



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون
تخصص: قانون خاص

إشراف الأستاذ الدكتور:
قادة شهيدة

إعداد الطالبة
يغلى مريم

أعضاء اللجنة:

رئيسا	-جامعة تلمسان-	أستاذ محاضر قسم "أ"	د/ دلال يزيد
مشرفا و مقررا	-جامعة تلمسان-	أستاذ التعليم العالي	أد/ شهيدة قادة
مناقشا	-المركز الجامعي تيسمسيلت-	أستاذ محاضر قسم "أ"	د/ بوراس محمد
مناقشا	-المركز الجامعي تيسمسيلت-	أستاذ محاضر قسم "أ"	د/ علاق عبد القادر
مناقشا	-جامعة تيارت-	أستاذ محاضر قسم "أ"	د/ حمر العين عبد القادر

السنة الجامعية 2016-2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء

إلى والديا الحبيبين

حفظهما الله، اللذين

استمدت من تشجيعهما

القوة التي لطالما دفعتني

لطلب العلم.

إلى زوجي و ابنتي اللذين

كانا دوما بجانبني طيلة

إنجاز هذه الأطروحة.

إلى كل عائلتي،

أساتذتي و موظفي مكتبة

جامعة باجي مختار - عنابة

أهدي هذا العمل

المتواضع.

شكر و تقدير

أتقدم بجزيل الشكر و العرفان إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور "قادة شهيدة" لقبوله الإشراف على هذه الأطروحة، و توجيهاته القيمة و صبره الجميل طوال سنوات الإشراف، فلقد كان مدرسة في التواضع و الأخلاق، فجزاه الله خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء اللجنة الموقرة على تكريس وقتهم لقراءة هذا العمل، و أخص بالذكر الدكاترة: دلال يزيد، بوراس محمد، علاق عبد القادر و حمر العين عبد القادر.

فلهم مني كل الشكر و التقدير

قائمة أهم المختصرات

1- باللغة العربية:

ق م: قانون مدني.

ق ت: قانون تجاري.

ق ب: قانون بحري.

ص: الصفحة.

2- باللغة الفرنسية:

Art.pré: article précité.

Bull.civ: bulletin civil.

Ca:cour d'appel.

Cass.civ:cassation civile.

Cass.com:cassation commerciale.

Ch: chambre.

Chr:chronique.

Comm: commentaire.

Conc.cons: concurrence et consommation.

CRJO:centre de recherche juridique de l'ouest.

Doct: doctrine.

Gaz.pal: gazette du palais.

Ibid, ibidem

JCP:juris-classeur périodique.

LGDJ :librairie générale de droit et de jurisprudence.

Litec: librairie technique

N° :numéro.

Op,cit :ouvrage précité.

P: page.

Pan: panorama.

Puf: presse universitaire de France.

RASJEP: revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques.

RIDC: revue internationale de droit comparé.

RJDA: revue de jurisprudence de droit des affaires.

RTD.civ: revue trimestrielle de droit civil.

RTD.com: revue trimestrielle de droit commercial.

RTD: revue trimestrielle de droit.

S: suivant.

Somm.comm: sommaires commentés.

Thè.pré: thèse précitée.

Vol: volume.

مقدمة:

يعتبر البيع من أكثر العقود شيوعا في حياتنا المعاصرة، حيث لا يكاد يمر يوم دون أن يبرم الشخص عددا من عقود البيع الذي يعتبر وسيلة للتزود بما يرغب في تملكه إستثنائا أو إنتفاعا، فهو أكثر العقود التي يشعر الفرد عند ممارسته لها بأنه يشبع بواسطته رغبته في التعاقد¹، و إذا كان البيع هو عصب الحياة الإقتصادية في الوقت الراهن، فهو أيضا وسيلة تبادل الأموال و حلقة الوصل بين الإنتاج من ناحية و الإستهلاك من ناحية أخرى.

بل يعد البيع أيضا وسيلة لتبادل السلع و البضائع على المستوى الدولي بسبب سهولة المواصلات و تطور الصناعة و التجارة، و هو ما أدى إلى تكاثف جهود الأسرة الدولية نحو التوحيد الدولي في المسائل المتعلقة بالمعاملات التجارية الدولية، من خلال عقد البيع الدولي الذي يهدف إلى تبادل السلع و البضائع على مستوى الدول، من خلال أفراد و مشروعات تجارية تنتمي إلى هذه الدول، فكانت إتفاقية لاهاي 1964 المتعلقة ببيع المنقولات المادية أول النصوص التشريعية الدولية التي تطرقت إلى الإلتزام بالتسليم المطابق²، ضمن إلتزامات البائع و المشتري و ما يثور حولها من نزاعات تتعلق بكيفية تنفيذها و الجزاءات المترتبة عن الإخلال بها³، و على الرغم من تصديق بعض الدول على هذه الإتفاقية إلا أن الإقبال الضعيف عليها، دفع لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (uncitral) إلى عقد أول دورة لها سنة 1968 و ذلك قصد إعادة النظر في إتفاقية لاهاي 1964، الأمر الذي أدى إلى خروج إتفاقية أخرى إلى النور و هي إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع أو ما يعرف بإتفاقية فيينا 1980، التي إستلهمت أحكامها من العديد من الأنظمة القانونية على غرار نظام القانون المشترك و نظام القانون الألماني، فأصبحت هذه الإتفاقية أكثر تنظيما لقواعد البيع الدولي للبضائع، حيث جاءت شارحة للنظام القانوني لهذا العقد بما في ذلك إلتزام البائع بالتسليم و إلتزامه بالمطابقة أين فصلتهما شكلا و جمعتهما موضوعا، حيث كانت في كل مرة تتطرق فيها لأحد الإلتزامين تشير إلى الإلتزام الآخر و هو ما يعني عجزها عن الفصل بينهما من الناحية النظرية و العملية، و هذا ما يفيد تبنيها هي الأخرى لفكرة الإلتزام بالتسليم المطابق.

و لقد تأثرت التشريعات في أوروبا بما جاءت به إتفاقية فيينا 1980، حيث يبدو ذلك مثلا من خلال تبني فرنسا في تشريعاتها الداخلية الإلتزام بالتسليم من خلال نص المادة 1604 ق م و ما بعدها، و لقد أدى الإنتقال من الإلتزام بالتسليم إلى الإلتزام بالمطابق إلى تعديل قانون البيع بعمق، و يظهر ذلك بوضوح في قانون الإستهلاك الفرنسي الذي نص صراحة على الإلتزام بالتسليم المطابق، لما أفرغ له المشرع الفرنسي المحور VII المعنون ب "الإلتزام بالمطابقة للعقد"، الذي قسمه إلى ثلاثة أقسام حيث تطرق في القسم الأول إلى مجال تطبيق الإلتزام، بينما في القسم الثاني و هو الأهم إلى الضمان القانوني للمطابقة حيث حدد الحالات التي يعتبر فيها المنتج المسلم مطابق، متطرقا إلى أحكام هذا الإلتزام، أما القسم الأخير فقد تطرق فيه إلى "الضمان التجاري" للمنتج المسلم كضمان تعاقدى إضافي.

1- ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال، دار أم القرى للطبع و النشر، المنصورة، مصر، سنة 1998، ص 3.

2- المادة 19 من إتفاقية لاهاي 1964.

3- جمال محمود عبد العزيز، الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1996-1997، الصفحة "ب".

فوفقا للإلتزام بالتسليم المطابق فإن العون الإقتصادي ملزم ليس فقط بتسليم أي شيء للمستهلك، وإنما لا بد أن يكون هذا الشيء مطابق لذلك الذي تم الإتفاق عليه في العقد، وذلك من منطلق عدم جواز إجبار المستهلك على تسلم شيء مغاير لمحل العقد الذي تم الإتفاق عليه¹، ولقد مر تعريف المطابقة في القانون الفرنسي بسلسلة من التعديلات الملحوظة، وذلك بعد أن أقحم المشرع الفرنسي قواعد التوجيه الأوروبي ل25 ماي 1999 المتعلق ببعض جوانب البيع و ضمان الأشياء الإستهلاكية ضمن قانون الإستهلاك الفرنسي وذلك من خلال الأمر رقم 136-2005 الصادر في 17 فيفري 2005، و وصولا إلى قانون الإستهلاك الأخير المعدل بموجب الأمر رقم 301-2016 الصادر بتاريخ 14 مارس 2016، و هذا يشكل في حد ذاته مكسبا مهما، أين تم تكريس ضمان جديد لحماية المستهلك و هو ضمان المطابقة.

أما بالنسبة للجزائر فإنها و إن كانت لم تواكب في زمن ما الحركية العالمية المتعلقة بحماية المستهلك و ذلك بسبب طبيعة النظام السياسي الذي كان ساريا فيها بعد الإستقلال، أين كانت الدولة تحتكر توجيه الحياة الإقتصادية، متكلفة بجميع إجراءات الحماية بما في ذلك توفير منتجات ذات مواصفات تضمن الحد الأدنى من الأمن، و هذا ما لم يستدع ضرورة سن تشريعات خاصة تكفل هذه المهمة، غير أن الوضع لم يظل على حاله، حيث أنه و في أواخر الثمانينات و مع تعديل النظام السياسي للدولة أصبحت الحاجة إلى صدور قوانين خاصة تهدف إلى العمل على حماية المستهلك ملحة، و خاصة مع دخولها في مفاوضات للإنتظام إلى المنظمة العالمية للتجارة، فضلا عن تأثرها بنظام إتفاقيه فيينا ل 11 أبريل 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، فكان نتيجة هذه المعطيات أن ظهر سنة 1989 أول قانون يضع القواعد العامة لحماية المستهلك و هو قانون 89-02، حيث دامت دورة حياته مدة 20 سنة، إلى أن تبين قصور بعض قواعده و عجزها عن تكريس الحماية المنشودة للمستهلك، مما أدى إلى إلغائه و ذلك بالإفراج عن قانون 09-03 الصادر في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش².

و نظرا للإنتفاحة الإقتصادية الذي تشهده الجزائر و ما يسوده من تحرير الأسواق، فلقد أدى ذلك إلى ظهور منتجات مختلفة معروضة في الأسواق الوطنية بهدف إشباع حاجيات المستهلك، و إن كان هذا التنوع يثري خياراته في كثير من الأحيان، إلا أنه في نفس الوقت يزيد من تشويشها لا سيما في ظل مختلف وسائل الدعاية و الإعلانات العصرية التي يلجأ العون الإقتصادي لإستعمالها قصد تحقيق أرباح معتبرة، حيث تؤدي هذه العروض أحيانا إلى إقدام المستهلك على إقتناء المنتج الذي يعتقد أنه مناسب دون أن يكون مرضيا و ملبيا لحاجياته التي من أجلها أقدم على التعاقد، فيجد نفسه قد تسلم الشيء محل العقد مقابل ثمن يدفعه قد لا يكون متناسبا مع الفائدة التي يرجو تحقيقها من هذا المنتج.

غير أن التشريعات في الجزائر كانت قد احتاطت لمسألة عدم إثراء العون الإقتصادي على حساب المستهلك الذي يمكن أن يمس المنتج المطروح في الأسواق بمصالحه، بالإضافة إلى رغبتها في تحقيق التوازن بين المستهلك و العون الإقتصادي، و لهذا فقد ألزمت هذا الأخير أن يسلم للمستهلك شيء مطابق و يحقق بكل ثقة الهدف من التعاقد، و من ثم محاربة الأساليب غير المشروعة الهادفة لكسب الربح على حساب المستهلك، و هذا ما يعني حماية مصالحه الإقتصادية من خلال تمكينه من الحصول على الفائدة المثلى من موارده المالية و حمايته من الممارسات التي تضر بمصالحه، من منطلق أن إقباله على الشراء إنما يكون بهدف الحصول على منتج مطابق.

1 - Mohamed Fahim Nia, les obligations de livraison et de conformité du vendeur dans les contrats de vente internationale de marchandises-étude comparative de la convention de Vienne du 11 avril 1980 et du droit français des ventes internes, thèse de doctorat, Paris1, Panthéon Sorbonne, 2011, p 125 et s.

2- المادة 94 من قانون 03-09 المنشور في الجريدة الرسمية عدد 15، الصادرة بتاريخ 8 مارس 2009.

و كان أن تجسد ذلك الحرص من خلال إلزام العون الإقتصادي صراحة على مطابقة المنتوجات التي يتم طرحها للتداول، على أن الجدير بالملاحظة هو أنه رغم النص على الزامية المطابقة من خلال مختلف النصوص التي جاء بها المشرع ضمن قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، إلا أن توظيفه لمصطلح "الإلتزام بالتسليم المطابق" كان منعما، و لم يتخط مشرعا الهاجس المتعلق بهذا المصطلح إلا لأول مرة بصدور المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، الذي شرع خصيصا لضمان تنفيذ هذا الإلتزام، و الذي دخل حيز التنفيذ بعد سنة كاملة من صدوره.

كما تبرز أهمية موضوع "الإلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق" في أنه موضوع قديم جديد، بحيث لا يكاد يمضي يوم إلا و صادفه العديد من المستهلكين، و يحصل ذلك عندما يقدم أحدهم على شراء منتج يعتقد أنه الأنسب إلى حاجاته، حتى يتفاجأ بعدها بأنه غير مطابق و لا يناسب السعر الذي دفعه نظير الحصول عليه، حيث ينشأ هنا ما يعرف بالضرر التجاري لهذا المستهلك.

علاوة على ما سبق تظهر أيضا أهمية هذا الموضوع من خلال الدور الهام الذي يلعبه هذا الإلتزام في مجال العلاقات التجارية سواء على المستويين الدولي أو الداخلي، و خصوصا عندما ينظر إليه كوسيلة لتأكيد الثقة بين العون الإقتصادي و المستهلك، و أداة بدأت تجد إهتماما بالغا خصوصا إذا علمنا أن المنافسة لا تتعلق فقط بأثمان البضائع فقط، بل تتوقف كذلك على مدى جودة و ابتكار المنتجات المعروضة في الأسواق.

فضلا عن الأهمية المستوحاة من التطور الملحوظ الذي تشهده الجزائر في أساليب الإنتاج و التوزيع الذي ينتج عنه فصل عملية الإنتاج عن عملية التوزيع، حيث أصبحت هذه الأخيرة حكرا على شركات كبيرة ينحصر دورها في استخدام أساليب الدعاية المختلفة لإقناع المستهلك بأهمية السلعة و جدواها و من ثم الإقبال على إقتنائها¹، و نتيجة لذلك قد لا يكون المنتج المسلم إلى المستهلك مرضيا و مشبعا لإحتياجاته.

و أمام الترسانة التشريعية الدولية و الداخلية التي تلقي على عاتق العون الإقتصادي إلتزاما بتسليم شيء مطابق، بل و صالح للإستعمال المخصص له في مواجهة كل من يتعاقد معه، تولدت لدينا رغبة دراسة هذا الموضوع و ذلك حتى يمكننا أن نتحقق من مدى إقامته للعدالة العقدية بين طرفي العقد، طالما أن إكتساب ملكية الشيء عن طريق البيع ليست هي الغاية في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة لإشباع الحاجة، و بذلك سنسلط الضوء على القواعد العامة و تبيان مكامن قصورها مقارنة مع النصوص التشريعية و التنظيمية الخاصة المبعثرة و المتناثرة التي صيغت في هذا المجال.

و من ثم ستهدف دراستنا إلى:

- البحث في إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق بصفة عامة، و من ثم نظر مدى تحقيق هذا الإلتزام لهدف الحماية التي شرع من أجلها.

- الكشف عن الثغرات القانونية الموجودة في مختلف النصوص التشريعية و التنظيمية التي تنظم

أحكام الإلتزام بالتسليم المطابق.

1- جابر علي محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، مجلة الحقوق، سنة 20، عدد1، مارس 1996، جامعة الكويت، ص 208.

- تبيان خصوصية الإلتزام بالتسليم المطابق و موقعه ضمن النظرية العامة للإلتزام.

- تقديم إقتراحات تتناسب و الفراغ التشريعي و التنظيمي أو الثغرات القانونية الكامنة في هذا

المجال.

و تجدر الإشارة إلى أن مجال دراستنا لموضوع الإلتزام بالتسليم المطابق من حيث الأشخاص، سوف يقتصر تحليله و طرحه و مناقشته عندما يتعلق الأمر فقط بعلاقة العون الإقتصادي بالمستهلك باعتبارهما طرفان غير متساويان تماما من حيث القوة الإقتصادية التي تجعل من علاقتهما العقدية غير متوازنة، على أن المقصود بالعون الإقتصادي باعتباره مدينا بالتسليم المطابق و طرفا قويا في العلاقة العقدية، هو: " كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية، يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها."¹

1 - المادة 3 الفقرة الأولى من القانون رقم 02-04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو 2004 المحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بالقانون 06-10 المؤرخ في 15 اوت 2010. و القانون الجزائري لم يضع تعريفا خاصا بالمنتج، لكن ذكره في نص المادة 5 من القانون 02/89 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك الملغى، كما إستعمل لفظ الصانع في المادة 5 من المرسوم التنفيذي 97-494 المؤرخ في 21 ديسمبر 1997 المتعلق بالوقاية من الأخطار الناجمة عن إستعمال اللعب، في حين أن المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 266/90 الصادر في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات -الملغى- قد تطرقت إلى " المحترف" بالمفهوم الواسع فعرفته على أنه: " المنتج أو الصانع..."، بالإضافة إلى إستعمال هذا المصطلح في نص المادة 4 من المرسوم التنفيذي 284/92 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتعلق بالإعلام الطبي و العلمي الخاص بالمنتوجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

و يعد منتجا في نظر الفقه، الصانع الذي أعد السلعة (المنتوج) في هيئتها النهائية التي عرضت بها للتداول، سواء كانت جميع الأجزاء التي تتركب منها هي من صنعه أو إستعان بأجزاء من صنع الغير، إلا أن لفظ "المنتج" لا ينصرف إلى تابعيه. أنظر: محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه و القضاء في شرح قانون التجارة الجديد، الإلتزامات و العقود، المجلد الثاني، دار محمود للنشر و التوزيع، بدون سنة نشر، بدون بلد نشر، ص 110. و - أنظر أيضا: محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1993، ص 11 و ما بعدها.

و على العموم المنتج هو: " كل شخص طبيعي أو معنوي ينتج أو يصنع أو يكون أو يثبت أموال منقولة مهما كانت طبيعتها، سواء خصص إستعمالها للغير، للمستهلك، للمستعمل أو لمنتج آخر، سواء حولها نهائيا أو أعاد إدخالها في منتجاته الخاصة."

-Bachir Latrous, Responsabilité du fabricant en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, vol XIII, n° 4, décembre, 1976, P 744.

- أما التاجر فهو ما نصت عليه المادة 1 من القانون التجاري التي تنص على أنه: " يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا و يتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك."

- و لقد نصت المادة 5 من الأمر 96 - 01 المؤرخ في 10 يناير 1996 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية و الحرف على أنه يقصد بهذه الأخيرة: " كل نشاط إنتاج أو إيداع أو تحويل أو ترميم فني أو صيانة أو تصليح أو أداء خدمة يطغى عليه العمل اليدوي". أي أن الحرفي هو كل شخص يقوم بنشاط الإنتاج أو الإيداع أو التحويل أو الترميم الفني أو الصيانة أو التصليح أو أداء الخدمة، بحيث يطغى على هذا النشاط طابع العمل اليدوي وذلك بصفة رئيسية و دائمة، كما يمكنه من جهة أن يمارس الصناعة التقليدية و الصناعة التقليدية الفنية، و الصناعة التقليدية الحرفية لإنتاج المواد من جهة أخرى، و كذا الصناعة التقليدية الحرفية للخدمات.

- و مقدم الخدمة هو الشخص الذي يقدم نشاط غير ملموس يهدف إلى إشباع حاجات المستهلك مقابل دفع مبلغ معين من المال من دون أن تقتزن هذه الخدمات مع بيع المنتج.

- الصفات القانونية الأخرى للعون الإقتصادي، هذا الإطلاق من شأنه أن يتماشى مع التطور الإقتصادي الذي ينتج عنه إمكانية ظهور أشخاص آخرين غير الذين قد تم ذكرهم في هذا النص، بحيث يأخذون أيضا صفة العون الإقتصادي و ذلك بشرط إما "ممارسة الشخص نشاطه في الإطار المهني العادي" أو "بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها".

في حين أن المستهلك هو الدائن بالالتزام بالتسليم المطابق و عادة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية مع العون الإقتصادي، و لقد عرفه المشرع الجزائري في العديد من النصوص القانونية¹ التي تفيد في مجملها أن معيار تحديد صفة المستهلك هو الغرض المرجو من إقتناء المنتج، بل أن ثبوت هذه الصفة يقتضي أن يكون الغرض من إقتناء السلعة أو الخدمة هو سد حاجة شخصية، أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل.

غير أن إستشهادنا ببعض نصوص قوانين التجارة الدولية و نقصد بذلك اتفاقتي لاهاي 1964 و فيينا 1980، ليس معناه أن نطاق دراستنا سيشمل العلاقة التي تربط بين العون الإقتصادي و عون إقتصادي آخر و في هذا الإطار فإن نص المادة 2 من اتفاقية فيينا 1980 واضح و صريح في أنه: " لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع الآتية:

البضائع التي تشتري للتعامل الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، و لا يفترض فيه أنه يعلم، بأن البضائع اشترت لإستعمالها في أي وجه من البيوع المذكورة"، و هذا النص معناه أن هذه الإتفاقية تطبق بين أعوان إقتصاديين فقط ينتمون إلى دولتين مختلفتين بحيث تتضارب مصالحهما الإقتصادية.

و عليه فإن سبب تطرقنا لبعض قوانين التجارة الدولية يرجع لرغبتنا في المقارنة بينها و بين التشريعات الوطنية و الكشف عن مواطن التشابه و الإختلاف بينهما فيما يخص موضوع الدراسة، و لكون أن عاداتها و أعرافها أصبحت تملك القدرة على التنظيم المباشر للرابطة العقدية و وضعها الطبيعي أمام القضاء الوطني و قضاء التحكيم، و بالتالي لا يمكن إغفال الدور الهام و الجوهري الذي تؤديه هذه العادات في عدة مراحل سواء في مرحلة إبرام عقود التجارة الدولية أو التفاوض في شأنها أو فيما يتعلق بتنفيذ هذه العقود، و كذا فيما تقدمه من حلول في فض المنازعات الناشئة عنها، فضلا عن أن هذا النوع من المنازعات ليس حكرا على قضاء التحكيم وحده بالرغم من إعتباره قضاء أصيل للتجارة

-أما عبارة "بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها"، فإن المشرع الجزائري قد أراد من خلالها توسيع نطاق الأشخاص الذين يكتسبون صفة العون الإقتصادي، امتداد من الشخص الطبيعي و وصولا إلى الشخص المعنوي كالشركات التي تمارس أنشطة مهنية، صناعية، تجارية أو زراعية أو حرفية...إلخ، فالمهم أن يكون هدفها هو الحصول على الربح، الذي يعد بمثابة غاية لنشاطه المهني معبرا عن عدم التكافؤ في العقود التي يبرمها مع المستهلك، و تمتد صفة العون الإقتصادي إلى المؤسسة العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي أيضا، كون أن المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نصت على أن الإختصاص يعقد للمحاكم الإدارية عندما يتعلق الأمر بنزاع يكون أحد أطرافه المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري، ما يعني بمفهوم المخالفة أنه لما يتعلق الأمر بمؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري فإن الإختصاص لا يؤول إلى المحاكم الإدارية، و إنما يعقد إلى المحاكم العادية التي تطبق قواعد القانون الخاص.

1 - حيث كانت البداية في المرسوم التنفيذي 30/90 المؤرخ في 1990/10/30 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 01-315 من خلال المادة الثانية التي تعرفه على أنه: " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة، معدين للإستعمال الواسطي أو النهائي لسد حاجات شخص آخر، أو حيوان يتكفل به"، ثم المادة 3 فقرة 2 من قانون 04 - 02 المؤرخ الذي يحدد الشروط المطبقة على الممارسات التجارية على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع، أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني"، و أخيرا قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش فلقد عرفته المادة 3 منه في فقرتها الثانية على أنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية، أو تلبية حاجة شخص آخر، أو حيوان متكفل به".

الدولية، بل أن القضاء الوطني يستحوذ على نصيب مهم لفض مثل هذه المنازعات¹.

كما أن نطاق دراستنا سوف يقتصر على "الأضرار التجارية" دون سواها، وذلك لأن المستهلك عندما يقتني المنتج من العون الإقتصادي، الذي يخيل إليه أنه مجديا لكونه سيشبع رغبته في التعاقد، فإنه و بالمقابل عندما يصطدم بغير ذلك لعدم مطابقته، ينشأ له ضرر لا يمس في الواقع بجسده وإنما يمس مدى التناسب بين الثمن المدفوع نظير حصوله على ذلك الشيء و بين جدواه الحقيقي، و هذا ما يعرف بالأضرار التجارية.

غير أن دراسة موضوع "الإلتزام بالتسليم المطابق" لم تخلو من بعض الصعوبات و التي من بينها الزخم التشريعي و التنظيمي للنصوص، حيث حرصنا على الإلمام بجميع القوانين ذات الصلة بالموضوع، خاصة في ظل إلغاء معظم النصوص التنظيمية الخاصة بقانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة بحماية المستهلك و صدور أخرى جديدة، و تعديل بعض ما كان موجود سابقا، و لكن هذا الزخم التشريعي و التنظيمي المنظم للموضوع و إن كان يشق نوعا ما على الباحث، إلا أنه يظل مرجعية إيجابية لكونه يمثل أرضية و أساس الدراسة.

أما عن الصعوبات الأخرى التي إعترضتنا فنتمثل في إنعدام الدراسات القانونية العربية المتخصصة التي تعنى بموضوع الإلتزام بالتسليم المطابق بصفة عامة و الجزائية بصفة خاصة، حيث أن جميع المراجع المتحصل عليها تدرس موضوع حماية المستهلك بصفة عامة، أو الإلتزام بالتسليم كإلتزام يقع على عاتق البائع بموجب عقد البيع على غرار رسالة الدكتوراه الخاصة بالدكتور محمد ابراهيم بنداري المعنونة ب"الإلتزام بالتسليم في عقد البيع"، حيث درست الإلتزام بالتسليم في القواعد العامة، و رسالة الدكتوراه الخاصة بالدكتور جمال محمود عبد العزيز الموسومة ب"الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع"، و مرجع الدكتورة نسرین سلامة محاسنة المعنون ب"التزام البائع بالتسليم و المطابقة وفقا لإتفاقية فيينا 1980، فضلا عن مقالة الأستاذ قادة شهيدة بعنوان: "التجربة الجزائرية في حماية المستهلك بين طموح و تطور النصوص و افتقاد آليات تطبيقها"²، أما بالنسبة لهذا الموضوع في فرنسا فإن الفقيه الفرنسي Sargos يرى بأن: "الإلتزام بالتسليم من الموضوعات المجهولة في أبحاث فقهاء القانون"³.

و من خلال ما تقدم إرتأينا طرح الإشكالية الآتية: بأي قدر تساهم القواعد القانونية التي تفرض على العون الإقتصادي الإلتزام بالتسليم المطابق في تكريس حماية المصالح التجارية للمستهلك؟ و بأسلوب آخر: ما مدى فعالية النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالإلتزام بالتسليم المطابق في حماية المصالح التجارية للمستهلك؟

هذه الإشكالية الرئيسية تتفرع عنها إشكاليات فرعية أخرى أهمها:

1- نرجس البكوري، تطبيق العادات و الأعراف أمام المحكم في المنازعات التجارية الدولية، مقالة منشورة بالصفحة الإلكترونية لمجلة المنارة للدراسات القانونية و الإدارية (المغربية)، بتاريخ 22 فيفري 2015.

2- قادة شهيدة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك بين طموح و تطور النصوص و افتقاد آليات تطبيقها، المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 1، دار كنوز للنشر و الانتاج و التوزيع، سنة 2015.

3- Pierre Sargos, définition et étendu de l'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, répertoire du notariat, Défrenois, Paris 1988, p 199.

- ما هو المقصود بالالتزام بالتسليم المطابق؟

- ماذا يترتب عن إخلال العون الإقتصادي بالالتزام السالف الذكر؟

للإجابة عن الإشكالية الرئيسية و كذا الفرعية أو الثانوية فإنه تعذر علينا الإعتماد على منهج واحد، الأمر الذي يحتم توظيف أكثر من منهج من المناهج المعروفة في مجال البحث العلمي، حيث سنستعمل المنهج التحليلي للغوص في النصوص القانونية التي تنظم الإلتزام بالتسليم المطابق و تحليلها كلما استدعت الحاجة لذلك، و كذا المنهج الوصفي لشرح و إزالة اللبس و الغموض عن بعض المفاهيم المستعملة طوال هذه الدراسة، بالإضافة إلى إستعمال طريقة المقارنة لإستخراج مواطن التشابه و الإختلاف المتعلقة بقواعد و أحكام الإلتزام بالتسليم المطابق و ذلك بين عقود التجارة الدولية تارة، و نقصد بذلك إتفاقيتي لاهاي لسنة 1964 المتعلقة ببيع المنقولات المادية، و إتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، و كذا المجال الداخلي أي التشريعات الوطنية من خلال القواعد العامة و القواعد الخاصة تارة أخرى سواء كانت جزائية أو فرنسية، و ذلك دون إغفال المنهج التاريخي الذي تم توظيفه خصوصا لتبيان ميلاد إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق و الإلتزام إلى الإلتزام المركب.

و عليه قمنا بتقسيم الموضوع وفقا لخطة ثنائية مزدوجة تشمل بابين، حيث سننترق في الباب الأول إلى "ماهية إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق"، الذي بدوره تم تقسيمه إلى فصلين، أين تم تبيان تطور الإلتزام بالتسليم المطابق، و ذلك عندما تم الإلتزام من المفهوم المنفصل أو الأحادي وصولا إلى المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق، الذي يتبنى الثنائية (تسليم، مطابقة) لإعتبارت و مبررات معينة سننترق لها بالتفصيل و ذلك من خلال الفصل الأول، في حين تطرقنا في الفصل الثاني إلى مضمون و محل الإلتزام بالتسليم المطابق حيث سنسلط الضوء بداية على موضوع الإلتزام الذي يقع على عاتق العون الإقتصادي الذي يتراوح بين المطابقة المادية و الوظيفية، ثم إلى محل المطابقة و هو قد يكون إما منتج و إما خدمة.

أما الباب الثاني فقد صيغ بعنوان "جزء إخلال العون الإقتصادي بالالتزام بالتسليم المطابق"، حيث قسمناه هو الآخر إلى فصلين، فتطرقنا في الأول إلى قيام و دفع المسؤولية العقدية الناشئة عن إخلال العون الإقتصادي بالتسليم المطابق أين سنبين أركانها و سننترق لها لما تكون شخصية أي متعلقة بالعون الإقتصادي نفسه، ثم نتطرق لها لما تنشأ عن الغير الذي عهد له هذا العون الإقتصادي مهمة تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق، في حين خصصنا الفصل الثاني إلى "جزاءات أخرى مترتبة عن الإخلال بالتسليم المطابق"، و في الأخير ذيلنا هذا البحث بخاتمة سجلنا فيها أهم الإستنتاجات المتوصل إليها من خلال دراستنا لهذا الموضوع، و حاولنا في نفس الوقت تقديم بعض التوصيات التي رأيناها لازمة.

الباب الأول: ماهية إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق.

مما لا شك فيه أنه متى كان العقد الملزم للجانبين الذي يكون فيه الإلتزام بالتسليم أحد الآثار الرئيسية التي تترتب عنه، فإنه لا بد أن يتم وضع الشيء تحت تصرف المستهلك بحيث يتمكن هذا الأخير من حيازته و الإنتفاع به، غير أنه لا يمكن الإعتداد بصحة أي تسليم، بل إن هذا الأخير حتى يكون مجديا و مفيدا و يحقق الهدف المنشود من التعاقد، لا بد أن ينصب على شيء يتلائم مع حاجات المستهلك، و نقصد بذلك ضرورة أن يكون الشيء المسلم مطابق لما تم اشتراطه على العون الإقتصادي، و بذلك نتكلم عن ميلاد إلتزام جديد يجمع في طبياته بين كل من الإلتزام بالتسليم المعروف في القواعد العامة و الإلتزام بالمطابقة معا، يعرف في أدبيات العقود الخاصة بالتسليم المطابق، الذي يختلف موضوعه بحسب ما يتم إشتراطه في العقد المبرم و بحسب ما يشترطه المشرع أيضا في هذا المجال، و الذي يقتصر تنفيذه بين أطرافه على محل العقد، و بناء عليه إرتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: من المفهوم المنفصل إلى المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

الفصل الثاني: مضمون الإلتزام بالتسليم المطابق و تنفيذه.

الفصل الأول: من المفهوم المنفصل إلى المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

سنحاول من خلال هذا الفصل تحديد مفهوم الإلتزام بالتسليم المطابق كإلتزام نشأ فقط لما جمع بين تركيبتي إلتزامين، و هما الإلتزام بالتسليم باعتباره عملية قانونية يلتزم بها العون الإقتصادي بحيث تقع على الشيء محل العقد من جهة، و بين الإلتزام بالمطابقة و هي الحالة أو الوضعية التي ينبغي أن يكون عليها هذا المحل من جهة أخرى.

صحيح أنه إذا كان كل من الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة يرد على المحل الواحد للعقد، إلا أنه لكل منهما كيانه الخاص به و هذا وفقا للمفهوم المنفصل الذي تلاشى و اضمحل لإعتبارات معينة، ليتم بعد ذلك تكريس المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق الجامع للإلتزامين و من ثم الإنتقال إلى ثنائية المفهوم، و عليه ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق.

المبحث الثاني: المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

المبحث الأول: المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق.

إن ميلاد فكرة الإلتزام بالتسليم المطابق واجه في الحقيقة العديد من التطورات، إلى أن ارتقى به الحال إلى مصاف الإلتزامات الأساسية التي يفرزها العقد على عاتق المدين و هو العون الإقتصادي، و إلى أن صيغ صراحة كإلتزام عقدي، فلقد كان كل من التسليم و المطابقة إلتزامان منفصلان يدخل كلاهما في تركيبية هذا الإلتزام المركب، و هما عبارة عن إلتزامين متباينين في واقع الأمر، و لذلك سنتطرق في هذا المبحث من خلال المطلب الأول إلى مفهوم الإلتزام بالتسليم، بينما سنتطرق في المطلب الثاني إلى مفهوم الإلتزام بالمطابقة.

المطلب الأول: مفهوم الإلتزام بالتسليم.

يرتب عقد البيع إلتزامات عديدة على عاتق طرفيه، فالعون الإقتصادي ملزم بتسليم المبيع إلى المستهلك، الذي يتعين عليه هو الآخر دفع الثمن المنفق عليه نظير حصوله على المبيع الذي تعاقده من أجله، و من تم فإن الإلتزام بالتسليم هو أحد أهم الإلتزامات الأساسية التي تقع على عاتق العون الإقتصادي في عقد البيع عموماً، على أن تحديد مفهومه يستوجب علينا التطرق إليه أولاً في مجال التجارة الدولية و ذلك من خلال الفرع الأول، ثم محاولة تحديد مفهومه في المجال الداخلي أي التشريعات الداخلية أو الوطنية و ذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الإلتزام بالتسليم في مجال التجارة الدولية.

لقد عرفت إتفاقية لاهاي لسنة 1964 المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات المادية الإلتزام بالتسليم و ذلك من خلال المادة 19 فقرة أولى بأنه: " تسليم البضاعة بما يتفق مع العقد ".

إن هذا التعريف قد واجه العديد من الإنتقادات، أهمها على الإطلاق هو أنه من جهة قد عرف التسليم بأنه تسليم و هو من قبيل تفسير الماء بالماء¹ ، و يبدو أن المقصود بالتسليم من جهة أخرى هو الحيازة المادية أو الإعطاء، و الحقيقة أن التسليم في القانون الموحد لا يقتصر على هذا المفهوم، لأنه توجد بعض الحالات التي إعتبرتها نصوص هذا القانون من صور التسليم مع أنها لا تدخل في مفهوم التسليم المادي الذي نصت عليه المادة 1/19، و نقصد بذلك ما ورد في الفقرة الثانية من هذه المادة و التي تنص على أن: " التسليم يتم بإعطاء الشيء إلى الناقل لنقله إلى المشتري ".

كما أن الملاحظة التي يمكن تسجيلها أيضاً على نص المادة 1/19 من إتفاقية لاهاي 1964-السالفة الذكر- هو أنها ربطت بين الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة، و هذا إستحداث من الإتفاقية سايرت فيه مسلك الفقه الفرنسي و ذلك تمهيدا لإبراز هذا الإلتزام الجديد الذي ألحقه بالإلتزام بالتسليم، كما إستبدل به فكرة الضمان و عليه يكون قد جمع بين التسليم و المطابقة و جعل هذه الأخيرة من عناصر التسليم، و يعد

1 - لقد أشار إلى هذه المسألة تقرير أمانة الأمم المتحدة لمجموعة العمل المتفرعة عن اليونسكو و التي كانت مكلفة بإعادة النظر في إتفاقية لاهاي و إعداد مشروع إتفاقية للبيع الدولي، حيث جاء في هذا التقرير: "القول بأن DELIVERY تتكون من HANDING OVER OF GOODS هو تكرار غير مفيد لنفس العبارات، كون المعنى المفهوم و العادي لعبارة HANDING OVER هو DELIVERY"

هذا المسلك مسلكا عمليا لأن ما يهم المشتري في حقيقة الأمر، ليس مجرد أن يسلمه العون الإقتصادي المبيع، بل الأهم من ذلك هو أن يكون هذا المبيع المسلم مطابقا لما تم الإتفاق عليه¹.

و بسبب هذه الإنتقادات شرعت إتفاقية فيينا في 11 أفريل 1980 تحت مسمى البيع الدولي للبضائع، حيث تطرقت للإلتزام بالتسليم في العديد من المواضيع لكن دون إعطاء أي تعريف له، و إن كانت جميع المسائل المتعلقة بوقت التسليم، مكانه و شروط البضاعة المسلمة قد تم التعامل معها في العديد من نصوص الإتفاقية، و يرجع ذلك إلى الرغبة في عدم إعاقة تطور أحكام القانون، غير أن مسلك هذه الأخيرة كان بدوره سلبيا و أثار العديد من الإنتقادات من حيث أنه خلق إضطرابا في التعامل التجاري الدولي، الذي تهدف هذه الإتفاقية إلى محاربتة و العمل على إستقرار أوضاع التجارة الدولية، لذلك كان الأجدر بها أن تورد تعريفا للإلتزام بالتسليم حتى تكون التفسيرات الفقهية و القضائية في إطار مفهوم هذا التعريف، خصوصا أنها ترتب على هذا الإلتزام آثار هامة².

صحيح أن إتفاقية فيينا 1980 لم تضع تعريفا عاما للإلتزام بالتسليم، إلا أنها حرصت على بيان المقصود منه في مواضع متفرقة، حيث تقصد به أحيانا مجرد وضع البضاعة تحت تصرف المشتري، و تستعمل عبارة *mettre les marchandises à la disposition de l'acheteur* باللغة الفرنسية، و تقصد به أحيانا (المناولة) أو القبض الفعلي أي الحيازة المادية الفعلية للبضاعة و ما يقابلها بالفرنسية *remettre*، إلا أنه في الحقيقة هناك فرق بين مصطلحي *la remise* و *la délivrance*، حيث يكفي في هذه الأخيرة لتمام التسليم مجرد وضع البضاعة تحت تصرف المشتري و إخطاره بذلك، أما الأولى فتشترط مجرد الحيازة المادية الفعلية، لكن عند تعريب قسم الترجمة بهيئة الأمم المتحدة فقد إستعمل مصطلح واحد و هو " التسليم"³.

و من جهة أخرى تخضع بعض بيوع التجارة الدولية لقواعد الانكوترمز⁴، حيث تشترك في بعض الإلتزامات طرفيها و تختلف في بعضها الآخر، إذ يقع على العون الإقتصادي الإلتزام بتوريد البضاعة المتفق عليها و أن يقدم شهادة مطابقتها للمواصفات المشترطة، و هذا الإلتزام عام في جميع أنواع البيوع التجارية،

1 - أمازوز لطيفة، إلتزام البائع بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، سنة 2011، ص 23.

2- و إن كانت الصعوبة اللغوية هي أحد أهم العوامل التي جعلت من إتفاقية فيينا 1980 تتفادى إعطاء تعريف محدد للإلتزام بالتسليم طالما أن مصطلح (تسليم) يترجم في اللغة العربية بالعديد من المصطلحات مثل: الحيازة، المناولة، الإستيلاء والتقديم... إلخ . و كل هذه الألفاظ تؤدي إلى مفاهيم متقاربة المعنى تفيد سيطرة اليد على شيء كان في حيازة آخر، لكن لكل منها مفهومها اللغوي و الفني في اللغة العربية، أما في اللغة الفرنسية فنجد: REMISE و DELIVRANCE و في اللغة الإنجليزية DELIVERY HANDING OVER
3- لينة خليل شبيب، إلتزام البائع بالتسليم في عقود البيع الدولية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، عمان، سنة 1995، ص 7.

4 - الانكوترمز هي اختصار للعبارة الانجليزية *international commercial terms*، وضعت هذه القواعد لأول مرة سنة 1936 و قد عرفت عدة تعديلات إلى غاية آخرها في 2010. و تعرف غرفة التجارة الدولية هذه القواعد على أنها: " قواعد دولية ذات طابع اختياري تهدف إلى تفسير المصطلحات الأساسية المستعملة في البيوع المبرمة مع الأجنبي". و في نسخة الانكوترمز 2010 التي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ 1 جانفي 2011، حذفت أربعة قواعد و هي: *daf-des-* و *deq-ddu* و استبدلت بقاعدتين جديدتين وهما: *dat* و كذلك *dap*.

-Mostafa Fahim Nia, thèse précitée, p90 et s.

- الهدف من هذه القواعد هو تفسير المصطلحات المستعملة في عقود التجارة الدولية، و هذه القواعد معمول بها في الجزائر حسب النظام رقم 01/07 المؤرخ في 3 فيفري 2007 المتعلق بالقواعد المطبقة على المعاملات الجارية مع الخارج والحسابات بالعملة الصعبة المعدل و المتمم، حيث تنص المادة 2/ ف1 منه على ما يلي: " يمكن استعمال مجموع المصطلحات التجارية (Incoterm) التي تتضمنها أصول وأعراف الغرفة التجارية الدولية، في العقود التجارية ما لم تنص الأحكام التشريعية أو التنظيمية على خلاف ذلك."

و إذا اتفق الطرفان على إلزام العون الإقتصادي بأن يقدم شهادة تتضمن أوصاف البضاعة و يقر فيها بأنها مطابقة لأوصاف تلك المتفق عليها، فعليه أن ينفذ هذا الإلتزام و تقدم هذه الشهادة عادة من شركات متخصصة تسمى "شركات المعاينة أو المراجعة"، كما يلتزم أيضا بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الوقت المتفق عليه في العقد و في مكان التسليم المحدد فيه، أو في المكان المعتاد تسليم مثل هذه البضاعة فيه من أجل شحنها على وسيلة النقل التي يقدمها المشتري، و هذا هو الإلتزام بتسليم البضاعة¹.

الفرع الثاني: مفهوم الإلتزام بالتسليم في القانون الداخلي.

سننظر في هذا الفرع إلى تحديد مفهوم الإلتزام بالتسليم في القانون الداخلي أي الوطني، حيث سنبين مفهومه من خلال القواعد العامة (أولا)، ثم التطرق له من خلال القواعد الخاصة (ثانيا).

أولا: مفهوم الإلتزام بالتسليم في القواعد العامة.

لقد نص المشرع الجزائري على الإلتزام بالتسليم من خلال نص المادة 367 فقرة 1 ق م التي تقضي بأنه: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الإنتفاع به دون عائق و لو لم يتسلمه تسليما ماديا ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك، و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع".

يستشف من هذا النص أن التسليم يتم لما يضع العون الإقتصادي المبيع تحت تصرف المستهلك حتى و إن كان هذا الأخير لم يستول عليه إستيلاء ماديا، بمعنى و لو لم يضع يده عليه بصفة فعلية، فالإلتزام بالتسليم هو إعطاء و دفع و وضع المبيع تحت تصرف المستهلك و تمكينه من السيطرة عليه و الإنتفاع به.

و لهذا فنحن نرى بأن تمام التسليم يستوجب تعاون كل من العون الإقتصادي و المستهلك على ذلك، غير أنه ما يؤخذ على نص المادة 367 فقرة 1 ق م هو عبارة " الإنتفاع " التي أوردها المشرع، حيث أنه من الطبيعي أن التمكين من التصرف في المبيع يستوجب حتما الإنتفاع به، على أساس أن حق التصرف هو أحد أهم عناصر حق الملكية²، و ما دام المشرع قد نص على الكل فإن هذا الأخير يتضمن بالضرورة الجزء، و عليه نرى بأن مصطلح " الإنتفاع " ما هو إلا حشو في هذا النص و لا يضيف له أي شيء.

و من جهة أخرى، فإن قيام العون الإقتصادي من جانبه بوضع المبيع تحت تصرف المستهلك دون أن يسلمه فعلا لهذا الأخير لا يكفي لتمام التسليم، بل لا بد أن يعلم المستهلك بما قام به العون الإقتصادي³، حتى يتمكن الأول من تسلمه تسليما ماديا متى أراد ذلك، و هذا تقاديا لأي لبس يمكن أن يقوم في حالة إدعاء العون الإقتصادي وضعه المبيع تحت تصرف المستهلك، و إدعاء هذا الأخير أن الوضع الذي إتخذه العون الإقتصادي لا يفهم منه أنه جعل الشيء تحت تصرف المستهلك، فإشترط لذلك قيام العون الإقتصادي بإعلام المستهلك بوضع المبيع تحت تصرفه⁴.

1- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992، ص 28 و ما بعدها.

2- أنظر نص المادة 674 ق م.

3- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع و المقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1997، ص 230

4- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، طبعة 4، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص 341.

كما تجدر الإشارة إلى أن القانون لم يحدد شكلا خاصا في هذا الإعلام و لم يشترط حصوله بطريقة معينة، مما يفيد أنه يجوز أن يتم شفويا أو كتابيا، كما يجوز أن يحصل صراحة أو ضمنا، و يخضع في إثباته للقواعد العامة¹، و لا يشترط أن يتم التسليم شخصا للمستهلك بل يجوز أن يتم لوكيله في الاستيلاء أو لمن ينوب عنه².

و بالتالي فالإلتزام بالتسليم يتطلب تعاون المستهلك و العون الإقتصادي لتمكين هذا الأخير من التصرف في الشيء و إعلامه بذلك ليكون جاهزا للحصول على المبيع، و أن المشرع الجزائري قد أخذ في تعريفه للإلتزام بالتسليم صراحة بالإتجاه الحديث الذي يقوم على التمكين من التصرف في المبيع، و هو في ذلك يكون قد خالف التشريعات التي تعتبر هذا الإلتزام مجرد نقل حيازة الشيء المبيع من العون الإقتصادي إلى المستهلك³، و تختلف طريقة وضع المبيع تحت التصرف بإختلاف طبيعة المبيع المراد تسليمه، و هذا ما نصت عليه المادة 367 ق م عندما قضت بأنه: "و يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة المبيع"⁴.

و لقد نص المشرع أيضا على الإلتزام بالتسليم في عقد الإيجار من خلال المادة 476 / 1 ق م التي تقضي بأنه: " يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة الى المستأجر في حالة تصلح للإستعمال المعد لها تبعا لإتفاق الطرفين".

- 1- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 341.
- 2- محمد ابراهيم بنداري، الإلتزام بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1994، ص 16.
- 3- على غرار قانون بيع البضائع الأنجليزي لسنة 1979 و القانون المدني الألماني من خلال المادة 243.
- 4- إن التسليم وفق ما تقتضيه "طبيعة المبيع"، يقصد بها أنه يتم وفق القواعد الخاصة بالمنقول إذا تعلق الأمر بمنقول، و وفق القواعد اللازمة المتعلقة بال عقار إذا تعلق الأمر بعقار، ففي المنقول يتم التسليم عادة ماديا أي ما يعرف بالمناولة من البائع إلى المشتري أو من ينوب عنه و هذا هو التسليم الفعلي، كما قد يتم التسليم بطريقة رمزية كتسليم المفاتيح الخاصة بالمخزن أو الصناديق التي تحتوي على المنقولات المبيعة، و قد يتم هذا التسليم الرمزي عن طريق المستندات التي تمثل البضاعة أو تمكن المشتري من حيازتها، كسندات الشحن إذا كان المنقول قد سلم إلى أمين النقل، و سندات الإيداع إذا كان المنقول مودعا في أحد المخازن، و يلاحظ بالنسبة لهذه الصورة من صور التسليم الرمزي أنه قد يحدث تعارض بين من تسلم المستندات الدالة على المبيع و بين شخص آخر يكون قد تسلم المنقول ذاته، ففي هذه الحالة تكون الأفضلية لهذا الأخير متى كان حسن النية. أنظر المادة 813 من القانون المدني الجزائري.
- كما قد يحدث التسليم الرمزي أيضا عن طريق وضع علامات المشتري أو اسمه على المنقولات المبيعة. أنظر: محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية و التشريعية الحديثة و تشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2011، ص 258.
- أما إذا كان المبيع من المنقولات غير المادية كأن يتعلق الأمر بحق عيني كحق المرور، فإن التسليم يتم بتقديم السندات المثبتة له، و إلا فيترخيص البائع للمشتري بالانتفاع بالحق المبيع بشرط ألا يحول بينه و بين هذا الانتفاع حائل. أنظر: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 304.
- و إذا تعلق الأمر بحق شخصي فإن تسليمه يقتضي وضع الحق في مواجهة المحال عليه. أنظر: محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 259.
- و من جهة أخرى قد يكون التسليم حكما أي معنويا و ذلك عند اتفاق الطرفين على تغيير صفة الحيازة و ذلك كما لو كان المبيع تحت يد المشتري أصلا لأي سبب، مثل كون المشتري مستأجرا أو كان مستعيرا أو مودعا لديه هذا المبيع فلو اشتراه و هو تحت يده على هذا النحو فإن تسليمه لا يستلزم القيام بأي عمل خارجي، بل يكفي أن يغير نيته في حيازة المبيع من حيازة مستأجر إلى حيازة مالك. أنظر: أشرف محمد مصطفى أبو حسين، التزامات البائع في التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني و الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2009، ص 272.
- و بصورة عكسية قد يبقى المبيع في حيازة المالك بعد البيع و لكن بقاءه يكون بصفة أخرى كمستأجر له أو مستعير أو مودع لديه من المشتري فتسليم المبيع لا يتم فعلا إلى المشتري بل يبقى في حيازة البائع مع اعتبار أن التسليم قد تم حكما بعد أن صار حائزا لحساب المشتري لا لحساب نفسه، ففي كلتا الحالتين يكون التسليم قد تم بمجرد الاتفاق على تغيير صفة الحيازة. أنظر: محمد حسين منصور، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1993، ص 157 و ما بعدها.

إن أهم ما يلاحظ على هذا النص أنه لم يعرف الإلتزام بالتسليم، بل جعله مباشرة من قبيل الإلتزامات التي يفرضها عقد الإيجار و التي تقع على عاتق المؤجر، كما نلاحظ أيضا أن تركيز المشرع في أحكام هذا العقد كانت على العين المؤجرة، و ربما يرجع ذلك إلى طبيعة هذا العقد كونه من العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء، و على الرغم من ذلك يمكننا أن نعرف عقد الإيجار بالتركيز تارة على الإلتزام بالتسليم كونه الإلتزام الذي يبدأ من خلاله تنفيذ عقد الإيجار، و بالتركيز على محل الإيجار أي العين المؤجرة تارة أخرى، و ذلك للتأكيد على إنتماء عقد الإيجار إلى العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء، و ذلك كمايلي: " يلتزم المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر في حالة تصلح للإستعمال المعد لها تبعا لإتفاق الطرفين".

كما تطرق المشرع الجزائري في الباب الرابع المعنون بالعقود التجارية و في القسم الثاني منه الوارد تحت عنوان "نقل الأشياء"، إلى الإلتزام بالتسليم صراحة و ذلك من خلال نص المواد 41، 42، 45 و ما بعدها ق ت، و يبدو من خلال نصوص هذه المواد أن العلاقة القانونية التي تربط بين الناقل و المرسل إليه هي الإلتزام بالتسليم، الذي أشير إليه صراحة بهذه التسمية بل و بعبارة تفيد ذات المعنى و هي: "الوضع تحت التصرف"، و يعد الإلتزام بتسليم البضاعة و وثائقها الملقى على عاتق المرسل أثر من آثار العقد و ليس شرطا لإنعقاده، و معنى ذلك أن عقد نقل الأشياء هو عقد رضائي، و تكمن أهمية هذا الإلتزام في أنها تمكن الناقل من تنفيذ إلتزامه بنقل البضاعة إلى مكان الوصول، إذ لا يتصور تنفيذ إلتزامه هذا إلا إذا كان في وضع يتمكن معه من ممارسة الحراسة المادية على البضاعة و لا يتحقق بذلك إلا بتسليمها له¹.

إذن فالتسليم في عقد نقل الأشياء هو إلتزام يتعهد بموجبه شخص يسمى الناقل بأن يضع الشيء محل النقل تحت تصرف شخص آخر يسمى المرسل إليه، و ذلك لقاء أجر معلوم، فهو يأتي بعد عملية التفريغ التي يقوم بها المرسل أو من ينوب عنه، و إذا كان التفريغ عملية مادية بحتة، فإن التسليم عملية قانونية² تترتب عليها آثار هامة³.

أما فيما يخص بيع المحل التجاري فيترتب عليه الإلتزام بالتسليم في ذمة العون الإقتصادي، الذي يتم بالطريقة التي تتلائم مع طبيعة كل عنصر من عناصره⁴.

1 - فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1996، ص 243.
2- مراد عبد الفتاح، شرح العقود التجارية و المدنية، الطبعة 2، دار الكتب و الوثائق المصرية، القاهرة، سنة 2012، ص 393.

3- تتمثل في أن:

- الإلتزام بالتسليم يضع حدا لتنفيذ عقد النقل و به تزول قرينة المسؤولية الملقاة على عاتق الناقل بمقتضى نص المادة 47 ق ت، فعقد نقل البضائع إنما يرتب التزاما بتحقيق نتيجة على عاتق الناقل يتمثل في ضمان وصول الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المكان المراد وصول الأشياء إليه.

-بداية سريان قاعدة تقادم الدعاوى الناشئة عن عقد النقل تكون بمرور سنة من تاريخ تسليم البضاعة للمرسل إليه أو عرضها عليه، حسب نص المادة 66 ق ت، كما قد يكون التسليم لاحقا للتفريغ إذا كان هذا الأخير على عاتق الناقل، و قد يكون سابقا عليه إذا كان على عاتق المرسل إليه.

- أنظر: إبراهيم سيد أحمد، العقود و الشركات التجارية فقها و قضاء، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999، ص 47.

4- فبالنسبة للعناصر المادية كالبيضائع و المهمات يكون تسليمها بتمكين المشتري من حيازتها بالتسليم الفعلي لمفاتيح المحل التجاري و مخازنه الملحقة به، أو بتحويل سند الشحن أو الإيداع أو التخزين للمشتري إن كانت البضائع مشحونة أو مودعة أو مخزونة في جهة ما، أو بتسليم هذا السند للمشتري إذا كان السند لحامله.

كما تطرق المشرع الجزائري في القانون البحري إلى الإلتزام بالتسليم في مواضع عديدة و ذلك في عقد إستئجار السفن من خلال المواد 640 و ما بعدها، حيث تلزم المادة 640 ق.ب بأن يضع المؤجر السفينة تحت تصرف المستأجر، معنى ذلك أنه يترتب على إستئجار السفينة - مهما كان أساس الاستئجار- وضع المؤجر سفينة تحت تصرف المستأجر مقابل أجر يدفعه هذا الأخير، كما ألزم أيضا بأن تكون السفينة صالحة للغرض الذي إستئجرت من أجله و أن تكون مزودة بالتسليح و التجهيز اللازمين و ذلك ما أشارت إليه المواد 650، 695 و 696 من نفس القانون، كما أن احتفاظ المؤجر بالسفينة صالحة للملاحة يكون طوال الرحلة أو الرحلات و ذلك حسب الإتفاق، و متى كان هذا الأخير يحتكر التسيير الملاحي و التجاري للسفينة المؤجرة فإنه يتعين عليه أن يجعلها صالحة ملاحيا و تجاريا قصد تنفيذ عقد الإيجار¹، بالإضافة الى ضرورة جعلها صالحة إداريا².

و يتم تسليم الحق في الإيجار بتسليم عقود الإيجار للأماكن المؤجرة للمحل التجاري ذاته و توابعه كالمخازن، أو بتسليم السندات المثبتة لهذا الحق بدلا من عقود الإيجار، فضلا عن تسليم مفاتيح هذه العقارات. أما اذا تضمن البيع براءة اختراع فيجب على البائع أن يسلم المشتري السند المثبت للبراءة، و يطلع المشتري على أسرارها و كيفية تنفيذها فيما أعدت له.

أما بالنسبة لعنصر الإتصال بالعملاء فهو العنصر الذي يثير صعوبة في التسليم خصوصا و أنه جوهر المحل التجاري، بل هو المحل التجاري في حد ذاته، فيلتزم البائع بمنح المشتري كافة المعلومات و المسندات التي تمكنه من الإتصال بالعملاء للتعرف عليهم قصد الإحتفاظ بهم ، و لهذا يجب على البائع أن يظهر للمشتري المبادلات التي جرت مع المشتري و كذا طلباتهم، و يبين له ما تعودوه من خدمة خاصة يتميز بها هذا المحل أو تسهيلات الدفع التي إشتهر بها، و هذا بالرغم من أن البائع عندما تنازل عن هذا العنصر أي عن التصرف في المحل التجاري فهو لا يتنازل إلا عن إحتمال حفظ هؤلاء الزبائن، و قد جرت العادة في هذا الشأن أن يقوم البائع بطبع منشورات توزع على العملاء بما يفيد إنتقال ملكية المحل إلى المشتري.

-أنظر: أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، العقود التجارية، الجزء الثالث، دار النهضة للطباعة و النشر، بيروت، سنة 1980، ص 57 و 58.

- أنظر: فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الأول، نشر و توزيع ابن خلدون، الجزائر، سنة 2001، ص 224.

و فيما يتعلق بالدفاتر التجارية فالبائع غير ملزم بإحالتها للمشتري لأنها لا تعتبر عنصرا من عناصر المحل التجاري، و ملكية الدفاتر التجارية تعد من حقوق البائع لكن المشرع ألزم هذا الأخير بوضعها تحت تصرف المشتري للإطلاع عليها لمدة ثلاثة سنوات عند تاريخ بدأ إنتقاعه بالمحل التجاري، حيث اعتبرها من ملحقات هذا الأخير و يجب على البائع و المشتري التوقيع على جميع الدفاتر الحسابية التي كان يمسكها البائع، و التي يرجع ضبطها إلى السنوات الثلاثة السابقة للبيع أو لمدة حيازته للمحل التجاري إذا كانت هذه الحيازة لم تستمر أكثر من ثلاث سنوات. و تكون هذه الدفاتر موضوع قائمة جرد توقع من قبل الأطراف و تسلم لكل واحد منهم، و الجدوى من إلزام المشرع للبائع بتسليم الدفاتر التجارية للمشتري تكمن في تحقيق مصلحة المشتري في الرجوع إليها للوقوف على المركز المالي الصحيح للمحل التجاري في المدة السابقة على البيع.

-أنظر: زواوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، سنة 2012-2013، ص 118 و ما بعدها

و تجدر الإشارة إلى أن حق المشتري في الإطلاع على دفاتر البائع متعلق بالنظام العام، فلا يجوز حرمانه منه و كل اتفاق بين البائع و المشتري على خلاف ذلك يعد لاغيا و ذلك حسب المادة 82 ق ت الفقرة الأخيرة.

1- و تكون السفينة صالحة ملاحيا لما تشتمل على الهيكل و الآلات و أجهزة التوجيه و معدات السلامة و الإنقاذ و معدات الحريق...الخ و كذا على الشهادات اللازمة لملاحة السفينة خلال الرحلة البحرية و كذا احتوائها على أفراد الطاقم بالعدد المطلوب.

أما عن صلاحيتها تجاريا فيقصد بها أن تكون مهيأة لاستقبال شحنات و بضائع المستأجر بحيث تكون عنابر السفينة نظيفة و أجهزة الشحن و التفريغ في حالة جيدة و مزودة بالغرف المبردة إذا كان الأمر يتعلق ببضائع سريعة التلف مثلا.

أنظر: عباس خالد، أحكام عقد استئجار السفن في التشريع البحري الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، سنة 2011-2012، ص 66.

2 - و ذلك بأن يكون حائزا لجميع الوثائق الضرورية المطلوبة من طرف السلطات المينائية.

إن عبارة " وضع السفينة تحت تصرف " يقصد بها "التسليم الفعلي"، و الدليل على ذلك هو توظيف المشرع مصطلح " التسليم " صراحة من خلال المادة 733 ق ب التي تنص على أنه: " يستحق الإيجار إعتبار من يوم تسليم السفينة إلى المستأجر و ينتهي يوم ردها إلى المؤجر".

لكن هذا ليس معناه أن التسليم ركن في عقد إستئجار السفينة، بل أن هذا العقد رضائي يتم بموجب تلاقي الإيجاب و القبول على موضوعه¹، و أن تسليم السفينة ما هو إلا أثر ناتج عن العقد ذاته و إلزام يقع على عاتق المؤجر.

أما في مجال عقد النقل البحري للبضائع فتتص المادة 739 ق ب على أنه: " يبدأ عقد النقل البحري بمجرد أخذ الناقل البضاعة على عاتقه. وينتهي بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو ممثله القانوني.

التسليم هو تصرف قانوني يلتزم الناقل بموجبه بتسليم البضاعة المنقولة إلى المرسل إليه أو إلى ممثله القانوني مع إبداء قبوله لها مالم ينص على خلاف ذلك في وثيقة الشحن."

إن تعريف التسليم الذي جاءت به المادة 739 ق ب في فقرتها الثانية على أنه تصرف قانوني، هو أمر صحيح فعلا، و يشاطر الرأي في هذا التعريف الأستاذين Rondière René و Du Pontavice Emmanuel اللذين يعتبران أن التسليم هو العملية القانونية التي ينهي بواسطتها الناقل إلزامه بتسليم البضاعة موضوع النقل إلى المرسل إليه أو ممثله القانوني، الذي يقبل البضاعة المنقولة².

غير أننا نرى بأن تعريف المشرع الجزائري للالتزام بالتسليم على أنه: " تصرف قانوني يلتزم بموجبه الناقل بتسليم البضاعة المنقولة..." لا يضيف أي شيء لتعريف التسليم عدا تكييفه على أنه تصرف قانوني، و الأصح حسب رأينا هو إستبدال عبارة " تسليم البضاعة المنقولة " بعبارة " وضع تحت تصرف "، ليصبح تعريف التسليم الوارد بالفقرة 2 من المادة 739 ق ب – السالفة الذكر- على النحو الآتي: " التسليم هو تصرف قانوني يلتزم الناقل بموجبه بوضع البضاعة المنقولة تحت تصرف المرسل إليه أو ممثله القانوني، على أن يبدي قبوله لها ما لم ينص على خلاف ذلك في وثيقة الشحن ".

فإذا كان التسليم هو عملية قانونية تتم بوضع البضائع المنقولة تحت تصرف المرسل إليه في ميناء الوصول بحيث يتمكن من إستلامها فعلا و معاينة حالتها، فإن التسليم المقصود هنا هو التسليم الفعلي الذي تسبقه عمليات أخرى، على غرار فحص البضاعة و معاينتها للتحقق من عددها و وزنها و كيلها و مقاسها، و التسليم الفعلي يقع على عاتق الناقل حتى و لو قام غيره بعملية التفريغ طالما أن هذا التفريغ قد سبق عملية التسليم³.

فمن خلال ما تقدم يمكن القول أن الالتزام بالتسليم يتكون من شقين: الأول مادي و يتمثل في رفع البضاعة، أما الثاني فهو قانوني و يتمثل في ضرورة قبولها من طرف صاحب الحق فيها⁴، و هو غير

-أنظر:نص المادة 652 ق ب.

1 - عباس خالد، المذكرة السابقة، ص 7.

2-Rondière René et Du Pontavice Emmanuel, Droit Maritime, 12ème édition, Dalloz, 1997, p 358.

3- هادف محمد الصالح، إلتزامات و مسؤولية الناقل البحري، نشرة القضاة، عدد 65، مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، وزارة العدل، الجزائر، سنة 2010، ص 83.

4- الواحد رشيد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع- دراسة مقارنة – مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013، ص 55.

مرتبط بالتحويل المادي للبضاعة فقط، بل يكتمل بقبول الأطراف المذكورة في وثيقة الشحن لها، و بمجرد تمامه تنتقل جميع المخاطر، أي قبل حصوله يكون الناقل هو المسؤول عن البضاعة أما بعده فتنقل إلى صاحب الحق فيها.

و من ثم فإن التسليم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع يتكون أولا من رفع البضاعة لتوضع تحت تصرف المرسل إليه أو ممثله و ثانيا من قبول هذا الأخير لها، و هو يختلف عن التسليم في إستئجار السفن الذي أوجب المشرع الجزائري أن يقترن بالمطابقة.

ثانيا: مفهوم التسليم في قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

تنص المادة 8/1 من قانون 03/09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على أن: " عملية وضع المنتج للاستهلاك: مجموع مراحل الانتاج و الاستيراد و التخزين و النقل و التوزيع بالجملة و التجزئة".

يعتبر المشرع الجزائري عملية وضع المنتج للاستهلاك من بين المفاهيم المحورية في قانون 03/09 المذكور أعلاه¹، و ذلك عندما قضى بسريان قانون حماية المستهلك و قمع الغش طوال عملية عرض المنتج للاستهلاك، بداية من إنتاجه إلى غاية عرضه²، كما نلاحظ من خلال هذا النص أن عملية وضع المنتج للاستهلاك التي تعتبر من بين الكلمات المفتاحية التي عرفها المشرع من خلال هذا القانون، ما هي إلا سلسلة من العمليات المادية المختلفة التي تتمثل في تحضير أو تجهيز المنتج، التي ربط المشرع بينها و بين الإلتزام بالمطابقة، و ذلك عندما جعل هذه الأخيرة تقدر بلحظة هذه العملية³.

و هناك من يرى⁴ أن ربط المشرع الجزائري بهذه الطريقة إنما يهدف إلى توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للمتضرر، لأن الإلتزام بالتسليم يختلف عن وضع المنتج للاستهلاك، حيث يعني وضع العون الإقتصادي الشيء المبيع تحت تصرف المستهلك مع ملحقاته و بالحالة التي هو عليها و بالقدر المعين بالعقد، في حين أن عرض المنتج للاستهلاك هو فقط ما نصت عليه المادة 8/1 من قانون 03/09- السالف الذكر- و أن المراحل الواردة في هذا النص هي الأجدر بحماية المتضرر فيها عكس التسليم الذي يشمل فقط مرحلة واحدة و هي وضع المنتج تحت تصرف المستهلك، الذي أريد حمايته من الأضرار التي تصيبه في جميع مراحل الانتاج⁵.

و من جهتنا نعتقد بأنه اذا كان هدف المشرع من التعريف الوارد بالمادة 8/1 -السالفة الذكر- هو حماية المتضرر الذي عادة ما يكون مستهلك، فإن ذلك لا يمكن تصوره في مرحلة الإنتاج و ذلك لإفترض عدم تلقيه المنتج بعد، و من ثم فإن الحديث عن حماية المستهلك في هذه المرحلة أمر سابق لأوانه، بل حتى يمكن الحديث عن هذه الحماية لا بد أن يكون المنتج قد خرج أصلا من يد العون

1- بن طرية معمر، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج و دوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة- دراسة في التشريع الجزائري و المقارن- المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد الاول، سنة 2015، دار كنوز للانتاج و النشر و التوزيع، تلمسان، ص125.

2- تنص المادة 2 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على أن: "طبق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للاستهلاك بمقابل او مجانا و على كل متدخل و في جميع مراحل عملية العرض للاستهلاك".

3- الفقرة 18 من المادة الأولى من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

4- كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013، ص 22

5- نفس المرجع، ص22.

الإقتصادي وهو المنتج في هذه الحالة و ذلك بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة المذكورة أعلاه، و هي إما " الإستيراد" أو " التخزين" أو " النقل" أو " التوزيع بالجملة أو التجزئة" بإستثناء مرحلة "الإنتاج".

كما يؤخذ أيضا على التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري بخصوص "عملية عرض المنتج للإستهلاك" أنه ليس دقيقا لأنه لا يعكس المعنى الحقيقي للعملية، بل يكتفي فقط بذكر صورها و يؤكد على أنها جملة من المراحل المجتمعة، و يبدو ذلك بوضوح عندما إستعمل حرف الواو "و" للربط بين كل من الانتاج و التخزين و النقل و التوزيع بالتجزئة و الجملة، و هذا أمر غير صحيح لأن العرض للإستهلاك قد يكون في صورة واحدة من الصور السابقة ما عدا الإنتاج، و ليس بالضرورة أن تجتمع كل الصور للقول بأن منتج معين معروض للإستهلاك.

إن ما يعزز موقفنا من ضرورة إستثناء "الانتاج" من عملية عرض المنتج للإستهلاك هو التعريف الذي يقضي بأن: " الإنتاج: هو العمليات التي تتمثل في تربية المواشي و جمع المحصول و الجني و الصيد البحري و الذبح و المعالجة و التصنيع و التحويل و التركيب و توضيب المنتج بما في ذلك تخزينه أثناء مرحلة تصنيعه و هذا قبل تسويقه الأول"¹.

فمن خلال هذا النص يمكننا القول بأن فكرة "الإنتاج" هي عملية قبلية و أولية تسبق عرض المنتج للإستهلاك، و تقوم فقط عند توافر مجموعة من العمليات التي يشترط حصولها قبل التسويق الأول، أي عندما لا يزال المنتج تحت سلطة العون الإقتصادي (المنتج)، و بعبارة أخرى عندما لا يكون قد وضع بعد بين يدي المستهلك.

إن فكرة عرض المنتج للإستهلاك التي يقابلها باللغة الفرنسية- la mise à la consommation- المنصوص عليها في قانون 03/09-السالف الذكر- لا تعرف بنفس التسمية في التشريعات الأوروبية²، بل تعرف بعبارة " طرح المنتج للتداول" التي تترجم باللغة الفرنسية إلى (la mise en circulation du produit) ، و هذه الاخيرة هي الأصح في نظرنا و التي كان يتعين على مشرنا استعمالها في قانون 03/09 السالف الذكر.³

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فإذا كان قد عرف في الستينات فكرة " الطرح في السوق" أي " la mise sur le marché" بالنسبة للمنتجات الصيدلانية⁴، التي تتم بواسطة رخصة " l'AAM" أي " l'autorisation de mise sur marché"⁵، فإن فكرة " الطرح للتداول" ذكرت في قانون التوجيه

1- المادة 1 فقرة 9 من قانون 03/09 السالف الذكر.

2-قانون 19 ماي 1998 حول المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، قانون التوجيه الأوروبي الصادر في 25 جويلية 1985، القانون البلجيكي الصادر في 25 فيفري 1991 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

3- ان عبارة " la mise à la consommation" المستعملة في قانون 03/09-السالف الذكر- تختصر في اللغة الفرنسية بكلمة (la mac) و هي عبارة في الحقيقة عن نظام جمركي يسمح بإعتبار بضاعة دول الاتحاد الاوروبي متساوية مع البضاعة الوطنية في بلد الاستهلاك النهائي، و ذلك بعد دفع الضريبة كما يمثل (الماك) أيضا نظام للإستيراد.

Martine Massabie – François et Elisabeth Poulain, lexique du commerce international, éditions Bréal, Paris, 2002, p151.

4 - J-Ph.Confino, la mise en circulation dans la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, gaz. Pal, 2001, doct583.

5 - نفس الرخصة يشترطها المشرع الجزائري و ذلك من خلال نص المادة 176 من القانون 85-05 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها المعدل بموجب القانون رقم 08-13 التي تقضي بأنه: " لا يمكن الاستيراد و لا التسليم للجمهور في التراب

الأوروبي الصادر بتاريخ 25 جويلية 1985 المتعلق بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة من خلال مادته السادسة و لكن دون إعطاء أي تعريف لها، و هذا ما تجاهله القانون الفرنسي في بداية الأمر و ذلك بعد تأخر دام 13 سنة إلى غاية صدور القانون المدني الفرنسي رقم 98-398 الصادر في 19 ماي 1998 المعدل بموجب الأمر رقم 2016-131 الصادر في 10 فبراير 2016 المتعلق بقانون العقود، النظرية العامة و إثبات الالتزامات، حيث جعل هذه الفكرة حتما مفهوم قانوني جديد يفسر نسبيا الصعوبات التي واجهها البحث عن التعريف طوال الأشغال البرلمانية، أين كانت صعوبة صياغة تعريف لفكرة "الطرح للتداول" من بين أهم النقاط الخلافية إلى جانب "مخاطر التطور" و "تضمين عناصر الجسم البشري" في مجال النظام الخاص للمسؤولية المدنية¹، و من هنا ظهرت الحاجة إلى إعطاء تعريف لها و ذلك من خلال نص المادة 1245/4-1 ق م ف التي تقضي بأنه: " يكون المنتج مطروحا للتداول لما يتخلى عنه المنتج إراديا"²، كما تنص المادة 1245/4-2 ق م ف على أن: " المنتج لا يمكن أن يكون محل طرح للتداول إلا مرة واحدة"³.

و من جهة أخرى عرفت إتفاقية المجلس الأوروبي لسنة 1976 من خلال مادتها الثانية طرح المنتج للتداول على أنه: " فقدان السيطرة على المنتج بتسليمه إلى شخص آخر"، كما نصت المادة 7 من القانون البلجيكي الصادر بتاريخ 25 فيفري 1991 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة على أن الطرح للتداول هو: " التصرف الأول الذي يجسد نية المنتج في منح المنتج الوظيفة المخصص له، عن طريق نقله إلى الغير أو استعماله لمصلحة هذا الأخير".

من خلال هذين النصين نلاحظ أن فكرة الطرح للتداول لا تقوم إلا إذا انتقل المنتج من يد العون الإقتصادي (المنتج) فعلا إلى يد الغير، و بالرجوع إلى نص المادة 1245/4-1 ق م ف، فإنه حتى يكون المنتج مطروحا للتداول لا بد أن يكون العون الإقتصادي (المنتج) قد تخلى عنه إراديا و هذا الشرط الأول، كما أنه و حسب نص المادة 1245/4-2 من نفس القانون، فإن المنتج الواحد لا يمكن أن يطرح للتداول أكثر من مرة و هذا ما سنناقشه من خلال الشرط الثاني.

الشرط الأول: شرط التخلي الإرادي -Dessaisissement volontaire-

إن التخلي الإرادي عن المنتج هو مسألة واقع يمكن أن تكون ناتجة عن إرادة المنتج في إعطاء حيازة المنتج إلى شخص آخر، و بالتالي فهو ترك الحيازة المادية للشيء عن طريق تسليمه فعليا إلى الغير⁴، كما أن هذه الفكرة يمكن فهمها بسهولة عند عكسها و نقصد بذلك " التخلي للإرادي"، فلا نكون بصدد طرح منتج للتداول من طرف المنتج عندما يكون ذلك المنتج قد خرج من سيطرته دون علمه أو

الوطني الا الادوية المسجلة أو المرخص بها و المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية المصادق عليها المستعملة في الطب البشري".

1 - Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, Dalloz, Paris, 2015, n° 8370, p2124.

2-النص الفرنسي للمادة 1245/4-1: « un produit est mis en circulation lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement »

3- النص الفرنسي للمادة 1245/4-2: « un produit ne fait l'objet que d'une seule mise en circulation ».

4- Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, obligation de sécurité du vendeur, vente, fascicule 43, n°40, juris-classeur 2002, p13.

دون رضاه كما في حالة السرقة¹، أو مصادرة المنتج أو الضياع الناتج عن إهمال العون الإقتصادي (المنتج)، كما لا يعد أيضا طرح للتداول قيام شخص آخر بإجراء إختبارات عليه، أو قيام مخبر أو مركز بحث بإجراء بعض الدراسات عليه باعتبار أن العون الإقتصادي (المنتج) لم يفقد سيطرته و رقابته على المنتج، فتعتبر عملية الطرح لم تتم بعد²، كما أنه لا يعد من قبيل الطرح للتداول حجز المنتج من طرف السلطة القضائية و ذلك لأن التخلي في هذه الحالة ناتج عن الإكراه³، فالتخلي الإرادي يفترض نقل الحيازة طوعا إلى الغير و أن ما يهم هو التسليم المادي و ليس بالضرورة نقل ملكية المنتج من طرف العون الإقتصادي (المنتج) إلى شخص آخر⁴.

فإذا كان التخلي الإرادي يقتضي نقل حيازة المنتج فعلا من طرف العون الإقتصادي (المنتج) فإنه لا بد من الإشارة إلى سكوت نص المادة 1-4/1245 من القانون المدني الفرنسي عن الشخص الذي سيتخلى المنتج لفائدته عن منتج و عليه فإن السؤال الذي يتبادر إلينا في هذا السياق هو: **ما هي صفة الشخص متلقي المنتج ؟**

في الحقيقة لا يهم الشخص الذي سيتخلى العون الإقتصادي (المنتج) لمصلحته إراديا عن المنتج، إلا أنه إذا كان التفكير في هذا الشخص يجعلنا نعتقد أنه "المستهلك"، فإن هذه الفرضية ليست مألوفة على الأقل لما يتعلق الأمر بمنتجات مصنعة⁵، لكن يمكن تصورهما فقط بالنسبة لمنتجات الأرض أو تربية المواشي أو الصيد البري أو البحري⁶، و عندئذ يكون الشخص متلقي الحيازة هو الوسيط المهني الذي يضمن توزيع المنتج من الناقل مرورا ببائع الجملة إلى بائع التجزئة، و بالتالي إمكانية إعتبار أن الطرح للتداول يقوم لما يتخلى العون الإقتصادي (المنتج) إراديا عن المنتج بين يدي العون التجاري (l'agent commercial) أو عموما الوكيل بالعمولة ما عدا التابع أو الأجير⁷، لأنهما لا يتمتعان شخصيا بالإستقلالية الكافية عن مسؤوليهما التي تسمح لهما بطرح المنتج للتداول⁸.

كما أنه من غير الملائم الربط بين التخلي الإرادي و نقل حراسة الشيء بالمعنى الوارد في المادة 1/138 ق م أي نقل سلطات إستعمال، إدارة و رقابة الشيء، من جهة لأن نقل الحراسة يعد قييدا على مسؤولية حارس الشيء⁹، و ذلك عكس التخلي الإرادي الذي يعتبر مناط مسؤولية العون الإقتصادي

1-Rabih Chendeb, le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative (droits français, libanais et égyptien), éditions Alpha, Beyrouth, 2010, p 261 ; Catherine Weniger, la responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la communauté européenne, étude en droit comparé, librairie Droz, Genève, 1994, p 132.

2 - قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، سنة 2007، ص303.

3- Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, art pré, n°41, p13.

4- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op, cit, n°8371, p 2124.

5- Geneviève Viney et Patrice Jourdain, traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, 3^{ème} édition, LGDJ, Paris, 2006, n°775.

6- Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, art pré, n°41, p14.

7- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op, cit, n°8372, p2124.

8- Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, art, pré, n°41, p14.

9-Etienne Montero, la responsabilité civile du fait des bases de données, presses universitaires de Namur, Belgique, 1998, p295.

(المنتج) التي تعتبر مسؤولية ذات نظام بسيط¹، و من جهة أخرى لأن ذلك يعقد نظام المسؤولية و يفتح باب التحايل الذي لا يستقيم مع روح القانون².

فإذا كان التخلي الإرادي يقصد به نقل حيازة المنتج طوعا من طرف المنتج إلى شخص الوسيط المهني، فهل معنى ذلك أن كل تخلي إرادي يشكل طرعا للتداول بمفهوم المادة 1-4/1245 من القانون المدني الفرنسي؟

هناك من يرى بأن الإجابة عن هذا السؤال يجب أن تكون بالنفي، لأنه يتعين الأخذ بعين الاعتبار الأسباب التي تخلي العون الإقتصادي (المنتج) من أجلها عن متوجه أي الغاية المنشودة من ذلك، لأن الطرح للتداول يفترض أن التخلي الإرادي هو سلوك المنتج المهني الذي يقوم بتجهيز المنتج³ و يخصصه للبيع أو لأي شكل آخر من أشكال التوزيع⁴، أو التسويق على أن فكرة الطرح للتداول أوسع نطاقا من هذه الأخيرة⁵، و هذا الشرط يجد أساسه من خلال نص المادة 10/1245-3 من القانون المدني الفرنسي التي تعدد حالات إعفاء المنتج من المسؤولية و التي من بينها إمكانية نفي مسؤوليته عن طريق إثباته أن المنتج لم يكن مخصص للبيع أو لأي شكل آخر من أشكال التوزيع، بمعنى أن التخلي الإرادي للمنتج لا يكفي لوحده من أجل إعتبره معيار لقيام مسؤوليته، إذ لا بد من أن يكون الهدف من فعل التخلي هو تخصيص المنتج للبيع أو التوزيع، و بالتالي فإن توزيع عينات مجانية من منتج معين في السوق أو توزيع منتج على أساس أنه عرض تخفيضي، يعتبر من قبيل طرح المنتج للتداول حيث أكدت اللجنة الإقتصادية و الإجتماعية عند التدقيق في صياغة المادة الأولى من مشروع التوجيه حول السلامة العامة للمنتجات، أن تعريف الطرح للتداول لا بد أن ينصرف إلى هذا المعنى⁶.

غير أن الأخذ في الحسبان هدف طرح المنتج للتداول، أمر في الحقيقة غير مقبول و ذلك لأن هذه الفكرة مستقلة تماما عن الغاية المرجوة من فعل التخلي، إذ أن تخصيص المنتج هو سبب مختلف تماما عن طرحه للتداول⁷، و هذا الرأي تبنته محكمة العدل للاتحاد الأوروبي في قضية تعرف بقضية Veedfald⁸، حيث أن الإشكال الذي طرح فيها يتمثل فيما إذا كانت فكرة الطرح للتداول تستوجب أن يكون المنتج مخصص للتجارة أم لا، حيث يتعلق الأمر بسائل غسيل-طبي-صنع من طرف صيدلية تابعة لمستشفى دنماركي، إستعمل هذا السائل من طرف مستشفى آخر تابع لنفس المرفق بهدف الزرع الكلوي، و لقد كان المطلوب هو ما إذا كان تفسير سبب الإعفاء من المسؤولية الذي يشمل إثبات إنعدام طرح المنتج للتداول من طرف المنتج، يؤدي إلى رفض فكرة الطرح للتداول لما يكون صانع المنتج قد

1- Paulette Veaux-Fournerie et Daniel Veaux, art pré, n°41, p14.

2- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, n° 8372, p2124.

3- Christian Larroumet, la responsabilité civile du fait des produits après la loi du 19 mai 1998, Dalloz 1998, n°20, p311.

4 - عبد القادر اقصاصي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة 2010، ص 476 .

5- Rabih Chendeb, op,cit , p 261.

6- Catherine Weniger, op,cit, p131 et 132.

7- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, n° 8373, p2125.

8- Affaire C 203-99 du 10 mai 2001. Voir: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf>.

صنعه من أجل استعماله في إطار تقديم خدمة مادية ذات طبيعة طبية، تشمل تحضير عضو بشري قصد زرعه، و أن يكون الضرر الذي أصاب هذا الأخير ناتج عن هذا التحضير¹.

إن إجابة قاضي محكمة العدل للإتحاد الأوروبي كانت سلبية لأنه في مثل هذه الحالة يمكن اعتبار أن المنتج قد تم طرحه للتداول و ذلك وفقا لنص المادة 7 من قانون التوجيه الأوروبي التي يجب أن تفسر وفقا للمعنى الذي يقضي بأن: " يكون المنتج المعيب مطروح للتداول لما يستعمل بمناسبة تقديم خدمة مادية - concrète - ذات طبيعة طبية تتمثل في تحضير عضو بشري قصد زرعه، و أن يكون الضرر الذي أصاب هذا الأخير ناتج عن هذا التحضير"².

كما تجدر الإشارة إلى أن استعمال المنتج في إطار تقديم خدمة، و سواء قد صنع من طرف الغير مقدم الخدمة نفسه، فإن ذلك ليس له أي تأثير على طرحه للتداول، زيادة على ذلك فإننا نجد في تسبب القرار المذكور سابقا تأكيد على التعريف الفرنسي المتعلق بالطرح للتداول، حيث أن محكمة العدل للإتحاد الأوروبي قد كرست ما ذهبت إليه حكومة كل من النمسا، فرنسا و المملكة المتحدة التي تعتبر أن سبب الإعفاء من المسؤولية يمكن أن يكون حالة من الحالات التي تتمثل في قيام شخص آخر غير المنتج قد أخرج المنتج من دائرة الإنتاج، كما تكرر أيضا محكمة العدل الفكرة التي تستثنى من مجال تطبيق قانون التوجيه الأوروبي إستعمالات المنتج ضد إرادة المنتج مثل حالة عدم إنتهاء عملية الإنتاج أو الإستعمالات ذات الأهداف الخاصة أو ما شابه ذلك لأنها تعتبر من قبيل التخلي الإرادي من طرف المنتج عن منتوجه³.

أما القضية الثانية التي تبنتها محكمة العدل للإتحاد الأوروبي فتعرف بقضية O'Byrne c/Sanofi Pasteur بتاريخ 9 فيفري 2006⁴، و تتلخص وقائعها في ان السيد O'Byrne تقدم للقاضي الإنجليزي بدعوى ضد الشركة المسماة Aventis Pasteur و هي شركة فرنسية الأصل، و ذلك من أجل جبر الأضرار التي لحقت به جراء استعمال التلقيح المصنوع من طرفها، و المرسل إلى فرعها في إنجلترا بتاريخ 18 سبتمبر 1992 قبل بيعه نهاية سبتمبر و بداية شهر أكتوبر إلى وزارة الصحة بالمملكة المتحدة، و من ثم تسليمه إلى المستشفى و بعدها إلى العيادة الطبية، أين تم حقن المدعي في 3 نوفمبر 1992، و رغم أن الدعوى وردت في الأجال القانونية ضد الفرع الإنجليزي إلا أن هذا الأخير دفع بأنه ليس هو منتج التلقيح عندها طالب المدعي الشركة الفرنسية بالتعويض و ذلك بتاريخ 7 أكتوبر 2002، أي بعد مرور 10 سنوات و شهر واحد بعد أن تخلت عن منتج التلقيح، و لقد نقضت هذه الدعوى و ذلك بسبب إرجاع تاريخ طرح المنتج للتداول إلى يوم تخلي الفرع الإنجليزي عنه، فتسليم منتج من الشركة الأم إلى الشركة التابعة-الفرع- لا يعتبر طرحا للتداول و ذلك لأن المنتج يعتبر هنا لم يخرج بعد من مرحلة الإنتاج طالما أنه مازال تحت يد الشركة التابعة⁵، فالطرح للتداول يسري منذ تخلي هذه الأخيرة عن المنتج و دخوله حيز العملية التجارية، أين يتواجد بالحالة المعروضة للجمهور من أجل الإستعمال أو الإستهلاك، لكن إذا كانت إحدى حلقات سلسلة التوزيع مرتبطة تماما بالمنتج فالأمر هنا يستدعي تحديد ما

1- Anne Guegan, la mise en circulation, rapport français, p5, article publié sur : www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/305/305939_32_aguegan.pdf.

2-Ibid, p6.

3- Anne Guegan, art, pré, p6.

4- voir l'arrêt C127/04 sur:

http://www.legis.be/userfiles/CDelforge_annexe6_%20CJUE%2009.02.2006%20O%20Byrne.pdf.

5- Anne Guegan, art, pré, p6.

إذا كان هذا الارتباط يؤدي إلى جعل هذه الشخصية محل إعتبار في عملية تصنيع المنتج، و من ثم فإن تقدير مثل هذه العلاقة الضيقة يؤخذ بطريقة مستقلة عن معرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بأشخاص القانون المختلفة، و ذلك بمجرد فويرة المنتجات إلى الشركة التابعة التي تلتزم بدفع الثمن.¹

الشرط الثاني: شرط التخلي الواحد-Dessaisissement unique-

تنص المادة 2-4/1245 من القانون المدني الفرنسي على شرط وحدة طرح المنتج للتداول كمايلي: "لا يمكن لمنتوج ان يكون محلا للطرح للتداول إلا مرة واحدة".

من خلال هذا النص يمكن القول بأن الطرح الذي تبناه المشرع الفرنسي منطقي و مناسب، لأن هدف القانون المدني هو إلقاء المسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة على عاتق كل من أخذ مبادرة و مخاطر وضع المنتج في السوق، فالأمر يتعلق هنا بالوقت المحدد، و أن تبني أي حل آخر سيكون مصدرا للتعقيد و اللاعدالة (inéquité) في حق ضحايا الأضرار و خاصة المستهلك النهائي، و إذا امكن الأخذ بتعدد الطرح للتداول، لوجد وسطاء في سلسلة التوزيع² و لطالت اللاعدالة بقية المتدخلين اذا كان الوقت الذي أختير للطرح للتداول ليس هو وقت تخلي المنتج، بل هو وقت شراء المنتج بواسطة المستهلك النهائي و ذلك يصب في مصلحة هذا الأخير، إلا أنه عكس ذلك بالنسبة للمنتجين أو وسطاء الحلقة، لأنه يعتبر من المنتجات المخصصة لتقديمها للمستعمل النهائي بسرعة بعد صنعها، و بصفة عامة فإن أغلبية المنتجات المصنعة دورة حياتها لا تتجاوز 10 سنوات من تاريخ انتاجها.³

فمن خلال ما تقدم يمكننا أن نعرف الطرح للتداول على أنه: الخروج الطوعي أو الإرادي للمنتوج من مرحلة الإنتاج و دخوله مرحلة التسويق للجمهور بغرض إستعماله فيما أعد له، و على هذا الأساس يكون مجال الطرح للتداول أوسع من التسليم، بل إن هذا الأخير هو جزء من الأول و آخر عمليه فيه، لذلك هناك من يرى⁴ بأن إتساعه لا يجعله يشمل فقط فئة المنتجين، بل يشمل مختلف المتدخلين بمختلف أدوارهم، كما أن التسليم الفعلي للمنتوج على الوجه الذي رأيناه سابقا سواء في القواعد العامة أو الخاصة يتطلب لقيامه عنصران أساسيان و هما:

1- وضع الشيء تحت تصرف المستهلك.

يشترط وضع الشيء تحت تصرف المستهلك حتى يتسنى له الإنتفاع الفعلي به حتى و لو لم يتحقق فعلا هذا الإنتفاع، طالما كان في إستطاعته أن يقوم به في الوقت الذي يختاره⁵.

إن إشتراط وضع الشيء تحت تصرف المستهلك لتمام التسليم يكمن في أن الحيازة الفعلية للشيء تتطلب تدخل العون الإقتصادي و إستلامه لهذا الشيء، و بالمقابل فلا يجوز توقف إعتبار العون الإقتصادي منفا لإلتزامه بالتسليم على مشاركة المستهلك، و إلا كان تأخر أو إمتناع هذا الأخير عن

1- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, p2125.

2-Ibid, p2125.

3- Ibid, p2125.

4- Dalila Zennaki, l'importance de la détermination la conformité, R.A.S.J.E.P , faculté de droit, université d'Alger , volume XXXIX, n°01, 2002, p 10.

5- سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص 340 .

التدخل يرتب مسؤولية العون الإقتصادي بسبب الإخلال بتنفيذ إلتزامه بالتسليم، و بالتالي عدم إنتقال تبعة الهلاك إلى المستهلك¹.

و بالتالي فلا بد من التمييز بين تسليم الشيء و نقل حيازته، فقد يتسلم المستهلك الشيء دون أن يكون حائزاً له و في هذه الحالة يكون الشيء تحت تصرف المستهلك مع غياب الإستيلاء المادي، و عليه فهذا الأخير هنا قد تسلم الشيء و لكنه ليس حائزاً له.

كما أن وضع الشيء تحت تصرف المستهلك يستوجب قيام العون الإقتصادي ن بإزالة جميع العراقيل التي من شأنها أن تمنع إنتفاع المستهلك بالشيء محل العقد، بل أن وجود أي عائق يحول دون حيازته و إنتفاعه بالشيء يؤدي إلى هدم العنصر الأول (وضع الشيء تحت تصرف المستهلك)، الذي يركز عليه الإلتزام بالتسليم، كما أن عملية وضع الشيء تحت تصرف المستهلك (أو من ينوبه) يلتزم العون الإقتصادي وحده(أو ممثله القانوني) بتنفيذها حيث لا يجوز أن تتم دون تدخله.

2- إعلام العون الإقتصادي للمستهلك بأن الشيء وضع تحت تصرفه.

يتعين على العون الإقتصادي الذي وضع الشيء تحت تصرف المستهلك أن يعلمه بهذه العملية و ذلك تفادياً لكل لبس من شأنه أن يثير الشك حول حقيقة علم المستهلك بوضع الشيء تحت تصرفه، كما لا يشترط في هذا الإعلام أي شكل خاص و معنى ذلك أنه يمكن أن يتم في صورة إعدار رسمي أو في صورة رسالة موصى عليها بعلم الوصول أو حتى شفاهة².

إذن متى توافر عنصر وضع الشيء محل العقد تحت تصرف المستهلك و إعلام هذا الأخير بذلك يقوم الإلتزام بالتسليم، و يترتب عليه إنتقال تبعة هلاك الشيء من العون الإقتصادي إلى المستهلك و يستوي في ذلك أن يكون هذا الأخير قد تسلم الشيء و انتقلت إليه الحيازة الفعلية أو لم يتم التسلم بعد، فهذان العنصران ضروريان لقيام أي تسليم، سواء كان التسليم المعروف في القواعد العامة أو التسليم الذي رأيناه في بعض القواعد الخاصة

أما نحن فنرى أن الإلتزام بالتسليم ينبغي أن يعرف على أنه: " وضع المدين للشيء محل العقد تحت تصرف الدائن بحيث يتمكن من حيازته و لو لم يستول عليه إستيلاء مادياً"، أو هو: " تخلي المدين إرادياً عن محل العقد بما يتماشى مع طبيعته و وضعه تحت تصرف الدائن، بحيث يتمكن من حيازته دون عائق".

- أمازوز لطيفة، الرسالة السابقة ، ص 42 .
2- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص256.

المطلب الثاني: مفهوم الالتزام بالمطابقة .

إن تحقيق التوازن العقدي بين المستهلك من جهة و العون الإقتصادي من جهة أخرى لا يمكن أن يتحقق إلا من خلال تسليم هذا الأخير شيئاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد، و من ثم و من أجل الوقوف على مفهوم الالتزام بالمطابقة فإنه يتعين علينا التطرق له بداية في مجال التجارة الدولية و ذلك ضمن الفرع الأول، ثم تحديد مفهومه في المجال الداخلي أي التشريع الوطني و ذلك من خلال الفرع الثاني .

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالمطابقة في مجال التجارة الدولية.

تعتبر إتفاقية لاهاي لسنة 1964 المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات المادية أول من أشار إلى فكرة المطابقة و ذلك من خلال نص المادة 19 التي تقضي بأنه: " يتم التسليم بتسليم شيء مطابق للعقد " . و رغم النص على الالتزام بالمطابقة لأول مرة إلا أنها لم تعرف المصطلح كالإلتزام مستقل، بل جعلته من مسائل التسليم¹، و مثلها إتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع، فقد ورد مصطلح " المطابقة " في بعض نصوصها كذلك التي تتعلق بفحص البضاعة مثلاً و تلك التي تعني بالرفض الجزئي²، بحيث تستخدم الإتفاقية مصطلحات موحدة تفيد نفس الدلالة مثل: " يتطابق مع " ، " نقص المطابقة " و " عدم المطابقة " ... الخ³.

إن إتفاقية فيينا لسنة 1980 و إن كانت قد تطرقت للمطابقة، إلا أنها حاولت تجنب الإنتقادات التي وجهت إلى إتفاقية لاهاي 1964، المتمثلة في إدماجها للمطابقة في الإلتزام بالتسليم، فتطرقت الأولى إلى المطابقة كالإلتزام مستقل عن التسليم، و رغم التطور الكبير الذي حصل على القواعد الموضوعية التي تنظم البيوع الدولية للبضائع من خلال إتفاقية فيينا 1980، إلا أنها لم تعط تعريف واضحاً و محدد للإلتزام بالمطابقة – كما سبق و أن ذكرنا – لكن إكتفت بتعداد العناصر التي تكون ذلك الإلتزام⁴.

و من جهة أخرى تنص المادة 35 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه: " على البائع أن يسلم بضاعة تكون كميتها و نوعها و أوصافها وفقاً لما يتطلبه العقد و أن تكون تعبئتها و تغليفها بالطريقة التي إشرطها العقد " .

يتضح من نص المادة 35 من إتفاقية فيينا 1980 أن العقد هو معيار تحديد مطابقة البضاعة محل البيع⁵، فكل ما يشترطه العقد في البضاعة من صفات يكون عنصراً في ذاتيتها، و يجب أن تتضمنه عند

1 - محسن شفيق، إتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص 188، و محمود سمير الشرفاوي، المقالة السابقة، ص 365. و أنظر أيضاً:

-Philippe Kahn, la convention de La Haye du 1^{er} juillet 1964 portant la loi uniforme sur la vente internationale des objets corporels, R.T.D. com, 1964, P702 et s.

2- أنظر نص المادتين 34 و 35 من إتفاقية فيينا 1980.

3- نسرين سلامة محاسنة، إلتزام البائع بالتسليم و المطابقة "دراسة في القانون الإنجليزي و إتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980، دار الثقافة، عمان، سنة 2011، ص 340.

4 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 2.

5-Mostafa Fahim Nia, thè pré, p120.

تسليمها إلى المشتري، و إلا يكون العون الإقتصادي قد تخلف عن تنفيذ إلتزامه بالمطابقة¹، غير أن المطابقة لا تقتصر على هذه الأمور فقط، لأن إتفاقية فيينا 1980 تضمنت مفهوما أوسع من هذه الفكرة، إذ أنها جمعت تحت نظام قانوني واحد مختلف الإلتزامات الملقاة على عاتق العون الإقتصادي المكلف بتسليم بضاعة مطابقة للمواصفات التي تعهد بها عند إبرام العقد، و أن تكون في الوقت ذاته ملئية لحاجات المشتري²، و ذلك لما نصت من خلال المادة 35 على أن البضاعة لا تكون مطابقة للعقد إلا إذا توافرت فيها الشروط الآتية :

الشرط الأول: أن تكون البضاعة صالحة للإستعمال في الأغراض التي تستخدم فيها

عادة.

هذا الشرط نصت عليه المادة 35 الفقرة 2 من الإتفاقية - السابقة الذكر- بحيث يستوجب لقيام المطابقة أن تكون البضاعة المسلمة إلى المشتري صالحة للإستعمال في الأغراض التي تستخدم فيها عادة بضاعة من نفس النوع أي بضاعة مماثلة، غير أن البضاعة الواحدة يمكن أن تكون محل استعمالات متعددة، فتطبيق هذا النص إذن يفترض تطبيقه و صلاحيته في الحالة التي لا يقصد فيها المشتري إستعمال البضاعة في غرض خاص أي غير مألوف، معنى ذلك أنه يتعين أن يكون الغرض الذي ينشده المشتري من استعمال البضاعة يدخل ضمن الاستعمالات المألوفة التي تتماشى و طبيعتها، فيكون الإستعمال عاديا لما يكون هو نفسه بالنسبة لكل شخص آخر يستعمله في ظروف مماثلة³.

كما يقصد كذلك ب "صلاحية البضاعة للأغراض العادية " الاستعمال التجاري⁴، ذلك أن إتفاقية فيينا 1980 لا يشمل نطاقها البيع الموجه للمستهلكين⁵، و من جهة أخرى يجد التجار أنه من غير العملي تحديد الأهداف التي من أجلها يشتري التاجر هذه البضاعة في كل صفقة يبرمها، و كبديل عن ذلك يعتمد المشتري التاجر على التعامل السابق و العرف التجاري لتحديد هدف شراء مثل هذه البضاعة⁶.

و لقد حكم في قضية أن تسليم مادة النبيذ التي تحتوي على 9 % من الماء، بأنه تسليم لبضاعة غير مطابقة كونه غير صالح للإستعمال العادي وفقا لنص المادة 2/35 /أ من إتفاقية فيينا 1980، كما حكم في قضية أخرى بعكس ذلك، إذ أن إحتواء مادة بلح البحر على عنصر فلزي لا يشكل مخالفة لإلتزام العون الإقتصادي بالمطابقة طالما أن هذه المادة الغذائية و بالرغم من وجود الفلزات فيها، إلا أنها صالحة للأكل⁷.

لكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق هو: هل يجب أن تكون البضاعة صالحة للإستعمال في كل الأغراض العادية أم يكفي أن تكون صالحة لمعظمها؟

1- جودت هندي، الإلتزام بالمطابقة و بضمان إدعاء الغير حسب نصوص إتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية و القانونية، المجلد 28، العدد الأول، سنة 2012، ص 113.
2- نفس المقالة، ص 113 .

3- Mostafa Fahim Nia, thè pré, p 153.

4 - Ibid. p154.

5- انظر المادة 2 الفقرة الأولى من إتفاقية فيينا 1980.

6 - نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 79.

7- نفس المرجع، ص 79 و ما بعدها.

إن الإجابة عن هذا السؤال مرتبطة بالمكان الذي يجب أن تكون فيه البضاعة صالحة للإستعمال العادي، فيما إذا كان هو مركز أعمال العون الإقتصادي أم المكان الذي ينوي فيه المشتري إستعمال هذه البضاعة، حيث أن هذه الأخيرة يجب أن تكون صالحة للإستعمال في مركز أعمال العون الإقتصادي لأن البيع الدولي إنما يتعلق بعون اقتصادي ومشتري من دولتين مختلفتين، و عليه فإن إستخدام البضاعة يختلف من دولة إلى أخرى، حيث أن العون الإقتصادي غير ملزم بمعرفة طريقة إستخدام هذه البضاعة في بلد المشتري، غير أنه مجبر على معرفة كيفية إستخدام البضاعة في بلده هو، و نفهم من هذا الرأي أن ما هو إستعمال عادي لبضاعة في مكان ما قد لا يكون كذلك في دولة أخرى

و قد إنتقد الرأي السابق¹ على أساس أن العبرة في تحديد مكان المطابقة يجب أن يكون بالمكان الذي ينوي المشتري إستعمال البضاعة فيه، غير أن ذلك لا يكفي لجعل العون الإقتصادي عالماً بطريقة إستخدام هذا النوع من البضائع في ذلك البلد، و لهذا يتعين الرجوع لنية الأطراف لمعرفة الأغراض التي تستعمل فيها بضائع من نفس النوع، فإذا كان لكل منهما تصور حول هذا الموضوع و مختلف عن الآخر فهنا ينبغي حل هذا الإشكال بالرجوع لقواعد تفسير العقود المنصوص عليها في المادتين 8 و 9 من إتفاقية فيينا 1980.

و إذا كان يستوجب على العون الإقتصادي أن يسلم إلى المشتري بضاعة مطابقة للأغراض العادية في بلده، فإنه إذا رغب المشتري بإستعمال البضاعة في أغراض أخرى فيستوجب عليه إخبار العون الإقتصادي بذلك، و يصبح هذا الأخير مسؤولاً عن تسليم بضاعة صالحة للإستخدام في أغراض خاصة و من ثم تقوم مسؤوليته على أساس المادة 35/ب بدلاً من 35/أ من إتفاقية فيينا 1980.

و على العكس من صلاحية البضاعة للإستعمال في الأغراض العادية، فإنها تكون صالحة للإستعمال في الأغراض الخاصة حسب نص المادة 35/2 - ب من إتفاقية فيينا 1980، إذا أعلم المشتري العون الإقتصادي بخصوصية إستعمال البضاعة وقت إبرام البيع صراحة أو ضمناً، ما لم يتبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد أو لم يكن من المعقول أن يعتمد على مهارة العون الإقتصادي أو تقديره، و ذلك كأن يتعهد هذا الأخير لنادي سباق الأحصنة بتسليمه عدداً من الأحصنة معدة بشكل خاص للسباق، و عند التسليم تبين أن بعضها غير مؤهل للسباق تأهيلاً جيداً، فيكون العون الإقتصادي في هذه الحالة على علم بالغرض الخاص الذي يقصده المشتري بشكل صريح إذا ذكر في العقد أن الأحصنة معدة بشكل خاص للسباق².

كما قد يكون كذلك علم العون الإقتصادي بالإستعمال الخاص مفترض، كأن يذكر المشتري ذلك أو يستشف من صفة هذا الأخير، كأن يكون " نادي للسباق" و هذا ما تفيد به العبارة الأخيرة للفقرة 2 من المادة 35 " ما لم يتبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد، أو لم يكن من المعقول أن يعتمد على مهارة البائع أو تقديره". فحسب المثال المطروح، لا يضمن العون الإقتصادي إذا تبين أن مزارع تربية الأحصنة التابعة له غير مؤهلة و ليس لديه خبرة، و غير مهتم بتدريب الأحصنة على السباق و كان المشتري على بينة من هذا الوضع، و أن العون الإقتصادي أعلمه بذلك أو كان بإمكانه أن يعلم به أو لا يستطيع أن يتجاهل ذلك³.

فمن خلال ما تقدم نستنتج أنه حتى تكون البضاعة صالحة للأغراض الخاصة للمشتري لا بد من توافر شرطين أساسيين و هما:

1- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 80.

2- جودت هندي، المقالة السابقة، ص 114.

- نفس المقالة، ص 3.115

1- إعلام المشتري للعون الإقتصادي عن الغرض الخاص.

إن ضرورة إعلام المشتري للعون الإقتصادي صراحة أو ضمنا عن خصوصية إستعمال المبيع يجب أن يتم وقت إبرام البيع، بحيث يقع عليه عبء إثبات هذه الواقعة¹، و يتم هذا الإعلام إما صراحة أو ضمنا من خلال التعامل السابق أو حتى من خلال طبيعة البضائع، و سبب فرض الإعلام وقت البيع إنما يكمن في إعطاء الفرصة للعون الإقتصادي في عدم المضي قدما بالعقد إذا هو شعر وقت إبرامه بأنه غير قادر على إخراج البضاعة صالحة للغرض الخاص المطلوب من المشتري، فإذا لم يعلم هذا الأخير العون الإقتصادي وقت إبرام العقد بهذه الغاية الخاصة، بل قام بذلك أثناء قيام البائع بتجهيز البضاعة للإرسال للمشتري، فإن العون الإقتصادي لا يكون ملزم بالغاية الخاصة التي يريدها المشتري، و نفس الحكم متى تم إعلام العون الإقتصادي بهذا الغرض الخاص قبل إبرام العقد².

2- إعتدالم المشتري على خبرة و كفاءة و مهارة العون الإقتصادي أو معقولية

الإعتدالم عليها.

معنى هذا الشرط أنه يتعين على المشتري أن يعلم بأن العون الإقتصادي شخص مؤهل فنيا لتسليم بضاعة صالحة لهذا الغرض الخاص، و بالتالي فهو يعتمد على مهاراته و خبرته في هذا المجال، فيقوم عنصر الإعتدالم لما يكون للعون الإقتصادي سمعة جيدة في إنتاج سلعة معينة، غير أنه متى إنتفى ذلك فلا مجال للقول بمسؤولية هذا الأخير عن تسليم بضاعة تقتقر للغرض الخاص³.

و ينتفي عنصر الإعتدالم في بعض الحالات التي يكون فيها للمشتري خبرة و مهارة أكثر من تلك التي لدى العون الإقتصادي، أو عندما يشترك المشتري في إختيار البضاعة و يتفحصها قبل البيع، أو عندما يتدخل المشتري في عملية التصنيع، أو يزود البائع بمواصفات تفصيلية و محددة، أو يعتمد على إسم تجاري معين أو علامة تجارية معينة، و مثال ذلك أن يكون المبيع المطلوب هو جهاز إلكتروني معقد و يكون المشتري على علم بعدم خبرة العون الإقتصادي في تسليم هذا النوع من الآلات، حيث يفصح هذا الأخير عن ذلك، فهنا يكون المشتري غير معتمد على خبرة العون الإقتصادي و من ثم لا تقوم مسؤولية هذا الأخير إذا سلمه بضاعة غير صالحة للغرض الخاص⁴.

و هناك من يرى⁵ أن شرط الإعتدالم هو قيد يحد من نطاق تطبيق صلاحية البضاعة للأغراض الخاصة، علاوة على ذلك فإن تبني إتفاقية فيينا لهذا الإتجاه هو ترجيح للمعيار الشخصي فيما يتعلق بصلاحية البضاعة لمباشرة غرض خاص، إذ تبقى المسألة رهن خبرة و تقدير العون الإقتصادي، و هذا الإتجاه يناقض ما تبنته نفس الإتفاقية و دعمته المبادئ المتعلقة بها و بوجه خاص، "مبدأ التوازن بين

1- Vincent Heuzé، بيع السلع الدولي في القانون الموحد، ترجمة إلى العربية بواسطة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، سنة 2005، ص 298 .

2- نسرین سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص81.

3- نفس المرجع ، ص82.

4- نفس المرجع، ص82.

5- محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 95.

طرفي العقد" و "مبدأ ترجيح الضوابط المادية"¹، و على ضوء نص المادة 35 الفقرة 2 – ب من الإتفاقية السابقة يستنتج ما يلي :

– حتى يمكن التوفيق بين قبول هذا النص من ناحية و تكريس مبدأ التوازن العقدي فإنه يجوز تطبيق هذا القيد أو الشرط فقط في الحالة التي لا يتمتع فيها المشتري بالخبرة بينما يكون الطرف الآخر عوناً اقتصادياً أي شخص مهني، و قد تم الإعتماد على خبرته، و بالتالي لا يجب أن نعمل بهذا الشرط إلا عندما يوجد إختلاف مهاري أو تكنولوجي أو تقني بين الطرفين و كان لصالح العون الإقتصادي².

– إن إعتقاد المشتري بضرورة تسليم العون الإقتصادي بضاعة صالحة للإستعمال الخاص، ينم عن عدم تأكد الأول من ذلك، فتختلف مسؤولية الثاني، و عليه لا يجوز للمشتري أن يرجع على العون الإقتصادي لعدم مطابقة البضاعة للإستعمال الخاص، إلا إذا أخطره بأنه يأخذ بعين الإعتبار خبراته في هذا الصدد، و بناء على ذلك، لا يطبق هذا الحكم في حالة العون الإقتصادي الذي لا يكون لديه أي تخصص أو معرفة لأجل توريد هذا النوع من البضائع، و هو ما يخالف القواعد العامة التي تعتبره شخصاً متخصصاً و على دراية ببضائعه، طالما أنه يتخذ هذا النوع من البضائع مهنة معتادة له، إذ يعتبر ذلك أبرز صورة للعمل التجاري³.

– القضاء بعدم مسؤولية العون الإقتصادي في حالة ما إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرته أو تقديره، أمر يتم تطبيقه لما يخطر العون الإقتصادي المشتري وقت إبرام العقد بأنه ليس لديه معلومات كافية في هذا الصدد، أو عندما يطلب هذا الأخير بضاعة موضحاً نوع و مواصفات الغاية الخاصة دون الإستعانة بالعون الإقتصادي أو إستشارته⁴.

– في حالة عدم إمكانية تقدير الخبرات المتبادلة بين طرفي العقد، فإنه يفترض أن العون الإقتصادي هو الأفضل لمعرفة البضاعة، على أنه لا يجوز للمشتري أن يتمسك بغاية أو وظيفة خاصة يعتبر تحققها مسألة مستحيلة، إذ له الحق في أن يتوقع في الشيء المبيع الإستخدامات التي يمكن الحصول عليها⁵.

إذن يمكن القول من خلال ما تقدم بأن شرط إعتداد المشتري على خبرة و كفاءة العون الإقتصادي، قيد أوردته إتفاقية فيينا بحيث يجب تطبيقه إذا تم النص عليه صراحة في العقد، و أن هذا القيد يخدم مصالح العون الإقتصادي أكثر مما يخدم مصالح المشتري.

الشرط الثاني: أن تشتمل البضاعة على الصفات التي سبق أن عرضها العون الإقتصادي على المشتري وفقاً لعينة أو نموذج.

عندما يقوم العون الإقتصادي بتزويد المشتري بنموذج أو عينة فإنه بذلك يعطي الإنطباع بأنه ملزم بتزويده بالبضاعة التي تتطابق مع العينة أو النموذج من حيث النوعية، و في هذه الحالة لا تبرأ ذمة العون

1- محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، سنة 1988، ص 32 و ما بعدها.

2- محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 82.

3- محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة 3، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1986، ص 45.

4 - Bernard et Hildegard Stander, conformité et garanties dans les ventes internationales d'objets corporels en droit suisse in « les ventes internationales de marchandises », Economica, Paris, 1987, p 169.

5 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 96.

الإقتصادي بتسليم بضاعة مختلفة في النوع أو الجودة و إن كانت من الصنف الرائج في الأسواق¹، و تجدر الإشارة إلى أن العينة تختلف عن النموذج، فالبيع بالعينة يتحقق عندما يشتري شخص بضاعة معينة من متجر بعد فحص الأصلية، مع العلم أنه لا يتم تزويده بالبضاعة الأصلية التي كان قد فحصها، بل يزود المشتري ببضاعة مغلقة مماثلة للعينة التي قام بفحصها.

و عليه يمكن القول بأن العينة أو النموذج إنما يقران فقط نوعية البضاعة، في حين يمكن تحديد خصائص البضاعة الأخرى عن طريق الوصف و في هذه الحالة فإن العون الإقتصادي ملزم بتسليم بضاعة تطابق المنتج أو العينة²، و هذا ما نصت عليه المادة 35 الفقرة 2 / ج من إتفاقية فيينا 1980، و يلتزم المشتري بالمقابل بقبول المبيع المطابق للعينة و لا يجوز له في هذه الحالة التمسك بالعرف الذي يجيز له تجزئتها و تذوقها، إذ يعد القبول بالعينة تنازلاً من المشتري عن ممارسة أي حق آخر، فإذا تعلق الأمر ببيع أقمشة قطنية مثلاً إختارها من عينات أرسلها له العون الإقتصادي، و يجب أن تكون البضاعة المرسلة من قطن العينة نفسه و الوزن و اللون إذا كان له إعتبار خاص عند المشتري، و في حالة النزاع في مطابقة البضاعة للعينة، يعود للخبير الذي يعينه القاضي لتحديد مدى مطابقتها، على أن رأيه في هذه الحالة غير ملزم بالنسبة للمحكمة المختصة بالفصل في النزاع³.

الشرط الثالث: يجب أن تكون البضاعة معبأة و مغلقة بالكيفية المستعملة عادة في تعبئة بضائع مماثلة.

يحظى التغليف و التعبئة بأهمية خاصة في مجال التجارة الدولية، و ذلك لأن البضاعة ستجوب مسافات طويلة، فضلاً عن أن الرحلة قد تتطلب إستعمال وسائل عديدة لنقلها، مما قد يؤدي إلى تأثر البضاعة بالعوامل الجوية المختلفة، الأمر قد يجعلها غير مطابقة مادياً بسبب سوء التعبئة أو التغليف، لذلك يتعين على العون الإقتصادي أن يبذل قدراً معيناً من العناية لتفادي إتلافها أو إفسادها أثناء عملية النقل.

و لما كانت التعبئة و التغليف عنصران من عناصر المطابقة المادية، فإنه ينبغي أن يتم النص عليهما صراحة في العقد، أو يحدد ذلك بواسطة النموذج أو العينة أو الوصف أو العادات أو الأعراف التجارية و ذلك مع مراعاة ظروف الحال و طبيعة البضائع⁴.

و ما تجدر الإشارة إليه أن موضوع التعبئة و التغليف يعتبر حالة يشق الفصل فيها بالنسبة للقضاء و هيئات التحكيم نظراً لصعوبة تحديد المقصود بالمصطلحين كوسيلة معتادة لحماية البضائع، حيث تعد هذه المسألة معقدة نوعاً ما بالنسبة للناقل الدولي و ذلك بسبب طول الرحلات و إمكانية فساد هذه البضاعة، و بوجه خاص إذا لم تعبأ أو تغلف بطريقة كافية⁵، و لقد عالجت إتفاقية فيينا 1980 هذه المسألة و إعتبرت أن البضاعة تكون مطابقة لشروط العقد إذا كانت معبأة أو مغلقة بالطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف بضاعة من نفس النوع، و في حالة غياب الطريقة المعتادة، تكون التعبئة و التغليف بالكيفية المناسبة لحفظها و حمايتها⁶.

1 - جودت هندي، المقالة السابقة، ص 115.

2 - نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 83 .

3 - جودت هندي، المقالة السابقة، ص 115.

4 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 98 و ما بعدها.

5- نفس الرسالة، ص 99.

6- أنظر المادة 35 فقرة 2 / د من إتفاقية فيينا 1980.

و بمقارنة إتفاقية فيينا 1980 بإتفاقية لاهاي 1964، نجد أن الأولى قد أضافت إلى ضرورة كون البضائع صالحة للإستعمال في الأغراض التي تستخدم فيها عادة بضاعة من نفس النوع، شرطا آخر وهو أن تكون هذه البضاعة مطابقة للصفات التي سبق للعون الإقتصادي و أن عرضها على المشتري وفقا لعينة أو نموذج، فأوجب الإتفاقية (فيينا 1980) توافر شرط جديد لم تنطرق له الثانية (لاهاي 1964) يتمثل في التعبئة و التغليف اللذين يترتب على تخلفهما عدم مطابقة البضاعة للعقد¹.

فمن خلال الشرط السالف ذكره، يمكن القول أن إتفاقية فيينا 1980 قد ألقت على عاتق العون الإقتصادي إلزام بتعبئة و تغليف الشيء المبيع وفقا لطريقة معينة وهي الطريقة التي تستعمل عادة في تعبئة أو تغليف بضاعة من نفس النوع، و أنه حتى في حالة غياب الطريقة التي تحدد ذلك، فإن عملية التعبئة و التغليف تكون بالكيفية المناسبة التي تتحقق معها الحماية بما يتلائم مع طبيعة البضاعة و وسيلة النقل المختارة و كذا زمان و مكان وصول البضاعة².

و بالمقابل ليس هناك ما يمنع من أن يطلب المشتري من العون الإقتصادي تعبئة و تغليف البضاعة أفضل مما جرى عليه تعبئة و تغليف بضاعة من نفس النوع، و هذا إذا تم الإتفاق على ذلك في العقد، كما أنه لا مانع من أن يتحمل المشتري عبء التعبئة و التغليف إذا نص على ذلك أيضا صراحة في العقد أو إذا وجدت عادة سابقة تفيد قيام المشتري بعملية التغليف.

و لما كانت إتفاقية فيينا 1980 لم تحدد بدقة كيفية تعبئة البضاعة و تغليفها، فإنه يجوز للعون الإقتصادي أن يعبأ و يغلف البضاعة وفقا للنماذج التي إعتاد عليها في هذا المجال، غير أنه إذا تعددت المعايير في هذا الشأن، فإن الأولى أن تكون البداية بالمعايير المتبعة في التجارة الدولية، ثم تلك الخاصة بمكان المنشأة المصدرة أو الموردة، لأن هذه المعايير تشكل الحد الأدنى للإلتزام بالتعبئة و التغليف³، فمثلا الزيت يعبأ في براميل محاطة بأشرطة من حديد لضمان عدم تسربه و زجاجات خاصة، و الأجهزة الإلكترونية توضع في صناديق من الخشب أو الكرتون محاطة بالإسفنج الصناعي لحمايتها من الكسر⁴.

و إذا كان الهدف من إلزام العون الإقتصادي بتغليف البضاعة هو المحافظة عليها و حمايتها، فإنه يمكن القول بأن وضع الإرشادات اللازمة و التعليمات الخاصة على البضائع و التي تكون ضرورية لعملية النقل، تعد هي الأخرى جزء لا يتجزأ من الإلتزام بالتغليف و إن كانت المادة 35 من إتفاقية فيينا لا تتطلب ذلك بشكل صريح⁵، و هذا يعني أن عملية التغليف لوحدها غير كافية، بل لا بد أن تضمن حماية البضاعة و أن التغليف الذي لا يحمي البضاعة كفيل بقيام مسؤولية العون الإقتصادي لإخلاله بالإلتزام بالمطابقة و يتحقق ذلك في حالتين تتمثل الأولى في الغياب الكلي للتغليف، أما الثانية فتكمن في التغليف الخاطئ أو غير المألوف⁶.

1- أنظر نص المادة 33 / 1 من إتفاقية لاهاي 1964.

2- Philippe Khan, convention de Vienne du 11 avril 1980, caractères et domaine d'application, droit et pratique du commerce international, Vol 9, n°91, 1989, p 18.

3- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 101.

4- جودت هندي، المقالة السابقة، ص 114.

5- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 85.

6- نفس المرجع، ص 85.

الفرع الثاني: مفهوم الالتزام بالمطابقة في القانون الداخلي.

بغية تحديد مفهوم الالتزام بالمطابقة في القانون الداخلي أي التشريع الوطني، ارتأينا البحث في مفهومه من خلال القواعد العامة (أولاً)، ثم التطرق إلى مفهومه من خلال القواعد الخاصة و نقصد بذلك قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش و ذلك (ثانياً).

أولاً: مفهوم الالتزام بالمطابقة في القواعد العامة.

لم يعرف القانون المدني الجزائري الإلتزام بالمطابقة كإلتزام مستقل في القانون المدني، و إن كان قد أشار إليه ضمناً من خلال المادة 364 ق م التي تنص على أنه: " يلتزم البائع بتسليم الشيء للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

من خلال هذا النص يلاحظ أن المشرع أوجب على العون الإقتصادي أن يسلم للمستهلك الشيء محل العقد بنفس الحالة التي وجد عليها وقت البيع، و ذلك كون أن هذا الأخير قد ارتضى التعاقد على هذا الشيء و ليس على شيء آخر، و ذلك بغض النظر عن حالته آنذاك، فيما اذا كانت رديئة أو متوسطة أو جيدة.

كما نص المشرع أيضاً صراحة على المطابقة عندما تطرق للبيع بالعينة من خلال المادة 353 ق.م التي تقضي بأنه: " إذا إنعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها، و إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين و لو دون خطأ كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة".

يتضح من هذا النص و إن كان لم يحدد المقصود بالمطابقة أن العينة يتقدم بها أحد المتعاقدين و غالباً ما يكون العون الإقتصادي يجب أن يكون المبيع مطابقاً لها، و مثال ذلك أن يعطي بائع القماش عينة من القماش الذي ينوي بيعه له و تكون عادة قصاصاً من هذا القماش، أو يعطي بائع القمح عينة من القمح المراد بيعه و يحتفظ المستهلك حتى يضاهاى عليها المبيع عند استلامها له، و بذلك تغني العينة عن تعيين المبيع بأوصافه فهي المبيع مصغر، و بمضاهاة المبيع على العينة يتبين إذا كان العون الإقتصادي قد نفذ التزامه سليماً في ما يتعلق بجنس المبيع و نوعه و جودته و غير ذلك من الأوصاف التي يتميز بها، كما أنها تغني عن رؤية المبيع، إذ أن المستهلك برؤيته للعينة يكون في حكم من رأى المبيع¹، و مقتضى البيع بالعينة أن يكون المبيع مطابقاً لها تماماً، و لذلك إذا كان غير مطابق كله أو بعضه لها كان للمستهلك أن يرفضه، حتى و لو كان المبيع أكثر جودة من العينة ذاتها، لأن ذلك يخالف ما تم الاتفاق عليه².

1- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الرابعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2010، ص 139.

2- غير أن محكمة النقض المصرية في قرار لها صادر بتاريخ 12/11/1959 ترى بأن: "الاختلاف الطفيف بين العينة و البضاعة لا يؤثر على ذلك وفق لما تقدره المحكمة حسب ظروف الحال". معنى منطوق هذا القرار أن مسؤولية البائع لا تقوم إذا سلم للمشتري بضاعة تختلف قليلاً من حيث مواصفاتها على العينة، إلا أن مثل هذا القرار غير صائب لأنه و بهذه الطريقة يكون القضاء قد أهمل إرادة المشتري، بل و خرق العقد و لم يكتفئ للقاعدة المنصوص عليها في الشريعة العامة و التي مفادها أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين" هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن مثل هذا القرار من شأنه أن يفتح الباب أمام البائع ليقدم إلى المشتري شيء يختلف قليلاً عن العينة بما قد لا يتناسب ربما مع ما دفع من ثمن أو حتى بما لا يتحقق معه من الفائدة التي أقبِل على التعاقد من أجلها و بناء عليه لا تبرأ ذمة البائع إلا إذا سلم للمشتري مبيع مطابق تماماً للعينة المقدمة. - انظر مجموعة أحكام النقض المصرية، السنة 10، ص 659.

و بالمقابل متى كان المبيع مطابقاً للعينة وجب على المستهلك قبوله، فليس له رفضه بحجة أنه غير ملائم لحاجته، بل ليس له أيضاً في الأشياء التي تجرب أو تذاق، أن يرد المبيع المطابق للعينة لوجوده بعد التجربة غير صالح أو بعد المذاق غير ملائم¹.

و يقع عبء إثبات مطابقة المبيع على العون الإقتصادي، و في حالة هلاك العينة أو تلفها في يد أحد المتعاقدين و لو دون خطأ، فإن عبء إثبات مطابقة أو عدم المطابقة المبيع للعينة يقع على من هلك أو تلفت العينة في يده إذا نازعه الطرف الآخر في ذلك، و في حالة عدم مطابقة المبيع للعينة، فإن المستهلك يمكنه أن يرفض قبوله و يطالب العون الإقتصادي بالتنفيذ العيني و ذلك بأن يسلمه شيئاً آخر مطابقاً للعينة، أو أن يحصل المستهلك على شيء مطابق لها على نفقة العون الإقتصادي بعد استئذان القضاء أو بدون ذلك في حالة الاستعجال، كما له أن يطلب فسخ البيع و التعويض إذا كان له داع أو أن يقبل أخيراً المبيع غير المطابق للعينة مع طلب إنقاص الثمن إذا كان له مقتضى².

و تعتبر مسألة تقدير مدى مطابقة المبيع للعينة من اختصاص قاضي الموضوع الذي يفصل في مدى مطابقة المبيع لها عن طريق الاستعانة بخبير غير أن رأي هذا الأخير غير ملزم، على أنه إذا أبرز العينة من أودعت عنده و أنكرها الطرف الثاني تعين قبل البحث في مطابقة محل التسليم لها إثبات ذاتيتها، و يخضع ذلك للقواعد العامة في الإثبات، و يجوز أن يتخذ القاضي من اتفاق الطرفين على إيداع العينة عند أحدهما قرينة على صدق من يبرز العينة إذا أثبت أنه هو الذي أودعت لديه، أي هو المؤتمن على حفظها³.

أما في حالة هلاك العينة الموجودة لدى أحد الاعوان الإقتصاديين، أو تلفها سواء لخطأ المتعاقد أو بغير خطأ منه، فإنه إذا ثار نزاع في هذه الحالة حول مطابقة المبيع للعينة، فإن المشرع الجزائري ألقى عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق من كانت لديه العينة و تلفت و هلكت، فإذا هلكت في يد العون الإقتصادي و نازعه المستهلك الذي ادعى عدم مطابقتها للمبيع فيكون على العون الإقتصادي إثبات المطابقة و إذا احتفظ المستهلك بالعينة و هلكت و هي تحت يده فإنه يقع عليه عبء إثبات عدم مطابقة المبيع للعينة إذا ادعى ذلك⁴.

لكن ماذا يترتب عن اختلاف العينة المقدمة من العون الإقتصادي عن الشروط الواردة في عقد البيع؟

هناك من يرى⁵ بأنه يجب إعطاء الأولوية لشروط العقد، لأن العون الإقتصادي لا يجوز له مخالفة هذه الشروط عند تقديم العينة، فيجب عليه تقديمها مطابقة لشروط العقد، فإذا كانت شروط البيع قد حددت درجة الجودة بطريقة دقيقة فإن الأولوية تكون لهذه الشروط، أما إذا كانت شروط البيع غير محددة بدقة، و رغبات المستهلك لم تشر إليها بطريقة محددة، فمن المناسب أن نضع في الاعتبار في هذه الحالة العينة المقدمة من العون الإقتصادي.

1- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 140.

2- نفس المرجع، ص 140.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية، البيع و المقايضة، المجلد الأول، دار إحياء التراث، بيروت، سنة 1985، ص 239.

4- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 174.

5- محمد إبراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 104.

و نؤيد من جهتنا هذا الرأي الأخير، على أساس أنه لا يمكن إهمال قيمة العينة المقدمة من العون الإقتصادي و التي كان قد قبلها المستهلك، و إلا فإنه لا فرق بين البيع بالعينة و غيره من البيوع إذا كانت شروط العقد أولى، حيث أن مواصفات الشيء المبيع التي تتحدد طبقا للعينة المقدمة من العون الإقتصادي هي أهم ما يميز البيع بالعينة.

و لقد نص المشرع كذلك في المادة 41 ق ت على أنه: " على المرسل ان يبين بتذكرة النقل اسم المرسل اليه و عنوانه و مكان تسليم الاشياء المنقولة ونوعها و عددها أو حجمها.

و يعد المرسل مسؤولا تجاه الناقل و الغير عن الاضرار الناشئة عن اهمال البيانات المذكورة و عدم صحتها او كفايتها".

برأينا إن فرض المشرع تبيان المعلومات المذكورة بالمادة المذكورة أعلاه و خاصة ما تعلق منها بحالة البضاعة، إنما يهدف إلى تمكين المرسل إليه من التأكد من مدى مطابقة البضاعة التي أرسلت له و التي تم تسلمها فعلا من الناقل مع ما تم اشتراطه على المرسل في العقد.

كما نص المشرع البحري في " عقد استئجار السفن" المنصوص عليه في المواد من 640 ق ب و ما بعدها بأن تكون السفينة صالحة للغرض الذي إستئجرت من أجله و أن تكون مزودة بالتسليح و التجهيز اللازمين و ذلك ما أشارت إليه المواد 650، 695 و 696 من ق ب، كما نص أيضا في عقد استئجار السفينة على أساس الرحلة في المادة 652 فقرة 1 ق ب على أنه: " يلتزم المؤجر بمايلي:

• المحافظة على السفينة خلال الرحلة لتكون في حالة جيدة و صالحة للملاحة و مزودة بشكل مناسب بالتسليح و التجهيز و المؤونة و كذلك بالوثائق المطلوبة و بصورة عامة صالحة للقيام بالعمليات المذكورة في عقد إيجار السفينة على الوجه الكامل".

ما يلاحظ على هذا النص أنه اشترط على المؤجر المحافظة على السفينة لتكون في حالة جيدة و صالحة للملاحة قصد تنفيذ عقد الإيجار، و المقصود بذلك هو كونها صالحة لأداء الوظيفة المنوطة بها و للغرض الذي من أجله أقدم المستأجر على التعاقد، كما أوجب كذلك من خلال المادة 654 ق ب على أن يتم تقديم السفينة في التاريخ و المكان المعينين و جعلها مهيأة للتحميل خلال مواعيد الشحن و التفريغ و كذلك في آجال الشحن و التفريغ.

أما في " عقد استئجار السفينة لمدة معينة" فلقد نصت المادة 696 ق ب على ضرورة أن تكون السفينة محل الإيجار صالحة ملاحيا، و كذا بحالة جيدة بحيث يمكن معها ممارسة العمليات المبينة في العقد أي صلاحيتها لأداء الغرض الذي تم التعاقد من أجله، و نفس الأمر اشترطه المشرع في عقد استئجار السفينة بهيكلها و ذلك من خلال المادة 725 ق ب.

و تكون السفينة صالحة ملاحيا لما تشتمل على الهيكل و الآلات و أجهزة التوجيه و معدات السلامة و الإنقاذ و معدات الحريق... الخ و كذا على الشهادات اللازمة لملاحة السفينة خلال الرحلة البحرية و كذا احتوائها على أفراد الطاقم بالعدد المطلوب¹.

1- عباس خالد، المذكرة السابقة، ص66.

أما عن صلاحية السفينة تجاريا فيقصد بها أن تكون صالحة و مهيأة لاستقبال شحنات و بضائع المستأجر بحيث تكون عنابر السفينة نظيفة و أجهزة الشحن و التفريغ في حالة جيدة و مزودة بالغرف المبردة إذا كان الأمر يتعلق ببضائع سريعة التلف مثلا¹، بالإضافة إلى ما تقدم يتعين على المؤجر الحفاظ على السفينة صالحة إداريا و ذلك بأن يكون حائزا لجميع الوثائق الضرورية المطلوبة من طرف السلطات المينائية².

إذن يقصد بالمطابقة في "عقد استئجار السفن" و مهما كانت طبيعة الإيجار و الغرض منه هو صلاحية السفينة ملاحيا، و كذا صلاحيتها لأداء الغرض التي تم من أجله الإيجار و الذي لا يتحقق إلا اذا كانت بحالة تصلح للقيام بوظيفتها، و عليه فإن المطابقة هنا واردة على محل العقد و هو السفينة أي صلاحيتها وظيفيا لأداء الغرض الذي استئجرت من أجله.

و لقد نص المشرع أيضا في "عقد النقل البحري للبضائع" الوارد في المواد 738 ق ب و ما بعدها على المطابقة فيما يتعلق بمسألتين، تتمثل الأولى و هي مطابقة السفينة التي سيتم نقل البضاعة على مثنها و ذلك عندما نصت المادة 770 ق ب الواردة تحت الفصل الثالث المعنون ب" تنفيذ العقد" التي تقضي بأن تكون السفينة صالحة لأداء الوظيفة المنوطة بها و هي نقل البضائع.

أما المسألة الثانية و تتعلق بمطابقة البضاعة المنقولة على مثنها لما تم الإتفاق عليه و ذلك من خلال النص على وثيقة الشحن في المادة 748 ق ب و ما بعدها، عندما اشترط من خلال المادة 752 ق ب، أن تتضمن وثيقة الشحن وجوبا جملة من البيانات التي تتعلق كلها بالبضاعة كالعلامات الرئيسية و الضرورية للتعريف بالبضائع على الحالة المقدمة فيها من قبل الشاحن، و كذا عدد الطرود و الاشياء و كميتها و وزنها، بالإضافة إلى الحالة و التكيف الظاهران للبضاعة.

و بالتالي يمكن القول بأن المطابقة في عقد النقل البحري للبضائع يشمل مطابقة و سيلة النقل وظيفيا و هي السفينة باعتبارها محل عقد الإيجار، و يشمل كذلك محل عقد النقل البحري و هو البضاعة المراد نقلها على مثن هذه السفينة، و من ثم فإن المطابقة ترد دائما على محل العقد مهما كان نوعه.

ثانيا: مفهوم الإلتزام بالمطابقة في القوانين الخاصة.

بالرجوع إلى قانون 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، نجد أن المشرع قد عرف المطابقة من خلال نص المادة 3 فقرة 18 على أنها: " إستجابة كل منتج معروض للإستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية و للمتطلبات الصحية و البيئية و السلامة و الأمن الخاصة به."

من خلال هذا النص يتبين أن المطابقة هي عبارة بالدرجة الأولى عن حالة ملائمة و توافق و المنتج المعروض للإستهلاك مع الشروط المنصوص عليها في المادة 18/3، و لقد أرادها المشرع أن ترقى إلى مصاف الإلتزام نظرا لأهميتها و تأثيرها في تحقيق التوازن بين مصالح العون الإقتصادي و المستهلك، و بالتالي حتى تقوم المطابقة كإلتزام قانوني لا بد من وجود منتج معروض للإستهلاك

1- عباس خالد، المذكرة السابقة، ص 66.

2- نص المادة 652 ق ب.

يعتبر محل لها ، بحيث يوافق الشروط المتضمنة في اللوائح الفنية و في المتطلبات الصحية، البيئية، و السلامة و الأمن.

و من جهة أخرى بالإضافة إلى نص المادة 3 / 18 من قانون حماية المستهلك و قمع الغش فقد خصص المشرع الجزائري للمطابقة فصلا يتألف من مادتين فقط بعنوان " إلزامية مطابقة المنتوجات "، حيث نصت المادة 11 على أنه: " يجب أن يلبي كل منتج معروض للإستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته و صنفه و منشئه و مميزاته الأساسية، و تركيبته و نسبة مقوماته اللازمة و هويته و كميته و قابليته للإستعمال و الأخطار الناجمة عن إستعماله.

كما يجب أن يستجيب المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه و تاريخ صنعه و التاريخ الأقصى لإستهلاكه و كيفية إستعماله و شروط حفظه و الإحتياجات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه."

و لقد تطرق المشرع الفرنسي من جهته إلى المطابقة و ذلك من خلال نص المادة 4-L217 من قانون الإستهلاك الصادر بموجب الامر 301-2016 بتاريخ 14 مارس 2016¹، التي تنص على أنه: " يسلم البائع شيء مطابق للعقد و خال من عيوب المطابقة لحظة التسليم.

و خال أيضا من عيوب المطابقة الناتجة عن التغليف، تعليمات التركيب أو التثبيت اذا كانت قد أقيمت على عاتق البائع بموجب العقد أو تمت تحت مسؤوليته".

ثم تأتي المادة 5-L217 من قانون الاستهلاك الفرنسي لتبين متى يمكن اعتبار أن منتج معين مطابق للعقد، حيث تنص على أنه: " يكون الشيء مطابق للعقد:

01- إذا كان صالحا للإستعمال العادي المنتظر من شيء مماثل، و في هذه الحالة:

- يستجيب للوصف المقدم من البائع، و يشمل على الصفات التي عرضها على المشتري في شكل عينة أو نموذج.

-إذا كان يحتوي على الخصائص التي ينتظرها المشتري بطريقة مشروعة فيما يخص البيانات العامة المقدمة من طرف البائع ، المنتج أو ممثله، لاسيما الأشهار أو الوسم.

02- أو إذا كان يحتوي على الخصائص المبينة بواسطة اتفاق مشترك للأطراف أو كان صالحا لأي استعمال يريده المشتري و يعلم به البائع و يقبله."

من خلال هذين النصين يتضح أن المشرع الفرنسي قد ألزم العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق للعقد، ثم عرف المطابقة و ذلك بإعطائها تارة تعريف ايجابي و بإعطائها تعريف سلبي تارة أخرى، ففي الحالة الأولى نجد أن نص المادة 5-L217 من قانون الاستهلاك الفرنسي، يعطي تعريفا ايجابيا للمطابقة في حد ذاتها و دون المساس بالمبدأ الأساسي المتمثل في الحرية التعاقدية الذي يجيز للمستهلك الحق في إشتراط المطابقة أو عدم اشتراطها، و تقاس مطابقة الشيء للعقد بصلاحيته للإستعمال العادي الذي يستعمل

1 - هذا الأمر أعاد صياغة الجزء التشريعي (la partie législative) المنظم لقانون الإستهلاك و المرسوم رقم 2016-844 الصادر في 29 جوان 2016، و كذا الجزء التنظيمي (la partie réglementaire)، و ذلك بهدف تحسين التناسق القانوني لهذه النصوص و ملائمتها للتطورات المستقبلية.

فيه شيء مماثل و عليه فكل إستعمال غير صالح للغرض العادي الذي خصص له شيء مماثل يعتبر إذن من قبيل عدم المطابقة و يستوي في ذلك أن تكون عدم الصلاحية إقتصادية أو فيزيائية أو مادية¹.

إن تقديم العون الإقتصادي لأوصاف المنتج في شكل عينات أو نماذج و كذا احتوائه على الصفات المنتظرة من المستهلك و فقا لرغبته المشروعة مع الأخذ بعين الإعتبار البيانات العمومية التي قدمها العون الإقتصادي أو ممثله لا سيما في مجال الإشهار أو الوسم، أمر يضيفي على تعريف المطابقة طابعا ملموسا، حيث تعتبر المعايير الثلاثة المتمثلة في الإستعمال العادي للشيء أولا و وصفه المادي ثانيا و الرغبة المشروعة أخيرا، معايير تطبق متداخلة و مجتمعة لمصلحة المشتري².

أما الحالة الثانية و هي التي يتم فيها تحديد المطابقة بضرورة احتواء الشيء المبيع على الخصائص المحددة بواسطة إتفاق مشترك للأطراف أو ما يعرف بالإشترطات العقدية (spécifications contractuelles)، أو أن يكون صالحا لكل إستعمال خاص يريده المستهلك و يعلم به و يقبله العون الإقتصادي، و هذا حسب نص المادة L217-2^o من قانون الإستهلاك الفرنسي، و في هذه الفرضية تستثنى المعايير الثلاثة السابقة للحالة الأولى و المتمثلة في (الإستعمال العادي، الوصف المادي و الرغبة المشروعة) و ذلك لأن الفقرة 2 من هذه المادة تبدأ ب: "أو"، و هو حرف لا يفيد الجمع و إنما الاختيار فقط بين الحالة الأولى و الثانية.

كما أن المادة 8-217 من قانون الإستهلاك الفرنسي تقضي بأنه إذا كان من حق المستهلك إشتراط مطابقة الشيء للعقد، فإنه بالمقابل لا يجوز له إثارة عدم المطابقة بسبب عيب كان على علم به أو لم يكن ليجهله عند التعاقد، و نفس الأمر إذا كان العيب يجد مصدره في المواد التي قام هو بتوريدها من أجل إنتاج الشيء، إذن فالمطابقة حسب قانون الإستهلاك الفرنسي تعني صلاحية المنتج للإستعمال في الغرض العادي الذي يستعمل فيه عادة منتج من نفس النوع، و أن يشتمل هذا المنتج على الأوصاف المادية و كذا الخصائص المحددة بواسطة الإتفاق المشترك للمتعاقدين بالإضافة إلى صلاحية المبيع لكل غرض خاص يريده المستهلك.

و يتم التأكد من المطابقة أو من عدمها عن طريق المقارنة بين ما تم الإتفاق عليه صراحة أو ضمنا مع ما تم تسليمه فعلا، فإذا وجد الفرق بين ما يفترض وجوده و بين ما تم تقديمه للمستهلك تقوم عندئذ عدم المطابقة³، و هذا ما قرره محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات⁴، و بالتالي فإن عدم المطابقة هو الإخلال بالإلتزام بالمطابقة بالمقارنة مع العقد، بمعنى الخرق الجسيم (La violation flagrante) للإشترطات المتفق عليها و التي أساسها نظام الإخلال العقدي⁵، كما يقوم العيب في المطابقة أيضا لما

1- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, n° 6138, P 1682.

2 - Ibid, P 1682 et s.

3 - Philippe Le Tourneau, responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, Paris, 2001, P 154.

4- قرار يتعلق بالبسكويت ذو رائحة و طعم غير عادي.

- Ca Paris, 13 déc 1995, J.C.P, édition G, n° 22772,1997.

- و كذا سيارة ذات عدد كيلومترات مختلف جدا.

- Ca de Paris, 10 oct 1997, RJDA, N°32.

- و بيع سيارة بالمزاد العلني ذات قوة 9 أحصنة بخارية في حين أن الشهادة المسلمة من طرف الجهة الإدارية المختصة تبين أنها ذات 11 حصان.

- Ca de Paris, 2 mai 2000, J.C.P, édition E, 2000, P922.

3- Cass 1^{ère} civ, 16 juin 1993, bull. civ, I, n°224, Dalloz, 1994, P210.

يكون الشيء المسلم لا يتماشى مع الإستعمال الذي تم التعاقد من أجله¹، و من ثم يمكن القول أن عدم المطابقة لها وجهان:

الوجه الأول: يتسم بأنه موضوعي و يتحدد بطريقة مادية، بمعنى أن تكون عدم المطابقة ملموسة و حقيقية (Tangible) بين ما هو متوقع و ما هو موجود، فهي في هذه الحالة تشمل مجموعة من الوضعيات أو الحالات التي تتمثل في التغيير أو التدهور المادي و الإخلال الكمي و النوعي للشيء، مع الإشارة الى أن هذا الأخير أي الإختلاف المتمثل في نوع و طبيعة الشيء أمر نادر نوعا ما².

الوجه الثاني: و يتعلق بقصد المستهلك و تسمى أيضا بالمطابقة الوظيفية لأن العبرة هنا تكون بصلاحية الشيء لتلبية الغرض من الإستعمال المنتظر، وهذا ما يشكل مسألة رئيسية (أولية) بالنسبة للمستهلك، فهي الفائدة المنتظرة من الشيء، و القيمة التي تمنحها هذه الفائدة³.

و تنتج عدم المطابقة أيضا عن التغيير الذي يؤدي إلى تدهور في حالة المنتج، فالمسألة في هذه الحالة تصبح متعلقة بالعيب أو الخلل بالمعنى الضيق للمصطلح، حيث أن العيب هو خلل و تغيير في حالة المنتج. « Le défaut est une anomalie, altération de l'objet vendu » ، أما الحالات الأخرى لعدم المطابقة (نوعية، كمية) فهي تخضع لنظام القواعد العامة المتعلقة بعدم تنفيذ العقد⁴، في حين أن عدم المطابقة بالمعنى الواسع فيتعلق بكل تسليم لا يتماشى مع ما تم الإتفاق عليه و بغض النظر إذا ما كانت عدم المطابقة ظاهرة أم غير ظاهرة⁵.

أما المشرع الجزائري فقد جعل في المادة 11 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، تحقق مطابقة المنتج يقدر بالاستجابة إلى الرغبة المشروعة التي ينظر إليها من خلال العناصر التي ذكرتها المادة السالفة الذكر، و بناء عليه طرح السؤال الآتي: **ما المقصود بالرغبة المشروعة و ما هي العناصر التي تقوم عليها؟**

بداية تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يحدد المقصود بالرغبة المشروعة و هذا على غرار المشرع الفرنسي، إلا أنه يمكن القول بأنها فكرة يتناولها كل بطريقته الخاصة، فهناك من يرى⁶ أنها عبارة عن تصور شخصي للمتعاقد يمتد إلى توقع الإحترام من طرف المتعاقد الآخر لإلتزاماته الصريحة، و يقرر لها القانون جزاء، لأنها تركز على توقع معقول لما سينتجه الشريك من الصياغة الحرفية لواجباته العقدية، غير أنه و في الحقيقة فإن الرغبة المشروعة يحكمها نوعين من الأحكام:

4- Ca de Douai, 22 décembre 1994, Dalloz, 1996, p 15.

2 - و في الحالة العكسية لما يكون الشيء المسلم غير صالح للإستعمال المعد له بسبب عيب في التصنيع فإن ذلك يصبح عيبا خفيا.

-Cass 3^{ème} civ, 24 jan 1996. Dalloz, 1996, RJDA, 1996, n° 483, bull.civIII, n° 27.

- و يتعلق الأمر في هذا القرار أيضا ببيع شقة غير نظيفة و لا يمكن سكنها و تعتبر غير مطابقة للغرض العادي و مشوبة بعيب.

Voir: Phillippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, P154.

3- Phillippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, P154 .

4 -Jacques Ghestin et Bernard Desché, Traité des contrats, la vente, LGDJ, Paris, 1990, p712.

5 - Ibid.

6 - Florian Dupy, La protection de l'attente légitime des parties du contrat, étude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé, thèse de doctorat , Panthéon-Assas ,Paris, 2007, p29 .

النوع الأول: يتمثل في الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني للمطابقة المنصوص عليها في المادة 4-217 L من قانون الإستهلاك الفرنسي التي تنص على أن: " البائع ملزم بتسليم شيء مطابق للعقد..."، معنى ذلك أنه حتى تتحقق المطابقة للعقد، يجب أن يكون المنتج حسب نص المادة 1-5-217 L صالح للإستعمال العادي بالنظر إلى منتج مماثل، و في هذه الحالة لا بد أن يستجيب للمواصفات التي عرضها العون الإقتصادي على المستهلك في شكل عينة أو نموذج، زيادة على ذلك ضرورة أن يحتوي هذا المنتج على الخصائص إلى ينتظرها المستهلك بطريقة مشروعة فيما يخص الإشهار المقدم من طرف العون الإقتصادي، لاسيما الإشهار أو الوسم.

و بالنسبة لقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش فإن الرغبة المشروعة تحكمها العديد من الأمور التي تتعلق بالحالة المادية للمنتج المنصوص عليها في المادة 11 من نفس القانون مثل المميزات الأساسية، التركيبية، الطبيعية، التغليف،... الخ.

النوع الثاني: و يتعلق بالوقاية من سلامة المنتجات و الخدمات و ذلك ما نصت عليه المادة 1-221 L المقررة بموجب الأمر 2008-810 الصادر في 22 أوت 2008 ، الملغاة بواسطة الأمر 2016-301 الصادر في 14 مارس 2016 المتضمن قانون الإستهلاك الفرنسي التي تقضي بأنه: " يجب أن تستجيب المنتجات و الخدمات للسلامة المنتظرة...".

أما بالنسبة لقانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، فإن المطابقة أيضا تتعلق بمتطلبات السلامة و الأمن الخاصة بالمنتج فضلا عن الإستجابة للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية و المتطلبات الصحية و البيئية، و هذا ما نصت عليه المادة 3 فقرة 18 من نفس القانون.

و عليه فإن الرغبة المشروعة لا تزال تخضع في قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل سنة 2016 إلى الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني للمطابقة و السلامة المنتظرة، و تقدر بهما معا، و من ثم تعد السلامة كذلك معيار على أساسه يتم تقدير الرغبة المشروعة التي تتجاوز الإطار المعنوي أو التصوري في عقود الإستهلاك¹، إلى جانب المعيار الآخر المتمثل في العقد.

و هناك من يرى² بأن مشروعية الرغبة يجب أن تقاس بالمطابقة للقانون (بالمعنى الواسع)، و هذا ما تبنته الأستاذة Aubry التي ترى بأنه: " يمكن الجزم بطريقة كلية بأن السلوك أو الرغبة تكون مشروعة أو معقولة لما يعترف و يعتد بها القانون"، و يترتب على مشروعية الرغبة أثرين هامين، يتمثل الأول في أن ما تعنيه في مجال المطابقة ليس هو الرغبة الشخصية و المقدره بوجهة النظر الواحدة للمستهلك، على أساس أنه من غير المعقول إرهاب العون الإقتصادي بمراعاة رغبات و حاجات كل شخص على حدى، في وقت غلب فيه الطابع الكمي على الإنتاج و الإستهلاك معا و من ثم فإن الرغبة المشروعة تقدر بطريقة مجردة³، و رغم ذلك فإنه من حق المستهلك إنتظار المطابقة بالنظر ميزة خاصة

1- Natacha Sauphanor –Brouillard, La confiance dans les contrats de consommation, Dalloz, 2008, P58 et s.

2- Hélène Aubry, « l'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats, R.I.D.C, vol 56, n° 1, 2004, p 222 et s.

3 - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، سنة 2006، ص 284.

في المنتج أو بالنظر للبيانات العامة (Déclarations Publiques) التي يدلي بها العون الإقتصادي، لا سيما الإشهار أو الوسم¹، و في هذه الحالة تقدر الرغبة المشروعة وفقا للمعيار الذاتي².

في حين أنه في مجال السلامة، فإن الجمهور الذي وجه له المنتج أو الخدمة المطروحة في السوق لا يمكنه إشتراط السلامة المطلقة، بل من حقه فقط إنتظار سلامة متلائمة مع الحالة التقنية و مع شروط إستعمال المنتج أو الخدمة³.

أما الأثر الثاني الذي يرتبه إشتراط مشروعية الرغبة فيتمثل في التعويض، بحيث أن عدم تحقق الرغبة المشروعة بمعنى خيبتها يبرر قيام التعويض، ففي مجال الوقاية من الأضرار فإن الفكرة أكيدة و لا تثير الشك بما أن الرغبة المشروعة للسلامة هي التي تؤسس الوقاية من الأضرار المنصوص عليها في قانون الإستهلاك، كما أن خيبة هذه الرغبة تؤدي إلى قيام المسؤولية المفترضة للعون الإقتصادي و المنظمة في القواعد العامة، أما في مجال المطابقة فإن العلاقة بين خيبة الرغبة المشروعة و الجزاء هي أقل حدة، غير أنها تجعلنا نفكر في محل الجزاء و هو ليس عيب المطابقة للرغبات، و إنما عيب المطابقة للعقد، و هذا ما ذهب إليه الأستاذ Jean Calais- Auloy لما ذكر بأن: " المطابقة تقدر بالنسبة للعقد، و من المبتدع تقديرها بالنظر للرغبة المشروعة للمستهلك، و بالتالي فإذا كانت المقاربتان السابقتان متماثلتان و ذلك لأن العقد يفترض توافق إرادتين بين العون الإقتصادي و المستهلك، فإن الرغبة المشروعة تخص فقط المستهلك الذي يحظى بحماية أحسن بهذا الشكل " ⁴.

و مع ذلك فإن المادة L 211-5 المقررة بموجب الأمر رقم 2005-136 الصادر في 17 فيفري 2005 الملغاة بواسطة الأمر 2016-301 الصادر في 14 مارس 2016 المتضمن قانون الإستهلاك الفرنسي و المستبدلة بنص المادة L217-5 و التي تأخذ بقاعدة التوجيه لسنة 1999 تعتبر أن الشيء حتى يكون مطابقا، لا بد أن يحتوي على الصفات التي تلبي رغبة المشتري المشروعة فيما يخص البيانات العامة الصادرة عن العون الإقتصادي لا سيما الإشهار أو الوسم "، و من هنا يبدو أن الشيء الذي لا يستجيب للرغبة المشروعة للمستهلك يعتبر غير مطابق للعقد⁵، و في مجال المطابقة فإن خيبة الرغبة المشروعة للمستهلك تبرر إلزام العون الإقتصادي إما بإصلاح عيب المطابقة أو بإستبدال الشيء غير المطابق⁶، أو بفسخ العقد أو إنقاص الثمن⁷.

إن المشرع الجزائري عندما ذكر "الرغبة المشروعة" في المادة 11 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش و ذلك في فقرتيها الأولى و الثانية، و اشترطها من أجل إعتبار منتج ما مطابقا، فإنه قام بتقديرها و ربطها بالعديد من العناصر، مثل: طبيعة المنتج و صنفه و منشئه و مميزاته الأساسية و تركيبته و نسبة مقوماته اللازمة و هويته و كمياته و قابليته للإستعمال و الأخطار الناجمة عن الإستعمال.

1- Hélène Aubry, op,cit, p 222.

2 - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 284.

3- Jean Calais-Auloy, « l'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif », in aspects du droit des affaires, Dalloz, 2003, P 177.

4 - Jean Calais-Auloy, une nouvelle garantie pour l'acheteur, la garantie de conformité, RTD civ, n°4, 2005, P 705.

5 - Ibid.

6 - Article L217-9-1 du code de la consommation français.

7- Article L 217-10 du code de la consommation français.

كما يجب أن يستجيب المنتج أيضا للرجبة المشروعة للمستهلك من حيث مصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية التغليف و تاريخ صنعه و التاريخ الأقصى لإستهلاكه و كيفية إستعماله و شروط حفظه و الإحتياطات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه.

فمن خلال نص المادة المتقدمة الذكر نلاحظ وجود صعوبة لتحديد الفواصل بين مصطلحاتها، و لكننا سنحاول تحديد المقصود بكل مصطلح تشمله الرجبة المشروعة كما يلي:

1- طبيعة المنتج: طبيعة المنتج هي نفسها هويته و مميزاته الأساسية، و يقصد بها مجموعة الصفات الأساسية للمنتج و الخواص الملازمة له و التي لولاها لما أقدم المستهلك على التعاقد، ففقدان هذه الذاتية يغير من طبيعة المنتج و يحصل ذلك عندما يقع تغيير في إحدى صفات الشيء الجوهرية بما يشوه طبيعته، و يتحقق ذلك بإستبدال الشيء بشيء آخر لا تتوافر فيه الصفات التي وضعها المستهلك في إعتبره عند التعاقد.

كما أن " الطبيعة " أو " الذاتية " أو " الحقيقة " التي تعني العناصر المميزة للمنتج و التي تكون دافعا للإقبال عليه تمثل طبيعته المادية، و في الواقع يعتبر هناك تغيير جسيم في خصائص الشيء إذا كان هذا التغيير كليل إما بأن يفقده طبيعته و إما بأن يجعله غير صالح للإستعمال الذي أعد من أجله، و في هذه الحالة الأخيرة يتحول إلى شيء ذو طبيعة أخرى¹.

لقد اشترط المشرع على العون الإقتصادي ضرورة تسمية المنتجات التي ستكون محلا للطرح للتداول تسمية واضحة بما فيه الكفاية و ذلك من أجل وصفها و عند الضرورة استعمالها لتمكين المستهلكين من التعرف على طبيعتها الحقيقية و تمييزها عن المنتجات الأخرى التي يمكن أن تشكل لبسا معها².

2 - تركيبة المنتج: يقصد بها مكوناته و إذا كان هناك فرق أساسي و جوهري في تكوين الشيء الموجود بالفعل و تكوينه على النحو المعلن عليه يقوم التضليل، كأن يذكر أن خاتما من الذهب عياره 18 مع أنه من عيار أقل، و يدخل في التركيبة أيضا نسبة المقومات اللازمة³.

و لقد عرف المشرع مكون المنتج من خلال المادة 3 فقرة 16 من المرسوم التنفيذي 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك على أنه كل مادة تستعمل في صناعة أو تحضير منتج آخر، التي تبقى ضمن المنتج النهائي و لو بشكل مخفف.

3-الصف: و يقصد به " النوع " و هو مجموعة الخصائص التي تميز منتوجا معينا من المنتوجات من نفس الجنس و تسمح بتمييزها عن غيرها، فالزيوت أنواع متعددة و الخيول كذلك و غيرها من الأمثلة⁴.

1- غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد (المبادئ، الوسائل والملاحقة) مع دراسة مقارنة، طبعة 2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2011، ص 118.

2- المادة 3 فقرة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

3- غسان رباح، المرجع السابق، ص 120.

4- نفس المرجع، ص 122.

و لقد إعتبر المشرع الجزائري كل من طبيعة المنتج و تركيبته و صنفه من الخصائص الأساسية للمنتج التي عرفها على أنها المعلومات الضرورية لإرضاء المستهلك بصفة واضحة التي تحمل على الأقل تعريف المنتج و العون الإقتصادي المعني بعرض المنتج للإستهلاك للمرة الأولى و طبيعة المنتج و المكونات و المعلومات المتعلقة بأمن المنتج و السعر و مدة عقود الخدمات¹.

4-كمية المنتج: هي مقدار السلعة و تقدر بالعدد أو الوزن أو المقاس أو الطاقة أو العيار و غيرها من الوحدات²، و لقد ألزم المشرع العون الإقتصادي بضرورة إدراج الكمية الصافية للمنتج إلى جانب تسمية المنتج في نفس المجال البصري³، أي في واجهة التغليف التي يمكن قراءتها من زاوية وحيدة للنظر و التي تسمح برؤية سريعة و سهلة للمعلومات المبينة على الوسم⁴، بالإضافة إلى ذلك فلقد نص أيضا على أحكام الكمية الصافية للمنتج من خلال المواد 20، 12 و 22 و تحت القسم الرابع من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 –السالف الذكر-

5-القابلية للإستعمال والأخطار الناجمة عن الإستعمال: حسب رأينا فإن الأولى تكمن في ضرورة تحديد مجالات و الحالات الممكن إستعمال المنتج فيها، بمعنى أن إستعمال المستهلك للمنتج خارج المجالات التي يلتزم المنتج الإدلاء بها للمستهلك، يعد إستعمالا غير مطابق للغرض الذي أعد من أجله المنتج، أما الأخطار الناجمة عن الإستعمال فنعتقد أنه مجال الأخطار المحتملة التي تكون خارج نطاق الإستعمال العادي للمنتج أي خارج نطاق الغرض الذي أعد من أجله المنتج، لذلك يجب أن يقوم المنتج أساسا بإعلام المستهلك بطريقة إستعمال المنتج و التحذير من مخاطر هذا الإستعمال⁵.

6- المصدر: يقصد به أصل السلعة و يطلق على مكان الإنتاج أو مكان الإستخراج، و برأينا فإن المشرع قد كرر هذا المصطلح لما تطرق في الفقرة الأولى من المادة 11 إلى مصطلح آخر و هو " المنشأ"، و الحديث عن مكان الإنتاج و الإستخراج يكون إذا إتصل الأمر بمنتجات طبيعية أو بالأنساب بالنسبة للحيوانات، أو بالعصر الذي صنعت فيه المنتجات كما هو الحال بالنسبة للأثاث⁶، و يبرر ذلك أن العديد من المستهلكين يتخذون قرارهم بشراء سلعة ما إعتما على أصلها أو مصدرها لإرتباط ذلك في ذهن المستهلك بجودة المنتج و كفاءته⁷.

7- النتائج المرجوة من الاستعمال: و يقصد بها النتائج الممكن إنتظارها أو توقعها من جانب المستهلك و هي بذلك تعتبر الفائدة المرجوة أو الأثر الممكن أن ينتج عن هذا المنتج، و في الحقيقة يصعب تقدير هذه النتائج إستناد إلى معيار موضوعي، فضلا عن ذلك فإن نتائج المنتج أو الفائدة منه ترتبط إرتباطا وثيقا بعناصر أخرى مثل طبيعة الشيء و مكوناته و خصائصه الجوهرية و غير ذلك⁸.

1- المادة 3 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 –السالف الذكر- الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.

2- منى أوبوكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013، ص 155.

3- المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المذكور أعلاه.

4- المادة 3 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المذكور أعلاه.

5- منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 52.

6- أحمد إبراهيم عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006، ص 356.

7- منى أوبوكر الصديق، المرجع السابق، ص 155.

8- غسان رباح، المرجع السابق، ص 123.

8- تغليف المنتج: لقد عرف المشرع الجزائري "التغليف" من خلال نص المادة 3 الفقرة 3 من قانون 03-09 على أنه: "كل تغليب مكون من مواد أيا كانت طبيعتها موجهة لتوظيف و حفظ و حماية و عرض منتج، و السماح بشحنه و تفريره و تخزينه و نقله و ضمان إعلام المستهلك بذلك"، كما يعرف التغليف أيضا على أنه: "العملية التي تحقق حماية المنتجات عن طريق استعمال غلاف أو حاوية أو كل وسيلة ملائمة أخرى"¹.

9- تاريخ الصنع: أو تاريخ الانتاج لقد عرفه المشرع على أنه: " التاريخ الذي يصبح فيه المنتج مطابقا للوصف الذي أعد له"²، و يحظى هذا التاريخ بأهمية خاصة بالنسبة للمستهلك و ذلك عند الأخذ بعين الاعتبار أن حداثة تاريخ الإنتاج جد مهمة بالنسبة لبعض المنتجات، خاصة الغذائية و التي يفضل تناولها طازجة قدر المستطاع، و كذلك الحال بالنسبة للسيارات الأحدث صنعا و التي تكون عادة أعلى ثمنا من الأقدم، في حين أن منتجات أخرى مثل الأثاث كلما كانت كلاسيكية كلما ارتفعت قيمتها³.

و نعتقد أن تاريخ الصنع غاية في الأهمية لأنه يعتبر النقطة المرجعية لإحتساب مدة صلاحية المنتج، فلو فرضنا أن منتوجا معينا تحدد صلاحيته بستة أشهر مثلا، فإن بداية سريان هذه المدة تبدأ في معظم الأحيان من تاريخ الإنتاج و في حالات أخرى تبدأ من تاريخ فتح المنتج قصد إستهلاكه و يحدث ذلك غالبا في المواد الإستهلاكية كالعصائر و المواد الدوائية. و ينتج عن ذلك أن إستعمال المنتج خارج الأجل المحددة لإستهلاكه يشكل خطرا بالغا على صحة المستهلك.

10- طريقة الاستعمال:4: ينبغي أن يستجيب المنتج للرغبة المشروعة للمستهلك من حيث طريقة إستعماله، حيث أن هذه الأخيرة تشكل الحد الأدنى من المعلومات التي يتعين على المنتج أن يرفقها بالسلعة⁵، و في هذا السياق ألزم المشرع الجزائري العون الإقتصادي بأن يعلم المستهلك بطريقة إستخدام المنتج باللغة العربية أساسا و بلغات أخرى على سبيل الإضافة، و ذلك في إطار وسم المنتج المنصوص عليه من خلال المادة 18 من قانون 03-09 - السالف الذكر -

11- حفظ المنتج: لم يحدد المشرع المقصود بحفظ المنتج الا أننا نعتقد أن شروط حفظ المنتج هي تلك التي يبينها العون الإقتصادي للمستهلك قصد الحفاظ على المنتج من التلف بما يتحقق معه أمن و سلامته، و أن الحفظ المقصود هنا هو ذلك الحاصل عند تسليم المنتج للمستهلك و ليس قبله، لأن هذا الأخير بنظرنا يتحقق عند قيام العون الإقتصادي بعملية تغليف المنتج، و بالتالي فالغرض من تبيان شروط حفظ المنتج بعد التسليم هو الحفاظ على المنتج نفسه و على المستهلك أيضا، كأن يوضع وسم المنتج ضرورة حفظه في درجة حرارة معينة نظرا لأن حفظه خارج هذه الدرجة يؤدي إلى تلف مكوناته بما يجعله خطيرا على صحة المستهلك.

1- المادة 2 فقرة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 99-158 المؤرخ في 20 يوليو 1999 الذي يحد تدابير حفظ الصحة و النظافة المطبقة عند عملية عرض منتجات الصيد البحري للاستهلاك .
2- الفقرة 10 من المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 -المذكور سابقا-
3- منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 156.
4- لقد نص المشرع على طريقة استعمال المنتج من خلال المادة 35 من القسم التاسع من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 -المذكور سابقا-
5- جابر علي محجوب، المقالة السابقة، ص 237 و ما بعدها.

12- إحتياطات الإستعمال: هي التدابير التي يتعين على المستهلك مراعاتها للحيلولة دون وقوع مخاطر عند استعمال المنتج¹، و من تم حماية المستهلك بتجنيبه مخاطر و مضار هذا الإستعمال². و يتعلق الأمر في هذا الشأن بالإلتزام بالتحذير الذي يعني لفت إنتباه المستهلك إلى المخاطر التي قد تنجم عن حيازة المنتج و إستعماله، و كذلك الإحتياطات و التدابير التي يتعين عليه مراعاتها للحيلولة دون وقوع هذه المخاطر³، فأحاطة المستهلك بكيفية إستعمال المنتج لوحدها غير كافية بتوفير الحماية اللازمة للمستهلك و ذلك في ظل وجود منتجات معينة يستطيع أن يحصل على أفضل النتائج بإتباع طريقة الإستعمال الصحيحة التي حددها منتجها، و مع ذلك قد يقود جهله بطبيعتها الخطرة إلى إصابته بأضرار جسيمة⁴، لذلك أوجب المشرع على العون الإقتصادي إعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالأخطار على الصحة و الأمن المرتبطة باستعمال المنتج، و ذلك من خلال دليل الإستعمال و بالضبط في طريقة إستعمال المنتج و كذا على التغليف أو على المنتج نفسه⁵.

و بالتالي فيبان طريقة إستعمال الشيء و التحذير من مخاطره المحتملة فكرتان مختلفتان إلا أنهما في الحقيقة متكاملتان، بحيث يشملهما معا الإلتزام بالإعلام الواقع على عاتق العون الإقتصادي تجاه المستهلك.

13- الرقابة المقامة على المنتج: يجب أن يستجيب المنتج للرغبة المشروعة للمستهلك حتى يمكن إعتباره مطابقا من حيث الرقابة التي أجريت عليه، و حسب رأينا فإن إعلام المستهلك بالرقابة التي أجريت على المنتج تسمح بتحديد مدى ملائمة للإستعمال الذي يرغب به المستهلك و التي من شأنها أيضا أن تجعله يطمئن له و من تم يقدم على اقتنائه.

المبحث الثاني: المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

إن التمييز بين الإلتزامين بالتسليم و المطابقة و إن كان موجود فعلا، إلا انه لم يعد هناك ما يبرره طالما أن مجرد وضع محل العقد تحت تصرف المستهلك لا يكفي لتحقيق الهدف الذي دفع هذا الأخير إلى التعاقد من أجله، بل لا بد من أن يكون هذا المحل مطابقا و ملائما لحاجاته، و هو الأمر الذي يبرر حتما الإنتقال من المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق إلى المفهوم المركب الذي يقوم على أساس الثنائية تسليم/ مطابقة، و على هذا الأساس سنتطرق في المطلب الأول إلى مبررات تكريس المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق، بينما سنتطرق في المطلب الثاني إلى آثار تكريس المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

1- ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع و تطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري و الفرنسي و الفقه الإسلامي و أحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2000، ص 171.

2- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 23.

3- منى أبوبكر الصديق، المرجع السابق، ص 54.

4- نفس المرجع، ص 54.

5- المادة 48 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 378- المذكور سابقا-

المطلب الأول: مبررات تكريس المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

إن الانتقال من المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق إلى المفهوم المركب الذي يقوم على تلازم ثنائية التسليم و المطابقة له في حقيقة الأمر ما يبرره، حيث يعتبر العقد المبرم بين العون الإقتصادي و المستهلك من أهم المبررات التي استندت تكريس هذا المفهوم و سنتطرق لذلك من خلال الفرع الأول، كما يعتبر أيضا الزمن الذي يجب أن تقدر فيه المطابقة بوقت التسليم مبررا آخر يستوجب معه تبني المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق، و هذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: المبرر العقدي.

يعتبر تعاقد العون الإقتصادي مع المستهلك سببا أساسيا لضرورة اعتناق المفهوم الذي يرتكز على ثنائية الإلتزام بالتسليم المطابق، و ذلك تطبيقا للقوة الملزمة للعقد و هذا ما سنتطرق له أولا، بالإضافة أيضا إلى المبرر الذي يهدف إلى تحقيق المنفعة العقدية و ذلك ما سنناقشه ثانيا.

أولا: القوة الملزمة للعقد.

تنص المادة 106 ق م على أن: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

إن مقتضى هذا النص هو القاعدة العامة التي مفادها بأن العقد هو القانون الإتفاقي الذي يلتزم به المتعاقدين، حيث يقوم مقام القانون في تنظيم العلاقات العقدية و يطبقه القاضي على المتعاقدين كما يطبق القانون¹، معنى ذلك أن إشتراط المستهلك على العون الإقتصادي توافر صفات معينة في المبيع المسلم يضيف على هذا الإتفاق القوة الإلزامية التي تشبه قوة القانون، فلا يجوز تسليم شيء آخر غير ذلك المتفق عليه و لقد أكد المشرع ذلك من خلال نص المادة 276 ق م التي تقضي بأن: "الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، و لو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

إن نص المادة 276 ق م قد ورد في "محل الوفاء"، و يستشف من خلاله أنه لا يعتد في تنفيذ العقد بأي وفاء، بل العبرة لكي يكون هذا الوفاء صحيحا هو أن يكون محل الوفاء هو الشيء المتفق عليه أصلا و ليس شيئا آخر، فتسليم أي شيء للمستهلك ليس من شأنه تبرئة ذمة العون الإقتصادي، بل إن التسليم في هذه الحالة يعتبر غير مطابق حتى و إن كان البديل المسلم مساويا لذلك الأصل أو حتى أكبر قيمة منه، إذن فالقاعدة في صحة وفاء العون الإقتصادي تقتضي بأن يكون التسليم منصبا على الشيء المتفق عليه أصلا، عندئذ يضاف على الإلتزام بالتسليم وصف المطابق، و بالتالي يتعين أن يكون الوفاء بذات الشيء المعين المتفق عليه و المستحق على العون الإقتصادي دون غيره، و به كله لا بعضه، و هذا بالإضافة إلى ملحقاته و توابعه و مستلزماته التي تتبعه وفقا للقانون و العرف و العدالة و بحسب طبيعة الإلتزام التعاقدية².

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2001، ص 248.

2- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص 100 وما بعدها.

و من جهتنا نعتقد أن نص المادة 276 ق م هو أثر و تطبيق مباشر لنص المادة 106 ق م، حيث أنه يترتب على ذلك عدم جواز نقض و لا تعديل الإشتراطات العقدية دون إتفاق الطرفين، كما أنه يمنع على المستهلك و العون الإقتصادي على حد سواء تعديل أو نقض العقد بإرادتهما المنفردة، و من ثم لا يجوز للمستهلك مثلا أن يدخل أي تعديلات على بنود العقد مهما كان السبب أو مهما بدت بعض البنود غير عادلة¹، فلا يجوز أيضا تسليم المستهلك شيء لا يحتوي على الصفات التي إشتراطها في العقد، أو تعويض الشيء المتفق عليه بشيء آخر حتى و لو لم يبد ذلك ضارا².

و لقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من ذلك في نص المادة 3/29 من قانون 04 - 02 المتعلق بالممارسات التجارية، و ذلك لما إعتبر أنه يعتبر شرطا تعسفا بين المستهلك و العون الإقتصادي، إمتلاك هذا الأخير حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك، و معنى ذلك أنه لا يجوز للعون الإقتصادي أن يعدل العقد و يسلم إلى المستهلك منتوجا يحتوي على الصفات غير تلك التي تم الإتفاق عليها في العقد الأصلي بينهما، و إعتبر هذا السلوك بمثابة الشرط التعسفي الذي من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات الأطراف.

و إذا كانت المادة 106 ق م تقضي بعدم جواز المساس بمضمون العقد إلا بإتفاق الطرفين، فإن المادة 107 ق م تنص على أنه: " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن نية"، معنى هذا النص أن مناط القوة الإلزامية في تنفيذ العلاقة العقدية هو الوفاء بالإلتزام الذي يتمثل في تنفيذ ما إشتمل عليه العقد و ما هو من متطلباته من جهة، و مراعاة حسن النية من جهة أخرى³.

كما تعتبر أيضا "مشتملات العقد" الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد من حيث الموضوع و ذلك بعد تأكد عدم جواز نقض و لا تعديل الإلتزامات العقدية، بل و ضرورة التقيد بأحكامها كوجه أول للقوة الملزمة للعقد، معنى ذلك أن مضمون العلاقة العقدية يتمثل في المسائل الواردة فيها صراحة من حقوق و واجبات محددة⁴.

إذن فالعقد كونه مصدر من مصادر الإلتزام بوجه عام، لا يقتصر فقط على إنشاء الرابطة العقدية بل يحدد كذلك حقوق و واجبات كل طرف، حيث يلتزم بالتقيد بمضمونه دون التمييز بين ما هو مهم أو غير مهم، و يعتبر الإمتناع عن تنفيذ بعضها بمثابة عدم تنفيذ للعقد، لذلك يجب تنفيذ كل طرف لإلتزاماته وفقا للشروط العقدية فإذا تعلق الأمر بعقد البيع، فإنه ينبغي تعين المبيع و الثمن فيه، و قد يتناول شروط تفصيلية أخرى كتحديد آجال و مكان التسليم و شروط تحريم البضاعة و غيرها، فالإلزامية تنفيذ العقد تعني بالنسبة للعون الإقتصادي أن يسلم البضاعة المتفق عليها كما و كيف طبقا لشروط التحريم و في الآجال و المكان المعنيين، و من ثم فإن تخلف أحد الشروط المتفق عليها في العقد يشكل إخلالا بتنفيذه⁵.

كما يتعين أيضا تنفيذ العقد بحسن نية، و معنى ذلك أن العقد من المفروض لا ينفذ فقط وفقا للغرض الحقيقي الذي يرمي الطرفان إلى تحقيقه، بل حسبما يقضي به العرف و الأمانة في المعاملات مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من ثقة بين المتعاقدين، و يتخذ الإلتزام بتنفيذ

1- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 287.

2- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 340.

3- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، سنة 2007/2008، ص 15 وما بعدها.

4- نفس المذكرة، ص 16.

5- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 291 و ما بعدها.

العقد بحسن نية مظهرا خاصا يتضمن إلزاما بالتعاون المستمر بين طرفيه أثناء تنفيذها فيلتزم كل متعاقد وفقا لذلك أن يقدم للآخر ما يعاونه على حسن تنفيذ إلزامه¹.

إن الإلتزام بالتعاون الذي ظهر في البداية كقاعدة أخلاقية بسيطة، ما إن لبث حتى تحول فيما بعد إلى إلتزام و ذلك بناء على إرادة الأطراف المتعاقدة، فهو لا يقتضي فقط المساهمة في عمل مشترك بل يمتد إلى أبعد من ذلك ليأخذ في الحسبان مصالح الشريك و ذلك بإحترامها بل و التصرف بحسبها².

و يقوم الإلتزام بالتعاون على عناصر تمثل مقوماته، على غرار التضامن بين أطراف العقد، إلتقاء المصالح و كذا الصفة المتبادلة له بين الأطراف³، و إذا كان مبدأ حسن النية يفرض على المتعاقدين مراعاة الأمانة و التعاون بما يحقق الثقة العقدية بين الطرفين و بما يضمن تنفيذ العقد بطريقة صحيحة و سليمة فإن ذلك ينطبق على العون الإقتصادي الذي يلزم بتسليم مطابق للإشترطات العقدية للمستهلك، و الذي يلتزم بدوره ببذل العناية اللازمة للتحقق من حالة المبيع وقت التسليم⁴.

و من ثم فإن تنفيذ العقد وفقا لما يستوجبه مبدأ حسن النية يقتضي ليس فقط وضع العون الإقتصادي لأي مبيع تحت تصرف المستهلك، بل يستوجب أيضا التحقق من مدى مطابقة ذلك المبيع المسلم للإشترطات العقدية أو للغرض الذي أعد له، و بالتالي فإن تسليم مبيع غير مطابق للعقد يعتبر منافيا لمبدأ حسن النية مما يثير المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي.

و لقد عدل القضاء المعاصر على غرار الفرنسي و بعمق أحكام البيع المنصوص عليها في القانون المدني، بحيث لم يعد الإلتزام بالتسليم يقتصر فقط على نقل الشيء المبيع إلى حيازة المشتري⁵، بل أصبح عبارة عن " وضع تحت تصرف المشتري مبيع يتماشى في كل شيء مع الهدف الذي يرقوه"⁶.

و من جهة أخرى، فإن تسليم الشيء المبيع للمستهلك يضمن تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزامه و يمكن المستهلك من إكتساب الشيء ضمن الشروط التي يحددها بحرية، إلا أن هذا لا يكون ممكنا إلا إذا كان الشيء مطابقا لما تم الإلتفاق عليه بين أطراف العقد⁷، بمعنى أن العون الإقتصادي ملزم بإرضاء المستهلك و ذلك بتسليمه شيء مطابق لكل ما تقرر عند توافق الإرادتين⁸، و لا يجوز تسليم شيء آخر دون رضا المستهلك و إلا قامت المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي⁹، و بالتالي كلما كانت عدم المطابقة ناتجة عن تسليم شيء مغاير لما تم الإلتفاق عليه كنا بصدد تسليم غير مطابق، معنى ذلك أنه يتعذر فصل التسليم عن المطابقة و أن هذه الأخيرة هي شرط يجب توفره في محل التسليم بصفة و العقد بصفة عامة .

1- وفاء حلمي أبو جميل، الإلتزام بالتعاون - دراسة تحليلية و تأصيلية، دون ناشر، القاهرة 1988، ص 17 و 18.

2 - François Diesse, le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, thèse de doctorat soutenue en 1998 à l'université de Lille II, P 265 et 273.

3 - عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2014/2015، ص 218.

4- ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 33.

5 - Cass.civ 1^{ère}, 20 mars 1989, international chambre of commerce, n° 12745.

6 - Christian Atias, l'obligation de délivrance conforme, recueil Dalloz, Sirey, 1991, P 1.

7 - Ibid.

8 - Philippe Le Tourneau, conformité et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels, R.T.D com, 1980, P 231.

9 - Cass 3^{ème} civ, 17 avril 1974, bull, civ, III, n° 145 ; Cass 1^{ère} civ, 26 nov, 1980, bull, civ, I, n° 310.

كما نكون أيضا أمام حالة التسليم غير المطابق لما يكون الشيء المسلم ليس هو ذلك غير المتفق عليه في العقد بدقة¹، علاوة على ذلك إذا كان الشيء المسلم غير مطابق للغرض الذي يرغب المستهلك بإعطائه له أو إذا كان هذا الغرض الخاص يدخل في النطاق العقدي، فإنه يصبح أيضا من قبيل عدم المطابقة للعقد، وهنا يمكن القول أن مجال عدم المطابقة أوسع من ذلك الذي يعينه عقد البيع و يحدد ما ينتظره المستهلك بدقة².

و تجدر الإشارة إلى أنه إنطلاقا من قانون Napoléon قد تم تحديد المطابقة بدقة، و طبقت على إثر ذلك بعض المبادئ المتفرقة من خلال العديد من القرارات التي تدل على أنها إعطاء القوة الملزمة للإتفاق بين الأطراف، و أن إحترامها ينطلق من هنا³.

فمن وجهة نظر قانونية فإنه في البداية يعتبر ربط المطابقة بالإلتزام بالتسليم و بالنظرية العامة للإلتزامات هو إقحام للإلتزام بمطابقة الشيء المبوع في مجال المسؤولية، لأن تسليم العون الإقتصادي شيء غير مطابق للعقد يجعله مدينا بجبر الضرر، و من جهة أخرى و بالرجوع إلى قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، نجد أن المشرع لم يفصل بين الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة، فالإلتزام الأول و اردت تحت مسمى "عرض المنتج للإستهلاك" أو على الأقل هو جزء منه، كما أن تطبيق جميع أحكام هذا القانون يكون في هذه المرحلة أي عند عرض المنتج للتداول و ليس قبلها، بما في ذلك المطابقة التي يشترط توافرها عند عرض المنتج للإستهلاك.

و بالتالي في ظل القانون 03-09 ليس من الممكن الفصل بين الإلتزامين، فإذا كان ظاهر الأمر يتعلق بالإلتزام المتمثلان في "عرض المنتج للإستهلاك" و كذا "المطابقة" المتميزان و المنفصلان شكلا، إلا أنه في الحقيقة يتعلق الأمر بالإلتزام مركب و هو "الإلتزام بالتسليم المطابق" الذي يتألف من الثنائية المركبة (تسليم-مطابقة)، و بالرجوع إلى النصوص الخاصة الواردة في قانون 09 - 03 نجد أن الحديث عن المطابقة لا يستقيم إلا بالتلازم مع عرض المنتج للإستهلاك.

و لقد عزز المشرع الجزائري الموقف السابق المتمثل في الإنتقال من المفهوم المنفصل إلى الأخذ بالمفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق بوضوح عندما نص صراحة عن هذا الإلتزام و لأول مرة، و نظم أحكامه من خلال المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفيات وضع و ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، من خلال المادة 3 و ما بعدها منه، و ذلك عندما نص على الضمان القانوني للإلتزام بالتسليم المطابق، بعد أن كان يتعلق هذا الضمان في المادة 3/13 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، بالمنتجات المعيبة دون سواها، و يعتبر المرسوم التنفيذي 13-327 السالف الذكر نقلة نوعية في مجال الإستهلاك، ذلك أنه شرع تكريسا لحماية قانونية خاصة تسري على العلاقة التي تربط العون الإقتصادي بالمستهلك مهما كانت طريقة البيع المستعمل⁴، و بغض النظر عما إذا كان المنتج جديدا أو مستعملا⁵.

1 - Cass 1^{ère} civ, 13 oct, 1993, bull, civ, I, n° 287; Cass 1^{ère} civ, 18 juillet 1995, bull, civ, I, n° 326.

2 - Thomas Canfin, conformité et vices cachés dans le droit de la vente, éditions publibook, 2010, Paris, P 20.

3 - Thomas Canfin, op, cit, P 21.

4- أنظر المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفيات وضع و ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ.

5- أنظر المادتان 16 و 17 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المذكور سابقا.

و لقد ظهر الضمان القانوني لتسليم منتج غير مطابق على إثر قصور القواعد العامة في تحقيق حماية المستهلك إزاء تسلمه مبيع غير ذلك الذي تعاقد من أجله، و لذلك فإن هذا الضمان لا يتعلق بعدم التنفيذ المحض للعقد بسبب الغياب التام للتسليم، لأن مثل هذه الحالة تسري عليها القواعد العامة في القانون المدني، بل يسري على التنفيذ السيء للعقد من طرف العون الإقتصادي في مواجهة المستهلك، كما يتعلق بالحالة المادية للمنتج و يعتبر كذلك من النظام العام¹.

إن القوة الملزمة للعقد ليست فقط مبررا لتكريس المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق في القانون الداخلي، بل مبرر أيضا في مجال التجارة الدولية، حيث يشترط لإضفاء صفة المطابقة على التسليم أن يتم في الزمان و المكان المتفق عليهما، و أن يرد على الشيء المبيع الذي ينبغي أن يتوفر على الصفات و الخصائص المتفق عليها صراحة أو ضمنا في العقد، و هذا ما تبنته إتفاقية لاهاي 1964 في الفقرة الأولى من المادة 19 التي تنص على أنه: " يكون التسليم بتسليم شيء مطابق للعقد."

إن نص المادة 19 قد جمع بين التسليم و المطابقة، و الأكثر من ذلك أنه إعتبر هذه الأخيرة عنصرا من عناصر التسليم، حيث أن تسليم شيء غير مطابق لما تم الإتفاق عليه يعتبر إخلال بالإلتزام بالتسليم²، و على هذا الأساس ينبغي أن يتم الجمع بين الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة فلقد جعلت إتفاقية لاهاي 1964 علاقة الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة علاقة وطيدة، حيث أنه لا يمكن التأكد من الإلتزام الأخير إلا بتنفيذ الأول، الذي بدوره لا يكون مجديا إلا إذا كان محله مطابق تماما لما تم الإتفاق عليه³، فالمطابقة تعتبر عنصرا من عناصر التسليم⁴ و ذلك حتى قبل صدور إتفاقية لاهاي 1964 المتعلقة ببيع المنقولات المادية التي تعرف التسليم بأنه: " تسليم الشيء و ملحقاته مطابقا للعقد"⁵.

غير أن هناك من يرى⁶ بأن جمع إتفاقية لاهاي 1964 للإلتزامين بالتسليم و المطابقة يترتب عليه بعض الآثار السلبية من بينها:

1- إن الجمع بين الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة كما هو وارد في المادة 19 من إتفاقية لاهاي 1964 لا يتماشى مع الأعراف والعادات التي تجري في مجال التجارة الدولية، حيث تفصل قواعد الأنكوترمز بين الإلتزامين، فمثلا البيع " ex.works " الذي يتم فيه التسليم مكان المنتج يكون تنفيذ العون الإقتصادي للإلتزامه بالتسليم بوضع البضاعة تحت تصرف المشتري في المكان المعين للتسليم، و في التاريخ أو ضمن المدة المحددة أو في المكان المتعارف عليه، و ضمن المهلة المعقولة لتسليم مثل هذه البضاعة إذا لم يحدد الزمان و المكان، في حين أن الإلتزام بالمطابقة وفقا لقواعد الأنكوترمز أيضا: " الإلتزام البائع بتقديم البضاعة و الفاتورة التجارية أو الرسالة الإلكترونية المماثلة، طبقا لشروط العقد و كذلك أية وثيقة أخرى يتطلبها العقد."⁷

1- أنظر المادة 5/13 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش التي تنص على أنه: " يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة"

2- محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1988، ص 135.

3 - Cass 1^{ère} civ, 26 novembre 1980, bull,civ, I, n° 310.

4 - Philippe Fouchard, rapport de synthèse in « la convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms » actes du colloque des 1er et 2 décembre, 1989, LGDJ, 1990, P162 et S.

5 - المادة 20 من مشروع القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع.

6 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 21 و ما بعدها.

7 - Incoterms 1990, ICC, n° 460/90, P 116.

2- إن وضع إتفاقية لاهاي 1964 على عاتق العون الإقتصادي إلتزام يجمع بين التسليم والمطابقة في نفس الوقت لا يثير صعوبات نظريا، إلا أن تطبيقه يؤدي إلى نتائج غير متوقعة عمليا¹.

و على الرغم من الإنتقادات التي وجهت لإتفاقية لاهاي 1964 بسبب جمعها بين الإلتزامين بالتسليم و المطابقة معا فإننا لا نتفق مع الرأي السابق و ذلك للأسباب التالية:

1- أن الجمع بين الإلتزامين بالتسليم و المطابقة كما فعلت إتفاقية لاهاي 1964 - السالفة الذكر - في مادتها 19، لا يتعارض إطلاقا مع قواعد الأنكوترمز، بل بالعكس، حيث أن الأعراف و العادات الجاري التعامل بها في مجال التجارة الدولية تجعل من الإلتزامين متكاملين بحيث ينطوي البيع تسليم مكان المنتج " ex.works " على توريد العون الإقتصادي للبضائع المتفق عليها في عقد البيع، إذا تم الإتفاق بين طرفي البيع على ذلك، و يعد هذا إلتزام عام في جميع أنواع البيوع التجارية، حيث يلتزم بتسليم البضاعة حسب المواصفات المتفق عليها، و إذا إتفق بينهما على أن يلتزم العون الإقتصادي بتقديم شهادة تتضمن أوصاف البضاعة و يقر فيها بأنها مطابقة لأوصاف البضاعة المباعة فعليه أن يلتزم بذلك².

2- أن الجمع بين التسليم و المطابقة في إلتزام واحد لا يثير أي صعوبات لا نظريا و لا عمليا، لأنه إذا أردنا أن نسلم بالفصل بينهما فإن ذلك يراعي مصلحة العون الإقتصادي أكثر مما يراعي مصلحة المشتري، حيث يكون الأول قد نفذ إلتزامه بمجرد وضعه أي بضاعة تحت تصرف هذا الأخير و لو لم تكن مطابقة لما تم الإتفاق عليه، و هذا في الحقيقة أمر غير مقبول طالما أن الحصول على مبيع مطابق هو الدافع إلى التعاقد بحيث لو علم المشتري أنه سيحصل على مبيع غير مطابق لما أقدم أصلا على التعاقد.

إذن يمكن القول أنه وفقا لإتفاقية لاهاي 1964 فإن الإلتزام بالتسليم ليس له ذاتية خاصة به، بمعنى أنه ليس مستقل عن الإلتزام بالمطابقة، بل هذه الأخيرة تعتبر من مستلزماته، بحيث لا يكون لأحدهما جدوى إلا إذا كان مقترنا بالآخر و هذا هو سبب تبني هذه الإتفاقية للمفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

أما إتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع و إن لم تعرف الإلتزام بالتسليم إلا أنها نظمت الأحكام التي تطبق عليه، و رغم ذلك فقد نصت المادة 30 منها على أنه: " يجب على البائع أن يسلم البضائع و المستندات المتعلقة بها و أن ينقل ملكية البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد و هذه الإتفاقية."

يستشف من هذا النص أنه يتعين على العون الإقتصادي تسليم البضاعة حسب ما هو مطلوب بالعقد هذا من جهة، و أن متطلبات هذا الأخير تتضمن مطابقة البضاعة للوصف، النوعية، الكمية و النموذج إذا كان البيع وفقا للنموذج، و بالتالي و حسب رأينا و إن لم تكن هذه الإتفاقية قد عرفت التسليم بأنه وضع بضاعة مطابقة تحت تصرف المشتري، إلا أن هذا النص يفرض هذا الأثر بطريقة غير مباشرة بمعنى ضرورة تبني المفهوم الثنائي للإلتزام بالتسليم المطابق، و عليه إذا كان إلتزام العون الإقتصادي يتمثل في تسليم بضاعة مطابقة، فإن قبول عكس ذلك يعني قبول تسليم أي بضاعة سواء كانت مطابقة أو غير مطابقة و هذا يفتقر إلى أي أساس منطقي أو عملي.

1- رضا محمد إبراهيم عبيد، الرسالة السابقة، ص 39 وما بعدها.
2- محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية، المرجع السابق، ص 28.

و من جهة أخرى فإن تكريس المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق، من خلال الفصل بين التسليم و المطابقة يؤدي إلى تشجيع العون الإقتصادي على مخالفة إلتزامه بتسليم بضاعة مطابقة للعقد أو على الأقل سوف لن يبذل أي جهد لتسليم بضاعة مطابقة للعقد، غير أنه ما يؤخذ على هذا الرأي أنه:

1- إن تنفيذ العقد طبقا لما إشتهل عليه و بحسن نية هو القاعدة العامة، و عليه فإن مخالفة العقد هو الإستثناء، و أن المسؤولية الناتجة عن الإخلال بتنفيذ العقد ليست هي الأصل، و من ثم لا يجب أن تكون بديلا عن تنفيذه، بل لا بد أن يسهر الأطراف على بذل قصارى جهدهم لتنفيذ العقد لأن ذلك هو الأصل، فالعقد ما أبرم إلا لينفذ و لا ينبغي تشجيع تطبيق الجزاءات كبديل عن التنفيذ.

2- إن الرأي السابق يصطدم مع فكرة الجزاءات بحيث يجب دائما تبرير الأساس الذي يستند إليه المشتري لإثارة مسؤولية العون الإقتصادي، فإذا لم يكن هناك مخالفة للإلتزام بالتسليم فما الذي يجعل المشتري مستحقا لتوقيع الجزاء، و إذا ما أخذنا ذلك بعين الإعتبار فإن مسألة مخالفة العون الإقتصادي للإلتزام بالمطابقة يجب أن يتم التعامل معها بحذر، فإذا كانت المخالفة تتعلق بالمطابقة فما هي طبيعة هذا الإلتزام هنا، هل هو إلتزام مستقل يقع على عاتق العون الإقتصادي و له ذاتيته الخاصة به، و بمعنى آخر: هل يعتبر الإلتزام بالمطابقة إلتزام قائم بذاته و منفصلا عن الإلتزام بالتسليم، و في هذه الحالة تكريس المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق ؟

إن تكريس المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق و القول بأن الإلتزام بالمطابقة هو إلتزام يقع على عاتق العون الإقتصادي و له ذاتيته الخاصة أي أنه مستقل عن الإلتزام بالتسليم، أمر من شأنه أن يؤدي إلى وجود صعوبة فنية تخص الإلتزام بالتسليم ليصبح مجرد إلتزام بنقل الحيازة، في حين أن المطابقة تتعلق بحالة البضاعة التي ينبغي أن تكون مطابقة للعقد و مواصفاته و شروطه، و بالتالي إذا سلم العون الإقتصادي بضاعة غير مطابقة، فإنه يكون قد نفذ إلتزامه بالتسليم دون النظر فيما إذا كانت البضاعة مطابقة للعقد أم لا، في حين أن موضوع الإلتزام بالمطابقة مختلف و يتعلق بتوافق البضاعة مع متطلبات العقد.

إن هذا المسلك من شأنه إثارة بعض الصعوبات، و يبدو ذلك عندما يسلم المشتري بضاعة غير مطابقة في المكان و الزمان الخطأ، ف هل يعد ذلك إخلال بالإلتزام بالتسليم و ما هو الأثر المترتب عنه بمعنى آخر، هل تعد المطابقة إلتزام مستقل فعلا ؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تحيلنا إلى نص المادة 30 من اتفاقية فيينا 1980- التي تقتضي التطرق إلى رأيين مختلفين كما يلي:

الرأي الأول¹: لا توجد شارة صريحة في إتفاقية فيينا 1980 لإستقلالية الإلتزام بالمطابقة عن الإلتزام بالتسليم، غير أن المادة 35 منها توظف عبارة " يجب على البائع أن يسلم"، ثم تتطرق بعدها مباشرة إلى عناصر المطابقة².

1- يساند هذا الرأي: نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 380 وما بعدها، و كذلك: محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 131.

2- تنص المادة 35 على أنه: " على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها و نوعيتها و أوصافها و كذلك تغليفها و تعبئتها مطابقة لأحكام العقد."

أما الجزء الثاني من الإتفاقية فيتعامل مع المطابقة بشكل خاص، و يبدو حسب نص المادة 30 من الإتفاقية أنها تستخدم مصطلح " التسليم " كإلتزام واسع يتضمن عناصر متعددة و هذه العناصر هي: التسليم في الوقت الصحيح و المكان الصحيح...إلخ، على أن جميع هذه العناصر يشملها الإلتزام بالتسليم.

أما فيما يخص المطابقة فإن أي مخالفة العون الإقتصادي لها يعتبر بمثابة مخالفة الإلتزام بالتسليم، حيث لا يمكن فصل المطابقة عن هذا الأخير بهذه السهولة، لأنها تعكس حالة البضاعة التي يلتزم العون الإقتصادي بمراعاتها عند التسليم، معنى ذلك تكريس الثنائية (تسليم-مطابقة) كمفهوم للإلتزام بالتسليم المطابق، حيث أن العون الإقتصادي ملزم بتسليم بضاعة مطابقة و أن إخلاله بذلك يشكل مخالفة للإلتزام بالتسليم و بالتالي فحق المشتري في طلب الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالإلتزام العقدي السابق يكون على هذا الأساس.

الرأي الثاني¹: يرى عدم وضوح معالم الإلتزام بالتسليم المطابق، و رغم ذلك ينبغي تكريس إستقلالية الإلتزامين بالتسليم و المطابقة وفق إتفاقية فيينا 1980 و من ثم القول بالمفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق، و اعتبار أن الإلتزام بالمطابقة مستقل عن الإلتزام بالتسليم بل و له ذاتية خاصة و ذلك إستنادا لسببين، أحدهما شكلي و الآخر موضوعي.

وفقا للسبب الشكلي فإن إتفاقية فيينا في فصلها الثاني و المتعلق بالإلتزامات البائع قد قسمته إلى فرعين، حيث يتطرق الفرع الأول إلى تسليم البضائع و المستندات، أما الفرع الثاني فيعالج مطابقة البضائع و حقوق الغير و إدعاءاته و هذا يفصح عن رغبة مشرع الإتفاقية في نهج مسلك مغاير لمسلك إتفاقية لاهاي.

أما وفقا للسبب الموضوعي فإن إتفاقية فيينا أوضحت في المادة 31 منها أن التسليم عملية مادية تتمثل في وضع البضاعة تحت تصرف المشتري دون ضرورة أن تكون مطابقة للعقد، فضلا عن ذلك فقد أشارت إلى معايير و عناصر المطابقة المادية من خلال نص المادة 35، و لقد ابتكرت جانبا جديدا يضاف إلى الإلتزام بالمطابقة و هو المطابقة القانونية، بالإضافة إلى مطابقة المستندات الخاصة بالبضاعة لما تم الإتفاق عليه في العقد، و هو ما يعرف بالمطابقة المستندية.

أما نحن فنؤيد الرأي الأول الذي يرى بأن إتفاقية فيينا 1980 لم تفصل بين الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة إلا شكلا، بل هذه الأخيرة تعتبر من مقتضيات التسليم لأن العون الإقتصادي لا يلتزم بتسليم المبيع فحسب، بل يلتزم بتسليمه مطابقا للشروط المتفق عليها في العقد و ذلك حتى يجني الفائدة التي أقدم على التعاقد من أجلها أصلا، حيث لولا رغبته في الحصول على مبيع مطابق لما تم الإتفاق عليه بما يحقق الفائدة المرجوة لما أقدم على التعاقد و لما كان هذا الأخير مجديا، و من ثم القول بتكريب مفهوم الإلتزام بالتسليم المطابق.

و من جهة أخرى، فإن إتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع و إن كان يبدو أنها أخذت شكلا بالمفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق عندما فصلت شكلا بين الإلتزامين بالتسليم و المطابقة، إلا أنه يبدو بوضوح تراجعها بل و عجزها عن الفصل بينهما موضوعا، و يظهر ذلك من خلال نص المادة 35 التي تقضي بضرورة أن تكون البضائع التي سلمها العون الإقتصادي مطابقة كميًا و نوعيًا و وصفيًا و كذلك من حيث التغليف و التعبئة، معنى ذلك أنها تبنت موضوعا المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم

1- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 23 و ما بعدها.

المطابق، حين تطرقت إلى الإلتزام بتسليم بضائع مطابقة كالإلتزام يقع على عاتق العون الإقتصادي في مجال البيع الدولي للبضائع.

ثانياً: تحقيق المنفعة العقدية.

مما لا شك فيه أنه في مجال العقود عموماً، تعتبر التصرفات الجادة الصادرة من إنسان سوي لا تقع مجردة من المنفعة، فهذه الأخيرة غاية فطرية لا تتجلى لدى الإنسان في شيء ما بقدر ما تتجلى في سعيه إلى تحصيل المنفعة من وراء تصرفاته¹، وتعرف المنفعة بأنها: " القدرة الكامنة في شيء على إشباع حاجة ما"²، غير أن هذا التعريف هو تعريف يشوبه النقصان و ذلك في حالة عدم التأكد من مدى التوافق بين المنفعة الإقتصادية والقانونية، ذلك أنه لا يكفي مجرد كون المنفعة قابلة لإشباع حاجات الشخص، بل لا بد أن تكون مشروعة³.

و يترتب عن هذا أن إقدام كل من العون الإقتصادي و المستهلك على التعاقد عن طريق إبرام عقد البيع لا يمكن أن يكون دون جدوى، فالهدف من التعاقد هو تحقيق المنفعة، حيث أن العون الإقتصادي ينتفع بحصوله على الثمن أما المستهلك فينتفع لما يتسلم المبيع الذي يشبع حاجته، و من هنا تظهر أهمية ربط التسليم بالمطابقة و مبرر ضرورة تبني المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق، فلو فرضنا مجرد قيام العون الإقتصادي بعملية التسليم فإن إشباع المستهلك لحاجته قد لا يتحقق، فالمنفعة تستلزم الملائمة مع هدف من أراها، حيث أنه عند تخلف الملائمة بين الهدف و المنفعة تنتفي المصلحة، فنصل إلى أن قابلية الشيء الكامنة فيه على إشباع الحاجة وحدها لا تعني بالضرورة تحقق إستيفاء المنفعة من العقد، بل لا بد من غاية أو هدف يراد تحقيقه من وراء الإنقاع⁴.

و يشترط لتحقيق المنفعة العقدية في العقد و خاصة البيع و مهما كان نوعه، تبني المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق و هجر المفهوم المنفصل، و يشترط لقيام المنفعة توفر جملة من الشروط التي تقترب من الشروط الواجب توافرها في الشيء محل الإلتزام العقدي و هي:

1- أن تكون المنفعة موجودة.

تقوم المنفعة مع تواجد الشيء محل العقد وقت التعاقد، و بالتالي فإن عدم وجود الشيء محل المنفعة يترتب عليه بطلان العقد أصلاً، معنى ذلك أن المستهلك يمكنه أن يشبع حاجته من خلال تسلّم محل الذي يجب أن يكون مطابقاً وقت التعاقد (وقت التسليم) و ليس بعد ذلك، أما إذا كان الشيء محل العقد غير موجود أصلاً فإنه عندئذ لا مجال للحديث عن مدى مطابقته من عدمها، و بالتالي الحديث عن المنفعة من عدمها.

1- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، سنة 2013 - 2014، ص 78.

2- علي أحمد صالح المهدي، المصلحة و أثرها في القانون، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بغداد، 1994، ص 191.

3- ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد و العيب الخفي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009، ص 26.

4- نفس المرجع، ص 27.

و يجوز أن تكون المنفعة محل الإلتزام معدومة وقت العقد إذا كانت ممكنة لاحقا و لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 92 ق م على أنه: " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا...".

معنى هذا النص أنه يتعين وجود المبيع محل العقد وقت إبرام العقد أو على الأقل ممكن الوجود في المستقبل و الفيصل في ذلك هو إرادة الطرفين، و على ذلك إذا إتجهت إرادة العون الإقتصادي و المستهلك إلى التعاقد على شيء موجود وقت إبرام العقد فيجب أن يكون موجود بالفعل بحيث لو تبين أنه لم يكن موجودا وقت التعاقد كان العقد باطلا حتى ولو أمكن وجوده مستقبلا¹.

2- تعيين المنفعة تعيينا نافيا للجهالة.

يشترط لتحقيق المنفعة من وراء التعاقد أن يكون محل الإلتزام العقدي معيناً تعييناً نافياً للجهالة و مانعة من المنازعة²، و يكفي أن تكون المنفعة قابلة للتعيين و ليس شرطاً أن تكون معينة فعلاً، معنى ذلك أنه حتى يستفيد المستهلك من المحل الذي أبرم من أجله العقد لا بد أن يكون هذا المحل معيناً تعييناً يزيل عنه كل لبس، و ذلك مثلاً بتحديد أوصافه و خصائصه الأساسية إذا كان شيئاً قيمياً أما إذا كان مثلاً فيكفي أن يعين بنوعه³، حيث أن إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم يكون على أساس ما تم الإتفاق عليه في العقد، و تعتبر هذه الخصائص و الصفات مما تتوقف عليه مطابقة المبيع من عدمها، حيث أن هذا التعيين هو الوحيد القادر على تحقيق منفعة المستهلك بالنسبة إلى محل العقد المبرم.

و يعبر أيضاً عن شرط تعيين المنفعة بالمعلومية علماً كافياً لحسم النزاع، فإذا كانت المنفعة مجهولة جهالة مفضية إلى المنازعة فلا يصح العقد، لأن هذه الجهالة تمنع من التسليم و التسلم فلا يحصل المقصود من العقد، في حين أنه إذا كانت الجهالة لا تؤدي إلى المنازعة فإنها لا تؤثر في صحة العقد⁴.

3- مشروعية المنفعة المرجو تحقيقها.

حتى يمكن الإعتراف للمستهلك بتعاقدته قصد تحقيق المنفعة لا بد أن تكون هذه الأخيرة مشروعية، و تكون كذلك إذا كان محل العقد الذي ستتحقق من خلاله هو الآخر مشروعاً، و لقد نص المشرع الجزائري على أنه: " إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"⁵.

فالأصل في الأشياء أنها قابلة للتعامل فيها إلا ما إستثنى بسبب طبيعتها أو بحكم القانون⁶، و عدم قابلية الأشياء أو المنافع الواردة للتعامل فيها بحكم طبيعتها إنما يرجع إلى إستحالة التعامل فيها، و ذلك كون طبيعته تلك الأشياء أو المنافع تمنع من جعلها محلاً صالحاً للتعاقد، إما لعدم جواز التعامل فيها بحكم القانون أي مخالفة هذا التعامل للغرض المخصصة له المنفعة، و إما لعدم المشروعية الناشئة عن تعارض المنفعة المرجو تحقيقها من التعاقد مع النظام العام أو الآداب العامة، كما أن عدم مشروعية المنفعة قد تقوم

1- محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط المبيع في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، 2010، ص 80.

2- ضمير حسين ناصر المعموري، المرجع السابق، ص 40.

3- محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 103 و ما بعدها.

4- إبراهيم بشير عبد الله إدريس، أحكام التسليم و القبض و آثارهما في العقود في القانون مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الخرطوم، 2009، ص 294.

5- المادة 93 ق.م.

6- المادة 682 ق.م.

لعدم مشروعية الشيء محل المنفعة، و قد يتحقق بسبب عدم مشروعية المنفعة الدافعة إلى التعاقد دون عدم مشروعية محلها¹.

و عليه فإننا نرى أن قيام العون الإقتصادي بتسليم المبيع إلى المستهلك بالصفات والخصائص التي إشتراطها هذا الأخير و ذلك في المكان و الزمان المتفق عليهما، أمر غير كاف بحد ذاته لتبرئة ذمة العون الإقتصادي، ذلك أنه يتعين أن يكون الهدف المنشود من التسليم هو تحقيق منفعة يعترف القانون بمشروعيتها، و إذا كان يصعب على العون الإقتصادي التحقق من ذلك، فإن طبيعة المبيع و الغرض الذي أعدا من أجله كفيلا بالتأكد من مدى مشروعية الإنتفاع به، أي أن تكريس المفهوم الثنائي للإلتزام بالتسليم المطابق حتى يمكن قبوله على إطلاقه، لا بد من أن يؤدي إلى مشروعية النتيجة و هي مشروعية المنفعة المراد تحقيقها.

و نخلص في شروط المنفعة إلى أنها تطلق على المقصد الأصلي من التعاقد، و هذه المسألة مرهونة بنوع العقد، و لقد نص المشرع الجزائي على المنفعة أو " الإنتفاع " و ذلك عندما جعل الهدف من تسليم المبيع هو الإنتفاع به دون عائق²، في حالة نزع اليد الجزئي الذي يحول دون الإنتفاع بالمبيع³، عندما جعل من الضمان جزاء يترتب على عدم إشمال المبيع على الصفات التي تعهد العون الإقتصادي بوجودها وقت التسليم إلى المستهلك التي تنقص من قيمة المبيع أو من الإنتفاع به بسبب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع⁴.

كما نص أكد المشرع على ضرورة الإنتفاع من العقد عندما نص في عقد الإيجار على أن الهدف من إبرامه هو إنتفاع المستأجر بالعين المؤجرة لمدة محددة لقاء أجر معلوم⁵، بل و رتب على إنتهاء الإنتفاع، إنقضاء العقد تبعا لذلك⁶، و كذا إلتزام المؤجر بالقيام بالترميمات الضرورية (الصيانة) ما هو إلا هدف لتحقيق المستأجر للمنفعة من العين المؤجرة⁷.

أما في القواعد الخاصة فلقد نص المشرع على المنفعة عندما عرف "المستهلك" على أنه الشخص الذي يقتني المنتج بهدف تلبية حاجاته الشخصية⁸، فهو ذلك الشخص الذي يقتني المنتج بغرض الإنتفاع به أو يستفيد من خدمات مجردة من كل طابع مهني⁹.

و تتخلف المنفعة من العقد أو تنتقص عند تسليم العون الإقتصادي إلى المستهلك مبيع غير مطابق للإشترطات العقدية و يعرف تخلف المنفعة بفواتها، فهي: " الإختلال الذاتي والمباشر لمنافع محل العقد و ذلك بتخلفها أو إنتقاصها حسب موجب لذلك كهلاكه جزئيا أو كليا ولتحقق عيب أو تخلف وصف مما تتخلف معه المنفعة المقصودة كلا أو جزءا أو نتيجة لتنفيذ جزئي أو معيب أو متأخر للإلتزام مما يترتب

1- ضمير حسين ناصر المعموري، المرجع السابق، ص 41.

2- المادة 1/367 ق م.

3- المادة 376 ق م.

4- المادة 1/379 ق م.

5- المادة 467 ق م.

6- المادة 469 ق م.

7- المادة 479 ق م.

8- المادة 1/3 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

9- المادة 2/3 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية المعدل و المتمم بواسطة القانون رقم 10-06 المؤرخ في 5

رمضان 1431 الموافق ل 5 يوليو 2010.

معه فقدان المتعاقد المزايا و الفوائد التي ينتجها نفس محل العقد بصورة مباشرة، لا تلك التي يأمل الحصول عليها بسبب محل العقد بصورة غير مباشرة.¹

إذن يرتبط فوات المنفعة بفكرة التقابل ما بين الإلتزامات في العقود الملزمة لجانبين، حيث أن فكرة الفوات يتطلب تخلفها أو الإنتقاص منها إبتداء و ذلك من جراء عدة أسباب و عدة صور، فقد تتحقق هذه النتيجة بسبب تسليم مبيع ناقص المقدار أو تسليم مبيع على غير الحالة التي كان عليها وقت التعاقد (مطابقة وصفية)، حيث يرتب المشرع إزاء ذلك الآثار القانونية اللازمة و في نفس الوقت يقيد بها لما فيه مساس بكينونة العقد.²

كما تجدر الإشارة إلى أن المبرر العقدي يعتبر سببا رئيسيا للإنتقال من المفهوم المنفصل إلى المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق، حيث يضم هذا المبرر في طياته تحقيق المنفعة العقدية التي وسيلة من وسائل تحقيق التوازن العقدي مبدئيا كما قرره أطراف العقد، و فقده يعني عدم إستجابة العقد للأهداف المرجوة من الأطراف أو المصلحة المنشودة، و عندئذ يمكن القول بأن الجمع بين التسليم و المطابقة تركيبيا لإلتزام واحد غير قابل للتجزئة، أمر أمثله القوة الملزمة للعقد التي تعتبر مبررا آخر لهذا التوجه، ذلك لأنه يتعين على الطرفين التقيد بمضمون العقد فلا يجوز للعون الإقتصادي أن ينفرد بتغيير مضمونه و ذلك بتسليم شيء غير مطابق للمستهلك الذي يفترض أنه الطرف الأضعف إقتصاديا و معرفيا مقارنة بالعون الإقتصادي الذي يتواجد في وضعية أقوى.

و إذا كان تبني المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق يبرر بتحقيق المنفعة العقدية أو ما يعرف أيضا بالجدوى الإقتصادية من المبيع، فإن مجرد حصول المشتري على أي مبيع من طرف العون الإقتصادي غير كفيل بالإنتفاع الفعلي به، مما يعني فوات المنفعة التي خصها المشرع بمجموعة من الجزاءات تتناسب مع حجم الضرر الذي لحق بالمشتري جرائها، و إذا ما تحدثنا عن ضرورة تنفيذ العقد وفقا لما إشتهل عليه و بحسن نية و كذا مراعاة المنفعة التي يهدف إليها المستهلك من وراء إقدامه على التعاقد، فإننا بذلك نتحدث عن التوازن العقدي بين الطرفين أو ما يعرف أيضا بالعدالة العقدية، حيث أنه يعتبر من غير العادل دفع المستهلك ثمنا نظير حصوله على المبيع الذي لا ينتفع به، ففي هذه الحالة تكمن اللاعدالة العقدية في إنتقاص ذمة المستهلك و إثراء ذمة العون الإقتصادي و هذا أمر غير مقبول.

الفرع الثاني: المبرر الزمني.

يعتبر الزمن مبررا هاما على إثره تقوم الضرورة الملحة لحتمية الإنتقال من المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق إلى المفهوم المركب له، و عليه سندرس هذا المبرر من خلال قانون التجارة الدولية (أولا)، ثم من خلال القانون الداخلي (ثانيا).

أولا: المبرر الزمني في قانون التجارة الدولية.

تنص المادة 35 فقرة 1 من إتفاقية لاهاي لعام 1964 على أنه: " تتحدد مطابقة العقد وفقا لحالة الشيء المبيع وقت إنتقال المخاطر"، أما إتفاقية فيينا لسنة 1980 و بالرغم من عدم وجود إشارة صريحة للوقت الذي يجب أن تتوافر فيه المطابقة، إلا أنه يمكن إستنتاج ذلك من نص المادة 36 فقرة 1 التي تقضي

1- ضمير حسين ناصر المعموري، المرجع السابق، ص 78.

2- زمام جمعة، الرسالة السابقة، ص 94.

بأنه: " يسأل البائع - وفقا لشروط العقد و أحكام هذه الإتفاقية- عن كل عيب في المطابقة يوجد وقت إنتقال التبعة إلى المشتري، و إن لم يظهر هذا العيب إلا في وقت لاحق".

إن نص المادة 1/36 من إتفاقية فيينا 1980 يبين نطاق مسؤولية البعوض الإقتصادي المتصلة بعدم المطابقة، كما يوحي في نفس الوقت إلى الزمن الذي يجب أن تكون فيه البضاعة مطابقة لمتطلبات العقد و أحكام الإتفاقية، و عليه فإن الإتفاقية تربط بين إنتقال تبعة الهلاك و التسليم، بمعنى أن العوض الإقتصادي يتحمل تبعة الهلاك قبل التسليم لكنه لا يعد مسؤولا عن العيوب التي تكتشف بعد إنتقال التبعة إلى المشتري، و ذلك كقاعدة عامة، إلا أنه يرد إستثناء على ذلك بحيث يعتبر العوض الإقتصادي مسؤولا عن عدم المطابقة التي تكون موجودة وقت إنتقال تبعة الهلاك للمشتري و التي لا تظهر إلا بعد هذا الوقت¹.

و إذا كانت العبرة في إنتقال المخاطر (تبعة الهلاك) بوقت التسليم، فإن تقدير المطابقة يتحدد وفقا لحالة الشيء المبيع وقت التسليم أيضا و هذا ما يبرر أساسا المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق²، و عليه يجب أن نميز في البداية بين وقت تقدير المطابقة الذي يكون لحظة إنتقال تبعة الهلاك للمشتري ما لم يتفق أطراف العقد على خلاف ذلك، طبقا لمبدأ سلطان الإرادة الذي تتبناه إتفاقية فيينا من ناحية، و من ناحية أخرى وقت التأكد من المطابقة، الذي يتم عادة عن طريق فحص البضاعة و هو ما عاجته هذه الإتفاقية بأحكام مستقلة، تندرج تحت مسمى وقت و مكان فحص البضائع.

و مما لا شك فيه أن المادة 1/36 من الإتفاقية تعتبر حجر الأساس، حيث تنتقل تبعة هلاك البضاعة للمشتري في أغلب الحالات قبل أن يتمكن من فحص البضاعة، فهذا النص إذن يأتي ليمنحه حماية قانونية، فمثلا تنتقل تبعة الهلاك بموجب المادة 67 من نفس الإتفاقية³ بمجرد تسليم البضاعة إلى أول ناقل، و بالتالي فالمشتري هنا لم يكن قد تمكن من فحص البضاعة بعد، غير أنه و بالرجوع إلى نص المادة 1/36 فإنه يجوز للمشتري الدفع بعدم المطابقة بالقدر الذي تكون فيه موجودة وقت تسليم البضاعة، و نفس الحكم بالنسبة للمادتان 468 و 69⁵ من إتفاقية فيينا 1980.

و من جهة أخرى، فإن العوض الإقتصادي يسأل عن عدم المطابقة الحاصلة بعد إنتقال تبعة الهلاك إلى المشتري في حالة ما إذا كان ذلك ناتجا عن تقصيره، و إخلاله بتنفيذ إلتزاماته و ذلك وفقا لنص المادة 2/36 من الإتفاقية التي تعتبر جد هامة، ذلك لأنها تهدف إلى حماية المشتري من محاولة دفع العوض الإقتصادي مسؤوليته على أساس إنتقال تبعة الهلاك⁶.

1- ضمير حسين ناصر المعموري، المرجع السابق، ص 345.

2- محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 110.

3- تنص المادة 1/67 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه: " إذا تضمن عقد البيع نقل البضائع و لم يكن البائع ملزما بتسليمها في مكان معين، تنتقل التبعة إلى المشتري عند تسليم البضائع إلى أول ناقل لنقلها إلى المشتري، وإذا كان البائع ملزما بتسليم البضائع إلى ناقل في مكان معين فلا تنتقل التبعة إلى المشتري إلا عند تسليم البضائع إلى الناقل في ذلك المكان. أما كون البائع مخول بالإحتفاظ بالمستندات التي تمثل البضائع فلا أثر له على إنتقال التبعة".

4- تنص المادة 68 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه: " تنتقل إلى المشتري منذ إنعقاد العقد تبعة المخاطر التي تتعرض لها أثناء نقل البضائع المبيعة، و مع ذلك إذا كانت الظروف تدل على خلاف ذلك، فإن التبعة تقع على عاتق المشتري منذ تسليم البضائع إلى الناقل الذي أصدر مستندات الشحن الخاصة بعقد النقل، إلا أنه إذا كان البائع وقت إنعقاد العقد يعلم أو كان من واجبه أن يعلم بأن البضائع قد هلكت أو تلفت و لم يخبر المشتري بذلك، ففي هذه الحالة يتحمل البائع تبعة الهلاك أو التلف".

5- تنص المادة 69 / 1 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه: "في الحالات غير المنصوص عليها في المادتين 67 و 68 تنتقل التبعة إلى المشتري عند إستلامه البضائع، أو عند عدم تسلمها في الميعاد، إبتداء من الوقت الذي وضعت البضائع تحت تصرفه و لم يتسلمها مع مخالفة ذلك للعقد".

6- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 347.

و قد يحدث أحيانا أن يقدم العون الإقتصادي ضمانا للمشتري لمدة محدودة بحيث يضمن خلالها صلاحية البضاعة للأغراض المخصصة لها، و أنها ستبقى على حالها محتفظة بخصائصها و نوعيتها، و على هذا الأساس تعتبر المادة 2/36 أن البائع مسؤول عن إخلاله بإلتزامه المتعلق بالضمان، حتى و لو حدث هذا الإخلال بعد إنتقال تبعة الهلاك، و يستوي أن يكون هذا الضمان صريحا أو ضمنيا، ففي الحالة الأخيرة يؤسس على العرف التجاري في نوع محدد من البيوع، أو التعامل السابق بين الطرفين، و هذا رغم أن المادة 36 من الإتفاقية لا تشير إلى هذه الحالة، أما في الحالة الأولى و هي حالة الضمان الصريح، فإن مدة صلاحية البضاعة تكون محددة صراحة، على خلاف الوضع في الضمان الضمني أين تكون المدة ضمنية و قد يصعب إستنتاجها و بالتالي تكون السلطة التقديرية للمحكمة في هذا الشأن¹.

نستنتج مما سبق أن إتفاقية فيينا 1980 ترسخ نفس المبدأ الذي تبنته إتفاقية لاهاي 1964 في ربط إنتقال المخاطر أي تبعة الهلاك بعملية التسليم، لذلك فإن زمن تقدير مطابقة البضائع هو لحظة الإنتقال المادي لهذه البضاعة أي لحظة التسليم دون الإهتمام بالوقت الذي يتحقق فيه إنتقال الملكية من العون الإقتصادي إلى المشتري، و لما كان زمن تقدير المطابقة يتم لحظة التسليم المادي فإن ذلك يعد من وجهة نظرنا سببا آخر يدفع إلى تكريس فكرة المفهوم الثنائي للإلتزام بالتسليم المطابق، و من جهة أخرى فإن زمن تقدير المطابقة يختلف بحسب المكان الذي يتم فيه البيع أي فيما إذا كان البيع يتم في ذات المكان أو فيما إذا كان الأمر يتعلق ببيوع التصدير.

ففي البيوع التي تتم في ذات المكان، فإن إتفاقية لاهاي 1964 تقضي بالنسبة للبضائع التي لا يتطلب نقلها، بأن مكان التسليم هو المكان الذي يوجد به مركز أعمال العون الإقتصادي وقت إبرام العقد، و في حالة عدم وجود هذا المركز فإن العبرة تكون بمحل الإقامة المعتاد وقت إنشاء العقد²، و بالتالي فإن وقت إنتقال المخاطر (تبعة الهلاك) إلى المشتري يكون منذ تسليمه الشيء المبيع طبقا لشروط أو أحكام العقد أو أحكام إتفاقية لاهاي³، أو من الوقت الذي كان يجب أن يتم فيه التسليم طبقا لشروط العقد، نظرا لمخالفة المشتري للإلتزامه المتعلق بتنفيذ هذه العملية⁴، مادام العون الإقتصادي قد أحضر المبيع و أعدّه بطريقة واضحة لتنفيذ هذا العقد و أرسل إخطار إلى المشتري ليعلمه بذلك⁵.

و إذا كانت إتفاقية لاهاي 1964 قد أرست قاعدة عامة في المادة 1/97 بشأن إنتقال المخاطر، إلا أنها أوردت عليها إستثناء في الفقرة الثانية منها، فالقاعدة العامة تقضي بأن المخاطر تنتقل من العون الإقتصادي إلى المشتري منذ تسليم المبيع وفقا لشروط العقد و هذه الإتفاقية، و لما كان هناك تقارب بين الفقرة 1 من المادة 19 لإتفاقية لاهاي من جهة، و بين الفقرة الأولى من المادة 97 من نفس الإتفاقية من جهة أخرى، بحيث يتمثل هذا التقارب في ضرورة إنتقال المخاطر من العون الإقتصادي إلى المشتري - عموما - في الوقت الذي يسلم فيه الأول بضاعة مطابقة وصفا و كما مثل ما هو مبين في العقد⁶، و عليه فإن المقصود بعبارة: "وفقا لشروط العقد" تترجم بأنه ينبغي على المشتري أن يدفع ثمن البضاعة حتى يتم

1- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 348.

2- أنظر نص المادة 1/23 من إتفاقية لاهاي 1964.

3- أنظر المادة 97 من إتفاقية لاهاي 1964 و أنظر أيضا: محمود سمير الشرقاوي، المقالة السابقة، ص 327.

4- المادة 1/98 من إتفاقية لاهاي 1964.

5- المادة 2/98 من إتفاقية لاهاي 1964. و أنظر أيضا: محسن شفيق، إتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، المرجع السابق، ص 128.

6- رضا محمد إبراهيم عبيد، الإلتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1979، ص 501.

التسليم، و إذا لم يفعل فلا تنتقل المخاطر إليه رغم استخدامه لهذه البضاعة أو حتى إستهلاك جزء منها¹، غير أن هذا الأثر يعد مجحفاً و غير عادل بالنسبة للعون الإقتصادي لذلك كان من الضروري وضع إستثناء يرد على عمومية هذه القاعدة، بحيث يُلطف و يُلين من شدتها و قسوتها على العون الإقتصادي.

أما بالنسبة لإتفاقية فيينا 1980، في البيوع التي تتم في ذات المكان دون الحاجة لنقل البضائع، فإننا نجد أنها قد حسمت في مسألة زمن المطابقة بإستعمال عبارة " تنتقل تبعة الهلاك إلى المشتري عند إستلامه البضائع"²، و لما كانت إتفاقية فيينا تأخذ الجانب العملي دوماً بعين الإعتبار و كذا تطبيق القواعد العامة من جهة أخرى، فإنها تضيف إلى جانب القاعدة السابقة، قاعدة أخرى نصت عليها المادة 3/69 تقضي بأنه: " إذا لم يتسلم المشتري بضائعه في الوقت المتفق عليه، فإن المخاطر تنتقل إليه من اللحظة التي وضعت فيها البضائع تحت تصرفه مع إرتكابه مخالفة للعقد بعد تسلمه لهذه البضائع، إلا أن تلك البضائع لا تعتبر قد وضعت تحت تصرف المشتري إلا بعد تعيينها بوضوح، بأنها المشمولة بالعقد "³.

كما أن وضع البضاعة تحت تصرف المشتري يقتضي قيام العون الإقتصادي بكل ما هو لازم لإستلام المشتري للبضاعة في المكان و الزمان المتفق عليهما أولاً، و كذا ضرورة أن تكون هذه البضاعة معينة مسبقاً بدقة مع وجوب علم المشتري بأن هذه البضاعة وضعت تحت تصرفه في الزمان و المكان المتفق عليهما عقدياً⁴.

إن القاعدة تقضي إذن بأن تبعة هلاك البضاعة تنتقل إلى المشتري إذا كان ملزم بإستلامها في مكان غير مكان عمل العون الإقتصادي، و كانت البضاعة جاهزة للتسليم و علم المشتري بوضعها تحت تصرفه في ذلك المكان⁵، فهذه القاعدة ما هي إلا تطبيق لأعراف و عادات التجارة الدولية المكرسة من خلال قواعد الإنكوترمز (Incoterms)، التي تقضي بأنه مثلاً في حالة البيع مكان المنتج فإن العون الإقتصادي لا يكون قد نفذ إلتزامه بالتسليم إلا إذا وضع البضاعة تحت تصرف المشتري في الأماكن التابعة له، مثل الورشة أو المصنع أو المخزن... الخ، بينما لا يلتزم العون الإقتصادي بشحن البضاعة على واسطة نقل مقدمة من قبل المشتري، أو تخليص البضاعة جمركياً للتصدير ما لم يتفق على غير ذلك⁶.

إذن فإن زمن تقدير المطابقة المادية في البيوع التي تتم في ذات المكان طبقاً لقواعد الإنكوترمز يكون وقت وضع البضاعة تحت تصرف المشتري في المكان المتفق عليه و في الزمان المحدد للإستلام، أو بإنتهاء المدة المحددة لهذا الغرض بشرط أن يكون قد تم إفراز هذه البضاعة و تمييزها طبقاً لشروط العقد⁷.

في حين أن وقت تقدير المطابقة وفقاً لإتفاقية فيينا 1980 في البيوع التي تتم في ذات المكان هو وقت إستلام المشتري للبضائع أو لحظة وضعها تحت تصرفه، شريطة تعيين هذه البضاعة بدقة و وضوح لأنها تشكل محل عقد البيع، و أن سلوك إتفاقية فيينا لهذا التوجه ما هو إلا تكريس و تطبيق للعادات و الأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية و خصوصاً قواعد الإنكوترمز.

1- محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 116.

2- أنظر المادة 1/69 من إتفاقية فيينا 1980.

3- محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 118.

4- نفس الرسالة، ص 118.

5- أنظر نص المادة 2/79 من إتفاقية فيينا 1980.

6- محمود سمير الشرقاوي، المقالة السابقة، ص 28.

7- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 216.

أما بالنسبة إلى بيع التصدير فهو عقد يتضمن إتفاق على نقل البضاعة من العون الإقتصادي إلى المشتري، و عندئذ تتحقق عملية التسليم بتقديم هذه البضاعة إلى الناقل الأول قصد إرسالها إلى المشتري¹، وبالتالي إذا كان العون الإقتصادي غير ملزم بتسليم البضائع في أي مكان آخر، عندها فإن إلتزامه بالتسليم يعتبر قد نفذ بمجرد تسليم البضاعة إلى أول ناقل يقوم بإيصالها إلى المشتري، و ذلك إذا تضمن عقد البيع نقل هذه البضائع².

و لما كانت عملية تسليم البضاعة تتم عادة في منشأة الناقل³، فإن العون الإقتصادي يلتزم بذلك عن طريق التسليم إلى الناقل الأول، و لو لم يرسل المستندات (التي تفيد التسليم) إلى المشتري خلافا لما تم الإتفاق عليه، و لقد أكدت إتفاقية فيينا هذا من خلال نص المادة 1/67 التي تقضي بأنه: " إذا كان البائع مخولا بالإحتفاظ بالمستندات التي تمثل البضائع فلا أثر له على إنتقال المخاطر".

و بالتالي في حالة بيوع التصدير عندما يقتضي تنفيذ عقد البيع نقل البضاعة، و يلتزم العون الإقتصادي بإبرام عقد النقل (برا أو بحرا أو جوا)، فإن زمن التسليم في هذه الحالة هو الوقت الذي تتم فيه مناولة البضاعة إلى أول ناقل بقصد إرسالها إلى المشتري، و معنى ذلك أن العون الإقتصادي يبقى مدينا بالإلتزام بالتسليم ما لم يسلم البضاعة للناقل تنفيذا لعقد البيع لا لغرض آخر⁴، و من ثم فإن زمن تقدير المطابقة المادية في هذا النوع من البيوع هو وقت تسليم البضاعة إلى الناقل الأول لإرسالها إلى المشتري تنفيذا لعقد البيع⁵، و هذا حتى و إن تعدد الناقلون لتوصيلها إلى مكان الوصول المتفق عليه، بشرط أن يتم تعيينها و تمييزها⁶، و نفس الحكم تبنته الأعراف التجارية الموحدة من خلال قواعد الإنكوترمز و بوجه خاص البيع C.P.T⁷، و كذا إتفاقية لاهاي 1964 و إن كانت قد جعلت عملية نقل البضائع تقتصر على طريق البحر فقط⁸.

و إذا كانت القاعدة العامة تقضي بتكريس المفهوم الثنائي للإلتزام بالتسليم المطابق في بيوع التصدير، لكون أن زمن المطابقة المادية هو لحظة تسليم البضاعة إلى الناقل الأول لإرسالها للمشتري قصد تنفيذ عقد البيع، فإنه يرد على هذه القاعدة قيود و إستثناءات:

1- بالنسبة لتسليم البضاعة في مكان معين: إذا قام العون الإقتصادي بتسليم البضائع في المكان غير ذلك المتفق عليه رغم طلب المشتري تنفيذ الإلتزام في هذا المكان، فإن المخاطر لا تنتقل إلى هذا الأخير إلا منذ تسلم تلك البضائع في غير المكان المعين من قبل الطرفين⁹، إلا إذا وافق المشتري على تسلم تلك البضائع في غير المكان المحدد، إذ من البديهي أن هذا القبول يجيز إنتقال المخاطر إليه بمجرد

1- فاروق محمد ملش، النظام القانوني للنقل الدولي متعدد الوساطة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1994، ص 298 و ما بعدها.

2- أنظر المادة 1/31 من إتفاقية فيينا 1980.

3- فاروق محمد ملش، الرسالة السابقة، ص 294.

4- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 137.

5- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 124.

6- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 213 و انظر أيضا:

-Philippe Kahn, la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, R.I. D. C, n°4, 1981, P 976.

7- C.P.T بالانجليزية هي اختصار للعبارة "carrage paid to" و بالفرنسية "à port payé jusqu'à" أي أن أجور النقل مدفوع حتى مكان الوصول المعين، و يعتبر انتقال المخاطر من أهم المسائل التي تعالجها قواعد الإنكوترمز.

- أنظر المادة 1/99 من إتفاقية لاهاي 1964.

9- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 127 و رضا محمد إبراهيم عبيد، الرسالة السابقة، ص 488 و ما بعدها.

التسليم في ذلك المكان¹، و بالتالي فإن تبعة الهلاك تقع على العون الإقتصادي ما دام لم يخبر الناقل بتسليم البضائع في المكان الذي تم تحديده بواسطة العقد²، و عليه فإن زمن تقدير المطابقة المادية في حالة تسليم البضائع في مكان معين هو ذلك الوقت الذي يتم تسليمها في المكان المحدد، ما لم يتم الإتفاق بين الأطراف على خلاف ذلك.

2- بالنسبة للتسليم في حالة بيع البضائع في الطريق: عندما نكون بصدد بيع دولي لبضائع يجب نقلها بموجب العقد بحيث يتم تسليمها إلى الناقل الأول، و أثناء عملية نقل البضائع يجد المشتري الأول مشتريا جديدا يشتري منه كل أو بعض البضائع، فيثور عندها السؤال المتعلق بزمن تقدير المطابقة في بيع البضائع في الطريق، و متى يتم إنتقال المخاطر، هل يتم ذلك لحظة إنتقالها من المشتري إلى المشتري الجديد؟.

لقد أجابت إتفاقية لاهاي 1964 على هذا السؤال من خلال نص المادة 1/99 التي جعلت من وقت إنتقال المخاطر يتحقق بأثر رجعي، و هو الوقت الذي يتم فيه تسليم البضاعة إلى الناقل الأول، غير أن هذا الحكم يعتبر غير مجد إلا في الحالة التي يصعب فيها تحديد الوقت الذي قد حدث فيه التلف أو الهلاك بدقة بالنسبة لتاريخ إبرام العقد، حيث يصعب قبول هذا الحكم عمليا، لأن إثبات وقت التلف أو الهلاك يفترض تحققه بصعوبة و بوجه خاص مع تطور عقد النقل بالحاويات³، بالإضافة إلى عدم تحمل المشتري الجديد لمخاطر البضاعة ما دامت لم تكن تحت تصرفه و لا رقبته، و بالتالي من يكون الأحسن أن يتم تحديد وقت إنتقال المخاطر في هذه الحالة بالوقت الذي أبرم فيه عقد البيع بين المشتري والمشتري الجديد، و إذا تعذر إثبات هذا الوقت فإن إنتقال المخاطر إلى المشتري يكون لحظة تسليم البضاعة إلى الناقل الأول⁴.

أما بالنسبة لإتفاقية فيينا 1980 فلقد نصت في هذا الشأن على إنتقال المخاطر إلى المشتري الجديد منذ إبرام العقد⁵، غير أنها وضعت إستثناء على هذا الحكم بحيث يتمشى مع مقتضيات التجارة الدولية و الممارسة العملية، يتمثل في انتقال المخاطر إلى المشتري الجديد منذ لحظة تسليم البضاعة إلى الناقل الذي أصدر مستندات الشحن الخاصة بعقد النقل⁶، و بهذا الشكل فإن توجه إتفاقية فيينا يأخذ بعين الإعتبار إمكانية حدوث التلف أو الهلاك خلال الفترة الممتدة من وقت تسليم البضاعة إلى الناقل الأول إلى لحظة إعادة بيعها، حتى يتجنب أي إعتقاد بإنتقال المخاطر بأثر رجعي، و مع ذلك فإن هذا الحكم صعب عمليا طالما أنه يستوجب تحديد لحظة وقوع الضرر بدقة أثناء نقل البضاعة بالنسبة لوقت إبرام العقد، و قد يكون هذا التحديد قليل الوضوح، مما يترتب عليه صعوبة هامة إثر زيادة الإقبال على النقل بواسطة الحاويات⁷، إذ لا يتم فحص البضاعة قبل وصولها إلى نقطة الوصول الأخيرة، و مع ذلك إذا أمكن إثبات هذا الضرر و تحديده، فيجوز القول بفعالية الحكم العام الذي جاءت به العبارة الأولى من المادة 68 من إتفاقية فيينا.

1 - Philippe Kahn, la convention de La Haye du 1er juillet 1964, art.préc, p 703 et s.

2- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 127.

3- نفس الرسالة، ص 130.

4 - Philippe Khan, la convention de Vienne du 11 avril 1980, caractères et domaine d'application, art pré, N° 106.

5 - نص المادة 68 من إتفاقية فيينا 1980.

6 - Philippe Kahn, la convention de Vienne du 11 avril 1980, caractères et domaine d'application, art pré, P 90 et S.

7 - Philippe Kahn, la convention de Vienne du 11/04/1980 sur la vente internationale de marchandises, art. pré, P 976.

بناء على ما تقدم فإن القاعدة العامة لزمن تقدير المطابقة المادية في حالة بيع البضاعة أثناء الطريق وفقا لإتفاقية فيينا 1980 يقدر بلحظة إبرام العقد، و الإستثناء يجيز أن يكون هذا الوقت هو وقت تسليم البضائع إلى الناقل الذي تصدر عنه المستندات التي تتعلق بعقد النقل بشرط عدم علم البائع - لحظة إبرام العقد - بأن البضائع قد تلفت أو هلكت.

كما يمكن القول أنه يتعين تحديد وقت إنتقال المخاطر إلى المشتري لأنه يؤدي إلى معرفة زمن تقدير المطابقة، على إعتبار أن هذا الزمن هو ذاته لحظة إنتقال المخاطر¹، و أن زمن تقدير المطابقة يختلف بحسب نوع عقد البيع الذي يتم فيه تسليم البضائع، ففي البيوع التي تتم في ذات المكان فإن لحظة تقدير المطابقة هو الوقت الذي توضع فيه البضائع تحت تصرف المشتري أي التسليم في المكان و الزمان المحددين في العقد، أو اللحظة التي وضعت البضاعة تحت تصرف الأخير في حالة الإخلال بتسلمه البضاعة ما دام قد تم تعيينها بوضوح و أن العقد تضمنها.

في حين أن زمن تقدير المطابقة في بيوع التصدير يكون لحظة تسليم البضاعة إلى الناقل الأول في حالة تعدد الناقلين لتوصيل هذه البضاعة إلى مكان الوصول المتفق عليه، على أن يتم تعيينها بدقة، غير أن هذه الحالة يرد عليه إستثنائين، يتمثل الأول في حالة تسليم البضاعة في مكان معين، إذ هنا يقدر زمن المطابقة بلحظة التسليم في ذلك المكان المحدد بشرط أن تكون البضاعة قد تم تحديدها بدقة.

أما الإستثناء الثاني فيتعلق بحالة بيع البضائع أثناء الطريق (نقلها)، فالقاعدة العامة في هذه الحالة تتمثل في إعتبار وقت تقدير المطابقة هو وقت إبرام العقد، إلا إذا كانت الظروف تدل على خلاف ذلك، عندئذ يكون وقت تقدير المطابقة هو وقت تسليم البضائع إلى الناقل الذي قد أصدر المستندات التي تتعلق بعقد النقل ما دام العون الإقتصادي قد إحترم مبدأ حسن النية.

و على العموم فإن زمن تقدير المطابقة سواء في القاعدة العامة للبيع الدولي للبضائع أو حتى في حالة الاستثناءات التي تطرقنا إليها سابقا، نلاحظ أن ذلك يتم لحظة تسليم البضائع و هذا هو ميرر حتمية الإنتقال من الإلتزام بالتسليم و المطابقة كإلتزامان منفصلان متميزان إلى فكرة المفهوم الثنائي المركب لهما و الذي ينشأ على إثره إلتزام واحد هو الإلتزام بالتسليم المطابق كفكرة قانونية غير قابلة للتجزئة.

ثانيا: المبرر الزمني في القانون الداخلي.

لقد إنقسمت التشريعات الداخلية² بشأن اللحظة التي تنتقل فيها المخاطر من البائع إلى المشتري، و إرتباطها بوقت التسليم إلى إتحاهين :

الإتجاه الأول: يعتبر إنتقال تبعة الهلاك من الآثار الرئيسية لإنتقال الملكية³، و ذلك على خلاف ما أقرته إتفاقية فيينا 1980 بأن تبعة الهلاك يتحملها المالك، و يرتب القانون المدني الفرنسي على إبرام عقد البيع إنتقال الملكية إلى المشتري إذا كان المبيع معيناً بذاته، بمعنى أن تبعة الهلاك تنتقل إلى المشتري و لو لم يتسلم المبيع.⁴

1- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 215.

2- القانون المدني الفرنسي و القانون المدني الجزائري.

3 - Philippe Malaurie, droit civil « contrats spéciaux », Cujas, Paris, 1985, P 260 et s.

4- تنص المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي الصادر بموجب الأمر 131-2016 بتاريخ 10 فيفري 2016، المتضمن تعديل قانون العقود، النظرية العامة و إثبات الإلتزامات، المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 0035، التي

من الناحية العملية يصعب تطبيق هذه القاعدة، حيث أنه إذا قام المشتري بإعذار العون الإقتصادي بتسليم المبيع، عندها تقع تبعة الهلاك على هذا الأخير حتى ينفذ إلتزامه بالتسليم، و من هنا يتضح الفرق بين ما تبنته إتفاقية فيينا 1980 و القانون المدني الفرنسي فيما يتعلق بلحظة إنتقال تبعة الهلاك و من ثم زمن حدوث المطابقة، و لقد تبنت العديد من التقنيات ذات مسلك المشرع الفرنسي¹.

الإتجاه الثاني : يميز هذا الإتجاه بين زمن إنتقال تبعة الهلاك و زمن إنتقال الملكية، إذ يربط بين لحظة إنتقال المخاطر و لحظة الإنتقال المادي للبضائع أي التسليم².

و لقد تبنى المشرع الجزائري الإتجاه الثاني من خلال نص المادة 369 ق م التي تقضي بأنه: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع و إسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسليم المبيع"³.

إن النص السابق واضح و صريح فيما يخص زمن تقدير تبعة الهلاك التي تقاس بلحظة التسليم، حيث أن العبرة تكون بالوقت الذي توجد فيه البضاعة في يد أي شخص لتحديد المسؤول عن تحمل تبعة هلاك المبيع (البضاعة)، لذا فإن مناط المسؤولية عن تبعة الهلاك هو التسليم .

و من جهة أخرى تنص المادة 368 ق م على أنه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري، فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك".

إن المقصود من هذا النص هو أن التسليم في البيع الذي يستوجب تصدير المبيع، لا يتم إلا إذا وصل المبيع إلى المشتري، و هذا يتماشى مع القاعدة التي تبناها المشرع الجزائري في العديد من النصوص التي تقضي بأن تبعة الهلاك مرتبطة تماما بالتسليم⁴، و هذا التكييف يتماشى مع ما تبنته إتفاقية فيينا 1980، مع مراعاة توافر شرطين لقيام هذه القاعدة، يتمثل الأول في أن نكون بصدد عملية مادية لتقديم البضاعة أي التسليم المادي، و الثاني هو وجود عملية نقل لهذه البضاعة بحيث يقوم المشتري بذكر اسم الناقل أو يطلب ذلك من بائعه⁵.

و من جهة أخرى إذا كانت تبعة الهلاك يتحملها العون الإقتصادي قبل التسليم، فإن المشتري قد يصبح مالكا لهذه البضاعة و إن كانت هذه الملكية لم تخلص له فعلا إلا عند التسليم، لذلك لا بد أن نميز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كانت البضاعة شيء معين بالذات فإن المخاطر تنتقل مع إنتقال الحيازة و ليس مع إنتقال الملكية مع مراعاة أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، إذ يجوز لأطراف العقد الإتفاق على أن يتحمل المشتري تبعة الهلاك قبل التسليم.

تنص على أن: " يتم البيع بين الطرفين و تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري بمجرد الاتفاق على الشيء و الثمن، حتى و إن كان الشيء لم يسلم و الثمن لم يدفع بعد."

1- قانون نابليون و المواد 1464، 1465 و 1523 من القانون المدني الإيطالي و أيضا قانون بيع البضائع الإنجليزي في نص المادة 1/20، أنظر: محمود سمير الشرقاوي، المقالة السابقة، ص 327 . و أيضا: نسرين سلامة محاسنة ، المرجع السابق، ص 349.

2- تبنى هذا الإتجاه القانون المدني الألماني من خلال نص المادة 1/446، و كذا القانون التجاري الموحد الأمريكي من خلال المادة 2/509.

3- هذه المادة تقابلها المادة 437 في ق م مصري.

4- أنظر نص المادة 369 ق م والمادة 47 ق ت.

5- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 113.

الفرض الثاني: يتمثل في الحالة التي تكون فيها البضاعة شيء معين بالنوع يتم تعيينه فيما بعد، فإن البائع يتحمل تبعه الهلاك حتى وقت التسليم، فإن هلكت أو تلفت البضاعة قبل ذلك فإن العون الإقتصادي يتحمل ذلك رغم تعيين (إفراز) البضاعة قبل الهلاك، و أن الملكية قد إنتقلت إلى المشتري بهذا التعيين في حين إذا تلفت البضاعة بعد التسليم، فإن المشتري هو من يتحمل تبعه الهلاك¹.

و لقد نصت المادة 3 فقرة 18 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على أن: " المطابقة هي إستجابة كل منتج موضوع للإستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية والمتطلبات الصحية والبيئية والسلامة والأمن الخاص به"، كما تنص المادة 11 من ذات القانون على أنه: " يجب أن يلبي كل منتج معروض للإستهلاك الرغبات المشروعة..."

من خلال هذين النصين نلاحظ أن المشرع قد ربط بين الإلتزام بمطابقة المنتج وعرضه للإستهلاك، حين جعلها تقدر لحظة عرض المنتج للإستهلاك، و هذا معناه أن لحظة تقدير المطابقة في أحكام هذا القانون قد يكون لحظة التسليم الفعلي للمنتج بإعتبار أن التسليم جزء من طرح المنتج للتداول، و بالتالي إذا كان لا يمكن التحقق من مسألة مدى توافر مطابقة المنتج من عدمها إلا في هذا الوقت، فإن المبرر الزمني يعد سببا لتكريس المفهوم المركب للإلتزام بتسليم منتج مطابق.

المطلب الثاني: آثار تكريس المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق.

بعد هجر المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق، و الانتقال إلى المفهوم الذي يقوم على أساس الثنائية المركبة المتمثلة في التسليم والمطابقة المكونة للإلتزام المذكور سابقا، فإن ذلك من شأنه طرح مشكلة جديدة تتمثل في تداخل المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق مع فكرة أخرى تقترب منها و هي ضمان العيوب الخفية، و هذا ما سنتطرق له من خلال الفرع الأول، ثم سنتطرق في الفرع الثاني إلى حركية القضاء الفرنسي في ظل تداخل نظامي الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية.

الفرع الأول: تداخل الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية.

إن اعتبار فكري العيب الخفي و عيب المطابقة وجهان لعملة واحدة و من ثم إنكار أي فرق مفاهيمي بينهما، بل و تشبيه العيب الخفي بعيب المطابقة يعتبر السبب الأول في التداخل بينهما، و يعد أيضا الإنتقال إلى توسيع مفهوم العيب الخفي سببا آخر نتج عنه التداخل و هذا ما سنتطرق له (أولا)، كما يعتبر قصور قواعد الضمان سببا آخر للتداخل و هذا ما سنتطرق له (ثانيا).

أولا: الإنتقال من التشبيه الخاطئ للعيب الخفي (بعدم المطابقة) إلى توسيع مفهومه.

لقد إقترح المذهب الوظيفي توسيع نطاق المطابقة و ذلك منذ سنة 1950، غير أنه بمجرد حصول ذلك أصبح العيب الخفي يشبه بعدم المطابقة و العكس، و يعتبر هذا أحد أهم الأسباب التي أدت إلى تداخل نظامي ضمان العيوب الخفية و الإلتزام بالتسليم المطابق، و يعتبر عيب في المطابقة كل فرق بين ما تم الإتفاق عليه و ما تم تسليمه فعلا، غير أنه و من أجل إدماج ضمان العيوب الخفية في المطابقة²، إقترح

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 780 و ما بعدها.

2 - Alain Benabent, droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, L.G.D.J, Paris, 2015, p116.

أنصار المذهب الوظيفي توسيع نطاق هذه الأخيرة¹، التي لا تعرف ماديا أو عقديا فقط، بل تعرف أيضا وظيفيا تتمثل في صلاحية الشيء المبيع للإستعمال المخصص له²، سواء كانت هذه الصلاحية للوجهة العادية أو الإتفاقية أي الخاصة³، بينما يرى البعض الآخر⁴ أن المطابقة تشمل علاوة على الجانب المادي جانبا آخر شخصي (نفسى) يتعلق بقصد المشتري.

و لما كان قد تم الإنتقال إلى تبني المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق، فإن هذا المفهوم بحجمه الواسع يؤدي إلى تداخل التكيف و التشابك بين الإلتزام محل الدراسة و ضمان العيوب الخفية، و إستغراق الأول للثاني و ذلك بتشبيه كل عيب خفي بعدم المطابقة⁵، و بالمقابل إعتبار أن العيب الخفي يقدر بطريقة وظيفية أو تعاقدية، بل و أن الشيء المسلم يكون معيبا لما لا يتوفر على الصفات التي تحقق صلاحية المبيع للإستعمال المخصص له⁶، و هذا هو القاسم المشترك بين التسليم المطابق و العيب الخفي الذي أدى إلى تداخل الفكرتين و تشبيه العيب الخفي بعيب المطابقة⁷، و الأكثر من ذلك هو إعتبار أن كل عيب يشوب الشيء يكيف على أنه من قبيل عيب المطابقة و هذا ما أدى إلى إستغراق عيب المطابقة للعيب الخفي⁸، و جعل التفرقة بينهما مصطنعة لأن عدم المطابقة التي لا تظهر عند التسليم تصبح عيبا عندما تظهر لاحقا، و من جهته العيب الخفي يتضمن عدم المطابقة التي لا تظهر عند التسليم و لكن فقط بعد وقت معين⁹.

إن التداخل بين العيب الخفي و عدم المطابقة جعل أنصار المذهب الوظيفي¹⁰ يقترحون الإبتعاد عن كل تفرقة كلاسيكية بين هاتين الفكرتين و ذلك لأن كلا الإلتزامين يقرران جزاء لنفس العيب، و من ثم دمجهما في إلتزام واحد مركب و هو التسليم المطابق¹¹.

و لما كان كل عيب يعتبر من قبيل عدم المطابقة على أساس وحدة المفهوم، فإن التداخل بينهما أمر حتمي و لا يمكن تفاديه إلا بإعتماد المعيار الزمني الذي يمنح مكانة خاصة لتسلم المبيع من جهة و ظهور أو خفاء العيب من جهة أخرى، حيث يرى البعض¹²، أن إلتزامات البائع منفصلة زمنيا عند تنفيذ عقد البيع، و تبعا لهذا المعيار فإن التمييز يتم من جهة من خلال الطابع الظاهر أو الباطن للعيب، و من جهة

1- Philippe le Tourneau, conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels, op,cit, p231.

2 - جابر علي محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار التي تسببها منتجاته الصناعية المعيبة، القسم الثاني، مجلة الحقوق، عدد1، مارس 1996، جامعة الكويت، ص 222.

3- Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p752.

4- Michel Alter, l'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, L.G.D.J, Paris, p129.

5- Patrice Jourdain, les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, gazette du palais du 2 juillet 1994, p827.

6- Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p820.

7- Patrice Jourdain, article précité, p 827.

8 - جابر علي محجوب، المقالة السابقة، ص223.

9 - Philippe le Tourneau, conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels, op,cit, p243 et s.

10 - Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p764.

11- Michel Alter, op,cit, p117,144 et 251.

12 - Alain Benabent, op,cit, p115 ; Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p762.

أخرى عن طريق قبول أو تلقي الشيء محل البيع الذي يعد " المحور الحقيقي للفرقة"¹، حيث قبل قبول المبيع فإنه يتعين على المستهلك رفض التسليم أو على الأقل إبداء تحفظات إذا كان مشوبا بعيب ظاهر أو كان غير مطابق للاتفاق، و له في هذه الحالة رفع دعوى على أساس الإخلال بالالتزام بالتسليم شريطة فحص المبيع و الإعلان للعون الإقتصادي عن كل عيب يكتشف في فترة معقولة²، لكن إذا اكتشفت و قبل المستهلك المبيع دون تحفظ فإنه يكون قد تنازل عن دعوى الإخلال بالالتزام بالتسليم³، إلا إذا كانت عدم صلاحية المبيع للإستعمال المتفق عليه لم يكن بوسع المستهلك إكتشافها ليرتبط الأمر في هذه الحالة بضمان العيوب الخفية⁴.

لقد إعتد هذا المعيار قضائيا في فرنسا و ذلك لما قررت محكمة إستئناف (Rennes) أنه: " بعد قبول المبيع سواء شكليا أو ضمنيا فإن المشتري لا يمكنه طلب فسخ البيع بسبب عيب المطابقة و لا أن يستفيد من ضمان العيوب الخفية شريطة ألا يكون العيب ظاهرا"⁵، و نفس الشيء ذهبت إليه محكمة إستئناف (Saint- Denis) حيث قررت أن: " وقت التسليم و نسبة الرطوبة غير العادية كان بالإمكان إكتشافها و من ثم لا يمكن إعتبار ذلك عيبا خفيا"⁶، و يترتب على هذا المنطوق الآثار الآتية:

1- يمكن للمستهلك معاينة مدى مطابقة الشيء المسلم، و طلب فسخ عقد البيع مع التعويض و ذلك إلى حين التسلم دون تحفظ.

2- بعد القبول دون تحفظ إذا كانت عدم المطابقة أو العيب الخفي ظاهر فإن كل إحتجاج يكون غير مقبول، أما إذا كان خفيا فإن المستهلك له أن يحتج فقط بضمان العيوب الخفية"⁷.

تجدر الإشارة إلى أن المعيار الزمني الذي يرسم الدور المهم للفحص و لقبول المبيع لم يكن مطبق بطريقة نهائية من القضاء الفرنسي و ذلك قبل سنة 1995، أين سمحت محكمة النقض للمستهلك برفع دعوى الفسخ بسبب عيب المطابقة حتى في وجود عيب خفي⁸.

إن تداخل تكيف العيب الخفي و عيب المطابقة لا يشمل فقط تشبيه الأول بالثاني، بل يكمن أيضا في دخول عيب المطابقة ضمن الإطار الواسع لضمان العيوب الخفية و ذلك عن طريق ما يعرف بفكرة العيب الوظيفي، حيث يشترط لممارسة المشتري دعوى ضمان العيوب الخفية أن يضمن العون الإقتصادي العيوب التي تجعل المبيع غير صالح للإستعمال المخصص له أو التي تنقص من قيمته أو الإنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه، و ذلك ما هو منصوص عليه في المادة 379 من القانون المدني الجزائري و المادة 1641 مدني فرنسي، و حتى في ظل غياب تعريف قانوني لمصطلح " العيب"، فإن البعض⁹ يعرفه بالمعنى الضيق و المعنى الواسع، فحسب النظرية الكلاسيكية فإن العيب يعرف بطريقة مادية أو

1 - Alain Benabent, op,cit, p116.

2- Ibid, p128.

3- G.Baudry-Lacantinerie et L.Saignant, traité théorique et pratique de droit civil, tome XIX, de la vente et de l'échange, 3^{ème} édition, 1908, p315.

4- Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p762.

5- Ca de Rennes, 1^{ère} ch. civ, 3 avril 1991, centre de recherche juridique de l'ouest, n°234.

6- Ca.com, 3 juin 1981, IV, n°263, p209.

7- Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p762.

8- جابر علي محجوب، المقالة السابقة، ص204.

9- Michel Alter, op,cit, p209.

تركيبية أين يؤخذ بطريقة ضيقة و موضوعية على أنه: " تشوه أو شذوذ (anomalie)، عيب تكويني (malfaçon)، تلف أو عطل (avarie)، تغيير (altération)، خلل أو قصور (défautuosité)، أو تدهور (dégradation).... إلخ و كلها صفات تجعل المبيع غير صالح للإستعمال المخصص له¹.

و بما أن النظرية الوظيفية تشبه كل عيب خفي بعيب المطابقة فإن هذه الأخيرة تعتبر عيبا خفيا على أساس إنعدام الفرق في المفهوم و تقوم النظرية الوظيفية هنا ليس بتعريف المطابقة و لكن بتعريف العيب الخفي، و لما كانت هذه النظرية تركز في تعريفها للعيب على أنه كل ما يجعل المبيع غير صالح للإستعمال المخصص له أو ينقص قيمته، و هذا ما أخذ به القانون الفرنسي و ذلك عكس النظرية الكلاسيكية التي تأخذ بالخطورة التي تعتمد على عدم الصلاحية (القدرة)، و هكذا فإن النظرية الوظيفية تبدو أكثر شخصية مقارنة بالكلاسيكية، فالعيب ليس هو ذلك الذي يشوب الشيء أي (السبب) و لكن الذي يشوب الإستعمال الناتج عنه (النتيجة)، فهو يعرف بطبيعته الخاصة به أقل مما يعرف بنتائجه².

فحسب النظرية الوظيفية فإن العيب الخفي يوجد لما يكون يضر المبيع بالمستهلك، و نتكلم هنا عن حالة الشيء المسلم التي تكون غير صالحة للإستعمال، و لهذا يؤخذ العيب بالمعنى الواسع لأن ما يهم هنا هو الفائدة التي يجنيها من المبيع و ليس المبيع نفسه، و إذا كان المبيع لا يعمل أو يعمل بطريقة رديئة فإنه يوصف بالمعيب³.

تعرف النظرية الوظيفية كذلك بالنظرية العقدية، لأن العيب ينشأ بمجرد عدم إحترام التوقعات العقدية، كما تضىف الصفة المعيبة على المبيع بمجرد ما تنطوي إحدى صفاته المتفق عليها على عيب و هذه الفكرة هي ذات طبيعة عقدية، لكن منذ قبول أن التقدير الوظيفي أو العقدي يتم بالرجوع إلى الإشتراطات العقدية فإن تداخل العيب الخفي مع عيب عدم المطابقة يتقلص سواء كانت هذه الأخيرة مادية⁴ أو وظيفية⁵، و من ثم فإن التداخل بين نظام ضمان العيوب الخفية و التسليم المطابق لا يمكن تفاديه طالما أن العيب يفهم بالمعنى الواسع، و هذا يعني أن إتساع نطاق العيب هو ما يميز تداخل النظامين، و أن التعريف الوظيفي و العقدي للعيب يصعب مهمة التفرقة بين الشيء المعيب و ذلك ذو النوعية الأقل من تلك المتفق عليها، التي غالبا ما تكون محددة حسب الإستعمال المخصص له، بالإضافة إلى صعوبة التفرقة أيضا بينه (الشيء المعيب) و بين تسليم شيء مغاير، لأن الشيء يعتبر معيبا بمجرد إشتمال إحدى صفاته المتفق عليها على عيب⁶.

إن المعيار الوظيفي للعيب قد طبق قضائيا في فرنسا في بعض الحالات، حيث قضت محكمة إستئناف (Poitiers) أن سير مركبة - سيارة - خصائصها غير مطابقة لتلك الواردة في البطاقة الرمادية يشكل مخالفة ناتجة عن بيع سيارة مستعملة، و أن إستبدال محرك ذو ثلاثة أحصنة بأخر أصلي ذو حصانين فقط يشكل عيبا خفيا⁷.

1 - جابر علي محجوب، المقالة السابقة، ص194 و انظر: نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص394.

2- François-Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, contrats civils et commerciaux, 7^{ème} édition, Dalloz, 2004, p241.

3- Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p764.

4- Ibid, p762.

5- Patrice Jourdain, article précité, p826.

6- Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p764.

7- Ca de Poitiers, j.c. p. 1984, IV, p195.

و نفس الشيء فيما يخص مرائب (garages) موجودة على عقار جماعي، كان قد بيع من طرف شركة مدنية عقارية لم تتمكن من إكتساب قطعة الأرض اللازمة لبناء الشطر الثاني من العمارة، و إتضح أن المرائب قادرة فقط على إستيعاب سيارات ذات حجم صغير، و لقد أكدت محكمة إستئناف (Riom) أن: "...الطابع الدائم لعيب عدم القدرة على الإستيعاب يشكل عيبا خفيا يجعل هذه المرائب غير صالحة للإستعمال المخصصة له بشكل دائم"¹.

و عليه يمكن القول هنا أن المعيار الوظيفي وحده الذي يسمح بمعرفة وجود العيب الخفي، حيث أن المرائب الموجودة بالقبو (souterrains) غير صالحة للإستعمال ليس لخطأ في التصميم، و لكن لأن المخرج النهائي المتفق عليه لم ينجز، و يعتبر هذا القرار مغالى فيه، لأنه عمليا بوجود عيب عدم القدرة على الإستيعاب فإنه يستحيل أدنى إستعمال، و بالإعتماد فقط على الجانب الوظيفي للعيب فإن محكمة إستئناف (Riom) قد أخطأت في تقدير مجال ضمان العيوب الخفية و كان من الأجدر تقرير عيب المطابقة بدل العيب الخفي، كما قد إتضح أيضا أن المرائب لا يمكن ولوجها إلا من طرف السيارات صغيرة الحجم فقط لعدم حصول الشركة على قطعة الأرض الضرورية لبناء الشطر الثاني من العمارة و هذا ما يميز عيب المطابقة عن العيب الخفي.

و في قرار آخر، قررت الغرفة التجارية بمحكمة النقض الفرنسية أن الإشارة الخاطئة لسنة الصنع 1951 بدلا من 1959 الخاصة بجرافة عيبا خفيا²، و قضاء الغرفة المدنية الأولى بفسخ عقد بيع آلة طحن غير صالحة لطحن الأكل المستعمل في تربية المواشي رغم تأكيد البائع هذه الصلاحية³، ففي هاتين الحالتين يتعلق الأمر بمجرد عيب في المطابقة ناتج عن إخلال البائع بالمشاركة العقدية (stipulation contractuelle) و ليس بعيب خفي.

ثانيا: قصور قواعد الضمان.

إن المشكلة الحقيقية بين العيب الخفي و عيب المطابقة ليست التمييز بين الفكرتين فحسب بل هي شروط ممارسة دعوى ضمان العيوب الخفية، و عبء الإثبات الخاص بالعيب الخفي الذي يعتبر من أهم الصعوبات التي ترهق المستهلك في الإنتقال إلى مرحلة الآثار المترتبة عن الضمان⁴، و نقصد بذلك الحق في التعويض، حيث تؤدي هذه الصعوبة إلى تأسيس المستهلك دعواه على أساس قواعد التسليم المطابق لمرونتها مقارنة مع ضمان العيوب الخفية، و هذا ما أدى أيضا إلى تفاقم التداخل بين الإلتزامين.

إن المستهلك الذي يدعي أن المبيع معيب يتعين عليه أن يثبت ما يدعيه و ذلك بأن يقيم الدليل على جسامه العيب و كذا إرتباطه بالشيء وقت التسليم⁵، و أخيرا إثباته علاقة السببية بين العيب و الضرر الحاصل له، و نعتقد أن الشروط المذكورة هنا هي شروط لا تصب في مصلحة هذا الأخير (المستهلك)، لأن عبء الإثبات الملقى عليه ذو نتائج ثقيلة و خاصة إذا تعذر عليه إقامة الدليل لأن هذا سيؤدي في

1- Ca de Riom, 21/12/1988, Dalloz, 1991, somm. comm, p167.

2- Cass.com, 23/01/1978, bulletin civil 1978, IV, p 26.

3- Cass 1^{ère} civ, 18/05/1966, bull.civ 1966, I, p236.

4- François-Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op.cit, p 281.

-أنظر أيضا: عمرو أحمد عبد المنعم ديش، الوافي في شرح العيوب الخفية، عقد البيع، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2012، ص198. ضمير ناصر المعموري، منفعة العقد و العيب الخفي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2009، ص198 و ما بعدها.

5- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص387 و محسن حسن قاسم، المرجع السابق، ص342.

الأخير إلى رفض دعواه، كما أن قاضي الموضوع لا يقبل فكرة وجود العيب لما يكون السبب مجهولا أو غير محدد.

فضلا عن أنه عندما يكون الشيء غير مطابق للمشارطات العقدية، فإن المستهلك ملزم بإثبات عيب المطابقة، حيث يكفي إثبات أن الشيء المسلم غير مطابق للعقد، فإكتشاف عيب المطابقة يسمح للمستهلك بفسخ عقد البيع أو التعويض، و بمجرد إثباته وجود عيب في المطابقة يلتزم العون الإقتصادي بإثبات أنه نفذ إلتزامه بالتسليم المطابق على أحسن وجه¹، و لا بد هنا من الإشارة إلى أن إثبات عيب المطابقة مسألة جد سهلة بالنسبة للمستهلك إذا ما تمت مقارنتها بإثبات العيب الخفي، فالمقارنة بين الحالتين ذات أهمية قصوى بالنسبة له لرفع دعواه على أساس المطابقة، كونها تجنب عبء الإثبات المتعلق بالعيب الخفي².

و من أجل تخفيف صعوبة إثبات العيب فإن المادة 7-217 L من قانون الإستهلاك الفرنسي تقترض أسبقية عيب المطابقة عن التسليم، حيث تنص على أن: " عيوب المطابقة التي تظهر في أجل 24 شهرا من تاريخ تسليم الشيء يفترض وجودها وقت التسليم، مالم يثبت خلاف ذلك..."، فبمجرد تمكن المشتري المستهلك من إثبات وجود عيب المطابقة خلال مدة 24 شهرا من التسليم فإن هذا العيب يفترض وجوده أصلا.

و من جهة تعتبر الآثار المترتبة عن الضمان سببا آخر لتداخل الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية، حيث أنه و طبقا للقواعد العامة عندما لا يوفي العون الإقتصادي بإلتزامه فإن المستهلك الذي يطالب بالتنفيذ الجبري أو الفسخ، يمكنه الحصول على التعويض و ذلك من أجل إصلاح (جبر) الضرر الحاصل جراء عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ، كما أن هذا التعويض يمنح بغض النظر عما إذا كان العون الإقتصادي حسن أو سيء النية³.

غير أنه إذا تم الفصل في النزاع على أساس ضمان العيوب الخفية فإن إتساع نطاق إصلاح الضرر يختلف حسبما إذا كان العون الإقتصادي حسن أو سيء النية، فحسب المادة 1645 من القانون المدني الفرنسي فإنه إذا كان العون الإقتصادي سيء النية ففي هذه الحالة يجب تشبيهه بالبائع الذي يجهل عيوب الشيء جهلا غير مشروع، و هو ملزم في هذه الحالة بإنقاص الثمن و بالتعويض تجاه المستهلك.

إن العون الإقتصادي حسن النية أي الذي يجهل العيب الخفي المشار إليه في المادة 1646 قانون مدني فرنسي، فضلا عن إلتزامه بإنقاص الثمن، فهو ملزم أيضا بتعويض المستهلك عن مصاريف البيع لأنه لا يعلم أساسا بالعيوب الخفية للشيء المبيع، و إذا كان حسن نية العون الإقتصادي مفترض في القواعد العامة، فإنه يمكن أن يكون سببا في تخفيف مسؤوليته⁴، و بناء عليه لا يمكن للمستهلك أن يطلب تعويضا إلا إذا كان العون الإقتصادي سيء النية و هذا غير مناسب له، فالعائق المتعلق بالضمان يدفع أيضا بالمستهلك إلى رفع دعواه على أساس الإلتزام بالتسليم المطابق و هذا ما عزز أيضا التداخل و التشابك بين الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية في البيع.

1- G.Baudry-Lacantinerie et L.Saignant, op,cit, p316.

2- Jérôme Huet, responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec, Paris, 1987, p45.

3- أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، البيع و الإيجار و الوكالة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2007، ص378.

4- Casaux-Labrunée, vice caché et défaut de conformité, propos non-conformistes sur une distinction viciée, recueil Dalloz, 1999, p6.

غير أنه و من أجل التخفيف من حدة اللاعدالة المتعلقة بالتعويض في مجال ضمان العيوب الخفية، تدخل القضاء الفرنسي من أجل تقييد التمييز بين حسن و سوء نية العون الإقتصادي و ذلك بطريقتين مختلفتين، تتمثل الأولى في التقليل من الحالات التي يمكن له أن يدعي فيها بجهله، فهي تشبه العون الإقتصادي بالبائع سيء النية، أما الطريقة الثانية فتتمثل في تبني مفهوم موسع للمصاريف الحاصلة بمناسبة البيع، حيث رفض التحديد القانوني للمادة 1646 من القانون المدني¹، و ذلك بإلقاء على عاتق العون الإقتصادي حسن النية بجميع الأضرار المسببة بواسطة العيب الذي يشوب الشيء المبوع².

الفرع الثاني: حركية القضاء الفرنسي في ظل تداخل نظامي التسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية.

لقد شكك أنصار المذهب الوظيفي – كما رأينا سابقا – في صحة الفصل بين الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية، و لما كانت القواعد المتعلقة بالمطابقة هي أوسع نطاقا و أكثر مرونة مقارنة مع تلك المتعلقة بالعيب الخفي، فإنه من الأفضل للمستهلك أن يرفع دعواه على أساس التسليم المطابق و هو ما أدى إلى إستغراقها لضمن العيوب الخفية، هذا من جهة.

و لما كان تسليم العون الإقتصادي المتفق عليه غير كاف لوحده بل يستوجب أن يكون هذا الشيء مطابق للغرض المخصص له، فإن المستهلك إذا كان محيطا بإستعمال المبيع يمكنه أن يثير مسؤولية العون الإقتصادي على أساس الإلتزام بالتسليم المطابق، في حين أن عدم الصلاحية للإستعمال تجد أساسها في المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي³، لكن هل يمكن أن يكون المبيع المسلم معيبا رغم أنه مطابق للعقد؟

إن الصعوبة التي صادفها القضاء الفرنسي أدت إلى رفض محكمة النقض الفرنسية للعديد من القرارات التي تكيف كعيب في المطابقة، الحالات التي تستجيب لنص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بضمن العيوب الخفية و العكس، و عليه سنتطرق أولا إلى موقف القضاء الفرنسي من أثر التداخل بين نظامي التسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية ثم ثانيا إلى رجوع القضاء إلى وحدة التكيف.

أولا: موقف القضاء الفرنسي من أثر التداخل بين نظامي التسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية.

لقد تأثر القضاء الفرنسي بتداخل كل من الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية، و يظهر ذلك من خلال القرارات المتناقضة للغرفتين التجارية و المدنية الثالثة، التي تعتمد تارة على المفهوم الواسع لفكرة التسليم المطابق التي تستغرق العيب الخفي، و تارة أخرى مفهوما ضيقا.

و في قضية بيع طاقم كؤوس زجاجية معيبة، قضت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية أن الزجاج محل النزاع هو غير مطابق لمتطلبات السوق و ذلك بسبب عيب في تصنيعه⁴، كما قضت كذلك

1- Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p889.

2- Jérôme Huet, les principaux contrats spéciaux, 2^{ème} édition, L.g.d.j, Paris, 2001, p322 et s.

3- François-Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op,cit, p295.

4- Cass.com, 10/01/1989, Lexilaser n°50.

بأن إلتزامات العون الإقتصادي لا تقتصر على ضمان العيوب الخفية فقط، بل تتمثل كذلك في تسليم شيء مطابق للإستعمال المخصص له.¹

إن موقف الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية يوضح أنها تركز المفهوم الوظيفي و الموسع لفكرة التسليم المطابق، كما تبنت في قرارات أخرى المفهوم الضيق للفكرة و هذا ما يضيف على قراراتها الطابع المتناقض بل و المتردد أيضا، فمثلا قضت محكمة إستئناف Paris بفسخ العقد بسبب الإخلال بتنفيذ عقد بيع جهاز على أساس مخططات لا تستجيب للخدمات المبينة في العقد، و قررت أن: " الأمر لا يتعلق بعيب في التصنيع يجعل الجهاز معيبا"، و لقد تم نقض هذا القرار و ورد في منطوقه أن: " الشيء المبيع يشتمل على عيوب جعلته غير صالح للإستعمال المخصص له...".²

و في قضية أخرى تتعلق بالتزويد بأجهزة خاصة بترطيب البيوت البلاستيكية إتضح فيها للمشتري أنها معيبة و غير كافية بل غير صالحة للإستعمال، و لقد رفضت الغرفة التجارية طعن المشتري المؤسس على التسليم غير المطابق، كما قضت محكمة النقض بأن: " تقرير الخبير لا يفيد بوجود إختلاف الجهاز المزود به عن ذلك المتفق عليه".³

أما فيما يخص الغرفة المدنية الثالثة، فهي تتجه غالبا إلى التفرقة الضيقة بين التسليم غير المطابق الناتج عن الإخلال بالإشتراطات العقدية و العيب الخفي بمعنى الآفة التي تشوب الشيء المبيع، و مع ذلك لا يمكن الجزم ببقائها على نفس الموقف، فلقد قضت في قرار لها في قضية تتعلق بتسقيف منزل أن السقف لم يحتو على المنحدر (la pente) المتفق عليه في الكشف الوصفي (devis descriptif)، و ذلك عندما قضت صراحة: " إن عدم مطابقة التسقيف بشكل عيبا خفيا...".⁴، و من ثم نلاحظ أن الغرفة المدنية الثالثة قد كتبت عدم المطابقة على أنها عيب خفي و هذا في نظرنا مجحف و غير صحيح.

و من جهة أخرى تعدى تناقض القرارات مستوى الغرفتين ليطال الغرفة الواحدة و هي المدنية الأولى، التي شجعت في وقت معين عدم تشبيه العيب الخفي بالتسليم غير المطابق، بحيث شكلت بعض القرارات تطبيق حقيقي للتفرقة بين الفكرتين، ففي قضية بيع سيارة مستعملة معيبة تبين لمحكمة النقض أن المستهلك طلب إنهاء البيع " Résiliation " على أساس المادة 1641 و ما بعدها من القانون المدني الفرنسي و ليس على أساس عدم تنفيذ العون الإقتصادي للإلتزامه بالتسليم المطابق، و لقد رفض هذا الطلب لأن المدعي لم يثبت الطابع الخفي للعيب.⁵

و في قضية أخرى تتعلق بتسليم غرفة نوم ينقصها رأس السرير (tête du lit)، رفض قضاة الموضوع دعوى المستهلك لأنها لم ترفع في الأجل المنصوص عليه قانونا أي الأجل القصير المقدر بستنين من تاريخ إكتشاف العيب، الوارد في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي، و بالتالي تم نقض القرار بسبب أن العون الإقتصادي ملزم بتسليم شيء مطابق في خصائصه مع الطلب.⁶

1 -Cass.com, 18/02/1992, bull, civ 1992, IV, n°82, p59.

2- Ca.com, 20/10/1966, bull, civ 1966, IV, n°403, p353.

3-Cass.com, 16/07/1973, bull, civ 1973, IV, n°247, p233.

4- Cass 3^{ème} civ, 19/05/1981, Dalloz, 1982, p249.

5- Cass 1^{ère} civ, 13/01/1993, gaz, pal, 1993, p 176.

6- Cass 1^{ère} civ, 01/12/1987, Rtd, civ, 1988, p386.

إن الوضعية التي تبنتها الغرفة المدنية الأولى في القرارين السابقين تكرر و تتمن المفهوم الضيق لفكرة التسليم المطابق، غير أنها كيفت على أنه يشكل عيبا في المطابقة، بعض الحالات التي تتماشى مع التعريف الوارد بالمادة 1641 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بالعييب الخفي¹، مثل حالة بيع لوحات إكتشف أنها غير صالحة للإستعمال الذي إشترطه المستهلك²، حيث تبنت المحكمة في هذا القرار- و بالعكس- المفهوم الواسع لفكرة التسليم المطابق.

ثانيا: عودة القضاء الفرنسي إلى وحدة التكييف.

إن صمود الغرفة المدنية الثالثة و تمسكها بالإتجاه الضيق في التفرقة بين العيب الخفي و التسليم المطابق أقنع الغرفة المدنية الأولى و الغرفة التجارية لمحكمة النقض، و لقد إنضمت هاتان الغرفتان إلى الوضعية الثابتة للغرفة المدنية الثالثة و يتعلق الأمر بمسيرة قضائية طويلة، حيث كانت العودة في الأخير لوحدة التكييف إعتبارا من سنة 1993، التي تعتبر منحرج رجوع القضاء الفرنسي إلى وحدة تكييف العيب الخفي و التسليم غير المطابق، و ذلك عند صدور قرار الغرفة المدنية الأولى بتاريخ 10 مارس 1993، يفيد التحلي عن تشبيه دعوى العيب الخفي بدعوى التسليم غير المطابق، و ذلك عندما رفضت دعوى ضمان العيوب الخفية بسبب إنقضاء الأجل القصير المتطلب قانونا لرفعها، حيث أن القرار الصادر بسبب شراء المستهلك مفاعل كيميائي (réacteur chimique) مشوب بعطب، كان محل نقض لأن محكمة الإستئناف لم تبحث تلقائيا ما إذا كان العيب هو من قبيل إخلال العون الإقتصادي بالتزامه بالتسليم المطابق أم لا³.

و في قضية أخرى عاب الزوجين (Grosse) – و هما مشتريان لقرميد هش- على محكمة إستئناف (Amiens) رفض دعواهما المتعلقة بطلب التعويض بسبب التأخير في رفعها، و لقد دفعا بأنه: " يعد إخلالا بالتزام بالتسليم المطابق تقديم العون الإقتصادي شيء مشوب بعيب يجعله غير مطابق لما هو مطلوب"، كما أضافا أنهما لم يدركا أن تحديد الإلتزام بالتسليم المطابق يتحدد بالخصوصيات العقدية المتفق عليها، و يبدو أن المشكلة طرحت بوضوح عن طريق الطعن بالنقض، فتسلم قرميد معيب يشكل خرقا للإلتزام بالتسليم المطابق يمنح الخيار بين إما دعوى ضمان العيوب الخفية أو دعوى التسليم المطابق، و لقد أيدت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 5 ماي 1993 قرار قضاة الموضوع و رفضت الطعن على أساس أن: " العيوب الخفية التي تجعل الشيء غير صالح للإستعمال العادي لا تمنح الحق في دعوى أخرى غير دعوى الضمان"⁴.

كما أنه و في تاريخ 11 ماي 1993، أي بعد تغيير 5 ماي 1993 فإن الغرفة التجارية كيفت على أنه يعد إخلال بالتزام بالتسليم المطابق، العطب الذي أصاب نظام الحاسب الآلي الذي لم يرق أبدا بوظائفه، و لقد رفضت الطعن و عابت على قضاة الموضوع عدم تطبيق المواد 1641 و ما بعدها من القانون المدني الفرنسي و إعتبرت أنه: "...بسبب إكتشاف أن نظام الحاسب الآلي المبيع لم يؤد جميع وظائفه التي إشتري من أجلها فإن محكمة الإستئناف قد إستنتجت بطريقة صحيحة العيب الذي ينسبه

1 - Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, p836.

2 - Cass 1^{ère} civ, 16/07/1965, bull, civ, 1966, I, n° 477, p357.

3- Cass 1^{ère} civ, 10/03/1993, bull, civ, 1993, I, n°110, p 73.

4- Cass 1^{ère} civ, 05/05/1993, bull, civ, 1993, I, n°158, p109.

المستهلك إلى الجهاز، و أن مثل هذه الوقائع تشكل إخلالا من طرف العون الإقتصادي بالتزامه بالتسليم المطابق و ليس بعيب خفي..."¹.

و من المجدي التساؤل هنا حول مدى إمكانية الحق في الخيار بين الدعاوى المعترف بها من طرف الغرفة التجارية، بمعنى: هل من المقبول أن يجعل هذا الحق نظام ضمان العيوب الخفية نظاما عقيما في كل مرة ينقضي فيها الأجل المحدد في المادة 1648 من القانون المدني الفرنسي؟

في الحقيقة هناك رأي² يذهب إلى أنه يجوز الخيار بين الدعاوى شرط أن يوجد في نفس الوقت عيبا خفيا و عيب في المطابقة، فإذا وجد العيب المختلط (خفي و مطابقة) يجوز للمستهلك جمع الدعويين ما دامت الشروط الخاصة بهما متوافرة معا.

إن التغيير الحاصل في موقف القضاء الفرنسي بسبب قرار 5 ماي 1993، تم تأكيده بواسطة الغرفة المدنية الأولى و ذلك من خلال سلسلة من القرارات التي تؤكد على التفرقة بين العيب الخفي و المطابقة، كما فتح هذا القرار المجال للعديد من القرارات الأخرى، حيث قررت الغرفة المدنية الأولى فيما يعرف بقرار " Baduel " أن الشيء المبيع قد يكون مشوبا بعيب خفي لكن ليس معنى ذلك أنه غير مطابق، و لقد قررت نفس الغرفة أن فكرة التسليم غير المطابق أشمل من العيب الخفي و هي تختلف عنه، فالوقائع التي تشكل إخلال بالإشتراطات العقدية لا يمكن فحصها من زاوية العيوب الخفية و إنما من زاوية التسليم المطابق، بالإضافة إلى أن العيب المختلط الذي يشمل العيب الخفي و عيب المطابقة في نفس الوقت يجيز الخيار بين الدعاوى متى توافرت شروطه اللازمة³.

بالإضافة إلى ذلك فقد إعتبرت نفس الغرفة أن المبيع يعمل بطريقة عادية دون أن يشوبه أي عيب، إلا أنه لا يشمل على المواصفات الخاصة المتفق عليها بين الأطراف⁴.

و لقد إستقرت مختلف غرف محكمة النقض الفرنسية على إعتبار أن نظام العيوب الخفية مختلف عن الإلتزام بالتسليم المطابق و ذلك من خلال تكريس التفرقة الضيقة بين الفكرتين، حيث أن العيب الخفي هو الخلل الذي يجعل الشيء المبيع غير صالح للإستعمال العادي المخصص له⁵، أما التسليم المطابق هو تسليم شيء يوافق للخصائص العقدية المتفق عليها⁶.

فحسب المعيار المادي Pejus/ aliud أي (العيب و الإختلاف) فإن العيب هو الخلل⁷ الذي يعيق الوظيفة الجيدة للشيء⁸، في حين أن عيب المطابقة هو الفرق البسيط في نوعية، ذاتية و كمية الشيء المتفق عليه في العقد و الشيء المسلم، كما أن تقدير المطابقة يتم فقط بالرجوع إلى الإشتراطات العقدية.

و يتعين الإشارة أيضا إلى وجود العديد من الفروقات بين العيب الخفي و عيب المطابقة و ذلك أصلا من حيث الأساس، فالعيب الخفي ينتج عنه الإلتزام بالضمان، في حين أن عيب المطابقة ينتج عن

1- Rapprochement avec cass 1^{ère} civ, 24/03/1992, contrats, conc, cons, 1992, comm n° 130, p4.

2- François-Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op,cit, p 297.

3- Cass 1^{ère} civ, 16/06/1993, bull, civ, 1993, I, n°222, p 155.

4- Cass 1^{ère} civ, 13/10/1993, 1993, I, n°287, p 198.

5- Cass 1^{ère} civ, 14/12/2004, j.c.p, 2005, édition G, IV, n°1223, p230.

6- Cass 3^{ème} civ, 11/05/2005, Dalloz, 2005, p 154.

7- المادة 1641 فقرة 1 من القانون المدني الفرنسي.

8- المادة 1641 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي.

الإلتزام بالتسليم و تقوم المطابقة على أساس مبدأ المسؤولية بخطأ من العون الإقتصادي عند تنفيذ العقد¹، في حين أن ضمان العيوب الخفية لا يؤسس على خطأ من جانبه²، و ذلك لأنه بمجرد كون العيب خفي فإنه يقع على عاتقه إثبات أن ضمان العيوب الخفية منفصل عن فكرة خطأ و هذا هو الجانب الموضوعي و ليس الشخصي للضمان³.

أما إذا تعلق الأمر بعيب في المطابقة فإن العون الإقتصادي يسأل إذا كان الخطأ ينسب له، أما في حالة العيب الخفي فإنه ضامن في جميع الحالات و بغض النظر عن خطئه، و ينتج عن هذه التفرقة أنه في حالة عيب المطابقة فإنه يجوز له إعفاء نفسه من المسؤولية و ذلك بإثبات السبب الأجنبي، أما بالنسبة للعيب الخفي الخاضع للضمان فإن الإعفاء غير ممكن حتى عند وجود السبب الأجنبي⁴.

كما يختلف العيب الخفي و عدم المطابقة من حيث الآثار المترتبة على وجودهما، فالأول تنتج عنه دعوى إنقاص الثمن بنسبة العيب اللاحق و دعوى رد المبيع و إسترداد الثمن، إذ يمكن للمستهلك أن يختار بينهما بكل حرية، في حين أن عيب المطابقة يمنح لهذا الأخير الحق في طلب التنفيذ العيني أو الفسخ.

أما فيما يخص التعويض فإنه يتقرر للمستهلك في حالة العيوب الخفية عندما يكون العون الإقتصادي سيء النية أو بدون ذلك، حيث أن صفته المهنية كافية بحد ذاتها لطلب التعويض، و كذلك عند وجود عيب في المطابقة دون اشتراط سوء نية العون الإقتصادي⁵.

و من جهة أخرى فإن " الأجل " يعتبر معيار يفصل زنيا كل من الإلتزامين السابقين، فلما يتعلق الأمر بعيب في المطابقة فإن المستهلك يلجأ للقضاء في الأجل المعروفة في القواعد العامة، في حين أنه في وجود العيب الخفي فإن المستهلك يمكنه رفع دعواه في أجل سنة وفقا للقانون المدني الجزائري و سنتين وفقا للقانون المدني الفرنسي بحيث ترفض كل دعوى ترد خارج هذا الأجل.

فمن خلال ما تقدم يمكن القول أن مجرد كون الشيء مشوب بعيب يجعله غير صالح للإستعمال المخصص له، فإن هذا لا يجيز أبدا تشبيهه بعيب المطابقة بل إن التفرقة بينهما مسألة حتمية، لأن هذا التشبيه من شأنه خلق التداخل بين النظام القانوني للإلتزام بالتسليم المطابق من جهة و الإلتزام بضمان العيوب الخفية من جهة أخرى، في حين أنه في حقيقة الأمر لا ينبغي الخلط بين الإلتزامين لأن لكل منهما نظامه الخاص به، حيث أن نظام العيوب الخفية أقل ما يقال عنه هو أنه نظام طارئ، لأن العيب آفة طارئة قابلة للتطور و التقادم، و هذا ما يجعل لهذا النظام خصوصية من حيث ضرورة رفع الدعوى في الأجل القصير المنصوص عليه قانونا، كما أن العيب الخفي ينشأ عنه الإلتزام بضمان العيوب الخفية و هو إلتزام يمتد إلى جميع البيوع و بغض النظر عن صفة المتعاقدين.

1-Olivier Tournafond, les prétendus concours d'actions et le contrat de vente, recueil Dalloz, Sirey, 1989, p 238.

2- Alain Benabent, op,cit, p140; François-Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op,cit, p257.

- أنظر أيضا: أسعد دياب، المرجع السابق، ص 391.

3 - Alain Benabent, op,cit, p140.

4 - Christian Larroumet, les obligations, le contrat, Economica, Paris, 1996, p 654.

5 - جابر علي محجوب، المقالة السابقة، ص 200.

أما بالنسبة لعيب المطابقة فيمكن القول أنه نظام معتدل و قار، ذلك أنه لما يتواجد وقت البيع فإنه لا يتفاهم ليكتسي الطابع الخطير فيما بعد، كما أن هذا العيب ينتج عنه الإلتزام بضمان المطابقة المكرس قانونا سواء في قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 2016 و ذلك في المواد L217-4 و ما بعدها، أو في قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش من خلال المادة 13 التي تفرض هذا الضمان في حالة ظهور عيب بالمنتوج، و إن كانت عبارة " عيب" الواردة فيها عامة، بحيث لا تبين ما إذا كانت تشمل العيب الخفي أو عيب المطابقة، غير أن صدور المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، أزال اللبس و كذا الطابع العام لمصطلح "العيب"، و ذلك عندما نص في المادة 3 على أن ضمان المنتج قانونا يتعلق بالتسليم غير المطابق له.

و بناء عليه يتعين على المشرع الجزائري و الفرنسي الفصل بين الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية شكلا في القانون المدني، و ذلك بأن يدرج الواحد منهما منفصلا عن الآخر في عقد البيع، و من ثم وضع الأحكام الخاصة بكل منها، إلى جانب ضرورة فصلهما موضوعا للأسباب التي سبق عرضها، و لا سيما أن عدم الفصل بينهما يضع المستهلك في وضع يجعله عاجزا عن اختيار الدعوى الواجب مباشرتها، عند قيامه بشراء مبيع غير صالح للغرض الذي خصص له.

الفصل الثاني: مضمون و محل الإلتزام بالتسليم المطابق.

يقصد بمضمون الإلتزام بالتسليم المطابق ما يشتمل عليه هذا الإلتزام و ما يحتويه، حيث أنه لا يمكن ضمان التنفيذ الجيد له و من ثم عدم قيام مسؤولية العون الإقتصادي و إرضاء المستهلك، إلا بتحديد موضوع الإلتزام الذي سوف يقع على عاتق العون الإقتصادي بالضبط هذا من جهة، كما أنه و من جهة أخرى فإن تحديد ما يتضمنه الإلتزام بالتسليم المطابق بدوره غير كاف إلا إذا عرف محل هذا الإلتزام أي نطاقه من حيث الأشياء، بمعنى أنه إذا كان يقع على عاتق العون الإقتصادي إلتزام بتسليم شيء مطابق، فإنه يقع على المستهلك بمجرد تمام التسليم، التأكيد من مدى مطابقة الشيء المسلم لما تم الإتفاق عليه، سواء كانت المطابقة مادية أو وظيفية، و بناء عليه إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كمايلي:

المبحث الأول: مضمون الإلتزام بالتسليم المطابق.

المبحث الثاني: محل الإلتزام بالتسليم المطابق.

المبحث الأول: مضمون الإلتزام بالتسليم المطابق.

لاشك بأن أهم هدف ينشده المستهلك من إبرام عقد البيع هو أن تنتقل إليه كل من ملكية المبيع و كذا الحيازة الهادئة الخالية من المنازعات و المفيدة التي تمكنه من الإنتفاع به إنتفاعا تاما بحسب الغرض الذي أعد له¹، و على هذا الأساس قد يكفل أحد أطراف التعاقد أو يشترط صفة معينة في محل العقد تكريسا للحرية التعاقدية، بحيث تكون تلك الصفة أو الصفات هي الدافع للتعاقد نظرا لما توفره من إشباع لرغبة من أقدم على التعاقد بسببها، و من ثم لا يعتبر العون الإقتصادي موفيا للإلتزامه بالتسليم المطابق إلا إذا تحققت تلك المواصفات لحظة التسليم، و ذلك طبعا مع إفتراض خلو المبيع من العيوب و إتخاذ المدين ما يلزم من إجراءات يصير معها آمن في حيازته و إستعماله².

و تطبيقا لما سبق فلقد إعتبر المشرع الجزائري من خلال المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط و كفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، أن الإلتزام بالتسليم المطابق يتخذ إما الصورة المادية أو الوظيفية، لذلك سنتطرق في المطلب الأول إلى الإلتزام بتسليم مبيع مطابق ماديا، بينما في المطلب الثاني إلى الإلتزام بتسليم مبيع مطابق وظيفيا.

المطلب الأول: الإلتزام بتسليم مبيع مطابق ماديا.

إن الوجه المادي للإلتزام بالتسليم المطابق يشمل الإشتراطات العقدية التي بدورها يمكن أن تتعلق إما بأوصاف المبيع أو بكميته و هذا ما سنتطرق له من خلال الفرع الأول، علاوة على ذلك يشمل التسليم المطابق ماديا المطابقة للمواصفات القانونية و القياسية، و سنتطرق لهذه الصورة من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإلتزام بتسليم شيء مطابق للإشتراطات العقدية.

يقصد بالإشتراطات العقدية تلك الإتفاقات التي يتم تضمينها في العقد قصد تحقيق مصالح طرفيه أو مصلحة أحدهما و قبولها من الطرف الآخر بشرط أن تكون مشروعة و ممكنة، و عليه فإن القول بضرورة أن يكون التسليم مطابق للإشتراطات العقدية يعني أن يكون الشيء المسلم مطابق و صفا لما تم الاتفاق عيه و هذا ما سنتطرق له (أولا)، كما يعني أيضا ضرورة أن يكون مطابق كميا و سنتطرق ذلك (ثانيا).

أولا: الإلتزام بتسليم مبيع مطابق و صفا.

تنص المادة 364 ق م على أنه: " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، كما تقضي المادة 10 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المذكور أعلاه بأنه: " يجب ان يكون المنتج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له، و عند الاقتضاء:

- يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل و حانزا كل الخصائص التي يقدمها هذا المتدخل للمستهلك في شكل عينة أو نموذج..."

1- لجنة عبد الله خليل شبيب، الرسالة السابقة، ص 98 .

2- هالدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الثقافة، الأردن، سنة 2012، ص 371.

- أنظر أيضا: عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004، ص 687.

نستنتج من هذين النصين أنه يتعين على العون الإقتصادي أن يسلم إلى المستهلك ذات المبيع المتفق عليه أثناء التعاقد و بصفاته المحددة، كما يلتزم بتسليم ملحقاته و كل ما أعد بصفة دائمة لإستعمال الشيء و ذلك طبقا لما يقتضيه العرف و قصد المتعاقدين¹.

إن إلزام البائع بتسليم مبيع مطابق للمواصفات قد ينشأ عن الإتفاق مع المستهلك أو عن تعهد صريح من العون الإقتصادي أو من إشتراط المستهلك صفة معينة في الشيء المبيع، كما قد لا يتم الإتفاق على أوصاف معينة في المبيع و في ظل غياب الإتفاق يتم الرجوع للأحكام القانونية الموجودة في القواعد العامة في هذا الشأن أمرة كانت أو مكملة، و في هذه الحالة الأخيرة لا بد من التفرقة بين ما إذا كان المبيع معينا بالذات أو ما إذا كان معينا بالنوع و عليه سننظر إلى هاتين الحالتين كمايلي:

الحالة الأولى: وجود إتفاق خاص على مواصفات المبيع.

قد يلتزم العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق لمواصفات معينة بناء على إتفاقه مع المستهلك، كما قد يكون مصدر إلزامه هذا إشتراط المستهلك لوجود صفة في ذلك المبيع، حيث يترتب على ذلك ضمان العون الإقتصادي لوجود هذه الصفة و يسأل بالمقابل عن تخلفها طبقا لنص المادة 379 ق م التي تقضي بأن: " يكون البائع ملزم بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري...".

و مما لا شك فيه أنه في حالة وجود إتفاق على حالة و وصف المبيع الواجب تسليمه إلى المستهلك فلا بد من إحترامه وفقا لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " المنصوص عليها من خلال المادة 106 ق م، و يلتزم المستهلك بإثبات وجود هذا الإتفاق، فإذا أثبتته وجب على العون الإقتصادي أن يثبت بأن المبيع كان فعلا يحتوي على المواصفات المتفق عليها وقت تسليمه للمستهلك².

و تجدر الإشارة إلى أن إلزام العون الإقتصادي بتسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع ليس من النظام العام، أي أن القواعد الواردة في شأنه قواعد مكملة لإرادة الأطراف و لذلك يجوز الإتفاق على خلافها إذ يمكن الإتفاق على تسليم مبيع في حالة جيدة³، كما يجوز أن يتم إشتراط مبيع مطابق لمواصفات معينة و ذلك بالإحالة إلى مرجع معين كأن يتم إشتراط تسليم مبيع مطابق لعينة معينة و هذا ما يستخلص من نص المادة 353 ق م التي تقضي بأنه: " إذا انعقد البيع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها، و إذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين و لو دون خطأ كان على المتعاقد بائعا أو مشتريا، أن يثبت أن الشيء مطابق أو غير مطابق للعينة."

1 - أماوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 210.

2 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع و المقايضة، المجلد الاول، الجزء الثالث، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، سنة 1960، ص 565.

3 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 297.

الحالة الثانية: عدم وجود إتفاق خاص على مواصفات المبيع.

قد يحدث أن لا يدرج المتعاقدان تحديد حالة المبيع أو درجة جودته في العقد، سواء كان السبب في ذلك السهو أو التعمد، غير أن هذا السكوت يفسر قانونا على أنه من الضروري في هذه الحالة الإحالة إلى العمل بما تقتضيه الأعراف المعمول بها في هذا الشأن و التي لا تكون من النظام العام، عندئذ يتعين علينا التفرقة بين ما إذا كان المبيع معينا بالذات أو معينا بالنوع.

ففي المبيع المعين بالذات فإن التسليم يجب أن ينصب على الشيء الذي تم بيعه، الذي يجب أن يسلم بحالته الأصلية (état initial) أي التي كان عليها وقت البيع¹، و على هذا الأساس لا يجوز للعون الإقتصادي تغيير حالة المبيع، و هذا ما جاء في نص المادة 364 ق م جزائري التي تقضي بأنه: " يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع."

و من ثم فإن العون الإقتصادي ملزم تماما بتسليم الشيء المحدد في عقد البيع، أي شيء مطابق في ذاتيته² و دون أي تغيير حتى و إن كان هذا التغيير لا يلحق ضررا بالمستهلك، أو حتى إذا كان الشيء المستبدل به يؤدي نفس وظيفة المبيع³، كما أنه لا يجوز للعون الإقتصادي أن يسلم المستهلك بديلا عن المبيع أو شيء مقابل له حتى و لو كان أفضل من الشيء المتفق عليه في العقد و إلا ترتبت مسؤوليته عن الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق⁴.

و لقد أكد المشرع الجزائري على ذلك في نص المادة 276 ق م التي تقضي بأن: " الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره و لو كان الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى"، و لذلك إذا كان البيع وارد على سيارة معينة مثلا فإنه يجب على العون الإقتصادي أن يسلمها بذاتها و لا يجوز له أن يسلم للمستهلك منزلا بدلا منها، و لو كانت قيمة المنزل أكبر من قيمة السيارة إلا إذا قبل المستهلك بذلك⁵.

كما أن تسليم شيء مطابق ملزم أيضا في الحالة التي يكون فيها محل البيع محدد بجنسه أي بنوعه، و لمعرفة ما إذا كان الشيء المسلم مطابق لما تم الإتفاق عليه لا بد من الرجوع إلى المؤشرات المبينة بالعقد و معرفة مثلا طبيعته، مصدر، صنف، نموذج، نوع و كذا طريقة صنع المبيع...الخ⁶، و تجدر الإشارة إلى أن طريقة الإستعمال المحددة بين الطرفين يمكن أن تلعب أيضا دورا هاما في هذا المجال، و فيما يتعلق بالمطابقة المتعلقة بذاتية المبيع المعين بالنوع، فإن السؤال الذي يطرح هنا هو: هل تقدر المطابقة - في المبيع المعين بالنوع - بنفس الطريقة التي تقدر بها في المبيع المعين بالذات، و هل يكون ذلك وقت البيع؟

كما ذكرنا سابقا فإن تسليم المبيع في الشيء المعين بالذات يجب أن يكون بالحالة التي كان عليها وقت البيع، غير أنه إذا تعلق الأمر بتسليم شيء معين بنوعه فإن صفاته و حالته الواجب تسليمه بها إلى

1 - G.Baudry – lacantinerie et L. Saignant , op,cit, P 312 et Michel Alter, op,cit, P 87.

2 - Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 749

3 - G.Baudry –Lacantinerie, op,cit, P 312

4 - Philippe Malaurie, Laurent Aynés et Pierre- Yves Gautier, droit civil, les contrats spéciaux, 2ème édition refondue, Defrénois, Paris, 2005, p188.

5 - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 73.

6 - G .Bandry – Lacantinerie et L.Saignant, op,cit, P 312

المستهلك تقدر وقت إفرازه، حيث يجب أن يسلم هذا النوع من المبيع بالحالة التي كان عليها وقت إفرازه¹، و على العموم سواء تعلق الأمر بشيء معين بالذات أو معين بالنوع فإن العون الإقتصادي ملزم بتسليم شيء مطابق للإشتراطات العقدية، فإذا سلم شيء لا تتوافر فيه الخصائص المتفق عليها فإن إلتزامه بالتسليم لا يعتبر قد نفذ بسبب عيب في المطابقة².

و في قضية إعتمدت المحكمة العليا المبدأ القاضي بأن: " تسليم كمية من البطاطا المخصصة للإستهلاك بدلا من بذور البطاطا المعدة للزراعة حسب مقتضيات العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين و ثبوت فساد البضاعة المسلمة يجعل مسؤولية الطاعنة قائمة في إطار المسؤولية العقدية مما يستتبع معه أن قضاة الموضوع لم يرتكبوا أية مخالفة أو إغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات مما يتعين معه رفض الطعن"³.

إن إقرار هذا المبدأ جاء بعد تسليم الشركة البائعة (م و ت خ ف و س) بضاعة بذور البطاطا إلى (ك ح)، التي تبين أنها فاسدة و غير صالحة، حيث رفع هذا الأخير دعوى أمام محكمة سكيكدة التي قضت برفض الدعوى لعدم التأسيس، عندها قام المدعي (ك ح) بإستئناف الحكم و صدر قرار مجلس قضاء سكيكدة بقبول الإستئناف شكلا، و في الموضوع القضاء بدفع الشركة المستأنف عليها تعويضا للمستأنف عما فاتته من كسب و ما لحقه من خسارة نتيجة إرتكابها غشا في حق خصمها، و تسليمها كمية من البطاطا المخصصة للإستهلاك بدلا من بذور البطاطا المعدة للزراعة حسب العقد المبرم بينهما، فضلا عن أن البضاعة المسلمة إلى المشتري كانت فاسدة و مصابة بمرض، و عليه تسأل الشركة البائعة في إطار المسؤولية العقدية، غير أن قرار المجلس تم نقضه أمام المحكمة العليا من طرف الشركة لكن المحكمة العليا أيدت قرار المجلس و رفضت الطعن موضوعا.

حسب رأينا فإن قرار المجلس و إن كان صحيحا إلا أنه تنقصه بعض الدقة من حيث أن القضاء بالمسؤولية العقدية يستوجب معه تبيان الخطأ المرتكب و إعطائه التكييف القانوني الصحيح، بل و فيماذا يتمثل إخلال الشركة بالضبط، و المقصود بذلك الإلتزام الملقى على عاتقها، لأن الأمر يتعلق في حقيقة الأمر بتسليم مبيع غير مطابق على أساسه تم القضاء بمسائلة الشركة عقديا، و هذا ما كان يتعين على قضاة المجلس تبيانه، لأن تسليم بطاطا مخصصة للإستهلاك بدلا من بذور البطاطا المعدة للزراعة يعني باختصار أنه تسليم غير مطابق للإشتراطات العقدية، مما يمكن معه قيام جزاءات مختلفة .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التعاونية الفلاحية لم تنفذ إلتزامها بالتسليم كما ينبغي، و ذلك لما سلمت بذور لا تتماشى مع النوعية المطلوبة و المستعملة في تربية المواشي (Monarch)⁴، و قضت أيضا أنه عندما يطلب صاحب المشتلة من مزارع، بذور التفاح من نوع محدد، فإن المورد لا يكون قد نفذ إلتزامه بالتسليم المطابق و ذلك عند تسليم بذور من نوعية غير المطلوبة⁵، و نفس الشيء إذا كانت الكبسولات الغذائية غير مطابقة للخصائص المذكورة في " الوسم "، حيث أن العيب في الوسم يشكل عدم

1 - G .Bandry – Lacantinerie et L.Saignant, op,cit, p312.

2- Philippe Malaurie, Laurent Aynés et Pierre- Yves Gautier, op, cit, p 188 et 189.

3 - قرار رقم 213691 صادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2000/02/16، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، العدد 1، سنة 2001، ص 122.

4 - Cass 1^{ère} civ, 22 février 2000, contrats, conc, cons. 2000, comm. n°91, note L. Leveneur.

5 - Cass 1^{ère} civ, 24 novembre 1993, contrats, conc, cons. 1994, chroniques n°3, p2, note L. Leveneur.

مطابقة لعقد البيع¹، كما لا يعد العون الإقتصادي قد نفذ إلتزامه بالتسليم المطابق إذا سلم الشمندر العادي بدلا من الشمندر السكري²، أو الكلور الثلاثي بدل الثنائي أو المضاعف³.

و في جميع هذه القرارات فإن الأمر يتعلق بتسليم شيء غير ذلك الذي تم الإتفاق عليه أي (délivrance d'un aliud)، و بطريقة أخرى فإن المسألة تتعلق هنا بتسليم مبيع ذو صنف (جنس) مجاور أو مشابه للشيء المتفق عليه (une espèce voisine)، و في جميع هذه الحالات فإن المستهلك غير ملزم بتسلم المبيع إلا إذا كان مطابقا لما تم الإتفاق عليه في العقد⁴، فمثلا من يشتري كتاب يحتوي على عدة أعداد يمكن رفض تسلم الكتاب و إشتراط العدد المتفق عليه و ليس عدد آخر⁵، و لا يلزم المستهلك أيضا بتسلم السيارة ذات قدرة 15-18 حصان بخاري إذا كانت السيارة المتفق عليها في العقد قدرتها من 15-20 حصان بخاري⁶، و كذلك الحال بالنسبة لعدم تطابق زخارف و ألوان خشب الأثاث المسلم غير المطابقة للطلب⁷.

كما يلتزم العون الإقتصادي بتسليم مطابق من حيث نوعيته (la qualité) و لما هو منتظر لكن بشرط أن تكون النوعية أيضا محلا للصفات المبينة و المشترطة في العقد، حيث تعتبر عنصر من عناصر المطابقة⁸، لكن لا يفترض أنه يتعين على العون الإقتصادي تسليم المستهلك شيء من نوعية جيدة و لا من نوعية أقل⁹، على أنه يمكن للمستهلك أن يشترط الحصول على الشيء الذي حدده في العقد¹⁰، و هذا ما أكدته المادة 276 ق م .

غير أنه وفقا للأعراف التجارية فإن عندما تكون نوعية الشيء أكثر أو أقل مما هو متفق عليه فإن المستهلك ملزم بتسلم المبيع مع الإستفادة من تخفيض الثمن في حالة النوعية الأقل، و كذا دفع مبلغ إضافي في حالة النوعية الأحسن مما تم الاتفاق عليه¹¹.

و قد قضت محكمة استئناف Besançon بفسخ عقد بيع أريكة كبيرة و أريكتين صغيرتين مرفقتين بالأولى تم تصنيعهم من الجلد و اشتراط أن يكون التزيين برغوة من نوعية (Bultex)، غير أنه تم تسليم هذا المبيع غير المزين بهذه المادة و ذلك على خلاف ما هو متفق عليه عقديا، مما أدى إلى تقرير الفسخ، لأن الأمر يتعلق بالإخلال بالالتزام بتسليم شيء غير مطابق، و حسب محكمة الاستئناف فإن: " نوعية الرغوة المستعملة سواء على المكان المخصص للجلوس أو ظهر الأريكة يعتبر أساسي للراحة و ضروري أيضا للمحافظة عليها طويلا، كما أنها تعتبر عنصرا أساسيا في تسليم الشيء المبيع حتى و إن كانت الرغوة محل النزاع لها صفات مماثلة للنوعية المحددة من طرف البائع، كما أنها لا تحمل علامة

1 - Ca de Lyon, 7 juillet 2000, J C P, 2000, éd, G, IV, n° 1089.

2 - Cass 1^{ère} civ, 11 octobre 1966, bull. Civ, I, n° 466, p 353.

3 - Ca. Paris 5^{ème} ch, 9 novembre 1979, cité par J. Ghestin et Bernard Desché, op, cit, note n°14, p 749.

4 - G.Baudry – Lacantinerie et L. Saignant, op,cit, P 313.

5 - Cass.1^{ère} civ, 26 novembre 1980, bull,civ, I, 1980, P 246.

6 - Req.16 mai 1911.D.P, 1912.1, P 271.

7 - Cass.1^{ère} civ, 1er décembre 1987, bull, civ, I, n° 324, 1987, P 233.

8 - PHILIPPE Malaurie et Aynès, op,cit, P 188 et 189 .

9 - Michel Alter, op,cit, P 119

10 - G.Baudry – Lacantinerie – L.Saignant, op,cit, P 314

11 - Ibid.

الماركة الفرنسية، في حين أن نوعية (bultex) تستجيب لمعايير النوعية المعروفة من طرف الجمهور".¹

أما في مجال التجارة الدولية و لما يتعلق الأمر بعقد البيع الدولي للبضائع، فإن المشتري عادة لا يرى البضاعة التي يقدم على إقتنائها، بل يقدم على التعاقد إستنادا إلى أوصاف معينة يراها فقط من خلال عينات أو كتالوجات أو نماذج يرسلها له العون الإقتصادي ليختار منها ما يناسبه²، فإذا سلم هذا الأخير إلى المشتري بضاعة تتفق مع المواصفات التي حددها هذا المشتري فلا يثور أي إشكال، أما إذا سلم بضاعة تختلف في مواصفاتها عن تلك المتفق عليها ففي هذه الحالة يعد العون الإقتصادي مخل بالتزامه بتسليم بضاعة مطابقة و صفياء، فلا يعتبر أيضا قد نفذ إلتزامه صحيحا إلا إذا سلم شيء مطابق للنوعية و للصنع المتفق عليهما، كما لا يكون قد نفذ إلتزامه على الوجه الصحيح إلا إذا كان الشيء المسلم متضمنا للصفات التي سبق للعون الإقتصادي و أن عرضها على المشتري كعينة أو نموذج³.

فقد يتم تحديد الوصف صراحة بالعقد أو بالإحالة إلى مرجع معين، و في هذه الحالة إذا لم تكن هناك مواصفات معينة قد تم تحديدها صراحة بواسطة طرفي عقد البيع فإنه يقع على المشتري عبء إثبات أن وصفا معينيا يجب مراعاته طبقا للأعراف أو العادات التجارية⁴، و من جهة أخرى فإن الإلتزام بتسليم مبيع مطابق و صفياء قد ينشأ باتفاق الطرفين عن المبيع بموجب تعهد صريح من العون الإقتصادي، أو بإشتراط المشتري صفة معينة في الشيء المبيع، و عليه يعتبر العقد مرجعا أساسيا لتحديد مواصفات المبيع، لذلك فإن صفاته و خصائصه لا يتم تحديدها وفقا لنماذج موضوعية للصفة فقط، بل أيضا طبقا للوصف المنصوص عليه في العقد⁵، فمبدأ سلطان الإرادة يتيح للأطراف المتعاقدة تحديد صفة البضائع بحرية و كذا وضع ضوابط للمواصفات التي ينبغي توفرها فيها، ما لم تكن هذه الضوابط مخالفة للنظام العام.

و لقد تبنت إتفاقية لاهاي 1964 هذه القاعدة المتعلقة بالتسليم المطابق و صفياء فمن جهة نصت المادة 19 التي تقضي بأن التسليم هو: " تقديم شيء مطابق للعقد"، و تأكيدا على ذلك فقد نصت المادة 33 منها على أنه: " تتحقق عدم المطابقة الوصفية إذا تم تسليم شيء لا يتوافق فيه المواصفات و الخصائص المنصوص عليها صراحة أو ضمنا في العقد"، و من جهة أخرى فقد نصت ذات الإتفاقية على حالات قيام تسليم بضاعة غير مطابقة و صفياء، كأن يسلم العون الإقتصادي بضاعة تختلف عن تلك المتفق عليها جنسا، نوعا، عينة و نمونجا عما تم الإتفاق عليه⁶.

على أساس المادتين 19 و 33 من الإتفاقية السالفة الذكر، تعتبر البضائع المسلمة التي لا تحتوي على المواصفات الضرورية للإستعمال العادي أو التجاري المعد له، أو التي لا تتضمن الصفات اللازمة لإستعمال خاص قد تم الإتفاق عليه في العقد، من قبيل عدم المطابقة الوصفية وفقا لنص المادة 33 الفقرة (هـ) من إتفاقية لاهاي 1964⁷، و أن تقدير مفهوم مطابقة المبيع للأوصاف يكون تبعا للإستعمال الذي

1- Ca Besançon, 26 novembre 1997, JCP, G, 1998, P 627.

2 - محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، ص 364.

3 - أنظر المادة 2/35 - ج - من إتفاقية فيينا 1980.

4 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، هامش 242، ص 52.

5 - Philippe Le Tourneau, Responsabilité des vendeurs et fabricants, op,cit, P 143.

6 - المادة 33 فقرة ج من إتفاقية لاهاي 1964.

7 - رضا محمد ابراهيم عبيد، الرسالة السابقة، ص 355.

تستخدم فيه عادة بضائع من نفس النوع و عند الضرورة طبقا للإستعمال الخاص الذي قد أحيط به العون الإقتصادي علما وقت التعاقد¹.

أما إتفاقية فيينا 1980 فقد فرضت هي الأخرى من خلال المادة 1/35 على العون الإقتصادي أن يسلم بضائع تكون نوعيتها و أوصافها مطابقة لأحكام العقد، و في حالة عدم إتفاق الأطراف فإن البضاعة المسلمة لا تكون مطابقة لشروط العقد إلا إذا توافرت مجموعة من العناصر من بينها صفات البضاعة التي سبق للعون الإقتصادي و أن عرضها كنموذج أو عينة².

و نلاحظ أن إتفاقيتي لاهي 1964 و فيينا 1980 لا تختلفان حول ضرورة تسليم العون الإقتصادي بضاعة مطابقة للأوصاف المتفق عليها إلى المشتري، غير أن الإتفاقية الأولى جاءت بحكم لم تأت به الثانية يتمثل في عدم الإعتداد بعدم المطابقة إذا كانت تافهة و غير مؤثرة على قابلية الشيء المبيع للتصريف التجاري³.

و قد يحيل العقد إلى مرجع معين خارجي عنه قصد تحديد أوصاف البضاعة الواجب تسليمها للمشتري كأن تكون الإحالة مثلا إلى عينة، صنف، نموذج، كتالوج، مخطط... الخ⁴، و يعتبر تحديد المطابقة الوصفية إستنادا إلى المرجع من المسائل الهامة التي تظهرها الممارسة العملية و خاصة إذا كان هذا المرجع يتمثل في عينة، حيث يثبت من خلالها أن البضاعة يجب أن تكون مطابقة لها، إذ تسمح العينة بتقدير طبيعة و خصائص و مواصفات البضاعة محل البيع، و تجدر الإشارة إلى أن أخذ العينة يتم حسب طريقة تصدير البضائع، كما يعد الإعتداد على العينة أو النموذج هي الطرق الأكثر إستخداما و شيوعا، ذلك لأنها تسمح للعون الإقتصادي بأن يقدر نطاق إلتزاماته بدقة من جهة، و يترك فرصة للمشتري لرؤية هذه البضائع بوضوح⁵.

و لقد تبنت كل من إتفاقية فيينا 1980 و إتفاقية لاهي 1964 هذا الإتجاه، و ذلك لما قررت الأولى من خلال المادة 2/35 (ج) أن البضاعة لا تعد مطابقة إلا إذا تضمنت صفات البضاعة التي سبق للعون الإقتصادي عرضها على المشتري كعينة أو كنموذج، أما إتفاقية لاهي 1964 فقد أخذت بنفس الفكرة في المادة 1/33 (ج) و إعتبرتها من قبيل عدم المطابقة و ذلك لما يسلم العون الإقتصادي شيئا لا يطابق العينة أو النموذج الذي تم الإتفاق عليه.

إن الإشارة إلى بنود العقد أو النموذج أو العينة كمرجع لتحديد مدى مطابقة المبيع المسلم من حيث صفاته، كلها وسائل كفيلة بتحديد تعهد العون الإقتصادي تجاه المشتري الذي لا يكون أمامه سوى فحص البضاعة و مقارنتها بتلك المتفق عليها من خلال العينة، و إذا كانت مطابقة البضاعة تتحدد من خلال

1 - Philippe Le Tourneau, Responsabilité des vendeurs et fabricants, op,cit, P 143.

2 - المادة 2 /35 من إتفاقية فيينا 1980.

3 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 60.

4 - و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه الأمثلة التي تعتبر من قبيل المرجع المحدد لأوصاف البضاعة في العديد من القرارات نذكر منها مثلا: قرار يقضي بأن التسليم مطابق للكتالوج.

- Cass, 1^{ère} civ, 3 juin 1997 .

و في قرار آخر عدم مطابقة قطعة الأرض لمخطط التسويق.

-Cass 3^{ème} civ , 17 juillet 1997.

- و يتجه القضاء الفرنسي إلى التوسع فيما قد يشمل المرجع المحال له لتحديد مواصفات المبيع، كأن يعتمد على الوثائق الإشهارية Documents Publicitaires الصادرة عن البائع لا سيما في مجال الإعلام الألي.

Voir: Philippe Le Tourneau, Responsabilité des vendeurs et fabricants, op,cit , P 144.

5 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 65.

العينة أو النموذج فإن العون الإقتصادي يلتزم بتسليم هذه البضاعة مطابقة لتلك التي قدمت كمرجع يستند إليه في تحديده، فإذا وجد إختلاف بين البضاعة المسلمة و بين مرجع تحديد المطابقة، فإن مسؤوليته تقوم ما لم يكن هذا الإختلاف بسيط و لا يرقى إلى مرتبة المخالفة الجوهرية¹.

إلا أنه يتعين على المشتري حتى يمكنه إثارة مسؤولية العون الإقتصادي في هذا المجال أن يثبت بأن هناك إحالة إلى مرجع معين حتى تكون هناك إمكانية لمقارنة البضائع المسلمة له بهذا المرجع، و إن تعذر عليه إثبات وجود الإحالة إلى مرجع معين فتطبق قاعدة مواصفات البضائع التي يسمح بتصريفها تجارياً².

كما تنثور مسؤولية العون الإقتصادي ليس فقط إذا كانت البضاعة المسلمة للمشتري مختلفة كلياً عن المرجع الذي أحيل إليه، بل تقوم أيضاً مسؤوليته و يعد مخرلاً بالتزامه بتسليم بضاعة مطابقة للمواصفات التي وضعها حتى و إن إختلفت جزئياً مع المرجع المحال إليه، و أنه إذا كان هناك إختلاف بين ما يعبر عنه العقد من ناحية و العينة من ناحية أخرى فإن الأولوية لما تم الإتفاق عليه عقدياً³.

كما قد يتم تحديد أوصاف البضاعة وفقاً للأعراف التجارية، حيث أنه إذا كان طرفاً عقد البيع الدولي يهتمان بمسألة إحترام البنود التعاقدية فإنه ليس من السهولة دائماً أن يتوقعا بالضبط مجموع العوامل المكونة للمواصفات التي يجب أن تقدمها البضاعة، لذلك من الضروري أن يحتاط الأطراف لهذه المسألة من خلال المواصفات و الخصائص التي تعبر عن إرادتهما المشتركة، و ذلك باللجوء إلى العادات والأعراف التي تسري في مجال التجارة الدولية⁴، و لقد نصت إتفاقية فيينا 1980 على أنه: " ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك، يفترض أن الطرفين قد طبقا ضمناً على عقدهما أو على تكوينه كل عرف كانا يعلمان به أو كان ينبغي أن يعلما به، متى كان معروفاً على نطاق واسع و معتبراً بانتظام في مجال التجارة الدولية بين الأطراف في العقود المماثلة السارية في نفس فرع التجارة"⁵.

يتضح من خلال النص المذكور أعلاه أنه يجوز لأطراف عقد البيع الدولي للبضائع الإتفاق على أن تكون البضاعة ذات صفة متوسطة و تجارية، حتى يسهل إعادة بيعها و تصريفها أو يدرجوا مصطلح "صفة البضاعة كما هي"، أو مصطلح "الصفة شوهدت"، أو البضاعة "معروفة" أو "مقبولة"، و يلاحظ أن مثل هذه المصطلحات إذا كان من المستحسن إستعمالها فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تعفي العون الإقتصادي من ضرورة ضمان صفة تجارية صادقة للبضاعة⁶.

كما أنه ليس هناك ما يمنع أن تحدد صفة البضائع بوضوح عن طريق إدراج عبارة "صفة مألوفة" في العقد، و يتعين على العون الإقتصادي في هذه الحالة أن يسلم بضائع مطابقة للمواصفات المفروضة⁷، و يفهم من ذلك أنه يتعين وفقاً لإتفاقية فيينا، التقيد بالأعراف المتفق عليها و بالعادات التي إستقر التعامل بها، و عليه يمكن تحديد المطابقة الوصفية إستناداً للأعراف التجارية من خلال النص على بعض المصطلحات التي تفيد ذلك، و رغم عدم تطرق إتفاقية فيينا لهذه المسألة بالتفصيل، إلا أنه يوجد في

1 - Philippe Kahn, la convention de Vienne du 11 avril 1980, op,cit, P 17.

2 - Michel Alter, op ,cit , n° 35 et S.

3- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 68.

4- نفس الرسالة، ص 76.

5- نص المادة 9 فقرة 2 من إتفاقية فيينا 1980.

6- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 76.

7- سمير الشرفاوي، المرجع السابق، ص 362.

نصوصها ما يشجع على تبني هذه القاعدة، لتسليمها بتطبيق الأعراف التجارية في المسائل التي لم تعالجها و التي من بينها " تحديد وصف البضائع المسلمة"، و على الرغم من جواز تطبيق الأعراف التجارية إلا أنه يجب أن يتوافر الحد الأدنى للصفة في تلك الأعراف و هو ما يعبر عنه بقابلية التصريف التجاري للبضاعة.

ثانيا: الإلتزام بتسليم مبيع مطابق كميًا.

لقد نص المشرع الجزائري على ضرورة مطابقة المبيع المسلم إلى المشتري كميًا و ذلك من خلال المادة 365 ق م التي تقضي بأنه: " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع، كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير أنه..."، و كذا المادة 277 ق.م التي تنص على أنه: " لا يجبر المدين الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه، ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

فإذا كان الدين متنازعا في جزء منه و قبل الدائن إستيفاء الجزء المعترف به، فليس للمدين رفض الوفاء بهذا الجزء."

و مقتضى هذا النص أن المدين ملزم بالوفاء بعين ما إلتزم به أي كان محل الإلتزام دون زيادة أو نقصان، حيث لا يجبر قانونا على الوفاء بأكثر مما هو متفق عليه، و لا أقل مما هو مستحق¹.

كما تنص المادة 1/94 ق م على أنه: " إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته، و يجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا."

يستشف من هذه المادة أنه يجب تعيين الشيء محل التعاقد عموما تعيينا دقيقا، فإذا تعلق الأمر بعقد بيع فإنه يجب أن يعين المبيع تعيينا دقيقا لتحديد كميته، و إذا لم يكن محل الإلتزام معين بذاته و يجب أن يكون معينا بنوعه، و في هذه الحالة الأخيرة يجب أن يعين بمقداره، أو ما يستطيع به تعيينه.

و تنص المادة 166 ق م على أنه: " إذا ورد الإلتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء.

فإذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد إستئذان القاضي، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض."

يتضح من خلال هذا النص أنه إذا كان المبيع شيئا معينا بالنوع و يجب أن يعين مقداره في العقد، و في هذه الحالة إذا سلم العون الإقتصادي كمية أقل من القدر المتفق عليه، جاز للمستهلك مطالبة بالتنفيذ العيني، أي تسليم الكمية المتفق عليها، و له في سبيل ذلك أن يحصل على شيء من نفس النوع على نفقة العون الإقتصادي بعد إستئذان القضاء، و في هذا الفرض لا يثور أي إشكال طالما أن التنفيذ العيني ممكن.

أما في حالة المبيع المعين بالذات فلقد نصت المادة 365 ق م على أنه: " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع، كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع، إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

1- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 103.

و بالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، و كان الثمن مقدرا بحسب الوحدة، و جب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنًا زائدًا، إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، ففي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد إتفاق يخالفه.¹

إن هذا النص يطبق كقاعدة عامة على المبيع المعين بالذات الذي تم تعيينه في العقد¹، و ليس هناك ما يمنع من تطبيقه على المبيع المعين بالنوع لكن بعد افرازه، فإذا كان قد عين المبيع دون تعيين مقداره، ففي هذه الحالة يلتزم العون الإقتصادي بالتسليم دون أن يسأل عن عدم مطابقة الكمية، و إذا كان المستهلك قد وقع في غلط في كمية المبيع جاز له التمسك بطلب إبطال العقد على أساس الغلط متى توافرت شروطه²، و بالتالي فإن العون الإقتصادي يضمن نقص كمية المبيع حتى تمام تسليمه فقط أما بعد ذلك فلا يضمن نقص الكمية، و ذلك لأنه يكون قد وفى بالتزامه بالتسليم، و يكون المبيع منذ هذه اللحظة في حيازة المستهلك الذي يستفيد من زيادته كما أنه هو الذي يتحمل نقصانه³.

أما إذا كان المبيع معينًا بالذات و قام المتعاقدان بتعيين ذاتيته و تحديد مقداره، كما لو بيعت أرض معينة الحدود و ذكر في العقد أن مساحتها 4500 متر مثلًا أو بيع السكر الموجود في المخزن و ذكر في العقد أنه 50 طن ثم إتضح أن كميته مختلفة سواء كانت زائدة أو ناقصة عن المقدار المتفق عليه، فما هو الحكم في هذه الحالة؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي التفرقة بين ما إذا كانت الكمية ناقصة أو زائدة، ففي حالة النقصان أي العجز، يتم الرجوع إلى إرادة المتعاقدين إن وجدت لتحديد الحكم في هذه الحالة، أما إذا لم يوجد إتفاق فيتم الرجوع إلى العرف، فإذا كان العرف قد جرى على التجاوز و التسامح في مقدار نقص الكمية، فلا تقوم مسؤولية العون الإقتصادي، أما إذا كان النقص تجاوز المقدار المتسامح فيه أو لم يوجد عرف أصلاً ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليته⁴.

أما إذا كانت كمية المبيع المسلمة للمستهلك زائدة، فإنه في حالة وجود إتفاق فلا بد من الرجوع إليه لتطبيق أحكامه، أما إذا لم يوجد إتفاق فإنه إذا كان الثمن مقدر جملة واحدة ثم تبين أن كمية المبيع زائدة فإن الزيادة تكون من حق المستهلك، و لا يجوز للعون الإقتصادي أن يطالب المستهلك بقدر الكمية الزائدة، لأن تعيين مقدار المبيع في هذه الحالة جاء على سبيل الوصف الذي يقابله شيء من الثمن، و يبرر هذا الحكم أيضا بأن المبيع كان موجود بيد العون الإقتصادي و كان يمكنه معرفة مقداره، فإذا قصر في ذلك و باعه بثمن محدد جملة فلا يجوز له المطالبة بزيادة الثمن على الكمية الزائدة، و يفسر ذلك بأنه إرتضى الثمن المتفق عليه⁵.

لكن إذا كان ثمن المبيع قد تم تقديره بحساب الوحدة فإن المبيع إذا كان غير قابل للتجزئة بأن كان مما يتلف بقسمته أو كان يترتب على التجزئة ضرر بالغ، فإن الزيادة تكون للمستهلك و يلزم بتكملة الثمن على أساس سعر الوحدة المتفق عليها، و مع ذلك يجوز طلب فسخ العقد إذا كانت الزيادة جسيمة بحيث ما كان له ليتعاقد لو علم بها، أما إذا كان المبيع قابل للتجزئة فلا يأخذ إلا المقدار المتفق عليه في مقابل الثمن المحدد على أساس سعر الوحدة، و تكون الزيادة للعون الإقتصادي و لا يجوز أن يلزم المستهلك بأخذ

1- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 162.

2- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 265.

3- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 163.

- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 4.300.

- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 5.267.

القدر الزائد و دفع ما يقابله من ثمن، كما لا يجوز للمستهلك أن يلزم العون الإقتصادي بتسليم القدر الزائد نظير ما يقابله من ثمن¹.

يستوجب المشرع الجزائري أن يتم تسليم كمية المبيع المتفق عليها في العقد إلى المستهلك، و يستعمل للدلالة على ذلك عبارة تقييد ذات المعنى مثل: " قدر المبيع " أو " مقدار المبيع "، حيث توجب المادة 365 ق م على العون الإقتصادي أن يسلم المقدار المتفق عليه في عقد البيع، كما وضع جزاء لمخالفة هذه القاعدة، فإذا سلم كمية مغايرة لتلك المتفق عليها بالزيادة أو النقصان، فإنه يتحمل مسؤولية هذا الإخلال، و تجدر الإشارة إلى أن الأحكام المتعلقة بالزيادة أو النقصان أي كمية المبيع المنصوص عليها في القانون المدني هي أحكام مكملة لإرادة المتعاقدين، معنى ذلك أنها لا تطبق إلا في حالة عدم إتفاق الطرفين على ما يخالفها.

و إذا كان من الشائع عمليا إدراج المتعاقدين شروط عدم ضمان قدر المبيع في العقد على أساس أنها ليست من النظام العام²، و ذلك لضمان إستقرار البيع و لتجنب أي نزاع محتمل بعد إبرامه، فإن التساؤل الذي يطرح هنا هو: ما مدى مشروعية هذه الشروط قانونا؟

إن القانون لا يمنع من إدراج هذا النوع من الشروط و ليس معنى ذلك أنه يجوز إدراج شروط تعسفية هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن تضمين شرط عدم ضمان قدر المبيع في العقد من شأنه أن يفتح المجال أمام العون الإقتصادي على أن يرغم المستهلك على قبول مبيع ناقص، و لهذا فإنه إذا أدرج العون الإقتصادي شرط "عدم ضمان قدر المبيع" في العقد فإن هذا البند يقع باطلا و عديم الأثر في هذه العلاقة، كما يكون عديم الأثر أيضا في حالة الخطأ الجسيم أو تدليس أو سوء نية العون الإقتصادي³.

و لقد أسهب المشرع الفرنسي في تفصيل أحكام تسليم المبيع المطابق كميا و ذلك من خلال المادة 1616 من القانون المدني، حيث أنه إذا وجب أن يكون الشيء المبيع مطابق للكمية المتفق عليها في العقد⁴، و إذا كان قد بيع دون مراعاة مقداره أو كميته فإنه من المفروض لا مجال للأخذ في الحسابان فرق الكمية و ذلك سواء تعلق الأمر بالمنقولات أو بالعقارات، و الفرق في المقدار لا يثير مشاكل خاصة ما دام يمنح للمستهلك في هذه الحالة الحق في تخفيض الثمن و بالمقابل لا يمنح للعون الإقتصادي الحق في زيادة الثمن، و هذا يعني أن الفرق في الكمية المسلمة لا يؤثر على الثمن⁵، و أن الطريقة الوحيدة المتاحة للمستهلك هي اللجوء إلى القواعد العامة كالدفع بنظام عيوب الإرادة التي تجيز طلب إبطال العقد إذا كان هناك غلط في تركيبية الشيء⁶، بحيث يجعل فرق المقدار يحول دون إمكانية تحقيق الهدف الذي من أجله تم البيع، و على العكس من ذلك، فإذا أخذت كمية المبيع المسلم بعين الإعتبار و إتفق عليها من أجل تحديد السعر كما نصت عليه المادة 1616 ق م فرنسي، فإن العون الإقتصادي يكون ملزم بتسليم الكمية أو

- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 301. و محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 1268.

2-G.Baudry-Lacantinerie et L. Saignant, P 340.

3-Joanna Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, JCP, civil, 2000 (articles 1603 -1623), fascicule 20, n° 140, P 19.

4- J. Ghestin et B. Desché, op,cit, P 749.

5 - François Collart Dutilleul et Ph.Delebecque, op,cit, p 222; Michel Alter, op,cit, p86 et s.

6- تتحقق المطابقة الكمية أيضا إذا تم تسليم مبيع مطابق قدرا و كما بما في ذلك العناصر و المكونات الداخلة في تركيبها، مع تم إشرطه في العقد أو نص عليه المشرع.

- عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 694.

المقدار الذي تضمنه عقد البيع، و في حالة وجود زيادة أو نقصان فإن المستهلك ليس ملزم أصلا بإستلام الشيء المبوع.

أما إذا لم يتم الإتفاق على الكمية فإن المشرع الفرنسي يحيل إلى الأحكام القانونية الواردة بالمادة 1616 و التي تنص على أنه: " يجب على البائع التسليم بالقدر الوارد في العقد " .

إن ما يلاحظ على هذا النص أن مصطلحاته عامة، مما يفيد إمكانية تطبيقه على بيع العقارات و كذا على بيع المنقولات على حد سواء، فبالنسبة إلى التسليم المطابق كليا بالنسبة للعقار فإن المشرع الجزائري لم يضع نصوص خاصة بقدر العقار المسلم، بل جعل النصوص التي سنها في هذا المجال نصوص عامة لا يقتصر نطاقها فقط على المنقولات، و إنما يسري كذلك على العقارات و هذا ربما راجع لنظام الشهر المتبع في الجزائر و هو نظام الشهر العيني، الذي يسمح من خلال السجل العقاري بالإطلاع على كافة البيانات و المعلومات المتعلقة بالعقار بما في ذلك مساحته.

أما القانون المدني الفرنسي فلقد كرس عددا من الأحكام المتعلقة بتسليم مبيع مطابق مقدار في المجال العقاري، و ذلك في المواد من 1616 إلى 1623، و الهدف من هذه الأحكام هو تنظيم العلاقات بين الأطراف لما لا يشتمل العقار المسلم على المساحة المتفق عليها سواء في حالة النقصان (العجز) أو الزيادة، و الجدير بالذكر أن القواعد المسطرة في هذا الإطار التي توحى المصطلحات المستعملة فيها بأنها تتعلق فقط بالعقارات، تمثل قواعد ذات طابع خاص لأنها تخالف و تناقض القواعد العامة فيما يخص الأجل المحدد بالمادة 1622 ق م فرنسي، التي تمنح للأطراف المتعاقدة الحق في رفع دعوى تكملة الثمن من طرف العون الإقتصادي أو تخفيضه أو إنهاء البيع من جانب المستهلك، خلال سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد.

و لقد قرر المشرع الفرنسي فرضيتين يميز من خلالهما بين بيع العقار المحدد المقاس و بيع العقار من دون شرط تحديد المقاس، ففي الحالة الأخيرة لما يتم البيع مع تحديد المساحة و لا تكون هذه الأخيرة قد أخذت بعين الإعتبار لتحديد السعر الإجمالي، فإننا نكون بصدد بيع بثمن إجمالي و بتحديد مقدار المساحة و لكن بدون شرط " تحديد مقياس، كأن تباع مثلا أرض مساحتها 1000 متر مربع بثمن 15000 أورو، ففي هذا النوع من البيوع فإن طريقة تحديد السعر تبين بأن المقدار غير محدد من خلال نية المتعاقدين، و أن النية لا تعني المساحة بحد ذاتها و لكنها قد تعني الموقع الجغرافي للأرض و ملحقاتها... إلخ¹، إذن من المفروض أنه لا مجال للأخذ بعين الإعتبار مسألة " فرق المقدار أو الكمية " في هذه الحالة و عليه يلتزم المستهلك بإستلام الشيء كما هو، إذ أنه ليس ملزم بدفع مبلغ إضافي عن المقدار الزائد و لا يحق له بالمقابل طلب تخفيض الثمن لنقص مقدار المساحة، غير أن المادة 1619 من ق م فرنسي تجيز طلب زيادة الثمن إذا زاد المقدار و طلب تخفيض الثمن لأقل نقص و ذلك لما يكون الفرق على الأقل أو الأكثر بين القياس الحقيقي و ذلك المحدد في العقد ب 20/1 ، و أن الفرق يقاس بالنظر للقيمة الكلية للشيء المبوع و بالتالي لما يقدر بنسبة 20/1 فإنه يجوز للمستهلك طلب إنقاص الثمن و كذا يجوز للعون الإقتصادي طلب زيادة الثمن.

1 - J- Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, généralité, étendue, juris classeur civil, 2000, articles 1603-1623, fascicule 10, n°35, P 8.

2 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 13.

كما تجيز المادة 1620 ق م فرنسي للمستهلك بأن يتنازل عن العقد أو يدفع إضافة عن الثمن مع فوائد في الحالة التي يقرر فيها الاحتفاظ بالعقار، و ذلك حتى لا يجبر على الاحتفاظ بالفائض (الزيادة) و لا بدفع قيمته و هذا في حالة زيادة الثمن بسبب الفائض (الزيادة) في القياس¹.

لكن: هل يجوز للمستهلك طلب فسخ عقد البيع إذا كان الفرق في المقياس المنصوص عليه في العقد هو أقل من النسبة التي يمكن التسامح فيها و المقدرة ب 20/1 ؟

إن المادة 1620 ق م فرنسي تسمح للمستهلك بأن يتنازل - كما ذكر سابقا- عن البيع فقط في حالة ما إذا كانت الزيادة في القياس (المقدار) المسلم تتجاوز 1 / 20 من المقدار الحقيقي، غير أنه في الحالة العكسية (أي الزيادة في القياس أقل من 1 / 20 من الثمن الحقيقي) فإن نص هذه المادة لا يعطي أي حل، و بالتالي هل في هذه الحالة يجوز للمستهلك أن يتنازل عن العقد ؟

بالرجوع الى إن نص المادة 1619 ق م فرنسي فإن الجزاء الوحيد المقرر فيها يتمثل في تخفيض الثمن، غير أنه و في هذه الحالة سوف يتواجد المستهلك في عقد لا يناسب و لا يطابق ما كان يريه، و لذلك يمكنه عموما اللجوء إلى القواعد العامة التي تقضي بالفسخ في حالة الإخلال الكافي والخطير بالعقد، أو اللجوء إلى نظام الإبطال العقد بسبب الغلط².

أما إذا كان العقار قد بيع بشرط تحديد القياس أو بعبارة أخرى إذا كان الثمن قد تم تحديده على أساس مساحة (superficie) العقار، فإنه يقع على العون الإقتصادي أن يسلم للمستهلك المقدار المحدد في العقد و ذلك إذا كان قد إشتراطه و هذا لإعطاء الأطراف أهمية خاصة و أساسية للمقدار المحدد في عقد البيع³، و عليه فإن أقل فرق بين المقدار المحدد في البيع و بين ذلك المسلم يشكل إخلال في تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزامه⁴.

و إذا كان المقدار الحقيقي أقل من ذلك المحدد في العقد، فإنه و حسب المادة 1617 ق م فرنسي، مهما يكن النقص فإنه يمكن للمستهلك إشتراط تسليم المقدار المحدد إذا أمكن⁵، و كنتيجة لذلك يمكن للمستهلك رفض تسلم المقدار غير الكافي و ذلك بطلب المقدار المكمل أو الدقيق، و إذا لم يكن في وسع العون الإقتصادي أن يسلم المقدار المتفق عليه أو إذا لم يطلب المستهلك ذلك، فإنه (العون الإقتصادي) يكون ملزم بتحمل تخفيض نسبي للثمن⁶ و هذا ما نصت عليه المادة 1617 فقرة 2 ق م فرنسي.

إن مقارنة المادتين 1617 و 1619 ق م فرنسي تستدعي تبيان مسألة مهمة و هي أنه يمكن للمستهلك أن يستفيد من تخفيض (إنقاص) الثمن حتى إذا كان الفرق أقل من نسبة التسامح 1 / 20 و هذا حتما بسبب تحديد المقدار مسبقا من قبل الأطراف⁷.

أما فيما يخص فسخ عقد البيع فإن المادة 1617 ق م فرنسي لا تتركس أي أحكام خاصة، و لكن في هذه الحالة يمكن للمستهلك أن يتواجد أمام عقد غير مجدي و لا يحقق ما أريد ما هو منشود من ابرامه،

1 - G , Baudry- Lacantinerie , op,cit, P 500 et s.

2- Jérôme Huet, les principaux contrats spéciaux, op, cit, p464.

3 - J. Huet, les principaux contrats spéciaux, op,cit, P 463.

4 - Cass 3^{ème}, civ, 8 mars 2000, J CP, 2000, édition G, somm de jurispr, n°1735, P 822.

5 - G.Baudry - Lacantinerie, op,cit, P 498 et 499.

6-François Collart – Dutilleul et PH.Delebecque, contrats civils et commerciaux, 3ème édition, 1996, Dalloz P 223.

7 - J.Huet, op, cit, P 463.

و لذلك يمكنه عموما اللجوء إلى القواعد العامة لفسخ العقد في حالة الإخلال الكافي بالإلتزام أو الرجوع إلى نظام إبطال العقد بسبب الغلط¹.

ومن جهة أخرى إذا كان المقدار الحقيقي يتجاوز ذلك المحدد في عقد البيع فإن المستهلك و حسب نص المادة 1618 ق م فرنسي له أن يختار بين إما دفع مبلغ إضافي (الزيادة في الثمن) أو طلب فسخ العقد، و لكن في هذه الحالة يجب أن يكون الفائض (الزيادة في المقدار) تعادل على الأقل نسبة 1 / 20²، إذن هذا النص يسمح للمستهلك بالتنازل عن العقد كي لا يلزم بتسديد ثمن أكثر مقارنة مع الذي تم الإتفاق عليه طالما أن هذه الزيادة قد تكون مرهقة له³.

إن ما يميز هذه المادة هو أنها تخول للمستهلك الحق في دفع ثمن إضافي، و حسب القواعد العامة فإنه يجوز للعون الإقتصادي أن يطلب منه أن يرد له الكمية (مقدار) الزائدة عن تلك المحددة في العقد، غير أنه لا يمكن للعون الإقتصادي أن يطلب إرجاع الفائض حتى إن كان ذلك ممكنا، و بالتالي فالقواعد في هذا الشأن تتسم بالمرونة في مواجهة المستهلك و ذلك لما منحه الحق في الخيار بين تسديد الثمن الإضافي أو بأن ينهي العقد بطلب فسخه.

أما بالنسبة لحالة التسليم المطابق كليا في المنقول فإن القانون المدني الفرنسي لم يقرر قواعد خاصة بكمية المنقول محل التسليم بخلاف حالة تسليم العقار التي أعد لها مجموعة من النصوص -كما رأينا سابقا- و يرجع ذلك إلى أن الإختلاف الطفيف في قدر المنقول لا يؤثر على إقتصاديات العقد إلا بنسبة ضعيفة، في حين أنه عندما يتعلق الأمر بالعقار فمجرد الإختلاف البسيط في المساحة يرتب أضرار جسيمة للمستهلك، و هو الأمر الذي أدى إلى إحكام تقنين هذه المسألة، و إذا كان هذا الأمر صحيحا وقت سن قواعد القانون المدني الفرنسي حيث كانت بالفعل قيمة العقار تتجاوز كثيرا قيمة المنقول، فإن الأمر لم يعد كذلك في وقتنا الحاضر، ذلك لأنه توجد بعض المنقولات التي تتجاوز قيمتها بكثير قيمة العقار⁴.

أما في مجال عقد التجارة الدولية فإن العون الإقتصادي يلتزم بتسليم المبيع بالكمية المتفق عليها في العقد إلى المشتري، و إذا كان هذا الأخير هو الذي يحدد الكمية إلا أنه يمكن بيانها في إتفاق لاحق للعقد الإبتدائي⁵، و لقد ورد النص على إلتزام العون الإقتصادي بتسليم بضائع مطابقة كليا في إتفاقية لاهاي 1964 في المادة 33 فقرة 1 - أ ، و كذا في المادة 35 فقرة 1 من إتفاقية فيينا 1980، حيث تنص هذه الأخيرة على أن كمية البضاعة التي يتسلمها المشتري أو من ينوب عنه أو الناقل الأول - حال وجود عملية نقل - هي الكمية التي قد تم النص عليها في العقد، فإن كانت الكمية أقل مما هو متفق عليه فينبغي الأخذ بعين الإعتبار طبيعة البضائع من ناحية، مخاطر النقل خاصة بشأن البيوع الدولية ذات المسافات الطويلة من ناحية أخرى⁶.

و يذهب البعض⁷ إلى أنه في حالة إختلاف الكم أو القدر المسلم عما إتفق عليه فإن ذلك لا يثير صعوبات خاصة، نظرا لسهولة التعرف عليه من ناحية، و لما يجري بشأنه في العادة من تسامح من ناحية

1 - J.Huet, op, cit, p 463.

2 - F.Collart Dutilleul et Ph.Delebecque, op,cit, P 223.

3 - G.Baudry - Lacantinerie et L.Saignant, op,cit, p 329.

4 - محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 124 و ما بعدها.

5 - لينة عبد الله خليل شبيب، الرسالة السابقة، ص 119.

6 - محمود سمير الشراوي، العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 335.

7 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 34.

ثانية، و إذا كان يجوز لأطراف العقد تحديد كمية البضائع الواجبة التسليم صراحة أو ضمنا، فإن العون الإقتصادي يعد ضامنا للقدر المسلم والمعين في العقد ما لم يدرج شرط عدم الضمان¹.

غير أن التساؤل الذي يطرح في هذا الشأن هو: كيف عالج كل من قانون و أعراف التجارة الدوليين حدود المطابقة الكمية، و هل يتغير مفهوم المطابقة الكمية لما تكون البضائع المسلمة معينة بالذات و ليس بالنوع؟

يكيف التسليم على أنه غير مطابق كميما لما يسلم العون الإقتصادي بضاعة ناقصة بحيث لا تصلح للإستعمال في الأغراض التي تستعمل فيها عادة بضائع من نفس النوع²، غير أن الإخلال بتسليم بضاعة مطابقة كميما في مجال البيوع الدولية فيما يخص الأشياء المعينة بالذات لا يطرح إشكال، ذلك أن إتفاقية لاهاي 1964 في المادة 33 فقرة أولى - أ. منها تقضي بأنه: " لا يعتبر البائع منفذا لإلتزامه بالتسليم المطابق، إذا لم يسلم إجزاء من البضاعة "، و معنى ذلك أن تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزامه ينفي عنه وصف الإخلال بتنفيذ إلتزامه بتسليم مبيع مطابق كميما³، أما إذا ورد البيع الدولي على مبيع معين بالنوع أو كما يسمى أيضا بالشيء المثلي، فإن تسليمه يكون غير مطابق كميما يتحقق لما يسلم للمشتري كمية أقل أو أكبر من تلك المتفق عليها في العقد⁴.

و مما لا شك فيه أنه لا يجوز إرغام المشتري على قبول كمية زائدة أو ناقصة مقارنة مع ما هو متفق عليه، و لقد تطرقت إتفاقية لاهاي 1964 إلى هذه الحالة و اعتبرت أن البائع يخل بإلتزامه بالتسليم المطابق، لما يسلم كمية مختلفة بالزيادة أو النقصان عما تعهد به في العقد⁵، و يستوي أن تكون البضاعة مسلمة معينة بالذات أو معينة بالنوع، فإذا كانت معينة بالذات فإنه يستوجب على العون الإقتصادي تسليم ذات الكمية المتفق عليها، ولا إشكال في هذا النوع من البضائع، أما إذا كانت البضاعة الواجب تسليمها إلى المشتري عبارة عن أشياء معينة بالنوع، فالأمر هنا أقل شدة و صرامة من النوع الأشياء المعينة بالذات، ذلك أن هذه الأخيرة لا تكون قابلة للتغيير أو التبديل، في حين أن النوع الأول من البضائع - المعينة بالنوع - يستفيد العون الإقتصادي عند تسليمها من نظام التسامح المعمول به في العادات و الأعراف و هذا ما لم تكن عدم المطابقة الكمية بسيطة و تافهة⁶.

و إذا كان يجوز للمشتري قبول أو رفض المقدار الزائد عند تسليم كمية بضاعة أكبر من تلك المتفق عليها، فإنه في حالة الرفض يلتزم العون الإقتصادي بأن يدفع له تعويض عما لحقه من أضرار، كما لو إضطر إلى التأمين على هذا الجزء الزائد و تحمل نفقات التأمين، أو إستأجر مخزن يضع فيه هذه الكمية الزائدة... إلخ و كلها حالات تلزم البائع بأن يدفع للمشتري تعويض عما لحقه من أضرار⁷، في حين إذا قبل

1 - جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1982، ص 34.

2 - Philippe Kahn, la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, op,cit, P 973.

3 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 35.

4 - و هذا ما نصت عليه إتفاقية لاهاي في المادة 33 فقرة أولى أ.

5 - أنظر المادة 33 فقرة 1 - ب - إتفاقية لاهاي.

6 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 36.

7 - نفس الرسالة، هامش 170، ص 36.

المشتري هذا المقدار الزائد كله أو بعضه، فإنه يلزم بأن يدفع للعون الإقتصادي ثمن هذه الكمية وفقا للسعر المحدد في العقد¹.

أما إتفاقية فيينا 1980 فلقد نصت على إلزام العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق كميلا أكثر و لا أقل مقارنة مع إتفاقية لاهاي 1964، و ذلك حين ألزمت بأن يسلم كمية بضائع مطابقة لأحكام العقد²، معنى ذلك أنها تركت للأطراف المتعاقدة حرية مطلقة بشأن حدود المطابقة الكمية³، و مع ذلك فقد تعرضت لحالة الكمية الزائدة من خلال المادة 52 فقرة 2 التي تنص على أنه: " إذا سلم البائع كمية من البضائع تزيد عن الكمية المنصوص عليها في العقد جاز للمشتري أن يستلم الكمية الزائدة أو أن يرفض إستلامها، و إذا إستلم المشتري الكمية الزائدة كلها أو جزء منها يجب عليه دفع قيمتها بالسعر المحدد في العقد"، فمن خلال هذا النص نستنتج أن :

- يتم التعامل فقط مع حالة تسليم كمية زائدة فقط، أما التسليم الناقص فلم يتطرق له.

- الحكم الذي جاءت به المادة 52 فقرة 2 يتمثل في إلزام المشتري بالكمية المطابقة للعقد فهو لا يملك رفضا كاملا للبضاعة، و إنما ينصب الرفض في حالة ما إذا وجد على الجزء الزائد فقط.

- يجوز للمشتري أن يختار بين قبول الزيادة أو رفضها.

- يجوز للمشتري أن يختار قبول جزء من الكمية الزائدة و ليس جميعها.

- يصبح المشتري ملزم بدفع ثمن الزيادة إذا ما قبلها.

- إن القواعد المتعلقة بالكمية الواردة في الإتفاقية تظل محلا لأي عرف تجاري أو تعامل سابق أو إتفاق خاص، و لو لم يوجد نص صريح بذلك في ذات المادة 52 فقرة 2، و ذلك لقيام الإتفاقية على حرية التعاقد و اعتبار العرف و التعامل السابق جزء لا يتجزأ من العقد و هذا ما تم النص عليه في النصوص التي تعاطت مع القواعد العامة للإتفاقية⁴.

- عالجت الإتفاقية موضوع التسليم الناقص في نص آخر و هو المادة 51 فقرة 1 والتي أعطت للمشتري الحق بطلب التعويض فيما يتعلق بالجزء الناقص، على أنه لا يمكنه فسخ العقد إلا في حالة إرتقاء التسليم الناقص إلى المخالفة الجوهرية⁵.

و إذا كان تحديد كمية البضاعة مرهون بطبيعتها فيما إذا كانت معينة بالنوع أم معينة بالذات و ما يرتبط بها من نسب التسامح في الزيادة أو النقصان، فإنه من جهة أخرى يرتبط بما إذا كانت البضاعة ستسلم دفعة واحدة و إلا على دفعات، ففي الحالة الأولى فإن في تحديد مطابقة الكمية المسلمة (التسليم دفعة واحدة) و تحديد إختلاف قدر المبيع (كميته) مسألة سهلة، و ذلك لوجود القواعد العرفية التي تضبط هذه المسألة، فيرى البعض⁶ أنه إذا كان العون الإقتصادي ملزم بتسليم البضاعة إلى المشتري بالقدر المتفق

1 - أنظر في ذلك نص المادة 47 من إتفاقية لاهاي 1964.

2 - أنظر المادة 35 فقرة 1 من إتفاقية فيينا 1980.

3 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 37.

4 - نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 97.

5 - نفس المرجع، ص 97.

6 - محمود سمير الشراوي، المرجع السابق، ص 335.

عليه، فإنه يجب أن يراعي ما يسمح به العرف التجاري من نقص في الكمية المسلمة نتيجة للنقل أو الجفاف أو غير ذلك.

و لقد تطرقت إتفاقية لاهاي إلى مسألة عدم المطابقة الكمية سواء بالزيادة أو النقصان غير أنها لم تحدد نسبة التسامح في الحالتين و تركت هذا الأمر إلى الأعراف و العادات التجارية، غير أنه هناك من يرى بضرورة العمل المطلق بإتفاقية لاهاي¹، فإن أي تفاوت في كمية البضاعة سواء بالزيادة أو النقصان و لو كان يسيرا فهو سبب كاف لتسليط الجزاء اللازم على العون الإقتصادي، و ذلك لإخلاله بتسليم بضاعة مطابقة كميما لما هو مطلوب²، غير أن البعض³ يتحفظ على هذا الرأي و ذلك لسببين:

1- صحيح أن المطابقة الكمية تحدد بالرجوع إلى العقد أساسا، غير أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق العادة والعرف التجاريين بين طرفي العقد في هذا الصدد، حيث يعمل بنسب التسامح رغم إتفاق الطرفين على كمية محددة في العقد، و عليه لا يمكن اعتبار أن التسليم غير مطابق كميما ما دام النقص أو الزيادة في حدود نسب التسامح.

2- يجب تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع بحسن نية، معنى ذلك أنه طالما كانت الزيادة أو النقصان في كمية البضائع المتفق عقديا على تسليمها بسيط أو في حدود نسب التسامح، فإن مسؤولية العون الإقتصادي لا تقوم على أساس حسن النية، و كل ذلك ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك.

أما نحن فلا نؤيد الرأي الذي يذهب إلى إثارة مسؤولية العون الإقتصادي لأتفه نقص أو زيادة في مطابقة كمية البضاعة لما هو متفق عليه في العقد، لأن ذلك حكم قاس و مجحف في حقه و من شأنه زعزعة إستقرار المعاملات التجارية، و بالتالي مادام النقص أو الزيادة غير مؤثرين فيمكن التسامح فيهما و ذلك إستنادا إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد.

و تقاديا لإحتمال إثارة مسؤولية العون الإقتصادي بسبب إخلاله بتسليم بضاعة مطابقة كميما لما تم الإتفاق عليه في العقد و تكريسا لمبدأ إستقرار المعاملات، فقد يلجأ المتعاقدان إلى إدراج بعض المصطلحات في العقود بحيث يكون الهدف منها تجنب النزاعات المحتملة في حالة تسليم كمية غير مطابقة لما تم الإتفاق عليه، و من أهم هذه المصطلحات على سبيل المثال نجد مصطلح " حوالي " أو ما يعرف بالفرنسية ب " Environ" و هو لفظ أو شرط تقريبي يسمح للعون الإقتصادي بتسليم كمية غير تلك المنصوص عليها في العقد، فهذا المصطلح مرن يصب في مصلحته فقط، و إدراجه لا يجيز للمشتري طلب زيادة أو تخفيض كمية البضاعة المسلمة له⁴، لكن السؤال الذي يتبادر إلينا في هذا الشأن هو: ألا يؤدي الشرط التقريبي إلى تنصل العون الإقتصادي من الكمية المشترطة في العقد؟

من دون شك أن إدراج الشرط التقريبي (حوالي) في العقد من شأنه أن يفتح الباب أمام العون الإقتصادي بإمكانية تغيير كمية البضاعة بما يناسبه، و يجرج المشتري خاصة إذا ارتبط تسليم كمية البضاعة المتفق عليها بتغيرات سعر السوق، ففي مثل هذه الحالة لا ينبغي أن يسمح بذلك، بل ينبغي أن يكون الهدف من شرط (حوالي) تسهيل المعاملة التجارية و العمل على إستقرارها بما لا يضر الطرفين لا أكثر و لا أقل.

1 - رضا سيد محمد ابراهيم عبيد، الرسالة السابقة، ص 307 و ما بعدها.

2 - نفس الرسالة، ص 307 و ما بعدها.

3 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 44 و ما بعدها.

كما أن رأينا هذا لا يعني جواز تسلم المشتري كمية بضاعة غير مطابقة تزيد أو تنقص عن حدود نسبة التسامح المعمول بها في هذا المجال، و نظرا لما قد يصادفه من مشاكل في هذا الخصوص، حيث أنه و يقبول بضاعة ناقصة عما هو متفق عليه في العقد بحيث يتجاوز هذا النقص حدود التسامح المعمول بها، فإنه و بذلك قد لا يتحقق معه الغرض المرجو من وراء هذه المعاملة، و بالمقابل فإن تسليمه كمية زائدة عن حدود التسامح قد يضعه أمام العديد من المشاكل مثل نفقات التخزين و هذا ما تبنته إتفاقية فيينا 1980 لما منحت له الحق في الخيار بين قبول أو رفض الكمية الزائدة عما تم الإتفاق عليه في العقد¹.

و إذا كان الأصل في عقد بيع البضائع أنه يجب على العون الإقتصادي أن يسلم الكمية المتفق عليها إلى المشتري دفعة واحدة، إلا أنه يجوز أن يتم الإتفاق على أن يتم التسليم على دفعات محددة المقدار²، فإذا كان هذا النوع من التسليم لا يثير أي إشكالية في البيع الداخلي، إلا أنه في مجال البيع الدولي للبضائع كثيرا ما يلجأ العون الإقتصادي إلى التسليم على دفعات عديدة لإعتبارات معينة³، فقد يحدث و أن تكون إحدى الدفعات المسلمة غير مطابقة كميًا، مما يتيح للمشتري الحق في طلب الفسخ، و إذا كان مقدار البضاعة المسلمة دفعة واحدة يحدد في عقد البيع، فهل يمكن إستنادا إلى ذلك تكييف التسليم على دفعات بأنه عقد واحد بالنسبة لكل الدفعات، أم أن تسليم كل دفعة يعتبر عقد بيع قائم بذاته؟

لقد فصلت إتفاقية فيينا 1980 في هذا الشأن و إعتبرت من خلال المادة 73 فقرة 1 أن لكل دفعة من دفعات تسليم البضاعة كيان مستقل، ما لم يكن هناك إرتباط و تداخل بين هذه الدفعات، بحيث تشكل في مجموعها كيان غير قابل للتبويض أو التجزئة فينظر إلى تلك الدفعات ككيان واحد، و هذا الحكم له مزايا و عيوب في نفس الوقت، فبالنسبة لمزاياه فنكمن في العمل على إستقرار المعاملات التجارية حيث أن المشتري لا يمكنه طلب فسخ العقد بكامله، إذ أن الإخلال بتنفيذ أحد العقود لا يخوله الحق في فسخ العقود الأخرى بمجرد مخالفة جزء من الأجزاء الأخرى المنصوص عليه في العقد، و ذلك لأنه أن يتخذ ذلك ذريعة للتخلص من العقد لو إتجهت الأسعار إلى الإنخفاض، و هذا ما يزعزع الثقة و الإستقرار اللذين يعتبران الدعامة الأساسية في مجال المعاملات⁴، و من جهة أخرى فإن الأخذ بفسخ العقد بكامله يؤدي إلى حرمان العون الإقتصادي المخل بتنفيذ جزء من الإلتزام في مواصلة تنفيذ بقية العقد، إذ قد لا يلحق هذا الإخلال ضررا كبيرا بالمشتري.

أما ما يؤخذ على تبني إتفاقية فيينا 1980 لهذا التكييف، فإنه في حالة ما إذا أخل العون الإقتصادي بالإلتزامه في جزء هام مع رغبته في الإستمرار في تنفيذ بقية الأجزاء رغم هذا الإخلال، فإنه من غير المنطقي إجبار المشتري على قبول مواصلة العون الإقتصادي تنفيذ العقد لمجرد أن محله مقسم إلى عدة

1- أنظر المادة 52 فقرة 2 من إتفاقية فيينا 1980.

2- يجب التفرقة في هذا الإطار بين تجزئة العقد و تجزئة محل العقد، إذ لا يمكن تجزئة عقد البيع فهو بناء قانوني متكامل، و لكن يمكن تجزئة محل العقد أي المبيع أو البضاعة و تبويضها كميًا، كما أن القول بأن يتم التسليم على دفعات ليس معناه تقسيم العقد إلى عدة عقود بل إن التسليم هو الذي يتم على دفعات مختلفة التوقيت.

- أماوز لطيفة، الرسالة السابقة، هامش 1، ص 190.

3- تكمن مبررات التسليم على دفعات عديدة فيما يلي:

أ- التباعد الجغرافي لطرفي العقد الذي يتعدى حدود الدولة الواحدة مما يصعب نقل البضاعة دفعة واحدة خاصة إذا كانت ضخمة الكمية.

ب- إذا كان محل العقد مواد غذائية مثلا فإن المنطق يقتضي تسليم هذا النوع من البضاعة على دفعات دورية و منظمة حسب ظروف الحال و ذلك لإشباع الحاجة.

-Michel Alter, op,cit , P 110 et s .

4 - أماوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 193.

أجزاء، في حين أنه إذا كان من حق المشتري فسخ العقد بسبب الإخلال في التنفيذ الحاصل لو أنه تم الإتفاق على التسليم دفعة واحدة، و من المستحسن في هذه الحالة أن يكون الرفض بالنسبة للجزء غير المطابق من حيث الكمية دون المساس بالعقد ككل.

و عليه إذا كان الإخلال الحاصل في الجزء الواحد يمثل إخلالا بالعقد ككل، ففي هذه الحالة يمكن للمشتري أن يتمسك بفسخ العقد بأكمله، و بالتالي فإن فكرة الإخلال الجوهري بتنفيذ العقد الدولي للبضائع ستمكن الطرف المضرور من إستخدام حقه في فسخ العقد في حالة تجزئة التسليم الذي يعتبر أن كل دفعة مسلمة من العقد تعتبر عقدا مستقلا¹.

إن إتفاقية فيينا 1980- كما ذكرنا- تكيف تجزئة التسليم على دفعات بأنها عقد مستقل²، و في ذلك نوع من التجاهل للوحدة الاقتصادية لعقد البيع الدولي للبضائع، حيث أن الأخذ بهذا التكييف يسمح باعتبار كل دفعة من الدفعات موضوع بيع خاص، ذلك لأنه إذا كانت المادة 73 السالفة الذكر تنطبق للأثار التي تترتب على الإخلال بتنفيذ دفعة تتصل بالعقد كله، فهي تسمح أيضا للمشتري بأن يتسلم من البائع البضاعة جزئيا، بسبب الدفعة المعيبة و ترتيب المسؤولية بسبب المخالفة المتعلقة بتلك الدفعة³.

و بناء على ما تقدم يمكن القول بأنه البضاعة المسلمة على دفعات هي فقط عملية واحدة بالنسبة إلى شكل العقد أو من الناحية الاقتصادية، و إذا كانت هناك مخالفة جوهرية، جاز إصلاح البضاعة أو فسخ البيع فيما يخص تلك الدفعة فقط ما لم تؤثر على الدفعات السابقة أو اللاحقة، أو يؤثر على الغاية التي يبرجوها المشتري من العقد حيث يمكن عندها فسخ العقد برمته.

الفرع الثاني: التسليم المطابق للمقاييس و المواصفات القانونية.

إن تقرير المشرع للإلتزام بتسليم منتج مطابق للمواصفات و المقاييس القانونية على عاتق العون الإقتصادي، جاء تكريسا لما يقتضيه النظام العام الإقتصادي التوجيهي الذي يهدف الى تحقيق المصلحة العامة، التي يراد بها كل أمر يتعلق بالمقوم الأساسي للمجتمع بحيث يرجح على كل مصلحة فردية، و من ثم وجب على جميع الأفراد أن يحترموا كل ما يتعلق بالنظام العام حتى لو كان في ذلك تضحية بمصالحهم الخاصة، و كان لا بد من تمثيل المصلحة العامة بواسطة الدولة التي تحتكر دور التوجيه و الإشراف على الإقتصاد الوطني⁴، و من ثم سن قواعد قانونية ذات طبيعة أمرة تلزم العون الإقتصادي بتسليم منتج مطابق للمواصفات القانونية و القياسية بهدف حماية المستهلك، و عليه إرتأينا تقسيم هذا الفرع إلى مفهوم مطابقة المنتوجات للمقاييس و المواصفات القانونية (أولا)، ثم إلى الرقابة على مطابقة المنتوجات للمواصفات و المقاييس القانونية (ثانيا).

1- أمازوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 194.

2- المادة 73 من إتفاقية فيينا 1980

3- Vincent Heuzé, op, cit, p 317.

4- نساخ بولقان فطيمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، سنة 2015، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص415.

- أنظر أيضا: بلميهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مفهوم متغير و متطور، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، سنة 2015، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص384.

أولاً: مفهوم مطابقة المنتوجات للمواصفات و المقاييس القانونية.

لقد نص المشرع الجزائري من خلال قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش في المادة 3 فقرة 18 على أن: " المطابقة: استجابة كل منتج موضوع للإستهلاك للشروط المتضمنة في اللوائح الفنية، و للمتطلبات الصحية و البيئية و السلامة و الأمن الخاصة به".

كما نصت المادة 11 من نفس القانون على أنه: " يجب أن يلبي كل منتج معروض للإستهلاك و الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته و صنفه و منشئه و مميزاته الأساسية و تركيبته و نسبة مقوماته اللازمة و هويته و كميته و قابليته للإستعمال و الأخطار الناجمة عن إستعماله.

كما يجب أن يستجيب المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك من حيث مصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه و تاريخ صنعه و التايخ الأقصى لاستهلاكه و كيفية استعماله و شروط حفظه و الاحتياطات المتعلقة بذلك و الرقابة التي أجريت عليه".

يتضح من خلال النصين السابقين أن المشرع قد نص صراحة على ضرورة أن يضع العون الإقتصادي تحت تصرف المستهلك منتجاً مطابقاً للمواصفات و المقاييس القانونية، على الرغم أنه لم يحدد المقصود بهذا الإلتزام صراحة في قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، و على الرغم أيضاً من الإكتفاء بالنص على مطابقة المنتج للرغبات المشروعة للمستهلك دون النص صراحة على المطابقة للمواصفات و المقاييس القانونية، و إن كان ذلك و ارد صراحة في قانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك-الملغى- من خلال المادة 1/3 التي تنص على أن: " يجب أن تتوفر في المنتج أو الخدمة التي تعرض للإستهلاك المقاييس المعتمدة و المواصفات القانونية و التنظيمية التي تهمه و تميزه".

و يبدو حسب رأينا أن عدم نص المشرع في المادة 11 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على نظير المادة 1/3 الواردة في قانون 02-89-الملغى، إنما كان سهواً فقط و الدليل على ذلك هو نص المادة 12 من قانون 03-09 السابق الذكر، و المتعلق بإلزامية الرقابة على مطابقة المنتوجات و ذلك قبل عرض المنتج للإستهلاك، و أن الأمر يتعلق بالمطابقة للمواصفات و المقاييس القانونية و ليس بأي نوع آخر من أنواع المطابقة.

إن إلزامية مطابقة المنتج للمواصفات و المقاييس القانونية يحكمه و ينظمه القانون رقم 04-16 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المعدل و المتمم للقانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس، و يقصد بالمطابقة للمواصفات القانونية، تلك الأعمال التقنية التي تحتوي عليها المنتوجات و الخدمات التي تميزها عن غيرها¹، حيث تعبر عن الخصائص و المميزات المطلوبة في المنتج سواء كانت سلعة أو خدمة قصد تحقيق غرض معين يستوجب على العون الإقتصادي إحترامها منذ شروعه في عملية الإنتاج إلى غاية طرحها للإستهلاك و نظراً لأهميتها فقد جعل المشرع القواعد المتعلقة بها ذات طبيعة أمر².

1- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك و المسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2000، ص 27.

2- أرزقي زويبر، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2011، ص 135.

أما المطابقة للمقاييس القانونية أو ما يسمى بـ"التقييس" فيعرف من خلال المادة 2-1 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس على أنه: "النشاط الخاص المتعلق بوضع أحكام ذات استعمال مشترك و متكرر في مواجهة مشاكل حقيقية أو محتملة، يكون الغرض منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين".

كما تعرفه أيضا المنظمة الدولية للمواصفات و المقاييس إيزو «ISO» بأنه: "وضع و تطبيق قواعد لتنظيم نشاط معين لصالح جميع الاطراف المعنية و بتعاونها و بصفة خاصة لتحقيق إقتصاد متكامل مع الإعتبار الواجب لظروف الأداء و مقتضيات الأمان"¹.

كما يعرف التقييس أيضا بحسب موضوعه على أنه عبارة عن: " وضع وثائق مرجعية تتضمن حولا لمشاكل تقنية و تجارية، تتعلق بالمنتجات و الأموال و الخدمات، و التي تطرح بشكل متكرر في العلاقات الإقتصادية و العلمية و التقنية و الإجتماعية للشركاء أو المتعاملين"².

يعتبر إذن التقييس أسلوب أو نظام يحقق وضع المواصفات القياسية التي تحدد الخصائص و الأبعاد و معايير الجودة و طرق التشغيل و الأداء للمنتجات، مع تبسيط و اشتراك أنواعها و أجزائها على قدر الإمكان، تقريبا للتعدد الذي لا داعي له، تيسيرا للتبادلية في إنتاج الجملة و حفظا للتكاليف³.

و لقد حددت المادة 3 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس أهداف هذا الأخير على النحو الآتي: "

أ- تحسين جودة السلع و الخدمات، ونقل التكنولوجيا،

ب- التخفيف من العوائق التقنية للتجارة و عدم التمييز،

ج- إشراك الأطراف المعنية في التقييس و إحترام مبدأ الشفافية،

د- تجنب التداخل و الإزدواجية في أعمال التقييس،

هـ- التشجيع على الإعتراف المتبادل باللوائح الفنية و المواصفات و إجراءات التقييم ذات الأثر المطابق،

و- ترشيد الموارد و حماية البيئة،

ز- الاستجابة لأهداف مشروعة لا سيما في مجال الأمن الوطني و حماية المستهلكين و حماية الإقتصاد الوطني و النزاهة في المعاملات التجارية و حماية صحة الأشخاص أو أمنهم و حياة الحيوانات أو صحتها و الحفاظ على النباتات و حماية البيئة و كل هدف آخر من الطبيعة ذاتها".

كما نص أيضا المشرع على أن تحقيق المطابقة للمقاييس القانونية، لا يتأتى إلا من خلال وسيلتين و هما:

1-أنظر الموقع: <https://ar.wikipedia.org/wiki>

2- محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دار الكتاب الحديث، الجزائر، سنة 2008، ص 298.

3- قرواش رضوان، مطابقة المنتوجات و الخدمات للمواصفات و المقاييس القانونية كضمانة لحماية المستهلك في القانون الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، السنة 5، المجلد 9، العدد 1، سنة 2014، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، ص 235.

1-إلزامية مطابقة المنتج للوائح الفنية: تعرف اللائحة الفنية على أنها: " وثيقة تنص على خصائص منتج ما، أو العمليات و طرق الانتاج المرتبطة به، بما في ذلك النظام المطبق عليها، و يكون احترامها إلزاميا.

كما يمكن أن تتناول جزئيا أو كليا المصطلحات أو الرموز أو الشروط في مجال التغليف و السمات المميزة أو اللصقات لمنتج أو عملية أو طريقة انتاج معينة.

يمكن لللائحة الفنية أن تجعل المواصفة أو جزء منها إلزاميا¹.

تعتبر إذن اللوائح الفنية وثائق إلزامية تبين مجموع الشروط و الخصائص و الإجراءات المتبعة لإنتاج منتج معين، و تضمن للمستهلك علما كافيا بطبيعة المنتج و تركيبته، و ذلك حفاظا على سلامته من كل المخاطر المحتملة و ذلك في ظل تزايد السلع غير المطابقة للمعايير القانونية في السوق الوطنية².

و لقد نص المشرع على أن اللوائح الفنية تختص بإعدادها الدوائر الوزارية المعنية التي تبلغ و جوبا مشاريعها إلى الهيئة الوطنية للتقييس³، و يأخذ اعتمادها الطابع الملزم للإستجابة لهدف مشروع لأن تركها قد تنجر عنه مخاطر، تقدر من العناصر ذات الصلة و الواجب مراعاتها و على وجه الخصوص المعطيات العلمية و التقنية المتوفرة، تقنيات التحويل المرتبطة بها، أو الإستعمالات النهائية المتوقعة للمنتجات⁴.

إن مصير اللوائح الفنية مرتبط تماما بالظروف و الأهداف التي نشأت و إعتمدت من أجلها، معنى ذلك أنه إذا زالت الظروف أو الأهداف التي إقتضت وجودها، أو تغيرت بحيث يمكن تلبية الهدف المشروع بطريقة أقل تقييدا للتجارة، فإنه ينبغي تبعا لذلك إنهاء العمل بها⁵.

2-المطابقة للمواصفات الوطنية:

تعرف المادة 2 فقرة 14 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس المواصفات الوطنية بأنها: " مواصفة تصادق عليها الهيئة الوطنية للتقييس و التي تم نشرها".

و يقصد بالمواصفة: " وثيقة تصادق عليها هيئة التقييس المعترف بها، تقدم من أجل إستعمال مشترك و متكرر، القواعد و الإشارات أو الخصائص لمنتج أو عملية أو طريقة إنتاج معينة، و يكون إحترامها غير إلزامي. كما يمكن أن تتناول جزئيا أو كليا المصطلحات أو الرموز أو الشروط في مجال التغليف و السمات المميزة أو اللصقات لمنتج أو عملية أو طريقة انتاج معينة"⁶.

فمن خلال النصين المذكورين أعلاه يمكن القول بأن المواصفات تتميز بالعديد من الخصائص و هي أنها:

- تشمل عدة مجالات إقتصادية، إجتماعية، فنية... الخ

- 1 - المادة 2 فقرة 7 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس.
- 2 - زعبي عمار، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2012-2013، ص 83.
- 3 - المادة 11 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس.
- 4 - المادة 10 فقرة 1 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس.
- 5 - المادة 10 فقرة 2 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس.
- 6 - المادة 2 فقرة 3 من قانون 04-16 المتعلق بالتقييس.

- متناسقة و تنظيمية، حيث يتم صياغتها بواسطة لجان فنية بالتنسيق مع هيئة متخصصة.
- تعد نتاجا للأبحاث و الدراسات المشتركة و تضم جميع الجهات المختصة قبل اعتمادها و الإتفاق عليها لتمثل مصالح جميع الأطراف المعنية: الأعران الإقتصاديين، المستخدمين، المختبرات، الجهات الحكومية، المستهلكين... الخ
- لها صفة الدورية حيث يتم تحديثها بطريقة دورية أو كلما اقتضت الظروف لضمان مسيرتها للتطورات في جميع المجالات.
- تعتبر وثائق مرجعية بالنسبة للعقود التجارية أو في حالات النزاعات القانونية، و ذلك لتمتعها بالإعتراف الوطني و الإقليمي و الدولي حسب كل حالة.
- متوفرة للجميع إذ يمكن الحصول و الإطلاع عليها دون شروط.
- غير إلزامية بل تطبق بصفة إختيارية، لكنها تصبح إجبارية في بعض المجالات منها المتعلقة بالأمن و العقود الحكومية.

تعتبر إذن المواصفات الوطنية وسيلة لتوحيد القواعد و شروط الإنتاج المتعلقة بالتغليف و سمات منتج ما، و اللصقات الموضوعة عليه و كذا طريقة إنتاجه، مما يؤدي إلى تعزيز حماية المستهلك بالوقوف في وجه كل تلاعب محتمل من قبل العون الإقتصادي، أو محاولة التأثير على رضا المستهلك قصد مخادعته بملصقات غير حقيقية، تهدف لتحقيق أهداف تجارية محضة على حساب صحة و سلامة المستهلك و مصالحه المادية¹..

من خلال ما تم بيانه يمكن القول بأن تأثير الإلتزام بالمطابقة للمواصفات لا يقتصر على تحسين نوعية المنتجات الاستهلاكية و بالتالي حماية المستهلك فقط، بل يرتبط أيضا بعدد من المتغيرات الإقتصادية كالإستثمار الأجنبي و سوق العمل، فالمستثمرين يأخذون في الحسبان طبيعة و مدى تنفيذ المواصفات و نظم الجودة المعتمد عليها في البلد الذي يريدون الإستثمار فيه، كما أن تدخل الدولة من خلال إصدار القوانين لا يكفي لحماية المستهلك، حيث هناك متغيرات أخرى كقوة السوق و نوعية المستهلك و حجم معلوماته، و عليه فإن نجاح الدولة في أداء دورها في حماية المستهلك يتوقف على طبيعة المجتمع ذاته الذي يطبق فيه القانون.

ثانيا: الرقابة على مطابقة المنتوجات للمقاييس و المواصفات القانونية.

تنص المادة 12 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على أنه: " يتعين على كل متدخل إجراء رقابة مطابقة المنتوج قبل عرضه للإستهلاك طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية السارية المفعول.

تناسب هذه الرقابة مع طبيعة العمليات التي يقوم بها المتدخل حسب حجم و تنوع المنتوجات التي يضعها للإستهلاك و الوسائل التي يجب أن يملكها مراعاة لإختصاصه و القواعد و العادات المتعارف عليها في هذا المجال.

1 - زعبي عمار، الرسالة السابقة، ص 81 و ما بعدها.

لا تعفي الرقابة التي يجريها الأعوان المنصوص عليهم في المادة 25 من هذا القانون، المتدخل من إلزامية التحري حول مطابقة المنتج قبل عرضه للإستهلاك طبقاً للأحكام التنظيمية السارية المفعول".

من خلال هذا النص يستشف أنه يتعين على كل عون إقتصادي أن يخضع منتوجاته لعملية الرقابة الذاتية على مطابقتها قبل عرضها للإستهلاك كونه الأولى بذلك، حيث يمكنه بمجرد فحصها أن يكتشف عدم مطابقة منتوجه و من ثم يمنع طرحه للتداول، و يعتبر هذا الإجراء في نظرنا وقائي و ضمانة هامة لحماية المستهلك عموماً.

و تعزيزاً للرقابة الذاتية على مطابقة المنتوجات، فلقد نص المشرع على نوع آخر من الرقابة و هو "الرقابة الإدارية" و ذلك ما تضمنته المادة 29 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش التي تنص على أنه: " يقوم الاعوان المذكورون في المادة 25 اعلاه، بأي وسيلة و في جميع مراحل عملية العرض للإستهلاك، برقابة مطابقة المنتوجات بالنسبة للمتطلبات المميزة الخاصة بها".

و بذلك يخول القانون لأعوان قمع الغش دور مزدوج، يتمثل الأول في الضبط الإداري و هو الوقاية من جرائم الغش و التدليس بإتخاذ تدابير تحفظية و قائية عن طريق التحقيق و التحري، أما الدور الثاني فيتمثل في تحرير محاضر حول وقائع الغش و التدليس و إجراء الخبرة التي تنتهي بالمتابعة الجزائية، حيث يعتبر هذا الدور بمثابة نتيجة للدور الأول الذي يتمثل في الضبط الإداري².

و قصد تمكين أعوان قمع الغش من أداء مهمة الرقابة على مطابقة المنتوجات، فلقد خول لهم القانون بعض الصلاحيات مثل: الدخول إلى الأماكن التي توجد فيها المنتوجات أو تؤدي فيها الخدمات³، تحرير محاضر المعاينة للمخالفة المرتكبة⁴ و إقتطاع العينات قصد تحليلها و إختبارها⁵، و في حالة ثبوت عدم مطابقة المنتج فإن المشرع كرس العديد من الجزاءات قصد التصدي لهذه المخالفة، و ذلك على غرار السحب المؤقت للمنتوج عند الإشتباه في عدم المطابقة الى غاية ظهور نتيجة التحليل⁶، أو السحب النهائي و الذي يكون في الحالات المنصوص عليها قانوناً⁷، بالإضافة إلى وقف نشاط العون الإقتصادي المسؤول عن طرح منتج غير مطابق للتداول⁸.

1 - إن الأعوان المقصودين هنا، هم أعوان قمع الغش و المنصوص عليهم في نص المادة 25 من قانون 09-03 من حماية المستهلك و قمع الغش التي تنص على أنه: " بالإضافة إلى ضباط الشرطة القضائية و الأعوان الآخرين المرخص لهم بموجب النصوص الخاصة بهم، يؤهل للبحث و معاينة مخالفات أحكام هذا القانون، أعوان قمع الغش التابعون للوزارة المكلفة بحماية المستهلك".

2 - قرواش رضوان، المقالة السابقة، ص250.

3 - المادة 4 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، و المادة 34 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

4 - المادتان 31 و 32 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

5 - المواد 30 و 39 و ما بعدها من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

6 - المادة 59 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

7 - المادة 62 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

8 - المادة 65 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

المطلب الثاني: الإلتزام بتسليم مبيع مطابق وظيفيا.

إن تسليم العون الإقتصادي للمشتري مبيع مطابق وظيفيا أي مطابق للغرض الذي أعد له، هي فكرة موجودة بالقواعد العامة و الخاصة و كذا بقانون البيع الدولي للبضائع الوارد ضمن اتفاقية فيينا 1980، فحتى يؤدي المبيع الغرض الذي أنشئ من أجله و من ثم تتحقق رغبة المشتري و حاجياته التي أقدم على التعاقد من أجلها أساسا، يجب أن يكون هذا الشيء المسلم صالح للإستعمال المخصص له و هذا ما سنتطرق له من خلال الفرع الأول، فضلا عن ضرورة قيام العون الإقتصادي بإعلام المشتري بطريقة إستعمال هذا المبيع و هذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: صلاحية الشيء للإستعمال المخصص له.

يعرف الإلتزام بالتسليم المطابق - من المفروض - من وجهة نظر مادية، إلا أن المشرع قد نص من خلال المادة 10 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، على أنه: " يجب أن يكون المنتج موضوع الضمان صالحا للإستعمال المخصص له ".

إن هذا النص يجعلنا نطرح التساؤل الآتي: متى يكون الشيء المسلم إلى المستهلك صالحا للإستعمال المخصص له؟

يتمثل الإلتزام بالتسليم في تقديم العون الإقتصادي شيء مطابق للإشترطات العقدية إلى المستهلك، فالأمر يتعلق هنا بمجرد المطابقة المادية، و وفقا لهذه الفكرة فإنه يكفي لمعرفة ما إذا كان العون الإقتصادي قد نفذ إلتزامه بالتسليم المطابق، اللجوء إلى مجرد مقارنة الشيء الموضوع تحت تصرف المستهلك بذلك المتفق عليه في العقد، و في حالة عدم التطابق بين ما هو متفق عليه و ما هو مسلم، يوصف التسليم بأنه غير مطابق.

غير أنه ظهر و منذ حوالي عشرين عاما ظهر تيار فقهي¹ يقترح توسيع نطاق المطابقة التي لم تعد تقدر فقط من المنظور المادي، بل أصبحت تقدر من جانب آخر و هو الوظيفي، حيث أن العون الإقتصادي ملزم بتسليم شيء صالح للإستعمال الذي بيع و إشتري من أجله، بمعنى أنه يلتزم بتسليم شيء صالح للإستعمال العادي أو الإتفاقي²، فالمطابقة تتضمن الجانب المادي³ أو ما يعرف أيضا بالموضوعي⁴، الذي يقتضي المطابقة للإشترطات العقدية التي تقدر بمعايير متعددة منها ذاتية، وصف و كمية المبيع⁵، زيادة على ذلك تتضمن الجانب الوظيفي أو الشخصي، و في هذا الأخير فإن ما يهم المستهلك هو الحاجة المنتظرة من الشيء المبيع، لذلك يجب أن يتوفر هذا الشيء على الصلاحية اللازمة لإرضائه .

1 - Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 749.

- أ نظر أيضا: جابر علي محبوب، المقالة السابقة، ص 203 و ما بعدها.

2 - Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 752.

3 - Michel Alter, op,cit, P 128 et s .

4 - Philippe Le Tourneau, conformité et garantie dans la vente d'objets mobiliers corporels, op,cit, P 231.

5- Michel Alter, op,cit, P 128 et s

و لقد تبنت الغرفة المدنية الأولى و الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية - في زمن معين - فكرة المطابقة الوظيفية، إذ قامت بتوسيع نطاق محل الإلتزام بالتسليم ليشمل المطابقة الوظيفية للشيء، حيث أنه لا يكفي أن يسلم العون الإقتصادي شيء مطابق لما تم الإتفاق عليه في العقد، بل لابد أيضا أن يسلم شيء يصلح للإستعمال الذي من أجله أقدم المستهلك على التعاقد، كما أنه و حسب قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض و الذي يقضي بأنه: "...ينتج عن المادتين 1603 و 1184 أن الإلتزام بالتسليم من شأنه أن يؤدي في حالة عدم التنفيذ إلى فسخ عقد البيع، و يستلزم إلى جانب تسليم الشيء أن يكون هذا الشيء مطابقا للغرض المخصص له..."¹، و يقصد بالصلاحيية للإستعمال ملائمة المبيع عند التسليم للغرض الذي أعد له، و هي نتيجة الحصول على المبيع و الفائدة التي يتطلع المستهلك إلى الحصول عليها².

إن صلاحية المبيع لوجهة الإستعمال تتحدد حسب طبيعته و طريقة إعداده، ذلك لأنها هي التي تؤثر على المنافع التي يتيحها للمستهلك، على أن الإستعمال المقصود هنا هو الإستعمال العادي أي الذي يتم في ظروف عادية و الذي تم إنتاج الشيء بكميات كبيرة من أجله، فالمعيار المعتمد في تحديد الإستعمال المقصود هو معيار موضوعي يقوم على ضوابط و معايير موضوعية لا تتوقف على رغبات أو تحفظات العون الإقتصادي بهدف التوفيق بين رغبات الطرفين، أما إذا كان هناك إستعمال خاص فينبغي أن يخبر المستهلك به العون الإقتصادي لأنه يتطلب صفات تناسبه، و بالتالي لا يمكن أن يسأل عنه الأخير إذا كان يجهل الغرض الذي يقصد المستهلك إستعمال المبيع فيه³.

كما تتحدد وجهة إستعمال المبيع أيضا طبقا للعقد، و ذلك عندما يلجأ كل من العون الإقتصادي و المستهلك إلى تحديد وجهة الإستعمال وفقا لمضمون العقد، فإذا كان قد اتجه إلى استعمال خاص غير الإستعمال العادي أو كانت ظروف الإستعمال تتطلب وجود خصائص و صفات معينة في المبيع، فإنه في هذه الحالة يقتضي الأمر وجود إتفاق بين الطرفين على ذلك في العقد، و لا يجوز أن ينفرد المستهلك وحده بالعلم بهذا التخصيص⁴.

و لقد قضت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بفسخ عقد البيع بسبب أن: "...البضائع لم تكن مطابقة للإستعمال الذي كان من الواجب أن تستجيب له"⁵، و في قرار آخر صادر عن نفس الغرفة يتعلق بببيع مسبح معد لإعادة التأهيل الوظيفي أي " la rééducation fonctionnelle " قضى بأن: " الإلتزامات البائع تفرض عليه تسليم شيء مطابق للإستعمال المخصص له."⁶

أما في عقد البيع الدولي للبضائع فلقد تطرقت كل من إتفاقية لاهاي 1964 و إتفاقية فيينا 1980 إلى مسألة المطابقة الوظيفية بنفس الطريقة، حيث تناولتها الأولى من خلال نص المادة 33 فقرة أولى (د) و (ه)، في حين أن الثانية تناولتها بالمادة 35 التي تنص على أنه: " على البائع أن يسلم بضائع تكون كميتها و نوعيتها و أوصافها و كذلك تغليفها أو تعبئتها مطابقة لأحكام العقد.

و ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا تكون البضائع مطابقة لشروط العقد إلا إذا كانت:

1 - Cass.1^{ère} civ, 14 février 1989, bull, civ, I, 1989, P 54.

2- سامي عبد الله الدريعي، معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية و دعوى الاخلال بالتسليم، مجلة القانون و الاقتصاد، العدد 75، جامعة القاهرة، سنة 2005، ص 19.

3- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 19.

4- نفس المرجع، ص 24.

5 - Cass.1^{ère} civ.16 juillet 1965, bull.civ, I, 1965, I, P 357.

6 - Cass.1^{ère} civ, 08 novembre 1988, bull, civ, I, 1988, P 213.

1- صالحة للإستعمال في الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع.

2 - صالحة للإستعمال في الأغراض الخاصة - صراحة أو ضمنا - وقت إنعقاد العقد، إلا إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة البائع أو تقديره، أو كان من غير المعقول للمشتري أن يعتمد على ذلك."

من خلال الفقرة 2 من نص المادة المذكورة أعلاه يتضح أن البضاعة حتى تكون مطابقة وظيفيا يجب أن تكون إما صالحة للاستعمال في الأغراض العادية أو صالحة للاستعمال في الأغراض الخاصة، فبالنسبة لصلاحيتها في الأغراض العادية، فإذا كان يمكن التوصل إلى وصفها من خلال تفسير نصوص العقد في ضوء توقعات الأطراف منه، فإنه متى وجد الوصف وجب على العون الإقتصادي تسليم بضاعة تطابق هذه المواصفات و صالحة للأغراض المألوفة التي تستعمل فيها عادة، و غالبا ما لا يفصح المشتري عن الأغراض التي يريد إستخدام البضاعة فيها، و بالرغم من ذلك يتعين على العون الإقتصادي تسليم بضائع صالحة لجميع الأغراض التي عادة ما تستخدم مثل هذه البضائع فيها، و المعيار في ذلك هو توقعات الشخص العادي الذي يشتري بضاعة بهذه المواصفات¹، كما أن الضابط الذي يحكم مسألة ما يتوقعه الشخص العادي هو ضابط موضوعي لأنه يتعلق بأي شخص يمكن أن يتوقع إستعمالا مألوفاً لهذا النوع من البضائع².

و لما كان شرط " صلاحية البضاعة للأغراض العادية " يعكس الواقع التجاري في العقود، حيث يجد التجار أنه من غير العملي تحديد الأهداف التي من أجلها يشتري التاجر هذه البضاعة في كل صفقة يبرمها، و كبديل عن ذلك يعتمد المشتري التاجر على التعامل السابق أو العرف التجاري لتحديد هدف شراء مثل هذه البضاعة، و في نفس الوقت فإن هذه البضاعة يجب أن تكون صالحة للأغراض التجارية و التي من أهمها إعادة البيع³، و السؤال الذي يطرح في هذا الإطار هو: هل يجب أن تكون البضاعة صالحة للإستخدام في جميع الأغراض العادية، أم أن القول بصلاحيتها للإستخدام في بعض الأغراض العادية فقط يعد خرقاً للإلتزام بتسليم مبيع مطابق وظيفيا وفقا لإتفاقية فيينا 1980 ؟

تجدر الإشارة إلى أن عدم صلاحية البضاعة للاستعمال وفقا للأغراض العادية لا يبرر دائما أنه في حالة التفاوت البسيط للجانب المادي المحض للبضاعة، إعتبار أن هذه البضاعة غير مطابقة للغاية المعتادة، إذ يجب أن تكون الصفات الغائبة صفات قد إشرطها العرف لتأثيرها على الغاية المقصودة أو الوظيفة العادية للبضاعة⁴.

و لما كانت عدم المطابقة تحول دون تحقيق المنفعة الإقتصادية التي يجب أن يتوقع المشتري الحصول عليها من موضوع شرائه، فإن إسناد عيب المطابقة إلى عدم صلاحية البضاعة للإستعمال المألوف أو الإستعمال التجاري يشكل عاملا مؤثرا في الربح الذي كان يتوقعه المشتري، مما يفرض حماية الأخير في هذه الحالة⁵، و عليه فإنه يسعى لشراء بضاعة بقصد إعادة بيعها و ليس بالضرورة لأجل أن يستعملها لنفسه، و بالتالي يجوز التمسك بالإلتزام الملقى على عاتق العون الإقتصادي - وفقا لإتفاقية فيينا - بتوريد أو تقديم بضاعة ملائمة للإستعمال لكافة الأغراض، التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من

1 - نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 78.

2 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 84.

3 - نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 79.

4 - Michel Alter, op,cit, P 129.

5- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 90.

نفس النوع التي كانت محل التعاقد، فإذا جهز العون الإقتصادي البضاعة لبعض الأغراض التي تستعمل من أجلها عادة بضائع من نفس النوع، فإن هذه البضاعة تعد حسب رأينا غير مطابقة لعدم صلاحيتها لوظيفتها العادية.

غير أنه يمكن للعون الإقتصادي أن يستعلم من المشتري و يخبره بالأغراض التي سوف تخصص لها البضاعة بشكل دقيق، و لما كانت هناك أنظمة قانونية أمره في بلد المشتري فإنه ينبغي على العون الإقتصادي الإلتزام بها إذا طالبه المشتري بذلك، أو إذا كان يعلم أو كان ينبغي أن يعلم بتلك القواعد الأمره و كان المشتري يعتمد على علم العون الإقتصادي، فينبغي على هذا الأخير أن يسلم مبيعا مماثلا للذي سبق تسليمه و في نفس دولة المشتري، فتعدو معايير الأمن والسلامة الخاصة ذات شأن¹، و لا يجوز أن نأخذ في الإعتبار هذا القيد السالف - بطبيعة الحال - إذا فرضت هذه القواعد الأمره بعد تسليم البضاعة، أي بعد لحظة إنتقال المخاطر، و على أي حال فعندما يعرض النزاع أمام القاضي في هذا الشأن، فإن تقرير وجود المطابقة الوظيفية العادية للبضاعة أم لا، يتم بمراعاة الظروف الخارجية لنية أطراف العقد².

كما تنص أيضا المادة 35 فقرة 2/ب من إتفاقية فيينا 1980 على ضرورة أن تكون البضاعة صالحة للإستعمال في الأغراض الخاصة التي أحيط بها العون الإقتصادي علما صراحة أو ضمنا وقت إنعقاد العقد، أي إذا تبين من الظروف أن المشتري لم يعتمد على خبرة العون الإقتصادي أو تقديره، أو كان من غير المعقول أن يعتمد على ذلك، أي أنه إذا كان المشتري يهدف من شراء البضاعة إلى إستعمالها في غرض خاص فإنه يكون ملزم بإعلام العون الإقتصادي بذلك، إما صراحة بأن ينص على ذلك في العقد أو ضمنا، و يستشف هذا القصد عندئذ من ظروف التعاقد كما لو جاء ذكر الإستعمال الخاص أثناء المفاوضات بين الطرفين أو إذا دلت عليه صفة المشتري³.

و تكمن أهمية إعلام المشتري للعون الإقتصادي عن الغرض الخاص لإستعمال البضاعة، في أن هذا الأخير قد يمتنع عن إبرام الصفقة إذا تبين أنه غير قادر على تلبية طلب المشتري⁴، و إذا ما تم إعلام العون الإقتصادي و لم يبد رفضه أو إعتراضه، إلتمزم بتسليم البضاعة وفقا للغرض الخاص الذي أعلم به و إلا يكون مخلا بتنفيذ إلتزامه بتسليم بضاعة صالحة للإستعمال في أغراض خاصة⁵، فإذا تعاقد المشتري على شراء سيارات لا تصلح للسير في الطرق الصحراوية فإن تسليم سيارات لا تؤدي هذا الغرض، يؤدي إلى قيام مسؤولية العون الإقتصادي عن الإخلال بتسليم بضاعة صالحة للإستعمال في أغراض خاصة⁶.

و إلى جانب الشرط السابق فإنه يتعين أن يكون هذا الأخير قد إعتد على خبرة و كفاءة و مهارة العون الإقتصادي، أو أن يكون من المعقول أن يعتمد عليها، ويعني ذلك أنه يتعين على المشتري أن يعلم بأن العون الإقتصادي مؤهل فنيا لتسليم بضاعة صالحة لهذا الغرض الخاص، و عليه فهو يعتمد على مهاراته و خبرته في هذا المجال، فعلى سبيل المثال يتوافر عنصر الإعتداع عندما يكون للعون الإقتصادي سمعة جيدة في إنتاج سلعة معينة، و لكن متى إنتفى هذا الإعتداع فلا مجال للقول بمسؤولية العون الإقتصادي عن تسليم بضاعة تفتقر للغرض الخاص⁷.

1- الفقرتين 1 و 3 من المادة 8 من إتفاقية فيينا 1980.

2- الفقرة الثانية (2) - ب من المادة 35 من إتفاقية فيينا 1980.

3- محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة، المرجع السابق، ص 145.

4- نبيل أحمد محمد فقيه، الآثار القانونية لعقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية فيينا سنة 1980، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، سنة 2005، ص 152.

5- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 94.

6- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 145.

7- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 82.

و في المثال السابق و الخاص بشراء سيارات صالحة للسير في الطرق الصحراوية، فإنه لا ضمان على عاتق العون الإقتصادي لصلاحية السيارات للسير في الطرق الصحراوية، إذا تبين أن مصانعه غير معدة لتزويد السيارات بالأجهزة و الآلات التي تمكنها من إحتمال حرارة شمس الصحراء والسير على رمالها، و أن المشتري كان على بينة من هذه الحقيقة لأن العون الإقتصادي أعلمه بها أو ما كان له أن يجهلها، لأن العون الإقتصادي سمح لمهندسي المشتري و خبراءه بزيارة المصنع قبل إبرام العقد للوقوف على طاقاته، و يقع عبء ذلك كله على البائع¹.

الفرع الثاني: إعلام العون الإقتصادي للمستهلك بطريقة إستعمال المبيع.

عند تسليم الشيء المبيع فإن العون الإقتصادي يلتزم بتزويد المستهلك بجميع المعلومات الضرورية و المفيدة في إستعمال الشيء المبيع²، كما يلتزم بتقديم المعلومات التي تسمح له بأن يجعل من المنتج يستعمل بطريقة مطابقة للغرض الذي خصص من أجله³، و بالفعل منذ بداية القرن العشرين بدأ القضاء الفرنسي يفرض على العون الإقتصادي إلزاما بالإعلام و النصيحة سواء في فترة إبرام العقد أو في فترة تنفيذه⁴.

و لقد نص المشرع الجزائري في العديد من النصوص على الإلتزام بالإعلام، و ذلك بداية بقانون 02-89 المتعلق بحماية المستهلك- الملغى- و وصولا إلى القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، الذي أفرز المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، حيث ينص من خلال المادة 35 على ضرورة أن يشتمل الإلتزام بالإعلام على طريقة إستعمال المنتج و ذلك من أجل ضمان الإستعمال الجيد له، و هذا لما يتعلق الأمر بمواد غذائية، فضلا على النص عن إلزامية تبيان العون الإقتصادي لطريقة إستعمال المنتج غير الغذائي⁵، و ذلك من خلال المادة 38 فقرة 5 و جعله بيانا إلزاميا، و يشمل الإعلام جميع تفاصيل الشيء المبيع، خصائصه، أغراض إستعماله، طريقة عمله، وظيفته و صيانتته...إلخ.

إن إلزام العون الإقتصادي بإعلام المستهلك بطريقة إستعمال المبيع، هدفه تحقيق الغرض المرجو من إقتنائه و في نفس الوقت وقاية المستهلك من مخاطر الإستعمال الخاطئ له، على أن طريقة الإستعمال المقصودة هي طبعا الطريقة الصحيحة التي تتحدد حسب الغرض الذي خصص له المنتج⁶، و تمثل طريقة الإستعمال الحد الأدنى من المعلومات التي يتعين على العون الإقتصادي الوفاء بها للمستهلك على النحو الذي يحقق له الأمان الكامل في مواجهة الأخطار التي تهدده⁷.

1- محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 154.

2 - Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit,P 921

3 - Ibid.

4 - Alain Bénabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 131 ; François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette , droit civil, les obligations, 8^{ème} édition, Dalloz, 2002, P 256.

5- تنص المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك على أنه: " تطبيق احكام هذا الفصل على كل المنتجات غير الغذائية سواء كانت اداة او وسيلة او جهاز او آلة او مادة موجهة للمستهلك لاستعماله الخاص و/او المنزلي".

6 - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، طبعة 1، دراسة في القانون المدني والمقارن، دار الثقافة، عمان، سنة 2002، ص 125.

7 - عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص 638.

كما أوجب القضاء الفرنسي أن يرد الإلتزام بالإعلام الواقع على عاتق العون الإقتصادي على بيع العقارات و بيع المنقولات على حد سواء، فلما يتعلق الأمر بعقار فإن شرط تعيينه في عقد البيع كفيل بإعطاء مختلف البيانات المتعلقة بهذا العقار مثل المساحة¹، مخاطر الإنزلاق المرتبطة بإستعمال الأرض²، وجود إرتفاق، أو ما إذا كان قد تم توصيل هذا العقار بقنوات المياه...إلخ.

و يرد الإلتزام بالإعلام على ما لا يرى من طرف المستهلك و ما يعلم به العون الإقتصادي أو كان من المفروض أن يعلم به³، و فيما يتعلق بالأشياء المنقولة فإن الإلتزام بالإعلام يرد على الشيء المعقد كما على الشيء البسيط أو الجديد⁴.

و عندما يشكل إستعمال الشيء خطرا على المستهلك فإن العون الإقتصادي يلتزم بأن يبين له كيفية إستعمال الشيء و كذا التحذير من مخاطر إستعماله⁵، إلا أنه عادة ما يكتفي العون الإقتصادي بأن يعطي إلى المستهلك المعلومات المقدمة من طرف المنتج، و هذه المعلومات لها أهمية خاصة عندما يكون البيع قد تم بين العون الإقتصادي بإعتباره مهني و بين المستهلك، و لهذا السبب ينبغي أن يكون الإلتزام بالإعلام كاملا، دقيقا، ضروريا و مفيدا، و بصفة عامة فإن إعلام المستهلك يتم وفق التشريع الجزائري بواسطة بطاقة⁶، أو تحذير مكتوب على غلاف الشيء المبيع و يكون مرفوق بدليل الإستعمال، و للكتابة أهمية جد خاصة بالنسبة للعون الإقتصادي فيما يتعلق بإثبات تنفيذ الإلتزام بالإعلام حيث أنه هو من يلتزم بإثبات أنه نفذه.

إن العون الإقتصادي ملزم بتقديم المعلومات للمستهلك الذي يعتبر شخصا بسيطا و غير ملم بالخبرات التقنية أو المهنية التي تمكنه من معرفة الشيء، و طبعاً بإعتبار أن هذا العون الإقتصادي مهني فإنه ملزم بمعرفة خصائص المبيع⁷، و يفرض الإلتزام بالإعلام أحيانا على عاتقه واجب الإستعلام عن حاجيات المستهلك، و ذلك حتى يوفر له منتجاً يتماشى مع إحتياجاته و صالح للإستعمال الذي خصص له⁸، فالهدف من الإستعلام يكمن في إعلام المستهلك⁹.

كذلك يلتزم العون الإقتصادي في حالة ما إذا كان قد سكت المستهلك عن إحتياجاته، بأن يستعلم حول الإستعمال المخصص للمنتج، و إذا تمثل المنتج في آلات، فإنه يلتزم بإعطائه النصيحة التقنية حول إستعمال الآلات و صيانتها و التدابير المرافقة للإستعمال¹⁰.

أما في المجال العقاري عندما يجهل العون الإقتصادي المعلومات المفيدة المتعلقة بالعقار فإنه يلتزم بالإستعلام من المصالح المختصة بذلك و هذا ليضمن المعلومة اللازمة للمستهلك، و إذا تعلق الأمر ببائع

1 - Cass, 3^{ème} civ, 24 mai 1972, bull, civ, III, P 233.

2 - Cass. 3^{ème} civ, 30 juin 1992, bull civ III, P 145

3 - François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, op,cit, P 203

4- منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 127 و ما بعدها.

5- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 23 و ما بعدها.

6- تعرف المادة 3 فقرة 13 البطاقة على أنها: " كل استمارة او علامة او صورة او مادة وصفية اخرى، مكتوبة او مطبوعة او ملصوقة او موضوعة او مرسومة او مطبقة على تغليف المنتج او مرفقة بهذا الاخير".

7 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 309.

8 - Jacques Ghestin, Bernard Desché, op,cit, P 753.

9 - Ibid

10 - Cass, 1^{ère} civ, 5 décembre 1995, bull civ, I, P 315.

غير مهني فلا يمكن إلزامه بالإعلام كما في حالة العون الإقتصادي، لكن هذا لا يعني إعفاؤه من هذا الإلتزام¹، حيث يلتزم هو الآخر بالإدلاء بنزاهة بما يعرفه عن العقار المبيع².

إن الإلتزام بالإعلام يتعلق أيضا بصفة المشتري فيما إذا كان مستهلكا أو مهنيا، فإذا تعلق الأمر بمستهلك فإن إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام في مواجهته يكون واسع النطاق³، أما إذا كان المشتري عبارة عن شخص مهني لكن تخصصه يخالف تخصص العون الإقتصادي، فإن صفته كمشتري مهني غير متخصص لا تمنع من إعتباره عادي في عملية شراء الشيء، و بالتالي يعتبر بمثابة مشتري عادي⁴، إلا أنه عندما يتعلق الأمر بمشتري مهني فإن القضاء الفرنسي يتشدد في مواجهته، لأن مهنيته تعني أن خبرته و درايته تمكنه و بسهولة من التفتن و الإلمام بالخصائص الأساسية للمبيع و كذا بطرق إستعماله⁵، و عليه يسقط إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام في مواجهة المشتري في هذه الحالة⁶، فالإلتزام بالإعلام في مواجهة المشتري المهني لا يقوم إلا في حالة ما إذا كانت خبرته لا تسمح له بتقدير الخصائص التقنية للأشياء التي سلمت له⁷.

و إذا كان إلتزام العون الإقتصادي بتقديم معلومات تهدف إلى السماح للمستهلك بإستعمال الشيء وفقا للغرض الذي خصص له، فإنه رغم ذلك توجد حدود للإلتزام بالإعلام، حيث أنه من جهة، مرهون بواجب التعاون الذي يقع على هذا الأخير في مرحلة إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه⁸، كما أن حسن نية المستهلك تفرض عليه هذا التعاون، و كنتيجة لذلك يتعين أن يكون سلوكه إيجابيا⁹، حيث يفرض واجب التعاون عليه بأن يؤدي بعض المعلومات للعون الإقتصادي حتى يطلع على إحتياجاته و أهدافه¹⁰، و ذلك عن طريق الحوار المتبادل بين المتعاقدين لا سيما في مجال بيع الأشياء المعقدة مثل الإعلام الآلي¹¹، و بالتالي فإن إخلال المستهلك بواجب التعاون المفروض عليه من شأنه أن ينفي عن العون الإقتصادي مسؤوليته.

و إذا كان المستهلك قد قام بواجب التعاون دون الإعتداد على البضائع المقدمة من طرف العون الإقتصادي فإن هذا الأخير لا تقوم مسؤوليته¹²، و نفس الحكم لما يستعمل المستهلك المنتج خلافا

- 1 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 309.
- 2 - Alain Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 132 et 133.
- 3 - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 121.
- 4 - الشخص العادي هو الشخص الذي يلجأ إلى التعاقد مع شخص خبير بالمنتج المبيع بحيث يحوز هذا الأخير جميع المعلومات المتعلقة به وبمكامن الخطورة، أو بكيفية إجتناؤها أو الإحتياط منه.
أنظر: حمدي أحمد سعد، الإلتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة في المبيع، المكتب الفني للاصدارات القانونية، مصر، سنة 1999، ص 361.
- 5 - مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الاول، العقد، دار الخلود للصحافة و الطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، سنة 1999، ص 172.
- 6 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 310.
- 7 - Cass ,3^{ème} civ, 18 février 2004, J .C.P, 2004 édition G, IV, P 699.
- 8 - Alain Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 114 et S .
- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 296.
- 9 - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية و أثره في التصرفات في الفقه الاسلامي و القانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، سنة 2004، ص 377.
- 10- Jacques Ghestin et bernard Desché, op,cit, P 922.
- 11- Jacques Ghestin et bernard Desché, op,cit, P 922.
- 12 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 312.

لتعليمات العون الإقتصادي¹، كما لا يمكن لأي مستهلك أن يستفيد من أي حماية إذا كان هناك خطأ من جانبه².

و من جهة أخرى فإن إلتزام العون الإقتصادي بالإعلام يقابله إلتزام المستهلك بالإستعلام، و هذا الأخير ملزم بأن يحرص على معرفة مختلف خصائص الشيء الذي إشتراه، كما يجب عليه أن يستعلم عن صفات الشيء، و هذا الإلتزام ليس له حدود إلا عندما يتعلق الأمر بالخبرة أو الجهل المشروع و هذا الأخير يقوم لما يعجز المستهلك عن الحصول على المعلومات المطلوبة بسبب مشروع³.

فضلا عما تقدم فإن الجهل المشروع للعون الإقتصادي حول الإحتياجات الخاصة للمستهلك قد تعفيه أحيانا من المسؤولية⁴، فمن المؤكد أن للعون الإقتصادي خبرة و دراية حتى يعلم المستهلك بما يتعلق بالمبيع أو بعنصر آخر من عناصر العقد، لكنه ليس ملزم بأن يتوقع كل الإستعمالات أو التطبيقات الممكنة التي يحددها هذا الأخير في الشيء، علاوة على ذلك فإن إلتزام العون الإقتصادي لا يرتبط في الحقيقة إلا بقدراته التقنية، فهو لا يلتزم بالإعلام إلا إذا علم بالغرض الذي خصص من أجله المبيع و هذا حل مثالي في منطق العلاقة بين الإلتزام بالإعلام والإستعمال الذي خصص له الشيء⁵، و تقدير العلم من عدمه يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع⁶.

المبحث الثاني: محل الإلتزام بالتسليم المطابق.

إن إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق و الذي يقصد به المطابقة المادية للشيء المسلم مع ما تم الإتفاق عليه عقديا، سواء كان قد ورد هذا الإتفاق على الوصف أو الكمية، أو كذا مع ما سنه المشرع من قواعد أمره في هذا الشأن و يقصد بذلك المواصفات القانونية و القياسية، بالإضافة إلى صلاحية الشيء للإستعمال المخصص له و هو ما يعرف بالمطابقة الوظيفية، فهو إلتزام يقتضي تنفيذه الجيد تحديد المحل الذي يرد عليه بدقة و نعني بذلك المنتج من جهة و الخدمة من جهة أخرى و هذا ما سنتطرق له من خلال المطلب الأول، ثم إن هذا المحل و بغض النظر عن طبيعته فإنه يجب على المستهلك أن يقوم بمجرد تسلمه بالتأكد من مدى مطابقتها و من ثم إشباع رغبته في التعاقد، و هذا ما سنتطرق له في المطلب الثاني.

1 - منى أبو بكر الصديق، المرجع السابق، ص 52 و ما بعدها.

2 - و عادة بأخذ خطأ المشتري صورتين: الأولى تتمثل في الإستعمال الخاطيء للمنتج، أما الثانية فتتمثل في عدم تحقق المشتري من صلاحية المنتج للإستعمال

- محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 85.

3 - يرجع الجهل المشروع لإعتبارين، يتمثل الأول في الجهل المستند إلى الإستحالة الشخصية و التي يقصد بها إستحالة معرفة المشتري حقيقة المنتج نتيجة عدم دراينته أو خبرته لما يقدم على شرائه، بحيث ترجع إستحالة العلم إلى عدم الكفاءة أو عدم القدرة الشخصية للمتعاقد، أو إلى الإستحالة الموضوعية التي تقوم لما يستحيل على المشتري الإستعلام عن المنتج و معرفة حقيقته بسبب طبيعته الخاصة، أو وصفه المتميز بالبيانات والمواصفات المتعلقة بالمنتج و سبب نشأة الإلتزام بالإعلام في هذه الحالة هو إستحالة علم المشتري بهذه البيانات بسبب الحيازة المادية للمنتج من طرف البائع.

- ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع و تطبيقاته، المرجع السابق، ص 307 و ما بعدها.

أما الإعتبار الثاني للجهل المشروع فيستند إلى الثقة العقدية التي تقوم إما بسبب طبيعة العقد أو لصفة أو إعتبار أحد المتعاقدين.

- سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999، ص 27 و ما بعدها.

4 - Alain Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 132.

5 - Philippe Malaurie et Laurent Aynés, op,cit, P 234.

6 - Cass, 1^{ère} civ, 13 novembre 2002, R.T.D.civ, 2003, P 98.

المطلب الأول: المنتج و الخدمة

تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 13-327 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ التي تنص على أنه: " تطبق أحكام هذا المرسوم على السلع و الخدمات المقتناة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون 09-03 ... "

من خلال هذا النص يلاحظ أن المنتج و الخدمة يعتبران على حد سواء محلا لإلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق و ذلك بغض النظر عن صورة المطابق التي قد يكتسبها العقد، و بناء عليه سنتطرق من خلال الفرع الأول إلى المنتج، بينما نتطرق في الفرع الثاني إلى الخدمة.

الفرع الأول: المنتج.

يرد الإلتزام بالتسليم المطابق على المنتوجات، و لقد تطرق المشرع الجزائري لمصطلح " المنتج " من خلال نصوص قانونية متعددة، ففي القواعد العامة و لأول مرة نصت الفقرة 2 من المادة 140 مكرر م على أنه: " يعتبر منتوجا كل مال منقول و لو كان متصلا بعقار لاسيما المنتج الزراعي و المنتج الصناعي و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية و الصيد البحري و الطاقة الكهربائية "1.

يتضح من خلال هذا النص أن المنتج هو مال منقول و لو كان متصلا بعقار و ذلك ما ورد في الشق الأول من هذا النص، أما الشق الثاني فيعدد فقط أنواع بعض المنتوجات على سبيل المثال و ليس الحصر، و بالتالي فالمادة المذكورة أعلاه جاءت شاملة لكل الأموال المنقولة سواء كانت مادية كالمنتوجات الزراعية و الصناعية و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية...إلخ، أو معنوية أي حسية (incorporel) كالكهرباء و يأخذ " الغاز " نفس حكمها².

أما في القواعد الخاصة، فلقد عرفت المادة 2 من المرسوم التنفيذي 90/39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش المنتج على أنه: " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية ".

إن ما يلاحظ على هذا النص هو أنه تطرق لتعريف المنتج و ذلك بتحديد طبيعته و بالعمليات الواردة عليه و المتمثلة في المعاملات التجارية، فهذا التعريف جاء واسعاً بحيث لا يمكن معه حصر جميع المنقولات المادية، كما أن عبارة " معاملات تجارية " هي الأخرى واسعة رغم أن النص عليها في القانون التجاري جاء على سبيل الحصر، إلا أن المقصود منها في هذا التعريف يقتصر بالدرجة الأولى على الأعمال التجارية بحسب الموضوع³.

و لقد عرف الأستاذ « Jean Calais – Auloy » المنتج على أنه: " منقول مادي قابل للبيع و الشراء تجارياً"⁴، بمعنى أن المنتج يشمل الأشياء المنقولة التي يكون إنتاجها أو تصنيعها أو تحويلها و تهيئتها أو توزيعها، ناتج عن الجهد البشري¹.

1 - المادة مضافة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الاولى 1426، الموافق ل 20 يونيو 2005 المعدل و المتمم للامر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

2 - Répertoire pratique de droit privé, « vente », fascicule 43, 2002, P11.

3 - المادة 2 ق ت.

4 - Jean Calais- Auloy, Frank Steinmetz, op.cit, P 177.

كما يتطرق أيضا المرسوم التنفيذي 90 / 39 - السالف الذكر- علاوة على تعريف مصطلح " المنتج " إلى مصطلحات أخرى على غرار " البضاعة" في نفس النص، و التي تعرف على أنها: " كل منقول يمكن وزنه أو كيله أو تقديره بالوحدة و يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية "، فحسب رأينا فإن هذا التعريف هو نفسه تعريف المنتج و إن كان لم يصف المنقول بأنه " مادي"، لكن النص على إمكانية الوزن أو الكيل أو التقدير بالوحدة دليل قاطع على أنه مادي، و من ثم فإنه لا فرق بين المنتج و البضاعة وفقا لهذا المرسوم التنفيذي، طالما أنه يشترط في هذه الأخيرة أن تكون موضوع معاملات تجارية.

و يفرق المرسوم التنفيذي 90 - 39 بين " المنتج " و " الإنتاج"، حيث يعرف هذا الأخير على أنه: " جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي و المحصول الفلاحي و الجني و الصيد البحري و ذبح المواشي و صنع منتج و تحويله و توضييه، و من ذلك خزنه في أثناء صنعه وقبل أو تسويق له."

فالإنتاج عبارة عن مجموعة من العمليات السابقة لتحصيل المنتج غير أن هذه المادة فعلا تنقصها بعض الدقة و الأصح أن تصاغ كما يلي: " جميع العمليات التي تتمثل في...وجني المحصول الفلاحي..."، و من ثم فإن الحصول على المنتج أمر مرهون بالعملية السابقة عليه وهي عملية " الإنتاج"، حيث أن العبرة لإضفاء وصف المنتج على الشيء هو عملية التحويل و التوضيب، بل و حتى الخزن أثناء الصنع، و هذا ما دفع بالبعض² إلى القول بأنه يعتبر منتوجا كل ماهو صناعي، و معنى ذلك أن ما يقدم للمستهلك بحالته الطبيعية و بوجه عام لا يخضع للتغيير من حالته الطبيعية عن طريق عمل يدوي أو آلي لا يعد منتوجا.

كما أن المرسوم التنفيذي 97 - 254 المؤرخ في 8 جويلية 1997 المتعلق بكيفية الحصول على الرخصة المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطر من نوع خاص أو استيرادها يعرف المنتج الإستهلاكي من خلال المادة 2 على أنه: " ذلك المنتج الموجه للإستعمال الشخصي"، و بالمقابل تعرف المادة 685 ق م الأشياء القابلة للإستهلاك على أنها: " هي التي ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له في استهلاكها أو إنفاقها، و يعتبر قابلا للإستهلاك كل شيء يكون جزءا من المحل التجاري و هو معد للبيع".

و من ثم فإن الإستهلاك يكون ماديا كاستهلاك الطعام مثلا³، و بالتالي فالمنتج الإستهلاكي هو المنتج الذي يستعمله و يستفيد منه المستهلك في حدود الغرض الذي أعد له سواء أدى هذا الإنتفاع إلى زوال و هلاك و انتهاء المنتج، أم بقي على حاله و عندئذ يمكن تكرار إستعماله، و ما يعزز هذا التحليل هو قيام المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 97 - 254 -السالف الذكر- بتصنيف مجموعة من المنتوجات إلى قسمين، حيث يشمل القسم الأول مجموعة المنتوجات التي يؤدي استعمالها إلى زوالها مثل: ملمعات الأثاث و الأرضيات...إلخ، أما القسم الثاني، فيشمل المنتوجات التي لا يؤدي استعمالها إلى زوالها و انتهائها على غرار كراسي الأطفال، عربات الرضع...إلخ.

و نعتقد أن المشرع الجزائري قد اعتمد هذا التقسيم حتى يبين أن الإستهلاك لا يقتصر على إستعمال الشيء إلى حين زواله فحسب، بل أن الإستهلاك المتكرر للمنتوج و بقاءه على حاله يعد استهلاكاً، بمعنى

1 -قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 18.

2 - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 5.

3 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 263.

أن المجالات التي يستهدفها الإستهلاك عديدة، فالتصرفات التي يعقدها المستهلك بهدف الإستهلاك لا تنحصر في الأشياء القابلة للإستهلاك بإستخدامها مرة واحدة كالغذاء، و لكنها تتسع لتشمل كل الأشياء و السلع الدائمة و المعمرة كالسيارات و الأجهزة المنزلية¹.

إن نص المادة 2 -السالفة الذكر- اعتبر منتوجا استهلاكيا ذلك المنتوج المعد للإستعمال الشخصي للمستهلك، معنى ذلك أنه لا يعتبر منتوجا إستهلاكيا ما يستعمله المهني في إطار نشاطه المهني، و بالتالي فالطبيب لا يبرم تصرفا استهلاكيا حين يشتري المعدات الطبية لتأثيث عيادته أو التاجر فيما يخص مصنعه أو مكان محله أو مباشرة حرفته².

كما عرف أيضا المشرع "المنتوج" في الفقرة 10 من المادة 3 من قانون 09 / 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على أنه: " كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا".

إن أول ما يلاحظ على هذا النص هو استعماله لمصطلح جديد يعرف به المنتوج و هو " السلعة " (le bien) التي عرفها في نفس المادة فقرة 17 على أنها: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا"، فمصطلح (le bien) و هو الترجمة الفرنسية للسلعة التي تعتبر بنظرنا غير سليمة لأن مصطلح (Bien) يقصد به (المال) و هو الحق ذو القيمة المالية أيا كان هذا الحق، سواء كان عينيا أو شخصيا أو غير ذلك³، كما تستعمل في اللغة العربية لتعريف السلعة عبارة: " شيء مادي" و يقابلها بالفرنسية (objet materiel)، فالشيء (la chose) هو محل الحق⁴.

لقد جعل المشرع مفهوم السلعة يقتصر فقط على الأشياء المادية، ما يعني إستثناء الأموال المعنوية كبراءات الإختراع و العلامات و الرسوم و النماذج الصناعية، و العلة في ذلك ترجع إلى طبيعة هذه الأموال كونها ذات طبيعة معنوية غير محسوسة، و إلى خصوصيتها كونها تقتزن بعالم الأعمال، إذ لا يتصور إقتناء شخص لبراءة إختراع أو محل تجاري أو علامة تجارية لغرض غير مهني⁵.

كما يلاحظ أيضا أن المشرع في قانون 09 - 03 -السالف الذكر- لم يشترط أن تكون السلعة محل الإستهلاك شيئا منقولا بخلاف ما كان عليه الأمر في المرسوم التنفيذي 90 -39 المتعلق بمراقبة الجودة و قمع الغش الذي يعرف السلعة بأنها: " كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات مادية"، و هذا ما يفسر على أنه ليس هناك مانع في نظر المشرع من أن يكون العقار أو المسكن محلا للإستهلاك و يخضع بالتالي للحماية الخاصة التي يقرها قانون حماية المستهلك و قمع الغش⁶.

و حسب رأينا فإن المشرع الجزائري لا يقيم تفرقة حقيقية بين المنتوج و السلعة، خاصة في قانون 09- 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، لأن تطبيق أحكام هذا القانون على كل سلعة أو خدمة معروضة للإستهلاك حسب ما جاء في المادة 2 منه كان يمكن إختصاره بمصطلح واحد و هو "المنتوج"، و بالفعل نعتقد أنه لا يوجد فرق بينهما طالما أن المنتوج يعرف على أنه "سلعة"، و السلعة على أنها "شيء مادي" أي منتوج في مفهوم النصوص السالف التطرق لها، و ما يعزز تحليلنا هذا هو ترادف المصطلحين " منتوج" و " سلعة" الذي أكده المرسوم التنفيذي 13 / 327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013

1 - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 8.

2 - نفس المرجع، ص 9.

3 - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 260.

4 - نفس المرجع، ص 260.

5 - طرح البحور علي حسن، المرجع السابق، ص 154.

6 - عماد الدين عياض، المداخلة السابقة، ص 10.

الذي يحدد شروط و كفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، حيث إستعمل المشرع تارة مصطلح " سلعة" و تارة أخرى مصطلح " المنتج" للدلالة على نفس الشيء، لكننا نتساءل هنا عما إذا كان نطاق الإلتزام بالتسليم المطابق يشمل جميع المنقولات المادية، فهل معنى ذلك أنه يستثنى تطبيقه على العقارات ؟

يذهب الفقه¹ و القضاء الفرنسيين² إلى القول بأن الإلتزام بالتسليم المطابق يشمل العقارات كما يشمل كذلك المنقولات، لأن المستهلك لا بد أن يحصل على الفائدة المرجوة من التعاقد بغض النظر عن طبيعة المحل، فهو عندما يشتري عقار من عون إقتصادي يكون في حاجة إلى الحماية المقررة لهؤلاء الذين يشترون أشياء منقولة، فمن الأفضل أن يستفيد هو الآخر من قواعد الحماية المكرسة في قانون التوجيه الأوروبي الصادر في 25 ماي 1999 المتعلق بضمان المطابقة³، كما أن نصوص هذا الأخير يمكن بسط نطاقها و من ثم عدم إقتصارها فقط على بيع المنقولات المادية لأنه ليس هناك ما يمنع من ذلك.

الفرع الثاني: الخدمة.

إن الجديد الذي جاء به قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش هو إعتبار أن الخدمة من قبيل المنتج، إلا أن هذا الترادف هو في الحقيقة فكرة مستهجنة كونها تعتبر خروجاً عن قواعد نظرية الأموال، و هذا يتنافى مع خصوصية كل منهما⁴، فالمنتج وفقاً لهذا القانون هو "سلعة" أي "أشياء مادية"، في حين أن "الخدمة" حسب نص الفقرة 16 من المادة 3 من قانون 09 - 03 هي: " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة، حتى و لو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة."

كما عرفت المادة 82 فقرة 4 من المرسوم التنفيذي 39/90 الصادر في 30 يناير 1990 المتعلق بمراقبة الجودة و قمع الغش، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 315-01 المؤرخ في 21 أكتوبر 2001، الخدمة على أنها: " كل مجهود يقدم ماعدا تسليم منتج و لو كان هذا التسليم ملحقاً بالمجهود المقدم أو دعماً له."

أما المادة 4/2 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات الصادر في 19 جويلية 2003 فيعرف الخدمة بأنها: " كل أداء بقيمة إقتصادية".

إذن من خلال هذه النصوص القانونية يتضح أن الخدمة هي عبارة عن مجهود و لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون منتوجاً، فقد تكون الخدمة مادية كالفندقة و التنظيف و الإصلاح، أو مالية كالقرض أو فكرية كالإستشارة القانونية⁵، و هي ليست بمنتج كما نص المشرع من خلال قانون 09 - 03 عند تعريفه للمنتج، بل يبدو أن المشرع تفتن إلى ضرورة عدم الخلط بينهما و ذلك لما نص من خلال المادة 13 على إلزامية الضمان بالنسبة للمنتج و الخدمة على حد سواء، و لو كان يقصد فعلاً أن المنتج هو خدمة لكان إكتفى في نص هذه المادة بذكر مصطلح " منتج" فقط طالما أن هذا الأخير يشمل الخدمة أيضاً.

1- Christian Atias, l'obligation de délivrance conforme, art préc, P 3.

2- Cass.3^{ème} civ, 17 janvier 1990, Bull.civ III, n 26.

3 - ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، المرجع السابق، ص 133.

4 - قادة شهيدة، المرجع السابق، ص 19.

5 - كالم حبيبية، حماية المستهلك، رسالة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، سنة 2001 / 2002، ص 18.

كما يستشف كذلك فصل المشرع بين المنتج و الخدمة و عدم إعتبارهما مترادفين من خلال المرسوم التنفيذي رقم 13 - 327 الذي يحدد شروط و كفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، و ذلك من خلال المادة الأولى منه إلى غاية المادة التاسعة و كذا المادة 12، و إذا كان المنتج أو السلعة محل التسليم ينبغي أن تكون مطابقة للإشترطات العقدية، فإن الخدمة أيضا ينبغي أن تكون مطابقة للإشترطات العقدية، صحيح أنها تشمل كل عمل مقدم عدا تسليم السلعة، أي أنه لا يمكن الحديث عن تسليم الخدمة، لأن ذلك يتنافى مع طبيعتها المجردة و لكون أن التسليم تحكمه القواعد العامة، غير أنه يمكننا أن نتكلم عن تقديم أو أداء الخدمة.

و لقد أوجب المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 13 - 327 - المذكور أعلاه- ضرورة أن تكون الخدمات التي تؤدي إلى المستهلك مطابقة للعقد، و الأكثر من ذلك هو ضمانها من جانب العون الإقتصادي إذا إتضح أنها غير مطابقة و ذلك شأنها شأن المنتج¹، و من ثم فإن محل الإلتزام بالتسليم المطابق يستوي أن يكون منتوجا أو خدمة على حد سواء و هذا من شأنه تعزيز الثقة العقدية بين العون الإقتصادي و المستهلك عندما يقدم هذا الأخير على إقتناء المنتج أو الحصول على الخدمة و هو مطمئن من حيث الحماية القانونية المكرسة لفائدته من خلال النص قانونا على إلزامية أن يكون المنتج أو الخدمة مطابقين.

إن الخدمة عبارة عن مجهود، و هذا الأخير ليس بمنتوج مادي، كما أن عملية تسليم المنتج و مهما كان نوعها أو سببها فهي ليست خدمة، حيث أن هذه الأخيرة لها خصائص غير تلك التي يتميز بها المنتج لأنها غير ملموسة²، فقد تقديم الخدمة في صورة نشاط مفيد لمن يطلبه مثل الخدمات المالية من بنوك و شركات تأمين، و أسواق المال و خدمات النقل البري و البحري و الجوي و كذلك خدمات شركات الإتصال و الخدمات السمعية البصرية و المعلومات بما فيها الحاسب الآلي و الصناعات المرتبطة به و نشاط شركات السياحة و قطاع الإنشاءات و التعمير و مكاتب الإستشارات الطبية و القانونية و الهندسية و الخبراء و المستشارين الأجانب³.

و لذلك تعرف الخدمة فقها على أنها: " المنفعة التي تحصل إما مجانا أو نظير مبلغ مالي، فهي المنافع غير الملموسة المقدمة للعملاء سواء بمقابل أو من غير مقابل أو نظير رسوم رمزية⁴، و تتميز الخدمة بكونها غير ملموسة حيث يغلب عليها الطابع الحسي و لا يمكن لمسها لأنها غير مادية حيث يصعب نقل عينة منها للعميل، و تتميز أيضا بأنها مستمرة⁵.

1- المواد من 3 إلى 11 من المرسوم التنفيذي 13 - 327 السالف الذكر.
2- ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، الملتقى الوطني للإستهلاك و المناقسة، منشورات مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، سنة 2001، ص 16.
3- علي إبراهيم، منظمة التجارة العالمية - جولة أروجواي و تقنين نهب العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 193.
4- مدحت محمد أبو النصر، إدارة الجودة الشاملة في مجال الخدمات، طبعة 1، مجموعة النيل العربية، القاهرة، سنة 2008، ص 93.
5- سامي عبد القادر سعيد، الخدمة الفندقية في المطاعم، مجموعة النيل العربية، القاهرة، سنة 2004، ص 9.

المطلب الثاني: التأكد من مطابقة المحل.

مما لا شك فيه أنه حتى يتمكن المستهلك من وصف المنتج المسلم من طرف العون الإقتصادي بأنه مطابق أو غير مطابق، لا بد أن تكون تصرفاته قد أخذت مسلكا إيجابيا تجاه الشيء المسلم له، و أن يكون شخصا نشيطا و ذلك بأن يبادر أولا بالقيام بفحص الشيء المسلم للكشف إما عن عن ملائمة لتلبية حاجاته و من ثم عدم مطابقته مما يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، فضلا عن عدم إحتفاظه بنتيجة الفحص لنفسه لأن المسألة تخص أيضا المدين أي العون الإقتصادي الذي تعاقد معه و بالتالي يتعين عليه إخطار هذا الأخير بعدم المطابقة التي يكتشفها، و لذلك سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى فحص المحل و ذلك من خلال الفرع الأول، ثم إخطار العون الإقتصادي بعدم مطابقة هذا الشيء و هذا من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: فحص المحل.

إن فحص الشيء المسلم من طرف العون الإقتصادي إلى المستهلك يستوجب علينا أن نتطرق أولا إلى تعريف الفحص، كما سنتطرق ثانيا إلى الأشخاص المشرفين على هذه العملية، و في المقام الأخير سنوضح زمن و مكان القيام بهذه العملية.

أولا: تعريف الفحص.

إن فحص المبيع المسلم عملية جد مهمة طالما أنه يتوقف عليها إستقرار المعاملات بين الطرفين من عدمها، و لقد نص المشرع الجزائري على "الفحص" صراحة في المادة 380 ق م و ذلك حين أوجب على المستهلك المبادرة بفحص المبيع بمجرد تسلمه، و إن كان ذلك بهدف كشف ما إذا كانت به عيوب خفية أم لا، و ليس بهدف الكشف عن مدى مطابقته.

أما المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ فإنه لم ينص على إلزامية قيام المستهلك بفحص المنتج المسلم حتى يتسنى له التأكد من مطابقته من عدمها، لكن باستقراء نص المادة 11 التي تقضي بأنه: " يمكن للمستهلك أن يطالب بتجريب المنتج المقتنى، طبقا للتشريع و الأعراف المعمول بها دون اعفاء المتدخل من الزامية الضمان"، نجد أن الهدف الرئيسي من تقرير حق المستهلك في تجربة المنتج هو إتاحة الفرصة لفحصه و التأكد من مطابقته أو من عدمها، على أن حق التجربة لا يمكن أن يمتد إلى جميع المنتجات بل يتعلق بطبيعة المنتج المراد شراؤه مثل الآلات و الأجهزة، و هذا نظرا لوجود بعض المنتجات التي يستحيل تجربتها مثل منتجات التجميل التي لا تحتوي على عينات خاصة بالتجربة (les testeurs).

فحسب رأينا حتى و إن لم ينص المرسوم التنفيذي رقم 13-327 على ضرورة فحص المنتج من قبل المستهلك، فإن الإنتقال إلى مرحلة تنفيذ الضمان القانوني عندما يكون المنتج المسلم غير مطابق، لا يمكن أن يتم توقيعه دون أن يسبق ذلك فحص للمنتج و التأكد من حالته، فكيف يمكن للمستهلك مطالبة العون الإقتصادي بالضمان القانوني الوارد في المادة 12 من ذات المرسوم و المتمثل في إصلاح السلعة أو إعادة مطابقتها، إستبدالها أو رد ثمنها، إذا لم يكن قد فحصها و عاينها و من ثم تبين أنها غير مطابقة، لذلك يعد الفحص مسألة إلزامية لمعرفة مدى تحقيق المستهلك الغرض الذي أقدم على التعاقد من أجله و هو الحصول على منتج مطابق.

و يعتبر الفحص معروف أيضا في عقود التجارة الدولية، حيث نصت إتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع على هذا الإجراء¹، و يعتبر الفحص مجموعة الأعمال المادية التي تتم بقصد التأكد من مطابقة الشيء المسلم، و التي ترتبط بالتسليم المادي²، ذلك أنه لا مجال للقيام به طالما أن الشيء ليس تحت السيطرة المادية و الفعلية للمشتري.

إن الإشكال المطروح بالنسبة للفحص في حقيقة الأمر لا يتعلق بتحديد المقصود به، بل يتعلق بتكييفه القانوني فيما إذا كان حق شرع لفائدة المشتري أو إلتزام يقع على عاتقه، حيث ذهبت بعض الأنظمة القانونية إلى إعتبره واجب سن من أجل حماية مصالح طرفي العقد، و مثال ذلك القانون المدني المصري³ و القانون التجاري الألماني⁴ و القانون السويسري⁵، بينما يذهب بعض الفقهاء⁶ إلى إعتبر أن الفحص حق يتمتع به المشتري يخول له التأكد من مدى مطابقة المبيع المسلم للعقد، و نفس الشيء ذهب إليه قانون بيع البضائع الإنجليزي من خلال المادة 34 منه، أما نحن فنعتقد أن الفحص إجراء وجوبي يمكن من معرفة مدى مطابقة المبيع من عدمه.

و لقد نصت المادة 1/38 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه: "على المشتري أن يفحص البضائع..."، فمن خلال هذا النص نستنتج أن "الفحص" هو إلتزام يقع على عاتق المشتري لأن النص جاء بصيغة الأمر "على المشتري" بمعنى "يجب عليه" أو "يتعين عليه"، و بالتالي فإن "الفحص" وفقا لهذه الإتفاقية يعتبر إلتزام يقع على عاتق المشتري يفتح المجال أمامه لإثارة الجزاء المناسب، و نعتقد من جهتنا أن "الفحص" كإجراء يقوم به المشتري لا يمكن أن يرقى إلى مرتبة الإلتزام بالمعنى الحقيقي للمصطلح، بل هو حق من حقوق المشتري و عبء يقع عليه و يجوز له القيام به، و أن عدم ممارسته يعني أن تنازله عنه و من ثم يعتبر راضيا بالمبيع و بعدم المطابقة دون أن يعتبر ذلك من قبيل الإخلال العقدي.

كما تجيز المادة 6 من الإتفاقية لأطراف العقد الإتفاق على إستبعاد أحكام هذه الإتفاقية - كما يجوز لهما مخالفة نص من نصوصها - عدا المادة 12- و بالتالي يجوز الاتفاق على إستبعاد إجراء الفحص من طرف المشتري، و نعتقد أن هذا يتعارض مع نص المادة 1/38 السالفة الذكر التي وردت بصيغة الأمر، مما يجعلنا نتساءل عما إذا كانت هذه المادة فعلا من النظام العام أم لا؟

ثانيا: المشرفون على الفحص.

إن الفحص كإجراء يتيح للمشتري إمكانية الكشف عن مدى مطابقة البضائع المسلمة لما إشرطه في العقد، قد يقوم به أطراف العقد ذاتهم و ذلك لما يتعلق الأمر بعمليات تجارية لا تتطلب معرفة فنية دقيقة و هذا ما سنتطرق، بينما قد لا يستطيع المشتري أن يجري هذا الفحص لما تتطلب المعاملة شخصا أكثر كفاءة عندما يتعلق الأمر ببضائع معقدة، عندئذ يتم الفحص من طرف الغير .

1- المادة 38 من إتفاقية فيينا فقرة 1.

2- أماروز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 354.

3- تنص المادة 1/449 قانون مدني مصري على: "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته..."

4- المادة 1/377 ق ت الألماني.

5- المادة 1/201 من قانون الإلتزامات السويسري.

6- حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة

1975، ص 259. أنظر أيضا: محمود سمير الشرفاوي، المقالة السابقة، ص 361.

1- الفحص من قبل أطراف العقد.

عملياً يعتبر المستهلك هو الطرف الذي تعنيه مسألة الفحص لأنه هو من سيتحمل نتائج إهماله¹، كما أنه ليس هناك ما يمنع من إجراء الفحص بواسطة أشخاص غير مستقلين عن أطراف عقد البيع و هذا يؤدي أيضا إلى جواز إجراء فحص البضائع بواسطة العون الإقتصادي نفسه².

و يمثل فحص البضاعة بواسطة أحد طرفي العقد أهمية كبيرة و ذلك لأنه من مصلحة كليهما أن يتم البيع بطريقة مرضية للطرفين، فإذا كان المستهلك يهدف إلى الحصول على بضاعة مطابقة للإشترطات العقدية فإنه من الطبيعي أن يبذل قدرا من العناية لإكتشاف عيوب المطابقة الموجودة بالمبيع، و من جهة أخرى فإن العون الإقتصادي كي يحافظ على سمعته الطيبة مع عملائه فإنه سيتجنب فرص التنازع معهم عن طريق السعي جاهدا لتسليم بضائع مطابقة للعقد، حيث لا يجوز له التنصل من نتائج الفحص، كما لا يجوز للمشتري منازعة العون الإقتصادي حول حالة البضاعة في ميناء الوصول طالما لم يثبت أنها غير مطابقة في ميناء الشحن³.

و كما ذكرنا سابقا فإنه إذا كان المستهلك هو الطرف الأكثر إهتماما بإجراء الفحص إلا أن حضوره شخصيا للقيام بهذا الإجراء عند الشحن قد يكلفه باهضا⁴، و بالتالي إمكانية قيام العون الإقتصادي بالفحص، على أنه هناك من يرى بعدم جدوى عملية الفحص التي تتم من طرفه لأنه إذا كان ملزم بتسليم بضاعة مطابقة، فإن شهادة المطابقة التي يسلمها إثر الفحص العادي هي مجرد وسيلة إثبات أكثر من إعتبارها دليل على تنفيذه إلتزامه بتسليم بضائع مطابقة لشروط العقد، أي أنها تعبر فقط عن بيان الشكل الذي تم فيه تنفيذ إلتزاماته و من ثم لا يمكن إعتبارها دليل على القبول النهائي لهذه البضاعة⁵، و بالتالي يمكن القول أن فحص العون الإقتصادي للبضاعة و تقديمه شهادة تفيد ذلك ما هو إلا قرينة بسيطة على مطابقة البضائع للإشترطات العقدية.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن قواعد الإنكوترمز تفرض على العون الإقتصادي تسليم شهادة مطابقة البضائع و ذلك بعد معاينة البضاعة قبل أو أثناء تسليمها من طرفه إلى المشتري أو الناقل الأول⁶، و هذا الإجراء هو الفحص قبل الشحن الذي لا بد من تمييزه عن ذلك الذي يقوم به المشتري، فهذا الفحص الأخير هو الأهم⁷، إذ على أثره يتحدد مصير العقد المبرم مع العون الإقتصادي، كما أنه من خلال هذا الفحص يتم تقدير مدى مطابقة التسليم لشروط العقد.

2- الفحص من طرف الغير.

يبرر اللجوء إلى الغير كشخص ثالث مستقل عن العلاقة العقدية لإجراء الفحص بالعديد من الأسباب، أهمها عدم توفر المشتري على الخبرة و العلم الكافيين اللذان يؤهلانه للقيام به، كما يمكن أن يقضي العقد أيضا بضرورة حصول فحص البضاعة في مخازن العون الإقتصادي أو في مكان الإنتاج، و لما كان من الصعب أحيانا على المشتري التنقل إلى هذه الأماكن للقيام بهذه العملية، فإنه في هذه

1 - Michel Alter, op, cit, P 176

2 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 158.

3 - نفس الرسالة، ص 159.

4 - Mostafa Fahim Nia, thèse préc, P 187

5 - PH. Kahn, la vente commerciale internationale, op,cit, P 126.

6 - Ibid, P 126.

7 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 162.

الفرضيات المختلفة يكون الحل المقترح لإجراء الفحص هو تحكيم الخبير الذي عادة ما يكون هيئة خاصة أو عامة أو مستقلة تتمثل مهمتها العادية في " عمليات الرقابة"¹.

كما أن وجود هذا النوع من شركات المعاينة على غرار " الشركة العامة للمراقبة" بجنيف، مكتب "Vertias" بباريس، " cargo superintendants Ltd" بلندن و "superintendance co Inc" بنيويورك أو غيرهم²، من شأنه أن يحد من أسباب العديد من النزاعات بين الأطراف ما دام المشتري و قبل تسلمه البضاعة يحصل على جميع المعلومات المتعلقة بحالتها بمجرد تعيين أطراف العقد للجهة التي يوكل إليها القيام بهذا الإجراء³.

و لما كانت شركات المعاينة تصدر عند القيام بمهامها شهادة المعاينة " المطابقة" كما ذكرنا سابقا، فإن مسؤوليتها تتوقف على بنود عقد فحص البضاعة المبرم بينها و بين من طلب منها الفحص، و إذا كانت أيضا مهمتها الأساسية تكمن في معاينة البضاعة، فإنه يجوز لها أن تتوسع في عملها لتبدي قبولها للبضائع شريطة النص على ذلك في العقد⁴، و عليه فإن مسؤولية هذه الشركات فيما يخص فحص البضائع هي مسؤولية عقدية و مهنية في نفس الوقت لأنها تتمتع بالقدر الكافي من المعرفة الفنية التي تمكنها من ممارسة عملها⁵.

غير أنه و حتى تتجنب هذه الشركات المتابعة القضائية للطرف الذي عينها، فإنها تقوم بإصدار شهادات معاينة تعلق النتائج المتوصل إليها بخصوص مواصفات البضاعة لا أكثر و لا أقل، و من ثم فهي لا تعد مسؤولة إلا عن المواصفات التي نقلتها إلى علم المشتري بحسن نية و ليس عن ردة فعله التي قد تنفي أن البضاعة المسلمة مطابقة للعقد، و لكن إذا نص العقد على أنه من صلاحية الشركة أيضا قبول البضاعة إلى جانب معاينتها، ففي هذه الحالة تسأل في مواجهة المشتري إذا إتضح أن البضائع غير مطابقة للعقد وفقا لأحكام عقد الوكالة⁶.

إن المادة 2/21 من المرسوم التنفيذي 13-327 المتعلق بشروط و كفاءات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، تجيز للعون الإقتصادي القيام بإجراء "المعاينة المضادة" أي الفحص المضاد ، و ذلك على حسابه و بحضور الطرفين أو ممثليهما في المكان الذي توجد فيه السلعة محل الضمان، و حسب رأينا أن هذا الإجراء لا يفهم بالضبط الغرض منه، خاصة إذا علمنا أن الضمان القانوني يسري بمجرد معاينة المستهلك لحالة عدم مطابقة المنتج المسلم و إخطار العون الإقتصادي بذلك، فهل أن تقرير المشرع للمعاينة المضادة لفائدة العون الإقتصادي، من شأنه أن يحرم المستهلك من الضمانات القانونية المكرسة في هذا المجال؟

1 - Mostafa Fahim Nia, thè préc, P 187 et 188

2 - Ibid, P 188.

3 - Philippe Kahn, la vente commerciale internationale, op,cit, P 128.

4 - Jacques Ghestin et B. Desché, op,cit, P 758

5- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 172.

6- نفس الرسالة ، ص 173.

ثالثاً: زمن و مكان الفحص.

يحظى وقت فحص المبيع و مكانه بأهمية كبيرة، ذلك أنهما يعتبران من المسائل الدقيقة التي يتوقف عليها تنفيذ عقد البيع، و كقاعدة عامة يتمتع أطراف العقد بمطلق الحرية في تحديد هذا الأمر، غير أن الإشكال الذي يثور في حالة عدم الإتفاق على تحديد زمان و مكان الفحص فإننا نتساءل عندها عن الوقت الذي يتم فيه الفحص ثم عن المكان الذي يتقرر فيه ذلك.

1- زمن الفحص.

لقد استعملت المادة 1/38 من إتفاقية فيينا 1980 بخصوص الوقت الذي يتعين أن يتم فيه الفحص عبارة " في أقرب ميعاد ممكن تسمح به الظروف "، و يتضح من خلال هذه الصياغة عدم تحديد زمن دقيق يتم فيه الفحص، كما أن تحديد المدة القصيرة المقصودة في هذا النص يعتمد بدوره على عوامل عديدة من بينها طبيعة البضاعة و العرف المعمول به في تجارة معينة، غير أن المادة لم تحدد الوقت الذي يبدأ من خلاله سريان هذه المدة القصيرة، و يمكن القول بأنه يتعين على المشتري حيازة البضاعة بصورة مادية و قبل إجراء عملية الفحص، و من هذا الوقت تبدأ المدة القصيرة بالسريان¹، علاوة على ذلك فإنه لا يوجد مانع أن يتم فحص البضائع وقت التسليم نفسه و ذلك لأن هذا الوقت يمثل لحظة إنتقال المخاطر (تبعه الهالك)، كما أنه الوقت الذي يتم التقدير فيه مع إذا كانت البضاعة المسلمة مشوبة بعيب المطابقة أم لا².

كما ترتبط المادة 1/38 من إتفاقية فيينا 1980 بالمادة 1/39، حيث أن الفحص مرتبط بإجراء آخر و هو الإخطار، فيتعين على المشتري وفقاً لهذه الأخيرة أن يخطر بعدم مطابقة البضائع خلال مدة معقولة تسري إبتداء من فحص البضاعة، غير أنه عملياً إذا أهمل القيام بهذا الإجراء فإنه يفقد حقه في التمسك بعدم مطابقة البضائع المسلمة و نقصد بذلك الجزاءات المتاحة له، و على الرغم من ترابط المادتين - السالفتي الذكر- بطريقة تجعل فحص البضاعة يحصل قبل الإخطار إلا أنه أحياناً يقدم المشتري هذا الإخطار دون القيام فعلاً بالفحص، فقد يكتشف عيوب في المطابقة دون فحص و نفس الشيء عندما يقوم بالفحص و تكون عدم المطابقة غير قابلة للكشف عنها، عندئذ يكون من المستحسن الفصل بين الفحص و إجراء الإخطار حيث من المفروض أن يظل من حق المشتري توجيه الإخطار بعدم المطابقة بالرغم من عدم قيامه بفحص البضاعة³.

إن المنحى السابق لإتفاقية فيينا 1980 قد أخذ به المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 13-327 الذي يحدد شروط و كفيات وضع و ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، حيث خول للمستهلك طلب توقيع الجزاء المناسب في حالة ما إذا كان التسليم غير مطابق و ذلك بعد إخطار المتدخل عن طريق الإجراء الذي يسمى ب"الشكوى"، و دون ربطها بضرورة فحص المنتج مما يفيد إمكانية قيام المستهلك بإخطار العون الإقتصادي بعدم مطابقة المنتوجات المسلمة حتى و إن لم يفحصها مسبقاً، لكن نص المشرع على جواز قيام المتدخل بمعاينة مضادة للمنتوج الذي يدعي المستهلك أنه غير مطابق بعد تلقيه إخطاراً بذلك⁴.

1- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 360 و ما بعدها.

2 - Vincent Heuzé, op,cit, P 227 ; Michel Alter, op,cit, P 187.

كذلك: محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة ، المرجع السابق، ص 152.

3- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 362.

4- المادة 2/21 من المرسوم التنفيذي 13-327 الذي يحدد شروط و كفيات وضع و ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ.

و من ثم فإن إتفاقية فيينا 1980 قد حددت وقت فحص البضاعة بالميعاد القصير الذي يسري منذ وقت تسلم البضاعة أو الوقت المتفق عليه عقدياً، غير أنها لم تجعل ضابط المعقولة الذي سارت عليه موجه لها بشأن مدة الفحص، بل تبنت إستثنائياً مصطلح المدة القصيرة المقترنة بما تسمح به الظروف و في ذلك مرونة بالنسبة للقاضي لتقدير هذا الأجل وفقاً للظروف المحيطة¹.

2- مكان الفحص.

من السهل تحديد مكان الفحص عندما يتم النص على ذلك في العقد، و يختلف هذا المكان حسب الأحوال فقد يكون منشأة العون الإقتصادي أو مخزنه أو مكان التصدير كأن يكون الميناء أو السكة الحديدية، كما يجوز أن يكون مكان وصول البضائع هو مكان الفحص، غير أن الإشكال يكمن في حالة عدم تحديد الإتفاق لمكان يتم فيه فحص البضائع و في هذه الحالة هناك فرضية تقضي بتمام الفحص في مكان التسليم²، و ذلك لأن هذا المكان يرتبط بانتقال المخاطر من ناحية و قدرة المشتري على القيام بالفحص بمجرد حيازته للبضائع من ناحية أخرى³، غير أن هذا الحل لا يمكن الأخذ به في الحالة التي لا يكون فيها مكان التسليم هو نفسه مكان الوصول، و إذا كانت إتفاقية فيينا 1980 لم تحدد مكان فحص البضائع إثر نقلها إلا أنها حددت هذا المكان في حالة تعرض العون الإقتصادي للنقل بمكان وصول هذه البضائع⁴، بل حددته بمكان الوصول الجديد حال إعادة بيع البضائع⁵، و عليه فإنه يتعين التفرقة بين حالة مكان البضاعة التي لا تتعرض لعملية النقل ثم إلى حالة مكان البضاعة التي تتعرض إلى النقل فيما يلي:

الحالة الأولى: مكان فحص البضاعة التي لا يتم نقلها.

إن مكان فحص البضاعة التي لا يتم نقلها هو مكان التسليم حيث يتمكن المشتري من ممارسة الفحص للتأكد من مدى مطابقتها للإشترطات العقدية، و يبرر هذا الموقف بانتقال تبعة هلاك البضاعة إليه وقت التسليم، فقبل هذا الوقت فإن إجراء الفحص غير ممكن لعدم حيازته لهذه البضاعة أصلاً⁶، و من ثم فإن المكان الذي يوازن مصالح طرفي العقد هو مكان التصدير الذي يعد الأقرب إلى منشأة العون الإقتصادي أين يكون من السهل معاينة عدم مطابقة البضاعة المسلمة و من ثم رفضها من طرف المشتري، و يحظى مكان التصدير بأهمية خاصة لما تتعلق المسألة بفحص بضاعة من نوع قطع غيار مثلاً أو تجارة فواكه و خضراوات⁷.

الحالة الثانية: مكان فحص البضاعة التي يتم نقلها.

تنص المادة 2/38 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه: " إذا تضمن العقد نقل البضائع يجوز تأجيل فحص هذه البضائع لحين وصولها."

من خلال هذا النص يفهم أن مكان فحص البضاعة كقاعدة عامة هو مكان وصولها، لكن هذا يصطدم مع حالة إعادة المشتري ببيع هذه البضاعة عند نقلها (أي أثناء الطريق) أو تغيير إتجاهها إلى

1- محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 180.

2 - Mostafa Fahim Nia, thèse, préc, P 191.

3- محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 181.

4- المادة 2/38 من إتفاقية فيينا.

5- المادة 3/38 من إتفاقية فيينا.

6 - B. Audit, la vente internationale de marchandises, LGDJ, Paris 2000, P 103.

- محمود سمير الشرقاوي، المقالة السابقة، ص 365، رضا محمد ابراهيم عبيد، الرسالة السابقة، ص 388.

7 - Philippe Kahn, la vente commerciale internationale op,cit, P 122 et S.

مكان آخر غير المكان الأول، و ذلك بتصديرها من جديد إلى مشتري آخر دون أن يفحصها (المشتري الأول)، عندئذ لابد من تطبيق نص المادة 3/38 من الاتفاقية التي تقضي بأنه: " إذا غير المشتري وجهة البضائع أو أعاد إرسالها دون أن تتاح له فرصة معقولة لفحصها، و كان البائع يعلم أو كان من واجبه أن يعلم وقت انعقاد العقد باحتمال تغيير وجهة البضاعة أو إعادة إرسالها، جاز تأجيل فحصها إلى حين وصولها إلى المكان الجديد."

و من ثم يمكن القول أن مكان فحص البضاعة عند تعرضها لعملية النقل هو مكان وصولها ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك و هذه هي القاعدة العامة، غير أنه يرد عليها إستثناء يتمثل في إمكانية القيام بالفحص في مكان الوصول النهائي شريطة عدم إتاحة فرصة معقولة للمشتري لكي يفحص البضاعة أثناء الطريق¹، على أن شرط المعقولة يترك للقاضي مسألة تقديره وفق ظروف الحال في حالة إختلاف طرفي العقد بشأن هذه المسألة²، بالإضافة إلى ضرورة قيام المشتري بإعادة تصدير البضائع أو تغيير وجهتها لأي سبب كان و لكن دون إخراجها من وسيلة النقل، و أخيرا لا بد أن يكون العون الإقتصادي على علم أو ينبغي عليه أن يعلم وقت إبرام العقد باحتمال تغيير وجهة البضاعة أو إعادة تصديرها، أي احتمال وقوع تلك الحالة و ليس حدوثها بالفعل³.

الفرع الثاني: الإخطار بعدم المطابقة.

بعد أن يقوم المستهلك بفحص الشيء المسلم من طرف العون الإقتصادي، و في حالة ما إذا تبين أن المنتج المسلم غير مطابق و من ثم لا يحقق الجدوى من التعاقد، فإنه يتعين عايه عندئذ أن يقوم بإخطار العون الإقتصادي بحالة عدم المطابقة، و عليه سنتطرق في هذا الفرع إلى المقصود بالإخطار أولا، ثم إلى نطاقه ثانيا، و كذا إلى شكله ثالثا، ثم إلى مضمونه رابعا و أخيرا إلى الآثار المترتبة خامسا.

أولا: المقصود بالإخطار.

تنص المادة 380 ق م على أنه: " إذا تسلم المشتري المبيع...، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل إعتبر راضيا بالمبيع.

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الإستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك و إلا إعتبر راضيا بالمبيع".

إن نص المادة 380 ق م إذا كان يتعلق بضمان العيوب الخفية إلا أنه يوجب على المشتري الذي يفترض أنه فحص المبيع بمجرد تسلمه بأن يخبر العون الإقتصادي عن كل عيب يكتشفه بهذا المبيع، و ذلك في خلال أجل لم يحدده بل إكتفى بوصفه بالمقبول عادة، و رتب أثرا على عدم قيام المشتري بهذا الإجراء يتمثل في إعتبار أنه قد قبل المبيع المعيب، كما تطرق المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة إلى حالة عدم إكتشاف العيب لحظة التسليم و التفتن إليه بعد التسليم، ففي هذه الحالة و بتمكين المشرع للمشتري من إخبار عونه الإقتصادي بالعيب بمجرد ظهوره، فإن ذلك من شأنه تقرير حماية للمشتري و إعطائه فرصة أخرى لإخطار العون الإقتصادي بالعيب حتى بعد التسليم.

1 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 154.

2 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 189.

3 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 154.

و لقد رتب المشرع آثارا على قيام المشتري بالإخطار و على عدم قيامه به، ففي الحالة الأخيرة إعتبره قد قبل المبيع بعيوبه - كما ذكرنا - أما في حالة القيام بالإخطار و هي الحالة التي نصت عليها المادة 381 ق م، فإنه إذا تم الإخطار في الوقت الملائم أمكن للمشتري المطالبة بالضمان المنصوص عليه في المادة 376 من نفس القانون، غير أن الإشكاليات التي تطرحها المادتان 380 و 381 ق م تتمثل في غموض بعض المصطلحات على غرار " أجل مقبول عادة" و " الوقت الملائم" و هما عبارتان تتعلقان بالنطاق الزمني للقيام بإجراء الإخطار.

كما نص المشرع على إجراء الإخطار كشرط مسبق لاستفادة المستهلك من الضمان الذي يترتب عند إخلال العون الإقتصادي بتسليم منتج مطابق و سمي هذا الإجراء ب"الشكوى" و ذلك من خلال المادة 2/21 من المرسوم التنفيذي 13-327 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع و ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، غير أننا ننتقد هذه التسمية كونها لا تعبر عن المعنى الحقيقي للإجراء و كونها تحمل معنى جزائي أكثر من كونها مجرد إخطار أو تنبيه أو إعدار بعدم مطابقة المنتج المسلم، غير أن الترجمة المستعملة في نفس النص باللغة الفرنسية و هي « réclamation » أي الاحتجاج فيمكن قبولها إلى حد بعيد كونه يعبر في نظرنا على عدم الرضا عن ملائمة المنتج المسلم.

أما في مجال عقد البيع الدولي للبضائع فلقد نصت المادة 39 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه: " يفقد المشتري حق التمسك بالعيب في مطابقة البضائع إذا لم يخطر البائع محدد العيب خلال فترة معقولة من اللحظة التي اكتشف فيها العيب أو كان من واجبه إكتشافه.

و في جميع الأحوال يفقد المشتري حق التمسك بعدم المطابقة إذا لم يخطر البائع بذلك خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم البضائع فعلا، إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد."

يقع بموجب هذه المادة على عاتق المشتري الذي يدعي أن البضائع المسلمة غير مطابقة لشروط العقد إلتزام بإخطار العون الإقتصادي بعدم المطابقة، فهذا النص يتضمن فكرتين أساسيتين تتمثل الأولى فيما ورد بالفقرة الأولى من ضرورة إرسال الإخطار بعدم المطابقة خلال فترة معقولة بعد أن إكتشفها المشتري أو كان يتعين عليه إكتشاف ذلك، أما الفكرة الثانية فتتمثل في ضرورة إرسال المشتري إخطار إلى العون الإقتصادي بعدم المطابقة في جميع الأحوال خلال سنتين من التاريخ الذي سلمت فيه البضائع فعلا إلى المشتري إلا إذا كان هذا الأجل لا يتفق مع مدة الضمان المشترطة في العقد.

إذن يمكن القول بأن الإخطار هو إجراء يهدف إلى إحاطة العون الإقتصادي علما بعدم مطابقة المنتوجات التي سلمها إلى المستهلك و اعتراض هذا الأخير عن ذلك، و من ثم تنبيهه للإستعداد لتحمل الآثار التي يربتها القانون عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق.

ثانيا: نطاق الإخطار.

يطبق الإخطار حسب نص المادة 39 من إتفاقية فيينا 1980 في الحالة التي يدعي فيها المشتري أن البضائع المسلمة غير مطابقة للإشترطات العقدية و ذلك دون ضرورة تبرير سبب عدم المطابقة¹، سواء كانت البضاعة غير مطابقة نوعيا، أو لم تكن معبأة بطريقة ملائمة على النحو المتفق عليه²، و لقد إشتراط

1 - حكم محكمة أشفينبورغ الألمانية 20 ، أبريل 2006، منشور على الموقع:

www.cisgw3.law.pace.edu/cases/060420g/.html

2 - المحكمة الإقليمية العليا ساربروكين، ألمانيا 2007/01/17، الموقع السابق:

الإخطار في حالة عدم توفير العون الإقتصادي كتيبات تعليمات ملائمة ترفق بالبضائع المسلمة، كما تقتضي المادة 39 من اتفاقية فيينا 1980 أيضا توجيه الإخطار عندما يدعي المشتري أنه تسلم كمية غير كافية من البضائع¹، أو كمية مفرطة²، و عليه يمكن القول بأنه مهما كانت صورة عدم مطابقة البضائع المسلمة سواء كانت نوعية أم كمية، بالزيادة أو بالنقصان فإنه من الضروري أن يقوم المشتري بإخطار العون الإقتصادي بما يكتشفه من عدم المطابقة إستنادا إلى نص المادة 39 من نفس الإتفاقية.

إن إتفاقية فيينا 1980 لم تحدد المدة التي يجب فيها قيام المشتري بإخطار العون الإقتصادي بعدم المطابقة، بل إكتفت بوصفها " بالفترة المعقولة" و هي عبارة مرنة يرجع تحديدها إلى السلطة التقديرية للقاضي إذا ثار نزاع بشأنها³، على أنه ينبغي أن تحدد على أساس مصالح العمل التجاري الجيد بحيث لا يكون لأي من الطرفين أفضلية غير عادلة و عملا على سرعة تسوية النزاعات⁴، و إذا تعلق الأمر بعقود البيع على دفعات فإنه يمنع إشتراط توجيه الإخطار في غضون وقت معقول تسليم كميات لاحقة من البضائع غير المطابقة يعتبر هدرا إقتصاديا، و الهدف من تحديد وقت الإخطار بفترة معقولة هو تعزيز للمرونة⁵.

كما أن فترة توجيه الإخطار تختلف من حالة لأخرى، غير أنه ينبغي لتحديدها الأخذ بعين الإعتبار مصلحة العون الإقتصادي في بقائه مهدد بالإخطار بعدم مطابقة البضائع المسلمة من جهة، و كذا مراعاة مصلحة المشتري بالأخذ بعين الإعتبار إدعاءاته و عدم إعاقتها بحواجز قانونية شكلية مفرطة، كذلك يجب أن يراعي الإخطار في الوقت المعقول مصلحة المشتري من حيث تمكينه من رفع دعوى على العون الإقتصادي لعدم مطابقة البضاعة المسلمة، بالإضافة إلى ضرورة الأخذ بعين الإعتبار صفة المشتري فيما إذا كان متخصصا أي مهنيا أم لا⁶، و هذه كلها أسباب ينبغي أن مراعاتها عند تقدير معقولية أجل الإخطار كونها تحافظ على إقامة التوازن العقدي بين مصالح كل من العون الإقتصادي و المشتري.

إن الفترة المعقولة التي ينبغي أن يوجه فيها المشتري الإخطار بعدم مطابقة البضاعة المسلمة يبدأ سريانها حسب المادة 1/39 من إتفاقية فيينا 1980 من اللحظة التي يكتشف فيها أن البضائع المسلمة غير مطابقة فعليا، و من الوقت الذي كان ينبغي فيه نظريا على المشتري أن يكشف أو كان من واجبه أن يكشف عدم المطابقة، و عمليا إعتبرت أن الفترة المعقولة الممكن توجيه الإخطار فيها بموجب المادة 1/39 بأن البضائع المسلمة و التي تشتمل على منصات غير ملائمة تبدأ من وقت التسليم، حيث كان ممثل المشتري موجودا في مكان التسليم و كان يتعين عليه إكتشاف أن المنصات غير ملائمة إبتداء من تاريخ التسليم⁷.

www.cisgw3.law.pace.edu/cases/070117gl.html

1 - قرار محكمة إستئناف غينت، بلجيكا، 14 أبريل 2004، الموقع السابق:

www.cisgw3.law.pace.edu/cases/081114b1.html

2 - المحكمة الإقليمية العليا في روستوك، ألمانيا، 2002/09/25، الموقع السابق:

www.cisgw3.law.pace.edu/cases/020925gl.html

3 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 155.

4 - المحكمة الإقليمية العليا في دوسلدورف بألمانيا، قضية رقم 310 بتاريخ 12 مارس 1993 (نص القرار على نفس الموقع)

5 - حكم المحكمة المدنية في كونيو / إيطاليا 31 جانفي 1996، نفس الموقع.

6 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 198.

7 - المحكمة الإقليمية العليا في ساربروكين، ألمانيا 17 جانفي 2007، حيث قررت أنه كان للمشتري عذر مقبول في عدم توجيه إخطار في الوقت المناسب بموجب المادة 1/39، لأن خبير المشتري لم يبلغه بعدم المطابقة إلا بعد وقت لاحق، نفس

الموقع السابق: www.cisgw3.law.pace.edu/cases/071117gl/html

إن إعتبار وقت التسليم كنقطة مرجعية لتوجيه الإخطار إلى العون الإقتصادي في حالة إكتشاف أن البضائع غير مطابقة على ضوء إتفاقية فيينا 1980 هي مسألة شخصية¹، و يمكن إثبات الوقت الذي إكتشف فيه المشتري فعلا عدم المطابقة إذا أقر بالوقت الذي أصبح فيه عالما بها²، أو إذا توفرت وقائع موضوعية تدل على وقت إكتسابه لهذه المعرفة، و يمكن إثبات هذه المعرفة الفعلية من الشكاوى التي يتلقاها المشتري مثلا من الزبائن الذين بيعت لهم بضاعة فتعتبر فترة بداية ورود الشكاوى هي فترة العلم الفعلي بعدم مطابقة البضائع المسلمة و من ثم يتعين عليه إخطار العون الإقتصادي بذلك فورا و لو كان غير متيقن من صحة تلك الشكاوى³.

و عموما فإنه يكون المشتري قد إكتشف عدم مطابقة البضائع المسلمة" إذا بلغ حالة اليقين من شأنها أن تدفع أي مشتري حكيم إلى إستهلال إجراءات قانونية، و فيما يخص الإختلافات في الكمية فإن حالة اليقين تقوم عندما يعرف المشتري نتيجة فحص الكمية⁴، و من جهة أخرى فإنه كي يكتشف المشتري عدم المطابقة فعلا فإنه: " لا يتعين بالضرورة أن يكون قد حصل على حكم من المحكمة يفيد بذلك، بل يكفي وجود قرائن فعلية على وجود عيوب مطابقة البضائع المسلمة."⁵

أما الوقت الذي كان يتعين على المشتري أن يكتشف فيه عيب في مطابقة البضائع المسلمة، فهو عندما لا يكون قد إكتشف عدم المطابقة إما لأنه لم يفحصها بشكل لائق، أو أنه لم يقم بفحصها على الإطلاق، فبداية من هذا الوقت أي الذي كان يتعين عليه إكتشاف عيب المطابقة يبدأ سريان الإخطار و ضرورة توجيهه إنطلاقا من هذا الوقت، و نفس القاعدة تسري عندما يتعذر إكتشاف العيب من خلال الفحص اللائق، و بالتالي فالإشعار لا بد أن يبدأ خلال فترة معقولة من الوقت الذي كان بإمكان المشتري فيه إكتشاف العيب و الذي قد يكون بعد أول إستعمال للبضاعة⁶، و معيار هذه النقطة الزمنية المتمثلة في الوقت الذي كان يتعين على المشتري أن يكتشف فيه العيب هو معيار موضوعي⁷.

و إذا إكتشفت عيوب عدم المطابقة في وقت متأخر على التسليم فإن تحديد بداية المدة المعقولة يتحدد وفقا لطبيعة هذه العيوب و مهارة المشتري التي تمكن من إكتشافها، حيث أن لحظة إكتشاف هذه العيوب هي التي تحدد بداية الفترة المعقولة للإخطار، و بالتالي لا يسري إلا منذ اللحظة التي يكتشف فيها المشتري العيب فعلا أو كان ينبغي عليه إكتشافه⁸، و يخضع تكييف ذلك للسلطة التقديرية للقاضي حسب ظروف الحال⁹.

1 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 155.

2 - أنظر حكومي محكمة بامبيرغ، 2006/10/23 و محكمة برلين 1992/09/16، ألمانيا، على الموقع: www.cisg3.law.pace.edu/cases/061023gl.html.

3 - قضية رقم 210، محكمة برشلونة، إسبانيا 20 جويلية 1997 وقضية رقم 833، المحكمة العليا الهولندية، 20 فيفري 1998 أنظر الموقع السابق: [Http://cisgw3.law.pace.edu](http://cisgw3.law.pace.edu).

4 - قرار محكمة إستئناف سويسرا " بيرن"، 11 فيفري 2004، و كذلك قضية رقم 894، المحكمة الإتحادية سويسرا في 7 جويلية 2004.

5 - قضية رقم 879، المحكمة التجارية بيرن، سويسرا، 17 جانفي 2002.

6 - نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 369.

7 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 155.

8 - B. Audit, op,cit, P 104 ; V. Heuzé, op,cit, P229.

9 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 155.

و لقد أخذت التشريعات الداخلية¹ بالفترة المعقولة كفترة يتعين فيها على المشتري أن يبادر بإخطار بائعه بأي عيب يكتشفه، ماعدا التشريع الفرنسي الذي تبنى " الفترة القصيرة" و لكن بشأن رفع دعوى ضمان العيوب الخفية² وإتفاقية لاهاي 1964³.

ثالثا: شكل الإخطار.

إن إتفاقية فيينا 1980 لم تحدد شكلا خاصا بالإخطار من خلال المادة 39، و من ثم فإنه لا مانع من أن يختار الطرفان شكلا معيناً عن طريق الإتفاق عليه، معنى ذلك أن شكل الإخطار يخضع لإرادة الطرفين و تحديدهما الخاصة حيث يمكن أن يكون كقاعدة عامة بجميع وسائل الإتصال، سواء كان خطابا عاديا، أو خطابا موصى عليه مع علم الوصول أو إتصال هاتفي أو أي وسيلة أخرى⁴.

و لقد نص المشرع في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 13-327-السالف الذكر- على أن: " لا يستفيد المستهلك من الضمان إلا بعد تقديم شكوى كتابية، أو عن طريق أي وسيلة اتصال أخرى مناسبة لدى المتدخل..."، و هذا النص واضح في جواز استعمال جميع الطرق من أجل الإخطار.

و يكون الإخطار في شكله الكتابي كافيا بما يشمل على وجه التحديد رسائل الفاكس و البريد المسجل و البريد العادي⁵، و يعتبر الإخطار الشفوي الذي يتم عندما يقوم العون لاقتصادي بفحص البضائع في مكان زبون المشتري، بناء على طلب المشتري كافيا أيضا من حيث الشكل و المضمون كليهما⁶، كما اعتبر الإخطار الشفوي بواسطة الهاتف كافيا على الرغم من رفضه في حالات أخرى⁷، علاوة على ذلك فقد قبل الإخطار الشفوي في بعض القضايا شريطة أنه في حالة عدم رد العون الإقتصادي على هذا الإخطار فإن المشتري ملزم بأن يتبع ذلك بإرسال إخطار كتابي⁸.

و يبدو جليا أن المشرع الجزائري تأثر بمسلك إتفاقية فيينا 1980 و ذلك عندما أوجب في المرسوم التنفيذي 13-327-السالف الذكر- من خلال المادة 22 فقرة 1 على أنه في حالة عدم تنفيذ العون الإقتصادي إلتزامه بالضمان في أجل 30 يوما التي تلي التسلم الأخير للشكوى، يقوم المستهلك بإعداره عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام أو بأي وسيلة أخرى مطابقة للتشريع المعمول به.

1 - أنظر: القانون المدني الجزائري من خلال المادتان 380 و 381، بشأن العيوب الخفية، القانون التجاري الموحد الأمريكي في مادته 602-2 و المادة 36 من قانون بيع البضائع الإنجليزي.

2 - المادة 1/1648 ق م فرنسي.

3 - المادة 39 /1 من إتفاقية لاهاي.

4 - محسن شفيق، إتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، المرجع السابق، ص 56.

5 - حكم محكمة أرنيم، هولندا، 11 فيفري 2009، محكمة إستئناف سويسرا، 11 فيفري 2004، على الموقع:

<http://cisgw3.law.pace.edu.cases.040211.sp>

6 - قضية رقم 593 عن المحكمة الإقليمية العليا في كالرزروهي، ألمانيا، 6 مارس 2003، حيث نص القرار على ضرورة إتخاذ الإخطار شكلا معيناً. www.cisgw3.law.pace.edu/cases/051106.sb.html

7 - المحكمة الإقليمية العليا في ساربروكين، ألمانيا 17 جانفي 2007 الموقع السابق:

www.cisgw3.law.pace.edu/cases/070117gl.html.

8 - المحكمة التجارية في كورتريك، بلجيكا، 27 جويلية 1997 الموقع السابق:

www.cisgw3.law.pace.edu/cases/021127.sb.html.

رابعاً: مضمون الإخطار.

مما لاشك فيه أنه يتعين على المشتري إذا فحص و عاين المبيع المسلم أن يخطر العون الإقتصادي بأي عيب من عيوب المطابقة و بغض النظر عن نوع هذه الأخيرة، و عليه فقد أوجبت إتفاقية فيينا 1980 على المشتري الذي يكتشف عدم مطابقة البضائع المسلمة أن يخبر العون الإقتصادي بكل إدعاءاته بشكل دقيق و ذلك قصد تبيان طبيعة العيب الذي يدعيه¹، و مهما كان شكل الإخطار فإنه ينبغي أن يكون مضمونه شاملاً لبيانات محددة بالقدر الكافي لتتضح الرؤيا حول طبيعة و إدعاءات المشتري بشأن عيوب البضاعة المباعة².

إن إتفاقية لاهاي 1964 كانت أكثر دقة في تحديد شكل الإخطار و ذلك بنصها من خلال المادة 2/39 على أنه: " يجب على المشتري عند الإعلان بعيب المطابقة أن يحدد طبيعته و يدعو العون البائع إلى فحص المبيع نفسه أو بواسطة ممثليه"، و تقريباً هذا هو موقف المشرع الجزائري و ذلك حين أجاز من خلال المادة 2/21 من المرسوم التنفيذي 13-327-السالف الذكر- للعون الإقتصادي أن يطلب مهلة 10 أيام ابتداء من تاريخ استلام الشكوى و ذلك للقيام بمعاينة مضادة على حسابه، بحضور الطرفين أو ممثليهما في المكان الذي توجد فيه السلع المضمونة.

من خلال هذين النصين يتضح أنه لا يكفي أن يعلن المشتري للعون الإقتصادي عن عدم رضاه بالبضائع محل العقد، بل لابد من تبرير هذا الموقف و ذلك بإقامة الدليل على وجود العيب عن طريق تحديد طبيعته³، و أن يدعو العون الإقتصادي شخصياً أو أحد ممثليه للمبادرة بفحص البضاعة التي يفترض أنها غير مطابقة، غير أنه إذا كان شرط تحديد المشتري لطبيعة العيب مفهوم و مقبول و هذا فقط على ضوء إتفاقية لاهاي 1964، إلا أن ضرورة الدعوة للحضور لإجراء الفحص شخصياً أو بواسطة ممثله من باب التأكد من طبيعة العيب كما ورد في إتفاقية لاهاي و كذا المرسوم التنفيذي 13-327، أمر ليس له ما يبرره قانوناً لأن التسليم بصحته يرتب آثاراً وخيمة على عدم توفره، تتمثل في سقوط حق المشتري في التمسك بعدم مطابقة البضائع المسلمة⁴، و هذا محجف في حقه كما أنه يتنافى مع السرعة التي تقوم عليها المعاملات التجارية.

و لقد إعتبر القضاء الألماني أن الصفة المهنية للمشتري جعلت من الإخطار كافياً لأنه يستعمل مصطلحات تقنية ودقيقة بالإضافة إلى دفع العون الإقتصادي إلى فحص البضائع⁵، فمجرد الإخطار بعدم مطابقة البضائع المسلمة أمر في حد ذاته غير كاف⁶، و من ثم فإن الإخطار يجب أن يكون كافياً بذاته موضعاً بدقة لمكان عدم مطابقة البضاعة المسلمة، و ذلك حتى يتسنى للعون الإقتصادي فهم إدعاء

1 - المادة 1/39 من إتفاقية فيينا 1980.

2 - Philippe Kahn, la vente commerciale internationale, op, cit, P 145.

3 - Michel Alter, op,cit, P 191.

4 - محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 155.

5 - محكمة ميونيخ، ألمانيا، 29 نوفمبر 2005، قرار منشور على الموقع:

www.cisgw3.law.pace.edu/cases/051129gf.html.

6 - قضية كلاوت رقم 721، المحكمة الإقليمية العليا في كالرزروه، ألمانيا 8 فيفري 2006 (تحديد عدم المطابقة بدقة). وقضية كلاوت رقم 597 بالمحكمة الإقليمية العليا في سيلبي، ألمانيا، 10 مارس 2004 (ضرورة تبيان المشتري عدم المطابقة بأكبر قدر ممكن من الدقة)

المشتري و إتخاذ الخطوات اللازمة إستجابة له، مثل معاينة البضائع و تأمين الأدلة اللازمة للمنازعات المحتملة و الترتيب لعملية تسليم بديلة، أو معالجة عدم المطابقة على نحو آخر أو الرجوع على المورد¹.

خامسا: الآثار المترتبة عن الإخلال بالإخطار.

إذا كانت الغاية من توجيه الإخطار إلى العون الإقتصادي بعدم مطابقة البضائع المسلمة هو تشجيع التسوية السريعة للمنازعات و تمكين الدائن من الدفاع عن نفسه ضد مزاعم عدم المطابقة، فإن الإخلال بالإخطار يرتب حتما آثارا سلبية في مواجهة المستهلك حيث يتعرض لفقدان حقه في التمسك بهذا العيب، و بالتالي لا يجوز له إستخدام أي من الوسائل الممنوحة له في حالة تسليم العون الإقتصادي مبيع غير مطابق²، و ذلك لأنه من غير المعقول أن يكافأ هذا المستهلك المهمل بالقيام بواجباته بتقرير حمايته رغم عدم إعارته أي إهتمام لعيوب المطابقة التي تشوب البضاعة³.

كما يترتب عن تخلف المشتري عن الوفاء بمقتضيات توجيه الإخطار الوارد في المادة 39 من اتفاقية فيينا 1980 أن يبقى ملزما بأداء جميع الإلتزامات بموجب العقد، أي قبول البضائع المسلمة رغم عدم المطابقة بالإضافة إلى تسديد الثمن⁴، و ليس ذلك فحسب بل يفقد جميع حقوقه المرتبطة بشرط الإخطار، مثل الحق في التعويض و تخفيض الثمن و الحق في الفسخ و الحق في إلزام العون الإقتصادي بإصلاح البضائع المسلمة و غير المطابقة للإشترطات العقدية.

و إذا كانت إتفاقية فيينا 1980 من خلال المادة 2/39 قد حددت آجال الإخطار بمدة قصوى لا تتجاوز السنتين من تاريخ التسليم الفعلي للبضائع، إلا أن هذه المدة ليست من النظام العام معنى ذلك أنه يجوز مخالفتها بالإتفاق على إطالتها أو تقليصها، و تعتبر مدة السنتين الواردة في المادة 39 مدة سقوط و ليست مدة تقادم، و عليه فهي لا تخضع لأحكام التقادم من حيث قطعه كما لا تستأنف عند قيام العون الإقتصادي بإصلاح البضاعة المسلمة غير المطابقة⁵.

إن تحديد إتفاقية فيينا 1980 لضرورة ممارسة الإخطار بأجل لا يتجاوز سنتين من التسليم الفعلي، يهدف إلى العمل على إستقرار المعاملات حتى لا يبقى العون الإقتصادي مهدد لفترة طويلة يتعذر بعدها التعرف على أصل عدم المطابقة، و على الرغم من أنها قد لا تتلائم مع طبيعة بعض البضائع و خاصة الغذائية أو السريعة التلف، إلا أنها تعتبر أقل قصرا عندما يتعلق الأمر ببضائع معقدة كالأجهزة و المعدات.

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 39 من الإتفاقية في إعتبارها أن عدم القيام بالإخطار خلال الآجال، من شأنه أن يؤدي إلى سقوط حق المشتري في مسائلة العون الإقتصادي عن تسليمه بضائع غير مطابقة، قد يكون جزاء قاسيا إذا لم ننظر فيه إلى سبب هذا التقصير، لذلك جاءت المادة 44 من نفس الإتفاقية لتلطف من صرامة الآثار المترتبة على حالة عدم الإخطار و ذلك إذا كان هناك عذر معقول لدى

1 - قضية رقم 694 عن محكمة الإفلاس التابعة للولايات المتحدة الأمريكية، مقاطعة أوريغون، 29 مارس 2004.

- قرار رقم 244 صادر عن محكمة منطقة إرفورت الألمانية 29 جويلية 1998.

أنظر نبذة الأونيسترال عن السوابق القضائية المسندة إلى إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، إصدار 2012، ص 178 وما بعدها.

2 - V. Heuzé, op,cit, P 230

3 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 156.

4 - محكمة كانتون شوغ، سويسرا، قضية رقم 938، 30 أوت 2008 الموقع السابق: <http://cisgw3.law.pace.edu>

5 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 214.

المشتري، على الرغم من سقوط حقه في التمسك بعدم مطابقة البضائع المسلمة، و يظهر التخفيف من حدة الآثار عندما يمكن له أن يطلب تخفيض ثمن البضائع المسلمة غير المطابقة أو التعويض بإستثناء الكسب الذي فاتته إذا كان لديه عذر مقبول يبرر عدم قيامه بتوجيه الإخطار اللازم¹.

و تظهر أهمية العذر المقبول عندما يتعذر على المشتري تحديد درجة العيوب في مطابقة البضاعة المكتشفة أو لم يستطع أن يجري فحص البضائع لأسباب معقولة خلال المدة المحددة، أو لم يتمكن من تحديد طبيعة عيب المطابقة المادية لصعوبة الوصول إلى معرفة هذا العيب طالما لم يعتمد على خبرة الغير، على أنه يتعين عدم قبول أي عذر بالنسبة للمشتري المهمل - كما ذكرنا - الذي إنقضت عنده مدة السنتين و لم يكتشف العيب²، و بالتالي إذا بقي على إهماله بعد إنقضاء المدة فإنه يفقد حقه في التمسك بعدم المطابقة سواء إلتمس عذرا معقولا أو غير معقول³، و يخضع تقدير مدى قبول العذر إلى كامل السلطة التقديرية للقاضي.

و من جهة أخرى، فإن علم العون الإقتصادي بوجود عيوب في مطابقة البضائع المسلمة إلى المشتري من شأنه أن يلطف من حدة الآثار السلبية لعدم قيام هذا الأخير بالإخطار في الأجل المنصوص عليها في الإتفاقية، و لقد نصت المادة 40 من إتفاقية فيينا 1980 على أنه : " ليس من حق البائع أن يتمسك بأحكام المادتين 38 و 39 إذا كان العيب في المطابقة يتعلق بأمور كان يعلم بها أو كان لا يمكن أن يجهلها و لم يخبر بها المشتري".

إن نص المادة 40 ما هو إلا تطبيق لمبدأ حسن النية⁴، غير أن الإشكال الذي يطرح هنا يتمثل في صعوبة تحديد ما إذا كان يعلم أو لم يكن يجهل بالعيوب، و في هذا الإطار قررت محكمة النقض الفرنسية نقض قرار محكمة إستئناف Rouen الصادر في 19 ديسمبر 2006⁵ بأنه: " يكفي أن يكون البائع عالما بمخاطر العيب حتى يمكن إعتبار أنه أخفى عيب المطابقة الذي ظهر فيما بعد"⁶.

و يتعين على المشتري إثبات أن العون الإقتصادي قد كان على علم بعيوب المطابقة، و لقد سهلت إتفاقية فيينا 1980 المهمة و ذلك بتوسيع القاعدة المتعلقة بعيوب المطابقة التي " لم يكن ليجهلها البائع" و إلا عد ذلك بمثابة الإهمال الجسيم من جانبه، غير أن عبارة " لم يكن ليجهلها" لا تعتبر قرينة على سوء نية العون الإقتصادي التي وضعها القضاء الفرنسي على عاتق البائع المهني في البيع الداخلي، و التي ليس لها نظير في نصوص إتفاقية فيينا، بل إن هذه القرينة تطبق في العلاقة بين العون الإقتصادي و المستهلك، في حين أن إتفاقية فيينا لا تطبق تطبق سوى بين مهنيين فقط⁷.

كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن الإخطار بعيوب المطابقة في أجل لا يتجاوز سنتين من التسليم لا يطبق في الحالة التي لا يتماشى فيها هذا الأجل مع مدة الضمان الإتفاقي، و ذلك وفقا لنص المادة 2/39 من إتفاقية فيينا 1980 التي تنص على أنه: " يفقد المشتري حق التمسك بالعيوب إذا لم يخطر البائع بذلك

1 - نفس الرسالة، ص 218.

2 - محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 156.

3 - B. Audit, op,cit, P 108.

4 - Mostafa Fahim Nia, thèse,pré, P 208.

5 - أنظر نص قرار الصادر عن محكمة الاستئناف على الموقع:

<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1369&step=FullText>

6 - Cass.com 16 septembre 2008, n° de pourvoi: 07-11803 07- 12160.

Voir : www.legi.fr France. Gouv.fr.

7 - B. Audit, la vente internationale, op,cit, P 109.

خلال فترة أقصاها سنتان من تاريخ تسلم المشتري البضائع فعلا، إلا إذا كانت هذه المدة لا تتفق مع مدة الضمان التي نص عليها العقد".

فالمواد 41 و42 من نفس الإتفاقية لا تبينان صراحة إمكانية الضمان الإتفاقي، غير أنه و دون أي شك فإن مثل هذه الشروط ممكنة ذلك لأن المادة 6 من نفس الإتفاقية تسمح بصفة عامة إدراج شروط تتعلق بالضمان سواء كانت بالزيادة أو بالنقصان، فالزيادة تكون في حالة إتفاق البائع و المشتري على مدة ضمان تزيد عن السنتين المنصوص عليها في الإتفاقية، و بالنقصان عند الإتفاق على الضمان لمدة أقل من السنتين¹.

1 - V. Heuzé, op,cit ,P 280.

خلاصة الباب الأول:

نخلص في هذا الباب إلى أن مفهوم الإلتزام بالتسليم المطابق قد أخذ في بداية الأمر مفهوما منفصلا يعرف من خلاله كل من الإلتزام بالتسليم و الإلتزام بالمطابقة بمعزل عن الآخر، حيث أن الفرق بين الإلتزامين يكمن في أن الإلتزام بالتسليم تصرف قانوني محض يتضمن وضع الشيء تحت تصرف المستهلك، في حين أن الإلتزام بالمطابقة هو جعل الشيء محل التسليم ملائم ماديا لما كان قد تم إشتراطه سواء عقديا أو قانونيا، أو جعله صالح للإستعمال المعد له، و إذا كان كلاهما يرد على محل العقد فإنهما يهدفان على حد السواء إلى إشباع حاجيات المستهلك، غير أن اكتفاء العون الإقتصادي بمجرد القيام بتسليم الشيء لا يعد كافيا لإبراء ذمته من تنفيذ إلتزامه على الوجه الصحيح و ذلك طالما أنه قد لا يمكن تماما من إرضاء المستهلك، و هذا ما يبرر ضرورة الأخذ بالمفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق، مادام أن التسليم كي يكون مجديا لا بد أن ينصب على الشيء نفسه الذي إشتراطه المشتري و الذي يرى بأنه قادر على تلبية رغباته، و من هنا ظهر الإلتزام بالتسليم المطابق كإلتزام مركب يجمع بين التصرف القانوني الوارد على الشيء محل العقد و بين ملائمة أوصاف هذا المحل لما تم الإتفاق عليه، و بذلك لم نعد نتحدث عن إلتزامين منفصلين و ذلك لقصور دور كل منهما لأسباب عديدة أهمها عدم تحقيق الهدف من التعاقد و كذا عدم إمكانية التأكد من مطابقة الشيء إلا بتمام تسليمه، بل أصبحنا نتحدث عن ميلاد الإلتزام المركب غير القابل للتجزئة المتمثل في الثنائية (تسليم -مطابق)، أي في وضع شيء مطابق تحت تصرف المستهلك.

غير أن الإقرار بالإلتزام بالتسليم المطابق كفكرة مركبة أدت أيضا إلى التداخل مع مفهوم مقارب و هو الإلتزام بضمان العيوب الخفية و ذلك في وقت سابق، غير أنهما في حقيقة الأمر لكل منهما مفهومه و نطاقه الخاص به و كذا أحكامه، حيث أن ضمان العيوب الخفية نظام أقل ما يمكن أن يقال عنه أنه صارم خاصة فيما يخص مسألتي الإثبات و آجال رفع الدعوى، مقارنة مع مرونة نظام الإلتزام بالتسليم المطابق.

كما يمكن القول كذلك أنه إذا كان الإلتزام بالتسليم المطابق يشمل وضع شيء يتلائم مع حاجيات المستهلك، أي شيء مطابق وصفيا و كميا و أيضا شيء صالح للإستعمال الذي خصص له، إلى جانب ما اشتراطه المشرع من مطابقة للمواصفات القانونية و القياسية، فإنه يقع أساسا على العون الإقتصادي و ذلك بغض النظر عن محل العقد، حيث يستوي أن يرد إلتزامه على المنقولات التي توصف قانونا بالمنتجات أو ما يستعمله القانون على سبيل الترادف مع هذا المصطلح على غرار البضائع أو السلع، أو على الخدمات، كما أنه ليس هناك ما يمنع أن يكون محل التسليم المطابق هو العقارات .

بالإضافة إلى ذلك فإن التأكد من تنفيذ هذا الإلتزام على الوجه الصحيح يتطلب حرصا من جانب المستهلك الذي يتعين عليه بمجرد تسلمه الشيء محل العقد أن يبادر بفحصه، فإن إكتشف أنه غير مطابق ففي هذه الحالة يتوجب عليه أن يقوم باخطار العون الإقتصادي بذلك ضمن الآجال المحددة قانونا كي تتخذ الإجراءات اللازمة و كي يستفيد من الضمان القانوني، و أن عدم الإخطار في حالة عدم المطابقة يحول دون الإستفادة من الضمانات المقررة قانونا في هذا المجال.

الباب الثاني: جزاء إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق.

لقد ألقى القانون على عاتق العون الإقتصادي إلتزام أساسي يقضي بأن يقوم بوضع شيء تحت تصرف المستهلك يتمشى مع كل ما يرجوه هذا الأخير، من حيث وصفه و كميته و نوعيته و حتى صلاحيته لأداء الغرض الذي تم التعاقد من أجله، و كذا أن يكون هذا الشيء مطابق للمواصفات القانونية و القياسية التي تتطلبها التشريعات الخاصة، و أن يتم ذلك في الزمان و المكان المتفق عليهما، إلا أن إخلال العون الإقتصادي بذلك يكون مستوجبا لتوقيع الجزاءات التي حولها المشرع للمستهلك سواء كانت منصوص عليها بموجب قواعد خاصة أو في القواعد العامة فيما لا يوجد فيه نص في النصوص الخاصة، فهذه الجزاءات متنوعة و متعددة.

و لما كان الإلتزام بالتسليم المطابق هو إلتزام تعاقدي، فإن أي إخلال به يرتب عليه قيام المسؤولية العقدية متى توافرت أركانها، غير أن المشرع أراد إنصاف العون الإقتصادي الذي يكون إخلاله بالتسليم المطابق لا يد له فيه، و ذلك بأن أجاز له في هذه الحالة دفع مسؤوليته بإثبات السبب الأجنبي.

كما أن تنوع الجزاءات يتجلى في منح المستهلك إمكانية ممارسة الجزاء المناسب و الأقرب إلى مصلحته، حيث أجاز له القانون طلب التنفيذ العيني للإلتزام و هذا هو الأصل، كما أجاز له كذلك فسخ العقد طالما أن الأمر يتعلق بالإخلال بتنفيذ إلتزام تعاقدي ناشئ عن عقد صحيح، و بالمقابل يجوز له في كلتا الحالتين طلب التعويض و عليه سنقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: قيام و دفع المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن التسليم غير المطابق.

الفصل الثاني: جزاءات أخرى مترتبة عن الإخلال بالتسليم المطابق.

الفصل الأول: قيام المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن التسليم غير المطابق وطرق دفعها.

مما لا شك فيه أنه لا تبرأ ذمة العون الإقتصادي من إلتزامه بالتسليم بوضع الشيء المبيع تحت تصرف المستهلك في الزمان و المكان المحددين في العقد، إلا إذا كان هذا المبيع مطابقا للمواصفات المشرطة إتفاقا أو قانونا، فإذا قام العون الإقتصادي بتسليم مبيع غير مطابق ففي هذه يكون قد أخل بتنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق.

و لما كانت المسؤولية العقدية هي الجزاء المترتب عن الإخلال بالإلتزامات الناشئة عن العقد، فإنها تتحقق عندما يكون الضرر الذي أصاب الشخص ناتج عن إمتناع المدين عن تنفيذ إلتزامه العقدي أو التأخير في التنفيذ أو التنفيذ بصورة سيئة فيتعين عندها تعويض المتضرر هذا من جهة، كما أنه و من جهة أخرى فإنه من غير المقبول جعل الآثار المترتبة عنها و لا سيما تقرير التعويض سيف مسلط على رقبة المدين المخل بالإلتزام، لأن هذه المسألة لا بد من أن يراعى فيها الحالة التي يكون فيها هذا الإخلال لا ينسب إليه، و لذلك إحتاط المشرع لإنصافه و ذلك بتمكينه من دفع مسؤوليته إذا أثبت أن الإخلال بالإلتزام العقدي لا يد له فيه، و عليه سنتطرق في هذا الفصل إلى مايلي:

المبحث الأول: قيام المسؤولية العقدية الناشئة عن إخلال العون الإقتصادي بالإلتزام بالتسليم المطابق.

المبحث الثاني: طرق دفع المسؤولية العقدية الناشئة عن إخلال العون الإقتصادي بالإلتزام بالتسليم المطابق.

المبحث الأول: قيام المسؤولية العقدية عن إخلال العون الإقتصادي بالتسليم المطابق.

طبقاً لمبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" المنصوص عليه من خلال المادة 106 ق م فإنه يتعين على المتعاقدين إحترام مضمون العقد و ذلك بالسهر على تطبيق الآثار الناتجة عنه و هذا تكريسا للقوة الإلزامية للعقد، حيث أن أي إخلال من الطرفين بالإلتزامات الناشئة عنه يكون من شأنه إثارة مسؤولية الطرف الذي اخل بتنفيذ الإلتزام.

إن المسؤولية العقدية عموماً لا تقوم إلا عند ارتكاب المدين خطأ عقدي و الذي يتجلى بالنسبة للعون الإقتصادي في تسليم شيء غير مطابق إلى المستهلك، و عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى الخطأ العقدي كركن لقيام المسؤولية العقدية و ذلك من خلال المطلب الأول، ثم إلى الأركان الثابتة للمسؤولية العقدية من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية الشخصية عن الإخلال بالتسليم المطابق.

يعتبر الإلتزام بالتسليم المطابق أحد الآثار الهامة التي ترتبها العقود الملزمة لجانبين على عاتق العون الإقتصادي على غرار عقد البيع بأنواعه سواء كان مدنياً أو تجارياً أو دولياً أو إستهلاكياً، مفاده وضع العون الإقتصادي أو الغير الذي يستعمله في وضع مبيع مطابق للمواصفات التي يشترطها المستهلك تحت تصرف هذا الأخير، على أن الإخلال بتنفيذ هذا الإلتزام يعرض للمساءلة القانونية على أساس المسؤولية العقدية الشخصية و التي يتوقف قيامها على مدى توفر أركانها المتمثلة في الخطأ الشخصي وهذا ما سنتطرق له من خلال الفرع الأول، إلى جانب الأركان الثابتة فيها و المتمثلة في الضرر و علاقة السببية و هذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الإخلال الشخصي للعون الإقتصادي بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق.

سنبين من خلال هذا الفرع المقصود بالخطأ العقدي الشخصي للعون الإقتصادي بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق (أولاً) ، ثم نتطرق إلى إثبات الخطأ العقدي الشخصي (ثانياً).

أولاً: المقصود بالخطأ العقدي في تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق.

يكيف الإخلال بتنفيذ العقد على أنه "خطأ"، غير أن عدم وجود تعريف تشريعي للخطأ العقدي بصفة عامة فتح المجال أمام تعدد التعريفات الفقهيّة له، حيث يعرف على أنه: " عدم تنفيذ المدين لإلتزامه الناشئ عن العقد و يستوي في هذا أن يكون عدم التنفيذ عن عمد، أو عن أو إهمال، أو فعل يكون سببه مجهولاً، سواء كان عدم التنفيذ كلياً أو جزئياً أو متأخراً أو معيباً"¹، كما يعرفه البعض الآخر على أنه: " إخلال المدين بالإلتزام مستمد من العقد"².

أما المادة 176 ق م فتتص على أنه: " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه."

1- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 271.

2- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الأحكام القانونية للتطبيقات العملية في المسؤولية المدنية. المجلد الأول - المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي - الطبعة 2 - مطبعة عباد الرحمن، مصر، سنة 2013، ص 54.

إن هذا النص يوحي بأن المشرع قد أخذ الخطأ بمعناه الواسع، حيث أنه يشمل أي قدر من الإخلال من جانب المدين بتنفيذ العقد الذي إرتضاه دائنه، و أنه إذا أردنا تطبيقه على الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق لوجدنا أنه يتجسد في التسليم غير المطابق كلياً، أو جزئياً، و بغض النظر عن صورة عدم المطابقة و التأخير في تنفيذ الإلتزام أو التنفيذ في غير المكان المتفق عليه.

من خلال نص المادة 176 ق.م و التعريفات الفقهية السابقة للخطأ العقدي، يمكن القول بأنه يتحقق عندما يتعلق الأمر بعدم تنفيذ إلتزامات أساسية مشترطة صراحة في العقد، أو تعلق الأمر بعدم تنفيذ إلتزامات ثانوية مشترطة بصورة ضمنية أو تعتبر من ملحقات الإلتزام التي يفرضها القانون أو العرف أو مبادئ العدالة وفقاً لما تقتضيه طبيعته¹.

كما أن نظام الإخلال العقدي يتحقق منذ الوقت الذي يُعرض فيه العون الإقتصادي عن تنفيذ إلتزامه الذي تعهد به و لو لم يقترن ذلك بخطأ إقترفه، معنى ذلك أن المسؤولية العقدية تثور حتى و إن كان العون الإقتصادي حسن النية²، إذ يكفي الإنحراف عن السلوك الواجب إتباعه في العلاقات التي يكون فيها طرفاً مع المستهلك، و يتخذ الخطأ الشخصي للعون الإقتصادي أكثر من مظهر قانوني يختلف باختلاف نوع الإخلال الذي يرتكبه مما ينتج عنه إلحاق الضرر بدائنه، حيث يأخذ إما صورة تسليم شيء غير مطابق للمواصفات التي إختارها المستهلك، و هذا بغض النظر عن نوع عدم المطابقة (كمية، نوعية، وصفية، وظيفية أو للمواصفات القانونية و القياسية)، كما قد يتخذ الخطأ العقدي أيضاً صورة التأخر في تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق³.

غير أن تحديد طبيعة الإلتزام محل الإخلال مسألة مهمة و ذلك لأنه على أساسها يتحدد نوع الخطأ المرتب للمسؤولية العقدية فيما إذا كان الإلتزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، فالحالة الأولى منصوص عليها وفقاً لنص المادة 167 ق م التي تنص على أنه: " الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم"، و كذا المادة 172 ق م التي تقضي بأنه: " في الإلتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإدارته أو يتوخى الحيلة في تنفيذ إلتزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص العادي و لو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الإتفاق على خلاف ذلك".

إن المعنى الذي يرمي إليه هذين النصين هو أنه متى تعلق الأمر بالإلتزام ببذل عناية فإنه يتعين على العون الإقتصادي المدين أن يبذل قدراً من العناية للوصول إلى النتيجة المرجوة دون ضمان تحقيقها فعلاً، حيث لا يقع الإخلال العقدي إلا عند عدم بذل العناية المطلوبة⁴.

و من جهة أخرى إذا كان مبدأ الحرية التعاقدية لا يهدف فقط للسماح للأطراف بإنشاء جميع الإلتزامات في الحدود التي يفرضها النظام العام والأداب العامة، بل يسمح كذلك للمتعاقد بالتعريف بمدى الإلتزام الذي يتعهد به و شدته، كما أن ممارسة هذه الحرية ليست عديمة النتائج على مستوى العلاقات بين

1- Philippe Le Tourneau et Loïc Cadet, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2000, P245 et 246.

2 - عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية للإلتزام، المسؤولية المدنية و الإثراء بدون سبب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، سنة 2015، ص 49.

3 - بوعياض هشام، المسؤولية العقدية للمهني، مقاربة في عقود الإستهلاك، مجلة القصر، العدد 10، جانفي 2005، الدار البيضاء، المغرب، ص 111 و ما بعدها.

4 - عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 56.

عدم التنفيذ العقدي و الخطأ، ذلك أنه إذا قرر الأطراف إعطاء الإلتزام مدى ضيقاً و كذا تعريف الأداء المقدم بطريقة موضوعية بحثة، فإنه في هذه الحالة لا يكون أطراف العقد قد تركوا أي مكان لتقدير سلوك المدين، و هنا ينشأ الإلتزام بتحقيق نتيجة الذي لا يقبل فيه العون الإقتصادي بوجود أي شك على تأكيد النتيجة المنتظرة¹، فمضمون هذا الإلتزام يظهر بأنه النتيجة في حد ذاتها أي حصول المستهلك كونه دائماً على شيء مطابق تماماً، و من المؤكد أنه من أجل بلوغ هذه النتيجة لابد من توفير الأسباب رغم أنها لا تؤخذ بعين الإعتبار لأن تحقيق النتيجة لا تتعلق أبداً بسلوك المتعاقد².

إن الواقع الموضوعي لعدم تحقق النتيجة المرجوة و المتمثلة في التسليم المطابق يزيل الخطأ من جانب المدين ليس لأنه غير موجود، و لكن لأنه عديم الجدوى و الفائدة في هذا النوع من الإلتزامات التي يكون محلها ملموس و محدد، فهو يشمل الشيء المطابق، علاوة على ذلك فإن الخطأ العقدي يكون مفترض بمجرد عدم الإنجاز، فالنتيجة تدخل في السلوك و من ثم لا يوجد إنجاز إلا إذا تحقق بمعزل عن العمل أو الوقت اللازم لتحقيقه³، و بالتالي إذا لم يكن التسليم مطابقاً فإن العون الإقتصادي يسأل لكونه لم يحقق أي إنجاز إلا إذا تمكن من إثبات السبب الأجنبي- كما سبق و أن ذكرنا- و ذلك لأن الأداء الذي كان قد تعهد به للمستهلك دقيق و محدد بل و هدف في حد ذاته حيث أن عدم تحققه أو عدم الحصول عليه يعتبر دليلاً كافياً على عدم إنجاز العون الإقتصادي ما تعهد به.

إذن النتيجة هي محل التصرف القانوني و التي يفترض أنها نتيجة طيبة، لأنه في الحالة العكسية فإن المستهلك لم يكن ليتعاقد لو كان قد تأكد له أن النتيجة سلبية، على أن التسليم لكي يكون مطابقاً و يحظى برضى المستهلك فإنه لا يحصل بواسطة السلوك أو الحيطة من جانب العون الإقتصادي، بل يحصل بالنتيجة المفيدة، و على هذا الأساس نطرح التساؤل الآتي: هل أن مجرد القول بأن الإلتزام بالتسليم المطابق إلتزام بتحقيق نتيجة، يعني أن مجرد الإخلال به يترتب عليه مسؤولية موضوعية ؟

هناك من يرى أن الإلتزام بنتيجة يترتب عن مجرد الإخلال به مسؤولية موضوعية دون خطأ⁴، و ذلك على أساس أنه في هذا النوع من الإلتزامات فإن المدين أي العون الإقتصادي يبقى مرتبط بعدم التنفيذ إذا لم يتمكن من إثبات السبب الأجنبي⁵، على أنه قد يقوم الإخلال العقدي بدون خطأ في الإلتزام بتحقيق نتيجة بالمقابل للحالات التي يكون فيها الخطأ ضرورياً (الإلتزام بعناية).

و يرى الأستاذ Philippe Le Tourneau أن الرأي السابق خاطئ و مزدوج الأبعاد، أولاً لأنه لا يتطلب وجود مسؤولية عقدية، و ثانياً لأنه في المسؤولية العقدية لا يمكن للمدين العقدي أن يتحمل التعويض إلا إذا ارتكب إخلالاً، فالمدين بالإلتزام بتحقيق نتيجة يكون محل الإلتزامه إذا كان الإخلال يشتمل على عدم تنفيذ ما تعهد به إرادياً في غياب كل قوة قاهرة تحول دون تمكينه من التنفيذ، و تفسير هذه الصرامة بطبيعة الإلتزام العقدي كونها تتطلب وجود إخلال (يشبه بالخطأ بالنسبة للقائلين بالمسؤولية العقدية)، فهي ليست مسألة خطأ المدين، لأن الخطأ لا يشتمل دائماً على عدم تنفيذ ما تم التعهد به رغم عدم

1- Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, n° 3221, P 1088.

2 - كريم بن سخرية، المرجع السابق، ص 126.

3 - أسامة احمد بدر، الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة بين المسؤوليتين، الشخصية و الموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2010، ص 135.

4 - صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2010، ص 66 و ما بعدها.

5 - نفس المرجع ، ص 66.

إعاقته أو منعه بواسطة القوة القاهرة، بل إن ما يعد مختلف و ما يمكن من إعطاء التغيير هو " مجال الإلتزام" الذي يكون تارة النتيجة، و تارة أخرى و ببساطة الحيطة (la diligence)، و هذا هو جدوى إقامة التفرقة على مستوى الإخلال العقدي لأنه بتوسيع نطاقه إلى غاية المسؤولية التقصيرية، يصبح حتما "مصاب" بالمسؤولية الموضوعية تحت تأثير نظرية المخاطر¹.

إن الإلتزام العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق وفقا لما تم إشتراطه في العقد صراحة أو ضمنا يمكن التأكد من مدى تنفيذه بمجرد مقارنة المستهلك ما تم تسليمه فعلا مع ما تم إشتراطه في العقد، فالفرق بين المتفق عليه و المسلم فعلا يؤدي إلى إنعدام مطابقة التسليم حتى و إن كان إستعمال الشيء ممكن أو كان الفرق جد ثانوي أو كان مطابقا للمقاييس، لأن ما يهم في الأخير هو النتيجة في حد ذاتها حيث يعتبر الإلتزام بالتسليم المطابق هو المثال النموذجي للإلتزام بتحقيق نتيجة²، و المكمل الطبيعي للإلتزام بتقديم شيء و ذلك لأنه يتجسد بين يدي المستهلك، فهو إلتزام يكيف دائما أنه بتحقيق نتيجة و ليس الواقعة المادية للتسليم فقط هي التي توصف بأنها إلتزام بنتيجة، بل حتى مطابقة الشيء للإشتراطات العقدية³.

ثانيا: إثبات الخطأ العقدي الشخصي للعون الإقتصادي.

في الإلتزام بتحقيق نتيجة عندما لا ينفذ الإلتزام فإن الدائن غير مطالب بإثبات خطأ المدين بل يكفي بإثبات وجود الإلتزام المحدد لمصلحته ضمن إطار العقد و أن هذا الإلتزام لم يتم، فيبين أن المدين لم ينفذ إلتزامه⁴، و هذا ينطبق على الإلتزام بالتسليم المطابق حيث عند الإخلال بتنفيذه فإن المستهلك غير مطالب بإثبات خطأ العون الإقتصادي، بل يلتزم فقط بإثبات وجود الإلتزام التعاقدية و أنه لم ينفذ.

إن عدم تنفيذ الإلتزام يشكل خطأ من جانب العون الإقتصادي، و أن إثباته يتداخل عمليا مع عدم التنفيذ فتقوم القرينة غير المرغوبة و هي "الخطأ" على عاتقه بسبب الإخلال في الحالة التي لا يمكن أن يفسر فيها الضرر إلا بإخلاله، فحسب بعض قرارات القضاء الفرنسي فإن الإلتزام بنتيجة لا يضع فقط قرينة الخطأ من جانب العون الإقتصادي، بل بالضرورة أيضا قرينة سببية بين الخطأ و الضرر، و بالتالي فإن الإلتزام بنتيجة يضع في آن واحد قرينة السببية بين أداء العون الإقتصادي والضرر الناتج⁵.

و لقد ظهر بالمقابل تيار قضائي معاكس للإلتزام السابق تماما و هو الذي يعكس الوضعية الحالية لمحكمة النقض الفرنسية، حيث يأخذ هذا التيار بمسؤولية العون الإقتصادي بقوة القانون و هذا النوع من

1 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op.cit, n° 3222, P1088.

2 - Ibid, n° 5991, P 1636.

3 - Cass 1^{ère} civ, 10 avril 2008, n° 0712373, arrêt publié sur : www.juricaf.org/arrêt/ France – courdecassation, 2008 04 10- 0712373.

4 - Cass 1^{ère} civ, 20 juin 1995, n° 93 – 16381- Bull. civ I, n 236, RCA 1995, 303 ; Cass.com. 22 mai, n 9911113, Bull. civ IV, n° 89, D 2002, somm, 2843 obs.Philippe Delebecque.RTD.civ, 2003, 94.

5 - Cass.civ 14 mars 1995, n° 93- 12028, Bull. civ I ,28 mars 2008, n° 122, RTD,civ , 1995, 635, obs, P. Jourdain; Cass 1^{ère}civ, 31 octobre 2012, n° 1124324, Bull.civ, I, n° 227.

المسؤولية لا يتسع إلا بالنسبة للأضرار الناتجة عن الإخلال بالإلتزام بنتيجة، حيث يتعين على المتضرر إثبات أن الضرر يجد مصدره في الأداء الذي سينفذ¹.

و نعتقد أن الأخذ بضرورة إثبات الضرر هو الحل الأمثل و ذلك لأن الإلتزام بتحقيق نتيجة مستقل عن السببية، أي أن الضرر الناتج عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق يتعين إثباته و ليس بالضرورة إثبات سببية هذا الضرر، على أن هذه القرينة ليست قاطعة بل هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها، و من تم إعفاء العون الإقتصادي من المسؤولية إذا تمكن من إثبات أن تسليم مبيع غير مطابق يرجع إلى السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه كالقوة القاهرة أو فعل المضرور، و بالتالي فإن الفعل الذي يتزامن مع تنفيذ العون الإقتصادي للإلتزام بالتسليم المطابق في حصول الضرر قد يكون سبب إعفاء جزئي له، كما أن العون الإقتصادي ملزم بإثبات ذلك و لا يمكنه نفي أنه لم يرتكب خطأ، و هذا ما يفسر بأن عبء الإثبات الواقع على العون الإقتصادي يصب في مصلحة المستهلك، كما يكون العون الإقتصادي أيضا مجبر على تحمل حالات الشك التي يصعب فيها إثبات وجود السبب الأجنبي.

غير أن وصف الخطأ بالمفترض في حالة الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق بمجرد عدم التنفيذ هو وصف يجب التوقف عنده لأنه غير ملائم من الناحية التقنية، بل إن كلمة "قرينة" منتقدة أصلا لأن قرينة الخطأ تستوجب أن يكون الفاعل (l'auteur) المفترض فيها، لا يمكنه التخلص منها بإثبات إنعدام الخطأ من جانبه و هذا ليس هو الشأن في هذه الحالة²، حيث يتعلق الأمر في الحقيقة ب" المسؤولية المفترضة" مادامت هذه الأخيرة لا تستبعد القرينة بإثبات السبب الأجنبي³، فهذا الخطأ موجود منذ سنة 1928 عند تفرقة الإلتزامات بعناية عن الإلتزامات بتحقيق نتيجة من طرف الفقيه الفرنسي "Demogue"، و رغم ذلك فإن عبارة " المسؤولية المفترضة" غير مألوفة (رغم أن نظامها كان معروف منذ سنة 1885 فيما يخص مسؤولية الحيوان)، و لكنها إشتهرت منذ صدور قرار من الغرف المجتمعة لمحكمة النقض الفرنسية في 13 فيفري 1930 في قضية Jand'heur، و تجدر الإشارة إلى أن بعض القرارات تحتفظ بتكييف: " المسؤولية بقوة القانون " ⁴ La responsabilité de plein droit.

و إذا كان إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق كما ذكرنا هو فعلا إلتزام بتحقيق نتيجة فما هي درجة هذه النتيجة و شدتها؟

هنا ينبغي الإجابة عن هذا السؤال بالرجوع إلى القواعد الخاصة، و نقصد بذلك نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13- 327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، التي تحدد المقصود بالضمان على أنه: " الضمان المنصوص عليه في النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالآثار القانونية المترتبة على تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة لعقد البيع...".

1 - Cass 1^{ère} civ, 14 mars 1995, n° 93.12028. Bull, civ, I, n°122, RTD.civ 1995, 635, obs, Patrice Jourdain.

2 - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994، ص 93 و ما بعدها.

3 - Colotaire Mouloungui, Introduction générale du droit, l'acquisition, la preuve et la protection des droits contre l'état ou contre les particuliers, les éditions Publibook, Paris, 2004, P 143.

4 - Cass 1^{ère} civ, 16 octobre 2001, n° 99-16.854, NP, RTD.civ 2002, 514, obs, P. Jourdain; Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation op,cit, n° 3227, P 1094.

-علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 98 و ما بعدها.

فمن خلال هذا النص نفهم أن المشرع أراد تفعيل حماية المستهلك بحيث ذهب إلى تقرير جزاء غير ذلك المعروف في القواعد العامة و الناشئ عن الإخلال بالالتزام بالتسليم المطابق، بل شدد من مسؤولية العون الإقتصادي عند إخلاله بهذا الإلتزام العقدي و جعل الآثار المترتبة على الإخلال به هي إلزامية الضمان، الذي قد صيغ قبل هذا المرسوم التنفيذي بواسطة قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، بل و الأكثر من ذلك فقد جعل كل إتفاق يقضي بمخالفته يقع باطلا و ذلك ما نصت عليه المادة 5/13 من القانون المتقدم ذكره، بمعنى أنه لا يجوز أن يكون هذا الإلتزام محلا للتفاوض فيه بالإعفاء منه أو التخفيف من مضمونه، لذلك فهذا الإتفاق يقع باطل حتى بين مهنيين فيما بينهم¹.

و يرى بعض الفقهاء الفرنسيين²، أن القول بضمان الإلتزام في حالة ما إذا كان الإلتزام بنتيجة فإنه يكون إلتزام مشدد لا يمكن للعون الإقتصادي التحلل منه إلا بإثبات السبب الأجنبي، و هذا على غرار إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق فهو أيضا إلتزام بنتيجة مشدد، و هدف المشرع من ذلك ليس فقط حماية المصالح التجارية للمستهلك، بل أيضا إعادة التوازن العقدي إلى أطراف هذه العلاقة التعاقدية و هذا ما يعزز ثقة المستهلك بالعون الإقتصادي.

و إذا كان الأصل في مجال المسؤولية العقدية هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعدها، و ذلك نتيجة منطقية للإعتراف بحقهم في إنشاء الروابط العقدية و كل ذلك في حدود القانون و النظام العام و الآداب، و بمفهوم المخالفة لنص المادة 2/178 ق م، فإن الجواز ينصب على الأخطاء اليسيرة فقط للعون الإقتصادي غير أن هذا الإعفاء لا يسري بالنسبة للحالة التي تترتب فيها أضرار جسمية لأن الأمر عندئذ سيتعلق بالنظام العام³.

كذلك تجدر الإشارة إلى أنه في عقد البيع الدولي للبضائع المنصوص عليه وفقا لإتفاقية فيينا 1980، فإن قواعد المسؤولية الناشئة عن عدم تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزامه بالتسليم المطابق لم تأخذ بفكرة الخطأ بمفهومها التقليدي، ذلك أن العون الإقتصادي يسأل عن عدم مطابقة المبيع المسلم حتى و إن إكتشف بعد التسليم، كما يعتبر العون الإقتصادي مسؤول عن كل عيب في المطابقة الذي يحدث بعد إنتقال المخاطر و الذي ينسب إلى عدم تنفيذ أي من إلتزاماته، متضمنا أيضا ضمان صلاحية البضائع للإستعمال العادي أو الخاص خلال مدة معلومة أو إحتفاظها بصفاتها و خصائصها⁴، و بالتالي يمكن القول بأن إتفاقية فيينا 1980 تتبنى المعيار الموضوعي للمسؤولية، حيث تقيم مسؤولية العون الإقتصادي بمجرد وجود عدم المطابقة وقت التسليم⁵.

إن تقدير إتفاقية فيينا 1980 للوقت الذي ينبغي من خلاله الأخذ بعدم مطابقة البضائع و جعله يقدر بوقت التسليم أي إنتقال المخاطر، يجعلنا نتساءل عن مدى إعتبار هذا الأمر من قبيل الرجوع لإعتماد معيار خطأ العون الإقتصادي أم لا؟

مما لا شك فيه أن القول بضرورة تقدير عدم مطابقة البضائع المسلمة بوقت إنتقال المخاطر، يفيد بعودة الإتفاقية إلى تكريس معيار الخطأ فيما يتعلق بقيام علاقة السببية بين عيب المطابقة الناشئ بعد

1 - Christian Atias, art préc, P 3.

2 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, P 1096 ; Geneviève Viney, op,cit, P 47.

3 - بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، الطبعة 2، الجزائر، سنة 2010، ص 71 و 72.

4 - المادة 36 من إتفاقية فيينا 1980.

5 - محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 148.

انتقال المخاطر من جهة، و عدم تنفيذ العون الإقتصادي لإحدى التزاماته من جهة أخرى، و ليس علاقة سببية بين الخطأ و الضرر المعروفة في النظرية الكلاسيكية للمسؤولية العقدية، و مع ذلك فإنه يجوز للعون الإقتصادي دفع هذه المسؤولية بنفي الخطأ من جانبه، أو بنفي علاقة السببية بين الخطأ و عدم مطابقة البضاعة¹.

كما يرى البعض الآخر أن إتفاقية فيينا 1980 قد أوجبت قيام مسؤولية العون الإقتصادي بسبب خطئه² و ذلك حسب نص المادة 79 من هذه الإتفاقية التي تقضي بأنه: " لا يسأل أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته، إذا أثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجة عن إرادته".

فحسب هذا النص فإن العون الإقتصادي يعفى من المسؤولية إذا أثبت أن الإخلال بمطابقة البضائع المسلمة يرجع لسبب لا يد له فيه، و في الحقيقة إن القول بإمكانية إعفاء العون الإقتصادي المهمل و المقصر في وضع بضائع مطابقة تحت تصرف المشتري أمر لا يستقيم و روح العدالة العقدية، و من ثم لا بد من إقتصار مفهوم الخطأ على هذه الحالة دون سواها³.

كما أن إتفاقية فيينا 1980 قد تبنت مفهوم مخالفة العقد، جوهرية كانت أو غير جوهرية فيما يتعلق بالخطأ العقدي، حيث أن عدم تنفيذ الإلتزام العقدي يرتب جزاء في ذمة العون الإقتصادي يتمثل في ضرورة جبر الضرر الناتج للمشتري منذ لحظة وقوعه، دون ضرورة إثبات المشتري أي خطأ من جانب العون الإقتصادي المخل، و عليه يمكن القول بأن إتفاقية فيينا 1980 قد جعلت من مسؤولية العون الإقتصادي عن إخلاله بالإلتزام بالتسليم المطابق مسؤولية صارمة طالما أنها لا تقوم على الخطأ، فهي تشبه مسؤولية العون الإقتصادي في القانون الجزائري.

الفرع الثاني: مسؤولية العون الإقتصادي العقدية عن فعل الغير.

إن المسؤولية العقدية عن فعل الغير كفكرة لم تكن معروفة عموما في الفقه الفرنسي حتى عهد قريب⁴، و لم يكن الشراح آنذاك يميزون بين المسؤولية عن فعل الغير العقدية و التقصيرية، بل حتى لما كان يتعلق الأمر بالمسؤولية العقدية عن فعل الغير فإنه كان يطبق في شأنها أحكام المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير⁵، المعروفة في القانون المدني الفرنسي من خلال المادة 1242، هذا من جهة.

و من جهة أخرى فإن عبارة " المسؤولية العقدية عن فعل الغير " عبارة مثيرة للوهلة الأولى، حيث جعلنا نتساءل عن مدى صحة مسؤولية الشخص عقديا عن فعل غيره، سيما و أن القاعدة تقضي بأنه لا يمكن إلزام الغير بأثار عقد لم يكن طرفا فيه، فالمادة 113 ق م ج تنص على أنه: " لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير...".

إن مبدأ حجية العقد يتعدى مبدأ نسبية آثاره، حيث أن وجود الإلتزام كأثر للعقد هو حقيقة و لا يمكن للغير أن يتجاهلها، فالعقد يحتج به في مواجهة الغير أيضا و إن كانت هذه الفكرة تتضارب مع مبدأ الحرية

1 - محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 149.

2 - B. Audit, op,cit, P 173.

3 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 327.

4 - G. Viney, op,cit, P 442.

5- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 75 و ما بعدها.

العقدية التي تقضي بعدم تقييد حرية الغير في التعاقد من جهة، و مع مبدأ " شخصية العلاقة العقدية " من جهة أخرى¹.

غير أن ما تقدم لم يحظ بتأييد مطلق من الفقهاء و خاصة المعاصرين، ففرضت المبادئ التي تشكل عانقا أمام تطور العلاقات العقدية بين الأشخاص، فضلا عن تهافت مبدأ الحرية التعاقدية أمام ترجيح مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، كما أن تصدع الفكر الفردي أدى إلى إضعاف مبدأ شخصية العلاقة العقدية، و هذا ما عزز من مبدأ حجية العقد ليتغلب عن غيره من المبادئ، و بعدها ليظهر نظام مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد في تطور جديد مضاف إلى مفهوم الغير، و ذلك عندما إهتم الفقيه الفرنسي Becqué بدراسة الموضوع حيث ميز بين المسؤولية التقصيرية و العقدية عن فعل الغير و أشار في سبيل تحديد نطاق المسئوليتين من حيث الأشخاص إلى أن الأولى نطاقها محدد على سبيل الحصر، بينما الثانية نطاقها لا يمكن حصره².

و لقد أكد الأستاذ Mazeud على وجود هذا النوع من المسؤولية حتى في قانون (Napoléon)، لما قدم أمثلة عن مسؤولية المستأجر قبل المؤجر عما يحدثه من تلف في العين المؤجرة، مسؤولية أصحاب الفنادق عن سرقة أمتعة النازلين، مسؤولية الناقل البري أو النهري، مسؤولية الناقل البري أو البحري³.

و عليه سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن فعل الغير (أولا)، ثم سنتطرق إلى شروط هذه المسؤولية (ثانيا).

أولاً: تعريف المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن فعل الغير.

تنص المادة 2/178 ق م ج على أنه: " ... و كذلك يجوز الإتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية...، غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاؤه من المسؤولية الناجمة عن الغش، أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه. "

من خلال هذا النص يستشف أنه إذا كان يجوز للمدين أن يشترط إعفاء نفسه من المسؤولية الناتجة عن الغش أو الخطأ الجسيم من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزاماته، فإنه و بمفهوم المخالفة يدل على وجود المسؤولية العقدية عن فعل الغير كقاعدة عامة، و التي لا يجوز للمدين أن يعفي نفسه منها إلا في حالة الغش و الخطأ الجسيم من طرف الغير الذين يستخدمهم بمناسبة تنفيذ إلتزامه العقدي.

و إذا كان الأصل في المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق هو تحمل العون الإقتصادي شخصيا المسؤولية عن هذا الإخلال، إلا أن المادة 178 ق م تجيز أيضا أن يسأل عن فعل أشخاص آخرين إستعان بهم في تنفيذ إلتزاماته العقدية.

1- طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية، عدد 8، سنة 2013، جامعة ذي قار، العراق، ص 76 و ما بعدها.

2- E. Becqué, de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, R.T.D, 1914, P 250 et S.

3 - Léon et Henri Mazeaud, André Tunc, traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^{ème} éd, Montchrestien, Paris, 1959, P 1041.

و هناك من يرى¹ بأنه إذا كان هناك مبدأ عام يقضي بمسؤولية الشخص عن فعل غيره عقدياً فإنه يمكن أن يصاغ على النحو الآتي: " يسأل الأصيل عن الأضرار التي يحدثها نائبه أثناء قيامه بوظيفته، و تعتبر مسؤولية الأصيل عقدية مادام هناك عقد بينه و بين المضرور و ترتب الضرر على عدم تنفيذ الالتزام ناشئ عن العقد الذي بينهما."

في حين يرى البعض الآخر² أن هذه المسؤولية: " تقع على عاتق المدين العقدي بسبب فعل كل شخص تابع، مساعد غير تابع أو البديل عنه، الذين يستعملهم بمناسبة تنفيذ الالتزام العقدي و تنفيذهم له بدلا عنه".

إن هذا التعريف يبين لنا على سبيل المثال الأشخاص الذين يحملون صفة الغير في العقد و الذين يسأل عنهم المدين الذي يستعملهم بمناسبة تنفيذ التزامه العقدي في حالة إلحاقهم أضرار بالآخرين، و يمكن القول أن هؤلاء الأشخاص المتقدم ذكرهم ليسوا على سبيل الحصر بل على سبيل المثال فقط، فدائرة الأشخاص الذين يسأل عنهم المدين لا تقتصر على تابعيه الذين يعملون تحت إشرافه و توجيهه، بل تمتد لتشمل أشخاصا لا تربطهم به علاقة تبعية، كما عندما يتعلق الأمر ببدل أحله المدين محله في تنفيذ كل أو بعض التزاماته التعاقدية، أو عندما يتعلق الأمر بمساعد يعمل إلى جانب المدين و لكنه يتمتع باستقلال في ممارسة عمله، بمعنى غير خاضع لإشراف و توجيه المدين³.

و السؤال الذي يطرح هنا هو: هل يشترط أن يتمتع هؤلاء الأشخاص بالصفة المهنية في مزاوله نشاطاتهم؟

نعتقد أن صفة هؤلاء الذين يوصفون بالغير لا يجب أن تكون لديهم صفة أقل من صفة العون الإقتصادي، للسهر على التنفيذ الجيد لالتزام بحجم التسليم المطابق، و لأن الآثار المترتبة عن الإخلال بهذا الإلتزام و المتمثلة في المسؤولية المشددة لا تنطبق على شخص عادي، بل هي جزاء لصيق و ملازم لصفة المهني فقط.

إن هذا النوع من المسؤولية له ما يبرره في المعاملات المهنية⁴، لا سيما مع التطور الكبير الذي حصل في المجال الصناعي و التجاري بشكل خاص و ظهور الشركات التجارية و المؤسسات الإقتصادية و الصناعية الكبرى المختلفة، و هو الأمر الذي فرض واقعا ملموسا بعدم قدرة العون الإقتصادي على القيام شخصيا بجميع أعماله حيث أصبحت هناك ضرورة ملحة في الإستعانة بغيره لمساعدته أو للحلول محله في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية⁵.

1 - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 78.

2 - Geneviève Viney, op,cit, P 442.

3 - عبد القادر أقصاصي، المرجع السابق، ص 399.

4 - Geneviève Viney, op,cit, P 442.

5 - عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الإقتصادي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016، ص 277.

ثانياً: شروط قيام المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن فعل الغير.

لقيام المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن فعل الغير لابد من توافر الشروط اللازمة لإنعقاد المسؤولية العقدية عن الفعل الشخصي و هي:

1- وجود عقد صحيح بين العون الإقتصادي و الغير.

يعتبر شرط وجود عقد صحيح بين العون الإقتصادي و الغير من المسائل الأساسية لقيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، فصحة العقد تعني توافر جميع أركان العقد المعروفة في القواعد العامة من رضا و محل و سبب¹، التي يترتب على تخلف أحدها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً.

و نعتقد من جهتنا أن صحة العقد لا تقتصر فقط على ضرورة توافر أركانه فقط، بل لابد أيضاً من توافر شروط صحة كل ركن من أركانه، كصحة الرضا مثلاً الذي يكون كذلك إذا كان غير مشوب بأي عيب من عيوب الإرادة التي تخول للمتعاقد الذي عيب رضاه طلب إبطال العقد²، فعلى أساس صحة العقد الموجود بين العون الإقتصادي و الغير يسأل الأول عن إخلال هذا الغير بتنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق، في مواجهة الدائن.

و لقد شدد القضاء الفرنسي في بداية الأمر في تطبيق هذا الشرط في بعض أنواع الإلتزامات و العقود الخاصة فيما يتعلق بشروط عدم المنافسة، بإعتبارها إستثناء خطيراً على مبدأ الحرية التعاقدية و شبكات التوزيع المتكامل، حيث أوجب على الوكيل الذي ينظم هذه الشبكة بإثبات العقد إذا أراد إلتزام الغير الذي أخل في الشبكة بالتعويض³.

كما نعتقد أيضاً أن شرط قيام العقد هو الذي يبرر قيام المسؤولية العقدية عن فعل الغير، و ذلك بغض النظر عن طبيعة هذا العقد، حيث يمكن القول هنا بوجود عدة علاقات تتمثل في علاقة المدين و هو العون الإقتصادي بالمستهلك، و التي تتمثل في تسليم العون الإقتصادي مبيع مطابق للإشترطات العقدية، و علاقة ثانية تربط هذا الأخير بعقد مع الغير الذي سينفذ الإلتزام الذي كان ينسب في الأصل إلى العون الإقتصادي، أما العلاقة الثالثة فهي التي تربط هذا الغير (المستهلك) و التي أخل فيها الغير بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق.

2- إستعانة العون الإقتصادي إرادياً بالغير في تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق.

يشترط لقيام المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن إخلال الغير بتنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق، أن يتصرف الغير في إطار العقد الذي يربطه بالعون الإقتصادي بطريقة تحول دون تقديم المساعدة لهذا الأخير من أجل تنفيذ الإلتزام، أو كان هذا الغير هو من سينفذ الإلتزام بدلاً عن العون الإقتصادي و بإستقلالية عنه.

و لقد أكدنا على ضرورة أن تكون إستعانة العون الإقتصادي بالغير ناتجة عن محض إرادته، لأن هذه الأخيرة هي التي تميز بين الغير كشخص يستعان به في تنفيذ الإلتزام، و بين الغير الذي يكون ضمن العلاقة العقدية لكن ليس بإرادة العون الإقتصادي، مما يؤثر سلبياً على حسن تنفيذ الإلتزام العقدي من قبل

1 - المواد من 59 إلى 98 ق م.

2 - المادة 81 ق م المتعلقة بالغلط، المادة 86 ق م المتعلقة بالتدليس و المادة 88 ق م المتعلقة بالإكراه.

3 - طارق كاظم عجيل، المقالة السابقة، ص 104.

هذا الأخير، لأنه عندئذ يأخذ هذا الغير وصف السبب الأجنبي الذي يعفي العون الإقتصادي من المسؤولية العقدية¹، و من هنا أيضا تظهر أهمية ضرورة تحديد صفة الغير الذين يسأل عنهم العون الإقتصادي عقديا، و عند تحديد هذه الدائرة التي يسأل فيها هذا الأخير عن أعمال هؤلاء نجدها دائرة واسعة النطاق، لذلك ليس من العدل أن يسأل العون الإقتصادي عن أفعال الغير بصفة عامة بل يجب تحديدهم بدقة².

كما تقتضي إستعانة العون الإقتصادي الإرادية بالغير أن يكون هو من كلفهم بتنفيذ الإلتزام حتى يسأل عنهم عقديا، و يشترط في ذلك أولا أن يكون هو الملتزم الأصلي بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق إلى المستهلك، حيث لا يمكن أن يسأل عن أفعال الغير إذا لم يكن هو المدين الرئيسي بتنفيذ الإلتزام، كما لا يمكنه تكليف غيره بتنفيذ الإلتزام إذا كانت طبيعة الإلتزام تأبى القيام بذلك، أو كانت شخصية العون الإقتصادي محل إعتبار، أو كان القانون نفسه يمنع ذلك، فعندئذ تقوم مسؤوليته الشخصية على أفعال هؤلاء و ليس المسؤولية العقدية عن فعل الغير³.

و من جهة أخرى ينبغي أن لا يكون المستهلك قد برأ العون الإقتصادي من إلتزامه، بالإضافة إلى أن لا يكون المستهلك قد تدخل في إختيار الغير الذي سينفذ الإلتزام، معنى ذلك أن يكون العون الإقتصادي قد إستقل عن المستهلك في إختياره، لكن إذا تدخل هذا الأخير في ذلك فإنه يشترك في المسؤولية مع العون الإقتصادي لأن هذا التدخل يؤدي إلى قيام علاقة عقدية مباشرة بين المستهلك و الغير، و على الرغم من وضوح هذا الشرط فإن إثبات تدخل الإرادة من عدمها في إختيار الغير أمر صعب في بعض حالات المسؤولية العقدية عن فعل الغير⁴.

3- إخلال الغير بتنفيذ الإلتزام المعهود إليه تنفيذه.

مما لا شك فيه أن المسؤولية العقدية عن فعل الغير تقوم إذا عهد العون الإقتصادي إلى شخص آخر من الغير مهمة تنفيذ إلتزامه الذي تعاقده عليه مع المستهلك، و قام الغير بالتنفيذ لحساب العون الإقتصادي، فإن إخلال هذا الغير بتنفيذ الإلتزام يستوجب المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن الأضرار التي تلحق المستهلك جراء هذا الإخلال.

كما أن المسؤولية التي تقع على عاتق العون الإقتصادي بإعتباره المدين الأصلي عن فعل الغير سببها الخطأ في الإشراف أو التوجيه أو الرقابة⁵، و نعتقد أن إلتزام الغير لا يجب أن يتجاوز أو يقل في الأصل عن إلتزام العون الإقتصادي، حيث أنه لما كان إلتزام هذا الأخير عبارة عن إلتزام بتحقيق نتيجة مشدد فإن الغير أيضا في علاقته بالمستهلك يكون إلتزامه هو إلتزام بتحقيق نتيجة مشدد يتمثل في تسليم شيء مطابق للإشترطات العقدية، معنى ذلك أن العون الإقتصادي يسأل فور عدم تحقق النتيجة، و بالمقابل يكون المستهلك ملزم فقط بإثبات وجود الإلتزام بالتسليم المطابق الذي لم يتحقق، حيث أنه لا يجوز للعون الإقتصادي أن يثبت أن الغير الذي إستخدمه في تنفيذ الإلتزام لم يبذل العناية المطلوبة في ذلك، فالعبرة بالنسبة للمستهلك هي النتيجة وحدها دون النظر في الظروف التي أدت إلى عدم تحققها.

1 - عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة1982 ، ص 380.

2 - سامي مصطفى عمار الفرجاني، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد السادس، يونيو 2015، الزاوية، ليبيا، ص43.

3 - حسن أبو النجا، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أساسها و شروطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 79 و ما بعدها.

4 - سامي مصطفى عمار الفرجاني، المقالة السابقة، ص 45.

5 - نفس المقالة، ص 40.

لكن التساؤل الذي يطرح في هذا السياق هو: هل يجوز للـعون الإقتصادي أن يعفي نفسه من المسؤولية عن إخلال الغير بتنفيذ الإلتزام المعهود إليه في حالة الغش أو الخطأ الجسيم لهذا الغير ؟

تنص المادة 2/178 ق م على أنه: "...غير أنه يجوز للمدين أن يشترط إعفاؤه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه".

حسب هذا النص يجوز أن يعفي العون الإقتصادي نفسه عن الغش و الخطأ الجسيم الذين يقعان من الغير بمناسبة تنفيذه لإلتزام عقدي، معنى ذلك أن المستهلك عندما يخل الغير في مواجهته بتنفيذ الإلتزام عن طريق الغش أو الخطأ الجسيم، فإنه لا يجوز له أن يسأل العون الإقتصادي عن أفعال من يستخدمهم في التنفيذ.

لكن التساؤلات التي تتبادر إلينا هنا هي: إذا كان العون الإقتصادي لا يسأل عن الغش و الخطأ الجسيم الصادرين من الغير نتيجة إخلال هذا الأخير بإلتزامه التعاقدية، فما مصير الإلتزام بالتسليم المطابق خاصة و أنه هو الدافع إلى التعاقد؟ ألا يؤدي ذلك إلى زعزعة الثقة العقدية بينه و بين المستهلك ؟ بالإضافة إلى ذلك ألا يعتبر شرط الإعفاء إذا تعلق الأمر بعقد الإستهلاك من قبيل الشرط التعسفي الذي من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و واجبات أطراف العقد ؟

حقيقة إن رأي المشرع الجزائري واضح في هذا الشأن - كما ذكرنا سابقا- و هو جواز إعفاء المدين العقدي كقاعدة عامة عن الأضرار الناتجة عن إخلال الغير المتعاقد معه بالإلتزام العقدي في مواجهة الدائن و ذلك وفقا لنص المادة 2/178 ق م ج، إلا أننا نعتقد أنه إذا تعلق الأمر بالإلتزام بتحقيق نتيجة على غرار الإلتزام بالتسليم المطابق الذي يلتزم فيه العون الإقتصادي أو الغير المكلف بإنجاز هذا الإلتزام العقدي، فإن المستهلك لن يرضى بأقل من تسليم شيء مطابق أي بتحقيق النتيجة التي أقدم على التعاقد من أجلها، و من تم نعتقد بعدم جواز إعفاء العون الإقتصادي و الغير المتعاقد معه على حد سواء من الأضرار التي تلحق المستهلك جراء تسليم شيء غير مطابق رغم أن الضرر غير جسدي.

و حسب رأينا فإن العقود الإستهلاكية تحظى بمكانة خاصة بين العقود الأخرى، حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 5/13 من قانون 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، فإن كل شرط يجيز عدم الضمان القانوني للـعون الإقتصادي في مواجهة المستهلك، بمعنى الإعفاء من المسؤولية يعتبر كما ورد في النص بالعربية " باطلا"، بل و "باطلا و عديم الأثر" كما ورد في النص باللغة الفرنسية و لو أن النص العربي كاف بحد ذاته¹، هذا من جهة.

و من جهة أخرى بالرجوع إلى نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 13 - 327 -السالف الذكر- فإن الأثر الذي يترتب على الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق هو "الضمان"، و إذا ما ربطنا هذا النص بالمادة 5/13 السالفة الذكر فإننا نتوصل إلى عدم جواز إعفاء العون الإقتصادي من ضمان عدم تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق بل هذا الضمان هو ضمان قانوني و هو أيضا من النظام العام، و بالضرورة فإن عدم جواز الإعفاء من ضمان التسليم غير المطابق سواء كان هو المسؤول عن تنفيذ هذا الإلتزام أو الغير الذي عهد له هذه المهمة، فالقاعدة التي لا تعفي من الضمان جاءت عامة لا تفرق بين الضمان الشخصي للتسليم غير المطابق من طرف العون الإقتصادي أو الضمان من الغير، معنى ذلك أنه و حسب رأينا الخاص لا يجوز للـعون الإقتصادي أن يعفي نفسه حتى من الغش أو الخطأ الجسيم الصادرين عن الغير

1 - Art 13/5 de la loi 09-03 énonce: « toute clause contraire est nulle et de nul effet ».

بمناسبة الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق بل يظل مسؤولاً في جميع الحالات عدا حالة السبب الأجنبي فقط.

و بالتالي يمكننا القول أن نص المادة 2/178 ق م باعتباره مستوحى من الشريعة العامة فإنه يسري فقط على العقود التي تنتفي عن أطرافها الصفة المهنية، و من ثم لا يصلح أن يطبق على العقود الاستهلاكية أين يكون طرفي العلاقة عون إقتصادي من جهة و المستهلك من جهة أخرى، لأن هذا النوع من العقود أعد له المشرع مجموعة من النصوص التشريعية و التنظيمية التي تحكمه و التي تتميز بالطبيعة الأمرة، لكي تكفل حماية المستهلك أكثر من تلك المقررة في القواعد العامة، حيث تظل هذه الأخيرة عاجزة عن توفير الحماية الفعالة للطرف الضعيف في هذا النوع من العلاقات العقدية.

و لقد ذهب الفقه البلجيكي¹ و بوضوح إلى أنه متى تعلق الأمر بالتزامات تعاقدية أساسية، فإنه لا يجوز الإعفاء من الغش و الخطأ الجسيم للمدين بصفة عامة، و لقد اشتهر القضاء البلجيكي بقرار جاء فيه أن: " الشرط الذي يعفي المدين من الغش أو الخطأ الجسيم شرط باطل إذا كان محل الإعفاء هو الإلتزام الذي أقدم الدائن على التعاقد من أجله"²، و هذا المنطوق مهم للغاية لأن جواز إدراج هذا النوع من الشروط يؤدي إلى "هدم محل العقد" أي "détruire l'objet du contrat"، كما أن هذه الشروط تعتبر "مخالفة لجوهره و روحه" أي "clauses contraires à l'essence du contrat"، فضلا عن أنها تجرد العقد من أي دلالة، أما إذا تعلق الأمر بالتزامات غير أساسية فالأمر جائز.³

1 - Patrick Wéry, droit des obligations, vol 1, théorie générale du contrat, Larcier, Belgique, 2010, p663 ; Arnaud Vanwelkenhuyzen, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, mémoire de master en droit, université catholique de Louvain, Belgique, 2014, 2015, p 8.

2- Cass 1^{ère}, 25 septembre 1956, RCJB, 1960, p9.

3- Patrick Wéry, op,cit, p664.

المطلب الثاني: الأركان الثابتة للمسؤولية العقدية عن الإخلال بالتسليم المطابق.

مما لا شك فيه أن الخطأ كتكليف لإخلال العون الإقتصادي بتنفيذ أحد الإلتزامات الأساسية الواقعة على عاتقه في مواجهة الدائن ركن غير كاف بحد ذاته لقيام مسؤوليته العقدية، بل لا بد أن يتسبب هذا الإخلال في إلحاق الضرر بالدائن و هو المستهلك، و عليه سننترق في هذا المطلب إلى ركن الضرر من خلال الفرع الأول ثم إلى ركن علاقة السببية بين الضرر و الخطأ و ذلك من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: ركن الضرر¹.

إن الهدف من المسؤولية العقدية هو إصلاح الضرر الذي تكبده الدائن جراء إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق، و من ثم فإن الإخلال بالتنفيذ لا يكون مصدرا للمسؤولية إلا إذا سبب ضررا للدائن تجسد فيما لحق به من خسارة مالية و ما فاتته من فرصة للربح، شريطة أن يرتبط ذلك مباشرة بالإخلال الموجب للمسؤولية.

و لقد نص المشرع الجزائري على الضرر العقدي المستوجب للتعويض من خلال نص المادة 182 ق م التي تقضي بأنه: " إذا لم يكن التعويض مقدر في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر فيه، و يعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيم إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد."

1 - لم يعرف المشرع الجزائري الضرر كركن لكن إستعمل مصطلح Préjudice في العديد من نصوص القانون المدني باللغة الفرنسية مثل المواد 175، 176، 177، 182، 184 و 185.

كما إستعمل أيضا مصطلح "Dommage" في المادة 186 ق م، على أن الترجمة العربية لهذين المصطلحين في نفس المواد هي واحدة أي "الضرر"، يعني أن التفرقة كانت فقط في اللغة الفرنسية، في حين أن المصطلح واحد باللغة العربية. غير أن تاريخ القانون و القانون المقارن يبين أن التداخل بين مصطلح "Dommage" و "Préjudice" ليس مطلقا من حيث الأساس، ذلك أنه في الحقيقة ليس لهما نفس المعنى فالتداخل نسبي، فمصطلح "Dommage" المعروف في قانون أكيليا ب" Damnum" و يقصد به " إصابة كمال الشيء" و التي يضع لها القانون جزاء دون البحث فيما إذا كانت قد ألحقت ضرر أي "Préjudice" لصاحبها أم لا.

كما أن كلمة " Damnum" في الأصل لا تمت بأي صلة للقانون لأنها تعرف بمعنى الخسارة (la perte) المقابلة للكسب (le gain) أي "le lacrum"، و هما مصطلحان مجردان من أية دلالة قانونية على عكس كلمة "Praedjudicium" أي "Préjudice" والتي إستخدمها القانونيون الرومان، لكن ليس بمعنى "Dommage"، لأن هذه الكلمة تعني الأفة الحاصلة في حين أن "Préjudice" أي الضرر هو نتيجة هذه الأفة، فالضرر يظهر كأثر أو كتابع لكلمة "Dommage" و هي المساس أو إصابة السلامة المادية أي السلامة الجسدية (le dommage corporel) التي ينتج عنها أضرار مالية Préjudices patrimoniaux و أضرار غير مالية Extrapatrimoniaux. و من ثم فإن كلمة "Dommage" بمعنى الواقعة التي تمس سلامة الشيء، الشخص، النشاط أو الوضعية (الحالة) هي واقعة ملموسة موضوعيا و موجودة بمعزل عن فكرة الشخص الذي قد يكون ضحيتها، و كذلك بمعزل عن النتائج المختلفة التي قد تترتب عنها.

إذن فمصطلح "Préjudice" أي الضرر هو فكرة ثانية تعرف على أنها مختلف النتائج المترتبة عن الواقعة التي تمس السلامة أي "Dommage"، بمعنى أن هذه الأخيرة هي الأصل و الضرر هو النتيجة المترتبة عنها، و في قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أكتوبر 2003 تحت رقم 00-18-794، قضى بأن محكمة النقض " تجيد التفرقة بين المكان الذي حدث فيه المساس بالسلامة (Dommage) و بين المكان الذي حصل فيه تتابع الأضرار (préjudices consécutifs).

- Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op,cit, P 567 et s.

إذا كان هذا النص لم يعرف الضرر إلا أن البعض¹ يعرفه على أنه: " الأذى الذي يلحق الغير و هو إما أن يكون ماديا أو أدبيا، فالنوع الأول هو ذلك الأذى الذي يلحق خسارة مالية بالمضروب فيؤدي إلى نقص في ذمته المالية، أما النوع الثاني فيراد به الأذى الذي يلحق شرف الإنسان و سمعته و اعتباره و مركزه الإجتماعي".

كما أنه يمكننا من خلال نص المادة المذكورة أعلاه استخلاص الشروط الواجب توفرها في الضرر العقدي، التي تضيق من نطاقه و تجعله يخضع في تقديره إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و عليه سنتطرق إلى الشروط العامة للضرر العقدي (أولا) ، ثم إلى الضرر الناتج عن الإخلال بالتسليم المطابق (ثانيا).

أولا: الشروط العامة للضرر العقدي.

حتى يتمكن المستهلك من طلب التعويض عن الضرر الحاصل جراء إخلال العون الإقتصادي بالالتزام بالتسليم المطابق و ذلك إما بسبب التأخر في التنفيذ أصلا أو بسبب تسليم مبيع غير مطابق فإنه يتعين أن تتوافر بعض الشروط التي تتمثل فيمايلي:

1- أن يتعلق الضرر بمصلحة مشروعة.

إن الضرر المعروض عنه في إطار المسؤولية العقدية ليس أي ضرر بل لابد من أن يكون مترتبا عن الإخلال بمصلحة مشروعة أي مصلحة يحميها القانون، لأن التعويض هو في الحقيقة أثر يكرس الحماية القانونية للمستهلك، و من ثم فإن المصلحة التي يحميها القانون تكمن في تلك الناشئة بموجب عقد صحيح يربط الطرفين بحيث يكون موضوعه مشروعا لا يتعارض مع النظام العام، كما الحال بالنسبة للعقد الذي يكون محله تسليم شيء مطابق للإشتراطات العقدية².

و إذا كان الإخلال العقدي يتعلق بمصلحة غير مشروعة (لا يحميها القانون) فلا مجال لطلب التعويض أصلا و مثال ذلك أن يطالب المستهلك بجبر الضرر الناشئ عن الإخلال بتسليم مبيع محظور قانونا أو عدم مطابقته لما تم الاتفاق عليه مثلا كعدم مطابقة المخدرات أو الأسلحة للنوعية المطلوبة، فمحل العقد غير مشروع و مخالف للنظام العام و بالتالي لا يجوز المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة جراء عدم تنفيذ الإلتزام.

2- أن يكون الضرر محققا و مباشرا.

يشترط في الضرر محل التعويض عن المسؤولية العقدية أن يكون هذا الضرر محققا، حيث لا مجال لتعويض الأضرار الإحتمالية أو الإفتراضية (Préjudice éventuel ou virtuel)، فالضرر يكون محققا عندما يكون قد وقع بالفعل أو قد وقعت أسبابه و تراخت آثاره إلى المستقبل³، و من ثم فإنه

1 - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، سنة 2006، ص204.

2- عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 54.

3- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض المدني في المسؤولية و التعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003، ص 39.

- عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 55.

يتعين على المستهلك الذي يدعي أن أضرارا لحقته جراء إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزامه التعاقدية أن يثبت أنه كان سيكون في وضعية أحسن لولا إخلال مدينه بتنفيذ الإلتزام¹.

أما بخصوص الضرر الناتج عن تقويت الفرصة فلقد إعتبره القضاء الفرنسي من قبيل ضياع الفرصة الحقيقية و الجدية و أنه ضرر حقيقي يستوجب التعويض².

كما يشترط في الضرر المستوجب للتعويض أن يكون مباشرا، خاصة إذا كان الأمر يتعلق بمجموعة من الأضرار المترتبة عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام، فالمدين في هذه الحالة لا يسأل إلا عن الضرر المباشر فيمكن للقاضي أن يأخذه بعين الإعتبار في حالات معينة (كالغش والخطأ الجسيم). و يوصف الضرر بأنه مباشر متى كان نتيجة طبيعية لإخلال المدين بتنفيذ إلتزامه، و يكون نتيجة طبيعية إذا لم يكن بإمكان الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول و هذا ما نصت عليه المادة 2/182 ق م ج، فمثلا يعد تسلم المستهلك مبيع غير مطابق هو نتيجة لعدم إحترام العون الإقتصادي للإشترطات العقدية، مما يسبب ضرر مباشر للمشتري و السبب هو الإخلال بمسألة المطابقة المتفق عليها.

إذا كان المشرع قد إشتراط أن يكون الضرر المعوض عنه في المسؤولية العقدية هو الضرر المباشر فقط فإن ذلك مرهون بضرورة عدم ارتكاب العون الإقتصادي أي غش أو خطأ من جانبه، لأنه في الحالة التي يكون فيها الضرر ناتج عن غشه أو خطئه الجسيم فإن ذلك يحول دون التعويض عن الأضرار المباشرة فقط، ليمتد كذلك نطاق التعويض حتى إلى الأضرار المباشرة المتوقعة و غير المتوقعة.

3- أن يكون الضرر متوقعا.

إن هذا الشرط هو الذي يميز التعويض في المسؤولية التقصيرية عنه في المسؤولية العقدية، و يقصد به أن يكون الضرر محل التعويض منتظر حدوثه وقت التعاقد و السؤال الذي يطرح هنا هو: كيف يتم تقدير الضرر المتوقع ؟

في الحقيقة هناك إختلاف حول المعيار المعتمد من أجل تقدير مدى توقع الضرر من عدمه وقت التعاقد، و ما هي طبيعة الضرر هل هو ضياع، تلف... أو قيمة الشيء أي نصابه؟

إن الضرر المقصود يتعلق بقيمة الشيء، فتسليم مثلا مبيع غير مطابق للإشترطات العقدية يلحق ضررا بالمستهلك كونه أقل قيمة من المبيع المطابق للإشترطات العقدية، و هذا ما أخذ به القانون المدني الفرنسي من خلال مادته 1231 فقرة 3 التي تقضي بضرورة توقع العون الإقتصادي كونه مدينا لما قد يتعرض له عند الإقتضاء، إذا سبب ضررا للمستهلك جراء إخلاله بتنفيذ إلتزامه التعاقدية، و هذا ما يقتضي أن يعلم ليس فقط نوع الضرر الذي يسببه، بل أيضا قيمة الشيء محل التعاقد³، فالفقه الفرنسي⁴ مستقر اليوم على أن العبرة تكون بقيمة الضرر التي كانت متوقعة قبل حصول الإخلال الموجب للضمان و المسؤولية لا لسببه⁵، و لا شك أن معيار الضرر المتوقع من جانب العون الإقتصادي معيار موضوعي

1- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، المرجع السابق، ص 210.

2 - Cass 1^{ère} civ, 21 novembre 2006, pourvoi n 05-15674. Publié sur: www.legifrance.gouv.fr.

3 -François Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 439.

4 - Ibid , P 596 et s.

5 - Boris Stark et Henri Roland Boyen, obligations 2, contrat, 5^{ème} éd, Litec, Paris, 1995, P596.

أساسه الضرر الذي يتوقعه عون إقتصادي آخر يتواجد في نفس الظروف الخارجية (إجتماعية أو إقتصادية) التي ينتسب إليها و الموجود في نفس الظروف الظاهرة التي وجد فيها هذا العون الإقتصادي.

إن ما يبرر إعتداد مبدأ تعويض الضرر المتوقع في مجال المسؤولية العقدية هو قيام هذه المسؤولية على أساس العقد، و لذلك فإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الضرر الواجب التعويض عنه، و قد إفترض المشرع أن هذه الإرادة قد إتجهت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقتصرة على المقدار الذي يتوقعه المدين أي العون الإقتصادي، و يكون هذا الإقتراض بمثابة شرط إتفاق يعدل مقدار المسؤولية (و الأصل فيها التعويض عن الضرر كاملا و لو كان غير متوقع) و ذلك بجعلها تقتصر على مقدار معين و هو مقدار الضرر المتوقع¹.

و لما كان هذا الشرط يقع باطلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم من طرف العون الإقتصادي، فإنه يلزم في هاتين الحالتين بالتعويض على كل ضرر المتوقع أم غير المتوقع، لأنه يرجع إلى الأصل بعدم إبطال الشرط الإتفاقي الذي يعدل من مقدار المسؤولية²، بمعنى أن تبرير هذا المبدأ يستند إلى أن الإلتزامات العقدية تنتج عن إرادة المتعاقدين، لذلك تعتبر هذه الأخيرة هي مرجع التوقعات التي إنطلق منها الطرفان، فالعون الإقتصادي لا يرغب في الإلتزام بأكثر مما يتوقعه، و بالمقابل لا يمكن للمستهلك أن يطلب عند الإخلال بالتنفيذ مبلغ تعويض يفوق ما توقعه الطرف الأول³.

و هناك من يرى أن المبرر الحقيقي لإقتصار التعويض على الضرر المتوقع في مجال المسؤولية العقدية هو أنه عند إخلال العون الإقتصادي بالإلتزامه، يصار إلى تنفيذ مخالف يقوم كبديل و لا يمكن أن يتجاوز ما تم التعهد به، فمن هذه الوجهة يكون من غير المقبول القول بأن التعويض يكون جزئيا عند حصول الإخلال العقدي، لأننا في هذه الحالة لسنا أمام جبر للضرر بل أمام تعويض بمقابل⁴.

كما يمكن أخيرا تبرير إقتصار التعويض على الضرر المباشر في مجال المسؤولية العقدية، بضرورات المحافظة على إستقرار التعامل و الأمن التعاقدية، فإنه لكي يحول المشرع دون توسيع حلقة التعويض عن الأضرار الناجمة عن المسؤولية العقدية و شمولها لأضرار قد تتعد سببيا عن الخطأ العقدي الأصلي، مما يعرض العلاقات العقدية لمخاطر الخسارة المالية الفادحة، فإنه تم وضع حدود للتعويض المترتب عن الأضرار المذكورة بأن يجعله يقتصر فقط على تلك التي كان من الممكن توقعها عند إنشاء العقد، ما لم يكن العون الإقتصادي قد ارتكب خداعا⁵.

غير أنه و كإستثناء يجب على العون الإقتصادي تعويض الضرر المباشر و لو كان غير متوقع عند التعاقد عندما يتعمد الإخلال بتنفيذ الإلتزام التعاقدية و أن تثبت سوء نيته بإقترافه غشا أو خطأ جسيما⁶، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 2/182 ق م، و هناك من يرى⁷ بأن تبرير هذا الإستثناء يستند إلى كون أن المتعاقد الذي إقترف غشا أو خطأ جسيما بهدف التخلص من الإلتزامات

1- عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 58.

2- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة 6، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2012، ص 245.

3 - Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet, op,cit, P 255.

4 - Boris Stark, Henri Roland et Laurent Boyer, op,cit, P 598.

5- مصطفى العوجي، القانون المدني - الجزء 2- المسؤولية المدنية، طبعة 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2009، ص 73.

6- أما المشرع الفرنسي فقد نص من خلال المادة 1231 فقرة 4 من القانون المدني على أنه في الحالة التي ينتج فيها عدم تنفيذ العقد عن خطأ جسيم أو تدليسي فإن التعويضات الناتجة لا تشمل إلا ما هو نتيجة فورية و مباشرة عن الإخلال.

7 - Boris Stark, Henri Roland et Laurent Boyer, op,cit, P 598.

الناشئة عن العقد، يجب أن يأخذ حكم الشخص المسؤول تقصيريا و الذي يلتزم بتعويض كامل للضرر المتوقع أو غير المتوقع.

و يعتبر جزاء التعويض عن الأضرار المتوقعة و غير المتوقعة عقوبة إستثنائية مستحقة طالما أن هذا العون الإقتصادي لم يتردد في هز الثقة العقدية و لم يحترم العقد، لذلك لا بد أن يعامل وفقا لسوء نيته فيلتزم بتعويض حتى المخاطر التي لم يرتضيها في البداية، و على عكس ذلك، يحصل المستهلك على مزايا لم يكن يتوقعها لذلك فهذا الجزاء هو أحد تطبيقات النظام العام التعاقدى الذي يخل به المتعاقد، غير أنه لا يحول دون إدخاله تحت سقف المسؤولية العقدية المشددة¹.

4- أن يكون الضرر شخصيا.

يشترط في الضرر العقدي المستوجب للتعويض أن يكون قد أصاب الدائن شخصا، حيث لا يمكنه أن يطالب بتعويض عن ضرر لحق غيره²، إلا أن القول بشخصية الضرر لا يعني أن المستهلك يمكنه رفع دعوى التعويض بسبب الإخلال بالالتزام التعاقدى من قبل الوكيل أو النائب... الخ³، بل يبقى الضرر شخصي و مرتبط بمصلحة المستهلك⁴.

ثانيا: الضرر الناتج عن الإخلال بالتسليم المطابق.

مما لا شك فيه أن الهدف الأساسي الذي يهدف المستهلك إلى تحقيقه من وراء إقدامه على التعاقد مع العون الإقتصادي عن طريق إشتراطه تسليم هذا الأخير له شيء مطابق لما تم تحديده في العقد هو أن يكون هذا الشيء مجدي إقتصاديا بما يحقق له المنفعة المرجوة⁵، و من ثم فإن إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزامه و ذلك طبعاً بتسليم شيء غير مطابق أمر من شأنه أن يخيب أمل المستهلك و من ثم فهو ضرر تجاري محض، و عليه سننظر بداية إلى المقصود بالأضرار التجارية، ثم إلى مدى إمكانية إكتتاب العون الإقتصادي تأميناً يغطي مسؤوليته عن هذه الأضرار.

1- المقصود بالأضرار التجارية.

تعتبر الأضرار التجارية من الأضرار الإقتصادية لأنها لا تنصرف إلا لما أصاب المستهلك في ذمته المالية⁶ جراء تسليم شيء لا يتطابق مع حاجياته، فالضرر ذو الطبيعة التجارية يلحق بالمستهلك خسائر من حيث أنه دفع للحصول على المنتج ثمنا لا يتناسب تماما مع الفائدة التي سيجنيها منه، و ليس معنى ذلك أن الشيء بالضرورة معيب، بل قد يكون سليم و صالح للإستعمال لكن ليس للأغراض التي يرغب بها هذا المستهلك.

1 - Philippe Le Tourneau et Loïc Cadiet, op,cit, P 276.

2 - محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي و الأدبي و الموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2002، ص 74.

3- عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 53.

4- أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، سنة 2013-2014، ص 53.

5- وائل نافذ سفرجلاني، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، بيروت، سنة 2001، ص 20.

6- أشواق دهيمي، المذكرة السابقة، ص 54.

و تقوم الأضرار التجارية أساسا على الخسارة التي تلحق بالمستهلك، بل هي قلبها النابض،¹ مما يؤدي معها إلى حدوث خلل في الذمة المالية له جراء تقليل فرصة الإنتفاع بالمنتوج غير المطابق للإشتراط العقدي أو غير المطابق للوظيفة أعد لها²، و مثال ذلك الأعباء المالية التي تكبدها بسبب تركيب عداد ماء غير صالح للإستعمال الذي أعد من أجله³، كذلك الأضرار الناشئة عن تسليم نظام حاسب آلي أدى إلى تذبذب مهم في نشاط المؤسسة وضياع المعطيات و عرقلة عملية التثبيت الآلي، مما أدى بالمؤسسة إلى الإستغناء عنه وإقتناء نظام آلي جديد⁴، كما يعتبر أيضا من قبيل الأضرار التجارية تقويت صفقة تجارية توقع الدائن أنها رابحة و كان توقعه مبنيا على أسباب معقولة⁵.

و من جهة أخرى يعتبر أيضا ما فات الدائن من كسب (le gain manqué) من قبيل الأضرار التجارية، على أن الكسب المقصود هنا هو ما كان يأمل في تحقيقه عند إقدامه على التعاقد فهو النقصان المحقق الذي سيكسبه⁶، و هذا على عكس تقويت الفرصة (la perte d'une chance) التي تعتبر نقصا محتملا كان سيجنيه الدائن⁷.

كما يدخل في مفهوم الكسب الفائت أيضا مجرد التأخر في إستيفاء المنفعة و على القاضي أن يراعي عند تقديره لتعويض الدائن عن الضرر التجاري، مسألة ما فاته من كسب مالي نتيجة إخلال المدين بتنفيذ إلتزامه سواء تمثل هذا الإخلال في عدم التنفيذ النهائي أو حتى مجرد التأخر فيه⁸.

و لقد أخذ المشرع الجزائري في القواعد العامة بضرورة تعويض الدائن عما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب وذلك من خلال المادة 1/182 ق م، التي جعلت هذا التعويض مشروط بأن يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر في الوفاء به⁹.

كما كرس أيضا ضرورة تحقيق الشيء للجدوى الإقتصادي، بمعنى تحقيق المستهلك المنفعة التي يرغب في الحصول عليها عندما أقدم على التعاقد و ذلك في العديد من النصوص القانونية، نذكر منها المادة 1/3 من قانون 09 - 03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش التي عرفت المستهلك على أنه: " كل شخص طبيعي.....يقتني سلعة أو خدمة...من أجل تلبية حاجته الشخصية..."، بالإضافة إلى الفقرة 11 من نفس المادة التي تعرف المنتج السليم و النزيه و القابل للتسويق على أنه: " منتج خال من أي نقص و/أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة و سلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية

1 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, op,cit, P 634.

2- عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر و القانون، مصر، سنة 2009، ص 590

3 - Cass 1^{ère} civ, 4 janvier 1995, J.C.P, 1995, pourvoi n° 93.10127. Bull civ, I, n° 10.

4 - Paris 25e chambre, 12 mars 1998, Expertises, 1999, P 442.

5 - أشواق دهيمي، المذكرة السابقة، ص 21.

6 - أنظر المادة 1231 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي.

7 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, op,cit, P 635.

8 - أشواق دهيمي، المذكرة السابقة، ص 21.

9 - و للإشارة فقط فإن بعض التشريعات على غرار القانون الإنجليزي إذا كانت تشبه التشريع الجزائري في تحديد العناصر التي تدخل في تعويض الأضرار التجارية من حيث أنه يأخذ بالأضرار المتوقعة عند إبرام العقد و التي تنشأ من طبيعة العقد و ظروف إبرامه كأمر معقول في إعتبار المتعاقدين، حيث يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض عن الأرباح التي كان سيجنيها من صفقة ضائعة، غير أنه يختلف من حيث التعويض عن الضرر الفعلي و النفقات اللازمة لتهيئة العقد رغم أنها أضرار حدثت قبل العقد، بالإضافة إلى التعويض عن الأضرار اللاحقة على إبرامه، و كذلك التعويض عن الضرر الذي حصل للدائن عند إنتفاع المدين من الإخلال بتنفيذ إلتزام تعاقدي.

- مصطفى عبد الحميد عدوى، الضرر الناشئ عن الإخلال العقدي في القانون الإنجليزي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008، ص 83 و ما بعدها.

و المعنوية"، أيضا نص المادة 29 من قانون 04 - 02 الصادر في 23 جويلية 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بالقانون 10-06 على أنه: " يعتبر بنود و شروط تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لاسيما البنود التي تمنح هذا الأخير: ... إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم دون موافقة المستهلك."

من خلال هذا النص الأخير يفهم أن المشرع الجزائري قد شدد فعلا المسؤولية في مواجهة العون الإقتصادي الذي يعدل مضمون العقد الإستهلاكي بإرادته المنفردة، كأن يغير من مميزات المنتج المسلم إلى المستهلك، و معنى ذلك أنه إذا كان قد تم الإتفاق على ضرورة توافر المنتج المسلم على خصائص معينة فإنه يتعين إحترام العقد و ذلك بتسليم منتج مطابق للإشتراطات العقدية، و في حالة الإخلال بهذا الإلتزام فإن ذلك يعتبر من قبيل " الممارسة التعاقدية التعسفية."

أما في مجال البيع الدولي للبضائع فإنه لكي يكون الضرر عموما مستوجب التعويض ينبغي أن يترتب عن خطأ عقدي يصيب الدائن (المشتري) جراء إخلال المدين (العون الإقتصادي) بتنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق، كما يشترط فيه ما هو لازم لقيامه في القواعد العامة من حيث ضرورة أن يكون مباشرا و متوقعا بالإضافة إلى تحمل المشتري عبء إثباته¹.

و بالرجوع إلى المادة 36 من إتفاقية فيينا نجدها قد تطرقت إلى مسؤولية العون الإقتصادي عن إخلاله بتسليم بضائع غير مطابقة للمشتري دون إثارة ركن الضرر، و قد فسر ذلك بأن عدم تطرق إتفاقية فيينا 1980 لركن الضرر في المادة 36 المتعلقة بالمسؤولية العقدية راجع لكون أن الإلتزام بتسليم بضائع مطابقة وفقا لهذه الإتفاقية، هو إلتزام بتحقيق نتيجة، و من ثم فإن الإخلال به يؤدي إلى عدم تحقق النتيجة و هذا ما يطالب المشتري فقط بإثباته، وهذا يعني أيضا أن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدى يعد خطأ في حد ذاته يترتب المسؤولية²، و إذا كان الضرر ركنا ثابتا في المسؤولية فإنه ينبغي التطرق له كل مرة نناقش فيها المسؤولية العقدية، حيث إن القول بالإكتفاء بذكر الخطأ على أساس أن طبيعة الإلتزام تفترض معها قيام الضرر أمر قد يلتبس على أذهان البعض.

غير أن خصوصية إتفاقية فيينا 1980 تكمن في جعلها ركن الضرر أحد الأركان المكونة لمخالفة العقد و ليس للمسؤولية، و ذلك لما إشتطرت لإضفاء الصفة الجوهرية على المخالفة ضرورة ترتب الضرر عنها للمتعاقد الآخر و هذا ما ورد في نص المادة 25 من إتفاقية فيينا التي تقضي بأنه: " تكون مخالفة العقد من جانب أحد الطرفين مخالفة جوهرية إذا تسبب في إلحاق ضرر بالطرف الآخر من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، ما لم يكن الطرف المخالف يتوقع مثل هذه النتيجة و ما لم يكن أي شخص سوى الإدراك من نفس الصفة يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف."

و يتعين أن يكون الضرر هاما و ليس تافها بحيث يترتب عليه حرمان المضرور من الحصول على المنفعة الأساسية التي كان من حقه أن يتوقع الحصول عليها بواسطة العقد³.

كما تطرقت إتفاقية فيينا 1980 أيضا إلى الضرر المعروض عنه بحيث نصت من خلال المادة 74 على أن التعويض يشمل ما لحق المشتري من خسارة و ما فاتته من كسب نتيجة إخلال العون الإقتصادي

1- علي سيد حسن، فكرة الضرر المباشر بين النظرية و التطبيق - دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري، مجلة القانون و الإقتصاد، السنة 52، سنة 1982، ص 409 و ما بعدها.

2- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 329.

3- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 329.

بتسليم بضائع مطابقة و هذا هو نفس مسلك المشرع الجزائري من خلال المادة 182 ق م، غير أن الإتفاقية السالفة الذكر لم تتطرق أبدا إلى مسألة الضرر البدني (الجسماني) و الضرر المعنوي الذي قد ينتج جراء الإخلال بتسليم بضائع مطابقة للعقد، بل نصت بوضوح من خلال مادتها الخامسة على عدم سريان أحكامها على مسؤولية العون الإقتصادي الناتجة عن الإصابات المادية أو حتى الوفاة التي تصيب أي شخص بسبب البضائع، و يعتبر هذا الإتجاه مستحدث من طرف إتفاقية فيينا 1980 مقارنة مع إتفاقية لاهاي 1964 التي لم تشر إلى ذلك في نص صريح¹.

كما أنه ما يعد ملفتا للنظر أيضا عند تطرق إتفاقية فيينا 1980 للضرر كشرط للإخلال بتنفيذ العقد هو أنها لم تفرق بين الأضرار المباشرة و غير المباشرة من جهة، و بين المتوقعة و غير المتوقعة²، لكنها من خلال المادة 74 جعلت من التعويض يقتصر فقط على الضرر المتوقع وقت إنعقاد العقد.

و نخلص فيما يخص الضرر أن إتفاقية فيينا 1980 لم تعتبره ركن من أركان المسؤولية العقدية، المنعقدة بسبب إخلال العون الإقتصادي بتسليم بضائع مطابقة كما هو الشأن في التشريع الداخلي، إنما أشارت إليه عندما تطرقت للتعويض و لما حددت عناصر المخالفة الجوهرية للعقد، كما إستنتجت بنص صريح التعويض عن الضرر البدني والمعنوي عن الإخلال بالإلتزام.

ثانيا: مدى إمكانية التأمين من المسؤولية عن الأضرار التجارية.

لقد ألزم المشرع الجزائري العون الإقتصادي بضرورة إكتتاب تأمين من خلال المادة 168 من الأمر 95 - 07 المعدل والمتمم الصادر في 1995/01/25 المتعلق بالتأمينات على أنه: " يجب على كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بصنع، أو إبتكار، أو تحويل، أو تعديل، أو تعبئة مواد معدة للإستهلاك أو للإستعمال أن يكتتب تأمينا لتغطية مسؤوليته المهنية تجاه المستهلكين و المستعملين و تجاه الغير...".

فمن خلال هذا النص يفهم أن إكتتاب العون الإقتصادي تأمين لتغطية مسؤوليته تجاه المستهلك أمر إجباري و ذلك لأن هذه القاعدة جاءت بصيغة الأمر، و الهدف من إضفاء الطبيعة الأمرة تحت طائلة الجزاء الجنائي الوارد بالمادة 184 من نفس الأمر، يكمن في ضمان المخاطر و الحوادث التي قد يتعرض لها المضرور³.

إذن يعتبر تأمين المسؤولية المدنية عن المنتوجات عقد مهني لأنه يتعلق بتغطية الأضرار التي تلحق المستهلكين من المنتوجات محل نشاط العون الإقتصادي إنتاجا أو إستيرادا أو توزيعا، كما يعتبر أيضا عقدا تعويظيا لأن الهدف الأساسي للعقد هو تعويض المؤمن له عن الخسارة التي تلحقه نتيجة الحكم عليه بمبلغ التعويض المستحق للمستهلك⁴.

إن الأضرار التي يشملها التأمين من المسؤولية هي الأضرار التي تسببها المنتوجات المسلمة، سواء كانت هذه الأضرار جسمانية مادية أو مالية و هذا ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 48-96 الصادر المؤرخ في 17 يناير 1996 المتعلق بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن المنتوجات المسلمة، و بذلك يكون المشرع الجزائري قد إستنتى صراحة الأضرار المعنوية من دائرة

1- محمود سمير الشرقاوي، المقالة السابقة، ص 120.

2- علي سيد حسن، المقالة السابقة، ص 475.

3- علي فتاك، تأمين المسؤولية المدنية عن المنتوجات في ظل قانون الإستهلاك الجزائري، مجلة مصر المعاصرة، العدد 503، السنة 103، جويلية 2011، ص 306.

4- نفس المقالة، ص 307.

التأمين، لكن نجد إتفاقية الخاصة بالشركة الوطنية للتأمين SAA قد أدخلت ضمن دائرة الأضرار المؤمن عليها " الأضرار المعنوية"، كما إستبعد نص المادة 103 من الأمر 95-07 السالف الذكر الأضرار الناتجة عن الحوادث المتوقعة، و هذا ما ينطبق عن الأضرار المتوقعة الناشئة عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق، هذا الإستثناء راجع إلى الطبيعة الإحتمالية لعقد التأمين ذلك أنه إذا صادف و إن كانت الوقائع المسببة للضرر معلومة مسبقا لدى المؤمن له، أو كان بإمكانه إدراكها و بالتالي توقع الخطر فإن شركة التأمين لا تضمن الضرر¹.

و عليه فإن التأمين من المسؤولية عن المنتجات المسلمة لا يغطي إلا الأضرار الناتجة عن إستعمال المنتج و ليس جميع الأضرار، كما أنه إذا كان العون الإقتصادي قد سلم منتوجا إلى المستهلك مع بعض التأخير أو سلم جزءا من المنتج فقط أو كان هذا الأخير غير مطابق، فإن جميع هذه الحالات تشكل إخلالا للعون الإقتصادي بالإلتزام بالتسليم و من شأنها أن تلحق أضرارا بالزبون الذي قد يحتج بتقويت صنفه تجارية، إلا أن هذه الأضرار اللاحقة ما هي إلا أضرار تجارية تنتج عن مخاطر الإنتفاع بأي نشاط تجاري².

و بالتالي يمكن القول أنه لا يجوز للعون الإقتصادي إكتتاب تأمين عن الضمانات التي ألزمه القانون بتقديمها إلى المستهلك في حالة الأضرار الناتجة عن الإخلال في مواجهته بتسليم مبيع مطابق، لأن شركات التأمين لا تغطي هذا النوع من الأضرار، غير أنه يوجد حالة إستثنائية يمكن للمؤمن أن يأخذ على عاتقه هذا النوع من الأضرار، و ذلك في حالة إجتماع صفة عدم المطابقة في المنتج إلى جانب العيب في نفس الوقت و حدوث ضرر تجاري ناتج عن ضرر مادي أو جسدي و هذه الحالة الوحيدة³.

الفرع الثاني: ركن علاقة السببية.

لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية حصول الضرر للمستهلك و كذا إخلال العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق للإشترطات العقدية، بل لا بد أن يكون هذا الإخلال هو السبب المباشر في حدوث الضرر، و لقد نص المشرع الجزائري على ذلك من خلال المادة 1/182 من القانون المدني التي تقضي بأنه: " ... و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب شرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به...".

إن هذا النص و إن لم يذكر صراحة ضرورة قيام علاقة السببية بين الخطأ و الضرر إلا أنه يستشف ضمنا، و تجدر الإشارة إلى أنه لم يرد بشأنها أي تعريف تشريعي، و يرى الفقيه الفرنسي Ripert أنه لا جدوى من وضع تعريف محدد و دقيق لعلاقة السببية، و أن القضاء الفرنسي أصاب لما تجنب محاولة تعريفها أو تحليلها لأن مثل هذا العمل يستوجب دراسة فقهية دقيقة لا تؤدي إلى أي نتيجة أو حل، و لعل الطابع الفلسفي لفكرة السببية و كونها من البديهيات العقلية كانا من العوامل التي أدت إلى عدم الإهتمام بها بقدر الإهتمام بركني الضرر و الخطأ⁴.

1- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 337.

2 - Régis Poincelet, l'assurance responsabilité civile produits livrés, presses universitaires d'Aix – Marseille, 1977, P 53.

3 - Ibid, P 54.

4 - حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الرابطة السببية، الجزء الثالث، الطبعة 1، ، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2006، ص 7.

غير أن إستحسان عدم تعريف علاقة السببية لا يعني حتماً إنكار إعتبارها كركن يربط بين الخطأ العقدي و الضرر بحيث لا يكفي وجود هذين الأخيرين، بل يتعين لقيام المسؤولية العقدية أن يكون الإخلال الذي إرتكبه المدين هو سبب الضرر الحاصل للدائن¹ حيث لا يترتب على مخالفة العقد.

و قد يكون الضرر الذي أصاب المستهلك ليس ناجماً عن تنفيذ العقد و بالتالي يتعين توافر علاقة السببية بين هذا الضرر و مخالفة العون الاقتصادي لإلتزامه حتى يتسنى لهذا الأخير جبر ذلك الضرر²، و هذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من القرارات التي تؤكد على ضرورة قيام علاقة السببية دون أي تعريف لها³، و عليه سنتطرق إلى حدود الأخذ بنظريات السببية (أولاً) و إلى إثبات علاقة السببية (ثانياً) أما (ثالثاً) فسننتظر إلى شروط علاقة السببية.

أولاً: حدود الأخذ بنظريات السببية.

لا تتور مشكلة في تحديد علاقة السببية إلا إذا تعددت الأسباب بالرغم من وحدة الضرر، و كذلك إذا كان هناك تسلسل للضرر بالرغم من وحدة السبب فإذا كان الضرر واحد و إشتكرت في إحدائه عدة عوامل أصبح من الصعب تحديد السبب الحقيقي للضرر و ما لا يعتبر كذلك، و عليه سنتطرق إلى نظرية تكافؤ الأسباب ثم إلى نظرية السبب المنتج.

1- نظرية تكافؤ الأسباب (Von Buri 1855).

حسب هذه النظرية فإن إجراء فرز للأحداث السابقة على حدوث الضرر دون الأخذ بها جميعاً يؤدي إلى الأخذ بعين الإعتبار العديد من الأسباب، فجميع الأحداث أو الأسباب و في ظل غياب تلك التي لم يكن ليقوم الضرر بسببها، إلى أخذها بعين الإعتبار⁴، فحسب القاعدة المعمول بها قضائياً فإنه عندما تساهم العديد من الأسباب بالتتابع في إحداث نفس الضرر فإنها تعتبر جميعاً سبب الضرر، و لقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الإتجاه عندما قررت محكمة النقض الفرنسية أن: " تعدد الأسباب ليس من شأنه إعاقة تعويض كل الضرر الحاصل من طرف الفاعل الأصلي، و ذلك بتطبيق مبدأ تكافؤ الأسباب في إنتاج نفس الضرر في مجال المسؤولية"⁵.

و إذا كانت هذه النظرية قد حظيت بالترحيب على أساس إستجابتها للقواعد و القيم الأخلاقية بسبب جعلها كل شخص يخل بإلتزامه أو يلحق أذى بالآخر يتحمل النتائج المترتبة على ذلك، فإنها تعرضت للنقد بسبب ميوعتها مما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، ذلك أن الأخذ بها يؤدي إلى الإعتداد بأبعد الأسباب من جهة و التعويض حتى عن الضرر غير المباشر و هذا غير عادل في حق المدين⁶، مما أدى إلى ظهور نظرية أخرى.

1- عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول - مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992، ص 421.

2- عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، مجلة القانون و الإقتصاد، العددان 3 و 4، السنة 49، ص 581 و ما بعدها.

3 - Cass 1^{ère} civ, 2/02/1994, n° 91 – 18.764, bull.civ, I, n° 41; Cass 1^{ère} civ, 20/06/1995, n° 93-16381, bull.civ, I, n° 263; Cass 1^{ère} civ, 05/03/2009, n° 08- 14729, bull civ. I, n°47, J.C.P, 2009, IV, 1571.

4 - Philippe Delebecque et Frédéric – Jérôme Pansier, droit des obligations, Responsabilité civile, délit et quasi – délit, 4^{ème} édition, LITEC, Paris, 2008, P 107.

5 - Cass 2^{ème} civ, 27 mars 2003, pourvoi n° 01- 00850, J.C.P, 2 004, I, 101 n° 3, obs. G.Viney.

6- علي حسن الذنون، علاقة السببية، المرجع السابق، ص 19.

2- نظرية السبب المنتج (Von Kries ou Rumelim 1886).

وفقا لهذه النظرية فإنه إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فلا بد من التفرقة بين الأسباب العارضة و الأسباب المنتجة، و بالتالي إقامة وزن للأسباب المنتجة و إعتبارها وحدها السبب في إحداث الضرر و إهمال الأسباب العارضة، و على ذلك فلا يكفي مجرد وجود عامل معين لإعتباره سببا في حدوث الضرر بحيث لولاه ما وقع ذلك الضرر كما تذهب إلى ذلك نظرية تكافؤ الأسباب، لأن العوامل المتعددة التي تظافر وجودها لإحداث الضرر و منها ما لم يكن يكفي لذلك، فيعتبر الأول هو السبب الحقيقي للضرر و يوصف بأنه الفعال أو المنتج، و الثاني مجرد سبب عارض لأنه ليس من شأنه بطبيعته أن يحدث مثل ذلك الضرر و إنما هو قد أسهم في إحداثه مصادفة بإقترانه بذلك السبب المنتج أو الفعال، فيؤخذ هذا الأخير بعين الإعتبار دون السبب العارض¹.

إن الأخذ بكل من السبب المنتج والسبب العارض في إحداث الضرر، فكرة غير مقبولة لأنها لا تفيد السببية القانونية التي تقتضي البحث في الأسباب لتحديد السبب الذي يقف عنده القانون من بين الأسباب المتعددة، ليعتبره وحده هو السبب الذي أحدث الضرر، فالسبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر عادة، أما السبب العارض فهو غير ذلك المألوف الذي لا يحدث عادة هذا الضرر ولكن أحدثه عرضا².

و تخضع النظريتان المتقدم عرضهما إلى السلطة التقديرية للقاضي، و تبقى علاقة السببية مسألة قانون تمارس عليها محكمة النقض رقابتها، فقاضي الموضوع عندما يطلب منه التعويض فإنه في البداية يكون ملزم بالتأكد من وجود علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، على أنه لا يتمتع بالسلطة التقديرية إلا فيما يخص تقدير عناصر إثبات السببية³، و بالتالي فالرقابة من طرف محكمة النقض لا ترد فقط على وجود معاناة تقرير علاقة السببية، لكن أيضا على الوجود الحقيقي للرابطة و الموضح من طرف قاضي الموضوع أو المرفوض أيضا من طرفه⁴.

إن التطبيق الخاص للسبب المنتج قد طبق من طرف القضاء الفرنسي من خلال " السببية الجزئية" أي "la causalité partielle" و المهجورة حاليا، حيث مر ذلك بثلاثة فترات كما يلي:

1/ حسب التحليل الكلاسيكي، فإن الشخص الذي يخل بتنفيذ إلتزامه و الذي يضيف عليه وصف مرتكب الخطأ السببي كان يلزم بالتعويض الكلي للضرر، و في حالة وجود العديد من الأخطاء فإن كل فاعل يلزم بكل التعويض⁵.

2/ الإجتهد المتقطع (la jurisprudence épisodique) بداية من سنة 1951¹، الذي يأخذ بأنه حتى في حالة تعدد الأسباب مصدر نفس الضرر، فإن كل مصدر لا يعد إلا سببا جزئيا و من ثم الأخذ بفكرة السببية الجزئية.

1- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 452.

2- Philippe Malaurie, Laurent Aynés et PH. Stoffel- Munck, les obligations, 2^{ème} édition, Défrenois, Paris, 2005, P 47.

3 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, op,cit, P 698.

4 - Cass 1^{ère} civ, 7 février 1995, n° 92- 14988, Bull, civ, I, n° 74 ; les juges du fond avaient pu considérer que le préjudice subi par un acheteur ne pouvait pas être rattaché à la faute d'un notaire.

5 - Philippe Malaurie –L. Aynès et PH. Stoffel- Munck, les obligations, op,cit, P 47.

3/ رجوع محكمة النقض الفرنسية سنة 1969² إلى التحليل الكلاسيكي حيث تعتبر أن كل فعل تسبب في إنشاء الضرر يلزم المتسبب فيه بالتعويض الكلي، و مهما كانت حججه فإنه يلزم بالتضامن³، و عليه فإن نظرية السببية وسيلة مرنة بين يدي القاضي، و بصفة عامة فإن دعوى المسؤولية بسبب الخطأ تطبق نظرية تكافؤ الأسباب و دعوى المسؤولية على أساس المخاطر تعمل بالسبب المنتج و لكن أحيانا العكس.

و من أجل إختيار النظرية الواجبة التطبيق، فإن القاضي يكون موجه بإعتبارات معينة، كإيجاد الشخص الموسر، و كذلك بإعتبارات معنوية، فعندما يكون الشخص المعقول لا يمكنه و لا يجب عليه أن يوقع إلا مبادرته المنتجة للضرر، فإن القاضي يمكنه أن لا يربطها سببيا و لا يطبقهما، ففي المجال المدني فإن: " ليست جميع القطرات تفيض الكأس"، و هذا ما يفتح المجال أمام الفهم المعنوي للسببية⁴.

و نحن بدورنا نؤيد هذا الرأي، ففي حالة إخلال العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق إلى المستهلك و تضرر هذا الأخير ضررا تجاريا على الأرجح، فإن هذا الضرر يكون سببه عدم مطابقة الشيء للإشتراطات العقدية بمعنى عدم مطابقته إما للأوصاف أو للنوعية أو للكمية المتفق عليها من جهة، و إما عدم مطابقته وظيفيا للغرض الذي تم التعاقد من أجله.

أما في مجال البيع الدولي للبضائع فإن إتفاقية فيينا 1980 لم تتناول السببية كركن صريح لقيام المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي، بل أقرت في الأصل مسؤولية البائع دون حاجة لقيام رابطة سببية، و ذلك لأنها تبنت ضابطا موضوعيا في هذا الإطار مفاده أن مجرد قيام العيب قبل إنتقال المخاطر إلى المشتري (أي قبل التسليم) ينتج مسؤولية العون الإقتصادي دون الحاجة إلى إثبات الخطأ أو علاقة السببية⁵، غير أن هذه الإتفاقية أخذت بعلاقة السببية كإستثناء لقيام مسؤولية العون الإقتصادي في حالة حدوث العيب بعد إنتقال المخاطر أو نشوء عيب المطابقة ينسب لعدم تنفيذ أي من إلتزاماته⁶.

إذن كقاعدة عامة فإن إتفاقية فيينا 1980 لا تأخذ بضرورة قيام رابطة السببية بين الخطأ والضرر كركن لإنعقاد المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي، ما دام عيب المطابقة كامن وقت إنتقال المخاطر، و إستثناءا تأخذ بهذا الركن لقيام المسؤولية في حالة ظهور عدم المطابقة بعد إنتقال المخاطر⁷.

ثانيا: إثبات علاقة السببية.

يتعين على المدعي إثبات وجود علاقة السببية لأنها عنصر مستقل عن المسؤولية و غير مرتبط بالخطأ و الضرر، فالخطأ لا يجب خلطه أبدا بها لأنه عندما يثبت المدعي الخطأ و الضرر عندها تقوم قرينة ذهنية على الأقل مفادها أن الضرر سببه الخطأ⁸، و هذا ما أدى إلى القول بأنها فكرة فلسفية و أنها من البديهيات العقلية التي أدت إلى عدم الإهتمام بشرحها بما فيه الكفاية⁹.

1 - Cass.com, 19 juin 1951, affaire lamoricière, D 1951, 717, note de G. Ripert. Voir cet arrêt sur : droit.wester.ouisse.free.fr/page/support-responsabilité/causalité-doc.7.html.

2 - Cass.civ. 2^{ème} 2 juill 1969, Gueffier, bull.civ. II, n° 234; J.C.P, G, 1970, Gaz. Pal, 1969, II, 220 ; RTD, civ, 1970, p177, obs. G.Durry.

3 - Philippe Malaurie, L. Aynès, PH. Stoffel- Munck, op,cit, P 48.

4 - Philippe Malaurie et Aynès, op,cit, P 48.

5 - المادة 1/36 من إتفاقية فيينا 1980.

6 - المادة 2/36 من إتفاقية فيينا 1980.

7 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 333.

8 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, op,cit, P 698.

9 - علي حسن الذنون، علاقة السببية، المرجع السابق، ص 6.

إن القضاء الفرنسي يشترط أن تكون علاقة السببية واضحة المعاينة، لأنه لا يكفي قيام الطرف المتضرر بإثبات خطأ المدعى عليه و الضرر، بل يجب إثبات وجود رابطة سببية مباشرة بين هذا الخطأ و الضرر قيام الطرف المتضرر بإثبات خطأ المدعى عليه و الضرر، بل يجب لا بد من إثبات وجود رابطة سبب مباشرة بين هذا الخطأ و الضرر¹، و ينتج عن ذلك عدم صحة إسقاط وجود رابطة السببية من إثبات ركن ثابت و كذا إسقاط وجود هذا الركن من تحقق الضرر (كما هو الشأن في نظرية الخطأ المفترض).

إن الخطأ قد لا يكون بالضرورة هو سبب الضرر، لا سيما عند نفي وجود (قطع) علاقة السببية بسبب بعض الأحداث، لكن بالمقابل عندما تقضي محكمة إستئناف بإعتبار أن علاقة السببية بين الضرر و الأخطاء المدعى بها بأنها لم تتحقق، فإنه من غير الضروري البحث فيما إذا كانت هذه الأخطاء قد ارتكبت فعلا أم لا²، و يتم إثبات علاقة السببية بكل طرق الإثبات و من بينها القرائن³ بإعتبار أن علاقة السببية تشكل واقعة مادية⁴، و يجب أن تكون هذه القرائن قوية و دقيقة، حيث أن الأمر لا يتعلق بمجرد فرضيات بسيطة، و يعتبر الإثبات بالإقصاء أو الاستبعاد (la preuve par exclusion) نوع من الإثبات بالقرينة، بمعنى أنه لا يمكن لأي سبب آخر أن يسمح بتبرير الضرر ماعدا ذلك المتقدم، غير أن قرينة الإثبات هذه تعتبر هشّة لأنها لا تصلح إلا في حالة الإقصاء أو الاستبعاد الكلي، فمثل هذا التحليل الذي يمكن تكييفه على أنه: " دليل سلبي" للسببية قد إستعمل من طرف قضاة الموضوع ثم من طرف محكمة النقض الفرنسية خاصة في قضايا عدوى الدم⁵.

و بعيدا عن هذه القرائن فإنه يوجد قرائن أخرى للسببية و يبدو الميول إليها أكثر من الأولى، ففي حالات يتم التدرج من سببية مثبتة بواسطة مؤشرات هامة و دقيقة إلى سببية مفترضة، حيث تصبح افتراض علاقة السببية بين الخطأ التعويض و الضرر الحاصل منطق غير سليم، و في المجال العقدي فإن الإلتزام بنتيجة يشمل ضمنا قرينة مسببة، يمكن دحضها من طرف من تقع على عاتقه، كما أن الإلتزام بنتيجة يفرض قرينة سببية بين الأداء المقدم و الضرر و كذلك قرينة خطأ⁶، ذلك رغم أن القرينة قانونا لا يمكن أن ترد على الإلتزام بل على واقعة⁷.

1 - Cass 2^{ème} civ, 6 janvier 2000, n° 97-21.456, bull.civ, II, n°4 ; Dalloz, 2000.86. RDI, 2000, 185, obs, B.Boubli ; D.2000. IR 86.

- Cass 3^{ème} civ, 4juillet 2001, n°99- 21. 314, bull. civ, III, n° 90, JCP, E, 2001 Pan, 1551 : pas de lien de causalité entre la faute d'un huissier et le dommage subi par son client.

2 - Cass 1^{ère} civ, 1^{er} décembre 1993, n° 88-13-142, bull, civ, I , n° 356.

3 - تنص المادة 337 ق م على أن: " القرينة القانونية تغني من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

4 - عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 65.

5 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, op,cit, P 699.

6 - Cass 1^{ère} civ, 2 février 1994, n° 91-18.764, bull.civ, I, n° 41 ; Cass 1^{ère} civ, 20 juin 1995, n° 93-16381, bull. civ, I, n° 263, ID ; Cass 1^{ère} civ, 5 mars 2009, n° 08-14-729, bull. civ I, n° 47, J.C.P.2009. IV, 1571.

7 - Cass. Com, 30 novembre 1983, n° 82-13.322, bull.civ, IV, n° 332.

ثالثا: شروط علاقة السببية.

يجب أن تتوفر علاقة السببية عموما على شرطين:

1- أن تكون علاقة السببية محققة.

يخضع هذا الشرط إلى رقابة محكمة النقض بإعتبارها محكمة قانون، حيث يتعين أن تكون رابطة يتعين أن تكون مؤكدة، و ذلك لأنه يتم نقض جميع القرارات التي لا يتم تبين فيها وجود علاقة السببية أو القرارات التي يقوم فيها الشك حول سبب الضرر.

2- أن تكون علاقة السببية مباشرة.

في المجال العقدي يجب أن يكون الضرر المعوض عنه مباشرا - كما ذكرت المادة 182 ق م التي تضع مبدأ منطقي يؤدي إلى جعل القاضي يحكم بالتعويض في الجرح و الشبه جنح التي تفترض وجود أخطاء بسيطة كالإهمال أو عدم الحيطة، غير أن المدين العقدي المتهم بالتدليس لا يمكنه أن يكون في وضع أحسن من وضع المسؤول في شبه الجنحة التي ارتكبت ببساطة بسبب عدم الحيطة، حتى أننا نتساءل: كيف يمكن أن ينسب إلى مرتكب الفعل الأضرار التي لا تتصل بفعله إلا بواسطة سلسلة أسباب غير معروفة ؟

إن القضاء الفرنسي يقرر أن الضرر المعوض عنه يجب أن يكون الأثر المباشر و " تابع ضروري..."، و في المجال العقدي يجب أن يكون الخطأ قد ساهم بطريقة مباشرة في إلحاق الضرر¹، حيث يتعين على القاضي القيام بالفرز المسبق للأسباب.

المبحث الثاني: طرق دفع مسؤولية العون الإقتصادي عن الإخلال بالتسليم المطابق.

مما لا شك فيه أنه حتى تقوم المسؤولية العقدية للعون الإقتصادي عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق فإنه يتعين أن يكون هذا الإخلال راجعا إليه، و معنى ذلك أنه في حالة ما إذا قام بتسليم شيء غير مطابق و لكن بسبب لا يد له فيه فإن مسؤوليته تنتفي حتى و إن لحق على إثر ذلك ضررا بالمستهلك، و من تم يستطيع أن ينفي المسؤولية عنه، و تجدر الإشارة إلى أن وسائل دفع المسؤولية تتمثل في الوسائل الكلية التي إذا توافرت فإنها تحرم المستهلك نهائيا من المطالبة بتوقيع أي جزاء و هذا ما سنتطرق له من خلال المطلب الأول، كما يوجد كذلك وسائل تعرف بأنها مؤقتة بحيث يمكن للعون الإقتصادي أن يتمسك بها مؤقتا لدفع دعاوى المستهلك و من تم مسؤوليته مؤقتا، وهذا ما سنتطرق له من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: طرق الدفع الكلي لمسؤولية العون الإقتصادي.

يمكن للعون الإقتصادي أن ينفي مسؤوليته عن تسليم شيء غير مطابق كليا في مواجهة المستهلك، و ذلك يعني عدم مشروعية طلب توقيع الجزاء من طرف هذا الأخير للعديد من الأسباب من بينها عدم وجود إلتزام واقع على عاتقه و سنتطرق إلى ذلك من خلال الفرع الأول، أو أن الضرر الحاصل لا ينسب إلى العون الإقتصادي و هذا ما سنعالجه من خلال الفرع الثاني، و كذا التنفيذ الجيد للعقد و ذلك ما سنتطرق له في الفرع الثالث.

1 - Cass 1^{ère} civ, 30 septembre 1997, n° 95-16.500. bull.civ, I, n° 295.

الفرع الأول: عدم وجود إلتزام واقع على عاتق العون الإقتصادي.

يمكن للعون الإقتصادي أن ينفي أهمية إلتزامه بالتسليم المطابق مثلا على أساس شرط " التسامح في الكمية أو النوعية"، ذلك أنه يتعين على المستهلك قبول الفرق الطفيف في الكمية أو نوعية المبيع المحددة في العقد، حيث أن الفرق البسيط بين المبيع المسلم و ذلك المنصوص عليه في العقد لا يجيز للمستهلك طلب الفسخ.

إن شرط التسامح قد نص عنه المشرع الجزائري في القانون التجاري من خلال عقد نقل الأشياء و ذلك في المادة 51 التي تنص على أنه: " إذا كانت الأشياء المنقولة مما تنقص وزنا أو كيلا على العموم من جراء النقل فيضمن الناقل فقط مقدار النقص الزائد عما جرى العرف التسامح فيه.

و لا يجوز التمسك بحدود المسؤولية على الوجه المذكور بالفقرة السابقة إذا ثبت بناء على ظروف الواقع، أن النقص الحاصل لم ينشأ عن الأسباب المبررة للتسامح.

و إذا كانت الأشياء المنقولة بموجب تذكرة نقل واحدة موزعة على عدة أجزاء أو طرود فيحسب التسامح بالنسبة لكل جزء أو طرد إذا كان وزنه عند الإرسال مذكور على حدى بتذكرة النقل أو كان من الممكن إثباته بطريقة أخرى".

إن نص المادة 1/51 ق ت -المذكور أعلاه- يوضح أنه يمكن للناقل أن يعفي نفسه من المسؤولية العقدية الناشئة عن تسليم المرسل إليه البضاعة المنقولة بوزن أقل من ذلك الذي تم الاتفاق عليه مع المرسل، و ذلك إذا كان هذا النقص لا يتعدى نسبة التسامح التي جرى العرف على قبولها، كما أن الفقرة الثانية من نفس المادة تشير صراحة إلى أنه لا يجوز دفع المسؤولية عن التسليم غير المطابق إلا إذا ثبت أن النقص الحاصل ناشئ عن الأسباب المبررة للتسامح، و لقد بينت الفقرة 3 من نفس النص كيفية إحتساب التسامح بالنسبة للأشياء الموزعة على عدة أجزاء أو طرود.

أما في القانون الفرنسي فمن المعروف عمليا أنه لما يتعلق الأمر ببيع العقار فإنه يوجد نسبة من التسامح فيها حول نقص مساحة العقار محل التسليم، و هذه النسبة هي شرط يستبعد من خلاله تطبيق أي جزاء على العون الإقتصادي لعدم مطابقة العقار المسلم التي يدعيها المستهلك بسبب أبسط فرق¹.

الفرع الثاني: إنعدام الخطأ من جانب العون الإقتصادي.

مما لا شك فيه أن عدم تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزامه بالتسليم المطابق يشكل خطأ من جانبه يستوجب توقيع الجزاء المناسب، و لما كان الإلتزام بالتسليم المطابق إلتزام بتحقيق نتيجة²، فإن الوسيلة الوحيدة التي تمكن من الإعفاء من المسؤولية عن عدم تنفيذ إلتزامه هو إثبات أن ذلك راجع إلى حالة القوة القاهرة و هذا ما سنتطرق له (أولا)، أو إلى فعل المشتري و سنتطرق لذلك (ثانيا).

1- Thomas Canfin, op,cit, P 188.

2 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 318.

أولاً: حالة القوة القاهرة¹.

يمكن للعون الإقتصادي أن يدفع دعوى المستهلك عندما يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه راجع إلى قوة القاهرة، و لقد نصت المادة 127 ق م على أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك".

حسب هذه المادة فإن كل من القوة القاهرة و الحادث الفجائي يشكلان سببا من أسباب إعفاء المدين و هو العون الإقتصادي في عقد البيع من المسؤولية²، و تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعرف القوة القاهرة في القواعد العامة³.

و لقد نصت إتفاقية فيينا 1980 أيضا على القوة القاهرة كسبب لإعفاء العون الإقتصادي من المسؤولية و ذلك من خلال المادة 1/79 التي تستعمل مصطلح آخر بدل القوة القاهرة و هو "العائق" أي l'empêchement على أن المعنى المقصود من هذا النص هو نفسه الوارد في القانون المدني، و عليه سنتطرق إلى شروط القوة القاهرة ثم إلى الآثار المترتبة عنها.

1- شروط القوة القاهرة.

إذا كان القانون المدني الجزائري و مثله الفرنسي لا يبينان شروط قيام القوة القاهرة فإنه يمكن تحديد ذلك بناء على الرجوع إلى الفقه⁴، فمن المعروف أنه حتى يضاف على حادث ما صفة القوة القاهرة

1 - لابد من التمييز بين مصطلح "القوة القاهرة" و الحادث المفاجيء أي le cas fortuit فالفكرتان مختلفتان حيث أن القوة القاهرة هي القوة التي لا يمكن دفعها كالزلازل و الفيضان الإستثنائي... في حين أن الحادث المفاجيء هو حدث غير متوقع.

- P.ESMEIN, le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, RTD. civ, 1933, n° 14, P 682.

و يرى الأستاذ Josserand أن القوة القاهرة تختلف عن الحادث المفاجيء، حيث أن الأولى لها طابع خارجي (فعل الأمير- الحرب الأهلية أو الدولية...) في حين أن الحادث المفاجيء له طابع داخلي (حادث عمل أو فعل الشيء...)

- L. Josserand, force majeure et cas fortuit, Dalloz, 1934, chr, P 26.

غير أن بعض الفقهاء الفرنسيين و بعد التفرقة بين القوة القاهرة التي تؤدي إلى الإستحالة المطلقة في التنفيذ و بين الحادث المفاجيء الذي يرتب الإستحالة النسبية، خلصوا إلى عدم جدوى هذه التفرقة طالما أن كل منهما يؤدي إلى الإعفاء المدين من المسؤولية و إعتبارهما مترادفين (synonymes)

-J. Carbonnier, droit civil 2, les biens, les obligations, P.U.F, Paris, 2004, P 2199.

-François Chabas et F. Gréau, force majeure, contrats et obligations, responsabilité civile, rép, civ, Dalloz, 2002, n°5, P 3.

2 - O. Tournafond, la nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs, commentaire de l'ordonnance n° 2005 – 135 du 17 février 2005 transportant en droit français la directive du 25 mai 1999, Dalloz, 2005, chr, n° 19, P 1564.

3 - لقد عرفت المادة 1 فقرة 6 من المرسوم التنفيذي 16-235 المؤرخ في 4 سبتمبر 2016 المتضمن رخصة إقامة شبكة عمومية للمواصلات اللاسلكية النقالة من الجيل الرابع و استغلالها و توفير خدمات المواصلات اللاسلكية للجمهور الممنوحة لشركة اتصالات الجزائر للهاتف النقال، القوة القاهرة على أنها: " كل حدث لا يقاوم، غير متوقع، لا يمكن تجاوزه، و خارج عن إرادة الأطراف لاسيما خلال الكوارث الطبيعية أو في حالة الحرب و الإضرابات".

4 -CH. Coutant – Lapalus, variation autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère, les petites affiches, 26 février 2002, n° 41, Doctr, n° 1, P 15.

- أنظر أيضا: مصطفى العوجي، القانون المدني، ج 2، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص 110.

المعفية للعون الإقتصادي من مسؤوليته فإنه يتعين أن يجمع خصائص عدم التوقع، عدم إمكانية الدفع و الصفة الخارجية¹.

أما شروط القوة القاهرة فقد حددتها المادة 1/79 من إتفاقية فيينا 1980، حيث أنه لا يتم تنظيمها وفقا لمفهوم النظرية التقليدية للقوة القاهرة في التشريعات الوطنية، حيث يجوز تنظيمها بموجب إرادة أطراف العقد، فتارة قد يشترط أن يؤدي الحادث إلى إستحالة التنفيذ مطلقا، و تارة أخرى قد يتم الإتفاق على قبول الإستحالة التي تعيق التنفيذ على الوجه العادي دون أن يستلزم بذل الجهد ونفقات غير عادية من قبل المدين بالإلتزام للتغلب على هذا الحادث²، و سواء تعلق الأمر بإتفاقية فيينا 1980 أو بالقانون الداخلي فإن إثبات إستحالة التنفيذ تقع على العون الإقتصادي أي المدين بالإلتزام الذي لم يتم تنفيذه³.

كما يمكن أن تستشف القوة القاهرة من خلال فعل الغير أو فعل أو المستهلك⁴، حيث أنه يمكن للعون الإقتصادي أن يتخلص من مسؤوليته عندما يكون عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق ينسب إلى خطأ الغير الأجنبي عن العقد، حتى و إن كان فعل الغير لا يشكل خطأ فإنه يمكن أن يعتبر بمثابة قوة القاهرة تعفي من المسؤولية العقدية في حالة ما إذا إشتمل على الشروط الثلاثة الخاصة بالقوة القاهرة و المتمثلة في عدم التوقع، إستحالة الدفع و الطابع الخارجي، و عليه سنحاول فيما يلي تحديد المقصود بكل خاصية من خصائص القوة القاهرة.

أ- عدم التوقع.

حتى يوصف الحادث بأنه قوة القاهرة لا بد أن لا يكون متوقعا، فإذا أمكن توقعه إنتفى معه وصف القوة القاهرة، غير أن التساؤل الذي يتبادر إلينا في هذا المجال هو: ما هو المعيار الذي على أساسه يقدر عدم التوقع من عدمه؟

في الحقيقة لتقدير معيار التوقع من عدمه لا بد من الأخذ بالمعيار الموضوعي لا بالمعيار الشخصي أو الذاتي، بمعنى أن يكون الحادث غير ممكن التوقع من جانب أشد الناس يقظة و تبصرا بالأمر، أي أن هذا المعيار لا يكتفى فيه بالشخص العادي بل ما يزيد عليه، و يجب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا، و هذا الشرط لا يرتبط بعدم سبق وقوع الحادث ذلك انه يمكن أن يعتبر الحادث غير ممكن التوقع بالرغم من سبق وقوعه، فعدم إمكان التوقع يرتبط باستثنائية و ندرة وقوع الحادث أو عدم مألوفية وقوعه و لذلك يتعذر على أشد الناس يقظة و تبصرا بالأمر توقع وقت حدوثه⁵.

1 - J. Carbonnier, les biens, les obligations, op,cit, P 2200 ; A. Benabent, les obligations, op,cit, P 252.

- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 418 و ما بعدها، و في القضاء الفرنسي أنظر:

-Cass. com.15 octobre 2003, R.J.D.A, 3/2003, n° 218, P 205.

-CA de Versailles, 30 octobre 2003,R.J.D.A,4/2004, n° 405, P 383.

-CA. de DOUAI, 6 février 2003, R.J.D.A, 5/2004, P 486.

2 - محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، المرجع السابق، ص 251.

-أنظر أيضا في شروط القوة القاهرة: محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 339 إلى 345.

3 - V. Heuzé, la vente internationale de marchandises, op,cit, P 427.

4 - O.Tournafond, op,cit, n° 19, P 1564.

5- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 457.

فمثلا الكوارث الطبيعية أو حالة الحرب حالات نادرة الوقوع حيث يتعذر على الشخص أن يتوقعها و ذلك مهما بلغت فطنته و يقظته حتى و إن كانت قد سبق وقوعها إلا أنها تظل غير متوقعة و العبرة في التوقع من عدمه هو وقت وقوع الحادث ذاته.

ب- إستحالة الدفع.

يقصد بإستحالة الدفع أن تكون القوة القاهرة حادث لا يمكن مقاومته أو تجاوزه، حيث أن عدم إمكانية المقاومة تعني عدم إمكانية القدرة على تلافي وجود الواقعة المكونة للقوة القاهرة، أما عدم إمكانية التجاوز فيراد بها العجز عقب وقوع الحادث على تجنب الآثار الناجمة عنه، و الإستحالة المقصودة هنا هي الإستحالة المطلقة، لأنه إذا كانت نسبية فإنها لا تعفي من المسؤولية¹.

إن المعيار المعتمد في تقدير مدى إستحالة الدفع من عدمها هو معيار موضوعي مجرد، بموجبه يؤخذ الشخص العادي كمقياس لمعرفة ما إذا كان الفعل قاهرا له أم لا ، لذلك بإمكان المحكمة إن تستعمل سلطتها التقديرية لتقرر الإعفاء من المسؤولية إذا لم يكن باستطاعة الرجل العادي مقاومة الفعل الذي إعترض الشخص المعني بالأمر أثناء وقوع الضرر²، و للإشارة تعتبر إستحالة الدفع بدورها مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع وحده، و هو بذلك لا يخضع لرقابة محكمة النقض إلا من جانب تعليل ذلك التقدير الموضوعي³.

ج- الطابع الخارجي.

تعد القوة القاهرة حادث خارج عن إرادة الأطراف و معنى ذلك أنه لا يد للمدين فيه، أما إذا كان أمر داخلي فلا يعفى بسببه من المسؤولية، فيعد من قبيل القوة القاهرة الحادث المفاجئ الذي لا ينقضي، و بناء عليه فإن الصفة الخارجية للحادث هي إنتفاء علاقة السببية بين الحادث و فعل المدين، أي أنه لا يمكن إسناد هذا الحادث إليه بأي شكل من الأشكال و تحت أي ظرف سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة، و بمعنى آخر أن إنتفاء شرط الإسناد هو أن يكون سلوك المدين سلوكا معتدلا فلا يخطئ و لا يتسبب في القوة القاهرة، و لا يهيجها أو يقوم بما يؤدي إلى إستفحال نتائجها⁴.

و تجدر الإشارة إلى أن خاصية خارجية الحادث وردت الإشارة لها في نص المادة 176 ق م و ذلك عندما نصت على: " ... ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه"، و يقصد بذلك الصفة الخارجية للقوة القاهرة.

إن العون الإقتصادي المدين بالإلتزام بالتسليم المطابق يمكنه تبرير أن عدم تنفيذه لإلتزامه راجع إلى خطأ المستهلك⁵، كأن يكون التأخير في التنفيذ راجع إليه⁶، فإذا كان فعل هذا الأخير يشمل الشروط المذكورة أعلاه و المتمثلة في شرط عدم التوقع، شرط إستحالة الدفع و كذا شرط الصفة الخارجية فإن

1- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 329.

2- عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2014، ص 139.

3- عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 125.

4- زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و المصري و الفرنسي ، رسالة ماجستير، الجزائر، سنة 1978، ص 70.

5 - V. Heuzé, op,cit, P 432.

6- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 420.

القوة القاهرة تقوم و من تم تنفي معها مسؤولية العون الإقتصادي، فهي تشكل سببا معنيا من مسؤوليته العقدية بسبب الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق كليا¹.

كما أنه من المهم أيضا الإشارة إلى أن القوة القاهرة هي وسيلة دفع تمنح للعون الإقتصادي و لا تعفيه نهائيا من مسؤوليته إلا في الحالة التي يكون فيها تنفيذ الإلتزام مستحيلا دون أي خطأ من جانبه²، أما إذا تبين أن تنفيذ الإلتزام بالتسليم ممكن جزئيا، فإن الإعفاء لن يكون إلا جزئيا، كما أن الإنقضاء يكون أيضا جزئيا³، و تتعين الإشارة إلى أن إشكالات التنفيذ أو التنفيذ المكلف لا يشكل حالة قوة قاهرة تمنع قيام مسؤوليته⁴.

و جدير بالذكر أنه لا يجوز التمسك بالقوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسؤولية العقدية إلا في حالة قيام العون الإقتصادي بإخطار مشتريه⁵ بوجود هذا العائق و النتائج التي تعرض لها، حيث توجب إتفاقية فيينا 1980 على العون الإقتصادي الذي لم يتمكن من تسليم بضاعة مطابقة بسبب هذا العائق أن يخطر مستهلكه بذلك⁶، و شرط الإخطار ما هو إلا تطبيق لمبدأ حسن النية، و يتم خلال مدة معقولة تسري منذ لحظة علم العون الإقتصادي - المخالف بالعائق أو من الوقت الذي كان من واجبه أن يعلم به، فإذا لم يتم بهذا الإجراء خلال هذه المدة فلا يترتب على ذلك سقوط حقه في التمسك بالعائق للحصول على الإعفاء⁷.

غير أن شرط الإخطار في حد ذاته و في وجود قوة قاهرة قد لا يتمكن العون الإقتصادي من القيام به بسببها، و عليه من الضروري تطبيق الجزاء المترتب على عدم الإخطار خلال فترة معقولة في ظل الظروف التي أحاطت بالعائق نفسه، و يترك للقاضي السلطة التقديرية في تكييف المسألة وفقا للظروف المحيطة بكل حالة⁸.

2- آثار القوة القاهرة.

يفرق القانون المدني الفرنسي بين القوة القاهرة في المجال العقدي التي تحول كليا أو مؤقتا دون تنفيذ المدين للإلتزامه و ذلك من خلال المادة 1218 ق م فرنسي، حيث أن القوة القاهرة ذات الطابع المؤقت لا يكون جزاؤها فسخ العقد، و ذلك بخلاف القوة القاهرة ذات الطابع الكلي التي تؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون.

و من ثم تختلف آثار القوة القاهرة بحسب ما إذا كان عدم تنفيذ التسليم قد أصبح مستحيل مؤقتا أو نهائيا، فإذا كانت القوة القاهرة مؤقتة، فإنه ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الأجل الذي يجب أن يتم فيه التسليم ضروري أم لا، ففي الحالة التي يجب أن يتم فيها التسليم في أجل محدد مسبقا أين يكون الفحص شرط أساسيا في عقد البيع، فإن هذا الأخير ينحل⁹ و يصبح تنفيذه مستحيل فيما بعد¹⁰.

1- O. Tournafond, op,cit, P 1564.

2 - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، جزء 2، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2، 1998، بيروت، ص 963.

3 - A. Benabent, les obligations, op,cit, P 257.

4 - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 964.

5 - المادة 4/ 79 من اتفاقية فيينا 1980.

6 - محسن شفيق، اتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 260.

7 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 347.

8 - نفس الرسالة، ص 347.

9 - F. Chabas et F. Gréau, op, cit, P 19.

10 - Jacques Ghestin, Bernard Desché, op, cit, P 737.

أما في الفرض الذي يكون فيه تاريخ تنفيذ الإلتزام بالتسليم ليس ذو طبيعة آمرة، فإنه لا يمكن للمستهلك أن يثير مسؤولية العون الإقتصادي و لا أن يضع حدا للعقد رغم الطابع المؤقت للقوة القاهرة، و لا يمكن للعون الإقتصادي كذلك أن يتحلل من تنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق¹، كما أن الطابع المؤقت للقوة القاهرة يؤدي أيضا إلى إنهاء العقد²، فالإلتزام بالتسليم يستعيد قوته الإلزامية بمجرد زوال إستحالة تنفيذه، حيث يتعين على العون الإقتصادي تنفيذ إلتزامه و إلا قامت مسؤوليته³، و لقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها بقبول الطعن المقدم لها شكلا و برفضه موضوعا على أساس أن: " قضاة المجلس عندما منحوا للمطعون ضدها أجلا لتنفيذ التزامها معتمدين في ذلك على الظروف الأمنية الإستثنائية السائدة في المنطقة التي ترتب عنها عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عن العقد بصفة مؤقتة، يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما"⁴.

و من جهة أخرى إذا أدت القوة القاهرة إلى جعل تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق مستحيل مؤقتا أو نهائيا، فإن مسؤولية العون الإقتصادي لا تقوم، و ينتج عن ذلك تحلله من تنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق و لا سيما إذا كان المبيع شيء معين بالذات و كان محددًا، فإن هلك محل الإلتزام فإن هذا الأخير ينقضي إذا كان الهلاك أو الضياع لا يرجع إلى فعله، و ذلك ما نصت عليه المادة 176 ق م التي تقضي بأنه: " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينًا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ الإلتزامه."

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا إنقضى إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم بسبب القوة القاهرة فإنه ينقضي معه إلتزام المستهلك بدفع الثمن و ذلك وفقا للمادة 121 ق م التي تنص على أنه: " إذا إنقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه، إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له و يفسخ العقد بقوة القانون."

أما إذا كان المبيع معينًا بنوعه فإن القوة القاهرة لا يمكنها من المفروض جعل العون الإقتصادي يتحلل من تنفيذ إلتزامه وفقا لقاعدة "genera non pereunt"⁵، لأنه لما يتعلق الأمر بشيء معين بالنوع فإن تنفيذ الإلتزام بالتسليم ليس مستحيل لأن العون الإقتصادي لا يتحلل من إلتزامه إلا بتسليم أشياء من نفس النوع⁶، و التساؤل يطرح في مجال حماية المستهلك، فهل يمكن للقوة القاهرة أن تعفي العون الإقتصادي من تسليم منتج مطابق إلى المستهلك؟

هناك رأي في الفقه الفرنسي⁷ يذهب إلى أنه في حالة تسليم منتج مغاير لذلك المتعهد بتسليمه في العقد، فإن الضمان القانوني للمطابقة الوارد من خلال قانون الإستهلاك الفرنسي الصادر في 14 مارس 2016 بموجب المواد L217-4 و ما بعدها، هو "ضمان إستجابة"، و من تم إعتبار أن المشرع يهدف إلى حصول المستهلك دائما و في جميع الظروف على الشيء الذي يرغب به، بمعنى أن ضمان مطابقة المنتج المسلم لا يمكن الإعفاء منه، و معنى هذا أنه يضع القوة القاهرة جانبا و لا يعتد بها.

1 - Jacques Ghestin, Bernard Desché, op, cit, P 737.

2 - F. Chabas et F. Gréau, op,cit, P 18.

3 - O. Barret, op,cit, P 96.

4 - قرار رقم 212782، الصادر بتاريخ 2000/01/12، المجلة القضائية، عدد1، سنة 2001، ص 114.

5 - و يقصد بهذه القاعدة أن: " الأشياء المعينة بنوعها لا تهلك".

- Jacques Ghestin et B. Desché, op,cit, P 737.

6 - O. Barret, op,cit, P 96.

7 - O. Tournafond, op,cit, P 1564.

غير أننا نعتقد أن هذا الرأي مجحف نوع ما و ذلك لأنه إذا كان فعلا يعتبر المستهلك الطرف الأضعف في العقد و صحيح أن المشرع قد عزز وضعيته من جهة، إلا أن قرينة أسبقية عيب المطابقة في المنتج المسلم تضع المستهلك في مركز قوة، كما أنه نظريا فإن العون الإقتصادي يمكنه نفي هذه القرينة غير أن ذلك صعب عمليا لصعوبة إثباتها، و من جهة أخرى فإن المشرع الفرنسي لم يأخذ بمدة الشهرين المنصوص عليها في المادة 2/5 من التوجيه الأوروبي ل 25 ماي 1999 المتعلق ببعض جوانب البيع و ضمان الأشياء الإستهلاكية، و التي يتم الإعلان فيها عن عيب مطابقة المنتج المسلم، و هذا ما يضع المستهلك أيضا في مركز قوة، و عليه فإنه يتعين الأخذ بإمكانية إعفاء العون الإقتصادي من مسؤوليته عن عدم مطابقة المنتج المسلم للمستهلك إذا كان ذلك يرجع إلى قوة القاهرة و هذا وفقا للقواعد العامة للإعفاء من المسؤولية من جهة، و وفقا لقواعد العدالة بما أن السبب في عدم التنفيذ لا ينسب إليه من جهة أخرى.

و إذا كانت القوة القاهرة تنهي الإلتزام في العقود الملزمة للجانبين في القانون الداخلي - كما رأينا سابقا - غير أن هذا الأثر يختلف في مجال البيع الدولي للبضائع حيث أنه ليس للقوة القاهرة الأثر المنهني للإلتزام لإستحالة تنفيذه، و بالتالي فإن الأثر المترتب عنها مؤقت بحيث يؤجل أو يؤخر أو يطيل تنفيذ الإلتزام بتسليم بضاعة مطابقة بقدر ما إستغرقته حالات مماثلة من الزمن، من غير ترتيب أي مسؤولية على العون الإقتصادي إلى حين إستقرار الأوضاع وعودتها إلى الحالة الطبيعية السابقة!

غير أنه إذا كانت القوة القاهرة في عقد البيع الدولي للبضائع ذات طابع دائم فإنه يجوز في هذه الحالة للمشتري طلب فسخ العقد مع ما يترتب من آثار و إعفاء العون الإقتصادي من التعويض في هذا الخصوص²، أما إذا كان العائق مؤقتا فلا يتم الإعفاء من التعويض إلا عن الضرر الذي ينشأ بسبب تخلف العون الإقتصادي عن تنفيذ إلتزامه خلال فترة قيام " القوة القاهرة"³، و بالتالي يلتزم بتنفيذ إلتزامه بتسليم بضاعة مطابقة مباشرة بعد زوال القوة القاهرة.

كما أنه يجوز أيضا إعفاء العون الإقتصادي من مسؤوليته عن دفع التعويض المترتب عن الإخلال بتنفيذ إلتزامه بتسليم مبيع مطابق، بسبب قوة القاهرة تتمثل في تخلف شخص من الغير عن تنفيذ الإلتزام أو جزء منه، بشرط أن يشكل تخلف كل شخص ينفذ إلتزامه بإستقلالية عن العون الإقتصادي (الغير) عن التنفيذ عائقا، بالإضافة إلى ضرورة أن يكون السبب الذي أدى إلى إخلال الغير بتنفيذ الإلتزام بغير إعفاؤه من التعويض في مواجهة العون الإقتصادي، و بالتالي لا يعفى الطرف المخل بتنفيذ إلتزامه في عقد البيع الدولي للبضائع وفقا للمادة 2/79 من إتفاقية فيينا إلا إذا كان الغير معفى بدوره من التعويض إتجاه العون الإقتصادي⁴.

ثانيا: فعل المستهلك.

نصت المادة 127 ق م على فعل الدائن (المضروب) كسبب للإعفاء من مسؤولية المدين بصفة عامة، حيث ذهبت المحكمة العليا إلى المبدأ الذي يقرر أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كقوة القاهرة، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر.

و من ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالإساءة في تطبيق القانون غير وجيه.

1 - ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الإهتمام بالبيوع الدولية، دارالفكر العربي للطباعة، طبعة 1، القاهرة، 1975، ص 408.

2 - V. Heuzé, op.cit, P 348 et S.

3 - المادة 3/79 من إتفاقية فيينا.

4 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 302.

لما كان الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بإسنادهم جزء من مسؤولية الفيضان إلى الشركة الطاعنة بنسبة الثلثين لكونها فتحت ثغرة و لم تسدها بعد إنتهاء الأشغال هذا من جهة، و من جهة ثانية بأخذ قضاة الموضوع ظرف القوة القاهرة و مشاركتها في وقوع الضرر بعين الإعتبار يكونون بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون التطبيق السليم. و متى كان كذلك إستوجب رفض الطعن.¹

أما في مجال الإلتزام بالتسليم المطابق فإن فعل الدائن أي المستهلك كسبب معفي من المسؤولية يكتسي إحدى صورتين، تتمثل الأولى في قبول المبيع بدون تحفظ، أما الثانية فتتمثل في تنازله عن طلب التنفيذ أو فسخ البيع.

1- قبول المبيع دون تحفظ.

عندما يتضح أن المبيع المسلم غير مطابق فإنه من مصلحة العون الإقتصادي دائما إثبات أن المستهلك قد قبل هذا المبيع بدون أي تحفظات²، ذلك أنه -كما رأينا سابقا- يتعين على هذا الأخير بمجرد تسلمه المبيع أن يبادر بفحصه، و إذا اكتشف أنه غير مطابق لما تم الإتفاق عليه و جب عليه أن يخطر العون الإقتصادي بذلك، فالقاعدة تمنح للمستهلك الحق في رفضه و ذلك وفقا لنص المادة 276 ق م التي تقضي بأن: " الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غير، و لو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى"، و معنى هذا النص أن المستهلك(الدائن) غير ملزم بقبول شيء غير ذلك المتفق عليه، و إذا كان العون الإقتصادي قد سلمه الشيء غير المستحق أصلا فإن هذا التسليم يوصف بأنه غير مطابق للإتفاق العقدي، و يتأكد المستهلك من مدى مطابقته للعقد بفحص المبيع ليتسنى له التحقق من وجود الصفات و الخصائص التي إشتراط وجودها أم لا، سواء تعلقت هذه الصفات بنوعية الشيء أو كميته أو وظيفته، بالإضافة إلى أن عبارة " لا يجبر" التي استخدمتها هذه المادة تعني " الرفض"، أي رفض قبول شيء غير مطابق لذلك المتفق عليه في العقد.

إذن فكل قبول للمبيع المسلم من طرف المستهلك يعني إما أنه مطابق لما تم الإتفاق عليه و لا يطرح أي إشكال هنا، أو أنه غير مطابق و المستهلك لم يبد أي تحفظ، و معنى ذلك أن العون الإقتصادي في هذه الحالة لا يسأل عن عدم المطابقة التي تشوب المبيع المسلم لأن هذا القبول بدون تحفظ من جانب المستهلك يغطي العيوب الظاهرة لعدم مطابقة المبيع المسلم³، و يترتب عن ذلك أن أي إحتجاج بالعيوب الظاهرة مرفوض تماما⁴، و ترجع السلطة التقديرية إلى قضاة الموضوع لتفسير معنى قبول التسليم في هذا الإطار⁵.

و نفس الشيء في قانون الإستهلاك الفرنسي، حيث تقضي المادة L217-8 بأنه إذا كان يجوز للمستهلك إشتراط مطابقة الشيء للعقد، فإنه لا يجوز له أن يثير عدم المطابقة بسبب عيب كان يعرفه أو ما

1 - قرار رقم 53010، الصادر في 1988/05/25، المجلة القضائية عدد2، سنة 1992، ص 11.

2 - J. Schmidt- Szalewski, op,cit, P 13.

3 - Cass 1^{ère} civ, 12 juillet 2005. D. 2005,inf, rap, P 2179; Cass, com, 1er mars 2005, contr, conc, cons, 2005, comm n° 127, P 17, note L. Leveneur ; Cass 3^{ème} civ, 20 janvier 1982, bull.civ, 1982, III, n° 20, P 13.

4 - F. Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op,cit, P 221 et S ; Philippe Kahn, la vente commerciale internationale, op,cit, P 132.

5 - O. Barret, vente, obligations du vendeur, rép, civ, Dalloz, 1995, P 96.

كان ليجهله وقت التعاقد، فبمجرد قبول تسلم مبيع مخالف لما تم الإتفاق عليه في العقد، فلا يجوز له عندئذ الإحتجاج بعدم مطابقته لأنه بذلك يكون قد قبلها ضمناً¹.

و لقد نصت إتفاقية فيينا 1980 على فعل الدائن بإعتباره أحد أسباب الإعفاء من المسؤولية و ذلك من خلال المادة 80 التي تقضي بأنه: " لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بعدم تنفيذ الطرف الآخر لإلتزاماته في حدود ما يكون عدم التنفيذ بسبب فعل أو إهمال من جانب الطرف الأول"، و يأخذ فعل الدائن نفس الأحكام المنصوص عليها في القواعد العامة، و يذهب البعض² إلى أن فعل الدائن المقصود هنا هو سلوكه خلال علاقته بالعون الإقتصادي و السبب الوحيد الذي أدى بهذا الأخير إلى عدم تمكنه من تنفيذ إلتزامه على الوجه الذي يقتضيه العقد.

كما أن فعل الدائن المعفي من المسؤولية يشترط فيه وفقاً لإتفاقية فيينا 1980 شرطان، يتمثل الأول في أن لا يكون عدم التنفيذ من جانب العون الإقتصادي راجع إلى عائق تتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 79 من الإتفاقية، أما الشرط الثاني فيتمثل في وجود علاقة سببية بين فعل الطرف الآخر و هو المشتري و عدم تنفيذ العون الإقتصادي، و ليس من الضروري أن يمثل فعل الدائن خطأ³ بل يكفي أن ينسب إليه هذا الفعل⁴.

إن توافر الشرطين السابقين يعفي العون الإقتصادي من كل ما يقابله من حقوق المشتري، كحقه في التنفيذ العيني أو في إعلان فسخ العقد أو طلب التعويض، و بالتالي لا يجوز للمشتري أن يتمسك بالدفع بعدم تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزامه في الحدود التي يمكن أن ينسب عدم التنفيذ إلى الأول، و من ثم لا يجوز له طلب التنفيذ العيني أو تخفيض الثمن أو فسخ العقد في حالة تسليم بضاعة غير مطابقة ما دام هذا العيب يرجع إلى التوجيهات الخاطئة أو غير الكافية من جانب المشتري⁵.

كما يترتب أيضاً توقف أثر الإعفاء بفعل الدائن على أهمية وجود علاقة السببية بين هذا الفعل و عدم التنفيذ، و يتم توزيع هذه الآثار في حالة وجود أكثر من فعل ينسب إليه عدم التنفيذ، كما يصعب هذا التقسيم إذا كانت ثمة أفعال خاطئة و أخرى غير خاطئة⁶، أو كانت مخالفة العقد ترجع إلى كل من فعل الدائن و خطأ المدين في نفس الوقت⁷، و ترجع السلطة التقديرية إلى قاضي الموضوع أو المحكم لتقدير هذه المسألة و تحديد الآثار المترتبة عن فعل الدائن الذي يؤدي إلى عدم تنفيذ المدين لإلتزامه⁸.

1 - O. Tournafand, op,cit, P 1561.

2 - يوسف أحمد حسين النعمة، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1991، ص 20 و ما بعدها.

3 - تلمساني عفاف، خطأ المضرور و أثره في المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، سنة 2013-2014، ص30 و ما بعدها.

4 - B. Audit, op,cit, P 179.

5 - Ibid, P 180.

6 - Ibid, P180.

7 - V. Heuzé, op,cit, P 351.

8 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 356.

2- تنازل المستهلك عن الفسخ أو التنفيذ العيني.

عندما يقوم المستهلك بالتنازل عن إعلان طلب فسخ البيع أو عن التنفيذ العيني للإلتزام بدون إلتباس و لو بطريقة ضمنية، فإنه يمكن للعون الاقتصادي أن يعترض على مطالبته بالتسليم المطابق إذا كان لاحقا عن التنازل¹، و لقد أغلق القضاء الفرنسي المجال أمام التزايد المستمر للدعاوى على المحاكم بسبب طلب المستهلك الفسخ أو التنفيذ بعد التنازل عنه، حيث لا يمكن طلب فسخ البيع إذا مرت سنة على إستحقاق التسليم دون طلب تنفيذه²، و نفس الأمر يطبق على طلب تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق، فالمستهلك يفقد حق طلب تنفيذ هذا الإلتزام إذا إنقضت مدة طويلة بعد التاريخ الذي يستحق فيه التنفيذ، و في هذه الحالة يمكن إعتبار أنه قد تنازل عن التنفيذ و لا يمكنه إلا طلب الفسخ³.

كما يمكن للمستهلك وفقا للقواعد العامة أن يمارس دعوى الفسخ أو تنفيذ التسليم المطابق قبل المدة المحددة قانونا للتقادم و هي 15 سنة، و ذلك وفقا للمادة 308 ق م التي تنص على أنه: " يتقادم الإلتزام بانقضاء 15 سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون و فيما عدا الحالات الإستثنائية".

الفرع الثالث: التنفيذ الجيد للعقد.

يقصد بالتنفيذ الجيد للعقد إثبات العون الإقتصادي مطابقة المبيع المسلم، فمن أجل دفع طلب المستهلك المتمثل في توقيع الجزاء بمناسبة عدم مطابقة المبيع المسلم للعقد، فإنه يمكن للعون الاقتصادي إثبات إحترامه لتنفيذ الإلتزام المنوط به على أكمل وجه، و من ثم رفض تهديده بالجزاءات المذكورة سابقا، إذ لا ينبغي له أن يظل مهددا بردة فعل المستهلك طالما أنه ليس هناك ما يمنعه من إثبات أن التسليم قد حصل في الوقت، و أنه مطابق للإشترطات العقدية⁴، كما يمكنه كذلك مطالبة المستهلك بدفع الثمن بعد قيامه بوضع المبيع المتفق عليه عقديا في الأجال اللازمة⁵، و يقع عبء إثبات عدم مطابقة المبيع المسلم لما تم الإتفاق عليه على عاتق المستهلك الذي رفض دفع الثمن⁶، باعتباره دائن للعون الاقتصادي و ذلك وفقا للمادة 323 ق م التي تنص على أنه: " على الدائن إثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه".

كما أقرت المحكمة العليا المبدأ الذي يقضي بأنه: " من المقرر قانونا أن على الدائن اثبات الإلتزام و على المدين إثبات التخلص منه".

و لما كان من الثابت في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بقضائهم على الطاعنين إرجاع المبلغ المطالب به من طرف المطعون ضده دون مطالبته بإقامة الدليل على إدعائه يكونوا قد خالفوا القانون .

و متى كان كذلك إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه⁷.

1 - O. Barret, op.cit, P 96 ; Michel Alter, op.cit, P 287 et 297.

2 - Cass.com 23 mars 1949, bull, civ II, n° 150, P 281.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، هامش 1، ص 606.

4 - Thomas Canfin, op.cit, P 195.

5 - Cass 1^{ère} civ, 19 mars 1996, bull, civ, I, n° 147, P 102.

6 - Cass.com, 3 décembre 1980, 78-13-305, Publié sur : [https : www.legifrance,gouv.fr](https://www.legifrance.gouv.fr).

7 - قرار رقم 53577، الصادر في 1988/06/22، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1991، ص 20.

كما يمكن للعون الإقتصادي أيضا أن يقيم الدليل على أن التسليم مطابق تماما مع كل ما تم إشتراطه عقديا مثل إنعدام تحديد الإستعمال الخاص من جانب المستهلك فيما يخص المبيع المطلوب، ففي هذه الحالة يمكن للعون الإقتصادي أن يثبت أنه وضع تحت تصرف المستهلك مبيع يتوافق مع فاتورة الطلب، و ذلك من شأنه دفع المسؤولية و عدم تعرضه للجزاء المترتبة عن عدم المطابقة للإشتراطات العقدية¹.

و يمكن كذلك دفع الإدعاء بعدم مطابقة التسليم بسبب عدم إحترام الآجال من طرف العون الإقتصادي، عندما يفحص وكيل المشتري المبيع و يقبله عند العون الإقتصادي قبل نقله، فالإلتزام بالتسليم المطابق يعتبر قد تم في تاريخ هذا الإجراء².

المطلب الثاني: الوسائل المؤقتة لدفع مسؤولية العون الإقتصادي.

يمكن للعون الإقتصادي أن يدفع مسؤوليته عن عدم تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق بطريقة مؤقتة، و معنى ذلك أن ينفذ إلتزامه بالتسليم المطابق بعيدا عن الوسائل التي ترمي إلى التنفيذ الفوري، و هذا الأمر ممكن إذا طلب منح فترة ميسرة لينفذ بعدها إلتزامه و هذا ما سنتطرق له في الفرع الأول، كما يمكن ذلك عن طريق الدفع بعدم التنفيذ و هذا ما سنتطرق له من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: فترة الميسرة.

يمكن للعون الإقتصادي عموما أن يطلب من القضاء منح فترة ميسرة حتى ينفذ إلتزامه بوضع شيء مطابق تحت تصرف المستهلك، و من تم تعتبر الفترة التي يمنحها القاضي هنا فقط وسيلة مؤقتة لنفي المسؤولية و هي موجودة فقط في التشريعات الداخلية و غير موجودة في نظام إتفاقية فيينا 1980، و عليه سنتطرق إلى شروطها وفقا للقانون المدني الجزائري (أولا)، ثم إلى الإستثناءات الواردة عليه (ثانيا).

أولا: شروط فترة الميسرة في القانون المدني الجزائري.

إن العون الإقتصادي الذي يواجه صعوبات إقتصادية تمنعه مؤقتا من تسليم شيء مطابق، يمكنه أن يطلب من القاضي منحه فترة ميسرة حسب الشروط المنصوص عليها في المادة 210 ق م التي تقضي بأنه: " إذا تبين من الإلتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة، عين القاضي ميعادا مناسباً لحلول الأجل، مراعيًا في ذلك موارد المدين الحالية و المستقبلية، مع اشتراط عناية الرجل الحريص على الوفاء بإلتزامه ".

إن عمومية هذا النص تسمح للقاضي بأن يمنح للعون الإقتصادي فترة ميسرة³، فيمنحه فترة لتنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق إذا وجد في ظروف لها ما يبررها، كأن يكون له عذر مقبول في التأخر عن تنفيذ إلتزامه، أو أن المستهلك لم يتضرر من هذا التأخير، و لا يحول دون منح القاضي مهلة للعون الإقتصادي أن يكون المستهلك قد سبق و أعذر مدينه، لكن في هذه الحالة لا يستطيع القاضي أن يعطي مهلة جديدة، بل إن عدم قيامه بالتسليم خلال الأجل الممنوح له من القاضي يترتب عليه فسخ البيع و لو لم ينص القاضي في حكمه على ذلك⁴.

1 - Thomas Canfin, op, cit, P 195.

2 - Cass. Com,17 février 1998, bull, com, 1998, IV, n° 84, P 66.

3 - A. Benabent, les obligations, op,cit, P 230.

4 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 329.

بالإضافة إلى نص المادة 210 السالفة الذكر، فإن فترة الميسرة في القانون المدني الجزائري تجد أساسها من خلال المادة 2/119 التي تنص على أنه: " و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات"، كما تجد أساسها بالإضافة إلى ذلك في نص المادة 2/281 التي تقضي بأنه: " غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين و مراعاة للحالة الإقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة..."¹.

و من ثم فإن السلطة التقديرية للقاضي في منح المدين هذا الأجل للتنفيذ إلتزامه يخضع لضوابط و شروط و هي:

1- عدم وجود مانع قانوني من منح فترة الميسرة.

و يقصد بذلك عدم وجود سبب يحول قانونا دون إمكانية منح فترة الميسرة للمدين كالحالة التي يكون فيها الشخص مدينا بموجب ورقة تجارية²، لأن هذه الحالة تدخل في إطار القانون التجاري، و فترة الميسرة لا تطبق لما يبسط هذا القانون نطاقه على علاقة معينة، لأنها تتنافى و تتعارض مع الإلتزام الذي يعد أحد دعوماته الأساسية إلى جانب عنصر السرعة.

2- أن تتطلب حالة العون الإقتصادي هذا الأجل.

كأن يكون معسر مؤقتا، و يرتبط بهذا الشرط أن يكون العون الإقتصادي حسن النية في تأخره في الوفاء بالإلتزامه، و لا يجوز للقاضي منح المعسر عسرا دائما أجلا قضائيا لإنعدام الجدوى من ذلك، و هذا الشرط يستشف من نص المادة 2/119 ق م، حيث أن القاضي يمنح المدين أجل " حسب الظروف"، و "حالة العون الإقتصادي" هي إحدى الظروف التي تقضي منح فترة الميسرة التي تكون فقط في مصلحته، و تستعمل كذلك المادة 281 ق م عبارات " مركز المدين" و " مراعاة الحالة الإقتصادية" و هما عبارتان تفيدان ظروف المدين المستوجبة لمنحه أجل قضائي لتنفيذ إلتزاماته³.

3- أن لا يلحق المستهلك من هذا التأجيل ضرا جسيما.

معنى هذا الشرط هو ضرورة الموازنة بين المصلحة التي ستحقق من منح الأجل القضائي للعون الإقتصادي مع الضرر الذي سيلحق المستهلك جراء ذلك، فإذا كان الضرر الذي يمكن أن يلحق به جراء هذا الأجل جسيما فلا ينبغي للقاضي منحه، كما تجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط غير وارد في القانون الجزائري على عكس المصري⁴.

1 - نص المادة 2/281 ق م جزائري يقابلها نص المادة 1343-5 ق م فرنسي على ان فترة الميسرة المقررة في القانون الفرنسي هي سنتين.

2 - المادة 464 ق ت.

3 - بوكماش محمد، سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2011-2012، ص 377.

4 - نفس الرسالة، ص 377

4- أن يتناسب الأجل الممنوح مع ما هو ضروري للتنفيذ.

يقصد بذلك أن تكون هذه الفترة معقولة و ليست طويلة، حيث تقاس بما يلزم المدين ليتمكن من تنفيذ إلتزاماته¹، و المشرع الفرنسي لم يجز للقاضي أن يمنح أجلا آخر بعد إنتهاء الأجل الأول الذي منحه للمدين²، و سواء تعلق الأمر بالقانون الجزائري أو الفرنسي فإن قاضي الموضوع له السلطة التقديرية في مدى جدوى منح فترة الميسرة³، و لا يخضع في ذلك إلى رقابة المحكمة العليا⁴.

ثانيا: الإستثناءات الواردة على المبدأ.

في القانون الفرنسي لا يجوز للقاضي أن يمنح فترة ميسرة إذا كان البيع الوارد على منقول قد تم بين عون إقتصادي و مستهلك⁵، و ذلك لأنه حسب نص المادة 13-222 L من قانون الإستهلاك الفرنسي فإنه لما يكون تسليم المبيع غير فوري و كان الثمن المتفق عليه يتجاوز العتبة المحددة عن طريق التنظيم، فإن العون الإقتصادي ملزم بأن يحدد للمستهلك التاريخ اللازم الذي يتعين عليه أن يسلمه فيه هذا المبيع، و لقد أورد القانون الفرنسي هذا الأجل على سبيل الأمر⁶، و إذا كان الأجل المتفق عليه تم تجاوزه بأكثر من 3 أيام فإن المستهلك يمكنه أن يحصل على فسخ العقد بقوة القانون⁷، ما لم يكن هذا التأخير راجع إلى قوة قاهرة⁸، و يعتبر العون الإقتصادي الذي لم يسلم بعد الشيء المبيع إلى المستهلك بمثابة مودع لديه لأنه يحفظ الشيء لحساب المستهلك و لذلك لا يستفيد من فترة الميسرة⁹.

أما فيما يخص إتفاقية فيينا 1980 فإن منح فترة ميسرة في مجال البيع الدولي للبضائع أمر مستبعد سواء بالنسبة للعون الإقتصادي أو المشتري¹⁰، و ذلك على أساس المادة 45 فقرة 2 التي تنص على أنه: " لا يجوز للقاضي أو المحكم أن يمنح البائع أي مهلة لتنفيذ إلتزاماته عندما يتمسك المشتري بأحد الجزاءات المقررة في حالة مخالفة البائع للعقد."

1 - بوكماش محمد، الرسالة السابقة، ص 378.
2 - المادة 5/1343 ق م فرنسي.

3 - J. Schmidt – Szalewski , op,cit, P 14.

4 - بوكماش محمد، الرسالة السابقة، ص 378.

5 - O. Barret, vente, obligations du vendeur, rép, civ, Dalloz, 1995, n° 1162 et 1190, P 91 et 93.

6- Ibid, n° 1163, P 91.

7 - F.Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op,cit, P 218 ; A. Benabent, les obligations, op,cit, P 232.

8 - O. Barret, art. pré, n° 1164, P 91.

9 - Ibid , n° 1190, P 93.

-أنظر المواد المتعلقة بعقد الوديعة في القانون المدني الجزائري من 590 و مابعدھا، و في القانون الفرنسي في المواد من 1915 و ما بعدها.

10 - V. Heuzé, la vente internationale de marchandises, op, cit, P 353 ; B. Audit, la vente internationale de marchandises, op, cit, P 121.

الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ.

إن الدفع بعدم التنفيذ معروف منذ عهد القانون الكنسي¹، حيث يقوم في العقود الملزمة لجانبين و يقوم عندما يخل أحد الطرفين بتنفيذ إلتزامه لما يمتنع المتعاقد الآخر عن التنفيذ، فإذا لم يتم المستهلك بدفع الثمن فإن العون الإقتصادي غير ملزم بتسليم المبيع أصلا مطابق أو غير مطابق، و إمكانية عدم تسليم المبيع يعتبر دفعا بعدم التنفيذ و عليه سنتطرق إلى شروطه (أولا)، ثم إلى آثاره (ثانيا).

أولا: شروط الدفع بعدم التنفيذ.

تنص المادة 123 ق م على أنه: " في العقود الملزمة لجانبين، إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به."²

إذا كان كل من الإلتزام بالتسليم المطابق و بدفع الثمن من الإلتزامات المتبادلة و المتلازمة³، فإن ذلك يعني أن الإلتزام الثاني سببه إلتزام العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق⁴، و وفقا لنص المادة 123 ق م فإنه عندما لا يقوم المستهلك بدفع الثمن، و حتى يتسنى للعون الإقتصادي ممارسة الدفع بالتنفيذ فإنه يجب أن يكون حسن النية، و أن يكون سلوكه خال تماما من أي خطأ⁵، حيث أنه لا يجوز له أن يدعي عدم تنفيذ المستهلك لإلتزامه إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى فعله أو إمتناع من جهته⁶.

و إذا كان الثمن معجل الدفع فإنه لا يمكن للعون الإقتصادي التمسك بالدفع بعدم التنفيذ⁷، كما لا يمكنه رفض تنفيذ التسليم بحجة عدم دفع المستهلك الثمن كليا (comptant)⁸، كما لا يمكن كذلك للعون الإقتصادي رفض تسليم المبيع إذا كان قد رخص للغير باستلام الثمن أو ما تبقى من ثمن الشيء أو في حالة ما إذا كان قد منح أجلا جديدا للمستهلك من أجل دفع الثمن، لأن ذلك يعد تنازلا صريحا من العون الإقتصادي عن المبدأ⁹، غير أن الأجل الذي يمنع هذا الأخير من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو ذلك الممنوح من طرفه، و يترتب عن ذلك أن الأجل الممنوح من القاضي لا يمنع العون الإقتصادي من الدفع بهذا المبدأ¹⁰.

إن الدفع بعدم التنفيذ لا يشترط عدم التنفيذ الكلي لإلتزام المستهلك بدفع الثمن لأنه قد يكون عدم التنفيذ جزئيا¹¹، و هذا يعتبر من قبيل العيب المطلق للتنفيذ، و ينتج عن ذلك أن التنفيذ الجزئي لدفع الثمن لا يحرم العون الإقتصادي من حقه في رفض تسليم الشيء¹²، أما البيع الذي يكون فيه التسليم على دفعات أو متتابع، فإن عدم دفع قيمة إحدى دفعات التسليم يبزر رفض العون الإقتصادي إجراء دفعات التسليم

1 - بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 295. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 316.

2 - الدفع بعدم التنفيذ منصوص عليه في القانون المدني الفرنسي بموجب المادتين 1219 و 1220.

3 - Jacques Ghestin , conformité et garantie des vices cachés, op,cit, P 141.

4 - Thomas Canfin, op,cit, P 149.

5 J. Ghestin et B. Desché, op,cit, P 738.

6 - J.Ghestin, conformité et garantie des vices cachés, op,cit, P 143.

7 - A. Pinna, l'exception pour risque d'inexécution, RTD,civ, 2003, n° 1 et 2, P 31 et32.

8 Ibid, P 31 et 32.

9 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 326.

10 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 297.

11 - Christian Larroumet, les obligations, le contrat, op,cit, P 797.

12 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 4، ص 807.

التالية¹، و يقع عبء الإثبات على المستهلك في أن عدم الدفع الكلي للثمن يقع على العون الإقتصادي الذي يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، كما يمكن لهذا الأخير أيضا أن يحتج بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الدعاوى التي رفعت ضده، سواء تعلق الأمر بدعوى تنفيذ التسليم أو دعوى الفسخ و التعويض.

و قد يحدث أحيانا أن يرفض العون الإقتصادي تسليم الشيء المبيع بحجة أن المستهلك لم يدفع الثمن، ففي مثل هذه الحالة يمكن لهذا الأخير أيضا رفض دفع الثمن على أساس أن مدينه لم يسلم المبيع بالمقابل، فالأمر يتعلق بعدم التنفيذ المتبادل أو المتزامن، حيث يدفع كل طرف في مواجهة الآخر بعدم التنفيذ، فإذا رفض كل طرف اللجوء إلى القضاء فإن السلوك السلبي لكليهما قد يؤدي إلى إنحلال العقد، و إذا كان كلاهما ينوي تنفيذ العقد فيمكنهما اللجوء إلى القضاء، عندها يأمر القاضي بوضع الثمن و الشيء المبيع في خزانة المحكمة أو تحت يد شخص آخر².

غير أن محكمة النقض الفرنسية تعطي الأولوية إلى تنفيذ الإلتزام بالتسليم و ذلك ما يفهم من منطوق قرارها الذي يقضي بأن: " إلتزام المشتري بدفع ثمن البيع ينتج عن التنفيذ الكلي لإلتزام البائع بالتسليم، ما لم يوجد إتفاق خاص"³، و هذا القرار حسب رأينا قرار صائب لأنه يحمي مصالح المستهلك الذي غالبا ما يعتبر الطرف الأضعف في العقد.

و إذا كان الثمن مؤجل أصلا و لكنه سقط لسبب من أسباب سقوط الأجل المنصوص عليها في المادة 211 ق م⁴ و كإعسار المستهلك مثلا، أو إضعاف التأمينات التي قدمها للعون الإقتصادي إلى حد كبير، أو عدم تقديم المستهلك ما وعد به في البيع من التأمينات، في هذه الحالات يصبح إلتزامه بدفع الثمن حالا و مستحق الأداء، و بالتالي يستطيع العون الإقتصادي أن يدفع بعدم التنفيذ إلى أن يستوفي الثمن طالما أن الثمن ليس في الأصل مستحق الأداء⁵.

و لا بد أن نشير أيضا إلى أن إتفاقية فيينا 1980 قد تطرقت للدفع بعدم التنفيذ و جعلت منه حلا فعالا بالنسبة للمشتري، و ذلك عندما لا يرغب في إنهاء عقد البيع الدولي، و لما يقدم العون الإقتصادي على إرتكاب مخالفة غير جوهرية في تنفيذ العقد أو عند إرتكابها بالفعل، و ذلك لما يمتنع أحد طرفي العقد عن تنفيذ إلتزاماته، فإنه و بالمقابل يحق للطرف الآخر حال وجوب تنفيذ إلتزامه أن يمتنع عن التنفيذ حتى ينفذ المتعاقد معه ما إلتزم به⁶، و يشترط لذلك وفق إتفاقية فيينا 1980 توافر بعض الشروط و هي :

1 - عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع سابق، ص 715.

2 - نفس المرجع، ص 717.

3 - Cass 1^{ère} civ, 19 novembre 1996, bull,civ,1996, I, n° 411, P 287.

4 - تنص المادة 211 ق م على أنه: " يسقط حق المدين في الأجل:

-إذا شهر افلاسه وفقا لنصوص القانون.

-إذا أنقص بفعله الى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، و لو كان هذا التأمين قد أعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون، هذا ما لم يفضل الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أما إذا كان انقاص التأمين يرجع الى سبب لا دخل للمدين فيه فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا.

-إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

5- نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 326.

6- المادة 71 من إتفاقية فيينا 1980.

1- قيام ظروف تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق.

لقد حددت إتفاقية فيينا 1980 حالات معينة على سبيل الحصر تعتبر من قبيل الظروف التي تنبئ بعدم تنفيذ الإلتزام، و هذه الظروف يمكن إجمالها في حالتين:

الحالة الأولى: و هي التي نصت عليها المادة 1/71 - أ، التي تقضي بوقوع عجز خطير في قدرة العون الإقتصادي على تنفيذ إلتزامه أو إنهيار إنتمانه، غير أن العجز المقصود هنا ليس من الضروري أن يكون ذلك المؤدي إلى التوقف فعلا عن تنفيذ المدين لإلتزامه، بل يكفي أن يكون هناك إحتمالا أكيدا بعدم قدرة الأخير على تنفيذ إلتزامه، كما قد تكون هذه الظروف التي تنبئ عن عدم تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزامه عامة كحظر إستيراد البضائع من دولته لسبب معين، بينما تكون الظروف خاصة به كأن تلحق به صعوبات إقتصادية خطيرة تؤدي إلى إفلاسه¹.

الحالة الثانية: و تتعلق بكيفية تنفيذ عقد البيع الدولي للبضائع، و هذه الحالة نصت عليها صراحة المادة 1/71 - ب - من إتفاقية فيينا 1980، فهي تعبر عن ظروف تنبئ عن عدم تنفيذ الإلتزام، حيث تتوافر في حالة عجز المدين أي العون الإقتصادي عن تنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق بسبب الطريقة التي اتبعها هذا الأخير في تنفيذ العقد، مما يؤدي إلى الإعتقاد بعدم تنفيذه جزءا هاما من الإلتزامه، كما لو أبرم المشتري عقد بيع لتسليم قطع غيار لآلات مصنع غزل القطن و كان لدى الأخير النية في استخدام القطع الغيار بمجرد تسلمها، ثم علم أن مشتريين آخرين كانوا في حاجة إلى مثل هذه النوعية من البضائع، و تعاقدوا مع نفس العون الإقتصادي على بيع تلك النوعية من البضائع و تسلموا دفعات منها، و كانت هذه الأخيرة غير مطابقة ماديا، فإن سلوك المدين هذا لا يجيز للمشتري الدفع بعدم التنفيذ، و رغم ذلك فإذا كانت الدفعات التي سلمها العون الإقتصادي إلى مشتريين آخرين معيبة بسبب استخدامه لمواد خام رديئة من مصدر معين و كان الواقع ينبئ أنه سوف يستعمل نفس المواد الأولية من ذات المصدر في تصنيع قطع الغيار المتفق عليها، فإن هذه الظروف تمنح المشتري أسبابا كافية للإعتقاد بأن قطع الغيار التي سوف يسلمها العون الإقتصادي إلى المشتري ستكون حتما معيبة، عندها يجوز للمشتري إستعمال حق الدفع بعدم التنفيذ².

2- قيام هذه الظروف بعد إبرام العقد.

حتى يتمسك الدائن بالدفع بعدم التنفيذ وفقا إلى ظروف توحى له بأن العون الإقتصادي سوف لن ينفذ جزءا جوهريا من إلتزاماته، فإنه لا بد أن تكون هذه الظروف قد حدثت بعد إنعقاد العقد، مما يعني أنه إذا تعلق الأمر بعد بيع دولي و كان المشتري قد تبين له عدم قدرة العون الإقتصادي على تنفيذ إلتزامه وقت إبرام العقد، فإنه لا يجوز له في هذه الحالة التمسك بوقف تنفيذه لإلتزاماته لإنقضاء عنصر المفاجأة الذي تيرره قاعدة وقف تنفيذ الإلتزام³، و تخضع للتقدير الشخصي للمشتري الظروف التي تنبئ عن عدم قدرة العون الإقتصادي على تنفيذ جانب هام من إلتزاماته التي يحددها العقد⁴.

1 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 417.

2 - محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 223. و جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 418.

3 - نبيل أحمد محمد فقيه، الرسالة السابقة، ص 323.

4 - Philippe Kahn, la convention de la Haye du 1er juillet 1964, portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, art, précité, P 725 et 726.

3- الدلالة الواضحة لعدم قدرة العون الإقتصادي على تنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق.

و قد إستعمل نص المادة 71 من إتفاقية فيينا 1980 للدلالة على هذا الوضوح عبارة " إذا تبين..."، و على الرغم من أن الإتفاقية قد حرصت على إيراد هذا الشرط لتحديد من إستعمل هذا الجزاء إذا لم يكن هناك مبرر، إلا أنها تبنت بشأنه ضابطا شخصيا و هو ما جعل الفقه¹ ينتقد مسلكها في ذلك، على إعتبار أنه يفسح المجال للتقدير الشخصي للمشتري في أن العون الإقتصادي سوف لن يكون قادرا على تنفيذ إلتزاماته، إعتقادا على تقديره الشخصي دون أن يكون هناك ضابط موضوعي يستند إليه.

فيما إقترح جانب آخر من الفقه إستبدال كلمة " بوضوح" التي إستخدمتها المادة 72 من الإتفاقية بعبارة " إذا تبين" كون أن معنى هذه الكلمة ينبئ عن أن شك المشتري في قيام الظروف سوف تحول دون قيام العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزاماته قد يصل إلى درجة اليقين، و ذلك على خلاف الوضع الحالي حيث يكفي وجود قرائن تفيد إحتمال وقوع إضطراب إقتصادي للعون الإقتصادي يمنعه عن تنفيذ إلتزاماته مما يمنح الحق للمشتري في التوقف عن تنفيذ إلتزامه دون أن يكون لديه مبررات قوية و أسباب كافية للإعتقاد بأن العون الإقتصادي سوف لن ينفذ جانبا هاما من إلتزاماته².

4- وجود علاقة سببية بين الظروف و تنفيذ الإلتزام.

مما لاشك فيه أن العجز الخطير يؤثر سلبا على قدرة العون الإقتصادي في تنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق، و من ثم يتعين وجود علاقة بين عدم قدرته من جهة و إمكانية الإخلال بتنفيذ جانب مهم من إلتزاماته من جهة أخرى، بحيث يكيف هذا الإخلال على أنه مخالفة غير جوهرية، و بالتالي فإنه لا يشترط في الدفع بعدم التنفيذ وجود مخالفة العقد وفقا للمادة 25 من إتفاقية فيينا 1980³.

5- الإخطار بوقف التنفيذ.

هذا الشرط نصت عليه المادة 71 من إتفاقية فيينا 1980 التي تقضي بأنه: " يجب على الطرف الذي يوقف تنفيذ إلتزاماته قبل إرسال البضائع أو بعد إرسالها أن يرسل مباشرة إلى الطرف الآخر إخطارا بذلك و عليه أن يستأنف التنفيذ إذا قدم هذا الطرف ضمانات كافية تؤكد عزمه على تنفيذ إلتزاماته".

إن المقصود بكلمة " مباشرة" الواردة في هذا النص هو ضرورة الإسراع في القيام بإجراء الإخطار، و ذلك على عكس ما تبنته هذه الإتفاقية في مواضع أخرى أين إشتراط أن يتم الإخطار في أجل معقول⁴.

1 - محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة، المرجع السابق، ص 224. و سمير الشراوي، المرجع السابق، ص 199.

2 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 417 و 418. نبيل أحمد محمد فقيه، الرسالة السابقة، ص 323.
3 - B. Audit , op,cit, P 154.

4 - المادة 1/39، والمادة 1/43 والمادة 48 من إتفاقية فيينا.

ثانيا: آثار الدفع بعدم التنفيذ.

إن توفر شروط الدفع بعدم التنفيذ السالف ذكرها يترتب عليه بعض الآثار منها:

1- إستمرار قيام العقد.

إن الدفع بعدم التنفيذ لا ينهي العقد، بل يتعين على الطرف الذي أوقف تنفيذ إلتزاماته أن يباشرها مجددا إذا قدم له الطرف الآخر من الضمانات ما يفيد بأنه سينفذ إلتزامه، و يستوي أن يقدم تأمينا عينيا أو شخصيا¹، كما أنه إذا مارس العون الإقتصادي الدفع بعدم التنفيذ بإلتزامه بالتسليم المطابق، فإنه يحتفظ بالشيء المبيع لحساب المستهلك إلى غاية قيام هذا الأخير بدفع الثمن، فلا يجوز له أن يستعمله و لا أن يعيد بيعه²، بل يبقى ملزم بالمحافظة عليه.

2- إمكانية إقتران الدفع بعدم التنفيذ بالجزاءات الأخرى.

إن التمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يحول دون إمكانية ممارسة المستهلك لجزاءات أخرى متى توافرت شروطها، كحقه في التنفيذ العيني من خلال إصلاح البضاعة طالما أن الإخلال بتنفيذ الإلتزام هو من جانب مدينه أي العون الإقتصادي، غير أنه إذا تعلق الأمر بمخالفة جوهرية في عقد البيع الدولي للبضائع فلا يمكن في هذه الحالة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، لأن الجزاء المقرر لها هو إستعمال الحق في فسخ العقد أو إستبدال البضاعة³.

و يمكن القول أن الدفع بعدم التنفيذ له أثر الوقف المؤقت لتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق⁴، و يترتب على ذلك بالنسبة للعون الإقتصادي إما أن ينفذ المستهلك إلتزامه بدفع الثمن، و عندها يأخذ الدفع بعدم التنفيذ طابع التهديد الذي يجبر المستهلك على التنفيذ⁵، أو طلب العون الإقتصادي فسخ العقد مع التعويض عن الضرر الحاصل⁶.

1 - محمود جمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 420.

2 - J. Schmidt Szalewski, op,cit, P 15.

3 - V. Heuzé, op,cit, P 300.

4 - A. Pinna, op,cit, P 32 et S.

5 - F. Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op, cit, P 226.

6 - A. Benabent, les obligations, op,cit, P 267.

الفصل الثاني: جزاءات أخرى تترتب عن الإخلال بالتسليم المطابق.

يقصد بجزاء إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزامه، مجموعة الوسائل التي سنها و أتاحها القانون للمستهلك لما يخل بتنفيذ إلتزامه بتسليم مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد أصلا، بغض النظر عن صورة عدم المطابقة، أو تعلق الأمر بالتسليم في غير الزمان و المكان المحددين في العقد، و في هذه الحالات فإن المشرع يضع تحت تصرف المستهلك بعض الجزاءات التي هي مجرد تطبيق للقواعد الخاصة بالبيع¹، و التي يتمسك بها في مواجهة مدينه أي العون الإقتصادي، و ما تجدر الإشارة إليه أن قيام الجزاء المقرر للإخلال بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق يفترض غياب وسائل دفاع هذا المدين، أي وسائل دفع المسؤولية سواء بطريقة مؤقتة أو بطريقة نهائية، و عليه سنتطرق إلى هذه الجزاءات من خلال تقسيم هذا الفصل كما يلي:

المبحث الأول: الجزاءات الهادفة لبقاء العقد.

المبحث الثاني: فسخ العقد و التعويض.

1-François Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, op,cit, n° 239, P224 .

المبحث الأول: الجزاءات المتعلقة ببقاء العقد.

يقضي مبدأ حسن النية و شرف التعامل السهر على تنفيذ العقد، و من تم تطبيق الجزاءات التي تهدف إلى استقراره و الإبتعاد عن إنحلاله إذا كانت ممكنة، ذلك أن ما هو من مصلحة المستهلك و ما يهمله في حقيقة الأمر هو تنفيذ العون الإقتصادي لإلتزاماته التعاقدية الناتجة عن العقد و ليس زواله و خاصة لأبسط سبب.

و لقد وضع المشرع بعض الجزاءات التي تتعلق بالموازنة بين مصالح الطرف المخل بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق أي العون الإقتصادي و مصلحة الدائن الذي يرجو دوما إشباع حاجاته، و من تم تحقيق الغرض الذي أقدم من أجله على التعاقد، و تتمثل هذه الجزاءات في التنفيذ العيني بما يحمله من صور و هو ما سنتطرق له من خلال المطلب الأول، أما في المطلب الثاني فسننترق إلى حق المستهلك في ممارسة الخيار بين التنفيذ العيني و فسخ العقد.

المطلب الأول: التنفيذ العيني للإلتزام بالتسليم المطابق.

مما لا شك فيه أنه لما لا ينفذ العون الإقتصادي إلتزامه بالتسليم المطابق إراديا، فإن المستهلك الذي يرغب بالحفاظ على استقرار العقد يمكنه طلب التنفيذ العيني للإلتزام، و ذلك بإكراه أو جبر مدينه على تنفيذ ما إلتزم به لأن العقد ما أبرم إلا لينفذ على أكمل وجه، و يجوز للمدين كذلك أي العون الإقتصادي أن يعرض تنفيذ التزامه على دائنه، فإن فعل فلا يمكن لهذا الأخير أن يرفض ذلك، و يشترط لقيام التنفيذ العيني أن يكون ممكنا و أن لا يكون مرهقا.

إن القاعدة في التنفيذ العيني هو أن يكون بواسطة العون الإقتصادي نفسه، لكن في عقد البيع الذي يكون محله من المثليات أي معين بالنوع، فلقد أجاز المشرع أن يتم التنفيذ بواسطة الغير و ذلك بأن يحصل على الشيء المتفق عليه من الغير و لكن على نفقة العون الإقتصادي، و هذا ما يعرف بالإستبدال الذي نصت عليه المادة 2/166 ق م.

و هذه القاعدة منصوص عليها أيضا في إتفاقية فيينا 1980، فحسب المادة 1/46 فإنه: " يجوز للمشتري أن يطلب من البائع تنفيذ إلتزاماته..."، فالتنفيذ العيني للإلتزام بالتسليم يمكن أن يتم إذن بطريقة مباشرة من العون الإقتصادي و هذا ما سنتطرق له في الفرع الأول، أو بطريقة غير مباشرة عن طريق تسليم الشيء من طرف الغير أي الإستبدال و هذا ما سنتطرق له في الفرع الثاني، كما سنتطرق في الفرع الثالث إلى الأحكام الخاصة بالبيوع التجارية كونها لا تتعلق بإنهاء العقد.

الفرع الأول: التنفيذ العيني المباشر للإلتزام بالتسليم المطابق.

يقصد به تنفيذ الإلتزام عينا من طرف العون الإقتصادي، و لقد نصت المادة 164 ق م على أنه: " يجبر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذًا عينيا، متى كان ذلك ممكنا."

من خلال هذا النص يتضح أنه إذا أخل العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق لما تم إشتراطه في العقد، فإنه يجوز للمستهلك أن يجبره على الوفاء عينا بما تعهد به و ذلك عن طريق القضاء، و يشترط لصحة التنفيذ العيني أن يكون ممكنا¹ أي غير مستحيل، و هذا معناه أنه لا يجوز العدول عنه متى كان

1 - Christian Larroumet, les obligations, le contrat, op,cit, P 49.

ممكنا إلا بإتفاق الطرفين على التنفيذ بطريق التعويض، و تؤكد المادة 174 ق م على ضرورة "الإمكانية" كشرط في التنفيذ العيني، و حددت الجزاء المناسب في حالة ما إذا كان غير ممكن أو غير ملائم، و بعبارة أخرى مستحيل، حيث لا يكون عندئذ أي جدوى منه و بالتالي ينقضي الإلتزام دون تعويض، و تستوي أن تكون الإستحالة مادية كهلاك محل الإلتزام بفعل الحريق مثلا، أو قانونية لعدم مشروعية التعامل فيه، فإذا إلتزم العون الإقتصادي بتسليم شيء معين بالذات إلى المستهلك و هلك هذا الشيء بعد تسليمه، أصبح التنفيذ العيني مستحيلا، و ليس أمام المستهلك سوى المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض¹.

كما يشترط أن لا يكون التنفيذ العيني مرهقا للعون الإقتصادي بحيث يكون صعبا و من شأنه أن يلحق به خسارة فادحة، فإنه في هذه الحالة يقتصر إلتزامه على مجرد دفع تعويض نقدي و هذا ما نصت عليه المادة 176 ق م التي تنص على أنه: " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه."

و قد لا يكون التنفيذ العيني مرهقا و لكنه يقتضي تدخل العون الإقتصادي شخصيا، بحيث يشكل جبره مساس بحريته الشخصية، عندئذ يمتنع عن التنفيذ العيني و يبقى للمستهلك مجرد الحق في التعويض²، و يثبت الحق في طلب التنفيذ العيني للمستهلك دون ضرورة إثبات أن الإخلال بالتسليم المطابق قد ترتب عنه ضرر له، بل يكفي أن يكون ممكنا³.

كما يشترط كذلك في طلب المستهلك التنفيذ العيني من العون الإقتصادي أن يقوم الأول بإعذار هذا الأخير بذلك، و أن يضعه وضع المقصر أو المتأخر في التنفيذ، و هذا ما نصت عليه المادتان 164 و 180 ق م، و لكن ليس معنى ذلك أن الإعذار شرط شكلي لقبول الدعوى، بل هو شرط للقضاء بالتنفيذ العيني للإلتزام⁴.

و إذا سلم العون الإقتصادي إلى المستهلك شيئا و كان غير مطابق إما للمواصفات المشترطة في العقد أو غير صالح للإستعمال الذي أعد له، فإنه في هذه الحالة يتعين على الأول أن يقوم بإصلاح المبيع و هذا ما نصت عليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي 13 - 327 الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ، التي تقضي بأنه: " يجب أن يتم تنفيذ وجوب الضمان طبقا للمادة 13 من القانون 03-09 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق ل 25 فبراير سنة 2009 و المذكور أعلاه دون تحميل المستهلك أي مصاريف إضافية إما:

- بإصلاح السلعة أو اعادة مطابقة الخدمة،

- باستبدالها،

- برد ثمنها.

و في حالة العطب المتكرر، يجب أن يستبدل المنتج موضوع الضمان أو يرد ثمنه".

1 - بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 146.

2 - أمازوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 404.

3 - محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 502.

4 - بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 151.

إن عملية إصلاح المنتج تعني جعله ملائماً لحاجات المستهلك التي أقدم من أجلها على التعاقد، فالإصلاح يتضمن القيام بالتعديلات الضرورية و الكافية على الشيء المسلم و ذلك بإزالة عدم المطابقة، حيث أن عمليات الإصلاح تشمل مكونات الشيء غير المطابق¹.

و من خلال النص المذكور أعلاه نلاحظ أن المشرع قد خير المستهلك بين ثلاثة جزاءات في المادة الواحدة و هي إما القيام بإصلاح السلعة أو إعادة مطابقة الخدمة، إستبدالها و رد ثمنها، غير أن إصلاح عدم مطابقة الشيء المسلم هو الأصل في التنفيذ العيني، و يفهم ذلك من خلال نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 13 - 327 السالف الذكر التي تنص على أنه: " إذا لم يتم المتدخل بإصلاح العيب في الأجل المتعارف عليها مهنيا حسب طبيعة السلعة، فإنه يمكن للمستهلك القيام بهذا الإصلاح، إن أمكن ذلك عن طريق مهني مؤهل من إختياره، و على حساب المتدخل".

و ما يؤكد أن الإصلاح يعتبر الأصل هو ما ورد في هذا النص ليس فقط من حيث إعتبره كأصل يؤديه فقط المدين به و هو العون الإقتصادي، بل في حالة تعذر قيام هذا الأخير به، فإنه يجوز للمستهلك أن يلجأ مرة أخرى إلى الإصلاح و لكن ليس بواسطة مدينه المباشر، بل فقط على نفقة هذا الأخير على أن الإصلاح في هذه المرة يقوم به مهني آخر من إختياره.

كما تؤكد المادة 15 من نفس المرسوم التنفيذي على أن إصلاح عدم المطابقة هو الأصل و ذلك عندما نصت على أنه: " إذا تعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة، فإنه يجب عليه إستبدالها أو رد ثمنها في أجل 30 يوم ابتداء من تاريخ التصريح بالعيب".

فمن خلال هذا النص نلاحظ أن المشرع قد رتب جزاءات الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق و ذلك بالحفاظ على إستقرار العقد، من خلال فرض التنفيذ العيني للإلتزام الذي يتخذ مثلاً في عقود الإستهلاك صورة إصلاح السلعة المسلمة غير المطابقة و هذا في المقام الأول، لكن إذا تعذر الإصلاح بمعنى أصبح التنفيذ العيني غير ممكن أو مرهق، هنا يجوز الإنتقال لتطبيق الجزاءات الأخرى مثل الإستبدال أو رد الثمن، و تجدر الإشارة إلى أن مصاريف إصلاح عدم المطابقة يتحملها العون الإقتصادي و هذا ما ورد في المادة 14 من نفس المرسوم.

و تجدر الإشارة إلى أن إصلاح الشيء غير المطابق يهدف إلى التأكد من قيام المبيع بأداء وظيفته²، و هذا يتماشى مع مضمون تسليم شيء صالح للإستعمال المخصص له أو ما يعرف بالمطابقة الوظيفية، و عليه فإن المستهلك بمجرد تحقق عدم صلاحية الشيء لأداء وظيفته فإنه يتعين عليه أن يطلب تدخل العون الإقتصادي بإصلاح المبيع³.

أما بالنسبة لبقية صور المطابقة و خصوصاً المادية بما فيها الإشتراطات العقدية و المواصفات القياسية أو القانونية، فإن عملية إصلاح المبيع تكون أحياناً غير مجدية و خاصة في حالة خلوه من الصفات المتفق عليها، كمن يشتري كمبيوتر يتميز بمواصفات معينة فإن تخلفت هذه المواصفات، فلا يمكن أن يطلب المستهلك إصلاح المبيع، و إنما يطلب توقيع جزاءات أخرى مثل إستبداله بأخر مطابق

1- G. Pignarre, les droits de l'acheteur dans la directive du 25 mai 1999 à la vente, actualité d'un texte communautaire à la veille de sa transposition, les petites affiches, 27 octobre 2004, n° 4, p8.

2 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 404.

3 - جابر علي محجوب، المقالة السابقة، ص 21.

وصفياً، لذلك فإن إصلاح خلل المبيع يمكن إعتبره طريقة من طرق التنفيذ العيني لضمان المطابقة خاصة في صورتها الوظيفية¹.

كما يجب أن يبقى إصلاح عدم المطابقة الشيء المسلم هو الأصل، و ذلك لأن إعتبره كجزء للإخلال بتسليم شيء مطابق هو الجزء الأكثر تماثياً و ملائمة مع ما يرغب المستهلك أن يحصل عليه، فهو دائماً يفضل أن يحظى الشيء غير المطابق بالإصلاح أكثر من أي شيء آخر².

و من وجهة نظر قانونية فإن الإصلاح يمتد إلى التنفيذ العيني الجبري للإلتزام بالضمان، حيث يتعلق الأمر بمجرد تطبيق للقواعد العامة للتنفيذ الخاطيء للعقود الملزمة لجانبين³، كما تتعين الإشارة كذلك إلى أن عملية الإصلاح لا بد أن تتم خلال آجال محددة و ذلك لأن نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 13 - 327 السالف الذكر التي تقضي بأنه: " إذا لم يتم المتدخل بإصلاح العيب في الآجال المتعارف عليها مهنيا حسب طبيعة السلعة، فإنه... "، و عليه من خلال هذا النص فإن الإصلاح كجزء يجب أن يتم خلال مدة وصفها المشرع " بالمتعارف عليها مهنيا " دون أن يحددها، بل أن تحديدها ينبغي أن يأخذ بعين الإعتبار طبيعة السلعة فيما إذا كانت مما يتم إصلاحه بسرعة أو مما يستغرق وقتاً طويلاً.

و لقد نصت إتفاقية فيينا 1980 أيضاً على حق المشتري في إصلاح البضاعة المسلمة له التي لا تكون مطابقة و ذلك من خلال المادة 3/46 التي تقضي بأنه: " يجوز للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد أن يطلب البائع إصلاح العيب في المطابقة، إلا إذا كان هذا الإصلاح يشكل عبئاً غير معقول على البائع، مع مراعاة جميع ظروف الحال، و يجب طلب الإصلاح إما في وقت الإخطار بوجود العيب في المطابقة وفقاً للمادة 39 و إما في ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار."

و عليه يجوز للمشتري إستعمال حقه في طلب إصلاح البضاعة غير المطابقة بغض النظر عن طبيعة العيب - ما لم يكن مما جرى العرف على التسامح فيه - سواء كان العيب مادياً أو قانونياً⁴، بمعنى عدم تعلق إصلاح العيب مهما كان نوعه بالمخالفة الجوهرية، و تجدر الإشارة أن إتفاقية لاهاي 1964 هي الأخرى قد نصت على إصلاح البضاعة بإعتبره تطبيقاً للتنفيذ العيني، حيث تناولت كيفية تطبيق هذا الجزء و ميزت بين البضاعة المعينة بالنوع و البضاعة المعينة بالذات، كما قصرت عملية الإصلاح على العون الإقتصادي لما يكون المنتج دون غيره⁵.

و يشترط على العموم لإستعمال المشتري حقه في طلب الإصلاح أن لا يشكل إصلاح البضاعة عبئاً غير معقول على العون الإقتصادي مع مراعاة ظروف الحال، حيث أن ما يحدث عملياً بالنسبة للبيع الدولي للبضائع هو أن توجد منشآت أطراف العقد في دول مختلفة، مما يجعل الإعتقاد بعدم إمكان تدخل العون الإقتصادي لإصلاح العيب في البضاعة مقبولاً، خاصة في الحالة التي يكون فيها المشتري قادراً على إجراء الإصلاح بنفسه أو بمساعدة الغير أو تابعيه، حيث يتحقق الهدف و هو إزالة حالة عدم مطابقة البضاعة المسلمة و بأقل النفقات بالمقارنة بحالة قيام العون الإقتصادي بهذا الإصلاح، مع ملاحظة أنه

1 - إيمان طارق الشكري و حيدر هادي، جزء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع (دراسة مقارنة) - مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 6، العدد 4، جامعة بابل، العراق، سنة 2014، ص 194 و 195.

2 - Patrick Wéry, l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, collection scientifique de la faculté de droit de Liège, Bruxelles, KLUWER, 1993, P 209.

3 - Elise Degrave, la réparation et le remplacement d'une chose vendue non-conforme, annales de droit de Louvain, vol 65, n° 1-2, 2005, P136.

4 - B. Audit, op, cit, P 126.

5- المادة 1/42 من إتفاقية لاهاي 1964.

عموما لا يتردد في مجال المعاملات الدولية في تلبية طلبات عملائه التي تتعلق بإصلاح العيب في البضاعة، و ذلك حفاظا على سمعته و سمعة منتجاته و تفاديا للمسؤولية التي تقوم بمناسبة هذا النوع من الإخلال بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية¹.

كما يشترط كذلك من خلال النص المذكور أعلاه من نفس الإتفاقية أن يقدم المشتري طلب إصلاح العيب، إما في نفس الوقت الذي يخطر فيه العون الإقتصادي بعدم مطابقة البضاعة المسلمة وفقا للمادة 39 من نفس الإتفاقية، و إما في ميعاد معقول من تاريخ هذا الإخطار، و تجدر الإشارة إلى أن المدة الممنوحة إلى العون الإقتصادي لإصلاح عدم مطابقة الشيء المسلم و التي تصفها إتفاقية فيينا 1980 بالمدة المعقولة، هي معروفة أيضا في التشريع الجزائري وفقا للمرسوم التنفيذي 13 - 327 السالف الذكر، و هذه المدة إنما تهدف إلى توقي الإنتقال إلى تطبيق جزاءات أخرى على غرار فسخ العقد و من ثم الحرص على إستقرار المعاملات، و تكريس مبدأ التوازن بين المتعاقدين²، غير أن التساؤل الذي يطرح هنا هو: متى تبدأ المدة المعقولة بالسريان ؟

إن المدة المعقولة و إن لم ينص القانون على بداية سريانها، إلا أنها تبدأ من تاريخ إكتشاف المستهلك لعدم مطابقة البضائع المسلمة³، و من هنا أيضا تتضح أهمية قيامه بفحصها عند تسلمها، و رغم ذلك فإن المستهلك لا يجب أن يفقد من المفروض حقه في طلب التنفيذ العيني للإلتزام بالتسليم المطابق لمجرد تأخيره في ذلك، فالتأخير البسيط لا يمكن إعتبره تنازلا عن حقه، و هذا ما إستقر عليه الفقه و القضاء الفرنسيين⁴، و نفس الشيء بالنسبة للفسخ⁵، و مبدأ "المدة المعقولة" يبدو منطقيا خاصة بالنسبة للعقود التجارية التي يصعب فيها تطبيق المدة المنصوص عليها في القواعد العامة بسبب طولها⁶، فحسن النية في المعاملات العقدية تفرض أن تكون مطالبة الدائن سريعة⁷، و من ثم تقدر عقلانية المدة بالوقت الذي يلزم أن يتصل فيه الشخص الحريص بمدينة⁸، لأن تأخر المستهلك قد يؤدي إلى القبول الضمني للشيء المسلم على أساس أنه مطابق أو تنازل على ممارسة حقوقه⁹.

على أن المدة المعقولة تخضع أيضا في تقديرها إلى عاملين، يتعلق الأول بطبيعة المطابقة و كمية البضاعة، و مثال ذلك إصلاح سيارتين يتطلب وقت أقل مما يتطلبه إصلاح 150 سيارة، و بالتبعية فإن مفهوم التأخير غير المعقول سوف يتغير بالإعتماد على هذا العامل، أما العامل الآخر فيتعلق بمقدرة العون

1- جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 432.

2- أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الإتجاهات الحديثة في القانون المقارن، طبعة 1، المكتبة العصرية، مصر، سنة 2007، ص 50.

3- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 289.

4 - J.Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, op,cit, n° 19, P 4 ; Cass.com.18 janvier 1984, bull, civ, IV, 1984, n° 24, P 20 ; Cass. Com.18 novembre 1983, bull.civ, IV, 1983, n° 312, P 270.

5 - Michel Alter, op, cit, P 290.

6 - J.Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions op,cit, P 4.

7 - Jérôme Huet, responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, op,cit, n° 32, P 42.

8 - Michel Alter, op,cit, P 291.

9 - J. Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions op,cit, P 4.

الإقتصادي على الإصلاح، فإذا كان هذا الأخير شركة كبيرة لها تسهيلات فإن مهمة الإصلاح سوف تحتاج إلى وقت أقل من ذلك الذي يحتاجه عون إقتصادي آخر¹.

مما سبق نخلص إلى أن إصلاح البضاعة غير المطابقة هو حق يستعمله المستهلك عند إخلال العون الإقتصادي بتسليم بضاعة مطابقة، سواء كان ذلك في عقد البيع المنصوص عليه في القانون المدني، أو عقد البيع الإستهلاكي أو البيع الدولي للبضائع، وأنه في هذا النوع الأخير من العقود فإن هذا الإخلال يكيف على أنه مخالفة غير جوهرية، وإن كان هذا لا يمنح المشتري من استعمال هذا الحق حتى ولو كانت المخالفة جوهرية، و في جميع هذه العقود فإنه يتطلب لتطبيقه شروط معينة من جانب المشتري، كما يسري الإصلاح المنصوص عليه قانونا على جميع حالات عدم المطابقة دون تمييز و لا سيما الوظيفية.

الفرع الثاني: التنفيذ العيني غير المباشر.

تنص المادة 170 ق م على أنه: " في الإلتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الإلتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا."

و لما كان الإلتزام بالتسليم المطابق يدخل في مفهوم الإلتزام بعمل، فإنه يجوز للمستهلك أن يحصل على بضائع مطابقة على نفقة العون الإقتصادي إذا أخل هذا الأخير بتسليم شيء مطابق لإحتياجات المستهلك، و ذلك مع مراعاة طبيعة المبيع، فإذا تعلق الأمر بشيء معين بنوعه، فإن المستهلك يستطيع الحصول على الشيء من النوع ذاته من السوق على نفقة العون الإقتصادي بعد إستئذان القاضي دون الإخلال بحقه في التعويض²، و في حالة الإستعجال فإن القاضي الإستعجالي هو من يمنح الترخيص بالإستبدال³.

و لقد نص المشرع الجزائري صراحة على الإستبدال كجزاء للإخلال بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق، و يقصد به تغيير الشيء غير المطابق بشيء مطابق⁴، أو بطريقة أخرى هو الرخصة الممنوحة للمستهلك للحصول من الغير على البضائع التي لم يتم تسليمها من طرف العون الإقتصادي و ذلك على نفقة هذا الأخير⁵، و سبب تقرير هذا الجزاء هو أن زوال حالات عيوب المطابقة تتطلب إستبدال بعض مكونات البضاعة، و في هذه الحالة ينتج الإستبدال عن إصلاح الشيء الذي يختلف عن الإستبدال المستقل للشيء⁶.

و لما نص المشرع الجزائري على حق المستهلك في الإستبدال، فقد جعله مكنة له و أحد حقوقه بعد فشل عملية إصلاح المنتج، و الأكثر من ذلك فإنه يعتبر ضمانا قانونيا لا يمكن أن تقل مدته وفقا للقانون الجزائري عن الستة (06) أشهر تسري ابتداء من تاريخ تسليم السلعة الجديدة⁷، و ثلاثة أشهر (03)

1 - نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 289.

2 - A. Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 129 ; J. Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, op,cit, P 6 ; Jacques Ghestin et B. Desché, op,cit, P 742.

3 - نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 331.

4 - G. Pignarre, op,cit, P 8.

5 - أماوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 416.

- G. Pignarre,op,cit, P 8.6

7 - المادة 16 من المرسوم التنفيذي 13-327-المذكور سابقا-

بالنسبة للأشياء المستعملة¹، أما في القانون الفرنسي فلا يمكن أن تقل مدة الضمان عن سنتين بالنسبة للأشياء الجديدة تسري من تاريخ التسليم، على أن عيوب المطابقة التي تظهر خلال هذا الأجل يفترض وجودها لحظة التسليم ما لم يثبت العكس²، أما الأشياء المستعملة فلا يمكن أن تقل مدة الضمان عن ستة أشهر³، و معنى ذلك أن المستهلك خلال مدة الضمان يكون معفى من إثبات عيوب المطابقة التي قد تظهر.

و تنص المادة 15 من المرسوم التنفيذي 13-327 المذكور سابقا على أنه: " إذا تعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة فإنه يجب إستبدالها أو رد ثمنها في أجل 30 يوما ابتداء من تاريخ التصريح بالعيب."

ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع قد مكن المستهلك من الإستبدال بشرط فشل إصلاح الشيء المسلم و غير المطابق، أو في حالة الإصلاح الذي لا يكون مجددا بأن يتعرض المنتج إلى أعطاب متكررة بين إما إستبداله أو رد ثمنه⁴، و هذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي يخير المستهلك بين الإصلاح أو الإستبدال في حالة عيب المطابقة، كما أجاز للعون الإقتصادي أن لا يستجيب لخيار المستهلك، متى كان هذا الخيار يكلف أعباء أخرى بالنسبة له، مقارنة مع الخيار الآخر، مع الأخذ في الحسبان قيمة الشيء أو أهمية جسامته العيب⁵.

و على الرغم من أن الإستبدال يعد إحدى صور التنفيذ العيني إلى جانب إصلاح البضاعة غير المطابقة، إلا أن هناك من لا يؤيده كجزء، لأن الإلتزام بالتسليم المطابق هو وضع الشيء المتفق عليه تحت تصرف المستهلك بحيث يكون ملائما لحاجياته، كما أنه لا يجوز إجبار المستهلك على تسلم شيء آخر غير الذي تعاقد من أجله، و لهذا السبب لا يكون الإستبدال جزءا مناسب كونه يرد على شيء آخر غير ذلك الذي تم الإتفاق عليه⁶.

كما يتعين التفرقة بين ما إذا كان الإستبدال يتعلق بشيء معين بالذات أو معين بالنوع، ففي الحالة الأخيرة فإن الإستبدال يشكل طريقة تنفيذ عيني للإلتزام بالعون الإقتصادي، و ذلك لأن هذا الأخير ملزم دوما بتسليم شيء مطابق تماما لذلك الذي هو محل التعاقد، و بالتالي يمكن للمستهلك أن يطلب تنفيذ الإلتزام عينا و إستبدال الشيء المعين بالنوع غير المطابق، أما إذا تعلق الأمر بشيء معين بالذات فإن العون الإقتصادي لا يمكنه أن يسلم شيء مطابق تماما لمحل العقد الذي إتجهت إرادة المستهلك لقبوله، فهو لا يمكنه في هذه الحالة طلب التنفيذ العيني للإلتزام بالتسليم المطابق للعقد، لأن هذا التنفيذ مستحيل لما يتعلق الأمر بمبيع معين بالذات⁷، لأن الجزء المناسب لتسليم شيء معين بالذات غير المطابق هو إصلاح عدم المطابقة إذا أمكن ذلك⁸، و عليه يشترط أساسا لممارسة المستهلك رخصة الإستبدال أن يكون المبيع معيناً بالنوع⁹.

1 - المادة 1/17 من المرسوم التنفيذي 13-327 -المذكور سابقا-

2 - المادة 7-217L1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

3 - المادة 7-217L2 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

4 - المادة 13/2 من المرسوم التنفيذي 13-327 السالف الذكر.

5 - أنظر المادة 9-217L2 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

6 - Elise Degrave, art préc, P 138.

7 - Ibid, P 138.

8 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 410.

9 - Philippe Malaurie – L. Aynés et Pierre Yves Gauthier, les contrats spéciaux, op,cit, P 209 ; Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 742.

كما يشترط لممارسة الحق في الاستبدال أيضا أن يتم إحترام شروط العقد الأصلي و على نفقة هذا العون الإقتصادي، و من ثم فإن العقد الجديد لابد أن يكون مطابق تماما للعقد الأصلي، و يتعين على المستهلك أن يحصل على مبيع من الكمية و النوعية المماثلة لتلك المتفق عليها في العقد الأصلي¹.

و يشترط أيضا قبل قيام المستهلك بإستعمال حقه في الإستبدال أن يقوم بإعذار العون الإقتصادي بذلك، و هذا الشرط ضروري للمطالبة بأي صورة من صور التنفيذ العيني، كما يشترط كذلك أن يقوم المستهلك بالحصول على إذن قضائي لممارسة حقه في الإستبدال، و الحصول على حكم يأخذ مقام الترخيص للقيام بإستبداله، و ذلك بالتوجه إلى عون إقتصادي آخر².

و في حالة الإستعجال يمنح الترخيص من طرف قاضي الأمور المستعجلة، و تجدر الإشارة إلى أنه في مثل هذه الحالات الإستعجالية فإن المشرع المصري أعفى الدائن من الحصول على الترخيص القضائي المسبق و هذا إستنادا إلى نص المادة 205 ق م مصري، عكس المشرع الجزائري الذي لم ينص على هذه الحالة³، و يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية في منح الترخيص للمستهلك من عدمه، غير أنه إذا تعلق الأمر بعقد بيع تجاري فإن المستهلك يمكنه الإستبدال دون الترخيص المسبق من القضاء⁴.

نفس الحكم السابق أخذ به المشرع الجزائري عندما يتعلق الأمر بعقد البيع الإستهلاكي، حيث لم يلزم المستهلك من أجل إستبدال الشيء غير المطابق للجوء إلى القضاء قصد إستصدار ترخيص بذلك، و هذا أمر نراه منطقي لأنه يتماشى مع السرعة التي تتطلبها الحياة العصرية و مع المتطلبات الإقتصادية، فقد تكلف مصاريف الحصول على هذه الرخصة العون الإقتصادي باهضا و هذا غير مناسب.

و لقد أوجب المشرع أن ينفذ الإستبدال أو رد العون الإقتصادي للثمن في أجل ثلاثون يوما (30) تسري من تاريخ التصريح بالعيب و بعد تعذر الإصلاح⁵، و هذه المدة تعتبر قصيرة لكنها تتناسب نسبيا مع هذا النوع من العقود، و من ثم فإن الرخصة المسبقة المنصوص عليها من خلال المادة 2/166 ق م نعتقد أنها لا تتعلق بالعقود التي يكون فيها المستهلك طرفا و ذلك لتعارضها مع مصالحه، و لقد سنها المشرع في القواعد العامة فقط حتى لا يتعسف المستهلك في إستعمال مكنة الإستبدال، حيث يتعين عليه لإستعمالها أن يمر بالقاضي الذي سيكون في موقف محايد ليقرر منحها من عدمه.

كما يتعين على العون الإقتصادي تعويض المستهلك ثمن الإستبدال، أي الثمن المدفوع من أجل إعادة شراء بضائع أخرى مطابقة، فإذا كان هذا الثمن أكبر من المتفق عليه مع العون الإقتصادي الأصلي، فإن ما زاد عنه يكون على عاتق العون الإقتصادي المخل، أما في حالة ما إذا كان ثمن الإستبدال أقل من الثمن المتفق عليه منذ البداية، فإن الفرق الإيجابي يحفظ من طرف المستهلك على سبيل التعويض⁶.

1 - Philippe Malaurie – L. Aynés et Pierre Yves Gauthier, les contrats spéciaux, op,cit, P 209 ; J.Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, op,cit, P 6.

2 - A. Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 129.

3 - أماوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 418.

4 - J.Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, op,cit, P 6.

5 - المادة 15 من المرسوم التنفيذي 13 - 327 السالف الذكر.

6 - Michel Alter, op,cit, P 211 ; G.Baudry – Lacantinerie et L.Saignant, op,cit, P 311.

و من المفروض أن يلتزم العون الإقتصادي فقط برد التكلفة العادية للإستبدال الحاصل، شاملة المصاريف الإضافية الناتجة عن الإخلال، مثل عمولة السمسار المكلف بشراء البضاعة الجديدة أو فوائد الثمن الذي كان يتعين على المستهلك دفعه من يوم الدفع إلى يوم الإكمال النهائي للإستبدال الحاصل، كما أن إحتساب إجمالي النفقات الناتجة عن الإستبدال مسألة متروكة للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، حيث أنه يفترض أن يقدر هؤلاء التكلفة العادية للإستبدال إما عند تاريخ إعدار العون الإقتصادي أو عند التاريخ المتفق عليه بين المتعاقدين و هو التاريخ المقرر لتسليم الشيء المبيع¹، كما يجوز لقضاة الموضوع الحكم لفائدة المستهلك بتعويض عن الضرر الذي أصابه².

و لقد نصت إتفاقية فيينا 1980 على " الإستبدال " كجزء يحصل من خلاله المشتري على حساب العون الإقتصادي على بضائع تماثل تلك المتفق عليها في عقد البيع الدولي للبضائع، بحيث يوجد المشتري في نفس المركز الذي كان يجب أن يكون فيه لو أن العون الإقتصادي نفذ إلتزامه تنفيذا صحيحا³، حيث تنص المادة 2/46 من نفس الإتفاقية على أنه: " لا يجوز للمشتري في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد، أن يطلب من البائع تسليم بضاعة بديلة إلا إذا كان العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد، وطلب المشتري تسليم البضائع البديلة في الوقت الذي يخطر فيه البائع بعدم المطابقة وفقا لأحكام المادة 39، أو في ميعاد معقول من وقت هذا الإخطار."

و يشترط لتطبيق حق الإستبدال وفقا لإتفاقية فيينا 1980 أن يرد هذا الجزء على بضائع معينة بالنوع كما هو الأمر في القواعد العامة، فضلا عن أن يشكل إخلال العون الإقتصادي مخالفة جوهرية بالمعنى الوارد بالمادة 25 من الإتفاقية، حيث يمكن أن يكون العون الإقتصادي قد قام بتسليم كامل البضاعة بشكل غير مطابق للعقد أو أنه قام بتسليم جزء منها غير مطابق، و في هذه الحالة الأخيرة فإن الإستبدال يتعلق فقط بالجزء غير المطابق فقط مع الإحتفاظ بباقي البضاعة المطابقة و هذا على أساس جواز الرفض الجزئي للبضاعة⁴.

كما يشترط أيضا وفقا لنص المادة 2/46 من الإتفاقية، ضرورة أن يسبق ممارسة حق الإستبدال قيام المشتري بإشعار العون الإقتصادي بذلك، و هذا كي يجهز هذا الأخير بضائع بديلة، و يتم الإخطار وفقا للقواعد الواردة في نفس الإتفاقية⁵، و يتعين كذلك إمكانية إعادة البضاعة إلى العون الإقتصادي و ذلك ما إشتراطته المادة 82 من إتفاقية فيينا 1980.

و تجدر الإشارة أيضا إلى أنه سواء تعلق الأمر بالبيوع الداخلية أو العقود التجارية الدولية فإنه يتعين على المشتري أن يقوم بإستعمال حقه في الإستبدال وفقا لمبدأ حسن النية، حيث عندما يقوم بإجراء الإستبدال فإنه يجب عليه أن يأخذ في الحسبان مسألة النفقات التي ينبغي أن تكون بأقل قدر ممكن، و أن يقوم بالتأكد من أسعار البضاعة في الأسواق قبل الشراء، و ذلك حتى لا يقوم بالشراء في اليوم الذي يرتفع فيه ثمن البضاعة مما يضر بالعون الإقتصادي⁶، و بتوافر هذه الشروط يمكنه ممارسة رخصة إستبدال البضاعة التي سلمت له و التي تعتبر غير مطابقة و ذلك بأخرى مطابقة على نفقة العون الإقتصادي،

1 - Jacques Ghestin et B. Desché, op,cit,P 742 ; Schmidt Szalewzki, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, op, cit,P 16.

2 - Michel Alter, op,cit, P 316.

3 - محمود سمير الشراوي، المقالة السابقة، ص 372.

4 - المادة 51 من الإتفاقية.

5 - جمال محمود عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 410.

6 - محمود سمير الشراوي، المقالة السابقة، ص 372.

و يكون الحكم الناطق بالتنفيذ العيني مرفقا حسب الحاجة بما يفيد الإلزام، و في حالة تعنت العون الإقتصادي يمكن للمشتري اللجوء إلى القوة العمومية¹.

إن التساؤل الذي يتبادر إلينا في هذا الشأن هو: ما مدى كفاية و فعالية الضمان القانوني الساري عند تسليم العون الإقتصادي شيء غير مطابق في حماية المصالح التجارية للمستهلك؟

في الحقيقة لقد احتاط المشرع الجزائري و الفرنسي على حد سواء من عدم كفاية أو فعالية أو حتى قصور قواعد الضمان القانوني المكرسة في حالة التسليم غير المطابق، و ذلك بأن نص كلاهما على الضمان الإضافي² أو ما يعرف أيضا بالضمان التجاري³، الذي يعرف على أنه: " كل إلتزام تعاقدي محتمل يبرم إضافة إلى الضمان القانوني الذي يقدمه المتدخل أو ممثله لفائدة المستهلك، دون زيادة في التكلفة"⁴.

كما يعرف أيضا على أنه: " كل تعهد عقدي للمهني في مواجهة المستهلك فيما يخص إرجاع ثمن الشراء، إستبدال أو إصلاح الشيء أو تقديم أي خدمة لها علاقة مع الشيء، بالإضافة إلى إلتزاماته القانونية التي تهدف إلى مطابقة الشيء"⁵.

من خلال النصين السابقين يتضح أنه يجوز للعون الإقتصادي منح ضمان على سبيل الإضافة إلى المستهلك بحيث يكون أكثر جدوى و أوسع نطاق من الضمان القانوني، لكن بشرط أن يكون ذلك بمعزل عن هذا الأخير و لا يمكن بأي حال أن ينقص منه و هذا ما أكده المشرع الجزائري⁶ و الفرنسي⁷، حيث يعتبر الضمان الإضافي بمثابة إمتياز⁸ يأخذ شكل الإلتزام التعاقدي المكتوب الذي تحدد فيه البنود الضرورية لتنفيذه و أن يحتوي على البيانات اللازمة المذكورة في المادة 6 من المرسوم التنفيذي 327-13 المذكور سابقا⁹، و أن تسلم نسخة منه إلى المستهلك¹⁰، بالإضافة إلى ضرورة أن يحتوي عقد الضمان الإضافي على جملة من البيانات كما هو منصوص عليه في المادة 6 من المرسوم التنفيذي 327-13 المذكور سابقا، التي تقضي بأنه: " يجب أن تبين شهادة الضمان التي يسلمها المتدخل، على الخصوص البيانات الآتية:

-إسم أو إسم شركة الضامن و عنوانه و رقم سجله التجاري و كذا العنوان الإلكتروني عند الإقتضاء،

-إسم و لقب المقتني،

1 -Michel Alter, op, cit, P 314, Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 739, François Collart et PH. Delebecque, op, cit, P 226 et s.

- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 27.

2 - المنصوص عليه في المادتين 18 و 19 من المرسوم التنفيذي 327-13 المذكور سابقا.

3 - المنصوص عليه في المادتين L217-15 و L217-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

4 - أنظر المادة 4 من المرسوم التنفيذي 327-13 المذكور سابقا.

5 - أنظر المادة L217-15 فقرة 1 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

6 - المادة 14 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

7 - أنظر المادة L217-15 فقرة 4 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

8 - المادة 18 من المرسوم التنفيذي 327-13 المذكور سابقا.

9 - المادة 19 من المرسوم التنفيذي 327-13 المذكور سابقا.

10 - أنظر المادة L217-15 فقرة 2 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

رقم و تاريخ الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو قسيمة الشراء و/ أو كل وثيقة أخرى أخرى مماثلة،

- طبيعة السلعة المضمونة، و لاسيما نوعها و علامتها و رقمها التسلسلي،

سعر السلعة المضمونة،

-مدة الضمان،

-إسم و عنوان الممثل المكلف بتنفيذ الضمان، عند الإقتضاء".

و تقريبا نفس المعلومات إشتراط المشرع الفرنسي ذكرها في الضمان التجاري و لكن مع بعض الدقة، و ذلك عندما نص من خلال المادة L217-15-15 فقرة 3 من قانون الإستهلاك على أنه: " يبين العقد مضمون الضمان، أشكاله و تطبيقه، ثمته، مدته و نطاقه الإقليمي و كذا لقب و عنوان الضامن".

كما إحتاط المشرع الجزائري أيضا لمسألة عدم كفاية الضمان القانوني المقرر عند إخلال العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق، و ذلك من خلال النص على خدمة ما بعد البيع في المادة 16 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش التي تقضي بأنه: " في إطار خدمة ما بعد البيع، و بعد انقضاء فترة الضمان المحددة عن طريق التنظيم، أو في الحالات التي لا يمكن للضمان أن يلعب دوره، يتعين على المتدخل المعني ضمان صيانة و تصليح المنتج المعروض في السوق".

مبدئيا لا بد أن نشير إلى أن خدمة ما بعد البيع لا يمكن أن تعوض الضمان القانوني لكونه من النظام العام¹، كما أنها ليست مرادف للضمان الإضافي أي التجاري الممنوح للمستهلك بموجب عقد، و هذا ما نص عليه المشرع الفرنسي صراحة من خلال المادة L 217-17 من قانون الإستهلاك، بل تعتبر مكملا للضمان القانوني لأنها تبدأ حين لا يكون هذا الأخير مجديا.

و تشمل خدمة ما بعد البيع حسب المادة L217-18 من قانون الإستهلاك الفرنسي التركيب و التأكد من تشغيل الجهاز، على أن يرفق بتقديم دليل إستعماله إذا كان له داع و بشهادة ضمان الجهاز، حيث تهدف لإصلاح الشيء غير المطابق و إزالة كل خلل يشوبه، كما تعتبر وسيلة لتنفيذ الضمان القانوني و امتداد للعقد الذي لم ينفذ تنفيذا سليما، و هذه العلاقة المتكاملة بين خدمة ما بعد البيع و الضمان القانوني يترتب عليها أن تكون خدمة ما بعد البيع مجانية أي بدون مقابل، لأن الهدف منها هو تنفيذ إلتزام العون الإقتصادي بمقتضى العقد، و الذي يجد سببه فيما تلقاه من ثمن نظير نقل الملكية للمستهلك، كما يترتب على العلاقة المتكاملة أيضا أن تدخل العون الإقتصادي لآداء الخدمة لا يكون في إطار عقد جديد مع المستهلك، بل يعد التدخل وسيلة لتنفيذ إلتزام يقع عليه ناتج عن العقد الأصلي².

الفرع الثالث: بقاء العقد مع إنقاص الثمن.

إن إحدى خصوصيات عقد البيع تتمثل في تفادي اللجوء إلى القضاء إذا ما تعلق الأمر بالإخلال بتنفيذ الإلتزامات العقدية الناشئة عنه، و ذلك بأن يقرر الأطراف أنفسهم الجزاء المتمثل في الإبقاء على العقد مع تخفيض الثمن إذا إتضح أن البضاعة المسلمة ناقصة الكمية أو كانت ذات نوعية أقل مما تم

1- لأن كل اتفاق يقضي بإسقاط هذا الضمان يعد باطلا و هذا ما نصت عليه المادة 13 فقرة 5 من قانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

2- جابر محجوب علي، خدمة ما بعد البيع في بيوع المنقولات الجديدة، الطبعة الثالثة، دار طبية للطباعة، مصر، سنة 2008، ص 12 و ما بعدها.

الإتفاق عليه، عندئذ يمكن للقاضي أن يفرض على المستهلك الإحتفاظ بها إذا لا تزال صالحة للإستعمال المتفق عليه، و في هذه الحالة و دون إنتهاج طريقة فسخ البيع فإن القاضي يباشر بتعديل العقد و يستفيد المستهلك من تم من تخفيض الثمن¹.

إن تعديل العقد يكتسي أهمية معتبرة بالنسبة لأطرافه طالما أنه يسمح باستقراره²، و خاصة لما يتعلق الأمر بعلاقات تجارية لا يكون الفسخ هو الجزاء المناسب فيها لأنه يحول دون إستقرارها³، و هذا مخالف تماما لأسس القانون التجاري و افتراض حسن النية في تنفيذ العقد.

و لقد نص قانون الإستهلاك الفرنسي على مكنة المستهلك في الحفاظ على العقد مع استرجاع جزء من ثمن المبيع إذا كان غير مطابق، و هذا ما يعني تخفيض الثمن⁴، كما نص على ذلك أيضا من خلال المادة 1223 ق م التي تقضي بأنه: " يمكن للدائن بعد اعدار المدين أن يقبل بالتنفيذ غير الجيد للعقد، و يطلب التخفيض الجزئي للثمن.

و إذا كان الدائن لم يدفع بعد، فإنه يتعين عليه الإخطار بقراره في أقرب الآجال".

و تجدر الإشارة إلى عدم تطرق المشرع الجزائري إلى هذه المسألة في قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش و لا في النصوص التنظيمية الخاصة به، لكنه عالجه فقط من خلال القواعد العامة أي المادة 366 ق م التي تنص على أنه: " إذا وجد نقص في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق في طلب انقاص الثمن، أو فسخ العقد و حق البائع في طلب تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا".

فمن خلال هذا النص يتضح أن المشرع قد خير المستهلك في حالة عدم مطابقة المبيع كميًا، بين إما فسخ العقد أو الإبقاء على البيع و لكن طلب إنقاص الثمن بقدر النقص أو العجز الحاصل في الكمية، و بذلك تتم المحافظة على إستقرار العقد مع بعض التعديل، الذي يتعين أن يطلب من القضاء⁵، حيث يتمتع قضاة الموضوع بالسلطة التقديرية في تقدير ما إذا كان هناك مجال لإنقاص الثمن أم لا⁶.

أما بالنسبة لعقد البيع الدولي للبضائع فإن تعديله يطبق فقط في حالة عدم جود مخالفة جوهرية⁷، بمعنى أن التعديل يتطلب وجود مخالفة غير معتبرة أي بسيطة⁸، و عليه إذا كانت غير ذلك كونها تجعل البضاعة المسلمة غير صالحة للإستعمال أو غير قابلة للتسويق أو لأنها تمس بمرجعيتها أو طبيعتها أو علامتها أو أصلها، فإن المشتري يمكنه طلب فسخ البيع مع التعويض⁹.

1 - J. Huet, op,cit, P 216 ; François Terre, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 632 ; Philippe Kahn, la vente commerciale internationale, op,cit, P 148.

2 - F. Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op,cit, P 227.

3 - Michel Alter, op,cit, P 321.

4 - المادة L217-10 فقرة 1.

5 - Philippe Kahn, la vente internationale commerciale, op,cit, P 151.

6 - J.Huet, op,cit, P 216

7 - Jacques Ghestin et B. Desché, op,cit, P 817.

8 - Philippe Kahn, la vente internationale commerciale, op,cit, P 151.

9 - Baudry – Lacantinerie et L. Saignant, op,cit, P 324 et 325 ; Michel Alter, op,cit, P 330.

إن إجراء تعديل العقد عن طريق تخفيض الثمن منصوص عليه أيضا في البيع التجاري الدولي للبضائع من خلال المادة 50 من إتفاقية فيينا 1980¹، التي تخول للمشتري إنقاص ثمن البيع في حالة ثبوت أن البضائع المسلمة مشوبة بعيب في المطابقة، حيث يكون تعديل العقد من جانب واحد²، و يقصد بتخفيض الثمن إلزام العون الإقتصادي برد جزء من ثمن البضاعة إلى المشتري إذا كان هذا الأخير قد دفع الثمن، أو عدم إلزام المشتري بكل ثمن البضاعة المتفق عليه إذا لم يكن قد دفعه كاملا³.

و إذا كانت المادة 50 من إتفاقية فيينا 1980 - السالفة الذكر - قد وسعت من نطاق التعديل ليشمل جميع الحالات التي يكون فيها المبيع المسلم غير مطابق، فإنه و وفقا لهذه الإتفاقية يمكن للمشتري نفسه القيام بهذا الإجراء، في حين أن ذلك غير ممكن وفقا للقانون الفرنسي، حيث أن التخفيض يفرضه القاضي⁴، و تجدر الإشارة أنه حتى يستفيد المشتري من تخفيض الثمن لا يشترط أن يشكل عيب المطابقة مخالفة جوهرية⁵، إلا أنه يتعين عليه إعلان عيب المطابقة في أجل معقول.

كما أنه و طبقا للمادة 50 من نفس الإتفاقية، فإنه إذا نازع العون الإقتصادي المشتري في طريقة تخفيض هذا الأخير للثمن و لم يتلق ردا، فإنه يتعين عليه (العون الإقتصادي) رفع النزاع أمام المحكمة المختصة⁶، و لقد نصت أيضا على أن المشتري يفقد حقه في تخفيض الثمن إذا قام العون الإقتصادي بإصلاح الخلل في تنفيذ التزاماته وفقا لأحكام المادة 37 أو 48، أو إذا رفض المشتري أن يقوم العون الإقتصادي بالتنفيذ وفقا للمادتين المذكورتين فلا يجوز للمشتري أن يخفض الثمن، و ذلك لأنه في مجال البيع الدولي للبضائع فإنه يمكن للعون الإقتصادي إصلاح الخلل حتى بعد تسليم البضائع، و يكون ذلك على نفقته الخاصة بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى التأخير غير المعقول، و أن لا يسبب إلى المشتري مضايقة غير معقولة أو الشك في قيام العون الإقتصادي بدفع المصاريف التي أنفقها المشتري⁷.

إن هذه المكنة أو الرخصة الممنوحة إلى العون الإقتصادي و المتمثلة في إصلاح كل عيب تسمى فقها بالحق في "إيجاد الحلول عند عدم التنفيذ"⁸، حيث تعتبر وسيلة تعيق لجوء المشتري إلى تخفيض الثمن المنصوص عليه في المادة 50 من إتفاقية فيينا 1980، كذلك حتى و إن قام العون الإقتصادي بالإصلاح فإن المشتري يمكنه طلب التعويض⁹، أو في ظل وجود إمكانية القضاء بفسخ العقد بسبب جسامته إخلال العون الإقتصادي، فإن المشتري يمكنه أن يمارس الفسخ مهما كانت إرادة العون الإقتصادي متجهة لإيجاد حلول لعدم التنفيذ¹⁰، و بالتالي فإن العون الإقتصادي يمكنه ممارسة حقه في إيجاد حلول لعدم تنفيذه

1 - تنص المادة 50 من إتفاقية فيينا على أنه: " في حالة عدم مطابقة البضائع للعقد وسواء تم دفع الثمن أم لا، جاز للمشتري أن يخفض الثمن بمقدار الفرق بين قيمة البضائع التي تم تسليمها فعلا وقت التسليم، وقيمة البضائع المطابقة في ذلك الوقت، غير أنه إذا قام البائع بإصلاح الخلل في تنفيذ التزاماته وفقا لأحكام المادة 37 أو المادة 48، أو إذا رفض المشتري أن يقوم البائع بالتنفيذ وفقا للمادتين المذكورتين، فلا يجوز للمشتري أن يخفض الثمن".

2 - J. Huet, op,cit, P 634.

3 - محمود سمير الشرقاوي، المقالة السابقة، ص 371.

4 - Philippe Kahn, la vente commerciale internationale, op,cit, P 150.

5 - J. Huet, op,cit, note n° 82, P 525 et n° 11752, 3, P 634.

6 - إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء 2، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2008، ص 592.

7 - المادة 1/48 من إتفاقية فيينا 1980.

8 - B. Audit, la vente internationale de marchandises, op,cit, P 128

9 - J. Huet, op,cit, P 736

10 - المادة 48 تشير صراحة إلى تطبيق مضمونها ولكن دون الإخلال بأحكام المادة 49 من إتفاقية فيينا التي تجيز للمشتري فسخ العقد في حالات معينة.

الإلتزام المنوط به، شريطة أن لا يتعلق الأمر بمخالفة جوهرية كالعيب الجسيم للبضاعة أو التأخير غير البسيط في التنفيذ¹.

و السؤال الذي يتبادر إلينا هنا هو: هل يمكن للمشتري أن يطلب التعويض عندما يقوم بتخفيض الثمن في حالة عدم مطابقة البضاعة المسلمة ؟

حسب المادة 45 فقرة 2 من إتفاقية فيينا 1980 فإنه يمكن للمشتري طلب التعويض حتى عندما يمارس حقه في اللجوء إلى طرق أخرى مقررة في المواد من 45 إلى 52 من هذه الإتفاقية، فطلب التعويض لا يمكن بأي حال أن يستند إلى عدم مطابقة البضائع المسلمة عندما يكون المشتري قد إختار تخفيض الثمن كجزاء لها و هذا إستنادا إلى المبدأ الذي يقضي بعدم جواز مطالبة المشتري مرتين بتعويض نفس الضرر، و حسب رأي آخر² فإنه يمكن طلب التعويض حتى و إن كان المشتري قد قام بتخفيض الثمن، أي أن هذا التخفيض لا يعفي من إمكانية طلب التعويض الذي يحدد وفقا للضرر المتوقع وقت العقد كما أن تقديره يخضع للوقائع المتدخلة فيه منذ إبرام العقد و التي تؤدي إلى التقليل من الضرر، في حين أن تخفيض الثمن يحسب بالرجوع إلى الثمن العقدي.

المطلب الثاني: حق الخيار بين التنفيذ العيني أو فسخ العقد.

لقد خير المشرع الجزائري المستهلك الذي يخل العون الإقتصادي في مواجهته بتسليم شيء غير مطابق لاحتياجاته بين إما، التنفيذ العيني للإلتزام بالتسليم المطابق و ذلك بصورتيه المباشرة و المتمثلة في إصلاح البضاعة، أو غير المباشرة و المتمثلة في إستبدال البضاعة، و بين فسخ العقد، و يتجسد الحق في الخيار من خلال إمكانية المطالبة بالجزاء المناسب، و عليه سنتطرق في الفرع الأول الى شروط ممارسة حق الخيار، ثم إلى الحق في الخيار بالنسبة للدائن نفسه في الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث فإلى مدى إمكانية خيار الدائن بالنسبة للمدين.

الفرع الأول: شروط ممارسة الحق في الخيار.

يستمد حق المستهلك في الخيار بين التنفيذ العيني أو الفسخ من نص المادة 119 ق م التي تقضي بأنه: " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك.

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات."

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع في العقد الملزم لجانبين قد خير الدائن بين الجزاء المتعلق بالتنفيذ العيني للعقد أو فسخه، و ذلك في حالة إخلال المدين بتنفيذ إلتزامه التعاقدية مع التعويض في كلتا الحالتين، و معنى ذلك أنه في حالة إخلال العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق للمستهلك فإن هذا الأخير من حقه أن يختار بين التنفيذ العيني للإلتزام أو فسخ العقد، بغض النظر عن صورة عدم مطابقة الشيء المسلم أو شكلها، و حق الخيار الذي يتحدد على أساسه مصير الإلتزام و بالتبعية مصير العقد³ أمر متروك

1 - J. Huet, op,cit, P 636 et Vincent Heuzé, la vente internationale de marchandises, op,cit, P 372.

2 - B. Audit, la vente internationale de marchandises, op,cit, P 135,136

3 - G.Baudry – Lacantinerie et L.Saignant, op,cit, P 309 ; Michel Alter, op,cit, P 285.

للإرادة الشخصية للمستهلك متى وجد إخلال من جانب العون الإقتصادي بوضع مبيع مطابق تحت تصرفه ، لكن هل يجوز للمستهلك الذي حصل على حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه يقضي بإلزام العون الإقتصادي بالتنفيذ العيني للإلتزام أن يرفع دعوى الفسخ ؟

يجوز للمستهلك الذي بدأ برفع دعوى التنفيذ أن يعدل عن طلبه فيرفع دعوى فسخ ليتحلل بها من العقد، لأن المطالبة بالتنفيذ العيني للإلتزام لا يمكن تفسيرها على أنها تنازل منه عن حقه في الفسخ، وذلك لأن هذا الأخير ما هو إلا جزء ذو طابع احتياطي لا يتم اللجوء إليه إلا عندما لا يتمكن المستهلك من الحصول على تنفيذ العون الإقتصادي للإلتزامه العقدي¹، فضلا عن أن عدم التنفيذ العيني للإلتزام هو الإخلال بشرط جوهرى للمطالبة بالفسخ في حالة ما إذا لم يتم بتنفيذ إلتزامه، وعليه يبقى من باب أولى أنه لا يجوز أن يفقد المستهلك حقه في طلب فسخ العقد، خاصة إذا كان طلب التنفيذ لا يزال أمام المحكمة، فيجوز له أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ² والعكس صحيح³.

أما طلب الفسخ بعد طلب التنفيذ أمام المجلس القضائي فلا يعد طلبا جديدا، حيث يجوز طلبه أمامه لأول مرة، لأن طلب التنفيذ و الفسخ هما وجهان لحق واحد، أساسهما هو إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزامه التعاقدى، حيث أن الفسخ ما هو إلا طريقة لجبر الضرر الناشئ عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام التعاقدى⁴، حيث يظل حق الخيار قائما ما لم يصدر حكم نهائي، و عليه يجوز رجوع المستهلك عن خياره، إذ يمكنه طلب الفسخ بعد أن كان قد بدأ بطلب التنفيذ إذا كانت له مصلحة في ذلك، كأن يكون سعر الشيء قد إنخفض مثلا⁵.

كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان العون الإقتصادي قد أخل بتسليم شيء مطابق فإنه يجب على المستهلك أن يمارس خياره على وجه السرعة، و هذا حتى لا يفسر سكوته على أنه قبول للشيء بحالته و رضائه بعدم المطابقة، ذلك لأن تسلم الشيء و إستعماله لمدة طويلة دون إبداء تحفظات من جانب المستهلك يرتب حرمانه من طلب توقيع أي جزء ضد العون الإقتصادي⁶.

إن حق الخيار الممنوح للمستهلك ليس حقا مطلقا، لأنه إذا كان يجوز له أن يختار بحرية الوسيلة التي يرى بأنها الأكثر ملائمة لحاجاته بين تنفيذ أو فسخ البيع، فإنه يوجد فرضيات أين يفقد فيها الخيار دائما أو أحيانا طابعه التقديري، لأنه توجد حالات يكون فيها خيار المستهلك مشلول أو معطل، كما في حالة إستحالة تنفيذ التسليم قبل أو بعد لجوء المستهلك للقضاء، مثل الحالة التي يهلك فيها الشيء المعين بذاته بسبب ينسب للعون الإقتصادي إلى جانب هذه الإستحالة المادية يوجد الإستحالة القانونية، و ذلك مثلا لما يقوم هذا الأخير بإعادة بيع المنقول إلى الغير حسن النية، و نفس الشيء لما يكون الغير حسن النية قد قام بتسجيل العقار المبيع في المحافظة العقارية أو السجل العقاري و في هذه الحالة يمكن للمستهلك طلب فسخ عقد البيع⁷.

1 - حموحسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، سنة 2011 ، ص 48.

2 - عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، طبعة 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1997، ص 43.

- François Terré, PH.Simler et Y.Lequette, op,cit, P 630.

3 - Michel Alter, op,cit, P 286.

4- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 44 و أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 120.

5- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 486.

6- نفس الرسالة، ص 488.

- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 7.291

كما أن طبيعة الشيء المبيع يمكن أن تكون قيدها مهما لما يتاح للمستهلك الخيار بين تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق و فسخ البيع، حيث أنه لما يرد البيع على شيء مثلي فإن تأخر العون الإقتصادي عن تنفيذ إلتزامه بالتسليم و سهولة التزويد، يشجع المستهلك دائما على فسخ البيع، إذ لا يكون لهذا الأخير (المستهلك) أي مصلحة في الإبقاء على العقد، بل يكون الفسخ الأقرب لمصلحته مقارنة مع التنفيذ¹.

و بالمقابل فعدم مثلية الشيء المبيع ينتج آثار عكسية، ففي هذه الحالة يكون تنفيذ البيع أفضل من فسحه، فمن ناحية ليس من مصلحة المستهلك فسخ العقد لأنه سيكون من الصعب تجديد طلبه من عون إقتصادي آخر، و من جهة أخرى فإن إرتفاع الثمن يشجع المستهلك على إختيار الإبقاء على العقد مع طلب تنفيذ الإلتزام إذا كان ممكنا و مجديا².

كما يوجد قيد آخر يرد على ممارسة الدائن حق الخيار، و ذلك لما يفرض العون الإقتصادي غالبا على المستهلك شرط أو بند يبين كيفية تصحيح العون الإقتصادي لمخالفته، مثلا من أجل تفادي تراكم الشيء غير المثلي، فإنه يجوز للعون الإقتصادي فرض طلب تنفيذ التسليم على عاتق المستهلك و في هذه الحالة فإن هذا البند يحو أحد فروع خيار المستهلك و هو فسخ العقد³.

كما قد يفقد المشتري حق الخيار مثلا لما يكون قد تخلى شكلا على طريق التنفيذ أو على طريق فسخ العقد، و في هذه الحالة لا يسمح له بممارسة الطريقة التي كان قد تخلى عنها، سواء كانت تنفيذ التسليم أو فسخ العقد⁴، و يتم الإبقاء على العقد لما يتعذر على المشتري إرجاع الشيء المبيع، فحسب نص المادة 82 من إتفاقية فيينا 1980، فإنه يفقد حق فسخ العقد أو الإشتراط على العون الإقتصادي تسليم البضائع المستبدلة إذا كان من المستحيل إرجاع البضائع في حالة مماثلة لتلك التي إستلمها عليها⁵، و في جميع هذه الفرضيات يتعين على المشتري أن يستغني عن إحدى الطرق الممنوحة له قانونا⁶.

كما أنه في مجال البيع الدولي للبضائع، فإن حق المشتري في الخيار يمكن أن يقيد عند تضارب النظام القانوني الإنجلوسكسوني و نظام دول القانون المدني⁷، فحسب المادة 28 من إتفاقية فيينا 1980 التي تقضي بأنه: " إذا كان من حق أحد الطرفين بمقتضى أحكام هذه الإتفاقية أن يطلب من الطرف الآخر تنفيذ إلتزام ما، فإن المحكمة غير ملزمة بإصدار حكم بالتنفيذ العيني إلا إذا كان بوسعها أن تقوم بذلك بمقتضى قانونها، فيما يتعلق بعقود بيع مماثلة لا تشملها هذه الإتفاقية "

و ينتج عن ذلك أنه إذا كان القانون الوطني لا يسمح بالتنفيذ الجبري في هذا الشأن، فإن الدائن لا يمكنه الحصول على مبلغ من النقود يعادل التسليم أو الفسخ بالإرادة المنفردة لعقد البيع.

1 -Michel Alter, op,cit, P 293.

2- Ibid, P 293.

3-Ibid, P 294.

4 -Ibid, P 174.

5 -V. Heuzé, la vente internationale de marchandises, op, cit, P 378.

6 -Michel Alter, op, cit, P 279.

- نظام القانون المدني المستوحى من القانون الكنسي الذي يعتبر أن التعهد كمقدس يشجع على تطبيق التنفيذ العيني، في حين أن النظام القانوني الإنجلوسكسوني المتأثر بالقانون الروماني يمنح الأفضلية للطريقة الأكثر سهولة من حيث الإستخدام أي منح التعويض، فالتنفيذ العيني في النظام الإنجلوسكسوني لا يشكل مجرد حل للعدالة، ما يعني أنه لما يؤدي تطبيق هذا النظام الأخير إلى نتائج غير عادلة فقط يمكن للمحكمة أن تأمر بالتنفيذ العيني.

- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 285.

7 -Christian Larroumet, les obligations, le contrat, op, cit, P 623.

و مجمل ما تقدم إذن فإن للمستهلك الخيار بين طلب فسخ العقد أو طلب التنفيذ العيني، كما أن عدوله عن الفسخ و طلب التنفيذ يتمشى و الأصل في العقود التي ما أبرمت إلا لتنفيذ و بحسن نية، فالفسخ يظل جزاء إستثنائي، على أنه إذا كان يجوز للمستهلك الخيار بين التنفيذ أو الفسخ فإنه لا يجوز له أن يطلبهما معا، بل ينبغي أن يختار بينهما¹.

إذن حتى يستطيع المستهلك ممارسة الخيار الممنوح له قانونا بين التنفيذ العيني و فسخ العقد في حالة إخلال العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق لحاجياته، فإنه لا بد من توافر بعض الشروط، على غرار أن يكون عدم التنفيذ راجع إلى فعل العون الإقتصادي، فإذا كان يرجع إلى بعض الصعوبات المؤقتة التي لا دخل لإرادته فيها، فإنه من الممكن أن يمتد ميعاد التسليم إلى بعد زوال هذه الصعوبات، أما إذا كان العائق غير مؤقت فإن ذلك يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون².

و يشترط كذلك لممارسة المستهلك حق الخيار أن يكون قد وفى بجميع إلتزاماته الناشئة عن عقد البيع على غرار الإلتزام بدفع الثمن في الأجل المتفق عليه، لأن إخلال المستهلك بدفع الثمن مثلا كفيل بإمتناع العون الإقتصادي عن التسليم، و هذا ما نصت عليه المادة 119 ق م و ذلك قصد التنبيه إلى ضرورة الوفاء بالإلتزامه طوعا قبل اللجوء إلى القضاء³.

الفرع الثاني: الحق في الخيار بالنسبة للمستهلك نفسه.

تقضي القاعدة في القانونين الروماني و الفرنسي القديمين بأن الدائن يستنفذ حقه في الخيار متى إختار إحدى الطريقتين أي متى كان الخيار نهائيا، فكان العون الإقتصادي عندما يختار طلب التنفيذ يفقد حقه في إستعمال الطريق الآخر و لا يمكن له أن يرجع و يطلب الفسخ مجددا، و كذلك إذا طلب الفسخ فقد حقه في طلب التنفيذ العيني للإلتزام⁴.

غير أنه في الوقت الحاضر يسود رأي فقهي⁵ يتجه إلى أن إستعمال أحد طرفي العقد حق خيار أحد الجزاءات ليس نهائيا، و عليه يمكن للمستهلك أن يعدل عن طلب التنفيذ أو العكس، و يبرر ذلك بأنه ليس هناك في القانون ما يمنع إستعمال الدعويين إحداهما بعد الأخرى، و بالرجوع إلى القواعد العامة نجد أن إستعمال إحدى الدعويين يستنفذ الحق في رفع الدعوى الثانية إذا كان سبب كليهما واحد، و كانا يستهدفان غاية واحدة، و لما كانت الغاية ليست نفسها في كل من دعوى الفسخ و دعوى التنفيذ العيني، فإنه ليس هناك ما يمنع إستعمال الدعويين الواحدة تلو الأخرى⁶، و في حالة العدول عن طلب التنفيذ متى كان قد إختاره المستهلك و طلبه قضائيا، فله أن يعدل عن طلبه إلى الجزاء الآخر و هو الفسخ و ذلك لعدة إعتبارات منها:

- 1- أحمد سعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 121.
- 2- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 491.
- 3- أماوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 433 و ما بعدها.
- 4- عبد الكريم بلعور، نظرية الفسخ في العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد العلوم الادارية و السياسية، الجزائر، 1982-1983، ص 151.
- 5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 704.
- أنور سلطان، المرجع السابق، ص 358.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 442.
- 6- جبار سماح، حق الدائن في الخيار بين التنفيذ العقد و فسخه، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، سنة 2007-2008، ص 116.

- رفع المستهلك دعوى التنفيذ لا يمكن تفسيره على أنه تنازل منه عن حقه في رفع دعوى الفسخ، ذلك لأن الفسخ هو جزء ذو طابع إحتياطي لا يلجأ إليه إلا عندما يتعذر على المستهلك أن يحصل من العون الإقتصادي على تنفيذ الإلتزام.

- إن إعتبار المطالبة بالتنفيذ تنازلاً من المستهلك عن حقه في المطالبة بالفسخ يعني أنه إذا بدأ بالمطالبة بالتنفيذ إنما يتنازل عن حقه في المطالبة بالفسخ إذا نفذ العون الإقتصادي إلتزامه التعاقدية، أي أن تنازله كان معلقاً على شرط واقف، و من ثم لا يجوز أن يتمسك بهذا التنازل مادام الشرط لم يتحقق¹.
- إن عدم التنفيذ يعتبر عنصر جوهري في المطالبة بالفسخ، و مادام العون الإقتصادي لم يقم بالتنفيذ لا يجوز أن يفقد المستهلك حقه في الفسخ.

أما عن الوقت الذي يجوز فيه للمستهلك أن يعدل عن طلب التنفيذ إلى طلب الفسخ، فيجب أن نفرق بين حالتين، الأولى عندما يكون الأمر لا يزال أمام المحكمة، و الثانية عندما يكون الأمر قد إنتقل إلى المجلس القضائي، فعندما يكون الطلب لا يزال أمام المحكمة فيجوز للمستهلك أن يعدل عنه إلى طلب الفسخ ما دام العون الإقتصادي لم يقم بتنفيذ إلتزامه، أي يجوز للمستهلك أثناء سير الخصومة أن يغير طلباته، ذلك أن الطلب الذي يتقدم به أمام المجلس القضائي إنما يعتبر من الطلبات العارضة التي أجاز المشرع للخصوم تقديمها²، لكونها مكملة للطلب الأصلي و متصلة به إتصلاً وثيقاً.

و إذا فرضنا أن دعوى التنفيذ فصل فيها بحكم يوجب على المدين أن ينفذ إلتزامه، و أن الحكم حاز قوة الشيء المقضي فيه، فهذا الحكم لا يمنع المستهلك من حقه في طلب الفسخ إذا لم يحصل على التنفيذ بعد صدوره، أي مادام العون الإقتصادي مستمراً في عدم التنفيذ، و يمكن تبرير ذلك بأنه قد يطرأ أثناء نظر الدعوى ما يجعل التنفيذ مستحيلاً أو قد يصبح الأداء المطلوب غير مجد للمستهلك³.

أما عندما تنتظر القضية أمام المجلس القضائي، و بفرض أن المدعى -المستهلك- لم يطلب من المحكمة إلا التنفيذ، فهل يجوز له أمام المجلس أن يطالب بالفسخ، بمعنى هل يجوز إثارة طلب الفسخ لأول مرة أمام المجلس القضائي؟

بالرجوع إلى المادة 341 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أنها تنص على أنه: "لا تقبل الطلبات الجديدة في الإستئناف، ما عدا الدفع بالمقاصة و طلبات إستبعاد الإدعاءات المقابلة أو الفصل في المسائل الناتجة عن تدخل الغير أو حدوث أو اكتشاف واقعة"⁴، على ضوء هذا النص هل يمكن إعتبار أن الفسخ طلب جديد و من ثم لا يجوز إبدائه لأول مرة أمام المجلس القضائي، مما يتعين الرجوع إلى المحكمة لرفع دعوى الفسخ؟

إن طلب الفسخ أمام المجلس القضائي لا يعد طلباً جديداً و يجوز إبدائه لأول مرة أمامه، على أساس أن طلب الفسخ و طلب التنفيذ وجهان لحق واحد، و أن أساسهما دائماً هو عدم تنفيذ المدعي عليه، كما أن الفسخ ليس إلا طريقة لإصلاح الضرر الناشئ عن خطأ ارتكبه المتعاقد الآخر و هو عدم التنفيذ، و بالرغم من أن هذا التبرير ليس كافياً لأن طلب الفسخ يختلف عن طلب التنفيذ من حيث الموضوع و إن كان سبب كل منهما واحد، فموضوع الأول هو إنهاء العلاقة التعاقدية، أما موضوع الثاني فهو الإبقاء على هذه العلاقة، و عليه يكون طلب الفسخ طلباً جديداً بمقتضى الفقه الإجرائي، إذ يعتبر الطلب الجديد هو الطلب

1- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ و الفسخ، العدد الأول، السنة الأولى، مجلة العلوم القانونية و الإقتصادية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، 1960، ص 475.

2- أنظر المادتين 343 و 344 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

3- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 479 و ما بعدها.

4- لأن تقديم طلبات جديدة في الإستئناف يعتبر إخلالاً بالنسبة إلى هذه الطلبات بمبدأ التقاضي على درجتين و الذي يعد مبدأ أساسياً في نظام القضاء الجزائري.

الذي يختلف عن الطلب الأصلي من حيث موضوعه أو سببه¹، فلا يجوز تقديمه لأول مرة أمام جهة الإستئناف-المجلس القضائي- تطبيقاً للمادة 341 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، لذلك ينبغي الرجوع إلى المحكمة لرفع دعوى الفسخ.

غير أن طلب التنفيذ و الفسخ يشتركان في عنصر جوهري و هو الغرض الإقتصادي الذي يرمي إليه كل منهما²، و هو الإبقاء على حق المستهلك و ذلك تحت شرط ضمني بأن تكون الدعوى المقدمة مجدية³، كما أنه و بالرجوع إلى المادة 1/119 ق م نجدها تسوي بين طلب الفسخ و طلب التنفيذ، بل و جعلت كلا منهما بديلاً للآخر، و من ثم يمكن إعتبار هذه المادة إستثناءً من المادة 341 من قانون الإجراءات المدنية و الادارية التي لا تجيز تقديم الطلبات الجديدة أمام المجلس القضائي⁴.

أما في فرض العدول عن طلب الفسخ إلى التنفيذ العيني، فيجوز طلب التنفيذ بعد طلب الفسخ، و لذلك لأنه قد يسترجع العون الإقتصادي قدرته مجدداً على التنفيذ، أو يتضح للمستهلك قدرة مدينه على التنفيذ، على عكس ما قدر على أساسه إختياره الفسخ في المرة الأولى، كما أنه من المجحف حرمان المستهلك من تعديل طلباته بما يتفق مع مصلحته، فلا يجوز أن يحرم من الرجوع إلى الأصل⁵.

بالإضافة إلى أنه ليس بالمفاجئ للعون الإقتصادي إذا غير المستهلك أثناء دعوى الفسخ طلباته إلى التنفيذ، لأنه إما أن يدفع طلب الفسخ و عندئذ يكون الموقف الوحيد الذي يتلائم مع مسلكه، و أما إذا كان في نيته أن لا يدفع طلب الفسخ و عليه أن يسارع إلى الإتفاق مع المستهلك على الفسخ، و بذلك لا مفاجأة في التغير إلى التنفيذ⁶.

أما فيما يخص الوقت الذي يجوز فيه للمستهلك أن يغير طلب الفسخ فيجب التفرقة أيضاً بين حالتين، عندما يكون الأمر أمام المحكمة، و عندما ينتقل إلى المجلس القضائي، ففي الحالة الأولى يجوز للمستهلك أن يطلب التنفيذ و ذلك عن طريق الطلبات العارضة، و تجدر الإشارة إلى أنه لديه الحق في تغيير طلبه من الفسخ إلى طلب التنفيذ ما دام الحكم بالفسخ لم يصدر بعد، أو صدر لكنه لم يحز قوة الشيء المقضي فيه⁷، طالما أن الفسخ (القضائي) لا يقع إلا بعد صدور حكم قضائي، لكن لو تقرر الفسخ و أصبح الحكم نهائياً، إمتنع بعد ذلك عليه طلب التنفيذ، لأن العقد لم يعد موجود في نظر القانون بعد أن إنحلت الرابطة العقدية بالفسخ، و من ثم لا جدوى من الرجوع إلى طلب التنفيذ.

لكن إذا رفع الطلب بعدها إلى المجلس القضائي أي عندما يكون المستهلك طلب الفسخ أمام المحكمة و صدر حكم بالفسخ ثم إستأنف العون الإقتصادي الحكم، فإنه يمكن للمستهلك طلب التنفيذ لأول مرة أمام المجلس القضائي بالرغم من أن طلب التنفيذ في الحقيقة طلب جديد⁸، فهو يختلف عن طلب الفسخ في الموضوع و إن إتفق معه في الأساس القانوني و هو عدم التنفيذ، و لكن على أساس إعتبار المادة 341 من

1- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2012، ص 624.

2- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 485.

3- خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، دار صادر، سنة 2004، بيروت، ص 457.

4- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 443 و ما بعدها .

5- جبار سماح، المذكرة السابقة، ص 118.

6- مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونين المصري و الفرنسي، دار النهضة العربية للنشر و التوزيع، القاهرة، سنة 1988، ص 84.

7- جبار سماح، المذكرة السابقة، ص 119.

8- نحن لا نعتبر أن طلب التنفيذ الذي يتقدم به الدائن أمام المجلس القضائي طلباً جديداً على أساس أنه متصل بأصل الدعوى و هذا على عكس رأي الأستاذ عبد الكريم بلعير.

أنظر في ذلك: عبد الكريم بلعير، المذكرة السابقة، ص 153.

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية - كما سبق بيانه فيما يخص جواز العدول عن طلب التنفيذ- جاز للمستهلك العدول عن طلب الفسخ أمام المجلس القضائي.

و في الأخير يمكن القول بأن للمستهلك الحق في الخيار بين طلب التنفيذ و طلب الفسخ لكن ليس له أن يجمع بينهما، فإذا إختار التنفيذ و تقدم بطلبه قضائيا فله أثناء الدعوى أن يعدل في طلباته إلى الفسخ و لو أمام المجلس القضائي بل و لو بطلبات عارضة، و كذلك إذا رفع دعوى الفسخ فله أن يعدل طلبه قبل صدور الحكم النهائي به إلى طلب التنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض، و لو أمام المجلس القضائي.

الفرع الثالث: مدى إمكانية خيار المستهلك في مواجهة العون الإقتصادي.

إن البحث في مدى خيار المستهلك في مواجهة العون الإقتصادي مرتبط بفكرة حق هذا الأخير في التنفيذ المتأخر، و يتجلى ذلك من خلال التساؤل الذي يطرح في هذا الشأن الذي يدور حول إمكانية تعطيله لخيار المستهلك بعرضه التنفيذ المتأخر، و نتيجة لذلك يجب البحث في حق العون الإقتصادي في التنفيذ المتأخر و أثره على الحق في الفسخ الذي إستعمله المستهلك.

و لما كانت القاعدة في هذا المجال تقضي بأن الفسخ لا يقع إلا بحكم قضائي، و للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الحكم به أولا بناءا على طلب المستهلك، فإنه يجوز للعون الإقتصادي أن يتراجع عن موقفه ما دام الحكم بالفسخ لم يصدر بعد، و بذلك تتعطل دعوى الفسخ و من ثم يتعطل الخيار الذي خوله القانون للمستهلك.

قد يبدو للوهلة الأولى أن هذا الأمر غريب، لكن بالرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم الفسخ، نجد أنه لا يستبعد إمكانية التنفيذ المتأخر بشرط أن يقوم العون الإقتصادي بالتنفيذ العيني، و أن يدفع التعويضات عن الأضرار الناشئة عن التأخير في التنفيذ، و بناء عليه يمكن القول بأن الحق في الفسخ يمكن أن ينقضي بسبب التنفيذ المتأخر بشرط حصول التنفيذ العيني، أو عرض التنفيذ عرضا حقيقيا¹، أما عدم التنفيذ النهائي فلا ينقضي به الحق في الفسخ لمجرد أن يقدم العون الإقتصادي مقابل الأداء الأصلي مع التعويضات دون موافقة المستهلك لأن هذا يعتبر تنفيذا بغير الشيء المستحق.

و إذا كان المستقر عليه أن الحق في الفسخ ينقضي بالتنفيذ المتأخر، فالوقت الذي يستطيع العون الإقتصادي أن يقوم فيه بالتنفيذ هو محل خلاف كبير في الفقه و القضاء، حيث ظهر في هذا الشأن إتجاهان، الأول يجيز له عرقلة دعوى الفسخ بعد رفعها بمنحه الحق في التنفيذ المتأخر، و الثاني لا يجيز له ذلك و هذا ما سنتطرق له فيما يلي:

أولا: عدم جواز قيام العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزاماته بعد رفع دعوى الفسخ.

مقتضى هذا الرأي أنه لا يجوز للعون الإقتصادي المقصر في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية أن يعرقل دعوى الفسخ التي رفعها المستهلك، أي أن التنفيذ المتأخر من جانب المتعاقد المقصر لا يجوز بعد طلب الفسخ الذي يقدمه المتعاقد الآخر إلى القاضي و ذلك للأسباب الآتية:

1- أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني، إذ أن الطرفين قد جعلوا من تنفيذ الإلتزامات المتقابلة في الميعاد المتفق عليه شرطا لإنتاج العقد أثره، بحيث إذا لم ينفذ أحد المتعاقدين إلتزامه في ذلك الميعاد أو

1- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 27.

لم يعرض تنفيذه يعتبر الشرط متحققا و يفسخ العقد¹، و تقرير ما إذا كان الشرط قد تحقق أمر متروك لتقدير القاضي، و يعد الحكم بالفسخ مقررا و ليس منشئا إذا وجد أن هناك عدم تنفيذ، و يكون العقد غير منتج لآثاره لا من يوم صدور الحكم بالفسخ بل من يوم إنعقاد العقد، كما يحدث عندما يتخلف أحد شروط العقد، و نتيجة لذلك يستحيل على المتعاقد المقصر أي العون الإقتصادي أن ينفذ إلتزامه بعد أن يكون المتعاقد الآخر و هو المستهلك قد أظهر إرادته في التمسك بالشرط المتخلف لكي يفسخ العقد.

2- إن القاعدة في الفقه الإجرائي تقضي أن حكم القاضي يرجع بأثره إلى وقت رفع الدعوى، و عليه ينشأ لمصلحة المستهلك حقا مكتسبا في الفسخ متى ثبت عدم التنفيذ و إعدار العون الإقتصادي المقصر، و يترتب على ذلك وجوب إيقاف حق هذا الأخير في التنفيذ المتأخر في رفع دعوى الفسخ ما دام المستهلك لم يوافق على هذا التنفيذ، و يستمر الوقف حتى يتبين القاضي ما إذا كانت شروط الفسخ متوافرة، فإن لم تكن متوافرة فإنه يبحث في طلب التنفيذ المعروض من طرف العون الإقتصادي، و عندئذ يحكم عليه بالتنفيذ فورا أو بعد إنقضاء مهلة يمنحها له².

3- بالرجوع إلى المادة 119 ق م نجد أنها تقرر حق الخيار لصالح المستهلك وحده، و يتمكن العون الإقتصادي المقصر من فرض التنفيذ المتأخر على المستهلك، نكون قد منحناه (للمدين) وسيلة لتحويل ذلك الخيار لمصلحته³.

4- الفسخ بحكم القضاء هو الأصل، فإذا أجزنا للعون الإقتصادي التنفيذ المتأخر يتحول الفسخ من فسخ قضائي إلى فسخ إتفاقي في كل أحوال التأخر في التنفيذ، ذلك أن الفسخ لن يحصل إلا إذا إستمر العون الإقتصادي في إمتناعه عن التنفيذ.

5- بما أن القانون يجيز للقاضي أن يمنح للمدين أجلا للتنفيذ – المادة 2/119 ق م- فذلك يدل على أن العون الإقتصادي لا يجوز له أن يعرض التنفيذ المتأخر، و إلا لن يكون هناك جدوى من تحويل القاضي سلطة يستطيع العون الإقتصادي أن يحققها بنفسه.

في حقيقة الأمر تعتبر هذه الحجج غير مقنعة حيث يمكن الرد على الحجة الأولى أنها تقوم على فكرة قديمة غير صحيحة، و هي تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمني الذي إذا تحقق فسخ العقد من يوم عدم التنفيذ بحكم مقرر غير منشئ⁴، تلك الفكرة التي عدلت عنها التشريعات الحديثة.

أما الحجة الثانية فيرد عليها بأنه إذا كان حكم القاضي يرجع بأثره إلى وقت رفع الدعوى أمر صحيح، فإن المتعاقد الذي رفع دعوى الفسخ يقتصر على مباشرة حقه في طلب الفسخ و هو أمر صحيح كذلك، فليس له أن يحدد مركزه و مركز المتعاقد معه بصفة نهائية، إذ لا يزال القاضي غير ملزم بالقضاء بفسخ العقد، بل له بمقتضى القانون أن يرفضه نهائيا و يمنح للعون الإقتصادي أجلا للتنفيذ، و عليه يجب على القاضي أن يعتد بالتعديلات التي تطرأ على الطلب بسبب ما يحدث من طلبات جديدة و دفعها بيديها الطرفان⁵.

1- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 30.

2- نفس المقالة، ص 32.

3- عبد الكريم بلعبور، المذكرة السابقة، ص 153.

4- نفس المذكرة، ص 69 و ما بعدها.

5- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 32.

و يترتب على تلك السلطة التقديرية الواسعة التي أعطاها القانون للقاضي في الفسخ القضائي، و التي تدل على أنه يهدف إلى المحافظة على العقد ما أمكنه ذلك و هو إتجاه سليم، فالحرص على تنفيذ العقود أولى من السعي إلى فسخها، و بالتالي لا يجوز أن يقال إن المستهلك عندما يرفع الدعوى يكتسب حقا في إعتبار العقد مفسوخا من يوم طلب الفسخ، خاصة أن كل ما له بمقتضى الخيار المقرر له قانونا هو المطالبة بالفسخ، و الأمر بعدها يعود للقاضي في الحكم به أو لا.

يضاف إلى ذلك أن القول برجوع أثر الحكم إلى وقت رفع الدعوى كتبرير لعدم جواز تمكين العون الإقتصادي من التنفيذ المتأخر، هو قول نلمس فيه نظرا للمسألة من جانب واحد هو إنتهاء الدعوى بالحكم بالفسخ أكيد، في حين أنها قد تنتهي بحكم بالتنفيذ طالما أن للقاضي تلك السلطة التقديرية الواسعة في هذا المجال.

و فيما يخص الحجة الثالثة، يرد عليها أن إعطاء العون الإقتصادي الحق في التنفيذ المتأخر لا يعني أبدا إنتقال الخيار من المستهلك إليه، ذلك أن العون الإقتصادي يكون قد قام بما يجب عليه و هو التنفيذ، فكما هو معروف أن الحق في الفسخ هو حق إحتياطي بالقياس إلى الحق الأصلي و هو طلب التنفيذ.

أما عن الحجة الرابعة القائلة بأن تمكين العون الإقتصادي من التنفيذ المتأخر يترتب عليه تحويل الفسخ القضائي إلى فسخ إتفاقي في كل أحوال التأخير في التنفيذ، فيعترض بقصد حصول الفسخ أم كان بغير ذلك القصد، ذلك أن القاضي في حكمه بالفسخ لم يتحرر و ليس له أن يتحرر رغبة العون الإقتصادي في إيقاع الفسخ¹، ثم إنه قد يمتنع عن التنفيذ بقصد الفسخ و لكن لا يحكم القاضي إلا بالتنفيذ.

و أخيرا يرد على الحجة الخامسة القائمة على فكرة أن تمكين العون الإقتصادي المقصر من التنفيذ المتأخر يجعل تحويل القاضي سلطة منحه أجلا لا جدوى منها، لأن منح تلك المهلة لا يكون إلا بناء على طلب من العون الإقتصادي و ذلك بعد الحكم، الذي لا يستطيع أن يقوم من تلقاء نفسه بالتنفيذ إلا قبل الحكم.

ثانيا: جواز التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ.

أخذ بهذا المذهب أغلبية الفقه و القضاء²، فالرأي السائد هو تمكين العون الإقتصادي من تنفيذ إلتزامه و لو كان المستهلك قد رفع دعوى الفسخ ما دام لم يصدر حكم نهائي بذلك، و بناء عليه يستطيع العون الإقتصادي أن يتوقى الفسخ بغرض تنفيذ إلتزامه قبل أن يحوز الحكم حجية الشيء المقضي فيه، أي يمكنه تفادي الفسخ سواء قام بذلك و الدعوى ما تزال أمام المحكمة أو أمام المجلس، إذا سلك إحدى طرق الطعن التي تطرح المسألة برمتها من جديد³، و يقوم هذا الرأي على عدة إعتبارات قانونية و إقتصادية، فمن الإعتبارات المنطقية القانونية نجد أن هذا الإتجاه ليس فيه ما يخالف قواعد العدالة، بل إنه يحققها بالنظر إلى المساواة التي تحكم علاقة المتعاقدين و العون الإقتصادي بطبيعة الحال طرفا فيها، فكما رأينا سابقا أن المستهلك الذي يرفع دعوى الفسخ يجوز له أثناء قيام الخصومة أن يعدل عن طلبه إلى طلب التنفيذ العيني الجبري، لذا يجب تمكين العون الإقتصادي من التنفيذ من تلقاء نفسه تحقيقا لتلك المساواة⁴.

1- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 35.

2- عبد الكريم بلعبيور، المذكرة السابقة، تهميش 1، ص 163.

3- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 47.

4- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 160.

ثم إنه بالرجوع إلى المادة 119 ق م نجدها تجيز للقاضي أن يمنح العون الإقتصادي أجلا حتى ينفذ إلتزامه، و هذا يعني أنه يجوز له أن ينفذ إلتزامه بعد رفع الدعوى، و علاوة على ذلك نجد أن مصلحة المستهلك في حالة التأخير في التنفيذ -على الغالب- و التي يحميها القانون هي أن يحصل على التنفيذ العيني و التعويض عن التأخر، و إذا إستحال التنفيذ العيني فهناك الوسيلة القانونية الثانية لحماية مصلحة المستهلك و المتمثلة في التنفيذ بمقابل، و عليه يجب توافر شروط تحقق الفسخ لإستبعاد التنفيذ العيني، على أن مجرد طلب الفسخ لا يكفي لإستبعاد التنفيذ، إذ لا يجوز لهذا الطلب وقف حق العون الإقتصادي في التنفيذ المتأخر.

و نشير إلى أنه قد يكون للمستهلك مصلحة في الفسخ عندما تكون قيمة الأداء المستحق في ذمته أكبر من قيمة الأداء المستحق في قيمة الأداء في ذمة العون الإقتصادي، غير أن هذه المصلحة واقعية أما المصلحة القانونية فهي حصوله على حقه، و هذه تتحقق حمايتها فعلا في حالة التنفيذ قبل الحكم¹، و هذه هي الإعتبارات المنطقية القانونية.

أما عن الإعتبارات الإقتصادية فتتجلى من خلال ما يترتب على القول بعدم جواز التنفيذ بعد رفع دعوى الفسخ الذي نادى به أنصار المذهب الأول، حيث يترتب على ذلك إلحاق أضرار بالعون الإقتصادي و المستهلك لا مبرر لها، إذ يترتب على منع العون الإقتصادي من التنفيذ المتأخر زوال مصلحته في طلب المهلة القضائية لعدم تأكده من الحصول عليها و لعدم إستطاعته الشروع في التنفيذ قبل صدور الحكم.

بالإضافة إلى ذلك قد يصبح بعد إنقضاء فترة معينة، مقدار الأضرار الناشئة من التأخير في التنفيذ و الذي يأخذ صفة التعويض عن عدم التنفيذ، و بذلك يصبح العون الإقتصادي يفضل الفسخ مع التعويضات على المطالبة بمهلة قضائية، كما أن المستهلك أيضا قد يجد نفسه بسبب طول مدة وقف التنفيذ مضطرا لقبول أداء فقد كل قيمته بالنسبة إليه.

فضلا عن ذلك فإن المدة التي تفصل بين رفع دعوى الفسخ و صدور الحكم بشأنها، كثيرا ما تطول، فيضطر العون الإقتصادي إلى الإحتفاظ بالأداء خلالها، و هذا يكبده دون جدوى مصاريف للمحافظة عليه، بالإضافة إلى الخسارة التي تنجم عن عدم إستطاعته التصرف في الشيء طوال هذه المدة، لأنه لا يعرف ما إذا كان القاضي سيحكم بالفسخ أو بالتنفيذ، إذ كثيرا ما يقع أن تكون الأداءات التي هي محل التنفيذ من الأشياء التي يصيبها التلف، و بالتالي لو حررنا العون الإقتصادي من التنفيذ المتأخر فكأننا حكمنا مسبقا بخسارة لا مبرر لها².

و نتيجة لهذه الإعتبارات أصبح من المستقر عليه فقها و قضاء³، أن للعون الإقتصادي الحق في توقي الفسخ بالوفاء بالإلتزام و لو بعد إنقضاء الأجل المحدد بالعقد، بل و بعد رفع دعوى الفسخ حتى صدور الحكم النهائي فيها و ذلك تحقيقا لمصلحة الطرفين غالبا، و تجنبنا للأضرار التي تنجم عن القول بعكس ذلك، و ما دام الأمر على هذا النحو يجب تحديد التنفيذ الذي يستطيع به العون الإقتصادي أن يمنع الحكم عليه بالفسخ.

1- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص485 و ما بعدها.

2- عبد الكريم بلعبور، المذكرة السابقة، ص 161.

3- جبار سماح، المذكرة السابقة، ص126.

إن التنفيذ الذي يعتمد على القاضي في هذه الحالة و الذي يمنع إيقاع الفسخ هو التنفيذ الفعلي و الحقيقي، أو على الأقل يجب أن يقوم العون الإقتصادي بعرض الأداء الملزم به أمام المحكمة عرضاً حقيقياً¹، كما ينبغي أن يكون الوفاء الذي عرضه كاملاً، فالمستهلك غير مجبر على قبول الوفاء الجزئي ما لم إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك².

و من الملاحظ أنه بعد تمكين العون الإقتصادي من التنفيذ المتأخر، بعد أن يكون سبب دعوى الفسخ المرفوعة قد زال و المتمثل في عدم التنفيذ، مما يجعل القاضي المعروض عليه النزاع في هذه الحالة مضطراً إلى رفضها إلا إذا تبين عدم جدوى التنفيذ المتأخر عند المستهلك³، و عليه متى قام العون الإقتصادي بالتنفيذ الفعلي أو عرض الوفاء عرضاً حقيقياً و كاملاً، و يجب على القاضي أن يمتنع عن الإستجابة لطلب الفسخ، فالراجح أن الأمر الذي تتسع فيه سلطته التقديرية هو عدم التنفيذ، و لكن عرض التنفيذ من العون الإقتصادي يعتبر أمر يتعلق بالمنطق القانوني و على القاضي إحترامه⁴، لكن يبقى أمامه تقدير ما إذا كان هناك مقتضى للحكم بالتعويض عن التأخير في التنفيذ، و ما يساعده في ذلك إعداء المستهلك للمدينه قبل رفع الدعوى⁵.

مما تقدم نخلص إلى أن للعون الإقتصادي في مجال الفسخ القضائي الحق في توقي هذا الجزاء بعرضه الوفاء بإلتزامه و لو بعد إنقضاء الأجل المحدد بالعقد، و حتى بعد رفع دعوى الفسخ طالما لم يصدر الحكم النهائي فيها، لأنه حتى يتمكن من وقف الحكم عليه يجب أن يكون حسن النية إذا نفذ إلتزامه، فلو كان قد خالف هذا المبدأ القانوني لم يعد في إمكانه تجنب الحكم بالفسخ عليه عن طريق تنفيذ إلتزامه، ذلك أن الذي يؤخذ عليه ليس الفعل المادي لعدم التنفيذ و إنما هو الإعتداء على مبدأ حسن النية.

المبحث الثاني: فسخ العقد و التعويض.

يعتبر فسخ العقد طريقة متاحة للمستهلك متى توافرت شروطها عندما يخل العون الإقتصادي بالإلتزام بالتسليم المطابق، و مقارنة مع المسؤولية العقدية فإن هذه الأخيرة تبقى فعاليتها مرهونة بعدم توافر السبب الأجنبي الذي ينفىها عن العون الإقتصادي، في حين يظل طريق الفسخ ممكناً بل قد يكون بقوة القانون في حالات معينة.

كما أنه في حالة إستحالة التنفيذ العيني بسبب هلاك الشيء محل الإلتزام كلياً أو جزئياً بفعل العون الإقتصادي و لأي سبب كان، بحيث لو علم المستهلك ذلك قبل التعاقد ما كان ليبرم العقد، فإنه في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يقضي بفسخ العقد مع التعويض بناء على طلب المستهلك، أما إذا كان التنفيذ العيني ممكناً و لكن لم يطلبه هذا الأخير و لم يعرضه العون الإقتصادي، أو طلبه المستهلك لكنه مرهقاً للعون الإقتصادي و كان عدم القيام به لا يعود بضرر جسيم على المستهلك فإن القاضي في هذه الحالة يحكم بالتعويض، و عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى فسخ العقد و ذلك من خلال المطلب الأول، ثم إلى التعويض في المطلب الثاني.

1- حكم محكمة حسين داي رقم 79-423 الصادر بتاريخ 1980/9/2 المشار إليه في: بلعير عبد الكريم، المذكرة السابقة، ص 162.

2- المادة 277 فقرة 1 ق م.

3- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 45.

4- عبد الكريم بلعير، المذكرة السابقة، ص 162

5- شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية العقدية و المسؤولية التصويرية في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007، ص 762.

المطلب الأول: فسخ العقد.

لقد أجاز القانون للمستهلك أن يضع حدا للعقد بسبب إخلال العون الإقتصادي بالتزامه بالتسليم المطابق، حيث يتعين عليه إختيار طريق الفسخ الذي يؤدي إلى إزالة آثار العقد بأثر رجعي، و إن كان الفسخ ليس هو الأصل كجزء عند الإخلال بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية، بل يتم اللجوء له بعد عدم جدوى التنفيذ العيني الذي يعتبر الأصل، ذلك لأن العقد ما أبرم إلا لينفذ بين طرفيه و بحسن نية، و بناء عليه سنتطرق في هذا المطلب إلى شروط الفسخ القضائي و الإستثناءات الواردة عليه في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسننترق إلى آثار الفسخ.

الفرع الأول: شروط الفسخ القضائي و الإستثناءات الواردة عليه.

مما لا شك فيه أنه عندما لا ينفذ العون الإقتصادي إلتزامه بالتسليم المطابق أو عندما ينفذه متأخرا فإنه يجوز للمستهلك حسن النية طلب فسخ العقد¹، و يعتبر الفسخ القضائي هو القاعدة العامة في نظرية الفسخ، و عليه سنتطرق إلى شروطه (أولا)، ثم إلى الإستثناءات الواردة عليه (ثانيا).

أولا: شروط الفسخ القضائي.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على أن الفسخ لا يكون تلقائي، إلا أنه يستشف من خلال المادة 1/119 ق م بأنه لا يمكن أن يكون في الأصل إلقائيا و ذلك لأنه استعمل عبارة "يطالب بتنفيذ"، علما أن المطالبة لا تكون إلا أمام القضاء، في حين أن المشرع الفرنسي نص من خلال المادة 1224 ق م صراحة على أن العقد لا يفسخ إلا بعد طلب ذلك قضائيا²، فضلا عن أن الفقرة الثانية من المادة 119 ق م تنص على أنه: "...و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات...".

معنى النص المذكور أعلاه أن الفسخ يقضي به القاضي كقاعدة عامة، و يجوز أن لا يقضي به و يمنح للمدين عموما أجلا للوفاء متى توافرت شروط معينة، علاوة على ذلك فقد نصت المادة 120 ق م على جواز الإتفاق على الفسخ و ذلك دون حكم قضائي، و معنى ذلك أن الأصل هو أن يتم فسخ العقد بواسطة القضاء، لكن في حالات معينة يجوز أن يتم إتفاقيا و الحكمة من ذلك هو عدم عبث أطراف العقد بإستعمال هذا الجزاء الخطير على استقرار المعاملات، و بالتالي فجزء الفسخ ليس حق ثابت للمستهلك بل من حقه فقط المطالبة القضائية به³، كما أنه بمجرد طلبه قضائيا فإن هذا الجزاء يصبح إختياري بالنسبة للقاضي، حيث يحكم به إذا إرتأى أن ظروف عدم التنفيذ مبررة، و يشترط لطلب الفسخ مهما كانت صورته توافر بعض الشروط و هي:

1- أن يكون العقد المراد فسخه ملزم لجانبين.

في العقود الملزمة لجانبين يكون هناك ترابط بين الإلتزامات المتقابلة، فالعدالة تقضي بعدم إلتزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر، و على ذلك فإذا كان من شأن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزام من الإلتزامات التي ينشئها العقد على عاتق كل منهما، كان للطرف الآخر أن يتحلل من إلتزاماته عن طريق

- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 1.284

-F. Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op, cit, P 228 ; J. Schmidt Szalewzki, op,cit, P 8.2

-Jacques Ghestin et B. Desché, op,cit, P 740.3

الفسخ¹، و بذلك يكون مجال الفسخ هو العقود الملزمة لجانبين التي تنتج عنها إلتزامات متقابلة و الغاية من ذلك أن عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزاماته، يجعل من إلتزامات الطرف الآخر غير ذي معنى، و لذلك يطلب الفسخ².

2- إخلال المدين بالتزام تعاقدي قائم و حال.

يشترط لمطالبة المستهلك بحل الرابطة العقدية أن يخل العون الإقتصادي بالتزامه العقدي، حيث يجوز عندها طلب فسخ العقد بمجرد عدم تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق بسبب يرجع إلى المدين أي العون الإقتصادي، و يستند طلب الفسخ إلى نص المادة 119 ق م التي تجيز للدائن عموما المطالبة بالتحلل من الرابطة العقدية بسبب إخلال مدينه بتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، كما يشترط للمطالبة بفسخ العقد قيام العون الإقتصادي بالإخلال أو على الأقل أن يكون الإخلال وشيك الوقوع، و هذا يعني أنه يشترط الفسخ أن يتمتع العون الإقتصادي عن تنفيذ إلتزامه كليا أو جزئيا³.

غير أنه إذا تعلق الأمر بعدم التنفيذ أو الإخلال الجزئي فإنه يجب أن يكون القدر المتبقى من الإلتزام على قدر من الأهمية بحيث يبرر طلب الفسخ، فإذا كان القدر المتبقى من الإلتزام بسيطا بالنسبة للإلتزام الكلي، ففي هذه الحالة لا مجال للفسخ، إذ تعد المطالبة به تعسفا في استعمال الحق⁴.

إن الإخلال بتنفيذ الإلتزام يقصد به جميع صور الإخلال كعدم التنفيذ الكلي أو الجزئي و التأخير في التنفيذ و التنفيذ السيء⁵، و في حالة عدم التنفيذ النهائي الجزئي فإن الحل يكون بالنظر إلى معرفة إذا ما كان تخلف الكمية على قدر من الأهمية بحيث يترتب عليها قوات المنفعة التي يريجوها المستهلك من الإلتزام، أو ما إذا كانت المصلحة قد تحققت إلى حد كبير رغم التنفيذ الجزئي، في حين أن عدم التنفيذ المؤقت أي التأخير في التنفيذ فإنه يحدث عندما لا يزال التنفيذ ممكنا و يكون العون الإقتصادي مستعد للقيام به، و لكن قد يتأخر هذا الأخير عن تنفيذ إلتزامه كله أو جزء منه فقط، عندئذ لا يمكن اعتبار التأخر في التنفيذ من قبيل عدم التنفيذ طالما أن التأخير الذي ينصب على الإلتزام لا يزال ممكنا، و بالتالي يمكن للعون الإقتصادي تنفيذه في أي وقت⁶.

و يقتضي الفسخ أيضا أن يكون المتعاقد هو المتسبب في عدم التنفيذ، و بعبارة أخرى فإنه لا مجال لفسخ العقد إذا لم يكن المتعاقد الذي أخل بالتزامه هو المسؤول عن ذلك أي أن عدم التنفيذ راجع إلى خطأ صدر عنه⁷، و يلاحظ أيضا أنه لا يشترط أن يكون عدم التنفيذ كليا بل يكفي أن يكون جزئيا و معيبا⁸.

و يتطلب فسخ العقد في القانون الفرنسي أن يكون الإخلال بتنفيذ العقد "جسيم" أي "inexécution suffisamment grave" كما وصفته المادة 1224 ق م، بل أنه حتى و إن كان الإخلال بالتنفيذ جسيما فإنه غير كاف بحد ذاته لتقرير الفسخ، بل يتعين على المستهلك حسب نفس المادة اللجوء إلى القضاء لطلبه أي "une décision de justice" "إستنادا للقاعدة التي تقضي بأنه: " لا

1- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 309.

2- حمو حسينة، المذكرة السابقة، ص 19.

3- محمد عبد الله حمود، إنهاء العقد بالإرادة المنفردة، الدار العلمية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 2002، ص 45.

4- حمو حسينة، المذكرة السابقة، ص 20.

5- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 351.

6- حمو حسينة، المذكرة السابقة، ص 20.

7- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 351.

8- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 310.

يجوز لأي شخص أن يقيم لنفسه عدالته الخاصة به "1، و تأكيداً على ضرورة أن يكون الإخلال بتنفيذ العقد جسيماً للقضاء بالفسخ، فلقد نصت المادة L217-10 فقرة 3 من قانون الإستهلاك الفرنسي و بوضوح على أنه: "لا يمكن القضاء بالفسخ إذا كان عيب المطابقة بسيط".

و بالمقابل نلاحظ انعدام مثل هذا النص في قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، و كذلك النصوص التنظيمية الخاصة به، ما عدا النص من خلال المادة 12 من المرسوم التنفيذي 13-327 المذكور سابقاً على "رد الثمن" كوسيلة أخيرة لتنفيذ الضمان القانوني في حالة عدم مطابقة الشيء المسلم للمستهلك من طرف العون الإقتصادي، و نعتقد أن المقصود برد الثمن هو شرط فاسخ بقوة القانون العقد طالما أنه يتعين مقابل ذلك بالنسبة للمستهلك إعادة الشيء غير المطابق، و طالما أنه لا يحتاج للحصول عليه اللجوء إلى القضاء.

3- إمكانية إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

يرى البعض² أن إمكانية إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد ليس شرطاً لفسخ العقد، بل هو أثر من أثاره و ذلك على أساس نص المادة 122 ق م التي تقضي بأنه: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، و إذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"، فهذا النص يجيز للقاضي منح التعويض في حالة استحالة إعادة المتعاقدين إلى ما كانوا عليه قبل التعاقد.

أما نحن فنؤيد الرأي الذي يذهب إلى إعتبار القدرة على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد شرطاً من شروط الفسخ³، و ذلك لأن المادة 122 ق م تعتبر الحل البديل الذي كرسه المشرع في حالة استحالة إعادة المتعاقدين للوضع الذي كانوا عليه قبل التعاقد أي الفسخ، و من ثم فهي تعتبر نموذج للحالات التي يتقرر فيها التعويض و إحدى حلقات سلسلة الجزاءات التي كرسها المشرع في حالة الإخلال بتنفيذ الإلتزامات التعاقدية، فإذا كان المستهلك قد تسلم شيئاً و أصبح غير قادر على رده كما لو كان قد تصرف فيه إلى شخص آخر فلا يجوز له عندئذ طلب الفسخ⁴.

فإذا توافرت الشروط السابقة فإنه يبقى أمام المستهلك الذي يرغب بطلب الفسخ على أساس عدم مطابقة الشيء المسلم، إلا أن يقوم بإعذار العون الإقتصادي حتى يتسنى مباشرة حقه في الفسخ⁵، على أن الإعذار ليس شرطاً في الفسخ بل مجرد إجراء لازم للتبنيء بطبيعة الإجراءات التي ستتخذ ضده بسبب إخلاله بتسليم شيء مطابق.

و إذا كان توجيه الإعذار ليس شرطاً من شروط قبول دعوى الفسخ إلا أنه شرط للقضاء به، و من ثم لا يلزم توجيهه قبل رفع الدعوى بل يكفي تحققه أثناء النظر فيها، و تكمن أهمية هذا الإجراء قبل رفع

1- و ترجمة هذه القاعدة بالفرنسية هي: « Nul ne peut se faire justice à soi même »

- Jacques Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, P 165.

2- علي فيلالي، المرجع السابق، هامش رقم 12، ص 350.

3- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 310.

- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008، ص 105.

4- في هذا المعنى: نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 310.

5- لقد نص المشرع الفرنسي على ضرورة إخطار أو إشعار "une notification" الدائن لمدينة قبل فسخ العقد من خلال المادة 1224 ق م، حيث لم يستعمل المشرع مصطلح "الإعذار" أي "la mise en demeure".

الدعوى في أنه قد يبادر المدعي عليه بالتنفيذ فور إعلانه بعريضة إفتتاح الدعوى، و في هذه الحالة تكون النتيجة هي رفض دعوى الفسخ و تحميل المدعي مصاريفها¹.

و يؤكد المشرع الجزائري على ضرورة توجيه الإعدار قبل طلب توقيع أي جزاء، سواء التنفيذ العيني أو الفسخ و ذلك من خلال المادة 1/119 ق م، و يتم الإعدار بإنذار رسمي عن طريق المحضر القضائي و إما بطريق البريد، كما تنص المادة 180 ق م على أنه: " يكون إعدار المدين بإنذاره أو بما يقوم مقام الإنذار و يجوز أن يتم عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل و دون حاجة إلى أي إجراء آخر"، غير أنه من الغريب أن يقضي هذا النص بأن يتم ذلك على الوجه الذي يبينه هذا القانون في حين أن القانون المدني لم يتطرق إلى الإعدار بطريق البريد، غير أن القانون المدني المصري قد أحال إلى قانون المرافعات ليبين أوجه الإنذار، و على العموم يجوز أن يكون بطريق خطاب مسجل أو ببرقية أو بالتكليف بالحضور أمام المحكمة، كما يجوز الإتفاق على أنه في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالإلتزامات التعاقدية في أجل معين، فإنه يعتبر معذرا و لا حاجة لإعداره إذا حل الأجل²، فضلا عن عدم الحاجة للإعدار في الحالات التي نصت عليها المادة 181 ق م³.

4- أن لا يكون قد تم تنازل طالب الفسخ(المستهلك) عن حقه.

إن مسألة التنازل عن حق الفسخ من المسائل الخلافية التي تقتضي التمييز بين ما إذا كان التنازل قد حصل بعد تحقق عدم التنفيذ أو قبله، ففي الحالة الأولى أي التنازل عن الحق في الفسخ بعد تحقق عدم التنفيذ فإنه يجوز الإتفاق على التنازل عن الحق في الفسخ، و ذلك بناء على قاعدة عامة مفادها جواز التنازل عن حقوق الطعن متى أصبح إستعمالها ممكنا بسبب إكتسابها بصفة نهائية⁴، و من تطبيقات هذه القاعدة المادة 100 ق م التي تنص على أنه: " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير".

كما يجب التنويه إلى أن التنازل لا يفترض، بل إن التنازل الضمني لا يجوز إستنتاجه إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها التنازل أو من أفعال تستلزم التنازل حتما⁵، فلا يستنتج التنازل مثلا من مجرد سكوت المستهلك مؤقتا عن المطالبة بالفسخ، أما في حالة قبوله بعض التنفيذ فلا يعد ذلك تنازلا عن المطالبة بالفسخ إذا كان هذا التنفيذ ناشئا من عقد مدة، لأن الفسخ في هذه العقود لا ينصب على الأداءات التي نفذت، أي أن فسخ العقد عند حصوله لا يسقط حق المستهلك في التنفيذ التي إستحقت من قبل، كما أن قبوله الأداءات المستحقة لا يتعارض مع إرادة فسخ العقد⁶، لكن إذا كانت الأداءات التي قبلها قد إستحقت بعد نشوء الحق في الفسخ يمكن إعتبار القبول في هذه الحالة تنازلا من جانبه.

1- محمد حسين منصور، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 408.

2- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 105.

3- تنص المادة 181 ق م على أنه: " لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات الآتية:

-إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،

-إذا كان محل الإلتزام تعويضا ترتب عن عمل غير مضر،

-إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق و هو عالم بذلك،

-إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه"

4- العربي بلحاج، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 317.

5- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 239.

6- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 43.

كذلك لا يعد قبول الدائن الأداء الناشئ من عقد فوري تنازلا عن الفسخ لعدم تعارض هذا القبول مع الإستمرار في طلب الفسخ¹، كما أنه في العقود الفورية تكون للدائن أسباب خاصة تحمله على قبول الأداء الذي يعرض عليه بعد رفع الدعوى، خاصة أن القاضي في حالة الفسخ القضائي تكون له سلطة تقديرية واسعة تذهب إلى حد امكانية رفض طلب الفسخ، فإذا رفض المستهلك قبول الأداء المعروض عليه من العون الإقتصادي، فإن ذلك الرفض يعد تقصيرا من جانبه في تلقي الوفاء مع ما يترتب على ذلك من نتائج منها تحمله تبعة الهلاك، و ذلك على خلاف ما يحصل لو كان العقد متضمنا إتفاقا على الفسخ أين تقتصر سلطة القاضي التقديرية على التحقق من عدم التنفيذ و توافر شروطه، فيحصل أن يرفض القاضي تأييد الفسخ الذي أوقعه المستهلك بإرادته المنفردة، ما يعني أنه في مثل هذه الظروف إذا قبل التنفيذ المعروض عليه، يكون قبوله في الغالب تنازل منه عن حقه في طلب الفسخ.

أما التنازل عن الحق في الفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ فهو صحيح، فجواز التنازل عن هذا الحق قبل تحقق عدم التنفيذ لا يزال محل خلاف في الفقه، حيث تباينت في شأنه الآراء، بل هناك من يرى² بأنه جائز، و هناك بالمقابل من أنكر ذلك³، و استند كل فريق إلى مجموعة من الحجج و الإعتبارات، فعن الحجج التي استند إليها الفريق الذي إتجه إلى عدم جواز الإتفاق على التنازل عن حق طلب الفسخ قبل تحقق عدم التنفيذ، فتمثل فيمايلي:

1-إجازة التنازل سلفا عن الحق في طلب الفسخ يؤدي إلى فتح المجال أمام العون الإقتصادي لكي يشترط على المستهلك التنازل عن حقه في الفسخ مسبقا، و بهذا تصبح نظرية الفسخ كما لو كانت تخدم مصلحة العون الإقتصادي أكثر من مصلحة المستهلك، و هذا يتنافى مع قواعد نظرية الفسخ و مضمونها القانوني الذي يهدف إلى حماية المتعاقد الدائن بالإلتزام الذي لم ينفذ⁴.

2- من المسلم به قانونا أن الشخص حر في أن يستعمل حقه أو أن يتنازل عنه، لكن بشرط أن يكون قد إكتسب هذا الحق بصفة نهائية، و بما أن المادة 119 ق م تقضي بأنه لا يثبت للمتعاقد الدائن بالإلتزام و هو المستهلك الحق في طلب الفسخ إلا بعد عدم التنفيذ، فإنه لا يصح القول بجواز التنازل عن حق طلب الفسخ قبل نشوئه، و القول بغير ذلك يؤدي إلى تناقض كبير على أساس أن إجازة التنازل عن حق طلب الفسخ قبل نشوء سببه، يعني و كأننا نجيز تسجيل وفاة المولود قبل أن يولد و هذا لا يتفق مع المنطق القانوني⁵.

3-إن هذا الإتفاق يخالف مستلزمات العقد التبادلي، حيث يؤدي الأخذ به إلى التضيق من الوسائل التي قررها القانون لحماية الدائن عموما، إذ لا يصبح أمامه إلا وسيلة وحيدة لمواجهة المدين المتعاس عن التنفيذ و هي دعوى التنفيذ العيني⁶.

4-إن التسليم بفكرة جواز التنازل سلفا عن الحق في طلب الفسخ يؤدي إلى نتيجة شاذة، و ذلك أن المستهلك إذا تنازل عن حقه في طلب فسخ العقد ثم صار مدينه معسرا، يكون في هذه الحالة مضطر للقيام

1- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 466.

2- نفس المقالة، ص 468 و ما بعدها.

3- فمن بين الذين أخذوا بهذا الرأي:

- عبد الكريم بلعير، المذكرة السابقة، ص 154 و ما بعدها.

4- نفس المذكرة، ص 185.

5- نفس المذكرة، ص 155.

6- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 467.

- Christian Larroumet, op.cit, p.770.

بالآداء الملزم به نحو العون الإقتصادي، دون أن يحصل على الأداء الذي في ذمة هذا الأخير بموجب العقد المبرم بينهما¹.

أما عن الحجج التي إستند إليها الفريق الذي يجيز الإتفاق على التنازل عن الحق في طلب الفسخ قبل ثبوته، فنكمن فيما يلي:

1- من الجائز الإتفاق وقت إنعقاد العقد على تنازل المتعاقد عن الحق في الفسخ عند عدم تنفيذ المتعاقد الآخر للإلتزامه، ذلك أن لكل شخص صاحب حق أن يستعمله أو يمتنع عن إستعماله، حيث يجوز لكل صاحب حق كامل الأهلية أن يتصرف في حقه كما يشاء، كما يجوز له أن يعدمه بالتنازل عنه، إلا إذا كان هذا الحق الذي منح للشخص ذو طابع عام و له علاقة بالنظام العام فعندها لا يجوز لصاحبه أن يتنازل عنه، و دعوى الفسخ تقرر لمصلحة الدائن عموما، و بالتالي يجوز له أن يتنازل عنها مكتفيا بدعوى التنفيذ².

2- إن القاعدة في المجال العقدي هي "سلطان الإرادة في حدود القانون"، و ليس في القانون قاعدة عامة تمنع التنازل عن وسيلة دفاعية تقرر للمتعاقد³، و بالتالي ما جاء في المادة 300 و 322 ق م اللتان تقضيان بأنه لا يجوز التنازل عن التقادم و المقاصة قبل ثبوت الحق فيها، تعد إستثناءات نص عليها القانون صراحة، و لا يدل على أن هناك قاعدة عامة تمنع التنازل عن الحق مسبقا، و ذلك لعدم تعلق مثل هذا التنازل بالنظام العام على وجه العموم، ثم إن المشرع نص على عدم جواز التنازل مقدما في بعض الحالات كما نص على جوازه في حالات أخرى⁴.

و علاوة على ذلك، إذا تنازل المستهلك عن حقه في الفسخ يبقى أمامه إتباع الوسيلة الطبيعية التي قررها القانون في جميع أحوال عدم التنفيذ، و هي دعوى التنفيذ التي تعتبر الحماية العادية و الطبيعية له، في حين أن الفسخ يعد وسيلة إستثنائية لحمايته، و بالتالي التنازل سلفا لا يجعله تحت رحمة العون الإقتصادي⁵.

مما سبق يلاحظ أن الحجج التي قدمها هذا الجانب من الفقه فيها رد على تلك التي قدمها الجانب الآخر منه، و الذي يعارض جواز الإتفاق على التنازل المسبق عن الحق في طلب الفسخ، و من جانبنا نرى أن هذه الإعتبارات و الحجج التي إستند إليها هذا الفريق مقنعة، و أن هذا الرأي المستساغ الأخذ به لا يتعلق بالنظام العام، و الفسخ ما هو إلا إجراء احتياطي يخضع في الأصل لمشيئة المتعاقدين، و عليه لا مانع من قيام شرط عدم المطالبة الدائن بحقه في الفسخ في بند من بنود العقد المبرم⁶.

من هذا المنطلق يكون التنازل مسبقا عن الحق في الفسخ صحيحا، و يختلف مدى هذا التنازل حيث يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على إستبعاد الفسخ في جميع حالات عدم التنفيذ، أو في بعض الحالات دون الأخرى، كما يجوز لهما الإتفاق على أن يتنازل أحدهما أو كلاهما مسبقا عن الحق في طلب الفسخ، فليس في هذه الإتفاقات ما يمكن إعتباره غير جائز⁷.

1- عبد الكريم بلعير، المذكرة السابقة، ص 156.

2- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 43.

3- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 470.

4- جبار سماح، المذكرة السابقة، ص 113.

5- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 471.

6- جبار سماح، المذكرة السابقة، ص 114.

7- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 472.

إن التنازل قد يكون صريحا في العقد أو في تصرف لاحق أو حتى شفاهة، و هنا يكون الإثبات بالشهود، و قد يكون ضمنيا و في هذه الحالة تصبح المسألة دقيقة، لكن هناك قواعد يمكن الاستهداء بها في فيها، فمن المعروف أن التنازل لا يفترض لهذا لا يجوز إعتبار السكوت تنازلا، كما أن التنازل لا يتوسع في تفسيره، لذلك يتعين على القاضي أن يكون متشددا في إستنتاج التنازل الضمني، فيجب أن لا يكون في الواقعة التي يراد إستنتاج التنازل منها أي شك في هذا الصدد، و أن يكون من المؤكد أن نية من صدرت منه هذه الواقعة تأخذ المعنى الذي يريد إعطاؤه إياها¹.

و عليه لا يعد إختيار المستهلك لدعوى التنفيذ إذا لم ينفذ العون الإقتصادي إلتزامه تنازلا منه عن دعوى الفسخ، لكن إذا إشتراك المستهلك في تصرف قانوني قام به مدينه أو وافق عليه بعد حصوله، إلتزم بعدم الإخلال بالآثار التي أنتجها ذلك التصرف، حيث يعتبر إشتراكه أو موافقته على ذلك تنازلا منه عن التمسك بكل الحقوق التي يمكن أن تغير المركز الناشئ من التصرف².

بناء على ما تقدم بيانه نستنتج أن البدء في إختيار أحد الطريقتين لا يستفاد منه التنازل عن الآخر، إنما ينهي الخيار صدور حكم نهائي في دعوى التنفيذ أو في دعوى الفسخ، كما أن الخيار مرهون بأن لا يكون الدائن قد سبق أن تنازل عن حقه في طلب الفسخ، أما التنازل عن طلب التنفيذ فيقع باطلا لأن ذلك التنازل يعتبر مناقضا لروح الإلتزام و من أجل ذلك يبطل ذلك الشرط و يستمر العقد³، فحتى يتمسك المستهلك بحقه في فسخ العقد بسبب إخلال العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق للإشتراطات العقدية فإنه لا ينبغي أن يكون هذا المستهلك قد تنازل عن حقه، حيث يجوز له أن يقوم بالتنازل حقه و لا يوجد ما يمنع من ذلك حتى قبل أن يتحقق سبب الفسخ⁴.

و لقد نص المشرع الجزائري في قانون 04-02 المتعلق بالشروط المطبقة على الممارسات التجارية المعدل و المتمم بواسطة القانون رقم 10-06، من خلال المادة 29 فقرة 6 على أنه: " ... يعتبر شرطا تعسفيا رفض العون الاقتصادي حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.."، غير أننا نرى أن المشرع لم يكن مضطرا لإعتبار هذه الحالة من قبيل الشروط التعسفية، و ذلك لأن العون الإقتصادي إذا أخل بتنفيذ أي إلتزام عقدي في مواجهة المستهلك فإنه من حق هذا الأخير طلب فسخ العقد متى توافرت شروطه، و ذلك استناد إلى القواعد العامة، فضلا عن أن تقرير الفسخ من عدمه لا يجب أن يخضع لإرادة العون الإقتصادي، و ذلك لأنه لا ينبغي أن يكافأ عن إخلاله بتنفيذ إلتزامه باختيار الجزاء الذي يروق له، بل يكفي أن تتركز سلطة تقرير الفسخ من عدمه في يد القاضي الذي يعتبر طرفا محايدا، و رغم ذلك فإنه يعتبر جوازا بالنسبة له، حيث يحكم به متى رأى أن ظروف عدم التنفيذ تبرره.

كما أن القاضي لا يهيمه خيار المستهلك، فله مطلق الحرية في قبول أو رفض الفسخ⁵، و له كامل السلطة التقديرية فيما إذا كان عدم تنفيذ الإلتزام أو التأخير في التنفيذ⁶ أو حتى عدم المطابقة تشكل مخالفة جسيمة أو جوهرية تسمح بالحكم بالفسخ⁷، بل إن تدخل العون الإقتصادي و سلطته الواسعة تسمحان

1- عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص44.

2- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 472.

3- مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص84.

4- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 529.

- Philippe Khan, la vente commerciale internationale, op,cit, P 151.5

- J. Schmidt Szalewzki, op,cit, P 9.6

- A. Benbent, les contrats spéciaux, op,cit, P 129 ;François Terré, PH. Simler et Y. Lequette, 7 op,cit, P 630 ; François Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op,cit, P 228.

- أنظر أيضا: نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، المرجع السابق، ص 329.

بإختيار الحل الأنسب للظروف الخاصة بكل حالة¹، كما يمكن للقاضي أن يحكم بالفسخ متبوعا بالتعويض إذا كان له داع²، و يجوز له أيضا أن يرفض طلب الفسخ و في هذه الحالة يمكنه أن يتخذ تدابير أخرى مثل فترة الميسرة الفسخ الجزئي للعقد أو حتى تقرير التعويض³.

لكن ليس معنى ذلك أنه يجوز للقاضي أن يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه حتى لو تبين له حدوث إخلال من جانب العون الإقتصادي، ذلك لأن الفسخ رخصة تثبت للمستهلك دون القاضي، و معنى ذلك أنه يتعين أن يكون المستهلك باعتباره متعاقدا هو من يطلب فسخ العقد، و بالمقابل يتمتع القاضي بالسلطة التقديرية الكاملة بالحكم به أو برفضه، لكن لا يمكن بأي حال من الأحوال القضاء به متبوعا من تلقاء نفسه⁴.

و حسب المادة 119 ق م و المادة 1228 ق م فرنسي فإن القاضي يمكنه أن يمنح أولا للعون الإقتصادي فترة لتنفيذ إلتزامه إذا رأى أن ذلك مناسباً، و إذا كان هذا الأخير حسن النية فيمكنه دائما التنفيذ الصحيح لإلتزامه بالتسليم المطابق⁵.

أما في المقام الثاني و دون القضاء بالفسخ، يمكن للقاضي بعد أن يأمر بتنفيذ الإلتزام فيمكنه إلتزام العون الإقتصادي بالتعويض⁶، و أخيرا عندما يكون تنفيذ الإلتزام بالتسليم جزئيا فيمكن للقاضي عندها الحكم بالفسخ الجزئي للعقد⁷، لأنه يمكنه أن يقدر بكل حرية إذا كان عدم التنفيذ الجزئي مهم، عندها يمكنه الحكم بفسخ العقد⁸، أما عندما يرى أن الإخلال الجزئي بالإلتزام بالتسليم المطابق يشكل إخلالا جسيما بما فيه الكفاية، عندها يحكم بالفسخ الكلي للعقد مع التعويض إذا كان له جدوى⁹.

و في غياب شرط في العقد يقضي بالفسخ الصريح، فإن المحكمة تقدر حسب الظروف في حالة عدم التنفيذ الجزئي إذا ما كان عدم التنفيذ على قدر من الأهمية من أجل الحكم بالفسخ فورا، أما إذا كان عدم التنفيذ جزئي للإلتزام بالتسليم أو بسيط و غير كاف من أجل الفسخ الكلي للعقد، فإن القاضي يمكنه أن يحكم بالفسخ الجزئي، فإذا كان البيع يرد على عدة أشياء و كانت بعض الأشياء المسلمة غير مطابقة، فإن الفسخ ينصب فقط على الجزء غير المطابق¹⁰، و بمجرد الحكم بالفسخ الجزئي فإن القاضي يسمح للمستهلك بتخفيض الثمن¹¹.

1 - Jacques Ghestin et B. Desché, op,cit, P 108.

- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 286.

2- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, op,cit, P 238.

-J. Schmidt Szalewski, op, cit, P 9 ; J. Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, 3 P 158.

4 - محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص528.

- Philippe Khan, la vente commerciale internationale, op,cit, P 151.5

6 - Jacques Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, P 158.

- Michel Alter, op, cit, P 347.7

8 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 631.

- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, 9 op,cit, P 238.

10- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 536.

- F. Collart. Dutilleul et PH. Delebecq, op,cit, P 227 et 228.11

و يعتبر منح التعويض أو تخفيض الثمن حل مؤسس وعملي في نفس الوقت، فمن جهة مبدأ التنفيذ بحسن نية فإنه يمنح المستهلك من طلب الفسخ الكلي للعقد، في حين أن التنفيذ الجزئي يرضيه فعلا¹، و من جهة أخرى فإن هذا الحل يرضي أيضا العون الإقتصادي و المستهلك على حد سواء، فالأول لا يرغب دون شك بفسخ العقد، أما الثاني فله مصلحة في الإحتفاظ بالمبيع لا سيما إذا كانت غير مثلي، و أخيرا فإن الفسخ يكون فعال في الحالة التي لم يكن فيها المستهلك قد دفع الثمن لأن هذا الأخير سيخصم من مبلغ التعويض.

أما إذا تعلق الأمر ببيع يتم فيه التسليم على دفعات أو التسليم المتتابع أين قد تم تنفيذ بعضها، فإن كل تسليم يعتبر صفقة مسقلة عن الأخرى ما لم تتجه إرادة الأطراف إلى غير ذلك، و في هذه الحالة من المفروض لا مجال لفسخ العقد بأكمله²، و مع ذلك يفسخ العقد كليا إذا كانت الصفقة تمثل حسب النية المشتركة للأطراف كل لا يتجزأ³.

أما فيما يخص البيوع التجارية الدولية الخاضعة لنظام إتفاقية فيينا 1980، فإنه في العقود ذات التسليمات المتتابعة، فإن الإخلال من طرف العون الإقتصادي بالإلتزام بالتسليم يشكل مخالفة جوهرية للعقد و يسمح للمشتري بفسخ العقد بسبب التسليم المذكور⁴، و إذا كان عدم تنفيذ العون الإقتصادي للإلتزام يتعلق بالتسليم يمنح للمشتري دوافع جدية للإعتقاد بوجود مخالفة جوهرية للعقد فيما يخص الإلتزام مستقبلية، ففي هذه الحالة يمكنه فسخ العقد بالنسبة للمستقبل بشرط أن يكون ذلك في أجل معقول⁵.

و أخيرا فإن المشتري الذي يفسخ العقد بسبب التسليم يمكنه أن يفسخ العقد أيضا بالنسبة للتسليمات المتلقاة سابقا أو بالنسبة للتسليمات المستقبلية إذا كان سبب الإرتباط يحول دون إمكانية إستعمال هذه التسليمات في الأغراض المرجوة من قبل الأطراف وقت إبرام العقد⁶.

ثانيا: الإستثناءات الواردة على الفسخ القضائي.

لما كانت الإجراءات المتعلقة بالفسخ القضائي للعقد تتسم بالبطء و تكبد المدعى المصاريف القضائية الناشئة عن الدعوى، فضلا عن خضوع هذا النوع من الفسخ إلى السلطة التقديرية للقاضي الذي قد لا ينزل عند رغبة طلب الفسخ، مما يخيب أمل المستهلك الذي أدخل في مواجهته العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق، فإن هذا الأمر أجاز من خلاله المشرع الخروج عن القاعدة العامة التي تجعل من الفسخ قضائيا بحسب الأصل، و إمكانية الإتفاق على ما يسمى عندئذ بالفسخ الإتفاقي، كما يتجلى الخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بالفسخ القضائي و ذلك عن طريق فسخ العقد من جانب واحد، أو لما يكون الإخلال بتنفيذ العقد راجع لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، عندها يفسخ العقد بقوة القانون، و سنتطرق لجميع هذه الإستثناءات فيما يلي:

1 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 652.

- Michel Alter, op,cit, P 346.2

- Jacques Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, P 159.3

- أنظر المادة 73-1 من إتفاقية فيينا 1980.

- أنظر المادة 73-2 من إتفاقية فيينا 1980.

- أنظر المادة 73-3 من إتفاقية فيينا 1980.

1- الفسخ الإتفاقي للعقد.

قد يحتاط المستهلك للمزيد من الضمانات التي تجبر الضرر الناشئ عن إخلال العون الإقتصادي بتسليم مبيع مطابق للإشتراطات العقدية، و ذلك بأن يتفق كلا طرفي العقد على اعتباره مفسوخا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء لتقرير ذلك عند الإخلال بالتنفيذ، و هذا ما يعرف بالشرط الفاسخ الصريح، كما يجوز كذلك للمستهلك في حالة ما إذا تأخر العون الإقتصادي عن تسليم البضاعة أو سلمها و كانت غير مطابقة، أن يرفض تسلمها، و عليه سنتطرق إلى هاتين الحالتين فيما يلي:

أ- الشرط الفاسخ الصريح.

تنص المادة 120 ق م على أنه: " يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها، و بدون الحاجة إلى حكم قضائي، و هذا الشرط لا يعفي من الإعذار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين".

من خلال هذا النص يتضح أن فسخ العقد يمكن أن يتقرر بواسطة إتفاق أطرافه على ذلك، فحتى يتقاضي الأطراف مساوئ الفسخ القضائي فإنه يمكن للمتعاقدين إدراج شرط فاسخ يسمح للمستهلك بفسخ البيع دون اللجوء إلى القضاء و ذلك لما لا ينفذ العون الإقتصادي إلتزامه بالتسليم المطابق على الوجه المطلوب¹.

إن الشرط الفاسخ هو الذي يترتب على تحققه زوال الإلتزام و إنقضائه في المستقبل، فالإلتزام هنا موجود منذ البداية و يجب تنفيذه، لكن إذا تحقق الشرط زال الإلتزام و انفسخ العقد بأثر رجعي وفقا للمادة 207 ق م²، فالشرط الفاسخ يؤدي تحققه إلى زوال الإلتزام المعلق عليه بأثر رجعي، فيعتبر هذا الإلتزام كأن لم يكن منذ البداية دون حكم أو إعذار³.

كما يخضع الشرط الفاسخ إلى سلطة قضاة الموضوع في تفسيره، على أنه يجب أن يفسر بالمعنى الضيق لأنه من جهة يعفي من المبدأ العام الذي على أساسه يطلب الفسخ من القضاء، و من جهة أخرى لأنه يفرض غالبا من الطرف الأقوى عقديا (العون الإقتصادي) على الطرف الضعيف (المستهلك)⁴، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن قصد إمكانية الإبقاء على العقد لا بد أن تؤخذ بعين الإعتبار طالما كانت ممكنة.

إن الشرط الفاسخ غير محبذ في القضاء الفرنسي⁵، و مثل هذا الشرط لا يمكنه حرمان المستهلك من ممارسة خياره المنصوص بين التنفيذ العيني الجبري و الفسخ القضائي للبيع⁶، ثم إن العون الإقتصادي لا

1 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 642.

2 - تنص المادة 207 فقرة 1 ق م على أنه: " يزول الإلتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، و يكون الدائن ملزم برد ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه و يجب عليه تعويض الضرر".

3 - بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 355 و ما بعدها.

4 - A. Benabent, les obligations, op,cit, P 272.

5 - Ibid, P 273.

6 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 642 ; J. Schmidt Szalewski, op,cit, P 10 ; J. Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 739.

- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء 2، منشورات الحلبي، بيروت، 1998، ص 695 وما بعدها. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 290.

يمكنه أن يدعي بالشرط الفاسخ كي يتفادى قانون العقد¹، علاوة على ذلك يمنع على القاضي من إعمال الشرط الفاسخ إذا تبين أن من يدعيه سيء النية²، و أخيرا لما كان الفسخ بسبب الإخلال بتنفيذ العقد هو مبدأ قضائي، فإنه لا بد من وجود إتفاق صريح من أجل تجنب الفسخ المقرر قانونا³.

و يلعب القاضي دور هام في تفسير إرادة الأطراف للتعرف على قيام هذا الشرط و طبيعته، حيث يقوم بالتحقق من وجود الإتفاق على الشرط الصريح الفاسخ في العقد، و هذا الإتفاق يمكن أن يندرج بين بنود العقد أو في ورقة إتفاقية تعد بمثابة ملحق له⁴، حيث يمكن للمتعاقدين أن يدرجا في العقد شرطا فاسخا يحتفظ فيه كل متعاقد بحق فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء عند الإخلال بكل أو بعض الإلتزامات المترتبة عن العقد، و بذلك لا يستطيع القاضي أن يحكم بالفسخ و إنما يقتصر دوره على التحري عن وجود الشرط الفاسخ و مدى مشروعيته⁵.

و يتحقق القاضي من وجود إتفاق على الفسخ بإرادة واحدة، فيجب عليه أن يتحرى حقيقة المقصود من هذا الإتفاق فيما إذا كان يقصد به إستبعاد سلطة القاضي في إنشاء الفسخ، أم أن الأمر يتعلق بتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة 119 ق م المتعلقة بأثر الإخلال بتنفيذ العقد الملزم للجانبين، فلو تبين له أن الإتفاق على الفسخ لا يعدو أن يكون مجرد ترديد للفسخ القضائي، فلا يمكنه إعتبار أن العقد مفسوخ من تلقاء نفسه، بل يعتبره قائما إلى حين صدور حكم ينشئ الفسخ، كما لا يقضي بالفسخ إلا إذا تأكد أن عدم التنفيذ يبلغ قدرا من الأهمية التي تستدعي هذا الجزاء فعلا⁶.

و تتعين التفرقة بين أنواع الشروط الفاسخة الصريحة و ذلك لإختلاف الآثار فيما بينها، فالشرط الفاسخ الأكثر خطورة و قساوة هو ذلك الذي يقرر فسخ العقد بقوة القانون و دون أي شكلية بمجرد الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق، كما أن إستبعاد تطبيق المادة 119 ق م يؤدي حتما عدم إمكانية اللجوء إلى القضاء لطلب الفسخ أصلا و من ثم عدم القيام بالإعذار⁷.

أما النوع الثاني من الشرط الفاسخ هو ذلك الذي يستبعد فقط اللجوء للقضاء دون إعفاء المستهلك من الإعذار⁸، الذي يكون ضروريا بالنسبة للعون الإقتصادي الذي يمكنه أن ينفذ إلتزامه بالتسليم بعد أن يكون قد تلقى هذا الإعذار⁹، و في عقد البيع فإنه لا يفسخ العقد طالما في إستطاعة المستهلك الدفع، و طالما لم يتلق الإعذار بعد و ذلك في حالة عدم دفعه للثمن طبعا، و يطبق هذا الحل على جميع الشروط الفاسخة بقوة القانون و يجعل الإعذار إجراء ضروري للشرط الذي يفترض دائما هذا الإجراء في مواجهة

1- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 696 وما بعدها، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 290.

- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité, op, cit, P 240 ; Christian Larroumet, 2 op,cit, P 822; F.Collart Dutilleul et PH. Delebèque, op, cit, P 228.

3- عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الاولى، منشورات عويدات، بيروت، 1988، ص 449.

4- عبد الحي حجازي، المقالة السابقة، ص 49.

5- حمو حسينة، المذكرة السابقة، ص 108.

6 - بلعير عبد الكريم، المذكرة السابقة، ص 300.

7 - Christian Larroumet, op, cit, P 822.

8 - Schmidt Szalewski, op,cit, P 10.

9 - Christian Larroumet, op, cit , P 824.

العون الإقتصادي من أجل تنفيذ التزامه بالتسليم في مهلة معقولة¹، فالإعذار هو إجراء مسبق لتنفيذ الشرط الفاسخ و في نفس الوقت يعتبر ضمانا للعون الإقتصادي².

كما قد يحدث و أن يتم الإتفاق على إعتبار العقد مفسوخا إذا لم يتم أحدهما بتنفيذ إلتزام معين بالذات، و يتوقف هذا الشرط على نية المتعاقدين، فقد يكونا قد أرادا به وقوع الفسخ بمجرد إخلال المتعاقد بالتزاماته، و يكون الفسخ قد وقع بتراضي المتعاقدين سلفا على ذلك³، غير أنه من الصعب إستخلاص هذه النية من مجرد ورود الشرط بهذه الصيغة، و الغالب أن المتعاقدين لا يريدان أن يمثل هذا الشرط إلا تقرير القاعدة العامة المتعلقة بالفسخ لعدم التنفيذ، و على ذلك لا يغني هذا الشرط عن اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم يقضي بالفسخ، بل هو لا يسلب القاضي سلطته التقديرية، حيث يمكنه عدم القضاء بالفسخ و منح المدين مهلة لتنفيذ إلتزامه إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك⁴.

كما تسلب السلطة التقديرية للقاضي أيضا في حالة إتفاق المتعاقدين على إعتبار أن العقد مفسوخ من تلقاء نفسه، و هنا لا يكون أمام القاضي سوى الحكم بالفسخ⁵، و من ثم يقتصر دوره في هذه الحالة فقط على التحقق من واقعة الإخلال بالإلتزام، و فيما إذا كان هذا الإخلال سببا لإعمال الشرط الصريح الفاسخ المتفق عليه في العقد، على أن هذا لا يعني عدم اللجوء للقضاء، بل لا بد على المستهلك أن يلجأ للقضاء لطلب الفسخ دون أن تكون للقاضي أي سلطة تقديرية في تقرير الفسخ من عدمه، بل ينحصر دوره فقط في التأكد من مدى توافر شروطه، حيث يكون حكمه مقرر⁶.

ب- رفض تسلم البضاعة.

يعتبر نظام رفض تسلم البضاعة عرف تجاري بالدرجة الأولى⁷ و جزاء فعال⁸، يسمح للمستهلك عندما تكون البضاعة المسلمة غير مطابقة لما اتفق عليه سواء من حيث طبيعتها، مصدرها أو خصائصها الأساسية، أن يرفض تسلمها و تركها على حساب العون الإقتصادي⁹، يجد أساسه في قواعد القواعد العامة و ذلك من خلال المادة 276 ق م التي تنص على أنه: "الشيء المستحق أصلا هو الذي يكون به الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره و لو كان الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى".

هذا النص يستعمل عبارة "لا يجبر على قبول شيء"، و بمفهوم المخالفة "جواز رفض تسلم الشيء"، و يكون هذا الرفض مبررا خاصة في حالة تأخر تسليم البضاعة من طرف العون الإقتصادي¹⁰، فعندما يبدي المستهلك نيته في وضع حد للعقد فإن رفض التسلم يعتبر بمثابة فسخ للبيع من جانب واحد¹¹،

1 - Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité, op,cit, P 240.

2 - Christian Larroumet, op,cit, P 824.

3 - عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص 208.

4 - نفس المرجع، ص 209.

5 - توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، القسم الثاني، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1993، ص 257.

6- François Collart Dutilleul et Ph. Delebecque, op, cit, p 204.

- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 7.549

8 - Thomas Canfin, op,cit, P 155.

9 - François Terré, PH.Simler et Y. Lequette, op,cit, P 639 ; Michel Alter, op,cit, P 350; François Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op,cit, P 226.

- Jérôme Huet, les principaux contrats spéciaux, op,cit, P 232.10

11- إن الطبيعة القانونية لرفض تسلم البضاعة ليس من السهل تحديدها فهناك من يرى بأنها عبارة عن فسخ من جانب واحد للبيع. أنظر: Michel Alter, op,cit, P 214, P 353 ; P 361

- Alain Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 130 ; Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 1081.

يتطلب تنفيذه مخالفة جوهرية للعقد¹، كما يتطلب أيضا أن يكون المستهلك حسن النية و أن يطالب برفض التسلم من القضاء بسرعة، و تجدر الإشارة إلى أن صحة رفض التسلم من عدمها تخضع للرقابة اللاحقة لقضاة الموضوع²، و طالما أن القضاء لم يصدر حكما يضع نهاية للعقد فإنه يبقى قائما³، لكن آثاره تزول⁴، و يتعين على المستهلك بعد رفض تسلم البضاعة، طلب الفسخ لتصحيح النتائج التي حصل عليها مسبقا.

إن رفض تسلم البضاعة و تركها لحساب العون الإقتصادي مجرد إجراء ينقضي من خلاله العقد إلى حين تقرير الفسخ، و تعتبر وضعية المستهلك حرجة في الحالة التي تتعلق دائما بقرار القاضي⁵، و لذلك فإنه عندما يرفض المستهلك تسلم البضاعة فإنه يكون مطالب بحفظها لحساب العون الإقتصادي⁶.

و تجدر الإشارة إلى أن رفض تسلم المبيع إجراء ذو طابع مؤقت و دفاعي في نفس الوقت⁷، حيث إما أن ينفذ العون الإقتصادي إلتزامه بتسليم بضاعة مطابقة لما تم الإلتفاق عليه، أو أن يطلب المستهلك فسخ البيع في حالة رفض العون الإقتصادي تنفيذه للإلتزام، و عمليا يلجأ هذا الأخير إلى القضاء لدفع مسؤوليته و طلب تنفيذ العقد، و ذلك بعد رفض التسلم الحاصل الذي يكون غير مبرر⁸.

علاوة على ذلك فإن ما يدفع بالمستهلك للجوء إلى القضاء هو المطالبة مثلا بالتعويض من أجل الأضرار التي أصابته، أو إسترجاع المبلغ الذي دفعه إلى العون الإقتصادي⁹، و في جميع الحالات فإن قاضي الموضوع غير مرتبط بالوضعية التي يأخذها المستهلك¹⁰، فإذا تبين له أن رفض تسلم البضاعة غير مبرر فيمكنه عندئذ الحكم برفضه¹¹، و في هذه الحالة فإن المستهلك يتحمل مخاطر رفض التسلم¹² التي تتمثل في إعتبار أنه قبل الشيء المبيع¹³، و يترتب عن ذلك إرغامه على قبول التسليم الحاصل من طرف العون الإقتصادي¹⁴، كما يمكن إلتزام المستهلك أيضا بدفع التعويض لهذا الأخير إذا كان قد لحقه ضرر جراء الرفض غير المبرر لتسلم البضاعة¹⁵.

أما فيما يخص إتفاقية فيينا 1980 فإنها لم تنص على أحكام خاصة برفض تسلم المبيع، إلا أنه من خلال نص المادة 38 التي تقضي بإلزامية تفحص المشتري للبضائع في أقرب وقت، فإنه و عندما يقوم به و يتضح له أن البضاعة المسلمة غير مطابقة للعقد، فإنه يرفضها و يتركها لحساب العون الإقتصادي¹⁶.

- في حين يرى البعض الآخر أن "رفض التسلم" هو دفع بعدم التنفيذ.

- Jérôme Huet, op,cit, P 232 et Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité, op,cit, P 238.

1 - Michel Alter, op,cit, P 252 et 253.

- محمد ابراهيم بنداري، الرسالة السابقة، ص 2.549

- Schmidt Szalewski, op,cit, P 10.3

- Philippe Le Tourneau, droit de la responsabilité , op,cit, P 238.4

- Ibid, P 238 et s.5

- Jérôme Huet, op,cit, P 524.6

- F. Collart Dutilleul et PH. Delebecque, op,cit, P 226.7

8 - Ibid, p226.

9 - Jacques Ghestin, conformité et garanties dans la vente op,cit, P 140.

10 - Ibid, P 140.

11 - Michel Alter, op,cit, P 352 et S.

12 - Alain Benabent, op,cit, P 130.

13 - J. Schmidt Szalewski, op,cit, P 10 ; Jérôme Huet, op,cit, P 524.

14 - Michel Alter, op,cit, P 352.

15 - Alain Benabent, op,cit, P 130.

16- J. Huet, op,cit, P 623 et S.

إن إجراء "رفض تسلم البضاعة" يتطلب أيضا في مجال البيع الدولي للبضائع توافر بعض الشروط، فمن جهة لا بد من توفر المخالفة الجوهرية، لأن رفض التسلم يؤدي غالبا إلى فسخ العقد¹، و من جهة أخرى بعد رفض البضاعة يتعين على المشتري إعلان عيب المطابقة في أجل معقول، و ذلك مع تحديد طبيعة العيب لتبرير الرفض و ذلك حسب المادة 1/39 من إتفاقية فيينا 1980، كما يتم إعلان العيب في شكل إخطار أو إشعار طبقا لنص المادة 26 من الإتفاقية المتعلقة بإعلان فسخ عقد البيع.

2- فسخ العقد من جانب واحد.

إن نص المادة 119 ق م واضح في أنه لا يمكن للعقد أن يكون مفسوخا بقوة القانون في حالة عدم تنفيذ الإلتزام بل يجب أن يطلب ذلك من المحكمة، غير أن القضاء² و الفقه³ الفرنسيين قد حاولا إضفاء المرونة على هذه القاعدة و ذلك بتقرير جواز الفسخ من جانب واحد حسب المادة 1226 ق م، إذا كان هذا الطرف حسن النية و في بعض الحالات الخاصة أو الإستثنائية، و الأكثر من ذلك أنه يتم دون ضرورة التدخل المسبق للقاضي.

إن الفسخ من جانب واحد في القانون الفرنسي له ما يبرره في بعض الحالات، مثلا في المواد المدنية و التجارية فإن حالة الإستعجال التي تحول دون إمكانية لجوء الدائن إلى القضاء، تسمح بفسخ العقد من جانب واحد و ذلك من أجل تفادي تفاقم الضرر⁴، كما أن سوء نية العون الإقتصادي تبرر أحيانا هذا النوع من الفسخ، كإيضاح أن إرادته لا تتجه إلى تنفيذ إلتزاماته العقدية، فمثل هذه الإرادة تشكل إخلالا بحسن النية.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية تبنت أن: "خطورة تصرف أو سلوك المتعاقد، يمكنها أن تبرر وضع الطرف الآخر نهاية العقد من جانب واحد، و ذلك لخطورته و بغض النظر عما إذا كان هذا العقد محدد المدة أو غير محدد المدة"⁵، و من ثم فإن سلوك المدين أو حتى إخلاله بإلتزاماته التعاقدية كفيل بفسخ العقد من جانب واحد⁶، و ذلك بغض النظر عما إذا كان العقد فوريا أو متتابع، و في هذه الحالة الأخيرة سواء كان محدد أو غير محدد المدة⁷.

غير أنه في حقيقة الأمر ليس كل سلوك للمدين أو إخلال بإلتزاماته من شأنه أن يجيز فسخ العقد من جانب واحد، بل لا بد أن يكون السلوك أو الإخلال يشكل جسامة خاصة، كمخالفة إلتزام أساسي مثل التسليم المطابق، و يترتب عن ذلك أن الإخلال البسيط بالإلتزامات التعاقدية لا يكفي لتبرير الفسخ من جانب واحد حتى و إن كان الإخلال بالإلتزام جسيما من جانب العون الإقتصادي، فإن الفسخ من جانب واحد لا بد أن يكون متناسبا و متكافئ مع هذا الإخلال، و حسب البعض فإن من يبادر بفسخ العقد يتعين

- إلياس ناصيف، الموسوعة السابقة، ص 1.629

2- Cass.com, 4 février 2004, J.C.P. 2004, éd, G, I, 149, n° 19, P 1279 .

3 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 639 ; J. Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, P 129.

- A. Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 129.4

5 - Cass.1^{ère} civ, 20 février 2001, bull.civ, 2001, I, n° 40, P 25 ; Cass.1^{ère} civ, 13 octobre 1998, bull, civ, 1998,I, n° 300, P 207.

- A. Benabent, op,cit, P 269, Gerald Masch, Denis Mazeaud et Reiner Schulze, nouveaux 6 défis du droit des contrats en France et en europe, European law publishers, 2009, P 34 et 35.

7 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 639.

عليه إعدار الطرف الآخر بالتنفيذ أو تصحيح التنفيذ، و ذلك بمنحه مهلة معقولة بحيث عند إنقضائها يعتبر العقد كأن لم يكن، على أن هذا الإعدار ليس له شكل معين¹.

إن قبول فسخ العقد من جانب واحد له مزايا كبيرة، فمن جهة فإن السماح للمستهلك بفسخ العقد من جانبه يخفف من كم القضايا المعروضة على المحاكم، و من جهة أخرى جعل القانون الداخلي (المدني الفرنسي) أكثر إنسجاما مع التشريعات الأوروبية و الدولية، كما أن الحياة العملية الإقتصادية تتطلب هذا النوع من الفسخ، فبمجرد إتضاح أن الإخلال على قدر من الجسامة بحيث يفقد العقد الحيوية الإقتصادية فإن المستهلك يمكنه أن ينهي العقد و يبرم آخر مع شخص آخر²، كما أن نظام الفسخ من جانب واحد يعتبر الأكثر عدالة بالنسبة له مقارنة بالفسخ القضائي للعقد، و أخيرا يعتبر هذا الفسخ جزاء مناسب للعون الإقتصادي سيء النية أو غير النزيه³.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كان يتعين على المستهلك في نظام الفسخ القضائي طلبه من القاضي فإنه في نظام الفسخ من جانب واحد يتم عكس دور الأطراف، لأن المستهلك غير ملزم بطلبه من القضاء، بل العكس فإن العون الإقتصادي هو من يتقدم للقضاء من أجل الإعتراض على هذا الجزاء⁴، و بمجرد علم القاضي بذلك فإنه يمارس رقابة لاحقة لتقدير الطابع الجسيم لسلوك أو إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزامه بالتسليم المطابق⁵، و إذا رأى القاضي بأن الفسخ من جانب واحد مناسب فإنه يعتبره مبررا، أما في الحالة العكسية أي لما يكون غير متناسب مع إخلال العون الإقتصادي فإنه يقضي بمسؤولية المستهلك الذي أقدم على الفسخ و ذلك لخطورة هذا الجزاء⁶، لكن هل يجوز للقاضي أن يأمر بتنفيذ العقد إذا تبين له عدم مناسبة الفسخ ؟

في الحقيقة ليس هناك إجماع فقهي في الإجابة عن هذا السؤال، لذلك تضاربت الآراء في هذا الشأن بين رأي يعطي إجابة بالنفي، بمعنى أنه في ما إذا تبين للقاضي أن الفسخ ليس متناسبا مع جسامة إخلال العون الإقتصادي بإلتزاماته فإنه في هذه الحالة يلزم المستهلك الذي فسخ العقد من جانبه بأن يدفع لمدينه العون الإقتصادي تعويضا⁷، و هناك رأي آخر⁸ يذهب إلى أنه حتى يتم ردع المستهلك الذي يصطنع العدالة لنفسه، فإنه من المناسب تدخل القاضي إذا كان ذلك لا يتعارض مع مصلحة العون الإقتصادي و مع الواقع الذي لا يمكن أن يتحرر منه القاضي، و كذا تقريره الإبقاء على العقد المفسوخ تعسفا بدلا من الحكم بجبر الضرر الحاصل، و نحن بدورنا نميل إلى الرأي الثاني لأن السماح للقاضي بأن يأمر بتنفيذ العقد مسألة تتماشى و مبدأ التنفيذ العيني للإلتزامات.

و بخلاف ما هو موجود في القانون الفرنسي، فإن إتفاقية فيينا 1980 لا تجعل من الفسخ القضائي هو الأصل، بل نصت على الفسخ من جانب واحد⁹، و هذا ما ورد في المواد 26، 49 و 64 من الإتفاقية،

- F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 639 et s.1

- Ibid, P 640 et s.2

3 - Cass 1^{ère} civ, 28 octobre 2003, J.C.P, 2004, G, II, 10108, n° 6, P 1280.

4 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 639.

- J. Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, P 165.5

- أنظر أيضا: عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 438.

- A. Benabent, les obligations, op,cit, P 269.6

- J. Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, P 165.7

8 -F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 640 et 641.

9 - Vincent Heuzé, la vente internationale de marchandises, op,cit, P 380.

حيث أن فسخ البيع الدولي لا يتم بواسطة الطريق القضائي، بل يتم من جانب واحد عن طريق إبداء أحد الأطراف المتعاقدة رغبته في ذلك و دون اللجوء المسبق للقضاء.

كما أن الفسخ من جانب واحد ينظر إليه في إتفاقية فيينا 1980 على أنه غير مفيد¹، لأن الإبقاء على عقد البيع في مجال التجارة الدولية يفضل على إبطاله، لهذا فالفسخ غير مسموح به إلا في الحالات غير العادية، أين تكون الحلول المكرسة بواسطة المواد من 46 إلى 52 من الإتفاقية غير كافية و لا سيما التعويض²، بالإضافة إلى ضرورة توفر بعض الشروط الموضوعية و الإجرائية حتى يتسنى للمشتري فسخ العقد³، فمن جهة، لما يتم ترجيحه من أجل الإتضاح السريع للعلاقات القانونية بين المتعاقدين، فإن المشتري ملزم بإعلان الفسخ في أجل معقول⁴، فأعلان الفسخ بعد 7 أيام من تسليم الشيء المبيع يعتبر تأخيراً، لأن هذه المدة غير معقولة حسب نص المادة 2/49 من الإتفاقية.

و من جهة أخرى فإنه يتعين على المشتري إشعار العون الإقتصادي بالفسخ⁵، و أن التكاليف بدفع التعويض لا يقوم مقام الإشعار، و أخيراً فسخ عقد البيع الدولي يستوجب وجود مخالفة جوهرية للعقد⁶، و يقع على المشتري عبء إثبات هذه المخالفة الجوهرية، و يمارس قضاة الموضوع بالإستناد إلى نص المادة 25 من الإتفاقية رقابة قضائية لاحقة من أجل تقدير ما إذا كان الإخلال يشكل مخالفة جوهرية للعقد، و في حالة ما إذا قدر إخلال العون الإقتصادي بالتزاماته على أنه لا يشكل مخالفة جوهرية، فيحكم للمشتري بالتعويض إذا كان هذا الإخلال قد ألحق له ضرراً و هذا مع التأكيد على عدم الفسخ.

و يعتبر تسليم البضائع غير المطابقة هو النطاق الأكثر صعوبة من حيث تطبيق شرط المخالفة الجوهرية عليه، و هذا هو سبب صدور أحكام عديدة في هذا الشأن، و عليه في حالة تسليم بضاعة غير مطابقة فإن المشتري يمكنه إعلان فسخ العقد لما تشكل عدم مطابقة البضاعة المسلمة مع تم الإتفاق عليه مخالفة جوهرية وفقاً لنص المادة 49 فقرة 1- أ، من إتفاقية فيينا 1980، و لذلك يتعين علينا معرفة الحالات التي يوصف فيها تسليم بضائع غير مطابقة بأنه مخالفة جوهرية للعقد، و بالفعل توجد مجموعة من الإجهادات القضائية في هذا الشأن التي تدل على أن عدم المطابقة النوعية لا يمكن وصفها بالمخالفة الجوهرية، فهي غير جوهرية طالما أنه من اليسير على المشتري إستعمال هذه البضاعة أو إعادة بيعها، و في هذا الشأن قضت المحكمة الفدرالية السويسرية (zivilabteilung)، بأن رداءة نوعية اللحم المسلم جعلته يفقد 23,5 % من قيمته و هذه النسبة أقل مما هو متفق عليه، غير أن هذا لا يشكل مخالفة جوهرية للعقد، طالما أن الفرصة تبقى متاحة أمام المشتري لإعادة بيعه بثمن أقل أو تصنيعه بدلاً من إعادة البيع⁷.

و من جهة أخرى يشكل مخالفة جوهرية تخول للمشتري إعلان فسخ البيع، تعذر إستخدام البضائع غير المطابقة أو إعادة بيعها ببذل جهد معقول، و هذا ما قضت به المحكمة الألمانية في مدينة (FRANKFURT)، حيث رفضت الشركة التجارية الألمانية المدعى عليها دفع ثمن شراء أحمية مستوردة من شركة إيطالية المدعية على أساس أن البضائع لم تسلم في الوقت المنصوص عليه في العقد، بالإضافة إلى كونها غير مطابقة للمواصفات المشترطة فيه، فقررت المحكمة أنه لا يجوز للمشتري إعلان الفسخ و لا أن يرفض دفع الثمن لأنه لم يتم الإتفاق على الوقت الذي يتعين فيه على العون الإقتصادي أن

- Vincent Heuzé, la vente internationale de marchandises, op,cit, P 375. 1

2 -J. Ghestin et B. Desché, op,cit, P 1077.

- Vincent Heuzé, op,cit, P 376.3

- المادة 2/49 من إتفاقية فيينا.4

- المادة 26 من إتفاقية فيينا.5

-6 المادتان 1-49 و 64 من إتفاقية فيينا، و أنظر:

-Vincent Heuzé, op,cit, P 376.

- Tribunal fédéral suisse, 28 octobre 1998, Dalloz 2000, P 443.7

يسلم البضائع، بالإضافة إلى عدم إثباته ما إذا كانت الأحذية دون المستوى فقط، و في هذه الحالة كان يمكن للمشتري مثلا أن يخفض الثمن أو أن يطلب تعويض الأضرار، كما أنه لم يثبت أيضا عدم صلاحيتها لإعادة البيع و هذه الحالة الأخيرة هي التي تجيز إعلان فسخ العقد، و على ضوء هذه الوقائع قررت المحكمة العليا الألمانية بإلزام المدعى عليه بأن يدفع ثمن الشراء و فائدة تقدر ب 10 % و هو السعر المقرر بموجب القانون الإيطالي، و القانون الواجب التطبيق بمقتضى القانون الدولي الخاص الألماني¹.

كما لا تكيف أيضا المحكمة المخالفة على أنها جوهرية و ذلك عندما يعرض العون الإقتصادي الإصلاح العاجل و ينجزه دون أي إجحاف بالمشتري، و هذا ما قضت به المحكمة العليا بألمانيا KOLBENZ، في قضية تتلخص وقائعها في عملية تسليم بطانيات أكريلية من العون الإقتصادي الهولندي إلى المشتري الألماني الذي وجه إشعارا بعدم مطابقة البضائع نوعيا لما هو متفق عليه، و إدعى إلى جانب ذلك فقدان خمس لفائف من البطانيات، كما ذكر أن البيع مشروط باتفاق توزيع حصري بين الطرفين خالفه العون الإقتصادي، فرفع هذا الأخير دعوى مطالبا بثمن الشراء و طالب المشتري إجراء مقاصة، فقررت المحكمة أن العون الإقتصادي محق في مطالبته و أن عدم المطابقة يشمل كل من النوعية و الكمية و فقا للمادة 35 فقرة 1 من إتفاقية فيينا 1980، و لكن المشتري قد فقد حقه في التمسك بعدم المطابقة بمقتضى الإتفاقية، و على الرغم من أن هذا الأخير قد وجه إشعار بفقدان 5 لفائف من البطانيات فإنه لم يحدد تصميمها، و بما أن العون الإقتصادي أرسل بطانيات ذات تصاميم مختلفة، لم يمكنه الإشعار من تدارك عدم المطابقة، و لذلك ذكر بأن الإشعار لم يكن محدد بشكل كاف و فقا للمادة 39 فقرة 1 من الإتفاقية.

و إذا كان العون الإقتصادي قد عرض تسليم بضائع جديدة و هو ما رفضه المشتري، فإن رداءة النوعية لا تعد مخالفة جوهرية للعقد المنصوص عليها في المادة 25 من إتفاقية فيينا 1980، و من ثم حتى توصف المخالفة بأنها جوهرية لا بد أن لا تأخذ بعين الإعتبار جسامه العيب فحسب، بل لابد أن تأخذ أيضا إستعداد الطرف المخالف لتوريد بضائع بديلة دون أي يسبب مضايقة غير معقولة للطرف الآخر طبقا للمادة 48 فقرة 1 من الإتفاقية، و في قضية الحال فإن الرداءة الشديدة للنوعية في حد ذاتها لا تشكل مخالفة جوهرية، لأن العون الإقتصادي عرض تقديم بطانيات إضافية و هذا تطبيقا للمادة 49 فقرة 1 من الإتفاقية، لذلك لا يحق للمشتري أن يحصل على التعويض لأنه رفض دون مبرر عرض العون الإقتصادي تسليم بضائع جديدة إستنادا للمادة 80 من الإتفاقية، و بذلك يكون قد فقد حقه أيضا في تخفيض الثمن و ذلك حسب المادة 50 من الإتفاقية، و بالمقابل يحق للعون الإقتصادي الحصول على فائدة و فقا للمادة 78 من الإتفاقية تقرر و فقا للقانون الهولندي².

و تجدر الإشارة أيضا إلى أن التأخير في التسليم لا يشكل مخالفة جوهرية تسمح للمشتري بفسخ العقد، لأن المادة 49 فقرة أولى-ب- من إتفاقية فيينا 1980 لا تخول له الحق في فسخ العقد دون الموافقة على إعطاء العون الإقتصادي مهلة إضافية للتنفيذ على أساس المادة 47 فقرة أولى من الإتفاقية³، فحسب نص المادة 47-1 من هذه الإتفاقية يمكن للمشتري أن يمنح مهلة إضافية ذات فترة معقولة حتى ينفذ

1- أنظر موقع الأمم المتحدة، الجمعية العامة، مجموعة السوابق القضائية المستندة إلى نصوص اليونسترال 10 أبريل 1995، ص 2.

WWW.UNICTRAL.ORG/CLOUT/Show_document.do?document_vid=1268&country=Ger&Ing=ar.

2- القرار الصادر في 31 جانفي 1997 عن محكمة Oberlandsgericht Kolbenz، أنظر الموقع السابق.

WWW.UNICTRAL.ORG/CLOUT/Show_document.do?document_vid=1505&country=Ger.

- J. Heut, les principaux contrats spéciaux, op,cit, P 624.3

إلتزاماته التعاقدية، و إذا لم يحترم هذا الأخير تلك المهلة فإن المخالفة عندئذ ترقى إلى الجوهريّة، و بالتالي يسمح للمشتري بفسخ البيع¹.

إن فكرة المخالفة الجوهريّة التي تبنتها إتفاقية فيينا 1980 تقترب من القانون المدني الفرنسي و الجزائري، حيث ذكرنا سابقاً أنه وحده "عدم التنفيذ الجسيم بما فيه الكفاية" يمكن أن يبطل فسخ العقد، و في نظام إتفاقية فيينا هناك العديد من الأحكام التي تصور صراحة فكرة "المخالفة الجوهريّة"، فعلاوة على المادة 49، فإن المادة 2-46 تنص على أن المشتري يمكنه أن يطلب من العون الإقتصادي إستبدال البضائع إذا كانت غير مطابقة شريطة أن تشكل عدم المطابقة مخالفة جوهريّة، و كذلك المادة 64 التي تسمح للعون الإقتصادي بإعلان فسخ البيع لما لا ينفذ المشتري أحد إلتزاماته الأساسيّة إذا و فقط كان هذا الإخلال يشكل مخالفة جوهريّة للعقد، كما أن هذه الفكرة الأخيرة لها دور أساسي في نظام إتفاقية فيينا، فما المقصود بها؟

تعرف المادة 25 من إتفاقية فيينا هذه الفكرة على أنها: "مخالفة يرتكبها أحد أطراف العقد، و تكون جوهريّة بما تلحق بالطرف الآخر ضرراً من شأنه أن يحرمه بشكل أساسي مما كان يحق له أن يتوقع الحصول عليه بموجب العقد، ما لم يكن الطرف المخالف لا يتوقع مثل هذه النتيجة و ما لم يكن أي شخص سوي الإدراك من نفس الصفة لا يتوقع مثل هذه النتيجة في نفس الظروف".

من خلال هذا النص يتضح أنه يستوجب عنصرين أساسيين لإعتبار مخالفة ما جوهريّة، أحدهما "شخصي"، و يتعلق بالطرف المتضرر و على هذا الأساس يحرم الضرر المشتري بصفة أساسيّة مما كان من حقه إنتظاره من العقد، أما العنصر الثاني فهو "موضوعي" و يتعلق بالطرف المخل، فالعون الإقتصادي لم يكن يتوقع نتيجة إخلاله، حيث أنه ما كان أيضاً لشخص آخر سوي (معقول) له نفس صفة العون الإقتصادي أن يتوقع نتيجة الإخلال².

و ما تجدر الإشارة إليه أن المادة 25 السالفة الذكر لم تحدد وقتاً للتصور، حيث من الممكن أن يكون هذا الوقت هو وقت إنعقاد العقد أو وقت وقوع المخالفة، و لقد ترك هذا الأمر للسوابق القضائيّة، كما إقتراح بأن عبء إثبات المعيار المتعلق بالتصور (التوقع) يقع على عاتق الطرف المخل³، كما أنه إذا فرضنا أن إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ إلتزاماته هو إخلال جزئي، فهل يعني ذلك أن فسخ البيع سيكون هو الآخر جزئياً؟

إن المادة 51 من إتفاقية فيينا 1980 تجيب عن هذا السؤال، فحسب الفقرة الأولى منها فإنه: "إذا لم يسلم البائع غير جزء من البضائع أو إذا كان جزء فقط من البضائع المسلمة مطابقاً للعقد، تطبق أحكام المواد من 46 إلى 50 بشأن الجزء الناقص أو الجزء غير المطابق"، فالمشتري إذا إختار الفسخ فيمكنه أن يفسخ البيع من جانب واحد فيما يتعلق فقط بالكمية الناقصة أو غير المطابقة دون المساس ببقية البضائع المسلمة و المطابقة⁴، بمعنى آخر أنه في هذه الحالة يلجأ المشتري إلى الفسخ الجزئي للبيع⁵، لكن يتعين عليه إعلان الفسخ للعون الإقتصادي في أجل معقول⁶.

1 - J. Ghestin et Bernard Desché, op, cit, P 1079.

- إلياس ناصيف، الموسوعة السابقة، ص 530.

2- نسرين سلامة محاسنة، المرجع السابق، ص 192.

3- نفس المرجع، ص 192.

4- إلياس ناصيف، الموسوعة السابقة، ص 592 و ما بعدها.

5-Vincent Heuzé, la vente internationale de marchandises, op, cit, P 387.

6- المادتان 26 و 49 / 2 من إتفاقية فيينا 1980.

و إذا كان عدم التنفيذ الجزئي للوعون الإقتصادي أو عيب المطابقة يشكل منذ إبرام العقد مخالفة جوهرية مقارنة مع العقد بأكمله، فإن المشتري يمكنه فسخ العقد كلياً¹، و هذا وفقاً للمادة 49 فقرة أولى من الإتفاقية، و ما هو مقرر في الفقرة الثانية من المادة 51 التي تقضي بأنه: " لا يجوز للمشتري أن يفسخ العقد برمته إلا إذا كان عدم التنفيذ الجزئي أو العيب في المطابقة يشكل مخالفة جوهرية للعقد"، بمعنى كامل العقد.

3- فسخ العقد بقوة القانون.

إذا استحال تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق و كانت الإستحالة ترجع إلى سبب أجنبي لا يد للوعون الإقتصادي فيه، فإن هذا الإلتزام ينقضي لاستحالة تنفيذه، و يترتب على ذلك فسخ العقد بقوة القانون، و في هذا الإطار تنص المادة 121 ق م على أنه: " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزم بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الإلتزامات المقابلة له، و يفسخ العقد بحكم القانون."

إذا كان الفسخ بقوة القانون هو الجزء المقرر في حالة إستحالة تنفيذ الإلتزام، فإن هذه الإستحالة يجب أن تكون مطلقة و كاملة، حيث تكون مطلقة إذا كانت كذلك بالنسبة لكافة الناس و ليس بالنسبة إلى المتعاقدين فقط، كما تكون مطلقة إذا استحال تنفيذ الإلتزام بغض النظر عن تكاليفه، فإذا أصبح الإلتزام مرهقا فقط فإن شروط الإستحالة لا تكون متوفرة، و تكون الإستحالة كاملة عندما تشمل جميع الإلتزامات التي رتبها العقد، و إلا كانت منعدمة².

و الإستحالة الطارئة هي التي يكون مردها السبب الأجنبي الذي لا يد للوعون الإقتصادي فيه، و يشترط أن تكون هذه الإستحالة قد طرأت بعد إبرام العقد، لأنها لو كانت معاصرة للإبرام لما نشأ العقد أصلاً³، و في هذه الحالة يكون العقد باطل بطلانا مطلقا لتخلف ركن المحل⁴ طبقاً للمادة 93 ق م⁵.

إن هذه الإستحالة تؤدي إلى إنقضاء العقد من تلقاء نفسه و بقوة القانون⁶، و من ثم إنقضاء الإلتزام بالتسليم المطابق، و لا يصبح هناك محل للمسؤولية العقدية التي يحق للمستهلك كقاعدة أن يختار بينها و بين الفسخ، كما يفعل لو كانت الإستحالة لا ترجع إلى سبب أجنبي، و يزول كذلك الحق في الخيار بين التنفيذ العيني و الفسخ، و أيضا لا ضرورة للقيام بإجراء الإعدار لأن كل هذا لا يتصور إلا إذا كان التنفيذ لا يزال ممكنا، و لذلك نص القانون على أن العقد يفسخ من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم قضائي يقضي بالفسخ، على أنه في حالة اللجوء إلى القضاء فإن الحكم الصادر يكون كاشفاً للفسخ لأن إستحالة التنفيذ أمر محقق⁷.

1- إلياس ناصيف، الموسوعة السابقة، ص 593.

2- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 359.

3- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 318 و ما بعدها.

4- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 359.

5- تنص المادة 93 ق م على أنه: " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

6- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 319.

7- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 320.

الفرع الثاني: آثار الفسخ.

إذا كان الفسخ هو الجزاء المترتب عند إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه التعاقدية، و ذلك سواء بعدم تنفيذه كلياً أم جزئياً، فإن الأثر الأساسي الذي يترتب عنه هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد و هو ما يعرف بالأثر الرجعي للفسخ، و هذه هي القاعدة العامة التي سنتطرق لها (أولاً)، بالإضافة إلى أنه بمجرد الفسخ يتعين على كلي المتعاقدين أن يردا إلى بعضهما البعض ما قد حصل عليه بسبب العقد و هذا ما سنتطرق له (ثانياً).

أولاً: الأثر الرجعي للفسخ.

تنص المادة 122 ق م على أنه: " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض."

من خلال هذا النص يتضح أن الفسخ ينهي إلتزامات الطرفين و يعيد الأطراف إلى حالتهم الأصلية، و ذلك كما لو أن الإلتزامات الناشئة عن العقد كأنها لم توجد من قبل¹، فالهدف من الفسخ هو وضع حد للإلتزامات العقدية الناشئة عن العقد بأثر رجعي و إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فجوهره هو رجعية الأثر و هذا ما أخذ به القضاء الجزائري، حيث ذهبت المحكمة العليا في قرار لها إلى أن: "قضاة الموضوع قدروا عن خطأ طلب الطاعن بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد بعد فسخ العقد طلباً جديداً، بل هو طلب مشتق من الطلب الأصلي مترتب عن الحكم بالفسخ"².

و كذلك نفس الأمر أخذ به القضاء الفرنسي صراحة³ و كذا بعض الفقهاء⁴، حيث يعتبر الفسخ جزاء يمحو جميع النتائج المترتبة عن عقد البيع الذي تم إبرامه، كما يوقف توليد الآثار بالنسبة للمستقبل⁵، و إذا كان العقد لم ينفذ بعد فإن المستهلك غير ملزم بدفع الثمن، كما أن العون الإقتصادي غير ملزم بتسليم الشيء المبيع⁶، و تجدر الإشارة أيضاً إلى أن الأثر الرجعي للفسخ يترتب بالنسبة لجميع أنواع الفسخ⁷.

و نفس الشيء في إتفاقية فيينا 1980 حيث نصت المادة 1/81 منها على أنه: " يفسخ العقد يصبح الطرفان في حل من الإلتزامات التي يرتبها عليهما العقد، مع عدم الإخلال بأي تعويض مستحق، و لا يؤثر الفسخ على أي من شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات أو أي من أحكامه الأخرى التي تنظم حقوق الطرفين وإلتزاماتهما المترتبة على فسخ العقد."

وفقاً لهذا النص يتضح أنه يترتب منذ لحظة فسخ العقد تحرر الطرفين من الإلتزامات التي لم تنفذ بعد، بحيث لا يكون العون الإقتصادي ملزم بتسليم البضائع، تسليم المستندات و تنفيذ أي إلتزام آخر ناتج

- عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 442، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 698.

1 - Michel Alter, op, cit, P 346 ; Christian Larroumet, op,cit, P 814 .

2 - قرار رقم 257742، الصادر في 2002/02/06، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2003، ص 193.
3 - Cass 1^{ère} civ, 11 mars 2003, juris- Data n 2003- 018172, A.C /B, les dépêches du juris-
classeur, Lexis Nexis en France du 29 mars 2003, <http://juris-classeur.con/actualité/depeche/recherche/resultat-lib.php> 3 texte= vice... (cité)
RJDA.10/2003, n° 934, P 820.

4 - Christian Larroumet, les obligations, le contrat, op,cit, P 813.

5 - F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 633.

6- عاطف النقيب، المرجع السابق، ص 442 و ما بعدها.

7- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 1053.

عن العقد أو إتفاقية فيينا¹، إذن يتم إنحلال العقد بطريقة رجعية، و هنا لا بد من التفرقة بين فسخ العقد و إلغائه، ففي الحالة الأولى فإن الآثار ترجع إلى تاريخ إبرام العقد، في حين أن الإلغاء (la résiliation) تعني نهاية العقد و إقتصار زوال آثاره على الحاضر منها فقط، فالفرق بين النظامين يتعلق بالآثار، فالفسخ له أثر رجعي عكس الإلغاء².

ثانياً: الرد المتبادل لما تلقاه الأطراف.

تجدر الإشارة إلى أن إتفاقية لاهاي 1964 قد تبنت الأثر الناتج عن الفسخ و المتمثل في إسترداد الطرفين كل لما قدمه (la restitution)، و ذلك من خلال المادة 78 منها حيث منحت للمتعاقد الذي قام بتنفيذ إلتزامه كله أو جزء منه الحق في طلب إسترداد ما أداه، و منحت هذا الحق إلى الطرفين معا في نفس الوقت إذا كان قد نفذ جزءا من إلتزامهما و ذلك تكريسا إلى التوازي العقدي³.

كما أكدت إتفاقية فيينا 1980 بدورها على حق طرفي عقد البيع الدولي للبضائع في إسترداد كل ما أداه أحدهما للآخر بمناسبة تنفيذ العقد، و ذلك وفقا للمادة 2/81 منها، حيث يمكن للرد أن يكون إما عينا أو بمقابل، فالصورة الأولى تكون في الحالة التي لا تزال فيها البضاعة موجودة عند المشتري فهنا لا بد من ردها عينا إلى العون الإقتصادي، أما في حالة عدم وجودها عند المشتري ففي هذه الحالة يتعين عليه أن يرد للعون الإقتصادي مقابلها و ذلك حسب قيمتها يوم الرد و ليس حسب التسليم⁴.

و في حالة الرد العيني لا بد من التفرقة أيضا بينما إذا كان الشيء المبيع معين بالذات أو شيء قابل للإستهلاك، ففي الحالة الأولى يكون الرد عينا، في حين أنه إذا تعلق الأمر بشيء قابل للإستهلاك فإن العون الإقتصادي ملزم برد شيء من نفس الطبيعة كميًا و نوعيًا أو بدفع القيمة المماثلة لها المبينة في العقد على سبيل الثمن⁵.

كما تطرقت إتفاقية فيينا 1980 للحالة التي يكون فيها التسليم قد تم أو التي يرغب فيها المشتري بفسخ العقد بسبب مخالفة أخرى⁶، فمن أجل فسخ العقد فإن المشتري عليه أن يرد بضائع في حالة مماثلة بتلك التي تلقاها، فالحالة التي يتعين أن تكون عليها البضاعة محل الرد لا يجب أن تكون قد عدلت و تغيرت حتى يتمكن المشتري من ردها إلى العون الإقتصادي بالحالة التي كانت عليها وقت التسليم⁷.

أما إذا تعذر رد البضائع أو ردها في حالة مماثلة فإن المشتري يفقد حقه في طلب فسخ العقد، و ذلك حسب المادة 1/82 من الإتفاقية، لكنه يحتفظ بجميع حقوقه الأخرى في الرجوع على العون الإقتصادي بموجب شروط العقد و أحكام هذه الإتفاقية و ذلك حسب المادة 83 من نفس الإتفاقية.

و لقد أوردت إتفاقية فيينا 1980 إستثناءات على قاعدة فسخ العقد حتى إذا تعذر على المشتري رد البضائع، تتمثل حسب المادة 2/82 من الإتفاقية في أنه أولا إذا كانت إستحالة رد البضائع أو ردها بحالة تطابق إلى حد كبير تلك التي تسلمها عليها المشتري لا تنسب إلى فعله أو تقصيره⁸، فإن هذه القاعدة

1 - Mostafa Fahim Nia, thè pré, P 266.

2 - Michel Alter, op,cit, P 345.

3- محسن شفيق، إتفاقية الامم المتحدة ، المرجع السابق، ص 118.

4 - Mostafa Fahim Nia, thè pré, P 268

5 - Cass 1^{ère} civ, 28 juin 1969, J.C.P, 1969,II , 16131

- أنظر المادة 1/82 من الإتفاقية⁶.

7 - Mostafa Fahim Nia, thè pré, P 269.

- المادة 2/82 - أ - من إتفاقية فيينا 1980.

تتطرق إلى حالة تغير أو ضياع البضاعة أو بفعل الغير أو نتيجة القوة القاهرة، و ثانيا إلى تعرض البضائع كليا أو جزئيا للهلاك أو التلف السريع نتيجة الفحص المنصوص عليه في المادة 38 من نفس الإتفاقية¹، فهذه الفرضية تتطرق إلى الفحص الحاصل لضمان مطابقة البضاعة، و حسب هذه القاعدة فإن التغير أو تدهور حالة البضاعة ينبغي أن يكون نتيجة لهذا الفحص.

و أخيرا فإنه إذا قام المشتري قبل أن يكتشف أو كان من واجبه أن يكتشف العيب في المطابقة ببيع البضاعة، كلا أو جزءا في إطار العمل التجاري العادي أو قام بإستهلاكها أو بتحويلها في سياق الإستعمال العادي²، و نستنتج من هنا أن إستعمال أو إستهلاك البضائع بعد إكتشاف عيب المطابقة إستثناء من فسخ العقد، أما الرد بمقابل فإنه لا يكون إلا في الحالة التي يستحيل فيها الرد ماديا³.

و يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتقدير قيمة الإلتزامات المتبادلة، كما أنه غير ملزم بأن يأخذ بعين الإعتبار الثمن المتفق عليه في العقد، و في هذه الحالة فهو ملزم بإيجاد أساس حسابي لخسارة أو لإثراء الأطراف، كما يمكنه أيضا إعتداد السعر المتفق عليه كمؤشر و عنصر تقدير إضافي⁴.

علاوة على ذلك فإنه من المتصور أيضا أن يتأخر تنفيذ عملية الإسترداد، مما يؤدي إلى إنتفاع كل متعاقد بما تسلمه من الطرف الآخر، و عندئذ يلتزم الطرف الذي حصل على المنفعة بأن يعرض الطرف الآخر، فيلتزم العون الإقتصادي مثلا برد الثمن مع الفوائد، و يلتزم المشتري برد البضاعة مع مقابل المنفعة التي حصل عليها⁵، و إذا كان العون الإقتصادي ملزم بإعادة الثمن مع فوائده إلى المشتري، فذلك يعود إلى فرض أنه (العون الإقتصادي) قد إنتفع من المبلغ الذي تسلمه كئمن، و منذ تاريخ إستلامه لا سيما من خلال الحصول على فوائد ناجمة عن إيداعه في المؤسسات المصرفية، و تحتسب هذه الفوائد إعتبارا من تاريخ تسديد الثمن و حتى تمام الرد و هذا الحكم تبنته إتفاقية فيينا 1980 من خلال المادة 1/84، كما تبنته أيضا إتفاقية لاهاي 1964 في المادة 81، و لا بد من الإشارة إلى أن إتفاقية فيينا 1980 لم تحدد كيفية حساب سعر الفائدة⁶، عكس إتفاقية لاهاي 1964 التي تأخذ بسعر الخصم الرسمي في الجهة التي يوجد بها مركز أعمال العون الإقتصادي مضاف إليه واحد بالمئة⁷.

و لقد نص أيضا القانون المدني الفرنسي كذلك على الرد المتبادل لما تلقاه كل طرف⁸، حيث يتحول العقد الذي تم فسخه إلى مجرد علاقة رد -une relation de restitution- تتم تبادليا⁹، كما أنه ليس من الضروري حسب القضاء الفرنسي أن ينطق القاضي بالرد المتبادل و ذلك لأنه ينتج حتما و تلقائيا عند

- الحالة - ب - من المادة 2/82 من إتفاقية فيينا 1980.

- الحالة - ج - من المادة 2/82 من إتفاقية فيينا 1980.

3 - Christian Larroumet, les obligations, le contrat, P 816 ; François Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P633.

4 - Mostafa Fahim Nia, thè pré, P 272.

5- م.أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد و أثرها (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد 2، عدد 1، سنة 2012، بابل، ص 191.

- نفس المقالة، ص 191.

- المادة 83 من إتفاقية لاهاي 1964.

8- المادة 1229 فقرة 3 ق م

9 - Alain Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 169 ; Vincent Heuzé, la vente internationale de marchandises, op,cit, P 133 ; Michel Alter, op,cit, P 346.

تقرير الفسخ¹، كما يمكنه عندما يقرر فسخ البيع أن يأمر برد الثمن حتى و إن كان المستهلك لم يطلب ذلك².

إن المستهلك إذا كان قد سلم المبيع فإنه يتعين عليه رده إلى العون الإقتصادي بالحالة التي كان عليها وقت البيع³، كما يتعين أيضا رد ثمار و عائدات المبيع⁴ مع المبيع نفسه، لأنه لم يترتب للمشتري حق ملكية على ذلك الشيء المبيع أبدا⁵، فيما أن الشيء الرئيسي أو الأصلي يستوجب رده فإن الملحقات أيضا تخضع لقاعدة " الملحق يتبع الأصل"⁶، و نفس الشيء في إتفاقية فيينا 1980 و ذلك حسب المادة 2/84 منها.

و مقابل رد المستهلك للمبيع و ملحقاته يلتزم العون الإقتصادي برد الثمن المحدد وفقا للعقد⁷ و ليس القيمة المقدرة من طرف الخبير وقت الرد، و إذا إستتمل الثمن على الرسم عن القيمة المضافة (TVA) فإن العون الإقتصادي ملزم برد المبلغ⁸، كما أنه ملزم بتسديد مصاريف الصيانة، نفقات الحفظ المادي و القانوني للشيء⁹، الإصلاحات و التحسينات الخاصة بالشيء محل الرد¹⁰... إلخ، و ذلك لأن جميع هذه المصاريف تعتبر ضرورية و مفيدة لحفظ الشيء¹¹، و في القانون الفرنسي يمكن للمستهلك في هذه الحالة طلب فوائد من العون الإقتصادي علاوة الثمن المسترد، و لقد جعل القضاء الفرنسي سريان هذه الفوائد لمصلحة المستهلك في مواجهة العون الإقتصادي تسري ابتداء من تاريخ طلب الفسخ¹²، غير أنه يرد على هذه القاعدة إستثناء يتمثل في سوء نية المستهلك، و في هذه الحالة تسري الفوائد من تاريخ الدفع¹³، لكن لنفرض أن المستهلك قد تمكن من الإستفادة بعض الشيء من إستعمال المبيع في الفترة الممتدة ما بين تنفيذ البيع و فسخ العقد، فهل يلزم في هذه الحالة بدفع تعويض إلى العون الإقتصادي مقابل هذا الإستعمال ؟

في البيع الداخلي لا يوجد نص يجيب عن هذا السؤال، كما أن القضاء الفرنسي لم يجمع على رأي واحد، فمثلا في تاريخ 2003/03/11 قامت الغرفة المدنية الأولى بنقض قرار لمحكمة إستئناف Versailles ألزم فيه مشتري سيارة بأن يدفع إلى العون الإقتصادي تعويض مقابل إستعمال السيارة¹⁴، حيث ينتج عن مبدأ الأثر الرجعي للفسخ عدم إمكانية طلب العون الإقتصادي لهذا التعويض¹⁵.

أما الغرفة التجارية فترى أن الضرر الناتج عن إستعمال الشيء يمكن أن يصلح على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، و هذا عكس الغرفة المدنية الأولى، ففي قرار 1975/12/16 رفضت الغرفة التجارية

-
- Jérôme Huet, responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, op,cit, p305.1
- أنظر في هذا المعنى: مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع السابق، ص 2.623.
3- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 698.
- Cass 3^{ème} civ, 29 juin 2005, J.C.P.2005, édition G.IV, 2895.4
- F. Terré, PH. Simler et Y. Lequette, op,cit, P 634.5
- Alain Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 173.6
7- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 698.
8- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، المرجع سابق، ص 623.
9 - A. Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 171.
10 - Cass com.29 mars 1994,Bull,civ,IV,n °137, P108.
11 - F. Terré, PH . Simler et Y. Lequette, op,cit, P 634.
12- A. Benabent, les contrats spéciaux, op,cit, P 172 .
13- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 698.
14 - Cass 1^{ère} civ, 11 mars 2003,A.C/B.juris-Data n° 2003-018172, les dépêches du juris-classeur, Lexis Nexis en France du 29/03/2003.
15 - Cass 1^{ère} civ, 8 mars 2005, J.C.P, 2005, édition G, IV, n° 1880.

نقض قرار أسس طلب تعويض شركة مقابل إستعمال أجهزة شركة أخرى¹، و فيما يتعلق بالغرفة المدنية الثالثة، ففي قرار لها بتاريخ 2003/03/12 نقضت قرار رفض بائع عقار تعويض عن شغله مع أنها عاينت أن المشتريين قد شغلوه فعلا و لمدة 7 سنوات².

غير أن الغرفة المختلطة لمحكمة النقض قد وضعت حد لإختلاف غرفها حول هذه المسألة و ذلك لما أصدرت قرار في 09 جويلية 2004 يؤيد وضعية الغرفة المدنية الأولى الذي يقضي بأنه: " لا يجوز للبائع أن يحصل بسبب الأثر الرجعي لفسخ البيع على تعويض شغل العقار..."³.

إذن نستنتج من خلال هذا القرار أن الأثر الرجعي للفسخ يحول دون إمكانية طلب العون الإقتصادي للتعويض و حسب رأينا هذا القرار صائب و ذلك حتى لا يفتح المجال أمام حالات أخرى.

المطلب الثاني: التعويض.

عادة ما تلحق مخالفة العون الإقتصادي للإلتزام بالتسليم المطابق ضررا بالمشتري و ذلك عندما لا يستطيع هذا الأخير أن يضمن إعادة البيع لوجود الإخلال النهائي أو التأخير في تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق أو أيضا غياب المطابقة، و في جميع هذه الحالات يمكن للمشتري طلب التعويض وفقا للقواعد العامة، و عليه سنتطرق في هذا المطلب إلى مفهوم التعويض من خلال الفرع الأول، و إلى أنواعه من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التعويض.

لم يعرف القانون المدني الجزائري التعويض و لكنه فصل أحكامه من خلال المادة 176 ق م و ما بعدها، و انعدام تعريف قانوني له دفع بالفقه إلى الإجتهد في هذا الشأن، حيث يعرف على أنه: " مبلغ من النقود أو ترضية من جنس الضرر، يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها الدائن لو نفذ المدين التزمه على النحو الذي يقضي به مبدأ حسن النية في التعامل"⁴.

كما يعرف أيضا على أنه: " الحق الذي يثبت للدائن نتيجة إخلال مدينه بتنفيذ إلتزامه، و الذي قد يتخذ شكل النقد أو أية ترضية معادلة للمنفعة التي سينالها الدائن، و لو لم يحصل الإخلال بالإلتزام من جانب المدين"⁵.

و من جهتنا نعتقد أن التعويض هو الأثر المترتب على تقرير المسؤولية الناشئة عن إخلال المدين بتنفيذ إلتزامه، بحيث يعتبر جبر للضرر الذي لحق الدائن جراء هذا الإخلال و مهما كانت صورة هذا الأخير، سواء تمثلت في التأخر في تنفيذ الإلتزام أو عدم تنفيذه نهائيا أو تنفيذه بطريقة سيئة.

و قد يكون التعويض جزاء أصيلا أو مقترنا بجزاءات أخرى، فمهما كان خيار المستهلك سواء طلب التنفيذ الجبري أو فسخ البيع فله الحق أيضا طلب التعويض من العون الإقتصادي من أجل إصلاح

1 - Cass.com 16/12/1975,bull, civ, 1975, IV, n° 308, P 256.

2 - Cass 3^{ème} civ, 12/03/2003, III, n° 63, P 58.

3 - Cass.CH.Mixte,09/07/2004,D 2004, juris pr, P 2175, note CH.Tuailion, J.C.P.2004,act, 400.

4 - علي حسن ذنون و رحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء2، الطبعة 1، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، سنة 2004، ص 91.

5 - حسن الحسناوي و رشيد حنتوش، التعويض القضائي في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1999، ص39.

الضرر الحاصل من الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق سواء في حالة التنفيذ المتأخر أو عدم مطابقة الشيء المسلم لما تم الإتفاق عليه في العقد¹.

فإذا كان بإمكان المستهلك طلب التنفيذ الجبري أو فسخ البيع المبرم مع العون الإقتصادي، فإن النتيجة المحصل عليها لا يمكن أن تكون كاملة و لا مرضية بالنسبة له، و لهذا فإن طلب التعويض يكون متبوع بإحدى الدعويين أي دعوى التنفيذ الجبري أو دعوى الفسخ²،

أما القانون الفرنسي فيجيز إقتران التعويض بجزاءات أخرى إضافة إلى التنفيذ الجبري أو الفسخ، حيث تنص المادة 1217 ق م على أنه: " يمكن للطرف الذي أخل في مواجهته بتنفيذ الإلتزام، أو كان التنفيذ غير تام:

- رفض تنفيذ أو وقف تنفيذ الإلتزامات الخاصة به،

- متابعة التنفيذ العيني الجبري للإلتزام،

- طلب إنقاص الثمن،

- المطالبة بفسخ العقد،

- طلب إصلاح النتائج المترتبة عن عدم التنفيذ،

- يمكن الجمع بين الجزاءات المتلائمة، كما يمكن دائما إضافة التعويض"³.

و ليس هناك ما يمنع من أن يكون طلب التعويض جزاء أصليا يتقرر دون أن يكون تابعا لجزاء آخر كالتنفيذ العيني أو الفسخ، و هذا ما نصت عليه المادة 176 ق م التي تقضي بأنه: " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه"³.

و يعتبر طلب التعويض مهم عندما يسمح بالإبقاء على العقد، لأنه عندما لا ينفذ بطريقة جيدة فإن التعويض يضمن إرضاء المستهلك بمجرد التأخير البسيط في تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق⁴، لذلك فإن أهم ما يميز هذ الجزاء كأثر ناشئ عن تقرير المسؤولية العقدية، هو الطابع الإصلاحي الذي مفاده جبر الضرر و إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر إن أمكن ذلك، فضلا عن طابعه العادل حيث لا يجوز الجمع بين تعويضين عن نفس الضرر، لكن ليس معنى ذلك أنه يجب أن يتساوى التعويض الذي يستحقه المضرور مع الضرر الذي أصابه، بل يكفي أن يوصف بالعادل عندما يتحدد وفقا لظروف كل حالة في ضوء العوامل الملايسة لوقوع الضرر، مثل الحالة المادية للمدين المخل⁵.

و يشترط قبل طلب المستهلك للتعويض أن يقوم بإعذار مدينه و ذلك ما نصت عليه المادة 179 ق م التي تقضي بأنه: " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم يوجد نص مخالف لذلك"، و الهدف

1 - نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، البيع، المرجع السابق، ص 329 و ما بعدها.

2 - أنظر المادة 119 ق م.

3 - هذا النص يقابله في القانون الفرنسي المادة 1231-1 ق م

4 - J. Huet, op,cit, P 236.

5 - ناصر متعب بنية الخرينج، الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الاردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، بيروت، سنة 2010، ص 21.

من الإغذار هو وضع العون الإقتصادي المدين مقام المقصر و إخطاره بالإجراءات التي سوف تتخذ ضده، كما يشتمل التعويض على ما فات المستهلك الدائن من كسب و ما لحقه من خسارة و ذلك ما نصت عليه المادة 181 ق م.

الفرع الثاني: أنواع التعويض.

إن الغالب في التعويض هو أن يكون عينيا ما أمكن ذلك، غير أنه في الغالب ما يكون نقديا، و الأصل في تقديره وفقا للمادة 1/182 ق م هو العقد، أي اتفاق الطرفين و هو ما يعرف بالتعويض الإتفاقي و هذا ما سنتطرق له (أولا)، كما قد يتولى القانون مهمة تحديده و يسمى عندئذ بالتعويض القانوني و يأخذ شكل الفائدة التي تحدد بموجب نص قانوني¹، و هي حسب إعتقادنا غير موجودة في القانون الجزائري نظرا لتعارضها مع النظام العام، لذلك سوف لن نتطرق لها، كما أنه إذا لم يحدد التعويض من قبل طرفي العقد و لا من طرف القانون فإن ذلك يختص به القاضي و يسمى في هذه الحالة بالتعويض القضائي و سنتطرق لذلك (ثانيا).

أولا: التعويض الاتفاقي (الشرط الجزائي).

قد يكون مصدر التعويض في المسؤولية العقدية هو إتفاق المتعاقدين² و ذلك وفقا للمادة 183 ق م التي تقضي بأنه: " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدارا قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو في إتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام الماد 176 الى 181".

إن التعويض الاتفاقي أو ما يعرف أيضا بالشرط الجزائي يستمد مشروعيته من خلال هذا النص، كما يعرفه الفقه على أنه: "...تقدير جزافي للتعويض المحدد مسبقا في العقد من قبل الأطراف و ذلك في حالة عدم تنفيذ المدين إلتزامه، أو كان هذا التنفيذ معيبا أو متأخرا للإلتزام..."³، فهو عبارة عن إشتراط عقدي يتعلق بجزاء عدم تنفيذ الإلتزام بصفة عامة أو التأخر في تنفيذه، و هذا ما جاء في نص المادة 1/182 ق م التي تنص على أنه: " إذا لم يكن التعويض مقدر في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقره، و يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة و ما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر في الوفاء به...".

و لما كان الشرط الجزائي هو شرط يحدد المتعاقدين من خلاله مسبقا و على سبيل الجزاف مبلغ التعويض الواجب دفعه عند الإخلال بتنفيذ إلتزام تعاقدي، و الذي يلتزم المدين بدفعه للدائن حتى و لو زادت قيمته أو نقصت عن الضرر الفعلي الذي لحق هذا الأخير، فإن هذا الشرط يرد عادة في العقد الأصلي، غير أنه لا مانع من أن يرد لاحقا، شريطة أن يسبق هذا الإتفاق واقعة الإخلال بتنفيذ إلتزام تعاقدي، أما إذا كان لاحقا عليها فإنه لا يعد شرطا جزائيا⁴.

1 - التعويض القانوني بسبب التأخير في تنفيذ الإلتزام موجود في بعض التشريعات على غرار القانون المدني المصري من خلال المادة 226 منه التي تحده بنسبة 4 بالمئة في المواد المدنية و 5 بالمئة في المواد التجارية. أما القانون المدني الفرنسي فيستمد هذا النوع من التعويض مشروعيته انطلاقا من المادتين 1231- 6 و 1231-7 ق م التي تحده بناء على الفائدة الاجمالية.

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجد أن المادة 454 ق م تمنع القرض بفائدة بين الافراد، و هذا هو سبب عدم معالجتنا لمسألة التعويض القانوني.

2 - علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 215.

3 - Christian Larroumet, op,cit, P 771.

4 - عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 73.

يعتبر الشرط الجزائي تقديرا جزافيا مسبقا للتعويض لاستبعاد تدخل القضاء في تقديره، و يصح أن يكون مبلغا من النقود أو شيئا أو عملا أو الإمتناع عن عمل، كما أنه إذا فاق مبلغ التعويض الإتفاقي مقدار الضرر الناتج عن الإخلال بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق فإنه يصبح بمثابة عقوبة التهديد المالي التي تهدف إلى الضغط على المدين من أجل الوفاء بالإلتزاماته و هو ما يؤدي إلى تكريس القوة الملزمة للعقد¹.

و قد يقوم الشرط الجزائي بالدور المقيد أو المحدد للمسؤولية²، حيث أن شرط عدم المسؤولية الذي يؤدي إلى الإعفاء الكلي للعون الإقتصادي من المسؤولية عديم الأثر في مواجهة المستهلك، و نفس الشيء بالنسبة للشرط الذي يحدد المسؤولية لمصلحة العون الإقتصادي و يسفقا³، فهذه الشروط تكون مقبولة في العلاقات بين أعوان إقتصاديين فقط⁴، و ذلك على عكس مجال العيوب الخفية حيث تكون مقبولة حتى إذا كان المشتري غير مهني من نفس تخصص العون الإقتصادي⁵، و إذا كان الأمر كذلك فإن هذا الأخير يمكنه أيضا أن يحدد مبلغ التعويض الناتج عن عدم الإخلال أو التأخير في تنفيذ إلتزاماته، و سواء كان المشتري مهني أو مستهلك فإن الشرط الذي يحدد المسؤولية أو يعفي العون الإقتصادي منها عديم الأثر في حالة الخطأ الجسيم أو الغش من جانبه⁶، و حتى يمكن تطبيق هذه الشروط لابد أن يكون عدم تنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق راجع إليه كما يتعين على المستهلك إثبات تعرضه للضرر⁷.

و تجدر الإشارة إلى إمكانية تخفيض القاضي مقدار التعويض الذي حدده المتعاقدان إذا أثبت العون الإقتصادي أن التقدير كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، كما أن كل إتفاق مخالف يكون باطل⁸، و لقد أضافت المادة 185 ق م أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيم."

و عليه يجوز للقاضي أن يخفض مقدار التعويض الذي حدده المتعاقدان إذا أثبت العون الإقتصادي أن التقدير كان مفرطا أو أنه قد نفذ جزءا من الإلتزام الأصلي، كما يجوز للقاضي أيضا أن يعفي العون الإقتصادي من كل مقدار التعويض المحدد في الشرط الجزائي متى أثبت أن المستهلك لم يلحقه أي ضرر⁹، لأن هذا الأخير يعتبر أحد أركان المسؤولية فمتى إنعدم، إنتفت المسؤولية و من تم لا محل للتعويض، أما إذا جاوز الضرر في قيمته التعويض المقدر بالشرط الجزائي، فليس للمستهلك أن يطالب بزيادة هذا التعويض حتى يتساوى مع جسامته الضرر إلا في حالة إقامة الدليل على غش أو إرتكاب العون الإقتصادي لخطأ جسيم¹⁰.

1- عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 73.

2- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 222.

3 - PH. Delebecque, les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, les petites affiches, 5 mai 2000, n° 90.

4 - D. Mainguy, dispositions relatives à l'existence des relations contractuelles, garantie, délivrance conforme et limitation de responsabilité, J.C.P, 1995, édition E, I, études et chroniques, 439, P 96.

5 - J. Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 756.

6 - المادة 2/178 ق م ، و هنا تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري يستعمل كلمة " الغش " في هذا النص باللغة العربية و التي تعني la fraude، في حين أنه يستعمل في النص الفرنسي كلمة " DOL " يعني التدليس و هو الأصح و هذا ما إستعمله المشرع الفرنسي أيضا.

7 - Christian Larroumet, op,cit, P 785.

8- المادة 184 فقرة 3 ق م .

9- نص المادة 184 فقرتين 1 و 2 ق م.

10- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 216.

و يتميز الشرط الجزائي علاوة على أنه شرط جزافي - كما ذكرنا سابقا- بأنه تابع للإلتزام الأصلي و يترتب على ذلك أن بطلان الإلتزام الأصلي يترتب عنه بطلان الإلتزام التابع و هو الشرط الجزائي، غير أن بطلان هذا الأخير لا يمكن أن يترتب عليه بطلان الإلتزام الأصلي، كما أنه إذا سقط الإلتزام الأصلي لإستحالة تنفيذه بسبب القوة القاهرة سقط معه الشرط الجزائي، و إذا فسخ العقد سقط الإلتزام الأصلي و معه الشرط الجزائي أيضا، و كذلك إذا إنقضى الإلتزام الأصلي بأي سبب من أسباب الإنقضاء فإن الشرط الجزائي ينقضي أيضا و لا يجوز المطالبة به¹.

كما يتميز الشرط الجزائي أيضا بأنه غير مقصود لذاته و لكنه وسيلة لغاية مقصودة و هي حمل المتعاقد على تنفيذ إلتزامه، فهو وسيلة ضغط مباشرة على المدين بالإلتزام، لذلك تضي عليه الصبغة " الإحتياطية للإلتزام الأصلي"، أي أنه تنفيذ بمقابل و تعويض قدره الطرفان إحتياطيا فهو لا يتحقق إلا بعد أن يصبح التنفيذ العيني غير ممكن و بعد إعدار المدين، فإدراج الشرط الجزائي في العقد لا يفيد بأن الدائن قد تنازل عن حقه في التمسك بالتنفيذ للإلتزام الأصلي في حال أحل المدين بتنفيذه².

و تنص المادة 184 فقرة 2 ق م على أنه: " و يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا كان مفرطا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه"، فمن خلال هذا النص نلاحظ أنه يترتب على الشرط الجزائي أنه يجوز للقاضي التدخل لتعديل مقداره وفقا لسلطته التقديرية، فإذا تبين بعد الإخلال بالتنفيذ أن مقدار الضرر الحقيقي الذي أصاب المستهلك يساوي مبلغ الشرط الجزائي، حكم به دون زيادة أو نقصان، إعمالا للنية المشتركة للمتعاقدين التي إتجهت إلى تحديد التعويض، أما إذا تبين أن مقدار الشرط الجزائي يزيد عنه زيادة فاحشة أو مبالغا فيها إلى درجة كبيرة، فإنه يجوز للقاضي تخفيضه إلى الحد الذي يتناسب مع الضرر الحاصل و الذي لحق بالمستهلك، كما يجوز للقاضي كذلك أن يخفض مقدار الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه العون الإقتصادي، إذا أثبت هذا الأخير قيامه بالتنفيذ الجزئي للإلتزامه³.

كما تنص المادة 185 ق م على أنه: " إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الإلتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما". يلاحظ من خلال نص المادة المذكورة أعلاه أن المشرع قد سلب القاضي صلاحية الزيادة في قيمة الشرط الجزائي، حتى و لو أثبت المستهلك أن القيمة المتفق عليها كتعويض منخفضة كثيرا مقارنة بحجم الضرر الذي لحقه من جراء إخلال العون الإقتصادي بالإلتزامه، فمتى أحل هذا الأخير بالإلتزامه العقدي و تمكن من إثبات ذلك فليس له إلا المطالبة بالقيمة المتفق عليها في العقد، ففي هذه الحالة يعتبر الشرط الجزائي بمثابة تخفيف من المسؤولية و هذا أمر جائز في إطار المسؤولية العقدية⁴. و يمكن للعون الإقتصادي أن يستبعد تطبيق أحكام الشرط الجزائي إذا أثبت أن الضرر لم يحصل بعد أو أنه مبالغ فيه و لا يتناسب مع ذلك الضرر الحاصل، على أن إثبات هاتين المسألتين من النظام العام و لا يجوز الإلتفاق مطلقا على إستبعاد تطبيقهما و هذا وفقا لنص المادة 184 ق م.

كما يتميز الشرط الجزائي أيضا بأنه إلتزام ذو طابع إحتياطي و ذلك لأنه لا يلجأ إليه إلا إذا لم ينفذ الإلتزام عينا، و من ثم لا يجوز للمستهلك إلا أن يطالب بالتنفيذ العيني للإلتزام مادام ذلك ممكنا، و لا يجوز للعون الإقتصادي إلا أن يعرض على المستهلك الإلتزام الأصلي، لكن إذا استحال التنفيذ العيني

1- عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص 76.

2- قارس بوبكر، الشرط الجزائي و سلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر - باتنة - سنة 2015، ص 22.

3- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام، المرجع السابق، ص 230.

4- قارس بوبكر، المذكرة السابقة، ص 101.

بخطأ العون الإقتصادي جاز إحتياطيا المطالبة بقيمة الشرط الجزائي، كما يستطيع عرضه في هذه الحالة!¹.

و يشترط لإستحقاق الشرط الجزائي ما يشترط لقيام المسؤولية العقدية من أركان تتمثل في الخطأ و الضرر² و علاقة السببية³، التي يتمتع قضاة الموضوع بالسلطة في تقديرها إذا كان إخلال العون الإقتصادي قد سبب ضررا للمستهلك⁴، كما لهم أيضا السلطة في تقدير مبلغ التعويض⁵، فضلا عن شرط الإعدار المنصوص عليه في المادة 181 ق م، و لقد ذهبت المحكمة العليا في قرار لها أنه: "من الثابت قانونا أن طلب التعويض لا يستحق إلا بعد إعدار المدين، و لما تبين من القرار المطعون فيه أن الطاعن أثار دفعا بأن المطعون ضدها لم تقم بتوجيه إعدار مسبق له كما تشترطه المادة 180 ق م، و بتجاهل قضاة الموضوع هذا الدفع و عدم مناقشته فإنهم أخطأوا مما ينبغي التصريح بنقض القرار"⁶.

ثانيا: التعويض القضائي.

من المعلوم أنه عندما لا يتفق أطراف العقد على تحديد مقدار التعويض عند الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق بغض النظر عن صورة الإخلال، فإنه يتعين على القاضي أن يتدخل لتقديره و يوصف عندئذ التعويض بأنه قضائي، و يشترط فيه أن يجبر الضرر الحاصل للدائن و ذلك بأن يغطي ما فاتته من كسب و ما لحقه من خسارة و هذا تطبيقا لمقتضيات المادة 181 فقرة 1 ق م، و في هذا الإطار ذهبت المحكمة العليا إلى أن: " تقدير التعويض من إختصاص قضاة الموضوع، إلا أنه يتعين عليهم ذكر مختلف العناصر التي تشكل أساس تقديرهم له، و ذلك لإتاحة الفرصة للمجلس الأعلى لممارسة الرقابة المعهودة له في هذا المجال"⁷.

و كما ذكرنا سابقا فإن التعويض يجب أن يشمل ما فات الدائن من كسب و ما لحقه من خسارة، و يدخل في الخسارة اللاحقة حرمانه من الإنتفاع بالشيء، أما إذا لم يتخلف الكسب عنه فإن التعويض يقتصر فقط على ما لحقه من خسارة و العكس صحيح، أما إذا فاتته كسب و لحفته خسارة فإنه يعرض عن كليهما⁸.

و بالنسبة للخسارة اللاحقة فإنه يتعين التفرقة بين التأخير في التسليم و عدم التسليم، فإذا كان العون الإقتصادي قد تأخر في التنفيذ فإن التعويض يقدر بقيمة ثمار المبيع منذ الوقت الذي كان يجب فيه التسليم إلى حين تمام هذا الأخير، و في حالة عدم التسليم أصلا فإن التعويض يقدره القاضي على أساس الفرق بين الثمن المتفق عليه في العقد و سعر السوق في اليوم الذي يصبح إمتناع العون الإقتصادي عن التسليم مؤكدا و نهائيا، سواء لإصراره على الرفض رغم إعداره بالتسليم أو لكون أن التسليم أصبح مستحيلا⁹.

1- أماروز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 476.

2 - Cass ^{3ème} civ, 3 décembre 2003, R.J.D.A, 4/2004, n° 404, P 383 et n° 407, P385.

3- المواد 1151 ق م فرنسي، أنظر أيضا: مصطفى العوجي، القانون المدني، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 61 و 128، نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 270.

4- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 273.

5 - J. Ghestin et B. Desché, op,cit, P 742.

6- قرار رقم 206796، الصادر في 2000/01/12، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2001، ص 110.

7- قرار رقم 21176، الصادر في 13 جويلية 1980، نشرة القضاة، سنة 1980.

8- أماروز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 448.

9- نفس الرسالة، ص 448.

و قد يأخذ التعويض صورة إنقاص الثمن بنسبة ما لم يتم تسليمه، أو نسبة تتماشى مع عدم المطابقة للمواصفات المتفق عليها و هذا إتجاه مقبول فقها¹، و هذا التخفيض قد يكون مطلوبا من طرف المستهلك كما قد يكون مفروضا من طرف القاضي، و في الحالة الأخيرة إذا رأى القاضي أن إخلال العون الإقتصادي بالتسليم المطابق غير جسيم بمعنى أن فرق المطابقة طفيف، فيجوز له أن يرفض الفسخ و يكتفي بإنقاص الثمن على سبيل التعويض²، و لا يمكن أن يفهم من ذلك أن القاضي قد عدل العقد، إذ أن إنقاص الثمن يكون في الحقيقة نتيجة للحكم على العون الإقتصادي بالتعويض ثم إجراء مقاصة بين هذا التعويض و الثمن³.

و يثير تقدير التعويض القضائي مسألة هامة تتمثل في مرجع تقديره، فهل يتم بالرجوع إلى يوم وقوع الضرر أو إلى ما أصبح عليه أو إلى ما إنتهى إليه عند صدور الحكم؟

مبدئيا يتعين تمييز هذه المسألة عن الحالة التي تتمثل في معرفة التاريخ الذي ينشأ فيه حق المستهلك في التعويض و إلزام العون الإقتصادي به، و الإجابة عن هذا التساؤل تتوقف على تحديد طبيعة الحكم بالتعويض فيما إذا كان منشأ أو كاشفا، ففي الحالة الأولى فإن الحكم بالتعويض ينشئ حقا لم يكن موجودا من قبل و هو التعويض، الذي لا يوجد في هذه الحالة إلا منذ اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا، أي أن الإصلاح التام للضرر الذي يكون بالتعويض يفترض تقديره من إعتبار الحكم نهائي⁴، حيث أن حق المضرور لا ينشأ إلا من اليوم الذي يصبح فيه الحكم بالتعويض نهائيا و بذلك يكون القضاء الفرنسي قد إعتبر أن الحكم بالتعويض منشئ، كما أنه يتعين على قضاة الموضوع عند نظر الدعوى الأخذ بعين الإعتبار تغير الضرر منذ وقوعه⁵.

أما في الحالة الثانية و هي التي تذهب إلى إعتبار أن حكم التعويض كاشف و مقرر، و معنى ذلك أن هذا الحق كان موجود قبل صدور الحكم إلا أن هذا الأخير قد كشف عنه⁶، و هذا هو الإتجاه الصحيح بل و المنطقي رغم مخالفته لإجتهد القضاء الفرنسي، و ذلك لأن المسؤول عن الضرر إذا دفع تعويضا للمضرور و دون صدور حكم يقضي بمسؤوليته، فإن ذلك يعد بمثابة وفاء بالإلتزام، فقط يقتصر دور القضاء على تقرير حق التعويض دون أن ينشئه، أما الذي ينشئ الحق في التعويض فهو الضرر و ليس الحكم القضائي.

كما أن العون الإقتصادي لا يلتزم إلا بتعويض المستهلك عن الضرر المباشر الذي يعتبر النتيجة الفورية و المباشرة للإخلال بتنفيذ العقد⁷، و حسب المادة 1231-3 ق م فرنسي فإن العون الإقتصادي لا يكون ملزما إلا بتعويض الأضرار المتوقعة عند إبرام العقد، إلا إذا كان قد ارتكب تدليسا أو خطأ جسيما⁸.

و تتعين الإشارة إلى أن الضرر قد يتغير من غير المتوقع إلى المتوقع إذا كان المستهلك قد نبه البائع بالخطر الموجود، و يقدر توقع الضرر بطريقة مجردة -in abstracto- مقارنة مع كان يتوقعه

1- Malaurie Philippe , Aynes Laurent et Gauthier Pierre-Yves, op,cit, p 209 ; Jacques Ghestin, conformité et garanties dans la vente, op,cit, p 158.

2- Malaurie Philippe, Aynes Laurent et Gauthier Pierre-Yves, op,cit, p209.

3 -أمازوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 492.

4 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 65.

5 - نفس المرجع، ص 65.

6 - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص 74.

7 - المادة 1231-4 ق م فرنسي.

8 - J. Huet, op,cit, P 647.

متعاقد حريص يتواجد في نفس الظروف¹، و إذا تعلق الأمر بالبيع الدولي للبضائع الخاضع لنظام إتفاقية فيينا 1980 فإن التقدير يتم بطريقة شخصية (In concreto)، ذلك أن هذه الإتفاقية تتكلم في المادة 74 على: " الوقائع التي كان يعلم بها أو التي كان من واجبه أن يعلم بها كنتائج متوقعة لمخالفة العقد"²، و يخضع الطابع المتوقع للضرر في تقديره إلى رقابة محكمة النقض³.

1 - نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 275.

2 - J. Schmidt Szalewski, op,cit, P 17.

3 - Cass- con, 3 janvier 1995, Pourvoi n° 92- 20.698, cité par J. Schmidt Szalewski, op,cit, P 18.

خلاصة الباب الثاني:

نخلص في هذا الباب إلى أنه حتى يتمكن المستهلك من إثارة مسؤولية العون الإقتصادي عن تسليم شيء غير مطابق، فإنه يتعين في البداية أن يكون المستهلك شخصا إيجابيا حريصا على مصالحه و ذلك بأن يقوم بمجرد تسلّم الشيء محل العقد بفحصه، فإذا كان الشيء مطابقا فإن الهدف من التعاقد يكون قد تحقق و بالتالي لا يثور أي إشكال، أما إذا تبين أنه غير مطابق فإنه يتعين عليه إخطار العون الإقتصادي بذلك فورا حتى يبدي إعتراضه على الشيء المسلم غير المطابق، و من ثم الانتقال إلى مرحلة توقيع الجزاءات المقررة قانونا عن هذا الإخلال.

و لما كان الإلتزام بالتسليم المطابق عبارة عن إلتزام تعاقدي، فإن أي إخلال به من شأنه إثارة العديد من الجزاءات المعروفة في القواعد العامة مثل المسؤولية العقدية متى توافرت أركانها من خطأ يتمثل في عدم تحقق النتيجة المتمثلة في مطابقة الشيء المسلم، سواء نسب الخطأ إلى العون الإقتصادي شخصيا أو إلى الغير المرتبط به عقديا و الذي عهدت له مهمة تسليم شيء مطابق للمستهلك، مما يلحق ضررا بهذا الأخير جراء هذا التسليم، و بالمقابل حاول المشرع التوفيق بين مصلحة طرفي العلاقة العقدية و ذلك بأن أجاز للعون الإقتصادي أن ينفي مسؤوليته كليا إذا كان الإخلال بالتزامه لا يرجع إليه، كما يمكن له دفعها مؤقتا إذا كان هذا الأخير قد إستفاد قضائيا من فترة ميسرة أو دفع بعدم التنفيذ.

و تجدر الإشارة إلى أن تعدد الجزاءات المقررة لصالح الدائن في حالة إخلال العون الإقتصادي بالتسليم المطابق في القواعد العامة أو القواعد الخاصة، يعتبر بمثابة تعزيز حماية المستهلك في مواجهة العون الإقتصادي الذي يعتبر طرفا قويا، حيث يجوز للمستهلك أن يختار ما يناسبه منها و استبعاد ما لا يناسبه أو ما لا تتوافر شروطه، إذ يمكن له كقاعدة عامة طلب التنفيذ العيني للإلتزام و هذا هو الأصل، لأن هذا الجزاء يعكس برأينا حسن نية المستهلك من حيث أنه يهدف إلى استقرار المعاملات، و يتجسد ذلك في إصلاح العون الإقتصادي لعيب المطابقة متى كان هذا ممكنا، ثم إستبدال الشيء المسلم بأخر على نفقة نفس العون الإقتصادي، هاته الجزاءات منصوص عليها في القانون المدني و كذلك في المرسوم التنفيذي 13-327 الذي يحدد شروط و كفيات وضع السلع و الخدمات حيز التنفيذ، بعنوان "الضمان القانوني"، بالإضافة إلى رفض تسلّم المستهلك للشيء غير المطابق و تركه لحساب العون الإقتصادي و هذا من منطلق أنه لا يمكن إرغام المستهلك على تسلّم شيء غير ذلك المتفق عليه، حتى و إن كان أكثر قيمة من المشترط في العقد، بالإضافة إلى إمكانية طلب تخفيض الثمن مع الإبقاء على العقد بقدر عدم تلبية الشيء لحاجيات المستهلك، أي سد النقص الذي يعتري محل العقد.

أما إذا أراد المستهلك فسخ العقد فيمكنه طلب ذلك ما توفرت شروطه، كون الأمر يتعلق بالإلتزام تعاقدي أخل بتنفيذه، و يترتب على ذلك إعادة الحالة إلى ما كانت عليه و استرداد كل طرف لما تسلّمه من الآخر، و هذا الجزاء موجود أيضا في القواعد الخاصة تحت إسم "رد الشيء" و من ثم إعتبار العقد و كأن لم يكن، و تجدر الإشارة أن توقيع جميع هذه الجزاءات قد يكون مصحوبا بالتعويض إذا كان له داع أو بدونها، حيث يمكن أن يكون جزاء أصيلا.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع " إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق " يمكننا عرض أهم النتائج المتوصل إليها على النحو الآتي:

- إن الإلتزام بالتسليم المطابق من الإلتزامات الأساسية التي فرضها القانون على عاتق العون الإقتصادي، و حتى يكون مجديا ينبغي أن يؤخذ بمفهومه المركب أو الثنائي الذي يجمع في حقيقة الأمر بين إلتزامين و هما الإلتزام بالتسليم من جهة و الإلتزام بالمطابقة من جهة أخرى.

- يتضمن الإلتزام بالتسليم المطابق وضع شيء يتلائم مع كل ما يبرجوه من المتعاقد سواء من حيث الوصف أو الكمية أو النوعية المشترطة في العقد، فضلا عن المواصفات و المقاييس القانونية و كذا صلاحيته لأداء الغرض المخصص له، و ذلك في المكان و الزمان المتفق عليهما.

- لقد نصت الإتفاقيتين الدوليتين لاهاي 1964 و فيينا 1980 و كذا التشريعات الداخلية على الإلتزام بالتسليم المطابق تارة صراحة و تارة ضمنا، فمثلا إتفاقية فيينا 1980 نجدها نصت على الإلتزامين بالتسليم و المطابقة منفصلين شكلا متصلين موضوعا و ذلك عندما جعلت من مطابقة البضاعة عبارة عن وصف يلحق حالة البضاعة محل التسليم، بحيث لا يمكن التأكد منها إلا بتسليم البضائع.

- إن صدور المرسوم التنفيذي 13-327 المؤرخ في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفيات وضع السلع و الخدمات حيز التنفيذ و الذي دخل حيز التنفيذ بعد سنة من صدوره، يعتبر أول النصوص القانونية في الجزائر التي تتبنى صراحة إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق، حيث حدد من خلاله نطاق هذا الإلتزام، مضمونه و جزاء الإخلال به أي ضمانات الوفاء به، و ذلك بعد أن نص في قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش على مجرد الإلتزام بالمطابقة.

- إن الإلتزام بالتسليم المطابق يختلف عن الإلتزام بضمان العيوب الخفية و ينفصل عنه تماما، فالإلتزام الأول يتسم بالمرونة و خاصة من حيث تعدد الجزاءات و رخصة الخيار الممنوحة إلى المستهلك فيما يتعلق به، في حين أن العيوب الخفية لا يمكن مقابلتها إلا بدعوى ضمان العيوب الخفية التي ينبغي أن ترفع ضمن الأجل القصير و ذلك على عكس التسليم المطابق.

- يعتبر العون الإقتصادي هو المدين بالإلتزام بالتسليم المطابق في مواجهة المستهلك.
- يرد الإلتزام بالتسليم المطابق على محل العقد بغض النظر عن طبيعته، حيث يستوي أن يكون منتوجا أي منقولاً، كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يرد على عقار، بل إن المشرع الجزائري قد وسع من دائرة تطبيقه ليشمل أيضا الخدمات.

- يتعين على المستهلك بمجرد تسلمه الشيء المتفق عليه، المبادرة بفحصه للوقوف على حالته حول ما إذا كان مطابقا لما تم الإتفاق عليه أم لا، و في هذه الحالة الأخيرة يتعين عليه الإسراع لإخطار العون الإقتصادي بعدم المطابقة في الأجل المحددة قانونا و هذا يصب في مصلحة كليهما، فبالنسبة للعون الإقتصادي حتى لا يظل مهدد بإثارة الجزاءات من طرف المستهلك في أي وقت يختاره هذا الأخير، و بالنسبة للمستهلك حتى لا يفهم العون الإقتصادي أنه قد قبل الشيء المسلم و من ثم تنازل عن حقوقه، حيث يعتبر الفحص و الإخطار شرطان ضروريان يسبقان مبادرة المستهلك بتوقيع أي جزاء على العون الإقتصادي.

- تبرأ ذمة العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد حتى و إن كان الشيء المسلم في حالة سيئة، ذلك أن هذه الأخيرة تكون قد أخذت بعين الإعتبار منذ التعاقد عند تحديد الثمن.

- يسأل العون الإقتصادي عن أبسط فرق بين الشيء المسلم و ذلك الذي تم إشتراطه إلا ما جرى التسامح فيه عرفيا، كما في حالة نقص الكمية في عقد نقل الأشياء في القانون التجاري، حرصا على

تطبيق مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، غير أن فرق المطابقة البسيط لا يمكن أن يكون سببا لفسخ العقد طالما توجد جزاءات بديلة عديدة ألطف من هذا الجزاء والتي لا تمس باستقرار العقد.

- يعتبر الإلتزام بالتسليم المطابق لإلتزام بتحقيق نتيجة مشدد في مواجهة العون الإقتصادي، و يسأل هذا الأخير عن عدم تحقق النتيجة بغض النظر عن العناية التي بذلها من أجل تحقيقها، و هي تسليم شيء مطابق ماديا و صالح لأداء الغرض الذي وجد من أجله .

- عند إخلال العون الإقتصادي بتسليم شيء مطابق فإن هذا الإخلال يقابل بالعديد من الجزاءات من بينها دعوى المسؤولية العقدية التي يلزم توافر أركانها و من بينها الخطأ المتمثل في عدم تحقق النتيجة المتعاقد من أجلها و التي تأخذ صورة تسليم شيء غير مطابق يلحق ضررا بالمستهلك، و هذا ما يتعين على هذا الأخير إثباته.

- لقد كرس المشرع جزاءات منصوص عليها في القواعد العامة مثل طلب التنفيذ العيني للإلتزام إذا كان ممكنا أو طلب فسخ العقد، و لقد أجاز المشرع للمستهلك الخيار بين هذين الجزائين، على أن التنفيذ العيني للإلتزام هو الأصل، لأن ما يهم المتعاقدين في حقيقة الأمر هو تنفيذ العقد و ليس فسخه، فالعقد ما أبرم إلا لينفذ و بحسن نية، كما أجاز المشرع كذلك للمستهلك طلب التعويض إما تبعا لإحدى الجزاءات السابقة و إما طلبه بصفة أصلية دون الفسخ و التنفيذ العيني.

- لقد قرر المشرع من خلال المادة 276 ق م جزاء خاص بحالة تسليم شيء غير مطابق يتمثل في رفض المستهلك تسلم البضاعة و تركها على حساب العون الإقتصادي و ذلك حتى يتفادى تكبد عناء حفظها و تخزينها، لأن المستهلك لا يمكنه بأي حال أن يجبر على تسلم شيء مغاير لذلك الذي تم الاتفاق عليه في العقد.

- لقد نص المرسوم التنفيذي 13-327 السالف الذكر على جزاء يتعلق بالإخلال بالتسليم المطابق يتمثل في الضمان القانوني، الذي ينفذ عن طريق بعض المكنتات أو الرخص الممنوحة للمستهلك تتمثل في إصلاح عدم المطابقة و هذا تطبيق للتنفيذ العيني الجبري المباشر المعروف في القواعد العامة، و كذلك الإستبدال أي الحصول على منتج مماثل من السوق، من عون إقتصادي آخر و ذلك على نفقة العون الإقتصادي الأول، و هذا نوع من التنفيذ العيني غير المباشر.

- إذا كان الإصلاح أو الإستبدال غير ممكنين أو مجديين فإنه يبقى أمام المستهلك خيار رد الشيء إلى العون الإقتصادي، و هذا الجزاء شبيه بفسخ العقد مادام يتضمن رد كل طرف لما تلقاه من الآخر و حتما الرجوع إلى الحالة التي كان عليها الطرفان قبل التعاقد.

- إن الضمان القانوني لتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق من النظام العام، لا يجوز الإتفاق على مخالفته، و كل شرط يقضي بذلك يعد باطلا.

- لقد مكن المشرع العون الإقتصادي من دفع المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق إذا تمكن من إثبات السبب الأجنبي الذي يأخذ أشكال عديدة.

- إن الجزاءات التي جاء بها المشرع في المرسوم التنفيذي 13-327 و إن كانت تعتبر قواعد خاصة إلا أنها في حقيقة الأمر نفسها الواردة في القانون المدني و إن كانت تحت مسميات جديدة.

- إن القواعد العامة غير قادرة على إستيعاب إلتزام هام بحجم الإلتزام بالتسليم المطابق و يرجع ذلك لخصوصية صفة طرفيه و علاقة العون الإقتصادي بالمستهلك، كما أن القواعد الخاصة و إن كانت قد نظمت هذا الإلتزام، إلا أن الضمان القانوني لا يمكن تنفيذه إلا بتقرير مجموعة من الرخص التي لا تخرج عن كونها مسميات جديدة لتلك المنصوص عليها في القواعد العامة حسب رأينا، لذلك و لتعزيز حماية المصالح التجارية للمستهلك فإنه يكون من المجدي إتباع هذا الضمان إما بخدمة ما بعد البيع، أو بالضمان الإضافي أي التجاري .

- إن الضمان القانوني المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي 13-327- المذکور سابقا-لا يتعلق بعدم التنفيذ المحض للالتزام بالتسليم المطابق، بل إن هذه الحالة تطبق عليها القواعد العامة، و من ثم فهو يتعلق بمجرد التسليم غير المطابق.

و بناء على ما تقدم نوصي بما يلي:

- إذا كان المشرع في تعريفه للالتزام بالتسليم في القانون المدني لم يشترط صراحة أن يكون مطابقا، فإننا نقترح تعديل نص المادة 367 ق م، لأن التسليم إذا لم يكن مطابقا فإن ذلك لا يكون عادلا بالنسبة للمشتري عموما و المستهلك خصوصا، و كذا يمس بالقوة الإلزامية للعقد التي تعتبر أثرا من آثار العقد.

- ضرورة تعديل بعض قواعد القوانين الخاصة على غرار قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، حيث لا بد من النص صراحة على الإلتزام الواحد بالتسليم المطابق و ليس على مجرد الإلتزام بالمطابقة و ربطه بالطرح للتداول، حيث ينبغي أن يكون المقصود من الإلتزام بالتسليم المطابق وفقا لهذا القانون أن يكون المنتج المطروح للتداول مطابقا.

- ضرورة إستبدال عبارة "عرض المنتج للإستهلاك" الواردة في قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، بالعبارة الأصح و هي "الطرح للتداول" و إعطائه تعريفا أكثر دقة على أنه تسليم إرادي للمنتج يتم مرة واحدة، كما فعل المشرع الفرنسي.

- بالنسبة لتعريف المستهلك فإن جميع النصوص تقصد به الشخص المتعاقد، غير أن الواقع قد يكون غير ذلك، فقد يقتني الشخص منتج ليستعمله بنفسه أو من طرف الغير، الذي يعتبر أيضا ضعيفا مقارنة بالعموم الاقتصادي، و من ثم فإن الحماية المقررة قانونا لا يجب أن تقتصر على المتعاقد فقط بل يجب أن تمتد إلى كل مستعمل للمنتج، و عليه يتعين على المشرع مراعاة ذلك.

- فيما يخص المطابقة الكمية فإن المشرع من خلال المرسوم التنفيذي 13-327 لم يتطرق لها عندما إشتراط حتى يكون التسليم مطابقا من حيث الوصف و النوع و الوظيفة و المطابقة للمواصفات القانونية والقياسية، و بالتالي لا بد من النص على ضرورة إحترام الكمية المشترطة في العقد.

- إذا كان القانون يجيز التسامح في حالة نقص الكمية المسلمة للمنتج إذا لم يتجاوز النسبة المسموح بها عرفيا، إلا أنه يتعين على المشرع تحديد هذه النسبة لأن ذلك يثير صعوبات، فقد يكون ما يمكن التسامح فيه بالنسبة لشخص لا يمكن التسامح فيه بالنسبة لآخر، فمن الأحسن أن يأخذ المشرع الجزائري ذلك بعين الإعتبار.

- إن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 379 ق م قد جمع بين ضمان العيب الخفي بمعنى الآفة الطارئة و بين تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها للمشتري في المبيع، و ذلك من حيث المفهوم و هذا غير صحيح، حيث ينبغي عليه الفصل بينهما من خلال نصوص و خاصة بكل منهما، لأن العيب الخفي لا ينبغي أن يتداخل مع تخلف الصفة، التي تعتبر صورة للتسليم غير المطابق، و التي تترتب عنها المسؤولية العقدية، بينما يترتب على وجود العيب الخفي دعوى الضمان و هي دعوى ذات طبيعة خاصة، و الدليل على أنهما مختلفان هو أنه فصل بينهما فيما بعد من حيث مدة التقادم الخاصة بكل دعوى.

- إذا كان يجوز للمتعاقد تعديل مدة التقادم المقررة قانونا فإن ذلك يجيز لهما الإتفاق على إستبعاد هذه الأحكام تماما أو تعديلها بما يخدم مصالحهما، كما يفتح المجال للمستهلك أن يستبعد أحكام كمية الشيء المسلم والرجوع على العموم الاقتصادي على أساس الإخلال بالتسليم المطابق من حيث الكمية بإعتباره إلتزام تعاقدي، و عليه من المستحسن إعادة صياغة نص المادة 366 ق م و صياغتها بما يتماشى مع نص المادة 365 ق م التي تعمل على تكريس تطبيق إرادة الأطراف و ذلك حماية للمستهلك كونه الطرف

الأضعف في العلاقة العقدية مقارنة مع مدينه العون الإقتصادي، و ذلك بهدف عدم ترك باب المنازعات مفتوحا لمدة طويلة.

- ضرورة سن نص في القانون المدني يجيز إستبدال الشيء المسلم غير المطابق باعتباره صورة من صور التنفيذ العيني، دون الحاجة إلى استصدار رخصة، و ذلك في حالة الإستعجال عموما سيما إذا تعلق الأمر بمعاملات تجارية كونها تتسم بالسرعة و ذلك إستثناء من نص المادة 166 ق م التي تربط رخصة الإستبدال بالحصول المسبق على رخصة من القضاء.

- ضرورة صياغة نص ضمن المرسوم التنفيذي 13-327 يوجب على المستهلك المبادرة إلى فحص المنتج و ذلك كإجراء يسمح بالتأكد من المطابقة من عدمها و يسبق قيام الضمان القانوني.

- إذا كان الضمان القانوني مقرر بالنسبة لجميع الببوع بموجب المرسوم التنفيذي 13-327- المذكور سابقا- إلا أنه يجدر بالمشرع تنظيم أحكامه لما يتعلق الأمر بعقد بيع إلكتروني، باعتباره عقد شائع و متداول، لأنه و رغم خصوصيته إلا أنه يظل خاضع للقواعد العامة.

- عمليا لا نلمس تطبيق القضاة للأحكام الخاصة بحماية المستهلك بصفة عامة، رغم فعاليتها و اتسامها بالطابع الأمر، بل لازال قضاؤنا يؤسس في الدعاوى الخاصة بعقود الإستهلاك على القواعد العامة، و ربما يرجع ذلك إلى عدم تخصص القضاة في هذا المجال، لذلك نقترح تكويننا مكثفا لهم في مجال قوانين حماية المستهلك بصفة عامة.

باللغة العربية:

I- النصوص القانونية:

1-الجزائرية:

- أمر 07-95 المعدل و المتمم الصادر في 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات، جريدة رسمية عدد 13 ، المنشورة بتاريخ 8 مارس 1995.
- أمر 96 - 01 المؤرخ في 10 يناير 1996 الذي يحدد القواعد التي تحكم الصناعة التقليدية و الحرف، جريدة رسمية عدد3، الصادرة في 14 يناير 1996.
- أمر 06/03 المؤرخ في 19 جويلية 2003 المتعلق بالعلامات، جريدة عدد رسمية 44، الصادرة في 23 يوليو 2003.
- قانون 02/89 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك (ملغى)، جريدة رسمية عدد 6، الصادرة في 8 فبراير 1989.
- قانون 05-98 المؤرخ في 27 يونيو 1998 المعدل و المتمم للأمر 80-76 المؤرخ في 10 افريل 1977 المتضمن القانون البحري، جريدة رسمية عدد 47، الصادرة في 27 يونيو 1998.
- قانون 04 - 02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41، الصادرة في 20 يونيو 2004.
- قانون 02-05 المؤرخ في 6 فبراير 2005 المعدل و المتمم للأمر 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، جريدة رسمية عدد، الصادرة في 09 فبراير 2005.
- قانون 05-07 المؤرخ في 13 مايو 2007 المعدل و المتمم للأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 31، الصادرة في 13 مايو 2007.
- قانون 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008 .
- قانون 08- 13 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل و المتمم للقانون رقم 05-85 الصادر في 16 فبراير 1985 المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها، جريدة رسمية عدد 44، الصادرة في 3 غشت 2008.
- قانون 09 - 03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، جريدة رسمية عدد 15، الصادرة في 8 مارس 2009.
- قانون رقم 04-16 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المعدل و المتمم للقانون رقم 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس، جريدة رسمية عدد 37، الصادرة في 22 يونيو 2016.
- المرسوم التنفيذي 39/90 الصادر في 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش، جريدة رسمية عدد 5، الصادرة في 31 يناير 1990 .

- المرسوم التنفيذي 284/92 المؤرخ في 6 يوليو 1992 المتعلق بالإعلام الطبي والعلمي الخاص بالمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، جريدة رسمية عدد 53، الصادرة في 12 يوليو 1992.

- المرسوم التنفيذي 96-48 الصادر في 17 يناير 1996 المتعلق بالتأمين الاجباري من المسؤولية المدنية عن المنتجات المسلمة، جريدة رسمية عدد 5، الصادرة في 21 يناير 1996 .

- المرسوم التنفيذي 97-99 المؤرخ في 29 مارس 1997 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لتعاونية الصناعة التقليدية والحرف، جريدة رسمية عدد 18، الصادرة في 30 مارس 1997.

- المرسوم التنفيذي 97-145 المؤرخ في 30 أبريل 1997 الذي يحدد التأهيلات المهنية في قطاع الصناعة التقليدية و الحرف، جريدة رسمية عدد 27، الصادرة في 4 مايو 1997.

- المرسوم التنفيذي 97-254 المؤرخ في 8 جويلية 1997 المتعلق بكيفية الحصول على الرخصة المسبقة لإنتاج المواد السامة أو التي تشكل خطر من نوع خاص أو إستيرادها، جريدة رسمية عدد 46، الصادرة في 9 يوليو 1997.

- المرسوم التنفيذي 99-158 المؤرخ في 20 يوليو 1999 الذي يحدد تدابير حفظ الصحة و النظافة المطبقة عند عملية عرض منتجات الصيد البحري للإستهلاك، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 25 يوليو 1999.

- المرسوم التنفيذي 266/09 الصادر في 15/09/1990 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات (ملغى)، جريدة رسمية عدد 40، الصادرة في 19 سبتمبر 1990.

- المرسوم التنفيذي 13-327 الصادر في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كفاءات وضع السلع والخدمات حيز التنفيذ، جريدة رسمية عدد 49، الصادرة في 2 أكتوبر 2013.

- المرسوم التنفيذي 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط و الكفاءات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية عدد 58، الصادرة في 18 نوفمبر 2013.

2- الأجنبية:

- الأمر رقم 2016-131 الصادر في 10 فبراير 2016 المتعلق بقانون العقود، النظرية العامة و اثبات الالتزامات.

- الأمر رقم 2005-136 الصادر بتاريخ 17 فيفري 2005 المتعلق بقانون الإستهلاك الفرنسي.

- إتفاقية المجلس الأوروبي لسنة 1976.

- إتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع.

- إتفاقية لاهاي 1964 الصادرة في 1 جويلية المتعلقة بالبيع الدولي للمنقولات المادية.

- القانون البلجيكي الصادر 25 فيفري 1991 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

- قانون التوجيه الأوروبي 25 ماي 1999 المتعلق ببعض جوانب البيع وضمان الأشياء الإستهلاكية.

- قانون التوجيه الأوروبي الصادر في 25 جويلية 1985 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.
- قواعد الإنكوترمز الصادرة في 2010.

II-الكتب:

- إبراهيم سيد أحمد، العقود و الشركات التجارية فقها و قضاء، طبعة 1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 1999.
- أحمد إبراهيم عطية، النظام القانوني للإعلانات في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفع في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، 2012.
- أحمد السعيد الزقرد، محاولة لإنقاذ العقود من الفسخ، الإتجاهات الحديثة في القانون المقارن، طبعة 1، المكتبة العصرية، مصر، سنة 2007.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الأحكام القانونية للتطبيقات العملية في المسؤولية المدنية، المجلد الأول، المسؤولية المدنية الشخصية في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، الطبعة 2، مطبعة عباد الرحمن، مصر، 2013.
- أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، العقود التجارية، الجزء 3، دار النهضة للطباعة و النشر، بيروت، سنة 1980.
- أسامة أحمد بدر، الإلتزام ببذل عناية و الإلتزام بتحقيق نتيجة بين المسئولين، الشخصية والموضوعية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2010.
- أسعد دياب، القانون المدني، العقود المسماة، البيع والإيجار والوكالة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 2007.
- أشرف محمد مصطفى أبو حسين، إلتزامات البائع في التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة في ظل أحكام القانون المدني و الفقه الإسلامي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2009.
- إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الجزء 2، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2008.
- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2005.
- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة 6، دار الثقافة و النشر و التوزيع، الأردن، 2012.
- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري وفق آخر التعديلات ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر 2013.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، دار هومة، الجزائر، سنة 2001.

- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا و ألمانيا و مصر، الطبعة 2، الجزائر، سنة 2010.
- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، الجزائر، سنة 2006.
- توفيق فرج، النظرية العامة للإلتزام، نظرية العقد، القسم الثاني، الدار الجامعية، بيروت، 1993.
- ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية مع الإهتمام بالبيوع الدولية، دار الفكر العربي للطباعة، طبعة 1، القاهرة، 1975.
- ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الإستعمال، دار أم القرى للطبع والنشر، المنصورة، مصر، سنة 1998.
- جمال الدين عوض، العقود التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1982
- جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، البيع و المقايضة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- حسن أبو النجا، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أساسها وشروطها، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- حسن الحسنوي و رشيد حنتوش، التعويض القضائي في المسؤولية العقدية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1999.
- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الإستهلاك، دار النهضة العربية، سنة 1996.
- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الرابطة السببية، الجزء الثالث، الطبعة 1، دار وائل للنشر، عمان، سنة 2006.
- حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، الضرر، الطبعة 1، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- حمدي أحمد سعد، الإلتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة في المبيع، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، سنة 1999.
- خالد عبد الفتاح، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2002.
- خليل جريح، النظرية العامة للموجبات، الطبعة 4، دار صادر، بيروت، سنة 2000.
- رمضان أبو السعود و محمد حسين منصور، المدخل للعلوم القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- زهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

- سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية و الإتفاقيات الدولية، الطبعة 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2008.
- سامي عبد القادر سعيد، الخدمة الفندقية في المطاعم، مجموعة النيل العربية، القاهرة، سنة 2004.
- سعيد أحمد سعدة، قضاء النقص المدني في المسؤولية والتعويض، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003.
- سعيد سعد عبد السلام، الإلتزام بالإفصاح في العقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1999.
- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، طبعة 4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- شادلي نور الدين، القانون التجاري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2003.
- شريف الطباخ، التعويض عن المسؤولية التقصيرية و المسؤولية العقدية في ضوء القضاء و الفقه، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية، دار الكتب القانونية، القاهرة، سنة 2010.
- ضمير حسن ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
- طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم و القضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007.
- عاطف النقيب، نظرية العقد، الطبعة الاولى، منشورات عويدات، بيروت، 1988.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، طبعة 1، دراسة في القانون المدني والمقارن، دار الثقافة، عمان، سنة، 2002.
- عبد الحق صافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الثاني، المصادر غير الإرادية للإلتزام، المسؤولية المدنية والإثراء بدون سبب، مطبعة النجاح الجديدة، الدر البيضاء، المغرب، 2015.
- عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2004.
- عبد الحميد الديسبي عبد الحميد، حماية المستهلك في ضوء القواعد القانونية لمسؤولية المنتج، دار الفكر و القانون، مصر، سنة 2009.
- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء و الفقه، طبعة 3، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، المجلد الأول، الجزء الثالث، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1960.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المجلد الأول، دار إحياء التراث، بيروت 1985.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، جزء 2، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 2، بيروت، 1998.
- عبد القادر أقصاصي، الإلتزام بضمان السلامة في العقود، نحو نظرية عامة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2010.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الإلتزامات، الكتاب الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الثالثة، مطبعة الأمنية، الرباط، سنة 2014.
- عبد المنعم البدرأوي، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول - مصادر الإلتزام-، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1992.
- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1982.
- علي إبراهيم، منظمة التجارة العالمية، جولة أروجواي و تقنين نهب العالم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- علي بولحية بن بوخميس، القواعد العامة لحماية المستهلك والمسؤولية المترتبة عنها في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2000.
- علي حسن ذنون و رحو محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الجزء 2، الطبعة 1، دار وائل للنشر و التوزيع، عمان، سنة 2004.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2008.
- علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1994.
- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2001.
- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2004.
- عمرو أحمد عبد المنعم دبش، الوافي في شرح ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 2012.
- غسان رباح، قانون حماية المستهلك الجديد (المبادئ، الوسائل و الملاحقة) مع دراسة مقارنة، طبعة 2، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، القسم الثاني، الطبعة الثانية، نشر و توزيع بن خلدون، الجزائر، سنة 2003.

- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري، القسم الأول، نشر و توزيع ابن خلدون، الجزائر، سنة 2001.
- فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، سنة 1996.
- قادة شهيدة، المسؤولية المدنية للمنتج – دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2007.
- كريم بن سخرية، المسؤولية المدنية للمنتج و آليات تعويض المتضرر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2013.
- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2006.
- محسن شفيق، إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، سنة 1988.
- محسن شفيق، إتفاقية لاهاي 1964 بشأن البيع الدولي للمنقولات المادية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987.
- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة، و تشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2011.
- محمد حسن منصور، مصادر الإلتزام، الطبعة 1، الدار العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، سنة 2000.
- محمد حسين منصور، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1993.
- محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، الطبعة 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1993.
- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، الإلتزامات و العقود، المجلد الثاني، دار محمود للنشر و التوزيع، بدون سنة نشر، بدون بلد نشر.
- محمد محي الدين إبراهيم سليم، أحكام شروط المبيع في الفقه الإسلامي و القانون المدني، دراسة مقارنة، مطبعة حمادة الحديثة، مصر، 2010.
- محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الأول، الطبعة 3، دار النهضة العربية، سنة 1986.
- محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2011.

- مدحت محمد أبو النصر، إدارة الجودة الشاملة في مجال الخدمات، طبعة 1، مجموعة النيل العربية، القاهرة، سنة 2008.
- مراد عبد الفتاح، شرح العقود التجارية و المدنية، الطبعة 2، دار الكتب و الوثائق المصرية، القاهرة، سنة 2012.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء 2، المسؤولية المدنية، طبعة 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2009.
- مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، دار الخلود للصحافة و الطباعة و النشر و التوزيع، بيروت، سنة 1999.
- مصطفى عبد الحميد عدوى، الضرر الناشئ عن الإخلال العقدي في القانون الإنجليزي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2008.
- ممدوح محمد مبروك، أحكام العلم بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة وفقا للقانون المدني المصري والفرنسي والفقهاء الإسلاميين وأحكام القضاء، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، سنة 2000.
- منى أبو بكر الصديق، الإلتزام بإعلام المستهلك عن المنتجات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة 4، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2010.
- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
- نسرین سلامة محاسنة، إلتزام البائع بالتسليم و المطابقة، دراسة في القانون الإنجليزي و إتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980، دار الثقافة، عمان، 2011.
- هالدير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد، دار الثقافة، الأردن، سنة 2012.
- وفاء حلمي أبو جميل، الإلتزام بالتعاون – دراسة تحليلية و تأصيلية، دون ناشر، القاهرة، 1988.

III- رسائل الدكتوراه:

- إبراهيم بشير عبد الله إدريس، أحكام التسليم و القبض و آثارهما في العقود في القانون مقارنا بالفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، جامعة الخرطوم، 2009.
- أمازوز لطيفة، إلتزام البائع بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2011.

- بولحناش محمد، سلطة القاضي التقديرية في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011 – 2012.
- جمال محمود عبد العزيز، الإلتزام بالمطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1996-1997.
- حامق ذهبية، الإلتزام بالإعلام في العقود، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 2008، 2009.
- حمزة أحمد حداد، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، دراسة في البيع الدولي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975.
- رضا محمد إبراهيم عبيد، الإلتزام بالتسليم في القانون الموحد للبيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1979.
- زعبي عمار، حماية المستهلك من الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، سنة 2012-2013.
- زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، سنة 2013 - 2014.
- عادل عميرات، المسؤولية القانونية للعون الإقتصادي، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2015-2016.
- عرعارة عسالي، التوازن العقدي عند نشأة العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، سنة 2014 - 2015.
- علي أحمد صالح المهداوي، المصلحة و أثرها في القانون، رسالة دكتوراه، جامعة بغداد، سنة 1994.
- فاروق محمد ملش، النظام القانوني للنقل الدولي متعدد الوساطة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1994.
- محمد إبراهيم بنداري، الإلتزام بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1994.
- يوسف أحمد حسين النعمة، دفع المسؤولية المدنية بخطأ المضرور، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، القاهرة، 1991.

IV-مذكرات الماجستير:

- أرزقي زوبير، حماية المستهلك في ظل المنافسة الحرة، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2011.
- أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2013 ، 2014.
- الواحد رشيد، مسؤولية الناقل البحري للبضائع – دراسة مقارنة- ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، سنة 2013.

- تلمساني عفاف، خطأ المضرور وأثره في المسؤولية المدنية، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، سنة 2013 - 2014.
- جبار سماح، حق الدائن في الخيار بين التنفيذ العيني و فسخ العقد، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، سنة 2007-2008.
- حمو حسينة، إنحلال العقد عن طريق الفسخ، مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو، سنة 2011.
- زروتي الطيب، دفع المسؤولية العقدية بالقوة القاهرة، دراسة مقارنة بين القانون الجزائري و المصري و الفرنسي، رسالة ماجستير، الجزائر، 1978.
- زواوي سفيان، بيع المحل التجاري في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012-2013.
- شطابي علي، حماية المستهلك من المنتجات المقلدة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2013/2014.
- عباس خالد، أحكام عقد إستئجار السفن في التشريع البحري الجزائري، ماجستير، جامعة وهران، سنة 2011-2012.
- عبد الكريم بلعور، نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، معهد العلوم الادارية و السياسية، الجزائر، سنة 1982-1983.
- علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، سنة 2007/2008.
- علاوي زهرة، الفاتورة وسيلة شفافية للممارسة التجارية، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، سنة 2013.
- قارس بوبكر، الشرط الجزائي وسلطة القاضي في تعديله على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2015.
- كالم حبيبة، حماية المستهلك، رسالة ماجستير، بن عكنون، الجزائر، سنة 2001، 2002.
- لينة عبد الله خليل شبيب، إلتزام البائع بالتسليم في عقود البيع الدولية، ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، سنة 1995.
- ناصر متعب بنية الخرينج، الاتفاق على الاعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي، دراسة مقارنة مع القانون الاردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، بيروت، سنة 2010.
- نبيل أحمد محمد فقيه، الآثار القانونية لعقد البيع الدولي للبضائع وفقا لإتفاقية سنة 1980، رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، سنة 2005.
- وائل نافذ سفرجلاني، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، بيروت، سنة 2001.

V-المقالات و المداخلات:

- إيمان طارق الشكري و حيدر هادي، جزاء الإخلال بضمان المطابقة في عقد البيع (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، المجلد 6، العدد 4، جامعة بابل، العراق، سنة 2014.
- بلميهوب عبد الناصر، النظام العام في القانون الخاص، مفهوم متغير و متطور، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، عدد خاص، سنة 2015، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- بن طرية معمر، نظام المسؤولية الموضوعية للمنتج و دوره في تقوية النظام التعويضي لحوادث المنتجات المعيبة-دراسة في التشريع الجزائري و المقارن- المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد الاول، سنة 2015، دار كنوز للانتاج و النشر و التوزيع، تلمسان.
- بوعياض هشام، المسؤولية العقدية للمهني، مقارنة في عقود الإستهلاك، مجلة القصر، العدد 10، جانفي 2005، الدار البيضاء، المغرب.
- جابر علي محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، مجلة الحقوق، سنة 20، عدد 1، مارس 1996، جامعة الكويت.
- جودت هندي، الإلتزام بالمطابقة و بضمان إدعاء الغير حسب نصوص إتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع، مجلة جامعة دمشق للعلوم الإقتصادية والقانونية، المجلد 28، العدد الأول، سنة 2012.
- سامي عبد الله الدريعي، معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية و دعوى الإخلال بالتسليم، مجلة القانون و الإقتصاد، العدد 75، جامعة القاهرة، سنة 2005.
- سامي مصطفى عمار الفرجاني، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد السادس، الزاوية، ليبيا، يونيو 2015.
- طارق كاظم عجيل، مسؤولية الغير عن الإخلال بالعقد، دراسة تأصيلية مقارنة، مجلة القانون للدراسات و البحوث القانونية، عدد 8، جامعة ذي قار، العراق، سنة 2013.
- عبد الحي حجازي، مدى خيار الدائن بين طلب التنفيذ و الفسخ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العددان الاول و الثاني، السنة الاولى، المطبعة العالمية، القاهرة، 1959.
- عبد الرشيد مأمون، علاقة السببية في المسؤولية المدنية، مجلة القانون و الإقتصاد، العددان الثالث و الرابع، السنة 49.
- علي سيد حسن، فكرة الضرر المباشر بين النظرية و التطبيق- دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري، مجلة القانون و الإقتصاد، السنة 52، سنة 1982.
- علي فتاك، تأمين المسؤولية المدنية عن المنتوجات في ظل قانون الإستهلاك الجزائري، مجلة مصر المعاصرة، العدد 503، السنة 103، جويلية 2011.
- عماد الدين عياض، نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك و قمع الغش 09-03، مداخلة ضمن أعمال الملتقى الوطني الخامس يومي 8 و 9 نوفمبر 2010 حول حماية المستهلك في ظل قانون 09-03، كلية الحقوق 20 أوت 1955 سكيكدة، غير منشور.

- قادة شهيدة، التجربة الجزائرية في حماية المستهلك بين طموح و تطور النصوص و افتقاد آليات تطبيقها،
المجلة الجزائرية للقانون المقارن، العدد 1، دار كنوز للنشر و الانتاج و التوزيع، سنة 2015.
- قرواش رضوان، مطابقة المنتوجات و الخدمات للمواصفات و المقاييس القانونية كضمانة لحماية
المستهلك في القانون الجزائري، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، السنة 5، المجلد 9، العدد 1، سنة
2014، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- م. أسيل باقر جاسم، المخالفة الجوهرية للعقد و أثرها (دراسة في عقد البيع الدولي للبضائع)، مجلة
المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، مجلد 2، عدد 1، بابل، العراق، سنة 2012.
- محمود سمير الشرقاوي، الإلتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع، دراسة مقارنة، مجلة القانون و الإقتصاد
للبحوث القانونية و الإقتصادية، جامعة القاهرة، العددان 3 و 4 السنة 46، مارس 1976.
- مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، مجلة القانون و الإقتصاد، السنة 56، مطبعة جامعة القاهرة
و الكتاب الجامعي، مصر، سنة 1988.
- ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، الملتقى الوطني للإستهلاك و المنافسة، منشورات مخبر القانون
الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، سنة 2001.
- نرجس البكوري، تطبيق العادات و الأعراف أمام المحكم في المنازعات التجارية الدولية، مقالة
منشورة بالصفحة الإلكترونية لمجلة المنارة للدراسات القانونية و الادارية، بتاريخ 22 فيفري 2015.
- نساخ بولقان فطيمة، مفهوم النظام العام بين الشريعة العامة و التشريعات الخاصة، المجلة الاكاديمية
للبحث القانوني، عدد خاص، سنة 2015، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية.
- هادف محمد الصالح، إلتزامات و مسؤولية الناقل البحري، نشرة القضاة، عدد 65، مديرية الدراسات
القانونية و الوثائق، وزارة العدل، سنة 2010.

VI -القرارات القضائية:

- قرار رقم 206796، الصادر في 2000/01/12، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2001.
- قرار رقم 21176، الصادر في 13 جويلية 1980، نشرة القضاة، سنة 1980.
- قرار رقم 212782، الصادر في 2000/01/12، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2001.
- قرار رقم 213691، الصادر في 2000/02/16، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 2001.
- قرار رقم 257742، الصادر في 2002/02/06، المجلة القضائية، عدد 1، سنة 2003.
- قرار رقم 53010، الصادر في 1988/05/25، المجلة القضائية عدد 2، سنة 1992.
- قرار رقم 53577، الصادر في 1988/06/22، المجلة القضائية، عدد 2، سنة 1991.

En langue française:

I- Ouvrages:

- Alain Benabent, droit de contrats spéciaux civils et commerciaux, L.G.D.J, Paris, 2015.
- Albert Jan Van Den, Berg, commercial arbitration, Yearbook, volume XXX V, 2010.
- B.Audit, la vente internationale de marchandises, LGDJ, Paris, 2000.
- Boris Stark et Henri Roland Boyen, obligations 2, contrat 5^{ème} édition, Litec, Paris, 1995.
- Catherine Weniger, la responsabilité du fait des produits pour les dommages causés à un tiers au sein de la communauté européenne, étude en droit comparé, librairie Droz, Genève, 1994.
- Christian Atias, la distinction du vice caché et de la non- conformité, Dalloz, Paris, 1993.
- Christian Larroumet, la responsabilité civile du fait des produits après la loi du 19 mai 1998, Dalloz, 1998.
- Christian Larroumet, les obligations, le contrat, Economica, Paris, 1996.
- Colotaire Mouloungui, introduction générale du droit, l'acquisition, la preuve et la protection des droits contre l'état ou contre les particuliers, éditions Publibook, Paris, 2004.
- Dalila Zennaki, l'importance de la détermination la conformité, R.A.S.J.E.P , faculté de droit, université d'Alger , volume XXXIX, n°01, 2002, p 10.
- Denis Tallon, la consécration de la notion de conformité après la convention des nations-unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, sans éditeur, 1983.
- Etienne Montero, la responsabilité civile du fait des bases de données, Presses universitaires de Namur, Belgique, 1998.
- F. Chabas et F.Gréau, force majeure, contrats et obligations responsabilité civile, répertoire civil, Dalloz, 2002.

- François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, droit civil, les obligations, 8^{ème} édition, Dalloz, 2002.
- Genéviève Viney et Patrice Jourdain, traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, 3^{ème} éd, L.G.D.J , Paris, 2006.
- J.Carbonnier, droit civil 2, les biens, les obligations, P.U.F, Paris 2004.
- Jacques Ghestin et Bernard Desché, traité des contrats, la vente, LGDJ, Paris, 1990.
- Jacques Ghestin, conformité et garantie dans la vente, L.G.D.J, Paris, 1983.
- Jean Calais- Auloy et Frank Steinmetz, droit de la consommation, 5^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2002.
- Jean Calais-Auloy, « l'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif », In aspects du droit des affaires, Dalloz, 2003.
- Jérôme Huet, les principaux contrats spéciaux, 2^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, 2001.
- Jérôme Huet, responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés, Litec, Paris, 1987.
- Léon et Henri Mazeaud, André Tunc, traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 5^{ème} éd, vol, Editions Montchrestien, Paris, 1959.
- Michel Alter, l'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, LGDJ, Paris, 1972.
- Olivier tournafond, les prétendus concours d'action et le contrat de vente, Dalloz, 1989.
- Patrick Wéry, droit des obligations, vol 1, théorie générale du contrat, Larcier, Belgique, 2010.
- Patrick Wéry, l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires, collection scientifique de la faculté de droit de Liège, Bruxelles, Kluwer, 1993.
- Philippe Delebecque et Frédéric- Jérôme Pansier, droit des obligations, responsabilité civile, délit et quasi délit, 4^{ème} édition- Litec, Paris, 2008.

- Philippe Laurent, principes de droit civil français, la vente, tome XXIV, 3^{ème} édition, Paris, 1877.
- Philippe le Tourneau et Loic Cadet, droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, Paris, 2000.
- Philippe le Tourneau, droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, Dalloz, Paris, 2015.
- Philippe le tourneau, responsabilité des vendeurs et fabricants, Dalloz, Paris, 2001.
- Philippe Malaurie- Laurent Aynés et Philippe.Staffel- Munck, les obligations, 2^{ème} édition, Defrénois, Paris, 2005.
- Philippe Malaurie, droit civil « contrats spéciaux », Cujas, Paris, 1985.
- Philippe Malaurie, Laurent Aynés et Pierre- Yves Gautier, droit civil, les contrats spéciaux, 2^{ème} édition refondue, Defrénois, Paris, 2005.
- Philippe Malinvand, responsabilité des constructeurs, action construction, Dalloz, 1998.
- Rabih Chendeb, le régime juridique du contart de consommation, étude comparative, éditions Alpha, Beyrouth, 2010.
- Régis Poincelet, l'assurance responsabilité civile produits livrés, Presses universitaires d'aix- Marseille, 1977.
- Rodière Réne et Du Poutavice Emmanuel, droit maritime 12^{ème} édition, Dalloz, 1997.
- Thomas Canfin, conformité et vices cachés dans le droit de la vente, édItions Publibook, Paris, 2010.
- V. Heuzé, la vente internationale de marchandises, droit uniforme, traité des contrats, LGDJ, Paris 2000.
- François Collart Dutilleul et Philippe Delebecque, contrats civils et commerciaux, 7^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2004.
- Martine Massbie- François et Elisabeth Poulain, lexique du commerce international, éditions Bréal, Paris 2002.
- Natacha Sauphanor-Brouilland, la confiance dans les contrats de consommation, Dalloz, 2008.

-Ripert et Roblot, traité de droit commercial, Tome 1, édition, LGDJ, Paris, 1980.

II -Thèses de doctorat:

- François Diesse, le devoir de coopération comme principe directeur du contrat, thèse de doctorat, Lille II, 1998.

- François Jaquet, du contrat de vente au droit de la vente, réflexions de théorie générale sur un contart spécial, thèse de doctorat, Nancy, 1988.

- Mohamed Fahim Nia, les obligations de livraison et de conformité du vendeur dans les contrats de vente internationale de marchandises-étude comparative de la convention de Vienne du 11 avril 1980 et du droit français des ventes internes, thèse de doctorat, Paris1, Panthéon Sorbonne, 2011.

- Philippe Fouchard, rapport de synthèse in « la convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms » actes du colloque des 1^{er} et 2 décembre, 1989, L.G.D.J, 1990.

-Arnaud Vanwélkenhuyzen, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité catholique de Louvain, Belgique, 2014- 2015.

-Florian Dupy, la protection de l'attente légitime des parties du contrat étude de droit international des investissements à la lumière du droit comparé, thèse de doctorat, Panthéon-Assas, Paris, 2007.

III – ARTICLES

- A. Pinna, l'exception pour risque d'inexécution, RTD, civ, 2003.

- Anne Guegan, la mise en circulation, rapport français, article publié sur: www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/305/305939_32_aguegan.pdf.

- Bachir Latrous, responsabilité du fabricant en droit algérien, revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, vol X III, n° 4, décembre, 1976.

- Casaux – labrunée, vice caché et défaut de conformité, propos non conformistes sur une distinction viciée, recueil Dalloz, 1999.

- CH.Coutant-Lapalus, variation autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère, les petites affiches, 26/02/2002, n° 41, doct n° 1.

- Christian Atias, l'obligation de délivrance conforme, recueil, Dalloz, sirey 1991.
- D.Mainguy dispositions relatives à l'existence des relations contractuelles, garantie, délivrance conforme et limitation de responsabilité, J.C.P. 1995, édition E, I, études et chroniques 439.
- E. Becqué, de la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle, RTD, 1914.
- Elise Degrave, la réparation et le remplacement d'une chose vendue non-conforme, annales de droit de Louvain, vol 65, n° 1-2, 2005.
- G. Pignarre, les droits de l'acheteur dans la directive du 25 mai 1999 à la vente, actualité d'un texte communautaire à la veille de sa transposition, les petites affiches, 27 octobre 2004, n° 4.
- Geneviève Viney, la protection de l'acquéreur d'un produit défectueuse, la coexistence de l'action en garantie contre les vices cachés et l'action en responsabilité contractuelle de droit commun, J.C.P, 1993, édition G, III, chroniques de responsabilité civile.
- Héléne Aubry, « l'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats », RIDC, vol 56, n° 1, 2004.
- Jean Calais Auloy, une nouvelle garantie de conformité, R.T.D, civ, n° 4, 2005.
- Joanna Schmidt Szalewski, vente, obligation du vendeur, obligation de délivrance, généralité, étendue, Juris classeur civil, 2000, articles 1603-1623, fascicule 10, n° 35.
- Joanna Schmidt szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, J.C.P.civil, 2000 (articles 1603-1623), fascicule 20, n° 140.
- O. Tournafond, la nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs, commentaire de l'ordonnance n° 2005-135 du 17 février 2005 transportant en droit français la directive du 25 mai 1999, Dalloz, 2005, chr, n° 19.
- P. Esmein, le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle, R.T.D.civ, 1933.

- Patrice Jourdain, les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, gaz, pal, 2 juillet 1994.
- Philippe Delebecque, les aménagements contractuels de l'exécution du contrat, les petites affiches, 5 mai 2000, n° 90.
- Philippe Kahn, convention de Vienne du 11 avril 1980, caractères et domaine d'application, droit et pratique du commerce international, vol 9, n° 91, 1989.
- Philippe Kahn, la convention de la Haye du 1^{er} Juillet 1964, portant la loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, RTD.com, 1964.
- Philippe Kahn, la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, Revue internationale de droit comparé, n° 4, 1981.
- Philippe le Tourneau, conformité et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels, RTD. com, 1980.
- J.PH.Confino, la mise en circulation dans la loi du 11 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, gaz.pal, 2001.
- Paulette Veaux- Fournerie et Daniel Veaux, obligation de sécurité du vendeur, vente, fascicule 43, n° 40, juris- classeur 2002.
- Pierre Sargos, définition et étendu de l'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, répertoire du notariat, Defrénois, Paris, 1988.

IV-Sites:

- <https://ar.wikipedia.org/wiki>
- <http://curia.europa.eu/juris/showPdf>.
- http://www.legis.be/userfiles/CDelforge_annexe6_%20CJUE%2009.02.2006%2000%20Byrne.pdf.
- <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1369&step=FullText>
- <http://juris-classeur.con/actualité/depeche/recherche/resultat-lib.php> 3 texte= vice
- www.droit.wester.ouisse.free.fr/page/support-responsabilité-causalité-doc7.html.
- www.cisgw3.law.pace.edu/
- www.greca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/305/305939_32_aguegan.pdf.

-www.juricaf.org

-www.justice.gouv.fr/publicat/rappGTIDF.html

-[www.legi France. Gouv.fr](http://www.legi.fr).

-[WWW.UNICTRAL.ORG/CLOUT/ Show document.do ?document vid= 1268
country=Ger &Ing=ar](http://WWW.UNICTRAL.ORG/CLOUT/Show_document.do?document%20vid=1268&country=Ger&Ing=ar)

الفهرس

مقدمة	ص1
الباب الأول: ماهية إلتزام العون الإقتصادي بالتسليم المطابق	ص8
الفصل الأول: من المفهوم المنفصل إلى المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق	ص9
المبحث الأول: المفهوم المنفصل للإلتزام بالتسليم المطابق	ص10
المطلب الأول: مفهوم الإلتزام بالتسليم	ص10
الفرع الأول: مفهوم الإلتزام بالتسليم في مجال التجارة الدولية	ص10
الفرع الثاني: مفهوم الإلتزام بالتسليم في القانون الداخلي	ص12
المطلب الثاني: مفهوم الإلتزام بالمطابقة	ص25
الفرع الأول: مفهوم الإلتزام بالمطابقة في مجال التجارة الدولية	ص25
الفرع الثاني: مفهوم الإلتزام بالمطابقة في القانون الداخلي	ص32
المبحث الثاني: المفهوم المركب للإلتزام بالتسليم المطابق	ص44
المطلب الأول: مبررات تكريس المفهوم المركب	ص44
الفرع الأول: المبرر العقدي	ص45
الفرع الثاني: المبرر الزمني	ص56
المطلب الثاني: آثار تكريس المفهوم المركب	ص64
الفرع الأول: تداخل الإلتزام بالتسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية	ص64
الفرع الثاني: حركية القضاء الفرنسي في ظل تداخل التسليم المطابق و ضمان العيوب الخفية	ص70
الفصل الثاني: مضمون الإلتزام بالتسليم المطابق و تنفيذه	ص76
المبحث الأول: مضمون الإلتزام بالتسليم المطابق	ص77
المطلب الأول: تسليم مبيع مطابق ماديا	ص77
الفرع الأول: التسليم المطابق للإشتراطات العقدية	ص77
الفرع الثاني: التسليم المطابق للمقاييس و المواصفات القانونية	ص95
المطلب الثاني: الإلتزام بتسليم مبيع مطابق وظيفيا	ص101
الفرع الأول: صلاحية الشيء للإستعمال المخصص له	ص101

الفرع الثاني: إعلام العون الإقتصادي للمستهلك بطريقة إستعمال المبيع	ص105
المبحث الثاني: محل الإلتزام بالتسليم المطابق	ص108
المطلب الأول: المنتج و الخدمة	ص109
الفرع الأول: المنتج	ص109
الفرع الثاني: الخدمة	ص112
المطلب الثاني: التأكد من مطابقة المحل	ص115
الفرع الأول: فحص المحل	ص115
الفرع الثاني: الإخطار بعدم المطابقة	ص120
خلاصة الباب الأول	ص129
الباب الثاني: جزاء إخلال العون الإقتصادي بتنفيذ الإلتزام بالتسليم المطابق.	ص130
الفصل الأول: قيام المسؤولية العقدية عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق و طرق دفعها	ص131
المبحث الأول: قيام المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق	ص132
المطلب الأول: المسؤولية العقدية الشخصية عن الإخلال بالتسليم المطابق	ص132
الفرع الأول: الإخلال الشخصي للعون الإقتصادي بالإلتزام بالتسليم المطابق	ص132
الفرع الثاني: مسؤولية العون الإقتصادي العقدية عن فعل الغير	ص138
المطلب الثاني: الأركان الثابتة للمسؤولية العقدية عن الإخلال بالتسليم المطابق	ص145
الفرع الأول: ركن الضرر	ص145
الفرع الثاني: ركن علاقة السببية	ص153
المبحث الثاني: طرق دفع مسؤولية العون الإقتصادي عن الإخلال بالإلتزام بالتسليم المطابق	ص158
المطلب الأول: طرق الدفع الكلي لمسؤولية العون الإقتصادي	ص158
الفرع الأول: عدم وجود إلتزام واقع على عاتق العون الإقتصادي	ص159
الفرع الثاني: إنعدام الخطأ من جانب العون الإقتصادي	ص159
الفرع الثالث: التنفيذ الجيد للعقد	ص167
المطلب الثاني: الوسائل المؤقتة لدفع مسؤولية العون الإقتصادي	ص169
الفرع الأول: فترة الميسرة	ص169

172	الفرع الثاني: الدفع بعدم التنفيذ
177	الفصل الثاني: جزاءات أخرى ترتب عن الإخلال بالتسليم المطابق
178	المبحث الأول: الجزاءات المتعلقة ببقاء العقد
178	المطلب الأول: التنفيذ العيني للإلتزام بالتسليم المطابق
178	الفرع الأول: التنفيذ العيني المباشر للإلتزام بالتسليم المطابق
183	الفرع الثاني: التنفيذ العيني غير المباشر
188	الفرع الثالث: بقاء العقد مع تخفيض الثمن
191	المطلب الثاني: حق الخيار بين التنفيذ العيني أو فسخ العقد
191	الفرع الأول: شروط ممارسة الحق في الخيار
194	الفرع الثاني: الحق في الخيار بالنسبة للمستهلك نفسه
197	الفرع الثالث: مدى إمكانية خيار المستهلك في مواجهة العون الإقتصادي
201	المبحث الثاني: فسخ العقد والتعويض
202	المطلب الأول: فسخ العقد
202	الفرع الأول: شروط الفسخ القضائي و الإستثناءات الواردة عليه
220	الفرع الثاني: آثار الفسخ
225	المطلب الثاني: التعويض
225	الفرع الأول: تعريف التعويض
227	الفرع الثاني: أنواع التعويض
233	خلاصة الباب الثاني.
234	الخاتمة
238	باللغة العربية
250	باللغة الفرنسية
257	الفهرس

ملخص:

لا يكفي مجرد قيام العون الاقتصادي بتسليم محل العقد للمستهلك حتى تبرأ ذمته، بل لا بد أن يكون الشيء المسلم مطابقا لما تم الاتفاق عليه في العقد من حيث الوصف و الكمية و النوعية و أن يكون صالحا للاستعمال الذي أعد له و مطابقا للمواصفات القانونية و القياسية التي يشترطها المشرع بطريقة أمرة، و ذلك من أجل إشباع رغبة المستهلك و تكريسا للقوة الإلزامية للعقد من جهة و لتوازنه من جهة أخرى. و حرصا على تنفيذ الالتزام بالتسليم المطابق فلقد وضع المشرع الجزائري جزاءات عديدة و متنوعة تحت تصرف المستهلك في حالة التسليم غير المطابق تعد بمثابة ضمانات له، تتمثل في دعوى المسؤولية العقدية، أو طلب التنفيذ العيني للالتزام الذي يشمل إما إصلاح عيب المطابقة أو استبدال الشيء، أو كذلك رفض تسلّم الشيء غير المطابق، و كذلك إمكانية رد المنتج أي فسخ العقد أو الإبقاء على العقد مع تخفيض الثمن في حالة عدم المطابقة الكمي، و أخيرا طلب التعويض عن الضرر اللاحق جراء الإخلال.

الكلمات المفتاحية: الالتزام بالتسليم المطابق، العون الاقتصادي، المستهلك.

Résumé:

Il ne suffit pas pour l'agent économique de livrer l'objet du contrat au consommateur sans qu'il ne soit conforme au contrat, (caractéristique, qualité, quantité) étant conforme à l'usage auquel il est destiné, et aux normes exigées par le législateur de manière impérative, et ceci dans le but de satisfaire le consommateur et consacrer la force obligatoire du contrat et son équilibre.

Pour l'exécution de la délivrance conforme, le législateur algérien a prévu de diverses sanctions protégeant le consommateur dans le cas de la délivrance non conforme tout en étant des garanties.

Ces garanties sont énumérées: action de la responsabilité contractuelle, l' exécution en nature de l'obligation, qui comporte soit la réparation du défaut de conformité ou le remplacement de la chose, ou le laissé pour compte ou la possibilité de restituer le produit, c'est-à-dire la résolution du contrat, ou le maintien du contrat avec la réduction du prix dans le cas de la non-conformité qualitative, enfin, la demande d'indemnisation des dommages causés.

Mots clés: Obligation de délivrance conforme, agent économique, consommateur.

Summary:

Just the economic aid deliver the thing underlying the consumer is not enough even disowned. It has to be delivered thing identical to what was agreed upon in the contract terms of description, quantity, quality and that will be valid for use which is prepared for him, and in conformity with legal standards required by the legislator peremptory, So as in order to satisfy consumer desire and dedication to the power of mamdatory contract. For the sake of implementation of this commitment, has algerian legislature put many and varied samctions under consumer behavior in the case of delivery of nonconforming, it is in a suit contractual liability or request kind of commitement, that includes either repairing identical or replacement thing defect, and also the possibility of the product is returned to terminate the contract, or retain the contract with the reduced price in the case of the deficit in the amount, and finally asked for compensation for damage by the breach.

Key words: corresponding obligation to deliver, Economic aid ,Consumer.