وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

# اليات التوازن العقدي في التشريع الجزائري

مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

**إعداد الطلبة:**

**بدار شمس الدين**

**بن صادق عبد الرزاق**

**إشراف الأستاذ:**

**هني عبد اللطيف**

لجنة المناقشة:

1- .....رئيسا

2- .....مشرفا ومقررا

3- .....مناقشا

السنة الجامعية: 2020-2021 م

# إهداء

نهدي هذا العمل إلى كل أحبتنا وإخواننا الذين شجعونا في مسارنا الدراسي وخاصة الوالدين الكريمين وإلى كل أساتذتنا الأفاضل

# شكـــــر

بداية نتوجه بالشكر الجزيل وإلى المولى تعإلى الذي أنعم علينا بهذا وأعأننا على أنجاز هذا البحث ووفقنا فيه وإليه يرجع كل الفضل. كما نتقدم بالشكر الجزيل والتقدير إلى كل من ساعدنا في أنجاز هذا ،كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كافة الأساتذة والدكاترة في قسم الحقوق، الذين أفادونا بنصائحهم وتوجيهاتهم العلمية ودعمهم المعنوي حتى نهاية هذا المسار البحثي ونسأل الله أن يبارك هذا العمل وليجعله خيرا للبحث العلمي وأن يوفقنا إلى ما فيه خيرا وصالحا لنا.

# الملخص

إذا كان الأصل في التعاقد هو تراضي الطرفين حول إحداث أثر قانوني ، ويصبح العقل يمتلك قوة الالزام بناءا على العقد شريعة المتعاقدين ،ووفق للمبدأ سلطان الارادة ، إلا أنه يحدث وأن يعتري العقد غبن ناتج عن التفاوت بالاداءات المتقابلة ، مما يأدي الى إختلاف توازن العقد، وهذا ما يستدعي تدخل المشرع حفاظا على التوازن العقدي وحماية لمصالح المتعاقدين وذلك خروجا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهذا تدخل يكون بوضع قوانين ومراسيم خاصة، بغية إعطاء حماية أكبر من طرف الضعيف في العلاقة العقدية كقانون حماية المستهلك الذي يحارب الشروط التعسفية في عقود الاذعان إضافة الى إعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة في التدخل بتعديل العقد الذي اختل توازنه بسبب استغلال أو غبن ، أو حدوث ظرف طارئ يأدي إلى اختلال توازن العقد وذلك في إطار ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة .

**المقدمة :**

يعتبر العقد من أهم مصادر الالتزام، وهو توافق إرادتين في إحداث اثر قانوني معين، سواء كان ذلك الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو إنهاءه، وللمتعاقدين الحرية المطلقة في تضمين هذا العقد ما يرونه مناسبا من بنود وشروط، وذلك بناء على مبدأ سلطان الإرادة ، والذي يرتكز على أساسين هما مبدأ الرضائية وقدرة الإرادة على تحديد آثار العقد، فهذه الإرادة هي التي تعطي قوة للعقد على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين.

ولقد كان لمبدأ سلطان الإرادة الأثر القوي والفعال في ازدهار العقود، فقد جعل إرادة المتعاقدين حرة في تحديد شكل العقد ومضمونه وشروطه لاسيما تعديل العقد بعد إبرامه.

إلا أن هذا المبدأ اصطدم بواقع فرض نفسه و هو تضارب المصالح و التفاوت بين المتعاقدين من حيث القوة الاقتصادية و العلمية و الفنية، وبين استغلال القوي للضعيف أدى إلى ظهور عدم توازن في العقد بين أطرافه واستغلال كبير وتفاوت في الأداءات لصالح الطرف القوي على حساب الطرف الضعيف، فأصبح هناك مستهلك لا حول له ولا قوة و آخر محترف يملك القوة الاقتصادية والفنية والعلمية يفرض شروطه بكل حرية، حيث ان التطور الاقتصادي الكبير أثر على العلاقة العقدية وجعل المراكز العقدية غير متوازنة وغير متساوية من حيث المعلومات التفصيلية اللازمة لانعقاد العقد، فأصبح من الواضح عدم وجود تكافؤ في العلاقات التعاقدية بين المراكز الاقتصادية والمعرفية.

و أمام هذا الوضع كان لزاما على المشرع التدخل لحماية مصالح المتعاقدين و وضع آليات للحفاظ على التوازن العقدي وضمان توازنه الاقتصادي، مما يؤدي إلى سلامة العقد وضمان استمراريته، فأخذ المشرع صفة المتعاقد بالاعتبار كطرف ضعيف، فوضع تنظيم اضافي وقوانين خاصة لمساعدة المتعاقدين على تنظيم العلاقات العقدية الخاصة كقانون حماية المستهلك، وذلك بالنظر الى حاجة المجتمع الى العدالة الاجتماعية وأولوية المصلحة العامة. و كان لتدخل المشرع الأثر كبير في حماية مصالح المتعاقدين والحفاظ على التوازن العقدي واستمرار العقد دون إبطاله، وذلك بتدخله بوضع تشريعات خاصة آمرة، لتنظيم الروابط العقدية لإقامة التوازن، وليخضع ارادة الاطراف الى المصلحة العامة.

و نظرا لطبيعة القانون الحمائية، فقد وضع المشرع عدة آليات قانونية و أخرى قضائية وذلك بغية حماية الطرف الضعيف وكذا الحفاظ على بناء العقد واستمراريته، فمن الناحية القانونية، فقد وضع المشرع عدة قوانين ومراسيم خاصة بهدف حماية الطرف الضعيف والحفاظ على التوازن العقدي، فقد وضع المشرع التزاما بالإعلام على عاتق البائع بموجب نص المادة 352 قانون مدني وكذا القانون رقم 09-05 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش وذلك بالنص عليه في المادتين 17 و 18 ، وحدد كيفية تنفيذ هذا الالتزام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13 -378، وكدا القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، و إضافة إلى الالتزام بالإعلام فإن المشرع الجزائري ألزم المتدخل أو البائع بضمان العيوب الخفية، حتى لا يقع المستهلك ضحية التلاعبات، وإعطاءه سلعة خالية من العيوب وهذا ما أقره المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني .

ومع ما تقدم من حماية للمستهلك، من شرط الالتزام بالإعلام وضمان للعيوب الخفية التي قد تعتري المنتج فقد استحدث المشرع حق آخر حماية للمستهلك ،وذلك بإمكانية تراجعه عن العقد الذي يبرمه متسرعا دون تفكير وذلك في مدة حددها القانون، وقد عرف المشرع العدول بأنه حق المستهلك في الرجوع أو التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب وذلك من خلال القانون رقم 18 – 09[1].

وكل هذا جاء به المشرع حماية للمستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف وغير قادر عن الدفاع على حقوقه ومصالحه اتجاه الطرف القوي اقتصاديا.

وهذا ما يؤكد اهتمام المشرع بتحقيق التوازن والمساواة بين المتعادين، وذلك باهتمامه بالجانب الموضوعي للعقد وابتعاده عن الجانب الشخصي في العلاقات العقدية،

كما أن العقد السليم المولد للالتزام ليس هو الذي يتم فيه اتفاق إرادتي الطرفين على إنشاء التزامات فحسب ، إنما هو أيضا العقد الذي تناسب فيه أداءات الطرفين وتوافق مصالحهم ومنافعهم، وفي هذه الحالة لا يثور أي إشكال ولكن الإشكال يثور في الحالات التي يصعب أو يتعذر معها تنفيذ العقد

[1] حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 1 ، العدد 01 أفريل 2020 ص 484

بالصورة المتفق عليها إما في مرحلة تكوينية، و التي قد يحدث وأن يكون أحد أطراف العقد مضطرا فيستغل الطرف الأخر ذلك ويبرم العقد في ظل شروط مجحفة ، أو يكون هذا الأخير قويا فيفرض شروطه ويذعن لها الطرف الأخر، وقد يحدث وأن يصطدم العقد بحالة طارئة في مرحلة تنفيذه تجعل تنفيذ العقد حرجا من طرف المدين فلا يستطيع الوفاء في الآجال المتفق عليها، غير ان البحث في التوازن العقدي يستدعي النظر في حقيقتين الأولى هي عقود غير متوازنة في القدرة بسبب عدم التوازن التقني والاقتصادي والقانوني للأطراف، أما الثانية عقود عقود غير متوازنة في القيمة بسبب الاختلال المادي بين الأداءات المتقابلة.

فإضافة إلى الحماية القانونية التي اقرها المشرع الجزائري للحفاظ على التوازن العقدي وذلك بسنه قوانين و إصداره مراسيم حماية للطرف الضعيف وحفاظا على البناء العقدي واستمرار المعاملات و العلاقات العقدية، فقد أوكل إلى القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد الذي أختل توازنه، فتدخل القاضي في تعديل العقد وإعادة تنظيم العلاقات العقدية يعد حالة استثنائية ترد على القوة الملزمة للعقد، واختلال التوازن العقدي قد يكون نتيجة لعدة أسباب، فقد يكون بسبب التفاوت الكبير في الأداءات الذي يصل إلى حد الإرهاق أو التهديد بخسارة فادحة، سواء بسبب الاستغلال الذي يمارسه أحد أطراف العقد لضعف نفسي في الطرف الآخر من طيش أو هوى جامح يدفعه إلى إبرام العقد نتيجة وقوعه في غلط ،مما ينتج عنه غبن استغلالي ينتج عنه تفاوت في الأداءات وقد حارب المشرع هذا الاستغلا بنص المادة 90 من القانون المدني أو مايعرف بنظرية الاستغلال، و الاستغلال هنا لا يكون بسبب الغلط أو ضعف نفسي يعتري المتعاقد لعيب في إرادته فحسب، وإنما يكون أيضا بسبب الضعف الاقتصادي و المعرفي و الفني، فيستغله المتعاقد الآخر الذي يملك القوة الاقتصادية و الفينة والعلمية، تجعله يفرض شروطه على العقد، وقد تكون هذه الشروط تعسفية تؤدي إلى الإضرار بالمتعاقد الضعيف الذي يذعن لهذه الشروط، مما يستدعي تدخل القاضي لتعديل هذه الشروط أو إعفاءه منها وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 110 من القانون المدني الجزائري، كما أن التفاوت في الأداءات المتقابلة أو صعوبة التنفيذ قد تقع كحالة استثنائية أو كظرف طارئ يحول دون تنفيذ الالتزام أو يصبح تنفيذه مرهقا للمدين مما يستدعي تدخل

القاضي لإعادة النظر في العقد وتعديله على نحو يلاءم مصلحة الأطراف في العقد، وذلك من خلال نظرية الظروف الطارئة والمدرجة في المادة 107 من القانون المدني [2].

وتظهر أهمية البحث في آليات التوازن العقدي في التشريع الجزائري والذي هو عنوان مذكرتنا في تسليط الضوء على العقد، و تبيان الآليات التي وضعها أو اتبعها المشرع الجزائري في الحفاظ على التوازن العقدي، لما للعقد من أهمية في حياة المجتمع، والذي يمس بكل جوانبه سواء اجتماعية كانت أو اقتصادية فالحفاظ على توازن العقد وحمايته هو الحفاظ على توازن المجتمع وحماية الفئات الضعيفة وحفظ حقوقهم، كما تتمثل أهمية هذه الدراسة في تسليط الضوء على القضاء وتبيان دور القاضي في الحفاظ على التوازن العقدي ودوره الكبير في حماية الأفراد داخل المجتمع، وذلك ببسط سلطته وتدخله في تعديل العقد الذي اختل توازنه بسبب استغلال أو تعسف أو تحت أي ظرف طارئ.

و أهمية البحث هي من أسباب اهتمامنا بالموضوع والبحث فيه، فكثرة المشاكل والنزاعات العقدية والاستغلال الكبير الذي يقع فيه الكثير من الأفراد نتيجة العلاقات العقدية ،وضعف الثقافة القانونية للمستهلك الذي كثيرا ما يجد نفسه ضحية استغلال ، وكذا معرفة دور القاضي وتبيان حدود سلطة تدخله في حماية الطرف الضعيف، هذا من الجانب الموضوعي، أما من الجانب الشخصي، فميولنا إلى القانون المدني ومعرفتنا بمدى أهمية العقد في حياة المجتمع، ومدى تأثر أفراده بالعلاقات العقدية أدى بنا إلى اختيار هذا الموضوع.

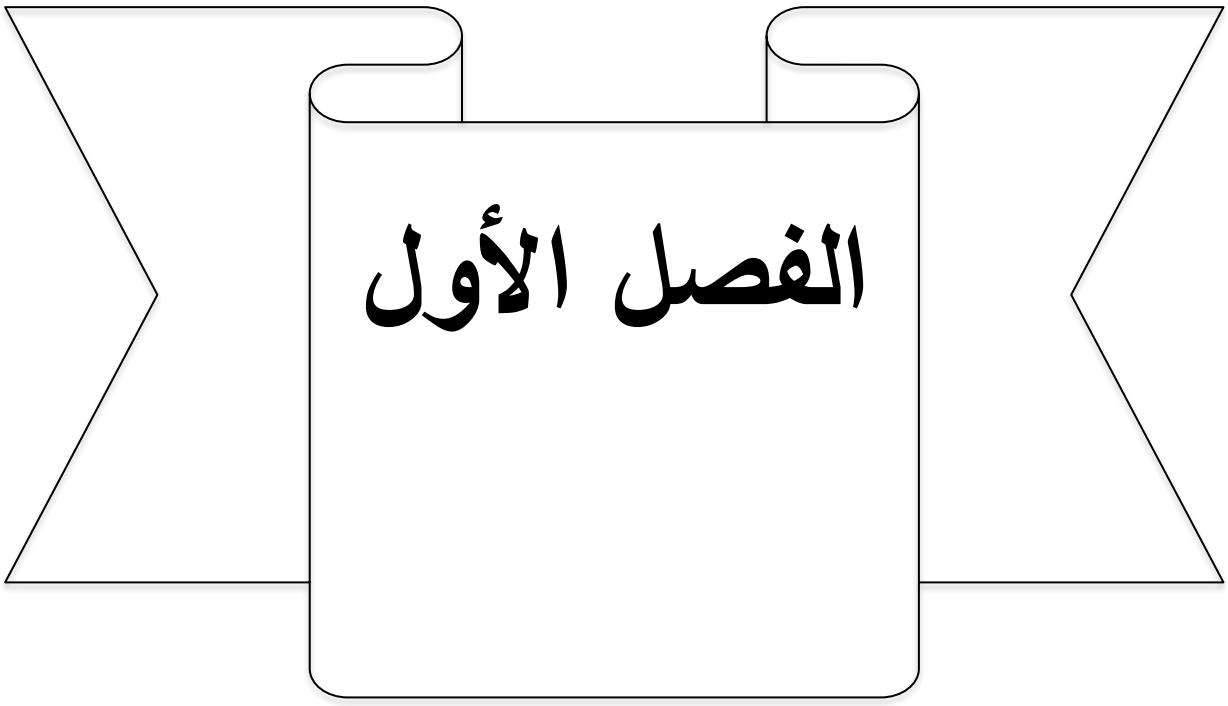
ومن خلال ما سبق فإن الإشكالية التي يثيرها هذا البحث تتمحور حول مدى نجاعة الآليات القانونية التي وضعها المشرع الجزائري وكفايتها للحفاظ على التوازن العقدي وحول الضمانات القضائية و فعالية دور القاضي في تعديل العقد و إعادة تنظيم العلاقات العقدية؟

[2] دالي بشير ، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون ، العدد 5 جوان 2018 ص 138

– وللإجابة على هذه الإشكالية، اتبعنا المنهج التحليلي لتبيان النصوص القانونية في القانون المدني والتعرض إلى بعض القوانين الخاصة ذات الصلة بالموضوع، وتحليل وفهم دور القاضي وسلطته في الحفاظ على بناء العقد و استمراره.

ولمناقشة الإشكالية المطروحة وتبيان محتوى هذه الدراسة قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين، حيث سنتطرق في الفصل الأول إلى الآليات القانونية لضمان التوازن العقدي، والذي سنتطرق من خلاله الى دراسة وتبيان القوانين الخاصة التي جاء بها المشرع الجزائري حماية للمستهلك وحفاظا على التوازن العقدي، وذلك في ثلاث مباحث، حيث خصصنا المبحث الأول للالتزام بالإعلام، أما المبحث الثاني نستعرض من خلاله موضوع ضمان العيوب الخفية في السلعة أو المبيع، وبالنسبة للمبحث الثاني فسنتطرق الى فكرة الحق في العدول أو الرجوع .

أما بالنسبة للفصل الثاني والذي سيكون بعنوان الاليات القضائية لضمان التوازن العقدي والذي سيكون هو الاخر مقسم إلى ثلاث مباحث، حيث في المبحث الأول سنتطرق إلى التدخل القضائي في مجال الغبن أما المبحث الثاني فسيكون حول التدخل القضائي ازاء الشروط التعسفية، أما سلطة القاضي ازاء الشروط التعسفية فقد خصصنا لها المبحث الثالث.


الفصل الأول

**مقدمة الفصل الأول**

يسعى المشرع الجزائري في تكريس مجموعة قوانين متكاملة في حماية المستهلك، وقد قام باتخاذ الالتزام بالإعلام كآلية مهمة في سبيل تحقيق الحماية، والتي بدورها تتضمن عدة آليات تختلف فيما بينها من ناحية الإلزامية ومدى فاعليتها. وتكمن أهمية الالتزام ِ بالإعلام من خلال الكشف عن ماهية المنتوج وإبراز صفاته وخصائصه، وهذا ما يسمح للمستهلك بأن يصبح مستبصر قبل التعاقد أو أثناء وبعد العقد.

فالالتزام بالإعلام مقرر من حيث الأصل لحماية المستهلك في إطار عقود الاستهلاك، فلقد نظم المشرع الجزائري التزام المتدخل بالإعلام من خلال القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش بالنص عليه في المادتين 17 و18 منه, وحدد كيفية تنفيذ هذا الالتزام بموجب المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك. يتمثل التزام المتدخل بالإعلام في إلزام كل متدخل في العملية الاقتصادية، سواء كان منتجا أو صانعا أو تاجرا أو مستوردا أو حرفيا أو موزعا بتقديم البيانات والمعلومات المتعلقة بمحل العقد الاستهلاكي في الوقت المطلوب تقديمها فيه.

لا يقتصر عقد البيع في جوهره على مجرد النقل المادي لملكية الشيء إلى المشتري بل إلى ضرورة خلو هذا الشيء من العيوب و تمتعه بكافة المواصفات المشروطة , و من هنا برزت فكرة الضمان، و بظهور التطور الصناعي و الاقتصادي و ذلك ببروز مبيعات حديثة تتميز بنوع من الدقة و التعقيد، تم التفكير في حماية أكثر من العيوب خاصة بظهور مفهوم المستهلك و البائع المحترف، حيث تدخل المشرعون فنظموا مسألة ضمان العيوب الخفية و هو ما يعرف بالضمان القانوني و ادخلوها ضمن أحكام النظام العام و راحوا يلزمون البائع بضمان ما قد يصيب المبيع مثلما فعل المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني .

وحماية للمستهلك فقد أعطى المشرع الجزائري لهذا الأخير الحق في العدول أو رجوعه عن التعاقد، فهو وسيلة قانونيّة يسمح المشرّع بمقتضاها لأحد الطّرفين المتعاقدين بأن يُعيد النّظر في شروط العقد قبل إبرامه و من جانب واحد، ويتيح هذا الحقّ للمُستهلك حماية رضاه، وذلك عن طريق أخذ مهلة زمنيّة محدودة للتّفكير في بنود العقد وآثاره، وكذا الرّجوع عن التزامه خلال مدّة معيّنة . العديد من التّشريعات المقارنة تناولت الحقّ في العدول عن التّعاقد، وذلك بالنصّ عليه صراحة ضمن منظومتها القانونيّة، و إن لم تتوسّع فيه، كما اختلفت هذه التّشريعات في مفهومه و مدلولاته و نطاق تطبيقه و الآثار القانونيّة المُنجرّة عن ممارسة المستهلك لهذا الحقّ، و هذا الاختلاف مردّه للوضع الاقتصادي الذي يميّز كل دولة

## المبحث الأول:الالتزام بالإعلام"التعاقدي وقبل التعاقدي"

أن تنظيم عقود الاستهلاك ترجع لسبب وجود طرفين في العقد ،احدهما يسمي المهني وهو الذي يمثل الطرف القوي في الرابطة العقدية أما الآخر فيتمثل في المستهلك ويعتبر الطرف الضعيف في التعاقد ،وحماية لهذا الطرف الضعيف ألزم القانون المهنية كونه يتمتع بالصفة الاحترافية والقدرة الاقتصادية بتقديم جميع المعلومات التي يحتاجها المستهلك مع توفير الضمان الكافي لسلامته ،وهذا فضلا على كون السبب راجع إلى أن العقد الاستهلاكي يكون في الكثير من الأحيان حول سلعة أو خدمة ينتجها المهني شخصيا أو يكون من يقتنيها بغرض نشاطه التجاري.

وما تجدر الإشارة إليه أن مصطلح الإعلام لقد لقي صعوبة في أوله، وذلك راجع لعدم تقبل بعض الفقهاء القانونيين لهذا المصطلح ،كونه ليس مصطلح قانوني وإنما إعلامي ،وبما أن مصطلح الإعلام يشمل لفظ المعلومات جعل صناع القانون يهتمون به.

وعلى الرغم من اختلاف الآراء الفقهية في تقسيم الالتزام بالإعلام إلى جزأين أي قبل التعاقد وأثناء التعاقد إلا أنهما يشكلان معا التزاما بالإعلام والذي يعد هدفه واحد ألا وهو حماية المستهلك [1]

[1] المختار بن سالم ،الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،تخصص قانون المنافسة والاستهلاك،جامعة أبي بكر بالقايد،كلية الحقوق والعلوم السياسية،تلمسأن ،20182017،ص11

## المطلب الأول : مفهوم الالتزام بالإعلام

لقد لعب القضاء الفرنسي دورا هاما في إبراز الإطار المفاهيمي الالتزام بالإعلام وذلك من خلال رسم معالمه الأولي في العديد من القرارات الفضائية الصادرة عن المحكمة العليا ،كما أنه ساهم في قيام الفقه في محاولة تبيان مفهوم الالتزام بالإعلام بصورة واضحة، مما جعل هذه الفكرة تلقي نوعا من الصعوبة كونها تتداخل في معناها مع ما يماثلها وهذا ما يجعلها تتطلب توضيح أكثر [4]

وعليه سنتناول في هذا المطلب تعريف الالتزام بالإعلام في الفرع الأول مع تحديد أطرافة ،ثم تبيان طبيعته القانونية كفرع ثاني ،أما الفرع الثالث فيتضمن خصائص الالتزام بالإعلام

### الفرع الأول : تعريف الالتزام بالإعلام وتحديد أطرافه

يعد الالتزام بالإعلام وسيلة من الوسائل الهامة التي تسعي إلي تحقيق التوازن العقدي وتنوير رضاء المستهلك وذلك من اجل استقرار المعاملات وتطويرها.

**1_تعريف الالتزام بالإعلام**

أ_التعريف اللغوي:

معني الإعلام في اللغة الاقضاء وهو مستنبط من عبارة علم ،يعلم ،علما ،يقال علم بالشيء أي عرفه وأدركه وهي تعد عبارة مشتقة من كلمة لاتينية الأصل informerوالتي يقصد بها أخبر .

ب_التعريف الاصطلاحي:

[4] المختار بن سالم، المرجع السابق، ص12

يقصد بالالتزام بالإعلام ببيان أو إشارة أو تعليمات يمكن أن تقوم بتقديم توضيحات بشأن واقعة أو قضية ،لأن الالتزام بالإعلام يفرض على احد المتعاقدين "المدين "أن يعلم التعاقد الأخر "دائن"بجميع البيأنات و المعلومات التي تساعده من اجل الرضاء على إبرام العقد أو تنفيذه ،كما يجب على المدين بالالتزام إعلام الدائن أيضا بكل المعلومات التي من شأنها أن تضمن تنفيذ العقد بحسن نية بعيدا عن الخداع والغش

وعليه فقد تعددت الألفاظ الدالة على الالتزام بالإعلام ومن بينها عبارة Renseignement وتعني الإعلام أو مصطلح informationوهي الأخبار إضافة إلى مصطلح Notificationويقصد بها التبليغ....الخ

ومما تجدر الإشارة إليه فأن تعدد المصطلحات الدالة على الالتزام بالإعلام لا تعفى المدين تماما من المسؤولية الملقاة على عاتقه في حالة أنه قام بتخلف عن ذكر البيانات الواجب تقديمها للدائن على أساس أن هذا الأخير يمثل التزاما عاما في عقود الاستهلاك [5]

**2_أطراف الالتزام بالإعلام**

يعد الالتزام بالإعلام أحد الالتزامات الرئيسية التي تقع على عاتق أحد المتعاقدين وقت إبرام العقد الاستهلاك الذي يتضمن تواجد شخصين على الأقل لإبرامه أحدهما يسمي المدين بالالتزام وهو الذي يلتزم بتقديم البيانات و المعلومات المتعلقة بالمنتوج أو الخدمة محل العقد وهو ما يسمي بالمتدخل ،أما الطرف الثاني فيتمثل في الدائن بالالتزام بالإعلام وهو الذي يتلقي المعلومات الواردة إليه من التدخل وهو ما يسمي بالمستهلك [6]

[5] نبيل بن عديدة ،الالتزام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك ،اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،فرع القانون الخاص،جامعة محمد بن أحمد ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،وهرأن ،2018ص11و12و13.

[6]نبيل بن عديدة ،المرجع نفسه،ص17

**أولا:** المقصود بالمتدخل:

هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك .

وعليه فتعد عملية عرض المنتجات للاستهلاك مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة وهذا ما أشارت إليه المادة 03الفقرة 08من القانون رقم 09_03المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[7]

ووفق للمادة سالفة الذكر نلاحظ أن المشرع لم يأت بشيء إضافي في القانون رقم 09_03 ماعدا تغيير وذالك باستعمال مصطلح جديد وهو المتدخل وحذف مصطلح المحترف ،بالإضافة إلى أنه قد تفادي تكرار أصناف المحترفين واستعمال عبارة يتدخل في عملية عرض المنتجات للاستهلاك التي قد اشتملت على مجموع مراحل الإنتاج والاستيراد والتخزين والنقل والتوزيع بالجملة وبالتجزئة [8]

ثانيا: المقصود بالمستهلك

لقد اختلفت الآراء الفقهية وحتى التشريعية في تعريف المستهلك فهناك من أخد بالمفهوم الضيق للمستهلك وبعض الأخر اخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك

**أ_** المفهوم الضيق للمستهلك :

هناك جانب من الفقه يري بأن المستهلك يشمل فئة معينة من الأشخاص ،ونذكر من بين هؤلاء الفقهاء الفقيه Philippe Malinvaudأن المستهلك كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك ،أما الفقيه Guesiin

---

[7] لمادة 03الفقرة08من قانون رقم 09_03المؤرخ في 2009/02/25يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ،الجريدة الرسمية المؤرخة في 08/03/2009العدد15

[8] نبيل بن عديدة ،المرجع السابق ،ص18

فيعرف المستهلك على أنه شخص الذي ينضم إلى عقد لتوريد المنتجات والخدمات لأجل تلبية احتياجاته الشخصية.

وعلى غرار هذا فإن هناك بعض الفقهاء العرب عرفوا المستهلك بأنه فرد الذي يقوم بالعمليات الاستهلاكية التي تهدف إلى إشباع حاجاته اليومية والوقتية ،دون أن تتخللها نية تحقيق الربح سواء كان الشخص طبيعي أو معنوي، كما يضيف بعض الفقهاء على أن المستهلك هو الزبون غير المحترف المؤسسة أو المشروع . ووفق للتعاريف الفقهية السابقة التي أخذت بالمفهوم الضيق للمستهلك بأن هذا الأخير هو الشخص الذي يتعاقد من اجل الحصول على السلع أو الخدمات لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ،وبناء على ذلك فأنه لا يعتبر المستهلك المهني أو المحترف الذي يبرم تصرفاته القانونية خارج اختصاصه المهني كالمحامي الذي يعد مستهلك حين يشتري أثاث لمكتبه .

**ب_** المفهوم الواسع للمستهلك:

يعد كل متدخل يتعاقد خارج اختصاصه المهني مستهلك على أساس أنه يعتبر طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية مثله مثل المستهلك العادي كالتاجر الذي يقيم نظام الإنذار في محله التجاري ، وعليه فأن مفهوم الواسع للمستهلك يشمل كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد للحصول على السلع أو الخدمات لأعراضه الشخصية أو العائلية أو المهنية التي لا تدخل ضمن تخصصه المهني[9]،حيث نص المشرع في المادة 02الفقرة09من المرسوم التنفيذي رقم 90_39المتعلق بالرقابة الجودة وقمع الغش المعدل والمتمم "بأن

[9] نبيل بن عديدة ،المرجع نفسه ص26و29و30

المستهلك يقصد به كل شخص يقتضي بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان تكفل به [10]

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع اخذ بالمفهوم الواسع للمستهلك لأن المستهلك المنصوص عليه في النص القانوني ليس فقط المستهلك النهائي وإنما كذلك المستهلك الوسيط الذي يقصد به البعض بأنه المهني الذي يقتضي منتوج لاستغلاله [11]

**الفرع الثاني : الطبيعة القانونية الالتزام بالإعلام**

ترجع الطبيعة العقدية الالتزام بالإعلام إلى قواعد القانون المدني وذلك باعتبارها الشريعة العامة للمعاملات المدنية، وكون أن عقود الاستهلاك جزءا منها غير أن هذا التساؤل أثار اختلاف بين الفقهاء فمنهم من يفرق بين الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي والالتزام بالإعلام العقدي ومنهم من يعتبره التزام واحد لا يجوز تقسيمه إلي نصفين [12]

ويلاحظ من المادة 68من قانون 09_03المتعلق بحماية المستهلك[13] أن المشرع الجزائري كان موقفه واضحا واعتبر الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي مثل الالتزام بالإعلام التعاقدي ولا يحتاج ذلك الفصل بينهما ،واهم ما يهمنا في هذا الأمر هو طبيعة الالتزام بالإعلام والذي تضمن الالتزام ببذل عناية والالتزام بتحقيق نتيجة

---

[10] المرسوم التنفيذي رقم 90_39المؤرخ في 30يناير 1990يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ،الجريدة الرسمية المؤرخة في31 يناير 1990

[11] نبيل بن عديدة ،المرجع السابق ،ص31.

[12] المختار بن سالم ،المرجع السابق ،ص129

[13] المادة 68 من قانون رقم 09_03

**أولا:** الالتزام ببذل عناية

أن غالبية الفقهاء تري بأن الالتزام المهني بالإعلام هو الالتزام ببذل عناية وذلك من خلال قيام المهني بالإعلام المستهلك بالمعلومات والبيانات ،والتي يتم من خلالها الإقبال على التعاقد وبالتالي فأن المدين في هذا الالتزام مسئول عن علم الكافي للمبيع .وأن كل ما يملكه المهني هو تقديم المعلومات والبيانات بصدق و أمانة و إخلاص،حيث المدين يسعي بالالتزام ببذل عناية إلي تنفيذ التزامه غير أن هذا التنفيذ لا يعد هدف أو غاية الدائن بهذا الالتزام مثلا كالطبيب حيث أنه أثناء قيامه بعلاج المريض قد قام بتنفيذ التزامه وبالتالي فأن الدافع المريض للتعاقد كان سببه هو الشفاء وهو يمثل الهدف ،ومن خلال ذلك فأن التزام ببذل عناية يجد فيه عدم تطابق المضمون مع الهدف [14]

**ثانيا:** الالتزام بتحقيق نتيجة

يقصد به الالتزام الذي يجب فيه المدين أن يحقق نتيجة معينة، كما يقصد به الالتزام الذي لا يتم تنفيذه لا بتحقيق نتيجة معينة هي محل الالتزام أصلا وعيه فأنه لا تبرا ذمة المدين إلا إذا تم تحقيق هذه النتيجة.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك جانب من الفقه يري بأن الالتزام بالإعلام لاسيما إذا كان يتعلق بأداء البيانات حول إخطار المنتوج فأنه يعد التزام بتحقيق نتيجة.

كما يضيف بعض الفقهاء أن الالتزام التعاقدي بالإعلام مبدئيا هو التزام بتحقيق نتيجة بشأن وجوده لذلك يجب على المتدخل إعلام المستهلك بجميع المعلومات التي تخص المنتجات أو الخدمات المعروضة في السوق لأن هذا الالتزام يتطلب تقديم معلومات وليس بذل الجهد [15].

---

[14] المختار بن سالم ،المرجع نفسه ,ص139,140,144

[15] نبيل بن عديدة،المرجع السابق ،ص36,37

**الفرع الثالث : خصائص الالتزام بالإعلام**

من خلال تعريف الالتزام بالإعلام يمكن معرفة خصائصه والتي تكمن فيما يلي :

**أولا:** الالتزام بالإعلام يتصف بالعمومية :

يعد الالتزام بالإعلام التزاما شاملا ،إذ يجد أساسه في مختلف بقية الالتزامات كالالتزام بالضمان،الالتزام بالتسليم .....الخ

وبالتالي فهو ليس حديث النشأة وإنما تطور عبر مراحل حتى أصبح على هذا النحو

ولعل أن الالتزام بالإعلام هو التزام سابق على إبرام جميع أنواع العقود،فهو ليس التزاما خاص بعقد معين غير أن تطبيق العملي اقر أهمية وجوده في بعض العقود أكثر من بعضها آخر ،ومثلها تلك التي محلها أشياء معقدة فنيا

وبناء على هذا فأنه تكمل فائدة الالتزام بالإعلام بدرجة أكبر في عقود الاستهلاك،وذلك نظر لما يوليه جمهور المستهلكين من ثقة كبيرة بالمنتجين بوصفهم مهنيين أو محترفين،إذا تتوافر فيهم مقومات العلم والدراية بالسلع والخدمات التي يتعاملون عليها وهذا يتطلب منهم الالتزام في إعلام المستهلكين إعلاما صادق وصحيحا من مخاطر هذه السلع والخدمات ،رغبة في حمايتهم ووقايتهم من الأضرار التي قد تحدث لهم من جراء عدم علمهم بحقيقة مخاطرها وطبيعتها

**ثانيا:** الالتزام بالإعلام هو التزام وقائي

لا يوجد شك في أن الالتزام بالإعلام سواء كان قبل التعاقد أو أثناء التعاقد في مجال التعامل والتزام المدينين به، من شأنه أن يقوم بالحفظ للعقود استقرارها ويحميها من عوامل الانهيار وإبطالها بعد قيامها لذلك فقد أشار رأي من الفقه الفرنسي إلى الدور الوقائي الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في مجال العقود بقوله " أن أداء

المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد من شأنه أن يؤدي إلى تفادي الحكم بإبطال العقد بالفظ والتدليس ...الخ

لذلك بات وفاء المدين بهذا الالتزام عنصرا جوهريا في رضاء الدائن بالعقد وفي مدي صحته ونزاهته .

ولقد سبق الذكر أن هدف القانون من خلال النصوص القانونية هو استقرار للمعاملات، فلا يعقل أن يخالف أي التزام هذا المبدأ الأسمى والذي هو مبدأ استقرار للمعاملات وخاصة التجارية منها[16].

**ثالثا** : الالتزام بالإعلام غير المطلق

إن من مقتضيات عدم إطلاق مضمون هذا الالتزام هو تقيد محتواه أي يتم حصره في حد معين من المعلومات المتصلة بالعقد المراد إبرامه ،فيلزم المدين وفق له بإعلام الدائن بالمعلومات الجوهرية التي لها تأثير على رضائه بالعقد،وبالتالي يجهلها الدائن جهلا مشروعا ولا يملك وسائل الاستعلام بها وذلك حتى لا يصبح الالتزام بالإعلام قبل التعاقد سيفا مسلطا على رقاب المدينين به .

ومما تجدر الإشارة إليه فأن إطلاق مضمون ومحتوي هذا الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من كل قيد، قد يؤدي إلى أثار سلبية وعواقب غير محدودة بالنسبة لطرفي العقد المراد إبرامه ،وبالتالي فلا يوجد شك أن إلزام المدين بتقديم جميع المعلومات التي يعرفها عن كل العقد لدائنه قبل العقد ،سواء كانت مهمة أو غير مهمة للدائن ،معلومة أو غير معلومة له ،من شأنه أن يصيب المدين بإرهاق والتعب كما يصيب الدائن أيضا بالخمول والكسل لذلك يجب أن لا يكلف الدائن نفسه في البحث عن معلومات تهمه بشأن العقد الذي يريد

[16] المختار بن سالم ،المرجع السابق ،ص29,30

إبرامه ،مادام أن من سوف يتعاقد معه سيكون ملزما بتقديمها إليه دون عناء وتعب يتحمله في البحث عنها بنفسه

**رابعا:** الالتزام بالإعلام هو التزام مستقل

أن الهدف من القيام بالالتزام بالإعلام هو مواجهة التوازن القائم بين الدائن والمدين في العقد إذا فهذا الالتزام يقوم بعيدا عن العقد وله استقلالية مطلقة على العقد ،وهذا ما عاد العقود التي تتناول استشارة والتي يكون فيها الالتزام بالإعلام هو جوهرة العقد وهذا ما قد تم تأكيده من قبل بعض الفقه الحديث عند قوله "أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزام مستقل ،يقع على عاتق شخص ينوي التعاقد مع غيره ،وبالتالي هو لا يقوم لحماية رضا الطرف الآخر لتحقيق التكافؤ بين طرفين إعمالا لمقومات العدالة العقدية .

وبالتالي فأن استقلالية الالتزام عن بقية الالتزامات يكمن من خلال ما يلي:

*الالتزام بالضمان يقوم عند حدوث شيء لشيء محل التعاقد، غير أن الالتزام بالإعلام يقوم دون حدوث أي شيء أو وجود عيب في المنتج.

*يقوم هذا الالتزام بدون وقوع التعاقد في عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس مثلا، فالسكوت وعدم الالتزام بالإعلام يعد إخلال بالعقد[17] .

**المطلب الثاني :محل الالتزام بالإعلام**

لقد منح المشرع الجزائري للمستهلك القدر الكافي لجعل رضاه متبصر كما أنه أمده بجميع آليات التي تجعله وتهيئه من أجل بناء عقد متوازن وذلك من خلال الالتزام بالإعلام وهذا ما سوف نتطرق إليه من

[17] المختار بن سالم،المرجع نفسه ،ص31,32

خلال تحديد البيانات والمعلومات التي تتعلق المنتوجات في الفرع الأول ثم الإعلان المتعلق بالأسعار وشروط البيع كالفرع الثاني ،أما الفرع الثالث فتمثل في تقديم هذه المعلومات باللغة العربية.

الفرع الأول: الإعلام المتعلق بالمنتوج

لقد بينت المادة 03من قانون رقم 09_03على أن المنتوج هو كل سلعة أو خدمة موجهة للاستهلاك بمقابل أو مجانا ،ويلتزم المهني بضمان إعلام المستهلك ويكون ذلك ابتداء من التغليف ثم إلزامية الوسم والذي يتم عن طريق إعلام المستهلك بجميع البيانات أو الكتابات أو الإشارات والعلامات ...تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة ...أو دالة على طبيعة المنتوج مهما كان شكلها أو سندها ،بغض النظر عن طريق وضعها كما إلزام المهني بالمعلومات الخاصة بالخدمة

*المعلومات المتعلقة بالسلع :

أن المادة 10من القانون رقم 09_03فهي تلزم احترام أمن المنتوج عند وضعه للاستهلاك بعد عرض المنتوج ووسمه والتعليمات المحتملة الخاصة باستعماله أو إتلافه وكذلك الإرشادات أو المعلومات الصادرة عن المنتج

كما تضيف المادة 11من نفس القانون أن المنتوج المعروض يجب أن يستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك وذلك بتوفير بيانات تبين طبيعة وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وغيرها ،من كمياته وقابليته للاستعمال والأخطار التي تنجم عنه[18]

[18] المادة 11،10،03من قانون 09_03

كما أشارت المادة 10من المرسوم التنفيذي رقم13_378المحددلشروط وكيفيات المتمثلة بالإعلام المستهلك إلى الطريق التي يتم بها إعلام المستهلك بالمواد الغذائية التي تكون معرضة للبيع وغير معبأة مسبقا [19]

* المعلومات المتعلقة بالخدمة :

لقد عرفت المادة 03من قانون 09_03المتعلق بحماية المستهلك على أنها كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة

وعليه فأن المشرع الجزائري يشترط ويلزم مقدم الخدمة أن يقوم بالإعلام المستهلك بالخصائص الأساسية للخدمة المقدمة وذلك قبل أن يتم إبرام العقد ،أما في حالة عدم وجود عقد مكتوب فأنه يتم تطبيق هذا الالتزام قبل بداية تنفيذ الخدمة .

**الفرع الثاني: الإعلام بالأسعار وشروط البيع**

لقد ألزم المشرع الجزائري المهني بإعلام المستهلك بأسعار وشروط البيع لأن الهدف من ذلك هو منح للمستهلك الحرية التعاقد ورضا المتبصر وذلك من خلال حماية المستهلك إضافة إلى علم المستهلك بشروط البيع والذي من شأنه أن يجعل المتعاقدين في جو ملائم للتعاقد المتوازن [20]

* الإعلان بالأسعار :

---

[19] المرسوم التنفيذي 13_378,الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ،المؤرخ في 2013/11/09الجريدة الرسمية ،العدد 58المؤرخ 18/11/2013

[20] عسالي عرعارة ،التوازن العقدي عند نشأة العقد ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في القانون ،جامعة الجزائر1،كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر،2015،ص244و246

لقد أعطي المشرع شروط لآليات إعلان الشعر حددتها المواد05_06_07من قانون04_02اذ يجب أن تكون مكتوبة ومرئية ومقروءة وأن يكون الوزن أو الكم أو العدد الذي يقابل السعر الذي تم الإعلام عنه واضحا وعليه يجب أن توافق الأسعار المبلغ الإجمالي الذي يتم دفعه من قبل الزبون ويكون ذلك مقابل اقتناء سلعة أو الحصول على خدمة ،وذلك حتى لا يتم تفاجئ المتعاقد من وجوب دفع مصاريف إضافية لم يتضمنها السعر المعلن عنه

*الإعلام بشروط البيع :

يري المشرع أن للالتزام بإعلام شروط البيع عناصر أساسية من شأنها أن تقيم التوازن بين أطراف العلاقة العقدية في العلم بكل ما يعد ضروري أو مؤثر في اتخاذ قرار التعاقد

وبالتالي فأن الغموض الذي يعتري بعض عناصر التعاقد يؤدي إلي اختلال بين أطراف العقد وعليه يصبح عقد متوازن [21]،ومن بين العناصر التي حددها المشرع الجزائري في المادة 03من المرسوم التنفيذي فهي تتعلق بالعناصر الأساسية المذكورة في المادة 02اعلاه أساسا بما يلي :_خصوصيات السلع /أو الخدمات وطبيعتها

- الأسعار و التعريفات
- كيفيات الدفع
- شروط التسليم وآجاله
- عقوبات التأخير عن الدفع أو التسليم

[21] عسالي عرعارة ،المرجع نفسه ،ص248،247،246

- كيفيات الضمان ومطابقة السلع أو الخدمات
- شروط تعديل البنود التعاقدية
- شروط تسوية النزاعات
- إجراءات فسخ العقد[22]

**الفرع الثالث: الإعلام باللغة العربية أو بلغة أخرى**

ألزم المشرع الجزائري لكي يتمكن المستهلك من العلم بكل البيانات والأوصاف التي من شأنها أن تساعد في اتخاذ قرار التعاقد عندما يكون على بينة من أمره في كل ما يتعلق بالعقد المقبل على إبرامه ،فلقد تم تحديد نقل هذه المعلومة بشرط أن تكون مكتوبة باللغة العربية طبقا للمادة 18من القانون09_03أو بأية لغة أخرى، وذلك من أجل أن تكون المعلومات في متناول جميع المواطنين، و أن تكون الكتابة مرئية وسهلة القراءة .

و بالتالي فإن الهدف من استعمال اللغة التي يفهمها المستهلك هو حمايته من سوء الفهم، وذلك إذا تم ذكر البيانات أو المعلومات المرفقة مكتوبة بلغة غير مفهومة.[23]

[22] المادة 18 من قانون 09_03

[23] عسالي عرعارة ،المرجع السابق ،ص249

## المطلب الثالث : شروط الالتزام بالإعلام

لكي يتحقق وجود الالتزام بالإعلام يجب توافر مجموعة من الشروط ، و هذا ما سوف نحاول توضيحه في هذا المطلب من علم المدين بأهمية المعلومات بالنسبة للدائن كفرع أول، ثم جهل الدائن بالمعلومات جهلا مشروعا، وأخير شروط صحة الالتزام بالإعلام كفرع ثالث.

### الفرع الأول: علم المدين بأهمية المعلومات بالنسبة للدائن

يجب على المدين أن يكون على علم بأن المعلومات المتعلقة بمحل العقد لديها أهمية كبيرة بالنسبة للدائن، وعلى هذا الأساس سوف نتطرق إلى أهم العناصر الأساسية التي يجب توافرها في هذا الشرطة

أ- المقصود بالمدين:

هو كل شخص يكتسب صفة المدين، ويكون ذلك وفق بعض العناصر التي يجب أن تتوافر فيه، وبالتالي يصبح مدينا بها في الالتزام بالإعلام وعليه فالمدين هو كل محترف أو مهني أو صانع

ومن بين هذه العناصر

*صفة الاحتراف: وهي التي يكتسبها بعد استمراره في العمل وذلك بتكرار نشاط معين

*أن يكون على علم بخبايا هذا النشاط مما يساعده ذلك في النجاح اقتصاديا .

ب-علم المدين بأهمية المعلومات بالنسبة للدائن:

لقد ألقي على عاتق المدين التزاما بإعلام دائنه بمعلومات معينة ،إضافة إلى معرفته بمدى أهميتها للدائن وذلك من أجل تهيئة رضائه العقدي.

وبالتالي فأن المدين ملزما من تلقاء نفسه بتقديم المعلومات دون الحاجة إلى طلبها من الدائن،ونظرا للأهمية البالغة لهذا الإعلام نشأ ما يسمي بالالتزام بالاستعلام من اجل الإعلام ، ويقصد بها دفع كل

الأسباب التي تحول دون حصول المستهلك على المعلومات العقدية من اجل تنوير رضاه ،والغرض من هذا الاستعلام هو توصيل المعلومات للدائن لأنها يمكن أن تعتبر دليلا لحسن نية المتعاقد المحترف .

**الفرع الثاني:جهل الدائن بالمعلومات جهلا مشروعا**

يعد جهل الدائن بالمعلومات جهلا مشروعا شرطا ثانيالقيام الالتزام بالإعلام ويكمن معناه في:

أ_جهل الدائن المضاف إلى استحالة العلم :

من بين الأسباب التي تجعل دائن عاجزا في الحصول على المعلومات اللازمة التي تساعده في إقامة التعاقد على بينة من أمره.

**أولا** :الاستحالة الموضوعية

قد يواجه في الكثير من الأحيان المستهلك استحالة معرفة محل التعاقد، وذلك كونه لم يواجه صعوبة في الإلمام بجميع المكونات محل العقد، سواء كان متطورا تكنولوجيا أو عدم سبق التحصيل عليه أو يرجع ذلك لسبب آخر، وبالتالي ليس كل من يتعاقد يمكنه أن يحصل على المعلومات الجوهرية لمحل التعاقد من تلقاء نفسه[24].

**ثانيا** :الاستحالة الشخصية

نظر للتطور الهائل للتكنولوجيا والذي أصبح يصاحبه طرح المنتجات بكميات هائلة وبصفة يومية، لقد جعل أغلب المستهلكين في عجز عن معرفة المعلومات الهامة حول هذه المنتجات ،فالشخص البسيط لا

[24] المختار بن سالم ،المرجع السابق ،ص41،40،37

يستطيع الإلمام بجميع المعلومات والبيانات الجوهرية في العقود التي تبرمها خاصة فيما يتعلق بالبيانات الفنية الدقيقة لكل عقد، وبالتالي فالاستحالة الشخصية يكمن دورها في الاعتماد على المعيار الذاتي والذي يتعلق ببساطة الخبرة ،والعلم لذي المتعاقد الجاهل

**ب:**الجهل المضاف إلى الثقة المشروعة

نظر لتكرار المعلومات بين المتعاقدين قد تنشأ هناك ثقة مشروعة بينهم ،حيث يقوم المدين بالإعلام المباشر للدائن حول المعلومات الجوهرية العقد دون أن يقوم باستعلامه ،سواء كان قادرا على معرفته إياها بمفرده أولا ،وهذا استنادا إلى الثقة التي يلقيها على عاتق المحترف بحكم معرفته وخبرته

**أولا:** الثقة المشروعة التي تقوم على طبيعة العقد

يعد عقد الوكالة من بين العقود التي يقوم فيها كل طرف من تلقاء نفسه بإخبار الطرف الآخر بكل أمانة عن المعلومات الجوهرية التي تعد لازمة لإبرام العقد، حيث أن الشخص عندما يلجأ إلى شخص آخر من أجل تمثيله بموجب عقد النيابة فإنه لا يضع فقط ثقته فيه وإنما يجعله يحل محل إرادته، وبالتالي فالثقة التي تقع بين المتعاقدين تعتبر ذريعة لجهل مشروع.

**ثانيا :**الثقة المشروعة التي تقوم على أساس تعاملات بين القرابة

أن هذه التعاملات تقوم بناءا على الثقة والمحبة التي تشيع بين الأقارب ،غير أن هذا يتناسب عكسيا مع أداء واجب الاستعلام الملقي على عاتق أحدهما لدي التعاقد ،وهذا بناءا على وجود قرينة مفترضة مضمونها قيام الطرف الآخر بأداء واجبه قبل التعاقدي بالإعلام بصورة واضحة وكاملة .

ولكن الواقع يتطلب ترك علاقات القرابة بعيدا عن التعاقد ،لأنها لا يمكن أن تكون سببا كافيا لمخالفة ما جاء في القانون ،وسببا لإنقاص أو قيام التزامات بين الطرفين.[25]

**الفرع الثالث :شروط صحة الالتزام بالإعلام**

أن من شروط صحة الالتزام بالإعلام أن تكون المعلومة واضحة ومفهومة وأن تكون كافية من أجل أن تلفت انتباه المستهلك وتحذره من مخاطر السلع ،كما يجب أن تكون المعلومة لاصقة بالمنتجات

**أولا** :أن تكون المعلومة مفهومة وواضحة

يعد الفهم العام لاحتياجات وسلوك المستهلك من بين الأساسيات التي يجب أن يراعيها المحترف ،وذلك حتى يتمكن من توصيل المعلومات والبيانات الجوهرية له، وعلى الرغم من قلة المستوي الثقافي للمستهلك إلا أن هذا لا يمنع من أن يتهرب المحترف من مسؤوليته، فيحاول جاهدا تحقيق الغاية من الالتزام وذلك باستعمال الألفاظ السهلة والبسيطة حتى يمكن للدائن فهمه وإدراكه، لذلك يجب أن يكون مضمون الالتزام بالإعلام واضحا من طرف المهني.

وبالتالي إذا أراد المدين إثبات أنه قد قام بواجبه في إعلام المستهلك ،فما يجب عليه إلا أن يثبت أنه قد بذل العناية اللازمة في إيضاح المعلومات والبيانات التعاقدية ،وللقاضي السلطة التقديرية في إثبات ذلك

[25] المختار بن سالم ،المرجع نفسه،ص42،43

،وذلك بحسب ظروف وملابسات الحالة ولا يهم الطريقة التي تم استعمالها من أجل توصيل المعلومات فقد تكون كتابية ،أو عن طريق الإشارات ....الخ ، ولعل الهدف منها من اجل اتخاذ الاحتياط أو التحذير [26]

**ثانيا** :أن تكون المعلومة كافية ووافية

لعل أن التحذير الوافي هو الذي يلفت انتباه المستعمل إلى كل وجوه المخاطر التي يمكن أن تلحق به والذي يتطلب أن يقوم بعرض التفصيلات التي يفترض أن المشتري على دراية بها ،بصورة تتضخم معها هذه البيانات ،مما يرهق البائع ويبعث الملل في نفس المستهلك ،إضافة أن لا يكون التبصير وافيا إلا إذا أحاط المنتج بالمخاطر التي يمكن أن تنجم عن مجرد حيازة الشيء، وإبرازها المستعمل وأوضح له طريقة الوقاية منها.

وبالتالي فليس من واجبات المهني تقديم المعلومات الأساسية فقط للمستهلك ،ومما تجدر الإشارة إليه فأن تقديم المعلومات الجوهرية يكون بحسب نوع العقد، لأن في العقود التي تشمل الأجهزة الالكترونية تكون فيها المعلومات بشكل أكثر من العقود المعروفة أو لا تحتاج إلى درجة معينة من العلم .

**ثالثا:** أن تكون المعلومة لاصقة بالمنتجات

أن التحذير يجب أن لا ينفصل عن المنتوجات ،فلا يكون مجديا إذا كان الغلاف الخارجي ورقة منفصلة عنها كما أنه لا يوجد نفع من التحذير الموجه إلى المستهلك في المستندات المصاحبة للتسليم

[26]كشهيدة ثمار،الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة المستر الأكاديمي،فرع علوم قانونية وإدارية،تخصص قانون الأعمال،جامعة محمد بوضياف ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،المسيلة،2019،ص10

ولعل المشكل لا يكمن في المنتوجات ذات قوام التي يسمح بطبع التحذير عليه دون عوائق كالآلات والأجهزة الإلكترونية، وكل المنتوجات التي لها قوام صلب وإنما تكمن المشكلة في المنتوجات التي لا يمكن طبع البيانات عليها بصورة مباشرة، كالمواد السائلة واللينة مما يستوجب تعبئتها في زجاجات أو عبوات أخري،لذلك فأنه إذا كان ممكن فأنه يجب وضع التحذير على العبوة ذاتها ،إما إذا كانت توضع في عبوات أخري كالأدوية أو المواد الغذائية التي تعبأ في عبوات أكبر فأنه من الضروري في كتابة التحذير على كل عبوة صغيرة المعبأة فيمها المادة أو العبوة الكبيرة التي توضع فيها العلب الصغيرة، كما أن الفقه يري أنه من الضروري حفر التحذير على العبوة الزجاجية إذا كان ذلك ممكن، وذلك لضمان إيصال التحذير إلى المستهلك وخوف من سقوط بطاقة التحذير التي تلصق بالسلعة أو توضع معها [27].

## المبحث الثاني: الالتزام بضمان العيوب

لدراسة هذا المبحث حاولنا في المطلب الأول دراسة المفهوم قصد توضع فكرة هذا الضمان للقارئ من تخصيص الفرع الأول لدراسة تعريف هادا العيب بصفة عامة أما الفرع الثاني تطرقنا فيه إلى تبيان الطبيعة القانونية له.

أما المطلب الثاني حاولنا فيه دراسة مختلف الشروط التي يجب أن تتوفر في العيب الموجود في الشيء المبيع حتى يحصل المشتري المتضرر من جراء دالك على حقه قي الضمان

ثم بعد دلك تطرقنا إلى أحكام الضمان بالعيوب في المطلب الأخير

### المطلب الأول : مفهوم الالتزام بالضمان

[27] كشيدة ثامر،المرجع نفسه،ص11و12

في هذا المطلب سنتطرق إلى مسألتين مهمتين نتناول في الأول بتعريف العيب الحقيقي الموجب في الضمان في (الفرع الأول) ثم في الثانية تمييزه عن بعض النظم القانونية المشابهة له في (الفرع الثاني)

الفرع الأول : تعريف العيب الحقي بوجه عام

سنحاول تبيان و إبراز مختلف التعاريف و الشروحات في هدا الفرع و التي قدمها الفقهاء حول موضوع ضمان العيب الخفي سواء في مجال الشريعة ؛ الفقه و القانون كما يلي

**أولا:**تعريف العيب الحقي في الشريعة الإسلامية

لقد وردة كلمة عيب في القران الكريم مرة واحدة فقط و دالك في سورة الكهف الآية "78" في قوله عز وجل" : أما السفينة فكانت لمساكين يعلمون في البحر فأردت أن أعيبها و كان ورائهم ملك ياخد كل سفينة غصبا[28] "ولم يذكر شيء عن تعريف العيب و أحكامه لدى اكبر مفسرين القران الكريم لهده الآية .أما في الفقه الإسلامي فقد أوردت عدت تعاريف مختلفة للعيب لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ؛ فقد عرفه ابن عابدين في حاشيته " : بأنه حد ما يحلو عنه أصل الفطرة السليمة من الآفات المعرضة لها" كذلك عرفه الفقيه عبد الرحمان الجزيري بأنه " هو الذي تنقص به قيمة المبيع ، أو يفوت به على المشتري عوض صحيح.... "

من خلال هذه التعاريف يتضح أن العيب الخفي الذي يبثث للمشتري الحق في الضمان هو آفة عارضة والآفة العارضة يمكن أن تكون إما في الخلقة والتكوين أو آفة طارئة.

إن الأصل العام للتمييز بين الرداءة والعيب يجب علينا التمعن في الفطرة السليمة للشيء ، فإذا كانت طبيعة هذا الأخير تخلو من الصفة المكروهة الموجودة فيه ، فإن ظهور مثل هذه الصفة في هذا الشيء لا تخلو من هاته الصفة المكروهة بمعنى أنها تارة تكون فيه وتارة أخرى لا تكون فيه في هذه الحالة لا تعد الرداءة عيبا[29]

---

[28] سورة الكهف ، الآية ص 78

[29] شري علي ، ضمان العيب الخفي في المبيع وفقا للقانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون غير منشورة تخصص عقود ومسئولية ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند أو لحاج ، البويرة ، الصفحة 08 ، 2015/2014

**ثانيا** : تعريف العيوب الخفية فقهيا

وجد القضاء والفقه مجالا لمحاولة تعريف العيب لما استغنى المشرع عن التعريف واكتفاءه بتحديد شروط ضمانه ، فعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية في الفقه الحنفي بأنه " : العيب ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة من الآفات العارضة لها ، فقد جاء في فتح القدير لكمال بن همام أنه كلما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب "

وقد عرفها الأستاذ شكر يسرور " : هو شائبة أو نقيصة لا توجد عادة في مثل المبيع ولكن وجدت بالمصادفة فيما اشتراه المشتري " و إلى هذا المعنى ذهبت محكمة النقص المصرية حيث عرفته بأنه :

"الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع "

كذلك عرفت محكمة ليون الفرنسية العيب بأنه " النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض ولا يوجد حتما في كل الأشياء المماثلة " ويعرفه عبد الستار أبو غدة " : كما نقص عن الخلقة الطبيعية أو عن الخلق الشرعي نقصانا أو تأثير في ثمن المبيع ، ومشروعية خيار العيب في الفقه الإسلامي ، يستند إلى قول الرسول صلى الله عليه وسلم " : لا يحل لمسلم أن يبيع سمعة من السمع وهو يعلم أن عيبا فيها قل أو أكثر حتى يبين ذلك لمبتاعه " ومن الأمثلة على العيوب الخفية في المبيع شراء بناء فيه ضعف من جراء قلة المواد المستخدمة في الأعمدة[30]

**ثالثا** : تعريف العيب الخفي في القانون

إن المشرع الجزائري لم يعرف العيب الخفي الموجب للضمان في عقد البيع الذي يلتزم به البائع اتجاه المشتري ، وإنما اكتفى فقط بذكر شروطه وهذا ما يظهر جليا في نص المادة 379 ق م ج والتي نصت على ما يلي " : يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة

[30] الحدي يمينة و موفقي عواطف ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق غير منشورة تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مزيان عاشور ، الجلفة ، 2019 / 2020 ، الصفحة 15

منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع ، أو حسبما يظهر من طبيعته و استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها " .....

لا يمكننا لوم المشرع الجزائري لأنه لم يرد تعريفا خاصا بالعيب الخفي الموجب للضمان ، فمعظم التشريعات الغربية وكذلك العربية بما فيها القانون المصري و الفرنسي اللذان يعتبران من أهم المصادر التي يستقي منها المشرع نصوصه القانونية ، فقد اكتفت فقط بذكر متى يكون وما يترتب عنه من أثار ولم تورد أي تعريف له

وهذا لا يعني أن كل التشريعات لم تعرف العيب الخفي فقد عرفه المشرع العراقي في الفقرة 02 من المادة 35ق م ع على أنه " : ما ينقص ثمن المبيع عند التجار و أرباب الخبرة ، أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه[31]. "

فبالرجوع' إلى نص المادة 379 ق م ج يتبين أن المشرع قد ألزم البائع بضمان العيب الخفي الموجود في الشيء المبيع في حالتين هما:

-حالة وجود عيب في المبيع ينقص من قيمته بمعنى الآفة .

- حالة تخلف صفة من الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها في الشيء المبيع وقت التسليم

لو حاولنا إجراء مقارنة بسيطة بين ما جاءت به هذه المادة ، وبين التعاريف السالفة الذكر ل لاحظنا أن المشرع الجزائري قد أضاف حالة تخلف الصفة المشروطة ووضعها ضمن أحكام الضمان ، وفي حين أن هذه الحالة لم يعتبرها القضاء المصري عيبا موجبا للضمان من خلال الحكم الصادر عن محكمة النقض سنة 1948 ولا فقهاء الشريعة الإسلامية كذلك .

والتشريع الفرنسي هو الآخر لم يعتبر تخلف الصفة المشروطة عيبا خفيا في العقد ، بحجة أن المشتري في هذه الحالة له الحق في أن يطلب إبطال العقد على أساس الغلط دون أن يكون له الحق في المطالبة بالضمان ، مما يجعل البائع لا يلتزم بضمانها لأحكام الضمان و إنما تطبق عليها الأحكام العامة .

**الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعيب الخفي**

---

[31] أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري ، ( المعدل و المتمم ) ، الجريدة الرسمية للجريدة الجمهورية الجزائرية ، الصادرة في 13 ماي 2007

من خلال ما سبق يمكن طرح التساؤل حول هذه الصفة المشروطة وهل يعد تخلفها في العقد عيبا يستوجب الضمان أم أن المشرع الجزائري وضعها ضمن الأحكام الخاصة بالضمان فقط ؟

لكي نجيب على هذا التساؤل ويجب علينا أن نوضح بأن المشرع الجزائري في المادة 379قانون مدني، قد حذا حذو المشرع المصري في قانونه المدني الجديد إذ نجد بأن نص المادة 379 ق م ج مطابقة لنص المادة 447 ق م م ، التي أدمج فيها المشرع المصري حالة تخلف الصفة المشروطة في العقد ضمن أحكام الضمان .

على عكس ما كان معمول به في القانون القديم حيث لم يكن يعتبر تخلف الصفة المشروطة من قبل العيب الموجب للضمان ، ويترك أمر تخلفها للقواعد العامة إذ يرجع ذلك إلى تأثر المشرع المصري بفقهاء الشريعة الإسلامية أثناء تلك الحقبة ولم يعتبروا تخلف الصفة المشروطة في العقد بمثابة عيب خفي يستوجب الضمان ، إذ يظهر ذلك من خلال التعريف الذي أوردته محكمة النقص في حكمها الذي سبق ذكره

إن تخلف الصفة المشروطة التي تعهد بوجودها البائع في العقد لا تعتبر عيبا ، و استثناءا إذا أراد المشرع ذلك وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 379 ق م ج ، مقتديا بالقوانين الحديثة و التي تحرص على تطبيق أحكام الضمان على تخلف الصفة المشروطة في العقود ، يصبح بذلك للعيب الخفي – الذي يلتزم البائع بضمانه – مفهومان عام وخاص ، العام يشمل العيب بمعنى الآفة العارضة والعيب بمعنى تخلف الصفة ، أما المفهوم الخاص فيقتصر على العيب بمعنى الآفة العارضية

تسري على القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش [32] الأحكام السابقة الذكر من خلال ما جاء في نص المادة 11 منه والتي نصت على أنه : " يجب أن يبلي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه ومنشئه ومميزاته ....."

[32] قانون رقم 09 – 03 : مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، الجريدة الرسمية ، العدد 15 الصادر بتاريخ 08 مارس 2009

مؤكدة ضرورة مطابقة المنتوج للمواصفات الخاصة به و المميزة له التي يضمن وجودها المنتج شأنها في ذلك شان القواعد العامة للقانون المدني [33]

## المطلب الثاني :شروط العيب الموجب للضمان وفقا لأحكام القانون المدني

في هذا المطلب سنحاول توضيح مختلف الشروط التي خص بها المشرع الجزائري العيب الخفي ، التي لا يمكن للمشتري الحصول على حقه في الضمان إلا إذا اجتمعت في العيب الذي يصيب المبيع ، فتجعل منه غير صالح للغرض الذي أعد من أجله أو تنقص من قيمته ، ومن بين هذه الشروط التي أوجب القانون توافرها في هذا العيب هي أن يكون قديما و مؤثرا و خفيا ، وفي نفس الوقت غير معلوما للمشتري وفقا للأحكام العامة في التعاقد " الفرع الأول " ثم سنتناول هذه الشروط وفقا لما جاء في القواعد الخاصة لحماية المستهلك في " الفرع الثاني "

### الفرع الأول : الشروط الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان وفقا لأحكام القانون المدني

إن الشروط الواجب توافرها وفق أحكام القانون المدني في العيب حتى يعتبر مرئيا للالتزام بالضمان تتمثل في أربعة شروط كالآتي:

**أولا** : أن يكون العيب خفيا

ويقصد بذلك انه ذلك العيب الذي لا يمكن للمشتري أن يتبينه بنفسه حتى ولو قام بفحصه بعناية الرجل العادي ، وعليه إذا كان العيب مما يمكن اكتشافه بمجرد فحص المشتري للمبيع بعناية الرجل العادي فإنه بمجرد فحص المشتري للمبيع بعناية الرجل العادي فإنه بذلك يعتبر عيبا ظاهرا ولا يضمنه البائع

**ثانيا** :أن يكون غير معلوم للمشتري

لقد جاء في نص المادة 379 فقرة 02 : " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع ، أو كان باستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فصح المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا ثبت المشتري أن البائع أكد خلو المبيع من تلك العيوب أو أنها أخفاها غشا منه " فبذلك لا يكون البائع ملما بضمان العيوب التي كان المشتري على علم بها ، ويمكن له إثبات علم المشتري بها بمختلف وسائل

[33] شرقي علي ، المرجع السابق ، ص 11 و 12 و 13

الإثبات غير أنه يكون ملزما بالضمان إذا ثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من العيوب أو تعمد البائع إخفاءها غشا منه كاستثناء

**ثالثا** : أن يكون العيب مؤثرا

و يقصد به العيب الذي ينقص من منفعة المبيع أو من القيمة المادية له بحسب الغاية المقصودة منه وتحقق أو تظهر هذه الأخيرة حسب ما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو استعماله ، وعليه ينبغي للعيب أن يكون مؤثرا تأثيرا جسيما ، أما العيب الذي يؤثر فقط على مزاج المستهلك فلا يعتد به بإستثناء الأشياء الباقية

**رابعا** : أن يكون العيب قديما

العيب القديم هو أن يكون موجودا وقت تسليم المبيع للمشتري سواء وجد هذا الغيب قبل تمام البيع أو بعد تمامه ، وعليه إذا العيب قتل هذا الوقت لم يكون موجودا وحدث بعد تسليم المبيع لا يضمنه البائع [34]

**الفرع الثاني : شروط العيب الموجب للضمان وفقا للقواعد الخاصة بحماية المستهلك**

إن القواعد الخاصة المتعلقة بحماية المستهلك أشارت إلى الشروط الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان والمتمثلة أساسا في شرطين هما : أن يحدث العيب خلال فترة الضمان وأن يرتبط هذا العيب بصناعة المنتوج و لاسيما بموجب القانون رقم 09-03 و المرسوم التنفيذي رقم 13-327

**أولا** : أن يحدث العيب خلال فترة الضمان

خلال فترة زمنية معينة يضمن المتدخل صلاحية المنتوج للاستعمال ، لا تقل غالبا هذه الفترة عن 06 ستة أشهر ابتداء من يوم تسليم المنتوج بالنسبة للسلع الجديدة ولا تقل عن 03 ثلاثة أشهر بالنسبة للسلع المستعملة

**ثانيا** : أن يرتبط هذا العيب بصناعة المنتوج

[34] – سلوى قداش : " الالتزام بالضمان بين القواعد العامة في التعاقد وقانون حماية المستهلك " ، مجلة المباحث للدراسات الأكاديمية ، جامعة باتنة 1 ، العدد الثاني عشر ، الجزائر ، جانفي 2018 ، الصفحة 503

من خلال الشهادات التي تصدرها الشركات المنتجة يتضح بأن مسؤولية الشركة تنحصر في إصلاح وتغيير قطع الغيار في حالة وجود عيوب في التصنيع بمعنى ضمان الخلل الراجل إلى المبيع نفسه ، أما إذا كان الخلل خارجيا فإن الضمان لا يغطيه ، لذلك فالشهادات ( الضمان )

تستبعد صراحة كل ما ينجم عن سوء استخدام أو الإهمال أو مخالفة التعليمات أو تدخل الغير أو القوة القاهرة ، ويفهم كذلك من خلال نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 صراحة بأنه : " يكون مسئولا عن العيوب الموجودة أثناء تسليمها أو تقديم الخدمة" [35]

## المطلب الثالث: أحكام الالتزام بضمان العيوب المخفية

يؤدي احتواء الشيء المبيع على عيب بمفهومه وشروطه سبق ذكرها في المطلبين ، من خلال هذه الدراسة إلى قيام التزام البائع بالضمان القانوني للعيب الخفي

يؤدي هذا الالتزام إلى نشوء حق مقابل للمشتري ، يتمثل في رفع دعوى قضائية هي دعوى الضمان القانوني لعيوب المبيع الخفية لذا سنحاول توضيح كيفية ممارسة والإجراءات المتبعة في الحصول على الضمان في ( الفرع الأول ) وكذا موضوع دعوى الضمان و حالات سقوطها في ( الفرع الثاني )

### الفرع الأول: ممارسة دعوى الأمان

يجب لدراسة كيفية ممارسة دعوى ضمان عيوب بالمبيع الخفية تناول الشروط الإجرائية و الموضوعية التي تختص بها ، لذلك سنتطرق إلى الإجراءات الواجب اتخاذها للحصول على الضمان

**أولا** : الإجراءات الواجب اتخاذها للحصول على الضمان

يتعين على المستهلك لكي يطالب بحقه في مواجهة المنتج ، أولا أن يخطر المنتج بالعيب الموجود فور اكتشافه له ، بحيث إذا مرت مدة معينة و انقضت وانقضت لا يكون له الحق في ذلك سواء كان العيب

---

[35] ين بعلاش خاليدة ، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق ، غير منشورة ، تخصص قانون اقتصادي ، قسم الحقوق ، كلية لحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2018/2017 الصفحة 31

مما يمكن اكتشافه بالفحص العادي أو لا يكون بمقدوره ذلك إلا بالفحص الفني ، والإخطار يعتبر إجراء أوليا لقبول دعوى الضمان ، فإذا لم يقم المستهلك بإخطار البائع بوجود العيب الخفي خلال فترة زمنية معقولة من استلامه للمبيع فقد اعتبرت دعوى الضمان غير مقبولة ولا يتضح من نص المادة 380 ق م ج المدة التي جيب على المشتري ، في خلالها إخطار البائع بالعيب ، إنما تركها للمألوف في التعامل من جهة ، ولطبيعة الشيء المبيع من جهة أخرى .

ويكون الإخطار حسب نص هذه المادة واجبا على المستهلك ( المشتري ) حتى يحق له الرجوع على البائع بدعوى الضمان ، وكما هو أيضا في نصوصه قانون حماية المستهلك إذ أوجب المشرع فحص المنتوج من طرف المستهلك وإذا ما ظهر له خلل يؤدي إلى توقف عن أداء وظيفته فإنه في هذه الحالة عليه أن يقدم شكوى ، ويمكن أن يقوم المتدخل بمعاينة مضاءه خلال مدة 10 عشرة أيام ابتداء من تاريخ استلام الشكوى

يقوم المستهلك بإعذار المتدخل عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام و إذا لم ينقذ المتدخل وجوب الضمان خلال 30 ثلاثين يوما من تاريخ استلام الشكوى ، فإن لم يلتزم المتدخل بالرغم من هذه الإجراءات فإنه يمكن للمستهلك اللجوء إلى القضاء لإجبار المتدخل على أداء التزامه[36] وذلك بواسطة رفع دعوى الضمان

**ثانيا** : أطراف دعوى ضمان العيوب الخفية

ينشأ عن ضمان العيوب الخفية للمبيع التزام في مواجهة المدين بالضمان يقابله حق إيجابي لمصلحة الدائن بالضمان ، يشكل هؤلاء الأشخاص طرفي الدعوى و الذين يتم تحديدهما استنادا إلى القاعدة العامة ، والتي مفادها انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين وخلفهما العام و الخاص دون غيرهما ويعرف بالأثر السلبي

1 المدين بضمان العيوب الخفية للبيع

[36] بادحمان بوحاص ومومني علي ، الالتزام بضمان العيوب الخفية من قبل المنتج كضمانة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، غير منشورة ، تخصص قانون أعمال ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة دارية ، ادرار، 2017 / 2018 ، ص 64

باعتبار البائع الملزم قانونا بضمان العيوب الخفية فإنه يتم رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ضده ، أما إذا استوفى البائع فإن التزامه لا ينتقل إلى ورثته ألا يبقى دينا في التركة التي تبقى مؤولة من نتائج الضمان الذين يحصلون على ما بقى بعد تعيين حرمان المشتري من الضمان مما يعني أن وفاة البائع لا تعني حرمان المستهلك من الضمان ، وهذا وقد يحدث أن يكون البائع مكفولا مما يحق للمشتري حماية أكبر حيث يجوز له بالرجوع على البائع

و الإشكال المطروح هنا هو ما إذا كانت دعوى ضمان العيوب الخفية تقبل التجزئة في حال تعدد المدينين بالضمان و الواقع أن الفقه متفق على أن دعوى الضمان تقبل القسمة على المدينين ومع ذلك أنه يرجع بضمان العيوب الخفية على المدينين وعليهم كل بمقدار نصيبه في الملكية و لايمكن الرجوع بالضمان كله على واحد منهم

2 الدائن بضمان عيوب المبيع الخفية

يقصد به المشتري ، تطبيقا لقاعدة نسبية العقود التي تحول دون استفادة من يستعمل المبيع بصفة أخرى غير صفة المشتري من ضمان عيوب المبيع الخفية ، ويتنقل حق الضمان إلى ورثه المشتري والذي يجوز لهم الرجوع على البائع بضمان العيوب الخفية للمبيع في حالة وفاة مورثهم بقدر نصيب كل واحد في الغبن محل عقد البيع

وفي حالة تعدد ورثة المشتري يمكن للبائع مطالبة هؤلاء بالاتفاق على رد الغبن ولا يجوز أن يرد عليه بعض الورثة جزء من المبيع لتفادي تفرق الصفة وهل يعني ذلك أن الضمان لا يقبل التجزئة عند تعدد الدائنين بالضمان

إن الفقه يجيب بأن الضمان يقبل التجزئة عند الدائنين بالضمان كما أنه لا يمكن أن تجزء دعوى الضمان عند استحالة تجزئة الصفقة حيث يجب في هذه الحالة أن يتفق الدائنون على رد المبيع كاملا ولا يمكن تجزئة حقهم بالضمان طالما استحال تجزئى المبيع

أيضا إن حق المشتري ينتقل إلى ورثته فينتقل إلى خله الخاص هذه الفرضية في الواقع تفوض التطرق إلى إشكالية البيع المتتابعة التي تتوفر عندما تتوالى عقود البيع ولا تشترك سوى في كونها تتعلق بذات المبيع ، حيث يذهل الفقه إلى أن حق مشتر في الضمان ينتقل إلى خلفه الخاص الذي يجوز له المطالبة عن طريق اللجوء بهذا الضمان إلى أحد الدعاوي التالية :

– دعوى الشخصية ضد المشتري الأول " ضمان العيب الخفي أي الدعوى التي استمدها من عقد البيع الثاني

– دعواه غير المباشرة التي يرفعها باسم المشتري الأول نفسها ضد البائع بضمان العيب الخفي [37]

**الفرع الثاني : تقادم الدعوى ومسقطات الضمان**

سنحاول في هذا الفرع تبيان تقادم دعوى الضمان أولا ثم مسقطاتها ثانيا

**أولا :** تقادم دعوى الضمان

قد لا يستطيع المشتري من فحص المبيع أو التأكد من سلامته وخلوه من العيب مباشرة بعد البيع أو بعد تسلمه ، إذ يمكن له أن يفعل ذلك بعد مدة طويلة ويكشف بأن فيه عيب ويحاول المطالبة بضمانه بعد أن تكون المدة قد طالت ويبقى البائع معرض للمطالبة بالتزامه بضمان العيب مدة طويلة جدا لذلك أوجد المشرع مدة يجب على المشتري من خلالها المطالبة بالضمان فإذا انتهت فلا يمكنه المطالبة بعد ذلك لئلا يبقى البائع معرضا لرد المبيع إليه .

وبذلك يكون سقوط دعوى الضمان العيوب الخفية بالنسبة للمشتري المتعاقد مع المنتج تكون بانقضاء سنة من تاريخ تسليم المبيع ، حتى لو اكتشف العيب بعد انقضاء هذا الأجل بشرط ألا يكون البائع العيب عن المشتري غشا منه ، حيث نصت المادة 383 ق م ج على انه : " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو يكف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل مالم يلتزم البائع بالضمان مدة أطول ، غير أنه لا يجوز للبائع التمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه " [38]

وعليه فإن تقادم دعوى ضمان العيوب الخفية يكون بمضي سنة من وقت تسليم المبيع ، ولا يكفي مجرد كشف العيب وإخطار البائع به بل يجب دفع دعوى الضمان خلال مدة سنة تبدأ من وقت تسليم المبيع فعليا وليس حكميا بمعنى أن دعوى الضمان تسقط بالتقادم خلال هذه المدة ، ولا يمكن رفعها إلا بعد أن يكشف

---

[37] الحدي يمينة و موقفي عواطف ، المرجع السابق ، ص 35

[38] الأمر رقم 75–58 ، السابق ذكره

العيب بالفعل كما انه لا يجوز الاتفاق على تقصيرها لتخفيف الضمان ، تخضع هذه المدة للوقف والانقطاع طبقا للقواعد العامة

ورغم ذلك أجاز المشرع أن تكون هذه المدة أطول إذا قبل البائع أن يمد في الضمان ، فالضمان أوجد لحماية المستهلك " المشتري " ، فإن وجد اتفاق لزيادة هذه الحماية فلا يمانع من ذلك القانون بشرط أن لا يمتد ليتخطى 15 سنة لان مدد التقادم تعتبر من النظام العام ، أي أن ضمان العيب يكون لمدة أدناه سنة من يوم تسليم المبيع وبعد أقصى مقداره 15 خمسة عشر سنة .

**ثانيا** : مسقطات الضمان

سنحاول هنا توضيح الحالات التي يسقط فيها الضمان كالآتي :

1 – ظهور عيب جديد بالمبيع بعد التسليم

إذا ظهر عيب جديد في المبيع وهو عند المستهلك ، فلا يسمح له برده بحجة العيب القديم الذي فيه ، والسبب في عدم السماح له بالرد أنه أراد رده فيجب أن يرده بالوضع الذي كان عليه قبل التعاقد، ولن يتمكن من ذلك لأنه حدث عيب جديد ، ففي مثل هذه الحالة لا يسمح له بالرد إلا إذا قبل البائع أخده بالعيب الجديد بحصوله على تعويض من المستهلك ، ويمكن له أن يقبله بدون تعويض ، وفي حالة زوال العيب الحادث الجديد وتمكن من إعادة المبيع بنفس الوضع الذي كان عليه قبل التعاقد عاد للمشتري الحق في رد المبيع بعيبه القديم

مثال على ذلك : لو أن شخصا ما بعد شرائه سيارة تبين له أن فيها عيب وقبل أن يردها إلى البائع اصطدم بحائط أدى إلى حدوث أضرار بها ، في هذه الحالة لن يتمكن من ردها بحجة العيب القديم الموجود بها ، ولحدوث عيب جديد كان هو سببا فيه ، إلا إذا قبل منه البائع ردها بتعويض أو بدون ذلك

2 تحول المبيع إلى شيء آخر

إن في حالة تحول المبيع إلى شيء آخر لم يبقى صالحاً لما أعد له أصلا ، إذ يحرم المشتري من حق الضمان إذا قام بتحويل المبيع من شكل إلى آخر ، وإذا لم يكن التحول بفعل المشتري كأن يكون تلقائيا أو بفعل الظروف أو أن المبيع برغم من تحوله إلى شيء آخر بفعل المشتري بقى صالحا لما أعد له في الأصل ففي الحالتين لا يمنع المشتري من رد المبيع المعيب .

3 – زوال العيب الذي كان لاحقا بالمبيع

إذا زال العيب ، وكان بطبيعته عيب مؤقت ، فإن حق المشتري بالضمان ينقضي بزوال العيب ، كما أنه يتعين لسقوط دعوى الضمان أن يكون العيب بطبيعته مؤقتا وغير قابل للظهور مرة أخرى ، أما إذا كان زوال العيب أمرا عرضيا وقابلا للظهور في المبيع بعد ذلك فلا يعتبر مؤقتا وتسقط تبعا لذلك دعوى الضمان

4 – التنازل الصريح و الضمني

يمكن للمشتري التنازل عن الضمان فهو حق مقرر لمصلحته ، إذا عدل المشتري عن الدعوى صراحة بعد وقوفه على عيب معين في المبيع ، ولا يمنع من مباشرتها بسبب عيب أخر ، و إذا علم المشتري بوجود العيب تم تصرف في المبيع فلا رجوع له بالضمان ، إذ يفيد التصرف في هذه الحالة الرضا بالعيب والنزول ضمنا عن التمسك بالضمان ، مالم يكن قد احتفظ بحقه في الرجوع بالضمان قبل التصرف ، ويقع على عاتق البائع عبء إثبات النزول

5 – هلاك المبيع

يظل حق المشتري في الضمان قائما أيا كان سبب الهلاك بعد التسليم حتى ولو كان الهلاك راجعا إلى خطئه ، إلا إذا كان جسيما فإن المستهلك لا يستطيع أن يرد المبيع للبائع لأنه أصبح مستحيلا بسبب هو مسئول عنه فلا يكون للمستهلك إلا أن يطالب بتعويض عن الضرر الذي أصابه من العيب ، أما إذا كان العيب جسيما وهلك المبيع في يد المستهلك لسبب أجنبي أو لسبب العيب ذاته ، فلا يرد للبائع إلا ما أفاده من المبيع قبل هلاكه

والقاعدة العامة تبرر تحمل المستهلك تبعة المبيع إذا هلك بخطئه فإنها أيضا توقع على عاتق المالك وهو المستهلك هلاك الشيء المبيع إذا كان مرد ذلك بفعل القوة القاهرة ، لأنه لا يستطيع رد الشيء المبيع إن دعوى الضمان تبقى ولو هلك المبيع لأي سبب كان ، ذلك أن دعوى ضمان العيوب الخفية لا

تنقضي بهلاك المبيع في يد المستهلك بعد التسليم ، بينما هلاك المبيع قبل التسليم فيكون على عاتق

البائع ، فالقاعدة هنا أن هلاك المبيع أيا كان سببه لا يؤثر على حق المستهلك في الضمان ولكن نطاق هذا الحق يختلف باختلاف سبب الهلاك[39].

## المبحث الثالث: الحق في العدول عن العقد

يعتبر الحق في العدول من الأدوات القانونية لتي أقرها الفقه والتشريع لحماية المستهلك بعد إبرام العقد، وقبل التطرق للحديث عن هذا الحق يقتضي الحال تحديد مفهومه وطبيعته القانونية، وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول لمفهوم العدول عن العقد من خلال تعريفه وخصائصه ونشأته، وفي المطلب الثاني نتناول طبيعته القانونية.

### المطلب الأول: مفهوم الحق في العدول عن العقد

لتوضيح مفهوم الحق في العدول قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، في الفرع الأول نتعرض إلى تعريف الحق في العدول وخصائصه، أما في الفرع الثاني فنتناول نشأة هذا الحق.

#### الفرع الأول: تعريف الحق في العدول و خصائصه

قبل التطرق إلى تعريف حق العدول عن التعاقد تجب الإشارة لمسالة مهمة وهي أن الفقه والتشريع استخدما عدة مفاهيم للتعبير عن الحق في العدول مثل الحق في الرجوع أو وفي هذه الدراسة سوف نعتمد مصطلح العدول للدلالة على رجوع إعادة النظر.. [40] عن العقد والتخلي عنه، وذلك لاستخدامه من طرف المشرع

---

[39] بادحمان بوحاص ومومني علي ، المرجع السابق ، الصفحة من 72 إلى 76

[40] سه نكه ر على رسول، حماية المستهلك وأحكامه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016 ،ص. 248

الجزائري في القرض المستهلك[41] الاستهلاكي من خلال المرسوم التنفيذي رقم 12 / 111 المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي والذي نص في المادة 3/11 ..." غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدتها 8 أيام عمل تحسب من تاريخ إمضاء العقد "[42] كما نصت المادة 1/14 من نفس المرسوم.

"عندما يتم بيع المنتج على مستوى المنزل فأن مدة العدول تكون سبعة أيام مهما يكون تاريخ التسليم أو تقديم السلعة"[43]

**أولا** : تعريف الحق في العدول

1-التعريف الفقهي:

عرف بعض من الفقه الفرنسي العدول بأنه إعلان رجوع المتعاقد عن إرادته المعبر عنها من قبل وتجريدها من كل أثر في الحاضر و المستقبل، فهو تعبير عن إرادة عكسية.[44]

والعدول سلطة يمارسها أحد المتعاقدين )المستهلك ( تهدف إلى التحلل من العقد بالإرادة المنفردة دون اعتبارا للطرف الآخر .[45]

---

[41] عرف المشرع الجزائري المستهلك بموجب المادة 11 الفقرة الأولى من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/01/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش الصادر بالجريدة الرسمية عدد 15 الصادرة بتاريخ 2009/03/08 ،بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني، بمقابل أو مجانا، سعلة أو خدمة موجهة للاستهلاك النهائي من أجل تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به

[42] المرسوم التنفيذي رقم15-114 المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، المؤرخ في 12 مايو 2015 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 10 الصادر بتاريخ 13 مايو2015.

[43] المادة 1/14 من المرسوم التنفيذي رقم 15 -114 ،- السالف الذكر-.

[44]

[45] سامية لموشية، خيار رجوع المشتري في عقد البيع الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمت لخضر، العدد 19 ، الوادي، ألج ا زئر، جانفي 3112 ، ص، 331.

2- التعريف القانوني:

يعرف العدول قانونا على أنه حق يثبت للمستهلك للتراجع عن العقد خلال فترة زمنية محددة قانونا، ويمارس هذا الحق دون مقابل ومن دون ذكر الأسباب فهذا الحق نظمته العقود المبرمة عن بعد عامة، والعقود الالكترونية خاصة؛ فقانون الاستهلاك الفرنسي المعدل بالقانون رقم 841-2005 في المادة L.121.20 نص بأن " للمستهلك أجل 07 أيام كاملة لممارسة حق الرجوع عن العقد دون أي سبب، ودون دفع أي مبالغ باستثناء مصاريف الإرجاع، أما التوجيه الأوروبي رقم 97/07 الصادر في 20 ماي 1997 المتضمن تنظيم التعاقد عن بعد في المادة 06/01 وجاء فيها: " كل عقد عن بعد يجب أن ينص على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة معينة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فأن مهلة السبعة أيام تبدأن تاريخ إبرام العقد وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال خطاب مكتوب يتضمن العناصر الرئيسية للعقد.[46]

يفهم من هذا التعريف أن الحق في العدول هو آلية قانونية تمكن المستهلك من عدم الاستمرار في العقد وإلغاء البيع في الفترة الزمنية التي حددها القانون، من دون أن يقدم الأسباب التي دفعته لذلك ودون أن يدفع تعويض للممول.

[46] معزوز دليلة، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني، مجلة معارف، قسم الحقوق جامعة البويرة، العدد 22 ، البويرة – الجزائر، جوان 2017 ، ص05.

تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري على غرار المشرع المغربي والتونسي لم يعرف الحق في العدول لكونه مفهوما جديدا لم يتناوله إلا من خلال المرسوم التنفيذي 114/15 المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي المؤرخ في 12 مايو 2015.

من خلال التعريفات السابقة يتضح أن الحق في العدول هو عبارة على أداة قانونية أقرها المشرع للمستهلك دون غيره تمكنه من إبطال عقد الاستهلاك والرجوع إلى الحالة القانونية التي تسبق إبرام العقد، وهذا خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد.

**ثانيا:** خصائص الحق في العدول.

يتميز الحق في العدول بمجموعة من الخصائص تميزه عن غيره من حالات الإبطال الأخرى منها :

* يرد الحق في العدول على العقود الصحيحة فقط لأن العقد الباطل لا يرتب أثرا.[47]

* أن مصدر الحق في العدول القانوني أو الاتفاق هو الإرادة المنفردة للمستهلك، دون الحاجة إلى موافقة المهني أو اللجوء للقضاء أو إلى إثبات التعرض.[48]

* تعتبر ممارسة الحق في العدول من النظام العام لا يجوز التنازل عليه ويبطل كل شرط يقضي يحرمان المستهلك من ممارسة هذا الحق.[49]

---

[47] عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص768.

[48] عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، مجلة جامعة النجاح للأبحاث نابلس، المجلد 27، 2013، الاصدار01، فلسطين ص 15

[49] عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص770.

* يرد هذا الحق على عقود الاستهلاك دون غيرها من العقود وهو محدد المدة وينقضي باستعماله أو بفوات المدة المحددة له.[50]

* هذا الحق يتقرر بسلطة تقديرية من قبل المستهلك ولا يحق للمهني أو القضاء مساءلته عن سبب استخدامه لحقه في العدول.[51]

**الفرع الثاني : نشأة الحق في العدول.**

بعدما تطرقنا إلى تعريف العدول وخصائصه في الفرع السابق وحتى يتسنى لنا الإمام بمفهوم الحق في العدول نتناول في الفرع الثاني نشأة هذا الحق.

وتنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون."[52]

فالعقد إذا أنعقد بالشكل الصحيح فلا يجوز لأطرافه التحلل منه بالإرادة المنفردة وهذا تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد. فيصبح هذا العقد معبرا عن إرادة أطرافه، وإذا شاب هذه الإرادة عيب أصبح ذلك كافيا لإبطاله.

---

[50] عمر محمد عبد الباقي، مرجع سابق، ص770.

[51] موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011 ، ص240.

[52] الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

أما إذا خلت هذه الإرادة من العيوب وسلمت أركان العقد من العيب المؤدي للإبطال، فلا يجوز للمتعاقد أن يتمسك بأن العقد لا يعبر تعبيرا صحيحا عن إدارته لأنه وقع تحت تضليل المتدخل.[53]

في الوقت الراهن ومع التطور الذي عرفته وسائل الدعاية والإشهار المختلفة تولدت رغبة لدى المستهلك في التعاقد خارج إرادته ودون الحاجة للسلعة أو الخدمة، و إنما تحت ضغط الإشهار المسلط عليه والذي تفنن المتدخل[54] في إبداعه فأنتزع منه رضاه دون أن يمنح له الوقت الكافي للتفكير والتدبر، لذلك أصبحت الإرادة لا تعبر حقيقة عن رضا المستهلك أمام هذه الحالة، فأصبح لزاما إيجاد آلية قانونية تحمي المستهلك بعد إبرامه للعقد، فتوجه الفقه والتشريع إلى آلية الحق في العدول.[55]

يعتبر الحق في العدول حقا حديث النشأة يهدف إلى حماية رضا المستهلك في بيوع محددة وخاصة التي يسهل فيها عملية البيع والتعاقد، ونشأ هذا الخيار أولا في الدول الغربية ثم أنتقل إلى الدول العربية.

**أولا** : نشأة العدول في التشريعات الغربية.

يعتبر المشرع الفرنسي سباقا إلى إدراج هذا الحق وكان ذلك من خلال القانون الصادر في 12 يوليو 1791 والمتعلق بالتعليم بالمراسلة الذي نص على أحقية الطالب بالرجوع في التعاقد مع المؤسسة التي تقدم له التعليم بإرادة منفردة إذا رأى أن وسائل التعليم المستخدمة لا تتفق مع ما كان ينتظره. ثم ألحقه بقانون 60/72 الخاص بالتمويل الائتماني لسنة 1972 والقانون 173/72 الخاص بالبيع بالمنزل لسنة 1972.

---

[53] موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 213.

[54] عرف المشرع الجزائري المتدخل بموجب المادة 03 الفقرة السابعة من القانون رقم 03/09 السالف الذكر بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عرض المنتجات للاستهلاك.

[55] موفق حماد عبد، المرجع نفسه، ص 213.

والتي أعطى فيها المشرع الفرنسي للمستهلك حق العدول.[56] وسارت على هذه الفكرة معظم التشريعات الغربية .

**ثانيا:** نشأة العدول في التشريعات العربية.

أما في الدول العربية فأول من أقر هذا الحق المشرع لبناني وكان ذلك في قانون حماية المستهلك لسنة 2005، حيث نص في المادة 55 منه "... يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفق هذا الفصل العدول عن قراره..." فكان المشرع لبناني هو الأول عربيا في إقرار الحق في العدول.

كان للمشرع المغربي السبق في إقرار هذا الحق على مستوى دول المغرب العربي [57]فنص على ذلك في القانون08-31 لسنة 2011 المتعلق بحماية المستهلك وحصرها في ثلاث أنواع من العقود، العقود التي تبرم خارج المحلات التجارية والعقود التي تبرم عن بعد وعقد القرض الاستهلاكي.[58]

حماية المستهلك بواسطة حق العدول جاءت لتعزيز هذه الحماية ليس من جراء تغول المتدخل واستعماله لشتى أنواع الإغراءات وإنما حمايته من نفسه وضعفه الشخصي وقلة خبرته. لذلك أجاز له المشرع بالعدول حتى أصبح هذا الحق القاسم المشترك لمعظم التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك.[59]

---

[56] موفق حماد عبد، المرجع نفسه، ص 216.

[57] لم يتناول كل من المشرع الجزائري والتونسي الحق في العدول من خلال قانون حماية المستهلك، فالمشرع الجزائري تناوله في المرسوم التنفيذي المنظم للقرض الاستهلاكي رقم 114/15 المؤرخ في 12 مايو 2015. بينما المشرع التونسي أدرجها في القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية رقم 2000/83 المؤرخ في 09 أوت 2000.

[58]

[59] موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 215.

## المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحق العدول.

ينعقد العقد بتلاقي إرادة أطرافه أما العدول فيقع بالإرادة المنفردة للمستهلك ويترجم ذلك سلطته على هدم العقد، ويكون بذلك قد مارس حقا، أو استند إلى اتفاق أو إلى نص قانوني. ولتحديد الطبيعة القانونية للحق في العدول قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول التكييف القانوني لحق العدول أما في الفرع الثاني نتناول فيه الأساس القانوني لهذا الحق.

### الفرع الأول : التكييف القانوني للحق في العدول.

اختلف الفقه في التكييف القانوني لحق العدول بين من يعتبره حق شخصي أو حق عيني ورأي ثالث اعتبره رخصة قانونية.

**أولا** : العدول حق شخصي.

يعرف الحق الشخصي بأنه ا ربطة بين دائن ومدين يطالب بموجبه الدائن المدين بأداء معين من الأداءات أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل [60] فالدائن يمارس حقه في مواجهة المدين مباشرة، لذلك اعتبر الفقه ن حق العدول هو حق شخصي لكون العلاقة القانونية بين الدائن والمدين أي بين من تقرر له الحق لمصلحته وبين من يمارس الحق في مواجهته متوفرة في العدول. فالحق الشخصي سلطة يحوزها من له الحق في تنفيذ العقد أو العدول عنه يمارسها في مواجهة الطرف الآخر. إلا أن هذا الرأي لاقى على اعتبار أن الدائن لا يملك السلطة الكافية لإجبار المدين لاستيفاء حقه. ولا يمكن أن يستوفي هذا الحق إلا بتدخل من المدين نفسه.[61] بينما العدول لا يستلزم هذا التدخل من المدين فالمستهلك يستطيع العدول عن العقد

---

[60] سه نكه رعي رسول، مرجع سابق، ص 255.

[61] موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 231.

حتى لو رفض المهني ذلك. كما لا يمكنه أن يطالبه بفعل ايجابي أو سلبي، كما أن المهني لا يقع عليه الالتزام اتجاه المستهلك، لذلك فلا وجود للحق الشخصي في خيار العدول[62].

**ثانيا:** العدول حق عيني.

هناك قسم آخر من الفقه يرى أن العدول حق عيني وليس بالحق الشخصي على اعتبار أن الحق العيني هو سلطة لشخص على شي معين يكون له الحق في الحصول على منافعه والاحتجاج به في مواجهته الغير وحجتهم في ذلك أن العدول يقع على عين تمنح مالكها سلطة تؤهله إلى إمضاء العقد أو العدول عنه.[63]

يرى منتقدو هذا الرأي أنه لا يمكن القول بهذا التكييف على أساس أن العدول لا يمنح المستهلك سلطة مباشرة على شيء وإنما يمنحه إمكانية نقض العقد الذي أبرمه متسرعا ومن غير تبصر، وهو لا يمارس سلطة على العين سواء بالتصرف أو بالاستغلال لذلك لا يمكن عده حقا عينيا.[64]

**ثالثا :** العدول رخصة قانونية.

ذهب أ ري في الفقه إلى اعتبار أن حق العدول هو رخصة قانونية تمكن من يحوزها من إحداث أثر قانوني، والرخصة هنا بمعنى الحرية كحرية العمل والتنقل وحرية التعاقد.

لكن الرخصة لا تكون لفرد دون غيره من الأفراد على سبيل الاستثناء لكنها تثبت للجميع، كما أنها لا تثبت لسبب معين بذاته وإنما تثبت بالإذن العام من المشرع، لذلك اعتبر فريق من الفقهاء أن الرخصة لا يمكن

---

[62] موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 215.

[63] سه نكه رعي رسول، مرجع سابق، ص 255.

[64] موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 232.

أن تكون تكييف للحق في العدول. وهناك رأي آخر من الفقهاء اعتبرها ممكنة، فهي تخول لصاحبها إحداث مركز قانوني أو منع نشوئه بالإرادة المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إ رادة من تمارس هذه الرخصة في مواجهته[65].

**الفرع الثاني : الأساس القانوني لحق المستهلك في العدول.**

ميز الفقه بين نوعين من مصادر الحق في العدول وهما إما أن يكون في اتفاق المتعاقدين ويسمى ذلك عدول اتفاقي أو في نصوص القانون ويسمى في هذه الحالة العدول التشريعي.

**أولا** : العدول ألا تفاقي.

يعتبر اتفاق المتعاقدين هو أساس الحق بناء على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين لكون الحق في العدول يعد استثناء لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فبإمكان المتعاقدين الاتفاق على مخالفة هذا المبدأ وإعطاء حق العدول لكليهما أو لأحد منهما الإرادة المنفردة دون الرجوع للطرف الآخر، ويصبح العقد في هذه الحالة غير ملزم وقابل للعدول عنه. لكن يشترط أن يقيد هذا الحق بفترة زمنية محددة يتم فيها العدول، وبانتهاء هذه المدة يصبح العقد باتا ونهائيا ولا يمكن الرجوع فيه.[66]

**ثانيا:** العدول تشريعي.

أما في ما يتعلق بالعدول التشريعي يرى بعض من الفقهاء أن العقد الاستهلاكي يتدرج في تكوينه فهو لا ينعقد في لحظه زمنية واحدة وإنما ينعقد على فترات، فترة التفكير والتروي التي تسبق العقد ومرحلة الإيجاب والقبول وهي فترة إبرام العقد والمرحلة التي يقرر فيها المستهلك الاستمرار أو الرجوع عن رضاه، وهي فترة

---

[65] موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 233.

[66] سه نكه رعي رسول، مرجع سابق، ص252.

تنفيذ العقد أو العدول عنه. هذا لا يتناقض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، لكون العدول وقع في المدة القانونية الممنوحة للمستهلك كي يمارس حقوقه استنادا لنص قانوني.

## المطلب الثالث: أحكام وآثار خيار الرجوع

### الفرع الأول: أحكام خيار الرجوع

تدور أحكام الرجوع التشريعي عن التعاقد بين الوجود الفعلي للعقد، و بين المكنة التي يستطيع بموجبها المستهلك الرجوع عنه، ونظراً لما تنطوي عليه هذه المكنة من خطورة، لذا لابد من تنظيم ممارستها، من هنا تناول أحكام الرجوع يقتضينا أن نبحث أولاً تنظيم ممارسة الرجوع، والآثار التي تترتب على أعمال الرجوع. وعلى النحو الآتي:

أولا: تنظيم ممارسة مكنة الرجوع عن التعاقد.

يجد الرجوع التشريعي عن التعاقد مصدره في القانون، ويحدد هذا المصدر الإجراءات والشروط الواجب مراعاتها عند ممارسته، و حيث أن هذه المكنة تتقرر استثناء من القاعدة العامة، ولخطورة ما تنطوي عليه من آثار، فأن جميع أحكامها متعلقة بالنظام نص عليها المشرع في القوانين التي أقرت هذه المكنة. العام، وعليه فأننا نستبعد ابتداء الاتفاق على أحكام منظمة أو معدلة للآثار التي و يلاحظ أن القوانين التي أقرت الرجوع عن التعاقد، لم تخضع ممارسة هذا الرجوع لشكل أو إجراءات خاصة، إذ يكفي أن يعبر المستهلك عن إرادته في الرجوع عن تسلمه خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار.

التعاقد، سواء كان ذلك صراحة أو ضمناً، كان يرد المستهلك المبيع الذي سبق أن غير أن ذلك لا يمنع من أن يشترط المشرع سلوك إجراءات محددة للرجوع، كما فعل المشرع الفرنسي حينما استلزم أن يرفق

بالعقد نموذج معين يجب استيفاؤه من قبل المستهلك و إعادته إلى المتعاقد الآخر بخطاب موصى عليه مع علم الصول.[67]

**ثانيا:** الرجوع اللاحق على إبرام العقد.

إذا أبرم العقد، وأعطي المستهلك مكنة الرجوع خلال مدة محدودة فأن العقد لا ينفذ خلال مهلة الرجوع، أي أننا نكون أمام وقف لتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، حتى يهتدي المستهلك، بعد التفكير والتروي أما إلى الرجوع عن العقد، أو إلى الاستمرار فيه فلم يشأ المشرع أن ينفذ العقد من قبل المستهلك، ثم يسترد ما نفذه أن رجع التعاقد، لأن المستهلك قد يتأثر بتنفيذ العقد، ومن ثم لا يكون اختياره في الرجوع حراً تماماً.

أما من جهة المحترف، فأن خيار الرجوع لا يحول بينه وبين التنفيذ. أن أراد تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، لكنه لا إلزام عليه بهذا التنفيذ خلال المدة المحددة لممارسة الرجوع، وقد يكون من مصلحة المستهلك أن ينفذ المحترف التزامه خلال مهلة الرجوع، لكي يتمكن من تجربة المبيع مثلاً أو معاينته، غير أن المشرع حرم المحترف أن نفذ التزامه خلال مهلة الرجوع من الحصول على تأمين أو ضمان الضمان أن يؤثر في قرار المستهلك في الرجوع أو عدمه.

**الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على الرجوع**

أن الأثر الرئيس الذي يترتب على الرجوع، هو زوال العقد بعد إبرامه، أن كان الرجوع قد تم خلال مدة زمنية بعد القبول، أو تعطيل إبرام العقد، أن كان الرجوع قد حصل، قبل فوات المدة التي استلزم المشرع مضيها، لكي يكون لقبول المستهلك أثر في إبرام العقد، وحيث أن العقد لم يتم تنفيذه، غالباً، قبل

تأكيد نفاذ إبرامه، فأن الرجوع لا يثير مشكلة إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد، وأن حصل هذا التنفيذ فأن في القواعد العامة، ما يغني في معالجة هذه المسألة، مع ملاحظة كون المهني المحترف هو الذي بادر إلى تنفيذ العقد، دون إلزام ومن ثم فلا يكون له ضمان خاص في استرجاع ما سلمه، لئلا يشكل ذلك قيداً على ممارسة المستهلك حقه في الرجوع عن التعاقد.

لكن هناك أمراً ينبغي عدم إغفاله وهو إمكانية أو عدم إمكانية اعتبار الرجوع ذاته مصدراً للمسؤولية، بعبارة أخرى، هل يمكن أن يسأل المستهلك عن رجوعه عن التعاقد، إذا ما لحق المهني أو المحترف ضرراً بسبب هذا الرجوع؟

أن الإجابة عن هذا التساؤل تقتضي أن نبحث في النصوص المقررة لهذا الخيار.

التعاقد، إذا ما لحق المهني أو المحترف ضرراً بسبب هذا الرجوع؟ فإذا قيد المشرع ممارسة هذا الخيار بباعث محددة، وقصره على أسباب دون غيرها، فلاشك أن استعمال الخيار في غير ما قيد به المشرع، أو لأسباب لم ينص عليها المشرع، فإن من شأن هذا الاستعمال أن يخضع لرقابة المشرع كما أن المشرع أطلق استعمال الرجوع من دون قيد أو باعث، فأنه لا يمكن أن يكون استعماله مصدراً للمسؤولية وأن يترتب على هذا الاستعمال ضرر للمحترف.[68]

**الخاتمة الفصل الاول**

نخلص في الأخير أن :

1-الالتزام بالإعلام في العقود التجارية هو ضمانة للتوازن العقدي بين الطرفين حيث أن مبدأ حسن النية هو الأساس الذي أنتقل منه الفقه لتبرير التزام عام بالإعلام من أجل علاج القصور الذي ظهر على نظرية عيوب الإرادة، التي أصبحت غير قادرة على استيعاب بعض الأوضاع التي نجمت عن التطور الاقتصادي والاجتماعي والتقني والتي أدت إلى اختلال توازن العلاقات العقدية وبذلك كان لابد من فرض التزام بالإعلام لتزويد المتعاقد بكل ما يحتاجه من معلومات حول موضوع العقد قبل إبرامه، وهذا بغية الحفاظ على الوقت والجهد والأموال وغلق الباب التنازع.

2-كما أن المتفق عليه أن وضع الالتزام بالإعلام على عاتق المدين، يكون كلما كان الدائن يجهل المعلومات المتعلقة بالعقد جهلا مشروعا، أي تبرره ظروف موضوعية أو شخصية تمنعه من الاستعلام بنفسه، قياسا على قواعد وأحكام بعض النصوص الخاصة، كأحكام الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية التي تحمل في طياتها التزاما ضمنيا بإعلام المتعاقد الذي يجهل الوضع القانوني أو المادي للمبيع جهلا مبررا يعفيه من الاستعلام بنفسه وهو ما أعطى لهذا الالتزام طابعا أخلاقيا ،كما أنه يمكن تحديد مقدار العناية والحرص المطلوب من الدائن بالمعيار الموضوعي مما يسمح إعادة التوازن المفقود واستقرار المعاملات وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري .

أن طبيعة الالتزام العام بالإعلام كالتزام نفعي يقتضي حصر محلي في حدود المعلومات التي تؤثر على إرادة المتعاقد ورضائه.

3-وفيما يخص جزاء الإخلال بالالتزام العام للإعلام فأن إبطال العقد هو جزاء خاص فقط بحالة الإخلال بالالتزام العام بالإعلام الذي يحصل في تكوين العقد و يؤثر على إرادة المتعاقد. أما التعويض فهو جزاء

مشترك بين هذه الحالة الأخيرة وحالة الإخلال أي يحصل في مرحلة تكوين العقد، كما نخلص بأن الحكم بإبطال العقد على أساس الكتمان التدليسي فقد أصبح جزاء تلقائي للإخلال بالالتزام العام بالإعلام في مرحلة تكوين العقد و بالتالي للمتضرر الخيار بين جملة من الإجراءات التي تتلاءم مع حالته الخاصة بحسب درجة تأثير هذا الإخلال على رضائه.

4-أن التشريع الجزائري نقل في نص المادة 86 /2 ق م ج اجتهاد القضاء الفرنسي، ويشكل هذا اعترافا غير مباشر بالالتزام بالإعلام و يضاف لتقريره نص المادة 352 ق م ج من شرط علم المشتري علما كافيا، علما أن حكم المادة السابقة مستمد من أحكام خيار الرؤية في الشريعة الإسلامية ومع ما قلنا سابقا، فأنه مع ذلك يجب الاعتراف أنه في ضل انعدام نص صريح، وانعدام نص مفسر للنصين السابقين فأنه تبقى مهمة تحديد مضمون هذا الالتزام وكذا مداه وحدوده، غير متاحة وصعبة .

5-باتساع موضوع العقود التجارية فقد وجدنا في عقد الاعتماد الإيجاري مجالا خصبا لهذا الالتزام لأنه يقوم أساسا على فكرةالتعاون، كم أن عقد الوكالة التجارية لاعتباره يقوم على الثقة ما بين المتعاقدين نجد فيه الالتزام بالإعلام بصفة واسعة (المادة 577 ق م ج).

فعقد البيع التجاري يأتي في صدارة العقود التي تنشئ التزاما عاما بالإعلام حيث تقوم فيه علاقة تكاملية بين الالتزام العام بالإعلام والالتزامات الإجبارية الخاصة بالإعلام بموجب نصوص قانونية أقرها قانون حماية المستهلك وقمع الغش والقانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وهذا كله في عقود الاستهلاك ،لكن نطاق حماية المستهلك لا يتحدد بالنصوص السابقة الذكر ولا بالنصوص الفرعية التي صدرت تنفيذا له، بل هو قانون يستمد مصادره ويجد وجوده في نصوص قانونية أخرى متناثرة في قوأنين أخرى مثل: القانون المدني والقانون الجنائي وقانون الصحة، وقانون المنافسة وغيرها، وفي مجال الأسعار وعلاقتها بحماية المستهلك لوحظ اقتصار القيام بالإعلام بالأسعار على المحترف وحده في وقت تتطلب

الحماية المثلى في مجال الأسعار مشاركة جمعيات المستهلكين في الإعلام بهذا الجأنب ن بما يحقق مزية المقارنة بين أسعار المنتجات والخدمات، بعد تجربتها وترتيبه وفقا لمعادلة الجودة والسعر وهذا طريق نرجو أن تتبعه جمعيات حماية المستهلكين في الجزائر. يضاف إلى ذلك ضرورة تدخل المشرع لتعديل المفهوم الضيق لعقود الاذعانفي القانون المدني، و عدم قصر سلطة القضاء لتفسير هذه العقود على العبارات الغامضة فقط، وتعميم التجربة المنصوص عليها في عقد التأمين على سائر عقود الاستهلاك . وبهدف مكافحة التعسف و الاستغلال و اختلال التوازن في ميدان التعاقد يجب أن:

1- يتجه دور الدولة إلى سياسة جديدة وهي إعلام المتعاقدين لضبط العلاقة العقدية .

2- كما يجب سد الفراغ القانوني في التشريع التجاري الجزائري في هذا المجال كما فعل نظيره الفرنسي في عقد الوكالة التجارية.

3- كما ندعو القضاء إلى فرض اجتهادات قضائية جزائرية تعمل على توسيع مضمون الالتزام بالإعلام في العقود التجارية لمسايرة التطور الاقتصادي و تطور المجتمع الجزائري .

4- أن الالتزام بالإعلام في العقود التجارية هو مسؤولية تقع على الجميع ، من متعاقدين ودولة من خلال فرض نصوص قانونية و تنظيمية في هذا الإطار .

# الفصل الثاني

## مقدمة الفصل الثاني

أعطى المشرع الجزائري سلطة التدخل في تعديل العقد وإعادة التوازن للعقد الذي اختل توازنه بسبب وقوع أحد أطرافه في استغلال يؤدي به إلى غبن يجعل خسارته فادحة أو تنفيذ التزامه مرهقا كما قد يعرض التعاقد إلى استغلال بسبب ضعفه وقود المتعاقد الاقتصادية و الفنية هذا الأخير (المحترف أو المهني ) الذي يجعل تفوقه وقوته أداة تفرض شروطه و التعسف فيها مما يؤدي استغلال الطرف الضعيف (المستهلك) و وقوعه في ضرر يرهق تنفيذه للعقد

كما أنه في بعض الحالات الاستثنائيّة تطرأ ظروف طارئة تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقا للدائن وتدخل القاضي هنا يكون وفق سلطة تقديرية منحها له المشرع ووفق حدود يحددها القانون

## المبحث الأول: التدخل القضائي في مجال الغبن

العقد هو توافق إرادتين في أنتاج أثر قانوني وحتى يكون هذا العقد صحيحا ومنتجا لأثره القانوني يجب أن تكون الإرادة التي اتجهت نحو أحداث الأثر القانوني سليمة وخالية من عيوب الإرادة المعروفة ، كالغلط والتدليس و الإكراه إضافة على نظرية الاستغلال التي نص عليها المشرع في المادة 90 من القانون المدني الجزائري.

والاستغلال هو ضعف في الإرادة ناتج عن طيش أو هوى جامح يستغله المتعاقد الأخر لدفع المتعاقد المغبون على تحمل التزامات لا تتعادل مع ما يأخذه من مقابل فتدخل المشرع للحفاظ على التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف أعطى وأجاز للقاضي استثناء التدخل في تعديل العقد إذا وقع غبن ناتج عن استغلال أحد المتعاقدين بسبب الطيش أو الهوى الجامح هذا فضلا عن حق المغبون في طلب إبطال العقد نتيجة لاستغلاله و وقوعه في الغلط

## المطلب الأول : مفهوم الغبن وحالاته

أعطى المشرع الحق للقاضي التدخل في تعديل العقد بسبب الغبن الناتج عن الاستغلال بين المتعاقدين كما أجاز للطرف المغبون المطالبة بإبطال العقد نتيجة الغبن ولقد اشترط المشرع شرط حتى تكون أمام غبن

**الفرع الأول : مفهوم الغبن.**

**أولا : تعريف الغبن**

لقد جاء في المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين مالتفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة يوجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر وتبين أن المتعاقد المغبون ..... "[1]

فالمقصود بالغبن هنا هو اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة فتكون خسارة أحد المتعاقدين نتيجة التفاوت وعدم التعادل بين ما يأخذه كل متعاقد وما يقدمه [2]

والغبن هو المظهر المادي للاستغلال فقد أطلق المشرع وصف المغبون على ضحية الاستغلال.

ويعرف على أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه وتكون الخسارة فادحة بسبب الفارق الكبير بين أداءات المتعاقدين.

---

[1] - القانون المدني .

[2] -[2]بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول ، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة ،الطبيعة الثالثة ديوأن المطبوعات الجامعية ،الساحة المركزية بن عكنون ،الجزائر 2004 ،ص 126

و من خلال ما تقدم نلاحظ أن الغبن ليس عيبا في الإرادة ولكن في عدم التوازن الاقتصادي للعقد وحتى نكون أمام غبن يجب أن نكون أمام استغلال مرده إلى ضعف في المتعاقد المغبون أدى إلى خلل في التوازن بين ما أعطاه و ما أخذه[1].

و الغبن هو عدم التعادل المادي في القيمة ، ولا يكون إلا في العقود المحددة دون العقود الاحتمالية فعقود الغرر احتمال الكسب و الخسارة فيها غير محدد ، ولكن إذا كان العقد احتماليا بالنسبة لأحد أطرافه ومحددا بالنسبة للأخر وتأكد أن هذا العقد يحقق خسارة لأحد أطرافه وربحا للطرف الأخر ، لا يؤثر على صحة العقد إلا في حالة الغبن في بيع عقار غير كامل الأهلية[2].

**ثانيا:** شروط الغبن

لكي يتحقق الغبن لا بد من توافر الركن المادي والمعنوي أي أن تكون الأداءات مالتفاوتة بنسبة كبيرة وهذا المركز المادي أما المعنوي فهو استقلال المتعاقد الآخر لطيش وهوى المتعاقد المغبون وذلك حسب المادة 90 من القانون المدني الجزائري وعليه فأن شروط الغبن هي :

1 وجود الغبن : أي وجود تفاوت كبير بين التزامات أحد المتعاقدين والمتعاقد الأخر

2 – استغلال المتعاقد الأخر لضعف في المتعاقد المغبون ويكون هذا باستغلال طيشا أو هوى جامح في المتعاقد المغبون حيث أجاز المشرع للطرف المغبون طلب إبطال العقد .

3– رفع الدعوى يكون بعد سنة من تاريخ العقد وهذه الشروط تكون في الغبن الاستغلالي[3]

---

[1] - بن شويخ الرشيد ، دروس في النظرية العامة للالتزام الطبعة 2012 ، دار الخلدونية للنشر والتزيع ، ص 88

[2] - رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، ط , 1 ، الاسكندرية ، دار الجامعية الجديدة 2007 ، ص 136

[3] - بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ، ص 89

4- لا يجوز الطعن في الغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني المادة 359 ق م

وهذه الشروط تكون في الغبن الاستغلالي، إلا أن المشرع خص الغبن في بيع العقار بشروط خاصة جاءت في المواد (355-359-360)وهذه الشروط هي

- أن يكون العقد بيعا لعقار .

- أن يصل الغبن إلي أكثر من خمس 5/1 قيمة العقار 358 .

- يجب أن ترفع دعوى الغبن خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع.

- أن لا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني بمقتضى القانون مادة 360.[1]

**الفرع الثاني : حالات الغبن و أنواعه**

**أولا: أنواع الغبن :**

من خلال استقراء نص المادتين 90 و 91 ق.م.ج تبين أن هناك نوعين من الغبن فقد جاء في المادة 91 ق م ج أنه " يراعي في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة في الغبن في بعض العقود" فهناك الغبن الاستغلالي والذي يتوجب تدخل القاضي، وغبن أخر لا يستدعي تدخل القاضي وهو الغبن المجرد .

1- الغبن المجرد : والمقصود بالغبن المجرد عدم مراعاة الظروف النفسية للمتعاقد المغبون ، وإنما يكفي بعدم التعادل المادي فقط وتحليل ذلك أن المشرع إذا اعتبر الاستغلال عيبا يشوب الرضا كان لزاما عليه الأخذ بالغبن في بعض العقود واعتبار هذا الأخير عيبا في العقد ذاته .

[1] - عبيد نجاة ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص المعمق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسأن 2015 – 2016

2- الغبن الاستغلالي : وهو الغبن الناتج عن الاستغلال وهو استغلال احد المتعاقدين لطيش أو رعونة المتعاقد الأخر أو عدم و المعيار في هذا النوع من العقود يكون مرنا فهي لا تحدد بثمن أو رقم كما هو الحال في الغبن المجرد وإنما تكون حسب كل حالة كما أن سلطة القاضي عند تقدير الغبن في هذه الحالة يكون أكثر إطلاقا منها في الغبن المجرد

ومسألة التعاون هنا وهي مسألة وقائع وليست مسألة قانون فالقاضي يؤسس حكمة على أسباب وبناء على وقائع سائغة تفيد اختلال التوازن بين الأداءات اختلالا فادحا[1].

- **ثانيا:** حالات الغبن في القانون الجزائري

جاء في المادة 91 ق .م .ج " يراعي تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة بالغبن في بعض العقود"

وهذه التطبيقات جاءت على سبيل الحصر في نصوص متفرقة ولا يجوز للقاضي التوسع فيها أو القياس عليها وهذه الحالات في القانون المدني الجزائري هي:

1- فيما يتعلق بعقود الاذعان:

فقد جاء في المادة 110 ق م ج أنه يجوز للقاضي أن يعدل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو أن يعفي الطرف المذعن منها أما بخصوص العبارات الغامضة فهي تؤول لصالح الطرف المذعن الضعيف م 112 قانون مدني[2]

[1] - عبيد نجاة ، ( المرجع السابق )

[2] - بلحاج العربي ، ( المرجع السابق ) ، ص 133

2- الغبن العقاري : إذا بيع العقار بغبن يزيد عن الخمس أجاز المشرع للبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ويكون تقدير الثمن يحسب قيمته وقت البيع م 358 ق م ج وتسقط تعودي تقادم تكملة الثمن بسبب الغبن بعد مرور ثلاث سنوات من يوم العقاد البيع م 359 ق م ج

أما فيما يخص عديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز 359 ق م ج

3 – المقايضة : لقد رتب المشرع سريان أحكام عقد البيع على المقايضة بموجب نص المادة 415 ق م ج والتي جاء فيها " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح فيه طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقاضيين بائعا للشيء ومستوي للشيء الذي قايض عليه وعليه فأنه يجوز رفع الدعوى الغبن في المقايضة إذا وقع غبن على احد المقايضين[1]

4 – القسمة الاتفاقية : جاء في المادة 732 ق م ج أنه تجوز نقص القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت احد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة في تقدير قيمة الشيء وفت القسمة كما أنه اذا قام المدعي عليه بإكمال ما نقص من حصة المدعي المغبون نقدا أو عينا فأنه يوقف سير الدعوة كما يجب أن ترفع الدعوى في السنة الموالية للقسمة

حقوق المؤلف : جاء في الأمر 73-14 الصادر بتاريخ 3 أفريل 1973 في المادة 42 منه بأنه يحوز للمؤلف ضحية غبن نتيجة عقد يتعلق باستغلال مؤلفاته بإقامة دعوى للمطالبة بإعادة التوازن بين الأرباح الناتجة عن استغلال المؤلفات والأجر الممنوح للمؤلف [2]

[1] - عبيد نجاة ، ( المرجع السابق ) ، ص 22

[2] - بلحاج العربي ، ( المرجع السابق ) ، ص 135

## المطلب الثاني مفهوم الاستغلال وشروطه

أخد المشرع بنظرية الاستغلال في المادة 90 ق م ج ومن خلال استقراء هذه المادة نجد أن الاستغلال أمرا نفسيا و هو استغلال أحد المتعاقدين بحالة الضعف التي يوجد فيها المتعاقد الأخر للحصول على مزايا تقابلها منفعة لهذا الأخير، وهو يختلف عن الغبن من حيث أنه المعيار فيه شخصي وليس مادي و أنه يقع في جميع التصرفات ومن خلال المادة 90 ق .م .ج يشترط القيام الاستغلال عنصرين الأول مادي والأخر نفسي.

**الفرع الأول : مفهوم الاستغلال**

**أولا : تعريف الاستغلال**

أ – **لغة :** هو الأنتفاع من الغير بدون حق .

ب – **اصطلاحا:** استغلال للطيش البين أو الهوى الجامح للمتعاقد الأخر لإبرام تصرف ينطوي على غبن فادح يؤدي إلى التفاوت كبير بين أداءات المتعاقدين.

ويتميز الاستغلال عن بقية العيوب لأخرى بما يلي :

1 : أن المشرع ربط الاستغلال بالغبن، فحتى نكون أمام استغلال يجب أن يقع أحد المتعاقدين في غبن لينتج العقد أثاره ويمكن للمتعاقد المستغل أو المغبون أن يطالب بإبطال العقد أو الأنقاص من التزاماته

2 : أعطى للقاضي سلطة التدخل لتعديل العقد بأنقاص التزامات المتعاقد المغبون خروجا عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[1]

[1] - عبيد نجاة ، ( المرجع السابق ) ، ص 15

**ثانيا: عناصر الاستغلال**

1- العنصر المادي للاستغلال

بتحقق هذا العنصر إذا كانت التزامات احد المتعاقدين مالتفاوتة كثيرا وذلك بالنسبة لما تحصل عليه من فائدة أو مقارنة بالتزامات المتعاقد الأخر وهذا ما نصت عليه المادة رقم 90 ق. م والمشرع لم يضع رقما أو ثمنا يحدد به الفارق الذي حدد به الغبن أو الاستغلال و إنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي وكان شرط المشرع الوحيد هو أن يكون الفارق جسيما أو فادحا .

2 العنصر النفسي للاستغلال

وهو ضعف نفسي بالنسبة لأحد المتعاقدين وقد حدد المشرع هذا الضعف بالهوى الجامح أو الطيش البين أما الطيش البين فهو الخفة الزائدة و التسرع الذي يصحبه عدم التبصر ويجب أن يكون هذا الطيش واضحا وظاهرا.[1]

أما الهوى الجامح و الرغبة الشديدة التي تعمي الشخص عن تبين ما هو لصالحه، وهذه الرغبة تؤثر على إرادة المغبون فيفقد رضاه مما يفقده حرية التصرف[2].

**الفرع الثاني: شروط الاستغلال**

**أولا : شروط الاستغلال**

[1] - بلحاج العربي ( المرجع السابق )

[2]- منال بروح ، النظام العام ، و العقد ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق 5 ماي 2019

من خلال نص المادة 90 ق م نلاحظ أنه يشترط لتحقق الاستغلال توافر عدة شروط وهي التفاوت الصارخ بين ما أخده العاقد وما أعطاه ، وهذا ما يعرف بالشرط الموضوعي ،و الشرط النفسي أو المعنوي و هو أن يحدث هذا التفاوت نتيجة طيش أو هوى جامح لدى الطرف المغبون، إضافة إلي ذلك نية استغلال هذا الضعف من الطرف المستغل للطرف المغبون أي أن هذا الضعف هو الدافع إلى التعاقد.

1 الضعف النفسي للمتعاقد المغبون

حدد المشرع في المادة 90 ق م للمتعاقد المغبون بضعفه النفسي وحدد أيضا هذا الضعف من ناحيتين فقط وهما الهوى الجامح والطيش البين رغم أن نواحي الاستغلال للضعف الإنساني متعددة فالطيش البين و الهوى الجامح يعريان الإرادة كما سبق ذكره في الفرع الأول ويدفعانهما لإبرام عقد ما كان ليرضاه الشخص السوي وقد ترك المشرع الحرية للقاضي في تحليل كل حالة على حدا وذلك تبعا للظروف والأحوال التي تختلف من شخص لأخر [1]

2- العنصر المادي أو الموضوعي :

[1] - عبيد نجاة ( المرجع السابق) ص 30

و يتمثل في اختلال التوازن بين أداءات المتعاقدين أو التزاماتهم، ويعود بتقدير فداحة الاختلال بين التزامات الطرفين إلى قاضي الموضوع على اعتبار ذلك مسألة تخضع لسلطة التقديرية [1]

3- أن يكون الاستغلال هو الدافع للتعاقد

و القصد بالدافع هنا هو علم أحد المتعاقدين بالضعف النفسي للمتعاقد الأخر فيدفعه للتعاقد فهذا التعاقد يجعل إرادة الرف المغبون أو المستغل معيبة، ويخضع تقديرها إذا كان الاستغلال هو الدافع للتعاقد إلى السلطة التقديرية للقاضي[2]

**ثانيا: معيار تقدير التفاوت بين الأداءات**

أن مسألة تحديد التفاوت بين أداءات أو التزامات المتعاقدين وتقديره إذا كان فاحشا أو كبيرا حتى يمكن أن تتكلم عن وجود غبن استغلالي في العقد مسألة في غاية الأهمية وصعبة في نفس الوقت لعدم وجود نسبة محددة أو رقم ثابت لتقدير التفاوت

1 – موقف الفقه من مسألة تقدير التفاوت بين الأداءات

هنالك اتجاهين في هذه المسألة

أ – هناك من يأخذ بقيمة الشيء الشخصية عند المتعاقد أي مدة ‘استعداد المتعاقد لدفع قيمة الشيء المراد الحصول عليه أي بمعنى ما يمكن أن يحصل عليه الطرف المغبون من فائدة أو منفعة فعلية مقابل التزامه[3]

---

[1] - بودوأو خليفة و بوزيأن السعيد ، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف – المسيلة – 2017 -2018 ، ص 11 .

[2] - عبيد نجاة ( المرجع السابق ) ، ص 33

[3] عبيد نجاة ، المرجع نفسه ، ص 26

ب – هناك من يأخذ بقيمة الشيء المادية فالتفاوت الفادح أو الفاحش يكون في قيمة الشيء المادية في التعامل المعتاد بين الأشخاص ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الأخذ بالقيمة الشخصية يتعارض مع مبادئ العدالة فقد تزيد القيمة المادية للشيء في نفس المتعاقد وقت إبرام العقد، فالعامل المضطر قد يقبل بعمل يبذل فيه جهد كبير مقابل ثمن بخس، فقبوله هنا رضا ولا يوجد اختلالات فادحة من منظوره الشخصي

2 – موقف المشرع الجزائري من مسألة تقدير التفاوت بين الأداءات

– لم يحدد المشرع الجزائري مقدار التفاوت بين الأداءات في المادة 90 ق . م .ج و اكتفى بكلمة الكثير، و السبب في ذلك يعود إلى طبيعة العيب فالعبرة هنا بنفسية المتعاقد و بالقيمة الشخصية للأداءات فالمعيار هنا متغير حسب الحالة .

فالقاضي الموضوع سلطة واسعة في تقدير التفاوت الذي يقتضي الحماية، فمسألة التفاوت هي مسألة وقائع وليست مسألة قانون ولا رقابة للمحكمة العليا على القاضي [1]

## المطلب الثالث : سلطة القاضي في ربع الغبن الناتج عن الاستغلال

– جاء في المادة 90 من القانون المدني ، أن المتعاقد المغبون جاز له طلب إبطال العقد، أو إنقاص التزاماته إلى الحد الذي يرفع عنه الغبن ولقد أعطى المشرع السلطة التقديرية للقاضي بهذا الخصوص فهو من يقرر حسب ظروف القضية وعند دراسته للحالة المعروضة أن يقرر إذا كان هناك غبن أو غبن استقلالي فيقرر الإبطال أو إنقاص الالتزامات .

[1] - عبيد نجاة ، المرجع السابق ، ص 26

**الفرع الأول : تدخل القاضي لرفع الغبن**

1- دعوى إبطال العقد : أجاز المشرع للطرف المغبون في العقد أن يرفع دعوى إبطال العقد إلا أن القاضي ليس مجبرا على إجابة طلبه فدعوى الإبطال جاءت لإصلاح العيب الذي شاب إرادة الطرف المغبون وهو الاستغلال فالإبطال هنا مقترن بعيب الإرادة فالغبن المجرد من الاستغلال لا يبطل العقد وإنما يكتفي القاضي بأنقاص التزامات الطرف المغبون إلى الحد الكافي الذي يراه كافيا لرفع الغبن

- فالمشرع الجزائري استعمل عبارة "جاز" أي أن السلطة التقديرية يبقى لدى القاضي في تقريب دعوى الإبطال من عدمه والسلطة التقديرية متروكة من القاضي حسب ظروف وملابسات كالقضية فالقاضي يراعي مصلحة الطرفين ويعمل على توازن العقد وليس هدمه فهو يعتمد على فكرة الملائمة في إعمال الجزاء وفقا لتقديره القضائي [1]

2 – دعوى الإنقاص : جاءت المادة 90 ق . م أنه إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة و كان ذلك نتيجة لاستغلال ضعف نفسي من طيش أو هوى جامح جاز له طلب نقص التزاماته، فالقاضي يعمل إلى إعادة التوازن العقدي بإنقاص التزامات الطرف المغبون [2]

[1] - عبيد نجاة ، المرجع السابق ، ص 37
- أنظر منال بروح ، النظام العام و العقد ، المرجع السابق ، ص 382
[2] - منال بروح ، المرجع السابق ، ص 385

– والقاضي يمتنع عن يقضي بالبطلان إذا قام الطرف المستغل في عقود المفاوضات بعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن

– فالمطلوب من القاضي هو رفع الغبن الفادح لإزالة أثر الغبن[1]

فرغم ما للقاضي من سلطة في تعديل الالتزامات المتقابلة إلى الحد المعقول فأن هذا لا يسمح له أن يرفع أو يزيد من التزامات المستفيد من الاستغلال ، فالمشرع الجزائري أعطى الحق للطرف المغبون في إبطال العقد أو طلب إنقاص التزاماته ، أما بالنسبة للطرف الأخر فقد أعطاه الحق في توفي دعوة الإبطال ويعرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الاختلال وذلك حفاظا على توازن العقد وحماية المصالح أطرافه [2]

**الفرع الثاني : معايير سلطة القاضي التقديرية لرفع الغبن**

1 – معيار الملائمة في أعمال الجزاء :فالقاضي في حكمه ينظر في ظروف القضية و حال أطراف العقد فإذا رأى أن دعوى المغبون تستحق الإبطال و أن المغبون وقع ضحية استغلال لعيب في إرادته بسبب الضعف النفسي فهو يستجيب لدعوى الإبطال أما إذا رأى أن الغبن في الالتزامات وليس سبب استغلال عيب في الإرادة فيقتصر حكم القاضي على إنقاص التزامات الطرف المغبون [3]

2 – معيار التقيد بالطلب القضائي : بمعنى أنه إذا طلب الطرف المغبون إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات أن يلجأ القاضي في تعديله للتوازن العقدي إلى زيادة التزامات الطرف المستفيد من الاستغلال فلا يجب عليه أن يتعدى الطلب القضائي [4].

---

[1] رضا أبو السعود، المرجع السابق ص 141

[2] - منال بروح ، نفس المرجع ، ص 387

[3] - بودوأو خليفة وبوزيأن السعيد ، المرجع السابق ، ص 14

[4] - بودوأو خليفة وبوزيأن السعيد ، المرجع السابق ، ص 15

## المبحث الثاني: الشروط التعسفية في عقود الإذعان

ينعقد العقد عند توافق إرادتين واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني وفق الشروط المتفق عليها وذلك بتكافؤ الأداءات المقابلة ولكن مع تطور الحياة الاقتصادية ظهرت أنواع جديدة من العقود يكون فيها توافق إرادتين نحو إحداث اثر قانوني ولكن يحدث أن لا تكون الأداءات متكافئة أو أن أحد أطراف العقد لا يمكنه مناقشة شروط العقد وذلك ليس بسبب عيب في الإرادة وإنما لضعف الأخير سواء من حيث القوة الاقتصادية أو المعرفة الفنية في مركز أقوى تجعله يملي شروط العقد وهذا ما يعرف بعقد الإذعان إلا أن المشرع تدخل لتنظيم هذا النوع من العقود وحماية الطرف الضعيف من الشروط التعسفية فقد نص في المادة 110 ق.م.ج على أنه أذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروط تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعطي الطرف المذعن منها ..." ومن خلال نص المادة نجد أن المشرع أجاز للقاضي التدخل في تعديل عقد الإذعان إذا توفرت الشروط لإكمال سلطته وهذه الشروط هي أن يكون العقد عقد إذعان وثانيا أن يتضمن العقد شروطا تعسفية

### المطلب الأول : عقد الإذعان وطبيعة القانونية

العقد هو اتفاق إرادتين أو أكثر على ‘إحداث أثر قانوني وهذا الاتفاق أساسه رضا طرفي العقد وهذا الرضا ناتج عن مفاوضات يتم فيها المساومة المتبادلة بين طرفين متساويين وتكون الأداة بينهما متوازنة، إلا أنه هناك نوع أخر من العقود ، لا يملك فيها أحد الأطراف القدرة على المساومة لأنه الطرف الضعيف في العلاقة العقدية بينما الطرف القوي يستقل وحده بوضع شروط العقد مستغلا معرفته الفنية أو ثقله الاقتصادي ، مما يحتم على الطرف الضعيف أن يذعن لها ويقبلها أو يرفضها كما هي وهذا ما يعرف بعقد الإذعان، وهذا ما أثار جدالا حول طبيعة عقد الإذعان هل هو عقد أم نظام ولمعرفة ذلك نقوم بتعريف عقد الإذعان أولا ثم معرفة طبيعته القانونية ثانيا

**- الفرع الأول : مفهوم عقد الإذعان**

**- أولا تعريف عقد الإذعان:**

وردت في حق عقد الإذعان عدة تعاريف لفقهاء فلم يجمعوا على تعريف واحد وهناك اتجاهين بهذا الخصوص تقليدي وحديث

**-1 الاتجاه التقليدي :**

عرفه سالينى بأنه "عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة بتصرف بصورة منفردة ، وتملي قانونها ، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جأنب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد "

كما عرفه جورج برليوز بأنه " عقد حدد محتواه التعاقدي كليا أو جزئيا بصفة مجردة وعامة قبل فترة التعاقد"[1]

ويرى البعض أن عقد الإذعان هو "عقد يسلم فيه المقابل بشروط مقدرة يصفها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ويكون ذلك متعلقا بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها "[2]

ومعنى ذلك أن العقد يضعه الموجب وبشروطه و ما على القابل إلا قبوله كما هو أو رفضه كما هو

**2-الاتجاه الحديث :**

---

[1] لشعب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعأن في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب، شارع زيغود يوسف ، الجزائر ، 1999، ص 23

[2] أمال بو هنتالة ، سلطة القاضي المدني في اعادة التوازن العقدي لعقود الإستهلاك مجلة الإجتهاد القضائي ، العدد الرابع عشر ، افريل 2017 ، 249

يرى أصحاب هذا الاتجاه بضرورة تغيير الفكرة التقليدية ، لعقود الإذعان عن طريق توسعها بما يتناسب ومقتضيات حماية المستهلك ومقتضى هذه الفكرة أن الموجب في عقد الإذعان يستقل وحده بتحديد المضمون ووضع الشروط مسبقا

ولا محل لاشتراط احتكار القانون ، أو الفعلي للسلعة أو لخدمة ضرورية لإصباغ صفة الإذعان عل العقد ، بل أن صفة الإذعان تتأتى من عدم القدرة المستهلك من مناقشة العقد المعد مسبقا من الطرف الأخر نظرا لمركزه الضعيف وقلة خبرته في النواحي الاقتصادية أو التقنية أو القانونية ، وعليه فيعرف عقد الإذعان حسب رأي هذا الاتجاه "انضمام لعقد نموذجي يحرره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الأخر بدون إمكانياته حقيقة لتعديله "

و المشرع الجزائري بدوره كان مواكبا للفكرة الحديثة لعقد الإذعان فجاء في المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 306-06 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية وكذا المادة 04 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية على أن "العقد كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر ، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه "

**ثانيا: خصائص عقد الإذعان**

يتميز عقد الإذعان بعدة خصائص نذكر منها :

1 – أن يوجه الموجب إيجابه إلى الجمهور وبشروط موحدة، لا يجوز مناقشتها أو التفاوض بشأنها

2- أن يتعلق العقد بسلعة أو خدمة ضرورية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين [1]

3- أن يكون الموجب محتكرا احتكارا قانونيا أو فعليا تجعل المنافسة عل السلع و المرافق المحتكرة محدودة النطاق

4 – عقد الإذعان عقد دائم ويوضع بشكل مستمر كالعقد النموذجي وهو يكون لفترة طويلة

5- عقد الإذعان من العقود الملزمة لجانبين ، لأنه من عقود المعاوضة فلا يمكن تصور الإذعان في عقود التبرع

6 – عقد الإذعان قد يحكمه القانون الخاص وقد يحكمه القانون العام فقد يضعه أحد الخواص أو شخص معنوي عام يتميز بامتيازات السلطة العامة [2]

**الفرع الثاني : الطبيعة القانونية لعقد الإذعان**

أن تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود لها أكثر من فائدة إذ أن الكثير من الحلول لبعض المشاكل الناشئة عن العقد تتوقف على تحديد هذه الطبيعة

ولقد اثارث الطبيعة القانونية لعقد الإذعان جدلا كبير فمنهم من يرى أنه عقد كافي ومنهم من يرى أنه مركز قانوني منظم نشأة إرادة الموجب .

**أولا :** الصفة القانونية للعقد

– يقول الدكتور عبد المنعم البدراوي أن عقد الإذعان كسائر العقود ينعقد بموجب إرادتين لا بإرادة واحدة ، وأن كل تصرف قانوني يتم بإرادتين هو عقد ولو لم يكن طرفاه متساويين في القوة من الناحية الاقتصادية

---

[1] حمال زكي اسماعيل الجريدي ، حماية المستهلك في عقود الإذعان ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و الجويني و النظام السعودي ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد 08 العدد : 01 السنة 2009 ص 31

[2] لشعب محفوظ بن حامد ، المرجع السابق ، ص59

فتكون عقد الإذعان يفترض بالضرورة إرادة مشتركة تتجه لإحداث أثر قانوني معين فبدون هذه الإرادة المشترطة ولا يمكن تصور وجود العقد، فالحق أو الالتزام هما علاقة بين شخصين أو أكثر فالقاعدة الأصولية تقول أن العقد لا يسري على من لم يكن طرفا فيه كما أن الشخص لا يستطيع أن يلزم غيره ولا الغير أن يلزمه اتجاه نفسه [1]

**ثانيا:** عقد الإذعان مركز منظم

صاحب عقد الإذعان أي الموجب عند وضعه وتنظيمه للعقد بإرادته المنفردة فهو ينشأ شبه لائحة أو تنظيم يحكم تفسير العملية وتطبيقها ، وعلى هذا الأساس تكون السلطة عامة ومنفردة تخلق قواعد وشروط معينة تفرضها على الأفراد [2]

ويقول هذا الشأن الفقيه سالي بأن عقد الإذعان ليسه له من العقد سوى الاسم لأنه في الواقع تغليب محض لإرادة واحدة تملي قانونها على مجموعة غير محددة ، وتلتزم مسبقا انضمام كل من يرغب في قبول قانون العقد، فهو يرى أن القيمة القانونية لعقد الإذعان لا تجده مصدر في التوافق الإرادي ولكن في الإرادة المنفردة لمحرر العقد ومنشأه .

ويرى الفقيه هوريو أن عقد الإذعان ليس سوى مركز قانوني يتميز باستغلال مقدم السلعة أو الخدمة في وضع أحكامها بحيث يقتصر دور المشتري على سريان هذه الأحكام

---

[1] خالد معاشو ، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر تخصص قانون أعمال ، جامعة 8 ماي 45 قالمة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015-2016، ص 35

[2] لشعب محفوظ ، المرجع السابق، ص 43

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن القبول في عقد الإذعان ليس توافق إرادتين بل هو إذعان وقبول وإرادة الطرف المذعن[1]

فعقد الإذعان لا يفسر بقصد البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بل يقتصر التفسير على إرادة واضع تلك الشروط وعلى هذا الأساس أو المفهوم فعقد الإذعان يقوم على اجتماع ثلاثة عناصر وهي :

1 عنصر العمومية : أي بمعنى أن الشروط موجبة لعموم الجمهور أو إلى فئة معينة بصفتها لا بذاتها

2 عنصره الإكراه: أي قوة النفوذ الاقتصادي الذي يحول دون منح فرصه للمستهلك بالتفاوض أو اقتراح تعديل وبالتالي لا يمكن إدراج هذا في المجال العقدي .

3 عنصر الإذعان: وهو خضوع وقبول الطرف المذعن لشروط العقد المحددة مسبقا من قبل الموجب وقبولها كلها ، أي أن الحالة القانونية حددها الموجب بإراداته المنفردة [2].

**موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقد الإذعان**

جاء في نص المادة 70 ق.م على أنه "يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها "

فمن خلال المادة السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية العقدية لعقد الإذعان إلا أنه استعمل كلمة شروط مقدرة وذلك لإبراز القوة التي يتمتع بها الموجب في فرض شروطه وضعف الطرف المذعن.

---

[1] لشعب محفوظ ، بن حامد ، المرجع السابق ص 44

[2] عواد خولة ، حماية المتعاقد من الشروط التعفسية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، يتخصص القانون الخاص المعمق ، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، مستغأنم ، 2013 – 2014 ، ص 9

## المطلب الثاني : مفهوم الشروط التعسفية وتحديد معايير تقدير طابعها التعسفي

عقد الإذعان ينطوي على عدم التوازن العقدي وذلك سبب الشروط التعسفية التي يتضمنها عقد الإذعان فحتى نكون أمام عقد إذعان يجب أن يتضمن العقد شروط تعسفية وهذا ما يخول للقاضي التدخل في تعديل العقد بعد كشفه عن الشروط التعسفية .

### الفرع الأول : مفهوم الشروط التعسفية .

**أولا : تعريف الشرط التعسفي :**

1- التعريف الفقهي للشرط التعسفي

- هناك عدة تعاريف للشرط التعسفي فقد عرفه بأنه من الفقه بأنه "شرط محرر مسبق من جانب الطرف الأكثر قوة ويصنع لهذا الأخير ميزة فاحشة على الطرف الأخر" [1]

وعرفه أخر على أنه الشرط الذي يورده المحترف في تعاقده مع المستهلك وهذا الشرط يخل بالتوازن العقدي فيكون هناك التفاوت كبير بين التزامات وحقوق طرفي العقد [2].

كما عرفه البعض الأخر أنه استئثار أحد طرفي العقد بشرط يفرض تعسفه على المتعاقد الأخر مما يجعله خاضعا له

2-التعريف القانوني للشروط التعسفية

---

[1] الصادق عبد القادر حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة، مجلة أفاق العلمية ، المجلد 11 ، العدد 01 40 سنة 2019، ص

[2] عبير مزغيس ، محمد عدنأن بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاحتلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية ، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع ، أفريل 2017 ص 102

عرف المشرع الفرنسي الشرط التعسفي في نص المادة 35 من القانون 78-23 الصادر في 10 جوأن 1978 الخاص بحماية و إعلام المستهلكين بالسلع والخدمات الذي جاء فيها "العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين قد تكون محظورة أو محددة أو منظمة الشروط المتعلقة ب : متى يظهر أن هذه الشروط معروضة على غير المحترفين أو المستهلكين بواسطة استعمال التفوق الاقتصادي للطرف الأخر والذي يمنح لهذا الأخير مبرزة فاحشة"[1]

أما المشرع الألماني فقد كان له السبق في مجال الحماية من الشروط التعسفية فقد تبنى النظام التشريعي وتبنى نظام القائمة فوضح الشروط الباطلة و على السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الشرط التعسفي [2]

- أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف الشرط التعسفي من خلال المادة 03 فترة 05 من القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية حيث جاء فيه " يقصد في مفهوم هذا القانون ما يأتي ..... شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد"

وإضافة إلى التعريف الذي أورده المشرع للشرط التعسفي فقد تضمن نفس القانون المتعلق بالممارسات التجارية قائمة بالشروط التعسفية في المادة 29 وإتباعها بقائمة ثانية في المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 وهذا بغية حماية المستهلك من جميع الشروط التعسفية [3]

---

[1] 42 الصادق عبد القادر ، المرجع السبق ص

[2] مولود بغدادي ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقدة الإستهلاك ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستر ، جامعة 41 الجزائر ، كلية الحقوق، بن عكنون ص

[3] 43 مولود بغدادي، نفس المرجع ص

**ثانيا: عناصر الشرط التعسفي.**

– من خلال التعريف الذي ذكرناه سابقا حسب المادة 03 فقرة 5 من القانون 04-02 أنه حتى يعتبر الشرط تعسفيا في العقد يجب توفر ثلاث عناصر وهي :

1- أن يكون مجال الشرط عقد إذعان

– حدد المشرع الجزائري أو حصر نطاق الحماية من الشروط التعسفية في عقود الإذعان، فقد جاء في المادة الثالثة من القانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية عل أنه "...كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الأخر..." ونفس الشيء بالنسبة للمرسوم التنفيذي رقم 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود و المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين من خلاص نص المادة الأولى الفقرة الثانية منه فأي عقد سيكون فيه مساومة ومفاوضة بين طرفيه المحترف و المستهلك حول الشروط التعاقدية لا يمكن القول بأنه عقد إذعان [1].

2 – أن يكون الشرط مكتوب

– جاء في المادة الثالثة 03 الحالة الرابعة من القانون رقم 04-02 السابق الذكر على أنه " يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبيه أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أوي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا " [2]

وهنا المشرع لم يحدد نوع الكتابة سواء كانت عرضية أو رسمية

---

[1] خالد معاشو ، المرجع السابق ، ص 59

[2] القانون رقم 04-02 المؤرخ في 05 جماد الأولى 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية ، الصادرة في 27 جوان 2004 ، عدد 41

**3-**أن يكون الشرط سببا في الاختلال الظاهر لتوازن العقد

- أكد المشرع أن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي يؤدي الاختلال كبير في العقد ويؤثر على التوازن العقدي فالطرف الضعيف تلحقه خسارة فادحة وقد أشار المشرع إلى التفاوت المرهق لأحد طرفي العقد فقد جاء في المادة الثالثة الحالة الخامسة من القانون رقم 04-02 بأن الشرط التعسفي هو الشرط الذي يكون من شأنه إحداث اختلال ظاهر في التوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد [1]

**الفرع الثاني : معايير الشرط التعسفي**

**أولا : معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية**

- يقصد بهذا المعيار أي التعسف في استعمال القوة الاقتصادية هو استعمال المهني أو المحترف لتفوقه الاقتصادي في فرض شروطه على المستهلك ، مما يجعل المستهلك في درجة أقل منه ويسمى هذا المعيار بالمعيار الشخصي ،

ولقد اختلف الفقه الفرنسي حول هذا المعيار فهناك من يرى أن هذا التعسف هو تعسف في استعمال الحق باعتبار أن المهني طرف قوي من الناحية الاقتصادية ، كما يرى البعض أن القوة تكمن في التفوق الفني و المعرفة للمهني مما يمكنه من فرض شروطه التعسفية على المستهلك ونظرا لعدم وضوح معيار التفوق أو القوة الاقتصادية فقد تم إلغاءه فلقد أقر المشرع الفرنسي في نص المادة 1/132 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنه 1993 بعدم التوازن الظاهر بين حقوق والتزامات طرفي العقد هو معيار الشرط التعسفي [2]

---

[1] خالد معاشو ، المرجع السابق ، ص 60

[2] الصادق عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 43

**ثانيا: معيار الميزة الفاحشة**

– يكون هذا المعيار في عدم توازن العقد بالتفاوت الكبير بين أداءات المتعاقدين ، وهذا التفاوت يكون فادحا أو فاحشا ، لكن المشكل هنا في عدم تقدير التفاوت ، فهو ليس كالغبن الذي حدد له المشرع قيمة حتى يمكن أن تقول أمام غبن ،

مع أنه هناك اختلاف في الفكرتين فالغبن ينصب على الثمن ، اما التعسف فينصب على شروط تنفيذ العقد

– كما أن الشرط التعسفي لا يمكن النظر إليه منفردا في العقد بل إلى كل شروط العقد

فهناك من يعتبر الميزة الفاحشة ذات طابع مالي إذا تعلق الأمر بمبلغ أو طريقة دفعه أما إذا تعلق الأمر بجوهر الشيء أو التسليم أو عبئ المخاطر في ذات طابع غير مالي [1]

**ثالثا : الإخلال الظاهر بتوازن الالتزامات**

– يعتبر هذا المعيار هو المعيار المعتمد أو المعيار الظاهر لتقدير الشرط التعسفي فلقد جاء في المادة الثالثة الفقرة الخامسة من القانون 04–02 السابق ذكره أن الإخلال الظاهر بالتوازن بين الحقوق و الواجبات لدى أطراف العقد بسبب شروط أو شروط العقد يعتبر تعسفا [2]

فالمشرع في المادة السابقة الذكر وضع تعريفا للشرط التعسفي دون أن يحدد كيفية تقديره ، وهذا ما يؤدي إلى تعدد المفاهيم وتضارب الأحكام و المتضرر الأكبر من هذا هو الطرف الضعيف [3]

---

[1] عواد خولة ، المرجع السابق ، ص 54

[2] خالد معاشو ، المرجع السابق ، 71

[3] عواد خولة ، المرجع السابق ، ص 56

– وقد نقل المشرع الجزائري هذا المعيار عن المادة 132 – 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي ، رقم 96/95 سنة 1995 وكان لصدور هذا القانون البالغ في تخلي المشرع الفرنسي عن المعايير التي كانت سائدة في ظل القانون 28/78 سنة 1978 التعسف في استخدام القوة الاقتصادية والميزة المفرطة [1]

## المطلب الثالث : سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية أو إلغائها

### الفرع 1 : سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية

– بعد تدخل القاضي من اجل تعديل الشروط التعسفية ابتداء من مبدأ سلطان الإرادة الواردة في 106 ق.م.ج ، فتطور الحياة الاقتصادية وتعقيداتها أبانت على إختلالات كبيرة بين مصالح ومراكز طرفي العلاقة التعاقدية فأصبح هناك المحترف الذي يتحكم في العقد بحكم معرفته وعلمه بكل تفاصيل المنتج والطرف الثاني الذي يجهل العموميات أصلا ، وهذا الاختلال الواضح في العلاقة العقدية أدى بالمشرع في المادة 110 ق.م.ج إلى أن يجيز للمستهلك للمطالبة بتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان على نحو تقتضي به العدالة [2]

فإذا كشف أو لاحظ القاضي وجود شرط تعسفي في عقد الإذعان فله أن يعدله أو يلغيه وذلك بعقاد الطرف المذعن منه لإزالة أثر هذا التعسف

[1] بوشارب إلمأن ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر تخصص قانون ، العقود المدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، حامعة 8 ماي 1945 قالمة ، السنة الجامعية 2011-2012 ، ص 67،
[2] مولود بغدادي المرجع السابق ، ص 88

إلا انه ونظرا لطبيعة بعض الشروط التعسفية لا يمكن للقاضي إلغائها بسبب أنها جوهرية في العقد كالأجرة في عقد الإيجار أو الثمن في عقد البيع وان إلغاء هذه الأخيرة يؤدي إلى إلغاء العقد كليا فتعديل العقد يكون في الشرط التعسفي الذي يظهر في صورة من صور الغبن المادي أو الاستغلال فيكون التعديل إما لإنقاص في التزامات الطرف المعنوي أو الزيادة في التزامات الطرف القوي وذلك لإزالة الغبن الوارد في العقد [1]

وفي هذا الإطار وللحفاظ على التوازن العقدي فقد عهد المشرع الجزائري إلى وضع قائمة شروط تعسفية ، ساعيا من وراء ذلك إحاطة المستهلك بحماية خاصة وفعالة في هذا المجال وقد وردت هذه القائمة في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة عل الممارسات التجارية، وكذا المرسوم التنفيذي 06-306 المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين البنود التي تعتبر تعسفية حيث أن القاضي يستعين بها عند فصله في النزاع القضائي المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية .

والجدير بالذكر أن الشروط الوارد ذكرها في القانون04-02 ملزمة للمحترف و القاضي فالمحترف يحضر عليه تضمين أحد هذه الشروط في العقود التي يبرمها مع المستهلكين أما بالنسبة للقاضي فلا تكون له أية سلطة في تقدير الطابع التعسفي بالإضافة إلى القائمة التي جاءت بها المادة 29 من القانون 04-02 نجد أن المادة 05 من المرسوم التنفيذي 06-306 في الفصل الثاني تحت عنوان البنود التي

[1] بوداوو خليفة وبوزيان سعيد ، المرجع السابق ، ص 20

تعتبر تعسفية جاءت في الأخر بقائمة للشروط التعسفية حيث تضمنت 12 شرطا تعسفيا ، لها نفس قوة 02 -04 الشروط المنصوص عليها في القانون رقم

نجد الإشارة إلى أن الشروط الوارد ذكرها في المادة 29 من القانون 04-02 و المرسوم التنفيذي رقم 06-306 في مادته الخامسة جاء بها المشرع الجزائري على سبيل المثال وليس الحصر لذلك يمكن للقضاء أن يبطل انواعا اخرى من الشروط التعسفية لم يرد ذكرها في القانون

[1]

**الفرع الثاني : سلطة القاضي في الاعفاء من الشروط التعسفية**

أعطت المادة 110 من القانون المدني الجزائري سلطة واسعة للقاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط حيث من التعديل أو من الشرط التعسفي

فبالنسبة لرقابة الالغاء فهي اشد خطورة من رقابة التعديل فللقضاء سلطة واسعة في تقدير الشرط التعسفي وبموجب هذه السلطة فإنه يمكن للقاضي أن يعطل الشرط التعسفي فيعني الطرف المذعن (الضعيف) منه مخالفا بذلك أهم مبدأ وهو العقد شريعة المتعاقدين

فالقاضي يلجأ إلى إلغاء الشرط التعسفي في حالة ما إذا رأى بأن تعديل الشرط التعسفي لا يفي بالغرض أي انه لا يضمن الحماية الكافية للطرف المذعن

[1] أمال بو هتالة ، المرجع السابق ، ص 255

وباستقراء نص المادة 110 ق.م يتبين أن سلطة القاضي في التدخل جوازية بمعنى أنه يجوز للقاضي التدخل في إلغاء أو تعديل الشرط التعسفي كما أنه يجوز له أن لا يفعل ذلك إلا انه في حالة طلب احد الاطراف التدخل فيجب على القاضي بالرد بالايجاب أو السلب، وإذا رفضت ذلك فعليها توضيح أسباب ذلك الرفض [1]

واذا كان الأصل في رفع دعوى اعادة التوازن العقدي من حق شخص المستهلك ، فإنه لم يعد مقتصرا عليه وحده هذا الحق أصبح لجمعيات المستهلكين الحق في رفع دعوى إبطال الشروط التعسفية ، ولتفادي تقاعس المستهلكين في رفع هذه الدعاوي بسبب نفقاتها الباهضة مقارنة بقيمة السلعة أو الخدمة التي يحصلون عليها ، أو بسبب طول إجراءات التقاضي ، فإن العديد من التشريعات لجأت إلى حل المشكلة عن طريق منع جمعيات المستهلكين الحق في مكافحة الشروط التعسفية من خلال رفع دعاوى إعادة التوازن العقدي[2] .

## المبحث الثالث : نظرية الظروف الطارئة

### المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة

– ظهرت هذه النظرية من القدم فقد عرفت في القوانين الرومانية و العصور الوسطى وفي الشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة

[1] الشريف بحماوح ، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية ، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد الثاني – جوان 2014 ، ص 109

[2] خالد معاشو ، المرجع السابق ، ص 122

**أولا : التعريف الفقهي**

ظهرت عدة تعريفات لهذه النظرية ومن ابرز هذه التعريفات فقد عرفها الأستاذ اسماعيل عمر بأنها " حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعية مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في وسعها ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للدين بحيث يمدده خسارة فادحة وأن لم يصبح مستحيلا " [1]

وعرفها صبحي محمصاني بقوله " ويقصد بهذا التعبير الحوادث الغير المنتظرة التي لم تشأ عن فعل المدين أو خطأه "

والأساس الذي تبناه اغلب الفقهاء هو أساس العدالة فأحكام العدالة تقتضي تدخل المشرع بحماية مصلحة المدين وذلك بإعطاء القاضي سلطة تعديل العقد حسب قول الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا [2]

**ثانيا: التعريف القانوني**

– عرف المشرع الجزائري نظرية الظروف في نص المادة 107 من القانون المدني بأنها حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تصدده بخسارة فادحة كما جاء حسب نص المادة بأن العقد لا يقتصر عل التزام المتعاقد بما ورد فيه ، بل يشمل كل ما هو من مستلزمات العقد وذلك وفقا للقانون ، والعرف ، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام

---

[1] بلعجات قوقو ، بكراكة نجمة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمأن ميرة ، بجاية ، السنة 2014-2015 ص9

[2] بلقاسم زهرة ، أثر نظرية الظروف الطارئة عل العفود ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، جامعة أكلي محمد أو 25 الحاج ، كلية الحقوق و العلوم السياسية البويرة ، السنة 2013-2014 ص

ولقد وضع المشرع الجزائري معايير موضوعية يستعين بها القاضي عند محاولته تحديد ما إذا كان الحادث يدخل في دائرة الحوادث الطارئة حيث جاء في المادة 107 من القانون المدني أن يكون الحادث استثنائي وعام وغير متوقع [1]

فإذا تبين للقاضي أن الحادث يعتبر ظرفا طارئا جاز له تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك [2]

**ثالثا : نظرية الظروف الطارئة في القانون الجزائري**

لقد أجاز المشرع الجزائري للقاضي بالتدخل في تعديل العقد سبب الظروف الطارئة وذلك من خلال المادة 107 قانون مدني

و الملاحظ أن المشرع الجزائري جعل أحكام هذه النظرية من النظام العام وذلك بنصه في المادة 107 "..... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " [3]

**الفرع الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة**

– باستقراء نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري نجد بأن شروط الظرف الطارئ تنحصر في ثلاثة شروط وهي

– الحالة الاستثنائية

---

[1] بلعجات قوقو ، بكرارة نجمة ، المرجع السابق ص 9

[2] فداق عبد الله ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر 2 حقوق ، جامعةعبد الحميد بن باديس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، السنة الدراسية 2017-2018 ص 13

[3] بودواو خليفة ، المرجع السابق ص ، 27

-العمومية

- عدم التوقع

و الملاحظ أن شرط الحالة الاستثنائية و العمومية هي شروط خاصة بالظرف الطارئ ، اما شرط عدم التوقع فهو شرط خاص بالمتعاقد

**أولا : شروط الظرف الطارئ بحد ذاته**

1 - أن يكون الظرف استثنائيا

الحادث الاستثنائي هو الحادث غير المألوف أي الحادث النادر حصوله

- فقد يكون الحادث الاستثنائي من حوادث الطبيعة كالكوارث الطبيعية من زلازل و براكين وفيضانات وحرائق كبيرة

أو يكون واقعة مادية كإعلان حرب أو صدور قانون جديد أو أي حادث أخر

- فالطرف الاستثنائي سبب في الاعتراف بنظرية الظروف الطارئة ، فالحوادث الاستثنائية قد تؤدي إلى إرهاق أحد المتعاقدين مما يستوجب التدخل لتعديل الالتزامات التعاقدية مادام الحادث يتفق مع مبدأ حسن النية ومقتضيات العدالة [1]

2 - أن يكون الظرف الطارئ عاما - المقصود بالعمومية هو أن يشمل هذا الظرف الطارئ منطقة أو بلد أو مجموعة من الأشخاص كفئة معينة كمزارعين أو تجار أو حرفيين ، فالحالة أو الحادث الذي يقع للمدين كإفلاس أو إعسار ، أو مرض أو أي حادث خاص به دون غيره فلا يعتبر ظرفا طارئ عام [2]

---

[1] بلثاسم زهرة ، المرجع السابق ، ص 38

[2] فداق عبد الله ، المرجع السابق ، ص 33

**ثانيا: شرط الظرف المتعلق بالمتعاقد**

1 – أن لا يكون في مقدور المتعاقد توقعه و دفعه

أورد الشرع الجزائري عبارة أن يكون غير متوقع أي أن المتعاقدان لا يتوقعان حدوث هذا الظرف ويعتبر شرط عدم التوقع شرطا جوهريا من شروط الظرف الطارئ

– وحسب الأستاذ الفزاري توقع الظرف هو العلم الراجح أو المحتمل بأن واقعة معينة ستحدث أو أنها لن تحدق في وقت تنفيذ العقد بحيث يكون معلوم أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه خلق صعوبة في تنفيذ العقد إلى حد الإرهاق وتوقع الحادث أو عدم توقعه يعتبر من الأمور النسبية ، فالمعيار الذي حدده الفقهاء هو معيار موضوعي وليس شخصي ففي المعيار الموضوعي ينظر إلى الحادث ذاته دون المتعاقدين وإضافة إلى شرط عدم التوقع يجب أن يكون المتعاقد غير قادر على دفع هذا الحادث الاستثنائي أو تفاديه ، لأنه إذا كان بمقدور المتعاقد دفع هذا الحادث أو تفاديه فلا تطبق نظرية الظروف الطارئة [1]

– وفي كل الأحوال تبقى مسألة التوقع وقدرة الدفع في الحادث الاستثنائي مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي دون خضوعه لرقابة محكمة النقذ .

– أن لا يكون للمتعاقد دخل في حدوث الظرف الطارئ

حتى تكون أمام ظرف طارئ يجب أن يكون هذا الظرف خارج عن إرادة المتعاقد تماما ، فالمقصود هو أن واقعة الظرف الطارئ لا تصدر من احد المتعاقدين بغية التعديل أو التأثير على العقد أو ظروف العقد

[1] بلقاسم زهرة ، المرجع السابق ، ص42

فلا يعقل أن يتسبب المدين في إعاقة تنفيذ التزامه ثم يلجأ إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة قاصدا رفع الإرهاق عنه [1]

3 أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين وليس مستحيلا

وهذا حسب نص المادة 107 قانون مدني جزائري حيث أن الالتزام يكون مرقما للمدين و يتعين على القاضي التدخل في تعديل العقد ورد الالتزام إلى الحد المعقول أو الممكن أما الاستحالة وهي أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا وهنا يصبح أمام القوة القاهرة والذي نص عليها المشرع في المادة 127 قانون مدني و التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام [2]

## المطلب الثاني : تميز نظرية الظروف الطارئة عن المفاهيم المتشابهة لها

هناك العديد من النظريات المتشابهة لنظرية الظروف الطارئى هي تشترك معها في العدد من النقاط ولرفع اللبس وتحديد المفاهيم سنتطرق في هذا المطلب إلى النظريات المتشابهة لنظرية الظروف الطارئة وتبيان أوجه الاختلاف بينهم وبين النظرية

الفرع الأول :نميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة هناك تشابه كبير بين النظريتين فهما تقومان على نفس الشروط فلفجائية وعدم القدرة على الدفع هي ما يميز النظريتين وعلى هذا نجد الكثير يخلط بين النظريتين و مع أن للنظريتين نفس الشروط تقريبا إلا أنهما يختلفان في الأثار التي ترتب عن كل نظرية من حيث الالتزام نجد أن نظرية الطارئة يكون تنفيذ الالتزام مرهقا أما القوة القاهرة فيصبح الالتزام مستحيل التنفيذ

---

[1] بلقاسم زهرة ، المرجع السابق ، ص 44

[2] بودواد خليفة ، المرجع السابق ، ص 29

من حيث حكم القضاء : فالقوة القاهرة يتحمل فيها كل العبء إذ تؤدي إلى انقضاء الالتزام و فسخ العقد ، أما نظرية الظروف الطارئة ترتبط بالنظام العام حسب نص المادة 107 قانون مدني إذ لا يجوز الاتفاق على استبعاد أحكامها وأنه يقع باطلا كل اتفاق على ذلك

أما القوة القاهرة فقد أجاز المشرع الاتفاق على المسبق على أن يتحمل المدين أثر القوة القاهرة [1]

**الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة ونظرية الاستغلال أو أوجه التشابه**

1- تعالج كلا النظريتين اختلال في التوازن الاقتصادي للعقد

2- الإرهاق في تنفيذ الالتزام ففي الغبن يكون هناك التفاوت في الأداءات و الغبن يقع على الطرف المستغل بسبب استغلال الطيش أو الهوى الجامح ، أما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة ، فالإرهاق يكون سبب الظرف الطارئ

3 – بالنسبة للقضاء فأن كلا النظريتين يكون فيها القاضي خارجا عن المألوف وذلك بتدخله في تعديل العقد لإعادة التوازن العقدي [2]

أوجه الاختلاف

يعتبر الاستغلال عيبا من عيوب الرضا وينتج عنه استغلال هذا الغبن الذي قد يكون طيشا أو هوى جامح ، أما نظرية الظروف الطارئة فهي ذات طابع مادي أو واقعة قانونية تنتج عن حادث استثنائي ومفاجئ لا يد للمتعاقدين فيه

---

[1] دحموني أنيسة ، بوزيد لويزة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تيزي وزو ، ص 27

[2] ذحموني أنيسة ، بوزيد لويزة ، المرجع السابق ، ص 32

– تختلف النظريتين من حيث الاثباث فنظرية الظروف الطارئة هي واقعة مادية أو قانونية يسهل اثباثها لاتصافها بالعمومية أما الاستغلال فيصعب إثباته لأنه متعلق بالأمور النفسية ويصعب على الطرف المغبون إثبات استقلاله من طرف الدائن

**الفرع الثالث تميز نظرية الظروف الطارئة عن عقد الإذعأن.**

هناك العديد من نقاط التشابه و الاختلاف بين النظريتين

1 – أوجه التشابه

فمن حيث الاستثناء فكلا النظريتين تعطي للقاضي الاستثناء في التدخل لتعديل العقد وخروجه عن المألوف وهو القوة الملزمة للعقد فيتدخل استثناء لوجود ظرف طارئ كما يتدخل استثناء في تعديل العقد الذي يشكل إرهاقا للمدين بسبب الشروط التعسفية في عقد الإذعان

كما أن النظريتين من النظام العام فلا تجوز لأطراف العلاقة أو التعاقدية في الاتفاق على مخالفة أو استبعاد النص القانوني الذي يجيز للقاضي تعديل العقد في الحالات التي فرضها القانون

**ثانيا: أوجه الاختلاف**

– فيما يخص العلاقة التعاقدية فأن في نظرية الظروف الطارئة يكون توافق ارادتين ولا يكون فيه اي إكراه وذلك عكس عقد الإذعان الذي يكون للطرف القوي سلطة وضع الشروط العقد ولا يكون للطرف الأخر أي سلطة في مناقشة هذه الشروط ولا يكون له سوى القبول أو الرفض الكلي للعقد

– كما أ ن نظرية الظروف الطارئة يكون مجال تطبيقها بالنسبة للعقود المدنية والادارية ، بينما عقد الإذعان فلا يكون إلا في العقود المدنية [1].

## المطلب الثالث : سلطة القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه يجوز للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك بعد مراعاة مصلحة الطرفين وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للقاضي

### الفرع الأول : سلطة القاضي في تعديل العقد

اذا واجه العقد طرفا طارئا عند تنفيذه و أصبح تنفيذ الالتزام شاقا ومرهقا لأحد المتعاقدين جاز للقاضي التدخل في تعديل العقد وذلك برد الالتزام إلى الحد المعقول ويكون ذلك إما بإنقاص قيمة الالتزام أو زيادته أو توقيف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظرف الطارئ

**أولا : تعديل الالتزام**

1 –إنقاص الالتزام المرهق

– قد يكون إنقاص الالتزام هو الوسيلة التي يراها القاضي في تعديل العقد وإعادة التوازن العقدي فيلجأ إلى إنقاص الالتزام وإنقاص الالتزام يكون كما أو كيفا فمن ناحية الكم فقد يكون الالتزام بتوريد الكمية المتفق عليها مستحيلا في عقد توريد فيلجأ القاضي إلى إنقاص الكمية حتى يصبح تنفيذ الالتزام ممكنا أما من ناحية الكيف فهو يتمثل في نوع و مواصفات الشيء المتفق عليه[2].

---

[1] بلعجات قوقو ، المرجع السابق ، ص 24

[2] بلعجات قوقو ، بكرار تجمة ، المرجع السابق ص 44

فيلجأ القاضي بالترخيص للمدين للوفاء بنفس الكمية ولكن بجودة أقل يمكن توفيرها أو الحصول عليها دون إرهاق

2 – زيادة الالتزام

– قد يلجأ القاضي إلى زيادة قيمة الالتزام المقابل للالتزام المرهق وذلك للتخفيف من الخسارة التي يتعرض لها المدين ، إلا أنه في مسألة زيادة الالتزام فأن الدائن غير مجبر بالقبول إذا قضى التعديل بالزيادة و التزامه ، فهو مخير بأن يقبل التعديل أو أن يطلب الفسخ دون تعويض

**ثانيا: فسخ العقد أو وقف العقد**

1 – وقف تنفيذ العقد :

قد يلجأ القاضي إلى وقف تنفيذ العقد إذا رأى أن تنفيذه يصبح مرهقا للمدين فوقف تنفيذ العقد في حالة كان الظرف الاستثنائي المؤقت ولم يكن وقف تنفيذ يلحق ضرر جسم بالدائن فحكم القاضي في هذه الحالة لا يلمس مضمون العقد لأن الالتزامات القديمة تبقى قائمة ولأنه بمجرد انتهاء الظرف الطارئ يعود العقد إلى قوته الملزمة ويتم تنفيذه حسب الاتفاق الأول وهذا ما جاء في المادة 02/281 من القانون المدني الجزائري حيث نصت على أنه " غير أنه يجوز للقاضي نظرا لمركز المدين مراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا أجالا ملائمة للظروف ، دون أن تتجاوز المدة سنة ، أو أن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها " [1]

[1] بودأود خليفة ، بوزيأن عبد السعيد ، المرجع السابق ، ص 32

2 – فسخ العقد :

لا يمكن للقاضي اللجوء إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه أو حتى ولو كان بطلب من المدين ، لأن المشرع أعطى للقاضي الحق أو السلطة على تعديل العقد وليس فسخه ، ولما كان لفسخ العقد الأثر البالغ على الدائن ذلك نظرا لتحمل هذا الأخير للخسارة الفادحة لوحده فأنه طلب الفسخ من المدين ليس له معنى ولأن نظرية الظروف الطارئة هدفها الإبقاء على العقد مع تخفيف الالتزام المرهق لإعادة التوازن الاقتصادي للعقد ومع هذا فانه يجوز للقاضي وبناءا على طلب الدائن الحكم بفسخ العقد إذا كان الحكم بتعديل العقد الذي أجراه القاضي لم يعجب الدائن ، فقد يلجأ إلى التخلي عن الصفقة نهائيا وهذا ما يصب في صالح المدين[1]

**الفرع الثاني : حدود سلطة القاضي في تعديل العقد**

أجاز المشرع للقاضي التدخل في تعديل العقد إذا تبين له أنه عن تنفيذ العقد وقع ظرف طارئ و استثنائي جعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين ، ولكن هذا التدخل ليس على إطلاقه أو بدون ضوابط

أولا : مسائل القانون في تطبيق نظرية الظروف الطارئة

جاء في المادة 107 قانون مدني جزائري أنه يقع باطلا كل اتفاق يقضي باستبعاد سلطة القاضي في تعديل العقد وهذا ما يجعل نظرية الظروف الطارئة من النظام العام

– ومع ذلك فأنه لا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه إعمال شروط نظرية الظروف الطارئة ولكن يجب أن يكون ذلك بطلب من المدين [2]

[1] دحمون أنيسة ، بوزيد لويزة ، المرجع السابق ، ص 56

[2] بلقاسم زهرة ، المرجع السابق ، ص 86

كما أن القاضي عند تطبيقه للنظرية لا تكون له سلطة تقديرية مطلقة فالمحكمة العليا تراقب الرخصة الممنوحة للقاضي في تقرير الشروط التي يجب أن تتوفر في النظرية و الأثر القانوني الذي يترتب على تطبيقها ، فرخصة فسخ العقد بناءا على طلب المدين خارجة عن سلطة القاضي التقديرية لأن المقصود من نظرية الظروف الطارئة هو تخفيف عبئ الالتزام المرهق على طرفي العلاقة العقدية فتدخل ضمن الوسائل القانونية توزيع الخسارة على المتعاقدين

**ثانيا: مسائل الواقع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة**

عند حدوث الظرف الطارئ فأن للقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تعديل العقد و الموازنة بين مصلحة طرفي العقد وترك المشرع المجال الواسع أمام القاضي في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة لتعديل العقد وموازنته ، فالحالات تختلف من حالة إلى أخرى و القاضي هو من يقرر حسب كل حالة وعلى ظروف ووقائع القضية التي أمامه لينقص من التزام المدين و جمع بين الزيادة والنقصان وذلك بزيادة الالتزام المقابل وإنقاص التزام المدين أو وقف تنفيذ العقد إلى غاية زوال الظرف الطارئ[1]

ولكن القاضي قبل لجوءه إلى الحكم وتقرير التعديل على العقد وجب عليه التحقق من الظروف التي تحيط بالقضية وتوافر شرط لظرف الطارئ فقد أورد المشرع في المادة 107 كلمة تبعا للظروف لذلك وجب على القاضي مراعاة ظرف القضية و الموازنة بين مصلحة الطرفين [2].

[1] بلقاسم زهرة ، المرجع السابق ، ص 87

[2] دحمون أنيسة ، بوزيد لويزة ، المرجع السابق ص 49

## خاتمة الفصل الثاني

من خلال ما تقدم في هذا الفصل تتبين لنا اهمية دور القاضي في تدخله لحماية الأفراد والحفاظ على حقوقهم، فالسلطة التي منحها المشرع للقاضي بتدخله في تعديل العقد وإعادة التوازن له بسبب تعسف أحد الأطراف أو استغلاله للطرف الآخر أو وقوع حالة طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرقها للمدين، جعلت المعاملات والعلاقات العقدية تكون أكثر وضوحا ولا تنطوي على مخاطر كبيرة، حيث أصبح الأشخاص عند تعاقدهم يضعون في الحسبان أن سلطة القاضي ستحول دون الإخلال بالتوازن العقدي، وأن القاضي سيتصدى لذلك وفي أي مرحلة يكون فيها العقد، سواء في مرحلة تكوينه أو عند تنفيذه، كما يتبين لنا أن المشرع الجزائري أعطى سلطة التدخل للقاضي في تعديل العقد، ليس خروجا على مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد شريعة المتعاقدين، ولكن التدخل بدافع الحفاظ على مصالح المتعاقدين، والحفاظ على التوازن العقدي حرصا منه في تنفيذ العقد على أحسن وجه، وذلك وفق سلطة تقديرية وفي حدود ما يسمح به القانون.

**الخاتمة:**

من خلال ما تطرقنا إليه في هذه الدراسة نلاحظ أن مسألة التوازن العقدي مسألة مهمة للغاية للمشرع الجزائري فقد احاطها بعناية كبيرة، ذلك لما للعقد من أهمية كبيرة في حياة الفرد والمجتمع، فالعقد كان ولا زال عصب مختلف المعاملات والعلاقات بين الافراد داخل المجتمع.

فكما أن المشرع يحمي الحرية الفردية، ويحترم إرادتهم في إبرام العقود، وتكون هذه الحماية بحماية سلامة رضاهم، وضمان تنفيذها على أحسن وجه.
إلا أن الإرادة لا يمكن لها أن تخرج عن اطار المساوات و حفظ الحقوق، ولا يكون ذلك إلا بحفظ توازن العقد.
ومن هذا المبدأ أو المفهوم تتضح لنا الخطوات أو الاليات التي اتخذها المشرع الجزائري في سبيل الحفاظ على التوازن العقدي وحماية أطراف العلاقة العقدية والحفاظ على مصالحهم والدفاع عنها.

فتطور الحياة الاقتصادية وتعقيداتها، ادى الى تنافس شديد بين الفاعلين في السوق، هذا التنافس أدى الى ظهور أو بروز طرف قوي في العلاقة العقدية يسمى بالمحترف، يمتلك القوة الاقتصادية والعلمية والمعرفة القانونية مقابل مستهلك ضعيف، همه اشباع رغباته وحاجياته من سلع وخدمات، فكان لزاما على المشرع التدخل لتنظيم هذه العلاقة وحماية المصالح المتضاربة وذلك بإدراج عدة قوانين وتشريعات خاصة آمرة لتنظيم الروابط العقدية واخضاع ارادة الاطراف للمصلحة العامة.
فكان اصداره لعدة قوانين خاصة بحماية المستهلك كالقانون 09-03 الذي يهدف الى حماية المستهلك وقمع الغش، الذي من خلاله اعطى حماية للمستهلك والزم المحترف بالإعلام وتبيان او التعريف بسلعته ووضع كل البيانات الخاصة بها حتى يتسنى للمستهلك معرفة السلعة التى يستهلكها، والاطلاع على محتواها ليبقى قرار اقتناءها من عدمه منوط بقناعته وبإرادته .
فقد جاء في المادة 11من نفس القانون أن المنتوج المعروض يجب أن يستجيب للرغبات المشروعة للمستهلك وذلك بتوفير بيانات تبين طبيعة وصفه ومنشئه ومميزاته الأساسية وغيرها ،من كمياته وقابليته

للاستعمال والأخطار التي تنجم عنه، وكل هذا حماية لرضا المستهلك وحمايته من التدليس الذي يقوم به المحترف.

اضافة الى الالتزام بالإعلام، فقد عزز المشرع حماية المستهلك بإدراجه شرط ضمان العيوب الخفية وهذا ما يظهر جليا في نص المادة 379 ق م ج والتي نصت على ما يلي : " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، حسبما هو مذكور بعقد البيع ، أو حسبما يظهر من طبيعته و استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها ..... "

وتأتي الحماية هنا سواء من عيب ينقص من قيمة الشيء المبيع، أو من عيب يحول دون الانتفاع بالشيء المبيع، وهذا حتى ولو لم يكن البائع عالما بهذه العيوب فهو ضامن لخلو هذا الأخير من أي عيب خفي.

واضافة الى كل هذا فقد اعطى المشرع حق العدول أو الرجوع، وهو الحق الذي تمنحه مرحلة التفكير للمتعاقد، وذلك حماية للمتعاقد من الوقوع في غلط أو حمايته من الخفة والتسرع.

ومع كل هذا الحرص من المشرع للحفاظ على التوازن العقدي، و وضعه عدة آليات قانونية من شأنها ضمان التوازن العقدي، إلا أنه لم يكتف بهذا فحسب، فلم يغفل أو يهمل دور القضاء في ضمان وحماية التوازن العقدي، فقد أعطى أو أجاز للقاضي سلطة تعديل العقد الذي اختل توازنه، فللقاضي سلطة تقديرية واسعة في التدخل لإعادة التوازن للعقد، و يتجلى ذلك في عديد الحالات التي نص عليها المشرع صراحة بإعطاء القاضي سلطة التدخل في تعديل العقد، بل وجعلها من النظام العام، فلا يجوز لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق على مخالفتها وإبعاد سلطة القاضي في التدخل في تعديل العقد الذي اختل توازنه، وهذا كاستثناء خروجا على مبدا العقد شريعة المتعاقدين وعلى مبدأ سلطان الارادة.

حيث أن القاضي يستند في إعمال سلطته إلى تلك الأحكام القانونية الموضوعية التي قد يجدها ضمن القواعد العامة لقانون العقود، كونها تتضمن أحكاما تكافح بعض أنواع الشروط التي تنطوي على تعسف مضر بالمتعاقد الآخر، أو نتيجة غبن ناتج عن استغلال، فقط يكون هذا الغبن من دافع نفسي ينتج عنه طيش أو هوى جامح أو غبن مادي، يؤدي إلى تفاوت كبير في الاداءات كالغبن العقاري، كما أن فلسفة التفوق الاقتصادي والتقني للمحترف أدت الى تدخل المشرع لحماية المستهلك من الشروط التعسفية التي ينفرد المحترف بوضعها .

وتدخل القاضي يكون أيضا في حالة الظروف الطارئة التي تطرأ على تنفيذ العقد، مما يؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقد ويصبح تنفيذه من طرف المدين مرهقا، فتدخل القاضي هنا يكون بتعديل العقد سواءا بانقاص التزامات المدين او زيادة التزامات الدائن .

## قائمة المراجع و المصادر

### قائمة الكتب :

سه نكه ر على رسول، حماية المستهلك وأحكامه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2016 ،

موفق حماد عبد، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011 ،.

بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول ، التصرف القانوني العقد والارادة المنفردة ،الطبيعة الثالثة ديوأن المطبوعات الجامعية ،الساحة المركزية بن عكنون ،الجزائر 2004

- بن شويخ الرشيد ، دروس في النظرية العامة للالتزام الطبعة 2012 ، دار الخلدونية للنشر والتزيع ،

- رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام ، ط , 1 ، الاسكندرية ، دار الجامعية الجديدة 2007 ،
،
لشعب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعأن في القانون المدني الجزائري والمقارن ، المؤسسة الوطنية للكتاب، شارع زيغود يوسف ، الجزائر ، 1999،

حمال زكي اسماعيل الجريدي ، حماية المستهلك في عقود الإذعان ، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري و الجويني و النظام السعودي ، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، المجلد 08 العدد : 01 السنة 2009

عبير مزغيس ، محمد عدنأن بن ضيف، الضوابط الحمائية المصوبة لاحتلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك التعسفية ، مجلة الحقوق والحريات، العدد الرابع ، أفريل 2017

### رسائل الدكتوراه

المختار بن سالم ،الالتزام بالإعلام كآلية لحماية المستهلك ،رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،تخصص قانون المنافسة والاستهلاك،جامعة أبي بكر بالقايد،كلية الحقوق والعلوم السياسية،تلمسأن ،2017/2018

نبيل بن عديدة ،الالتزام وتوابعه في مجال قانون الاستهلاك ،اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه،فرع القانون الخاص،جامعة محمد بن أحمد ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،وهرأن ،2018.

عسالي عرعارة ،التوازن العقدي عند نشأة العقد ،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في القانون ،جامعة الجزائر،كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر،2015،

ين بعلاش خاليدة ، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق ، غير منشورة ، تخصص قانون اقتصادي ، قسم الحقوق ، كلية لحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الجيلالي اليابس ، سيدي بلعباس ، 2018/2017

منال بروح ، النظام العام ، و العقد ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، فرع قانون حماية المستهلك والمنافسة ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق 5 ماي 2019

## رسائل الماجيستر

- عبيد نجاة ، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون الخاص المعمق ، جامعة أبي بكر بلقايد ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تلمسأن 2015 – 2016

خالد معاشو ، دور القاضي في حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجيستر تخصص قانون أعمال ، جامعة 8 ماي 45 قالمة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، 2015-2016،

مولود بغدادي ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقدة الإستهلاك ، بحث مقدم لنيل شهادة الماجيستر ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق، بن عكنون

بوشارب إلمأن ، حماية المستهلك من الشروط التعسفية في عقود الإستهلاك ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر تخصص قانون ، العقود المدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، حامعة 8 ماي 1945 قالمة ، السنة الجامعية 2011-2012 ،

## مذكرات الماستر

بلقاسم زهرة ، أثر نظرية الظروف الطارئة عل العفود ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، جامعة أكلي محمد أو الحاج ، كلية الحقوق و العلوم السياسية البويرة ، السنة 2013-2014

فداق عبد الله ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر 2 حقوق ، جامعة عبد الحميد بن باديس ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، السنة الدراسية 2017-2018

بلعجات قوقو ، بكراكة نجمة ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ، تخصص القانون الخاص الشامل ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمأن ميرة ، بجاية ، السنة 2014-2015

بادحمان بوحاص ومومني علي ، الالتزام بضمان العيوب الخفية من قبل المنتج كضمانة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، غير منشورة ، تخصص قانون أعمال ، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة دارية ، ادرار، 2017 / 2018 ،

عواد خولة ، حماية المتعاقد من الشروط التعسفية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، يتخصص القانون الخاص المعمق ، جامعة عبد الحميد بن باديس، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق ، مستغأنم ، 2013 – 2014 ،

كشهيدة ثمار،الالتزام بالإعلام كوسيلة لحماية المستهلك في التشريع الجزائري ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة المستر الأكاديمي،فرع علوم قانونية وإدارية،تخصص قانون الأعمال،جامعة محمد بوضياف ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،المسيلة،2019

شري علي ، ضمان العيب الخفي في المبيع وفقا للقانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون غير منشورة تخصص عقود ومسئولية ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند أو لحاج ، البويرة ، ، 2015/2014

الحدي يمينة و موفقي عواطف ، الالتزام بضمان العيوب الخفية في عقد البيع مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق غير منشورة تخصص القانون الجنائي والعلوم الجنائية ، قسم الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مزيان عاشور ، الجلفة ، 2019 / 2020 ،

- بودوأو خليفة و بوزيأن السعيد ، دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي ، كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف – المسيلة – 2017 -2018 ،

دحموني أنيسة ، بوزيد لويزة ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص ، جامعة مولود معمري ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، تيزي وزو ،

## المجلات و المقالات

حق المستهلك في العدول في التشريع الجزائري ، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، المجلد 1 ، العدد 01 أفريل 2020

سامية لموشية، خيار رجوع المشتري في عقد البيع الالكتروني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حمت لخضر، العدد 19 ، الوادي، ألج ا زئر، جانفي 3112 ،

دالي بشير ، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون ، العدد 5 جوان 2018

معزوز دليلة، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الالكتروني، مجلة معارف، قسم الحقوق جامعة البويرة، العدد 22 ، البويرة – الجزائر، جوان 2017 ،

الشريف بحماوح ، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية ، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية ، العدد الثاني – جوان 2014 ،

عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، مجلة جامعة النجاح للأبحاث نابلس، المجلد 27، 2013، الاصدار01، فلسطين

– سلوى قداش : " الالتزام بالضمان بين القواعد العامة في التعاقد وقانون حماية المستهلك " ، مجلة المباحث للدراسات الأكاديمية ، جامعة باتنة 1 ، العدد الثاني عشر ، الجزائر ، جانفي 2018 ،

الصادق عبد القادر حماية المستهلك من الشروط التعسفية ، دراسة مقارنة، مجلة أفاق العلمية ، المجلد 11 ، العدد 01 سنة 2019

أمال بو هنتالة ، سلطة القاضي المدني في اعادة التوازن العقدي لعقود الإستهلاك مجلة الإجتهاد القضائي ، العدد الرابع عشر ، افريل 2017

## القوانين و المراسيم

المرسوم التنفيذي رقم 90_39المؤرخ في 30يناير 1990يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش ،الجريدة الرسمية المؤرخة في31 يناير 1990

المرسوم التنفيذي 13_378,الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ،المؤرخ في 2013/11/09الجريدة الرسمية ،العدد 58المؤرخ 18/11/2013

المرسوم التنفيذي رقم15-114 المتعلق بشروط و كيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، المؤرخ في 12 مايو 2015 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 10 الصادر بتاريخ 13 مايو2015.

الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، جريدة رسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

أمر رقم 75–58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن القانون المدني الجزائري ، ( المعدل و المتمم ) ، الجريدة الرسمية للجريدة الجمهورية الجزائرية ، الصادرة في 13 ماي 2007

| | |
|---|---|
| **الفهرس** | |
| **الشكر والتقدير** | |
| **الإهداء** | |
| **المقدمة** | |
| | |
| **المبحث الأول: ماهية الالتزام بالإعلام.** | **5** |
| **المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام.** | **5** |
| **المطلب الثاني: محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام.** | **11** |
| **المطلب الثالث: شروط الالتزام بالإعلام.** | **16** |
| **المبحث الثاني :مفاهيم عامة حول الحق في العدول عن العقد** | **19** |
| **المطلب الأول: مفهوم الحق في العدول عن العقد** | **19** |
| **المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لحق العدول.** | **25** |
| **المطلب الثالث: أحكام وآثار خيار الرجوع.** | **30** |
| **المبحث الثالث: الالتزام بضمان العيوب.** | **30** |
| **المطلب الأول: مفهوم الالتزام بالضمان .** | **35** |
| **المطلب الثاني: شروط العيب الموجب للضمان في القانون المدني.** | **38** |
| **المطلب الثالث: أحكام الضمان بالعيوب.** | **43** |
| **الفصل الأول: الضمانات القضائية لتحقيق التوازن العقدي** | |
| **المبحث الأول: الغبن الناتج عن الاستغلال** | |

| | |
|---|---|
| **المطلب الأول : مفهوم الغبن وحالاته** | **43** |
| **المطلب الثاني مفهوم الاستغلال وشروطه** | **51** |
| **المطلب الثالث : سلطة القاضي في ربع الغبن الناتج عن الاستغلال** | **55** |
| **المبحث الثاني: الشروط التعسفية في عقود الإذعأن** | **67** |
| **المطلب الأول : عقد الاذعانوطبيعة القانونية** | **67** |
| **المطلب الثاني : مفهوم الشروط التعسفية وتحديد معايير تقدير طابعها التعسفي** | **74** |
| **المبحث الثالث : نظرية الظروف الطارئة** | **77** |
| **المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة** | **83** |
| **المطلب الثاني : تميز نظرية الظروف الطارئة عن المفاهيم المتشابهة لها** | **83** |
| **المطلب الثاث : سلطة القاضي في مواجهة الظروف الطارئة** | **97** |
| | **103** |
| الخاتمة العامة | **132** |
| قائمة المصادر والمراجع: | |