالف ذلك اتفاقا باطلا وهنا تبدو السلطة التقديرية للقاضي تعديلها أو إلغاؤها كلية بإعفاء الطرف الضعيف منها، ويقوم القاضي بإعمال سلطته التقديرية لبيان مقدار التعسف، في الشروط وبيان مقتضيات العدالة فإذا كشف بحسب تقديره شرطا تعسفيا في العقد فله أن يعدله بما يزيل أثر هذا التعسف. بل أن له أن يلغيه كلية ويقول الدكتور السنهوري (وهذا النص أي المادة 149 قانون مدني مصري) في عمومه وشموله أداة قوية

1-دريد محمود السامرائي، "سلطة القاضي في تعديل العقد"، مجلة الأسمرية، الجماهيرية العظمى، العدد الثالث، 2004، ص314. أنظر كذلك: عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص75. ولما كانت القاعدة الأصلية الواجبة التطبيق دائما هي أن العقد شريعة المتعاقدين و أنه لا يجوز للقاضي أن يتدخل بتعديل نصوص العقد على خلاف ما هو متفق عليه بين طرفيه و لكن المشرع خرج على هذا الأصل العام نظرا لوجود طرف مذعن مظلوم و طرف قوي يملك وضع الشروط التعسفية في العقد و لا يملك الطرف المذعن رد هذه الشروط التعسفية و لما كان هذا الاختلال في التوازن بين الطرفين أمر يعبر عن ظلم بين و هو أمر لا تقبله العدالة و لا يستسيغه المنطق السليم. أنظر كذلك: ربما فرج مكي، تصحيح العقد: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011، ص14. إن واقع الأمور هو أن سلطة الإرادة ليست مطلقة لأنها تصطدم بحقائق خارجية، إرادة التعاقد أصبح ينظر إليها على أنها إرادة نسبية و من منظار المنفعة الاجتماعية و العدالة التعاقدية، و أهمية الإرادة النسبية تكمن في أنها تضيء ليونة على العقد و تجيز للقاضي التصحيح أيضا، إن التوفيق بين تصحيح العقد و قوته الإلزامية يضيء مفهوما جديدا للقوة الملزمة للعقد ليس فقط على صعيد أساسها إنما على صعيد مفهومها. بالنتيجة ان الخلاصة التي يمكن الوصول إليها مفادها أن جمود القوة الملزمة للعقد يشكل إنكارا للتطور في العلاقات بين المتعاقدين، فتطور أي نظام قانوني يقتضي أن يتبع التطورات الاقتصادية.

في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار، والقاضي هو الذي يملك حق التقدير إذا ما كان الشرط تعسفياً فإذا كشف شرطاً تعسفياً في عقد إذعان فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له

أن يلغيه ويعفي الطرف المذعن منه. ولم يرسم المشرع له حدوداً في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة، ولا يجوز للمتعاقدين أن ينزعا من القاضي سلطته هذه باتفاق خاص على ذلك. فإن مثل هذا الاتفاق يكون باطلاً لمخالفته للنظام العام ولو صحَّ للجأت إليه شركات الاحتكار وجعلته شرطاً مألوفاً في عقودها<sup>1</sup>.

ومع انتشار ظاهرة البند التعسفي مع التطورات الاقتصادية استدعى تدخلاً من قبل الهيئات التشريعية في عدد كبير من البلدان. لإقرار مبدأ الرقابة القضائية على الشرط التعسفي لحماية الطرف الضعيف بالرغم من تعارضه لمبدأ سلطان الإرادة ولمبدأ الحرية التعاقدية، بحيث يمنع على القضاء مراجعة مضمون العقود، طالما كانت عبارات هذا العقد وشروطه واضحة وصريحة ولا غموض فيها، وطالما كانت شروط العقد غير مخالفة للنظام العام أو للأداب العامة، وفي ظل هذه النظرة الضيقة لتلك النصوص فإن القضاة لا يملكون تعطيل تطبيق أي من شروط العقد بحجة تحقيق العدالة أو السعي نحو تحقيق التوازن بين الالتزامات<sup>2</sup>. وأمام عجز تدخل المشرع لمواجهة الشروط التعسفية، اختلفت الأنظمة القانونية للدول في

السماح أو عدم السماح لتدخل القضاء، فكانت فرنسا من الدول الراضية لتدخل القضاء<sup>3</sup> لمنع العمل بالشروط التعسفية و الاكتفاء فقط بتدخل المشرع لمواجهة الشروط التعسفية<sup>1</sup>.

1- فؤاد محمود معوض، مرجع سابق، ص 277.

2- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 121.

3- L'intervention du pouvoir judiciaire est nécessairement plus souple que les juges ne peuvent dans l'intention du législateur de 1978 que réputer non écrites les clauses préalablement interdites par décret.... Les tribunaux ont donc, en cette matière, un rôle réduit dans quelques arrêts de la cour de cassation, une tendance à reconnaître aux tribunaux le pouvoir de juger directement qu'une clause est abusive, même en l'absence de décret. voir : CALAIS- AULOY(J), op-cit, p119.

وانقسم الفقه في فرنسا بين مؤيد ومعارض لإمكانية تدخل القاضي لتقدير ما إذا كان الشرط يتصف بالتعسف و ذلك في حالة ما إذا كان ذلك الشرط التعسفي لم يصدر بشأنه أي مرسوم يعتبره تعسفيا ويحرمه<sup>2</sup>.

لكن نظرا لكون المراسيم لم تكن مواكبة لتطور الحياة أصبح من غير الممكن الاعتماد على تقنية واحدة لمواجهة الشروط التعسفية وهو ما حدث لفرنسا<sup>1</sup> بعد تعديل

1-الاتجاه الرافض لتدخل القضاء: انه إذا لم يصدر مرسوم من السلطة التنظيمية المتمثلة في الحكومة بأن شرطا ما يعد تعسفيا فانه لا يكون للقضاء اعتباره كذلك خاصة أنه لدى بعض الفقهاء في شأن إعطاء القاضي سلطة ابطال الشرط التعسفي فيما لم يرد به نص ما يؤدي إلى عدم استقرار المعاملات، أنظر:محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص438. انظر كذلك:

PIEDELIEVRE (S), « **Droit de la consommation et office du juge** », Recueil DALLOZ, N13, 2009, P910.

On peut craindre que le principe de neutralité du juge ne soit pas toujours respecté et qu'il devienne un acteur du litige.

2-فالرأي المعارض يرى بأن المشروع المبدئي حول الحماية للمستهلك (78-10 قانون إعلام المستهلكين الفرنسي) كان قد اعترف بوضوح بإعطاء القاضي السلطة في مراقبة تلك الشروط، لكن أثناء المناقشات البرلمانية هاجم رئيس لجنة التشريعات سلطة القاضي في الرقابة ووصفها بعدم الدستورية.

ويرى الرأي الآخر المساند أنه يكون للقاضي حق إعلان بطلان تلك الشروط حتى في غياب مرسوم تطبيقي حيث إنه في غياب الاعتراف بسلطة مراقبة قضائية والتي كانت منصوصا عليها في المشروع المبدئي، فإنه يبدو أنه لا غنى عن أن التطبيق للنصوص يدخل في وظيفة القضاء أولا، وفي غياب معيار عملي لتطبيق القانون، فإن القانون لا يمكن أن يطبق إلا بالالتجاء إلى مفهوم عقد الإذعان ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن أن يحدث ذلك إلا بالاعتراف له بالمبادرة الفردية، تلك التي تترجم من خلال الطعن القضائي وتزايد دور القاضي ونجد تلك الظاهرة في كل البلاد استنادا إلى =مفاهيم مثل " حسن النية"، والثقة العقدية المشروعة. أنظر: أحمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص241- ص243. أنظر كذلك:

La méfiance manifestée par le législateur à l'égard du contrôle des clauses abusives par le pouvoir judiciaire ..... parce que les interventions judiciaires n'auraient point être identiques et tandis que certains juges auraient annulé une clause, d'autres l'auraient considéré comme valable. la seconde raison concerne le pouvoir souverain d'appréciation des juges en ce qui concerne les questions de fait et elle n'est pas propre aux clauses abusives. dans le domaine de crédit à la consommation, en particulier, la cour de cassation rejette ce pouvoir d'office en décidant de manière impérative que la méconnaissance des exigences du code de la consommation- même d'ordre public, ne peut être opposée qu' à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protection celle des consommateurs que de direction l'encadrement du marché. voir: GILLES (P), " **Pour le pouvoir d'office du juge dans l'application des dispositions du code de consommation**", la semaine juridique , cahier n°2, 2007, p66. Voir aussi : ERHARDT(S), op.cit, p12.

L'interventionnisme du juge est la garantie de ce que les contractants vont exercer leur prérogatives nées du contrat dans un respect mutuel exempt de « déséquilibre » "et de déloyauté".

قانون الاستهلاك . بحيث أصبح للقاضي من تلقاء نفسه طبقا للمادة 141-4 من قانون الاستهلاك إمكانية التدخل و اعتبار الشرط أنه تعسفي<sup>2</sup>،

وبأنه يعد كأنه غير مكتوب، حتى وان لم يكن منصوصا عليه في القائمة التي تحدد الشروط التعسفية. معتمدا في ذلك على معيار (تحديد) الشرط التعسفي، فإذا كان الشرط محل النزاع يؤدي إلى خلق عدم التوازن بين حقوق والتزامات الطرفين أعتبر شرطا تعسفيا، بل و حتى بعد صدور المرسوم التنفيذي في فرنسا في 2009، فإن دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية لا يزال قائما.

وفي حالة ما إذا أترف للقضاء بإمكانية التدخل لإلغاء الشرط التعسفي يجب التفرقة بين حالتين، الحالة التي يكون فيها قد صدر مرسوم يحدد الشروط التعسفية فإن دور المحاكم يتمثل في ضمان التطبيق لهذا المرسوم وبالتالي فإنه على المحاكم، في حالة النزاع بين المهني والمستهلك، إعلان بطلان الشروط التعسفية التي صدر بشأنها مرسوم يعتبرها كذلك<sup>3</sup>. وهذا هو الدور الطبيعي للقاضي في تطبيق القانون،

1-Le nouveau texte n'aura donc pas pour effet de diminuer les pouvoirs du juge en ce domaine mais plus souvent qu'auparavant il sera amené à se prononcer sur le point de savoir si la stipulation litigieuse fait partie de celles interdites par le décret. voir : GILLES ( P), op.cit, p50. Voir aussi : LARROUMET(C), op-cit, p433.

La cour de justice des communautés européenne a même admis que le juge pouvait annuler d'office une clause abusive.

2-Il est regrettable que le juge ne se soit vu accorder qu'une faculté et non une obligation de relever d'office les dispositions protectrices du code de la consommation. Mais le texte est clair et le doute n'est pas permis sur la nature du relevé d'office. Il ne fixe aucun devoir au juge, qui dispose d'un simple pouvoir, d'une faculté, de soulever d'office les moyens tirés du code de la consommation. Voir : POISSONNIER (G), « **Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation** », Revue juris classeur- contrats- concurrence- consommation, mai 2009, p14. Voir aussi : PICOD (Y), op.cit, p10.

Il faut saluer la loi du 3 janvier 2008 qui introduit un nouvel article L141-4 permettant au juge de soulever d'office les dispositions du code de la consommation dans les litiges résultant de son application, la mesure législative permettra sans doute de rééquilibrer le rapport de force, d'autant plus que très souvent le consommateur poursuivi devant le tribunal d'instance n'a pas d'avocat pour assurer sa défense ou ne se présente pas.

3-Cependant, le pouvoir d'appréciation des juges disparaît presque totalement pour les clauses qui ont été interdites par décret .voir :calais Auloy & STEINMETZ (F),op.cit, p210. Voir aussi : CYTERMAN(A), op.cit, p188. Il s'agit plus d'un pouvoir modérateur, mais d'un pouvoir d'annulation.

أما في حالة عدم إدراج الشرط في القائمة التي تضمنها المرسوم، للقاضي التدخل معتمداً في تحديد الشرط بأنه تعسفي على المعايير التي حددها المشرع مسبقاً لاعتبار الشرط بأنه تعسفي.

وتبقى المسألة خاضعة للسلطة التقديرية لكل دولة بين تلك التي تمنح القاضي إمكانية التدخل لإلغاء الشرط التعسفي، وتلك التي تمنع القاضي من التدخل في النزاع المطروح أمامه بحيث يكفي فقط بتطبيق القانون وإعلان فقط ما اعتبره المشرع مسبقاً بأنه شرط تعسفي.

فوجدت الولايات المتحدة الأمريكية من بين الدول التي اعتمدت الأسلوب القضائي لمواجهة الشروط التعسفية.

حسب نص المادة 302 من قانون التجارة الموحد، والهدف من تدخل القاضي في مواجهة الشروط التعسفية، ليس فقط لتحقيق التوازن في العلاقات التعاقدية، ولكن لتصحيح التعسف الناتج عن عدم توافق قوى طرفي العقد في التفاوض<sup>1</sup>.

لكن ما يلاحظ أن دور القاضي محدود، من حيث الطابع الفردي (حجية القرار فقط بالنسبة لأطراف النزاع)<sup>2</sup>. ما يعني أن العقود الأخرى لا يمتد إليها حتى ولو توفر نفس

1-...سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان، تخرج به في الواقع عن حدود مهمته العادية التي تقتصر على تفسير وتطبيق النص القانوني المناسب على الواقعة المطروحة أمامه، إلى سلطة تعديل وإلغاء بعض بنود العقد حماية لمصلحة أحد المتعاقدين، وجبرا عن إرادة المتعاقد الآخر، ولعل المبرر الرئيسي لتدخل القاضي في حياة هذا العقد، =يتمثل عموماً في استغلال ضعف الطرف المدعى في العقد. فعدم المساواة بين المتعاقدين لا يعتبر شراً بذاته بل إن التعسف الذي ينتج عن هذا التفاوت، هو محور تدخل القاضي في هذا الشأن. أنظر: دريد محمود السامرائي، "سلطة القاضي في تعديل عقد الإذعان... مرجع سابق، ص438-439. أنظر كذلك:

GHESTIN(J) & MARCHESSAUX(I), op-cit, p5.

Investir le juge de la mission de rétablir et de faire régner une équivalence rigoureuse dans les relations contractuelles mais à corriger les abus engendrés par le déséquilibre des forces dans la négociation des contrats.

2-Cette perception individualiste se concilie mal avec la dimension collective du droit de la consommation, qui est l'une de ses caractéristiques principales. Voir : LAGARDE (P), « **Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité en Europe** », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990. Les clauses abusives dans les contrats types en France et Europe, L.G.D.J, p271. voir aussi : Larroumet (C) op- cit, p416.

أنظر كذلك: محمد إبراهيم بنداري، مرجع سابق، ص101.

الشرط الذي أعتبر أنه تعسفي في القرار الذي اعتبره القضاء كذلك في قضية ما، إضافة إلى أن القاضي لا يمكن له التدخل إلا إذا أراد المستهلك رفع الدعوى.

و على الرغم من كون الأحكام المتعلقة بحماية المستهلك من النظام العام، فهذا لا يعني أن للقاضي إمكانية التدخل من تلقاء نفسه،<sup>1</sup>. فالهدف هو حماية مصلحة المستهلك المتعاقد في مواجهة الشروط التي يفرضها الطرف القوي. وليس حماية المصلحة العامة (الاقتصاد الوطني).

نحن نرى أن إدراج قواعد حماية المستهلك ضمن النظام العام الحمائي لا يتناسب مع الحماية القانونية للطرف المذعن<sup>2</sup>. بل يجب تحويل القاضي سلطة الرقابة على الشروط التعسفية التي تعتبر إحدى الضمانات الهامة التي تعيد إلى العقد المبرم بين المستهلك والمحترف توازنه.

فإذا كان المشرع الجزائري قد أعطى الإمكانية للقاضي (مسألة جوازية) لتعديل أو إلغاء الشرط التعسفي في نص المادة 110 ق.م.ج، فلا شك أن في هذا قصورا. فكيف نقر بوجود تعسف من قبل المحترف ثم نعطي السلطة التقديرية للقاضي، فيجب تلافي مثل هذا الموقف، في حالة ما إذا أعطي القاضي مستقبلا الحق في التدخل بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك. في إطار قانون الاستهلاك بحيث يصبح القاضي ملزما بالتدخل في حالة ما إذا تضمن العقد محل النزاع المطروح أمامه شرطا تعسفيا، آخذا بعين الاعتبار المعيار المعتمد في قانون الاستهلاك و المتمثل في

إن فعالية هذه الرقابة تبقى محدودة من الناحية العملية، لأن الإلغاء الذي يحكم به القاضي لشرط تعسفي في دعوى معنية، لا يكون عقبة في سبيل استمرار هذه الشروط التي حكم بإلغائها في عقود أخرى، ذلك أنه من الملاحظ أن الشروط التي يكون إلغاؤها مؤكدا في عقد الإذعان تكون مطبقة في الكثير الغالب من الحالات من الناحية الواقعية.

1-La plupart des règles sont généralement analysées comme participant d'un ordre public de protection, destiné à préserver les intérêts des consommateurs dès lors, les sanctions de leur violation ne pourraient être déclenchées que par ces derniers. Voir : FENOUILLET (D), « **Nullité relative ; pouvoir du juge de soulever d'office le moyen** », revue des contrats , sans numéro ,octobre2003, p86.

2-POISSONNIER (G), op.cit, p14.

La double finalité du droit de la consommation qu'est protéger le consommateur mais aussi de moraliser le marché donnant au juge un double rôle de protecteur et de régulateur.

الاختلال بين حقوق والتزامات طرفي العقد، على عكس ما هو منصوص عليه في القواعد العامة (المادة 110 ق.م.ج) بحيث القاضي كان يعتمد في تقديره للشرط التعسفي على معيار العدالة.<sup>1</sup>

إن النظام العام الحمائي من شأنه أن لا يفعل الحماية التي نريدها للمستهلك، ويشجع الطرف القوي على إدراج الشروط التعسفية، لأن المستهلك كثيرا ما يتراجع في أمره بشأن المطالبة القضائية بالنظر إلى المصاريف التي سوف يتكبدها. وإذا قام ورفع الدعوى فإنه يجهل كل حقوقه ولا يستطيع فهم كل محتويات العقد. الأمر الذي يتناسب مع هذا المجال، هو منح القاضي سلطة التدخل من تلقاء نفسه عندما يعرض النزاع رغم عدم إثارة الشرط بأنه تعسفي من طرف المستهلك، وهذا لأجل تحقيق التوازن العقدي، وتقوم محكمة النقض بالرقابة على قضاة الموضوع في القضايا التي عرضت بشأن

1- تنص المادة 110 ق. مدني: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المدعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة. ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

وهكذا ينتهي نص المادة 110 مدني جزائري إلى أن مبادئ و اعتبارات العدالة هي التي تحكم الأمر و أن هذا النص أداة قوية في يد القاضي يحمي بها الطرف الضعيف من الشروط التعسفية التي تفرضها الشركات المحتكرة حتى تستقيم الأمور و يعود للعلاقة المختلة بعض التوازن أو بعض العدل المفقود في نطاق هذا العقد. والقاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أم لا فإذا تبين له أن الشرط تعسفيا فله أن يعدله بما يزيل أثر التعسف بل له أن يلغيه و يعفي الطرف المدعن منه و لم يرسم المشرع له حدودا في ذلك إلا ما تقتضيه مبادئ العدالة.

=أنظر كذلك: أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد: بين ثبات اليقين و اعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1990، ص 41.

و تعتبر العدالة نوعا من العدل، أو هي العدل مطبقا على حالة خاصة، إلا أن هناك فروقا بين العدل و العدالة. فالعدل بالقياس إلى العدالة يتسم بالتجريد و العمومية، إذ أنه كالقانون لا يعنى إلا بالمبادئ العامة، أما العدالة فتهم بالظروف الخاصة لكل حالة و لذلك فإنها تختلف من حالة لأخرى، و تتكيف بحسب كل حالة، و تستجيب لشتى الدوافع الأخلاقية. ثم أن العدل يتميز بالصلابة و التشدد، فكما يرضيه أن يقضي ببراءة البريء أن يقضي بإدانة المذنب، أما العدالة فتبغى دائما نوعا من العطف و الإنسانية و الرحمة من شدة القوانين في حالة معينة، فهي المنفذ الذي تنفذ منه إلى القانون مقتضيات الرحمة و الإنسانية و لو بتضحية مقتضيات العدل. و تتسم العدالة بطابع شخصي عاطفي أظهر مما في العدل، فهي تمثل الإنسانية في القانون، إذ تعمل على إزالة المفارقات و تخفيف ما يكون من حدة و تشدد في مضمون القواعد القانونية، و بهذا يوجد عامل من، شخصي، يظهر أثره في ضمير الأفراد بطريقة تختلف من شخص لآخر، و هذا يفرض حتما إلى التحكم.

الشروط التي يقدرونها بأنها تعسفية، خاصة وأن الرقابة ستكون على المعايير المعتمدة لتكييف الشرط التعسفي و المشرع قد حددها في النص القانوني.

وهذه الرقابة ستؤدي مع مرور الوقت إلى توحيد ومعرفة الشروط التي تؤدي إلى التعسف عند ورودها في العقد<sup>1</sup>.

و تفاديا للمشاكل التي يطرحها التدخل القضائي في مواجهة الشروط التعسفية، منها نسبية الحكم و أيضا التكاليف التي لا يستطيع تحملها المستهلك. لجأت بعض الدول إلى إيجاد بعض الحلول دون الرجوع إلى القضاء، ويتمثل في الحل الودي بين الأطراف. تجارب كثيرة في هذا المجال، وأكثرها تبيين فعاليتها، وهو ما قامت به الدانمارك في 1974 بحيث أنشأت مكتبا لاستقبال شكاوى المستهلكين. يتكون من رئيس متخصص في مجال القانون وممثلين عن المستهلكين وآخرين يمثلون المحترفين بعدد متساو. مهمته دراسة وحل النزاع، بكلفة بسيطة وسريعة، بالرغم من أن القرار لا يتمتع بالإلزامية لكن على العموم يحترم من قبل المحترفين. وأصدرت السويد كذلك قانون في 1971 يقضي بإنشاء جهاز إداري يتكفل بالفصل في

النزاعات التي تجمع المستهلك بالمحترف، بشأن العقود التي تحتوي على شروط تعسفية، و القرار الذي يصدره الجهاز يتمتع بقوة إلزامية.<sup>2</sup> وهناك مشروع توجيه أوروبي

1-Trois éléments, au moins, justifient la reconnaissance par la loi du relevé d'office :

\*Premièrement, le droit de la consommation est un droit technique, complexe, foisonnant et encore largement méconnu, y compris des avocats qui demeurent très peu sollicités par des consommateurs mécontents, y compte tenu de la faible valeur des litiges individuels.

\* deuxièmement...empêcher le juge de relever d'office la violation de dispositions légales ou réglementaires dont le consommateur est « victime » revient à lui interdire de prononcer la sanction qui est attachée à cette violation et ainsi à nier la protection qui lui est reconnue, étant précisé qu'en pratique le consommateur méconnaît le plus souvent ses droits. Et, pour les professionnels elles constituent une incitation à ne pas respecter une législation perçue comme une contrainte.

\* troisièmement, la protection des consommateurs prévue par le code de la consommation demeure théorique et finalement vaine, lorsque la mise en œuvre des droits légaux et réglementaires est=aléatoire dans le cadre des litiges. Voir : POISSONIER (G), « **office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue** », Recueil DALLOZ, N19, 2008, p1289.

2-L'ombudsman des consommateurs est un organe administratif considéré comme une instance de surveillance active.cet organe, dans sa mission d'assainissement des conditions contractuelles, peut intervenir soit de sa propre initiative, soit à la suite d'une plainte sans l'exigence d'aucune formalité .il est compétent pour négocier avec les entreprises e vu d'obtenir la suppression des conditions contractuelles abusives.si la négociation n'aboutit pas ,l'ombudsman dans les cas « qui

صدر في 2009، الهدف منه إلزام دول الاتحاد الأوروبي أن تتص في قوانينها الداخلية على إنشاء أجهزة تهتم بحل النزاعات بين المستهلكين والمحترفين بطريقة ودية. وأن يتم مراعاة مبدأ الحياد، والشفافية والمساواة والفعالية في حل النزاع<sup>1</sup>.

هذا إذا أردنا أن نوفر حماية للمستهلك الذي لا يريد اللجوء إلى القضاء. مثل هذه التجربة يمكن أن نعتمد عليها ما دام المشرع الجزائري لم ينص على دور القضاء المدني في قانون حماية المستهلك و قمع الغش ،و القانون المتعلق بالممارسات التجارية. في نزاعات الاستهلاك خصوصا فيما يتعلق بالعقود الاستهلاكية، بشأن الشروط التعسفية.فهي وسيلة قد تساعد على حماية المستهلك، خصوصا مع القدرة الشرائية الحالية لمعظم المستهلكين.

لقد أثبتت الدراسات أن الكثير من المستهلكين يتقاعسون عن الشكوى من استغلالهم وحتى تلك القلة من المستهلكين الذين يشتكون، يواجهون مقاومة المنتجين بالإضافة إلى أنه لا يكون لديهم المعلومات الكافية ومن ثم يفقدون الحماس في الاستمرار في شكواهم إلى النهاية<sup>2</sup>.و إذا نظرنا إلى الدولة الحديثة، نجد أن من أهم واجباتها،أن توفر للفرد وسيلة للالتجاء إلى السلطة القضائية طالبا حمايتها إذا وقع اعتداء على حقه ،و هو ما يتم عن طريق الدعوى القضائية، و لقد كفل المشرع للمستهلك ضحية مخالفة القواعد

---

ne revêtent pas une grande importance »possède un pouvoir de décision d'interdiction de certains clauses jugées abusives. Dans les autres cas, il peut saisir la cour du marché. Voir :KASSEM(M),op.cit,p335.

1-si les organes de REL peuvent disposer de subvention, mais rien n'est moins sûr. Si les fonds ne sont pas publics, ils seront alors privés, Et c'est la que la gratuité ne pourrait être qu'une illusion. S'il s'agit de solliciter les organisations professionnelles, il est à craindre que le coût final soit assumé par les consommateurs eux-mêmes, de manière indirecte par une augmentation du prix des produits, alors affectée au financement des modes alternatifs de règlement des litiges. Voir : AUBERT de VINCELLES, « **promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation** », RDC, N2, 2012, p473.voir aussi :GHESTIN(J)& MARCHESSAUX(I), op.cit, p99- p100 :Aucune méthode ne peut cependant être parfaite, toutes présentent des imperfections ou des limites, de sorte que seule la combinaison de plusieurs d'entreloues pourrait assurer l'efficacité du contrôle la taille d'un pays, le degré de =développement économique, les structures administratives et politiques, les coutumes locales, sont autant de facteurs. Susceptibles d'influer sur le sort d'une politique en matière de lutte contre les clauses .

2-Davo (H), op.cit, p8. Toute protection est insuffisante lorsque les règles ne sont pas respectées et lorsque sa mise en œuvre nécessite une action en justice.

القانونية في حقه رفع الدعوى للمطالبة بحماية حقه، و لكن كثيرا ما يشعر المستهلك، و هذه ظاهرة اجتماعية، أنه وحيد لا يقوى بمفرده على رفع دعوى أمام القضاء لما سيتحملة من نفقات في سبيل سلعة قليلة القيمة، كما أنه يخشى مواجهة المنتج أو التاجر، لما يتمتع به كل منهما من مركز اقتصادي قوي يمكنه من السير في الدعوى، و من جانب آخر، فقد لا تحرك النيابة العامة الدعوى، لاعتقادها أن المسائل لا تبدو خطيرة، و هنا نجد أن الوسيلة الإجرائية المجدية لحماية المستهلك تتمثل في تجمع المستهلكين في جمعيات أو منظمات تتولى الدفاع عنهم عن طريق ما يسمى بالدعوى الجماعية، أو الحماية الجماعية.<sup>1</sup> نظرا لكون المستهلك في الكثير من الأحيان يتراجع أو يتقاعس في رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط، فوجد المشرع الفرنسي في سنة 1988 قرر منح جمعيات حماية المستهلك- التي استكملت الشروط المطلوبة- أن تطالب بإبطال الشروط التعسفية التي يدرجها المحترف في العقود التي تعرض في السوق.

و تم إدراج هذه التقنية في قانون الاستهلاك الفرنسي المادة 421-6 التي عدلت في 2001، مسايرة في ذلك التوجيه الأوروبي الصادر تحت رقم 98-27 حول دعاوى التوقف.

وفي هذه الدعاوى التي ترفعها جمعيات حماية المستهلك إلى القضاء، نجد القاضي يعمل بمقتضى سلطته التقديرية في تقديره للطابع التعسفي للشرط بالنظر إلى المستهلك بصورة مجردة. و مرّد ذلك كون المستهلك في هذه الحالة لم يبرم العقد بعد فهو متعاقد مستقبلي، في إطار العقود النموذجية. فهذا الحل من بين الحلول الوقائية. لكن إذا تم النظر إلى الشرط دون المستهلك في تقدير الطابع التعسفي، هل هذا يعني أن الحكم الذي يصدره القاضي سيطبق على جميع الدعاوى التي يكون فيها المستهلك طرفا في النزاع اخذين بعين الاعتبار احد مبادئ التقاضي ألا وهو مبدأ نسبية آثار الحكم لأطراف الدعوى.

1- عبد الحق حميش، مرجع سابق، ص 259.

و على جمعيات حماية المستهلكين أن تختصم أكبر عدد ممكن من المحترفين شرط أن تكون العقود التي أعدوها قد وضعوها في السوق للتعامل بها و ليست حبيسة مكاتبهم، و إلا فان الدعوى سيحكم عليها بالرفض<sup>1</sup>.

إن انعدام المساواة التي تميز العلاقة الموجودة بين المستهلك والمحترف لا يمكن تصحيحها إلا بتدخل فعال وإيجابي لطرف خارجي عن العلاقة -المتمثل في جمعية حماية المستهلك- ولقد منحت المادة 65 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية جمعيات حماية المستهلك وكذا كل شخص طبيعي أو معنوي - فضلا عن النيابة العامة والجمعيات المهنية- الحق في رفع دعاوى أمام القضاء ضد المحترف الذي يضمن عقوده شروطا تعسفية، وبوجه عام ضد كل محترف يخالف أحكام القانون السابق.

و اعترف المشرع الجزائري كذلك لجمعيات حماية المستهلكين بمقتضى نص المادة 23 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش في أن تتأسس كطرف مدني في حال تعرض مستهلك أو عدة مستهلكين لأضرار فردية تسبب فيها نفس المتدخل و ذات أصل مشترك، لكن المشكل الذي تواجهه جمعيات حماية المستهلك للجوء إلى القضاء، و الدفاع عن مصالح المستهلكين يتمثل في ضرورة تمتعها بالمنفعة العامة، و هي المسألة أو الشرط الذي لا تتمتع به معظم جمعيات حماية المستهلك، مع الإشارة إلى أن موارد الجمعيات متواضعة. و من شأن هذا الموضوع عدم المساهمة في حماية المستهلك هذا من جهة، و من جهة أخرى نرى أن دور جمعية حماية المستهلك يقتصر فقط في أن تتأسس كطرف مدني. في حين حماية المستهلك تستدعي وجوب منح جمعيات حماية المستهلك حق مقاضاة و متابعة الجهة المتسببة في الضرر اللاحق بالمستهلك.

1-CALAIS-AULOY (J)& STEINMETE ( F), op.cit, p212- p213. Voir aussi: GHESTIN (J), droit des obligations.....op.cit, p1011.

Il est clair que les associations ne sont en mesure de prendre connaissance des contrats types préparée par les professionnels qu'une fois que ces derniers ont commencé de les utiliser.

إن حرمان الجمعيات أو الهيئات من الحق في الدعوى دفاعا عن المصلحة المشتركة، أو الغرض الذي أنشئت من أجله يؤدي في الواقع إلى عدم تمكين الجمعية من تحقيق أهدافها.

وإذا كان المستهلك القادر يتضرر إلى حد ما من استغلال المحترف، فإن المستهلك الفقير يقاسي ضررا أكبر. فإذا ما أراد المتضررون اللجوء إلى القضاء يجدون بأن تكاليف رفع الدعوى والسير فيها تزيد عن التعويض الذي سيتلقونه لجبر الضرر ومن ثم يعدلون عن مقاضاة أصحاب المشاريع وتكون النتيجة أن يستمر المنتج في إحداث الضرر بالمستهلكين<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### الجزاء المقررة في حالة تضمين العقد شروط تعسفية

اعتمدت معظم الدول التي كرسست الحماية للمستهلك جزاء في حالة تضمين العقد لشروط تعسفية، تباين بين الجزاء المدني (الفرع الأول)، و الجزاء الجنائي (الفرع الثاني) ودول أخرى جمعت بين الجزاءين.

1- إن المحاكم لا تعتبر أداة مناسبة لحماية المستهلك، خاصة وأن تكاليف المنازعات والبطء في الاجراءات ، يجعل التغيير في سلوكيات الإنتاج والاستهلاك من خلال القضاء غير مجد. أنظر: السيد خليل هيكل، مرجع سابق، ص 65. أنظر كذلك:

POISSONNIER (G), op.cit, p1290.

L'inégalité économique existant entre le Professionnel et consommateur est prolongée par une inégalité juridique et procédurale. En cette matière, une « illustration notable du procès équitable =est celle du juge qui supplée, lorsque l'occasion lui paraît propice, la faiblesse ou l'ignorance d'une partie.

## الفرع الأول

### الجزء المدني

اعتبر المشرع الفرنسي الجزاء على إدراج الشرط التعسفي في العقد بالمخالفة لنصوصه ، اعتباره كأنه غير مكتوب-أي باطل-فيبطل الشرط و يبقى التصرف قائما<sup>1</sup>. ذلك أن الحكم ببطلان التصرف سيؤدي إلى نتائج خطيرة تمس سلامة و استقرار التعامل في المجتمع،و يزعزع المراكز القانونية التي يمكن أن تكون قد إنبتت على الثقة و حسن النية.لذا يحرص المشرع على أن يحدد بوضوح أسباب و حالات البطلان، ليكون ذلك بمثابة إجراء وقائي يحد من إنشاء تصرفات مصيرها الإبطال والمشرع الجزائري في مواجهته للشروط التعسفية لا بد أن يتناول الجزاء،و أن يبين نوعه ، و الآثار تختلف باختلاف نوع البطلان .فيتوقف على نوع البطلان نتائج منها انه إذا كان البطلان مطلقا فإنه يكون بوسع كل شخص له مصلحة طلب بطلان التصرف، بينما يكون بوسع المستهلك فقط أن يطلب إبطال العقد في حالة ما إذا كان البطلان نسبيا<sup>2</sup>.

1La clause réputée non écrite est censée n'avoir jamais existé.....la cour de cassation rappelant fréquemment qu'elle est « censée n'avoir jamais existé le point révélant une différence avec la clause nulle dont l'existence, en revanche, n'est pas niée. Réputer la clause non écrite correspond à une fiction qui a pour effet qu'aucun consentement n'a pu être émis à son sujet.

Enfin, réputer une clause non écrite a pour effet son effacement rétroactif du contrat. Mais le dernier reste en principe appliqué, s'il peut subsister sans la ou les clauses abusives réputées non écrites. Voir : HAMDY (A.CH), op.cit, p141.

2-إن العقد القابل للإبطال ينشئ نوعا من المراكز القلقة، المعقدة على إرادة احد العاقدين، إما أن يجيزه فيستقر وجوده، وإما أن يطلب إبطاله فتتمحى آثاره مستندة إلى تاريخ إبرامه. وما لم يحصل إبطال العقد أو تصحيحه، يظل هذا المركز القلق مستمرا حتى تتقادم دعوى الإبطال، و حينئذ يعتبر العقد صحيحا منذ لحظة إنشائه، ويصطحب هذا الحكم بالنسبة للمستقبل.

وليس من شك في أن فترة القلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم والسياسة التعاقدية أو استقرار التعامل في المجتمع. من اجل ذلك حاولت التشريعات المختلفة إشاعة الطمانينية في التعامل بإتباع وسائل متباينة تهدف إلى الحفاظ على مصالح المتعاقدين وتثبيت المراكز القانونية التي اكتسبت بحسن نية . أنظر: محمد جبر الألفي، «عوامل الاستقرار

للعقد القابل للإبطال» ، مجلة الحقوق، العدد الأول، ص12. أنظر كذلك:

relevant de l'ordre public de protection, les règles relatives aux clauses abusives devraient donc être sanctionnées d'une nullité relative .pourtant, en Espagne, la loi du 16juillet1984 sur la protection des consommateurs dispose que sont nulles de plein droit les clauses qu'elles qualifie expressément d'abusives ouqui sont contraire aux exigence de la bonne foi et d'un juste équilibre contractuel. Voir :GHESTIN(J)&MARCHESSAUX(I),contrat d'adhésion...op.cit,p55.

لقد اختلف رأي الفقهاء في فرنسا حول طبيعة الجزاء المقرر في حالة تضمين العقد شرط تعسفي.

فيرى البعض أن المشرع لم يبين ما إذا كان البطلان هنا بطلانا مطلقا أم نسبيا، لذا يجب التمييز بين ما إذا كانت القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك بشأن الشروط التعسفية متعلقة بالنظام العام التوجيهي الذي **L'ordre public de direction** يهدف إلى المساهمة في توجيه الاقتصاد الوطني عن طريق حذف ما يعارض هذا التوجيه من العقود الخاصة، كالتشريعات المتعلقة بالسياسة النقدية، و بعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل الدولة بهدف تنظيمها. فهو يحمي المصلحة العامة التي تعلو على مصلحة الأفراد. أما النظام العام الحماي **L'ordre public de protection**. فنجده يهتم بحماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود. فإذا كانت الطبيعة القانونية للنصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية ذات طابع توجيهي فإن البطلان سيكون مطلقا، وإذا كانت ذات طابع حمائي فإن البطلان سيكون نسبيا لمصلحة المستهلك فقط. لكن القواعد التي تتعلق بحماية المستهلك ذات طابع حمائي و لا تبرر سوى دعوى البطلان النسبي، حيث مباشرة الدعوى يجب أن تكون قاصرة على ذلك الطرف الذي أراد المشرع حمايته.

لكن البعض الآخر، يرى أن البطلان هنا هو بطلان مطلق فيرون من أن البطلان المطلق هو فقط الذي يضمن فعالية الجزاء، فلو تركنا الأمر للمستهلكين لوحدهم فمن شأن هذا أن يجعل الدعاوى قليلة في هذا الصدد، وذلك بسبب الجهل (عدم العلم) من قبل غالبية المستهلكين وترددهم في رفع الدعوى<sup>1</sup>.

إن حماية المستهلك تقتضي مراعاة مصلحته في الحصول على السلعة أو الخدمة التي من أجلها قد تعاقد مع المحترف، و لتحقيق تلك المصلحة كان لا بد من تقرير البطلان الجزئي للعقد<sup>2</sup>، أي بطلان الشرط دون بطلان العقد. وهذا البطلان هو بطلان

1- احمد محمد محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص300-ص301.

2-L'article 132-1 du code de la consommation énonce dans son alinéa 6 que « le contrat restera applicable dans toutes ces dispositions autres que celles jugées abusives, s'il peut subsister sans les

نسبي مقرر لمصلحة المستهلك، فإذا أراد أن يبق على العقد بدون شروطه التعسفية فله ذلك.<sup>1</sup>

فالنظام العام المقصود في قانون حماية المستهلك هو النظام العام الاقتصادي الحمائي لأن المشرع هدف إلى حماية فئة من المتعاقدين في مستوى أدنى، و هي فئة المستهلكين، تجاه المتعاقد الأقوى، و هو المحترف عند تنظيمه لمختلف العقود.

و إن هدف هذه الحماية ليس في تغليب مصلحة فئة اجتماعية معينة على أخرى، إنما في إحلال المساواة في الروابط التعاقدية عندما تكون مصلحة أحد الفرقاء مهددة، و في هذه الحالة مصلحة المستهلك.

مع ضرورة الإشارة إلى أنه في بعض الحالات قد يؤدي بطلان الشرط التعسفي إلى بطلان العقد، و هي حالات محددة:

- إذا كان العقد يحتوي على شرط عدم قابليته للتجزئة، فالعقد لم يقبل إلا لكي ينفذ في جميع شروطه،

- إذا كانت كل شروط العقد محل اعتبار و مؤثرة،

- إذا أثبت المحترف أن الشرط الذي أعتبر تعسفيا كان له تأثير في تحديد رضاه.

---

dites clauses » la solution est conforme à l'intérêt du consommateur. Qui entend généralement maintenir le contrat purgé de ses clauses abusives. Voir : CALAIS-AULOY(J) &STEINMETZ(F), op.cit, p210.

1 - ...on notera cependant que les nouvelles orientations de l'ordre public économique conduisent plus souvent désormais à une « correction » du contrat et à sa réfaction qu'à une annulation pure et simple. Voir : HAUSER (J)& LEMOULAND (J), « **Ordre public et bonnes mœurs** », répertoire civil, DALLOZ, 2004, p19. Voir aussi : LONDICHE (F.B), op.cit, p80.

Les dispositions protectrices n'obéissent pas uniquement à des objectifs de protection. Elle sont aussi souvent dictées par des objectifs économiques étrangers à la sphère contractuelle.....en protégeant le consommateur, le législateur entend également faciliter le jeu de l'économie de marché.

ولتعزيز حماية المستهلك يجب أن يمنع المحترف من المطالبة بإبطال العقد في حالة بطلان الشرط، فإذا منح هذه الإمكانية فإن المستهلك لن يبادر للمطالبة بإبطال الشرط لأنه سيحرم من العقد بأكمله<sup>1</sup>.

تبقى مسألة مهمة لم يتناولها التوجيه الأوروبي لسنة 1993 بشأن الشروط التعسفية -وكذلك المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك-، متعلقة بميعاد رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي، فإذا كان من شأن بطلان الشرط التعسفي بطلان التصرف، فإنه سيؤدي إلى إنشاء نوع من المراكز القلقة المعقدة على إرادة المستهلك. و ما من شك فإن فترة القلق هذه طالت أم قصرت، لا تستقيم و السياسية التعاقدية، أو استقرار التعامل في المجتمع.

لأجل ذلك على المشرع الجزائري في حال تدخل تشريعي لاحق. أن ينص على الميعاد الذي يجب فيه رفع الدعوى للمطالبة بإبطال الشرط التعسفي -أو المطالبة بتعديله-، لإشاعة الطمأنينة في التعامل و الحفاظ على مصالح المتعاقدين.

إن بطلان الشرط التعسفي يعتبر الحل الأنسب للمستهلك بدلا من بطلان العقد بأكمله<sup>2</sup>، لكن يجب عدم المغالاة في هذا الحل فمعظم المستهلكين لا يعلمون بأن الشرط إذا كان تعسفيا يمكن المطالبة ببطلانه.

و اعتبر المشرع الفرنسي الجزاء المترتب عن إدراج الشرط التعسفي كأنه غير مكتوب، لكن رغم ذلك فبمجرد أن العقد مطبوع فالمستهلكين يعتقدون بأنه شرط واجب

1-GUY (R) , clauses abusives.... op.cit, p4. voir aussi : (J) GHESTIN& MARCHESSAUX (I),op.cit, p60. autoriser le professionnel à lier le sort du contrat à celui d'une clause abusive revient à lui permettre de subordonner souvent, en fait l'obtention des biens ou des services qui il offre à l'acceptation de telles clauses. La protection perd alors toute efficacité pour le consommateur qui hésitera longtemps avant d'agir en justice surtout si le professionnel dispose d'un monopole pour les produits qu'il fournit les prestations de service qu'il exécute, la protection sera donc plus forte si l'autre partie ne peut demander l'annulation totale du contrat.

2-Il convient d'observer que la nullité, si elle reste la sanction classique de la violation de l'ordre public, n'en constitue pas la sanction exclusive, les inconvénients tenant à sa rigueur ont conduit le législateur et le juge à chercher d'autres voies permettant de maintenir l'acte juridique tout en le purgeant de son vice ainsi, dans les libéralités, les clauses contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites. Voir : HAUSER (J)& LEMOULAND (J), op.cit, p32.

التنفيذ بمجرد إمضائهم للعقد. لهذا السبب نجد الشروط التعسفية في المجال العملي تطبق و كأنها صحيحة.

**-comme si elles étaient valables-** فلكي تكون حماية فعالة للمستهلك يجب أن

لا يعتبر

الشرط كأنه غير مكتوب بل يجب أن لا يدرج في العقد أصلا. مع الإشارة إلى أن آلية البطلان تختلف عن آلية اعتبار البند غير مكتوب، و الفارق الأول بينهما هو أن البند غير المكتوب يعتبر بندا لا وجود له بتاتا، و هنا يكمن الهدف من استئصال هذا البند من العقد فهو يعتبر بمثابة غير الظاهر إطلاقا فيه، بينما البند الباطل لا ينكر المشرع وجوده و لكنه يأمر بجزاء معين له، و هو البطلان الجزئي للعقد.

أما الفارق الثاني، فهو عدم توافق رضى الفرقاء على وجود البند المذكور، أي أنهم لم يعبروا إطلاقا عن أية نية حول البند المفترض أنه بند غير مكتوب و بالتالي لم يدخل ضمن اتفاقهم على العقد، و ذلك بخلاف البطلان فهو يفترض أن البند أدرج كتعبير عن إرادة الفرقاء. وعند نشوء نزاع حول البند المذكور يترتب البطلان كجزاء لبند موجود فعليا. أما في حالة البند غير المكتوب، فيقتصر دور القاضي على إعلان عدم وجود البند من دون أن يلفظ الحكم، و هذا ما يستتبع الحذف المادي للبند من العقد. و ذلك على خلاف البند الباطل فهو يفترض صدور حكم يقضي به. و لكن يمكن أن لا تهدف الدعوى المرفوعة إلى إعلان عدم وجود هذا البند، بل يمكن أن يتقدم أحد الفرقاء بدعوى يطالب فيها برد ما نتج عن التنفيذ أو بتنفيذ البند الذي يفترض أنه بند غير مكتوب. في هذه الحالة يمكن أن تقترب قواعد بطلان البند من قواعد اعتبار البند غير مكتوب، أي في الحقيقة يمكن أن يكون هناك نزاع محتمل على طبيعة البند الذي يرتب عليه القانون جزاء معيناً لذلك.

اعتبر البعض أن البطلان هو عمليا الجزاء الطبيعي الذي يترتب على وجود البند التعسفي، و فعليا تبطل المحاكم الفرنسية البنود التي تعتبرها تعسفية في العقد حتى و لو

أن القانون الفرنسي لم ينص صراحة على البطلان، و لكنها عادة تبرر لجوئها إلى البطلان كجزاء، وهي في تفعل ذلك بحذر.<sup>1</sup>

و يجب التذكير أن المشرع الجزائري لم يدرج في قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية الجزاء المدني في حالة تضمين العقد شرط تعسفي، وقد يقول قائل أن المشرع أراد تطبيق القواعد العامة المعروفة في القانون المدني خاصة نص المادة 110 ق.م.ج. إلا أن هذا التفسير يتعارض مع إيراد المادة 29 من قانون 04-02 و التي تتضمن شروط تعسفية، بحيث لا يكون للقاضي إزاءها أي سلطة تقديرية - لكن المشرع لم يبين نوع الجزاء-.

بينما يتمتع القاضي في ظل المادة 110 من ق.م.ج بسلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء الطرف المدعن من الخضوع للشرط التعسفي. فضلا عن أن سلطة القاضي وفقا لعبارات المادة 110 في تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها هي سلطة جوازية، وليست وجوبية، فيجوز للقاضي الموضوع أن لا يستعمل الرخصة المخولة من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان. كذلك قد يقول قائل آخر بوجود تطبيق نظرية انتقاص العقد في هذه الحالة. ويرد على ذلك أن بعض الفقه انتقد النظرية السابقة على أساس أنها تسمح للقاضي بإجراء تعديل لأحد شروط العقد، وبالتالي للعقد ذاته. كما أن فكرة انتقاص العقد تمثل جزءا غالبا ما يكون أشد جسامة من البطلان.

من هنا يبدو النظام المنصوص عليه في قانون 04-02 غير متلائم مع النظام الذي تقترحه القواعد العامة. وأن النقصان الذي شابه من حيث عدم إشارته إلى الجزاء المدني، يرجع إلى سهو واضعيه وهو نقص ينبغي استكمالها. و ذلك بالنص على بطلان الشرط التعسفي صراحة وبقاء العقد صحيحا إذا أمكن أن يستمر قائما دون الشرط الباطل.<sup>2</sup> خاصة و أن المشرع الجزائري قد نص في قانون 09-03 المتعلق بحماية

1-ريما فرج مكي، مرجع سابق، ص71.

2-بودالي محمد، الشروط التعسفية.....مرجع سابق، ص102- ص103.

المستهلك و قمع الغش على إمكانية بطلان الشرط دون بطلان العقد، عندما تناول مسألة ضمان المنتجات في نص المادة 13 منه".....يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة".

## الفرع الثاني

### الجزاء الجنائي

تفضل بعض التشريعات الجزاء الجنائي للشروط التعسفية عن الجزاء المدني، كما فعل المشرع الجزائري، و بعضها الآخر تفر الجزاءين معا إدراكا منها أن الجزاء الجنائي يكون له تأثير على المحترف الذي لا يأبه بالجزاء المدني. (réfractaire)

من خلال الجزاء الجنائي قد يتم التوصل إلى حذف الشروط التعسفية<sup>1</sup> لكن كثيرا ما طرح هذا النوع من الجزاء بعض الإشكالات لأنه سيطبق في المجال العقدي. فهناك من يرى في هذا الحل-أي توقيع جزاء جزائي- يمثل خطورة على علاقات القانون الخاص، فهو بمثابة إدخال جسم غريب لا يمكن التفاعل معه.

فالعقد وجد لكي يعبر عن التوازن بين القوى الاقتصادية المتنافسة، ولم يوجد لكي يكون عرضة لوسائل القمع.

1- Une bonne sanction est une sanction dissuasive. C'est pour cette raison que la commission de refonte du droit de la consommation avait envisagé l'instauration de sanctions pénales en proposant des peines de police auxquelles pouvaient s'ajouter différentes peines complémentaires, dont l'affichage et la publicité du jugement aux frais du condamné. Mais la commission souhaitait cependant que lorsque le juge répressif constatait une infraction, il adressât d'abord une injonction au professionnel pour que ce dernier cesse l'infraction et répare le préjudice des victimes. Voir : HAMDI (A-CH), op.cit, p144.voir aussi :GHESTIN(J) & MARCHESSAUX (I), op-cit, =p58.Certaines droits, cependant, ont choisi d'y ajouter les sanctions pénales, afin de renforcer l'effet

Préventif de la sanction civile et de réprimer la violation de règles jugées essentielles...la menace d'une sanction pénale parfois susceptible de faire véritablement pression sur le professionnel.

و نجد المشرع الجزائري قد كرس الجزاء الجنائي في حالة ما إذا ورد شرط تعسفي في العقود المبرمة ما بين المحترف (البائع) و المستهلك وذلك في نص المادة 38 من قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية:

"تعتبر ممارسات تجارية غير نزيهة و ممارسات تعاقدية تعسفية مخالفة لأحكام المواد 26 و 27 و 28 و 29 من هذا القانون، و يعاقب عليها بغرامة من خمسين ألف دينار دج 50.000 إلى خمسة ملايين دينار 5.000.000 د ج".

ما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه قد أغفل النص على الجزاء المدني، بالرغم من النص على الممارسات التعاقدية في قانون 02-04 والمتعلق بالممارسات التجارية، فإن مجالها هو القانون الخاص قانون الاستهلاك- إلا انه لم يورد الجزاء المدني. في الواقع أن الجزاء الجنائي مهم للردع لكن هذا لا يعني الاستغناء عن الجزاء المدني، فهو الأصل لأن المعاملة تتم في شكل عقد يضاف إليه الجزاء الجنائي.

قد يكون سبب نص المشرع الجزائري على الجزاء الجنائي فقط لان موضوع الممارسات التعاقدية التعسفية ورد في إطار قانون الممارسات المنافسة للتجارة. أين نجد الجزاء عن المخالفات المرتكبة من الأعوان الاقتصاديين يكون جنائيا، و لم يفرد الممارسات التعاقدية بالجزاء المدني و ما يؤكد توجه المشرع هو صدور المرسوم التنفيذي 306-06 الذي جاء تطبيقا لنص المادة 30 من قانون 02-04 بحيث نص على مصطلح العقوبات في حالة ما إذا تضمن العقد شروط تعسفية.

إن الهدف من الجزاء الجنائي هو تفعيل النشاط في السوق، من فرض غرامات على المتنافسين المخالفين للأحكام القانونية، فالهدف من الجزاء المنصوص عليه في المادة 38 قانون 02-04 هو ضبط السوق أكثر مما هو حماية للمستهلك، ونستطيع القول بأن فيه حماية سيستفيد منها المستهلك، إلا أنها ستكون حماية غير مباشرة، فمعاقة المحترف في حالة إدراجه لشروط تعسفية، من شأنه أن يجعل المتعاملين في السوق يبتعدون عن إدراج شروط تعسفية، في العقود المبرمة بين المحترف والمستهلك.

كثيرة هي التشريعات التي تدرج الجزاءات الجنائية في قوانينها الداخلية للمخالفات التي يرتكبها المحترفون باعتبار المستهلك حلقة مهمة في الحياة الاقتصادية، فلا بد أن تكون حمايته كذلك من خلال ضبط السوق.<sup>1</sup>

وليس المهم أن يكون الجزاء مدنيا أو جنائيا المهم أن يكون فعالا، و لن يكون كذلك إلا إذا كانت الإجراءات المتبعة تسمح بتطبيقه دون أي تعقيدات.<sup>2</sup>

في نهاية هذا الباب نقول، لابد أن نلتزم موقفا معتدلا بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أنه لا يجوز الانتقاص من هذا المبدأ إلى حد يجعله يضمحل أمام سلطان المشرع وسلطان القضاء. بل يجب العمل على إعادة التوازن العقدي المفقود في علاقة المستهلك بالمحترف، -و هو ما حاولنا تناوله في هذا الباب- لأن مصلحة الطرف القوي دائما محمية لأنه معد العقد، و يبقى المستهلك هو الذي يحتاج دائما إلى حماية. بذلك يصبح العقد قانون الفرقاء، ويصبح سببا من أسباب الاستقرار الاقتصادي ودعامة من دعائم السلام الاجتماعي القائم على الحق والقانون والعدالة.

1-DORANDEU (N)& GOMY(M)& ROBINNE (S)& VALETTE – ERCOLE (U), **Droit de la consommation**, Ellipses, paris, 2008, p91.

Pour assurer le succès de la réglementation des clauses abusives, le législateur et la jurisprudence se sont toujours tournés vers des mesures coercitives. Action en cessation, en suppression, astreintes, annulation, ect. Malgré les succès de ses sanctions, les abus n'ont pas cessé. L'opportunité d'une nouvelle forme de sanction, tournée vers des mesures incitatives, mériterait d'être envisagée en complément des mesures actuelles. La création d'un « label juridique » délivré par la commission des clauses abusives à des modèles de contrats qui respecteraient l'équilibre des droits et obligations des parties, à des modèles de contrats susceptibles d'encourager les consommateurs à s'engager, pourrait encourager des professionnel à œuvres dans l'intérêts de tous .voir aussi :BERNHEIM-DESVAUX (S), « **Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché** », Revue Lamy droit des affaires, N69, 2012, p92.

Le droit de la consommation français se caractérise par sa pénalisation. Cette pénalisation prévue, soit en renfort des dispositions civiles de protection du consommateur contre le professionnel, soit pour réprimer les abus affectant le bon fonctionnement du marché.

2-GHESTIN(J) & MARCHESSAUX (I), op.cit, p62. Voir aussi : HAUSER (J) & LEMOULAND (J), op.cit, p32.

Parfois la violation des règles d'ordre public est pénalement sanctionnée. Le Domain de cette sanction, qui était autrefois assez limité, s'est d'ailleurs sensiblement étendu dans le cadre de l'ordre public économique.

## الباب الثاني

### حماية المستهلك في إطار مسؤولية المنتج الناشئة

#### عن المنتجات المعيبة

كلما تقدم التطور الصناعي والاقتصادي كلما أوجد علاقات قانونية مستحدثة تستدعي أحيانا تشريعا خاصا لها، أو توسعا في اجتهاد المحاكم بحيث يشمل أو يستوعب الأوضاع القانونية المستجدة. وهو الأمر الذي حدث بالنسبة للمنتجات التي أصبحت تهدد أمن وسلامة المستهلك، و لضمان تعويض الأضرار التي قد تصيبه. نجد القضاء قد حاول تجنب المضرور العقبات التي كانت تواجهه من خلال دعوى المسؤولية المبنية على قواعد الضمان، كونها تنقيد موضوعيا بتوافر شروط ضمان العيب. فلا يكف لإقرار حق المشتري في التعويض عما لحقه من ضرر، أن يثبت تدخل الشيء في إحداثه، إنما يجب أن يثبت أن النتيجة الضارة قد نشأت عن وجود عيب في الشيء، وأن هذا العيب كان خفيا، ولا ريب أن المشتري يتعذر عليه في أحيان كثيرة النهوض بعبء هذا الإثبات<sup>1</sup>. بالإضافة إلى أن نصوص الضمان أريد بها بحسب ما اتجهت إليه نية واضعها، ضمان الجدوى الاقتصادية للمبيع أي ضمان حصول المشتري على مبيع صالح لتأدية الغرض منه. فالنصوص الخاصة بشروط الضمان وآثاره أصبحت لا تساير العصر الذي نعيش فيه بحيث يشهد إقبالا متزايدا على المنتجات الصناعية التي يزودنا بها يوما بعد يوم التطور التكنولوجي الذي لا يقف عند حد. وفي الوقت ذاته فإن جانبا من هذه المنتجات بالنظر إلى سوء تصنيعها أو إلى عدم إلمام المستهلك بكيفية استخدامها بصورة سليمة، تعتبر مصدر الأضرار التي تلحق المستهلكين والمستعملين في أرواحهم وأموالهم.

<sup>1</sup>- جابر محجوب علي، "ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة"، القسم الثاني، العدد الرابع، 1996، ص190. أنظر كذلك: عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص612.

إن الغاية أو المصلحة محل الاعتبار التي ترمي أحكام ضمان العيب الخفي إلى تحقيقها ذات طابع مالي أو اقتصادي، يتمثل في ضمان حصول المشتري أو المستهلك على مبيع صالح للاستعمال، وقادر على تأدية الوظائف المنوطة به، بينما الغاية التي يرمي إليها الالتزام بضمان السلامة يتخذ أبعاداً أكثر أهمية، يتمثل في ضمان حصول المشتري أو المستهلك على مبيع يتوافر له من مقومات الأمان بما لا يكون معه مصدراً للأضرار سواء بالنسبة لحائزه، أو لمستهمله، أو للغير.

لقد عجزت أحكام الضمان في تحقيق حماية فعلية للمستهلك إزاء الأضرار الناجمة عن خطورة المنتجات، وذلك بالنظر إلى ضرورة توافر كافة شروط العيب لكي يكون موجبا للضمان، فضلا عن ضرورة إقامة الدعوى خلال المدة القصيرة التي افترضها المشرع، وهي الأسباب التي أدت إلى قعود القضاء عن تعويض المشتري الذي أخفق في استجماع شروط العيب الموجب للضمان، أو استطاع البائع أو المنتج في ضوء اعترافه، أن يفوت عليه الفرصة في إقامة الدعوى خلال المدة المحددة لها. ولا شك أن هذه المعطيات وإن كانت تتناسب والتعامل مع مصالح اقتصادية، فإنها لا تتناسب البتة مع أضرار تصيب المتعامل في صحته وسلامته، هذا في الدائرة العقدية، أما في دائرة المسؤولية التقصيرية فإنها لم تخل كذلك من صعوبة تطبيق قواعدها على مسؤولية المنتج، ففي البداية تم إقامة مسؤولية المنتج على أساس المسؤولية الشخصية بإثبات الخطأ في جانب المنتج، وهذا الإثبات ليس سهلا في ميدان الإنتاج رغم التسهيلات التي وضعها القضاء الفرنسي لصالح المتضرر، وذلك بنقل عبء الإثبات وجعل الخطأ مفترضا في جانب المنتج. أما فيما يخص إقامة مسؤولية المنتج على أساس المسؤولية عن فعل الأشياء فإنها أصبحت لا تفي بجميع حالات ومشكلات مسؤولية المنتج، ذلك لأن المسؤولية عن الأشياء تقتصر على حماية الغير من ضرر الأشياء الخطرة بطبيعتها، بينما الغير المتضرر في مسؤولية المنتج يكون ضحية سببها المنتجات أو الأشياء سواء

كانت خطرة بطبيعتها أو بظروف استعمالها،و لذلك فإن الضرر الذي يلحقه الإنتاج هو أوسع بكثير من المنتجات الخطرة بطبيعتها،فضلا عن ذلك فإن تكييف القضاء مسؤولية المنتج على أساس مسؤولية حراسة الأشياء وذلك بتجزئة الحراسة إلى حراسة تكوين وحراسة استعمال،فإن هذا الاجتهاد لم يحظى بالموافقة من طرف الفقه على أساس أن الحراسة في مسؤولية المنتج تقتضي إثبات العيب في التكوين الداخلي للمنتج،و هذا ما لا يستطيع المتضرر إثباته<sup>1</sup>.

لذلك كان طبيعيا أن تجد مشكلة حماية المستهلكين من الأضرار التي تسببها المنتجات الصناعية اهتماما ملحوظا في الدول الصناعية الكبرى، تحت تأثير ما يسمى بحركة الدفاع عن المستهلكين التي ظهرت في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>2</sup> ثم انتقلت منها إلى أوروبا. لقد استدعت فكرة السلامة اهتمام المشرع على نطاق المجموعة الأوروبية، وتوجت الجهود بإصدار التوجيه الأوروبي الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة (التوجيه رقم 85-374)<sup>3</sup>. وكان هذا الاتفاق يقضي بضرورة وضع الدول الأعضاء لنصوص التوجيه في قوانينها الداخلية قبل 30-06-1988 أي خلال مهلة ثلاث سنوات.

1-قاسم حكيم،"حو المسؤولية الموضوعية للمنتج(حالة الدواء)"مداخلة قدمت في يوم دراسي نظم بكلية الحقوق - جامعة تيزي وزو -حول مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك،26جوان2013،ص89.

2-Le développement économique précoce des Etats –unis a contraint ce pays à adopter, le premier au Monde, des solutions spécifiques à la question de la responsabilité du fait des produits. La forte croissance de la production en série des biens de consommation a engendré aux Etat- unis, une augmentation parallèle des « accidents de la consommation ». voir : MARKOVITS (y), **La directive C.E.E du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux**, L.G.D.J, paris, 1990, p42.

3-La directive communautaire du 25 juillet 1985 est l'héritière de la convention du conseil de l'Europe du 27 janvier 1977 sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésion corporelle ou de décès .Voir: GHESTIN (J), « **La directive communautaire et son introduction en droit français**», in acte colloque sécurité des consommateurs, des 6 et 7 novembre 1986, centre de droit et des obligations, paris I, 1987, p111.

فأدمجت المملكة المتحدة الأحكام الواردة بالتوجيه في الجزء الأول من قانون حماية المستهلك الصادر في 1987 والذي بدأ العمل به منذ 30-07-1988، وأصدرت لكسمبورغ في 21-04-1989 قانون متعلق بالمسؤولية المدنية الناشئة عن المنتجات المعيبة، وتم العمل به منذ 02-05-1989، وكذلك صدر في الدنمارك قانون متعلق بالأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة عمل به منذ 10-06-1989، ونقلت أحكام التوجيه في هولندا بقانون في 13-09-1990، كما نقلت بلجيكا أحكام التوجيه بقانون خاص صدر في 15-12-1989 وعمل به منذ 01-01-1990<sup>1</sup>. و بقيت فرنسا فقط من الدول الأعضاء متأخرة جدا في إدخالها للتوجيه إلى غاية 1998.

وعرفت الجزائر تأخرا ملحوظا في تكريس آليات التعويض لضحايا المنتجات. و باعتبار أن هذا الأمر لا يتوافق مع الفضاءات الاقتصادية التي انضمت إليها، استوجب الأمر على المشرع أن ينص على مسؤولية المنتج في تعديله للقانون المدني. فلقد أصبح أمرا مفروضا لخلق الانسجام بين نظامها القانوني الداخلي والقانون الدولي، بغض النظر عن النزعة الحمائية تجاه المستهلك.

فلقد لخصت الوثيقة المتضمنة عرض أسباب مشروع القانون رقم 05 - 10 الذي يعدل ويتم القانون المدني أسباب التعديل بقولها: أن الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي وضع على ضوءها القانون المدني سنة 1975 عرفت تغييرات جذرية مما يستدعي مراجعة التشريع فيتعلق الأمر بإعادة التوازن المفقود، وذلك بحماية الفئة الضعيفة وفي نفس الوقت ضمان العدالة الاجتماعية ..... خاصة وأن السياسة الحالية للدولة تسعى إلى جلب المستثمرين الأجانب. وتعمل على تكريس حقوق الإنسان، والأخذ بالتدابير الضرورية للتطور العلمي والتكنولوجي ومتطلبات العولمة وقد حان الوقت لتكييف

1- علي فتاك، تأثير المنافسة على الالتزام بضمان سلامة المنتج، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص174.

قانوننا المدني مع الاتفاقيات الدولية التي انضمت إليها، وانطلاقاً من هذه المعطيات تمت مراجعة القانون المدني بمعالجة العدالة الاجتماعية، وذلك بتوفير حماية للطرف الضعيف. حيث أخذ بعين الاعتبار المساواة الحقيقية للأطراف (اقتصادية، اجتماعية، ثقافية) مستبعداً المساواة المجردة.

إن التقدم التكنولوجي المعاصر وانفتاح السوق على مختلف السلع التي تتزايد بشكل مذهل يوماً بعد يوم، ويقدر ما يعتبر هذا التطور في فائدة الإنسانية من خلال الرفاهية التي توفرها، فإنها تمثل مخاطر كبيرة تصيب الإنسان في أمواله وفي جسده (وحتى في حياته).

لذا سنتطرق إلى الحماية التي كفلتها النصوص القانونية الحديثة - نصوص التوجيه الأوروبي - لضحايا المنتجات المعيبة والحماية التي نقصدها هنا هي بعد حصول الضرر وليس الحماية الوقائية. نتناول في الفصل الأول (أحكام مسؤولية المنتج)، ونتناول في الفصل الثاني (النظام القانوني لمسؤولية المنتج).

## الفصل الأول

### أحكام مسؤولية المنتج عن فعل المنتجات المعيبة

حماية المستهلك هدف من أهداف الدولة الحديثة، وأمام ما نشهده في كافة المجالات نلاحظ أن المخاطر تحيط بالإنسان من كل جانب نتيجة استخدامه لسلع ومنتجات قد يجهل كيفية استعمالها. مما سيؤدي إلى أضرار عديدة وهذا ما يعظم مسؤولية الدولة.

ففي فرنسا على سبيل المثال إلى غاية 1998 لم تكن هناك نصوص تنظم المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة. فلم يكن أمام المضرور سوى قواعد المسؤولية العقدية أو التقصيرية بكل ما يواجهه من اختلاف الحلول بين وصفه إذا كان متعاقدا أو غير متعاقد<sup>1</sup>.

والتوجيه الأوروبي الصادر في 1985<sup>2</sup>، وضع لنا نظاما قانونيا جديدا خرج عن القواعد التقليدية ليتسم بالتجديد، بحيث وسّع من نطاق المسؤولين، ووضع أساسا

1-L'industrialisation de la société au cours de la seconde moitié du siècle dernier, avec la multiplication des accidents dus à des choses dangereuse que l'a accompagnée, ont créé des risques nouveaux et fait naître des besoins accrus d'indemnisation, cela imposait une extension de la responsabilité Civile au-delà du domaine limité de la responsabilité du fait personnel pour faute et des quelques cas particuliers de responsabilité du fait des choses du code civil. Voir : Patrice Jourdain, **Les principe de la responsabilité civile**, 5<sup>ème</sup> édition, Dalloz ,paris , 2000,p90.

2-كانت المبادرات الأولى لصالح أفراد تشريع خاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات من جانب المنظمات الدولية، وعلى الخصوص المجلس الأوروبي الذي قاد إبرام اتفاقية (ستراسبورغ) وقعت عليها الدول الأعضاء بالمجموعة الاقتصادية الأوروبية وتراجعت بسبب اعتناقها في 25 جويلية 1985 لأخرى بديلة هي توجيه مجلس المجموعة الأوروبية الخاص بالتقريب بين النصوص التشريعية التنظيمية والإدارية في الدول الأعضاء في مادة المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة والواقع أن هذا التوجيه يلزم الدول الأعضاء بأن تصدر قبل جويلية 1988 النصوص اللازمة التي تجعل القوانين الوطنية متفقة مع القواعد التي قررها التوجيه. أنظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله، دراسات في المسؤولية التقصيرية (نحو مسؤولية موضوعية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص196.

للمسؤولية يختلف عن الأساس التقليدي المبني على فكرة الخطأ. وهذا يعكس الوضع الذي وضع فيه هذا التوجيه، بحيث أصبح سلوك الإنسان ليس هو محل البحث كون المكننة هي التي طغت في وقتنا الحالي. لذا سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول (نطاق المسؤولية)، ونتناول في المبحث الثاني (شروط قيام هذه المسؤولية).

## المبحث الأول

### نطاق المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة

تلقي تبعة السلع المعيبة وحماية المستهلك الكثير من الاهتمام في الدول المتقدمة إلى الدرجة التي أصبحت فيها الشركات المنتجة محاطة بالعديد من التقنيات والتشريعات، التي ضاعفت من مسؤولية تلك الشركات عن حماية المستهلك وتحمل تبعة السلع المعيبة.

فأصبحت مسؤولية تلك الشركات عن الأضرار مسؤولية مشددة، حيث أصبح لمستهلكي تلك السلع الحق في الرجوع على تلك الشركات مباشرة، وتحميلها المسؤولية عن الضرر الناتج من تلك السلع المعيبة<sup>1</sup>. فالمنتجات الصناعية ذات التقنيات المتطورة في إنتاجها واعتمادها على الآلية المعقدة، ترتب عليها من جهة اختلال التوازن العقدي بين أطراف العقد، كما تراجعت فكرة المتعاقد ليحل محلها فكرة المنتج والمستهلك. وحل مصطلح المنتجات محل مصطلح الأشياء. فنص التوجيه الأوروبي على مسؤولية عدة متدخلين<sup>2</sup> لتوسيع الحماية بالنسبة للضحية (المطلب الأول)، بالإضافة لتفاديه التفرقة بين المتعاقد وغير المتعاقد عبر عنه بالمضور (الضحية) (المطلب الثاني)، وبيّن المنتجات التي تكون سبب حدوث الضرر (المطلب الثالث). معرفة هذه العناصر هي مسألة ضرورية بحيث يتحدد نطاق المسؤولية، أي من خلالها نعرف متى نطبق أحكام التوجيه الأوروبي.

1- أحمد علي عرفة، "تبعة السلع المعيبة وحماية المستهلك في الفكر الإسلامي"، المجلة العربية للإدارة، العدد الرابع، طنطا (مصر)، 1987، ص 63.

2-Cette multitude des responsables témoigne de l'unité de la chaîne de fabrication et de distribution commerciale qui a pour objet de mettre le produit par l'intermédiaire de professionnels à la disposition du l'utilisateur ou du consommateur. Les notions de « fabricant », de « producteur » ou de « distributeur » sont absentes du droit civil traditionnel. Voir: Revel (J), « **Responsabilité des fabricants et distributeurs pour vice du produit** », revue concurrence consommation, fascicule 980, 1984, p.3.

## المطلب الأول

### تحديد المسؤول

وفقا لنصوص القانون المدني فإن البائع هو المدين بالالتزام بالضمان. فلقد كانت الأضرار الناشئة عن المنتجات سابقا محدودة في آثارها، وهذا مرجعه أن المواد والمنتجات السائدة في الماضي كانت تتعلق بمنتجات الطبيعة أو بالمواد الأولية. ولم يكن للبائع دورا بارزا في تصنيع تلك المنتجات أو بمعنى آخر في وجود العيب الخفي نفسه، إلا أنه ابتداء من القرن العشرين فقد ظهرت المنتجات الصناعية المعقدة التي استخدمت فيها الفنون الصناعية المتقدمة، وقد ارتبطت تلك المنتجات بالعديد من المخاطر والأضرار التي تصاحب استعمالها، و كان منطقيا أن تتطور وتتسع مسؤولية منتج تلك المواد تبعا لدوره المتزايد في تصنيع وتركيب تلك المنتجات، فقد يتدخل أكثر من شخص في صناعة منتج معين، وهذا ما يثير مشاكل فيما يتعلق بتحديد شخص المسؤول عن العيب، حيث يتميز المنتج الصناعي بتعدد شبكات إنتاجية وتوزيعية فقد يشترك أكثر من صانع في منتج واحد، وكلما ازداد الإنتاج في حجمه وكميته فإنه يستقل عن التوزيع بحيث لا يتعامل المشتري غالبا مع المنتج بل يتعامل مع وسيط يقوم بالتوزيع وهو بائع مهني يتخصص في السلع التي يقوم ببيعها وبالنتيجة تعداد المهنيين المدينون بالالتزام في مواجهة المشتري.<sup>1</sup>

فكل من ساهم في إنتاج وتداول المنتج أعتبر في نطاق المحترفين الذين ادمجهم

1- جابر محمد ظاهر مشاقبة، "الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية"، جامعة آل البيت، كلية الدراسات الفقهية والقانونية، ص 15-16.

التوجيه الأوروبي في نطاق المسؤولية<sup>1</sup>. مع العلم أن تعدد المصطلحات، الصانع، المنتج، المحترف، الموزع لا يفيد التوارد اللفظي. بل أن الانحياز إلى مصطلح ما سيعطي مضمونا خاصا للمدى الذي تصل إليه المسؤولية من حيث الأشخاص. فالنصوص التي تستعمل لفظ الصانع تسعى إلى حصر المسؤولية في طائفة الأشخاص القائمين بعملية التحويل الصناعي للمادة الأولية، على اعتبار أن المجال الحقيقي لدراسة المسؤولية هو المنتجات الصناعية، في حين أن القوانين التي تستعمل مصطلح المنتج (اتفاقية لاهاي، المجلس الأوروبي والتوجيه الأوروبي 1985، والقانون الفرنسي 98-389) تستهدف توسيع نطاق المسؤولية لتشمل أيضا منتجي المواد الأولية التي لم تخضع للمعالجة الصناعية (المواد الزراعية، الصيد وغيرها...). أما النصوص التي تستخدم مصطلح المحترف - وحاليا المتدخل في قانون 09-03 - وهو الشأن بالنسبة للقانون الجزائري في كثير من المواقع فإنها ترى بضرورة انسحاب هذه المسؤولية على كافة الأشخاص المتدخلين في عملية عرض المنتج، من صنعه، وإنتاجه وتجهيزه، وتغليفه، وتسويقه<sup>2</sup>.

لهذا الأمر أخذت التشريعات الحديثة بالمفهوم الواسع لفكرة المنتج، وأقرت بفكرة المسؤولية الموضوعية لكل من اشترك في السلسلة التجارية للسلعة<sup>3</sup>، وحصل من ورائها

1- تزايد البعد واتساع الهوة بين المنتج والمستهلك في العصر الحديث، بالمقارنة بما كان عليه الحال في الماضي. فتزايد أنشطة التسويق الدولي وتزايد منافذ التوزيع، واستحداث حلقات إضافية في تلك المنافذ بمرور الوقت، وكذلك تزايد أساليب الجذب من خلال الاعلان والترويج، والتي تعمل جنبا إلى جنب مع أساليب الدفع التقليدية التي تعتمد على البيع الشخصي، كل ذلك أدى إلى وجود مسببات عديدة تفصل بين المنتج والمستهلك، وتؤدي إلى تعقد علاقات المسؤولية عن تبعة السلع المعيبة في العصر الحديث. أنظر: أحمد علي عرفة، مرجع سابق، ص46.

2- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص39.

3- En instituant un régime de responsabilité sans faute vise en effet à imputer la responsabilité à l'encontre de la personne la plus à même d'éviter la survenance du dommage, la plupart des systèmes de responsabilité objective, qui s'appliquent principalement dans des circonstances dans lesquelles une ou plusieurs personnes disposent de moyens importants afin de prévenir l'occurrence ou l'ampleur du dommage. Voir : de CLAVIERE- BONNAMOUR (B), « De la distinction entre fournisseur et utilisateur d'un produit défectueux au sens de la directive 85-374 CEE », Revue LAMY droit des affaires, N70, 2012, p55.

على منفعة، بحيث تبدأ المسؤولية بالقائمين على مرحلة الإنتاج (الفرع الأول)، ثم مرحلة التوزيع حتى وصول السلعة إلى يد المستهلك (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المنتج بالمعنى الضيق - المتدخل في مرحلة الإنتاج -

لقد كان الهدف من أحكام التوجيه الأوروبي (نصوص القانون الفرنسي)<sup>1</sup> تركيز المسؤولية على مصدر السلسلة الإنتاجية، المهم أن يكون المنتج محترفا في صناعة منتجات نهائية، منتجات تركيبية، ومنتج لمواد أولية.

فالمنتج بتسخيره لوسائل ضخمة للإعلان عن المنتج في كل الأوقات والأماكن، وباستخدام حيل الإغراء والجذب، وتقديم ضمانات الجودة والسلامة للسلعة المعلن عنها، يخلق ظاهرا يركن إليه المستهلك، فلا أقل من تحميله تبعات هذه الثقة التي أوجدت لها مستهلكين كثير.

من خلال تحميله مخاطر إنتاجه التي تسببت في زيادة الحوادث في الحياة الاجتماعية<sup>2</sup>.

هذا وأن المنتج لا يجد ضيرا من تحمل هذه المسؤولية على تقدير أنه بإمكانه التأمين عليها. ولن يجد صعوبة كبيرة في تعويض ما قدمه من أقساط التأمين، والتي جرى المهنيون على استغراق ثمن السلعة بها. بل أن الأمر يبدو وكأن المستهلكين قد تضامنوا فيما بينهم لتعويض الضرر الناتج عن تلك المنتجات.

1-L'article 1386- 6, al 1<sup>er</sup> dispose « Est producteur, lors qu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante »

2-Il est estimé opportun de concentrer la responsabilité du fait des produits défectueux sur le producteur en définitive, la responsabilité des produits défectueux pèse sur celui qui, en raison de ses compétences, est susceptible d'empêcher la survenance du défaut, c'est - à - dire le fabricant.

A demi-mot la justification sonne comme un aveu. Voir : OUDOT(P), « L'application et le fondement de la loi du 19mai 1998 instituant la responsabilité du fait des produits défectueux les leçons du temps », GAZETTE du palais, N5-6, 2008, p3673.

سنتناول المنتج الفعلي (بالمعنى الضيق) مثلما أورده نص التوجيه الأوروبي (المقابل لنص المادة 1386 - 6 /فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي)، بحيث اعتبر كل من شارك في عملية الإنتاج مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي تسببها عيوب السلعة<sup>1</sup>، وفي ذلك يتساوى المنتج النهائي للسلعة مع منتج أحد المكونات الداخلة في تكوين السلعة. بالإضافة إلى منتج المواد الأولية.

### أولاً: صانع المنتج النهائي

يعدّ هذا الشخص هو المصدر الأصلي للعملية الإنتاجية، ويقع عليه في حقيقة الأمر غالبية الالتزامات المتعلقة بسلامة مستخدمي منتجاته<sup>2</sup>، كالالتزام بالإشراف والرقابة على صناعة منتجاته وتحقيقها، والالتزام بالنصيحة والتحذير، وصانع المنتج النهائي يكون معروفاً للمتضررين إذ يحمل منتجه اسمه<sup>3</sup>.

### ثانياً: منتج المادة الأولية

ويقصد بهذه المادة بالمواد الزراعية، أو ما يتم صيده، أو تربيته من طيور وحيوانات. فمنتج هذه المواد يكون مسؤولاً عن عيوبها التي تضر بسلامة صحة

1-II est cohérent de présumer que le producteur est le mieux placé pour assurer cette prévention, étant le plus apte à prévenir le défaut du produit- or -assurer une réelle protection du consommateur ne revient-il pas à éviter qu'un dommage ne se produise, plutôt qu'à faciliter la réparation du préjudice ?. voir : DECLAVIERE- BONNAMOUR (B), op.cit, p55.

2-L'acheteur fait confiance au vendeur pour la présentation implicite que la qualité des produits est marchande dans le genre en cause « ou encore qu'ils conviennent à tel usage défini.

Cette confiance se porte naturellement sur le fabricant, et non sur le détaillant qui ne peut contrôler le produit. C'est ainsi que les tribunaux américains sont enclins à dégager le revendeur de toute responsabilité lorsque le produit a été distribué dans le commerce sous emballage d'origine scellé. Le pouvoir de contrôle du fabricant légitime la confiance de l'acheteur. Voir : MARKOVITS (y), op.cit, p23.

3-قادة شهيدة، مرجع سابق، ص183. أنظر كذلك:

GHESTIN (J), la directive communautaire et son introduction en droit français .....op.cit, p115.

Une autre caractéristique essentielle de la directive est la canalisation de la responsabilité sur le producteur considéré comme le principal agent de la production et le plus apte à s'assurer.

الأشخاص، ومن أمثلة ذلك القيام بتصدير لحوم ملوثة بمرض أو القيام بصيد في بحر ملوث<sup>1</sup>.

### ثالثاً: صانع الجزء المركب في منتج مركب

صانع المنتج المركب هو شخص متعاقد من الباطن مع المنتج النهائي للسلعة المركبة، و لذلك فإن مسؤوليته تنظم بحسب الأصل من خلال العلاقة العقدية بينهما. إلا أنه نظراً للاعتبارات الخاصة بحماية المستهلك المضرور، وحتى لا يكلف بالبحث عن منتج القطعة المعيبة، أو يختار بين توجيه الدعوى إليه أم المنتج النهائي للسلعة، فقد اثار التوجيه تقرير مسؤولية كليهما بصفة متساوية أمام المستهلك المضرور، على الرغم من انتفاء العلاقة العقدية بين ذلك الأخير، وبين منتج الجزء المركب، على أن ينظم العلاقة بين منتج القطعة المركبة والمنتج النهائي العقد المبرم بينهما.

إن مرحلة الإنتاج قد تعكف عليها مؤسسة واحدة، فتقوم بعملية الاستخراج أو التحويل ثم طرحها في السوق، ولكن هذا الوضع أصبح قليل الوقوع، إذ الحاصل حالياً أن عملية الإنتاج تنقسمها عدة منشآت فتتكفل كل واحدة بجزء من العملية الإنتاجية، وهو الحال بالنسبة لصناعة السيارات مثلاً: تقوم مؤسسة (أ) بصناعة المحرك، وتقوم (ب) بصناعة الإطارات، و(ج) بإنتاج القطع التي يتركب منها جسم المؤسسة. وتتولى المؤسسة المتعهدة بالإنتاج بتجميع مختلف الأجزاء المنتجة، وتركيبها وتوضيبيها ليصبح المنتج سيارة جاهزة لطرحها في السوق<sup>2</sup>. فيجب أن لا يؤخذ بالحسبان فقط صانع المنتج النهائي للسلعة إذ يجب أن يعامل كل جزء مركب من مركبات المنتج النهائي على أنه يشكل بذاته منتجا ويطبق بالتالي على صانعه ذات القواعد المطبقة على صانع المنتج النهائي.

1- جابر محمد ظاهر مشاقبة، مرجع سابق، ص 90.

2- قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 40.

لكن الصعوبة تكمن في المشاكل والمصاريف التي سيتكبدها الضحية (المتضرر) في حالة ما إذا رجع على صانع الجزء المركب، بحيث اعتقد بأنه هو المسؤول عن الضرر، وثبت في الأخير بأنه غير مسؤول مثلاً لكون أنه نفذ تعليمات المنتج النهائي، فهنا المتضرر لا بد عليه من رفع دعوى أخرى على المنتج النهائي. لذا نجد المشرع الفرنسي قد جعل من مسؤولية المنتج النهائي والمنتج المركب مسؤولية تضامنية، فللمتضرر أن يرفع الدعوى على المنتج النهائي لتفادي دفع المسؤولية، وما على المنتج النهائي إلا أن يعود على المنتج المركب إن كان لديه حق عليه<sup>1</sup>.

لا خلاف في الفقه حول اعتبار الصانع النهائي منتجا مسؤولاً عما تحدثه السلعة من أضرار، سواء قام بذلك بصورة منفردة أم لا. على عكس صانع الجزء المركب الداخل في تكوين السلعة، فقد اختلف الفقه حول مدى اعتباره منتجا فانقسم إلى رأيين.

**الرأي الأول: الراض أن يكون منتج الجزء المركب الداخل في تكوين السلعة**

#### منتجا

حسب هذا الرأي لا يعد منتج الجزء المركب منتجا مسؤولاً عما تحدثه السلعة من أضرار، لأن المنتج النهائي هو الذي يعرفه المضرور والذي اشترى السلعة، أو استعملها، أو استهلكها على أنها من صنعه وببساطة لأنها تحمل الماركة التجارية الخاصة به.

1-Lorsque le défaut affecte une partie composante d'un produit, la responsabilité incombe a priori au seul fabricant de cette partie composante. Cependant, l'article 1386- 8 du code civil prévoit que la responsabilité de celui - ci est engagée solidairement avec celui qui aura réalisé l'incorporation cette disposition est favorable à la victime qui n'aura pas à faire la preuve, qui pourrait s'avérer difficile, que le défaut affecte telle partie composante du produit, elle n'aura pas non plus à identifier le producteur de cette partie. Ce qui serait également difficile.

Grâce au système de solidarité mis en place, la victime peut donc assigner le producteur de l'ensemble seul, et celui - ci sera alors tenu à la réparation du dommage quitte à appeler de la partie composant en garantie. Voir : caillé (C), « Responsabilité du fait des produits défectueux », rep civ, DALLOZ, avril 2003, p3.

هذا من جهة المضرور، أما من جهة المنتج النهائي فهو المسؤول عن وضع هذه الأجزاء، التي وضعها في تركيب السلعة، والتي ارتضى أن يقدمها في النهاية على أنها من إنتاجه.

ولا يعني ذلك إعفاء صانع الجزء من كل مسؤولية، فيسأل المنتج النهائي فقط بهذه الصفة والذي يستطيع بعد ذلك الرجوع على صانع الجزء إذا كان الضرر ناتجا عن هذا الجزء الذي صنعه. وقضى وفقا لذلك، بأن سائق السيارة الذي أصيب في حادث يرجع إلى عيب فني في جهاز يمكنه أن يرجع بتعويض الضرر، الذي أصابه على صانع هذه السيارة. الذي له - بدوره - بعد ذلك أن يرجع على صانع هذا الجزء المعيب<sup>1</sup>.

### الرأي الثاني: المؤيد لأن يكون منتج الجزء المركب الداخل في تكوين السلعة منتجا

ذهب البعض إلى التفرقة بين ما إذا كان أساس المسؤولية هو الخطأ، أم أنها مسؤولية موضوعية أساسها تحمل التبعة، فإذا كان الأول، فالأولى أن لا يعد صانع الجزء منتجا مسؤولا، حتى لا يضطر المضرور إلى البحث عن مصدر الخطأ فلا يوفق إليه، وإذا كان الثاني، فالأولى أن يكون منتجا مسؤولا، فمن المرغوب فيه أن يشمل المسؤولية كل من اشترك في الإنتاج وحقق من ورائه ربحا (فالغرم بالغنم)<sup>2</sup>.

1- من مصلحة المضرور حصر نطاق المسؤولية من ناحية شخص المسؤول حتى لا يضيع بين عدة أطراف، كما أن المصلحة الاقتصادية العامة تقتضي عدم تحميل مصنع الأجزاء مسؤوليات يعجز عن الوفاء بها، مما يجعله يوقف نشاطه فيؤثر سلبا على حركة التصنيع بصفة عامة بل على الاقتصاد الوطني كله، فضلا عن أن العدالة تقتضي تحميل المصنع النهائي المسؤولية عن كل ضرر يحدث بسبب السلعة، فهو يملك حق الإشراف والرقابة على كل جزء يدخل في السلعة، كما أنها تحمل اسمه التجاري أو علامته التجارية، ثم أنه لن يضار كثيرا بتحمل أعباء تلك المسؤولية، بل قد لا يصيبه أساسا أي ضرر، لأنه يمكنه مواجهة تلك الأعباء عن طريق التأمين.

أنظر : إبراهيم أحمد البسطوسي، المسؤولية عن الغش في السلع: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون التجاري، دار الكتب القانونية، مصر، ص 269.

2- إبراهيم أحمد البسطوسي، المرجع السابق، ص 269.

ونحن نقول بأنه من مصلحة المتضرر أن يسأل المنتج النهائي، لكي لا نكلفه مشقة البحث عن منتج الجزء المركب، الذي يعرفه فقط المنتج النهائي لأنه من المؤكد قد تعاقد معه لأجل اقتناء ذلك المنتج، فيمكن طبقاً للعقد المبرم بين المنتج النهائي وصاحب المنتج المركب أن يعود عليه المنتج إذا أدخل المنتج المركب لالتزامه بمنح سلعة غير مطابقة، أو منحه سلعة معيبة (بعبء خفي).

## الفرع الثاني

### المنتج بالمعنى الواسع - المتدخل في مرحلة التوزيع -

كثرة المنتج، انعكس ذلك على أساليب توزيع هذه المنتجات فلم يعد بيعها يتم بأسلوب المساومة التقليدية التي تنتهي إلى تحديد شروط البيع، فحالياً أصبحت عملية الإنتاج منفصلة عن عملية التوزيع<sup>1</sup>. وصارت هذه العملية الأخيرة بيد شركات كبيرة ينحصر دورها في استخدام أساليب الدعاية المختلفة لإقناع المستهلك بأهمية السلعة وجدواها ومن ثم الإقبال على اقتنائها. وقد استتبع ذلك عزل المستهلك عن المنتج وصار مشتري السلعة يعتمد بشكل أساسي على بعض الوثائق المصاحبة للسلعة أو بعض البيانات المرفقة بها<sup>2</sup>.

1- إن شبكة التوزيع الحديثة في مختلف النظم الاقتصادية تستبعد العلاقة المباشرة بين المنتج والمستهلك لسببين:

1- العلاقة المتسببة التي يحتاج إليها المنتج في حالة اعتماده التوزيع المباشر.

2- بقاء العلاقة بين المنتج والمستهلك في حدود السلع الإستراتيجية فقط. أنظر: يحي عيسى، "قنوات سد الفجوة بين

المنتج والمستهلك"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد الثاني، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2005، ص279.  
2-La nouvelle directive sur la sécurité générale des produits du 29 juillet 1992 est précieuse, en affirmant l'obligation pour le producteur de tenir et de fournir « des documents nécessaires pour tracer l'origine des produits elle généralise l'obligation et favorise son insertion en droit de la responsabilité civile. Obligation longtemps inconnue, elle pourrait trouver son heure de gloire Sous l'influence du principe de précaution. voir : Boutonnet (M), **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**, L.G.D.J, paris, 2005, p469.

فاعتبر التوجيه الأوروبي كل منتج أظهر نفسه على أنه منتج السلعة بوضع اسمه على المنتج منتجا، بالإضافة إلى المستورد، وجعل من مسؤولية المورد احتياطية لا تقوم إلا في حالة عدم معرفة المنتج.

### أولا: المنتج الظاهر

المشرع الفرنسي مدفوع بنفس رغبة التوجيه الأوروبي، وهي توسيع نطاق المسؤولين عن فعل المنتجات المعيبة، لدفع المشقة عن المتضررين للمطالبة بالتعويض، ذهب إلى إنزال حكم المنتج على الشخص الذي يظهر بمظهر المنتج من خلال وضع علامته، أو أية إشارة مميزة له على المنتج، ذلك أنه وانطلاقا من نظرية الوضع الظاهر. فلقد تعامل مع الضحية بكيفية ولدت لديه قناعة بأن للمنتج مسؤولا عنه ضامنا له. ولا شك أن هذا النص يحقق حماية للمستهلكين الذين يعطون ثقتهم لاسم العلامة المميزة على المنتجات، كما سيدفع ذلك هؤلاء الأشخاص إلى اتخاذ الاحتياطات الكفيلة لمراقبة جودة السلع التي يقومون بتوزيعها وخلوها من العيوب التي تكون مصدر خطورة للمستهلك.

والتوجيه الأوروبي **(القانون الفرنسي)** واكب الوضع، بحيث هناك شركات كبرى تقوم بتوزيع منتجات تحت اسمها وهي ليست من إنتاجها. لكن السؤال الذي يطرح هنا، في حالة ما إذا حصل ضرر من جراء منتج قامت الشركة بتوزيعه تحت علامتها، فهل يمكن لها أن تتصل من المسؤولية، بإظهار المنتج الأصلي للمتضرر؟.

إذا رجعنا إلى التوجيه الأوروبي فإننا نجد أنه لم يشر إلى هذه النقطة، ما يؤدي بنا إلى القول بأن المنتج الظاهر. لا يمكن له أن يتصل من المسؤولية بإثارة هذا الدفع تجاه المتضرر. فالهدف من توسيع دائرة المسؤولين هو تحقيق أكبر حماية للمستهلك ولكي

يتحمل المسؤول ظهوره بمظهر المنتج<sup>1</sup>.

### ثانيا: المستورد

نتيجة المخاطر التي تتطوي عليها السلع المستوردة وصعوبة اختصام المنتج لإلزامه بالتعويض عما قد يوجد من عيوب في تلك السلع، حرصت أحكام التوجيه الأوروبي بالنص على مسؤولية هذا الأخير، خاصة مع التوجه العالمي نحو تحرير التجارة وفقا لقواعد منظمة التجارة العالمية، فقد نجم عن كل ذلك حدوث طفرة هائلة في استيراد وتصدير السلع والمنتجات المختلفة بين دول العالم. مما أوقع مستهلك تلك المنتجات في حيرة من أمره.

إن الانفتاح قابلته سوق كبيرة من السلع المختلفة المتفاوتة في الجودة وفي السلامة. إن مد نطاق المسؤولية إلى المستورد، الهدف منه أن يكون أكثر حرصا في استيراد السلع فلا يستورد سلعة إلا إذا كان واثقا من صلاحيتها، فلو لم يكن مسؤولا لاستورد دون وعي، ولا تدقيق ليقينه أنه من المنظور التجاري رابح لا محالة. فالسلعة التي استوردها غنمها له وغرمها على غيره، أما الأسباب التي ترجع إلى المستهلك، فمد نطاق المسؤولية إلى المستورد فيه فوائد كبيرة له، منها زيادة الحماية له بزيادة الضامنين المسؤولين، والتيسير عليه في الرجوع بدعواه على شخص يقطن في بلده، مما يعفيه من مشكلة تطبيق القانون الأجنبي، وتخفيف النفقات والتكاليف التي يتكبدها لرفع الدعوى، وتجنبه مشقة البحث عن هوية المنتج الحقيقي<sup>2</sup>.

1- Une solution serait en tout cas souhaitable, car il paraît juste que celui qui se présente comme le producteur en assume toutes les conséquences, de plus, s'il est condamné, celui qui a apposé sa marque sur le produit défectueux disposera en principe d'un recours contractuel contre le fabricant véritable, en vertu du contrat qu'il a conclu avec celui - ci. voir: BORGHETTI (J.S), Responsabilité du fait des produits :étude de droit comparé, L.G.D.J ,Paris,2004,p482.

2- إبراهيم أحمد البسطوسي، مرجع سابق، ص 265.

### ثالثا: المسؤول الاحتياطي (المورد)

يعتبر المورد أكثر الأشخاص قربا من المتضرر ويسهل على هذا الأخير التعرف عليه، وقد نصت أحكام التوجيه الأوروبي على مسؤولية هذا الأخير في حالة عدم التعرف على شخصية المنتج أو تحديده، فإن من قام بتوريد السلعة يعتبر منتجا لها. ما لم يبين للمتضرر في وقت ملائم هوية المنتج، أو ذلك الذي أورد إليه السلعة.

إن مسؤولية المورد هي مسؤولية بديلة أو احتياطية فمسئوليته تقوم في حالة عدم التعرف على شخصية المستورد في حالة السلع المستوردة، ولذلك فهي مسؤولية مشروطة بأن لا يكون المنتج أو المستورد معروفا إلى المتضرر.

ونظرا لأن مسؤولية المورد هي مسؤولية احتياطية وبديلة فإنها لا تقوم إلا في الحالات التي لا يتمكن فيها من تحديد شخصية المنتج الحقيقية خلال مهلة معقولة<sup>1</sup>. فلقد حرص المشرع الأوروبي على تحديد مسؤول عن تعويض المتضرر، وعدم ترك المستهلك بدون حماية خاصة في الحالات التي يتعذر معها معرفة منتج السلعة، كما أن مسؤولية مورد السلعة يتفق مع منطق حماية المستهلك، فلا يمكن تحميل المتضرر عبء الرجوع على صانع السلع المستوردة المقيم في الخارج.

للإشارة فإن المشرع الفرنسي عند إدماجه لنصوص التوجيه الأوروبي في القانون المدني قد جعل من مسؤولية المورد كمسؤولية المنتج الأصلي، فالمتضرر كان بإمكانه أن

1- جابر محمد ظاهر مشاقبة، مرجع سابق، ص 92.

أنظر كذلك:

LETOURNEAU (PH), **Responsabilité civile professionnelle**, 2<sup>ème</sup> éditions, Dalloz, 2005, p5.  
Cette extension n'est que subsidiaire, puisqu' elle ne joue que lorsque le producteur est inconnu, ce qui est relativement rare.

D'autre part, même subsidiaire, l'assimilation des fournisseurs professionnels aux producteurs n'est pas totale. En effet la loi leur accorde un recours subrogatoire contre le producteur du produit fourni.

En ne retenant la responsabilité du fournisseur non – fabricant que lorsque le producteur ne peut pas être identifié ou celle de son propre fournisseur à la victime dans un délai raisonnable.

يوجه دعواه مباشرة على البائع الذي اشترى منه السلعة، حتى لو تمكن من معرفة المنتج الحقيقي.<sup>1</sup>

مثل هذا التوجه الذي تبناه المشرع الفرنسي جاء مخالفا لنص التوجيه الأوروبي، لهذا السبب لم يستمر العمل به لأن اللجنة الأوروبية المكلفة بمراقبة تطبيق نصوص التوجيه في بلدان المجموعة الأوروبية

انتقدت ما قام به المشرع الفرنسي<sup>2</sup>. على أساس أنه يفرض في تشديد مسؤولية المورد، وكان من أثر هذا الانتقاد أن قام المشرع الفرنسي بتعديل المادة بحيث أصبح البائع أو المؤجر أو أي مورد آخر مسؤولا عن عيب سلامة المنتج بوصفه منتجا إذا كان هذا الأخير لا يزال غير معروف بالنسبة للمتضرر.

فالمشرع الفرنسي عدّل نص المادة 1386 - 1/7 قانون مدني فرنسي، بحيث أصبحت مسؤولية المورد مسؤولية احتياطية. هذا يؤدي إلى نتيجة تؤكد بأن نصوص التوجيه في أغلبها نصوص أمرة لا يمكن مخالفتها<sup>3</sup>.

وهناك من يرى بأن نص التوجيه الأوروبي جاء مطابقا للمنطق، بحيث دور المورد

1- القانون الفرنسي لم يوافق التوجيه (قبل التعديل)، إذ جعل مسؤولية وسيط التوزيع (المورد) أكثر شدة مما وردت به نصوص التوجيه، وقد برر بعض الفقه ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا الشأن بأن المشرع لم يرد أن يتراجع عما وصل إليه تطور قواعد المسؤولية المدنية التقليدية في المساواة بين المنتج وبين الموزع، وحتى لا يكون هذا التشريع ارتدادا على الحماية التي قررها القضاء الفرنسي للمستهلك في مواجهة الموزع. أنظر: عبد الحميد الديسبيطي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2009، ص 514.

2-A l'appui de cette condamnation la C.J.C.E invoque le fait que la directive a été arrêtée par le conseil sur le fondement de l'article 100 du traité CEE « relatif au rapprochement de dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun. Base juridique qui, à la différence de l'article 100A, ne prévoit aucune faculté, pour les Etats membres de maintenir ou d'établir des dispositions, s'écartant des mesures d'harmonisation communautaire. Voir : MALINVAUD (Ph), **Droit des obligations**, 10 éditions, Litec, 2007, p476.

3-Sur le point de savoir si un Etat avait la possibilité, soit dans la transposition de la directive, soit dans une loi postérieure, de consacrer des dispositions plus protectrices des victimes que celle de la directive, a répondu par la négative, en estimant que le législateur communautaire était seul compétent pour déterminer la personne sur la quelle pèse la responsabilité. Voir : Caillé (C), op. cit , p4.

لا يتجاوز دور الوسيط، بحيث أنه لم يساهم في وجود عيب المنتج. ولا يمكن له أن يكتشف وجوده، وهناك من يرى عكس هذا الرأي بحيث يجب أن يسأل كل متدخل ساهم في توزيع المنتج.<sup>1</sup>

فالرأي الأول لا يوافق مصلحة المتضرر بحيث قائمة المسؤولين تصبح محصورة فقط في المنتج دون المورد. مع العلم أن التعامل في غالب الأحيان يكون بين المستهلك والمورد.

فإذا كانت القواعد العامة يتطلب تطبيقها احترام قواعد نسبية آثار العقد، وهو ما استغنت عنه أحكام التوجيه الأوروبي فكان الأجدر أن لا تضيع فرصة الرجوع على المورد، لأن الهدف من الاستغناء عن قاعدة نسبية آثار العقد، هو توسيع المسؤولين تجاه المتضرر بغض النظر إن كان متعاقدا معه أم لا.

ولقد تبنى التوجيه الأوروبي وتبعه في ذلك القانون الفرنسي، مبدأ المسؤولية التضامنية بين المنتجين ومن في حكمهم، إذ نصت المادة الخامسة من التوجيه (و المقابلة للمادة 8/1386 من القانون المدني الفرنسي) على أنه "في تطبيق التوجيه الحالي يكون عدة أشخاص مسؤولين عن نفس الضرر، ومسؤوليتهم تكون تضامنية فيما بينهم، دون الإخلال بنص القانون الوطني المتعلق بحق الرجوع"، وعلى ذلك يكون للمنتج الذي أوفى بدين التعويض أن يرجع على الآخرين. بحيث يتحمل العبء النهائي للدين من كان سببا في إحداث العيب. ويكون صانع المنتج النهائي ضامنا لصانع الجزء المركب في المنتج النهائي أو المندمج فيه ولمنتج المواد الأولية. وله حق الرجوع عليهما بعد ذلك أو

1-BORGHETTI (J.S), op. cit, P485.

Il est temps que tous les acteurs de la vie économique travaillent tous en commun afin de sensibiliser l'opinion publique en lui faisant adopter cette nouvelle valeur, le respect du droit du consommateur à la protection contre toutes les atteintes qu'elle qu'en soit l'origine, la gravité, et le résultat.

Ce serait en définitive la reconnaissance et la sauvegarde d'un nouveau droit de l'homme, celui de consommer en toute quiétude.

Voir aussi : Abdellah Mounir, « **Le droit de la consommation au Maroc entre les enseignements du passé et les impératifs de l'avenir** », Acte de colloque. La protection du consommateur au Maroc, Revue de droit d'économie, N10, université sidi Mohamed Ben Abdellah, Fès, p23.

منفردين، بحسب ما إذا كان العيب راجعا إلى الجزء المركب أو إلى المادة الأولية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري بشأن تحديد المسؤول، فإنه وبالرجوع إلى نص المادة 140 مكرر ق.م.ج<sup>2</sup>. نجده قد حصر المسؤولية على المنتج بالمعنى الضيق وإن كان هذا الحل لا يخدم مصلحة المتضرر، وبالرجوع إلى أحكام المادة 3 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش نجده قد استخدم مصطلح المتدخل في معناه الواسع ليشمل "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك" ونظرا لكون أحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة هي أحكام خاصة، فكان جديرا بالمشرع أن يستكمل النقص الوارد في نص المادة 140 مكرر ق.م.ج بإضافة طائفة أخرى من المسؤولين حتى لا يضيع حق المستهلك المتضرر في حالة عدم معرفته للمنتج الأصلي للمنتج. فالمتضرر عندما يستند على أحكام المادة 140 مكرر ق.م.ج سيوجه دعواه ضد المنتج--producteur بالمعنى الضيق<sup>3</sup>. مع العلم أن أحكام المسؤولية الجديدة لا تعني فقط المستهلك، ولكن المتضرر بصفة عامة سواء كان مستهلكا أو محترفا، فبالتالي استبعاد إمكانية الرجوع إلى قانون الاستهلاك لتحديد قائمة الأشخاص المسؤولين عن الضرر. لأن

1- عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 516.

2- تنص المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه، حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية...." إن تقييد المضرور في توجيه دعواه ضد المنتج لا يخدم مصلحة المضرور لأن من مصلحته التوسيع من دائرة المسؤولين، خاصة وأن الجزائر بلد يستورد أكثر مما ينتج. فكيف لا يتم ادراج المستورد ضمن خانة المسؤولين على سبيل المثال، فإذا كان المنتج المعيب قد أنتج في بلد أجنبي فهل المستهلك الجزائري سيرفع دعواه ضد من قام بإنتاج تلك السلعة؟ وإذا كان المستهلك الجزائري يتقاعس في رفع الدعاوى على المنتج المحلي فكيف له أن يرفع دعواه ضد منتج أجنبي (صاحب المنتج المعيب الذي أحدث الضرر).

3- إن المادة الثالثة من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش استخدمت مفهوم المتدخل الاقتصادي، بينما جنح القانون 04-02 والمتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية إلى توظيف فكرة العون الاقتصادي (المادة الثالثة من ذات القانون). ولا ننسى بالمرّة عبارة المحترف والمهني والتي كانت من الأدبيات المألوفة للقانون 89-02 وما تلاه من تنظيمات. ولم يشذ القانون 95-07 المتعلق بالتأمين في الجزائر (المادة 168)، والمرسوم 96-48 المحدد لشروط التأمين وكيفية في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات عن قاعدة التفاوت في المفاهيم فأورد كلمة الصنع والصانع. أنظر: شهيدة قادة، "اشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج- دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة دراسات قانونية، العدد 8، 2011، ص 46.

المستفيد (المتضرر) قد لا يكون مستهلكا فلا تعنيه أحكام قانون الاستهلاك. خاصة وأن المشرع الجزائري في تعريفه للمستهلك أخذ بالمفهوم الضيق، والمتضرر الذي ذكر في المادة 140 مكرر ق.م.ج يشمل كل الأشخاص سواء كانوا مستهلكين، أو مهنيين.

من الغريب حقا أن يقصر المشرع الجزائري المسؤولية عن المنتجات المعيبة في شخص المنتج فقط، مع أن التشريعات الحديثة تنص على المنتج الحقيقي ثم تنص مباشرة على المنتج الحكمي، أي من يُعتبر في حكم المنتج، وهذا من أجل توسيع السبل أمام الضحية للحصول على التعويض، ومن أهم هؤلاء الأشخاص مستوردو السلع، ومن المعلوم أن بلدا كالجزائر يضم المستوردين أكثر من المنتجين، فكيف جاز للمشرع أن يقتصر في النص على المنتج دون المستورد؟ لذا يتوجب على المشرع تعديل نص المادة 140 مكرر من القانون المدني. بالنص على من يُعتبر في حكم المنتج - الأخذ بالمفهوم الموسع -، وعلى رأس هؤلاء المستورد، وبهذا تتسع السبل أمام الضحايا للمطالبة بالتعويض<sup>1</sup>. خاصة وأن المشرع قد نص في القانون 95-07 المتعلق بالتأمينات على عدة أشخاص يشملهم التأمين من المسؤولية<sup>2</sup>.

1- شوقي بناسي، "من سلبيات القانون 05-10 المعدل لقانون المدني الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، العدد 02، 2008، ص 29.

2- "يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو تعديل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو للاستعمال، أن يكتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المدنية المهنية تجاه المستهلكين والمستعملين وتجاه الغير. تتمثل المواد المشار إليها أعلاه في المواد الغذائية والصيدلانية ومستحضرات التجميل ومواد التنظيف والمواد الصناعية والميكانيكية والالكترونية والكهربائية، وبصفة عامة في أي مادة يمكن أن تسبب أضرارا للمستهلكين والمستعملين وللغير. يخضع المستوردون والموزعون لهذه المواد ذاتها لنفس إلزامية التأمين".

يستنتج من خلال هذه المادة أن نطاق التأمين الإلزامي عن المنتجات من حيث الأشخاص، يشمل كل مصنع أو مبتكر أو من يدخل تحويلات أو تعديلات على المنتج، كما يخضع المستوردون والموزعون لهذه الإلزامية، وقد استنتجت المادة 168 البائع -على الأرجح- لعدم إمكانية البائع القيام بالتأمين على كل أنواع المنتجات التي يقومون ببيعها. غير أنه كان على المشرع إيجاد آلية أخرى لضمان حق المضرور في حالة قيام مسؤولية البائع وحده تجاه هذا الأخير، نتيجة عدم مراعاة الشروط الصحية المطلوبة أثناء عرض المنتج للاستهلاك. أنظر: شعباني (حنين) نوال، "التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، فرع "المسؤولية المهنية" جامعة مولود معمري، 2012، ص 153.

إن التوسيع من دائرة المسؤولين يتناسب ويعكس الوضع المعيشي والفكري للإنسان المعاصر بحيث لم يعد يؤمن بالمعتقدات القديمة التي ترسخت في أذهان الأفراد ردحا من الزمن، في مختلف المجتمعات وباختلاف ديانتهم ومعتقداتهم وهو أن الضرر حدث نتيجة قضاء وقدر، أو كتبه الله<sup>1</sup>. فلا بد أن يكون دائما مسؤول عن الضرر الذي أصاب الشخص.

## المطلب الثاني

### المستفيد من أحكام المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة

تشير مبادئ التوجيه الأوروبي إلى كل شخص مضرور، سواء أكان متعاقدا أو غير متعاقد (الفرع الأول)، ولم تميز بين المستهلك والمحترف (الفرع الثاني) ما دام الهدف من التوجيه هو إصلاح الضرر الذي يصيب الضحية.

## الفرع الأول

### عدم التفرقة بين المتعاقد وغير المتعاقد

لم يخضع المنتج في علاقته بالمستهلك حتى لو صاحب منتجاته قدر من الخطورة في حياتها أو في استعمالها لأي تشريع خاص، وإنما كان يخضع للقواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بكل شخص يتسبب في الإضرار بالغير، أي لنظامي المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وقواعد هاتين المسؤوليتين لا توفر الحماية الكافية للمستهلك إزاء الأضرار الناشئة عن خطورة المنتجات.

1- l'évolution des esprits fait que l'on admet de plus en plus mal qu'un évènement dommageable ne permette pas de rechercher un ou plusieurs responsables potentiels, la fatalité, la malchance ou le destin ne pouvant justifier à eux seuls tout accident

Cette multiplicité d'interlocuteurs potentiels augmente les chances d'en actionner efficacement ou moins un, par contre elle donne lieu à des séries d'appels en garantie ou à de délicats partages de responsabilité, qui accroissent au détriment de la victime la durée, le coût et son action en réparation : Voir : GENES (B), « **Observation des consommateurs sur la directive européenne** », colloque sur la responsabilité du fait des produits défectueux, des 6et7 novembre 1986, L.G.D.J, 1987, p214.

لذلك نشأت الحاجة إلى إنشاء نظام خاص لمسؤولية المنتج عن عدم أمان منتجاته، على نحو يعمل على تعويض كافة المضرورين من فعل المنتجات سواء كانوا أطرافاً في التعاقد أم أغيراً بجانب سواء بسواء.<sup>1</sup> وهو الموقف الذي جاء به التوجيه الأوروبي، حيث أتاح اللجوء إلى هذه الدعوى لكل من يصيبه ضرر، بغض النظر عن صلته بالمنتج، سواء ربطته به علاقة عقدية أم لم تربطه أية علاقة عقدية. فأضرار المنتجات أصبحت لا تتخبر ضحاياها، بل أن الأشخاص المحايدون أصبحوا أكثر عرضة للأخطار من المتعاقدين. كما أنه ليس من مصلحة ترجى من التفرقة بين المضرورين.<sup>2</sup>

فالضرر الذي يصيب المتضرر سواء كان متعاقداً أو غير متعاقداً هو نفسه، وناتج عن نفس العيب فلماذا أعمال التفرقة بين الوصفين؟، هذا ما جسده التوجيه الأوروبي حتى يتفادى الاختلافات الناتجة من خلال تطبيق قواعد المسؤولية المدنية (العقدية والتقصيرية) واختلاف وضع الضحايا بين كونه متعاقداً أو غير متعاقداً.<sup>3</sup>

1- عمر عبد الباقي، مرجع سابق، ص 678.

2-Cette unification des deux ordres de responsabilité est conforme à la tendance actuelle du législateur. Qui a déjà consacré cette solution notamment en matière de droit à indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (loi 85 – 677). Elle mérite d'être approuvée car elle supprime les disparités entre les deux ordres de responsabilité.

Elle apparait, par ailleurs, parfaitement justifiée au regard du fondement du nouveau régime de responsabilité, car le risque de dommage causés par les produits est le même quelle que soit la Qualité de la victime. voir : Caillé (C), op.cit, p5.

3- إن الضابط الأمثل لتحديد نطاق المسؤولية العقدية هو نوع الالتزام الذي يحصل الإخلال به في العلاقة بين المسؤول والمضرور بأن يكون عقدياً، وهذا ما يفترض بداهة وجود عقد بينهما وبالرجوع إلى حالة المنتجات نجد أن أعمال مثل هذا المفهوم العقد فيها يكون غير ملائماً إما لعدم جدواه وإما عدم إمكان إعماله. وعلى فرض جدواه فإن مثل هذا المفهوم سوف لن يغطي سوى نطاق ضيق من المستهلكين (المباشرين) الذي يمكن تصور وجود رابطة عقدية بينهم وبين المنتجين في حين ستظل طائفة أخرى من المستهلكين (الغير) الذين ليست لهم أساساً صفة المتعاقدين مع المنتجين والذين أصابهم الضرر خارج نطاق المسؤولية العقدية، فإذا لجأوا إلى المسؤولية التقصيرية فإنهم لن يجدوا حالهم بأحسن من سابقه، إذ سيلاقون صعوبات جمة في هذا السبيل فمطالبته بالتعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية الشخصية تصطدم بصعوبات إثبات الخطأ التقصيري إذ هو عبء ثقيل ينوء بكاهله المستهلك غير المتخصص أصلاً في دقائق صنع المنتج. أما الاستناد إلى المسؤولية الشئبية فيصطدم بعقبة إقامتها على أساس الخطأ المفترض فرضاً بسيطاً قابلاً لإثبات العكس. أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 204 - ص 205.

فكل شخص أصيب بضرر نتيجة عيب المنتج له الحق في تحريك دعوى مسؤولية المنتج. ويجوز للمضرور رفع دعوى التعويض سواء كان متعاقدًا أم كان من الغير. وهذا ما أكدته نص المادة 1/1386 من القانون المدني الفرنسي " المنتج يكون مسؤولاً عن الضرر الناشئ بسبب عيب منتجه سواء كان مرتبطاً بعقد مع المضرور أم لا"<sup>1</sup>.

وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر ق.م.ج.<sup>2</sup>

فالهدف من هذا النص هو ضمان حماية متساوية لكل المضرورين، فضلا عن تجنب المضرور البحث عن نوع المسؤولية (عقدية أم تقصيرية)<sup>3</sup>. بالإضافة إلى أن المتضرر (المتعاقد) يجد نفسه في إطار المسؤولية العقدية يواجه إمكانية إعفاء المحترف من مسؤوليته، من خلال إمكانية المنتج بإدراج شروط تعفيه أو تنقص من مسؤوليته، بالإضافة إلى أن التعويض يكون فقط بالنسبة للأضرار المتوقعة، فهي حدود (أو قيود) تعرفها المسؤولية العقدية، ولا تعرفها أحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة- أحكام

1-Aux termes de l'article 1386/1 du code civil français, le producteur est responsable de plein droit transcende donc la distinction traditionnelle entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Voir : Caillé ( C), op- cit, p5.

2-وهو توجه قد كرسه المشرع لحماية المتضرر قبل تعديل القانون المدني بإضافة المادة 140 مكرر، وذلك في قانون التأمين 95-07 في المادة 168 منه، بحيث يشمل التأمين الإلزامي من المسؤولية المدنية المهنية كل المستهلكين والمستعملين وتجاه الغير. أي كل متضرر والهدف من توسيع المشرع الجزائري من طائفة الأشخاص المستفيدين هو لضمان أكبر حماية لكل متضرر. ولقد تم تحديد كيفية تطبيق المادة 168 سالفة الذكر، بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96-48، المؤرخ في 17/01/1996، يحد شروط التأمين وكيفياته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتجات، جريدة رسمية عدد 05، بحيث نصت المادة 2 منه على ما يلي:

"يضمن التأمين المسمى "المسؤولية المدنية عن المنتجات"، طبقاً للتشريع المعمول به، المستهلكين والمستعملين وغيرهم من الآثار المالية المترتبة على مسؤولية المؤمن له المدنية المهنية بسبب الأضرار الجسمانية، المادية والمالية التي تتسبب فيها المنتجات".

3-à l'origine même de la directive de 1985, une contradiction difficilement surmontable entre les deux objectifs affichés par le législateur communautaire, la protection des consommateurs et l'harmonisation des conditions de concurrence. Le premier est celui qui a permis de « vendre » la directive à l'opinion publique, mais le second est celui qui a justifié techniquement son adoption. Voir : BORGHETTI (J.s), « La responsabilité du fait des produits et la protection des intérêts professionnels », Recueil DALLOZ, N25, 2009, p1734.

التوجيه الأوروبي<sup>1</sup>. بالإضافة إلى أن المسؤولية العقدية لا يكون لها دور فعال كمبدأ عام إلا فيما بين المتعاقدين، أي إلا إذا كان المستهلك أو المضرور طرفاً في عقد مع المنتج أو المستورد أو البائع، في حين أن الضرر الذي يرجع إلى حوادث الاستهلاك أو إلى عيب أو خطر في المنتج، يتحقق بوجه عام عندما يستعمل المنتج بواسطة المستهلك النهائي، والذي لا يكون في أغلب الأحوال متعاقداً لا مع المنتج ولا مع البائعين المتوسطين هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الالتزامات المتولدة عن العقد الذي بموجبه يسلم المنتج المبيع تكون موجهة لضمان فائدة المنتج للمستهلك ومطابقته، ولا تتعلق مباشرة بضمان أمنه وعدم إضراره.

أما عن المسؤولية التقصيرية، فإنها تتطلب -كقاعدة عامة- إقامة الدليل على خطأ المنتج أو المستورد أو البائع، وفي الواقع أنه من الصعوبة بمكان للمستهلك النهائي وهو فرد غير مؤهل فنياً أن يثبت هذا الخطأ، فضلاً عن إثبات رابطة السببية بين الخطأ والضرر<sup>2</sup>.

إن اصطلاح المضرور وفقاً لقواعد المسؤولية الجديدة يتسع ليشمل من تعاقداً مع المنتج ومن لم يتعاقد معه. فكل شخص له الحق في ضمان سلامة جسده وذلك بأن يظل هذا الجسد مؤدياً وظيفته العضوية كلها على النحو الطبيعي، وله الحق في سلامة ممتلكاته ما دام الهدف واحداً وهو ضمان سلامة الفرد. فموقف التوجيه الأوروبي جاء

1-En supprimant la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, optant ainsi pour une solution qui, classiquement, ressortit à la seconde de ces responsabilités, la loi fait disparaître, du même coup, les inconvénients pour la victime que constituent, en matière contractuelle, la limitation de la réparation au dommage prévisible et la possibilité de faire figurer, dans le contrat, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Voir : MONTANIER (J.C), **Les produits défectueux**, Litec, Paris, 2000, p79.

2-فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص153.

موافقا للوضع الذي أنتجته الممكنة<sup>1</sup>. بحيث أصبح الإنسان مهما كان وضعه القانوني جديرا بالحماية.

## الفرع الثاني

### عدم التفرقة بين المستهلك والمحترف

استخدم التوجيه الأوروبي مصطلحا محايدا / الضحية/ ولم يشر إلى المستهلك، ولكن قيّد الاستفادة من أحكام التوجيه، بأن لا يكون الشيء المعيب الذي كان سببا في حدوث الضرر موجها للاستخدام المهني. لكن المشرع الفرنسي لم يميز بين وجهة استخدام المنتج إن كان للاستعمال الخاص أو استعمال مهني، فموقفه هذا كان لأجل نقادي النقاش الذي يدور حول معيار التفرقة بين المستهلك والمحترف<sup>2</sup>. فتوجه المشرع الفرنسي جاء مطابقا للأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المنتج الذي يسأل عن عيب المنتج .

الذي قام بوضعه في السوق، فلا أهمية للهدف المتوخى من استعمال الشيء سواء كان خاصا أو مهنيا لإثارة مسؤولية المنتج. للإشارة فإن المذكرة الإيضاحية للتوجيه الأوروبي أشارت إلى المستهلك، لكن نصوص التوجيه. وخاصة المواد 4، 13 يستفاد

1-Le droit de la responsabilité du fait des produits repose sur cette double idée que d'une part la création, qui est le trait essentiel de toute responsabilité, et le signe d'une civilisation mécaniste, facilite la désignation d'un responsable, et que, d'autre part, tout évènement dommageable suppose l'existence d'une volonté agissante. Voir : MARKOVITS (y), op.cit, p2.

<sup>2</sup>La loi ( française ) ne fait aucune distinction selon l'usage auquel le produit était destiné, alors que la directive visait, du moins en ce qui concerne la réparation des dommages matériels, les seuls biens destinés à l'usage où a la consommation privée.

L'article 1386 – 2 du code civil, relatif à la définition des dommages réparable ne reprend pas cette limitation.

Cette égalité de traitement présente le mérite d'éviter toute discussion sur l'appartenance de la victime à l'une ou l'autre de ces catégories. Voir : Caillé (C), op- cit, p5.

أنظر كذلك: قادة شهيدة، مرجع سابق، ص65، ص66.

منها أن أحكامه تستهدف كل ضحايا المنتجات المعيبة. فكل شخص كان ضحية ضرر تسبب فيه منتج معيب، يمكن له رفع دعوى للمطالبة بالتعويض لإصلاح الضرر.

إذا كان التوجيه الأوروبي، قد عني بحماية المستهلكين فقط في علاقاتهم بالمهنيين سواء كانت الأضرار مادية أو جسمانية، على اعتبار أنهم الفئة المطلوب توفير الحماية لهم (المادة 9 من التوجيه). في حين المهني يتم تعويضه عن الأضرار الجسمانية فقط. نجد أن نصوص القانون 98 - 389 كانت أكثر طموحا من النص الأوروبي، ذلك أن حكم المادة 1386 - 2 من القانون المدني الفرنسي بنصه العام دون تحديد. بحيث يطبق على التعويضات عن الأضرار الماسة بالأشخاص، والأموال، غير المنتج المعيب ذاته. فالنص على هذا النحو يشمل طائفة المضرورين، مستهلكين أو مهنيين وتفرعا على ذلك فإن المهني المستعمل للمنتج الذي يثبت ضررا قد أصابه في ماله أو في جسده من المنتج المعيب، بإمكانه إثارة مسؤولية المنتج.

إن الهدف من أحكام التوجيه الأوروبي هو تقريب قوانين دول المجموعة الأوروبية وهذا لأجل دعم المنافسة، وعدم اختلاف الحماية المكرسة للضحايا باختلاف الدول<sup>1</sup>. لأن الاختلاف بين دول الأعضاء من شأنه أن يؤدي إلى تعيب المنافسة ويؤثر في حرية تداول السلع داخل السوق المشتركة، كما يؤدي إلى اختلاف مستوى الحماية للمستهلكين من الأضرار التي تلحق بصحتهم وأموالهم من منتج معيب، مع ملاحظة أنه وضع في الاعتبار مصلحة المنتجين بدرجة أكبر من اتفاقية ستراسبورغ 1977 مع تقريره نظاما خاصا للمسؤولية الموضوعية على عاتق المنتج يتجنب فيه تطلب الدليل على خطئه<sup>2</sup>.

1-Voir en particulier le premier considérant « considérant qu'un rapprochement des législations des Etats membres en matière de responsabilité du producteur est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises (et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à la santé, à ses biens par un produit défectueux. Voir : Brun (PH), **Responsabilité civile extra contractuelle**, litec , paris, 2005, p454.

2-فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص175.

فإذا كان الهدف من توجيهه هو إقرار المسؤولية الموضوعية للمنتج عن عيب منتجه وجبر الضرر، دون النظر إلى مدى خبرة هذا المضرور ومدى احترافه.

الأمر الذي يستلزم تجنب كثرة الجدل بشأن فكرة الشخص الواجب حمايته، والتي تسبب اضطرابا في قانون الاستهلاك.<sup>1</sup> فحتى ولو كان المستهلك هو أنسب شخص ليستفيد من هذا الالتزام، فإنه بالتأكيد ليس الشخص الوحيد، لأن المنتج أو الخدمة قد يكونا مصدرا للإضرار بالمستهلك المحترف.<sup>2</sup>

### المطلب الثالث

#### المنتجات المعنية بأحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة

لقد ترتب عن الطفرة التكنولوجية التي تحققت منذ القرن العشرين ازدياد الأسواق بأشكال من المنتجات لم تكن معهودة من ذي قبل، من سلع استهلاكية (كالأغذية ومستحضرات التجميل، والمنتجات الدوائية، ومنتجات التنظيف... الخ) إلى أجهزة منزلية، وإلى حاسبات آلية، وإلى سيارات، وإلى وسائل اتصال متعددة الأنواع والأشكال. ولم يقف التطور عند هذا الحد، بل ما زال العلم يقدم جديدا كل يوم.

والأمر ينطبق على المنتجات الطبيعية، لأنها في حد ذاتها لم تحافظ على طبيعتها كما كانت بل حدث عليها تغيرات. لذا لا بد من معرفة المنتج الذي يكون محلا لتطبيق نصوص توجيهه، ونظرا للتعدد الهائل من المنتجات المعيبة المتواجدة في السوق. هل ستخضع كلها لنفس النظام، أم هناك منتجات تتمتع بنظام قانوني خاص وبالتالي تتمتع

1- ومع ذلك يمكن التعديل الاتفاقي لمسؤولية المهنيين المحترفين وذلك في مجال الأضرار المالية المتعلقة بالمهنة.

أنظر: عبد الحميد الديسبيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 538.

2- محمد بودالي، حماية المستهلك...، مرجع سابق، ص 403.

بوضع خاص.؟ بالإضافة إلى ضرورة معرفة الوضع الخاص لبعض المنتجات التي لم يدرج لها التوجيه الأوروبي نصوصا خاصا بها.

## الفرع الأول

### المقصود بالمنتج طبقا لنصوص التوجيه الأوروبي

من بين مظاهر الخطر الذي يحيط بالمستهلك في العصر الحديث والذي يقع بسببه أعداد هائلة من الحوادث والأضرار، استعمال معدات أو مواد إنتاج خطيرة أو معيبة، استعمال منتجات غذائية تعرضت لمواد مشعة نتيجة التجارب أو حوادث الطاقة النووية، أو استعمال أدوية لها آثار جانبية ضارة أو منتجات صيانة أو نظافة، أو استعمال قوارير الغاز أو لعب الأطفال كالصواريخ النارية أو غير ذلك من المنتجات ذات الخطورة الذاتية أو المعيبة.

فالمنتج بوجه عام يشمل كل مال منقول سواء كانت المواد المنقولة جديدة أو مستعملة وسواء كانت استهلاكية مثل الغذاء، أو دائمة الاستعمال، مثل الأدوات المنزلية.

### أولاً: المنتجات الصناعية والطبيعية

إن التعريف الذي أورده التوجيه الأوروبي في نص المادة 2 للمنتج "يعتبر منتوجا كل مال منقول، حتى ولو كان مركبا في عقار، بما في ذلك منتجات الأرض، تربية الحيوانات، الصيد البحري، الصيد البري كما أن تيار الكهرباء يعتبر منتوجا".

للإشارة فإن التوجيه الأوروبي في صياغته الأولى قبل تعديله. لم يدرج المنتجات الزراعية ومنتجات التربية الحيوانية، ومنتجات الصيد في نطاق أحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة إلا إذا حصل لها تعديلات أو تحويلات صناعية "باستثناء المنتج الذي خضع لأي معالجة صناعية كان نص التوجيه الأوروبي قبل التعديل". لكنه مع الأضرار

التي ترتبت نتيجة تناول أو استعمال تلك المنتجات حتى بدون أي تحويل، الأمر الذي أدى بالمشرع الأوروبي إلى تعديل صياغة المادة وكان هذا التعديل في سنة 1999، ومرض جنون البقر الذي ظهر في سنة 1996 من بين القضايا التي كانت السبب في إعادة النظر في موقفه الأول<sup>1</sup>. بحيث أصبحت المنتجات الزراعية والحيوانية تخضع لأحكام التوجيه بغض النظر إذا كان فيه تحويل أو لم يكن فيه تحويل أي على طبيعته. وقد يكون سبب عدم إدراج المشرع الأوروبي - قبل التعديل - (للمنتجات الزراعية، منتجات التربية الحيوانية، منتجات الصيد غير المحولة) نظرا لكونها ذات عائد اقتصادي ضعيف إذا ما قورنت بالمنتجات الصناعية. وفي ذات الوقت هناك مشقة مالية كبيرة فيما يتعلق بمراقبة العيوب التي يمكن أن تشوبها<sup>2</sup>. ومن الأمثلة الدارجة على صعوبة إدراج المنتجات الحيوانية في نظام مسؤولية المنتج، الحالات التي تكون فيها الماشية خالية من المرض عند بيعها للمرة الأولى، ثم تصاب به في المزرعة الثانية، وفي مجال المنتجات الزراعية نجد أنها كثيرة التعرض للعيوب الخفية، الناتجة عن عوامل بيئية خارجة عن سيطرة المنتج. إن معظم هذه المنتجات تأتي من مصادر مختلفة، ومن الصعب على بائع

1- فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص132. أنظر كذلك:

La crise de la vache folle, qui a éclaté en 1996, a modifié les données du problème, en provoquant une prise de conscience très vives des risques que peuvent receler les produits agricoles non transformés. En février 1997, le parlement européen a adressé une recommandation à la commission européenne, lui demandant de rendre les producteurs de matière première agricoles non transformées responsables des dommages causés par les défauts de leur produit mais sans doute la démarche du parlement visait elle d'abord à créer une plus grande confiance dans les produits alimentaires. voir : BORGHETTI (J.S), op.cit, p475.

2- مصطلح المنتج هل ينسحب على كل المنتجات الصناعية والطبيعية، أم أنه على العكس من ذلك، يقتصر على الطائفة الأولى فقط.

تتجه بعض الدراسات، على اعتبار أن المنتجات الصناعية هي أدهى بالاحتراز من أضرارها، لما يصاحبها من ميكنة وتعقيد في الصنع، وفي التشغيل، على عكس المنتجات الطبيعية، والتي لا تتدخل يد الإنسان والآلية فيها إلا نادرا، ومن ثم تقل احتمالات الوقوع تحت طائلة أضرارها.

أما المسلك الأول فيحوز قبولا واسعا من لدن الفقه، وكذا المعاهدات الدولية، وحتى القانون الفرنسي سنة 1998. الخاص بالمسؤولية عن أفعال المنتجات المعيبة، تأسيسا على ندرة وجود المنتجات الطبيعية الخالصة. فالعمليات الصناعية، طالت حتى ما كان من محض الطبيعة الخالصة. أنظر: قادة شهيدة، مرجع سابق، ص15.

التجزئة تحديدها، خاصة بعد مرور فترة من الزمن، إذ أن تلك المنتجات تكون متماثلة إلى الحد الذي يمكن أن تختلط فيه، حتى ولو كانت من موردين مختلفين، لذلك يمكن القول أن سبب استبعاد المنتجات الزراعية والحيوانية غير المحولة قبل التعديل قد حدث لأسباب عملية وسياسية وليس لأسباب قانونية.

إلا أن المشرع الفرنسي لم يساير التوجيه عند إدخاله لنصوصه، ففي نصه لتعريف المنتج نجده قد وسّع فيه بحيث أدمج المنتج الزراعي، المنتج الحيواني، الصيد البري، الصيد البحري في نص المادة **1386-2** ق م ف بدون وضع أي شرط أو قيد. ونص المشرع الجزائري في المادة **140** مكرر ق.م.ج في الفقرة الثانية على اعتبار منتج "...كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتج الزراعي والمنتج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية".

هذا فيما يخص المنتجات الصناعية والمنتجات الطبيعية، لكن هناك منتجات أخرى نتساءل عن وضعها في ظل أحكام التوجيه الأوروبي وهي العقارات والخدمات والكهرباء.

### ثانيا: موقف التوجيه الأوروبي بالنسبة للعقارات والخدمات

#### 1- استبعاد العقارات من أحكام التوجيه:

لقد نص التوجيه الأوروبي صراحة على أن لفظ المنتج يعني كل مال منقول، وهذا يدل بمفهوم المخالفة على أن العقارات أو المباني لا تعد من المنتجات التي يطبق عليها التوجيه<sup>1</sup>. وإن كان هذا لا يمنع من امتداد المسؤولية إلى المنقولات التي تدخل في بناء

1-Les immeubles sont a priori exclus, ce qui paraît en harmonie avec l'exclusion des professionnels de la catégorie des producteurs. Un immeuble construit (n'est en définitive rien d'autre qu'un assemblage de meuble et donc de produits au sens de la loi de 1998. Ce constat risque d'être source de difficultés lors de la mise en œuvre de loi en cas de défectuosité de certain élément d'immeubles. Voir : Caillé ( C), op, cit, p4. Voir aussi : LETOURNEAU (PH), **Responsabilité des vendeurs et fabricants**, quatrième édition. Dalloz ,Paris, 2011, p112.

Tout immeuble en soi est exclu du domaine de loi, sans doute pour la simple raison qu'il ne saurait être mis en circulation, or, celle-ci est une des conditions de cette responsabilité.

عقار وتكوينه<sup>1</sup>. بيد أن المشرع الفرنسي في الفقرة الأخيرة من المادة 1386-6 ق.م.ف استبعد الأشخاص الذين تقوم مسؤوليتهم وفقا للمادة 1792-1 ق.م.ف وما بعدها من فقرات والخاصة بمسؤولية المقاول عن الأبنية من طائفة المنتجين الذين تقوم مسؤوليتهم وفقا للمادة 1386 - 1 ق.م.ف وما بعدها<sup>2</sup>.

## 2- استبعاد الخدمات من أحكام التوجيه:

كلمة خدمة تعني كل أداء أو عمل يمكن تقديمه بمقابل، والخدمة قد تكون مادية (إصلاح أو تنظيف، أو نقل...)، أو مالية (تأمين، ائتمان...)، أو ذهنية (العناية الطبية، الاستشارات القانونية) ولذلك لا يمكن اعتبارها مالا منقولا ماديا، ومن ثم فهي مستبعدة من نطاق التوجيه، ويرجع ذلك لصعوبة إخضاعها لقاعدة عامة، نظرا لطبيعتها الخاصة التي تستلزم أن تنظم المسؤولية عن الأضرار الناجمة عنها تنظيمًا مستقلا، ومختلفا عن تنظيم المنتجات، ففيما يخص الأضرار التي تنتج أثناء تقديم الخدمات (مثلا المستشفيات) من خلال استعمالها لأدوات، أو أدوية تكون هي قد اقتنتها أي لم تنتجها فإن أحكام التوجيه لا يطبق عليها، باعتبار مقدم الخدمة لم يدخل في مرحلة الإنتاج ولا التوزيع، فتدخله كان لاحقا فلا يمكن أن نطبق عليها أحكام التوجيه، وإنما تخضع لنظام قانوني آخر (المسؤولية الإدارية مثلا).

1- تعتبر منتجات في مجال البناء المواد الأولية مثل الرمل والحجارة والأحجار والجير والأخشاب لأنها مواد أولية وفي نفس الوقت من مواد التربة، وكذلك يعتبر من قبيل المنتجات الاسمنت والصلب والزنك والرصاص والحوائط أو الحواجز المصنعة مسبقا وكل عناصر السقف والمنتجات التامة كالبلاط والقرميد والاردوز والأجهزة الكهربائية والميكانيكية. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم، مخاطر التطور كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص 39.

2- موفق حماد، مرجع سابق، ص 371.

إن الضرر الذي يترتب على عيب المنقول يجب أن يتحملته منتجه وخاصة إذا أمكن إثبات أن الضرر الذي نجم من العقار مرده الرئيسي عيب المنقول، الذي دخل في تكوين العقار المسبب للضرر، وحتى لا يحتمل مالك العقار أو مقاوله المسؤولية كاملة، إذ أن تغيير طبيعة المنقول لا يؤثر في كونه كان معيبا لحظة اندماجه بالعقار، ومن ثم وجب على منتجه أن يتحمل المسؤولية عن عيوبه.

وترك التوجيه الأوروبي لكل دولة تنظيم مسؤولية المحترفين (مقدمي الخدمات) الذين يستعملون منتجات معيبة وتسبب ضررا للمستهلكين أثناء تقديم الخدمة وفقا لأحكام خاصة، خارج أحكام التوجيه الأوروبي<sup>1</sup>.

### ثالثا: موقف التوجيه الأوروبي بالنسبة للكهرباء

رغم الطابع غير المادي للتيار الكهربائي، إلا أن المشرع ذهب إلى اعتباره منتوجا. ويرى بعض الفقهاء بأن إدخال الكهرباء في أحكام التوجيه لا جدوى منه، فما من شك أن الإشكال لا يطرح حول طبيعة الكهرباء، فهي تعتبر شيئا وليست خدمة، وتعتبر منقولا وليس عقارا<sup>2</sup>. لكن المسألة تطرح في معرفة سبب الضرر. فقد ينجر عن الكهرباء أضرار لكن سبب الضرر لا يكون راجعا إلى طبيعة الكهرباء ولكن يعود إلى الكيفية التي وزعت بها الكهرباء. من هنا يستنتج بأن الكهرباء لا تدخل في إطار أحكام المسؤولية الناشئة عن المنتوجات المعيبة، وإنما تدخل في إطار المسؤولية عن فعل الخدمات<sup>3</sup>. وتجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من أن أحكام التوجيه الأوروبي لم يدرج الغاز ضمن المنتوجات التي يطبق عليها التوجيه في حالة ما إذا حصل ضرر من خلال استعماله. لكن باعتبار الغاز مصدر للطاقة، مثله مثل الكهرباء، فهناك إذا إمكانية تطبيق أحكام التوجيه في حالة حدوث ضرر.

1-La responsabilité d'un prestataire de service qui utilise, dans le cadre d'une prestation de service ....des appareils ou des produits défectueux dont il n'est pas le producteur au sens des dispositions de l'article 3 de la directive 85-374 CEE, et cause, de ce fait, des dommages au bénéficiaire de la prestation, ne relève pas du champ d'application de cette directive. Voir : DELLAVIERE-BONNAMOUR (B), op.cit, p55-p56.

2-Les électrons possédant incontestablement une réalité matérielle. Voir : LETOURNEAU (PH), op.cit, (édition 2011), p113.

3-L'article 1386 – 3 du code civil précise que l'électricité est considéré comme un produit, afin sans doute d'éviter toute discussion sur la qualification de ce fluide .bien que seule l'électricité soit mentionnée, il semble logique d'inclure également dans la catégorie des produits le gaz, l'eau ou la vapeur. Voir : Caillé ( C), op, cit. p4.

## الفرع الثاني

### وضع خاص لبعض المنتجات

#### أولاً: منتجات الجسم الإنساني

تأثراً بمأساة تلوث الدم بفيروس السيدا، وسَّع المشرع الفرنسي من نطاق المنتجات، واعتبر ما يسمى (بمنتجات الجسم الإنساني) منتجات داخلية في إطار أحكام المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة<sup>1</sup>.

وقد يفهم من هذا التوسع في مفهوم المنتج من خرق المبادئ القانونية الراسخة التي تدعو إلى احترام الجسم الإنساني وخاصة المادة 16 - 3/1 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أن الجسم الإنساني، عناصره ومنتجاته لا يجوز أن تكون موضوعاً لحق مالي<sup>2</sup>.

إلا أن هذا المفهوم سرعان ما يتلاشى إذا علمنا أن هذه المعاملة لعناصر ومنتجات الجسم الإنساني في إطار قانون المسؤولية هي أساساً من وحي اعتبارات السلامة الصحية، وهي ذات الاعتبارات التي جعلت المشرع الفرنسي يصدر بعد أسابيع قليلة من إصداره للقانون المتعلق بمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة. القانون رقم 98 / 535

1-L'inclusion des éléments issus du corps humain dans la catégorie des produits a suscité davantage de difficultés, le gouvernement était favorable à leur exclusion du nouveau régime, en invoquant en particulier la non patrimonialité de ces éléments. L'ancien garde des sceaux avait fait valoir également que le principe d'anonymat des dons s'opposait à ce que la victime puisse remonter la chaîne de distribution jusqu'au producteur originaire le principe du respect de l'anonymat du donneur n'était aucunement menacé puisque seuls les producteurs professionnels sont concernés par le nouveau régime. Voir : Caillé ( C ), op.cit, p5.

2-..... dans un domaine très particulier relatif à des biens considérés, par ailleurs, comme hors commerce par l'article 16- 1 du code civil et par l'article 611-17 du code de la propriété industrielle qui interdit de les breveter et qui ne sont pas des produits faisant l'objet d'une production industrielle, ce qui est, toutefois, très contestable et risque de freiner les recherches en matière de thérapie génique. Voir : Buffelan – lanore (Y) & LARRIBAU – TERNEYRE (V), **Droit civil : les obligations**, 12 édition, SIREY, 2010, p844.

المؤرخ في 1 جويلية 1998 المتعلق بتدعيم الرعاية الصحية ومراقبة السلامة الصحية للمنتجات الموجهة للإنسان<sup>1</sup>.

لكن المشرع الفرنسي وضع شرطا لاعتبار منتجات الجسم الإنساني منتوجا، وهو ضرورة قيام هيئة مهنية مختصة بعملية نقل الدم، فأساس قيام هذه المسؤولية هو عيب المنتج الذي يكون من إنتاج شخص محترف، وأن يغنم من وراء عمله، فإذا قام شخص من تلقاء نفسه بالتبرع، أي دون أي مقابل وحصل ضرر، فإنه لن يتابع وفقا لأحكام هذه المسؤولية<sup>2</sup>.

إن توجه المشرع الفرنسي نحو إدراج منتوجات الجسم الإنساني ضمن أحكام مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، جدير بالإتباع في كل دولة لديها هيئات تقوم بنشاط متعلق بمنتجات الجسم الإنساني باعتباره شخصا محترفا، فلا فائدة ترجى من استثنائها ما دام أصبحت محل تداول، لهذا السبب تم الخروج عن الاعتبارات التقليدية التي جعلت من أعضاء جسم الإنسان خارجة عن التعامل<sup>3</sup>.

وباعتبار الدم البشري كشيء خاص، ألزم المشرع الجزائري المؤسسات التي تقوم بنزعه أو تغييره من أجل الاستعمال الطبي أن تكتتب تأميناً ضد العواقب المضرة التي قد يتعرض لها المتبرعون بالدم والمتلقون له<sup>4</sup>.

1-بودالي محمد، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة: دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص22.

2-II est bien évident que les donneurs de sang, d'organes ou d'autres substances issues du corps humain ne sauraient voir leur responsabilité engagée sur le fondement du texte européen, dès lors qu'ils n'ont agi ni dans un but économique, ni dans le cadre d'une activité professionnelle. Voir : BORGHETTI (J.S), Responsabilité du fait des produits..... op.cit, p480.

3-كيف يمكن القول بأن منتجي المنتجات المشتقة من جسم الإنسان وهم يشاركون في التقدم الطبي يعاملون معاملة أقل بكثير من منتجي اللحم البقري المصاب بفيروس جنون البقر الذي سبب للإنسان أذى شديد، يصل حد إفقاده حياته. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص88.

4-المادة 169 من الأمر رقم 95-07 يتعلق بالتأمينات، مرجع سابق.

## ثانيا: الأدوية

يعتبر الدواء هاما في حياتنا الإنسانية، فهو قريب تماما من الإنسان، فالدواء منتج هام، يكون شريكا ضروريا لنا في الحياة، ولكن يجب التنويه إلى أنه، إذا كان الدواء قريبا من حياتنا، فإنه ما زال صعب البلوغ، حيث أنه لا يدخل ضمن قائمة المنتجات شائعة الاستخدام التي يكفي لشرائها مجرد وجود الرغبة في ذلك<sup>1</sup>.

وتعد صناعة الدواء من الصناعات شديدة الأهمية، عظيمة الخطر لتعلقها بالسلامة الجسدية للإنسان<sup>2</sup>، مما حدا بالأداة التشريعية في أي دولة أن تلقي على عاتق منتجي الدواء واجب الحيطة والحذر عند إنتاجه وفي مرحلة إطلاقه للاستخدام. و باعتبار الدواء البشري من السلع الضرورية التي لا غنى للإنسان عنها في أي زمان أو مكان، ولأنه يرتبط بحاجة الإنسان الأساسية المتمثلة في التمتع بصحة جيدة والسلامة من الأمراض، ولا يعدّ سلعة كمالية يمكن الاستغناء عنها. فنجد الإنسان قادر أن يستغني عن المنتجات الأخرى، لكن لا يمكن له أن يستغني عن الدواء. فهو الأكثر أهمية بالنسبة إليه، إلا أنه من أكثر المنتجات خطورة على صحته، لما يحدثه من أضرار إذا لم تراع الضوابط القانونية في تصنيعه، استعماله وتناوله<sup>3</sup>.

1- شحاتة غريب شلقامى، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص1.  
2- Il ne semble plus aujourd'hui pertinent de distinguer les produits issus du corps humain et les médicaments. cette distinction risque en effet de s'avérer extrêmement délicate quand seront en cause des médicaments issus des biotechnologies. Si le caractère humain du sang ou des hormones extractives ne fait pas de doute. La nature exacte des médicaments issus des biotechnologies n'est pas aisée à déterminer. Des éléments humains y sont certes souvent utilisés, cependant ils servent parfois de simples modèles et sont, dans la grande majorité des cas, soumis à d'importantes transformations. Répondre à la question de savoir si ces médicaments devront être considérés comme d'origine humaine sera une véritable gageure. Voir : JONQUET (N)& MAILLOLS (A.C)& VIALLO (F), « Les victimes de produits de santé épargnées par la CJCE », DALLOZ, n 20,2003, p1301.

3- Certains auteurs déplorent que les promoteurs de la directive n'aient pas réservé un traitement spécial aux médicaments, qui soit plus adapté à leur particularisme. Cela n'a rien de surprenant, les médicaments constituent en effet un sujet tellement sensible. Du point de vue tant politique qu'économique, qu'il ya fort à parier que les Etats membres auraient eu encore plus de mal à s'accorder sur cette question que sur celle des risques de développement ..... Il n'ya donc pas lieu de déplorer que la directive n'ait pas prévu un régime spéciale de responsabilité du fait des médicaments. Voir :Caillé (C ), op.cit, p4.

لهذا الأمر، رأى البعض بأنه كان من الأفضل على من قاموا بصياغة التوجيه الأوروبي لو خصصوا أحكاما مستقلة (خاصة) للأدوية، نظرا لخصوصية هذا المنتج في مقارنته مع المنتجات الأخرى<sup>1</sup>. فالسنوات الأخيرة عرفت تقدما علميا ملحوظا في مجال المنتجات الطبية، وذلك عن طريق المنتجات الطبية المهندسة وراثيا، واستعمال أشعة الليزر.

لذا نجد الدول الأوروبية مجتمعة قد تفتنت لمخاطر المنتجات الطبية<sup>2</sup>. فأنشأ القانون الفرنسي وكالة خاصة بالأدوية تهتم بمراقبة مدى فعالية الدواء، فهذه المؤسسة العامة يجب أن تعمل على تأمين صحة وسلامة الإنسان، ودول أخرى أصدرت قوانين خاصة بالمسؤولية في مجال المنتجات الصيدلانية أو الدوائية، وأن جميع الأدوية المصرح بتوزيعها تخضع لقواعد هذه المسؤولية، وهذه الدول هي ألمانيا بمقتضى قانون صادر في 1976، الدنمارك بمقتضى قانون 20 ديسمبر 1995 والذي بدأ تنفيذه في 1 يناير 1996، والسويد بمقتضى قانون 1978، وجميع الأدوية المسلمة بعد 31 ديسمبر 1995 يطبق عليها القانون السويدي الجديد<sup>3</sup>. و نجد اليابان قد شددت من مسؤولية منتجي الدواء، فلقد حكمت إحدى المحاكم اليابانية في مارس 1978 على حكومة اليابان وعلى ثلاث شركات رئيسية للأدوية بدفع تعويض قدره 249 مليون ين ياباني إلى ستة عشر شخصا بسبب إصابتهم بأمراض عصبية نتيجة لاستخدامهم لدواء **Maxaform** الذي يوصف في حالات الإسهال، إن هذا الدواء بالرغم من الأخطار التي تنتج عنه - ومن بينها فقدان السيطرة على الأطراف والإصابة بشلل في الأجزاء العليا من الجسم وكذلك الإصابة بالعمى الكامل- والتي لا يوجد لها علاج حتي الآن. لا يزال يتم تداوله بشكل واسع في

1- ولد عمر الطيب، "المسؤولية على المنتجات الطبية المتطورة وضمان مخاطرها"، مجلة العلوم القانونية الإدارية والسياسية، رقم 07، 2009، ص 137.

2- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 31.

3-Caillé (C), op- cit , p4.

أسواق الدول النامية. وكذلك قضية دواء **Thalidomide** الذي تم تعاطيه في بداية الستينات لبعض الوقت قبل أن تكتشف آثاره الخطيرة والتي نتج عنها وجود ما بين 4000 إلى 5000 شاب وفتاة مشوهين في مختلف بقاع العالم<sup>1</sup>. والجزائر مؤخرًا أي في سنة 2013 نجد وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات وجهت تعليمة إلى جميع الصيدليات والمستشفيات عبر الوطن، تنص على وجوب السحب الفوري لدواء "ميولاستان" المساعد على الاسترخاء العضلي، بعد أن تبين احتوائه على تركيبة قاتلة. القرار جاء بعد حظر بلدان الاتحاد الأوروبي تسويق دواء "ميولاستان" المستعمل للحد من التشنجات العضلية لمرضى العضلات والعظام، وذلك على خلفية صدور تقرير مقلق من الوكالة الأوروبية للأدوية "إيما" كشف بأن تركيبة "تيترا زيبام" التي يحتويها "ميولاستان" والأدوية الجينية المنتجة من قبل المجمع الفرنسي "سانوفي أفنيس" يمكن أن تسبب للمرضى في حالات حساسية نادرة وخطيرة ينجم عنها نخر جلدي يؤدي إلى الوفاة<sup>2</sup>.

إن الدواء بقدر ما يعتبر هامًا في حياتنا إلا أن مخاطره كثيرة لا يمكن تجاهلها، لذا لابد من الحذر عند تناوله من قبل المستهلك، وعلى المنتج أن يأخذ كل الاحتياطات

1- أبو بكر مصطفى بعيرة، "حماية المستهلك وحاجة الدول النامية إليها"، المجلة العربية للإدارة، مج 18، عدد 2، 1998، ص 87.

2- وتجدر الإشارة إلى أنه قد تم إنشاء الوكالة الوطنية للأدوية، والتي رغم صدور أوامر بالانطلاق فيها إلا أنها لم تر النور، والتي تعطلت منذ أزيد من خمس سنوات، بعد صدور المرسوم الخاص بها. الوكالة لم يخصص لها أي مقر، ما يفتح باب التساؤل واسعا حول الأسباب التي تقف وراء توقف الوكالة، التي كانت ستعتبر الهيئة التنظيمية لملف شائك وحساس جدا، وهو الدواء الذي يعد من أثقل الملفات في قطاع الصحة، خاصة وأن الأدوية تعرف منذ سنوات طويلة تذبذبات كثيرة وحسب العارفين بقطاع الأدوية، فإن تعطيل الوكالة الوطنية للدواء، من شأنه السماح للوبيات المتحكمة في سوق الدواء ببسط سيطرتهم على السوق، أكثر فأكثر لأن الوكالة كانت ستضبط السوق وتنظمه. أنظر: جريدة النهار، صادرة بتاريخ 01 أوت 2013. فنصت المادة 173-1 من قانون رقم 08-13 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتم القانون رقم 85-05 متعلق بحماية الصحة وترقيتها ج ر عدد 44. تنشأ وكالة وطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري والمسماة أدناه -الوكالة-.

الوكالة سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي.

يحدد تنظيم الوكالة وسيورها وكذا القانون الأساسي لمستخدميها عن طريق التنظيم.

اللزامة لئيتجنب الأضرار التي قد تصيب المريض من خلال الإشارة الواضحة إلى جميع الحالات التي لا يجوز فيها أخذ الدواء.

### ثالثا: الأشياء المعنوية

لم ينص التوجيه الأوروبي على حكم هذه المنتجات فنثار تساؤل حول حكم الأشياء غير المادية (المعنوية) التي لم ترد صراحة في نصوص التوجيه . فهل تدخل في مفهوم المنتج؟، فذهب رأي إلى اعتبار الأشياء المعنوية من قبيل المنتجات إذ هي منقول، وعلى ذلك فبرامج الكمبيوتر التي تحتوي على فيروس يتلف الذاكرة الحية للحاسب الآلي في طائرة أو صاروخ نووي أو قطار، أو مصعد كهربائي، تخضع المسؤولية عنها لحكم القواعد الجديدة. مع ملاحظة أن الأضرار التي يعرض عنها هي الأضرار البدنية للأشخاص أو المادية التي تلحق بالأموال<sup>1</sup>.

في حين يرى البعض الآخر من الفقهاء أن البرامج المعلوماتية تعد من قبيل المنقولات المادية، ويرجع ذلك من وجهة نظرهم إلى أن مثل هذه البرامج لا يتحقق الهدف منها إلا إذا تم وضعها في شيء مادي فلا يمكن تصور البرنامج دون الوسيط المادي. بينما هناك رأي آخر يرى أن المنقولات المعنوية هي التي تستلزم وجود أشياء مادية لخدمتها، وإعمالا لقاعدة الفرع يتبع الأصل، فإن الأشياء المادية يمكن أن تأخذ حكم المنقولات المعنوية، ولا خلاف على أن الأشياء المعنوية تمثل أهمية كبيرة لمستخدمي الحاسوب من الناحية الاقتصادية، حيث إنه لا يمكن الاستفادة منها إلا بوجود الوسيط المادي.

1- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 37 - 38. أنظر كذلك:

La liste limitative du produit l'article 1386-3: qu'en est-il dès lors des autres biens meuble corporels et immatériels, qui sont susceptibles d'être mis en circulation et de présenter un défaut de sécurité au même titre que l'électricité? Nul ne saurait par exemple ignorer aujourd'hui les grandes interrogations sur l'éventuelle dangerosité des ondes émises par les bornes de relais par radiotéléphones. Voir : Confino (J.ph), « **La mise en circulation dans la loi du 19 mai sur la responsabilité du fait des produits défectueux** », GAZETTE du palais, N2, 2001, p590

وإذا طبق التوجيه على البرامج المعلوماتية سواء لأنه من المنقولات المادية، أو لأنه من المنقولات المعنوية، بحيث يتم التعويض عنها من خلال نص التوجيه، فإن هناك مجموعة من المشاكل ستظل في حاجة إلى إيجاد حلول لها، ولاسيما بالنسبة للعيوب الخاصة ببعض البرامج بصفة خاصة، حيث أن وجود فيروس بهذه البرامج قد يتسبب بدوره في حدوث أعطال بالجهاز، مما يحول دون الاستعمال الطبيعي أو العادي لهذا البرنامج، وهذا العيب يمكن أن يتم تشبيهه بعيب التصنيع، وذلك لأنه ناشئ عن وجود اختلاف بين الخصائص الفعلية للمنتج وبين الخصائص التي تم الإدلاء بها من جانب الصانع. ومع ذلك، فإذا كان البرنامج قد تأثر بسبب وجود فيروس به، فإن المنتج لا يكون مسؤولاً وفقاً لنظام المسؤولية الذي نص عليه التوجيه إذا استطاع أن يثبت أن الفيروس الذي لحق بالبرنامج ظهر بعد طرح المنتج للتداول.<sup>1</sup>

إذا أريد تحقيق أكبر حماية بالنسبة للمتضرر فلا بد أن تشمل أحكام مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة كافة المنتجات - ما عدا تلك المنظمة بقانون خاص - حتى تكون الحماية شاملة طالما كانت مصدر ضرر، فلا فرق بين المنتج المادي والمعنوي، مادام قد تسبب في حدوث الضرر.<sup>2</sup>

1- محمد أحمد المعداوي، المسؤولية المدنية عن أفعال المنتجات الخطرة: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012، ص 473

2- Il semble que les auteurs de la directive 85/374 CE du 25 juillet 1985 n'ont pas songé à ces biens immatériels, ensuite, en raison de leur origine humaine (liée à leur caractère intellectuel), que n'envisage nullement l'article 1386-3 il n'est toute fois pas impossible que la jurisprudence élargisse le domaine de la loi, en y incluant les biens incorporels. Voir : LETOURNEAU (PH), op.cit, (édition 2011), p114.

## المبحث الثاني

### شروط قيام مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة

المسؤولية عن المنتجات المعيبة مثلها مثل المسؤولية العقدية أو التقصيرية، لقيامها لا بد من توفر شروط، لكنها تختلف عنهما في بعض الشروط وتتشرك معهما في شروط أخرى، فهناك شرط خاص لهذه المسؤولية ألا وهو وضع المنتج في التداول **(المطلب الأول)**، وإذا كان الغرض من المسؤولية المدنية هو جبر الضرر فلا بد من توفر هذا الشرط **(المطلب الثاني)**، وباعتبار الخطأ هو أساس قيام المسؤولية العقدية أو التقصيرية فإن أساس المسؤولية عن المنتجات المعيبة قد استبدل بفكرة عيب المنتج **(المطلب الثالث)**، إضافة إلى ضرورة إثبات علاقة السببية بين الضرر وعيب المنتج **(المطلب الرابع)**.

### المطلب الأول

#### وضع المنتج في التداول

لقد عرّفت اتفاقية المجلس الأوروبي الصادرة في 1977/01/27 التداول بأنه "أي منتج يكون متداولاً عندما يعطيه المنتج لشخص آخر". على عكس التوجيه الأوروبي المتعلق بالمنتجات المعيبة، لم يورد تعريفاً لمصطلح التداول<sup>1</sup>.

1-A la différence de la notion de Strasbourg, la directive n'a pas cru devoir définir la mise en circulation. Selon l'article 2, d, de la convention de Strasbourg, « un produit a été –mise en circulation- lorsque le producteur l'a remis à une autre personne » cette définition a le mérite de la simplicité et a été retenue

de préférence à toute référence à l'introduction du produit dans un circuit commercial de distribution. Voir : GHESTIN (J), « De la responsabilité du fait des produits défectueux, l'application en France de la directive.... » la semaine juridique, N27, 1998, p1203.

هذا المصطلح الجديد (الغريب) عن الأحكام العامة للمسؤولية المدنية، يوجب علينا أن نتناول المقصود به في (الفرع الأول)، بالإضافة إلى تحديد متى يعتبر المنتج قد وضع حيز التداول (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### المقصود بعرض المنتج في التداول

خلافًا للتوجيه الأوروبي، فإن المشرع الفرنسي<sup>1</sup> أورد تعريفًا لعرض المنتج في التداول<sup>2</sup>. فطبقًا للمادة 1386 - 5 ق. م. ف فاعتبر المنتج قد وضع في التداول عندما يتنازل عنه إرادياً. فلا يعتبر المنتج طرح للتداول إلا حينما يتم انتقاله (إرادياً) من المنتج إلى الموزع بالتسليم، ومن ثم لا يعتبر طرحاً قيام شخص بسرقة المنتج ووضعه في التداول، بالإضافة إلى قيام المنتج مثلاً بإجراء اختبارات أو دراسات على المنتج، فهذا لا يعني أنه قد طرحه للتداول<sup>3</sup>. فعندما يحتفظ المنتج لنفسه بحراسة المنتج لاستعماله الشخصي أو لإجراء عليه تجارب، فإذا سبب هذا المنتج ضرر للغير، فيمكن رفع دعوى يطالب فيها إصلاح الضرر على أساس مسؤولية حارس الشيء<sup>4</sup>.

1-la notion de « mise en circulation » n'est pas nouvelle en droit communautaire et s'était trouvée illustrée dans des domaines différents (notamment par la théorie de l'épuisement des droits en droit des marques et des brevets et par les textes sur la dissémination volontaire des organismes génétiquement modifiés. Sans que la diversité des situations ne remette en cause la cohérence du principe. Mais vienne au contraire la conforter et la préciser. Voir : GAUMONT – PRAT (A), « **Interprétation de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux sur certaines causes d'exonération de la responsabilité du producteur** », la semaine juridique, N 38, 2002, p1636.

2-La notion de « mise en circulation », notion, économique et traduction d'une idée générale du droit communautaire relative à la notion de maîtrise du produit, apparaît fondamental dans le nouveau régime de responsabilité du fait des produits défectueux. Voir : GAUMONT – PRAT (H), op. cit, p163.

3-La mise en circulation se concrétise le plus souvent par le passage du produit de la production à celle de sa distribution commerciale, il ne semble pas qu'on puisse assimiler purement et simplement la mise en circulation à la mise sur le marché. voir : Brun (ph), op. cit, p466.

4-محمودي فاطيمة، "الآثار القانونية المترتبة عن المسؤولية المدنية للمنتج"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد 2، 2009، ص117.

ولا يهم إن كان التنازل الذي يقوم به المنتج بشأن منتوجه للمستهلك مباشرة، وهي حالات نادرة خصوصا فيما يتعلق بالمنتجات المصنعة. التي لا بد وأن تمر عبر وسطاء الذين يضمنون توزيع المنتج، بدءا من الموزع إلى بائع التجزئة مرورا على بائع الجملة<sup>1</sup>. فلا أهمية للشكل القانوني الذي يتم من خلاله التنازل عن المنتج، فقد يكون من خلال عملية البيع، أو إيجار، أو قرض، ولا يهم أن يكون هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل<sup>2</sup>.

وباعتبار أن عرض المنتج للتداول يعتبر شرط لقيام مسؤولية المنتج، فإن عبء الإثبات يقع على الضحية ( المتضرر)، لكن المشرع الفرنسي وضع في نص المادة 1386 -1/11 ق.م.ف قرينة لمصلحة المتضرر، بحيث حوّل للمنتج إمكانية نفي مسؤوليته إذا أثبت بأن المنتج قد مرت عليه عشر سنوات من تداول المنتج في السوق (وهي مدة تقادم مسؤولية المنتج)، بالإضافة إلى إمكانية المنتج من دفع مسؤوليته إذا أثبت بأن العيب لم يكن موجودا لحظة عرض المنتج للتداول<sup>3</sup>.

لقد ذهب البعض إلى تشبيه العرض للتداول بفقدان معايير الحراسة المترتبة عن نقل حراسة الشيء وفقا للمعنى الوارد في نص المادة 1/1384 من القانون المدني الفرنسي، والتي تنصرف إلى نقل سلطات الاستعمال والتسيير والرقابة. فنقل الحراسة يعني انتقال سلطات الاستعمال والرقابة والتسيير إلى الحارس الجديد.

1-Ce n'est pas l'acte de vente au consommateur qui réalise la mise en circulation mais le premier acte de dessaisissement du producteur au profit des distributeurs. Voir : BACACHE. GIBELI (M), op.cit, p795.

2-يعد تداول وضع المنتجات في السوق سواء سلمت إلى أمين، أو إلى ناقل، أو وكيل أو وسيط للتداول، للتوزيع، ولا يشترط نقل الملكية للقول بتحقق التداول، بل يكفي تنازل المنتج عن منتجه للتداول، ويتحقق ذلك بمجرد نقل الحيازة وعلى ذلك يتحقق بدء التداول بمجرد خروج علبة الدواء من المصنع وليس من وقت عرضه للبيع بالتجزئة. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص58.

3-Caillé (C), op. cit, p8.

غير أن هذا الرأي لم يجد الترحيب الكافي من قبل جمهرة الفقهاء في فرنسا، على أساس أن الحالة الراهنة للقانون في فرنسا في مجال حراسة الشيء لا تسمح بالتأكيد بتشبيه العرض للتداول بفقد الحراسة. وأن العقبة الرئيسية التي تحول دون ذلك، هي أخذ القضاء في مجال تجزئة الحراسة بالتمييز البريتوري المنتقد بين نوعي الحراسة، حراسة الهيكل وحراسة التسيير أو الاستعمال.

ويضيف بعضهم لنبذ تشبيه العرض للتداول بفقد الحراسة، أن نقل الحراسة يعتبر حدا من حدود مسؤولية الحارس للشيء، في حين أن التخلي الإرادي يعتبر معيارا لمسؤولية المنتج.

وهناك من يذهب إلى اعتبار العرض للتداول نوعا من التسليم كما عرفته المادة 1604 من القانون المدني الفرنسي بوصفه نقلا للشيء المبيع إلى حيازة المشتري، أو هو وضع الشيء تحت تصرف المشتري كما وصفته محكمة النقض الفرنسية.

هذا ورغم أنه في بعض الفرضيات أن تسليم المنتج يتزامن مع عرضه للتداول، إلا أن التسليم يبقى مفهوما خاصا بعقد البيع، في حين أن العرض للتداول لا ضرورة لوجود عقد لحصوله.<sup>1</sup>

ومما لا شك فيه أن لمفهوم الوضع للاستهلاك تأثيرا مباشرا على أساس مساءلة المنتج عن فعل منتجاته المعيبة، ذلك أنه يتدخل عبر كامل المراحل بحثا عن مسؤولية الأطراف المساهمة في عملية عرض المنتج للاستهلاك، ومن ثم فإنه سيساهم في تحديد نطاق المسؤولية، من حيث الأشخاص، ومن حيث الزمان وانطلاقا من هذا، وخلافا للقواعد العامة المتعارف عليها في مجال الضمان، فإن تحديد نطاق مسؤولية المنتج عن

1- محمد بودالي، مسؤولية المنتج.... مرجع سابق، ص 462.

سلامة منتوجاته ومطابقتها للطلبات المشروعة للمستهلكين من حيث الزمان، لن يتم بالنظر إلى تاريخ خروج المنتج من يد المنتج وانتقاله إلى يد المستهلك عن طريق التسليم، بل يتسع نطاق المساءلة هنا وفقا لمعيار الوضع للاستهلاك، ليشمل كافة مراحل الوضع للاستهلاك وذلك منذ مرحلة إنتاج المنتج الأولي إلى أن يتم تسليمه بين يدي المستهلك.<sup>1</sup>

وبالرجوع إلى المادة 3 فقرة 8 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. نجدها قد نصت على ما يلي: "عملية وضع المنتج للاستهلاك: مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة"، فالمشرع قد أخذ بكل المراحل التي يمر بها المنتج ولم يقصرها على مرحلة التسليم.

إن مصطلح العرض للتداول يبقى خاصا لأحكام مسؤولية المنتج عن المنتجات المعيبة، بحيث لا يتوافق ولا يمكن التوفيق بين العرض للتداول والأحكام العامة.

والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل في المادة 3 فقرة 10 من قانون 09 - 03 مصطلح التنازل وليس مصطلح التداول، لأن كلمة التداول كلمة تقنية بحتة، ومتى نستعمل هذا المصطلح حينما يتم طرح المنتج في السوق بمحض إرادة المحترف والهدف من هذا الطرح هو الحصول على مقابل، وعليه كلمة التداول لها معنى ضيق ذو طابع مالي، وبالتالي لا نستطيع استعمال هذا المصطلح إذا أراد المحترف تقديم منتج للمستهلك مجانا، لهذا السبب استعمل المشرع الجزائري التنازل، وهذا الأخير قد يكون بمقابل أو بدون مقابل.<sup>2</sup>

1- بن طرية معمر، "فكرة المسؤولية الموضوعية كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة"، مداخلة قدمت في يوم دراسي نظم بكلية الحقوق-جامعة تيزي وزو -حول مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، 26 جوان 2013، ص 137.

2- محمودي فاطيمة، مرجع سابق، ص 114.

## الفرع الثاني

### وحدة العرض للتداول

إن المنتج من لحظة تسليمه من المنتج الأصلي فهو يدخل في مرحلة تداول من موزع إلى آخر، وهنا تطرح مسألة هامة. هل في كل مرحلة ينتقل فيها المنتج من شخص إلى آخر أعتبر في تداول جديد، أم أن التداول يكون لمرة واحدة منذ تنازل المنتج الأصلي عن المنتج؟. أجابت المادة 1386 - 2/5 ق.م.ف على أن المنتج لا يكون محلاً إلا لعرض واحد للتداول، وهذا ما يسمى بقاعدة وحدة العرض للتداول<sup>1</sup>. مثل هذا النص قد واجه انتقادات من قبل نواب البرلمان<sup>2</sup> "مجلس الأمة" الذين أرادوا التداول المتتابع لكل مرحلة، أي كل مرحلة من مراحل تداول المنتج تعتبر مرحلة جديدة لعرض المنتج، وهنا سنترتب نتيجة هامة تتمثل في تحديد نقطة بداية حساب مدة التقادم. وبالتالي يمكن لمسؤولية المنتج الأصلي أن تكون قد تقادمت من خلال العرض الأول، لكن مع حساب بداية المدة من خلال كل مرحلة يتم فيها تداول المنتج فإن مدة عشر سنوات تكون لا زالت قائمة بالنسبة للمتدخلين الآخرين. وبعد النقاشات فإن هذا الانتقاد لم يؤخذ بعين الاعتبار وتم اعتماد وحدة العرض للتداول.

1-Le législateur a pris parti pour le caractère unique de la mise en circulation un produit ne peut faire l'objet que d'une seule mise en circulation « art 1386 – 5 al 2 ». la date à prendre en considération devrait être la sortie d'usine de la boîte du médicament litigieux et non celle de sa présentation à la vente au détail, quel que soit le temps écoulé entre les deux. Aussi les entreprises auront tout intérêt à mettre en place des systèmes assurant la traçabilité de leurs produits. Dans la plupart des cas, c'est la remise à un intermédiaire du circuit de distribution qui réalisera la mise en circulation, cette notion est large et semble viser la commercialisation à titre onéreux ou gratuit des médicaments et des échantillons, ainsi que les médicaments vendus ou donnés aux hôpitaux. voir : LAUDE (A) & LEGOFFIC (C), « **Le contentieux des « coupe –faim »**, GAZETTE du palais, N3, 2011, p192.

2-La solution de l'unicité de la mise en circulation tendrait donc à pénaliser la victime. Notamment, comme l'ont soulevé les parlementaires français..... tout retard entre la production et distribution du produit aurait pour effet de réduire le délai d'application du nouveau régime de responsabilité audit produit. voir : THIVER (J.L), « **la responsabilité du fait des produits alimentaires défectueux** », décembre 2010, université du Paul Cézanne, Marseille. P98.

إن دواعي الأخذ بوحدة العرض للتداول يتمثل في تلافي معاناة وتعقد الأمور بالنسبة لضحية الأضرار، وخاصة المستهلك النهائي فيما لو أخذ بتعدد العروض للتداول بقدر تعدد الوسطاء في شبكة التوزيع<sup>1</sup>.

ورغم وجهة الأخذ بقاعدة وحدة العرض للتداول في هذا المجال، فإنها لا تخلو من إثارة بعض المشاكل في الجانب العملي.

### أولها:

يتعلق بالمنتجات ذات الأعداد الكبيرة، هل يجب الأخذ بعين الاعتبار بتاريخ العرض للتداول لأول دفعة من سلسلة المنتجات. أم بتاريخ العرض للتداول لكل واحد من المنتجات بصفة فردية أو على حدة؟.

يميل الرأي الراجح إلى الأخذ بالتفسير الثاني، نظراً لأنه الأقرب إلى روح نص التعلية الأوروبية، ولأن التفسير الأول يتلاءم أكثر مع فرضية وجود عيب في التصور، في حين أن المسؤولية الجديدة تقوم على عيب في التصنيع<sup>2</sup>.

### ثانيها:

يتعلق بالمنتجات المركبة، ومعنى المنتج المركب هو المنتج النهائي الذي ركب

1-Cette unicite conduirait à rendre le producteur responsable des défauts résultant d'une altération du produit qui peut survenir pendant le transport ou dans les locaux du distributeur, alors que le délai d'application du nouveau régime de responsabilité audit produit. Producteur n'a plus de « prise » sur le produit. Mais elle parait pourtant la plus protectrice des intérêts de la victime. Voir : Caillé (C), op, cit, p7.

2-بودالي محمد، مسؤولية المنتج...، مرجع سابق، ص29. أنظر كذلك: عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص574. إن لحظة طرح المنتج الفعلي الذي سبب الضرر موضع التداول، تتعلق بذات المنتج المسبب للضرر، وليس بالنموذج الأول منه، فواقعة طرح المنتج للتداول في السوق تكرر في شأن المنتج، الواحد مع نهاية كل دورة إنتاجية. هناك منتجات من ذات نوع المنتج طرحت للتداول في دورات إنتاجية سابقة دون أن يشوبها عيب، ولذلك فالعبرة بلحظة طرح ذات المنتج المسبب للضرر في التداول وليس بنماذج السابقة.

جاهزا فهل يجب الأخذ بعين الاعتبار بالعرض للتداول الخاص بالمنتج النهائي في شكله الكامل وعدم الاعتداد للتداول الخاص بالجزء أو الأجزاء المركبة الأخرى، على أساس أن الفرع يتبع الأصل، أم يجب القول بأن وحدة العرض للتداول تتعلق بكل عنصر من عناصر المنتج النهائي على حدة<sup>1</sup>؟.

والرأي الراجح هنا هو الاعتداد بلحظة التنازل عن السلعة من المنتج النهائي.

## المطلب الثاني

### تسبب المنتج في حدوث الضرر

الضرر ركن أساسي لقيام المسؤولية المدنية فبدونه ليس للشخص أن يطالب بأي تعويض، فالتعويض يفترض الضرر ولا يخفى على أحد مدى الأخطار التي يتعرض لها المستهلك في هذا العصر من استخدام السلع والخدمات، فإذا كانت المدنية الحديثة قد وفرت للمستهلك كل أسباب الراحة والتمتع بمباهج الحياة، إلا أنها في ذات الوقت حوت بين طياتها مخاطر جسام له، فاستعمال معدات أو مواد إنتاج خطيرة، واستعمال منتجات غذائية بها مواد مشعة، أو استعمال أدوية غير صالحة، كل ذلك أدى إلى المساس بالسلامة الجسدية للمستهلك وتعرضه لمخاطر جسام<sup>2</sup>.

إن الحياة المعاصرة، وما تعرفه من تطور تكنولوجي، والمترافق مع منتجات متنوعة ومعقدة وخطرة. إضافة إلى تزايد ارتباط المستهلك بها، كل ذلك أدى إلى اتساع دائرة

1- بودالي محمد، مسؤولية المنتج...، مرجع سابق، ص30. أنظر كذلك: قادة شهيدة، مرجع سابق، ص304.

2- طه عبد المولى، التعويض عن الأضرار الجسدية، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص425.

الأضرار وازدياد قائمة المتضررين<sup>1</sup>.

فالمساس بسلامة المستهلك في جسده وأمواله هو أساس المسؤولية عما تحدثه المنتجات المعيبة. فللفرد الحق في سلامة أمواله فهو من مقتضيات حق الملكية، الذي يعني الاعتراف للشخص بحماية أمواله من كل اعتداء<sup>2</sup>. ولقد نص التوجيه الأوروبي 85-374 في المادة 9 على أن التعويض يكون بالنسبة للأضرار الجسمانية والأضرار المادية<sup>3</sup>.

1- قد تكون الأضرار ذات انتشار واسع وتؤثر على كل البلاد، ومن المهم بهذا الموضوع هو حجم الخسائر والكوارث التي يمكن أن تنتج عن بيع البضائع والمنتجات، واحد من هذه الأمثلة ما حصل في ميشيجان في سنة 1973 بالنسبة لمادة ال ب ب وهي إحدى المواد الكيماوية المستعملة في إطفاء الحرائق، وقد كانت هذه المادة تصنع في مصنع ينتج مادة المنجنيز الخاص لعلف الحيوانات، وكانت كل مادة توضع في أكياس مختلفة الألوان وذلك للتمييز بينهما، وقد حصلت الكارثة عندما نفذ أحد الألوان في المصنع فقامت الإدارة بالطلب بتعبئة المادة في أكياس من نفس اللون وكتب بالخط العريض اسم مادة كل منهما للتفريق بينهما، ولكن أحد الحاملين غير المتعلمين لم يلحظ الفرق في الكتابة، فقام بتحميل أكياس ال ب ب خطأ ووزعت الكمية على مئات المزارع المجاورة وبعد مدة قليلة توقف إنتاج حليب البقر. وتم ذبح عدد كبير جدا من الحيوانات بعد مرضها. وبما أن المشكلة لم تكتشف في حينه، فقد بيعت في الولاية بكميات كبيرة من لحم الدجاج والبقر وقد بلغ عدد من تناولوا طعاما ملوثا حوالي التسعة ملايين، ونتج من ذلك مرض عدد كبير من أصحاب المزارع بالإضافة إلى خسائر اقتصادية ومادية. أنظر: جمال مدبك، "مسؤولية المنتجات"، مجلة رسالة التأمين، الاتحاد الأردني لشركات التأمين، العدد الثالث، 1991، ص29. أنظر كذلك:

- La production de masse ne peut éviter les accidents de fabrication. Débris de verre dans les conserves alimentaires, défauts de montage d'une série de voitures – etc., la distribution en grande surface développe les risques d'incompréhension de l'acheteur quant au fonctionnement du produit, en outre les biens offerts au public sont le plus en plus complexes et font appel à des techniques qui ne peuvent être entièrement sans danger les appareils électriques se multiplient, la chimie se répand. Voir :

Bihl(L), « **La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs** », in colloque des 6et 7 novembre 1986, sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, centre de droit des obligations de l'université de paris I, 1987, p50.

2-Affirmer la sécurité physique ou la santé du consommateur constitue un objectif et un droit fondamental, c'est parler d'évidence, en effet, ce droit à la sécurité constitua pendant longtemps un élément de l'ordre public traditionnel en ce sens que toute atteinte à l'intégrité physique de la personne était sanctionnée. voir : BOUAICHE (M) & KHELFAINE (K), « **Qualités des aliments et sécurité du citoyen** », R. A. S. J. E. P, N 2,2002, p57.

3-Le but premier de la responsabilité du fait des produits a toujours été, et dans tous les pays, d'assurer l'indemnisation des dommages corporels, il convient d'ailleurs de rappeler que la convention de Strasbourg de 1977, qui adopte une conception particulièrement restrictive du dommage réparable, avait vocation à s'appliquer en cas de lésion corporelle ou de décès mais uniquement dans ce cas .voir :BORGHETTI(J.S), op-cit,p485. Voir aussi : MONATANIER (J.C), op.cit, p80.

Aux termes de l'article 9 de la directive, doivent être réparés :

« a) le dommage causé par la mort ou des lésions corporelles,

b) le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose autre que le produit défectueux lui-même ..... ».

إن الأضرار التي يحدثها المنتج المعيب على أنواع كثيرة، فقد يكون الضرر جسديا كانهجار قنينة غاز لعيب فيها، يؤدي إلى وفاة بعض الأشخاص أو إصابتهم بجروح (الفرع الأول)، وقد يكون الضرر ماديا، كأن يشب انفجار حريق يلتهم المنزل أو المصنع وما يحتويه، ومع ما يتبعه كل ذلك من أضرار مادية كنفقات العلاج وتكاليف الإصلاح (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### الأضرار الجسدية

إن حق الإنسان في السلامة الجسدية يأتي في مقدمة الحقوق الإنسانية التي يحرص عليها كل إنسان حرصه على أعلى شيء في الوجود، مما يقتضي ضرورة الالتزام بضمان سلامة المستهلك من كل ضرر قد يصيبه من جراء استعماله للمنتج. فللفرد الحق في ضمان سلامة جسده وذلك بأن يظل هذا الجسد مؤديا وظيفته العضوية كلها على النحو الطبيعي، وأن يحتفظ بتكامله، وأن يتحرر من الآلام البدنية. فمعنى السلامة الجسدية إذن أن لا تتعطل إحدى أجهزة الجسم أو يختل أداء وظيفتها ولو كانت أقلها أهمية وكان الاختلال وقتيا إذ يجب أن لا تتحرف وظائف الجسم في كيفية الأداء على النحو الذي حددته القوانين الطبيعية. فإذا كانت القوانين الجزائية سعت إلى تنظيم تلك الحماية، فإن تلك الحماية لم تكن منظمة في إطار القوانين المدنية. إذ أن الإنسان ظل ردا من الزمن على هامش اهتمامات القانون المدني، حيث كان القانون المدني يركز على المال أما الإنسان فينظر إليه بوصفه صاحب حق مالي.<sup>1</sup>

لقد أصبحت حماية صحة وأمن وسلامة المستهلك في وقتنا المعاصر من الأهداف

1- موفق حماد، مرجع سابق، ص 375.

السامية. خاصة مع العولمة أين أصبحت الأسواق لا تعرف حدا معيناً لأنواع المنتجات من مختلف دول العالم.

فالهدف الرئيسي من التوجيه الأوروبي لسنة 1985 هو جبر الأضرار التي تصيب الإنسان فقد تكون متمثلة في فقد الحياة، أو إصابة، أو تلف، أو عجز يصيب أي عضو من أعضاء الجسد<sup>1</sup>.

فالأضرار الناجمة عن الوفاة تصيب في الأصل حق المتوفى في الحياة، و تصيب بالتبعية عائلته وأقاربه معنوياً ومادياً، خاصة إذا كان هو العائل لهم. وهذا النوع من الضرر يعرف بالضرر المرتد أو الضرر التبعية، و فيما يتعلق بالأمراض والجروح الجسدية، فهذه الأضرار هي الأغلب الأعم في مجال التعويضات عن أضرار المنتجات المعيبة، ومن أمثلتها الأضرار التي ينجم عنها بتر أحد أعضاء الجسم، أو إحداث عاهة أو مرض، و خطورة هذه الأضرار يبرر مدى أهمية وخصوصية نظام المسؤولية عن المنتجات المعيبة.

ولقد أقر التوجيه الأوروبي في نص المادة 16 منه على أن التعويض يكون كاملاً عن كل الأضرار التي تصيب الإنسان في جسده، ويمكن لكل دولة عضو أن تضع حداً لمسؤولية المنتج الكلية بالنسبة للأضرار الناتجة عن الوفاة، أو الإصابات الجسدية بسبب منتجات مماثلة، ومعيبة بذات العيب، بشرط أن لا يتجاوز هذا الحد عن 70 مليون أيكو وهو ما يعادل 100 مليون دولار أمريكي، فتم التحديد الإجمالي للتعويض عن الأضرار

1-Consacrant le droit au respect de l'intégrité corporelle, comme un nouveau droit de la personnalité, à l'instar du droit au respect de la vie privée. En effet, si le juge admet que « la seule constatations de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation », pourquoi n'admettrait-il pas que le seul constat du dommage corporel subi par la victime ouvre automatiquement droit à réparation à l'encontre de son auteur ? C'est enfin le droit fondamental à la sûreté qu'il a été proposé d'ériger en fondement de l'action en réparation du dommage subi.

Voir : DAMAS (N), « Responsabilité du fait des choses : vers la disparition de la distinction entre chose en mouvement et chose immobile ? », Recueil DALLOZ, N1, 2004, p26.

الجسدية - والأضرار الأدبية- بمبلغ 70 مليون أورو واستبعدت الأضرار المادية من الحد الأقصى (كما سنراه) الذي وضعه التوجيه الأوروبي لإجمالي التعويضات. ويذهب بعض الفقه إلى أن أي مسؤولية كلية للمنتج بدون تحديد حد أقصى، سوف يجعل التأمين أكثر صعوبة، إذ أنه في كل القطاعات التي تكون فيها الأخطار محتملة الوقوع، لا يمكن للمؤمنين أن يلتزموا بتغطيتها، إلا إذا كانت محددة المدة والقيمة بوجه واضح في عقد التأمين، ومن ثم يستبعد أن توافق شركات التأمين على التأمين على مخاطر غير محددة. لذا اقتصر المشرع الأوروبي في وضع الحد الأقصى لإجمالي التعويضات على الأضرار الجسدية. وقد قيل تبريرا لذلك أن الأضرار المادية يمكن توقعها والتحكم في مداها، بينما الأضرار الجسدية الناجمة عن المنتجات التي توزع على نطاق جغرافي كبير وتصل لأيدي عدد كبير من الأفراد فهي تشبه الوباء الذي لا يمكن السيطرة عليه، وتحتاج مسؤولية المنتج بالتالي إلى أن تتحدد بسقف (حد أقصى) في مواجهتها.

ونجد بعض الدول انتهجت نظام التعويض الكلي - دون تحديد حد أقصى للتعويض - عن الأضرار الجسمانية الناتجة عن عيب المنتج كفرنسا<sup>1</sup>. ودول أخرى كألمانيا رأت بأن التعويض يجب أن يكون مسقفا وهذا راجع إلى الصعوبات التي يواجهها المنتجون في حصولهم على التأمين إذا كان التعويض غير مسقف مسبقا.

1-المشرع الفرنسي لم يضع حدا أقصى للتعويض في حالة التعويضات الإجمالية... وذلك بهدف توفير أقصى حماية ممكنة للمستهلك ومن جانبنا نراه حسنا ما فعله المشرع الفرنسي في هذا الصدد، لا سيما وأنه قد نجد شخص أصيب من فعل دواء معيب، وأضراره لم تبلغ قيمتها المبلغ المحدد من قبل التوجيه الأوروبي، فيتم عدم تعويضه طبقا لهذا التوجيه، وفي ذلك ضرر بالغ الخطورة بمصالح الطبقات المتوسطة والفقيرة الذي يعني لها حدوث الضرر فقدان قيمة كبيرة، كما أننا نجد تناقضا وموقفا غير مفهوم فيما يتعلق برؤية التوجيه الأوروبي، حيث تنشأ عدم المساواة بين المضرور الذي يلجأ إلى رفع دعوى المسؤولية المدنية طبقا للقواعد العامة، وبين المضرور الذي يريد رفع دعوى المسؤولية طبقا للنظام الموضوع طبقا لهذا التوجيه، فالأول يستطيع رفع دعوى للمسؤولية أيا كانت قيمة الضرر، أما الثاني فلا يستطيع رفع الدعوى إلا إذا كانت قيمة الضرر في حدود سقف معين، وترتبا على ذلك، فإنه لا مفر من اللجوء إلى القواعد العامة، وهذا يدعونا إلى القول بعدم فائدة وضع القواعد الجديدة طبقا للتوجيه الأوروبي، والتي تمثل عقبة أمام حمايته صغار المستهلكين. أنظر: شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 61.

الأمر الذي أدى بالمشرع الأوروبي إلى أن يعتمد على الحلين، فللدولة الحرية – السلطة التقديرية- أن تجعل التعويض كلياً (دون تسقيف) أو مسقفاً على أن لا يتجاوز 70 مليون أيكو<sup>1</sup>.

فالقانون المقارن يسوده توجه جديد نحو تتحية مبدأ التعويض عن كامل الأضرار، ويتبنى مبدأ حديث لم يستقر في أي من النظم القانونية، فيما عدا القانون الألماني، وهو مبدأ وضع أسقف أو حدود لقيمة التعويض التي يلزم بها المتدخل في مواجهة المضرورين. ولقد ساهم في تدعيم هذا التوجه المبررات الآتية:

■ أن المسؤولية الناشئة عن عيب المنتجات هي مسؤولية موضوعية، وهي بذلك استثنائية لا تقوم على الخطأ وتقود بالتالي إلى اتساع نطاق المسؤولية والتعويض بما يؤدي إلى تحمل المنتج أعباء لم يكن ليتحملها لو أن مسؤوليته أقيمت على أساس أخطائه الشخصية. ويترتب على ما تقدم عدم تحديد أعباء المنتج بحد أقصى سوف يزيد من تكلفة الإنتاج وربما يؤدي إلى إحجامه عن التطوير، مما يمثل عقبة أمام التطور التكنولوجي وبالتالي أمام التنمية الاقتصادية.

■ إن الأعباء التي يتحملها المنتج بموجب المسؤولية الموضوعية بدون وضع أسقف لهذه المسؤولية تؤدي إلى إضعاف الموقف التنافسي للمنتج الأوروبي على المستوى الدولي. وخصوصاً أمام المنتج الأمريكي الذي أقر بوجود هذه الأسقف، وفي هذا الصدد أكدت ألمانيا على ضرورة وضع أسقف للتعويض وأوضحت أن ذلك يعطي المنتج فرصة للتأمين على مسؤوليته، كما يمنحه قدرة على حساب الاحتمالات في ضوء الخطر محل التأمين.

1-Calais – Auloy (J), « Sécurité des consommateurs », in acte colloque des 6et 7 novembre 1986,Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux , centre de droit des obligations de l'université de paris I , 1987, p333.

■ إن تقييد التعويض بهذه الحدود لا يجب أن ينظر إليه على أنه يضر بحماية المستهلك، ذلك أن التمتع بالتطور التكنولوجي وما يقدمه من سلعة حديثة ومتطورة يفرض على المجتمع لكل من فيه، وبصفة خاصة المستهلكين، قدرا من المخاطر والأضرار التي يجب على الجميع أن يتحملها ويشارك في أعبائها<sup>1</sup>. وبالمقابل نجد رأيا مخالفا للتوجه الأوروبي المنادي لوضع حدود للتعويض لأن هناك مبررات للحفاظ على الأصل المقرر للتعويض الكامل مستندا للمبررات الآتية:

- رفض المغالاة في حماية المنتج على حساب المستهلك.

- إن التحديد الجزافي للحد الأقصى لمسؤولية المنتج عن التعويض يعد مخلا بمبدأ المساواة بين المضرورين في حق الحصول على التعويض، فطالما أن المنتج يلزم بدفع التعويضات حتى يصل قيمة ما يدفعه إلى الحد الأقصى، فإن ذلك يعني أن من يصيبه الضرر مؤخرا أو من يتأخر في رفع دعواه سيحرم من الحصول على أي تعويض<sup>2</sup>.

ونجد المشرع الجزائري قد كرس في المرسوم 96-48 المحدد لشروط التأمين وكيفية في مجال المسؤولية عن المنتجات، في المادة 02 منه على أن التأمين من المسؤولية المدنية عن المنتجات تشمل الأضرار التي تتسبب فيها المنتجات والمنشئة للمسؤولية المدنية لكل شخص طبيعي أو معنوي، يقوم بصنع أو ابتكار أو تحويل أو

1- علي فتاك، مرجع سابق، ص 507.

2- المرجع نفسه، ص 214. أنظر كذلك:

Une méthodologie d'indemnisation claire et transparente qui ne tend pas à indemniser plus mais à indemniser mieux chiffrer le prix de la vie humaine est une tache quasi impossible pour le juge ..... Comment évaluer en argent ce qui est souvent in évaluable. Et alors qu'on sait qu'il faut répondre à l'attente des victimes, au moins de manière symbolique ? Le juge tentera de personnaliser la réparation du préjudice en se basant sur certains critères. Cependant, il devra veiller à ne pas standardiser les montants ou à l'inverse à ne pas tomber dans l'anarchie dans la distribution des indemnités. La mission confiée ainsi au juge, homme de chair et de sang, est quasi impossible car « l'argent mesure tout ce qui a un prix, mais aussi par là ce qui n'en a pas, je veux dire le prix lui-même que nous mettons aux choses, aux gens et à nous même. Toute évaluation de préjudice aboutira à une appréciation économique. Voir : BOURRIE-QUENILLET (M), « Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine », la semaine juridique, N22-21, 2004, p945.

تعديل أو تعبئة مواد معدة للاستهلاك أو الاستعمال، كافة الأضرار الجسمانية، المادية والمالية مع استثناء الأضرار المعنوية.

إن من شأن التأمين تخفيف العبء على المنتج، وضمان حماية للمتضرر.

لكن هذا الوضع في حال تحديد المسؤول عن الضرر الجسmani الذي أصاب المتضرر، وهي الحالة العادية، إلا أن هناك حالات يتعذر فيها تحديد المسؤول عن الضرر. وفي هذه الحالة نواجه مسألة مهمة ما هو مصير الأشخاص المضرورين؟.

يذهب الفقه الحديث إلى وجوب تدخل الدولة لتعويض المضرورين جسديا في الحالات التي لا يستطيعون فيها الحصول على حقهم في التعويض، سواء كان ذلك راجعا إلى عدم تحديد المسؤول، أو إعساره.

فمن حق الفرد على الدولة أن يجد فيها ضمانا عاما عند الحاجة والعوز وألا تذر فردا دون أن تحس بعجزه، وحاجته، وحتى تلتزم الدولة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن عيب سلامة المنتجات لا بد أن يكون المسؤول عن الضرر مجهولا، غير أن نطاق التزام الدولة بالتعويض يتحدد بالضرر الجسmani دون غيره من الأضرار سواء الأضرار المادية أو المعنوية. إذ أنه وبعد الثورة الصناعية وما ترتب عليها من استخدام المكننة بشكل واسع والتي أنتجت لنا أصنافا من السلع المعيبة والخطرة أصبحت ممارسة الإنسان لخيارات حماية جسده في إطار القانون المدني محدودة بشكل يخل بالتوازن في العلاقات بين الأفراد. ذلك التوازن الذي يشكل لباب القانون وغايته مما يقتضي ضرورة الالتزام بضمان سلامة مستعمل السلعة مما قد يصيبه من ضرر<sup>1</sup>.

1- Pris dans leur sens littéral, les textes du code civil ne fournissent donc pas aux victimes d'accidents provoqués par des produits défectueux des moyens vraiment adéquats pour mettre enjeu la responsabilité du fabricant de ces produits. Voir : VINEY (G) « **L'indemnisation des atteintes à la sécurité des consommateurs en droit français** », in acte colloque des 6 et 7 novembre 1986, sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, centre de droit des obligations de l'université paris I, p72.

لقد جاء التزام الدولة بالتعويض عن الأضرار الجسمانية التي تنشأ عن استهلاك المنتجات على غرار الحماية التي يستفيد منها ضحايا حوادث المرور<sup>1</sup>. ونص المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر 1 ق.م.ج "إذا انعدم المسؤول عن الضرر الجسmani ولم يكن للمتضرر يد فيه، تتكفل الدولة بالتعويض عن هذا الضرر".

لقد استبعد المشرع الضرر المادي، واقتصر فقط على الضرر الجسmani، واشترط ألا يكون للمتضرر يد فيه. فإذا لم يتخذ المتضرر الاحتياطات اللازمة عند استعماله أو استهلاكه لمنتج ما فتضرر فإن الدولة لا تتكفل بالتعويض. لأن المتضرر في هذه الحالة يكون قد ساهم بخطئه في حدوث الضرر.

بالإضافة إلى اشتراط المشرع شرطا بأن لا يكون هناك مسؤول، وهي الحالة التي لا يمكن معرفة مصدر المنتج المعيب المسبب للضرر كحالة طرح سلعة للتداول ويكتشف أن بها عيبا دون إمكان تحديد منتجها، أو الحالة التي يتمكن فيها المنتج من نفي مسؤوليته كأن ينفي علاقة السببية بين الضرر وعيب المنتج، بإثبات السبب الأجنبي، أو خطأ الغير، ما عدا خطأ المتضرر لأنه في هذه الحالة لم يتحقق الشرط الأول وبالتالي الدولة لا تتحمل المسؤولية وفقا لنص المادة 140 مكرر 1 سالف الذكر.

إن المشرع الجزائري في نصه للمادة 140 مكرر 1 ق.م.ج، قد وضع نظاما جديدا لتعويض الأضرار الجسمانية خارج إطار المسؤولية. متجاوزا بذلك النظرة التقليدية التي تؤسس التعويض على المسؤولية.

غير أن المشرع لم يحدد المقصود بالدولة في هذه الحالة على خلاف حوادث المرور، بحيث تم إنشاء صندوق لضمان تعويض ضحايا المرور. وعلى الرغم من مرور

1-لقد أنشئ في الجزائر صندوق لضمان تعويض ضحايا حوادث المرور بموجب الأمر 69-07 المؤرخ في 31 ديسمبر 1969، وبموجب المادة 5/145 من المرسوم التشريعي 93-01 المؤرخ في 19 يناير 1993 المتضمن لقانون المالية والذي أنشأ صندوقا لتعويض ضحايا الأعمال الإرهابية في الجزائر. أنظر: فادة شهيدة، مرجع سابق، ص 393.

مدة ليست بالقصيرة على التزام الدولة بالتعويض لفائدة ضحايا المنتجات المعيبة. لم يصدر إلى يومنا هذا أي نص تطبيقي يبين كيفية تطبيق نص المادة 140 مكرر 1 ق.م.ج. ويتم في العادة إنشاء صندوق خاص لتعويض الضحايا بموجب قانون المالية، حيث تحدد طريقة تمويله وإنفاقه، وتفتح لعملياته المالية حسابا خاصا في الخزينة، ثم تصدر النصوص التنظيمية له، وهذا على غرار صندوق ضمان حوادث السيارات<sup>1</sup>. وحسب رأي الأستاذ علي فيلاي فإن إدراج هذا المبدأ - نص المادة 140 مكرر 1 - في القانون المدني هو تكريس لنظام التعويض الجديد، الذي ظهر تدريجيا من خلال النصوص الخاصة المختلفة. والجدير بالملاحظة في هذا الشأن أن هذا النظام الجديد الذي يسمى بالتعويض الجزافي أو حق الضرر الجسماني، أو التعويض التلقائي للأضرار الجسمانية هو نظام متميز ومستقل تماما عن نظام المسؤولية في جوانب عدة، منها المدين بالتعويض، الضرر محل التعويض ومقدار وطرق التعويض... الخ، مما يستدعي دراسة هذا النظام الذي يزداد مجاله اتساعا يوما بعد يوم والذي أصبح ينافي نظام المسؤولية المدنية<sup>2</sup>.

فعلى الدولة أن تضطلع بمهمة إنقاذ المتضررين وكفالتهم، طالما أن الدساتير تضمن الحق في التعويض لكل ضحايا المخاطر بشتى أصنافها. فنصت المادة 24 من الدستور الجزائري لسنة 1996 على أن الدولة مسؤولة عن أمن الأشخاص والممتلكات.

إن التزام الدولة في هذا الصدد، يجب النظر إليه باعتباره، وعلى رأي البعض دينا طبيعيا في ذمتها تجاه المتضررين الذين لا يجدون أمامهم ملتزما بالتعويض، أليست هي

1- علي فتاك، مرجع سابق، ص 422.

2- علي فيلاي، الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2007، ص 47.

القائمة على أمن وسلامة الأشخاص وأموالهم<sup>1</sup>؟. فوظائف الدولة الحديثة قد تشبعت وامتدت إلى مجالات كثيرة، ولم تعد مقصورة كما كان الوضع في بداية نشأة الدولة في ظل مفهوم (الدولة الحارسة) عندما كانت مقتصرة على واجبات الأمن الخارجي والداخلي، وإنما أضحت وظائف الدولة تدور حول رفاهية المجتمع وتحقيق أمنه واستقراره في ظل مفهوم (دولة الرفاهية). ومن ثم أمسى هذا الجانب الحمائي في مقدمة الواجبات الأساسية للدولة بمختلف أجهزتها المعنية.

## الفرع الثاني

### الأضرار المادية

إن مضمون الالتزام بالسلامة لا يقف عند الأضرار الجسدية التي تصيب المستهلك بل يمتد ليشمل الأضرار المادية التي تصيب أمواله كاحتراق منزله، أو تلف أثاثه وأجهزته المنزلية أو تحطمها، وعلى الرغم من أن البعض سعى إلى قصر هذا الالتزام على الأضرار التي تلحق بجسد الإنسان دون الأضرار التي تلحق بالأموال إلا أن حصر مفهوم السلامة في نطاق الحفاظ على التكامل الجسدي يجعله مفهوما ضيقا<sup>2</sup>. وبالرجوع إلى نص المادة 9 من التوجيه، نجدها قد أجازت التعويض عن الضرر المادي، وعلّة توسيع نطاق الأضرار التي يجري تغطيتها، أن مدى الكارثة التي يمكن أن تحدث من منتج معيب، يتجاوز غالبا نطاق أضرار الوفاة، والأضرار الجسدية. لأن المنتج المعيب قد يسبب ضررا ماديا جديرا بالحسبان، وعلى ذلك يكون من غير المنطقي عدم المساواة في المعاملة بين الأشخاص المضرورين بخصوص نوعي الضرر المادي والجسدي، ولذلك مدّ المشرع الأوروبي نطاق التوجيه ليشمل أحكام التعويض عن الأضرار التي

1- إن تكليف الدولة بهذا الواجب ينبع من كونها ممثلة للأفراد في الالتزام بالتضامن الاجتماعي وإسعاف المتضررين:

أنظر: قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 398.

2- موفق حماد، مرجع سابق، ص 376.

تصيب الأموال أيضا. إلا أن التوجيه اشترط في المادة 9 منه فيما يخص التعويض عن الضرر المادي ضرورة توفر شرطين، يتمثل الأول في أن يكون الشخص المضرور قد تملك هذا الشيء أو استخدمه في غير أغراض تجارية أو حرفية<sup>1</sup>، ويتمثل الثاني في عدم تعويض المضرور عن هلاك الشيء المعيب بل يتم تعويض ممتلكاته الأخرى التي تسبب فيها الشيء المعيب بإتلافها. أما المشرع الفرنسي لم يأخذ بنص التوجيه، فلم يفرق بين وجهة استخدام المنتج إذا كان لأغراض شخصية أو لأغراض مهنية<sup>2</sup>.

فالمشرع الفرنسي لم يفرق بين المستهلك والمحترف بشأن مسألة التعويض - الأضرار المادية - فنص على المتضرر. ولقد أكدت محكمة العدل الأوروبية على أن هذه المسألة - تعويض المحترف فيما يخص الأضرار المادية التي تصيب المنتج ذات الاستعمال المهني - هي مسألة تقديرية لكل دولة، فلها الإمكانية في أن تقر التعويض أو أنها تتخذ نفس موقف التوجيه<sup>3</sup>. لكن ما يؤخذ على المشرع الفرنسي أنه من جهة، نص على إمكانية تعويض المحترف من الأضرار المادية في نص المادة 1386 - 2 ق.م.ف، ومن جهة أخرى سمح بإمكانية الاتفاق فيما بين المحترفين بوضع شروط مقيدة لمسؤولية

1- وقد انتقد بعض الفقه هذا النص، على أساس وجود حالات كثيرة يصعب فيها التفرقة، بين ما يعد مالا مخصصا للاستهلاك الخاص أو للاستهلاك المهني، وخاصة في الحالات التي يستخدم فيها المال نفسه لأداء الغرضين، كما أن ذلك يؤدي إلى التفرقة بين واقعتين متماثلتين في كل شيء، ولا يختلفان إلا في قصد المضرور من استعمال المال فإنه كان بهدف من استعماله للاستهلاك الخاص انطبق التوجيه، وإذا قصد منه الاستخدام المهني لم ينطبق. انظر: عبد الحميد الدسيطي، مرجع سابق، ص 586.

2-La loi française ne reprend pas cette condition et étend donc le système aux dommages causés à des biens professionnels, il n'est pas sûr que le législateur ait perçu toutes les conséquences d'une telle extension. voir : Calais - Auloy (J), op. cit, p328.

3-Dans une décision du 4 juin 2009, la cour de Luxembourg a affirmé que les dommages dont la réparation est exclue par la directive ne relèvent pas du champ d'application de celle-ci. En conséquence, les Etats membres sont libres de réglementer la réparation de ces dommages comme ils l'entendent, y compris en la soumettant à un régime identique à celui prévu par ailleurs par la directive, concrètement cela signifie notamment que le code civil français peut valablement étendre aux atteintes aux biens à usage professionnel les règles du régime communautaire de responsabilité du fait des produits. Ce qui se traduit à l'article 1386-2 par l'absence de distinction entre les biens à usage professionnel et les biens à usage privé. Voir : BORGHETTI (J.S), «**La mystérieuse obligation de sécurité relative aux biens à usage professionnel**», Recueil Dalloz, N39, 2010, p2630.

المحترف فيما يخص الحق في التعويض حسب نص المادة 1386 - 2/15 ق.م.ف، ومن شأن هذا النص أن يحرم المحترف من الحق الذي اعترف له في نص المادة 1386-2 ق.م.ف، في مثل هذه الحالة فإن هناك تناقضا في موقف المشرع الفرنسي<sup>1</sup>.

إن إجازة المشرع الفرنسي أعمال شروط الإعفاء من المسؤولية فيما بين المهنيين من شأنها إعادة التفرقة الموجودة بين المستهلك والمحترف، التي حاول إغفالها لكنها ظهرت عندما تناول موضوع التعويض عن الضرر المادي للمحترف، وهو أمر مخالف لحكم التوجيه الأوروبي في هذا المجال<sup>2</sup>.

ونشير إلى أنه قد يتسبب عيب المنتج في إحداث الضرر بالمنتج نفسه وبالأموال وفي هذه الحالة نرى تطبيق قواعد المسؤولية الجديدة على الضرر الواقع على الأموال، دون ذلك الواقع على المنتج المعيب الذي تتحرك قبله قواعد المسؤولية الأخرى<sup>3</sup>. فالالتزام

1-BORGHETTI (J.S), la mystérieuse obligation..., op. cit, p2633. Voir aussi : LAMBERT (S), « **La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux** », université de droit d'économie et des sciences d'Aix – MARSEILLE, 2000, p109.

Cette disposition de la loi admettant la validité des clauses est, au regard du droit français, remarquable à deux égards. D'une part, elle permet de valider des conventions sur la responsabilité dans le domaine extracontractuel et d'autre part, elle permet une exonération conventionnelle sans restriction entre professionnelles, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que ces professionnels sont de spécialités différentes.

2-Toutefois, par dérogation au caractère d'ordre public de la loi, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont valables entre professionnels art 1386 – 15 al 2, le texte réintroduit donc sur ce point la distinction entre consommateur et professionnel. Il s'inspire de la jurisprudence relative à la garantie des vices cachés qui autorise ces clauses dans les rapports entre professionnels. Mais la jurisprudence semble n'autoriser ces clauses qu'entre professionnels de la même spécialité. Voir : Caillé (C), op- cit, p7. Voir aussi : ROBERT (J.A), « **La responsabilité du fait des produits défectueux : l'ordonnance du 22 Août 2008** », revue lamy droit civil, N58, 2009. En ce qui concerne les relations entre professionnels, ces clauses limitatives de responsabilité sont en revanche valables si elles restent proportionnées et si elles ne dénaturent pas l'obligation principale. Elles ne sont tout fois pas efficaces en cas de faute dolosive ou de faute lourde. La faute dolosive consiste en la volonté délibérée de ne pas exécuter son obligation. Il s'agit en clair de la mauvaise foi.

3-Exclusion du dommage subi par le produit lui – même le dommage subi par le produit défectueux lui – même ne donne pas droit à réparation (1386 -2) cette exclusion paraît logique puisque la responsabilité du producteur s'applique aux dommages causés par le produit défectueux, ce qui semble exclure le dommage subi par ledit produit l'article 9 exclut du champ des dommages réparables les atteintes aux biens à usage professionnel il serait absurde que la directive autorise l'indemnisation du dommage économique pur .voir : BORGHETTI (J.S) ,op. cit, p487 .

بضمان السلامة يقتصر على الأضرار الجسمانية أو تلك التي تلحق أموال المشتري الأخرى، فهذا هو المجال الطبيعي لأحكام هذه المسؤولية أما الضرر الذي يلحق السلعة ذاتها، والمتمثل في نقص قيمتها بسبب العيب أو تدميرها أو تحطيمها نتيجة لذلك، فيجب أن يظل خاضعا للقواعد الخاصة بعقد البيع أي لقواعد ضمان العيوب الخفية.

فعلى المضرور سواء كان الضرر الذي أصابه جسمانيا أو ماديا أن يثبت الضرر الذي أصابه، ولما كان الأمر يتعلق بواقعه مادية فإنه يجوز إثباتها بكافة الطرق طبقا للقاعدة الشرعية التي تقول أن البينة على من ادعى، وأن الأصل براءة الذمة وعلى من يدعي عكسها أن يثبت ذلك.

وترتبيا على ذلك، فإن المنتجات المضادة للطفيليات الزراعية تحرك مسؤولية المنتج طبقا لقواعد المسؤولية الجديدة إذا ترتب على استعمالها إتلاف المحصول، وعلى العكس من ذلك لو ترتب على استعمالها عدم فعاليتها فإن مسؤولية المنتج، يمكن تحريكها على أساس العيب الخفي أو عدم المطابقة وإذا كان التوجيه الأوروبي قد منع المنتج من وضع شروط التي من شأنها أن تخفف من مسؤوليته أو تعفيه، فإن التوجيه قد وضع حد أدنى للتعويض عن الضرر المادي الذي يصل 500 أورو، وهذا بهدف إقصاء النزاعات التي تكون قيمتها أقل من 500 إيكو الاستفادة من أحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة، والمشرع الفرنسي قبل 2004 كان يعتمد نظام التعويض الكلي عن الأضرار المادية<sup>1</sup>. مثل الأضرار الجسدية مخالفا في ذلك اتجاه التوجيه الأوروبي.

فإذا كان التوجيه الأوروبي قد وضع السقف الذي يجب توافره حتى يقبل النظر في النزاع، فإن المشرع الفرنسي قد تدارك الأمر بحيث عدلت المادة 1386 - 2 ق.م.ف (بموجب المادة 29 من قانون 2004 - 2043) الصادر في 9 ديسمبر 2004 الذي

1-De même, aucune franchise n'est appliquée en matière de dommage aux biens, alors que la directive autorisait un système de franchise pour cette catégorie de dommages, afin d'éliminer les petits litiges, cette franchise était fixée à 500 écus. Voir : Caillé ( C ), op- cit , p6.

يقضي بأن النزاعات المعنية بأحكام مسؤولية المنتج مرتبطة بصدور مرسوم يحدد الحد الأدنى. وبالفعل أصدر المشرع الفرنسي مرسوم 2005 - 113 الصادر في 11 فيفري 2005، الذي اعتمد نفس الحد الذي اعتمده التوجيه الأوروبي المقدر بـ 500 أورو<sup>(1)</sup> كحد أدنى حتى تتأسس مسؤولية المنتج وفقاً لأحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة.

إن التسقيف الذي اعتمده التوجيه الأوروبي (المشرع الفرنسي المادة 2/1386 ق.م.ف) من شأنه إنقاص فعالية النظام الجديد بحيث المتضرر سيلجأ إلى القواعد العامة، مادام أنه لا يستطيع اعتماد أحكام النظام الجديد إذا لم يتوفر فيه شرط السقف (500 أورو).

### المطلب الثالث

#### أن يكون المنتج معيباً

إن النظرية الشخصية التي تقوم على خطأ المسؤول لم تعد تتفق مع التطور الاقتصادي<sup>1</sup>. حيث يبقى عدد كبير من ضحايا حوادث النشاط الاقتصادي والصناعي بدون تعويض وذلك لصعوبة إثبات خطأ المسؤول. فالتطور السريع للتقنيات الاقتصادية زاد في كثرة الحوادث وتوزيعها، فبعد حوادث السيارات والطائرات والسكك الحديدية، أصبحت المصانع تستعمل المواد الضارة، كما تصنع وتسوق منتجات خطيرة ومنها المواد السامة، وقد تتسبب هذه المصانع في تلوث المحيط، وقد تكون مضرّة للسكان الخ، وكان من الصعب جداً في الكثير من الحالات على الضحية إثبات خطأ المسؤول باعتبار أن الضرر من فعل الآلات أو المواد المستعملة وليس من فعل الإنسان<sup>2</sup>.

1-La substitution de la faute par le défaut instituerait une série de nouvelles conditions à vocation objective, qui paraissent loin de révéler l'objectivité attendue en pratique. Voir : THIVER (J-L), op. cit, p9.

2-علي فيلالي، مرجع سابق، ص 40- ص 41.

لقد أصبحت المنتجات الجديدة مصدر خطر للأفراد، وأصبح عرضة للأضرار تهدده في حياته وفي أمواله. لهذا تستوجب حمايته-من خلال تعويضه-، لكن يقع على المستهلك حتى يتحصل على تعويض عما لحقه من ضرر، أن يثبت عيب المنتج. فإثناء إعداد اتفاقية ستراسبورغ أثير تساؤل: هل من الأفضل الإبقاء على فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية المنتجين، أم استبدالها بأفكار أخرى؟. وقد اتفق غالبية أعضاء لجنة صياغة الاتفاقية، على أن فكرة الخطأ كأساس لمسؤولية المنتج - سواء أكان الخطأ واجب الإثبات أم مفترضا - لم تعد تشكل أساسا مرضيا لنظام مسؤولية المنتج، في عصر تطورت فيه التقنيات وأساليب الدعاية والإعلان، الأمر الذي نجم عنه أخطار جسيمة، لا يمكن قبولها من المستهلك، وحدثت تغييرات فقهية وعملية في كثير من الدول، مما جعل اللجنة تعلن عن تأييدها لنظام المسؤولية الموضوعية، أي أنه لم تعد هناك حاجة لإثبات خطأ المنتجين من عدمه، وقد ثار كثير من الجدل بين خبراء لجنة صياغة الاتفاقية، حول تعيين الأساس الأكثر ملاءمة لنظام المسؤولية المطلقة<sup>1</sup>.

فذهب اتجاه من الخبراء، إلى أن أفضل أساس تقوم عليه مسؤولية المنتج، هو عيب منتجه، وهذا الأساس يتميز بأنه يجعل المنتج غير مسؤول عن كل الأضرار التي تحدث بسبب المنتج، لكن فقط عن الأضرار الناجمة عن العيب الذي يكون غالبا السبب الرئيسي للضرر. وقد اعترض فريق آخر من الخبراء على فكرة عيب المنتج، تأسيسا على أنها ستحد كثيرا من حالات مسؤولية المنتج، نظرا لأن المنتج قد يكون غير معيب، ولكنه خطر، وتكون تلك الخطورة هي سبب الضرر، ناهيك عن وجود أضرار كثيرة مجهولة الأسباب، وقد أنتقد ذلك الرأي تأسيسا على أن فكرة الخطر فكرة غامضة، وغير كافية، وذلك يرجع لصعوبة تقرير مدى خطورة المنتج، فهناك منتجات خطيرة جدا بطبيعتها وأخرى تكون كذلك بسبب عيب شابها، أو خطأ في استخدامها والضرر الأكثر خطورة في

1- عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 486.

الغالب، هو الواقع من منتجات غير خطرة بحسب الأصل على اعتبار أن التعامل مع المنتجات الخطرة يتسم دائما بشيء من الحيطة والحذر. وفي النهاية رجّحت لجنة صياغة التوجيه معيار العيب على غيره من معايير مسؤولية المنتج<sup>1</sup>.

وعليه سنتناول تعريف العيب في (الفرع الأول)، والمعيار المعتمد لتحديد عيب المنتج (الفرع الثاني)، وعلى الرغم من كون مسؤولية المنتج موضوعية، فهذا لا يعني أن المتضرر معفى من إثبات العيب (الفرع الثالث).

## الفرع الأول

### تعريف العيب

إن العيب هو حجر الزاوية للمسؤولية عن المنتجات المعيبة، والتعريف الذي أورده التوجيه الأوروبي في المادة السادسة هو نفسه الذي تبناه المشرع الفرنسي في نص المادة 4/1386 ق.م.ف<sup>2</sup> فيكون المنتج معيبا المنتج الذي لا يقدم الأمان أو السلامة المنتظرة شرعا".

تكون السلعة معيبة إذا لم تتضمن الأمان الذي يحق للجمهور أن ينتظره في ضوء جميع الظروف المحيطة. فالعيب في إطار أحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة، له تعريف خاص، ابتعد من خلاله عن المفهوم التقليدي للعيب في القواعد التقليدية كضمان العيب الخفي، أو ضمان عدم المطابقة<sup>3</sup>.

1- عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 487.

2-L'article 1386 – 4 qualifie de défectueux le produit qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, la définition du défaut est identique a celle retenue par la directive et à celle donnée par la loi n 83- 660 du 21 juillet 1983 relative à la sécurité des consommateurs (L 221 – 1 C Com). Elle rejoint également la définition retenue par la cour de cassation.

La notion de « produit défectueux » au sens de la loi est donc une notion spécifique le produit est défectueux lorsqu'il risque de porter atteinte à la santé, OU l'intégrité physique des individus, ou de provoquer la destruction ou la dégradation des biens. Voir : Caillé (C), op- cit, p6. Voir aussi : THIVER (J-L), op. cit, p146.

3- Par essence..... le pronom « on » indique la généralité, l'indéterminisme. En fait, l'objet d'une appréciation du défaut fondée sur les attentes du public aurait pour finalité de contourner l'avis des professionnels.

أولاً: التمييز بين عيب المنتج في إطار أحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة

### و ضمان العيب الخفي

يقصد بالعيب الخفي الآفة الطارئة التي تخلو عنها أصل الفطرة السليمة لمحل التعاقد في العادة، وينقص وجودها من قيمة المبيع أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه<sup>1</sup>.

فلا يحق أن يطالب بضمان العيب الخفي إلا المشتري المتعاقد، ولا يحق لغير المتعاقد أن يطالب به. أما في نظام مسؤولية المنتج عن المنتجات المعيبة فيحق لأي شخص مضرور من السلعة أن يطلب بتعويض الأضرار الناجمة عن عيب السلعة، سواء أكان متعاقدًا مع البائع أو المنتج أم كان غير متعاقد<sup>2</sup>.

فعدم توافر الأمان في السلعة يعرض صحة الأشخاص وسلامتهم البدنية للخطر، أما عدم صلاحية المنتج للاستعمال الذي أعد له فهو يصيب مصالح اقتصادية، واجبه الاحترام بلا ريب، ولكنها أقل أهمية إذا ما قورنت مع كل ما يتعلق بالصحة والسلامة البدنية<sup>3</sup>.

1- يرى بعض الفقه أن تحديد التعريف بدقة بالغة قد يكون عيباً لا ميزة، لأنه قد يؤدي إلى الحد من قدرة القضاء على التعامل مع القضايا المعروضة عليه على أساس كل حالة على حدة.

2- Les obligations du vendeur visent à assurer l'acquéreur de la conformité et de l'usage normal de la chose achetée. Mais la complexité croissante des produits allait de pair avec une dangerosité accrue, qui, elle-même, suscitait un besoin de sécurité. Voir : ANTONMATTEI (P-H) & RAYNARD (J), **Droit civil : contrats spéciaux**, 4<sup>e</sup> édition, Litec, Paris, 2004, p174.

3- Le défaut visé par la directive ne peut recevoir une définition contractuelle à travers la destination envisagée en commun par les parties, puisque la victime peut être un simple tiers, ensuite, il ne s'agit pas d'apprécier de façon générale si le produit est apte à l'usage pour lequel il est mis en circulation mais de façon beaucoup plus précise, de se prononcer sur la sécurité qu'il présente. Voir : GHESTIN (G), op- cit, p118.

لاحظ الفقه بحق أن كلمة "العيب" المستعملة هنا كأساس للمسؤولية عن المنتجات المعيبة، ليست هي ذاتها الواردة في نص المادة 1641 ق.م.ف والمتعلقة بضمان العيب الخفي وبالتالي فإن العيب في مفهوم المادة 1386-4 يقدر بالنظر إلى انعدام السلامة، وليس بالقدرة على الاستعمال فالعيب الذي يكون من شأنه أن يعقد مسؤولية المنتج هو فقط ذلك الذي يعرض للخطر سلامة المستعمل للمنتج، سواء السلامة الجسدية أو السلامة العقلية للمستهلك. أنظر: علي فتاك، مرجع سابق، ص 215.

ويتمثل أثر الضمان القانوني للعيوب الخفية في ثبوت الحق للمشتري في المطالبة إما بالاستفادة من المبيع مع إنقاص الثمن، وإما بفسخ البيع ورد المبيع واسترداد الثمن، وطلب التعويض عما أصابه من ضرر. أما في التزام المحترف بضمان سلامة منتوجاته هو التعويض فقط في حالة ما إذا أصيب المستهلك من عيب المنتج المستهلك.

### ثانيا: التمييز بين عيب المنتج وعدم المطابقة

إن عدم المطابقة يتمثل في عدم احترام المتعاقد لالتزامه في تسليم منتج مطابق للمواصفات التي تعهد بتقديمها للطرف الآخر، فإذا لم تتحقق المواصفات المتفق عليها حتى ولو كان صالحا للاستعمال، فإننا نكون أمام عيب عدم المطابقة<sup>1</sup>. ولم يذكر القانون المدني وقوانين الاستهلاك تعريفا للالتزام بضمان المطابقة<sup>2</sup>.

وإنما اقتصرت قوانين الاستهلاك على تقرير حق المستهلك في الحصول على منتج أو سلعة مطابقة للمواصفات، أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله، والتزام البائع يكون بتسليم المشتري شيئا مطابقا للعقد وإلا ثبت لهذا الأخير الحق في المطالبة بضمان المطابقة. ولقد طالب بعض فقهاء القانون الفرنسي بإدراج ضمان المطابقة كأحد الالتزامات والضمانات التي تقع على عاتق البائع لمصلحة المستهلك، وبمقتضاه أن يكون

1- يعد مصطلح المطابقة من المصطلحات القانونية الدارجة في القواعد القانونية الخاصة بعقد البيع وجوهر هذا المصطلح يعتمد في المقام الأول على المقارنة الفعلية والذاتية لصفات السلعة المتعاقد عليها، مع ما يتضمنه العقد من صفات لها من ناحية أولى، ومع سلعة أخرى من نفس نوعها من ناحية أخرى، وعلى ذلك يمكن القول أن الشكل التقليدي لعيب عدم المطابقة، يتمثل في عدم احترام الوعد، أي الاتفاق المبرم بين البائع والمشتري على مواصفات معينة في السلعة. إن جهاز التلفاز، إذا لم يقدم بعد شرائه صورة جيدة، نقول أن هذا المنتج لم يطابق الرغبة أو التوقع المشروع من مشتريه. أما في حالة انفجاره بدون سبب واضح، فنقول أن هذا المنتج لم يوفر السلامة التي ينتظرها مشتريه منه. أنظر: عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 60.

2- والمشرع الجزائري في القانون المدني قد أشار في المادة 379 إلى إلزامية ضمان البائع الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري دون أن يشير إلى تعريف ضمان المطابقة.

الشيء المبيع مطابقاً للعقد<sup>1</sup>.

فالمصلحة الواجب حمايتها هي مصلحة اقتصادية من خلال دعوى عدم المطابقة، فعدم المطابقة لا يشمل إلا المصالح الاقتصادية، أما نقص الأمان في السلعة فإنه يؤدي إلى المساس بالسلامة البدنية للأشخاص والمصالح المالية، فالعيب في إطار التوجيه يعتبر واسع النطاق إذا ما تم مقارنته مع عيب عدم المطابقة. فالعيب المقصود في هذه المسؤولية هو العيب الذي يعرض السلامة للخطر. وهو مفهوم موضوعي يخالف التوقع المشروع للشخص المعتاد، ولا شأن له برضاء المستعمل أو عدم رضائه. أما في ضمان المطابقة. فإن ذمة البائع لا تبرأ بمجرد تسليم المبيع إذا كان غير مطابق لما اتفق عليه وبالتالي فهو مسؤول حتى ولو لم يسبب المبيع غير المطابق أي ضرر.

إن الأثر المترتب على ضمان المطابقة هو ثبوت الحق للمشتري في طلب التنفيذ العيني، أو الفسخ مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى. ويترتب على فسخ العقد زواله بأثر رجعي، ويعتبر كأن لم يكن، فيرد المشتري المبيع إلى البائع ويسترد الثمن مع التعويض فيما أصابه من ضرر، أما في ضمان السلامة عن عيب المنتج، فهو التعويض فقط للمستهلك المتضرر.

إن الالتزام بضمان العيوب الخفية يتفق مع الالتزام بضمان المطابقة في الطبيعة القانونية والغاية من حيث كونهما التزاماً عقدياً بتحقيق نتيجة، ينشأ من عقد البيع كأحد الالتزامات التي تقع على عاتق البائع ويهدف إلى تيسير تنفيذه، فالبائع يقع عليه التزام بالعلم بعيوب المبيع وإزالتها حتى يتحقق في هذا المبيع الأمان الذي يتوقعه المشتري عند استعماله، والبائع لا يضمن سلامة المشتري في إطار التزام بوسيلة، بل في إطار التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثم فلا يجدي نفعاً أن يثبت أنه بذل العناية الواجبة للتأكد من خلو

1- ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص8.

المبيع من العيوب. فالمسؤولية تقوم متى ثبت وجود عيب بالشيء المبيع وأنه كان سببا للضرر الذي لحق المشتري، بصرف النظر عن علم البائع بالعيب أو جهله به أو حتى بثبوت استحالة علمه به. أما التزام المحترف بضمان السلامة فهو التزام قانوني، خارج نطاق العقد. وهو كذلك ذو طبيعة خاصة - التفصيل في الفصل الثاني حول الطبيعة الخاصة - بالإضافة إلى أن ليس كل ضرر يحل بالشخص ولو كان بسبب المنتج يحرك قواعد المسؤولية الجديدة عن المنتجات المعيبة، بل يجب أن يحدث الضرر بفعل عيب في المنتج، وعلى ذلك إذا لم يحقق المنتج الفائدة المرجوة من وراء استعماله فلا يسأل المنتج طبقا لقواعد المسؤولية الجديدة. وإنما على ضوء قواعد المسؤولية التقليدية عند توافر شروطها.

ويختلف ضمان السلامة عن كل من العيب الخفي أو عدم المطابقة لأنه لا يقدر على ضوء منافع الشيء ولا يفسر بعدم صلاحيته على الوفاء بالاستعمال المطلوب، ولكن يقدر على ضوء ما يسببه من أضرار. وانسجاما مع القاعدة السابقة فإنه في مجال نقل الدم إذا ترتب على عدم تدفئة منتجات الدم أن سمح ذلك بنقل فيروس (Sida) إلى مستخدميه فهذا عيب ضمان السلامة. وعلى العكس من ذلك لو ترتب عدم التسخين والتدفئة مجرد تشويه مميزات منتجات الدم الطبية فقط فمعنى ذلك عدم فعالية المنتج فلا يسأل المنتج على أساس قواعد المسؤولية الجديدة، ولكن على أساس آخر يمكن أن يكون العيب الخفي أو عدم المطابقة<sup>1</sup>.

ما يبرهن على خصوصية فكرة معيوبية المنتج وفقا لأحكام مسؤولية المنتج، هو أن

1- محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص72. أنظر كذلك:

CAUTIER (PY), « Retour aux sources, le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », RDC, juillet 2005, N3, p927.

à la conformité, le trouble dans la jouissance de la chose, aux produits défectueux les atteintes à la sécurité de la personne ou de ses biens. De sorte que s'il ya panne, ce sont les articles 211 - 1 et suivant du code de la consommation qui s'appliquent, mais s'il ya dommage corporel ou matériel, ce sont les articles 1386 - 1 et suivants.

فكرة العيب هنا تنبني فقط على افتقاد عنصر الأمان الذي يمكن بحق أن ينتظر من جمهور المستهلكين، وهو يختلف بذلك عن فكرة العيب الخفي أو عدم المطابقة المقررة وفقا للقواعد العامة المتعارف عليها في مجال الضمان، من حيث أنه يقتصر فقط على العيب الذي يجعل المنتج غير امن ومفضي إلى أضرار تطل الأشخاص والأموال. ولعله المفهوم الذي يتوافق ومسار المساءلة الموضوعي للمنتج، و المرتكز على عنصر المخاطر اللصيقة بعملية الطرح للتداول، وذلك خلافا لعيب عدم المطابقة أو عدم الصلاحية للعمل، والذي يرتبط أساسا بالمشارطات العقدية. كما أكد على هذا التبرير، الأستاذ s.taylor والذي اعتبر أن أحكام الضمان المتعارف عليها في مجال المسؤولية العقدية، إنما سيقت من منظور تعاقدى لمشارطات الأطراف، وهي تبتعد بذلك عن الغرض الحمائي والوقائي لقواعد مسؤولية المنتج عن فعل منتجاته المعيبة.<sup>1</sup>

## الفرع الثاني

### معيار تحديد العيب

إذا كان العيب قد عرف في إطار أحكام المسؤولية عن المنتجات المعيبة، بأنه متى لم تتحقق الرغبة المشروعة للمستهلك من اقتنائه للمنتج، فإن الفقه في غالبته يذهب إلى أن الرغبة المشروعة لمستعمل المنتج لا يجب أن تقدر تقديرا شخصيا<sup>2</sup>.

فلا يجب على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الرغبة الخاصة *Inconcreto* بمستعمل المنتج الضار ولكن تقدر تقديرا مجردا. *In abstracto*. فهي رغبة تتغير حسب درجات السن، الجنس، و ثروات المستعمل.

1- بن طرية معمر، مرجع سابق، ص 131.

2-L'article 1386-4 du code civil qui définit la défectuosité du produit comme une absence de la « sécurité à la quelle on peut légitimement s'attendre » eut pour vocation d'anéantir l'appréciation du comportement du professionnel, l'aléa et des dangers potentiels, en somme, de dépasser la complexité des conditions subjectives des régimes traditionnels l'analyse des actes du fabricant ne représente plus le raisonnement. Voir : THIVER (J.L.), op. cit, p8.

فالقانون الأمريكي هو الآخر على سبيل المثال عرف تحولا في نظام مساءلة المنتج، من نظام قائم على تحليل سلوك المنتج في إطار ما يسمى "بدعوى الإهمال"، إلى نظام للمساءلة موضوعي قوامه "معيوية المنتج". ووفقا للاتجاه الفقهي السائد هناك، والقائل بوجود الطعن في المنتج لا في سلوك المنتج.<sup>1</sup> فمسؤولية المنتج وفقا للتوجيه الأوروبي والتشريع الفرنسي من جهة، وأحكام القانون الأمريكي من جهة أخرى قائمة في مجملها على فكرة المنتج المعيب، حيث يتم تقدير معيوية المنتج وفقا لمرجعية مألوفة في القانون الأمريكي المتمثلة في "توقعات المستهلك العادي من المنتج المعروض للاستهلاك"، أو ما يسمى "بمعيار توقعات المستهلك" والذي يقترب كثيرا من معيار "الرغبات المشروعة لجمهور المستهلكين" المعتمد في التوجيه الأوروبي والقانون الفرنسي.

ولقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 9 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش معيار تقدير عيب المنتج بحيث: "يجب أن تكون المنتوجات الموضوعية للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها، وأن لا تلحق ضرا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه، وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الأخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين" فالمعيار الذي اعتمده المشرع الجزائري - الاستعمال المشروع المنتظر - جاء موافقا للمعيار التي اعتمده المشرع الفرنسي<sup>2</sup>. في حين لم يتناول النص الوارد في القانون المدني الجزائري (140 مكرر) الذي تضمن مسؤولية المنتج، المقصود بعيب المنتج، ولا المعيار الذي يعتمد عليه لتقرير أو لاعتبار المنتج أنه معيب.

1- le droit américain de la responsabilité du fait des produits s'est orienté vers l'émergence d'une action spécifique en responsabilité stricte. Progressivement, il s'est dépouillé de l'exigence de la faute du fabricant et du principe de la relativité des conventions. Voir : MARKOVITS (Y), op.cit, p11.

2- لا يمكن للجمهور أن يتطلب سلامة مطلقة في المنتج أو الخدمة، وأنه من حق المستهلك أن تتوافق سلامته مع الحالة الراهنة للتقنية والعلم، ومع شروط استعمال المنتج أو الخدمة، فإن المشرع الفرنسي ربط تطلب السلامة بقيد المشروعة، أي مشروعية الرغبة في الاستهلاك. أنظر: محمد بودالي، حماية المستهلك...، مرجع سابق، ص 403.

إن مسؤولية المنتج في مجال إنتاج الأدوية، أو منتجات الجسم الإنساني يجب استبعادها إذا كان التوقع المشروع للشخص المعتاد، والمتعلق بضمان المنتج متوافراً<sup>1</sup>. لكن الضرر حدث نتيجة الطبيعة الخاصة لجسم المريض وهو ما يسمى بالضرر الاستثنائي. ولقد أيد القضاء - في فرنسا - هذا الاتجاه فاستبعد مسؤولية المنتج عن الأضرار التي سببها استخدام بعض المراهم. حيث ثبت خلو المنتج من الصفات الخطرة. وما حدث من ضرر كان نتيجة الطبيعة الخاصة لجسد الشخص الذي استخدمه. وفي قضية مماثلة عرضت على القضاء الفرنسي. تتمثل في تعرض السيدة (x)، إلى أعراض مرض (de Guillain barré) عند أخذها لقاح ضد مرض التهاب الكبد في سبتمبر 1995، للإشارة فإن الدواء الذي أخذته السيدة (x) هو، (Vaccin G enhevac) (قد وضع في السوق منذ 1989 من طرف شركة (Société pasteur vaccins). فبعد ظهور أعراض على السيدة (x) طالبت هذه الأخيرة بالتعويض عن الضرر الذي لحق بها، وتم قبول طلبها وحكم لها بالتعويض، بالإضافة إلى تعويض آخر للصندوق الجهوي للحرفيين والتجار لمدينة كورس. لكن الشركة المنتجة للقاح طعنت في القرار الصادر، بحيث أن قضاة الموضوع لم يأخذوا بعين الاعتبار بأن تناول اللقاح يرتب آثار جانبية، وتم الإشارة إليها في النشرة المرفقة بالدواء، فأصابه السيدة (x) Neuropathies périphériques بتلك الأعراض لا تحدث دائماً، فهي قليلة الحدوث، ولا يجعل من المنتج محل النزاع معيب، بحيث لا يتوافق مع حالة السيدة (x). ولهذا السبب تم نقض وإلغاء القرار.

1- محمد بودالي، مسؤولية المنتج...، مرجع سابق، ص39. أنظر كذلك:

Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à la quelle on peut légitimement s'attendre, la formule invite à une appréciation objective, et non pas liée à la personne très précise qui a traité avec le vendeur, derrière le pronom « on » c'est le grand public, version moderne du bon père de famille, qui est visé. Et la sécurité à la quelle on peut légitimement s'attendre, ce qui la encore s'apprécie in abstracto. Voir : LEVENEUR (C), « **La sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre n'est pas absolu** », juris-classeur, contrats – concurrence, consommation, n5,2006 , p22.

فتقدير عيب المنتج يكون وفقا لمعيار موضوعي، دون الالتفات للتوقعات الخاصة بالمضروب<sup>1</sup>.

وهناك من يرى أن الرغبة المشروعة، أو المتوقعة أمر من شأن المستهلكين فقط<sup>2</sup>، إذ ليس من حق المهنيين أن يحددوا ما هو حسن أو رديء لعملائهم. وفي ذات الوقت ليس من حق المستهلك أيضا أن ينتظر أو يتوقع إلا ما هو معقول، في ضوء الظروف الاقتصادية، والحالة التقنية القائمة<sup>3</sup>.

1-Un médicament pourra être considéré comme défectueux, malgré ses effets bénéfiques si le fabricant n'a pas indiqué au consommateur de manière appropriée les effets secondaires indésirables. Les mises en garde doivent en outre être adressé à tous les usagers prévisibles du produit, le fabricant doit mettre en garde non seulement contre les dangers liés à une utilisation normale du produit, mais encore contre ceux qui pourraient résulter d'une possible utilisation anormale dont il a ou devrait avoir connaissance. Voir : LAUDE (A)& LEGOFFIC (C), op. cit, p1417.

إن معظم منتوجات الصحة (الأدوية) يمكن أن يكون لها أعراض جانبية، فلا يمكن لأحد أن ينتظر السلامة المطلقة. فلا يمكن إعلان أن منتج ما معيب وفق لأحكام التوجيه إذا كان ذلك المنتج لم يتوافق مع الوضع الصحي، أو لفئة معينة فقط.

ولما كان مجرد وجود العيب بالمنتج لا يكفي وحده لمساءلة المنتج. بل يجب فوق ذلك تحقق الضرر، فلقد تطلب القضاء في أحكامه المتتابعة ضرورة بيان عيب المنتج والضرر الذي يسببه في نشرة مصاحبة للمنتج ومنذ ذلك بدء التزام ضمان البائع المهني.

مثال ذلك أن يبين في نشرة الدواء الذي يسبب الغثيان أو يحظر على مرضى القلب تناوله لما قد يسببه من نوبات هبوط في القلب، وبعض الأدوية يحظر تناولها لمرض قرحة المعدة لما قد يسببه من نزيف فيجب بيان هذا العيب وما قد يسببه من ضرر. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص47.

2-Quant à l'adverbe « légitiment », il renforcerait la garantie offerte aux personnes de « pouvoir s'attendre à une sécurité satisfaisante du produit alimentaire, selon les travaux préparatoires, l'emploi de cet adverbe devait conférer une interprétation suffisamment floue pour qu'elle soit librement appliquée par tous les Etats européens, de même, l'emploi du pronom personnel « on » dans l'article 1386 – 4 du code civil, désigne les attentes du grand public et non celle du consommateur, ce qui semble confirmer l'hypothèse du caractère souple de l'interprétation de la preuve du défaut au profit de la victime. Voir : THIVER (J-L), op. cit, p145.

3-Le niveau de sécurité doit correspondre à celui auquel le consommateur peut « légitimement s'attendre » cette référence à l'attente légitime du consommateur a pour conséquence d'éliminer toute appréciation souveraine de la sécurité par les professionnels. Il ne leur appartient pas de décider unilatéralement du caractère dangereux ou pas du produit... l'attente du consommateur ne peut être considéré comme légitime que si la sécurité requise est accessible en l'état actuel de la technique et du progrès scientifique. Voir :KAHLOULA (M) & MEKAMCHA, « La protection du consommateur en droit Algérien », première partie, Revue IDARA, 1995, p13.

إن تقدير العيب يخضع للسلطة التقديرية للقاضي. وحرصا من المشرع لتفادي تعسف القضاة وضع الضوابط الموضوعية للسلطة التقديرية للقاضي في تقييم مشروعية التوقع فقد أورد العناصر التي يتحدد بها تقدير السلامة محل التوقع المشروع<sup>1</sup>. ونص التوجيه الأوروبي في المادة السادسة منه. على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار كل الظروف، لا سيما الكيفية التي عرض من خلالها المنتج، استعمال المنتج استعمالا عقلانيا، واللحظة (الوقت) الذي وضع فيه المنتج للتداول<sup>2</sup>. مما يستوجب علينا تناول هذه العوامل.

### • العوامل التي تساعد القاضي على تقدير عيب المنتج:

تناولت المادة 6 من التوجيه الأوروبي، والمادة 4/1386 من القانون المدني الفرنسي مجموعة من العوامل التي تساعد القاضي في تقديره لعيب المنتج. للإشارة فإنها عوامل وردت على سبيل المثال، فيمكن للقضاء عن طريق الاجتهاد الاعتماد على عوامل أخرى بحسب ظروف القضية.

### 1- المظهر الخارجي للمنتج:

يقع على عاتق المنتج التزام بتحذير المستهلك وتوعيته بمخاطر المنتج، ويجب أن يتم الإخطار في مظهر واضح ومحدد للمخاطر التي يمكن حدوثها من المنتج. وبدل على ذلك إشارات عديدة كالمظهر الخارجي للمنتج والبيانات الموضوعية عليه وكذلك تحذيرات

1-Le remplacement de la « faute » par le « défaut » s'exercerait, en application de l'article 6-1 de la directive, par la prévalence de l'appréciation des « circonstances particulières ayant engendré » le défaut de l'aliment. La notion de « fait » instituée par l'article 1386 -4 du code civil. Représente l'ensemble des événements considérés indépendamment du droit. Il peut s'agir de la présentation du produit de l'usage qui peut en être « raisonnablement » attendu du moment de sa mise en circulation.

La notion de « circonstances particulières » doit être appréciée en dehors des améliorations et des innovations que le fabricant aurait pu apporter au produit. Voir : THIVER (J-L), op. cit, p75.

2-علي فتاك، مرجع سابق، ص432 . انظر كذلك: GHESTIN (C), op. cit, p119.

الاستعمال<sup>1</sup>. فيجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم، ووضع العلامات.

فوجد المشرع الجزائري قد وضع على عاتق كل متدخل التزام مراعاة الوضوح بشأن المعلومات التي يحررها فنص في المادة 18 من قانون 09-03 على أنه: "يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

فالوسم يساهم في إيصال أكبر قدر ممكن من المعلومات الضرورية لقيام المستهلك بالاختيار الصحيح، بفضل عدد من المعلومات المتعلقة بالمنتج، نوعيته، سعره، شروط استخدامه، التاريخ المحدد لاستهلاكه، وبعض إجراءات الأمن الواجب احترامها، لذا حتى يكون للوسم فعالية لا بد أن يراعي المتدخل الوضوح لإعلام المستهلك. فيجب أن يكون التحذير ميسور الفهم، واضح الدلالة في بيان المخاطر والوسائل اللازمة للوقاية منها<sup>2</sup>، وهو ما لا يتأتى بداهة، إلا إذا جاء التحذير خاليا من المصطلحات الفنية المعقدة التي

1- فعلى سبيل المثال يجب أن تحتوي نشرة الدواء على تحذير من استعماله في ظروف معينة كتحذير من يعانون من فرط الحساسية من استخدامه مثلا، وبعض الأدوية المسكنة للألم لا يجوز تناولها من قبل من لديهم قرحة المعدة. وهكذا وتطبيقا لذلك قضي بإلزام أحد صانعي الدواء بتعويض المضرور عما أصابه من أضرار وتخلص وقائع الدعوى في أن أحد المرضى استدعت حالته استخدام بعض أمبولات دواء معين. والذي يشترط قبل تناوله تسخين الأمبول لمدة معينة. وفي إحدى مرات التسخين تجاوز المريض المدة المحددة لذلك، مما أدى إلى انفجار الأمبول وتطايرت منه قطع الزجاج فأصابت عينيه وقد أخذت المحكمة على المنتج عدم تحذيره للمستهلك من شدة الانفجار الذي يمكن حدوثه في حالة تجاوز مدة الغليان. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص 51.

2-La référence première au critère de la présentation révèle l'importance de l'information délivrée par le producteur sur les dangers attachés au produit. Elle invite, notamment à tenir compte des informations figurant sur le mode d'emploi ainsi que sur les notices de présentations des produits de santé. Il en résulte que l'appréciation du caractère defectueux d'un médicament se fait en tenant compte de l'information relative aux effets indésirables délivrée sur la notice. Voir : BACACHE-GIBEILI (M), **Traité de droit civil : les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle**, tome 5, 2 édition, economica, paris, 2012, p783.

يتعذر على غير المتخصص فهمها. والغرض من هذا الشرط هو تمكين المشتري من استيعاب المعلومات التي يقدمها المنتج إليه، وإلا ما كانت لهذه المعلومات فائدة حقيقية، ولما حققت الهدف المقصود منها. وقد أحسنت محكمة الجناح الفرنسية بليون في هذا الصدد التعبير عن هذا الالتزام في القضية المشهورة (SINQ- SEPT)) وملخصها أن حريقا شب في مرقص راح ضحيته 150 شخصا. اتضح أن سبب الحريق كان استعمال مادة شديدة القابلية للاشتعال في طلاء جدرانه، دون أن ينبه منتج هذا الطلاء مستعمليه لاتخاذ التدابير اللازمة للوقاية من خطورته، وقررت المحكمة أنه "يجب على كل شخص يصنع أو يبيع أو يدخل بأية طريقة إلى دائرة استهلاك مواد أو أشياء يمكن أن تمثل خطرا، أن ينبه إلى هذا الخطر، ويحدد ويوصي بالاحتياطات الضرورية لكل مستعمل وعلى ذلك فتسليم مادة خطيرة دون بيانات إرشادية مرفقة بها تتضمن تحذيرا كاملا، صريحا، ومفهوما لكل المستعملين مكونا لجريمة الإهمال وفقا للمادة 319 من قانون العقوبات الفرنسي<sup>1</sup>.

فالإعلام الصادر من المحترف أو المؤسسات هو في نفس الوقت إعلام خطير وضروري، لأن من شأن انفراد المحترف بالعلم بالمنتجات أو الخدمات التي يعرضها في السوق أن تجعل من الإعلام المطلوب منه إعلاما جذابا ومغريا يهتم بذكر محاسن السلع والخدمات، بغض النظر عن عيوبها التي لو علمها المستهلك لامتنع عن التعاقد. من هنا وجب على المحترف أن يقدم إلى المستهلك أو المشتري العادي إعلاما حقيقيا موضوعيا، والذي يعجز الإشهار أو الإعلان عن تقديمه<sup>2</sup>.

1- كجار سي يوسف زاهية، "المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون، جامعة تيزي وزو، 2005، ص151.

2- بودالي محمد، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات، مكتبة الرشد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص9.

وإلى جانب البيانات الإلزامية التي يجب قانونا للبائع المنتج تقديمها للمستهلك لتمكين هذا الأخير من التعبير عن إرادة واعية وحررة، يجوز للبائع أيضا تقديم بيانات أو معلومات إضافية تتعلق بترقية تلك المنتجات والخدمات لإغراء المستهلك ودفعه على اقتنائها وإن فعل البائع أو المنتج ذلك، ترتب على عاتقه التزامات إضافية تتمثل في وجوب تقديم بيانات صحيحة ونزيهة، كما يجب عليه احترام المصطلحات الرسمية المستعملة في الميدان الاقتصادي، وكذلك المقاييس والمواصفات حتى ولو لم تكن معتمدة<sup>1</sup>. والقضاء الفرنسي في حكم لمحكمة النقض صادر في جويلية 2009 في قضية بين سيدة وشركة باستور MSD بحيث وزعت لقاح ضد الالتهاب الكبدي **vaccination anti-hépatite B** بحيث عانت من عوارض (ظهور بقع) في حين أشار قاموس ليدال بأن الوصفة المرفقة باللقاح حاليا يجب أن تشير فيه إلى مثل هذا العارض، لكن المنتج أهمل الإشارة إلى هذه المعلومة. واعتبرت محكمة النقض أن المنتج ليس مذنب لأنه وزع هذا المنتج، ولكنه مذنب لأنه لم يشر إلى إمكانية حدوث بقع نتيجة أخذ اللقاح<sup>2</sup>.

وذهبت محكمة روان - بصدد المنتجات الدوائية - إلى أنه لا يكفي التحذير بأنها لا تستخدم إلا بأمر الطبيب دون ذكر أنها مواد سامة أو حارقة، بل يجب على المنتج أيضا إخبار المستهلك المريض عن مدة صلاحية الدواء للاستعمال، والأضرار التي تتجم عن تعاطيه لمدة طويلة أو بجرعات كثيرة، وآثاره الجانبية، والحالات التي يمنع تعاطيه

1-أما زور لطيفة، "التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعية للالتزام بالتسليم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد3-2009، ص97.

2-Ce qui est reproché au producteur du vaccin non pas d'avoir commercialisé ce produit (ce vaccin) est d'ailleurs toujours disponible sur le marché, et la vaccination contre l'hépatite B est toujours recommandée par l'organisation mondiale de la santé mais de n'avoir pas fait figurer dans sa notice de présentation la poussée de sclérose en plaques au nombre des effets secondaires indésirables possibles. Voir : LEVENEUR (L), « **Responsabilité du fait des produits défectueux: la notice de présentation actuelle d'un vaccin suffit-elle à démontrer l'insuffisance de la notice antérieure** », juris classeur, contrat- concurrence- consommation, novembre, 2009, p23.

فيها وضرورة أن يكون استعماله تحت إشراف طبي وكيفية الاحتفاظ به بعد فتحه... الخ<sup>1</sup>.

## 2- الاستعمال دون إفراط:

يجب على المنتج أن يتوقع استخدام المنتج بطريقة سيئة، وبناء على ذلك يجب عليه ضبط عملية التعبئة خاصة للمواد الخطرة<sup>2</sup>. بحيث تمر بعدة مراحل قبل فتحها من الأطفال أو حتى الكبار العابثين، وحتى يعفى المنتج من المسؤولية لا بد أن يكون الاستعمال الخاطئ للمضروب قد لعب دورا كبيرا وهاما في إحداث الضرر، ويأتي ذلك من الاستخدام غير الطبيعي للمنتج بدرجة تجاوز التوقعات. يجب على المنتج أن يحرص على كمال التحذير على وجه الخصوص بالنسبة للمنتجات التي تتطوي على درجة عالية من الخطورة، كالمنتجات السامة والمنتجات القابلة للاشتعال، والمنتجات الدوائية، وكذلك المنتجات المحفوظة أي المصبرة، فقد كانت محكمة النقص الفرنسية صريحة في كون التحذير يجب أن يكون كاملا بالنسبة لهذه المنتجات وبالنسبة للمنتجات السامة، قضت هذه المحكمة بأنه "إذا أصيب مزارع بعجز دائم في عينيه نتيجة لتطاير بعض ذرات من المادة المقاومة للطفيليات بفعل الريح، فإن المنتج يكون مسؤولا عن هذه الإصابة، ولا يمكنه التحلل من المسؤولية إذا استند إلى قيامه بلفت انتباه العملاء إلى ضرورة غسل الوجه واليدين بعد استعمال هذه المادة وعدم تركها فترة طويلة على الجلد، إذ كان يتعين عليه أن يبين لهم على وجه الدقة وبكل وضوح مخاطرها الجسيمة على العينين حتى يتسنى لهم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنبها.

وعلى المقتني أن يستعلم فيلتزم بأن لا يبقى في موقف سلبي، فعليه أن يكتسب حدا

1- كجار سي يوسف زاوية، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص 147 - ص 149.

2-Un produit dangereux peut ne pas être défectueux dès lors que l'information relative aux dangers d'utilisation et aux effets indésirables est correctement délivrée. Voir : BACACHE-GIBEILI (M), op.cit, p783.

من المعلومات وعليه التدقيق في المنتج، بفتح الغلاف، وتجريب الشيء، تشغيل الجهاز... الخ. فلا بد أن يكون المقتني رجلاً حريصاً مهتماً بمصالحه لأن الحماية لها حدودها رغم أن هناك قرينة قانونية على جهل المشتري بالشيء، إلا أنه عليه أن يسعى إلى الاستعلام، فلا يجوز للمشتري أن يتذرع وراء عدم علمه في جميع الحالات اللهم إلا إذا كان خطأ مشروعاً يمكن قبوله.

وتقدير هذه المعرفة تكون من اختصاص قاضي الموضوع وذلك بالنظر إلى الشخص المستهلك وظروف الإعلام. وإذا سلمنا بأن المستهلك هو الطرف الضعيف فقد لا يوجد البائع المنتج أو الموزع في وضعية الطرف القوي لأنه يمكنه أن يجهل الكثير تبعاً للظروف والأحوال، سواء لأن المشتري لم ينبه البائع على احتياجاته أو لأنه لا يمكنه أن يعرف نظراً لظروف خارجية تعود للحالة التقنية للمنتج.

إن البائع قد لا يعرف احتياجات المستهلك وما يؤول إليه هذا المنتج وبالتالي يستوجب الأمر على المشتري إحاطة علم البائع عن الاستعمال الخاص الذي ينوي القيام به، وإذا كان المستهلك قد استعمل الشيء لغير الغرض المخصص له أو كان استعمال الشيء غير مطابق لطبيعته تسقط عليه دعوى الضمان<sup>1</sup>.

### 3 - الفترة (الوقت) الذي وضع فيه المنتج للتداول:

إن ظهور منتج جديد أكثر فعالية من منتج قديم لا يجعل من المنتج القديم معيباً فلا يتم النظر إلى مقدار الفائدة، ومقدار الخطر من استعمال المنتج. لاعتباره منتجاً معيباً<sup>2</sup>.

1- أمازور لطيفة، مرجع سابق، ص 98.

2-L'appréciation de la sécurité à laquelle on peut « légitimement » s'attendre ne soit pas remplie à partir du moment où le risque couru est excessif par rapport aux bénéfices que l'on peut espérer en utilisant le produit. Voir : Boutonnet (M), op, cit, p469.

أنظر كذلك: جابر محبوب علي، مرجع سابق، ص 284.

هذه الحادثة le fait générateur فإن المشرع الفرنسي يوجب على المضرور إقامة الدليل على الحادثة المؤدية لقيام المسؤولية والسلعة تكون معيبة Le défaut du produit لا تتمثل في خطأ في تصميم السلعة أو في تصيغها، وإنما تتمثل في عيب السلعة إذا لم تتضمن الأمان الذي يحق للجمهور أن ينتظره، في ضوء جميع الظروف المحيطة (ومنها تقديم السلعة، والاستعمال المنتظر، ولحظة طرحها في التداول) وعلى العكس فلا يعد المنتج معيباً لمجرد أن منتجاً آخر أتقن منه، قد طرح في التداول فيما بعد.

نستخلص بأن المتضرر لا يثبت عيب المنتج باستناده إلى خطأ المنتج في تصنيعه لمنتوجه، لأن مثل هذا الإثبات يخرجنا من نطاق هذه المسؤولية ويدخلنا في نطاق العيوب الخفية<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث

#### إثبات عيب المنتج

إثبات عيب المنتج شرط مقيد لقيام مسؤولية المنتج، إذ لا يكفي وقوع الضرر بسبب المنتج لقيام المسؤولية بل لا بد من إثبات وجود عيب بالمنتج بمعنى أنه لا يمكن القول بحتمية أن المنتج معيب. إلا أنه لا يطالب بإثبات قدم العيب مثل ما هو الوضع في دعوى ضمان العيوب الخفية، أين يشترط على المشتري أن يثبت قدم العيب<sup>2</sup>.

فعلى الرغم من أن مسؤولية المنتج موضوعية، ومع ذلك يجب على المضرور إثبات عيب المنتج. ويبدو هذا العبء ثقيلًا خاصة فيما يتعلق بالنواحي الفنية التي قد يجهلها المضرور<sup>3</sup>.

1-Le « défaut de conception » n'apparaît réellement fondamental dans les mécanismes d'appréciation de la défectuosité « objective » des produits, qui semble ne requérir, selon la jurisprudence, que la preuve d'un danger provenant d'un des principes actifs du produit.

La solution sur la preuve d'un « défaut de conception » se rapprocherait davantage de la notion de « vice » en ce qu'elle requerrait une analyse in concret des anomalies du produit, alors que les principes probatoires de la loi du 19 mai 1998 s'appuieraient surtout sur des éléments externes au produit. La dangerosité, l'absence de sureté, la sécurité à la quelle on peut s'attendre, N'y aurait –il pas lieu d'observer que, dans tous les cas, le consommateur est supposé devoir faire confiance au professionnel, à sa compétence et à son sérieux ?. Voir : THIVER (J-L), op. cit, p103.

<sup>2</sup>On sait que la mise en œuvre de la garantie des vices cachés il appartient au demandeur de faire la preuve de l'antériorité du défaut par rapport à la livraison. Cela revient à mettre à la charge du consommateur les frais d'expertises souvent complexes et toujours coûteuses. Ce n'est cependant qu'après de longue discussions que, d'abord à Strasbourg puis à Bruxelles, le principe a été admis de mettre cette preuve à la charge du producteur, la justification de ce choix tient au fait que le dernier sera généralement le mieux à même d'établir que son produit ne comportait aucun défaut lorsqu'il a été mis en circulation. Voir : GHESTIN (J), de la responsabilité du fait des produits défectueux....op.cit, p1209.

3-L'appréciation « objective de la qualité des aliments au sens des dispositions des articles 1386-1 et suivants, se fonde en effet sur l'activité, le secteur commercial ou industriel et non plus sur la faute du fabricant. Voir : THIVER (J-L), op. cit, p70.

إضافة إلى أن المعرفة العلمية قد تكون محدودة بحيث لا تسمح باكتشاف العيب عند حدوث الضرر، فكيف يتمكن المتضرر من إثبات عيب منتج والوسائل أو اليقين العلمي لم يكتشف ولم يتحقق بعد من وجوده<sup>1</sup>.

حقيقة أن التقدم العلمي قدم للبشرية سلعا أكثر رفاهية وجعلها أكثر رخاء، إلا أن هذه السلع تحمل في ذات الوقت أخطارا تهدد حياة الناس. وقد لا يكون من الممكن اكتشافها في حدود المعرفة الفنية السائدة وقت الإنتاج، أو وقت طرح المنتج للتداول.

فعبء الإثبات يقع على عاتق المدعي (المتضرر)، على أساس أن العيب يأتي على خلاف الأصل، فالأصل براءة المنتج من العيب، ومن يدعي خلاف الأصل وجب عليه إثبات ذلك. والمدعي غير ملزم بإثبات قدم العيب، على خلاف ما عليه الأمر في الالتزام بالضمان، وإنما يكفي أن يثبت الضحية أنه في لحظة الضرر، الشيء لم يمنحه السلامة التي يمكن توقعها قانونا<sup>2</sup>.

وبأن الأمر الأخير تسبب في إحداث الضرر، والمدعي غير ملزم أيضا بإثبات علم المتدخل بالعيب. وإجراء الخبرة أمر ضروري لإثبات أن المنتج معيب، بكل ما سيواجهه من تكاليف، ومحدودية الإمكانيات للمعرفة العلمية التي قد تحول دون اكتشاف العيب كما

1-.....L'incertitude des connaissances scientifiques et techniques est exclusive du défaut de Sécurité, l'état actuel des techniques ne comprenant que ce qui est certain, l'incertitude ou, en d'autres termes équivaut à une absence de défaut, d'autre part le défaut d'utilisation du produit, si celle - ci sont en accord avec l'état des connaissances scientifiques, l'utilisateur doit s'y conformer et ne peut reprocher un défaut du produit. Elles prouvent directement l'absence de défaut. Voir : Boutonnet (M), op.cit, p469. Voir aussi : BORGHETTI (J.S), op.cit, p515.

Toutes les lois de transposition affirment à l'instar de la directive que la victime ou la personne exerçant l'action en responsabilité doit prouver le défaut, le dommage et le lien de causalité entre ces deux éléments. Seul le droit Italien a complété cette règle, de manière très heureuse au demeurant, en prévoyant que, s'il apparait vraisemblable que le dommage a été causé par un défaut du produit, le juge peut ordonner que les frais d'expertise soient avancés par le producteur.

2-درع حماد، "المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين، المجلد 9، العدد 16، 2006، ص206.

سبق الإشارة إليه آنفا<sup>1</sup>.

فعلى سبيل المثال إذا تناول شخص أغذية كانت سببا في حدوث له تسمم، قد يكون في الحين أو على مدى طويل، فكيف يمكن أن يثبت بأن ذلك المنتج دون الآخر هو الذي كان السبب في حدوث ضرر. وكيف له أن يثبت سبب التسمم الذي حدث له بالتدرج. أنه قد تناوله بشكل مستمر لعدة أشهر أو عدة سنوات<sup>2</sup>.

والقضاء الفرنسي في معالجته للقضايا أين يكون الدواء هو محل النزاع، نجده يخفف من عبء الإثبات الذي يقع على عاتق المتضرر<sup>3</sup>، حيث المحكمة قد أعفت المتضرر من عبء الإثبات، واعتبرت بأن الضرر الحاصل يرجع إلى غطاء الدواء الغير قابل للهضم. بدون أن تطالب المتضرر بأي إثبات<sup>4</sup>.

إن تكليف المدعي المضرور بإثبات عيب السلعة قد يؤدي إلى ضياع حقه في التعويض لصعوبة إثبات ذلك في أغلب الأحوال نظرا للتعقيدات الفنية التي تكون عليها معظم المنتجات مع عجز المستهلك في الأصل. ونقص إمكانياته في هذا الشأن، لذلك وحماية للمضرور باعتباره الطرف الضعيف في علاقته مع المنتج، فإنه يتعين إعفاؤه من

1-La difficulté viendra pour la victime d'établir le défaut du produit, ce sera bien souvent évident, sinon qu'une expertise sera presque toujours nécessaires mais dans les cas limités. Voir : Beauchard, (J), op.cit., p342.

2-Et que la réside la cause du dommage dont la réparation est demandée. Voir : GENES (B), op - cit, p219.

3-.....Les médicaments, parmi les produits de santé, sont ceux dont le contentieux est le plus vif dans l'actualité juridique. La rigueur de la jurisprudence quant à l'exigence de preuve du défaut pourrait décourager les victimes voulant intenter une action en justice contre les professionnels de la santé. Voir : KHEIRBEK (L), « **Les fonctions de responsabilité du fait des produits défectueux entre réparation et prévention** », presses universitaires d'Aix - MARSEILLE, 2011, p142.

4-Dans un arrêt du 3 mars 1998, alors que le pouvoir reprochait à la cour d'appel de n'avoir pas caractérisé le défaut du médicament, puisque ce dernier possédait un effet thérapeutique conforme aux données acquises de la sciences et ne présentait pas de dangers supérieurs à l'effet thérapeutique escompte, la cour de cassation rejette ce moyen en déclarant que le préjudice de la victime était imputable aux caractéristiques de l'enveloppe non digestible du comprimé or, sans aller jusqu'à soutenir que cet arrêt met fin à l'exigence de la preuve du défaut, on peut au moins y avoir un assouplissement de l'objet de la preuve, la victime se contente de prouver l'anormalité du dommage pour démontrer le défaut. voir : Boutonnet (M), op.cit., p471.

إثبات عيب السلعة وإلقاء تبعه ذلك على المنتج، ومن في حكمه، وذلك بتكليفه هو بأن يثبت أن السلعة تتوافر فيها درجة الأمان المشروع لسلامة المستهلك، أي أنه بمجرد وقوع الضرر بالمستهلك تقوم قرينة على أن المنتج معيب أي لا يتوافر فيه درجة الأمان المشروع لسلامة المستهلك ويقع على ذلك المنتج عبء إثبات نفي هذه القرينة<sup>1</sup>.

## المطلب الرابع

### إثبات علاقة السببية بين الضرر والعيب

إن المعنى العام لعلاقة السببية في ظل التوجيه الأوروبي يختلف عن معناه العام في القواعد العامة التقليدية، إذ أن التوجيه يربط بين الضرر والعيب، في حين تربط القواعد التقليدية بين الضرر والخطأ. ونظرا لأن العيب لا الخطأ أصبح هو الركن الثالث للمسؤولية بعد الضرر، فلذلك يتحمل المدعي المضرور عبء إقامة علاقة السببية بين العيب والضرر، بإثبات أن عيب المنتج هو الذي تسبب في إيقاع الضرر به. وذلك سيؤدي إلى المساس بحقوق ضحايا المنتجات المعيبة، ففي أغلب الحالات يصعب على المتضرر إثبات علاقة السببية<sup>2</sup>.

لقد جعل المشرع الأوروبي عبء إثبات علاقة السببية بين العيب والضرر، على عاتق المستهلك وأمام صعوبة إثبات علاقة السببية، تم افتراض قرينة قانونية مفادها أن

1- طه عبد المولى، مرجع سابق، ص458.

2- عبد الحميد الديسبيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص648. أنظر كذلك:

- La loi du 19 mai 1998 n'a pas dispensé la victime de faire la preuve du lien de causalité entre la défectuosité du produit et le dommage selon une jurisprudence constante et en application des principes de sécurité juridique et de prévisibilité, le lien de causalité devrait être certain, direct et immédiat. Voir : BUFFELAN- LANORE (Y), op. cit, p836. Voir aussi : THIVER (J- C), op. cit, p189. Le rôle de la preuve du lien de causalité classique entre le dommage et la faute ne saurait suffire à déclencher, comme l'esprit de directive du 25 juillet 1985 le prescrit, la responsabilité de plein droit du professionnel. Le consommateur victime se voit contraint de démontrer la cause génératrice du dommage qu'elle allègue la causalité supporterait la preuve d'une exécution défectueuse d'une obligation de sécurité ayant généré une atteinte.

العيب يعتبر موجودا في السلعة عند إطلاقها في التداول. فهذه القرينة بسيطة يمكن نفيها بإثبات المنتج خلو السلعة من العيب وقت إطلاقها في التداول. هذا هو العنصر المادي الذي تقوم عليه علاقة السببية. لكن إلى جانب ذلك، هناك عنصر معنوي والذي يتمثل في كون السلعة طرحت بإرادة المنتج بمجرد التخلي عن حيازتها. لكن يمكن للمنتج أن يثبت عكس ذلك، بأن يثبت أن السلعة لم يطرحها للتداول بإرادته، بل طرحت من قبل شخص سرقها أو شخص مودعا لديه أو من قبل مخبر<sup>1</sup>.

فليس مجرد إدعاء المضرور بحدوث ضرر من سلعة ما، تعتبر السلعة معيبة. إلا أن القضاء الفرنسي في القضايا المتعلقة بالأضرار الناتجة عن تناول بعض الأدوية، اعتمد قرينة لصالح المستهلك بحيث خفف من عبء الإثبات الواقع على المستهلك<sup>2</sup>.

واعتبارا أن المسؤولية المدنية غايتها التعويض المدني لا العقوبة، يتعين النظر فيها إلى المصاب وما أصابه من ضرر وأن حمايته واجبة قانونا لا النظر إلى مسلك الفاعل. فمتى ثبت أن الضحية قد أصابه الأذى في حق من الحقوق الرئيسية دون وجه حق. كان المتسبب في هذا الضرر مسؤولا عنه بقطع النظر في مسلكه ما دام هو ليس في حالة من الحالات التي يخول له فيها القانون المساس بحق غيره، وذلك لأن كل حق يقابله واجب يفترض على الكافة أن يحترموه ولأن المساس بحق للغير فيه خرق للواجب المقابل لهذا الحق. وبالتالي فهو موجب للضمان بذاته دون حاجة إلى البحث في المسلك الذي أدى إليه، ما دام القانون لم يخول مرتكبه الحق في ارتكابه، أو بعبارة أخرى ما دام

1- سي يوسف زاهية، تعليق على أحكام المادة 140 مكرر قانون مدني...، ص73.

2-La cour de cassation dans une décision du 27 février 2007 toujours à propos du vaccin contre l'hépatite B et de la sclérose en plaques la première chambre civile a souligné, pour écarter l'imputabilité, que « le risque lié à la vaccination contre l'hépatite B n'était pas avéré » on remarquera que dans cette décision, elle n'exige pas la preuve que la vaccination est la cause de la maladie, elle exige seulement la preuve scientifique de l'existence d'un risque. Elle ne remet donc pas fondamentalement en cause. L'idée que l'imputabilité du dommage au produit puisse reposer sur des présomptions. Elle n'exige pas une preuve scientifique absolue. Voir : BUFFELAN – LANORE (Y), op. cit, p840.

القانون لم يلزم المضرور بتحمل هذا المساس بحقه.<sup>1</sup>

لكن أمام كل هذا على المتضرر أن يثبت علاقة الضرر الذي أصابه بالعيب الذي لحق بالمنتج، على عكس ما كانت عليه القواعد التقليدية التي كانت تربط الضرر بالخطأ، ونظرا لأن العيب لا الخطأ أصبح هو ركن لقيام مسؤولية المنتج، فعلى المدعي المضرور أن يتحمل عبء إقامة علاقة السببية بين العيب والضرر، بإثبات أن عيب المنتج هو الذي تسبب في إيقاع الضرر به. ونظرا لصعوبة إثبات علاقة السببية، يمكن للقضاء الاستعانة بخبير، حيث يصعب على المريض إثبات العيب الموجود في المنتجات المعقدة كالأدوية خاصة وأن هذه الأخيرة عبارة عن مركب معقد وله أسراره الخاصة التي لا يستطيع فك رموزها وحل شفراتها إلا المتخصص، وقد ذكر البعض أن إثبات علاقة السببية في المواد الصيدلانية أو الدوائية ليس أمرا سهلا وواضحا لذلك أول ما تلجأ إليه المعامل الدوائية هو الدفع بعدم توافر علاقة السببية، حتى لا تقوم مسؤوليتها.<sup>2</sup>

1- عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية: الفعل الضار، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص47.

2- شحاتة غريب شلقامى، مرجع سابق، ص62. أنظر كذلك:

LETOURNEAU (PH), op.cit, (édition 2011), p131.

La nécessité de la preuve du lien de causalité n'a pas seulement pour effet de rendre plus difficile la mise en œuvre de l'action de la victime (nécessitant des expertises judiciaire) elle offre aussi aux défendeurs, c'est-à- dire aux producteurs (entendus largement) et aux fournisseurs professionnels, de larges possibilités d'échapper à leur responsabilité. Or, la causalité scientifique est distincte de la causalité juridique. La première recherche la connaissance objective, la seconde recherche le juste. Toutefois, lorsque la causalité scientifique n'est pas établie, la cour de cassation estimait qu'il ne saurait y avoir de causalité juridique.

## الفصل الثاني

### النظام القانوني لمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة

إن الهيمنة الاقتصادية التي يتمتع بها المحترف ليست السبب الوحيد لخضوع المستهلك، فهذا الخضوع له سبب آخر يتمثل في عدم قدرة المستهلك على الاستغناء عن المنتجات أو الخدمات، وعدم استطاعته كشف ما تتضمنه من قصور أو عيب. ذلك أن مسيرة التقدم الصناعي الهائل وما استتبعها من تغلغل المنتجات الصناعية في شتى مناحي الحياة أصبح الاستغناء عن تلك المنتجات أمرا صعبا، لذا أصبح التزام المحترف بضمان السلامة أمرا ضروريا أكثر من أي وقت مضى، فإذا كان الفقه قد أكد منذ مدة وجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع، فإنه ظل يخضعه لقواعد ضمان العيوب الخفية وكان للقضاء الفرنسي الفضل في تأكيد استقلال الالتزام بضمان السلامة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، وتدعم استقلالية هذا الالتزام بفضل التوجيه الأوروبي 85- 473 بحيث أوجد لهذا الالتزام خصائص وطبيعة قانونية تميزه عن غيره من الأنظمة (المبحث الأول)، بالإضافة إلى أحكام خاصة لدعوى مسؤولية المنتج (المبحث الثاني).

## المبحث الأول

### خصائص التزام المنتج بضمان السلامة وطبيعته القانونية

إن الهدف من صدور قواعد المسؤولية الجديدة هو تحقيق أقصى حماية للمضرور، ولمواجهة التطور الهائل في إنتاج السلع كان لزاماً أن يقابل ذلك قواعد للمسؤولية تتناسب مع هذا الهدف. حتى يتسنى للمضرور الحصول على حقه في التعويض عن الأضرار الناجمة عن عيب المنتج. لكن هناك من يرى (نساندهم في الموقف) أن مسؤولية المنتج إن كانت حقيقة مسؤولية بقوة القانون، أين نجد المتضرر يعتمد على قرائن لإقامة مسؤولية المتسبب، باعتبارها مسؤولية مفترضة، إلا أن المتضرر في هذه المسؤولية عليه أن يثبت عيب المنتج، الضرر والعلاقة السببية بين الضرر والعيب<sup>1</sup> الأمر الذي ينقص من فعالية هذا النظام (مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة).

معرفة خصائص وطبيعة الالتزام بضمان السلامة لهما أثر مهم فيما يتعلق بإثبات مسؤولية المنتج عن الضرر الواقع، نتيجة استهلاك أو استعمال المنتج. لذا خصصنا دراسة خصائص الالتزام بضمان سلامة المنتج في (المطلب الأول)، الذي يعتبر تمهيداً لتحديد الطبيعة القانونية للالتزام المنتج إن كان التزم ببذل عناية أو التزم بتحقيق نتيجة أم هو التزم ذو طبيعة خاصة (المطلب الثاني).

1-L'expression responsabilité de plein droit fait référence habituellement à des responsabilités présumées, où la victime est aidée dans démarche de mise en œuvre de la responsabilité par des présomptions or ici, rien de tel, la responsabilité repose sur les trois constantes habituelles, un fait générateur, le produit défectueux, un dommage et un lien de causalité entre les deux et la victime doit faire la preuve de trois éléments. Cette preuve est souvent particulièrement lourde et difficile à faire.

Voir : BUFFELAN-LANORE (Y) & LARRIBAU- TERNEYRE (V), **Droit civil : les obligations**, 12 éditions, Dalloz, paris, 2010, p830.

## المطلب الأول

### خصائص الالتزام بضمان سلامة المنتج

إن الالتزام بضمان السلامة، فكرة وليدة الحاجة، تمثلت هذه الأخيرة في ظهور أضرار لا تستوعبها النصوص السارية المفعول وقتئذ، فجاء التوجيه الأوروبي بأحكام تتميز عن القواعد التقليدية معتمدا فيه على مسؤولية موضوعية. فكان لتبني نظرية المسؤولية الموضوعية باعتبار أنها تولد تعويض مالي عن الضرر للغير، وأنها لا تهدف إلى معاقبة مرتكب الخطأ الشخصي وردع المذنب المخطئ، وإنما تهدف أساسا إلى جبر الضرر ورفع عبئه عن المضرور<sup>1</sup>.

وتتوحد قواعده في مواجهة من تلحق به المنتجات أضرارا مادية أو جسدية، فيبني هذا التوجيه باعتباره خطوة تشريعية هامة للقضاء على الاختلاف في مواجهة من يصيبه الضرر. والمشرع الفرنسي في المسؤولية عن المنتجات المعيبة وكذا التوجيه الأوروبي لم يأخذا بنظرية تحمل التبعة على إطلاقها لإقامة مسؤولية المنتج، فهو لم يكتف لإقامة هذه

1-... وقد ارتبط تطور المسؤولية بتطور التأمين، فقد ساهم نظام التأمين من المسؤولية في تغيير مفاهيم المسؤولية المدنية الخطئية وتحولها إلى نظام قانوني يقصد به توفير حماية فعالة للمضرور، بحيث يكون محدث الضرر ملتزما بإصلاحه وجبره دون حاجة لإثبات الخطأ من جانبه، والتأمين يوفر ضامن مليء موسر قادر على الدفع من ناحية، ويرفع عن كاهل محدث الضرر عبء التعويض، فهو يوفر ضمانا فاعلة لصالح المضرور، وتخفيف آثار المسؤولية عن محدث الضرر. أنظر: فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص70-71.

Toute l'évolution objective de la responsabilité ne fut possible qu'en raison d'un autre phénomène sociale de grande importance, à savoir le développement de l'assurance de responsabilité, apparue à la même époque « elle était auparavant jugée immorale » elle aboutit à décharger le responsable du paiement effectif de l'indemnité en le garantissant contre les incidences pécuniaires de sa responsabilité si l'assurance de responsabilité est une conséquence de la responsabilité civile..... en l'absence d'assurance, les tribunaux hésiteraient sans doute davantage à condamner des responsables n'ayant commis aucune faute au paiement d'indemnités élevées qui les conduiraient souvent à la ruine. Voir : Jourdain (P), **Les principes de la responsabilité civile**, 5<sup>ème</sup> édition, DALLOZ, 2000, p10.

المسؤولية بمجرد حدوث الضرر، ويرجع السبب في عدم الأخذ بنظرية تحمل التبعة بشكل مطلق في أن هذا الحل يبدو غاية في التطرف ومصدرا لعدم التوازن في العلاقة بين المنتج والمضرور بما يميز الأخير على حساب الأول. فالتوازن يقتضي أن يكون الضرر ناجما وبشكل موضوعي عن السلعة<sup>1</sup>.

إن المسؤولية غير الخطئية للمنتج هي وحدها الكفيلة بأن تحلّ بصورة عادلة المشكلة الخاصة بتوزيع مخاطر الإنتاج الفني المعاصر<sup>2</sup>. والتي تمثل إحدى سمات عصرنا الذي تسوده التقنية المتزايدة<sup>3</sup>.

1- موفق حماد، مرجع سابق، ص 362.

2- تتميز المسؤولية الجديدة عن تلك القائمة عن الأشياء والتي يكفي لتحقيقها صدور الضرر عن الشيء في حين لا يكفي ذلك لتحقيق مسؤولية المنتج إذ يشترط فضلا عن تحقق الضرر بسبب المنتج أن يكون معيبا وأن يقوم المضرور بإثبات ذلك العيب بالمنتج. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم، مرجع سابق، ص 63.

La faute continue de jouer un rôle, quelque peu perturbateur dans ce régime objectif, implicitement, par l'exonération pour le risque de développement, car au fond cela revient à ce que le producteur démontre qu'il n'a pas commis de faute.

Il est déchargé de toute responsabilité par la preuve d'une faute de la victime ou d'une personne dont celle-ci est responsable. Voir : LETOURNEAU (Ph), op.cit (édition 2011), p107.

3- إن النظرية الشخصية التي تقوم على خطأ المسؤول لم تعد تتفق مع التطور الاقتصادي، وذلك منذ أن أصبحت المنتجات الجديدة مصدر خطر للأفراد فما دام الشخص ينتفع بالشيء فمن العدل أن يتحمل تبعته والغرم بالغرم. فبين مستهلك متضرر لا ذنب له فيما لحقه من ضرر ومنتج أو موزع يحتمي خلف التأمين بحيث يستطيع أن يدرج في مصاريفه العامة عبء مسؤوليته ويوزعها بالتالي على كل المشتريين لمنتجاته في صورة إضافة بسيطة لتكلفة الإنتاج. ومما لا شك فيه أن إقامة مسؤولية موضوعية يلتزم فيها المنتج بتحمل التبعة لمجرد إثبات عيوب السلعة، ومجافاة المشرع للمسؤولية القائمة على الخطأ يرتكز على طبيعة هذه المسؤولية بوصفها مسؤولية قانونية خاصة، فحيث أن هذه المسؤولية لا يمكن وصفها بأنها عقدية أو تقصيرية وفقا لرغبة المشرع في تجنب عدم المساواة في معاملة المضرورين نتيجة اختلاف طبيعة المسؤولية. فإن ذلك يؤدي بالضرورة إلى استبعاد الركن الأساسي لهذين النوعين من المسؤولية وهو ركن الخطأ. أنظر: جابر محمد ظاهر مشاقبة، مرجع سابق، ص 84.

La responsabilité sans faute est venue concurrencer, et même absorber, la responsabilité pour faute dans le but de mieux assurer l'indemnisation des victimes.

Depuis un siècle, la revendication indemnitaire s'est faite plus pressante, les normes n'étant plus « habitués » à se courber devant la fatalité, dès lors le dommage ne devant plus être à la charge de la victime. Voir : GRARE (C), op.cit., p15, p19.

ففي ظل الظاهرة المتفاقمة لعدم التكافؤ بين المنتج والمستهلك، كان لا بد من البحث عن نقطة توازن بينهما، وهو ما تهدف إليه النظم القانونية الحديثة الساعية إلى تحسين وضع المستهلك. والتوجيه الأوروبي أراد أن يحقق هذا التوازن خارج منطقة العقد، بحيث جعل لهذا الالتزام - بالسلامة - خصائص تختلف عما هو مكرس في الأحكام العامة من خلال ما يأتي:

(1) إن المسؤولية التي يرسى دعائهما التوجيه تخضع لنظام موحد، يستفيد منه جميع المضرورين بصرف النظر عن طبيعة العلاقة التي تربط بينهم وبين المسؤول<sup>1</sup>. فالتوجيه يقيم نظاما خاصا للمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

(2) مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة تقوم على فكرة نقص الأمان في المنتج، ولا صلة له بنظام المسؤولية العقدية أو التقصيرية.

(3) الهدف من هذه المسؤولية هو ضمان حماية متساوية لكل المضرورين، فضلا عن تجنب المضرور البحث على أساس المسؤولية (عقدية أم تقصيرية). إلا أن هناك بعض من الفقهاء يرون عكس ذلك بحيث اعتبر المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة بأنها مسؤولية تقصيرية، لأن المصالح المهتدة - سلامة الأشخاص وسلامة الأموال - تدخل في المجال التقصيري. فما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار ليس طبيعة العلاقة إذا

1- إن تطور وتعدد أساليب التوزيع الحديثة للمنتجات أدى إلى انقطاع الصلة بين المنتج والمستهلك، وترتب على ذلك أن حلت الثقة في السلعة المنتجة محل الثقة في الشخص صانعها أو منتجها الذي صار المستهلك يجهله في أغلب الأحيان، فكان لا بد أن يترتب على ذلك من الناحية القانونية الاعتراف بأن الالتزامات الفنية ترتبط بالمنتج محل البيع أكثر من ارتباطها بالبيع نفسه ومن ثم كان لزاما أن تتخطى ازدواج المسؤولية إلى مفهوم عقدي أو مفهوم تقصيري وهو ما لا يمكن التوصل إليه إلا عن طريق النظام المقترح الذي تخضع فيه جميع الأضرار التي تحدثها المنتجات لنظام موحد ليحقق من خلاله مصلحة المستهلك الذي تخضع دعواه لقواعد واحدة سواء أكان هناك عقد يربطه بالمنتج أم لا. أنظر: عامر قاسم أحمد القيسي، مرجع سابق، ص 207.

كانت علاقة عقدية، أو غير عقدية وإنما طبيعة المصالح المهدة<sup>1</sup>. فقواعد المسؤولية التقصيرية هي القانون العام للمسؤولية المدنية يرجع إليها لتحديد الخطأ في كل مرة لا يحفل فيها الشارع، في نصوص القانون، بتحديد، ومن ناحية أخرى لتقدير التعويض عن الإخلال بالالتزام في كل مرة لا يضع فيها الشارع قاعدة خاصة لتقديره. كما تطبق قواعدها دون قواعد المسؤولية العقدية، على الإخلال بكل التزام مصدره القانون. وجملة القول أن المسؤولية التقصيرية هي جزء الالتزامات القانونية كافة من ناحية، وتكمل الجزاءات التي تفرضها النصوص الخاصة تعويضا للضرر الذي لا تكفي هذه الجزاءات لجبره<sup>2</sup>. وهو

1- يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى اختيار المسؤولية التقصيرية، تنظيما موحدًا لمسؤولية المنتج ولو كانت تربطه بالمضورر علاقة تعاقدية ويبرر هذا الاختيار بما يلي:

- إن المسؤولية التقصيرية هي التنظيم العام للمسؤولية المدنية،

- إن القول بالمسؤولية التقصيرية، حتى في حالة وجود عقد يربط بين المنتج والمضورر، هو قول يستقيم وما يرتكبه المنتج من أخطاء سابقة على إبرام العقد،

- ينذر في الواقع أن تكون هناك علاقة تعاقدية تربط مباشرة بين المضورر والمنتج خاصة في المشروعات الكبيرة،

- في المسؤولية التقصيرية ميزة للمضورر إذ يمكن بها الخروج على أحكام التعاقد، بعكس المسؤولية العقدية. أنظر: عز الدين الدناصوري & عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السابعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002، ص 1338.

Cette protection est toutefois d'essence extracontractuelle, cela n'est pas dit explicitement par le texte lui-même, mais résulte de la logique de la directive. Dans presque tous les pays d'Europe, et notamment en Allemagne, dont l'influence sur la directive a été décisive, la responsabilité du fait des produits est de nature délictuelle, car les intérêts qu'elle vise à protéger, l'intégrité des personnes et celle des biens, relèvent fondamentalement du domaine du délit, et non de celui du contrat... ce qui compte n'est pas l'existence de relations contractuelles, mais la nature des intérêts en jeu. Voir : BORGHETTI (J.S), la mystérieuse obligation... , op.cit, p2632. Voir aussi : LETOURNEAU (PH), op.cit (édition 2011), p108. L'obligation légale de sécurité du fait des produits défectueux est un régime de responsabilité extra contractuelle puisqu'elle bénéficie à toute victime d'un défaut du produit, qu'elle ait été liée ou non par un contrat avec le producteur, la dualité des responsabilités délictuelle et contractuelle est ainsi heureusement écartée, transcendée peut être, mais sans création d'un troisième ordre de responsabilité, ni contractuelle ni délictuelle comme cela a pu parfois être avancé.

2- عز الدين الدناصوري & عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص 20-21. أنظر كذلك: محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية...، مرجع سابق، ص 6-7.

نظرا لاتساع حركة الحياة وازدياد خطواتها، وغلبة الطابع التكنولوجي والتقني على وسائلها، أدى ذلك إلى زيادة فرص تحقق الضرر في فروض لم يستطع الأطراف التنبؤ بها عند إبرام العقد، أي أنها كانت خارج حساباتهم وتوقعاتهم وبالتالي أصبحت بعيدة عن بنود العقد، مما يطرح المعادلة الصعبة التي يكون أحد شطريها وجود ضرر، وثانيهما ضرورة تعويضه، مما أوجد التفكير في اللجوء إلى المسؤولية العامة ألا وهي المسؤولية التقصيرية، فهي الشريعة العامة للمسؤولية التي نلجأ إليها باستمرار في الحالات التي تقف فيها العقدية عاجزة عن تعويض المضورر أو تعويضه بشكل كاف.

الاتجاه الذي تبناه المشرع الجزائري بإدراج مسؤولية المنتج ضمن أحكام العمل المستحق للتعويض في القانون المدني. - المسؤولية التقصيرية - وهو موقف لا نسانده لسبب جوهري يتمثل في كون أحكام مسؤولية المنتج أساسها عيب المنتج، أما أساس المسؤولية عن العمل المستحق للتعويض (الأفعال الشخصية، فعل الغير) مبنية على الخطأ سواء كان واجب الإثبات أو مفترض، بالإضافة إلى أن تقدير سلوك المنتج سيكون وفقاً لمعيار الرجل العادي في تقدير الخطأ وهو ما لا يتماشى مع مسؤولية المنتج. فالقاضي وفقاً لأحكام مسؤولية المنتج بالنسبة للتوجيه الأوروبي أو القانون الفرنسي لا يأخذ بهذا المعيار لتقدير مسؤولية المنتج. فحتى الرجل العادي الاعتباري العاقل الذي يصلح كنموذج للمقارنة، يجب أن تحدد ميزاته ومواصفاته في كل مرة يطرح موضوع المقارنة على بساط البحث للقول بتوفر الإهمال أو عدمه. ومن يقوم بتحديد ميزات ومواصفات الرجل العادي العاقل في كل ظرف سوى القاضي الناظر في موضوع المسؤولية وبالتالي، ألا تجري عملية التحديد هذه من خلال المنظار الشخصي للقاضي فكيف المعطيات التي يفترضها لدى الشخص-النموذج-تبعاً لتصوره الذي تتحكم به ثقافته الشخصية وخبرته ومفاهيمه السلوكية ومواقفه من الأحداث وردة فعله الشخصية عليها؟ ألا يعكس القاضي المفهوم العام للرجل العادي العاقل كما يلمسه في بيئته ومجتمعه، و كما يستنتجه من معلوماته ومفاهيمه؟ و أكثر من هذا هل يفترض القاضي وجود مواصفات لدى الرجل العادي العاقل غير متوفرة فيه هو؟ فإذا كان الأمر حقيقة على ما عرضناه تساؤلاً، فيعني هذا أن المعيار الموضوعي نفسه يتأثر بالتقدير الشخصي للقاضي الباحث عن النموذج السلوكي، إلا أن هذا النموذج السلوكي لا بد وأن يتوافق مع معطيات موضوعية مستخرجة من طبيعة النشاط أو الفن أو العلم أو من طبيعة الأشياء المتداولة أو من الخبرات التي وفرتها عبر احتكاك الناس بها وتداولهم لها، وكذلك عبر الميزات التي يفترض أن يتمتع بها الرجل موضع التقويم<sup>1</sup>. إذا فمعيار الرجل العادي لا يمكن الاعتماد عليه، لأن تقدير العيب يتعلق

1- مصطفى العوجي، القانون المدني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2004، ص 257-258.

بالمنتج لا بسلوك المنتج . في حين يرى البعض، من الفقه في فرنسا بأنه يجب إدراج أحكام مسؤولية المنتج في قانون مستقل عن القانون المدني، لأنها مسؤولية ذات طابع خاص، مثلما هو الوضع بالنسبة للمسؤولية عن حوادث السيارات<sup>1</sup>.

(4) ولأن أصل المادة **140 مكرر ق.م.ج** هو نص المادة **1386 ق.م.ف**، فيما أن تتماشى مع روح المادة، وإما أن يتم إلغاؤها. فكان جديرا بالمشروع أن يورد هذه المسؤولية في فصل خاص ولا يدرجها ضمن الأحكام العامة<sup>2</sup>.

(5) إلقاء عبء المسؤولية أساسا على منتج السلعة التي أحدثت الضرر أو على الشخص الذي قام باستيرادها، ومن ثم فهو يتضمن تخفيفا لمسؤولية البائعين والموزعين، الذين لا يلتزمون بالتعويض إلا إذا تعذر تحديد هوية المنتج والمستورد.

1- l'insertion de la loi nouvelle dans le code civil est contestable car elle accrédite l'idée selon laquelle cette responsabilité ferait partie du droit commun de la responsabilité civile, alors que du fait de son caractère optionnel, il semble bien qu'il s'agisse d'une responsabilité spéciale qui s'ajoute seulement à celle du droit commun, il eût peut être mieux valu, comme pour d'autres dispositions créant des régimes autonomes de responsabilité propres à certaines matières, notamment celle des accidents de la circulation. Voir : LAMBERT (S), op.cit, p13. Voir aussi : MARKOVITS (Y), op.cit, p28. le fabricant devient ainsi un garant de la sécurité de ses produits, par l'entremise d'une responsabilité causale pour la violation d'un devoir objectif de diligence- elle est un type spécial de responsabilité, qui n'est ni de type contractuel pur, ni de type délictuel pur, puisque ne trouvant pas son fondement direct dans la faute du fabricant. Au fond, il s'agit bien d'une responsabilité objective, qui trouve son fondement dans le défaut du produit, fait générateur de la responsabilité du fait des produits.

2- بينما نص المشرع الفرنسي على هذا النوع من المسؤولية في باب جديد بعنوان: في المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، نجد المشرع الجزائري لم يضع المادة 140 مكرر تحت باب جديد، واكتفى بوضعها تحت القسم الثالث الخاصة بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء، وهذا عيب شكلي قد يؤدي إلى عيب موضوعي، ذلك أنه بالرجوع إلى التطور التاريخي لمسؤولية المنتج في فرنسا نجد أن القضاء هناك قبل فترة التسعينات وأمام تزايد عدد الضحايا وصعوبة الإثبات أجاز الاستناد على المادة 1/1384 ق.م.ف المتعلقة بأحكام المسؤولية عن فعل الأشياء، متبينا في ذلك ما يعرف بفكرة تجزئة الحراسة، فإذا كان المنتج قد فقد حراسة التسيير، فإنه مع ذلك يبقى محتفظا بحراسة الهيكل، والمهم في كل هذا أنه أوجد مسؤولية مفترضة على عاتق منتج الأشياء الخطرة، لكن بعد صدور القانون 98-389 لم يعد محتاجا لتشبيه المنتج بحارس الأشياء إذا أصبحت مسؤولية المنتج تقوم على فكرة الضرر، ومن ثم خص المشرع الفرنسي هذا النوع من المسؤولية بباب جديد، فكان من الواجب على المشرع الجزائري أن يفعل نفس الأمر، وإلا فما فائدة أفراد مسؤولية المنتج بنص قانوني إذا كانت نا تزال خاضعة لأحكام مسؤولية حارس الأشياء؟. أنظر: شوقي بناسي، من سلبات القانون 05-10...، مرجع سابق، ص 27- ص 28.

6) ينطلق التوجيه من تعريف للعيب الذي يقيم المسؤولية، يختلف تماما عن التعريفات التي يقوم عليها الضمان في عقد البيع.

7) قواعد مسؤولية المنتج متعلقة بالنظام العام: لقد حظر التوجيه الأوروبي أي شكل من أشكال البنود المحددة للمسؤولية عن أضرار المنتجات الصناعية مهما كانت صفة أطراف العلاقة التعاقدية. وفي ذلك فقد نص التوجيه الأوروبي على أن "مسؤولية المنتج المقررة بموجب هذا التشريع لا يمكن استبعادها أو التخفيف منها في مواجهة المتضرر بموجب أي شرط تعاقدي وتعد هذه الشروط باطلة بطلانا مطلقا"، وهذا يعد استجابة لمبدأ حماية المستهلك السائدة في أوروبا حيث أنه الطرف الضعيف في علاقته مع المنتج. ومع ذلك فإن المشرع الفرنسي يسمح بإعمال شروط الإعفاء والتخفيف من المسؤولية إذا كان المشتري منتجا، يتمتع بالاحتراف والخبرة ولذلك فإن للمنتجين إبرام الاتفاقيات الخاصة بتحديد المسؤولية فيما بينهم. إن أحكام مسؤولية المنتج حتى لو تعلقت بالنظام العام، إلا أن ذلك لا يخل بحق المضرور في الاختيار، فله أن يتمسك بقواعد المسؤولية الموضوعية، أو المسؤولية العقدية أو التقصيرية، وذلك لتحقيق نطاق أكبر من الحماية للمستهلك المضرور<sup>1</sup>. فإذا كان المتضرر من الغير في العلاقة بالمنتج، فإن الرجوع بالتعويض يكون على أساس من المسؤولية التقصيرية. أما إذا كان الرابطة عقد بيع، فإن هذا الرجوع يقوم على أساس المسؤولية العقدية. فمن المتفق عليه أنه لا يجوز الجمع بين المسؤوليتين على نحو يتيح تكرار التعويض أو تداخل قواعد كل من المسؤوليتين، فلا يجوز للمضرور أن يجمع بين دعوى المسؤولية العقدية ودعوى المسؤولية التقصيرية ليحصل على التعويض مرتين، لأنه يتمتع تعويض الضرر أكثر من مرة. كما لا يجوز

1- نص المشرع الفرنسي على أن هذا النظام الجديد للمسؤولية الذي تضمنته المواد السابقة لا يقضي على الأنظمة السابقة، وإنما يتعايش معها. وبناء على ذلك يجوز للشخص المتضرر من فعل منتج ما، أن يختار بين النظام المتأني من نقل تعليمة 1985، والنظام الذي أنشأه القضاء الفرنسي قبل عام 1998 ولكن لا يجوز له الجمع بينهما. الأمر الذي يجعل هذا النظام الجديد للمسؤولية اختياريا من حيث تطبيقه. أنظر: محمد بودالي، حماية المستهلك...، مرجع سابق، ص 457.

للمضرور أن يجمع في الدعوى الواحدة بين قواعد كل من المسؤوليتين، بأن يأخذ من أحكام كل منهما ما هو أصلح. لأن لكل من المسؤوليتين تنظيماً مستقلاً، فالمسؤولية العقدية ينحصر تطبيقها في مجال العلاقات العقدية بين طرفي العقد، بينما المسؤولية التصويرية تختص بالعلاقات بين الأغيار فيختلف المركز القانوني لكل منهما، فلا يصح الجمع بين قواعد المسؤوليتين. ويظل إثبات الخطأ أمراً واجباً على المضرور، فسواء كان المضرور قد تعاقد مع المنتج، أو كان من الغير بالنسبة للمنتج، فإن رجوعه بالمسؤولية العقدية أو المسؤولية التصويرية يلزمه في كل الأحوال بإقامة الدليل على خطأ في جانبه. ولاشك في صعوبة إثبات هذا الخطأ. وإذا كان المضرور لا يمكن له الجمع بين قواعد المسؤولية العقدية، وقواعد المسؤولية التصويرية مع العلم أن كل من المسؤوليتين تشتركان في ركن الخطأ. ومع اختلاف أساس مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة وقواعد المسؤولية التقليدية، فإن مسألة الجمع تستبعد.

(8) إن قضاة محكمة العدل الأوروبية في قرار صادر لها في 2002 وأكدت عليه في 2006 قررت. بأنه حتى يتمسك المتضرر بأحكام مسؤولية أخرى لا بد من أن يختلف أساسها عن أساس مسؤولية المنتج المذكور في التوجيه الأوروبي لسنة 1985 المتعلق بالمنتجات المعيبة<sup>1</sup>، كأن يكون أساسها العيب الخفي، أو الخطأ. فهدف التوجيه كما عبر عنه الأستاذ **VineyGenviève** اقتصادي يهدف إلى تحقيق جو يسود فيه المساواة بين المتنافسين الاقتصاديين لمختلف دول الاتحاد<sup>2</sup> أكثر من حماية المتضرر.

1-A l'occasion d'une réponse préjudicielle donnée le 10 janvier 2006 dans une affaire SKOVAEG, la cour de justice de l'union européenne a précisé à nouveau que la directive « n'exclut pas l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelles ou extracontractuelle pour autant que ceux-ci reposent sur des fondements différents, tels que la garantie des vices caché ou la faute. Voir : BUFFELAN- LANORE (Y) & LARIBAU-TERNEYRE (V), op.cit, p828.

2-...ne laisse aucune place, selon les juges, à l'objectif social de protection des consommateurs considéré comme totalement étranger aux préoccupations des rédacteurs de la directive de 1985. Voir : op.cit, p828.

## المطلب الثاني

### الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة

نتساءل إن كان الالتزام بضمان سلامة المنتج هو التزام ببذل عناية، أم هو التزام بتحقيق نتيجة (أولاً)، أم أنه التزام ذو طبيعة خاصة (ثانياً)؟.

بحث بعض الفقه، طبيعة الالتزام بضمان سلامة المنتج، بين اعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة وبين اعتباره التزاماً ببذل عناية.

#### أولاً: الالتزام بضمان السلامة التزام ببذل عناية أو التزام بتحقيق نتيجة

يترتب على اعتبار الالتزام بضمان السلامة، التزاماً ببذل عناية، أنه لا يكفي عندئذ للمستهلك الحصول على التعويض أن يثبت حصول الضرر بفعل المنتج، بل يتعين عليه أن يقيم الدليل على خطأ المتدخل المتمثل في عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتلافي وجود عيب أو خطورة بالسلعة المباعة، فيكون المتدخل مخطئاً، إن هو لم يتخذ الاحتياطات، أو إذا علم وجود العيب ولم يلفت نظر المشتري إليه. ولقد استكفا الفقه والقضاء أن يكون التزام البائع بالسلامة في ظل قواعد الضمان مجرد التزام ببذل عناية، فأولى بها أن يؤكد هذه النتيجة حال اعتبار السلامة محلاً للالتزام قائم بذاته مستقل عن قواعد الضمان، ومن ناحية ثانية فإن اعتبار ضمان السلامة مجرد التزام بوسيلة يجعل المشتري المتضرر أقل حظاً من الغير الذي يلحقه ضرر من جراء تعيب السلعة. ففي حين يلتزم الأول بإثبات الخطأ يستطيع الثاني أن يرجع على المنتج أو البائع استناداً إلى المادة 1/1384 مدني فرنسي باعتباره حارساً لتكوين السلعة. فيحصل على التعويض

دون حاجة لإقامة الدليل على الخطأ<sup>1</sup>.

أما إذا نظرنا لالتزام المتدخل بضمان السلامة على أنه التزام بتحقيق نتيجة، فإن هذا يؤدي إلى تخفيف عبء الإثبات على المضرور، الذي يستطيع الحصول على التعويض بمجرد إثبات تخلف النتيجة المطلوبة أي بمجرد إثبات حصول الضرر بفعل السلعة التي قام بشرائها، فالمستهلك يستحق التعويض عندما يقيم الدليل على وجود الضرر وعلاقة السببية التي تربطه بالسلعة<sup>2</sup>. وأجاب بعض الفقه بالإثبات وأن مجرد حصول الحادثة الضارة يرتب المسؤولية على البائع، وعلى البائع أن يثبت السبب الأجنبي للتحلل من المسؤولية. وهذا مستبعد فقها وقضاء. وقد ذهبت محكمة التمييز في حكم صدر في 1991/01/22 إلى أن التزام المنتجين أو البائعين لمستحضرات التجميل بضمان السلامة لا يكون "بقوة القانون لكل الأضرار التي يمكن أن تترتب على استعمال المنتج" لأن التزامهم يقتصر على تسليم منتجات لا تمثل عادة أي خطورة للمستهلكين، إذا روعيت التوصيات وهذا يعني أن مجرد إثبات الضرر لا يكفي للتدليل على عدم تنفيذ الالتزام. بل يجب إثبات الصفة الخطرة في المبيع أي العيب أو الخلل في التصنيع الذي أدى إلى الضرر<sup>3</sup>.

### ثانياً: الالتزام بضمان السلامة ذو طبيعة خاصة

إن الالتزام بضمان السلامة هو أكثر من التزام ببذل عناية، ولكنه ليس التزاماً بتحقيق نتيجة لأنه أقل من ذلك، فهو أكثر من التزام ببذل عناية لأنه على عكس هذا

1- يترتب على اعتبار الالتزام بضمان السلامة التزاماً بوسيلة الإضرار بمصالح المستهلك الذي لا يمكنه الحصول على التعويض إلا بإثبات خطأ البائع.

أنظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 567.

2- علي فتاك، مرجع سابق، ص 220.

3- عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص 568.

الالتزام الأخير لا يتطلب لقيامه إقامة الدليل على خطأ المحترف أو إهماله. فالعبرة في قيام الالتزام بضمان السلامة ليس بتقدير مسلك المحترف وإنما بعدم تحقق الأمان والسلامة التي يتوقعها المستهلك من السلعة، كما أن المحترف لا يستطيع التخلص من المسؤولية فيما لو أثبت أنه قام بالعناية الواجبة للحيلولة دون وجود عيب في السلعة فمجرد وجود العيب يقيم المسؤولية في جانبه حتى لو كان يجهل هذا العيب أو كان يستحيل عليه العلم به.

إلا أن هذا الالتزام أقل من الالتزام بتحقيق نتيجة، لأنه إذا كان يكفي حصول الضرر وعدم تحقيق النتيجة وهي تحقيق الأمان والسلامة للمستهلك سببا لقيام المسؤولية. إلا أنه يجب إثبات أن هذا الضرر ناجم عن عيب أو خلل في التصنيع أكسب السلعة وصف الخطورة، وجعلها من ثم سببا للضرر بحيث يستطيع المحترف التخلص من المسؤولية. بإثبات عدم وجود عيب في السلعة، أو بإثبات انتفاء علاقة السببية بين العيب وبين الضرر الذي وقع<sup>1</sup>.

إن تحديد عبء الإثبات الذي يتحمله المضرور يقتضي الموازنة بين مصلحتين متعارضتين، كل منهما جدير بالرعاية، من ناحية مصلحة المنتج في ألا يتقل كاهله بعبء المسؤولية في جميع الفروض، لمجرد تدخل الشيء الذي أنتجه بصورة أو بأخرى في إحداث الضرر، دون أن يكون هناك برهان قاطع على أن هذا الشيء، بالنظر لما ينطوي عليه من عيب أو خلل، قد لعب دورا إيجابيا في إحداث الضرر. فمثل هذا التوسع يحمل المنتج فوق طاقته، يشل رغبته في الإبداع والتجديد ومن ثم يلقي بظلاله على التقدم الصناعي ككل، ومن ناحية أخرى مصلحة المستهلك المضرور في عدم تحميله عبء إثبات قد لا يستطيع النهوض به، إما لأن الشيء الذي أحدث الضرر قد دمر تماما

1-موفق حماد، مرجع سابق، ص 387.

في الحادثة، بحيث لم يبق منه ما يمكن فحصه للتحقق من وجود العيب من عدمه، وإما لأن الأمر يتعلق بمنتج معقد فنيا ليس من الميسور للمشتري ولا حتى لأهل الخبرة القطع بتعيبه، وأخيرا قد لا يكون من الميسور إعادة تمثّل وقائع الحادث للكشف عن آلية وقوعه والدور الذي لعبه المنتج في إحداثه<sup>1</sup>.

إن الالتزام بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة ولكنه مخفف<sup>2</sup>. حيث يفترض من ثبوت الضرر أن هذا الأخير قد نشأ عن الصفة الخطرة للمبيع أي عن وجود عيب أو خلل في تصنيعه، وإن كان المنتج يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية بإقامة الدليل إما على عدم وجود أي عيب أو خلل في تصنيعه، وإما على انتفاء علاقة السببية بين هذا العيب أو الخلل وبين الضرر الذي وقع. والتوجيه الأوروبي في هذا المجال يربط

1- إن الموازنة بين هاتين المصلحتين تلمي أن يكون حصول المشتري على التعويض مرتبطا ليس بوجود يقين، وإنما بوجود احتمال راجح بأن الضرر ما كان ليحصل إلا لأن المنتج ينطوي على عيب أو خلل في تصنيعه أدى إلى إكسابه صفة الخطورة، وتبعاً لذلك نرى أنه، يتعين عند حصول الضرر، افتراض أنه يرجع إلى خلل المبيع أو عيبه، بمعنى آخر فإن مشكلة الإثبات تحل على أساس الاعتراف بوجود قرينة على الصفة الخطرة في المبيع، ولكن هذه القرينة بسيطة، أي يجوز للمنتج أو للبائع التخلص منها بإثبات أن السلعة لم يكن بها أي عيب أو خلل أو ينفي علاقة السببية، أي بإقامة الدليل على أن الصفة الخطرة للمبيع، بفرض وجودها لم يكن لها أدنى دور في الحادثة التي كانت وليدة سبب أجنبي لا ينتسب إليه، كالقوة القاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير.

على أن هذه القرينة يجب أن تقتصر على العلاقة بين المهنيين والمستهلكين، أي بين المنتج والبائع المحترف من ناحية، والمستهلك من ناحية أخرى.

قصر نطاق القرينة على الأشياء الجديدة فحسب، فهذه الأشياء هي التي يجب أن يفترض خلوها من أي شائبة أو خلل يكسبها الصفة الخطرة ويجعلها مصدرا للأضرار. بحيث إذا وقع الحادث بفعل شيء من هذه الأشياء تعين افتراض صفتها الخطرة حتى يثبت المنتج أو البائع خلوها من ذلك، وجوب قصر هذه القرينة على مدة زمنية معينة من تاريخ بداية الاستعمال، هذه المدة يمكن تحديدها بمدة الضمان الاتفاقي التي يقترحها المنتج أو البائع. أنظر: جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 281.

2-... فقد روي في بادئ الأمر أنه التزام ببذل عناية، ولكن محكمة النقض تذهب اليوم ضمناً إلى التعويض باعتباره التزاماً بتحقيق نتيجة. وهي غاية يصبو إليها الفقه في فرنسا، ولو أن البعض خفف من هذه المغالاة بالقول أن مضمون الالتزام بالسلامة يستوجب تقديم منتجات خالية من العيوب، لا ضمان انعدام الأضرار. أنظر: محمد بودالي، حماية المستهلك...، مرجع سابق، ص 455.

المسؤولية بوجود عيب في المنتج، والمنتج لا يكون معيباً إلا إذا كان ينطوي على نقص الأمان الذي يحق انتظاره من السلعة. ويتعين على المضرور أن يقيم الدليل على الضرر والعيب، وعلاقة السببية بينهما. فمجرد إثبات الضرر برغم أنه يبرهن على نقص الأمان، لا يكفي لقيام المسؤولية، إنما يجب أن يقيم الدليل على وجود عيب أو خلل أدى إلى نقص الأمان، ومن ثم إلى حصول الضرر<sup>1</sup>. وليس إثبات خطأ تصميم السلعة أو تصنيعها الذي يدخلنا في دائرة الالتزام ببذل الوسيلة.

---

1- جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص 283.

## المبحث الثاني

### دعوى مسؤولية المنتج

يترتب على توفر الشروط السابقة البيان، في الفصل الأول-المبحث الثاني- انعقاد مسؤولية المنتج. لكن هناك مجموعة من الأحكام اختصت بها دعوى مسؤولية المنتج، بحيث لها ما يميزها عن باقي دعاوى المسؤولية المدنية. من حيث المواعيد التي يجب احترامها لرفع دعوى مسؤولية المنتج (المطلب الأول)، وأسباب دفع مسؤولية المنتج (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول

#### المواعيد الواجب احترامها من المتضرر لرفع دعواه

اعتمد التوجيه الأوروبي وتبعه القانون المدني الفرنسي مدتين لتقادم دعوى مسؤولية المنتج وفقا لقواعد خاصة<sup>1</sup>. فللمتضرر من منتج معيب أن يرفع دعوى على المنتج للتعويض عما لحقه من ضرر خلال ميعادين<sup>2</sup>، الأول هو ميعاد ثلاث سنوات (الفرع الأول)، والثاني هو ميعاد عشر سنوات (الفرع الثاني).

1- Les auteurs de la directive ont considéré que la sévérité du régime de responsabilité imposé au producteur devait être compensée par une limitation dans le temps, alors surtout que nombre de produits perdent inéluctablement leurs qualité avec le temps. Voir : MALINVAUD (PH), op. cit, p484.

2- لا نعرف بين الحقوق الشخصية حقا مؤبدا، فكل هذه الحقوق إلى زوال إذ من المعروف أن الحق الشخصي أو الالتزام رابطة (عارضة) بين شخصين أو بين طرفين ومصير كل عارض إلى زوال وعلى هذا الأساس تحتم على المضرور المطالبة بحقه في التعويض خلال فترة زمنية محددة وإلا سقط حقه وردت دعواه أو امتنع الحاكم عن سماعها على اختلاف في موقف القوانين من فكرة التقادم وأثره على الحق. أنظر: حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الرابطة السببية، دار وائل للنشر، عمان (الأردن)، 2006، ص312-ص313.

## الفرع الأول

### ميعاد ثلاث سنوات لتقادم دعوى التعويض

لقد نص التوجيه الأوروبي في مادته العاشرة المقابلة لنص المادة 1386 - 17 من القانون المدني الفرنسي على ميعاد ثلاث سنوات يجب فيها على المتضرر رفع دعواه لأجل التعويض، فطبقا لنص المادة سالفة الذكر فإن دعوى التعويض المؤسسة وفق أحكام هذا العنوان-مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة- تتقادم بآجال ثلاث سنوات، ابتداء من تاريخ معرفة، أو إمكانية معرفة المدعي للضرر، والعيب، وهوية المنتج<sup>1</sup>.

فمدة ثلاث سنوات هي المدة المقررة لتقادم دعوى المتضرر، فهي قابلة للوقف والانقطاع حسب القانون الداخلي لأية دولة. ومن الممكن أن تزيد مدة الثلاث سنوات، إذا ما تعرضت للوقف أو الانقطاع<sup>2</sup>. والهدف من تقريرها تحقيق قدر من التوازن في العلاقة بين أطراف الدعوى، وعدم إهدار مصلحة أحد الأطراف لحساب الآخر. لكن من شأن اشتراط ضرورة العلم بالأمور الثلاثة (الضرر، العيب، هوية المنتج). عدم تحقيق الحماية للمضرور في كل الاحتمالات الممكنة، خاصة أن الشخص المضرور في أغلب

1-La fixation de la date de prescription s'attacherait au sens strict de l'article 1386-17 du code civil à trois éléments temporels, la date à laquelle la victime ait eu connaissance du défaut, celle à laquelle celui-ci a connaissance du dommage, et celle enfin où elle est en mesure d'identifier le fabricant. Est donc exclue toute référence au lien de causalité. Cette éviction avait pour but selon la doctrine et législateur à travers les travaux préparatoires de la loi de transposition, de limiter les risques d'interprétation subjective des conditions instituées par la directive du 25 juillet 1985. Ce qui semblerait au premier regard avantageux pour les consommateurs de produits alimentaires victimes. Voir : THIVER (J-L), op.cit, p316. Voir aussi : LAMBERT (C), op.cit, p147.

Il nous semble que le terme « producteur » doit ici être entendu au sens d'un terme générique visant les personnes considérées comme responsable d'après la loi tout au long de la loi il est d'ailleurs souvent utilisé ainsi. Dès lors, sous cette expression, seraient concernés aussi bien les producteurs stricto sensu que les producteurs assimilés et les fournisseurs.

2-Le délai de trois ans, elle pourra en fait se prolonger au-delà des trois ans car il s'agit d'une véritable prescription extinctive soumise aux règles qui relèvent du droit interne, notamment en matière de suspension cependant, même si l'action n'est pas encore prescrite, il sera, en toute hypothèse, impossible de l'exercer à partir du moment où le délai décennal de péremption sera expiré. Voir : VINEY (G), « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 », Recueil DALLOZ, cahier 31, 1998, p294.

الحالات، يدرك الضرر وكذلك هوية المنتج ولا يتمكن من إدراك أن عيب المنتج هو الذي تسبب في هذا الضرر إلا بعد مرور فترة زمنية طويلة.

وهناك من يرى بأن التقادم الثلاثي لدعوى مسؤولية المنتج هو في حقيقة الأمر في خدمة المتضرر. بحيث أن هذه المدة لا تبدأ في الحساب منذ لحظة حصول الضرر، وإنما بإضافة شرطين آخرين ألا وهما معرفة العيب ومعرفة هوية المنتج، هذان الشرطان من شأنهما أن يؤخرا حساب بداية ميعاد التقادم<sup>1</sup>.

وفي حالة عدم معرفة هوية المنتج الحقيقي، فإنه سيعوض بالمورد، فترفع الدعوى عليه، وما على المورد إلا أن يبين هوية المنتج الحقيقي، باعتبار أن المورد أعتبر منتجا بالمعنى الواسع، ومسؤوليته تكون احتياطية في حالة عدم معرفة هوية المنتج<sup>2</sup>.

وفي هذا تخفيف من العبء الذي يقع على المتضرر في ضرورة معرفته للمنتج الفعلي. تبقى الإشارة إلى أن المدة (ثلاث سنوات) قصيرة جدا لكي يرفع خلالها المضرور دعواه، وإن كانت في نظر البعض من شأنها تحقيق الاستقرار القانوني.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم ينص على ميعاد خاص لتقادم دعوى مسؤولية المنتج بل تخضع للأحكام العامة، باعتبارها مسؤولية تقصيرية -وفقا لموقف المشرع- فإننا نطبق نص المادة 133 ق.م.ج التي تنص:

1- إن قصر المدة قد يجنب المدعي المشقة التي تواجهه في إقامة الدليل وإثبات العيب، وبالرغم مما قد يبدو من التحديد السالف - ثلاث سنوات - من قصر المدة التي على المتضرر رفع دعواه خلالها، فإن الواقع العملي لتطبيق النص السالف، قد أعطى فسحة أطول للمتضرر على اعتبار أن مدة ثلاث سنوات لا يبدأ سريانها، إلا من تاريخ الاطلاع على العناصر الثلاثة الواردة في المادة 1386 - 17، الضرر، العيب، هوية المنتج. وهو ما يمثل على رأي البعض ضمانا كافية لحماية حقوق المتضررين. أنظر: عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 691. أنظر كذلك: قادة شهيدة، مرجع سابق، ص 232.

2- Lorsque la victime assigne le fournisseur, c'est logiquement la connaissance de l'identité de celui-ci qui devrait être retenue puisque la loi assimile le fournisseur au producteur. Voir : Caillé (C), op - cit, p11.

"تسقط دعوى التعويض بانقضاء خمس عشرة سنة من يوم وقوع الفعل الضار"

إن طول مدة التقادم وفقا للأحكام العامة في خدمة المتضرر، وليست في خدمة مصلحة المنتج الذي يتحمل عبء التأمين على المنتج الذي طرحه في السوق لمدة طويلة مما سيثقل كاهله<sup>1</sup>.

## الفرع الثاني

### ميعاد عشر سنوات لسقوط دعوى مسؤولية المنتج

نصت المادة 11 من التوجيه الأوروبي المقابلة لنص للمادة 16/1386 من القانون المدني الفرنسي على أن "المنتج لا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يحدثها منتجه المعيب، بعد انقضاء عشر سنوات من تاريخ طرح المنتج في التداول".

لقد ربط المشرع بين بداية حساب مدة سقوط دعوى المسؤولية وبين وقت طرح المنتج في التداول. فإذا انقضت عشر سنوات من وقت هذا الطرح تنقضي مسؤولية المنتج تماماً، يتبين لنا أن تلك المدة تؤدي وظيفة مزدوجة، الأولى تحدد البعد الزمني لمسؤولية المنتج، والثانية أنها تعد مدة ضمان من عيب المنتج<sup>2</sup>.

لقد أصدرت محكمة دول الاتحاد الأوروبي بشأن مسألة حساب ميعاد سقوط دعوى مسؤولية المنتج (عشر سنوات) قراراً بتاريخ 9 فيفري 2006 بشأن شركة فرنسية منتجة للقاح، لفرع لها بنسبة 100%. والسؤال الذي طرح على المحكمة هو هل

1- نص المادة 168 من قانون 95-07 متعلق بالتأمينات، مرجع سابق.

2- عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 693.

- le délai de dix ans qui court à compter de la mise en circulation du produit est plus court que celui existant en matière contractuelle puisque la victime bénéficie de la prescription trentenaire ou décennale en matière commerciale. Il est également plus court que celui de dix ans qui joue en matière délictuelle et qui court à compter de la manifestation du dommage. Voir : LAUDE (A), op. cit, p194.

تحويل المنتج من الشركة الأم إلى الفرع يعتبر بمثابة تنازل عن المنتج، بمعنى وضع المنتج في التداول، وبالتالي بداية حساب مدة التقادم (عشر سنوات)؟، وحسب المحكمة فإن المنتج يعتبر قد وضع في التداول منذ لحظة خروجه من مرحلة الانتاج -من قبل المنتج- ودخوله في مرحلة التوزيع خاصة اذا كان الفرع لم يساهم في الانتاج، ولكن دوره اقتصر فقط على التوزيع، أي أنه وضع المنتج لجمهور المستهلكين للاستعمال<sup>1</sup>.

وتعود مبررات تحديد مدة سقوط دعوى مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة<sup>2</sup>، كون أن المنتج يستهلك مع مرور الوقت، لكن المشكل يكمن في المنتجات التي تعمر كثيرا والتي من الممكن أن يظهر فيها العيب بعد مرور عشر سنوات، ومثال الأميونت دليل على ذلك<sup>3</sup>.

وتعتبر الأدوية المجال الخصب أين نجد الأضرار تظهر بعد مرور أكثر من مرور عشر سنوات من التداول فعلى سبيل المثال الدواء DES الذي كان موجها للنساء الحوامل. كان سببا في ظهور أورام سرطانية لدى بنات الأمهات اللاتي تناولن ذلك الدواء أثناء فترة الحمل بهن. وتلك الأورام السرطانية لم تظهر إلا بعد بلوغ البنات سن البلوغ

1-Le transfert à une filiale, même à 100%, peut réaliser la mise en circulation, s'il apparait que cette dernière ne participait en rien au processus de fabrication et qu'elle n'était en charge que de la distribution du produit. Voir : BACACHE-GIBEILI (M), op.cit, p771.

2-la nécessité d'un délai d'extinction de la responsabilité du producteur est exposée dans le considérant n°11 de la directive de 1985 en ces termes : considérant que les produits s'usent avec le temps, que des normes de sécurité plus strictes sont élaborées et que les connaissances scientifiques et techniques progressent ; qu'il serait, dès lors, inéquitable de rendre le producteur responsable des défauts de son produits sans une limitation de durée ; que sa responsabilité doit donc s' éteindre après une période de durée raisonnable, sans préjudice toutefois de actions pendantes . voir : LAMBERT (S), op.cit, p150.

3-...Dont l'avenir seul dira s'il est raisonnable (notamment celui de dix ans) qui pourra se révéler un bref dans le cas de matériaux de construction ou de certains médicaments par exemple qui peuvent montrer des inconvénients graves à long terme. Voir : Beauchard(J), op - cit, p345.

يعني أكثر من عشر سنوات من تناول ذلك الدواء<sup>1</sup>.

وتحديد المشرع الأوروبي لمدة عشر سنوات كان تحت تأثير الموقف الألماني. الذي يعتد بمدة التقادم العادي، وميعاد ثان الذي يحدد الحد الأقصى لإثارة المسؤولية، وهذه المدة الأخيرة غير قابلة لا للوقف ولا للانقطاع على عكس مدة التقادم (الميعاد الأول). وحسب بعض الكتاب فإن مدة عشر سنوات، هي مدة ضمان، وهي المدة اللازمة للحماية (un délai de protection) في حين يعتبرها لأستاذ MONTANER بأنه ميعاد للالتزام بالسلامة<sup>2</sup>.

إن استقرار العلاقات التجارية تستوجب أن لا يظل المنتج مهددا بالرجوع عليه بالمسؤولية إلى ما لا نهاية<sup>3</sup>. ولذلك لا بد أن تكون هناك مدة لتقادم دعوى المسؤولية، ولكن بالمقابل أن لا يترك المضرور وحيدا في مواجهة الضرر، في حال تقادم مسؤولية المنتج وذلك بإنشاء صندوق يضمن تعويض مضرور المنتجات المعيبة.

1-Boutonnet(M), op – cit, p486.

Les risques visés par le principe de précaution (santé et environnement) peuvent se révéler dans les dix ans à partir de la mise en circulation du produit. En effet, les risques visés par le principe de précaution peuvent se révéler bien plus tard et sauter une génération, ce délai de dix ans n'est donc ajusté ni au sens du principe de précaution, ni aux obligations comportementales en découlant.

2-L'idée que la responsabilité objective pour défaut de sécurité du produit est une lourde charge impliquant qu'en contrepartie, le producteur n'ait pas à supporter indéfiniment le poids de l'évolution des normes de sécurité et des connaissances scientifiques et techniques .voir :BRUN(PH),op.cit,p475.

أنظر كذلك: عبد الحميد الد يسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 693.

فقد إختار المشرع الأوروبي مدة العشر سنوات للمبررات التالية:

- رأى المشرع الأوروبي أن تلك المدة تعد متوسطا عادلا لمدة استخدام الأموال المنقولة في عصرنا الحالي  
- من الصعب بعد مرور عشر سنوات على طرح منتجات معيبة في التداول تحديد ما إذا كان عيبها الذي سبب الضرر لحق بها قبل طرحها في التداول أم بعد ذلك رأى المشرع الأوروبي أن تحديد تلك المدة من شأنه أن يحقق الأمان للمنتجين، بحيث لا تظل دعوى المسؤولية عن عيب المنتج سيفاً مسلطاً على رقبته إلى الأبد.

3-dans un domaine aussi sensible à l'évolution sociale et économique que celui de la fabrication, il apparaît qu'un droit contemporain de la responsabilité du fait des produits ne saurait oublier les intérêts des responsables, faute de risquer de paralyser toute activité économique. La théorie tridimensionnelle du droit, fondée sur la justice, la sécurité juridique et le progrès social, impose la recherche des intérêts en présence. Voir : MARKOVITS (Y), op.cit, p22.

## المطلب الثاني

### أسباب إعفاء المنتج من المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة

إن مسؤولية المنتج في إطار القواعد التقليدية تقوم على أساس الخطأ سواء المفترض أو واجب الإثبات، لذلك يمكن له دفع مسؤوليته بنفي وقوعه في الخطأ، أو بقطع علاقة السببية بين الخطأ والضرر. إلا أنه في ظل الفكر القانوني الحديث لدعوى مسؤولية المنتج<sup>1</sup> أصبحت القاعدة أن المنتج لا يستطيع التخلص من مسؤوليته بنفي وقوعه في الخطأ، لأنها لا تتعلق بأخطائه، أو أخطاء غيره، وإنما ترتبط بعيوب في منتجاته، وتلك المنتجات هي محور النشاط الذي يمتنه ويترجح من ورائه، ولذلك يمكن اعتبار المسؤولية عنها الغرم الذي يقابل ما يغنمه من ورائها. وهو ما نص عليه التوجيه الأوروبي 85-374، وكان الهدف منه تحقيق قدر من التوازن في العلاقة بين المنتج والمستهلك، فسمحت للمنتج باستعمال عدة دفوع يستطيع من خلالها دفع مسؤوليته<sup>2</sup>.

لكن هذا لا يعني بأن المنتج لا يستطيع الاعتماد على الدفوع التقليدية لدفع مسؤوليته، لكن مع إخضاعها لأحكام خاصة جاء بها التوجيه الأوروبي 85-374 المتعلق بمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة (الفرع الأول). ويمكن حصر الدفوع المستحدثة التي قررها التوجيه الأوروبي لتمكين المنتج من استبعاد مسؤوليته، في ثلاثة أنواع، نوع يتعلق باستبعاد مسؤولية المنتج لعدم توافر شروطها، ونوع يتعلق باستبعاد

1-La recherche d'un équilibre raisonnable entre les différents intérêts en présence au sein de la société industrielle a conduit à prévoir des causes d'exonération du producteur en contrepartie de cet alourdissement de responsabilité à charge pour celui-ci d'apporter la preuve de sa non-responsabilité. Voir : GAUMONT – PRAT (H), op. cit, p1635.

2-L'efficacité d'un principe de responsabilité suppose que non seulement sa clarté et son unicité favorisent sa mise en œuvre par les victimes, mais aussi que les possibilités d'y échapper soient bien délimitées et ne correspondent qu'à des situations où il est équitable que le priori, le producteur ne puisse être recherché, il est positif que la directive, dans ses articles 7 et 8, énumère limitativement les cas dans les quels le producteur n'est pas responsable. Voir : GENES (B), op.cit. p214.

مسؤولية المنتج في حالة مطابقة المنتج مع القواعد الآمرة ذات الطابع التشريعي أو التنظيمي، ونوع خاص بمخاطر التطور (الفرع الثاني).

## الفرع الأول

### دفع المنتج لمسؤوليته لتوفر إحدى الأسباب العامة

يستطيع المنتج أن يدفع مسؤوليته اعتماداً على أسباب الإغفاء من المسؤولية المطبقة في القواعد العامة، إلا أنها تتميز ببعض الخصائص لا نجدها إذا ما قارنا بينهما -أي الأسباب العامة لدفع مسؤولية المنتج التي تم ذكرها في إطار أحكام التوجيه. والأسباب العامة في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية-، وهناك دفع آخر منصوص عليه في القواعد العامة أراد المشرع الأوروبي عدم النص عليه.

### أولاً: خطأ المضرور

يعتبر فعل -خطأ- المضرور كصورة من صور السبب الأجنبي، بحيث المضرور هو الذي أهمل في حق نفسه فألحق بنفسه الضرر، وعلى الفاعل (المنتج) الذي يدعي ذلك أن يثبت وقوع الفعل وإسناده إلى المتضرر (المجني عليه)، وأن هذا الفعل هو الذي أحدث الضرر ومن ثمة فإن سلوكه غير مشوب بالانحراف أو الخطأ<sup>1</sup>. فمعظم الحوادث الضارة التي تحدث في الحياة تعزى إلى عدد من الأسباب وقلماً يعزى الحادث إلى سبب واحد بعينه، فكثيراً ما يساهم المضرور بفعله في إيقاع الضرر وتحققه سواء أكان نتيجة فعله الخاطئ أم لم يكن كذلك. وسواء اتخذ صورة العمل الإيجابي أم كان مجرد موقف

1- من حق الفاعل (المنتج) أن يتوقع سلوكاً سليماً من المجني عليه (المتضرر) حتى يدرأ الضرر فإذا أخطأ بدوره خطأ جسيماً استقل مع الضرر، فإن فعل المصاب يكون هو الذي قطع علاقة السببية ويكون الضرر مرده السبب الأجنبي. أنظر: عبد الحكيم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص 155.

سلبى، بل قد يحدث كثيرا أن يكون فعل المضرور هو السبب الذي أدى إلى وقوع الضرر<sup>1</sup>.

ومن صور الخطأ الذي ينفي علاقة السببية، هي مخالفة المستهلك لتعليمات المنتج، سواء كانت متعلقة بطريقة استعمال المبيع، أم بالوسائل الكفيلة بتجنيب أخطاره، ذلك أنه إذا كان المنتج يلتزم بالإدلاء بالمعلومات التي تكفل استخدام المنتج على أحسن وجه، فعلى المستهلك أن يلتزم بهذه التعليمات، وعدم الخروج عنها، وإلا كان عليه أن يتحمل مغبة فعله.

لذا نجد التوجيه الأوروبي في مادته<sup>8</sup>المقابلة لنص المادة<sup>1386</sup> - 13 من القانون المدني الفرنسي قد نصت على أن مسؤولية المنتج يمكن أن تخفف أو تلغى، أخذا بعين الاعتبار الظروف المحيطة، إذا كان الضرر نتيجة إما بمساهمة المضرور بخطئه وعيب في المنتج، أو في حالة ما إذا كان خطأ المضرور وحده، أو أن أحد الأشخاص المسؤول عنهم كان هو السبب في حدوث الضرر<sup>2</sup>.

أي أن مسؤولية المنتج يمكن التخفيف منها، أو الإعفاء تماما منها، في حالة ما إذا كان الضرر الذي حدث بسبب عيب في المنتج، وسبب الخطأ الصادر من المضرور نفسه، أو من شخص آخر، يكون مسؤولا عنه.

وهكذا، فالمسؤولية يمكن أن يتم الإعفاء منها، أو تحديدها (الإنقاص منها)، في

1- حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص101.

2-L'article 1386- 13 du code civil dispose que « la responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu des circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable » l'article 1386-13 est lacunaire à deux égards. En premier lieu il ne définit pas la faute de la victime qui est ici visée. S'agit-il d'une faute inexcusable, intentionnelle ou grave ? en seconde lieu, il n'indique pas le critère de distinction entre les deux hypothèses d'exonération. Partielle ou totale le juge aura donc à cet égard, au plan pratique, une large marge d'appréciation. Voir : LAMBERT (S), op.cit, p110.

حالة وقوع الخطأ من جانب المضرور. لكن ما هي المعايير التي يمكن الارتكاز عليها لمعرفة الظروف التي يكون فيها خطأ المضرور مؤديا إلى الإعفاء التام من المسؤولية، ومن جانب آخر، الظروف التي تؤدي إلى التقليل من المسؤولية؟ وقد بات واضحا، أن القانون الفرنسي الصادر في 1998 لم يحدد هذه المعايير، فقد نص في المادة 1386-13 أنفة البيان، على أن خطأ المضرور يمكن أن يؤدي إلى الإعفاء الجزئي أو الكلي من المسؤولية حسب الظروف التي تم فيها ارتكاب خطأ من المضرور، دون أن يوضح المعايير التي ينبغي إتباعها، لتوضيح هذه التفرقة حسب الظروف. وبالتالي يقع على عاتق القضاء، تحديد هذه الظروف، وبيان أثرها على الإعفاء من المسؤولية<sup>1</sup>. فللمنتج الحق في دفع مسؤوليته إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بخطأ من المضرور، وهذا الخطأ يجب أن يكون فادحا وجسيما لا يعذر. كأن يشرب زجاجة الدواء بأكملها بدلا من 10 نقط، أو يبلع 20 قرصا بدلا من قرصين، أو أن يستعمل دواء مضادا للاستعمال مع دواء آخر وصفه الطبيب، أو أن يعطي الدواء المخصص للكبار لأحد الأطفال، أو أن يقوم المشتري المضرور باستعمال المنتجات الدوائية بعد انتهاء فترة الصلاحية المبينة عليها، لأن القاعدة العامة مفادها أنه " لا يجوز أن يستفيد المخطئ من خطئه."

فبالنسبة للمنتجات الدوائية، حتى يتخلص الصيدلي الصانع للدواء من المسؤولية، يجب أن يتأكد ما إذا كان قد نفذ التزامه بالإعلام في مواجهة مستعملي هذه الأدوية،

1- وقد أشار بعض الفقه إلى أن خطأ المضرور يكون معفيا من المسؤولية إذا كان فادحا وجسيما أما الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه كل شخص عادي فلا يمكن الاحتجاج به لإعفاء المنتج والموزع من المسؤولية. أنظر: شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص73-ص77. أنظر كذلك:

- إن عدم قيام المضرور فقط بفحص المنتج قبل استعماله، فلا يعد إهماله في ذلك الشأن خطأ يبرر إعفاء المنتج من المسؤولية، حتى ولو كان عيب المنتج ظاهرا للعيان، لأن المعول عليه فقط. هو قيام المنتج بطرح منتج خاليا من كل عيب، لحظة طرحه للتداول، سواء أقام المضرور بفحص المنتج أم لا. ولذلك فإن نص التوجيه على عبارة. " أخذا في الاعتبار كل الظروف". يقصد به أن يترك للقاضي سلطة تقدير مدى أهمية الخطأ الذي ارتكبه المضرور بالمقارنة بعيب السلعة. أنظر: عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص60.

وعليه أن يوضح تاريخ انتهاء الصلاحية، سواء على علبة الدواء، أو في الوثيقة الداخلية المرفقة بالدواء، ويبين ظروف استعماله والمقادير واجبة الاستعمال ومواقع الاستعمال<sup>1</sup>.

أما بالنسبة للسلع التي تصنع بناء على مواصفات محددة من العميل (المشتري)، فالمنتج يمكن أن يتمسك بهذه المواصفات التي فرضها العميل متى أثبت أن ما وقع من ضرر كان نتيجة احترام هذه المواصفات، خاصة وأن المنتج قد لفت نظر العميل إلى خطورة ما يطلبه هذا من ناحية، وأن يراعي في صنعه الأصول الفنية المتعارف عليها واللوائح المعمول بها في هذا الشأن من ناحية أخرى<sup>2</sup>.

إذا فالمشرع (الأوروبي، الفرنسي) قد أخذ بالسبب التقليدي لدفع مسؤولية المنتج - خطأ المضرور - وللقاضي السلطة التقديرية في تقدير نصيب مسؤولية كل من المنتج والمضرور إذا ساهما كليهما في حدوث الضرر<sup>3</sup>.

فإذا ساهم خطأ المضرور في حدوث ما أصابه من ضرر، فإنه بالتبعية يتحمل الضرر الذي أصابه من خطئه. إذ من غير الجائز قانوناً أن يمنح تعويض ممن تسبب في أذية نفسه على حساب المنتج. وحتى يعفى المنتج كلياً من المسؤولية، يجب أن يقيم الدليل على أن خطأ المضرور هو السبب الرئيسي في حدوث الضرر، ولولاه لما وقع،

1- كجار سي يوسف زاوية، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص311.

2- المرجع نفسه، ص162-ص313.

3-Pour que le producteur puisse bénéficier d'une exonération totale, on peut penser que la jurisprudence exigera que la faute de la victime présent les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité de la force majeure, afin de ne pas aboutir a une régression sur ce point du sort des victimes par rapport au droit commun. Voir : Caillé (C), op. cit, p9.Voir aussi : LAMBERT(S), op.cit, p110.

En droit commun, il s'agit de la présence ou de l'absence des conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité qui caractérisent la force majeure. Ce critère sera -t-il adopté? la logique et le respect des principes voudraient que l'exonération soit totale lorsque la faute de la victime est irrésistible pour le producteur, et qu'elle soit partielle lorsque la faute de la victime n'a pas les caractères de la force majeure.

وأن منتجه خال من كل عيب. فإذا ثبت أن الضرر يرجع إلى عيب في المنتج، وإلى الاستعمال الخاطئ من قبل المضرور في ذات الوقت، فإن ذلك يكون سببا لتخفيف مسؤولية المنتج.

ويرى بعض الفقه أنه مادام قد ثبت أن خطأ المضرور هو السبب الرئيسي أو الوحيد في إحداث الضرر، فإننا لا نبحت في كون المنتج معيبا أم لا، إذ أن مجرد توافر هذا السبب من شأنه أن يبعد المسؤولية عن المنتج حتى ولو كان المنتج معيبا<sup>1</sup>. مثل هذا الرأي لا نسانده لأن المنتج متى ثبت أنه طرح في التداول منتج معيب ولو لم يكن هو السبب الرئيسي في حدوث الضرر يجب أن يساءل حتى يأخذ الاحتياطات اللازمة في إنتاجه.

إن فكرة خطأ المضرور ودور هذا الخطأ في مدى التعويض ليست بالفكرة الجديدة المستحدثة، إذ يأبى العقل البشري السليم على من كان فعله الخاطئ سببا في وقوع ما لحقه من ضرر أن يطالب بتعويض هذا الضرر. وإلقاء تبعه ما اقتترف من خطأ على عاتق الطرف الآخر<sup>2</sup>.

فدفع المنتج لمسؤوليته نتيجة خطأ المضرور جاء موافقا للمنطق. فيجب الموازنة بين مصلحة المحترف (بحيث لا يتحمل مسؤولية شيء لم يقترفه)، وتحمل المستهلك (المضرور) تبعه أفعاله.

1- إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر لم يكن للخطأ المستغرق من أثر، فإذا كان خطأ المدعى عليه (المنتج) هو الذي استغرق خطأ المضرور كانت مسؤولية المدعى عليه كاملة لا يخفف منها خطأ المضرور أما إذا كان خطأ المضرور هو الذي استغرق خطأ المدعى عليه فإن مسؤولية المدعى عليه ترتفع لانعدام رابطة السببية. أنظر: حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 118. أنظر كذلك:

عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 669.

2- حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص 102.

## ثانياً: فعل الغير

تقضي القواعد العامة<sup>1</sup> بأنه متى ثبت خطأ الغير، وكان هو السبب الوحيد في حدوث الضرر أعفي البائع كلياً من المسؤولية، فيستطيع المنتج أن يتحلل من المسؤولية إذا أثبت أن الضرر الذي أصاب المستهلك أو المستعمل، يرجع إلى خطأ من جانب الغير، كما لو كان العيب قد لحق بالمنتجات خلال عملية نقلها من جانب ناقل مستقل، واستطاع المنتج أن يقيم الدليل على ذلك. أو كما إذا كان المنتج قد عهد لأحد الأغيار مهمة فحص المنتجات والتأكد من سلامتها قبل طرحها للتسويق. وأن هذا الأخير قصر في القيام بهذا الواجب مما أدى إلى وقوع ضرر بالمستهلك<sup>2</sup>.

وإذا ما ثبت أن خطأ الغير قد أسهم إلى جانب خطأ البائع في إحداث الضرر فإن التعويض يوزع عليهما بالتساوي. إلا إذا أمكن تحديد درجة جسامة الخطأ المنسوب إلى كل واحد منهما. حيث يوزع عبء التعويض عندئذ تبعاً لجسامة الخطأ. وهذا حسب ما هو منصوص عليه في القواعد العامة.

لكن التوجيه الأوروبي نجده قد تميز بأحكام مخالفة عما نجده في القواعد العامة فقد نص في المادة 1/8 منه ما يقابل نص المادة 14/1386 القانون المدني الفرنسي، بأن

1- من الصور التي تأخذ شكل السبب الأجنبي الفعل الصادر عن غير طرفي العلاقة، فلا هي فعل المجني عليه، ولا هي فعل الجاني بل شخص بعيد عنها، وقد توافر فيها ركنان، استحالة دفع الضرر انتقاء الإسناد إلى الجاني. وان تحقق فعل الغير وقد انقطعت رابطة السببية بين الضرر بالحادث للمجني عليه وبين مباشر السلوك، طالما أن خطأ الغير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر ان كان خطأ الغير هو السبب الوحيد في حدوث الضرر، على المضرور أن يطالب الغير بتعويض هذا الضرر فإذا كان هناك خطأ من الجاني وخطأ من الغير، ولكن خطأ الجاني ليس هو محدث الضرر عندئذ تنقسم رابطة السببية، وإذا كان المدعي قد أقام دعواه على الأول فإنه يستطيع أن يتدخل في الدعوى هذا الغير إذا كان قد اشترك سويًا في الخطأ، وإلا قصر دعواه على الغير المدخل في الدعوى. ولا يعتبر خطأ الغير سبباً أجنبياً إلا إذا كان هو السبب الوحيد لوقوع الضرر. انظر: عبد الحكيم فودة، التعويض المدني...، مرجع سابق، ص156.

2- عز الدين الدناصوري&عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص1339.

فعل الغير لا يمكن أن يكون سببا في إنقاص مسؤولية المنتج إذا اشترك كل من فعل الغير وعيب المنتج في حدوث الضرر. فالمنتج يجب عليه أن يعرض تعويض كلي للمتضرر<sup>1</sup>،

وما عليه بعد ذلك إلا الرجوع على الغير المشترك في حدوث الضرر. وهو ما قضى به القضاء الفرنسي (قرار مجلس قضاء تولوز بتاريخ 22 فيفري 2000) في قضية جمعت بين متضررين -**Souffrir d'une affection** على تناولهم لحم الحصان الذي كان محتويا **larves des trichines**- وقصاب، بحيث رفعوا دعوى في الاستعجالي على القصاب والتعاونية، من أجل القيام بخبرة وأخذ عينة. **une-provision**- للفحص. وتم قبول طلبهم من قبل القاضي الاستعجالي. بعدها تقدم كل من القصاب والتعاونية بالاستئناف معتمدين على عدة دفع. من بينها الدفع المتعلق بإثارة الخطأ المرتكب من طرف المخبر **Laboratoire vétérinaire départemental** البيطري الجهوي، بحيث لم يأخذ بعين الاعتبار الوسائل اللازمة. فالمخبر قد اعتمد في تجاربه بأخذ عينة مقدرة ب 10 غ من عضلة الحصان، في حين صدرت تعليمة أوروبية بتاريخ 2 ديسمبر 1994 تقضي بأن البحث (التجربة) يجب أن يكون بأخذ عينة ب 5 غ، وهذا الدفع قد تم رفضه. فالخطأ الذي وقع فيه المخبر لا يؤثر على مسؤولية المستأنفين (القصاب والتعاونية)، لكن بإمكانهم أن يرجعوا على المخبر فيما بعد طبقا للقواعد العامة<sup>2</sup>.

1-malgré le rôle causal de cet événement (fait du tiers), le producteur restera condamné à réparer intégralement le préjudice subi par le demandeur. C'est dans un souci de protection de la victime que le producteur restera responsable à l'égard de la victime puisqu'il sera généralement plus solvable que le tiers en cause. Voir : LAMBERT (S), op.cit, p122.

2-Ce moyen ne pouvait qu'être rejetée cette faute éventuelle étant légalement sans influence sur l'obligation des appelants. Mais qui pourront, après condamnation, se retourner contre l'organisme fautif. Selon le droit commun. Voir : LETOURNEAU (PH), « **Responsabilité du fait des produits défectueux : viande de cheval producteur contaminée par larves de trichine- responsabilité du boucher producteur** », la semaine juridique, N48, 2009, p2189.

أما في حالة ما إذا كان فعل الغير وحده سببا في حدوث الضرر، فالتوجيه الأوروبي لم ينص على هذه الحالة. فإذا كان خطأ الغير في القواعد العامة يعد سببا من أسباب قطع علاقة السببية، إذا ما ثبت أنه السبب الحقيقي للضرر فتنتهي مسؤولية المدعى عليه، فان نص التوجيه الأوروبي لم يتناول هذه المسألة، واقتصر على الفرض الذي يشترك فيه خطأ الغير مع عيب في المنتج في إحداث الضرر. بحيث مسؤولية المنتج لا تتأثر باشتراك الغير معه في إحداث الضرر<sup>1</sup>.

ويصح لنا أن نتساءل عما إذا كان من الضروري أن يكون شخص هذا الغير معروفا؟ حيث لم يرد بشأن هذا الشرط أي نص في القانون، لهذا ذهب بعض الفقهاء إلى انه ينبغي أن تعرف شخصية الغير حتى يستطيع المدعى عليه (المحترف) التخلص من المسؤولية، وإلقائها عليه.

ومهما يكن من أمر فإنه ليس من الضروري لاعتبار الحادث نتيجة فعل الغير إذا كان هذا الفعل هو السبب الوحيد لوقوع الضرر، أن تكون شخصية هذا الغير معروفة وإنما يكفي في ذلك أن يقوم الدليل على أن الضرر الذي وقع إنما كان نتيجة فعل شخص من الأشخاص أيا كانت هوية هذا الشخص. فتقديم هذا الدليل كاف لرفع المسؤولية عن

1- عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 671. أنظر كذلك: محمد أحمد المعداوي، مرجع سابق، ص 622. وتجدر الإشارة إلى أن نص التوجيه لا يفرق بين ما إذا كان تدخل الغير كان خاطئا، ومن ثم يجعله تحت طائلة المسؤولية أم لا؟ ذلك أنه في مجال التعويض، فإن مسؤولية المنتج تظل كاملة، على الرغم من أن فعل الغير قد أسهم في نفس الوقت مع عيب المنتج بدور سببي في وقوع الضرر، حيث تكمن الصعوبة لإعفاء المنتج من مسؤوليته كاملة في قيام هذا الأخير بإثبات أن فعل الغير كان له دور رئيسي وسببي في وقوع الضرر، بحيث أنه لولا هذا الفعل لما وقع الضرر، وإذا تمكن المنتج من هذا الإثبات، فإنه يتم إعفاؤه من المسؤولية كاملة استنادا إلى نفي رابطة السببية بين العيب والضرر.

المدعى عليه، ولا ريب أن التحقق من هذا الدليل يكون سهلا ميسورا إذا تمكن من تحديد شخصية هذا الغير أو هويته<sup>1</sup>.

ومن مصلحة المستهلك أن يتم تحديد هوية الغير المتسبب في حدوث الضرر حتى يتمكن من الرجوع عليه، في حالة تمكن المحترف (المنتج) من دفع مسؤوليته.

### ثالثا: القوة القاهرة

لم ينص التوجيه الأوروبي على القوة القاهرة كسبب من الأسباب العامة، والتي من خلالها للمنتج دفع مسؤوليته تجاه المضرور<sup>2</sup>. وعدم إدراج القوة القاهرة ضمن أسباب الدفع على حسب رأي البعض الذين كانوا قريبين أثناء مرحلة إعداد التوجيه، يعود إلى كون عدم تحديد المقصود بالقوة القاهرة هو السبب في عدم إدراجها من بين أسباب دفع المسؤولية. وذلك لتفادي الاختلافات وعدم الوصول إلى نقطة توافق بين الدول<sup>3</sup>. فلم يرد تعريف القوة القاهرة مثلا في القانون الفرنسي<sup>4</sup>.

1-حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص179.

2-La directive omet de parler de la force majeure. Elle n'indique donc pas quelles sont ses conséquences sur la responsabilité encourue par le producteur. Ce silence pourrait être interprété comme un refus de la part des auteurs du texte européen de faire de la force majeure une cause d'exonération du producteur. Voir : BORGHETTI (J.S), op.cit, p497.

3-Si le législateur communautaire s'est abstenu de faire de mention de celle-ci, c'est qu'il souhaitait les exclure. Cependant, ceux qui se sont intéressés de près à l'élaboration de la directive observent que, s'agissant de la force majeure, le silence du texte tient bien davantage à la difficulté rencontrée par les différents Etats signataires pour s'entendre sur la définition de la force majeure que sur une quelconque volonté de l'évincer. voir : BRUN(PH),op-cit, p66.

4-لقد تعددت التعاريف الفقهية للقوة القاهرة فهناك من عرفها بأنها حادث خارجي لا يمكن توقعه ولا دفعه، يؤدي بشكل مباشر إلى إحداث الضرر، ويرى البعض أنه أمر لا ينسب إلى المدين، ليس متوقعا حصوله وغير ممكن دفعه، يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ويرى البعض الآخر أنها أمر غير متوقع حصوله ولا يمكن دفعه، لذا يؤدي مباشرة إلى وقوع الضرر. كما يعرفها القضاء، بأنها حادثة مستقلة عن إرادة المدين، لم يكن في وسعه توقعها أو مقاومتها. والقوة القاهرة أو الحادث المفاجئ فكرة مستقاة من القانون الروماني. أنظر: كجارسى يوسف زاهية، المسؤولية المدنية...، مرجع سابق، ص318.

ويرى البعض الآخر من الفقه أن ذلك الدفع يعد سببا نادرا من حيث الواقع، ذلك أن فكرة القوة القاهرة لن تجد لها حظا في التطبيق بخصوص مسؤولية المنتجين، لأن ظروف الضرر التي يمكن أن تثير هذا الدفع سوف تجعل من تدخل المنتجات في حدوثه أمرا عرضيا بحتا. بحيث أن المضرور نفسه لن يفكر في الرجوع بالتعويض على المنتج<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فيما يخص أسباب دفع مسؤولية المنتج، فإنه لم يشر إلى أي سبب (دفع)، فللمنتج الاعتماد على أسباب دفع المسؤولية المذكورة في نص المادة 127 ق.م.ج التي تنص: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

فالمشرع الجزائري جعل من مسؤولية المنتج مسؤولية تقصيرية، فيمكن للمنتج أن يعتمد على أسباب دفع المسؤولية المذكورة في المادة 127 ق.م.ج أنفة الذكر.

## الفرع الثاني

### الأسباب الخاصة لدفع مسؤولية المنتج

إذا كان نظام مسؤولية المنتج عن عيوب منتجاته لا علاقة له بتقدير سلوك المنتج، فإن الاهتمام ينصب مباشرة على المنتجات ذاتها لمعرفة ما إذا كان مصدر الضرر عيبا ناتجا عن صناعة المنتج، أم نتيجة لعيب أصاب المنتج أثناء تسويقه، فلا يتعلق الأمر بضرورة إثبات خطأ المنتج أو افتراض الخطأ، أو تقديم البرهان المضاد على أن منتجاته قد تمت صناعتها مع بذل العناية الواجبة، أو أنه فعل قدر ما في استطاعته كي يتجنب

1- عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 672.

حدوث الضرر، فهي مسؤولية موضوعية<sup>1</sup>. ومع ذلك فإن مسؤولية المنتج ليست مطلقة إذ توجد حالات يستطيع فيها أن يدفع المسؤولية عنه.

### أولاً: دفع مسؤولية المنتج لعدم توافر شروطها

نصت المادة 7 من التوجيه الأوروبي المقابلة للمادة 11/1386 من القانون المدني الفرنسي على حق المنتج في استبعاد مسؤوليته، من خلال نفي شروط قيامها، بحيث يعفى المنتج من المسؤولية إذ أثبت:

- أنه لم يطرح المنتج في التداول<sup>2</sup>.

- مع الأخذ في عين الاعتبار كل الظروف، لم يكن العيب الذي سبب الضرر موجوداً في اللحظة التي طرح فيها المنتج للتداول عن طريقه، أو أنه نشأ بعد ذلك مثلاً في حالة ما إذا كان العيب راجعاً إلى نقص في الصيانة، أو إلى عدم ملائمة نظام التخزين أو النقل أو نتيجة الاستعمال السيء للمنتج.

ويفهم من ذلك أنه إذا أثبت المنتج أن السلعة لم تكن معيبة قبل طرحها في التداول، أو أثبت أن العيب قد ظهر بعد تاريخ وضع المنتج في التداول، فإنه سيتمكن من دفع مسؤوليته عن الأضرار التي تسببت فيها المنتجات المعيبة. وهذا الحل (الدفع) لم يكن محل جدل من الناحية الموضوعية، لكن تنور مشكلة عبء الإثبات وصعوبته. ونعلم

1- جابر محمد ظاهر مشاقبة، مرجع سابق، ص 93.

2-La mise en circulation du produit constituant une des conditions de la responsabilité, la preuve devrait incomber au demandeur mais le législateur a institué là encore une présomption en faveur de la victime. de même que c'est au producteur de prouver que le défaut n'existait pas au moment de la mise en circulation, c'est également à lui d'établir qu'il n'avait pas mis le produit en circulation. Voir : Caillé (C). Op. cit. p8 . Voir aussi : LAUDE (A), op. cit, p190.

Le fabricant n'est pas responsable s'il peut prouver qu'il n'avait pas mis le produit en circulation. Autrement dit, si le produit est une contre façon ou si un tiers s'est emparé du produit contre le gré du producteur et qu'il l'a mis en circulation.

أنه وفقا لأحكام ضمان العيوب الخفية يقع على المشتري عبء إثبات وجود عيب سابق على التسليم، مما كان يجعل عبء الإثبات على المستهلك فيتحمل نفقات أعمال الخبرة المعقدة والباهظة، لذا انتهى التوجيه الأوروبي في بروكسل ومن قبل اتفاقية ستراسبورغ إلى الحل المتقدم بعد مناقشات طويلة، ووضع عبء الإثبات على عاتق المنتج، على اعتبار أنه محترف وأكثر قدرة في إقامة الدليل على أن سلعته لا يشوبها أي عيب وقت طرحها في التداول<sup>1</sup>. لكن التوجيه لم يحدد اللحظة التي يتم فيها إثبات أن المنتج لا يحتوي على أي عيب عندما تم طرحه للتداول، هل هي اللحظة التي يقوم فيها المنتج أو الصانع بتسليم المنتج إلى الموزع؟ أم هي اللحظة التي يقوم فيها الموزع بتسليم المنتج إلى بائع التجزئة؟ أم هي اللحظة التي يقوم فيها بائع التجزئة بتسليم المنتج إلى المشتري النهائي؟.

وأيا كانت الإجابة عن مثل هذا التساؤل، فمن الضروري لكل من المنتجين والصانعين أن يحتفظوا بعناية بكل المستندات التي تثبت حالة البضاعة في كافة المراحل المختلفة الخاصة بنقل أو تسليم المنتجات، وإذا كانت الحراسة لم تكن هي المعيار الذي يتم الأخذ به في تحديد المسؤولين وفقا لنظام المسؤولية الذي نص عليه التوجيه، على خلاف التفرقة التي يقوم بها القضاء الفرنسي بين حراسة التكوين وحراسة الاستعمال.

1- فتحي عبد الرحيم عبد الله، مرجع سابق، ص198. أنظر كذلك: LAMBERT (S), op.cit, p115. ....la justification de ce choix tient au fait que le producteur sera généralement le mieux à même d'établir que son produit ne comportait aucun défaut lorsqu'il a été mis en circulation cependant, le fardeau de la preuve sera lourd dans la mesure où l'action peut être exercée pour un défaut apparu de nombreuses années après la mise en circulation. Cette solution est évidemment favorable aux victimes puisqu'ici est instituée une présomption de postériorité du défaut par rapport à la mise en circulation. En matière pharmaceutique, le producteur prouve que le défaut du produit est dû à de mauvaises conditions de stockage par un distributeur du médicament et qu'il n'existait donc pas (ni en tant que tel, ni en germe) au moment où il a été mis en circulation, il sera dégagé de sa responsabilité.

فإذا استطاع المنتج إثبات أن المنتج لا يشوبه أي عيب عندما تم طرحه للتداول، فإن ذلك سوف يترتب عليه استبعاد قرينة المسؤولية التي تقع على عاتقه بالنسبة للأضرار الناشئة عن المنتجات التي أصبحت معيبة في وقت لاحق على طرحها للتداول، كما هو عليه الحال، بالنسبة لمنتج المادة الأولية الذي لا يسأل عن العيب الذي لحق بالمنتج في وقت لاحق على تسليمه إلى صانع المنتج النهائي والمكلف بتحويله إلى منتج صناعي<sup>1</sup>.

- أن المنتج لم يكن مخصصا للبيع، أو أي شكل من أشكال التوزيع، لأهداف اقتصادية، أو أهداف تتعلق بمجال أعماله التجارية، مثلا إذا خضع المنتج فقط للتجارب لمعرفة درجة جودته. ففي إطار البحوث الطبية الحيوية التي تستخدم منتجات لم يتم طرحها بعد للتداول، حيث أن العبرة هنا ليست بالاستخدام أو الاستعمال من جانب المستخدمين، وإنما بطرح المنتج في التداول، فإذا ظل المنتج في حيز الاختبار، فإنه لا يكون مطروحا للتداول ولا يعتبر المنتج مسؤولا وفقا لنظام المسؤولية الذي نص عليه التوجيه إذا نشأ عن استعماله أضرار لحقت بالذين قاموا باستخدامه في إطار هذه البحوث. على أساس أن المنتج يظل في مرحلة الرقابة من قبل المنتج، ومن ثم، فلا يوجد تخلي من قبل المنتج عنه، ومن ثم طرحه للتداول. وهذا هو الشأن أيضا بالنسبة للمنتجات التي يكون الغاية المقصودة منها هو الاستعمال المعمل فقط، كأن يتم استخدامها في إجراء بعض التحاليل والاختبارات الكيميائية والبكتريولوجية أو في تحضير أي نوع من المستحضرات الحيوية، ومن ثم، فإن الغاية من الطرح ليست بقصد الاستهلاك، وإنما بقصد إجراء التجارب والأبحاث.

1- محمد أحمد المعداوي، مرجع سابق، ص 634.

## ثانيا: دفع المنتج لمسؤوليته في حالة مطابقة المنتج مع القواعد الآمرة ذات الطابع التشريعي و/أو التنظيمي

للمنتج أن يعف نفسه من المسؤولية إذا أثبت بأن عيب المنتج كان نتيجة مطابقتها لقواعد أمرة قد تكون تشريعية أو لائحية، وهو ما نص عليه التوجيه الأوروبي في المادة 7، و نص عليه المشرع الفرنسي في نص المادة 5-11/1386 من القانون المدني الفرنسي. فالمشرع أو الهيئة الإدارية هما من قاما بسن القواعد الآمرة لإنتاج منتج يتبين بأن تلك القواعد هي المعيبة<sup>1</sup>. وحسب أغلبية رأي الفقهاء، فإن مثل هذا الأمر (الدفع) هو من إحدى تطبيقات نظرية فعل الأمير<sup>2</sup>. لكن نظرية فعل الأمير لا يمكن تطبيقها تجاه جميع المعايير التي تنظمها القوانين واللوائح الوطنية بوجه عام، إذ ينبغي التمييز بين نوعين من هذه المعايير.

### النوع الأول: يتعلق بالمعايير التشريعية واللائحية المنظمة للحد الأدنى من المواصفات التي يجب أن يوفرها المنتج في سلعته

هذا النوع من المعايير لن يكون كافيا لتبرئة ساحة المنتج من المسؤولية إذا أثبت أنه أنتج السلعة مراعيًا فيها معايير الحد الأدنى الضرورية المنصوص عليها بوجه عام في

1-Pour que le producteur soit exonéré il faut donc que ce soit le respect des normes impératives, elle-même défectueuse qui ait entraîne le défaut du produit de tel sort que le dommage soit entièrement dû au fait du prince. Voir : GHESTIN(J), La directive communautaire. Op. cit. p122. Voir aussi : d'une façon générale, le respect des règles de l'art n'exonère pas le fabricant de sa responsabilité, il s'ensuit que l'avis accordé par un organisme habilité, bien qu'erroné, ne peut constituer une échappatoire au professionnel. Voir : KHEIRBEK (L), op. cit, p77.

2-.....il s'agit là de fait du prince et l'exonération est donc tout à fait justifiée, on peut penser, toutefois, que cette situation se rencontrera assez rarement son effectivité est en outre sensiblement limitée par l'obligation de suivi des produits qui est mise à la charge des producteurs. Voir : Caillé ( C ), op- cit, p214. Voir aussi : LAMBERT (S), op.cit, p119.

Cette exonération se justifie, à la fois, par l'effet justificatif attaché à « l'ordre de la loi », et par l'existence du « fait du prince » qui apparaît comme une cause étrangère. Elle n'a d'ailleurs pas soulevé d'objection au cours des négociations qui ont abouti à l'adoption de la directive, ni au cours du processus législatif d'introduction.

القوانين الوطنية<sup>1</sup>، حيث كان بإمكانه أن يتفادى هذا الضرر بإنتاج سلعة تزيد مواصفاتها على هذا الحد الأدنى<sup>2</sup>.

فالإجازة أو الترخيص الإداري بممارسة النشاط لا يعفي الصانع من المسؤولية بزعم أنه قام بالإنتاج طبقا للشروط والمعايير التي تطلبها الإدارة، ذلك أن الغاية من الإجازة أو الترخيص هو مراقبة المنتج أو الصانع في الإنتاج بمستويات معينة لا يجوز له النزول عنها. و لكن ذلك لا يقلل مسؤوليته في الارتقاء بمستوى الإنتاج إلى ما هو أعلى من الحدود الدنيا من أجل تلافي الأخطار التي تحيق بجمهور المستهلكين<sup>3</sup>.

### النوع الثاني: يتعلق بالمعايير التشريعية واللائحية التي تلزم المنتج أن يوفر في سلعته مواصفات معينة

في هذا النوع يلتزم المنتج بمراعاة المعايير الوطنية، وهي تطبيقا لنظرية فعل الأمير بحيث يمكن للمنتج في هذه الحالة أن يدفع مسؤوليته<sup>4</sup>.

وقد برّر بعض الفقه هذه الحالة بأن العيب هنا يمكن نسبته إلى السلطة التشريعية أو اللائحية ذاتها، التي فرضت على المنتج إتباع معايير بها خلل، وفي هذا الفرض أصبح المنتج ليس مسؤولا. ويطرح تساؤل: هل المستهلك المتضرر يرفع دعواه ضد من

1-تنص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 05- 464 مؤرخ في 06 ديسمبر 2005، يتعلق بتنظيم التقييس وسيره، جريدة رسمية عدد 80:

"يقوم المعهد الجزائري للتقييس بإجراء فحص منتظم للمواصفات الوطنية، مرة كل خمسة سنوات قصد الإبقاء عليها أو مراجعتها أو إلغائها".

2-Les règles de sécurité fixent des exigences minimales et n'interdisent pas a priori d'aller au-delà. Elles ne peuvent jamais être totalement complètes et à jour. Voir : GENES (B), op. cit. p215. Voir aussi : KHEIRBEK (L), op. cit, p77. les juges peuvent prendre en considération le respect des normes pour rejeter l'hypothèse de faute mais la référence aux normes ne constitue qu'une indication parmi d'autres permettant, de conclure à la diligence du professionnel.

3-درع حماد، مرجع سابق، ص216.

4-L'exclusion dont il s'agit ne doit jouer que si le défaut est la conséquence directe de la règle impérative, par exemple s'il découle du procédé de conception ou de fabrication qu'elle impose. Voir : GENES (B), op, cit, p215.

كان السبب في إعداد تلك المعايير التي كانت سببا في كون المنتج معيباً؟<sup>1</sup>. لم يجب على هذا التساؤل لا القضاء، ولا المشرع، يبقى التساؤل معلقاً إلى أن يعرض نزاع في هذا الشأن. ونقول إذا كان المشرع في مختلف الدول (ومن بينهم المشرع الجزائري) قد كرس حماية للمضرور بالنسبة للأضرار الجسمانية في حال انعدام المسؤول-كان مجهولاً- فإنه من الأولى في هذه الحالة. أي في حالة إعداد مواصفات معيبة أن لا تترك المضرور بدون تعويض.

لقد أيدَّ اتجاه هام من الفقه ضرورة التفرقة بين القواعد التشريعية واللوائح التي تنظم حد أدنى من المواصفات التي يجب على المنتج احترامها، وبين القواعد الأمرة التي لا يجوز للمنتج بأي حال من الأحوال مخالفتها وإتباع طريق آخر غير طريقها، ففي الحالة الأولى كان بإمكان المنتج أن يتبع مواصفات أعلى من الحد المقرر حتى يتفادى من العيوب التي تهدد سلامة منتجاته، وبالتالي لا يمكن إعفاؤه لمجرد أنه اتبع هذا الحد الأدنى، وفي الحالة الثانية يكون المنتج ملتزماً بالمواصفات والمقاييس الموضوعة والمفروضة عليه، فإذا نجم عيب في منتجاته نتيجة لذلك، فإنه يستطيع دفع مسؤوليته<sup>2</sup>.

1-La victime ne pourra pas obtenir réparation sur le fondement de cette loi, et d'autre part cela revient à dire que le défaut est imputable au législateur ou à l'autorité réglementaire qui a imposé des normes défectueuses. Ainsi, pour obtenir réparation, la victime devra se fonder sur d'autres textes – pourrait-elle, dans une telle hypothèse, rechercher la responsabilité du pouvoir normatif? au regard de la jurisprudence administrative, il paraît douteux que cette action en responsabilité puisse prospérer. L'exigence de spécialité fera probablement défaut. De surcroît, l'Etat pourra se défendre en invoquant le fait que le texte pris est censé répondre à des exigences de santé publique ou de sécurité. Ce qui constitue en la matière pour lui fait justificatif. Voir : LAMBERT (S), op.cit, p119. Voir aussi :BUFFELAN – LANORE (Y), op. cit, p844. en ce qui concerne les médicaments, le fabricant mis en cause devant le juge judiciaire en raison d'une notice erronée ou incomplète acceptée par la nouvelle agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, pourrait exercer contre elle un recours en garantie devant le juge administratif.

2-لا يستطيع المنتج أو الصانع في مجال الدواء التمسك بأنه قد اتبع القواعد الموجودة والمرتبطة بأصول المهنة، للإعفاء من المسؤولية عن فعل الدواء المعيب، وفيما يتعلق بحالة الالتزام بالقواعد الأمرة المفروضة من الدولة، فإن العيب الذي يظهر في الدواء لا يرد للمنتج أو صانع الدواء فيه، حيث كان إجبارياً obligatoire التقيد بالمواصفات والمعايير الموضوعة من قبل الجهات المعنية لإنتاج الدواء. أنظر: شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص89-ص90.

## ثالثا: دفع المنتج لمسؤوليته بسبب مخاطر التقدم

مما لا شك فيه أن المعرفة الإنسانية محدودة، ولا تتصف أبدا باليقين، فما يتم اليوم بناء على معارف معينة، قد يتضح غدا أنه غير صحيح أو غير مناسب، وهذا ليس أمرا غريبا لأن الإنسان لا يتصف أبدا بالكمال، وهذه المعارف التي من المستحيل السيطرة عليها، قد تشكل خطرا ضد المنتجين وضد الصناع. لكل ذلك ثار التساؤل حول مدى اعتبار هذه المخاطر المرتبطة بالتقدم العلمي والفني سببا للإعفاء من المسؤولية.

يعد دفع مسؤولية المنتج بسبب مخاطر التطور من الأسباب غير التقليدية للإعفاء، وذلك بالنظر إلى عدم وجود نظير له في الأنظمة القانونية المختلفة، ويعد المشرع الألماني من أوائل المشرعين الذين أشاروا إلى مخاطر التطور، وذلك من خلال القانون الخاص بالمنتجات الدوائية الصادر في 24 أغسطس سنة 1976 إذ أكد فيه حق مستهلك الدواء في ضمان سلامته من مخاطر التطور العلمي<sup>1</sup>. ولقد اعتد التوجيه الأوروبي في المادة 5/7 بمخاطر التطور كسبب للإعفاء من المسؤولية، مع إقرار حق الدول الأعضاء في عدم الأخذ بهذا السبب.

لقد قابلت فرنسا هذا الدفع بمعارضة شديدة ما أخرها في إدراجها للتوجيه الأوروبي إلى غاية 1998، وعدم إدراجها لهذا الدفع أصبح في غير مصلحة الصناعة الفرنسية، إذ يفقدها القدرة على المنافسة<sup>2</sup>. وتحت الضغط الذي واجهه المشرع الفرنسي قرر إدراج الدفع بسبب مخاطر التقدم في المادة 11/1386-4 ق.م.ف.

1- وكان الدافع لإصدار هذا القانون ظهور تشوهات خلقية في بعض الأجنة، نتيجة تناول الأم لعقار معين في فترة الحمل، وقد ثبت قصور التجارب العلمية، التي أجريت على هذا الدواء قبل طرحه في التداول، ويعد هذا القانون من أكثر القوانين الأوروبية تشددا تجاه مسؤولية المنتج. أنظر عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 699.

2-II serait en effet inéquitable, et de nature à entraver le progrès, de rendre responsable le fabricant d'un produit qui a révélé par la suite des inconvénients insoupçonnés et insoupçonnables au moment

## أ - المقصود بمخاطر التقدم:

قد يحدث أن تكون هناك مادة معينة (ملونة أو حافظة) مستخدمة في إنتاج نوع معين من الغذاء، أو مادة فعالة مستخدمة في إنتاج دواء معين، في وقت لم يكن مشكوك في خطورتها على صحة المستهلك، ثم يظهر التقدم العلمي بعد مدة - طالت أم قصرت - أن تلك المادة المستعملة تسبب نتائج ضارة بصحة الإنسان، أو ينتج عنها آثار جانبية خطيرة، فهذا ما يسمى بمخاطر التقدم، أي الخطر الذي لم يكن بالوسع اكتشافه في ظل المستوى العلمي السائد لحظة وضع السلعة في التداول. ولم يتحقق هذا الحظر إلا في وقت لاحق بسبب التقدم الذي طرأ على الأبحاث العلمية<sup>1</sup>.

إن فكرة مخاطر التقدم (التطور) تفترض أن المنتج لم يكن به عيب وقت إنتاجه أو طرحه للتداول، إلا أن تقدم المعارف الفنية بعد ذلك أفصح عن وجود مخاطر معينة فيه. فنحن إذا إزاء مخاطر لم يتم الكشف عنها مطلقاً، ولا يمكن الكشف عنها من قبل المنتج ولا من غيره. إلا أنه يتم الكشف عنها فيما بعد فنكون والحالة هذه أمام صورة من صور الاستحالة المطلقة<sup>2</sup>.

où le produit à été élaboré et dont les défauts n'ont été mis en lumière qu'après de nouvelles découvertes. Voir : Beauchard, op.cit, p344.

1- ويعزو البعض خطر التقدم إلى التفاوت في درجة التقدم أو التطور الذي بلغته تقنيات الإنتاج، بالمقارنة لدرجة التطور أو التقدم الذي بلغته أساليب ضبط الجودة، فهذه الأخيرة، قد تظهر في أحيان كثيرة متخلفة بالمقارنة بتقنيات الإنتاج، والتي تتطور بشكل متسارع استجابة لمقتضيات المنافسة التجارية، وهذا الأمر يدفع المهني إلى الاستفادة من معطيات العلم، دون أن يصاحب ذلك ما يعادله على مستوى ضبط الجودة ومراقبة سلامة السلعة ومنع أضرارها. أنظر: ثروت عبد المجيد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث، وسائل الحماية منها ومشكلات التعويض عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007، ص145. أنظر كذلك:

La responsabilité est donc écarté lorsque « l'état des connaissances scientifiques et techniques », au moment où le produit à été mis en circulation, ne permettait pas au producteur de déceler l'existence du défaut. Voir : Caillé (C), op.cit, p8.

2-Le défaut interne du produit fourni, s'il peut être imprévisible ou irrésistible, n'est en revanche jamais extérieur au producteur, or, l'extériorité est un élément consubstantiel à la cause étrangère exonératoire c'est la raison pour laquelle la jurisprudence n'a jamais admis l'exonération par la preuve du vice indécélable, sur le terrain du droit commun de la responsabilité civile. N'étant pas extérieur au responsable. Voir : BACACHE – GIBEILI (M), op.cit, p801.

ويتم تقدير حالة المعرفة الفنية والعلمية وقت طرح المنتج في التداول على أساس معطيات موضوعية، ولا يخضع تقديرها على أساس معيار شخصي تراعى فيه ظروف المنتج ومدى علمه، أو إمكانية حصوله على المعلومات الفنية والعلمية التي كان من الممكن الوصول إليها، والتصرف في ظلها وقت طرح المنتج في التداول. وعلى ذلك فإن حالة المعارف يجب أن تفسر تفسيراً يشمل جميع البيانات في دائرة المعلومات العلمية في المجتمع ككل<sup>1</sup>، آخذاً في الاعتبار معيار معقولية الوصول إليها، والفرص الحقيقية لنشر المعلومات. ومن ثم فإن قدرة المنتج الذاتية على كشف العيب ليست محل اعتبار، ولكن المعيار هو مدى إمكانية الوصول إلى المعرفة وصولاً موضوعياً ومعقولاً. وعلى ذلك، لا يجوز لأي منتج أن يتصل من المسؤولية المقررة في ضوء نصوص التوجيه، بدعوى أن المعرفة العلمية المتاحة في الدولة، أو في قطاع الإنتاج، لم تكن تسمح بالتعرف إلى عيوب المنتج قبل إطلاقه في التداول. فتبقى المسؤولية قائمة، ويلزم المنتج بالتعويض حتى في الحالات التي يثبت فيها أنه استخدم آخر ما وصلت إليه المعرفة العلمية في القطاع الذي ينتج فيه، أو ما أتت من المعرفة في الدولة محل الإنتاج، متى كان بإمكانه التعرف إلى هذه العيوب، بالسعي نحو الحصول على المعلومات والمعرفة التي تتعلق بالعيب في أي قطاع إنتاجي أو صناعي آخر في ذات الدولة أو في أي دولة أخرى<sup>2</sup>.

1-Ce qu'il faut entendre par « état des connaissances scientifiques et techniques au moment où le produit a été mis en circulation, cette définition sera du ressort de la jurisprudence, toutefois, de l'avis des auteurs et selon les indications jurisprudentielles, le risque de développement doit s'apprécier objectivement, il devrait s'agir des connaissances scientifiques et techniques les plus avancées et non pas seulement de l'état des connaissances dans le secteur industriel concerné. Voir : Caillé (C), op- cit, p9.

2- عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، مرجع سابق، ص724. أنظر كذلك: محمد محي الدين إبراهيم موسى، مرجع سابق، ص80. لقد تصدت محكمة العدل الأوروبية لبيان المراد بالمعرفة العلمية والتقنية وقت التداول في 29-05-1997 وانتهت إلى أنه يجب على المنتج الإحاطة بما يتعلق بحالة المنتج من كافة النواحي العلمية والتصنيعية على مستوى العالم ولا يقف الأمر عند حد ما وصل إلى علم المنتج ولكن يجب أن يقاس بمدى ما كان يجب أن يعرفه المنتج أي أن المعيار موضوعي. وترتيباً على ذلك لا يقبل من المنتج التذرع بأنه يعمل في مجال معين لا يمكنه من الإحاطة بالتطورات العلمية والتقنية الخاصة بالمنتج.

لكن اعتماد مفهوم موسع لمستوى المعرفة العلمية - ذا بعد عالمي - يثير الكثير من الصعوبات عند التطبيق بالنسبة لبعض الدول. فإذا كان طبيعياً أن تعتمد الدول المتقدمة على هذا المفهوم، لأنها دول منتجة للمعرفة وتمتلك كل مقومات الحصول السريع عليها، لكن دولاً أخرى تسير في طريق النمو مثل الجزائر، سيكون من الصعب على المنتجين فيها الحصول على المعلومات اللازمة عن مستوى مخاطر ما ينتجونه، وذلك لقلة الإمكانيات، وصعوبة الحصول عليها أصلاً، على اعتبار أن الدول المتقدمة تحتكرها لنفسها. ولهذا يبدو من الأنسب الاقتصار على مفهوم أكثر ضيقاً لمستوى المعرفة العلمية، وذلك بالاكتماء بالمعارف الموجودة على مستوى كل دولة، أو على أقصى تقدير المعارف الموجودة على المستوى الجهوي، بهذا الشكل لا نحمل المنتج في الدول الضعيفة علمياً والمتخلفة اقتصادياً أكثر مما يطيق.

كما أن مفهوماً واسعاً بهذا الشكل بإمكانه التأثير على عمل المنتجين، ومبادراتهم الاستثمارية، ليس من السهل أن يحيط المنتج بجميع المعارف الموجودة في ميدان معين، لو سلمنا بهذا الأمر، سيدفع المنتج في الدول النامية ثمناً باهظاً بلا أساس واقعي، وإن كان له أساس قانوني في تشريعات الدول المتقدمة.<sup>1</sup>

لقد تباين موقف الفقه بين المؤيد والرافض لفكرة دفع مسؤولية المنتج بسبب مخاطر التقدم، فالإتجاه الرافض. يرى بأنه مع ازدياد مخاطر التطور العلمي والصناعي أصبحت السلامة الجسدية مطلباً ملحا وذلك من خلال تطور وسائل الحماية بغية اللحاق بمتطلبات العصر<sup>2</sup>، الأمر الذي يستتبع مبدئياً رفضها باعتبار مخاطر التطور التقني سبباً للإعفاء

1- عمار الزغبى، "مخاطر التطور العلمي كسبب من أسباب إعفاء المنتج عن الأضرار بالمستهلك"، مداخلة قدمت في يوم دراسي نظم بكلية الحقوق-جامعة تيزي وزو-حول مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، في 26 جوان 2013، ص 184.

2- درع حماد، مرجع سابق، ص 222.

من المسؤولية ما دامت غاية أي نظام قانوني هي حماية الأفراد في أرواحهم وممتلكاتهم. وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى جملة من المبررات:

- إن تقرير المسؤولية عن مخاطر التطور التقني يمثل التطبيق العملي من الناحية القانونية لحق الإنسان في حماية نفسه وعصمة جسده من الأذى طبقاً للفلسفة الاجتماعية والسياسية التي تسود النظم القانونية المعاصرة وهو الحق الذي أقرته المواثيق والاتفاقات والإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان.

- إن تقرير مسؤولية المنتج عن مخاطر التطور يدفعه إلى اتخاذ الوسائل اللازمة في مجال الوقاية تأميناً لمنتجاته وما تسببه من مخاطر.

فالمنتج بحكم مركزه الاقتصادي يمكنه توقي المخاطر التي تصيب الغير من خلال تشتيت هذه المخاطر إما من خلال نظام التأمين أو من خلال إدراجها في عناصر تكلفة حساب المنتجات. ومن ثم تقدير أثمانها تبعاً لذلك وهو ما يعني تحمل المجتمع نتيجة هذه المخاطر في المحصلة النهائية، لذا فإن اعتبار المنتج مسؤولاً عن هذه المخاطر لا يضيف عليه أعباء مالية بقدر ما يجعله مركز لتوزيع أعباء هذه المخاطر.

- إن رفض اعتبار مخاطر التطور سبباً للإعفاء من المسؤولية يمثل دعاية ناجحة للمنتجات التي تصنع في ظل نظام قانوني يأخذ بهذا الاتجاه، لذا فإن حظوظ المنتجين في التسويق في ظل هذا النظام أوفر من غيرهم.

إذ سيقدر المستهلكون أن هذا المنتج، روعيت فيه أحدث التقنيات، وأخضع لتجارب كثيرة من أجل فحص العيوب الكامنة فيه من قبل طرحه للتداول مما يجعله أكثر أماناً بالنسبة لهم<sup>1</sup>.

أما الاتجاه المؤيد لهذا الدفع - مخاطر التقدم - فإنهم يرون بأنه بالرغم من أهمية حماية الإنسان من الأضرار التي تسببها المنتجات عموماً، إلا أن هناك أحوالاً لا يمكن فيها إسباغ الحماية عليه بسبب تعذر توفير هذه الحماية.

ويورد أنصار هذا الاتجاه بعض الحجج التي تدعم وجوب اعتبار مخاطر التطور من أسباب الإعفاء من المسؤولية وهي:

- إن تقرير المسؤولية عن مخاطر التطور يتعارض مع ما هو راسخ من قواعد القانون، وتفسير ذلك أن إقرار هذا النوع من المسؤولية في ظل معارف علمية وتكنولوجية لا تسمح بمعرفة هذه المخاطر إلا بعد فترة زمنية من طرح المنتج في التداول. ينطوي

1-أنظر: درع حماد، مرجع سابق، ص225. إن منطق المسؤولية الموضوعية التي أقرها التوجيه والقانون الفرنسي يتعارض مع اعتبار فكرة مخاطر التطور سبباً للإعفاء لأن الإعفاء من المسؤولية لا يعدو أن يكون نفيًا لخطأ المنتج، في حين أن أساس المسؤولية الموضوعية التي جاء بها التوجيه لا تقوم على أساس الخطأ وإنما على أساس التعيب الذي ينتج ضرراً. أنظر كذلك: ديدن بوعزة، "شرط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية"، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، عدد 1، 2004، ص3. وجود مصادر حديثة لتعويض المضرور عن المسؤولية المدنية وأهمها تأمين المسؤولية فلا شك أن هذا الأخير سيساهم إلى حد كبير في سد النقص في الوظيفة التعويضية للمسؤولية المدنية دون أن يكون بديلاً لها وإنما تعد إلى جوارها بل يجد فيها مبرر وجوده فضلاً عن وجود تأمين المسؤولية يعطي للقاضي الدافع لمنح المضرور تعويضاً كاملاً حيث يكون مدفوعاً إلى ذلك بطريقة مقصودة متى علم بأن المسؤولية يغطيه تأمين المؤسسة، وإن شركة التأمين موسرة، هي التي سوف تحمل عنه عبء التعويض المضرور.

-L'admission de l'exonération pour risque de développement a donc pour conséquence, dans de telles hypothèse de consacrer deux catégories de victimes, les unes étant indemnisées, tandis que les autres ne le sont pas, tout simplement par ce que le défaut n'était pas scientifiquement détecté au moment où le produit qui a causé le dommage a été mis en circulation, or si, du point de vue de l'appréciation de la responsabilité du producteur, cette différence n'a rien d'absurde, il n'en reste pas moins que les premières victimes ne pourront pas, lorsqu'on leur refusera toute réparation, se défendre d'un sentiment d'injustice. Voir : VINEY (G), op. cit, p299.

على تقرير التزام بمستحيل ما دام ليس بمقدور المنتج ولا بمقدور غيره معرفة هذه المخاطر.

- إن تبرير رفض هذه المسؤولية بمكنة المنتج من نقل عبئها على الآخرين عن طريق توزيع المخاطر من خلال نظام التأمين أو بنقلها إلى جمهور المستهلكين بإضافتها إلى كلفة المنتج يخرج هذه المسؤولية عن هدفها الذي لا يكون إلا مجازاة عدم تنفيذ الالتزام. فضلا عن ذلك فإن هذه المخاطر لا يمكن تغطيتها تأمينيا كونها غير قابلة للتوقع حسب مستوى المعرفة الفنية السائدة وقت إطلاق المنتج في التداول مما لا يسمح بقيام إحصاء ذي جدوى من أجل حساب المخاطر. إذ يجب أن يكون الخطر منتظما بشكل دوري وضمن فترات زمنية متساوية. أما الندرة في وقوع المخاطر فإنها تعطي فروقا بين التوقعات النظرية من جهة وبين ما يقع فعلا من جهة أخرى . مما يدفع المؤمن إلى أن يسلك أحد سبيلين فهو إما أن يستبعد هذه الأخطار من التغطية التأمينية. أو تحمل عملية التأمين بأقساط باهظة أو خفض سقف التأمين وفي كلتا الحالتين لا يمكن الوصول إلى النتائج المتوخاة.

**ب- القيود الواردة على المنتج حتى يتمكن من دفع مسؤوليته بسبب مخاطر القدم:**

لم ينص التوجيه الأوروبي على نطاق مخاطر التقدم بحيث لا يمكن للمنتج دفع مسؤوليته في حالة تجاوزه الحدود المرسومة له، على عكس بعض التشريعات التي وضعت حدودا لهذا الدفع<sup>1</sup>.

1- فنلندا ولكسمبورغ قررتا استبعاد دفع مخاطر التطور فيما يتعلق بكل المنتجات، وهذا يعني أن كل فئات المنتجين تقوم مسؤوليتهم عن مخاطر التطور، وأغلب الدول الأعضاء مثل إنجلترا وإيطاليا وإيرلندا والسويد واليونان والبرتغال والنمسا وبلجيكا أجازت لجميع المنتجين بدون استثناء الاستناد إلى مخاطر التطور لدفع مسؤوليتهم. وبعض الدول استبعدت تطبيق دفع مخاطر التطور، في حالات محددة، وتطبيقه فيما عداها، ففي اسبانيا استبعد ذلك الدفع في منتجات الأغذية والأدوية، ومشتقات الدم دون غيرها. أنظر: عبد الحميد الدسيطي عبد الحميد، مرجع سابق، ص738.

سنركز شرح هذه النقطة على الحدود التي أتى بها المشرع الفرنسي، وإذا كان هذا الأخير قد أخذ بمخاطر التقدم كسبب لإعفاء المنتج من المسؤولية، إلا أن نطاق هذا السبب يضيق على استيعاب حالتين أخرجهما المشرع. وقرر مساءلة المنتج إذا وقع الضرر في إطار إحدى الحالتين حتى ولو توافرت في حقه مخاطر التطور.

وهاتان الحالتان هما المنتجات المتعلقة بجسم الإنسان، وحالة الإخلال بالتزام متابعة المنتج.

### 1- المنتجات المتعلقة بجسم الإنسان:

نص المشرع الفرنسي في المادة 12/1386 فقرة 1 من ق.م. ف أن المنتج لا يستطيع الاستناد لمخاطر التطور ليعفى من المسؤولية إذا كان الضرر قد نشأ بسبب أحد عناصر جسم الإنسان، أو المنتجات الناشئة عن هذا الجسم. فبعد الفضائح التي ظهرت نتيجة تلوث الدم، تقرر استبعاد دفع مخاطر التقدم بخصوص منتجات الدم<sup>1</sup>، والعمل به في غير ذلك من المنتجات. فعدم إدراج هذا المنتج دون المنتجات الأخرى كان لسبب تاريخي فهو متعلق بالمأساة التي عرفتها فرنسا وليس لديها أي تفسير اقتصادي<sup>2</sup>.

وفي حقيقة الأمر قيام المشرع الفرنسي باختيار المنتجات المتعلقة بجسم الإنسان كاستثناء على اعتبار مخاطر التقدم العلمي سبب للإعفاء من المسؤولية، يؤدي إلى نشأة

1-Que ce soit en Espagne, en France ou en Allemagne, le maintien de certains produits hors de champs d'application de l'exonération pour risque de développement s'explique aisément par des raisons historiques... en Espagne, c'est le scandale de l'huile frelatée, survenu au cours des années 1980 qui rendait politiquement impossible l'admission de l'exonération pour risque de développement pour les dommages causés par les produits alimentaires. Voir : BORGHETTI (S), op.cit, p519.

2-لقد رفض القضاء كافة الدفوع التي أبداها المنتج في الدعاوى المرفوعة ضده في شأن الدم الملوث حتى ولو كان يجهل مصدر هذا التلوث. فقد قضى فيما يتعلق بفيروس "السيدا" بأن العيب الداخلي للدم حتى الذي لا يمكن كشفه لا يمثل بالنسبة لمؤسسة المورد سببا أجنبيا بالنسبة له يبرر إعفاءه من المسؤولية. أنظر: محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص20.

عدم مساواة غير مبررة بين الضحايا فالمضرورين يجب أن يستفيدوا جميعا من نظام التعويض المقرر طبقا للمسؤولية الموضوعية بمقتضى قانون 1998، فكيف يمكن أن نقيم التفرقة بين الأدوية لمجرد أن هذا الدواء مكون من مواد بشرية، وإن الآخر مكون من مواد صناعية خالصة؟ فما الفرق بين الضرر الذي يعود على الإنسان من كلى صناعية معيبة، أو من شيء آخر مرتبط بجسم الإنسان أو من مشتقاته؟ فليس منطقيا تأسيس التعويض بصورة مختلفة في الواقعتين<sup>1</sup>، فإما أن تكون الحماية شاملة لكافة المنتجات طالما كانت مصدر ضرر، أو نأخذ بسبب الإعفاء بالنسبة لها جميعا خاصة وأن أي منتج له مردود على جسم الإنسان سواء مباشرة أو بطريق غير مباشر، فضلا عن أن كافة منتجات جسم الإنسان ومنتجات الصحة تخضع لذات الاعتبارات الأخلاقية التي توجب معاملة هذه المنتجات معاملة مماثلة زد على هذا أنها يمكن أن تؤدي إلى إحداث مخاطر بالجملة. وكيف يمكن القول بأن منتجي المنتجات المشتقة من جسم الإنسان وهم يشاركون في التقدم الطبي يعاملون معاملة أقل بكثير من منتجي اللحم البقري المصاب بفيروس جنون البقر الذي يسبب للإنسان أذى شديدا يصل حد إفقاده حياته.

وإذا كانت المركبات الكيماوية التي تضاف للأغذية، والمواد الفعالة التي تدخل في صناعة الأدوية هي الأرض الخصبة لظهور خطر التقدم، فلا يكون بالإمكان اكتشاف كل الآثار الجانبية، أو موانع الاستعمال المتعلقة بدواء جديد عند فحصه، حتى ولو نفذ

1-Les produits issus du corps humain. Si cette exception est conforme à l'intérêt des victimes. Elle ne manque pas de soulever deux interrogation, la première est relative à son domaine et tient au caractère incertain de la notion du produit et élément issus du corps humain. S'étend-elle aux vaccins contenant ces produits ou ces éléments, aux seuls produits de thérapie génique ou cellulaire, aux médicaments issus des procédés biotechnologiques ? la seconde a trait à son fondement. L'exception réservée aux seuls produits et éléments du corps humain n'est pas suffisamment justifiée. Ne convient-il pas de l'étendre aux dommages causés par les produits de santé et spécialement les médicaments ? Existe-t-il une raison suffisante permettant de mieux traiter les victimes du sang contaminé que celle de l'amiante ou de la maladie de Creutz- Feld-Jacob, étant observé que les risques sériels sont dans ces cas comparables ?. voir : BACACHE-GIBEILI (M), op.cit, p803.

هذا الفحص بأكبر قدر من العناية. لقد أراد المشرع الفرنسي إدراج الأدوية ضمن المنتوجات التي لا يمكن للمنتج أن يدفع مسؤوليته بسبب مخاطر التقدم، إلا أنه قوبل بمعارضة شديدة من قبل الشركات التي تعمل في هذا المجال<sup>1</sup>. وكان مما قيل في سبيل انتقاد المشرع بعدم إعفاء المنتج حتى ولو كان مبرر الإعفاء هو مخاطر التطور خاصة في مجال الدواء، أن عدم الأخذ بهذا السبب يضع صناعات الدواء الفرنسية في وضع حرج بالنسبة للمنافسة من الآخرين ليس هذا فحسب، بل والقضاء على أية بادرة لمحاولة تطوير صناعة الدواء بما تحمله معها من ضرورة إجراء تجارب على الأدوية الجديدة واحتمالات الإضرار بالمستهلك مما يؤدي إلى إحجام المنتجين خوفا من المسؤولية بما ينطوي عليه ذلك من مخاطر اقتصادية. إزاء تلك الانتقادات أبقى المشرع الفرنسي فقط على منتجات الجسم الإنساني من بين المنتجات التي لا يمكن للمنتج دفع مسؤوليته بسبب مخاطر التطور. والمشرع الألماني جعل مخاطر التقدم سببا مقبولا للإعفاء من المسؤولية، باستثناء الأدوية من ذلك، حيث أنها تخضع لقواعد خاصة تفرض على المنتج مسؤولية شديدة<sup>2</sup>. وانه الطريق الصواب، الذي سلكه المشرع الألماني في مجال الدواء. أما المشرع الفرنسي فقد الطريق للوصول إلى أكبر حماية ممكنة في مجال الدواء، حيث أن

1-Il convient d'ailleurs de remarquer que puisque les médicaments, de l'avis générale, sont les produits les plus susceptibles de présenter des défauts indécélables au moment de leur mise en circulations, exclure l'exonération pour risque de développement en cas de dommage causé par un médicament, revient a priver cette cause d'exonération de son champ d'application le plus naturel. Voir : BORGHETTI (J.S), po.cit, p519. Voir aussi :LAMBERT(S),op.cit,p135.

on préféra donc soumettre les produits de santé, qui mettent en cause l'industrie pharmaceutique au régime générale de l'exonération pour risque de développement afin de préserver les capacités de recherche des laboratoires. En effet, en pas admettre l'exonération pour les médicaments aurait non seulement conduit à mettre les industriels français dans une situation défavorable par rapport à leurs concurrents européens, mais également à condamner toute politique de recherche.

2-لقد أقر المشرع الألماني فرض التأمين الوجوبي من المسؤولية عن مخاطر الدواء، وعدم عرض الدواء للتداول إلا إذا تم هذا التأمين وبذلك يكون المشرع الألماني قد وازن بين مصالح منتجي وصانعي الدواء، وبين المستخدمين أو المستهلكين للدواء، حيث أن الطائفة الأولى لا يكون هناك خوف على مصالحها وأن مسؤوليتها مؤمنة، وفيما يخص الطائفة الثانية لا تجد صعوبة في الحصول على التعويضات بسبب الأضرار الناشئة عن عيوب الدواء. أنظر: شحاتة غريب شلقامى، مرجع سابق، ص114.

استبعاد مخاطر التقدم العلمي كسبب للإعفاء من المسؤولية، يؤدي إلى توفير حماية فعالة لمستخدمي الدواء، فمما لا ريب فيه، أن صحة الإنسان هي الهدف الأسمى، الذي يجب الوصول إليه وتحقيقه، لكن المشرع الفرنسي نص على اعتبار مخاطر التقدم سبب للإعفاء<sup>1</sup>، وكان ينبغي عليه النص صراحة على عدم التمسك بمخاطر التقدم في مجال صناعة الدواء<sup>2</sup>.

## 2- الالتزام بالمتابعة:

فرض المشرع الفرنسي على المنتج التزاما بتتبع المنتج المطروح في التداول إلا أنه لم يكتب لهذا الالتزام البقاء فلقد حذفه المشرع الفرنسي بعد إدانته من طرف محكمة دول المجموعة الأوروبية بالرغم من الحجج التي تقدمت بها الحكومة<sup>3</sup>. فقد أراد أن

1- قبول مخاطر التقدم العلمي كسبب للإعفاء من المسؤولية، يشكل رجوعا في حماية المستهلك، كما أنه يعد تناقضا في النظام القانوني الجديد الذي ينص على المسؤولية بدون خطأ، وذلك لأن المقصود من المسؤولية بدون خطأ، هو توفير حماية فعالة للمضرورين، من خلال تعويضهم آليا عن الأضرار التي أصابتهم، دون اللجوء إلى المصاعب، التي تكمن في إثبات الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة للمسؤولية. أنظر: شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص111.

2-LETOURNEAU (ph), op.cit, (édition 2011), p10.

Il serait encore possible d'imaginer que, lorsque les conditions d'application du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux ne sont pas réunies, la victime dont le dommage résulte de l'utilisation d'un produit de santé, notamment en présence d'un effet secondaire, puisse demander à l'office national l'indemnisation des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM) de le prendre en charge.

3-Le gouvernement français avait vivement invoqué devant la CJCE que l'exonération devait être subordonnée à l'obligation de suivi des produits commercialisés, comme complément logique de principe de précaution. La France voulait en fait imposer aux fabricants et professionnels d'aliments et produits dangereux, une obligation de suivi, qui inclut une obligation de traçabilité des produits, une obligation de se tenir au courant des nouveaux développements scientifiques. Et une obligation d'informer les personnes exposées à un risque nouvellement découvert..... Cependant, la commission n'avait pas rendu un avis favorable à cette requête, y fut opposé au gouvernement que les exonérations prévues par l'article 7, sous D et E de la directive ne sont pas incompatibles avec la directive 92 – 59, en effet, la dite directive ne régirait pas la responsabilité des producteurs pour les produits qu'ils mettent en circulation. Elle se rapporterait à leurs obligations générales de garantie de la sécurité des produits. Voir : THIVER (J-L), op.cit, p78.

يقيد من حرية المنتج في تمسكه بدفع مخاطر التقدم العلمي إلا إذا أثبت بأنه قد سائر التطورات الحاصلة ورغم ذلك لم يتمكن المنتج من اكتشاف العيب. والمقصود هنا أن يتبع المنتج لما قد يسفر عنه التطور العلمي الدائم من نتائج قد تتعلق بمنتجه المطروح في التداول، فعليه ملاحقة المعارف العلمية التي لها صلة بنشاطه الإنتاجي والتصنيعي ليكون على بينة من الأضرار التي يمكن أن تسببها للجمهور. وأن يتخذ التدابير اللازمة لتدارك النتائج الضارة لمنتجه إذا تبين أن به عيبا بعد إطلاقه في التداول، بحيث يشكل خطرا على حياة مستعمليه، أو مستهلكيه، أو أموالهم بعد أن كشفت عنه المعرفة العلمية والفنية اللاحقة. فيجب عليه أن يخبر المستهلك، عندما تكشف له المعرفة اللاحقة عن وجود عيب أو خطر في منتجاته عن هذه المخاطر بمختلف الوسائل، ولعل استخدام وسائل الإعلام الواسعة الانتشار خير وسيلة لتحقيق هذه الغاية.

يتضمن الالتزام بالتتبع تزويد المشتري بكافة النصائح والتوجيهات الضرورية لتفادي النتائج الضارة للعيب، وإن اقتضى الأمر معاينة المنتج وإصلاحه فإن عليه أن يقوم بهذه الخطوة. وإذا تطلب الأمر إصلاح عيوب تقنية يتعذر على المشتري القيام بها، فإن عليه استرداد المنتج لغرض إصلاحه وتقويم عيوبه كما هو الحال في العيوب الفنية التي تظهر في السيارات بعد تصنيعها<sup>1</sup>. وكثيرة هي حوادث استرداد المنتجات بعد بيعها للجمهور،

1- إذا ظهر بالمنتج عيب ضمان وجب على المنتج واجب التحذير الذي يتسم برد الفعل السريع والشامل عن طريق إعلام الجمهور بحقيقة العيب وما يسببه من ضرر. وليس للتحذير أسلوب محدد وفي نفس الوقت يجب أن تتناسب وسيلته مع حجم العيب وما قد يترتب عليه من الضرر وترتبط على ذلك يمكن أن يتخذ التحذير صورة خطاب يرسله المنتج لعملائه خاصة إذا كان التوزيع محدودا وهو على معرفة بهم. انظر: محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص93..

Cette obligation de suivi devrait favoriser le développement de toutes les procédures de veille scientifique, sanitaire, de pharmacovigilance, avec pour conséquence une meilleure prévention de la défectuosité des produits et, par conséquent, la limitation des dommages.

Cet équilibre devrait permettre de responsabiliser les producteurs et de les sensibiliser à la prévention des dommages sans les brider en matière d'innovation. Voir : CAMPROUX – DUFFRENE (M- P), op. cit, p201.

مثلا استرداد شركة فورد الأمريكية لصناعة السيارات لإنتاجها من هذه السوق بسبب عيوب تم اكتشافها بعد طرحها للتداول<sup>1</sup>.

فعلى المنتج تتبع حالة المعرفة الفنية والعلمية على المستويين الوطني والعالمي<sup>2</sup>. وهناك من يرى بأنه ليس لكل المؤسسات (للمنتجين) نفس الإمكانيات الكافية لتحقيق متابعة كافية للمنتجات التي يضعونها في التداول، بالإضافة إلى الصعوبات التي قد تصادفها. فالمؤسسات ليست كلها على نفس المستوى من حيث المقدرة المالية. واقترح البعض لتفادي مثل هذه العراقيل بإنشاء جهاز (هيئة) بمساهمة من الدولة، أو من القطاع الخاص يتكفل بمتابعة المنتج واستوحوا الفكرة من المجال الطبي. ففي ألمانيا يوجد بها مركز أسس بمشاركة منتجين مختصين في صناعة الأدوية، يتكفل بمراقبة ومتابعة الدواء طيلة مدة وجوده، فيمكن للفروع الأخرى (والدول) أن تتخذ مثل هذا الحل لمتابعة منتجاتهم<sup>3</sup>.

1- درع حماد، مرجع سابق، ص 215.

2- يجب على المنتج ألا يقع بما هو مطبق من المعطيات العلمية والتقنية، بل يجب عليه أن يستفرغ وسعه للوصول إلى كل المعلومات التي تمكنه من الإحاطة بمخاطر المنتج على نحو ما يفعله منتج حريص في مثل ظروفه. غير أنه في نفس الوقت لا تكلف بمستحيل ولهذا لا يطلب من المنتج الإحاطة إلا بتلك المعلومات التي من السهل عليه الوصول إليها من خلال وسيلة إطلاع متاحة وهذا يقتضي أن تكون تلك المعلومات منشورة مما يسهل الوصول إليها وأن تتاح للمنتج وسيلة الإطلاع عليها. وهناك من يتشدد في الواجب الواقع على المنتج في ضرورة بذل قصارى جهده. أنظر: محمد الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق محي ص 82.

Le producteur doit se soucier du niveau le plus avancé, de plus, les difficultés rencontrées dans l'accès à l'information ne constitue pas une véritable excuse. Le responsable est censé avoir accès aux informations selon une appréciation se référant à « un producteur idéal » et, dès qu'une information internationale ou nationale a été publiée, le producteur doit en tenir compte dans un délai raisonnable il « est présumé être informé » les cas de risque de développement sont donc rares. Voir : Boutonnet, op, cit, p485.  
3-op.cit, p470.

إذا كان المنتج قد منح فرصة لدفع مسؤوليته في حالة ثبوت مخاطر التقدم العلمي والتقني، بحيث لم يتمكن بالرغم من متابعة منتجه من درء المخاطر، فإنه ليس من العدالة أن نترك المضرور وحيدا يتحمل الضرر بمفرده<sup>1</sup>.

لهذا لا بد من إنشاء صندوق باشتراك المنتجين لضمان تعويض ضحايا المخاطر التي تصيب المضرورين، أو أن تقوم الدولة بإنشاء صندوق للتعويضات عن الأضرار التي تحدث بسبب مخاطر التقدم العلمي، فإذا تم إنشاء هذا الصندوق، فإنه سيكون ايجابيا. بحيث سيؤدي إلى حماية المضرورين من الأضرار على الأخص بشأن الدواء- بسبب مخاطر التقدم العلمي-، وحماية صانعي الدواء في نفس الوقت. فحماية المضرورين تكون من خلال تمكينهم في تسهيل الحصول على تعويضاتهم، وعدم تهديدهم بالإعفاء من المسؤولية، بسبب هذه المخاطر. كما أن حماية صانعي - ومنتجي الدواء- تكمن في عدم الخوف من المستقبل، واستكمال مسيرة الدراسات والأبحاث، وعدم تهديدهم بمسؤوليتهم بسبب هذه المخاطر<sup>2</sup>.

وبالتالي يتم التوازن بين المصلحتين<sup>3</sup>. وهذا هو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه أي قانون، وتجدر الإشارة إلى أن التوجيه الأوروبي قد منح المتضرر حلا يتمثل في الإمكانية

1-Condamner une personne non coupable, c'est condamner un innocent, mais ne pas réparer le dommage subi par une victime c'est aussi la condamner choisir entre les deux, c'est donc être injuste. Voir : GRARE (C), **Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle**, DALLOZ, 2005, p35.

2-شحاته غريب شلقامي، مرجع سابق، ص116. أنظر كذلك: درع حماد، مرجع سابق، ص229.

إن المطالبة بتنظيم هذه المسؤولية في بلدان لم تصل إلى القدر المناسب في سلم التطور يثير مدى قدرة المنتجين والمستوردين على تحمل دفع التعويضات الناجمة عن مخاطر ما يطرحونه من منتجات فضلا عن تخلف التقنيات المستخدمة في الإنتاج، لذا نعتقد أن الوسيلة الأنسب في هذا المجال هي إنشاء صندوق يشترك فيه من ينطبق عليه وصف المنتج والصانع والمستورد لتكوين رصيد هذا الصندوق تدفع منه تعويضات الأضرار الناشئة عن مخاطر التطور في الحدود التي تثار فيها المسؤولية عن هذه المخاطر.

3-محمد محي الدين إبراهيم سليم، مرجع سابق، ص96.

الممنوحة له في حالة دفع المنتج لمسؤوليته بسبب مخاطر التقدم اللجوء إلى القواعد العامة (مسؤولية عقدية، تقصيرية) لجبر الضرر للاحق به، وهناك من يرى بأنه كان من المنتظر أن يكرس التوجيه الأوروبي في نصوصه (التشريعات الأوروبية) حلا يسعف المضرور، ينسجم مع أحكامه، وليس اللجوء إلى القواعد العامة<sup>1</sup>.

إن خصوصية مخاطر التقدم العلمي تكمن في أن الجهل بها، لا يتأسس على إهمال أو تقصير من الإنسان، إنما الأساس يكون في محدودية المعرفة الإنسانية، وعدم وصف ما يتوصل إليه الإنسان بأنه اليقين، لان التقدم العلمي قد يغيره فيما بعد، لذلك كان هاما دراسة مخاطر التقدم العلمي كسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية.

---

إن كل من المشرع الأوروبي وكذلك الفرنسي قد أراد بتلك القواعد إجراء نوع من الموازنة بين حق المستهلك في الرفاهية دون إصابته بأضرار وحق المنتج في التشجيع على مواصلة نشاطه الإنتاجي دون خوف من المسؤولية طالما انه استخدم أقصى ما وصل إليه العلم والتقنية الحديثة في سبيل إخراج منتج جيد خال من العيوب لا يسبب أضرارا.

1-Les auteurs du premier avant-projet avaient en effet proposé au législateur de ne pas utiliser la faculté donnée aux Etats membres, par l'article 13 de la directive, de maintenir le droit de la responsabilité contractuelle et délictuelle en concurrence avec le régime nouveau. Ils envisageaient donc de mettre en place un régime unique.

Or, les débats parlementaires ont conduit à l'abandon de cette conception unitaire qui n'aurait pu être admise que si les partenaires économiques avaient pu s'entendre sur la fameuse question de l'exonération pour risque de développement, mais le désaccord persistant sur ce point a conduit à réintroduire la faculté d'option au profit de la victime, entre le droit de la responsabilité contractuelle et délictuelle. Voir : VINEY (G), op.cit, p291-p 292. Voir aussi : MARKOVITS (S), op.cit, p11.

Il est admis que la possibilité offerte à la victime de choisir entre les trois systèmes de responsabilité – et même de les cumuler- a favorisé la crise la victime dispose d'une option en vertu laquelle elle peut choisir de fonder son action sur la loi nouvelle ou sur le texte du droit commun. On peut par conséquent se demander si cette disposition n'est pas de nature à priver la loi de son effectivité. Voir aussi: LAMBERTES (S), op.cit, p14. de la responsabilité des produits. C'est pourquoi des auteurs ont proposé la fusion de ces trois règles en une seule, et de ne retenir pour fondement de la responsabilité du fabricant que la seule règle de négligence.

## خاتمة

إن تطور المجتمعات الحديثة وما صاحبه ذلك من التقدم في المجال العلمي والتكنولوجي قد أدى إلى إعادة النظر في المبادئ التقليدية. فالحرية الفردية لا تعني إهدار مصالح الآخرين، خاصة وأن مبدأ سلطان الإرادة يتعارض مع أي محاولة للتدخل بتعديل الالتزامات غير المتكافئة في العقود غير المتوازنة، فهو يقف حجر عثرة أمام السعي نحو تحقيق التوازن في الالتزامات العقدية، إذ ليس للقاضي أن يعدّل من شروط العقد بحيث إذا كانت الإرادة هي التي تؤدي إلى التزام صاحبها بالعقد وبنوده فإن الإرادة لا يمكن أن تخطئ في تحقيق العدالة أو في تحقيق التوازن العقدي. لكن في العصر الحديث توجد علاقات جديدة، لا يمكن أن نحلها وفقا للنظرة الكلاسيكية لمبدأ سلطان الإرادة، واقتضى الأمر من المشرع التدخل بتبني كل ما يراه مناسباً من الحلول باعتباره هو صاحب الحق في تقدير ضرورات الخروج عن أحكام القواعد العامة وفقاً للتغيرات والظروف المستجدة التي تقتضي ذلك.

ولأن أهم ما يميز عقد الاستهلاك عموماً هو انعدام التوازن، فأصبحت العلاقة التعاقدية بين المستهلك والمحترف غير متوازنة لصالح هذا الأخير نظراً لتفاوت المراكز الاقتصادية لطرفيه، ولغياب مبدأ عام يضمن بصفة مباشرة توازن العقد. ونظراً للتقنيات التعاقدية المستحدثة نتيجة تعاظم قدرات المحترف وفرض إرادته على المستهلك، جعل من العقود القائمة بينه وبين المستهلك "عقود الإذعان" يضعها مسبقاً وفقاً لمصالحه ويفرضها بكامل بنودها وشروطها على المستهلك كفريق ضعيف. لذا كان من الضروري أن تكون هناك حماية خاصة للمستهلك.

ويعتبر قانون الاستهلاك، وسيلة أو إمكانية من خلالها المشرع يساير الوضع الذي أفرزه المجتمع الاستهلاكي. من خلال احترام حقوق الطرفين، مادام المستهلك لم يشارك في إعداد العقد فمن حقه أن لا تهضم حقوقه. ومن خلال الدراسة التي قمنا بها لاحظنا بأنه لماذا لا يكون في قانون الاستهلاك الجزائري جزء مخصص للعلاقة التعاقدية بين المحترف والمستهلك يتناول مسألة تفسير العقد، بحيث يجب أن تفسر العقود لما فيه مصلحة المستهلك، ويؤخذ في الاعتبار لتحديد مدى توافر رضى المستهلك، ظروف التعاقد والمنافع التي يمنحها العقد، والتوازن بين حقوق وموجبات الطرفين. مع ضرورة إدراج نص قانوني يلزم المحترف (المتدخل) في إعدادة للعقد أن تكون عبارات العقد واضحة ومفهومة، وأن لا يشير أو يحيل إلى نصوص أو وثائق لم توضع بتصرف المستهلك قبل التوقيع. وإذا كان المشرع الجزائري في قانون الاستهلاك قد وضع التزام على عاتق المحترف يقضي بتسليم المستهلك نسخة عن العقد الذي يعتمد عليه للاطلاع على مضمونه قبل التوقيع، فإنه يجب أن يستكمل هذا الالتزام بنص آخر، في حال الإخلال بهذا الالتزام يجب فرض غرامة على المحترف، وتعويض لصالح المستهلك.

وإذا كانت التجارة الالكترونية قد فرضت نفسها كثورة جديدة في نظام التجارة في التاريخ الإنساني. وأصبح المستهلك أكثر استثارة، فكل المنتجات والخدمات معروضة أمامه عبر شبكة الانترنت. ولما كانت شبكة الانترنت مرشحة لأن تكون وسيلة هامة للتعامل الاستهلاكي بين الجميع، بعد توسع رقعة التجارة الالكترونية شيئاً فشيئاً، مع مرور الوقت، وبلوغها حتى الآن مستوى وحجماً هاما في الدول الغربية، كما هي في طور التوسع والازدهار في العالم الثالث بنسب أقل. وبناء عليه، قد أخذت المخاطر التي تقع على المستهلك على شبكة الانترنت أحجاماً هامة. فإذا كانت السرعة من مزايا عقود التجارة الالكترونية إلا أنها قد تشكل عائقاً أمام الاختيار الصحيح والصائب أمام المستهلك إذ قد يكون عرضة للسهو أو الخطأ من غير قصد. فيضغط على الزر الذي

يفيد القبول لإيجاب معروض دون أن يقصد ذلك، بحيث تأتي إرادته متسرعة متأثرة بوسائل الدعاية والإعلان الحديثة، أو تحت ضغط إغراءات المحترف وتسهيلاته بحيث لم يأخذ المستهلك وقته الكافي للتدبر والتأمل. لكن المشرع الجزائري لا يزال متأخرا عن اللحاق بركب التقنيات الرقمية الحديثة في ميدان حماية المستهلك. فعدم إحاطة المستهلك الجزائري بالحماية القانونية الفعالة والكافية قد يؤدي إلى عزوفه عن التعامل بهذه الوسيلة المتطورة وتفضيل الوسائل التقليدية عليها، وفي ذلك إضاعة لمزايا التجارة الالكترونية. ثم لا بد من توفير الغطاء القانوني للمستهلك وحمايته في هذا النوع من العقود. لأن المستهلك معرض لمؤثرات كثيرة من وسائل الإعلان للترويج وطرق التأثير، ولذلك هو الضحية الأولى في الخداع اليومي لشراء ما ليس هو بحاجة حقيقية إليه فحمايته حاليا أصبحت ضرورة أكثر من أي وقت سبق.

بالإضافة إلى أنه لا يكفي أن يقرّ المشرع قواعد قانونية لحماية المستهلك على شبكة الانترنت، وإنما يقتضي فرض احترامها، وينبغي إحاطة المستهلك بالحماية أيا كان العقد الذي يبرمه سواء تعلق أمر التعاقد بسلعة أو خدمة ما دام الطرف المقابل له محترفا يتمتع بالخبرة والقدرة الاقتصادية، و منحه مدة زمنية للتدبر في أمره. وأن يكون التنظيم التشريعي للمعاملات الالكترونية واضحا ومحددا بحيث يحقق حماية فعالة للمستهلك. فإدراج مادة واحدة في المرسوم التنفيذي 13-378 لا تكفي لحماية المستهلك المتعاقد بالوسائل الالكترونية.

ومما لا شك فيه أن خضوع الطرف المذعن في عقود الإذعان وعدم قدرته على مناقشة شروط العقد يعد مبررا كافيا للخروج عن حكم القواعد العامة التي تقضي بأنه يجوز للمتعاقدين أن يضمنا تعاقدتهما أي شرط يرتضيانه، طالما أن هذا الشرط غير ممنوع قانونا سواء كان هذا بنص خاص أم كان كذلك لمخالفته النظام العام والآداب، وهذا الأصل العام من الأمور المسلم بها بحيث لا يحتاج إلى نص لتقريره. إلا أنه في

ظل المتغيرات الاقتصادية الحديثة، نجد أن آلة الإنتاج قد تركزت في أيدي عدد غير محدود من المنتجين، الأمر الذي صاحبه انتشار العديد من العقود النموذجية والذي أدى إلى إفراد أحد المتعاقدين بصياغة العقد، بعيدا عن أي نوع من أنواع الرقابة، مما أتاح له فرض الشروط المجحفة على الطرف الآخر، والتي أصبحت في الواقع لا يخلو منها أي عقد من العقود.

لذلك نهض كل من القضاء والتشريع كل بدوره في مقاومة الشروط التعسفية، للأضرار التي تسببها على الطرف الضعيف. ما يعكس عدم التوازن الحقيقي بين التزامات طرفيه، وعلى ذلك فالعلاج الحقيقي للتعسف في عقود الإذعان هو في تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي. وليس من شأن هذا القول، النيل من مبدأ سلطان الإرادة، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. فالمشرع أمام مسألتين مهمتين، أولها تحقيق مبدأ العدالة العقدية من جانب، وثانيها تحقيق مبدأ استقرار المعاملات من جانب آخر. لذا يجب الحفاظ على العقد من جهة، وعدم تضمينه شروط تعسفية من جهة أخرى. ولكي تتحقق حماية المستهلك من الشروط التعسفية، يجب عدم ترك السلطة التقديرية للقاضي في إلغاء أو تعديل الشرط التعسفي - كما هو منصوص عليه في القواعد العامة - في حال ما طرح عليه نزاع بين المستهلك والمحترف، وإنما يجب النص على وجوب إلغاء أو تعديل أي شرط إذا كان يتصف بالتعسف. وكذلك يجب استكمال النقص الذي اعترى قانون 02-04 المتعلق بالممارسات التجارية، بحيث تم إغفال الجزاء المدني في حال تضمين العقد النموذجي شرط تعسفي.

وبالنظر إلى عزوف المستهلكين عن اللجوء إلى الحل القضائي كأثر لما يتعرضون إليه من ضياع الوقت والجهد والنفقات، نرى بأنه من الأفضل إنشاء أجهزة تتكفل بحل النزاع الذي يجمع المستهلك بالمحترف، من خلال إعطائه السلطة في إصدار قرارات

تكون ذات إلزامية. والتي من شأنها ردع المحترف عن إدراج شروط تعسفية في العقود التي يستخدمها، وليس من شأن هذا القول إبعاد دور القضاء، لكن لكي يكون إلى جانبه.

إن موضوعية التنظيم القانوني تقتضي أن لا ينتصر القانون لمصالح مجموعة اجتماعية على حساب أخرى. بل بإعادة تأسيس المساواة من خلال الروابط التعاقدية عندما تصبح مهددة لمصلحة طرف من الأطراف الذي يجد نفسه والحالة هذه مستهلكا. فإذا كانت نصوص القانون المدني قد وضعت في وقت كانت تتمتع علاقات الأطراف المقبلة على التعاقد بقدر من التوازن والقدرة على التفاوض. إلا أنه في ضوء المتغيرات السابق الإشارة إليها، نشأت أنماط جديدة من هذه العلاقات في حاجة ماسة إلى التنظيم على النحو الذي يكفل تحقيق حماية الطرف الضعيف. فعلى المشرع احترام مبدأ حرية التعاقد وحرمة العقد في كفة، ومبدأ موازنة مصالح الأطراف المتنازعة في الكفة الأخرى.

لا يكفي تدخل المشرع بعدة قواعد، بل لا بد من أن نحمي المستهلك من الجهل الذي يكون فيه أثناء إبرام العقد. فالحماية إذا أردناها أن تكون فعالة، لا بد العمل على توعية (تربية المستهلك). لأن مستوى الوعي يتوقف عليه توفير الحماية المرجوة. بالإضافة إلى ضرورة تفعيل دور جمعيات حماية المستهلك خصوصا في مواجهة التقنيات التعاقدية الحديثة.

هذا فيما يخص التدابير التي نراها لازمة في المجال العقدي. أما فيما يخص مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة فإننا نقول بأن للمستهلك حقوق تتمثل في أن تقدم له السلعة التي تكفل له السلامة وعدم حدوث أضرار، وفي ظل النظام القانوني للمسؤولية المدنية بوضعها الكلاسيكي فإنه لا يسار جملة التحولات الاقتصادية والاجتماعية الحديثة إذ هو يعمل بشكل غير عادل وغير منصف وضد مصلحة المستهلك، فمتطلبات تطبيق القواعد العامة المتمثلة بقاعدة نسبية آثار العقد، وقاعدة الخطأ الواجب إثباته يشكلان

صعوبة في طريق التغطية الكاملة والمباشرة للضرر ضد المنتج. إلا أن نظام المسؤولية الذي كرسه التوجيه الأوروبي (المشعر الفرنسي) لم يأت بتغيير جذري بالنظر إلى الأنظمة السابقة (المسؤولية العقدية، التصيرية)، فطبيعة مسؤولية المنتج مبنية على أساس العيب الواجب الإثبات. حتى وإن كانت مسؤولية المنتج موضوعية إلا أنه يجب إثبات عيب المنتج. ويبدو هذا العبء ثقيلًا خاصة فيما يتعلق بالنواحي الفنية التي قد يجهلها المضرور. لكن نجدهما قد وسّعا من دائرة المسؤولين عن الضرر وهذا لضمان تعويض المضرور، وسما بتجاوز ازدواج ثنائية المسؤولية بهدف تعويض المضرور سواء كان من الغير أو متعاقد مع المسؤول. مثل هذا التوحيد القانوني يكون بالنسبة لمخالفة التزام ليس ذو طبيعة عقدية ولكن بالنسبة لواجب ذا بعد عام ألا وهو الالتزام بالسلامة. وهو التزام قانوني.

والمشعر الجزائري في نص المادة 140 مكرر ق.م.ج قد كرس مسؤولية المنتج، لكن المهم ليس الجديد الذي أتى به، ولكن النقائص التي خلفها. فهل تكفي مادة واحدة لتنظيم مسؤولية المنتج؟، ولذلك فمسؤولية المنتج غير متكاملة، وتبقى خاضعة للأحكام العامة (المسؤولية التصيرية). فلم يبين لنا المقصود بالمنتج، وإن كان في مصلحة المستهلك المضرور (سواء كان متعاقد، أو غير متعاقد) الأخذ بالمفهوم الموسّع، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار أننا نعتمد بسد جانب كبير من حاجتنا على المنتجات المستوردة، والتي قد لا تتوافر فيها مقتضيات الأمن والسلامة، كذلك لم يبين لنا المقصود بالعيب حتى يكون معيار التطبيق واحدا على مستوى جميع المحاكم، ولا يختلف باختلاف تقدير القضاة، بالإضافة إلى ضرورة الأخذ بما ذهب إليه المشعر الفرنسي والتوجيه الأوروبي فيما يخص الأسباب الخاصة لدفع مسؤولية المنتج باعتبارها مسؤولية ذات طبيعة خاصة، يجب أن تخضع لأحكام خاصة، والنص على ميعاد سقوط دعوى مسؤولية المنتج في

---

جميع الأحوال بعد مرور عشر سنوات من تاريخ طرح السلعة للتداول، مع استثناء المنتجات التي لا يظهر أثر العيوب التي تشوبها إلا بعد فترة زمنية أطول من ذلك.

إننا في حاجة إلى معالجة قصور الحماية التي أقرها المشرع بمقتضى المادة 140 مكرر ق.م.ج. مع ضرورة إصدار مرسوم تنفيذي يبين لنا كيفية تطبيق نص المادة 140 مكرر 1 ق.م.ج.

وتجدر الإشارة إلى أن قواعد المسؤولية عن المنتجات المعيبة لا تحل محل القواعد العامة المتعلقة بعدم تنفيذ الالتزام العقدي، أو المسؤولية التقصيرية. فالحماية القانونية للمستهلك عبر الأحكام المستحدثة، لا تتناقض مع الحماية القانونية عبر القواعد العامة بل تكملها. فهي تقوم إلى جانب المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية، فهي لا تستبعد هاتين المسؤوليتين، و يكون للمتضرر الرجوع على المنتج إما بالمسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية، أو المسؤولية الناتجة عن المنتجات المعيبة.

وإذا كانت القوانين لا تصدر إلا تلبية لاحتياجات المجتمع، فالقانون في حد ذاته علم اجتماع يلبي حاجات المجتمع الذي يتطور باستمرار. لذلك لا بد أن يكون هناك مواكبة من القوانين في مواجهة كل ما هو مستحدث مع تجنب الثغرات التي تفقد النص أية فعالية.

## قائمة المراجع

أولاً: بالعربية

\*الكتب:

1. إبراهيم أحمد البسطوسي، المسؤولية عن الغش في السلع، دار الكتب القانونية، دون ذكر مكان وسنة النشر.
2. إبراهيم الأخرس، الدعم وحماية المستهلك، مكتبة مدبولي، القاهرة، 2008.
3. إبراهيم سيد أحمد، الوقاية التشريعية والقضائية من الغش في المعاملات المدنية، المكتب الجامعي الحديث، دون ذكر مكان النشر، 2007.
4. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
5. أحمد عبد الحميد عشوش، قانون العقد: بين ثبات اليقين واعتبارات العدالة، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، 1990.
6. أحمد عبد القادر سليمان، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، الطبعة الاولى، دون ذكر دار ومكان النشر، 2009.
7. أحمد كمال الدين موسى، الحماية القانونية للمستهلك، دون ذكر دار ومكان النشر، 1406هـ.
8. أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
9. احمد محمد محمود خلف، الحماية الجنائية للمستهلك في مجال الإخلال بالأسعار وحماية المنافسة ومنع الاحتكار، دار الجامعة الجديدة، الازرابطه، 2009.
10. أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2005.
11. أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، دون ذكر مكان النشر، 2009.

12. أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، عمان، 2006.
13. برهام محمد عطا الله، التأمين وشريعة الإسلام: دراسة مقدمة إلى مؤتمر الجديد في مجال التأمين (الضمان) والعالم العربي، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، دون ذكر مكان النشر، 2006.
14. بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت: دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديث، إريد (الأردن)، 2006.
15. ثروت عبد المجيد، الأضرار الصحية الناشئة عن الغذاء الفاسد أو الملوث وسائل الحماية منها، ومشكلات التعويض عنها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
16. حسن عبد الباسط جميعي، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
17. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني: الرابطة السببية، دار وائل للنشر، عمان، 2006.
18. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
19. \_\_\_\_\_، أمن المستهلك الالكتروني، الدار الجامعية، دون ذكر مكان النشر، 2008.
20. رمضان علي السيد الشرنباصي، حماية المستهلك في الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
21. ريماء فرج مكي، تصحيح العقد: دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
22. زريقات عمر خالد، عقود التجارة الالكترونية: عقد البيع عبر الانترنت (دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007.
23. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دون ذكر مكان النشر، 2008.

24. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
25. السيد خليل هيكل، نحو القانون الإداري للاستهلاك في سبيل حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.
26. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
27. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
28. \_\_\_\_\_، خصوصية المسؤولية المدنية في مجال الدواء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
29. شريف لطفي، حماية المستهلكين في اقتصاد السوق، دار الشروق، دون ذكر مكان النشر، 1993.
30. صلاح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
31. عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك: دراسة في القانون المدني والمقارن، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
32. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني: دراسة مقارنة، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون ذكر سنة النشر.
33. عبد الحكيم فودة، التعويض المدني (المسؤولية المدنية التعاقدية والتقصيرية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
34. \_\_\_\_\_، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
35. عبد الحميد الديسطي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2009.

36. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، دون ذكر سنة النشر.
37. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد: الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
38. \_\_\_\_\_، نظرية العقد: الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
39. عبد العزيز اللصاصمة، المسؤولية المدنية التقصيرية: الفعل الضار، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
40. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، دون ذكر مكان النشر، 2008.
41. عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، الطبعة الثانية، دار النهضة، القاهرة، 2002.
42. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك: دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
43. عز الدين الدناصوري & عبد الحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة السابعة، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2002.
44. عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
45. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.
46. علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2000.
47. علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

48. **علي فيلالي**، الالتزامات: الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2007.
49. **عمر خالد زريقات**، عقد البيع عبر الانترنت، دون ذكر دار ومكان النشر، 2007.
50. **عمر محمد عبد الباقي**، الحماية العقدية للمستهلك: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
51. **غسان رباح**، قانون حماية المستهلك الجديد، دون ذكر دار النشر، بيروت، 2006.
52. **فريد منعم جبور**، حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
53. **فؤاد محمود معوض**، دور القاضي في تعديل العقد، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
54. **محمد إبراهيم عبيدات**، سلوك المستهلك: مدخل استراتيجي، الطبعة الرابعة، دار وائل للنشر، عمان، 2000.
55. **محمد أحمد المعداوي**، المسؤولية عن أفعال المنتجات الخطرة: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2012.
56. **محمد الصيرفي**، البيع والشراء عبر الانترنت، المكتب الجامعي الحديث، دون ذكر مكان النشر، 2008.
57. **محمد بودالي**، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة: دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والجزائري، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005.
58. \_\_\_\_\_، حماية المستهلك في القانون، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006.
59. \_\_\_\_\_، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري: دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، دار هومه، 2007.
60. \_\_\_\_\_، مكافحة الشروط التعسفية في العقود: دراسة مقارنة، دار الفجر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
61. **محمد حسن رفاعي العطار**، البيع عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

62. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
63. محمد رياض دغمان، إلزامية العقد: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، دون ذكر مكان النشر، 2010.
64. محمد سعيد جعفرور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه، الجزائر، 2003.
65. محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقہ الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
66. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد: دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دون ذكر دار ومكان النشر، 2004.
67. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، مطبعة جامعة القاهرة، دون ذكر مكان النشر، 1978.
68. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت: دراسة مقارنة، دون ذكر دار ومكان النشر، 2005.
69. مروان كتاب، الخطأ العقدي وأثار العقد، الطبعة الأولى، مطابع ج. واكد، دون ذكر مكان النشر، 2000.
70. مصطفى العوجي، القانون المدني: المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
71. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، دون ذكر مكان وسنة النشر.
72. ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
73. موفق حماد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، دون ذكر مكان النشر، 2011.

74. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
75. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون ذكر مكان النشر، 2005.
76. وليد صلاح مرسي رمضان، القوة الملزمة للعقد والاستثناءات الواردة عليها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

### \*الرسائل والمذكرات الجامعية

1. باسل يوسف محمد الشاعر، "التدابير الاحترازية والتشريعية لحماية المستهلك في الفقه الإسلامي"، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2004.
2. جابر محمد ظاهر مشاقبة، "الحماية المدنية للمستهلك من عيوب المنتجات الصناعية في الأردن"، رسالة ماجستير في قسم الدراسات القانونية، جامعة آل البيت، دون ذكر تاريخ المناقشة.
3. زاهية حورية كجار (سي يوسف)، "المسؤولية المدنية للمنتج: دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون: فرع القانون الخاص، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006.
4. سامي محمد نصير، "حماية المستهلك من الغش في العقود الالكترونية في ظل القانون الأردني"، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك (الأردن) 2010-2011.
5. العيد حداد، "الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق"، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، جامعة الجزائر، دون ذكر تاريخ المناقشة.
6. محمد فهمي عمر الحجار، "حماية المستهلك: دراسة تحليلية للواقع الأردني"، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية 1985-1986.
7. مسعودة سليمان بلخضر، "الحماية المدنية للمستهلك في العقد الالكتروني"، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، 2006.

8. نوال شعباني (حنين)، "التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية: فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

#### \*المقالات

1. أبو بكر مصطفى بعيرة، "حماية المستهلك وحاجة الدول النامية إليها"، المجلة العربية للإدارة، عدد2، 1998، ص77- ص98.
2. أحمد إبراهيم الحيارى، "عدول المستهلك عن العقد المبرم عبر الانترنت: دراسة مقارنة في القانونين الأردني والفرنسي"، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 1، العدد2، 2009، ص121-ص152.
3. أحمد السعيد الزقرد، "حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، 1995، ص179- ص237.
4. \_\_\_\_\_، "الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي والمقارن"، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الرابع، 1995، ص143- ص285.
5. \_\_\_\_\_، "أسس تقدير الثمن وفقا لنص المادة 459 من القانون المدني الكويتي المعدلة بالقانون رقم15"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، 1998، ص889- ص955.
6. \_\_\_\_\_، "نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، 2001، ص177- ص295.
7. أحمد باشي، "واقع وآفات التجارة الإلكترونية"، إدارة، العدد2، 2003، ص65، ص84.

8. أحمد عبد الرحمان الملحم، "نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها: دراسة تحليلية مقارنة في الفقه والقضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى الوضع في الكويت"، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الأول والثاني، 1996، ص241- ص314.
9. أحمد عبد الملك، "إسهام الإعلام في ترشيد الاستهلاك"، مجلة المستهلك، العدد20، 1999، ص44.
10. أحمد علي عرفة، "تبعة السلع المعيبة وحماية المستهلك في الفكر الإسلامي"، المجلة العربية للإدارة، العدد الرابع، 1987، ص63- ص78.
11. إسماعيل محمد المحاقري، "الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية: دراسة فقهية قضائية مقارنة"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، 2006، ص239- ص382.
12. أمير إبراهيم تريسي، "مسؤولية الدولة ومؤسساتها عن التعويض في حال جهالة مسببا الضرر"، مجلة المحامون السورية العدد 9-10، 2009، ص1216- ص1226.
13. أمين دواسي، "اندماج نماذج البنود في العقد"، مجلة الحقوق، البحرين، العدد الأول، 2007، ص135- ص173.
14. باية موالك، "الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية، السياسية، الجزء 37-2، 1999، ص23- ص66.
15. بوعزة ديدن، "الالتزام بالإعلام في عقد البيع"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد01، 2004، ص113- ص136.
16. \_\_\_\_\_، "شرط الإعفاء من المسؤولية وتأمين المسؤولية"، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، عدد1، 2004، ص1- ص14.
17. تحسين القطاونة، "التعاقد الإلكتروني (بواسطة الانترنت)"، مجلة الدراسات الأمنية، العدد الثاني، 2004، ص116- ص143.

18. **جابر محجوب علي**، "ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة"، دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي (القسم الثاني) مجلة الحقوق الكويتية، ص 189-314.
19. \_\_\_\_\_، "ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة: دراسة في القانون الكويتي والقانونين المصري والفرنسي (القسم الأول)"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، 1996، ص 208-291.
20. **جمال النكاس**، "حماية المستهلك وأثرها على النظرية العامة للعقد في القانون الكويتي"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، 1989، ص 45-117.
21. **جمال فاخر النكاس**، "العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، 1996، ص 133-191.
22. \_\_\_\_\_، "الاتجاه الموسع للتفسير القضائي للعقود والتصرفات: دراسة في قضاء التمييز الكويتي والقانون المقارن"، مجلة الحقوق، الكويت، السنة الثالثة والعشرون، العدد الثاني، 1999، ص 13-75.
23. **جمال مدبك**، "مسؤولية المنتجات"، مجلة رسالة التأمين-الأردن-، 1991، ص 29-30.
24. **حكيم قاسم**، "نحو المسؤولية الموضوعية للمنتج-حالة منتج الدواء-"، مداخلة قدمت في يوم دراسي حول مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 26 جوان 2013، ص 82-94.
25. **خير الدين تشوار**، "التقدم التقني وانعكاساته على المستهلك"، مجلة إدارة، العدد 2، 2001، ص 155-175.

26. درع حماد، "المسؤولية المدنية عن مخاطر التطور التقني"، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العدد 16، 2006، ص 207-230.
27. درماش بن عزوز، "حماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، 2011، ص 375-386.
28. دريد محمود السامرائي، "سلطة القاضي في تعديل العقد: المفهوم والتأصيل"، مجلة الجامعة الأسمرية، العدد الثالث، الجماهيرية العظمى، 2004، ص 313-347.
29. رامي محمد علوان، "التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الالكتروني"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، 2002، ص 229-273.
30. رمضان السيد الشرنباصي "الضوابط الشرعية لحماية المستهلك"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني 1988، ص 29-43.
31. زاهية حورية سي يوسف، "خصوصية شروط مسؤولية منتج الدواء البشري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، العدد 01، 2010، ص 129-157.
32. \_\_\_\_\_، "تعليق على نص المادة 140 مكرر تقنين مدني جزائري"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 02، 2010، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ص 61-75.
33. \_\_\_\_\_، "حماية المستهلك مدنيا من الإعلان التجاري الكاذب أو المظلل"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 04، 2010، ص 183-206.
34. زعبي عمار، "مخاطر التطور العلمي كسبب من أسباب إعفاء المنتج عن الأضرار بالمستهلك"، مداخلة قدمت في يوم دراسي حول مسؤولية المنتج عن فعل المنتجات المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 26 جوان 2013، ص 187-195.

35. سليمان محمدي، "حماية المستهلك من الشروط التعسفية المدرجة في عقد بيع العقار على التصاميم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، 2010، ص 61- ص 72.
36. السيد أحمد عبد الخالق، "الأهمية الاقتصادية للتجارة الالكترونية"، العدد الأول، مجلة الأمن والقانون، 2001، ص 335- ص 354.
37. شهيدة قادة، "إشكالية المفاهيم وتأثيرها على رسم ملامح النظام القانوني لمسؤولية المنتج: دراسة في القانون الجزائري والقانون المقارن"، مجلة دراسات قانونية، جامعة تلمسان، العدد 8، 2011، ص 43- ص 67.
38. شوقي بناسي، "من سلبيات القانون رقم 05-10 المعدل للقانون (المدني الجزائري) المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية"، العدد 2، 2008، ص 07- ص 33.
39. \_\_\_\_\_، "مواجهة الشروط التعسفية في العقود في ضوء القانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية 02/2009 ص 141- ص 195.
40. عبد الرحمن عياد، "نظام المسؤولية العقدية"، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العددان الأول والثاني، 1969، الإسكندرية، ص 87- ص 192.
41. عبد الرحيم بن عبد الله القاسم، "البيع بالتقسيط"، مجلة العدل، العدد الخامس والعشرون، 1426 هجري، ص 212- ص 222.
42. عبد الرزاق كامل، "كيف نحمي المستهلك من الإعلان الخادع"، مجلة المستهلك، الاردن، العدد الثالث، 1995، ص 6- ص 7.
43. عبد الستار الهيتي، "حماية المستهلك في الفقه الإسلامي"، مؤتم للبحوث والدراسات، المجلد التاسع عشر، العدد السادس، 2004، ص 189- ص 221.

44. عبد المجيد محمود مطلوب، "خيار الرؤية: دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة 18، العدد 1-2، ص 483-514.

45. عبد الوهاب سويسي، "الإدارة بالمسؤولية الاجتماعية كمدخل لحماية المستهلك: الوجه الخفي للتسويق"، مجلة إدارة، العدد 1، 2009، ص 35-47.

46. علاء الدين محمد عبابنة، "حق الرجوع في عقود المسافة: دراسة موازنة بين حق الرجوع وفقا للإرشاد الأوروبي رقم 7 لسنة 97 وقانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، و ما يشتبه به في القانون المدني الأردني"، مجلة أبحاث اليرموك، العدد الرابع، 2007، ص 1501-1554.

47. علي أحمد صالح المهداوي، "أثر خيار الرؤية في حماية المستهلك الالكتروني"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثاني والأربعون، 2010، ص 175-231.

48. غازي خالد أبو عرابي، "حماية رضا المستهلك: دراسة مقارنة بين قانون حماية المستهلك الإماراتي وتقنين الاستهلاك الفرنسي وقانون حماية المستهلك الأردني"، مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد 1، 2009، ص 187-201.

49. فاطيمة محمودي، "الآثار القانونية المترتبة عن المسؤولية المدنية للمنتج"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009، ص 108-132.

50. فتيحة بلقاسم، "أثر شفافية الممارسات التجارية على حماية رضا المستهلك"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009، ص 59-89.

51. فتيحة محمد قوراري، "الحماية الجنائية للمستهلك من الإعلانات المضللة: دراسة في القانون الإماراتي والمقارن"، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 2009، ص 249-257.

52. فتيحة ناصر، "القواعد الوقائية لتحقيق أمن المنتجات"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية-السياسية، الجزء 39- رقم 01، 2002، ص 21-30.
53. \_\_\_\_\_، "الأمن كتابع للالتزام بالمطابقة"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009، ص 90-ص 107.
54. فراس يوسف الكساسبة & مؤيد محمد القضاة، "فعالية مشروع قانون حماية المستهلك الأردني: دراسة نقدية لنطاق مشروع القانون ووسائل تنفيذه"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والأربعون، 2010، ص 141-ص 193.
55. فكري احمد نعمان، "أخلاقيات البيوع"، مجلة الأمن والقانون، السنة الثالثة عشر، العدد الثاني، ص 293 - 302.
56. فليح عبد الزهرة، "الإعلان بين المنتج والمستهلك"، مجلة تنمية الرافدين العدد 14، 1985، ص 27 - ص 38.
57. الكاهنة أرزيل، "الموازنة بين النشاط التنافسي وحقوق المستهلك"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 2، 2011، ص 123 - ص 149.
58. كريمة بركات، "الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، عدد 2، 2011، ص 275 - ص 307.
59. لطيفة أماوز، "التزام البائع بتقديم المعلومات كالتزام تبعي للالتزام بالتسليم"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، عدد 3، 2009، ص 85 - ص 113.
60. محمد إبراهيم بنداري، "نحو مفهوم أوسع لحماية المستهلك في عقد الإذعان: دراسة مقارنة في القانون المصري والإماراتي والفرنسي"، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، 2000، ص 68 - ص 129.

61. محمد السعيد الرشدي & إبراهيم دسوقي أبو الليل، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، 1999، ص 255-261.
62. محمد جبر الألفي، "عوامل الاستقرار للعقد القابل للإبطال"، مجلة الحقوق الكويتية، السنة التاسعة، العدد الأول، ص 11-66.
63. محمد حاج بن علي، "مسؤولية المحترف عن أضرار ومخاطر تطور منتجاته المعيبة"، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسبية بن بوعلي، الشلف، العدد 2، 2009، ص 39-50.
64. محمد خليل الموسى، "الأثر المباشر لاتفاقيات حقوق الإنسان في النظم القانونية الوطنية"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة 34، 2010، ص 423-498.
65. محمد سعد خليفة، "البيع عبر الانترنت وحماية المستهلك في ضوء قانون المعاملات الالكترونية"، مجلة الحقوق، البحرين، العدد الأول، ص 8-132.
66. محمد سعيد جعفرور، "الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 4، 1996، ص 760-726.
67. محمد عبد الظاهر حسين، "الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، 1998، ص 728-781.
68. محمود أحمد الكندري، "دور القانون التجاري في حماية المستهلك: دراسة مقارنة في التشريع الانجليزي والأمريكي والفرنسي"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الأول، 1998، ص 379-389.
69. محمود عبد الله العكازي، "خيار الرؤية بين الشريعة الإسلامية وقانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - رقم 5 سنة 1985"، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، 1997، ص 61-75.

70. محمود محمد الطنطاوي، "حماية المستهلك في الشريعة الإسلامية"، مجلة الأمن والقانون، العدد الأول، 1998، ص12-ص34.
71. معمر بن طرية، "فكرة المسؤولية الموضوعية للمنتج كآلية تعويضية لضحايا حوادث المنتجات المعيبة"، مداخلة قدمت في يوم دراسي حول مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة كوسيلة لحماية المستهلك، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 26 جوان 2013، ص124-ص154.
72. نائل عبد الرحمان صالح، "الحماية الجزائية للمستهلك في القوانين الأردنية"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الرابع، 1999، ص99- ص171.
73. نبيل محمد أحمد صبيح، "حماية المستهلك في التعاملات الالكترونية: دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق الكويتية، العدد الثاني، 2008، ص163- ص265.
74. نسرین محاسنة، "انعقاد العقد الالكتروني: دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الالكترونية الأردني 2001 والقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996"، مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد الثاني، 2004، ص322- ص334.
75. يحي عيسى، "قنوات سد الفجوة بين المنتج والمستهلك"، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد2، 2005، ص275- ص287.
76. يوسف جيلالي، "الاتصال بشأن مخاطر المنتجات والخدمات الاستهلاكية"، مجلة القانون الاقتصادي والبيئة، جامعة وهران، العدد الثاني، 2009، ص4-ص58.
77. يوسف شندي، "أثر خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد...."، مجلة الشريعة والقانون، العدد الثالث والأربعون، 2010، ص255- ص297.
78. \_\_\_\_\_، "المفهوم القانوني للمستهلك"، مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والأربعون، 2010، ص141- ص215.

**\*- النصوص التشريعية والتنظيمية**

**\*- النصوص التشريعية:**

- 1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن التقنين المدني، معدل ومتم.
- 2- أمر رقم 95-07 مؤرخ في 25 جانفي 1995 يتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13. المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 06-04 مؤرخ في 20 فبراير 2006، جريدة رسمية عدد 15.
- 3- قانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 جويلية 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41. المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 10-06 مؤرخ في 15 غشت 2010، جريدة رسمية عدد 46.
- 4- قانون رقم 04-04 مؤرخ في 23 يونيو 2004 والمتعلق بالتقييس، جريدة رسمية عدد 41.
- 5- قانون رقم 08-13 مؤرخ في 20 يوليو 2008 يعدل ويتمم القانون رقم 85-05 متعلق بحماية الصحة و ترقيتها، جريدة رسمية عدد 44.
- 6- قانون 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009 متعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 15.

**\* النصوص التنظيمية:**

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 جانفي 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، جريدة رسمية عدد 5.
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 96-48 مؤرخ في 17 جانفي 1996 يحدد شروط التأمين وكيفياته في مجال المسؤولية المدنية عن المنتوجات، جريدة رسمية العدد 5.
- 3- مرسوم تنفيذي رقم 05-464 مؤرخ في 6 ديسمبر 2005 يتعلق بتنظيم التقييس وسيره، جريدة رسمية عدد 80.
- 4- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 56.

- 5- مرسوم تنفيذي رقم 08-44 مؤرخ في 03 فيفري 2008 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، جريدة رسمية عدد 7.
- 6- مرسوم تنفيذي رقم 13-378 مؤرخ في 9 نوفمبر 2013، يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية عدد 58.
- 7- مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 26 سبتمبر 2013، يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية عدد 49.

**\*-OUVRAGES**

1. **Alain BENSOUSSAN**, Le Marketing direct et le droit, 2<sup>ème</sup> édition, Hermes , Paris , 1994.
2. **Alain PIEDELIEVRE & Stéphane PIEDELIEVRE**, Actes de commerce-commerçants- fonds de commerce, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1999.
3. **Ali BENCHENEB**, Théorie générale du contrat, 2<sup>ème</sup> édition, Office Des publications universitaires, Alger, 1982.
4. **Brigitte HESS-FALLON & Simon ANNE- MARIE**, Droit commercial et des affaires, 9<sup>ème</sup> édition, Sirey, 1995.
5. **Brun HPILIPPE**, Responsabilité Civile extra contractuelle, paris, 2005.
6. **C. JAMIN & L. LACOUR**, Droit commercial, 4<sup>ème</sup> édition, Technipus, Toulouse, 1994.
7. **CAS Gérard & Didier FERRIER**, Traité de droit de la consommation, P.U.F, 1986.
8. **Christiane LARROUMET**, Droit civil : les obligations- le contrat, Tome III, 5<sup>ème</sup> édition, economica, Paris, 2003.
9. \_\_\_\_\_, Droit civil : les obligations- le contrat, 5<sup>ème</sup> édition, economica, paris, 2003.
10. **Christophe LACHIEZE**, Droit des contrats, Ellipses, Paris, 2003.
11. **Clotilde GRARE**, Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, Dalloz, paris, 2005.
12. **Daniel MAINGUY, et Jean Luis RESPAUD**, Droit des obligations, ellipses, Paris, 2008.
13. **Didier FERRIER**, La protection des consommateurs, Dalloz, Paris, 1996.
14. **François COLLART- DUTILLEUL & Philippe DELEBECQUE**, Contrats civils et commerciaux, 3<sup>ème</sup> édition, Dalloz-Delta, Paris, 1996.
15. **Françoise LABARTHE**, La notion de document contractuel, L.G.D.J, Paris, 1994.
16. **Jacques GHESTIN & Bernard DESCHE**, Traité des contrats –la vente. L.G.D.J, paris, 1990.
17. **Jean BEAUCHARD**, Droit de la distribution et de la consommation, PUF, paris, 1996.

18. **Jean CALAIS-AULOY & Frank STEINMETZ**, Droit de la consommation, 6<sup>ème</sup> édition, Dalloz, 2003.
19. **Jean -CARBONNIER**, Droit civil : les obligations, presses universitaires de France, 2000.
20. **Jean Claude MONTANIER**, Les produits défectueux, Litec, paris, 2000.
21. **Jean-Didier WILFRID**, Droit pénal des affaires, 2<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 1996.
22. **Jérôme HUET**, Contrats civils et commerciaux : responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Paris, 1987.
23. **Marjorie BRUSORIO – AILLAUD**, droit des obligations, paradigme, 2010.
24. **Mathilde BOUTONNET**, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, L. G. D. J., paris, 2005.
25. **Mireille BACACHE – GIBEILI**, Traité de droit civil : les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle , tome 5, 2<sup>ème</sup> édition, economica, paris, 2012.
26. **Muriel FABRE-MAGNAN**, De l'obligation d'information dans les contrats, L.G.D.J, Paris, 1992.
27. **Nathalie RZEPECKI**, Droit de la consommation et théorie générale du contrat, presse universitaire d'Aix-Marseille, 2002.
28. **Pascal OUDOT**, droit des affaires, Guaion, 2006.
29. **Patrice JOURDAIN**, Les principes de la responsabilité civile, 5<sup>ème</sup> éditions, Dalloz, paris, 2000.
30. **Philippe DELEBECQUE & Frédéric – Jérôme PANSIER**, Droit des obligations, 4<sup>ème</sup> édition, litec, . Paris, 2006.
31. **Philippe LETOURHEAU**, Responsabilité des vendeurs et fabrication, 2<sup>ème</sup> édition Dalloz, paris, 2005.
32. \_\_\_\_\_, Responsabilité civile professionnel, 4<sup>ème</sup> édition, Dalloz, Paris, 2011.
33. **Philippe LETOURNEAU & Loïc CADIET**, Droit de la responsabilité, Delta- Dalloz, Paris, 1996.
34. **Philippe MALAURIE & Laurent AYNES**, Cours de droit civil : les obligations, édition cujas, 11<sup>ème</sup> édition, 2001.
35. **Philippe MALAURIE & Laurent AYNES & Philippe STOFFEL – MUNCK**, les obligations, 3<sup>ème</sup> édition, Defrenois, 2007.
36. **Philippe MALINVAUD**, Droit des obligations, 10<sup>ème</sup> édition, litec, paris, 2007.

37. **Yvain BUFFELAN – LANORE & Virginie LARRIBAU – TERNEYRE**, Droit civil : les obligations, 12<sup>ème</sup> éditions, Dalloz, paris, 2010.
38. **Yvain BUFFLAN-LANORE**, La directive C.E.E du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J,Paris ,1990.

**\*- THESEES ET MEMOIRES**

- 1.**Anne Marie DE MATOS**, « Les contrats transfrontières conclus par les consommateurs au sein de l’union européenne », thèse de doctorat, université de Aix – Marseille, 1999.
- 2.**Florence BALLEE- LONDICHE**, « Droit commun des contrats et dispositions protectrices », thèse pour le doctorat en droit, université Paul Cézanne- Aix- Marseille III, 2008.
- 3.**Frédéric BERENGER**, « Le droit commun des contrats a l’épreuve du droit spécial de la consommation :renouvellement ou substitution », thèse pour le doctorat en droit, université Paul cézanne ,faculté de droit et de science politique d’Aix-Marseille,2006.
- 4.**HAMDI Ahmed- CHERIF**, « Des clauses abusives, des parties et du juge », mémoire de D.E.A de droit privé, faculté de droit et de science politique, Aix- en Provence. Marseille, 1994-1995.
- 5.**Jean Luc THIVER**, « La responsabilité du fait des produits alimentaires défectueux », université AIX –Marseille, 2010.
- 6.**Mohamed KASSEM**, « L’abus de domination en matière contractuelle :étude comparé »,thèse pour le doctorat en droit, université de droit, d’économie et des sciences d’Aix-Marseille,1992.
- 7.**Lamiaa KHEIRBEK**, « Les fonctions de la responsabilité du fait des produits défectueux entre réparation et prévention », presse universitaires d’Aix- Marseille, 2011.
- 8.**Philippe STOFFEL-MUNK**, « L’abus dans le contrat :essai d’une théorie »,thèse pour le doctorat en droit, université de droit, d’économie et des sciences d’Aix-Marseille,1999.
- 9.**Sophie LAMBERT**, « La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », université de droit, d’économie et des sciences d’Aix-Marseille, Marseille, 2000.

## \* - ARTICLES

1. **Abdallah OUNIR**, « Le droit de la consommation », actes du colloque – la protection du consommateur au Maroc, Revue de droit et d'économie, N10, p13 - p23.
2. **Anne LAUDE**, « La responsabilité des produits de santé », Recueil Dalloz, 18 : cahier, 1999, p189- p194.
3. **Anne PENNEAU**, « Responsabilité du fait des produits défectueux », Recueil Dalloz, 35 : Cahier, 1998, p488- p 493.
4. **Anne SINAY –CYTERMAN**, « Clauses pénales et clauses abusives vers un rapprochement », in Actes de la table ronde du 12 décembre 1990 –les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : sous la direction de GHESTIN Jaques, L.G.D.J, 1991, p169- p215.
5. **Arnaud LECOURT**, « La loi du 1<sup>er</sup> août 1905 protection du marché ou protection du consommateur », Recueil Dalloz, N10, 2006, p722- p728.
6. **Arnaud VANECHHOUT**, « Durées et contrats », Revue des contrats, L.G.D.J, numéro spécial, 2004, p 192-p199.
7. **Augustin BOUJEKA**, « Le consommateur personne morale entre droit communautaire et droit français », Recueil Dalloz, N28, 2005, p1948- p1952.
8. **Béatrice GORCHS**, « Le relevé d'office des moyens tires du code de la consommation », recueil Dalloz, N21, 2010, p1300- p1303.
9. **Béatrice PARANCE**, « Affaire du distilbène : une avancée majeure », Revue Lamy droit civil, N67, Janvier 2010, p15 - p19.
10. \_\_\_\_\_, « Le principe de précaution sous la férule des règles de la responsabilité civile », Revue Lamy droit civil, N86, octobre 2011, p19 - p22.
11. **Bénédicte FAUVARQUE – COSSON**, « Quelle protection des consommateurs pour demain ? », Recueil Dalloz, N14, 2007, p956- p960.
12. **Bernard GENES**, « Observation des consommateurs sur la directive européenne- responsabilité du fait des produits défectueux », colloque- sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, des 6 et 7 novembre 1986, sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J, paris, 1987, p211 - p222.

13. **Blandine de CLAVIERE – BONNAMOUR**, « De la distinction entre fournisseur et utilisateur d'un produit défectueux entre fournisseur et utilisateur d'un produit défectueux au sens de la directive 85/ 374 CEE », Revue Lamy Droit des affaires, N70, Avril 2012, p52 - p58.
14. **Carole AUBERT de VINCELLES**, « Harmonisation totale et directive n85/374 CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », Revue des contrats, N4, 2009, p1448- p1457.
15. \_\_\_\_\_, « Adoption, enfin, de la directive sur les droits des consommateurs », Revue des contrats, L.G.D.J, N4, 2011, p1224 - p1233.
16. \_\_\_\_\_, « Les nouvelles règles européennes d'attribution des risques de la chose transportée un renforcement de la responsabilité du fournisseur à distance ? », Revue des contrats, N1, 2012, p88 -p99.
17. \_\_\_\_\_, « Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation », Revue des contrats, N2, 2012, p465 - p473.
18. **Catherine CAILLE**, « Responsabilité du fait des produits défectueux », recueil V, -rép- civ. Dalloz, 2003, p1- p12.
19. **Cécile le GALLOU**, « Pas d'indemnité contre celui qui se rétracte, sauf... », Revue Lamy droit civil, N65, novembre 2009, p12.
20. **Cécile THEPOT**, « L'articulation des règles relatives à la prohibition des clauses abusives », Revue Lamy droit des affaires, N 62, 2011, p76- 80.
21. **Céline CASTETS –RENARD**, « La proposition de directive relative aux droit des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats », Recueil Dalloz, N17, 2009, p1158- p1164.
22. **Céline RONDEY**, « Clause abusive : une personne morale est protégeable », Recueil Dalloz, N13, 2005, p887- p888.
23. **Christophe RADE**, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », Recueil Dalloz, 30<sup>e</sup> Cahier, 1999, p313- p317.

24. **Cyril ROTH**, « La commission des clauses abusives, un ministère d'influence à succès », *Revue Lamy droit civil*, N61, Juin 2009, p7 - p9.
25. **Dalila ZENNAKI**, « L'importance de la détermination de conformité », *Revue algérienne des sciences juridiques – économiques-politiques*, N 39/1, 2002, p7- p22.
26. **David NOGUERO**, « La détermination du contenu du contrat d'assurance par son interprétation », 2<sup>ème</sup> partie, *Gazette du palais, Recueil Mars- Avril*, N2, 2012, p712 - p721.
27. **Denis MAZEAUD & Thomas GENICON**, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *Revue des contrats*, N1, 2012 p276 - p290.
28. **Denis MAZEAUD**, « Le nouvel ordre contractuel. », *Revue des contrats*, sans numéro, 2003, p295- p322.
29. **Didier FERRIER**, « Comment avoir confiance dans la contractualisation par voie électronique. », *Revue des contrats*, Avril 2005, p548-p553.
30. **Dimitri HOUTCIEFF**, « Le régime des clauses limitatives de responsabilité est- il satisfaisant ? », *Revue des contrats*, N3, 2008, p1020- p1029.
31. \_\_\_\_\_, « L'action en suppression de clauses abusives n'exige pas qu'un professionnel soit partie au contrat », *Revue Lamy droit civil*, N83, 2011, p7 p9.
32. **Dominique FENOUILLET**, « Nullité relative : pouvoir du juge de soulever d'office le moyen », *revue des contrats*, sans numéro, octobre, 2003, p86- p91.
33. \_\_\_\_\_, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine », *revue des contrats*, N4, 2004, p955-p968.
34. \_\_\_\_\_, « La cour de cassation et la chasse abusives un pas en avant deux pas en arrière », *Revue des contrats*, N3, 2005, p718- p741.
35. \_\_\_\_\_, « Clauses abusives », *Revue des contrats*, N4 -2009, p1422- p1526.
36. **Eric BAZIN**, « L'action en justice des associations des consommateurs, nouvel exemple de clémence de la jurisprudence civile », *Recueil Dalloz*, N42, 2011, p2910 - p2911.

37. **Eric SAVAUX**, « La fin de la responsabilité contractuelle », RTD civ, N1, 1999, p1- p26.
38. **Fadila SAHRI**, « La protection juridique du consommateur contre les clauses abusives a travers la loi 04/09/2006 », Revue des sciences juridique, université d'ANNABA, N12, 2008, p216- p228.
39. \_\_\_\_\_, « Le rôle des associations des consommateurs dans l'émergence d'un contre pouvoir face aux professionnels », p23-p31.
40. **Fanny GARCIA**, « L'obligation de collaboration des entreprises en matière de sécurité des produits », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, presse universitaire d'Aix-Marseille, N4, 2010, p1829 -p1848.
41. **Florence BOYER & Thomas DE LATAILLADE**, « Indemnisation des victimes de contamination VHC post-transfusionnelle état de la jurisprudence, à l'heure de la prise en main par l'oniam », Gazette du palais, Recueil Septembre- Octobre, N5, 2011, p2775- p2778.
42. **François BEROUJOU**, « L'impact des règles issues du droit de la consommation », la semaine juridique, N 44-45, 2007, p31- p35.
43. **François CHABAS**, « La responsabilité pour défaut de sécurité des produits, dans la loi du 19 mai 1998 », Gazette du palais, N5, 1998, p1111- p1119.
44. \_\_\_\_\_, « La loi du 19 mai 1998 et le droit commun », Gazette du plais, N3, 1999, p565- p568.
45. **François GLANSDORFF**, « Panorama des actions ouvertes à l'acheteur insatisfait », in actualités de quelques contrats spéciaux, BRUYLANT BRUXELLES, 2005, p1- p30.
46. **François PAUL**, « La causalité en matière de produits défectueux une question de pur droit interne ou tributaire de l'harmonisation total », Concurrence- consommation, éditions du juris-classeur N2, 2004, p6- p11.
47. **Françoise LABARTHE**, « Valeur contractuelle des documents publicitaires », la semaine juridique, N38, 2010, p922.
48. **Frédérique LE DOUJET-THOMAS**, « L'ordonnance du 23 aout 2001 portant transposition de la directive du 20mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matières de contrats à distance : une erreur de perspective », juris-classeur, contrat-concurrence-consommation, Mai 2002, N5, p4- p9.

49. **Geneviève VINEY**, « L'indemnisation des atteintes à la sécurité des consommateurs », colloque- sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, des 6 et 7 novembre 1986, sous la direction des Jacques GHESTIN, L.G.D.J, paris, 1987, p71 - p89.
50. \_\_\_\_\_, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 », Recueil Dalloz, 31<sup>e</sup> cahier, 1998, 291- p299.
51. \_\_\_\_\_, « La responsabilité des fabricants de médicaments et de vaccins : les affres de la preuve », Recueil Dalloz, n7, 2010, p391- p396.
52. **Gérard BLAN**, « Distribution des produits cosmétiques et sécurité des produits », Recueil Dalloz, N8,2006, p1917- p1922.
53. **Gérard NOTTE**, « Liste des clauses abusives », Revue juris- classeur- contrats- concurrence- consommation , Avril 2009, p2 - p3.
54. **Ghislain POISSONNIER**, « Les clauses résolutoires abusives dans les contrats de crédit à la consommation », Recueil Dalloz, N5, 2000, p370- p378.
55. \_\_\_\_\_, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue » Recueil Dalloz, N19, 2008, p1285- p1291.
56. \_\_\_\_\_, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », Mai 2009, p10 - p15.
57. **Gille PAISANT**, « Protection des consommateurs », la semaine juridique, N31-N35,2002, p1459- p1461.
58. \_\_\_\_\_, « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation, ordonnance du 17 février 2005 », juris- classeur contrat- concurrence- consommations, Août, septembre 2005, p7- p14.
59. \_\_\_\_\_, « Le code de la consommation et l'avant- projet de réforme du droit des obligations », la semaine juridique, N38, 2006, p1737- p1739.
60. \_\_\_\_\_, « La révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs. A propos du livre vert du 8 février 2007 », la semaine juridique, N19, 2007, p9- p15.
61. \_\_\_\_\_, « Le décret portant listes noire et de clauses abusives décret du 18 mais 2009 », la semaine juridique, édition générale N28, juillet 2009, p48- p56.

62. \_\_\_\_\_, « Protection des consommateurs, proposition de directive relative aux droits des consommateurs », Revue la semaine juridique, édition générale, N9, 2009, p11- p16.
63. \_\_\_\_\_, «Un élargissement de l'action collective en suppression de clauses abusives », la semaine juridique, N15, 2011, p684- 687.
64. \_\_\_\_\_, « La directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », la semaine juridique, édition générale, N3, 2012, p103- p111.
65. \_\_\_\_\_, « Pour le pouvoir d'office du juge dans l'application des dispositions du code de la consommation », Revue la semaine juridique, cahier N2.
66. **Guillaume BUSSEUIL**, « La quasi-gratuité de l'exercice du droit de rétractation du consommateur », recueil Dalloz, N32, 2010, p2132- p2134.
67. **Guillemine TAU PIAC- NOUVEL**, « La protection du consommateur dans les pratiques commerciales. Une question d'appréciation », Revue Lamy droit des Affaires, N59, 2011, p69- p72.
68. **Guy COURTIEU**, « Présent et futur des clauses abusives en assurance », gazette du palais, N1, 1997, p130- p134.
69. **Guy RAYMOND**, « Clauses abusives-loi du 1<sup>er</sup> février 1995 », juris classeur, concurrence- consommation, Fascicule 819, 1995, p 1-p4.
70. \_\_\_\_\_, « Responsabilité du fait des produits défectueux loi 98- 389 du 19 mai 1998 », jurisclasseur, contrats- concurrence- consommation, fascicule 1050, 1998, p1 - p6.
71. \_\_\_\_\_, « Actualité législative en droit de la consommation », revue juris classeur, contrat- concurrence- consommation, N33, 2000, p8- p12.
72. \_\_\_\_\_, « Clauses abusives : action des associations de consommateurs », Revue jurisclasseur- contrats- concurrence- consommation, N5, 2005, p27 - p30.
73. \_\_\_\_\_, « Clause abusive, contrat de fourniture d'accès a internet », Revue jurisclasseur- contrats – concurrence- consommation, N7, 2005, p29 - p31.
74. \_\_\_\_\_, « Sécurité des produits contrat », juris – classeur, concurrence- consommation, février 2005, p6-p9.

75. \_\_\_\_\_, « Clauses abusives et contrats de l'administration », jurisclasseur- contrats- concurrence- N7, 2006, p33 - p35.
76. \_\_\_\_\_, « Contrat de consommation », Revue juris-classeur, 2006, p28.
77. \_\_\_\_\_, « Vente par internet de billets SNCF et droit de rétractation», Revue jurisclasseur- contrats- concurrence- consommation, Février 2008, p38 - p39.
78. \_\_\_\_\_, « Clause abusive », Revue jurisclasseur, contrats- concurrence – consommation, Octobre 2008, p36.
79. \_\_\_\_\_, « La marchandise ne voyage plus aux risques et périls du destinataire », Revue jurisclasseur- contrats- concurrence- consommation, Décembre 2008, p43 - p44.
80. \_\_\_\_\_, « Contrats d'assurance : interprétation des clauses ambiguës », Revue jurisclasseur- contrats- concurrence- consommation, Juin 2010, p34 - p35.
81. \_\_\_\_\_, « Directive consommateurs / 2011/ 83 UE du 25 octobre 2011 », Revue jurisclasseur, contrats- concurrence- consommation, Février 2012, p7 - p13.
82. \_\_\_\_\_, « Responsabilité et mise sur le marché de produits dangereux », Revue jurisclasseur- contrats- concurrence- consommation », Mai, 2012, p30 - p32.
83. **Hélène AUBRY & Natacha SAUPHANOR- BROUILLAUD**, « Droit de la consommation », Recueil Dalloz, N13, 2010, p974- 984.
84. **Hélène AUBRY & Elise POILLOT, & Natacha SAUPHANOR – BROUILLAUD**, « Droit de la consommation », Recueil Dalloz, N13, 2012, p840 - p850.
85. **Hélène AUBRY et Natacha SAUPHANOR – BROUILLAUD**, « Droit de la consommation », Recueil Dalloz, N14, 2011, p974- p984.
86. **Hélène CLARET**, « Interprétation des contrats d'assurance et droit de la consommation », Recueil Dalloz, N28, 2003, p2600- p2602.
87. **Hélène DAVO**, « Clauses abusives », jurisclasseur, concurrence- consommation, Fascicule 820, 1991, p1- p20.
88. **Hélène GAUMONT – PRAT**, « Interprétation de la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux sur certaines causes d'exonération de la responsabilité du producteur », la semaine juridique, N38, 2002, p1633- p1638.

89. **Hélène MARTRON**, «La portée de l'engagement contractuel », Revue de la recherche juridique, droit prospectif, presse universitaire d'Aix- Marseille, N1, 2012, p243 - p263.
90. **Hugo BARBIER**, « Peut-on rétracter sa rétractation ? ou la question de l'effet sur le contrats d'une éclipse de volonté », Revue Lamy droit civil, N96, septembre 2012, p7 - p10.
91. **Isabelle CASSIN**, « Les organismes génétiquement modifiés et nouveau régime de la responsabilité du fait des produits défectueux » Gazette du palais, N1, 1999, p134- p138.
92. **Jacqueline AMIEL-DONAT**, « Contrat de consommation », Revue juris- classeur, concurrence- consommation, Fascicule 800, 1989, p 1- p28.
93. **Jacques- Antoine ROBERT**, « La responsabilité du fait des produits défectueux : l'ordonnance du 22 Août 2008 », Revue Lamy droit civil, N58, Mars 2009, p32 -p35.
94. **Jacques GHESTIN & Isabel MARCHESSAUX**, « Les techniques d'élimination des clauses abusives en Europe », in acte de la table ronde du 12 décembre 1990 : les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, p3-p101.
95. **Jacques GHESTIN & Isabel MARCHESSAUX-VANMELLE** , « Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européens »,centre de droit des obligations, université de paris,L.G.D.J,1996,p1-p72.
96. **Jacques GHESTIN**, « La directive communautaire et son introduction en droit français », colloque- sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, des 6 et 7 novembre 1986, sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J, paris, 1987, p111 - p128.
97. \_\_\_\_\_, « L'annulation par le juge des clauses abusives- cass.civ, décembre 1984 et mai 1991\_ in acte de la table ronde du 12 décembre 1990 : les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, p125-p165.
98. \_\_\_\_\_, « De la responsabilité du fait des produits défectueux : l'application en France de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'application de la loi n98- 389 du 19 mai1998 », la semaine juridique, N27, 1999, p1201- 1211.

99. \_\_\_\_\_, « Droit des obligations », la semaine juridique, N12, 2006, p551- p556.
100. **Jacques MESTRE & Bertrand FAGES**, « Obligations et contrats spéciaux », rtd civ, 2001, p870- p887.
101. \_\_\_\_\_, « Obligations et contrats spéciaux : obligations en générale » revue trimestrielle de droit civil, N4, Dalloz, 2004, p725-p735.
102. **Jean – Paul BERAUDO**, « L’application internationale des nouvelles dispositions de code civile sur la responsabilité du fait des produits défectueux », la semaine juridique, N22, 1999, p1015- 1020.
103. **Jean – Sébastien BORGHETTI**, « La responsabilité du fait des produits et la protection des intérêts professionnels », Recueil Dalloz, N25, 2009, p1731- p1734.
104. \_\_\_\_\_, « Nouvelles précisions sur le champ d’application de la directive du 25 juillet 1985, relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux » Recueil Dalloz, N14, 2012, p926 - p930.
105. **Jean BAPTISTE WALTER**, « La clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties », Revue de la recherche juridique, Droit prospectif, presse universitaire d’Aix- Marseille, N1, 2011, p339 - p353.
106. **Jean BIGOT**, « Les ambiguïtés de la responsabilité et de l’assurance du fait des produits défectueux », la semaine juridique, N41, 2010, p1905- p1913.
107. **Jean CALAIS-AULOY**, « Sécurité des consommateurs », colloque sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, des 6 et 7 novembre 1986, sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J, paris, 1987, p225 - p233.
108. \_\_\_\_\_, « Les clauses abusives en droit français », sous la direction de GHESTIN Jacques, in acte de la table ronde du 12 décembre 1990 : les clauses abusives dans contrats types en France et en Europe, L.G.D.J, p115- P122.
109. **Jean HAUSER & Jean-Jacques LEMOULAND**, « Ordre public et bonnes mœurs », Répertoire. Civ. Dalloz, Mars 2004, p1-p37.
110. **Jean Marie CREVOULIN & Jean – Pierre GRIDEL & Marc LEVIS & Jacques MESTRE & Philippe JACQUES & Philippe PIERRE**, « Regards croisés sur les clauses aménageant les

- obligations et les clauses relatives à la responsabilité » table ronde, Revue Lamy droit civil, N46, Février 2008, p55 - p66.
111. **Jean Pascal CHAZAL**, « Protection des consommateurs », la semaine juridique, N22, 2000.
112. \_\_\_\_\_, « Théories du contrat. », Revue des contrats, L.G.D.J, 2003, p 27\_ p33.
113. **Jean- Philippe CONFINO**, « La mise en circulation dans la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux » Gazette du palais, Recueil Mars – Avril, N2, 2001, p583- p600.
114. **Jean Pierre PIZZIO**, « Le formalisme des contrats de la nécessité d’assurer la sécurité des contrats par le biais du formalisme », institut national de la consommation. journées du droit de la consommation- la sécurité économique et juridique du consommateur dans l’Europe de demain N636- N 637-N 638, 1989, p63- p66.
115. **Jean Sébastien BORGHETTI**, « La responsabilité du fait des produits et la protection des intérêts professionnels », Recueil DALLOZ, N25, 2009, p1731- p1734.
116. \_\_\_\_\_, « La responsabilité du fait des produits de santé face au droit communautaire » Recueil Dalloz, n28, 2009, p1- p40.
117. **Jeanine REVEL**, « Responsabilité du fait des produits défectueux , articles 1386 -1 à 1386 – 18 du code civil », Concurrence- consommation, fascicule 1050-5, 1999, p1- p8.
118. \_\_\_\_\_, « Responsabilité du fait des produits défectueux, réparation du préjudice », concurrence, consommation fasc. 1050 – 20, 2, 2000, édition juris – classeur, p1- p12.
119. \_\_\_\_\_, « Responsabilité du fait des produits défectueux, fait générateur de responsabilité », concurrence- consommation, fasc. 1050 – 10 ,2, 2002, p1- p12.
120. **Jean-Jacques BARBIERI**, « Pour une théorie spéciale des relations contractuelles. », Revue des contrats, Avril 2006, p621-p630.
121. **Jérôme HUET**, « La problématique juridique du commerce électronique », le droit des affaires (colloque) 27-28 juin 2000, p17- p30 .
122. \_\_\_\_\_, « Encore une modification du code civil pour adapter le droit des contrats à l’électronique », la semaine juridique, N47, 2004, p2081- p2088.

123. \_\_\_\_\_, « Vous avez dit contrats électroniques. », Revue des contrats, Avril 2005, p553-p554.
124. **Joëlle SIMON**, « Observations des professionnels sur l'introduction en droit français de la directive européenne sur la responsabilité du fait des produits défectueux », colloque-sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, des 6 et 7 novembre 1986, sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J, paris, 1987, p197 - p209.
125. **Jonquet NICOLAS & Anne – Catherine MAILLOLS & François VIALLA**, « Les victimes de produits de santé épargnées par la C.J.C.E », Dalloz, N20, 2003, p1299- p1301.
126. **Judith ROCHFELD**, « Livre vert de la commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative », RDC, N1, 2011, p13-p24.
127. **Laetitia GAUDIN**, « Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue », Recueil Dalloz, n10, 2008, p631- p637.
128. **Laurène MAZEAUD**, « La responsabilité civile du fait des activités à risque électromagnétique », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, presse universitaire d'Aix- Marseille, N2, 2010, p711 -p734.
129. **Laurent AYNES**, « Clauses limitatives ou exonératoire de responsabilité en Europe –droit français », in acte du colloque des 13et14 décembre1990 : sous la direction de GHESTIN Jacques, L.G.D.J, 1990, p7-p16.
130. **Laurent LEVENEUR**, « Une nouvelle loi de protection des consommateurs », Revue jurisclasseur- contrats – concurrence- consommation, N3, 2005, p3.
131. \_\_\_\_\_, « Produits défectueux : la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre n'est pas absolue », juris – classeur, contrats- concurrence- consommation, Mai 2006, p22- p23.
132. \_\_\_\_\_, « Responsabilité du fait des produits défectueux : la notice de présentation actuelle d'un vaccin suffit-Elle à démontrer l'insuffisance de la notice antérieure », Revue juris classeur- Contrats – concurrence- Consommation, Novembre 2009, p22 - p23.

133. **Laurent PITET**, « Responsabilité du fait des produits : sagesse et force du lien de causalité », Gazette du palais, Recueil Mars – Avril, N2 , 2004, p869- p872.
134. **Lionel ASCENSI & Sabine BERNHEIM- DESVAUX**, « La médiation collective, solution amiable pour résoudre les litiges de masse ? », Revue juriscasseur- contrats – concurrence- consommation, Aout- Septembre 2012, p6 - p9.
135. **Louis SAINT – PIERRE**, « Responsabilité du fait des produits défectueux », Revue Bulletin d’Aix, université Paul Cézanne, Marseille, N1, 2009, p35 - p38.
136. **Luc BIHL**, « La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consommateurs », colloque- sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux, des 6 et 7 novembre 1986 sous la direction de Jacques GHESTIN, L.G.D.J, paris 1987, p49 - p61.
137. **Luc GRYNBAUM & Frédéric LE PLAT**, « Ordonnance services financiers à distance », la semaine juridique N50, 2005, p2299- p2306.
138. **Luc GRYNBAUM**, « Vers un droit de rétractation généralisé ? », Revue des contrats, N1L.G.D.J,2005, p527 - p529.
139. \_\_\_\_\_, « Vers un droit de résiliation ad nutum ? », Revue des contrats, Avril 2006, p589-p590.
140. **Ludovic BERNARDEAU**, « Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d’ensemble à propos de l’arrêt C.J.C.E, 13 décembre2001.... », la semaine juridique, N40, 2002, p1719- p1728.
141. **M. KAHOULA. & G. MEKAMCHA**, « La protection du consommateur en droit algérien », première partie, Revue IDARA, volume 5, N2, 1995, p7- p44.
142. **M** \_\_\_\_\_, « La protection du consommateur en droit algérien », deuxième partie, Revue IDARA, volume 6, N1, 1996, p31- p68.
143. **Marc BRUSCHI**, « Clauses abusives », RDC, octobre 2003, p992- p95.
144. \_\_\_\_\_, « Information des consommateurs et formation des contrats », numéro spécial, Revue des contrats, 2003, p 91-p92.
145. \_\_\_\_\_, « Commerce électronique et droit de la consommation : une rencontre incertaine. », Revue des contrats, n4, octobre 2004,p

146. **Marc LOLIVIER**, « Vente à distance et publicité comparative vers une harmonisation des législations européennes », *GAZETTE du palais*, N3, 1998, p621- p628.
147. **Marie MALAURIE – VIGNAL**, « La convention d'affiliation prévue par l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi Lefebvre renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs », *Recueil Dalloz*, N37, 2011, p2550 - p2551.
148. **Martine BOURRIE – QUENILLET**, « Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine », *la semaine juridique*, N21- 22, 2004, p941- p948.
149. **Maxime BAUDOUIN**, « Le nouveau règlement concernant l'information des consommateurs sur les denrées alimentaires », *Revue jurisclasseur- contrats –concurrence- consommation*, Février 2012, p3.
150. **Michel TROCHU**, « Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive n97-7 CE du 20 mai 1997 », *Recueil Dalloz*, 17 cahier 1999, p179- p183.
151. **Michel ZOIA**, « la notion de consentement à l'épreuve de l'électronique », (1<sup>re</sup> partie) *Gazette du palais*, recueil juillet-Aout, 2001, p 1129- p1133.
152. **Mireille BACACHE**, « L'information médicale est-elle encore perfectible ? », *Gazette du palais*, *Recueil Mai- Juin*, N3, 2012, p1907 - p1911.
153. **Mohamed BOUAICHE & Karim KHELIFANE**, « Qualité des aliments et sécurité du citoyen », *Revue algérienne des sciences juridiques – économiques- politiques*, N2, 2002, p55- p101.
154. **Mohamed Rachid SID LAKHDAR**, « Le dispositif législatif et réglementaire en matière de protection du consommateur par la qualité des produits », *Revue algérienne des sciences juridiques – économiques- politiques*, N2, 2002, p47- p54.
155. **Monique LUBY**, « Ou quand la CJCE ébranle le régime juridique des clauses abusives », *contrat – concurrence consommation*, éditions du jurisclasseur, 2004, p6- p9.
156. **Natacha SAUPHANOR –BROUILLAUD**, « Clauses abusive dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Revue jurisclasseur- contrats- concurrence*, Juin 2008, p7 - p17.

157. \_\_\_\_\_, « Clauses abusives, les nouvelles clauses "noires" et "grises" à propos décret du 18 mars 2009 », la semaine juridique, édition générale N14, 2009, p5- p8.
158. \_\_\_\_\_, « Un an après le décret du 18 mars 2009, l'actualité des clauses abusives dans les contrats de consommation », Revue Lamy droit civil, N74, Septembre 2010, p7 - p11.
159. \_\_\_\_\_, « Action des associations de consommateurs en représentation conjointe », Revue des contrats, L.G.D.J, N4, 2011, p1252 - p1257.
160. \_\_\_\_\_, « la standardisation des contrats », la semaine juridique, édition générale, N3, 2012, p113 - p114.
161. **Nicolas DUPONT**, « L'action en justice des associations de consommateurs en matière de sécurité », Revue juriscasseur- contrats- concurrence- consommation, Février, 2009, p9 - p20.
162. \_\_\_\_\_, « Le droit Mou professionnel d'initiative privée. Quel intérêt pour les consommateurs », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, presse universitaire d'Aix –Marseille, N3, 2009, p1201- p1221.
163. **Nicole RAUD & Gérard NOTTE**, « Directive 2011/83/ UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », Revue juriscasseur, contrats- concurrence- consommation, Janvier 2012, p2 - p3.
164. **Odile SALVAT**, « La garantie spéciale de conformité et l'obligation générale de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur », Revue juris classeur, contrats-concurrence- consommation, Août, septembre, 2006, p10- p13.
165. **Pascal NGUIHE KANTE**, « La prise en compte des attentes légitimes du cocontractant en droit privé », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, presse universitaire d'Aix- Marseille, N1, 2009, p319. p349.
166. **Pascal OUDOT**, « L'application et fondement de la loi du 19 mai 1998 instituant la responsabilité du fait des produits défectueux les leçons du temps », Gazette du palais, Recueil Novembre – Décembre, N5-6, 2008, p3667- p3673.

167. \_\_\_\_\_, « Le droit de la concurrence et la protection des consommateurs », Revue de la recherche juridique. Droit prospectif, presse universitaire d'Aix- Marseille, N3, 2010, p1319 - p1333.
168. **Patrice JOURDAIN**, « Responsabilité civile : lien de causalité entre la vaccination contre l'hépatite B et la sclérose en plaques », RTD civil, juillet- septembre, 2008, p492 - p496.
169. \_\_\_\_\_, « Responsabilité civile : produits défectueux », RTD civil, octobre – décembre 2008, p685 - p687.
170. **Paul LAGARDE**, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe : droit international privé », in acte du colloque des 13et14 décembre 1990 : sous la direction de GHESTIN Jacques, L.G.D.J, 1991, p 265- p277.
171. **Philippe BRUN & Patrice JOURDAIN**, « Responsabilité civile », Recueil Dalloz, N28, 2006, p1929- p1940.
172. **Philippe BRUN**, « La responsabilité du fait des produits défectueux, l'exemple de la vaccination de l'hépatite B », Revue Lamy droit civil, N58, Mars 2009, p29 -p31.
173. \_\_\_\_\_, « La spécificité de la causalité en matière médicale », Gazette du palais, Recueil Mai- juin N3, 2012, p1919 -p1929.
174. **Philippe LETOURNEAU**, « Responsabilité du fait des produits défectueux responsabilité du boucher producteur », la semaine juridique, N48, 2000, p2187- p2189.
175. **Philippe PIERRE**, « La place de la responsabilité objective », Revue Lamy droit civil, N71, Mai 2010, p16 - p24.
176. **Philippe STOFFEL- MUNCK**, « L'encadrement de la tacite reconduction dans les contrats de consommation depuis la loi CHATEL. L. n<sup>o</sup> 2005 – 67, 28 janv. 2005 », la semaine juridique, N14, 2005, p665- p670.
177. **Pierre SANTI**, « La France condamnée (une fois de plus) pour non-transposition d'une directive dans le délai imparti » , Recueil Dalloz, N38, 2002, p2875- p2876.
178. **Pierre SARGOS**, « Responsabilité du fait des produits défectueux », la semaine juridique. N8, 2009, P1003.

179. **Pierre-Yves GAUTIER**, « contrats spéciaux :vente », revue trimestrielle droit civil, n4, 2001, p904-p911.
180. \_\_\_\_\_, « Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », RDC, juillet 2005, N 3, p925- p932.
181. **Rémy CABRILLAC**, « L'avenir du code civil », la semaine juridique, N13, 2004, p547- p551.
182. **Sabine BERNHEIM –DESVAUX**, « Le droit de la consommation, entre protection du consommateur et régulation du marché », Revue LAMY droit des affaires, N69, mars 2012, p91 - p94.
183. \_\_\_\_\_, « La clause résolutoire », Revue juris-classeur- contrats- concurrence- consommation, Juillet, 2012, p39.
184. **Sandrine ERHARDT**, « Clauses abusives : la clause de confirmation de commande à la lumière de la réglementation des clauses abusives », jurisclasseur, contrats-consommation, N1, 2007, p6- p12.
185. **Simon WHITTAKER**, « Clauses abusives et garanties des consommateurs », Recueil Dalloz, N17, 2009, p1152- p1157.
186. **Stefan BRANDT**, « La loi sur les contrats de vente à distance. », Gazette du palais, Recueil Mai- Juin, 2001, p 819.
187. **Stéphane DETRAZ**, « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », Revue juris classeur. Contrats- concurrence- consommation, N5, 2004, p7 - p13.
188. **Stéphane PIEDELIEVRE**, « Droit de la consommation et office du Juge », Recueil Dalloz, N13, 2009, p908- p910.
189. \_\_\_\_\_, « Droit de la consommation », Gazette de palais, 3 juin 2010, p908- p910.
190. **Thierry BOURGOIGNE**, « Au-delà de 1992 vers un espace judiciaire européen pour les consommateurs », institut national de la consommation. Journées du droit de la consommation la sécurité économique et juridique du consommateur dans l'Europe de demain N636-N 637- N638, 1989, p123- p130.

191. **Véronique MAUGERI**, « Contrat conclu à distance protection renforcée du consommateur », Revue Lamy droit civil, N56, Janvier 2009, p12 - p13.
192. \_\_\_\_\_, « Rétractation : les frais d'envoi ne sont pas des frais de renvoi », Revue Lamy droit civil, N72, Juin 2010, p11 - p12.
193. **Yves – Marie SERINET et Roger MISLAWSKI**, « Vaccination contre l'hépatite B : les conditions de la responsabilité du fait des produits défectueux » Recueil Dalloz, N13, 2004.
194. **Yves DERAÏN**, « Le droit applicable aux contrats conclus par les consommateurs », institut national de la consommation – journées du droit de la consommation (la sécurité économique et juridique du consommateur dans l'Europe de demain N 636-N 637 -N638, 1989, p43- p46.
195. **Yves PICOD**, « Réflexions sur la refonte du code de la consommation », Revue jurisclasseur- contrats- concurrence- consommation, Décembre 2008, p7 - p13.

#### **4-DIRECTIVE :**

Directive 85/374 CEE du conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives , réglementaires et administratives des Etats membres en matières de responsabilité du fait des produits défectueux, journal officiel n l 210 du 07-08-1985.

1	مقدمة
11	الباب الأول: الأحكام القانونية المتعلقة بتحقيق التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف
13	الفصل الأول: حماية الإرادة التعاقدية للمستهلك
14	المبحث الأول: الالتزام بالوضوح في كتابة شروط العقد و تمكين المستهلك من الاطلاع عليها
15	المطلب الأول: الالتزام بالوضوح في كتابة شروط العقد
20	الفرع الأول: الابتعاد عن الغموض في صياغة العقود النموذجية
25	الفرع الثاني: الجزاء الذي يلحق العقد في حالة غموضه
35	المطلب الثاني: وجوب اطلاع المستهلك على كافة شروط العقد النموذجي
36	الفرع الأول: أثر توقيع المستهلك على العقد النموذجي
40	الفرع الثاني: ضرورة إعلام المستهلك بالملاحق المرفقة بالعقد النموذجي
47	المبحث الثاني: خيار المستهلك في الرجوع عن العقد
50	المطلب الأول: إمكانية المستهلك في الرجوع عن العقد المبرم عن بعد قبل التنفيذ وبعده
52	الفرع الأول: خيار المستهلك في الرجوع عن العقد قبل بدء التنفيذ
68	الفرع الثاني: خيار المستهلك في الرجوع عن العقد بعد البدء في التنفيذ
73	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق الرجوع عن العقد
73	الفرع الأول: اختلاف الآراء الفقهية حول تحديد الطبيعة القانونية للحق في الرجوع
77	الفرع الثاني: تحديد طبيعة الحق في الرجوع وفقا للفقهاء الإسلاميين
83	الفصل الثاني: مواجهة الشروط التعسفية
85	المبحث الأول: مفهوم الشروط التعسفية
86	المطلب الأول: تعريف الشرط التعسفي وأنواعه
88	الفرع الأول تعريف الشرط التعسفي
96	الفرع الثاني: أنواع الشروط التعسفية
104	المطلب الثاني: مجال تطبيق الأحكام المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية
104	الفرع الأول: الأشخاص المعنية بالأحكام المتعلقة بالشروط التعسفية

107	الفرع الثاني: مجال تطبيق النصوص المتعلقة بمواجهة الشروط التعسفية من حيث العقود.
113	المبحث الثاني: التقنيات المكرسة لمواجهة الشروط التعسفية والجزاءات المترتبة في حالة ادراجها في العقود المبرمة بين المحترف و المستهلك.....
114	المطلب الأول: تقنيات مواجهة الشروط التعسفية.....
115	الفرع الأول: التدخل التشريعي لمواجهة الشروط التعسفية.....
126	الفرع الثاني: التدخل القضائي لمواجهة الشروط التعسفية.....
138	المطلب الثاني: الجزاءات المقررة في حالة تضمين العقد شروط تعسفية.....
139	الفرع الأول: الجزاء المدني.....
145	الفرع الثاني: الجزاء الجنائي.....
148	الباب الثاني: حماية المستهلك في إطار مسؤولية المنتج الناشئة عن المنتجات المعيبة.....
153	الفصل الأول: أحكام مسؤولية المنتج عن فعل المنتجات المعيبة.....
155	المبحث الأول: نطاق المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة.....
156	المطلب الأول: تحديد المسؤول.....
158	الفرع الأول: المنتج بالمعنى الضيق – المتدخل في مرحلة الإنتاج -.....
163	الفرع الثاني: المنتج بالمعنى الواسع – المتدخل في مرحلة التوزيع.....
171	المطلب الثاني: المستفيد من أحكام المسؤولية الناشئة عن المنتجات المعيبة.....
171	الفرع الأول: عدم التفرقة بين المتعاقد وغير المتعاقد.....
175	الفرع الثاني: عدم التفرقة بين المستهلك و المحترف.....
177	المطلب الثالث: المنتوجات المعنية بأحكام المسؤولية عن المنتوجات المعيبة.....
178	الفرع الأول: المقصود بالمنتوج طبقا لنصوص التوجيه الأوروبي.....
183	الفرع الثاني: وضع خاص لبعض المنتوجات.....
190	المبحث الثاني: شروط قيام مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة.....

190	المطلب الأول: وضع المنتج في التداول
191	الفرع الأول: المقصود بعرض المنتج في التداول
195	الفرع الثاني: وحدة العرض للتداول
197	المطلب الثاني: تسبب المنتج في حدوث الضرر
199	الفرع الأول: الأضرار الجسدية
207	الفرع الثاني: الأضرار المادية
211	المطلب الثالث: أن يكون المنتج معيبا
213	الفرع الأول: تعريف العيب
218	الفرع الثاني: معيار تحديد العيب
228	الفرع الثالث: إثبات عيب المنتج
231	المطلب الرابع: إثبات علاقة السببية بين الضرر والعيب
234	الفصل الثاني: النظام القانوني لمسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة
235	المبحث الأول: خصائص التزام المنتج بضمان السلامة و طبيعته القانونية
236	المطلب الأول: خصائص الالتزام بضمان سلامة المنتج
244	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للالتزام بضمان السلامة
249	المبحث الثاني: دعوى مسؤولية المنتج
249	المطلب الأول: المواعيد الواجب احترامها من المتضرر لرفع دعواه
250	الفرع الأول: ميعاد ثلاث سنوات لتقادم دعوى التعويض
252	الفرع الثاني: ميعاد عشر سنوات لسقوط دعوى مسؤولية المنتج

المطلب الثاني: أسباب إعفاء المنتج من المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.....	255
الفرع الأول: دفع المنتج لمسؤوليته لتوفر إحدى الأسباب العامة.....	256 ..
الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لدفع مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة.....	265
خاتمة:.....	287
قائمة المراجع:.....	294
الفهرس:.....	332

## ملخص:

إن تطوير تقنيات الإنتاج أدى إلى توحيد المنتجات الاستهلاكية، و أدى كذلك إلى توحيد العلاقات العقدية عن طريق العقود النموذجية. فالمستهلك يواجه عقد ليس باستطاعته مناقشته ومنتوج لا يمكن له أن يكتشف عيوبه ليدراً أضراره. على عكس المحترف فهو في مركز قوي، فبفضل خبرته التقنية يستطيع أن يفرض ما يخدم مصلحته. و نجد المشرع يحاول في الدول المختلفة الملائمة بين الاعتبارين، تطور القانون لمواكبة تلك التغيرات الاقتصادية والاجتماعية من جهة واستقرار المعاملات والثقة بين الناس من جهة أخرى. فلا يتدخل لتعديل القواعد القانونية إلا في الحالات التي تصبح فيها تلك القواعد عاجزة عن مواكبة التطور في المجتمع.

## RESUME :

Le développement des techniques de production a unifié les produits consommables ainsi que les relations contractuelles par le biais du contrat type –pré rédigé-, donc le consommateur se retrouve devant un contrat indiscutable non négociable, et un produit dont il est incapable de découvrir les tares ou les défauts, contrairement au professionnel qui est en position de force grâce à ses connaissances techniques et son expérience impose tout ce qui est en sa faveur.

Les législateurs à travers de nombreux pays tentent de créer un équilibre entre les deux paramètres, d'une part l'amélioration des textes de loi en fonction des changements économiques et sociaux, et la stabilité de ces textes d'autre part. L'intervention des législateurs ne se fait que pour faire face au développement de la société.