

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق والعلوم السياسية



## دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد - دراسة مقارنة -

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف:

أ.د. كحلولة محمد

إعداد الطالب:

دالي بشير

لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. بن عمار محمد
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	أ.د. كحلولة محمد
مناقشا	جامعة أدرار	أستاذ	أ.د. كيجل كمال
مناقشا	جامعة بشار	أستاذ محاضر "أ"	د. دغيش أحمد

السنة الجامعية: 2015-2016

## كلمة شكر

الحمد و الشكر للمولى عز وجل الذي وفقني في عملي.

أقدم بالشكر والتقدير والاحترام إلى من كان لي نورا أستاذي  
الفاضل الدكتور "خلوة محمد" على إشرافه وابداء ملاحظاته  
وتوجيهاته القيمة .

كما أقدم بالشكر الجزيل الى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة  
على قبولهم عناء مناقشة هذه الرسالة.

## الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى :

من قال الله عز وجل فيهما " ووصينا الأرسنان بوالديه إحساناً"

الوالدين الكريمين.

إلى العائلة الكبيرة إختوتي وأختوتي

إلى العائلة الصغيرة الزوجة ونور عيني ابنتي يوسف

إلى كل عمال مكتبة جامعة تلمسان وجامعة معسكر

## قائمة أهم المختصرات

### Liste des principales abréviations

#### باللغة العربية:

ج	: جزء.
ج.ر	: الجريدة الرسمية
ق.ت	: القانون التجاري
ق.م.ج	: القانون المدني الجزائري.
ق.م.ف	: القانون المدني الفرنسي.
ق.م.م	: القانون المدني المصري.
ق.ا.م:	: قانون الاستهلاك المصري.
ق.ا.ف	: قانون الاستهلاك الفرنسي.
ص	: الصفحة.
ع	: العدد
ط	: الطبعة.

#### باللغة الفرنسية:

<b>Art</b>	: Article.
<b>Bull</b>	: bulletin des arrêts de la cour de Cassation.
<b>C.A</b>	: Cour d'Appel.
<b>C.C.A</b>	: Code Civil Algérien.
<b>C.C.F</b>	: Code Civil français.
<b>C.CONSUM</b>	: Code de Consommation.
<b>C.Com</b>	: Code de commerce.
<b>C.E</b>	: Conseil Européen.
<b>CF</b>	: Confère.
<b>Cass</b>	: Cassation (cour de).
<b>CIV: Cass:</b>	: Arrêts des Chambres Civiles de la Cour de Cassation.
<b>Cass. Crim</b>	: Arrêts des Chambre criminelles de la Cour de Cassation .
<b>Chron</b>	: chronique .
<b>CIV .1<sup>ER</sup> ...2<sup>E</sup></b>	: Cour de cassation .1 <sup>er</sup> chambre civile....2 <sup>e</sup> chambre civile.
<b>D</b>	: Dalloz

<b>ED</b>	: Edition .
<b>EX</b>	: Exemple.
<b>Gaz.PAL</b>	: Gazette du palais
<b>I.N.C</b>	: Institut National de consommation (français)
<b>j.C.P.</b>	: juris classeur périodique.
<b>j.O.R.F</b>	: Journal Officiel de la République française.
<b>J.O.R.A</b>	: journal Officiel de la république Algérienne
<b>L.G.D.J</b>	: librairie générale de droit et de jurisprudence.
<b>N°</b>	: Numéro.
<b>Obs.</b>	: Observation .
<b>Op.Cit</b>	: précité
<b>O.P.U</b>	: Office de presse universitaire(Algérien).
<b>P</b>	: page .
<b>p.u.f</b>	: presse universitaire de France
<b>Rapp</b>	: Rapport.
<b>Rev</b>	: Revue.
<b>R.G.A</b>	: Revue générale des assurances.
<b>R.J.D.A</b>	: Revue de jurisprudence de droit des affaires
<b>S</b>	: Suivant(e)
<b>SOMM</b>	: Sommaire
<b>T</b>	: TOME.
<b>TRib</b>	: tribunal Civil.
<b>Univ</b>	: Université.
<b>V</b>	: voir.
<b>Vol</b>	: Volume.

# المقدمة

إن فكرة الحماية العقدية كانت ولا تزال محل اهتمام وبحث متواصل من قبل العديد من الفقهاء والباحثين<sup>1</sup> بحكم ما تثيره هذه الفكرة من إشكالات قانونية ومنازعات في الواقع العملي لاسيما في مجال إبرام العقود وبالأخص العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع وعقد التأمين.

والحماية المقصودة في هذا الجانب هي الحماية القضائية بمعنى تدخل سلطة القاضي، ويتجلى دورها في إيجاد الحل المناسب بخصوص نزاع عقدي يطرح أمامها ومن هنا تظهر لنا فكرة الحماية العقدية بصورة واضحة ودقيقة على اعتبار أن الشخص لا يمكنه أن يقتضي حقه بنفسه بل ينبغي عليه أن يرفع أمره إلى القضاء أو يلجأ إلى جهة قضائية مختصة من أجل تقرير حقوقه أو حمايتها على النحو الذي يقره القانون، وكذا إتباع إجراءات قانونية معينة بغرض حصوله على جميع حقوقه وهذا ما يدعى بالمطالبة القضائية للحق.

ولقد تكمن الغاية الأساسية من تدخل القضاء في تحقيق الحماية الفعالة للمتعاقد وذلك من خلال المحافظة على حقوقه في إطار العلاقة العقدية القائمة بينه وبين المتعاقد الآخر.

ومن هنا يتضح لنا مدى أهمية القضاء ودوره في حماية الطرف الضعيف في العقد من خلال إعادة النظر في العقود المتنازع فيها وكذا مراجعتها أو إلغاء أوجه التعسف إن وجدت.

إن الهدف من وراء إبرام العقد هو إنشاء حقوق والتزامات بين طرفيه، الأمر الذي يكون من شأنه أن يخلق نوع من النزاعات والمشاكل القانونية بين هؤلاء الأطراف وبالأخص إذا تعلق الأمر بتنفيذ تلك الالتزامات المتعاقد عليها، وما قد ينجم عنها من آثار قانونية في حالة عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه أي الإخلال بالالتزامات التعاقدية

<sup>1</sup> - وتتبع أهمية هذه الحماية على المستوى الدولي وهذا ما اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1985/06/09 بموجب القرار 248/39 من مبادئ توجيهية لحماية المستهلك من بينها التزام السلامة، أنظر عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط. 2008، ص. 01

الذي يشكل في نفس الوقت إخلالاً بمبدأ القوة الإلزامية للعقد من حيث مضمونه، على أساس أن موضوع العقد في حد ذاته هو الالتزام المراد تحقيقه من وراء التعاقد ما دام أن العقد هو التشريع الأساسي الذي يحكم المتعاقدان إعمالاً بالقاعدة العامة التي تقضي بأنه: " تكون الاتفاقات المكونة قانوناً بمثابة القانون لمن أوجدوها، ولا يمكن نقضها إلا بإرادتهم المشتركة، أو لأسباب يسمح بها القانون، ويجب تنفيذها بحسن نية"<sup>1</sup>.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة - بطبيعة الحال - بل يرد عليها استثناء يتجلى في مدى إمكانية القاضي في التدخل بخصوص النزاع الذي يطرح بشأن العقد أو هذا الاتفاق. فإذا تضمن هذا الأخير بنوداً توصف بأنها تعسفية أو كانت عباراته غير واضحة وغير ذلك من الحالات، فبإمكان أحد الأطراف أن يبادر برفع دعوى قضائية ترمي إلى الحد من هذه الشروط أو تفسير العبارات غير الواضحة وتحديد المعنى الحقيقي المقصود. وفي هذه الحالة نكون بصدد تفسير العقد أو تأويله إذا تبين للقاضي أن هناك مجالاً للتفسير.<sup>2</sup>

ومن الحقائق المسلم بها أن العقد إذا استوفى جميع شروط تكوينه الأساسية من رضا محل والسبب يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره إذ ينبغي أو يتوجب على أطرافه تنفيذ ما اشتمل عليه وبحسن نية، غير أنه في بعض الأحيان قد يبدو لنا العقد غامضاً ويكشفه عدم الوضوح والنقص في مضمونه، ويكون آنذاك من الضروري تفسيره من أجل تسليط الضوء على معناه أو تكملة النقص الذي يعتريه.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - واعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن استبدال إرادة القاضي بإرادة المتعاقدين في ركن "جوهرى" في الاتفاق، يشكل مخالفة لأحكام القانون، وأكدت المحكمة أن القاضي لا يملك سلطة الحلول محل المتعاقدين في تحديد الالتزامات العقدية Cass.civ.7 fév 1990, rtd civ.89 (3) juil.sept.1990, p.470 أشار إليه، سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد.ص.16.

<sup>2</sup> - أنظر، م111(ق.م.ج)، وتقابلها نص م. 150 (ق.م.م).

<sup>3</sup> أنظر م.104(ق.م.ج)، وتقابلها نص م. 144 (ق.م.م).



وفي هذا الصدد ينبغي أن نميز بين أمرين هما التفسير والوصف القانوني بحكم أن النظام القانوني للعقد لا يكون في معظم الأحيان محل جدل أو منازعة، الأمر الذي يدفعنا إلى القول بأن القاضي غير مرتبط بالوصف الذي يعطيه الأطراف للعقد وإنما مرتبط باتفاقهما بشأن التفسير، بحكم أن تفسير القانون وتفسير العقد هما أمران مختلفان على اعتبار أن الغاية من وراء تفسير القواعد القانونية تكمن في البحث عن النية أو القصد الذي اتجه إليه المشرع الجزائري من وراء وضعه تلك القواعد، بخلاف تفسير العقد فهذا الأخير يصبو إلى غاية معينة تتمثل في البحث عن النية أو القصد الذي اتجه إليه المتعاقدان من وراء إبرامهما للعقد على اعتبار أن العقد هو حكم المتعاقدان.

ولا شك في أن مبدأ تفسير العقد<sup>1</sup> يعتبر من أهم المواضيع الجديرة بالبحث والدراسة لاسيما أن المشرع الجزائري تناول موضوع تفسير العقد بصفة عامة في قواعد القانون المدني في الكتاب الثاني تحت عنوان الالتزامات والعقود، وبالضبط في الفصل الثاني المتعلق بنظرية العقد كمصدر من مصادر الالتزام وبصفة خاصة في القسم الثالث منه المتضمن آثار العقد. وهذا على غرار التشريعات والنظم القانونية الأخرى أين نجد أن المشرع الفرنسي قد اهتم كثيرا بمادة التفسير وقد عالجه بصفة دقيقة وخاصة حيث أنه خصص لها أكثر من مادة.

وفي حقيقة الأمر يعتبر تفسير العقد من أهم السلطات والصلاحيات التي منحها المشرع الجزائري صراحة لقاضي الموضوع وعلى ذلك فإن هذا الأخير يملك سلطات واسعة في مجال تفسير العقود مهما كانت طبيعتها.

فالقاضي عندما يطرح أمامه نزاع يتعلق بتفسير عقد ما أو ترفع أمامه دعوى التفسير فإنه لا يفصل في النزاع وإنما يقتصر دوره فقط في فحص مدى شرعية العقد، ومن ثم تفسيره بأن يضع نفسه محل الطرفين، وتبعاً لذلك يقع على عاتقه التزام بتفسير

<sup>1</sup> - أنظر، المواد من 1154 إلى 1164 (ق، م، ف)، وتقابلها المادتين 150، 151 (ق.م.م)، وتقابلها المادة 111 (ق.م.ج).

الشروط الغامضة مع مراعاة لمبدأ هام ألا وهو القوة الإلزامية للعقد<sup>1</sup> من جهة وكذا مبدأ استقلالية الإيرادات من جهة أخرى كون الالتزامات العقدية تجد أساسها في إرادة الطرفين. وعلى هذا الأساس فإن القاضي عليه أن يحرص ويسهر على تطبيق البنود الواضحة. وأن ينطق بتنفيذ العقد ويجب أن يراعى على الخصوص حكم العقد. ومهما يكن ليس بمقدور القاضي أن يقول بأنه لا يفهم العقد إذ يتوجب عليه أن يجد الحل المناسب للقضية المطروحة أمامه، تحت طائلة إنكار العدالة مع العلم أن البند غير الواضح يثير نزاعاً جدياً. كما ينبغي على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار الالتزام الأساسي للعقد، من خلال الرجوع إلى النظريات العامة في القانون المدني لاسيما نظرية السبب<sup>2</sup> التي تسمح له باستخراج مضمون العقد محل التفسير وتحديد الالتزام الجوهرى محل التعاقد.

فبالرغم من أن الأشخاص قد يحررون عقوداً بينهم بإمعان ووضوح إلا أن ذلك لا يحول دون إمكانية بروز مشكلات في تحرير العقود، والاتفاق حول مضمونها. وهذه الأخيرة من شأنها أن تجعل السلامة القانونية لعلاقتهم محل نقاش يقتضي إيجاد الحلول المناسبة، وبالفعل فإن التعبير عن الإرادة لا يكون في معظم الأحيان واضحاً ودقيقاً بصفة مطلقة. كما تجدر الإشارة أن القاضي بمناسبة فصله في دعوى التفسير العقدي حر في اختيار الوسائل التي تسمح له باستخلاص معنى العقد، التي تكون عباراته غامضة وله أن يأخذ في عين الاعتبار ظروف وملابسات إبرام العقد المراد تفسيره.

وعلى ذلك يمكنه أن يتساءل حول ماهية الإرادة الحقيقية للأطراف على أساس الاعتبار الشخصي أو يأخذ في عين الاعتبار مضمون العقد على أساس الاعتبار الموضوعي بصرف النظر عن ما أراده الأطراف من وراء العقد. أما بالنسبة لمضمون العقد يجد القاضي نفسه أمام ثلاث حالات، فإذا تعلق الأمر بعقد ذو عبارات واضحة

<sup>1</sup> - أنظر، م. 106 (ق.م.ج) وتقابلها م. 148 (ق.م.و) ونص م. 1134 (ق.م.ف).

<sup>2</sup> - أنظر، م. 97 (ق.م.ج) وتقابلها م. 136 (ق.م.و) ونص م. 1131 (ق.م.ف).

فهنا لا يوجد أي إشكال وما عليه سوى التصريح بتنفيذه، أما إذا كانت البنود غامضة فهنا يجب عليه أن يفسر العقد تفسيراً شخصياً يمكن معه الوصول إلى القصد المشترك، وفي غير هذه الحالات يقوم القاضي حسب القواعد العامة بتفسير العقد استناداً على العرف وكذا مبادئ العدالة والإنصاف. وعلى هذا الأساس يجد التفسير الشخصي نفسه مكرس فعلى القاضي أن يبحث عن إرادة الطرفين أثناء إبرام العقد أو تعديله، وبإمكانه أن يرفض التطبيق الحرفي من قبل هؤلاء إذا رأى بأن تطبيق شرط من شروط العقد من شأنه أن يؤثر بصورة سلبية على إرادة أحد المتعاقدين، لاسيما الطرف الضعيف في العقد وهذا ما نلمسه بصفة جلية في عقود الإذعان والعقود النموذجية أين يكون أحد أطراف العلاقة التعاقدية في مركز المتعاقد الضعيف، مقارنة بالمتعاقد الآخر الذي يكون في مركز قوي وبفضل هذا الأخير تتسنى له فرصة في فرض شروط هي في ذاتها تعسفية ويلزم بتطبيقها أو تنفيذها المتعاقد الآخر.

وكذلك قد يتبين أن هناك نقص كبير في العقد<sup>1</sup> يحول دون معرفة الإرادة الحقيقية، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي اللجوء إلى العقد، لأن ما هو مذكور في العقد قد ينير القاضي ويساعده في تفسير العقد والتوصل إلى المعنى الحقيقي في نهاية الأمر. وإذا واجهته صعوبات بشأن ذلك أو استحال عليه التعرف على هذا المعنى فيكون باستطاعته أن يحول شرط باطل إلى شرط صحيح من خلال إضفاء عليه مفهوم آخر. وفي حالة الشك يفسر الاتفاق ضد من صدر الاشتراط عنه ولفائدة من تعاقد على الالتزام. وهكذا يعتبر المتعاقد أو المتعهد وكأنه في وضعية ضعيفة بالموازاة مع المستفيد من العقد والذي يجب حمايته.

كما تجدر الملاحظة أن المحكمة العليا ليست بقاضي موضوع كونها لا تتطرق إلى الوقائع المتعلقة بنزاع معين، ولكنها قاضي قانون وبالتالي ينتج عن ذلك أنها لا تراقب التفسير المعطى من قبل قضاة الموضوع، لأن ذلك يشكل مساساً بالسلطة

<sup>1</sup> - أنظر، نظرية إنقاص العقد م. 104 (ق.م.ج)، والتي نصت على أنه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله". وتقابله نص م. 144 (ق.م.م).

التقديرية التي منحها المشرع صراحة للقاضي لكن يمكنها أن تمارس رقابتها القضائية، على الوصف القانوني الذي يتمسك به الأطراف بشأن العقد، وكاستثناء من الأصل العام فإن القضاء ممثلا في المحكمة العليا بإمكانه التدخل وإجراء رقابة على هذا التفسير، لكن في حالة وحيدة تتمثل أساسا في تفسير البنود الواضحة وتغيير الالتزامات التي اتفق الأطراف مسبقا على تنفيذها.

مادام أن القاضي يملك سلطات كثيرة في مجال تأويل العقد فإنه بدون شك يستطيع أن يقوم بتعديل العقد وهذا طبعا في الحالات أو الأسباب التي يسمح بها القانون، ولطالما كانت سلطة القاضي في تعديل العقد هي الأخرى تعد من بين المسائل القانونية التي عالجها المشرع الجزائري في أكثر من مادة، ذلك أن الوسيلة الفعالة التي يتناولها القاضي في تعديله هو العقد في حد ذاته وعليه فإن القاضي عندما يراجع العقد ويعيد النظر في مقتضياته فإنه يهدف بالدرجة الأولى والأخيرة إلى حماية الطرف الضعيف سواء كان دائن أو مدين.

والجدير بالملاحظة أن دور القاضي في تعديل العقد<sup>1</sup> يظهر من خلال مرحلتين متميزتين أولهما مرحلة إبرام العقد وتكوينه وثانيهما تنفيذ ذلك العقد، ففي المرحلة الأولى يمكن للقاضي أن يعدل العقد برمته أو يعدل جزءا منه متى رأى أنه يحمل في طياته بنودا توصف بأنها شرط تعسفي أو يتضمن غبنا أو استغلالا بالنسبة لأحد المتعاقدان، وبالتالي يكون من شأن هذه الأمور إحداث خلل في التوازن بين المراكز القانونية لأطراف التي كونته، ومن ثم فإن سلطة القاضي في التعديل قد تقتصر على إبطال العقد، متى وجد أن هناك ما يبطل هذا الإبطال أو على إزالة الغبن<sup>2</sup> الذي شابه فينقص من التزامات الطرف المغبون، كما هو الحال في عقد البيع المنصب على العقار، مع الإشارة أن القاضي أثناء قيامه بتعديل العقد فله أن يستخدم ما شاء من الوسائل والآليات التي توصله إلى نفس النتائج.

<sup>1</sup> - أنظر، م. 110 (ق.م.ج.)، وتقابله م. 149 (ق.م.م.)، م. 1162 و 1602 (ق.م.ف)

<sup>2</sup> - أنظر، م. 90 (ق.م.ج.) من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وتقبلها نص م. 1118 (ق.م.ف)

وبالنسبة للشروط التعسفية التي نجدها في أغلب الأحيان مذكورة في عقود الإذعان يكون القاضي مُخير بين أمرين، إما أن يقضي بإعفاء الطرف المذعن منها وإما أن يعدل الشرط التعسفي لأنّ بقاء هذا الأخير سيؤدي حتما إلى هيمنة الطرف القوي على الطرف الضعيف، واستغلال ضعف هذا الأخير من أجل تحقيق مكاسب لفائدة الطرف القوي في العلاقة العقدية مهما كانت الأسباب مثلما هو الحال في عقد التأمين فباللومغم من أنه عقد ملزم للجانبين كونه يترتب التزامات على عاتق طرفيه، هما المؤمن الذي يلتزم بأداء مبلغ التأمين وبالمقابل يلتزم المؤمن له بدفع الأقساط إلا أن جانب من الفقه يعتبره عقد من عقود الإذعان على أساس أن شركة التأمين في معظم الأحيان تملّي شروطا على الشخص الذي يتعاقد معها، وما على هذا الأخير سوى الانسحاق إلى هذه الشروط وقبولها دون مناقشة.

على أساس ما سبق يمكن القول أن سلطة القاضي في التعديل لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد بل تتعداها إلى مرحلة تنفيذه أيضا أين يعطى للقاضي سلطات واسعة في هذا المجال هدفها إعادة التوازن للعقد وإزالة أي إجحاف. بحق الطرف الضعيف فيه، وهذا ما يتجسد في أكثر من حالة لاسيما إذا تعلق الأمر بالظروف الطارئة<sup>1</sup> التي توصف بأنها ظروف استثنائية تطرأ بين مرحلتي إبرام العقد وتنفيذه. ويكون من شأنها التأثير على مصلحة المتعاقدان وتحول دون تنفيذ الالتزام، حيث تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين إذ يقتضي الأمر تدخل القاضي من أجل وضع حد لهذه المسألة ويقوم بتعديل العقد بما يلاءم المصلحة المشتركة للأطراف المتعاقدة، أي يعيد النظر على نحو يخفف من الخسارة وذلك إما بإنقاص الالتزام أو زيادته أو بوقف تنفيذ العقد.

أما إذا تضمن العقد شرطا جزائيا فله أن يخفض من قيمته أو يزيد فيه حسب الأحوال التي ينص عليها العقد.

<sup>1</sup> -ذلك فقد ثار جدل بين فقهاء فرنسيين بخصوص إعمال هذه النظرية سيما عندما يترتب الظرف الطارئ عن تصرف المدين وعوامل خارجية في آن واحد، أنظر، عبد الحق صافي، القانون المدني، العقد، آثار العقد، مطبعة النجاح، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2007، ص.154.

ولما كان على القضاء أن يتدخل بمناسبة تعديل الشرط الجزائي باعتباره تعويض اتقائي، بمعنى أن المتعاقدان هما اللذان يتفقان عليه مسبقا بموجب العقد فإذا ثار نزاع جدي بخصوص هذا الشرط هنا يجب على القاضي أن يراعي على الخصوص مصلحة الطرف الضعيف في العقد، فله أن يزيد في الشرط أو يحكم بتخفيضه طبقا لظروف وملابسات القضية<sup>1</sup>. حتى يكون هناك تكافؤ وتوازن في مصالح الأطراف من حقوق والتزامات على قدم المساواة، وتطبيق القانون بصورة صحيحة وأيضا إضفاء روح العدالة في العلاقة العقدية بين هؤلاء. فالقضاء وجد من أجل حل النزاعات القائمة بين الأطراف بل أكثر من ذلك تحقيق العدالة الاجتماعية والتوفيق بين المصالح.

والجدير بالأهمية أن التعويض الاتقائي يعد من قبيل المسائل القانونية المهمة التي تقتضي تدخل قاضي الموضوع، لاسيما إذا وقع نزاع حول قيمة هذا التعويض، وفي هذه الحالة يلعب القاضي دورا إيجابيا بشأن النزاع من خلال الرجوع إلى العقد وتعديل مبلغ التعويض المتفق عليه في العقد وجعله يتناسب مع جسامته الضرر الحاصل، مادام أن السلطة التقديرية تعود إلى القاضي الناظر في الدعوى أو المنازعة إن صح التعبير، ومن خلال الدراسة سنوضح بالتفصيل كيف يراجع القاضي الشرط الجزائي المذكور في العقد.

إن الغاية المرجوة من تعديل العقد تكمن في الوصول إلى نتيجة محددة تتمثل في تحقيق التوازن العقدي وخلق ما يسمى بتكافؤ الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد حسب ما تقتضيه العدالة، وكذلك حماية أحد المتعاقدان من تعسف المتعاقد الآخر من خلال مواجهة البنود التعسفية التي تشكل إخلالا بهذا المبدأ أي مبدأ التوازن العقدي. وهنا نجد أن القضاء يلعب دورا كبيرا إذ يعود له الفضل في الحد من ظاهرة الشروط التعسفية، وهذا ما نستخلصه من الاجتهادات القضائية في هذا المجال بحيث نجد أن القاضي عندما ينظر في القضية المطروحة أمامه، فإنه قد يلجأ في بعض

<sup>1</sup> - أنظر م. 184 (ق.م.ج) وتقابلها م. 224 (ق.م.م)، وتقابلها م. 1153 (ق.م.ف).

الأحيان إلى استخدام النظريات العامة في القانون المدني من أجل إيجاد الحل المناسب، ونقصد بذلك نظرية عيوب الإرادة ودورها في محاربة ظاهرة التعسف. ونتحدث في هذا المقام عن نظرية التدليس، هنا يتعلق الأمر بالحالات التي يلجأ فيها المنتج أو المحترف إلى استعمال الطرق والوسائل الاحتيالية وأسلوب التظليل بغرض حمل المستهلك إلى التعاقد والتأثير على إرادته، مع أنه يعلم علم اليقين بخطورة هذه المتوجات على حياة المتعاقد معه وكل ذلك بهدف ترويج منتجاته وتحقيق الربح في تجارته على حساب الأضرار التي تلحق بهذا المتعاقد لو علم بخطورة هذه المنتجات لما أتم العقد.

ضف إلى ذلك نظرية الغلط التي قد يعتمد عليها القاضي في بعض الحالات بغرض إبطال العقد على أساس الغلط لمصلحة الطرف الضعيف في العقد. وإلى جانب هذه النظريات هناك نظريات التقليدية التي ابتكرها الفقه في مجال تفسير العقد. وعلى وجه الخصوص نظرية التعسف في استعمال الحق<sup>1</sup>. فهي الأخرى كان لها دور هام في تفعيل القواعد المتعلقة بحماية المتعاقد، وقد يستند عليها قضاة الموضوع متى ثبت من وقائع النزاع العقدي حالة التعسف، ومفاد هذه النظرية أن الدائن قد يسيء استعمال حقه بمعنى يستعمل حقه على نحو سيئ ويجعل المدين ينفذ التزامه مع أنه يعلم أن هذا الالتزام أصبح مرهقا له، بسبب ظرف طارئ خارج عن إرادته ولذلك فإن سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظرف الطارئ تعتبر من النظام العام ومن ثم لا يجوز للمتعاقدان الاتفاق على مخالفتها كما أن أثر التعديل يتوقف أو يزول بزوال الظرف الطارئ.

وتعتبر العقود النموذجية خير مثال لتطبيق نظرية التعسف وهذا ما نلمسه خاصة في إطار المعاملات التجارية أين نجد طائفة من التجار والمحترفين بغرض تسويق منتجاتهم وتجارتهم يلجأون بصفة مستمرة إلى هذا الصنف من العقود، التي تأتي في

<sup>1</sup> -أنظر، م. 124 مكرر (ق.م.ج) من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وتقابلها نص م. 1386 ف 1 (ق.م.ف) .

شكل نماذج مطبوعة تتضمن شروط استثنائية ومألوفة. وهذا النمط من العقود قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى تقييد إرادة المتعاقد ودفعه بطريقة ما إلى التعاقد رغم أنه من خلال قبوله لهذه الشروط دون أن يتسنى له الفرصة في مناقشتها، مثل (عقود الإذعان)، وعلى ذلك أصبحت العقود النموذجية تؤثر بطريقة غير مباشرة على مبدأ حرية التعاقد الذي صار تدريجياً يتلاشى في وقتنا الراهن بفعل التحولات الاقتصادية في ظل الشركات التجارية، وبالأخص الشركات المتعددة الجنسيات إلى جانب عقود البيع بالتقسيط وهذا ما ورد ذكره في النصوص التشريعية قصد حماية المستهلك أو المتعاقد بصفة عامة.

بالتالي يجد القاضي نفسه مجبراً على الرجوع إلى أحكام العقد حسب الاتفاق. ويمكننا القول أن هناك عدة نظريات قد يلجأ إليها القاضي عندما يمارس سلطة التعديل وله أن يأخذ بهذه النظريات على سبيل الاستئناس وليس الالتزام، وذلك احتراماً لمبدأ السلطة التقديرية للقاضي.

ولما كان الأصل العام يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين فينبغي على القاضي أن يراعي حكم العقد أثناء قيامه بسلطة التعديل والحكمة التشريعية من ذلك هي احترام ما اتفق عليه المتعاقدان وعليه تفسير ما نقص في العقد، والإقرار بالجزاء العام الوارد بالقانون إذا ما تمت مخالفة أي من الالتزامات المذكورة في العقد.

وبالتالي إذا ثار نزاع بخصوص مسألة معينة فلا بد على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحة المتعاقد الضعيف، وفي هذه الحالة يجب أن نكون بصدد عقد من عقود الإذعان وأن يتضمن هذا الأخير شروطاً تعسفية.

إن الغرض الأساسي من وراء اختراع مثل هذه العقود هو تعزيز القواعد في إطار الممارسات التجارية والحرفية، بل أكثر من ذلك تفضيل المصالح الخاصة على المصالح العامة، وهذا طبعا يعتبر مظهر من مظاهر اختلال التوازن العقدي بين المستهلك والمحترف في ظل إبرام مثل العقود التي تتمح طرفاً واحداً وهو الطرف الذي



يملك القوة وتمكنه من فرض إرادته على المستهلك وهذا ما يؤدي في نهاية المطاف إلى خلق مشاكل قانونية يصعب على المرء أن يجد لها حولا مناسبة.

والى جانب نظرية التعسف في استعمال الحق نجد أيضا مبدأ حسن النية، وهو الآخر يندرج ضمن النظريات الفقهية التقليدية التي قد يعتمد عليها القاضي بمناسبة تعديل البنود التعسفية التي يحملها العقد في طياته.

ويلاحظ في الأخير أن هناك ارتباط وثيق بين مبدأ حسن النية ونظرية التعسف، على اعتبار أن العقد إذا كان مبنيا على هذا المبدأ فهنا لا يثور أي إشكال، أما إذا تبين خلاف ذلك وكان أحد المتعاقدان سيئ النية هنا نكون إزاء حالة واحدة وهي حالة التعسف في استعمال الحق، وبالتالي تنتفي الحكمة أو العلة من وراء إبرام ذلك العقد وتصبح الإرادة المشتركة منعدمة ولا وجود لها أساسا. وهذا بالفعل راجع إلى انعدام تطبيق مبدأ حسن النية في العقود بصرف النظر عن طبيعة هذه الأخيرة.

إن مبدأ حسن النية<sup>1</sup> يعد الركيزة الأساسية التي يقوم عليها العقد حيث نجد أن المشرع الجزائري يذكره في أكثر من مرة في معظم القوانين، وعلى ذلك فإنه يجب تنفيذ العقد وبحسن نية، والمقصود بذلك أن يؤخذ بعين الاعتبار ويراعي صدق الشخص في التصرفات والوقائع القانونية حيث أن حسن نية هو مبدأ مفترض ولذلك فمن يدعي سوء النية يجب عليه إقامة الإثبات على ذلك. كما يعتبر هذا المبدأ مسألة باطنية يصعب من الناحية الواقعية الكشف عنها بسهولة ومادام أنه كذلك فإن الأمر يترك وحده للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وحده يستطيع أن يحدد فعلا إذا ما كان المتعاقد الآخر حسن النية أو سيئها من خلال وقائع القضية، حتى يتسنى له معرفة النية الحقيقية للمتعاقد، مع العلم أن مدى توافر حسن النية يعتبر قرينة بسيطة تقبل الدليل المعاكس.

<sup>1</sup> - أنظر، م. 107 (ق.م.ج) " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية " وتقابله نص م. 147 (ق.م.م)، ونص م. 1134 (ق.م.ف).

وبالمقابل من يدعي سوء النية ينبغي أو يتوجب عليه أن يقدم للقاضي الدليل بخصوص المسألة المطروحة، ومن ثم يقع عبء الإثبات على المدعي حسب الأحوال، وهذا ما يظهر جليا في عقد البيع أين يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية، فإذا تعدد على إخفاء العيب غشا منه فهنا يمكن القول أن البائع كان سيء النية وقت تنفيذ الالتزام. ومن ثم يقع عبء الإثبات على المشتري أين يتوجب عليه من جهة إثبات غش البائع وتعتمده في إخفاء العيب، ومن جهة أخرى إثبات العيب الموجب للضمان باعتباره واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا، وإذا اقتضى الأمر يمكنه استعانة بالخبراء الفنيين إذا كان الأمر فعلا يحتاج إلى خبرة. وبالتالي فإن مسألة الإثبات تخضع للقواعد العامة على أساس البينة على من ادعى واليمين على من أنكر خلاف الظاهر.

المسؤولية المدنية هي الأخرى لها دور هام في تفعيل القواعد الحمائية للمتعاقد وهذا ما نلمسه في العديد من القضايا المدنية، أين نجد القاضي يؤسس حكمه على نظرية المسؤولية المدنية، ويقر بمبدأ مسؤولية الشخص إذا كان الخطأ الذي ارتكبه قد سبب أو حدث ضررا لشخص ما وبالأخص إذا ثبت من وقائع النزاع أن هناك علاقة سببية بين ذلك الخطأ والضرر الحاصل للضحية.

وكما نعلم تنقسم المسؤولية المدنية تنقسم إلى قسمين فهناك المسؤولية العقدية وكذا المسؤولية التقصيرية، فالأولى أساسها العقد أو التصرف القانوني والثانية تنشأ عن واقعة مادية. وما يهمنا في هذه الدراسة هو المسؤولية العقدية ومدى أهميتها في توفير الحماية للمتعاقد على أساس أن الخطأ العقدي قد يؤدي إلى إحداث ضرر جسيم لأحد المتعاقدان، من جراء عدم تنفيذ الالتزام التعاقدى أو بالأحرى موضوع العقد. ومن ثم فإنه يحق للمتضرر في هذه الحالة أن يطالب بتعويض الأضرار التي لحقت من وراء ذلك الخطأ عن طريق رفع دعوى أمام القاضي المدني من أجل استحقاق ذلك الحق مادام أن تنفيذ محل العقد أصبح مستحيلا بسبب يرجع إلى إرادة المتعاقد الآخر، وهنا يثور الإشكال حول مسألة تحديد قيمة التعويض المستحق من قبل المتعاقد الذي تضرر من

وراء العقد. وعلى ذلك فإن القاضي عندما ينظر في القضية فإنه لا يجد أمامه سوى طريق واحد وهو الحكم بالتعويض بالنسبة للطرف الذي ارتكب الخطأ العقدي في حق الطرف المتعاقد معه. وتبعاً لذلك يكون مبلغ التعويض متناسب مع جسامته الضرر الحاصل فضلاً عن ذلك لا يكون التعويض مستحقاً للمتضرر إلا إذا كانت هناك علاقة سببية واضحة بين الخطأ العقدي والضرر. غير أن المسؤولية العقدية تنتفي إذا كان الضرر بسبب لا دخل للمتعاقد فيه وإنما راجع إلى خطأ المتعاقد الآخر (ضحية) أو بفعل القوة القاهرة حسب ما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني الجزائري. ولقد أخذ المشرع الجزائري بقواعد المسؤولية المدنية بصفة عامة في إطار إبرام العقود، وبالأخص المسؤولية العقدية نظراً لمكانتها العلمية والعملية وهذا ما يبرره بصفة جلية في توقيع جزاءات ذات طابع مدني على مرتكب الخطأ بصفته متعاقداً. وكذلك التزامه بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب جراء عدم التنفيذ.

بالتالي يتضح لنا أن المسؤولية المدنية تعد من بين الوسائل والآليات، التي قد يأخذ بها القضاء في مجال المنازعات المدنية، التي تثور بشأن الالتزام محل التعاقد بحكم أنها توفر للطرف الضعيف حماية قانونية في ظل التصرفات والاتفاقات التي يبرمها مع الغير.

لقد اهتم الفقه والقضاء بنظرية المسؤولية المدنية فقد عالجهما العديد من الباحثين معتبرينها من بين المسائل القانونية التي تحتاج فعلاً لدراسة معمقة، كما أنها جديرة باهتمام بحكم ما تثيره من إشكالات في الحياة الواقعية الخاصة. كما نجد قضاة الموضوع يأخذون بها في الكثير من القضايا في سبيل حماية الطرف الضعيف في العقد.

إن الأساس في مسألة تكوين العقد أن تكون للأطراف المتعاقدة كامل الحرية في تحديد موضوع التعاقد، من خلال وضع الشروط دون أن يكون هناك مساس بمصلحة أحد المتعاقدين على حساب مصلحة الطرف أو المتعاقد الآخر، بمناسبة العقد المبرم

بينهما فمن أهم المبادئ التي نادى بها الفقه واعترفت بها النصوص التشريعية، نجد على الخصوص مبدأ حرية التعاقد الذي يعتبر أساس العقد وقوامه. فليس من العدل أن يتحدد مضمون العقد بناء على إرادة طرف دون الآخر لاسيما أن إنشاء العقد في حد ذاته يخضع لمبدأ التراضي واتفاق الأطراف عليه صراحة.

ولقد استقر الفقه والقضاء على فكرة الحرية في التعاقد كونها الأصل في تكوين العقد بصرف النظر عن طبيعة التصرف القانوني أو الاتفاق، وبالأخص أن التعبير عن الإرادة المشتركة هو الغاية من وراء إبرام التصرف القانوني، بمعنى أن المتعاقدان لهم الحرية المطلقة في تضمين عقودهم ما يشاءون من بنود أو شروط شريطة أن تكون هذه الأخيرة تتلاءم ومصالحة الأطراف معاً، وخالية من أي فصل أو امتيازات بالنسبة لأحد المتعاقدان

وعلى هذا الأساس يتبين أنه إذا تم العقد بناء على الإرادة المشتركة فإننا نكون أمام مظهر من مظاهر التوازن العقدي من خلال الموازنة والمساواة بين الأطراف من حيث الحقوق وكذا الواجبات التي ترتبها هذه الإرادة عن العقد.

وتبعاً لذلك إذا أبرم العقد بناء على إرادة مقيدة، هنا نكون بصدد إخلال بالمبدأ العام الذي يقضي بالحرية المطلقة في التعاقد دون أن يكون هناك مساس بمبدأ المشروعية وهذا ما يتجلى عندما يحدد المتعاقدان سبب التعاقد مع العلم أن ركن السبب يعتبر ركناً أساسياً وجوهرياً في العقد. إذ ينبغي أن يكون السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

إن الإخلال بمبدأ حرية التعاقد من شأنه أن يؤثر في صحة العقد وسلامته من الناحية الموضوعية خاصة، كما أنه قد يشكل بطريقة ما إضراراً بمصلحة أحد المتعاقدان وهنا قد يثور النقاش حول مسألة الحماية العقدية اللازمة لهذا الأخير.

وبالنتيجة يمكن أن يعتبر هذا الأمر إحدى صور الإخلال بالتوازن العقدي. الأمر الذي يقتضي فعلاً تدخل القاضي من أجل حماية هذا المتعاقد لاسيما الطرف الضعيف

في العلاقة العقدية من خلال إعادة التوازن للعقد، وهذا ما نستشفه عندما يقوم القاضي بتعديل إحدى بنود العقد وإزالة كل بند من شأنه تقييد إرادة هذا المتعاقد كما أنها تفرض عليه - في بعض الأحيان - القيام بشروط تم إدراجها بصفة انفرادية ولا دخل لإرادته فيها وبالتالي تجعل الطرف الضعيف يقدم على تنفيذ العقد دون رضاه أو رغما عنه. ونفس الشيء يقال بخصوص تنفيذ العقد لكن الأمر هنا يتعلق بمسألة تنفيذ الالتزام وهي نقطة مهمة ينبغي على القاضي مراعاتها وأخذها بعين الاعتبار، إذا ما ثار نزاع جدي حول هذه المسألة.

وعلى ذلك فإن سلطة القاضي لا تنحصر فقط في تكوين العقد أو تنفيذه، بل تتعداه إلى سلطة تحديد نطاق العقد ويتجلى ذلك في تحديد الالتزام المتعاقد عليه، وهنا يبرز دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية التي يحملها العقد في طياته وكذا احترام الالتزامات التعاقدية أين ينبغي على قضاة الموضوع أن يحترموا الإرادة المشتركة للأطراف طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة. ومن قبيل هذه الالتزامات نجد على وجه الخصوص الالتزام بالسلامة، فالقاضي وهو بصدد دراسة موضوع العقد يجب عليه أن يراعي مدى توافر هذا الالتزام في العقد لاسيما إذا كنا بصدد عقد النقل. وهذا خلافاً للمبدأ العام الذي يقضي بالقوة الإلزامية لموضوع العقد، معنى ذلك أن القاضي بمقدوره أن يغطي النقص الذي يعتري العقد في حالة ما إذا وجد أن العقد يستدعي التزام معين من خلال تضمين العقد شروطاً أخرى، وإضافة التزامات لم ينص عليها المتعاقدان وقت إبرامهما لهذا العقد.

زيادة على ذلك هناك عقود الاستهلاك التي ترتب في ذمة المحترف أو المنتج الالتزام بالإعلام ومضمون هذا الأخير، أن المحترف يحتم عليه أن يقدم طريقة استعمال الشيء المباع للمشتري بصفته مستهلكاً. ويعلمه بكل الأمور أو بالأحرى بكافة ما يتعلق بهذا الشيء سواء كان هذا الأخير ينصب على خدمة أو سلعة معينة معروضة للاستهلاك، وذلك من أجل حماية المستهلك من كل المخاطر التي تهدده في سلامته وأمنه.

ومما لاشك فيه أن المستهلك عندما يقتني أو يشتري شيئاً معين فإنه في هذه الحالة يحتاج إلى وسائل قانونية تكفل له حماية فعالة على جانب الالتزامات المذكورة أعلاه.

ومن ثمة فإن الضمان هو أنجع وسيلة لحمايته تقاديا للمخاطر وضمانا لحقوقه في الانتفاع بالخدمة. وكما نعلم أن فكرة الضمان أخذت حيزا كبيرا من الاهتمام والدراسة من جانبيها التشريعي والفقهية، إذ أن هذه الفكرة أصبحت تثير إشكالات قانونية من الناحية النظرية والعملية خاصة فمعظم المنازعات المدنية تدور حول فكرة الضمان ومدى فعاليتها في توفير الحماية للمتعاقد.

ولقد اهتم المشرع الجزائري كثيرا بمسألة الضمان<sup>1</sup> وأولاهها عناية خاصة وفي هذا الإطار نجد الضمان القانوني، الذي يعتبر من أهم الوسائل التي يكون من شأنها أن توفر للمتعاقد أكبر قدر من الحماية في ظل العمليات الإنتاجية والعقود التي يبرمها من الأشخاص سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين كالشركات التجارية مثلا.

وقد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي بخصوص مسألة ضمان العيوب الخفية من خلال إدراجها ضمن قواعد القانون المدني<sup>2</sup>، إلا أنه مع مرور الزمن بدأت أحكام الضمان تتطور تدريجيا بتطور المجتمعات حيث أصبحت تندرج في إطار العديد من القوانين والمراسيم والتشريعات، لاسيما التشريع المتعلق بقواعد حماية المستهلك<sup>3</sup>. وهذا راجع إلى الأهمية القانونية لأحكام الضمان من جهة ودورها الفعال في حماية المقومات الأساسية للمستهلك في الوقت الراهن وكذا استقرار المعاملات من جهة أخرى.

<sup>1</sup> - أنظر، م. 369 (ق.م.ج.)، وتقابلها نص م. 1641 (ق.م.ف.).

<sup>2</sup> - في الباب السابع منه تحت عنوان العقود المتعلقة بالملكية، وبالأخص عقد البيع الذي يشكل مجالا خصبا لتطبيق فكرة الضمان، ومن هنا يتضح أن الضمان يستلهم مبادئه والقواعد التي تحكمه من القانون المدني على أساس أنه الشريعة العامة لجميع القوانين

<sup>3</sup> - أنظر، القانون رقم 03-09 المؤرخ في صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. (ج.ر. المؤرخة في 08-03-2009).

والجدير بالذكر أن الضمان<sup>1</sup> يعد من أهم الالتزامات التي رتبها المشرع الجزائري على عاتق المحترف أو المنتج<sup>2</sup>، وعلى ذلك ينبغي على كل شخص متدخل في عملية الإنتاج أن يلتزم بضمان سلامة منتوجاته، التي يعرضها نحو الاستهلاك من جميع العيوب التي تجعلها غير صالحة للاستعمال المعد لها، والإخلال بهذا الالتزام يخول للمستهلك صلاحيات عديدة في هذا المجال كحقه في التمسك بالأحكام العامة كمطالبة بفسخ العقد، نتيجة الإخلال أو عدم تنفيذ الالتزام العقدي بإضافة إلى حقه في طلب إبطال العقد إذا رأى ما يبرر ذلك، أو المطالبة بإصلاح السلعة المعيبة.

أحاط المشرع الجزائري الطرف الضعيف في العقد بضمانات كثيرة كما خوله سلطة اللجوء إلى القضاء والمطالبة بجميع حقوقه، من خلال جملة من الدعاوى العقدية التي تمكنه من استيفاء هذه الحقوق، ومن بين هذه الدعاوى نجد دعوى فسخ العقد نتيجة امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن قبيل هذه الالتزامات نجد التزام البائع بضمان العيوب الخفية، وكذا التزامه بضمان عدم تعرضه الشخصي وكذا التعرض القانوني الصادر من الغير وعلى ذلك فإذا أخل البائع بهذه الالتزامات في تجاه المشتري فبإمكان هذا الأخير أن يرفع دعوى ضد البائع يطلب فيها فسخ العقد بسبب إخلال البائع بالتزامه بالضمان، ويترتب عن ذلك انحلال العقد ورجوع المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وبالتالي زوال العقد بأثر رجعي.

وإلى جانب دعوى الفسخ نجد أيضا دعوى إبطال العقد وهذه الأخيرة تكون مؤسسة على فكرة عيوب الإرادة<sup>3</sup> كالغلط<sup>4</sup> والتدليس<sup>5</sup>. فمن المقرر قانونا أن المتعاقد بمقدوره أن يطالب بإبطال العقد إذا وقع في غلط جوهري وقت التعاقد، ويكون الغلط

<sup>1</sup> - أنظر، م. 183 (ق.م.ج)، وتقابلها نص.م. 224 (ق.م.م).

<sup>2</sup> - أنظر، م. 140 مكرر (ق.م.ج). التي تتكلم على مسؤولية المنتج وتقابلها نص م. 1986 ف1 (ق.م.ف).

<sup>3</sup> - أنظر، م. 83 (ق.م.ج) وما يليها.

<sup>4</sup> - وورد في الحكم أنه "يؤدي وجود الخطأ حتى لو كان غير عمدي ومهما كان بسيطا إلى قيام مسؤولية المتعاقد لذي أوقع المستهلك في غلط" Cass civ;g.p 1966-1p.63، أنظر، عبد منعم موسى إبراهيم، المرجع السابق ص. 57.

<sup>5</sup> - أنظر، م. 86 ف2 (ق.م.ج).

جوهرياً<sup>1</sup> إذا وقع فعلاً في شخص المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت هذه الأخيرة السبب الرئيسي في إبرام العقد<sup>2</sup>.

وكذلك الأمر بالنسبة لمسألة التدليس أين اعتبر المشرع الجزائري السكوت العمدي على واقعة أو ملابسة تدليسا، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة، وتبعاً لذلك باستطاعة المتعاقد أن يطلب إبطال العقد على أساس نظرية التدليس عملاً بنص المادة 86 ف2 (ق.م.ج).

وعلى هذا الأساس إذا كانت الحيل التي يلجأ إليها أحد المتعاقدان يبلغ حداً من الجسامه، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، فإنه باستطاعة الطرف الضعيف (المدلس عليه) أن يمارس دعوى إبطال العقد من أجل حماية نفسه تجاه المدلس.

ويجب الإشارة إلى أن حماية المستهلك الذي يعتبر الطرف الضعيف في العقد قد أقرتها بعض المواثيق الدولية الخاصة بحقوق الإنسان، لاسيما العهد الدولي الخاص . وكما يبدو أن التطور الصناعي والتكنولوجي أدى إلى تزايد كبير في المنتجات التي تعرض للاستهلاك في ظل العولمة، وكذا الاستثمارات الأجنبية وما زاد الأمر سوءاً هو تقاوم المخاطر الناجمة عنها، والتي من شأنها أن تهدد سلامة وأمن المستهلك من خلال وسائل الدعاية المغرضة والإعلانات المظلمة أي الكاذبة التي تدفع المستهلك في بعض الأحيان إلى اقتناء منتج ما دون أن تكون له الرغبة في ذلك، وبهذا الشكل يجد المستهلك نفسه مقيداً من حرية في اختيار المنتجات التي يريدتها.

<sup>1</sup> -أنظر، م. 82 (ق.م.ج)، وتقابلها نص م.1110(ق.م.ف).

<sup>2</sup> - حيث أن محكمة النقض الفرنسية فسرت عبارة جوهر الشيء الواردة في المادة 1110(ق.م.ف) تفسيراً ضيقاً، حيث كان يذهب الفقه القديم على أن الغلط لا يكون جوهرياً إلا إذا كان منصبا على مادة الشيء كمن يشتري شيئاً على أنه من الذهب الخالص فاتضح أنه من النحاس المطلي بقشرة من الذهب. غير أن القضاء قد عدل عن هذا التفسير الضيق، وفسر عبارة جوهر الشيء بصفاته الجوهرية وهي الصفات التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد، وذلك كمن يشتري لوحة على أنها من رسم فنان معين، ثم يتضح أنها مقلدة، فيكون هذا المتعاقد قد وقع في غلط جوهرية في الشيء يجيز له الطلب إبطال العقد. فالعبرة في تحديد مدى جوهرية صفات الشيء من نوع وإدخاله في نوع آخر، وإنما يتم هذا التحديد على أساس شخصي أو ذاتي، حيث تكون العبرة في تحديد الصفات الجوهرية للشيء، بالصفات التي دفعت المتعاقد إلى التعاقد، فلولا هذه الصفات ما كان قد أقدم على التعاقد. أنظر، عبد منعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.57.



وينبغي أن نلاحظ في هذا الصدد أن القواعد الخاصة لحماية المستهلك وكذا القواعد العامة قد تبدو غير كافية لتحقيق وتوفير الحماية لهذا الأخير، ومن أجل ذلك كان لابد من تفعيل وسائل أخرى أكثر حماية وفعالية، وفي سبيل ذلك جاء المشرع الجزائري بمقتضى القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم (ق.م.ج) بفكرة المسؤولية المدنية للمنتج عن الأضرار التي تتسبب فيها منتوجاته المعيبة. فالمنتج بصفته بائعا عندما يبرم عقد مع المستهلك باعتباره مشتريا يتوجب عليه قبل أي شيء أن يلتزم بالضمان وأن يسلم الشيء محل التعاقد خالي من أي عيب وأن يكون حسن النية، فإذا أخل بالتزاماته تجاه المستهلك فبإمكان هذا الأخير أن يستخدم عدة وسائل في سبيل حماية نفسه فله أن يطالب بإصلاح الضرر إذا كان قابلا للإصلاح أو استبداله بمنتج آخر أو التعويض عند الاقتضاء.

إن المسألة القانونية المراد دراستها تتعلق بالوسائل والكيفيات التي يمكن من خلالها للقاضي تحقيق التوازن العقدي ومدى فعاليتها في حماية الطرف الضعيف في العقد؟ ويبدو أن هذه الإشكالية تطرح العديد من التساؤلات تدور حول مدى إمكانية قاضي الموضوع في تحقيق الحماية الفعالة للطرف الضعيف؟ حيث تبرز من خلال المقارنة بين التشريعات والقوانين الوضعية سبل وكيفية حماية حق المتعاقد من أي تعسف أو إجحاف قد يقع عليه والآليات القانونية التي وضعتها التشريعات لتحقيق هذا الغرض مع التركيز على السبل والأساليب القانونية التي اعتمدها المشرع الجزائري في مجال الحماية العقدية. والوقوف على أهم الصعوبات والمشاكل التي يواجهها الطرف الضعيف في العقد إزاء نظيره الذي يكون بمثابة الطرف القوي في إطار العلاقة العقدية التي تربطهما؟. وكذا موقف القضاء بخصوص المسألة المطروحة وما هي الآليات التي يعتمدها في سبيل حماية المتعاقد وكيف يمكن للقضاء أن يضع حدا لظاهرة التعسف؟ فضلا عن ذلك متى تكون مصلحة المتعاقد مهددة وتقتضي آنذاك حماية قضائية؟ وماذا نقصد بالشروط التعسفية وما مدى تأثيرها على مبدأ حرية التعاقد؟

بعبارة أخرى فيما يتجلى دور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية وعلى أي أساس يقوم القاضي بتعديل العقد؟ وهل هذه السلطة مطلقة أم مقيدة؟ .

ولدراسة هذا الموضوع اخترت المنهج النقدي المقارن لحل الإشكالية المطروحة وهذا بالتركيز على النصوص القانونية سواء تعلق الأمر بالتشريع الجزائري أو بالتشريعات العالمية الأخرى كالتشريع الفرنسي والتشريع المصري مع الاستشهاد بالواقع العلمي وبالأخص الاجتهاد القضائي الجزائري بخصوص القضايا المدنية لاسيما المنازعات العقدية.

كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها من خلال عرض هذا البحث، سنتناول بشكل مفصل ودقيق كل الجوانب القانونية التي يثيرها الموضوع محل الدراسة.

وعلى أساس ما سبق قمت بتقسيم الدراسة إلى بابين نتحدث في **الباب الأول** حول دور القاضي في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه تناولت فيه فصلين حيث انصبت الدراسة في **الفصل الأول** على دور القاضي في مرحلة تكوين العقد ومن خلال هذا الفصل تم تسليط الضوء على موضوعان رئيسيين يتمثل الموضوع الأول في مسألة تفسير العقد لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية ومن أهم الإشكالات القانونية التي يثيرها هذا الموضوع نجد مشكلة التفسير الموضوعي للعقد من جهة ومشكلة تقدير الشرط الجزائي من قبل قاضي الموضوع من جهة أخرى. ويتجلى الموضوع الثاني في مسألة تطبيق مبدأ حسن النية من خلال الحديث عن أساسه الفقهي والقانوني. وفي نفس السياق سنتكلم عن مدى تطبيق هذا المبدأ في العقود بصفة عامة وكذلك التجسيد الواقعي لمبدأ حسن النية.

أما **الفصل الثاني** فقد خصصته لدراسة سلطة القاضي في مرحلة تنفيذ العقد وفيه تطرقت إلى مبحثين على التوالي: خصصت المبحث الأول تناولت فيه كيفية تعديل العقد ومن خلال هذا المبحث استعرضت بالتفصيل أهم الأساليب والآليات التي يعتمد عليها القاضي في سبيل التعديل العقدي.

أما فيما يخص المبحث الثاني فقد خصصته لدراسة مبدأ التوازن العقدي ومدى تحققه في ظل حماية الطرف الضعيف في العقد.

أما الباب الثاني فقد خصصته لسلطة القاضي في تحديد نطاق العقد، فقامت بتقسيمه إلى فصلين على التوالي:

**خصصت الفصل الأول** لمحاربة الشروط التعسفية من خلاله حاولت أن أتعرض لدور القاضي في مواجهة الشروط التعسفية. وفي نفس الإطار تحدثت عن مفهوم المستهلك وطبيعة عقد الإذعان في مبحثين مستقلين.

أما **الفصل الثاني** فقد تعرضت فيه على وجه الخصوص إلى مدى احترام القاضي الناظر في الدعوى للالتزامات العقدية. وبالأخص الالتزام بالسلامة والإعلام وكذا الضمان. وفي نهاية الأمر ختمت بخاتمة كنتائج عما قلناه في مقدمة البحث.

# المباح الأول

دور القاضي في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه

الفصل الأول: دور القاضي في مرحلة تكوين العقد

الفصل الثاني: دور القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

## الباب الأول: دور القاضي في مرحلتَي تكوين العقد وتنفيذه

القاضي له دور هام في مرحلة تكوين وتنفيذ العقد، وهي كيفية التصدي بالعلاج للشروط الواضحة والمحددة، غير مخالف في ذلك قواعد النظام العام، ولكنها تتضمن أحكاما متعسفة على الطرف الضعيف، بحيث لم يكن القاضي حرا في معالجته لهذه المشكلة، بل كان محكوما بأمر ن: أولهما ضرورة مراعاة الظروف التي تعاقد فيها الطرف الضعيف، والتي تمثل ضعفا اقتصاديا عليه وهذه لا تؤثر على تكوين العقد، إذ لا يعد الإكراه الاقتصادي إكراها قانونيا بعيب الرضا، والأمر الثاني أنه رغم صحة هذا العقد إلا أنه ذو طبيعة خاصة، إذ يتعلق بخدمات أو سلع حيوية، ويجب التوفيق بين المصالح المتعارضة فيه، مصلحة الطرف القوي بضرورة العمل على سير المنشأة أهدافها الاقتصادية ومصلحة الطرف الضعيف بحمايته من تعسف الطرف القوي.

وإزاء خلو التشريع من نص يخول قاضي الموضوع سلطة تعديل هذه الشروط المجحفة أو إعفاء الطرف الضعيف منها، فقد التزمت أغلب أحكام القضاء الفرنسي والمصري والجزائري القاعدة العامة، وهي احترام حرية التعاقد وأخذ الطرفين بأحكام عقدهما، وعدم تحريف الشروط الواضحة والمحددة.

ومن مظاهر الحماية القضائية للطرف الضعيف حيال الشروط المدرجة في العقد وهي المضمون المقصود بالتعاقد، والتي تلزم الأطراف باحترام القانون ومبادئ النظام العام، وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي من أن الإرادة الضمنية يمكن أن تعدل الإرادة الصحيحة المتمثلة في الشروط الواضحة والمحددة.<sup>1</sup>

والسؤال المطروح في هذا الباب كيف يمكن تجسيد الحماية العقدية للطرف الضعيف في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه؟ وفيما يتجلى دور القاضي بخصوص كل مرحلة؟

<sup>1</sup> - أنظر، عبد حكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني والمصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط. 1998، ص.419.

وللإجابة عن هذا التساؤل ، سوف نتطرق إلى دور القاضي في مرحلة تكوين العقد (الفصل الأول)، ثم إلى دور القاضي في مرحلة تنفيذ العقد (الفصل الثاني).

# الفصل الأول

دور القاضي في مرحلة

تكوين العقد

للكشف عن قصد المتعاقدين أو التعرف على حقيقة المقصود من عبارات العقد يستعين القاضي بنوعين من الوسائل , أولهما الوسائل الداخلية وتكون بالرجوع إلى عبارات العقد ذاته، واستخدام مجموعة من القواعد التي تساعد في استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين من عبارات العقد، وثانيهما الوسائل الخارجية وتعني الاستعانة بعوامل خارجة عن نطاق العقد مثل العرف وطبيعة المعاملة للوصول إلى بيان ما ينتجه العقد من حقوق وما يولده من التزامات.

ويرى البعض من الفقه أن التفسير لا يقتصر على المعنى الضيق الذي يقتصر على تفسير عبارات العقد الغامضة. بل يتعداه إلى معنى واسع يقوم على تنظيم المسائل الفرعية التي تركها المتعاقدان، ذلك أن ترك هذه المسائل دون تنظيم يعد نوعاً من الغموض الذي يحتاج إلى تفسير بالبحث عما تهدف إليه إرادة المتعاقدين، لأن أساس التفسير هو الوقوف على ما قصدته إرادة المتعاقدين ويستوي في ذلك أن تكون هذه الإرادة صريحة أو ضمنية، فسواء فسر القاضي اللفظ الغامض أو أكمل نقصاً في العقد، فعمله هذا سيعيد تفسيراً للعقد. ومن هنا فإن الحل الذي يتوصل إليه القاضي من التفسير يكون موجوداً في العقد نفسه، ولكن كان يكتنفه الغموض، ويتوصل القاضي للكشف عنه مستعيناً بقواعد التفسير ولذا فإن الالتزام الذي يتقرر وجوده في العقد عن طريق التفسير يمكن رده إلى لفظ أو جملة في العقد.<sup>1</sup>

فالعقد بوصفه يعد أهم الوسائل القانونية للتعامل بين الأفراد، ينبغي أن يكون له دور اجتماعي وأخلاقي حتى يكون قادراً على تحقيق الهدف الأسمى للقانون وهو العدل، من هنا فإن المشرع ومن منطلق حرصه على ضمان قدر متزايد من العدالة بين المتعاقدين يتدخل في بعض الأحيان محدثاً تعديلات جوهرية في طائفة معينة من العقود مثل عقد الإيجار , فالأصل أن تحدد مدة العقد باتفاق المتعاقدين , ولكن المشرع يتدخل بنص يقضي بعدم إنقضاء العقد بإنهاء المدة المتفق عليها، بل يمتد إلى مدة

<sup>1</sup> -أنظر, عبد سلام عبد الله الفتلاوي, المرجع السابق, ص.31.



غير محددة وهو ما يسمى بالامتداد القانوني، فالتعديل هنا يتعلق بمدة العقد المتفق عليها<sup>1</sup>.

ولهذا سوف نتطرق لتفسير العقد لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية (المبحث الأول)، وتقدير الشرط الجزائي من قبل قاضي الموضوع (المبحث الثاني)، وتطبيق مبدأ حسن النية (المبحث الثالث).

### المبحث الأول: تفسير العقد لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية

يرى البعض من الفقه أن عملية التفسير بالضرورة تستلزم البحث في انعقاد العقد<sup>2</sup>، وفي صحته، وفي تحديد آثاره. إذ يتوقف على تفسير التعبير عن الإرادة لكل المتعاقدين معرفة ما إذا كانت هاتان الإرادتان متطابقتين، وهذا هو انعقاد العقد، ومدى تطابق هاتين الإرادتين الصحيحتين، وهذا هو تفسير العقد لتحديد آثاره. فعمل القاضي في المراحل الثلاث وهو البحث في تكوين العقد، وفي صحته، وفي تحديد مضمونه لتنفيذه والقيام بعملية التفسير<sup>3</sup>.

العقود في حقيقته يبرم بين أطراف العلاقة العقدية، ولا يمكن للقاضي أن يتدخل في إبرامه طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين م. 1134 (ق.م.ف.)، 148 (ق.م.م.)، م. 106 (ق.م.ج.)، إلا أنه قد تطرأ ظروف تؤدي بالقاضي إلى التدخل لتفسيره، وهذه الحالة سماها المشرع الجزائري بتأويل العقد وهي طريقة استثنائية عن المبدأ العام<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 31.

<sup>2</sup> - (Marty) من بين الفقهاء الأوائل الذين بينوا طريقة التفسير، حتى أن محكمة النقض الفرنسية أخذت بآراء هذا الفقيه، واعتبرتها طريقة يسترشد بها قضاة الموضوع في تأويلاتهم للعقود.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظري العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، ص. 276.

<sup>4</sup> - تأويل العقد هو "أن يصل القاضي إلى ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين بغض النظر عن الإرادة الباطنة أو الظاهرة"، أنظر، عليفلاي، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر ط. 2001، ص. 306.

فتعتبر عملية تفسير العقد من بين المهام المخولة للقاضي<sup>1</sup>، الذي أصبح له في الوقت المعاصر دور كبير في تفسير العقود، والتي حظيت بإهتمام كبير من المشرع الفرنسي والقضاء على حدّ سواء، كما أن الفقه الفرنسي كان له إسهام كبير في إرساء قواعد تفسير العقد. فتفسير العقد إهتم به المشرع الفرنسي وخصص له فصلا كاملا من م. 1154 إلى 1164 تحت عنوان Interpretation du contrat إضافة إلى م. 1134 وم. 1135 (ق.م.ف.)، وتلاه المشرع المصري بالمواد 151 و150 (ق.م.م.)، ثم المشرع الجزائري بمادة واحدة فقط م. 111 بعد التعديل<sup>2</sup>، في حين ساير المشرع اللبناني نظيره المشرع الفرنسي في قانون الموجبات والعقود بصدد تفسير العقد في المواد من 366 إلى 377 مدني لبناني.

ومن خلال ذلك سوف نتطرق إلى سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد (المطلب الأول)، وموقفه في حالة غموض عبارات العقد (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد

قاضي الموضوع في تفسيره للعبارات الواضحة كان له موقفين، مفاد الموقف الأول أن يهتتق القاضي عن التفسير ويلتزم بظاهر النصوص في حالة وضوح النص. أما الموقف الثاني، فمفاده أن القاضي يقوم بتفسير النصوص لتحقيق العدل والإنصاف بين طرفي العلاقة التعاقدية .

### الفرع الأول: الموقف الأول للقاضي من تفسير العبارات الواضحة

لا يجوز لقاضي الموضوع، أن ينحرف عن المعنى الظاهر للعبارات إلى معنى آخر. فالانحراف عن عبارة العقد الواضحة يعتبر تحريفا وتشويها لها مما يوجب نقض الحكم. لأن حالة وضوح العبارة تمنع القاضي من الاجتهاد والتفسير. حيث عليه في هذه الحالة أن يأخذ بالارادة التي دلت عليها العبارة الواضحة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، علي فلاحي، المرجع السابق، ص.306.

<sup>2</sup> - القانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005 (ج.ر.44.ل. 26/06/2005).

<sup>3</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.278.

وذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فيما يخص تفسير العبارات الواضحة  
بالإلزام قاضي الموضوع بظاهر النصوص ورفض تفسيرها، فلا رقابة عليه في ذلك  
طالما أن ظاهر النصوص ينطبق مع إرادة الطرفين. ففي قرارها الصادر في 02 فيفري  
1808 ذهبت إلى " إنه من المقرر لقاضي الموضوع سلطة تفسير الشروط المدرجة  
في عقد الشركة، وفي حالة تفسير إرادة الأفراد المفردة من ذلك القرار، يأخذ القضاء  
بعدم الرجوع والخروج وبالتالي الموافقة على التفسير العقدي المدرج في الإتفاق"<sup>1</sup>.

ومحكمة النقض المصرية ساندتها في قرار بتاريخ 16/06/1990 ملف رقم  
199) " إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها،  
للتعرف على إرادة المتعاقدين. أو حملها على معنى مغاير لظاهرها ما لم يبين القاضي  
في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر ذلك"<sup>2</sup>.

وأكدت على ذلك بقرار آخر بتاريخ 12/06/1984 " يجب على القاضي أن  
يلتزم بعبارات العقد الواضحة باعتبارها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين،  
فلا يجوز الإنحراف عنها بدعوى تفسيرها، ولا يجوز له تحت ستار التفسير الإنحراف  
عن مؤداها الواضح إلى معنى آخر. والمقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ.  
إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة. ولقاضي  
الموضوع السلطة التقديرية في تحديد معنى عبارات العقد ووضوحها كما له أن يستبعد  
عبارات العقد الغامضة"<sup>3</sup>.

أما المحكمة العليا الجزائرية في رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارة  
الواضحة، حيث قالت " إذا أخذت المحكمة بالمعنى الظاهر من العبارة الواضحة فلا

<sup>1</sup> - François Terre ،Droit civil ،les obligations ،9 édition ،2005 ،p.461.

<sup>2</sup> - أنظر، معوض عبد التواب، المرجع في تعليق على نصوص القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط الرابعة،  
1998، ص.489.

<sup>3</sup> - أنظر، معوض عبد التواب، نفس المرجع، ص.489.

حاجة إلى بيان أسباب ذلك في حكمها، فيكفي في هذا الحكم القول بأنها أخذت بالمعنى الظاهر للعبارة الواضحة<sup>1</sup>.

وبالتالي ساندت المحكمة العليا الجزائرية نظيرتها محكمة النقض الفرنسية والمصرية بأنه يحق للقاضي الأخذ بالعبارة الواضحة دون الحاجة إلى تسبيب

### الفرع الثاني: الموقف الثاني للقاضي من تفسير العبارات الواضحة

قد تتضح إرادة المتعاقدين عن طريق أي عامل خارجي عن العقد، واستظهار هذه الإرادة المشتركة على ضوء الظروف التي أحاطت بإبرام العقد وتحديده، وما سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع العقد<sup>2</sup>.

القاضي في بعض الأحيان يقوم باستبعاد الشروط الواضحة والحقيقية والنص عليها بأنها شروط تبعية وأن الأطراف لم يتضمنوها جدياً وبالتالي يكون تدخل القاضي له دور ايجابي<sup>3</sup>.

القاضي لا يمكن له إبعاد إرادة الأطراف إذا كانت واضحة عند التطبيق، ولا يمكن له إبعاد أسباب العقد ولا يمكن تعديلها إلا في حالة العدل والإنصاف التي ترضي أطراف العلاقة التعاقدية<sup>4</sup>.

ولذلك فمحكمة النقض المصرية على خلاف م. 150 (ق.م.م.) لا تحظر تفسير العبارات الواضحة كمبدأ عام، وإنما تحضر تفسير الإرادة الواضحة المستمدة من التعبير بمفهومه الواسع، طالما يقوم من الظروف الخارجية ما يناقض التعبير المادي. وهذا ما قرره محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في 30 نوفمبر 1977، بأن القاضي ملزم بأن يأخذ بعبارة المتعاقدين الواضحة كما هي، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الإنحراف عن مؤداه الواضح إلى معنى آخر، ولكن كان المقصود

<sup>1</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 280.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 286.

<sup>3</sup> - Civ 26 avril 1939 GA Z Pal 1939.

<sup>4</sup> - François Térre, op.cit.p.386.

بالوضوح، هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة<sup>1</sup>.

وطبقا لنص م. 111 (ق.م.ج.) فإن المشرع الجزائري منع على القاضي الإنحراف على العبارات الواضحة في العقد، بحجة تفسيرها واستخلاص مضمونها طالما كانت هذه العبارة واضحة ودالة على ما قصده المتعاقدين، وذلك ما بينته المحكمة العليا الجزائرية في تفسير عقد الوصية بأنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الخروج عن معناها<sup>2</sup>.

ففي قرار مؤرخ في 16/06/1991 ذهبت المحكمة العليا الجزائرية إلى عدم السماح للقاضي بتفسير نوعية العقد بصفة مختلفة عن الصفة التي أعطيت له، والقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون، وذلك بأن العقد موضوع النزاع هو عقد تسيير حر فإن قضاة الموضوع قاموا بتحويله إلى عقد إيجار بحجة أن مقتضيات م. 203 (ق.ت) لم تحترم، فخرقوا القانون وخرجوا عن مضمون العقد<sup>3</sup>.

ويمكن للقاضي تفسير العبارة الواضحة، إذا كانت في ظاهرها واضحة ومحددة، ولكنها لا تعكس النية الحقيقية للأطراف، فإن ذلك الظاهر لا يقف مانعا أمام القاضي للقيام بتفسير العقد، غير أن محكمة النقض لا تقر ذلك إلا إذا أعطى الأسباب المقبولة والمعقولة لقيامه بهذا الإجراء لأن عمل القاضي بذلك يؤثر على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

ويستخلص القاضي الإرادة المشتركة من أي طريق يراه كظروف تحرير العقد أو ماسبقه من مفاوضات ووقائع الدعوى وظروفها وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن

<sup>1</sup> - أنظر، معوض عبد التواب، نفس المرجع، ص. 477.

<sup>2</sup> - أنظر، القرار المؤرخ في 23/07/1997، ملف رقم 149300 م، ق. سنة 1997 العدد الثاني، ص. 151.

<sup>3</sup> - قرار مؤرخ في 16/06/1991، ملف رقم 80.816 م، ق. سنة 1993 العدد الرابع، ص. 151 مأخوذ عن عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون المدني الجزائري، مطبوعات الديوان للأشغال التربوية، ط. 2001، ص. 41.

يبين في حكمه الظروف والأسباب الذي دفعته الذي ترك المعنى الواضح , فإذا لم يفعل كان حكمه باطلا<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: سلطة القاضي في حالة غموض عبارات العقد

يلجأ القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة بالوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك بالرجوع الى إرادة الطرفين والكشف عن ما انصرفت إليه إرادتهما الحقيقية<sup>2</sup>.

فإذا كانت العبارة غير دالة على مفهومها الصحيح، فهنا نعبر عنها بغموض العبارة، فيمكن للقاضي البحث بدقة في هذه الحالة عن الغموض المحيط بالعلاقة العقدية<sup>3</sup> إذن، فما هو مفهوم العبارة الغامضة؟ وكيف يتم تفسير عبارات العقد الغامضة؟

وهو ما سوف نجيب عليه في (الفرع الأول) مفهوم غموض عبارات العقد ، و(الفرع الثاني) دور القاضي في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، و(الفرع الثالث) اشتراط العادة للتعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين، و(الفرع الرابع) السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، و(الفرع الخامس) الدافع كوسيلة لتفسير العقد.

### الفرع الأول: مفهوم غموض عبارات العقد

القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة في العقد يأخذ بالنية المشتركة لطرفي العقد، وهو في كشفه عنها يلجأ إلى معايير موضوعية، ولذا فإنه لا يعتد بالإرادة الظاهرة المحضة، ولا بالإرادة الباطنة المحضة، وإنما يعتد بالإرادة الباطنة التي يستطيع أن يتعرف عليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -أنظر , محمد صبري السعدي, المرجع السابق, ص.279.

<sup>2</sup> -أنظر , محمد صبري السعدي, المرجع السابق, ص.286.

<sup>3</sup> - Jean Pierre scarano:Dictionnaire de droit des obligations, Ellpeses, 1999, p.124.

<sup>4</sup> -أنظر , محمد صبري السعدي, المرجع السابق, ص.286.

وقد تكون العبارة التي يستعملها المتعاقدان غير واضحة بأن يشو بها غموض، فلا يكون معناها بين لأول وهلة أو يشو بها إبهام يجعلها تحتمل أكثر من معنى، ففي هذه الحالة تظهر الحاجة إلى التفسير حتى يمكن تحديد نطاق العقد وما يتولد عنه من التزامات.<sup>1</sup>

فأول إجراء يتخذه القاضي هو الإبتعاد عن المعنى الحرفي للألفاظ، والتعلق بالمعنى الحقيقي المتفق مع النية المشتركة للطرفين. فعلى القاضي أن يقف على ما قصده المتعاقدان، لا أن يقف على معنى النص الحرفي، والقانون العراقي الذي يقضي عملاً بمبادئ الفقه الإسلامي، بأن العبرة في العقود بمقاصد المعاني لا للألفاظ والمباني، والقانون الكويتي الذي يرى بأنه إذا كان هناك محل لتفسير العقد فإنه يجب الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدان من مجموعة الوقائع وظروف إبرام العقد، دون الوقوف على مجرد معاني الألفاظ والعبارات، وتلاه القانون التونسي الذي قضى بأن العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الألفاظ والتراكيب.<sup>2</sup>

والمشرع الجزائري لم يعمل على تعريف العبارات الغامضة، فحاول الفقه والقضاء حصر بعض حالات غموض العبارة، مثل العبارات المبهمة وهي العبارة التي لا تفيد شيئاً فيصعب الإطلاع على إرادة الأطراف.<sup>3</sup>

من خلال ذلك أنه إذا كانت عبارة العقد غير واضحة يشو بها الغموض، فإنه تصبح بحاجة إلى التفسير من طرف القضاء الذي عليه الوقوف على الإرادة المشتركة للمتعاقدان، دون الأخذ بالإرادة الفردية لكل من طرفي العقد، فتفسير العقد يقضي باستخراج الإرادة المشتركة والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدان.

<sup>1</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، ط 2004، ص.265.

<sup>2</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 221.

<sup>3</sup> - أنظر، علي فيلاي، المرجع السابق، ص.310.

وينبغي ملاحظة أن جميع وسائل التفسير التي وردت في القانون المدني يستعين بها القاضي في تفسيره للعبارات الغامضة ليبين الإرادة المشتركة للمتعاقدين ، وليست ملزمة للقاضي فله أن يأخذ ببعضها دون البعض الآخر<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: دور القاضي في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين

القاضي لكي يكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، يلجأ إلى عوامل داخلية تكون في العقد ذاته، وعوامل أخرى خارجية عن العقد<sup>2</sup>.

فإذا كانت إرادة المتعاقدين واضحة من التعبير الذي اختاره الطرفان، فلا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذه الإرادة الواضحة إلى إرادة أخرى بفرض أنها الإرادة الحقيقية للمتعاقدين، لأنه لا سبيل لعرض إرادة على متعاقدين عن تلك الإرادة التي إكتشفها من تفسيرهما، فالقاعدة الجوهرية في تفسير العقد هي احترام إرادة المتعاقدين طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فيهدف التفسير إلى تحديد معنى النصوص الواردة في العقد وبيان مدلولها. فتفسير العقد هو تحديد لما إنصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>3</sup>.

ولكن إذا كان التفسير بالوقوف على إرادة الطرفين في العقود واقعا لا ترتب مخالفة النقص<sup>4</sup>. فهل يعني هذا أن السلطة الممنوحة لقضاة الموضوع هي سلطة بغ ي حدود؟ لا نرى ذلك، فالقاضي الموضوع له البحث عن نية الطرفين<sup>5</sup>، ولكن عليه التسبيب، إذ ينقض حكمه إذا كان مفتقدا لأساسه القانوني. فإذا أثبت القاضي تحصيله لإرادة الطرفين، دون أن يكون هناك أية وقائع يمكن استخلاص هذه الإرادة منها، بأن كانت وهمية لا سند لها من الواقع، أو كانت قائمة ولكنها تتناقض مع الثابت في

<sup>1</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.283.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.286.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.327.

<sup>4</sup> - Jossierand, op.cit., t.11, no.241, pp.127-128; bekaert, op.cit, no.390pp.331-332; delannoy, op.cit n° .48 p.51; fabreguettes, op.cit; p.413; mazeaud, nouveau op.cit no 4.p.58.

<sup>5</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص.492.



الدعوى، أو يستحيل عقلا أن يستخلص منها ما استخلصه القاضي. فإن حكمه يكون معيبا بالقصور في التسبيب مما يوجب نقضه<sup>1</sup>.

وقد درجت محكمة النقض المصرية على ضرورة تسبيب استخلاص النية المشتركة، إذ تقول ما لم يكن استخلاصه من ذلك مبينا على ما لا ينتج من الأوراق<sup>2</sup>، أو على أوراق غير موجودة، أو وقائع لا أصل لها، أو أقوال غير ثابتة. وتارة بالقول وتستشهد عليه بأسباب غير مقبولة لا تتنا سب مع ما هو ثابت في الأوراق. وأحيانا دون أن تتحدث عن هذه الأوراق والبنود الأخرى فإن سكوتها يعيب حكمها. أو تقول متى كان ذلك مبينا على أسباب منتجة له. أو مادامت الوقائع التي سردتها المحكمة في حكمها والظروف التي بسطتها فيه تؤدي إلى النتيجة القانونية التي قررتها. أو ما دامت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها، وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها. أو مادام نهجها في ذلك مستندا إلى أصول ثابتة في أوراق الدعوى ومتسقا مع المنطق<sup>3</sup>.

والأصل في التفسير أنه لا يجب تحديد هذا المعنى بما يريده أحد أطراف العقد وإنما يجب تحديد معنى العقد على ضوء الإرادة المشتركة للمتعاقدين معا، واستخلاص هذه الإرادة إنما يتم عن طريق تفسير عبارات العقد فضلا عن الظروف والملابسات التي صاحبت انعقاده، وعبرة العقد التي تعبر عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين قد تكون عبارة واضحة في الدلالة على هذه الإرادة المشتركة، وقد تكون عبارة غامضة تحتاج إلى تفسير، وقد يثير الشك في تبين هذه الإرادة إذا أجري، هذا التفسير وكانت العبارة تحتل أكثر من معنى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق ص. 493.

<sup>2</sup> - نقض مدني 10 فبراير 1944 ع.ر.ج 6 رقم 97 ص. 257.

<sup>3</sup> - نقض مدني 10 مارس 1932 مجلة القانون والاقتصاد السنة 3 رقم 41 ص. 129، أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489.

<sup>4</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار المعرفة الجامعية ط. 1994.

فالبحث عن إرادة الأطراف نصت عليها م. 1156 (ق.م.ف.)<sup>1</sup> التي تعد جوهر تفسير العقد طبقاً لقاعدة<sup>2</sup>:

**“On doit rechercher la commune intention des parties plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes”**

### الفرع الثالث: اشتراط العادة للتعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين

يشترط لإعمال العادة بقصد تكملة شروط العقد بأحكام لم يصرح بها المتعاقدان عدم اشتمال العقد على شروط تتعارض مع حكم العادة، إذ أن وجود هذه الشروط يتضمن تعبيراً عن النية المشتركة للمتعاقدين، وتفقد العادة بالتالي أهميتها في هذا التعبير، فضلاً عن أن شروط العقد المكتوبة لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة. أما في مجال التفسير، فيشترط لإعمال العادة أن يكون هناك غموض في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين، وقد ينشأ هذا الغموض نتيجة استخدام عبارات ينقصها الوضوح والتحديد.

يرى الأستاذ: Callatay<sup>3</sup> في هذا الصدد، أنه يمكن اللجوء للعادة، بالرغم من وضوح عبارة العقد، ذلك أن سلطة القاضي في التفسير تنشأ عند وجود شك، وقد يتحقق ذلك نتيجة التعارض بين عبارات العقد الواضحة والعناصر الخارجية عنه، ويستخلص من هذا الاتجاه إمكانية تطبيق العادة باعتبارها التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين، بالرغم من وضوح عبارة العقد. ويستند في تأييد رأيه بموقف القضاء الفرنسي.

<sup>1</sup>–ART 1156 “ on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s’arrêter au sens littéral des termes “, c.c.f. Dalloz, Edition 2004, p.1000.

<sup>2</sup>–Alain Benbent, droit civil, les obligations, 7 édition, mont chrestien, E.J.A. Paris. 1999.P.183.

<sup>3</sup>– أنظر، إبراهيم عبد العزيز دور حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك. ص. 18، ص. 19.

غير أنه بعكس ما يدعيه الأستاذ Gallatay، فإن القضاء الفرنسي لا يجيز تطبيق العادة إلا حينما يكون هناك غموض يحيط عبارات العقد، بحيث لا يجوز تطبيق حكم العادة مع وضوح عبارات العقد<sup>1</sup>.

وبالنسبة للحكم القضائي الذي استند إليه الأستاذ Gallatay تأييدا لرأيه حيث طبق حكم العادة، إنما يتعلق في الحقيقة بتفسير عبارة غامضة وردت في العقد، وتطبيق حكم العادة كان من شأنه كشف الغموض عن هذه العبارة، فقد ورد في عقد التأمين شرط يقضي بأن السفن المحملة بالبضائع يجب أن يتواجد عليها شخصان على الأقل ليلا ونهارا ولم يرد في العقد تحديد لهذا الشخصين، لذلك فقد استعانت محكمة الموضوع بالعادة المتبعة التي تسمح للبجارة باصطحاب زوجاتهم وأولادهم، وطبقت حكمها باعتبار أن المتعاقدين يوافقان عليه، وقد استخلصت المحكمة أنه يكفي أن يترك المؤمن له زوجته وابنته التي تبلغ ثمان عشر سنة، طالما أن الغرض الذي يقصده المتعاقدان هو ترك شخصين على المركب<sup>2</sup>، قادرين على المشاركة في الأعمال المختلفة، دون اشتراط أن يكون من الرجال، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا التفسير للعبارة الغامضة الواردة في العقد<sup>3</sup>.

بالمثل فإن القضاء يشترط غموض عبارة العقد لجواز تطبيق حكم العادة، ويمتنع بالتالي الرجوع إليه، بحثا عن النية المشتركة للمتعاقدين، عند وضوح العبارة التي صبح بها العقد<sup>4</sup>.

وبالنسبة لأهمية شروط العقد المحددة للوصف القانوني : فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعون في أحكام قاضي الموضوع، التي عدلت الوصف القانوني الذي حدده المتعاقدان للعقد، طالما أن ذلك التعديل يستند إلى نصوص العقد ذاته،

<sup>1</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، نفس المرجع، ص. 19.

<sup>2</sup> - Tribunal.Seine, 08déc.1950, Gaz-pal., 1951-1-153

<sup>3</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، نفس المرجع، ص. 19.

<sup>4</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، نفس المرجع، ص. 19.

فأيدت اعتبار العقد بيعا بالرغم من نص المتعاقدين بأنه إيجار ووعد بالبيع، حيث إن هذا التفسير يبني على النية المشتركة للمتعاقدين المستمدة من مجموع نصوص العقد<sup>1</sup>.

وقد قضت أيضا بأن قاضي الموضوع لا يتقيد بتكييف المتعاقدين بأن العقد

هبة، إذا تبين له أن التكييف الذي يتحمله الطرف الآخر يتساوى مع قيمة المال المتصرف فيه<sup>2</sup>. وعلى العكس فإن عدم كفاية الثمن قد يفيد بأن التكييف الحقيقي للعقد هو هبة بعكس النص الوارد في العقد الذي يعطيه وصفا مختلفا<sup>3</sup>.

ويأخذ القضاء المصري بنفس هذا المبدأ، حيث يعتد بنصوص العقد ذاته في

تكييفه للعقد أو تعديل التكييف الذي حدده المتعاقدان.

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في 19 ماي 1952 أن

استخدام كلمة "أجرة" لا تقيد حتما أن المتعاقد يشغل المكان بناء على عقد إيجار، طالما أن ذلك يتعارض مع النية المشتركة للمتعاقدين المستمدة من نصوص العقد ذاته، كما قضت أيضا بأنه بالرغم من ذكر عبارة "ثراء" في الإبطال المؤقت، فإن العقد يعتبر إيجارا أو بيعا إذا تبين ذلك، بما لا يدع مجالا للشك، بناء على المستندات الأخرى المكونة للعقد<sup>4</sup>.

ولا يجوز أيضا للقاضي تعديل الوصف القانوني الذي حدده المتعاقدان في العقد،

إذا كان ذلك الوصف يتوافق مع نصوص العقد، وتطبيقا لذلك فقد ألغت محكمة النقض

الفرنسية الحكم الصادر من قاضي الموضوع بتعديل الوصف القانوني الوارد في العقد

بأنه إيجار ووعد بالبيع، وقد ورد في العقد أن ملكية الأشياء المباعة<sup>5</sup> لا تنتقل إلا عند

دفع القسط الأخير من الثمن، وأن المؤجر أن يسترد هذه الأشياء في حالة عدم الوفاء

بالأقساط عند حلول أجل أجرة. وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية تقدير قاضي

<sup>1</sup>-La cour d'Amiens, 30 nov.1954, Gaz.pal., 1955-1-69.

<sup>2</sup>-CF.également Rennes, 11 janv 1923, Gaz.pal., 1923.2.64, paris, 18 déc.1963, J.C.P. 1965-11-14060.

<sup>3</sup>- أنظر، إبراهيم عبد العزيز، نفس المرجع، ص. 20.

<sup>4</sup>- أنظر، إبراهيم عبد العزيز، نفس المرجع، ص.19.

<sup>5</sup>- Grenoble 28 ep 1966, jomn.6.Grenble 1967, 193, cité par Gaz Pal 1967 table 1 P.147, n.17

الموضوع بأن العقد بيع يجيز للبائع في حالة عدم الوفاء للمطالبة بالأقساط المتأخرة، حيث إن نصوص العقد وما تضمنته من التزامات مختلفة على عاتق طرفيه تتوافق مع وصف المتعاقدين بأن العقد إيجار ووعده بالبيع<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: السلطة التقديرية لقاضي الموضوع

طبقاً للمادة 111 (ق.م.ج) أعطى المشرع للقاضي سلطة تقديرية في تفسير العقد، فلا يخضع في شأنها لرقابة محكمة النقض. وتتنحصر مسائل الواقع فيما يجريه قاضي الموضوع من بحث للاستدلال على النية المشتركة لطرفي التعاقد، وتقديره للمعايير الموضوعية التي يستعين بها في الكشف عنها، وهي حسن النية والعرف والعدالة والأمانة والثقة المتبادلة بين المتعاقدين. وإذا أخطأ القاضي في استخلاصه للنية المشتركة<sup>2</sup>، أو أساء فهم أي معيار من هذه المعايير، فإن خطأه في هذا الشأن يعد خطأ في الواقع لا تنسحب إليه رقابة محكمة النقض، إذ يخطئ في فهمه لشروط العقد، وهو بهذا يخالف العقد وليس القانون. ومحكمة النقض تراقب سلامة تطبيق القانون فقط. ومن مقتضيات النظرية التقليدية<sup>3</sup> أن يكون التفسير مسألة واقع مرتبطة بقاضي الموضوع. ذلك أن عمله ينحصر في البحث عن الإرادة النفسية في مظاهرها وجودها، وبمعنى آخر في التعبير عن الوقائع الخارجية المكتملة له، وإذا كانت تلك الظروف إيجابية أو سلبية. فهذه الدلالات الخارجية كاشفة عن الحقائق النفسية، ويتعين على القاضي أن يقف على وجودها المادي ليستخلص منها إرادة الطرفين<sup>4</sup>.

ومن نتائج هذه السلطة أن قاضي الموضوع يقدر بإطلاق اتفاق الطرفين، وهو في ذلك لا يتقيد بالتكييف المعطى له، إذا ما رأى سلامته، وعدم اتفاه مع الإرادة

<sup>1</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز دور حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك. ص. 18، ص. 19.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 489

<sup>3</sup> - أخذت بهذه النظرية المدرسة الفرنسية التي تعبر عن الأخذ بالإرادة الباطنة، بينما نجد المشرع الجزائري أخذه بالإرادة الباطنة والظاهرة.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489

الحقيقية لهما، عليه عندئذ أن يغلب هذه الإرادة، ويعطي للعقد تكييفه المتفق معها إذا كان خلوا منها، أو يصحح التكييف المعطى له إذا كان معيبا، سواء عن جهل أو عمد. لكنه في مجال التكييف لا ينفرد بالتقدير بصفة مطلقة، بل أن محكمة النقض لها أن تفند الوقائع التي توصل إليه، وبني عليها تكييفه، لتزى ما إذا كانت تؤدي بالفعل إلى هذا التكييف أم أنها ليست كذلك. أما عدم سلامة استدلاله على الوجود المادي لوقائع الدعوى، التي يبني عليها استخلاصه للإرادة المشتركة للطرفين، فإن ذلك لا يعدو أن يكون قضاء فاسدا من جانبه لا يبرر الطعن بالنقض<sup>1</sup>.

ويترتب على ذلك أيضا أن تقدير قيام الصورية أو انتفائها أمر متروك لقضاة الموضوع، دون رقابة عليهم من محكمة النقض، إذ القول بأن عقد البيع المطروح هو في حقيقته هبة مستترة من المسائل المتروكة لقضاة الموضوع<sup>2</sup>.

وإذا كان الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة يؤدي إلى اعتبار التفسير واقعا، فما الوضع لو أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة؟ تأتي الإجابة من جوهر النظرية، فالنظرية الأخيرة تتعلق بالمعنى العادي للتعبيرات الرئيسية، إذ تعتبرها قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس في الدلالة على إرادة الطرفين، ومن ثم فتفسير الإرادة الظاهرة يشبه تفسير القانون لأن الأمر لن يصل بالقاضي إلى القيام بأبحاث نفسية، يكون أمرها متروكا له، بل تفسير نصوص محددة، ذات وجود مادي وأبعاد معروفة وظاهرة<sup>3</sup>.

ففي-ألمانيا- حيث النظام الموضوعي للتفسير - لا تراعي الإيرادات الباطنية، فتفسير العقد مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض. وهذا ما يراه سالي إذ عنده لا يعد التفسير - طبقا لهذا النظام - من مسائل الواقع، ذلك أنه يستند بالكامل على الحاضر. إذ يراعي القاضي الأوضاع الاجتماعية السائدة في الوسط الذي يعيش فيه أصحاب الشأن، دون أن ينشغل بعناصر مستوحاة من الماضي، فتفسيره إذا محكوم

<sup>1</sup> - نقض مدني 10 مارس 1932 مجلة القانون والاقتصاد السنة 3 رقم 41 ص. 129. أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 495.

<sup>2</sup> - Dagot ( Michel) ; la simulation en droit privé, 1965, no 321p.318

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489.

بمبادئ قانونية مصدرها العدالة، وعنده أن التصرف الخاص أشبه بالعمل التشريعي. إذا الأول وإن كان يبرم بين طرفين، إلا أنه في تنظيمه لعلاقتهما تكون له نفس وظيفة العمل التشريعي الموضوع للكافة، فلا يقتصر الأمر على البحث عن الإرادة النفسية، بل المقصود هو استخلاص الإرادة القانونية التي تنظم مصالح الطرفين، وهذه الإرادة القانونية ذات وجود مستقل عن طرفي التعاقد، ويتعين إعمالها على النحو الذي يتفق لمقتضيات الثقة والعدالة<sup>1</sup>.

إلا أن هذه السلطة المخولة للقاضي في تفسير العقد ضيقة جدا، كون أنه في حالة وضوح النص، لا يجوز له التدخل لتفسير والبحث عن الإرادة المشتركة الطرفين<sup>2</sup>.

#### أولا: السلطة المطلقة لقاضي الموضوع في تفسير جميع بنود العقود

تفسير العقد هو من شأن محكمة الموضوع، فلها أن تقرر معناه على أي وجه تفهمه من صيغته، وتراه متفقا مع قصد المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ما دامت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذت به. ولها الحق في تفسير واستخلاص ما يمكن استخلاصه من العقود، بشرط بيان الاعتبارات المعقولة المؤدية للتفسير الذي أخذت به<sup>3</sup>.

وقاضي الموضوع له الحق في تفسير جميع العقود والشروط بما يراه ملائما أو في مصلحة الأطراف المتعاقدة، كما له الحق في العدول عن المعنى الظاهر لهذه الصيغ إلى معنى آخر، بشرط أن يبين موقفه تجاه هذا العدول عن المعنى الظاهر،

<sup>1</sup> أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489

<sup>2</sup> - أنظر، جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، ماجستير فرع العقود والمسؤولية، السنة الجامعية 2001-2002، ص. 06.

<sup>3</sup> - أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، "النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة"، المرجع السابق، ص. 169، ص. 170.

وكيف أفاد تلك الصيغ المعنى الذي اقتنع به، ورجح أن المقصود من العقد هو ما قصده المتعاقدان<sup>1</sup>.

إذا كانت بنود العقد صريحة لا تحتاج إلى تفسير ووجدت محكمة الموضوع رغم هذه الصراحة سبيلا للحكم بما لا يتوافق مع إرادة المتعاقدين فإن محكمة النقض الفرنسية قالت ببن مسألة تفسير العقود هي مسألة واقعية لا علاقة لمحكمة النقض بها، غير أن هذا الإجتهد وضع لهذا المبدأ بعض التحفيزات التي كان لا بد من إبدائها للنقض به<sup>2</sup>، وهي تستند بصورة خاصة إلى ضرورة احترام محكمة الموضوع للقانون، ولما يقضي به هذا الأخير. فالقانون يلزم المحكمة بأن تراعي في حكمها المتعلق بعقد ما نية المتعاقدين. فإذا فرض أن بنود العقد كانت صريحة لا تحتاج إلى تفسير وأنه، رغم هذه الصراحة، وجدت محكمة الموضوع سبيلا للحكم بما لا يتوافق مع صراحة بنود العقد، فإن محكمة النقض تعتبر أن محكمة الموضوع تكون خالفت في هذه الحالة القانون، بتشويها نية المتعاقدين، وبالتالي رفضت القضاء بما أراده المتعاقدان. عند إنشاء العقد، وهذه مخالفة لأحكام القانون التي تحتم عليها أن تحترم إرادة المتعاقدين<sup>3</sup>.

ولمحكمة الموضوع سلطة تفسير العقود واستخلاص نية المتعاقدين فيها<sup>4</sup>، ولا سلطان لرقابة محكمة النقض عليها في ذلك مادام الرأي الذي انتهت إليه مقبولا بمقتضى الأسباب التي تبنيه عليها، كما أن لمحكمة الموضوع أن تحصل على المعنى الذي قصده المتعاقدان من العقد، مسترشدة في كل دعوى بالملازمات والشواهد، ولها أن تحصل على المعنى الواقعي مرتكزة في ذلك على أسباب مقبولة لا تتنافى مع ما هو ثابت في الأوراق، وبالتالي لا تكون في رقابة من طرف محكمة النقض.

<sup>1</sup> - أنظر، فؤاد محمد معوض، عبد التواب، المرجع السابق، ص.476، ص.477.

<sup>2</sup> - V.Thomas Clay, note sous 1e civ, 16 juin 1993, juris p.546 N°.9.P.549.

<sup>3</sup> - أنظر، جورج سيوفي، المرجع السابق، ص.275، ص.276.

<sup>4</sup> - Cour.cass, ( ch.comm)., 22 mai 1991, D.1992. Somm, p.200.



وينبغي على قاضي الموضوع أن يحاول التوفيق بين شروط العقد المختلفة<sup>1</sup>، باعتبار أنها نقل النية المشتركة للمتعاقدين<sup>2</sup>، فإذا لم يمكنه ذلك، فإنه يرجح معنى الشرط الذي يتوافق مع نية المتعاقدين المستمدة من عبارات العقد في جملتها.

والاستعانة بعقود العقد في مجموعها قد يفيد القاضي في تحديد معنى معين لعبارة تتحمل أكثر من معنى، أو لتخصيص العبارة العامة، أو عدم تخصيص الحكم على الحالة التي ذكرته، ومن ناحية أخرى، فإن الغرض المقصود من التعاقد، قد يفيد في تفسير الشرط الغامض.

وبينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من خلال القرار الصادر في 1997/07/23 بأن غموض العقد وتفسيره يعد من إختصاص قاضي الموضوع وجاء في حيثيات هذا القرار أنه "من المقرر قانوناً أنه إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ. ففي قضية الحال، فإن قضاة الموضوع لما قاموا بتفسير العقد العرفي الذي كان يحتوي على مبلغين مختلفين، بالنسبة لنفس النفقات المتعلقة بحفر البئر، وبناءه الواجب تسديده، يكونون قد استعملوا حقهم في تفسير عبارات العقد"<sup>3</sup>.

وقد تتضح ارادة المتعاقدين عن طريق أي عامل خارجي عن العقد واستظهار هذه الارادة المشتركة على ضوء الظروف التي أحاطت بإبرام العقد وتحديده، وما سبقه أو عاصره من اتفاقات عن موضوع العقد<sup>4</sup>.

### أ- سلطة قاضي الموضوع في تحديد مضمون العقد

المقصود بتحديد مضمون العقد هو تحديد الالتزامات الناشئة عنه ولما كان العقد وليد الإرادة، فلا بد لكي يحدد القاضي مضمونه، من معرفة ما اتجهت إليه إرادة

<sup>1</sup>-Paris, 5ème ch., 3 nov.1977, jursdata.n°684.

<sup>2</sup>-paris, 5 ème ch., 15 mai 1975. J.C.P..éd.G..1976.II.n° 18265.

<sup>3</sup>-أنظر، القرار المؤرخ في 1997/07/23، ملف رقم 149300 المجلة القضائية، سنة 1997، العدد الثاني، ص.51.

<sup>4</sup>-أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.285.

المتعاقدين، وبمعنى آخر تفسير العقد، وبعد ذلك يمكن تكييف العقد، أي إعطائه وصفه القانوني، وبالتالي تحديد الالتزامات، التي تترتب عليه<sup>1</sup>.

قاضي الموضوع له السلطة في التوفيق بين شروط العقد المختلفة، باعتبار أنه تمثل النية المشتركة للمتعاقدين، فإذا لم يتمكن من ذلك، فإنه يرجح معنى الشرط الذي يتوافق مع مقاصد المتعاقدين المستمدة من عبارات العقد في جملتها، والاستعانة بعبارات العقد في مجموعها، قد تفيد القاضي في تحديد معنى معين لعبارة تتحمل أكثر من معنى، أو لتخفيض العبارة العامة، ومن ناحية أخرى، فإن الغرض المقصود من التعاقد قد يفيد في تفسير العلاقة التعاقدية المبهمة<sup>2</sup>.

### ب- وقوف قاضي الموضوع على الوقائع الحقيقية للعقد

يعتبر العقد واقعة قانونية يلتزم الأطراف بأثاره، وإذا وجد اشكال يحق لقاضي الموضوع بأن يعطي العقد الوصف الحقيقي، وان يستخرج من مجمل بنوده المعنى الملائم، دون إهمال البعض الآخر. وله الحق بأن يفسر العقد بصورة مطلقة، بشرط أن لا يفسد مدى ومعنى بنودها الصريحة. وله عند وجود عقود صادرة عن المتعاقدين تتعلق بالموضوع ذاته، أن يفسر بنود الإتفاق، وأن يتحرى نية المتعاقدين<sup>3</sup>.

بنود العقود كاملة تفسر بعضها ببعض، من النظر الى العقد بصفته وحدة واحدة مجملة، فلا يصح تفسير كل بند على حده ويتمد القاضي في تفسيره بطبيعة التعامل وبما ينبغي من أمانة وثقة بين المتعاقدين.

وله محكمة الموضوع "سلطة التعرف على حقيقة العقد، والتحري عن قصد المتصرف من تعامله في ضوء ظروف الدعوى، مادام قد برر قوله في ذلك بما يحمله ويؤدي إليه، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه باعتبار أن العقد موضوع

<sup>1</sup> -أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.274.

<sup>2</sup> - أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، "النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة"، المرجع السابق، ص. 169، ص.170.

<sup>3</sup> -أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.284.

النزاع يخفي وصية بعد أن استظهر في أسبابه المصاغة قيام شرطين اللذين تستلزمهما القرينة القانونية، وانتهى إلى أن التصرف موضوع النزاع باشر الوصية مرتكزا في ذلك إلى ما اطمئن إليه من أقوال الشهود، وإلى قرائن أخرى باعتبارها أدلة متساندة، تؤدي في مجموعها إلى ما انتهى إليه من أن العقد يخفي وصية فإن مؤدي ذلك من الحكم عدم إيجاز التصرف"<sup>1</sup>.

محكمة الموضوع لها الحق في التعرف على الوجهة الحقيقية للعقد والتحري عن قصد المتصرف من تصرفه، وسلطة تقدير الأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى، واستخلاص ما تقتنع به، منها من كان استخلاصها سائغا متفقا مع الثابت بالأوراق، وهي إذ تباشر سلطتها في تقدير الأدلة تملك الأخذ بنتيجة دون أخرى، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كانت الأدلة التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى هذه النتيجة معتمدة على التفسير الموضوعي للعقد<sup>2</sup>.

### ثانيا: السلطة المطلقة لقاضي الموضوع

يمكن لقاضي الموضوع من خلال سلطته المطلقة أن يقوم بتفسير العبارات المبهمة، وذلك من خلال المعايير المعتمدة قانونا والتي نص عليها المشرع الجزائري في م.111 (ق.م.ج) فقاضي الموضوع له السلطة المطلقة في فهم نصوص العقود، والتعرف على ما قصده المتعاقدین منها، دون أن يتقيد بألفاظها، وليس لمحكمة النقض أية رقابة عليه في ذلك ما دام قد بين في أسباب حكمه وجهة نظره، وما دعا هـ إلى الأخذ بما أخذ به في قضائه، وعدم إسترشاده بظاهر ألفاظ العقد<sup>3</sup>.

فإذا إلتم القاضي في تفسير إرادة المتعاقدين طبقا للقواعد القانونية الملزمة، فهو يكشف عن هذه الإرادة، وله سلطة التقدير في الكشف عنها، وهذه السلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، ولكنه يتقيد قانونا ويخضع في ذلك لرقابة محكمة

<sup>1</sup> -أنظر، محمد قمر موسى، المرجع السابق، ص.998.

<sup>2</sup> -أنظر، محمد قمر موسى، المرجع السابق، ص.998.

<sup>3</sup> -أنظر، فؤاد محمد معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص.486.

النقض بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض في كثير من أحكامها. ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي يثبت عنده، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً لأوهما غير مناقضة للثابت في الدعوى. وتؤدي لاستخلاص الواقعة التي ثبتت عند القاضي. فإذا أثبت القاضي مصدراً للواقعة وهمياً لا وجود له، أو موجوداً ولكنه مناقض لوقائع أخرى ثابتة، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلاً إستخلاص الواقعة منه كما فعل هو، كان حكمه مخالفاً للقواعد القانونية في الإثبات ووجب نقضه<sup>1</sup>.

وعلى القاضي أن يقوم بالكشف عن نية المتعاقدين في إستظهار الحقيقة من الوقائع، التي ترافق ظهور الإرادة دون التقيد بالمعنى الحرفي الوارد في النص، فيعود للمحكمة أن تتحرى عن نية المتعاقدين الحقيقية في العقد، وبالتالي عن الصفة التي شاء المتعاقدون إجراء التعاقد على أساسها، والإستناد في ذلك إلى العروض والمفاوضات والاتصالات التي سبقت العقد وألحقته أو رافقت تنفيذه، إذا كان العقد نفسه يتضمن عطفاً أو إشارة إلى تلك العروض والاتصالات والمفاوضات<sup>2</sup>.

وذهبت محكمة النقض الفرنسية<sup>3</sup> بأن التعرف على أسباب العقد يعود إلى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع، فالعقد يكون باطلاً لسبب غير مشروع، حتى ولو كان أحد الأطراف يجهل الصفة الغير المشروعة أو المخالفة للأداب والنظام العام، حيث يجب على القاضي البحث على مجموع الأسباب الرامية للتعاقد فقد يكون أحد الأطراف دفعاً للتعاقد لمصلحة معينة، فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن التعرف على هذه الأسباب يعود إلى السلطة المطلقة لقضاة الموضوع.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 664.

<sup>2</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 486، 487.

<sup>3</sup> - Cass.Civ., 1er ch., 7octobre 1988. Henri Esptan, François Terré, Yves Lequette « les grands arrêts de la jus prudence civile. » Tome 2, obligations contra spercause sûretés. Dalloz 11 éditions 2000, P. 91

كما أن المحاكم ومجالس الاستئناف لها التفسير العادي للعقود، داخل إطار سلطتها ولها تقويم ما تراه مناسباً في ذلك، والأخذ بتفسير العقود بنفس طريقة تفسير القانون، والبحث عامة عن نية الأطراف، والأخذ أحياناً بالعدالة في تفسير نصوص العقد<sup>1</sup>.

فإذا كان قاضي الموضوع يتمتع ببساطة تقديرية في فهم وقائع الدعوى، واستخلاص إرادة المتعاقدين دون رقابة، إلا أن ذلك يختلف فيما إذا تعلق بمسائل فرضها، وهي تلك القواعد التي يستعين بها وتدخل ضمن قواعد قانونية. فإن قاضي الموضوع عند الاستعانة بهذه القواعد إنما يخضع لرقابة مطلقة للمحكمة العليا، لذلك فأبي مخالفة لهذه القواعد القانونية أو تجاهلها أثناء القيام بمهمة التفسير إنما يعد مخالفاً للقانون، وبذلك فإن المحكمة العليا تفرض رقابتها، إذ يجب عليها نقض حكمه لمجاوزته القاعدة القانونية<sup>2</sup>.

المحكمة العليا الجزائرية إتجهت في قرار لها بتاريخ 07-05-1983، إلى أن التنازع حول تكييف عقد الإيجار يرجع البت فيه لقضاة الموضوع، وذلك طبقاً لنص م. 203 (ق.ت.)، وقالت أنه: " متى كان من المقرر قانوناً أن المشرع نظم أحكام التسيير الحر، وتأجير التسيير في أحكام المادة 203 وما بعدها من (ق.ت.). كما نظم كل العقود والنص رفات التي هي من طبيعة تجارية، وإذا اختلف الأطراف حول تحديد طبيعة تكييف العقد، إذ أن أحدهما يكفيه على أساس أنه تسيير حر، في حين أن الآخر ينازعه في ذلك باعتبار أن العقد لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تشترط م. 3/203 (ق.ت.) فإنه من المتعين على قضاة الموضوع البت في هذه المسألة القانونية

<sup>1</sup>-Christian Lopoyade Descamps, Op.cit, P. 108.

<sup>2</sup>-أنظر، عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء (ق.م.ج.)، مذكرة ماجستير، (فرع العقود والمسؤولية)، الجزائر، سنة 2003، ص.81، 82.

الأساسية، التي يتوقف عليها مصير النزاع وذلك بتحديد طبيعة العقد، وتكييفه القانوني ليتمكن المجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) من موافقة مدى تطبيق القانون<sup>1</sup>.

### ثالثاً: قاضي الموضوع سلطته مقيدة

في هذه الحالة قد ترد على السلطة المطلقة لقاضي الموضوع استثناءات تحد من سلطته وهذا ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أن مبدأ سلطة قاضي الموضوع ليست مطلقة، فإنه من جهة إذا لم تراقب محكمة النقض تفسير العقد الذي يجب البحث عن وجوده. تراقب التكييف الذي يعني تحديد الفئة أو المركز القانوني الذي بمقتضاه ينتمي العقد، من أجل ربطه بالآثار التي ترتبط بقانون معين، بمعنى أنه في حالة الخطأ ليس الإتفاق الذي يكون مخالفاً، بل القانون الذي اقتضى منه ترتيب آثار أخرى، التي اعترف بها قضاة الموضوع، إذا كانت محكمة النقض لا تراقب التفسير الخاطئ للعقد فإنه تراقب تحريفه وبالتالي يكون معرضاً للنقض<sup>2</sup>.

ويؤثر على حرية القاضي في التفسير باعطاء الشرط الوارد في العقد وصفا قانونياً، بحيث أنه يمثل شرطاً مكتوباً، ولا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة، وعلى ذلك فإن تغيير القاضي للتكييف الوارد في العقد يلزم أن يقوم على عناصر مستمدة من العقد ذاته، فلا يجوز للقاضي أن يعتمد في تعديل التكييف على عناصر خارجة عن العقد لأنها لاتعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقدين<sup>3</sup>.

في حقيقته يعني انصراف التفسير إلى الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فالقاضي يستعين بالتفسير لتحديد معنى التعبير عن إرادة كل من الطرفين، حتى يتبين ما إذا

<sup>1</sup> -أنظر، القرار المؤرخ في 1983/05/07، ملف رقم 28766، المجلة القضائية، السنة 1989، ص. 135.

<sup>2</sup> - Henri Esptan, François Terré, Yves Lequette, op. cit, p. 110.

<sup>3</sup> -أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، " النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة"، المرجع السابق، ص. 175.

كان العقد قد تم تكوينه بإتفاق هاتين الإرادتين، ويستعين به كذلك لمعرفة ما إذا كانت الإرادة بحسب ما وضحت له من خلال التفسير والوقوف على المعنى الحقيقي للعقد<sup>1</sup>.

#### أ- القيود الواردة على السلطة التقديرية

المشرع الفرنسي في المادة 1156 (ق.م.ف)<sup>2</sup> وتقابلها المادة 150 ف2 (ق.م.م)، والمادة 111 (ق.م.ج) أشار لقضاة الموضوع للبحث عن النية المشتركة للطرفين، وهذا البحث- بحسب طبيعته- يقتضي اللجوء أولاً إلى العناصر الداخلية في العقد، حيث يفهم القاضي الشرط على ضوء الهدف من التعاقد، والمعنى العام الذي ينتج منه، بإجراء التقريب اللازم بين شروطه المختلفة. وقد لا تكفي هذه الوسائل الداخلية، فيلجأ القاضي إلى العناصر الخارجية<sup>3</sup>، كتقريب العقد من عقد آخر، سابق أو لاحق له، أو الاستعانة بالوقائع المادية الكاشفة عن الإرادة الحقيقية للطرفين، سواء كانت صريحة أو ضمنية، دون أن يتعدى ذلك البحث في الإرادة المحتملة أو المفترضة فهذه إرادة خيالية بحتة، تخضع لتحكم قضاة الموضوع، وقد يثبت من البحث أن الإرادة الظاهرة تطابق الإرادة الحقيقية للطرفين، وقد يثبت العكس، كأن يصل القاضي إلى العقد المقدم في الدعوى عقد صوري، يستر عقد آخر ( ورقة الضد )، وهذا الفهم من جانبه فهم للواقع في الدعوى، بلا رقابة عليه من محكمة النقض<sup>4</sup>.

#### ب- الآراء الفقهية اتجاه السلطة التقديرية لقضاة الموضوع

يذهب الأستاذ ديرييه إلى نقد المبدأ القائل بترك الأمر لقضاة الموضوع، خاصة إذا كان من غير الممكن الوقوف على هذه النية المشتركة، إذ يجب أن يكون التعامل

<sup>1</sup>-Ahmed Zaki el-Chiati, La formation du contrat et son interprétation dans le nouveau c.v; égyptien, 1949. p45, 46.

أشار إليه، صاحب عبيد الفتاوي، المرجع السابق، ص. 196.

<sup>2</sup>-Art 1156 « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune ... ».

<sup>3</sup> -أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489.

<sup>4</sup> -وتقول محكمة النقض المصرية " وهذا الذي أثبتته الحكم يدل على أنه استعراض أدلة الدعوى، واستنتاج منها استنباطاً سليماً أن العقد الذي يستند إليه الطاعن لا حقيقة له وهو أمر متعلق بفهم الواقع في الدعوى ولا رقابة عليه لمحكمة النقض " نقض مدني 11 مايو 1939 المحاماة 20 رقم 30 ص. 71 أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 490.

على أساس المواد 1134/3 - 1135 - 1156 (ق.م.ف) وما بعدها، بتطبيق قواعد العدالة وحسن النية والمصلحة العامة. ويمثل لذلك بتفسير أنظمة الشركات، إذ الأشخاص الذين يكتتبون أسهمها، لا يعرفون جيدا أنظمتها رغم شهرها، وإذا أخذ قضاة الموضوع بظاهر شروط هذه الأنظمة، بإعمال المعنى العادي لها، فهل هذا يمثل نية المكتتب بالنسبة لشروط من الصعب فهمها؟ بل يكون الأمر خطيرا إذا تعلق بالبحث عن نية مغايرة للمعنى الظاهر لهذه الشروط، إذ كيف يمكن أن يكون لمؤسسي الشركة إرادة خفية لم تعلن في شروط النظام الأساسي؟ أليس ذلك بمثابة شراك للإيقاع بالمساهمين؟ وهل يكفي في هذا الصدد مجرد تقريب هذه الأنظمة من بعضها؟ لا شك أن الأمر يحتاج لتدخل محكمة النقض، لمراقبة هذا التفسير لأعمال مبادئ العدالة وحسن النية والمصلحة العامة، خاصة أنه من المتصور أن تتعدد تفسيرات قضاة الموضوع بالنسبة للشروط المتماثلة<sup>1</sup>.

ولكن إذا كان التفسير بالوقوف على إرادة الطرفين في العقود واقعا لا ترتب مخالفة النقض<sup>2</sup>. فهل يعني هذا أن السلطة الممنوحة لقضاة الموضوع هي سلطة محدودة؟ لا نرى ذلك، فالقاضي الموضوع له البحث عن نية الطرفين، ولكن عليه التسبب، إذ ينقض حكمه إذا كان مفقدا لأساسه القانوني. فإذا أثبت القاضي تحصيله لإرادة الطرفين، دون أن يكون هناك أية وقائع يمكن استخلاص هذه الإرادة منها، بأن كانت وهمية لا سند لها من الواقع، أو كانت قائمة ولكنها تتناقض مع الثابت في

1- وتقول محكمة النقض المصرية " إذا كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلفة عليها، بما تراه أوفي بمقصود العاقدين، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى تفسيرها تحتمله عبارة هذه الشروط، ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها، فإن النعي لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا، مما لا يصح التحدي به أمام محكمة النقض " أنظر : عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489.

2- Jossierand, Op.Cit., t.11, no.241, pp.127-128; bekaert, op.cit, no.390pp.331-332; delannoy, Op.Cit.N° 48 p.51; fabreguettes, op.cit; p.413; mazeaud, nouveau op.cit no 54.p.58.



الدعوى، أو يستحيلا عقلا أن يستخلص منها ما استخلصه القاضي. فإن حكمه يكون معيبا بالقصور في التسبيب مما يوجب نقضه<sup>1</sup>.

وقد درجت محكمة النقض المصرية على ضرورة تسبيب استخلاص النية المشتركة، إذ تقول ما لم يكن استخلاصه من ذلك مبينا على ما لا ينتج من الأوراق<sup>2</sup>، أو على أوراق غير موجودة، أو وقائع لا أصل لها، أو أقوال غير ثابتة. وتارة بالقول وتستشهد عليه بأسباب غير مقبولة لا تتنافر مع ما هو ثابت في الأوراق. وأحيانا دون أن تتحدث عن هذه الأوراق والبنود الأخرى فإن سكوتها يعيب حكمها. أو تقول متى كان ذلك مبينا على أسباب منتجة له. أو مادامت الوقائع التي سردتها المحكمة في حكمها والظروف التي بسطتها فيه تؤدي إلى النتيجة القانونية التي قررتها. أو ما دامت قد بينت في أسباب حكمها وجهة نظرها، وما دعاها إلى الأخذ بما أخذت به في قضائها. أو مادام نهجها في ذلك مستندا إلى أصول ثابتة في أوراق الدعوى ومتسقا مع المنطق<sup>3</sup>.

وقد استقرت محكمتا النقض في فرنسا ومصر، على إناطة عملية البحث عن النية المشتركة بقضاة الموضوع. ففي فرنسا تركت لهم حرية البحث عن النية المشتركة كمبدأ أساسي<sup>4</sup>. ثم عدت مبررات البحث كحالة عدم وضوح الشروط الواردة في العقد واضحة في حد ذاتها، ولكنها تبدو غامضة المعنى والغرض<sup>5</sup>، إذا ما أخذت في مجموعها، أو كانت هناك عدة تصرفات واضحة في ذاتها، ولكن عند التقريب فيما بينها يتولد الغموض، أو كانت هناك ظروف خارجية أو وقائع جديدة جعلت شروط

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص.493.

<sup>2</sup> - نقض مدني 10 فبراير 1944 عمر ج 6 رقم 97 ص.257.

<sup>3</sup> - نقض مدني 10 مارس 1932 مجلة القانون والاقتصاد السنة 3 رقم 41 ص.129، أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489.

<sup>4</sup> - Civ.1<sup>er</sup>.avril 1981, b.1981.no.78.p50

<sup>5</sup> - Com. 20 fév 1980, gaz.pal.1980, 2 somm.p.327, b.1980.

التعاقد غير مؤكدة أو غير قابلة للتطبيق بل أنه يمكن أن يناط بقضاة الموضوع تفسير القواعد التي تحيل عليها الاتفاقات المأخوذة من النية الحقيقية للمتعاقدان.<sup>1</sup>

استقر قضاء محكمة النقض في الدول العربية والجزائر خاصة على إعطاء قضاة الموضوع السلطة التقديرية في تفسير شروط العقد للوقوف على النية المشتركة للطرفين، بلا رقابة عليهم من محكمة النقض وتكون أحكامهم صحيحة.<sup>2</sup>

### 1- عبارات العقد التي تتحمل أكثر من معنى

التشريع المقارن وبالأخص المشرع الفرنسي تطرق الى هذه القاعدة في م. 1157 (ق.م.ف.)<sup>3</sup>، بنص صريح مفاده إذا كانت العبارة تحمل أكثر من دلالة، أي أكثر من معنى واحد، فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا ومدلولا واضحا للنص.

ومتفحص هذه العبارة لا يمكن أن يعرف المعنى الذي إنصرفت إليها إرادة المتعاقدين فإذا حملت العبارة أكثر من معنى واحد، فمن الأحسن الرجوع إلى المعنى الذي يجعلها تنتج أثرا قانونيا ثم من بين المعاني التي تجعلها تنتج هذا الأثر تحمل على المعنى الذي تقتضيه طبيعة العقد والتعامل المفترض بين الأطراف.<sup>4</sup>

فعبارات العقد إذا تضمنت أكثر من معنى ، وكان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج أثرا قانونيا، حملت العبارة على هذا المعنى. فمن يوصي لأولاد فلان وليس لهذا إلا أولاد أولاده. حمل المعنى عليهم صونا للفظ. وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله، فلو

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص 489

<sup>2</sup> - تقول محكمة النقض المصرية "..... لا يجوز للمحكمة وهي تعالج تفسير المحررات أن تعتد بما تعنيه عبارة معينة دون غيرها، بل يجب عليها أن تأخذ بما تقيده العبارات بأكملها وفي مجموعها باعتبارها وحدة متصلة متماسكة...تقضى مدني جلسة 1978/12/27 مأخوذ من عند عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 486.

<sup>3</sup> - Art.1157: " Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutot l'endre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ", c.c.f, Op.cit, p.1154.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.940.

ترك الشفيع شفيعته بنصف الدار وطلب النصف الآخر سقطت شفيعته في كل الدار، لأنّ الحق في طلب الشفيع لا يتجزأ، أما ذكر بعض ما يتجزأ فليس كذكر كله، فلو أبرأ الدائن مدينه من نصف الدين برئ المدين من هذا النصف فقط وبقي النصف الآخر دين في ذمته<sup>1</sup>.

يسترشد القاضي في التعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين ببعض العوامل كقاعدة "إعمال الكلام خير من إهماله". فإذا كانت عبارة العقد تحتمل أكثر من معنى فإنه يجب أن تتحمل على هذا المعنى، الذي يجعل بهذه العبارة أثراً قانونياً منتجاً متفقاً مع روح العقد والمقصود منه. فمثلاً إذا ورد في عقد بيع منزل أن هذا البيع يشمل المنزل وما به من منقولات، فإن لفظ المنقولات لا يجوز حمله على ما في المنزل من قيم منقولة كالأسهم والسندات وإنما يحمل على أثاث المنزل فقط وإلا حمل اللفظ معنى لا يستقيم مع طبيعة العقد وقصد المتعاقدين، ومن هذه العوامل كذلك المفاوضات السابقة على التعاقد، فهي تعين في الكشف عن اتجاه إرادة المتعاقدين إلى غاية معينة يجب أن تفهم على أساسها عبارات العقد، وكذلك فإن طريقة تنفيذ العقد تفيد في الكشف عن مضمون عبارات العقد الحقيقية إذا كان قد بدء في تنفيذ هذا العقد وبالتالي يكون القاضي قد فهم المغزى الحقيقي من العقد<sup>2</sup>.

أما إذا كانت العبارة لا تحمل أي معنى ينتج أثراً وظهر أن هذه هي نية المتعاقدين، فلا يستطيع القاضي أن يجاوز هذه النية بقصد تصحيح العقد، وإلا كان العقد من عمله هو، لا من عمل المتعاقدين<sup>3</sup>.

وإذا كان هناك للنص معنيان أحدهما يؤدي إلى جعل النص ذا أثر، والآخر إلى جعله دون أثر فإنه يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا أثر وفي كل الأحوال إلى بنود الاتفاق الواحد تنسق وتفسر بعضها بعضاً بالنظر إلى مجمل العقد. أما إذا وجد شك

<sup>1</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 230.

<sup>2</sup> - أنظر، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 208.

<sup>3</sup> - Cass, 1e civ, 16 Juin 1993, D.1994.juris p.546 .

في التفسير، أي إذا كان هناك تفسيران ولا يدري أيهما الأصح فيفسر النص لمصلحة المدين على الدائن<sup>1</sup>.

وفي هذا المعنى نصت م. 367 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه إذا وجد نص يمكن تأويله إلى معنيين وجب أن يؤخذ أشدهما إنطباقاً على روح العقد والغرض المقصود منه، ولا بد أن يفضل المعنى الذي يجعل النص ذا مفعول، على المعنى الذي يبقى معه النص بلا مفعول، فهذا النص يوجب ترجيح المعنى الذي يجعل النص منتجا وذا أثر، على المعنى الذي يؤدي إلى إهماله، وعلى ترجيح فكرة الإعطاء على فكرة الحرمان، كما في الوقف. وهذا ما يتفق مع القاعدة الشرعية التي أخذت بها بعض القوانين العربية وهي "إعمال الكلام خير من إهماله"<sup>2</sup>.

فمثلاً إذا نص في عقد الإيجار على أنه مؤبد، وحملت هذه العبارة على معناها الظاهر كان عقد الإيجار باطلاً لضرورة توقيت المدة، ولكن من الجائز تصحيح العقد على إعتبار أن المتعاقدين أرادا به بيعاً بثمن هو إيراد مؤبد، فعلى القاضي أن يتبين نية المتعاقدين، فإذا وجد أن عبارتهما تتحمل هذا المعنى الأخير بيع بإيراد مؤبد فالعقد يكون بهذا المعنى لا بمعنى الإيجار<sup>3</sup>.

التشريع العربي وبالأخص المصري والمشرع الجزائري لم يتطرقا إلى هذه القاعدة من التفسير، ما عدا المشرع اللبناني الذي تعرض إليها في م. 367 قانون الموجبات اللبناني، مسانداً بذلك المشرع الفرنسي وبعض التشريعات المقارنة.

<sup>1</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 231.

<sup>2</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 230.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 940.

## 2- العبرة بموضوع العقد

إذا كانت عبارة العقد عامة فيستوجب الرجوع إلى موضوع العقد الذي تم التعاقد عليه، فمن الغير المتصور أن يتعاقد المتعاقدان على موضوع غير محدد أو أنهما يرغبان في الخروج عن هذا الموضوع<sup>1</sup>.

موضوع العقد هو محل التفسير ففي هذه الحالة فلا يمكن للقاضي استنتاج مضمون العقد إلا بالرجوع إليه وإعادة دراسته من جديد، هذه القاعدة نص عليها المشرع الفرنسي في م. 1163 (ق.م.ف.)<sup>2</sup>.

فمثلا اذا تضمن العقد بأنه عقد شركة، وتبين للقاضي أنه لا يحتوي العناصر الأساسية لعقد الشركة، فلا يحتوي مثلا على نية العمل لأجل الشركة، ولا على قسمه الأرباح وتحمل الخسائر، بل يكفي بتحديد الأجرة عن أتعاب أحد الأطراف، يفسر العقد بمقتضى الأحكام الواردة في بنوده، أنه عقد إجار أو عقد عمل وليس عقد شركة<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة الاستئناف بمصر بتاريخ 4 ماي 1899، بأن إستعمال المتعاقدان عبارة البراءة العامة بعد أن حصروا موضوع التخالص وحددوه فيما هو مبين بالعقد إنما يفيد عموم البراءة في نوع الحقيقة التي كانت هي الغرض الوحيد من التعاقد، فلا يجوز أن تتعدى إلى غيرها مما لم تتجه إليه أفكار المتعاقدان، ولم يذكروا فيه شيئا من إتفاقهم لا تصريحاً ولا تلميحا مهما كان اللفظ عاما. لأن القاعدة القانونية التي لم تكن م. 534 (ق.م.ف.) إلا جزء منها تقضي بأن العقود لا يصح

<sup>1</sup> - بن حياره عباس، مبدأ استقرار المعاملات والعقد القابل للإبطال، مذكرة ماجستير، جامعة جيلالي اليايس، سيدي بلعباس، 2003-2004، ص.174.

<sup>2</sup> - Art.1163: "quelque généraux que soient les termes dans les quels une convention est conceu ...elle ne comprend que les choses sur les quelles il parait que les parties se sont proposées de contracter" .c.c.f, Op.cit, p.1159.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.940.

التوسع في معنى عبارة تها، ولا يجوز مهما كانت ألفاظها عامة أن تتناول. غير الموضوع الذي كان هو الغرض من إنشائها<sup>1</sup>.

أما التشريعات العربية من بينها المشرع اللبناني فقد نص في م. 368 من قانون العقود والموجبات اللبناني على أن بنود الإتفاقات الواحدة تنسق وتفسر بعضها بعضا، بالنظر إلى مجمل العقد، وفي هذا المعنى نصت م. 1161 (ق.م.ف)<sup>2</sup> على أن عبارات العقد يفسر بعضها بعضا بمعنى أنه لا يجوز عزل العبارة الواحدة عن سائر العبارات. بل يجب تفسيرها على اعتبار أنها جزء من الكلّ هو العقد. فالتفسير يقوم على مجمل بنود العقد، أو على مجمل بنود عدّة عقود دائرة على موضوع واحد، وذلك للتوفيق بينهما على وجه يؤدي إلى استخراج المعنى المقصود من مجموعها كوحدة متماسكة، بحيث يفسر بعضها البعض الآخر أو يكمله محددًا مدى أبعاده وغاياته الحقيقية. فلو أشار عقد بيع عقار إلى بيان محتوياته وحدوده، أولاً، ثم إلى تحديد المبيع لمساحة معينة على أساس الوحدة القياسية، فالعبارة الأخيرة تفسر الأولى وتعين بالنتيجة موضوع المعاملات العقدية<sup>3</sup>.

التشريعات العربية ومن بينها المشرع الجزائري لم يتطرقا إلى هذه القاعدة، بنص صريح يفسر نية المتعاقدان بالرجوع إلى موضوع العقد، كما فعل المشرع الفرنسي، وسانده في ذلك المشرع اللبناني ، وبذلك يبقى المشرع الجزائري محصورا على قواعد بسيطة في تفسير العقد.

### الفرع الخامس: الدافع لوسيلة لتفسير العقد

إذا كان هناك شرطا غامضا فيجب تفسيره على أساس الغرض الذي يسع من خلاله الطرفان إلى تحقيقه وقد أخذ بذلك القضاء في فرنسا ومصر والجزائر بالـغرض

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.941.

<sup>2</sup>-Art.1161 " Toutes les clauses des conventions s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier » c.c.f, p206.

<sup>3</sup>- أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.232.

المقصود من التعاقد كأساس يبني عليه لتوضيح غموض الشرط وتبيان المعنى الحقيقي للعقد<sup>1</sup>.

### أولاً - موقف القاضي الفرنسي من الدافع

القاضي الفرنسي استخلص الدافع المقصود من التعاقد، ومن العبارات التي صيغ بها العقد، والمغزى الحقيقي المبرم بين الأطراف.

القاضي له السلطة المطلقة في التفسير من خلال الدوافع المفرغة والمبعدة في النص، بحيث أن التصريح ليس مفترض وبالتالي يكون القاضي قد استعمل سلطته الحقيقية في استنتاج الدافع الحقيقي للتعاقد<sup>2</sup>.

### ثانياً - موقف القاضي المصري من الدافع

يمكن تبيان موقف القاضي المصري من الدافع وذلك من خلال قرار أصدرته محكمة الإستئناف بالإسكندرية في 27 أبريل 1899. ويتعلق هذا القرار بتفسير عقد بيع قطعة أرض ورد فيه شرط يلزم المشتري بإقامة منزل حسن البناء من الناحية الهندسية، وقد تبين للمحكمة أن الهدف من هذا الشرط هو إنشاء حي جميل البناني في المنطقة، وخاصة أن العنصر الذي يملكه البائع يلاصق الأرض المبيعة، وإن الإهتمام يتجه إلى سرعة البناء لتجميل قصره، ورفع قيمة الأرض التي لم يتم بيعها. وتحقيقاً لهذا الهدف فسرت المحكمة غموض الشرط من حيث تحديد مدة الشروع والإنهاء من البناء، ورفضت إدعاء المشتري بأنه حر في إختيار الوقت الذي يتيح له إقامة البناء والإنهاء منه، وعلى ذلك فقد ألزمت المحكمة المشتري بإقامة البناء خلال مدة معقولة حددتها بثلاث سنوات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.78.

<sup>2</sup>- Mazeaud henri. Jean Mazeaud. Par François chabas;lecons de droit civil ;tome2 premier volume ; lerobeligation ;9ème edition ; monchetien ;delta 2000, Paris, p, .335

<sup>3</sup>- أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.79.

وقد قضت أيضا في قرار آخر بأن الإتفاق على توريد بنزين لمصنع دون تحديد لكميته يجب تفسيره. وفقا للغرض الذي يقصده المتعاقدان، وتتحدد بالتالي الكمية بما يلي إحتياجات المصنع<sup>1</sup>.

وبالتالي المحكمة المصرية أخذت بالدافع المقصود من التعاقد بغض النظر عن العقد المبرم بين المتعاقدين.

### ثالثا- موقف القاضي الجزائري من الدافع

القاضي الجزائري كذلك لم يخالف نظيره الفرنسي والمصري بالأخذ بالدافع لتفسير العقد , وللتوضيح لا بد من التطرق لحيثية التالية التي تضمنها القرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية بتاريخ 2002/01/16: "حيث أن الإدعاء بأن القرار المنتقد تناقض في حيثياته فتارة أشار إلى هذا العقد على أساس يمثل الوصية وأخرى على أساس يمثل الهبة لكن حيث أن نية المورث الموصي (ب، ع) ترمي وحسب ظاهر العقد محل الخلاف إلى توزيع أملاكه بين ورثته في حياته، وحسب المقاييس والإعتبارات التي يراها هو، وبناء عليه فإن هذا العقد لا يمكن المساس به أو إلغاءه طبقا لأحكام المادة 111(ق.م.ج.) مهما حمل من أوصاف أو عناوين لأن الهدف والقصد منه هو توزيع المالك الأصلي لأمواله على زوجته وأولاده، وهذا ما وقع تجسيده فعلا وفي حياته الأمر الذي يجعل الوجهين المثارين غير وجيهين مما يتعين معه رفضهما، وتبعاً لذلك رفض الطعن"<sup>2</sup>.

ومن خلال ذلك يشير القاضي إلى أنّ العقد تارة يمثل وصية وتارة أخرى هبة، لكن نية المورث الموصي ترمي وحسب هذا العقد محل الخلاف إلى توزيع أملاكه بين ورثته في حياته.

<sup>1</sup> - أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.79.

<sup>2</sup> - أنظر، القرار المؤرخ في 2002/01/16، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص.367.



بالتالي يكون القضاء قد أخذ بقصد المالك الذي إنصرف إلى توزيع أملاكه على الورثة أثناء حياته، وبالتالي رفضت الدعوة الرامية إلى إلغاء عقد الوصية.

وفي الأخير يمكن للقاضي الوقوف على تفسير العبارات الغامضة وذلك بالرجوع إلى الغرض الذي نشأ من أجله العقد، أو الرجوع إلى موضوع العقد. وفي حالة وجود أكثر من معنى لتفسير العقد، يجب الوقوف على المعنى الذي ينتج أثراً قانونياً متفقاً مع مقصود العقد ولا يخرج عن المعنى الحقيقي للعقد.

### المطلب الثالث: الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدين

يتعرف القاضي على الإرادة المشتركة للمتعاقدين<sup>1</sup>، بللوقوف على المعايير التالية: طبيعة التعامل، الأمانة والثقة، العرف، وهو ما أشار إليه كل من المشرع الفرنسي في م. 1156 (ق.م.ف)<sup>2</sup>، والمشرع المصري في م. 150 ف. 2 (ق.م.م.)، والمشرع الجزائري في م. 111 (ق.م.ج.)<sup>3</sup>.

### الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعنصر (طبيعة التعامل)

طبيعة التعامل هي في الأصل مستوحاة من نص (Pothier) ورد به المعيار تحت إسم طبيعة العقد، بيد أن هذه التسميات كلها في الحقيقة تؤدي إلى معنى واحد وهو الرجوع إلى الأحكام القانونية التي وضعها المشرع لتنظيم مادة التعاقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - طرحت محكمة النقض الفرنسية في حكمها في 20 جانفي مستندة على المادة 1156، " مبدأ مفاده أن تفسير العقد يجب أن يتم بالرجوع إلى إرادة المتعاقدين المشتركة، وبالتالي لا يسع قضاة الموضوع من أجل تفسير الاتفاق أن يأخذوا فقط بإرادة أحد الأطراف وحسب بدون التعرض للنقض "جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعل العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط. 2000، ص. 55.

<sup>2</sup> - Art. 1156, "...recherche quelle a été la commune intention des parties...", c.c.f, Op.cit, p.100

<sup>3</sup> - المادة 111 (ق.م.ج) " إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث في النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات ".

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 281.

يمكن للقاضي أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين بالرجوع الى العقد في ضوء طبيعة التعامل، واستخراج النية العامة المنبثقة من الإرادة الحقيقية للأطراف، وكذا جميع المعطيات الخارجية للعقد ما عدا الاعتقاد الراسخ للقاضي من الملفات العقدية، ملفات الإشهار، وجميع المعطيات المحيطة بالعقد<sup>1</sup>.

ويقصد بطبيعة التعامل، طبيعة التصرف المتفق عليه، أي طبيعة العقد وموضوعه. بحيث يخضع العقد للقواعد التي تقتضيها طبيعته، مالم يصرح المتعاقدان بخلاف ذلك. فيفسر العقد، مثلا، بأنه عارية استعمال وليس عارية استهلاك إذا اشترط المعير أن يرد المستعير الشيء أو مثله. وإذا إستدان شخص مبلغا من المال لمدة سنة، وبعد إستحقاقه إستدان مبلغا آخر إضافة للأول، وأشير في السند إلى أن المدين يدفع مجموع الدينين بالاستحقاق وعلى شروط الدين الأول ذاته. فإنه يجب أن يفهم من هذا الإتفاق أن الدينين تأجلا لمدة مماثلة لأجل الدين الأول، أي سنة من تاريخ القرض الثاني<sup>2</sup>.

فإذا كانت العبارة تحمل أكثر من معنى، فهناك إحتمال كبير على أن نية المتعاقدين قد إنصرفت إلى الدلالة التي تتفق مع طبيعة التعامل<sup>3</sup>. فقد يتضمن عقد شركة التضامن مثلا شرطا يقضي بقابلية إنتقال حصص الشركاء عن طريق الإرث، وقد يفسر مثل هذا الشرط على أنه حالة إستثنائية تسمح بإنتقال حصص الشركاء، وقد يفهم منه أيضا أنه عند وفاة أحد الشركاء تستمر الشركة مع الورثة، وبالرجوع إلى طبيعة التعامل يكون المعنى الثاني أكثر إنسجاما مع طبيعة عقد شركة التضامن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - jean-pierr scarno; Op.cit, p.124.

<sup>2</sup> - أنظر, الياس ناصيف, المرجع السابق, ص.228.

<sup>3</sup> - وهو ما اتجهت اليه محكمة النقض المصرية في 1962/01/04 " بان استخلاص نية المتعاقدين في العقد من المسائل الواقعية التي يستقل بها قضاة الموضوع...". محمد قمر موسى التعليق، التعليق على نصوص القانون المدني، ط 2002، ص.983.

<sup>4</sup> - أنظر, علي فلالي, المرجع السابق, ص.313.

ولقد أشار بعض الفقهاء إلى أن القاضي يأخذ بالمعنى الذي يتفق مع طبيعة التعامل ولو كان المعنى لا يتفق مع النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك ما ذهب إليه محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر في 09 نوفمبر 1993.<sup>1</sup>

كما تطرق المشرع الفرنسي إلى طبيعة التعامل في م. 1158 (ق.م.ف.)<sup>2</sup>، وإنتهج المشرع المصري والجزائري نفس النهج.

كما أن طبيعة التعامل قد تفرض أوضاعا معينة بالنسبة لبعض العقود، فتسري على الكافة دون تمييز، وتفرض بالتالي إرادة مشتركة يتعين التسليم بقيامها، رغم أنها قد لا تكون قائمة بالفعل في عديد من الحالات. مثال ذلك عقود النقل المتمثلة في شكل تذاكر يحملها المسافرون تتضمن العديد من الشروط، كشروط الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها، إذ يطالعا بعض المسافرين بينما يغض النظر عنها البعض الآخر، ورغم ذلك فإنها تسري في حق الكافة<sup>3</sup>، إذ تقتضي ظروف التعاقد وطبيعة التعامل إفتراض أن الكافة يعلمون به<sup>4</sup>.

وفي قرار بتاريخ 29 جوان 1967، قضت محكمة النقض المصرية بأن الشروط التي تضمنها هذا العقد محل النزاع تجعل منه عقد إيجار من الباطن، ولا يغير من هذا النظر ما يقوله الطاعن من أن وصف المبلغ الذي تعهد المطعون ضده بأدائه شهريا للطاعن بأنه عمولة، يجعل العقد بيعا بالعمولة، ذلك أن القانون لا يعرف البيع بالعمولة، وإنما هناك وكالة بالعمولة في البيع، وهي تقتضي أن يبيع الوكيل بالعمولة باسمه ولحساب الموكل ما يوكله الأخير في بيعه، وهي صورة مختلفة تماما عما إتفق عليه في العقد، وهو أن يبيع بضاعته في المحل باسمه ولحساب نفسه، كما أن النص

<sup>1</sup>– jean-pierr scarno; Op.cit, p.124.

<sup>2</sup>– Art.1158 " les termes susceptible de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contra". c.c.f. Op.cit, p.15

<sup>3</sup>–Cass 1<sup>er</sup>., 19 Juin 2001, SA Press Labo service C/M me Payan (arret n° 1085 P ) (juris Data n° 010219). V.Paisant (Gilles ), l'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusive.J.C.P.. 2D. G..21 NOV.2001.P.2160.

<sup>4</sup>– أنظر, عبد الحكم فوده, المرجع السابق, ص.281.

في العقد على تحمل الطاعن أجرة المحل التي يدفعها للوزارة المؤجرة الأصلية لا يتنافى مع تكييف العقد بأنه عقد تأجير من الباطن، إذ ليس ثمة ما يمنع من تحديد الأجرة التي يدفعها المطعون ضده. للمستأجر من الباطن للطاعن المؤجر له بالمبلغ الذي تعهد الأول بدفعه شهرياً<sup>1</sup>.

يقف القاضي على طبيعة التعامل من أجل استخلاص مدلول التعاقد والتعرف على الطبيعة الحقيقية للعقد.

### الفرع الثاني: الأمانة والثقة بين المتعاقدين

القاضي من خلال بحثه عن النية المشتركة الموجودة بين المتعاقدين يستنتج الأمانة والثقة. فمن وجه إليه الإيجاب يجب أن يفهم عبارته بما تقتضيه الأمانة في التعامل. ومن حق الموجب له أن يطمئن إلى العبارة بحسب ظاهرها، معتبراً أن المعنى الظاهر هو الذي قصده الموجب. وهذا ما يوطد الثقة المشروعة، التي تتطوي على الأخذ بالإرادة الظاهرة في تفسير العقد<sup>2</sup>.

يشترط في التعامل بين المتعاقدين الأمانة والثقة. فتقضي الأمانة أن على من وجه إليه الإيجاب أن يفهم عبارته بما يفرضه التعامل من أمانة، فإذا تبين له أن هناك خطأ في التعبير، فإن الأمانة تقتضي منه ألا يستغل هذا الخطأ، بل يجب عليه أن يأخذ بالمعنى الحقيقي المراد من التعبير طالما أن الطرف الآخر أمكنه أن يدركه أو كان في إمكانه ذلك. أما الثقة فتقضي أن من يتلقى تعبيراً عن الإرادة، فإن من حقه أن يفهمه على معناه الظاهر طالما أن يدركه أو كان في إمكانه ذلك وبالتالي يكون حجة عليه<sup>3</sup>.

وحسب قرار الغرفة الإجتماعية لمحكمة النقض الفرنسية في 19 نوفمبر 1964 فإنه: " لا يمكن للمحكمة بالأحرى أن تحل محل العاقدين، وهكذا ألا تستطيع، في حالة

<sup>1</sup> - نقض مدني مصري في 1967/06/29، رقم 617، مأخوذ عن عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 282.

<sup>2</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 229.

<sup>3</sup> - أنظر، رمضان أبو سعود، المرجع السابق، ص. 208.

النزاع على بدل إيجار يلي تنظيم عقدين مختلفين أن تحدد الثمن بأن تأمر في الشأن بإجراء خبرة (وإنما يمكنها فقط أن تختار بين الثمينين الواردين في العقدين تبعاً لنية المتعاقدين) وذلك بأن الخبرة لا يمكن أن يكون لها موضوع سوى أنها تتيح للقاضي القيام بهذا الخيار<sup>1</sup>.

لموقف أطراف العلاقة التعاقدية دور هام في التوصل إلى إرادتهما الحقيقية، فيجب عليهما أن يتحليا بالأمانة والثقة فهذان العنصران ضروريان حتى يطمئن كل متعاقد للطرف الآخر<sup>2</sup>، بمفهوم المخالفة يمتنع المتعاقد عن الغش والحيل والهزل في المعاملات، ويلتزم بالتعاون مع المتعاقد الآخر والتعبير الجاد طبق لمبدأ حسن النية<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: العرف كعامل أساسي لاستنباط نية المتعاقدين

يتعين على القاضي أن يأخذ العرف بعين الاعتبار في الأمور التي تعرض عليه ومن ضمنها استكمال نطاق العقود باعتباره مصدراً من مصادر القانون، وأيضاً ما يلحق به من عادات شريطة أن تكون عامة وغالبة وغير مخالفة للنظام العام يرجع القاضي إلى العرف في حالة عدم وجود نص في القانون، ويعتمد عليه في تحديد نطاق العقد. كما له سلطة تفسير العقد وفقاً لما يقتضيه العرف الجاري في المعاملات، وإن كانت بنود العقد لا تشير صراحة إلى هذا العرف، لأنّ العرف المعمول به يفترض في المتعاقدين أن يكونا على علم به، وأن يكونا قد رضيا به في التعاقد، وإلا لصرحا بمخالفته. وأكثر ما تظهر أهمية العرف في القضايا التجارية، والمعاملات البحرية، وغيرها من المعاملات التجارية، حيث يتوجب على القاضي، عند تحديد آثار العمل التجاري أن يطبق العرف المعمول به، إلا إذا أظهر أن المتعاقدين

<sup>1</sup> - أنظر، جاك غستان، مفاعيل العقد، المرجع السابق، 55.

<sup>2</sup> - (v.civ 3e 8e avril 1987), patric Canin, op.cit.p.64

<sup>3</sup> - أنظر، علي فلالي، المرجع السابق، ص.315.

قصدوا مخالفة أحكام العرف، أو كان العرف متعارضاً مع النصوص الشرعية الإلزامية، على أن يعتبر العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام<sup>1</sup>.

وعادة ما يكون اللجوء إلى العرف تكملة للقانون، كتحديد نطاق الإلتزام في ملحقات المبيع حيث يمكن تحديدها على ضوء العرف، ويتصل به في هذا الشأن ما يسمى بالشروط المألوفة<sup>2</sup>.

فيفترض في العرف الذي جرى عليه العمل أن يكون المتعاقدين عالمان بهذا العرف وقد رضيا به. وإلا صرحاً بمخالفته، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها في ضوء هذا العرف، وهو ما ذهب إليه محكمة إستئناف مصر "بأنه يجب في تفسير المشارطات إتباع العرف، وهو يقضي بأنه إذا دفع المشتري مبلغاً بصفة عربون، وعدل عن الشراء، فلا يكون له الحق في المطالبة بهذا المبلغ وأن مثل هذا الشرط كما يصح أن يكون قد وضع لمصلحة البائع بطلب الفسخ مع حفظ العربون، يجوز عدلاً أن يستفيد منه المشتري، للتخلص من العقد مع تحمله دفع قيمة العربون"<sup>3</sup>. فالمتعاملين الدوليين قد درجوا على إتباع عادات في تعاقداتهم ذات الطابع الدولي. وتحولت مع مرور الوقت إلى أعراف ملزمة لهم في كثير من المجالات، وبالتالي تكون المسائل التي ينظمها عرف معين داخل مجتمع التجار ورجال الأعمال العابر للحدود، مسائل يفترض في المتعاقدين أن يعلموا بها ويرتضون بها من أجل تفسير إراداتهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 235.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام)، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية، الأزارطة، ط. 2006، ص. 362.

<sup>3</sup> - نقض مدني مصري، في 27 نوفمبر 1923 أشار إليه، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 944.

<sup>4</sup> - بن أحمد الحاج، النظام التعاقد في القانون المدني الجزائري ومتطلبات التجارة الدولية، مذكرة ماجستير، جامعة جيلال لبي اليابس بلعباس، الجزائر، 2002-2003، ص. 165.

يعتبر العرف مكملاً لإرادة الطرفين ليس له قوة القانون، ولا حتى قوة الاتفاق، ولذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني، أو في حال سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية ما فيما تعاقدا عليه، أو كان في تنظيمها غموض يستدعي التفسير، على أن العرف يظل صحيحاً، ويمكن اعتماده في التفسير إذا خالف نصوصاً شرعية غير إلزامية<sup>1</sup>.

فالقانون الفرنسي يحدد عرف الجهة التي نشأ فيها العقد م. 1159 (ق.م.ف)<sup>2</sup> على إعتبار أن العقد ينفذ في الجهة التي ينشأ فيها، فإذا اختلفت الجهتان فإن القاضي ينظر إلى أي عرف أحق بالتطبيق وقد يرى هذا في عرف الجهة التي ينفذ فيها العقد. وتطرق المشرع الجزائري إلى العرف في م. 111 ف. 2 (ق.م.ج.)، بحيث يمكن للقاضي اللجوء إليه في حالة عدم وجود نص واضح كطريقة لتفسير العقد، حيث نصت هذه المادة أنه "... يجب البحث عن النية المشتركة... وفقاً للعرف الجاري في المعاملات".

ويتصل بالعرف كذلك ما يسمى بالشروط المألوفة، حيث تضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها في العقد، حتى أصبح يؤخذ بها دون الحاجة إلى النص عليها صراحة، مثل ذلك النسبة المئوية التي تضاف للخدمة في الفنادق والمطاعم والمقاهي، وفي فرنسا يميزون بين العرف والعادة ويعتبرون الأخيرة (العادة) هي وسيلة تفسير العقد. بخلاف الحال في إنجلترا حين يستعملون لفظي Custan أو Usage بمعنى واحد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 236.

<sup>2</sup> - Art.11159 "Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé." C.c.f., p.1155.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 945.

يعتبر العرف مكملاً لإرادة الطرفين ليس له قوة القانون، ولا حتى قوة الاتفاق، ولذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني، أو في حال سكوت المتعاقدين عن تنظيم ناحية ما فيما تعاقدوا عليه، أو كان في تنظيمها غموض يستدعي التفسير، على أن العرف يظل صحيحاً، ويمكن اعتماده في التفسير إذا خالف نصوصاً شرعية غير إلزامية<sup>1</sup>.

### أولاً- الأساس القانوني للعرف

فبالنسبة للوقوف على العرف وتحديد ماهيته ومضمونه، يترك أمر ذلك للقاضي الموضوع ليكون عقيدته، من طرق الإثبات المختلفة للعرف المدعي بوجوده<sup>2</sup>، كالإستناد إلى شهادة الشهود أو الشهادات الصادرة من الغرف التجارية والنقابات المهنية. فقد لا يقتنع القاضي بتوافره على نحو ما يدعي به الخصم، وقد يقتنع بتوافره على نحو معين من مستند دون آخر، أو من أقوال شاهد دون آخر، فهذه مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع بالبحث فيها دون رقابة من محكمة النقض، سواء تعلق الأمر بالعرف العام أو بالعرف المحلي، وسواء كان العرف مدنياً أو تجارياً<sup>3</sup>.

وقد نقضت محكمة النقض الفرنسية في 17 ماي 1988، إستناداً إلى المواد 1134 و 1156 و 1159 (ق.م.ف.) حكماً استند فقط إلى العادات لتفسير العقد " حيث أن المحكمة بتفسيرها الشرط المتنازع فيه حسب إحدى العادات، بدون التثبيت من أن المتعاقدين توخيا الأخذ بها صراحة، لم تعط قرارها الأساس القانوني"<sup>4</sup>.

يعتبر العرف مكملاً لإرادة الطرفين ليس له قوة القانون، ولا حتى قوة الاتفاق، ولذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني، أو في حال سكوت المتعاقدين عن تنظيم

<sup>1</sup>-أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.236.

<sup>2</sup> -نقض مدني فرنسي في 1967/4/5 "لا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف لتحل من التزامات يفرضها عليه المتعاقد التي تم بينه وبين المتعاقد الآخر في العقد قد لا يوجد ما يمنع مع أن ينفق العاقدان على ما يخالف العرف التجاري ويكون اتفاقهما ملزماً لهما"، ماخوذ عن، قمر موسى، المرجع السابق، ص.1099.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص.174.

<sup>4</sup> - جاك غستان، مفاعيل العقد، المرجع السابق، ص.55.



ناحية ما فيما تعاقدوا عليه، أو كان في تنظيمها غموض يستدعي التفسير، على أن العرف يظل صحيحا، ويمكن اعتماده في التفسير إذا خالف نصوصا شرعية غير إلزامية<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لتطبيق العرف فإنه مسألة قانون، لا يستقل القاضي الموضوع، وإنما تخضع لرقابة محكمة النقض. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يكفي أن تطلق المحكمة القول بوجود عرف ما وتطبيقه على وقائع الدعوى، دون أن ينقضي هذا العرف من حيث القول بوجود عرف ما وتطبيقه على وقائع الدعوى، دون أن ينقضي هذا العرف من حيث عموميته وثباته، فإذا هي أغفلت ذلك فإن حكمها يكون مفتقدا لأساسه القانوني<sup>2</sup>.

#### ثانيا - تطبيق عرف البلد الذي أبرم فيه العقد.

القاضي له الحق في استناده لتفسير العقد الغامض إلى عرف البلد الذي أبرم فيه هذا العقد طبقا لنص م. 1159 (ق.م.ف.)، وذكر ذلك على إعتبار أن العقد ينفذ في الجهة التي نشأ فيها، فإذا اختلفت الجهتان فإن القاضي ينظر أي عرف أحق بالتطبيق، وقد يرى هذا في عرف الجهة التي ينفذ فيها العقد<sup>3</sup>.

وهذه القاعدة التي وضعتها م. 1159 (ق.م.ف.) ليست ملزمة للقاضي، بمعنى أنه إذا تغير العرف في محلي الإبرام والتنفيذ فليس لزاما عليه أن يطبق العرف الأول. بل قد يتضح له من ظروف الدعوى أن الطرفين فهما ضمنا الخضوع لعرف بلد التنفيذ، ومن ثم فحكم هذه المادة لا يجب أن يعمم على كافة الحالات، إذ لو كان مقبولا بالنسبة للمنقولات كعقد إيجار سيارة مثلا فهو ليس مقبولا بالنسبة للأعيان الثابتة<sup>4</sup>. ويقرر القضاء في هذا الشأن " أن المفروض طبقا لعقد الإيجار أن ينتهي بنهاية الشهر

<sup>1</sup>- أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.236.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص.174.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.94.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص.95.

ولكن عرف مدينة باريس إستقر على أن لمستأجر الشقة التي تزيد أجرته السنوية على 400 فرنك، الحق في أن يحتفظ بالإنتفاع بها حتى الخامس عشر من الشهر التالي، ليتمكن من إخلاء الشقة<sup>1</sup>.

والغموض في هذا الصدد لا يقتصر على إزدواج المعنى، وإنما الغموض هنا عماده الشك الذي يمكن أن يثور حتى مع الألفاظ الواضحة إذا ما تعارضت مع عناصر خارجية أفقدتها قرينة الدلالة على نية الطرفين المشتركة، حينئذ يتعين اللجوء للعرف لإستجلاء هذا الغموض، فالوضوح الظاهري للألفاظ لا يحجب إمكانية تطبيقه<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يأت بنص صريح، مثل ما فعل المشرع الفرنسي، ولكن بالرجوع إلى نص م. 18 (ق.م.ج.)، فإننا نجد في ف. 3 منها أنه يطبق قانون محل إبرام العقد على الإلتزامات التعاقدية<sup>3</sup>، إلا أنه يعاب على المشرع الجزائري عدم إتيانه بنص واضح كما فعل المشرع الفرنسي، الذي أتى بنص بين فيه للقاضي إمكانية تفسير العقد وفقا للعرف السائد في مكان الإبرام.

بالرجوع الى النية المشتركة للمتعاقدين يمكن الوقوف على طبيعة العرف وهي عامل يساعد القاضي على تفسير العقد وفهم مضمونه.

#### الفرع الرابع: موقف الجهة القضائية العليا اتجاه الرقابة على تفسير العقد.

محكمة النقض لها حق الرقابة على أعمال سلطة قاضي الموضوع , خاصة اذا كانت بنود العقد واضحة<sup>4</sup>.

المشرع الجزائري وضع عدة قواعد يلتزم بها القاضي في تفسير العقد، وذلك من خلال م. 111 (ق.م.ج.)، لذلك فعندما يقوم القاضي بتفسير هذه العقود فهو يخضع

<sup>1</sup>-Trib.Sein, 8 juin 1909, 19 m 259.

<sup>2</sup> - أنظر , عبد الحكم فوده, المرجع السابق, ص.177.

<sup>3</sup>- قانون رقم 05-10, المؤرخ في 26 يونيو 2005, المتضمن تعديل وتتميم القانون المدني الجزائري, ج.ر. عدد 44, ص.20.

<sup>4</sup>- أنظر , محمد صبري السعدي , المرجع السابق , ص. 280.

لرقابة المحكمة العليا على اعتبار أن التطبيق من مسائل القانون لا من مسائل الواقع، فإذا لم يلتزم القاضي بقاعدة من هذه القواعد يكون الحكم الذي حكم به معرضاً للنقض<sup>1</sup>.

محكمة النقض الفرنسية كرّست مبدأ النظر في تفسير محكمة الموضوع لبند العقد فاعتبرت أن تفسير محكمة الموضوع لبند العقد تفسيراً خاطئاً يخضع لرقابة محكمة النقض، التي يحق لها أن تعطي العقد تفسيره الحقيقي. ولكنها ما لبثت أن نبذت هذا الرأي بمقتضى -قرارين صادرين عنها في 02 فبراير 1808 و 03 أوت 1809. قالت فيهما: " إن العقد هو عمل قانوني خاص وليس قانوناً، وإن كانت م. 1134 قد شبهته بالقانون بين المتعاقدين، فهو لا يصبح مماثلاً للقوانين التي تصدر عن السلطة التشريعية وتطبق على جميع الأشخاص في الدولة"<sup>2</sup>.

التفسير هدفه البحث عن مقصد كل من طرفي العقد من إبرامه، ولكن التفسير ينصب على تعبير كل منهما عن إرادتهما، سواء أكان هذا التعبير قولاً أو كتابة أو فعلاً من الأفعال، أي هدف التفسير هو البحث عن مقصد كل من طرفي العقد من إبرامه، أن الغاية من تفسير العقد هي الكشف عن قصد المتعاقد، وذلك من التعبير الشخصي عن هذا القصد. على أن تفسير العقد لا يتم بالكشف عن مقصد كل متعاقد على إنفراد، بل يجب أن يكون ببيان ما إتقفا عليه عند إبرام العقد، أي تحديد مقاصد كل من طرفي العقد، في ضوء ما وقع إتفاقهما عليه، أي يجب أن يتم تحديد ما إنصرفت إليه النية المشتركة للمتعاقدين وعدم حصر النظر عند التفسير في إرادة كل منهما على حدة بل تتعداه إلى أكثر من ذلك<sup>3</sup>.

ويحتاج الأمر في الغالب إلى تفسير علاقة الأطراف، للتوصل إلى دلالة العبارات التي استخدمها المتعاقدان، والتي تعبر عن قصدهما المشترك، وعندما يتوصل القاضي

1 - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص. 193.

2- أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص. 298، 249.

3 - أنظر، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 193.

إلى هذه النية المشتركة، فيجب عليه بعد ذلك تحديد الطبيعة القانونية للعلاقات التعاقدية، والجهة التي ينتمي إليها العقد وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً بالتكييف<sup>1</sup>. فالقاضي رغم السلطة التي منحت له، وهي ممارسة عملية التفسير سواء التفسير الشخصي، أو التفسير الموضوعي، فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا، حرصاً على سلامة تطبيق القانون وخوفاً من خروجه عن الوجهة التي رسمها له المشرع من خلال المواد التي قررها في عملية التفسير<sup>2</sup>.

كذلك لمحكمة النقض أن تفرض رقابتها على محكمة الموضوع في تفسير العبارات الواضحة، عن طريق رقابة تسبب الحكم، فإذا التزمت محكمة الموضوع بالمعنى الواضح للفظ الظاهر لم تكن في حاجة إلى تسبب حكمها بأكثر من أن تذكر أن هذا هو المعنى الواضح، وهو الذي يعبر عن قصد المتعاقدين، أما إذا عدلت عن المعنى الواضح إلى معنى آخر في أن تعتبر أنه هو الذي أراده المتعاقدين، وجب عليها أن تبين في أسباب الحكم لما كان هذا العدول، كذلك محكمة النقض لها أن تراقب الأسباب، فإن اقتنعت بأن العدول قد قام على اعتبارات تؤدي به إلى تعرض الحكم للنقض، والا نقض الحكم للقصور في التسبب<sup>3</sup>.

ويبدو أن تقدير ما إذا كانت العبارة واضحة أو غامضة يدخل أيضاً في رقابة محكمة النقض وإلا جاز للقاضي أن يفسر العبارة الواضحة بما يخرجها عن معناها الظاهر، دون أن يذكر الأسباب التي تبرر ذلك، بل يكتفي بتقرير أن العبارة غامضة، وأن المعنى الذي استخلصه هو ما قصده المتعاقدين<sup>4</sup>.

محكمة النقض الفرنسية اعتبرت أن تفسير محكمة الموضوع لبنود العقد تفسيراً خاطئاً يخضع لرقابتها التي يحق لها أن تعطي للعقد تفسيره الحقيقي والواضح.

1 - أنظر، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص.192.

2 - أنظر، عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص.77.

3 - أنظر، عبد الحميد الشواربي، "فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه"، منشأة المعارف الإسكندرية، ط.1997، ص.215.

4 - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.674.

وفي حالة وجود شرط واضح ودقيق " claire et précise " لا يمكن للقاضي، بحجة غموضه القيام بتفسير وبالتالي تحريفه للعقد تحت حجة البحث عن النية المشتركة للأطراف<sup>1</sup>.

محكمة الموضوع إذا لجأت تحت حجة تفسير العقد، إلى مخالفة قواعد الإثبات كأن تعتمد على أدلة وقرائن غير مستمدة من المستند الخطي الذي يثبت العقد لتفسير نية المتعاقدين. أو تعتمد على مستند خطي غير صادر عنها أو عن أحدهما. ففي هذه الحالات تكون محكمة الموضوع لجأت إلى استعمال وسائل إثبات لا يقرها القانون. ولذلك إعتبر أن استخلاص نية المتعاقدين المشتركة تعتبر من الأمور الواقعية التي يقدرها قاضي الموضوع والتي تخضع لسلطته<sup>2</sup>.

ويرى جانب من الفقه<sup>3</sup> أن رقابة محكمة النقض للتفسير الذي يعطيه قضاة الموضوع ضرورية على وجه الخصوص بالنسبة للعقود المسماة، والمبرمة في صيغة متماثلة مع سلسلة من الأشخاص.

في حالة انحراف محكمة الموضوع عن المعنى الظاهر ، فيجب بيان أسباب التفسير والانحراف ، فمحكمة النقض تراقب أسباب التفسير فاذا اقتنع بأن الانحراف والعدول عن المعنى الظاهر ، أسس على اعتبارات تسوغه كان الحكم سليما والا تعرض للنقض للقصور في التسييب<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-Alain Benabent, Op.cit., p.184

<sup>2</sup>-أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.250.

<sup>3</sup>-ومن بينهم (Planiol) و (Ripert) أشار إليهم، جاك غستان، "مفاعيل العقد أو أثاره"، المرجع السابق، ص.32.

<sup>4</sup>-أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.281.

## المبحث الثاني: تقدير الشرط الجزائي من قبل قاضي الموضوع

يسوغ لأطراف العقد أن يتفقوا مسبقا على مبلغ التعويضات الواجبة للدائن عند الإخلال بالتنفيذ. وقد تأتي هذه الشروط اما في شكل شرط جزائي أوفي شكل شرط محدد للمسؤولية<sup>1</sup>.

وقد يضع المتعاقدان في الإتفاق شرطا<sup>2</sup>، يحددان فيه مقدار التعويض المستحق للدائن، عند عدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو التأخير في هذا التنفيذ، وتسمى هذه الحالة بالتعويض الإتفاقي ويطلق عليها البعض بالشرط الجزائي<sup>3</sup>.

وقد يرد الشرط الجزائي في العقد ذاته، أو في اتفاق لاحق، وقد أجازته م. 223 (ق.م.م.) فقررت أنه " يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أوفي الاتفاق اللاحق". وتقابلها نص م. 183 (ق.م.ج.): " للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد، أو اتفاق لاحق...". والاتفاق اللاحق لا يكون شرطا جزائيا إلا إذا كان سابقا على الإخلال بالالتزام، أما إذا كان تاليا له، فإن هذا الاتفاق يكون صلحا. ويتقيد المتعاقدان بالشرط الجزائي في جميع العقود حتى لو كان العقد تعهدا عن الغير.

وعندما يفوق مبلغ التعويض الاتفاقي مقدار الضرر الناتج عن عدم التنفيذ يصبح الشرط الجزائي بمثابة عقوبة خاصة للضغط على المدين من أجل الوفاء بالتزامه، الأمر الذي يكرس احترام القوة الملزمة للعقد<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -أنظر, عبد الحق صافي, القانون المدني, الجزء الأول, المصدر الارادي للالتزامات, الطبعة الأولى 2007, مطبعة النجاح الجديدة, دار البيضاء, ص.270.

<sup>2</sup> - أجاز القانون المدني الجزائري الجزائري بموجب م. 183(ق.م.ج) مبدئيا, للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد, أو في اتفاق لاحق والذي أصطلح على تسميته بالشرط الجزائي, ويتميز بأنه التزم تابع لا التزم أصلي, محمد بودالي, الشروط التعسفية, ص.64 وتقابلها م.223(ق.م.م.), وم.1152(ق.م.ف).

<sup>3</sup> - م.184 ف02 (ق.م.ج) وتقابلها م.224(ق.م.م.), م.1231(ق.م.ف).

<sup>4</sup> - أنظر, عبد الحق صافي, المرجع السابق, ص.273.

## المطلب الأول: سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي

سلطة قاضي الموضوع في هذا الشأن تقوم على إعمال الصفة التعويضية للشرط الجزائي، وبناء على ذلك فإن للقاضي سلطة استبعاد الشرط الجزائي أو تخفيضه أو زيادته. كما تتجه النية المشتركة للمتعاقدين بناء على الشرط الجزائي إلى تحديد التعويض عن الضرر الذي يصيب الدائن، نتيجة إخلال المدين بالتزامه.

محكمة النقض المصرية اتجهت في قرار لها بتاريخ 1970/03/26: "العقد

النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين، ويصبح قانون المتعاقدين، وإذا تبين من العقد النهائي أنه قد خلا من الشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الابتدائي، فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط، وإنصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه"<sup>1</sup>. وبالتالي يكون القاضي ملزم بتفسيره على هذا النحو.

### الفرع الأول: دور القاضي في استبعاد التعويض الاتفاقي .

إعمالا للنية المشتركة للمتعاقدين لا يستحق الدائن التعويض الإتفاقي في حالة إثبات المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر، حيث تحديد التعويض يكون بناء على اتفاق الطرفين، وأن التعويض لا يكون إلا جبرا للضرر، لذلك إذا لم يصب الدائن بأي ضرر فإنه لا يستحق التعويض.

### الفرع الثاني: دور القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي<sup>2</sup>.

القاضي له الحق في تخفيض التعويض الاتفاقي في حالتين:

<sup>1</sup> - أنظر، عبد المعين لطفي جمعة، "موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية التقديرية والعقدية"، الناشر، عالم كتب القاهرة، ط. 1979، ص. 194.

<sup>2</sup> - يرى اتجاه فقهي في فرنسا بأن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي تتوقف عند الضرورة تحديده بمبلغ يفوق الضرر، على أساس أن م. 1152 (ق.م.ف) تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لا إبطاله كليا، لأن قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر يعني إلغاء للشرط الجزائي، وإحلال تعويض محله. أشار إليه مجد بودالي الشروط التعسفية المرجع السابق ص. 67.

أولاً: التنفيذ الجزئي للعقد. ثانياً: تقدير التعويض الاتفاقي أكثر من الشيء المتعارف عليه.

### أولاً: التنفيذ الجزئي للعقد<sup>1</sup>

يستطيع القاضي تخفيض التعويض الاتفاقي، إذا أثبت المدين أن الإلتزام في الأصل قد نفذ في جزء منه، ويتمشى هذا الحكم مع النية المشتركة للمتعاقدين، حيث تتجه إلى تحديد التعويض عن الإخلال بالإلتزام برمته، وعلى ذلك، إذا أثبت المدين قيامه بالتنفيذ الجزئي للإلتزامه، فإن للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي بقدر أهمية الأداء الذي نفذه المدين، والتخفيض في هذه الحالة جوازي للقاضي، فقد لا يحكم به إذا تبين له أن ما نفذه المدين لا يلبي حاجيات الدائن<sup>2</sup>.

### ثانياً: تقدير التعويض الاتفاقي أكثر من الشيء المتعارف عليه

للقاضي سلطة تخفيض التعويض الاتفاقي<sup>3</sup>، إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة.

فحيث أن قصد المتعاقدين هو تحديد تعويض عن ضرر يصيب الدائن، فإن

الشرط الجزائي يخرج عن مفهومه المقصود، إذا تبين أن الضرر الذي أصابه لا يتناسب مع التقدير المرتفع المحدد في الإتفاق وينقلب وضعه بالتالي إلى تهديد مالي لا يقصده المتعاقدان. وسلطة القاضي في ذلك هي تخفيض قيمة التعويض، ليس إلى الحد الذي يجعله متساوياً مع الضرر، بحيث التعويض يكون في حدود نسبة الضرر المتوقع.

<sup>1</sup> - المادة 184 ف2 (ق.م.ج) وتقابلها 224(ق.م.م)، والمادة 1231(ق.م.ف) المتعلقة بحالة التنفيذ الجزئي للإلتزام الأصلي، والمادة 1153 والتي تنص على أنه إذا ذكر في الاتفاق أن المتعاقدين الذي يقصر في تنفيذه يدفع مبلغاً معيناً من النقود على سبيل التعويض، فلا يجوز أن بمنح لتعويض الطرف الآخر مبلغاً أكثر أو أقل " أنظر، محمد بودالي، الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.66.

<sup>2</sup> - أنظر، فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.39.

<sup>3</sup> - منح المشرع الجزائري كذلك من جهته للقاضي سلطة تخفيض الشرط الجزائي في حالتين هما أ- إذ نفذ المدين الإلتزام الأصلي في جزء منه، ب- إذا أثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً. وقد أضاف المشرع الفرنسي فقرة جديدة إلى نص م. 1152 بموجب قانون 11 أكتوبر 1985 تجيز للقاضي مراجعة الشرط الجزائي من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه الخصوم. محمد بودالي الشروط التعسفية المرجع السابق ص.66.



### الفرع الثالث: دور القاضي في زيادة التعويض التفاوضي

يحق لقاضي الموضوع زيادة التعويض الاتفاقي وذلك بالرجوع الى نص م. 222 (ق.م.م) على أنه: "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فلا يجوز للدائن أن يطلب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً"، ويقابلها نص م. 185 (ق.م.ج.)<sup>1</sup>. ويتأسس هذا الحكم على أن ثبوت زيادة الضرر عن قيمة الشرط الجزائي، يتضمن اتفاقاً على الإعفاء من المسؤولية عند عدم صدور الغش أو الخطأ الجسيم من المدين م. 217 (ق.م.م.)، وتقابلها نص م. 182 (ق.م.ج.)<sup>2</sup> وعلى ذلك فإن القاضي يتعين عليه، في هذه الحالة أن يحكم بزيادة الشرط الجزائي بقدر الزيادة في الضرر<sup>3</sup>، والأحكام الواردة بشأن سلطة القاضي إزاء الشرط الجزائي تتعلق جميعها بالنظام العام، فلا يجوز الاتفاق على خلافها، ويقع بالتالي باطلا كل اتفاق مخالف لنص م. 224 (ق.م.م.) والتي تقابلها نص م. 183 (ق.م.ج.)<sup>4</sup> وبالتالي القاضي ملزم بتطبيق القواعد المتعلقة بالتعويض الاتفاقي ولا يجوز له مخالفتها .

### الفرع الرابع: موقف الفقه من الشرط الجزائي

الشرط الجزائي يقوم على تحديد مقدار التعويض، الواجب أدائه مقدماً قبل إستحقاقه سواء أدرج في صلب العقد أو ذكر في إتفاق لاحق، وهو بهذا يختلف عن

<sup>1</sup> - 185(ق.م.ج) " إذا جاوز الضرر الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً، أو خطأ جسيماً " .

<sup>2</sup> - أنظر، م. 182 (ق.م.ج) " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره...." .

<sup>3</sup>-أنظر، واعترفت محكمة النقض الفرنسية لقضاة الموضوع بحرية تحديد مبلغ التعويض، المترتب عن تطبيق الشرط الجزائي إذا راو أنه مغالى فيه، دون أن يجوز له لهم منح مبلغ أقل من مقدار الضرر. Civ;1 ;24 juillet

1978;d.1979.ir.p.151, obs ; landraud

أشار إليه محمد بودالي، الشروط التعسفية المرجع السابق، 67.

<sup>4</sup> - فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، " الشرح النظرية العامة للالتزام "، المرجع السابق، ص. 38

الصلح والتجديد ويختلف كذلك عن العربون<sup>1</sup>. فالعربون لا يكون بمثابة تقدير للتعويض على وجه الإطلاق، بل يكون وسيلة لإثبات خيار العدول، أو مبلغها يعجل للإفصاح عن إتمام العقد نهائياً، وبيتغي الرجوع إلى نية المتعاقدين لمعرفة ما إذا كان قد أرادا بالعربون تحديد قيمة جزائية، لا يجوز الانتقاص منها، أو تقدير تعويض إتفاقي يجوز انتقاصه، ولاسيما إذا كان الجزاء المشروط فادحاً<sup>2</sup>.

الشرط الجزائي هو مجرد تقدير للتعويض الواجب أدائه، فلا يعتبر بذاته مصدراً لوجوب التعويض، بل للوجوب مصدراً آخر قد يكون التعاقد في بعض الصور، وقد يكون العمل غير المشروع في صور أخرى، فلا بد لاستحقاق الجزاء المشروط إذن اجتماع الشروط الواجب توافرها للحكم بالتعويض، وهي الخطأ، الضرر والإعذار.

المشرع قيد من حرية مبدأ سلطان الإرادة في حالة جواز تخفيض التعويض في الشرط الجزائي<sup>3</sup>، إذا أثبت المدين عند تنفيذ العقد أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، ويزيد كثيراً على الضرر الذي وقع فعلاً وفي هذه الحالة يجب احترام النص القانوني<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر م. 172 (ق.م.ج).

<sup>2</sup> - العربون كما ورد في نص م. 1590 (ق.م.ف) " هو فدية يقتدي بها أحد المتعاقدين ذمته من العقد moyen de délit إذ العقد بعربون هو عقد مصحوب بخيار النقض.

<sup>3</sup> - ووجد اتجاه فقهي في فرنسا يرى بأن سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي تتوقف عند ضرورة تحديده بمبلغ يفوق الضرر، على أساس أن م. 1152 (ق.م.ف) تجيز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي لا إبطاله كلياً، لأن قيام القاضي بتخفيضه إلى حدود الضرر يعني إلغاء للشرط الجزائي، وإحلال التعويض محله.

وفي ذلك يقول الأستاذ (Carbonner)

"...il faut que la peine soit manifestement excessive ou dérisoire, et le jugement qui la révisé dans un sens ou dans l'autre peut et doit la maintenir au de la ou en deca du préjudice réel" Op.cit, p.292.

أشار إليه محمد بودالي، الشروط التعسفية المرجع السابق، ص. 67.

<sup>4</sup> - أحمد عيسى، مقال حول، " الدولة بين الفرد والجماعة في المجال التعاقدى " جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد الرابع، ط. 2007، ص. 57.

### المبحث الثالث: تطبيق مبدأ حسن النية

نشأ مبدأ حسن النية منذ ظهور القانون الروماني، حيث أعتبر مصدراً من مصادر القاعدة القانونية في هذه الفترة، وبموجبه كان يستطيع القاضي الروماني التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، للوصول إلى حالة من التوازن العقدي فيما بينهما متى اختلف هذا التوازن نتيجة عدم تعادل المركز القانوني لطرفي العقد<sup>1</sup>.

ويرى البعض من الفقه<sup>2</sup> أن مبدأ حسن النية يراعى عند تكوين العقد أو انعقاده، وأنه من الخطورة بمكان ترك العقد لمحض تقدير القاضي بالاستناد إلى نص م . 1134 (ق.م.ف) وتقابلها نص م. 107 (ق.م.ج)، بينما يرى آخرون أن مبدأ حسن النية هو مبدأ عام يشمل العقود جميعها سواء فيما يتعلق بانعقادها وتحديد مضمونها أو بتنفيذها.

ولهذا سوف نتطرق إلى أساس مبدأ حسن النية (المطلب الأول)، مظاهر حسن النية (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: أساس مبدأ حسن النية

من المبادئ الأساسية التي يجب أن تسيطر على العقود سواء في إبرامها، أو تنفيذها، مبدأ حسن النية، فهو بيان مهم في تفسير العقد خلال تكوينه في مراحله الأولى، وفي إتمام الإلتزامات العقدية.

<sup>1</sup> - محمود فياض مقال بعنوان مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية، [السنة السابعة والعشرون] [العدد الرابع والخمسون - جمادى الآخرة 1 أبريل 2013].

<sup>2</sup> Bourgoignie(th) et Gillardin أشار إليهم، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 254.

ولقد نصت الكثير من القوانين الوضعية بما فيها القانون الفرنسي والقانون المصري والجزائري على مبدأ حسن النية<sup>1</sup>، فحرمت كل فعل أوترك يتعارض مع حسن النية ومقتضياته، وإن كانت لم تضع تعريفا قانونيا محددًا بل تركت أمر تعريفه للفقهاء والقضاء، فقد ألزم المشرع المتعاقدان بمراعاته والالتزام بمقتضياته، وألزم القاضي بحل الخلافات المتعاقدان في ضوء ما تمليه القوة الملزمة للعقد وحسن النية<sup>2</sup>.

إذا كان حسن النية مطلوبًا في تفسير العقود، بصفة عامة، إلا أنه ذو دور هام في عقود الإذعان بصفة خاصة<sup>3</sup>. وبالذات عقود التأمين التي تكثر فيها الشروط التي تفرض على المستأمن التزامات معينة، وترتب جزاءات على مخالفتها، تؤدي في الغالب الأحيان إلى إسقاط حقه في التعويض رغم حسن نيته، خاصة إذا لم يكن من مكنة الشخص العادي - المتواجد في نفس الظروف - أن ينفذ الشرط بالدقة الوارد بها في العقد، بالإضافة إلى أنه مما يتنافى مع حسن النية التمسك بحرفية الشروط التي انتهت الحكمة من تنفيذها<sup>4</sup>.

ولقد سبق أن ذكرنا أحكامًا قضائية فسرت عقود الإذعان تفسيرًا واسعًا راعت فيه مقتضيات مبدأ حسن النية، نظيف إليها ما قضت به محكمة استئناف باريس من أن تغيير المستأمن اسمه في الوثيقة لا يؤدي إلى إسقاط حقه في التعويض، إذ لا يؤثر ذلك على أبعاد الخطر المؤمن منه، خاصة وقد أعطى المستأمن بيانات أخرى كافية تحدد شخصيته كعنوانه ومهنته. وفي حكم آخر لم يكتف قضاة الموضوع بتحديد نطاق

<sup>1</sup> - وفي هذا قرر القضاء الفرنسي، أن البائع الباني، لا يستطيع أن يدعي عدم علمه بعيوب البناء، ومن ثم يجب معاملته بصفة دائمة معاملة البائع سيئ النية، ويترتب على ذلك أن البائع - الباني - يلتزم بتعويض المشتري عن كافة الأضرار التي تحدث بسبب عيوب البناء، سواء كانت متوقعة أم غير متوقعة وسواء أصابت المشتري نفسه أم شخصًا من الغير. Com.17oct 1977.gaz.pal;1978.i.p.221, com, 3 janv.1977 gaz.pal, 1977 -461, com, 27 avril 1971, h.c.p, 1972-2-17280.

أشار إليه، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.916.

<sup>2</sup> - يحيى أحمد بني طه، بحث قانوني ودراسة واسعة في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مأخوذ answer www.mohama.ne/ ص.02..

<sup>3</sup> - أنظر، م.1134 (ق.م.ج) وتقابلها نص م.150 (ق.م.م) وتقابلها نص م.107 (ق.م.ج).

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص.425.

تطبيق الشرط، بل ذهبوا إلى حد إلغائه بالكامل، استناداً إلى أن الالتزام الذي يفرضه على المستأمن ليس من شأن القيام به الحد من الخطر المؤمن منه<sup>1</sup>.

وفي مجال عقد العمل قضي بأن تسكين العامل في وظيفة أدنى يعد أمراً غير مشروع، وتعديلاً لعقد العمل من جانب واحد.

وتقوم نظرية العقد في مضمونها على أساس مبدأ سلطان الإرادة، الذي يشير إلى حرية أطراف العلاقة التعاقدية في تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على اتفاقهما، وتؤسس هذه النظرية على قدرة كل طرف على تحديد احتياجاته والتزاماته بعيداً عن تدخل المشرع الذي يأتي دوره لسد أي نقص قد يعتري هذا التنظيم التعاقدية. ويشير الواقع العملي إلى خروج العديد من العلاقات التعاقدية عن هذا الأساس، من خلال اختلاف المركز الاقتصادي أو القانوني لطرفي العلاقة التعاقدية، على نحو يستطيع فيه أحدهما فرض إرادته التعاقدية على الطرف الآخر، ومن ثم تنشأ حالة من اختلال التوازن العقدي بين أطراف هذه العلاقة<sup>2</sup>، ومن ثم تنشأ حالة من اختلال التوازن العقدي بين أطراف هذه العلاقة<sup>3</sup>.

ومن هنا تأتي أهمية مبدأ حسن النية باعتباره الأداة القانونية التي يستطيع من خلالها القاضي الوطني التدخل لفرض التزامات تعاقدية على طرفي العقد، وفي هذا السياق، يرى الفقه الإنجليزي أن المبدأ له دوراً أساسياً في تمكين القاضي الوطني من مراقبة وضممان تحقيق العدالة التعاقدية، عن طريق الحفاظ على حالة من التوازن العقدي بين طرفي العقد، من خلال افتراض نزاهة العلاقة التعاقدية،

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 425.

<sup>2</sup> - محمود فياض مقال بعنوان مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد [السنة السابعة والعشرون] [العدد الرابع والخمسون - جمادى الآخرة 1 أبريل 2013 مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية، ص. 02.

<sup>3</sup> - محمود فياض مقال بعنوان مدى التزام الأنظمة المقارنة بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد [السنة السابعة والعشرون] [العدد الرابع والخمسون - جمادى الآخرة 1 أبريل 2013 مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون جامعة الإمارات العربية، ص. 02.

وضمن احترام كل متعاقد لمصالح وحقوق الطرف المقابل. ويجمع خبراء القانون المقارن على أهمية هذا المبدأ في تحقيق الأهداف التالية: تمكين الطرف المتضرر من الحد - قدر المستطاع - من الخسائر التي قد تصيبه نتيجة اختلال التوازن العقدي بينه وبين الطرف المقابل في العلاقة التعاقدية وفرض معايير النزاهة والأمانة في العلاقات التعاقدية على نحو يضمن نزاهة العلاقات التعاقدية، والتغلب على الإشكالات التي قد تعترض التنفيذ الدقيق لبعض المبادئ القانونية الأخرى (مثل مبدأ سلطان الإرادة والحرية في التعاقد)، والحد من استخدام الشروط التعسفية التي قد تظهر في العديد من العقود (مثل عقود الاستهلاك)<sup>1</sup>.

وفي هذا السياق، استخدم المشرع الأوروبي هذا المبدأ لضمان نزاهة المعاملات التعاقدية في عقود الاستهلاك، من خلال النص على أهميته في التعامل مع ظاهرة اختلال التوازن العقدي، على نحو يضمن تمثيل مصالح طرفي العقد وضمان التوازن العقدي فيما بينهما<sup>2</sup>.

وإختلفت الأنظمة القانونية المقارنة في تنظيم مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض على العقد إلى ثلاث اتجاهات رئيسية: نص التوجه الأول صراحة على هذا الالتزام في نصوص القانون المدني، بينما أغفل المشرع في التوجه الثاني النص صراحة على هذا الالتزام في قانونه المدني في الوقت الذي عملت به المحاكم الوطنية وأقره فقهاء القانون استناداً إلى نظرية الخطأ، وأخيراً أنكر المشرع الوطني في التوجه الثالث صراحة التطبيق المطلق لهذا المبدأ على الالتزامات التعاقدية وقصره مؤخراً على طائفة معينة من العقود (عقود الاستهلاك) تطبيقاً

<sup>1</sup> - أنظر، محمود فياض، المرجع السابق، ص. 03.

<sup>2</sup> - وجاءت المادة (3) من التوجيه رقم (13) لسنة 1993 الخاص بالشروط التعسفية في عقود الاستهلاك لتقضي ببطان الشرط التعسفي متى خالف هذا الشرط مبدأ حسن النية، عن طريق خلق حالة من عدم التوازن العقدي بين حقوق والتزامات أطراف العقد.

لتشريعات الاتحاد الأوروبي. واتبع المشرع الألماني والايطالي مبادئ القانون الموحد الأوروبي<sup>1</sup>.

وتعتبر المدرسة الألمانية هي الرائدة والنموذج في الالتزامات بهذا المبدأ متأثرة بما أخذ به القانون الروماني فيما كان يعرف بمبدأ حسن النية بحيث توسع القانون الروماني قديماً في أعمال هذا المبدأ بشكل عام.؛وأخذت المدرسة الألمانية بم ا رعاة الطرف المتعاقد لمصالح الطرف المقابل في مرحلتي تكوين وتنفيذ العقد كال التزام وتطبيق عام لهذا المبدأ.

ويبين من ذلك أن قضاة الموضوع في تفسيرهم للعقد ينفذون إلى جوهر الشرط والهدف الحقيقي منه، دون التقيد بحرفيته وكيانه المادي، وذلك إعمالاً لمبدأ حسن النية في مجال التفسير.

### المطلب الثاني: مظاهر حسن النية

فيرى بعض الفقه أن "حسن النية متطلب في إبرام العقود، حتى ولو لم يكن منصوص عليه صراحة في أي نص"<sup>2</sup>.

حيث يطبق القانون الفرنسي بدقة فكرة أن "الاتفاقات يجب أن تعقد وتنفذ بحسن النية، وأن النص النهائي للمادة 1134 (ق.م.ف.)<sup>3</sup> إنحصر في الشأن التنفيذي، لأسباب شكلية وحسب، وكان الفضل بما يقارب المأتي سنة للغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتصحيح هذا الخروج عن القياس للتاريخ، وبالتكريس الصريح لموجب التعاقد بحسن النية<sup>4</sup>. وهكذا أصبحت الأمور أكثر وضوحاً، وفي الوقت نفسه أكثر تماسكاً. فما الفائدة في الواقع من تطلب حسن النية في تنفيذ العقد، إذا لم تفرضه في

<sup>1</sup> - أنظر، محمود فياض، المرجع السابق، ص.03.

<sup>2</sup> - (Master) أشار إليه جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص.268.

<sup>3</sup> - Art.1134"...Elle doivent être exécutées de bonne foi.."

<sup>4</sup> - طبقاً لنص م.1134f3 يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن نية، أنظر، عبد حكم فوده، المرجع السابق، ص.155.

المرحلة الأولى الحاسمة من وجوه عديدة لتكوين العقد؟ إن العقد يشكل بالتأكيد جسما وحيدا، ومن الحيوي أن يرويه حسن النية تماما<sup>1</sup>.

وقد أدلت المحكمة الابتدائية بباريس، في حكم صادر لها في 4 مارس 1981 بأن "القضاة عندما إستندوا إلى المبادئ العامة للقواعد القانونية المطبقة عموما في التجارة الدولية، أخذوا بحسن النية، الذي يجب أن يسود في تكوين العقود وتنفيذها". وأكدت أن حسن النية هذا يعبر على وجه الخصوص عن إسناده إلى العادات وإلى قاعدة المسلك، يمكن تقريبها من المبدأ العام لتبعة المسؤولية<sup>2</sup>.

كما تم الاعتراف بحسن النية في تنفيذ العقد، أيضا، كمبدأ من مبادئ القانون الخاص في العلاقات الدولية، وعن محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في الحكم الصادر في 26 أكتوبر 1979 إنه "وفقا لمبدأ حسن النية لقانون التجارة، بحثت المحكمة عما إذا كان وقف التوكيل في الحالة الراهنة كان ينسب إلى مسلك أحد الأطراف، وعما إذا كان قد سبب للطرف الآخر ضررا. يكون هكذا غير مطبق، بالتالي الإنصاف يفرض التعويض عنه"<sup>3</sup>.

فحسن النية هو المبدأ الذي ينبغي أن يسود في تنفيذ العقود جميعا، ولم يعد القانون الحديث يميز كما فعل القانون الروماني، بين العقود حرفية التنفيذ، وبين عقود حسن النية. ومن نتائج مبدأ وجوب تنفيذ العقد بحسن نية أنه إذا تعددت وسائل تنفيذ الالتزام بحسن النية فمن الضروري مراعاتها. فسائق سيارة الأجرة الذي يلتزم بتوصيل الراكب إلى مكان معين، يجب عليه توصيله من أقصر طريق طالما كان ذلك ممكنا، وأيضا فإن المؤمن له من الحريق عليه أن يبذل ما في وسعه لعدم تقاوم نتائج الحريق عند وقوعه، كما يلتزم المستأجر بإخطار المؤجر بكل ما يلزم تدخله لإجراء إصلاحات.

<sup>1</sup> - أنظر، جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 269.

<sup>2</sup> - جاك غستان، تكوين العقد، المرجع السابق، ص. 266.

<sup>3</sup> - أنظر، جاك غستان، تكوين العقد، نفس المرجع، ص. 266.



C'est la bonne fois dynamique qui s'intéressant au devenir du contrat glisse de l'interprétation a la revision<sup>1</sup>

إن مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية في القانون المدني، حتى انه بلغ حدا من الرسوخ انه في حال عدم النص عليه، يمكن الاستدلال عليه من خلال مظاهره كالالتزام بحدود القانون وعدم الالتجاء في تنفيذ العقود إلى ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ باعتبارها من مظاهر سوء النية<sup>2</sup>. وأصبح مقبولا كجزء لا يتجزأ من النظم القانونية سواء في الأردن أو في مصر، حيث من الصعب إنكار وجوده. ولكن الصعوبة تكمن في تعريف هذا المبدأ تعريفا جامعا مانعا، وفي تحديد طبيعته واختلاف مفهومه عما يختلط من مزايا أخلاقية كالنزاهة والأمانة، حيث يكون حسن النية في النصوص القانونية تعبيرا عن حالة ذهنية إلى حد ما غامضة، خاصة أن المشرع لم يحدد تعريفا لهذا المبدأ، وإنما أشار إلى تطبيقاته صراحة أو ضمنا وفرضه كرقيب على العقد في كل مراحل خاصة مرحلة تنفيذ العقد، لضمان تنفيذ العقد بطريقة تضمن كل المتعاقدين الوصول لحقه بطريقة قانونية وشرعية<sup>3</sup>، حيث أن القضاء يستخدمه كدليل لنزاهة التعامل والثقة والأمانة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - Philippe le Tourneau. Contrat et obligations, rep, dalloz, 1999, p.5.

<sup>2</sup> - يرى البعض من الفقه (عبد المنعم فرج الصده)، أن سوء النية في تنفيذ العقد يعتبر من قبيل الغش، وهو ما يقابل التدليس عند تكوين العقد، فهما في حقيقتهما شيء واحد، فكما يجب أن يكون العقد بريئا من التدليس في تكوين العقد، كذلك يجب ألا يداخله غش أو سوء نية في تنفيذه. أنظر، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.419.

<sup>3</sup> - يحيى أحمد بني طه، بحث قانوني ودراسة واسعة في مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود مأخوذ  
www.mohama.ne/ ص02.

<sup>4</sup> - أنظر، يحيى أحمد بني طه، المرجع السابق، ص02.

# الفصل الثاني

دور القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

يستعين القاضي بموضوع العقد, لاستخلاص النية المشتركة للمتعاقدين, فيما غمض من شروط العقد, أو بتكميلها بالشروط التي تقتضي طبيعة العقد إضافتها إليه, كشرط التزام السلامة.

ولكن العدالة العقدية لا تعني السماح لقضاة الموضوع بتحريف العقد الواضح, بإعفاء أحد المتعاقدين من الالتزامات التعاقدية التي قطعها على نفسه بحرية. ذلك أن السماح للقضاة بذلك يعني تمكينهم من إعادة صياغة العقود بالكيفية التي يرونها متفقة مع العدالة, وإحلال إرادتهم محل إرادة المتعاقدين, الأمر المخالف لنص المادة 1134 ف1 (ق.م.ف) وتقابلها نص م. 147 (ق.م.م) وم. 106 (ق.م.ج), إذ من مصلحة العدالة أن تحترم إرادة الأطراف.

فلكي تظل العدالة مسألة واقع, يجب أن يكون هناك إبهام في شأن إرادة المتعاقدين, ويكون اللجوء إليها بغرض إزالة هذا الغموض والوقوف بالتالي على الإرادة الحقيقية التي قصدتها الطرفان.<sup>1</sup>

بحيث خول المشرع سلطة تعديل العقد للقاضي إذا ما توافرت ظروف معينة تجعل من هذا التعديل ضروريا لتحقيق الموائمة بين الشروط العقدية وبين اعتبارات العدالة وبما يعيد التوازن العقدي بين المتعاقدين, فقد يحدث أن يختل التوازن العقدي لحظة إبرام العقد, والمثل على ذلك عقد الإذعان, أو يكون الخلل راجعا إلى ظروف لاحقة على إبرام العقد ويكون من شأنها إحداث خلل في التوازن الإقتصادي للعقد. وبالتالي يكون تدخل القاضي لإجراء الموائمة بين العقد وبين الظروف الإقتصادية الطارئة, وقد يرجع الخلل على شرط عقدي يظهر إجحافه عند تنفيذ العقد مثل الشرط الجزائي.<sup>2</sup>

ولهذا سوف نعالج كيفية تعديل وتكملة العقد من طرف القاضي (المبحث الأول), ثم التطرق إلى دور القاضي في تكييف العقد والظروف الطارئة (المبحث الثاني).

<sup>1</sup> - أنظر, عبد حكم فوده, المرجع السابق, ص. 308.

<sup>2</sup> - أنظر, عبد سلام عبد الله الفتلاوي, المرجع السابق, ص 36.

## المبحث الأول: كيفية تعديل وتكملة العقد

سوف نتطرق في هذا المبحث إلى تعديل العقد من طرف القاضي (المطلب الأول)، العقد شريعة المتعاقدين (المطلب الثاني) ، تكملة العقد من طرف قاضي الموضوع (المطلب الثالث).

## المطلب الأول: تعديل العقد من طرف القاضي

في الأصل لا يستطيع القاضي القيام بتعديل العقد، إلا أنه لإعتبارات موضوعية وأخذ المصلحة العامة بعين الاعتبار، يمكن للقاضي في بعض الحالات وهي السلطة المعطاة له بتعديل العقد أو إنهائه<sup>1</sup>.

وهناك حالات يلجأ إليها القاضي لتعديل العقد رغم ارادة المتعاقدين ، وهذه

الحالات نص المشرع الجزائري عليها صراحة.<sup>2</sup>

فالعقد يلزم أطرافه، وله القوة الملزمة لتنفيذ ما اشتمل عليه، ولا يستطيع أحد الأطراف نقضه أو تعديله، فهو يعد بمثابة قانون يطبق في العلاقة بين الأطراف المتعاقدة.

## الفرع الأول: تعديل العقد باتفاق أطراف العلاقة التعاقدية

فالقاضي لا يجوز له أن يقوم بنقض العقد أو التعديل في أحكامه تحت أي حجة، كما لا يجوز للمتعاقدين من ناحية أخرى إجراء هذا النقض أو التعديل إذا اجتمعت إرادتهم على ذلك. فقد لا يتضمن العقد عند إبرامه ما يخول أحد عاقيه أن يتحلل منه، أو يعدل في أحكامه، ثم يتفق أطرافه بعد ذلك على التحلل من العقد، كإتفاقهم بإعتبار البيع الحاصل بينهما كأن لم يكن أو يسهم هذا الاتفاق على منح أحدهما الحق في تعديل حكم من أحكام العقد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر ، م. 119 ف2 (ق.م.ج).وم. 281 ف3 (ق.م.ج).وم. 110 (ق.م.ج).وم. 107 (ق.م.ج).

<sup>2</sup> - أنظر ، محمد صبري سعدي ، ص. 301.

<sup>3</sup> - أنظر ، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 217.

العقد شريعة المتعاقدين، حيث لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضي، فلا يجوز لهذا الأخير أن ينقض عقدا صحيحا ويعدله بدعوى أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها، ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة أي من المتعاقدين فإن العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة<sup>1</sup>.

ولا يجوز للمتعاقدين تعديل العقد أو طلب نقضه إلا إذا اتجهت إرادتهم المشتركة إلى نفس المسلك، وقد يمنح القانون الحق في نقض العقد أو تعديله لأحد المتعاقدين، ومن ذلك مثلا أن القانون يمنح المتعاقدين في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد إذا لم يوفي المتعاقد الآخر بالتزامه<sup>2</sup>.

ومادام أن العقد قد انعقد بالتراضي، فإنه يمكن تعديله بالتراضي. وكون هذا الأخير يخضع لما اتفق عليه المتعاقدان، وأن هذا الاتفاق لا يعدو أن يكون عقد جديد تطبق عليه القواعد العامة للعقد، شأنه في ذلك شأن أي عقد من العقود، كذلك تعديل العقد<sup>3</sup> يكون القيد الأول الذي يرد على قوة العقد الملزمة من حيث الموضوع<sup>4</sup>.

فالعقد هو منشأ توافق إرادتي الأطراف، ولذلك لا يجوز لأحد المتعاقدين تعديله إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخر وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في م. 1134 ف.2 (ق.م.ف.) والمشرع الجزائري في م. 107 (ق.م.ج.)، فتعديل العقد يجب أن يكون بإرادة الأطراف مجتمعة أو إعطاء هذا الحق لأحد الأطراف، والقواعد التي تطبق على توافق الإرادتين في إيجاد العقد، هي نفسها التي تطبق في حالة حله أو تعديله<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد المرجع السابق، ص. 699، 698

<sup>2</sup> - أنظر، رمضان أبو السعود، "النظرية العامة للالتزام"، المرجع السابق، ص. 217.

<sup>3</sup> - ومن أهم الأسباب التي أقرها القانون لتعديل العقد، انعقاد العقد بطرق الإذعان، والحالة الاستثنائية الخاصة، حالة الظروف الاستثنائية العامة.

<sup>4</sup> - أنظر، جلال علي العدوي، المرجع السابق، ص. 239.

<sup>5</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، "نظرية العقد"، المرجع السابق، ص. 952.

وقد قررت المحكمة العليا الجزائرية بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون م. 106 (ق.م.ج.).

من خلال قراءة هذا القرار يتضح أن أطراف العقد اتفقوا على جهة أجنبية للفصل في أي نزاع قد يحدث بينهم، لكن القضاة اتجهوا اتجاه آخر مغاير لإرادتهم فذهبت المحكمة العليا إلى أنه "حيث يظهر من العقد المبرم بين أطراف الخصومة أنه نص فيه صراحة على أن المحكمة - أرسلو - هي وحدها ستكون مختصة في أي نزاع قد يحدث بين أطرافه حيال تنفيذ العقد، وأن البند الصريح غير منازع فيه ولا ينكره أي طرف من أطراف العقد.

وحيث أنه يجوز للأطراف اختيار محكمة اختصاصهم إذا كان الاختصاص غير الإختصاص النوعي ولا يتعارض مع النظام العام.

وحيث أن أطراف الخصومة الحالية كانوا قد اختاروا بإرادتهم الحرة اختصاص محكمة " أرسلو " وحدها دون غيرها، فكان على قضاة الموضوع احترام ما اتفق عليه الأطراف تطبيقاً لأحكام م. 106 (ق.م.ج.) الناصة على العقد شريعة المتعاقدين.

وإذ يترتب على ما تقدم أعلاه، التقرير بأن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تطبيق القانون وخرجوا على ما اتفق عليه الأطراف في اختيار محكمة الاختصاص خلافاً لأحكام م. 106 (ق.م.ج.)<sup>1</sup>، وبالتالي تكون المحكمة العليا أعطت التفسير الصحيح لتعديل العقد

**الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل العقد صراحة أو ضمناً حق لأطراف العلاقة العقدية.**

للأطراف الحرية في تعديل العقد ليست مطلقة، بل مقيدة بعدم التعسف في استعمال الحق والكتابة في بعض العقود التي تكون فيها ركن للانعقاد، وتثار الصعوبة في التعديل الإتفاقي كون حرية الأطراف في تفسير عناصر العقد الأصلي سواء

<sup>1</sup> -قرار، مؤرخ في 1997/17/12، ملف رقم 1154656 غير منشور، مأخوذ عن عمر بن سعيد، المرجع السابق،

بالزيادة أو الإنقاص يترتب عنها تفسير في. مضمون العقد، وبالتالي تغيير مصير العقد الأصلي.<sup>1</sup>

يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق المتعاقدين، فيكون ذلك من عمل المتعاقدين معا، إما باتفاقهما عند التعاقد على إعطاء هذا الحق لأحدهما، أو يكون نقض العقد أو تعديله لسبب يقرره القانون. فهناك عقود ينص القانون على أنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بإلغائها، كالوكالة. والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة والإيجار وعقد العمل<sup>2</sup>

وإتجهت محكمة النقض بمصر إلى أنه " من المقرر وعلى ما جرى به قضاة المحكمة، وإن كان الأصل في العقود أن تكون ملزمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد المتعاقدين بتعديل العقد دون رضا المتعاقد الآخر، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على تعديل العقد، وقد يتم ذلك بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكونا ضمنيا، كما أن على محكمة الموضوع إن هي قالت بأن التعديل الضمني لم يتم، أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفا عن إرادتين في العقد في هذا الصدد، وإن يقيم قضاءها على أسباب جدية، وأن عليها أن تستظهر مدلول المحررات المتنازع عليها"<sup>3</sup>

وذهبت المحكمة العليا الجزائرية أيضا في قرار لها صادر في 01/01/1990 إلى القول بأنه " من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين، ينفذ طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت في القضية المطروحة أن قضاة الموضوع خالفوا إرادة المتعاقدين عندما قبلوا الدعوى المقدمة من المطعون ضده بعد فوات الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين بخمسة أشهر، يكونوا قد خالفوا القانون"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، مذكرة ماجستير، (فرع العقود والمسؤولية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001، ص.110.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، " نظرية العقد " المرجع السابق، ص.699.

<sup>3</sup> - نقض مدني مصري، المؤرخ في 13/02/1996، رقم 8101.

<sup>4</sup> - أنظر، القرار المؤرخ في 15/01/1990، ملف رقم 52061، م.ق.1993، العدد الأول، ص.113.

## المطلب الثاني: العقد شريعة المتعاقدين

يلتزم الأطراف بتنفيذ العقد متى إنعقد صحيحا، فلا يستطيع أي منهم أن يتحلل منه بإرادته المنفردة، إلا في الحدود التي يسمح بها القانون. ويكون تطبيق العقد أمام القاضي في حكم تطبيق القانون، وذلك أن العقد يعتبر قانونا للمتعاقدين في حدود ما جاء به. وليس المقصود بهذا أن العقد يشبه القانون من جميع الوجوه، بل يقصد فقط أن الإلتزام الذي ينشأ عنه له قوة الإلتزام الناشئ من القانون، أو بعبارة أخرى ما تعهد به المدين له قوة ما يفرضه القانون نفسه<sup>1</sup>.

ولا يمكن للقاضي تعديل العقد إذا كانت إرادة الأطراف واضحة Claire فالقاضي لا يمكن له إبعادها عن التطبيق، ولا يمكن له إبعاد أسباب العقد، ولا يمكن له تعديلها إلا في حالة العدل والإنصاف<sup>2</sup>.

والقاضي لا يملك التعديل أو التغيير في العقد، كما هو ممتنع عليه بالنسبة للقانون، فلا يصح للقاضي أن يعدل عقدا صحيحا بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة. فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين، ولكنها لا تتسخها إلا بناء على أحكام القانون<sup>3</sup>.

كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله فكما يملكان إنشاء العقد وتحديد نطاقه يمكنهما أيضا الخروج عنه أو تعديله، فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل. كما أن للمتعاقدين أن يتفقا على إعطاء هذا الحق لأحدهما، لأنه من يملك الكل يملك الجزء. وفي بعض الحالات يتكفل القانون بإعطاء أحد المتعاقدين الحق في إنهاء العقد بإرادته المنفردة، كما هو الحال في الوكالة والوديعة والعقود الزمنية التي لم تحدد لها مدة كالشركة<sup>4</sup>.

وقد يمنح القانون الحق في نقض العقد أو تعديله، للمتعاقدين أو أحدهما، من ذلك مثلا أن القانون يمنح المتعاقد في العقود الملزمة للجانبين أن يطلب من القاضي

<sup>1</sup> - أنظر، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.219.

<sup>2</sup> - Bruno Oppetit, op.cit, p.386.

<sup>3</sup> - أنظر، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.219.

<sup>4</sup> - أنظر، نبيل ابراهيم سعد، المرجع السابق، ص.219.



الحكم بفسخ العقد<sup>1</sup>، إذا لم يف المتعاقد الآخر بالتزامه، وكذلك يجعل القانون لأحد المتعاقدين في بعض الأنواع من العقود الحق في الإستقلال بإنهائها، كما هو الحال في عقد الوديعة والوكالة، أو بنص القانون على جواز تعديلها<sup>2</sup>.

إن تحقيق سلطة التعديل، تسمح من جهة أخرى بإعطاء الأساس القانوني لكل الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي في هذا المجال، دون أن يحاول البحث دائما عن تبرير قانوني لحكمه<sup>3</sup>.

وهناك أحوال إستثنائية ينص فيها القانون على تخويل القاضي سلطة تعديل العقد، وذلك إستجابة لإعتبارات العدالة، ومن هذا القبيل سلطة القاضي في تخفيض الشرط الجزائي، وهو التعويض الإتفاقي، إذا كان مبالغا فيه ولم يوضع إلا على سبيل التهديد لإكراه المدين على الوفاء، وسلطته في منح المدين أجلا للوفاء بالتزاماته<sup>4</sup>.

ومن أهم الحالات التي خول القانون فيها للقاضي سلطة تعديل العقد إستثناء من قوته الملزمة حالتان، **الحالة الأولى**: خاصة بعقود الإذعان، حيث يجوز للقاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد، بل وأن يعفي الطرف المذعن منها. و **الحالة الثانية**: هي حالة الظروف الطارئة، حيث يجوز للقاضي أن يعدل العقد ويرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول<sup>5</sup>.

والتعديل وسيلة لحماية العقد من مخاطر الفسخ ومخاطر عدم التنفيذ، وما يترتب عنهما من عدم استقرار في المعاملات بين الأفراد، كما أنه وسيلة إيجابية للوقوف على الاختلال في التوازن العقدي، قد يستخدمه المشرع أو الأطراف أو القاضي، كلما اقتضت اعتبارات الواقع ذلك، وتتمثل إيجابيته في أهمية العملية في المحافظة على بقاء

<sup>1</sup> - أنظر، قرار المحكمة العليا، غ.م.، المؤرخ في 30 أكتوبر 1985، مشار إليه في القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، المرجع السابق ص.31.

<sup>2</sup> - أنظر، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص.217.

<sup>3</sup> - حميد بن شنيطي، رسالة دكتوراه، سلطة القاضي في تعديل العقد، الجزائر، سنة 1996، ص.185.

<sup>4</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 219، 220.

<sup>5</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.219.

العقد، رغم خرقه لمبدأ سلطان الإرادة، لأن التعديل يسعى إلى تحقيق المصلحة الاقتصادية بما تقتضيه مبادئ العدالة<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: تدخل القاضي في ابطال الجزئي للعقد

الشروط الباطلة يحق للقاضي استبعادها من العقد وذلك بتصحيحها ، والحد من البطلان الكلي ، أو القيام بانقاص العقد وهو ما يسمى بانقاص العقد<sup>2</sup> ، لإبعاد الشروط الباطلة، وهو ما نص عليه المشرع المصري في م. 313 (ق.م.م.) ونص عليه المشرع الجزائري في م. 104 (ق.م.ج.)، بأن يكون الشرط هو الدافع إلى التعاقد ويقع عبء إثبات ذلك على من يتمسك بهذا الاستثناء، المدعي الذي يطلب الإبطال الكلي أو المدعي عليه الذي يرد على طلب المدعي بطلب الإنقاص، وصورته في ذلك ما قرره الفقه من أن يهب زوج كهل زوجته الشابة العذراء، شريطة ألا تتزوج من بعده أحداً، فترفع الأرملة الشابة دعوى تطلب فيها إنقاص العقد، بإلغاء الشرط الباطل الذي ينطوي على المساس بحريتها الشخصية، كما أن مسألة الإنقاص للعقد إذا توافرت شروطها فإن واجب القاضي هو احترام العقد وإبقائه نافذاً بعد إنقاصه، فالأمر واجب على القاضي في إطار سلطته التقديرية، وليس هو رخصة له بحيث لا يمكن أن تبقى الشروط الباطلة بمتابفة عقد حقيقي<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على سلطة القاضي في تعديل العقد

ويبدو دور القاضي<sup>4</sup> في تعديل العقد أثناء مرحلتين، أولهما مرحلة تكوين العقد وثانيهما مرحلة تنفيذ العقد.

<sup>1</sup> - أنظر، خديجة فاضل، المرجع السابق، ص.112.

<sup>2</sup> - عملية إنقاص العقد هي إنقاص شقه الباطل وإبقاء العقد صحيحاً بشقه الآخر ونصت المادة 104(ق.م.ج) " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله ".

<sup>3</sup> - أنظر، فؤاد محمد معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزارطة ط.2004، ص.441.

<sup>4</sup> - أنظر، حازم سالم محمد الشوابكة، "نطاق سلطة القاضي في تعديل العقد دراسة مقارنة في القانون الأردني - الشريعة الإسلامية - القانون المصري، عين الشمس دكتوراه 2009 ص01. مأخوذ من [www.alnodom.com](http://www.alnodom.com).

ففي المرحلة الأولى يكون للقاضي وبموجب النص القانوني أن يعدل العقد متى وجد أنه يحمل إخلالا بالتوازن بين مراكز أطرافه كالحال الذي يتضمن فيه العقد غبنا أو استغلالا لأحد المتعاقدين أو أن يحمل أحد بنود العقد وصف الشرط التعسفي، إذ يمكن للقاضي أن يبطل العقد أو يزيل الغبن الذي شابهه، فينقص من التزامات الطرف المغبون وله أن يستخدم غير ذلك من المسائل التي تؤدي إلى ذات النتيجة كأن يدل الشروط التعسفية في عقود الإذعان أو أن يعفي الطرف المذعن منها كلية.

ولا تقتصر سلطة القاضي بالتعديل العقد على هذه المرحلة بل تتعداها إلى مرحلة تنفيذ العقد وفيها منح القانون للقاضي سلطة تقديرية واسعة هدفها إعادة التوازن للعقد وإزالة أي إجحاف بحق الطرف الضعيف فيه.

وتعديل العقد في مرحلة تفسيره العقد يفترض قانونا عدم تشويه مضمونه أو مخالفة القانون. فمحل التفسير يقع على الألفاظ التي استعملها أطراف العقد والتي من شأنها أن تبرز الإرادة المعلنة التي يقتضي أن تعكس الإرادة الحقيقية ودور التفسير هو إبراز تلك الإرادة المعلنة ولكن قد يحصل أن يؤدي هذا بالقاضي إلى نتيجة لا تتفق تماما مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين "فقد يحصل أن تكون هناك صعوبة في استنتاج النية الحقيقية إما لأن أطراف العقد لم تلاحظ المسألة الخلافية من البداية وإما لأن النية لم تكن مشتركة أساسا، فيكون على القضاء أن يقدر ما يمكن أن تكون عليه الإرادة العقدية. كما لو كانت تلك الإرادة موجودة أو مشتركة أساسا<sup>1</sup>.

فيكون الطرح في الحالتين ليس حقيقية وإنما لإرادة يقدر القضاء أنها الإرادة الحقيقية، وأن الوصف لهذه الإرادة هو أنها إرادة احتمالية تصدر عن إرادة القضاء وتكون من وضعه: فقد لا ينتبه أطراف العقد إلى المسألة التي أثرت أمام القضاء وقت إبرام العقد إطلاقا، إما لأنها لم تكن داخلة في إطار توقعاتهم العقدية، وإما لأنها غير جوهرية لم تكن محل اهتمام عند التعاقد ففي الفرضيتين إن البحث عن نية الحقيقية هو

<sup>1</sup> -أنظر، سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، في القانونين اللبناني والفرنسي والمقارن، دار الفكر اللبناني، الطبعة الأولى 1987 ص.310.

بحث مصطنع دون موضوع، فهي ليست موجودة أساسا فكما يقول الأستاذ مارتى "إما أن تكون عناصر الاقتناع متوفرة وبقوة حول مسألة وجود الإرادة وإما أن لا تكون تلك العناصر متوفرة فيكون الطرح بالتالي هو لإرادة متخيلة<sup>1</sup>. العمل القضائي إذن في دائرة التفسير ليس دائما عملا متكاملًا مع الإرادة العقدية، فقد لا يؤدي إلى التطبيق الكلي للإرادة، وإنما على العكس قد يؤدي في حالات وأوضاع إلى إعمال إرادة قضائية يصفها القضاء بأنها عقدية. فالقضاء لم يتوانى في أكثر من مجال عن إكمال وسد النقص الذي قد تقع به الإرادة العقدية، فيعدل العقد بحجة التفسير ويضيف إليه بحجة إعمال الإرادة العقدية<sup>2</sup>.

وتبرز تطبيقات سلطة القاضي في التعديل في هذه المرحلة في أكثر من حالة ففي الظروف الطارئة يكون للقاضي أن ينقص الالتزام أو يزيد من الالتزام المقابل أو أن يوقف تنفيذ العقد، وله في حالة أخرى أن يتضمن العقد شرطًا جزائياً فيقوم بتعديله على اعتبارات قانونية.

### المطلب الثالث: تكملة العقد من طرف قاضي الموضوع

فالقضاء يجب عليه تكملة مضمون العقد بالرجوع إلى قواعد القانون المكمل لإرادة المتعاقدين وما يقضي به العرف<sup>3</sup>. ويمكن أن تضاف إليها قواعد الإنصاف والعدالة لاستكمال مضمون العقد، كما أن القانون لم يفصل بين تفسير العقد واستكمال<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 310.

<sup>2</sup> - أنظر، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص. 310.

<sup>3</sup> - أنظر، نص المشرع المصري، في م. 148 (ق.م.م) "على القاضي أن يكمل العقد" ويقابله المشرع اللبناني فيم. 370 موجبات لبناني بصريح العبارة على أنه "إذا وجدت نواقص في نص العقد وجب على القاضي أن يسدها، إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمى، وإما بالرجوع في غير هذا الحال إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسبا مع العقد الذي يراد تفسيره". ويقابله نص م. 107 ف2 (ق.م.ج) "...ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"، وكما تنص م. 1135 (ق.م.ف) "أن العقد لا يلتزم بما يحتويه فقط بل كذلك تأخذ بالالتزام طبقا لطبيعة ما تقتضي به العدالة والعرف والقانون".

Art.1135" les obligations obligent non seulement a ce qui y est, exprimé, mais encore a toutes les suites l'équité, l'usage ou la loi donnent a l'obligation d'après sa nature " c.c.f, op.cit, p.921.

<sup>4</sup> - أنظر، جلال علي عدوي، المرجع السابق، ص. 236.

يلجأ القاضي إلى القوانين المكملة لتحديد نطاق العقد واستكمالها، فالمتعاقدان يتركان المسائل التفصيلية دون تحديد. وعندئذ تكون القوانين المفسرة مساعدة للقاضي في إستنتاج هذه المسائل<sup>1</sup>.

يقصد بالقواعد القانونية المكملة القواعد المفسرة لإرادة المتعاقدين، وهي قواعد قانونية ملزمة بشرط عدم وجود اتفاق على مخالفة أحكامها. فهي قواعد نسبية التطبيق وخطابها إلى الأفراد نسبي، وحرية الأفراد في استبعاد تطبيقها مستبعدة، وذلك لتعلق هذه القواعد بمصلحة الأفراد الخاصة والبحتة، فلا يضر المجتمع أن تستأثر بها إرادات الأفراد وتنظمها ومن ذلك: تحديد الملزم بسداد الترميمات الضرورية والتأجيرية ونفقات إبرام الرهن الرسمي<sup>2</sup>.

فإذا اتفق المتعاقدان على تنظيم مسألة ما، فإن الاتفاق يسري في هذه الحالة، أما إذا كان المتعاقدان قد تركا تنظيم هذه المسائل، فتكون القواعد المكملة هي التنظيم البديل لهذه المسائل<sup>3</sup>.

وإذا اختلف المتعاقدان حول المسائل التفصيلية التي احتفظا بها لإتفاق لاحق، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، فإنه يجب أن يستكمل القاضي ما تعرض إليه العقد بتحديد مسائله التفصيلية<sup>4</sup>، وفقا للأسس التي نص عليها المشرع.

وتعتبر القواعد القانونية المكملة أول ما يستعين به القاضي من المعايير لتكميل العقد مع مراعاة طبيعة الالتزام وذلك وفقا للمادة 107 (ق.م.ج) و2/148 مدني مصري

<sup>1</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظري العامة للالتزام، ط.2004، المرجع السابق، ص.283.

<sup>2</sup> - أنظر، سحر البكاشي، الرجوع السابق، ص.139.

<sup>3</sup> أنظر، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص.138.

<sup>4</sup> - كما أن القاضي لا يمكن له اللجوء إلى تكملة العقد إلا بالرجوع إلى القانون أو العرف أو العدالة وفي حالة عدم التطرق لإرادة المتعاقدين لمسألة من مسائل القانون. وهناك من يخلط بحيث يعتبر أن تفسير العقد هو تكميل العقد، حيث أن هذا الأخير يفترض نقصا في تنظيم العقد يتعين إدراكه، أما تفسير العقد فهو يفترض تعبيراً صدر عن المتعاقدين وان كان تعبيراً غير موفق.

والمادة 1135 (ق.م.ف). وتستدعي دراسة هذا الموضوع بيان الحالات التي يستعين فيها قاضي الموضوع بالقواعد القانونية المكملة في العقد، وتوضيح سند إلزام القواعد القانونية المكملة وتعرضيهما فيما يلي تباعا مع توضيح بالتطبيقات القضائية اللازمة<sup>1</sup>. كما أن الحكم لا يختلف إذا كان المتعاقدان قد سكتا عن بعض المسائل التفصيلية في العقد فلم يتعرضا لتحديدها ولم يحتفظا بها لاتفاق لاحق، ففي هذه الحالة أيضا ينعقد العقد ويكون على القاضي أن يكمله بتحديد مسأله الجوهرية، إما بالرجوع للقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين التي نظم بها المشرع العقد المسمى المتفق عليه، وإما لطبيعة المعاملة والعرف والعدالة. ومن أمثلة ذلك تسليم ملحقات الشيء المبيع وخاصة ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقتضيه طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: القواعد المكملة للعقد

سوف نتطرق إلى القواعد المكملة للعقد وهي القوانين (أولا) ، والعدالة العقدية (ثانيا)، العرف كعامل لتكملة العقد (ثالثا)، وطبيعة موضوع العقد (رابعا).

#### أولاً: القوانين

يتعين على القاضي الرجوع إلى القواعد المكملة<sup>3</sup> بحيث لا يمكن لأطراف العقد التطرق إلى كافة المسائل التي يتطلبها التعاقد، التي وردت في موضوع العقد. باعتبار أن إرادة المتعاقدين قد اتجهت إليها بسكوتهما عن ذكر ما يخالفها، ولذلك لجأ المشرع الجزائري بالنص عليها صراحة في م. 10ف3 (ق.م.ج). بأنه على القاضي أن

<sup>1</sup> - أنظر، سحر البكباشي، الرجوع السابق، ص. 139.

<sup>2</sup> - أنظر، جلال علي عدوي، المرجع السابق، ص. 237.

<sup>3</sup> - " كان يطلق على القواعد المكملة اصطلاح القواعد المفسرة، وحين يفرض القاضي التزاما لم يتفق المتعاقدان، باعتباره أثرا من آثار عقدهما، كثيرا ما كان يسوغ ذلك بأن إرادة الطرفين قد انصرفت إليه ضمنا وهو افتراض لا أساس له من الواقع لأن الطرفين كثيرا ما على جهل تام بها "، محمد وحيد سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مطبعة رياض، دمشق، ط. 1980-1981، في الهامش ص. 325، 324.

يستعين في تفسير العقد بالظروف التي أحاطت بالتعاقد وطريقة تنفيذ العقد التي أخذ بها المتعاقدان دون الابتعاد عن المعنى الحقيقي للعقد كعامل لتكملة العقد<sup>1</sup>.

### ثانياً: العدالة العقدية

تعتبر قواعد العدالة بالنسبة للقاضي هي المرجع في تحديد مضمون الالتزام، إذا لم تسعفه في ذلك أحكام القانون أو العرف. ومن ذلك ما قرره القضاء من وجوب التزام العامل بالمحافظة على أسرار صاحب العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء عقد العمل، وما قرره فيما يتعلق بعقود. نقل الأشخاص من تضمين هذه العقود الالتزام بضمان السلامة<sup>2</sup>.

وما يستتبطه العامل من اختراعات في أثناء عمله يكون من حق صاحب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التي تعهد بها العامل تقتضي منه إفراغ جهده في الإبتداع، ولو لم يشترط صاحب العمل في العقد أن يكون له الحق فيما يهتدي إليه من المخترعات، وفي عقد التأمين على الحياة يجب على المؤمن له ألا يكتم عن شركة التأمين ما أصيب به من أمراض خطيرة خفية، إذا كان من شأها أن تؤثر في التبعة التي تتحملها الشركة<sup>3</sup>.

وقد يأخذ القاضي بقواعد العدالة للكشف عن نطاق العقد وتحديد مضمونه، فبائع المحل التجاري يلتزم نحو المشتري بعدم القيام بمنافسة مفتعلة لإنتزاع عملاء المتجر، والعامل الذي يطع على أسرار المصنع بحكم عمله يلتزم بعدم إفشاء أسرار المصنع، ولو لم يشترط عليه ذلك. والمؤمن على منزله من الحريق يلتزم عند وقوع الحادث بالقيام بكل محاولة جديدة في سبيل الحد من تفاقم الحادث، ولو لم يذكر ذلك في العقد. مثل هذه الالتزامات يفترض دخولها في نطاق العقد، حتى ولو لم يرد بشأها نص في القانون أولم يتفق عليها، وذلك أن العدالة تقتضي تقريرها<sup>4</sup>.

1 - أنظر، أنور سلطان " المبادئ القانونية العامة"، المرجع السابق، ص.332.

2 - أنظر، أنور سلطان " المبادئ القانونية العامة"، المرجع السابق، ص.332.

3 - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.694.

4 - أنظر، نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص.284.

## ثالثا: العرف كعامل لتكملة العقد

يعتبر العرف عاملا لتكملة العقد، بحيث نصت على ذلك م. 1135 (ق.م.ف.)، وتقابلها نص م. 148 (ق.م.م.)، وم. 107 ف. 3 (ق.م.ج.) ومن هذه المواد نلاحظ بأن العرف يكمل العقد كما يكمل قواعد القانون<sup>1</sup>.

ويساعد العرف كذلك في تحديد مضمون العقد، كما يساهم في تفسيره والعرف يجري مجرى القانون ويكمل نطاق العقد، وذلك بوجه خاص في المسائل التجارية والمعاملات البحرية. كما يؤخذ به على وجه الخصوص في أعمال البنوك والعقود التجارية. ويتصل العرف بالشروط المألوفة، فتضاف إلى العقد الشروط التي جرت العادة بإدراجها فيه دون الحاجة إلى النص عليها صراحة. ومثال ذلك النسبة المئوية التي تتقاضاها الفنادق والمطاعم والمقاهي بالإضافة إلى حساب العميل<sup>2</sup>.

## رابعا: طبيعة موضوع العقد.

يرجع القاضي إلى طبيعة الإلتزام لتحديد مضمون العقد، فمثلا في بيع منزل يعتبر من مستلزمات البيع مفاتيح المنزل ومستندات الملكية، والحقوق المرتبطة به، كحقوق الارتفاق المقررة له<sup>3</sup>.

كما تملّي طبيعة الإلتزام على القاضي أن يستكمل نطاق العقد بما تقتضيه هذه الطبيعة وفقا للقانون والعرف والعدالة، فمن باع عينا يعتبر أنه قد باع بالإضافة إلى أصل العين ملحقاتها الضرورية وكل ما أعد بصفة دائمة لإستعمالها طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء.

ويستطيع القاضي أن يسترشد بطبيعة الإلتزام لإستكمال نطاق العقد، فمن يبيع سيارة، مثلا يفترض أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية التي لا تسير السيارة بدونها. ومن يبيع محلا تجاريا يجب عليه أن يسلم للمشتري الدفاتر والسجلات التي

<sup>1</sup> - هذه الحالة يكون العرف كعامل لتكملة العقد وهو ما نص عليه المشرع الجزائري، في م. 107. ف. 2

<sup>2</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ط. 2004، ص. 284.

<sup>3</sup> - أنظر، أنور سلطان " المبادئ القانونية العامة"، المرجع السابق، ص. 332.



تبين المركز المالي للمحل التجاري ماله من حقوق وما عليه من ديون، وكل ما يتصل بالعملاء من بيانات مفيدة. ومن ذلك أيضا أن القضاء يدخل في عقد نقل الأشخاص، إلزاما على الناقل بضمان سلامة الوصول، إذ المفروض من طبيعة الإلتزام بالنقل أن يضمن الناقل تحقيق نتيجة محدّدة، وهي وصول الشخص سالما معافا إلى مكان الوصول. كما أن القضاء إعتبر " أن عقد الفندقية يتضمن إلزاما بسلامة النزول يقوم على عاتق صاحب الفندق. وهذا الإلتزام يعتبر إلزاما ببذل عناية<sup>1</sup>.

كما يلجأ القاضي إلى تكملة العقد إذا لم يقدّم المتعاقدان بتحديد المسائل التفصيلية المحيطة بالعلاقة العقدية وذلك ما تطرق إليه المشرع في م. 107 ف 3. (ق.م.ج.).

#### أ- حالات الاستعانة بالقواعد القانونية المكملّة:

**الحالة الأولى:** يستعين قاضي الموضوع بالقواعد القانونية المكملّة في حالة عدم وجود اتفاق على مخالفتها وهي عادة تأخذ أحكامها مما جرى عليه التعامل بين الناس بالنسبة لعقد من العقود، فوظيفتها الأساسية هي تسهيل إبرام العقود على الأفراد<sup>2</sup>.

**الحالة الثانية:** إغفال المتعاقدان على بعض المسائل التفصيلية أثناء المفاوضات العقدية، ففي الغالب تظهر بعض التفصيلات التي لم ينظمها المتعاقدان في العقد، اعتمادا على أحكام القانون. مثل اتفاق المتعاقدين في عقد البيع على المبيع والتمن وترك المتعاقدين الاتفاق على موعد التسليم ومكانه وموعد الوفاء بالتمن ومكانه... الخ. ويستطيع المتعاقدان أن يتفقا صراحة أو ضمنا على استبعاد تطبيق القواعد القانونية المكملّة أو تقييدها، لأن هذه القواعد لا تعتبر من النظام العام<sup>3</sup>.

#### ب- إلزام القواعد القانونية المكملّة:

ثار خلاف فقهي حول سند إلزام القواعد القانونية المكملّة:

<sup>1</sup> - Cass.civ.19 janv. 1977.D.1977. P.192.

<sup>2</sup> - أنظر، سحر البكاشي، الرجوع السابق، ص.139.

<sup>3</sup> - Cass.civ.1 er ch.12 juin 1979, J.C.P.1980. 11.P.19422. Cass.civ.1er ch.11 mars 1975, IR.p.5.

فذهب رأي أول إلى أن سند إلزام القواعد القانونية المكملة هو الإرادة الضمنية للأفراد، وذلك لأن سكوت الأفراد عن تنظيم بعض المسائل يعد قبولا ضمنيا لهذه القواعد القانونية المكملة.

ووجه لهذا الرأي نقد هو أن القواعد القانونية المكملة تطبق ولو جهل الأفراد حكمها فكيف القول بأن الإرادة الضمنية للأفراد قد اتجهت إليها<sup>1</sup>.

وذهب رأي ثاني إلى أن القواعد القانونية المكملة تمر بمرحلتين ففي المرحلة الأولى تكون القواعد القانونية المكملة غير ملزمة واختيارية، وذلك يكون قبل إبرام العقد من المتعاقدين، ثم تأتي المرحلة الثانية فتكون القواعد القانونية المكملة ملزمة وإجبارية ويكون ذلك بعد إبرام العقد.

ووجه لهذا الرأي نقد بحيث يجعل القاعدة القانونية المكملة متغيرة الحكم، فيجعلها قواعد قانونية غير ملزمة قبل الاتفاق ثم تصبح قواعد قانونية ملزمة بعد الاتفاق. وذهب رأي ثالث إلى أن القواعد القانونية المكملة هي قاعدة عامة مجردة لمنظمة لسلوك الأفراد داخل المجتمع وملزمة، ولكنها تتضمن شرط من شروط إعمالها وهو عدم الاتفاق على مخالفتها، فإذا اتفق الأفراد على مخالفتها فلا تطبق قواعدهما، في حين يذهب رأي رابع إلى التفرقة بين مجموعتين من القواعد القانونية المكملة أحدهما القواعد القانونية المكملة المقررة: وهي القواعد التي يمكن استبعادها بواسطة الإرادة الصريحة أو الضمنية لطرفين. والأخرى القواعد القانونية المكملة البتة: وهي القواعد التي لا يمكن استبعادها إلا بواسطة شرط صحيح، ويملك القاضي تكميل أي عقد مسمى وغير مسمى بالاستعانة بهذه القواعد القانونية المكملة، ولا تعتبر استعانة القاضي بهذه القواعد

<sup>1</sup>-وقضت في ذلك محكمة النقض المصرية بأن " العبرة في تكييف العلاقة القانونية هي حقيقة ما عناه الطرفان منها، والتعرف على ذلك من سلطة محكمة الموضوع و؟أنها مت استظهرت قصدهما وردته إلى شواهد وأسانيد تؤدي إليه عقلا ثم كيفت هذه العلاقة تكييفا صحيحا ينطبق على فهمها للواقع ويتفق مع قصد طرفي هذه العلاقة، فانه لايقبل من أيهما أن يناقش هذا التكييف توصلا الى نقض حكمهما " نقض تجاري 18 أبريل 1983، طعن رقم 960 س 46 ق.تجاري، مجموعة المكتب الفني س34، 199 ص1001.

معارضاً لإرادة المتعاقدين بل إن المشرع يساعدهم في تنظيم روابطهم العقدية بعيداً عن تحكم القضاة<sup>1</sup>.

وتعتبر الاستعانة بالقواعد القانونية المكملّة في تكميل العقد أمراً مستقراً في القانونين المصري والفرنسي والنظم اللاتينية عامة، لأن المشرع المدني فيهما يضع بعض النماذج للعقود الأكثر شيوعاً<sup>2</sup>، وينص على تنظيم لها، فإذا رأى نقص في أحد البنود التفصيلية لهذه العقود يستعين القاضي بالقواعد القانونية المكملّة<sup>3</sup> لإضافة ما نقص من بنود إلى هذه العقود. أما في إنجلترا ففكرة القواعد القانونية المكملّة غير موجودة على الإطلاق ولا توجد عقود مسماة ولكن توجد بدلاً منها فكرة أقرب شبيهاً بها، وهي "الشروط الضمنية"

وهي شروط تشتق من العرف أو التشريع أحياناً تقررها المحكمة لتكميل العقود، وبهذا يكون القضاء الإنجليزي قد أنشأت تحت غطاء الشروط الضمنية قانوناً مكملًا حقيقياً وأوجد أيضاً قوانين تنظم بعض أنواع العقود الأكثر شيوعاً مثل قانون بيع البضائع وقانون الشركات. الخ. ولكن القاعدة العامة في إنجلترا هي أنه يجب على المتعاقدين أن يتفقا على جميع بنود العقد، فلا يكفي اتخاذ قرار بواسطة أحد المتعاقدين لإبرام عقد معين إذا لم يحدد المتعاقدان معاً مضمون العقد تحديداً كافياً فلا يستطيع القاضي كمبدأ عام أن يتدخل في عقد مضمونه غير محدد من المتعاقدين على الرغم من استعمال القاضي لفكرة الشروط الضمنية السابق بيانها<sup>4</sup>.

ونعرض فيما يلي تطبيقاً قضائياً لقيام القاضي بتكميل عقد التأمين وقد حدد فيه قضاء النقض الموجهات التي يستعين بها قاضي الموضوع في التكميل، فقضت محكمة النقض الفرنسية بأن " نطاق العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه

<sup>1</sup>-Cass, com., 11 juin, Connt.Cons, 1991, n°180.

<sup>2</sup>-Cass.com., 26 juin 1990, Bull, civ., IV N° 197.R.T.D CIV..1991, 356 .

<sup>3</sup>- Cass.com., 15 déc.1964, Bull, civ., III.N°

<sup>4</sup> - أنظر، سحر البكاشي، الرجع السابق، ص.139.

على وجه التخصيص والإفراد، وإنما يضاف إليه ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف أو العدالة بحسب طبيعة الالتزام كما يجب تنفيذ العقد بما يوجبه حسن النية<sup>1</sup>.

ويلاحظ مما سبق أن المتعاقدان أبرما عقد التأمين، وقد خلت وثيقة التأمين من شرط يلزم المؤمن له باستعمال رخصة الدفع بالتقادم، وثار النزاع بسبب عدم استعمالها من المؤمن له في دفع الضرر، ولما كانت طبيعة الالتزامات الناشئة عن عقد التأمين الإجمالي من المسؤولية تستلزم من المؤمن له ان يبذل ما في وسعه لدفع الضرر محل التأمين، والتخفيف منه إذا وقع، وهو ما يقضي إلزام المؤمن له بدفع دعوى المضرور بما يوجبه حسن النية من العناية وعدم التقريط والإهمال، إلا أن هذا الالتزام لا يتسع للدفع بالتقادم، حيث إنه مجرد رخصة شخصية يتصل استعمالها اتصالا وثيقا بضمير المدين، ويتوقف استعماله لهذه الرخصة على اطمئنانه إلى عدم انشغال ذمته بالدين، ومن ثم لا يكون ملزما باستعمال هذه الرخصة إلا بنص صريح من القانون أو العقد، وإذا خلت نصوص القانون والوثيقة من إلزام المؤمن له باستعمال هذه الرخصة، وكان لم يستعملها في دفع دعوى المضرور، فإنه لا يكون مخلا بالتزاماته الناشئة عن عقد التأمين الإجمالي، وقد أقر القضاء هذا التصرف ولم يعتبره إخلالا من المتعاقد بموجبات حسن النية في العقد. حيث حدد أن الدفع بالتقادم رخصة شخصية يتصل استعمالها بضمير المدين ويتوقف على اطمئنانه إلى عدم انشغال ذمته بالدين وعدم تخرجه من استعمالها، ولا تعتبر من مستلزمات العقد، ومن ثم لا يكون المتعاقد ملزما باستعمالها طبقا لنص المادة 2/148 مدني مصري. مما يتضح منه أن القاضي قد حدد في هذا الحكم إطارا لمستلزمات التنفيذ وما يخرج عنها<sup>2</sup>.

مما يعني أن القاضي قد تدخل في هذا العقد وحدد الإطار والضوابط التي يتم فيها أعمال المادة 2/148 مدني مصري، وهي إضافة مستلزمات العقد.

<sup>1</sup> - أنظر، سحر البكاشي، الرجع السابق، ص. 139.

<sup>2</sup> - أنظر، سحر البكاشي، الرجع السابق، ص. 139.

وفي الأخير إذا خرج القاضي عن معنى العبارات الواضحة في تكملة العقد ففي هذه الحالة يقع في تحريف العقد، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في م. 111 (ق.م.ج.) وبالتالي يكون حكمه معرضاً للنقض والعمل الذي قام به هذه الحالة باطل ولا يستطيع العمل به اطار القانون.

### الفرع الثاني: رقابة الجهة القضائية العليا على تكملة العقد

الأصل أنّ القاضي يملك القيام بمحاولة الكشف عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، عن طريق إتباعه إحدى طرق التفسير المختلفة. لكن إذا لم يتمكن من التفسير الصحيح للعقد بهذه الطرق. يلجأ، إستثناءً، إلى عملية تكملة العقد، بالرجوع إلى قواعد " القانون، العرف أو العدالة"<sup>1</sup>.

كما يجب على القاضي وفقاً لأحكام تكملة العقد، أن يكتمل العقود، إما بالأحكام المدرجة في القانون إذا كان العقد مسمى، وإما بالرجوع إلى القواعد الموضوعية لأكثر العقود تناسباً مع العقد الذي يراد تفسيره. ومن الأمثلة على ذلك ما لو تم عقد بيع بضاعة من نوع وكمية معينين بين غائبين وتعهد البائع أن يوصل البضاعة المبيعة إلى محل المشتري، بعد أن يكون نقلها من بلده، حيث هي، إلى بلد المشتري بواسطة إحدى وسائل النقل، فإذا لم يرد نص على تحمل مخاطر المبيع خلال نقل البضاعة، فإن القاضي يعود إلى نص القانون إن وجد، أو إلى القواعد الموضوعية للعقد الذي يراد تفسيره.<sup>2</sup>

وتحديد القاضي لنطاق العقد يخضع لرقابة محكمة النقض، فيستطيع التعقيب على حكم القاضي في تحديد هذا النطاق، ويكون حكم القاضي معرضاً للنقض، إذا لم يدخل في نطاق العقد وهو ما يعني به طبيعة الالتزام أو نصوص القانون، العرف أو

<sup>1</sup> - أنظر، م. 107 ف3 (ق.م.ج.)، وتقابله م. 148 (ق.م.م.)، م. 370 قانون موجبات والعقود اللبناني م. 1134 (ق.م.ف.).

<sup>2</sup> - أنظر، جورج سيوفي، المرجع السابق، ص. 274.

العدالة، لأن ما يزيد في نطاق العقد أو إنقاصه هو إدخال ما لا يجوز إدخاله بمقتضى العوامل المكتملة<sup>1</sup>.

وما يمكن إستخلاصه أخيراً، أن محكمة النقض تفرض رقابتها على قاضي الموضوع في حالة التفسير، بحيث لا يمكنه الخروج عن مضمون العقد بالقيام بتحريفه، والخروج على المعنى الواضح والدقيق لعبارته، كما تفرض محكمة النقض رقابتها على محكمة الموضوع في حالة تكملة العقد والتكييف، حيث أن محكمة النقض تعتبر محكمة قانون وليس محكمة موضوع، فهي تراقب التطبيق للقانون من جانب هذا الأخير.

### المبحث الثاني: دور القاضي في تكييف العقد و في حالة الظروف الطارئة وسلطته في تصحيح العقد

بالنسبة إلى تكييف العقد لا بد على القاضي أن يأخذ بالإرادة الحقيقية للأطراف، ثم بعد ذلك عليه أن يكيف العقد انطلاقاً مما يتضمنه<sup>2</sup>، أما في حالة الظروف الطارئة فالقاضي يقف على معايير تجعله يعدل من الظرف الطارئ.

وللتوضيح أكثر، سوف نتطرق إلى تكييف القضائي للعقد في (المطلب الأول)، ثم إلى دور القاضي في حالة الظروف الطارئة (المطلب الثاني)، تصحيح العقد (المطلب الثالث).

#### المطلب الأول: التكييف القضائي للعقد.

تعرف عملية تكييف العقد بأنها " إعطاء الوصف القانوني للعقد، الذي يتحدد بالآثار الأساسية التي اتجه طرفاه إلى تحقيقها، فهذا الوصف يترتب على تحديد مقاصد طرفي العقد ومن هنا ارتباطه بتفسير العقد، وتحديد هذه المقاصد يجب أن

<sup>1</sup> - أنظر، محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص.322، ص.322.

<sup>2</sup> - Jean-pierre Scarano, Op.cit, p.124.

تكون بيانا للغايات العملية التي إتجه طرفا العقد إلى تحقيقها بصرف النظر عن أية تسمية يطلقها المتعاقدان على هذه المقاصد أو على العقد في جملته<sup>1</sup>.

وتكليف العقد<sup>2</sup> هو أيضا إضفاء وصف قانوني معين على العقد يتفق مع حقيقة ما قصده المتعاقدان منه ولا يستطيع القاضي الفصل في النزاع المعروض عليه، بصدد عقد من العقود إلا إذا قام بتكليف هذا العقد، وإعطائه الوصف الصحيح الذي يتفق مع الهدف الحقيقي لإرادة المتعاقدين. يقوم القاضي بتحديد طبيعة ونوع العقد المعروض عليه ككونه عقدا مسمى أو غير مسمى، أو عقد بيع أم هبة<sup>3</sup>.

ويقصد به كذلك استخلاص الطبيعة القانونية للاتفاق المبرم بين الطرفين، أو هو إعطاء الوصف القانوني الصحيح للآثار الأساسية التي يهدف المتعاقدان إلى تحقيقها من إتفاقهما، وقاضي الموضوع ملزم دائما بتكليف العقد حيث يتوقف على ذلك معرفة أحكام القانون التي تنطبق على هذا العقد. ولا يعد القاضي في مسلكه هذا متجاوزا لوظيفته وقائما بتغيير سبب، طالما أنه لم يضيف إلى الوقائع المعروضة عليه أي شيء جديد فهو ملزم بعدم الخروج عن وقائع الدعوى<sup>4</sup>.

وعملية التكليف يقوم بها القاضي بعد التفسير، ويمكن القول بأن عملية تكليف العقد والتفسير هما عمليتان متكاملتان، فلا يمكن للقاضي أن يتطرق إلى تكليف العقد إلا بعد تفسيره، ورأى بأن العقد لا بد من تكليفه تكييفاً صحيحاً<sup>5</sup>.

وتعتبر عملية تكليف العقد عملية قانونية يقوم بها القاضي، حتى يتمكن من تعيين النصوص المكملة والنصوص الآمرة الواجب تطبيقها. ويساعد تكليف العقد على تفسيره، حيث تتبين طبيعة التعامل، وهذا يساعد القاضي على اكتشاف المعنى الحقيقي

<sup>1</sup> -<http://arabadvocates.4t.com/10.htm>.Op.cit.p.3.

<sup>2</sup> - والمقصود بتكليف العقد هو إعطاؤه وصفا قانونيا صحيحا لتحديد القواعد القانونية التي تحكم هذا الوصف " qualification juridique", أنظر, بلحاج العربي, المرجع السابق, ص. 241. ويقصد كذلك بتكليف العقد "تصنيفه وتعيين نوعه من بين العقود المسماة هل هو عقد بيع أم عقد إيجار أو مقايضة", أنظر, علي فيلاي, المرجع السابق, ص. 318.

<sup>3</sup> - أنظر, محمد حسين منصور, "النظرية العامة للالتزام", المرجع السابق, ص. 361.

<sup>4</sup> - أنظر, رمضان أبو السعود, المرجع السابق, ص. 196.

<sup>5</sup> - François terré.Op.cit.p.463.

للعبرة الغامضة، ويسمح تكييف العقد كذلك بتحديد العرف الخاص بهذه العملية القانونية الواجب اتباعه<sup>1</sup>.

والتكييف من مهمة القاضي حيث يقوم بإعطاء الوصف القانوني الوارد على العقد، من خلال ما استنتجه من مضمونه والإرادة المشتركة للمتعاقدين. كما أن القاعدة في تكييف العقد هي العبرة بالغرض الذي إتجه إليه المتعاقدان، وليس بالوصف الذي كان يحمله العقد. بحيث يقوم القاضي باستخلاصه من عبارات العقد<sup>2</sup>.

### الفرع الأول: طبيعة التكييف القضائي للعقد

تظهر أهمية تحديد التكييف القانوني للعقد، من كونها مسألة أساسية وضرورية لتحديد ما إذا كان العقد مسمى قد سمى القانون شروطه وظروفه القانونية وفق نصوص محدّدة، أم كان عقد غير مسمى لم يسمه القانون بوضع معين من النصوص وتكمن الأهمية لعملية التكييف، في تعيين القواعد واجبة التطبيق عليه، حال عرضه على القضاء أو النزاع بشأنه كعقد ما في خصومة معروضة على القضاء والتكييف يجري ويتم على أساس تحري المقاصد العملية لأطراف العقد، ومطابقة هذه المقاصد على النظام القانوني للعقود المعروفة، ليحدد الوصف القانوني للإتفاق<sup>3</sup>.

وما يستنتجه القاضي من مضمون العقد، وطبيعة الالتزامات، وكافة القواعد والضوابط التي تستخلص من تفسير العملية المقصودة، فمثلا لو كان العقد قد وصف بأنه عقد بيع، ونصّ فيه أن يحتفظ البائع بحياسة العين المبيعة والإنتفاع بها، مع حرمان المشتري من التصرف بها فللقاضي أن يلجأ للإرادة المشتركة للمتعاقدين للكشف عليها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، علي فيلالي، المرجع السابق، ص.318.

<sup>2</sup> - أنظر، بلحاج العريبي، المرجع السابق، ص.243.

<sup>3</sup> - أنظر، مصطفى عطية المحامي، " مقال حول تكييف وتفسير العقد في 2004/12/30



والقاضي غير مقيد بتكييف المتعاقدين للعقد، كما عليه أن يتمسك بالأوصاف القانونية المقررة لكل صنف، فالتكييف هو تطبيق للقانون، وفي حالة إساءة تطبيق التكييف، فإن هذا الأمر يعتبر خطأ في تطبيق القانون<sup>1</sup>.

كما أنه من المهم أن يبين إرادة المتعاقدين، وهذه الإرادة يقرها على الوجه الملائم ويكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد في ذلك بتكييف المتعاقدين، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية، وهو خاضع في التكييف القانوني وما رتبته عليه من آثار لرقابة محكمة النقض لأنه يطبق القانون على الوقائع، وتطبيق القانون مسألة قانونية لا موضوعية<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف العقد.

التكييف حق للقاضي، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد المتعاقدين، ولكنه لا يلتزم برغبة المتعاقدين، إن كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة، فإن سماها العقد تسمية لا تتفق مع حقيقته عن جهل أو عمد، كان للقاضي أن يصحح هذه التسمية، من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى موافقتها على هذا التصحيح، فقد يجد القاضي أن العقد بيع وأن المتعاقدان سميها إيجار<sup>3</sup>، وقد يجد أنه عقد شركة وأنها سميها قرضاً، كما أن التكييف عملية قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة النقض<sup>4</sup>.

عملية تكييف العقد من صميم عمل القاضي الذي يتعين عليه القيام بتكييف العقد المتصل بالنزاع المعروف عليه، وهو يقوم بذلك من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم منه ذلك، لأنه لا يستطيع الفصل في النزاع بدون هذا التكييف، كما يقوم به إستثناء من

<sup>1</sup> - أنظر، علي فيلالي، المرجع السابق، ص.318.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، "نظرية العقد"، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.927، 928.

<sup>3</sup> - ويرى الفقيه الفرنسي، Bidan أنه يمكن تكييف البيع الابتدائي بأنه عقد يقتصر على إلزام كل من المتعاقدين أن يبرم البيع النهائي في ميعاد معين

<sup>4</sup> - <http://arabadvocates.4t.com/10.htm>.Op.cit, p.03.

أجل الوصول إلى حقيقة ما قصده المتعاقدان، بعد إسخاذه من واقع شروط العقد المعروف عليه وما اتجهت إليه الإرادة المشتركة للطرفين<sup>1</sup>.

ومتى كشف القاضي عن إرادة المتعاقدين، ملتزما في ذلك بالقواعد القانونية، يَكيفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح غير متقيد بتكييف المتعاقدين، ثم رتب على هذا التكييف آثاره القانونية. وهو خاضع في التكييف وما رتب عليه من آثار لرقابة محكمة النقض، لأنه يطبق القانون على الواقع وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية، أما ما يعتبر من الواقع في تفسير العقد ولا يخضع لرقابة محكمة النقض، فهو هذه السلطة التقديرية التي للقاضي في الكشف عن إرادة المتعاقدين. واستخلاصها من الوقائع الثابتة أمامه في الدعوى<sup>2</sup>.

ويقول حسن علي الذنون " إذا أعطى المتعاقدان للعقد وصفا معينا بعبارات وألفاظ واضحة فإن القاضي غير ملزم بالتحديد بهذا الوصف، ويستطيع أن يقضي بأن الوصف الحقيقي للعقد غير ما كيفه به المتعاقدين، وهذه هي مسألة تحول العقد"<sup>3</sup>.

ويرى أحمد شوقي محمد عبد الرحمن أن البعض يقول بأن تكييف المتعاقدين للعقد ليس له أثر قانوني، طالما أن القاضي لا يتقيد بهذا التكييف، باعتباره مسألة قانونية، خاصة أن التكييف يلي التفسير ويقوم عليه، ومع ذلك، فيرى أحمد شوقي أن الشرط الوارد في العقد، بإعطائه وصفا قانونيا، يؤثر على حرية القاضي في التفسير، حيث أنه يمثل شرطا مكتوبا، ولا يجوز إثبات عكسه إلا بالكتابة، وعلى ذلك، فإن تغيير القاضي للتكييف الوارد في العقد يلزم أن يقوم على عناصر مستمدة من العقد ذاته، فلا يجوز للقاضي أن يعتمد في تعديله للتكييف على عناصر خارجية عن العقد، ولا يمكن

<sup>1</sup> - أنظر، محمد حسين منصور، "النظرة العامة للالتزام"، المرجع السابق، ص.362.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق، ص.664.

<sup>3</sup> - أنظر، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص.120.

بالتالي تغيير الوصف القانوني عند خلو العقد من عناصر داخلية تؤكد وصفا قانونيا مختلفا<sup>1</sup>.

كما أن القاضي مطلوب منه تقدير التكييف المأخوذ من الأطراف، وأحيانا دراسته على أساس الإرادة الحقيقية التي اتجهت إليها في إنشاء العقد<sup>2</sup>.

ومن أجل تكييف العقد وإعطائه الوصف القانوني، للقاضي أن يستند في عمله إلى قرائن يقدر أثرها في وصف العقد، كإستناده إلى مركز ذوي الشأن ووضعهم الإجتماعي، والأحكام القانونية التي تحول دون إجرائهم تصرفا من نوع معين، ولجوئهم إلى طريقة غير مباشرة تمكنهم من إجراء التصرفات التي يتعذر عليهم قانونا، إجرائها. فإذا كان التصرف لا يصح للوارث مثلا لأنه يصطدم بقاعدة لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة، فيفسر على أنه بيع أو هبة<sup>3</sup>.

ويعود للقاضي تكييف العقود وفقا لواقع الالتزامات الخاصة، التي رضي بها المتعاقدان دون ضرورة لإدخالها في إحدى الإطارات العامة التي وضعها المشرع للعقود، وإخضاعها لأحكام هذه الإطارات، فإذا تبين للمحكمة أن حقيقة ارتباط المتعاقدان لا تدخل في أي من العقود التي سماها المشرع ونظمها، أو انه يدخل في أكثر من واحد منها، لزم إعطاء العقد المختلط تكييفا واقعيا خاصا متققا مع ما إنتهت إليه إرادة المتعاقدان فيه وما تضمنه من التزامات<sup>4</sup>.

### الفرع الثالث: استخلاص عبارات العقد من خلال عملية التكييف .

القاضي عند تكييفه للعقد يقوم باستخلاص عبارات العقد و بالمقابلة بين الآثار التي إتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة كما إست نتجها ، وبين الماهية أو الطبيعة

<sup>1</sup> - أنظر، أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط.2004، ص.174، 175.

<sup>2</sup> - Jean -Pierre scarano.Op.cit.p.125.

<sup>3</sup> - أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.242، 243.

<sup>4</sup> - استئناف مدني فرنسي، الغرفة الثالثة قرار رقم 165 بتاريخ 1970/02/05، مأخوذ عن الياس ناصيف، المرجع السابق، ص.280.

المجردة للعقد كما نظمه. القانون لذلك فإن عملية التكييف تعتبر مسألة قانونية يخضع قاضي الموضوع في القيام بها للرقابة<sup>1</sup>.

وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض بمصر في أحد اجتهاداتها "تأه بأن" العبرة في تكييف العقد هي بحقيقة ما أَرادَه المتعاقدان منها، والتعرف على هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع، ومتى تبينت تلك المحكمة إرادة العاقدين على حقيقتها، فإن عليها تكييفها بعد ذلك التكييف القانوني الصحيح، غير متقيدة في ذلك بتكييف العاقدين<sup>2</sup>. كما ذهبت محكمة النقض بدبي بأن "تكييف العقود مناطه ما عناه المتعاقدان، والتعرف على العقد من سلطة محكمة الموضوع في تكييف العقد وإنزال حكم القانون عليه، مع خضوعه لرقابة محكمة النقض"<sup>3</sup>.

العبرة كذلك في تكييف العقد بحقيقة الواقع<sup>4</sup>، والنية المشتركة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، دون الأخذ بالألفاظ التي صيغت في هذه العقود، وبالتكييف الذي طرحه الطرفان على العقد. فإذا كانت نصوص العقد قد بينت أنه أبرم بين صاحب العمل وعامل متفرغ لأداء خدمة هي مساعدة صاحب العمل في إدارة أعماله المبينة بالعقد، بالتالي يقتضي تبعية العامل<sup>5</sup> لرب العمل وإشراف صاحب العمل عليه وتوجيهه له في مهمته، وذلك مقابل أجر معلوم محدد إلى جانب مكافأة العامل عن نهاية العمل، كما أبانت عن حقوقه في التعويض عن فسخ التعاقد قبل نهاية مدته، وفي

1 - أنظر، محمد حسين منصور، "النظرية العامة للالتزام"، المرجع السابق، ص. 364.

2 - أنظر، رمضان أبو السعود، "النظرية العامة للالتزام"، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ط. 2002، في الهامش، ص. 804.

3 - دائرة العدل، دبي، "مجموعة أحكام المبادئ القانونية الصادرة في المواد التجارية والعمالية والأحوال الشخصية، العدد الثالث عشر، عام 2002، ص. 804.

4 - العبرة في تكييف القانوني بحقيقة التعاقد طبقاً للقانون، لا بما يصفه الخصوم"، طعن رقم 446 بتاريخ 1991/12/21، أشار إليه قمر محمد موسى، المرجع السابق، ص. 991.

5 - وتعتبر المسؤولية في هذه الحالة مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في م. 136 (ق.م.ج).

الإجازات على اختلاف أنواعها فإن كل ذلك يبين أن المتعاقدين قد اتجهت نيتهم إلى إبرام عقد عمل فردي وقد أفرغا في العقد كل عناصره<sup>1</sup>.

والمتعاقدان لهما حق تحديد الآثار العملية التي يرغبان في تحقيقها بموجب العقد، فإذا تحددت هذه الآثار، يكون وصف هذا العقد عملاً قانونياً محضاً، لأنه يعني إدخال صورة الآثار كما حددها المتعاقدان في إطار قانوني معين، لذا فالتكييف حق للقاضي، يقوم به على ضوء تفسير مقاصد المتعاقدين، ولكنه لا يلتزم فيه برغبة هذين المتعاقدين، إن كانت تتعارض مع صورة الآثار المقصودة، فإن سمي العقد تسمية لا تتفق مع حقيقته عن جهل أو عن عمد، كان للقاضي أن يصحح هذه التسمية، من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى موافقتها على هذا التصحيح، بل ودون أن يطلب أي منهما إجراء هذا التصحيح، فقد يجد القاضي أن العقد بيع وقد سماه المتعاقدان إيجاراً، وقد يجد أنه عقد شركة وقد سماه قرضاً<sup>2</sup>.

كما أن العبرة في تكييف العقد بالتعرف على حقيقة معناه، وبما احتواه من نصوص، إذ يجب في تفسيره أعمال الظاهر الثابت به، ولا يجوز العدول عنه إلا إذا ثبت ما يدعو إلى ذلك باعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين<sup>3</sup>.

وقد قضت محكمة النقض بمصر بتاريخ 02-01-1969 بأنه "لا تستطيع محكمة الموضوع البت في أمر صحة ونفاذ العقد الصادر من المورث، سواء باعتباره بيعاً أو باعتباره وصية، إلا بعد أن تحدد نوعه، إذ يتوقف على هذا التحديد معرفة الأحكام القانونية التي تنطبق عليه من حيث الصحة والنفاذ، ولا يجوز للمحكمة حتى يفرض أن التركة تتسع لنفاذ التصرف في الحاليتين أن تقضي بنفاذه قبل أن تثبت في أمر تكييفه، هل هو بيع أو وصية"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد قمر موسى، المرجع السابق، ص. 993.

<sup>2</sup> - <http://arabadvocates.4t.com/10.htm>, Op.cit, p.03.

<sup>3</sup> - أنظر، قرار النقذ المدني المصري، المؤرخ في 28-05-1990.

<sup>4</sup> - أنظر، رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص. 196.

وفي هذا الشأن ذهبت محكمة النقض بمصر في تكييف عقد الإيجار بأنه عقد وديعة بدلا من عقد إيجار، حيث أن إيداع سيارة بمستودع عمومي "Parking" لحفظها لقاء مرتب معين، تكييفه الصحيح عقد وديعة بأجر وليس عقد إيجار<sup>1</sup>، حيث أن عقد الإيجار والوديعة ماهية كل منهما إيداع سيارة بمستودع عمومي لحفظها لقاء مرتب معين، واعتباره عقد وديعة بأجر، معناه عدم خضوعه لأحكام عقد الإيجار، وقيام الطاعن بوضع سيارته بمستودع عمومي لقاء مرتب شهري، يؤدي إلى انتهاء الحكم المطعون فيه إلى أن العلاقة بين الطاعن والمطعون ضده مجرد عقد وديعة بأجر ينحصر عنها وصف العلاقة الإيجارية<sup>2</sup>.

ويقصد كذلك بالتكييف تفسير الإرادة الحقيقية، التي تؤدي إلى نتيجة وجود الإرادة غير الواضحة بسبب التعبير المستعمل، والتي تسمى بتسمية الغلط، وأن المعنى الحقيقي للإرادة لا يمكن بيانه إلا عن طريق التفسير ضد هذه الألفاظ، فمهما يكون الأمر حول تأويل أو تفسير ضد اللفظ الصريح واللذان يكشفان بدورهما عن الإرادة الحقيقية، رغم أن هذا التفسير يجري ضد ألفاظ مستعملة، على أنه يجب أن يكون هذا التصرف ليس باطلا على الإطلاق، لأن تسمية الغلط لا تؤدي إلى بطلان التصرف، فالتصرف صحيح وسيبقى باعتباره كذلك، وإنما يصحح القاضي الاسم الغلط الذي استعمله الطرفان لذلك الغرض<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - عقد الإيجار هو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم، وهو بهذا الوصف يختلف عن عقد الوديعة الذي بمقتضاه يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشيء المودع، فالغرض الأساسي من عقد الإيجار هو الانتفاع بالشيء.

<sup>2</sup> - قرار مؤرخ، في 19/03/1997، رقم 6181، أشرف أدوارد حنا، "الحديث في قضاء النقض المدني"، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية بالمنيا، شركة الناس للطباعة، ط. 1999، ص. 256.

<sup>3</sup> - أنظر، صاحب عبيد الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 122.

## الفرع الرابع: رقابة الجهة القضائية العليا على تكييف العقد

محكمة النقض تراقب تكييف العقد الذي قامت به محكمة الموضوع، فالعبرة في تكييف العقد، هو التعرف على حقيقة معناه، وتحديد حقوق الطرفين فيه بما احتواه من نصوص<sup>1</sup>.

كما أن لمحكمة النقض حق الرقابة على تكييف العقد، منطلقة من الوقائع التي حكم بها قضاة الموضوع بسلطتهم المطلقة، كذلك لها حق التحقق من تكييف العقد، مادام أن قضاة أدنى درجة لجئوا إلى استنتاج قانوني انطلاقاً من وضع واقعي. ومن مهمة محكمة النقض توحيد الأحكام وتأكيد رقابتها على تكييف العقد، ويعالج قاضي النقض التصنيفات عن طريق التكييف. وهو الذي يحدد عناصر الاتفاق ويبين صنف كل من هذه العقود، مقررًا ما إذا كان عنصر ما، هل هو. أصلي أو تابع؟ وهكذا يقوم بتكييف العقود المختلفة المعروفة، ويجعلها متكيفة مع الواقع<sup>2</sup>.

وأن تحديد ما يلتزم به المتعاقدين، لا يكون إلا من خلال مجموعة من العناصر التي يجب أن تتوفر لديه، فعليه أن يعطي للعقد التكييف المعين، ذلك أن التكييف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتفسير إرادة الطرفين فالقاضي لن يصل إلى تكييف العقد إلا عن طريق تفسير إرادة الطرفين، فغالبا لا يتمكن بدون التفسير للوصول إلى تكييف العقد تكييفاً صحيحاً<sup>3</sup>.

وتكييف العقد، وما يترتب عليه من آثار قانونية، وعدم تفسير الشك في مصلحة المدين والإنحراف عن عبارة العقد الواضحة للتعرف على إرادة المتعاقدين، والتناقض بين الوقائع التي يعتمد عليها قاضي الموضوع، في استخلاص إرادة المتعاقدين، والنتائج التي توصل إليها، وعدم مراعاة قواعد الإثبات، ومخالفة الأحكام القانونية، فهي جميعاً وما يماثلها من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> -نقض مدني مصري، 1972/03/09.

<sup>2</sup> -أنظر، جاك غستان، "مفاعيل العقد أو آثاره"، المرجع السابق، ص 180، 181.

<sup>3</sup> -أنظر، عاشور فطيمة، المرجع السابق، ص 04.

<sup>4</sup> -أنظر، الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 251.

والقاضي في تكييف العقد لا بد عليه أن يأخذ بالإرادة الحقيقية للأطراف، ثم بعد ذلك عليه أن يكيف العقد إنطلاقاً مما يتضمنه<sup>1</sup>.

كما أن من حق محكمة النقض أن تراقب ما إذا كانت محكمة الموضوع قد أغفلت الأخذ بالنصوص الواردة بالمستندات المقدمة لها، وكان لها تأثير في مصير الدعوى.

" فإذا ادعى بائع قطعة من الأرض إلى زوجته، بعقد مسجل بثمن معين أقر بقبضه أن هذا البيع هو في الحقيقة وصية، وإستدل على ذلك بإقرار قدمه صادر له من المشتريه تبيح له فيه الانتفاع بالعين المبيعة مدة حياته، فهذا الاعتبار لا يمكن اعتباره تفسيراً لعقد البيع ولا إقرار المشتريه أو تنازل البائع وإنما هو وصف وتكييف للعقد، أغفلت المحكمة فيه عنصراً هاماً هو ما نص عليه في إقرار المشتريه، من عودة الملكية إلى البائع. إذا ما توفيت هي قبله، ويكون لمحكمة النقض أن تصحح تكييف هذا العقد على موجب قيام هذا العنصر الذي لا خلاف على ثبوته ولا على دلالاته، فتعتبره وصية وليس بيعاً"<sup>2</sup>.

وكذلك في تقويم التكييف لا بد من إحترام الإرادة المشتركة للأطراف المتعاقدة<sup>3</sup> ولمحكمة النقض أن تعطي الوقائع الثابتة في القرارات المطعون فيها، التكييف القانوني الصحيح ما دامت لا تعتمد في هذا التكييف على غير ما حصلته محكمة الموضوع من هذه الوقائع. وقضت أنه من حق محكمة النقض أن تشرف على محكمة الموضوع فيما تعطيه من الأوصاف والتكييف القانوني لما تثبتته في حكمها من الوقائع، وعلى ذلك لتعرف ما إذا كان التكييف قد جاء موافقاً للقانون أم مخالفاً له<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>– Jean – Pierre Scarano, Op.cit, p. 124

<sup>2</sup> –أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص.928.

<sup>3</sup>– Civ. 25 oct 1983, gaz Pal 1984

<sup>4</sup> –أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص.317.



وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا الجزائرية في أحد قراراتها أنّ " المحكمة العليا لها الرقابة التامة على تكييف العقد"<sup>1</sup>.

ويدخل في تكييف العقد معطيات واقعية كانت بالتأكيد محل نقاش، إلا أن الحكم المطعون فيه لم يأخذ بها على وجه الخصوص، وبالتالي فإن العديد من وسائل الدعم التي تقترح تكييفاً جديداً يتم إعلانها ممزوجة بالواقع والقانون، وانطلاقاً من ذلك غير مقبولة، وهذا على سبيل إستبدال التقويض في الدين بحوالة عن الدين<sup>2</sup>. وبصدد تكييف العقد، إتجهت المحكمة العليا الجزائرية بموجب قرار صادر عنها في 20 ماي 1990 إلى تكييف العقد محل النزاع على أنه عقد تجاري وليس حرفي، بالإستناد على المرسوم رقم 88-230 المؤرخ في 05-11-1988، المتعلق بسجل الصناعات اليدوية أو الحرفية فقالت المحكمة بموجب هذا القرار أنه من "المقرر قانوناً أن الحرفي هو كل شخص يملك مؤهلات مهنية ثابتة بشهادات تأهيلية ومسجل في سجل الصناعات اليدوية والحرفية في البلدية المقيم بها، ومن ثم فإن النعي على القرار بخرقه القانون في غير محله.

ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن الطاعنة، تنعي على القرار المطعون فيه الخطأ في تكييف العقد الذي يربطها بالمطعون ضده. وقضاة الموضوع بتقريرهم أن العلاقة التي تربط الطرفين هي علاقة تجارية وليست حرفية، اعتماداً على الوثائق المقدمة من طرف المطعون ضده - سجل تجاري - وعلى مالهم من سلطة تقديرية في تقدير الوقائع، كانوا مطبقين القانون التطبيق الصحيح"<sup>3</sup>. وبالتالي كيفت المحكمة العليا العقد بأنه عقد تجاري وليس حرفي.

وأخيراً، فإن ما يمكن استخلاصه، هو أن عملية تكييف العقد من المهام المخولة للقاضي وذلك بقيامه بتصنيف العقد إلى عقد من العقود آخذاً بعين الاعتبار ما قصده المتعاقدان، وآخذاً بحقيقة الواقع والإرادة الحقيقية للأطراف.

<sup>1</sup> - أنظر، القرار الصادر، في 09 جوان 1980، نشرة القضاة، 1982، ص.168.

<sup>2</sup> - أنظر، قرار رقم 19، نقض تجاري فرنسي 21 أبريل 1977.

<sup>3</sup> - أنظر القرار المؤرخ في 20/05/1990، ملف رقم 66988، المجلة القضائية، العدد الثاني، 1992، ص.93.

## المطلب الثاني: دور القاضي في حالة الظروف الطارئة

من الواضح أن العقد يكتسي طابعا إلزاميا من حيث مضمونه ولذلك كان من المفروض على المتعاقدان تنفيذ الالتزامات الواردة فيه بحكم أن موضوع التعاقد - في حقيقة الأمر - يخضع لإرادة الأطراف فلا يجوز تعديله أو نقضه إلا بإتفاق الأطراف، وهذا طبقا لمبدأ سلطان الإرادة. فضلا عن ذلك إذا أنشأ العقد صحيحا وكان مستوفيا لجميع شروط تكوينه فلا يجوز للمتعاقدان تعديله إلا في حالات خاصة.

كما نعلم أن العقد شريعة المتعاقدان لايجوز تعديله أو نقضه إلا بإتفاق الأطراف أو بواسطة القضاة أو بمقتضى نص قانوني صريح وهذا بدليل ما جاء به المشرع الجزائري في نص م. 106 (ق.م.ج) وتقابله م. 1134 (ق.م.ف)، م. 148 (ق.م.ج). ومع ذلك هذه القاعدة ليست مطلقة بل ترد عليها جملة من الاستثناءات القانونية تتمثل في سلطات القاضي في تعديل العقد لمصلحة أحد الطرفين وفي الحدود التي يسمح بها القانون<sup>1</sup>.

فالأمر لا يتوقف إذا على إمكانية تعديل العقد بمقتضى الاتفاق فقط بل أكثر من ذلك يمكن تعديل العقد<sup>2</sup> وذلك عن طريق السلطة القضائية أو بالأحرى المحكمة في حد ذاتها وهذا في حالات معينة أهمها الحالات الاستثنائية التي تطرأ بين مرحلة إبرام العقد وتنفيذه ونقصد بذلك "الظروف الطارئة".

وهكذا تعتبر نظرية الظروف الطارئة أهم استثناء تناولته المادة 107 / 3 (ق.م.ج)، وبمقتضاه تعطى الصلاحية للقاضي في تعديل العقد.

لذلك تعد نظرية الظروف الطارئة من أهم المسائل القانونية التي كانت ولا تزال محور إهتمام العديد من الفقهاء والباحثين باعتبار أنها تثير من وراءها العديد من التساؤلات؟ وبالأخص مدى فعاليتها في تحقيق مبدأ التوازن العقدي؟ بالإضافة إلى دور القاضي في تطبيق هذه النظرية وكذا الأثر القانوني الذي ينجم عن ذلك؟ .

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 970.

<sup>2</sup> -نقض مدني 30 جانفي 1980، الطعن 1466 س 48 ق.

## الفرع الأول: تحديد فكرة الظروف الطارئة

تتصب الدراسة في هذا الفرع حول نظرية الظروف الطارئة، نتحدث في بادئ الأمر عن مفهوم الظرف الطارئ من حيث تعريفه وكذلك تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه، ومن ثم نميز بين نظرية الظروف الطارئة والمسائل المشابهة لها وفي نهاية الأمر سنتطرق إلى معرفة شروط تطبيق هذه النظرية ومجال تطبيقها.

سوف نتطرق إلى تعريف الظرف الطارئ (أولاً)، الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة (ثانياً)، تم ييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة والحادث المفاجئ (ثالثاً).

## أولاً: تعريف الظرف الطارئ

يمكن أن نعرف الظرف الطارئ بأنه حالة استثنائية عامة تطرأ بين مرحلة إبرام العقد ووقت تنفيذ الالتزام ومن شأن هذا الأمر الطارئ التأثير على مصلحة المتعاقدين لاسيما المدين بالالتزام، بحيث يجعل هذا الظرف تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا إذ يقتضي ذلك سلطة القاضي بالتدخل لوضع حد لهذه المسألة من خلال إعادة النظر في العقد وتعديل هذا الأخير على نحو يلائم مصلحة الأطراف في العقد<sup>1</sup>.

## ثانياً - الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة

وتجد هذه النظرية أساسها القانوني في قواعد القانون المدني حيث نص عليها المشرع الجزائري صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 107 ق. م، بقوله "..... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي<sup>2</sup>، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 970، ص 974

<sup>2</sup> - نقض مدني 16 نوفمبر 1989، الطعن رقم 2903 س 57 ق، مجموعة المكتب الفني، س 40، ج 2 رقم 2903 س 58 ق، مجموعة المكتب الفني، س 35 رقم 100 ص 512.

المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"، وتقابلها نص م.1134 (ق.م.ف).

وعلى أساس هذا القول نفهم أن القاضي بإمكانه أن يتدخل ويعدل العقد أو الالتزام الوارد فيه متى طرأ ظرف طارئ لم يتوقعه أحد المتعاقدان، بحكم أن الظرف الطارئ يعتبر بحسب القانون سببا قانونيا يستدعي تدخل القاضي لتعديل العقد بجعل الالتزام محتملا، بحيث يستطيع المدين تنفيذه بسهولة وبساطة وفي هذه الحالة يجب على القاضي أثناء ممارسته لسلطته في التعديل أن يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الظروف من جهة ومصصلحة الطرفين من جهة أخرى.

وبالتالي يمكن القول بأن سلطة القاضي في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة يعد من النظام العام وعلى ذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها وهذا ما أكد عليه المشرع صراحة في نص المادة 107 فقرة أخيرة مذكورة أعلاه<sup>1</sup>.

### ثالثا - تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة والحادث المفاجئ

لا شك في أن هناك اختلاف واضح بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة لاسيما إذا تعلق الأمر بشروط وأحكام كل منهما. فبالنسبة للظرف الطارئ يشترط فيه أن يكون استثنائي وعام ومن شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام ممكن. أي أن تنفيذ الالتزام في إطار نظرية الظروف الطارئة لا يكون مستحيلا وإنما مرهق للمدين وتبعا لذلك لا ينقضي الالتزام ولا تبرأ ذمة المدين إذا حدث ظرف طارئ غير متوقع وغير راجع إلى تقصير المدين أو إهماله. وهذا بخلاف القوة القاهرة التي تؤدي بالضرورة إلى انقضاء الالتزام، لاستحالة التنفيذ وعلى ذلك تبرأ ذمة المدين لأن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلا بسبب خارج عن إرادته.

وبالرجوع إلى نص المادة م.307(ق.م.ج) نستخلص أنه يجب أن تتوافر شرطان في استحالة التنفيذ التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، أولهما يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام

<sup>1</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط 2008، ص 257.

مستحيلا والثاني أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه <sup>1</sup>. معنى ذلك أن يكون الالتزام مستحيلا وليس مرهقا، فالاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام هي التي يترتب عليها تعذر الوفاء كلية، أما إذا ظل الوفاء ممكنا، وإن أصبح مرهقا، فإنه، لا ينقضي، وفي هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها طبقا للفقرة الثالثة من 107 (ق.م.ج.)<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

بالرجوع إلى التشريعات المدنية المقارنة <sup>3</sup> نلاحظ بأنها تعلق تطبيق نظرية الظروف الطارئة على حالات معينة و باستقراء نص المادة 107 ف3 (ق.م.ج.)، نستخلص أن لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يقتضي الأمر توافر الشروط التالية:  
أولا: أن يوجد التزام تعاقدي متراخي التنفيذ

يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يبرم العقد في ظل أوضاع عادية، ثم تقع عقب ذلك حوادث استثنائية لم تكن متوقعة تجعل تنفيذ جد مرهق<sup>4</sup>، بمفهوم المخالفة لا يكون العقد قد تنفذ بمجرد نشوئه سواء كنا بصدد عقد مستمر كعقد الإيجار مثلا أو عقد عرفي كعقد البيع، ونعني بذلك العقد الذي يفصل بين إبرامه وتنفيذه فاصل زمني<sup>5</sup>.

### ثانيا: يجب أن يكون الظرف استثنائيا وغير ممكن وقوعه

أي يقع الظرف الطارئ في لحظة لا يمكن لأحد المتعاقدان توقعها ويكون من شأن هذا الظرف أن يؤدي إلى الإخلال بالتوازن للعقد<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - حيث تنص المادة 307 (ق م ج) على ما يلي: "ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي عن إرادته".

<sup>2</sup> - أنظر، محمد صبري السعدي، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الهدى، عين ميله - الجزائر طبعة 2010، ص.322، 323.

<sup>3</sup> - أنظر، م.147 (ق.م.ج.)، م.1467 مدني ايطالي، م.388 مدني يوناني

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.154.

<sup>5</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات حلي الحقوقية - بيروت - لبنان ط. 2000، ص 717.

<sup>6</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم السرحان، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان. 2008، ص. 258.

## أ: أن يكون الظرف الطارئ استثنائي

المقصود بالحدث الاستثنائي، الحدث الشاذ بحسب المألوف من شؤون الحياة، أما أن يكون الحدث عاما فيقصد به أن لا يكون خاصا بالمدين وحده. وعلى ذلك يجوز للمدين أن يتذرع بالظرف الطارئ لتعديل العقد، مثال ذلك (حدوث زلزال).  
وليس أي ظرف طارئ، أو حادث أيا كان نوعه ومصدره مبررا لإعمال نظرية الظروف الطارئة، وإنما يلزم لتطبيق هذه النظرة أن يكون الظرف استثنائيا، أي غير مألوف ولا يقع في الأحوال العادية<sup>1</sup>.

## ب: أن يكون الحدث غير متوقع حدوثه

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يوجد حادث غير متوقع إبرام العقد، إذ لو كان المدين الملتزم قد توقعه لما جاز له التظلم من تحققه<sup>2</sup>.  
وبمعنى آخر وقوع ظرف لم يكن في الوسع توقعه عند إبرام العقد كما أن مسألة التوقع هي مسألة موضوعية، تخضع لتقدير القاضي وعلى ذلك لا يعتبر حادثا طارئا قيام حرب في ظروف دولية تنذر بتوقع حرب<sup>3</sup>.

## ثالثا: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا

وهذا ما يميز الظرف الطارئ عن القوة القاهرة، فإذا كانت تجمعهما خاصية عدم التوقع، فهما يختلفان من حيث الأثر، فبينما تجعل القوة القاهرة تنفيذ الالتزام أمرا مستحيلا مما يستتبع توقفه أو انقضاءه فإن الظرف الطارئ يجعله مرهقا فقط، لذا يرجع الالتزام إلى حدود معقولة<sup>4</sup>.

بحيث يترتب عنه خسارة فادحة تلحق المدين. من جراء وقوع هذا الظرف وهذا يعني من جهة أن يكون الإرهاق من النوع المألوف الذي يمكن أن يلحق المدين بخسارة

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.156.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.155.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص. 971.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص.157.

فادحة لو أُجبر على تنفيذه. ومن جهة أخرى لا يؤدي هذا الظرف إلى انقضاء الالتزام بسبب استحالة التنفيذ<sup>1</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن المدين إذا نفذ التزامه بالكامل قبل المطالبة القضائية بتعديل العقد، فإن تنفيذ الالتزام في هذه الحالة يعتبر قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس، على أساس أن التزام المدين صار غير مرهق له<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

من الواضح أن نظرية الحوادث الطارئة تطبق عادة في مجال العقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار وكذلك العقود الفورية المؤجلة، باستثناء العقود الاحتمالية كون أن هذه الأخيرة تقوم على عنصر الربح أو الخسارة، بمعنى أن نظرية الظروف الطارئة تنطبق فقط على العقود التي يكون فيها تنفيذ الالتزام مؤجلاً إلى مدة معينة مثلما هو الحال بالنسبة لعقد البيع، نتحدث هنا عن مسألة تأجيل دفع الثمن أو دفع الثمن الأجل مسمى، مع العلم أن الالتزام بدفع الثمن يعتبر من أهم الالتزامات التي رتبها المشرع على عاتق المشتري وطبقاً لنص المادة 388 (ق.م.ج)<sup>3</sup> فإن دفع الثمن قد يكون وقت تسلم الشيء المبيع غير أنه قد يتفق البائع مع المشتري على أن يكون دفع الثمن مؤجلاً لا معجل<sup>4</sup>، في هذه الحالة نلمس أن هناك تراخي في تنفيذ الالتزام، لذا فإنه إذا وقع ظرف طارئ قبل دفع الثمن، هنا نكون بصدد تطبيق أحكام المادة 3/107 - سالفة الذكر -.

<sup>1</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص. 257.

<sup>2</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم السرحان، المرجع السابق، ص. 258.

<sup>3</sup> - حيث تنص المادة 388 ق م ج على ما يلي: "يكون ثمن المبيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع بما لم يوجد اتفاق أو عرف..."

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة بيروت - لبنان ط. 2000، ص 787، ص 786.

## الفرع الرابع: ظاهرة التوازن العقدي في ظل استخدام نظرية الظروف الطارئة

نتحدث في هذا المقام حول إمكانية تحقق مبدأ التوازن العقدي في ظل استخدام نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في حماية أحد المتعاقدين ضد تعسف المتعاقد الآخر من وراء تطبيق هذه النظرية والأثر قانوني مترتب عن ذلك.

## أولاً: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

تطبيقاً لأحكام المادة 3/107 نستخلص أن القاضي حينما يطبق نظرية الظروف الطارئة في النزاع المعروض أمامه، فإن له سلطة في تعديل العقد، وأحياناً يعتمد على النظريات العامة في القانون المدني لبناء حكمه في نهاية الأمر ومن قبيل هذه النظريات وأهمها نذكر: مبدأ حسن النية، نظرية السبب، وكذلك نظرية التعسف في استعمال الحق.

## أ: دور القاضي في حالة الظرف الطارئ.

مقتضى هذه النظرية أنه إذا طرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه<sup>1</sup> حوادث لم تكن متوقعة، ترتب عليها اختلال التعادل بين التزامات الطرفين اختلالاً فادحاً، بحيث أصبح أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة جسيمة، فعندئذ يجوز للقاضي أن يتدخل في العقد ، لا لإخلال المدين من التزامه، وإنما لتعديل التزامات الطرفين على الوجه الذي يرد به الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، مثال ذلك عقد توريد حدد فيه سعر السلعة التي تعهد المتعاقد بتوريدها على أساس الظروف الاقتصادية القائمة وقت إبرام العقد، ثم يحدث حادث غير متوقع كحرب مثلاً، يترتب عليها ارتفاع فاحش في الأسعار بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد بالسعر المتفق عليه يهدده بخسارة فادحة، تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - كما أن القضاء الفرنسي والقضاء المصري لم يكن يأخذ بنظرية الظروف الطارئة من قبل ، ولكن مؤخراً أخذ بها المشرع المصري ، ونص عليها في م. 138 (ق. م. م.).

<sup>2</sup> - أنظر ، نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص. 222 ، 223



وكان القضاء الفرنسي يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة بسبب أن القاضي سيعدل العقد بناء على طلب أحد المتعاقدين دون رضا الطرف الآخر، مما يشكل خرقاً للقوة الملزمة للعقد. ولكن في الأخير تدخل المشرع الفرنسي، وأخذ بنظرية الظروف الطارئة بنصوص خاصة، وعلى العكس ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري، وأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي<sup>1</sup>.

وتطرق المشرع المصري لهذا المبدأ في المادة 138 (ق. م. م) على أنه "... ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يمنع المتعاقد من تعديل العقد في حالة ظهور حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن أصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."<sup>2</sup>

#### ب: تعديل العقد في حالة الحادث الطارئ.

يجوز للقاضي أن يوازن تبعاً للظروف بين مصلحة الطرفين وأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، والقاضي في الأصل لا يملك إلا أن يفسر عبارات العقد الغامضة أو يحدد نطاقها في الحدود التي رسمها القانون، ولا يجوز له في الأصل أن يأخذ بالتعديل على ما اتفق عليه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 222.

<sup>2</sup> - أنظر، نقض مدني مصري 13 فبراير 1996 طعن رقم 810 س 64.

<sup>3</sup> - نقض مدني مصري 30 جانفي 1980 طعن 1466 س 48.

أما في حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يعطي للقاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وهي سلطة تقديرية واسعة، يستطيع القاضي بموجبها اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الالتزام.

وطبق المشرع السوري هذا المبدأ في القانون المدني على عقد الإيجار في المادة 575 (ق.م)، فاعتبر أنه " إذا كان الإيجار معين المدة جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا أوجدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا"<sup>1</sup>.

وقضت المحكمة العليا الجزائرية في قرار أصدرته بتاريخ 1999/10/24 أنه " من المقرر قانوناً أنه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

والمستفاد من القرار المطعون فيه، أن قضاة الموضوع لما أقروا زيادة نسبة 10 % من السعر الإجمالي للسكن وفقاً لعقد التخصيص تماشياً مع عدالة العقد وتوازنه، فإنهم تناسوا إمكانية تعديل الشروط المدرجة في العقد طبقاً لأحكام المادة 107 ف3 (ق.م.ج)، إذ ما طرأت حوادث استثنائية ذات طابع عام وغير متوقعة، من شأنها أن تجعل التزامات الطاعنة مرهقة، فإنهم يكونون قد أخطأوا في تطبيق نص المادة 107 (ق.م.ج)<sup>2</sup>.

**ثانياً: سلطة القاضي التقديرية وفقاً للظرف الطارئ.**

القاضي له الحق في زيادة الالتزام مقابل الالتزام المرهق، حيث يتحقق التوازن الاقتصادي بينهما فإذا تعهد شخص مثلاً بتوريد قمح بسعر، ثم ارتفع السعر بسبب

<sup>1</sup> - أنظر، أحمد عيسى، والمرجع السابق، ص. 57، 56.

<sup>2</sup> - أنظر، القرار المؤرخ في 1999/10/24، ملف رقم 191705، المجلة القضائية، العدد الثاني، لسنة 1999، ص.

حدث طارئ<sup>1</sup>، ففي هذه الحالة يرفع القاضي السعر المتفق عليه في العقد، ويراعى في ذلك عدم الاعتداء بالزيادة المألوفة. أي أنه يرفع السعر في الحدود التي لا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة للمدين<sup>2</sup>.

والقاضي عندما يرفع السعر، لا يفرض على الطرف الآخر الشراء بالسعر الذي حدده، بل يكون له الخيار بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا تخير الفسخ كان ذلك محققا لمصلحة المدين. إذ يزول عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ.

كما يقوم القاضي بإنقاص الالتزام المرهق بدلا من زيادة الالتزام المقابل، فمثلا أن يتعهد شخص بتوريد كمية من الخشب ثم يرتفع السعر ارتفاعا باهضا بسبب كوارث طبيعية جعلت قطعه متعذرا، وهنا تنقص الكميات الموجودة في السوق، ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص الكمية التي يلتزم المدين بتوريدها، وذلك في الحدود التي تجعل تنفيذ الالتزام ميسورا غير مرهق<sup>3</sup>.

وقد يلجأ القاضي لوقف تنفيذ العقد<sup>4</sup>، حتى يزول الحادث الطارئ، إذا ظهر له أن الحادث زمني مما يقدر له الزوال في وقت قريب، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى في وقت محدد، وترتفع أسعار البناء ارتفاعا باهضا بسبب حادث طارئ، فإذا قدر أن هذا الارتفاع زائل في وقت قصير، لقرب السماح باستيراد المواد اللازمة مثلا، فهو يقضي بوقف تنفيذ التزام المقاول في الموعد المتفق عليه، حتى يتيسر

<sup>1</sup> - كما حددت م. 148 (ق.م.ج) وتقابله م. 107 (ق.م.ج) الشروط الخاصة بالظرف الطارئ:

أ- أن يكون الالتزام تعاقديا، (أي تحدث الظروف ما بين انعقاد العقد وتنفيذه).

ب- أن يكون الظرف الطارئ ناشئا عن حادث استثنائي عام غير متوقع.

ج- أن يجعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا.

<sup>2</sup> - يحكم بالفسخ بناء على طلب المدين، "نقض مدني مصري، المؤرخ في 24 ديسمبر 1985" نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 226, 227

<sup>3</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 226، ص. 227

<sup>4</sup> - كما أن القاضي قد يحكم بوقف تنفيذ العقد لحين زوال الظرف الطارئ كما لا يجوز للقاضي أن يحكم بالفسخ بناء على طلب المدين

للمقابل تنفيذ التزامه دون إرهاب، ويشترط ألا يترتب على وقف التنفيذ ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى.

وبينت المحكمة العليا الجزائرية موقفها من خلال قرار صادر في 1993/10/10، بأن تنفيذ الالتزام التعاقدى في حالة الحادث الاستثنائي، يوجب رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وجاءت في حيثيات هذا القرار " من المقرر قانونا انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد المراعاة لمصلحة الطرفين، إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ولما ثبت من مستندات القضية المثارة أن السوق محل العقد بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة)، بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فان ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا، يجب الأخذ به"<sup>1</sup>.

### أ: السلطة التقديرية للقاضي في منح مهلة للمدين.

تختلف السلطة التقديرية للقاضي في مداها في القانون المدني الفرنسي عنه في القوانين الأخرى. فإذا كان للقضاء في كلا التشريعات أن يقدر الظروف والوقائع وينتسب الحل المناسب إلا أن هذه السلطة هي أضيق نطاقا في التشريع الفرنسي. فالمادة 107 (ق.م.ج) قد أعطت للقضاء الحق بمنح مهل متتابعة دون تحديد لمدتها، وأن يجرى الدين إلى أقساط لمدة طويلة أو قصيرة، وذلك بحسب مقتضى الحال في حين أن المادة 1244 مدني فرنسي<sup>2</sup> قد حصرت سلطة القضاء بمنح المهلة بمدة

<sup>1</sup> - أنظر، القرار المؤرخ في 1993/10/10، ملف رقم 99694 م.ق لسنة 1994، العدد الأول، ص.217. مأخوذ عن عمر سعيد، المرجع السابق، ص.39.

<sup>2</sup>Art 1244 "Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, meme Divisible" c.c.f, p.214.

معينة هي السنة وليس له الحق بتجاوزها، حتى ولو كانت المهل قد أعطيت من محاكم مختلفة في القضية الواحدة وهي سلطة تتعلق بالنظام العام.

ففي العلاقات الداخلية يمنع على الأفراد الاتفاق على حرمان المدين من حصوله على المهلة، كما أن كل تنازل مسبق عن المهلة يعتبر كأن لم يكن. فالاعتبارات الإنسانية والأخلاقية التي دفعت إلى تكريس الإمهال القضائي بفرض المحافظة على هذه المهل والحيلولة دون إزالتها من الدائن - وهو الطرف القوي في التعاقد بوضعه بندا في العقد يحرم المدين من المهلة، مما يحول بالنتيجة سلطة القضاء بإعطاء المهل إلى سلطة نظرية محضة فلا يجد مجالاً لاستعمال حقه بالإمهال بسبب تدخل الدائن المستمر لمنعها صراحة في التعاقد<sup>1</sup>.

فالأسباب التي حملت المشرع على منع كل تنازل مسبق عن الاستفادة من القواعد الموضوعية لمصلحة المدين في عقود الإذعان أو الظروف الطارئة - في التشريعات التي كرسها صراحة - أو التمديد الجبري لكافة عقود الإيجار، هي ذاتها التي تملّي حماية المدين من كل محاولة لمنعه من طلب الإمهال القضائي. كما أن طبيعة تلك المهلة ومصدرها تفترض بالضرورة إبطال كل اتفاق مخالف للحرمان من المهلة<sup>2</sup>.

فالمشرع عندما قضى بإمهال المدين مدة معينة إنما يعطي القضاء اختصاصاً في ذلك، لإصلاحية توجهه الضرورة بتأمين حسن سير العدالة والفرق واضح بين الوضعين: في الاختصاص القضائي المسألة هي مسألة دور القضاء في الدعوى لتمييزه بشكل منفصل عن الخصوم في الدعوى. في حالة الأولى الإرادة الفردية لا تملك أن تتجاوز حدود الاختصاص القضائي ما لم يرد النص على ذلك بل أكثر من ذلك الاختصاص القضائي يمارسه القضاء كحق، ولو أدى ذلك إلى التدخل في أحكام دولة أخرى يطلب إعطائها الصيغة التنفيذية. وفي الحالة الثانية قد تملك الإرادة أن تتجاوز

<sup>1</sup>-V.Cass.3mai.1932.D.1934.297 ET Gaz.pal.1934.2.588;Deveau.th.cit.p.55, 56

<sup>2</sup>- أنظر، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص.304.

حدود الصلاحية القضائية كما في قواعد الصلاحية النسبية أو بنود الصلاحية أو التحكيم<sup>1</sup>.

ومن النصوص ما يقيد حق القضاء في منح المهلة بالتنفيذ ".بناء على دعوى تقام لديه من المدين بدين نقدي يوجه للدائن في خلال مهلة الإنذار , والرامية إلى منحه مهلا للإيفاء وفق الشروط المبينة. والرامية إلى منح المدين مهلة لا تتجاوز 6 أشهر دون أن يمنع ذلك من اتخاذ التدابير الاحتياطية..." ومن النصوص ما منع على القضاء إمهال المدين كما في حالة الإلغاء العقدي ووجود اتفاق بمضمون محدد. كما حالة عدم تنفيذ العقد بحيث يحق للمتعاقدين أن يتفقوا فيما بينهم على أن العقد عند عدم التنفيذ يلغى حتما وبدون واسطة القضاء " ، مما يفقد المحكمة كل سلطة تقديرية تستطيع معها إعطاء مهلة للمدين لأنها مقيدة باتفاق الطرفين . كما أنه لا يجوز لها تمديد المهلة المتفق عليها بإعطاء مهلة الميسرة لان تحديد مهلة التنفيذ يؤدي لبقاء العقد، في حين أن العقد يكون قد زال بتحقيق بند الإلغاء الصريح ، فلا يجوز إعطاء مهلة لتنفيذ عقد قد انعدم أصلا<sup>2</sup>.

والمحاكم الجزائية يمتنع عليها عند بحثها بتقسيط العطل والضرر أن تنظر في إعطاء المهلة" إذ أن صلاحية المحكمة الجزائية لجهة الدعوى هي صلاحية تبعية تبعا لدعوى الحق العام... أي صلاحية استثنائية<sup>3</sup>.

ويقصد بالقضاء المدني بالتحديد قضاء الموضوع فقضاء التنفيذ لا يملك الإمهال إلا في حلة النص على ذلك<sup>4</sup>. كذلك قضاء الأمور المستعجلة لأن في إمهال المدين تدخل في أساس الحق. وليس من الضروري أن يكون القاضي الذي يمنح المهلة هو نفسه القاضي الذي أصدر الحكم الأساسي، دون أن يشكل الإمهال تعرضا لقوة القضية

<sup>1</sup> - أنظر ، سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص.304.

<sup>2</sup> - Trib.lyon.02 juin.1953.Mon. jud.Lyon.17 avr.1954; C.Appel ;.Colmar.15 mai.1956.d.1956.614;

<sup>3</sup> - أنظر ، سامي بديع منصور ، المرجع السابق ، ص.304.

<sup>4</sup> - Cass.Comm.23juin 1956. Bull.1965.3.363;milao.Etudes sur le terme de grace. Th.paris 1938, p.16.

المحكوم بها طالما أنه لم يصدر عن المحكمة التي أصدرت الحكم , بل أكثر من ذلك: فيمكن للقاضي منح المهلة للمحكوم عليه بالحكم الأساسي، وذلك إذا طرأت ظروف جديدة تبرر منحها ودون أن يكون منح المهلة إلزاميا في أساس الحكم الفاصل في النزاع.<sup>1</sup>

ومن الناحية الثانية حالة المدين التي تبرر منح المهلة هي حسن النية بصراحة نص المادة 107 ف02 (ق.م.ج)<sup>2</sup> ومركز المدين مع الأخذ بالاعتبار الوضعية الاقتصادية بصراحة نص المادة 1244 من القانون المدني الفرنسي.

وحسن النية في تنفيذ المهلة الممنوحة للمدين كما يرى الأستاذ فرحات هو "مبدأ فلسفي يصعب حصره وتحديده في بعض عبارات. فهو كسائر القيم الروحية يفوق كل تحديد وتعريف, ونشعر به أكثر مما يمكننا التعبير عنه...ومن مقابلة الشرائع التي تشير صراحة أو ضمنا إلى حسن النية نرى أن هذا المبدأ حسن النية، هو واحد في جوهره متشعب في مظاهره يصطبغ بصبغة قضائية ويستند إلى أساس أدبي، وينطوي على نظرة بسيكولوجية في المقصد والاعتقاد وعلى استقامة تفرض القيام بموجب العدالة والطريق الأمثل لتطبيق مبادئ الصدق والإنصاف. بل هو الوسيلة الفعالة لحكم الحق "فبأويه كما يرى غورف ينير أمام القضاء في تأديته لمهمته الدقيقة والعليا".

وقد أكثر القانون المدني من التطبيقات القانونية لذلك المبدأ، فطبق مبدأ حسن النية، في أكثر من مجال مما يؤدي علميا إلى اختلاف مظهره باختلاف مركزه<sup>3</sup>. وحسن النية الذي تفرضه المهلة الممنوحة يمكن تحديده "بالإرادة الطيبة التي يظهرها المدين بغية تنفيذ التزاماته ووفاء ديونه " فالمدين الذي لم يكن موفقا في أعماله التجارية

<sup>1</sup>-أنظر, سامي بديع منصور, المرجع السابق, ص.304.

<sup>2</sup>-م.107 ف02 غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى, وان لم يصبح مستحيلا, صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول, ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

<sup>3</sup>-Trib.civ.Toulouse 23 janc.1952.d.1952 somm.p.52.

وظل مستقيماً في معاملاته يجب إفساح المجال له لينهض من كبوته " <sup>1</sup> وذلك بإمهاله مدة قانونية معينة<sup>2</sup>.

### ب- الاستثناء الوارد عن سلطة القاضي التقديرية في حالة الظروف الطارئة

لا يجوز للقاضي الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين، وذلك لأن الهدف المقصود من نظرية الظروف الطارئة هو توزيع تبعات الحادث على الطرفين. وفي حالة الحكم بالفسخ بناء على طلب المدين وتحميل الدائن وحده الخسارة كلها. كما أنه ليس هناك ما يمنع من أن يطلب الدائن الحكم بفسخ العقد دون تعويض، وإذا لم يشأ أن يقبل تعديله. إذ لا محل لأن يفرض على الدائن تعديل العقد إذا كان يؤثر التخلي عن الصفقة، وخاصة وأنه في هذه الحالة لا يصيب المدين أي ضرر، بل يكون هذا في صالحه إذ يرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ<sup>3</sup>.

### ج- القاضي لا يملك تعديل العقد إلا باتفاق الأطراف.

إذا كان على القاضي ألا تغيب العدالة عن نظره في تفسير العقد وتطبيقه، فإنه لا يجوز له أن يغفل إرادة المتعاقدين ما دامت في حدودها، بدعوى أن هذه الإرادة لا تتفق مع قواعد العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. وشأن العدالة في إرادة المتعاقدين، شأنها في القانون لا يجوز للقاضي أن يتمتع عن تطبيق نص صريح في القانون أو في العقد، بدعوى أنه يتناقض مع العدالة. على أن هناك حالات استثنائية يملك القاضي فيها حق تعديل العقد، خضوعاً لاعتبارات عادلة، كما في جواز تعديل الشرط الجزائي، وفي جواز إعطاء مهلة للمدين (Délai de Grace) وفي جواز تعديل أجر الوكيل، وفي نظرية الحوادث الطارئة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وقد يختلف المتعاقدون على تفسير البند الوارد في العقد القاضي بتحديد وقت التنفيذ، فيصدر الحكم قاضياً بالتنفيذ

الفوري لاتفاقه مع الإرادة الحقيقية ولكن ذلك لا يمنع على القاضي الناظر في مسألة التنفيذ من إعطاء مهلة

Cass.8.janv.1929 Gaz.pal. 1929 1.497 ; Dijon.8 1817.Rép.D.V°. Jugement.N° 455. 9

JUIN.1920.Rec. Dijon.1920.p.60.

<sup>2</sup> - أنظر، سامي بديع منصور، المرجع السابق، ص.305.

<sup>3</sup> - أنظر، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص.227.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، " نظرية العقد "، المرجع السابق، ص.951.



وجاء في قرار لمحكمة النقض بمصر مؤرخ في 09/01/1980 "إذا استقر الرأي بين الطرفين فيصبح قانون المتعاقدين، العقد النهائي دون العقد الابتدائي، ومن ثم فإذا تبين أن عقد البيع النهائي قد خلا من النص على الشرط الجزائي الوارد في عقد البيع الابتدائي، أو الإحالة إليه فإن هذا يدل على أن الطرفين قد تخليا عن هذا الشرط، وانصرفتا نيتهما عن عدم التمسك به أو تطبيقه".

العقد يعتبر بمثابة قانون لا يجوز تعديله كقاعدة عامة، وكقاعدة استثنائية لا يكون ذلك إلا باتفاق الأطراف المتعاقدة طبقا لنص م. 107(ق.م.ج) ومخالفة هذه القاعدة يكون الحكم الذي قام به القاضي معرضا للنقض.

### الفرع الخامس: تطبيق النظرية بالرجوع إلى مبدأ حسن النية

نعلم أن العقد شريعة المتعاقدان بحيث يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية م(107ف01)<sup>1</sup>. وعلى هذا الأساس ليس من حسن النية أن يتعسف الدائن بالمدين إذا أصبح الالتزام مرهقا بسبب ظروف طارئة لم تكن في الحساب، كما أن المدين في الالتزام التعاقدية لا يدفع تعويضا إلا عن الضرر المتوقع<sup>2</sup>.

وعليه لا يجوز للمدين أن يحاسب على أساس ظرف طارئ، سبب ضررا جسيما لم يكن متوقعا وقت إبرام العقد، لأن هذا الأمر يتنافى مع مبدأ حسن النية.

### أولا: الاعتماد على نظرية السبب.

في إطار تعديل العقد يمكن للقاضي أن يستعين بنظرية السبب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومفاد هذا القول أنها متى وصل التزام المدين إلى حد الإرهاق أصبح لا يستند إلى سبب كامل وعلى ذلك وجب على القاضي في هذه الحالة إنقاص الالتزام إلى الحد المعقول<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حيث تنص المادة 107ف01 على ما يلي " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية...".

<sup>2</sup> - أنظر، عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في تنفيذ العقود، منشورات زين حلي الحقوقية، الطبعة 2006، ص.30، ص.31.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق، ص.972.

## ثانياً: الإسناد على نظرية التعسف في استعمال الحق

مضمون هذه النظرية أن الدائن قد يسيء استعمال حقه، إذا طالب المدين بتنفيذ التزامه مع أنه يعلم أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً، بسبب خارج عن إرادة المدين أو إهماله، وإنما السبب يعود إلى ظرف استثنائي غير متوقع لا يد للمدين فيه<sup>1</sup>.

## الفرع السادس: الأثر القانوني المترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إذا توافرت شروط الظرف الطارئ - كما سبق شرحه - يجوز للمحكمة، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وحسب مقتضيات العدالة<sup>2</sup>. معنى ذلك أن القاضي المدني يملك سلطة استثنائية تتمثل في تعديل العقد ويتجلى ذلك من خلال ما يلي:

## أولاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

معنى ذلك أن القاضي بإمكانه أن يختار الحلول أكثر اتفاقاً مع العقل والعدل، دون أن يتقيد في هذا الشأن بإرادة الأطراف فقد يكفي بوقف تنفيذ العقد فترة من الزمن حتى تزول آثار الحوادث الاستثنائية عندما تكون هذه الآثار مؤقتة بشرط أن لا يكون في إيقاف التنفيذ ضرر كبير بالدائن أو صاحب الحق<sup>3</sup>، كما تجدر الإشارة إلى أن القاضي عندما يرد الالتزام إلى الحد المعقول فإنه يستند في سلطته على أسس معايير العدالة، ومن ثم يصبح الأمر مسألة موضوعية وليست شخصية<sup>4</sup>.

مفاد ذلك أن القاضي أثناء فصله في النزاع المتعلق بتنفيذ الالتزام. فإنه إذا وجد أن تنفيذ الالتزام غير ممكن كأن يهدد المدين بخسارة فادحة جاز له تبعاً للظروف أن يقضي بإنقاصه أي إنقاص الالتزام المرهق، نذكر على سبيل المثال: إذا تعاقد مقاول مع آخر أن يبني له عشرون داراً وحدث وأن ارتفعت أسعار المواد الأولية ارتفاعاً

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق، ص. 973.

<sup>2</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص. 259.

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري - نظرية العقد - المرجع السابق، ص. 720، ص. 721.

<sup>4</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص. 260.

فاحشا بسبب الحرب، في هذه الحالة فإن القاضي حين يتصدى لموضوع النزاع فإنه يحكم بإنقاص عدد الدور التي يلتزم المقاول ببنائها إلى ستة عشر دار<sup>1</sup>.

ثانيا: زيادة الالتزام المقابل.

فقد يحدث وأن يحكم القاضي بزيادة التزام الطرف المقابل<sup>2</sup> مثال: إذا التزم صاحب محطة بنزين بتوريد كميات من البنزين لشركة خاصة بنقل الركاب مثلا بسعر نصف دينار للتر الواحد، ثم ارتفعت الأسعار بسبب الحرب بحيث أصبح سعر اللتر الواحد ثلاث دنانير هنا جاز للقاضي أن يزيد في السعر الذي تلتزم بدفعه شركة النقل. ومن خلال ذلك نستخلص أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي سلطات كثيرة في مجال تعديل العقد خلال مرحلة الظرف الطارئ، وذلك بموجب نصوص قانونية واضحة ودقيقة ومن أهم هذه السلطات أو الصلاحيات نجد سلطته في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذه السلطة تكتسي أهمية بالغة سواء من الناحية القانونية أو الواقعية، كونها تهدف بالدرجة الأولى إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، وبالدرجة الثانية تحقيق مبدأ التوازن العقدي لاسيما أن كان هناك إخلال في التوازن بين مراكز الأطراف في العقد. ومن هنا تبرز السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في إعادة التوازن للعقد من جهة وإزالة الإجحاف بحق الطرف الضعيف فيه.

المطلب الثالث: تصحيح العقد.

يظهر التصحيح كتعبير عن سلطة القاضي في إيجاد حل ملائم للنزاعات الناتجة عن العقود بهدف تقادي زوال الروابط العقدية وإعادة التوازن إلى الواجبات والحقوق المتبادلة<sup>3</sup>، فالتصحيح يدخل في مهمة القاضي العصرية التي تكمن في الوصول إلى

<sup>1</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص. 260

<sup>2</sup> - أنظر، عدنان إبراهيم سرحان، المرجع السابق، ص. 260

<sup>3</sup> - Cass.civ., 24 oct.1972, Bull.civ., n°. 122.P.1910

حل الأكثر مطابقة لمصالح المتعاقدين. فدور العدالة لا يمكن أن يكون أكثر فاعلية إلا عند إعطاء القاضي إمكانية تصحيح العقد<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق بالأشخاص الذين يملكون الحق بتصحيح العقد، فمما لا شك فيه أن الأطراف لهم الحق بالتصحيح لأن الإرادة التي أنشأت العقد قادرة على تصحيحه، ولكن هذا لا يصح من أحد الأطراف في العقد، بل بموافقة الطرف الآخر، وإلا حصل خلل في المساواة بين المتعاقدين<sup>2</sup>. ويعود للمشرع أيضا تصحيح العقد فيتدخل لوضع ضوابط على حرية التعاقد بوضعه قواعد آمرة لحماية الطرف الضعيف في العقد وللمحافظة على النظام العام والآداب العامة<sup>3</sup>.

أما تصحيح العقد من القاضي، فهو من أكثر الأمور المثيرة للجدل والانتقاد ويؤخذ عليه أنه يناقض نصي م. 1134 (ق.م.ف) وم. 107 (ق.م.ج) السابق ذكرهما واللذين نصتا على قوة الإلزامية للعقد تجاه إرادة كل من المتعاقدين والمشرع.

أما العقود التي يمكن أن تكون موضعا للتصحيح القضائي، فهي العقود المتبادلة بعوض التي يكون فيها كل طرف ملتزما تجاه الطرف الآخر على وجه التبادل بمقتضى الاتفاق المنعقد بينهما، والتي توضع لمصلحة جميع المتعاقدين منها منافع تعد متعادلة على وجه محسوس، والعقود الغير المتوازنة هي العقود الأكثر عرضة للإصابة بخلل في التوازن بين الموجبات المتبادلة في مرحلتي إبرام العقد وتنفيذه. حيث يستثنى من هذه الدراسة العقود المجانية كعقود الهبة وعقود الخدمات المجانية.

وبما أن التصحيح<sup>4</sup> هو علاج الخلل في التوازن الذي يصيب العقد لذلك، فإن حالات تصحيح العقد غير المتوازن هي التي ستكون موضع البحث، يستبعد إذن من هذه الدراسة الحالات التي تؤثر في واجبات أحد المتعاقدين والتي ليس لديها وظيفة

<sup>1</sup> - أنظر، ربما فر ج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، ط. 2011، ص. 18.

<sup>2</sup> - Cass.civ., 3e.24 oct.1972, Bull.civ., N° 543. P.396.

<sup>3</sup> - أنظر، ربما فر ج مكي، المرجع السابق، ص. 23.

<sup>4</sup> - وهو ما يناقض نص م. 107 (ق.م.ج) وم. 1134 (ق.م.ف)، وم. 148 (ق.م.ج).

أساسية في إعادة التوازن إلى العقد<sup>1</sup>، فالوسائل المتوفرة في القانون الوضعي والتي من شأنها معالجة الصعوبات المالية التي تصيب أحد المتعاقدين لا تجد مكانها في إطار هذه المعاملات، مثال على ذلك وسائل تحصيل الديون أو مهل التي يمنحها القاضي للمدين حسن النية ليفسح له في تأجيل دفع دين واجب الأداء، مراعيًا حالته وحسن نيته، لأن المسألة هنا ليست معالجة خلل في التوازن بين الواجبات المقابلة الملقاة على عاتق كل منهم، بل تتعلق بعدم تنفيذ أحد المتعاقدين لواجباته بسبب ظروفه المالية، إذ أن هذه الوسائل تهدف إلى تصفية ديون الدائن عند إصابته بصعوبات وغالبا باعتماد وسائل تساعد في حل المشكلة، كوسيلة تحصيل الديون أو تقسيطها. خصوصا إذا كان هذا الغلط يتناول: ... أرقاما أو حسابا، وحينئذ يكون التصحيح واجبا قانونا " <sup>2</sup>.

ومن جهة أخرى، إن ندرة كلمة " التصحيح " في اللغة القانونية يؤدي إلى التساؤل حول مدى شرعيتها وملاءمتها ليطم اعتمادها كأساس في دراسة إعادة التوازن إلى العقد.

في الواقع، إن استعمال هذه الكلمة تبرره حجتان. الأولى، وهي أن هذه الكلمة تبدو مثيرة للاهتمام كونها نادرة في القانون الوضعي، وجديدة فكريا وقانونيا لأنها لم تستعمل بعد من الفقه والاجتهاد، وهي تبدو غنية لما تشمله من حالات، بالإضافة إلى أن كلمتي مراجعة وتعديل لا تبدو أن أكثر شرعية، وظهورها في التشريع حديث نسبيا إلى جانب كلمات عديدة، كتكييف العقد Adaptation، إعادة التقدير Réévaluation، تسوية Ajustement، تغيير Modulation، إصلاح Amendement، تطوير Evaluation، فهذه العبارات لم تكن موضع تعريف محدد <sup>3</sup>.

والثانية، أن التصحيح يختلف عن مراجعة العقد وعن تعديل، فالمراجعة La révision تفرض وجود فترة سابقة، أي إن العقد أبرم وبدأ بإظهار نتائج معينة فطرا

<sup>1</sup>-Civ, 23 avr 1985, site le france – Bourgois, aff. du peintre Hillaire cite supra not 53 Philippe Laurent Aynés, les contrs, Op.cit, p.200

<sup>2</sup>- أنظر، ربما فر ج مكي، المرجع السابق، ص.23.

<sup>3</sup> - أنظر، ربما فر ج مكي، المرجع السابق، ص.23.

حدث لاحق جعل من تدخل القاضي ضرورياً، بمعنى آخر، لكي يحصل مراجعة للعقد، يجب أن يكون هنالك وضع مسبق وفرق بين هذا الوضع ووضع طراً لاحقاً، ولذلك تقع المراجعة على حالات الخلل في التوازن المتأتمية من مرحلة تنفيذ العقد، ولكنها لا تطبق على الحالات المترافقة مع إبرام العقد، ما يسمح بالاستنتاج أن المراجعة هي شكل من أشكال التصحيح ولكن هذا الأخير أشمل لأنه يخص حالات الخلل في التوازن العقدي مهما كانت أوقات ظهورها أي سواء أكانت عند الإبرام أو أثناء التنفيذ. أما التعديل<sup>1</sup> La Modification، فهو يشترك مع التصحيح بأنه يأتي بتغيير، ولكنه لا يفترض وجود خلل في التوازن في العقد، وذلك بعكس التصحيح، فالتعديل لا يتعلق بشكل إلزامي بمعالجة الخلل في التوازن، ولكنه تغيير يلجأ إليه الأطراف بهدف مطابقة عقودهم مع أوضاعهم ورغباتهم. ولذلك تبدو كلمة " تصحيح " مهمة نظراً لتعدد الحالات التي تشملها، ومناسبة نظراً لقدرتها على معالجة أي شكل من أشكال الخلل في التوازن الذي يصيب العقد وفي أي مرحلة من مراحلها.

وأخيراً، يختلف التصحيح القضائي للعقد لعيب الخلل في التوازن عن تصحيح الأخطاء المادية التي ترتكب أثناء كتابة العقد، فهذه الحالة تفترض تصحيح خطأ مادي يكون هدفه إنقاذ العقد من أخطاء مادية تشوبه. ويقع تصحيح الأخطاء المادية لاسيما على العقود الشكلية لأن القاعدة الأساسية هي أن العقد ينعقد بالتقاء إرادة الأطراف، فالمبدأ إذن أن المشرع لم يتطلب أي صيغة خاصة لإنشاء العقود إلا فيما يتعلق ببعض العقود، كالعقود الشكلية، والتي تعتبر باطلة إذا لم تراعى فيها شكليات معينة كعقد البيع العقاري، عقد الهبة العقارية، إلا أنه في غالبية الحالات ينشأ العقد بتوافق الإرادتين، ونادراً ما يتضمن أخطاء مادية خلال إبرامه.

### الفرع الأول: مبدأ تحقيق التوازن العقدي

<sup>1</sup>- ويرجع الفضل للفقير ألان غوزي Ghози Alain في كونه أول من لفت الانتباه إلى هذا المصطلح من خلال بحثه حول

تعديل الالتزام بإرادة الأطراف المنشور في سنة 1980

Ghozi., Lamodification de l'obligation par la volonté des parties, étude de droit de droit civil francais, I.G.D.J., 1980

ظهر في فرنسا اتجاه قضائي<sup>1</sup> بدعم من بعض الفقه الذي سبقه، يستند إلى نظرية السبب، وما تشترطه م. 1131 (ق.م ف)<sup>2</sup> من وجوب وجود السبب في الالتزام، من أجل إبطال الشروط المخالفة للالتزام أساسي في العقد.

وبخاصة تلك التي تدور بشأن استبعاد أو تحديد مسؤولية أحد المتعاقدين. حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول: بأنه يعتبر خرقاً لنص المادة: 1131 من القانون المدني ما ذهب إليه المجلس القضائي من تطبيق لشرط يتضمن تحديداً لمسؤولية شركة البريد Chronopost عن التأخير. والذي يناقض التزامها الأساسي بإيصال الطرود بسرعة كبيرة، مما يؤدي إلى اعتباره كأنه غير مكتوب<sup>3</sup>.

وفي مقابل النظرية التقليدية للسبب التي اعتمدت لإعادة التوازن العقدي. نجد أن المشرع الجزائري قد خالف المشرع الفرنسي حينما تبني النظرية الحديثة في السبب، وهي نظرية أنشأها القضاء الفرنسي، والتي تنظر إلى السبب باعتباره الغرض أو الغاية غير المباشرة التي يريد المتعاقد الوصول إليها من وراء التعاقد Cause impulsive et déterminante وعلى الرغم من الجهود المضنية التي بذلها القضاء في تشديد النظرية الحديثة، فإنه لم يضع تعريفاً حديثاً للسبب مثله مثل القانون المدني الفرنسي ' واكتفى بالقول تارة أن السبب موهوم، وتارة أنه غير مشروع، وتارة أخرى بأن الالتزام دون سبب.

<sup>1</sup> - حيث يقول الأستاذ Carbonnier

« Mais en maintes hypothèse, la jurisprudence préfère s'appuyer sur le défaut de cause, parceque, tout de même, il semble y avoir un objet.pour faire équilibre à l'obligation litigieuse, on trouve bien en apparence, une contre prestation, mais qui n'est pas sérieuse, qui est illusoire, de sorte qu'il est sans intérêt pour le débiteur de s'engager », GUEGUEN.(j.c) ; « le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », D.1999.chron, p.352.

أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.256.

<sup>2</sup>- ART.1131" L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause ill cite ne peut avoir aucun effet".c.c.f, p.230.

<sup>3</sup>- Com, 22 octobre 1996.

ووفقا لنص م.97(ق.م.ج)<sup>1</sup> فإنه لا يشترط في سبب إلا شرط واحد هو أن يكون مشروعاً، حيث نصت على أنه " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً " بينما أفصحت م.136(ق.م.م) على وجوب أن يكون الالتزام سبباً. وان كان ذلك محل خلاف كبير بين الفقهاء في مصر<sup>2</sup> أما شرط الصحة في السبب فيدخل في نطاق الغلط وفقاً لنظرية الحديثة للخلط التي تأخذ بمعيار الغلط الدافع.

### الفرع الثاني: احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد

القضاء الجزائري سار على طريقة القضاء الفرنسي والمصري بشأن تكريس مبدأ القوة الملزمة للعقد، فمن خلال تصفح بعض قرارات الاجتهاد القضائي في الجزائر، نجد أنها استقرت على تأكيد قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق. الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، ويجب تنفيذه طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية"<sup>3</sup>.

وقد نقضت المحكمة العليا عدة قرارات صدرت عن المجلس القضائي بسبب خرقها وعدم احترامها مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري، نذكر منها على سبيل المثال: " نقض القرار المطعون ضده نتيجة رفض تعويض الطاعن عن الخسارة التي لحقت به بسبب عدم تنفيذ المطعون ضده ما التزم به، في حين أنه ثبت أن

<sup>1</sup> م. 97(ق.م.ج) من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وتقابلها نص م. 136(ق.م.م) وم.1131(ق.م.ف).

<sup>2</sup> - حيث يرى الأستاذ السنهوري أن نص م. 136(ق.م.م) يمثل اعتناقاً للنظرية الحديثة، ونبدأ للنظرية التقليدية حتى مع وجود عبارة " إذا لم يكن للالتزام سبب... " في صدر المادة المذكورة على أساس ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري د.سلطان (أنور) ' المبادئ القانونية العامة، ط3، دار النهضة العربية 1981، ص.309. أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.257.

<sup>3</sup> - وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا، غ. ج، المؤرخ في 08 فبراير 1982، ملف رقم 26766، ن. ق، سنة 1982، ع. 04، ص.266.

وكذلك قرار المحكمة العليا، غ. م، المؤرخ في 03 أبريل 1985، ملف رقم 33528، م. ق، سنة 1989، ع. 04، ص. 48، راجع، حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة، الجزائر، ط. 2004، ص. 45.



الطرف المطعون ضده هو الذي أنهى تلقائياً عقد الإيجار" <sup>1</sup>، وهو ما اعتبره المجلس الأعلى خرقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المؤكدة قانوناً.

وفي قرار آخر ألزمت المحكمة العليا قضاة الموضوع بتطبيق أحد بنود عقد النقل والذي بموجبه تحدد مسؤولية الناقل في حالة الضياع أو التلف، استناداً على المادة 52 القانون التجاري الجزائري التي أجازت تحديد مسؤولية الناقل <sup>2</sup>. يضاف إلى ذلك، أن المحكمة العليا نقضت قرار مجلس قضاء جيجل الذي أمر بإلغاء عقد مبرم بين طرفين بسبب تقصير أحدهما في تنفيذ التزاماته، غير أن المحكمة العليا أعابت ما ذهب إليه قضاة الموضوع، في حين رأت أنه كان عليهم أن يأمروا الطرف المخل فقط بإتمام التزامه <sup>3</sup>.

مما تقدم ذكره، نستنتج أن الاجتهاد القضائي سواء الفرنسي أو المصري أو الجزائري غني بقراراته التي أجمعت واستقرت في معظمها على تأكيد مبدأ القوة الملزمة للعقد من خلال قاعدته الشهيرة "العقد شريعة المتعاقدين"، التي تستوجب التنفيذ حتى تنقضي العلاقة العقدية بإحداث آثارها، أو ترتيب الجزاء عند الإخلال بها.

<sup>1</sup> - قرار المجلس الأعلى، غ.م، المؤرخ في 26 ماي 1976، ن.ق، سنة 1978، ع. 01، ص. 2

<sup>2</sup> - قرار المجلس الأعلى، غ.م، المؤرخ في 16 مارس 1983، ملف رقم 30914، م.ق، سنة 1989، ع. 02، ص. 39.

<sup>3</sup> - قرار المحكمة العليا، غ.م، المؤرخ في 13 جوان 1990، ملف رقم 61489، م.ق، سنة 1991، ع. 04، ص. 65

## خلاصة الباب الأول:

نخلص في الباب الأول إلى إمكانية الإقرار بمدى تمتع القاضي بسلطات كثيرة ومتعددة في مجال تكوين العقد وتنفيذه، ذلك أن العقد يعتبر الوسيلة أو الأداة القانونية التي يتناولها القاضي أثناء ممارسته لسلطته في التعديل وذلك طبقاً لمقتضيات مبدأ سلطان الإرادة الذي ينطبق على سائر العقود المدرجة ضمن قواعد القانون المدني. فإذا التزم القاضي في تفسير العقد طبقاً للقواعد القانونية الملزمة، فهو يكشف عن هذه الإرادة طبقاً للمعايير القانونية، وله سلطة التقدير في التعامل معها، وهذه السلطة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض، ولكنه يتقيد قانوناً ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض بقاعدة جوهرية بسطتها محكمة النقض في كثير من أحكامها. ذلك أن قاضي الموضوع عندما يستخلص إرادة المتعاقدين من الواقع الذي يثبت عنده، يجب أن يكون هذا الواقع ثابتاً من مصادر موجودة فعلاً في وقائع الدعوى المطروحة عليه.

ولمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في التعرف على حقيقة العقد، والتحري عن قصد المتصرف من تصرفه، وسلطة تقدير الأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى والوقوف على النية الحقيقية للمتعاقدين لاستخلاص الحقيقة من الوقائع، والاستناد في ذلك إلى المفاوضات والاتصالات التي سبقت العقد أو لحقته أو رافقت تنفيذه.

وفي الواقع يكتسي دور القضاء في مجال المنازعات العقدية أهمية كبيرة خاصة أنها ترمي إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية محل النزاع بين أطراف العقد ويتجلى هذا الأمر بوضوح في مرحلتين أساسيتين هما توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف في مرحلة تكوين العقد وصياغته وتكمن المرحلة الثانية والأخيرة في تنفيذ العقد وتتجسد في هذه المرحلة أثناء تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بين الأطراف وكما يبدو أن تدخل القاضي المدني في نطاق هذه المنازعات -أي المنازعات العقدية- ضروري لتحقيق الحماية القانونية الفعالة للمتعاقد وكذلك استقرار المراكز القانونية بين الأطراف بمناسبة إبرام العقود والعمل على تنفيذها بحسن نية وتجنب ظاهرة الإخلال

بالتوازن العقدي وتكافؤ الفرص بين المتعاقدين، من خلال تفسير العقود والوقوف على النية المشتركة للأطراف المتعاقدة بالإضافة إلى تقدير الشرط الجزائي فضلا عن سلطته في تعديل وتكييف مضمون العقود.

# المباحث الثاني

## دور القاضي في تحديد نطاق العقد

الفصل الأول: دور القاضي في حماية المستهلك (الطرف الضعيف) من الشروط التعسفية.

الفصل الثاني: دور القاضي في تحديد التزامات العقد

## الباب الثاني: سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد

يكتسب موضوع نطاق العقد أهمية كبيرة، تنبثق من الجهود القضائية التي بذلت لتوسيع هذا النطاق، بإدخال التزامات جديدة إلى مضمون العقد لإعادة التوازن بين طرفيه خاصة في ظل التطور التقني الذي يشهده المجتمع البشري، حيث نجد وخاصة في مجال العقود ذات الطابع المهني أن أحد طرفيه هو ذو خبرة وتخصص، في حين أن الطرف المقابل غالباً ما يكون شخصاً اعتبارياً، لذا كان لا بد من إضافة التزامات جديدة على عاتق المتخصص لحماية حقوق الطرف الضعيف المتعاقد<sup>1</sup>.

ومن هنا أصبحت عملية تحديد نطاق العقد وإكماله إذا كان يشوبه النقص وسيلة حمائية استثمرها القضاء الفرنسي، لحفظ مصالح بعض الفئات في المجتمع والتي تحتاج إلى الرعاية، فابتدع التزامات جديدة هي الإعلام، التحذير والنصيحة، التزام بالسلامة والتي تتدرج من تقديم البيانات اللازمة عن محل العقد أو وسائل تنفيذ الالتزامات الناشئة منه، وتصل إلى حد تدخل أحد طرفي العقد في فرض سلوك معين على الطرف الآخر كما في الالتزام بالنصيحة.

ومن هنا نجد أن التشريعات قد تضمنت العديد من النصوص التي تفعل الدور الإيجابي للقاضي، فالمشرع يضع الإطار العام للحكم ثم يترك للقاضي تحديده وفقاً لما تقتضيه طبيعة الحالة المعروضة أمامه، ويتجلى لنا الدور الإيجابي للقاضي بشكل واضح سواء في مرحلة إنشاء العقد أو في مرحلة تنفيذه، إذ تعددت السلطات الممنوحة له، مثل سلطته في إنقاص التزامات الطرف المغبون وانقاص العقد الذي إذا كان في شق منه باطلاً، وتحول العقد إذا توافرت فيه أركان عقد آخر وتبين أن نية الطرفين كانت تتصرف إلى إبراز هذا العقد، ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، والميدان الواسع الذي يتجسد فيه الدور الإيجابي للقاضي هو نطاق العقد (مضمونه).

<sup>1</sup> - أنظر، عبد سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 09.

وهو قيام القاضي بإضافة التزامات إلى مضمون العقد الأصلي وفق المعايير التي وضعها المشرع.<sup>1</sup>

وإسناد هذه السلطة للقاضي يأتي في إطار تعزيز دوره الإيجابي وإخراجه من دائرة السكون المتمثلة بالتطبيق الحرفي للنص إلى دائرة الفعالية والتأثير في ظروف تطبيق هذا النص، وقد تجسد ذلك بعدول المشرع عن المعايير الجامدة التي كان من شأنها سلب القاضي الكثير من حرية التقدير إلى المعايير المرنة التي تتسع معها سلطة القاضي في تكيف ظروف كل واقعة واختيار الحل الأمثل لها. فالقاعدة القانونية المرنة تمنح القاضي سلطة تقديرية في تطبيق النص القانوني بشكل يواكب مقتضيات التطور ويحفز القاضي على ممارسة نشاط ذهني في فهم الواقع المعروض عليه والموائمة بينه وبين النص القانوني الذي يريد تطبيقه. والسؤال المطروح في هذا الباب هو إذا كان القضاء يلعب دورا في حماية المستهلك ففيما تتمثل هذه الحماية؟ وكيف يمكن للقاضي المدني أن يتعامل مع مضمون العقد متى ثار نزاع بخصوص تحديد الالتزامات التعاقدية؟

ولمعالجة هذا الباب سوف نتطرق في الفصل الأول (دور القاضي في حماية المستهلك (الطرف الضعيف) من الشروط التعسفية)، أما الفصل الثاني (دور القاضي في تحديد التزامات العقد).

<sup>1</sup> - أنظر، عبد سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.220.

# الفصل الأول:

دور القاضي في حماية المستهلك

(الطرف الضعيف) من الشروط التعسفية

إن موضوع حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية ، يعتبر من الموضوعات التي أثارت اهتمام المشرع المدني والتي نص عليها في نصوص قانونية<sup>1</sup> مما ترك للقضاء محاولة الوصول إلى درجة من التدخل بالرقابة على هذه الشروط في العقود التي يكون المستهلك طرفاً فيها<sup>2</sup>.

حيث أن تقدير الطابع التعسفي للبند يفرض على القاضي أن يقدر وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها البند للمحترف، وتحديد المنفعة المبالغ فيها يحصل بالمقارنة بين مضمون العقد الوارد فيه البند ومضمونه، في حالة خلوه من هذا البند فالمنفعة تنتج إذن عن ما يمكن أن يسبب البند موضوع النزاع من تحسين وضع المحترف - في حال تم تنفيذ العقد - بالمقارنة مع وضعه عند عدم وجود البند المذكور، وعلى سبيل المثال يمكن أن تعتبر بنوداً تعسفية، البنود التي تقلب عبء الإثبات، أو التي تعكس نظرية المخاطر لمصلحة المحترف، أما البنود غير المعتبرة تعسفية، فهي على سبيل المثال البنود التي لا تتناقض مع مبادئ المسؤولية العقدية<sup>3</sup>.

ومفهوم البند التعسفي كبنء يعطي منفعة مبالغاً فيها إلى المحترف تهدد اقتصاديات العقد، هو مفهوم قديم نسبياً يتناسب مع عبارات قانون حماية المستهلك الفرنسي القديم، لأن احترام اقتصاديات العقد يفرض ضمان التحقق الفعلي للتوازن الذي يرغب فيه الأطراف وكل بند يهدد التحقق الفعلي للتوازن العقدي لا بد أن يعتبر بنداً تعسفياً، فالاقتصاد والتوازن العقدي يشكلان مفهومين يكملان بعضهما ويحددان كلاهما مضمون العقد، ومضمون العقد بدوره يمثل مجموعة الحقوق والموجبات التي تسمح بتحقيق العملية الاقتصادية، لهذا السبب إن العقد هو قبل كل شيء التعبير القانوني لعملية اقتصادية. والواقع، إن هذا المعيار لا يزال يطبع القرارات الحديثة الصادرة عن الاجتهاد الفرنسي.

<sup>1</sup> - أنظر، م. 110 (ق.م.ج) وتقابلها م. 149 (ق.م.م) وم. 1162، 1602 (ق.م.ف).

<sup>2</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز داود، المرجع السابق، ص. 15.

<sup>3</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص. 54.



بالنتيجة، يعود للمحاكم العربية بلورة هذا المعيار عبر اجتهادها الذي يبدو ضئيلاً فيما يتعلق بالبند التعسفي، بما أن المسائل القانونية التي تثيرها لم تطرح مباشرة أمامها وطريقة تحديد البند التعسفي تظهر أن العمل التشريعي لا يمكن أن يكتمل إلا بمؤازرة الاجتهاد العربية<sup>1</sup>.

والتساؤل الذي يطرح حول مفهوم المستهلك الخاضع للحماية وحول مدى إمكانية تصحيح العقود التي تبرم بين محترفين في حال تضمنت بنوداً مماثلة؟ وحمايته من الشروط التعسفية في ظل القوانين المقارنة؟ وهذا ما سوف نجيب عليه في المبحث الأول (مفهوم المستهلك الخاضع للحماية)، أما المبحث الثاني (سلطة القاضي في محاربة الشروط التعسفية)، المبحث الثالث (مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان)

### المبحث الأول: مفهوم المستهلك الخاضع للحماية

سوف نعالج في هذا المبحث مفهوم المستهلك الخاضع للحماية وذلك بالاعتماد على معيار الشخصي ومعيار المرتبط بنشاط المهنة، ولهذا رأيت أن أقسم المبحث إلى: مفهوم المستهلك (المطلب الأول)، ثم التطرق إلى المعيار الشخصي أو معيار الاختصاص المهني للمحترف (المطلب الثاني)، المعيار المرتبط بالمهنة (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: مفهوم المستهلك.

المشرع الفرنسي لم يقدم تعريفاً مباشراً للمستهلك لكن بالرجوع إلى بعض التشريعات الاستهلاكية، حيث نصت المادة 02 من القانون الفرنسي رقم 22-78<sup>2</sup> والمتعلق بحماية المستهلك في مجال بعض عمليات الائتمان على أنه " يطبق القانون

<sup>1</sup> - أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 60.

<sup>2</sup> - القانون رقم 22-78 المؤرخ في 10 جانفي 1978

الحالي على كل عمليات الائتمان التي تمنح عادة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين والتي لا تكون مخصصة لتمويل نشاط مهني " <sup>1</sup>.

إن التوجيه الأوروبي رقم 93-04 الصادر في 09 أبريل 1993 والخاص بحماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية أتى بتعريف للمستهلك في الفقرة الثانية a من المادة الأولى جاء فيها أنه " هو كل شخص طبيعي يتصرف من أجل غايات أو أهداف لا ترتبط بنشاطه المهني " <sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري، فقد خالف المشرع الفرنسي، وقام بتعريف المستهلك، فتبنى المشرع الجزائري مفهومين متناقضين للمستهلك، الأول موسع لمفهوم المستهلك والثاني مضيق له.

فالمفهوم الموسع والذي لم يستثني المستعمل الوسيط أوردته المادة 9/3 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش <sup>3</sup> بأنه " كل شخص يقتني -بثمن أو مجانا- منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي، لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به ".

وفي مقابل المفهوم الموسع للمستهلك، فقد أورد المشرع الجزائري تعريفا آخر للمستهلك يضيق من مفهوم المستهلك، ويتضح ذلك من التعريف الذي ورد في نص المادة 2/3 من القانون رقم 04-02 حينما ذهب إلى تعريفه بأنه، " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت، ومجردة من كل طابع مهني " <sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- " les dispositions de la présente loi s'appliquent à tout opération de credit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales et qui ne sont pas destinées à financer les besoins d'une activité professionnelle ".

<sup>2</sup>-Consommateur: " toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans les faits qui n'entrent pas dans la cadre de son activité professionnelle".

<sup>3</sup> - (ج.ر)، عدد 05، لسنة 1994.

<sup>4</sup> - القانون رقم 04-02 المؤرخ في 17 يونيو 2004، المطبق على الممارسات التجارية، جريدة رسمية عدد 41 لسنة 2004 ص 03.

وعرفه البعض من الفقه هو " ذلك الشخص الذي لأجل احتياجاته الشخصية،

غير المهنية، يصبح طرفا في عقد للتزود بالسلع والخدمات"<sup>1</sup>

« la personne qui, pour ses besoins personnels, non professionnels, devient partie à un contrat de fournitures de biens ou de services »

وعرفت المادة الثانية من قانون حماية المستهلك اللبناني، المستهلك " بالشخص

الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد

منها، وذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني"، كما أنها عرفت المحترف

بالشخص الطبيعي أو المعنوي، من القطاع الخاص أو العام الذي يمارس، باسمه أو

لحساب الغير نشاطا يتمثل بتوزيع أو بيع أو تأجير السلع أو تقديم الخدمات. كما يعتبر

محترفا لغرض تطبيق أحكام هذا القانون أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها

أو تأجيرها أو توزيعها وذلك في إطار مارسه لنشاطه".

في الواقع، إن المشرع اللبناني استقاد من الجدل الفقهي والقضائي المثار في

فرنسا فيما يتعلق بتعريف المستهلك خاصة وأن المشرع الفرنسي لم يحدد ما المقصود "

بالمستهلك " وما المقصود بعبارة " غير المستهلك " الواردين في نص المادة ل 1-132

من قانون حماية المستهلك الفرنسي الجديد<sup>2</sup>.

وقد حاول الفقه الفرنسي<sup>3</sup> سد هذا الفراغ التشريعي حيث إنه عرف المستهلك

بالشخص الطبيعي الذي يتعاقد لحاجات شخصية أو عائلية، فالمستهلك هو المستعمل

النهائي أو المستعمل القانوني، غير المتمتع باختصاصات مهنية. أما المحترف فهو

<sup>1</sup>-j.ghestin:traité de droit civil-les obligation, le contra, formation, 2eme éd., l.g.d.j., 1988, n.59,

p.46 .

<sup>2</sup>-Art L.132-1 « Dans les contras conclus entre profession nels et non- professionnels ou consommateurs sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non- professionnel ou consommateur crée. un dés équilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

<sup>3</sup>- G.paisant, les clauses abusives et la présentation des contracts dans la loi no.95-96 du 1<sup>er</sup> fév.1995, i, chron, p;99.

أشار إليه، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص.54.

الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمارس نشاطا صناعيا، تجاريا، حرفيا، مهنيا، زراعيًا أو غير ذلك. وهذا التعريف الأخير يقترب من التعريف الذي أعتده المشترع اللبناني في نص المادة 26 من قانون حماية المستهلك.

أما بالنسبة لعبارة " غير المحترف " الواردة في نص المادة ل 1 - 132 من قانون حماية المستهلك الفرنسي الجديد، فهناك تفسيران لها، التفسير الأول يعني - بغير - المحترف المتعاقد الذي يبرم عقدا يخرج عن اختصاصه في معرض تصرفه في إطار مهنته، أما التفسير الثاني فهو أضيق، لأنه يشبه " غير المحترف " بالمستهلك، وهو المتعاقد الذي يتعاقد بهدف الحصول على خدمة أو منتج لحاجاته الخاصة أو لحاجة أقربائه وليس لحاجاته المهنية<sup>1</sup>.

المادة الأولى من قانون حماية المستهلك اللبناني نصت في فقرتها الأخيرة على أن أحكام هذا القانون لا ترعى العلاقات التي تربط المحترفين فيما بينهم، والواقع، إن إحدى أهداف قانون الاستهلاك هي حماية المستهلك من العقود التي يفرضها المحترف. فكيف يمكن أن نتصور أن تمتد سلطة القضاء لتصحيح العقود المبرمة بين محترفين في حال تضمنت بنودا ذات طابع تعسفي؟ هذه المسألة طرحت باستمرار على القضاء الفرنسي إذ يلاحظ أن قانون حماية المستهلك أصبح يثار فجأة من المحترفين بهدف حذف بعض البنود ذات الطابع التعسفي، لا سيما البنود المحددة للمسؤولية، في العديد من العقود وليس فقط في عقود الاستهلاك خاصة مع إشارة المادة ل 1 - 132 السابق ذكرها صراحة في البنود التعسفية هي البنود التي تدرج تجاه " غير المحترف " أو "المستهلك"، ويظهر من عبارة " غير المحترف" بالمفهوم الذي سبق تعريفه وبالعودة إلى اجتهاد محاكم النقض الفرنسية<sup>2</sup> أنه يمكن توسيع نطاق الحماية لتشمل المحترفين.

<sup>1</sup> - أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 50.

<sup>2</sup> - أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 51.

لذلك أشار الفقه الفرنسي إلى ضرورة حماية المحترفين تجاه البنود التعسفية في العقود التي يبرمونها فيما بينهم وذلك بوسيلة توسيع تطبيق قانون الاستهلاك الفرنسي<sup>1</sup>. ولكن البعض الآخر انتقد هذا التوسع في نطاق الحماية القانونية لتشمل حماية المحترفين، لأن من شأنه الاصطدام بعقبات عدة: أولاً، على صعيد تفسير النص القانوني، فالنص يشير إلى "غير المحترف" لذلك من الصعب اعتبار أن المشرع قصد أيضاً حماية المحترفين. ثانياً، إن إضافة مفارقة بين محترفين من الاختصاص نفسه وآخرين ذوي اختصاص مختلف – إذا اعتبرنا أن "غير المحترف" هو المتعاقد الذي لا يتمتع باختصاص المحترف الآخر نفسه – يقود إلى إدخال تمييز لا يشير إليه النص القانوني الفرنسي ولو بشكل ضمني.

إلا أن الرأي الغالب من الفقه الفرنسي أكد ضرورة توسيع نطاق الحماية لتشمل المحترفين وأن نية المشرع الفرنسي في قانون الأول من أبريل 1995 كانت واضحة، فهي تشمل المحترفين الذين يتعاقدون خارج نطاق اختصاصهم، فيكون المشرع الفرنسي قصد بوضوح أن يميز بين "غير المحترف" و"المستهلك" ليرى في "غير المحترف" محترفاً خاضعاً للحماية وإذا كان الهدف من الحماية من البنود التعسفية يمكن في حماية المستهلك الذي وجد في وضع فكري، تقني أو اقتصادي أقل من المحترف، فلماذا لا تتوفر هذه الحماية للمحترف نفسه الذي يكون في وضع مشابه للمستهلك، عندما يتعاقد مع محترف آخر استفاد من الوضع المذكور ليفرض بنداً يصيب العقد في التوازن يؤثر في المنفعة المنتظرة منه؟ لذلك لا بد من حماية المحترفين إذا وجدوا في حالة المستهلكين نفسها؟

وهكذا يظهر من قراءة النصوص القانونية الفرنسية التي لا تمنع المحترفين من الاستفادة من النصوص الحمائية ومن خلال غالبية رأي الفقه الفرنسي أن المحترفين

<sup>1</sup> - ذهبت محكمة العدل الأوروبية التي تذهب في بعض أحكامها ومنها الحكم الصادر في 2001/11/22 إلى أن الشخص الطبيعي فقط هو الذي يمكن أن يكتسب صفة المستهلك، أنظر، JCP.2D.E.. 2001, panor, أشار إليه، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.94.

المتعاقدين مع محترفين آخرين يمكن أن يستفيدوا من الحماية التشريعية. ولكن الصعوبة الكبرى في ظل هذه الشروط تكمن في تحديد المعايير التي في حال توفرها، يمكن أن يستفيد المحترفون من هذه الحماية وأن يعاملوا كمستهلكين عاديين<sup>1</sup>. في الحقيقة، لقد تجاذب هذه المسألة معياران، المعيار الأول شخصي، يستند إلى مدى الاختصاص التقني للمحترف، أما المعيار الثاني، فهو موضوعي يعتمد على مدى وجود رابط مباشر بين العقد المبرم ومهنة المحترف.

### المطلب الثاني: المعيار الشخصي أو معيار الاختصاص المهني للمحترف

وعرفه جانب من الفقه بأنه " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد في مباشرته لنشاط مهني ما، سواء كان هذا النشاط صناعيا أم تجاريا أم حرفيا أم حرا أم زراعيا أم غير ذلك"<sup>2</sup>.

وفي تعريف آخر " الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، عامة أو خاصة، الذين يعرضون أموالا أو خدمات في ممارستهم لنشاط اعتيادي"<sup>3</sup>

"les professionnels sont les personnes physiques ou morales publiques ou privés, qui offrent des biens ou des services dans l'exercice d'une activité habituelle".

والمشرع الفرنسي لم يعرف المحترف أو المهني تاركا الأمر للفقه والقضاء، بينما المشرع الجزائري قام بتعريف المحترف في المادة الثانية، ف 01 من المرسوم التنفيذي رقم 90-226 بأنه "كل منتج أو صانع أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع، وعلى العموم كل متدخل ضمن اطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة الاستهلاك، كما هو محدد في المادة 01 من القانون 89/02"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص 49

<sup>2</sup>- J.calais – auloy:" proposition pour un nouveau droit de la consommation ", la documentation française, paris, 1985, , p.139.

<sup>3</sup>- J.calais-auly:"droit de la consommation ", précité.n.7, p.5 .

<sup>4</sup> -القانون رقم 90-226 والمتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الصادر بتاريخ 27 فبراير 1989.

تبنت محكمة النقض الفرنسية أولاً المعيار الشخصي لتحديد مفهوم المستهلك، حيث اعتبرت أن الاختصاص المهني أو التقني هو العنصر المعول عليه في التنظيم القانوني للبنود التعسفية، ويظهر أنه في الأساس كان معيار تدخل القاضي بهدف تصحيح العقد هو "عدم الاختصاص" المتعاقد ضحية البند التعسفي. يبدو أن الاجتهاد الفرنسي تبنى في الأساس بتشجيع من الفقه الفرنسي مفهوماً ضيقاً للمستهلك، حيث صدر قرار عن محكمة التمييز المدنية الفرنسية بتاريخ 15 مارس 1986 قضت فيه "أن وكيل التأمين الذي تعاقد بهدف الإعلان عن مكتبه لا يستطيع أن يستفيد من التشريع الخاص بحماية المستهلك (المادة 35 منه) لأنه تعاقد بصفته محترفاً في مجال التأمين وبهدف الدعاية عن مكتبه"<sup>1</sup>.

ثم في قرارات لاحقة بدت محكمة النقض الفرنسية أكثر مرونة، حيث قضت في قرارها الصادر في 28 مارس 1987: "أن الوكيل العقاري الذي يبرم عقداً بهدف تجهيز أحد عقاراته بأجهزة إنذار يمكن أن يتمسك بالحماية المقررة للبنود التعسفية...". وقد أكدت المحكمة في هذا القرار أن مواصفات المحترف المذكورة بعيدة عن التقنية الدقيقة لأنظمة أجهزة الإنذار ولذلك فهو يعتبر بحالة جهل مثله مثل أي مستهلك عادي<sup>2</sup>.

لابد من ملاحظة أهمية القرار المذكور لأنه القرار الأول الذي صدر عن محكمة النقض الفرنسية معتبراً الشركة المساهمة شركة غير محترفة ومستهلكة يطبق عليها قانون حماية المستهلك الفرنسي، عقب هذا القرار اعتبر بعض الفقه الفرنسي أن محكمة النقض الفرنسية كرست المفهوم الموسع لعبارة "غير المحترف" أو "المستهلك" وأن عبارة مستهلك تتضمن أيضاً المحترف الذي يتعاقد خارج اختصاصه طالما أن العقد

<sup>1</sup> - Cass.civ.;d.1986, inf.rap., 393, obs.h.l.aubert;rtd.civ., 1987, p:86 et s, obs.h.mestere

<sup>2</sup> -Cass.civ., d., 1987, somm.445, obs.j.l.aubert; d.1988, i, not ph.delebecque ; jcp g, 87, ii, 20893, not g.paisant, rtd.civ., 1987, p:537 -

المبرم لا يهدف إلى دعم مصالحه المهنية لغايات تحقق له الربح ولا شراء أموال أو خدمات مخصصة لإنجاز أو دعم نشاطه المهني<sup>1</sup>.

إلا أنه بتاريخ 16/02/1982 أعلنت المحكمة العليا في Angers<sup>2</sup> بشكل أوضح إمكانية استفادة المحترف (وهي شركة متخصصة بزراعة الحدائق) من الحماية القانونية بمقتضى عقد توريد الكهرباء مع شركة كهرباء فرنسا EDF بهدف تدفئة خيمهم الزراعية، ولكن الشركة توقفت عن مدهم بالكهرباء ما أدى إلى إلحاق الضرر بالخيم الزراعية. فاعتبرت المحكمة هؤلاء بحالة جهل كأبي مستهلك عادي تجاه الشركة المحترفة موردة الكهرباء، وبالتالي أعلنت بطلان البند المحدد لمسؤولية شركة الكهرباء باعتباره بندا تعسفيا. إن القرار التالي يتشابه مع القرار السابق ذكره من حيث نطاق توسيع الحماية لتشمل المحترفين<sup>3</sup> ولكنه يختلف عنه لجهة أن المحكمة ذهبت أبعد في قرارها حين، اعتبرت المحترف ذا الاختصاص المختلف، بشكل عام، هو مستهلك خاضع للحماية التشريعية من البنود التعسفية. ولكن اعتماد هذا المعيار لم يخل من النقد نظرا لعدم دقته حيث إن البحث عن الاختصاصات التقنية لكل متعاقد ليس بالأمر السهل ويقود إلى البحث في كل حالة من الحالات على حده ما يعكس بالنتيجة طابع المجازفة، إضافة إلى أن المتعاقدين بحاجة مسبقة إلى معرفة القانون الواجب التطبيق على عقودهم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-أشار إليه، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص.49، 56.

<sup>2</sup>-G.paisant, les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives, d., 1988, chron.p.253.

أشار إليه، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص.65.

<sup>3</sup> - وتنص المادة 111 ف1 من قانون حماية المستهلك والتوجيهات الأوربية التي تحدد بعض البيانات التي يجب على المهني الإدلاء بها في تلك المرحلة. وتدور هذه البيانات حول الخصائص الأساسية للسلع أو المواد أو الخدمات التي يقدمها للمستهلك.

“tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service”.

أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.114.

<sup>4</sup>-أنظر، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص.66.



فالهدف الأساسي يكمن في مكافحة الخلل في التوازن العقدي وتحديد الخلل المالي للمتعاقدين ولا يقف فقط عند اختصاص أو عدم اختصاص المحترف. لذلك، إن المحترف الذي يتعاقد مع محترف ثانٍ يمكن أن يكون ضحية خلل في التوازن العقدي. في السياق نفسه، كيف يمكن الاعتقاد مثلاً أن كاتب العدل الذي يشتري عقاراً لحاجاته الشخصية غير المهنية يمكن أن يعامل كغير محترف، أو الميكانيكي الذي يشتري سيارة لحاجاته العائلية يمكن أن يعتبر متعاقدًا ضعيفًا ومجردًا من صلاحياته المهنية<sup>1</sup>. أيضًا إن العقبة في اعتماد هذا المعيار هي عندما لا يتضمن العقد أي اختصاص معين، إذ إن هناك بنودًا لا تقوم على مدى اختصاص المحترف، كالبنود التي تحدد المحكمة المختصة مكانياً أو تلك التي تعدل في مهل معينة، في حال اعتبرت بنودًا تعسفية<sup>2</sup>.

إضافة إلى أن البعض تساءل عن حالة الجهل أو عدم الاختصاص التي يتوجب أن تتوفر في المحترف لكي يستفيد من الحماية، ألا تتوفر في كل شخص، أي هل يمكن اعتماد هذا المعيار في كل الظروف.

ولكن بالرغم من الانتقادات التي وجهت إليه ظل القضاء الفرنسي يعتمده حتى سنة 1993 بعد أن جعله يمتد إلى عقود عدة. وازدادت أهمية إلقاء الضوء على حماية المحترفين من البنود التعسفية في قرار **Chronopost** الشهير الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية في 22 أوت 1996.

وفي وقائع القرار أن شركة **Banchereau** أوكلت شركة **Chronopost** وهي شركة متخصصة في النقل السريع، بتسليم رسالة تتضمن الاشتراك في مزادة، وقد أدرجت الشركة الأخيرة بنوداً في عقد النقل ضمننت فيه أنها "سوف تبذل أقصى جهودها

<sup>1</sup>-Cass.civ., 15 avril 1982 ;D. 1984, jurisp.p.439.

<sup>2</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص.67.

لتسليم عملائها في المدة المحددة، إلا أنه في حال وقوع ضرر مبرر، فإن عدم احترام مدة التسليم لا يلزم شركة Chronopost إلا بإعادة أتعاب النقل<sup>1</sup>.

لم تسلم الشركة المذكورة الرسالة في موعدها المحدد والمتفق عليه مع شركة النقل. فاعتبرت محكمة النقض الفرنسية "... بما أن شركة Chronopost متخصصة بالنقل السريع وضامنة لقدرتها وسمعة خدماتها في النقل، فهي تلتزم بتسليم رسائل شركة Banchereau في المدة المعينة، وبسبب إخلالها في تنفيذ هذا الواجب الأساسي، يعتبر البند المحدد لمسؤوليتها في العقد والذي يناقض مضمون التزاماتها بندا غير مكتوب، فتكون محكمة الاستئناف الفرنسية خالفت أحكام المادة 1131 ق.م.ف<sup>2</sup>.

( المتعلقة بسبب الموجب ). إن القرار المذكور كان موضعاً لتعليق العديد من الفقه الفرنسي، وقد اعتبر أهم القرارات التي أسست لتدخل القضاء - بهدف تصحيح العقد بوسيلة إبطال البند التعسفي - لحماية المحترف<sup>3</sup>.

وقد أعاد الفقه الفرنسي التأكيد والتشديد على ضرورة حماية المحترف من البنود التعسفية المدرجة بين المحترفين، عندما تطبق على المحترفين بشروط عينها المطبقة على المستهلكين بضغط من المحترف الأقوى، مما يعني، أنه في حال المساواة في القوى بين المحترفين لا لزوم للاستفادة من هذه الحماية.

ويلاحظ أن المحكمة المذكورة لم ترجع إلى القرارات القضائية الصادرة عن محاكم النقض الفرنسية سنة 1987، وتحديداً لم ترجع إلى حماية المحترف استناداً إلى المعيار المباشر، بل أشارت فقط إلى ضرورة حماية المحترفين، مستندة إلى نصوص القانون المدني العادي المتعلقة بالسبب وليس إلى نصوص قانون حماية المستهلك الفرنسي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص. 61.

<sup>2</sup> - Art.1131 « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet ».c.c.f, p.203 .

<sup>3</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص. 62.

<sup>4</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، نفس المرجع، ص. 63.

وما لبثت محكمة النقض الفرنسية بعد هذا القرار أن استبعدت المعيار الشخصي - اختصاص المحترف - وبدأت اعتماد معيار الرابط المباشر بالمهنة صراحة، خاصة بعد صدور قانون الأول من مارس 1995 السابق ذكره الذي لم يعد تبني توصيات التوجيه الأوروبي الصادرة في 05 ماي 1993 والذي لفت الانتباه إلى الأخذ في الاعتبار حالة المحترف الذي يبرم عقد لحاجاته الشخصية في إطار نشاطه المهني ولكن خارج اختصاصه عندما أشار إلى عبارة " غير المحترف " الواردة في نص المادة ل 1- 132 منه، ولم يتبين معيار الاختصاص المباشر الصادر عن القرارات الفرنسية في سنة 1987<sup>1</sup>.

في ظل هذه الظروف، اعتمدت محكمة النقض الفرنسية معياراً جديداً سمحت بمقتضاه في توسيع الحماية لتشمل المحترفين، ولكن بالاستناد إلى معيار مدى ارتباط العقد المبرم بنشاط المحترف المهني.

### المطلب الثالث: المعيار المرتبط بالمهنة

لقد كرست التشريعات العربية بخلاف المشرع الفرنسي معيار الرابط المباشر بنشاط المهنة في تعريفه للمحترف بعد أن تبني أحدث ما توصل إليه الاجتهاد الفرنسي في هذه المسألة<sup>2</sup>. إلا أن المشرع لم يحدد ما المقصود بعبارة " الرابط المباشر بالمهنة " لذلك لا بد من العودة في تحديده إلى تحليل القرارات الصادرة عن المحاكم الفرنسية ومواقف الفقه الفرنسي من هذه المسألة<sup>3</sup>.

وصدر أول قرار عن محكمة النقض الفرنسية، غرفتها الأولى، في 02 / 24 1995/ في قضية تتلخص وقائعها كالتالي: " طلبت شركة تجارية (مطبوعة) إعلان الطابع التعسفي لبند محدد للمسؤولية واعتباره بندا غير مكتوب في العقد الذي أبرمته مع شركة كهرباء فرنسا (EDF). ولكن المحكمة ردت الطلب لسبب أن الشركة التجارية

<sup>1</sup> --أنظر، ريماء فرج مكي، نفس المرجع، ص. 49.

<sup>2</sup> -Cass.civ.30 oct.1974 ; Bull.Civ.II; n 332.

<sup>3</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، نفس المرجع، ص. 64.

- باعتبارها شركة محترفة - لا تستفيد من قانون حماية المستهلك غير المطبق على عقود توريد السلع والخدمات، إذا كان لديهم رابط مباشر بالنشاط الذي يمارسه المتعاقد".

بمعنى أن محكمة النقض الفرنسية كرست حماية المحترفين، ولكن هنالك حدود: وهي أن قانون حماية المستهلك الفرنسي لا يطبق على عقود توريد الخدمات والأموال التي لها رابط مباشر بالنشاط المهني للمحترف<sup>1</sup>.

وهذا ما يستنتج أيضا من قرارات عدة صدرت لاحقا. والاجتهاد الفرنسي مستمر في اعتماد هذا المعيار حاليا عند تحديده للأشخاص المستفيدين من قانون حماية المستهلك فيما يتعلق ببطلان البنود التعسفية.

### الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من النشاط المهني للمحترف

**أولاً:** إن صفة المحترف لا تشكل بحد ذاتها سببا لاستبعاد المستفيدين من الحماية المقررة في المادة ل 1- 132 من قانون حماية المستهلك الفرنسي، ولم تعد المسألة مسألة اختصاص أو جهل المستفيد، كما اعتمدت قرارات المحاكم الفرنسية التي أصدرت في 1987 بل أصبحت مرتبطة بغاية العقد الموضوعية، والمعيار المعتمد أصبح معيارا موضوعيا وليس معيارا شخصيا<sup>2</sup>.

**ثانياً:** مهما كان التعليل الذي قدمته محكمة النقض الفرنسية وفي كل مرة، أكان المحترف شخصا طبيعيا أو معنويا، يبرم عقدا لحاجات نشاطه المهني كان يحرم الاستقادة من التشريع الخاص بالبنود التعسفية.

إن محكمة النقض الفرنسية بالرغم من أنها اعتمدت معيار الرابط المباشر بالمهنة إلا أنها لم تحدد بشكل دقيق ما المقصود بهذا المعيار، مما أثار تساؤلات عدة أهمها: وفق أي معيار يمكن تمييز الرابط المباشر بالمهنة عن الرابط غير المباشر؟ .

<sup>1</sup> - أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص. 65.

<sup>2</sup> - أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص. 66.

إن القرارات الصادرة عن الاجتهاد الفرنسي لم تعرف بشكل دقيق هذا المعيار بل هي فقط أعطت تعريفا مختصرا حول مفهوم النشاط المهني، فمن جهة يقتضي أن يختص النشاط بالنشاط الطبيعي للمحترف *activité normale* ومن جهة ثانية، يمكن أيضا أن يؤخذ في الاعتبار " الظاهر " الذي يعتمد نشوءه المحترف<sup>1</sup>.

بالنتيجة، إن النشاط المهني له خاصيتان: الاعتياد والمقابل المادي، فالمحترف يزاول خدماته لقاء بدل أتعاب، ولا وجود للنشاط المهني من دون وجود المقابل المادي. وبالنهاية كل العقود المتعلقة بوظيفة المؤسسة لديها بالضرورة رابط مباشر معها<sup>2</sup>.

والعقود التي لم تطبق عليها مواد قانون حماية المستهلك أبرم العقد موضوع النزاع ضمن الإطار الطبيعي لنشاط المحترف المستفيد، واختص بعمليات تدخل في إطار هذا النشاط، وانعقد بهدف تسيير أو تحسين عائد الممتن المادي، وكما أطلق عليه العميد Aubert: هو عمل من أعمال المهنة *un acte de la profession*<sup>3</sup>.

ولكن بالرغم من الآراء المذكورة، أشار العديد من الفقه الفرنسي إلى عدم دقة معيار الرابط المباشر بالمهنة<sup>4</sup>، لأن عبارة "مباشر" غير دقيقة وتعود إلى تحليلات لا متناهية، فالعقد "غير المباشر" يمكن أن يسمح للمحترف بالحصول على سلعة أو خدمة يمكن أن تخدم في وقت لاحق نشاط مؤسسته، على سبيل المثال، التاجر الذي يبرم عقدا بهدف تعلم اللغة الانكليزية، سيحسن مباشرة جدارته بشكل عام، ما يسمح بصورة غير مباشرة بتحسين نشاطه المهني<sup>5</sup>.

ولكن بالرغم من الانتقادات المذكورة، فقد اختلفت محاكم النقض الفرنسية<sup>6</sup> في تفسيرها لهذا المعيار؛ فبعض المحاكم اعتبر أن كل العقود التي من شأنها أو التي

<sup>1</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص. 65.

<sup>2</sup> -Cass.civ.08 janv.1973 ;Bull.Civ 18, n.16.

<sup>3</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص. 66.

<sup>4</sup> -Cass.civ, 27 oct.1965, Bull.civ-N°.558 P.479.

<sup>5</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص. 67.

<sup>6</sup> -Cass.civ., 02 Mars 1964, Bull.civ., N°.122.P.191.

امسح باموار نشاط المامرف لا امضع للهاماة المقرة قامونا للبنود العسفية مهما كانت دراة " اهل " المامرف بامقناة العقر المبرم.

والبعض الأخر فى المامرك الفرنسية ربم واور الربام المباشر بالمهنة بالهافر الذى من أمله أنشئ العقر وبالمنفعة التي انامرها الاءن من العقر الذى أبرمه أثناء مامارة نشاطه ولمصلحة مؤامسته، وأامرا بام بعض القرارات أكثر امشاما عندما ربام واور معيار الربام المباشر بمقر امعاقر المامرف بامفته المهنية<sup>1</sup>.

إن المامارات الفقهية لوضع امرف امرف لمعيار الربام المباشر والمبريرات التي قامتها مامرك الأساس الفرنسية لم تكن كافية لارم مفهوم معيار الربام المباشر، لذلك أام الاختلافات فى امرف هذا المعيار إلى زعزة الامامرار على صعاقر العلاقات التعاقرية وإلى اعم الاموصل إلى النامأ المرغوبة والهاماة.

يعامر (Paissant) أنه أمام اموض امرف المعطى لعبارة المامرك، يقامى اعامر مسألة امرف المامرك مسألة قامون امضع لرقابة مامرك النام الفرنسية لما لهذا المام من قامة فى اموام القرارات الصاءرة عن مامرك الماموع، المسألة بامره مسألة قامون<sup>2</sup>.

ومامى البعض الأخر أن المعيار المعامر من مامرك الأساس الفرنسية - أى معيار الربام المباشر - امامرف فاعلته على امبمه بشكل صامم من مامرك المامم الفرنسية ومن المنامقى أنه لا يمكن أن امامم من الاماماة الحالية المقرة للبنود العسفية، العقر كافة التي امرف إلى اموسع، اممول، حماة النشاط المهنى للمامرف. لذلك، رأى البعض أنه يقامى إعادة صاماة النصوص القانونية لهاماة المامرك بامرف امبم اموسع الاماماة لاممل بشكل صامم بعض المامرفن وليس فقط المامركين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -أنظر، رما فرام مكي، نفس المامر، ص. 68.

<sup>2</sup> -أنظر، رما فرام مكي، نفس المامر، ص. 69.

<sup>3</sup> -أنظر، رما فرام مكي، نفس المامر، ص. 65.

واقترح البعض الآخر، أن الطريقة الأمثل لتبني الحماية هي في إدخال نص إلى نصوص القانون المدني يماثل نص المادة ل 1 - 132 من قانون حماية المستهلك ويحمي العقود التي يبرمها المحترفون فيما بينهم حتى ولو كان من شأن هذا القانون زيادة المراجعات القضائية، إذ من الملائم أن يجد القاضي أمامه نصا واضحا يمكن من تصحيح العقود المتضمنة بنودا تعسفية<sup>1</sup>، على غرار النص المتعلق بالشروط العامة في عقود البيع بين المحترفين في القانون الألماني.

ولكن إذا كانت مسألة توسيع الحماية لتشمل العقود المبرمة فيما بين المحترفين تحتل أهمية بارزة اليوم، وإذا كان قانون حماية المستهلك يقصر حمايته فقط على المستهلكين، فلم لا يتم توسيع نطاق الحماية لتشمل المحترفين استنادا إلى نصوص العامة لقانون الالتزامات والعقود، وخصوصا استنادا إلى النصوص المتعلقة بسبب التزام، خاصة وأن هذه النصوص من شأنها تأمين هذه الحماية للمحترفين وليس استنادا إلى القوانين الخاصة لحماية المستهلك، وذلك بهدف حصر تطبيقه على المستهلكين فقط دون المحترفين.

ولعل قرار Chronopost<sup>2</sup> المشار إليه سابقا، والذي استندت فيه الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية إلى النصوص العامة للقانون المدني الفرنسي وخصوصا إلى نص المادة 1131 (ق.م.ف)<sup>3</sup> - المتعلقة بالسبب- لحذف بند تعسفي أدرج في عقد نقل أبرم بين شركتين محترفتين متذرة إحداثه خلافا في التوازن في موجبات العقد المتبادلة، هو خير دليل على إمكانية توسيع الحماية القانونية بين المحترفين في الروابط العقدية.

أخيرا، تساؤل آخر يطرح في هذا الصدد يتعلق بمدى إمكانية اعتبار الشخص المعنوي مستهلكا؟

<sup>1</sup>-V.Cass.civ, 1er ch 24.nov.1976, Bull.civ., I.N°.340.P.291.

<sup>2</sup>- أنظر , قرار Chronopost المشار إليه سابقا.

<sup>3</sup>- Art.1131 « L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause ill. Cite ne peut avoir aucun effet ».c.c.f, p.203.

إن قانون حماية المستهلك تبنى بشكل صريح في المادة الثانية منه في تعريفه للمستهلك إمكانية اعتبار المستهلك شخصا طبيعيا أو معنويا.

ولكن القانون الفرنسي والتوجه الأوروبي الصادر في 5 مارس 1993 والمعدل بالتوجيه الأوروبي رقم 2005/29/ce في 11 مارس 2005 أظهرتا بعض التناقض فيما يتعلق بهذه المسألة. إن التوجيه الأوروبي تبنى المفهوم الضيق للمستهلك كما سبق الإشارة واستبعد من الحماية الأشخاص المعنويين<sup>1</sup>.

وإذا كان المشرع الفرنسي لم ينص صراحة، أولا على إمكانية استعادة المحترفين من الحماية، ثانيا، على إمكانية استعادة الأشخاص المعنويين منها، فلأنه لم يرغب في حال تبنى التوجيه الأوروبي في أن يدخل نصا إلى النظام القانوني أكثر شدة وبالتالي أقل حماية من ذلك المطبق فعليا من الاجتهاد الفرنسي<sup>2</sup>.

ويبدو واضحا من خلال القرارات الصادرة عن محاكم النقض الفرنسية أن عبارة " غير محترف " المنصوص عليها في المادة ل 1 - 132 السابق ذكرها تسمح بامتداد الحماية إلى الأشخاص المعنويين إذ توفرت فيهم شروط الحماية المقررة للأشخاص الطبيعيين، ولكن تبقى الحاجة إلى تكريس هذه الحماية بنص قانوني صريح.

### الفرع الثاني: قوانين حماية المستهلك من النظام العام.

المشرع الفرنسي فقد اعتبر صراحة أن نص المادة ل 1 - 132 يرتبط بالنظام العام<sup>3</sup>، ولكن حتى وجود هذا النص الفرنسي ليس كافيا لتبرير إعطاء القاضي الحق في إثارة الصفة التعسفية للبند المذكور عفوا .

<sup>1</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 66.

<sup>2</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 67.

<sup>3</sup>-Art.132-1 "Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irrefragable présumés abusives, au sens des dispositions du premier et du troisième alinéas de l'article L.132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de..... " -



إذ ليست كل القواعد المتعلقة بالنظام العام وليست كل القواعد الباطلة بطلانا مطلقا تعطي الحق للقاضي في إثارتها عفوا<sup>1</sup>.

إن النظام العام المقصود في قانون حماية المستهلك هو النظام العام الاقتصادي لأن المشرع يهدف إلى حماية فئة من المتعاقدين في مستوى أدنى، وهي فئة المستهلكين، تجاه المتعاقد الأقوى، وهو المحترف عند تنظيمه لمختلف العقود.

وإن هدف هذه الحماية ليس في تغليب مصلحة فئة اجتماعية معينة على أخرى، وإنما في إحلال المساواة في الروابط التعاقدية، عندما تكون مصلحة أحد الأفراد مهددة وهي في هذه الحالة تغليب مصلحة المستهلك<sup>2</sup>.

ولكن هنالك نوعين من النظام العام الاقتصادي: نظام عام اقتصادي حمائي ونظام عام اقتصادي توجيهي، الأول: يهدف إلى حماية الطرف الضعيف اقتصاديا في بعض العقود، وإلى حماية الحريات المعترف بها كحرية التجارة والصناعة، ويكون الجزاء المترتب على مخالفته إما بطلانا مطلقا، كإعدام العقود التي يبرمها عديم الأهلية، وإما بطلانا نسبيا متروك حق المطالبة به لمن وضع لمصلحته.، وهذا الاتجاه الفقهي الذي يعتبر أن مخالفة قواعد النظام العام الحامي للمصلحة الفردية - وهي مصلحة المستهلك - لا يترتب عليه إلا البطلان النسبي الذي وجد له صدق في قرارات عديدة الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية<sup>3</sup>. بينما، الثاني: يهدف إلى المساهمة في توجيه الاقتصاد الوطني عن طريق حذف ما يعارض هذا التوجيه من العقود الخاصة، كالتشريعات المتعلقة بالسياسة النقدية، وبعض العمليات الاقتصادية التي تتدخل الدولة بهدف تنظيمها. فهو يحمي المصلحة العامة التي تعلق على مصلحة الأفراد، وكل عقد يخالف هذا النظام يترتب عليه جزاء البطلان المطلق، وبالتالي يحق لكل صاحب

<sup>1</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، نفس المرجع، ص. 68.

<sup>2</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، نفس المرجع، ص. 69.

<sup>3</sup> - Cass.1 er civ., 10 juillet 202 ; D.2003, jurisp., p.549.

مصلحة أن يطلب إبطاله وكذلك يحق للقاضي إثارة البطلان عفوا مع احترامه لمبدأ  
الوجاهية<sup>1</sup>.

وقد أكدت ذلك الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في قرار صدر عنها في  
15 أوت 2000 حيث اعتبرت أن الجهل بمتطلبات نصوص معينة من قانون حماية<sup>2</sup>  
المستهلك (وهي نصوص المواد ل 311-10 ل 311-8 ل 311-2) حتى إذا  
كانت من النظام العام، لا يمكن أن يثار إلا من قبل الأشخاص المحميين بمقتضى  
هذه النصوص " ولا يمكن لقضاة الموضوع أن يثيروا من تلقاء أنفسهم سبب بطلان  
عقد " قرض استهلاك " Crédit à la Consommation " لسبب عدم مراعاته هذه  
النصوص.

لذلك، لتوضيح هذه المسألة لا بد من العودة إلى مواقف المحاكم، وتحليلات  
الفقه الفرنسي لتحديد ما المقصود بالنظام العام الذي تربط به قوانين حماية المستهلك؟  
يشير البعض من الفقه الفرنسي، أن هنالك قواعد تتوسط القواعد المتعلقة بالنظام  
العام الاقتصادي الحامي والنظام الاقتصادي التوجيهي وهي قواعد تتعلق بالنظام العام  
الاقتصادي الحامي للمصلحة الجماعية، التي تهتم فئة معينة من المتعاقدين، كفئة من  
المستهلكين مثلا، بمعنى أن هنالك نظام عام اقتصادي يحمي مصلحة جماعية مثل  
الدعوى التي تقيمها النقابات أو جمعيات حماية المستهلك، حيث أن جمعيات حماية  
المستهلك تهدف إلى تمثيل المستهلكين جماعيا ومجانا لدى الهيئات والإدارات الرسمية  
والمحترفين والتقاضي بهدف الحفاظ على حقوقهم<sup>3</sup>.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار حديث لها انه: " إذا تضمن العقد  
بنودا تعسفية، فجمعية حماية المستهلكين لها الحق في الحصول على تعويض، لأن

<sup>1</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص 49.

<sup>2</sup> -Cass.civ., 15 avril 1982 ;D.1984, jurisp.p.439;

<sup>3</sup> -أنظر، ربما فرج مكي، نفس المرجع، ص. 70.

إدراج البند التعسفي بذاته يشكل خطأ من شأنه أن يمس المصلحة الجماعية للمستهلكين...".

فمفهوم المصلحة الجماعية يمكن أن يكون له نتائج تقنية خاصة فيما يتعلق في تنظيم البطلان، بحيث يجوز إثارته ليس فقط من قبل المحمي مباشرة - وهو المستهلك - ولكن أيضا من أشخاص آخرين أصحاب مصالح - كجمعيات حماية المستهلك مثلا، ماعدا من توجه ضده الدعوى وهو الممتن في الطرح المتقدم. فالقواعد المتعلقة بالنظام العام الحامي للمصلحة الجماعية هي قواعد تقرض على الأفراد بخلاف القواعد الحامية للمصلحة الفردية، حيث إنها تقترح على هؤلاء ولا تلازمهم بالنقيد بها<sup>1</sup>.

يلاحظ إذن، أنه في حال تضمن عقد معين، وخاصة في مجال العقود النموذجية بنودا تعسفية، وفي حال توفرت المصلحة الجماعية في الدعوى المقامة، جاز للقضاء إثارة الطابع التعسفي للبند من تلقاء نفسه ولكن مع مراعاة مبدأ وجاهية المحاكمة، فالنظام العام الحامي للمصلحة الفردية، وهي مصلحة المستهلك الفردية - لا يمكن أن يتم إثارته عفوا من القضاء باستثناء قواعد الحماية الجماعية بحيث يفترض أن يثيرها القاضي عفوا<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة أيضا، إلى أنه وفي نطاق حماية المستهلك، يظهر أن الاتجاه الغالب هو مع النظام العام الحامي المشدد، بمعنى أنه يستبعد كل تنازل من المستهلك كما هو مقرر له قانونا حتى بعد موافقته على العقد<sup>3</sup>، إذ يقتضي في كل مرة يكون فيها المستهلك خاضعا لضغوطات خارجية ومجردا عن إرادته الحرة والواعية، استبعاد حقه في التنازل عن الحماية المقررة له قانونا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص. 69.

<sup>2</sup> -أنظر، ريماء فرج مكي، نفس المرجع، ص 70.

<sup>3</sup>-V.Cass.civ., 2em ch.4 déc.1950, Bull.civ., i.n°.340.P.291.

<sup>4</sup> -أنظر، ريماء فرج مكي، نفس المرجع، ص 70.

ويلاحظ توسيع سلطات القضاء في إثارة الطابع التعسفي للبند خاصة في عقود الاستهلاك وما يؤكد هذا الاتجاه، هو صدور قرار OCEANO بتاريخ 27 جوان 2000 عن محكمة العدل الأوروبية يكرس حق القضاء في إثارة الطابع التعسفي للبند عفواً. في وقائع القضية، أن عدداً من المواطنين الإسبان أبرموا، كل منهم لأهداف شخصية، عقد شراء موسوعات Encyclopédie بالتقسيط، وقد تضمنت كل هذه العقود التي أبرموها بنداً يحدد صلاحية الفصل في أي نزاع ينشأ عن هذه العقود لمحاكم برشلونة التي لم تكن موطناً لي مشتري ولكن يوجد في نطاقها مركز الشركات البائعة. عند عدم دفع الأقساط المستحقة، أقامت هذه الشركات الدعوى أمام محاكم برشلونة، فقررت هذه الأخيرة لعللة الشك في اختصاصها، التوقف عن البت في النزاع (استناداً إلى المادة C.E 234)، حيث قضت بالتالي: "إن الحماية التي تقرها المادة 93/13/CEE في المذكرة التوجيهية الصادرة في 15 مارس 1993 والتي تتعلق بالبند التعسفي التي تفرض على المستهلكين في العقود التي يبرمونها مع الممتهين، هل تسمح للقاضي الوطني في إثارة الطابع التعسفي لبند موضوع تحت تقديره عندما ينظر في مدى إمكانية قبول الدعوى شكلاً في حال قدمت أمام المحاكم العادية؟".

إن النزاع لا يقع على هوية المستهلكين إنما على مدى اختصاص القضاء الناظر بالدعوى. وعن العقود التي أبرمت في هذه القضية، تضمنت بنداً تعسفياً Compétence attributive territorial محدد صلاحية النظر بالدعوى إلى محاكم برشلونة حيث محل إقامة الشركات البائعة<sup>1</sup>.

وإذا كان البند المحدد لاختصاص المحاكم لم يعتبر بنداً تعسفياً وفقاً للمذكرة التوجيهية، إلا أنه بمقتضى القانون الإسباني يعتبر بنداً تعسفياً كل بند يدرج في العقود المبرمة بين المستهلك والممتهين ويعطي صراحة الاختصاص إلى محكمة غير محكمة محل إقامة المستهلك أو محل تنفيذ موجهه ويقتضي اعتباره تبعاً لذلك بنداً غير

<sup>1</sup> - أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 71.

مكتوب<sup>1</sup>. وقد اعتبرت المحكمة أن البند المذكور يعتبر بندا تعسفيا بالاستناد إلى القانون الإسباني وقانون الاتحاد الأوروبي، واستندت إلى أن المستهلك وجد في مستوى أدنى Etat d'Infériorité من الممتهن. وأضافت المحكمة أنه من الصعب تقبل عدم إمكانية إثارة القاضي الوطني للطابع التعسفي للبند، وبالتالي استبعاد تطبيقه، لسبب وحيد وهو أن المستهلك لم يثر طابعه التعسفي خاصة مع الاتجاه الحالي في وضع موضع التنفيذ الأهداف الوقائية للدعاوى الجماعية التي تهدف على وضع حد للتعسف الذي يضر بمصالح المستهلكين<sup>2</sup>.

بالنتيجة، أظهر هذا القرار الصادر عن محكمة العدل الأوروبية، أن الحماية الفعالة للمستهلك لا يمكن التوصل إليها إلا إذا اعترف للقاضي الوطني بتحديد الطابع التعسفي للبند تلقائيا في عقد وضع يده عليه في معرض النزاع المقدم أمامه<sup>3</sup>.

### المبحث الثاني: سلطة القاضي في محاربة الشروط التعسفية

من أهم الظواهر التي صاحبت عصر الصناعة، ظاهرة سيطرة الطرف القوي اقتصاديا على الطرف الضعيف، الأمر الذي ترتب عليه استسلام هذا الأخير لإرادة الأول الذي فرض شروطه المجحفة في العقد. ولأن هذا العقد يتعلق محله بسلع ضرورية، فإن الطرف الضعيف لم يكن يستطيع رفض العقد أو المفاوضة على شروطه<sup>4</sup>.

هذه الظاهرة التي نشأت نتيجة ظروف اقتصادية انتقلت إلى الفكر القانوني الفرنسي على يد الفقيه سالي *saleilles* الذي كشف عنها في العقود التي تتميز بتفاوت

<sup>1</sup>-Cass 1er., 19 juin 2001, SA press labo service c/M me Payan (arret N° 1085 ), (Juris Data N° 010219). V.Paisant (Gilles), l'ambiguïté d'une clause dans un contrat conclu avec un consommateur peut lui conférer un caractère abusif, J.C.P..éd.G.? 21 NOV.2001? P.2160.

أشار إليه، عمر محمد عبد تابقي، المرجع السابق، ص.410.

<sup>2</sup> - أنظر، ريما فرج مكي، المرجع السابق، ص. 72.

<sup>3</sup>-V.Cass.com., 14.oct.1997, D., 1998 .jur., p.115.

<sup>4</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص 18، ص 19.

كبير بين طرفيه، بحيث يملك أحدهما كل وسائل القوة ويتجرد الآخر من معظمها. وفي القانون المصري، يعتبر الفقيه السنهوري هو أول فقيه عربي أطلق على هذه العقود مصطلح عقود الإذعان، وتكريسا لهذه الجهود الفقهية نظم القانون المدني عقود الإذعان ضمن موضوعاته، لتصبح بذلك جزءا من تقسيمات العقود في القانون المدني، ولمعالجة هذا المبحث سوف نتطرق في المطلب الأول (تحديد مفهوم الشرط التعسفي)، أما المطلب الثاني (نظام مكافحة الشروط التعسفية في القانون المقارن).

### المطلب الأول: تحديد مفهوم الشرط التعسفي

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى المقصود بالشرط التعسفي (الفرع الأول)، ثم إلى إثارة الطابع التعسفي للشرط (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: المقصود بالشرط التعسفي

لم يعد نطاق الشروط التعسفية قاصرا على عقد الإذعان بالمفهوم التقليدي بل امتد اثر هذه الشروط إلى كل العقود الرضائية كانت أو النموذجية<sup>1</sup> وهذا له أثر على اختلال التوازن العقدي الذي بدوره يجعل تفاوتا كبيرا بين المتعاقدين من حيث المراكز القانونية نتيجة فرض أحد المتعاقدين شروطا تعسفية على المتعاقد الآخر<sup>2</sup>.

وتتاول الفقه القانوني الشرط التعسفي من خلال العديد من الزوايا فمن حيث المصدر فإن الشرط التعسفي هو ذلك الشرط الذي ينشأ بسبب التعسف ويسمح بوقوع هذا التعسف.

ومن حيث الطبيعة فهو الشرط الذي يتنافى مع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية والذي يتنافى أيضا مع روح الحق والعدالة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-Cass.com.21 avr.1959, Bull.civ., 1959-III.N°.178, p.192.

<sup>2</sup> -أنظر، حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مقال بعنوان "اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية" -دراسة مقارنة -كلية القانون، جامعة بغداد، ص.204.

<sup>3</sup>-أنظر، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.400.

وفي هذا الإطار ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه ذلك الشرط الذي يأتي متناقضا مع جوهر العقد باعتباره مخالفا للنظام العام<sup>1</sup>.

ومن حيث الآثار فهو التصرف الذي يترتب عليه تحويل العقد عن وظيفته لما يؤدي إليه من وجود اختلال في توازنه<sup>2</sup>.

وفي عقود الاستهلاك أيضا والتي تتميز بوجود تفاوت واضح في عوامل القدرة العلمية والاقتصادية بين أطرافها، فإن أوجه تناول الشرط التعسفي فيها جاءت في إطار هذا المفهوم، فقد اعتبره بعض الفقه شرطا في العقد يترتب عليه عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات كل من المهني والمستهلك والمترتبة على عقد الاستهلاك تمثل في مكافأة هذا المهني بميزة نتيجة استخدامه لقوته الاقتصادية في مواجهة المتعاقد معه وهو المستهلك<sup>3</sup>.

وبمعنى آخر فهو الشرط الذي يفرضه المهني على المستهلك مستخدما نفوذه الاقتصادي بطريقة تؤدي إلى حصوله على ميزة فاحشة.

وفي هذا الاتجاه ذهب بعض فقه إلى أنه ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن تعاقدى لصالح ذلك الذي فرضه على المتعاقد الآخر، الذي لا خبرة له أو ذلك المتعاقد الذي وجد في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر<sup>4</sup>.

وفي فرنسا اعتبر بعض الفقه أنه من قبيل التعسف الشرط المحرر مسبقا من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح له ميزة فاحشة عن طرف الآخر، أو هو ذلك الشرط

<sup>1</sup> نقض مدني مصري 21 ابريل 1960 مجموعة احكام النقض السنة 11 رقم 50 ص 330

<sup>2</sup> - CARMET (O) Reflexions sur les clauses abusives au sens de la loi N° 78 -23 du 10 janv. 1978 R.T.D.Com. 1982 T 1P.19

<sup>3</sup> - أنظر، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.401..

<sup>4</sup> - نقض مدني مصري 21 ابريل 1960 مجموعة أحكام النقض السنة 11 رقم 50 ص 330

الذي يترتب عليه إفراغ الالتزام الأساسي للعقد بالنسبة للمحترف من أي محتوى أو مضمون<sup>1</sup>.

وقد تصدى المشرع الفرنسي لتعريف الشرط التعسفي من خلال المادة 25 من القانون الصادر في 10 يناير 1978 بشأن حماية وإعلام المستهلكين بأنه: " في العقود المبرمة بين مهنيين وغير مهنيين أو مستهلكين يمكن أن تكون محرمة محددة أو منظمة الشروط المتعلقة ب..... حينما تبدو هذه الشروط أنها مفروضة على غير المهنيين أو المستهلكين بواسطة تعسف النفوذ الاقتصادي للطرف الآخر وتمنح هذا الأخير ميزة فاحشة".

ويرى بعض الفقه الفرنسي أن نظرية المشرع الفرنسي الحديثة إلى الشروط التعسفية التفتت عن المعيار الذي يقر أثر الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك التي ترتب ميزة متجاوزة الحد للمهني. ليحل محله معيارا آخر هو مدى توافر قدر من الخلل بين حقوق والتزامات طرفي العقد خاصة أن لجنة وزراء المجلس الأوروبي اتخذت في 16 نوفمبر 1978 قرار في شأن الشروط التعسفية الواردة في العقود المبرمة بواسطة مستهلكين أشارت فيه إلى أنها ترتبط أساسا باختلال الحقوق والالتزامات بين طرفي العقد على نحو الذي يلحق الضرر بالمستهلكين.

وأشار المشرع الجزائري للشرط التعسفي في القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في المادة ( 29) والمرسوم التنفيذي رقم 06-306 الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 2006 الذي يحدد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية.

وعلى ذلك يمكن تعريف الشرط التعسفي في عقود الاستهلاك بأنه بند في العقد يؤدي الى اختلال توازنه اشترطه طرفه القوي بماله من نفوذ اقتصادي بهدف تحقيق ميزة فاحشة له على حساب الطرف الاخر دون مقتضى<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - احمد محمد الرفاعي الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ص 212

<sup>2</sup> -أنظر, محمد عبد الباقي, المرجع السابق, ص.165.



## ولتحديد مفهوم الشرط التعسفي لابد من توافر العناصر الآتية:

**العنصر الأول:** أن يتعلق الأمر بشرط أدرج في " العقود المبرمة بين المحترفين، وغير المحترفين أو المستهلكين"، وفي "نماذج الاتفاقات" التي اعتاد المحترفون عرضها على غير المحترفين أو المستهلكين.

وقد أثار قانون 1978 مشكلة تحديد مفهوم كل من المحترف وغير المحترف أو المستهلك. فأما تحديد مفهوم المحترف فما كان لي طرح صعوبة كبيرة بوصفه ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتصرف في إطار اعتيادي ومنظم لنشاطات الإنتاج أو التوزيع أو أداء الخدمات<sup>1</sup>.

ولكن أكبر عقبة واجهها الفقه هي تحديده لمفهوم المستهلك أو غير المحترف. مما أدى إلى وجود ثلاثة اتجاهات بين موسع ومضيق<sup>2</sup>. والراجح هو الاتجاه الوسيط الذي يرى أن المستهلك الذي ينبغي أن يستفيد من القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية، هو ذلك الشخص الذي يحصل على مال أو خدمة لغير الاستعمال المهني، أي يتعاقد من أجل حاجاته الشخصية أو العائلية.

**العنصر الثاني:** إن النظام الذي جاء به قانون الاستهلاك يطبق على جميع الشروط التعاقدية، مادامت مكتوبة، ولا يهم الركيزة التي تظهر عليها. فقد تظهر مثلا في وصل طلب الشراء أو الفواتير، أو وصل الضمان، أو وصل التسليم أو التذاكر أو لوحة أو لافتة<sup>3</sup>.

كما لا يهم أيضا طبيعة الشروط فيجوز أن تتناول كفاءات دفع الثمن أو تسليم الشيء، أو عبئ المخاطر أو مدى المسؤولية أو الضمان، وكذا شروط التنفيذ والفسخ

<sup>1</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 239.

<sup>2</sup> - ويميل قضاء محكمة النقض الفرنسي إلى رفض تطبيق الأحكام الخاصة بقانون الاستهلاك على العقود التي لها صلة مباشرة مع النشاط المهني للشخص من ذلك.

civ.1<sup>er</sup>, 3 janvier 1995.Som, p.229, obs.delebecque.(ph).

<sup>3</sup> - المادة 132-4 من (ق.ا.ف)

وهكذا فإن قائمة الشروط ليست محددة على سبيل الحصر ، كما لا يهمل أيضا القانون الواجب التطبيق على العقد<sup>1</sup>.

ويتضح من نصوص قانون الاستهلاك، أن النظام المأخوذ به، وضع أساسا للشروط التي تتضمنها " الشروط العامة "، والتي لا تكون موضوع تفاوض وبالتالي فإذا كان هناك شرطا محلا لمفاوضة، فإنه ما يقضى باعتباره تعسفيا.

ومنذ بدء العمل بنظام المراسيم في عام 1978، فإنه لم يتم سن سوى مرسوم واحد والمؤرخ في 24 مارس 1978، والذي نص على ثلاثة أنواع من الشروط التعسفية<sup>2</sup>، لم يلبث مجلس الدولة وأن ألغى واحد منها<sup>3</sup>. مما جعل الكثير من الفقهاء يحكم على هذا النظام بشبه الفاشل.

<sup>1</sup> - حيث تفرق المادة 1-135 من قانون الاستهلاك بين حالتين فإذا كانت القواعد العامة للنزاع تحيل إلى قانون دولة عضو في الاتحاد الأوروبي فإن هذا القانون هو الذي يطبق. أما إذا كانت القواعد العامة للتنازع تحيل إلى قانون دولة ليست عضوا في الاتحاد الأوروبي. فإن المادة 1-135 تجيز للمستهلك الاستفادة من تطبيق القانون الفرنسي مادام أن له موطنًا في إقليم إحدى الدول الأعضاء في الاتحاد. أو أن العقد كان قد عرض فيها أو أبرم أو نفذ فيها. أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 239.

<sup>2</sup> - وهي:

أ- منع الشروط التي تنص على إذعان المستهلك لاشتراطات تعاقدية مثل اللائحة أو الشروط العامة للبيع وغيرها، والتي لا تظهر على الوثيقة التي يوقعها.

ب- منع الشرط الذي يستبعد أو ينقص حق المستهلك في التعويض عن إخلال المحترف بالتزام من التزاماته كما هو الحال بالنسبة للشروط التي ترمي إلى إنقاص الضمان القانوني أو تلك التي ترمي إلى إعفاء المحترف من المسؤولية عن التأخير في التسليم. ويقتصر المنع هنا على الشروط الواردة في عقد البيع فقط، وبالتالي فلا يشمل المنع هذه الشروط إذا تعلقت بعقود أداء الخدمات.

ج- منع الشرط الذي يحتفظ بموجبه المحترف بحق تعديل من جانب واحد لخصائص المال أو الخدمة التي سيقدمها. ويتميز هذا المنع عن سابقه بشموله لجميع العقود المبرمة بين المحترفين وغير المحترفين أو المستهلكين.

<sup>3</sup> - حيث ألغى مجلس الدولة الفرنسي النوع الأول الوارد في نص المادة 1 من مرسوم 24 مارس 1978 على أساس أن الشروط المتعلقة بتكوين العقد لا تظهر، أولا توجد في التعداد الحصري للمادة 35 من قانون 1978

1980 ;D.1981.J.p228, not larroumet(chr CE, Décembre

أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 442.

## الفرع الثاني: إثارة الطابع التعسفي للشرط

إن الجزء المترتب على البنود التعسفية المبرمة بين المستهلكين والمحترفين هو موضوع دقيق وعلى قدر من الأهمية، لأنه يقود إلى التساؤل حول إمكانية المشرع والقضاء في تصحيح التعسف وبالتالي في تصحيح الخلل في التوازن العقدي. تعتبر البنود التعسفية باطلة بطلانا مطلقا على أن تنتج أحكام العقد الأخرى كافة فاعليتها، أما المشرع الفرنسي فقد اعتبر البند التعسفي بندا غير مكتوب، كما ورد في نص المادة ل 1- 132 من قانون حماية المستهلك الفرنسي<sup>1</sup>.

في الواقع، إن آلية البطلان تختلف عن آلية اعتبار البند غير مكتوب، والفارق الأول بينهما هو أن البند غير المكتوب يعتبر بندا لا وجود له بتاتا، وهنا يكمن الهدف من استئصال هذا البند من العقد فهو يعتبر بمثابة غير الظاهر إطلاقا فيه<sup>2</sup>، بينما البند الباطل لا ينكر المشرع وجوده ولكنه يأمر بجزء معين له، وهو البطلان الجزئي للعقد، وقد أخذ المشرع بآلية البطلان الجزئي وعلى سبيل المثال نظرية انقاص العقد<sup>3</sup> في القانون الجزائري.

أما الفارق الثاني، فهو عدم توافق رضا الأطراف على وجود البند المذكور، أي أنهم لم يعبروا إطلاقا عن أية نية حول البند المفترض أنه بند غير مكتوب، وبالتالي لم يدخل ضمن اتفاقهم على العقد، وذلك بخلاف البطلان فهو يفترض أن البند أدرج كتعبير عن إرادة الأطراف، وعند نشوء نزاع حول البند المذكور يترتب البطلان كجزء لبند موجود فعليا. أما في حالة البند غير المكتوب، فيقتصر دور القاضي على إعلان

<sup>1</sup>-Art.132-1 "Dans les contrats conclus entre des professionnels et des non-professionnels ou des consommateurs, sont de manière irrefragable presumes abusive, au sens des dispositions du premier et du troisiemealinéas de l'article l.132-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de....."

<sup>2</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 21.

<sup>3</sup> - أنظر، م. 104 (ق.م.ج) وتقابلها م. 313 (ق.م.م).

عدم وجود البند من دون أن يلفظ الحكم، وهذا ما يستتبع الحذف المادي للبند من العقد وذلك على خلاف البند الباطل، فهو يفترض صدور حكم يقضي به<sup>1</sup>.

ولكن يمكن أن لا تهدف الدعوى المرفوعة إلى إعلان عدم وجود هذا البند، بل يمكن أن يتقدم أحد الأطراف بدعوى يطالب فيها برد ما نتج عن التنفيذ أو بتنفيذ البند الذي يفترض أنه بند غير مكتوب، في هذه الحالة يمكن أن تقترب قواعد بطلان البند من قواعد اعتبار البند غير مكتوب أي في الحقيقة يمكن أن يكون هنالك نزاع محتمل على طبيعة البند الذي يرتب عليه القانون جزاء معيناً<sup>2</sup>.

لذلك، اعتبر البعض أن البطلان هو عملياً الجزاء الطبيعي الذي يترتب على وجود البند التعسفي، وفعلياً تبطل المحاكم الفرنسية البنود التي تعتبرها تعسفية في العقد حتى ولو أن القانون الفرنسي لم ينص صراحة على البطلان، ولكنها عادة تبرر لجوءها إلى البطلان كجزاء، وهي تفعل ذلك بحذر.

إن البحث في هذه المسألة يفرض البحث عن طبيعة البطلان بمعنى ما إذا كان بطلان الشرط التعسفي بطلاناً مطلقاً أم نسبياً، وفي مدى ارتباط قوانين حماية المستهلك بالنظام العام.

واعتبرت مجمل التشريعات، أن بطلان البند التعسفي هو بطلان مطلق، إلا أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى الطابع النسبي أم المطلق لبطلان البنود التعسفية، فحاول الفقه الفرنسي البحث في هذه المسألة، معتبراً أن الأعمال التحضيرية لقانون حماية المستهلك تميل إلى اختيار البطلان المطلق كما أشار إليه المشروع التمهيدي، حيث ورد فيه: " أن بطلان البند التعسفي هو بطلان مطلق فهو بطلان يتعلق بالنظام العام الذي يمكن إثارته من كل صاحب مصلحة وبالتالي يستطيع القاضي إثارته عفواً"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 22.

<sup>2</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص. 66.

<sup>3</sup> - أنظر، ريماء فرج مكي، المرجع السابق، ص. 67.

وقد أيد جانب من الفقه الفرنسي هذا الاتجاه، حيث اعتبر أن الأخذ بالبطلان المطلق كجزء أكثر دقة، لأن ترك طلبه بيد المستهلك فقط يجعل من هذا البطلان جزء غير فعال في الحقيقة، ففي غالبية الحالات يعتقد المستهلك بشرعية البند المذكور، ولذلك فهو لا يحتج على تطبيقه.

أما البعض الآخر من الفقه الفرنسي، فقد مال إلى الأخذ بالبطلان النسبي كجزء معتبرا أن المسألة تتعلق بحماية مصلحة فردية وهي مصلحة المستهلك.

ويبدو إذن أن القانون الفرنسي لم يحدد طبيعة البطلان المترتب على وجود البند التعسفي، وأن الفقه الفرنسي مازال منقسما حول هذه المسألة، وبذلك على خلاف التشريعات العربية حيث إنه تبنى صريحا في اعتباره البند التعسفي باطلا بطلانا مطلقا، ولكن ما يقتضي الإشارة إليه هو أن التشريعات العربية اعتمدت جزء البطلان المطلق للبند الأول مرة وهو عادة ما يرتب هذا الجزء على العقود المخالفة للنظام العام والآداب العامة وأحكام القانون الإلزامية، وكذلك على العقود التي أصابها عيب أساسي متعلق بشخص أحد المتعاقدين أو ناتج عن انعدام أحد أركان العقد كالسبب أو الموضوع أو عدم احترامه شكلية فرضت إلزاميا على الأطراف في العقد<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: موقف القوانين المقارنة من الشروط التعسفية

يرى جانب من الفقه لجوء المحترفين إلى إبرام الشروط التي تخدم مصالحهم في العقود التي يبرمونها مع المستهلكين، والتي عرفت تنوعا واتساعا في مداها، وانتشارا مذهلا في مجتمعات الدول الصناعية، التي تعرف إنتاجا ضخما وتوزيعا جماهيريا. والتي تعارف على تسميتها قانونا بشروط التعسفية ورغم ضغط الشركات الكبرى على المشرعين لتلافي سن قوانين تحد من حرية العمل بهذه الشروط. فان ذلك

<sup>1</sup> --أنظر، ربما فرج مكي، المرجع السابق، ص.68.

لم يمنع من وجود أنظمة اختلفت في مكافحتها للشروط التعسفية<sup>1</sup>. وهي تتأرجح بين ثلاثة أساليب: الأسلوب التشريعي، الذي يتخلص في سن قائمة محددة بالشروط التعسفية، غير المشروعة والمحظور العمل بها.

والأسلوب القضائي حيث يترك بموجبه القانون للقاضي سلطة تقدير الطابع التعسفي للشروط قبل إبطالها. وقد تبني المشرع الأمريكي هذا الأسلوب<sup>2</sup>.

والأسلوب الأخير هو الأسلوب الإداري أو التنظيمي حيث يترك للسلطة الإدارية أو التنظيمية سلطة التقدير العملي للشروط التعسفية حالة بحالة وهو الأسلوب الذي اتجه إلى الأخذ به المشرع الفرنسي أساسا ولتبيان دور القوانين في مكافحة الشروط التعسفية سوف نتطرق في الفرع الأول (موقف القانون الفرنسي من الشروط التعسفية)، أما الفرع الثاني (موقف القانون المصري من الشروط التعسفية)، الفرع الثالث (موقف القانون الجزائري من الشروط التعسفية).

### الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي من الشروط التعسفية

المشرع الفرنسي اعتمد في مكافحة الشروط التعسفية على القانون رقم 23/78 المؤرخ في 10 جانفي 1978 المتعلق بحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، والمسمى بقانون scrivener حيث خصص الفصل الثالث منه للشروط التعسفية، وفي جو لم يخل من المعارضة على أساس أن فيه مساسا بمبدأ سلطان الإرادة. بينما اعتبره المؤيدون تطبيقا لمبدأ حسن النية في التعاقد الوارد في نص م.1134(ق.م.ف)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - حيث ظهرت فكرة الشرط التعسفي أو الشرط غير العادل Unconscionable clause أولا في الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام 1962. ثم انتقلت هذه الفكرة إلى أوروبا حيث بدأت التشريعات المتضمنة مكافحة الشروط التعسفية منذ السبعينات، حيث ظهرت في السويد عام 1972، وبريطانيا 1973 و1977 وعرفت ب ( unfair contract terms act 1977) والدنمارك 1974 وألمانيا 1976 وفرنسا 1978. أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.233.

<sup>2</sup> - حيث كرس القانون الأمريكي منذ عام 1962 وبموجب قانون التجارة الموحد Uniform Unconscionable clause اجتهدا قضائيا للقانون العام common law يسمح للقاضي بإبطال أي شرط يبدو تعسفيا Unconscionable clause أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.233.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.237.

وبعد عشر سنوات من ذلك، تم القانون السابق بقانون 05 جانفي 1988 الذي نص على دعوى حذف الشروط التعسفية. وتم إدماج القانونين السابقين في قانون الاستهلاك لعام 1993. ويبدو النظام الفرنسي وكأنه مستوحى مما سبقه من الأنظمة التي عرفت بها بعض الدول الأوربية والولايات المتحدة الأمريكية، وان كان يتميز عنها قليلا بالدور المخول للجنة الشروط التعسفية.

ولم تقتصر الحماية في أوروبا على الدول منفردة، بل أن الاتحاد الأوروبي سعى إلى التنسيق بين الأنظمة المتفاوتة في هذا المجال بين مختلف أعضائه، حتى انتهى بتاريخ 05 أبريل 1993 إلى سن تعليمة "تتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين"، والتي نقلت إلى القانون الفرنسي بموجب قانون أرساه قانون 1978.<sup>1</sup>

### الفرع الثاني: موقف القانون المصري من الشروط التعسفية

اختلفت نظرة المشرع المصري في التعامل مع علاقات الإذعان عن المشرع الفرنسي بحيث أن القضاء الفرنسي علل من فجوة الاختلاف، بتطوره في تبني أحكام حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية.

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد ربط بين عقود الإذعان والشروط التعسفية، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة استجلاء الأسباب التفسيرية لهذا الارتباط.<sup>2</sup> وفي هذا الصدد يذهب الأستاذ الدكتور أحسن جميعي إلى أن المشرع "لم يعتمد في نص المادة 149 (ق.م.م) إلى تحديد المقصود بالشروط التعسفية، وهو ما يترك لقاضي الموضوع سلطة مطلقة في قياس مدى التعسف والإجحاف بالنظر إلى ظروف وملابسات كل حالة على حدة وبالنظر إلى الظروف الشخصية لأطراف التعاقد، ومادام

<sup>1</sup>-Paissant(g):« les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 », d.1995, chron, p..99.

أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.238.

<sup>2</sup>-أنظر، إبراهيم عبد العزيز، دور حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الاستهلاك. ص 18، ص 19.

الأمر كذلك فإن السلطة التقديرية المطلقة لن تخضع لأي معقب وبالتالي لن تخضع لرقابة محكمة النقض<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من الشروط التعسفية

المشرع الجزائري أخذ بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين<sup>2</sup>، وهي إحدى نتائج الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة، الذي يعد بدوره إحدى ركائز المذهب الفردي. وأن الحرية التعاقدية كثيرا ما تؤدي إلى مظالم كثيرة، فهي غالبا ما تجعل المتعاقدين ضعفاء تحت رحمة الأقوياء. وقد تكررت هذه الصورة بجلاء بين في العلاقة بين المستهلكين الضعفاء والمحترفين الأقوياء، وحيث عدم التوازن ظاهرة بارزة في العقود وفي الشروط لأنه لو سلمنا بالحرية المطلقة للعقود والشروط على حد قول اهرنج لكان ذلك بمثابة منح ترخيص بالسلب للقراصنة وقطاع الطرق، وتقرير حقهم في الاستيلاء على كل ما تقع عليه أيديهم<sup>3</sup>.

للقاضي السلطة في تعديل الشروط التعسفية أو إلغائها بموجب المادة 110 (ق.م.ج)، بحيث يجوز للمستهلك أن يلجأ إلى القضاء ويطلب بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقد من العقود أو بإعفائه منها كلية، على نحو ما تقضي به العدالة. مادام أن القانون منح للقاضي أداة قوية يحتمى بها المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرضها عليه شركات الاحتكار والمحترفين<sup>4</sup>.

لابد من ضرورة الاعتراف للقضاء بسلطة إثارة التعديل أو الإعفاء من الشروط التعسفية من تلقاء نفسه، بمناسبة نظره في دعوى التنفيذ أو فسخ العقد الأصلي على

1 - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص 39-40.

2 - أنظر، م. 106 (ق.م.ج)، وتقابلها نص م. 1134 (ق.م.ف)، وم. 148 (ق.م.م.)..

3 - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 251.

4 - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 260.



غرار بعض التشريعات الأوروبية، لأن من شأن ذلك أن يسهم في بناء نظام قضائي متكامل للحماية من الشروط التعسفية.<sup>1</sup>

### المبحث الثالث: مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان.

سوف نتطرق إلى مفهوم عقد الإذعان (المطلب الأول)، اختلاف نظرة المشرع في التعامل مع علاقات الإذعان (المطلب الثاني).

#### المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان

عرف جانب من الفقه عقد الإذعان، بقوله أن " عقد الإذعان هو محض تغليب لإرادة واحدة تتصرف بصورة منفردة، وتملي قانونها، ليس على فرد محدد بل على مجموعة غير محددة وتفرضها مسبقا ومن جانب واحد ولا ينقصها سوى إذعان من يقبل قانون العقد"<sup>2</sup>.

وعرف جانب آخر من الفقه عقد الإذعان بأنه " انضمام لعقد نموذجي يحره أحد الفريقين بصورة أحادية الجانب وينضم إليه الفريق الآخر بدون إمكانية حقيقية لتعديله"<sup>3</sup>.

وعرفه البعض " العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيها يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"<sup>4</sup>

<sup>1</sup> -أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.261.

<sup>2</sup>-Saleilles (de la declaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le code civil allemande), paris, 1929, art.133, n.89, s., 229;"les contrats d'adhésion dans lesquels il ya une seule volonté agissant comme unilaterale qui dicte sa loi non plus à un individu mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance unilatéralement sans adhésion, de ce qui voudrait accepter la loi du contrat et s'emparer de cet engagement déjà créé sur so-meme." -

أشار إليه، لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص.23.

<sup>3</sup> - جاك غستان، المرجع السابق، ص.23.

<sup>4</sup> - عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، ط.1974، ص.120.

ويعتبر هذا التعريف أبرز التعريفات في ظل القوانين المدنية العربية. إذ يصف هذا العقد بأن القابل فيه يسلم بالمحتوى التعاقدى الذي يضعه الموجب ولا يقبل مناقشة فيه، كما يذكر الموضوع الذي يرد عليه الانعقاد، كتعلقه بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنه، وبذلك يكون قد أعطى صفات هذا العقد ومميزاته.<sup>1</sup>

وأصبح العمل واسعاً بعقد الإذعان في المجتمع المعاصر تماشياً مع التطور الاقتصادي، وما واكبه من نشوء مؤسسات وشركات وأشخاص يتحكمون في جمهور المستهلكين بما لهم من احتكار وسلطة على السلع والخدمات، والتي لا غنى لجمهور المستهلكين عنها.<sup>2</sup>

ومن الطبيعي أن يقود ذلك إلى ميل المحترف وهو الطرف القوي إلى تضمين هذا من الشروط ما يفيد ويخدم مصلحته، والتي قلما تخدم مصلحة المستهلكين.<sup>3</sup>

### المطلب الثاني: سلطة المشرع في التعامل مع عقود الإذعان

القضاء الفرنسي علل من فجوة الاختلاف، بتطوره في تبني أحكام حماية المستهلك ضد الشروط التعسفية.<sup>4</sup>

ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصري قد ربط بين عقود الإذعان والشروط التعسفية، الأمر الذي يدعو إلى ضرورة استجلاء الأسباب التفسيرية لهذا الارتباط.<sup>5</sup>

وإعمال هذه المقدمة يقتضي وجود نتيجة منطقية مفادها أنه ليس من الملائم أن نحدد ونعرف الشروط التعسفية في عقود الإذعان في ضوء نظرية التعسف في استعمال الحق والتي احتوت على عدة معايير يترتب على توافر أي منها اعتبار الحق

<sup>1</sup> - أنظر، لعشب محفوظ بن حامد، المرجع السابق، ص. 26.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 230.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 230.

<sup>4</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 24.

<sup>5</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 25.

الشخص الذي مارسه صاحبه متعسفا فيه. فهذه النظرية وإن كانت تساهم في تحديد معايير التعسف، إلا أنها لا تنطبق في حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، وذلك لأسباب قانونية وأخرى علمية.

يمكن القول أن نظرية التعسف في استعمال الحق لا تنطبق إلا في حالة ممارسة صاحب الحق لسلطة يخولها له حق شخصي. وهذا هو نطاق تطبيقها الذي لا يمكن أن يمتد إلى غيره إلا بنص صريح من المشرع. وبتطبيق هذه القاعدة على حالة الشروط التعسفية في عقود الإذعان يتضح عدم إمكانية تطبيقها لأن المشرع فوض القاضي في تحدياتها في ضوء مبادئ العدالة كما يتضح من نص م. 149 (ق.م.م)، وتقابلها م. 110 (ق.م.ج) إذن فبمفهوم المخالفة فإن نظرية التعسف في استعمال الحق تجد أسباب أو أسس تطبيقها في مجال الشروط التعسفية<sup>1</sup>.

ولا يمكن القول بأن سلطة الطرف القوي في صياغة بنود العقد يعتبر تجسيدا لحق شخصي، لأن هذه السلطة تجد مصدرها في ظروف الواقع الاقتصادي والاجتماعي، وعلى ذلك فانفراد الطرف القوي بصياغة العقود " لا يعدو أن يكون سلطة واقعية وليس سلطة يخولها حق شخص ما. لذا، فالقول بأن حظر الشروط التعسفية يشكل تطبيقا لفكرة التعسف في استعمال الحق أمر لن يخلو من النقد"<sup>2</sup>.

لا شك أن أفضل حماية للطرف المذعن من الشروط التعسفية<sup>3</sup> يكمن في تحديد هذه الشروط ثم وضع جزاء فعال لتحقيق هذا الهدف، والواقع إن السياسة التشريعية في تحديد الشروط التعسفية لا تخرج عن طريقتين.

<sup>1</sup> -أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق. ص 23.

<sup>2</sup> -Cass.1er ch., Civ., 23 avril 1985; D.1985, p.558.

<sup>3</sup> - فحماية الطرف الضعيف من هذه العقود " لا يكون بإنكار صفة العقد على عقد حقيقي ثم بتوافق إرادتين. بل أن العلاج الناجح هو تقوية الجانب الضعيف حتى لا يستغله الجانب القوي ".

**الأولى:** أن يقوم المشرع بوضع تعريف محدد لها أو تحديد معايير محددة يترتب على توافرها وجود الشرط التعسفي<sup>1</sup>. وهذه الطريقة تميل لها دائما القوانين الخاصة بحماية الأطراف الضعيفة مثل قانون العمل أو قانون حماية المستهلك.

لكن القانون المدني في كثير من الحالات يميل إلى طريقة ثانية، وهي ترك بعض المفاهيم بدون تحديد مع تفويض القاضي بالقيام بهذه المهمة في ضوء تطورات الواقع وما يستجد من ظروف، أي أن هذا الترك يكون متعمدا من قبل القانون المدني، لكن ليس الهدف منه أن يترك المشرع مهمة التعريف للقاضي أو التخلي عن مسؤوليته المقدمة في حماية الطرف الضعيف، بل على العكس فإن القانون المدني يهدف من هذا الترك إلى توفير أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف<sup>2</sup>.

فحرص المشرع على عدم جمود بعض الأفكار المرنة عن طريق وضع تعريف محدد، جعله يفوض القاضي في هذا التحديد، ولضمان نجاح القاضي في هذه المهمة أعطاه المشرع سلطات واسعة.

### أولا: الرقابة القضائية على الشروط التعسفية.

ولضمان نجاح الرقابة القضائية على الشروط التعسفية في عقود الإذعان حرص المشرع على أن تتميز هذه الرقابة بعدة خصائص يمكن سردها بإيجاز.

وهذه الخصائص يمكن حصرها في ثلاث نقاط كالآتي:

**أ:** حرص المشرع على أن تكون الرقابة القضائية متعلقة بالنظام العام. والنظام العام كأحد الأفكار الأخلاقية الحمائية، هو مجموعة أو منظومة الأسس التي يقوم عليها المجتمع سواء كانت أخلاقية أم اجتماعية أم اقتصادية أم سياسية. وكون الرقابة الرقابية متعلقة بالنظام العام يترتب عليه أن كل اتفاق على استبعادها يكون باطلا.

<sup>1</sup> -قانون 10 يناير 1978 الفرنسي بمنع الشروط التعسفية من العلامات المضيفة.

<sup>2</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 41.

وهذا المسلك التشريعي قصد منه استبعاد أي تقاق أو وسيلة قد تؤدي إلى منع القاضي من مباشرة سلطاته في الرقابة على الشروط التعسفية<sup>1</sup>.

ب: جعل المشرع الرقابة القضائية منصفة بالاتساع والشمولية لكل أنواع الشروط التعسفية. وعلى ذلك تشتمل الرقابة كل الشروط، سواء علم بها المذعن أو لم يعلم. ولقد كان المشرع موفقا في هذا التوسيع " ذلك أن الطرف المذعن لا يستطيع رفض الشرط الذي يتضمنه العقد حتى ولو علم به وكان مدركا لمدى الإجحاف الذي يعرضه إليه"<sup>2</sup> وإذا كان بعض الفقهاء انتقدوا هذا التوجيه التشريعي بحجة أن تدخل القاضي يشمل تعديل الشرط أو إلغائه. الأمر الذي ينافي القواعد العامة المتعلقة بتفسير العقود، إلا أن هذا المسلك التشريعي قد أتمن عليه العديد من الفقهاء. والحقيقة الاستناد لقواعد التفسير العامة التي وضعها المشرع يمكن أن يكون نقدا مقبولا لو كان الذي قام بالتوسع في الرقابة هو القضاء.

ج: أعطى المشرع للقاضي حرية الاستناد إلى مبادئ العدالة<sup>3</sup> بما تحويه من أفكار أخلاقية، يمكن أن يكتشف منها وهو في سبيل تقدير الشروط التعسفية.

**ثانيا: تضمين العقد التزامات قانونية في صالح الطرف المذعن .**

انطلاقا من مبادئ العدالة استقر القضاء الفرنسي على تضمين عقود الإذعان<sup>4</sup> التي تقتضي طبيعتها المساس بحياة الأفراد التزامات تؤدي إلى مد نطاق مسؤولية الموجب. كالاتزام بالسلامة، خاصة في عقد نقل الأشخاص. وبموجب هذا الشرط يلتزم بتحقيق نتيجة معينة، وهي وصول الراكب إلى محطة الوصول سليما. ويفرض القضاء

<sup>1</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 42.

<sup>2</sup> - أنظر، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 43.

<sup>3</sup> - يقصد بقواعد العدالة ما يستقر في النفس والوجدان من شعور يستهدف المساواة مع مراعاة الظروف والملابسات، أشار إليه، إبراهيم عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 42.

<sup>4</sup> - يعتبر الفقيه الفرنسي saleilles أول من قال بتسمية les contrats d'adhésions أي عقود الانضمام في كتابه (الإعلان عن الإرادة). أما التسمية العربية فهي من ابتداء الأستاذ السنهوري حيث يقول " وقد أشرنا أن نسمي هذه العقود بالعربية بعقود الإذعان، محمد بودالي الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري ط. 2007، ص. 11.

أحكام هذا الشرط نتيجة التفسير التكميلي، ولو لم ينص عليه في العقد، استخلاصاً من أحكام العدالة<sup>1</sup>.

وحتى يكون هذا الشرط محققاً للغرض منه-بحماية الطرف المذعن-فقد طبق القضاء الفرنسي المادة 1784 مدني فرنسي<sup>2</sup> الخاصة بنقل الأشياء، والتي تتضمن إلزام الناقل بالمحافظة على الأشياء المعهود إليه بنقلها وضمان سلامتها، على نقل الأشخاص من باب أولي، إذ أن الأمر يتعلق بحياة الأفراد، فلم يلزم المسافر بإثبات خطأ الناقل لتتعقد مسؤولية، بل يكفي إثبات إصابته أثناء تنفيذ عقد النقل، حتى يفترض رجوعها إلى خطأ الناقل. ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، إذ للناقل إثبات أن هذه الإصابة ترجع إلى سبب أجنبي عنه، كخطأ المجني عليه أو القوة القاهرة.

وبدون هذا الشرط يتعين الرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية، بإثبات الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، أما وقد وجد شرط الإلزام بالسلامة، فإن هذا يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة المسافر، وإذ لم تتحقق هذه السلامة، يفترض أن ذلك يرجع إلى إخلال الناقل بالتزامه، والقول بخلاف ذلك يعني تجريد الشرط من فعاليته.

وما قيل بشأن عقد نقل الأشخاص يسري على عقد العمل، وإذ كيف لعامل بسيط - حيال منشأة ضخمة - أن يثبت خطأ رب العمل، وأنه السبب في حدوث إصابته. ولم يعد الأمر مقبولاً إزاء التطورات الحديثة، وازدياد احتمالات تعرض العمال للأخطار العديدة التي تهدد حياتهم أو سلامتهم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص. 489.

<sup>2</sup> - Art. 1784 " Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou force majeure" c.c.f.p.268.

<sup>3</sup> - نقض مدني 27 مارس 1995، الطعن رقم 932 س 58، مجموعة المكتب الفني س 46 رقم 108 ص 537 ص. 541.

إزاء ذلك درج القضاء الفرنسي على تضمين عقد العمل التزاما بالسلامة، محله تحقيق نتيجة معينة، هي ضمان سلامة العامل، الذي يكفيه أن يثبت إصابته لتقوم مسؤولية رب العمل، وعندئذ لا ينفىها إلا السبب الأجنبي.

# الفصل الثاني

دور القاضي في تحديد التامات العقد



أصبح المستهلك محاطا بالعديد من العوامل التي أدت إلى تنامي مقومات ضعفه بصورة غير مسبوقة، وعلى نحو يبرر سرعة العمل على حمايته، ويمثل هذا الواقع الذي افتقد خلاله المستهلك القدرة على الدفاع عن مصالحه الاقتصادية والصحية<sup>1</sup>. وبالنسبة للمستهلك، فقد ظهر باعتباره شخصية غير مجربة وسهل الإيقاع به في ضوء إفتقاره لمقومات الوعي الاستهلاكي، فهو بداية أصبح يجهل المواد الأولية التي تدخل في صناعة احتياجاته، كما أنه لا تتوفر لديه الخبرة الفنية التي تؤهله لفحص المنتجات وما قد يشوبها من عيوب، كذلك عدم إحاطته بمواصفات الجودة لكل منتج يسعى إلى حيازته أو إستعماله، فضلا عن ذلك فهو لا يتمتع بالخبرة القانونية التي تمكنه من استيعاب شروط العقد أو نظيرتها التي تؤهله للحصول على حقه أمام القضاء. لذلك فإن المستهلك في واقع الأمر أصبح هو الشخص الوحيد في السوق الذي قد لا يستفيد من شراء السلعة أو الخدمة، بما يوازي المبلغ النقدي الذي قام بدفعه طواعية للحصول على أيهما. فقد أصبح هذا المستهلك ينتمي إلى طائفة الأطراف الضعفاء في العلاقات العقدية، وهم الأشخاص الذين يتضح أن مستوى معرفتهم في شأن موضوع العقد غير كاف للتوصل إلى حكم مستتر فيما يتعلق بالتعهدات التي يلتزمون بها<sup>2</sup>.

والاختلال في التوازن في العلاقات بين المحترفين والمستهلكين، والذي مرده في عدم المساواة في الالتزامات، ففي وقت يحيط به المحترف علما بالأموال والخدمات المعروضة في السوق يبقى المستهلك في الغالب الأمر غير قادر على الإحاطة بها، حتى يتسنى له بعد ذلك المقارنة بينها واختيار أحسنها جودة<sup>3</sup>.

ولذلك سوف نتطرق إلى التزامات العقد ومن بينها الالتزام بالإعلام (المبحث الأول)، التزم بالسلامة (المطلب الثاني)، ضمان العيوب الخفية في العقد (المطلب الثالث).

<sup>1</sup> - أنظر، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 05.

<sup>2</sup> - أنظر، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 05.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 61.

## المبحث الأول: الالتزام بالإعلام في العقد

لا يستطيع أحد أن ينكر فضل القضاء في إنشاء الالتزام بالإعلام، لكن هذا لم يمنع الفقه من الاهتمام والبحث في الموضوع ذاته، ويعتبر الفقيه الفرنسي "Juglart" من أوائل الشراح الذين طرقت المسألة في كتابه "الالتزام بالإعلام في العقود" وذلك من خلال استقراء النصوص والقرارات القضائية<sup>1</sup>.

وإذا كان "Juglart" لم يجد أمامه سوى الاجتهادات القضائية وقواعد القانون المدني فإننا اليوم محضون لأن الالتزام بالإعلام أصبح من المواضيع الأكثر اهتماما وعناية لدى الفقهاء. بحيث أصبح الالتزام بالإعلام من أهم المبادئ الحمائية المقررة لحماية المستهلك، بدءا من المرحلة السابقة للتعاقد إلى مرحلة إبرام العقد<sup>2</sup>. وعلى ذلك سوف نتطرق إلى ماهية التزام بالإعلام (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى موقف القوانين المقارنة من الالتزام بالإعلام (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإعلام

يعتبر هذا الالتزام واجبا عاما على عاتق المتعاقدين المحترفين، ومؤداه إلزام المتعاقد المحترف بإخبار الطرف الآخر في التعاقد بكل تفاصيل موضوع العقد<sup>3</sup>. يقع عبئ هذا الالتزام على عاتق المتعاقد المحترف، ويؤكد ذلك إليه البعض إلى «أنه يجب على المتعاقد الذي يعلم أمرا متصلا بالعقد أن يعلم المتعاقد الآخر الذي

<sup>1</sup> بنتقة حفيظة الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك جامعة أكلي محند أجاج البويرة مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص عقود ومسؤولية سنة 2012-2013 ص. 07.

<sup>2</sup> - وكان القضاء الفرنسي يذهب إلى اعتبار وجود أحد المتعاقدين في وضعية ضعف بسبب حالته الصحية أو بسبب السن أو عدم الخبرة، من قبيل الحيل إذا استغلها المتعاقد الآخر civ ; 7 mai 1973 ; d1976.p41 أشار إليه محمد بودالي، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص. 344.

<sup>3</sup> - والمنتج لأحكام القضاء يستطيع إن يتبين الاتجاه إلى التوسع في تقرير هذا الالتزام بالإعلام المتعلق بوضع الشيء وأوصافه المادية في المرحلة السابقة على إبرام العقد، وإدخاله في كل العقود التي تشمل على التزام المحترف أو المهني بإعطاء شيء أو تقديم خدمة.

يجهل هذا الأمر، وعادة ما يتعلق الأمر بمضمون العقد في ذاته، أو بمدى مناسبة أو ملائمة إبرام العقد بالنسبة للطرف الآخر.»

كما ذهب البعض إلى أن هذا الالتزام<sup>1</sup> يتسع لكل شيء مثل الالتزام بحسن النية واحترام قواعد العدالة والأعراف. ويدخل هذا الالتزام في طائفة الالتزامات التبادلية، حيث يلتزم كل طرف بأن يعلم الطرف الآخر بما يتوافر لديه من معلومات، أو ما قد يكون بوسعه أن يعلمه من أمور من شأنها أن تؤثر على العقد.

وقد توالى أحكام القضاء التي تدعم هذا الالتزام وتضعه على عاتق الطوائف المهنية الآتية: (الطبيب، المحامي، رؤساء الاتحادات الرياضية، البائع، المصرفي)

ولهذا سوف نعالج تعريف التزام بالإعلام (الفرع الأول)، إعلام المستهلك المتعاقد (الفرع الثاني)، الأساس القانوني للالتزام قبل التعاقد بالإعلام (الفرع الثالث).

### الفرع الأول: التعريف بالالتزام بالإعلام

يقصد بالالتزام بالإعلام<sup>2</sup> الواجب الذي فرضه القانون على المتعاقد المحترف بتقديم كل المعلومات المتعلقة بموضوع العقد للمتعاقد الآخر، وتزويده بكل التفاصيل المتعلقة بمحل العقد. كما ألزم القضاء المتعاقد المحترف بأن يصحح المفاهيم الخاطئة لدى المتعاقد الآخر بشأن محل التعاقد، وأخيرا ألزمه بتوضيح المدة اللازمة لتنفيذ العقد، وجميع التفاصيل المتعلقة بالتنفيذ وفقا لنوع الاتفاق. ويؤسس القضاء هذا الالتزام على نص المادتين 1135 مدني فرنسي<sup>3</sup>، 148 ف 2 مدني مصري، م. 107 (ق.م.ج).

<sup>1</sup> - والفقهاء يطلق على هذا الالتزام (الالتزام بالإعلام) عدة تسميات، فالبعض يرى أنه التزام بالإعلام أو التزام بالتبصير، والبعض الآخر يرى أنه التزام بالافضاء بالبيانات والمعلومات، بينما آخرون أنه التزام بالإخبار مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 32.

<sup>2</sup> - لم يعرف المشرع الفرنسي أو المصري الالتزام بالإعلام حيث ترك المجال للفقهاء والقضاء لوضع التعريف المناسب، والذي يتلائم مع تطور عقود الاستهلاك ووسائل إبرامها. أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 31.

<sup>3</sup> - Art 1135 c. c. f «les conventions obligent nom seulement à ce qui est exprime mais encore à tout les suites que l'équité, l'usage la loi donnet à l'obligation d 'après sa nature ».p. 348- 349.

## الفرع الثاني: إعلام المستهلك المتعاقد

إن المبدأ قد وجد في النظرية العامة للعقود، ويتحقق عن طريق الرضا، وقد كان القضاء هو أساس الالتزام بالإعلام في بادئ الأمر، بيد أن المشرع الحديث لم يكتفي بذلك، فضل تحقيق هذا الإعلام عن طريق إنشاء شكل معين لبعض العقود.

أولاً: الالتزام العام بالإعلام.<sup>1</sup>

ألقى القضاء على كاهل المنتج أو المهني التزام بجانب كبير من الأهمية، وهو وضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم، فيتعين على المنتج أو المهني أن يتبن كل الأخطار التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم.

ويدخل تحت لواء المهني إلى جانب هذه الفئات أيضاً، المجهز أو المركب (l'installateur) إذ يعتبر مدينا بالالتزام بالإعلام بالرغم من عدم كونه طرفاً في العلاقة العقدية. حيث أنه وبسبب خبرته وتخصصه في هذا المجال فإنه يتوفر لديه الكثير من البيانات والمعلومات المتعلقة بالمبيع. والالتزام هذا الأخير بالإعلام لا يتوقف عند مجرد تقديم نشرة استعمال فحسب بل يمتد ذلك إلى تقديم المعلومات المناسبة والنصائح الواجب إتباعها قصد الاستعمال الأنسب، لاسيما في مجال الإعلام الآلي، تركيب الآلات والمحركات وكذا مجال التدفئة.<sup>2</sup>

كما يعتبر الالتزام بالإعلام "واجب مفروض بواسطة القانون لاسيما على بعض، البائعين الحرفيين أو الشركات المتخصصة، بتقديم المعلومات التي تتصل بمحل العقد

<sup>1</sup>- M de Juglart ; L'obligation de renseignement dans les contrats ،R.T.D.C.1945 ; 4. Boyer l'obligation de renseignement dans la formation des contrats.thèse.Aix ،1977.l'information en droit privé ouvrage collectif sous la direction de.Loussouarm et Dagard.L. G. D. J.1978.

J. F ovrstake ،la responsabilité du fabricant de produits dangereux. R. T. D. C. 1972 ،485. D N gugen. Tranch Bouglais et J. ferd la responsabilité de fabricant en cas de violation de l 'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue .j.c.p 1975.1.267.

<sup>2</sup>-Lamy droit économique, Op.cit n4915 p.1804.

أو العملية المزعومة القيام بها، بواسطة الوسائل الملائمة كالبيانات الإعلامية والإشهار".<sup>1</sup>

ولقد قررت محكمة النقض الفرنسية ذلك في عدة أحكام لها، كالذي أوجبت من خلاله على المقاول المركب للأسطح القرميدية بإعلام مقاول البناء حول عيوب المنتج الذي اختاره والاستعمال المخصص له.<sup>2</sup>

وكذلك ما قرره ذات المحكمة من مسؤولية المركب لجهاز لتسخين (chaudière) لعدم تناسب نوع التركيب الذي قام به مع خصائص الجهاز نتيجة إخلاله بإعلام ونصح المشتري.<sup>3</sup>

حتى أن المهني<sup>4</sup> المتخصص يلتزم بالاستعلام عن حاجات المتعاقد معه ليعلمه بالبيانات التي تهمه، ولاشك أن هذا الالتزام سيقوي الالتزام بالإعلام ويزيد من فاعليته، إذ لا يقتصر التزام المهني على تزويد المتعاقد معه بما لديه من بيانات وإنما عليه أن يتحرى عن البيانات التي يحتاجها عميله ليزوده بها، وهذا يستلزم من المهني أن يخضع نفسه للتعليم والتطور المستمر حتى يكون قادرا على نقل المعلومة الدقيقة والواضحة لعميله وتنبيهه إلى ضرورة إجراء التغييرات التي أفرزها التطور المتلاحق، من هنا قضي " بخطأ المصرفي الواعي الذي لا يؤسس نظام معلوماتية فعال يسمح

<sup>1</sup>- أنظر، بتقة حفيظة، المرجع السابق، ص.10.

<sup>2</sup>-Cass. civ, 1<sup>er</sup> 20juin 1995, buull. Civ 1995 1 n 276 p.191.;

<sup>3</sup>-Cass.1<sup>er</sup> civ, 25 janv 2000, n 98-12702 ; lamy droit des affaires 2000 n 1631 obs storre ; lamy droit économique, op.cit n4915 p.1408.la cour a annoncé « l'installateur d'une chaudière devant adapter l'installation existante aux caractéristiques du matériel livré » .

أشار إليه، بن مغنية، المرجع السابق، ص.65.

<sup>4</sup> - وتتص المادة 111 ف1 من قانون حماية المستهلك والتوجيهات الأوربية التي تحدد بعض البيانات التي يجب على المهني الإدلاء بها في تلك المرحلة. وتدور هذه البيانات حول الخصائص الأساسية للسلع أو المواد أو الخدمات التي يقدمها للمستهلك.

"tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service doit avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service".

أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.114.

بتحذير جميع شبابيك خدمة الزبائن عند رفض أحدهما الاستجابة للطلب غير القانوني والمشكوك فيه على نحو سمح للعميل بأن ينتقل إلى شباك آخر تمكن من تمرير العملية المصرفية غير النظامية من خلاله، أو يقيم نظاما يسمح بالوقف التقني لكل استعمال للبطاقة المصرفية المعيبة".

### ثانيا: الالتزام الخاص بالإعلام.

يقع كذلك على عاتق المحترف فرض التزامات خاصة بالإعلام بمقتضى القوانين واللوائح تتعلق ببعض البيانات الإلزامية مقترنة بجزاءات صارمة تهدف إلى ضمان أكبر قدر ممكن من الدقة في الإعلام المقدم، والتي من الطبيعي أن تلعب دورا وقائيا عن طريق احترام النصوص القانونية، وهي تمثل نوعين هما على التوالي الالتزام بالإعلام بخصائص المنتج أو الخدمة والتي جاءت بها النصوص التنظيمية، والالتزام بالإعلام بالأسعار وشروط البيع التي جاء بها قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش. والمرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات والمعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 378-13 الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط وكيفية إعلام المستهلك.

وما تجدر الإشارة إليه هو أن هذه الالتزامات الخاصة والمتعلقة ببعض أصناف السلع والخدمات لا تضع حدا للالتزام العام بالإعلام ولا تعفي المحترف من واجبه المقرر من طرف هذا الأخير، والذي يمتد ليشمل جميع المنتجات والخدمات مهما كانت طبيعتها، بحيث يبقى المحترف ملتزما بتقديم البيانات المكتملة والضرورية لبيان المنتج أو الخدمة بموجب الالتزام العام بالإعلام.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.67.

أ: حماية رضا الطرف الضعيف<sup>1</sup>.

المشرع الفرنسي في تشريع 10 جانفي 1678 قد تجاوز الأفكار التقليدية للقانون المدني من خلال الإجراء الذي قيل فيه ولأول مرة، بطريقة عامة، أن الخطر بالنسبة للمستهلك يكمن في مركزه الضعيف اقتصاديا بالمقارنة بالمحترف، الأمر الذي يفسر العلاقات التعاقدية، وقد استخدم هذا التشريع صياغات واسعة لتحدي الشروط التعسفية، وعلى ذلك يمكن أن تشتمل الشروط التعسفية الآتي:

الشرط المتعلق بالخاصية المحدد للثمن، أو القابلة للتحديد، على سبيل المثال الشرط الذي يضعه المورد في العقد ليرفع بمقتضاه السعر، خلال الفترة ما بين الطلب والتسليم.<sup>1</sup> فمنتجي السيارات يدخلون في عقود شراء السيارات شروط من هذا القبيل، السيارة الحالة تباع بالسعر الذي سيصير إليه لحظة التسليم، وليس لحظة التعاقد، وبالطبع فإن الهدف هو مقارنة مثل هذه الشروط لحماية رضا المستهلك<sup>2</sup>.

## ب: الشروط المتعلقة بالثمن.

تدرج في بعض العقود شرطا مؤداه " أن المستهلك يمكنه الدفع في تواريخ معينة محددة، هذا التاريخ، أو هذا التاريخ، وعندما يخطئ المستهلك في تنظيم واحد من هذه الدفع، وبدون استطاعته إقامة الدليل، فإن العقد سيفسخ، وما دفع من أقساط يكتسب كتعويض، وغنى عن الذكر، أن مثل هذه الشروط تضع المستهلك تحت قبضة المنتج أو البائع، لذا يمكن أن يحكم عليها بأنها تعسفية لحماية المستهلك"<sup>3</sup>.

الشروط المتعلقة بحقيقة الشيء، مثل الشرط الذي يسمح للمهني بأن يعدل بإرادته المنفردة في بعض خصائص الشيء المطلوب، ولما كان الهدف هو حماية

<sup>1</sup> - أنظر، محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، مع دراسة تحليلية وتطبيقية للنصوص

الخاصة بحماية المستهلك، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 1986، ص 33، 34

<sup>2</sup> - أنظر، محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 34.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص 36.

رضا المستهلك، لذا يحمل الغلط من جانب الأخير على الصفات الجوهرية للشيء محل التعاقد.

الشروط المتعلقة بالتسليم وبظروف تنفيذ العقد، وما يقع بكثرة في التعسف في تسليم الشق تحت البناء أو التشطيب المتفق عليها.

الشروط المتعلقة بعين المخاطر، كما في حالة نقل هذا العبء إلى المستهلك ويحدث ذلك، على سبيل المثال، في حالة النقل خالص الأجرة حتى الميناء (Fran-) code port، حيث يشترط الناقل على الشاحن تحمل جميع المخاطر.

الشروط المتعلقة بالمسؤولية والضمان، مثل الشروط المعفية أو المحددة للمسؤولية، والشروط المحددة لضمان الفعل الشخصي، وضمان العيوب الخفية، ومعروف أن شروط الإعفاء من المسؤولية، أو التخفيف منها، ماعدا التذليس والخطأ الجسيم، مسموح بها، ويمكن أن تنظم عن طريق الإتفاق. ففي عقود الاستهلاك<sup>1</sup> أو التعاقد على شراء السيارات، أو التوريد بالخدمات، أو تسليم شقة تحت التشطيب أو التأسيس، نشك أن يصل أحد المتعاقدين إلى عمل لا يدرك ذلك، ليستبعد المسؤولية، أو على الأقل يخفف منها، عن طريق الشروط التي يدرجها في مثل هذه العقود، وإن كان مسموحاً بذلك قانوناً. إلا أنه يعد تعسفاً بالنسبة للنصوص الجديدة. من ناحية أخرى. فإن البائع يلتزم بضمان العمل الشخصي وضمان العيوب الخفية في الشيء المبيع، ولكن يمكن للاتفاق أن يعدل من ذلك<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: الأساس القانوني للالتزام بالإعلام قبل التعاقد

في غياب نص قانوني يبين أحكام الالتزام بالإعلام، قدم الفقه والقضاء الفرنسيان أسساً مختلفة ويتعلق الأمر بما يلي<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> - أنظر، محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص. 37.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد السيد عمران، نفس المرجع، ص 36.

<sup>3</sup> - C.A.Paris, 5 e ch.2 fév.1990, d.1990, IR.p.51, T. Com.Paris, 16 e ch.24 mai 1988, D.1990,

IR.P.51.



## أولاً: الغلط.

يعتبر الغلط أحد العيوب التي تشوب الرضا، وقد عرفه الفقه كما يلي "وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته". وللمطالبة بإبطال العقد لا بد أن يكون الغلط جوهرياً، ويكون كذلك إذا بلغ حداً من الجسامة، وقد جاء نص المادة 82 من القانون يكون الغلط جوهرياً، إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط «

ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهرياً أو يجب اعتبارها كذلك، نظراً لشروط العقد ولحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، كانت تلك الذات أو هذا الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

وعليه لا يكون العقد باطلاً حسب نص المادة 82 أعلاه المقابلة للمادة 1110 من القانون المدني الفرنسي ما لم يكن عدم الإعلام منصباً على صفة جوهرياً في الشيء المبيع.

وتشترط بعض القوانين إضافة شرطاً آخر هو اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، أي أن يعلم المحترف بالوصف الذي أعطاه الشخص الواقع في الغلط للشيء، وأن يعلم هذا الوصف كان دافعه إلى التعاقد<sup>1</sup>.

## ثانياً: التدليس.

عرف الفقه التدليس بأنه "حيل يلجأ إليها المتعاقد لإيقاع المتعاقد معه في غلط يدفعه إلى التعاقد".

وقد اتجه القضاء الفرنسي بداية من منتصف القرن الماضي إلى اعتبار مجرد الكتمان تدليساً، مما يؤدي إلى الإبطال استناداً إلى نص المادة 1116 من القانون

<sup>1</sup> - أنظر، بودالي محمد، المرجع السابق، ص.344.

المدني الفرنسي<sup>1</sup> وقد نقل المشرع الجزائري هذا الاجتهاد في نص المادة 02/86 لكنه اکتفى باعتبار النص يسري على العنصر الموضوعي للتدليس والمتمثل في الطرق الاحتمالية وهي الكذب، الحيل، والكتمان. والسبب في ذلك هو غياب الحاجة إلى الإعلام، أما اليوم وقد تغير الحال فقد أصبح هذا الالتزام ضرورة أملاها واقع اقتصادي وقصور قانوني.

وقد ذهب البعض إلى تسميته بالغلط الموصوف *erreur caractérisée* تمهيدا لإسقاطها كعيب من عيوب الرضا والاكتفاء بالغلط<sup>2</sup>.

ولا يقتصر العنصر المادي للتدليس على الحيل<sup>3</sup>، بل يشمل أيضا الكذب ومجرد الكتمان. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن مجرد الكذب يشكل تدليسا بغض النظر عن استعمال أية حيلة<sup>4</sup>.

لكن يبدو أن نصوص القانون المدني لم تعد قادرة على ضمان الحرية التعاقدية بسبب تغير روابط القوة بين المتعاقدين وصعوبة استهداف الحماية المطلوبة بنفس الوسائل القانونية الأمر الذي دفع القضاء إلى البحث عن وسيلة قانونية جديدة يساهم بها في تحقيق حماية موضوعية، ويواجه بها الفروض التي تعجز فيها نظرية عيوب

<sup>1</sup>-Art.1116" Les frais de la demande en délivrance seront à la charge de la succession, sans néanmoins qu'il puisse en résulter de réduction de la réserve légale. Les droits d'enregistrement seront dus par le légataire. Le tout, s'il n'en a été autrement ordonné par le testament. Chaque legs pourra être enregistré séparément, sans que cet enregistrement puisse profiter à aucun autre qu'au légataire ou à ses ayants cause ". c.c.f, p.190.

<sup>2</sup> -أنظر, محمد بودالي, نفس المرجع, ص.344.

<sup>3</sup> - وكان القضاء الفرنسي يذهب إلى اعتبار وجود أحد المتعاقدين في وضعية ضعف بسبب حالته الصحية أو بسبب

السن أو عدم الخبرة, من قبيل الحيل إذا استغلها المتعاقد الآخر 1976.p41; d 7 mai 1973 ; civ,

<sup>4</sup>-civ, 19 janvier 1982 Gaz.Pal 1982, p106.

أشار, إليه محمد بودالي. المرجع السابق, ص.34.

الرضا عن بسط حمايتها فعمل على تطويع هذه النصوص خاصة ما تعلق بالغلط والتدليس<sup>1</sup>.

### ثالثا: العلم الكافي بالمبيع

تنص المادة 352 (ق.م.ج) على ما يلي "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه"<sup>2</sup>.

ويتحقق العلم الكافي بالمبيع أما بالرؤية المادية له، أو لبيان أوصافه الأساسية فهو يقوم مقام الرؤية المادية، مما لا شك فيه أن الوصف الذي يتحقق به العلم الكافي يقوم به البائع بما يفترض فيه من علم ودراية بالمبيع لفائدة المشتري، وبما يفترض في هذا الأخير من جهل.

وكما ينصب الوصف على بيان المبيع وأوصافه، فإنه ينصب على طريقة استعماله ومكامن الخطورة فيه، مما يجعلنا أمام التزام بالوصف يمكن ترجمته إلى التزام بالإعلام (يخول للمشتري حق رفع دعوى العلم الكافي).

ومن هنا، برزت الحاجة لتوفير العلم الكافي للمشتري بخصائص السلعة وبطريقة استعمالها حتى يستطيع الحصول على منافعها، لذا يلتزم المنتج أن يبين طريقة الاستعمال من خلال نشرة أو كتيب يتضمن مكوناتها وخصائصها حتى تسنى للمشتري

<sup>1</sup> - وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن مجرد الكذب يشكل تدليسا بغض النظر عن استعمال أية حيلة  
1982 gaz.pal 1982.p.106. civ.19 janvier

<sup>2</sup> - بتقة حفيظة الالتزام بالاعلام في عقد الاستهلاك جامعة أكلي محند ألاجاج البويرة، مذكرة لنيل شهادة الماسترو تخصص عقود ومسؤولية، سنة 2012-2013، ص19.

الرجوع إليه عند الاقتضاء<sup>1</sup>، ووقت استخدام السلعة والمقادير التي يستخدمها، فإذا قصر المنتج أو تهاون في تقديم هذه البيانات أو قدمها بطريقة خاطئة أو مقتضبة، كان عليه أن يعرض المشتري عما لحقه من أضرار بسبب ذلك.

رابعاً: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات (العقدية والتقصيرية).

يحدث أحيانا أن يحكم القاضي عن الضرر المتولد عن الإخلال بالالتزام بالإعلام طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية والعقدية، وذلك وفقاً لنص المادة 1382<sup>2</sup> من القانون المدني الفرنسي.

أ- المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية.

اتجه القضاء في هذه الفترة<sup>3</sup> إلى ربط المسؤولية عن المنتجات بالقواعد التقليدية للمسؤولية. فكان يربطها مرة بأحكام المسؤولية العقدية إذا الحق المنتج ضرراً بالمشتري. ويربطها مرة أخرى بأحكام المسؤولية التقصيرية إذا الحق المنتج ضرراً بالغير.

1- المسؤولية العقدية: فإذا رتب المنتج ضرراً للمشتري فإن القضاء درج على تطبيق

<sup>1</sup> - بينت المادة 113 ف3 من قانون حماية المستهلك الفرنسي أنه يلزم، في سبيل تنوير إرادة المستهلك، تبصيره بشأن سعر السلعة أو الخدمة محل عقد الاستهلاك المزمع إبرامه. ويعد هذا البيان من المعلومات الجوهرية التي يتعين أن يتضمنها عرض المهني، حتى يمكن اعتباره إيجاباً. كما أنه لا يمكن القول بأن إرادة المستهلك أصبحت مستتيرة بما يكفي لصحة التعاقد بمجرد التعرف على خصائص السلعة وشخصية المتعاقد الآخر فقط. فبجانب ذلك يتعين أن يعلم المستهلك بسر السلعة بشيء من التفصيل للتأكد من تناسبه مع تلك الخصائص التي أحاط بهاو ومع إمكاناته المالية. فقد يقتنع المستهلك بجودة السلعة أو الخدمة ولكن يكون سعرها باهظاً يفوق قدرته المالية وعندئذ لا مناص ولا مفر من إحجامه عن التعاقد بشأنها.، أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 117.

<sup>2</sup>-Art 1382 "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer" c.c.f, p230.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص. 450.

أحكام ضمان العيوب الخفية الواردة في نص المادة 1641: <sup>1</sup> وما يليها من القانون المدني وهو ما كان يقابله نص 183 (ق.م.ج).

ووفقا لذلك فإذا كان البائع عالما بعيوب الشيء المبيع عند إبرام عقد البيع فإنه يكون ملزما بالتعويض عن جميع الأضرار التي تصيب المشتري.

وقد ذهب إلى اعتبار البائع المحترف عالما بعيوب الشيء المبيع وهي قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس ويترتب على ذلك أنه لا يجوز له إعفاء نفسه من المسؤولية بالادعاء أنه كان يجهل وجود العيب بالمبيع أو أنه لم يكن في استطاعته أن يعلم به.

وعلى هذا الأساس أجاز للمشتري الأخير - في حالة البيوع المتتالية - أن يقيم دعوى الضمان مباشرة ضد أي من البائعين المتسلسلين وانتهاء بالصانع.

كما اشترط لقيام ضمان البائع إثبات أن الضرر كان نتيجة عيب في المبيع بالمعنى الوارد في نص المادة: 1641 أي العيب الذي يجعله غير صالح للاستعمال الذي اعد له أو ينقص من هذا الاستعمال بحيث ما كان المشتري ليشتريه أو ما كان ليدفع فيه إلا ثمنا أقل لو علم به. أن يرفع دعوى الضمان في خلال وقت قصير <sup>2</sup> وقد يحدث أن يقع ضرر رغم عدم وجود عيب في المبيع بالمعنى المبين في نص

<sup>1</sup>-Art 1641 "Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus" c.c.f, p.255

<sup>2</sup> -وقد قام في فرنسا من نادى باعتبار التزاما بتحقيق نتيجة أشار إليه, محمد بودالي, المرجع السابق, ص.450.

Malinvaud "la responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose " jcp.1968.i.2153.

(132) Calais-Aulnoy et Steinmetz op.cit.p.311 Malaurie et aynes I op.cit.p.201

المادة: 1641 كما هو الحال بالنسبة للأشياء<sup>1</sup> الخطيرة بطبيعتها كالأدوية والمنتجات الكيميائية والأجهزة الالكترونية وغيرها وهنا استبعد القضاء الفرنسي تطبيق نظرية ضمان العيوب الخفية وذهب إلى أن الالتزام الذي يقع على البائع الصانع أو المحترف هنا هو التزام السلامة وهو التزام ببذل عناية يتمثل في اتخاذ جميع الاحتياطات المعقولة والممكنة لتجنب تسبب المنتج لضرر وفي حالة عدم قيامه بذلك يهد مسؤولاً. وأهم هذه الاحتياطات هو إعلام المستهلك بمخاطر المنتج وبالتدابير الواجبة اتخاذ وفي ذلك اعتراف بدور الالتزام بالإعلام في تحقيق سلامة المستهلك.

**2- المسؤولية التقصيرية:** إذا ألحق المنتج ضرراً بالغير كما لو دهست سيارة شخصاً بسبب عيب في جهاز قيادتها وكما في إصابة شخص نتيجة انفجار جهاز تلفاز يملكه آخر ففي مثل هذه الحالات وغيرها لم يجد القضاء مفراً من تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية الواردة في

المادة: 1382<sup>2</sup> من القانون المدني الفرنسي وتقابلها نص م. 124 (ق.م.ج) قبل التعديل.

<sup>1</sup> -وقد ثارت هذه المسألة بمناسبة ما يعرف بتجزئة الحراسة la garde divisée أي بمناسبة أحداث الشئ لضرر وهو بين يدي من يستعمله أو يحركه في حين أن تكوين هذا الشئ أو صنعه كان قد تم استعماله أو تحركه ولعلاج هذا الوضع اقترح الإخوان: (Henri et Leon Mazeaud) التمييز ما بين حراسة التسيير أو الاستعمال وحراسة الهيكل la garde du "comportement" est la

Grade de la "structure" وفقاً لنظرية تجزئة الحراسة فإن المستأجر أو المستعير أو الناقل أو المودع عنده لا يكون مسؤولاً إلا عن الأضرار الناجمة عن سوء استعمال الشئ (حراسة التسيير أو الاستعمال) في حين يكون الحارس السابق ضامناً للأضرار الناجمة عن عيب داخلي في الشئ (حراسة الهيكل). وفي هذا الصدد عرضت على قضاء في فرنسا قضية الأكسجين السائل، oxygène liquide والتي تتخلص وقائعها في أن شركة للأكسجين نقلت عن طريق السك الحديدية عدد من القارورات المعدنية المعبأة بالأكسجين السائل المضغوط.

<sup>2</sup>-Art 1382 "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer " c.c.f p.230.

وهي مسئولية تقوم على خطأ واجب الإثبات فالخطأ هنا غير مفروض<sup>1</sup> بل سيكلف المضرور بإثبات أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة خطأ المنتج أو البائع وهو إثبات عسير.

وسعى من القضاء لتسيير سبل تعويض الضحايا فانه أجاز في بعض أحكامه - لإقامة مسئولية الصانع - التمسك بأحكام المسئولية عن فعل الأشياء المنصوص عليها في المادة: 1/1384 من القانون المدني الفرنسي وتبنى فكرة تجزئة الحراسة على الشئ الواحد في محاولة منه لاستبقاء جزء من الحراسة للمنتج على الشئ الخطر. على أساس أن المنتج وان كان فعلا قد فقد "حراسة التسيير" فانه مع ذلك بقي محتفظا "بحراسة الهيكل"

وهكذا أنشأ القضاء مسئولية مفترضة على عاتق منتج الأشياء الخطرة أي أن المنتج يكون مسئولا مسئولية مفترضة عن الأضرار الناجمة عن "حراسة الهيكل" ولا يجوز له الإعفاء منها إلا بإثبات السبب الأجنبي مستحيل الدفع وغير ممكن التوقع. وقد قصر القضاء فكرة تجزئة الحراسة على الأضرار الناشئة عن المنتجات ذات الفعالية الخاصة "dotées d'un dynamisme propre" ثم طبقت بعد ذلك أيضا على الأشياء الخطيرة مثل انفجار قارورات المشروبات الغازية وأجهزة التلفزيون

<sup>1</sup> - وعند وصولها إلى محطة القطار تعهد احد الناقلين بنقلها برا ولكن عند التسليم انفجرت إحدى القوارير فأصابت عاملا تابعا للناقل بجروح وكذا عاملا لدى المرسل إليه ولما لم يكن التعويض المحصل عليه من صندوق الضمان الاجتماعي كافيا فان المضرورين رفعوا دعوى على الشركة المالكة للأكسجين على أساس المادة 1/1384 بوصفها حارسة للقارورة فرفضت محكمة Poitiers طلبهما بحكم مؤرخ في 29 أكتوبر 1952 ثم ما لبثت الغرفة الثانية لمحكمة النقض وان نقضت الحكم السابق بتاريخ: 5 جانفي 1956 وأحالت القضية على محكمة Angers التي لم تعرف في حكمها بتاريخ: 19 ماي 1957 بقرار محكمة النقض السابق وجعلت المسئولية عن انفجار القارورة على عاتق الناقل وفقا لنص م.1782(ق.م.ف) الخاص بعقد النقل وبعد النقض بتاريخ 20 فبراير أقرت بمسئولية المالك لا الناقل. أشار إليه، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.453.

## ب: موقف الأنظمة الأوروبية من المسؤولية .

بتاريخ 25 جويلية اصدر الاتحاد الأوروبي التعليمية المتعلقة بالمسؤولية عن فعل المنتجات المعيبة<sup>1</sup> la responsabilité des produits défectueux وقامت جميع دول الاتحاد بإدخالها في قوانينها الداخلية في خلال المدة المحددة بثلاث سنوات أي قبل 30 جويلية 1988 باستثناء فرنسا التي لم تقم بنقلها إلا في سنة 1998 بقانون 19 ماي 1998.<sup>2</sup>

ورغم عدم إدخالها في القانون الفرنسي طيلة عشر سنوات إلا أن القضاء تأثر بأحكامها وكأنه استجاب لتوصيات مجلس العدل للاتحاد الأوروبي la cour de justice des communautés في دعوته المحاكم الوطنية للدول الأعضاء بتفسير النصوص الداخلية - قدر الإمكان - على ضوء نصوص وأهداف التعليمية السابقة. ولم يعد العيب - كما كان - بمعنى انعدام المطابقة بمفهوم المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي بل أصبح العيب يعني عدم الاستجابة للضرورة المشروعة في السلامة. وبالتالي فهو لا يخضع لأجل القصير المنصوص عليه بالنسبة لضمان العيوب الخفية.<sup>3</sup>

وأنه التزام يقع على عاتق المنتج، والبائع المحترف كما يقع على عاتق البائع العادي. وبناء على ذلك يجوز للمصاب أن يرجع على أي واحد من البائعين المتتابعين بما فيهم المنتج بشرط إثبات وقوع الإخلال بالالتزام بالسلامة. ولا يتأتى ذلك إلا بإثبات العيب والضرر والعلاقة السببية، بل وإثبات قدم العيب، أي إثبات وجود عيب عند بيع المنتج. مما يجعلنا بصدد مسؤولية لا تقوم على أساس الخطأ، حتى وإن كان الغالب أن ينشأ العيب في المنتج عن الخطأ ينسب إلى المنتج، فضلا عن أن المسؤولية هنا قد يتحملها أحيانا البائع لا المنتج.

<sup>1</sup>-J.C.P. 1978. text. 1978. n° 46.P.698.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.456.

<sup>3</sup>- Civ.1<sup>RE</sup>, 20 mars 1989, RTD civ, 1989, p756, obs. Jourdain.



لذلك ذهب القضاء إلى اعتبارها مسؤولية موضوعية تقوم على أساس تحمل التبعة. وأنها مسؤولية تقوم مهما كانت صفة المصاب، محترفاً كان أو مستهلكاً أو من الغير. وأنها مسؤولية تقوم مهما طبيعة الأضرار الحاصلة سواء مست سلامة الأشخاص كالوفاة أو الجروح أو الأمراض، أو الأموال، باستثناء الأضرار التي تصيب المنتج المعيب نفسه، والتي تدخل في نطاق ضمان العيوب الخفية<sup>1</sup>.

وفي آخر المطاف ذهب القضاء الفرنسي إلى مسؤولية المنتج عن المنتجات المعيبة وذلك طبقاً لنص م.1386 ف1 (ق.م.ف)<sup>2</sup> على أن "المنتج يكون مسؤولاً عن الأضرار الناجمة عن منتوجه سواء كان مرتبطاً بالضحية بعقد أم لا"<sup>3</sup> وهو ما ساندته المشرع الجزائري اثر تعديله للقانون المدني والنص على مسؤولية المنتج في م. 140 مكرر "يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن العيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية"، ونص هذه المادة يشبه إلى حد كبير النص الذي تضمنه القانون المدني الفرنسي وبالتالي المشرع الجزائري اعتبر المنتج مسؤولاً عن الأضرار الذي يحدثها المنتج للمستهلك، وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية أو تقصيرية.

**المطلب الثاني: موقف القوانين المقارنة من الالتزام بالإعلام.**

سنعرض من خلال هذا المطلب لموقف المشرع الفرنسي (الفرع الأول)، وكذلك لموقف المشرع المصري (الفرع الثاني)، وموقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث).

<sup>1</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.457.

<sup>2</sup> -1386 " Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction " c.c.f.p.230

<sup>3</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.457.

## الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بالإعلام.

أصدر المشرع الفرنسي عدة قوانين وتشريعات استنادا إلى الالتزام بالإعلام<sup>1</sup>، تتضمن إلزام المنتج أو الصانع بوضع عدد من البيانات إجبارية على منتجاته ليكون المشتري على بينة من أمره عند شراء هذه المنتجات. ومن ذلك المرسوم بقانون رقم 937/72 في عام 1972، والذي تضمن إلزام المنتج بتضمين منتجاته عددا من البيانات الإجبارية والتي تهم المستهلك كطبيعة هذه المنتجات، وأوصافها الأساسية، وتوضيح المواد الأولية التي استخدمت في المنتجات الأولية وبلد الصنع أو الاستيراد، وغير ذلك من البيانات التي من شأنها تكوين رضاء سليم للمشتري<sup>2</sup>.

كما نص المشرع الفرنسي<sup>3</sup> على أن أي إهمال في هذه البيانات أو عدم ذكرها يعاقب عليه بالغرامة، كما اعتبر المشرع الفرنسي أن أي تزوير في هذه البيانات يكون جريمة غش كما صدر في هذا السياق أيضا القانون رقم 230/78 في عام 1978 والخاص بحماية وإعلام مستهلكي المنتجات والخدمات. وكذلك صدر المرسوم رقم 139/91 في عام 1991 والمتعلق بتنظيم الإعلان عن مستحضرات التجميل ومنتجات الصحة الجسدية والمنتجات الغذائية المعدة مسبقا.

وأخيرا صدر قانون رقم 281/94 في عام 1994 والذي تضمن تجريم كافة أنواع الغش أو الخداع في حقيقة أو السلع التي يستخدمها الإنسان أو الحيوان.

<sup>1</sup> - والقضاء الفرنسي يؤكد على اعتبار الالتزام بالإعلام التزاما ببذل عناية وذلك من خلال العديد من الأحكام التي تؤكد ذلك صراحة

cass.1 ch.civ., 23 avril 1985:d.1985, p.558, not s.dion.

أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.76.

<sup>2</sup> - أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.348.

<sup>3</sup> - واعتبرت بعض المحاكم في بعض الحالات إلى اعتبار عدم قيام بالإعلام تدليسا، مما يؤدي إلى بطلان العقد استنادا لنص م.1116(ق.م.ف)

Civ.3<sup>e</sup> 4janvier 1991 ;d.1992.s, p196, obs.tournafoud.

أشار إليه، محمد بودالي، حماية المستهلك، المرجع السابق، ص.64.

إنّ هذا الالتزام هو الالتزام بإعلام<sup>1</sup> المستهلك في النطاق العقدي. ويجب عدم الخلط بينه وبين الالتزام بالإعلام الملقى على المنتج في المرحلة السابقة على العقد، باعتباره التزاماً عاماً في شأن كلّ عقود الاستهلاك. والذي يترتب على إخلاله مسؤولية تقصيرية، لأنّ هذا الالتزام ينفصل عن العقد، وينشأ في المرحلة السابقة على تكوينه وإبرامه حتى يتيح للمستهلك رضاء حرّاً، يستطيع من خلاله أن يبرم العقد أو يرفض إبرامه ما دامت كل معطيات التعاقد واضحة أمامه. وهذا الالتزام عام في كل عقود الاستهلاك، ويوجد مصدره في العديد من الأحكام القضائية. ولم ينص عليه صراحة في القانون وإن كان ممكن استخلاصه من عقد البيع من خلال المادة 1602 (ق.م.ف) والتي تنص على أنّ: " البائع ملزم بالتوضيح عن كلّ التزاماته"<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: موقف المشرع المصري من الالتزام بالإعلام

أصدر المشرع المصري القانون رقم 67 لسنة 2006 لحماية المستهلك<sup>3</sup>، وتضمن هذا القانون العديد من المواد التي تلزم المنتج أو المورد بوضع عدد من البيانات الإدارية على منتجاته ليكون المشتري على بينة من أمر عند شراء هذه المنتجات. وكفل هذا القانون حق المستهلك في الحصول على المعلومات المتعلقة بالمنتجات التي يستخدمها وذلك لحماية حقوقه ومصالحه المشروعة كما كفل له الحصول على تعويض عادل في حالة إلحاق الضرر به ، وألزم المشرع المصري

<sup>1</sup> - ويعرف بعض الفقه، بأنه " التزام قانوني سابق على إبرام العقد الالكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائل الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة "، أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.33.

<sup>2</sup>-Art 1602 « le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige.tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur » c.c.f, p.251.

<sup>3</sup> - يحرص المشرع المصري على ضمان سلامة إرادة المتعاقدين وتبويرها، في عقد البيع بصفة خاصة، وفي كافة العقود التي ينضما القانون المدني بصفة عامة. ويتحقق ذلك الهدف في مجال عقد البيع من خلال استلزام المشرع علم المشتري بالمبيع علماً كافياً نافياً للجهالة، والواقع أن المشتري المصري، يفرض هذا الالتزام على البائع. ويتجلى ذلك من خلال نص م.419(ق.م.م)، أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك دراسة في القانون الفرنسي

والتشريعات العربية، ط2010 ص18.

الموردين بإمداد المستهلكين بمعلومات الصحيحة المتعلقة بطبيعة وخصائص المنتجات وطريقة الاستخدام كما شدد المشرع العقوبات في حالة مخالفة هذه المواد.

### الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام

نص المشرع الجزائري على هذا الالتزام في م. 352 ف (ق.م.ج)<sup>1</sup> والذي يفترض أن يكون كل متعاقد على علم كاف بما هو مقدم عليه والنصوص القانونية التي جاءت بعده بالمرسوم التنفيذي رقم 90-366، المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم المنتجات المنزلية غير الغذائية وعرضها والمرسوم التنفيذي رقم 90 - 367 المؤرخ في 10 نوفمبر 1990، المتعلق بوسم السلع الغذائية وعرضها، ما هي إلا محاولة لتأكيد هذا المبدأ، وبموجبها أُلقي هذا الالتزام على عاتق المحترف<sup>2</sup>

إذ بالنظر على ما تقدم من الخطورة التي تحيط بالمستهلك بسبب عدم توفر المعلومات لديه عن السلعة (المنتج) التي يريد التعاقد بشأنها، فإن حماية المستهلك تقتضي أن يقوم المنتجون بإعلام المستهلك وإخباره عن خصائص المنتج وما يحيط به من مخاطر، وهذا ما جاء في المادة 4 من القانون رقم 89 - 02 المتضمن القواعد العامة لحماية المستهلك<sup>3</sup> والمعدلة بالمواد 17 و18 من قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش<sup>4</sup>، والمرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتجات والخدمات والمعدل بالمرسوم

<sup>1</sup> - م. 352 (ق.م.ج) " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا اذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.. أنظر، زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط. 2009، ص. 138.

<sup>2</sup> - أنظر، زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط. 2009، ص. 138.

<sup>3</sup> - أنظر، زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط. 2009، ص. 138.

<sup>4</sup> - م. 17 " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة. تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم.

م. 18 " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها.

التنفيذي رقم 378-13 الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط وكيفية إعلام المستهلك.

### المطلب الثالث: الالتزام بالإعلام في بعض العقود

سوف نعالج في هذا المطلب موقف القضاء من الالتزام في بعض العقود، وذلك بالتطرق إلى الالتزام بالإعلام في العقود الطبية (الفرع الأول)، الالتزام بالإعلام في عقود الانتاج (الفرع الثاني)، الالتزام بالإعلام في عقد الوكالة بين المتعاقدين (الفرع الثالث)، الالتزام بالإعلام في العقد البنكية (الفرع الرابع)، الالتزام بالإعلام في عقود التأمين (الفرع الخامس).

#### الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في العقود الطبية.

كان للقضاء الفرنسي تدخل في عقد العلاج الطبي مضيفا إليه التزاما على عاتق الأطباء والمؤسسات العلاجية بإعلام مرضاهم<sup>1</sup>، وتولى القضاء الفرنسي تحديد نطاق وصلاحيات هذا الالتزام بصورة واضحة طبقا لظروف كل دعوى على حده.

باستقراء الأحكام القضائية الفرنسية نجد أنها ألزمت الأطباء بإعلام مرضاهم بجميع تفاصيل حالتهم المرضية. والمضاعفات المتوقعة حدوثها لهم أثناء العلاج. كما أكدت محكمة النقض الفرنسية على أهمية أن تتصف المعلومات محل الالتزام بالجدية والأمانة والدقة. وكذلك ألزمت الطبيب بأن يسعى لإعلام مريضه بكل الطرق سواء بالكتابة أو غيرها. وأخيرا وضع القضاء عبئ إثبات تنفيذ هذا الالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب اتجاه مريضه. فيعد الالتزام بالإعلام التزاما ذو طبيعة عقدية.

<sup>1</sup> - وجاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الصادر في 05 مارس 1974 مؤكدا على مسؤولية الطبيب الذي أجرى عملية الولادة لسيدة تعست حالتها عدة أيام دون إخبارها بالآثار الجانبية للعملية القيصرية والتي كان من شأنها إعاقتها عن الإنجاب مرة أخرى

وقضت محكمة استئناف PARIS بانعقاد مسؤولية الطبيب<sup>1</sup> وإلزامه بتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض. وألزمت المحكمة الطبيب بإعلام مريضه ليس فقط بالأخطار المتوقع حدوثها له وإنما بالأخطار المحتملة أيضا.<sup>2</sup>

فقد تدخل القاضي في عقد العلاج الطبي<sup>3</sup>، مضيفا إليه التزاما على عاتق الطبي بإعلام مريضه ليس بالأخطار المعتاد حدوثها فقط، وإنما بالأضرار المحتملة أيضا، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلا للعقد.

حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلان على عاتق الطبي تكميلا للعقد، وقد استرشد القاضي في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة التعاقد استنادا إلى المادة 1135(ق. م. ويقابلها 148 ف 2 (ق.م.ف) وتقابلها نص م. 106 (ق.م.ج).

وحددت محكمة النقض الفرنسية بحكم آخر طريقة تنفيذ هذا الالتزام حيث قضت بانعقاد مسؤولية الطبيب وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض. وألزمت المحكمة الطبيب بإعطاء المعلومات لمريضه بأمانة وجدية وبصورة واضحة ومحددة. كما أكدت المحكمة على عدم إعفاء الطبيب من هذا الالتزام إلا في حالة الأخطار المفاجئة<sup>2</sup>.

ويلاحظ مما سبق أن عقد العلاج الطبي لم يتضمن الاتفاق على إلزام الطبيب بإعلام مريضه، وثار النزاع بسبب إصابة المريض بعد إجراء الجراحة له، ولما كان الطبيب يلتزم بإعلام مريضه بكل الأخطار المتوقعة حتى إذا كانت استثنائية ونادرة الحدوث، فقد تدخل القاضي تدخل في عقد العلاج الطبي، مقررًا التزاما بالإعلام على عاتق الطبيب تجاه مريضه حتى في حالة الأخطار الاستثنائية والنادرة الحدوث، كما

<sup>1</sup> -C. A Paris, 1<sup>re</sup> ch 11 mai 1990.D. 1991. samm p. 359, T.G.I.Paris, 1<sup>er</sup> ch 12 déc.1988, D. 1989. samm.p.55.

<sup>2</sup> -C. A Paris, 1<sup>re</sup> ch 11 mai 1990.D. 1991. samm p. 359, T.G.I.Paris, 1<sup>er</sup> ch 12 déc.1988, D. 1989. samm.p.55.

<sup>3</sup>- cass 1<sup>er</sup> ch. civ.15 juillet.1999. D. 1999, samm. p 393, C.A limoges, 12 juin 1997, D. 1999. samm p. 393.

ألزم القاضي الطبيب بتقديم المعلومات بأمانة وجدية، وبصورة واضحة ومحددة للمريض، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد، وقد استرشد القاضي بمبادئ العدالة وطبيعة التعامل<sup>1</sup>.

كما شددت محكمة استئناف PARIS في حكم آخر على ضرورة تنفيذ الطبيب هذا الالتزام بأي وسيلة حيث قضت بانعقاد مسؤولية الطبيب وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض. وألزمت المحكمة الطبيب بتنفيذ التزامه بالإعلام عن طريق اللجوء للكتابة إذا استحال إعلام المريض بتفاصيل مرضه بالطرق العادية كحالة إصابة المريض بثقل السمع<sup>2</sup>.

إلزام الطبيب بإعلام المريض<sup>3</sup> بأي طريقة مثل الكتابة يعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد، حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب تكميلاً للعقد، وقد استرشد القاضي في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة التعامل، استناداً إلى المادة 1135 (ق.م.ف) وبقابلها م. 148 ف 2 (ق.م.م) والمادة 107 (ق.م.ج).

وحددت محكمة استئناف PARIS في حكم آخر تفاصيل هذا الالتزام فقضت بانعقاد مسؤولية الطبيب، وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض. وألزمت المحكمة الطبيب بتوضيح النتائج المترتبة على نوع العلاج الذي اختاره مريضه، كما

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 214.

<sup>2</sup> C.A. Paris.1<sup>re</sup> ch. 5 Mars 1987, D. 1987.Samm. p. 419, T.G. I.Bobigny, 3 ch..11 déc.. p. 1987. Samm p 419.

<sup>3</sup> - وهو ما جاء فحكم لمحكمة النقض الفرنسية بالالتزام الطبيب بإعلام مريضه بأن " من يلتزم بحكم القانون أو العقد بالالتزام خاص بالإعلام يجب أن يقيم الدليل على تنفيذه "

CASS.CIV.1<sup>ER</sup> 25.Fév, 1997, hédreul, b.i, n75; GP97, 1, 27 avr, rapp, p.sargos, n.j. Guiage, cité par, Philippe le tourneau, loic cadiet, op.cit, p.508.

أشار إليه، عبد السلام الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 213.

ألزمته أيضا بتوضيح الأخطار المتوقع حدوثها لمريضه نتيجة تنفيذ هذا الاختيار أيضا<sup>1</sup>.

ويلاحظ مما سبق أن عقد العلاج الطبي لم يتضمن الاتفاق على التزام الطبيب بإعلام مريضه، وثار النزاع بسبب عدم إعلام الطبيب لمريضه بالاختيارات المتاحة أمامه للعلاج، ففقد بذلك المريض فرصة اختيار العلاج المناسب له من وجهة نظره، كما لم يعلم الطبيب مريضه بالنتائج المترتبة على الاختيار الذي وافق عليه، ولما كان الطبيب يلتزم بإعلام مريضه بتفاصيل علاجه، فقد تدخل القاضي في عقد العلاج الطبي، مضيفا إليه التزاما على عاتق الطبيب بإعلام مريضه بالاختيارات العلاج المتاحة أمامه، وتوضيح النتائج المترتبة على اختيار نوع معين من العلاج، كما ألزم القاضي الطبيب أيضا ببيان الأخطار المحتملة من استعمال هذا النوع من العلاج، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلا للعقد. حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب تكميلا للعقد، وقد استرشد القاضي في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة التعامل استنادا إلى المادة 1130 مدني فرنسي ويقابلها 2/148 مدني مصري.

وحددت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر المسئول عن إثبات تنفيذ هذا الالتزام فقضت بانعقاد مسؤولية الطبيب وإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض. وألزمت المحكمة الطبيب ببيان الأخطار المرتبطة بعلاج مريضه، ووضعت المحكمة عبء الإثبات في مجال الالتزام بالإعلام بالخطر الطبي في العقد على عاتق الطبيب:

ويلاحظ أن عقد العلاج الطبي لم يتضمن الاتفاق على التزام الطبيب بإعلام مريضه، وثار النزاع بسبب عدم إعلامه بالأخطار المتوقع تلازمها مع عملية علاجه، ولما كان الجراح يلتزم بإعلام مريضه بالأخطار المرتبطة بعلاجه، ليتمكنه من الموافقة أو الرفض الواضح لهذا النوع من العلاج، فقد تدخل في عقد العلاج الطبي، مضيفا

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.214.



إليه التزاما على عاتق الطبيب، بإعلام المريض بالأخطار المرتبطة بعلاجه. ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض قد قبلت عبء الإثبات في هذا الحكم فيما يتعلق بالمعلومات<sup>1</sup> عن الأخطار المرتبطة بالعلاج في العقد الطبي فأصبح من الآن فصاعدا على عاتق الطبيب. وقد استرشد القاضي بمبادئ العدالة وطبيعة التعامل<sup>2</sup>.

وشددت محكمة استئناف **Versailles** على مسئولية الطبيب حيث قضت في حكم آخر لها بانعقاد مسئوليته والزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمريض، وألزمت المحكمة الطبيب بإعلام مريضه حتى في حالة فقدان القدرة على الاختيار من جانب المريض نتيجة الآلام المبرحة التي يتعرض لها<sup>3</sup>.

ويلاحظ أن عقد العلاج الطبي لم يتضمن الاتفاق على التزام الطبيب بإعلام مريضه، وثار النزاع بسبب إصابة المريض بالعدوى بعد قيام الطبيب بإجراء أشعة من نوع خاص للمريض بعد إعطاء محلول معين له، ولما كان الطبيب يلتزم بإعلام مريضه بخطر العدوى المرتبط بإجراء هذا النوع من الأشعة، فقد تدخل القاضي في عقد العلاج الطبي، وضع التزام على عاتق الطبيب بإعلام مريضه بتفاصيل علاجه والأخطار التي يمكن أن يتعرض لها حتى في حالة الخطر الاستثنائي الحدوث مثل خطر العدوى. كما ألزمه بالإعلام حتى في فقدان القدرة على الاختيار من جانب المريض نتيجة الآلام المبرحة التي يتعرض لها، وهو التزام لم يرد ضمن بنود العقد، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلا للعقد. حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلام على عاتق الطبيب تكميلا للعقد، وقد استرشد في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة التعامل، استنادا إلى مادة 1135 مدني فرنسي ويقابلها 2/148 مدني مصري والمادة 107 مدني جزائري

<sup>1</sup> -أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.214.

<sup>2</sup> -أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.215.

<sup>3</sup> -أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.215.

## الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام في عقود الإنتاج .

كان للقاضي الفرنسي تدخل في عقد الإنتاج والبيع، مضيفا إليه التزاما بالإعلام على عاتق البائع والصانع تجاه المشتري<sup>1</sup>، وقد تشدد القضاء في حالة عقود البيع التي تتعلق بالمستحضرات الطبية والمواد الخطرة عامة، حيث أُلزم القضاء البائع والمنتج في هذه العقود بتوضيح طريقة الاستعمال للمستهلك بصورة تفصيلية. كما أُلزمه بتوضيح الاحتياطات اللازمة للاستعمال<sup>2</sup>.

فقضت محكمة استئناف Versailles بانعقاد مسؤولية المنتج وإلزامه بالتعويض

عن الأضرار التي لحقت بمستهلك الأدوية التي ينتجها، نتيجة تناوله هذه المستحضرات. وأُلزمت المحكمة الصانع بإعلام الطبيب والمستهلك بالأخطار الطبية المتوقع حدوثها من جراء استهلاك هذه المستحضرات. كما أُلزمت المنتج ببيان هذه التحذيرات بصورة واضحة مع بيانه الآثار الجانبية والاحتياطات اللازمة للاستخدام<sup>3</sup>.

ويلاحظ مما سبق أن عقد بيع المستحضرات الطبية لم يتضمن الاتفاق على التزام الصانع بإعلام المستهلك بالآثار الجانبية المتوقعة من جراء استهلاك المنتج<sup>4</sup>، وثار النزاع بسبب إصابة المستهلك بعد تناول المستحضر الذي ينتجه الطرف الأول، ولما كان الصانع يلتزم بوضع هذه التحذيرات على منتجاته بصورة واضحة من بيان الآثار الجانبية وموانع الاستعمال وكذلك طريقة الاستعمال، فقد تدخل القاضي في عقد بيع المستحضرات الطبية<sup>5</sup>، وأضاف إليه التزاما على عاتق الصانع بإعلام المستهلك بالآثار الجانبية المتوقعة حدوثها من استعمال هذه المستحضرات، هذا إلى جانب

<sup>1</sup>-C.A.Paris, 1 er ch.11 mai 1990, D.1991.somm.p.359, T.G.I.Paris, 1 er ch 12 déc.1988, D.1989.somm.p.55.

<sup>2</sup> - أنظر, عمر محمد عبد الباقي, المرجع السابق, ص527

<sup>3</sup>-أنظر, عمر محمد عبد الباقي, المرجع السابق, ص527

<sup>4</sup>-C.A.Paris, 1er ch.5 mars 1987, D.1987, somm.p.419, T.G.I.Bobigny, 3 ech.11 déc.1985, D. 1987, somm.p.419.

<sup>5</sup>-Cass.1er ch.civ.15 juill.1999, D.1999, somm.p.393, C.A.limoges, 12 juin 1997, D.1999, somm.p.393.

توضيحه الاحتياطات اللازمة لتوقي الأخطار المصاحبة للاستهلاك، وهو ما لم يرد ضمن بنود العقد، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد. حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلام على عاتق الصانع تكميلاً للعقد، وقد استند في ذلك إلى المادة 1135 (ق.م.ف)، ويقابلها 2/148 (ق.م.م)، والمادة 107 (ق.م.ج).

وقضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسئولية البائع والتزامه بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بالمشتري، نتيجة عدم إثبات التقاوى المبيعة له في أرضه الزراعية. وألزمت المحكمة البائع بإعلام المشتري بكل طرق الاستعمال بطريقة مفصلة للوصول إلى أفضل النتائج من المادة المبيعة.

ويلاحظ مما سبق أن عقد البيع لم يتضمن الاتفاق على التزام البائع بإعلام المشتري بطريقة زراعة التقاوى الزراعية محل البيع، وثار النزاع بسبب عدم إثبات التقاوى التي بيعت للمشتري واكتشافه بعد إبرام العقد ضرورة استخدامها في نوع معين من الأراضي الزراعية واحتياجها لنوع معين من العناية الخاصة بها، ولما كان البائع يلتزم بإعلام المستهلك بكل طرق الاستعمال لمنتجاته بطريقة مفصلة للوصول إلى أفضل النتائج، فقد تدخل القاضي في عقد البيع مضيفاً إليه التزاماً جديداً، وهو قيام البائع بإعلام المشتري بكل تفاصيل طريقة الزراعة السليمة للتقاوى الزراعية محل التعاقد، وطريقة الإثبات، وذلك بهدف الوصول إلى أفضل النتائج، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد. حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلام على عاتق البائع تكميلاً للعقد، وقد استند في ذلك إلى المادة 1135 مدني فرنسي ويقابلها 2/148 مدني مصري.

### الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام في عقود الوكالة بين المتعاقدين.

تعتبر عقود الوكالة من العقود التي تستند على الثقة بين عاقيدها، لذلك تدخل القضاء الفرنسي، مضيفاً إليها التزاماً بالإعلام على عاتق الوكيل تجاه موكله فيما يتعلق بمواعيد الطعون والإجراءات القانونية المقررة في الخصومة، والفرص المتاحة أمام الموكل وخلافه.

فقضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية المحامي وإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بعميله، والتي تمثلت في ضياع فرصته في الطعن في الحكم الصادر ضده، وأكدت المحكمة أن مهمة المحامي تتضمن التزاما بالإعلام من الوكيل تجاه بشأن مواعيد وإجراءات الطعن في الأحكام الصادرة ضده. كما يلتزم ببيان النصوص القانونية المقررة لصالحه والعكس<sup>1</sup>.

ويستشف مما سبق أن عقد الوكالة<sup>2</sup> لم يتضمن الاتفاق على التزام الوكيل بإعلام موكله بالفرص المتاحة أمامه، وثار النزاع بسبب الخسارة التي لحقت الموكل بصدد حكم قضائي صدر ضده، وكان المحامي الموكل في الدعوى قد اقتصر على إرسال صورة الحكم الصادر في غير صالح موكله دون إعلامه بالفرص المتاحة أمامه للطعن في هذا الحكم، وفرص قبول الطعن لصالحه مما أدى إلى انتهاء الميعاد القانوني المقرر لاستئناف هذا الحكم. ولما كانت مهمة المحامي تنطوي على التزام بالإعلام من الوكيل لموكله وكذلك بطرق الطعن المقررة في هذه الأحكام الصادرة ضده، فقد تدخل القاضي وأضاف التزاما جديدا على عقد الوكالة، وهو إعلام الوكيل لموكله بمواعيد الطعون والفرص المتاحة أمامه، والإجراءات اللازمة لمباشرة هذه الإجراءات، وموقفه القانوني في كل ما يتعلق بدعواه، وهو التزام تفصيلي لم يرد ضمن عقد الوكالة، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلا للعقد، حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلام على عاتق الوكيل تكميلا للعقد، وقد استرشد في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة العقد، استنادا إلى المادة 1130 (ق.م.ف) ويقابلها 2/148 (ق.م.م.)، والمادة 106 (ق.م.ج).

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.213.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.213.

## الفرع الرابع: الالتزام بالإعلام في العقد البنكي.

كان لبقاء الفرنسي تدخل في عقود التمويل البنكي، مضيفاً إليها التزاماً بالإعلام من المصرف تجاه عملائه، فيما يتعلق بالمواعيد والإجراءات المطلوبة من العملاء<sup>1</sup>.

فقضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية البنك وإلزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بعميله، نتيجة فوات ميعاد تجديد الاعتماد المستند الخاص به. وألزمت المحكمة البنك بإعلام عميله بمواعيد وشروط الإعتمادات الخاصة به<sup>2</sup>.

يستشف مما سبق أن عقد التمويل لم يتضمن الاتفاق على التزام البنك بإعلام عميله، وثار النزاع بسبب انتهاء معد الاعتماد المستند الخاص بالعميل دون قيامه بتجديد فتح الاعتماد مرة أخرى، مما تسبب في وقوع خسائر جسيمة له، ولما كان البنك يلتزم بإعلام عميله، فقد تدخل القاضي في عقد التمويل المبرم بين البنك وعميله، مضيفاً عليه بند تفصيلي مضمونه التزام البنك بإعلام عميله بمواعيد بداية وانتهاء الإعتمادات المستندية بالبنك، كما ألزمه ببيان شروط ومواعيد وإجراءات جميع العمليات المصرفية<sup>3</sup>.

وألزمه بإعلام العميل في حالة تعديل الشروط الخاصة بالإعتمادات. وهو بند لم يرد ضمن بنود العقد، ويعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد. حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بالإعلام على عاتق البنك تكميلاً للعقد، وقد استند في ذلك إلى المادة 1130 مدني مصري، ويقابلها 2/148 مدني مصري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 214.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، نفس المرجع، ص. 216.

<sup>3</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، نفس المرجع، ص. 217.

<sup>4</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، نفس المرجع، ص. 218.

## الفرع الخامس: الالتزام بالإعلام في عقود التأمين .

عقد التأمين من عقود حسن النية، وقد استلزم القضاء الفرنسي أن يعلم المستأمن شركة التأمين بكل التفاصيل الخاصة به، وفي المقابل ألزم القضاء شركة التأمين ببيان حقوقه والتزاماته بصورة واضحة ومحددة في وثيقة التأمين<sup>1</sup>.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بانتفاء مسؤولية شركة التأمين وعدم إلزامها بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بالمؤمن له. كما أمدت المحكمة التزام شركة التأمين ببيان حقوق والتزامات المؤمن له بصورة واضحة ومحددة في وثيقة التأمين<sup>(1)</sup>.

ويلاحظ مما سبق أن عقد التأمين لم يتضمن الاتفاق على التزام شركة التأمين بإعلام عملائها، وثار النزاع بسبب اكتشاف المؤمن له بعد إبرامه وثيقة التأمين عدم استيفائه شروط استحقاق مبلغ التأمين، ولما كانت شركة التأمين تلتزم بإعلام طالب التأمين بجميع حقوقه والتزاماته عن طريق ملحوظات واضحة ومحددة في عقد التأمين، فقد تدخل القاضي في عقد التأمين، مضيفا إليه التزاما بالإعلام على عاتق شركة التأمين تجاه عملائها بأنواع الضمان التي تمثلها الوثيقة. كما قرر القاضي إعفاء شركة التأمين من هذا الالتزام في حالة بيانها أنواع الضمان في وثيقة التأمين بصورة واضحة ومحددة للمتعاقد. ووضع القاضي عبء إثبات مخالفة هذا الالتزام على عاتق طالب التأمين. ويعد هذا المسلك القضائي تكميلا للعقد. حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بإعلام على عاتق شركة التأمين تكميلا للعقد، وقد استند في ذلك إلى المادة 1130 مدني مصري ويقابلها 148 / 2 مدني مصري، و م.107(ق.م.ج)<sup>2</sup>.

## المطلب الرابع: الالتزام بالتحذير والنصيحة

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى الالتزام بالتحذير (الفرع الأول) ، ثم إلى الالتزام بالنصيحة (الفرع الثاني)

<sup>1</sup> - أنظر ، سلام عبد الله الفتلاوي ، نفس المرجع ، ص . 218 .

<sup>2</sup> - أنظر ، سلام عبد الله الفتلاوي ، نفس المرجع ، ص 111 .

## الفرع الأول: الالتزام بالتحذير.

يجب على البائع المحترف تحذير المشتري (المستهلك) من مخاطر السلع , وإعلامه بالاحتياطات الواجب اتخاذها عند حيازة هذا النوع من المنتجات<sup>1</sup>، إذ لا يمكن توضيح طريقة الاستعمال وحدها. فمن الممكن أن يكون المشتري عالماً بطريقة الاستعمال، ولكنه يكون جاهلاً لمخاطر السلعة لذلك يقع على عاتق البائع المحترف أن يبين بكل دقة ما يلزم من الاحتياطات اللازمة لتفادي مخاطر السلعة بعد تحذيره من هذه المخاطر، فالالتزام بالتحذير مكمل للالتزام ببيان طريقة الاستعمال<sup>2</sup>.

والتحذير لا يأتي بداهة وإنما يجب أن يستجمع بعض الخصائص التي حددها الفقه لكي يتحقق الغرض منه<sup>3</sup>.

إذا كان الالتزام بالإعلام يهدف إلى توفير العلم الكافي للمتعاقد الأقل خبرة ومعرفة في مواجهة المتخصص، فإن الالتزام بالتحذير يسعى إلى تحقيق حماية أكثر فعالية للمتعاقد مع المهني المتخصص، وذلك بإلزام الأخير بالتدخل في شؤون المتعاقد معه لتحذيره من المخاطر التي تكتنف العملية العقدية، سواء كانت هذه الخطورة ناتجة من الطبيعة الخاصة لمحل العقد أو من الظروف المحيطة بتنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد وإرشاده إلى الوسائل الكفيلة بتوقي النتائج السلبية التي قد تتركها.

ومن هنا، فإن مضمون الالتزام بالتحذير يتحدد ببيان عوامل الخطورة التي قد تصاحب العقد، وتبيان الوسائل الكفيلة للوقاية منها، وهذا هو العنصر الموضوعي في الالتزام بالتحذير.

<sup>1</sup>-Cass.civ.1 er ch.10 fév.1987, D.1987, somm.p.467, C.A.Metz, 1 er ch.22 janv.1985, D.1987.somm.p.467.

<sup>2</sup> -أكرم محمود حسين البدو، مقال بعنوان " الالتزام بالإفشاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة"، كلية القانون، جامعة الموصل، مجلة الرافدين للحقوق مجلد 1 السنة العاشرة، عدد 24 سنة 2005، ص.09.

<sup>3</sup> -أنظر، أكرم محمود حسين البدو، المرجع السابق، ص.09.

أضف إلى ذلك عنصر شخصي يتمثل بتدخل المهني في شؤون المتعاقد معه بدرجة من الإصرار لحمله على توقي المخاطر، وذلك بإتباع مسلك معين أو منعه من سلوك المسلك الخطر.

**1- العنصر الموضوعي:** ويتجسد بقيام المهني<sup>1</sup> المتخصص الملم بالظروف التي قد تجعل من العقد مصدر خطر للمتعاقد معه<sup>2</sup>، بتحذير عميله من هذه المخاطر وتبنيه على الظروف التي قد تؤدي إلى تفاقمها، ويرشده إلى الوسائل الواجبة للإتباع للوقاية منها<sup>3</sup>.

والخطورة المصاحبة للعقد قد ترجع إلى الطبيعة الخاصة لمحل العقد مثل المواد الكيميائية أو الأسلحة أو المتفجرات، فالمهني المتخصص يفترض فيه العلم بملازمات محل العقد وما يحيط به من تعقيدات فنية، وما يمثله من خطورة عند حيازته أو استعماله، أو أن الخطورة قد ترجع إلى أسلوب استعمال معين يجعل الشيء خطرا وقد يؤدي إلى إصابة المتعاقد بضرر.

كما أن التطور العلمي خلق أنواعا من المخاطر قد لا تعود إلى طبيعة الشيء محل التعاقد في ذاته، وإنما هي مخاطر أفرزها التقدم التقني الحديث من مثل مخاطر المبرمجة في الحسابات الآلية، إذ يتعين على المورد أن يحذر المستهلك من المخاطر الاقتصادية التي قد تنجم عن نظام البرمجة في ذاته والظروف التي يتم فيها بدء استخدامه<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - وقد اتبع التوجيه الأوربي رقم 7 لعام 1997 والخاص بالبيع عن بعد ذات النهج حيث استلزم قيام المهني بإعلام المستهلك بشأن الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة أي للمنتجات " أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.115.

<sup>2</sup> - ويعرف بعض الفقه، هذا الفقه بأنه " التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائل الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة "، أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، المرجع السابق، ص.33.

<sup>3</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 159.

<sup>4</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص 160.



وقد ترجع الخطورة إلى الظروف المصاحبة لتنفيذ العقد، فالعملية العقدية قد

تتطوي على قدر معين من المخاطر لا يدركها العميل ذي القدر المحدود من المعلومات بسبب جهله أو عدم تخصصه على نحو لا يدرك فيه المخاطر المحتملة للعمل المزمع القيام به<sup>1</sup>، من هنا على المهني الذي وضع المتعاقد معه ثقته في عمله وتخصصه أن يتصرف من منطلق الحرص على مصالح المتعاقد معه، فإذا كانت هناك مخاطر فعليه تحذيره منها أو تحذيره من عمل ما، أو من اختيار من بين اختيارات متعددة أو الامتناع عن اتخاذ قرار معين<sup>2</sup>.

**2- العنصر الشخصي:** ويتمثل بتدخل المهني في شؤون المتعاقد معه لمنعه من سلوك المسلك الخطر، والتأثير على قناعته بغية إثراء عزمه عن المسلك الخاطئ، فالتحذير ذو طبيعة تدخلية أكثر إيجابية.

وفي سبيل تحقيق المعنى التدخلية للتحذير يستعين المدين به بثقة الدائن في شخصه وفنه مستخدماً وسيلتين<sup>3</sup>:

**الوسيلة الأولى:** تقديم الإيضاحات الفنية التفصيلية، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية " بمسؤولية مدير عام شركة الأجهزة الأوتوماتيكية والكهربائية والكيميائية، لاكتفائه بوضع تعليمات عامة بشأن الاستعمال الخاطئ...".

**الوسيلة الثانية:** الإصرار والتصميم بتنبية المتعاقد الآخر إلى الخطورة المحتملة، فلا يكفي القول أو الكتابة، بل يجب توضيح المخاطر المحتملة والإصرار على إثراء عزم المتعاقد عن سلوك المسلك الخطر، فإذا لم يستجيب الدائن للتحذيرات برغم الإيضاحات التفصيلية وبرغم إصرار المدين وحثه على أن يعدل عن مسلكه الخطر، فهنا يتحول

<sup>1</sup> - والواقع أن فرض التزام على البائع أو المهني بصفة عامة بتوفير المستهلك حول الخصائص الأساسية للمنتجات التي تعد محلاً لعقد الاستهلاك يعد أمراً جوهرياً. فأول خطوات ضمان صحة الإرادة تتمثل في أن يعرف المستهلك كونه المنتجات التي يتعاقد بشأنها إذ يترتب على ذلك قبوله للتعاقد أو لشروطه من عدمه. أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 115.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 159.

<sup>3</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، نفس المرجع، ص. 159.

الالتزام بالتحذير إلى التزام بالتحفظ، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية " بعدم مسؤولية مقاول الدهان عن تساقط الطلاء من الجدران وحيث الثابت أنه هذا الخطر وحدد بالترتيب على ذلك ميعاد للاجتماع بالمعماريين وبمكان البناء للمعاينة والاتفاق على إيجاد حل فني للمشكلة، واقترح المقاول وقتها تبطين الجدران بالجص، ولكن المعماري رفض باعتبار أن هذا الحل المقترح من شأنه تضيق مساحات الحجرات المنصوص عليها في الرسومات مفضلا طلاء الجدران مباشرة على أن يداوي التشققات المحتملة عند حدوثها بتغطيتها... وأن المقاول قد نفذ أوامر المعماري الأخيرة بعد أن حذره كتابة من مغبة ذلك<sup>1</sup>."

وتظهر أهمية الالتزام بالتحذير في عقد المقاولة<sup>2</sup>، إذ يلتزم المقاول بوصفه المهني المتخصص بتحذير المتعاقد معه من النتائج الضارة التي يمكن أن تنشأ من عمل معين، أو عن اختيار معين من بين خيارات متعددة فالمقاول يلتزم بأن يتخذ موقفا ايجابيا في مواجهة ظروف معينة قد تشكل خطرا على المتعاقد معه، وهذا الموقف الايجابي إما يكون بدفع صاحب العمل إلى اتخاذ قرار ما أو يسعى إلى العكس من ذلك بإثراء عزمه عن عمل معين أي بحثه على العدول عن عمل معين أو فكرة<sup>3</sup>.

وتتجلى أهمية الالتزام بالتحذير في عقد البيع، خاصة إذا كان محل العقد من الأشياء الخطرة بطبيعته أو بسبب استعماله، فيلزم البائع بتحذير المشتري من المخاطر التي قد يتعرض لها، وتبيان الوسائل الكفيلة للوقاية منها. ويشترط في التحذير أن يكون كاملا وواضحا ولصيقا بالمنتجات.

1- يجب أن يكون التحذير كاملا: ويقصد بذلك أن يكون التحذير وافيا ومستغرقا لجميع المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المشتري سواء كانت هذه المخاطر تهدد

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، نفس المرجع، ص. 159.

<sup>2</sup> - Cass.civ 13 mars 1975. Dalloz, sirey, 1976.p.616.

<sup>3</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي المرجع السابق، ص. 160.

شخصه أو ماله، فلا يكفي أن يقدم البائع تحذيرا موجزا يلفت انتباه المشتري إلى بعض المخاطر التي قد يتعرض لها دون البعض الآخر، في محاولة منه إلى بعث الاطمئنان في نفوس المتعاملين لكي يقدموا على الشراء، فواجب الأمانة يفرض على البائع أن يحترم الثقة التي أولاها إياه المتعاملون معه، بتجريده من الاعتبارات التجارية البحتة، وتقديم الاعتبارات الأخلاقية التي تقضي بأن ينظر إلى المتعاملين معه نظرة إنسانية بعيدة عن الاعتبارات المصلحية والتجارية<sup>1</sup>.

فإذا لم يحترم البائع هذه الاعتبارات فإنه يعد مقصرا وتقوم مسؤوليته عما يلحق المشتري من أضرار.

من هنا، قضت محكمة النقض الفرنسية<sup>2</sup> بأنه إذا أصيب مزارع بعجز دائم في عينيه نتيجة لتطاير بضعة ذرات من المادة المقاومة للطفيليات بفعل الريح، فإن المنتج يكون مسئولا عن هذه الإصابة، ولا يمكنه الإفلات من المسؤولية بحجة قيامه بلفت انتباه العملاء إلى ضرورة غسل الوجه واليدين بعد استعمال هذه المادة وعدم تركها مدة طويلة على الجلد " إذ كان يتعين عليه أن يبين لهم على وجه الدقة وبكل وضوح مخاطرها الجسيمة على العينين حتى يتسنى لهم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لتجنبها"<sup>3</sup>.

ويجب على المنتج أن يحرص على أن يكون التحذير كاملا، وخاصة بالنسبة للمنتجات التي تنطوي على قدر كبير من الخطورة، كالمنتجات الدوائية، فيجب على المنتج أن يحدد جميع المخاطر التي تحيط باستعمالها أو حيازتها وكيفية الوقاية منها، وتقوم مسؤوليته إذا قصر في الإدلاء بإحدى هذه البيانات.

من هنا، قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية " صانع سرير قابل للانطواء تذكر الدعاية في شأنه أن المقصود هو طراز غير قابل للتعطيل وله بساطة تحريك مدهشة، يكون مسئولا عن بيعه، رغما عن حادث أول سببه سرير مشابه، بدون توصية

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.161.

<sup>2</sup> - Cass.1<sup>e</sup> civ.31 janv, 1973, 31 janv.1973, j.c.p, 1973, 17.p.166.

<sup>3</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.166.

مكتسب الملكية بأن يثبت في الحائط القسم من هذا الأثاث الذي يجب أن يبقى عموديا لأنه لم يطلع الشاري على التدابير الواجب اتخاذها لتجنب الحادث".

## 2 - أن يكون التحذير واضحا: ويقصد بذلك أن يكون التحذير واضح الدلالة في

بيان المخاطر والوسائل اللازمة للوقاية منها، ميسور الفهم من قبل الجمهور المستهلكين، ويتحقق ذلك بالابتعاد عن استعمال المصطلحات الفنية التي يصعب فهمها على غير المتخصص.<sup>1</sup>

ولا يكفي أن يكون التحذير واضحا في عبارته<sup>2</sup>، بل يتعين أيضا أن لا يكون متلبسا في موضوعه، مثل ما درجت عليه الشركات المنتجة لعصائر الفواكه من كتابة عبارة "يحفظ في مكان بارد" على العبوة المحتوية على العصير، فالمستهلك قد يفسرها على أنها مجرد توصية أريد بها الإبقاء على العصير محتفظا بخواصه الطبيعية في حين أن المنتج يرمي من ورائها إلى تجنب تخمره بفعل الحرارة، وما يستتبعه من احتمال انفجار الزجاج<sup>3</sup>.

ويجب على البائع والمنتج أن يقوموا بإعلام المشتري بكل ما يحيط بالسلعة من مخاطر، سواء أكانت متعلقة باستعماله أم طريقة حفظه مما يؤدي إلى ضرورة اطلاعه على المخاطر التي سيتعرض لها إذا لم يلتزم بالتعليمات. فإذا قام بتحذير المشتري من خطر السلعة في بعض الظروف دون الأخرى فإن تحذيره يكون ناقصا وموجبا لقيام مسؤوليته. فدقة المعلومات وكفايتها ترتبط بطبيعته المشكلات التي لا يستطيع المشتري تجاوزها والنتائج التي يرغب في الحصول عليها لذلك يجب إعطاء معلومات دقيقة وكافية تمكن المستهلك من الاستفادة من السلعة بصورة سليمة تضمن سلامته الشخصية وسلامة أقاربه وأمواله، إذ عليه النظر إلى المستهلك من منظور أخلاقي وإنساني. وتنهض مسؤولية البائع المحترف في مجالات عديدة ومتنوعة وعلى الأخص

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.161.

<sup>2</sup> - Paris 12 juil 1972, j.c.p 72, 11, 17603, GAZ.PAL. 72.11.804.

<sup>3</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي المرجع السابق، ص.166.

في تلك الصناعات والمجالات الماسة بحياة الأفراد المرتبطة بها بصورة أساسية سواء كانت غذائية أم صناعية<sup>1</sup>.

**3 - أن يكون التحذير ظاهرا:** ويقصد بذلك أن يكون متاحا للمشتري وموجودا بمكان ظاهر يجذب انتباه المستخدم، وهذا يستلزم أن تكون البيانات التحذيرية متميزة من غيرها من البيانات الإعلامية الأخرى من مثل البيانات المتعلقة بمكونات السلعة أو بطريقة استخدامها، وغالبا ما يتم ذلك بكتابة البيانات التحذيرية بأنماط ظاهرة أو بلون مختلف.

ولضمان وضوح بيانات التحذير لابد أن تكون هذه البيانات لصيقة بالمنتجات وغير منفصلة عنها، ويتم ذلك بوضع التحذير على العبوة الخاصة بالسلعة مباشرة أو عن طريق وضع الملصقات على هذه العبوة أو طباعة هذه البيانات عليها مباشرة إن أمكن ذلك.

ويرتبط بالالتزام بالتحذير في عقد البيع التزام آخر ابتدعه القضاء الفرنسي من أجل توفير حماية أكبر للمستهلك ألا وهو الالتزام بالسلامة الذي يتحدد مضمونه بقيام المنتج أو البائع بتسليم المستهلك منتج خال من أي عيب قد يسبب له الأذى الجسماني والعقلي<sup>2</sup>.

فالغاية التي استهدفها القضاء الفرنسي من وراء فرض الالتزام بالتحذير تتمثل بالحيلولة دون وصول الخطر الكامن في المبيع إلى المشتري والمساس بشخصه، أو الأضرار بماله، وقد وجد هذا الأمر انعكاسا حقيقيا في فكرة ضمان السلامة، فلا يقتصر التزام المنتج على تنبيه المشتري من المخاطر التي قد يتعرض لها وإنما يتعداه إلى التزام المنتج بتأمين سلامة المشتري من أي ضرر قد يلحق به.

وقد كان حكم محكمة استئناف الفرنسية Douai الرائد في تقرير الالتزام بالسلامة

<sup>1</sup> - أنظر، أكرم محمود حسين البدو، المرجع السابق، ص.10.

<sup>2</sup> -- أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي المرجع السابق، ص.167.

في عقد البيع<sup>1</sup>. ثم تواترت أحكام القضاء الفرنسي على اعتبار المنتج والبائع المحترف مسؤولاً عن تسليم منتجات خالية من أي عيب من شأنه تعريض حياة الأشخاص أو أموالهم للخطر، وألزمت البائع المحترف أو المنتج عند الإخلال بالتزامه بضمان السلامة بتعويض كافة الأضرار الناجمة من ذلك، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن التزام السلامة يقع على عاتق البائع ويرتكز على "عدم تسليم إلا المنتجات الخالية من أي عيب أو أي شائبة صنع من شأنه أن يشكل خطراً على الأشخاص أو الأموال".

وقد انشأ القضاء الفرنسي هذا الالتزام استناداً إلى م. 1135 (ق.م.ف) باعتباره أحد الالتزامات التبعية التي يقتضيها العقد، بهدف توفير حماية فاعلة للمستهلك في مواجهة المنتج أو البائع المحترف<sup>2</sup>.

وقد استقر هذا الالتزام في الفقه والقضاء، أما المشرع الفرنسي فقد قنن هذا الالتزام في قانون الاستهلاك إذ نصت المادة 1-221 على أنه: "ويجب في كافة المنتجات والخدمات وضمن الشروط المعتادة للاستعمال أو ضمن شروط أخرى يمكن توقعها بشكل معقول من قبل المهني أن تتوفر السلامة المنتظرة منها بشكل مشروع وأن لا تسبب أي مساس بصحة الأشخاص"، وكذا نص عليه في قانون 19 ماي 1998 والخاص بالمسؤولية عن المنتجات المعيبة، فقد نصت م. 1386 ف 1 من القانون المدني الفرنسي والمضافة بموجب هذا القانون على أنه: "تقوم مسؤولية المنتج عن كل سلعة منقولة بشأن ما تتسبب عنه من أضرار راجعة إلى تعييبها سواء كان المنتج مرتبطاً تعاقدياً بالمضروور أو لم يكن كذلك" ونصت م. 1386 ف 4 (ق.م.ف) على

<sup>1</sup> - والذي قررت فيه صراحة أن "حيث شركة Centrvnt قد أغفلت الطريقة المثلى لاستعمال المبيع وهو خلاط كهربائي (malaxeur) ; وبيان أهمية ربط الوعاء الزجاجي على دعامته اللولبية، والاحتياطات التي يجب أخذها عند انحراف هذا الوعاء فإنها تكون قد أخلت بالالتزام بالسلامة المتولد عن العقد ويكون خطؤها هو السبب في الحادث" فقضت بمسؤولية الصانع على الرغم من خلو المبيع من العيوب التي تجعله غير صالح للاستعمال إسناداً إلى إخلاله بالالتزام بالسلامة CA.Douai.4 juin 1954, D, 1954, p.708.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.161.

أنه: " تعد السلعة معيبة حينما لا توفر السلامة التي يحق لأي شخص وفي الحدود المشروعة أن توقعها".<sup>1</sup>

كما يجب أن يكون واضحا بحيث يقصد بهذه الخاصية أن يكون التحذير مكتوبا على السلعة بشكل واضح ومفهوم وبعبارات سهلة الفهم، يستطيع إدراكها الشخص العادي بعيدا عن الألفاظ المعقدة التي لا يستطيع المشتري أو المستهلك العادي فهمها، فمن ناحية يجب أن يكون التحذير بلغة مفهومة للمستهلك وإذا كان مصدرا إلى خارج فلا بد أن يكون التحذير مكتوبا بلغة البلد المصدر (بلد الإنتاج) والبلد المستورد. وكذلك لا بأس من أن يرفق بالسلعة مع البيانات المكتوبة بعض الصور، التي تزيد من دلالة التحذير، لمن لا يستطيع القراءة يكفي في التحذير أن يكون واضحا في عبارته بل يجب أن لا يكون ملتبسا في موضوعه، فعبرة (مادة قابلة للاشتعال) بالنسبة للمنتجات الخطر وعبرة (يحفظ في مكان بارد) بالنسبة للعصائر قد يقوم المشتري بتفسيرها بشكل يختلف عن مقصود المنتج كما تبين أن العبرة الأولى نتيجة لعدم وضوحها أدى إلى حدوث حريق ذهب ضحيته المشتري نفسه أما العبرة الثانية فقد يفسرها المشتري على أن الغرض من الحفظ في مكان بارد، المحافظة على خواص العصير دون أن يدور في مفهومه أن القصد هو يجب تخمر مكونات<sup>2</sup>.

ولم يقف تطور القضاء والفقهاء عند الحدود التي تلزم البائع المحترف بتعويض المتضرر عن الإضرار التي تحدثها المنتجات بعيوبها بل تجاوز هذه الحدود لكي يلقي على عاتق البائع المحترف عبء الإضرار التي تنجم عن عدم قيام الأخير بواجبه بإحاطة المشتري علما بخصائص السلعة وما تتميز به من صفات وكيفية استعمال هذه

<sup>1</sup> - 1386-4 "produit est défectueux au sens du présent titre lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation" c.c.f.p.231..

<sup>2</sup> - أنظر، أكرم محمود حسين البدوي، المرجع السابق، ص.10.

السلعة فالمبيع حتى ولو كان بريئاً من العيوب فإن تعقد الأجهزة وتعدد أنواعها وشيوع استعمالها أوجب على البائع أن يقوم بواجب الإفضاء عن جميع ما يحيط بالسلعة من مخاطر في الاستعمال وطريقة الحفظ وكيفية التخزين وكل المعلومات المتعلقة بالمبيع فالالتزام بضمان السلامة يتخطى حدود الإضرار التي تنجم عن عيوب المبيع ليشمل الإضرار الذي تسببها المنتجات بسبب خطورتها وإن مسؤولية البائع المحترف بسبب مخاطر المنتجات تقوم في حالتين الأولى: عند عدم إحاطة المشتري علماً بالكيفية التي يتم استعمال الشيء فيما وعدم تحذيره من مخاطر الاستعمال<sup>1</sup>

نخلص من ذلك، أن الالتزام بالتحذير يعد أحد الالتزامات التبعية التي أضافها القضاء الفرنسي إلى مضامين العقود التي يكون أحد طرفيها مهنيًا متخصصًا ويتميز بتفوق ظاهر في المعرفة التقنية، في مقابل متعاقد لا يوازيه في المعرفة والخبرة، وبموجبه يلتزم المتفوق علمياً أن ينبه المتعاقد معه ويحذره من المخاطر المصاحبة للعقد، وسواء كانت هذه المخاطر ناشئة من محل العقد أو من الوسائل المتبعة في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه وبيان طرق الوقاية منها، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية، يتدخل المهني في شؤون المتعاقد معه لمنع من سلوك المسلك الخطر، وبيان السبيل الأنجع الذي يحقق له الغرض المطلوب من العقد<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الالتزام بالنصيحة.

عرف البعض من الفقه الالتزام بالنصيحة بأنه " تحريض أو حث المتعاقد الآخر على إتيان مسلك معين أو عدم إتيانه"<sup>3</sup>.

فالالتزام بالنصيحة يرتكز على توجيه نشاط المتعاقد الأقل معرفة وخبرة من قبل المهني المتخصص وحثه على اتخاذ القرار الملائم المنسجم مع غرضه من العملية

<sup>1</sup> - أنظر، أكرم محمود حسين البدو، المرجع السابق، ص.08.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.168.

<sup>3</sup>-C.A.Versailles, 1 er ch.21 oct.1987, D.1987, IR.p.254, Trib.com.nanterre, 1 er ch.23 oct.1986, D.1987, IR.p.254.



العقدية، من هنا فهو يتضمن ثلاثة عناصر:

1 - إعطاء بيانات ومعلومات عن جميع العناصر التعاقدية.

2- توجيه اختيار وقرارات المستفيد من النصيحة

3 - تحفيز المستفيد على تبني الحل الذي يكون مناسباً له.

فالالتزام بالنصيحة يتميز عن الالتزام بالإعلام بعدم اقتصره على الإفصاح عن الوقائع والمعلومات التي يمكن أن تؤثر في قرار المتعاقد الآخر، بل عليه أن يبين للمتعاقد الآخر مدى ملائمة العملية العقدية وآثارها بالنسبة له سواء على النطاق المالي أو الفني ويمد له يد العون والمساعدة أثناء تنفيذ العقد ليصل إلى تحقيق أهدافه من العملية العقدية<sup>1</sup>.

والالتزام بالنصيحة من الالتزامات التبعية التي أضافها القضاء الفرنسي إلى مضامين بعض العقود ذات الطابع المهني، لإيجاد نوع من التعاون الإيجابي والمثمر بين المتعاقدين، وإلزام المهني المتخصص أن يقدم للمتعاقد معه كل أوجه المساعدة بما يعيد التوازن المعرفي بينهما ومن ثم التوازن العقدي<sup>2</sup>.

ويعد الالتزام بالنصيحة من مستلزمات عقد البيع خاصة إذا كان محله أجهزة ومعدات ذات تقنية عالية، مثل الحاسبات الالكترونية أو برامج المعلوماتية إذ يلتزم البائع أن يقدم النصح للمشتري، وذلك بان يبين له أفضل السبل للحصول على أفضل النتائج من المبيع على وفق الغرض المقصود منه، ويحث المشتري بإصرار على إتباع تلك السبل، فبائع الأجهزة الالكترونية ملزم بتقديم النصح والمشورة الفنية للمشتري خلال المدة اللازمة للتعرف على استخدام المبيع ذي التركيبة التقنية المعقدة.

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 169.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 170.

من هنا، قضي بأن " تركيب أحد أجهزة المعلوماتية يتضمن من جانب المورد الالتزام بتسليم جهاز قادر على تلبية الاحتياطات المتوقعة ومساعدة فنية خلال فترة كافية للتأقلم.<sup>1</sup>"

كما يعد الالتزام بالنصيحة من مستلزمات عقد المقاول، إذ يلتزم المقاول بنصيحة صاحب العمل الذي يتعاقد معه.

ويتخذ الالتزام بالنصيحة في عقد المقاول صوراً متعددة: فقد يكون في صورة توجيه المستهلك إلى صاحب التخصص الأفضل والأقدر على إنجاز العمل المطلوب من مثل التزام المعماري بنصيحة صاحب العمل بأن يلجأ لغيره للقيام بالمهام المطلوبة منه إذا تبين له أن العمل المطلوب منه لا يدخل في تخصصه أو أنه يعجز عن القيام به على الأوجه الأمثل.

وهذه الصورة من الالتزام بالنصيحة أطلق عليها القضاء الفرنسي تسمية الالتزام بالتواضع (obligation de modestie)، وتطبيقاً لذلك قضي بأن المقاول الذي يجد أن العمل المطلوب يتجاوز اختصاصه أو إمكانياته عليه أن يكون متواضعا وينصح صاحب العمل في هذا الخصوص بالالتجاء لمن هو أقدر على التنفيذ اختصاصاً وإمكانية<sup>2</sup>.

وقد يتخذ الالتزام بالنصيحة صورة دراسة طلبات رب العمل وتحذيره من طلباته الخاطئة وتوجيهه إلى القرارات الصائبة وتقديم الحلول البديلة، فالمقاول ليس عليه أن

<sup>1</sup> - وفي حكم آخر تتعلق وقائعه بقيام شركة تدعى ( ficht-blanch ) بتركيب جهاز إنذار ضد السرقة في المستودعات تعرضت للسرقة بالكسر مما حدا بالشركة المالكة لها إلى رفع دعوى مسؤولية ضد الشركة التي قامت ببيع الجهاز وتركيبه على أساس أن البائع المتخصص في بيع أجهزة الأمان يلتزم تجاه عملائه بالالتزام بنتيجة وبالتالي يجب عليه إعلامهم بعدم كفاية الجهاز الذي تم تركيبه حتى ولو كان العميل غير المتخصص على علم بعدم الكفاية هذه، ولكن محكمة النقض رفضت هذا التحليل وقررت أنه "إذا كان من الثابت أن شركة f.b قد اقترحت على الشركة d تركيب جهاز إلكتروني للإنذار والمراقبة يتضمن أربع رادارات رأتها لازمة لتحقيق حماية فعالة وكافية وأن الشركة d لم تقبل هذا الاقتراح ورفضت أيضاً تركيب جهاز لنقل إشارات الإنذار فان محكمة الاستئناف لم تقبل هذا الاقتراح ورفضت أيضاً تركيب جهاز.

<sup>2</sup> - نقض مدني فرنسي 13 جويلية الدائرة الثالثة، مجلة الأسبوع القانوني 83 J.C.P أشار إليه، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 181.

ينفذ طلبات صاحب العمل تلقائياً، بل عليه أن يستعرض طلبات وتوجيهات صاحب العمل ويقيمها من ناحية تخصصه وخبرته، وفي هذا المعنى قررت محكمة النقض الفرنسية أن المهندس المعماري يلتزم بوصفه رجلاً متخصصاً من الناحية الفنية بأن يقاوم اقتراحات صاحب العمل التي يكون من شأنها أن تعرض متانة العقار للخطر حتى لو ترتب عليها تحقيق مزايا لصاحب المشروع<sup>1</sup>.

والنصيحة على وجهها السابق تقتضي بالإضافة إلى إثراء العميل عن عزمه ومقاومة رغباته الخاطئة، أن يقدم المقاول البدائل لما يعترض عليه، وفي هذا المعنى قضى بأن على " المقاول أن ينبه رب العمل والمهندس المعماري إلى عدم صلاحية المجرى المعد لمرور وحماية شبكة أنابيب التدفئة ولكنه أيضاً يلتزم بأن يوضح البدائل والمتمثلة في الاشتراطات الفنية التي يتعين مراعاتها"<sup>2</sup>.

وقد يرد الالتزام بالنصيحة في صورة رفض الاستمرار بالعمل، فإذا قدم المقاول النصيحة ولم تتم الاستجابة لها فمن حقه أن يتخلى عن العمل حتى يتقاضي انعقاد مسؤوليته، إذ ليس من المنطقي أن يستمر في تنفيذ العمل إذا كان لا يتفق مع أصول المهنة والأمانة الواجبة، من هنا قضى بأنه: " إذا كان صاحب العمل مخالف للفنون المعمارية، فعلى المعماري تحذيره من المخاطر المتوقعة، وأنه يجب مقاومة هذا الاختيار ولو اقتضى الأمر رفض تنفيذ الأعمال"<sup>3</sup>.

كما قضى بأن المقاول ملزم بتحذير صاحب العمل من الأضرار الناتجة من غياب بعض مواصفات الأساسات وأن يرفض تنفيذ الأعمال في مثل هذه الظروف، وأن هذا الرفض هو الذي يجنبه المسؤولية أمام صاحب العمل<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.168.

<sup>2</sup>-C.A.Paris, 1 er ch.14 sept.1990, D.1991, somm.p.359, T.G.I.Paris, 1 er ch.24 oct.1988, D.1991.P.359.

<sup>3</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.168.

<sup>4</sup> - حكم محكمة باريس 13 جوان 1980، جازيت دي باليه 1980 أشار إليه، سلام عبد الله الفتلاوي، نفس المرجع، ص.182.

يتبين لنا مما تقدم أن التزام المقاول بالنصيحة أصبح يلزم جميع المراحل الخاصة بتنفيذ العمل المتعاقد عليه، لذا رأينا أن هذا الالتزام يرد في صورة متعددة تبدأ من دراسة العمل المطلوب منه القيام به، وفيما إذا كان قادرا على القيام به أم لا، فإذا كان العمل داخلا في تخصصه فعليه أن يدرس رغبات وطلبات رب العمل وتقديم الحلول البديلة والمناسبة، فإذا لم يستجب المستهلك لنصيحة المقاول فليس أمامه إلا أن يرفض العمل الذي عهد إليه<sup>1</sup>.

وكل هذه الأعباء التي ألقيت على عاتق المقاول كانت بحكم تخصصه وما يملكه من خبرة فنية، واحتراما للثقة المشروعة التي أودعها فيه العميل، وحماية للفئة التي تعاني من نقص المعرفة الفنية والتقنية، فلم يقبل القضاء الفرنسي أن يقف المهني المحترف مكتوف الأيدي منتظرا الأحداث السلبية التي قد تصيب المستهلك، بل لابد أن يكون متيقضا فينبه ويوجه المتعاقد معه نحو الطريق الأفضل<sup>2</sup>.

### المبحث الثاني: الالتزام بالسلامة في العقد.

كان للقضاء المدني الفضل في إنشاء الالتزام بالسلامة في بعض العقود، بوصفه التزاما تبعا وضمنا يقع على أحد المتعاقدين. فظهر في بداية في عقد النقل في صورة التزام الناقل بضمان سلامة الراكب بموجب القرار الشهير لمحكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 21 نوفمبر 1911<sup>3</sup> ومن عقد النقل امتد إلى عقود أخرى منها عقد العمل، وأخيرا عقد البيع مع نهاية هذا القرن ويذهب الفقه في فرنسا إلى تأسيس هذا الالتزام على نص م. 1135 (ق.م.ف)، وتقابلها م. 2/107 (ق.م.ج) والتي نصت على أن تحديد نطاق العقد لا يقتصر "إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التزام"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-Paris 12 juil1972, j.c.p 72, 11.17603, Gaz.pal.72.11.804.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، نفس المرجع، ص.164.

<sup>3</sup> - 21 novembre 1913:d.1913.1.p249 civ ; أنظر، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.402.

<sup>4</sup> - أنظر، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص.402.

وكان هدف القضاء من وراء ذلك هو تحميل المتعاقد المخل بالتزامه بالسلامة المسؤولية المدنية، غير أن الاجتهاد ظل يعوزه التوحيد. لأن مضمون هذا الالتزام ظل يتغير بتغير العقود. إلى أن تكرر هذا الالتزام في فرنسا بقانون 21 جويلية 1983 والذي نص على أن كل " المنتجات والخدمات، يجب في ظروف الاستعمال العادية أو في ظروف كان يتوقعها المحترف بشكل معقول - أن تتوفر على السلامة المشروعة، التي يجوز لنا انتظارها بشكل معقول، وأن لا تمس بصحة الأشخاص " <sup>1</sup> ولدراسة هذا المبحث سوف نتطرق إلى نشأة الالتزام بالسلامة ومراحل تطوره (المطلب الأول)، ثم ضمان العيوب الخفية في العقد (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: نشأة الالتزام بضمان السلامة

نشأ هذا الالتزام في عقد النقل في نهاية القرن التاسع عشر على يد الفقيه "sauze"<sup>2</sup>، وقد نادى هذا الفقيه بضرورة التزام الناقل بضمان سلامة الراكب، حتى يتسنى للأخير الحصول على التعويض عند إصابته دون حاجة لإثبات خطأ الناقل. وقد تجلّى الاعتراف بهذا الالتزام في حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية قضت فيه بانعقاد مسؤولية الناقل لإخلاله بالالتزام بضمان سلامة الراكب أثناء سفره، وألزمته بتوصيله سليماً معافى إلى ميناء الوصل <sup>3</sup>.

وقد علق على الحكم السابق ذكره الفقيه الفرنسي " Starck " <sup>4</sup> قائلاً "إن هذا الحكم، يقرر مبدأ الالتزام بضمان السلامة، وينتج عنه بالتالي أنه إذا لحق بالمسافر

<sup>1</sup> - وأصبحت تمثل في ظل القانون الاستهلاك الفرنسي م. 1-221 وهذا نصها الأصلي:

" les produits et les services doivent, 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 ".

أشار إليه، محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، المرجع السابق، ص. 402.

<sup>2</sup>-Marc sauzet, de la responsabilité des patron vis-à-vis des ouvriers dans les accident, revue critique.lég.et juris.1883, p.596.

<sup>3</sup> -أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص. 296.

<sup>4</sup>-" il assume à son égard..."

إصابة جسيمة، أو مات أثناء عملية النقل، فإن العقد لا يكون قد نفذ، ويلزم الناقل بتعويض المسافرين أو أهله دون حاجة لإثبات خطأه، فالإصابة أو الموت هي الإثبات الكافي لعدم تنفيذ عقد النقل، وينتج عنها بالتالي المسؤولية العقدية<sup>1</sup>.

وقد طبق القضاء الفرنسي الالتزام بضمان السلامة في عقود كثيرة بدأها بعقد النقل، ثم امتد نطاق تطبيق هذا الالتزام إلى عقود أخرى منها عقد الاستضافة في الفنادق، والعقود التي يبرمها المشاهدون مع المسارح، وعقود الخدمات الطبية، وعقود توفير الخدمة التعليمية، وعقود البيع وعقود ممارسة الأنشطة الرياضية بشتى مجالاتها إلى غير ذلك.

كما طبق القضاء هذا الالتزام في عقد العمل نتيجة لما شهده العالم آنذاك من طفرة صناعية هائلة، نتج عنها تعرض كثير من العمال لحوادث وإصابات كثيرة، وعجزهم عن الحصول على التعويض من أرباب العمل، نتيجة لصعوبة إثبات الخطأ من جانب أرباب العمل.

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بانعقاد مسؤولية شركة السكك الحديدية عن الحادثة التي وقعت نتيجة فتح مفتاح تحويل الخطوط بفعل مجهول، لأنها لم تتخذ الاحتياطات الضرورية لضمان ثبات هذا المفتاح، خصوصاً وأن هذا الخط الحديدي يمر في طريق عام<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - وقد ذهبت محكمة باريس الاستئنافية بحكمها الصادر في 16 ديسمبر 1961 إلى ما هو أبعد من ذلك حي قضت بأن " كل عقد يتضمن تنفيذا لا ينشئ للمتعاقد الآخر خطراً يتعارض مع روحه والنتيجة المرجوة منه، وليقي على عاتق من يوفي بالأداء التزاماً بالسلامة، يتجاوز بعمومه وقوته مجرد ضمان العيوب الخفية، ويهمن عليه، ويقيم الإخلال به مسؤولية المدين، إلا أثبت رجوعه إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه "

" tout contrat implique une exécution qui ne crée pas pour le cocontractant un danger incompatible avec l'esprit et l'accomplissement attendu de la convention ; qui'il nait de celle-ci a la charge de celui Cui fournit la prestation, une obligation de sécurité qui, par sa généralité et sa force, domine et dépasse la simple garantie des vices cachés et dont l'inexécution en gage la responsabilité de celui qu'il a délégué, à moins qu'il prouve qu'elle est due à une cause étrangère qui ne peut lui être imputée "

أشار إليه، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.656.

<sup>2</sup> - أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.294.

ثم توالى الأحكام القضائية الصادرة من القضاء المختلط التي تقرر تعويض المصابين من حوادث النقل، وقد أسس القضاء المختلط الحق في تعويض الراكب على ثبوت خطأ الناقل بمجرد إصابة الراكب.

ومن الجدير بالذكر أن المحاكم المختلطة لم تفصح عن طبيعة مسئولية ناقل الأشخاص في أحكامها، إلى أن بدأ القضاء الوطني يحدد طبيعة العلاقة التي تربط بين الناقل والمسافر، وخلص أنها ذات طبيعة عقدية، وأن عقد النقل يتضمن التزام الناقل بضمان سلامة المسافر<sup>1</sup>.

وكذلك حدد القضاء نوع الالتزام، حيث أقر أنه التزم بتحقيق نتيجة محددة وهي إيصال المسافر سليماً معافى إلى جهة الوصول، ويسأل الناقل عن إصابة أو وفاة الراكب أثناء عملية النقل، وذلك دون حاجة لإثبات خطأ الناقل قبل الراكب.

وقد تشدد أيضاً القضاء المصري والفرنسي في تحديد السبب الأجنبي الذي يعفي الناقل من المسؤولية.

ويؤسس هذا الالتزام على المادة 2/148 مدني مصري، والتي تقابلها 1135 مدني فرنسي. "ولا يعفى الناقل من المسؤولية الناشئة عن إخلاله بالالتزام بضمان سلامة الراكب، إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي تسبب في إصابة الراكب"<sup>2</sup>. وتقابلها نص المادة 107 ف2 مدني جزائري.

### المطلب الثاني: شروط الالتزام بضمان السلامة

يتعين توافر ثلاثة شروط لإضافة القضاء الالتزام بضمان السلامة إلى العقود، وهي وجود خطر يهدد جسد أحد طرفي العقد، وانتقال حق أحد العاقدين في سلامته الجسدية للمتعاقد الآخر، وأخيراً توافر صفة الاحتراف للمدين في الالتزام بضمان السلامة. ونعرضهما على الترتيب الآتي:

<sup>1</sup> - أنظر، سحر البكاشي، نفس المرجع، ص.295.

<sup>2</sup> - استئناف محكمة الإسكندرية 1956/02/29، مجلة المحاماة، السنة 37، رقم 34، ص. 716. أشار إليه، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص.265.

### الشرط الأول: وجود خطر يهدد جسد أحد طرفي العقد

تتطوي بعض العقود على العديد من الأخطار بالنسبة لأحد المتعاقدين، مثل عقد العمل وعقد النقل وعقد العلاج الطبي، وعندما تتعرض سلامة هذا المتعاقد للخطر فيتدخل القضاء لضمانها<sup>1</sup>.

### الشرط الثاني: انتقال حق أحد المتعاقدين في سلامته الجسدية للمتعاقد الآخر.

قد يفقد الإنسان خيارات المحافظة على سلامته الجسدية في بعض العقود مثل عقد العلاج الطبي، حيث يقتضي هذا العقد إعطاء الطبيب قدرا من الحرية في التصرف في جسد المريض، ويمكنه من جسده ويخضع للعلاج. تأسيسا على ثقته في عمله وأمانته .

وكذلك في عقد النقل حيث يسلم الراكب نفسه للناقل ولوسيلة النقل المستخدمة في عملية النقل، ويخضع لإشراف ورقابة الناقل، فينتقل تبعا لذلك حق المتعاقد في المحافظة على سلامته الجسدية إلى الطرف الثاني، وفي المقابل ذلك يلتزم الأخير بضمان سلامة هذا المتعاقد<sup>2</sup>.

### الشرط الثالث: توافر صفة الاحتراف للمدين في الالتزام بضمان السلامة

يقصد بالاحتراف توافر الخبرة لدى المتعاقد في أحد المجالات، نظرا لاستمراره في عمله لفترة طويلة تتيح له الوصول إلى درجة رفيعة من المستوى الفني. والمدين في الالتزام بضمان السلامة مدين ذا طبيعة خاصة فهو محترف في مهنته، ويمتلك خبرة لا يستهان بها، تدعو إلى ضرورة إلقاء التزام على عاتقه بضمان سلامة من يتعامل معه في إطار سلامته الجسدية.

<sup>1</sup> - أشار إليه، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص. 296.

<sup>2</sup> - أشار إليه، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص. 295.



وينتظر المتعاقد الآخر من المدين المحترف أن يبذل جهدا كبيرا في تنفيذ التزاماته العقدية وفي ضمان سلامة المتعاقد الآخر أيضا<sup>1</sup>.

ان الالتزام العام بالسلامة أوسع نطاقا من نظيره الخاص , حيث أن الأول يشمل جميع الدائنين المتدخلين في عملية العرض للتداول , على خلاف الثاني الذي يشمل المتدخل المباشر في العقد , والذي يكون في غالب الأحيان بائع التجزئة اذا تعلق الأمر بمنتوج مادي<sup>2</sup>.

ويلاحظ مما سبق أن الالتزام بضمان السلامة نشأ في أحضان القضاء الذي تكفل به، ثم تعهد بدعم من الفقه. فإذا انتقل حق المحافظة على السلامة الجسدية لأحد المتعاقدين للمتعاقد الآخر بمقتضى أحد العقود، وأحدق بالسلامة الجسدية لهذا المتعاقد خطر ما، وكان المتعاقد مهنيا محترفا. التزم هذا المحترف بمقتضى العقد بضمان سلامة المتعاقد الآخر وذلك لحماية الطرف الضعيف في العقد. وقد توصل القضاء إلى هذه الفكرة من خلال استخدام سلطته التقديرية لإضافة التزام تفصيلي إلى هذه العقود.

### المطلب الثالث: تطبيقات الالتزام بضمان السلامة على بعض العقود

كان هذا الالتزام محلا لتطبيقات قضائية عديدة في مختلف أنواع العقود، ونعرض فيما يلي نماذج لهذه التطبيقات القضائية.

#### الفرع الأول: الالتزام بضمان السلامة في عقد ممارسة الرياضة

يقصد بعقد ممارسة الأنشطة الرياضية الاتفاق الذي يبرمه الفرد مع صاحب ملعب أو أي مكان مخصص لممارسة رياضة معينة، بغرض استعمال الملعب أو

<sup>1</sup> - ويؤيد ذلك أن محكمة النقض الفرنسية، أقامت مسؤولية المنتج بوصفه بائعا محترفا على أساس الالتزام بضمان السلامة بدون أي إشارة إلى نص من النصوص المنظمة لها في القانون المدني.

civ. 20mars 1989, bull.civ, i.n 30, r, t, d civ.1991, p.539, obs p.joudain

أشار إليه عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.654

<sup>2</sup> - المر سهام , التزام المنتج بالسلامة , دراسة مقارنة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان , سنة 2008-2009

الصالة في ممارسة الأنشطة الرياضية. كما قد يتضمن العقد الاتفاق على تعليم رياضة معينة والإشراف على ممارستها<sup>1</sup>.

وقد تدخل القضاء الفرنسي في عقد ممارسة الأنشطة الرياضية بمختلف أنواعها، وفرض التزاما على عاتق منظم الأنشطة الرياضية بضمان سلامة ممارسي الرياضة.

فقضت محكمة النقض الفرنسية<sup>2</sup> بانعقاد مسؤولية منظم الرياضة، وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت باللاعب أثناء ممارسته رياضة الهبوط بالمظلات، والتي تمثلت في إصابته في قدمه اليسرى نتيجة سقوطه أثناء الهبوط بالمظلة. وأكدت المحكمة أن كل من منظم الرياضة والمرشد الرياضي يلتزمان بضمان سلامة ممارسي الرياضة خلال ممارستهم للأنشطة الرياضية، واعتبرت التزامهما بذلك التزام بتحقيق نتيجة مؤداها ضمان سلامتهم أثناء مباشرتهم الأنشطة الرياضية.

وقد ميز الفقيه القانوني الفرنسي Alain La Cabarats في تعليقه على هذا الحكم بين حكيمين في القضاء الفرنسي فيما يتعلق "بالالتزام بضمان السلامة"، أولهما اعتبرت فيه محكمة النقض الفرنسية التزام منظم الرياضة تجاه ممارستها التزاما بوسيلة، مما يترتب عليه اقتصار التزام منظم الرياضة على بذل العناية تجاه ممارس الرياضة<sup>3</sup>.

والحكم الثاني هو الذي فرض على المنظم والمرشد التزاما بتحقيق نتيجة مؤداها ضمان سلامة<sup>4</sup> عملائهما. وقد انتهى الفقيه Alain La Cabarats بعد دراسة متأنية للحكيمين السابقين إلى نتيجة مؤداها عدم وجود أي تناقض بينهما، وأحيانا قد يكون بينهما خلاف ظاهري إلى أنه مجرد اختلاف الوقائع في الحالتين. "لأن ممارس

<sup>1</sup> - أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق ص. 298.

<sup>2</sup> - Cass.civ.1ch.21 oct 1997, d.1999, somm.p.85, c.a.aix -en province, 10ch.14 juin 1995, d.1998, somm.p.199.

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق ص. 298.

<sup>3</sup> - Cass.1 ch. Civ.5 nov.1996.d.1998.somm.p.37.

<sup>4</sup> - Alin lacabarat, obs.d.1999, somm.p.85, " l'arret du 21 oct 1997 impose à l'organisateur une obligation de résultat en ce qui concerne la sécurité de ses clients "

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق ص. 298.

الرياضة في الحكم الأول توافرت لديه الخبرة التي سمحت له بالقيام بدور ايجابي فعال في ممارسة الرياضة فكان يتحكم في إدارة المظلة، وبالتالي كان التزام المنظم للرياضة التزاما بوسيلة بينما كان الدور الذي يقوم به المنظم في الحكم الثاني سلبيا نظرا لعدم خبرته، مما ترتب عليه اعتبار التزامه التزاما بتحقيق نتيجة " .

وقد أرست محكمة النقض الفرنسية بهذا الحكم مبدأ عاما مؤداه اعتبار التزام منظم الأنشطة الرياضية التزاما بتحقيق نتيجة مؤداه ضمان السلامة الرياضي في حالة عدم خبرة الرياضي، التي يترتب عليها قيامه بدور سلبى في ممارسة الرياضة. على العكس من ذلك اعتبرت المحكمة التزام منظم الأنشطة الرياضية التزاما بوسيلة في حالة توافر الخبرة لدى ممارس الرياضة التي تؤهله للقيام بدور ايجابي في ممارسة الأنشطة الرياضية، وعدم انعقاد مسؤولية منظم الرياضات إلا في حالة إثبات الخطأ من جانبه. مفاد ذلك أن الفيصل في تحديد طبيعة الالتزام هو توافر الخبرة لدى ممارس الرياضة<sup>1</sup>.

ويقع على منظم الرياضة عبئ إثبات أنه قد نفذ التزامه بضمان السلامة في هذه الحالة، وخاصة إن لم يكن لممارس الرياضة أي خبرة في هذا المجال<sup>2</sup>. وفي نفس المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية مستغل الألعاب الرياضية وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت باللاعب أثناء ممارستها رياضة التزلق على الجليد، والتي تمثلت في إصابتها في قدمها أثناء التزلق على

<sup>1</sup>-" l'orsque, en revanche le pratiquant ne joue qu'un role passif dans l'exercice de l' activité il bénéficie d'une obligation de sécurité résultat"

أشار اليه، سحر البكباشي، المرجع السابق.ص.298.

<sup>2</sup>-"lorsque le pratiquant ou l'usager conserve un pouvoir d'initiative et un rôle actif dans l'exercice de l'activité proposée, de sorte que la survenance du dommage n'engagera pas nécessairement la responsabilité d'organisateur "

أشار اليه، سحر البكباشي، المرجع السابق.ص.298.

الجليد، وأكدت المحكمة التزام مستغل الألعاب الرياضية بضمان سلامة عملائه أث راء استخدامهم للألعاب الرياضية التي تخضع لإشرافه<sup>1</sup>.

**الفرع الثاني: الالتزام بضمان السلامة في عقد ممارسة الرياضة بالألعاب الحديدية.**

يقصد بعقد ممارسة الرياضة بالألعاب الحديدية الاتفاق الذي يبرم بين مستغلي

هذه الألعاب وبين من يرغبون في التمتع بهذه الألعاب<sup>2</sup>.

وقد استحدث القضاء هذا الالتزام نتيجة لزيادة الحوادث الناجمة عن استخدام هذه

الألعاب فتدخل مضيئا التزاما بضمان سلامة المتعاقدين في هذه العقود.

فقضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية "l'exploitant" جهاز التلفزيون

وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بمستعملة الجهاز والتي تمثلت في سقوطها

على بعد مترين ونصف من الرضا ثناء استعمالها جهاز التلفزيون مما أدى إلى إصابتها

بأضرار جسمية بليغة وذلك نتيجة لإهمال مستعمل الجهاز وتركيبه بصورة غير متقنة

<sup>1</sup>-Cass.civ.1 ch, 17mars 1993, d.1993, ir.p.103, c.a riom, 2 ch 14 fév 1991, d.1993, ir.p.103 .

أشار إليه, سحر البكاشي, المرجع السابق ص300.

<sup>2</sup> - أنظر, سحر البكاشي, المرجع السابق ص300.

وكذلك لعدم توقعه الأضرار التي يحتمل حدوثها من جراء ذلك<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن عقد ممارسة الرياضة بالألعاب الهوائية القاضي لم يتضمن الاتفاق على التزام مستغل جهاز التلفريك وهو الالتزام بضمان سلامة مستعملي هذا الجهاز. وثار النزاع بسبب سقوط مستعملة الجهاز فجأة أثناء لعبها على الجهاز على بعد 2.5م من الأرض. ولما كان مستغل جهاز التلفريك يلتزم بضمان سلامة مستعملي الجهاز. فقد تدخل القاضي مضيفاً إلى العقد التزاماً تفصيلياً على عاتق مستغل جهاز التلفريك وهو الالتزام بضمان سلامة مستعملي هذا الجهاز كما أُلزم المستغل باتخاذ كل الاحتياطات الأمنية اللازمة لحماية سلامتهم أثناء استعمالهم للجهاز. وذلك لأن استعمال مثل هذا الجهاز غالباً ما ينطوي على الكثير من المخاطر<sup>2</sup>.

Cass.civ.1<sup>er</sup> mars 1998;d1998;h.pp.505;507;c.a.montpellier.1erch.30nov.1995;d1998;j;pp.505;507

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد (احدهم مستغل جهاز "التلفريك" والطرف الثاني مستعملة لجهاز التلفريك وفي ذلك بسبب سقوط مستعملة الجهاز فجأة أثناء لعبها على بعد 2.5 من الأرض مما أدى إلى إصابتها بأضرار جسيمة بالغة. فأقامت على محكمة أول درجة المضرورة دعوى تعويض لجبر الأضرار التي لحقت بها من سقوطه امن جهاز التلفريك. وأحيلت الدعوى إلى خبير حيث انتهى إلى توافر الخطأ من جانب مستغل الجهاز كما أثبتت المعاينة أن سلك سلك جهاز التلفريك لم يكن قويا بالقدر اللازم وبالتالي لم يحم مستعمليه مما أدى إلى سقوط المدعية وإصابتها وقضت محكمة الموضوع بانعقاد مسؤولية مستغل جهاز التلفريك والزامه بالتعويض طعن مستغل الجهاز في هذا الحكم أمام محكمة النقض التي رفضت الطعن وأوردت في حيثيات حكمها أن مستغل جهاز التلفريك والزامه بالتعويض طعن مستغل الجهاز في هذا الحكم أمام محكمة النقض التي رفضت الطعن وأوردت في حيثيات حكمها "أن مستغل الجهاز قد اخل بالتزامه بضمان السلامة وهو التزام بوسيلة وذلك بإهماله في تركيب الجهاز بصورة تضعف احتمالات سقوط مستعمليه خاصة وأن الخبير المنوط بالدعوى قد قرر أن هناك عيباً في التركيب في الشكل الخارجي للتلفريك وأضافت المحكمة أن الالتزام بضمان السلامة يوضع على عاتق مستغل التلفريك التزاماً بوسيلة فترة الركوب والنزول بسبب الدور النشط والفعال إلي يقوم بها لمستعملين للجهاز وعلى العكس من ذلك فإن التزامه خلال فترة ممارسة الرياضة يعتبر التزاماً بتحقيق نتيجة وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها:

« l exploitant d un télésiège avait manqué a son obligation de moyens en negligéant d' installer un dispositif propre a mortir les chutes prévisibles l obligation de sécurité pesant sur l' exploitant d un telesiege est resultat pendant trajet elle n est plus que de moyens lors des opérations d embarquement en raisanon du rôle actif qu y tiennent les usagers »

أشار إليه، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص.303.

<sup>2</sup>-أنظر، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص.403.

ويعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد. حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بضمان السلامة على عاتق مستغل جهاز التفريك تكميلاً للعقد، وقد استرشد في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة التعامل استناداً إلى المادة 1135 مدني فرنسي ويقابلها 2/148 مدني مصري وتقابلها نص م.107 (ق.م.ج).

وفي نفس المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية مستغل الألعاب الهوائية وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بمستعملة لعبة الزلاجة الهوائية، والتي تمثلت في خلع أصابع يدها وإصابتها بأضرار جسمانية بالغة وذلك نتيجة لسقوطها على الأرض أثناء استعمالها لهذه اللعبة وأكدت المحكمة التزام مستغل الألعاب الهوائية بضمان سلامة اللاعبين أثناء استعمالهم الألعاب التي يستغلها<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>-Cass.civ.1erch.4nov.1992;d.1994;j.pp.45.48;c.a.2° ch.25juill1990.d.1994;j.p.45.

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد ممارسة الرياضة بالألعاب الحديدية أحدهما مستغل لعبة (الزلاجة) وإحدى مستعملي هذه اللعبة وذلك بسبب قوط المستعملة لهذه اللعبة أثناء اللعب مما أدى إلى خلع أصابع يدها فأقامت الضرورة دعوى تعويض عن الأضرار التي لحقت بها ورفضت محكمة الموضوع طلب الضرورة. فطعن في هذا الحكم أمام محكمة النقض وتمسكت في دفاعها بأمرين أولهما أن الاتفاق الذي كان يربط بينهما وبين مستغل الزلاجة هو عقد نقل ارضي يلقي عبء الالتزام بضمان السلامة على عاتق مستغل الألعاب الرياضية وهو التزم بتحقيق نتيجة وبناء عليه يكون قضاء محكمة الموضوع قد انتهك المادة 1148 مدني وثانيهما أن الالتزام بضمان السلامة يقع على عاتق الناقل ويبدأ منذ صعود إلى الهبوط من الجهاز وان مستغل هذا الجهاز يعفي كلياً أو جزئياً من هذا الالتزام في حالة ثبوت خطأ الضرورة "ورداً على ذلك قد أوردت محكمة النقض في حيثياتها حكماً "أن ممارسي الرياضة يلتزمون بأحكام قيد الزلاجة خاصة في الإقلاع والوصول كما يلتزم مستغل الألعاب الرياضية بضمان سلامة اللاعبين وهو الالتزام بوسيلة وقد عبرت عن محكمة النقض عن ذلك بقولها

« le premier moyen la convention liant l'usager d'un remonte-pente à l'exploitant de celui-ci est un contrat de transport terrestre d, ou découle à la charge de l'exploitant une obligation de sécurité de résultat; la cour d'appel a violé l'article 1147c civil ".le second moyen l'obligation de sécurité pesant sur le transporteur commence au moment où la personne transportée s'installe sur le mode de transport et cesse quand elle a achevé d'en descendre ; l'exploitant de s'exonérer totalement ou partiellement en établissant la faute de la personne transportée la participation active que l'usager d'un remonte-pente, tiré ses skis est tenu d'apporter à l'opération, spécialement au départ et à l'arrivée l'obligation de sécurité pesant sur l'exploitant est une obligation de moyens »

وبناء عليه قضت المحكمة بقبول الطعن.

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.404.

ويلاحظ أن عقد ممارسة الرياضة بالألعاب الحديدية لم يتضمن الاتفاق على التزام مستغل الألعاب الهوائية بضمان سلامة مستعملي لعبة الزلاجة، وثار النزاع بسبب سقوط المستعملة لهذه اللعبة، أثناء اللعب مما أدى إلى خلع أصابع يدها، ولما كان مستغل الألعاب الرياضية يلتزم بضمان سلامة اللاعبين. فقد تدخل القاضي وأضاف التزاما بضمان السلامة على عاتق مستغل الألعاب الهوائية بضوابط معينة تحددها طبيعة كل عقد على حده. وقرر أن السبب الوحيد لإعفاء مستغل اللعبة هو خطأ المضرور ويعتبر هذا المسلك القضائي تكميلا للعقد.

حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بضمان السلامة على عاتق مستغل الألعاب الهوائية تكميلا للعقد وقد استرشد في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة العقد استنادا إلى المادة 1135 مدني فرنسي و يقابلها 2/137 م دني مصري. وتقابلها نص م. 107 (ق.م.ج)<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل

يقصد بعقد النقل الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الناقل بتوصيل المسافرين من مكان إلى آخر مقابل اجر يؤديه هذا الأخير (المقابل) في عقد النقل. وقد بدا القضاء الفرنسي بإضافة الالتزام بضمان السلامة إلى عقد النقل في عام 1913 وقد أوردت محكمة النقض الفرنسية عبارة في هذا الحكم صارت متداولة بعد ذلك في القضاء الفرنسي والمصري وهي "إن الناقل لا يلتزم فقط بتوصيل المسافرين الى مكان الوصول وإنما يجب عليه أن يوصله إلى هذا المكان سليما معافى"<sup>2</sup>. ثم توالى بعد ذلك الأحكام التي تؤكد هذا الالتزام إلى أن اجمع الفقه والقضاء الفرنسي على إضافة هذا الالتزام إلى عقود النقل.

<sup>1</sup> - أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص. 306.

<sup>2</sup> - أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص. 307.

وفي نفس المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤ ولية الناقل وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالراكب نتيجة سقوطه على الأرض أثناء إقلاع الحافلة وأكدت المحكمة إن عقد النقل يضع على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب.<sup>1</sup>

وحددت محكمة استئناف paris مدة هذا الالتزام وضوابطه حيث قضت بانعقاد مسؤولية الناقل والزامه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالراكب نتيجة للحادث الذي تعرض له أثناء سفره. وأكدت المحكمة إن عقد النقل يضع على عاتق الناقل التزاما بضمان سلامة الراكب وذلك منذ لحظة الركوب حتى لحظة الوصول.<sup>2</sup>

ويلاحظ أن عقد النقل لم يتضمن الاتفاق على التزام شركة النقل بضمان سلامة الراكب وثار النزاع بسبب إصابة احد التلاميذ في عينه أثناء ركوبه ال حافلة الخاصة بالمدرسة وذلك من جراء وقوعه على وجهه أثناء عملية إقلاع ا حافلة الخ اصة

c.a.paris.1<sup>er</sup> ch 2mai 1989;d.1989, ir.p.162, t.civ.1<sup>er</sup> ch 30dec.1986, d.1989, ir.p.162.

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين عقد نقل التلاميذ<sup>1</sup> مدرسة معينة، وذلك بسبب إصابة احد التلاميذ في عينه أثناء ركوبه الحافلة الخاص بالمدرسة وذلك من جراء وقوعه على وجهه أثناء عملية الإقلاع لتوصيل الطلبة إلى المدرسة فأقام والد التلميذ دعوى ضد شركة النقل طالبا فيها بالتعويض عن الأضرار التي أصابته وقضت محكمتا الموضوع برفض دعوى التعويض. وطعن الوالد في هذا الحكم أمام محكمة النقض التي قبلت الطعن وكان قد تمسك في دفاعه بأنه حتى وان لم يرد على هذا الالتزام ضمن بنود العقد إلا أن طبيعة التعامل تقتضيه وردا على ذلك أوردت المحكمة في حيثيات حكمها بقولها

La sécurité de la personne transportée que ce contrat fait peser sur le transporteur"

<sup>2</sup>- C.a.paris.1<sup>er</sup>ch.26 mars 1987, d.1987, ir.p.115, t.g.i.paris, 1<sup>er</sup>ch.22mars1985, d.1987, ir.p.115.

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد نقل وذلك بسبب تعرض الراكب لحادث أثناء سفره في القطار فأقام الراكب دعوى تعويض ضد الناقل لجبر الأضرار التي لحقت به من جراء الحادث وقضت محكمتا الموضوع بانعقاد مسؤولية الناقل والزامه بالتعويض وذلك استنادا إلى إخلاله بالالتزام بضمان السلامة الذي يبدا بمجرد دفع الراكب تذكرة السفر وينتهي بوصوله سليما إلى ميناء الوصول. وأوردت محكمتا الموضوع في حيثيات حكمها ان "الناقل لا يلتزم بضمان سلامة الراكب إلا إذا دفع الأخير تذكرة النقل أو كان معفيا منها لأي سبب من الأسباب فان لم يفعل ذلك فان توافق الارادتين لن يتحقق ويصبح العقد غير موجود" وهو ما عبرت عنه بقولها:

l le transporteur n'est pas obligé d'assurer la sécurité du voyageur si ce dernier n'a pas acquitté le prix du transport ou nen a acquitté qu'une partie l accord des volontés n'ayant pu se réaliser et le contrat étant inexistant".



بالمدرسة وذلك من جراء وقوعه على وجهه أثناء عملية إقلاع الأتوبيس لتوصيل الطلبة إلى المدرسة ولما كان ضمان سلامة الشخص المنقول في هذا العقد تقع على عاتق الناقل فقد تدخل قاضي الموضوع وأضاف التزاما جديدا على عاتق الناقل تجاه الراكب وهو ضمان سلامة الراكب كما حدد القاضي في هذا الحكم مدة الالتزام بضمن السلامة في عقد النقل حيث يبدأ منذ شراء الراكب التذكرة وينتهي بوصوله سليما معافى إلى ميناء الوصول واسترشد القاضي في ذلك بطبيعة التعامل. وفي هذا المقام يكون القاضي قد استكمل ما نقص منه بنود العقد وحدد أيضا ضوابط هذا الالتزام بعد أن أضافه إلى عقد النقل وهي دفع الراكب الأجرة أو إعفائه منها<sup>1</sup>.

كما أوضحت محكمة الاستئناف paris صورة أخرى من الالتزام حيث قضت بانعقاد مسؤولية الناقل<sup>2</sup> وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالراكب نتيجة للحادث الذي تعرض له نتيجة تصدع الرصيف أثناء سيره على الكرسي المتحرك الخاص به. وأكدت المحكمة أن عقد النقل يضع على عاتق الناقل التزاما بضمن سلامة الراكب وذلك لحظة الركوب إلى لحظة الوصول<sup>3</sup>.

ويلاحظ أن عقد النقل لم يتضمن الاتفاق على التزام الناقل بضمن الناقل بضمن سلامة المسافر وثار النزاع بسبب إصابة احد المسافرين المعوقين أثناء سفره ولما كانت شركة النقل SNCF قد خالفت التزامها العام بالحرص والحذر تجاه المتعاقد الآخر نظرا لأنها تركت الرصيف الإسفلت بدون تصليح وبصورة خطيرة بالراكب على الكرسي المتحرك فقد يدخل القاضي وأضاف التزاما بضمن السلامة إلى عقد النقل. كما حدد القاضي الضوابط التي تحكم هذا الالتزام وهي تحديد موعد الالتزام بضمن السلامة واستثناءاته<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.308.

<sup>2</sup> - cour.cass.23 oct.1940, G.P.01940.2..163.

<sup>3</sup> - Cass.Civ.24 nov.1954.J.C.P.1954 II 8565

<sup>4</sup> - أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.308.

وحالات الإعفاء منه وهو خطأ الراكب فقط<sup>1</sup>.

وقد أضاف القاضي صورة مختلفة في هذا الحكم لالتزام بضمان السلامة وهي متابعة الناقل الرصيف الخاص بالقطار وإصلاحه وأخطار المسافرين من ناحية أخرى في حالة عدم الإصلاح. ويعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد. حيث تعد إضافة القضاء لالتزام بضمان السلامة على عاتق الناقل تكميلاً للعقد وقد استرشد في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة العقد استناداً إلى المادة 1145 مدني فرنسي و بقابلها المادة 2/147 مدني مصري، والمادة 107 مدني جزائري.

وحددت محكمة استئناف Versailles نوع الالتزام فقضت بانعقاد مسؤولية الناقل وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالراكبة وطفلها والتي تمثلت في إصابة

.a.paris, 1<sup>er</sup>.ch09juin1989, d.1989, ir.pp.208.209

<sup>1</sup> تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد نقل (احدهم احد المسافرين المعوقين وشركة النقل) وأقام المسافر دعوى تعويض ضد شركة النقل لجبر الأضرار التي لحقت بها وقضت محكمة أول درجة بانعقاد مسؤولية شركة النقل والزامها بالتعويض. وطعننت شركة النقل في الحكم وتمسكت في دفاعها "بإسناد الخطأ إلى الشخص الذي كان يدفع الكرسي المتحرك والى الازدحام الشديد الذي كان موجودا لحظة الحادثة والذي كان يوجب عليه أن يكون أكثر حرصاً أثناء دفعه للكرسي. وردا على ذلك أوردت محكمة الاستئناف Paris في حيثيات حكمها ان الناقل يلتزم بضمان سلامة الركاب وذلك استناداً إلى المادة 1137 مدني فرنسي وأضافت المحكمة إن هذا الالتزام يبدأ من لحظة رحيل المسافر عند الصعود الى السيارة ويمتد اللي لحظة الوصول كما قضت المحكمة بان الشركة النقل SNCF خالفت التزامها العام بالحرص والحذر تجاه المتعاقدين الأخر وان مسؤوليتها تتعد على هذا الأساس باستثناء = = المادتين 1384/1386 مدني فرنسية نظراً لأنها تركت الرصيف الإسفلت بدون تصليح وبصورة خطيرة بالذات على المعاقين ولم تخطر المسافرين بما تسبب في الضرر الذي لحق بالراكب على الكرسي المتحرك وهو ما عبرت عنه بقولها:

L' obligation de sécurité dont le transporteur est tenu envers le voyageur en vertu de l art 1147c.cv, .que pendant l exécution même du contrat de transport est –à–dire à partir du moment ou le voyageur commence à monter dant le véhicule etjusqua u moment ou il s achève d en descendre la sncf a manque à son obligation général de prudence et de diligence à l égard du cocontractant et sa responsabilité est engagée sur ce fondement à la l exclusion des art 1384 et 12386 c.civ, .dès lors que sans en avertir les voyageurs elle a laises subsister sur le quai une fissure d'asphalte un danger particulier pour un voyageur se déplacent sur un fauteuil roulant"

وبناء عليه قضت المحكمة بمسؤولية شركة النقل والزامها بالتعويض.

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.305.

الرضيع بأضرار جسمانية بليغة نتيجة إقلاع القطار فجأة. وأكدت المحكمة أن الناقل يلتزم بضمان السلامة تجاه الراكبة وطفلها واعتبرته التزام بتحقيق نتيجة.

ويلاحظ أن عقد النقل لم يتضمن اتفاق التزام الناقل بضمان سلامة الراكب وثار النزاع بسبب إصابة طفل رضيع عمره ستة أسابيع كان مع والدته في المحطة وانزلق بين القطار والرصيف في المحطة فأصيب في ركبتيه ولما كان الناقل يلتزم بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق نتيجة فقد تدخل القاضي وأضاف التزاما جديدا إلى عقد النقل وهو التزامه بضمان سلامة الراكب.<sup>1</sup>

وأضافت المحكمة في هذا الإقلاع وما يقابل هذا الالتزام وهو قيام الناقل بتنبيه الراكب قبل الإقلاع وما يقابل هذا الالتزام من الحذر والحيطه من الراكب. وقد استغرق خطأ شركة النقل خطأ الراكب فيما يتعلق بعدم مراعاتها الحيطه والحذرة ولهذا استحال إعفائها من الالتزام كما حددت المحكمة نوع الالتزام في هذا الحكم بأنه التزام بتحقيق نتيجة ويعتبر هذا تكميلا للعقد وقد استرشد في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة التعامل

<sup>1</sup> - C.A. VERSAILLES?14° CH.28OCT.1988?D.1989?J.PP.2340236.

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد نقل وذلك بسبب إصابة طفل رضيع عمره ستة أسابيع كان مع والدته في المحطة وانزلق بين القطار والرصيف في المحطة فأصيب في ركبتيه وقد كانت والدته في المحطة قد بدأت بإنزال الحقائق الخاصة بها لتتفرغ بعدها لإنزال طفلها. فأقامت المضرورة دعوى لجبر ما أصابها من أضرار. وقبلت محكمة أول درجة دعوى فطعت شركة النقل في الحكم أما محكمة استئناف. VERSAILLES التي أوردت في حيثيات حكمها الأتي "إن شركة النقل قد خالفت التزامها نتيجة والذي وقع على عاتق الناقل " وتمسكت شركة النقل في دفاعها انه كان يجب على الراكبة أن تنزل طفلها من القطار قبل أن تضع أمتعتها على الرصيف " وانه في الواقع لا يمكن إعفاء شركة النقل من التزاماتها بضمان السلامة بسبب إقلاع القطار فجأة في لحظة صعود المسافر " وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها:

Que le S.N.C.F AVAIT MANQUÉ à L'OBLIGATIOION DE Résultat PESANT SUR LE TRANSPORTEUR3.IL NE PEUT Exonérer LA S.N.C.F. de son obligation de s7curité LE FAIT POUR UN VOYAGEUR QUI VOULAIT MONTER DANS UN TRAIN Dégât en marche, mais qui a été surpris par le départ de celui-ci"

ويعتبر هذا الإقلاع المفاجئ السبب المباشر للحدث فلا يجب أن يغادر القطار المحطة إلا بعد أن يتأكد من صعود جميع الركاب وبناءا على ذلك قضت المحكمة بانعقاد مسؤولية شركة النقل و إلزامها بتعويض المضرور. أشار اليه, سحر البكباشي, المرجع السابق, ص.306.

استنادا إلى المادة 1135 مدني فرنسي و تقابلها المادة 148 ف02 مدني مصري والمادة 107 مدني جزائري.

### الفرع الرابع: الالتزام بضمان السلامة في عقد الإنتاج

يلتزم البائع والمنتج بمقتضى عقد البيع بعدة التزامات منها تسليم المشتري للبائع السلعة مأمونة وخالية من العيوب وهو التزام بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>.

وقد ابتكر هذا الالتزام مع تعقد الأجهزة الحديثة وظهور المنتجات العصرية وشيوع استعمالها بين الناس وما صاحب ذلك من أضرار نتجت من جهل المستهلكين بطريقة استعمالها أو حيازتها بشكل غير سليم لذلك تدخل القضاء بإضافة الالتزام بضمان السلامة إلى عقود البيع.

وتتعد مسؤولية البائع المحترف وكذلك المنتج متى ثبت وجود عيب في الشيء المباع وتسبب هذا العيب في الضرر الذي لحق بالمشتري. وقد توالت الأحكام القضائية التي تقرر مسؤولية البائع المحترف والمنتج عن الأضرار التي تلحق بالمشتري دون اعتبار لعلم أو جهل البائع بالبيع الوارد في محل العقد<sup>2</sup>.

وأضافت محكمة النقض الفرنسية صورة أخرى لهذا الالتزام وحددت نوعه فقضت بانعقاد مسؤولية بائع جهاز التلفزيون محل العقد وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمشتري والتي تمثلت في احتراق الشقة المملوكة له نتيجة احتراق الجهاز المباع له وأكدت المحكمة على التزام البائع بتسليم منتجاته خالية من العيوب وألزمته

<sup>1</sup> - أنظر، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص.311.

<sup>2</sup> - أنظر، سحر البكاشي، المرجع السابق، ص.312.

أيضا بضمان سلامة مستهلكي منتجاته وانه التزام بتحقيق نتيجة<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن الطرفين قد اتفقا على ال شروط الجوهرية لعقد البيع وهي المبيع والتمن وتاريخ العقد وأرجا الالتزامات التفصيلية للاتفاق عليها فيما بعد وتدخل القاضي مضيفا التزام تفصيلي جديد على عاتق البائع فلم يكتف القاضي بإلزام تفصيلي جديد على عاتق البائع فلم يكتف القاضي بإلزام البائع بتقديم الجهاز المبيع مطابقا للمواصفات وإنما ألزمه بخلو المبيع من أي عيب من شأنه أن يسبب خطرا على الأموال أو الأشخاص وهو ما يطلق عليه ( إلزام البائع بضمان سلامة<sup>2</sup> المشتري عند استعماله الجهاز المباع), كما حدد القاضي نوع هذا الالتزام بأنه التزام بتحقيق نتيجة. ويعتبر هذا المسلك القضائي تكميلا للعقد, حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بضمان

<sup>1</sup> Cass.civ.1<sup>er</sup> ch..20 mars 1989, d, 1989, j p.p.381.383

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد بيع جهاز تلفزيون وذلك بسبب احتراق هذا الجهاز بعد شرائه مسببا أضرارا جسيمة بالشقة والأثاث المملوكين للمشتريه. فأقامت دعوى تعويض لجبر الأضرار التي لحقت بها وقضت محكمة الموضوع برفض الدعوى. طعنت المشتريه في الحكم أمام محكمة النقض التي قبلت الطعن وأوردت في حيثيات حكمها أن البائع المحترف يلتزم بتسليم منتجاته خالية من أي عيب في صناعتها أو في طبيعتها من شأنه أن يسبب خطرا على الأموال والأشخاص وإن البائع المحترف قد خالف التزامه العقدي وهو التزام بتحقيق نتيجة مما يستوجب انعقاد مسؤوليته والزامه بالتعويض. وهو ما عبرت عنه بقولها:

"Le vendeur professionnel est seulement tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens le vendeur professionnel a manqué à son obligation contractuelle de résultat".

<sup>2</sup>-Casse 1 cg civ 15 oct 1996 somm p.348 c.v paris 7 ch 27 avr 1994 D. 1996 somm.p.111.

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد (صانع وبائع لنظارات ومرايات بالدراجات البخارية واحد المستهلكين لهذه المواد ) وذلك بسبب إصابة هذا المستهلك نتيجة اصطدام دراجته بصخرة عادية أثناء سيرها وكسر المرآة الخاصة بها رغم أن الصانع قد ذكر أنها غير قابلة للكسر فأقام المشتري دعوى تعويض لجبر الأضرار التي لحقت به وقضت الطعن وأوردت المحكمة في حيثيات حكمها الاتي " تستند مسؤولية كل من الصانع والبائع المحترف تجاه راكب الدراجة الذي جرح وكسرتنظارته إلى المادة 1147 مدني فرنسي " وهو ما عبرت عنه بقولها:

"le vendeur et le fabricant de lunettes de motocycliste responsables sur le fondement de l'ART 1147 C.CIV.ENVERS LE motocycliste qui a été blessé par le bris des lunettes"

"وقد أكدت المحكمة على انعقاد مسؤولية الصانع العقدي لمخالفته للالتزام بضمان السلامة "

أشار إليه, سحر البكباشي, المرجع السابق, ص.308.

السلامة على عاتق البائع تكميلاً للعقد وقد استند في ذلك إلى المادة 1135 مدني فرنسي ويقابلها 148 ف2 مدني مصري، والمادة 107 مدني جزائري.

وحددت محكمة النقض الفرنسية في حكم آخر أساس مسؤولية كل من البائع والصانع<sup>1</sup> حيث قضت بانعقاد مسؤولية كل من البائع المحترف والصانع وإلزامهما بالتعويض عن الإضرار التي لحقت بالمشتري والتي تمثلت في إصابته نتيجة اصطدامه بصخرة صغيرة وكسر المرآة الخاصة بدراجته وأقرت المحكمة أن كل من البائع والمنتج يلتزمان بضمان سلامة مستهلكي منتجاتهما<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن عقد البيع لم يتضمن الاتفاق على التزام البائع والصانع بضمان سلامة منتجاتهم وثار النزاع بسبب إصابة احد المستهلكين نتيجة اصطدام دراجته بصخرة عادية أثناء سيرها وكسر المرآة الخاصة بها رغم أن الصانع قد ذكر أنها غير قابلة للكسر ولما كان من الصانع والبائع والمنتج يلتزمان بضمان سلامة منتجاتهم فقد تدخل القاضي في عقد البيع وأضاف التزاماً جديداً على عاتق البائع والصانع<sup>3</sup> وسأوى في شأن هذا الالتزام بين الصانع والمنتج والبائع حيث ألزمهما بتسليم منتجاتهم مطابقة للمواصفات بما يضمن سلامة المستهلك كما أوضحت المحكمة في هذا الحكم أن مسؤولية كل من الصانع والبائع تتعدى استناداً إلى المادة 1147 مدني فرنسي ويعتبر هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد. استرشد القاضي في ذلك بقواعد القانون وطبيعة التعامل.

وكذلك قضت محكمة النقض الفرنسية<sup>4</sup> في نفس المعنى بانعقاد مسؤولية شركة الأدوية وألزمها بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بمستهلك منتجاتها والتي تمثلت في إصابته بأضرار صحية جسمية نتيجة تناوله لدواء تنتجه هذه الشركة.

<sup>1</sup>-C.A.Paris 14 oct.1961.

<sup>2</sup>- J.C.P. 1962. 11.12547. obs.Savetier, R.T.D.CIV.1962. P.305. N° 1

<sup>3</sup>-Cour.Cass.(chr.Com), 15 nov. 1971.Dalloz et Serey 1972, Juris.P.211.

<sup>4</sup>-Cass.Civ. 19 Janv. 1965, D.1965. juris. P.389.

وأكدت المحكمة أن الشركة الأدوية تلتزم بضمان سلامة مستهلكي الأدوية التي تنتجها<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن عقد إنتاج الأدوية لم يتضمن الاتفاق على التزام الصانع بضمان سلامة مستهلكي الأدوية التي ينتجها وثار النزاع بسبب إصابة المستهلك بعد تناوله نوع معين الأدوية والتي اتضح أنها أقراص علاجية مغلقة بمادة غير قابلة للامتصاص داخل المعدة وتضر الجهاز الهضمي للمستهلك إذا استعملت لفترات طويلة مما تسبب في إصابته بإضرار صحية عديدة عند استعمالها واستدعاء التدخل الجراحي له أكثر من مرة ولما كان الصانع يلتزم بتسليم المنتجات خالية من أي عيب من شأنه أن يسبب خطرا على أشخاص أو الأموال فقد تدخل القاضي في بنود عقد إنتاج الأدوية وأضاف إليه التزاما تفصيليا على عاتق الصانع بضمان سلامة مستهلكي الأدوية التي ينتجها<sup>2</sup>. مما يستلزم بالضرورة قيامه بإنتاج مواد مطابقة للمواصفات العلمية التي تضمن سلامة المستهلكين. وتعد إضافة القضاء للالتزام بضمان السلامة على عاتق الصانع تكميلا للعقد وقد استرشد في ذلك بمبادئ العدالة وطبيعة العقد استنادا إلى المادة 1135 مدني فرنسي ويقابلها 2/148 مدني مصري والمادة 107(ق.م.ج).

<sup>1</sup>-"Elle retient exactement l'existence d'une responsabilité contractuelle du fabricant pour manquement a son obligation de sécurité".

Cass 1 ch 3 mars 1998 D1998 ir p 96 C.A.V ersailles 25 janv 1996 ch d.1998 ir p. 96.

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.308.

<sup>2</sup> - تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد إنتاج أدوية، وذلك بسبب إصابة المستهلك بعد تناوله نوع معين من الأدوية والتي اتضح أنها أقراص علاجية مغلقة بمواد غير قابلة للامتصاص داخل المعدة، وتضر الجهاز الهضمي للمستهلك إذا استعملت لفترات طويلة مما تسبب في إصابته بأضرار صحية عديدة عند استعمالها واستدعاء التدخل الجراحي له أكثر من مرة فأقام المستهلك دعوى تعويض لجبر ما لحق به من اضرار قضت محكمة الموضوع بتعويض المستهلك عن الأضرار التي لحقت به فطعنت الشركة في هذا الحكم أمام محكمة النقض التي رفضت الطعن وأكدت في حيثيات حكمها مبدأ مهما مؤداه أن الصانع يلتزم بتسليم المنتجات خالية من أي عيب من شأنه أن يسبب خطرا على الأشخاص أو الأموال بمعنى أن توفر هذه المنتجات السلامة لمستهلكيها " وهو ما عبرت عنه المحكمة بقولها:

"le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature a créer un danger pour les personnes ou les biens c'est -adire un produit qui offre la sécurité".

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.309.

وقد تشدد القضاء الفرنسي في تقدير مسؤولية البائع والمنتج في حالة عقد بيع المواد الخطرة عند الاستعمال من جانب المستهلك. تطبيقاً لذلك قضت محكمة<sup>1</sup> النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية بائع المواد الخطرة وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمشتري والتي تمثلت في إصابته بأضرار جسمانية بالغة نتيجة لاستهلاكه المنتجات التي قدمها له بائع. وأكدت المحكمة بالتزام البائع بضمان سلامة مستهلكي منتجاته<sup>2</sup>.

ويلاحظ أن عقد بيع المنتجات الخطرة لم يتضمن الاتفاق على التزام البائع بضمان سلامة المشتريين<sup>3</sup> وثار النزاع بسبب إصابة المشتري نتيجة لاستهلاكه المنتج الذي قدمته له الشركة البائعة ولما كان يلتزم البائع المحترف بتسليم المنتجات المباعة للمشتري مطابقة للمواصفات وخالية من أي عيب في طبيعتها من شأنه ان يحدث خطراً على أشخاص أو الأموال فقد تدخل القاضي في بيع المنتجات الخطرة<sup>4</sup> مضيقةً إليه بنداً تفصيلياً هو التزام البائع بضمان سلامة المشتريين الذين يستعملون منتجاته<sup>5</sup> وقد اقر القضاء بانعقاد مسؤوليته في حالة الإخلال بهذا الالتزام ويعد هذا المسلك القضائي تكميلاً للعقد حيث تعد إضافة القضاء للالتزام بضمان السلامة على عاتق بائع المواد الخطرة تكميلاً للعقد وقد استند في ذلك إلى المادة 1135 مدني فرنسي وبقابلها المادة 148 ف02 مدني مصري، والمادة 107 مدني جزائري.

الفرع الخامس: الالتزام بضمان السلامة في عقد استعمال الملاهي والملاعب في أيام

### العطل.

عقد قضاء العطل يقصد به الاتفاق الذي يبرمه الفرد مع منظم نادي استقبال الراغبين في قضاء العطلات للتنزه وممارسة الأنشطة الرياضية المختلفة واستعمال

1- أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص. 310.

<sup>3</sup>-Cass.Req.5 juin 1929, G.P.1929, II. P.433

<sup>4</sup>-Cass.Comm.20 juin 1949, bull.civ.p.621.

<sup>5</sup>-Cass.Comm.24 oct, 1961, D.1962. Juris, p.46.



الملاهي والألعاب بهدف الاستمتاع بأيام العطلات<sup>1</sup>.

وأضاف القضاء إلى هذا العقد الالتزام بضمان السلامة والذي يتمثل في اتخاذ منظم نادي قضاء العطلات كل الاحتياطات الضرورية واللازمة لتوفى الأخطار التي قد يتعرض لها رواد النادي أثناء قضاء عطلاتهم.

فقضت محكمة استئناف Paris<sup>2</sup> بانعقاد مسئولية مستغل مدينة الملاهي وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت باستعماله الألعاب بمدينة الملاهي والتي تمثلت في سقوطها على بعد مترين ونصف من الأرض وإصابتها بأضرار جسمانية بالغة. وأكدت المحكمة أن مستغل مدينة الملاهي يلتزم بضمان سلامة مستعملي الألعاب الموجودة في المدينة التي يستغلها.

ويلاحظ أن عقد قضاء العطل لم يتضمن الاتفاق على التزام مستغل مدينة الملاهي بضمان سلامة عملاءه وثار النزاع بسبب اصابه أحد الأطفال أثناء استغلاله للعبة الدوارة في مدينة الملاهي ولما كان مستغل الألعاب يلتزم بضمان سلامة اللاعبين خلال ممارستهم للألعاب، وهو التزام بتحقيق نتيجة، فقد تدخلت محكمة الموضوع وأضافت التزاما على عاتق مستغل مدينة الملاهي لم يرد ضمن بنود العقد. كما حددت

<sup>1</sup> - أنظر، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.317.

<sup>2</sup> - Cass civ 1 ch 17 janv 1995 D 1995 ir p.67.C.A paris 29 janv 1993 7 ch D 1995 IR p.67

تخلص وقائع الدعوى التي طرحت على محكمة أول درجة في نزاع ثار بين طرفي عقد بيع منتجات خطرة وذلك بسبب إصابة المشتري نتيجة لاستهلاكه المنتج الذي قدمته له الشركة البائعة. فأقام المشتري دعوى تعويض لجبر الأضرار التي أصابته وقضت محكمة الموضوع برفض الدعوى فطعن المشتري في الحكم أمام محكمة النقض التي قبلت الطعن وأوردت في حثياتها حكما انه يلتزم البائع المحترف بتسليم المنتجات المباعة للمشتري مطابقة للمواصفات وخالية من اي عيب في طبيعتها من شأنه أن يحدث خطرا على الأشخاص أو الأموال " وهو ما عبرت عنه بقولها

"Le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens".

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.309.

المحكمة تفاصيل هذا الالتزام من ناحية بدايته ونهايته، وشروط الإعفاء منه، وما يقابله من الالتزامات من المتعاقد الآخر.

وحددت محكمة استئناف Grenoble أساس الالتزام حيث قضت بانعقاد مسؤولية مركز قضاء العطلات، وألزمته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بممارسة رياضة التسلق على الجبال، والتي تمثلت في سقوطها على بعد خمسة أمتار من الأرض واصابتها بأضرار جسمانية بالغة. وأكدت المحكمة أن مركز قضاء العطلات يلتزم بضمان سلامة رواده أثناء قضاء عطلاتهم فيه<sup>1</sup>.

### المطلب الرابع: الحماية من عيوب المنتجات.

اتجاه العقبات التي تواجه دعوى ضمان العيوب الخفية، أثير السؤال عما إذا كان المشتري الذي أصيب بأضرار من جراء عيوب المبيع<sup>2</sup>، يستطيع أن يلجأ إلى القواعد العامة في المسؤولية العقدية، وأن يطلب فسخ البيع والتعويض عما لحقه من أضرار على أساس مخالفة البائع للالتزام بتسليم مبيع غير مطابق للمواصفات<sup>3</sup>، أم أنه لا يملك

<sup>1</sup>-C.A.Grenoble, 1<sup>o</sup>ch.15juin 1993, D.1994, j.pp.239.242, T.G.I. Grenoble, 17 oct.1991, D.1994, j.pp.239 242.

أشارا ليه, سحر البكباشي, المرجع السابق, ص.309.

<sup>2</sup>-وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المنتج والبائع عن الإخلال بالالتزام اتجاه المستهلك عن خطورة الشيء المبيع وكيفية تقاديها في حالات كثيرة وبين من الأحكام الحديثة في القضاء الفرنسي أن هذا القضاء قد اعترف باستغلالية الالتزام بالإعلام عن الوسائل الأخرى المخصصة لحماية المتعاقدين كالالتزام بضمان السلامة وضمان العيوب الخفية cass.civ;28mars 1968;bull.civ1968;p.88

أنظر, عبد المنعم موسى إبراهيم, المرجع السابق, ص.379.

<sup>3</sup> لا يمكن الاستفادة من هذا الضمان إلا إذا كان الشيء المبيع به عيب يؤثر على أداء الشيء لوظيفته. كذلك فإن ضمان العيوب الخفية لا يسمح بحماية المستهلك في كل حالات عدم مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها. فدعوى ضمان العيوب الخفية مثلا لا تقبل إذا ما كان المبيع من نوعية أقل في الدرجة من النوعية المتفق عليها في الع قد j.ghestin:conformité et garantie dans la vente, l.g.d.j.1989, bihl, le contrat de vente, éd d.1986, no 496 et s

أشار إليه عبد المنعم موسى إبراهيم, المرجع السابق, ص.76.

سوى مباشرة دعوى ضمان العيوب الخفية والتي يلزم حتى تكون مقبولة أن يحترم شروطها وعلى وجه الخصوص شرط المدة القصيرة<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: موقف الاتجاه التقليدي من الالتزام بالتسليم.

عارض بعض الفقه التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم حيث لا يستطيع المشتري في حالة وجود عيب في المبيع إلا اللجوء إلى دعوى ضمان العيوب الخفية، حيث أن نصوص القانون المدني قد فصلت بين العيب وعدم المطابقة (الالتزام بالتسليم) ووضعت لكل منهما نظاما يجب أن يطبق في المجال الخاص به، ولإحاطة بهذا الموضوع نتناول مضمون الالتزام بالتسليم (أولا) ، أما (ثانيا) نتناول فيه معيار نطاق تحديد الالتزام بالتسليم، ونتحدث في (ثالثا) عن رفض التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم<sup>2</sup>.

#### أولا: مفهوم الالتزام بالتسليم .

يسود الفقه التقليدي اعتقاد بتميز الالتزام بالتسليم في مضمونه وأثاره عن غيره من الالتزامات العقدية ويجد أساسه في القواعد التي تحكم الالتزام بالتسليم والواردة في م.1615(ق.م.ف) وتقابلها نص م.364(ق.م.ج)، حيث يمتد التزام البائع عند تسليمه الشيء المبيع إلى تزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية ساء الخاصة بمواصفاته أو كيفية استعماله وكذا تحذيره من المخاطر التي قد ينطوي عليها وكيفية تجنبها وتسليمه كتيبات والنشرات الخاصة بذلك<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.100.

<sup>2</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.101.

<sup>3</sup> - Voire en ce sens: Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, le droit de la responsabilité, dalloz action 1998, n°2833. ou il est écrit: " l'obligation de delivrance du vendeur d'un materiel s'étend à la mise au poit et comporte une obligation accessoire d'information et de conseil du clint "

حيث يعتبر البائع قد وفى بالتزامه متى قام بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته دون عائق، ويستقر الفقه على القول بأن محل الالتزام بالتسليم بالحالة التي كان عليها المبيع مثليا أم قيميا<sup>1</sup>.

وفي تحليل مضمون الالتزام بالتسليم فإن الإخلال به يتمثل في قيام البائع بتسليم المشتري مبيعا غير المبيع الذي تم الاتفاق عليه، وما يحدث في الواقع هو أن يقوم البائع بتسليم المشتري نوعا مقاربا للمبيع المتفق عليه، وقد جرى الفقه على التفرقة بين الأشياء المثلية والأشياء القيمية أو المعينة بذاتها فإذا كان المبيع قيميا أي معينا بذاته، مثل من يشتري سيارة تحمل أرقاما معينة، فإن البائع يكون قد أوفى بالتزامه بالتسليم متى قام بتسليم ذات العين المبيعة وبنفس الحالة التي كانت عليها وقت انعقاد العقد<sup>2</sup>، فهذا الاتجاه يقتصر على الأخذ بمفهوم مادي أو شكلي لمضمون الالتزام بالتسليم.

وينظر إلى عدم مطابقة المبيع لما هو متفق عليه على أنها تعني عدم التطابق المحسوس بين ما نص عليه في العقد وبين حالة المبيع التي يوجد عليها في الواقع، فإن عدم مطابقة المبيع تتمثل إما في فساد أو تلف أحد العناصر المكونة للمبيع أو نقص يتعلق بكمية المبيع والاقتصار على المفهوم المادي لعدم المطابقة في الانحلال بالالتزام بالتسليم يسمح بتمييز هذا الالتزام عن ضمان العيب الخفي.

وقد يثور الخلط بين الالتزامين ولكن ذلك لا يمنع من التمييز بينهما وذلك عندما تدخل مواصفات المبيع، وصلاحيته أو جودته كأحدى محددات وفاء البائع بالالتزام بالتسليم ذلك أننا نتكلم عن حالة المبيع وجودته، فإننا نناقش بطريقة غير مباشرة صلاحية المبيع، للاستعمال المقرر له عادة، أو ذلك الاستعمال الذي حدده العقد، وقد تبنى بعض الفقه أكثر من معيار للتمييز بينهما<sup>3</sup>.

**ثانيا: معيار نطاق تحديد الالتزام بالتسليم .**

<sup>1</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.102.

<sup>2</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.100.

<sup>3</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.100.

ذهب بعض الفقه إلى إمكانية التمييز بينهما بالاستناد إلى المعيار المادي أو

الزمني:

أ- **المعيار المادي:** حيث أن العيب هو آفة طارئة وتلف أو عطب يؤثر على حسن أداء الشيء لوظيفته أو يؤثر في متانته أو حتى مظهره الخارجي، أما عدم المطابقة فهي تقتض قيام البائع بتسليم شيء يختلف في جوهره، أو في أحد عناصره الأساسية عن الشيء الذي تم الاتفاق عليه في العقد.

وهكذا فإن المعيار المادي سيسمح بالتمييز بين العيب وعدم المطابقة ويسمح تبعا لذلك بالفصل بين نطاق كل من دعوى التسليم ودعوى الضمان فالأولى لا يجوز اللجوء إليها إلا إذا وجد اختلاف بين الشيء تم تسليمه والشيء الذي تم الاتفاق عليه في حين أن الثانية تفترض أن البائع قد سلم ما قام ببيعه فعلا ولكنه سلمه بشكل معيب وكان من الواجب أن يخلو المبيع منه<sup>1</sup>.

ب- **المعيار الزمني:** حيث لا تجتمع دعوى الضمان مع دعوى التسليم وإنما تتابعان زمنيا فدعوى التسليم تنتهي في اللحظة التالية على تسليم المبيع، دون إبداء أية تحفظات عليه، ولا يبقى أمام المستهلك بعد هذا القبول من سبيل للمنازعة بسبب عدم المطابقة سوى دعوى ضمان العيوب الخفية متى توافرت شروطها. فالتسليم يكون تاما متى تم التثبيت من ذاتية المبيع وخصائصه المتفق عليها، والمطابقة تقدر في لحظة التسليم فإذا كان الشيء الذي تم تسليمه مطابقا من الوجهة المادية للشيء الذي تم الاتفاق عليه فإن الالتزام بالتسليم يكون قد تم من قبل البائع، وعلى النقيض فإن تخلفت صفة من الصفات المتفق عليها ومن باب أولى تسليم شيء مختلف في ذاتيته عن ذلك الذي تم الاتفاق عليه فإن ذلك يمثل إخلالا بالالتزام بالتسليم، فإذا اتضح للمستهلك بعد

<sup>1</sup> وفي حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية التي قضت بإلزام شركة الغاز بتعويض الورثة عن جميع الأضرار المادية والأدبية التي ألمت بهم من جراء وفاة عائلهم على اثر انفجار الأسطوانة الناجم عن وجود شوائب بالغاز

civ.24 nov 1954.j.c.p.1955.i c, 8565. Gaz, pal.1955.1.somm.6

أشار إليه، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.649.

قبول المبيع المطابق ماديا وجود عيوب فيه عندها يستطيع أن يفع دعوى ضمان العيوب الخفية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: موقف الاتجاه الحديث لمضمون الالتزام بالتسليم .

يؤيد هذا الاتجاه التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم وذلك في سبيل توفير حماية أوسع مدى وأكثر فاعلية للمستهلك، حيث يستطيع المستهلك في حال إصابته بإضرار من جراء عيوب المنتجات أن يلجأ إلى دعوى التسليم (عدم المطابقة) للمطالبة بالتعويض، حيث ينظر هذا الاتجاه إلى الالتزام بضمان العيب على أنه امتداد وظيفي للالتزام بالتسليم، ولمزيد من الإيضاح نتناول أولا مضمون الالتزام بالتسليم وفق الاتجاه الحديث، أما ثانيا نتناول فيه مبررات رفض التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم.

**أولا: المفهوم الحديث لمضمون الالتزام بالتسليم .**

يتجه الفقه الحديث إلى القول أن الالتزام بالتسليم يتضمن التزاما بالمطابقة ويرى أن عدم المطابقة (الإخلال بالالتزام بالتسليم) له صورتان:

**الصورة الأولى:** حيث تأخذ عدم المطابقة مظهرا ماديا ويتمثل في قيام البائع بتسليم المشتري مبيعا آخر غير المبيع الذي تم الاتفاق عليه، وهذه الصورة هي التي يتعرض لها الاتجاه الأول.

**الصورة الثانية:** وتأخذ عدم المطابقة مفهوما وظيفيا، إذ أن البائع يضمن صلاحية المبيع للغرض الذي خصص له عادة أو صورة ضمان البائع للصفات التي تم الاتفاق عليها<sup>2</sup>.

### أ: ضمان صلاحية المبيع.

<sup>1</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.102.

<sup>2</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.100.

فالمشتري لسيارة بها عيب خفي يضعف من كفاءتها أو يعطلها تماما عن الحركة لا يبحث عن فسخ عقد البيع أو إنقاص الثمن بقدر ما يبحث عن الحصول على سيارة تعمل بكفاءة، وهو ما لا تؤدي إليه دوما دعوى ضمان العيوب الخفية.

أنظر، عبد منعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.77.

لقد وجد القضاء الفرنسي في الالتزام بالتسليم وسيلة يمكن أن تستغل في حماية المستهلك من عيوب المنتجات الصناعية<sup>1</sup>، حيث توسع القضاء في مفهوم المطابقة، وتم استبدال التعريف المادي بتعريف وظيفي، فالمطابقة لا تعني فقط تسليم ذات الشيء الذي تم الاتفاق عليه وإنما لها جانب ذلك معنى وظيفيا. والمطابقة الوظيفية يقصد بها صلاحية الشيء الذي يتم تسليمه للاستعمال المطلوب وهو ما لا يتم التحقق منه إلا باستعمال الشيء بعد استلامه من قبل المشتري<sup>2</sup>.

ويبرر هذا الاتجاه موقفه بالقول أنه يتعين الفصل بين أمرين: بين ذاتية المبيع وبين حالته ذلك أننا بصدد فكرتين متباينتين، ذاتية المبيع وتعيينه هي فكرة على أساسها يتحدد التزام البائع بالتسليم أما حالة المبيع أو جودته فهي تتعلق بصلاحية المبيع للاستعمال في الغرض المقرر له، وهي فكرة تنتمي إلى ضمان العيب الخفي، أن المشرع عندما يشير إلى حالة المبيع لكي يعتبر البائع موفيا بالتزامه بالتسليم يعطي لهذا الالتزام مفهوما وظيفيا يؤدي إلى اختلاطه وتداخله مع مفهوم العيب الخفي، وقد أشار بعض الفقه إلى هذا التدخل بالقول بأن البائع يلتزم بتسليم المشتري مبيعا يفي بالغرض المقرر له، وأن الالتزام بضمان العيب تكملة للالتزام بالتسليم ذلك أن البائع لا يلتزم بمجرد نقل الحيازة المفيدة النافعة ولذا ينظر إلى الالتزام بضمان العيب على أنه امتداد وظيفي للالتزام بالتسليم، ذلك أنه وفقا لنية المتعاقدين لا يقتصر التزام البائع

<sup>1</sup> - Cour.cass7fév1986;d-1986juris;p;293-

<sup>2</sup> - وقرر المشرع الفرنسي في م.1646ف01 (ق.م.ف) " يلتزم بائع عقار تحت الإنشاء خلال عشر سنوات، ابتداء من قبول الأعمال، بضمان العيوب الخفية التي يلتزم بها المهندسون والمقاولون والأشخاص الآخرون الذين يرتبطون مع رب العمل بقدر مدة العقولة طبقا للمادتين 1792، 2270 (ق.م.ف) ويلتزم البائع بضمان الأعمال الصغيرة مدة سنتين ابتداء من قبول الأعمال ".  
وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المقصود بالأعمال الكبيرة تلك الأعمال التي تشكل هيئة البناء أو أجزائه الرئيسية، وهي أعمال ثابتة قوية، ودائمة بذاتها وتؤكد دوام ومثانة البناء

Cass.rep, 26 mars 1941, s, 1941.1.p.100.

أشار إليه، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص.912

على مجرد تمكين المشتري من الحياة بل أن تكون تلك الحياة مجدية ومحقة للغرض الذي يسعى إليه المشتري<sup>1</sup>.

نخلص من ذلك إلى القول بإمكانية لجوء المشتري إلى دعوى التسليم (عدم المطابقة) للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته الناتجة عن عيوب المنتجات الصناعية، فعدم المطابقة هي بال شك أوسع من العيب، مما يسمح للمستهلك بإقامة دعواه بكل سهولة ويسر.

ويؤدي هذا التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم إلى تعديل نطاقه بحيث يمتد إلى ما بعد تسلم المشتري للمبيع، فالتسليم لا يسقط حق المشتري في التمسك بدعوى التسليم.

#### ب: انعدام العيب الخفي.

لم يشر القانون الفرنسي إلى موضوع تخلف الوصف بمناسبة الكلام عن ضمان العيب، ولكن القانون الفرنسي لا يمكن أن يوصف بالقصور في هذا المجال لأن الحماية التي أغفلتها النصوص تم استكمالها من خلال توسع القضاء في تفسيرها<sup>2</sup>. وفي صدد موقف التشريعات العربية الأخرى نجدها تتميز بذلك لأنها ألزمت البائع بالضمان في حالة تخلف المواصفات المتفق عليها، ففيما يتعلق بموقف القانون المصري فإن المادة 447 (ق.م.م) قد ألزمت البائع بالضمان عندما لا يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه، بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له.

ومن هذا النص يظهر أن القانون المصري يسوي بين العيب بالمعنى الصحيح أي الآفة الطارئة وبين تخلف الصفة التي يكفلها البائع للمشتري فطبق على كل منهما

<sup>1</sup>-Cass.Civ.1 er 25, Fév, 1997, Hédreul, B.I.N°75. GP 97.1.1.27 avr, rapp, sargos, n.j.Guge, cite par, philippe, cite par, philippe le Tourneau, loic cadiet, op.cit, p.508.

<sup>2</sup>- أنظر, جابر محمد ظاهر, المرجع السابق, ص.103.



أحكام ضمان العيب<sup>1</sup>، فلكي يرجع البائع بالضمان عند تخلف إحدى الصفات المتفق عليها فإن ذلك يتطلب توافر شروط العيب الخفي، ونفس الحكم ينطبق على موقف القانون اللبناني، وعم ذلك فإن هذه الشروط تكتسب معنى مختلفا في حالة تخلف الصفة، فشرط الخفاء لا يتصور تطلبه في الصفة التي يكفلها البائع، كما أن شرط القدم في العيب يكون له معنى يختلف بالنسبة للعيب بمعنى الآفة الطارئة عنه بالنسبة للعيب بمعنى تخلف الصفة، ويتم تقدير تخلف الصفة عند وقت التسليم بينما يتم تقدير العيب وقت إبرام العقد في المبيع المعين بالنوع، كما أن تخلف الصفة في جميع صورته يعتبر مؤثرا، وبغض النظر عن أهمية هذه الصفة<sup>2</sup>.

أما المشرع الجزائري تبنى في م. 379 ف01 (ق.م.ج) هذا المبدأ " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها ".

بحيث أن المشرع الجزائري اتخذ نفس الموقف الذي أخذ به المشرع المصري بأن البائع يضمن المبيع إذا لم يتضمن نفس المواصفات الذي اتفق بها مع المشتري وقت البيع.

في حين تبنت تشريعات أخرى الفصل بين فوات الوصف وضمن العيب الخفي كما هو الحال في القانون الكويتي على أنه " إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع

<sup>1</sup> - هناك صعوبات عملية تواجه المستهلك، فالمشتري العادي لا يعرف عادة بوجود الالتزام بضمان العيوب الخفية، وحتى إن علم به فإنه يضطر إلى اللجوء إلى القضاء بما يستتبعه هذا الرجوع من تكلفة ووقت يحجبانه عادة عن ذلك. أنظر، عبد منعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 77.

<sup>2</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 142.

التعويض أو أن يبقى المبيع مع طلب التعويض عما لحقه من ضرر بسبب عدم توافر هذه الصفات".

وأساس ضمان البائع للصفة هو الاتفاق، فالبائع يلتزم في العقد أن يكون المبيع متضمنا لصفات معينة، فإذا تخلف الوصف يكون البائع أخل بشرط من شروط العقد، والاتفاق على توافر صفة معينة في المبيع قد يكون صريحا أو ضمنيا، ومما يساعد على استخلاص الاتفاق الضمني أن تكون الصفة متوقعة وفقا لظروف التعاقد<sup>1</sup>. وعلى ضوء ذلك يرى البعض أنه في العلاقة بين المستهلك والبائع المحترف يتعين القول بأن عقد البيع ينطوي على اتفاق ضمني بمقتضاه يضمن البائع صلاحية المبيع للغرض المخصص له وعدم انطوائه على عيوب يمكن أن تكون مصدرة خطورة لمن يستعمله فالظروف التي يتم فيها البيع وكونه يرد على كل شيء جديد ويقوم على ثقة المشتري لما يتوافر لدى البائع المحترف من خبرة وإمكانيات كفيلة بكشف العيوب، وقيام البائع باستعمال وسائل الدعاية المختلفة لترويج بضاعته ومدح كفاءتها، كل هذا يقطع بأن نية كل من المشتري والبائع قد اتجهت إلى ضمان هذا الأخير لصلاحية السلعة وعدم خطورته<sup>2</sup>.

وعلى الرغم من عدم تناول المشرع الفرنسي لضمان تخلف الصفات إلا أن القضاء الفرنسي، يتوسع في مفهوم الالتزام بالتسليم عند تجاوز تحديد معنى المطابقة وفقا لمفهوم شكلي، بمعنى وجوب مطابقة الشيء المتفق عليه وتحديد بالشيء المذكور أو المسمى في عرض المشتري، أو ذلك الذي وصفته منشورات البائع إذ نجد أن القضاء الفرنسي يضيف إلى هذا المفهوم الشكلي مفهوما معنويا أو نفسيا، وبمعنى أنه

<sup>1</sup> - وقد نصت المادة 111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي " كل مهني، بائع للسلع أو مجهز للخدمات. يجب عليه عند إبرام العقد أن يضع العقد أن يضع المستهلك في موضع يسمح له بمعرفة الخصائص الأساسية للسلع والخدمات ".  
Article 111-1 " tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de services doit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service ".

أشار، إليه سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص.143.

<sup>2</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.104.

ينبغي أن يكون المبيع ليس فقط مطابقا لما ورد في العقد بل أيضا أن تتوافر فيه المواصفات المفترضة وبناء عليها أبرم العقد.

ولا جدال أن تداخل مفهوم العيب الخفي مع تخلف الصفات يمكن أن يعين في زيادة فعالية الحماية المراد توفيرها للمستهلك في مواجهة البائع المحترف، بحيث يمكن القول بإمكانية لجوء المشتري الذي لحقه ضرر من جراء عيوب المبيع إلى الاستناد في طلب التعويض إلى فوات الوصف، ويعفى تبعا لذلك من إثبات شروط الخفاء والقدم والتأثير في المبيع الذي كان مصدر للضرر الذي لحقه<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد يعلق الدكتور حسن عبد الباسط جميعي على موقف القانون المصري بالقول: " لقد أدى وعي المشرع واستهوائه بالتطورات القضائية في الدول الأخرى إلى رفع العبء عن المشتري وتسهيل مهمة القضاة في البحث عن التكييف القانوني لمسؤولية البائع حين تتخلف أحد هذه الصفات، ويضيف أيضا بالقول أن توسع القضاء المصري في فهم نص المادة ( 1 / 447 ) التي نصت على ضمان فوات الوصف يؤيد إلى تمتع المشتري بحماية حقيقية في حالة تخلف إحدى الصفات التي يكفل البائع وجودها في المبيع وبغض النظر عن أهمية هذه الصفة المتخلفة أو علم المشتري بتخلفها وقت البيع"<sup>2</sup>.

ينتقل إلى شباك آخر تمكن من تمرير العملية المصرفية غير النظامية من خلاله، أو يقيم نظاما يسمح بالوقف التقني لكل استعمال للبطاقة المصرفية المعيبة ". وما يهمنا نحو العقود التي يعد الالتزام بالإعلام من مستلزماتها، نجد أن عقد المقاول يمثل مجالا خصبا لهذا الالتزام، فالشخص حينما يلجأ إلى المقاول ليستعين بما يملكه من معارف وخبرات للقيام ببعض الأعمال التي تفوق قدرته وتخصصه، ويضع

<sup>1</sup>-Cass.1 er.ch.25 janv.2000, D.2000, somm.p.284, C.A.Grenoble, 2e ch.19 janv.1998, D.2000, j.p.284.

<sup>2</sup>-أنظر, جابر محمد ظاهر, المرجع السابق, ص.105.

بين يديه أمانة مساعدته والسهرة على مصالحه، فإنه ينتظر منه أن يسلك في عمله السبيل الذي يؤدي على المحافظة على مصالحه وتحقيقها على النحو الأفضل.

ومن مقتضيات الأمانة التي يستلزمها العقد، أم يقوم المهني المتخصص بإحاطة العميل علما بكل ما يرتبط بالعمل المنوي القيام به، فالمقاول بوصفه المهني المتخصص يكون الأكثر إماما بمعطيات عمله ووسائل هذا العمل بينما يكون العميل حائز على قدر محدود من المعرفة بطبيعة العمل الذي أوكله إلى المقاول.

ولأجل إعادة التوازن المعرفي بين المتعاقدين، فإن التزاما بالإعلام سينشأ في ذمة المتخصص احتراما لرابطة الثقة المشروعة التي نشأت بسبب ما يتصف به أحدهما من تخصص فني أو مهني أضطر معه الطرف الآخر إلى اللجوء إليه للاستعانة بفننه وخبرته<sup>1</sup>.

### ثانيا- رفض التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم.

استند هذا الاتجاه في رفض التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم إلى الحجج التالية:

**1:** أن نصوص القانون المدني قد فصلت بين العيب وعدم المطابقة، ووضعت لكل منهما نظاما يجب أن يطبق في المجال الخاص به، بحيث يكون الخلط بين دعوى ضمان العيب ودعوى التسليم، متعارضا مع صريح النصوص ويمثل مصادرة لإرادة المشرع التي اتجهت إلى وضع نظامين مختلفين لا نظام واحد<sup>2</sup>.

هذا بالإضافة إلى اختلاف شروط مباشرة إحدى الدعويين عن شروط الأخرى، فمباشرة دعوى ضمان تقتضي أن يقيم المستهلك الدليل على أن العيب قد انتقص منفعة السلعة أو أزالها تماما على حين أن مثل هذا الإثبات ليس مطلوبا في دعوى التسليم التي تتطلب فقط أن يختلف الشيء الذي تم تسليمه عن وجهة الاستعمال، كما

<sup>1</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.102.

<sup>2</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.103.

تختلف الدعويان من ناحية الإثبات، فعلى حين يلتزم المستهلك بإقامة الدليل على توافر شروط دعوى الضمان فإن عبء الدليل في دعوى التسليم يقع على عاتق البائع الذي يلتزم بإثبات أنه سلم شيئاً مطابقاً لما تم الاتفاق عليه.

**2:** أن السماح للمشتري بالاختيار بين الدعويين يسمح له باختيار الأيسر منهما وعندها سيتجه اختياره إلى دعوى التسليم، وذلك بالنظر إلى مرونة النظام القانوني الذي يحكمها، ويترتب على ذلك من الناحية العملية اختفاء دعوى ضمان العيوب الخفية.

**3:** من غير الممكن إنكار المساوئ التي تنطوي عليها دعوى ضمان العيوب الخفية خصوصاً ما يتعلق بالإثبات وقصر المدة المحددة لرفع الدعوى، ولكن تخليص المشتري من هذا النظام وعيوبه هو أمر يختص به المشرع ويقتصر دور القاضي على التطبيق.

**4:** أن دعوى التسليم أو عدم المطابقة تتعلق بالعيوب الظاهرة أما ضمان العيب الخفي فإنها تتعلق بالعيوب الخفية<sup>1</sup>.

والالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المهن<sup>2</sup> ي<sup>2</sup> المتخصص في عقد المقولة يرتكز على عنصرين:

أ- **العنصر الموضوعي:** ويتجسد بالتزام المهني المتخصص بأن يقدم لعميله كافة المعلومات والبيانات<sup>3</sup> التي تبصره بالعمل الذي عهد إلى المقاول مهمة القيام به، أو

<sup>1</sup> - اعتبار أن وجود العيب يعد إخلالاً بالتزامات عقدية أخرى كالإخلال بالالتزام بتسليم المبيع، إلا أن ذلك يظل في حكم الالتفاف حول المشكلة ولا يمثل اتجاهاً ثابتاً في القضاء الفرنسي

cass.com.21dec 1971 d somm 1972, p, 112, cass.com.29 nov 1982 ; j.c.p.1983, 1, 11279.paris, 9 mai 1986, i.r.p.320.

أنظر، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.77.

<sup>2</sup> - وقد اتبع التوجيه الأوربي رقم 7 لعام 1997 والخاص بالبيع عن بعد ذات النهج حيث استلزم قيام المهني بإعلام المستهلك بشأن الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة أي للمنتجات. " أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.115.

<sup>3</sup> - والواقع أن فرض التزام على البائع أو المهني بصفة عامة بتوفير المستهلك حول الخصائص الأساسية للمنتجات التي تعد محلاً لعقد الاستهلاك يعد أمراً جوهرياً. فأول خطوات ضمان صحة الإرادة تتمثل في أن يعرف المستهلك كونه المنتجات

تحيطه علما بتفاصيل وظروف العقد الذي يسعى المهني المتخصص لإبرامه لمصلحة العميل.

ومن تطبيقات ذلك، أن الشخص حينما يقدم على التعاقد ويلجأ إلى خبير في شؤون الضرائب ليرشده ويقدم له المساعدة الفنية والقانونية، فإن "التزاما ينشأ في ذمة هذا الخبير بان يعلم عميله وينصحه بما يستوجبه التعاقد من أمور وما يترتب عليه من نتائج حالة ومستقبله"<sup>1</sup>.

وكذا الحال لمن يقوم بأعمال الوساطة التجارية وتوسط في البحث عن مشتري للمحل التجاري والمملوك لعميله "كان يتعين عليه أن يعلم البائع بالحالة المالية للمقدم على الشراء خاصة وقد ثبت أنه معسر على نحو واضح ومشهور". فالوسيط حين يأخذ على عاتقه رعاية مصالح عميله على نحو يتعذر معه على هذا العميل أن يستعلم بنفسه عن ظروف ومقومات التعاقد، فإن هذا الوسيط يكون بذلك قد لزم نفسه أن يقدم لعميله كافة المعلومات التي يتحقق معها تبصيره تبصيرا دقيقا وكاملا.

أيضا ما قضي به من أن منظم المسابقة الرياضية يلتزم بإعلام المشتركين فيها بأن التأمين الذي أبرموه عند الاشتراك لا يستفيد من ضمانه مساعدي المشتركين في المسابقة<sup>2</sup>.

نخلص من ذلك أن الالتزام بالإعلام بشقه الموضوعي بالنسبة للمقاول يظهر كواجب تقتضيه مهنته، وأنه يسأل عن الإخلال بهذا الالتزام سواء تمثل الإخلال في

التي يتعاقد بشأنها إذ يترتب على ذلك قبوله للتعاقد أو لشروطه من عدمه. أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.115.

<sup>1</sup> - أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 157.

<sup>2</sup> - وقضت أيضا محكمة النقض الفرنسية بانعقاد مسؤولية منظم الأنشطة الرياضية وألزمته بالتعويض التي لحقت بممارسة الرياضة أثناء ممارستها رياضة سباق السيارات، والتي تمثلت في كسر ذراعها نتيجة انقلاب سيارة السباق الخاصة بها. وأكدت المحكمة أن منظم الأنشطة الرياضية يلتزم بضمان سلامة ممارسي الرياضة، كما يلتزم أيضا بوضع نظام متابعة وإشراف ملائم لقدرات المتسابقين، ويلتزم أخيرا بتأمين السيارات المستعملة في رياضة السباق

Cass.1 ch.5 mars 1999, d.1999, j.p.19, c.a.paris, 26 juin 1997, d.j.p.19

أشار إليه، سحر البكباشي، المرجع السابق، ص.301.

عدم الإعلام أو الإعلام غير الواف أو الإهمال في استيفاء المعلومة اللازمة ونقلها إلى العميل صاحب الشأن " وبصفة خاصة عندما لا يحرص عن الاستعلام عن الموقف الحقيقي للمال محل العقد الذي يساعد أو يمهد في إبرامه " .

**ب - العنصر الشخصي:** ويقصد به قيام المقاول بإعلام العميل<sup>1</sup> بأن العمل الذي يروم الحصول عليه لن يتحقق على النحو الذي ينتظره وبالفعالية التي يبتغيها، فالمهني المتخصص يجب أن يفصح عن رأيه الشخصي بان الظروف والوسائل المخصصة للتنفيذ قد لا تؤدي على النتيجة التي ينتظرها المتعاقد، وبعبارة أخرى، أن يبين له مدى الموائمة بين العمل الذي يود إنجازه وبين النتيجة التي ينتظر تحقيقها من وراء هذا العمل<sup>2</sup>.

فالمقاول لا يكفي أن يقدم معلومات عن العمل المنوي القيام به، بل لابد أن يفصح للعميل عن إمكانية تحقق الغاية التي يريها من وراء العمل، فالإعلام لا بد أن يكون مستغرقا لكل ظروف التعاقد، فعندما يكلف المقاول بإنشاء معين يتعين عليه أن يتأكد من أن المشروع سيصل إلى غايته المقصودة، " وأن يعلم ويحذر المتعاقد معه بما قد يظهر خلال التنفيذ من مسائل تعرقل تحقيق الهدف أو تحول دون الوصول إليه، أو بما قد يظهر كم عدم اتفاق مع الأصول المهنية بما يشكل تهديدا على البناء نفسه " .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية المقاول الذي قام بتجهيز جهاز تدفئة غير ملائم لتحقيق التدفئة الكافية واللازمة، فالمقاول " يعلم باحتياجات العميل وهو يعلم أيضا بعدم كفاية الجهاز وقصوره عن تحقيق الغرض المقصود، فكان يتعين عليه من خلال المقارنة بين الأمرين أن يعلم عميله بالتفاوت بين احتياجاته وكفاية العمل الذي اسند إليه " .

<sup>1</sup>-Cass.civ.1 er ch.11 mars 1986, D 1987. D.1987. somm. P.467.C.A.Montpellier, 1er.15 mars 1984, Bull, civ.1, n° 64.P.61.

<sup>2</sup>- أنظر, سلام عبد الله الفتلاوي, المرجع السابق, ص.155.

نخلص من ذلك، أن الالتزام بالإعلام قد أحدث تطورا حقيقيا في عقد المقاول، فلم يعد التزام المهني المتخصص<sup>1</sup> مقتصرًا على تنفيذ العمل الذي اسند إليه انجازه بحسب الشروط التي تضمنها العقد، بل أصبح ملزما بأن يطلع المتعاقد معه على البيانات والمعلومات الخاصة بالعمل بما يجعله على بصيرة من أمره وليكون قادرا على اتخاذ القرار بهذا العمل من عدمه.

بل أن الالتزام بالإعلام ذهب إلى أبعد من ذلك<sup>2</sup>، حينما جعل المقاول يدرس رغبات المتعاقد معه ويقارن بينها وبين النتائج الاعتيادية التي تنتج من العمل المنوي القيام به لاطلاع هذا المتعاقد على أن النتيجة المبتغاة لن تتحقق ولا بد من إتباع وسيلة أخرى أو القيام بعمل آخر، حتى وأن وصل به الحال على رفض العمل الذي كلف به<sup>3</sup>.

من هنا، يسعى هذا الالتزام إلى إنشاء نمط متطور من التعاون الايجابي بين المتعاقدين بحيث لا يستأثر أحدهما بمنافع العقد على حساب الطرف الآخر، بإعادة التوازن المعرفي بينهما وبما يجعلهما على قدم المساواة، وحتى تكون اختيارات وقرارات كل منهما عن بصيرة من أمره.

وتبدو أهمية الالتزام بالإعلام في عقد البيع بعد التنوع الكبير في السلع والمنتجات المبتكرة التي لم ينتشر العلم بخصائصها وبأوجه استعمالها المتعددة إضافة إلى ما تتميز به من دقة في التركيبة التقنية بحيث يصعب على المشتري العادي أن يدرك خصائصها أو أن يعرف الأوجه المتعددة لاستعمالها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>-Cass.Comm.20 juill 1973, bull Civ.IV, N° 264, D.1973.1 R.p.204.

<sup>2</sup>-C.A.Dijon 14 Mai 1975, D. 1975 somm, p.96.

<sup>3</sup>-Cass.Comm.17 Dec, 1973, J.C.P.1975, 11, 17912.

<sup>4</sup>- وذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أنه لا يجدي البائع المهني في أن يقدم مستندات ليثبت حسن نيته، ولا أن العقد يوجب عليه اللجوء إلى وسائل فنية لاكتشاف العيب، أو أن يحتج بأن جهله كان مشروعا بالنظر إلى حداثة مواد البناء، وعدم إمكانية معرفة العيوب إلا باستعمال تقنيات معروفة أو حتى تمسكه باستحالة اكتشاف العيب، ولهذا قضت بأن البائع المهني ملزم بمعرفة العيب Cass.Comm., 27 nov.1972, Bull, civ.IV, n°282  
أشار إليه عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.2007، ص.487.



من هنا، برزت الحاجة لتوفير العلم الكافي للمشتري بخصائص السلعة وبطريقة استعمالها حتى يستطيع الحصول على منافعها، لذا يلتزم المنتج أن يبين طريقة الاستعمال من خلال نشرة أو كتيب يتضمن مكوناتها وخصائصها حتى تسنى للمشتري الرجوع إليه عند الاقتضاء<sup>1</sup>، ووقت استخدام السلعة والمقادير التي يستخدمها، فإذا قصر المنتج أو تهاون في تقديم هذه البيانات أو قدمها بطريقة خاطئة أو مقتضبة، كان عليه أن يعرض المشتري عما لحقه من أضرار بسبب ذلك.

لذا قضت الدائرة التجارية في محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية منتج مبيد الأعشاب الذي لم " يبين للمشتري الوقت المناسب لاستعمال هذا المبيد لمعالجة المزروعات وقتل الأعشاب الرديئة "<sup>2</sup>.

وفي المعنى نفسه قضت بمسؤولية منتج مبيد الأعشاب لعدم توضيحه في نشرة الاستخدام أنواع الشتلات أو النباتات التي يستعمل هذا المبيد لمعالجتها. كما قضت بمسؤولية المنتج لآلة غسل الصحون عما يصيب المستهلك من أضرار لأن "الملخص الملصق بها لم يبين أن المستعمل لها كان عليه شطف الموعين قبل إدخالها إلى الآلة".

كما قضت بأنه يجب على<sup>3</sup> "البائع أن يبين للمشتري حدود فعالية جهاز الرادار المستخدم للمراقبة والتي ترتب على كتمانها سرقة محل المشتري الذي ركب الرادار والذي لم يثبت فعاليته في كشف السارق".

<sup>1</sup> - بينت المادة 113ف3 من قانون حماية المستهلك الفرنسي أنه يلزم، في سبيل تنوير إرادة المستهلك، تبصيره بشأن سعر السلعة أو الخدمة محل عقد الاستهلاك المزمع إبرامه. ويعد هذا البيان من المعلومات الجوهرية التي يتعين أن يتضمنها عرض المهني، حتى يمكن اعتباره إيجاباً. كما أنه لا يمكن القول بأن إرادة المستهلك أصبحت مستتيرة بما يكفي لصحة التعاقد بمجرد التعرف على خصائص السلعة وشخصية المتعاقد الآخر فقط. فبجانب ذلك يتعين أن يعلم المستهلك بسر السلعة بشيء من التفصيل للتأكد من تناسبه مع تلك الخصائص التي أحاط بها ومعرفة إمكاناته المالية. فقد يقتنع المستهلك بجودة السلعة أو الخدمة ولكن يكون سعرها باهظاً يفوق قدرته المالية وعندئذ لا مناص ولا مفر من إجماعه عن التعاقد بشأنها. أنظر، أنظر، مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 117.

<sup>2</sup>- أنظر، سلام عبد الله الفتلاوي، المرجع السابق، ص. 155.

<sup>3</sup>- Cass.CIV.14 Janv 1965.D.J 1965. P.389. R.T.D.CIV. 1965. P.665.

والتزام المنتج أو البائع بالإعلام لا يقتصر على البيانات المتعلقة باستعمال السلعة وإنما يتعداه إلى قيام البائع أو المنتج بالاستعلام من المشتري عن الحاجات التي يريد إشباعها لتوجيه اختياره نحو السلعة الأكثر ملائمة لإشباع هذه الحاجات، ويتجلى هذا بشكل واضح بالنسبة للسلع والمنتجات المتطورة تقنيا.

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا المعنى في العديد من قراراته<sup>1</sup> من مثل ما قضت به محكمة استئناف (Versaille) من انه يجب على بائع أجهزة المعلوماتية الاستعلام بجدية عن حاجات المشتري حتى يقدم له الجهاز المناسب<sup>2</sup>، وقررت المحكمة بطلان عقد شراء هذه الأجهزة وإلزام البائع بتعويض المشتري عما لحقه من أضرار بسبب عدم حصوله على النتائج التي كان ينتظرها من شراء الأجهزة لعدم استعلام البائع عن حاجاته الحقيقية كما ينبغي<sup>3</sup>.

وجرى بالذكر بعد هذا، أن بعض التشريعات قد أدركت أهمية تقديم بيانات عن الشيء المبيع فقد نصت (م 486) من القانون المدني الكويتي على أنه: يلتزم " البائع بأن يزود المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع ".

وقد اقتبس المشرع الكويتي هذا النص من (م 573) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والتي تنص على أنه (يلتزم البائع أن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن المبيع وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء) وقد حذفت لجنة المراجعة هذا النص لأن (أحكامه مستمدة من القواعد العامة). ففي الوقت الذي وضع فيه التقنين المدني المصري أو العراقي كان المراد بتقديم البيانات أن يبين البائع للمشتري حدود العين وما عليها من حقوق وتكاليف وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بالمبيع ويكون من شأنها أن تسري في حق المشتري، والتسليم بهذا المضمون يمكن استقاداته من القواعد العامة.

<sup>1</sup>-Cass.Req.29 juin.1847, S, 1848, I. P.705.

<sup>2</sup>-Cass.Req.5 juin 1929, G.P.1929, II. P.433.

<sup>3</sup>-C.A.Versailles, 12e ch.27 juill 1988, IR.p.259, T.Com.Pontoise, 2e ch.31 mars 1987, d.1988, IR.P.259.

بيد أن التطور التقني وتقدم الصناعات وظهور الأجهزة والمعدات الدقيقة والمتضمنة لخطورة على سلامة المشتري جعلت من الضروري قيام البائع بتزويد المشتري بمعلومات وبيانات معينة عن المبيع<sup>1</sup>، فالمشتري في الوقت الحاضر يتعرض لمخاطر لم تكن معروفة في الماضي بسبب ما تتطوي عليه معظم المنتجات التي يشتريها على مخاطر لا يستطيع دفعها نظرا لخبرته المحدودة<sup>2</sup>، كما أنه يتعامل مع منتج أو بائع متخصص يعلم بكل ما يتعلق بالسلعة محل العقد وبعكس المشتري الذي لم يعد بإمكانه الاستفادة الكاملة من المبيع وتلافي ما ينطوي عليه من أخطار إلا إذا زوده البائع بالبيانات والمعلومات اللازمة لذلك.

من هنا فإن المادة 468 مدني كويتي تضع التزاما بالإعلام على عاتق البائع لمصلحة المشتري مراعاة للاعتبارات التي ذكرناها أنفا وهي التي يؤسس عليها هذا الالتزام في عقد البيع فقط، أما في غيره من العقود فلا بد من البحث عن أساس آخر لإسناد هذه الالتزامات إليه<sup>3</sup>.

ومع ذلك فإن هذا النص يمثل وسيلة تشريعية جيدة في طريق حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية نتمنى على المشرع العراقي أن يحذو حذوها.

نخلص من ذلك، أن الالتزام بالإعلام لا يرتبط بوجود نص قانوني عام يفرضه، وإنما هو التزام ابتكره القضاء الفرنسي<sup>4</sup> وألزم به المهني المحترف الخبير بما يتعامل من أموال وخدمات، بوصفه من مستلزمات العقود ذات الطابع المهني لسد الفجوة المعرفية بين المهني والمتعاقد معه.

### المبحث الثالث: التزام بضمان العيوب الخفية في العقد .

<sup>1</sup>-Cass.Comm., 27 nov. 1972, Bull, civ.IV, N°344. P.483.

<sup>2</sup>-Cour.Cass.(chr.Com), 15 nov.1971. Dalloz et SIREY 1972, juris.p.211.

<sup>3</sup> - أنظر, سلام عبد الله الفتلاوي, المرجع السابق, ص.158.

<sup>4</sup>-Cass 1 ch civ.31 oct 1962, Bull.Civ 1, N° 457. P.391.

من بين الالتزامات التي وضعها القانون على عاتق البائع التزامه بضمان العيوب الخفية، وهو التزام مستقل عن الالتزام بضمان التعرض، والاستحقاق تتبع فيه المشرع الجزائري خطى المشرع الفرنسي الذي ورثه بدوره عن القانون الروماني.

بحيث اهتمت التشريعات والنظم القانونية الحديثة بفكرة الضمان القانوني نظرا

لأهمية القانونية وقيمتها العملية في حماية المستهلك، فقد أخذت هذه الفكرة حيزا كبيرا من الدراسات الفقهية لاسيما في مجال القانون المدني، ولذلك نجد أن المشرع الجزائري ينظم الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني بموجب نصوص قانونية واضحة ضمن قواعد القانون المدني وبالأخص في الباب السابع منه تحت عنوان العقود الناقلة للملكية وهذا على أساس أن الضمان يرد فقط على العقود التي يكون موضوعها متعلق بنقل شيء سواء كان شيئا معين بالذات أو معين بالنوع وسواء تعلق الأمر بعقار أو منقول وهذا ما نلمسه في عقد البيع وفي عقود الاستهلاك بصفة عامة، على اعتبار أن هذه الأخيرة- أي عقود الاستهلاك- تشكل المجال الخصب لتطبيق فكرة الضمان، فضلا عن ذلك يعد عقد البيع همزة وصل بين عملية الإنتاج والاستهلاك<sup>1</sup>.

وهناك عدة أساليب قانونية يمكن إعتماها كضمانات من أجل توفير الحماية الضرورية للمستهلك<sup>2</sup> بإعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية<sup>3</sup> ومن أهم هذه الضمانات نجد ضمان العيوب الخفية وقبل الحديث عن مدى فعالية هذا الضمان في توفير الحماية للمستهلك يجب أن نطرق إلى المقصود بالعييب الخفي الموجب للضمان وما هو الأساس القانوني لفكرة الضمان؟ .

### المطلب الأول: الضمان القانوني للعييب الخفي.

<sup>1</sup>-Cass.com.11 juin 1985, Bull.Civ.IV.N 188. P.157. R T.D CIV.1986. obs.j.Mestre. .

<sup>2</sup>-G.Berlioz, le Contrat d'adhesion, these Paris, L.G.D.J.1973, P.294.

أشار إليه، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص.496.

<sup>3</sup>-Grenoble 20 nov, 1952, D.1962, juris p.46.

تتصب الدراسة في هذا المقام حول التعريف الفقهي والقانوني لمصطلح العيوب الخفية من جهة ومن جهة أخرى تحديد الأساس القانوني لفكرة الضمان ثم نتطرق إلى معرفة شروطها.

### الفرع الأول: تعريف العيب الخفي.

ومفهوم العيب ليس غريبا عن الفقه الإسلامي فقد عرفه فقهاؤنا بأنه: ما تخلو منه الفطرة السليمة وينقص القيمة<sup>1</sup>.

أما في الفقه والقانون الوضعي فهو: عدم قابلية المبيع للاستعمال المعدلة بحسب طبيعته أو تبعا لإرادة الطرفين. أو ذلك النقص اللاحق به بحيث ما كان المشتري ليرضى بها وما كان يعطى فيه إلا ثمنا قليلا لو علم بذلك

ويتضح من نص المادة 371 (ق.م.ج) أن المشرع ألحق بالعيب الخفي حالة غياب الصفة أو الصفات التي كفل البائع للمشتري وجودها فيه والتي استمدها من خيار فوات الوصف المرغوب فيه المعروف في الفقه الإسلامي.

إن الضمان القانوني للعيب الخفي يوجد في جميع البيوع سواء وقعت على منقول أو عقار وسواء كان المنتج جديدا أو مستعملا كما انه لا أهمية فيه لصفة البائع سواء كان محترفا أم لا لقيام التزامه بالضمان<sup>2</sup>. كما انه لا أهمية لصفة المشتري سواء كان مستهلكا عاديا أم لا لقيام حقه في الضمان<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.371.

<sup>2</sup> - Cass.Civ.19 janv.1962, D.1965, juris.p.389.

<sup>3</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.371.

ويعرف جانب من الفقه العيب الخفي على أنه ما ينقص ثمن المبيع عند التجار، ويكون قديماً إذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أي عند إبرام العقد أو بعد إبرام العقد وهو في يد البائع قبل التسليم<sup>1</sup>.

ومن الناحية المادية: يمكن أن نعرف العيب في المنتج بأنه العيب الذي يتلف الشيء أو يؤدي إلى هلاكه.

أما من الناحية القانونية: فالعيب يقصد به تخلف صفة في المبيع إلتزم البائع بوجودها فيه للمشتري<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: الإطار القانوني لفكرة ضمان العيوب الخفية.

يعتبر الضمان من بين المسائل القانونية المتعلقة بالنظام العام لأنه لا ينبغي للمتعاقدان الإتفاق على إسقاط الضمان، والحكمة التشريعية من إلزامية الضمان هو حماية المتعاقد الضعيف من تعسف المتعاقد الآخر في العقد المبرم بينهما<sup>3</sup>.

إن فكرة ضمان العيوب الخفية تستمد أساسها القانوني من الإرادة التشريعية في حد ذاتها أي من قواعد القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، حيث أن المشرع الجزائري نظم الأحكام الخاصة بالضمان القانوني للعيوب الخفية بموجب نصوص قانونية واضحة وبالأخص في المادة 379 من القانون المدني الجزائري<sup>4</sup> وما يليها، كما أنه أدرج هذه الأحكام ضمن العقود الناقلة للملكية كعقد البيع وعقود الإستهلاك بصفة عامة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني البيع والمقايضة، ط 3 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 716.

<sup>2</sup> - أنظر، خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 205.

<sup>3</sup> - Cass.Req.29 juin.1847, S, 1848, I, p.705.

<sup>4</sup> - وتقابلها نص م.1644 و1645 (ق.م.ف)

<sup>5</sup> - Cass.Req. 26 avr.1870, D.J 1871, I, P.11.

ولا شك في أن ضمان العيوب الخفية يعد من أهم الإلتزامات التي رتبها المشرع الجزائري على عاتق البائع بدليل حكم المادة 379 من القانون المدني التي تنص على أنه: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الإنتفاع به...".

وعلاوة على ذلك فإن المشرع الجزائري لم يتناول أحكام الضمان في القانون المدني فقط بل نص عليها أيضا وبصفة خاصة في قواعد قانون حماية المستهلك<sup>1</sup>، وبالأخص في الباب الثاني من الفصل الرابع تحت عنوان إلزامية الضمان والخدمة ما بعد البيع لاسيما في المادة 13-14 من نفس القانون.

نظرا لأهميتها القانونية من جهة وكذا دورها الفعال في حماية مقومات والمقتضيات الضرورية للمستهلك في مجتمعنا الحالي، وفي إطار قواعد حماية المستهلك نجد أن المشرع الجزائري يلزم المحترف بضمان جميع العيوب التي تعترى منتوجاته وذلك من أجل سلامة وأمن المستهلك في نهاية الأمر<sup>2</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 03 من المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات قد عرفت لنا المحترف بأنه "المنتج أو الصانع أو الوسيط أو الحرفي، أو التاجر أو المستورد أو الموزع وبصفة عامة كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو الخدمة نحو الإستهلاك".

وعلى أساس ما سبق فإن هذا المحترف يتوجب عليه أن يضمن سلامة منتوجاته من كل العيوب الخفية وهذا طبقا لمبدأ إلزامية ضمان العيوب الخفي<sup>3</sup> وبالنتيجة يتخلص المنتج من المسؤولية العقدية.

<sup>1</sup> - القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المؤرخ في 25/ فبراير 2009 ج- ر - ح ج دش، العدد 15 الصادرة بتاريخ 2009/03/08.

<sup>2</sup> - Cass.Req.21 oct.1925, D, 1926, 1, p.9 .

<sup>3</sup> - أنظر، عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية ط1، 2007 ص 474.

### الفرع الثالث: مميزات العيوب الخفية

تختلف العيوب الخفية عن عدم المطابقة، على أساس أن العيب الخفي هو مجرد خلل أو نقص يحدث أو يطرأ على ماهية المنتج أو الخدمة كما أنه يصيب ذاتية الشيء محل أو موضوع الإستهلاك ويكون من شأن هذا العيب التأثير على صلاحية المنتج<sup>1</sup> عند تسليمه للمستهلك ويشترط في ذلك أن يكون هذا العيب راجع إلى خطأ أو إهمال المستهلك، زيادة على ذلك قد يصيب هذا العيب المنتج بأكمله أو يرد فقط على أحد أجزائه، أما بالنسبة لعدم مطابقة المنتج فهنا المسألة تتعلق أساساً بعدم احتواء المنتج على المواصفات القياسية أو الخصائص التقنية التي ينص عليها القانون صراحة كالجودة و العلامة التجارية ، وهذه الأمور لا تؤثر في صلاحية المنتج للإستعمال بخلاف العيب الخفي، فعلى سبيل المثال، عندما يكون المبيع قطعة من قطع الأثاث، يكون هناك عيب خفي إذا كانت قطع الخشب المصنوع منها هذه القطعة قد دخلها السوس، أما إذا كانت سليمة ولكنها تختلف من حيث المقاسات أو من حيث التصميم هنا نكون بصدد عدم المطابقة، وبالتالي فإن عدم المطابقة لا يعد أبداً من قبل العيب كما أنه لا يندرج تحت تعريفه<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: الحالات الموجبة للضمان.

نص المشرع الجزائري على الحالات الموجبة للضمان في المادة 379 من القانون المدني الجزائري ونستخلص أن إلتزام المنتج أو البائع بضمان العيب الخفي يقوم في العناصر التالية:

**أولاً: أن يكون العيب مؤثراً**

اشتترطت المادة 1/379 من القانون المدني في العيب أن "ينقص من قيمته (أي الشيء المبيع ) أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله".

<sup>1</sup>-Grenoble 20 nov, 1952, D, 1962, juris p.503.

<sup>2</sup> -أنظر، عمر محمد عبد الباقي، المرجع السابق، ص741



ويظهر من هذا النص أن المشرع تطلب درجة كافية من الجسامة في العيب تقاس وفقا لمعيار موضوعي أو مادي يقوم على أساس وقوع العيب على مادة الشيء. فيكون من شأن العيب المؤثر أن ينقص من قيمة الشيء أو منفعته المادية مع ما بين القيمة والمنفعة من تمايز<sup>1</sup>.

ويقصد بالعيب المؤثر الموجب للضمان العيب الذي يقع في مادة الشيء الذي يعرض للإستهلاك إذ يكون من شأن هذا العيب أن ينقص من قيمة هذا الشيء نقصا محسوسا أو من منفعته حسبما قصد إليه المستهلك عند إقتناؤه المنتج أو ذلك الشيء وفي هذه الحالة يعتبر المستهلك بمثابة المشتري الذي يقوم بنفسه بشراء سلعة أو شيء معين بمقتضى عقد البيع<sup>2</sup> وكما يبدو أن قيمة الشيء محل البيع تختلف نوعا ما عن منفعته وهذا على أساس أن العيب في بعض الأحيان قد ينقص من قيمة الشيء دون منفعته والعكس صحيح<sup>3</sup> نذكر على سبيل المثال قيام شخص ما بشراء سيارة صالحة لجميع الأغراض المقصودة منها غير أن العيب الخفي فيها موجود في أحد أجزائها الداخلية<sup>4</sup> وبالضبط المقاعد الخلفية، فبرغم من أن هذا العيب ينقص من قيمة السيارة إلا أنه لا يؤثر مطلقا على صلاحيتها في السير.

ويستدل على نقصان قيمة أو منفعة الشيء بعناصر مادية ثلاثة حددتها المادة السابقة الذكر وهي: بما هو مذكور في العقد وبما يظهر من طبيعة الشيء وبالاستعمال العادي للشيء<sup>5</sup>. مما أدى إلى تزواج المفهوم المادي والمجرد للعيب بالمفهوم الوظيفي<sup>6</sup>

<sup>1</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.375.

<sup>2</sup> -Grenoble 20 nov, 1952, D, 1953, juris p.503

<sup>3</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص.717.

<sup>4</sup> - Cass.Comm.8 Juill, 1975, D.1975, 1 R.P.200.

<sup>5</sup> - وهو بدوره يستدل عليه بالنظر إلى السعر والصف المتفق عليه والشروط العامة للعقد

Cas(G)et FERRIER.(D), Op.cit, p447.

<sup>6</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.376.

وعلى ذلك فإنه ينظر إلى العيب المؤثر على أساس المعيار المادي من خلال توضيح نية أو قصد المتعاقدان كما هو مبين في العقد أو طبيعة الشيء محل التعاقد أو الغرض الذي اعد له, حسب ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني سابقة الذكر. وبالتالي يكون العيب مؤثرا إذا خلا الشيء من صفة تقرر أو تصريح البائع أنها موجودة فيه<sup>1</sup>.

### ثانيا: أن يكون العيب قديما

ومعنى كونه قديما أي أن يكون موجودا وقت تسلم المشتري للمبيع من البائع. وسواء وجد العيب قبل تمام البيع أو حدث بعد تمامه فالمهم أن يكون موجودا وقت التسليم.

وعلى ذلك فإذا لم يكن موجودا في هذا الوقت وحدث بعد تسلم المشتري للمبيع فلا يضمنه البائع.

ولما كان المشتري هو الذي يتمسك بالعيب الخفي فإنه يقع عليه عبء إثبات وجود جرثومته قبل البيع ولو لم تظهر آثاره الضارة إلا لاحقا كما في تعفن منتج طبيعي<sup>2</sup>.

والمقصود كذلك بقديم العيب أن يكون موجودا في المبيع أو الشيء وقت تسلمه من البائع أو المنتج, حتى وأن كان الشيء غير معين بالذات أي معين بنوعه فقط أين تنتقل ملكيته إلى المشتري بعد قيام البائع بعملية الفرز طبقا لأحكام المادة 166 (ق.م.ج)<sup>3</sup>, حيث أن الفرز يقع عادة وقت التسليم لأن المشتري لا يصبح مالكا للشيء

<sup>1</sup> - أنظر, عبد الرزاق السنهوري, المرجع السابق, ص 718.

<sup>2</sup> - أنظر, محمد بودالي, المرجع السابق, ص 374.

<sup>3</sup> - حيث تنص المادة 166 ف01 من القانون المدني على أنه "إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء".

بمجرد العقد بل تنتقل إليه الملكية من اليوم الذي يفرز فيه البائع ذلك الشيء معين بنوع كالمح مثلا<sup>1</sup>.

وعليه إذا تراخى التسليم عن الإفراز ولم يكن بالمبيع عيب خفي وقت إفرازه ثم لحقه العيب في فترة ما بين الإفراز والتسليم في هذه الحالة يكون البائع مسؤولاً عن ضمان هذا العيب.

ويتمتع قضاة الموضوع بسلطة تقديرية لإثبات صفة القدم في العيب والتي تستخلص من طبيعة العيب نفسه فالعيب في نظام المكابح هو بالضرورة سابق للبيع وانفجار جهاز التلفزيون وتجلد الأنابيب. ولكن لا يعتبر العيب قديماً إذا كان راجعاً إلى العمل غير المتق (bricolage) الذي قام به المشتري بنفسه بعد التسليم.

ولكن صعوبة الإثبات تثور عندما يكون الشيء المبيع محلاً لعدة تصرفات ناقلة للملكية وأحسن مثال لذلك هو السيارات المستعملة. وفي هذه الحالة يجب إثبات في أي وقت ظهر العيب من أجل تحديد نقطة بدء تحريك الإي دعوى الرجوع<sup>2</sup>.

وأوجبت المادة 1/380 (ق.م.ج) على المشتري الذي يريد الاستفادة من الضمان أن يبادر إلى فحص المبيع ومعاينته بعد تسلمه أما بنفسه أو بواسطة خبير.

وسواء كان بالمبيع عيب ظاهر يستطيع أن ينتبه إليه المشتري بالفحص المعتاد أو كان العيب خفياً لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد وإنما بفحص فني ومتخصص فإنه يجب على المشتري أن يخطر البائع بالعيب بمجرد ظهوره ودون إبطاء" وفي أجل مقبول عادة" أي وفقاً للمألوف في التعامل فإذا لم يقم بالإخطار في الوقت الملائم اعتبر المبيع غير معيب واعتبر المشتري راضياً بالعيب الذي وجد فيه. ولم يحدد المشرع شكلاً أو وسيلة معينة للإخطار فيصبح أن يكون بجميع طرق الإثبات بوصفه واقعة مادية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، صبري السعدي، شرح ق-م-ج-2، ط1، دار الهدى، الجزائر ط 2010، ص27.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص.371.

<sup>3</sup> - V.Berlioz.Droit de la consommation et droit des contrats, J.C.P. éd.G.1979.II, 13019

وبعد هذا الإخطار يكون للمشتري الحق في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيب الخفي<sup>1</sup>. وقيد المشرع استعمال هذه الدعوى بكون العيب جسيما أو غير جسيم:

فإذا كان العيب جسيما بحيث لو علم به المشتري وقت البيع لما أقدم على الشراء. فيكون مخييرا بين رد المبيع المعيب وما أفاده منه إلى البائع مضافا إليها المبالغ التي كان سيطلب بها في حالة الاستحقاق الكلي وبين استبقاء المبيع مع المطالبة

بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب<sup>2</sup>.

أما إذا لم يكن العيب جسيما بحيث حتى لو علم المشتري بوجوده لأقدم على الشراء رغم ذلك ولكن بثمن اقل فانه في هذه الحالة لا يكون للمشتري أن يطالب البائع بتعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب<sup>3</sup>.

بناء على ذلك نستخلص أن العيب الخفي ينبغي أن يكون وقت التسليم، بمفهوم المخالفة إذا لم يظهر العيب أو الخلل في المنتج وقت التسليم فلا يضمنه المنتج أو البائع في هذه الحالة لأن مسؤولية البائع تنتفي بعد التسليم ويبقى المشتري وحده المسؤول عن ذلك العيب.

**ثالثا: أن يكون العيب خفيا.**

أشار إليه، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 502.

<sup>1</sup>-Cass.Comm.17 Dec, 1973, J.C.P.1975.11, 17912.

<sup>2</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص 375.

<sup>3</sup> - وفي ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المصري: "لم يرى المشرع المصري مشروع التقنين الجديد داعيا لتعدد الأحكام في ضمان الاستحقاق وفي ضمان العيب فان الضامنين مرد هما إلى أصول واحدة في القواعد العامة فالواجب ادن في ضمان العيب تطبيق ما تقرر في ضمان الاستحقاق. ومقتضى هذا التطبيق أن العيب الجسيم يكون للمشتري مخييرا فيه بين الفسخ أو إبقاء البيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضي به القواعد العامة فيعوض المشتري ما أصابه من خسارة وما فاتته من كسب بسبب العيب. وإذا لم يكن العيب جسيما فلا للمشتري إلا التعويض ويزيد التعويض أو ينقص تبعا لما إذا كان البائع سيئ النية إلى يعلم بالعيب أو حسن النية أي لا يعلم به" مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج4 مطبعة دار الكتاب العربي ص 123 124.

فيما يخص صفة العيب خفاء أو ظهورا ذهب القضاء الفرنسي إلي أنها تختلف باختلاف صفة المشتري فيما إذا كان شخصا عاديا أو محترفا. فإذا كان المشتري شخصا عاديا أي ليس ذو اختصاص تقني ومهني يسمح له بالتعرف على الشيء. فإذا المحاكم تجيز بسهولة صفة الخفاء في العيب.<sup>1</sup> أما إذا كان المشتري محترفا أو خبيرا فيفترض فيه معرفة عيوب الشيء المبيع الذي يشتريه كما انه يتوصل إلى اكتشافها بسهولة.<sup>2</sup>

ولم تشترط محكمة النقض الفرنسية أن يكون المشتري المحترف من نفس اختصاص البائع<sup>3</sup> غير أن الالتزام بالفحص الذي يقع على المشتري المحترف ليس مطلقا فقد يكون العيب خفيا ولو كان المشتري محترفا إذا تعمد البائع إخفاء<sup>4</sup> العيب غشا منه أو عندما يكون المشتري محترفا ولكن ليس من نفس اختصاص البائع. فقريئة العلم لا تسري إلا إذا كان المشتري المحترف من نفس اختصاص البائع ولكنها قريئة بسيطة يمكن إثبات عكسها بان مشتري محترف آخر لم يكن باستطاعته اكتشاف العيب<sup>5</sup>. إذا كان العيب ظاهرا وقت التسليم وكان المشتري راضيا به فهنا لا يضمن البائع هذا العيب لأن المشتري سبق له أن رأى هذا العيب وسكت عنه دون أي إعتراض حتى وإن كان خفيا أي غير ظاهر فلا يضمنه البائع إذا كان المشتري يعلم

<sup>1</sup>- Com., 22juin 1993:JCP éden.1993.pan.1116.

كما في البقع الصفراء الواضحة على المعطف بفعل عرضه لمدة طويلة في واجهة المحل إمام أشعة الشمس: com., 5fevrier1974:bull.civ.iv.p50.

<sup>2</sup>-Civ (G) 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1962:d1963, p.144.

وقد تعلق الأمر ببيع فلاح لجرار إلى أصحاب مرآب للسيارات garagistes

<sup>3</sup> - كما هو الحل بالنسبة لصانع السفن والمجهز (المشتري) فهما شخصان محترقان ليس من نفس الاختصاص حتى ولو كان المجهز عبارة عن مؤسسة تضم بين عمالها من يساوي في معرفته صانع السفن (البائع) : com., 29janvier :

1974.citépar MALAURI.(ph)et aynes.(L), op.op.cit, p236

<sup>4</sup>- Com., 25 mai 1982:d1982 tr.p422.

<sup>5</sup> -أنظر, محمد بودالي, المرجع السابق, ص.377.

بها وقت التعاقد أو كان بإمكانه أن يتعرف عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي<sup>1</sup> وعلى ذلك فإن مسألة عبء الإثبات تقع على البائع.

والجدير بالذكر أن مسألة تعمد البائع في إخفاء العيب تقتضي من المشتري أن يثبت أن البائع كان سيء النية وقام بكامل إرادته الحرة والمستقلة بإخفاء العيب وهنا ترجع السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في تقرير ما إذا كان البائع فعلا سيء النية أولا، ويبني حكمه وقناعته الشخصية من خلال الوقائع المادية المعروضة أمامه بخصوص النزاع المطروح وله أن يستند في ذلك على أسس ومعايير العدالة باعتبار أن سوء النية مسألة باطنية يصعب على المرء أن يكشف عنها بسهولة.

رابعا: أن يكون العيب غير معلوم.

يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية التي يكون المشتري غير عالم بها وقت إبرام عقد البيع، بمفهوم المخالفة لا يلتزم البائع بضمان العيوب التي كان المشتري عالما بها لحظة إبرام العقد طبقا للفقرة 02 من المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "... غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع..." وهذا النص يعتبر إستثناء من القاعدة العامة التي تقتضي بالزامية ضمان العيوب الخفية على البائع، زيادة على ذلك لا يلتزم البائع بالضمان في حالة عدم إخباره بظهور العيب لأن المشتري في هذه الحالة كان يعلم بهذا العيب ومن ثم سكوته يعد بمثابة رضائه على وجود العيب وعليه فإن هذا الرضا يعد قرينة قانونية على قبول المشتري للمبيع بهذه الحالة على أساس حكم المادة 380 فقرة 02 من القانون المدني<sup>2</sup>. الذي ينبغي عليه أن يثبت أن المشتري يستطيع أو بإمكانه أن يكتشف العيب بنفسه ويكون العيب خفيا ويضمنه البائع في حالتين:

### 1- الحالة الأولى:

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص536.

<sup>2</sup> - حيث تنص الفقرة 02 من المادة 380 على أنه "غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب"

إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من هذا العيب هنا نلمس أن البائع قام بالتظليل والكذب على المشتري بغية دفعه إلى التعاقد والتأثير على إرادته من جهة وترويج منتجاته وسلعه مع علمه بالعيب أو الخلل الموجود في المنتج الذي يعرضه للإستهلاك في هذه الحالة يجب على المشتري أو المستهلك الذي يفتني المنتجات أن يثبت أن هذه الأخيرة أي المنتجات المراد إقتنائها كان بها عيب خفي وعلى ذلك يمكن للمشتري أن يثبت توافر العيب في المنتج بإعتباره واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا كالبينة والقرائن وكذا الإستعانة برأي الخبراء الفنيين إذا كان الأمر يحتاج فعلا إلى الخبرة<sup>1</sup>.

## 2- الحالة الثانية

تكمن هذه الحالة في تعمد البائع بإخفاء العيب غشا منه في هذه الحالة يكون البائع سيء النية<sup>2</sup> ولا يمكننا من الناحية القانونية إعفاءه من الضمان وهنا يقع عبء الإثبات أيضا على المشتري<sup>3</sup> وهذا الأخير يجب عليه أن يثبت مسألة غش البائع بكل وسائل الإثبات، لأنه في بعض الأحيان قد يكون العيب الخفي موجود فعلا في المنتج إلا أن البائع لا يعلم بوجوده ومع ذلك يضمن هذا العيب رغم أنه حسن النية ومفاد هذا القول أن البائع سواء كان حسن النية أو سيء النية فإنه يلتزم بضمان العيب<sup>4</sup>.

### المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن ضمان العيوب الخفية.

إن فكرة ضمان العيوب الخفية تؤدي إلى إحداث آثار قانونية معينة أمام إمتناع المحترف عن تنفيذ إلتزامه التعاقدي وهذه الآثار تنحصر في حقوق المستهلك الناشئة عن هذا الإلتزام بالمقابل تقوم مسؤولية المحترف وهذا ما سوف نتعرض له في المطالب الآتية:

<sup>1</sup> - أنظر، محمد عمر عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 558.

<sup>2</sup> - O.Tournafond, les prétendus concurs, d'adctions et le contrat de vente, D.1989.chr.P.238.NO 11.

أشار إليه، عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص. 528.

<sup>3</sup> - Cass, 3e civ, 20 janv.1982, Bull.civ, III, No.20, 12 fev, 1980, D, juris 1981, p.278.

<sup>4</sup> - أنظر، عبد الرزاق لسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص. 724.

### الفرع الأول: حق الطرف الضعيف في إطار ضمان العيوب الخفية.

سننظر في هذا الفرع إلى حق المستهلك في المطالبة بإصلاح العيب أو إستبداله , ومن ثم ننتقل إلى مدى إمكانيته في فسخ العقد أو إبطاله وفي الأخير نتعرض إلى دراسة دعوى الضمان بصورة مفصلة.

#### أولاً: إصلاح العيب أو إستبدال المنتج.

المشعر الجزائري<sup>1</sup> أعطى للمستهلك الحق في المطالبة بتصليح المنتج المعيب أو إستبدال سلعة بسلعة أخرى مماثلة<sup>2</sup> على إعتبار أن أول حق ينشؤه الضمان القانوني الخاص للمستهلك هو حقه في إصلاح العيب إذا كان قابلاً للإصلاح شريطة ألا يكون العيب جسيماً. معنى ذلك أن المحترف يلتزم بحكم القانون بإستبدال المنتج أو إصلاحه مجاناً وذلك في أجل يطابق الأعراف المعمول بها حسب مقتضيات المادة 08 من المرسوم التنفيذي 266/90.<sup>3</sup>

أما إذا كان العيب جسيماً ففي هذه الحالة يحق للمشتري أن يطلب إستبدال المنتج بمنتج آخر إذا كان ذلك ممكناً<sup>4</sup>.

#### ثانياً: فسخ العقد أو إبقائه.

طبقاً للقواعد العامة فإن المستهلك يملك كامل الحق في طلب فسخ العقد إذا لم يحم المحترف بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية, وقبل المطالبة بالفسخ يلتزم المستهلك في بادئ الأمر بطلب تنفيذ الإلتزام مطالباً بتسليم سلعة أخرى غير معيبة نتيجة وقوع المستهلك ضحية الخداع وعلى ذلك يجب على المنتج أو المورد أن يلتزم بتسليم السلعة التي

<sup>1</sup> - المادة 13 من قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش, والمرسوم التنفيذي رقم 372-13 المؤرخ في 26 فيفري 2013 الخاص بضمان المنتوجات والخدمات الذي عدل وأتم المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المشتري والخدمات .

<sup>2</sup> - أنظر, محمد عبد الباقي, المرجع السابق, ص.540.

<sup>3</sup> - إرجع إلى المادة 13 من قانون 09-03- سألغة الذكر.

<sup>4</sup> - أنظر, محمد بودالي, حماية المستهلك في القانون المقارن, المرجع السابق, ص374, ص375.



يرغب في إقتنائها المستهلك أو المشتري<sup>1</sup> لأن القاعدة العامة تقضي بالتنفيذ العيني للإلتزام متى كان ذلك ممكنا بدليل حكم المادة 176 من القانون المدني.

وعلى ذلك إذا تخلف المورد عن تنفيذ إلتزامه ففي هذه الحالة وبعد إذاره طبقا للمادة 180 من القانون المدني يحق للمستهلك أن يطلب فسخ العقد أي رفع دعوى الفسخ وإثر ذلك يكمن في إرجاع السلعة المعيبة إلى صاحبها وبمقابل يسترد المستهلك الثمن الذي دفعه دون أي نفقات إضافية.

وبهذا تتحقق قاعدة فسخ العقد والتمثلة أساسا في إرجاع المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد<sup>2</sup>.

وزيادة على ذلك يجوز للمستهلك أيضا إستيفاء المبيع إذا كان العيب جزئيا ولا يؤثر على صلاحيته ومفاد هذا القول أن العقد يبقى قائم مع إمكانية إسترداد جزء من الثمن يعادل درجة العجز<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: حق المتعاقد في إبطال العقد أو المطالبة بالرضمان.

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى حق المتعاقد في إبطال العقد (أولا) , أو له الحق في المطالبة بالرضمان (ثانيا)

#### أولا: حق المتعاقد في إبطال العقد.

نعلم أن الغلط قد يقع في صفة جوهرية في الشيء قد ننصل بصلاحيته مما يؤدي إلى إنعدامها وهذا ما يجعل الشيء المبيع غير صالح للغرض الذي أعد له<sup>4</sup> فهنا يمكن للمستهلك أن يرفع دعوى إبطال العقد على أساس الغلط الذي وقع فيه البائع حسب مقتضيات المادة 82 الفقرة 02 من القانون المدني التي تنص على أنه "...ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء..." كما أن المشرع الجزائري أكد لنا في

1 - أنظر, رضا متولي وهدان, الخداع الإعلاني وأثره في معيار التدليس ط1 دار الفكر - 2008 ص 67.

2 - أنظر, عبد الرزاق السنهوري, نظرية العقد ج2, ط2 منشورات حلبي الحقوقية بيروت ط.1998, ص.298.

3 - أنظر, محمد بودالي, المرجع السابق, ص.375.

4 - أنظر, محمد بودالي المرجع السابق, ص.361, ص.363.

المادة 83 من نفس القانون على قابلية العقد للإبطال متى توافرت فيه إحدى الشروط المنصوص عليها في المواد 81-82 من القانون المدني وبالأخص شرط جوهرية الغلط.

وعلى أساس ما سبق فإنه يحق للمستهلك أن يبطل العقد بينه وبين المورد للسلعة متى إكتشف أن بها عيب ينقص من قيمتها وهذا العيب قد يكون في أي عنصر من العناصر المكونة للسلعة<sup>1</sup>.

### ثانيا: الحق في المطالبة بالضمان.

لا شك في أن دعوى الضمان تعتبر من أهم الوسائل والضمانات القانونية التي وضعها المشرع في يد المستهلك.

واشترط القانون وجوب رفع دعوى الضمان في وقت قصير Un bref délai دون أن يحدده بوقت معلوم. وهي الحالة الوحيدة التي لم يحدد فيها قانون نابليون مدة التقادم ولا تاريخ بدئها وترك أمرها للقضاء وفقا لطبيعة العيب وعرف المكان الذي وقع فيه البيع<sup>2</sup>.

والهدف من تقصير المدة هو الحفاظ على استقرار المعاملات وحفظ أدلة إثبات العيب وصون مصلحة البائع في عدم بقاءه مهتدا بالالتزام بالضمان إلى وقت طويل وغير معلوم.

### أ- محل الدعوى:

بخصوص موضوع الدعوى نجد أن المشرع الجزائري يميز بين العيب الجسيم والعيب اليسير وفي كلتا الحالتين يلتزم المحترف بضمان العيب الخفي الذي ينقص من قيمة السلعة أو الخدمة بشرط أن يكون النقص محسوسا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>-أنظر، رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص66.

<sup>2</sup>- Malaurie.(ph)et AYNES.(L), op.cit, , p.241.

<sup>3</sup>- أنظر، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص212، ص213.

إذن دعوى الضمان قد ترد على عيب خفي في المنتج بصفة عامة سواء كانت خدمة أو سلعة يريد المستهلك إقتنائها.

### ب- آجال رفع دعوى الضمان.

نستخلص من أحكام المادة 381 من القانون المدني أن المشتري يحق له المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 من القانون المدني إذا أخبر البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم معنى ذلك يشترط لرفع دعوى ضمان العيب الخفي إخطار البائع مسبقا ويكون ذلك خلال مدة معقولة وهذه المدة تخضع لسلطة تقديرية للقاضي<sup>1</sup>.

وعلى ذلك يمكن للمشتري أن يرفع دعواه خلال سنة من وقت تسليم المبيع لأنه بعد مرور هذه السنة يسقط حق المشتري في المطالبة بالضمان.

### ج- سقوط دعوى الضمان.

من المقرر قانونا أن حق المستهلك في المطالبة بالضمان يبقى مستمرا حتى وإن هلك الشيء المبيع أو السلعة طبقا أحكام المادة 382 من القانون المدني<sup>2</sup>. وبالرجوع إلى نص المادة 383 من نفس القانون نجد أن حق المستهلك في رفع دعوى الضمان يسقط بالتقادم<sup>3</sup>.

### 1- القاعدة العامة.

بإستقراء الفقرة الأولى من نص المادة 383 سابقة الذكر نستنتج أن دعوى الضمان تسقط بالتقادم بعد إنقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى وإن إكتشف المشتري العيب بعد مرور سنة وهذا مالم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

<sup>1</sup> -وتقابلة نص م.1648 (ق.م.ف) التي تنص على دعوى الضمان والمهلة المقررة لذلك.

<sup>2</sup> - إرجع للمادة 382 من القانون المدني.

<sup>3</sup> - حيث تنص المادة 383 فقرة 1 من القانون المدني: "تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

## 2- الإستثناء الأول الوارد على المبدأ.

يمكن للمستهلك بإعتباره مشتري أن يستفيد من فترة ضمان أطول إذا ما إشتراطه مع المحترف أو المنتج بمقتضى إتفاق خاص بينهما ويكون ذلك بدون مقابل وأكثر فائدة وحماية للمستهلك.

## 3- الإستثناء الثاني الوارد على المبدأ.

تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على عدم إمكانية البائع التمسك بسنة التقادم

إذا كان سىء النية<sup>1</sup>, بمعنى أن البائع إذا أخفى العيب الموجود في منتوجه غشا منه ففي هذه الحالة لا يستفيد من مدة التقادم.

أما إذا كان البائع حسن النية بحيث أنه لم يكن على علم بالعيب الموجود في منتجه فهنا بإمكانه أن يستفيد من التقادم على أساس أن هذا الأخير من شأنه أن يؤدي إلى إنقضاء إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية بالمقابل سقوط حق المستهلك في الضمان.

## المطلب الرابع: قيام مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تلحق بالطرف الضعيف.

من الواضح أن المقصود بالمنتج هو كل شخص متدخل في عملية

الإنتاج. بحيث عرفه المشرع الفرنسي في المادة 1386 الفقرة 206<sup>2</sup> " بأنه الصانع للمنتج

<sup>1</sup> - تنص الفقرة 02 من نفس المادة على أنه " غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه ".

<sup>2</sup> -1386-6 "Est producteur, lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante. Est assimilée à un producteur pour l'application du présent titre toute personne agissant à titre professionnel: 1° Qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ; 2° Qui importe un produit dans la Communauté européenne en vue d'une vente, d'une location, avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution. Ne sont pas considérées comme producteurs, au sens du présent titre, les personnes dont la responsabilité peut être recherchée sur le fondement des articles 1792 à 1792-6 et 1646-1 "c.c.f, p.231.

النهائي المنتج للمواد الأولية... " ونخلص من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي قسم المنتجين إلى فئتين فهناك المنتج الفعلي، ومن هم في حكم المنتج وهذا الأخير نقصد به الشخص الذي يظهر أمام المستهلك ويتعامل معه بصفته منتجا فعليا كالمستورد أو صاحب العلامة التجارية<sup>1</sup>.

وعلى ذلك يعتبر المنتج سواء كان تاجرا أو صانعا مسؤولا عن الأضرار والخسائر المادية والمعنوية التي قد تلحق بالمستهلك من وراء المنتوجات المعيبة، كما أنه يسأل عن الخسائر التي سببها عيب منتج سواء إرتبط الضرر معه أم لا.

والتزام المنتج بضمان سلامة المستهلك على أساس المسؤولية المبنية على ضمان العيوب الخفية ظلت عاجزة عن توفير الحماية الكافية للمستهلك، فالضمان فيها يخضع لقيود وشروط لا بد من احترامها، كما أن بعض نصوصها لا تحتل تفسيراً موسعاً، وفيها أيضاً لا يسمح للمشتري بالضرر بالحصول على التعويض إلا إذا أثبت أن بالمبيع عيباً خفياً مؤثراً، وسابقاً على البيع وأن لا يكون المشتري عالماً به<sup>2</sup>.

وفي الواقع العلمي نجد المستهلك، أي المشتري العادي، يجهل في كثير من الأحيان وجود مثل هذا الضمان القانوني، ولا يفكر إطلاقاً إلا فيما وافق عليه المنتج البائع من ضمان لصلاحيته المبيع للعمل مدة معينة، وحتى لو افترضنا علمه بالعيب فإنه من الناحية العملية غير مجد له، إذ ربما لا تبرر القيمة الاقتصادية للشيء الدخول في نزاع قضائي قد يكلفه الكثير<sup>3</sup>.

هذا فضلا عن القيود الزمنية التي يتعين على المشتري التقيد بها وإلا فقد حقه في الرجوع بالضمان. إذ يجب عليه أن يقوم عند استلام المبيع بالتحقق من حالته وإخطار البائع بوجود العيب خلال مدة معقولة، وهي سنة من يوم التسليم في القانونين الجزائري والمصري. وإذا كان القضاء قد استطاع أن يشتبه المنتج البائع والبائع الحرفي

1 - أنظر، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 219.

2 - أنظر، جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص 98.

3 - أنظر، جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص 98.

بالبائع سيء النية الذي يعلم بعيوب المبيع، وأن يخلص المستهلك المضروب من عبء إثبات العلم، فإنه لم يستطع أن يسقط عن كاهله عبء إقامة البرهان على وجود العيب بشروطه السابقة<sup>1</sup>.

أضف إلى ذلك أن الجهود التي بذلت لتخليص المستهلك من قيد المدة القصيرة عن طريق دعوى التسليم المطابق لم تؤدي إلى نتيجة مرضية إزاء معارضة جانب من الفقه، وتردد دوائر محكمة النقض الفرنسية بصدد الأخذ بها أو رفضه<sup>2</sup>، وعلاوة على تدخل المشرع لإقامة مسؤولية المنتج على أساس إخلاله بضمان صلاحية المنتج للعمل. فغالبا ما يكون المنتج مقصرا في تنفيذ هذا الضمان ويعمد المستهلك إلى إنذاره بتنفيذ التزامه وإلا يرفع عليه الدعوى، لكن البائع يعده بذلك، ويبقى على هذه الحال، حتى تنتضي المدة القانونية لرفع الدعوى، وهكذا يضيع حقه في الضمان<sup>3</sup>. أضف إلى ذلك أن هذا الضمان قاصر على بعض المنتجات الصناعية الدقيقة، كالألات والأجهزة الكهربائية، وأن الطابع الفني لهذه الأخيرة وما تتطلبه من دقة في الاستعمال يجعل من الصعب عند وقوع حادث إثبات ما كان الضرر يرجع إلى سوء أو إهمال في الصيانة يسأل عنه المشتري<sup>4</sup>.

### الفرع الأول: طبيعة مسؤولية المنتج.

بالرجوع إلى قواعد القانون المدني فإن المسؤولية العقدية تتحقق على إثر الإخلال بالالتزام الناشئ عن العقد بحكم أن كل من الدائن والمدين، كانا مرتبطان بمقتضى عقد سابق على قيام المسؤولية<sup>5</sup>، وعلى ذلك فإن المسؤولية العقدية بحسب الأصل تقوم أساسا على فكرتين هما الخطأ والضرر معنى ذلك إذا لم يقم المدين بتنفيذ

<sup>1</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص.98.

<sup>2</sup> - Cass.3<sup>e</sup> civ 13 avr, 1988, Bull civ III, No.67, 3<sup>e</sup> civ 25 janv, 1989, J.C.P, 1989, IV.p.9, 3<sup>e</sup> civ 27 Mars 1991, Bull, civ.II NO.107, J.C.P 1992.

<sup>3</sup> - Cass, Comm.26 avr 1994, J.C.P.1994.II.22356.note L.Leveneur.

<sup>4</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص.98.

<sup>5</sup> - أنظر، إبراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة، ص.25.

الإلتزام التعاقدى فإن هذا الأمر من شأنه أن يشكل خطأ عقدي لاسيما إذا كان عدم تنفيذه لهذا الإلتزام راجع إلى فعل الشيء، ويتحقق ذلك عندما يسلم المدين الشيء موضوع العقد للدائن مثلما هو الحال بالنسبة لعقد البيع أين يلتزم البائع بتسليم الآلة المباعة للمشتري فتتفجر الآلة في يد المشتري وتصيبه بضرر في نفسه هنا يصبح البائع مسؤولا مسؤولية عقدية كجزاء الإخلال بالإلتزامه العقدي المتمثل في ضمان العيوب الخفية<sup>1</sup>، لأن الضرر الذي لحق بالمشتري كان نتيجة العيب الموجود في الآلة ولو كان يعلمه المشتري لما أتم البيع أساسا.

المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي السباق في الأخذ بمسألة حماية المستهلك، يسعى جاهدا الى توفير ترسانة قانونية تكفل حماية حقوق المستهلكين في ذات المجال الذي تطرق اليه القانون المقارن ولا سيما المشرع الفرنسي<sup>2</sup> بناء على ذلك فإن المسؤولية تقع على عاتق المنتج مادام أن هناك عيب في المنتج وهذا الأخير أثر بشكل سلبي على المستهلك بوصفه مشتري، حيث أن مسؤولية المنتج تقوم بصرف النظر عن وجود علاقة تعاقدية بين المضرور والمنتج، وهذا بدليل ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 140 مكرر الفقرة الأولى بقوله " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية".

وإذا أخل المنتج بالتزاماته كان عليه أن يتحمل جميع النتائج المترتبة على ذلك<sup>3</sup>. وهذا ما قضت به محكمة باريس الإستئنافية: "كل تنفيذ للعقد يجب ألا ينشئ للمتعاقد الآخر خطرا يتعارض مع روحه والنتيجة، بل يلقي على عاتق من يلتزم بالأداء، التزمنا بالسلامة يتجاوز بعمومه وقوته، مجرد ضمان العيوب الخفية ويهيمن عليه، ويقوم

<sup>1</sup> - أنظر، مروان كساب، الخطأ العقدي وآثار العقد. ط1، 2000، ص47.

<sup>2</sup> - ولد عمر طيب، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، دراسة مقارنة، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة 2009-2010.

<sup>3</sup> - Cour.Cass.1er ch.civ, 28 nov, 1979, D.1985 juris, p.485 .

مسؤوليته (المدين) عند الإخلال، إلا إذا أثبت رجوعه إلى سبب أجنبي غير منسوب إليه.<sup>1</sup>

ونورد تطبيقات قضائية أخرى في هذا الصدد، منها ما ذهبت إليه محكمة السين (Seine) المدنية التي قضت بأن: " المنتج الذي يسلم للمشتري زجاجة مياه غازية يكون مسؤولاً عن الحادثة التي نجمت عن انفجارها متى ثبت أن المشتري استعملها استعمالاً عادياً، أن الزجاجة كان بها عيب جسيم يجعل استعمالها العادي مخوفاً بالخطر " .

ومنها ما قرره محكمة روان Rouen الاستئنافية من أن: " المنتج البائع يلتزم

بتسليم سلعة مأمونة، وعليه إذا باع وسلم زجاجة مياه غازية لا يمكن إمساكها دون خطر، نظراً لضآلة سمك جزء من الزجاج الذي صنعت به بشكل عادي، فإنه يكون قد أخل بالتزامه هذا، ويسأل بالتالي على الإصابة التي لحقت العميل في عينه اليسرى نتيجة انفجار تلك الزجاجة " <sup>2</sup>.

وعلى هذا الأساس فإن مسؤولية المنتج تقوم بصفة خاصة على ثلاث أركان

يمكن تفصيلها فيما يلي:

**أولاً: ركن العيب.**

يقصد بالعيب في مفهوم المادة 140 مكرر سابقة الذكر إنعدام السلامة، وليس

بالقدرة على الإستعمال، فالعيب الذي يعقد مسؤولية المنتج هو فقط ذلك العيب الذي

يعرض سلامة المستهلك وأمنه للخطر المحقق، وتقدير العيب يعتبر مسألة موضوعية

يخضع تقديرها لسلطة قاضي الموضوع <sup>3</sup>، ويكون المنتج معيباً عندما لا يستجيب

للرغبة المشروعة لمستعمله أي المستهلك أي بمعنى المنتج الذي لا يقدم السلامة

المنتظرة منه شرعاً وعلى ذلك يمكن إعتبار العيب على أنه الصفة الخطرة غير المألوفة للمنتج.

<sup>1</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر مشاقبة، المرجع السابق، ص.98.

<sup>2</sup> - أنظر، جابر محمد ظاهر، المرجع السابق، ص.98.

<sup>3</sup>-Cass.1 e civ.12 nov 1975, J.C.P., 1979, II 18479 .



**ثانيا: ركن الضرر.**

نعلم أن العيب الخفي الموجود في المنتج قد يكون من شأنه يصيب المستهلك في ذاته أو ماله ومن هنا نستخلص أن الضررنوعان فهناك الأضرار التي تمس الشخص في روحه وجسده كالأمراض، الوفاة... الخ وهذه الأضرار تستوجب أو تتطلب تعويضا يشمل جميع المتضررين جسديا وهناك أيضا الماسة بأموال المستهلك وفي هذه الحالة يتطلب الأمر أيضا تعويضا كاملا للضحية<sup>1</sup>.

**ثالثا: العلاقة السببية بينهما.**

معنى ذلك أن المستهلك تقع عليه مسألة عبء الإثبات أن الضرر الحاصل له كان بسبب عيب في سلامة المنتج أي إثبات العلاقة السببية بين العيب والضرر وإقامة الدليل على ذلك.

**الفرع الثاني: حالات الإعفاء من المسؤولية.**

لا شك في أن هناك حالات إستثنائية أوردها المشرع الفرنسي في القانون المدني وبالضبط في المواد 1386 فقرة 10 إلى المادة 1386 الفقرة 17 وفي مثل هذه الحالات الخاصة يجوز للمنتج أن ينفي المسؤولية عنه ومن بين أسباب الإعفاء نجد مايلي:

**أولا: إنعدام صفة المنتج.**

في هذه الحالة يجب على المنتج أو المحترف أن يثبت عدم عرضه المنتج للتداول، حتى وإن كان المنتج معروضا للتداول فإنه غير موجه نحو البيع، في أي حال من الأحوال<sup>2</sup>.

**ثانيا: خطأ المستهلك (الدائن).**

<sup>1</sup> - أنظر، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص214

<sup>2</sup> - أنظر، محمد بودالي، المرجع السابق، ص471.

وفي هذه الحالة يتوجب على المنتج أن يثبت أن خطأ الضحية إشتراك مع عيب المنتج في إحداث الضرر وهذا الإثبات من شأنه أن يؤدي إلى تخفيف مسؤولية المنتج أو يعفيه منها حسب الأحوال<sup>1</sup>.

### ثالثا: فعل الغير.

إن مسؤولية المنتج تجاه المستهلك لا تخفف بمجرد إثبات مساهمة فعل الغير في إحداث الضرر على أساس أن فعل الغير لا يعد سببا من أسباب الإعفاء الجزئي للمسؤولية وهذا يدفعنا إلى القول بقيام مسؤولية تضامنية تجاه الضحية<sup>2</sup>.

### رابعا: القوة القاهرة أو الحادث المفاجيء.

إذا كان الضرر الحاصل للمستهلك راجع إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجيء فإن المنتج لا يتحمل المسؤولية حسب القواعد العامة في القانون المدني<sup>3</sup>.

وما يمكن إستخلاصه من هذا المبحث لا يخرج عن إطار الحماية العقدية للمستهلك على ضوء الأحكام المتعلقة بضمان العيوب الخفية ودور هذا الأخير في توفير الحماية الفعالة للمستهلك، بحيث تتجلى مظاهر هذه الحماية في مدى إمكانية المستهلك من الإستفادة من هذا الضمان في إطار علاقته مع المحترف لا سيما أن التطور الصناعي والتكنولوجي الذي صاحبه الإرتفاع الهائل في نسبة المخاطر التي يكون من شأنها التأثير على سلامة المستهلك وأمنه<sup>4</sup>، الأمر الذي دفع القضاء إلى التصدي لهذه المشكلات التي تتسبب في إحداثها المنتجات المعيبة التي يتم عرضها نحو الإستهلاك.

<sup>1</sup> - أنظر، أحمد إبراهيم حسن، المرجع السابق، ص64.

<sup>2</sup> -V.Cass.2 e civ. 4 nov.1987, G.P.1983, Panor, p.14.

<sup>3</sup> -Cass.2e civ.14 avr.1988, C.P.1986 .

<sup>4</sup> -Cass.2 e civ.30 nov.1988 Bull.civ.II, No 240.p.130.

فضلا عن ذلك محاولة إيجاد السبيل في تعويض المستهلك الذي يصبح في معظم الأحيان متضررا نتيجة إقتتائه هذه المنتجات وإستعماله لها.

على هذا الأساس يمكن القول بأن حماية حقوق المستهلك تتوقف أساسا على إلزامية المنتج بضمان سلامة المنتج وخلوه من جميع العيوب التي تنقص من قيمته أو تجعله غير صالح للإستعمال المعد له وبالأخص حقه في أمنه وصحته من المخاطر.

وبالتالي، يجدر بالمشرع الجزائري توسيع نطاق المسؤولية العقدية في مجال ضمان العيوب الخفية بهدف حماية المقومات الأساسية للطرف الضعيف.

### خلاصة الباب الثاني:

نخلص إلى إقرار بسلطة القضاء ودوره في حماية المستهلك في مجال المنازعات الاستهلاكية التي كانت ولا تزال تطرح بكثرة في الساحة العملية الأمر الذي يتطلب تعزيز الدور الحمائي للقضاء مع إمكانية تفعيل القواعد القانونية المنظمة لعقود الاستهلاك خاصة من أجل تقاضي أو محاربة ظاهرة التعسف والقضاء على شروط التعسفية إلى تشكل إجحافا في حق الطرف الضعيف وتجعله يقدم على إبرام العقد دون رضاه.

وقد استحدث القضاء عدة التزامات استنادا إلى قواعد العدالة ووضعها على عاتق المحترفين، وذلك في العقود التي يعتمد ويركن فيها أحد المتعاقدين إلى دراية وتخصص المتعاقد الآخر في مجال لا يتوافر للأول فيه الخبرة والدراية اللازمة لتنفيذ العقد، حيث إن اعتبارات العدالة وحسن النية تستلزم حرمان المتعاقد المتخصص من الاستفادة بصورة غير مباشرة من جهل المتعاقد الآخر.

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية، ويأخذ بما يستقر صوابه في ضميره، ويرفض ما لا يطمئن إليه، ولكن هذه القاعدة العامة ليست مطلقة من كل قيد، بل أنها مقيدة بضرورة أن يستخلص القاضي حكمه من مصدر قائم بالفعل، وأن لا يكون هذا المصدر، رغم وجوده متناقضا مع مصادر أخرى موجودة في الدعوى.

وانطلاقاً من هذه السلطة يقوم القاضي بإضافة التزامات جديدة لم تتناولها الإرادة المشتركة للمتعاقدين وهو ما يستلزمه العقد. ويستكمل القاضي بنود العقد التفصيلية آخذاً في اعتباره أن كل عقد له طبيعة خاصة.

وتحقيقاً لرغبة المنتج الذي يكون في مركز الطرف القوي في جميع مراحل التعاقد إلى جانب ذلك يتجسد دور القضاء أيضاً في تحديد مهام العقد ونعني بذلك تحديد الالتزامات المفروضة بموجب العقد وذلك بصفة صريحة وبالأخص الالتزام بالإعلام والسلامة والضمان وهذه الأمور ينبغي على جميع المنتجين أو التجار احترامها لضمان سلامة وصحة المستهلك من الأضرار التي قد تنجم من جراء بيع المنتجات بطريقة مغشوشة وغير قانونية بمعنى مخالفة للتشريع المعمول به.

الختمة

من خلال العرض يمكن أن نقرر أن نطاق حماية الطرف الضعيف في العقد لا يتحدد فقط بنصوص وقواعد القانون المدني، بل يمتد كذلك إلى نصوص قانونية أخرى في قوانين أخرى كقانون حماية المستهلك، قانون العمل... الخ.

كما ينبغي القول أن الحماية القانونية للمتعاقد أصبحت لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد وإنما تتجلى أيضا في مرحلة تنفيذه. فبخصوص مسألة تكوين العقد فإن الأمر يتوقف في بادئ الأمر على رضا المتعاقد، ومدى شرعية الشروط التي يتضمنها ذلك العقد، وكما نعلم أن إرادة الأطراف المشتركة هي التي تنشأ العقد وتضع له المبادئ والقواعد التي تحكمه، وعلى هذا الأساس يتعين على المتعاقدان احترام بنود العقد إذ لا يجب عليهما مخالفة أحكام العقد وهذا بحكم أن هذا الأخير يكتسي قوة إلزامية من حيث مضمونه، حيث أن العقد كتصرف قانوني يرجع إلى إرادة الأطراف دون سواها، وكما نعلم أن العقد يقوم على أساس مبدئين مهمان هما مبدأ الرضائية من جهة، وكذا مبدأ حسن النية من جهة أخرى، معناه يجب أن يكون رضا المتعاقد خالي من عيوب الإرادة «التدليس - الغلط - الإكراه» حتى يكون العقد صحيحا لا باطلا، إلى جانب ذلك تأسيس العقد على النية الحسنة والحكمة من ذلك تكمن في استقرار المراكز القانونية للأطراف، وبصفة عامة حماية المصلحة المشتركة لأطراف المتعاقدة.

ففي مجال تكوين العقد نجد أن القضاء أصبح له دور فعال وإيجابي في حل العديد من المنازعات المتعلقة بتكوين العقد، وهذا ما نلمسه في أكثر من حالة فبالنسبة لمسألة تفسير العقود فالآن الأمر يتعلق بتكييف العقد محل النزاع، وهنا تظهر لنا سلطة القاضي المدني بصورة واضحة من خلال محاولته في البحث عن قصد المتعاقدان من وراء ذلك العقد، كما يمكن القول أن مهمة تفسير العقد تعتبر من المهام الصعبة والتي يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع وبالأخص إذا كانت شروط العقد غامضة أو كان مضمون العقد يعتريه النقص وهذا الأمر من شأنه أن يسبب ضررا لأحد المتعاقدان مما يتعين عليه في هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء ويطلب من القاضي تفسير العقد المتنازع عليه حسب مقتضيات العدالة والإنصاف.

نفس الشيء يقال بالنسبة للنزاع العقدي الذي يثور حول إرادة المتعاقدان والذي يكون موضوعه عيب من عيوب الرضا، هنا نتحدث عن دعوى إبطال العقد التي تعتبر من أهم الضمانات القضائية التي منحها المشرع الجزائري للطرف الضعيف في سبيل حماية مصلحته، هذا إلى جانب ترتيب المسؤولية المدنية على المتعاقد الآخر وكذا الدعاوى العقدية الأخرى وذلك حسب طبيعة النزاع المعروض أمام القضاء، والهدف الأول من تقديم الضمانات والآليات القضائية هو حماية الطرف الضعيف من الضرر الذي يلحق به من وراء الخطأ والتعسف الذي تسبب فيه المتعاقد الآخر.

أما بالنسبة لمسألة تنفيذ العقد هنا يتعلق الأمر بمسألة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، والتي رتبها العقد على ذمة أطرافه ومن الواضح أنه في كثير من الحالات نجد أن تنفيذ الالتزام من قبل أحد المتعاقدين يكون مستحيل، استحالة نسبية أو مطلقة وهذا قد يرجع إلى أسباب شخصية تتعلق بشخص المتعاقد أو أسباب قانونية أو بالأحرى أسباب وظروف تكون خارجة عن إرادة المتعاقد، وهذا ما يؤدي في نهاية الأمر إلى خلق نزاع بين المتعاقدين إذ يستدعي تدخل القاضي المدني لإيجاد الحل المناسب، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار المصلحة المشتركة لأطراف. ومن خلال دراستنا للباب الأول نجد أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي سلطات واسعة في جميع المراحل التي يمر بها العقد انطلاقاً من تكوينه إلى غاية الوصول إلى تنفيذ ذلك العقد ويتجلى ذلك من خلال سلطته في تعديل وإلغاء كل أو جزء من أحكامه وهذا طبعاً يدخل في إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع في حماية الطرف الضعيف في العقد.

ومن الواضح أن موضوع نطاق سلطة القاضي في مراجعة العقود وإعادة النظر فيها يعد من أهم الموضوعات التي عالجها القانون المدني، ذلك أن الوسيلة التي يتناولها القاضي بخصوص القضية موضوع النزاع هو العقد في حد ذاته، وبدون شك فإن السلطة المخولة قانوناً للقاضي في مراجعة العقود تكتسي أهمية قانونية بالغة بحكم أنها تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، فمن أوجه حماية الطرف

الضعيف في عقود الإذعان تفسير العقد لمصلحة الطرف المذعن بل أكثر من ذلك تحقيق مبدأ حرية التعاقد التي تقوم على أساس مبدأ حسن النية وهذا الأخير يشكل النواة الأساسية في تكوين العقود وتنفيذها وبالانعدام هذا المبدأ ينعدم العقد معه كأصل وكقاعدة عامة.

وعلى هذا الأساس ينبغي على القاضي عندما يفصل في النزاع العقدي أن يراعي مبدأ حسن النية في حكمه هذا إلى جانب النظريات التقليدية الأخرى كمنظريّة التعسف في استعمال الحق، بصرف النظر عن طبيعة العقد محل النزاع وهذا تجسيدا لقاعدة العقد قانونا المتعاقدان، وهذه القاعدة تعتبر من النظام العام لا يجوز لأحد المتعاقدان مخالفتها، بمعنى آخر، لا يجوز للطرف القوي في العقد أن يهيمن ويسيطر على إرادة الطرف الضعيف، ويستغل ضعف هذا الأخير من أجل تحقيق مكاسب لفائدة الطرف القوي مهما كانت الأسباب لأن ذلك من شأنه أن يؤثر على مصلحة الطرف الضعيف. من خلال الدراسة يتضح أن سلطة القاضي لا تقتصر على مرحلة تكوين العقد بل يتعداها إلى تنفيذه، أين يبرز دور القاضي بشكل كبير وبالأخص أن الأمر يتعلق بالالتزام محل العقد، وهذا ما نجده في أكثر من حالة كما هو الحال بالنسبة للظروف الطارئة فالقاضي بإمكانه أن يوقف تنفيذ العقد إذا اقتضى الأمر ذلك.

والغرض من ذلك هو إزالة الإجحاف بحق الطرف الضعيف بل أكثر من ذلك إعادة البناء الصحيح للعقد وخلق التوازن في المراكز القانونية للأطراف العقد. معنى ذلك أن تدخل القاضي في مثل هذه المسائل ضروري من أجل وضع حد لهذه المسألة، وجعل الالتزام العقدي يتماشى مع احتياجات المتعاقدان، وطبعا السلطة ترجع إلى تقدير القاضي الفاصل في موضوع النزاع كذلك يتبين دور القاضي في تحديد الشرط الجزائي الذي يتفق عليه الأطراف مسبقا في العقد وكما نعلم أن القاضي له سلطة في تقدير التعويض، وهذا في الحالة التي لا يكون فيها التعويض مقدرا بحسب العقد أو القانون. حيث يشمل هذا التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب كنتيجة حتمية لعدم وفاء المدين بالتزامه أو التأخر في الوفاء به. ولكن إذا كان الالتزام مصدره



العقد وكان المدين حسن النية، ففي هذه الحالة يلتزم بتعويض الضرر الذي كان من الممكن توقعه أثناء التعاقد.

إن تحديد قيمة التعويض مقدما في العقد تعتبر من بين الأمور الجوازية ليس من النظام العام للمتعاقدين، كما أن التعويض الإتفاقي لا يكون مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر حيث تتجلى سلطة القاضي في تخفيض مبلغ التعويض إذا اثبت المدين أن تقدير قيمة التعويض كان مفرطا أو إذا كنا بصدد تنفيذ جزئي للالتزام الأصلي. أو إذا تسبب الدائن بسوء نيته وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع كذلك، تظهر سلطة القاضي في زيادة الشرط الجزائي وهذا في الحالة التي يجاوز فيها الضرر قيمة التعويض المحدد في العقد بشرط أن يثبت الدائن أن المدين كان سيء النية، وأنه ارتكب غشا أو خطأ جسيم بل أكثر نم ذلك بإمكان القاضي أن لا يقضي بهذا الشرط إذا كان الدائن سيء النية.

بناء على ما قلناه نستخلص أن الشرط الجزائي ليس من النظام العام وعليه يجوز لأطراف الإتفاق على مخالفته، ولكن هذا الأمر يتناقض مع مبدأ حرية التعاقد وكذا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كما يتضح أن القاضي يملك سلطات واسعة في مجال تقدير الشرط الجزائي وكل في إطار الحدود التي يرسمها القانون.

والجدير بالذكر أن سلطات القاضي لا تتجلى في تكوين العقد وتنفيذه بل يمتد كذلك إلى تحديد مهام هذا العقد وكذا الشروط القانونية التي يتوجب على الأطراف مراعاتها أثناء تنفيذ ذلك العقد، معناه يمكن القول أن الحماية القانونية للطرف الضعيف لا تتوقف على رضائه بالعقد، بل الأمر متعلق بمدى شرعية الشروط التي يتضمنها هذا الأخير لا سيما إذا كنا بصدد عقد من عقود الإذعان هذا الصنف من العقود يحمل في طياته شروط توصف بأنها تعسفية، وهي ذات الشروط التي لا يراعي فيها مبدأ حسن النية كما أنها لا تقبل النقاش كونها ترمي إلى تحقيق أغراض شخصية نتيجة التعسف إذ يترتب عنها عدم التوازن والتكافؤ في الحقوق والالتزامات الناشئة عن العلاقة التعاقدية. مما قد يؤثر ذلك على إرادة أحد المتعاقدان مقارنة بالمتعاقدين الآخر

فيكون أحدهما في مركز الطرف الضعيف، والتي تجب حمايته قانوناً مقارنة بالمتعاقد القوي هذا الأخير يقوم بفرض وسط إرادته على الطرف الضعيف من خلال وضع شروط العقد بنفسه، حسب ميولاته الشخصية ومصالحته الخاصة وهذا من شأنه أن يؤدي إلى المساس بمبدأ حرية التعاقد، أي التقييد من حرية الشخص الذي يكون في هذه الحالة بمثابة الطرف الضعيف وهذا الأمر يترتب عليه اثر قانوني يتمثل في الإخلال بالتوازن العقدي.

وعلى هذا الأساس كان لابد من وضع حد لظاهرة التعسف من خلال محاربة الشروط التعسفية، وعلى ذلك كان من الضروري على المتعاقد الضعيف أن يرفع أمره إلى القضاء أو يلجأ إلى القضاء كوسيلة قانونية وضعها المشرع الجزائي في يده من أجل حمايته من تعسف الطرف الآخر سواء كان دائن أو مدين وكما يبدو أن مجال الحماية العقدية أصبح يقتصر على العقود التبادلية أو عقود الاستهلاك أو البيع، أين نجد العقد يترتب التزامات متقابلة في ذمة أطرافه ولاشك أن الإلتزام يعتبر النواة الأساسية للعقد، فالغاية الأساسية من وراء إبرام العقود تكمن في ترتيب الحقوق وكذا الإلتزامات والإخلال بالإلتزام من قبل أحد المتعاقدان يترتب حقوقاً في ذمة الطرف الضعيف. وهي حق اللجوء إلى القضاء من خلال رفع دعوى قضائية للمطالبة بفسخ العقد بعد القيام بإعذار المدين بتنفيذ إلتزامه، وفي هذه الحالة ترجع السلطة التقديرية إلى القاضي في الفصل في القضية.

كذلك يتضح أن فكرة حماية المستهلك في الدول المتقدمة أصبحت تتماشى ومتطلبات المجتمع، وهذا بفعل تأثيرات العولمة هذا إلى جانب التحولات الاقتصادية الحاصلة فلو ذهبنا إلى المجتمع الفرنسي نجد أن المستهلك له مكانته الخاصة في الجانب الحمائي وهذا بالنظر إلى الإهتمام التشريعي من خلال تعزيز وتكثيف القواعد الحمائية في مجال حماية المستهلك من أضرار والمخاطر التي قد تواجه صحته وسلامته من جراء المنتجات التي يتم عرضها على الإستهلاك.

أما بالنسبة للدول غير المتقدمة كالجائر فإننا نلاحظ أن الحماية العقدية لا تجد تطبيقها من الأساس وهذا ما يعكسه لنا الواقع العلمي وهذا قد يرجع إلى أسباب وعوامل قد تكون في بعض الأحيان اجتماعية كما قد تكون ثقافية أي إنعدام الجانب التثقيفي والتوعوي في مجال حماية المستهلك وفي أغلب تكون أسباب اقتصادية تعاني منها البلاد وبالأخص فيما يتعلق بمسألة اقتناء المنتوجات ومدى مطابقتها للمقاييس والمواصفات القانونية.

وبالتالي يمكن القول أن تحقيق الحماية العقدية للطرف الضعيف، في ظل عقود الاستهلاك ومن ثم تظل مسألة مستحيلة إلى حد ما رغم توافر الإمكانيات البشرية والمادية لتحقيق ذلك.

كما تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية قد سبق وأن قررت العديد من المبادئ والقواعد والتي جاءت بها التشريعات المقارنة في مجال الحماية العقدية وهذا ما يتجلى بصورة واضحة من خلال تجريمها للكثير من البيوع والتي ترى بأنها مجحفة في حق المتعاقدان، ضف إلى ذلك تجريم الغش والاحتكار وكذا تنظيم أسعار البيع في إطار عقود الإستهلاك خاصة وبخصوص تحديد مهام العقد تتحدث هنا عن الالتزامات العقدية التي رتبها المشرع الجزائري على عاتق المنتج أو المحترف، ومن أهم هذه الالتزامات نجد إلتزامه بالإعلام إذ ينبغي أن نقر بأن إعلام المستهلك بالمعلومات الكافية حول المنتج يعد من قبيل الالتزامات الضرورية عند إبرام العقد وهذا الأمر من أجل تقادي المخاطر والمشاكل، التي قد تقع على المستهلك من جراء عدم أو إمتناع المنتج من تنفيذ إلتزامه بإعلام وكنتيجة لذلك الإخلال قد يفسخ العقد بناء على طلب المتعاقد الضعيف، وبالتالي يرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد. ومن الواضح أن حق المستهلك في الإعلام أصبح يشكل إحدى الركائز الأساسية من أجل الدفاع عن مصلحة المستهلكين بصفة خاصة.

وبوجه عام أصبح الإلتزام بالإعلام ضرورة قانونية لحماية إرادة المتعاقد الضعيف بل أكثر من ذلك إحداث توازن عقدي في إطار العلاقات بين المحترفين والمستهلكين

وإلى جانب التزام المحترف بالإعلام نجد كذلك الإلتزام بالضمان والحديث في هذا المقام ينصب على ضمان صحة التعاقد وأمنه من خطورة المنتوجات التي يتم عرضها لإستهلاك والتي في كثير من الأحيان يقوم بإتقانها تحت الإكراه دون إرادته وبضغط من التعاقد الآخر.

إن الإلتزام بالضمان يعتبر من الموضوعات التي اهتم بها المشرع الجزائري وأولها عناية كبيرة في مجال حماية الطرف الضعيف، وهذا ما نلاحظه من خلال استقراء قواعد القانون المدني وكذا القوانين الخاصة، وبالأخص قانون حماية المستهلك، ويتضح أن هناك نوعين من الضمان، ضمان العيوب الخفية في إطار البيع وهذا الضمان يخول المشتري الحق في رفع دعوى الضمان كوسيلة قانونية فعالة لحمايته تجاه البائع.

وهناك أيضا الضمان القانوني في إطار عقود الإستهلاك والذي نص عليه القانون المدني الجزائري، وطبعا هذا الضمان يستفيد منه المستهلك في حالة ظهور عيب في المنتج أو السلعة التي تم إقتنائها من قبله، ففي هذه الحلة يتعين على كل متدخل خلال فترة الضمان استبدال المنتج أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج إذا كان قابلا للتصليح، وذلك على نفقته وهذا كل يدخل في إطار حقوق المستهلك تجاه المحترف أو المنتج، مع العلم أن هذا الضمان لا يقتصر على المنتج وإنما يسري كذلك على الخدمات التي تعرض على الإستهلاك وعلى ذلك فإن الغرض الرئيسي من إلزامية الضمان هو توفير الحماية الكافية لذلك.

وفي مجال الإلتزام بالسلامة يتضح أنه يجب على كل متدخل في عملية الإنتاج أو عرض المنتوجات لإستهلاك أن يحترم إلزامية السلامة لاسيما إذا تعلق الأمر بالمواد الغذائية لأن هذه الأخيرة من شأنها أن تؤثر على سلامة أو صحة المستهلك إذا كانت غير سليمة كإنتهاء صلاحية المنتج مثلا، ونفس الشيء يقال بالنسبة للمواد التي تحتوي على قدر كبير من الملوثات. كما يتعين على المتدخل أن يحترم شروط النظافة الصحية وكذا وسائل نقل هذه المنتوجات وضمان عدم تلفها بفعل عوامل بيولوجية أو

كيميائية، لأن أي تلف يحدث في إحدى المواد المعروضة للإستهلاك من شأنه أن يؤثر تأثير سلبي على سلامة المستهلك وصحته. ولذا لا بد من إعطاء أكبر قدر من الحماية للطرف الضعيف في العقد وإلى إعادة تكييف القوانين الخاصة بحماية المستهلك.

ومن خلال دراستنا لمختلف الآليات القضائية لحماية الطرف الضعيف نستخلص أن المشرع الجزائري قد منح للقاضي العديد من الصلاحيات والسلطات في مجال حماية المستهلك بصفة خاصة، والمتعاقد بصفة عامة وهذا ما نلمسه في قواعد القانون المدني وكذا القوانين الخاصة، وبالنظر إلى أهمية العقود في حياتنا اليومية وبالأخص في الوقت الراهن إذ لا يوجد تصرف قانوني إلا ويتم إفراده في عقد سواء كان هذا الأخير رسمياً أو عرفياً، ولكن في جميع الأحوال تكون له حجية أمام القضاء وبالأخص بالنسبة لأطرافه. وكما يبدو أن القضاء أصبح له دور فعال وإيجابي في جميع الدعاوى العقدية الرامية إلى حماية الطرف الضعيف في العقد بصرف النظر عن الدعاوى المدنية الأخرى كدعوى الحيازة مثلاً.

بناءً على هذه النتائج التي توصلنا إليها ومن أجل تعزيز الحماية العقدية كان يتعين على المنظومة التشريعية أن تتبنى مبدأ التخصص في الجانب القضائي، معناه يجب أن يكون هناك قاضي يختص فقط، ودون سواه بالنظر والفصل في المنازعات العقدية، التي تطرح أمامه حتى تكون هناك نوع من الشفافية والإنصاف في فض النزاع فلو كان نفس القاضي يفصل في جميع المنازعات المدنية، فهذا الأمر يشكل إجحاف بحق أحد المتعاقدين إذا كنا بصدد نزاع عقدي معروض أمام الجهات القضائية، وهذا راجع إلى وحدة القضاء في الجزائر.

وبالنسبة لظاهرة التعسف والتي مازلنا إلى حد الآن نشهدها في الواقع العملي بمناسبة إبرام التصرفات القانونية، وبالأخص في إطار المعاملات التجارية والإقتصادية وكذا عقود الاستهلاك بصفة خاصة، ينبغي على المشرع الجزائري أن يضع قواعد قانونية صارمة من أجل حماية المتعاقد من الشروط التعسفية.

كذلك ينبغي توحيد أو جمع القوانين المتعلقة بمنازعات الإستهلاك في تقنين واحد، يشمل كافة النصوص والإجراءات المتعلقة بدعاوى الإستهلاك، وهذا ما يساهم في تعزيز دور القاضي ويسهل عملية الفصل في النزاع.

ولاشك في أن الجانب الإجرائي مهم جدا لحماية الطرف الضعيف في العقد، وعلى هذا الأساس يتعين على المشرع الجزائري أن ينظم الدعاوى العقدية بموجب نصوص خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبالأخص دعوى الضمان ودعوى الفسخ وهذا راجع إلى خصوصية كل دعوى عن الأخرى. ونفس الشيء بالنسبة للجانب الموضوعي إذ كان يتعين على المشرع الجزائري أن يولي اهتماماته بالجانب المتعلق بنظرية العقد من خلال وضع مدونة خاصة بأحكام العقد، تتضمن مجمل القواعد القانونية التي تنظم أنواع العقود وكذا الأحكام الخاصة بكل صنف من العقود، وهذا بالنظر إلى خصوصية كل عقد عن بقية العقود لا سيما العقود الملزمة للجانبين كون هذه الأخيرة تتعلق بالالتزامات محل العقد مع العلم أن هذه الأخيرة تثير إشكالات قانونية من الناحية الواقعية. كذلك يتضمن هذا القانون الطرف والآليات القانونية لحل النزاعات المتعلقة بهذه العقود وبذلك تصبح حقوق المتعاقد محمية قانونا.

إن عدم تعديل القانون الحمائي للمتعاقد يجعل منه قانون جامد، وبالتالي لا يتماشى ومتطلبات المجتمع، كما أنه لا يساير التحولات الإقتصادية وعلى ذلك كان يتعين على المشرع الجزائري أن يساير مختلف التشريعات المقارنة وبالأخص التشريع الفرنسي، من خلال إضفاء بعض التعديلات البسيطة على بعض النصوص حتى يكون هناك نوع من المرونة في التشريع، مع التدقيق في بعض المصطلحات القانونية وكذا صياغة النصوص القانونية.

إلى جانب ذلك الإبتعاد عن التناقضات بين النصوص التشريعية وكذا الثغرات القانونية.

وما يمكن أن نتوصل إليه في نهاية المطاف لا يخرج عن إطار مجمل السلطات التي خولها القانون صراحة للقاضي المدني بخصوص النزاعات التي تطرح أمامه،

والمرتبطة أساسا بالعقد فمن خلال العرض يتضح أن أساس العقد يكمن في حسن نية المتعاقدان، لا سيما أن هذا المبدأ يلعب دورا هاما في تجسيد الإرادة المشتركة للمتعاقدان من جهة وتحقيق التكافؤ في الالتزامات التعاقدية من جهة أخرى، والمهم في الأمر هو أن العقد قانون المتعاقدان ما لم يوجد نص أو اتفاق خاص يقضي بغير ذلك وعلى هذا الأساس يتعين على المتعاقدان احترام مضمون العقد وتنفيذه بحسن نية والإبتعاد قدر المستطاع عن أساليب وآليات التعسف التي من شأنها أن تؤثر على حرية التعاقد، وتنعكس سلبا على مبدأ التوازن العقدي ومن أجل الحد من هذه الظاهرة فقد أحسن المشرع صنعا لما وضع الحلول والضمانات القانونية لحماية الطرف الضعيف ولكن بالرغم من ذلك تبقى القواعد والضمانات غير كافية وفعالة لحماية المتعاقد.

وبالتالي ينبغي على المشرع الجزائري أن يواكب النظم القانونية العالمية، بأن يقوم بتفعيل قواعد أكثر وضوحا من أجل الموازنة بين حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة هذا إلى جانب توقيع الجزاءات المدنية على الطرف المخل بالتزاماته في إطار المسؤولية المدنية بنوعيتها العقدية والنقصيرية، ضف إلى ذلك الفوائد التعويضية المستحقة للطرف الضعيف.

والجدير بالملاحظة أن سلطات القاضي في حماية الطرف الضعيف غير محصورة في جانب معين، وإنما تركها المشرع مطلقة حتى يكون للقاضي نوع من الإستقلالية في ممارسته لسلطاته شريطة أن لا يتجاوز حدود القانون.

# المراجع



## قائمة المراجع باللغة العربية:

- 1- أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقا للقواعد الإثبات، دار المعارف، الإسكندرية، ط. 2002.
- 2- أحمد شوقي، محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام العقد والإرادة المنفردة، منشأة. المعارف، الإسكندرية ط. 2004.
- 3- أشرف إدوارد حنا، الحديث في قضاء النقص المدني، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، بالمنيا، شركة ناسي للطباعة، ط. 1999.
- 4- إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، مفاعيل العقد، الجزء الثاني، بدون دار النشر، ط. 1998.
- 5- بودالي محمد، مكافحة الشروط التعسفية في العقود، دار الفجر للنشر والتوزيع ط..2007
- 6- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المؤسسة الجامعية للدراسات. والنشر والتوزيع، بيروت، طبعة 2000.
- 7- جاك غستان، المطول في القانون المدني، مفاعيل العقد أو آثاره، المؤسسة الجامعية. للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ط. 2000.
- 8- دائرة العدل، دبي، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة في المواد التجارية والعمالية. والأحوال الشخصية، العدد الثالث عشر، عام 2002.
- 9- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية، ط. 2002.
- 10- ريماء فرج مكّي، تصحيح العقد دراسة مقارنة، مؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة الأولى 2011.

- 11- زاهية حورية سي يوسف، المسؤولية المدنية للمنتج، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط..2009
- 12- سحر البكباشي، دور القاضي في تكميل العقد، دراسة تأصيلية تحليلية لأحكام الفقه والقضاء المصري والمقارن، منشأة المعارف الاسكندرية، ط.2008.
- 13- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، عقد البيع والكفالة ط. الخامسة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. 1998.
- 14- صاحب عبيد الفتلاوي، تحول العقد، مكتبة الثقافة والتوزيع، عمان، الأردن ط.1997
- 15- عبد الحق صافي ، القانون المدني ، العقد ، آثار العقد ، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 2007 .
- 16- عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني والمصري والمقارن، منشأة المعارف. الإسكندرية، ط. 2002.
- 17- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام،. منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1998.
- 18- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. 1998.
- 19- عبد المعين لطفي جمعة، موسوعة القضاء في المسؤولية المدنية والتقصيرية والعقدية، عالم الكتب، القاهرة، ط. 1979.
- 20- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود ، منشورات زين الحقوقية، ط.2006.
- 21- علي فلالي، النظرية العامة للعقد، الجزء الأول، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر. ط. 2001

- 22- عمر بن سعيد، الإجتهد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني الجزائري، مطبوعات الديوان للأشغال التربوية، ط.2001.
- 23- عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون ط. 2008.
- 24- فؤاده محمود معوض، دور القاضي في تعديل العقد، دراسة تحليلية وتأصيلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة، الإسكندرية ط..2004
- 25- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط. 1990.
- 26- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام ( مصادر الالتزام )، الدار الجامعية. الجديدة الإسكندرية، الأزاريطة، ط. 2006.
- 27- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف ط.2003.
- 28- محمد قمر موسى، لتعليق على النصوص القانون المدني، الإسكندرية، ط. 2002
- 29- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مطبعة، الرياض، دمشق، ط. 1980-1981
- 30- محي الدين إسماعيل، نظرية العقد، مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية بدون طبعة.
- 31- مصطفى محمد جمال، أصول التأمين ( عقد الضمان )، دراسة مقارنة للتوزيع والفقه والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. 1999.

- 32- معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على النصوص القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط.الرابعة. 1998.
- 33- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، مصادر الإرادية العقد، الإرادة المنفردة، دار المعرفة الجامعية، ط. 1994
- 34- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد (المدنية والتجارية) دراسة تحليلية وتطبيقية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط. 2002.
- 35- السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، دراسة مقارنة، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، ط..1986
- 36- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر الأزارطة، الإسكندرية، ط. 2005.
- 37- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، التصرف القانوني، الجزء. الأول ديوان المطبوعات الجامعية، ط. 1999
- 38- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
- 39- سلام عبد الله الفتلاوي، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، ط.2012.
- 40- عبد الحميد الشواربي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف الإسكندرية ط. 1997.
- 41- عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية ط1، 2007.
- 42- عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون المدني الجزائري مطبوعات. الديوان للأشغال التربوية، ط. 2001

43-فتحي عبد الرحيم عبد الله، أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، شرح النظرية العامة. للالتزام، منشأ المعارف، الإسكندرية، ط. 2001

44-محمد بودالي، حماية المستهلك في القانون المقارن، دراسة مقرنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث، ط..2008.

45-محمد حسين منصور، مبادئ قانون التأمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، ط.1999.

46-محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار الكتب. الحديثة، ط. 2003.

47-مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالاعلام في عقود الاستهلاك، دراسة في القانون الفرنسي والتشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، ط.2010.

#### قائمة الرسائل والمذكرات الجامعية:

1- المر سهام , التزام المنتج بالسلامة , دراسة مقارنة , مذكرة لنيل شهادة الماجستير , جامعة أوبكر بلقايد تلمسان , سنة 2008-2009

2- بن احمد الحاج، النظام التعاقدى في القانون المدني الجزائري ومتطلبات التجارة الدولية،.مذكرة ماجستير جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2002-2003

3- بن حياره عباس، مبدأ استقرار المعاملات والعقد القابل للإبطال، جامعة جيلالي اليابس، مذكرة ماجستير جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، سنة 2003-2004

4- بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون , 2006- الخاص، جامعة تلمسان، سنة 2005

- 5- بيقة حفيفة ، الالتزام بالإعلام في عقد الاستهلاك ، جامعة أكلي محند ألاج البويرة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، سنة 2012-2013 .
- 6- حميد بن شنيبي، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، سنة 1996.
- 7- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ ، مذكرة ماجستير (فرع العقود والمسؤولية) جامعة الجزائر، سنة 2001.
- 8- جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، ماجستير فرع العقود والمسؤولية، السنة الجامعية 2001-2002.
- 9- عاشور فطيمة، تفسير العقد على ضوء (ق.م.ج.)، مذكرة ماجستير ( فرع العقود 2004- والمسؤولية )، جامعة الجزائر، سنة 2003.
- 10- ولد عمر طيب ، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك وسلامته ، رسالة دكتوراه في القانون الخاص ، دراسة مقارنة ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، سنة 2009-2010.

### مقالات باللغة العربية

- 1- أحمد عيسى، الدولة بين الأفراد والجماعة في المجال التعاقدى، مجلة تلمسان، العدد 04-2007، ط. 2007.
- 2- الإذعان وعقد التأمين ورقة عمل مقدمة في مؤتمر " القضاء والتأمين " في 28 2002/08/30 .www.lac.com jo/Resear 26 htm
- 3- أكرم محمود حسين البدو، مقال بعنوان " الالتزام بالإفشاء وسيلة للالتزام بضمان السلامة "، كلية القانون، جامعة الموصل، مجلة الرافدين للحقوق مجلد 1 السنة العاشرة، عدد 24 سنة 2005.

4- حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، اختلال التوازن العقدي الناجم عن الشروط التعسفية، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد.

5- مصطفى عطية المحامي " مقال حول تكييف وتفسير العقد" في 30-12-2004

<http://arabadvocates.4t.com/10.htm>.

### قائمة المراجع باللغة الفرنسية

1-Alain Benbent, Droit civil, les obligations, 7ème édition, Mont chrestien, E. J.A, Paris 1999.

2-Brigitte H ess – fallon, Aide mémoire,droit civil, 8ème édition-2005 Philosophie du droit, Dalloz, 1999. 3-Bruno Oppetit

4-Christian Lopoyade des Camps , Droit des obligation, ellipses 1998.

5-Claud J Bern, Hubert Groutel, Droit des assurances, 9ème edition DALLOZ, 2005.

6-Denis Berthian, Droit des obligations, édition, 2000

7-François Terre, Droit civil, les obligations, 9ème édition, 2005

8-Henri Esptan, François, Yves Lequette: « Les grands arrêts de la jurisprudence civile . » Tome 2 .Obligations,contra spercause surété Dalloz, 11eme éditions, 2000

9-Jean Pierre Scarino, Dictionnaire du droit des obligations Ellipeses, 1999.

10-Mazeaud Henri, Jean mazeaud ,par François Chabas, Leçons de droit civil, Tome II, premier volume, les obligations 9ème édition Montcherstien, Delta, Paris, 2000.

11 -j.ghestin:traité de droit civil-les obligation, le contra, formation, 2eme éd., l.g.d.j., 1988 .

12-J.calais – auloy:" proposition pour un nouveau droit de la consommation ", la documentation francaise, paris, 1985.

13-Nouhad Rizkhallah , Introduction à l'étude du droit et des grands systèmes de droit contemporains, Tome premier, M.A.j.1ème édition Beyrouth, 1984.

14-Patrik Canin, Droit civil, les obligations, hachette supérieure.2002

### المقالات باللغة الفرنسية:

1-Philipe le Tourneau , Bonne fois, contrats et obligations,rep Dalloz, 1999.

- 2-G.paisant,les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi no .95-96 du 1<sup>er</sup> fév .1995, i chron
- 3- Marc sauzet, de la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents, revue critique .lég .et juris.1983.



الفهرس

	الفهرس:
	كلمة شكر
	الاهداء
	قائمة المختصرات
01	المقدمة.
22	الباب الأول: دور القاضي في مرحلتي تكوين العقد وتنفيذه
25	الفصل الأول: دور القاضي في مرحلة تكوين العقد.
27	المبحث الأول: تفسير العقد لمصلحة الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية
28	المطلب الأول: سلطة القاضي في حالة وضوح عبارات العقد
28	الفرع الأول: الموقف الأول للقاضي من تفسير العبارات الواضحة
30	الفرع الثاني: الموقف الثاني للقاضي من تفسير العبارات الواضحة
32	المطلب الثاني: سلطة القاضي في حالة غموض عبارات العقد
32	الفرع الأول: مفهوم غموض عبارات العقد
34	الفرع الثاني: دور القاضي في البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين
36	الفرع الثالث: اشتراط العادة للتعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين
39	الفرع الرابع: السلطة التقديرية لقاضي الموضوع
41	أولاً: السلطة المطلقة لقاضي الموضوع في تفسير جميع بنود العقود.
43	أ - سلطة قاضي الموضوع في تحديد مضمون العقد
44	ب- وقوف قاضي الموضوع على الوقائع الحقيقية للعقد
45	ثانياً: السلطة المطلقة لقاضي الموضوع
48	ثالثاً: قاضي الموضوع سلطته مقيدة
49	أ- القيود الواردة على السلطة التقديرية
49	ب-الأراء الفقهية اتجاه السلطة التقديرية لقضاة الموضوع
52	1- عبارات العقد التي تتحمل أكثر من معنى

55	2- العبرة بموضوع العقد
56	الفرع الخامس: الدافع كوسيلة لتفسير العقد
57	أولاً: موقف القاضي الفرنسي من الدافع
57	ثانياً: موقف القاضي المصري من الدافع
58	ثالثاً: موقف القاضي الجزائري من الدافع
59	المطلب الثالث: الوقوف على النية المشتركة للمتعاقدین
59	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعنصر (طبيعة التعامل)
62	الفرع الثاني: الأمانة والثقة بين المتعاقدین
63	الفرع الثالث: العرف كعامل أساسي لاستنباط نية المتعاقدین
66	أولاً: الأساس القانوني للعرف
67	ثانياً: تطبيق عرف البلد الذي أبرم فيه العقد
68	الفرع الرابع: موقف الجهة القضائية العليا اتجاه الرقابة على تفسير العقد
72	المبحث الثاني: تقدير الشرط الجزائي من قبل قاضي الموضوع.
73	المطلب الأول: سلطة القاضي في التعامل مع الشرط الجزائي
73	الفرع الأول: دور القاضي في استبعاد التعويض الاتفاقي
73	الفرع الثاني: دور القاضي في تخفيض التعويض الاتفاقي
74	أولاً: التنفيذ الجزئي للعقد
74	ثانياً: تقدير التعويض الاتفاقي أكثر من الشيء المتعارف عليه
75	الفرع الثالث: دور القاضي في زيادة التعويض الاتفاقي
75	الفرع الرابع: موقف الفقه من الشرط الجزائي
77	المبحث الثالث: تطبيق مبدأ حسن النية
77	المطلب الأول: أساس مبدأ حسن النية
81	المطلب الثاني: مظاهر حسن النية
84	الفصل الثاني: دور القاضي في مرحلة تنفيذ العقد

86	المبحث الأول: كيفية تعديل وتكملة العقد
86	المطلب الأول: تعديل العقد من طرف القاضي
86	الفرع الأول: تعديل العقد باتفاق أطراف العلاقة التعاقدية
88	الفرع الثاني: الاتفاق على تعديل العقد صراحة أو ضمناً حق للأطراف العلاقة التعاقدية
90	المطلب الثاني: العقد شريعة المتعاقدين
92	الفرع الأول: تدخل القاضي في ابطال الجزئي للعقد
92	الفرع الثاني: الاستثناء الوارد على سلطة القاضي في تعديل العقد
94	المطلب الثالث: تكملة العقد من طرف قاضي الموضوع
96	الفرع الأول: القواعد المكملة للعقد
96	أولاً: القوانين
97	ثانياً: العدالة العقدية
98	ثالثاً: العرف كعامل لتكملة العقد.
98	رابعاً: طبيعة موضوع العقد
99	أ- حالات الاستعانة بالقواعد القانونية المكملة
100	ب- إلزام القواعد القانونية المكملة
103	الفرع الثاني: رقابة الجهة القضائية العليا على تكملة العقد
104	المبحث الثاني: دور القاضي في تكييف العقد وفي حالة الظروف الطارئة وسلطته في تصحيح العقد
104	المطلب الأول: التكييف القضائي للعقد
106	الفرع الأول: طبيعة التكييف القضائي للعقد
107	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تكييف العقد
109	الفرع الثالث: استخلاص عبارات العقد من خلال عملية التكييف
113	الفرع الرابع: رقابة الجهة القضائية العليا على تكييف العقد.

116	المطلب الثاني: دور القاضي في حالة الظروف الطارئة
117	الفرع الأول: تحديد فكرة الظروف الطارئة
117	أولاً: تعريف الظرف الطارئ
117	ثانياً: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة
118	ثالثاً: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة الحادث المفاجئ
119	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
119	أولاً: أن يوجد التزام تعاقدى متراخي التنفي
119	ثانياً: يجب أن يكون الظرف استثنائياً وغير ممكن وقوعه
120	أ: أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً
120	ب: أن يكون الحدث غير متوقع حدوثه
120	ثالثاً- أن يؤدي الظرف الطارئ إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا
121	الفرع الثالث: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة
122	الفرع الرابع: ظاهرة التوازن العقدي في ظل استخدام نظرية الظروف الطارئة
122	أولاً: سلطة القاضي في تطبيق نظرية الظروف الطارئة
122	أ: دور القاضي في حالة الظرف الطارئ
123	ب: تعديل العقد في حالة الحادث الطارئ
124	ثانياً: سلطة القاضي التقديرية وفقا للظرف الطارئ
126	أ: السلطة التقديرية للقاضي في منح مهلة للمدين
130	ب: الاستثناء الوارد عن سلطة القاضي التقديرية في حالة الظروف الطارئة
130	ج: القاضي لا يملك تعديل العقد إلا باتفاق الأطراف
131	الفرع الخامس: تطبيق النظرية بالرجوع إلى مبدأ حسن النية
131	أولاً: الاعتماد على نظرية السبب
132	ثانياً: الإسناد على نظرية التعسف في استعمال الحق
132	الفرع السادس: الأثر القانوني المترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة

132	أولاً: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول
133	ثانياً: زيادة الالتزام المقابل.
133	المطلب الثالث: تصحيح العقد
136	الفرع الأول: مبدأ تحقيق التوازن العقدي
138	الفرع الثاني: احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد
140	خلاصة الباب الأول
142	الباب الثاني: سلطة القاضي في تحديد نطاق العقد
145	الفصل الأول: دور القاضي في حماية المستهلك ( الطرف الضعيف) من الشروط التعسفية
147	المبحث الأول: مفهوم المستهلك الخاضع للحماية
147	المطلب الأول: مفهوم المستهلك
152	المطلب الثاني: المعيار الشخصي أو معيار الاختصاص المهني للمحترف
157	المطلب الثالث: المعيار المرتبط بالمهنة
158	الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من النشاط المهني للمحترف
162	الفرع الثاني: قوانين حماية المستهلك من النظام العام
167	المبحث الثاني: سلطة القاضي في محاربة الشروط التعسفية
168	المطلب الأول: تحديد مفهوم الشرط التعسفي
168	الفرع الأول: المقصود بالشرط التعسفي
173	الفرع الثاني: إثارة الطابع التعسفي للشرط
175	المطلب الثاني: موقف القوانين المقارنة من الشروط التعسفية
176	الفرع الأول: موقف القانون الفرنسي من الشروط التعسفية
177	الفرع الثاني: موقف القانون المصري من الشروط التعسفية
178	الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من الشروط التعسفية
179	المبحث الثالث مكافحة الشروط التعسفية في عقود الإذعان

179	المطلب الأول: مفهوم عقد الإذعان
180	المطلب الثاني: اختلاف نظرة المشرع في التعامل مع علاقات الإذعان
186	الفصل الثاني: دور القاضي في تحديد التزامات العقد
188	المبحث الأول: الالتزام بالإعلام في العقد
188	المطلب الأول: ماهية الالتزام بالإعلام
189	الفرع الأول: التعريف بالالتزام بالإعلام
190	الفرع الثاني: إعلام المستهلك المتعاقد
190	أولاً: الالتزام العام بالإعلام
192	ثانياً: الالتزام الخاص بالإعلام
193	أ: حماية رضا الطرف الضعيف
193	ب: الشروط المتعلقة بلثمن
194	الفرع الثالث: الأساس القانوني للالتزام قبل التعاقد بالإعلام
195	أولاً: الغلط.
195	ثانياً: التدليس.
197	ثالثاً: العلم الكافي بالمبيع.
198	رابعاً: المسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات (العقدية والتقصيرية).
203	المطلب الثاني: موقف القوانين المقارنة من الالتزام بالإعلام
204	الفرع الأول: موقف المشرع الفرنسي من الالتزام بالإعلام
205	الفرع الثاني: موقف المشرع المصري من الالتزام بالإعلام
206	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الالتزام بالإعلام
207	المطلب الثالث: الالتزام بالإعلام في بعض العقود
207	الفرع الأول: الالتزام بالإعلام في العقود الطبية
212	الفرع الثاني: الالتزام بالإعلام في عقود الإنتاج
213	الفرع الثالث: الالتزام بالإعلام في عقود الوكالة بين المتعاقدين

215	الفرع الرابع: التزام بالإعلام في العقود البنكية
216	الفرع الخامس: الالتزام بالإعلام في عقود التأمين
216	المطلب الرابع: الالتزام بالتحذير والنصيحة
217	الفرع الأول: الالتزام بالتحذير
226	الفرع الثاني: الالتزام بالنصيحة
230	المبحث الثاني: الالتزام بالسلامة في العقد
231	المطلب الأول: نشأة الالتزام بالسلامة
233	المطلب الثاني: شروط الالتزام بضمان السلامة
234	الشرط الأول: وجود خطر يهدد جسد أحد طرفي العقد
234	الشرط الثاني: انتقال حق أحد المتعاقدين في سلامته الجسدية للمتعاقد الآخر
234	الشرط الثالث: توافر صفة الاحتراف للمدين في الالتزام بضمان السلامة
235	المطلب الثالث: تطبيقات الالتزام بضمان السلامة على بعض العقود
235	الفرع الأول: الالتزام بضمان السلامة في عقد ممارسة الرياضة
238	الفرع الثاني: الالتزام بضمان السلامة في عقد ممارسة الرياضة بالألعاب الحديدية
241	الفرع الثالث: الالتزام بضمان السلامة في عقد النقل
246	الفرع الرابع: الالتزام بضمان السلامة في عقد الإنتاج
250	الفرع الخامس: الالتزام بضمان السلامة في عقد استعمال الملاهي والملاعب في أيام العطل
252	المطلب الرابع: الحماية من عيوب المنتجات
253	الفرع الأول: موقف الاتجاه التقليدي من الالتزام بالتسليم
253	أولاً: مفهوم الالتزام بالتسليم
254	ثانياً: معيار نطاق تحديد الالتزام بالتسليم
254	أ: المعيار المادي
255	ب: المعيار الزمني



255	الفرع الثاني: موقف الاتجاه الحديث لمضمون الالتزام بالتسليم
256	أولاً: المفهوم الحديث لمضمون الالتزام بالتسليم
256	أ: ضمان صلاحية للبيع
258	ب: انعدام العيب الخفي
262	ثانياً: رفض التوسع في مضمون الالتزام بالتسليم
269	<b>المبحث الثالث: الهمام بضمان العيوب الخفية في العقد</b>
270	المطلب الأول: الضمان القانوني للعيوب الخفية
271	الفرع الأول: تعريف العيب الخفي
272	الفرع الثاني: الإطار القانوني لفكرة ضمان العيوب الخفية
273	الفرع الثالث: مميزات العيوب الخفية
274	المطلب الثاني: الحالات الموجبة للضمان
281	المطلب الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن ضمان العيوب الخفية
281	الفرع الأول: حق الطرف الضعيف في إطار ضمان العيوب الخفية
281	أولاً: إصلاح أو إستبدال المنتج
282	ثانياً: فسخ العقد أو إبقائه
283	الفرع الثالث: حق المتعاقد في إبطال العقد أو المطالبة بالرضمان
286	المطلب الرابع: قيام مسؤولية المنتج عن الأضرار التي تلحق بالطرف الضعيف
288	الفرع الأول: طبيعة مسؤولية المنتج
291	الفرع الثاني: حالات الإعفاء من المسؤولية
293	خلاصة الباب الثاني
294	<b>الخاتمة</b>
306	<b>قائمة المراجع</b>
315	<b>الفهرس</b>

### باللغة العربية:

للقاضي دور هام في حماية الطرف الضعيف في العقد , وذلك بالوقوف على ما انصرفت إليه إرادة المتعاقدين, من خلال تفسير العقد باستعمال معايير محددة لتحديد مضمونه , وبالاعتماد على الوسائل المحددة قانونا مثل العرف, القواعد القانونية, طبيعة التعامل, الأمانة والثقة, والقيام بتكييف وتعديل العقد جزئيا أو كليا بالنظر إلى متطلبات أطراف العلاقة التعاقدية, والابتعاد عن تحريف العقد وتحديد مستلزماته, من خلال العمل على استبعاد الشرط التعسفي والحفاظ على سلامة المتعاقد وإعلامه , وضمان العيوب الخفية المدرجة في العقد والحفاظ على التوازن العقدي, واستقرار المعاملات والمراكز القانونية بصفة خاصة .

### الكلمات المفتاحية :

دور القاضي, العلاقة التعاقدية, حماية الطرف الضعيف, استبعاد الشرط التعسفي, التوازن العقدي, ضمان سلامة وإعلام المتعاقد

### باللغة الفرنسية:

Le juge a un rôle important à jouer dans la protection de la partie faible du contrat en tenant compte de la volonté des contractants. Ainsi, le juge est tenu d'interpréter le contrat en ayant recours à des critères précis pour définir le contenu du contrat. Aussi est il tenu par des critères prévus par la loi, la coutume, les règles de droit, la nature des relations contractuelles, et les principes de l'honnêteté et de la confiance. En effet, le juge peut procéder à des aménagements et des révisions partielles ou totales du contrat selon la volonté des parties, mais sans toute fois préciser ou changer son contenu .L'intervention du juge dans un contrat consiste à exclure les clauses abusives, à garantir l'équilibre contractuel de façon générale, ainsi que la stabilité des transactions et des droits de manière particulière.

**Les Mots clés:** rôle du juge, relation contractuelle, protection de la partie faible, exclusion des clause abusives , équilibre contractuel , obligation d'information et sécurité du contractant.

### باللغة الإنجليزية :

The Judge has an important role in protecting the weaker part to a contract taking into account the will of the contractors .thus , the court must interpret the contract by using specific criteria to define the content of the contract.Also it is held by means provided by law , custum, rules of the law , the nature of contractual relation , and the principles of honesty and trust . Indeed , the judge may make improvements and partial or total revisions of the contract according to the will of the parties but without determining or changing its content .The judge's intervention in a contract is to exclude unfair terms , to ensure information and security of the contractor , to enforce the contractual balance and the guarantee against hidden defects in general , as well as stability in transaction and rights in particular.

**The Key words:** the role of the judge, the contractual relationship, the protection of the weaker part, exclusion of the unfair terms, contractual balance, notification and safety terms.