



"حماية المستهلك بين القواعد العامة والأحكام الخاصة"
مداخلة مقدمة خلال الندوة البحثية المنظمة من طرف مركز البحوث
القانونية والقضائية بتاريخ 16 جانفي 2021

من إعداد الباحث: سيدومو ياسين
قاضي باحث بمركز البحوث القانونية والقضائية

مقدمة

يقصد بالقواعد العامة تلك القواعد الصالحة للتطبيق على جميع الأشخاص وبخصوص جميع المعاملات إلا في حالة وجود نصوص خاصة تستثني بعض الأشخاص أو بعض المعاملات من تطبيقاتها، فإن وجدت النصوص الخاصة فتكون لهذه النصوص أولوية في التطبيق على القواعد العامة، ولا تطبق القواعد العامة في هذه الحالة إلا عند عدم كفاية النصوص الخاصة في إشباع الحاجة القانونية لحل النزاع المعروض.

وتدخل المشرع بخصوص إخراج بعض الأحكام، عن تطبيقات القواعد العامة يستند إلى معيارين أساسيين، أولهما موضوعي، أي استنادا إلى طبيعة المعاملة، مثلما أخرج المشرع عقود الزواج من تطبيقات القواعد العامة، وأدرجها ضمن قانون خاص ينظم شؤون الأسرة، وكذا من خلال إخراج التعامل بالسفينة بين الأشخاص من تطبيقات القواعد العامة وإدراجها ضمن الأعمال التجارية بحسب الشكل الخاضعة لتطبيقات القانون التجاري حتى وإن تمت بين غير التجار، أما المعيار الثاني الذي يعتمد عليه المشرع فهو معيار ذاتي، يهدف المشرع من خلاله إلى إخراج بعض الأشخاص من تطبيقات القواعد العامة نظرا للخصوصية التي يتصفون بها، مثلما أخرج فئة العمال من تطبيقات القواعد العامة

إلى تطبيقات النصوص الخاصة بالعمال، ومن خلال إخراج فئة التجار من تطبيقات القواعد العامة إلى تطبيقات النصوص المتعلقة بالقانون التجاري، وكذا من خلال إخراج فئة المستهلكين من تطبيقات القواعد العامة إلى النصوص الخاصة التي تعنى بحماية المستهلكين.

ويقصد بالنصوص الخاصة لحماية المستهلك جملة من النصوص القانونية التي تعنى بفئة المستهلكين ، يتصدرها القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وكذا جانب من أحكام القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وكذا ما ورد في القوانين الخاصة من نصوص تتعلق أساسا بحماية المستهلكين، بالإضافة إلى ترسانة من النصوص التنظيمية، أين يطلق على مجموع هذه النصوص ما يعرف بقانون الاستهلاك الجزائري.

ولقد أولى المشرع الجزائري اهتماما متناميا بموضوع حماية المستهلكين، توج بإدراج حق المستهلكين في الحماية ضمن الحقوق العامة المضمونة دستوريا، وذلك بموجب الفقرة الثالثة من المادة 43 من التعديل الدستوري الصادر بموجب القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، والتي نصت على ما يلي: "تكفل الدولة ضبط السوق، ويحمي القانون حقوق المستهلكين"، وتجسيدا لهذا النص الدستوري.

كما أكد الدستور الجزائري الصادر في 2020-12-30 هو الآخر على حقوق المستهلكين، من خلال المادة 62 منه التي تنص على ما يلي "تعمل السلطات العمومية على حماية المستهلكين بشكل يضمن لهم الأمن والسلامة والصحة وحقوقهم الاقتصادية".

ويعكس تكريس مبدأ حماية المستهلك في الدستور وفي القوانين الخاصة، مدى اهتمام المؤسس الدستوري والمشرع على حد سواء بفئة المستهلكين، وحرصهما على إخراجها من تطبيقات القواعد العامة التي من أهمها مبدأ سلطان الإرادة، إلى التطبيقات الحمائية، التي تفترض أن التوازن العقدي لا يكون عادلا إلا إذا تساوت مراكز أطرافه من حيث القوة، وكل ذلك مراعاة لمركز المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة التعاقدية، والذي يتعين إحاطته

بحماية قانونية متميزة في ظل الأحكام الخاصة، بعيدا عن القواعد العامة التي لا تضمن له الحماية المطلوبة.

ومن هذا المنطلق طرحت الإشكالية التالية: إلى أي مدى خرجت الأحكام الخاصة لحماية المستهلك عن القواعد العامة، وهل استقلت استقلالاً كلياً عنها في تطبيقاتها، وهل تستوجب الفعالية الحمائية للمستهلكين تجميع النصوص الخاصة بفئة المستهلكين في تقنين موحد تجسيدا لمبدأ الأمن القانوني المكرس دستورياً؟

سنعالج هذه الإشكالية وفقاً للخطة التالية:

محور تمهيدي: الأحكام الخاصة لحماية المستهلك

أولاً: تحديد المفاهيم:

تطبق الأحكام الخاصة لحماية المستهلك، على علاقات الاستهلاك التي تتحدد تبعاً للمعيار الذاتي، بين كل من المتدخل والمستهلك، فقد نصت المادة 02 من القانون 03-09 على "تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك وعلى كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك".

ولتحديد علاقة الاستهلاك وبالتالي مجال تطبيق الأحكام الخاصة لحماية المستهلك يتعين أولاً تحديد مفهوم كل من المتدخل والمستهلك.

1- مفهوم المتدخل:

إن مصطلح متدخل، لم يكن مصطلحاً موحداً في جميع القوانين المتعلقة بالاستهلاك، حيث تعددت الألفاظ التي استعملها المشرع، فقد أطلق عليه مصطلح "العون الاقتصادي"¹ في القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وعرفه بأنه "كل منتج أو تاجر أو حرفي، أو مقدم خدمات أياً كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، غير أنه ما

¹ - هو نفس المصطلح الذي تبناه في المرسوم التنفيذي رقم 306/06.

يؤخذ على هذا التعريف أنه قلص من نطاق المهني، ليشمل أشخاصا محددين لا يمثلون كل أصناف المهنيين.

أما من خلال المادة 2 من المرسوم التنفيذي 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات فقد أطلق عليه اسم المحترف، وتم تعريفه بأنه: "منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع أو على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك".

وأطلق عليه بموجب المادة 03 فقرة 7 من القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش اسم محترف، وعرفه بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

وعرفت المادة 03 فقرة 10 المنتج بأنه كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بالمقابل أو بالمجان، كما عرفت المادة 03 فقرة 08 عملية وضع المنتوجات للاستهلاك، بأنها جميع مراحل الإنتاج والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة، في حين أن المنتج. ومن خلال جملة التعريفات التي أوردها المشرع للمهني، نستخلص أن تسمية *مهني* تقوم على جملة من المعايير هي:

أ-المتدخل هو كل شخص إعتاد مزاوله نشاط دائم:

وفقا لهذا المعيار، يجب أن يزاول المهني نشاطه بشكل دائم، بأن يتخذه مورد رزقه الأساسي، ولا يهتم بعدها الهدف من النشاط، كما لا تهم الطبيعة القانونية للنشاط، ولا يهتم كذلك المستوى الإقتصادي لذلك النشاط.

ب-المتدخل هو كل شخص مستقل وله سلطة:

يجب أن يعمل المهني لحسابه الخاص، بأن يكون مستقلا عن أية علاقة تبعية تجعله خاضعا لشخص آخر، فهو رب عمله والمسؤول عنه مسؤولية كلية، وإذا وقع وأن كان في

علاقة تبعية فيوصفه متبوعا لا تابعا، له كامل السلطة على الأشخاص الذين يستخدمهم من أجل تنفيذ مهنته.

ج-الطبيعة المهنية للمتدخل معلنة لجمهور المستهلكين:

فالمهني يبدي تمتعه بصفة المهنية، أو على الأقل يظهر باعتباره كذلك للغير للإعلان ميزة هامة، إذ ترجم الى قيام فعلي لعمليات التبادل الاقتصادي بصورة ملموسة.

د-المتدخل له شكل منظم يجعله يبدو متفوقا:

تتخذ المهنة شكلا منظما، بأن يوفر المهني كل ما من شأنه أن ييسر من أدائه لها من معدات و أجهزة و أشخاص مساعدين بحسب طبيعة النشاط، ولا يهم مستوى التنظيم، فقد يكون تنظيما بسيطا أو معقدا.

و أما التفوق، فهو عنصر ملازم للتنظيم، وأهم ميزة للمهني، فكل مهني متفوق في نطاق اختصاصه، يدرك جيدا حدود نشاطه و مركزه القانوني، لذلك فهو يظهر أمام الناس على أنه ذلك الخبير الذي يعرف كل فنيات مهنته.

2-مفهوم المستهلك:

عرف المشرع الجزائري المستهلك في المادة3فقرة1من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ما يلي: "المستهلك: 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"، وهو نفس التعريف تقريبا الذي أورده في المادة3فقرة 2 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية والتي تنص: "مستهلك: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني".

يتضح من خلال التعريفين السابقين، أن المشرع جعل معيار تحديد صفة المستهلك هو الغرض من الاقتناء، فثبوت صفة المستهلك يقتضي أن يكون الغرض من اقتناء السلعة أو الخدمة هو سد حاجة شخصية أو حاجة شخصا خر أو حيوان يتكفل به، أي أن يكون الغرض غير مهني، ما يعني بمفهوم المخالفة نفي صفة المستهلك عن يفتني سلعة أو خدمة لغرض مهني.

ويؤكد ذلك أن المشرع نص في هذا التعريف على أن تكون السلعة أو الخدمة المقتناة موجهة للاستعمال النهائي أي للاستهلاك، فالمشرع ينفي صفة المستهلك عن يفتني سلعا أو خدمات موجهة للإستعمال الوسيط كونها بهذا الوصف تستخدم لأغراض مهنية كإعادة التصنيع والإنتاج و الإستثمار وليس للإستهلاك.

وبهذا يكون المشرع قد تبنى مفهوما ضيقا للمستهلك، وألغى ضمنيا مفهوم المستهلك في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، حين عرف المستهلك: "بأنه كل شخص يفتني بئمن أو مجانا منتج أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به" بحيث أخرج المنتج و الخدمة المعد للاستعمال الوسيط من دائرة قانون الاستهلاك.

ولم يشترط المشرع في تعريفه للمستهلك أن يكون الغرض من الإقتناء هو سد حاجات شخصية للمقتني ذاته، بأن يكون المستهلك هو نفسه المستهلك المتعاقد، بل اعتبر المشرع مستهلكا أيضا، من يفتني سلعة أو خدمة لسد حاجة شخص آخر ليس طرفا في عقد الاستهلاك، وهو الذي يصطلح عليه البعض اصطلاح المستهلك المستفيد كونه يستفيد من السلعة أو الخدمة التي يفتنيها المستهلك المتعاقد نفسه، دون أن يتحمل مشقة الحصول عليها.

كما يعتبر مستهلكا أيضا من يفتني سلعة أو خدمة لسد حاجة حيوان يتكفل به، كأن يشتري له غذاء، أو يتعاقد مع مدرب لتدريبه.

ومن خلال التعاريف السابقة فإن المشرع الجزائري قد أضفى صفة المستهلك على الشخص المعنوي¹، وهو موقف عام استقر عليه المشرع، سواء في تعريفه للمستهلك في القانون رقم 04/02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، أو في قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

غير أن إضفاء صفة المستهلك إلى الشخص المعنوي، يفرض صعوبة تحديد الصفة الاستهلاكية النهائية لما يقتنيه هذا الأخير، فالمعروف أن الأشخاص المعنوية عادة ما تتعاقد لأغراض مهنية، فهي تقوم في الغالب لهذا الغرض، لذلك يقع على المشرع أن يبين من هي الأشخاص المعنوية التي ستستفيد من وصف مستهلك وبالتالي من الحماية التي تقررها القوانين المتعلقة بالإستهلاك.

استنادا إلى ما تم الإشارة إليه اعلاه يمكن أن نستخلص بعض المعايير من أجل إضفاء الصفة على المستهلك، ومنه تمكينه من الحماية المقررة بموجب قوانين الإستهلاك، وهذه المعايير منها ما هو شخصي، ومنها ما هو متعلق بموضوع العقد في حد ذاته.

أ- المستهلك شخص يتعاقد من أجل إشباع حاجاته الشخصية أو العائلية:

يتعين لاكتساب صفة المستهلك أن يكون الغرض من الحصول على السلعة أو الخدمة، هو إشباع الحاجيات الشخصية أو العائلية، وليس لأغراض تجارية، وبالتالي لا يكتسب صفة المستهلك من يقتني منتوجا أو خدمة لأغراض تجارية².

وبالتالي لا يكتسب صفة المستهلك من يقتني منتوجا أو خدمة لأغراض مهنته أو مشروعه أو حرفته.

¹ - ان منح صفة المستهلك إلى الشخص المعنوي ، يرافقه صعوبة في تحديد الصفة الاستهلاكية النهائية لما يقتنيه هذا الأخير ، فالمعروف أن الأشخاص المعنوية عادة ما تتعاقد لأغراض مهنية ، فهي تقوم في الغالب لهذا الغرض ، لذلك يقع على المشرع أن يبين من هي الأشخاص المعنوية التي ستستفيد من وصف مستهلك وبالتالي من الحماية التي تقررها القوانين المتعلقة بالإستهلاك .

² - خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، الدار الجامعية الاسكندرية، 2007 ، ص 25.

ب-المستهلك قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا:

لم يفرق المشرع الجزائري من خلال نص المادة 03 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي في إضفاء صفة المستهلك، غير أنه وضع شروطا من أجل منح صفة المستهلك للمتعاقد، وهي أن يكون التعاقد لأغراض غير مهنية.

ج-المستهلك يقتني السلعة أو الخدمة بالمقابل أو بالمجان:

لم يرفق المشرع في إضفاء صفة المستهلك بين من يقتني السلعة أو الخدمة بمقابل أو بالمجان، وقد جعلهما يحضيان بالحماية المقررة للمستهلك حتى وإن كانت السلعة أو الخدمة مجانية.

د-المستهلك ليس متخصصا في مجال المعاملة:

لا يقصد بالتخصص في المعاملة دراية المستهلك الشخصية بالمعلومات المتعلقة بالمنتج، وإنما يقصد بها التخصص في امتحان مهنة لها علاقة بالمنتج المقتنى أو المراد اقتناؤه، وبالتالي يعتبر مستهلكا كما رأينا سابقا المهني الذي يبرم عقد استهلاك من أجل اقتناء سيارة شخصية، غير مخصصة لمهنته.

3- المنتج:

موضوع علاقة الاستهلاك هو المنتج، وهو يأخذ شكل إما سلعة، أو خدمة، فكلاهما يخضعان لنفس الأحكام عند تطبيق الأحكام الخاصة لحماية المستهلك، وقد عرفت المادة 03 فقرة 09 المنتج بأنه: "كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

ثانيا- نطاق تطبيق الأحكام الخاصة لحماية المستهلك:

يشمل نطاق تطبيق الأحكام الخاصة لحماية المستهلك طبقا للمعايير التي تم ذكرها أعلاه اقتناء المستهلك للسلع، وكذا الخدمات من متدخل، بحيث يدخل في هذا النطاق

تعامل المستهلك على كافة السلع والخدمات، ولا تمييز بين السلع القابلة للاستهلاك الفوري مثل المواد الغذائية، والسلع المعمرة مثل السيارات، كما يتسع مفهوم السلع ليشمل الأموال العقارية، في حالة الخدمات يحمي المشرع المستهلك سواء اقتنى خدمات مادية كالنقل والإصلاح، أو مالية كالتممين والقرض، أو فكرية كالعلاج والاستشارات¹.

المحور الأول: مظاهر خروج الأحكام الخاصة لحماية المستهلك عن القواعد العامة

أولاً- في مرحلة ما قبل التعاقد:

إن ما يميز العلاقة بين المهني والمستهلك هو عدم المساواة بينهما بسبب تفاوت معارفهما وقدراتهما، لذلك وحتى يتم التخفيف من حدة التكافؤ، لابد من وجود نوع من التعاون في إطار الإعلام المتبادل بينهما، لذلك تنبه المشرع إلى أن القواعد العامة لا تكفي لحماية المستهلك، ما أدى إلى التكريس الصريح لهذه الحماية من خلال قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والقوانين والتنظيمات الأخرى التي تعنى بحماية المستهلك².

وتتجلى أهم مظاهر خروج الأحكام الخاصة لحماية المستهلك عن القواعد العامة خلال مرحلة ما قبل التعاقد في مظهرين أساسيين، يتمثل الأول في تشديد التزامات المهني بالإعلام تبعا لما يحتاجه المستهلك من معلومات، ويتمثل الثاني في امتداد مبدأ حسن النية في علاقات الاستهلاك إلى مرحلة ما قبل التعاقد.

1- تشديد التزام المتدخل بالإعلام تبعا لما يحتاجه المستهلك من معلومات:

يعرف الإعلام لغة أنه تحصيل حقيقة الشيء ومعرفته والتيقن منه³ والأصل أن الالتزام بالإعلام يشمل الإعلام البسيط والنصيحة والتحذير، حسب طبيعة العقد⁴، غير أن التزام المهني بشأن الإعلام يتشدد بحسب ما يحتاجه المستهلك من معلومات تبعا لطبيعة

1- د- الصغير محمد مهدي، قانون حماية المستهلك – دراسة تحليلية مقارنة – دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، 2015 ، ص 25.

2- فيما يخص التشريع المقارن ، فقد نص المشرع الفرنسي في هذا الاطار انه يلزم البائع بإعلام المستهلك بصراحة على ما يجب ان يلتزم به وذلك من خلال المادة 1602 من القانون المدني الفرنسي التي تنص "يجب على البائع ان يشرح بصراحة ما يجب ان يلتزم به."

3- علي بولحية بوخميس ، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2000 ، ص 50.

4- بلحاج العربي ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية ، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري ، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ص 175 .

السلعة أو الخدمة وخطورتها على المصالح المادية أو المعنوية للمستهلك أو سلامته الجسدية، ما جعل الفقه والقضاء يقسم الإعلام إلى إعلام بسيط إذا كان المنتج يتطلب إعلاما بسيطا، والتزام بالنصيحة إذا كان المستهلك بحاجة إلى نصيحة، وانتهاء بالتحذير إذا كان المستهلك بحاجة إلى تحذير.

أ- الالتزام بالإعلام البسيط:

وفي مجال عقود الاستهلاك، فإن التزام المتدخل بإعلام المستهلك قد يراه البعض بأنه عبارة عن التزام قانوني سابق على التعاقد يلتزم فيه بإعلام زبونه المستهلك في ظروف معينة إعلاما صحيحا وصادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بعقد القرض المراد إبرامه، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاه بالعقد،¹ وبذلك فالالتزام بإعلام المستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد هو التزام عام يغطي المرحلة السابقة على التعاقد في عقود الاستهلاك، هدفه الوصول إلى رضا حر وسليم لدى المستهلك، كما أن عدم المساواة بين المتعاقدين في علاقة الاستهلاك يعتبر من الأسس الجوهرية التي يقوم عليها الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.²

وقد نص المشرع على ضرورة إخبار المتدخل للمستهلك قبل التعاقد واكتمال العملية بالمعلومات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة، وذلك من خلال القانون 02/ 04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، غير أنه لم يحدد طريقة معينة بالإعلام، كما نص على إجبارية إعلام المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمنتج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك من خلال المادة 17 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وتطبيقا لهذه المادة صدر المرسوم التنفيذي رقم 13 / 378 المؤرخ في 09 نوفمبر 2013 المحدد للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك الذي بموجبه حدد مفهوم الإعلام حول المنتوجات بأنه كل معلومة متعلقة بالمنتج الموجهة للمستهلك على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو

¹ - خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 163 .

² - عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2007 ص 370 .

بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو حتى من خلال الاتصال الشفهي، كما تطرقت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 13 / 378 المتعلقة بإعلام المستهلك عن كل السلع والخدمات الموجهة للاستهلاك مهما كان منشؤها أو مصدرها، ويحدد الأحكام التي تضمن حق المستهلكين في الإعلام، حيث اعتبر العناصر المتعلقة بالإعلام للمستهلك التزامات جوهرية للمتدخل وقد حددت هذه العناصر بصفة تفصيلية من خلال المادة 03 منه.

كما حث في نفس المرسوم على وجوب إعلام المستهلك بكل الوسائل الملائمة بالشروط، سواء كانت عامة أو خاصة متعلقة ببيع السلع والخدمات، ومنحه مدة كافية لفحص العقد.

ولعل من أبرز السمات التي جاء بها قانون حماية المستهلك وقمع الغش فيما يخص الالتزام بالإعلام هو إجبارية استعمال اللغة العربية في الاعلام من خلال المادة 18 منه، وذلك بغية إحاطة المستهلك بالمعلومات باللغة التي يفهمها.

ب- الالتزام بالنصيحة:

إن التزام المهني لا يتوقف في بعض الحالات عند مجرد إعلام زبونه المستهلك، بل عليه أن يعرض عليه الحل الأمثل لحاجاته إذا كان بحاجة إلى نصائح وإرشادات، أي يقع على عاتقه التزام يتجاوز مجرد الإعلام البسيط إلى ضرورة بيان الطريق الأجدر بالإتباع ويقتضي ذلك تقديم النصيحة له بإبرام العقد أو عدم إبرامه، أو باتخاذ موقف معين من عدمه،¹ فالمتدخل في هذه الحالة يتدخل تدخلا إيجابيا في تكوين قناعة المستهلك من خلال إظهار جميع المزايا والعيوب، وكذا توجيهه إلى ما يمكن أن يخدم مصالحه على نحو أمثل،² مما يمكن المستهلك

¹ - بو الكور رفيقة. الالتزام بإعلام الزبون المستهلك في مجال القروض البنكية . دفاتر السياسة والقانون ، المجلد 10، العدد 18، ص 24-11.

² - يقع على البنك قبل توقيع اتفاقية القرض، التزام إعلام و توجيه المقترض بإمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن، و يؤدي إخلال التزام البنك بهذا الالتزام الى الإيقاع بالمقترض في غلط جوهري يبرر مطالبته بإلغاء اتفاقية القرض.الغرفة المدنية، ملف رقم581228 في 2010-07-22،قضية الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، ضد(س.ع)، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2010، ص160.

من اتخاذ قراره على بينة وإدراك، وهو التزام مرتبط بالالتزامات الأصلية الناشئة عن العقد انطلاقاً من مبدأ حسن النية.¹

ج- الالتزام بالتحذير:

قد تستوجب بعض عقود الاستهلاك تحذيراً للمستهلك يقع كالتزام على عاتق المتدخل، ولا يعني هذا بأن كل عقود الاستهلاك تستوجب التحذير، غير أنه يراعى في إلزامية التحذير بالنسبة لبعض عقود الاستهلاك خطورة السلعة أو الخدمة المقتناة من طرف المستهلك.

وفي هذا الإطار نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 12-203 المتعلق بالقواعد المطبقة في مجال أمن المنتوجات، على: "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات وضع في متناول المستهلك كل المعلومات الضرورية التي تسمح له بتفادي الأخطار المحتملة أو المرتبطة بالاستهلاك و/أو باستعمال السلعة أو الخدمة المقدمة وذلك طيلة مدة حياته العادية أو مدة حياته المتوقعة بصفة معقولة.

كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على: "يجب على المنتجين والمستوردين ومقدمي الخدمات اتخاذ التدابير الملائمة المتعلقة بمميزات السلع أو الخدمات التي يقدمونها والتي من شأنها جعلهم يطلعون على الأخطار التي يمكن أن تسببها سلعهم أو خدماتهم عند وضعها في السوق و/أو استعمالها.

كما نصت المادة 15 من ذات المرسوم على أن الإدارة المكلفة بحماية المستهلك وقمع الغش توجه أوامر إلى المتدخلين المعنيين بالإعلام حول الأخطار الناجمة عن السلع أو الخدمات التي يمكن أن تشكل أخطاراً لبعض الأشخاص، و إعلامهم في الوقت المناسب وبكل الطرق الملائمة، كما قررت محكمة النقض الفرنسية أن عقد القرض يعتبر من العقود الخطرة التي تستوجب ضرورة فرض واجب التحذير، وإدراجه ضمن مهام البنك لمصلحة

¹ - بلحاج العربي ، المرجع السابق ، ص 174 .

طالب القرض، إن كان هذا الأخير جاهلا بالمخاطر المحيطة بالقرض وخاصة ما يحمله هذا النوع من العمليات من أخطار جسيمة على المقترض في حالة عدم قدرته على السداد.¹

كل ذلك يفيد بأن التزام المتدخل بالإعلام يتشدد تدريجيا حسب خطورة بعض المنتوجات أو الخدمات، وحسب حاجة المستهلك للمعلومات، فان رأي القاضي بأن المتدخل لم يدلي بمعلومات كان المستهلك بحاجة إليها تبعا لخصائص المنتج سواء كان سلعة أو خدمة فتقوم مسؤولية الناتجة عن الاخلال بالالتزام بالإعلام .

هذا وتجدر الاشارة أن المشرع قد أولى التزام المهني بالإعلام أهمية بالغة، بحيث خصص جزاء لمخالفة الالتزام بالإعلام يتمثل في غرامة بالنسبة للشخص الطبيعي تتراوح بين 100.000 دج الى 1.000.000 دج، وفرض المشرع على عدم إعلام المستهلك باللغة العربية جزاء يتمثل في غرامة تتراوح من 100.000 دج إلى 1.000.000 دج بالنسبة للشخص الطبيعي .

2- امتداد مبدأ حسن النية في علاقات الاستهلاك إلى مرحلة ما قبل التعاقد:

مبدأ حسن النية في إطار القواعد العامة يستوجب في إطار تنفيذ العلاقة التعاقدية، وذلك استنادا على نص المادة 107 من القانون المدني التي تنص على: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية"، كما أن ورود المادة 107 ضمن القسم الثالث من القانون المدني تحت عنوان آثار العقد، يوحي بأن حسن النية مرتبط بمرحلة تنفيذ العقد وليس قبله، وهناك من يرى أنه رغم أن المشرع يتحدث بشكل صريح عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وليس في تكوينها فإن هذا المبدأ يشمل حتى مرحلة قبل إبرام العقد حيث يكون على الأطراف أن يتحلوا بالأمانة في مرحلة التفاوض وإنشاء العقود لأن فرض حسن النية في تنفيذ العقد يفقد كل جدوى إذا لم يتم فرضه أيضا في مرحلة إنشاء العقد،² ولكن حتى وإن سلمنا بهذا الطرح فإن مبدأ حسن النية في القواعد العامة حتى وإن امتد

¹ - بو الكور رفيقة . مرجع سابق، ص 20.

² - يتعين على المشرع الجزائري تعديل نص المادة 106 من القانون المدني ليشمل مبدأ حسن النية بشكل صريح مرحلة ما قبل التعاقد ، حتى تتماشى احكام القانون المدني مع قانون حماية المستهلك .

إلى مرحلة ما قبل التعاقد، فإنه يستند إلى معيار موضوعي وليس ذاتي، أين يلتزم المتعاقد ببذل عناية وليس تحقيق نتيجة، ويقاس مدى وفاء المتعاقد بهذا الالتزام بمعيار الرجل العادي.

غير أن مبدأ حسن النية في علاقة الاستهلاك يمتد بقوة القانون إلى مرحلة ما قبل التعاقد، و هو قائم على أساس معيار ذاتي بحيث يتحدد مدى الوفاء به بالنظر إلى احتياجات المستهلك، كما أن التزام المهني بالوفاء بحسن النية قائم على تحقيق نتيجة وليس بذل عناية، ما يعكس توجهها يخرج عن القواعد العامة نحو تعزيز مكانة القيم الأخلاقية في نطاق علاقة الاستهلاك حتى في المرحلة السابقة للتعاقد.

أ- تكريس الشفافية و النزاهة في علاقة الاستهلاك:

-شفافية العرض المسبق في القروض الاستهلاكية:

يقصد بمبدأ الشفافية العن والوضوح، والصدق والمصارحة، وتطابق ظاهر الإرادة مع باطنها، ومن شأن تحققها أن يتخذ المتعاقد قراره على بصيرة وإدراك لكل الجوانب المحيطة بالعملية، وتكتسي الشفافية في علاقات الاستهلاك أهمية بالغة في مرحلة ما قبل التعاقد، بحيث تعمل على تغطية عجز المستهلك الفني والمعرفي، مما يضيء على العقد قدر من التوازن، ولا تقوم الشفافية في العرض المسبق في إطار علاقة الاستهلاك على مجرد مد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بالمنتج، بل يجب أن يستشف منها حسن نية المهني في تعامله، وفي هذا الإطار نص المادة 20 من القانون 09-03 على: "يجب أن تستجيب عروض القرض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك فيما يخص شفافية العرض المسبق وطبيعة ومضمون ومدة الالتزام وكذا آجال تسديده ويحرر عقد بذلك.

كما نصت المادة 05 من المرسوم التنفيذي 114/15 على ما يلي: يتضمن عرض القرض الاستهلاكي معلومات صحيحة ونزيهة توضح على الخصوص عناصر العرض وكيفيات الحصول عليه وكذا حقوق وواجبات أطراف عقد القرض، كما نصت المادة 06 منه بأنه

يجب أن يسبق كل عقد قرض بعرض مسبق للقرض، من شأنه السماح للمقترض بتقييم طبيعة ومدى الإلتزام المالي الذي يمكنه اكتتابه وكذا شروط تنفيذ العقد.

ونصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي 114/15 على ضرورة توافر لعرض القرض الاستهلاكي على الخصوص ما يأتي:

-تعيين الأطراف

-الموضوع والمدة والمبلغ الخام والصافي للقرض وكيفيات التسديد، والأقساط وكذا نسبة الفوائد الإجمالية.

-الشروط المؤهلة للقرض والملف المطلوب للحصول على القرض.

-الضمانات المقدمة من المقرض أو البائع.

-حقوق وواجبات البائع والمقرض والمقترض وكذا التدابير المطبقة في حالة إخلال الأطراف.

وبالرجوع إلى التشريع الفرنسي في هذا المجال فإن "المقرض، الذي يمنح الائتمان دون أن يسبقه بعرض مسبق مستوفٍ للشروط المنصوص عليها في المادة. 8-311 L إلى 311- L. 13 من قانون الاستهلاك يُحرم من يحرم من الحق في الفائدة ويلتزم المقترض فقط بسداد رأس المال وفقًا للجدول الزمني المخطط له¹.

-النزاهة في عقود الاستهلاك:

يقصد بالنزاهة الابتعاد عن إتيان ما ينافي الشرف والاستقامة أو الخداع أو الغش، ويعد هو الآخر مظهرًا من مظاهر حسن النية، وتكريسًا لهذا المبدأ حضر المشرع على المهني عددا من الممارسات المنافية للأعراف المهنية النزاهة، وردت في الباب الثالث من القانون 02-04 تحت عنوان "نزاهة الممارسات التجارية" والتي من شأنها أن تحول دون استغلال

¹ - Ghislain Poissonnier, La clause d'épargne obligatoire est irrégulière en droit du crédit à la consommation, Recueil Dalloz 2009 p.923

المهني للضعف الاقتصادي للمستهلك، من خلال حصر البيع المتلازم، وحضر ممارسة اسعار غير شرعية، وحظر الإشهار التضليلي.

ب- مراعاة المصالح و الرغبات المشروعة للمستهلك:

من خلال تتبع أحكام القانون رقم 03-09 يتبين بوضوح رغبة المشرع في حماية المصالح المادية والمعنوية للمستهلك، وذلك من خلال ما يلي:

- نص المادة 19 من القانون 03-09 التي جاء فيها: "يجب ألا تمس الخدمة المقدمة للمستهلك بمصلحته المادية وأن لا تسبب له ضررا معنويا".

نصت المادة 09 من ذات القانون: "يجب أن تكون المنتجات الموضوعة للاستهلاك مضمونة وتتوفر على الأمن بالنظر إلى الاستعمال المشروع المنتظر منها وأن لا تلحق ضررا بصحة المستهلك وأمنه ومصالحه وذلك ضمن الشروط العادية للاستعمال أو الشروط الاخرى الممكن توقعها من قبل المتدخلين .

كما فرض المشرع على المهني التزاما واسعا قوامه إستجابة المنتج المعروض للاستهلاك للرغبات المشروعة للمستهلك، وذلك من خلال ما يلي:

- نص المادة 11 من ذات القانون على: "يجب ان يلبي كل منتج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصفه ومنشأه ومميزاته الأساسية وتركيبته ونسبة مقوماته اللازمة وهويته وكمياته وقابليته للاستعمال والأخطار الناجمة عن استعماله، كما يجب أن يستجيب المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره والنتائج المرجوة منه والمميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه والتاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفيات استعماله وشروط حفظه، والاحتياطات المتعلقة بذلك والرقابة التي أجريت عليه.

ثانياً: في مرحلة إبرام العقد:

يتجلى خروج الأحكام الخاصة لحماية المستهلك عن القواعد العامة في هذه المرحلة من خلال تراجع مبدأ سلطان الإرادة في علاقة الاستهلاك، وتوسيع دائرة الشروط التعسفية.

1- تراجع مبدأ سلطان الإرادة في علاقات الاستهلاك:

لظالما قام مبدأ سلطان الإرادة على فلسفة تقديس حرية الفرد وتحريرها من كل ضغط خارجي، من خلال جعل هذه الإرادة الحرة وحدها مصدر التزامه، فأصبح ينظر للعقد على أنه تعبير صادق عن العدل والحرية لأطرافه.¹

وبذلك بات مبدأ سلطان الإرادة هو المبدأ المهيمن على النظرية التقيدية للعقد، والذي تمخض عنه عدة مبادئ أساسية منها الحرية التعاقدية، والرضائية وينطلق مبدأ سلطان الإرادة من فرضية المساواة والتكافؤ بين المتعاقدين، وهنا يكون العقد هو شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق طرفيه.

غير أن خاصية عدم التوازن الاقتصادي والمعرفي التي تميز علاقات الاستهلاك جعل من غير المنطقي التسليم بهذا المبدأ على إطلاقه نظراً لعدم التكافؤ الاقتصادي والمعرفي بين أطراف العلاقة الاستهلاكية، فبات من الضروري أن يتدخل المشرع من أجل إعادة التوازن لعلاقة الاستهلاك بما يضمن الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وذلك من خلال ما يلي:

أ- الحد من مبدأ الحرية التعاقدية في علاقات الاستهلاك:

يقوم النظام القانوني للعقد في القواعد العامة على مبدأ حرية التعاقد، فينضم أطرافه علاقاتهم بكل حرية شريطة أن يراعوا متطلبات النظام العام والآداب العامة، وهو ما نصت عليه المادة 93 من القانون المدني، وبالإضافة إلى هذه الضوابط توجد حالات أخرى أين يكون العقد فيها قابلاً للإبطال لسبب عيب من عيوب الرضا²، ولكن خارج هذا

¹ - عماد الدين عياض محمد. تحولات نظرية العقد في ظل قانون الاستهلاك Annales de l'université d'Alger، المجلد 30، العدد 3، الصفحة 252.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الرابعة 2007، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 752.

الإطار القانوني يفيد واقع التعامل في علاقة الاستهلاك أن الحرية المفترضة في العلاقات التعاقدية ليست أحيانا مجدية لكلا المتعاقدين، فيما إذا أخذنا بعين الاعتبار موقع طرفي العقد الاقتصادي والحاجة إلى المنافع التي ينتظر أن يشبعها عقد الاستهلاك، ويقتضي مبدأ الحرية التعاقدية، حرية المتعاقد في اختيار الشخص المتعاقد معه، غير أن الأحكام التي جاء بها المشرع في إطار علاقات الاستهلاك قد سارت على نهج مخالف لهذا الأساس بحيث أن المشرع ضمن قواعد حماية المستهلك حضر على المتدخل رفض التعاقد بدون مبرر شرعي بشأن كل سلعة معروضة للبيع أو خدمة متوفرة، وقد نصت على ذلك المادة 15 من القانون 02-04 بقولها "تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع، ويمنع رفض بيع سلعة أو تادية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت السلعة معروضة للبيع أو كانت الخدمة متوفرة"، ونصت المادة 35 من نفس القانون على العقوبة المقررة لمخالفة أحكام المادة 15، وهذا ما يعتبر إجبارا على التعاقد يتنافى والحرية التعاقدية في القواعد العامة.¹

ب- هيمنة المشرع على المضمون التعاقدية:

لقد باتت جل الأحكام التي تنظم علاقات الاستهلاك تدخل ضمن النظام العام الاقتصادي الحمائي، فبعدما كان دور المشرع في القواعد العامة يتسم بالسلبية، فإن دوره في ظل علاقات الاستهلاك يتسم بالإيجابية، بحيث يتدخل المشرع تدخلا إيجابيا لفرض مضمون العقد، من خلال فرض جملة من الالتزامات بغرض تحقيق التوازن العقدي، وكل ذلك تنفيذا للمبدأ الدستوري المنصوص عليه في المادة 62، وبذلك فإن علاقات الاستهلاك قد خرجت من دائرة العلاقات الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة، ومن صور تدخل المشرع لتحديد مضمون المحتوى التعاقدية ما يلي:

¹ - محمد عماد الدين عياض ، مرجع سابق ، ص 256.

-تدخل المشرع لتحديد أسعار بعض المواد الاستهلاكية

يتدخل المشرع في تحديد المضمون التعاقدى لبعض العقود الاستهلاكية من خلال تحديده لأسعار بعض المواد التي تعتبر أساسية بالنسبة للمستهلك وعدم تركها خاضعة للحرية التعاقدية، كتحديد بعض أسعار المواد الغذائية، و تسعيرات الكهرباء والمياه والغاز، وأسعار بيع العقارات في إطار البرامج السكنية الممولة من طرف الدولة، وذلك انطلاقاً من المبدأ الحمائي في علاقات المستهلك، ويعد هذا خروجاً عن القواعد العامة التي تجعل للأفراد حرية تحديد مضمونهم التعاقدى لا سيما ما يتعلق بثمن السلعة أو الخدمة.

-فيما يخص القروض البنكية

-تدخل المشرع لتحديد قيمة الاقتطاع من المداويل الشهرية للمقترض

خروجاً عن القواعد العامة فإن المشرع قد تدخل في تحديد المحتوى التعاقدى للقروض الاستهلاكية من خلال تحديده لنسبة الاقتطاع من المداويل الشهرية للمقترض، بحيث نصت المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على: "لا يمكن أن يفوق المبلغ الشهري الإجمالي لتسديد القرض المتعاقد عليه من طرف المقترض بأي حال 30 بالمائة من المداويل الشهرية الصافية المتحصل عليها بانتظام، وذلك تبادياً لمديونية الزبون الزائدة.

-تدخل المشرع لتحديد نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية

لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين

تدخل المشرع لتحديد معدل الفائدة التي تفرضها البنوك على المقترضين، بحيث لا يجوز للبنوك أن تفرض فوائد أعلى من الفوائد التي حددها المشرع، وكمثال على ذلك المرسوم التنفيذي رقم 10-87 مؤرخ في 10-03-2010 الذي يحدد مستويات وكيفيات منح تخفيض نسبة الفائدة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن جماعي وبناء سكن ريفي من قبل المستفيدين، والذي صدر تطبيقاً لأحكام المادة 109 من الأمر رقم 01-09 المؤرخ في 22-07-2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009

المتممة بالمادة 75 من القانون 09-09 المؤرخ في 30-12-2009 المتضمن قانون المالية لسنة 2010، بحيث نصت المادة 02 منه على: تحدد معدلات التخفيض المطبقة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لبناء سكن ريفي كما يلي:

- عندما تكون مداخيل المستفيد أقل بـ 06 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون أو تساويها يتحمل المستفيد نسبة فائدة قدرها 01 بالمائة في السنة.

- عندما تكون مداخيل المستفيد أكثر بـ 6 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون وأقل بـ 12 مرة يتحمل هذا المستفيد نسبة فائدة قدرها 03 بالمائة في السنة.

كما نصت المادة 03 منه على ما يلي: تحدد معدلات التخفيض المطبقة على القروض التي تمنحها البنوك والمؤسسات المالية لاقتناء سكن ترقيوي جماعي كما يلي:

- عندما تكون مداخيل المستفيد أكثر بمرّة واحدة الأجر الوطني الأدنى المضمون وأقل أو مساوية لـ 6 مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون، يتحمل المستفيد نسبة فائدة قدرها 01 بالمائة في السنة.

- عندما تكون مداخيل المستفيد أكثر بـ 6 مرات وأقل بـ 12 مرة الأجر الوطني الأدنى المضمون أو تساويها، يتحمل هذا المستفيد نسبة فائدة قدرها 03 بالمائة في السنة.

-والعبرة في ذلك أن الخزينة العمومية هي التي تتحمل الفارق بين نسبة الفائدة التي تطبقها البنوك، ونسبة الفائدة التي يتحملها المستهلك المدين،¹ وبالتالي لا يجوز للبنوك أن تفرض على المستهلكين المعنيين بموجب هذا المرسوم نسبة فائدة تفوق تلك التي حددها المرسوم.

¹ - نصت المادة 04 من المرسوم على ما يلي: تكون نسبة الفائدة التي تتحملها الخزينة هي حاصل الفارق بين نسبة الفائدة التي تطبقها البنوك والمؤسسات المالية ونسبة الفائدة التي يتحملها المستفيد، وذلك حسب نوع السكن وحصص المداخيل المحددة في المادتين 2 و 3، ونصت المادة 5 منه على ما يلي: تضبط البنوك والمؤسسات المالية بالاتصال مع المديرية العامة للخزينة نسبة تفضيلية لتحديد نسب هذا التخفيض في الفائدة وذلك حسب نوع كل سكن، ونصت المادة 6: منه على ما يلي تقتطع الخزينة كلفة تمويل التخفيض الذي تحتسبه البنوك والمؤسسات المالية من حساب التخصيص الخاص رقم 132-302 الذي عنوانه صندوق تخفيض نسب الفوائد على القروض الممنوحة للعائلات لاقتناء وبناء وتوسيع السكن، وكذا المرقين العقاريين في إطار البرامج المدعومة من طرف الدولة. ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 10-121 المؤرخ في 21-04-2010 يتم المرسوم التنفيذي رقم 10-120 المؤرخ في 21-04-2010 يحدد كيفية تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 132-302 الذي عنوانه صندوق تخفيض نسب الفوائد على القروض الممنوحة للعائلات لاقتناء وبناء وتوسيع السكن وكذا المرقين العقاريين في إطار البرامج المدعومة من طرف الدولة.

-فيما يخص بعض الوظائف المقننة

-تدخل المشرع لتحديد اسعارالخدمات في بعض المهن المقننة

وكعينة عن هذا التدخل تدخل المشرع لتحديد الأسعار التي يطبقها الموثقون والمحضرون القضائيون مقابل الخدمات التي يؤدونها لفائدة زبائنهم.

وباعتبار أن عقد المحامي مع المتقاضى بمناسبة الدفاع عن حقوقه في قضية معروضة أمام القضاء لا سيما في القضايا غير المرتبطة بمهنته، فهو يعتبر عقد استهلاك، وعلى هذا الأساس يجوز أن يتدخل المشرع لتحديد الحد الأقصى لتسعيرة كل قضية أو إجراء، دون التذرع بأن التسعيرة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، طالما نحن أمام عقد استهلاك.

ج- تراجع مبدأ الرضائية في علاقات الاستهلاك:

- إلزامية الكتابة في بعض عقود الاستهلاك

يغلب على القواعد العامة صفة الرضائية في العقود إلا ما استثني بنص خاص في القانون، في حين يعتبر قانون الاستهلاك من التشريعات التي تلزم في بعض الحالات المهني بتحرير العقد كتابة، وتضمينه المعلومات اللازمة التي يحتاجها المستهلك ليكون على علم بحقوقه والتزاماته، ولا ينحصر دور الكتابة في عقود الاستهلاك في مسألة الإثبات فقط، بل إن لها دور في إنارة رضا المستهلك بحيث تجعله على دراية تامة بمضمون العقد الذي ينوي الالتزام به،¹ بل وتمتد الشكلية حتى في مرحلة ما قبل التعاقد بحيث فرض المشرع على المتدخل أن يعلم المستهلك بخصائص المنتوجات عن طريق الوسم وباللغة العربية، بما يفيد أن عقد الاستهلاك تتجه نحو الشكلية خروجاً عن الرضائية التي تكرسها القواعد العامة.

وبالرجوع إلى القانون رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، فقد أطر المشرع بعض عقود التأمين من خلال إلزام المؤمنين على إتباع شكلية معينة لحماية المستهلكين المؤمن لهم،

¹ - الزهرة زرايقية ، الشكلية في عقود الاستهلاك ، مجلة العلوم القانونية و السياسية ، المجلد 10 ، العدد 02 ، ص 98.

وذلك من خلال المادة 07 من القانون التي تشترط أن يحزر العقد كتابيا وبحروف واضحة ويوقع من الطرفين، بالإضافة إلى مجموعة أخرى من البيانات، وكذلك ما جاء في المادة 09 من نفس القانون أنه لا يقع أي تعديل في عقد التأمين إلا بملحق يوقعه الطرفان.

هذا وقد نصت كذلك المادة 20 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على وجوب تحرير قرض الاستهلاك في عقد مكتوب، ونصت كذلك المادة 10 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية على وجوب أن تسبق كل معاملة الكترونية بعرض تجاري الكتروني وأن توثق بموجب عقد الكتروني.

-إلزامية السند الذي يبرر المعاملة الاستهلاكية

خروجا عن القواعد العامة التي تتسم في مجملها بالرضائية إلا ما نص القانون على خلافه، فإن المعاملة الاستهلاكية يجب أن تبرر بسند، كما يلزم المتدخل بتمكين المستهلك من الفاتورة إذا طلبها هذا الأخير، وفي ذلك نصت المادة 10 فقرة 03 من القانون 02-04 على: "يجب ان يكون البيع للمستهلك محل وصل صندوق أو سند يبرر هذه المعاملة، ويجب أن تسلّم الفاتورة إذا طلبها الزبون".

2- توسيع دائرة الشروط التعسفية في علاقات الاستهلاك:

أ- معايير تحديد الشروط التعسفية طبقا للقواعد العامة

نصت المادة 110 من القانون المدني على: "إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

من خلال النص يتبين أن المشرع ضمن القواعد العامة لم يعرف الشرط التعسفي، وغير أنه اشترط أن يدرج هذا الشرط في عقد اذعان حتى يعتبر شرطا تعسفيا، كما يستخلص من مضمون المادة بأن الشرط التعسفي هو الشرط المخالف لمبادئ العدالة، بحيث أن المشرع أجاز للقاضي أن يعدله أو يعفي الطرف المذعن بما تقتضيه العدالة.

كما يلاحظ على هذه فئة البنود التعسفية في القواعد العامة أنها قد وردت عامة يمكن أن تطبق على جميع الفئات بغض النظر عن اعتبارهم مستهلكين أم لا ، وكما منح المشرع فيها للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير مدى تعسفية البند من عدمه، استنادا لما تقضي به العدالة، ويمكن للقاضي في تقديره لتعسفية الشروط طبقا للقواعد العامة على معايير تعتبر في مجملها معايير ذاتية تتعلق بالبنك المقرض وليست معايير موضوعية، ويمكن تحديدها كالتالي:

- معيار التعسف في استعمال الحق

يحمي القانون الحقوق طالما هي مستعملة من قبل صاحبها للغاية التي منحت من أجلها، مما يفترض ممارستها وفقا لمبادئ أخلاقية التعامل بصورة لا تلحق ضررا مبالغا بالطرف الذي يمارس الحق ضده،¹ وقد اعتبرت المادة 124 مكرر من القانون المدني، أن الاستعمال التعسفي للحق يشكل خطأ لا سيما إذا وقع بقصد الإضرار بالغير، أو إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنظر إلى الضرر الناشئ للغير، أو إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

ومن الملاحظ أن الصور الواردة في نص المادة 124 مكرر، قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وذلك ما ستشف من عبارة لا سيما، بمعنى أن سوء استعمال الحق غير محصور بحالات معينة، ويمكن تقديره حسب الوقائع التي نشأ فيها.

ومن هذا المنطلق فإن البند الذي يتعسف بموجبه البنك في استعمال حقه ضد المستهلك المدين يمكن أن يعتبر بندا تعسفيا، إذا كان يندرج في إطار الصور المحددة في نص المادة 124 مكرر من القانون المدني، أو إذا تجاوز المبادئ التي تضبط أخلاقيات التعامل.

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق ، ص 768.

- معيار حسن النية

يعتبر معيار حسن النية من المعايير الذاتية الذي يستند عليه قانون الاستهلاك الفرنسي في تحديد الشرط التعسفي،¹ بحيث يرتبط مبدأ حسن النية ارتباطاً وثيقاً بمبدأ التعسف في استعمال الحق، باعتبار أن الحق ينبغي أن يمارس بحسن نية ودون تعسف، غير أنه توجد فوارق بينهما في أن الضرر الناتج للطرف المتعاقد عن سوء النية يجب أن يتجاوز حدود حسن النية والغرض الذي يقتضيه هذا المبدأ، في حين أن التعسف في استعمال الحق يقع بقصد الإضرار بالطرف المتعاقد، فالفرض الأول لا يشترط التعمد والقصد في الإضرار بالمتعاقد الآخر، أما الفرض الثاني فيشترط قصد الإضرار، وفي هذا الإطار يمكن للقاضي أن يعتبر البند الذي أدرج في العقد تعسفياً إذا تجاوز حدود حسن النية، ويخالف مبادئ العدالة بمفهوم المادة 110 من القانون المدني.

- معيار فقدان الغاية من البند

الأصل أن لكل بند في العقد سبب يستند عليه من اشتراطه، ويعود للقاضي الناظر في الدعوى تقدير أهمية سبب البند آخذاً في عين الاعتبار ظروف كل عقد عند نشأته والغاية من طلب انفاذه،² والبند المرتبط بسقوط الأجل يفترض أن له سبباً وغاية ارتجاها البنك الذي اشتراطه، فإن لم تكن لهذا البند أي غاية، اعتبر البند فاقداً للسبب، وهو بند تعسفي استوجب إبطاله، ونفس الشيء بالنسبة للبند المسقط للأجل الذي له غاية عند إدراجه، ويفقد أهميته أو غايته مع مرور الزمن، فيستند عليه البنك في المطالبة بسقوط الأجل عند الإخلال به بالرغم من أنه لم تعد لهذا البند أهمية تذكر بالنسبة للبنك الدائن، فيعتبر كذلك في هذه الحالة بنداً تعسفياً.

¹ _J.calais -Auloy et H-temple. Droit de la consommation, 8 édition .2010, Dalloz.p210

² -مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 770.

ب- معايير تحديد البنود التعسفية استنادا لأحكام قانون حماية المستهلك:

من خلال تحليل مختلف النصوص التي تطرقت إلى الشروط التعسفية في علاقة الاستهلاك، يمكن استخلاص ثلاث فئات من البنود التي تعتبر تعسفية.

- البنود التي تعتبر تعسفية نصا

أحدثت هذه الفئة من البنود التعسفية بموجب المادة 29 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، تحت الفصل الخامس المعنون بالممارسات التعاقدية التعسفية، والتي جاء فيها: تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير:

- 1- أخذ حقوق و/أو امتيازات لا تقابلها حقوق و /أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك،
- 2- فرض التزامات فورية ونهائية 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 بالتزام أو عدة التزامات في ذمته،
- 7- التفرد بتغيير آجال تسليم منتج أو آجال تنفيذ الخدمة،
- 8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

-المادة 30 من ذات القانون قد أوكلت تحديد شروط تعسفية أخرى للتنظيم، أين جاء فيها: "يهدف حماية مصالح المستهلك وحقوقه، يمكن تحديد العناصر الأساسية للعقود عن طريق التنظيم، وكذا منع العمل في مختلف أنواع العقود، ببعض الشروط التي تعتبر تعسفية". أين صدر المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، أين نصت المادة 5 منه على: تعتبر تعسفية، البنود التي يقوم من خلالها العون الإقتصادي بما يأتي:

- ✓ تقليص العناصر الأساسية للعقود المذكورة في المادتين 2 و 3 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 مسؤوليته بصفة منفردة، بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته،
- ✓ النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الأخير عن اللجوء إلى أية وسيلة طعن ضده،
- ✓ فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد،
- ✓ الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ عقد قام بفسخه،
- ✓ تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لايقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لايقوم بتنفيذ واجباته،
- ✓ فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك،
- ✓ الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والأتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الإجباري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق،
- ✓ يعفي نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطاته،
- ✓ يحمل المستهلك عبء الواجبات التي تعتبر من مسؤوليته".

- البنود التعسفية بموجب قرار لجنة البنود التعسفية

يعود تأسيس لجنة البنود التعسفية إلى المرسوم التنفيذي 306-06، المؤرخ في 10-09-2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصادية والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، المعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44-08 المؤرخ في 03-02-2008 الذي أورد في الفصل الثالث منه تأسيس لجنة البنود التعسفية، وتشكيلها وصلاحياتها ونظام عملها، ومن بين مهام اللجنة خصوصا البحث في عقود الاستهلاك عن البنود ذات الطابع التعسفي، ورفع توصيات بشأنها إلى الجهات المعنية،¹ وبموجب الفقرة الأخيرة من المادة 13 من المرسوم فإن اللجنة تأخذ قرارات بشأن البنود التي تراها تعسفية بأغلبية الأصوات الحاضرين، وفي حالة تعادل الأصوات يكون صوت الرئيس مرجحا.

وبذلك فإنه تعتبر تعسفية جميع البنود التي تقرر اللجنة بانها بنود تعسفية، وللقاضي أن يستند على قرار لجنة البنود التعسفية في اعتبار هذه الفئة من البنود تعسفية، غير أنه يثار التساؤل في مدى إلزامية قرارات لجنة البنود التعسفية على القاضي.

- البنود التي من شأنها الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد

ترد هذه الفئة من البنود في عقود الازدعان بحيث يضعها من هو في مركز قوة اقتصادية فارضا إرادته على الطرف الآخر، ومن شروطها أن يكون من شأنها الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات الأطراف، سواء بمفردها أو مشتركة مع بنود أخرى في العقد.

-أما الأساس القانوني لتعسفية هذه البنود هو نص المادة 03 فقرة 05 من القانون 02/04 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تعتبر بنودا تعسفية كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد."

¹ - محمد عماد الدين عياض ، المرجع السابق ، ص 258 .

غير أنه ما يلاحظ على هذه الفئة من البنود أنها ليست محددة كما هو الحال بالنسبة للبنود التي تعتبر تعسفية نصاً، أو بموجب قرار من لجنة البنود التعسفية، فهذه الفئة من البنود قد منح المشرع فيها للقاضي سلطة تقديرية في تقدير مدى تعسفية البند من عدمه، بناء على معيار وحيد، وهو الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد.

ثالثاً: في مرحلة التنفيذ:

1- حق المستهلك في العدول خروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد:

تتسم القواعد العامة في مجال الالتزامات بالقوة الملزمة للعقد، فقد نصت المادة 107 من القانون المدني على: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"، بما يفيد أن للعقد قوة إلزامية من حيث التنفيذ، فلا يجوز الرجوع عنه إلا باتفاق طرفيه طبقاً لما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني، غير أنه وخروجاً عن هذا المبدأ في القواعد العامة أتاح المشرع للمستهلك حق العدول عن العقد.

يعرف بعض الفقهاء الحق في العدول بأنه: "ميزة قانونية أعطاها المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد، بعد أن يتم إبرام العقد صحيحاً أو قبل إبرامه، دون أن يترتب على ذلك مسؤولية المستهلك عن ذلك الرجوع أو مسؤولية اتجاه المتعاقد الآخر عما قد يصيبه من أضرار بسبب الرجوع".¹

وعرفه أيضاً بأنه: "الحق الذي يعطي للمستهلك العدول عن العقد، وإعادة النظر فيه خلال فترة زمنية معينة من انعقاده بالإرادة المنفردة، إذا كان قبوله متسرعاً، ولا يحتاج هذا الحق إلى موافقة المتعاقد الآخر أو اللجوء إلى القضاء".²

غير أنه يلاحظ أن حق المستهلك في العدول ليس مطلقاً، وحتى تتمكن من ضبطه، لا بد من تحديد الأساس القانوني لحق العدول والنطاق الزمني لهذا الحق وذلك بتوضيح المهلة

¹ - رزق قايد أشرف محمد، حماية المستهلك، دراسة في قوانين حماية المستهلك والقواعد العامة في القانون المدني، مركز الدراسات العربية القاهرة، 2016، ص.947.

² - أحمد الجبسي أحمد بن حمود، حماية المستهلك أثناء تنفيذ عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص.361.

التي منحها المشرع للمستهلك حتى يتمكن هذا الأخير من ممارسته لحقه في العدول عن العقد.

أ- حق العدول في قانون حماية المستهلك وقمع الغش:

لم يتناول المشرع الحق في العدول في قانون حماية المستهلك وقمع الغش حتى سنة 2018 بموجب القانون 09 - 18 المعدل والمتمم للقانون 09-03، بحيث ورد في الفقرة الثانية من المادة 19 منه ما يلي: "حق المستهلك في العدول عن اقتناء منتج ما ودون وجه سبب.

وأضافت الفقرة الثالثة من ذات المادة ما يلي: " للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية".
وأحالت الفقرة الأخيرة من المادة شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية على التنظيم.

كما جاء القانون 09-18 بحكم جزائي بالنسبة لكل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليها في المادة 19 منه، وذلك بالنص على ما يلي: يعاقب بغرامة من 50.000 دج الى 500.000 دج كل من يخالف الأحكام المتعلقة بحق العدول المنصوص عليه في المادة 19 من هذا القانون .

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي:

ب- حق العدول في قانون النقد والقرض، والمرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي:

كرس كل من قانون النقد والقرض وكذا المرسوم التنفيذي رقم 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على حق المستهلك في العدول عن العقد خروجاً عن القواعد العامة، بحيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 119 مكرر 1 من

الأمر 04-10 المتعلق بالنقد والقرض على ما يلي: "يمكن أي شخص اكتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية "08" أيام من تاريخ التوقيع على العقد.

كما نصت المادة 11 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 15-114 على: "يتاح للمشتري أجل للعدول مدته 08 أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما"، كما نصت المادة 14 من ذات المرسوم على: "عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فإن مدة العدول تكون سبعة أيام عمل مهما يكن تاريخ التسليم أو تقديم السلعة، ولا يمكن إجراء أي دفع نقدي قبل انتهاء هذه المدة".

ج- حق العدول في القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية:

يستخلص من نص المادة 22 من قانون التجارة الإلكترونية أن المشرع قصد حق المستهلك في العدول بقوله: "يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتج على حالته في أجل أقصاه (4) أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتج".

كما يفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري منح للمستهلك الإلكتروني مهلة (4) أيام للعدول عن تعاقدته، لكن هذا العدول في هذه الحالة لا بد أن يكون سببه عدم احترام المورد الإلكتروني آجال التسليم.

2- تراجع الأثر النسبي للعقد في علاقة الاستهلاك:

أ- تمديد المسؤولية في علاقة الاستهلاك إلى كل متدخل في عرض المنتج للاستهلاك:

الأصل طبقا للقواعد العامة أن للعقد اثر نسبي بالنسبة لطرفيه، ومن ثم فإن رجوع المتعاقد على المتعاقد الآخر للمطالبة بحقوقه المترتبة عن العقد يتعين أن يكون في مواجهة المتعاقد معه دون أن يتجاوزه إلى أشخاص آخرين لا تربطه معهم أية علاقة تعاقدية، غير أن الأحكام الخاصة لحماية المستهلك خالفت هذا التوجه السائد في القواعد العامة بحيث أتاحت للمستهلك حق الرجوع المباشر على أي من المتدخلين في عرض المنتج للاستهلاك، من خلال تحميل المسؤولية لكل متدخل في عملية عرض المنتج للاستهلاك، من منتج

ومستورد ومخزن، وناقل وموزع، بما يعتبر خروجاً عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، وفي ذلك نصت المادة 02 من القانون 03-09 على: "تطبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل أو مجاناً وعلى كل متدخل وفي جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك"، وعرفت المادة 03 المتدخل بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك، وعرفت ذات المادة عملية عرض المنتوجات للاستهلاك بأنها: "مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة".

وبذلك يكون جميع هؤلاء المتدخلين ملزمون اتجاه المستهلك على اعتبار أن صفة المتدخل هي أساس تطبيق أحكام القانون رقم 03-09.

ما تجدر الإشارة إليه أن حق المتضرر في الرجوع المباشر على المنتج قد انتقل إلى القواعد العامة بموجب المادة 140 مكرر، التي اعتبرت المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في المنتج ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية، وهو ما يعكس تأثر القواعد العامة بالأحكام الخاصة لحماية المستهلك، غير أن هذا الحكم الوارد في القواعد العامة يبقى مقتصرًا على المنتج دون باقي المتدخلين، وعلى حالة وجود عيب في المنتج فقط،¹ على غرار ما تضمنته الأحكام الخاصة لحماية المستهلك من شمولية.

ب- تكريس حق جمعيات المستهلك في التقاضي دفاعاً عن حقوق المستهلكين:

الأصل طبقاً للقواعد العامة نسبية أثر العقد بالنسبة للمتضرر من الإخلال بالالتزامات التعاقدية، فالمتضرر وحده من له الصفة في التعويض عن الضرر الذي أصابه جراء الإخلال بالالتزامات التعاقدية، غير أن تكريس حق جمعية حماية المستهلكين في طلب التعويض نيابة عن المستهلكين عن إخلال المتدخل بالتزاماته التعاقدية معهم يعد خروجاً عن مبدأ الأثر النسبي للعقد.

¹ - محمد عماد الدين عياض ، مرجع سابق ، ص 162-163.

ج- ربط القرض الاستهلاكي بالعقد الذي يموله يتعارض مع الاثر النسبي للعقد:

فاجأت تقنية فرض الارتباط بين عقد القرض الاستهلاكي بالعقد الذي يموله أنصار النظرية العامة للالتزام، فعقد القرض بطبيعته هو عقد تابع لعقد البيع، في حين أن المستهلك لا يلتزم بالعقد الرئيسي إلا إذا أبرم العقد التبعي، ويترتب على ذلك نتيجتان مهمتان:

- أن يتم فسخ عقد القرض إذا لم يتم إبرام العقد الرئيسي الذي يموله في أجل معين بعد قبول القرض.

- أن العقد الرئيسي يرم وهو معلق على شرط واقف وهو الحصول على القرض.

يتعارض هذا الطرح مع الالتزام التعاقدي طبقاً للقواعد العامة أين يرتب العقد التزامات في ذمة المتعاقد بمجرد تبادل الإرادتين.

كما أنه بدأ الأثر النسبي للعقد يفترض أن الشخص عندما يبرم مجموعة من العقود فإن كل عقد منها يبقى مستقلاً عن الآخر لعدم وجود الارتباط بينهما، غير أن الأحكام الخاصة بحماية المستهلك في مجال القروض الاستهلاكية فرضت ارتباطاً متبادلاً بين عقد القرض وعقد البيع حماية للمستهلك الذي لا يقدم على الاقتراض إلا بقصد مباشرة عقد البيع¹، فقد نصت المادة من المرسوم التنفيذي 15-114 المتعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي على: "لا تسري واجبات المقترض إلا ابتداء من تسليم السلعة التي استوفى القرض من أجلها"، ونصت المادة 10 على: "لا يمكن اكتتاب أي التزام من طرف المشتري تجاه البائع في إطار القرض الاستهلاكي ما لم يتحصل هذا الأخير على الموافقة المسبقة للقرض، ونصت المادة 11 على: "لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطاره من طرف المشتري بتحصله على القرض".

¹ - محمد عماد الدين عياض ، مرجع سابق ، ص 264.

1- خروج احكام الضمان في علاقة الاستهلاك عن القواعد العامة:

أ- الضمان في اطار القواعد العامة:

يلتزم البائع ضمن القواعد العامة بضمان العيب الخفي متى توافرت فيها شروط معينة¹ وهي:

- أن يكون العيب خفيا:

يعتبر العيب خفيا من بين شروط ضمانه من طرف البائع بحيث لا يكون المشتري عالما بوجوده فإذا تخلف هذين الشرطين انتفى الخفاء وكان العيب غير موجب للضمان، ونصت على شرط الخفاء الفقرة 02 من المادة 379 من القانون المدني أن: "البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشا منه.

- أن يكون العيب قديما:

البائع طبقا للقواعد العامة لا يضمن العيب الذي يظهر بعد التسليم، بمعنى الموجب ضمانه يجب أن يكون موجودا في المبيع قبل التسليم أو أثناءه، أما إذا حدث العيب بعد تسلمه من طرف المشتري فإن البائع لا يكون ضامنا له، ويتحمل المشتري تبعته.

- أن يكون المعيب مؤثرا:

يشترط في العيب طبقا للقواعد العامة أن يكون على درجة من الجسامة، بحيث ينقص من قيمة المبيع بدرجة محسوسة أو ينقص من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه.

-أن ترفع دعوى الضمان خلال سنة:

تقوم مسؤولية البائع في ضمان العيوب التي تكتشف فقط خلال المدة القانونية للضمان وطبقا للمادة 383 من القانون المدني فقد حددت بسنة من تاريخ التسليم.

¹ - كهيئة قونان ، قصور ضمان العيب الخفي في حماية مستهلك المنتجات الخطرة ، مجلة المجتمع و القانون ، المجلد 3 ، العدد 1 ، ص 30 وما يليها .

- الاتفاق على تعديل الضمان أو الإعفاء منه:

يجوز الاتفاق على تعديل أحكام الضمان في القواعد العامة لأنها مقررة لصالح المشتري ويمكنه التخفيف منها أو التنازل عنها فهي ليست من النظام العام، طالما أن البائع لم يتعمد إخفاء العيب عن المشتري ولم يرتكب غشا، وقد نصت المادة 384 على: "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن يسقطا هذا الضمان غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه".

-دعوى الضمان في القواعد العامة:

توفر دعوى الضمان في حالة ثبوت العيب دعويين، دعوى الفسخ ودعوى الإبطال مع تعويض المشتري عن الضرر الناتج خطأ البائع.

- لا يستوجب الضمان في إطار القواعد العامة أية شكلية، فهو مقرر بقوة القانون إذا توافرت شروطه.

-مسؤولية البائع عن عدم تنفيذ الضمان في القواعد العامة:

حسبما نصت عليه المادة 381 من القانون المدني فإنه بعد إخبار المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم، كان له الحق في المطالب بالضمان، ويولد إخلال البائع بالضمان طبقا لمسؤولية مدنية.

ب- الضمان في إطار الأحكام الخاصة بحماية المستهلك:

نصت على أحكام الضمان في إطار قانون حماية المستهلك المواد 13، 14، من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والمرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ.

وبالرجوع إلى هذه الأحكام يمكن أن نميز بين نوعين من الضمان:

-الضمان الالزامي للسلع والخدمات:

- قواعد الضمان الالزامي ضمن الأحكام الخاصة لحماية المستهلك هي شاملة ولا تستوجب الشروط التي تتطلبها القواعد العامة كان يكون العيب خفيا، وقديما ومؤثرا.

-أن الأحكام الخاصة لحماية المستهلك المتعلقة بالضمان الالزامي تفيد بأنه في حالة ظهور العيب بالمنتج حتى بعد تسليم المبيع وخلال مدة الضمان استبداله، أو إرجاع ثمنه، أو تصليحه أو تعديل الخدمة على نفقة المتدخل، ودون تكليف المستهلك بأية أعباء إضافية.

كما نصت المادة 12 من المرسوم التنفيذي 13-327 على أنه يجب يتم وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون 09-03 دون تحميل المستهلك أية مصاريف إضافية إما: بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة، باستبدالها، برد ثمنها، وفي حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المنتج موضوع الضمان أو يرد ثمنه.

كما جاء المرسوم بأحكام جديدة تتعلق بالضمان لا تعرفها القواعد العامة، وهي الإصلاح على نفقة المتدخل، بحيث نصت المادة 13 من ذات المرسوم: إذا لم يقيم المتدخل بإصلاح العيب في الأجل المتعارف عليها مهنيا، حسب طبيعة السلعة فإنه يمكن للمستهلك القيام بهذا الإصلاح إذا أمكن ذلك عن طريق مهني مؤهل من اختياره وعلى حساب المتدخل.

- إذا كان يجوز طبقا للقواعد العامة الاتفاق على الزيادة في الضمان أو انقاصه أو استبعاده، فإنه طبقا للأحكام الخاصة لحماية المستهلك فإن الضمان الالزامي من النظام العام ويعتبر باطلا كل شرط مخالف طبقا للمادة 13 فقرة 05 من القانون 09-03.

إن أحكام الضمان في القواعد العامة لا تسمح بمد التعويض إلى الأضرار التي تصيب المشتري في جسده وفي أمواله الأخرى من غير المنتج المعيب، في حين أن القواعد الخاصة لحماية المستهلك تستوجب تعويض المستهلك عن الأضرار الجسدية التي يسببها المنتج الخطر.

استحدثت المادة 16 من قانون حماية المستهلك نظاما جديدا للضمان الالزامي لا تعرفه القواعد العامة، وهو ضمان خدمة ما بعد البيع، بحيث نصت على: "في إطار خدمة ما بعد البيع وبعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في كل الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة وتصليح المنتجات المعروضة في السوق، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 21-244 الذي يحدد شروط وكيفيات تقديم خدمة ما بعد بيع السلع.

- مدة الضمان الالزامي طبقا للأحكام الخاصة لحماية المستهلك:

-التزام المتدخل بالضمان الالزامي لا يجب أن يقل عن مدة 06 أشهر ابتداء من تاريخ تسليم السلعة أو تقديم الخدمة حسبما نصت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، وأحالت الفقرة الثانية من المادة على قرار مشترك بين الوزير المكلف بحماية المستهلك والوزير المعني لتحديد مدد الضمان حسب طبيعة السلع، أين صدر القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14-12-2014 يحدد مدة الضمان حسب طبيعة السلعة، أين مدد مدة الضمان إلى مدد يصل أقصاها إلى 24 شهرا عندما يتعلق الأمر ببعض الأجهزة الالكترونية.

- شكلية الضمان الالزامي في إطار الأحكام الخاصة لحماية المستهلك:

إذا كان الضمان في إطار القواعد العامة لا يستوجب الضمان أية شكلية، فإن الضمان في إطار الأحكام الخاصة لحماية المستهلك يستوجب تسليم المستهلك شهادة الضمان، بحيث نصت المادة 5 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي 13-327 على: "يتجسد الضمان عن طريق تسليم شهادة الضمان للمستهلك بقوة القانون، كما نصت المادة 6 من ذات المرسوم على البيانات التي يجب أن تحتويها شهادة الضمان لا سيما هوية الأطراف ومدة الضمان وسعر السلعة المضمونة، والمكلف بتنفيذ الضمان.

- مسؤولية المتدخل عن الإخلال بالالتزام بالضمان الالزامي طبقاً للأحكام الخاصة لحماية المستهلك:

إذا كان إخلال البائع بالضمان بعد إخباره من المشتري بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم طبقاً للقواعد العامة يولد مسؤولية مدنية، فإن إخلال المتدخل بالالتزام بالضمان طبقاً للأحكام الخاصة لحماية المستهلك يولد مسؤولية الجزائية والمدنية معاً، وفي ذلك فقد نصت المادة 75 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش على: "يعاقب بغرامة من 100.000 دج إلى 500.000 دج كل من يخالف إلزامية الضمان أو تنفيذ ضمان المنتج المنصوص عليه في المادة 13 من هذا القانون .

- الضمان الإضافي:

نصت على هذا النوع من الضمان أحكام المادة 03 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327، بأنه: "كل التزام تعاقدى محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله للمستهلك دون زيادة في التكلفة".

كما نصت المادة 19 من ذات المرسوم على: يجب أن يأخذ الضمان الإضافي المقدم للمستهلك شكل التزام تعاقدى مكتوب تحدد فيه البنود الضرورية لتنفيذه وأن يحتوي على البيانات اللازمة المذكورة في المادة 06.

ج- حق المستهلك في الضمان في مجال الترقية العقارية:

- الضمان العشري:

استناداً إلى القواعد العامة فقد فرضت المادة 554 من القانون المدني الجزائري على المهندسين المعماريين والمقاولين بأن يضمنوا مسؤولية تضامنية ما يحدث لما تمّ تشييده من مباني ومنشآت ثابتة، خلال 10 سنوات من تهدّم جزئي أو كلي، أو ظهور عيوب تهدد سلامة ومتانة البناء أو المنشأة العقارية، ولو كانت ترجع لعيب في الأرض. ويسري مفعول ذلك الضمان ابتداء من تاريخ الاستلام النهائي للمشروع العقاري.

وبالرجوع الى المادة 178 من قانون التأمينات فقد نصت على: "يجب على المهندسين المعماريين والمقاولين، وكذا المراقبين التقنيين اکتتاب عقد لتأمين مسؤوليتهم العشرية المنصوص عليها في المادة 554 من القانون المدني، على أن يبدأ سريان هذا العقد من الاستلام النهائي للمشروع.

ويستفيد من هذا الضمان صاحب المشروع و/أو ملاكه المتتالين إلى غاية انقضاء أجل الضمان".

فبالرجوع إلى القواعد العامة فطبقاً لنص المادة 554 من القانون المدني، تلزم المهندس المعماري والمقاول فقط بالضمان العشري دون غيرهما من المتدخلين الآخرين في المشروع العقاري، أما قانون التأمينات الحالي كما هو وارد في المادة 178 منه المذكورة أعلاه فقد أضاف المراقبين التقنيين لقائمة الأشخاص المشمولين بالضمان العشري، خلافاً لنص المادة 175 من نفس القانون التي وسّعت في مجال الضمان الناشئ عن تغطية المسؤولية المدنية المهنية المرتبطة بإنجاز أشغال البناء وتجديد البناءات أو ترميمها، حيث يُكرّس ذلك الضمان في شكل تأمين إجباري يسري مفعوله ابتداء من فتح الورشة إلى غاية الاستلام النهائي للأشغال عملاً بنص المادة 177 من قانون التأمينات، ليشمل ذلك الضمان إضافة للمهندسين المعماريين والمقاولين والمراقبين التقنيين وكل متدخل في العملية العقارية، وكل مشارك في المشروع العقاري، شخصاً طبيعياً كان أو معنوياً، بما فهم المرقي العقاري نفسه والقائمين بالدراسات والمقاسات والتصاميم الهندسية والطبوغرافيين وغيرهم، ممن تربطهم علاقة عقدية بصاحب المشروع العقاري ما يفيد أن قانون التأمين يمنح حماية للمستهلك مقتني العقار في مجال الضمان العشري أكثر من القواعد العامة.

وبالرجوع إلى القانون رقم: 04-11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فقد قام المشرع بضبط أهم مصطلحات الترقية العقارية، والشروط الواجب مراعاتها في إنجاز المشاريع العقارية، وتحديد التزامات المرقي العقاري بأكثر دقة ووضوح ممّا كانت عليه تشريعات الترقية العقارية سابقاً، لاسيّما تحديد الأشخاص المعنيين بالضمان، إلا أنّ

نصوص الضمان العشري وبعض الضمانات الخاصة ما تزال مقتضبة ودون ترتيب وتنظيم، وفي عناوين متفرقة بين فصول وفروع القانون الأخير، فبعضها أُدرج في الفرع الأول من الفصل الثالث، عندما نص في المادة 3/26 قائلاً: "غير أنّ الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرّض إليها المرقي العقاري،...".

كما نص المشرع في المادة 46 من ذات القانون على ما يلي: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جرّاء عيوب في البناء، بما في ذلك جرّاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

من خلال ما تم استعراضه بخصوص الضمان العشري في القواعد العامة وفي الأحكام الخاصة يمكن أن نستخلص ما يلي:

- تعدُّ المسؤولية المدنية في الضمان العشري خروجاً على القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية، والتي مفادها: أنّ للتسليم أثر معفي من المسؤولية عن الأضرار إلا إذا كان العيب قديماً، يعود تاريخه إلى ما قبل التسليم.

- مسؤولية المرقي العقاري ومكاتب الدراسات والمهندسين المعماريين والمقاولين في فترة الضمان، مسؤولية تضامنية مفترضة بقوة القانون، بحيث يكفي المقتني أو المستفيد من الضمان مجرد إثبات الضرر، بزوال البناية كلياً أو جزئياً أو وجود عيب في البناء، مع إثبات وجود عقد مقاوله لكي تتأكد مسؤوليتهم المدنية العشرية قانوناً وقضاً مع باقي الشركاء المتدخلين ممّن تربطهم رابطة عقدية بالمرقي العقاري.

- اعتبر المشرع سواء في القواعد العامة أو في الأحكام الخاصة أن الضمانات في المسؤولية العشرية من النظام العام، بحيث لا يجوز الإعفاء منها أو التخفيف من حدتها، أو تقييد مداها، أو استبعاد أو حصر المسؤولية التضامنية المفترضة قانوناً، فقد نصت المادة 556 من القانون المدني "يكون باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه". وهو ما أكدته أيضاً المادة 45 من قانون 04-11، المحدد للقواعد

التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، حيث جاء فيها على أنه: "...يُعدُّ باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواءً باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقّي العقاري".

- يتعيّن الرجوع إلى القواعد العامة للمطالبة بتنفيذ الضمان في مواجهة الملتزمين به، عند عدم امتثالهم له، برفع المستفيد منه دعوى ضمان خلال 03 سنوات من وقت حصول التهدّم أو اكتشاف العيب، عملاً بنص المادة 557 من القانون المدني.

بالرجوع إلى الأحكام الخاصة نجد نوعاً آخر من الضمانات لا تعرفها القواعد العامة، تتمثل في ضمان حسن إدارة الأملاك المنجزة فقد أدرجه المشرّع في الفصل الخامس من القانون 04-11، تحت عنوان "تسيير المشاريع العقارية"، كما سنرى.

-ضمان الإنهاء الكامل للأشغال وحسن إنجاز البناء:

اعتمد المشرّع هذا النوع من الضمانات بموجب المادة 3/26 من قانون 04-11، المحدّد للقواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، بقولها: "غير أنّ الحيازة وشهادة المطابقة لا تُعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرّض إليها المرقّي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقّي العقاري طيلة سنة واحدة".

-ضمان إدارة الأملاك المنجزة، وسير عناصر تجهيزاتها، وتنظيم تحويلها إلى المقتني العقاري:

نصّ المشرّع على هذا الصنف من الضمانات، بمقتضى المادة 62 من القانون رقم 04-11 المُحدّد للقواعد التي تنظّم نشاط الترقية العقارية، كما يلي: "يلتزم المرقّي العقاري بضمان أو الأمر بضمان إدارة الأملاك لمدة سنتين (2) ابتداءً من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناء المعنية.

ويعمل المرقّي العقاري خلال المدّة المذكورة أعلاه على تنظيم تحويل هذه الإدارة إلى الأجهزة المنبثقة عن المقتنين أو الأشخاص المعيّنين من طرفهم".

ومنه فإن ضمان إدارة الأملاك المنجزة، وسيُر عناصر تجهيزاتها هو ذلك الضمان الذي مفاده قيام المرقي العقاري بتحمّل مسؤوليته القانونية في الالتزام بحسن تنظيم وتسيير الأدوات والأجهزة الضرورية لإدارة الأملاك العقارية، وتحمل عبئ نفقات ومصاريف صيانة أيّ عنصر من عناصر تجهيزات تلك الأملاك والمنشآت العقارية، لا سيّما تغطية الأضرار التي تمس بالعناصر التجهيزية التي تقبل الانفصال عن البناء، بحيث تبقى صالحة للاستعمال لكل شاغلي أو مقتني كل البناية، أو أيّ جزء منها، خلال مدّة الضمان المقدّرة بستين(2)، بموجب نص المادة 62 من قانون 04-11، كالتّهر على الإعداد والإشراف على نظام الملكية المشتركة، ومراقبتها باستمرار، وصيانة مكوّناتها كلّما لزم الأمر ذلك، كالتّهر والمصاعد، وإصلاح شبكات الإنارة المشتركة، وتجهيز مسكن البواب، والمساهمة في توفير المساعدات التقنية اللازمة لتشغيل أجهزة الأملاك المشتركة، ويبتدأ احتساب مدّة الضمان هنا ابتداءً من تاريخ بيع الجزء الأخير من البناية المعنية.

كما يشمل ضمان إدارة الأملاك أيضاً التزاماً آخر، ومقتضاه قيام المرقي العقاري بالعمل على تنظيم تحويل أو انتقال سلطة إدارة عناصر تجهيزات البناية محل الضمان إلى الإدارة أو الأجهزة المنبثقة عن الملاك أو الشاغلين المستفيدين من تلك البنايات، وذلك خلال مدّة الضمان، المشار إليها أعلاه، عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة 62 من القانون رقم 04-11.

نلاحظ بأن هذا الضمان هو الآخر غير معروف في القواعد العامة المنظّمة لعقد المقولة بموجب نصوص القانون المدني، كما أنه لا يتعارض مع تسيير الأملاك المشتركة في إطار القواعد العامة أين يمكن للملاك خلال مدة الضمان أن يعملوا على وضع نظام لتسيير الأملاك المشتركة طبقاً للقواعد العامة.

المحور الثاني: قصور الأحكام الخاصة لحماية المستهلك وحاجتها للقواعد العامة

إن القواعد العامة وبالرغم من تعارضها مع قانون حماية المستهلك أحياناً، إلا أنها بقيت أساساً يرجع إليه في حالة عدم وجود نص خاص في قانون حماية المستهلك، بالرغم

من أن التقنيات المستحدثة التي جاء بها قانون حماية المستهلك، والتي تقف على نقيض المبادئ الأساسية التي تحكم النظرية العامة للالتزام، والتي تمثل اختلافا جوهريا بين القانونين، يكون مدعاة للمطالبة بالفصل التام بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك¹.

أولا- استناد القاضي على القواعد العامة في تفسير عقود الاستهلاك:

لقد منح المشرع للقاضي سلطة في تفسير بنود العقد اذا كانت تحتمل التفسير، ومن الناحية العملية قد يأتي التفسير بصورة ضمنية إثر قيام القاضي بمراقبة العقد وتفحصه بمناسبة الدعوى المرفوعة أمامه.

وقد عالج المشرع الجزائري ضوابط التفسير ضمن القواعد العامة في المادتين 111 و112 من القانون المدني الجزائري، والتي تنصرف إلى ثلاث حالات يختلف فيها موقف القاضي وفقا لكل حالة وهي:

1- حالة وضوح عبارات البند:

وهنا لا يجوز الانحراف عن هذه العبارة الواضحة عن طريق التفسير أو التأويل وفقا للمادة 111 فقرة 1 من القانون المدني التي تنص: "إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

2- حالة غموض عبارات البند:

هنا يتعين اللجوء إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين من خلال البحث في الإرادة الباطنة للمتعاقدين إذا تعذر ذلك من الإرادة الظاهرة ودون التقيد بحرفية الألفاظ، ويستخلص القاضي نية المتعاقدين بالاستناد إلى معايير موضوعية تتمثل في طبيعة التعامل

¹ - محمد بودالي ، أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك ، Annales de l'université d'Alger ، المجلد 30، العدد 3، الصفحة 240 .

والأمانة والثقة وعرف المعاملات، وقد نصت في ذلك المادة 111 فقرة 02 من القانون المدني على: "إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وفي كل حال لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقد الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المدعن.

وعليه فالقاضي عندما يفسر بنود العقد، فالبنود إما أن تكون عباراتها واضحة وتخضع هنا للقاعدة العامة وهي عدم جواز التفسير بما يجاوز مدلولها، وإما أن تكون عبارات البنود غامضة، فيبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون أن يضر بمصلحة الطرف المدعن، وقد نصت فيه ذات الصدد المادة 112 فقرة 2 على ما يلي: "غير أنه لا يجوز تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان، إضرارا بمصلحة الطرف المدعن".

3- قيام الشك في تفسير مدلول البند:

هنا يفسر الشك لمصلحة المدين، بمعنى أنه متى قام لدى القاضي شك في تحديد المقصود من عبارة أو عبارات تعاقدية في البند، يجب أن لا يضر هذا الشك أبدا بمصلحة المدين بل يجب أن يصب في مصلحته، وهو ما أكدته المادة 112 من القانون المدني والتي تنص "يؤول الشك في مصلحة المدين".

4- رقابة المحكمة العليا للقاضي في تفسير بنود عقد الاستهلاك:

فيما يخص مدى خضوع القاضي لرقابة المحكمة العليا في التفسير، يتعين الأخذ بعين الاعتبار أن المحكمة العليا هي محكمة قانون وليست محكمة موضوع، فهي ليست جهة للتقاضي، بل يقتصر دورها على مراقبة التطبيق الصحيح والسليم للقانون من قبل القضاة.

وهذا المبدأ هو مبدأ عام يسري كذلك في إطار تفسير العقود، حيث يمكن للمحكمة أن تنظر في جميع المسائل القانونية المتعلقة بقواعد تفسير العقود، إذ يخضع القاضي إذا ما خالفها لرقابتها،¹ بوصفها قواعد يلزم القاضي بإتباعها.

وتتعلق المسائل التي يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا في إطار عقود الإذعان على وجه الخصوص في قاعدتين هما.

- قاعدة الإلتزام بعدم تأويل العبارات متى كانت واضحة.

- قاعدة تفسير الشك لصالح الطرف المدعن.

وكلا القاعدتان موجودتان في القواعد العامة، ويكون القاضي بحاجة إليهما بمناسبة الفصل في المنازعات الناتجة عن علاقات الاستهلاك.

ثانياً: استناد القاضي على القواعد العامة في إبطال عقود الاستهلاك:

العقد القابل للإبطال هو عقد ينعقد صحيحاً ويكتسب أطرافه حقوقاً ويحملهم واجبات، فإن تقرر إبطاله تزال هذه الحقوق والواجبات وذلك من وقت إبرام العقد.

باستقراء أحكام قانون حماية المستهلك فإنه لا يرتب البطلان نتيجة للإخلال بأحد الإلتزامات الواردة فيه، غير أنه يمكن للقاضي الرجوع إلى القواعد العامة لتقرير بطلان أو إبطال العقد، أو إبطال بعض بنوده مع بقاء العقد صحيحاً.

1- استناد القاضي على نظرية البطلان في إبطال عقد الاستهلاك:

أ- عقد الاستهلاك الباطل:

¹ من المقرر أنه لا يجوز للقاضي أن يفسر نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، ولما كان الثابت في قضية الحال، أن العقد موضوع النزاع هو عقد التسيير الحر، فإن قضاة الموضوع بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات المادة 203 من القانون التجاري لم تحترم فقد خرقوا القانون. الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 80816 في 16-06-1991، قضية (ط.م) ضد (أ.غ)، المجلة القضائية عدد 04، 1993، ص 151.

لا تتضمن الأحكام الخاصة لحماية المستهلك جزاء عن مخالفة عقد الاستهلاك للنظام العام أو الآداب العامة، وبالتالي وأمام غياب النص الخاص يرجع القاضي إلى القواعد العامة التي تنظم البطلان ، لا سيما الواد 102 ، و 103 من القانون المدني.

ب- عقد الاستهلاك القابل للإبطال:

استنادا على القواعد العامة فإنه يمكن إبطال عقد الاستهلاك المشوب بعيب من عيوب الرضا، غير أن ما يعاب على تطبيقات القواعد العامة عدم إمكانية تطبيق عيب الإكراه الوارد في القواعد العامة من أجل إبطال عقود الاستهلاك، ذلك أن الإكراه في القواعد العامة هو عيب يمس الإرادة في عنصر الحرية والاختيار، وحسب المادة 88 من القانون المدني، هو تعاقد الشخص عنوة عنه، غير راغب في ذلك تحت سلطان الرهبة البينة التي يبعثها في نفسه المتعاقد الآخر، دون وجه حق، وفقا لهذا التعريف، للإكراه ثلاث شروط:

-استعمال وسائل ضغط سواء كانت مادية، أو معنوية .

-أن يؤدي الضغط إلى التعاقد نتيجة الرهبة التي يولدها الضاغط في نفس المكره.

-أن يقع الضغط دون وجه حق.

وبالرجوع الى علاقة الاستهلاك، فإن المستهلك قد لا يتعاقد تحت تأثير التهديد أو الرهبة، وإنما تقوده حاله الضرورة لسد حاجات ماسة له و لمن يعولهم قد تكون محتكرة لدى المتدخل، وما إذعانه للمتدخل إلا لهذا السبب، فهو بهذا يقع في إكراه من نوع اقتصادي لا يعرفه الإكراه بمفهومه القانوني الحالي، لذا يتعين أن يدرج الإكراه الاقتصادي ضمن عيوب الإرادة في القواعد العامة، لتمكين المستهلك من الاستناد عليه في طلب إبطال عقد الاستهلاك.

هذا وتجدر الإشارة أن المشرع الفرنسي اعتبر الإكراه الاقتصادي عيبا من عيوب الإرادة بموجب المادة 1143 من القانون المدني بقوله يكون هناك أيضا إكراه في حالة تعسف أحد

المتعاقدين في وضعية التبعية التي يوجد فيها المتعاقد الآخر للحصول على التزام ما كان ليحصل عليه في غياب مثل هذا الإكراه، ويحصل على فوائد ظاهرة الإفراط أو مبالغ فيها.¹ بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن عقد الاستهلاك يكون قابلا للإبطال أيضا إذا خالف المتدخل الأحكام الخاصة بالالتزام بالإعلام، ويستند القاضي في تقرير الإبطال في هذه الحالة، إلى نظرية عيوب الرضا، كالغلط² أو الكتمان التدليسي، متى توافرت أركان كل منهما.

2- استناد القاضي على نظرية انتقاص العقد في الإبطال الجزئي لعقد الاستهلاك:

قد يكون من مصلحة المستهلك أحيانا إبطال بعض البنود غير المشروعة التي تضمنها العقد الاستهلاكي دون العقد ككل، وفي هذه الحالة يتحدد دور القاضي في حماية المستهلك من هذه البنود غير المشروعة استنادا للقواعد العامة تبعا للمعيار الذي يستند عليه في تقرير هذا البطلان .

أ-الاعتماد على المعيار الذاتي في إبطال البند دون العقد:

نصت على هذا المعيار المادة 104 من القانون المدني كالتالي: "إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

فالأصل استنادا إلى هذا النص إن إبطال البند غير المشروع دون العقد ككل يستند بالدرجة الأولى على إرادة المتعاقدين وما إذا كانا قد اعتبرا أن العقد يبقى قائما من دون البند، ولا سبيل لإعمال دور القاضي في بطلان البند دون العقد إلا بعد أن يتوصل إلى إرادة المتعاقدين، ولا يمكنه الحكم بغير ما ارتضاه المتعاقدين، وإلا لا يمكن الزام المتعاقد بالعقد الذي تم إنقاذه من البطلان دون رضاه، فدور القاضي استنادا إلى هذا المعيار،

¹بودالي محمد. أزمة القانون المدني في ظل اتساع نطاق قانون حماية المستهلك ، Annales de l'université d'Alger ، المجلد 30، العدد 3، الصفحة 243، تاريخ النشر 2016/10/25 .

² يقع على البنك قبل توقيع اتفاقية القرض، التزام اعلام و توجيه المقترض بإمكانية حصوله على دعم مالي من الصندوق الوطني للسكن، و يؤدي إخلال التزام البنك بهذا الالتزام الى الايقاع بالمقترض في غلط جوهري يبرر مطالبته بالغاء اتفاقية القرض.الغرفة المدنية، ملف رقم581228 في 2010-07-22،قضية الصندوق الوطني للتوفير و الاحتياط، ضد(س.ع)، مجلة المحكمة العليا، عدد02، 2010، ص160.

يقتصر في التأكد من إرادة المتعاقدين، والتصريح ببطان البند غير المشروع فقط دون العقد،¹ إذا كان هذا يتماشى مع هذه الإرادة، غير أنه يمكن لقاضي إذا كان العقد يحتمل التفسير، أن يفسر إرادة المتعاقدين وما إذا اتجهت إلى اعتبار البند وحده يبطل دون العقد ككل، وإلا فليس له إلا أن يبطل العقد مع البند الباطل أو القابل للإبطال .

غير أن ما يعاب على هذا المعيار أنه يستبعد سلطة القاضي في حماية المستهلك من الشروط الباطلة دون العقد ككل، لا سيما إذا كان من مصلحة المستهلك في بقاء العقد قائما دون الشرط الباطل، كما أن هذا المعيار يصب في مصلحة الطرف القوي في العقد وهو المهني بحيث يضعه هو والمستهلك المقترض في نفس الكفة في تقدير إرادة المتعاقدين، ما يجعله غير مسير للتطور الحاصل في العلاقات العقدية في عقود الاستهلاك.

ب- الاعتماد على المعيار الموضوعي في إبطال البند دون العقد:

يستند القاضي في إبطال البند دون العقد، طبقا لهذا المعيار على النص القانوني الذي وضعه المشرع ، ولا يرجع إلى إرادة المتعاقدين مثلما هو الحال طبقا للمعيار الذاتي. فمتى نص المشرع على أن أحد الشروط تعتبر باطلة، أو أن أحد الأحكام لا يجوز مخالفتها، فإن القاضي يقضي ببطان هذه الشروط من تلقاء نفسه أو بطلب من صاحب المصلحة، ويبقى العقد صحيحا.

وما يلاحظ في هذا الخصوص أن أغلب النصوص المتعلقة بتطبيق هذا المعيار قد وردت ضمن القواعد العامة، ما يجعل القاضي يلجا إلى القواعد العامة للفصل في المنازعات التي تثار بالنسبة لعلاقات الاستهلاك.

¹ يجوز ابطال شق من العقد اذا كان باطلا او قابلا للإبطال، الغرفة المدنية ملف رقم 324515 في 18-01-2006، قضية (م-ع) ضد (م-ش)، مجلة المحكمة العليا عدد 01، 2006، ص 217.

ثالثا: استناد القاضي إلى القواعد العامة في مواجهة الشروط التعسفية:

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي المشرع الفرنسي فقد نصت المادة 132-1 الفقرة 6 من قانون الاستهلاك: على أن الشروط التعسفية تعتبر غير مكتوبة،¹ أما الفقرة 08 فنصت على أن العقد يبقى قابلا للتطبيق في كل أحكامه إلا بالنسبة لتلك التي قضي بأنها تعسفية إذا كان العقد من الممكن أن يبقى قائما دون هذه الشروط،² وبذلك يبقى العقد قائما دون الشروط.³

أما في التشريع الجزائري فإن المشرع الجزائري لم يدرج ضمن القواعد الخاصة بحماية المستهلك جزاء مدنيا يترتب على الشرط التعسفي، لذلك ذهب البعض إلى تفسير عدم وجود نصوص تتعلق بالجزاء المدني إلى إحالة من المشرع على القواعد العامة وبالضبط على نص المادة 110 من القانون المدني التي تسمح للقاضي في حالة وجود شرط تعسفي مدرج في عقد الإذعان بتعديل الشرط أو إعفاء الطرف المدعى منه،⁴ والذي في رأينا لا مناص منه طالما لم ينص المشرع على جزاء ضمن الأحكام الخاصة، وبذلك تكون الشروط التعسفية في العقد هي محل تنظيم مزدوج بين القواعد العامة والقواعد الخاصة.

ومن خلال القواعد العامة وبالضبط المادة 110 من القانون المدني، فإن المشرع خص عقود الإذعان بصفة عامة بحكم خطير عن طريق منح القاضي سلطة تعديل الشرط التعسفي أو إعفاء الطرف المدعى منه كليا إذا اقتضت العدالة ذلك، فيكون بذلك للقاضي سلطة استثنائية لرفع الظلم عن الطرف الضعيف على خلاف القاعدة العامة وهي أن العقد شريعة المتعاقدين.

ويبرر هذه السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي من جانب المشرع على خلاف المبادئ العامة في أثر القوة الملزمة للعقد، الخصوصية التي ينفرد بها عقد الإذعان وهي وقوع أحد طرفيه تحت رحمة الطرف الآخر.

¹ « Les clauses abusives sont réputées non écrites ».

² « le contrat restera applicable dans toutes ses disposition autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ».

³ - في نظرنا يعتبر هذا الحل هو الأمثل بحيث يصب في مصلحة المستهلك الذي يرغب في بقاء العقد خاليا من البنود التعسفية .

⁴ - بعجي احمد ، تطور فعالية بطلان الشرط في العقد ، مجلة بحوث ، المجلد 11 ، عدد 3 ، ص 203 .

وباستقراء المادة 110 من القانون المدني، يتضح منها أنها تعالج مسألتين هامتين، تتمثل الأولى في سلطة القاضي في تعديل البنود التعسفية، والثانية إلى إعفاء المدين منها.

1- سلطة القاضي في تعديل البند التعسفي:

يملك القاضي سلطة مباشرة وصريحة للتدخل في تعديل العقد، بغية استرجاع ما كان يفقده من مساواة بين طرفيه، عن طريق التخفيف والتلطيف من وطأته.

وقد تكون البنود التعسفية جوهرية بحيث يصعب الإعفاء منها دون المساس بالعقد فتكون وسيلة التعديل هي أنسب الوسائل لرفع الإجحاف والضرر عن المستهلك. وقد يتعلق التعديل بالإنقاص، من خلال إزالة المظهر التعسفي للبند بما يحقق الغرض أو الهدف الذي يتوخاه المشرع من منح القاضي مثل هذه السلطة.

2- سلطة القاضي في إعفاء المستهلك من البند التعسفي:

يلجأ القاضي إلى إعفاء المستهلك المدين من الشرط التعسفي، عندما يرى بأن تعديل البند بالتخفيف من الالتزام المقابل غير مجدي في إزالة التعسف وذلك في الحالة التي يكون فيها البند نفسه هو مظهر التعسف في العقد، ولا تتحقق العدالة إلا بإعفاء الطرف المذعن منه، ويكون ذلك جزاء مباشرا وواضحا، يرمي القاضي من ورائه إلى اعتبار المستهلك المدين معفيا من البند، وبالنتيجة فإن عقد القرض يبقى مرتبا لآثاره كما لو أن البند غير موجود.

3- طبيعة سلطة القاضي في مواجهة البند التعسفي:

إن طبيعة سلطة القاضي في تعديل البند التعسفي أو إعفاء المستهلك المدين منه تحقق ضمانا للمستهلك إلا أنها بالمقابل مقصورة فيما يراه القاضي مناسبا.¹

أ- سلطة القاضي من النظام العام:

إن الاتفاق على سلب سلطة القاضي في تعديل أو الإعفاء من بعض الشروط التي يراها تعسفية يقع باطلا، فقد اعتبر المشرع أن كل اتفاق على مخالفة أحكام المادة 110 من

¹ - بوشارب إيمان ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك ، دارالجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2018 ، ص 183.

القانون المدني هو اتفاق باطل، وبذلك فمن حق المستهلك المدين، اللجوء إلى القضاء وتعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وهو حق يتعلق بالنظام العام.

ب- سلطة القاضي جوازية:

إن تطبيق أحكام المادة 110 من القانون المدني فيما يخص تعديل البند التعسفي أو إعفاء المستهلك منه يخضع للسلطة التقديرية للقاضي¹، بحيث يمكن أن يقضي به وبالتالي يحمي المستهلك مما يرتبه هذا البند، وقد يبقى على العقد كما هو إذا ما ارتأى ذلك، وهو ما يستشف من نص المادة 110 من القانون المدني التي تفيد الجواز وليس الوجوب، ولا رقابة عليه في ذلك من طرف المحكمة العليا طالما هو يمارس سلطته الجوازية بموجب نص قانوني، وفي رأينا هذا من بين مساوئ تطبيق القواعد العامة على عقود الاستهلاك بحيث يبقى المستهلك تحت رحمة السلطة الجوازية للقاضي بالرغم من ثبوت الشرط التعسفي الممارس ضده.

خاتمة

ما يلاحظ على الأحكام الخاصة لحماية المستهلك، تعدد نصوصها التشريعية والتنظيمية، غير أنها تحمل في طياتها مبادئ ملهمة يتعين أن تركز ضمن القواعد العامة، وفي هذا الإطار فقد حان الوقت للقيام بإصلاحات عميقة تخص كل من الأحكام الخاصة لحماية المستهلك وأحكام القانون المدني على حد سواء وذلك من خلال ما يلي:

- جمع الأحكام الخاصة بحماية المستهلك، سواء تعلق الأمر بالنصوص التشريعية أو التنظيمية في تقنين واحد، على غرار ما فعل المشرع الفرنسي الذي كرس طريقة التقنين الثابت *codification a droit constant* والتي تعتمد على جمع النصوص المتعلقة بالاستهلاك من مختلف القوانين والتنظيمات وسردها في قانون واحد هو قانون الاستهلاك، حتى يسهل

¹ - بوشارب ايمان ، نفس المرجع ، ص 184.

على القاضي التمكن من مضمونه، ويسهل على المتقاضي العلم بأحكامه، وفي ذلك تكريس لمبدأ الأمن القانوني المنصوص عليه دستوريا.

- ما يعاب على قانون الاستهلاك الجزائري ليس فقط في تشنته عبر نصوص تشريعية وتنظيمية، وإنما أيضا أنه قانون غير مكتمل، من خلال حاجته إلى القواعد العامة لتكملة النقص الذي يعتريه لا سيما من حيث الجزاء المدني، مما يجعل القاضي مجبرا للرجوع إلى القواعد العامة لتحديد الجزاء المدني، وهذا يستوجب تدخل المشرع لوضع جزاء مدني في قانون حماية المستهلك ذاته، يحول دون رجوع القاضي في كل مرة إلى القواعد العامة لتقرير جزاء لتكييف وارد في الاحكام الخاصة.

- يتعين وضع الجزاء المدني للشروط التعسفية على وجه التحديد ضمن أحكام قانون حماية المستهلك، وإخراجها من تطبيقات القواعد العامة أين الجزاء جوازي بالنسبة للقاضي، وهذا ما لا يخدم مصالح المستهلك.

وأفضل جزاء للشروط التعسفية والذي يتعين وضعه ضمن الأحكام الخاصة لحماية المستهلك هو الإبطال لمصلحة المستهلك، هذا وإن كان المشرع الفرنسي قد وضع جزاء آخر يتمثل في اعتبار الشرط التعسفي غير موجود.

- يتعين النظر في مبادئ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني التي باتت لا تواكب التطورات الحاصلة في التشريعات الخاصة، من خلال تكريس بعض المبادئ التي جاءت بها الأحكام الخاصة لحماية المستهلك، ضمن أحكام القانون المدني على النحو التالي:

- ضرورة تكريس مبدأ حسن النية في القواعد العامة عبر جميع مراحل إبرام العقد، في مرحلة ما قبل التعاقد -مرحلة المفاوضات - وفي مرحلة انعقاد العقد، وكذا في مرحلة التنفيذ.

-النص ضمن القواعد العامة على الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام، فلقد بات الحق في الحصول على المعلومات من الحقوق العالمية، والتي تحميها معظم الدساتير العالمية، وفي المجالات التعاقدية فقد تبينت العلاقة الوطيدة بين المعلومات التعاقدية ورضا المتعاقد،

على أساس أن أحد المتعاقدين الذي يحوز معلومات ذات أهمية بالغة، يمكن عند الإفصاح بهذه المعلومات أن يؤثر في رضا المتعاقد الآخر، كما يمكن في حالة كتمانها أن يقع في أحد عيوب الإرادة كالغلط أو الكتمان التدليسي، لذا بات من الضروري أن يدرج الالتزام بالإعلام ضمن أحكام النظرية العامة للالتزام.

-النص على مهلة التفكير ومهلة التراجع ضمن القواعد العامة، فلقد بات من الضروري تماشيا مع المبادئ التي جاءت بها الأحكام الخاصة لحماية المستهلك، أن تعدل القواعد العامة بأن تدرج مادة ضمن القواعد العامة تكرر هذا الحق مع الإحالة إلى الأحكام الخاصة، حتى لا يقع التناقض بين القواعد العامة والأحكام الخاصة، كما فعل المشرع الفرنسي من خلال تعديله لنص المادة 1122 من القانون المدني بقوله: "يجوز أن ينص القانون أو العقد على أجل للتفكير وهو أجل لا يجوز للموجه إليه العرض أن يبدي قبوله قبل انتهائه، أو أجل للتراجع وهو أجل يجوز للمستفيد منه أن يتراجع فيه عن رضاه قبل انتهائه.

يتعين إدراج الإكراه الاقتصادي ضمن عيوب الإرادة في القواعد العامة، لتمكين صاحب المصلحة من الاستناد عليه في طلب إبطال العقد.