

## من سلبيات القانون رقم 05 - 10 المعدّل للقانون المدني الجزائري

أ / شوقي بناسي

استاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق - جامعة الجزائر

تمهيد

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على النبي المصطفى.

أما بعد؛ فمئذ أزيد من خمس عشرة سنة أصدر الأستاذ الكبير الفقيه علي علي سليمان رحمه الله كتابه الشهير: "ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري" جمع فيه مقالات له كتبها في مجلة الشرطة بعد صدور القانون المدني سنة 1975م، بين فيها بالحجة والبرهان عيوب القانون المدني الجزائري الشكلية منها والموضوعية، ومنذ ذلك الحين ورجال القانون ينتظرون بفارغ الصبر تدخل المشرع الجزائري أخذا بعين الاعتبار ما دوّنه قلم الأستاذ علي علي سليمان رحمه الله، وما كتبه الفقهاء الجزائريون من بعده، وهو الأمر الذي حدث مؤخرا، وبصورة نسبية جدا، بواسطة القانون رقم 10-05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو سنة 2005 حيث تدخل المشرع لتعديل ثلاثة أمور أساسية وهي: الأحكام المتعلقة بالقانون الدولي الخاص، والأحكام المتعلقة بالنظرية العامة للحق، والأحكام المتعلقة بالنظرية العامة للالتزام، وسيكون تركيزنا في هذا البحث على الأمرين الأخيرين، فبعد إمعان النظر في بعض المواد المعدلة اتضح لنا - للأسف الشديد - أنها محل نظر كبير، فما هي أهم السلبيات الذي تضمنتها القانون رقم 05

10- هذا ما سنحاول - بإذن الله تعالى - الإجابة عنه من خلال هذا البحث، سالكين في ذلك مسلك الدراسة المقارنة، مقترحين البدائل التي نراها أنسب في حدود علمنا، وشعارنا: «إن أريد إلا الإصلاح ما استطعت وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب» هود: 88.

للإجابة على الإشكالية السابقة سنتبع الخطة التالية:

**المبحث الأول: من سلبيات القانون رقم 05-10 في باب نظرية الحق**

**المطلب الأول: مسألة تحديد الموطن**

**المطلب الثاني: مسألة مركز القاصر المرشد**

**المبحث الثاني: من سلبيات القانون رقم 05-10 في باب نظرية الالتزام**

**المطلب الأول: قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد**

**المطلب الثاني: مسألة التعسف في استعمال الحق**

**المطلب الثالث: مسألة مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة**

**المبحث الأول: من سلبيات القانون رقم 05-10 في باب نظرية الحق**

تعتبر نظرية الحق من أهم النظريات القانونية التي يدرسها الطالب في بداية مشواره في كلية الحقوق، فهي بمثابة مدخل حقيقي للقانون المدني، حيث يتم التعرف على أنواع الحقوق، وأشخاص الحق وغير ذلك من المواضيع المهمة، ومن أهم المسائل المدروسة في هذا الإطار، مميزات الشخص الطبيعي، وعلى رأسها الموطن (مط1) والأهلية (مط2)، وهما الموضوعان اللذان مسهما تعديل 2005، فما هو الأمر الجديد الذي أتى به المشرع الجزائري؟

**المطلب الأول: مسألة تحديد الموطن: اختلفت الشرائع في كيفية تحديد**

**الموطن تبعا لاختلافها في تصويره، وذهبت في ذلك مذهبين كبيرين. مذهب أول يعتمد**

على تصوير واقعي يربط فيه بين الشخص ومحل إقامته الفعلية وهو التصوير المعروف في القانون الألماني والذي أخذت به جل التشريعات العربية والموافق لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ومذهب ثان يعتمد على تصوير حكمي يقيم فيه رباطا افتراضيا بين الشخص ومكان معين قد يكون محل ميلاده أو مركز أعماله الرئيسي وهو التصوير المعروف في القانون الفرنسي، فما هو موقف المشرع الجزائري قبل وبعد 2005؟

لقد نص المشرع على تحديد الموطن في المادة 36 ق م ورأى شرآح القانون المدني أنه تبنى التصوير الواقعي (1) لكن سرعان ما عدل المشرع نص المادة 36 ق م بموجب القانون رقم 05-10 فهل بقي المشرع متمسكا بنفس التصوير؟ (2).

**أولا : موقف المشرع قبل تعديل 2005م :** نصت المادة 36 ق م على أن: "مواطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكناه الرئيسي وعند عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي".

ومن الواضح - كما رأى شرآح القانون المدني<sup>(1)</sup> - أن المشرع من خلال المادة 36 ق م قد أخذ بالتصوير الواقعي للموطن حيث لم يربط تحديده بالمركز الرئيسي للأعمال أو بمحل الميلاد كما فعل القانون الفرنسي، بل ربطه بالإقامة الفعلية للشخص من خلال سكنه بصورة رئيسية في مكان ما وفي غياب ذلك يحل محله مكان الإقامة العادي، وبهذا الصنيع يكون المشرع قد ساير التشريعات الحديثة في تصوير الموطن، لكن رغم ذلك يلاحظ ما يلي:

---

1 - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985، ص 135. أستاذتنا فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002، ص 91. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 113.

1- لقد قصر المشرع تعريف وتحديد الموطن على الشخص الجزائري فقط، وهذا عيب تشريعي، إذ يلزم في الصياغة التشريعية التجريد والتعميم، فالقاعدة السالفة الذكر في تعيين الموطن تسري على الجزائري والأجنبي<sup>(2)</sup>. هذا العيب تفادته التشريعات الحديثة، لاسيما منها التشريعات العربية، ويبدو أن المشرع كان متأثراً في صياغته للمادة 36 ق م بالمادة 102 ق م الفرنسي والتي مطلعها: "موطن كل فرنسي...".

2- خالف المشرع التشريعات الحديثة في تحديده للموطن باعتماده على معيار مزدوج، بدل الاعتماد على معيار واحد وهو مكان الإقامة المعتاد. فالموطن وفقاً للمادة 36 ق م يتحدد على أساس محل وجود السكنى الرئيسي، وإذا تعذر تطبيق معيار السكنى الرئيسي لعدم وجود سكنى فيصير إلى تطبيق المعيار الثاني وهو مكان الإقامة العادي<sup>(3)</sup>. وفي اعتقادنا أن هذا الحل منتقد على الأقل من ناحيتين: فمن جهة إن معيار محل السكن الرئيسي سيطرح أمام القضاء نزاعات تتعلق بتحديد السكن الرئيسي، وهذا عند امتلاك الشخص لأكثر من سكن رئيسي، شبيهة بالنزاعات المطروحة أمام القضاء الفرنسي في تعيين المركز الرئيسي للأعمال. ومن جهة أخرى إن أزمة السكن التي تعرفها البلاد، وما ترتب عليها من عدم امتلاك أكثر الناس لسكن، ستفتح المجال واسعا لتطبيق المعيار الثاني وهو مكان الإقامة المعتاد، فلماذا لا نعتد مباشرة بهذا المعيار؟

3- خالف المشرع أيضاً التشريعات الحديثة عندما لم ينص على النتائج المترتبة على التصوير الواقعي، ومن أهمها عدم وجود مانع من تعدد الموطن للشخص الواحد، وذلك في حالة ما إذا كان له أكثر من مكان يقيم فيه بصورة معتادة مستقرة. مثال ذلك الرجل المتزوج بامرأتين، فيقيم في إقامتين مختلفتين بصورة معتادة مستقرة. وهذا ما نص عليه

2- خالد الزغبى، منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط2،

1998، ص223.

3- عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص113.

المشروع المصري في المادة 2/40 ق م: "ويجوز أن يكون للشخص في وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز ألا يكون له موطن ما".

**ثانياً: موقف المشروع بعد تعديل 2005م:** بعد تعديل المادة 36 ق م بموجب

القانون رقم 05-10 أصبح نصها كالآتي:

"موطن كل جزائري هو المحل الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي، وعند عدم وجود سكنى يقوم محل الإقامة العادي مقام الموطن.

ولا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت".

إن أهم ما يلفت نظر القارئ لنص هذه المادة - بعد مقارنتها بالنص السابق - هو أن المشروع بقي في الفقرة الأولى متمسكا بالتصوير الواقعي للموطن، هذا من جهة، ومن جهة أخرى بقي أيضاً وفيها للمعيار المزدوج في تحديد الموطن، لكن الملفت للنظر هو إضافته فقرة كاملة مضمونها عدم جواز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد في نفس الوقت، وهي ما يعرف بمسألة وحدة الموطن، وهي إحدى النتائج المترتبة على الأخذ بالتصوير الحكمي، فطبقاً لهذا التصوير لا يعقل أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد، لأن العبارة في تحديد الموطن تكون بالمركز الرئيسي لأعمال الشخص، والمركز الرئيسي لا يكون إلا واحدا مهما تعددت الأعمال<sup>(4)</sup>. فهل إضافة هذه الفقرة تعني أن المشروع قد غير موقفه وأصبح يأخذ في تحديد الموطن بالتصوير الحكمي؟ الجواب يكون بالنفي لأن الفقرة الأولى صريحة في اعتماد التصوير الواقعي من خلال ارتكازها على فكرة الإقامة الفعلية،

4- يقول الدكتور رمضان أبو السعود: "ويترتب على التصوير الحكمي للموطن أيضاً، أن الشخص لا يمكن أن يكون له إلا موطن واحد، فوجه الافتراض في هذا التصوير منوط بالمركز الرئيسي للأعمال، وأن الشخص وإن كان له عدة مراكز للأعمال فلا يمكن أن يكون كل منها مركزاً رئيسياً، بل لابد أن يكون واحداً منها فقط هو الذي يعتبر مركزاً رئيسياً. وعلى ذلك تكون وحدة الموطن هي النتيجة اللازمة لوحدة المركز الرئيسي". رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 219.

الأمر الذي يدعونا إلى القول أن المشرع قد وقع في تناقض صارخ، حيث تبني التصوير الواقعي مع الأخذ في نفس الوقت بنتيجة من نتائج التصوير الحكمي، فيكون بذلك قد جمع بين النقيضين. والعجيب في الأمر أن مسألة وحدة الموطن هي من أهم سلبيات التصوير الحكمي حتى اضطر القضاء الفرنسي إلى ابتداء بعض النظريات تخلصا من هذه النتيجة السلبية، ومن أهمها: نظرية المحطات الرئيسية: حيث اعترف طبقا لهذه النظرية بتعدد موطن الأشخاص المعنوية، وبدأ بشركات السكك الحديدية، فاعتبر أن لها موطناً في كل جهة تكون لها محطة رئيسية، والهدف من كل هذا هو إعفاء عملاء الشركات الكبيرة من ضرورة مقاضاتها أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مركز الشركة الرئيسي. ونظرية **المواطن الظاهر**: حيث لاحظ القضاء الفرنسي أن كثيراً من الناس يقيمون في جهات غير الجهات التي فيها موطنهم، فيبدو للناس أنهم متوطنون في الجهات التي يقيمون فيها، ومن ثم يقاضونهم أمام محاكم تلك الجهات مع أنها غير مختصة. فحماية للمدعين حسني النية قرر القضاء قبول تلك الدعاوى كلما كان يظهر أن المدعى عليه متوطن في دائرتها حتى ولو كان موطنه الحقيقي في جهة أخرى<sup>(5)</sup>. فكيف جاز للمشرع أن يقنن فكرة سلبية مهجورة تناقض التصوير الواقعي للموطن؟<sup>(6)</sup>

وأمام هذا التناقض يتوجب على المشرع التدخل مرة ثانية لتعديل نص المادة 36 ق م شكلاً ومضموناً.

ونقترح في هذا الصدد الصياغة الآتية:

1 - المواطن هو محل إقامة الشخص عادة.

2 - يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن في آن واحد. كما يجوز ألا يكون له موطن ما.

3 - إذا لم يكن للشخص إقامة دائمة كان موطنه حيث يوجد<sup>7</sup>.

5 - سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج 1 المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين، مكتبة صادر، لبنان، ط6، 1987، ص805.

6 - انظر في نقد نص المادة 36 بعد تعديل 2005: عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص115 - 117.

**المطلب الثاني: مسألة مركز القاصر المرشد:** القاصر المرشد هي الحالة التي يأخذ فيها ناقص الأهلية حكم الشخص الذي كملت أهليته وهذا بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها. وللأسف الشديد جاءت أحكام هذا الموضوع كالعادة - موزعة بين القانون المدني وقانون الأسرة، بل ومتناقضة بينها (1)، الأمر الذي دفع المشرع إلى محاولة تعديلها بموجب القانون رقم 05-10 سنة 2205 (2) فهل وفق في ذلك؟

**أولا:** مركز القاصر المرشد قبل تعديل 2005: لم يتعرض القانون المدني لنظام ترشيده القاصر المعروف في القانون الفرنسي بصورة مباشرة، لكن رغم ذلك أشار إليه عند تنظيمه لأحكام الموطن في المادة 2/38 ق م حيث نصت على ما يلي: "ومع ذلك للقاصر الذي بلغ (ثمانية) (7) عشرة سنة ومن هو في حكمه (له) (8) موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها". وأهم ما يمكن تسجيله بخصوص نص هذه المادة ما يلي:

أ- أنه منقول بصورة حرفية عن نص المادة 2/42 من القانون المدني المصري.

ب- أنه حدد سن الترشيده بثمانية عشرة (18) سنة.

ج- لم يبين ما هي التصرفات التي يكون القاصر أهلا لمباشرتها قانونا.

هذه الملاحظات كانت محل نقد شديد من الفقه الجزائري (9) للأسباب التالية:

7- الصواب: ثماني.

8- كلمة مضافة والصواب: "... ومن هو في حكمه موطن خاص ...".

9- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 265 وما بعدها. أستاذتنا فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 78. عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 143-144. محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المجلة الجزائرية، ع 39، رقم 3، 2001، ص 37-39.

1- إذا كان نص المادة 2/38 ق م منقولا حرفيا عن المادة 2/42 ق م فإن هذا القانون تعرّض لنظام الترشيح في المادة 112 منه حيث نصت: "إذا بلغ الصبي الثامنة عشرة من عمره وأذن له في تسلّم أمواله لإدارتها أو تسلمها بحكم القانون كانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون". وهو ما لم يفعله القانون المدني الجزائري.

2- إن تحديد سن الترشيح بثمانية عشرة (18) سنة منتقد من جهتين:

أ- هو تحديد مبالغ فيه، ذلك أن سن الرشد في القانون المدني حسب المادة 2/42 هو تسع عشرة (19) سنة، فتكون إذن مدة الترشيح سنة واحدة فقط وهي مدة قصيرة جدا لتدريب القاصر على تسلّم أمواله لإدارتها، وإذا كان القانون المدني المصري ومن هذا حذوه قد جعل سن الترشيح ثمانية عشرة (18) سنة فإنه في مقابل ذلك جعل سن الرشد 21 سنة، فتكون إذن مدة الترشيح ثلاث (3) سنوات.

ب- هو تحديد يناقض ما جاء في المادة 84 من قانون الأسرة التي حددته بسن التمييز وهو ست عشرة (16) سنة، حيث نصت على أنه: "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله بناء على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يببر ذلك"<sup>(10)</sup>.

3- إذا كان نص المادة 2/38 ق م لم يحدد التصرفات التي يكون القاصر المرشد أهلا لمباشرتها قانونا، فإن المادة 84 من قانون الأسرة حددتها - متأثرة في ذلك بالمادة 481

---

10- يقول الدكتور علي علي سليمان رحمه الله: "لعل قانون الأسرة قد تأثر في تحديد سن الترشيح بست عشرة سنة بالقانون المدني الفرنسي الذي أجاز الترشيح في هذه السن (م 477 بعد تعديلها بقانون 1974/7/5) ولكن القضاء الفرنسي مستقر على اعتبار سن التمييز سبع سنين، وإذن فهناك فترة تسع سنين تفصل بين سن التمييز وسن الترشيح". علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 267.



من القانون المدني الفرنسي - في: "... التصرف جزئيا أو كليا في أمواله ...". وهو أمر منتقد، لأن جل التشريعات؟ ومنها القانون المدني المصري في مادته 112 - لم تمنحه سوى مباشرة أعمال الإدارة<sup>(11)</sup>، وهو توجه سليم، لأن الغرض من الترشيد هو تدريب القاصر على إدارة أمواله وإعداده لتسلمها نهائيا عند بلوغه سن الرشد.

وبناء على كل هذه الانتقادات الصائبة نادى الفقه الجزائري بضرورة إعادة النظر في مسألة سن الترشيد وكذا المسائل المرتبطة بها، لاسيما مسألة تحديد سن التمييز، إذ من غير المعقول رفع سن التمييز إلى ست عشرة (16) سنة، خاصة إذا أخذنا بنص المادة 84 من قانون الأسرة الذي حدد سن الترشيد بسن التمييز أي 16 سنة، فكيف يصبح عديم التمييز راشدا بين عشية وضحاها؟ واقترح الفقه تخفيض سن التمييز، وتحديد سن الترشيد بـ 16 سنة اعتمادا على نص المادة 84 ق أ، وبالتالي يكون هناك فارق بين سن التمييز وسن الترشيد، وفارق بين سن الترشيد وسن الرشد. فهل أخذ المشرع بهذه الاقتراحات الجادة بعين الاعتبار عند تعديله للقانون المدني وقانون الأسرة سنة 2005م؟

11 - وحتى بالنسبة لهذه الأعمال فهي مقيدة بجملة من القيود أوردها قانون الولاية على المال. يقول الدكتور حسن كبيرة: "يفرض قانون الولاية على المال قيودا معينة على أهلية القاصر المأذون في شأن أعمال الإدارة، فلا يجيز له تأجير المباني لمدة تزيد على سنة، والتصرف في صافي دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانونا (م56). ويخضع القاصر المأذون في الإدارة - فضلا عن ذلك - لرقابة المحكمة، إذ عليه أن يقدم حسابا سنويا يؤخذ عند النظر فيه رأي الوصي، ويجوز للمحكمة أن تحد من الإذن المعطى للقاصر أو تسلبه إياه بعد سماع أقواله، إذا قصر في تقديم الحساب السنوي أو أساء التصرف في إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال في يده (م58 و59 من قانون الولاية على المال)، ويجوز للولي كذلك - إذا كان هو الذي أذن للقاصر في تسلّم كل أمواله أو بعضها لإدارتها - أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد لدى الموثق (م54 من قانون الولاية على المال)". حسن كبيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1993، ص582.

ثانياً: مركز القاصر المرشد بعد تعديل 2005: لقد أصبح نص المادة 2/38 ق م بعد تعديلها بموجب القانون رقم 10-05 كما يلي: "غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها". وبهذا التعديل يكون المشرع قد ألغى تحديد سن الترشيح بثمانية عشرة (18) سنة كما كان منصوصاً عليه في نفس المادة قبل تعديلها، ومن ثم وجب لمعرفة تحديد هذه السن الرجوع إلى نص المادة 84 من قانون الأسرة، وهي - كما رأينا - تحددها بسن التمييز، وسن التمييز حسب المادة 2/42 ق م بعد تعديلها أصبحت ثلاث عشرة (13) سنة.

نخلص من كل هذا أن سن الترشيح أصبحت بعد تعديل 2005م: ثلاث عشرة (13) سنة، وهو أمر منتقد من نواح عدة:

1 - إنها سن مبكرة جداً، وأغلب التشريعات المعاصرة حددتها بأكثر من ذلك، فهي: خمس عشرة (15) سنة في القانون السوري (م 113 ق م)، والأردني (م 1/119 ق م)، والعراقي (م 98 ق م)، والتونسي (م 159 مجلة الأحوال الشخصية)، وست عشرة (16) سنة في القانون الفرنسي (م 1/477 ق م)، وثمانية عشرة (18) سنة في القانون المصري (م 112 ق م).

2- إن تحديد سن الترشيح بثلاث عشرة (13) سنة مع بقاء سن الرشد تسع عشرة (19) سنة يعني أن مدة الترشيح ست (6) سنوات، وهي مدة مبالغ فيها تزيد عما حددتها التشريعات المقارنة فهي: ثلاث سنوات في القانون المصري (19-21)، والسوري (15-18)، والأردني (15-18)، وخمس سنوات في القانون التونسي (15-20). وبهذا يكون المشرع انتقل من النقيض إلى النقيض، فبعدما كانت سنة واحدة قبل تعديل 2005 م أصبحت ست (6) سنوات بعد التعديل.

3 - إن بقاء سن التمييز هي نفسها سن الترشيح حسب المادة 84 من قانون الأسرة تصدق عليه نفس الانتقادات التي كان يوجهها الفقه للقانون يوم كانت سن التمييز هي نفسها سن الترشيح وهي ست عشرة (16) سنة، فكيف يصبح من كان عديم الأهلية بين

عشية وضحاها راشدا كامل الأهلية؟ فيا حبذا لو أخذ المشرع بتوجيهات الفقهاء وجعل فارقا بين سن التمييز و سن الترشيذ، خاصة وأن جل التشريعات المعاصرة سلكت هذا المسلك، فبين هذين السنين سنتين في القانون التونسي (13 - 15)، وثمانى (8) سنوات في القانون السوري والأردنى والعراقى (7-15)، وتسع (9) سنوات في القانون الفرنسى (7-16)، وأحد عشرة (11) سنة في القانون المصرى (7-18).

4- إن منح من بلغ سن ثلاث عشرة (13) سنة أهلية التصرف كما تقضى بذلك المادة 84 من قانون الأسرة في أمواله أمر غير مقبول إطلاقا، فهل يعقل أن يعطى من بلغ هذه السن حق التصرف في أمواله كلها أو بعضها بحيث يكون في استطاعته بيع العقارات ورهنها؟ خاصة وأننا رأينا أن جل التشريعات العربية لا تمنح المرشد إلا القيام بأعمال الإدارة وبقيود معينة مع أن سن الترشيذ عندها أكثر من ثلاث عشرة (13) سنة.

وبناء على هذه الملاحظات نرى ضرورة تدخل المشرع لحسم هذا الموضوع نهائيا، ولا يكون ذلك إلا بتعديل المادة 84 من قانون الأسرة من ناحيتين:  
الأولى: وهي تحديد سن الترشيذ بست عشرة (16) سنة<sup>(12)</sup>، ومن ثم يكون بين سن التمييز و سن الترشيذ ثلاث (3) سنوات (13 - 16)، وبين سن الترشيذ و سن الرشد ثلاث (3) سنوات (16 - 19) وبذلك تكون مدة الترشيذ ثلاث سنوات.

الثانية: الاقتصار على منح المرشد أهلية الإدارة دون أهلية التصرف، ومن ثم يقتصر حقه على القيام بأعمال الإدارة وهي الأعمال المتعلقة بحفظ المال الذي سلم إليه وباستغلاله عن طريق التأجير مثلا، ولا يملك في مقابل ذلك التصرف في هذا المال الذي هو أصل الحق.

12 - وعندئذ يجب تعديل المادة 5 من القانون التجارى التي مازالت تحدد سن الترشيذ بثمانى عشرة (18) سنة.

**المبحث الثاني : من سلبات القانون رقم 05 - 10 في باب نظرية الالتزام**  
لاشك أن نظرية الالتزام تعد الحجر الأساس بالنسبة للقانون المدني، إن لم نقل بالنسبة للقانون الخاص، وهي تقوم على التعميم، واحترام المنطق القانوني، وفي اعتقادنا أن المشرع لم يكن موفقا في التعديلات التي أدخلها على بعض المواضيع ذات الصلة بهذه النظرية، حيث قنن ما هو مهجور فقها، الأمر الذي ينطبق على قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد (مط1)، واعتبر التعسف في استعمال الحق خطأ تقصيريا (مط2)، كما أنه لم يعط بعض المسائل حقها من التفصيل، كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة (مط3).

**المطلب الأول : قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد :** من المعلوم فقها وقضاءً وتشريعا أن من أثار بطلان العقد إعادة الطرفين المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بحيث يجب على كل منهما، إذا تم تنفيذ العقد كليا أو جزئيا، رد ما تسلمه أو ما حصل عليه بمقتضاه، يستوي في ذلك العقد الباطل والعقد القابل للإبطال. واسترداد كل متعاقد ما أعطاه إنما يكون على أساس استرداد ما دفع دون حق بعد أن تقرر بطلان العقد.

هذا الأصل ليس بمطلق بل ترد عليه بعض الاستثناءات، من ذلك قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد لعدم المشروعية وهذا إعمالا لمقولتين كانتا معروفتين في القانون الروماني وهما: ليس للغاش أن يستفيد من غشه<sup>(13)</sup>. وإذا تساوى الطرفان في الغش فلا مجال للاسترداد<sup>(14)</sup>.

13 - Nemo auditur propriam turpitudinem allegans (nul ne peut être entendu qui allège sa propre turpitude).

14 - In pari causa turpiudinis cessat repetitiot (il n'y a pas lieu à répétition si les deux parties sont pareillement associées à la turpitude).

ووفقا لهذه القاعدة إذا قام أحد المتعاقدين بأداء مخالف للآداب أو غير مشروع، ثم تقرر بطلان العقد فلا يمكنه استرداد ما دفعه لأنه ملوث وغاش، ومن ثم لا يمكنه الاحتجاج بغشه. مثال ذلك لا يجوز لمن أعطى مالا لامرأة بقصد الدخول في معاشرة غير شرعية أو استمرارها أن يسترده، ولا يجوز لمن أعطى رشوة لموظف أن يسترد ما أعطاه.

هذه القاعدة وما جاءت به من استثناء لم يكن منصوصا عليها في القانون المدني الجزائري قبل تعديله بموجب القانون رقم 10-05 (1)، لكن الأمر اليوم أصبح مختلفا حيث تبني المشرع صراحة هذه القاعدة (2). والسؤال المطروح هل كان المشرع موقفا في ذلك؟

أولا: قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد قبل تعديل 2005: نظرا لعدم نص المشرع على قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد، كان عموم الفقه يرى عدم الأخذ بها. وفي هذا المعنى كتب الدكتور علي علي سليمان يقول: "ولقد أخذ القضاء بهذه القاعدة في فرنسا وفي مصر في كثير من أحكامه، كما أخذت بها بعض القوانين الوضعية كالقانون الألماني والقانون السويسري والقانون النمساوي، ولكن لم يرد عنها نص لافي القانون الفرنسي ولا في القوانين العربية، ولذلك فلا ينبغي العمل بمقتضاها في قوانيننا العربية"<sup>(15)</sup>.

وفي نفس الاتجاه كتب الدكتور محمد صبري السعدي يقول: "ونحن من جانبنا نرى مع أغلب الفقه الحديث عدم الاسترداد في هذه الحالة، خاصة وأن القانون المدني الجزائري لم ينص على هذا الاستثناء في أثر البطلان، وهو أن يرد كل متعاقد إلى الآخر ما حصل عليه"<sup>(16)</sup>.

15 - علي علي سليمان، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص85.

16 - الدكتور محمد صبري السعدي: شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1 التصرف القانوني، دار الهدى، عين مليلة، 1991-1992، ص271.

ومع ذلك وُجد، في هذه الفترة، من الفقه الجزائري من انتقد مبررات عدم الأخذ بالقاعدة المذكورة، معتبرا حرمان الاسترداد غير متناف مع منطوق البطلان<sup>(17)</sup>.

ثانياً: قاعدة حرمان الملوث من الاسترداد بعد تعديل 2005: لقد نصّ المشرع صراحة على الأخذ بقاعدة حرمان الملوث من الاسترداد بعد تعديل 2005، حيث نصت المادة 103/3 ق م على أنه: "يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبّب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به".

وفي اعتقادنا أنه ما كان ينبغي للمشرع تبني هذا الاستثناء المؤسس على قاعدة رومانية انتقدها الفقه الغربي والعربي بشدة وهذا للأسباب التالية:

1- إنها قاعدة رومانية عتيقة زالت اليوم مقتضيات الأخذ بها فإذا كان الرومان يأبون الاسترداد على من كان ملوثاً من الطرفين، فذلك يرجع إلى خاصية في القانون الروماني قد زالت، وذلك أن العقد في هذا القانون كان يستمد قوته الملزمة من شكلية، فإذا أعطى المتعاقد الذي سلم الشيء حق استرداده، فلم يكن ذلك لأن العقد الشكلي غير ملزم، بل كان عن طريق إعطاء المتعاقد دعوى خاصة (condictio ob turpem causam) من العدل أن ننكر على من كان ملوثاً من الطرفين إذ لا يصبح جديراً بها. أما الآن الوضع القانوني للمسألة قد يغير، وأصبح العقد غير المشروع ليست له قوة ملزمة حتى بالنسبة إلى الطرف الملوث<sup>(18)</sup>.

2- إنها قاعدة لا تتماشى مع منطوق البطلان، فهي تؤدي إلى شل، على الأقل جزئياً، الآثار العادية للبطلان، ذلك أن منطوق البطلان يقضي بأن يكون الاسترداد جائزاً في كل الأحوال حتى لا يترتب أثر على العقد الباطل.

17 - علي فياللي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط2، 2005، ص274-276.

18 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: مصادر الالتزام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000، ص591-592.

3- إن القول بعدم جواز الاسترداد يؤدي إلى نتيجة يرفضها القانون، ذلك أن حرمان أحد المتعاقدين من استرداد ما دفعه كعقاب له، يعني تمكين المتعاقد الآخر من الاستفادة مما حصل عليه جزاء على إجرامه أو خروجه على الآداب العامة، وفي مثل هذه الأحوال فإن تطبيق هذه القاعدة سيؤدي إلى شيوع الفاحشة في المجتمع، وهذا عكس الغرض الذي كان منتظرا من إعمالها وهو محاربة العقود غير المشروعة.

4- إنها تؤدي إلى الإثراء بلا سبب، فمثلا إذا اشترى شخص منزلا للدعارة، ودخله قبل دفع الثمن، فيمكنه أن يطلب بطلان العقد، الأمر الذي يسمح له بتفادي دفع الثمن، وفي نفس الوقت يمكنه رفض إرجاع المنزل للبائع الذي يواجه بقاعدة حرمان الملوث من الاسترداد.

وبناء على ما تقدم نرى ضرورة إلغاء الفقرة الثالثة من المادة 103 ق م، اقتداءً بالتشريعات العربية، وأخذاً بآراء الفقهاء المعاصرين.

**المطلب الثاني: مسألة التعسف في استعمال الحق:** جرت عادة الفقهاء على تناول موضوع التعسف في استعمال الحق، عند دراستهم لركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية باعتبارها مصدرا من مصادر الالتزام، على أساس أن التعسف في استعمال الحق صورة من صور الخطأ التقصيري، وقد كان القانون المدني الجزائري قبل تعديله ينظم هذه النظرية في المادة 41 ق م حاشرا إياها بين المواد المتعلقة بالأهلية (1)، لكن بعد التعديل خصّها بالمادة 124 مكرر الواقعة في القسم الأول: المسؤولية عن الأفعال الشخصية تحت الفصل الثالث: الفعل المستحق للتعويض، ونص صراحة على اعتبار التعسف خطأ (2)، فهل وفق المشرع في هذا التعديل؟

**أولا: تنظيم التعسف في استعمال الحق قبل تعديل 2005:** كان المشرع قبل تعديل 2005 ينظم هذه النظرية بمقتضى المادة 41 ق م ونصها كالآتي:

~يعتبر استعمال حق تعسفا في الأحوال التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة<sup>(19)</sup>.

إن هذا التنظيم كان محل نقد الفقه، وفي هذا الإطار يقول الأستاذ علي سليمان

رحمه الله: ~وإنني أخذ على القانون المدني الجزائري:

أولاً : من حيث الشكل قد حشر النص على التعسف بين أحكام الأهلية، وليس هناك ما

يربط بين التعسف وبين أحكام الأهلية، وكان ينبغي أن يضع النص عليه في الباب

التمهيدي أسوة بالقوانين العربية الأخرى.

ثانياً : من حيث الموضوع، كان ينبغي أن ينص على الأصل، كما فعلت القوانين العربية

الأخرى، وهو أن استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا تعسف فيه لا يرتب المسؤولية إذا

أحدث ضرراً للغير، ولكنه اقتصر على إيراد الاستثناءات، والمنطق يقضي بأن الاستثناء

يرد على الأصل<sup>(20)</sup>.

ويضاف إلى هاتين الملاحظتين ما ذكره الدكتور صبري السعدي أن ~العبارات الواردة

في النص تكاد تتطابق مع عبارات نصوص مواد التقنيات العربية مع اختلاف يسير وهو

استبدال كلمة ~فائدة~ بكلمة ~مصلحة~ ومن المعروف أن كلمة مصلحة أدق من كلمة فائدة

خاصة في استعمال الحق، إذ أن الحق يتقرر لتحقيق مصلحة معينة<sup>(21)</sup>.

---

19 - لم يشر الدكتور عبد المجيد زعلاني إلى التعديل الذي مس نظرية التعسف في استعمال الحق بموجب

القانون 05-10، وتناول بالشرح التحليل نص المادة 41 ق م. انظر: عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق،

ص 80-81.

20 - علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 222.

21 - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 2 الواقعة القانونية، دار

الهدى، عين مليلة، 1991-1992، ص 59.



ثانياً: تنظيم التعسف في استعمال الحق بعد تعديل 2005: بعد تعديل 2005 ألغيت المادة 41 ق م وتمّ القانون المدني بالمادة 124 مكرر والواقعة في القسم الأول: المسؤولية عن الأفعال الشخصية تحت الفصل الثالث: الفعل المستحق للتعويض، ونصها كالآتي:

يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.

إن أهم ما يلاحظ في هذا المقام ما يلي:

1 - إن المشرع لم يستغد من الملاحظات الفقهية السابقة، ويتجلى ذلك واضحاً في أنه:  
أ - لم ينص على المبدأ العام كما فعلت التقنينات العربية الأخرى، وبذلك يكون قد ذكر الاستثناءات دون ذكر المبدأ العام، وهو أمر غير مقبول ولم يكن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ينص على المبدأ العام، بل كان يقتصر على الاستثناءات الواردة عليه، غير أن لجنة المراجعة رأت ضرورة النص على المبدأ العام أولاً، إذ من غير السائغ أن ترد استثناءات على أصل غير مذكور، ولذلك اقتضى الأمر وضع المبدأ العام أولاً، وصدر التقنين الحالي قاضياً في المادة الرابعة منه بما يلي: من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر. ثم أوردت المادة الخامسة الاستثناءات التي تدخل على هذا المبدأ العام، ولقد حذت القوانين العربية الأخرى حذو القانون المدني المصري (المادة 5 مدني سوري، والمادة 4 مدني ليبي، والمادة 6 مدني عراقي)<sup>(22)</sup>.

22 - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 16.

ب - لم يستبدل مصطلح "فائدة" بمصطلح "مصلحة".

ج - لم ينقل المادة المنظمة للتعسف في استعمال الحق إلى الباب التمهيدي للقانون المدني ليجعل منها نظرية عامة تتمشى على جميع نواحي القانون.

2 - إن المشرع اعتبر المعايير المذكورة في المادة 124 مكرر واردة على سبيل المثال، مخالفاً بذلك الرأي سائداً فقهاً أنها واردة على سبيل الحصر، ولا يمكن للقاضي أن يتعدها، وفي اعتقادنا أن اتجاه المشرع هو الأولى بالإتباع لأن المعايير المذكورة في المادة 124 مكرر ما هي في حقيقة الأمر - كما جاء في مجموع الأعمال التحضيرية للقانون المصري - إلا "عناصر نافذة للاسترشاد"<sup>(23)</sup>.

3 - بعد أن كانت المادة 41 ق م محشورة بين المواد المنظمة للأهلية أصبحت تحت إطار المسؤولية التقصيرية، بل إن نص المادة 124 مكرر نص صراحة على أن الاستعمال التعسفي للحق يعد خطأ، وبهذا يكون المشرع قد تبنى - شكلاً ومضموناً - الرأي القائل بأن التعسف في استعمال الحق ما هو إلا صورة للخطأ التقصيري، وهو - في اعتقادنا - اتجاه محل نظر سبق للأستاذ علي سليمان رحمه الله نقده من وجوه عدة أهمها ما يلي<sup>(24)</sup>:

أ - إذا كان التعسف صورة من المسؤولية التقصيرية فما هي الفائدة من تخصيص نصوص له؟ أليس النص على أن كل عمل خاطئ يضر الغير يلزم فاعله بالتعويض كافياً ليشمل التعسف إذا كان مبنياً على الخطأ؟

ب - إن النظرية التقليدية التي تقيم المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ قد هوجمت من مختلف النواحي، وكادت فكرة الخطأ تختفي منها سواء بنظرية تحمل التبعية أو بنظرية الضمان أو بالتطور الذي لحق القضاء الفرنسي إزاء الخطأ، فإذا كان الفقهاء الذين مازالوا يتشبثون بفكرة الخطأ في المسؤولية يريدون إقامة التعسف على فكرة الخطأ لكي يعتبر صورة من صور هذه المسؤولية، فإن مصير الخطأ في التعسف هو مصير الخطأ في هذه المسؤولية.

23 - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 1، ص 209.

24 - علي سليمان، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 224.

ج - إذا رجعنا إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بصدده المادتين 4 و5 وهما مصدر نصوص التعسف في القوانين العربية الأخرى، رأينا أنها تقول: "أن المشروع أحل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكانا بارزا بين النصوص التمهيدية لأن لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون دون أن تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع".

د - إن التعسف في استعمال الحق قد استمدته قوانيننا العربية من الشريعة الإسلامية أصلا، وهذه الشريعة لا تقيم المسؤولية في حالة التعدي على أساس الخطأ، بل تنظر إليه نظرة موضوعية، وخذت حذو المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 2/74 منه التي لم تقمه على أساس الخطأ.

وإضافة إلى هذه الحجج القوية نذكر حججا أخرى ذكرها الفقيه الكبير الأستاذ حسن كيرة، نلخصها فيما يلي<sup>(25)</sup>:

1 - إن اعتبار التعسف صورة من صور الخطأ التقصيري يعود إلى أسباب تاريخية لم تعد موجودة في وقتنا الحاضر "ذلك أن إطراح النزعة الفردية بما كانت تستتبعه من مبدأ حصانة صاحب الحق في استعمال حقه، اضطرت الفقه والقضاء؟ أمام خلو التشريع في أول الأمر من نص يقرر كمبدأ عام مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها - إلى التماس أساس مقبول ومسلم من صلب نصوص التشريع القائم لفرض رقابة على استعمال الحقوق، ولم يكن ثم أفضل ولا أقرب في هذا الشأن من الاستناد إلى النصوص المقررة للمسؤولية التقصيرية، واعتبار التعسف ضربا من الخطأ العادي - سواء بالنظر إلى التعسف كخروج عن الحق أو غير خروج عنه - أو نوعا خاصا من الخطأ قائما بذاته، وبذلك لم يكن الاستناد حينئذ إلى الخطأ لتبرير تعقب التعسف في استعمال الحق ومنعه إلا مجرد تبرير مرحلي يحجب الثورة على الأصول القانونية التقليدية في غيبة النص التشريعي على مبدأ عدم التعسف، أما وقد دخلت القانون الحديث اليوم نصوص تشريعية

25 - حسن كيرة، المرجع السابق، ص 762 - 765.

تعلن هذا المبدأ بما يجعل منه أصلا من الأصول القانونية المقررة، فقد أصبح من الواجب تخطي هذه المرحلة وإمعان النظر في جوهر فكرة التعسف وحققتها.

2- إن الخطأ في معناه الفني الدقيق هو الإخلال بواجب الحيطة واليقظة العادية، بينما يعني التعسف تخلف غاية الحق أو مناقضتها، ومن ثم فإنه قد يوجد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ، فلا يغني إذن صاحب الحق شيئا ما قد يتخذ في استعمال حقه من حيطة وتبصر ويقظة تنفي عنه الخطأ إذا كان بهذا الاستعمال يناقض غاية الحق.

3- إن التعسف - فيما يولده من مسؤولية صاحب الحق - إنما يولدها داخل دائرة المشروعية ورغم أنها، بينما يولد الخطأ المسؤولية خارج دائرة المشروعية أصلا.

4- إن القول بتسوية التعسف بالخطأ يتنافى كذلك مع تمييز أصحابه في نفس الوقت بين "التعسف في استعمال الحق" وبين "مجاوزة الحق"، إن ما فائدة مثل هذا التمييز إذا كانت نهاية المطاف هي تسوية صورة التعسف بصورة المجاوزة في التوافق على معنى الخطأ؟ إلا يفرض منطق التمييز بينهما رد المسؤولية الناشئة عنهما إلى مصدرين مختلفين؟

بناء على كل ما سبق ذكره نرى أن التعسف في استعمال الحق نظام مستقل عن المسؤولية التقصيرية<sup>(26)</sup>، من أجل ذلك نقترح إلغاء المادة 124 مكرر وتعويضها بالمادتين 3 مكرر و3 مكررا ونصهما كالآتي:

المادة 3 مكرر: لا يجوز التعسف في استعمال الحق.

المادة 3 مكررا: يعتبر استعمال الحق تعسفا لاسيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،

- إذا كان يرمي إلى الحصول على مصلحة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،

- إذا كان الغرض منه الحصول على مصلحة غير مشروعة.

26- تقول أستاذتنا فريدة محمدي: وعلى هذا الأساس أرى أن نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق أوسع من نطاق المسؤولية التقصيرية، ومن الأفضل اعتبارها تطبيقا لقواعد العدالة، فالمبالغة في الشيء حتى لو كانت في إطار القانون تؤدي إلى الفوضى وإلى مخالفة القانون، لذا يجب تقييدها ومساءلة الشخص عنها إذا ترتب على هذه المبالغة في استعمال الحق ضرر للغير. فريدة محمدي، المرجع السابق، ص 156.

## المطلب الثاني: مسألة مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة:

لقد انعكس التقدم العلمي - في بعض الحالات - سلبا على البشرية، حيث أضحت بعض المنتوجات تشكل خطرا حقيقيا على سلامة الإنسان، الأمر الذي جعل رجال القانون يبادرون إلى التفكير في توفير حماية فعالة لضحايا هذه الأخطار، وكانت أوروبا السبّاقة في هذا المجال، حيث أصدر الاتحاد الأوروبي تعليمة في 25 جويلية 1985 تتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة، وألزم دول الاتحاد بإدخالها في قوانينها الداخلية في مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، ورغم ذلك تأخرت فرنسا لمدة عشر سنوات كاملة حيث لم تقم بنقل هذه التعليمة إلا في سنة 1998 بواسطة القانون رقم 98-389 المؤرخ في 19 ماي 1998 المعدل للقانون المدني، وقد ضم هذا القانون ثماني عشرة مادة من 1386 - 1 إلى 1386 - 18 تحت باب رابع جديد عنوانه: في المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة. ورغبة من الجزائر في مسايرة التطورات التشريعية العالمية نص تعديل 2005 على مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة في المادة 140 مكرر ونصها كالآتي:

”يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية.

يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري والبحري والطاقة الكهربائية.

وأهم ما يمكن أن نعيبه على التعديل الذي أتى به القانون 05 - 10 يمكن تلخيصه في النقاط التالية:

1- بينما نص المشرع الفرنسي على هذا النوع من المسؤولية في باب جديد بعنوان: في المسؤولية عن فعل المنتوجات المعيبة، نجد المشرع الجزائري لم يضع المادة 140 مكرر تحت باب جديد، واكتفى بوضعها تحت القسم الثالث الخاصة بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء، وهذا عيب شكلي قد يؤدي إلى عيب موضوعي، ذلك أنه بالرجوع إلى التطور

التاريخي لمسؤولية المنتج في فرنسا نجد أن القضاء هناك قبل فترة التسعينات وأمام تزايد عدد الضحايا وصعوبة الإثبات أجاز الاستناد على المادة 1384/1 ق م ف المتعلقة بأحكام المسؤولية عن فعل الأشياء، متبنيا في ذلك ما يعرف بفكرة تجزئة الحراسة، فإذا كان المنتج قد فقد حراسة التسيير، فإنه مع ذلك يبقى محتفظا بحراسة الهيكل، والمهم في كل هذا أنه أوجد مسؤولية مفترضة على عاتق منتج الأشياء الخطرة، لكن بعد صدور القانون 98 - 389 لم يعد محتاجا لتشبيه المنتج بحارس الأشياء إذ أصبحت مسؤولية المنتج تقوم على فكرة الضرر، ومن ثم خص المشرع الفرنسي هذا النوع من المسؤولية بباب جديد، فكان من الواجب على المشرع الجزائري أن يفعل نفس الأمر، وإلا فما فائدة إفراد مسؤولية المنتج بنص قانوني إذا كانت ما تزال خاضعة لأحكام مسؤولية حارس الأشياء؟

2- بينما قنن المشرع الفرنسي هذا النوع من المسؤولية في ثماني عشرة مادة، خصها المشرع الجزائري بمادة واحدة، ومن ثم ترك المجال واسعا لكثير من التساؤلات المهمة جدا منها: من هو المنتج؟ ما هو مفهوم العيب المنصوص عليه، هل هو العيب في مفهومه الكلاسيكي المذكور في المادة 379 ق م، أم أن له مفهوما جديدا يتماشى مع موضوع مسؤولية المنتج؟ وما هي شروط قيام مسؤولية المنتج؟ وما هو نوع الضرر المعوّض عنه؟ وما هي أسباب إعفاء المنتج من المسؤولية؟ وما هي مدة تقادم دعوى مسؤولية المنتج؟ كل هذه التساؤلات وغيرها نجد لها جوابا وافيا في القانون المدني الفرنسي، حيث بين في المادة 1386-2 نوع الضرر المعوّض عنه، وحدد في المادة 1386-4 متى يعتبر المنتج معيبا، وكيفية تقدير ذلك، ووضح في المادة 1386-5 مفهوم عرض المنتج للتداول، وخصّص المادتين 1386-6 و 1386-7 لتحديد مفهوم المنتج الحقيقي والحكمي، وهكذا تناول الموضوع من مختلف جوانبه القانونية مما لا يسعنا ذكره الآن، وأملنا كبير أن يتدخل المشرع الجزائري لتفصيل الأمور، وإعطاء الموضوع حقه من التوضيح.

3- بينما استعمل المشرع الفرنسي في نص المادة 1386-1 مصطلح: Defaut استعمل المشرع الجزائري في المادة 140 مكرر في نصها الفرنسي مصطلح Vice مع أن الفرق شاسع بين المصطلحين خاصة في هذا المقام، ذلك أن العيب في المنتج في باب مسؤولية المنتج يقصد به كما وضّحته المادة 1386-4 ق م ف عدم الاستجابة للسلامة المشروعة، فالعيب الذي يكون من شأنه أن يعقد مسؤولية المنتج هو فقط ذلك الذي يعرض للخطر سلامة المستعمل للمنتج<sup>(27)</sup>، ومن ثم فهو يختلف عن العيب في مفهومه الكلاسيكي المذكور في المادة 379 ق م باعتباره الآفة الطارئة على المبيع التي تنقص من قيمته أو منفعته، لذا فمن الواجب على المشرع تعديل نص المادة 140 مكرر في نصها الفرنسي، فيستبدل مصطلح Vice بمصطلح Defaut.

4- من الغريب حقا أن يقصر المشرع المسؤولية عن المنتجات المعيبة في شخص المنتج فقط، مع أن التشريعات الحديثة تنص على المنتج الحقيقي ثم تنص مباشرة على المنتج الحكمي، أي من يعتبر في حكم المنتج، وهذا من أجل توسيع السبل أمام الضحية للحصول على التعويض، ومن أهم هؤلاء الأشخاص مستورد السلع، ومن المعلوم أن بلدا كالجزائر يضم المستوردين أكثر من المنتجين، فكيف جاز للمشرع أن يقتصر في النص على المنتج دون المستورد؟ لذا وجب عند تعديل المادة 140 مكرر تحديد مفهوم المنتج ثم النص على من يعتبر في حكم المنتج، وعلى رأس هؤلاء المستورد، وبهذا تتسع السبل أمام الضحايا للمطالبة بالتعويض. والملفت للانتباه أن المشرع الفرنسي نص على قائمة طويلة للمنتج الحكمي خلافا للتعليمية الأوروبية، الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل عن سبب إهمال المشرع الجزائري مثل هذه المسألة المهمة.

27 - محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005، ص38.

وفي هذا الإطار اقترح الدكتور محمد بودالي جملة من المواد القانونية التي تحكم مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة في كتابه القيم: "مسؤولية المنتج عن منتوجاته المعيبة" نذكرها كاملة تعميما للفائدة:

**المادة 1:** يعد المنتج مسؤولا عن الضرر الذي يحدث بسبب عيوب منتجاته سواء كان مرتبطا مع الضرر برابطة تعاقدية أم لم يكن كذلك.

**المادة 2:** تسري أحكام المواد الآتية على تعويض كافة الأضرار التي تصيب الأشخاص أو الأموال باستثناء المنتج المعيب نفسه.

**المادة 3:** يعد منتوجا كل منقول حتى وإن كان جزءا مندمجا في عقار.

**المادة 4:** يكون المنتج معيبا إذا لم يستجب للسلامة المرغوبة شرعا. ويرجع في تقدير هذه السلامة على وجه الخصوص إلى الظروف المحيطة، وطريقة عرض المنتج، والاستعمال المعقول المرجو منه ووقت عرضه للتداول.

ولا يمكن اعتبار المنتج معيبا لمجرد أن منتوجا أكثر تطورا منه تم طرحه للتداول.

**المادة 5:** يعرض المنتج للتداول عند تخلي المنتج بصفة إرادية عنه، ولا يكون المنتج محلا لإل تعرض واحد للتداول.

**المادة 6:** يعتبر منتجا حينما يتصرف لأغراض حرفته، صانع المنتج في شكله النهائي.

ويعد منتجا صانع المنتجات النهائية، ومنتج المواد الأولية، وصانع المكونات الداخلة في تركيب المنتجات النهائية.

ويعتبر من قبيل المنتج بوجه خاص المحترف الذي يقوم بوضع اسمه وعلامته، أو أي علامة مميزة أخرى، والمستورد، وكل من يساهم في توزيع المنتجات.

**المادة 7:** في حالة ما إذا نجم الضرر عن عيب في المنتج المركب في آخر، فإن منتج الشيء المركب ومن قام بالتركيب يكونان مسؤولين بالتضامن.



- المادة 8 :** على المضرور أن يثبت الضرر والعيب وعلاقة السببية بينهما.
- المادة 9 :** يجوز أن يكون المنتج مسؤولاً عن العيب حتى ولوروعيت في صنع المنتج القواعد الفنية أو المواصفات المتعارف عليها أو كان موضوع ترخيص إداري.
- المادة 10 :** يكون المنتج مسؤولاً بقوة القانون إلا إذا أثبت:
- 1- أنه لم يقم بعرض المنتج في التداول
  - 2- وأنه بالنظر إلى الظروف المحيطة، فإنه لم يكن ثمة ما يدعو إلى الاعتقاد بأن العيب الناجم عنه الضرر لم يكن ليوحد في الوقت الذي عرض فيه المنتج للتداول، وأن هذا العيب نشأ لاحقاً.
  - 3- أن المنتج لم يكن مخصصاً للبيع أو أي شكل آخر من أشكال التوزيع.
  - 4 - أن حالة المعارف العلمية والتقنية وقت عرض المنتج للتداول لم تكن تسمح باكتشاف وجود عيب.
  - 5 - أو أن العيب يرجع إلى مطابقة المنتج للقواعد الآمرة المنبثقة عن التشريع أو التنظيم.
- ولا يكون منتج الجزء المركب مسؤولاً إذا أثبت أن العيب يرجع إلى تطور المنتج الذي أدمج فيه الجزء السابق أو جاء تنفيذاً للتعليمات الصادرة عن المنتج.
- المادة 11 :** لا يجوز للمنتج أن يتمسك بأسباب الإعفاء الواردة في الفقرات 4 و5 من المادة 10 إذا كان المنتج ورغم ظهور العيب في أجل عشر سنوات بعد عرض المنتج في التداول لم يقم باتخاذ التدابير اللازمة للوقاية من آثاره الضارة.
- المادة 12 :** يجوز تخفيف مسؤولية المنتج أو إعفاؤه كلية منها مع الأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف المحيطة عندما يكون الضرر ناجماً في نفس الوقت عن عيب في المنتج وخطأ المضرور أو أي شخص آخر يكون المضرور مسؤولاً عنه.
- المادة 13 :** لا يجوز تخفيف مسؤولية المنتج في مواجهة المضرور لمجرد مساهمة الغير في وقوع الضرر.

**المادة 14 :** باستثناء خطأ المنتج فإن مسؤولية المنتج تنقضي بمرور عشر سنوات بعد عرض المنتج الناجم عنه الضرر في التداول إلا إذا كان المضرور قد رفع دعواه خلال هذه الفترة.

**المادة 15 :** تتقدم دعوى التعويض على أساس النصوص السابقة في ميعاد ثلاث سنوات تسري من تاريخ علم المضرور أو افتراض علمه بالضرر والعيب وهوية المنتج.

**المادة 16 :** لا يمكن استبعاد أو تخفيف مسؤولية المنتج المقررة بموجب هذا القانون في مواجهة المضرور بموجب أي شرط تعاقدى، وتعد هذه الشروط باطلة بطلانا مطلقا. ومع ذلك، فإنه بالنسبة للأضرار التي تصيب الأموال غير المستعملة من قبل المضرور بصفة أساسية لاستخدامه أو استهلاكه الخاص، فإن الشروط المتفق عليها بين المحترفين تكون جائزة<sup>(28)</sup>.

### خاتمة

لا شك عندنا، أن بعض التعديلات التي جاء بها القانون رقم 05-10 هي في حاجة ماسة إلى إعادة النظر، ولا حرج في ذلك، فالحق أحق أن يتبع، والحكمة ضالة المؤمن أنى وجدها فهو أحق الناس بها، فيا حبذا لو يتدخل المشرع مرة ثانية معدلاً ما يجب تعديله، أخذاً بعين الاعتبار ما دونته أقلام فقهاءنا، موضحاً ما جاء غامضاً، ومكملاً ما ورد ناقصاً، ومصوباً ما ذكر خاطئاً، ومزيلاً ما كان متناقضاً، وساعتهما يمكننا أن نفتخر بامتلاكنا لقانون مدني يضاهي التقنيات المدنية الحديثة، وليس هذا بالأمر العسير، إذا صدقت النية، وحضرت الإرادة، والله الموفق، وهو المستعان. وعليه التكلان.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

28. محمد بودالي، المرجع السابق، ص 132 - 135.

## المراجع المعتمدة

- 1- حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1993.
- 2- خالد الزغبى، منذر الفضل، المدخل إلى علم القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط2، 1998.
- 3- رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
- 4- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج1 المدخل للعلوم القانونية وشرح الباب التمهيدي للتقنين، مكتبة صادر، لبنان، ط6، 1987.
- 5- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول: مصادر الالتزام، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3، 2000.
- 6- عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للحق، دار هومة، الجزائر، ط2، 2007.
- 7- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992. مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.
- 8- علي فيلاي، الالتزامات. النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، ط2، 2005.
- 9- فريدة محمدي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2002.
- 10- محمد بودالي، مسؤولية المنتج عن منتجاته المعيبة، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2005.
- 11- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1985.
- 12- محمد سعيد جعفرور، نظرات في بعض أوجه التناقض بين التقنين المدني وتقنين الأسرة، المجلة الجزائرية، ع39، رقم3، 2001.
- 13- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج1 التصرف القانوني، دار الهدى، عين مليلة، 1991 - 1992.