مبحث تمهيدي

مفهوم المستهلك وتطور حركة حمايته

لم يكن مصطلح المستهلك معروفا في القانون ولم تحظى حمايته بعناية واهتمام الباحثين فضلا عن المشرع، حيث لم يكن محل إشكال إلا ببداية ظهور حوادث الاستهلاك والأضرار المتكررة التي أصبحت تنتشر بفعل المنتجات والسلع المعيبة.

قبل تعريف المستهلك والذي نستطيع من خلاله تحديد نطاق تطبيق قواعد قانون حماية المستهلك، ينبغي التطرق أولا إلى التطور الذي شهدته حركة حماية المستهلك منذ نشأتها إلى غاية صدور التشريعات الخاصة بحماية المستهلك.

المطلب الأول

تطور حركة حماية المستهلك

تعتبر حركة حماية المستهلك حركة حديثة يقصد بها تلك الجهود الرامية إلى تدعيم وترقية حماية المستهلكين في علاقتهم بالمنتجين وانتزاع أكبر قدر من حقوقهم المهدورة باعتبارهم الطرف الأضعف في تعاملاتهم الاقتصادية. وقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية نقطة الانطلاق لميلاد حركة حماية المستهلك بالنظر للنمو الكبير الذي شهده النظام الاقتصادي الرأسمالي هناك، وما نجم عنه من مخاطر وأضرار مست على الخصوص طائفة المستهلكين. بالإضافة إلى عوامل أخرى أدت إلى نشأة حركة حماية المستهلك نذكر من بينها:

- كثرة حوادث الاستهلاك بسبب انعدام الأمان في السلع والخدمات.
- انعدام المعلومات الكافية في السلع والخدمات المعروضة.
- عدم الاكتراث بالشكاوى المقدمة من طرف المستهلكين خاصة تلك المتعلقة بحوادث الاستهلاك.
- الاهتمام برفع مستوى معيشة الفرد الذي يعتبر من آثار النظام الرأسمالي الصارم.

الفرع الأول : مراحل تطور حركة حماية المستهلك

مرت حركة حماية المستهلك بالمراحل التالية :

أولا : مرحلة ما قبل وعي المستهلك بحقوقه

تمتد هذه المرحلة من العصور القديمة إلى أواخر القرن 19 عشر، وقد ساد فيها الاعتقاد بأنه ليس للناس الحق في المطالبة بأكثر مما هو متوفر من الحقوق، وقد أصّل العديد من الفلاسفة وعلماء الاقتصاد لهذا الاتجاه، كان من أبرزهم آدم سميت الذي نادى بضرورة المنافسة الحرة والتوازن التلقائي للعرض والطلب وفق مبدأ المنافسة الحرة.

ثانيا : مرحلة وعي جمهور المستهلك

تمتد هذه المرحلة من أواخر القرن 19 عشر إلى غاية ستينيات القرن الماضي. شهدت هذه المرحلة بداية ميلاد حركة حماية المستهلك بالخصوص في الولايات المتحدة الأمريكية، وسميت بمرحلة وعي جمهور المستهلكين نظرا للتغيّر الذي بدأ يظهر في النظر إلى مشاكل الاستهلاك، وقد تجسّد ذلك من خلال ظهور وتكوين جمعيات خاصة لأول مرة بحماية المستهلكين، والتي كان لها أثر كبير في ترقية وتنمية حقوق المستهلكين من خلال الضغط الذي مارسته على الكونغرس وعلى الإدارة الأمريكية في كل مرة وأدت لاستجابة هذه الأخيرة في كثير من الأحيان لمطالب تلك الجمعيات والحركات[1].

ثالثا : مرحلة بلورة حقوق المستهلك

تمتد هذه المرحلة من ستينيات القرن الماضي إلى يومنا هذا، وتميزت بالخصوص باستجابة التشريعات لمطالب جمعيات حماية المستهلك، وهكذا أصدرت تشريعات في الولايات

[1] محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر " دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص 2002-2003 كلية الحقوق – جامعة سيدي بلعباس – الجزائر، ص 13

المتحدة الأمريكية، امتدت بعدها إلى كندا ودول الاتحاد الأوربي، ثم انتشرت بأواخر القرن الماضي في باقي دول العالم. وقد تضمنت هذه التشريعات حقوقا للمستهلكين لعل أهمها :

– الحق في الأمان : أي حق المستهلك في حمايته من السلع الضارة بصحته وحمايته.

– الحق في الإعلام : بمعنى حق المستهلك في الحصول على معلومات موضوعية كافية عن المنتوجات والخدمات المعروضة عليه وحمايته من الإشهار الخادع والمضلل.

– الحق في الاختيار: ومعناه حق المستهلك في الاختيار بين السلع بقصد الحصول على سلعة أو خدمة ذات جودة تلبي رغباته المشروعة مقابل سعر معقول.

– حق الاستماع للمستهلك: ومعناه أن الحكومة ستأخذ مطالب المستهلكين بعين الاعتبار عند ووضعها لسياسة الحكومية وقد تجسد ذلك في الولايات المتحدة الأمريكية من خلال الرسائل السنوية التي اعتاد قادتها بعثها إلى الكونغرس الأمريكي يؤكدون فيها على ضرورة الاهتمام والحرص على حقوق المستهلك.

الفرع الثاني : تطور حركة حماية المستهلك في الجزائر[2]

من خلال التطور الذي شهدته التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في الجزائر، نستطيع أن نميّز بين مرحلتين أساسيتن :

أولا : مرحلة ما قبل صدور القانون رقم 02/89

تميزت هذه المرحلة بصدور القوانين العامة، التي حتى وإن لم توفر للمستهلك الجزائري حماية مباشرة إلا أنها ساهمت بشكل كبير في حماية فئة المستهلكين من خلال بعض قواعدها

[2] محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر " دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص 2002–2003 كلية الحقوق – جامعة سيدي بلعباس – الجزائر، ص 13

التي تم إضافتها لقوانين حماية المستهلك ما فعل المشرع الفرنسي من خلال قانون الاستهلاك الصادر في 1993 من أهمها :

– الأمر رقم 74/75 والذي عدل قانون العقوبات الجزائري حيث استحدث بعض الجرائم منها الغش في بيع السلع والتدليس في المواد الغذائية والطبية وذلك من خلال المواد من 423 إلى 435 من قانون العقوبات.

– الأمر رقم 65/76 المتعلق بتسميات المنشأ، وهي نوع من أنواع الملكية الفكرية، وكان الغرض منها بالأساس حماية المنتج الأصلي من التقليد والغش والتزوير، لكن من خلال حماية المنتج يتم ضمان حماية المستهلك بصفة غير مباشرة.

– الأمر رقم 45/75 المتضمن للقانون المدني الجزائري، حيث تضمن الكثير من القواعد والنصوص ذات الصلة الوثيقة بحماية المستهلك، من أهمها : التدليس، والسكوت التدليسي، والالتزام بالإعلام، والأحكام الخاصة بضمان العيوب الخفية.

الملاحظ خلال هذه الفترة هو غياب أي نصوص أو قواعد مباشرة لحماية المستهلك، ولم يكن مصطلح المستهلك أو المنتج مستعملا، بل كانت تستعمل مصطلحات أخرى مثل البائع والمشتري.

ثانيا : مرحلة ما بعد صدور القانون رقم02/89

صدر القانون رقم 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك واحتوى على 30 مادة واهم الحقوق التي تضمنها هذا القانون نذكر ما يلي :

– حق المستهلك في سلامته من المخاطر التي تمس صحته وأمن.

– حق المستهلك في توفير المنتوج أو الخدمة على المقاييس أو المواصفات القانونية.

– حق المستهلك في الضمان القانوني للمنتوج أو الخدمة.

– الاعتراف بحق المستهلك في التمثيل وحق التقاضي في إطار جمعيات حماية المستهلك وتلى هذا القانون مجموعة من المراسيم التنفيذية نذكر منها:

-المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش

-المرسوم التنفيذي رقم 266/90 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات

-المرسوم التنفيذي رقم 366/90 المتعلق بوسم المنتوجات الغذائية وعرضها

-المرسوم التنفيذي رقم 41/92 يحدد شروط إنتاج مواد التجميل والتنظيف البدني وتكييفها وتسويقها

في السوق الوطنية إلى غير ذلك من المراسيم التنفيذية التي لا يكفي المقام هنا للتعرض لها بالتفصيل

صدور القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش

لضمان حماية أفضل للمستهلك والقضاء الممارسات التجارية المنافية للقانون، أصدر المشرع الجزائري القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

وتطبيقا لبنود هذا القانون، ألزم المشرع كل متدخل في عملية الإنتاج والتسويق للسلع والخدمات، باحترام سلامة هذه المواد ومطابقتها للشروط الفنية، وكذا إعلام المستهلك بكل البيانات والمعلومات الأساسية حول كل منتوج معروض أو موضوع للبيع.

ونص على تطبيق قواعد هذا القانون على كل مادة أو خدمة موجهة للاستهلاك (بثمن أو مجانا).

كما أوجب على المنتج في هذا القانون ما يلي :

- إلزامية النظافة والنظافة الصحية (المواد06-07).
- ضمان أمن المنتوجات (المادة 09).
- مراقبة مطابقة المواد قبل وضعها لاستهلاك (المادة 12).

- ضمان ما بعد البيع والخدمة ما بعد البيع (المواد13-16).
- ضمان تجربة المنتوج (المادة 15).
- ضمان إعلام المستهلك (المواد 17-18).

الوسائل المسخرة من أجل احترام هذه البنود

1- تفعيل جمعيات حماية المستهلك(المادة 21).
2- إنشاء مجلس وطني لحماية المستهلك (المادة 24).
3- جهاز الرقابة: ضباط الشرطة، الأعوان المخول لهم بنص قانوني، أعوان قمع الغش مرخصين لمراقبة مطابقة المنتوجات بأي وسيلة وفي أي وقت وكذا في أي مرحلة من مراحل عملية وضع المنتوجات للاستهلاك (المادتين 25 و29).
4- الإجراءات الوقائية المتخذة : السحب والحجز (المادتين 55 و57).
5- العقوبات (المواد من 68 إلى 95).

المطلب الثاني

مفهوم المستهلك

يرى علماء الاقتصاد أن كل إنسان مستهلك، وأن الاستهلاك يمثل المرحلة الأخيرة من العملية الاقتصادية والتي تختلف عن عمليتين سابقتين هما : الإنتاج والتوزيع اللتين تهدفان إلى جمع وتحويل الثروات.

ولا نجد لدى علماء الاقتصاد ذلك الخلاف الشديد في تحديد مفهوم المستهلك عند رجال القانون، فالمستهلك عندهم هو الذي يستعمل السلع والخدمات ليفي بحاجاته ورغباته، وليس بهدف تصنيع السلع الأخرى التي اشترها، وهو الفرد الذي يمارس حق التملك والاستخدام للسلع والخدمات المعروضة للبيع في المؤسسات التسويقية.

وإذا كان مفهوم المستهلك يحظى بهذا الإجماع لدى الاقتصاديين فانه يمثل موضوع خلاف في الفقه والقضاء والتشريع، وذلك بسبب أن صفة المستهلك قد تطلق على من يقتني مالا أو خدمة لسد حاجته الشخصية أو العائلية، كما تطلق على من يفعل ذلك لأغراض حرفته أو صناعته، ولأن المستهلكين لا يشكلون فئة ثابتة، تبدو أهمية تحديد مفهوم المستهلك ليس فقط كمعيار لتحديد تطبيق النصوص الخاصة بحماية المستهلك من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع ولكن تبدو أهمية ذلك من أجل فهم قانون حماية المستهلك ذاته.

وتظهر أهمية تحديد مفهوم المستهلك عمليا وبشكل خاص عند تحديد الشخص الذي يستفيد من قواعد الحماية التي تضمنها قانون حماية المستهلك وفي مدى الاعتراف بحق التقاضي لجمعيات المستهلكين.

ولعل هذه الصعوبة في تحديد مفهوم المستهلك هي التي دفعت بالبعض إلى وصفه بأنه مفهوم غير محدد ويستحيل تعريفه على أساس صعوبة التمييز بين المستهلك والمحترف وصعوبة تحديد الغرض المقصود من الاقتناء.

الفرع الأول : في قانون الاستهلاك الفرنسي

باستقراء مراحل تطور قانون حماية المستهلك نستطيع أن نرصد اتجاهين رئيسين يتنازعان مفهوم المستهلك في فرنسا، وهما اتجاه موسع واتجاه مضيق ونستعرض لكل منهما تباعا.

أولا : الاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك

وقد ساق هذا الاتجاه مع بداية ظهور الدعوة الى حماية المستهلك وتجسد في نداء الرئيس الأمريكي الأسبق Kennedy من أن المستهلكين هم نحن جميعا.

ويعتبر على الأخص مستهلكا – وفقا لهذا الاتجاه – كل شخص يتعاقد بغرض الاستهلاك أي بغرض اقتناء أو استعمال مال[3]، أو خدمة فيعتبر مستهلكا من يقتني سيارة لاستعماله الشخصي ومن يقتنيها لاستعماله المهني، مادام أن السيارة تستهلك في الحالتين عن طريق الاستعمال[4].

ووفقا لهذا المفهوم يعتبر مستهلكا : المحترف الذي يتصرف " خارج مجال اختصاصه المهني " وذلك على أساس أن هذا المحترف غير المتخصص يظهر كذلك في الواقع ضعيفا مثله مثل المستهلك العادي، كالفلاح الذي يعقد تأمينا على زراعته، والتاجر الذي يقيم نظاما للإنذار في محله، والمحامي الذي يشتري أجهزة إعلامية لمكتبه ... فالفلاح والتاجر والمحامي في الأمثلة المذكورة يتصرفون خارج إطار اختصاصهم، فهم إذن مشترون عاديون.

وقد يجدون أنفسهم في مواجهة متعاقد محترف، ويكونوا بالتالي في وضعية ضعف تشبه وضعية المستهلك العادي.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن القضاء الفرنسي اتجه إلى تمديد قانون الاستهلاك ليشمل بالحماية الأشخاص الذين يتصرفون لغرض مهني ولكن " خارج اختصاصهم المهني".

بل إن البعض ذهب إلى حد المناداة بتوسيع دائرة الإفادة من قواعد الحماية لتشمل جميع المتعاقدين " الأضعف اقتصاديا " على أساس أن قرينة الضعف التي يتحدد بناء عليها مفهوم المستهلك، هي قرينة بسيطة الأمر الذي يحتم دراسة كل حالة على حدة لتحديد من هو المستهلك.

وقد عاب أنصار الاتجاه المضيق هذا التوسع غير المبرر في نطاق قانون الاستهلاك ورأوا أن الاعتداد بالمؤهلات الخاصة بكل مستهلك من شانه أن يثير نزعات لا نهاية لها وينزع عن قانون الاستهلاك فعاليته.

وهو ما يقودنا إلى الحديث عن مفهوم المستهلك لدى أنصار الاتجاه المضيق قبل أن نتطرق فيما بعد، إلى موقف القضاء في فرنسا من هذين الاتجاهين.

---

[3] – درج المشرع الجزائري على إطلاق مصطلح " منتوج " في قانون حماية المستهلك للدلالة على المال ... و هو مصطلح اقتصادي على عكس " المال " و هو المصطلح من المصطلحات الكلاسيكية للقانون المدني .

[4] – السيد عمران (السيد محمد) ، حماية المستهلك أثناء العقد ، منشأة المعارف 1986 ، ص 08 .

ثانيا : الاتجاه المضيق لمفهوم المستهلك

وفقا لهذا الاتجاه فان المستهلك هو الزبون غير المحترف للمؤسسة أو المشروع. والمستهلك هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري للقانون الخاص، والذي يقتني أو يستعمل الأموال أو الخدمات لغرض غير مهني أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية[5].

وعلى ذلك لا يكتسب صفة المستهلك وفقا لهذا المفهوم، من يتعاقد لأغراض مهنية كإيجار محل تجاري أو شراء سلع لإعادة بيعها ..

إذن فالمعيار الذي اعتمده هذا الاتجاه هو معيار الغرض من التصرف والذي يسمح بتصنيف شخص ما بين طائفة المحترفين أو طائفة المستهلكين.

وبناء على ذلك لا يعتبر مستهلكا وفقا لهذا الاتجاه الشخص الذي يقتني مالا أو خدمة لغرض مزدوج، أي مهني وآخر غير مهني : كأن يشتري وكيل عقاري سيارة يستعملها ليس فقط من أجل جولاته المهنية، ولكن أيضا من أجل نقل أسرته، وهذا ما يسمى بالاستعمال المختلط.

وذهب البعض إلى حد رفض صفة المستهلك حتى عمن يتصرف جزئيا لأغراض مهنية كما لا يعتبر مستهلكا، ولا يستفيد من قواعد الحماية الشخص الذي يتصرف لغرض مهني حتى و لو كان خارج مجال اختصاصه.

ومن بين الحجج التي يستند إليها أنصار هذا الاتجاه :

– أن المحترف الذي يتصرف خارج مجال اختصاصه لن يكون أعزلا من كل سلاح مثل المستهلك، وأن المحترف الذي يتصرف من أجل حاجات مهنية سيكون أكثر تحفزا من الشخص الذي يتصرف لغرض خاص، وبالتالي سيحسن الدفاع عن نفسه.

---

[5] – وقد اختارت هذا التعريف لجنة إعادة صياغة قانون الاستهلاك في فرنسا و التي أنشأت بموجب مرسوم مؤرخ في : 1982/02/25 .

– كما أنه لمعرفة ما إذا كان المحترف يتصرف داخل مجال اختصاصه أو لا، فإن ذلك يتطلب البحث في كل الحالات حالة بحالة، وهو أمر لا يخلو من الغرر، علما أن المتعاقدين هم في حاجة ماسة – مسبقا – لمعرفة القانون الواجب التطبيق على روابطهم التعاقدية.

– فضلا عن أن التصور الضيق لمفهوم المستهلك من شانه أن يؤدي إلى تحقيق الأمن القانوني المنشود، والذي لا يتحقق في ظل تبني مفهوم واسع.

وأنه إذا تصادف ووجد محترف في وضعية ضعف، فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد خاصة، لا بقواعد قانون الاستهلاك التي تقتصر على حماية المستهلكين وحدهم دون غيرهم[6].

هذا ويميل إلى الأخذ بهذا المفهوم الضيق للمستهلك، إضافة إلى غالبية الفقهاء، القضاء في فرنسا إذ صدرت أحكام قضائية تؤيد هذا المعنى الضيق للمستهلك في مجالات السعي التجاري، الشروط التعسفية والائتمان.

ثالثا : موقف القضاء الفرنسي

لقد انتقل الخلاف الفقهي حول مفهوم المستهلك بسبب عدم وجود تعريف محدد له في القانون الفرنسي إلى ردهات المحاكم والتي وجدت بين أيديها نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بالشروط التعسفية، والتي جاء فيها أن نصوص هذا القانون تتعلق فقط " بالعقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين"، فنشأ جدل فقهي وقضائي حول مفهوم غير المحترف (أو غير المهني)، ومدى علاقته وتأثيره في مفهوم المستهلك، وهل غير المحترف هو نفسه المستهلك أم أنه يقصد به مفهوما آخر هو وسط بين المستهلك؟

بداية اعترف البعض بصعوبة تحديد غير المحترف كما ذهب أنصار المفهوم الضيق إلى القول بأن غير المحترف والمستهلك يؤديان معنى واحدا .

---

[6] – و الذي صدر بموجب القانون 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 و الذي أطلق عليه : loi scrivener نسبة إلى السيدة sceivener و التي كانت آنذاك تشتغل منصب سكرتيرة دولة مكلفة بالاستهلاك .

بينما ذهب آخرون إلى أن المشرع قصد بغير المحترف كل شخص يتعاقد أثناء ممارسته لمهنة تختلف عن مهنة المتعاقد الآخر، على أساس أن هذا المحترف أو الأصح غير المحترف يبدو في الواقع مثله مثل أي مستهلك عادي ضعيفا وجاهلا.

وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية في البداية إلى تبني المفهوم الضيق على أساس أنه وحده الذي يبرم عقد استهلاك من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو العائلية، يجوز له أن يستفيد من الحماية القانونية التي يبقى نطاقها محدودا.

ولم يكد يمر عام واحد على قرارها السابق – والذي ذهبت بموجب إلى حرمان وكيل عقاري من الحماية المقررة للمستهلكين بوصفة محترفا لا مستهلكا – حتى عدلت عن موقفها هذا عام 1987، وأفادت وكيلا عقاريا – لا يختلف عن سابقه – قام بشراء جهاز للإنذار لحماية محلاته، من قواعد الحماية بوصفه مستهلكا مؤهل لنقض الشروط التعسفية الواردة في العقد " لأنه وتناسبا مع مضمون العقد موضوع النزاع فإنه يوجد في نفس حالة الجهل مثله أي مستهلك آخر"

وهكذا كرس القضاء في فرنسا مفهوما جديدا للمستهلك هو " المحترف – المستهلك " La notion de professionnel – consommateur

وأخيرا ومنذ 1995 فإن محكمة النقض الفرنسية أصبحت تستعمل في قراراتها صيغة جديدة تتمثل في عدم اعتباره مستهلكا وبالتالي لا يستفيد من قواعد الحماية كل شخص يبرم عقدا " ذو صلة مباشرة مع نشاطه المهني".

وقد استقت محكمة النقض هذا المعيار من التشريع المنظم للسعي التجاري الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1989 والذي تم إدراجه في المادة 121 – 22 من قانون الاستهلاك ثم وسعت محكمة النقض استعماله بخصوص القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية وكذا تلك المتعلقة بالائتمان.

وقد استخلص الفقهاء – بمفهوم المخالفة للمعيار السابق – أن قواعد الحماية تطبق حينما لا يكون للعقد الذي يبرمه المحترف سوى صلة غير مباشرة مع المهنة، وإن كان في غالب الأحيان يقضي باعتبار هذه الصلة مباشرة .

تلك هي إذن صورة المستهلك في نظر الفقه والقضاء في فرنسا يتنازعها تياران موسع ومضيق، وقد ضاق أنصار التضييق ذرعا من اتجاه محكمة النقض الفرنسة نحو توسيع مجال الحماية وحتى أدى في رأيهم إلى " تفجر " مفهوم المستهلك والذي أصبح يتغير مع تغير نصوص الحماية فمفهوم المستهلك في الحماية من الشروط التعسفية ليس هو ذاته في القرض، وهكذا دواليك المستهلك بالنسبة للمواضيع الأخرى التي يتضمنها قانون الاستهلاك، مما جعل القانون الفرنسي في حاجة إلى مفهوم موحد للمستهلك تجتمع حوله نصوص الحماية المختلفة يؤدي إلى تحقيق التناسق بينها .

وباجتهادها الأخير تكون محكمة النقض قد اتجهت نحو تبني المفهوم المضيق للمستهلك.

الفرع الثاني : تحديد مفهوم المستهلك في القانون الجزائري

بعد استجلاء أهم التعاريف التي صاغها المشرع الجزائري من خلال قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش والقانون السابق 02/89 والمراسيم الملحقة به، نتطرق لعناصر تعريف المستهلك كما جاءت في المادة 03 في فقرتها الأولى من قانون 03/09.

أولا : التعريف القانوني للمستهلك

أوردت المادة 03 من قانون 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش تعريفا للمستهلك جاء فيها بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي، يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي، من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به ". وبإيراده لهذا التعريف، يكون المشرع الجزائري قد خالف غالبية التشريعات التي تركت أمر التعريف للفقه والقضاء، وبالتالي جنب الباحثين عناء البحث عن تعريف ملائم و قيد أمر التعريف للفقه والقضاء بتعريفه السابق وتلك عادة درج عليها مشرعنا في الكثير من القوانين وهو أمر ينبغي أن يقلع عنه باعتبار أن ذلك من مهام الفقه و القضاء.

ثانيا : عناصر التعريف

أ : شخص طبيعي أو معنوي، يقتني بمقابل أو مجانا

إن القراءة الأولية للتعريف الذي أورده المشرع الجزائري تبين أن هناك نوعا واحدا من المستهلكين وهو المقتني فقط لمنتوج أو خدمة أما (المستعمل) فلا يشمله التعريف، وبالتالي لا تشمله قواعد الحماية الخاصة الواردة في قانون حماية المستهلك، وذلك رغم تسليم جميع القوانين المقارنة بدخول المستعمل في مفهوم المستهلك، بوصفه يمثل الشريحة الكبرى من المستهلكين.

فالمستهلك الذي يقتني هو غالبا من يستعمل المال أو الخدمة، ولكن كثيرا ما يتم الاستعمال لهذا المال أو الخدمة من قبل الغير، كأفراد أسرة المقتني أو الجماعة التي ينتمي إليها والذين هم من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين المقتني والمحترف، لذلك وجب تدارك هذه النقيصة التي جاءت في التعريف حتى يتحدد مجال تطبيق قانون حماية المستهلك من حيث الأشخاص بشكل جلي وواضح، فيشمل المقتني والمستعمل على حد سواء.

ولا شك أن هذه المنتجات أو الخدمات يوفرها ويقدمها في الغالب محترف ولذلك اتجه البعض إلى القول بوجود عقد بين المقتني (أو المستعمل) و بين المحترف أسموه " عقد الاستهلاك ".

وسواء اقتنى أو استعمل فان المستهلك هو دائما شخص طبيعي، كما أن الغرض غير المهني يفترض في الواقع وجود حاجات شخصية، والتي هي أصلا حاجات الشخص الطبيعي، وهو ما يفسر اقتصار الاستفادة من بعض النصوص في فرنسا على الأشخاص الطبيعية وخاصة في مجال السعي التجاري والائتمان الاستهلاكي والشروط التعسفية، غير أن ذلك لا يمنع من بسط الحماية لتشمل الأشخاص الاعتبارية للقانون الخاص كالجمعيات ذات الأغراض غير المالية، وقد ذهب القضاء في فرنسا إلى حد اعتبار الحزب السياسي مستهلكا، وهو الأمر الذي استجاب له المشرع من خلال القانون الجديد 03/09 حيث أضاف الشخص المعنوي، الذي لم يتضمنه التعريف القديم من خلال المادة 9/2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق بمراقبة النوعية و قمع الغش.

ب : سلعة أو خدمة

استخدم المشرع مصطلح سلعة أو خدمة بنص المادة 03 من القانون الجديد 09 /03 بعدما كان يستخدم مصطلح منتوجا أو خدمة وعرّف المنتوج في نص المادة 1/2 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش بأنه " هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة "

يتضح من خلال هذه التعاريف كلها مدى اتساع نطاق تطبيق مفهوم المستهلك وقانون حماية المستهلك من حيث الموضوع فكل الأموال يجوز أن تكون محلا للاستهلاك ما دام أنه تم اقتناؤها أو استعمالها لغرض غير مهني.

وتشمل السلعة أو المنتوج كل المنقولات المادية، ولا يقتصر على الأشياء التي تستهلك بأول استعمال لها كالغذاء، وإنما تشمل المنتجات التي تهتلك بمرور الزمن كالسيارات والأجهزة المنزلية وغيرها.

بقيت مسألة العقارات أو المسكن وهل يمكن اعتبارها سلعة منتوجا، هناك من يذهب إلى[7] اعتبارها سلعة أو منتوجا قابلا للاستهلاك، ويخضع بالتالي المستهلك للحماية الخاصة التي يقررها قانون حماية المستهلك بالنظر إلى الأهمية التي يحتلها المسكن في حياة الناس اليوم، وبالنظر إلى أن بيع المسكن أو إيجاره عملية أصبح يشرف عليها محترفون متخصصون، يتفوقون فيها على المستهلك العادي، ويبدو هذا الأخير فيها في وضعية الجاهل الضعيف الذي يحتاج إلى الحماية.

إضافة إلى السلعة أو المنتوج قد يقع الاستهلاك على أداء خدمة معينة، وقد عرف المشرع الجزائري الخدمة في المادة 16/03 من القانون الجديد 03/09 بأنها " كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى ولو كان هذا التسليم تابعا أو مدعما للخدمة المقدمة" وقد جاء هذا التعريف مكررا تقريبا لنص المادة 4/2 من المرسوم رقم 39/90 الذي عرف الخدمة بأنها " كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتوج ولو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له ".

[7] – بالنسبة للأشياء المستعملة Les choses d occasion من الواضح أن التعريفين السابقين لم يشيرا الى عنصر الجدية في المنتوج و بالتالي فإنها تعتبر من قبيل المنتوج المشمول بالحماية .

إن مفهوم الخدمة مفهوم غير مألوف في القانون المدني و قد أصبح رائج الاستعمال في القانون الاقتصادي و هو يشمل جميع الأداءات القابلة للتقدير نقدا.

ومع ذلك نستطيع أن نفسر كلمة " مجهود " بالأداء بحث تشمل جميع أنواع الأداءات سواء أكانت ذا طبيعة مادية [8] ، أو مالية [9] ، أو عقلية [10] .

وقد صرح المشرع بإخراج الالتزام بتسليم السلعة أو المنتوج من مفهوم الخدمة وأبقى عليه التزاما مستقلا يقع على عاتق أحد المتعاقدين وهو البائع أو المحترف في عقد البيع بموجب المادة 364 (مدني جزائري) [11] ، تحقيقا للتناسق بين التشريعات.

جـ : موجهة للاستعمال النهائي

يكون المشرع بهذه العبارة قد حسم النقاش الذي قبل صدور قانون 03/09 والذي رأى فيه البعض أن المشرع قصد أن يشمل مفهوم المستهلك ليس فقط المستهلك الأخير[12] الذي يتصرف لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية وإنما يشمل أيضا المستهلك الوسيط وهو المحترف الذي يتصرف لأغراض مهنية تتمثل في حاجاته الاستثمارية تمييزا له عن المحترف الذي يستعمل منتجات تدخل في تصنيع منتجات أخرى ليصبح الأمر يتعلق باستعمال منتوج لإعادة التصنيع والإنتاج وليس استعمال منتوج للاستهلاك. وبذلك أفصح المشرع عن موقفه صراحة بأن المستهلك هو فقط من يقتني أو يستعمل السلعة أو الخدمة استعمالا نهائيا.

يكون بذلك المشرع الجزائري قد تبنى التعريف المضيق للمستهلك، ما يؤيد هذا الموقف هو العبارة الموالية في التعريف : " لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به " أي أن الاستعمال ليس بهدف أغراض استثمارية مهنية وإنما يقتصر فقط لسد الحاجات الشخصية أو العائلية.

---

[8] – كإصلاح الأعطاب أو الغسيل ...

[9] – كالتأمين أو عمليات الائتمان ...

[10] – كالعلاج الطبي و الاستشارات القانونية ...

[11] – و التي نصت على أنه " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة كان عليها وقت البيع "

[12] – بن عامر (أمينة) ، حماية المستهلك في عقد البيع ، رسالة ماجستير ، جامعة تلمسان 1997-1998 ، ص 15 .

د : من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به

المعيار الجوهري لتحديد مفهوم المستهلك عن غيره هو الغرض من الاقتناء أو الاستعمال فيعتبر مستهلكا كل من يقتني أو يستعمل سلعة أو خدمة لغرض شخصي أو عائلي أي لغرض غير مهني كشرائه لمواد غذائية قوتا له ولأسرته أو علاجه في مصحة أو عيادة أو شرائه لأجهزة منزلية لبيته أو سيارة سياحية أو يستأجر مسكنا من أجل السكنى أو يعقد قرضا للإنفاق الضروري على نفسه وعلى عائلته ...

وإذا كانت عبارة " من أجل تلبية حاجته الشخصية " واضحة، فإن معنى عبارة " أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به" : هو الغرض العائلي من الاقتناء أو الاستعمال، فعقد الاستهلاك لا يقتصر على أطرافه وهما المحترف والمقتني أو المستعمل، وإنما يشمل الأشخاص الذين هم في كفالة أو المستعمل، والذين تم لفائدتهم عمل الاقتناء أو الاستعمال، والذين ينبغي اعتبارهم مستهلكين وتمتد إليهم الحماية التي توفرها قواعد قانون حماية المستهلك.

كما يشمل عقد الاستهلاك – بحسب التعريف السابق – الحيوان، ويرجع ذلك إلى الأهمية المتزايدة التي أصبح يحظى بها حيوان l'animal de compagnie في وقتنا الحاضر لا بوصفه بضاعة، وإنما بوصفه شريكا وإلى ارتباط حمايته البين بجناية البيئة، وارتباطها الوثيق أيضا بالمصالح البشرية وبالمنافع الاقتصادية التي يحققها ولعله بهذه اللفتة من المشرع يكون قد خرج عن نظرية السابقة للحيوان من اعتباره شيئا من الأشياء في القانون المدني وإنما شخصا " جنينيا " من أشخاص القانون وتمهيدا لميلاد قانون جديد هو قانون داخلي للحيوان بعد أن حظي الحيوان بإعلان عن حقوقه من قبل منظمة اليونسكو عام 1978 [13] .

يضاف إلى ذلك أن عقود الاستهلاك تستلزم التقابل بين التزامات المحترف والمستهلك وأن إيراد التعريف السابق للاقتناء " المجاني " وإن كان يوسع من نطاق الحماية فانه يتناقض مع عقد الاستهلاك، باعتباره عقدا من العقود التبادلية وعقود المعاوضة.

[13] – ومن الواضح أنه لا يدخل ضمن مفهوم المستهلك بالمعنى المتقدم من يقوم بتربية الحيوانات لأغراض تجارية كما هو الحال بالنسبة لمن اتخذ من تربية الأغنام أو الأبقار أو الدجاج مهنة فهو فيها محترف لا مستهلك .

المبحث الأول

الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول ماهية ومحل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام أما المطلب الثاني نبين من خلاله الحكمة من وجود هذا الإلتزام ومدى تأثيره على إعادة التوازن المعرفي بين الطرفين و الأساس الذي يقوم عليه.

المطلب الأول

ماهية ومحل الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام

الفرع الأول: ماهية الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام

يقتضي الالتزام قبل التعاقد بالإعلام أن يقدم المتعاقد كل ما من شأنه أن يساهم في تبصير الطرف الآخر، ولا يقتصر فقط على مزايا العقد، بل يحذره زيادة على ذلك من العيوب، وأيضا الظروف التي يكون من شأنها تقليل الفوائد التي ينتظرها من هذا العقد. كما يجب عليه أيضا أن يلفت انتباهه إلى كل الشروط والظروف التي تحد من حقوقه أو توسع من دائرة التزاماته[14].

وقد عرفه بعض الفقه بأنه "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف للآخر الذي يلتزم بناء على

[14] إبراهيم داوود، الوقاية القانونية من عدم التوازن في العقود الاستهلاكية، روح القوانين، ص 283

جميع هذه الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات[15]". ويتضح من ذلك أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام بالإدلاء المعاصر لتكوين العقد والسابق على إبرامه بكافة المعلومات والبيانات الجوهرية والمؤثرة، المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد والتي يجهلها الدائن ويتعذر الحصول عليها من غير المدين وذلك بهدف تكوين رضا حر وسليم لديه حال إقباله على التعاقد.

ويفرق الفقه بين الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد أو بين نفس الالتزام في مرحلة تنفيذ العقد، ففي المرحلة الأولى يلعب هذا الالتزام دورا هاما في تحديد مدى إحجام أو إقدام المتعاقد على إبرام العقد، بينما في المرحلة التالية للتعاقد، تتجلى آثاره في حسن تنفيذ العقد وتحقيق الأهداف المتعلقة بموضوعه، سواء من حيث تحقيق الاستفادة المثلى، أو من حيث تجنب مخاطره التي قد تنشأ عن سوء الاستخدام.

ويختلف مضمون الالتزام بالإعلام ونطاقه بحسب ما إذا كنا بصدد عقد من العقود الفورية أم عقد من عقود المدة، ففي العقود الفورية تظهر أهميته بصفة عامة في المرحلة السابقة على التعاقد، إذ أن العلاقة بين طرفي العقد تنتهي فور انعقاد العقد، أما عقود المدة فتتجلى آثاره بعد انعقاد العقد بحسب خصوصية العقد، كعقد العلاج الطبي الذي يستلزم التبصير المستمر من الطبيب للمريض طوال فترة العلاج[16].

كما قد يثور الخلط بين أحكام كل من الالتزام قبل التعاقد بالإعلام والالتزام التعاقدي بتقديم المشورة، وذلك في ضوء تماثل كل منهما فيما يتضمنان من التزام المدين فيهما بإعلام الطرف الآخر ببيانات تعاونه في اتخاذ قرار إزاء موقف معين، إلا أنه في حقيقة الأمر يوجد العديد من أوجه الاختلاف الجوهري بين كلا الالتزامين، تتمثل في أن الالتزام قبل التعاقد

---

[15] عمر محمد عبد الباسط خليفة ،حماية العقدية للمستهلك ،رسالة لنيل درجة الدكتوراه ،جامعة عين شمس،ص 189.

16 معتز نريه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص 45 و46.

بالإعلام هو التزام عام سابق على التعاقد يستمد وجوده من مبادىء القانون وليس له مقابل، بينما الالتزام التعاقدي بتقديم الاستشارة هو تعهد متعلق بتنفيذ عقد معين، يلتزم بموجبه أحد الطرفين بتقديم معلومات وبيانات معينة في مجال قانوني أو فني متخصص مقابل أجر، أي يكون تنفيذه تنفيذا لمحل التزام أصلي في العقد مقابل أجر[17].

كما أن الهدف من تقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام ،هو إحاطة المقبل على التعاقد بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد المزمع إبرامه عملا على إيجاد رضا حر سليم منتج لإرادة خالية من العيوب المبطلة لها، بينما في الالتزام التعاقدي بتقديم الاستشارة الفنية، فإن الهدف هو توجيه الدائن ومعاونته في اتخاذ قرار نهائي بصدد مسألة موضوع الاستشارة[18].

قد يتخذ الاعلام شكل التحذير والتنبيه لما قد يحدث مستقبلا من مخاطر وأضرار، قد تصيب أحد المتعاقدين في النفس أو المال أو فيهما معا عند التعامل.[19] في هذا السياق يرى بعض الفقهاء أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد يتداخل مع الالتزام بالتحذير، ولا يعتبر مستقلا عنه، وهذا رأي الأستاذ خالد جمال أحمد الذي عرف الالتزام بالتحذير بأنه:" التزام سابق عن التعاقد، يلتزم بمقتضاه أحد طرفي التعامل المزمع إبرامه أو غيرهما، بتحذير الطرف الآخر أو كليهما من الضرر أو الخطر الذي قد يحدق به أو بهما عند التعامل أو عند الاستعمال"، ويقول أيضا بهذا الصدد " أن الالتزام بالتحذير ليس مستقلا أو منفصلا عن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، وذلك على أساس أن التحذير يمثل لون من ألوان الاعلام، وشكلا وصورة من صوره وأشكاله"[20].

---

17 خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، ص 99.

18 عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق ص 217 و218.

19 خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص ، 101.

20 نفس المرجع ص ص، 100، 101.

وقد يظهر الإعلام في صورة معلومة بسيطة، عندما يكون الراغب في التعامل في حاجة الى مجرد العلم فقط ببعض الأمور المتعلقة بالشيء محل التعاقد، بالإحاطة بها، والإلمام بمضمونها فحسب، كما قد يظهر في شكل نصيحة، يسديها أحد طرفي العقد إلى الآخر، وذلك عندما يحتاج الطرف المعلن إليه، إلى تكوين رأي أو اتخاذ موقف أو قرار تجاه مسألة معينة يواجهها.

وأخيرا قد يتخذ الاعلام شكل التحذير والتنبيه لما قد يحدث من مخاطر وأضرار قد تصيب أحد المتعاقدين في النفس أو المال أو فيهما معا عند التعامل.[21]

وبالانتهاء من تميز الالتزام بالإعلام عن الالتزام التعاقدي بتقديم الاستشارة والالتزام بالتحذير تجدر الإشارة إلى الخلاف الذي يثور حول الطبيعة القانونية لهذا الالتزام الذي يرجع إلى الخلاف حول مصدره الذي نشأ عنه.

هناك من رأى أن هذا الالتزام يستمد وجوده من العقد اللاحق عليه أي بالنظر إليه أنه ذو طبيعة عقدية استنادا الى نظرية الخطأ في تكوين العقد التي تعتبر أن الالتزامات السابقة عن التعاقد التزامات عقدية تأسس على قيام المسؤولية العقدية كأثر للأخطاء التي تقع بمناسبة ابرام العقد أو تلك التي حالت دون انعقاده، بافتراض وجود عقد سابق على العقد الأصلي عبارة عن ضمان مفترض لكل متعاقد، يعد مصدر لهذا[22].

في حين يرى آخرون أن الالتزام بالإعلام يجد مصدره في المبادئ العامة للقانون أو في نصوص القانون نفسه، فانه ينظر إليه حينئذ بوصفه التزاما قانونيا غير عقدي وذلك لأنه ليس من المعقول أن ينشأ الفرع قبل نشوء أصله أو ينشأ الالتزام قبل نشوء المصدر، فالعقد لم ينشا بعد حتى نقول بأن هذا الالتزام عقدي.[23] ذلك أن الرضا الذي هو أحد أركان العقد لم

---

[21] نفس المرجع ص ص، 100، 101.

[22] عمر محمد عبد الباقي خليفة ،مرجع سابق ،ص 206.

[23] خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص 336.

يتحقق بعد، لأن الالتزام تم في مرحلة سابقة على التعاقد بتقديم المعلومات المتعلقة بالوضع القانوني للشيء أو بصفاته المادية، معلومات لازمة لإيجاد رضا حر وسليم. أما بالنسبة لما أثير حول نظرية الخطأ في تكوين العقد، فإنهم يرون أن الخطأ السابق على التعاقد ينفصل عن العقد ولا يمكن توقيع جزاء بشأنه إلا من خلال أحكام المسؤولية التقصيرية وليس أحكام المسؤولية العقدية.

وعلى الرغم من اعتبار الالتزام بالإعلام قبل التعاقد التزام عقدي أمرا يحقق حماية للمستهلك إلا أنه لا ينبغي أن نلحق هذا الالتزام بالعقد، وهو ليس منه، بمجرد أنه فرض بمناسبة تكوين العقد وإبرامه. لذلك فالرأي القائل بالطبيعة غير العقدية لهذا الالتزام تأسيسا على أنه الرضا الصحيح الذي هو أحد أركان العقد لم يخلق بعد، وأن في تقرير هذا الالتزام عونا على وجوده صحيحا.[24]

الفرع الثاني: محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام

تبين لنا من النظر الى المقصود بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام أنه يهدف الى تنوير إرادة المستهلك من خلال الإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة التي يجهلها، وبالتالي فهو يتضمن شقين، أولهما التزام سلبي محله عدم كتمان الحقيقة على المستهلك، أما الشق الايجابي فهو يتصل بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة باستخدام الشيء أو الخدمة.

وقد استقر الفقه والقضاء على أن الكتمان يعتبر أحد وسائل التدليس مؤديا إلى تعيب رضاء المتعاقد، ويتجه الفقه إلى اعتبار الالتزام بالإفضاء هو الأساس في اعتبار الكتمان تدليس، إذا كتم المعلومات التي يجهلها الدائن في الالتزام بالإعلام والتي لو علم بها لما أقدم على التعاقد، أو لتعاقد بشروط مختلفة.

[24] عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، مرجع سابق، ص 206.

والشق الايجابي يقتضي الإدلاء إلى المستهلك بالمعلومات والبيانات المتعلقة بوضع السلعة أو الخدمة وبالبيانات المتعلقة باستخدام الشيء أو بالانتفاع بالخدمة، ومن ناحية تقديم المعلومات الكافية فإذا أخذنا عقود بيع العقارات سنجد أن المالك المحترف للبيع يلتزم بإعلام المستهلك بالتكليفات الفنية والحقوق الشخصية المقررة على الشيء المبيع، ومن ناحية يلتزم المحترف بإعلام المستهلك عن استخدام الشيء، فكون المنتج متخصص يلتزم بتوضيح كيفية استخدام الشيء محل العقد حتى يقوم المستهلك على شرائها وهو على دراية وإدراك كافيين، والمتتبع لأحكام القضاء يستطيع أن يتبين الاتجاه الموسع في تقرير هذا الالتزام المتعلق بوضع الشيء في المرحلة السابقة على التعاقد وإدخاله في كل العقود التي تشمل على التزام المحترف أو المهني بإعطاء شيء أو تقديم خدمة، وتطبيقا لهذا المبدأ جاء حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 5 مارس 1974 مؤكدا مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية ولادة لسيدة تغيرت حالتها عدة أيام دون إخبارها بالآثار الجانبية للعملية القيصرية.[25]

والأمر لا يختلف بالنسبة للمنتج أو الموزع حينما تكون السلعة محل التعاقد خطرة في ذاتها فكلاهما ملزم بالإفضاء إلى المستهلك بخطورة الشيء أو بالطريقة التي يجب استخدامها بها لتفادي هذه الأخطار، لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المنتج والبائع عن الإخلال بالالتزام بإعلام المستهلك عن خطورة الشيء المبيع وكيفية تفاديها في حالات كثيرة.[26]

المطلب الثاني

مبررات قيام الالتزام العام بالإعلام

يعتبر انعدام التكافؤ في العلم بين طرفي العقد، المبرر الأبرز لقيام الالتزام العام بالإعلام. لكن ينبغي مناقشة الحجج والأدلة التي صاغها كل من المنكرين لوجود هذا الالتزام، والداعمين لوجوده (الفرع الأول)، قبل التطرق إلى انعدام المساواة في الجانب المعرفي بين الطرفين (الفرع

[25] حسن عبد الباسط جمعي ،مجلة الدراسات القانونية –حماية المستهلك–ص 264.

[26] نفس المرجع، ص 269.

الثاني). والذي اتخذ أشكالا أكثر خطورة بظهور أنماط التعاقد عبر شبكة الأنترنت (الفرع الثالث).

الفرع الأول : المنازعة في وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

إن الأصل في التعامل، براءة الذمة من كل التزام، فخارج إطار الالتزامات التي يفرضها القانون أو الاتفاق، لا يمكننا إجبار شخص على الإدلاء بمعلومات خاصة بعقد لم يتم إبرامه بعد. ذلك أن العقد كقاعدة عامة، لا يلزم طرفيه إلا بعد تطابق الإرادتين. من ناحية أخرى، في كثير من التشريعات لا يوجد نص صريح، يفرض إلتزاما بالإعلام على أحد طرفي العقد.

كان هذا التصوّر، أحد المبررات التي صاغها أنصار سلطان الإرادة لعدم الاعتراف بوجود الالتزام بالاعلام، حيث يرون أن من حق المتعاقد التزام الصمت في الفترة السابقة على التعاقد ولا يجوز مطالبته في هذه المرحلة بتقديم أي معلومات متعلقة بمضمون العقد، وكل مسؤولية قد تطاله في هذا الخصوص، لا تعدو أن تكون مسؤولية أخلاقية، لأن أي إعلام يقدمه، يعتبر من قبيل الواجب الأخلاقي، الذي لا يرقى إلى مصاف القواعد القانونية، التي تحظى بالإلزام[27].

ما يؤيد ذلك، أن من يرغب في التعامل مع غيره، بإمكانه أن يستعلم عن المعلومات التي تهمه بوسائله الخاصة، فإذا قصّرت هذه الوسائل، جاز له طلب إبطال العقد إذا شاب إرادته عيب من عيوب الرضا، كما له الرجوع على المتعاقد معه وفق قواعد ضمان العيوب الخفية[28].

في نفس السياق نجد أن الكتمان على وجه العموم، لا يعتبر تدليسا. فالواقع أن أغلب العقود التبادلية، تتضمن مصالح متعارضة بين المتعاقدين، كل منهما يسهر على تحقيق مصالحه الخاصة، فعليه إذن أن يستعلم بنفسه، وبالتالي لا يوجد ما يؤاخذ عليه المتعاقد، إذا لم يدلي بمعلومات، كان بإمكان المتعاقد معه المطالبة بها ولم يفعل[29].

---

[27] - خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، ص 113

[28] - نفس المرجع، ص ص، 113، 114

[29] - G. Ripert, la Règle Morale dans les obligations civiles, 4ème éd, LGDJ, 1949, n° 48, p 89.

غير أن الأمر سيتغير، والكتمان يتحوّل إلى تدليس إذا تعسّف المتعاقد، مستغلا حالة الجهل لدى المتعاقد الآخر. فواجب الأمانة والشرف في التعامل، يقتضي تقديم كل البيانات والمعلومات المتعلق بمحل التعاقد، وعندما يفترض العقد ثقة متبادلة بين طرفيه، يتحوّل واجب الاعلام إلى التزام قانوني.

لذلك، فإن الأثر الضار بمصالح الطرف المطالَب بالاعلام، والذي يدعيه أنصار سلطان الارادة، والمتمثل في عزوف الطرف الثاني عن التعاقد، أو الحصول على سعر أقل، إذا اطّلع الطرف الثاني على مواطن العيب والقصور في السلعة أو الخدمة، يبقى ضئيلا إذا ما قورن بجملة المصالح التي ستتحقق بتقرير الالتزام بالاعلام كالتزام قانوني عام[30].

يتضح من ذلك أن مبررات قيام الالتزام بالإعلام في الجانب العملي، أقوى من محاولات دحضها، كونها تقوم على اعتبارات واقعية، يمكن إجمالها أساسا في اختلال التوازن المعرفي في إدراك تفاصيل التعاقد، ووجه المصلحة في إتمامه.

الفرع الثاني : اختلال التوازن المعرفي

يجد هذا الفرض مصدره في كون أن الكثير من المتعاقدين، عاجزين عن الإحاطة بظروف التعاقد وملابساته، سواء من حيث ملاءمة السلعة محل العقد لرغباتهم المشروعة، أو من حيث خطورة السلعة محل الاستخدام. وقد أدى ذلك الى خلق نوع من عدم التكافؤ بين المتعاقدين في مجال المعلومات المتصلة بالعقد. ولعدم قدرة المستهلك على ملاحقة ومتابعة المعلومات والبيانات المتدفقة عن السلع والخدمات. في الوقت الذي يتاح فيه ذلك للمنتج والبائع، أو من يمثلهما. فقد اتخذ عدم التكافؤ هذا، صورة من صور عدم المساواة بين مراكز العقد لكل منهما، الأمر الذي حدا ببعض الفقه، إلى القول بأن الاذعان قد اتخذ شكلا جديدا، اختلف به عن

30 - خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص ص 116، 117.

صورته التقليدية، تمثل ذلك في خضوع المتعاقد عديم الخبرة والدراية، للمتعاقد الآخر ذو العلم، والمعرفة الواسعة، فيقبل على إبرام العقد، وهو جاهل بجوانب هامة متصلة به.[31]

وفي هذا السياق يشير الفقيه الفرنسي Ghestin إلى أن مبدأ حسن النية في العقود، يقتضي مواجهة عدم التكافؤ بين طرفي العقد، من حيث العلم بظروف التعاقد، وذلك بفرض التزام بالإعلام قبل التعاقد، على الأقل في حال الجهل المشروع، أي عندما يستحيل فيها على أحد الطرفين أن يعلم بهذه الظروف.

كما أبرز وظيفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد كوسيلة فعالة في تحقيق التوازن بين المتعاقدين، لاسيما بين المهنيين والأفراد العاديين، ويؤيد بشدة مسلك القضاء الفرنسي الذي أوجب على عاتق المتعاقد المحترف أو المهني، التزاما عاما بإعلام المتعاقد الاخر بكل بيانات العقد، وبصفة خاصة في عقود الاذعان، وإلا اُعتُبِرَ مخلاً بالثقة المشروعة والمفروضة، كما أوجب أيضا على عاتق المهني أو الحرفي واجب الاستعلام حتى يتمكن من إعلام غيره ممن سيتعاقد معهم[32]. Devoir de se renseigner pour informer

وقد أشار الأستاذ محمد إبراهيم دسوقي، إلى الدور الهام الذي يلعبه الالتزام بالإعلام في مجال تحقيق التوازن العقدي، قائلا : "إن العدالة العقدية تكون مهددة في الحالات التي يقوم فيها عدم التكافؤ في المعلومات حول عناصر العقد ولذلك يقوم هذا الالتزام عند التعاقد كوسيلة لإعادة هذا التكافؤ المفقود، فيلتزم الطرف الذي يعلم، بإعلام الطرف الذي لا يعلم"[33].

ففي ظل التطور العلمي والتقدم التكنولوجي، والذي استتبع تدفقا كبيرا للسلع والخدمات، وزيادة تعقيدهما يوما بعد يوم، ازدادت درجات التفاوت المعرفي تفاقما، بين محترفي إنتاج السلع والخدمات، وبين مستهلكيها، حتى غدا في حكم المستحيل على أي متعاقد، أن يدعي

---

[31] - عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق، ص201.

[32] - خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص، 189.

[33] - محمد ابراهيم دسوقي، الإلتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار ايهاب للنشر والتوزيع، ط 1985، ص 100. ذكره خالد جمال أحمد، مرجع سابق، ص، 189.

علمه بكافة التفاصيل والدقائق الفنية لهذه العقود، خاصة في المرحلة التي تسبق تكوين العقد، وكثيرا ما نجده مندفعا لاقتناء السلعة أو الخدمة، تحت تأثير الأساليب الدعائية وبريق الإشهار، وأحيانا أخرى نتيجة الحوافز التي تستثير غرائزه، من جوائز وتخفيضات في الأسعار، أو تقسيط للثمن في فترات محدودة، فيقبل على التعاقد دون تبصّر بحاجته للمعقود عليه، أو حساب مسبق لقدراته على الوفاء بثمنه.

إن اتساع الهوة بين المتعاقدين بفعل التطور الحاصل في المجتمع، جعل بعض الأراء في الفقه الفرنسي، ترى أن العصر الحديث، لايكاد يعرف الآن الطرف الضعيف أو المذعن من الناحية الاقتصادية، بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من حيث العلم والدراية بما سوف يقدم على التعامل بشأنه[34]. بل ذهب رأي آخر الى أبعد من ذلك بقوله إن عدم التكافؤ بين طرفي العقد ليس اقتصاديا بقدر ما هو عدم تكافؤ في المعلومات المتصلة بالعقد. ولذلك فان الرضا اللازم لانعقاد العقد لن يتحقق في هذه الفروض، إلا من خلال تأصيل قانوني لتحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين في مرحلة ما قبل التعاقد، ما يؤدي الى إيجاد نوع من التوازن العقدي بين مركزي كل منهما، تحقيقا للعدالة العقدية القائمة على الثقة المشروعة والمتبادلة بينهما، وأفضل النتائج التي تتحقق في هذا العقد تكون من خلال تقرير التزام قبل التعاقدى بالإعلام.

لذلك اتجهت جهود القضاء، للعمل على تحقيق التوازن بين المراكز التعاقدية لطرفي العقد، من خلال معالجة التفاوت الناشئ بينهما بتقرير الالتزام قبل التعاقد بالإعلام عندما يستحيل على أحدهما أن يعلم بالبيانات الجوهرية للعقد. وذلك إرساء للعدالة التعاقدية الواجب تحقيقها في المرحلة السابقة على التعاقد[35].

---

[34] - R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel en droit privé. D. 1972, chron., p.137
ذكره عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق، ص 201 ، 202 .

[35] - عمر محمد عبد الباقي خليفة، مرجع سابق، ص 193

الفرع الثالث : خطورة التفاوت المعرفي في التعاقد الالكتروني

عرف التفاوت في العلم بين المتعاقدين، هوة شاسعة بتغيّر أنماط الممارسات التجارية بسبب تطور الاتصالات منذ أواخر القرن الماضي، حيث ظهر ما يسمى بالتجارة على الخط commerce en ligne والتي عرّفها المشرّع الفرنسي بأنها "ذلك النشاط الاقتصادي، والذي من خلاله يقترح الشخص، أو يضمن عن بعد، وعبر الطريق الالكتروني، توفير سلع أو خدمات. ويدخل في التجارة الالكترونية الخدمات، كتلك التي تهدف إلى توفير معلومات عبر الخط، التبادل التجاري، أدوات البحث، الدخول أو استرجاع المعطيات، الدخول إلى شبكة للتبادل أو إيواء المعلومات، بما في ذلك عندما لا تكون مدفوعة الثمن من قبل مستقبليها."[36] كما تُعرّف أيضا بأنها: "مجموعة من المبادلات الرقمية، الخاصة بأنشطة تجارية في إطار سيل لا ينقطع من المعلومات، لتتم مبادلات تتعلق بالمنتجات والخدمات."[37]

ولقد فرضت التجارة الالكترونية نفسها، كثورة جديدة في نظم التجارة. وأصبح المستهلك أكثر استثارة، فكل المنتجات والخدمات معروضة أمامه عبر شبكة الانترنت ببساطة، وعلى المستويين، الوطني والعالمي، مما جعل من هذه التجارة حقيقة واقعية، بالرغم من طابعها غير الرسمي.

تعتبر شبكة الانترنت نافذة مفتوحة أمام الملايين، فهي تمثل صالة عرض افتراضية لكافة المنتجات والخدمات. الأمر الذي يوجب على المحترفين (العارضين) ضرورة احترام القواعد الخاصة بحماية المستهلكين وأهم هذه القواعد، إعلام المستهلك وتبصيره.

لكن الواقع العملي أثبت أن الأماكن الافتراضية للمواقع التجارية، من شأنها أن تصرف المستهلك عن إدراك المعرفة الحقيقية، الكاملة والموضوعية لكل الالتزامات التي سيتعهد بها. فعندما نكون بصدد عقد بيع عبر الإنترنت، فإن الشروط الجوهرية لهذا العقد تكون عادة

---

[36] - V. art, 14 de la loi n° 2004/575 du 21 juin 2004, relative au commerce électronique. (JO 22 juin) Code de la Consommation, p 1054.

[37] - V. rapport Lorentz : « commerce électronique » : une nouvelle donne pour les consommateurs ….www.finance.gouv.fr

موجودة، غير أنها تكون مستترة فيما وراء وصلات الربط المحورية، مما يستوجب على المستهلك أن يجد الأيقونة l'icône، التي سينقر عليها لينفذ إلى معرفة كاملة وموضوعية عن المنتج أو الخدمة. لكن السؤال المطروح : هل كل المستهلكين مدركين لأدوات المعلوماتية، ولديهم القدرة على استظهار تلك المعلومات كاملة؟

ما يلاحظ، أن الكثير من المستهلكين يشرعون في النقر على أيقونة القبول أي تلك العبارة " نعم أقبل " « oui, j'accepte » دون أن يكون لديهم صبر للإطلاع على كافة المعلومات، والتي أحيانا يتعمّد المحترف وضعها ضمن صفحات طويلة، في خطوة غالبا ما تكون تضليلية، لعلمه المسبق أن المستهلك لن يقرأها كاملة، وينقر على أيقونة القبول، وبها ينعقد العقد، الذي ربما قد تضمّن شروطا مجحفة في حقه، دون أن يعلم.

كما تظهر إشكالية اللغة المستعملة، والتي كثيرا ما تكون حاجزا أمام المعرفة الكافية للمستهلك لما يريد اقتناءه. وبالرغم من أن قانون « Toubon »[38] الفرنسي فرض استعمال اللغة الفرنسية كالتزام يقع على عاتق الشركات الفرنسية العارضة لخدماتها ومنتجاتها على شبكة الإنترنت، إلاّ أن ذلك اعتبر غير كاف لتحقيق التبصير الحقيقي، لأن التعامل يأخذ الصفة العالمية، الأمر الذي يتطلب الخضوع لمبادئ المنافسة، خاصة في ظل هيمنة اللغة الإنجليزية الأمريكية، وتراجع اللغة الفرنسية، حيث يبين إحصاء لعامي 1999-2000 خاص بدراسة السوق الأوربية، أن 58 % من مستخدمي الإنترنت، يستعملون اللغة الإنجليزية. أما اللغات الأخرى فتترتب على النحو التالي: 8.7 % إسبانية، 8.6 % ألمانية، 7.9 % يابانية، 3.8 % فرنسية، من هنا فإن فرض لغة معينة، لا يكفي لضمان التنوير والإعلام الكافي للمستهلك[39].

كما أن الإطلاع على المنتجات عبر شاشة الحاسب الآلي، قد تكون مضللة للمستهلك. كما قد تكون معيبة ولا يمكن له اكتشاف ذلك، ففي تقرير أعدته جماعة المستهلكين الدولية،

---

[38] - La loi nº 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue français

[39] – أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005، ص 101.

أظهر أنه بعد شراء عدد من السلع من مواقع الإنترنت في17 دولة تقريبا، تبين أن 8 % من تلك الطلبات كانت البضاعة فيها معيبة[40].

كما أن الملاحظ أيضا في مجال التجارة الالكترونية، أن الغالبية العظمى من المواقع التجارية على شبكة الإنترنت، تقتصر في تنفيذ الالتزام بالإعلام على شقّه الخاص بالأسعار، بخلاف الإعلام بمواصفات المنتج أو بيان الخدمات عبر الإنترنت، التي غالبا ما تتسم بالإيجاز وعدم الدقة، مما يحول دون التعرف الحقيقي عليها، وكثيرا ما تكون السلع المستعملة مخالفة للمواصفات التي توقّعها المستهلك.

أما من حيث الوقت المحدد لصلاحية الإيجاب، فنلاحظ أنه إذا كانت القاعدة العامة تقرر، أن الإيجاب لا يكون ملزما بذاته، إلاّ إذا اقترن بميعاد صريح أو ضمني، فإن الأمر في العقد الإلكتروني الذي يتم مباشرة عبر الإنترنت مختلف، حيث أن الموجب ملزما بتحديد الوقت اللازم لصلاحية الإيجاب الصادر عنه. وأن يقوم بإعلام المستهلك بهذا الوقت. غير أن الواقع يعود في هذا المجال، ليؤكد أنه قلّما تحدّد المواقع التجارية المدة اللازمة لصلاحية إيجابها، وهو ما يزيد في إضعاف المركز القانوني للمستهلك.

ومن هنا فإن واجب الإعلام الملقي على عاتق المحترف أوالمهني في التجارة الإلكترونية، يصبح بحاجة إلى ضوابط أدق مما هي عليه في أحكام القواعد العامة لحماية المستهلك، الذي وصفناه بأنه مفتقر إلى التنوير ألمعلوماتي.

فمركز المحترف أو العارض في مجال التجارة الالكترونية أقوى بكثير من مركز المستهلك الالكتروني الذي يمثل الحلقة الأضعف، حيث يفتقر إلى الخبرة والمعرفة الكافية بالسلع أو الخدمات التي يهدف إلى اقتنائها. بالاضافة إلى جهله بقواعد المعلوماتية كما ذكرنا آنفا. لذا يعتبر التزام البائع بتبصير المستهلك، وتزويده بجميع المعلومات الضرورية للتعبير عن إرادته،

[40] - أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 32.

من أهم الالتزامات التي تقع على عاتقه، وذلك من أجل تحقيق الرضا التام غير المضلل أو المعيب.

ويمكن تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الإنترنت بأنه : " التزام قانوني، سابق على إبرام العقد الإلكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين، الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه، بتقديمها بوسائط إلكترونية، في الوقت المناسب، وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر، الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة[41] ".

المطلب الثالث

أحكام الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام

سنتعرض من خلال هذا المبحث لأسس الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام(المطلب الأول) وشروطه (المطلب الثاني) وأطرافه (المطلب الثالث) بالإضافة الى الآثار المترتبة عن الاخلال به (المطلب الرابع).

الفرع الاول : أسس الالتزام بالاعلام قبل التعاقد

اختلف الفقه في تحديد أساس الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام فظهرت ثلاث اتجاهات: نظرية صحة وسلامة الرضا (الفرع الأول)، وعدم المساواة في العلم بين المتعاقدين (الفرع الثاني)، وأخيرا مبدأ حسن النية (الفرع الثالث)

الفرع الأول : نظرية صحة وسلامة الرضا

يتحدد مجال الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد وهي المرحلة التي يحول فيها الرضا بحثا عن مصادر صحته وسلامته ولذلك ذهب بعض الفقه إلى أن هذا الالتزام يجد أساسه في نظرية صحة وسلامة الرضا، فانه يلتزم لانعقاد العقد وجود رضاء حر مستنير بوصفه أحد أركانه، ولن يكون ذلك إلا إذا تحقق للمتعاقد خلال هذه المرحلة إمكانية الإلمام بجوهر العقد المزمع إبرامه وإلزام المدين بهذا النوع من الإعلام في مواجهة

[41] - نفس المرجع، ص 107

الدائن أمر يستطيع به هذا الأخير تحديد موقعه من التعاقد عن علم ودراية وبالتالي يأتي رضاؤه سليما معبرا عن إرادة حرة وواعية وخالية من العيوب المبطلة.

وقد وضع القضاء الفرنسي معيارا بموجبه يكون رضاء المتعاقد مستنير بدرجة كافية وذلك عندما تتحقق لديه أثناء التفاوض المعرفة الكاملة بجميع العناصر المتصلة بموضوع التعاقد على نحو يتيح له إمكانية الإقدام على التعاقد أو التخلي عنه، بمعنى آخر تجنب الخطأ في الاختيار.

الفرع الثاني : عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين

نظرا للتطورات العلمية والتكنولوجية الحديثة نجد أن كثير من المتعاملين ليس لديهم القدرة الكافية للإحاطة بظروف التعاقد وملابساته، سواء من حيث ملاءمة السلعة محل التعاقد للأغراض المخصصة لها أم من حيث خطورة السلعة محل الاستخدام، وقد أدى ذلك إلى خلق نوع من عدم التكافؤ بين المتعاقدين في مجال المعلومات المتصلة بالعقد، ولعدم قدرة المستهلك على ملاحقة ومتابعة المعلومات والبيانات المتدفقة عن السلع والخدمات في الوقت الذي يتاح فيه ذلك للمنتج والبائع أو من يمثلهما.

فقد اتخذ عدم التكافؤ هذا صورة من صور عدم المساواة بين مراكز التعاقد بين الطرفين، الأمر الذي حدا ببعض الفقه إلى القول بأن الإذعان قد اتخذ شكلا جديدا اختلف عن صورته التقليدية، تمثل ذلك في خضوع المتعاقد قليل الخبرة والدراية للطرف الآخر ذو المعرفة الواسعة، فيقبل على إبرام العقد وهو جاهل بجوانب هامة متصلة به.[42]

وقد أكد ذلك رأي في الفقه الفرنسي بقوله " ان العصر الحديث يكاد لا يعرف الآن الطرف الضعيف أو المذعن من الناحية الاقتصادية، بقدر ما يعرف الطرف الضعيف من حيث العلم والدراية بما سوف يقدم على التعامل بشأنه"[43]، بل ذهب رأي آخر إلى أبعد من

---

[42] عمر محمد عبد الباقي خليفة ،الحماية العقدية للمستهلك،مرجع سابق ،ص 200،201.

[43] نفس المرجع، ص 201

ذلك بقوله " إن القضاء الفرنسي أكد بوضوح أن عدم التكافؤ بين طرفي العقد ليس اقتصاديا بقدر ما هو عدم تكافؤ في المعلومات المتصلة بالعقد"[44] .

ولذلك فان الرضا اللازم لانعقاد العقد لن يتحقق في هذه الفروض إلا من خلال تأصيل قانوني لتحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين في المرحلة قبل التعاقدية وما يؤدي إلى خلق نوع من التوازن العقدي بين مركزي كل منهما، تحقيقا للعدالة العقدية القائمة على الثقة المشروعة والمتبادلة بينهما وأفضل النتائج التي تتحقق في هذا العقد تكون من خلال تقرير إلتزام قبل تعاقدى بالإعلام.

الفرع الثالث : مبدأ حسن النية

ذهب جانب من الفقه المصري والفرنسي إلى أن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام يجد أساسه أيضا في مبدأ حسن النية في العقود الذي يوجب أثناء مرحلة المفاوضات التزاما ايجابيا بالصدق والأمانة في مواجهة الطرف الآخر، وقد أيدت المحاكم الفرنسية في العديد من أحكامها هذا الاتجاه، واستندت الى مبدأ حسن النية كأساس لمبادلة الطرف الذي أخل بالتزامه قبل التعاقدي بالإعلام حيث ذهبت في إحدى القضايا إلى أنه إعمالا لمبدأ حسن النية قبل التعاقد يلتزم البائع بأن يفضي إلى المشتري بكافة البيانات والمعلومات التي تعتبر عناصر تقدير يتوقف عليها رضاؤه بالعقد.[45]

أما الأستاذ محمد نزيه الصادق المهدي فيرى أن صفة الاحتراف هي الأساس القانوني لالتزام الشخص المحترف بالإعلام بقوله : "مع تأييدنا التام بكافة الاتجاهات والآراء الفقهية والقضائية إلا أننا نرى أنها لا تكفي وحدها كأساس قانوني للالتزام المشدد بالإعلام والإفصاح الملقى على عاتق المحترف، والذي يفوق في شدته وفي المسؤولية المترتبة على الإخلال به، ذلك الالتزام بالإعلام الملقى على الأطراف العادية غير المحترفة حين تتعاقد فيما بينها، لذلك

---

[44] نفس المرجع، ص 202

[45] نفس المرجع، ص 202

فإن الالتزام المشدد بالإعلام والإفصاح الملقى على عاتق المحترف لا يمكن أن يجد أساسه سوى في صفة الاحتراف ذاتها، وبيان ذلك أن صفة الاحتراف تقوم على الخبرة والدراية التي يكتسبها الشخص من اعتياد وتكرار ممارسة نشاط أو حرفة معينة على سبيل الانتظام، وبالتالي فينشأ عن توافر هذه الصفة نوع من الاختلال في المراكز العقدية لأطراف العقد الواحد أو ما يسمى بعدم المساواة في العلم بين أطراف العقدinégalité d'information فنكون بصدد علاقة تجمع مابين طرف عالم بكل خبايا وثنايا محل التعاقد وطرف جاهل lgnorant مفتقد للعلم والدراية الكاملة بهذا المحل. من هنا كان السبيل الوحيد لإعادة التوازن للمراكز العقدية وتحقيق قدرا من المساواة في العلم والمعرفة –حتى ولو لم تكن مساواة كاملة – هو فرض التزام مشدد بتحقيق نتيجة على عاتق المحترف، مضمونه الإدلاء والإفصاح بكافة المعلومات والبيانات الهامة المتعلقة بالعقد[46].

المطلب الرابع

جزاء الاخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام

الفرع الأول : جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال نظرية عيوب الإرادة

أشارت الدراسات الى ان الالتزام بالإعلام قبل التعاقد بالإعلام هو التزام قضائي النشأة ولذلك لم تكن الجزاءات المدنية محلا للاهتمام خاصة بالنسبة لعقود الاستهلاك ولسبل حماية المستهلك قام الفقه والقضاء بتطويع الوسائل التقليدية في القانون المدني[47] واعتبر أن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد قد يؤدي إلى تعيب إرادة المستهلك، بما يسمح بإثارة

[46] معتز نزيه محمد صادق المهدي، المتعاقد المحترف، مرجع سابق، ص ص 51 و52.

[47] عمر محمد عبد الباقي خليفة ،الحماية العقدية للمستهلك،المرجع السابق ص 367.

طلب البطلان ولعله من المعلوم أن الغلط في وصف من أوصاف البيع يسمح بإبطال العقد، وهذا ما يعرف بعيوب الرضا المفسدة للإرادة.[48]

فالقضاء الفرنسي اعتبر أن المكتسب له طلب إبطال العقد للغلط في أي وصف من أوصاف محل العقد وليس فقط في مادة الشيء محل التعاقد، وذلك وفقا للمادة 1108 من التقنين المدني الفرنسي .

إلا أن هذه الجهود تظل قاصرة على تحقيق حماية المستهلك بالنظر الى القيود والشروط التي يتطلبها لإبطال العقد على أساس الغلط، كأن يكون الغلط جوهريا وأن يتصل بالمتعاقد الآخر

أما فيما يتعلق بالتدليس الذي ورد في المادة 1116 من التقنين الفرنسي والتي تقابلها في التقنين المدني الجزائري المادة 86 و 87، فقد يتلقى المستهلك سلعة أو خدمة إلا أنها لا تتفق مع توقعاته مما يدفعه إلى الادعاء بأن الطرف الآخر لم يفي بالتزامه وأنه قام بالكتمان والكذب واستعمال طرق احتيالية للتأثير على إرادته ودفعه للتعاقد، فإذا عدنا إلى الأصل فالكذب العادي البسيط لا يعد تدليسا، والكذب المقصود هنا عندما يكون الهدف من وراءه التضليل، فمن الواجب الإدلاء بالمعلومات ووقائع التعاقد وعدم السكوت لأن ذلك يعد إخلالا بواجب في الصدق ويؤثر في رضا المتعاقد وبالتالي يكون العقد قابل للإبطال[49].

علما أنه كل من إخلال المنتج بهذا الالتزام يؤدي إلى وقوع المستهلك في الغلط والتدليس وهو ما يدفع للمطالبة بإبطال العقد الذي يعد جزاء مدنيا[50].

---

[48] حسن عبد الباسط جميعي ،مجلة دراسات القانونية ،حماية المستهلك، ص 273.

[49] حسن عبد الباسط جميعي، مجلة دراسات القانونية ،حماية المستهلك، ص 292.

[50] خالد جمال أحمد ،الالتزام بالإعلام قبل التعاقد،المرجع السابق ص 458.

الفرع الثاني: جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال نظرية الإلتزام بالضمان.

تعد ضمان العيوب الخفية من أنجع الوسائل في يد المستهلك لإلزام البائع بتسلم مبيع مطابق للمواصفات، ولذلك قام القضاء الفرنسي بتطويعها بهدف حماية المستهلك وهذا ما نراه جليا في المادة 1641 من التقنين المدني الفرنسي والتي كانت تعتبر عائقا بالنسبة للمشتري حينما يريد تمسك بهذه الدعوى، إذا قام القضاء بالتوسع في فهم فكرة العيب وجعل للضحية أن يتمسك بدعوى للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تحدث نتيجة تسليم المبيع غير مطابق للمواصفات أو غير متفق عليه.

كما أن ضمان العيوب الخفية لا تقتصر فقط على عقد البيع وإنما تمتد للعقود الأخرى بغض النظر عن صفة المتعاقد مع البائع سواء كان مستهلكا أو أي شخص آخر، وتطبيقا لذلك قضت محكمة Grenoble بفرنسا بمسؤولية المؤجر عن عدم إعلام المستأجر بوجود عقد إيجار سابق[51].

ويشير الفقيه الفرنسي jean Alisse [52] إلى أنه عندما يلزم القانون البائع بأن يضمن للمشتري استحقاق الشيء المباع وما به من عيوب، ويلزم المؤجر بأن يضمن للمستأجر العيوب الخفية في الشيء محل الإيجار فإن هذه الالتزامات تقتضي بصورة ضمنية التزام أي منهما بتقديم المعلومات إلى المشتري أو المستأجر. كما ذهب القضاء الفرنسي إلى فرض على البائع التزام بإعلام المشتري عن الارتفاقات المستترة وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية مستندة إلى نص المادة 1638 من التقنين الفرنسي[53].

كما ذهب القضاء الى مد نطاق المسؤولية ،ومنح للمستهلك الحق في مقاضاة أيا متدخل في عملية الإنتاج ،علما أنه لم يتعاقد مع المنتج الأول ومن المستحيل أن يتعاقد معه، فدعوى

---

[51] حسن عبد الباسط جميعي، مجلة دراسات القانونية، حماية المستهلك، مرجع السابق ص 99.

[52] - ALISSE j, l'obligation de renseignements dans les contrats, thèse, Paris, 1975.
ذكره خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق ص 467.

[53] خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق ص 467.

ضمان العيوب الخفية تجعل المستهلك يتواجه مع من لم يتعاقد معه وهذا في حد ذاته يعتبر خروجا عن القواعد العامة.

ومن الانتقادات التي وجهت لدعوى ضمان عيوب الخفية فيما يتعلق بقصر المدة ،كما أن النتائج التي تؤدي إليها ضمان العيب الخفي ليس متوافقة مع احتياجات المستهلك الحقيقية بالإضافة إلى إثبات العيب الذي يرهق كاهل المستهلك الضعيف.[54]

إن ترتيب البطلان كجزاء على مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، في الحالة التي يؤدي فيها الإخلال بهذا الالتزام إلى وقوع العاقد في غلط تلقائي عملا بالمادة 1110 من التقنين المدني الفرنسي أو في غلط مدفوع نتيجة لمباشرة إحدى الوسائل والطرق الاحتيالية عملا بالمواد 86 و 87 من التقنين المدني الجزائري والتي تقابلها في التقنين الفرنسي 1116، فمن خلال كل ما سبق يتضح لنا بأن نظرية عيوب الرضى ونظرية الالتزام بالضمان يعتبران من النظريات التقليدية، فتقوم المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام على عاتق المدين به بتعويض الدائن عن الضرر الذي لحق به جراء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ولو لم يكن هناك غلط أو تدليس ومن يوجب الضمان على عاتقه. كما أن بطلان العقد ليس من الحلول الأمثل خاصة إذا كان محل العقد هو أحد السلع الاستهلاكية.[55]

الفرع الثالث : التعويض وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية كجزاء عن مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

لقد استقر الفقه والقضاء على أن للدائن الرجوع على المدين بالتعويض في حالة إخلاله بالتزامه وهذا وفقا للقواعد العامة، لأنه قد لا يحقق الحكم بإبطال العقد الآمال المرجوة منه

[54] حسن عبد الباسط جميعي ،مجلة دراسات القانونية ،حماية المستهلك ،مرجع السابق ص 306.

[55] أحمد جمال خالد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، المرجع السابق ص 468.

كجزاء للإخلال للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام. يجب التطرق هنا إلى طبيعة المسؤولية عن مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ثم شروط المسؤولية المدنية[56].

أولا : طبيعة المسؤولية عن مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد

لقد نادى الفقيه الألماني IHERING بإضفاء الطبيعة العقدية على الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، واعتبر الخطأ الذي يقع بمناسبة إبرام العقد سواء حال دون انعقاده أم أدى إلى بطلانه خطأ عقديا وهذا يرتب على عاتق المدين المسؤولية العقدية وهذا ما أخذ به جانب من الفقه والقضاء بفرنسا.[57]

الملاحظ أنه نظرا لعدم مصداقية هذه النظرية فقد نبذها الفقه الفرنسي الحديث ورفض بالتالي تطبيق وإعمال آلية المسؤولية العقدية. وبالتالي فان المسؤولية الناشة عن مخالفة المدين لالتزامه بالإعلام قبل التعاقد هي مسؤولية تقصيرية ويكون الجزاء وفقا لنصوص المادتين 1382 و 1383 تقنين المدني الفرنسي وهذا ما أخذ به كذلك القضاء المصري، إذ أكد على قيام المسؤولية التقصيرية عن الأخطاء السابقة عن التعاقد، حيث ذهبت محكمة القضاء المصرية في حكم قديم لها " بأنها لا تقوم المسؤولية العقدية في المدة السابقة على قيام العقد أو المدة اللاحقة لانتهاء العقد، فالمسؤولية عن قطع المفاوضات في وقت غير مناسب أو التعسف في رفض التعاقد هي مسؤولية تقصيرية لا مسؤولية عقدية.

كما انه من المستحيل أن ينشأ قبل نشوء سببه وهذا ما أكدته المادتين 1382 و1383 من التقنين المدني الفرنسي .

---

[56] عمر محمد عبد الباقي خليفة ،الحماية العقدية للمستهلك،المرجع السابق ص 280.

[57] أحمد جمال خالد ،الالتزام بالإعلام قبل التعاقد،المرجع السابق ص 470.

ثانيا : شروط المسؤولية

وفقا للقواعد العامة فإن المسؤولية التقصيرية لا تقوم إلا بتوافر شروطها وتحقق عناصرها وذلك لتحقيق للدائن الرجوع على مدينه بالتعويض

أ)-عنصر الخطأ :

من المستحيل أن تقوم المسؤولية بدون خطأ فهذا الأخير يعتبر المحرك الأساسي لقيام المسؤولية المدنية على عاتق المدين والواقع أن خطأ المدين وإخلاله بالتزامه بالإعلام قبل التعاقد قد يأخذ طابع سلبي أم إيجابي.

ويكون طابع سلبي لخطأ المدين حينما يتخذ المدين موقف المتفرج من دائنه الذي يقدم على التعاقد معه جاهلا لكل أو بعض العناصر الجوهرية، وقد يقوم المدين بكتمان المعلومات عن دائنه وهذا يضع الدائن في استحالة موضوعية أو شخصية كما رأينا سابقا، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن كتمان أو إخفاء البائع عن المشتري الواقعة سبق اصطدام السيارة المباعة يعد خطأ يستوجب مسؤولية طابع الإيجابي لخطأ المدين[58]

وتجدر الإشارة لأن هذا الخطأ تختلف ألوانه وصوره فيبدأ من مجرد الكذب في إدلاء البيانات الجوهرية، وصولا إلى الطرق الاحتيالية. تطبيقا لذلك قضت إحدى المحاكم المصرية إلى أن الكذب للتحايل بهدف الحصول على عمل من خلال إعطاء بيانات غير صحيحة عن كفاءة الطالب وخدماته السابقة من شأنه أن يؤثر في رضا المتعاقد ويؤدي إلى طلب إبطال العقد.

[58] أحمد جمال خالد ،الالتزام بالإعلام قبل التعاقد،المرجع السابق ص 475-476.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية تاجر سيارات بسبب تلاعبه بعداد سرعة السيارة بسوء نية بقصد إيقاع المشتري في الغلط.

ب)-عنصر الضرر:

طبقا لنص المادة 1382 من التقنين المدني الفرنسي والتي تقابلها المادة 124 ق.م.ج فإنه يمثل الضرر الركيزة الثانية والجوهرية لقيام المسؤولية المدنية وتجدر الإشارة إلى أن الأضرار المستحقة للتعويض هي الأضرار التي وقعت فعلا فلا يمكن التعويض عن ضرر لم يقع فعلا.

ج)-وجود رابطة السببية:

بمعنى أن يكون الخطأ سبّب حدوث الضرر ومن أبرز الفقهاء الذين نادوا بالرابطة السببية بين خطأ المدين الذي أخل بالتزامه وبين الضرر الذي لحق بالدائن بهذا الالتزام من جراء الخطأ الفقيه jean Alisse الذي أكد على أنه لا يتدخل للمؤاخذة على الخطأ إلا إذا كان سبب في الضرر[59].

فمن خلال دراستنا لعناصر المسؤولية نستطيع استخلاص أسباب طلب حكم بالتعويض ويمكن أن نحصرها في ثلاث حالات هي:

- عدم كفاية جزاء البطلان في تعويض مستهلك عما أحاطه من أضرار كأثر لإخلال المدين بهذا الالتزام عن أداء واجبه المتمثل في عدم إحاطة المستهلك بكل شروط العقد وتفصيلاته وخصائصه قبل وأثناء إبرام العقد.
- كما قد لا يتناسب جزاء البطلان مع اقتراف الدائن للخطأ، الأمر الذي ينبغي مواجهته بجزاء أشد.

[59] أحمد جمال خالد ،الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ،المرجع السابق ص 478-483.

– قد لا يتمكن المستهلك من طلب إبطال العقد أو يؤثر الإبقاء عليه رغم ما أصابه من أضرار. فالتعويض بالنسبة للمستهلك يعتبر جبرا للضرر الذي لحق به وهذا ما في المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي[60].

ولم يبدي القضاء الفرنسي مانعا من الحكم بالتعويض إلى جانب الحكم ببطلان العقد، وبالتالي يمكن أن يجمع الدائن بين دعوى الإبطال ودعوى التعويض[61].

كما يرى الفقه بأن البطلان كجزاء على عيوب الإرادة لا يمنع من اللجوء إلى طلب التعويض، فللضحية استبقاء العقد وعدم إبطاله مع التعويض. وتجدر الإشارة إلى أن ثمة رأيا في الفقه المصري يتعلق ببيع البائع لشيء معين بالذات مملوك لغيره دون أن يخطر المشتري بذلك، فالبائع يلتزم بإعلام المشتري قبل البيع بأنه يبيع مالا يملك، فإذا قام بأداء هذا الإلتزام لم يكن للمشتري من حق سوى طلب الإبطال، أما إذا لم يقم البائع بالإخطار فإنه يكون للمشتري الحق في طلب التعويض إلى جانب طلب الإبطال.[62]

المبحث الأول

الالتزام بضمان السلامة

يعتبر الالتزام بالسلامة من أهم الآليات الخاصة بحماية المستهلك بالنظر للحوادث والأضرار التي تسببها المنتجات والخدمات، لاسيما الخطرة منها، لذلك نلاحظ أن الالتزام بالسلامة يعد من الالتزامات الرئيسية في العلاقات التعاقدية التي تربط المحترفين بالمستهلكين،

---

[60] عمر محمد عبد الباقي خليفة ،الحماية العقدية للمستهلك،المرجع السابق ص 281.

[61] أحمد جمال خالد ،الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد ،المرجع السابق ص 486.

[62] عمر محمد عبد الباقي خليفة، الحماية العقدية للمستهلك، المرجع السابق ص 283.

والذي يقع ضمانه على عاتق المحترفين تجاه المستهلكين، حتى ولو لم ينص عليه صراحة في العقد.

إن هذا النوع من الالتزام لم ينص عليه المشرع مما يدفعنا إلى البحث في مفهومه والأساس الذي اعتمد عليه القضاء في تكريسه.

المطلب الأول

مفهوم الالتزام بضمان السلامة

الفرع الأول : تعريف الالتزام بضمان السلامة

لم تخرج فكرة الالتزام بالسلامة إلى النور إلا في نهاية القرن التاسع عشر على يد الفقيهين Sauzet و Sainctelette حين مناداتهما بوجوب تعويض العمال عن حوداث العمل دونما الحاجة إلى إثبات خطأ رب العمل، على أساس أن عقد العمل ينشئ في ذمة هذا الأخير التزاما بسلامة العمال.[63]

وعلى الرغم من أن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذا الرأي في بداية الأمر، إلا أنه في ظل تطور الظروف الاقتصادية وانتشار المنتجات الصناعية، عاد للأخذ به وطبق هذا الالتزام على كثير من العقود كان أولها عقد النقل الركاب ثم العقد الطبي تحديدا لدى جراح الأسنان لينتشر بعد ذلك في أغلب العقود، وبظهور العقود الاستهلاكية أصبح الالتزام بضمان السلامة دعامة أساسية حيث وفّر حماية إضافية لصالح المستهلك، أين يظهر هذا الأخير بمظهر الطرف الضعيف.[64]

يمكن تعريف الالتزام بضمان السلامة بما اختاره الدكتور محمد الصادق المهدي :

---

[63] – علي سيد حسن ، الالتزام في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990 ، ص 05.

[64] – تتعدد أسباب الضعف في العلاقة التعاقدية ، فقد يكون لأسباب ذاتية أو لأسباب معرفية وهي التي تنطبق على حالة المستهلك انظر في ذلك : معتز نزيه محمد الصادق المهدي، دار النهضة العربية، القاهرة 2009، ص ص 27 – 29.

" يقصد بضمان السلامة التزام أحد المتعاقدين تجاه الآخر بالمحافظة على سلامته الجسدية طوال فترة تنفيذه العقد، بل وبعد انتهائه في كثير من الأحوال، فإذا حدث وأن تعرض الدائن لأي ضرر جسدي التزام المدين بتعويضه عن هذا الضرر."

من خلال هذا التعريف نجد أن الالتزام بالسلامة هو التزام ممتد من فترة تنفيذه العقد إلى ما بعد انتهاء التنفيذ وذلك في حال قيام أي ضرر جسدي للدائن أحدثه المبيع.

بل لقد تطور نطاق الالتزام بالسلامة من خلال أحكام القضاء الفرنسي، حيث اعتبر هذا الأخير أن الالتزام بضمان السلامة التزام عام يمتد نطاقه ليشمل في ذات الوقت المتعاقدين وغير المتعاقدين[65] وهو ما يقودنا إلى أن الالتزام بالسلامة ينشئ مسؤولية عقدية وتقصيرية في ذات الوقت.

الفرع الثاني : شروط قيام الالتزام بضمان السلامة

تختلف العقود فيما بينها من حيث طبيعتها ومن حيث الالتزامات الملقاة على عاتق أطرافها، لذا فقد اتفق الفقه على ضرورة توافر شروط معينة للقول بوجود التزام بضمان السلامة، هذه الشروط يمكن استخلاصها فيما يلي:

أ : وجود خطر يهدد السلامة الجسدية

هناك العديد من العقود يقتضى تنفيذها تعرض أحد المتعاقدين لخطر يهدد سلامته الجسدية مثال ذلك عقد نقل الركاب، فالراكب أو المسافر طوال فترة تنفيذ العقد يكون معرضا لخطر مستمر يهدد سلامته الجسدية وذالك مهما اختلفت وسيلة النقل برا أو بحرا أو جوا.

وفي العقد الطبي يكون المريض معرضا أيضا للخطر أثناء إجراء العملية الجراحية، وهو ما ينطبق على النزيل في الفندق أثناء فترة إقامته. ففي كل تلك العقود، تؤدي طبيعة العقد إلى

---

[65] – حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000 ، ص 88.

وجود خطر مستمر يهدد سلامة أحد المتعاقدين، مما يستوجب القول بضرورة وجود التزام بضمان سلامة هذا المتعاقد، وضرورة اتخاذ كافة التدابير والاحتياطات لتحقيق هذه السلامة.

ب : خضوع أحد المتعاقدين في تنفيذ العقد للمتعاقد الأخر

وهو ما يعبر عنه الفقه بأن يسلم أحد طرفي العقد نفسه للآخر والأمثلة على ذالك كثيرة فالمريض في العقد الطبي، يخضع تماما للطبيب، ويترك له السيطرة الكاملة على جسده أثناء العملية الجراحية، والراكب أو المسافر في عقد النقل، يخضع تماما لوسيلة النقل طوال فترة العقد، والأشخاص أثناء ممارسة الألعاب الحديدية ـ الملاهي ـ لا يملكون مناقشة أو مراجعة المتعاقد الأخر بشأن إجراءات ومقتضيات الأمن والسلامة التي اتخذها لحمايتهم.

وتجدر الإشارة إلى أننا لو دققنا النظر في هذه الأمثلة السابقة سنجد أن أحد أطرافها دائما طرفا محترفا، يمتلك من الخبرة والدراية والمعرفة ما يفوق الطرف الأخر، والذي غالبا ما يكون في مركز أضعف من المتعاقد المحترف، فهو لا يملك مناقشة أي بند من بنود العقد أو مراجعته في الإجراءات التي اتخذها لضمان الأمن والسلامة أثناء تنفيذ هذا العقد.

لذا كان لابد من تقرير التزام بضمان سلامة هذا المتعاقد الضعيف لتحقيق نوع من التوازن العقدي بين أطراف العلاقة.

جـ : كون المدين بالالتزام بضمان السلامة متعاقدا محترفا

إن صفة الاحتراف بمفهومها وخصائصها السابق بيانها، هي جوهر الالتزام بضمان السلامة، فالخبرة والتخصص والدراية التي يكتسبها المحترف من اعتياد ممارسة نشاطه تستوجب عليه الالتزام بضمان سلامة المتعاقدين معه، خاصة إذا كانت طبيعة العقد تقتضي وجود خطر يهدد سلامة هؤلاء المتعاقدين الجسدية. ومن ناحية أخرى وحتى يتمكن أحد المتعاقدين من ضمان سلامة الأخر، يجب أن يكون مؤهلا لهذا الضمان، وهو ما لا يتحقق بدون توافر الخبرة و الدراية و العلم و المعرفة المتمثلين في صفة الاحتراف.

ويؤكد الفقه في هذا الصدد أن من يتعاقد مع الطرف آخر محترف إنما يترقب منه حرصا شديدا في التزاماته الناشئة عن العقد، إذ هو يوحى بثقة مشروعة كبيرة، لذا يكون بالأحرى مسئولا عن ضمان سلامة من يتعاقد معه لأنه مؤهل لذلك.

الفرع الثالث : أساس الالتزام بضمان السلامة :

اختلف الفقه في الأساس الذي يقوم عليه الالتزام بضمان السلامة و يمكن أن نلخص هذا الاختلاف في رأيين بارزين:

الرأي الأول : يرى فريق بين أصحاب هذا الرأي أن قرينة سوء النية التي أقامها المشرع على البائع الذي يعلم عيوب المبيع تعد كافية للتأسيس لمسؤولية المنتج أو المحترف عن الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه، حيث يفترض أن المحترف كصانع أو بائع لا يجهل عيوب الشيء الذي يصنعه أو يبيعه، ومن ثم تكون مساءلته بتطبيق أحكام المادة 1645 مدني فرنسي[66] والتي تقابلها المادة 148 من القانون المصري والمادة 379 من القانون المدني الجزائري والتي تقضي بالتزام البائع بتعويض المشتري عن جميع الأضرار التي تلحقه نتيجة العيب.

غير أن هذا الرأي يتعارض والقواعد العامة التي تجعل حسن النية هو الأصل.

فظهر فريق ثانٍ في هذا الرأي حاول أن يجد مخرجا من انتقادات الرأي السابق وذلك بالالتجاء إلى ما سمي بقرينة العلم بالعيب[67]، حيث تجنب أصحاب هذا الرأي وصف البائع بسوء النية .

وتعد هذه القرينة في جانب المحترف كافية لإقامة المسؤولية دون الحاجة للبحث في قرائن أخرى .

---

[66] –علي سيد حسن ، مرجع سابق ، ص 58.

[67] –المرجع نفسه ، ص 59.

وانبثق عن رأي الفريقين فريق ثالث حاول التوفيق بينهما حيث يفرق هذا الرأي بين الصانع ومجرد التاجر، فاعتبر قرينة العلم قاطعة بالنسبة للأول وبسيطة بالنسبة للثاني، لأن الصانع ملزم دائما بالتعويض عن الأضرار التي يسببها المبيع المعيب، فإن كان عالما بالعيب وجب عليه إعلام المشترى، فإذا لم يفعل التزم بالضمان، وإذا كان جاهلا بالعيب عد مهملا وتحمل المسؤولية نتيجة خطئه المهني، أما مجرد التاجر الوسيط فتخفف مسؤوليته لأنه تنقصه الخبرات الفنية.

الرأي الثاني : يقابل الآراء الثلاثة السابقة والتي في مجملها تمثل رأيا واحدا، رأيُ مخالف يعتبر التأسيس على سوء النية أو العلم بالعيب مغالطة مكشوفة لم ترد إلا في أحكام نادرة، أما غالبية الأحكام القضائية فقد أوجبت على البائع المحترف العلم بالعيب وألزمته بالتعويض بغض النظر عن جهله بالعيب أو استحالة كشفه أو ثبوت حسن النية، وبالتالي فقد أرسى القضاء الفرنسي قاعدة موضوعية تلزم البائع المحترف بتعويض الأضرار التي يحدثها المبيع، وذلك بالتوسع في تفسير النصوص القانونية، فأضاف التزاما – ربما لم يقصده المشرع – هو الالتزام بضمان السلامة تحقيقا لحماية أوسع للمستهلك.

المطلب الثاني

تطبيقات الالتزام بضمان السلامة

تتعدد وتتنوع العلاقات و الروابط العقدية التي يكون أحد أطرافها من المحترفين، وحيث أنه لا يتسع المجال لعرض تلك العلاقات والروابط على سبيل الحصر والتفصيل، فإننا سنتعرض في هذا المطلب لبعض الطوائف المحددة من المحترفين من حيث مدى التزامها بضمان السلامة وكذلك من حيث طبيعة ومضمون هذا الالتزام وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : الطبيب المحترف

يكاد يجمع الفقه على أن الطبيب بوصفه مهنيا محترفا يلتزم التزاما مشددا بضمان سلامة المريض، وهو في التزامه هذا لا يضمن فقد سلامة المريض أثناء العمليات الجراحية، وإنما في كافة مراحل عقد العلاج الطبي، والتي تبدأ بالفحوصات وإجراء التحاليل المختلفة، وما يستتبع ذلك من إعداد وتجهيز للعمليات الجراحية، كالتحذير، وعمليات نقل الدم، ثم العمليات الجراحية ذاتها، وما يستخدم فيها من أدوات وأجهزة معدة وصالحة ومطهرة، ثم يمتد الالتزام إلى ما بعد تلك المرحلة حتى تمام معالجة المريض والتأكد من سلامته.

فإذا انتقلنا إلى الطبيعة القانونية لالتزام الطبيب بضمان السلامة، وعلى الرغم من أن القاعدة العامة أن التزام الطبيب الناشئ عن العقد الطبي هو مجرد التزام يبذل العناية اللازمة واتخاذ التدابير والإجراءات المطلوبة لتحقيق الشفاء، بصرف النظر عن التحقق الفعلي للشفاء من عدمه، إلا أننا نجد شبه إجماع فقهي على أن التزام الطبيب بضمان سلامة المريض هو التزام بتحقيق نتيجة، وبالتالي فإن مسئولية الطبيب في هذه الحالة تقوم على الخطأ، ويبقى سبيله الوحيد لدفع تلك المسئولية هو إثبات تحقق السبب الأجنبي، كخطأ المضرور أو القوة القاهرة.

ولقد استجاب القضاء الفرنسي لهذا الاتجاه الفقهي، مقررا في أغلب أحكامه أنه على الرغم من كون التزام الطبيب ـ بصفة عامة ـ التزاما يبذل عناية، إلا أنه يعد ملتزما بتحقيق نتيجة مشددة، وهي ضمان سلامة المرضى، وهو ما ينطبق على استخدامه للأجهزة والمعدات والأدوات الطبية، وكذلك على المستشفيات والمؤسسات العلاجية عند استخدامها للعقاقير والأدوية التي قدمتها، وهو ما طبقه القضاء الفرنسي أيضا على كل ما يتعلق بعلاج جراحة الأسنان

الفرع الثاني : صاحب المطعم والفندقي

لم يقم المشرع بتنظيم التزام صاحب المطعم أو الفندق بضمان سلامة الرواد و النزلاء، وذلك على عكس مسلكه تجاه مسئولية أصحاب الفنادق والخانات عن حفظ ودائع وأموال النزلاء، والتي أولاها عناية خاصة في المواد1952 وما بعدها في القانون المدني الفرنسي.

وهنا يثور تساؤل هام حول مدى التزام صاحب المطعم وكذلك الفندقي ـ باعتبارهما متعاقدين محترفين ـ بضمان سلامة رواد المطعم ونزلاء الفندق، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، حول طبيعة ونطاق هذا الالتزام أن وجد.

فبالنسبة للفندقي، يمكن القول أن هناك اجتماع فقهي على أنه ملتزم التزاما لا جدال فيه بضمان السلامة الجسدية للنزلاء، وذلك طوال فترة إقامتهم في الفندق.

وهو ما أكده أيضا القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، حيث أكدت محكمة استئناف Lyon في أحد أحكامها القديمة أنه " على الفندقي أن يسهر على سلامة وأمن النزلاء"، كما أكدت المحكمة كذلك أن التزام الفندقي بضمان السلامة يعتبر من التزاماته الرئيسية تجاه النزلاء الذين ائتمنوه على أنفسهم.

ويعتبر هذا الاتجاه الفقهي والقضائي منطقيا، ذلك أننا لو تأملنا شروط قيام الالتزام بضمان السلامة ـ والتي سبق عرضها في المطلب الأول ـ سنجد أنها متوفرة كلها في عقد الفندقة، فالشرط الأول الخاص بوجود خطر يهدد سلامة أحد طرفي العقد متوفر في هذا العقد، فالنزيل في الفندق طوال فترة إقامته معرض لخطر دائم ومستمر، فهو يستخدم الأجهزة الموجودة في الغرفة، كما أنه يتجول في جميع أنحاء الفندق مستخدما المصاعد أو السلالم،

فضلا عن ذالك فهو قد يستخدم وسائل الترفيه ويمارس الألعاب الرياضية وينزل حمامات السباحة في الفندق، فمن الواضح كم الخطر الذي قد يتعرض له عند ممارسة كل تلك الأنشطة. كذلك فإن شرط خضوع أحد المتعاقدين للمتعاقد الأخر متوفر أيضا في عقد الفندقة، فالنزيل وهو الطرف الضعيف في العقد، يعتبر خاضعا للفندقي وخاصة فيما يتعلق بإجراءات الأمن

والسلامة داخل الفندق، كحالة الأجهزة، والمعدات، والمصاعد، وحمامات السباحة، وأماكن الترفيه المختلفة، فالنزيل لا يملك مراجعة الفندقي ومناقشته في الوسائل التي اتخذها لضمان سلامته.

وأخيرا فإن الشرط الثالث المتعلق بكون أحد المتعاقدين محترفا، يعتبر متوفرا أيضا في عقد الفندقة، فالفندقي يحترف نشاط توفير الإقامة للنزلاء، كما يحترف تقديما الخدمات ووسائل الترفيه، وبالتالي فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط وهو ضمان سلامة النزلاء طوال فترة إقامتهم داخل الفندق.

ومن ناحية أخرى، فإن التزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء يعد من أهم مستلزمات عقد الفندقة، وذلك تطبيقا لنص 1135 من القانون المدني الفرنسي والتي أشارت إلى أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، وإنما يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، فإذا نظرنا إلى عقد الفندقة سنجد أن قواعد العرف والعدالة تقضي بان الطرف الضعيف في العقد، والذي يتعرض لخطر يهدد سلامته طوال فترة العقد المبرم مع طرف مهني محترف، يستحق الحماية، وهذه الحماية تكون بقيام الطرف المحترف بضمان سلامته، فإذا حدث وأن تعرض لآي ضرر التزم هذا الأخير بتعويضه.

أما بالنسبة لصاحب المطعم المحترف، فقد أكد الفقه والقضاء الفرنسي أنه يلتزم بضمان سلامة رواد المطعم وبصفة خاصة بالنسبة لما يقدمهم لهم من مأكولات ومشروبات، وشدد القضاء على التزام صاحب المطعم في تلك الحالة، مؤكدا أن التزامه بضمان السلامة هو التزام بتحقيق نتيجة.

أما إذا انتقلنا إلى الطبيعة القانونية لالتزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء، سنجد أن هذا الأمر قد أثار جدلا وخلافا شديدا في أوساط الفقه والقضاء، حيث تكمن أهمية تحديد الطبيعة القانونية لالتزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء في النتائج التي ستترتب على ذلك، فلو قلنا باعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، سيؤدي ذلك إلى اعتبار سلامة النزلاء هي غاية الالتزام، فإن

تعرض أي نزيل لضرر، لن يحتاج إلى إثبات الخطأ في مواجهة الفندقي، بل يكفيه إثبات وقوع هذا الضرر حتى تقوم مسئولية الفندقي والتي لن يستطيع دفعها إلا بإثبات السبب الأجنبي.

أما إذا اعتبرنا التزام الفندقي بالسلامة التزاما ببذل عناية، فحتى تقوم مسئوليته عن أي ضرر يحدث للنزيل، يجب على هذا الأخير إثبات الخطأ في جانب الفندقي والذي يستطيع دفع تلك المسئولية بإثبات أنه لم يقصر في اتخاذ إجراءات الحرص والأمن والحذر وأن الضرر الذي وقع تسبب فيه النزيل نفسه.

ولقد اختلف الفقه والقضاء حول تحديد الطبيعة القانونية لالتزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء في الفندق، في ثلاثة اتجاهات على ما يلي:

الاتجاه الأول : أن التزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء هو التزام بنتيجة، فوفقا لهذا الاتجاه يلتزم الفندقي بالمحافظة على سلامة النزيل طوال فترة إقامته وتواجده داخل الفندق إلى أن يخرج منه سليما معافى، فإذا حدث وأن تعرض النزيل لأي ضرر أثناء وجوده في الفندق قامت مسئولية الفندقي دون حاجة لإثبات أي خطأ في جانبه، ولن يستطيع دفع تلك المسئولية إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى وقوع الضرر.

وعلى الرغم من أن هذا الاتجاه ليس سائدا في الفقه أو القضاء في فرنسا، إلا أن ذلك لم يمنع البعض من القول بأن التزام صاحب الفندق بضمان سلامة النزلاء هو التزام بتحقيق نتيجة، وهو ما أكده القضاء الفرنسي كذلك في بعض أحكامه.

الاتجاه الثاني : ذهب إلى أن التزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء هو التزام ببذل عناية، وهو الاتجاه السائد في الفقه الفرنسي، فالفندقي لا يتعهد بخروج النزيل نمن الفندق بعد انتهاء مدة إقامته سليما معافى، لكنه يلتزم فقط بإتباع قواعد وإجراءات الحيطة والحذر التي تمليها سلامة النزلاء وذلك فيما يتعلق بالأجهزة والأدوات الموجودة في الغرف، وكذالك فيما يتعلق بالأماكن التي يرتادونها داخل الفندق كالمصاعد والسلالم وحمامات السباحة وغير ذلك، فهي يجب أن تكون آمنة تماما، بحيث لا تشكل أي خطر على سلامتهم، فإذا حدث وتعرض أحدهم لأي ضرر، التزم بإثبات الخطأ في مواجهة الفندقي.

ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه في واحد من أحكامها الشهيرة، ففي قضية تدور وقائعها حول تعرض أحد العملاء للانزلاق على درجات السلم، قررت محكمة النقض صراحة بأن صاحب الفندق ليس ملتزما بضمان خروج العميل من منشأته سليما معافى، ولكنه ملتزم بإتباع قواعد وإجراءات الحيطة والحذر، وذلك في تنظيمه وإدارته لهذه المنشأة التي يستغلها، وبالتالي قررت المحكمة عدم مسئولية صاحب المطعم أو الفندق عن الأضرار التي تسببت للعميل نتيجة انزلاقه على درجات السلم، لعدم ثبوت أي خطأ في جانبه.

الاتجاه الثالث : جمع بين الاتجاهين السابقين، وهو يقوم على التفرقة بين فرضين :

<u>الفرض الأول</u> : أن يصاب النزيل بالضرر وهو في وضع الحركة داخل أرجاء الفندق، كأن ينزلق على درجات السلم فيتعرض للإصابة، أو يتعرض للغرق أثناء وجوده في حمام السباحة، أو أثناء ممارس الرياضة يتعرض لكسر في ساقه، ففي جميع تلك الأحوال يكون الفندقي ملتزما بمجرد بذل عناية، وبالتالي حتى تقوم مسئوليته يجب على النزيل المضرور أن يتثبت خطأه، وللفندقي إذا أراد دفع تلك المسئولية أن يثبت أنه اتخذ كافة إجراءات الحيطة والأمان لمنع وقوع أي ضرر للنزلاء.

<u>الفرض الثاني :</u> فهو أن يصاب النزيل بالضرر وهو في وضع السكون، كأن يكون جالسا في غرفته فتسقط عليه الخزانة (الدولاب) أو يدخل عليه شخص أخر فيقتله، ففي تلك الأحوال يعتبر الفندقي ملتزما بتحقيق نتيجة وهي ضمان سلامة النزيل، وبالتالي متى وقع الضرر قامت مسئوليته المفترضة والتي لن يستطيع دفعها إلى بإثبات السبب الأجنبي.

والحكمة من هذه التفرقة أن النزيل وهو في حالة حركة قد يساهم بفعله في تحقيق الضرر، كأن ينزل درجات السلم بإهمال ورعونة وعدم حرص فينزلق ويصاب، فكيف تقوم مسئولية الفندقي عن مثل هذا الضرر دون صدور خطأ من جانبه، لذا يلزم في مثل هذه الأحوال إثبات قيام الخطأ حتى يمكن مسائلته.

ولقد سار القضاء الفرنسي وفقا لهذا الاتجاه في العديد من الأحكام، بل أن هناك جانبا من الفقه والقضاء طبق هذه التفرقة على صاحب المطعم تجاه العميل في عقد الإطعام، فإذا كان العميل في المطعم في وضع حركة إيجابية، كان صاحب المطعم ملتزما تجاهه فقط يبذل عناية، أما إذا كان في وضع سكون سلبي فيصبح التزام صاحب المطعم بالسلامة التزاما بتحقيق نتيجة.

وأخيرا الراجح أن التزام الفندقي بضمان سلامة النزلاء هو في مرتبة وسط بين بذل العناية وتحقيق النتيجة، بمعنى أخر يمكن القول باعتباره التزاما يبذل عناية مشددة أو التزاما بتحقيق نتيجة مخففة، فهو صورة وسط بين الالتزام التقليدي بعناية والالتزام بنتيجة.

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي أن النزيل الذي يصيبه ضرر يكفيه إثبات أي خطأ يسير في حق الفندقي حتى تقوم مسئولية هذا الأخير، إذ أنه في مواجهة النزيل يعتبر ملتزما بعناية مشددة وباتخاذ كافة تدابير الأمن والسلامة غير العادية. كما أنه في نفس الوقت سيكون بإمكان صاحب الفندق التخلص من تلك المسئولية إذا اثبت أن الضرر قد وقع
بسبب خطأ النزيل نفسه أو لسبب أجنبي ليس له يد فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة.

ومن ناحية أخرى فإن هذا الرأي يحقق التوازن العقدي بين الأطراف، فهو يجعل عبء إثبات الخطأ على النزيل، ولكنه خطأ يسير يمكن إثباته بسهولة، وفي نفس الوقت يتيح للفندقي مكنة دفع المسئولية بإثبات السبب الأجنبي أو خطأ المضرور أو غير ذلك.

ولقد أخذ بهذا الاتجاه حديثا جانب من الفقه والقضاء الفرنسي الذي شدد على أصحاب الفنادق باعتبارهم من المحترفين، فهو القي بعبء الإثبات على النزيل، ولكنه في نفس الوقت يكتفي بإثبات أي خطأ ولو كان يسيرا حتى يقيم مسئولية صاحب الفندق عن إخلاله بالالتزام بضمان السلامة.

الفرع الثالث : الناقل المحترف

يمكن القول أن نشأة مبدأ "ضمان السلامة" كانت على يد القضاء الفرنسي وتحديدا منذ

عام1911 في حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية، ألزم من خلاله الناقل بتوصيل المسافر إلى جهة الوصول " سليما معافى" Sain et Sauf.

ولقد تواترت أحكام القضاء الفرنسي بعد ذلك ـ يؤيدها الفقه ـ على إعمال هذا المبدأ، مقررة أن الناقل ملتزم التزام بتحقيق نتيجة، هو ضمان سلامة الراكب أو المسافر حتى وصوله سليما معافى، باعتبار ذلك من مستلزمات عقد النقل.

والحديث عن التزام الناقل بضمان السلامة باعتباره مستلزمات عقد النقل، قد أثار أمرين في غاية الأهمية :

الأول : هو موقف الركاب غير الشرعيين، أو بمعنى أخر الركاب الذين لا يحملون تذكرة السفر، ولقد كان موقف الفقه والقضاء صريحا ومحددا تجاه هؤلاء، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية عدم التزام الناقل بضمان سلامة الراكب غير الشرعي الذي لا يحمل تذكرة، وذلك باعتبارها وسيلة إثبات انعقاد عقد النقل، والذي من مستلزماته ضمان الناقل لسلامة الركاب. والظاهر مع ذلك أن الراكب في هذه الحالة وإن كان لا يستطيع الرجوع على الناقل وفقا لأحكام المسئولية العقدية والاستفادة من أحكام ضمان السلامة القائمة على المسئولية المفترضة، إلا أنه مازال أمامه الرجوع على الناقل وفقا لأحكام المسئولية التقصيرية، مع ملاحظة ضرورة إثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية لاستحقاق التعويض.

الثاني : يتعلق بالنطاق الزمني والمكاني لسريان عقد النقل، والذي يظل الناقل خلاله ملتزما بضمان سلامة الركاب التزاما مشددا بتحقيق نتيجة، والواقع أن القضاء اتجه في بادئ الأمر اتجاها موسعا في هذا الشأن، حيث قرر أن التزام الناقل بضمان السلامة يبدأ منذ تواجد المسافر داخل نطاق محطة القطار أو وسيلة النقل، وينتهي بمغادرته سليما معافى لمحطة الوصول، إلا أن محكمة النقض الفرنسية عدلت عن اتجاهها السابق وضيقت من نطاق التزام بالسلامة حين قررت أنه يبدأ منذ صعود الراكب على متن وسيلة المواصلات وينتهي بنزوله منها، ومع ذلك أضاقت محكمة النقض أن العقد في المرحلة السابقة على صعود الراكب لوسيلة النقل يكون قد تم إبرامه، ولكن لم يبدأ نفاذه بعد، لذلك فالناقل في

المرحلة السابقة على النقل و المرحلة التالية للوصول يكون فقط ملتزما التزاما يبذل عناية، وتخضع مسئوليته في هاتين المرحلتين لأحكام وقواعد المسئولية التقصيرية.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية في أحدث أحكامها بأن الناقل ملتزما التزاما بتحقيق نتيجة هي ضمان سلامة الركاب، ولا يمكن دفع المسئولية الناشئة عن الإخلال بهذا الالتزام إلا بإثبات السبب الأجنبي، وكانت وقائع النزاع تدور حول تعرض سيدة للسقوط أثناء محاولتها صعود القطار أثناء بدء تحركه، مما ترتب عليه كسر ساقها. رفعت السيدة دعوى التعويض على هيئة السكك الحديدية الفرنسية، ودفعت الهيئة الدعوى بأن السيدة قد خالفت أحكام القرار الصادر في22 مارس 1942 الخاص بلوائح السكك الحديدية بصعودها القطار أثناء تحركه، إلا أن محكمة النقض رفضت هذا الدفع مؤكدة أن هذا الفعل الصادر من السيدة لا يعد سببا أجنبيا أو قوة قاهرة تعفي الناقل من مسئوليته بتحقيق نتيجة وهي ضمان سلامة الركاب، خاصة في ظل عدم وجود أنظمة للأمان والسلامة تؤدي إلى غلق أبواب القطار فور تحركه، وتمنع أية محاولات للصعود، وقررت المحكمة قبول الطعن المقدم من السيدة في حكم الاستئناف الصادر من محكمة Aix En Provence وإحالة الدعوى مرة أخرى إلى محكمة الاستئناف.

المبحث الثاني

مكافحة الشروط الشروط التعسفية

إستحدثت مختلف النظم القانونية حماية خاصة من الشروط التعسفية، كأداة لتحقيق التوازن العقدي بين أطراف العقد، وعليه نتطرق الى الرقابة على الشروط التعسفية، والتى تتلخص في أساليب تعداد الشروط التعسفية (المطلب الأول) . فيما نتناول مواجهة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية (المطلب الثاني)

المطلب الاول

الرقابة على الشروط التعسفية (تحديد الشروط التعسفية)

تتعدد أوجه الرقابة على الشروط التعسفية بين أسلوب تشريعي، يتمثل في نظام القوائم (الفرع الأول) . وأسلوب إداري يتمحور في التوصيات التى تصدرها لجان الشروط التعسفية (الفرع الثاني). أما الأسلوب القضائي يتلخص في دور القاضي في تحديد هذه الشروط (الفرع الثالث).

الفرع الأول : الاسلوب التشريعي (نظام القوائم)

كان أول ظهور للأسلوب كآلية للرقابة علة الشروط التعسفية في ألمانيا من خلال قانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود سنة 1976، تبعه بعد ذلك المشرع الفرنسي، حيث أصدر في 10 جانفي 1978 ما سميّ بقانون scrivner. أغلب التشريعات الأخرى كانت متأثرة بهاتين التجربتين، لاسيما في مصر والجزائر.

أ – في التشريع الألماني

كرّس المشرع الالماني فكرة الرقابة على العقد من خلال إقراره لقانون 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، الذي يعد أول تشريع أوربي يتطرق لموضوع مكافحة الشروط التعسفية، وإن قصر الحماية على عقود الاذعان دون عقود المفاوضة. وقد وضع هذا القانون قيدا للاعتراف بالشروط المقترنة بالعقود، هو أن يعلم المستهلك بها فعليا[68]، وتغليبا لمصلحة الطرف الضعيف في العقد جعل المحترف يتحمّل تبعات تفسير العبارات الغامضة[69]، كونها

[68]- المادة 02 من القانون الألماني الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 ، المتعلق بالشروط العامة العقد .

[69] - L'article 5 : « En cas de doute sur l'interprétation des conditions générales des contrats, il convient de faire prévaloir l'interprétation la plus défavorable à l'utilisateur

صادرة عنه. علاوة على تفضيل ما اتفق بشأنه من الشروط الخاصة على الشروط العامة للعقد بمقتضى هذا القانون[70]، التي تفقد كل دور لها في مقابل ما اتفق عليه الاطراف من شروط.[71]

هذا وقد قسم المشرع الالماني الشروط التعسفية إلى قائمة سوداء من الشروط ليست مجالا للاجتهاد بشأنها، جعل جزاء لها البطلان بقوة القانون، فبالرجوع للمادة 10 من قانون 76 فقد شملت القائمة السوداء ثمانية أصناف أبرزها :

- إطالة آجال التسليم أو تنفيذ التزام المحترف.
- النص على أجل إضافي طويل لتنفيذ التزامه.
- الحق في إبطال العقد دون أساس مادي مبرر، ودون قبول المستهلك لذلك.
- الحق في تعديل العقد دون مبرر ودون قبول المستهلك.
- الحق في المطالبة بتعويضات مبالغ فيها في حالة مطالبة المستهلك إبطال العقد أو فسخه
- الحق في اختيار القانون الاجنبي الواجب التطبيق دون وجود مصلحة مشروعة.
- الحق في اختيار القانون الوطني الساري المفعول دون وجود مصلحة مشروعة.[72]

أما القائمة الرمادية فقد أجاز للقضاء سلطة استبعادها إذا كانت تتلائم مع بعض معايير التعسف التى حددها، وأهمها مخالفة مبدأ حسن النية، فوفق المادة 11 من قانون 76 فقد شملت القائمة الرمادية عشرة أصناف من الشروط التعسفية أبرزها ماتعلق بـ :

- حق المحترف في رفع أسعار المنتجات والخدمات التى لم تسلم، أو يوفي ثمنها في خلال مدة اربعة اشهر.
- إستبعاد أو تحديد حق المستهلك في رفض المنتوج أو الخدمة.
- الحق في استبعاد أو تحديد الحق في الحبس.

---

[70]-المادتين 04 من نفس القانون.

[71] - H. W. Micklitz, La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats du 9 décembre 1976. Bilan de onze années d'application In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 41 N°1, Janvier-mars 1989. p. 108.

[72]-المادة 10 من نفس القانون.

- حرمان المستهلك من خيار اللجوء الى المقاصة في دين له علي المحترف خالي من النزاع أو ثابت في سند نهائي.
- الاعفاء الكلي أو الجزئي للمحترف من المسؤولية في حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمدي أو الاهمال الجسيم الصادر من نائبه أو تابعيه.
- أستبعاد أو تحديد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخير.

أما خيار الفسخ أو انقاص السعر فقد استبعده قانون 76 إذا اقترن بشرط الملتزم به المحترف لتصليح الشيئ المعيب، أو في حالة الربط بين تصليح الشيئ المعيب وتسليم الثمن المتفق عليه أو جزء منه[73].

ب – التشريع الفرنسي

تدرج التشريع الفرنسي على مراحل في مكافحة الشروط التعسفية، بداية من القانون الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية والمعروف بقانون "scrivener"، في حين تمم بقانون 05 جانفي 1988 الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية، وبعد خمس سنوات من ذلك، صدر قانون 93 والذي جمع بين القانونين السابقين في قانون واحد والمعروف بقانون الاستهلاك، فيما أضاف المشرع الفرنسي ملحقا بقانون الاستهلاك سنة 95 يتضمن قائمة بيانية وغير حصرية لشروط يمكن اعتبارها تعسفية.

1 – تحديد الشروط التعسفية بموجب مرسوم

تناول المشرع الفرنسي وفق المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 الخاص بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، والمادة 132 –1 من تقنين الاستهلاك لسنة 1993، الشروط التعسفية بكونها الشروط التى تفرض على المستهلكين أوغير المهنيين من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي من جانب المهني، ومن خلال الميزة الفاحشة التى

[73]- د.محمد بودالي، الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا والمانيا ومصر، دار هومه، الجزائر، 2007، ص 21.

يحصل عليها المهني كنتيجة طبيعية لاستخدامه التفوق الاقتصادي، فيفرض الشروط التعسفية على غير المهني أو المستهلك[74] .

وقد اوردت المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 تعداد من الشروط التى تعتبر تعسفية، ويلاحظ أن هذه القائمة تشمل شروط تتعلق بـ

- شروط تكوين العقد وتعيين الثمن وقابليته للتعيين.
- شروط تنفيذ العقد وتسليم الشيئ المبيع
- شروط لفسخ وانفساخ وتجديد العقد.
- شروط خاصة بالمسؤولية وبتحمل المخاطر وضمانات عقد البيع.[75]

وقد اتفق الفقه الفرنسي على أن القائمة المشار اليها في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 وردت على سبيل الحصر وليست على سبيل المثال، بهدف مقاومة شروط تعسفية معينة، وليس لضمان التعادل الكلي بين الآداء والثمن.[76]

كما تبيّن المادة 35 بأن الشروط التعسفية تطبق على جميع العقود أيا كان شكلها أو سندها، على خلاف ماذهب إليه التشريع الالماني المتعلق بالشروط العامة للعقود الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976، والذي قصر الحماية على عقود الاذعان.

هذا ولم تصدر الحكومة الفرنسية إلا مرسوما واحدا تطبيقا للمادة 35، ويتعلق الامر بمرسوم 24 مارس 1978 الذي نص على ثلاثة شروط تعسفية.

- منع الشروط التى تنص على إذعان المستهلك لإشتراطات تعاقدية مثل اللائحة، أو الشروط العامة للبيع وغيرها، والتى لاتظهر على الوثيقة التي يوقعها.
- منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته، كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي الى إعفاء المحترف من

---

[74] - عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996، ص102.

[75] - المادة 35 من القانون الفرنسي 10 جانفي 978 ، المتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات .

[76] - عاطف عبد الحميد، مرجع سابق، ص 89.

المسؤولية عن التأخير في التسليم، ويقتصر المنع على الشروط الواردة في عقد البيع فقط دون عقود أداء الخدمات.

- منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق تعديل من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها [77].

غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد ألغى النوع الاول الوارد في المادة الاولى من مرسوم 24 مارس 1978 على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لاتظهر على الوثيقة التى يوقعها .

2 - تحديد الشروط التعسفية عن طريق قائمة ملحقة بقانون الاستهلاك

تنص المادة 132-01 من قانون المستهلك الفرنسي لسنة 1993 على سبعة عشر نوع من الشروط التعسفية، وهي قائمة استرشادية وليست حصرية مستوحاة من التعليمة الاوربية لسنة 1993.

والملاحظ أن الملحق يفتقر للقوة الالزامية التى تتميز بها المراسيم، كما أن المشرع الفرنسي لم يعفى المستهلك "المدعي" من تقديم الدليل على الطابع التعسفي للشرط المتضرر منه [78]، ومن أبرز مانصت عليه المادة 132-01 من قانون الاستهلاك :

- إستبعاد أو تحديد مسؤولية المهني في حالة وفاة المستهلك أو إصابته باضرار جسدية بسبب فعل أو إهمال من المهني.
- إستبعاد أو تحديد الحقوق القانونية للمستهلك بطريقة غير مقبولة لصالح المهني في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ المعيب من جانب المهني لأحد التزاماته التعاقدية.
- إجازة المحترف لانهاء العقد بصفة تقديرية وعدم الاعتراف بنفس الحق للمستهلك.
- منح المحترف حق تحديد ما إذا كان الشيئ أو الخدمة المقدمة تتطابق وشروط العقد.

---

[77]- المادة الاولى من المرسوم الفرنسي 24 مارس 1978

[78]- أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 76.

- إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته في وقت لم ينفذ المحترف التزاماته.
- إستبعاد أو عرقلة ممارسة المستهلك للدعاوى القضائية وطرق الطعن.
- الشرط الذي يفرض على المستهلك عند عدم تنفيذ التزامه دفع مبلغ نقدي مبالغ فيه بدرجة كبيرة.
- الشرط الذي يسمح للمحترف أن يعدل بإرادته المنفردة عبارات العقد دون سبب وجيه ومذكور في العقد.
- الشرط الذي يلزم المستهلك بقبول شرط التحكيم كبديل لتسوية النزاعات بواسطة القضاء[79].

ما يمكن استخلاصه أن المشرع الفرنسي تأثر بالنموذج الألماني، فقد جمع بين طريقتين في تحديد الشروط التعسفية، شروط محددة على سبيل الحصر ويعتبرها تعسفية، وفق مانص عليه في المادة 35 من قانون 10جانفي 1978، وشروط وردت على سبيل المثال يرى أنها إذا ظهرت في العقد يمكن أن تعتبر تعسفية، ويترك سلطة تقدير هذه الشروط لقاضي الموضوع وفق ماجاء به في نص المادة 132-01 من قانون الاستهلاك.

جـ - التشريع المصري

لم يرد في القانون المدني المصري أو قانون حماية المستهلك الصادر سنة 2006 أي شروط اعتبرها تعسفية، ولعل السبب في ذلك أنه لم يتم تقنين لموضوع الشروط التعسفية في العقود في التنظيم التشريعي المصري[80]، إلا أنه ورد في المادة 75 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، قائمة لشروط وردت على سبيل المثال، يمكن أن تكون تعسفية، غير أنها خاصة فقط بعقود نقل التكنولوجيا، وبالتالي فإن القاضي غير ملزم بالحكم ببطلانها، كما أنه يستطيع

[79] -الفقرة 03 من المادة 132-01 من القانون الاستهلاك الفرنسي.

[80] -د.ايمن سعد سليم ، المرجع السابق ، ص80.

أن يحكم بأن شرطا غير الشروط المذكورة في المادة 75 باطل، والبطلان الوارد في هذه المادة بطلان نسبي وليس مطلقا.

هذا وتتعلق الشروط الواردة في م 75 من قانون التجارة المذكور، بالزام المستورد بأمر :

- قبول التحسينات التي يدخلها المورد على التكنولوجيا وآداء قيمتها.
- حظر إدخال تحسينات أو تعديلات على التكنولوجيا لتلائم الظروف المحلية أو ظروف منشأة المستورد وكذلك حظر الحصول على تكنولوجيا أخرى مماثلة أو منافسة للتكنولوجيا محل العقد.
- إستعمال علامات تجارية معينة لتمييز السلع التى استخدمت التكنولوجيا في إنتاجها.
- تقييد حجم الانتاج أو ثمنه أو كيفية توزيعه أو تصديره.
- إشتراك المورد في إدارة منشأة المستورد أو تدخله في اختيار العاملين الدائمين بها.
- شراء المواد الخام أو المعدات أو الآلات أو الأجهزة أو قطع الغيار لتشغيل التكنولوجيا من المورد وحده أو من المنشآت التى يعينها دون غيرها.
- قصر بيع الانتاج، أو التوكيل في بيعه على مورد ما، أو الاشخاص الذين يعينهم، وذلك كله ما لم يكن أي من هذه الشروط، قد وردت في عقد نقل التكنولوجيا بقصد حماية مستهلكي المنتج، أو رعاية مصلحة جدية ومشروعة لمورد التكنولوجيا[81].

د – التشريع الجزائري

نتطرق للتشريع الجزائري من خلال عنصرين، وفق ما نصت عليه المادة 29 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، المعدّل والمتمّم، ووفق المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 06–306 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكيين، المعدّل والمتمّم.

[81] - المادة 75 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

1 – تحديد الشروط التعسفية وفق قانون 02/04 المعدّل والمتمّم

تضمن قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، البنود والشروط التعسفية في العقود بين المستهلك والمحترف، فوفق ماتناولته المادة 03 منه فقد عرف المشرع الشرط التعسفي على غرار القانون الفرنسي، مما أسهم في تيسير التعرف على عناصر الشرط التعسفي وهي[82] :

– أن يوجد عقد يكون محله بيع سلعة او تأدية خدمة مع ملاحظة خصوصية تطبيق نصوص قانون 02/04 على عقود الاذعان فقط دون عقود المساومة أو المفاوضة.

– أن يكون العقد مكتوبا.

– أن يكون أحد طرفي العقد مستهلكا أو عونا اقتصاديا.

– أن يؤدي الشرط أو البند الوارد في عقد الاذعان إلى الاخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق والتزامات اطراف العقد.

هذا وقد تأثر المشرع الجزائري بالقانون الألماني والفرنسي في إيراد قائمة محددة بشروط تعسفية أوردها على سبيل المثال لا الحصر، وهذا وفق ماتناولته المادة 29 من قانون 02/04 والتى اعتبرت البنود التالية شروطا تعسفية :

– أخذ الحقوق و/أو امتيازات لاتقابلها حقوق و/أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك.

– فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين يتعاقد المهني بشروط يحققها متى اراد.

– إمتلاك حق تعديل عناصر العقد الاساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

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

– إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

---

[82] - في ذلك بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري، مرجع سابق ص 80.

– رفض حق المستهلك في فسخ العقد أذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

– التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة.

– تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة.[83]

الملاحظ أنه بالرغم من تقدم المشرع الجزائري في النص على الشروط التعسفية في العقود، ونصه على عقوبات جزائية في هذا الصدد من خلال المادة 38 من قانون 04-02، إلا أنه تجاهل النص على الجزاء المدني الذي يطال هذه الشروط في حالة ثبوت تعسفها، فلم ينص على خلاف القوانين المقارنة على بطلان الشروط التعسفية واعتبارها كأن لم تكن مع بقاء العقد صحيحا، بل ترك الامر مبهما أمام سلطة القاضي.

2 – تحديد الشروط التعسفية وفق المرسوم التنفيذي 06-306

تماشيا مع نص المادة 30 من قانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، والتى تنص على تحديد العناصر الاساسية للعقود عن طريق التنظيم، فقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 306/06 بتاريخ 10سبتمبر 2006 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكيين، وبالرجوع للمادة 05 منه اعتبرت البنود التى يقوم من خلالها العون الاقتصادي شرطا تعسفيا في الحالات :

– تقليص العناصر الاساسية للعقود لاسيما كيفيات الدفع، الاسعار والتعريفات، شروط التسليم وآجاله، عقوبات التأخير عن الدفع و/أو التسليم، كيفيات الضمان ومطابقة السلع و/أو الخدمات، خصوصيات السلع و/أو الخدمات وطبيعتها، شروط تعديل البنود التعاقدية، شروط تسوية النزاعات، إجراءات فسخ العقد.

– الاحتفاظ بحق تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك.

– عدم السماح للمستهلك في حالة القوة القاهرة بفسخ العقد إلا مقابل دفع تعويض.

---

[83] -المادة 29 من القانون الجزائري رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

– التخلي عن مسؤوليته بصفة منفردة بدون تعويض المستهلك في حالة عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي أو التنفيذ غير الصحيح لواجباته.

–النص في حالة الخلاف مع المستهلك على تخلي هذا الاخير عن اللجوء الى اية وسيلة طعن ضده.

– فرض بنود لم يكن المستهلك على علم بها قبل إبرام العقد.

– الاحتفاظ بالمبالغ المدفوعة من طرف المستهلك في حالة ما إذا امتنع هذا الاخير عن تنفيذ العقد، أو قام بفسخه بنفسه دون إعطائه الحق في التعويض في حالة ما إذا تخلى العون الاقتصادي هو بنفسه عن تنفيذ العقد أو قام بفسخه.

– تحديد مبلغ التعويض الواجب دفعه من طرف المستهلك الذي لايقوم بتنفيذ واجباته، دون أن يحدد مقابل ذلك تعويضا يدفعه العون الاقتصادي الذي لايقوم بتنفيذ واجباته.

– فرض واجبات إضافية غير مبررة على المستهلك.

– الاحتفاظ بحق إجبار المستهلك على تعويض المصاريف والاتعاب المستحقة بغرض التنفيذ الجبري للعقد دون أن يمنحه نفس الحق.

– إعفاء نفسه من الواجبات المترتبة عن ممارسة نشاطه.

– تحميل المستهلك عبء الواجبات التى تعتبر من مسؤوليته[84].

من خلال استقراء المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 نجد أن الحالات المعتبرة تعسفا كانت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال، وأن قصر ذلك في عقود الاذعان وفق ماورد في الفقرة 02 من المادة الاولى، حيث عرف العقد في مفهوم مرسوم 306/06، بأنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف الى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لايمكن لهذا الاخير إحداث تغيير حقيقي فيه[85].

---

[84] -المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 الصادر في 10سبتمبر 2006 ، المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكيين .

[85]- الفقرة 02 من المادة الاولى من المرسوم التنفيذي رقم 306/06 .

الفرع الثاني : الاسلوب الاداري (تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة)

الأسلوب الثاني الذي يمكن أن يحدد الشروط التعسفية هي اللجان المتخصصة التي تنشأ بقانون، ويكون من مهامها إصدار توصيات تحدد فيها الشروط التي يجوز أن تكون تعسفية، وفي هذا المجال سنتطرق لتكوين اللجان المتخصصة ومهامها ومدى إلزامية قراراتها في فرنسا والجزائر، أما في مصر فانها لم تستحدث بعد مثل هذه اللجان.

أ – التجربة الفرنسية

أنشئ قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات، لجنة الشروط التعسفية " la commission des clauses abusives " والتي تتكون من ثلاثة عشر عضو من الهيئة القضائية التي أوكلت إليها مهمة الرئاسة ومن ممثلي المحترفين والمستهلكين.[86]

وتختص هذه اللجنة بفحص نماذج العقود المعتاد عرضها من جانب المهنيين على المستهلكين، كما تقوم اللجنة بالبحث عن الشروط التي يمكن أن يكون لها طابع تعسفي، ولا تتخذ هذه اللجنة قرارات، وإنما تضع توصيات ليست لها قوة ملزمة، وتوصي اللجنة بحذف أو تعديل الشروط التي ترى أنها تعسفية،[87] ويمكن أن تكون هذه التوصيات ذات طابع عام، كما يمكن أن تكون خاصة ببعض المهنيين.

هذا وقد وضعت هذه اللجنة ما يزيد عن 50 توصية منذ نشأتها وحتى عام 1999، تتعلق بعدد كبير من الشروط التعسفية[88].

فبالرجوع للمادة 132–05 من تقنين الاستهلاك الفرنسي تتكفل لجنة الشروط التعسفية بنشر مجمل أعمالها وذلك في ختام كل سنة، ويتم هذا النشر في شكل تقارير تتضمن الاراء

---

[86]- حيث تضم اللجنة (04 من ممثلي المحترفين-04 من ممثلي المستهلكين-02 مؤهلين في مجال القانون وتقنيات العقود يتم اختيارهما بعد استشارة المجلس الوطني للاستهلاك- 02 قاضيين أحدهما رئيسا والآخر نائبا له - 01 محافظ الحكومة التى أسندت الى المدير العام للمنافسة والاستهلاك وقمع الغش).

[87]- المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993

[88]- بودالي محمد، المرجع السابق، ص31.

التى قدمتها اللجنة للقضاء، والتوصيات التى أصدرتها للمشرع أو إلى جمعيات المحترفين، وكذلك اقتراحاتها حول التعديلات التشريعية في موضوع الشروط التعسفية[89].

ب – التجربة الجزائرية

أنشىء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 306/06 لجنة البنود التعسفية لدى الوزير المكلف بالتجارة وهي لجنة ذات طابع إستشاري بمفهوم م 06 من المرسوم التنفيذي 306/06.

تشكيلة لجنة البنود التعسفية عدلت بموجب المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر في 03 فيفري 2008، المعدل والمتمّم للمرسوم التنفيذي رقم 306/06، حيث تتكون اللجنة من خمسة أعضاء دائمين وخمسة مستخلفين يتوزعون كالآتي :

- ممثلان عن الوزير الكلف بالتجارة مختصان في مجال الممارسة التجارية.
- ممثلان عن وزير العدل حافظ الأختام مختصان في قانون العقود.
- ممثلان عن مجلس المنافسة.
- متعاملان اقتصاديان يمثلان الغرفة الجزائرية للتجارة والصناعة، مؤهلان في مجال قانون الأعمال والعقود
- ممثلان عن جمعيات المستهلكين مؤهلان في مجال قانون الاعمال والعقود.

هذا ويمكن للجنة الاستعانة بأي شخص آخر بوسعه أن يفيدها في أعمالها[90]، وبالرجوع للمادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06 يرأس اللجنة ممثل الوزير المكلف بالتجارة.

أ – مهام لجنة البنود التعسفية

يمكن حصر المهام الموكلة إلى لجنة البنود التعسفية في ثلاث نقاط :

---

[89]- أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص92 .

[90] -المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08 الصادر بتاريخ 2008/02/03 المعدل للمرسوم رقم 306/06 المحدد للعناصر الاساسية للعقود المبرمة بين الاعوان الاقتصاديين والمستهلكين .

- تبحث في العقود المطبقة من طرف الاعوان الاقتصاديين على المستهلكيين، والبنود ذات الطابع التعسفي كما تصيغ توصيات تبلغ الى الوزير المكلف بالتجارة
- يمكن أن تقوم بكل دراسة و/أو خبرة بكيفية تطبيق العقود تجاه المستهلكيين.
- يمكنها مباشرة كل عمل اخر يدخل في مجال اختصاصها[91].

ب – القوة الالزامية لتوصيات اللجنة

بالرغم من أهمية التوصيات والمهام التى تقوم بها لجنة البنود التعسفية في توضيح فكرة هذه الشروط والعمل على محاربتها، فان توصياتها غير ملزمة بموجب ماتضمنه المادة 06 من المرسوم التنفيذي 306/06، والتى اعتبرت لجنة البنود التعسفية ذات طابع استشاري.

تجدر الاشارة أنه لمباشرة نشاطها تُخطر اللّجنة إما من تلقاء نفسها، أو تخطر من طرف الوزير المكلف بالتجارة، ومن طرف كل إدارة وجمعية مهنية وجمعيات حماية المستهلكين، وكل مؤسسة أخرى لها مصلحة في ذلك وفق ما نصت عليه م 11 من هذا المرسوم.

الفرع الثالث : الاسلوب القضائي (تحديد الشروط التعسفية بواسطة القضاء)

نعالج في هذا الجانب دور القاضي في تحديد الشروط التعسفية في النظام الفرنسي مع التطرق للقواعد العامة من خلال دور القاضي في تفسير العقد.

فبالرغم من التنظيم المفصل للتشريع الفرنسي، لموضوع مكافحة الشروط التعسفية، فإن المشرع الفرنسي قد منح لقضاة الموضوع سلطة تقديرية في تحديد الشروط التعسفية، لكن وفق المعيار الوارد في المادة 132–01 وهو أن ينتج الشرط اختلالا في التوازن العقدي بين أطراف عقد الاستهلاك، كما أن قضاة الموضوع إذا صادفوا في نزاع ما شرطا من الشروط التى حددها

[91] -المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 44/08.

المشرع باعتبارها بندا تعسفيا[92]، فإنه يتوجب عليه أن يحكم بطابعها التعسفية، غير أنه إذا وردت في العقد شروط يمكن أن تعتبر تعسفية أو تلك التى أوصت اللجنة الشروط التعسفية باعتبارها كذلك، فالقاضي غير ملزم بالحكم بتعسف هذه الشروط[93] وذلك حسب ظروف الدعوى المثارة أمامه وله أن يستعين برأي لجنة الشروط التعسفية[94].

وتجدر الاشارة الى ما صدر عن محكمة العدل الاوربية والتى تسهر على تطبيق التوجيه الاوربي سنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية :

- الحكم الاول صدر سنة 2000، منحت فيه محكمة العدل الاوربية لقضاة الموضوع في الدول الاعضاء سلطة تقدير الشرط التعسفي في عقد متنازع عليه، حتى ولو لم يثيره المستهلك.
- الحكم الثاني صدر سنة 2002، وتضمن إمكانية حكم قضاة الموضوع بتعسف شرط من الشروط عقد الاستهلاك برغم من سقوط الحق بالتقادم، وهذا لمصلحة المستهلك[95].

أما القواعد العامة فيظهر دور القضاء في تفسير العقد من خلال مراجعة نص المادة 111 و112 مدني جزائري والتى وردت في نص المادة 1/150 و 151 من القانون المدني المصري وأيضا المادة 1156 و1162 من قانون المدني الفرنسي، يتبين وجوب التفرقة فيما يتعلق بتفسير العقد بين الحالات التالية :

- حالة وضوح عبارة النص.
- حالة غموض عبارة النص.
- حالة الشك في التعرف على الارادة المشتركة للمتعاقدين .

---

[92] -المادة 35 من القانون الفرنسي 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات .

[93] - المادة 132-01 من التقنين الاستهلاك الفرنسي.

[94] - المادة 132-06 من التقنين الاستهلاك الفرنسي.

[95] - أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص97.

يتضح في هذه النصوص أنه يمتنع على قاضي الموضوع مراجعة مضمون العقد، طالما كانت عبارات العقد واضحة لاغموض فيها وتكشف عن الارادة الحقيقية للمتعاقدين، وبالرغم من امتناع القاضي عن التدخل في مضمون العقد، إلا أنه يستطيع أن يتدخل لتفسير هذا المضمون في حالة عدم وضوح إرادة المتعاقدين أو إذا كانت شروط التعاقد غامضة[96]، وبهذه الوسيلة يستطيع القاضي تحديد الشروط التعسفية التي ترد في العقود.

هذا وتجب الاشارة الى أن حالات الغموض ليست وليدة الصدفة دائما، بل في أحيان كثيرة تكون متعمدة لأنها تسمح للمتعاقد المحترف بتمرير بنود واشتراطات تحمل حالة من الغموض لدى عرضها امام القاضي[97].

فقد نصت المادة 111 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري:" إذا كان هناك محل للتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ".

يترتب إذن على غموض العبارة تأويل العقد، وذلك بالبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، وتتمثل الارادة المشتركة عند بعض الفقهاء في الايجاب الذي يتلقاه الموجب له ويفهمه، أو يستطيع أن يفهمه على نحو معين، ويعاب على هذا القول أن العقد اتفاق ارادتين فلا يمكن حينئذ الاعتداد بارادة الموجب لوحده، ومن الفقهاء من يعتقد أن المقصود بالارادة المشتركة قد ينتهي إلى إفتراض إرادة المتعاقدين نظرا لغموض العبارات[98].

ومما لاشك فيه أن البحث عن النية المشتركة يعني أن العبرة بإرادة المتعاقدين معا وليس بإرادة أحدهما دون الاخر، إلا أنه في ظل عقود الاذعان فإن الارادة المشتركة للمتعاقدين تكون مغيبة بسبب تمرير المتعاقد القوي اشتراطات معينة من جانبه، لهذا نصت المادة 112 فق 2:"لايجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن، وعليه إذا تعلق الامر بعقد الاذعان يؤول الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء

---

[96] - عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 142.

[97] - حسن عبد الباسط جميعي، اثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقود، مرجع سابق، ص123.

[98] - علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقد"، موفم للنشر، الجزائر 2008، ص388.

أكان دائنا أو مدينا، ويتحمل الطرف القوي مسؤولية العبارات محل الشك، لأنه هو الذي وضع تلك البنود[99].

هذا وتجب الاشارة إلى ماتنص عليه المادة 133-2 من قانون الاستهلاك الفرنسي من وجوب كتابة العقود المقترحة من قبل المحترفين على المستهلكين بشكل جلي، على أن تفسر في حالة الشك لمصلحة المستهلك.

المطلب الثاني

مواجهة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية

نعالج في هذا الجانب سبل مواجهة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، من خلال سلطة القاضي في مواجهتها، مع الإشارة للقواعد العامة وفق المادة 110 مدني جزائري (الفرع الأول)، في حين نتناول اعتراف التشريع للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي (الفرع الثاني)، أما طبيعة الجزاء ونطاقه فنتطرق له من خلال تحديد جزاء الشروط التعسفية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية

لقد ترتب على صدور قانون " Scrivener "، أن أولى المشرع الفرنسي أهمية في بسط حماية للمستهلك، ففي حالة تأكد القاضي من وجود الشرط التعسفي في عقود الاذعان فإن سلطاته تكون بتعديل هذه الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وذلك لما تقضي به العدالة، فالقاضي يسلك كل مامن شأنه أن يزيل ما في العقد من تعسف عن طريق تعديل الشرط، غير أنه إذا وجد القاضي بأن تعديل هذا الشرط التعسفي لايكفي لتحقيق العدالة، فله أن يحكم باعفاء الطرف المذعن من هذا الشرط وذلك بإلغاءه[100].

---

[99] - علي فيلالي ، المرجع السابق،ص394.

[100] - محمد ابراهيم بنداوي، نحو مفهوم اوسع لحماية المستهلك في عقد الاذعان، مقال منشور في مجلة الامن والقانون، السنة الثامنة، العدد الاول، يناير 2000، ص96.

فالحماية المقررة التى كفلها المشرع للمذعن تتمثل في رفع الضرر الذي قد يلحقه بسبب الشرط التعسفي ولو تطلب إلغاءه، ومع ذلك إذا ثبت بأن تلك الشروط كانت محل تفاوض وتمت كتابتها فإنها تخرج عن صيغة عقد الاذعان بشرط وجود تفاوض حقيقي وليس مجرد ملء بيانات[101].

وتمتد سلطة القاضي إلى تعديل كافة شروط العقد دون استثناء، سواء علم بها الطرف المذعن وقت التعاقد وتنبه لها أم لم ينتبه، ففي جميع الاحوال يتوافر الاذعان بالقبول دون مناقشة الشروط التى انفرد الطرف القوي بإعدادها لتحقيق مصلحته.

هذا وتندرج سلطات القاضي في مواجهة الشروط التعسفية بهدف إحداث توازن عقدي باستخدام آلية التعديل أو الغاء البنود التعسفية في إطار المجالات التى تعنى بالنظام العام، لذلك قرر المشرع إبطال كل اتفاق يمنع تدخل القاضي لتنفيذ هذه الآليات[102]. غير أنه يتوجب على الطرف المذعن طلب الحماية من القاضي في أية حالة كانت عليها الدعوى لكون الحماية مقررة لمصلحته.

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري وفق المادة 110 منه : " إذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "، يتضح من نص المادة بأن سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها لايتم من تلقاء نفسه وإنما بناءا على طلب الطرف المذعن تطبيقا لمبدأ حياد القاضي المدني، وهذا خلافا لبعض التشريعات الغربية التى منحت للقضاء سلطة إثارة تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها من تلقاء نفسه.[103]

---

[101] - تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك "قراءة تحليلية في النظامين القانونين المصري والفرنسي"، مقال منشور في مجلة كلية الدراسات العليا، ع 20، يناير 2009 ص325.

[102] - تامر محمد سليمان الدمياطي ،المرجع السابق ،ص326.

[103] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 59.

الفرع الثاني : سلطة القاضي في مواجهة الشروط الجزائية

تطبيق مبادئ الحرية التعاقدية نجم عنه انتشار ظاهرة التعسف في استعمال الشرط الجزائي عن طريق المغالاة وخاصة في مجال القروض، وقد أدت هذه الظاهرة لتدخل المشرع الفرنسي لحماية المتعاقد الضعيف بموجب قانون 09 جويلية 1975، معترفا للقاضي بسلطة تعديل أو زيادة الشرط الجزائي استثناءا من مبدأ سلطان الارادة إذا كان الشرط الجزائي مبالغا فيه.

هذا وقد ذهبت المحاكم الفرنسية إلى أنه : " يعد تعسفا ذلك الشرط الجزائي الذي اشترط فيه المؤجر تعويضه بمبلغ يساوي أكثر من خمسة أضعاف القيمة الايجارية عن الفترة التي يستمر فيها المستأجر في شغل العين بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد"، وبناءا عليه خفض الحكم قيمة التعويض إلى مايقارب القيمة التأجيرية المتفق عليها في العقد[104].

كما نص على ذلك في المادة 122-42 من قانون العمل الفرنسي، بمنع الاتفاق المسبق على تحديد الغرامات التى تفرض على العمال في حالة الاخلال بالتزاماتهم المهنية، هذا وقد سبق التشريع الالماني والسويسري والايطالي نظيرهم الفرنسي على منح القاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي عندما يكون المبلغ المتفق عليه مبالغا فيه، في حين لم يعترف المشرع الفرنسي للقاضي بتلك السلطة إلا بموجب قانون 09 جويلية 1975[105].

والملاحظ أن المستهلك وفق النظام الفرنسي يملك وسيلتان لمواجهة التعسف في استعمال الشرط الجزائي[106]، فضلا عن دور جمعيات حماية المستهلكين في

- رفع دعوى إزالة الشرط الجزائي من نماذج العقود المعدة مسبقا.
- بالتمسك بنص المادة 1152 من القانون المدني الفرنسي والتى تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لا ابطاله كليا.

---

[104] - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص229.

[105] - حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 227.

[106] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 68.

– وإما التمسك بنص المادة 132–1 من قانون الاستهلاك الفرنسي والتى تعتبر الشرط الجزائي شرطا تعسفيا، وعليه يعد كأنه شرط غير مكتوب.

من جهته اعترف المشرع الجزائري للقاضي بسلطة تعديل الشرط الجزائي في حالتين :

– إذا نفذ المدين الالتزام الاصلي في جزء منه، وإذا أثبت المدين أن تقدير التعويض في الشرط الجزائي كان مبالغا فيه الى درجة كبيرة[107].

– كما اعترف للقاضي بزيادة الشرط الجزائي اذا تجاوز الضرر قيمة التعويض المقدر واثبت الدائن بأن المدين قد ارتكب غشا او خطأ جسيما.[108]

هذا ولم يحدد التشريع الجزائري مثلما كان عليه الحال بالنسبة للتشريع الفرنسي نسبة المغالاة التى تسمح للقاضي باستخدام آلية تعديل الشرط الجزائي، تاركا تقدير ذلك لقضاة الموضوع تحت رقابة محكمة النقض وفقا لمعيار عام، متمثل في مقارنة مبلغ التعويض المتفق عليه بالضرر اللاحق بالدائن، وهذا بالاستناد الى وقت إصدار الحكم لا وقت استحقاق قيمة الشرط[109].

الفرع الثالث : جزاء الشروط التعسفية

نتطرق في محور جزاء الشروط التعسفية الى الاختلاف الفقهي حول نوع البطلان المقرر وكذا نطاقه.

أ – طبيعة الجزاء

تنص المادة 132–01 الفقرة 06 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 والفقرة 02 من المادة 35 من القانون الفرنسي الصادر في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات على أن " تعتبر الشروط التعسفية غير مكتوبة ".

---

[107] - أنظر نص المادة 184 فق 2 من القانون المدني الجزائري

[108] - أنظر نص المادة 185 من القانون المدني الجزائري

[109] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص66.

ويذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار عبارة " غير مكتوبة "، بمعني باطلة مع بقاء العقد المتضمن لهذا الشرط الذي أُعتبر بأنه تعسفي، مادام أن هذا الشرط لم يكن الدافع للتعاقد[110].

لكن الفقه الفرنسي اختلف حول نوع البطلان المقرر، فذهب رأي الى اعتبار البطلان المقرر في الفقرة 06 من المادة 132-1 من تقنيين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، والفقرة 02 من المادة 35 من القانون المتعلق بحماية وإعلام المستهلكين بالسلع والخدمات الصادر في 10 جانفي1978، بطلانا نسبيا مقرر لحماية المستهلك وإن تعلق بالنظام العام

فيما ذهب الرأي الثاني إلى اعتبار البطلان المقصود في نص المادة، بالبطلان المطلق، لكونه من جهة يمثل جزاء فعالا للمستهلك، فلو ترك له وحده حق رفع دعوى الابطال لتقاعس عن رفعها لكثرة المصاريف القضائية ومدتها، مقارنة مع قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها، ومن جهة أخرى يضع تحت يد جمعيات حماية المستهلك الحق في رفع دعاوى لحذف الشروط التعسفية الواردة في نماذج عقود الاستهلاك[111]، ويبدو أن الرأي الأول هو الأصح، على أساس أن البطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من السلعة أو الخدمة التى قد تكون ضرورية له، في حين أن إقرار البطلان النسبي من شأنه أن يحقق مصلحة المستهلك، بالابقاء على العقد، وبالتالي الاستفادة من السلعة أو الخدمة محل العقد.[112]

ب - نطاق البطلان

تنص الفقرة 08 من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 وكذا الفقرة 08 من المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 على أنه : " يبقى العقد المتضمن لهذه الشروط التى حكم بأنها تعسفية مادام يمكن بقاؤه بدونها "، ويتضح من نص المادة أن البطلان ينصب على الشرط التعسفي فقط وبقاء العقد صحيحا، حتى يستطيع المستهلك الاستفادة من السلعة أو الخدمة، وهذا يعنى أن البطلان يكون جزئيا منصبا على الشرط فقط.

---

[110] - أيمن سعد سليم، المرجع السابق، ص124.

[111] - عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 132.

[112] - عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص133.

غير أن هذا الرأي لم يسلم من نقد الفقه الفرنسي :

فذهب رأي أول إلى أن بطلان الشرط التعسفي يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، لأنه أحيانا يرجع بطلان الشرط الذي يؤدي إلى بطلان العقد بمجمله إلى النصوص المتعلقة بالنظام العام، وقد ورد في القانون المدني الفرنسي نصوص تقرر بطلان العقد في حالة بطلان الشرط، فنصت المادة 1172 منه على أن كل شرط يرد على شيئ مستحيل أو مخالف للآداب العامة أو محظور بواسطة القانون يكون باطلا ويبطل العقد الذي تضمنه[113].

أيضا قد يرجع بطلان الشرط إلى إرادة المتعاقدين، فيبطل العقد الذي أُدرج فيه الشرط الباطل إذا كان لهذا الشرط الباطل دورا جوهريا في العقد، مثلما ذهبت اليه المادة 1174 على أن كل التزام يكون باطلا إذا علق على شرط إرادي محض من جانب الملتزم، مثل الشرط الذي بمقتضاه يستقل أحد المتعاقدين بتحديد الثمن في عقد البيع مخالفا بذلك حكم المادة 1591 من القانون المدني الفرنسي، فهذا الشرط يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان العقد كله[114].

وذهب الرأي الثاني إلى أن البطلان لا ينصرف الى العقد بل يقتصر على الشرط التعسفي فقط، ويجد أساس هذا الرأي في نظرية انتقاص العقد والتى انتقدها الفقه الفرنسي، كان أبرز هذه الانتقادات أنها تمنح للقاضي فرصة تعديل لشرط من شروط العقد وبالتالي للعقد ذاته[115].

وقد أورد المشرع الفرنسي عدة نصوص تقرر بطلان الشرط فقط، بحيث يعتبر كأنه غير مكتوب مع بقاء العقد صحيحا، فنصت المادة 1844 -2/10 من القانون المدني الفرنسي على : " أن كل شرط مخالف للنصوص الآمرة في الباب المتعلق بالشركات لايؤدي الى بطلان الشركة وإنما يعتبر وكأنه غير مكتوب".

وأيضا نص المادة 1643 من القانون المدني الفرنسي على بطلان الشروط الرامية إلى إلغاء وتخفيف الضمان الواجب على البائع في حالة وجود عيب خفي بالشيئ المبيع، ويبدو

---

[113] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 43.

[114] - عاطف عبد المجيد حسن، ص 136.

[115] - عاطف عبد المجيد حسن، المرجع السابق، ص138.

أن الرأي الثاني المتعلق باقتصار البطلان على الشرط التعسفي فقط، كما أشرنا إلى ذلك سابقا، يوفر حماية فعالة للمستهلك، من جهة يتمتع بالسلعة او الخدمة محل العقد ومن جهة أخرى لا يسرى عليه الشرط التعسفي، والذي يبطل مع بقاء العقد العقد صحيحا منتجا لآثاره[116].

وبالرجوع للقانون رقم 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فإن المشرع الجزائري لم يواكب ماتضمنه التشريع الفرنسي[117] من بيان للجزاء المدني الناتج عن وجود الشرط التعسفي في العقد، باعتبار الشرط التعسفي كأنه غير مكتوب مع بقاء العقد صحيحا منتجا لآثاره إذا كان يمكن أن يستمر العقد دون الشروط الباطلة[118]، حيث اكتفى المشرع الجزائري وفق م 38 بالنص على الجزاء العقابي وذلك بغرامة تتراوح من خمسين ألف إلى خمسة ملايين دينار جزائري، عقوبة على الممارسات التعاقدية التعسفية.

قائمة المراجع

[116] - بودالي محمد، المرجع السابق، ص 44.

[117] - الفقرة 06 من المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993.

[118] - الفقرة 08 من المادة 132-01 من قانون الاستهلاك الفرنسي والفقرة 08 من المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية واعلام المستهلكين بالسلع والخدمات.

1. إبراهيم داوود، الوقاية القانونية من عدم التوازن في العقود الاستهلاكية، روح القوانين،
2. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 2005،
3. أيمن سعد سليم، الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011،
4. بن عامر (أمينة) ، حماية المستهلك في عقد البيع ، رسالة ماجستير ، جامعة تلمسان 1997-1998
5. تامر محمد سليمان الدمياطي، الشروط التعسفية كسبب لاختلال التوازن العقدي في عقود الاستهلاك "قراءة تحليلية في النظامين القانونين المصري والفرنسي"، مقال منشور في مجلة كلية الدراسات العليا، ع 20، يناير 2009
6. حسن عبد الباسط جميعي، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته المعيبة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000
7. د.محمد بودالي، الشروط التعسفية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا والمانيا ومصر، دار هومه، الجزائر، 2007،
8. السيد عمران (السيد محمد) ، حماية المستهلك أثناء العقد ، منشأة المعارف 1986
9. عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة 1996،
10. علي سيد حسن، الالتزام في عقد البيع (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1990
11. علي فيلالي، الالتزامات "النظرية العامة للعقدد"، موفم للنشر، الجزائر 2008،
12. عمر محمد عبد الباسط خليفة ،حماية العقدية للمستهلك ،رسالة لنيل درجة الدكتوراه ،جامعة عين شمس،
13. محمد ابراهيم بنداوي، نحو مفهوم اوسع لحماية المستهلك في عقد الاذعان، مقال منشور في مجلة الامن والقانون، السنة الثامنة، العدد الاول، يناير 2000،
14. محمد ابراهيم دسوقي، الإلتزام بالاعلام قبل التعاقد، دار ايهاب للنشر والتوزيع، ط 1985، ص 100.

15. محمد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر " دراسة مقارنة "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص 2002-2003 كلية الحقوق – جامعة سيدي بلعباس –

16. معتز نريه محمد الصادق المهدي، المتعاقد المحترف، دار النهضة العربية، القاهرة 2009خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية،

بالفرنسية:

1. ALISSE j, l'obligation de renseignements dans les contrats, thèse, Paris, 1975.
2. G. Ripert, la Règle Morale dans les obligations civiles, 4ème éd, LGDJ, 1949, n° 48,
3. R. Savatier, Les contrats de conseil professionnel en droit privé. D. 1972, chron

الفهرس

مبحث تمهيدي مفهوم المستهلك وتطور حركة حمايته.....1
المطلب الأول تطور حركة حماية المستهلك.....1
الفرع الأول : مراحل تطور حركة حماية المستهلك.....2
المطلب الثاني مفهوم المستهلك 6
الفرع الأول : في قانون الاستهلاك الفرنسي.....7
الفرع الثاني : تحديد مفهوم المستهلك في القانون الجزائري 12
المبحث الأول مضمون الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 17
المطلب الأول ماهية ومحل الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 17
الفرع الأول: ماهية الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام.....17
الفرع الثاني: محل الالتزام قبل التعاقد بالإعلام 21
المطلب الثاني مبررات قيام الالتزام العام بالإعلام 22
الفرع الأول : المنازعة في وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد 23
الفرع الثاني : اختلال التوازن المعرفي.....24
الفرع الثالث : خطورة التفاوت المعرفي في التعاقد الالكتروني 27
المطلب الثالث أحكام الالتزام ما قبل التعاقد بالإعلام 30
الفرع الاول : أسس الالتزام بالاعلام قبل التعاقد 30
الفرع الثاني : عدم المساواة في العلم بين المتعاقدين.....31
الفرع الثالث : مبدأ حسن النية 32
المطلب الرابع جزاء الاخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام 33

الفرع الأول : جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال نظرية عيوب الإرادة...33
الفرع الثاني جزاء مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد من خلال نظرية الإلتزام بالضمان 35
الفرع الثالث : التعويض وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية كجزاء عن مخالفة الالتزام بالإعلام قبل التعاقد.....36
المبحث الأول الالتزام بضمان السلامة 40
المطلب الأول مفهوم الالتزام بضمان السلامة 41
الفرع الأول : تعريف الالتزام بضمان السلامة 41
الفرع الثاني : شروط قيام الالتزام بضمان السلامة 42
الفرع الثالث : أساس الالتزام بضمان السلامة : 44
المطلب الثاني تطبيقات الالتزام بضمان السلامة 45
الفرع الأول : الطبيب المحترف.....46
الفرع الثاني : صاحب المطعم والفندقي 47
الفرع الثالث : الناقل المحترف 51
المبحث الثاني مكافحة الشروط الشروط التعسفية 53
المطلب الاول الرقابة على الشروط التعسفية (تحديد الشروط التعسفية).....54
الفرع الأول : الاسلوب التشريعي (نظام القوائم) 54
الفرع الثاني : الاسلوب الاداري (تحديد الشروط التعسفية بواسطة لجنة متخصصة) 64
الفرع الثالث : الاسلوب القضائي (تحديد الشروط التعسفية بواسطة القضاء).....66
المطلب الثاني مواجهة اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية 69
الفرع الأول : سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية.....69

الفرع الثاني : سلطة القاضي في مواجهة الشروط الجزائية 71

الفرع الثالث : جزاء الشروط التعسفية.....72