

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أوبو بكر بلقايد تلمسان

كلية الحقوق



**دور القاضي في تنفيذ العقد  
في المواد المدنية**

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسؤولية

تحت إشراف الأستاذة  
أ.د. دنوبي هجيرة

من إعداد الطالبة  
زيتوني فاطمة الزهراء

أعضاء لجنة المناقشة

أد بولونوار مليكة أستاذة التعليم العالي جامعة وهران رئيسة

أد دنوبي هجيرة أستاذة التعليم العالي جامعة تلمسان مشرفة ومقررة

د يوسف فتيحة أستاذة محاضرة جامعة تلمسان مناقشة

السنة الجامعية

2009/2008

## مقدمة .

من المقرر أن العقد و منذ تمامه يلقي على عاتق طرفيه تنفيذ ما اشتمل عليه من التزامات، و هذا ما قد يثير نزاعا بشأن تفسيره أو تحديد الالتزامات المترتبة عنه.

بيد أنه و في ظل القانون الروماني، لم يكن تحديد مضمون العقد يثير أي مشكلة، لأنه لم يكن للإرادة أي سلطان، بل كان السائد آنذاك سلطان الشكل و من ثم فإن العقد كان يستمد قوته الملزمة لا من إرادة طرفيه بل من الإجراءات الشكلية التي رسمها القانون. و فرضا أن نزاعا قام حول مضمونه فما على القاضي إلا التثبت من أن هذا الأخير تم وفقا للطبوس المحددة، حتى يلزم المتعاقدين بتنفيذ ما ورد فيه. و حتى مع تطور الحضارة الرومانية، و تقدم التفكير القانوني فيها، و ظهور عقود رضائية إلى جانب العقود الشكلية، انتصرت فيها الإرادة انتصارا كاملا، فإن القانون الروماني لم يقرر مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام<sup>1</sup>.

و في فترة ازدهار المذهب الفردي الذي قام على تقديس الحرية الفردية، و اعتبار الفرد محور المجتمع، أطلق العنان لمبدأ سلطان الإرادة إلى أن أصبح مبدءا مطلقا، بما يعنيه في مجال العقد بأن "الإرادة وحدها هي صاحبة السلطان الأكبر في إنشاء العقود، و تحديد الآثار المترتبة عنها"<sup>2</sup>.

و انعكس ذلك على تنفيذ العقد بإقرار مبدأ القوة الملزمة للعقد ، و الذي عبر عنه DOMAT بالقول أنه "إذا تم الاتفاق فكل ما أتفق عليه يقوم مقام

القانون

---

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، ص 91.

<sup>2</sup> - مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر و أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، 2003، ص 18.

لمن تعاقدها<sup>1</sup>. و هو التعريف الذي أورده المشرع الفرنسي في نص المادة 1134 ق.م.ف بالقول أن "الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة لعاقديها"<sup>2</sup>.

من هذا المنطلق فإن تطبيق أحكام العقد أمام القاضي في حكم تطبيق القانون، فلا يجوز له تعديل العقد أو إلغائه بحجة أنه غير عادل، أو أن الظروف التي أبرم في ظلها قد تغيرت. و يقتصر دوره على تفسير العقد، و هو في عمله هذا يجب أن يبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين<sup>3</sup>. و كان الأمر صعب التحقق في كثير من الأحيان.

و لما تغيرت الظروف الاقتصادية و الاجتماعية التي نشأ المبدأ في رحابها، وسارت تشريعات الدول نحو الاشتراكية، لم تعد الحرية التي هي مناط مبدأ سلطان الإرادة، متفقة مع المبادئ الاجتماعية و الاشتراكية التي ترى الاعتداد بمصالح الجماعة قبل مصلحة الفرد. و من ثم لم يعد مبدأ سلطان الإرادة مبدءاً مطلقاً، كما كان عليه في الماضي. فالمبدأ ما زال موجوداً، إلا أن القانون قد وضعه في إطار معقول تتوازن فيه الإرادة مع العدالة<sup>4</sup>. فصار بإمكان القاضي أن يراجع مضمون العقد، كلما اتضح له عدم التوازن في الأداءات أثناء تنفيذ العقد.

فعلى اعتبار أن العقد يتأثر بالظروف الاقتصادية المحيطة به، فإن تغييرها غير المتوقع قد يؤدي إلى جعل تنفيذ التزام المدين شاقاً، مما قد يهدده بخسارة

---

<sup>1</sup> - جاك غستان، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع، دمشق، 2000، ص 47.

<sup>2</sup> - Art 1134 du code civil français : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites »

<sup>3</sup> - محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993، ص 27.

<sup>4</sup> - مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 21.

فادحة. من هنا تبدوا أهمية إعمال نظرية الظروف الطارئة المستمدة من القانون البولوني و القانون المدني الإيطالي الجديد. والتي و بالرغم من عدالتها لم يأخذ بها المشرع الفرنسي، لأنها تبيح على غير مقتضى للقاضي أن يعدّل القوة الملزمة للعقد، و لذلك نجد أن القضاء المدني الفرنسي يرفض الأخذ بها إلى الآن رغم محاولات الفقه الجادة و المتعددة لإيجاد سند لهذه النظرية من المبادئ العامة في القانون المدني<sup>1</sup>.

كما صار بإمكان القاضي أيضا، و بسلطات ممنوحة من المشرع من إعادة النظر في شروط العقد، بمراجعة الشرط الجزائي، و الذي غالبا ما يكون الغرض منه تحديد المسؤولية التي تقع على عاتق المدين<sup>2</sup>.

لقد تميزت العلاقات الإنسانية و خاصة التعاقدية منها و على مدار التاريخ بأنها غير متوازنة، و من ثم فإن ما ذهب إليه أنصار مبدأ سلطان الإرادة و على لسان الفقيه FOUILLE "بأن كل ما هو تعاقدى فهو عادل"، أمر في غاية التجريد، و بعيد كل البعد عن الواقع. ذلك أن صور اللامساواة لم تكن واضحة و ملفتة للنظر بشكل كبير، لأنها ببساطة كانت قاصرة على العلاقات بين الأفراد، إلا أن عدم المساواة حاليا أصبحت أكثر عمقا و وضوحا. لذلك فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين إلا أن قوته الملزمة محدودة بضرورة خدمة التوازن العقدي<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - و على العكس ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في نطاق القضاء الإداري، و أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى مراعيًا في ذلك ضرورة ضمان سير المرافق العامة . نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة ، الجزء الأول، بدون طبعة، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص 222.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 40.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 28.

اختلال التوازن في العلاقة العقدية، لم يكن مرجعه فقط ظهور عقود الإذعان بالمفهوم التقليدي، و المتمثل في احتكار أحد أطراف العلاقة العقدية بمقتضى القانون أو بحكم الواقع تقديم خدمة أو سلعة جوهرية لازمة للطرف الآخر<sup>1</sup>. بل أصبح مرجع هذا الاختلال صورة جديدة من صور عقود الإذعان - عقود الاستهلاك -.

فبسبب الطفرة غير المسبوقة التي شهدها القرن العشرين في مجال التقدم العلمي و الصناعي، تميزت العلاقات التعاقدية بعدم التوازن الملحوظ، نظرا لكون أحد طرفي العلاقة محترف متفوق، يمتن بيع السلعة أو أداء الخدمات، و مستهلك ضعيف، حاجته لهذه السلع و الخدمات تدفعه للتعاقد<sup>2</sup>. فصارت إحدى أدوات ممارسة القوة ما يضمنه المتعاقد القوي من شروط تنضح بالتعسف و الظلم سميت بالشروط التعسفية<sup>3</sup>.

و إن كان منطقيا و لأول وهلة إلزام كل طرف في العلاقة العقدية بتنفيذ ما ورد في العقد من شروط، ما دام أنه اطع عليها قبل إبرام العقد . إلا أن ذلك غير مقبول، إذ أن الطرف الضعيف فيها لا يستطيع مناقشة شروط العقد، فإما أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها، هذا و أن ليس له أي أمل في أن يجد أحسن منها أو مثلها في مكان آخر.

و في حين اتجهت بعض التشريعات سيما العربية منها، لمنح سلطات واسعة للقاضي لفرض رقابة على مثل هذه الشروط، انتقد الفقه الفرنسي و بشدة

---

<sup>1</sup> - لعشيب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، رسالة لنيل درجة ماجستير في قانون العقود و المسؤولية، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، بدون سنة، ص 20.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، بدون طبعة، دار الكتاب الحديث، سيدي بلعباس، الجزائر، 2006، ص 8.

<sup>3</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر و التوزيع، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007، ص 2.

تدخل القاضي لتقدير الطابع التعسفي للشرط ، فأطلقوا شعارات عديدة، حيث ذهب البعض منهم و خاصة الفقيه Jean. MARC إلى القول "أن القاضي ليس الرقيب على العقد ، و لا يجب تعويض سوء الحماية في العقود بالتعسف أو الإفراط في السلطات الممنوحة للقاضي، و بعبارة أخرى لا يجب توسيع الوصاية القضائية على العقود". و بناء على هذا التوجه الفقهي، ذهبت التشريعات الأوروبية خاصة، و بهدف إغلاق كل المنافذ على القاضي إلى وضع قوانين تحمي المستهلك من الشروط التعسفية، فأدى ذلك إلى ظهور ما أصطلح على تسميته "بعدالة عقديّة دون قاض"<sup>1</sup>.

غير أنه و بالرغم من هذا التوجه، فإن الصفة التعسفية للشرط تتغير من عقد لآخر، و من زمان لآخر، و من مكان لآخر.<sup>2</sup> ما يجعل القاضي أول من يصطدم بهذه الشروط في غياب نص تشريعي يحكمه.

و من الدور المقرر للقاعدة القانونية ، انتقل القاضي إلى الدور الكاشف عن القاعدة القانونية ، فلم يكتفي بإلزام المتعاقدين بتنفيذ ما انصرفت إليه إرادتهما المشتركة سواء الصريحة منها أو الضمنية. ذلك أنه و أمام التقدم الصناعي الهائل و ما جرّه على البشرية من مخاطر و قصور القواعد القانونية عن توفير الحماية المبتغاة، لم يجد القضاء الفرنسي مناصاً من إقراره للالتزام بضمان السلامة يلقي على عاتق المحترف.

و قد نبتت البذرة الأولى لهذا الالتزام في عقد العمل في نهاية القرن التاسع عشر، على يد الأستاذين "سوزات" و "سونكتولاث". فنظرا لما شهده العالم آنذاك من طفرة صناعية هائلة، نتج عنها تعرض كثير من العمال لحوادث

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD , Le juge face aux clauses abusives, D, Paris, 1993, p 20.

<sup>2</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية و الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002، ص 38.

و إصابات كثيرة، سببت عجز هؤلاء العمال عن الحصول على تعويضات عن إصابتهم من أرباب العمل لصعوبة إثبات الخطأ في جانبهم. نادى هذان الأستاذان بوجود التزام بضمان سلامة العامل على عاتق صاحب العمل، حتى يتسنى للعمال الحصول على تعويضات عن إصابتهم دونما حاجة لإثبات خطأ في جانب رب العمل. و إن كان القضاء الفرنسي قد أعرض عن فكرة الالتزام بالسلامة بداية، إلا أن هذا الأمر لم يدم طويلاً. إذ أن الظروف الاقتصادية والاجتماعية التي استجرت في أعقاب استخدام الآلات الميكانيكية، و انتشار المنتجات الصناعية بشكل واسع، جعل القضاء المذكور يقتنع بعدالة هذا الحل و طبقه على كثير من العقود<sup>1</sup>.

إعمال هذا الالتزام تظهر أهميته في كون أن الأضرار التي تطال المستهلك أصبحت لها أبعاد جسيمة ، ماسة بصحة و سلامة المستهلك أو بأمواله، يصعب نسبتها إلى خطأ شخص معين. هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن هذه الأضرار التي يسببها فعل المنتج أصبحت على قدر كبير من الجسامه، بما يعتبر إعفاء المحترف منها و إلقاء عبئها على كاهل المستهلك أمراً منافياً للعدالة، و يفرض القضاء لهذا الالتزام يكون قد مكن المستهلك من الحصول على تعويض عن هذه الأضرار، دونما حاجة لإثبات الخطأ من جانب المحترف. و من ثم إهمال المحترف في تنفيذ هذا الالتزام يجعله مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالمستهلك بفعل المنتج<sup>2</sup>.

و لم يقف تطور القضاء الفرنسي عند حد إقرار الالتزام بضمان السلامة، بل أنه أضاف وجهاً جديداً لحماية المستهلك بإقراره للالتزام بالإعلام. فنتيجة

<sup>1</sup> - علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، بدون طبعة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990 ص6

<sup>2</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع السابق ، ص

لتعد الأجهزة الحديثة و خطورة المنتجات العصرية و شيوع استعمالها بين الناس و ما يصاحب ذلك من أضرار تمس المستهلك إذا أساء استعمالها ،أو حتى حيازتها بشكل غير سليم . و بسبب اختلال التوازن في العلاقات بين المهنيين و المستهلكين، و الذي يرجع إلى عدم تساوي الطرفين في حصيلة كل منهما من المعلومات، بحكم أن المهنيين يعرفون السلع و الخدمات التي يعرضونها في السوق، بينما المستهلك لا يستطيع الحكم مسبقا على هذه الأشياء. لكل هذه الأسباب أنشأ القضاء الفرنسي الالتزام بالإعلام<sup>1</sup>. يهدف إلى تبصير المستهلك بإزالة جهله بمحل العقد ،حتى لا يكون عرضة للمخاطر. و بعبارة أخرى إعطاء صورة واضحة و كاملة عن محل العقد بحيث يتسنى للمستهلك العلم به، و تجنب الأضرار التي لم تعد تطل شخصا واحدا، بل قد تمتد إلى الآلاف بل ملايين الأشخاص على مستوى العالم، و التي لا تقتصر على كسب فات أو خسارة لاحقة، بل تمتد إلى أضرار بدنية فادحة و خسارات مالية جسيمة.

كما و أن فرض هذا الالتزام يضمن سلامة المستهلكين من مخاطر المنتجات و الخدمات. و من ثم فإن الإخلال به قد يؤدي إلى وقوع أضرار مادية و جسدية جسيمة. خاصة و أن المستهلك أصبح ينضم لمثل هذه العقود، معتمدا على أمانة المتعاقد الآخر، على أساس خبرته و درايته عن ماهية المنتجات و الخدمات التي يعرضها<sup>2</sup>.

غير أنه يتعين على المتعاقدين بعد تحديد الالتزامات الملقاة على عاتقهما، مراعاة مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد. و قد تطور الأخذ بهذا المبدأ بتطور

<sup>1</sup> - مرفت عبد المنعم صادق، الحماية الجنائية للمستهلك، تقديم أحمد فتحي سرور، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، القاهرة، 2001، ص 170.

<sup>2</sup> - حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني " المصري و الفرنسي" و الفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، طنطا، 1999، ص 53.



الأخذ بالإرادة في التصرفات القانونية. و من ثم فلما كان دور الإرادة منعداً أو ضعيفاً، كان دور مبدأ حسن النية فيها منعداً أو ضعيفاً<sup>1</sup>، و إن كان هذا الأخير يعتبر من المبادئ الأساسية في القانون الحديث، غير أن هناك اختلاف في التشريعات من حيث درجة الأخذ به، فنجد تشريعات لا تأخذ به إلا في نصوص خاصة كالتشريع الإنجليزي، في حين تعتبره بعضها مبدأ عاماً يحكم تنفيذ العقد، كما هو الحال في التشريع الفرنسي و المصري و الجزائري<sup>2</sup>. و إن كان مبدأ حسن النية مبدأ مسلماً به في تنفيذ العقد، إلا أن القضاء زاد

في التفاهة عليه، خاصة مع اصطدام التطور السريع الذي تمر به المجتمعات مع قصور القواعد القانونية، و عدم انسجامها مع مقتضيات التطور، و خاصة لما لهذا المبدأ من أهمية في تحقيق أهداف القانون المتمثلة بالمحافظة على استقرار التعامل، و تحقيق العدالة، و حماية الحقوق و المحافظة على توازن المصالح، و التخفيف من المخاطر الاقتصادية التي قد تصيب أطراف العلاقة العقدية. فالتشريع مهما كان مفصلاً لا يمكنه الإحاطة بجميع الجزئيات، بل أن هناك من الأمور ما يتركه للقاضي، و يسمح له باستخدام سلطته التقديرية<sup>3</sup>.

من خلال ما تعرضنا له في هذه المقدمة يتضح لنا أن تنفيذ العقد يتوقف على تحديد الالتزامات المترتبة عنه، و هو أمر يضطلع به القاضي. و من ثم فإذا كان مبدأ القوة الملزمة للعقد يفرض على القاضي الأخذ بالإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإن تطور العقد تطلب منه أيضاً إعادة النظر في مضمونه كلما

<sup>1</sup> - محمد محمد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري و القانون المقارن، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة، ص 7.

<sup>2</sup> - شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية و الاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008، ص

<sup>3</sup> - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 14.

دعت الحاجة إلى ذلك. فما مدى احترام القاضي لمبدأ شريعة المتعاقدين؟ و إلى أي مدى تم تحديد التزامات أطراف العلاقة العقدية؟

## الفصل الأول

### دور القاضي في تحديد مضمون العقد.

لما أثبت استقراء الواقع العملي عدم صدق مقولة أن : "كل ما هو تعاقدى فهو عادل"، قام المشرع بالحد من مبدأ سلطان الإرادة باسم مبادئ العدالة . و من ثم كان على القاضي و هو بصدد تحديد مضمون العقد، أن يوازن بين الإرادة و العدالة ، إذا ما اختل التوازن في العلاقة العقدية أثناء تنفيذ العقد.

غير أنه و لما ثبت أن مضمون العقد غالبا ما كان يتحدد سلفا من الطرف القوي في العلاقة العقدية، و غالبا ما كان يحتوي على شروط تعسفية،

لا يملك الطرف الضعيف فيها إلا أن يذعن لها ، كان على القاضي إعادة النظر في هذه الشروط تحقيقاً للعدالة . و لعل هذا ما سنحاول التعرض له من خلال هذا الجزء من الدراسة، فندرس تحديد مضمون العقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة ( مبحث أول)، ثم تحديد مضمون العقد مع إدراج الشروط التعسفية( مبحث ثاني).

### المبحث الأول

#### تحديد مضمون العقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة .

بالرغم من أن المشرع قد حد من شريعة المتعاقدين، إلا أنه لم يغفلها بصورة مطلقة . فألزم القاضي باحترامها ، ما دام الأخذ بها لا يؤدي إلى اختلال التوازن في العلاقة العقدية . لذلك نتعرض في هذا المقام لمظاهر التقيد بمبدأ القوة الملزمة للعقد(مطلب أول) ، فوسائل الحد من هذا المبدأ (مطلب ثاني) .

### المطلب الأول

#### مظاهر التقيد بمبدأ القوة الملزمة للعقد .

أهم مظاهر التقيد بشريعة المتعاقدين ، التزام القاضي في بحثه عن الإرادة المشتركة باحترام ضوابط محددة ، أثناء قيامه بتفسير العقد و تكييفه (مطلب أول) ، يخضع بشأنها لرقابة المحكمة العليا (مطلب ثاني).

#### الفرع الأول: تفسير العقد و تكييفه .

يقتضي تنفيذ العقد تفسيراً لمضمونه إذا كان في حاجة إلى ذلك ، باعتبار أنه أول ما يعرض على القاضي (فقرة أولى)، كما و لا بد من معرفة طبيعته

و القواعد القانونية التي تنطبق عليه ، و هذا ما يقتضي القيام بعملية تكييف للعقد (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: تفسير العقد .

ينصب التفسير على مظهر التعبير عن الإرادة ، و هذا الأخير سواء كان كتابة، أو كلاما، أو إشارة، أو سكوتا، قد يكون واضحا في دلالاته على إرادة المتعاقدين، أو غامضا، أو محل شك . و هذا ما سنعالجه كآليات لمعرفة الحالات الموجبة لتفسير العقد.

### أولا - حالة وضوح عبارات العقد :

جاء في نص المادة 111 فقرة أولى ق.م.ج أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة لا يجوز الانحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين"<sup>1</sup>. و من ثم فإذا كانت عبارات العقد كذلك ، لزم أن تعد تعبيرا صادقا عن إرادة المتعاقدين المشتركة. و ليس يجوز الانحراف عن هذا التعبير، لاستقصاء ما أراده العاقدان حقيقة من طريق التأويل، لأن الأصل الاعتماد على هذه العبارات في استخلاص النية المشتركة، إعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بتاريخ 17 فيفري 1979<sup>2</sup>.

و على ذلك متى كانت عبارات العقد كذلك، يلتزم القاضي بعدم الخروج عن معناها الظاهر، و إلا عد مخالفا لقاعدة من قواعد تفسير العقد. كما أن الخروج عن هذا المعنى يعد مسخا و تشويها لها، مما يوجب النقض. و هذا ما

<sup>1</sup> - تقابلها في نفس المعنى المادة 150 ق.م.ج.

<sup>2</sup> - مقتبس عن: عبد الحكم فوده ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض ، مصادر الالتزام ، (الباب التمهيدي - العقد)، المجلد الأول ، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الإسكندرية ، بدون سنة، ص 623.

ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بتاريخ 30 جوان 1979 بالقول أنه: "متى كانت عبارة العقد واضحة في إفادة المعنى المقصود منها. فإنه لا يجوز مسخها و الانحراف عنها للكشف عن النية المشتركة للطرفين".<sup>1</sup>

و متى التزم قاضي الموضوع بالمعنى الظاهر للعبارة، فليس عليه ذكر السبب في التزامه بهذا المعنى. و هذا ما أكدته أيضا محكمة النقض المصرية بتاريخ 15 فيفري 1962 بقولها: "إذا كان الحكم المطعون فيه، قد التزم في تفسيره للشرط المتنازع عليه في عقد الهبة، المعنى الظاهر لعباراته، و ضمن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان، فلا يكون مطالبا بعد ذلك بإيراد أسباب أخرى لتبرير أخذه بالمعنى الظاهر".<sup>2</sup>

و يذهب الأستاذ عبد الحكم فوده، إلى القول أن القاضي غير مكلف بذكر الأسباب التي حملته على التزامه بهذا المعنى، إلا إذا كان الأمر يتعلق بالرد على دفاع جوهرى يتعلق بالظاهر.<sup>3</sup>

هذا و أن عدم الحاجة للتفسير مرجعها في الواقع، أنه من المنطقي اعتبار المعنى الذي تعبر عنه العبارة الواضحة، هو المعنى الذي قصده المتعاقدان. لأن الأصل أن عبارة العقد تترجم بأمانة إرادتهما المشتركة<sup>4</sup>. فتكون هذه الإرادة هي أيضا واضحة، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. عندئذ تقوم الحاجة للتفسير

<sup>1</sup> - مقتبس عن: عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص622

<sup>2</sup> - مقتبس عن: عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص625

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص255.

<sup>4</sup> - مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص299.

بحثاً عن النية المشتركة، إذا كان هناك ما يشير إلى أن المقصود معنى غير معناها الظاهر.<sup>1</sup>

و وضوح عبارة العقد قرينة قانونية بسيطة، على أنها تعبر عن إرادة المتعاقدين، على افتراض أن الإرادة الظاهرة مطابقة للإرادة الباطنة، فتسقط هذه القرينة إذا ثبت أنها لا تعبر رغم وضوحها عن قصدتها<sup>2</sup>. ذلك أن وضوح التعبير غير وضوح الإرادة، فقد يستعمل المتعاقدان عبارة واضحة في ذاتها من حيث اللغة و الأسلوب، إلا أنها لا تتفق و حقيقة ما قصداه ، مما يجب معه إهمال الظاهر، و تفسير العقد لإزالة اللبس، و رفع الغموض.<sup>3</sup>

فالمقصود ليس وضوح العبارة المستعملة في حد ذاتها، أو وضوح بنود العقد كل بند على حدة، فقد تتناقض العبارة مع عبارات أخرى، و قد يكون البند واضحاً في ذاته، إلا أنه يتناقض مع بند آخر. فالوضوح المشار إليه في المادة 111 ق.م.ج وضوح مدلول العقد ككل في جميع بنوده. و هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بالقول: "أن الأمر قد يحتاج إلى التفسير رغم وضوح العبارة، كما لو وجدت في العقد عبارتان كل منهما واضحة، و لكن بينهما من التناقض ما يستلزم التفسير"<sup>4</sup>.

و من ثم فمتى سقطت هذه القرينة، كانت العبارة الواضحة محلاً للتفسير، و في هذه الحالة، ينحرف القاضي عنها إلى ما يراه أوفى لقصد المتعاقدين، لكن

1 - منذر الفضل ، النظرية العامة للالتزامات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية و الوضعية ، الجزء الأول، بدون طبعة ، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1996 ، 266.  
2 - جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص234.  
3 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ، العقد- العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون ، الجزء الأول ، بدون طبعة ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004، ص490.

4 - مقتبس عن : محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام - التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص292.

يتوجب عليه بيان الأسباب المقبولة التي تبرر مسلكه. أي تبيان الظروف التي أدت به إلى استبعاد المعنى الواضح، و كيف توصل إلى استخلاص المعنى الذي اقتنع به على أنه هو قصد المتعاقدين.<sup>1</sup> و قد أشارت محكمة النقض المصرية بتاريخ 23 فيفري 1967 إلى ذلك بقولها: " إذا انحرفت المحكمة عن العبارات الواضحة، فيجب عليها أن تذكر في الأسباب لماذا انحرفت عن المعنى الواضح إلى غيره، و كيف أفادت صيغ العقود المعنى الذي أخذت به، و رجحت أنه هو مقصود المتعاقدين، حتى يتضح لمحكمة النقض أن القاضي قد اعتمد في تأويله لها، على اعتبارات معقولة يصح معها استخلاص ما استخلصه منه".<sup>2</sup>

بيد أننا نشير إلى أن ذات المحكمة و في تطبيقها لنص المادة 150 ق.م.م ذهبت بتاريخ 21 جوان 1973 إلى القول أنه: "لا يجوز العدول عن المعنى الظاهر لعبارات العقد، إلا لمبرر قوي يجب ذكره في الحكم. أي أن القاضي عليه أعمال الظاهر، فلا يعدل عنه إلا إذا تبين ما يدعو إلى ذلك".<sup>3</sup>

واعتبرت ذات المحكمة أن: "التزام القاضي بهذا المعنى أمر طبيعي، و المجادلة في ذلك من الأمور التي تخرج عن رقابتها، و إذا ما رفض الخروج على هذا المعنى الظاهر إلى غيره، فإنه لا يعد مخالفا للقانون، طالما أنه رأى في هذا المعنى ما يتفق و إرادة المتعاقدين الحقيقية، و أن ما سبق أمامه من مبررات لا يكفي للعدول عنه".<sup>4</sup>

بناء على ذلك لا يكون للقاضي العدول على المعنى الواضح لعبارات العقد إلا إذا توافر شرطين:

<sup>1</sup> - جلال علي العدوي ، المرجع السابق، ص 234.  
<sup>2</sup> - مقتبس عن: عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص 626  
<sup>3</sup> - مقتبس عن: عبد الحكم فوده ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص 624  
<sup>4</sup> - مقتبس عن : محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2006، ص 353.

أ- عليه أن يفترض في بادئ الأمر أن المعنى الواضح من اللفظ هو المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان، فلا ينحرف عنه إلى غيره، إلا إذا قام أمامه من ظروف الدعوى ما يبرر ذلك.

ب- إذا عدل عن المعنى الواضح لعبارات العقد إلى غيره، عليه أن يبين في حكمه هذه الأسباب<sup>1</sup>.

### ثانيا - حالة غموض عبارات العقد :

تناولت المادة 111 ق.م.ج. في فقرتها الثانية حكم الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غامضة. فقررت أنه: " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات" . فطبقا لما ورد في المادة، متى

ثبت غموض عبارات العقد، توجب على القاضي أن يبحث عن النية المشتركة

للمتعاقدين، و مما لا شك فيه أن العبرة بإرادتهما معا و ليس بإرادة أحدهما. و إن كان المشرع الجزائري قد أخذ بالإرادة الظاهرة فيما يتعلق بالعبارة الواضحة، فحرم القاضي من أن ينحرف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. إلا أنه و بصدد العبارة الغامضة، ألزمه بالبحث عن النية المشتركة عن طريق معايير موضوعية تمكنه من الكشف عنها، و هي طبيعة التعامل، الأمانة و الثقة، و العرف الجاري في المعاملات. الأمر الذي يعني أن القاضي لا يأخذ، لا بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا بالإرادة الباطنة

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص490.



المحضة، وإنما بالإرادة الباطنة، التي يستطيع التعرف عليها بالاستعانة بالمعايير السابقة<sup>1</sup>.

و بما أن هذه الطريقة قد تؤدي إلى استبعاد الإرادة الحقيقية للمتعاقدين و استبدالها بإرادة يتصورها القاضي. فغالبا ما يعتمد القضاء الفرنسي على معيار العدالة لتحديد النية المشتركة للطرفين، متجاهلا في بعض الأحيان الإرادة الحقيقية للمتعاقدين<sup>2</sup>.

اعتمادا على معيار طبيعة التعامل، و الذي يقصد به طبيعة العقد و موضوعه<sup>3</sup>، ذهب القضاء الفرنسي في تطبيقه له، بصدد عقد الشركة إلى القول أن: "الشريك الموصي في شركة توصية، يجب أن يسهم فيها بنصيب في رأس المال، و محظور عليه أن يتدخل في إدارة الشركة. و على ذلك إذا تبين أن رأس مال الشركة، قد دفع بأكمله من أحد الشريكين. و أن الشريك الثاني قد ساهم بعمله فقط. و أن اسمه قد ورد في عنوان

الشركة، فإنه يعتبر شريكا متضامنا مع الشريك الأول. في شركة تضامن، بالرغم من تسمية الشركة بأنها شركة توصية، و النص في عقدها على أن الشريك الأول هو المسؤول وحده عن كافة التزاماتها"<sup>4</sup>.

هذا و قد ذهب القضاء الفرنسي إلى القول أن طبيعة التعامل قد تؤدي إلى الكشف عن الإرادة المشتركة لا لمتعاقدين بذاتهما، و لكن لكل

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص500.

<sup>2</sup> - و قد رتب على العقد آثارا لم يتوقعها المتعاقدان، كالالتزام بالسلامة، و الالتزام بالإعلام، انظر في هذا الشأن. - C. LARROUMET, droit civil, les obligations-le contrat, tome 3 , 3<sup>ème</sup> édition, DELTA, paris, 1996, p107.

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص497.

<sup>4</sup> - مقتبس عن : أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية و قضائية، بدون طبعة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص100.

عاقدين يتعاقدان على نحو معين في ظروف معينة. و هذا ما قرره بالنسبة لشروط الإعفاء من المسؤولية، أو التخفيف منها، و التي تدرج عادة في عقود النقل العامة، فذهب إلى أن طبيعة التعامل مع شركات النقل، تقتضي اعتبار الشروط الواردة في تذكرة النقل سارية في حق المسافر دون أي تخصيص، إلا ما يكون متعارضا منها مع النظام العام، سواءا في ذلك قرأ المسافر هذه الشروط أم لم يقرأها، لأن ظروف العقد و طبيعة التعامل لا تمكن من إفهام كل مسافر على حدة شروط النقل التي يتم التعاقد عليها<sup>1</sup>.

كما و أنه يمكن للقضاء أن يعتمد على معيار الأمانة و الثقة. و يقصد بهما شرف التعامل في فهم كل متعاقد للتعبير الصادر من المتعاقد الآخر. فالأمانة واجب على المتعاقد، حيث تقتضي أن على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عبارته بما يفرضه التعامل من أمانة، فإذا تبين أن هناك خطأ في التعبير، فإن الأمانة تقتضي منه ألا يستغل هذا الخطأ، ما دام أنه قد فهمه على حقيقته، أو كان يستطيع أن يفهمه.

أما الثقة و هي حق للمتعاقد، فتقتضي أن من تلقى تعبيرا عن الإرادة، فإن

من

حقه أن يفهمه على معناه الظاهر، طالما لم يكن في إمكانه إدراك حقيقة معناه<sup>2</sup>. هذا و أن القاضي في تأويله للعقد على أساس الثقة و الأمانة، فإنه يفترض وجودهما بين المتعاقدين، و في جميع الأحوال لا يعتد بالإرادة التي تقوم على الغش و الخداع، و قد تكون هذه الإرادة هي نية المتعاقدين الحقيقية<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - مقتبس عن : أنور سلطان ، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة، ص234.

<sup>2</sup> - خليل أحمد حسن قعادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، الجزء الأول ، بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994، ص139.

و للقاضي كذلك أن يؤول عبارات العقد الغامضة اعتمادا على العرف الجاري في المعاملات، غير أنه يجب أن لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة، كما و أنه إذا تنازع عرف عام مع عرف خاص، فيغلب هذا الأخير تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام. هذا و أن لجوء القاضي للعرف التفسيري لا يعرضه للنقض، لأنه عامل من عوامل التفسير، أما العرف المكمل للعقد فهو مصدر من مصادر القانون، يترتب على مخالفته نقض الحكم<sup>2</sup>.

و يجمع الفقه و القضاء على أن معايير التفسير السابقة التي أوردها المشرع ليست ملزمة للقاضي، فالغرض من ذكرها مجرد الاسترشاد بها. و يترتب على ذلك النتائج التالية:

- أن الأحكام التي لا تنقيد بهذه القواعد لا تتعرض لرقابة محكمة النقض.
- أن القاضي لا يتقيد بترتيب معين بالنسبة لطرق التفسير المنصوص عليها.
- أنه يجوز للقاضي الاستعانة، بطرق أخرى في التفسير، بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين، كتلك التي نص عليها التقنين المدني الفرنسي نذكر منها: أنه إذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى واحد، فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا (المادة 1157 ق.م.ف). و نصوص العقد يفسر بعضها بعضا (المادة 1161 ق.م.ف). و مهما كانت عمومية العبارة فإنها لا تشمل إلا الأشياء التي تعاقد من أجلها الطرفان (المادة 1163 ق.م.ف). و قاعدة تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تنفرد بالحكم (المادة 1164 ق.م.ف)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - فيلالي علي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، الطبعة الثانية ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2005 ، ص315.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق ص500.

<sup>3</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات ، المرجع السابق، ص5.

اعتمادا على القاعدة التي تضمنتها المادة 1164 ق.م.ف. ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأييد حكم محكمة ليون الاستئنافية، الصادر في نزاع يتعلق بتفسير عقد تأمين عن المسؤولية عن الحوادث التي تصيب الغير نتيجة استخدام موتوسيكل حدد نوعه و رقمه و قوته حيث ثبت لها: " أن محكمة الموضوع قد تقصت النية المشتركة للمتعاقدين، بناء على النصوص المختلفة للعقد، فتبين لها أن البيانات الخاصة بالموتوسيكل المؤمن عليه لا تمثل شروطا أساسية للعقد، ذلك أن الاعتبار الرئيسي الذي علق عليه المتعاقدان كل الأهمية في إبرام العقد و استمراره، هو قوة الموتوسيكل الذي يستخدمه المؤمن له. و طالما أن الموتوسيكل الذي اشتراه المؤمن له يتساوى في القوة مع الموتوسيكل المعين في العقد، فإن عقد التأمين يغطي الحوادث الناتجة عن استخدامه".<sup>1</sup>

و إعمالا للقاعدة الواردة بالمادة 1163 ، قضت محكمة النقض الفرنسية في نزاع خاص بتفسير وصية بأن: " لفظ الابن الوارد فيها يفيد الابن الشرعي و الابن بالتبني، و لكن لمحكمة الموضوع أن تخصص عمومية هذه العبارة عند

تفسيرها للوصية ، بقصرها على الابن الشرعي، استنادا إلى نصوص الوصية ذاتها".<sup>2</sup>

كما و ذهبت محكمة استئناف باريس، في تطبيقها للقاعدة الواردة في المادة 1161 إلى القول أن: "الرجوع في الوصية هو أمر يمثل أحد الخصائص الأساسية لهذا العمل القانوني، و على ذلك فإن النص في الوصية

<sup>1</sup> - مقتبس عن : أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، المرجع السابق ص102.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، المرجع السابق، ص.105.

على جواز الرجوع فيها من قبل الموصي هو تزييد لا أثر له ، و يتعين بالتالي تفسير النص الذي يحدد مدة معينة للرجوع فيها ، بما يتوافق مع المبادئ العامة التي تجيز للموصي الرجوع في الوصية في أي وقت، فلا يتقيد الموصي بمدة معينة، طالما أن نيته قد اتجهت إلى الإيضاء<sup>1</sup>.

### ثالثا - قيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة :

إذا لم يهتدي القاضي إلى استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين استخلاصا واضحا، و تعذر عليه بعد استخدام المعايير السابقة القطع برأي، و قام لديه الشك في تفسير عبارات العقد الغامضة، و رأى أن تفسيرها يحتمل عدة وجوه فقد قضت المادة 112 ق.م.ج بأنه: "يؤول الشك في مصلحة المدين".

و هي قاعدة احتياطية، تتضمن معيارا موضوعيا، يتعين على القاضي اللجوء إليه إذا تعذر عليه الوقوف على النية المشتركة للطرفين، إذ يتعين الأخذ بقواعد العدالة المتجسدة في هذه القاعدة. فهي عبارة عن حيلة قانونية ابتكرها الشارع، إذا ما تسرب الشك إلى نفسية القاضي، لتعدد وجوه التفسير المحتملة للعبارات محل النزاع دون وجود مرجح لها<sup>2</sup>.

و يكفي لتطبيق هذه القاعدة مجرد الشك بأن يتراوح تفسير العقد بين عدة وجوه، كل وجه منها محتمل، و لا ترجيح لوجه على آخر<sup>3</sup>. فقاعدة تفسير الشك تتحدد بالقول أن التفسير غير مستحيل، و في نفس الوقت غير ممكن على وجه واحد لا يقبل الشك. أما إذا استحال التفسير و لم يستطع القاضي أن يتبين و لو وجها واحدا لتفسير العقد، مهما كان جانب الشك فيه. فهذه قرينة على

<sup>1</sup> - مقتبس عن : أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات ، المرجع السابق، ص105.

<sup>2</sup> - عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص304

<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق 501.

أنه ليست هناك نية مشتركة للمتعاقدین التقيا عندها، بل أراد كل منهما شيئاً لم يردده الآخر، فلا ينعقد العقد أصلاً<sup>1</sup>.

و يلاحظ أن لفظ المدين الوارد في النص. و الذي تم تفسير الشك لمصلحته ليس المقصود به المدين الذي يقع عليه عبئ الالتزام، و إنما المتعاقد الذي يقع عليه عبئ الشرط محل التفسير. أي أنه يجب النظر لكل شرط على حدة عندما تعلن الحاجة إلى تفسير أي منها. فإذا كان الشرط محل التفسير يفرض التزاماً على أحد المتعاقدین، أو يشدد من مسؤوليته عن عدم التنفيذ بما يجاوز ما تفرضه القواعد العامة. فإن الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة هذا العاقد، فهو الطرف المدين بالالتزام و هو الذي يقع عليه عبئ تنفيذ الشرط محل الشك<sup>2</sup>. أما إذا كان الشرط الغامض يعفي أحد المتعاقدین من التزام تفرضه القواعد العامة، أو يخفف من مسؤوليته في تنفيذ هذا الالتزام، فإن الشك في مدلول هذا الشرط يجب أن يفسر لمصلحة المتعاقد الذي يضر من هذا الشرط، و هو الدائن بالالتزام، إلا أنه هو المدين في الشرط محل التفسير<sup>3</sup>.

و تستمد قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين أساسها من عدة اعتبارات :

أ - تقضي الأصول العامة للقانون أن الأصل في الإنسان براءة الذمة. فإذا قام الشك في وجود التزام على عاتق شخص، فإعمال هذا الأصل يوجب نفي الالتزام. و إذا قام الشك حول مدى هذا الالتزام، فسر الشك بالطريقة التي تجعل هذا الالتزام في أضيق الحدود، لأن الالتزام هو الاستثناء، و الاستثناء لا يتوسع فيه<sup>4</sup>. كما و أن نية الملتزم هي في أنه يلتزم في أضيق نطاق ممكن أن

<sup>1</sup> - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، المرجع السابق، ص305.

<sup>2</sup> - مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص189.

<sup>3</sup> - محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص162.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص359.

تتحمله عبارات العقد، و البحث في هذا النطاق الضيق هو الذي يوجد التوافق بين الإرادتين<sup>1</sup>.

ب - أن الدائن هو المكلف أصلاً بإثبات الالتزام، فإذا كانت عبارات العقد تحتل مدى أوسع للالتزام، و عجز الدائن عن إثبات هذا المدى، فلا مناص عندئذ من الأخذ بالمدى الضيق للالتزام، و الذي تمسك به المدين. فهذا المدى هو الذي قام عليه الدليل<sup>2</sup>.

ج - أن الدائن هو الذي يملئ الالتزام على المدين، فإذا أملاه بطريقة غامضة تحمل تبعه ذلك. حيث يتم تفسير الشك ضده، و الميل إلى جانب المدين، لأنه كان بإمكانه أن يجعل وجود الالتزام أو مداه أمراً واضحاً كل الوضوح في صياغة العقد<sup>3</sup>.

غير أن القاضي مقيد بشروط لتطبيق هذه القاعدة:

أ - أن يكون هناك مبرر للتفسير، فإذا كانت عبارات العقد واضحة في إظهار إرادة الطرفين، فلا محل لتطبيق هذه القاعدة، و يجب تطبيق أحكام العقد حتى و لو كانت في غير صالح المدين. فإذا قام القاضي رغم ذلك بتفسير العقد لصالح المدين بحجة جور شروطه، فإنه يكون بذلك قد حرّفه، الأمر الذي يوجب نقض الحكم.

ب - استنفاد كل وسائل التفسير المتعلقة بالبحث عن الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين، ذلك أن إرادتها هي العنصر الجوهرى في العقد، فلا يتعين اللجوء لهذه القاعدة إلا بعد استنفاد كل الوسائل اللازمة للكشف عن هذه الإرادة.

ج - أن يبقى الشك قائماً رغم استخدام وسائل التفسير، سواء تلك التي نص عليها المشرع أو غيرها.

1 - مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص189.

2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص501.

3 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص360.

د - أن لا يكون المدين سيئ النية أو مهملاً، فوجود أي منهما يتنافى مع المبرر و الأساس الذي قامت عليه القاعدة<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: تكييف العقد .

بعد فراغ القاضي من تفسير العقد، فإنه يتعين عليه تكييفه، أي أن يضيف عليه الوصف القانوني الصحيح ، الذي يتفق و حقيقة ما قصده المتعاقدان. فيدخله ضمن طائفة العقود المسماة، أو ينتهي إلى أنه لا ينتمي إلى هذه الطائفة<sup>2</sup>. هذا و نظرا لأن التكييف يتوقف عليه معرفة أحكام القانون الواجب التطبيق عليه، فقد قضت محكمة النقض المصرية بتاريخ 29 أبريل 1974 بأن: "محكمة الموضوع لا تستطيع البث في أمر صحة و نفاذ العقد الصادر من المورث، سواء باعتماره بيعا أو باعتباره وصية، إلا بعد أن تحدد نوعه. إذ يتوقف على هذا التحديد، معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق عليه من حيث الصحة و النفاذ، و لا يجوز للمحكمة حتى بفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف في الحاليتين، أن تقضي بنفاذه قبل البث في أمر تكييفه، و هل هو بيع أم وصية"<sup>3</sup>.

وتعتبر عملية تكييف العقد من صميم عمل القاضي، لذلك يتعين عليه القيام بذلك من تلقاء نفسه، و لو لم يطلب الخصوم منه ذلك، لأنه على ضوء تكييف العقد تتحدد الآثار التي لم يذكرها المتعاقدان في العقد. كما و أنه لا يتقيد بتكييف الخصوم للعقد، فقد يضيف المتعاقدان على العقد وصفا غير صحيح، إما عن جهل أو عن عمد لإخفاء غرض غير مشروع. في هذه الحالة يقوم بتصحيح

<sup>1</sup> - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص309.

<sup>2</sup> - محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص163.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص617.



التكليف من تلقاء نفسه<sup>1</sup>. و هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بتاريخ 3 ماي 1972 بقولها: "المناط في تكليف العقود هو بما عناه العاقدون منها. و لا يعتد بما أطلقوه عليها من أوصاف أو ضمنوها من عبارات، إذا تبين أن هذه الأوصاف و العبارات تخالف حقيقة التعاقد و ما قصده العاقدون منه"<sup>2</sup>.

و المعيار الأساسي الذي يعتمد عليه القاضي لتكليف العقد، هو الالتزامات الرئيسية فيه. ففي البيع مثلا: يعتبر الالتزام بالثمن و التسليم من الالتزامات الرئيسية التي تنبئ عن حقيقة قصد المتعاقدين من العقد. فالعبرة بالغرض العملي الذي قصد إليه الطرفان من تعاقدتهما، و الذي تكشف عنه طبيعة الالتزامات التي يتحمل بها كل منهما<sup>3</sup>. و قد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا المبدأ بتاريخ 20 جانفي 1971 بقولها: "متى كان الحكم المطعون فيه قد أخذ في تكليف العقد بعنوانه و نصوصه، و الظروف التي لامسته، و لم يخرج عن عباراته و لم يجاوز الغرض الذي عناه الطرفان من إبرامه. و كان التكليف متفقا مع مؤدى هذه النصوص و تلك الظروف، فإنه لا يكون قد أخطأ في تكليف العقد أو خالف القانون"<sup>4</sup>.

و يجب أن يتم التكليف في ضوء عبارات العقد و حقيقة الواقع و النية المشتركة. و للمحكمة في سبيل التعرف على حقيقة العقد، و التحري عن قصد الطرفين منه، تقدير الأدلة و القرائن المقدمة في الدعوى. و هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية بتاريخ 18 ماي 1977 بقولها: " و لئن كان للمتعاقدين حرية

<sup>1</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص362.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص618.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص363.

<sup>4</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص618.

تحديد العناصر التي يتركب منها المتجر الذي يجريان عليه التعاقد. إلا أن لمحكمة الموضوع سلطة الفصل فيما إذا كانت العناصر المعروضة عليها كافية لوجود المتجر، غير متقيدة في هذا الشأن بما يقررانه أو بالوصف الذي يضيفانه على التعاقد، و لها في سبيل التعرف على حقيقة العقد و التحري عن قصد المتصرف من تصرفه تقدير الأدلة و القرائن المقدمة في الدعوى و استخلاص ما تقتنع به منها، متى كان استخلاصا سائغا، متفقا مع الثابت بالأوراق".<sup>1</sup> كما أكدت المحكمة ذاتها بتاريخ 28 ديسمبر 1971 أن: "العبرة في تكييف العقود، هي بحقيقة النية المشتركة للمتعاقدين و ليس بالعبارات الظاهرة إذا تناقضت معها".<sup>2</sup>

و لا يترتب على تكييف العقد تغيير سبب الدعوى، ما دام القاضي يقوم به على أساس من الوقائع المعروضة عليه دون أن يضيف إليها جديدا من عنده. و قد عبرت محكمة النقض المصرية بتاريخ 16 فيفري 1957 عن ذلك بقولها: "إذا استعملت محكمة الاستئناف حقها، و كيفت الوقائع المطروحة عليها دون أن تضيف لها شيئا جديدا بأنها تكون الإثراء بلا سبب بعد أن عدل المدعي عن الاستناد إلى عقد القرض. فإنه لا يجوز النعي على حكمها بأنها غيرت سبب الدعوى من تلقاء نفسها".<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا .

من المعلوم أن المحكمة العليا محكمة قانون لا محكمة موضوع، و

هذا

---

<sup>1</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص617.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص618.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص619.

يعني أنها تفرض رقابتها على عمل القاضي فيما يتعلق بمسائل القانون دون مسائل الواقع التي ينفرد بها قاضي الموضوع<sup>1</sup>.

و إذا كان من السهل التمييز بين مسائل الواقع و مسائل القانون نظريا، إلا أنه يصعب وضع معيار عملي محدد يصيغ لنا قاعدة عامة، لأن الخط الفاصل بينهما رفيع جدا. من أجل ذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في العديد من أحكامها للقول أنه: "إذا تعلق الأمر بمجرد التثبت من وقائع الدعوى، بتقدير الأدلة المقدمة للخصوم، و الموازنة بين أقوال الشهود، و ترجيح قرينة على أخرى، فإن ذلك كله واقع يكون البث فيه من اختصاص قاضي الموضوع"<sup>2</sup>.

و بناءا على ذلك فإن قاضي الموضوع في سبيل استخلاص الوقائع المنتجة في النزاع و طرح ما عداها، يستقل بتقدير هذه الوقائع، و كيفية إثباتها و تقدير أدلتها.... دون أن يخضع لأي ضابط من محكمة النقض، التي لا تختص بمسائل الموضوع. فهي لا تعيد فحص وقائع النزاع، و إنما ينعقد اختصاصها بدءا بالتسليم بما خلص إليه قاضي الموضوع من وقائع سلم بها هو الآخر<sup>3</sup>. فإذا أخطأ القاضي في استخلاصه للنية المشتركة، فإن هذا الخطأ يعد خطأ في الواقع، لا تتسحب إليه رقابة محكمة النقض.<sup>4</sup>

غير أن ذلك لا يعني أن سلطة القاضي بغير حدود، إذ ينقض حكمه إذا كان مفقدا للأسباب القانونية. فاستخلاص القاضي للوقائع يجب أن يكون ثابتا من مصادر موجودة فعلا لا وهما، و غير مناقضة لما هو ثابت في الدعوى.

---

<sup>1</sup> - إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، 1994-1995، ص44.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص309.

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص309.

<sup>4</sup> - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق ، ص44.

كما يتعين أن يكون استخلاصه لها سليما من الناحية المنطقية. فإذا أثبت القاضي مصدرا للواقعة وهميا لا وجود له، أو موجودا، و لكن يستحيل عقلا استخلاص الواقعة منه كما فعل هو، كان حكمه مخالفا للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه. و هذا ما استقر عليه قضاء النقض في مصر. حيث درجت محكمة النقض المصرية على القول تارة: "ما لم يكن ما استخلصه من ذلك، مبنيا على ما لا ينتج من الأوراق أو على أوراق غير موجودة، أو وقائع لا أصل لها أو أقوال غير ثابتة". و تارة بالقول "و ضمن أسبابه أن هذا المعنى هو ما قصده المتعاقدان"<sup>1</sup>.

بانتهاى القاضي من استخلاص الوقائع، فإنه ينتقل إلى مرحلة تطبيق القانون، و هذا هو المجال الخصب لإعمال صميم اختصاص محكمة النقض، حيث تباشر رقابتها على نشاط القاضي في أعماله لقواعد القانون، فتراقب تطبيق القاضي لقواعد التفسير المتعلقة بحالات التفسير المنصوص عليها في المواد 111 و 112 ق.م.ج السابق ذكرها<sup>2</sup>.

إلا أنه يجب أن لا نخلط بين تأويل العقد، و القواعد التي تدير تأويل العقد، ذلك أن تأويل العقد يعني تفسير العبارات الغامضة، للبحث عن النية المشتركة من خلال التقدير و البحث في الوقائع. و بالتالي فيبقى مسألة واقع، لا يخضع القاضي بشأنه لرقابة المحكمة العليا. و هذا على خلاف القواعد التي تدير تأويل العقد، التي يترتب على مخالفتها نقض الحكم لأن ذلك يعد تحريفا للوقائع. كما إذا قام بتأويل عبارة واضحة لا تستدعي ذلك، أو مخالفة الأحكام المتعلقة بتأويل الشك بأن فسره لمصلحة الدائن بدل المدين<sup>3</sup>.

1 - عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص484.

2 - إبراهيم بن حديد، المرجع السابق، ص44.

3 - فيلالى علي، المرجع السابق، ص317.

و تجدر الإشارة هنا أنه إذا كانت قواعد التفسير في التشريع الجزائري، و كذا المصري، من القواعد التي وضعها المشرع على سبيل الإلزام، و ينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون، فإن الفقه و القضاء الفرنسيين يجمعان على أن تفسير العقد من مسائل الواقع، و أن قواعد التفسير الواردة في المادة 1156 ق.م.ف و ما بعدها غير ملزمة للقاضي، و إنما مجرد توجيهات يستأنس بها. إلا أنه و بخصوص العبارة الواضحة و الدقيقة، فإن القاضي لا يملك الخروج عنها، لأنها تعتبر من مسائل القانون يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

و بخصوص تكيف العقد، يقوم القاضي بالمقابلة بين الآثار التي اتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة، كما استخلصها من عبارات العقد، و بين الماهية أو الطبيعة المجردة للعقد كما نظمه القانون. لذلك فإن عملية التكيف، تعتبر مسألة قانونية، يخضع قاضي الموضوع في القيام بها لرقابة محكمة النقض<sup>2</sup>.

و من ثم فإن التعرف على حقيقة ما عناه المتعاقدان يدخل في سلطة قاضي الموضوع، أما التكيف القانوني لما عناه المتعاقدان فيخضع لرقابة محكمة النقض. و قد عبرت محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها: "لئن كان التعرف على ما عناه الطرفان من المحرر موضوع الدعوى هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع، إلا أنه متى استخلصت المحكمة ذلك فإن التكيف القانوني الصحيح لما قصده المتعاقدان، و إنزال حكم القانون على العقد، هو مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض"<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> - J. FLOUR ; J. LUC- AUBERT ; E. SAVAUS, Droit civil, les obligations, , D, Paris 2000 , p291.

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص364.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص620.

## المطلب الثاني

### وسائل الحد من القوة الملزمة للعقد .

أجاز المشرع للقاضي في حالات استثنائية لاعتبارات تتعلق بالعدالة، الخروج على مهمته المألوفة في تفسير العقد إلى التعديل فيه، برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حالة الحوادث الطارئة (فرع أول). كما خوله سلطة مراجعة الشرط الجزائي بتخفيضه أو الزيادة فيه (فرع ثاني).

### الفرع الأول: إعمال نظرية الظروف الطارئة .

يتعرض المدين إذا لم يكن العقد واجب النفاذ حال انعقاده ، إلى احتمال تغيير ظروف التعاقد عند التنفيذ عما كانت عليه وقت انعقاده ، و هذا الاحتمال كما قد يكون نافعا له ،قد يكون ضارا به . و من ثم تعين الأخذ بنظرية الظروف الطارئة . لدى نسوق على التوالي مضمون النظرية و شروط الأخذ بها ( فقرة أولى)، فمدى سلطة القاضي في تعديل العقد تطبيقا لهذه النظرية (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: مضمون النظرية و شروط الأخذ بها .

نعالج في هذه الفقرة مضمون هذه النظرية ، ثم شروط الأخذ بها على التوالي.

### أولا - مضمون النظرية :

تعرض المشرع الجزائري لهذه النظرية في نص المادة 107 ق.م.ج. في فقرتها الثالثة بالقول: " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

من خلال استقراء نص المادة، نجد أن هذه النظرية تنطبق على العقود التي لا يتم تنفيذها فوراً، وإنما يمتد إلى أجل أو إلى آجال، و في خلال الفترة التي تفصل بين انعقاد العقد و بين تنفيذه أو التي يمتد خلالها تنفيذه. قد تتغير الظروف التي أبرم في ظلها بسبب حادث غير متوقع و لا يد فيه لأي من المتعاقدين، يؤدي إلى اختلال التعادل بين الالتزامات اختلالاً فادحاً، بحيث يصبح التزام أحدهما مرهقاً و يهدده بخسارة فادحة إذا نفذ التزاماته على النحو المتفق عليه، عندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل ليوزع تبعه هذا الحادث على عائق الطرفين، و يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و المألوف في مثل هذه الحالة<sup>1</sup>.

و إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تقترب من نظرية القوة القاهرة، لكون كل من الظرف الطارئ و القوة القاهرة لا يمكن توقعهما، إلا أنه و بالنسبة للظرف الطارئ يؤدي تحققه إلى جعل تنفيذ الالتزام فيه إرهاباً في التنفيذ، فلا يعفى المدين كلاً من تنفيذ التزامه، و إنما يترتب على ذلك تعديل العقد بتوزيع تبعه الحادث بين الدائن و المدين. أما القوة القاهرة فيؤدي تحققها إلى جعل تنفيذ

الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة، مما يؤدي إلى انقضاء الالتزام، فيتحمل الدائن تبعته كاملة<sup>2</sup>.

كما و أن نظرية الظروف الطارئة تعتبر من النظام العام بحيث لا يجوز للمتعاقدين الاتفاق مقدماً على مخالفة أحكامها، بينما و فيما يخص القوة

---

<sup>1</sup> - عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية و مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوروبية، و تطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، بدون طبعة، دار الفكر، دمشق، 1971، ص 19.  
<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 515.

القاهرة، فقد سمح المشرع بموجب نص المادة 178 فقرة أولى ق.م.ج على جواز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة<sup>1</sup>. كما و تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الاستغلال. في كون أن الأولى تسعف مدينا كان ضحية ظرف طارئ أثناء تنفيذ العقد، لا دخل لإرادة الدائن فيه. بينما تقدم النظرية الثانية عوناً للمدين أثناء تكوين العقد، كان ضحية استغلال من جانب دائنه عمداً للحصول على منفعة تتجاوز الحد المعقول.

و إن كانت نظرية الظروف الطارئة لا ترفع كل الغبن عن المدين المرهق و إنما بعضه، نجد أن نظرية الاستغلال ترفع كل الغبن عن المتعاقد المغبون. كما و أن القاضي في نظرية الظروف الطارئة. يتمتع بسلطة أوسع، بحيث يجوز له أن يعدل من التزامات المدين المرهق إلى الحد الذي يخفف من إرهابه، سواءً بإنقاص التزاماته، أو بزيادة التزامات الدائن. في حين تنحصر سلطة القاضي في إبطال العقد أو إنقاص التزامات المتعاقد المغبون، دون أن تكون له سلطة زيادة التزامات المتعاقد المستغل<sup>2</sup>.

### ثانيا - شروط الأخذ بها :

من خلال الإطلاع على مضمون المادة 107 ق.م.ج. نجد أن شروط تطبيق النظرية منها ما يتعلق بطبيعة العقد، و منها ما يتعلق بطبيعة الحادث و أوصافه. ومنها ما يخص أثر الحادث.

<sup>1</sup> - بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، بحث للحصول على درجة ماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، الجزائر، 1983، ص9.  
<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص515.



أ - من حيث طبيعة العقد: أورد المشرع النص عاما، بحيث يتسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود، و هذا ما تأكده محكمة النقض المصرية أيضا بتاريخ 3 جانفي 1963 بالقول: "تطبق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها و بين تنفيذها فترة من الزمن"<sup>1</sup>. أي سواء كان العقد من أصل طبيعته من عقود المدة، أي من العقود المستمرة كعقد الإيجار. أو الدورية التنفيذ كعقد التوريد. أم كان من العقود الفورية، و لكن تنفيذها كان مؤجلا. أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها، فلا يتصور الأخذ في شأنها بهذه النظرية بل بنظرية الاستغلال<sup>2</sup>.

غير أنه يستثنى من هذه النظرية العقود التي يكون محل التزامها نقودا، بحيث جاء في نص المادة 95 ق.م.ج. أنه: "إذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد، دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير". و في جميع الأحوال لا تطبق هذه النظرية إذا تراخى تنفيذ العقد بخطأ من المدين إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره<sup>3</sup>.

و بشأن سريان النظرية على العقود الاحتمالية من عدمها. فقد ثار خلاف فقهي في هذا الشأن. فذهب رأي إلى القول أنها تطبق على هذه العقود استنادا إلى عمومية النص، و هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 3 جانفي 1963.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص597.

<sup>2</sup> - أنور سلطان ، المرجع السابق، ص245.

<sup>3</sup> - أنور سلطان ، المرجع السابق، ص246.

<sup>4</sup> - بولحية جميلية، المرجع السابق، ص100.

أما الرأي الثاني و هو الراجح فذهب للقول بأنها لا تطبق عليها، لأن من شروط هذه النظرية أن يكون الحادث غير متوقع، و هذا ما لا يوجد في العقود الاحتمالية، لأن طبيعة هذه العقود أن الظروف الطارئة فيها متوقعة، مما يجعل نطاق النظرية مقصور على العقود المحددة<sup>1</sup>. و قد أخذت بهذا الرأي محكمة النقض المصرية بتاريخ 15 فيفري 1966 بالقول أنه: "إذا كان العقد في طبيعته يقوم على فكرة المخاطرة و المضاربة. فلا تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة، لأن المتعاقد يتوقع ذلك"<sup>2</sup>.

و تطبق هذه النظرية على العقود الملزمة للجانبين، و العقود الملزمة لجانب واحد على حد سواء، لأنه لا يوجد شرط صريح بشأن تطبيقها على النوع الأول دون الثاني. كما أنه ليس من الحكمة أن يزيل المشرع الإرهاق عن مدين دون آخر، لمجرد أن الالتزام العقدي الذي يتحمله لا يجد التزاماً آخر مقابل له<sup>3</sup>.

هذا و بشأن العقود الملزمة للجانبين لم تشترط محكمة النقض المصرية، أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ. بل على حسب تعبيرها: "يكفي وجود التزام على أحد المتعاقدين متراخي التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ، ثم صار مرهقا للمدين

---

<sup>1</sup> - بولحية جميلة، المرجع السابق، ص101.

ويقصد بالعقود الاحتمالية العقود التي لا يستطيع المتعاقد فيها أن يحدد ما يأخذه و ما يعطيه. و لا يتحدد ذلك إلا في المستقبل تبعاً لوقوع أمر غير محقق كعقد التأمين. أما العقود المحددة فهي تلك التي يستطيع فيها كل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد القدر الذي يأخذه و القدر الذي يعطيه. انظر في هذا الشأن: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص135.

<sup>2</sup> - مقتبس عن: عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص599.

<sup>3</sup> - بولحية جميلة، المرجع السابق، ص98.

دونما اعتبار أن يكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه، أو كان تنفيذه متراجيا كذلك<sup>1</sup>.

ب - من حيث طبيعة الحادث و أوصافه: فسواء كان الحادث الطارئ حربا أو زلزالا، أو أزمات اقتصادية، أو اجتماعية، أو سياسية، فيشترط أن يكون: - حادثا استثنائيا: أي أنه غير مألوف، فإذا كان مألوفا لا يعتد به، و لا تعتبر الخسارة التي تلحق المدين منه مرهقة، لأن من عادة المألوف أن يكون محتملا.

هذا و أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر الحادث الاستثنائي للقاضي يقدره تقديرا ذاتيا، و إنما وضع له معايير موضوعية للتوجيه، فاشترط أن يكون عاما و غير متوقع.

- أن يكون عاما: أي ليس خاصا بالمدين أو مدينين معينين بالذات، كما لا يشترط فيه أن يعم جميع البلاد، بل يكفي أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس. و من ثم فلا يمكن للمدين أن يتذرع بظروفه الخاصة<sup>2</sup>.

- أن يكون غير متوقع: و يكون كذلك إذا لم يكن في وسع المتعاقدين، و على وجه الخصوص المدين توقعه وقت إبرام العقد، و إلا احتاطا لذلك. والعبرة في التوقع بالمعيار الذاتي و هو معيار الشخص المعتاد، و مدى توقعه للحادث لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد. و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية بتاريخ 11 نوفمبر 1969 بالقول أنه: "يشترط أن يكون الحادث غير متوقع وقت التعاقد، و أن المعيار المعتمد هو معيار الشخص العادي، الذي لا يكون

<sup>1</sup> - مقتبس عن: عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص598.

<sup>2</sup> - بولحية جمالية، المرجع السابق، ص101.

بوسعه توقع حصوله لو وجد في ظروف ذلك المدين وقت التعاقد، بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصول الحادث فعلا أم لم يتوقعه"<sup>1</sup>.  
- كما يشترط في الحادث أن يكون غير متوقع و غير مستطاع دفعه. فإذا كان غير متوقع و لكن في استطاعة المدين أن يدفعه فلا يؤخذ به لإعمال هذه النظرية<sup>2</sup>.

و قد اعتبر القضاء من الحوادث الاستثنائية التي لا يمكن توقعها و لا دفعها، الزلزال و الأعاصير، الفيضانات، الحروب، التغير المفاجئ في الأسعار بصورة تهدد بخسارة فادحة. أما تقلب الأسعار في زمن الحرب فليس ظرفا طارئا، لأن التعاقد وقت الحرب يجعل صعوبات التنفيذ متوقعة<sup>3</sup>.

ج - من حيث أثر الحادث الطارئ: يشترط أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقا للمتعاقد بسبب الحادث الطارئ و ليس مستحيلا، يعرضه لخسارة فادحة تنتج عن الاختلال الفادح بين الأداءات المتقابلة. و لا يعتد في هذا الشأن بالخسارة المألوفة في التعامل<sup>4</sup>.

و معيار الإرهاق يجب أن يقدر بمعيار موضوعي، فالخسارة الفادحة يجب أن تنسب إلى الصفة لا إلى مجموع الثروات التي يملكها المدين. فإذا كان تنفيذ الالتزام من شأنه أن يؤدي إلى إرهاب المدين العادي بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإنه يكون للمتعاقد المدين أن يطلب تعديل العقد، حتى و لو كانت الظروف الشخصية كثروته، غير العادية و إمكانياته الخاصة تخفف من وطأة

<sup>1</sup> - مقتبس عن : بولحية جميلة، المرجع السابق ص120.

<sup>2</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، بدون طبعة، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2006، ص586.

<sup>3</sup> - عبد السلام الترماتيني، المرجع السابق، ص141.

<sup>4</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، المرجع السابق، ص587.

الحادث الطارئ عليه، بحيث لا يترتب عليه أن يصبح التزامه مرهقا بالنسبة له و بالتالي لا يهدده بخسارة فادحة<sup>1</sup>.

و هذا ما أخذت به محكمة النقض المصرية بتاريخ 12 ديسمبر 1968 بالقول أن: "تقدير مدى الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، و مناط هذا الإرهاق الاعترافات الموضوعية بالنسبة للصفحة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين"<sup>2</sup>.

أما بخصوص مقدار الإرهاق فقد اكتفى المشرع على وصفه بالخسارة الفادحة، أي غير المألوفة. و هو معيار مرن ليس له مقدار ثابت، يتغير بتغير الظروف و الأحوال، و قد يختلف بين ظرف و ظرف و من مدين لمدين، فما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لمدين آخر ، لأن الخسارة تتأثر بتبدل الظروف<sup>3</sup>.

هذا و يخضع شرط الإرهاق للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و لا يتعرض في ذلك لرقابة محكمة النقض لما يخالطه من واقع، مادام استخلاصه سائغا مستمدا مما له أصله الثابت في الأوراق ، و هذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية<sup>4</sup>.

و في جميع الأحوال فإن نظرية الظروف الطارئة ترد على حسب ما أكدته ذات المحكمة بتاريخ 9 جوان 1975: "على الالتزام الذي لم ينفذ أو على

<sup>1</sup> - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص112.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : بولحية جميلية، المرجع السابق، ص124.

<sup>3</sup> - عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص162.

<sup>4</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، المرجع السابق، ص587.

الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه. أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فإنه ينقضي بالوفاء، و يتمتع خضوعه لأحكام الظروف الطارئة"<sup>1</sup>.

## الفقرة الثانية: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة.

نبحث في هذه الفقرة وسائل رد الالتزام إلى الحد المعقول، ثم الضوابط

التي يتقيد بها القاضي في رد الالتزام.

### أولاً - وسائل رد الالتزام إلى الحد المعقول :

أجاز المشرع بموجب نص المادة 107 ق.م.ج للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فيكون له بناءً على طلب المدين أن يعدل العقد بما

يكفل تحقيق الموازنة بين مصلحة الطرفين<sup>2</sup> و قد يرى القاضي إما:

<sup>1</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض ، المرجع السابق، ص597.

<sup>2</sup> - غير أن المشرع لم يمنح القاضي إمكانية فسخ العقد، و هذا على عكس القوانين الأوروبية التي رتبت على تطبيقها أثرين: الفسخ و التعديل، و لكنها اختلفت في تحديد سلطة القاضي في ممارستها، فالقانون البولوني أجاز للقاضي أن يختار بين تعديل العقد أو فسخه. بينما تحاشى القانون الإيطالي أن يمنح للقاضي سلطة التعديل. فنص على أن للمتعاقد المدين أن يطلب فسخ العقد و للمتعاقد الآخر أن يدرأ طلب الفسخ، بأن يعرض تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة. لأكثر تفصيل انظر: عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص165.

أ - زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق: و لكن ليس معنى هذا أن يعفى المدين كلية من الخسارة، و إنما فقط الخسارة الفادحة مع بقاء الخسارة المألوفة، أي أنه يوزع الزيادة بين الدائن و المدين<sup>1</sup>.

و تطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض المصرية في نفس الحكم السابق للقول: "أن القاضي لا يرفع من على عاتق المدين كل الخسارة، و لكن حد من فداحة الخسارة التي تصيب المدين و يصل بها إلى الحد المعقول. ذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، و يقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين، و ذلك مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما"<sup>2</sup>.

غير أنه إذا سلمنا بانطباق نظرية الظروف الطارئة على العقود الملزمة لجانب واحد، فإن وسيلة رفع الإرهاق لا تكون إلا بإنقاص الالتزام أو تعديل طريقة تنفيذه، دون إمكانية زيادة الالتزام المقابل لأنه أصلا ليس ثمة أداء مقابل<sup>3</sup>.

ب - إنقاص التزام المدين: و يكون ذلك بإعفائه من تنفيذ قسط مما التزم به، كتخفيض ثمن الشراء إذا كانت قيمة الشيء مرهقة بالنسبة للمشتري بسبب انخفاض ثمن السلع، أو إعفاء المدين من بعض الشروط المرهقة كالتي تتعلق بأجل التنفيذ أو بجودة الشيء.

أي أن الإنقاص يكون بإنقاص مقدار أداء المدين، أو درجة جودته. و في كل الحالات فإن الإنقاص يكون بالتقليص من الخسارة الفادحة التي يتحملها، و معنى ذلك أنه سيتحمل حتما الخسارة المألوفة.

<sup>1</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، المرجع السابق، ص588.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص598.

<sup>3</sup> - بولحية جميلة، المرجع السابق، ص137.

هذا و قد يجمع القاضي بين إنقاص التزام المدين و زيادة الالتزام المقابل، كما و أن القاضي لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر و لا شأن له بالمستقبل، لأنه غير معروف. كما و أن سلطته لا تكون إلا حيث توجد الظروف الطارئة التي أدت إلى استعمال سلطته في تعديل العقد ، فإذا انقضت هذه الظروف قبل انتهاء مدة العقد، تعود إلى العقد قوته الملزمة كاملة كما كانت<sup>1</sup>.

و تجدر الإشارة أن أحكام المادة 107ق.م.ج تعتبر من النظام العام، فيبطل كل اتفاق يقضي باستبعاد تطبيقها. و قد أراد المشرع بهذا التحريم أن يتفادى تحكم الطرف القوي في الطرف الضعيف، و بذلك يضمن الأخذ بحكم تمليه قواعد العدالة.

و لمحكمة النقض أن تراقب تطبيق النظرية، بحيث لا يكون للقاضي سلطة تقديرية مطلقة في استعمال الرخصة الممنوحة له، و تقرير الشروط التي يجب أن تتوفر في النظرية و الأثر القانوني الذي يترتب على تطبيقها<sup>2</sup>.

ج – وقف تنفيذ العقد لحين زوال الحادث الطارئ: فإذا ما تبين للقاضي أن الحادث الطارئ مؤقت، و أنه سيزول بعد وقت قصير، فله أن يوقف التنفيذ إلى حين زوال الظرف الطارئ، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر جسيم يلحق المتعاقد الآخر<sup>3</sup>.

و إن كان لا يجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد بناء على طلب المدين، إلا أنه و بالعكس فإنه يجوز للدائن وحده أن يطالب بفسخ العقد، إذا لم يقبل ما

<sup>1</sup> - أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، المرجع السابق، ص588.

<sup>2</sup> - بولحية جميلة ، المرجع السابق، ص138.

<sup>3</sup> - و من ثمة فإن هذا التدبير الذي يتخذه القاضي يتفق مع نظرة الميسرة ،حيث تعتبر هذه النظرية من تطبيقات نظرية الظروف الطارئة . عبد السلام الترماني، المرجع السابق، ص180.



طرحه القاضي من حلول، لأنه لا يجوز فرض الحل الذي رآه القاضي ما دام الدائن يؤثر التخلي عن الصفقة<sup>1</sup>.

### ثانيا - الضوابط التي يتقيد بها القاضي في رد الالتزام إلى الحد المعقول :

تتضمن المادة 107 ق.م.ج. السالفة الذكر شرطين يقيدان سلطة القاضي:

أ - مراعاة الظروف المحيطة بالمتعاقدين: فله أن يختار بين أكثر من وسيلة، إما زيادة الالتزام المقابل، أو إنقاص التزام المدين، أو وقف تنفيذ العقد لحين زوال الحادث الطارئ. إلا أنه إذا كان الحادث الاستثنائي مؤقتا لا يستدعي تعديلا في مضمون العقد و إنما يتطلب تأجيلا في تنفيذه. و لا يلحق بالدائن أي ضرر من جراء وقف التنفيذ فإنه لا يستطيع تعديل العقد<sup>2</sup>.

ب - الموازنة بين مصلحة الطرفين: فيقتصر دوره على رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. فإن كانت العدالة العقدية هي التي اقتضت أن يكون الحادث الطارئ سببا لتعديل العقد، فإنها تأبى أن يتحمل المدين الذي أصبح التزامه مرهقا تبعة الحادث وحده، كما أنها تأبى أن يتحمل الدائن وحده تبعة الحادث الطارئ. فالتخيير بين مصلحة الطرفين يؤدي إلى تحكم القاضي.

و بالتالي على هذا الأخير أن يجري الموازنة بين المصلحتين بما يؤدي إلى توزيع الخسارة بين المتعاقدين<sup>3</sup>.

على أن تخيير القاضي بين إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل لا يكون إلا بالنسبة للوقت الحاضر لا بالنسبة للمستقبل ، فإذا زال

<sup>1</sup> - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص113.

<sup>2</sup> - أنور سلطان ، المرجع السابق، ص247.

<sup>3</sup> - جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص245.

الحادث الطارئ بعد الحكم، تعين استرجاع العقد لكامل حكمه، إذا كان الحادث قد زال قبل أن يتم المدين تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مراجعة الشرط الجزائي .

منح المشرع للمتعاقدين إمكانية تضمين عقودهم شروطاً جزائية، إلا أنه منح للقاضي في مقابل ذلك سلطة إعادة النظر في هذه الشروط ، لدى نسوق على التوالي تعريف الشرط الجزائي ( فقرة أولى)، فسلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي(فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: تعريف الشرط الجزائي .

يعرف الشرط الجزائي بأنه ذلك الشرط الذي يدرجه المتعاقدان في العقد، يقدران بموجبه بشكل مسبق و بطريقة جزافية مقدار التعويض المستحق عند عدم التنفيذ، أو عند التأخر في التنفيذ. فهو تقدير اتفاقي للتعويض<sup>2</sup>، لا يتولد عنه التزام أصلي لأنه ليس سبب استحقاق التعويض، بل التزام تبعي بتقدير التعويض بمبلغ معين . فما هو إلا التزام تابع للالتزام أصلي، يستحق عند الإخلال بالالتزام. و بعبارة أخرى، فهو اتفاق سابق على تقدير التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنور سلطان ، المرجع السابق، ص247.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص851.

<sup>3</sup> - رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، بدون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص102.

و قد نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 183 ق.م.ج<sup>1</sup> حيث جاء فيها: "يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد ، أو في اتفاق لاحق، و تطبق في هذه الحالة أحكام المواد 176 إلى 181"<sup>2</sup>.

و غالبا ما يقصد المتعاقدان من إدراجهما لهذا الشرط ،استبعاد سلطة القاضي في تقدير التعويض، و التخلص من عبئ إثبات الضرر الذي يتوقف عليه استحقاق التعويض، لأن وجود الشرط الجزائي يجعل الضرر واقعا في تقدير المتعاقدين<sup>3</sup>.

فإذا كانت شروط استحقاق التعويض هي الخطأ و الضرر و علاقة السببية و الإعذار، في الأحوال التي يكون فيها الإعذار واجبا، فإن الضرر في الشرط الجزائي مفترض ، لا يكلف الدائن بإثباته. و بالتالي فمفاد الشرط الجزائي و إن لم يستبعد ركن الضرر، إلا أنه ينقل عبئ الإثبات في خصوص هذا الركن من الدائن إلى المدين، فيقع على هذا الأخير إثبات عدم تحقق أي ضرر<sup>4</sup>. و تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإنه ليس تحقق الضرر هو الذي يجعل الشرط الجزائي مستحقا، و إنما عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه أو تأخره في التنفيذ<sup>5</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن الجمع بين التنفيذ و الشرط الجزائي

---

<sup>1</sup> - تقابلها المادة 224 ق.م.م. و المادة 1152 ق.م.ف.  
<sup>2</sup> - أحالت المادة 181 إلى أحكام المواد من 176 إلى 181، و تخص هذه المواد الحالات التي يستحق فيها التعويض من عدمه، و كيفية الإعذار، و الحالات التي يعفى فيها الدائن من الإعذار.  
<sup>3</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص851.  
<sup>4</sup> - رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص108.  
<sup>5</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص84.

المشروط عن عدم التنفيذ ، في حين يمكن الجمع بين تنفيذ العقد و الشرط الجزائي التأخيري.

### الفقرة الثانية : سلطة القاضي في مراجعة الشرط الجزائي .

للقاضي أن يخفض الشرط الجزائي إذا كان مبالغاً فيه ، كما له أن يزيد فيه إذا كان تافهاً .

أولاً - سلطة تخفيض الشرط الجزائي: جاء في نص المادة 184 فقرة 2 ق.م.ج أنه : " يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر." يتبين من خلال هذه المادة أن تخفيض الشرط الجزائي يكون إذا ما أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه بشكل كبير.

و ينطبق حكم هذه الحالة إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه أصلاً، أو إذا تأخر في التنفيذ مدة استحق من أجلها الدائن التعويض المقدر في الشرط الجزائي بشكل كامل. فإذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه مع علم المتعاقدين بهذه المبالغة<sup>1</sup>، جاز للقاضي إسقاط هذا الشرط و تقدير التعويض وفقاً للقواعد العامة. و للتخلص نهائياً من الشرط نصت المادة 184 فقرة أولى على أنه : "لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر".

<sup>1</sup> - و غالباً ما يكون ذلك عن قصد من الطرفين لحمل المدين على عدم الإخلال بالتزامه و هذا يتضمن خروجاً عن المعنى الحقيقي للشرط الجزائي، لأنه يصبح في هذه الحالة شرطاً تهديدياً أو عقوبة يفرضها الدائن على مدينه. على أنه تجدر الإشارة إلى أن تخفيض الشرط الجزائي، يكون أيضاً في الحالة التي يثبت فيها المدين أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه، فإذا كان الشرط الجزائي مشروطاً عن عدم التنفيذ، و كان المدين قد نفذ جزئياً، فإن للقاضي أن يخفض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما نفذ المدين من التزامه، على أن يثبت المدين تنفيذه الجزئي للالتزام. والتخفيض في هذه الحالة لا يكون إلى حد التساوي بين المبلغ المحكوم به و قدر الضرر الذي وقع فعلاً. و إنما يكون الأساس هو المبلغ المقدر في الشرط الجزائي، فيخفض هذا المبلغ إلى النسبة التي تتفق مع الجزء الباقي دون تنفيذ من الالتزام الأصلي، و يحكم بالمبلغ الباقي و لو كانت قيمة الضرر الذي أصاب الدائن، تقل فعلاً عن هذا المبلغ. إلا إذا كان الفرق يصل إلى الحد الذي يصبح فيه هذا المبلغ كتعويض عن الضرر الواقع مبالغاً فيه إلى حد كبير، عندئذ يجوز تخفيضه إلى الحد المناسب. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص110.

أما إذا تحقق الضرر فعلى المدين أن يثبت أن تقدير التعويض لم يكن متناسبا مع الضرر الذي وقع، و لا يكفي أن يثبت أن في التقدير زيادة، بل يتعين عليه إثبات أن هذا التقدير قد انطوى على مبالغة كبيرة. و في هذه الحالة يكتفي القاضي بأن يخفض التعويض إلى الحد المعقول، لا إلى الحد المساوي تماما للضرر الواقع. و لا رقابة عليه من محكمة النقض فيما يقرره أو ينفيه من مبالغة في تقدير التعويض المتفق عليه، أو فيما يراه حدا مناسباً لتخفيضه.

هذا و أن ضرورة وقوع الضرر لاستحقاق الشرط الجزائي، و جواز تخفيضه في الحالات المتقدمة تعد من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها بحيث يقع باطلا كل اتفاق مخالف<sup>1</sup>.

**ثانيا - سلطة زيادة الشرط الجزائي :** جاء في نص المادة 185 ق.م.ج أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا، أو خطأ جسيما."<sup>2</sup> و مقتضى هذه المادة أنه إذا كان التعويض المقدر أقل من الضرر الواقع، فإنه لا يجوز للمحكمة زيادته حتى يتساوى مع الضرر، بل تحكم به كما هو و إلا فقد الشرط الجزائي معناه<sup>3</sup>. إلا إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما. في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يزيد في قدر التعويض ليتساوى مع الضرر الواقع. ذلك أن الشرط الجزائي الذي يجيز أن يخفف من مسؤولية

المدين في حالة الخطأ اليسير، لا يمكن أن يخفف منها في حالة الغش

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 109.

<sup>2</sup> - تقابلها المادة 225 ق.م.ج.

<sup>3</sup> - فيكون الشرط الجزائي في هذه الحالة بمثابة شرط مخفف لمسؤولية المدين، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص111.

و الخطأ الجسيم<sup>1</sup>.

هذا ويذهب القضاء الفرنسي إلى أن تقدير طابع المغالاة أو البخس في الشرط الجزائي، يتم استنادا إلى وقت إصدار الحكم لا وقت استحقاق الشرط. و في حين أن المشرع الجزائري لم يمنح للقاضي إمكانية مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ، نجد أن المادة 1152 ق.م.ف منحت للقاضي هذا الحق<sup>2</sup>

## المبحث الثاني

### تحديد مضمون العقد مع إدراج الشروط التعسفية.

لقد أدى إدراج الشروط التعسفية في العقود إلى أن أصبحت إرادة أحد طرفي العقد و هو عادة المحترف ، مفروضة على الطرف الضعيف فيها . هذا ما دفع مختلف التشريعات للتدخل لتحديد مفهومها ، بهدف التضييق من سلطة القاضي في إعادة النظر في مضمون العقد كلما بدا له شرط ما تعسفيا ، سيما أنه سينحاز لا محالة في أغلب الأحيان إلى جانب الطرف الضعيف . فهل أدى ذلك إلى تقييد سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية ؟ . من أجل ذلك يتعين علينا أن نحدد مفهوم الشرط التعسفي ( مطلب أول) ، ثم أسس الحماية القضائية من الشروط التعسفية(مطلب ثاني).

<sup>1</sup> - رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 109؛ خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، أحكام الالتزام ، المرجع السابق، ص 44.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود ، المرجع السابق، ص90.

## المطلب الأول

### مفهوم الشرط التعسفي.

إن بعض التشريعات و من أجل استبعاد تدخل القاضي في تقدير الصفة التعسفية للشرط، حاولت تحديد مضمون هذا الشرط ، في حين تجنبت تشريعات أخرى ذلك تاركة المهمة للفقهاء و القضاء، وهذا ما سنعالجه كالاتي: تعريف الشرط التعسفي ( فرع أول)، ثم نطاق الحماية من الشروط التعسفية ( فرع ثاني).

### الفرع الأول: تعريف الشرط التعسفي .

حتى يتسنى للقاضي تقرير الحماية من الشروط التعسفية ، يتعين أن نحدد مدلول الشرط التعسفي، وفقا لما أشارت إليه مختلف التشريعات (فقرة أولى). كما و لا بد أن نحدد معاييرها (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى : مدلول الشرط التعسفي .

ذهب المشرع الألماني في المادة الأولى من القانون الصادر بتاريخ 09 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقود، إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه: "ذلك الشرط الوارد في العقود المحررة مسبقا، و التي يفرضها المشتري على الطرف الآخر بما يضر بهذا الأخير بصفة مفرطة"<sup>1</sup> كما أحالت المادة 9

---

<sup>1</sup> - M.FROMONT, Droit Allemand des Affaires, Droit des biens et des obligations, Droit Commercial et du travail, MONTCHRESTIE, Paris, 2002, p100.

من نفس القانون القاضي إلى نص المادة 242 ق.م ألماني لمراعاة مبدأ حسن النية لتقييم الشرط<sup>1</sup>.

و على غرار المشرع الألماني ذهب المشرع الفرنسي إلى تعريفه بمقتضى نص المادة 35 من القانون رقم 78-23<sup>2</sup> فجاء فيها أن الشرط يكون تعسفياً: "إذا كان الشرط المدرج مفروض على غير المهني أو المستهلك

نتيجة التعسف في استعمال الطرف الآخر لسلطته الاقتصادية ، و التي

تمنحه منفعة مبالغاً فيها"<sup>3</sup>.

إلا أن اعتماد المشرع الفرنسي على معياري التعسف في استعمال القوة الاقتصادية، و معيار المنفعة المبالغ فيها، لتقدير الطابع التعسفي للشرط جعله يتعرض للنقد من قبل الفقه، الأمر الذي دفعه إلى تعديل مفهوم الشرط التعسفي بموجب القانون رقم 95-56 الصادر في 1 فبراير 1995 المعدل لقانون الاستهلاك، حيث أضافت المادة الأولى من هذا القانون للمادة 132-2/1 أنه: "في العقود المبرمة بين المحترفين و غير المحترفين أو المستهلكين تعتبر تعسفية الشروط التي موضوعها منح أو خلق عدم توازن بين حقوق و التزامات

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص20.

<sup>2</sup> - Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 : sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services

<sup>3</sup> - Art 35 loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services : « ... , lorsque de telle clauses apparaissent imposées aux non- professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ».



أطراف العقد"<sup>1</sup>. فنقل بذلك المشرع الفرنسي نص المادة 3 من التوجيه الأوروبي رقم 93-13<sup>2</sup> التي اعتمدت في تقدير الطابع التعسفي للشرط على معيار عدم التوازن الواضح، بين حقوق و التزامات أطراف العقد<sup>3</sup>.

على أننا نشير إلى أن التوجيه الأوروبي أضاف معيار غياب التفاوض، فجاء في المادة 3 أن: "الشرط الذي لا يكون محل تفاوض فردي يعتبر

تعسفياً، عندما يخلق في غياب مبدأ حسن النية عدم توازن واضح بين حقوق

و التزامات أطراف العقد"<sup>4</sup>.

أما عن المشرع الجزائري، فقد أشارت المادة 70 ق.م. ج بقولها: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشة فيها"، كما أشارت المادة 110 ق.م. ج إلى جزاء إدراج الشروط التعسفية في عقود الإذعان حيث جاء فيها: "إذا تم العقد بطريق الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، و ذلك وفقاً لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". و إن كان المشرع الجزائري من خلال هتين المادتين قد أشار إلى فكرة الشرط التعسفي، إلا أنه ربطه بعقد الإذعان. و كما

<sup>1</sup> - Art 132-1/2 ( c. consom) : « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateur sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

<sup>2</sup> - CONSEIL EUROPEENNE N° 93/13 concernant : Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs

<sup>3</sup> - J . MESTRE, Vingt ans de lutte contre les clauses abusives, l'avenir du droit, mélange en hommage a François TERRE , Paris, 1999, p681.

<sup>4</sup> - Art 3 du CONSEIL EUROPEENNE N° 93/13 : « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligation des parties découlant du contrat »

أنه لم يعرف عقد الإذعان، فإنه لم يحدد مفهوم الشرط التعسفي مكتفيا بتبيان الجزاء المترتب على إدراجه في مثل هذه العقود.

غير أنه ما لبث أن أصدر القانون رقم 02-04<sup>1</sup> فتعرض فيه و بموجب نص المادة 3 إلى تعريف الشرط التعسفي بأنه " كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق، و واجبات أطراف العقد".

إلا أن ما يؤخذ على النصوص السابق ذكرها أنها جاءت بتعاريف فضفاضة ، حيث نجد أن المشرع الألماني اعتبر الشرط تعسفيا إذا كان يخالف مبدأ حسن النية. هذا ما يجعل التعريف عاما و غير محدد للصفة التعسفية بشكل دقيق. ذلك أن هذا المبدأ يظل العقود جميعها سواءا فيما يتعلق بانعقادها و تحديد مضمونها، أو بتنفيذها .

و بالنسبة للمشرع الفرنسي فبالرغم من تعريفه للشرط التعسفي إلا أننا نجد المادة 132 قد نصت على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية و التي وردت على سبيل المثال، كما أحالت ذات المادة للحكومة إصدار مراسيم بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية. و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أنه يعترف ضمنا بعدم تحديده للصفة التعسفية في الشرط بشكل دقيق. و نفس النقد يوجه للمشرع الجزائري حيث نصت المادة 29 من قانون 02-04 على قائمة غير حصرية للشروط التعسفية ، و كذا المادة 5 من القانون رقم 06-306<sup>2</sup> مما يعني اعترافه بعدم تحديده الدقيق لصفة التعسف في الشرط.

<sup>1</sup> - القانون رقم 02-04 الصادر في 23 جوان : المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية .

<sup>2</sup> - القانون رقم 06-306 الصادر في 10 سبتمبر 2006 : المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية .

كما و أن هذه التعاريف اختلفت حول نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص و طبيعة العقد و محله. لذلك نجد أنه من الصعب وضع تعريف محدد و دقيق للشرط التعسفي، ذلك أن إحساس التعسف على رأي U.Aubert "إحساس أكثر منه ذاتي"<sup>1</sup>.

هذا ما جعل بعض التشريعات تتجاهل القيام بهذا الأمر، تاركة المهمة للفقهاء و القضاء، و من بينها التشريع المصري، فلا نجد سوى الحكم الوارد في المادة 149 ق.م.م الذي جاء مطابقا للمادة 110 ق.م.ج. وحتى مع إصداره للقانون رقم 67-06<sup>2</sup> فإنه تجنب التعرض لتعريفه. بينما نجد أن البعض عرفه<sup>3</sup> بأنه: "ذلك الشرط الجائر الذي يتضمن أحكاما تتنافى مع العدالة، مضيفا أن هذه الصفة نسبية تختلف من عقد لآخر حسب ظروف التعاقد و موضوعه و حالة الطرفين، و يختلف مفهومها حسب البيئات و المجتمعات المختلفة، و ينتهي مرة أخرى إلى القول أن أمر تقديرها يعود إلى محكمة الموضوع".

### الفقرة الثانية : معايير الشرط التعسفي .

لقد استعملت التشريعات السابقة ثلاث معايير لتقدير الطابع التعسفي للشرط. معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية و معيار الميزة المفرطة و معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد . و التي نتعرض لها كالآتي:

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD, op.cit, 1993, p24.

<sup>2</sup> - القانون رقم 67-06 الصادر في 19 ماي 2006 : بشأن حماية المستهلك.

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص 360.

## أولاً - معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية :

محتوى هذا المعيار أنه متى كان المشروع الاقتصادي ضخماً، فإنه سيؤدي بالمحترف إلى استغلال ما يملكه من قوة اقتصادية لفرض شروطه على المستهلك من أجل الحصول على ميزة مفرطة.

غير أن الفقه انتقد هذا المعيار لأنه من جهة يتسم بالغموض و عدم الدقة، ذلك أن ضخامة المشروع لا تعني دائماً القوة الاقتصادية، فقد يكون المشروع الصغير الذي يملكه التاجر يتمتع باحتكار يماثل مشروعاً وطنياً<sup>1</sup>.

كما أن المحترف يفرض إرادته ليس لأنه الأقوى اقتصادياً، وإنما قوته تكمن في قوة السيطرة الفنية و التقنية أكثر منها اقتصادية، و أن هذا التفوق هو الذي يمكنه من فرض شروطه، ذلك أنه متعود على إبرام العقود و الصفقات، و يعرف جيداً الالتزامات و الحقوق الناشئة عن العقد. و يعرف ما يجري به العمل في مهنته، كما يفرض الشروط التي يراها مناسبة لمصلحته على حساب المتعاقد معه<sup>2</sup>.

و كرد على الانتقادات الموجهة للمعيار، ذهب البعض إلى القول أن مؤشر القوة الاقتصادية للمحترف، تظهر منذ اللحظة التي يمثل فيها الشرط عدم تعادل جسيم. في حين ذهب آخرون للقول أن التعسف يتأتى من الوضع المسيطر، و الذي ينجر بدوره من حصول المحترف على شروط ملائمة له بشكل مبالغ فيه<sup>3</sup>. و قد أخذ المشرع الفرنسي بهذا المعيار بداية في نص المادة 35 من القانون الصادر في 10 جانفي 1978، و لكنه تراجع عن الأخذ به.

## ثانياً - معيار الميزة المفرطة :

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص129.

<sup>2</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص141.

<sup>3</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص128.

و يرتبط هذا المعيار بسابقه دون أن يختلط به، ذلك أن القوة الاقتصادية للمهني تؤدي إلى اختلال في الندية التفاوضية، فيحدث عدم توازن فاحش في الحقوق و الالتزامات بين المهني و المستهلك، مما يجعل تنفيذ العقد لا يتفق مع مبدأ حسن النية و العدالة و الإنصاف<sup>1</sup>.

غير أن هذا المعيار يؤدي إلى أن تقتصر المزايا المغالى فيها و الواردة في المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978 على المزايا ذات الطابع المالي فقط، إلا أنه بالرجوع إلى نصوص هذا القانون، نجد أنه و إن كانت هناك الكثير من الشروط ذات الطابع المالي، إلا أنه لا يخلو من شروط أخرى ليس لها طابع مالي مثل الشروط المتعلقة بتسليم المنتج .

هذا و أن هذا المعيار يقترب من فكرة الغبن في نظريته المادية، من حيث تسليمه بفكرة عدم التكافؤ بين الأداءات المتقابلة، إلا أنهما في الحقيقة يختلفان. فالغبن يقتصر على المزايا المالية، أما الميزة المفرطة تشمل المزايا المالية و غير المالية. كما أن الميزة المفرطة لا تقتصر على عدم التعادل في الثمن، و إنما تمتد إلى مختلف الشروط التي يتضمنها العقد، عكس الغبن الذي يقتصر على عدم التعادل في الثمن<sup>2</sup>.

### ثالثا - معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد :

و قد أخذت جل التشريعات إن لم نقل كلها بهذا المعيار، فنص عليه المشرع الجزائري في المادة 3 في فقرتها الخامسة من القانون رقم 04-02 حيث جاء فيها "كل بند أو شرط.... من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين

<sup>1</sup> - شهيدة قادة، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، مجلة المحامي ، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين ، سيدي بلعباس ، العدد 4 ، بدون سنة ، ص 73.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص134.

حقوق و واجبات أطراف العقد". كما و أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 132 السابق ذكرها.

إلا أن بعض الفقه اعتبر هذا المعيار ليس سوى ترديدا لفكرة الميزة المفرطة، و أنهما يختلفان من حيث الشكل لا الموضوع، و بالتالي فتوجه إليه نفس الانتقادات الموجهة للمعيار السابق<sup>1</sup>.

و من أجل التمييز بين فكرة الغبن و فكرة عدم التوازن الظاهر، نص المشرع الفرنسي في المادة 1-132 فقرة 7 ق.إف على أن : " تقدير الطابع

التعسفي للشرط لا يقع لا على تعريف الموضوع الرئيسي للعقد و لا على

ملائمة الثمن مع المبيع أو تقييم الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة"<sup>2</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن التوجيه الأوروبي رقم 93-13 في مادته 3 السابق ذكرها اعتمد على معيار آخر هو معيار غياب الندية التفاوضية، محتوى هذا المعيار أن الشرط يعد تعسفيا إذا لم يكن محل تفاوض بين الطرفين، غير أن هذا المعيار لم تأخذ به التشريعات ذلك أن المحترف بإمكانه أن يتفاوض حول شروط العقد مع المستهلك، فلا يعد الشرط تعسفيا، بالرغم من أن هذا التفاوض قد يكتسي طابع جائر و ممنوع<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني : نطاق الحماية من الشروط التعسفية.

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص29.

<sup>2</sup> - Art 132 (C.Consom ) : « ... l'appréciation du caractère abusive des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération ou bien vendu ou au service offert ».

<sup>3</sup> - D. MAZEAUD, op.cit , p22.

اختلفت التشريعات الوضعية حول تحديد نطاق الحماية من الشروط التعسفية، سواءا من حيث الأشخاص (فقرة أولى). أو من حيث محل العقد (فقرة ثانية) وطبيعته ( فقرة ثالثة)، و هذا ما سنتعرض له على التوالي :

### الفقرة الأولى: من حيث الأشخاص .

الأصل أن تمتد الحماية من الشروط التعسفية إلى كل طرف في عقد الإذعان سواءا كان محترفا في مواجهة محترف آخر، أو مستهلك في مواجهة محترف، إلا أننا نجد اختلاف التشريعات في مد هذه الحماية. و لكن قبل التعرض لهذه المسألة لا بد من تحديد مدلول لفظ المحترف و المستهلك.

لقد تعرض المشرع الجزائري لتعريف المحترف في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266<sup>1</sup> فجاء فيها أنه : " كل منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع و على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة للاستهلاك". فالمحترف إذا هو الذي يمارس نشاطا مهنيا على وجه الاحتراف، بهدف الحصول على الربح، و قد تكون الحرفة صناعية أو تجارية أو زراعية أو فنية أو مهنة حرة، و سواءا كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، خاضعا للقانون الخاص أو للقانون العام<sup>2</sup>. إلا أنه بالنسبة لتحديد مدلول لفظ المستهلك فقد اختلف الفقه و القضاء بشكل حاد حول معناه. فأدى ذلك إلى ظهور اتجاهين:

### أولا - الاتجاه الموسع :

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الصادر في 15 سبتمبر 1990 : المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات .

<sup>2</sup> - موالك بختة ، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، كلية الحقوق، الجزائر، الجزء 37 رقم 1999/02 ، ص242.

يطلق لفظ المستهلك على كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك. فيعتبر مستهلكا من يقتني أو يستعمل مالا أو خدمة سواءا لاستعماله الشخصي أو لاستعماله المهني<sup>1</sup>. فيأخذ بذلك هذا الاتجاه بمعيار "الجهل" و "عدم الكفاءة" أي التخصص. ذلك أن المهني الذي يتصرف خارج مجال تخصصه يكون في حكم الجاهل للأمور مثله مثل المستهلك العادي، كما أن العقد المبرم بينه و بين محترف آخر، و الخارج عن مجال تخصصه، لا يخضع لكفاءته المهنية لدرجة أنه يتطلب وجود محترف آخر.

و يذهب أنصار هذا الاتجاه و من بينهم السيدة Bêchard . TOUCHAIS إلى أبعد من هذا الحد، بالقول أن قواعد الحماية تشمل جميع المتعاقدين الأضعف اقتصاديا<sup>2</sup>.

غير أن ما يؤخذ على هذا الاتجاه أن التقريب بين مفهومي المحترف و المستهلك من شأنه أن يفسح مجالا واسعا أمام القاضي للتدخل لتوقيع العقود تحت غطاء الحماية من الشروط التعسفية، مما قد يؤدي بالمتعاقدين إلى تغيير صفتهم في العقود، من محترفين أثناء التعاقد إلى مستهلكين أثناء تنفيذ العقد، و ذلك قصد التهرب من بند شرعي في العقد الموقع بينه و بين محترف آخر، ما دام أنه يصبح تعسفا في العقد الموقع مع المستهلكين<sup>3</sup>. هذا و أن الاعتداد بالمؤهلات الخاصة بكل مستهلك من شأنه أن يثير نزاعات لا نهاية لها، كما و أنه ينزع عن قانون الاستهلاك فعاليته<sup>4</sup>.

## ثانيا - الاتجاه المضيق :

<sup>1</sup> - السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، بدون طبعة ، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة ، ص8.

<sup>2</sup> - D. MAZEAUD. Op.cit. p24.

<sup>3</sup> -D. MAZEAUD. Op. cit. p26.

<sup>4</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق ، ص23.



يأخذ بمعيار الغرض من التصرف، فيطلق لفظ المستهلك على كل من يقتني أو يستعمل مالا أو خدمة لغرض غير مهني، أي لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية. و بالتالي لا يعتبر مستهلكا من يقتني أو يستعمل مالا أو خدمة لغرض مزدوج، مهني و آخر غير مهني. كما لا يعتبر مستهلكا من يتصرف خارج مجال تخصصه، و من باب أولى من يتصرف داخل مجال تخصصه، ذلك أن الشخص الذي يهدف إلى تلبية حاجاته المهنية سيكون لا محالة أكثر حذرا من الشخص الذي يسعى لتحقيق أهدافه الشخصية<sup>1</sup>.

بينما يكتسي صفة المستهلك المهني الذي يقتني مالا أو خدمة لسد حاجاته الشخصية أو العائلية. و إن تصادف و وجد محترف في مركز ضعف فإن ذلك يستدعي حمايته بقواعد خاصة لا بقانون حماية المستهلك<sup>2</sup>.

و قد أخذ المشرع الألماني بالاتجاه الموسع بمقتضى قانون 9 ديسمبر 1976 المتعلق بالشروط العامة للعقد، فمد قواعد الحماية إلى كل طرف في عقد الإذعان سواء محترف في مواجهة محترف آخر، أو محترف في مواجهة مستهلك<sup>3</sup>.

أما عن المشرع الفرنسي فقد أخذ بالاتجاه المضيق بموجب نص المادة 35 من قانون 10 جانفي 1978، غير أن تغاضيه عن تحديد مفهوم غير المحترف، جعل القضاء يتخبط بين الأخذ بالاتجاه المضيق تارة و بالاتجاه الموسع تارة أخرى.

و بداية فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تبني الاتجاه الضيق في قرار لها بتاريخ 15 أفريل 1986. فحرمت وكلاء عقاريا من الحماية المقررة

<sup>1</sup> - J. CALAIS- AULOY ; F. STEINMETZ, Droit de la consommation, 5<sup>ème</sup> édition, D, Paris, 2000, p12.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص25.  
<sup>3</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص120.

للمستهلك بوصفه محترفاً، غير أنه و بتاريخ 23 جوان 1987 أصدرت قرارا مخالفا لقرارها السابق، و بصدد قضية مشابهة للسابقة جاء فيه: "أن الوكيل العقاري الذي يعقد عقدا بهدف وضع نظام إنذار في أحد البنائيات، يستفيد من قواعد حماية المستهلك، ذلك أن مجال عمله يختلف تماما عن التقنية الخاصة بأجهزة الإنذار<sup>1</sup>.

كما ذهبت في قرار آخر بتاريخ 25 ماي 1992 إلى القول: "بتطبيق قانون 10 جانفي 1978 على المهني إذا وجد في نفس حالة الجهل و عدم العلم التي يتمتع بها المستهلك"<sup>2</sup>، الأمر الذي يعني أنها اعتنقت الاتجاه الموسع في هذين الحكمين.

إلا أنه ابتداء من سنة 1995 و بتاريخ 24 جانفي 1995 أصدرت محكمة النقض الفرنسية قرارا تضمن صيغة جديدة، فحرمت تاجرا قام بإبرام عقد توريد كهرباء من الاستفادة من قواعد حماية المستهلك لأنه و على حسب تعبيرها: "له صلة مباشرة مع نشاطه المهني". من خلال هذا القرار يتضح أنه إذا مارس المحترف نشاطا عرضيا ليس له سوى صلة غير مباشرة بالنشاط الأصلي، فيمكن للقاضي أن يقرر حمايته بقواعد حماية المستهلك<sup>3</sup>.

و حتى بعد صدور قانون 1 فبراير 1995 ق.إف المعدل لقانون الاستهلاك، فإن المشرع الفرنسي لم يتعرض لتحديد المقصود بلفظ غير المحترف. فرددت محكمة النقض نفس العبارة أي "الصلة المباشرة بالنشاط الحرفي". في قرار لها بتاريخ 30 جانفي 1996. و تتلخص وقائع القضية في أن شركة إنتاج قارورات زجاجية لم تتمكن من مقاومة حريق نشب بسبب أن

<sup>1</sup> -D. MAZEAUD, Op. cit, p26.

<sup>2</sup> - G.VERMELLE, Droit Civil, les contrats spéciaux, 3<sup>ème</sup> édition, , D, Paris, 2000, p58.

<sup>3</sup> - J. CALAIS –AULOY ; F. STEINMETZ , op. cit. p11.

التزويد بالمياه انقطع من قبل البلدية لأجل إصلاح تسرب مائي، و عليه رفعت الشركة دعوى ضد البلدية التي استخدمت بجدارة بندا يعفيها من المسؤولية، فذهبت محكمة النقض إلى القول أن: " الشركة لا تستفيد من قانون حماية المستهلك لأن العقد الموقع بينها و بين البلدية له علاقة مباشرة بنشاطها"<sup>1</sup> .  
و أخيرا و بتاريخ 5 مارس 2002 ذهبت محكمة النقض إلى القول أن: " المستهلك وفقا لنص المادة 1-132 ق.إ.ف هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد خارج مجال تخصصه "، مما يعني أنها اعتنقت الاتجاه الموسع في هذا الحكم<sup>2</sup> .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فعلى الرغم من أن المادة 3 من قانون 02-04<sup>3</sup> تنص على أن الحماية تنصرف إلى كل طرف ضعيف في عقد الإذعان، إلا أننا نجد أنه و في نص المادة 29 من نفس القانون لم ينص سوى على البنود التي تعتبر تعسفية بين البائع و المستهلك .

هذا و أن المشرع الجزائري جاء بتعريفين مختلفين للمستهلك ، فتبنى بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-90<sup>4</sup> الاتجاه الموسع فلم يستثني المستعمل الوسيط من الحماية المقررة للمستهلك ، فجاء فيها أن المستهلك هو: "كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر يتكفل به"<sup>5</sup> .

<sup>1</sup> - J. MESTRE, op. cit, p682.

<sup>2</sup> - B.BOULOC , Ventes, Transports et autres contrats commerciaux , D, Paris 2002, p716.  
<sup>3</sup> - راجع في هذا الصدد نص المادة 3 من القانون رقم 02-04.

<sup>4</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 90-90 الصادر في 30 جانفي 1990 : المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش .  
<sup>5</sup> - ما يؤخذ على هذا التعريف أن لفظ المستهلك يشمل فقط من يقتني سلعا. أما المستعمل فلا يشمل اللفظ و لا قواعد الحماية. رغم تسليم جميع القوانين المقارنة بدخول المستعمل في مفهوم المستهلك. بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص28.

أما إذا عدنا إلى المادة 3 من قانون 02-04 نجد أنه تبني الاتجاه المضيق حيث جاء فيها أن المستهلك هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت و مجردة من كل طابع مهني". و اعتنق المشرع المصري في نص المادة 2 من القانون رقم 06-67 الاتجاه المضيق كذلك حيث جاء فيها: "كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل معه بهذا الخصوص". هذا و تجدر الإشارة أن لفظ المستهلك ينصرف إلى كل شخص طبيعي أو معنوي فليس هناك ما يمنع الشخص المعنوي من الحماية ما دام لا يهدف لتحقيق الربح، فقد ذهب القضاء الفرنسي في حكم له بتاريخ 5 جويلية 1991 إلى اعتبار حزب سياسي مستهلكا.<sup>1</sup>

إلا أنه و ما يلاحظ أن التوجيه الأوروبي رقم 93-13 في المادة 2 يعتبر أن المستهلك هو: "كل شخص طبيعي يتصرف لغايات لا تدخل في

إطار نشاطه المهني"<sup>2</sup> أي أنه أقصى الأشخاص المعنوية من الحماية.

و على العموم فإنه حتى مع تبني الاتجاه الموسع، فإن الحماية لا تنصرف لمن يشتري لإعادة البيع باعتبار أنه لا يستهلك المال في هذه الحالة. كما و أنها لا تنصرف إلى المحترف إذا كان يتصرف داخل مجال تخصصه<sup>3</sup>. لذلك يمكن أن يحمى المحترف من البنود التعسفية اعتمادا على الأمر الصادر في 01 ديسمبر 1986 الذي نضم المنافسة بصفة شاملة، حيث نجد أن المادة 8

<sup>1</sup> - J . MESTRE, op. cit, p683.

<sup>2</sup> - Art 2 du CONSEIL EUROPEENNE N° 93-13 « toute personne physique ou morale qui , dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ».

<sup>3</sup> - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق ، ص8.

في فقرتها الأولى من هذا القانون تمنع عندما يكون الهدف هو المنع التضيق أو التدليس في لعبة المنافسة في السوق، الاستغلال التعسفي من قبل شركة أو مجموعة من الشركات لوضعية مهيمنة على السوق الداخلي أو على جزء تابع له.

هذا و أن نفس المادة في فقرتها الثانية تمنع الاستغلال التعسفي من قبل شركة أو مجموعة شركات لحالة التبعية الاقتصادية التي توجد فيها مؤسسة أو متعامل أو ممول لا يملك ترتيبات مماثلة. و عليه فيمكن للقاضي أن يلغي بندا تعسفيا مفروضا على المحترف، إذا كان التعسف من حيث الموقع المسيطر أو من حيث التبعية الاقتصادية ماسا بالشفافية. أما في حالة عدم وجود مس ظاهر وجلي بحرية المنافسة، لا يمكن للقضاء فعل أي شيء حيال هته البنود التعسفية<sup>1</sup>. و تطبيقا لذلك أدانت محكمة النقض الفرنسية تباعا لمجلس المنافسة بند إعادة الخزانات التي نص عليها العقد الخاص بالتزويد الحصري بالوقود الذي أمضاه عدة موزعين مع الشركة الموردة للبنزين، حيث نص الاتفاق على أنه إذا كان الموزع الذي يشغل محطة خدمات لا يريد تجديد العلاقة العقدية بعد انتهاء عقد التوريد، يلتزم بأن يعيد للمؤسسة النفطية خزانات المحطة، مما يعني أن عليه تهديم المحطة و إخراج الخزانات و إيصالها إلى المورد. إلا أن ثمن هذه العملية مكلفة لدرجة أن الموزعين لا يمكنهم القيام بها. و بالتالي كانوا يجدون أنفسهم مجبرين على البقاء إلى جوار نفس المنتج. لذلك فقد اعتبرت المحكمة هذا البند: "تعسفيا و ضد المنافسة الحرة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD, op.cit, p 36.

<sup>2</sup> - J. MESTRE, op.cit, p 688.

و يمكن حماية المحترف في التشريع الجزائري استنادا إلى نص المادة 7 من القانون رقم 03-03<sup>1</sup> حيث يحظر بموجب هذه المادة كل تعسف ناتج عن وضعية هيمنة على السوق أو احتكار لها أو على جزء منها، كما تحظر المادة 11 من نفس القانون على كل مؤسسة التعسف في استغلال وضعية الهيمنة لمؤسسة أخرى بصفتها زبونا أو ممونا إذا كان ذلك يخل بقواعد المنافسة<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: من حيث طبيعة العقد.

من منطلق أن غالبية العقود التي تحتوي على شروط تعسفية تحتوي على صفة الإذعان، و هذه الأخيرة و نظرا لأهمية المعاملات التي تقع عليها من حيث الحجم و المدة فغالبا ما تكون في صورة عقد مكتوب. نجد أن جل التشريعات إن لم نقل كلها قصرت الحماية من الشروط التعسفية على العقود المحررة مسبقا و المسماة بالعقود النموذجية<sup>3</sup>. فنصوص التشريع الفرنسي صريحة في أن النصوص المتعلقة بالشروط التعسفية تسري على جميع العلاقات التعاقدية، كعقد البيع، الإيجار، التأمين.... ما دامت هذه العقود تم تحريرها مسبقا. فقصر بذلك الحماية من الشروط التعسفية على صورة من صور عقود الإذعان أي العقود النموذجية. و هذا ما تضمنته المادة 132-4 من

<sup>1</sup> - القانون رقم 03-03 الصادر في 19 جوان 2003 : المتعلق بالمنافسة.

<sup>2</sup> - راجع نص المادتين 7 و 11 من هذا القانون.

<sup>3</sup> - يعرف العقد النموذجي بأنه ذلك العقد الذي يعده المحترف بصفة منفردة، و الذي لا يملك فيه من يرغب في التعاقد معه مناقشة شروطه أو المفاوضة بشأنها، يتخذ عدة صور على شكل وثائق مطبوعة، أو صورة إعلانات أو ملصقات أو مطبوعات توضع في مجلات استقبال الجمهور. انظر: بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق ص 13.

ق. إ. ف. و لم يشترط أن تكون الكتابة رسمية فقد تكون قد تمت في شكل فاتورة أو وصل ضمان أو وصل تسليم أو تذاكر....<sup>1</sup>

و يبدو أن المشرع الألماني قد تبنى نفس الطرح. و كذا المشرع الجزائري حيث جاء في المادة 3 فقرة 3 من ق. م. م. تج. أن العقد هو: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة. حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر. بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

بيد أنه و إن كانت التشريعات السابقة قصرت الحماية من الشروط التعسفية على العقود النموذجية، فإن الصور الحديثة لعقود الاستهلاك تدل على أن خضوع المستهلك لا يتحقق بصدد عقد معين من العقود، و إنما في معظم الصور المعاصرة للتعاقد. فقد يتم التعاقد في ظل اختلال التوازن بين الالتزامات مع غياب الاحتكار، و في ظل إمكانية مناقشة بنود العقد. إلا أن ما يحدث حقيقة هو أن عدم كفاءة المستهلك الفنية أو القانونية لا تمكنه من مناقشة بنود العقد. كما أن عدم خبرته القانونية لا تسمح له بتقدير آثار هذه البنود على مركزه القانوني أو على مركزه المالي.

من جهة أخرى فإذا كان عقد الإذعان يشكل الميدان الخصب للشروط التعسفية، فإنه لا يترتب على ذلك بأن يتضمن بالضرورة شروطا تعسفية. ذلك أن العديد من عقود الإذعان لا تتضمن شروطا تعسفية، إذ يحرص الطرف الأقوى على توفير السلع و الخدمات بأقل تكلفة و أفضل جودة<sup>2</sup>. و هذا ما ذهبت

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق ص 13.

<sup>2</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 98.

إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بالقول: " أن الشرط المدرج في عقد التأمين لا يعتبر تعسفيا ما دام أنه لم يمنح للمؤمن ميزة مفرطة"<sup>1</sup>.

هذا بالإضافة إلى أن العقود النموذجية قد تترك حرية التفاوض فيما يتعلق بمجموعة من التزامات الطرفين تتلاءم مع حاجات و أغراض طرفي العقد. مما يجعلها في هذه الحالة مزيجا من العقود التفاوضية و عقود الإذعان<sup>2</sup>. كما و أنه ليس هناك أي جدوى تذكر من حماية المستهلك من البنود التعسفية إذا كان بإمكان المحترف أن يتجاوزها عن طريق التفاوض التي يكتسي طابعا جائرا و ممنوعا. فنكون بصدد عقد مساومة يحتوي على شروط تعسفية. الأمر الذي قد يؤدي إلى استبعاد تدخل القاضي لإلغاء الشرط، ذلك أن المستهلك جهلا و خوفا من تعقيدات المسار القضائي ينفذه بالرغم من وجود بند تعسفي فيه.

لذلك يمكن القول أن عقد الاستهلاك هو عقد إذعان من نوع خاص، يخضع فيه المستهلك لشروط المحترف نتيجة تفوقه الفني.

أما عن المشرع المصري فبالرجوع إلى المادة 10 من القانون رقم 06-67 لسنة 2006 التي نصت على أنه : "يقع باطلا كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون". نستشف أن صياغة المادة لم تكن موفقة، ذلك أن الشرط يرد في العقد بصفة عامة سواءا كان في شكل طلبيه أو فاتورة....

### الفقرة الثالثة: من حيث محل العقد .

<sup>1</sup> - H. SOLUS ; J. GHESTIN ; A. KARIMI ; P. SINLER, Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, tome 306, L.G.D.J. Paris, 2001, p 134.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 118.



تشمل الحماية من الشروط التعسفية المنتجات و الخدمات. و قد عرف المشرع الفرنسي المنتج في نص المادة 1386 من القانون رقم 98-389<sup>1</sup> حيث جاء فيها: "كل مال منقول حتى و لو ارتبط بعقار. و يسري هذا الحكم على منتوجات الأرض و تربية المواشي و الدواجن، و الصيد البحري. و تعتبر الكهرباء منتوجا". فاستثنى بذلك العقارات من مفهوم المنتج<sup>2</sup>.

و نفس المعنى رددته المادة 140 مكرر ق. م. ج. في فقرتها الثانية بالقول: "يعتبر منتوجا كل مال منقول و لو كان متصلا بعقار، لاسيما المنتج الزراعي و المنتج الصناعي و تربية الحيوانات والصناعة الغذائية و الصيد البحري و الطاقة الكهربائية". مما يعني أنه لا يدخل في معنى المنتج المنقول بصفة عامة سواء كان مادي أو معنوي و لو كان متصلا بعقار. في حين أن العقار لا يعتبر منتوجا. و بالتالي لا يستفيد المتعامل في العقارات من الحماية من الشروط التعسفية. أما العقارات بالتخصيص فتشملها الحماية لأنها منتوج إذا تم التعامل فيها بصفة منفردة و مستقلة عن العقار الذي وضعت لخدمته<sup>3</sup>.

غير أن ما تضمنته المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 مناقض للتعريف الذي أورده المادة 140 مكرر ق. م. ج. حيث لم تشترط هذه المادة في المنتج أن يكون ثمرة نشاط صناعي، لأنه يمكن عرضه في شكله الطبيعي كالمنتوج الزراعي أو الحيواني و المعادن قبل تحويلها، فعرفت الإنتاج بأنه: "جميع العمليات التي تتمثل في تربية المواشي و المعادن قبل تحويلها و المحصول الفلاحي و الجني و الصيد البحري. و ذبح المواشي و صنع

---

<sup>1</sup> - Loi n° 98-389 qui concerne : la responsabilité du fait des produits défectueux.

<sup>2</sup> - لأكثر تفصيل انظر: شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، جامعة أبي بكر بلقايد، 2007، ص 34.

<sup>3</sup> - شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 36.

منتوج ما و تحويله و توضيبيه، بما في ذلك خزنه أثناء صنعه و قبل أول تسويق له".

في حين أن المادة 2 من نفس المرسوم استثنت المنقولات المعنوية من مفهوم المنتوج، حيث جاء فيها أنه: "كل شيء منقول مادي يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية". بينما جاء في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتجات و الخدمات أن المنتوج هو: "كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة". فأدمج الخدمة في مفهوم المنتوج.

أما المادة 3 من القانون رقم 04-02 فقد استعمل فيها المشرع مصطلح سلعة بدلا من مصطلح منتوج. و كان من الأجدر استعمال المصطلح الأخير لأنه أعم ف جاء فيها: "كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة". و نفس النقد يوجه للمشرع المصري الذي عرف المنتجات في المادة الأولى من القانون رقم 06-67 بأنها: "السلع و الخدمات المقدمة من أشخاص القانون العام أو الخاص و تشمل السلع المستعملة التي يتم التعاقد عليها من خلال المورد".

و عن الخدمة فإنها تشمل جميع الأداءات التي يمكن تقديرها نقدا، قد تكون ذات طبيعة مادية كإصلاح الأعطاب، أو مالية كالتأمين أو فكرية كالعلاج الطبي.<sup>1</sup> و قد تعرض المشرع الجزائري لتعريفها في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 بأنها: "كل مجهود يقدم ما عدا تسليم منتوج و لو كان هذا التسليم ملحقا بالمجهود المقدم أو دعما له". فأخرج بذلك من مفهوم الخدمة تسليم المنتوج.

<sup>1</sup> - بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن ، المرجع السابق ،ص30.

على أنه إذا كانت هذه التشريعات تتفق على اعتبار المنتج مال منقول و ليس عقار. إلا أننا نجد بعض الفقه يذهب إلى اعتبارها منتوجا. قابلا للاستهلاك. و يمكن حماية المستهلك فيها بالقوانين الحمائية من الشروط التعسفية<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### أسس الحماية القضائية من الشروط التعسفية .

يملك القاضي سلطات واسعة في مواجهة إدراج الشروط التعسفية ، قد تتجاوز تلك التي منحه إياها المشرع . هذه السلطات لا تقتصر فقط على توقيع الجزاء المقرر لمثل هذه الشروط و إنما تصل إلى حد تقديره للطابع التعسفي للشرط . لدى نسوق على التوالي سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط (فرع أول)، فجزاء إدراج الشروط التعسفية (فرع ثاني).

### الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط .

يتمتع القاضي في هذا المجال بسلطة عرفت تطورات هامة في السنوات الأخيرة سيما القضاء الفرنسي بالرغم من الموقف الراض لبعض الفقه لتدخله في تحديد صفة التعسف في الشرط . من أجل ذلك يتوجب علينا الوقوف على موقف الفقه من تدخل القاضي (فقرة أولى)، ثم لتدخل القاضي لتقدير الطابع التعسفي للشرط (فقرة ثانية).

---

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 110.

## الفقرة الاولى : موقف الفقه من تدخل القاضي .

لقد تباين موقف الفقه الفرنسي خاصة من تدخل القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط بين مؤيد لهذا التدخل و بين رافض له، لذلك سنحاول أن نسوق حجج كل منهما.

### أولا – الاتجاه الرافض لتدخل القاضي :

يرفض بعض الفقه تدخل القاضي في العقد، و يرى أن هناك عدة أسباب تدفعنا للتفكير في هذا الاتجاه :

أ - يمكن الخطر في العقد في أن مفهوم البند التعسفي لا يزال غير واضح، فهو ليس صفة خاصة، و إنما خاصية يمكن لأي بند أن يتلّون بها ، و بالتالي فلا يمكن لأحد أن يحتج على تدخل القاضي<sup>1</sup>. خاصة و أن المادة 2-132 من ق. إ. ف قد مكنته من الاعتماد على ما تصدره لجنة الشروط التعسفية من توصيات حول الشروط التي تعتبر تعسفية في نماذج العقود المعتاد اقتراحها من المحترفين على المستهلكين<sup>2</sup>.

هذا و قد منحت المادة 6-421 من ق. إ. ف جمعيات حماية المستهلك أن تطلب من القضاء المدني بطلان الشروط التي ترى أنها تعسفية في نماذج العقود المعتاد اقتراحها من المحترفين على المستهلكين<sup>3</sup>. لذلك فإن منح القاضي هذه السلطة يشكل مجازفة لا يمكن غض النظر عنها، ذلك أن إعطائه سلطة

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD, op.cit, p 24.

<sup>2</sup> - أنشأت لجنة الشروط التعسفية بموجب قانون 10 جانفي 1978، و تم الإبقاء عليها بعد تعديل 1995 حيث نصت عليها المادة 2-132 من ق. إ. ف فجاء فيها:

Art 132-2 (C.Consom) : « La commission des clauses abusives placée auprès du Ministre charge de la consommation, connait des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels a leur contractants non- professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif ».

<sup>3</sup> - D. FERRIR , la protection des consommateurs, D, Paris, 1996, p 74.

إلغاء الشروط التعسفية في نماذج العقود المقترحة على المحترفين، يعني أنه قد يمنعها دون الاستناد إلى مرسوم تطبيقي، و هذا ما قد يثير المحترفين إذا ما علموا أن بعض البنود التي يحكم على أنها تعسفية تعتبر شرعية من وجهة القانونية. كما و أن تنامي تدخل القضاء قد يؤدي إلى المساس بالحماية القضائية. ب - إن العقد يرتكز أساسا على دعامتي الثبات و التوقع، و إمكانية إلغاء البنود الواردة به يؤدي إلى عدم ثباته، و عليه فأخطار الانزلاق أثناء ممارسة القاضي لسلطاته فيما يتعلق بالبنود التعسفية لا يمكن إهمالها، طالما أن مفهوم التعسف ذو طابع متغير، و من الصعب على المحترفين أن يحددوا إذا ما كان البند ذو طابع تعسفي أم لا، لأن ذلك يخضع في نطاق واسع للسلطة التقديرية للقاضي، و هذا ما قد يؤدي إلى زيادة هشاشة العقد<sup>1</sup>.

ج - إن منح القاضي سلطة تقدير الصبغة التعسفية لنفس الشرط قد يؤدي إلى تعارض في الأحكام القضائية، فقد يتجه البعض إلى إبطالها، في حين يتجه البعض الآخر إلى اعتبارها صحيحة. لذلك فإن تقييد سلطة القاضي من شأنه أن يساعد على توحيد القرارات الصادرة عن الجهات القضائية<sup>2</sup>.

د - كما و أن استبعاد القاضي من العقد يمكن تفسيره بالضرورة الاقتصادية، فخوف المشرع من إقحام القاضي في العقود يعتبر مشروعاً، ذلك أن القضاة إذا ما تركوا لأنفسهم، قد يستسلمون لرغبتهم في الحماية المفرطة للمستهلكين. كما أن تطبيق قانون الاستهلاك يمكن أن يكون له آثار اقتصادية هامة، و عليه فمن الملائم أن تتولى تطبيقه السلطة المخولة بذلك، و المنوط بها رسم السياسة

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD, op.cit p 25.

<sup>2</sup> - J.MESTRE , op.cit p 679.

الاقتصادية و هي السلطة التنفيذية<sup>1</sup>.

## ثانيا - الاتجاه المؤيد لتدخل القاضي :

يرى جانب من الفقه أن أنصار الاتجاه الأول قد بالغوا في التخوف من اللاءمن في العقود، فذهبوا للتخفيف من ذلك بإيرادهم مجموعة من الحجج. أ - يلح هذا الاتجاه على الحكمة التي يتحلى بها القضاة الذين يملكون صلاحيات التدخل في العقود، و يقدمون كمثال على ذلك الحذر الذي تعاملوا به عند مراجعة الشروط الجزائية المفرطة.

غير أن أنصار الاتجاه الأول يرون أن هذه الحجج تبدو واهية، إذ يكفي النظر إلى قضايا الاستئناف العديدة التي تم طرحها على المحاكم، و في مجال الحماية القضائية لم يكن القضاة بنفس الحكمة التي يفترض أن يتحلوا بها. كما و أن القول بحذر القضاة في ممارسة سلطة مراجعة الشرط الجزائي، لا تبدو مقنعة، ذلك أنه لا يمكن المقارنة بين البنود التعسفية و البنود الجزائية، ففي ميدان البنود الجزائية. تم تنظيم السلطة القضائية المتعلقة بالمراجعة من قبل المشرع بصورة تجعل ممارسة تلك السلطة محددة بصورة دقيقة تجنبا لأي انزلاق.

ب - بهدف طمأنة أولئك الذين يتوجسون خيفة بمدى سلطة القاضي فيما يتعلق بالبنود التعسفية، يثير أنصار هذا الاتجاه الدور الهام الذي تلعبه لجنة الشروط التعسفية، إذ تعتبر توصياتها بمثابة نقاط إسناد لدى القضاة، و بالتالي فهي تساهم في انسجام القرارات القضائية في هذا المجال.

ج - لأجل تبديد مخاوف المعارضين الخاصة باللاءمن في العقود، يركز المؤيدون لهذا الاتجاه على الدور الموحد لمحكمة النقض، التي تمارس رقابتها

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD, op.cit p26.

فيما يتعلق بتحديد مفهوم التعسف و تحديد البنود التي تعتبر تعسفية، متوخية من وراء ذلك توحيد معايير التقدير، و تحقيق الأمن القانوني و استقرار المعاملات<sup>1</sup>.

د - هذا و أن أسلوب إعداد قائمة بالشروط التعسفية، أكثر جمودا من الأسلوب القضائي الذي يمنح القاضي سلطة إبطال الشروط. كما أنه لا يسمح بإبطال بعض الشروط رغم توافرها على خصائص الشروط التعسفية لأنها لم تذكر بالقائمة الواردة على سبيل الحصر. هذا و أن هذا الأسلوب يفرض على السلطات العامة أن تحرص دوما على إتمام قائمة الشروط المعتمدة تعسفية من وقت لآخر. بعدما يتبين قصور الشروط الواردة بها، وفقا لمستجدات الواقع الاقتصادي<sup>2</sup>.

### **الفقرة الثانية : تدخل القاضي لتقدير الطابع التعسفي للشرط .**

نتعرض في هذه الفقرة لمدى تقدير الطابع التعسفي للشرط ثم إلى طريقة تقدير ذلك .

#### **أولا - مدى تقديره للطابع التعسفي للشرط :**

قام المشرع الألماني بموجب قانون 9 ديسمبر 1976 بوضع قائمتين من الشروط التي تعتبر تعسفية، قائمة سوداء نصت عليها المادة 16 من هذا القانون، تحتوي على 16 بند باطل بقوة القانون نذكر منها على سبيل المثال: الشرط الذي يطيل آجال تنفيذ المحترف لالتزامه، و كذا الذي يمنحه حق إبطال

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD, op.cit, p 27.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 77.

العقد أو تعديله دون أساس مادي مبرر ، و الشرط الذي يمنع المستهلك من الاستفادة من نظرة الميسرة حال تأخره في تنفيذ التزامه<sup>1</sup>.

أما القائمة الرمادية و التي نصت عليها المادة 11، فتحتوي على عشر أصناف من الشروط التي يفترض فيها التعسف منها: الشرط الذي يعفي المحترف جزئيا أو كلياً من المسؤولية حالة الخطأ الجسيم أو الخطأ العمد، و الشرط الذي يستبعد أو يحدد حق المتعاقد في المطالبة بالتعويضات المستحقة نتيجة التأخر في التنفيذ، و الشرط الذي يستبعد كلياً أو جزئياً حق المستهلك في إصلاح الشيء المبيع أو استبداله<sup>2</sup>.

و سبب هذا التقسيم أن الأولى تعتبر مجحفة في حد ذاتها، أما الثانية فأقل إجحافاً و مخالفة، لذلك فإن القاضي بصدد شرط من الشروط الواردة بالقائمة السوداء لا يتمتع بأية سلطة تقديرية على عكس الشروط الواردة بالقائمة الرمادية التي يملك بصددها سلطة رقابة أثر هذه الشروط على التوازن العقدي ليعمل على إعادته. فأجاز له المشرع استبعادها إذا كانت تتلاءم مع بعض المعايير الذي حددها القانون، خاصة مبدأ حسن النية.

أما عن باقي الحالات الخاصة بالشروط العامة غير الواردة بالقائمتين، فقد منحت المادة 9 من هذا القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة لإبطال الشروط التي يرى أنها تعسفية. إذا كانت في غير مصلحة المستهلك بشكل مبالغ فيه، بما يتنافى و حسن النية الواجب في المعاملات، و بما يتنافى و الأحكام التنظيمية.

و عن المشرع الفرنسي، فقبل إصداره لقانون 10 جانفي 1978، كان القضاء يعتمد على النصوص الواردة في القانون المدني لإبطال بعض الشروط

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 21.

<sup>2</sup> - M.FROMONT. op.cit, p 103.



التي تحتوي على التعسف أو التخفيف من وطأتها، غير أن هذه النصوص كان مجال تطبيقها واسعا من حيث الأشخاص، و ضيق من حيث الموضوع لكونها تتعلق بإبطال شروط معينة<sup>1</sup>.

و بعد صدور قانون 10 جانفي 1978 نصت المادة 35 على أن منع الشروط التعسفية يكون بإصدار مراسيم من السلطة التنفيذية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، كما نصت هذه المادة على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية، و التي ذهب الفقه و القضاء بصددها للقول أنها وردت على سبيل الحصر لا المثال<sup>2</sup>.

و بالتالي أصبح القاضي لا يملك إلا الحكم ببطان الشروط المنصوص عليها، في حين لا يملك بطلان الشروط التي تظهر أنها تعسفية في حالة غياب النص، لذلك فقد حاول الخروج من القوقعة التي حصره فيها قانون 1978، فكان أن ذهبت محكمة النقض الفرنسية بداية في قرار لها بتاريخ 16 جويلية 1987 إلى القول أنه: "يجوز للقاضي في غياب قانون يجيز له العقاب على التعسف أن يصدر جزاء في العقود بالاستناد إلى نص المادة 1134 من ق. م. فرنسي"<sup>3</sup>.

كما ذهبت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 6 ديسمبر 1989 إلى نقض حكم قضائي ألزم تلميذا بدفع مصاريف السنة الدراسية بالقول أن: "مغادرة التلميذ لمدرسته كانت لقوة قاهرة، وأن

<sup>1</sup> - بودالي محمد ، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 44.

<sup>2</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 146.

<sup>3</sup> - D. MAZEAUD. op.cit, p 19.

القاضي لما أُلزم التلميذ بدفع هذه المصاريف خرق نص المادة 1134 من ق. م.  
1»

وفي قرار آخر بتاريخ 14 ماي 1991 وصفت نفس المحكمة بأنه:"  
تعسفي البند الذي تعفي فيه شركة « M.F » نفسها من المسؤولية في حالة  
ضياح الفيلم المسلم لها، بالقول أنه يوفر لهذه الشركة ميزة مفرطة، و أنه بالنظر  
إلى موقعها الاقتصادي كانت توجد في وضعية تسمح لها بفرض ذلك على  
زبائنها"<sup>2</sup>.

هذا و ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 ماي 1993 إلى القول  
أن:" القاضي هو الذي يقدر الطابع التعسفي للشرط و ليس القانون، و أنه في  
ذلك يخضع لرقابة محكمة النقض باعتبارها مسألة قانونية ".

و أخيرا ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 22  
أكتوبر 1996 لإدانة البند الذي ينص على أنه في حالة تأخر وصول الرسائل  
فإن الناقل و هي شركة « Chronopost » لا تلتزم سوى بإعادة ثمن النقل  
للمرسل، فاعتبرت محكمة النقض هذا البند تعسفيا بالقول أن:" الشركة قدمت  
نفسها بصفقتها المتخصصة في النقل السريع، و كانت قد أضاعت على المرسل  
صفقة هامة و من ثم يعتبر هذا الشرط غير مكتوب لأنه يعارض مدى  
الالتزام"<sup>3</sup>.

و إن كانت محكمة النقض قد أعلنت إمكانية تقدير الطابع التعسفي  
للشرط من قبل القضاء. نجد أن قانون 5 جانفي 1988 المتعلق بالجمعيات

<sup>1</sup> - J. MESTRE , op.cit, p 680.

<sup>2</sup> - H. CAPITANT ; F. TERRE ; Y. LEQUETTE , Les grands arrêts de la  
jurisprudence civile , obligation , contrats spéciaux, tome 2 , 11<sup>ème</sup> édition , d, paris ,  
2000,p 96 ; D.MAZEAUD. op.cit. p 21.

<sup>3</sup> - J. MESTRE . op.cit, p 685.

المعتمدة للمستهلكين، نص في المادة 6 أن بإمكان الجمعيات أن تطلب من القضاء المدني و الأمر في حالة ذلك بإلغاء البنود التعسفية في العقود التي يقترحها المحترفون على المستهلكين، مما يعني أن القاضي لا يلغي فقط البنود في العقود التي أبرمت، و إنما تمتد صلاحياته لتشمل مستقبلا كل العقود التي يقترحها المحترفون على زبائنهم<sup>1</sup>. و النتيجة أن القاضي يلغي البنود التعسفية سواء كان هناك مرسوم يمنعها أم لا. و سواء في العقود المبرمة أم في العقود المقترحة للاكتتاب. خاصة أن لهذه الجمعيات أن تطلب من المحاكم المدنية الأمر بحذف و إزالة الشرط التعسفي مع طلب تدعيم الأمر بغرامة تهديدية<sup>2</sup>. و إن كان القانون منح للجنة الشروط التعسفية أن تصدر توصيات حول الشروط التي تعتبر تعسفية، فإن هذه التوصيات غير ذات أهمية لأنها لا تتمتع بأية قوة إلزامية، فيمكن للقاضي أن يأخذ بها أو يتجاهلها كلية.

غير أنه و بصدر القانون رقم 95-56 وسع المشرع الفرنسي من سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط بصورة ضمنية، سواء بالرجوع إلى المراسيم التي تصدرها السلطة التنفيذية بعد أخذ رأي لجنة الشروط التعسفية، أو بالرجوع إلى القائمة الواردة في المادة 1-132 من ق. إ. ف و التي جاءت على سبيل المثال لا الحصر، حتى و إن كان يؤخذ عليها أنها لا تتمتع بأية قوة إلزامية. نذكر منها الشرط الذي يستبعد أو يحدّ من المسؤولية القانونية للمحترف في حالة وفاة المستهلك، أو إصابته بأضرار جسمانية نتيجة عمل أو امتناع صادر عنه، و الشرط الذي يحد من حقوق المستهلك في حالة عدم تنفيذ المحترف لالتزاماته بشكل كلي أو جزئي، و الشرط الذي يعلق تنفيذ المحترف

<sup>1</sup> - D. MAZEAUD, op.cit.p20.

<sup>2</sup> - شهيدة قادة، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، المرجع السابق، ص 78.

لالتزامه على محض إرادته، و ذلك الذي يلزم المستهلك بتنفيذ التزامه بالرغم من عدم تنفيذ المحترف لالتزاماته<sup>1</sup>.

أو اعتمادا على توصيات لجنة الشروط التعسفية التي تعددت و تنوعت أو حتى بطلب من جمعيات حماية المستهلك التي منحها المادة

421-6 من ق.إ. ف. لسنة 1995 حق رفع الدعوى ضد المنظمات المهنية<sup>2</sup>.

هذا و قد منحت المادة 5/1-132 من القانون رقم 95-56 القاضي إمكانية اللجوء إلى المواد من 1156 إلى 1161 و المواد 1163 و 1164 من ق. م. ف لتقدير الطابع التعسفي للشرط، مما يعني أن المشرع قد اعترف ضمنا بسلطة القاضي التقديرية<sup>3</sup>.

و بالنسبة للمشرع الجزائري فتشكل المادة 110 ق. م. ج أداة قوية في يد القاضي يحمي بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار. و القاضي هو الذي يملك حق تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا، و لا معقب لمحكمة النقض على تقديره ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به. و لم يرسم المشرع له حدودا في ذلك إلا ما تقتضيه العدالة، هذا و أن القاعدة المقررة لسلطة القاضي تعد من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على خلافه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 35.  
-WWW. Clauses – abusives. Fr.

<sup>2</sup> - Art 421-6 (C.consom) : « de demander à la juridiction civile d'ordonner, le cas échéant sous astreinte, la suppression des clauses abusives dans les modèles de convention habituellement proposées par les professionnels aux consommateurs et dans ceux destinés aux consommateurs et proposés par les organisations professionnelles à leurs membres ».

<sup>3</sup> - [WWW.Droitquotidien.Net](http://WWW.Droitquotidien.Net).

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 195.

هذا و قد نصت المادة 29 من القانون رقم 04-02 على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية في العقود المبرمة بين البائع و المستهلك، منها على سبيل المثال الشرط الذي يمنح للمحترف حقوق و امتيازات لا تقابلها حقوق و امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك، و الشرط الذي يمنحه حق الإنفراد بتفسير شرط أو عدة شروط من العقد، و كذا الشرط الذي يلزم المستهلك بتنفيذ التزاماته، دون أن يلتزم هو بتنفيذ التزاماته.

غير أن ما يؤخذ على هذه القائمة تضيقها لنطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص، بحيث قصرتها على العلاقة بين البائع و المشتري في حين أن عقود الاستهلاك متنوعة و عديدة كالتأمين، النقل،.... كما أننا نستشف أن القائمة واردة على سبيل المثال لا الحصر، و إلا ما كان المشرع ليتبعها بقائمة أخرى من الشروط التعسفية و التي نصت عليها المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 06-306 ، منها الشرط الذي يمنح للعون الاقتصادي الحق في تعديل العقد أو فسخه بصفة منفردة بدون تعويض للمستهلك، و كذا الشرط الذي يمنع المستهلك في حالة القوة القاهرة من فسخ العقد إلا بمقابل دفع تعويض، أو فرض بنود عليه لم يكن على علم بها وقت إبرام العقد. و إن كان يؤخذ على القائمة التي تضمنتها المادة 5 أنها تتعلق خاصة بفترة تنفيذ العقد .

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نصت المادة 149 ق. م. م على نفس الحكم الوارد في المادة 110 ق.م. ج، فمنحت القاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشرط في عقود الإذعان، و هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 12 ديسمبر 1989 بقولها أن: " للقاضي طبقا لنص المادة 149 أن يعدل الشروط التعسفية إذا تضمنها عقد الإذعان، وفقا لما تقضي به قواعد

العدالة، و أن محكمة الموضوع تملك سلطة تقدير ما إذا كان الشرط تعسفيا أو لا<sup>1</sup>.

## ثانيا - طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط .

طبقا لنص المادة 5/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإن "الطابع التعسفي للشرط يقدر بالرجوع إلى وقت إبرام العقد، و كل الملابس المحيطة بإبرامه، و كل بنود العقد الأخرى، و يقيم كذلك بالنظر إلى الشروط التي يتضمنها عقد آخر عندما يكون إبرام أو استبعاد هذين العقدين مرتبطين قضائيا ببعضها البعض"<sup>2</sup>.

و طبقا لنص المادة 3 فقرة 5 من القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، نجد أن تقدير الطابع التعسفي للشرط قد ينظر إليه بصفة منفردة أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى. و ما يؤخذ على هذا النص أن المشرع الجزائري رغبة منه في نقل نص المادة 132 - 5/1 وقع في صياغة خاطئة، فالمنطق يقول أن الشرط لا ينظر إليه بصفة منعزلة، إذ أنه لا يمكن اعتبار الشرط تعسفيا لمجرد أنه يمنح أطراف العقد مزايا معينة. فقد يكون هناك شرط آخر يتضمنه العقد يمنح المتعاقد الآخر مزايا تعيد التوازن في العقد.

و إذا كان الأمر سهل التطبيق إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة واحدة إلا أنه ليس باليسير إذا كانت الأداءات المتقابلة من طبيعة مختلفة، كأن

---

<sup>1</sup> - مقتبس عن: سعيد أحمد شعلة، قضاء النقض في التأمين، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 130.

<sup>2</sup> - Art 132-1/5 (C.consom) : « Le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exclusion de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ».

يكون هناك شرط يقضي بتحديد مسؤولية المحترف ، و في المقابل شرط آخر يسمح للمستهلك بفسخ العقد بإرادة منفردة.

غير أن جل الفقه يذهب إلى أنه ليس هناك من حل آخر سوى النظر إلى العقد في مجمله، و بالتالي لأبد من النظر إلى الالتزامات في مجموعها من أجل اعتبار الشرط تعسفياً<sup>1</sup>.

هذا و أنه إذا تعلق الأمر بتقدير الطابع التعسفي لشرط في عقد سبق إبرامه، فإن القاضي يعتمد على المعيار الشخصي، أما إذا كان الأمر يتعلق بتقدير الطابع التعسفي لشرط دون الاستناد لعقد معين، فإنه لا محالة سيعتمد على المعيار الموضوعي أي معيار المستهلك العادي<sup>2</sup>.

كما و أن قاضي الموضوع لا يخضع في تقديره للإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق و التزامات طرفي العقد لرقابة المحكمة العليا، ذلك أنها تعتبر مسألة واقع لا قانون، و هذا ما أكده دوما الفقه الفرنسي<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: جزاء إدراج الشروط التعسفية.

إذا ما تبين للقاضي أن شرطاً ما مدرج بالعقد تعسفي، تعين عليه أن يوقع عليه الجزاء المناسب . هذا الجزاء قد يكون مباشراً ، و هو إما الإلغاء أو الإلغاء مع التعديل ( فقرة أولى)، و إما غير مباشر و يكون بتفسير الشك في مدلول الشرط لمصلحة الطرف المدعن ( فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى : الجزاء المباشر .

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 133.

<sup>2</sup> - بن حميدات نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2006-2007، ص 33.

<sup>3</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 133.

اختلفت التشريعات الوضعية حول طبيعة الجزاء، فبعض هذه الأنظمة قررت البطلان كجزاء مناسب، في حين نجد أن أنظمة أخرى رجحت مصير الشروط التعسفية بين الإلغاء و التعديل. على أن الحديث على طبيعة الجزاء يثير مسألة أخرى تتعلق بنطاق الجزاء إذا ما كان يشمل الشرط فقط أم يشمل العقد برمته .

### أولا - طبيعة الجزاء :

طبقا لنص المادة 3 من التشريع الألماني الصادر في 9 ديسمبر

1976

فإنه يترتب على إدراج الشروط العامة غير الاعتيادية في العقود المحررة مسبقا، عدم اعتبارها جزءا من العقد أي الحكم ببطلانها. و للقاضي طبقا لنص المادة 6 من نفس القانون في حال الحكم ببطلان الشرط إما أن يبقي على العقد دون الشروط العامة إذا أمكن، و إما أن يحكم ببطلان العقد إذا كان من شأن التعديلات المحتملة أن تنشئ على عاتق أحد طرفيه التزاما مجحفا يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي<sup>1</sup>.

و رتب المشرع الفرنسي بمقتضى المادة 35 من قانون 1978 على إدراج الشرط التعسفي في العقود بين المحترف و المستهلك أو غير المحترف اعتبار الشرط غير مكتوب، و تفسير ذلك لدى غالبية الفقه أنها باطلة. و نفس الجزاء نصت عليه المادة 132-1/6 من ق. إ. ف<sup>2</sup>. غير أن الفقه اختلف حول طبيعة هذا البطلان، فذهب رأي إلى القول أن البطلان المقرر هو البطلان المطلق، لأن من شأن أعماله أن يمثل جزءا فعلا للمستهلك. كما و أنه لو ترك للمستهلك رفع دعوى الإبطال. لتقاعس عن رفعها لأسباب عدة منها طول

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> - Art 132-1/6 (C.consom) : « Les clauses abusives sont réputées non écrites ».



الإجراءات و كثرة المصاريف بالمقارنة مع قيمة السلعة أو الخدمة المحصل عليها. و ذهب رأي آخر إلى أن البطلان المقرر في نص المادة 132 هو البطلان النسبي مقرر لمصلحة المستهلك، و متعلق بالنظام العام.

و يرى الأستاذ بودالي محمد أن الرأي الأول هو الرأي الصائب، على أساس أن البطلان النسبي يتلاءم و مصلحة المستهلك، لأن البطلان المطلق يؤدي إلى حرمان المستهلك من الاستفادة من السلعة أو الخدمة موضوع العقد الباطل. كما و أن من شأن أعمال البطلان النسبي الإبقاء على العقد قائما، و بالتالي الإفادة من السلعة أو الخدمة<sup>1</sup>.

و بالإضافة إلى الأحكام السابقة تنص المادة 5/1386 فقرة أولى من القانون رقم 98-389 على أن: "الشروط التي تستهدف إلغاء أو تحديد مسؤولية المهني باطلة، و تعتبر غير مكتوبة". هذا و أن أحكام مسؤولية المنتج في علاقات المهنيين بالمستهلكين تتعلق بالنظام العام، سواء في الإطار العقدي أو التقصيري<sup>2</sup>.

كما يمكن للقاضي أن يستند إلى نص المادة 9 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 المتعلق بالمنافسة لاعتبار الشرط التعسفي غير مكتوب. حيث جاء فيها: "أن كل التزام، اتفاق، أو بند تعاقدية، غير مكتوب إذا كان يتصل بتصرف منعه المواد 7 و 8 و الحكم في ذلك يرجع إلى القاضي المدني أو التجاري". الأمر الذي يعني أنه يمكن حماية المحترف بإلغاء البند إذا كان هذا الأخير يتعلق بالموقع المسيطر أو متعلقا بالتبعية الاقتصادية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص53.

<sup>2</sup> - شهيدة قادة، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، المرجع السابق، ص 78.

<sup>3</sup> - مع الإشارة أن القاضي عند اعتباره البند غير مكتوب و بالرجوع إلى الاستغلال التعسفي للموقع المسيطر أو لحالة التبعية الاقتصادية يمكنه طلب معونة مجلس المنافسة، الذي يمكنه إصدار رأيه حول الطبيعة اللاتنافسية لتصرف غامض. - D. MAZEAUD, op.cit, p26.

و عن التشريع الجزائري، فبالرغم من أن المادة 29 من القانون رقم 02-04 و المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306-06 نصت على مجموعة من الشروط المعتبرة تعسفية، فإنها لا تتضمن سوى جزاء جنائيا يختص به القاضي الجنائي،<sup>1</sup> و بالتالي فما على القاضي سوى العودة للمادة 110 ق. م. ج التي يكون له بصدد سلطة تقديرية واسعة تتمثل في تعديل الشرط التعسفي مع الإبقاء عليه، أو إعفاء الطرف المدعن من الخضوع لهذا الشرط، و هي سلطة جوازية و ليست وجوبية، فيجوز للقاضي أن لا يستعمل الرخصة المخولة له من المشرع بالرغم من وجود شروط تعسفية في عقد الإذعان. هذا و تنص نفس المادة على بطلان أي اتفاق يقضي باستبعاد سلطة القاضي في تعديل أو إلغاء الشرط التعسفي.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 6 من القانون رقم 02-89<sup>2</sup> على أن: " كل مقتني لأي منتج سوءا كان جهازا أو أداة أو آلة أو عدة أو أية تجهيزات أخرى يستفيد بحكم القانون من ضمان تدوم صلاحيته حسب طبيعة المنتج. ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. و يمكن أن يمتد الضمان إلى أداء الخدمات.... و يعتبر لاغيا كل شرط يقضي بعدم الضمان".

و تضيف المادة 7 من نفس القانون بالقول أن : "الضمان المنصوص عليه في المادة 6 من هذا القانون حق للمستهلك دون مصاريف إضافية، و كل شرط مخالف لذلك يكون باطلا بطلانا مطلقا".

و قد أشارت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 إلى أنه:" يبطل كل شرط بعدم الضمان و يبطل مفعوله. و يعتبر شرط عدم الضمان كل

<sup>1</sup> - تتمثل العقوبة طبقا لنص المادة 38 من القانون رقم 02-04 في : "الغرامة من خمسين ألف دينار 50.000 دج إلى خمسة ملايين دينار 5.000.000 دج".

<sup>2</sup> - القانون رقم 89-02 الصادر في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

شرط يحد من التزامات المحترف القانونية أو يستبعدهما". الأمر الذي يعني أن المشرع و بصدد شرط من الشروط الواردة في المادة 29 من القانون رقم 02-04 و المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 306-06 رجح مصيرها بين الإلغاء و التعديل، أما الشروط الواردة في قواعد خاصة فرتب عليها البطلان. و بلغة مطابقة لنص المادة 110 ق. م.ج رجح المشرع المصري مصير الشروط التعسفية بين الإلغاء و التعديل بموجب نص المادة 149 ق. م. م. هذا و قد نصت المادة 6/67 من قانون التجارة المصري رقم 17-99 على بطلان : "كل شرط أو بيان يكون من شأنه إعفاء المنتج أو الموزع من المسؤولية أو تحديدها أو تخفيض مدة تقادمها". و أكثر من ذلك اعتبر الشرط بعدم أو تحديد المسؤولية في غير الحالات التي لا تتوفر بشأنها نظام العيوب الخفية يقع باطلا<sup>1</sup>.

كما نصت المادة 10 من قانون حماية المستهلك رقم 67-06 على أنه : " يبطل كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك إذا كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".

## ثانيا - نطاق البطلان :

تنص المادة 8/1-132 ق. إ. ف على أن : "العقد يبقى قائما صحيحا إذا أمكن أن يبقى دون الشروط المعتبرة تعسفية"<sup>2</sup>، ممّا يعني أن البطلان جزئي يمس الشروط لا العقد. ورغم ذلك فقد اختلف الفقه في هذا الشأن:

---

<sup>1</sup> - شهيدة قادة، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، المرجع السابق، ص 78.  
<sup>2</sup> - Art 132-1/8 (C.consom) : « Le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans les dites clauses ».

فذهب رأي أول إلى أن بطلان الشرط يؤدي إلى بطلان العقد بأكمله، حيث أن بطلان الكل يشمل بطلان الجزء. و لتبرير رأيهم استدلوا بنصوص من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على إبطال العقد بأكمله إذا ما تضمن شروط معينة كما هو الحال بالنسبة للشرط الإرادي المحض طبقا لنص المادة 1174 ق. م. ف.

أما الرأي الثاني فذهب إلى القول أن البطلان جزئي يمس الشروط لا العقد، و هذا ما يعد تطبيقا لنظرية إنقاص العقد، التي أخذ بها المشرع الفرنسي في العديد نصوصه كنص المادة 1643 ق. م. ف ، التي تنص على بطلان الشروط الرامية إلى إلغاء و تخفيف الضمان الواجب على البائع في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع<sup>1</sup>.

و بخصوص العلاقة بين محترف و محترف آخر، فإن المادة 9 من الأمر الصادر في 1 ديسمبر 1986 لم تحدد نطاق البطلان إذا كان يشمل البند التعسفي وحده أم يشمل العقد جملة. لذلك يمكن للقاضي أن يعود لأحكام القانون المدني. فإما يحكم ببطلان الشرط وحده أو بطلان العقد جملة<sup>2</sup>.

و سواء في العلاقة بين محترف و مستهلك، أو محترف و محترف آخر يمكن للقاضي استنادا إلى نص المادة 110 ق. م. ج إما أن يعدل الشرط أو أن يعفي الطرف المذعن منه تطبيقا لنظرية إنقاص العقد، التي تهدف إلى استقرار المعاملات على حساب أنانية المتعاقدين، و التي اشترط المشرع لتطبيقها:

- أن يكون العقد باطلا في شق منه فقط، أما إذا كان العقد صحيحا في كل بنوده أو باطلا بأكمله فلا حاجة للإنقاص.

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 55.

<sup>2</sup> - D. MAZEAUD, op.cit, p 26.

- قابلية العقد للانقسام، و يكون كذلك إذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية. أما إذا كان كذلك فيكون غير قابل للانقسام.

- أن يكون الشق الباطل غير مؤثر، أي أن لا يكون هو الدافع للتعاقد، فإذا كان هذا الشق الباطل هو الذي حمل المتعاقد على إبرام العقد، فلا يجوز إنقاص العقد. و لا ينقص الجزء الباطل من العقد دون الجزء الآخر إلا إذا كان ذلك لا يؤثر على رضا المتعاقد في إبرام العقد<sup>1</sup>.

أما عن عبئ إثبات الطابع التعسفي للشرط، فنجد أن في المادة 29 من القانون رقم 02-04 افتراض للطابع التعسفي للشرط. و النتيجة أن المتعاقد المضرور يعفى من إثبات الطابع التعسفي، إذا كان من قبل الشروط المحددة في المادة 29. أما إذا تعلق الأمر بشروط أخرى غير تلك التي ورد ذكرها في المادة، فإن المتعاقد المضرور لا يقع عليه عبئ إثبات الطابع التعسفي للشرط وفقا لقاعدة البينة على من ادعى.

و بالنسبة للمشرع الفرنسي فعلى الرغم من اعتبار الشرط التعسفي غير مكتوب، إلا أن المادة 132-1/3 ق. إ. ف<sup>2</sup> نصت على أن الشروط الواردة بالملحق واردة على سبيل المثال لا الحصر، و يمكن النظر إليها بمعايير الشرط التعسفي، و أنه في الخصومة حول عقد يتضمنها لا يعفى المدعي من إثبات الطابع التعسفي للشرط. مما يعني أن تضمن العقد

<sup>1</sup> - فيلالي علي، المرجع السابق، ص 283.

<sup>2</sup> - Art 132-1/3 (C.consom) : « Une annexe au présent code comprend une liste indicative et non exhaustive des clauses qui peuvent être regardées comme abusive si elles satisfont aux conditions posées au premier alinéa. En cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause le demandeur n'est pas dispensé d'apporter la preuve du caractère abusif de cette clause ».

لشروط من تلك الشروط لا يمكن اعتباره حتى بمثابة قرنية قانونية على الطابع التعسفي للشروط المذكور في القائمة<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية : الجزاء غير المباشر (تفسير الشك في عقود الإذعان)

إذا كانت القاعدة طبقاً لنص المادة 112 فقرة أولى ق. م. ج تنص على أن الشك في معنى العبارة يفسر لمصلحة المدين، في حالة غموضها، فإن القاضي إذا ما تبين له غموض أحد بنود عقد الإذعان، فإنه يلتزم بتفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن دائماً كان أو مديناً. و هذا ما ذهبت إليه المادة السابقة في فقرتها الثانية بالقول أنه: "غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن".

و تعتبر هذه القاعدة مكملة للقاعدة الواردة بالمادة 110 ق. م. ج، التي تعطي للقاضي حق إعادة النظر في الشروط التعسفية في العقد بتعديلها أو إلغائها مباشرة. فمنح المشرع للقاضي بالإضافة لذلك سلطة الرقابة على الشروط التعسفية بطريقة غير مباشرة، فعن طريق التفسير يمكنه أن يستبعد بعض الشروط أو يخفف من تعسفها، وذلك بتفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن على اعتبار أن ذلك يوافق الإرادة الضمنية للمتعاقدين. خاصة أن عقود الإذعان غالباً ما تحتوي على شروط تعسفية تطبق في صورة عقود عامة لا يعلم بها المتعاقد، أو على الأقل لا يكون مدركاً بصورة جيدة لأثارها الحقيقية. و الأكثر من ذلك أنها غير قابلة للنقاش، و هذا ما أكدته المادة 70 ق. م. ج.

غير أن الأستاذ عبد الحكم فوده<sup>2</sup> ذهب للقول بشأن المادة 151 فقرة ثانية ق. م. م المطابقة للمادة 112 فقرة 2 ق. م. ج أن المشرع قد قيد بلا مبرر

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص138.

سلطة القاضي في تفسير الشروط الواردة في عقود الإذعان حينما حدد ممارسة هذه السلطة في حدود الشروط الغامضة. ذلك أن تفسير عبارات العقد لا يقتصر على تفسير الشروط الغامضة، وإنما يمتد ليشمل كل شروط التعاقد حتى بما كان منها واضحا، ما دام بإمكان القاضي استنباط عدم توافق هذه الشروط مع الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين.

غير أنه و إن كان المشرع قصر قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن على الحالة التي تكون فيها عبارات العقد غامضة. إلا أنه و في المقابل منحه في حالة وضوح العبارات إمكانية تعديل هذه الشروط أو إلغائها طبقا لنص المادة 110 ق.م.ج.

و تستند قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن إلى عدة أسانيد، أولها أن هذا الأخير هو الأضعف اقتصاديا و أن رضائه بالعقد، أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى القبول الاختياري، لذلك فإن التعسف في شروط هذه العقود يؤدي إلى استبعاد فكرة التمييز بين الدائن و المدين في الشرط.

كما تقوم هذه القاعدة على أساس أن الطرف القوي هو الذي يستقل بتحرير العقد و وضع شروطه. و بالتالي فإذا ما شابه غموض أو لبس أو إبهام و جب أن لا يفيد من هذا الغموض، أي و جب ألا يفيد من تقصيره في تضمين العقد شروطا واضحة، فعليه أن يتحمل بالتالي تبعة عدم الاضطلاع بهذه المسؤولية على النحو المفروض، بحيث تخرج عبارات العقد التي صاغها واضحة لا غموض فيها<sup>1</sup>.

---

<sup>2</sup> - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، المرجع السابق، ص 437.

<sup>1</sup> - أنور سلطان، المرجع السابق، ص 237.

و قد طبق القضاء الفرنسي هذه القاعدة على شركة التأمين حيث ذهبت محكمة السين في 27 ماي 1963 للقول: " أن المؤمن الذي يضع قانون العقد يجب أن يتحمل نتائج الغموض الناتج عن التحرير المسند إليه، حتى و إن كان المقصود من التفسير تحديد نطاق التزاماته البحثة"<sup>1</sup>. فالمحكمة إذا فسرت الغموض ضد شركة التأمين رغم أنها المدينة في الشرط، و ذلك بخلاف نص المادة 1162 التي لا تقضي سوى بتفسير الشك لمصلحة المدين.

و هذا ما أكدته المحكمة العليا منذ زمن بعيد، فذهبت بتاريخ 12 مارس 1983 للقول بأن: "المفروض أن الطرف الآخر هو الذي يستقل بتحرير العقد و شروطه، فإذا ما غمضت عبارات عقد هو صانعه و يجب ألا يفيد من غموض تسبب فيه"<sup>2</sup>.

كما و أنه في حالة التعارض بين نسخ وثيقة التأمين، أي تناقض الشروط المدونة في نسخة مع الشروط المدونة في النسخ الأخرى. فالنسخة التي يعتد بها هي تلك التي بيد المؤمن له، ذلك لأن المؤمن هو الذي قام بتحرير نسخ الوثيقة، و يعد مسؤولاً عن هذا التناقض فيتحمل تبعته<sup>3</sup>.

هذا و أن اعتبارات العدالة تمثل سندا قويا لتبرير الأخذ بهذه القاعدة، ذلك أن عقد الإذعان على نقيض عقد المساومة يفتقد عنصر المناقشة لشروط التعاقد، فيقتصر دور القابل فيه على التسليم بما يملى عليه من إيجاب في صورة شروط مكتوبة عادة، و من ثم فأحد المتعاقدين هو سيد العقد في الواقع، بينما الآخر هو المذعن له، سواءا كان الإذعان قانونيا أو فعليا، فليس ثمة إرادة

<sup>1</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص 427.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء 1. بدون طبعة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995، ص 243.

<sup>3</sup> - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع- التأمين (الضمان) - الإيجار، دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 550.



حقيقية مشتركة بالمفهوم الذي نلمسه في عقود المساومة، بل يكون رضاء القابل بشروط التعاقد أشبه بالتسليم بالأمر الواقع<sup>1</sup>.

و استنادا لقاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المدعن، جرى القضاء المصري في حالة التعارض بين الشروط المطبوعة و الشروط الخطية في عقد التأمين إلى تغليب الشروط الخطية باعتبار أن هذا الحل يكون دائما في مصلحة الطرف المدعن. فذهبت محكمة النقض المصرية للقول أنه: "إذا وردت في تلك العقود شروط جديدة مكتوبة باليد، تناقض الشروط المطبوعة فإن الشروط المكتوبة تغلب على الشروط المطبوعة، إذا وجد أنها أكثر انطباقا مع نية المتعاقدين"<sup>2</sup>. فمنح القضاء بذلك للشروط المخطوطة باليد نفس القوة الإلزامية للشروط المطبوعة.

كما أن القضاء الفرنسي طبق هذه القاعدة بشأن الشروط المطبوعة و الشروط الخطية، بالرغم من أن المشرع الفرنسي لم يوردها ضمن المادة 1162 التي اقتصر فيها على تفسير الشك لمصلحة المدين. فذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 31 جانفي 1927 إلى تأييد حكم محكمة استئناف Riom الصادر في 26 أكتوبر 1923 ألزمت فيه المحكمة شركة التأمين بتعويض المؤمن له جراء حادث السير. حيث رفضت الشركة أن تلتزم بالضمان على اعتبار أن الشرط المطبوع الوارد في عقد التأمين، يفرض أن يكون سن قائد السيارة ثمان عشر سنة على الأقل، و أن السيارة المؤمن عليها وقت الحادث كان يسوقها ابن المؤمن له الذي لم يبلغ ثمان عشر سنة، فذهبت محكمة النقض للقول بأن: "هناك شرط آخر مكتوب باليد ينص على أن السيارة المؤمن عليها يمكن أن يقودها أي قريب أو صديق للمؤمن له. أو أي شخص من الغير شريطة

<sup>1</sup> - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، المرجع السابق، ص 427.

<sup>2</sup> - مقتبس عن: لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص 165.

أن يكون مرخصا له بالقيادة، و قد أغفل الشرط المكتوب يدويا ما ورد في الشرط المطبوع من تحديد لسن قائد السيارة. حيث اقتصر على ضرورة الحصول على رخصة القيادة ، و هذا هو الشرط النافذ"<sup>1</sup>.

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول أن : "الشرط المطبوع الوارد في عقد التأمين، ينص على أن العقد يرتب أثره ظهيرة اليوم التالي لليوم الذي يدفع فيه القسط السنوي للتأمين، و لكن عقد التأمين تضمن عبارة مكتوبة يدويا بخط السمسار المكلف بإبرام العقد بصفته وكيلًا عن المؤمن. حدد فيها لنفاذ العقد تاريخا سابقا للوقت الذي عينه الشرط المطبوع، و من ثمة فهو تاريخ نفاذ عقد التأمين باعتبار ذلك يترجم النية الحقيقية للمتعاقدين"<sup>2</sup>.

و في الحقيقة فإن مرجع تغليب الشروط المخطوطة على الشروط المطبوعة باليد، أن الأولى تكون وليدة نقاش بين طرفي التعاقد، بعكس الحال في الشروط المطبوعة التي يذعن لها الطرف الآخر. لكن يشترط أن يكون التعارض صريحا واضحا و إلا فلا محل للتغليب"<sup>3</sup>.

و تضمن التشريع الألماني نصا مماثلا ، حيث أشارت المادة 4 من قانون 9 ديسمبر 1976 على أنه في حالة غموض العقد يفسر الشك ضد المحترف الذي صدرت منه، كما أنه و بموجب نص المادة 5 من نفس القانون ذهب المشرع إلى تفضيل الشروط الخاصة على الشروط العامة، و قد طبق القضاء الألماني هذه القاعدة فالزم المستفيد من الشروط العامة بتحمل تبعه

<sup>1</sup> - مقتبس عن : أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات ، المرجع السابق، ص103.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات ، المرجع السابق، ص 106.

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، المرجع السابق، ص 414.

غموض هذه الشروط ،علاوة على تفضيل النصوص المتفق عليها ،أي الشروط الخاصة على الشروط العامة في جميع الأحوال<sup>1</sup>.

على أنه وتجنباً للإشكالات المترتبة عن قاعدة تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ،نجد أن مختلف التشريعات ألزمت الطرف القوي في العلاقة العقدية بأن يصيغ العقد في عبارات واضحة<sup>2</sup>.

و في الحقيقة من الطبيعي تفسير عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، لأنه كان بإمكان الطرف القوي أن يفرض شروطاً واضحة. كما أنه إذا نظرنا إلى الطرف الضعيف في العقد ،نجد أنه لم يفهم الشرط المبهم عند التعاقد إلا من الوجهة التي تحقق مصالحه. و من ثم يكون منطقياً إجراء التفسير في جانبه، طالما لم يفرض الموجب شروطاً واضحة يمكن فهمها. لذلك نجد أن المشرع الفرنسي ألزم بموجب المادة 1602 ق. م. ف. البائع بأن يوضح ما يلتزم به المشتري، فإذا تبين وجود غموض أو إبهام في العقد فسر ضده، سواء كان دائماً أو مديناً. و ذلك باعتبار أن البائع هو الطرف الأقوى في العقد إذ هو شيده و أملى شروطه، بالإضافة إلى أنه يعلم الشيء المبيع جيداً، و بالتالي يكون عليه أو يوضح كل ما يتعلق به<sup>3</sup>.

و بالرغم من أن القضاء لم يدخر جهداً لحماية الطرف المذعن بتفسير الشك لمصلحته، إلا أنه أمام تضمين العقود لغات لا يفهمها العامل، وجد القضاء نفسه مكبلاً، و بذلك تدخلت التشريعات المختلفة، و منها التشريع الفرنسي الذي ألزم في عقد العمل وجوب تحريره باللغة الفرنسية إذا كان الأجير فرنسي، أو من الدول الناطقة باللغة الفرنسية. و كذا نص المشرع المصري على وجوب أن

<sup>1</sup> - بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص19.

<sup>2</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 149.

<sup>3</sup> - عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص 313؛ بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، المرجع السابق، ص 82.

يكون عقد العمل ثابتا بالكتابة و محررا باللغة العربية، و إذا كان الأجير أجنبيا و كان العقد محررا بلغة غير لغته، أمكن أن يتضمن العقد ترجمة بلغة العامل الأصلية<sup>1</sup>.

كما نصت المادة 112-3 ق. إ. ف على إلزامية تحرير عقود التأمين باللغة الفرنسية و بصيغة واضحة. و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بمقتضى القرار المؤرخ في 24 نوفمبر 1993 بأن: "شروط استبعاد الضمان في عقد التأمين غير نافذة، لأنها حررت في العقد باللغة الألمانية"<sup>2</sup>.

فأمام عقد محرر بلغتين ما على القاضي إلا ترجيح لغة العامل الأصلية أو لغة المؤمن له، حسب نصوص عقد العمل و كذا عقد التأمين. بيد أن القضاء الفرنسي ذهب إلى أكثر من هذا الحد، إذ أنه حظر استخدام الحروف الدقيقة في صياغة الشروط الهامة التي تمس صالح المستأمنين، حيث يستلزم أن تكون مدونة بحروف واضحة أو مخطوطة، و لا يكفي أن تكون مدونة بأحرف كبيرة إذا كانت تماثل غيرها من شروط الوثيقة. فلا تميزها عما عداها. و قد ذهب القضاء المصري بصددها للقول أنه: "بالرغم من وضوحها إلا أنها مصاغة في حروف غير مقروءة، لا تلفت نظر الطرف المدعن إليها رغم أهميتها مما يتعين عدم الأخذ بها"<sup>3</sup>.

و تؤكد المادة 133-2 ق. إ. ف<sup>4</sup> كذلك على ضرورة و إلزامية تحرير بوضوح شروط العقود المقترحة من طرف المحترفين على المستهلكين أو غير

<sup>1</sup> - السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 144.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : بن حميدات نبهات، المرجع السابق، ص 74.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : عبد الحكم فوده ، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن ، المرجع السابق، ص 412.

<sup>4</sup> - Art 133-2 (C. consom) : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non- professionnels doivent être présentées et rédigés de façon claire et compréhensible. Elle s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou aux non professionnel ».

المحترفين حتى يتسنى لهؤلاء فهمها، فألزمت المادة القاضي بتفسير الشك أثناء البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بما يحقق مصلحة المستهلك أو غير المحترف.

كما ألزم المشرع الجزائري بموجب نص المادة 7 من الأمر رقم 95-07<sup>1</sup> أن يحرر عقد التأمين كتابيا و بحروف واضحة فجاء فيها: " يحرر عقد التأمين كتابيا، و بحروف واضحة...".

## الفصل الثاني

### دور القاضي في تحديد متطلبات العقد.

يفرض مبدأ القوة الملزمة للعقد على طرفي العلاقة العقدية، و على القاضي تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه، بدون إضافة التزامات لم تتجه إليها الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، سواء الصريحة منها أو الضمنية ، غير أنه و لما كان هذا المبدأ نسبي فإن للقاضي تكملة العقد إذا ما تبين له نقص في أحكامه التي نضمها المتعاقدان وفقا لإرادتهما المفترضة.

على أن هذا الأخير و أثناء قيامه بهذه المهمة، و بفعل التطورات الاقتصادية و الاجتماعية التي فرضها منطلق العصر الحديث، اكتشف التزامات لم يفكر بها المتعاقدان، لكنه اعتبرها التزامات تتولد عن العقد بصورة طبيعية.

---

<sup>1</sup> - الأمر رقم 95-07 الصادر في 25 جانفي 1995 : المتعلق بالتأمينات.

فكان أن أثقل كاهل المحترف بها، باعتبار أنه الطرف القوي في العلاقة العقدية و هي الالتزام بالسلامة و الإعلام.

هذا و أن التطور السريع الذي تشهده البشرية مع بزوغ فجر كل يوم، فرض على القاضي مواكبة هذا التطور، باعتبار أنه أول من يصطدم بهذه المستجدات. فكان اعتماده على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، لفرض التزامات تعكس النزاهة و التعاون بين المتعاقدين. لدى يتعين علينا في هذا الفصل أن نتصدى بداية لتحديد نطاق العقد ( مبحث أول ) ، ثم لتنفيذ العقد بحسن نية ( مبحث ثاني ).

## المبحث الأول

### تحديد نطاق العقد.

لقد أدت زيادة المنتجات و الخدمات المعروضة في السوق إلى زيادة المخاطر التي تتربص بالمستهلك، سواء تلك الماسة بجسمه أو تلك التي تلحق ممتلكاته. و قد اكتشف القضاء الفرنسي أن هذه المخاطر ناتجة عن سببين، فهي إما تنتج عن نقص الأمان في المنتج أو الخدمة، و إما عن عدم كفاية الإعلام بشأنها مما يؤدي إلى جعلها تتسم بالخطورة. و من ثم نتناول في هذه الدراسة على التوالي الالتزام بضمان السلامة (مطلب أول)، ثم الالتزام بالإعلام (مطلب ثاني).

## المطلب الأول

## الالتزام بالسلامة.

مع زيادة ما يتعرض له المستهلك من أضرار، كان لابد للقضاء من وقفة لحماية من الخطر الكامن في المنتجات و الخدمات التي تحيط به من كل زاوية بفرضه للالتزام بالسلامة ، لذلك نتعرض في هذه الدراسة، لنشأة هذا الالتزام و مضمونه ( فرع أول )، ثم لأساسه (فرع ثاني). فشرط قيام هذا الالتزام و طبيعته (فرع ثالث).

### الفرع الأول: نشأة الالتزام بالسلامة و مضمونه .

على الرغم من أن القاضي قد أعرض في البداية عن فكرة الالتزام بالسلامة ،إلا أنه ما لبث أن اعترف بوجود هذا الالتزام مع بداية القرن العشرين. و أخذ يدخله شيئاً فشيئاً في كثير من العقود. لدى نتصدى بداية لنشأة هذا الالتزام (فقرة أولى)، ثم لمضمونه (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: نشأة الالتزام بالسلامة .

لقد كان القضاء الفرنسي و حتى أوائل القرن العشرين، يساير ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1884/11/10 تأييدا لحكم أصدرته محكمة « Clerment Loise » حيث قررت فيه أنه: " لا يمكن أن تطبق على ناقل الأشخاص نفس القواعد الخاصة بنقل الأشياء. فالأشياء ثابتة و غير متحركة، و الناقل يسيطر عليها سيطرة تامة، خلافا لناقل الأشخاص، إذ يتمتع المسافر بحرية الحركة تحول دون القول بالالتزام الناقل بضمان سلامتهم". هذا و قد اعتبرت هذه المحكمة أن مسؤولية الناقل : "لا يمكن أن تكون إلا

تقصيرية، و على المسافر إقامة الدليل على خطأ الناقل، الذي أدى إلى إصابته للحصول على التعويض"<sup>1</sup>.

على أن أول إشارة للالتزام بالسلامة كان من خلال حكم محكمة السين التجارية، حيث ذهبت بتاريخ 13/04/1885 و خلافا لحكم محكمة النقض الفرنسية للقول أن: "على الناقل أن يوصل المسافر سليما معافى إلى جهة الوصول، و بالتالي يعفى المسافر من إثبات خطأ الناقل. و على هذا الأخير إذا ما أراد التخلص من المسؤولية أن يثبت السبب الأجنبي أو الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، التي أدت إلى وقوع الحادث"<sup>2</sup>.

بعد ذلك ذهبت محكمة PAU بفرنسا بتاريخ 02/02/1910 إلى ترديد نفس المعنى بالقول أنه: "ليس من المقبول أن يعامل ناقل الأشخاص معاملة مختلفة عن ناقل الأشياء، و تبعا لذلك على ناقل الأشياء أن يتخذ كافة الاحتياطات اللازمة لضمان سلامة المسافر"<sup>3</sup>.

و إذا كان هذا ما ذهبت إليه محكمة السين التجارية و محكمة PAU بفرنسا، إلا أن القضاء الفرنسي مع ذلك ظل مترددا، و لم يصل إلى حد تقرير وجود هذا الالتزام في عقد نقل الأشخاص بشكل حاسم و محدد<sup>4</sup>.

غير أن محكمة النقض الفرنسية و تحت تأثير انتقادات الفقه على رأسه الفرنسي Marc SAUZET و البلجيكي SAINCTELETTE . و بفضل الدور

---

<sup>1</sup> - مقتبس عن : مختار رحمانى محمد، المسؤولية المدنية عن حوادث نقل الأشخاص بالسكك الحديدية، دراسة مقارنة في ضوء الفقه و القضاء ، بدون طبعة ، دار هومة، الجزائر ، 2003. ص 43.

- نزار كريمة، مدى تأثير قاعدة الالتزام بضمان السلامة على مسؤولية الناقل بالسكك الحديدية، مجلة العلوم القانونية والإدارية ، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 2 / 2006، ص 95.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : مختار رحمانى محمد، المرجع السابق، ص 43.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : مختار رحمانى محمد، المرجع السابق، ص 44.

<sup>4</sup> - نزار كريمة، المرجع السابق، ص 94.



الفعال للنائب العام SARRUT في إقناع القضاة، عدلت عن موقفها السابق فأصدرت قرارها الشهير بتاريخ 21 نوفمبر 1911، في قضية تتعلق بإصابة أحد المسافرين أثناء تنقله من تونس إلى بون، على متن إحدى السفن التابعة للشركة العامة للملاحة عبر المحيط الأطلنطي. طالب الشركة الناقل بالتعويض أمام محكمة الجزائر، فدفعت الشركة هذه الدعوى بعدم اختصاص المحكمة تأسيساً على وجود شرط في عقد النقل يجعل الاختصاص المحلي لمحكمة مرسيليا. غير أن هذه الأخيرة قضت بأن لا مجال للتمسك بالعقد المبرم بين المسافرين و الشركة، أو لا مجال لإعمال الشروط الواردة في العقد. و من ثم أسست قضاءها على قواعد المسؤولية التقصيرية. غير أنه و لما عرض الأمر على محكمة النقض، رفضت قضاء هذه المحكمة، و قضت بأن: "مسؤولية الناقل تجاه المسافرين عن الأضرار التي تصيب هذا الأخير أثناء عملية النقل هي عقدية، و أن الناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافرين إلى مكان الوصول، بل عليه أن يوصله إلى هذا المكان سليماً معافى، مما يعني أن التزامه بتحقيق نتيجة لا ببذل عناية"<sup>1</sup>.

و إذا كانت قاعدة الالتزام بضمان السلامة قد نشأت في عقد نقل الأشخاص، في قضية تتعلق بالنقل البحري على النحو الذي سبق بيانه، فقد اكتسحت هذه القاعدة كل مجالات النقل<sup>2</sup>. كما تبني المشرع الجزائري قضاء محكمة النقض الفرنسية في نص المادة 62 من القانون التجاري حيث جاء فيها: "يجب على ناقل الأشخاص أن يضمن أثناء مدة النقل سلامة المسافرين، و أن يوصله إلى وجهته المقصودة في حدود الوقت المعين بالعقد".

<sup>1</sup> - A. VIALARD , L'obligation de sécurité du transporteur maritime de passagers, Acte du colloque, « L'obligation de Sécurité ». Presse universitaire, Bordeaux, 2002, p 130.

- مقتبس أيضاً عن : مختار رحمانى محمد، المرجع السابق، ص 46.  
<sup>2</sup> - نزار كريمة: المرجع السابق، ص 95.

و تطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا بتاريخ 30 مارس 1983 بأن: "ناقل المسافرين يضمن سلامة المسافرين، و لا يجوز إعفاؤه من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر سببه قوة قاهرة، أو خطأ المسافر، و أنه لم يكن يتوقعه، و لم يكن في استطاعته تفاديه، و أن رجوع بعض المسافرين إلى عربات القطار بعد النزول منها أمر متوقع، و يمكن تفاديه عن طريق الاعتناء الكامل من طرف حارس المحطة، الذي عليه ألا يعطي إشارة انطلاق القطار إلا بعد التأكد من نزول كل المسافرين و غلق أبواب القطار"<sup>1</sup>.

أما في العقد الطبي، فلم يدخل الالتزام بالسلامة في المجال العقدي إلا في سنة 1936، و بالضبط في 20 ماي، أين قضت محكمة النقض الفرنسية: "أن ما يحدث بين الطبيب و المريض هو عقد حقيقي، يتضمن تعهد الممارس إن لم يكن بشفاء المريض، فعلى الأقل بتقديم عناية خاصة، مع اتخاذ الاحتياطات اللازمة الذي يتناسب مع المعطيات العملية المكتسبة"، و أضافت المحكمة بأن "الإخلال بهذا الالتزام العقدي و لو لم يكن إرادياً، يولد مسؤولية من نفس الطبيعة"<sup>2</sup>.

و في عقد البيع فقد نشأ الالتزام بضمان السلامة متأخراً، بحيث لم يخرج القضاة الفرنسي عن الإطار التقليدي إلا حديثاً. و قد كان قرار الدائرة المدنية الأولى الصادر في 28 نوفمبر 1979 نقطة البداية نحو الاعتراف بهذا الالتزام

<sup>1</sup> - قرار المحكمة العليا: ملف رقم 27429، الصادر في 30 مارس 1983، الاجتهاد القضائي، سلسلة قضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987، ص 18.

<sup>2</sup> - C. RADE, L'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, Acte du colloque, « L'obligation de sécurité », Presse Universitaire, Bordeaux, 2002, p 114.  
- مقتبس أيضاً عن: محمد التلشي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988، ص 302.  
- و كذا: بودالي محمد، القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3/2007، ص 15.  
- وأيضاً عن: محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في كل من مصر و فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980، ص 92.

و استقلاليتة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية. و تتعلق وقائع هذا القرار في أن سيدة قامت بشراء جهاز تلفاز و بعد ستة أشهر من تاريخ الشراء تخلّلتها عدة إصلاحات قامت بها الشركة البائعة، انفجر الجهاز و أحدث حريقاً دمر شقة المشترية بالكامل. و على الرغم من أن تقرير الخبير لم يستطع أن يحدد سبب الانفجار إلا أن محكمة النقض رفضت الطعن ضد حكم الاستئناف الذي قرر مسؤولية المنتج على أساس أنه: "رغم عدم تحديد سبب الحريق، إلا أنه من الثابت مع ذلك أن الكارثة قد بدأت في الجهاز، و نتجت عن خلل مفاجئ لأحد المكونات الكهربائية، و الإلكترونية المجمعة في صندوق الجهاز، و ترتب على هذا حرارة غير عادية انبعثت من الجهاز، متبوعة بلهب في المحيط شديد القابلية للاشتعال. كما أن المنتج بالإضافة إلى ذلك لم يقدّم الدليل على أن هذا الخلل، يرجع إلى الإصلاحات التي أجرتها الشركة البائعة، أو إلى خطأ في الاستعمال".

فعلى الرغم من أن المشترية قد رفعت دعواها على أساس قواعد الضمان، إلا أن المحكمة لم تنقيد بهذه القواعد، حيث لم تتطلب إقامة الدليل على وجود العيب، بل سمحت باستنتاجه من ظروف الدعوى، و لم تسمح للمنتج بالتخلص من المسؤولية إلا بإقامة الدليل على السبب الأجنبي، و هو ما دفع الفقه إلى القول بأن الحكم لا يعد تطبيقاً لقواعد الضمان، بل تأكيداً للالتزام بضمان السلامة مستقل عنه على عاتق البائع المهني<sup>1</sup>.

بعد ذلك تناولت أحكام محكمة النقض الفرنسية تؤكد وجود هذا الالتزام و استقلاليتة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية. و من جملة هذه القرارات ما

---

<sup>1</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة ، دراسة في القانون الكويتي و القانونين المصري و الفرنسي،(القسم الثاني) ، المجلة العربية للعلوم الإنسانية ، الكويت، 1996 ،ص 253.

ذهبت إليه ذات المحكمة بتاريخ 20 مارس 1989، حيث قررت فيه أن: "البائع المهني يلتزم بتسليم منتجات خالية من كل عيب، أو شائبة في المنتج، يكون من طبيعته أن يؤدي إلى مخاطر بالنسبة للأشخاص أو الأموال"<sup>1</sup>.

على أنه و حتى هذا الحين فإن محكمة النقض لم تستعمل اصطلاح الالتزام بضمان السلامة، و إنما كان يؤخذ من أحكامها عن طريق الاستنتاج و استعمال قواعد التفسير، غير أنها ما لبثت أن أعلنت صراحة في قراراتها الحديثة عن اعتناقها لفكرة الالتزام بضمان السلامة مستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية، من ذلك ما قضت به بتاريخ 22 جانفي 1991 في قضية تتعلق بإصابات خطيرة لحقت بشرة سيدة، على إثر استعمالها لمستحضر تجميل على أن: "المنتج و البائع لبعض المنتجات شائعة الاستعمال، و بالذات تلك المخصصة للعناية بالجسم البشري و راحته يتحملان بالالتزام بضمان السلامة"<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: مضمون الالتزام بالسلامة .

يختلف مضمون الالتزام بالسلامة المنشأ على يد القضاء من عقد إلى آخر، ففي عقد النقل رأينا أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى أن مضمونه هو الالتزام بإيصال المسافر سليماً معافى إلى وجهته المقصودة. و من ثم فإن الناقل

<sup>1</sup> - D. MAINGUY , Contrats spéciaux, 3<sup>ème</sup> édition, D, Paris, 2002, p 170.

- مقتبس أيضا عن : يوسف فتيحة، حماية المستهلك في مجال الصيدلة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون ، 2002، ص 63.

- F. GILBERT , Obligation de sécurité et responsabilité du fait des produits défectueux, acte du colloque, «l'obligation de sécurité», Presse universitaire, Bordeaux, 2002, p 23.

- مقتبس أيضا عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 252.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 253.

لا يلتزم فقط بإيصال المسافر من مكان إلى مكان آخر، بل هو ملزم بتوصيله سليماً من هذا المكان إلى المكان الآخر. و لا يمكن للناقل الإدعاء بأنه قد نفذ التزامه بنقل المسافر، إذا كان هذا الأخير لم يصل إلى مكان الوصول إلا مصاباً بجرح أو جثة هامة مثلاً<sup>1</sup>.

أما في العقد الطبي فقد قرر القضاء الفرنسي أنه ليس مضمون هذا الالتزام شفاء المريض، و إنما ضمان بأن لا يعرضه الطبيب لأي أذى من جراء ما يستعمله من أدوات، أو أجهزة، أو ما يعطيه من أدوية. و ألا يتسبب في نقل مرض آخر إليه بسبب العدوى لعدم تعقيم الأدوات أو المكان، أو عن طريق ما ينقل إليه من دم أو محاليل أخرى<sup>2</sup>. و من ثم فإن الالتزام بالسلامة و إن كان مرتبط بتدخل الطبيب، إلا أنه ليس مرتبط بشكل مباشر ابتداء و انتهاء بالتدخل الطبي<sup>3</sup>.

و في عقد البيع فإن مضمونه هو التزام البائع بالعلم بعيوب المبيع و إزالتها حتى يتحقق فيه الأمان الذي يتوقعه المشتري عند استعماله<sup>4</sup>. أي ضمان بأن لا يكون المبيع بما يعتره من عيوب مصدر ضرر للمشتري<sup>5</sup>.

و تجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض الفرنسية في تحديدها لمضمون الالتزام بضمن السلامة في عقد البيع قد تأثرت بأحكام التوجيه الأوروبي الصادر في 25 جويلية 1985 الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة، حيث ألزمت المنتج بتسليم منتجات خالية من أي عيب أو خلل، يكون مصدر

<sup>1</sup> - مختار رحمانى محمد، المرجع السابق، ص 46.

<sup>2</sup> - عفيف شمس الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004، ص 173.

<sup>3</sup> - بن صغير مراد، المسؤولية الطبية و أثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 3 / 2007، ص 53.

<sup>4</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 241.

<sup>5</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 62.

خطر بالنسبة للأشخاص أو الأموال. و بناء على ذلك فالخطر بالنسبة للأشخاص قريب من فكرة نقص الأمان التي أشار إليها التوجيه الأوروبي، حيث جعل من هذه الفكرة معيار للعبء الذي يقيم المسؤولية، و من ثم فهذه الفكرة و تلك، لا تأخذ بوجود نقيصة تؤثر في استعمال الشيء، إنما تؤخذ مما يمثله المنتج من تهديد بالنسبة للأشخاص أو للأموال بسبب تعييبه، أو ما به من خطورة لم يتم لفت نظر المستهلك إليها<sup>1</sup>.

و قد ربط القضاء الفرنسي الالتزام بالسلامة بفكرة العقد، فكان يعتبر أن الدعوى التي يرجع بها المشتري المباشر و غير المباشر ضد المنتج هي بالضرورة ذات طبيعة عقدية،<sup>2</sup> حتى و لو كان هذا المشتري محترفاً. أما الغير الأجنبي تماماً و الذي لحقه ضرر من الشيء دون أن يكون قد تلقى ملكيته، أو أي حق عيني عليه في إطار عقد من العقود، كالمارة الذين يصابون من جراء انقلاب سيارة، أو الضيوف الذين يصابون بتسمم من جراء أغذية تالفة اشتراها مضيفهم و قدمها لهم..... فإن الدعوى التي يرجع بها على المنتج ذات طبيعة تقصيرية، يستند فيها إلى نص المادة 1384 ق.م.ف الخاصة بالمسؤولية عن فعل الأشياء<sup>3</sup>.

و قد ألقى القضاء الفرنسي هذا الالتزام على عاتق المحترف بصفة عامة، على أن المقصود بالمحترف في عقد البيع: المنتج النهائي للسلعة،

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 269.

<sup>2</sup> - و في هذا الصدد ذهب بعض الفقه للقول أن هذه الدعوى مجرد تطبيق لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير، الواردة في المادة 1122 ق.م.ف. في حين ذهب رأي ثاني إلى أن هذه الدعوى تعتبر أثراً من آثار التنازل عن الحق بين الأحياء. إلا أن رأي آخر برز و هو الرأي الراجح ذهب إلى أن الدعوى التي يمكن للمشتري الأخير الرجوع بها على أي من الباعين، أو عليهم مجتمعين هي الدعوى المباشرة. على أساس أن هذه الدعوى تعتبر إحدى ملحقات الشيء المبيع، التي تنتقل معه إلى الخلف الخاص. علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 121.

<sup>3</sup> - و من ثم يمكن التمسك بتجزئة الحراسة مما يخوله ذلك مطالبة المنتج النهائي مباشرة بالتعويض بصفة حارسا للتكوين. علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 261.

و المنتج الوسيط، و التاجر الذي يعرض السلعة في شكلها النهائي إذا كان يتخذ من البيع حرفة له. و اعتبارهم محترفين يقع عليهم الالتزام بالسلامة، لأنهم بحكم مهنتهم باستطاعتهم الوقوف على عيوب المبيع. أما البائع العرضي الذي يبيع شيئاً لم يعد في حاجة إليه، و الذي لا يكون في استطاعته كشف عيوبه، فلا يتحمل هذا الالتزام<sup>1</sup>.

هذا و قد عمم الحماية ضد كل المخاطر، على أن المقصود بالمخاطر في هذا الصدد الخطر الناتج عن عيب في الشيء، أو خلل في التصنيع أي نقيصة في الشيء<sup>2</sup>.

و من ثم فإن الالتزام بالسلامة المنشأ على يد القضاء الفرنسي، يختلف عن ذلك الذي فرضه المشرع الفرنسي، و حدد مضمونه في كل العقود بموجب نص المادة الأولى من القانون رقم 83-660 الصادر في 21 جويلية 1983<sup>3</sup> المتعلق بأمن و سلامة المستهلكين و التي جاء فيها أن: "جميع السلع و الخدمات يجب في ظروف الاستعمال العادية، أو في ظروف كان يتوقعها المحترف بشكل معقول أن تتوفر على السلامة المشروعة التي يجوز لنا انتظارها بشكل مشروع، و أن لا تمس بصحة الأشخاص"<sup>4</sup>.

أي أن المشرع الفرنسي وسع من نطاق هذا الالتزام بحيث أخرج من الإطار العقدي، كما أنه قرر الحماية لكل شخص يتعرض للضرر. و حتى و إن كان المستهلك هو أنسب شخص يستفيد من هذا الالتزام، فإنه بالتأكيد ليس

<sup>1</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 74.

<sup>2</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة، عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص 291.

<sup>3</sup> - La loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 sur la sécurité du consommateur .

<sup>4</sup> - Art 1 de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983 sur la sécurité du consommateur : « les produits et les services doivent être dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ».

الشخص الوحيد، لأن المنتج أو الخدمة قد يكون مصدرا للإضرار بالمستهمل المحترف نفسه، كما في حالة الشخص المار الذي تصدمه سيارة بفعل عيب في نظام التوجيه فيها.

كما و أن نطاق هذا الالتزام حسب المادة السالفة الذكر يشمل الاستعمال في الظروف العادية، و في الظروف غير العادية التي يمكن للمنتج أن يتوقعها. أما إذا وقع استعمال المنتج بطريقة غير عادية، و غير معقولة التوقع فإنه لا حق للمستهمل في السلامة<sup>1</sup>.

غير أن المشرع الفرنسي في هذا النص خص الأشخاص بالحماية دون الأموال. و هذا ما يتناقض مع ما وصل إليه القضاء الفرنسي، إلا أنه و بالرجوع إلى المادة 1386 من القانون رقم 98-389 الصادر في 19 ماي 1998 المتعلق بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة<sup>2</sup> و التي جاء فيها أن: "المنتج مسؤول عن الأضرار الناتجة عن منتجاته المعيبة سواء ارتبط مع المضرور بعقد أم لا". نجد أن الأمن و السلامة اللذين يرتبط بهما التعيب يتعلق بالأشخاص و الأموال، على أن العيب المقصود يختلف عن العيب الواجب إثباته من قبل المضرور. فلا يرتبط بالمطابقة و الملائمة للعمل، و إنما بمدى توفر المنتج على المستوى المطلوب من السلامة. و هذا ما تؤكدته المادة 1386 في

<sup>1</sup> - J. CALAIS – AULOY ; F. STEINMETZ, op.cit , p 275 ; Ph. LE TOURNEAU ,droit de la responsabilité et des contrats, d, paris, 2000-2001, p 25.

- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 403.  
- على أن ما يكون جائزا أن يتوقعه المستهلكون، يمكن تقديره بطريقتين: إما بشكل مجرد « in Abstracto »، أي بالنظر إلى المستهلك المتوسط الحال. و إما بشكل واقعي، « in Concreto » أي بالأخذ في الاعتبار ذلك الذي حصل السلعة أو الخدمة، و يجب أن يتم التقدير بشكل مجرد، إذ لا يمكن أن نطلب من المهنيين أن يضعوا في اعتبارهم الرغبات أو الحاجات أو الأدواق التي تخص أو تتوافق مع كل فرد على حدة. و مع ذلك يكون التقدير وفقا لطريقة واقعية، في حالة ما إذا تم النص في العقد على خصائص معينة للمنتج أو الخدمة. و وافق على ذلك كل من المهني و المستهلك. حمد الله محمد حمد الله، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي، الأستاذ Jean. CALAIS -AULOY، ترجمة منشورات مجلة الدراسات القانونية، جويلية 1996، كلية الحقوق أسيوط، مصر، 1998، ص 176.

<sup>2</sup> - و تقابلها في نفس المعنى المادة 140 مكرر: "يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".



فقرتها الرابعة بقولها: "يعد المنتج معيبا بحسب هذا النص عندما لا يتوفر فيه الأمان المشروع الذي يمكن أن ينتظر"<sup>1</sup>.

و نفس التوجه كرسه المشرع الجزائري، حيث لم يشر إلى فكرة العقد في نص المادة 2 من قانون 89-02<sup>2</sup> غير أنه قرر هذا الالتزام لفائدة المستهلك فقط، على أن المستعمل لا يدخل في هذا المفهوم<sup>3</sup>. في حين أنه عمم الحماية ضد كل المخاطر، سواءا كان هذا الخطر الكامن في المنتج أو الخدمة ترجع هذه الصفة فيه إلى طبيعته أو بسبب عيب فيه<sup>4</sup>. حيث جاء فيها أن: "كل منتج سواءا كان شيئا ماديا أو خدمة مهما كانت طبيعته يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمسّ صحة المستهلك و / أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية".

و قد ربط المشرعين الفرنسي و الجزائري تطلب السلامة بقيد المشروعية، أي مشروعية الرغبة في الاستهلاك. و هذا ما يستفاد من نص المادة 1386 السالفة الذكر. و كذا من نص المادة 3 من قانون 89-02 حيث جاء فيها: "كما ينبغي أن يستجيب المنتج و / أو الخدمة للرغبات المشروعة للمستهلك، فيما يخص النتائج المرجوة منه".

و في حين فسّر البعض لفظ "المشروعية" بأنه الاستعمال العقلاني و العادي للمنتج أو الخدمة<sup>5</sup>. يذهب الأستاذ بودالي محمد إلى أن المقصود بهذا

<sup>1</sup> - شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 196.

<sup>2</sup> - F. NACEUR, le contrôle de la sécurité des produits. Acte du colloque, « l'obligation de sécurité ». Presse universitaire, Bordeaux, 2002, p 57 ; H. DENNOUNI, de l'étendue de l'obligation de sécurité en droit Algérien, Acte du colloque, « l'obligation de sécurité ». Presse universitaire, Bordeaux, 2002, p 12.

<sup>3</sup> - عودة في هذا الصدد إلى ما تعرضنا له في المبحث الثاني من الفصل الأول بخصوص تحديد مفهوم المستهلك المقصود بالحماية.

<sup>4</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 404.

اللفظ، حق المستهلك أن تتوافق سلامته مع الحالة الراهنة للتقنية و العلم و مع شروط استعمال المنتج أو الخدمة، لأنه لا يمكن للجمهور أن يتطلب سلامة مطلقة في المنتج أو الخدمة. و ينتهي هذا الأستاذ إلى أن الحق في السلامة وفقا للتشريع الجزائري ليس قاصرا على حالة استعمال المنتج أو الخدمة بطريقة عادية ، بل أن المستهلك يستفيد من هذا الحق و لو استعمل المنتج بطريقة غير عادية<sup>1</sup>.

و تجدر الإشارة أخيرا إلى أن المشرع الجزائري قد أشار إلى فكرة الالتزام بالسلامة في نص المادة 140 مكرر. إلا أن ما يؤخذ على هذا النص أن لفظ "العيب" الوارد فيها جاء واسع الدلالة . فيشمل العيب الناتج عن نقص الأمان في السلعة أو الخدمة. و العيب الناتج عن عدم الصلاحية للاستعمال ، و هو العيب الذي تحكمه القواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية.

## الفرع الثاني: أساس الالتزام بالسلامة .

اختلف الفقه و القضاء حول الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام. لدى نتناول في هذه الدراسة الالتزام بضمان العيوب الخفية كأساس للالتزام بالسلامة ( فقرة أولى)، ثم الالتزام بالتسليم كأساس له ( فقرة ثانية) ، فكونه التزام مستقل ( فقرة ثالثة).

---

<sup>5</sup> - عميمور فتيحة، الأمن كتابع للالتزام بالمطابقة، ملتقى وطني حول الاستهلاك و المنافسة في القانون الجزائري، مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2001، ص 59؛ بن عامر أمينة، حماية المستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 1997-1998، ص 19.  
<sup>1</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 404.

## الفقرة الأولى: الالتزام بضمان العيوب الخفية كأساس للالتزام بالسلامة .

من البديهي أن تكون نصوص القانون المدني الفرنسي التي وضعت منذ ما يزيد عن قرن و نصف من الزمان، عاجزة عن تقرير حماية فعالة للمضرورين من مستهلكي أو مستعملي المنتجات الصناعية الخطرة التي فرضها منطق العصر الحديث. لذلك فإن القضاء و الفقه الفرنسي في بحثهم عن وسيلة فعالة لحماية المتضررين من خطر المنتجات دونما حاجة لإثبات علم البائع بالعيوب. وجدوا ضالتهم في نص المادة 1645 ق.م.ف. و التي تلزم البائع سيئ النية أي البائع الذي كان يعلم عيوب الشيء المبيع فضلا عن رد الثمن، بكل التعويضات للمشتري. فأخذ القضاء يستند في إصدار أحكامه على هذا النص، إلى أن استقرت أخيرا محكمة النقص الفرنسية بتاريخ 1954 على:" ضرورة تشبيه البائع المحترف بالبائع الذي يعلم بالعيوب، لأنه ملزم بحكم مهنته بالعلم بعيوب الشيء الذي يصنعه أو يبيعه، و من ثم فلا يمكنه أن يجهل هذه العيوب"<sup>1</sup>، الأمر الذي يعني أن هذه المحكمة انتهت إلى أن البائع المهني يكون مسؤولا عن عيوب المنتجات و لو لم يكن عالما بما فيها من عيوب.

و إن كانت هذه هي النتيجة التي استقر عليها الفقه و القضاء. إلا أن الاختلاف كان حول أساس تشبيه البائع المهني بالبائع الذي يعلم عيوب الشيء المبيع. فذهب الاتجاه الأول إلى أن أساس هذا التشبيه يقوم على فكرة القرينة. وفي حين يرى جانب منهم أن قرينة سوء النية كافية لتفسير التزام البائع المهني بتعويض الأضرار التي يحدثها المبيع بعيبه. يذهب رأي آخر إلى القول أن أغلبية الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن قد أوجبت على البائع العلم

<sup>1</sup> - مقتبس عن : سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية والاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، العراق، 2008، ص 138.

بعيوب المبيع قبل طرحه للتداول ، و من ثم فإن القرينة المقصودة هي قرينة العلم بالعيب<sup>1</sup>.

إلا أن أنصار هذا الاتجاه و بغض النظر من الرأي القائل بأن القرينة المقصودة هي قرينة سوء النية، أو قرينة العلم بالعيب. يرى أن هذه القرينة تعتبر من قبيل القرائن القاطعة. إلا أن هذا في الحقيقة مخالف للقواعد العامة التي تقضي بأن القرائن القانونية هي وحدها التي يمكن أن تكون كذلك. على عكس القرائن القضائية التي يجوز دحضها بالدليل العكسي. و لما كان هذا التكييف يتنافى مع موقف القضاء الفرنسي المتمثل في حرمان البائع المحترف من إثبات جهله بالعيب و لو كان في ظروف الدعوى ما يقطع باستحالة علمه به. فإن هذا يستوجب حتما عدم التعويل على هذه الفكرة<sup>2</sup>.

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب للقول أن الغالبية العظمى من الأحكام القضائية قد تجاوزت فكرة القرينة و أرست قاعدة موضوعية مفادها التزام البائع المهني بتعويض الأضرار التي يحدثها المبيع للعيب الذي فيه، بصرف النظر عما إذا كان عالما به بالفعل أم لم يكن، و هذا هو مضمون الالتزام بالسلامة<sup>3</sup>.

و حجة هذا الاتجاه ما أرسته العديد من الأحكام القضائية الفرنسية من ذلك مثلا ما قررته محكمة باريس الاستئنافية بتاريخ 14 ديسمبر 1961 و التي ذهبت إلى حد القول بأن: "كل عقد يتضمن تنفيذا لا ينشئ للمتعاقد الآخر خطرا يتعارض مع روحه و النتيجة المرجوة منه، و يلقي على عاتق من يوفي بالأداء

---

<sup>1</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 60. عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق ص 55. سالم محمد رديعان العزاوي، المرجع السابق، ص 142. ولد عمر الطيب، ضمان عيوب المنتج، مذكرة نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص. كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2005-2006 ، ص 27.

<sup>2</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 63.

<sup>3</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 56.

التزاما بالسلامة يتجاوز بعمومه و قوّته مجرد ضمان العيوب الخفية و يهيمن عليه، و يقيم الإخلال به مسؤولية المدين، إلا إذا أثبت رجوعه إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه"<sup>1</sup>.

بيد أن القضاء الفرنسي و بالرغم من محاولته إرساء وجود التزام بضمان السلامة في عقد البيع. إلا أن محاولاته ظلت معزولة لا تعبر عن الاتجاه العام للقضاء. و بالتالي بقيت الأضرار التي تصيب المشتري من جراء تعيب المبيع مؤسسة على دعوى ضمان العيوب الخفية. و إن كان قد استطاع أن يخلص المستهلك من عبئ إثبات العلم بعيوب المبيع. إلا أنه لم يستطع أن يسقط عن كاهله عبئ إقامة البرهان على وجود عيب خفي، مؤثر، و سابق على البيع. مما حدا به للبحث عن أساس آخر لإرساء هذا الالتزام<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بالسلامة .

أمام العقوبات التي تواجه دعوى ضمان العيوب الخفية لجأ القضاء الفرنسي إلى الالتزام بالتسليم ليؤسس عليه دعوى المسؤولية العقدية، لتعويض المشتري عن الأضرار التي تصيبه من جراء تعيب المبيع. و بالرغم من استقلالية الالتزام بالتسليم عن الالتزام بالضمان، و أن دوره ينتهي بقبول المشتري تسلّم المبيع، بحيث لا يبقى للمستهلك الذي يريد أن ينازع في مطابقة الشيء المعيب، أن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر بسببه إلا بإثبات العيب، فإن القضاء الفرنسي و منذ السبعينات بدأ يعدل عن هذا التفسير، بإضافة شرط المطابقة إلى الالتزام بالتسليم. و قرر بناء على ذلك أنه لا يكفي أن يقوم المحترف بتسليم المبيع، إنما يجب أن يسلم شيئاً مطابقاً. بل أكثر من ذلك توسع

<sup>1</sup> - مقتبس عن : علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 65.

<sup>2</sup> - العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، بدون سنة، ص 218.

في مفهوم المطابقة، فلم يجعلها محددة بما تم الاتفاق عليه. إذ أضاف إلى ذلك ضرورة أن يكون المبيع مطابقا للاستعمال المخصص له. مستخلصا أن وجود عيب بالمبيع يخلّ بفكرة المطابقة. و من ثم يعد إخلالا بالالتزام بالتسليم يجوز معه للمستهلك أن يرفع دعوى المسؤولية العقدية<sup>1</sup>. و هذا ما ذهبت إليه الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 نوفمبر 1985 حيث نقضت حكم محكمة الاستئناف التي رفضت دعوى التعويض التي رفعها مشتري لدراجة بخارية أصيب أثناء استعماله لها نتيجة تحجر الإطار الخلفي و عدم دورانه. و كان السبب يرجع إلى خلل في نظام التزييت ناتج عن عيب في تصميم الآلة، على أساس أن الدعوى رفعت بعد انقضاء المدة القصيرة التي توجب المادة 1648 ق.م.ف أن ترفع دعوى الضمان خلالها. فلم تقبل محكمة النقض هذا التكييف و ألغت الحكم بالقول أن: "قضاة الموضوع لم يبحثوا ما إذا كان العيب في التصميم المشار إليه، يمكن اعتباره بالنظر إلى ظروف الدعوى، إخلالا من المنتج بالتزامه بأن يسلم المشتري آلة تلاءم الاستعمال العادي، و هو ما كان يؤدي إلى استبعاد المادة 1648 ق.م.ف"<sup>2</sup>.

و بناء على ذلك فقد استطاعت محكمة النقض الفرنسية، أن تخلص المشتري من الشروط الصارمة لدعوى الضمان. ففي حين أن دعوى الضمان يتعين رفعها خلال مدة قصيرة، نجد أن دعوى عدم المطابقة تهدف إلى المنازعة في تنفيذ التزام عام هو الالتزام بالتسليم الذي يمثل جوهر عقد البيع. و من ثم فإن تقادم هذه الدعوى يخضع للمدة العادية للتقادم الطويل في

---

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 193.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 205.

القانون الفرنسي و هي ثلاثون سنة من تاريخ العقد متى كان البائع غير تاجر ،  
و عشر سنوات إذا كان البائع تاجرا.<sup>1</sup>

هذا و أنه و إن كان على المشتري في دعوى الضمان أن يثبت وجود عيب خفي مؤثر و قديم . و إثبات أن العيب الذي يعترى السلعة قد أنقص منفعتها أو أزالها تماما. نجد أن في دعوى المطابقة يقع على البائع فيها ، عبئ إثبات أنه سلم شيئا مطابقا لما تم الاتفاق عليه. كما و أنه يكفي لإقامة هذه الدعوى اختلاف الشيء الذي تم تسليمه عن ذلك الذي كان محلا للاتفاق، حتى و لو ظل الشيء صالحا للغرض الذي خصص له.

بالإضافة إلى ذلك فإن دعوى الضمان تتطلب إقامة الدليل إما على علم البائع بالعيب أو على صفة الاحتراف التي تجعل البائع المحترف يشبه البائع الذي يعلم بالعيب، في حين أن الفسخ و التعويض على أساس التسليم غير المطابق لا يخضع لمثل هذا الشرط.<sup>2</sup>

بيد أن هذه الوسيلة التي ابتدعتها الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية، لم تحظ بتأييد جميع دوائر محكمة النقض الفرنسية. هذا و قد انتقدها الفقه بالقول أن نصوص التقنين المدني قد فصلت بين العيب و عدم المطابقة. و وضعت لكل منهما نظاما يجب أن ينطبق في المجال الخاص به. هذا و أنه لو سمح للمشتري بالاختيار بين دعوى المطابقة و دعوى الضمان. فهو بلا شك سيختار الأيسر منهما. مما يعني أنه سيتجه لا محالة صوب الدعوى الأولى، بالنظر إلى مرونة النظام الذي يحكمها. مما يترتب على ذلك أن دعوى التسليم سوف تبلع من الناحية العملية دعوى ضمان

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص199.

<sup>2</sup> - العيد حداد، المرجع السابق ، ص 210.

العيوب الخفية. مما يعني تحول هذه الدعوى بما لها من خصوصية أرادها المشرع إلى حبر على ورق<sup>1</sup>.

### الفقرة الثالثة: الالتزام بالسلامة التزام مستقل .

إن قواعد الضمان برغم تطعيمها بقواعد التسليم، لم تكن كافية لضمان سلامة المستهلكين من الأضرار التي تحدثها المنتجات بعيوبها. و من ثم فإن القضاء الفرنسي لم يجد مناصا من الاعتراف بوجود التزام بضمان السلامة مستقل عن الالتزام بضمان العيوب الخفية. يرمي إلى ضمان حصول المشتري على مبيع يتضمن المستوى من الأمان الذي لا يجعله مصدرا للأضرار بالنسبة له أو للمحيطين به. و هذا على عكس الالتزام بضمان العيوب الخفية الذي يهدف إلى ضمان حصول المشتري على مبيع صالح للاستعمال الذي أعد له<sup>2</sup>.

فإذا لم يقدم جهاز تلفاز صورا جديدة يقال: إن الجهاز غير مطابق لما يحق للمشتري انتظاره. أما إذا انفجر الجهاز دون سبب واضح فعندئذ يقال: إن الجهاز لا يقدم الأمان الذي يحق للمشتري انتظاره.

و من ثم فالبائع يلتزم بمقتضى عقد البيع بأن يسلم للمشتري مبيعا مطابقا أي صالحا للغرض المخصص له. و في الوقت ذاته ينطوي على احتياطات الأمان التي تحول بينه وبين الإضرار بسلامة المشتري.

و حتى عهد قريب كان القانون الفرنسي يخلط بين الأمان و بين المطابقة، أي الصلاحية للاستعمال، فيعتبر الأول مجرد وجه من وجوه

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 226.

<sup>2</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 285.



الثانية. هذا الخلط له ما يبرره. فلكي تكون السلعة مطابقة لما يحق للمشتري انتظاره، يتعين أن تتضمن إلى جانب الصلاحية للاستعمال، توفير مستوى معين من الأمان أو السلامة، فالمطابقة بالمعنى الواسع تشمل فكرة السلامة. ولهذا درج القضاء على إخضاع السلامة للقواعد التي وضعت أصلا لضمان المطابقة<sup>1</sup>.

هذا الخلط سرعان ما بدا غير موفق، لأن المصلحة محل الاعتبار تختلف في الحالتين من حيث مضمونها، و مدى ما تستأهله من الحماية. فعدم توافر الأمان في السلعة يعرض صحة الأشخاص و سلامتهم البدنية أساسا للخطر. أما عدم مطابقة المنتج للاستعمال الذي أعد له فهو يصيب مصالح اقتصادية واجبة الاحترام بلا ريب، لكنها أقل أهمية عن كل ما يتعلق بالصحة و السلامة البدنية. و من ثم يكون طبيعيا أن تتسم القواعد الخاصة بضمان السلامة بقدر من الصرامة، لا تحتمله القواعد الخاصة بضمان المطابقة<sup>2</sup>.

لهذه الأسباب كان من الضروري أن تخضع المسؤولية الناشئة عن عدم توفر الأمان في السلعة، لقواعد تختلف عن تلك التي تحكم المسؤولية الناشئة عن عدم صلاحية السلعة للاستعمال الذي أعدت له، و هو ما فعله القضاء الفرنسي.

فقواعد الضمان تطبق على العيوب التي تضر بالجدوى الاقتصادي للمبيع. سواءا بإلحاق خسارة بالمشتري نتيجة أن المبيع أصبح غير صالح للغرض المخصص له. أو بتفويت كسب عليه، فهذه الأضرار جميعها يكفي

<sup>1</sup> - العيد حداد، المرجع السابق، ص 249.

<sup>2</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 286.

لتعويضها تطبيق الجزاءات الخاصة بضمان العيوب الخفية، أي فسخ البيع و استرداد المشتري للثمن، أو احتفاظ المشتري بالمبيع مع إنقاص الثمن. و يمكن أن يضاف إلى ذلك تعويض يستهدف جبر ما فات المشتري من كسب بسبب عيب المبيع، مع ملاحظة أن منح التعويض هنا يخضع للقواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية، فهو يفترض توافر شروط العيب الموجب للضمان، و يفترض كذلك أن الدعوى قد رفعت خلال المدة القصيرة. كما يفترض أن ينجح المشتري في إثبات سوء نية البائع، أي علمه بما في المبيع من عيوب.

أما الأضرار التي تلحق المشتري في صحته أو سلامته البدنية، أو تلك التي تصيب أمواله الأخرى خلاف الشيء المبيع ذاته، فهي تستبعد من نطاق ضمان العيوب الخفية، و يخضع تعويضها للقواعد العامة في المسؤولية العقدية، تأسيساً على الإخلال بالالتزام بضمان السلامة. و يترتب على ذلك أن دعوى المسؤولية التي يرفعها المشتري للمطالبة بتعويض هذه الأضرار، تفلت من قواعد الضمان، سواءاً من حيث المدة التي يجب أن ترفع خلالها، أو من حيث القواعد الموضوعية التي تطبق عليها<sup>1</sup>.

فهذه الدعوى لا تخضع لشروط المدة القصيرة<sup>2</sup>، لأن هذه المدة إنما أريد بها استقرار الأوضاع و المراكز القانونية التي ترتبت على البيع، و عدم بقائها مهددة بالزوال خلال مدة طويلة. يضاف إلى ذلك أن مضي مدة طويلة بين البيع و بين المطابقة بالضمان، يجعل من العسير التعرف على مصدر العيب الذي يتمسك به المشتري. و ما إذا كان سابقاً على البيع أو التسليم، فيضمنه البائع أم

---

<sup>1</sup> - العيد حداد، المرجع السابق، ص 251. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 289.

<sup>2</sup> - هذه المدة القصيرة لم يحددها المشرع الفرنسي، بل ترك أمر تحديدها للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع. أما في التشريع الجزائري، فتسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء مدة سنة من تسليم المبيع. و هذا حسب المادة 383 ق.م.ج.

لاحقا على ذلك فيتحمله المشتري. هذا التبرير يبدو عديم الجدوى عندما يراد بالدعوى التمسك بالتزام المنتج أو البائع بتسليم مبيع، لا يؤدي بسبب ما فيه من خطورة إلى إلحاق الأذى بشخص المشتري أو بأمواله. ففي هذه الحالة الأخيرة يتعلق الأمر بدعوى مسؤولية عقدية تتقدم وفقا للقواعد العامة.

كما و أن هذه الدعوى لا يلزم لنجاحها إثبات وجود عيب خفي، يعترى المبيع قبل تسلم المشتري له. إنما يكفي لنجاح هذه الدعوى إثبات وجود خلل في تصميم المبيع، أو في تصنيعه، أكسبه خطورة، كانت مصدرا للضرر الذي لحق المشتري.

و أخيرا فإن نجاح دعوى التعويض لا يتطلب إثبات علم البائع بالعيب، و لا ينهض الحق في التعويض على افتراض علم البائع به، فهذا الافتراض هو من معطيات الدعوى التي تستند إلى ضمان العيوب الخفية. و الفرض أن المشتري لا يطلب التعويض بمقتضى هذه الدعوى، و إنما يطلبه بمقتضى دعوى المسؤولية العقدية تأسيسا على إخلال البائع بالالتزام بضمان السلامة الذي رتبّه البيع على عاتقه. فإثبات خطورة المبيع معناه

إخلال البائع بالتزامه بضمان السلامة، و من ثم التزامه بتعويض ما نشأ عن ذلك من أضرار<sup>1</sup>.

و إن كان القضاء الفرنسي لم يحدد الأساس الذي اعتمد عليه للاعتراف بوجود هذا الالتزام صراحة. فإن هذا الالتزام يمكن أن يتخذ كأساس له، نص المادة 1134 ق.م.ف التي توجب أن ينفذ العقد بحسن نية. غير أن

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 205. العبد حداد، المرجع السابق، ص 252. علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 81

غالبية الباحثين في هذا الصدد يرون أن أساس هذا الالتزام هو نص المادة 1135 ق.م.ف المقابلة لنص المادة 107 ق.م.ج، و التي جاء في فقرتها الثانية أنه: "و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام"، و من ثم يتأسس هذا الالتزام على فكرة العدالة، التي تفرض إعادة التوازن للعلاقة العقدية، بإثقال كاهل المحترف بهذا الالتزام<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: شروط قيام الالتزام بالسلامة و طبيعته .

حتى يقوم على عاتق المحترف التزام بضمان سلامة المستهلك ، لابد من تحقق شروط معينة ، راعت محكمة النقض الفرنسية تحققها (فقرة أولى) ، كما و لابد من تحديد طبيعة هذا الالتزام ، إذا ما كان التزاما بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: شروط قيام الالتزام بالسلامة .

خلص الفقه من خلال إطلاعه على مختلف الأحكام القضائية التي أرست الالتزام بضمان السلامة ،إلى أنه و حتى يقوم على عاتق المحترف هذا الالتزام

<sup>1</sup> - D. MAINGUY, op. cit, p 170.

- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 296.

يتعين توافر الشروط الآتية:

### أولاً - وجود خطر يهدد أحد المتعاقدين في جسده :

فإذا كان الإنسان يمثل أعلى قيمة في الوجود، فإن جسمه يمثل جزءاً هاماً من هذه القيمة، و من ثم فإذا ما أسلم إنسان جسده لآخر و ائتمنه على أعلى ما يملك، فإنه لا بد أن ينتظر منه ضماناً شديداً الخصوصية في ذلك<sup>1</sup>.

و لا تختلف أهمية هذا الالتزام من عقد لآخر، ذلك أنه في ظل التقدم الصناعي و تعقد الأجهزة الحديثة، باتت جل العقود تحتوي على مخاطر تهدد جسم الإنسان، بل أن جميع العقود التي اعترف القضاء بوجود التزام بضمان السلامة في نطاقها، كعقد النزول في فندق، و عقد الألعاب الحديدية، و العقود التي يبرمها جمهور المشاهدين مع دور الخيالة أو غيرها. تتضاءل خطورتها على جسم الإنسان، إذا ما قيست بالمخاطر العديدة التي باتت تتهدد جمهور المستهلكين و المستعملين للمنتجات الصناعية على اختلاف أنواعها. فهذا خبز مسموم يؤدي بحياة المئات، و ذلك سلاح ناري، أو خلط كهربائي ينفجر بين يدي مشتري، إلى غير ذلك من صور الأخطار التي لا تقع تحت حصر<sup>2</sup>.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن الفقه قصر الحماية على الأخطار التي تهدد جسم الإنسان، و هذا يرجع إلى أن الأضرار التي كانت محلاً للتعويض كانت في أغلبها أضراراً جسمية<sup>3</sup>. إلا أن محكمة النقض الفرنسية لم تجعل الحماية تنصرف فقط إلى تلك التي تمس جسم الإنسان، بل مدت هذه الحماية

---

<sup>1</sup> - محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة 2001، ص 8.

<sup>2</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 66.

<sup>3</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 291.

إلى تلك التي تمس أموال الشخص ، و هذا ما أقرته صراحة محكمة النقض في قرارها الصادر في 22 جانفي 1991.<sup>1</sup>

**ثانيا - أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكولا للمتعاقد الآخر :**

و يتحقق ذلك عندما يسلم أحد المتعاقدين نفسه للآخر، و يعتمد عليه في تنفيذ الالتزام. ولا يشترط أن يكون الخضوع كلي، بحيث يفقد المتعاقد سيطرته تماما على سلامته الجسدية، كما هي الحال بالنسبة لعلاقة المريض بالطبيب الذي يجري له عملية جراحية، بل يراد به أي نوع من الخضوع، و الذي قد يتخذ أشكالا مختلفة باختلاف العقود. سواءا كان ذلك من الناحية الحركية كعقد التعليم الرياضي، أو تعليم قيادة السيارات، إذ أن الشخص يكون خاضعا في الحركات التي يؤديها لرقابة المدرب و المعلم، و يأتى بأوامره. أو من الناحية الفنية كعقد النقل، الذي بموجبه يسلم الراكب أو المسافر نفسه لأمين النقل، دون أن يكون بمقدوره مراجعة مقتضيات الأمن اللازمة. أو من الناحية الاقتصادية، و الذي ينطبق على عقود الإذعان التي يكون فيها أحد العاقدين، و هو من يحتكر سلعة أو خدمة معينة في مركز أقوى يتيح له إملاء شروطه، دون أن يكون في استطاعة الطرف الآخر مناقشة هذه الشروط أو التعديل فيها. و بالتالي حتى و إن اختلف شكل الخضوع من عقد لآخر، فإن القاسم المشترك بينها أن أحد طرفيها يفقد حقه في ممارسة خيارات تحقيق سلامته الجسدية، و ينتقل ذلك الحق إلى المتعاقد الآخر.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص253.

<sup>2</sup> - و إن كان يصعب إدراج عقد البيع ضمن عقود الإذعان في ظل الفقه التقليدي، فإن الفقه الحديث أصبح يرى فيه هذه الخاصية، ناظرا بعين الاعتبار إلى ما تتمتع به الشركات الصناعية من قوى اقتصادية، مكنتها من احتكار بعض أنواع

هذا و أن خضوع المستهلك له أسباب أخرى، فمن جهة، فإن تغلغل المنتجات الصناعية في شتى مناحي الحياة ، جعلت الاستغناء عن تلك المنتجات أمرا مستحيلا، و من جهة أخرى فإن تعقد الأجهزة الحديثة، جعل التعرف على مكوناتها أو خصائصها، أمرا بالغ الصعوبة على أغلب المستهلكين. فمشتري السيارة، مثلا لا يمكنه فحص جميع أجزائها للوقوف على أوجه القصور التي قد تعثر بها. و هذا يعني قطعا أن المستهلك أو المستعمل لمثل هذه الأجهزة أو المنتجات، يكون دائما في حالة خضوع من الناحية الفنية<sup>1</sup>.

### ثالثا - أن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا :

و المظهر الرئيسي لاحتراف المدين هو الخبرة و التخصص الفني الذي يكتسبه في أداء العمل، و يؤدي هذا الاحتراف إلى تحميل المحترف بواجبات تزيد عن تلك المتطلبة من غير المحترف<sup>2</sup>، ذلك أن الأفراد يقدمون على التعامل مع هذا الشخص، دون حذر اعتمادا على ما يتوافر لديه من خبرة و دراية بأصول مهنته.

و من ثمة كان طبيعيا أن يراعي المهني هذا الاعتبار، فلا يقدم على احتراف مهنة ما، إلا من كان محيطا بالاعتبارات العلمية و الخبرات الفنية التي تمكنه من ممارستها على أكمل وجه، حتى يكون أهلا للثقة التي يوليها له عملاؤه، فإذا أخل بهذه الثقة كان عليه أن يتحمل تبعه ذلك.

هذا و أن تطبيق هذا الالتزام على ذوي المهن، يرجع في الحقيقة إلى كون أن الأعباء المالية الضخمة التي يفرضها الالتزام بالسلامة ، لا يمكن

---

السلع، و فرض شروطها على المستهلكين. انظر: علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 67 ؛ محمد وحيد محمد علي، المرجع السابق، ص 8 ؛ عامر قاسم علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 88.

<sup>1</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - محمد وحيد محمد علي، المرجع السابق، ص 9.

مواجهتها إلا عن طريق التأمين، و أن المحترفين وحدهم من تتوفر لديهم  
الإمكانات المادية التي تمكنهم من تغطية مسؤوليتهم عن هذا الطريق.  
هذا و أن أساليب الدعاية و الإعلان التي تلجأ إليها الشركات الصناعية،  
أو التجار لترويج المنتجات، غالباً ما تساعد على بث الثقة في نفوس  
المستهلكين، و تدفعهم إلى الشراء و هم مطمئنون إلى جودة تلك المنتجات  
و سلامتها، و هذا في حد ذاته، يوجب إلقاء عبئ الأضرار التي تنجم عن  
عيوبها على عاتق من سعى إلى ترويجها<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: طبيعة الالتزام بالسلامة .

تجدر الإشارة بداية إلى أن أهمية تحديد طبيعة الالتزام بالسلامة، إذا ما  
كان التزام محدد بتحقيق نتيجة، أم أنه مجرد التزام ببذل عناية خاصة فيما  
يتعلق بعبء إثبات تنفيذ الالتزام من عدمه. ففي الالتزام ببذل عناية يتحمل  
الدائن عبئ إثبات وجود الالتزام، و خطأ المدين في تنفيذه حتى تقوم مسؤولية  
هذا الأخير. أما في الالتزام بتحقيق نتيجة، فيكتفي الدائن بإثبات تخلف النتيجة  
المطلوبة حتى تقوم مسؤولية المدين دون الحاجة لإثبات خطأ هذا الأخير. ما  
يعني تخفيف عبء الدليل على الدائن<sup>2</sup>.

### أولاً - الالتزام بالسلامة التزام ببذل عناية :

قرر القضاء الفرنسي في جانب من أحكامه، أن التزام المحترف  
بضمان سلامة المستهلك، التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة. فذهب بخصوص

<sup>1</sup> - علي سيد حسن المرجع السابق، ص 69؛ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 8؛ جابر محجوب علي،  
ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 244.  
<sup>2</sup> - فيلاي علي، المرجع السابق، ص 24.



عقد تعليم الرياضة<sup>1</sup> إلى أن معلم الرياضة يلتزم ببذل عناية، أو اليقظة و الانتباه. بمعنى أنه يجب عليه اتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة لمنع وقوع ضرر بمن يتعلم. كأن يهيئ مكان التدريب، و يعني بسلامة أدواته و أن يبذل في التدريب العناية الكافية، بما يتفق و ظروف المتدرب و قدراته و درجة خطورة اللعبة. و من ثم فإن مسؤوليته تقوم إذا ما أثبت المتدرب أن إصابته ، ترجع لقصور في بذل العناية الواجبة من قبل المعلم ، و يستطيع التخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه لم يرتكب خطأ ما.<sup>2</sup>

و هذا ما ذهبت إليه محكمة "فونتينيولو" الابتدائية حيث قضت:" بمسؤولية المدرب نتيجة لخطأه ،الذي ترتب عليه رفس الفرسة التي يركبها أحد التلاميذ أثناء تدريبيه"<sup>3</sup>.

كما قضت محكمة استئناف « Nimes » بتاريخ 10 ديسمبر 1936 بأن : "معلم الرياضة ، يتعهد باتخاذ جميع الاحتياطات الضرورية فيما يتعلق بالأمكنة ، و الأدوات المستعملة في التعليم، و عليه مراعاة تناسب التمرينات مع قدرات المتدرب"<sup>4</sup>.

و قضى القضاء الفرنسي أيضا في شأن عقد تعليم الغطس تحت الماء، بأن: "المدرّب يلتزم باتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنب إلحاق الضرر بالمتدرب، و لا يسأل عن إصابة المتدرب أو وفاته ،إلا إذا أقيم الدليل على ارتكابه خطأ يهدد سلامة المتدرب"<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> - يقصد بعقد تعليم الرياضة: ذلك العقد الذي يكون مضمونه عضليا لا عقليا ،و المقصود به تعليم رياضة معينة كالفرسية أو السباحة، أو الغطس أو الانزلاق على الماء. أو الطيران الشراعي، أو قيادة السيارات. محمد وحيد محمد علي، المرجع السابق، ص 59.

<sup>2</sup> - محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، في ازدواج ، أو وحدة المسؤولية المدنية و مسألة الخيرة، الجزء الأول ، بدون طبعة ، المطبعة الجامعية ، القاهرة ، 1978 ، ص 315.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : محمد وحيد محمد علي ، المرجع السابق ، ص 60.

<sup>4</sup> - مقتبس عن : محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 320.

و عن الالتزام بالسلامة في علاقة النزلاء بأصحاب الفنادق ، فقد استقر القضاء الفرنسي على أن الالتزام فيما يتعلق بإقامة النزيل محله بذل عناية . حيث قضت محكمة ليون في 20 ديسمبر 1948 بأنه : " لا يتعهد صاحب الفندق برد النزيل عند خروجه من منشأته سليما معافى ، و لكنه يلتزم فقط بأن يلاحظ في تنظيم و تشغيل مشروعه، قواعد الحيطنة و اليقظة التي تقتضيها سلامة زبائنه"<sup>1</sup>.

و بالنسبة لعقد البيع، فقد ذهبت محكمة النقض في قرار وحيد لها بتاريخ 16 ماي 1984 إلى أن : "البائع المحترف لا يلتزم فيما يتعلق بالأضرار التي يلحقها الشيء المبيع بالمشتري بتحقيق نتيجة"<sup>2</sup>.

غير أن الفقه انتقد بشدة هذا القضاء لتعارضه مع القانون ، فالضرر الذي يحدثه الشيء المعيب بالمشتري يمكن إدخاله في نطاق العيوب الخفية. و من ثم فإن الالتزام بضمان السلامة يخضع في جانب كبير منه للقواعد الخاصة بضمان العيوب الخفية. و هذه القاعدة تلزم البائع عندما يكون محترفا بتحقيق نتيجة محدّدة، أي تقديم شيء خالي من العيوب. فاستحقاق التعويض لا يتطلب إقامة الدليل على سوء نية هذا البائع، هذا هو ما صار إليه القانون، و هو تقدم لا يصح الرجوع عنه، و من المؤسف مجرد التفكير في إيقافه.

و إذا أضحي الالتزام بضمان السلامة الآن مستقلا عن الالتزام بضمان العيوب الخفية فليس ثمة ما يدعو إلى اعتباره مجرد التزام ببذل عناية، فضمان

<sup>5</sup> - مقتبس عن : محمد وحيد محمد علي ، المرجع السابق ، ص 60

<sup>1</sup> - محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص 338.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 273 .

السلامة هو بديل عن الالتزام بالضمان، يراد به تحسين موقف المشتري المضرور و توسيع فرصه في الحصول على التعويض<sup>1</sup>.

هذا و أن تحسين موقف المستهلك في تنفيذ أي عقد يربطه بالمحترف، يقتضي ألا ينظر لالتزامه على أنه مجرد التزام ببذل عناية، لأن من شأن الأخذ بهذا الفرض إلى عدم تحقيق الالتزام للغاية المرجوة منه، و هو ضمان سلامة الأشخاص في أجسامهم و أموالهم بغض النظر عن صدور خطأ أو إهمال من جانب المحترف.

### ثانيا - الالتزام بالسلامة التزام بتحقيق نتيجة :

انتهينا فيما يتعلق بعقد النقل، أن محكمة النقض الفرنسية في إقرارها لمسؤولية الناقل أثناء فترة النقل اكتفت من المسافر أو الراكب بأن يثبت إصابته أثناء النقل ليقع إخلال الناقل بتنفيذ التزامه العقدي بتوفير السلامة ، قوامه وفقا لعبارة المحكمة "توصيله سليما معافى إلى جهة الوصول".

فإذا لم يستطع الناقل إثبات سبب الحادثة و ظلت ظروفها مجهولة، بقيت المسؤولية كاملة على عاتقه، فتقوم مسؤولية الناقل عن الضرر الذي يلحق المسافر، لعجزه عن إثبات السبب الأجنبي الذي أدى لحدوث الضرر<sup>2</sup>.

كما أقر القضاء الفرنسي بوجود الالتزام بالسلامة، محله تحقيق نتيجة في المجال الطبي ، خصوصا في حالات الضرر الحاصل بسبب الأشياء

المستخدمة في تنفيذ العمل طبي مثل : فحوصات الأشعة، جراحة التجميل،

---

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص275.

<sup>2</sup> - سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب و الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم، مدنيا- و جنائيا - و إداريا ، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 346. مختار رحمانى محمد، المرجع السابق، ص 46.

الجراحة، التدليك الطبي و كذا عمليات نقل الدم<sup>1</sup>.

من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1954/12/17 بمسؤولية الطبيب عن إصابة المريض بالزهري نتيجة نقل الدم محمل بجراثيم هذا المرض إليه، و اعتبرت أن: "الالتزام بنقل الدم محله تحقيق نتيجة، هي تقديم دم سليم، يتفق في فصيلته مع دم المريض. و من ثم يكون الطبيب مخلا بالتزامه إذا كان الدم الذي نقله إليه غير مناسب له أو ملوث بجرثومة"<sup>2</sup>.

و ما ذهب إليه القضاء الفرنسي أيضا فيما يتعلق باستخدام الأدوات الطبية، فقضى ب: "مسؤولية طبيب الأسنان عن تمزيق لسان مريض و أغشية فمه، بسبب عدم سيطرته على جهاز العلاج أثناء استعماله"<sup>3</sup>.

كما أنه و بخصوص عقد البيع فقد نبذت محكمة النقض الفرنسية تماما فكرة الالتزام ببذل عناية، و لم تعد تتحدث عنها، و أصبحت عبارة الأحكام واضحة الدلالة في أن المعول عليه في قيام مسؤولية المنتج، أو البائع المحترف ليس تقدير سلوك أي منهما و ما انطوى عليه من خطأ أو إهمال، و إنما الحالة الموضوعية للمنتجات و ما تنطوي عليه من خطورة بالنسبة للأشخاص أو الأموال. و لذلك فقد درجت المحكمة في قراراتها الحديثة على القول بأن المنتج أو البائع: "يلتزم بأن يسلم منتجات خالية من أي عيب أو خلل في التصنيع يمكن أن يكون مصدر خطر بالنسبة للأشخاص أو للأموال..."<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - بن صغير مراد، المسؤولية الطبية و أثرها على قواعد المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص 55 . سليمان فلاح الرشيدى، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 1998، ص 331.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين، في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 211.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 2000، ص 88.

<sup>4</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، ص 275.

هذا و قد استقر القضاء الفرنسي الحديث بخصوص لعبة الألعاب الحديدية و العربات الكهربائية، و الكراسي الطائرة و المراجيح ، و في جملة وسائل الألعاب التي تقدمها مدن الملاهي، و التي تندرج ضمن عقود ممارسة الرياضة<sup>1</sup>، على أن مقال هذه الألعاب يلتزم بضمان سلامة اللاعب. و هذا الالتزام هو التزام بنتيجة. يكفي اللاعب إثبات إصابته أثناء ممارسة الرياضة، و بذلك تنعقد مسؤولية المقاول الذي لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، فإذا عجز عن ذلك الإثبات الأخير، أو كان سبب الإصابة مجهولاً، ظلت مسؤوليته منعقدة<sup>2</sup>.

من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 28 أبريل 1996 حيث ألت على عاتق المقاول التزاما بنتيجة لراكبي السيارات الكهربائية ، فقررت بأن : " الضحية ، الدائن بالتزام محدد بالسلامة في مواجهة المقاول، ليس عليه إثبات خطأ ضده . و يتعين على هذا الأخير أن يبرر رجوع الإخلال بالتزامه إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه " <sup>3</sup>.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ جابر محجوب علي، يرى أن الالتزام بضمان السلامة ليس التزاما ببذل عناية، بل هو أكثر من ذلك، و لكنه ليس التزاما بتحقيق نتيجة لأنه أقل.

فهو أكثر من الالتزام ببذل عناية، لأنه على عكس هذا الالتزام الأخير لا يتطلب لإعماله إقامة الدليل على خطأ أو إهمال من جانب المنتج أو البائع. فالعبرة في قيام المسؤولية ليس بتقدير مسلك البائع، و إنما بما تنطوي عليه

---

<sup>1</sup> - يقصد بعقد ممارسة الرياضة ذلك العقد الذي يتعهد فيه أحد طرفيه و ينعت بالمقاول، بتمكين طرفه الآخر ، من استعمال صالة ، أو ملعب ، أو مكان آخر ،لممارسة رياضة معينة ، مع تقديم أدوات اللعب إليه في بعض الأحيان ، أو يقتصر على تقديم أدوات الرياضة في أحيان أخرى .

<sup>2</sup> - محمد وحيد محمد علي، المرجع السابق، ص 61.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ، ص 334.

السلعة من خطورة. ثم إن المنتج أو البائع لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أنه بذل العناية المطلوبة للحيلولة دون وجود عيب بالسلعة، فمسؤوليته تقوم بمجرد ثبوت العيب حتى لو كان يجهله أو كان يستحيل عليه العلم به.

و لكنه أقل من الالتزام بتحقيق نتيجة، لأنه إذا كان يكفي إثبات الضرر للحصول على التعويض وفقا لهذا الالتزام الأخير. فإن هذا الإثبات وحده لا يكفي لحصول المشتري على التعويض عما لحقه من ضرر من جراء السلعة، بل يتعين عليه زيادة على ذلك، إقامة الدليل على رجوع الضرر إلى عيب أو خلل في التصنيع، أكسب السلعة وصف الخطورة، و جعلها من ثم سببا للضرر. و من ثم فإن مشكلة الإثبات تحل على أساس الاعتراف بوجود قرينة على الصفة الخطرة في المبيع، و لكن هذه القرينة بسيطة، أي يجوز للمنتج أو البائع التخلص منها بإثبات أن السلعة لم يكن بها أي عيب أو خلل، أو بنفي علاقة السببية، أي بإقامة الدليل على أن الصفة الخطرة للمبيع. بفرض وجودها لم يكن لها أدنى دور في الحادثة التي كانت وليدة سبب أجنبي لا ينسب إليه، كالقوة القاهرة أو فعل المضرور أو فعل الغير<sup>1</sup>.

و هذا ما أكدته صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 22 جانفي 1991 بالقول بأن: "التزام المنتجين أو البائعين لمستحضرات التجميل بضمان السلامة. لا يعني ضمان هؤلاء بقوة القانون لكل الأضرار التي يمكن أن تترتب على استعمال المنتج: "لأن التزامهم يقتصر على تسليم منتجات لا تمثل عادة أي خطورة للمستهلكين، إذا استعملت في ظروف مطابقة

---

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، 280.

## لتوصيات البائعين".<sup>1</sup>

كما رفضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 20 مارس 1989 إقامة مسؤولية منتج جهاز التلفاز الذي انفجر، عندما عجزت المشتريّة رغم وجود الضرر عن إثبات عيب التصنيع. الأمر الذي يعني أن مجرد إثبات الضرر الذي يمثل بلا ريب اعتداء على السلامة، لا يكفي للتدليل على عدم تنفيذ الالتزام. إنما يقع على عاتق المشتري عبء إثبات "الصفة الخطرة" في المبيع، أي العيب أو الخلل في التصنيع الذي أدى إلى وقوع الضرر.<sup>2</sup>

و يؤيد هذا الرأي الأستاذ علاء الدين خميس العبيدو فيما يتعلق بالعقد الطبي، حيث يرى أن التزام الطبيب بضمان سلامة المريض، التزام وسط بين الالتزام ببذل عناية و الالتزام بتحقيق نتيجة. إذ أنه يجمع بين مزايا الالتزامين معاً، فهو يحتوي أداء الالتزام ببذل عناية طبية، ثم يبدأ في احتواء الدرجات الأولى من الالتزام بتحقيق نتيجة حتى الدرجة التي يتوقف عندها، و هي الدرجة التي تعلن فيها مشيئة الله سبحانه و تعالى بشفاء المريض أو عدم شفاؤه، أو استمرار حالته الصحية على ما هي عليه، عند هذه الدرجة فقط ينتهي التزام الطبيب بضمان سلامة المريض.

و من ثم فإن التزام الطبيب بأن يبذل العناية الطبية الفائقة، تتمثل في اختيار أنسب الأدوية للحالة المرضية. و أن يلتزم بالتحقق من عادة طبية أساسية هي صلاحية الأدوات الطبية التي يستخدمها في التشخيص أو

---

<sup>1</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، 253.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 282.

العلاج، و صلاحية الدواء، و صلاحية الحقنة و تعقيمها، و أن يعطي المريض الحقنة

في مكانها الصحيح و بالقدر المناسب لجسمه و وزنه، و أن يتأكد من عدم وجود حساسية لدى المريض قبل حقنه. فإذا أدى الطبيب هذه الالتزامات، فإنه يكون قد وفى بالتزامه بضمان سلامة المريض<sup>1</sup>.

و يبدو أن هذا التوجه يكرسه القضاء الفرنسي في جل أحكامه، كما يتفق مع ما قررته المادة 140 مكرر ق.م.ج، حيث اشترط المشرع إثبات وجود العيب في المنتج من قبل المضرور لإقامة مسؤولية المنتج، و حصوله على التعويض.

## المطلب الثاني

### الالتزام بالإعلام.

لم يقف تطور القضاء الفرنسي عند حد إلقاء الالتزام بضمان السلامة على عاتق كل محترف، بل أنه تخطى هذه الحدود و ألقى على عاتقه التزام بالإعلام. لدى نتعرض في هذا المطلب على التوالي لنطاق هذا الالتزام و مضمونه (فرع أول)، ثم أساسه (فرع ثاني)، فطبيعته (فرع الثالث).

### الفرع الأول: نطاق الالتزام بالإعلام و مضمونه:

---

<sup>1</sup> - علاء الدين خميس العبيدو، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005-2006، ص 116.



تثور مشكلة نطاق الالتزام بالإعلام سيما في عقد البيع ، حيث أن الشيء المبيع يتم تداوله بين العديد من الأشخاص لحين وصوله إلى المشتري ، فيثور التساؤل عن المدين منهم بهذا الالتزام .كما أن هذا الشيء قد يستعمله أكثر من شخص غير المشتري فيثور التساؤل أيضا عن الدائن بالالتزام بالإعلام.(فقرة أولى)

هذا و أن مضمون هذا الالتزام يختلف من عقد إلى آخر، فيختلف مضمونه في عقد البيع عنه في العقد الطبي (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: نطاق الالتزام بالإعلام.

نحدد على التوالي نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص ، و من حيث الأشياء.

#### أولا - نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص :

##### أ - الدائن بالالتزام بالإعلام :

يعد دائنا بالالتزام بالإعلام كل مشتري لا دراية له بالمبيع. و يعد هذا الالتزام من حيث المبدأ، واحدا بالنسبة لكل المشتريين، يستوي في ذلك المشتري غير المتخصص و المشتري المتخصص، متى كانت حرفة هذا الأخير لا تمكنه من الإلمام بكل خصائص و دقائق الشيء المبيع<sup>1</sup>.

إلا أنه إذا كان المشتري غير متخصص، أي مستهلكا يشتري لإشباع حاجاته و حاجات أسرته فإن نطاق الالتزام بالإعلام يتسع لأقصى حد ممكن. حيث أن مثل هذا المشتري لا يمكن افتراض عمله بأي بيانات عن المبيع، و يعتبر جهله جهلا مشروعاً، مما يوجب على البائع الإفضاء له بالبيانات

<sup>1</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع السابق، ص 121.

اللازمة المتعلقة بكيفية استعمال هذا الشيء الاستعمال الصحيح. و كذلك تحذيره مما يكتنف هذا الشيء من مخاطر سواءا عند استعماله أو أثناء الاحتفاظ به<sup>1</sup>. و يأخذ حكم غير المتخصص أو المستهلك، المشتري الذي يباشر تخصصا لا يسمح له بمعرفة خصائص الشيء المبيع، فهو و إن كان لديه بعض المعلومات. إلا أنها معلومات ناقصة و تفتقر إلى الدقة و التحديد، و لا جدال في أن إكمال هذه المعلومات و إيضاح الغامض منها يقع على عاتق البائع الذي يلتزم تبعا لذلك، بالإدلاء لهذا المشتري بكافة المعلومات المتوفرة لديه. و قد أكد القضاء الفرنسي هذا المعنى في العديد من أحكامه، من ذلك ما ذهبت إليه الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرار أصدرته بتاريخ 9 ديسمبر 1975 إلى أن: " منتج الدبال (التربة العضوية) يجب أن يخبر المشتري (و هو مزارع يقوم بإنتاج البقول) عن درجة الرطوبة التي يجب الحفاظ عليها، لأنه إذا كان من الممكن أن تتوافر لدى هذا المشتري بعض المعرفة في هذه المسألة، إلا أنه لا يعد مهنيا مستتيرا"<sup>2</sup>.

أما إذا كان المشتري مهنيا من نفس تخصص البائع، فإن هذا التخصص يحد من نطاق التزام البائع بالإعلام، و يكون من ثم سببا في تخفيف المسؤولية. لأن تخصصه يمكن أن يعوض نقصا في المعلومات التي يدلي بها البائع، فلا تقوم مع ذلك مسؤولية البائع طالما أن القدر الذي تم تقديمه منها يكفي لتبصير مشتري من نفس التخصص. إذ أن المخاطر التي قد يتعرض لها المشتري في هذا الفرض لا تكون راجعة إلى نقص المعلومات، بل إلى خطأه هو في الانتفاع بها أو التعامل معها، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإن تخصص المشتري

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 255.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة، مجلة المحامي، الكويت، 1996، ص 23؛ حمدي احمد سعد، المرجع السابق، ص 260.

يجب أن يثير لديه حب الاستطلاع. و من ثم ننتظر من هذا المحترف على الأقل أن يبادر إلى الاستعلام عما يجهله من بيانات<sup>1</sup>.

و من الأحكام القضائية التي قررت المسؤولية استنادا إلى الصفة المهنية للمشتري، ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 26 نوفمبر 1981، ب: "استبعاد مسؤولية المورد لجهاز يستخدم في تحلية مياه الشرب لتركيبه في عدة عقارات، عن عدم ملائمة هذا الجهاز لطبيعة المياه الموجودة في هذه العقارات، حيث كان يجب على المستعمل و هو متخصص في هذا المجال، أن يتحقق من طبيعة المياه التي يريد تحليتها، و يستشير المورد حول هذه النقطة"<sup>2</sup>.

خلاصة القول أن الالتزام بالإعلام بدرجاته المختلفة، لا يمكن أن يكون حكرا على المستهلك بمفهومه الضيق. و إنما يستفيد منه حتى المحترف إذا تصرف خارج اختصاصه<sup>3</sup>.

#### ب - المدين بالالتزام بالإعلام :

يعتبر المنتج هو المدين الأصلي أو الرئيسي بالالتزام بالإعلام، و يرجع ذلك إلى حجم المعلومات المتوفرة لديه عن السلع التي يقوم بإنتاجها. فهو بالتأكيد يعرف كل صغيرة و كبيرة عن مكوناتها، و خصائصها، و كيفية استعمالها، و الأخطار التي تحيط بهذا الاستعمال. يضاف إلى ذلك أن المنتج يملك الوسائل التي تمكنه من إعلام المستهلك بهذه الأمور. كما أن المستهلك

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة ، المرجع السابق، ص 20 ؛ حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 258 ؛ عامر قاسم أحمد القيسي، المرجع السابق، ص 121.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 261.

<sup>3</sup> - و قد سبقت الإشارة إلى المفهوم الضيق و الموسع للفظ المستهلك في المبحث الثاني من الفصل الأول ، و نحن بصدد تحديد نطاق الحماية من الشروط التعسفية من حيث الأشخاص.

ينتظر عادة من المنتج أن يكشف له بوضوح عن كيفية استعمال السلعة و الاستفادة منها و الوقاية من مخاطرها<sup>1</sup>.

و لقد قرر القضاء في العديد من أحكامه إعطاء الحق للمشتري النهائي للرجوع مباشرة على المنتج أو الصانع، و ذهب إلى اعتبار المسؤولية في هذه الحالة من طبيعة عقدية، رغم أن المستهلك لا يرتبط بالمنتج أو الصانع بأي رابطة عقدية. مما دعا البعض إلى اعتبارها مسؤولية مهنية تجاوزا للتقسيم التقليدي للمسؤولية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للبائع الوسيط أو الموزع، و الذي يقتصر دوره على شراء السلعة من أجل إعادة بيعها مباشرة للمشتري. فيذهب القضاء إلى تحميله بالتزام بالإعلام بالبيانات التي يعلمها فعلا، أو التي كان بإمكانه العلم بها. و كذلك البيانات التي ترد إليه من المنتج أو الصانع في صورة كتيبات أو نشرات مرفقة بما يقوم ببيعه من منتجات.

على أن الاتجاه الحديث في الفقه و القضاء يذهب إلى أن مدى هذا الالتزام يختلف بحسب ما إذا كان البائع متخصصا أم غير متخصص. فالبائع المتخصص الذي يكرس نشاطه لبيع سلعة معينة دون غيرها، فهو بحكم تخصصه تتوافر لديه عادة معلومات كثيرة عن المنتجات التي يقوم ببيعها، و يكون ملما بخصائصها و مكوناتها و أوجه استعمالاتها، و ما قد ينتج عنها من مخاطر و أضرار. و من ثم يجب أن يتدخل لعلاج أي تقصير من جانب المنتج

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص22.

<sup>2</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 70.

في تنفيذ التزامه بالإعلام، فيصح المعلومات التي أدلى بها هذا الأخير، أو يوضح ما بها من غموض و يكمل ما بها من نقص<sup>1</sup>.

أما إذا كان البائع غير متخصص، و هو الذي يبيع سلعا متعددة الأنواع و الاستخدامات، فإن التزامه بالإعلام، يقتصر على توفير النشرات و البيانات التي أرفقها المنتج أو الصانع بالمبيع، لأنه يصعب عليه الإلمام بخصائص و بيانات كافة السلع التي يقوم ببيعها.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن القضاء اعتبر المجهز أو المركب للشيء المبيع مدينا بالالتزام بالإعلام . حيث أنه بسبب خبرته و تخصصه في مجال الأشياء التي يقوم بتركيبها ، تتوافر لديه الكثير من البيانات و المعلومات المتعلقة بهذه الأشياء. سواءا تعلقت هذه البيانات بكيفية استعمالها أو مدى ملائمتها لحاجات المشتري أو بالاحتياطات اللازمة لتجنب مخاطرها، مما يوجب عليه الإدلاء بهذه المعلومات للمشتري الذي اختاره لتركيب الشيء الذي اشتراه.<sup>2</sup>

و من الأحكام التي قررت مسؤولية المركب، ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 20 جانفي 1995 من أن: "التزام المقاول المركب للأسطح القرميدية بالإعلام يوجب عليه أن يحث مقاول البناء، حول عيوب المنتج الذي اختاره و الاحتياطات اللازمة لاستعماله، أخذا في حسبانها الاستعمال المخصصة له هذه الأسطح"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة في الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة ، المرجع السابق، ص 23. حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 267.

<sup>2</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 271.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 272.

على أنه ليس هناك ما يمنع من إلقاء هذا الالتزام على عاتق البائع العرضي، إذا ما اقتضت الظروف ذلك. كما لو كان المبيع من الأشياء المستعملة مثلاً<sup>1</sup>.

### ثانيا - نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشياء :

لقد طبق القضاء الفرنسي هذا الالتزام بشأن الأشياء الخطيرة، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1983 إلى أن المنتج "يلتزم بالإفشاء بجميع البيانات الضرورية لاستعمال السلعة، على وجه الخصوص بإخطار المستعمل بجميع الاحتياطات عندما تكون السلعة خطرة"<sup>2</sup>. غير أنه و إن كان هذا ما انتهت إليه محكمة النقض، إلا أن الفقه اختلف حول معيار الصفة الخطيرة للشيء المبيع، فيرى اتجاه أول أن هذه الصفة تتوافر في الشيء المبيع في حالتين:

- أن يكون الشيء خطرا بطبيعته ذاتها، يستوي في ذلك أن تكون تلك الصفة قد لازمته منذ البداية، نظرا لأنه لا يمكن أن ينتج إلا كذلك حتى يؤدي الغرض المقصود منه، أو أن تكون تلك الصفة قد طرأت عليه بعد خروجه من تحت يد المنتج نتيجة تفاعل عناصره و مكوناته مع بعض العوامل الخارجية (كعصير الفواكه الذي يمكن أن يتخمر تحت تأثير الحرارة، مما يؤدي إلى انفجار الزجاجات التي تحتويه).
- أن يكون استعمال الشيء أو تشغيله يتطلب القيام بعمليات معقدة، من شأنها أن تجعله خطرا، كما هي الحال بالنسبة لبعض الأجهزة الكهربائية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 99.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 16.

<sup>3</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 86.

و يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى ما قررته محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها من ذلك ما ذهبت إليه بتاريخ 15 أبريل 1959 بالقول: "بمسؤولية بائع خلال كهربائي لعدم إدلاءه للمشتري بكيفية استعماله حيث أنه كان معقد الاستعمال". و ما قضت به أيضا ذات المحكمة بتاريخ 05 فيفري 1973 من: "مسؤولية بائع المادة اللاصقة للأرضيات لعدم إفضائه للمشتري بقبالية هذه المادة الشديدة للاشتعال، و خطورتها البالغة عند قربها من مصدر لهب"<sup>1</sup>.

أما الاتجاه الثاني فيرى توافر هذه الصفة في الأشياء الجديدة أيضا، نظرا لما أدى إليه التطور العلمي و التكنولوجي الحديث، من ظهور منتجات دقيقة في تركيبها و مكوناتها. وذات حساسية بالغة في استعمالاتها، يصعب على المشتري التعرف عليها.

و قد استدل هذا الاتجاه بالعديد من القرارات القضائية، التي ألفت عبئ هذا الالتزام على عاتق المنتج إذا كان الشيء جديدا. و من هذه القرارات ما قررته الدائرة التجارية لمحكمة النقض بتاريخ 02 ماي 1990 من أنه: "يجب على الصانع أن يقدم للمشتري لمنتج جديد، كافة البيانات اللازمة لاستعماله و أن يبين له عند الاقتضاء ما قد ينتج عنه من مخاطر"<sup>2</sup>.

على أنه و نظرا لصعوبة التمييز بين الأشياء الخطيرة و غير الخطرة، نجد أن محكمة النقض الفرنسية هجرت هذا التمييز و لم تشر إليه في قرارها الصادر في 13/02/1930<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 238.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 242.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 23 ؛ مقتبس أيضا عن : حمدي احمد سعد، المرجع السابق، ص 8.

و يبدووا أنه ليس هناك ما يمنع في التشريع الجزائري قيام هذا الالتزام سواء بالنسبة للأشياء الخطرة أو غير الخطرة. و يمكن للقاضي الجزائري أن يستند في ذلك إلى نص المادة 2 و 3 من قانون 02/89 و التي لم يتمسك فيها المشرع بمعيار الشيء الخطر. إلا أنه تمسك بمعيار السلامة التي ينتظرها المستهلك. فالمنتج الذي ينطوي على خطر يهدد سلامة المستهلك هو منتج غير مطابق للانتظار الشرعي لهذا الأخير<sup>1</sup>. كما و أنه و بالرجوع للمادة 138 ق.م.ج، نجد أن المشرع الجزائري لم يميز بين الشيء الخطر و الشيء غير الخطر، في تقريره لمسؤولية الحارس إذا ما تسبب الشيء في ضرر للغير<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: مضمون الالتزام بالإعلام .

نتعرض فيما يلي لمضمون هذا الالتزام في عقد البيع ، ثم في العقد الطبي .

#### أولا - مضمونه في عقد البيع :

إن توافر الصفة الخطرة في الشيء المبيع، سواء لكونه خطرا بطبيعته ، كالمواد السامة و الحارقة و المتفجرة و غيرها، أو لكونه جديدا أو معقدا في استعماله، يوجب على الصانع أو البائع أن يبين للمشتري، كيفية استعمال هذا الشيء و الاستفادة منه دون وصول الخطر الكامن فيه إليه. و تحذيره مما قد ينتج عن هذا الشيء من أضرار سواء عند استعماله أو أثناء الاحتفاظ به.

<sup>1</sup> - بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2005-2006، ص 83.

<sup>2</sup> - حيث جاء في هذه المادة أن : "كل من تولى حراسة شيء و كانت له قدرة الاستعمال و التسيير و الرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء".



و من ثم فإن الالتزام بالإعلام يتضمن أمرين لا يغني أحدهما عن الآخر:

#### أ - الإعلام بالبيانات المتعلقة باستعمال الشيء المبيع :

أي أن يقدم الصانع أو بائع الأشياء للمشتري،المعلومات اللازمة عن استعمال هذه الأشياء الاستعمال الصحيح،حتى يتسنى له الحصول على الفائدة المرجوة من شرائها و يتجنب ما قد ينتج عن استعمالها الخاطئ من أضرار.<sup>1</sup> فإذا تقاعس البائع أو الصانع عن قيامه بواجبه في هذا الشأن في بيان طريقة الاستعمال كان عليه أن يتحمل مغبة تقصيره.

و يقتصر من ثم الإعلام على الطريقة الصحيحة لاستعمال المنتجات، وفق الغرض المخصصة له بطبيعتها. و لا يكون المنتج مسئولاً إذا ما تجاهل المستعمل الغرض المبين في طريقة الاستعمال ،و استعمل السلعة في غرض آخر خاص مما يؤدي للإضرار به.<sup>2</sup>

على أن بيان طريقة الاستعمال يختلف بحسب ما إذا كان الشيء المبيع من الأشياء المعدة للاستعمال في فترة محددة، أو من الأشياء دائمة الاستعمال. فإذا كان الشيء المبيع معد للاستعمال في فترة قصيرة، كالمواد الغذائية و السامة، و مبيدات الحشرات ،و الأعشاب، و الأدوية و غيرها. فإنه يجب على الصانع أو البائع أن يبين للمشتري كيفية استخدام هذه الأشياء، و وقت استخدامها و المقادير أو الجرعات التي يستخدمها أو يتناولها ، و كذلك

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 193.

<sup>2</sup> - محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة ، الطبعة الأولى ، ملتزم للطبع و النشر، القاهرة ، 1983 ، ص 23.

تاريخ صلاحية هذه المواد للاستخدام و الاحتياطات التي يجب أخذها عند الاستخدام.<sup>1</sup>

و من ثم فقد قضت الدائرة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 أبريل 1973: "بمسؤولية منتج مبيد الأعشاب الذي لم يبين للمشتري الوقت المناسب لاستعمال هذا المبيد لمعالجة الزراعة و قتل الأعشاب الرديئة".

كما قضت محكمة استئناف باريس: "بمسؤولية شركة Mansavon المنتجة لصبغة الشعر، عن الأضرار التي لحقت إحدى عميلات مصفف الشعر، بسبب إتباعه لما دونته هذه الشركة من بيان خاطئ، يقضي بعدم استلزام إجراء اختبار مبدئي على الجلد، ما دام أن الفاصل الزمني بين الاستعمال السابق و الاستعمال التالي لم يقل عن شهرين".

و كذلك ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرارها الشهير الصادر في 23 أبريل سنة 1985 من: "مسؤولية صانع مواد الدهان، لعدم توضيحه للمشتري كيفية استخدام هذه المواد الاستخدام الصحيح، و الاحتياطات اللازمة لذلك. مما نتج عنه تشقق و تلف اللوحات التي استخدم في رسمها هذه المواد"<sup>2</sup>.

أما إذا كان الشيء المبيع من الأشياء دائمة الاستعمال، كالألات الميكانيكية و الأجهزة الكهربائية مثلا، فإنه يجب على الصانع أو البائع أن يقدم للمشتري كافة البيانات المتعلقة بكيفية استخدامها، و الاحتياطات التي يجب أخذها أثناء تشغيلها. إضافة إلى نشرة أو كتيب يتضمن مكوناتها و خصائصها، و هو ما سيمى بالكتالوج حتى يتسنى للمشتري الرجوع إليه عند الاقتضاء. و هذا ما قررته صراحة محكمة استئناف Rouen بتاريخ 22 جانفي 1992 من

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 193.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 195.

أنه:" يعتبر مخلا بالتزامه بالإعلام البائع المهني لجهاز تدفئة لعدم تقديمه نشرة استخدام هذا الجهاز للمشتري"<sup>1</sup>.

### ب - التحذير من المخاطر:

فتبيان طريقة استعمال السلعة لا يكفي وحده، إذا ما كان الخطر منها يمكن أن يتحقق حتى و لو استعملت في ذاتها استعمالا صحيحا وفق طبيعتها. فمن يشتري عبوة مبيد حشري، مثلا: يستطيع أن يحصل على أفضل النتائج بإتباع طريقة استعمالها الصحيحة على نحو ما بينه المنتج، لكنه ربما يجهل أن وضعها بجوار مصدر حراري، يمكن أن يؤدي إلى انفجارها نتيجة تمدد الغاز المضغوط فيها. لذلك يجب على الصانع أو البائع أن يبرز من ناحية أخرى للمستعمل، الاحتياطات التي يجب عليه أن يتخذها في حيازته لهذه المنتجات و في استعمالها، و أن يحذره بكل وضوح من مخاطر عدم اتخاذ هذه الاحتياطات<sup>2</sup>.

و حتى يؤدي التحذير ثماره، في لفت انتباه المستعمل إلى المخاطر التي تحيق به في حيازته للشئ و في استعماله. لا بد أن يستجمع التحذير الخصائص التالية:

- أن يكون كاملا أو وافيا : أي أن يكون التحذير يحيط بجميع الأخطار التي يمكن أن تلحق بالمشتري، في صحته أو في أمواله من جراء استعماله للسلعة أو حيازتها، وكيفية الوقاية من هذه الأخطار.

<sup>1</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق، ص 199 ؛ علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 89.

<sup>2</sup> - محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 23.

و من ثم فلا يكفي في هذا الشأن التحذير المقتضب، أو الموجز، أو الذي يوجه الانتباه إلى بعض الأخطار دون البعض الآخر، بغية جلب الاطمئنان إلى نفوس المستهلكين و تشجيعهم على الإقدام على الشراء.<sup>1</sup>

و هذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه منه ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 15 ماي 1979 من: "مسؤولية صانع السرير الذي يمكن طيه، عن الأضرار التي لحقت بالمشتري نتيجة سقوط هذا السرير به. لعدم تقديمه للمشتري الاحتياطات اللازمة لتجنب سقوط هذا السرير. و المتمثلة في ضرورة تثبيت جزء منه بالحائط. بل ذكر على العكس من ذلك أنه سرير لا يتعطل و سهل الحركة، بالرغم من سبق وقوع حادثة من سرير من نفس النوع"<sup>2</sup>.

كذلك ما قضت به نفس الدائرة ب: "مسؤولية الشركة التي قامت ببيع منضدة طعام لمطعم للخدمات الحرة، عن الأضرار التي لحقت بطفل نتيجة سقوط هذه المنضدة عليه. حيث لم تقم هذه الشركة بلفت انتباه المشتري إلى قابلية هذه المنضدة للسقوط، و عدم كفاية نظام الأمان فيها. حتى يقوم بإبعادها عن تناول الأطفال، بالرغم من علمها بأنها مخصصة لمطعم يستقبل الزوار من كافة الأعمار"<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للمنتجات السامة، يجب على المنتج أن يحدد جميع المخاطر التي تحيط باستعمالها أو حيازتها، و كيفية الوقاية منها. و تطبيقا لذلك قضت الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض في قرارها الشهير الصادر في 31 جانفي 1973 بمسؤولية منتج مادة Colle، التي تستخدم في لصق الأرضيات

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق، ص203.

<sup>2</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 205.

<sup>3</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة ، المرجع السابق، ص 32 ؛ مقتبس أيضا عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 205.

الصناعية، الذي اكتفى بذكر عبارة "مادة قابلا للاشتعال" و لم يحث انتباه المستعمل إلى ضرورة تهوية مكان استعمالها، بسبب تصاعب أبحاثها و التي تتسم بسرعة اشتعالها. مما أدى إلى نشوب حريق ضخم، إثر إشعال الابن الذي كان يشارك والده في لصق هذه الأرضيات ،عود من الثقب في حجرة مجاورة. مما نتج عنه مصرع الأب و إصابة الابن. فقررت المحكمة أن: " عبارة قابلة للاشتعال ، و التي دونها المنتج غير كافية للتحذير من كافة مخاطر هذه المادة ،حيث قد يفسرها المشتري على معنى عدم تقربها من النار، دون أن يرد بخاطره، إمكان حدوث انفجار من أبحاثها المتصاعدة"<sup>1</sup>.

و بالنسبة للأدوية و المستحضرات الصيدلانية، فقد أكد القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه ،على وجوب تبيان بكل دقة و بطريقة مفصلة فوائدها و مضارها، و مكوناتها و الشروط اللازمة لاستخدامها ، و الحالات التي يمتنع استخدامها فيها. و لا يقتصر على ذكر عبارات موجزة أو مختصرة. و من هذه الأحكام ما قضت به محكمة استئناف Pau في حكمها الصادر في 12 من مارس 1958 في قضية مستحضر Xylomucine: "بمسؤولية الصيدلي المنتج لهذا المستحضر، لعدم كفاية الإشارة المتعلقة بالجرعة التي يجب تناولها من هذا المستحضر، في النشرة المصاحبة له للتحذير من مخاطره .حيث اكتفى المنتج بذكر عبارة : "ملعقتين أو ثلاثة في وسط الوجبات"، دون تحديد المخاطر التي يمكن أن تنتج عن زيادة هذه الجرعة"<sup>2</sup>

- أن يكون واضحا: و حتى يكون كذلك يجب على المنتج أن يبتعد عن استعمال المصطلحات الفنية المعقدة، التي يتعذر فهمها على غير المتخصص. و من ثم لكي يتمكن المشتري من إدراك ما قد يتعرض له من مخاطر من

<sup>1</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 207.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 210.

استعمال الشيء المبيع، أو حيازته . يجب أن يصاغ التحذير في عبارات سهلة يدرك معناها جمهور المستهلكين<sup>1</sup>.

و من ناحية ثانية فإنه إذا كانت المنتجات معدة للتصدير إلى دولة أجنبية، فمن اللازم أن تكتب عبارات التحذير بعدة لغات أساسية، إلى جانب لغة بلد الإنتاج، و لغة البلد الذي ستصدر إليه المنتجات. كما يجب أن تكون العبارات المستخدمة واضحة الدلالة في معنى التحذير<sup>2</sup>.

- أن يكون ظاهراً: و يكون كذلك إذا كان يجذب على الفور انتباه المستعمل، أي هو ما يصطدم بنظره من الوهلة الأولى.

و من ثم يجب على المنتج أن يميز البيانات المتعلقة بالتحذير من مخاطر الشيء، عن غيرها من البيانات المتعلقة بمكونات الشيء، و خصائصه، و كيفية استعماله. و ذلك بأن يستعمل في طباعة بيانات التحذير لونا مختلفا، و متميزا عن اللون الذي يستعمله في طباعة البيانات الأخرى، أو يكتب بيانات التحذير بنمط مختلف أو حجم أكبر. و هو في هذا و ذاك يجب عليه أن يفصل بيانات التحذير عن غيرها من البيانات. و له مطلق الحرية في اختيار أفضل الطرق لظهور التحذير<sup>3</sup>.

و تطبيقا لذلك فإنه في القضية الخاصة بالحريق الذي نشأ عن انفجار المادة اللاصقة. كان من الأمور التي أخذتها محكمة الموضوع على المنتج، أنه لم يبين "بصورة ظاهرة" الأخطار التي ترتبط باستعمال المادة التي نشأ عنها الحادث<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع السابق، ص 127.

<sup>2</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة ، المرجع السابق، ص 46.

<sup>3</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 217.

<sup>4</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة ، المرجع السابق، ص 47.

- أن يكون لصيقاً: فلا يتصور أن يفى التحذير بالغرض المراد منه، و هو لفت نظر المستهلك إلى المخاطر التي تحيط باستعمال الشيء ،أو بحيازته و الاحتياطات التي يجب اتخاذها للوقاية منها، إلا إذا كان ملازماً للسلعة ذاتها و لا ينفك عنها مطلقاً. و لا صعوبة في الأمر إذا كان للمنتوج قوام صلب ، كالألات و المعدات و الأجهزة. إذ يمكن عندئذ أن ينقش التحذير عليه ،أو أن يكتب على قطعة معدنية تثبت على جداره مثلاً.

أما إذا لم يكن للسلعة مثل هذا القوام ،كأن يتعلق الأمر بأطعمة تباع في عبوات أشربة، تعبأ في علب أو في زجاجات، أو منتجات دوائية ،تعبأ في أنابيب. عندئذ يتعين كتابة التحذير على العبوة ذاتها التي تحتوي على المنتج، فإذا كانت العبوة بدورها موضوعة في غلاف خارجي، يجب أن يكتب على العبوة و على غلافها الخارجي، دون أن يغني أحد الأمرين عن الآخر<sup>1</sup>.

و مثال ذلك ما قضت به محكمة النقض في القضية المتعلقة بمبيد الأعشاب، حيث أنها لم تقبل الدفع الذي تقدم به المنتج لإبعاد المسؤولية عنه. من أنه فرض على المشتري التزامات تتعلق بكيفية استعمال المبيد. و ذلك في المستندات التي سلمها إليه مع هذا المبيد<sup>2</sup>.

ذلك هو مضمون الالتزام بالإعلام كما حدده أغلب الفقه و أحكام القضاء، و الذي يتسع و يضيق بحسب ما إذا كان الشيء معد الاستعمال عامة الناس، أم مخصصاً لاستعمال ذوي المهن.

و إذا قارنا مضمون هذا الالتزام الذي أرساه القضاء الفرنسي، بمضمونه وفقاً للشريع الجزائري، نجد أن هذا الأخير قد وسع في هذا المضمون. فبالإضافة إلى نص المادة 352 ق.م.ج، و التي ترى بضرورة تعاقد

<sup>1</sup> - عامر قاسم أحمد القيسي ، المرجع السابق، ص 129.  
<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق، ص 220.

المشتري بعلم اليقين. بأن يمكّن من الإطلاع بكفاية على المنتج الذي يتوافق مع رغباته، و تطلعاته المشروعة<sup>1</sup>، و هذا يعني تمكينه من معرفة الخواص المادية و الأوصاف الجوهرية للمبيع و مميزاته<sup>2</sup>. نجد أن المشرع الجزائري فرض على المحترف إلحاق المنتج بوسم، لإعطاء صورة واضحة و دقيقة عن المنتج أو الخدمة<sup>3</sup>.

و قد عرف إجراء الوسم في نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 بأنه: "جميع العلامات و البيانات و عناوين المصنع أو التجارة و الصور و الشواهد و الرموز التي تتعلق بمنتج ما، و التي توجد في أي تغليف أو وثيقة أو كتابة أو رسم، أو خاتم أو طوق يرافق منتوجا ما، أو خدمة أو يرتبط بهما".

و بالنسبة للبيانات التي يتضمنها الوسم، فتختلف باختلاف ما إذا كان المنتج أو الخدمة من المواد الغذائية، أو من المواد غير الغذائية<sup>4</sup>. أما عن شكل الوسم فإما أن تكون البيانات الإلجبارية مدرجة في ملصقات على المنتج، و إما أن تكتب على الغلاف الخارجي للمنتج، أو على دليل الاستعمال مع الإشارة بالجودة.

و بالنسبة لوسائل نقل المعلومات، فهي إما أن تكون بواسطة البطاقات، أو الكتالوجات، أو دليل الاستعمال، أو الإشهار<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - شهيدة قادة ، المسؤولية المدنية للمنتج، المرجع السابق، ص 114 ؛ قردان لخضر، المسؤولية المدنية للصيدي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2005-2006، ص 38.

- و قد نصت المادة 352 على أنه : "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، و يعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه".

<sup>2</sup> - بن مغنية محمد، المرجع السابق، ص 45.

<sup>3</sup> - بوعزة ديدن، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، الملتقى الوطني حول الاستهلاك و المنافسة في القانون الجزائري، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2001، ص 35.

<sup>4</sup> - لأكثر تفصيل انظر: بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 77.

<sup>5</sup> - بخصوص الإشهار فإن المقصود به في هذا الصدد هو: كل إعلان يوجهه المحترف إلى الجمهور، لهدف تقوية و تنشيط الطلب على منتجاته و خدماته ، فهو أسلوب يستعمل لهدف جذب اهتمام الجمهور نحو جودة محل



كما فرض المشرع على المحترف أيضا بموجب نص المادة 53 من الأمر رقم 95-06 المتعلق بالمنافسة، إعلام المستهلك حول أسعار المنتوجات و الخدمات حيث جاء فيها أن: "إشهار الأسعار إجباري، و يتولاه البائع قصد إعلام الزبون بأسعار بيع السلع أو الخدمات و شروط البيع". كما أضافت المادة 55 من نفس الأمر بأنه: "يكون إشهار أسعار السلع و الخدمات لفائدة المستهلكين، بواسطة وضع علامات، أو ملصقات، أو أية وسيلة أخرى مناسبة لإعلام المستهلك بأسعار البيع، و عند الحاجة بشروطه و كفياته الخاصة"<sup>1</sup>.

### ثانيا - مضمونه في العقد الطبي :

يتسع مضمون الالتزام بالإعلام في المجال الطبي عنه في المجالات الأخرى، فهو يلزم العلاقة الطبية في مراحلها المختلفة. ففي تشخيص الطبيب للمريض عليه أن يبين للمريض طريقة التشخيص التي ينوي إخضاعه لها للتحقق مما يعاني منه. و يحيطه علما بالمخاطر التي تتضمنها هذه الطريقة، و في العلاج الذي يقترحه الطبيب، عليه أن يبين طريقته و النتائج الإيجابية المنتظر تحققها من العلاج، و المخاطر المحتملة. و بعد إتمام العلاج عليه إعلام المريض بالمعلومات المتعلقة بمدى النجاح الذي تحقق من العلاج، و كذلك الاحتياطات التي يتعين على المريض مراعاتها، لتجنب أي تعقيدات مستقبلية. كما

---

العرض المعلن عنه من طرف المحترف، بحيث يعتبر هؤلاء الإعلانات كوسيلة لإعلام الجمهور عامة و المستهلك بصفة خاصة. ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، الملتقى الوطني حول الاستهلاك و المنافسة في القانون الجزائري، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2001، ص 12.

<sup>1</sup> - الهدف من إشهار الأسعار هو جعل السوق شفاف و نزيه. كما و أنه طريق من طرق العرض أو الإيجاب عند التعاقد. فمن حق المستهلك أن يحصل على كل سلعة، أو خدمة، تكون معروضة على مرأى الجمهور لأنه يفترض فيه عرضه للبيع. هذه حالة من حالات العرض الدائم التي تنظمها نظرية العقد، بمجرد قبول العرض يتكون العقد و يجب تنفيذه. دنوني هجيرة، قانون المنافسة و حماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 39 رقم 01 / 2002، ص 10.

أن من حق المريض الإخبار بتكاليف العلاج<sup>1</sup>.

و عن صفات المعلومات التي يجب على الطبيب الإدلاء بها للمريض، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بأنه: " يجب أن تكون بسيطة، يمكن استيعابها، صادقة و كاملة"<sup>2</sup>.

و إن كانت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 17 نوفمبر 1969 قد استقرت على: " ضرورة إعلام الطبيب لمريضه، مسبقا في كل تدخل أو وصف علاجي، ما عدى في الحالات العاجلة"<sup>3</sup>، فإنه و بخصوص مدى التزام الطبيب بإعلام المريض إذا ما كان يشمل كل المخاطر أم يقتصر على بعضها، مر القضاء الفرنسي بمرحلتين:

ففي المرحلة الأولى: ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 23 ماي 1973 إلى أن: " الطبيب لا يلتزم بإعلام المريض إلا عن المخاطر المتوقعة. و لا يكون ملزما بالإخبار عن المضاعفات و الأخطار النادرة، و التي لا يؤدي الإدلاء بها إلى المريض إلا لتعكيره، و منعه عن اتخاذ قرار مؤسس على حكم سليم".

أما بالنسبة للعمليات الجراحية التجميلية، فإن القضاء الفرنسي ذهب إلى أن الطبيب في هذه التدخلات ملزم بإعلام المريض بكل الأخطار. فقد حكم بتاريخ 17 نوفمبر 1969 ب: "مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية جراحية

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 160. و هذا ما توجهت إليه أغلب التشريعات، حيث ألزمت الطبيب بإعلام المريض بحالته الصحية و تشخيص المرض، طبيعة العلاج المقترح، مخاطر العلاج المقترح، البدائل و الاختيارات العلاجية الأخرى، آثار العلاج أو البقاء بدونه. بن صغير مراد، التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية. دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 2007/4، ص 292.

<sup>2</sup> - مقتبس عن: محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق، ص 160.

<sup>3</sup> - مقتبس عن: شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض، المضمون و الحدود و جزاء الإخلال، موسوعة الفكر القانوني، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية، بدون سنة نشر، ص 87.

تجملية لا تعد عاجلة، من الممكن أن يتمتع الشخص عن إجراءاتها، إذا بدت له بعض المخاطر، و لو كانت استثنائية"<sup>1</sup>.

أما في المرحلة الثانية: فقد ألزم القضاء الفرنسي الطبيب أن يعلم المريض بالمخاطر المتوقعة، و الاستثنائية، فجاء في فحوى قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 17 أكتوبر 1998 بأنه : "فيما عدى حالات الاستعجال لاستحالة أو رفض المريض إعلامه ، على الطبيب أن يقدم إعلاما، صادقا

و واضحا، و مناسباً عن المخاطر المتوقعة و الاستثنائية"<sup>2</sup>.

و قد تخطب المشرع الجزائري بين التوجه القضائي السابق، و الأخير للقضاء الفرنسي .حيث نص في المادة 2/162 من قانون 85-05<sup>3</sup> أنه : " لا يجوز للمتبرع أن يعبر عن موافقته، إلا بعد أن يخبره الطبيب عن الأخطار الطبية المحتملة ، و التي قد تتسبب فيها عملية الانتزاع". في حين أنه في نص المادة 166 فقرة 4 من نفس القانون نص على أنه: " لا يمكن التعبير عن الموافقة إلا بعد أن يعلم الطبيب الشخص المستقبل ، أو الأشخاص المذكورين بالأخطار الطبية التي تنجر عن ذلك". فجاءت عبارة الأخطار الطبية عامة تتصرف للأخطار المحتملة و غيرها.

## الفرع الثاني: أساس الالتزام بالإعلام .

<sup>1</sup> - مقتبس عن: شهيدة قادة ، التزام الطبيب بإعلام المريض، المرجع السابق ، ص 87 ؛ علي حسن نجيدة ، التزامات الطبيب في العمل الطبي، بدون طبعة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 39.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض، المرجع السابق، ص 87  
- F. CHABAS, l'obligation médicale d'information en danger, D , Paris , 2000, p 461  
; A . CASTELLETTA, Responsabilité médicale, droit des malades, D, Paris , 2002, p 81  
; D. MAINGUY, op.cit , p 128.

<sup>3</sup> - قانون 85-05 صادر في 16 فبراير 1985 المتعلق : بحماية الصحة و ترقيتها.

لئن كان القضاء الفرنسي يؤيده في ذلك الفقه قد انعقد على ضرورة إلزام المنتج، أو البائع بالإعلام للمشتري بالمعلومات الضرورية الخاصة بالمبيع، فإن هذا الإجماع يتلاشى و تتباين الآراء إذا ما تعلق الأمر بتحديد الأساس الذي يقوم عليه هذا الالتزام، فعلى حين يذهب البعض إلى أنه التزام تابع لغيره من الالتزامات الناشئة عن عقد البيع(فقرة أولى). يذهب اتجاه آخر إلى أنه التزام مستقل عن هذه الالتزامات(فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: الالتزام بالإعلام كالتزام تابع لغيره من الالتزامات .

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الالتزام بالإعلام يجد أساسه في الالتزام الأصلي الذي يتبعه، إلا أنهم اختلفوا في هذا الالتزام الأصلي، بين قائل بأنه الالتزام بالضمان، و آخر بأنه الالتزام بالتسليم، و ثالث بأنه الالتزام بضمان السلامة.

### أولا - الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالإعلام :

إن القضاء الفرنسي و حتى أواخر الثمانينات كان يخلط بين هذا الالتزام و ضمان العيوب الخفية<sup>1</sup>. و من أشهر القرارات القضائية في هذا الشأن، قرار الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 25 مارس 1963 و الذي جاء فيه أن : " البائع الذي لا يعلم المشتري بشكل خاص، عن المخاطر التي تنشأ عن استعمال المنتج المبيع ،الذي كان عبارة عن مادة طلاء قابلة للاشتعال، من خطر الانفجار. يجب أن يضمن كل النتائج الضارة"<sup>2</sup>. و قد لاقى هذا القضاء صدى لدى بعض الفقه، الذي اعتبر أن الالتزام بالضمان القانوني بالمعنى الواسع ،لا يقتصر على العيوب الخفية

<sup>1</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 100.

<sup>2</sup> - و قد ذهب CORNU في تعليقه على هذا الحكم إلى أنه: يعتبر توسيعا في الضمان و تقويما له. و أنه تشييد للالتزام بضمان العيوب الخفية، فيما يتعلق ببائع الأشياء التي ليست جديدة فحسب، بل جديدة و خطيرة. مقتبس عن : سالم محمد رديعان العزاوي، المرجع السابق، ص 165.

و الاستحقاق. و إنما يتسع ليشمل جميع الالتزامات التي من شأنها تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً. و منها الالتزام بالإعلام و الذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من الالتزام بالضمان، و من الخطأ فصلهما عن بعضهما.

و من ثم ينتهي هذا الرأي إلى ضرورة إخضاع الأضرار الناجمة عن المبيع لنفس الحكم الذي أورده المادة 1645 ق.م. ف في شأن ضمان العيب الخفي، و التي تقابلها المادة 379 ق.م.ج في ضمان العيب الخفي. و ذلك بإلزام البائع بتعويض المشتري عن الضرر الذي يلحقه من جراء عدم إحاطته علماً بما

يمكنه تجنبها، فيكون بذلك الالتزام بالإعلام امتداداً لفكرة الضمان القانوني<sup>1</sup>. غير أن هذا الرأي تعرض للنقد من قبل الفقه، كما أنه لم سيد في القضاء، و مرد ذلك إلى اختلاف الالتزامين في النواحي التالية:

فمن حيث المصدر يجد الالتزام بالضمان مصدره في المواد 1641 و ما بعدها ق.م.ف، أما الالتزام بالإعلام ولد على يد القضاء الفرنسي، الذي استنبطه عن طريق تفسير إرادة المتعاقدين، مستهدفاً من وراء ذلك توفير أكبر قدر ممكن من الحماية لجمهور المستهلكين، والمستعملين للمنتجات الصناعية<sup>2</sup>.

و من حيث نطاق كل منهما، فالالتزام بالإعلام أوسع نطاقاً من الالتزام بالضمان الخاص بالعيوب الخفية، و يقوم على عائق المنتج سواء كانت

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 81.

<sup>2</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 102؛ سالم محمد رديعان العزاوي، المرجع السابق، ص 166.

العيوب ظاهرة أو خفية، بل ينشأ حتى في حالة غياب العيوب تماما. أما أحكام الضمان فلا تنطبق إلا إذا كان المبيع مشوبا بأحد العيوب الخفية<sup>1</sup>.  
أما من حيث قوة كل منهما، فالالتزام بالضمان التزام بتحقيق نتيجة. يلتزم البائع فيه بضمان التعرض، و تعويض المشتري تعويضا كاملا في حالة استحقاق المبيع، وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني. أما الالتزام بالإعلام فإنه التزام ببذل عناية وفقا لما يذهب إليه الرأي السائد لدى الفقه.  
لهذا فإن الرأي الراجح لدى الفقه، يذهب إلى عدم إمكانية تأسيس الالتزام بالإعلام على الالتزام بالضمان، و استقلال كل منهما عن الآخر<sup>2</sup>.

### ثانيا - الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بالإعلام:

ذهب جانب آخر من شراح القانون المدني، إلى القول بأن الالتزام بالإعلام بالشيء المبيع يعتبر من الالتزامات التابعة للالتزام بالتسليم. و يجد أساسه في القواعد إلى تحكم هذا الالتزام الواردة بالمادة 1615 ق.م.ف المقابلة للمادة 364 ق.م.ج، حيث يجب على البائع عند تسليمه الشيء المبيع أن يقدم للمشتري كافة البيانات المتعلقة بحسن استعماله و تجنب خطورته.  
و من ثم يجب حتى يكتمل الالتزام بالتسليم، أن يبين البائع للمشتري طريقة استخدام الشيء المبيع، و ما قد ينجم عنه من أضرار و كيفية تجنبها، حتى يتمكن المشتري من الاستفادة بالمبيع، و الانتفاع به على الوجه الأكمل<sup>3</sup>.  
و قد استند هذا الاتجاه إلى بعض القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، من ذلك ما قرره بتاريخ 20 مارس 1989 من أنه: " يجب على

<sup>1</sup> - سالم محمد رديعان العزاوي، المرجع السابق، ص 166.

<sup>2</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 83؛ علي سيد حسن، المرجع السابق ص 102؛ جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة، المرجع السابق، ص 52.

<sup>3</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 86.

البائع أن يسلم للمشتري شيئاً يطابق من كافة الجوانب الغرض الذي يهدف إليه المشتري".

كذلك ما قررته ذات المحكمة في قرار آخر بالقول بأن: "البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع في حالة يصلح معها للاستعمال من قبل المشتري، لذا يتعين عليه تزويد المشتري بكافة البيانات اللازمة لاستعمال هذا الشيء، وخاصة إذا كان استعماله يمثل خطورة معينة"<sup>1</sup>.

غير أن هذا الاتجاه أيضاً منتقد ، لأن القول بأن الالتزام بالتسليم أساس للالتزام بالإعلام يضيق من نطاقه ،حيث أنه يجعله قاصراً على عقد البيع فقط و لا يمتد إلى الحالات التي لا يرتبط فيها الأشخاص بعلاقة عقدية، حيث لا يكون معلوماً كيفية تنفيذ الالتزام بالإعلام.

كما أن القول بذلك من شأنه أن يحط من الدور الهام لهذا الالتزام، تجاه التطور الفني و التعقيد التكنولوجي المتزايد للمنتجات الصناعية ،و الذي يتطلب تدخل الصانع أو البائع لمساعدة المشتري، ابتداءً من اختيار الشيء الذي يناسبه و حتى تشغيله بما يلاءم حاجاته<sup>2</sup>.

### ثالثاً - الالتزام بضمان السلامة كأساس للالتزام بالإعلام :

يرى هذا الجانب من الفقه، أنه و نظراً لعدم كفاية الالتزام بالضمان لتحقيق سلامة المشتري من خطورة الشيء المبيع. يجب المناداة بالالتزام آخر أوسع منه نطاقاً و هو الالتزام بالسلامة. حيث يتفرع عنه التزامات أكثر فاعلية ،و خاصة الالتزام بالإعلام و الذي لا يرتبط بوجود عيوب تؤثر على استعمال الشيء .

<sup>1</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 87  
<sup>2</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 89.

و هو ما يعبر عنه البعض الآخر من أنصار هذا الرأي بقوله، بأن الالتزام بالإعلام يعتبر تابعا للالتزام بالسلامة، أو هو في الحقيقة التزام بالسلامة. في حين يعبر البعض الآخر عنه بأنه وسيلة لتحقيق السلامة عندما يتخذ شكل التحذير<sup>1</sup>.

و قد استند أصحاب هذا الرأي لتدعيم وجهة نظرهم إلى بعض الأحكام القضائية الفرنسية، التي أقامت مسؤولية البائع أو الصانع استنادا إلى الإخلال بالالتزام بالسلامة، و يأتي في مقدمة هذه الأحكام حكم محكمة استئناف Douai حيث جاء فيه ما يلي: "بالرغم من أن الجهاز الكهربائي محل النزاع، لم يكن مشوبا بأي عيب يجعله غير صالح الاستعمال الذي خصص له... إلا أن شركة Centra vente إذا أغفلت تعيين الطريقة المثلى لاستعماله، و توضيح ما يمثله ربط الوعاء الزجاجي على دعامته اللولبية من أهمية لسلامة المستعملين، و ما يجب اتخاذه من الاحتياطات في حالة عدم انتظام أو انحراف هذا الوعاء. فإنها تكون بذلك قد أخلت بالالتزام بالسلامة المتولد عن العقد، و ارتكبت خطأ يعد السبب المباشر و المنتج في وقوع الحادث. حتى و لو كان المضرور الذي لم يتم إعلامه كما ينبغي، قد وضع يده بلا حذر على الوعاء، دون أن ينتبه إلى ضرورة فصل التيار الكهربائي"<sup>2</sup>.

و قد كان هذا الرأي محلا للنقد أيضا، كون أن التزام المدين بضمان السلامة، يقتصر على تسليم منتجات خالية من أي عيب في مكوناتها، أو خلل في صناعتها. مما قد يسبب ضررا للأشخاص أو الأموال. و من ثم لا يشمل

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص 58؛ حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 91.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص 59.



كافة الحالات التي يوجد فيها التزام بالإعلام على عاتق المدين به، فلا يمتد إلى الفترة السابقة على التعاقد.

كما و أن الالتزام بالسلامة حسب الرأي السائد هو التزام بتحقيق نتيجة مخفف. أما الالتزام بالإعلام فيتجه الرأي السائد إلى أنه التزام ببذل عناية<sup>1</sup>. بالإضافة إلى ما سبق ذكره فإن الالتزام بالإعلام قد يكون قبل تعاقدى بالنسبة لبعض المعلومات، و البيانات الواجب توافرها قبل إبرام العقد، في حين أن الالتزام بالسلامة يوجد على عاتق البائع بعد إبرام العقد فكيف يمكن تأسيس التزام قد ولد فعلا، و هو الالتزام بالإعلام، و هو ضروري في كل العقود التي يتصف فيها المبيع بالصفة الخطيرة، على التزام قد يوجد و قد لا يوجد، باعتبار أن الالتزام بالسلامة لا يحتج به إلا في حالة حدوث أضرار للمشتري، سواء جسدية أو مادية، جراء استخدام المنتج المعيب<sup>2</sup>.

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ جابر محجوب علي، يرى أن اعتبار الالتزام بالإعلام التزام مستقل عن الالتزام بالسلامة، لا يمنع من اعتباره تطبيقا للالتزام بضمان السلامة، لأنه يهدف في النهاية إلى الحيلولة دون وصول الخطر الكامن في السلعة إلى المشتري، و المساس بسلامته البدنية أو إلحاق أضرار بأمواله. فالسلامة كما تتحقق بتسليم مبيع خال من العيوب، تتحقق كذلك بإحاطة المشتري علما بما ينطوي عليه المبيع من أخطار، و بالاحتياطات الواجب التزامهما لتجنبها<sup>3</sup>.

### الفقرة الثانية: الالتزام بالإعلام التزام مستقل .

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 93.

<sup>2</sup> - بن مغنية محمد، المرجع السابق، ص 26.

<sup>3</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص 57.

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى الرأي الذي يذهب إلى أن الالتزام بالإعلام تابع لغيره من الالتزامات على النحو السابق. فإن هذا الاتجاه يرى أنه يجب البحث عن أساس هذا الالتزام في نصوص القانون المدني مباشرة باعتباره التزاما مستقلا.

#### أولا- مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن الالتزام بالإعلام يستند إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الوارد ذكره في نص المادة 1134 ق.م.ف المقابلة للمادة 107 ق.م.ج و التي جاء فيها: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية".

هذا المبدأ يفرض على البائع المهني الالتزام بإعلام المشتري بكافة البيانات المتعلقة باستعمال الشيء المبيع، و التحذير من مخاطره. و قد ربط القضاء الفرنسي في جانب من أحكامه الالتزام بالإعلام بمبدأ حسن النية، من ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية حيث عابت حكم محكمة الاستئناف لمخالفته للمادة 1134 من ق. م. ف ، برفض طلب فسخ العقد بالرغم من إخلال البائع بالتزامه بالإعلام، بعدم إفضائه للمشتري بوجود نزاع قضائي حول قطعة أرض مجاورة للقطعة المشتراة مملوكة لنفس البائع. و من شأن هذا النزاع تأخر المشتري في بناء المسكن الذي يريده، و هو ما يعتبر من الصفات الجوهرية التي يتعين الإفضاء بها للمشتري<sup>1</sup>.

غير أننا نشير إلى أن مبدأ حسن النية الوارد في المادة 1134 المقابلة للمادة 107 ق.م.ج خاص بفترة تنفيذ العقد، و لا يمكن مده إلى الفترة السابقة على التعاقد، في حين أن الالتزام بالإعلام قد يكون عقدي و قد يكون قبل تعاقد.

<sup>1</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 109.

## ثانيا- الالتزام بالإعلام من مستلزمات العقد :

يذهب الرأي الغالب لدى الفقه و القضاء إلى أن الالتزام بالإعلام ، يستند إلى عقد البيع باعتباره من مستلزماته ، وفقا للقانون و العرف و العدالة<sup>1</sup>، و من ثم يتأسس على نص المادة 148 ق.م.م، المقابلة للمادة 1135 ق.م. ف و 107 ق.م.ج .

و من القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن، ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 14 ديسمبر 1982 من مسؤولية صانع مادة مقاومة للطفيليات عن إصابة مزارع عند استعماله لهذه المادة، بعجز

دائم في عينيه من جراء تطاير ذرات من هذه المادة إليه. حيث قررت المحكمة:" عدم كفاية التحذيرات التي قام بها الصانع من خطورة هذه المادة، و الذي كان قد اكتفى بالتوصية بعدم ملامستها للجلد، و لم يوضح خطورتها على العينين"، فعابت محكمة النقض على محكمة الاستئناف ما قضت به بعدم مسؤولية الصانع، لإخلالها بالمادة 1135 ق.م. ف .

و قد ذهبت ذات المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 07 جوان 1989 إلى أن:" الصانع لمنتج ما يجب أن يدلي بكافة البيانات الضرورية، المتعلقة باستعماله و خاصة البيانات المتعلقة بالتحذير من خطورته ،وفقا لما تقضي به المادة 1135 ق.م. ف".<sup>2</sup>

## الفرع الثاني: طبيعة الالتزام بالإعلام .

<sup>1</sup> - علي سيد حسن، المرجع السابق، ص 105.  
<sup>2</sup> - مقتبس عن: حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 112.

لتحديد هذه الطبيعة يتعين التعرض لأمرين هامين: يتمثل الأول في بيان معرفة طبيعة هذا الالتزام، من حيث زمن الوفاء به. و يتمثل الثاني في بيان طبيعته من حيث كونه التزام بتحقيق نتيجة أم التزاما ببذل عناية.

### **الفقرة الأولى: طبيعة الالتزام بالإعلام من حيث زمن الوفاء به .**

نتعرض في هذا المقام لمعرفة طبيعته من ناحية كونه التزاما سابقا على العقد و مستقلا عنه (أي قبل تعاقدي) ، أم أنه التزام ناشئ عن العقد و مرتبط به فيكون تعاقديا.

### **أولا - الالتزام بالإعلام التزام قبل تعاقدي:**

يذهب جانب من الفقه إلى أن الالتزام بالإعلام هو التزام مستقل عن العقد،

و يتعين الوفاء به في المرحلة السابقة على إبرامه. و من ثم فإن الضرر الناجم عن الإخلال به يعاقب عليه بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية، ما دام أن الأمر يتعلق بخطأ ارتكبه المتعاقد خارج إطار تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

و يستند هذا الاتجاه لتدعيم وجهة نظرهم ،إلى أن المنتج أو الصانع يتعين عليه أن يبصر المستعملين أو المستهلكين المحتملين في عمومهم. و ذلك عن طريق كتابة البيانات المتعلقة بهذه المنتجات، و التحذير منها، و كيفية الاحتفاظ بها على المنتجات ذاتها أو على أغلفتها أو عن طريق نشرة مرفقة بها<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> - بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 63 ؛ تيزي عبد القادر، الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005-2006، ص 16.

<sup>2</sup> - Ph. LE TOURNEAU , droit de la responsabilité et des contrats , op.cit , p 203.

كما أن العلم بمخاطر الشيء المبيع و كيفية استخدامه ،من العناصر المكلمة لرضاء المشتري. هذا و أن القانون في بعض الأحيان هو الذي أوجب هذا الالتزام على المدين. كما هو الشأن في الالتزام بالإعلام ،الذي يقع على عاتق المنتج أو بائع الأدوية و المستحضرات الصيدلانية. حيث يجب على الصيدلي المنتج وضع بيانات معينة على أغلفة منتجاته الصيدلانية. و منها بيانات تتعلق بكيفية استعمالها ،و آثارها الجانبية ،و مدة الصلاحية، و الاحتياطات اللازمة لتخزينها....<sup>1</sup>

هذا ما تؤكد محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها، من ذلك قرارها الصادر بتاريخ 03 جويلية 1985 حيث قضت بـ : "مسؤولية شركة Dantone المتخصصة في بيع الأجهزة المعلوماتية ،و إلزامها بتعويض المشتري عما لحقه من أضرار بسبب إخلالها بالالتزام بالإعلام و النصيحة، الذي كان يوجب عليها تحديد احتياجات المشتري ،و اختيار الجهاز المناسب لإشباع هذه الحاجات"<sup>2</sup>.

### ثانيا - الالتزام بالإعلام التزام تعاقدي :

يذهب الاتجاه الغالب لدى الفقه إلى القول بأن الالتزام بالإعلام التزام ناشئ عن العقد و مرتبط به. و من ثم فهو التزام تعاقدي، حتى و لو كان الوفاء به في بعض الحالات يتم في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو أثناء إبرامه. و يستند أنصار هذا الرأي لتدعيم وجهة نظرهم على الأسانيد التالية:

- عندما يقدم المشتري على شراء شيء ،ينتظر من البائع البيانات اللازمة عن هذا الشيء و مدى ملائمة لإشباع رغباته و تحقيق احتياجاته. و من ثم تدرج

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص137.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق، ص 139.

هذه البيانات أو النصائح في العلاقة العقدية ، و أي خطأ فيها لا يمكن فصله عن العقد و لا يكون إلا عقدياً.

- كافة البيانات المتعلقة بالشيء المبيع هي من طبيعة عقدية، و لا يوجد بيانات سابقة على التعاقد و أخرى لاحقة عليه، لصعوبة التمييز بينهما من الناحية الموضوعية و العملية<sup>1</sup>.

و قد استند أصحاب هذا الاتجاه إلى العديد من الأحكام القضائية التي قررت الطبيعة العقدية للالتزام بالإعلام. من بينها ما ذهبت إليه الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار سبقت الإشارة إليه، في القضية المتعلقة بالمادة اللاصقة للأرضيات، و التي أدى استعمالها إلى وفاة والد و إصابة الابن، بعد أن استعمل الأب هذه المادة، نشب على إثره حريق ضخم إثر إشعال الابن لسيجارة يعود ثقاب. فقضت المحكمة بمسؤولية الصانع العقدية عن الأضرار التي لحقت بمستعمل هذه المادة.

و ما قررته أيضا الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية كذلك في قرارها الصادر في 25 أكتوبر 1994 من أنه: "يقع على عاتق البائع المهني للأجهزة المعلوماتية المتطورة و المعقدة، تجاه عميله قليل الخبرة في هذا المجال التزام عقدي بالإعلام"<sup>2</sup>.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الأستاذ عبد المنعم موسى إبراهيم ، يرى أن الالتزام بالإعلام قد يكون قبل تعاقدية ، فيكون عاما في شأن كل عقود الاستهلاك، بحيث يهدف إلى تنوير رضاء المستهلك ، و قد يكون عقدي ينشأ بمناسبة كل عقد على حدة في حدود ما يقتضيه ذلك العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - مرفت عبد المنعم صادق ، المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق، ص 148.

<sup>3</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2007. ص 370.

## الفقرة الثانية: طبيعة الالتزام بالإعلام من حيث كونه التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل عناية .

لقد اختلف الفقه و القضاء حول طبيعة هذا الالتزام، فذهب البعض إلى أنه التزام بوسيلة، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه التزام بتحقيق نتيجة لذلك نتعرض في هذا المقام لحجج كل منهما، لمعرفة و بيان مدى ما يبذله المدين بهذا الالتزام من جهد في سبيل الوفاء به على الوجه الأكمل، بمعنى آخر هل على هذا المدين التزام ببذل جهد معين في سبيل تنفيذه لهذا الالتزام، و لا يسأل عن النتيجة المنتظرة، أم هو ملزم بتحقيق نتيجة.

### أولاً - الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة :

ذهب جانب من الفقه إلى أن الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عناية، ذلك لأنه وسيلة لضمان سلامة المستهلك. و من ثم فإن اعتباره التزاما ببذل عناية يؤدي إلى تفرغ الالتزام بالسلامة من مضمونه، و جعله عديم الجدوى. لأن المدين بأي التزام عليه أن يبذل في تنفيذه العناية الواجبة، سواء وجد التزام بالسلامة أو لم يوجد<sup>1</sup>.

كما و أن اعتباره التزاما بتحقيق نتيجة يحقق مزايا عديدة، من بينها توحيد القواعد التي تحكم المسؤولية عن أضرار المنتجات الصناعية سواء كانت هذه الأضرار ناتجة عن وجود عيب فيها، أم عما يكتنفها من مخاطر كامنة فيها<sup>2</sup>. و من ثم فإن القول بأنه التزام ببذل عناية يؤدي على تغاير الأحكام التي تطبق على الأضرار الناشئة من المنتجات، بحيث يتم تعويض ما

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة ، المرجع السابق، ص65.

<sup>2</sup> - حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق، ص 171.

ينشأ عنها من عيوب الشيء في إطار مسؤولية موضوعية، حين لا يعوّض ما يكون منها ناتجا عن الخطورة الكامنة في الشيء إلا على أساس المسؤولية الخطئية<sup>1</sup>.

و قد استند هذا الاتجاه الفقهي إلى جانب من الأحكام القضائية، التي اعتبرت أن الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة، من ذلك ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 05 ماي 1959 من مسؤولية شركة Cadoricin المتخصصة في بيع الدواء، عما أصاب المشتري من حساسية بسبب استعماله للدواء الذي باعته له، دون حث انتباهه إلى ما يجب اتخاذه من احتياطات لتجنبها. و قررت المحكمة أن: " هذه الشركة نظرا لتخصصها و نشاطها المهني، لا يمكن أن تحتج بجهلها لما قد ينتج عن هذا الدواء من مخاطر"<sup>2</sup>.

غير أن هذا الرأي كان محلا للنقد من قبل الفقه، لأنه و فيما يتعلق بأن اعتبار الالتزام بالإفشاء التزاما بتحقيق نتيجة، هو وحده الذي يجعل هذا الالتزام ذا جدوى، فهذا القول محل نظر لسببين، يتمثل أولهما في استحداث هذا القول لمعيار جديد لتحديد طبيعة الالتزام التعاقدى مستمد من جدواه بالنسبة للدائن. في حين أن الفقه و القضاء حدد معايير أخرى تتمثل في درجة الاحتمال التي تناسب النتيجة المطلوبة، و الدور الذي يلعبه الدائن في تحقق هذه النتيجة، و هو ما يتوافر في الالتزام بالإعلام<sup>3</sup>.

كما و أن القول بأن اعتبار الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة، يؤدي إلى توحيد القواعد التي تحكم المسؤولية الناشئة عن أضرار المنتجات، سواء

<sup>1</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص67.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 173.

<sup>3</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص65.



بسبب وجود عيب فيها أو بسبب خطورتها، تبدو حجتهم غير مقنعة لأنه ليس هناك من سبب يدعو لإخضاع نوعي الضرر الناشئ عن حراسة الأشياء أو عن خطورة المبيع لقواعد محددة من حيث تعويضه، حيث أن المنتج في حالة الضرر الأول الناتج عن عيوب المبيع، في استطاعته الحيلولة دون وقوعه بالعمل بجديّة على طرح منتجات خالية من أي عيب فإن لم يقم بذلك ثبت خطأه، ويكفي إثبات أن الضرر نتج عن عيوب المبيع، أما في حالة الضرر الناتج عن خطورة المبيع فإنه مهما أدلى به من بيانات و تحذيرات للمستهلك ، فلا يضمن فهم المستهلك لها من عدمه، و خاصة مدى احترامه لها، و من ثم لا تقوم مسؤوليته في هذه الحالة إلا بإقامة الدليل على خطئه في تنفيذ ما التزم به<sup>1</sup>.

### ثانيا - الالتزام بالإعلام بالتزام ببذل عناية :

يذهب الرأي الراجح لدى الفقه و القضاء، إلى أن الالتزام بالإعلام بالتزام ببذل عناية. لأنه من ناحية يستجمع شرائط الالتزام ببذل عناية المتمثلة في كون النتيجة المطلوبة من الالتزام احتمالية و ليست مؤكدة الوقوع، كون أن للدائن دور في تحقيق هذه النتيجة أو منعها. و من ناحية أخرى فإن القضاء و الفقه يجريان على تأكيد هذا المعنى، إما بشكل مباشر، و إما عن طريق تطلب الخطأ لقيام المسؤولية عن الإخلال بهذا الالتزام<sup>2</sup>.

و من ثم فعندما تكون النتيجة المبتغاة من الالتزام نتيجة احتمالية، فإنه يتعين افتراض أن نية الطرفين قد اتجهت إلى عدم ضمان المدين لهذه النتيجة،

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 175.

<sup>2</sup> - جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المباعة، المرجع السابق، ص 70.

لأن اعتبارات العدالة تأبى أن يتحمل المدين نتيجة لا يمكنه السيطرة عليها، أو التأكد من تحقيقها بسبب ما يكتنفها من احتمالات.

و كذلك عند ما يكون للدائن دور إيجابي في تنفيذ الالتزام، و عندما يكون حرا في حركته، و تصرفاته، يكون التزام المدين ببذل عناية. أما إذا كان دور الدائن سلبيا و يخضع لتوجيهات المدين، فإن التزام المدين في هذه الحالة يتجه نحو الالتزام بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>.

و من الأحكام القضائية التي قضت صراحة بأن الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية، ما ذهبت إليه الدائرة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بالقول أنه: "إذا كان من الثابت أن شركة Fechet - Blauch المتخصصة في بيع أجهزة الإنذارات ضد السرقة قد عرضت على شركة Dicorop المشتري، و التي كانت تريد جهازا لحماية مستودعها من السرقة، جهازا إلكترونيا للإنذار و المراقبة مكون من أربع رادارات. رأت الشركة البائعة كفايتها لتحقيق الأمان المطلوب و الحماية الكافية. و أن الشركة المشتري رفضت هذا العرض و رفضت تركيب جهاز إشارات الإنذار، و قبلت جهازا آخر أقل تكلفة، فإنه لا يمكن اللوم على محكمة الاستئناف برفضها طلب التعويض الذي تقدمت به الشركة المشتري، ضد الشركة البائعة، استنادا لإخلالها بالالتزام بالإعلام، حيث أن الشركة البائعة لا يمكن أن تلتزم في هذا الصدد بتحقيق نتيجة"<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص162.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : جابر محبوب علي: ضمان السلامة في الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعيّة المبيعة، المرجع السابق، ص75.

كذلك ما قضت به الدائرة المدنية لذات المحكمة بتاريخ 25 أفريل 1985 من أن: "الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق الصانع لا يهدف إلى تحميله النتيجة المطلوبة"<sup>1</sup>.

كما أن هناك قرارات قضائية تدل ضمناً على كون الالتزام بالإعلام التزاماً بوسيلة، حيث تطلبت توافر الخطأ لقيام مسؤولية المنتج أو البائع، من ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 13 ماي 1986 من: "مسؤولية شركة متخصصة في بيع مواد عازلة للحرارة، و إلزامها بتعويض الأضرار التي أصابت المشتري، و التي تمثلت في انهيار المصنع الذي استخدم في بنائه هذه المادة بالرغم من أنه لم يمس على إنشاءه سوى ستة أشهر، نتيجة نشوب حريق ضخم في هذا المصنع، ساعدت هذه المادة على انتشار الحريق فيه. و كانت الشركة البائعة قد ذكرت أنها عازل جيد للحرارة و قابلة للانطفاء تلقائياً، و لم توضح في نشرة استخدامها أنها شديدة القابلية للاشتعال"<sup>2</sup>.

و أيضاً ما قضت به الدائرة المدنية الثانية لذات المحكمة، تأييداً لحكم محكمة الاستئناف: "بعدم إسناد أي خطأ لمنتج المواد الكيماوية، بصدد التزامه بالإعلام بخطورة هذه المواد، حيث أنه قد وضع ملصقات على العبوة التي تحمل المادة الكيماوية تحوي مكونات هذه المادة بأرقامها، وفقاً للمواصفات القياسية الخاصة بالمواد الخطرة و القابلة للاشتعال"<sup>3</sup>.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك رأي في الفقه يذهب إلى أنه لا يمكن القطع بأنه التزام بتحقيق نتيجة بالمعنى الحرفي. أي التزام المدين بتحقيق نتيجة معينة، و قيام مسؤوليته بدون خطأ في كافة الحالات. و كذلك لا يمكن

1 - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص166.

2 - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد: المرجع السابق، ص 168.

3 - مقتبس عن : حمدي أحمد سعد: المرجع السابق، ص170.

الجزم بأنه التزام ببذل عناية، بكل ما يتطلبه التزام المدين ببذل عناية، كوجوب إثبات خطأ في جانب المدين لقيام المسؤولية. وإنما هو التزام أقوى من الالتزام ببذل عناية حيث هناك أمورا يجب على المدين القيام بها، وأقل من الالتزام بتحقيق نتيجة حيث هناك أمورا لا تدخل تحت سيطرة المدين، بل يترك الأمر فيها للدائن. و من ثم فإنه كما يرى جانب من الفقه التزام بتحقيق نتيجة مخفف فيرى هذا الاتجاه أنه و فيما يتعلق بمدى التزام المدين بنقل بيانات معينة إلى الدائن، هو التزام مادي بنقل معلومات. ومن ثم فهو التزام بتحقيق نتيجة مخففة على الأقل<sup>1</sup>.

و هذا ما يستفاد ضمنا من خلال بعض الأحكام القضائية، و منها على سبيل المثال ما قضت به الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 4 أبريل 1991 من: "مسؤولية شركة Hens Cargil التي أوصت مربيا للدواجن ضمن برنامج التربية الذي وضعته له، باستعمال مادة Formaldegen لتطهير أماكن التربية، عما لحق هذا المربي من أضرار بسبب نشوب حريق ضخم في هذه الأماكن بسبب قابلية هذه المادة للاشتعال، و هو ما لم تحت الشركة انتباه المربي إليه، و لم توضح له ما قد ينتج عن هذه المادة من مخاطر"<sup>2</sup>.

و فيما يتعلق بالتزام المدين بفهم الدائن لما يلي له به من معلومات و تحصيله لها. فإن الأمر يتطلب من المدين اختيار من بين وسائل تنفيذ الالتزام بالإعلام الوسيلة الملائمة التي يستطيع بها الدائن فهم ما يدلى به من بيانات، و لكن التزام المدين في هذا الصدد التزام بوسيلة. أما بخصوص التزام المدين باستعمال الدائن لما يدلى له به من بيانات استعمالا صحيحا، فإن هذا الالتزام لا

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 177.

<sup>2</sup> - مقتبس عن: حمدي أحمد سعد، المرجع السابق، ص 179.

يدخل ضمن التزام المدين بالإعلام لأن تنفيذه يعتمد على الناحية الباطنية للدائن نفسه. حيث يبقى الدائن في هذه الحالة حراً في استعمال هذه البيانات من عدمه<sup>1</sup>. و يذهب جانب من الفقه إلى أن ثمة عوامل مختلفة تساهم في توجيه الالتزام بالإعلام نحو كونه التزاماً بتحقيق نتيجة. فمن ناحية يعتبر الضرر قرينة كافية على وجود الخطأ الذي سببه، أو بدلاً من تحمل المضرور إثبات الخطأ في جانب البائع، يجب أن يسعى البائع لإثبات براءته مما ينسب إليه من خطأ، دل عليه الضرر الحادث. و من ناحية أخرى تقوم مسؤولية البائع إذا لم تتحقق رغبات المشتري من شراء الشيء المبيع، فإذا لم يحصل المشتري على ما كان ينتظره من نتائج و ما كان يريد تحقيقه من أهداف من شراء هذا الشيء، بالرغم من خلوه من أي عيب و مطابقته لطلب المشتري، فإن القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه يعتبر هذا قرينة على ثبوت خطأ في جانب البائع، و نقص ما أدلى به من معلومات<sup>2</sup>.

و يبدو بالنسبة للمشرع الجزائري أن التزام المحترف بالإعلام تجاه المستهلك هو التزام بتحقيق نتيجة. و هذا ما يستشف من الفقرة الثانية من المادة 3 من القانون رقم 89-02 حيث نصت على وجوب أن يستجيب المنتج و / أو الخدمة للرغبات المشروعة للاستهلاك.

## المبحث الثاني

### حسن النية في تنفيذ العقد .

من سمات المبادئ العامة في القانون أنها تحقق مرونة القاعدة القانونية، بما يتوافق و المطالب الاقتصادية و الاجتماعية التي قد تستجد . بحيث يبقى

<sup>1</sup> - محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ في المجال الطبي، المرجع السابق ، ص 82.  
<sup>2</sup> - حمدي أحمد سعد ، المرجع السابق ص 183.

القانون مع هذه المستجدات حيا . و من بين هذه المبادئ مبدأ حسن النية ، الذي يعتبر عاملا جوهريا تقوم عليه العلاقات التي تنشأ بين الأفراد .  
غير أنه و بالرغم من أن أغلب التشريعات قد أخذت به كمبدأ عام، إلا أنه ما زال مع ذلك مبدأ يحيط به الغموض من كل جانب . لذلك سنلقي الضوء بداية على مفهوم هذا المبدأ ( مطلب أول) ، فمظاهره في تنفيذ العقد ( مطلب ثاني).

## المطلب الأول

### مفهوم مبدأ حسن النية .

لما كان مبدأ حسن النية من المبادئ التي يشتد حولها الخلاف و تتباين بصدها الآراء ، فإن مختلف التشريعات التي أخذت به لم تتعرض لمضمونه ، بل تركت هذه المهمة للفقهاء و القضاة . و من ثمة فمن الأهمية في هذا المقام أن نتعرض لتعريف المبدأ ( فرع أول) ، فخصائصه ( فرع ثاني ) ، إلى أن ننتهي إلى أساس المبدأ ( فرع ثالث).

### الفرع الأول: تعريف مبدأ حسن النية.

تلعب النية دورا كبيرا في تحديد مفهوم هذا المبدأ ، لذلك فقد كان من الصعوبة وضع تعريف محدد و دقيق له ، ذلك أن النية في جوهرها فكرة أخلاقية، و دينية ، و اجتماعية، يصعب في بعض الأحيان ترتيب آثار قانونية

عليها، لدى فمن الأهمية في هذا المقام أن نتعرض لمدلول المبدأ (فقرة أولى)، ثم لمعايير حسن النية (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: مدلول مبدأ حسن النية .

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها تشريع العقد، و قد أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 107 ق.م.ج<sup>1</sup>. كمبدأ عام يحكم تنفيذ العقد.

غير أن مختلف النظم القانونية التي أخذت به كمبدأ عام، تجنبت وضع تعريف له نظرا لكونه فكرة مرنة و معقدة، بينما تصدى الفقه و القضاء لهذه المهمة. إلا أن هذين الأخيرين انقسما في هذا الشأن إلى قسمين: قسم يرى أنه من اليسير وضع تعريف لهذا المبدأ، ذلك أنه و على حد وصف بعضهم: "عبارة محيرة، و من الأفضل ترك تعريفه للقانونيين و القضاة، ليتولوا ذلك بحسب ما تتطلب الظروف و الأزمان"<sup>2</sup>.

أما القسم الثاني فقد حاول وضع تعريف محدد و دقيق له، إلا أنه و كما يبدو لم يتوصلوا إلى تعريف موحد، فانقسموا إلى اتجاهات عدة :

فذهب رأي إلى فصل المبدأ عن قواعد الأخلاق، على اعتبار أنها قواعد مثالية لا تترتب عليها آثار قانونية. فأعطوا له معنا قانونيا، بالقول أنه: " قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون". و يقول أصحاب هذا التعريف في تبريرهم له، أنه يتعين التمييز بين قصد الالتزام و الالتزام في ذاته. فقد يقصد الشخص احترام القانون، و مع ذلك تقع منه المخالفة. إما لعدم إدراكه لكل حقائق الموضوع، و إما لجهله بأحكام القانون، و إما لأنه لم يتخذ كل ما يلزم

<sup>1</sup> - تقابلها المادة : 1134 ق.م.ف ، و المادة 148 ق.م.ج.  
<sup>2</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص121.

من احتياطات. فقصد الالتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لها الالتزام. و  
الترام حدود القانون لا يتعارض مع استغلال الشخص للثغرات الموجودة في  
القانون، و التي تسمح له بالحصول على مزايا على حساب غيره، أو تؤدي إلى  
ضياها منه بسبب حصوله هو عليها، و كل ذلك نتيجة انفصال حسن النية في  
القانون عن حسن النية في الأخلاق، فالأخلاق لا تسمح باقتناص فرصة أو شكت  
أن تتحقق للغير، بينما القانون يسمح بها، طالما أن ذلك يتم في حدود أحكامه، و  
قد تبنت محكمة النقض المصرية هذا التعريف بتاريخ 13 ماي سنة 1954  
بالقول أن: "التواطؤ لا يعبر عن سوء نية الشخص"<sup>1</sup>.

إلا أن هذا التعريف انتقده الفقه، لأنه يجعل من الالتزام بالحدود التي  
رسمها القانون مسألة شخصية بحتة، مما قد يؤدي إلى صعوبة الكشف عنها،  
كما و أنه يفصل بين القانون و الأخلاق، في الوقت الذي لا يمكن فيه إنكار  
وجود البعد الأخلاقي في قواعد القانون بشكل عام، و قواعد حسن النية بشكل  
خاص<sup>2</sup>.

بينما ذهب Cornu إلى القول بأن المبدأ، له معنيين، أولهما  
نفسى و هو: "الاعتقاد الخاطئ لكن الصادق، بوجود وضع قانوني مألوف،  
و الثاني أخلاقي هو: "التصرف النزيه الذي يتطلبه تنفيذ الالتزام".  
و هذا التعريف أيضا منتقد، ذلك أنه و بعيدا عن كون المبدأ مجرد اعتقاد  
خاطئ، فإنه يفرض موقفا إيجابيا من المتعاقد<sup>3</sup>.

في حين نجد أن محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 29 جانفي  
1948 قد تبنت تعريفا آخر أتى به الفقه، يذهب للقول أن حسن النية هو :

<sup>1</sup> - مقتبس عن : شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 127.

<sup>2</sup> - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 21؛ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 126.

<sup>3</sup> - Ph . LE TOURNEAU, bonne foi, répertoire de droit civil, Tome III, 1999, p.1.



"الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب الشارع على العلم بها أثرا قانونيا، كمن يتلقى حقا و هو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفة، سواءا أكان هذا العلم بسيطا أم في صورة تواطؤ. فيرتكز هذا التعريف أيضا على كون حسن النية حالة سلبية في الشخص، و لكنه يذهب إلى أبعد من هذا الحد بالقول أنه لا يمثل موقفا إراديا عمديا، لأنه ليس قصدا و إنما حالة ذهنية تتصل بعنصر العلم<sup>1</sup>.

و ثمة رأي آخر يقول أن حسن النية هو: "إرادة مطاوعة القانون"<sup>2</sup>. و في نفس السياق برز اتجاه آخر يعتمد على تحليل مصطلح حسن النية لبيان المقصود به، فيقول أن النية هي: "القصد و عزم القلب على شيء معين، و من ثم فهي إرادة باطنة، طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني معين. يتم الاستدلال عليها بطريقة غير مباشرة، عندما يلاسبها تصرف خارجي للشخص. و تصبح للنية أهمية في التصرفات عندما يقرر القانون تحديد وصف و آثار تصرف معين في ضوء حسن النية و سوءها، و من ثم فإن النية إذا ظلت مستترة في نفس صاحبها دون أن تظهر إلى العالم الخارجي بعلامات و قرائن خارجية، فإن القانون لا يعبوؤها و لا يرتب عليها أثرا".

أما عن الحسن و السوء، فيقول: "أنها عبارة عن أحكام اجتماعية ترتبط بالقيم السائدة في مجتمع معين، هذه القيم تنبع من القواعد و النواميس التي تسود المجتمع في عصر من العصور، و يمكن تحديد الحسن في الأمانة و الاستقامة و النزاهة، و السوء في الخيانة و الغش و الكذب و الغدر و الرياء و الظلم"، و على ذلك يكون الشخص حسن النية إذا هو سلك الطرق السوية في

<sup>1</sup> - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 129.

<sup>2</sup> - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 128.

تصرفاته، و التي تتمثل في الأمانة و بابها، و يكون سيئ النية إذا هو سلك الطرق غير السوية التي تتمثل في الخيانة و بابها<sup>1</sup>.

بيد أن ما يأخذ على هذين التعريفين أنه بدل أن يحددا المقصود بحسن النية، دخلا في متاهات تحديد الفرق بين النية و الإرادة الباطنة و الظاهرة<sup>2</sup>.

هذا و برز اتجاه آخر يقول أن حسن النية هو: "الغلط المبرر المشروع، والذي لا يكون إلا بانتفاء أي خطأ من جانب الغير". و المقصود هنا هو الخطأ القانوني الذي تقوم به المسؤولية المدنية، و هو يشمل الخطأ العمدي و الخطأ غير العمدي، و بالتالي يعد سيئ النية ليس فقط من يقصد الإضرار بالغير، و إنما كذلك من يصيب الغير بضرر نتيجة إهماله و عدم احتياظه. و باختصار يرى هذا الجانب من الفقه أن حسن النية هو عبارة عن الغلط المبرر المشروع، و هو كذلك إن اتصف سلوكه الخطأ بنوعيه العمدي و غير العمدي، لأن الجهل المبني على الإهمال يدخل في نطاق سوء النية و ليس حسنها.

إلا أن ما يؤخذ على هذا التعريف أيضا، كون أنه ينظر لحسن النية على أنه موقف سلبي، و هذا ما يخالف واقع هذا المبدأ الذي يتعدى كونه موقفا سلبيا، لأنه يتطلب من المتعاقد مواقف تتسم بالإيجابية، أي أنه يتطلب سلوكا و لسبب امتناعا عن سلوك فقط<sup>3</sup>.

---

1 - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 20؛ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 133.  
2 - و في هذا السياق نجد أن البعض يرى أن الفرق بين النية و الإرادة، أن الأولى هي ما انطوت عليه النفس، في حين أن الإرادة هي ما ظهر إلى العالم الخارجي، و بعبارة أخرى أن النية هي الإرادة الباطنة. أما الإرادة فهي الظاهرة، و ثمة رأي آخر يرى أنهما لفظان متماثلان لهما مدلول واحد، و لا محل للفرقة بينهما إلا إذا اقترن أي منهما بلفظ ظاهرة أو باطنة. و أخيرا يذهب رأي آخر للقول أن النية ذات طبيعة ذاتية بحتة، و هي قرار غير متجه إلى شخص آخر، بينما الإرادة، و إن كانت ظاهرة نفسية بحسب الأصل، إلا أنها يجب أن تكون ظاهرة للعالم الخارجي، أي لا بد من التعبير عنها لكي تترتب عليها آثار قانونية. مما يعني أن النية ليست إرادة باطنة، إلا أن الذي يحصل أن المتعاقد قد لا يفلح في التعبير عنها، من هنا جاء التفريق بين الإرادة الظاهرة و الإرادة الباطنة، و إلا فإن التسليم بغير هذا يعني أن الشخص له إرادتين و هذا ما لا يتصوره العقل أبدا. انظر عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، المرجع السابق، ص 66؛ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 136.  
3 - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 129.

في حين عرفه البعض بأنه:" توخي الأمانة و شرف التعامل و الإخلاص في تنفيذ الالتزام"<sup>1</sup>. و يضيف بعض الفقه قائلًا أنه إن كان دور القاضي أن يمنع التدليس في تكوين العقد، فإنه أيضا يمنع الغش في تنفيذه، و التدليس و الغش شيء واحد يتخذ اسمين مختلفين، فهو تدليس عند تكوين العقد، و هو غش عند تنفيذه.

غير أن الانتقاد الذي وجه لهذا الرأي استعماله لألفاظ واسعة الدلالة، تتعدى حسن النية إلى معان أخرى<sup>2</sup>.

و يذهب عبد الحكم فوده بدوره إلى وضع تعريف للمبدأ بالقول أنه:"تلك النية الصادقة الخالية من الغدر و الخداع أو القصد السيئ، فهي النية الصادقة الصريحة الحسنة المضادة لسوء النية، و الغش أو الرغبة في الإضرار بالغير. و بصفة عامة فإن المبدأ يعبر عن كل إحساس بالأمانة و استقامة الضمير". و هذا التعريف أيضا منتقد لأنه أغفل خصائص مبدأ حسن النية<sup>3</sup>.

كما و عبر عنه آخرون بالقول أنه:"الاستقامة و النزاهة و مراعاة ما يجب أن يكون من إخلاص في تنفيذ ما التزم به المتعاقد". كما يصوره بعضهم في عبارات أخرى بالقول أنه:" تصوير لتلك النوايا الخالية من الصرامة و العنف". و الحقيقة أن هذه العبارات البراقة يعييبها أنها تتسم بعدم التحديد و عدم الوضوح، كما أنها تشير إلى الآثار التي تترتب على حسن النية أو الغاية المقصودة منه، دون تحديد لماهية مبدأ حسن النية ذاته<sup>4</sup>.

---

1 - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 373.  
2 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 512.  
3 - عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، المرجع السابق، ص 153.  
4 - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 25.

نخلص في الأخير إلى أن التعريفات التي أوردتها الفقه و تبناها القضاء أحيانا، لم تسلم من النقد، فهناك من فصل المبدأ عن معناه الأخلاقي، و أعطاه معنى قانونيا، في حين أنه يبقى مفهوما مشبعا بالأخلاق. بينما ذهب آخرون للدخول في متاهات تحديد الفرق بين النية و الإرادة الباطنة من جهة، و الإرادة الظاهرة من جهة أخرى . و ركز جانب آخر على اعتباره موقفا سلبيا. بينما نجد أن المبدأ يتطلب أيضا موقفا إيجابيا من المتعاقد، مما ينتهي بنا إلى صعوبة وضع تعريف شامل و دقيق لحسن النية، و السبب في ذلك يرجع لمرونة مفهومه بالدرجة الأولى، ذلك أن مضمونه يتغير من زمان إلى زمان و من مكان إلى آخر.

و تجدر الإشارة إلى تميّز مبدأ حسن النية عن نظرية التعسف في استعمال الحق، فحسن النية في هذه النظرية هو معيار لتوافر حالة استعمال الحق الاستعمال المشروع، مما يعني أن الإخلال بحسن النية في استعمال الحق يؤدي إلى قيام حالة التعسف في استعماله. أي أن عدم التعسف في استعمال الحق يقع ضمن مقتضيات حسن النية<sup>1</sup>. و قد استقر قضاء محكمة النقض الفرنسية على أن التعسف الذي يقع في تنفيذ الالتزامات العقدية يرتب مسؤولية تقصيرية، و يلزم المتعسف بدفع التعويض المترتب عن المسؤولية التقصيرية<sup>2</sup>. أما الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يترتب عنه قيام المسؤولية العقدية. لذلك فإن تنفيذ العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية يغني في بعض الأحوال عن الالتجاء إلى نظرية التعسف في استعمال الحق إذ أن المتعاقد الذي يحيد عن حسن النية في المطالبة بحقه يكون مسؤولا على أساس المسؤولية

<sup>1</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص 251.

<sup>2</sup> - علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 225.

العقدية، لإخلاله بالتزامه العقدي من وجوب مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد، قبل أن يكون مسؤولاً على أساس المسؤولية التقصيرية للتعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>. هذا وتؤكد محكمة النقض الفرنسية في قرار لها بتاريخ 4 أبريل 1991 بأن: "تقييم حسن النية و سوءها مسألة واقع، تخص السلطة السيادية للقاضي، فلا يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض"<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: معايير حسن النية.

ما نستشفه من خلال التعريفات السابقة للمبدأ أن هناك معيارين لتقدير

حسن النية لدى المتعاقد من عدمها و هي كآآتي:

#### أولاً - المعيار الشخصي أو الذاتي :

و قوام هذا المعيار نفسية المتعاقد. و وفقاً لذلك فإن فكرة حسن النية تنذبذب بين أمور أربعة هي: الجهل و الغلط، و انتفاء الغش و نية الإضرار. أي أن الشخص يعد حسن النية في هذه الحالات مع توفر شروط أخرى، إذا تصرف و هو يجهل حقيقة معينة، أو إذا تصرف و هو واقع في غلط، أو أنه تصرف بغير غش، أو بغير إضرار بالغير.

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 513 .

<sup>2</sup> - Ph. LE TOURNEAU., bonne foi, op.cit. p3.

ففي الحالتين الأولى و الثانية، يقال أن الشخص حسن النية إذا وقع في غلط، أو جهل العيوب التي تجعل تصرفه عملا ناقصا لا يقره القانون، أو لا يجعل منه سببا كافيا لترتيب آثاره القانونية. و في الحالتين الثالثة و الرابعة يقال أن الشخص حسن النية أيضا، إذا لم تشب سلوكه شائبة من غش أو إضرار بالغير<sup>1</sup>.

و عليه فإن القاضي وفقا للمعيار الشخصي يرجع إلى سلوك كل من المتعاقدين، و يتجرد من الظروف و الملابس الخارجية للنشاط الذي قام به الشخص، ليقرر ما إذا سلك الشخص السلوك السوي أم لا.

و قد أخذ المشرع الفرنسي بهذا المعيار<sup>2</sup>. كما و أخذ به فريق من الفقه و القضاء الفرنسيين، هذا و تأخذ محكمة النقض الفرنسية بمفهوم واسع لفكرة حسن النية مفضلة الجانب الشخصي، حيث تستعمل عبارات تدل عليه مثل: "الجهل المغتفر" و " الاعتقاد الخاطئ"<sup>3</sup>.

و بخصوص التشريع المصري فقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه : "إذا تعين مضمون العقد و جب تنفيذه على وجه يتفق مع ما يفرضه حسن النية، و ما يقتضيه العرف في شرف التعامل، و بهذا يجمع المشروع بين معيارين، أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد ... و الآخر مادي يعتد بعرف التعامل..." غير أن المعيار الثاني الخاص بنزاهة التعامل حذف من

<sup>1</sup> - محمد محمد مصباح القاضي ، المرجع السابق، ص 23.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 511.  
<sup>3</sup> - و قد أخذت محكمة استئناف "فرساي" بفرنسا بهذا المعيار، لتقدير حسن النية في إبرام العقد في حكمها الصادر عن الدائرة الأولى في 26 سبتمبر 1989، فأيدت حكم محكمة "نانتير" الابتدائية الصادر عن الدائرة الأولى في أول جوان 1988، حيث قضت المحكمة أن حسن نية مشيد البناء يتطلب كما هو معروف تقليديا، أنه بجهل وقت التشييد أن الأرض يمتلكها الغير، و هو ما يتفق بصفة عامة مع الحالة التي يجهل فيها المشتري عيوب سند الملكية، كما و أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 16 فبراير سنة 1861 في قضية "ليزارد" الشهيرة، التي استخدمت فيها المحكمة لأول مرة تعبير "حسن النية"، فذكرت أنه يكفي لصحة العقد أن يكون المتعاقد الفرنسي قد تعاقد بدون خفة و بغير رعونة و بحسن نية. و أضافت بقولها "ما يعني أنهم قد تصرفوا بكامل حسن نيتهم، فاعتمد القضاء الفرنسي في هذا القرار أيضا على المعيار الشخصي لتقدير حسن النية في إبرام العقد. محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص24.

المشروع النهائي. و تم الإبقاء على المعيار الذاتي فقط. و قد ذكرت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ في تقريرها من أنها حذفت العبارة التي تقرر المعيار المادي، لأن في عموم تعبير حسن النية و هو المعيار الذاتي ما يغني عنها<sup>1</sup>.

و في تعليقه على هذه المذكرة الإيضاحية يذهب الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، إلى أن المعيار الذاتي لا يغني عن المعيار المادي، الأمر الذي يعني أن المشرع المصري قد اقتصر في نص المادة 148 ق.م.م على المعيار الذاتي لتقدير حسن النية<sup>2</sup>.

غير أن ما يؤخذ على هذا المعيار أنه يجعل فكرة حسن النية تتصف بعدم الثبات، لارتباطها بنية المخاطب بها. كما و أن ربط سوء النية بالخطأ الأخلاقي، يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة، إذ أن من يتعامل برعونة أو عدم احتياط يعد حسن النية و يستحق الحماية، و بذلك يعمل القانون على محاباة و مكافأة المهملين و ذوي الغفلة و المستهترين، ما يجرنا للحديث عن المعيار الموضوعي<sup>3</sup>.

## ثانيا - المعيار الموضوعي أو المادي :

أخذ به التقنين الألماني<sup>4</sup> و هو معيار الشخص العادي، فيفصل بين مبدأ حسن النية و نفسية المتعاقد. و يرفض المعيار الشخصي الذي قوامه الاعتقاد المخالف للحقيقة أو الجهل بالعيب. فهي حالات نفسية و داخلية خاصة بالإنسان، يصعب إقامة الدليل عليها أو إثبات عكسها، لدى لابد من اللجوء إلى المعيار

<sup>1</sup> - عبد الحكم فوده ، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، المرجع السابق، ص 611.

<sup>2</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 512.

<sup>3</sup> - محمد محمد مصباح القاضي ، المرجع السابق، ص 25.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 512.

الموضوعي، فنقيس سلوك الغير بسلوك الشخص المعتاد، أو ما يطلق عليه سلوك رب الأسرة الحريص، فإذا ثبت أنه تعمد التعامل مع العلم بالعيب، أو ثبت أنه لم يتخذ الحيطة و الحرص الذي يلتزم به الشخص المعتاد كان سيئ النية، و من ثم يحرم من الحماية القانونية المقررة<sup>1</sup>.

لهذا يرى أنصار هذا الاتجاه أن ربط حسن النية بالمعيار الذاتي، يجعل من المبدأ حالة نفسية و داخلية خاصة بالإنسان، و بالتالي يصعب إقامة الدليل عليها أو إثبات عكسها. و عليه فيتعين على القاضي تقدير حسن النية بالعودة إلى قيمة خارجية تسمو على الحالة النفسية الذاتية، تتخذ كمقياس العودة إلى العادات و إلى القاعدة الأخلاقية في التصرف، أو إلى ما يفرضه الحس السليم من ثوابت بديهية. و قد أخذت محكمة النقض الفرنسية في بعض قراراتها بالمفهوم الموضوعي لحسن النية، و من ذلك قرارها الصادر في 28 جانفي 1987<sup>2</sup>. كما و استعملت المحاكم الإنجليزية تعابير: الرجل المتبصر، الرجل الوسط، و الرجل العاقل<sup>3</sup>.

و أخيرا و وفقا للرأي الراجح فإنه يصعب الأخذ بمعيار واحد فقط، إذ أن كلا المعيارين يستعملان ألفاظ مختلفة. فالمعيار الشخصي يستعمل لفظ الجهل و الغلط بينما المعيار الموضوعي يستعمل لفظ العلم. و هذه الألفاظ إن كان يمكن أن تلتقي في بعض الظروف إلا أن التطابق بينهما غير كامل، فالجهل هو انتفاء العلم، بينما الغلط هو العلم بما يخالف الحقيقة. أما الخطأ فهو سلوك

<sup>1</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص129.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : محمد محمد مصباح القاضي ، المرجع السابق، ص29.

<sup>3</sup> - منذر الفضل، المرجع السابق، ص 279.

و جدير بالملاحظة أن تقدير حسن النية في القانون الروماني، كان يتم بطريقة موضوعية للغاية، و ذلك ليس وفقا للقدرة الشخصية للمدين أو الدائن، بل وفقا لما جرت عليه عادة الشخص العادي من شرفاء الناس. ففي صيغة دعوى حسن النية يلتزم القاضي بتقدير حسن النية وفقا لمعيار الرجل العادي من الشرفاء، و ما جرت عليه العادات و الأعراف التجارية دون الالتفات لحالة المدين. أو وفقا لمعيار الرجل العادي الذي ينفذ التزاماته بدقة، أو رب الأسرة الحريص. أحمد إبراهيم حسن ، أساس المسؤولية العقدية، بدون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص50.



معيب لمخالفته للصواب، و ما يجب أن يكون عليه الشخص المعتاد لمخالفته أحد الواجبات التي يلتزم بها هذا الشخص<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: خصائص مبدأ حسن النية .

يتميز مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد بعدة خصائص نذكر منها أنه:

أ- التزام يفرض على كلا طرفي العلاقة العقدية أثناء تنفيذ العقد: إذ أنه ليس

مفروضا على طرف دون آخر، بل أنه مفروض على كلاهما ، حيث يكون كل منهما دائنا بهذا الالتزام و مدينا في الوقت نفسه، لا فرق بين القوي و الضعيف، أو المهني المحترف و المستهلك إلا في الدرجة. و لكن ما يقتضيه هذا المبدأ من التزامات قد يختلف من طرف إلى آخر كل حسب حالته و موقعه و الملابسات التي تحيط به<sup>2</sup>.

ب - ذو طبيعة ذاتية : لأن الحسن وصف يلحق النية في تحركها الإرادي، و النية الخفية محلها مكامن الإنسان الذي لا يمكن الإطلاع عليه من قبل الآخرين. و من ثمة، فإن القانون يقيم لها وزنا، ففي فروع القانون المختلفة كثيرا ما نجد نفسنا مضطرين إلى البحث لا عن الإرادة في مظهرها الخارجي فحسب ،بل عن البواعث و الدوافع. و بالتالي يستحيل أن نصل إلى التقييم القانوني الصحيح إلا بالرجوع إلى النوايا و البواعث و الكشف عنها<sup>3</sup>.

ج - ذو مفهوم واسع، مما يجعل مضمونه يتغير من زمان إلى زمان، و من مكان إلى مكان، و هذا قد يؤدي إلى نتائج متباينة و متعارضة في التطبيق. إلا

<sup>1</sup> - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 30.

<sup>2</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص 178.

<sup>3</sup> - محمد محمد مصباح القاضي، المرجع السابق، ص 66.

أن الأخذ به يؤدي إلى مرونة القانون، و تمكنه من مواكبة المستجدات التي تطرأ في الحياة العملية بسبب التطورات الاقتصادية و الاجتماعية. و على ذلك فإن الاقتصار على النصوص الجامدة يؤدي إلى عرقلة حركة التجارة، و النمو الاقتصادي.

د- أنه مبدأ أخلاقي بحسب الأصل: لأنه يعني الأمانة و الثقة و النزاهة و التعاون<sup>1</sup>، و هي اعتبارات كلها أخلاقية. لذلك يرفض جانب من الفقه إدخاله في النظام القانوني. غير أن المجتمعات الإنسانية، كانت و لا تزال تعيش في ظل قواعد أخلاقية تكونت عبر أجيال من الثقافة و المعتقدات الدينية، فأصبحت هذه القواعد جزءا من حياتها و طابعا مميزا لها. و بالتالي فإن تأثير القانون بالأخلاق يزداد كلما تقدمت المدنية، حيث من الواجبات ما كانت في أول أمرها ذات طابع خلقي ثم صارت ذات طابع قانوني. و لاشك بأن القاعدة الخلقية عند انتقالها إلى مجال القانون تكسب سمة و فاعلية جديدة لم يكونا لها من قبل. فإذا كان لمبدأ حسن النية أصلا بعد أخلاقي، فهذا لا يعني بأنه مبدأ أخلاقي أو قاعدة أخلاقية، فهو نتيجة التحول إلى القاعدة القانونية يكتسب صفة العمومية، و التجريد، و الإلزامية المفروضة أحيانا تحت طائلة الجزاء. فالنظام القانوني يفرض احترام القاعدة القانونية، و الخضوع لها يغض النظر عن خلفيات هذا الخضوع، كما أن إلزاميتها تفرض إحلال الجزاء .

خلاصة القول أن الأصول و الأبعاد الأخلاقية لمبدأ حسن النية لا تقلل أو تضعف من شأن المبدأ، بل على العكس تماما فهي تكون سندا معززا له في التطبيق، نظرا لسهولة تقبله من قبل المتعاملين، و ارتياح القاضي في تطبيقه. لذلك فإن هذه الحجة واهية في عدم الأخذ بمبدأ حسن النية، و خصوصا في

<sup>1</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص 147.

وقتنا الحالي ،حيث أن القواعد الأخلاقية تتحكم إلى حد بعيد بالنصوص القانونية، مما يسمح بالقول بأن للقاعدة القانونية بعدا أخلاقيا يلتمسه الباحث و المحلل في كل زاوية من زوايا القانون<sup>1</sup>.

د - أن حسن النية مفترضة و على من يدعي سوء النية الإثبات: و بالتالي فإن فقهاء القانون قد وضعوا فكرة سامية عن الإنسان، على الرغم من تجارب القرون التي تشهد على دهاء الإنسان. غير أنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس. إلا أن قرينة حسن النية ليست مطلقة بل ترد عليها استثناءات. فمثلا في التزام البائع بضمان العيوب الخفية، تؤكد محكمة النقض الفرنسية بأنه عند الشك تغلب سوء النية. و هذا من خلال قرارين صادرين عنها الأول بتاريخ 04 أبريل 1991، و الثاني بتاريخ 29 مارس 1994<sup>2</sup>.

هـ - مبدأ عام يفرض نفسه في كل تعاقد: مع اختلاف في الدرجة من عقد لآخر. فهناك عقود تتطلب درجة عالية من الأمانة و الإخلاص و النزاهة كعقد التأمين مثلا.

فهو مبدأ أساسي يحكم تفسير العقد و تكملة أحكامه، يستخدم لتحديد الالتزامات العقدية. ففي هذا الإطار تظهر حسن النية كموجه للتفسير، فتكون قريبة من فكرة العدالة، إذ تسمح بتحديد مدى و طبيعة الالتزامات العقدية، أمام عقد غير مدون بصفة حسنة. إذ يمكن للقاضي البحث عن الإرادة المشتركة للأطراف دون التوقف عند المعنى الحرفي للألفاظ.

<sup>1</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص167.

<sup>2</sup> - ذلك أنه في نطاق ضمان العيوب الخفية نميز بين البائع سيئ النية الذي يعلم بالعيوب و لم يكشف عنه للمشتري، فيكون ملتزما فضلا عن رد الثمن بكافة التعويضات للمشتري، و البائع حسن النية الذي يجهل العيوب، فلا يكون مسئولا إلا عن رد الثمن الذي تلقاه، فضلا عن المصروفات التي تكبدها المشتري بسبب البيع.

- Ph. LE TOURNEAU ,bonne foi, op.cit. p 3

كما و يسترشد القاضي بأحكام العدالة لتحديد و تكملة مضمون العقد، و حتى و إن كان مبدأ حسن النية لا يظهر في هاته الترتيبات. إلا أن القضاء يتصرف كما لو أنها وردت بصفة ضمنية، و ذلك يربطها بالعدالة.

هذا و ترتبط حسن النية بروح العقد لضمان ديمومته، و بالتالي فتسمح بمراجعة العقد. إذا ما طرأت ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، جعلت تنفيذ الالتزام و إن لم يصبح مستحيلا فيه إرهاق شديد للمدين<sup>1</sup>.

و بناءا على ذلك نخلص إلى أن حسن النية ليست حالة فكرية مؤقتة، أو موقف ظرفي، بل هي تصرف دائم يحكم تصرف الأطراف بداية من تواصلهم إلى غاية إتمام العقد. لكن كلما كان الفاصل الزمني بين هاتين الفترتين طويلا، كلما عرفت حسن النية تغيرات و تحولات غير متوقعة، بالمحافظة على هويتها العميقة. فهي تشمل كل الأحداث و الوقائع التي تطرأ عند تنفيذ العقد<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: أساس مبدأ حسن النية .

حاول بعض الفقه إسناد مبدأ حسن النية إلى عدة مفاهيم، فمنهم من أرجعه لفكرة النظام العام ( فقرة أولى)، و منهم من أرجعه لفكرة العدالة (فقرة ثانية)، في حين ذهب البعض إلى القول أنه مفهوم مستقل ( فقرة ثالثة).

### الفقرة الأولى: فكرة النظام العام كأساس لمبدأ حسن النية .

<sup>1</sup> - و هذا هو مضمون نظرية الظروف الطارئة ، التي تعرضنا لها في المبحث الأول من الفصل الأول.  
<sup>2</sup> - Ph. LE TOURNEAU, Bonne foi, op.cit, p5.

إن فائدة النظام العام<sup>1</sup> المحافظة على الانسجام الاجتماعي، و بالتالي فهو من السعة بحيث يمكنه أن يستوعب مفهوم حسن النية. لذلك يذهب البعض إلى القول أن مبدأ حسن النية كقاعدة قانونية يعد من النظام العام، إذ أنه من غير المقبول استبعاد فكرة النظام العام من النظام القانوني الذي يحكم العقود، لأن وجوده ضمن النظام القانوني يؤدي إلى حماية المصالح العليا للمجتمع. و هذا يعني أنه و إن كان الالتزام بحسن نية مفروض بالقانون لصالح الأطراف المتعاقدة، فإن غاية المشرع من إقراره كقاعدة قانونية كانت متمثلة بحماية النظام العام<sup>2</sup>.

غير أن البعض الآخر يرد على هذا القول بأن حسن النية مبدأ قانوني. و إذا اعتبرنا ذلك كذلك، فإنه يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين. و هو طبعا ليس قاعدة بالمعنى الفني للقانون، كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع. أي أن المبادئ العامة تعبر عن الفكرة السائدة للوجود ، و تأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ، ما يعني أن المشرع يستوحىها عند وضع التشريعات. كما أنها تسهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام ، و التي بدورها تقيد الحرية التعاقدية للأفراد ، و من ثم فكيف لهذا النظام العام و الذي يستوحى من المبادئ العامة للقانون ، و التي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود أن يحتوي حسن النية كمبدأ قانوني ، و يكون مصدرا لقوته و إلزاميته

3

<sup>1</sup> - تعرف فكرة النظام العام بأنها مجموعة المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواءا سياسية، أو اجتماعية أو اقتصادية. فهو مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة، و ضمان حسن سير علاقات الأفراد فيما بينهم و لا يمكن لهم الاتفاق على عكسها أو استعادها. بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص 149.

<sup>2</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص 210.

## الفقرة الثانية: العدالة كأساس لمبدأ حسن النية .

يعتبر بعض الفقهاء أن مبدأ حسن النية هو العدالة، و أن القاضي إذا ما ارتكز على حسن النية فهو يحكم بالعدالة. في حين يرى البعض الآخر أن حسن النية هو الأداة لتحقيق العدالة، و وسيلة التعديل اللازمة لفكرة العدل. و هو حسب مقولة دسانس: " أحد العوامل التي تمتاز بفكرة العدل، لتمكن بصورة أفضل من إعطاء كل ذي حق حقه و تحقيق الإنصاف. و أن التنفيذ بحسن نية يبدو و كأنه من إحداثات الإنصاف التي كرسها القانون"<sup>1</sup>.

و الحقيقة فإن العدل يوحي بفكرة حسن النية، خاصة و أن العدالة بدورها مفهوم غامض و غير واضح، و هو على حد قول ديباج: "يستعصي من حيث المبدأ عن أي تعريف، فهو ليس فكرة مستقرة، لأن مضمونها يتغير حسب ظروف الزمان و المكان"<sup>2</sup>.

غير أن الفرق بين المفهومين يتضح أكثر، إذا ما نظرنا إلى الدور الذي يلعبه كل واحد منهما. إذ يقول ديرو: " أنه يجب أن نصلح باسم حسن النية و نكمل باسم الإنصاف"، و يقول دي لافرنج: "أن حسن النية هو التابع التاريخي للإنصاف". و يذهب جيني إلى القول بأن: "الإنصاف يتمثل في شكلين، فهو إما أن يكون في شكل غريزة، تنتج مباشرة نحو الحل الأفضل و الأنسب مع الهدف لكل تنظيم قانوني. و إما بتطبيق فكرة العدل على الوقائع، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية و قولبة الأفكار العامة حسب عناصر الواقع المعاش، و هذا هو الشكل الثاني للإنصاف الذي يتقارب مع حسن النية.

<sup>3</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2006، ص 90.

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 90.

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 139.

و إن إلحاق حسن النية بأحد المفاهيم الأخرى يفقده قيمته و جدواه، في مادة تنفيذ العقود، و ذلك علاوة على ما يعترى تلك المفاهيم من لبس و غموض"، لذلك فهو يتجه إلى اعتبار حسن النية مفهوما مستقلا، يمتلك مبررات وجوده و أهميته<sup>1</sup>.

### الفقرة الثالثة: استقلالية مفهوم حسن النية .

يؤكد جانب من الفقه أن حسن النية مبدأ قانوني عام و مستقل. و للتمييز بينه و بين القاعدة القانونية يذهب "بولنجي" إلى القول أن: "القاعدة القانونية عامة، لأنها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال و الوقائع، لكنها من زاوية أخرى تعتبر خاصة، إذا ما تعلق الأمر بأعمال أو وقائع محددة. و المبدأ بعكس ذلك يكون عاما إذا ما تضمن سلسلة غير محددة من التطبيقات. و من ثمة فإن حسن النية يعتبر مبدأ قانونيا عاما و ليس قاعدة قانونية، خاصة و أن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصرا"<sup>2</sup>.

و إن كان حسن النية كمبدأ قانوني يترك إشكالا دائما فيما يخص العلاقة بين حسن النية التعاقدية و المقصد المشترك للأطراف. فإن بعض التشريعات الأجنبية حلت هذا الإشكال، باعتبار أن الاحترام للمقصد المشترك للأطراف و القوة الإلزامية للعقد، يمثل تطبيقا خاصا لمبدأ حسن النية الذي من شأنه إدخال المرونة على هذا التطبيق. كما و أنه يمكن للقاضي أن يكرس حسن النية كمبدأ قانوني بدون حاجة إلى تدخل المشرع، و كما يقول البعض: "إن مبدأ

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 91  
<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 94.

حسن النية هو في الحقيقة و على غرار المبادئ العامة القانونية الأخرى من استنباط القضاء، و يستمد أساسه من سلطة القاضي<sup>1</sup>.

## المطلب الثاني

### مظاهر حسن النية في تنفيذ العقد .

لقد حاول القضاء الفرنسي أن يجسد مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الوارد ذكره في نص المادة 1134 ق.م.ف، في صورة التزامات عقدية تفرض على طرفي العلاقة العقدية. فكان أن ألزمهما في تنفيذ العقد بالنزاهة و التعاون من أجل الوصول إلى الرغبات التي تطلعا لها عند إبرام العقد. لدى نتعرض في هذا المطلب للالتزام بالنزاهة (فرع أول). و الالتهام بالتعاون (فرع الثاني).

### الفرع الأول: الالتهام بالنزاهة .

نتناول بالدراسة في هذا الفرع مضمون هذا الالتهام ( فقرة أولى). ثم مدى ما يلتزم به المتعاقدان من نزاهة في مواجهة بعضها بعضا (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: مضمون الالتهام بالنزاهة .

يقصد بالنزاهة العقدية، امتناع المتعاقد عن كل غش أو تدليس يجعل تنفيذ الالتهام عسيرا أو مستحيلا.<sup>1</sup> على أن التدليس المقصود في هذا المقام

<sup>1</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 95.



يختلف عن التدليس الذي يقع عند إبرام العقد، و الذي قد يلجأ إليه أحد المتعاقدين من أجل دفع المتعاقد الآخر لإبرام العقد. فالتدليس المقصود هنا هو بمعنى "الإيذاء" أي الإضرار بمصالح المتعاقد الآخر<sup>2</sup>.

و من ثم تتأتى النزاهة في التعاقد عندما يكف الشخص عن مباشرة أي عمل يتنافى مع القصد السوي. كما تتأتى هذه النزاهة بالقيام بتنفيذ الالتزامات العقدية بوفاء و إخلاص، أي تنفيذ كل الالتزامات العقدية، و لصالح المتعاقد الآخر محضاً<sup>3</sup>.

و في حين يذهب بعض الفقه إلى أن الالتزام بالنزاهة ليس التزام عقدي حقيقي، و إنما واجب أخلاقي و اجتماعي خارج عن إطار العقد<sup>4</sup>. يرى البعض الآخر من الفقه و يؤيده في ذلك القضاء، أنه التزام حقيقي، يفرض نفسه على كلا طرفي العلاقة العقدية، أي على الدائن و المدين معاً، يمنع جعل تنفيذ العقد صعباً أو مستحيلاً<sup>5</sup>. و هو التزام ذو طابع سلبي لأنه يرى في العقد تعارض في مصالح طرفي العلاقة العقدية<sup>6</sup>. ينعكس أثناء تنفيذ العقد في عدد غير محدد من الالتزامات العقدية التي لا يمكن حصرها<sup>7</sup>.

على أن هذا الالتزام و إن كان الفقه يرى أنه يستند إلى نص المادة 107 ق.م.ج المقابلة للمادة 1134 ق.م.ج، فإن البعض الآخر يرى أنه يمكن لهذا الالتزام أن يجد أساسه أيضاً في نص المادة 111 ق.م.ج، حيث يتعين

---

<sup>1</sup> - Ph. LE TOURNEAU, Bonne foi, op.cit, p 7.

<sup>2</sup> - F. NACEUR, l'effet obligatoire du contrat, Thèse pour le Doctorat d'état, droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques, Université d'Oran, 2003, p 55.

<sup>3</sup> - على أن الإخلاص في إبرام العقد لا يمكن تصوره لأنه يخالف إستراتيجيات التفاوض، و لأن من شأن إعماله أن يؤدي إلى عرقلة حركة التجارة و عزوف الناس عنها. شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 150.

<sup>4</sup> - P. ANCEL, op.cit , p 45.

<sup>5</sup> - Ph. LE TOURNEAU, Bonne foi, op. cit , p 7.

<sup>6</sup> - محمد علي البدوي، ص 167.

<sup>7</sup> - Ph. LE TOURNEAU, La responsabilité des vendeurs et fabricants , op.cit , p 22.

بمقتضاها على القاضي البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، إذا ما كان هناك محل لتأويل العقد، بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين<sup>1</sup>.

و تطبيقات هذا الالتزام عديدة في العقود، فمثلا في عقد البيع يجب على المشتري أن لا يتقاعس عن استلام البضاعة، بقصد تكبيد البائع مخاطر و نفقات تخزينها و صيانتها. فهذا التصرف يهدف إلى الإضرار بمصالح البائع، بتحميله مصروفات أو نفقات مالية ضخمة لا تتناسب مع الفائدة المرجوة من العقد.

كما على سائق سيارة الأجرة أن يلتزم الطريق الأقرب للراكب و لا يلجأ إلى طريق طويل بقصد تحميله أجرة مرتفعة. و الكهربائي يجب أن يختار المسار الأنسب لعمل التركيبات حتى لا يحمل العميل بأعباء أو نفقات كبيرة<sup>2</sup>. و في عقد البيع يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في الشيء المبيع. و يلتزم بضمان العيوب الخفية، و ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة<sup>3</sup>. و في عقد التأمين الذي درج الفقه على وصفه بأنه من "عقود منتهى حسن النية، يتعين على المؤمن له فيها الامتناع عن كل ما من شأنه زيادة الخطر. فإذا ما أخل المؤمن بهذا الالتزام يكون الجزاء إما بحرمانه من حقه في التأمين أو

تخفيض مبلغ التأمين المستحق له<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> - F. NACEUR, op. cit, p 53

<sup>2</sup> - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص373.

<sup>3</sup> - محمد علي البدوي، المرجع السابق، ص 220.

<sup>4</sup> - فلمبدأ حسن النية دورا هاما في عقد التأمين، سواء في انعقاده أو في تنفيذه، يختلف عنه في العقود الأخرى، و يرجع ذلك إلى أن المؤمن لا يستطيع في كثير من الأحيان، أن يأخذ فكرة حقيقية عن الخطر المؤمن منه و درجة جسامته، إلا عن طريق ما يدلي به المستأمن من بيانات عند طلب التأمين . عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 191.

و قد قررت محكمة النقض الفرنسية هذا الالتزام منذ زمن بعيد، حيث يستشف من قرارها الصادر بتاريخ 19 جانفي 1925 إقرارها الضمني للالتزام بالنزاهة، فقضت بأن: "المقاول الذي يتعهد بتوصيل أسلاك كهربائية، يجب عليه أن يقوم بتوصيلها من خلال أقرب طريق ممكن"<sup>1</sup>.

كما قررت هذا الالتزام الغرفة الاجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 25 فيفري 1992 في قضية مؤسسة « Expolit »، حيث فسرت مبدأ حسن النية قائلة: "إن الالتزام بمبدأ حسن النية قبل رب العمل، يقتضي تنفيذ العقد بما يتوافق مع مقتضى النزاهة و الإخلاص، أي أن الالتزام بالنزاهة يقتضي تنفيذ كل متعاقد لالتزاماته بإخلاص، و بدون الإضرار بمصالح المتعاقد الآخر"<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: مدى التزام المتعاقدين بالنزاهة .

يختلف مدى هذا الالتزام بحسب ما إذا كان للمتعاقد صفة الدائن، أم صفة المدين. لذلك نحاول تبيان مدى ما يلتزم به كل منهما في مواجهة الآخر إعمالا للالتزام بالنزاهة، و الذي يفسر في عدد لا متناهي من الالتزامات العقدية.

### أولا - بالنسبة للمدين :

يتعين على المدين أن ينفذ التزاماته مهما كانت الصعوبات التي يواجهها أثناء التنفيذ. و لا يتحلل من التزامه إلا في حالة القوة القاهرة. و قد عبرت

<sup>1</sup> - مقتبس عن : محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام و أحكامها في القانون الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 112.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : شهيدة قادة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل، محاولة لتأصيل الفكرة و تقرير آليات الحماية، ملتقى دولي للتجارة الإلكترونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008، غير منشورة، ص 77.

محكمة النقض الفرنسية عن ذلك في قرار لها بتاريخ 27 أفريل 1993 بالقول :  
"أن الوكيل ملزم بتنفيذ كل ما أوكل إليه، و أن يحترم الحدود التي رسمها  
التوكيل"<sup>1</sup>.

و من ثم فإن المدين الذي يحاول التنصل من التزاماته ،هو حسب  
CARBONNI "مدين غير نزيه"<sup>2</sup>.

على أن نزاهة المدين في تنفيذ التزاماته تقاس في ضوء سلوك الرجل  
العادي، و بالأخذ بعين الاعتبار الظروف القائمة و الهدف المقصود من التعاقد<sup>3</sup>.  
و هذا ما يمكن أن نستشفه من نص المادة 172 ق.م.ج. و التي جاء فيها أنه :  
"في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن  
يقوم بإدارته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه ، فإن المدين يكون قد  
وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي".

و كذا من نص المادة 495 ق.م.ج. حيث جاء فيها بأنه : "يجب على  
المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة و أن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل  
العادي". و بالنسبة لعقد العارية تفيد نفس المعنى المادة 545 ق.م.ج.

والالتزام بالنزاهة أو الالتزام بالوفاء و الإخلاص كما سماه البعض<sup>4</sup>.  
و إن كان التزاما عاما يحكم كل العقود، و يستند فيه القاضي إلى نص المادة  
107 ق.م.ج. أو المادة 111 ق.م.ج. فإن هناك جملة من النصوص التي تدل  
على هذا الالتزام، يمكن للقاضي أن يستند إليها ، حيث أنه و بالرجوع على نص  
المادة 361 ق.م.ج. و التي جاء فيها ما يلي: "يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم  
لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل

<sup>1</sup> - Ph. LE TOURNEAU, Bonne foi, op. cit, p 7.

<sup>2</sup> - F. NACEUR, op. cit, p 56.

<sup>3</sup> - فيلا لي علي ، المرجع السابق، ص 286.

<sup>4</sup> - Ph. LE TOURNEAU, la responsabilité des vendeurs et fabricants, op. cit, p 22.

الحق عسيرا أو مستحيلا"، يستفاد منها ضمنا أن على البائع الالتزام بالنزاهة، بأن يسلم المبيع بلواحقه، أي بكل الأشياء الضرورية التي توفر للمشتري النفع الذي ينتظره، و أن يتمتع عما يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا.

كما يستفاد من نص المادة 176 ق.م.ج أن المدين لا يمكنه أن يتحرر من التزاماته في التنفيذ، إلا إذا وجد سبب لا يمكن نسبته إليه. حيث جاء فيها أنه : "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا، حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه".

و يستفاد أيضا هذا الالتزام من نص المادة 178 ق.م.ج. فقرة ثانية أنه و إن كان يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية. إلا أن الإعفاء من المسؤولية يكون باطلا إذا ما تصرف المدين بغش أثناء التنفيذ، أي إذا ما حاول التنصل من التزاماته<sup>1</sup>.

هذا و تجدر الإشارة إلى أن المدين يكون أيضا قد أخل بالتزامه بالنزاهة، إذا تم تنفيذ العقد بطريقة غير مرضية. و من ثم فإن التنفيذ السيئ يساوي في بعض الأحيان عدم التنفيذ<sup>2</sup>. و قد أشارت لذلك المادة 553 ق.م.ج حيث جاء فيها بأنه : "إذا ثبت أثناء سير العمل أن المقاول يقوم به على وجه معيب، أو مناف لشروط العقد، جاز لرب العمل أن ينذره بأن يصحح من طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يعينه له. فإذا انقضى هذا الأجل دون أن يرجع المقاول إلى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل أن يطلب إما فسخ العقد و إما أن يعهد إلى مقاول آخر لإنجاز العمل على نفقة المقاول الأول".

<sup>1</sup> - F. NACEUR, op. cit, p 57.

<sup>2</sup> - فيلا لي علي ، المرجع السابق، ص 296.

على أن هناك من يربط حق فسخ العقد بقاعدة التنفيذ بوفاء و إخلاص، فلا يمكن للقاضي أن يحكم بفسخ العقد، بمجرد عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه، بل عليه أن يقيّم تصرفه أي حسن نيته و نزاهته تجاه الدائن<sup>1</sup>.

### ثانيا - بالنسبة للدائن :

من جهة أخرى فإن الدائن في الالتزام ،عليه أن لا يستخدم أساليب غير نزيهة تعيق تنفيذ المدين لالتزاماته. و إذا ما صدر منه هذا التصرف فيمكن للقاضي أن يحمله المسؤولية<sup>2</sup>.

و يستشف هذا الالتزام الملقى على عاتق الدائن من نص المادة 177 ق.م.ج<sup>3</sup>. حيث للقاضي مع الأخذ بعين الاعتبار الضرر الذي لحق المدين بسبب الدائن. أن يخفض قيمة التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو لا يحكم به إذا كان الدائن قام بخطأ، اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه<sup>4</sup>.

كما يستفاد ذلك صراحة من نص المادة 187 ق.م.ج. و التي جاء فيها أنه: "إذا تسبب الدائن بسوء نيته، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق أو لا يقضي به إطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

على أنه إذا كان يجوز للمتعاقدين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، أن يمتنع كل منهما عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما

<sup>1</sup> - F. NACEUR, op .cit, p 53.

<sup>2</sup> - F. NACEUR, op .cit, p 55.

<sup>3</sup> - جاء في نص المادة 177 ق.م.ج أنه : "يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض ، أو لا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه ."

<sup>4</sup> - F. NACEUR, op. cit, p 56

التزم به، فإنه وطبقا لنص المادة 123 ق.م.ج<sup>1</sup>، من النزاهة أن لا يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ، لمجرد أن المتعاقد معه قد واجهته بعض الصعوبات الموضوعية في تنفيذ التزامه. بل يجب أن يستند دفعه إذا اقتضى الأمر إلى اعتبارات أكثر جدية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الالتزام بالتعاون .

يكمل الالتزام بالنزاهة بالالتزام آخر أكثر إيجابية، فرضته الضرورات الاجتماعية و التطور الذي عرفته نظرية العقد. لدى نحاول أن نحدد مضمون هذا الالتزام (فقرة أولى) ثم تطبيقاته في بعض العقود (فقرة ثانية).

### الفقرة الأولى: مضمون الالتزام بالتعاون .

هناك عقود يتجلى فيها حسن النية في التنفيذ في صورة التزام بالتعاون ، و هو التزام ذو طابع إيجابي، يقتضي أن يبذل كل طرف ما في وسعه لتمكين الطرف الآخر من تنفيذ التزاماته. و لا شك أن التعاون المنشود في العقد يخفي في حقيقته تعارض في المصالح. بمعنى أن كل متعاقد يسعى للوصول إلى مصلحته الفردية، ومن أجل ذلك يقتنص كل مناسبة لتحقيقها. لكن تعارض المصالح يكون عادة مجاله الأساسي عند إبرام العقد. وإن كان قد يبرز أحيانا عند التنفيذ، فإن التوصل إلى اتفاق بين الطرفين يفيد التفاهم بينهما<sup>3</sup>.

و يعد التعاون أحد مظاهر التفاعل الاجتماعي، و نمط من أنماط السلوك الإنساني. و من ثم فعملية التعاون هي التعبير المشترك لشخصين أو

<sup>1</sup> - و التي جاء فيها: " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به ".  
<sup>2</sup> - فيلا لي علي ، المرجع السابق، ص 296.

<sup>3</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 375.

أكثر في محاولة لتحقيق هدف مشترك. و هو يتضمن قيام الأطراف بكل الأعمال الضرورية من جانبهم كي ينتفع الطرف المقابل<sup>1</sup>.  
على أن المقصود بهذا الالتزام التعاضد ، و الإعلام المتبادل الذي يجب أن يوجد بين الدائن و المدين أثناء تنفيذ العقد و حتى نهايته<sup>2</sup>.  
و يعتبر الالتزام بالإعلام المتبادل من أهم تطبيقات الالتزام بالتعاون، أي الإعلام بالظروف و المستجدات التي تكون ذات أهمية في تنفيذ العقد<sup>3</sup>. فالالتزام بالإعلام لم يعد التزاما من جانب واحد، ذلك أن الاتجاه القضائي الحديث يميل إلى القول بوجود التزام بالتعاون بالإعلام المتبادل بين أطراف العقد. و الذي شهد ميلاده الأول في عقود و عقود البناء الإعلام الآلي. حيث سيتوجب واجب التعاون قيام البائع بإعلام المشتري بما يعلم، و أن يستفسر المشتري عما يرغب فيه. و بالمثل فإنه يستوجب من المشتري أن يعلم البائع عن رغباته. و مصاعبه و أن سيستفسر البائع عما يعلمه. و يتطلب ذلك من الزبون أن يعبر عن حاجاته المتعلقة بأجهزة الإعلام الآلي بطريقة واضحة. يعاونه في ذلك المورد أو المحترف و الذي يقوم بترجمة حاجاته إلى عبارات تقنية.

و نظرا لأهمية الالتزام بالتعاون فإن القضاء، لم يتردد في تعميمه على الأقل على جميع العقود، التي يكون محلها أموال مخصصة لإشباع حاجة خاصة للمشتري<sup>4</sup>.

و قد عبر عن ذلك Lyon. CAEN بالقول أنه: "يفسر مبدأ حسن النية، الالتزام المتبادل بالتعاون، و المساعدة، و إعلام المتعاقد. فهناك علاقة وثيقة بين

<sup>1</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص 486.

<sup>2</sup> - F. NACEUR, op. cit, p 56.

<sup>3</sup> - شيرزاد عزيز سليمان ، المرجع السابق، ص 84.

<sup>4</sup> - بودالي محمد ، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 72.



هذا الالتزام العام بالتنفيذ بحسن نية و الالتزام بالتصرف كرب عائلة، فهي ترسبات العدالة التي لا يمكن للقانون أن يجيد عنها"<sup>1</sup>.

كما يقتضي هذا الالتزام احترام مصالح المتعاقد الآخر، و حتى التفضيل لمصالحه و من ثم يتعين على المحترف أن يقترح على المستهلك من بين الحلول الممكنة الحل الأكثر ملائمة لحالته. مع ضمان ألا يضر بمصالحه هو، إلا أنه غير ملزم باقتراح أو استخدام تقنيات، أو موارد أكثر دقة و أكثر حداثة ما عدى في المجال الطبي<sup>2</sup>.

و في الحقيقة و إن كانت فكرة هذا الواجب قديمة إلا أن إلزاميته حديثة العهد، فرضته ضرورات التعامل و التطورات الجديدة للعلاقة العقدية، و في هذا الشأن يذهب بعض الفقه و من بينهم "جاك فلور" للقول أن: "العقد و إن كان يركز على روابط متعارضة، إلا أن هذا لا يعني أنه لا يركز على رؤى متآزرة". فالعلاقة العقدية علاقة تعاون و ليست علاقة خصام أو مجابهة. كما كان يعتقد ذلك. إذ أن تضارب المصالح لا يمنع من تعاون المتعاقدين، ذلك أن أعمال هذا الواجب يؤدي إلى تحقيق مصلحة كل الأطراف<sup>3</sup>. و كذا إلى تسهيل تنفيذ العقد. فالعقد مشاركة بين طرفين شأنه في ذلك شأن أي شركة، ينطوي على تحقيق مصلحة مشتركة، تؤدي بالضرورة إلى إنجاز المصلحة الفردية لكل منهما<sup>4</sup>.

و قد عبر عنه DEMOGUE بالقول بأنه: "يشكل المتعاقدون نوعا من البيئة الصغيرة. فهو مجتمع صغير أين يجب على كل واحد العمل لأجل هدف

<sup>1</sup> - F. NACEUR, op. cit, p 57

<sup>2</sup> - Ph.LE TOURNEAU, bonne foi, op. cit, p 7.

<sup>3</sup> - فيلا لي علي المرجع السابق، ص 296.

<sup>4</sup> - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 374.

مشترك، الذي هو محصلة الأهداف الفردية المبتغاة من كل واحد، تماما مثل المجتمع المدني أو المجتمع التجاري"<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية: تطبيقات الالتزام بالتعاون .

لقد أوجد القضاء الفرنسي تطبيقات عديدة لهذا الالتزام، فذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 24 جانفي 1968 بخصوص البيوع المنصبة على أموال تقنية و خاصة أجهزة الإعلام الآلي، إلى أنه: "يقع على المشتري التزام بالتعاون مع البائع من أجل مساعدته في تركيب الجهاز في مكان مطابق مع احترام شروط استعماله"<sup>2</sup>.

كما ذهب القضاء الفرنسي بتاريخ 15 أفريل 1975 أنه: "بالنسبة للأشياء المعقدة التركيب، اقتناءها يتبع بإشراف مستمر من المحترف، و نفس الشيء عندما يريد المشتري استعمال الشيء بطريقة معينة"<sup>3</sup>.

و قد أضافت محكمة النقض الفرنسية في قرارها بخصوص قضية مؤسسة Expolit السابق الإشارة إليه، أن: "الالتزام بمبدأ حسن النية من قبل رب العمل يستدعي أيضا ضرورة السعي ما أمكن لتوفير الاستقرار و التطور و تنمية مؤهلات العمل". أي أن واجب النزاهة يتطور إلى أن يصل إلى ما يسميه الأستاذ « Yves. L'ICORD » بالالتزام بالتعاون"<sup>4</sup>.

على أنه ليس هناك ما يمنع من قيام هذا الالتزام في سائر العقود الأخرى. ففي عقد الإيجار على سبيل المثال، لا يجوز للمستأجر أن يمنع

<sup>1</sup> - F. NACEUR, op. cit, p 57 ; D. MAINGUY, op. cit, p 131.

<sup>2</sup> - مقتبس عن : لحسن بن شيخ آث ملويا: المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية، قانونية و قضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 541.

<sup>3</sup> - D. MAINGUY, op. cit, p 132.

<sup>4</sup> - مقتبس عن : شهيدة قادة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل، المرجع السابق، ص 77.

المؤجر من إجراء الترميمات المستعجلة التي تكون ضرورية لحفظ العين المؤجرة. و يجوز للمستأجر أن يضع بالعين المؤجرة أجهزة لتوصيل المياه، و النور الكهربائي و الغاز و التليفون، و الراديو و ما إلى ذلك. فإذا كان تدخل المؤجر لازماً لإتمام شيء من ذلك، جاز للمستأجر أن يقتضي منه هذا التدخل. و يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة، أو ينكشف عيب فيها، أو يقع اغتصاب عليها، أو يتعدى أجنبي بالتعرض لها أو بإحداث ضرر بها، و هذا حسب ما نصت عليه المادة 497 ق.م.ج.

و في عقد الوكالة على الوكيل أن يوافي الموكل، بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة. و على أي وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التي بدأها إلى حالة لا تتعرض معها للتلف. و على الناشر في عقد النشر أن يخطر المؤلف عما تم في بيع كتابه، و على المشتري أن يخطر البائع بدعوى استحقاق المبيع في وقت ملائم. و إذا كشف عيباً في المبيع وجب عليه أن يخطر البائع به في خلال مدة معقولة<sup>1</sup>. و يظهر التعاون في عقد الشركة بشكل جلي، و ذلك من خلال تطلب نية المشاركة فيما بين الشركاء، و خاصة شركات الأشخاص، لأن التعاون بين الشركاء مطلوب لتحقيق أهداف الشركة، و هذا الركن أي نية المشاركة ضروري لصحة الشركة، فلا يمكن أن يقوم بدونه<sup>2</sup>.

و يتطلب عقد التأمين مستوى مرتفعاً من الصدق و الأمانة، أكثر من المعتاد. لأن الظروف الخاصة السائدة في صناعة التأمين، تجعل المؤمن بشكل

---

<sup>1</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص 513.  
<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، المرجع السابق، ص 152.

خاص تحت رحمة المؤمن له. و من ثم فالمسألة تثور عادة بالنسبة لسلوك المؤمن له.

و يتجلى واجب التعاون أثناء تنفيذ عقد التأمين في أن على المؤمن له أن يبلغ المؤمن بالظروف التي تستجد أثناء هذه المرحلة، و يكون من شأنها زيادة

الخطر المغطى بالتأمين أو تفاقمه<sup>1</sup>. أي إعلامه بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى اشتداد الخطر أو تفاقمه. و يقصد بتفاقم الخطر عند البعض كل تغيير موضوعي في كم الخطر. قد يتسبب فيه المؤمن له بفعل إيجابي أو مسلك سلبي، أو يرجع إلى فعل الغير، و هذا هو الوضع الغالب. و قد يعزى إلى سبب لا إرادي مثل الزلازل و الحروب.

و الهدف من إعلام المؤمن هو تمكينه من اتخاذ التدابير المناسبة، بإعادة التأمين أو طلب زيادة القسط و الإجازة للمؤمن طلب إبطال العقد. و بالتالي فإن السكوت أو البيان الكاذب في هذه المرحلة مثله مثل السكوت أو البيان الكاذب في المرحلة السابقة لإبرام العقد<sup>2</sup>.

و هذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 95-07 الصادر بتاريخ 25 جانفي 1995 المتعلق بالتأمينات حيث جاء في فقرتها الثالثة أن على المؤمن له " - التصريح الدقيق بتغيير الخطر أو تفاقمه إذا كان خارجا عن إرادته خلال سبعة أيام إبتداءا من تاريخ إطلاعه عليه إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة".

<sup>1</sup> - عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص 104.

<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 209.

و في الحقيقة غالبا ما تحتاط شركات التأمين للحالات التي من شأنها زيادة المخاطر المغطاة ، فتنص في وثيقة التأمين على وجوب إعلام المؤمن له المؤمن بكل المستجدات بشأن الخطر محل التغطية. كما و تنص على حقها في عدم دفع قيمة التأمين إذا خالف المؤمن له هذه الشروط. و في هذا الشأن نجد أن القضاء المصري قد ذهب إلى القول أن: " الشرط الذي يرد في وثيقة التأمين و ينص على أن كل تغيير أو تعديل بالنسبة للغرض الذي أعد له المكان المحفوظة فيه البضائع المؤمن عليها ، أو الاستعمال الذي خصص من أجله و يكون من شأنه زيادة المخاطر ،دون قبول كتابي من المؤمن يحرم المؤمن له من حقه في التعويض. و يترتب على مخالفته الحرمان من التعويض"<sup>1</sup>.

و بالإضافة إلى ما سبق ذكره يلتزم المؤمن له بالمحافظة على مصالح المؤمن بالتخفيف من آثار الحادث، خاصة إذا لم يكن للمؤمن وجود في مكان وقوع الحادث ليتخذ كل التدابير الواقية. و أن يشرف على إنقاذ الأشياء المؤمنة أو أن يجري هذه الأعمال، و أن يحفظ كل إدعاء على المسؤولين من الغير. كما عليه أن يسارع بإبلاغ المؤمن حال وقوع الخطر، ليتدخل بأقصى سرعة لتفادي تفاقم الخطر المؤمن عليه<sup>2</sup>.

و عن عقد المقاولة فيقوم هذا العقد على تضافر حقيقي بين مؤجري العمل من جهة ،و صاحب المشروع من جهة أخرى. فبالنسبة للمهندس المعماري و باعتباره المدافع عن مصالح صاحب المشروع، يقع عليه التزام تبعي و معنوي بإعلام و توجيه صاحب المشروع في مختلف مراحل عملية

<sup>1</sup> - مقتبس عن : عبد القادر العطير ، المرجع السابق، ص 104.  
<sup>2</sup> - عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود ، المرجع السابق، ص 202.

التشييد، و ذلك على اعتبار أن هذا الأخير مستهلكا و طرفا ضعيفا في العلاقة

العقدية. يجهل أصول المهنة و خباياها،<sup>1</sup> في حين أن المهندس المعماري رجل

فن يثق صاحب المشروع في تقنيته و خبرته<sup>2</sup>.

هذا و تتضافر مجموعة من الاعتبارات العدلية و القانونية لتكوّن المبرر الأساسي لالتزام المهندس المعماري و المقاول بإعلام و توجيه رب العمل، بعضها يتعلق بتخصصه الفني و المهني في مجال البناء و التشييد. و من ثم فإن هذا الالتزام بالإعلام و على رأي الأستاذ Hugues.PERNET-MARQUET "متلازم مع الاختصاص"<sup>3</sup>.

و يبدو الاختلال واضحا بين الطرفين خاصة بعد إبرام عقد المقولة، و قد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في هذا المجال إلى: "إلزام مهنيي البناء و التشييد بضرورة إعلام رب العمل بالقرار الذي يرضيه، و يساعده في اتخاذ أجدى القرارات و أنسبها لسلامته هو و الغير"<sup>4</sup>.

على أن تنفيذ المهندس المعماري لهذا الالتزام، يكون بمراقبة تنفيذ الأشغال، فيعلم صاحب المشروع بكل النقائص و العوائق التقنية أو الاقتصادية التي تتصدى للمشروع. كما و عليه أن يخبره بعدم كفاءة المقاول الذي اختاره لتنفيذ الأشغال، إذا ما تبين له تقصير في جانبه. و تختلف درجة التزام المهندس

<sup>1</sup> - شهيدة قادة ، التزام المهندس المعماري و المقاول بالإعلام و التوجيه في عقد المقولة، دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، العدد 3 / 2006، ص 76.

<sup>2</sup> - حمادي جازية مجيدة ، عقد مقولة البناء في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2003، ص 79.

<sup>3</sup> - شهيدة قادة ، التزام المهندس المعماري و المقاول بالإعلام و التوجيه في عقد المقولة، المرجع السابق، ص 78.

<sup>4</sup> - مقتبس عن : شهيدة قادة ، التزام المهندس المعماري و المقاول بالإعلام و التوجيه في عقد المقولة، المرجع السابق، ص 79.

المعماري بالإعلام و الإرشاد باختلاف صفة صاحب المشروع. و كفاءاته الشخصية في مجال البناء. فإذا كان مهنيا خبيرا بأصول الفن و المهنة، يكون التزام المهندس أقل باعتبار أن صاحب المشروع على علم مسبق بالمعلومات التي سيقدمها له المهندس. أما إذا كان صاحب المشروع رجلا عاديا جاهلا بأمور البناء. فإن على المهندس إرشاده و إنارته حول جميع المسائل التقنية و العملية التي يواجهها أثناء عملية البناء<sup>1</sup>.

كما و أن الالتزام بالإعلام والإرشاد يقع أيضا على المقاول باعتباره مت دخلا في عملية البناء. و بحكم تواجده المستمر في الموقع، عليه أن يبدي ملاحظاته حول عدم ملائمة التصميمات و الرسوم. و معيوبيتها، و خطورتها للمهندس المعماري الذي بدوره يبلغها إلى رب العمل<sup>2</sup>. إضافة إلى أنه و عندما ينفذ تصميمًا معينًا يمكنه أن يتفطن لبعض النقائص أو لخطورة تنفيذه على الواقع. و قد يترقب بعض العوائق التقنية أو الاقتصادية التي لم يترقب لها صاحب المشروع و المهندس عند إبرام العقد، و ذلك كله نظرا لخبراته و تخصصه في ذلك الميدان. فمتى تفطن المقاول لمثل هذه الأمور عليه إخبار إما المهندس المعماري و إما صاحب المشروع. و عادة ما يخبر المهندس باعتباره وسيطا بينه و بين صاحب المشروع، و يقوم المهندس بدوره بإخبار صاحب المشروع و ينصحه بالنهج الواجب إتباعه. هذا و أنه في حالة لجوء صاحب المشروع لعدة مقاولين لتنفيذ العمل. فإن على هؤلاء إعلام و إرشاد بعضهم بعضا، فمثلا على المقاول المختص في الطلاء، إعلام ذلك المختص بالبناء أن كيفية عمله غير مطابقة لأصول الفن، و أن الطلاء على ذلك البناء مستحيل أو لن يكون جيدا.

---

<sup>1</sup> - حمادي جازيه مجيدة ، المرجع السابق، ص 82.  
<sup>2</sup> - شهيدة قادة ، التزام المهندس المعماري و المقاول بالإعلام و التوجيه في عقد المقاول، المرجع السابق، ص 81.

من جهة أخرى فإن صاحب المشروع لا يقتصر دوره على دفع الأجر، و إنما يتعين عليه أن يساهم في حسن تنفيذ العقد وإنهائه<sup>1</sup>.

## خاتمة .

ننتهي في خاتمة هذه الدراسة إلى أنه ما زال للإرادة المشتركة المقام الأول، في تحديد الالتزامات الملقة على عاتق طرفي العلاقة العقدية وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة. و حتى يلتزم القاضي باحترامها و ضع له المشرع مجموعة من الضوابط يتعين عليه السير وفقاً، في تفسير العقد و تكييفه ، ينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون. إلا أنه و مع إعمال هذه الضوابط يصعب الجزم بأن القاضي سيأخذ بالضرورة بهذه الإرادة. ذلك لأنها محض إرادة باطنة يصعب في كثير من الأحيان الكشف عنها . و حتى و إن كان المشرع قد أخضعه بشأن إعمالها لرقابة المحكمة العليا، باعتبار أن قواعد تفسير العقد و تكييفه من مسائل القانون ، إلا أنه يصعب في كثير من الأحيان الفصل بين مسائل الواقع و مسائل القانون من الناحية العملية . و من ثمة ففي كثير من الأحيان ، يخطأ

---

<sup>1</sup> - حمادي جازيه مجيدة ، المرجع السابق، ص 83.



القاضي في استخلاص النية المشتركة ، و مع ذلك يعد انحرافه عن قصد المتعاقدين خطأ في الواقع لا يتعرض بشأنه حكمه للنقض .

و إن كان القاضي ملزم باحترام إرادة المتعاقدين ، فهو ملزم في نفس الوقت أن يراعي اعتبارات العدالة في الأخذ بها . و من ثمة فإن إرادة المتعاقدين المشتركة مقيدة بأن لا يؤدي الأخذ بها إلى اختلال التوازن في العلاقة العقدية ؛ من أجل تحقيق هذه الغاية منح المشرع للقاضي سلطة إعادة النظر في مضمون العقد . فكان له أن يعدل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إذا ما حدثت حوادث طارئة ، و أن يراجع ما قد يتضمنه العقد من شروط جزائية .

غير أنه و لما تبين فيما بعد أن اختلال التوازن في العلاقة العقدية، أدى إلى فرض شروط تعسفية نتيجة عدم تكافؤ أطراف العلاقة العقدية ، كون أن هذه الأخيرة أصبحت قائمة بين طرف قوي و هو عادة المحترف، و مستهلك في مركز ضعف لا يملك إلا أن يذعن لهذه الشروط ، فإن القاضي و أمام هذا الاختلال لا يملك إلا أن يقيمه من جديد . و هذا ما فعله حقيقة سيما القضاء الفرنسي ، فلم يتوانى في أية لحظة عن مراقبة محتوى العقد، و استبعاد كل شرط يؤدي إلى اختلال التوازن في العلاقة العقدية ، حتى في غياب أي نص يمنعه ، حماية للطرف الضعيف ، و منعا للتعسف في العقود .

و إن كانت بعض التشريعات قد تركت للقاضي سلطة تقديرية واسعة، في تحديد الصفة التعسفية للشرط ، كالتشريع المصري و الجزائري بموجب نص المادة 110 ق.م.ج ، فإن الفقه الفرنسي نظر إلى تدخل القاضي بعين الريبة ، على أساس أن تدخله المتزايد في العقود يفقدها ثباتها و توقعها ، فتدخلت مختلف التشريعات لمحاولة تحقيق التوازن بمقتضى التقنين ، محاولة تجريد القاضي من سلطته التقديرية . غير أن ما تميز به الشرط التعسفي في كونه خاصة يمكن لأي

بند أن يتلون بها ، جعل كل هذه المحاولات فاشلة ، وهذا ما ظهر بشكل جلي فعلى الرغم من أنها حددت مدلول هذا الشرط و نطاق الحماية منه، إلا أنها ذهبت فيما بعد إلى محاولة حصر الشروط المعتمدة تعسفية في قوائم محددة ، و هذا إن دل على شيء إنما يدل على أن تحديدها لمفهوم الشرط التعسفي لم يكن دقيقا كفاية. فكانت محكمة النقض الفرنسية بالمرصاد لسد هذا النقص و هذا ما سجلناه حقيقة .

و بتطور الحياة الاقتصادية أكثر فأكثر، تنوعت المنتجات و الخدمات ، و اتسمت في غالب الأحيان بالخطورة و التعقيد ، مما جعلها تشكل تهديدا على صحة المستهلك و سلامته . هذه الخطورة ناتجة في الحقيقة عن سببين ، إما عن نقص الأمان في المنتج أو الخدمة ، و إما عن عدم كفاية الإعلام بشأنها . و من ثمة كان لابد من تقرير حماية فعالة للمستهلك، من جراء ما يحيط به من أخطار ، و أمام قصور القوانين عن مواكبة هذه المستجدات ، فوَضَّ المشرع سلطاته على نطاق واسع للقاضي ، و قد سجلنا لهذا الأخير سيما الفرنسي جرأة منقطعة النظير في مواجهة جمود القوانين ، مكنته من الخروج على صراحة النصوص في أكثر من موضع . و ذلك بهدف الموائمة بين النصوص القديمة و الحاجات الاجتماعية و الاقتصادية المتطورة ، فكان أن فرض التزاما بالسلامة و الإعلام ، كان لزاما على المشرع أن يقرها فيما بعد و ينظمها .

و إن كان القضاء في تحديده للالتزامات المتعاقدين قد تجاوز غاية التفسير ، و فرض التزامات لم يتفق عليها المتعاقدان لا صراحة و لا ضمنا ، و اعتبرها التزامات تنتج عن العقد بصورة طبيعية، لا يملك المحترف إلا الالتزام بها . إلا أنه و مع ذلك لا يمكن القول بأن القاضي و بفرضه لهذه الإرادة

القضائية أثناء قيامه بالتفتيش ، قد خرج عن حدود السلطة المخولة له ، ما دام أن توسعه هذا في تفسير العقود تبرره النزعة لإقامة التوازن فيها .

و ما دام أن تنفيذ العقد مقرون بمراعاة حسن النية، فإن التوجه القضائي الحديث بدأ يولي اهتماما كبيرا لهذا المبدأ، بهدف إثراء فحوى العقد، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، بالرغم من غموض هذا المبدأ و عموميته . و قد انتهينا إلى أنه استطاع أن يجسده في صورة التزامات تعاقدية ، تجسد النزاهة و التعاون بين طرفي العلاقة العقدية ، فغير بذلك حتى النظرة القائمة على اعتبار العقد يقوم على مصالح متضاربة . مؤكدا نظرة جديدة تقوم على أنه و مهما كان العقد يبدو كذلك ، إلا أنه يهدف إلى تحقيق مصلحة عليا ألا و هي تنفيذ العقد تنفيذا عينيا و بأكمل صورة ، و هو مطلب طرفي العلاقة العقدية .

نتيجة لما سبق ذكره فإن مهمة القضاء التوفيق بين التشريع و مطالب الحياة الاقتصادية الحديثة . و تنفيذ العقد بما يحافظ على التوازن في العلاقة العقدية، و بما يحقق مصلحة طرفي العلاقة العقدية لا يتحقق إلا بقضاء: مستنير، متميز، يتفاعل مع شؤون الحياة و متغيراتها ، ذلك لأن التقنين و مهما كان يبدو كاملا عند وضعه إلا أنه ما يكاد يفرغ منه واضعوه، حتى تفرز الحياة الاقتصادية مستجدات لم ينظمها المشرع . و من ثمة فإن مرونة القضاء لمواكبة هذه التغيرات، و التي يمارسها من خلال أعمال المبادئ القانونية، كالعدالة ، و حسن النية، تعد عنصرا جوهريا ، و وجودها أمر طبيعي و إيجابي أكثر منه سلبي . فهي من ضرورات العمل القضائي و بدونها لا يرقى القضاء للاستجابة إلى التطورات الاقتصادية .

و إن كان القضاء الفرنسي قد استطاع أن يواكب هذه المستجدات ، عن طريق أعمال مبادئ حسن النية و العدالة، باسم تحقيق التوازن، و حماية الطرف

الضعيف و المحافظة على الصحة و السلامة ، فإن الأمل معقود على قضائنا في أن يسير على نهج القضاء الفرنسي . خاصة أن هذه المبادئ ليست مفقودة في تشريعنا و لا في معتقداتنا فهي معطيات، إنسانية، و اجتماعية بالدرجة الأولى، و خاصة أن تنفيذ العقد يتطلب إعادة النظر بشكل مستمر في التزامات المتعاقدين بما يواكب متطلبات العصر.

### قائمة المراجع المعتمدة .

أولا - المراجع بالعربية :

#### 1- المراجع العامة :

- أحمد إبراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية.

- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
- جاك غستان ، تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للنشر و التوزيع ، دمشق ، 2000.
- جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، دار الجامعة، الإسكندرية، 1994.
- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، سلسلة دروس العلوم القانونية، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- سالم محمد رديعان العزاوي، مسؤولية المنتج في القوانين المدنية و الاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، العراق، 2008.
- سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح و طبيب التخدير و مساعديهم، مدنيا - و جنائيا - و إداريا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

- شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين و الاتفاقيات الدولية، الطبعة الأولى، دار دجلة، الأردن، 2008.
- عبد الحكم فوده، موسوعة التعليق على القانون المدني في ضوء قضاء النقض، مصادر الالتزام، (الباب التمهيدي- العقد)، المجلد الأول، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية.
- عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء و الصيادلة و المستشفيات، المدنية و الجنائية و التأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، العقد - العمل غير المشروع - الإثراء بلا سبب - القانون، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
- عبد القادر العطير ، التأمين البري في التشريع ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006.
- عفيف شمس الدين، المسؤولية المدنية للطبيب، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2004.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005.

- لحسن بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية، قانونية، و قضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
- محمد حسن قاسم، إثبات الخطأ في المجال الطبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع - التأمين (الضمان) - الإيجار، دراسة قانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام و أحكامها في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
- محمد شكري سرور، مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تسببها منتجاته الخطرة، الطبعة الأولى، ملتزم للطبع و النشر، القاهرة، 1983.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، مصادر الالتزام - التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
- محمد علي البدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1993.
- محمد محمد مصباح القاضي، مبدأ حسن النية في قانون العقوبات، دراسة تحليلية لفكرة حسن النية في القانون المصري و القانون المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة.

- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، في ازدواج، أو وحدة المسؤولية المدنية و مسألة الخيرة، الجزء الأول، المطبعة الجامعية، القاهرة، 1978.

- مختار رحمانى محمد، المسؤولية المدنية عن حوادث نقل الأشخاص بالسكك الحديدية، دراسة مقارنة في ضوء الفقه و القضاء، دار هومة، الجزائر، 2003.

- مرفت عبد المنعم صادق، الحماية الجنائية للمستهلك، تقديم أحمد فتحي، سرور، الطبعة الثانية، القاهرة، 2001.

- مصطفى الجمال، رمضان محمد أبو السعود، نبيل إبراهيم سعد، مصادر و أحكام الالتزام، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.

- مصطفى الجمال، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.

- منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية و الوضعية، الجزء الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1996.

- منير رياض حنا، المسؤولية المدنية للأطباء و الجراحين في ضوء القضاء و الفقه الفرنسي و المصري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1994.

## 2- المراجع المتخصصة :



- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد و مضمون الالتزام العقدي وفقا لقواعد الإثبات، دراسة فقهية و قضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003.
- بودالي محمد، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، سيدي بلعباس، الجزائر، 2006.
- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفجر للنشر و التوزيع، سيدي بلعباس، الجزائر، 2007.
- حمدي أحمد سعد، الالتزام بالإفشاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني "المصري و الفرنسي" و الفقه الإسلامي، المكتب الفني للإصدارات القانونية، طنطا، 1999.
- عامر قاسم أحمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة في القانون المدني و المقارن، الطبعة الأولى، الدار العلمية و الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2002.
- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري و المقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002.
- عبد السلام الترماني، نظرية الظروف الطارئة، دراسة تاريخية و مقارنة للنظرية في الشريعة الإسلامية و الشرائع الأوروبية، و تطبيقات النظرية في تقنيات البلاد العربية، دار الفكر، دمشق، 1971.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات الزين الحقوقية، لبنان، 2006.
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

- علي حسن نجيدة، التزامات الطبيب في العمل الطبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
- علي سيد حسن، الالتزام بالسلامة في عقد البيع، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مطبعة الجامعة، القاهرة، 1990.
- محمد علي عمران، الالتزام بضمان السلامة و تطبيقاته في بعض العقود، دراسة فقهية قضائية في كل من مصر و فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 1980.
- محمد وحيد محمد علي، الالتزام بضمان السلامة في العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

## الرسائل:

### 1- رسائل الدكتوراه:

- العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، رسالة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر.
- سليمان فلاح الرشيدي، نظرية الالتزام بضمان السلامة في إطار تطور المسؤولية العقدية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1998.
- شهيدة قادة، المسؤولية المدنية للمنتج، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد، 2007.
- علاء الدين خميس العبيدو ، المسؤولية الطبية عن فعل الغير، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 2005-2006.

- محمد التلشي، النظرية العامة للالتزام بضمان سلامة الأشخاص، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1988.

## 2- رسائل الماجستير:

- إبراهيم بن حديد، السلطة التقديرية للقاضي المدني، دراسة تحليلية نقدية، رسالة لنيل درجة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1994-1995.

- بن حميدات نبهات، حماية الطرف الضعيف في العلاقات التعاقدية، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2006-2007.

- بن عامر أمينة، حماية المستهلك في عقد البيع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 1997-1998.

- بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2005-2006.

- بولحية جميلة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، بحث للحصول على درجة ماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1983.

- تيزي عبد القادر، الالتزام بالإعلام في عقد العلاج الطبي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الطبي، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2005-2006.

- حمادي جازية مجيدة، عقد مقاوله البناء في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2003.

- قردان لخضر ، المسؤولية المدنية للصيدي ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2005-2006.

- لعشب محفوظ بن حامد ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن ، رسالة لنيل درجة ماجستير في قانون العقود و المسؤولية ، معهد الحقوق ، جامعة الجزائر .

- ولد عمر الطيب ، ضمان عيوب المنتج ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2005-2006.

#### - مداخلات - مقالات - بحوث :

- بن صغير مراد، المسؤولية الطبية و أثرها على قواعد المسؤولية المدنية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 2007/03.

- بن صغير مراد، التوجه التعاقدية في العلاقات الطبية، دراسات قانونية، مجلة سداسية تصدر عن مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 2007/04.

- بودالي محمد، القانون الطبي و علاقته بقواعد المسؤولية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، جامعة سيدي بلعباس، العدد 2007/3.

- بوعزة ديدن ، الالتزام بالإعلام في عقد البيع، ملتقى وطني حول الاستهلاك و المنافسة في القانون الجزائري، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2001.

- جابر محجوب علي، ضمان السلامة من الأضرار الناشئة عن الخطورة الكامنة في المنتجات الصناعية المبيعة، دراسة مقارنة، مجلة المحامي، الكويت، 1996.

- جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المباعة، دراسة في القانون الكويتي و القانونين المصري و الفرنسي، (القسم الثاني)، المجلة العربية للعلوم الإنسانية، الكويت، 1996.
- حمد الله محمد الله، مختارات من كتاب قانون الاستهلاك الفرنسي، الأستاذ Jean. CALIAS- AULOY، ترجمة منشورات مجلة الدراسات القانونية، جويلية، 1996، كلية الحقوق، أسيوط، مصر، 1998.
- دنوني هجيرة، قانون المنافسة و حماية المستهلك، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 39 رقم 2002/01.
- شهيدة قادة، التزام الطبيب بإعلام المريض، المضمون و الحدود و جزاء الإخلال، موسوعة الفكر القانوني، مجلة الموسوعة القضائية الجزائرية.
- شهيدة قادة، التزام المهندس المعماري و المقاول بالإعلام و التوجيه في عقد المقالة، دراسات قانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، العدد 2006/3.
- شهيدة قادة، الرقابة على الشروط التعسفية كآلية فعالة لحماية رضا المستهلك، مجلة المحامي، مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين ، سيدي بلعباس، العدد 4.
- شهيدة قادة، حماية الطرف الضعيف في عقد العمل، محاولة لتأصيل الفكرة و تقرير آليات الحماية، ملتقى دولي للتجارة الإلكترونية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008.

- عميمور فتيحة، الأمن كتابع للالتزام بالمطابقة، ملتقى وطني حول الاستهلاك و المنافسة في القانون الجزائري، مخبر القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، 2001.
- ملاح الحاج ، حق المستهلك في الإعلام ، ملتقى وطني حول الاستهلاك و المنافسة في القانون الجزائري ، مخبر القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، 2001.
- موالك بختة ، الحماية الجنائية للمستهلك في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، الجزء 37 رقم 1999/02.
- نزار كريمة، مدى تأثير قاعدة الالتزام بضمان السلامة على مسؤولية الناقل بالسكك الحديدية، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، العدد 2/2006.
- يوسف فتيحة ، حماية المستهلك في مجال الصيدلية، المجلة الجزائرية، للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، 2002.

ثانيا - المراجع بالفرنسية :

**( Ouvrages généraux ) : 1- مراجع عامة**

- A.CASTELLETTA , responsabilité médicale, Droit des malades, D, Paris,2002.
- B. BOULOC, ventes, transports et autres contrats commerciaux, D, Paris, 2002.
- C. LAROUMET, droit civil, les obligations - le contrat, tome 3, 3<sup>ème</sup> édition, DELTA , Paris, 1996.
- D. MAINGUY, contrats spéciaux, 3<sup>ème</sup> édition, D, Paris, 2002.
- G. VERMELLE , droit civil , les contrats spéciaux , d, paris ,2000.
- H. CAPITANT ; F.TERRE ; Y. LEQUETTE, les grands arrêts de la jurisprudence civile, obligations, contrats spéciaux, Tome 2, 11<sup>ème</sup> édition, D, Paris, 2000.
- J. FLOUR ; J. LUC-AUBERT ; E. SAVAUS, droit civil, les obligations, D, Paris, 2000.
- M. FROMONT, droit Allemand des affaires, droit des biens et des obligations, droit commercial et du travail, MONTCHRESTIE, Paris, 2001.
- P. ANCEL, force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, D, Paris, 1999.

- Ph. LE TOURNEAU, droit de la responsabilité et des contrats, D, Paris, 2000-2001.
- Ph. LE TOUREAU, la responsabilité des vendeurs et fabricants, D, Paris 1997.

**( Ouvrages spéciaux): مراجع متخصصة – 2**

- D.FERRIER, la protection des consommateurs, D, Paris, 1996.
- D. MAZEAUD, le juge face aux clauses abusives, D, Paris, 1993.
- A. KARRIMI, les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit, tome 306, L.G.D.J, Paris, 2001.
- F. CHABAS, l'obligation médicale d'information en danger, D, Paris, 2000.
- H. SOLUS ; J. GHESTIN ; a. KARIMI ; p. SINLER , les clauses abusive et la théorie de l'abus de droit , tome 306, L.G.D.J , paris , 2001.
- J.CALAIS-AULOY ;F.STEINMETZ, droit de la consommation, 5<sup>ème</sup> édition, D, Paris, 2000.
- J. MESTRE, vingt ans de lutte contre les clauses abusives, l'avenir du droit, mélange en hommage a François TERRE, D, Paris 1999.



**الرسائل: ( thèses)**

- F. NACEUR, l'effet obligatoire du contrat, thèse pour le doctorat d'état, droit privé, faculté de droit et des sciences politiques, Université d'Oran, 2003.

**مقالات و دوريات : ( Articles et communication)**

- A. VIALARD, l'obligation de sécurité du transporteur maritime de passagers, acte du colloque, « l'obligation de sécurité », presse universitaire, Bordeaux, 2002.
- C. RADE, l'obligation de sécurité et la responsabilité médicale, acte du colloque, « l'obligation de sécurité », presse universitaire, Bordeaux, 2002.
- F. GILBERT, obligation de sécurité et responsabilité du fait des produits défectueux, acte du colloque, « l'obligation de sécurité », presse universitaire, Bordeaux, 2002.
- F. NACEUR, le contrôle de la sécurité des produits, acte du colloque, « l'obligation de sécurité », presse universitaire, Bordeaux, 2002.
- H. DENNOUNI, de l'étendue de l'obligation de sécurité en droit Algérien, acte du colloque, « l'obligation de sécurité », presse universitaire, Bordeaux, 2002.

- Ph. LE TOURNEAU, bonne foi, répertoire de droit civil, tome III, 1999.

## النصوص التشريعية و التنظيمية :

### 1- التشريعات:

#### - في الجزائر:

- القانون المدني الجزائري النافذ.

- القانون رقم 05-85 الصادر في 16 فيفري 1985، المتعلق بحماية الصحة و ترقيتها.

- القانون رقم 02-89 الصادر في 7 فبراير 1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

- القانون رقم 03-03 الصادر في 19 جوان 2003، المتعلق بالمنافسة.

- القانون رقم 02-04 الصادر في 23 جوان 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية.

- الأمر رقم 95-06 الصادر في 25 جانفي 1995، المتعلق بالمنافسة.

- الأمر رقم 95-07 الصادر في 25 جانفي 1995، المتعلق بالتأمينات.

- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 الصادر في 30 جانفي 1990، المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش.

- المرسوم التنفيذي رقم 90-266 الصادر في 15 سبتمبر 1990، المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات.

- المرسوم التنفيذي رقم 06-306 الصادر في 10 سبتمبر 2006، المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين و المستهلكين و البنود التي تعتبر تعسفية.

### - في فرنسا:

- القانون رقم 78-23 الصادر في 10 جانفي 1978، المتعلق بحماية و إعلام المستهلكين بالمنتجات و الخدمات.

- القانون رقم 83 - 660 الصادر في 21 جويلية 1983، المتعلق بأمن و سلامة المستهلكين.

- القانون رقم 95 - 56 الصادر في 1 فبراير 1995، المعدل لقانون الاستهلاك الفرنسي.

- القانون رقم 98 - 389 الصادر في 19 ماي 1998، الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

### - في مصر:

- القانون رقم 06 - 67 الصادر في 19 ماي 2006، بشأن حماية المستهلك.

## 2 - المواثيق الدولية :

- التوجيه الأوروبي رقم 85 - 374 الصادر في 25 جويلية 1985، الخاص بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة.

- التوجيه الأوروبي رقم 93 - 13 الصادر في 15 أبريل 1993، المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين.

### 3 - قرارات و أحكام قضائية:

- قرار المحكمة العليا، ملف رقم 29 274، الصادر في 30 مارس 1983، الاجتهاد القضائي، سلسلة قضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، 1987.

### 4 - مواقع إلكترونية:

- [www.Clauses-abusives.Fr](http://www.Clauses-abusives.Fr).
- [www.quotidien.droit.net](http://www.quotidien.droit.net)

الفهرس.

الصفحة

الموضوع

1	.....	مقدمة
		الفصل الأول: دور القاضي في تحديد مضمون العقد
9	.....	المبحث الأول : تحديد مضمون العقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة
9	.....	المطلب الأول : مظاهر التقيد بمبدأ القوة الملزمة للعقد
10	.....	الفرع الأول: تفسير العقد و تكييفه
10	.....	الفقرة الأولى: تفسير العقد
10	.....	أولا - حالة وضوح عبارات العقد
10	.....	ثانيا - حالة غموض عبارات العقد:
14	.....	المطلب الثاني: قيام الشك في التعرف على الإرادة المشتركة:
19	.....	الفقرة الثانية: تكييف العقد
22	.....	الفرع الثاني: رقابة المحكمة العليا
24	.....	المطلب الثاني: وسائل الحد من القوة الملزمة للعقد
28	.....	الفرع الأول: إعمال نظرية الظروف الطارئة
28	.....	الفقرة الأولى: مضمون النظرية و شروط الأخذ بها:
28	.....	أولا - مضمون النظرية :
28	.....	ثانيا - شروط الأخذ بها :
30	.....	أ - من حيث طبيعة العقد
30	.....	ب - من حيث طبيعة الحادث و أوصافه:
32	.....	ج - من حيث أثر الحادث الطارئ
34	.....	الفقرة الثانية: مدى سلطة القاضي في تعديل العقد تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة:
35	.....	أولا - وسائل رد الالتزام إلى الحد المعقول
35	.....	أ - زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق
36	.....	

36	المدين.....	ب - إنفاص التزام
		ج - وقف تنفيذ العقد لحين زوال الحادث
37	الطارئ.....	ثانيا - الضوابط التي يتقيد بها القاضي في رد الالتزام إلى الحد المعقول
38	.....	أ - مراعاة الظروف المحيطة
38	بالمتعاقدين.....	ب - الموازنة بين مصلحة
38	الطرفين.....	الفرع الثاني: مراجعة الشرط
39	الجزائي.....	الفقرة الأولى: تعريف الشرط
39	الجزائي.....	الفقرة الثانية : سلطة القاضي في مراجعة الشرط
41	الجزائي.....	أولا - سلطة تخفيض الشرط الجزائي :
41	.....	ثانيا - سلطة زيادة الشرط الجزائي :
42	.....	المبحث الثاني تحديد مضمون العقد مع إدراج الشروط
43	التعسفية.....	المطلب الأول مفهوم الشرط
44	التعسفي.....	الفرع الأول: تعريف الشرط
44	.....	الفقرة الأولى : مدلول الشرط التعسفي
44	.....	الفقرة الثانية : معايير الشرط التعسفي
48	.....	أولا - معيار التعسف في استعمال القوة الاقتصادية :
48	.....	ثانيا - معيار الميزة المفرطة :
49	.....	ثالثا - معيار الإخلال الظاهر بين حقوق و التزامات طرفي العقد :
50	.....	الفرع الثاني : نطاق الحماية من الشروط
51	التعسفية.....	الفقرة الأولى: من حيث
51	الأشخاص.....	أولا - الاتجاه الموسع
52	.....	

ثانيا - الاتجاه المضيق :

53.....	الفقرة الثانية: من حيث طبيعة العقد
58.....	الفقرة الثالثة: من حيث محل العقد
61.....	المطلب الثاني : أسس الحماية القضائية من الشروط التعسفية
63.....	الفرع الأول: سلطة القاضي في تقدير الطابع التعسفي للشرط
63.....	الفقرة الأولى: موقف الفقه من تدخل القاضي.
64.....	أولا - الاتجاه الرافض لتدخل القاضي :
64.....	ثانيا - الاتجاه المؤيد لتدخل القاضي :
66.....	الفقرة الثانية : تدخل القاضي لتقدير الطابع التعسفي للشرط
67.....	أولا - مدى تقديره للطابع التعسفي للشرط.
67.....	ثانيا - طريقة تقدير الطابع التعسفي للشرط :
73.....	الفرع الثاني: جزاء إدراج الشروط التعسفية.
75.....	الفقرة الأولى : الجزاء المباشر.
75.....	أولا - طبيعة الجزاء :
75.....	ثانيا - نطاق البطلان.
79.....	الفقرة الثانية : الجزاء غير المباشر (تفسير الشك في عقود الإذعان).
82.....	الفصل الثاني: دور القاضي في تحديد متطلبات العقد
90.....	المبحث الأول تحديد نطاق العقد
91.....	المطلب الأول الالتزام
91.....	بالسلامة
91.....	الفرع الأول: نشأة الالتزام بالسلامة و مضمونه
91.....	الفقرة الأولى: نشأة الالتزام
92.....	بالسلامة

97.....	بالسلامة	الفقرة الثانية: مضمون الالتزام
103.....	بالسلامة	الفرع الثاني: أساس الالتزام
103.....	بالسلامة	الفقرة الأولى: الالتزام بضمان العيوب الخفية كأساس للالتزام
105.....	بالسلامة	الفقرة الثانية: الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام
108.....	مستقل	الفقرة الثالثة: الالتزام بالسلامة التزام
112.....	طبيعته	الفرع الثالث: شروط قيام الالتزام بالسلامة و
113.....	السلامة	الفقرة الأولى: شروط قيام الالتزام بضمان
113.....	:	أولا - وجود خطر يهدد أحد المتعاقدين في جسده
113.....	:	ثانيا - أن يكون أمر الحفاظ على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين موكولا للمتعاقد الآخر:
114.....	:	ثالثا - أن يكون المدين بالالتزام بالسلامة مهنيا
115.....	:	الفقرة الثانية: طبيعة الالتزام
116.....	بالسلامة	أولا - الالتزام بالسلامة التزام ببذل عناية :
117.....	:	ثانيا - الالتزام بالسلامة التزام بتحقيق نتيجة
119.....	:	المطلب الثاني: الالتزام
124.....	بالإعلام	الفرع الأول: نطاق الالتزام بالإعلام و
124.....	مضمونه	الفقرة الأولى: نطاق الالتزام
125.....	بالإعلام	أولا - نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشخاص
125.....	:	أ - الدائن بالالتزام بالإعلام
125.....	:	ب - المدين بالالتزام بالإعلام
127.....	:	ثانيا - نطاق الالتزام بالإعلام من حيث الأشياء
129.....	:	الفقرة الثانية: مضمون الالتزام
132.....	بالإعلام	



	أولا - مضمونه في عقد البيع	
132.....	أ - الإعلام بالبيانات المتعلقة باستعمال الشيء المبيع	132.....
	ب - التحذير من المخاطر	
134.....	ثانيا - مضمونه في العقد الطبي	
141.....	الفرع الثاني: أساس الالتزام	
143.....	بالإعلام.	
	الفقرة الأولى: الالتزام بالإعلام كالتزام تابع لغيره من	
	الالتزامات.....	143.....
	أولا - الالتزام بالضمان كأساس للالتزام بالإعلام	
	ثانيا - الالتزام بالتسليم كأساس للالتزام بالإعلام	
	ثالثا - الالتزام بضمان السلامة كأساس للالتزام بالإعلام	
	الفقرة الثانية: الالتزام بالإعلام التزام مستقل	
	أولا - مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بالإعلام	
	ثانيا - الالتزام بالإعلام من مستلزمات العقد	
	الفرع الثاني: طبيعة الالتزام	
151.....	بالإعلام.	
	الفقرة الأولى: طبيعة الالتزام بالإعلام من حيث زمن الوفاء	
	به.....	151.....
	أولا - الالتزام بالإعلام التزام قبل تعاقدي	
	ثانيا - الالتزام بالإعلام التزام تعاقدي	
	الفقرة الثانية: طبيعة الالتزام بالإعلام من حيث كونه التزام بتحقيق نتيجة أم التزام ببذل	
	عناية.....	151.....
	أولا - الالتزام بالإعلام التزام بتحقيق نتيجة	
	ثانيا - الالتزام بالإعلام التزام ببذل عناية	
	المبحث الثاني حسن النية في تنفيذ	
	العقد	
	المطلب الأول: مفهوم مبدأ حسن	
	النية.....	154.....
161.....		
161.....		

161.....	النية: الفرع الأول: تعريف مبدأ حسن
162.....	النية: الفقرة الأولى: مدلول مبدأ حسن
168.....	النية: الفقرة الثانية: معايير حسن
168.....	: أولا - المعيار الشخصي أو الذاتي
170.....	: ثانيا - المعيار الموضوعي أو المادي
171.....	النية: الفرع الثاني: خصائص مبدأ حسن
175.....	النية: الفرع الثالث: أساس مبدأ حسن
175.....	النية: الفقرة الأولى: فكرة النظام العام كأساس لمبدأ حسن
176.....	النية: الفقرة الثانية: العدالة كأساس لمبدأ حسن
177.....	النية: الفقرة الثالثة: استقلالية مفهوم حسن
178.....	العقد: المطلب الثاني مظاهر حسن النية في تنفيذ
178.....	الفرع الأول: الالتزام بالنزاهة:
179.....	بالنزاهة: الفقرة الأولى: مضمون الالتزام
181.....	بالنزاهة: الفقرة الثانية: مدى التزام المتعاقدين
182.....	: أولا - بالنسبة للمدين
184.....	: ثانيا - بالنسبة للدائن
185.....	بالتعاون: الفرع الثاني: الالتزام
185.....	بالتعاون: الفقرة الأولى: مضمون الالتزام
188.....	بالتعاون: الفقرة الثانية: تطبيقات الالتزام
194.....	خاتمة
198.....	قائمة المراجع
215.....	المعتمدة: الفهرس

## الملخص :

يفرض مبدأ القوة الملزمة للعقد على طرفي العلاقة العقدية ، تنفيذ ما تعهدا به من التزامات دون تعديل فيها أو زيادة طبقا لمبدأ سلطان الإرادة . إلا أن التطور الاقتصادي الهائل الذي شهدته البشرية ، فرض على القاضي مواكبة . فكان أن لعب هذا الأخير دورا فعالا ، سيما القضاء الفرنسي . و ذلك بتوسيع مدى تنفيذ العقد ، اعتمادا على فكرة العدالة و مبدأ حسن النية .

## الكلمات المفتاحية :

مبدأ القوة الملزمة للعقد ، الشروط التعسفية ، مستلزمات العقد ، حسن النية في تنفيذ العقد .

## Résumé :

Le principe de la force obligatoire du contrat oblige les parties de la relation contractuelle à exécuter leurs engagements sans ajout ni modification selon le principe de l'autonomie de la volonté. Sauf que la grande évolution économique qu'à connue l'humanité à obliger le juge à se tenir au courant. Ce qui en résulte que ce dernier à jouer un rôle effectif surtout le juge français, et cela en élargissant l'envergure de l'exécution du contrat en se basant sur la conception de la justice et le principe de la bonne foi.

## Mots clés :

Principe de la force obligatoire du contrat, les clauses abusives, les exigences du contrat, la bonne foi dans l'exécution du contrat.

## Summary :

The principle of the obligatory force of the contract obliges the parts of the contractual relation to carry out their engagements without addition nor modification according to the principle of the authority . Except that the great economic evolution that knows humanity oblige the judge to be kept up to date . It results from that this last have play an effective role especially the French judge , that by widening the scale of the execution of the contract while being based on justice and the principle of the good faith.

## Key words :

Principle of the obligatory force of the contract , abusive conditions , requirements of the contract , good faith in the execution of the contract .